

介護保険制度における保険契約と福祉契約

—当事者の意思能力—

The Contract for Insurance and Welfare in the Long-Term Care Insurance System: A Party Concerned of Intent Capacity

久保田治助*

(早稲田大学教育総合研究所研究員)

Harusuke KUBOTA

久保田富也

(名古屋産業大学)

Tomiya KUBOTA

目次

- I. はじめに
- II. 介護保険制度における契約と特質
- III. 介護保険給付に関わる諸問題
- IV. 当事者の意思能力
- V. おわりに

I. はじめに

本論は介護保険制度における契約を福祉契約でも典型契約ではない介護保険契約と解釈する意について検討することにより、介護保険法における契約行為を明確にすることを目的とする。

2000 年社会福祉事業法等改正により、社会福祉基礎構造改革¹に向けた取り組みとして、抜本的な制度改革がなされた。これは、これまでの社会保障における「措置」制度から「契約」制度への転換が行われた改革である。それは、国民の社会福祉の概念に市場原理を導入し、福祉サービスにおける個人の自由裁量を拡張し、自己の責任を徹底することを目的としている。その改革の基本的な考え方は、サービス提供者との対等な契約関係の内に、競争原理を導入し、多様な事業主体の参入を積極的に勧めるというものである。

この一連の施策として、介護保険の確立が挙げられる。介護保険法は 1997 年 12 月「高齢者の自立支援」をキーワードとし成立した。2000 年 4 月には施行され、介護保険は年金保険、医療保険、労災保険、雇用保険に続き新たな社会保険制度として開始した²。従来

¹ 中央社会福祉審議会社会福祉構造改革分科会意見書「社会福祉基礎構造改革について（中間まとめ）」1998 年、参照。

の税金を財源とした行政主導型の措置システムから、保険料を中心とした社会保険方式へ転換を図る点に最大の特徴がある。そして市町村を保険者とし、サービス提供者を公的なサービス機関だけではなく、民間事業者にも積極的に機会を広げ、利用者の選択を可能とした³。

翻って、1999年には厚生省から、「社会福祉基礎構造改革の全体像について」を表明し、それを受けて社会福祉事業法を含む関係八法律が改正された。ここでも、改正内容の主な特徴は、利用者の立場に立った社会福祉制度の構築であり、自己決定の実現を図るための利用制度に転換することであった。これは、高齢者介護が社会保険方式を採用し、保育が契約方式を採用、障害者が支援費支給方式を採用する方向へと移行する。このことは、福祉サービスを「商品化」し、社会福祉の領域に「契約」のシステムを取り入れることで、利用者による自己決定を促進させることを意味する⁴。

それでは、介護保険制度においておける「契約」とは如何なるものであるのか。このことは、介護保険法が制定されてから、今日まで多くの議論が寄せるところであるが、明確化されつつある状態ではない。それは、介護保険法自体が「走りながら作り上げる」ことを前提としており、5年後の改革により、そのシステム自体が大きく変わることが予想できるからである。また、介護保険に関わる裁判判決も充実しているとは言えない事からも、判断することが困難である。

しかし、一定の議論をみることによって、介護保険契約の基準を図るとするとするならば、品田充儀の考える、「介護保険法は、介護保険に基づくサービス利用について、当事者の契約を直接的に規制する規定をにおいてはおらず、契約書の取り交わしさえも法的な義務はないとしているが、介護保険サービスの具体的な内容を規定する省令は、介護事業者の説明義務および当事者間で取り決めるべき事項を明記しており、事実上、契約書を取り交わすことを想定している⁵」という枠組みが一定の見解であると言える。この規定に則り、介護保険契約をどのように理解するのがこれから、多くの所で理解する必要がある介護保険の契約について考えたい。

以上から、介護保険制度における契約が保険契約であるとともに、福祉契約であるという、その一連の論議を踏まえ、今後の介護保険改革に向けて考察を展開させてゆく。特に、要介護・要支援当事者の意思能力は現行法において、どのように解釈されるのかを踏まえ、その問題点を強調したい。

² 朝川知昭「介護保険制度創設のねらいと概要」(『ジュリスト』№1131、有斐閣、1998年、pp.28－33) 参照。

³ 池田省三「社会福祉政策を転換する介護保険」(『ジュリスト』№1131、有斐閣、1998年、pp.34－40) 参照。

⁴ 鳥野猛『社会福祉における契約と代理について』第95回日本法政学会、2001年11月25日。

⁵ 品田充儀「福祉サービスの利用方式」(日本社会保障法学会編『講座 社会保障法』第三巻、法律文化社、2001年、p.54)。

II. 介護保険制度における契約の特質

介護保険制度における「契約」を保険契約と福祉契約に分類して論じることが、これまでの先行研究の展開である。しかし、介護保険も内包する社会福祉における契約は一般的に福祉契約と呼ばれ、これまでの契約システムと異なり、これまで法の中で想定しにくい、幸福追求をその目的として契約が行われるのが特徴である。この二つの契約システムをどう理解することが、介護保険契約足り得ることができるのか。この福祉契約について重要な提起を行った額田洋一に注目する。福祉契約の概念について、額田はその特性について以下の5つとしている⁶。

- ① 福祉契約により提供される福祉サービスは、利用者の生命・健康と生活を支えるものであり、その点においては、福祉サービスは医療に準じた高い公共性をもつということができる。
- ② 福祉契約は継続的な契約関係である。これはたとえ紛争が生じても契約の性質上、ただちに契約を終了させることが困難であり、紛争を抱えながら契約が継続することを示すものである。
- ③ 福祉契約においては、福祉サービスの利用者と提供者（事業者）との交渉力の差、情報の収集、分析力の差が、一般の消費者契約に比べて、格段に大きい。
- ④ 福祉契約においては、利用者は、福祉サービスの利用にあたり、一般の消費生活のように自由な意思で「市場」に入っていくわけではなく、利用者には「契約」を締結しない自由はない。
- ⑤ 福祉サービスという「産業」は、利益の追求という単純な資本の理論が貫徹しない分野である。

この福祉契約論はこれまでの介護保険契約に関する先行研究において基盤となる考え方である。この福祉契約論で最大の焦点としたのは福祉サービスの問題である。これまでの措置制度にはなかった市場原理を用いて、社会保障を履行しようと考えたことが重要な視点である⁷。

このような福祉契約の一方で、サービス問題そのものとなると保険契約について考える必要がある。石田満は保険契約に関わって以下のように述べている⁸。保険契約法または約款は、告知義務、危険増加の通知義務、損害防止義務、損害発生のお知らせ義務などのいわゆる保険法

⁶ 額田洋一「福祉契約論序説」(日本弁護士連合会『自由と正義』第52巻第7号、2001年7月号、pp.14－21)。加えて、鳥野猛『社会福祉における契約と代理について』前掲書、参照。

⁷ 山田普「福祉契約論についての社会法的瞥見」(明治学院大学社会学会『明治学院論叢』第713号、2004年、pp.68－76、参照。

⁸ 石田満『保険契約法の理論と現実』有斐閣、1995年、p.11。石田満『保険契約法の諸問題』一粒社、1972年、等参照。加えて、坂口光男『保険契約法の基本問題』文眞堂、1996年、参考。

上のオプリーゲンハイト（義務）について詳細に規定しており、また、いわゆる免責条項についても規定するなど、保険金支払いの要件に種々の制約が加えられている。保険契約の善意契約性または射倖契約性の視点からは、保険金の支払のために条件が付けられることも止むをえないが、約款によって保険金の支払に、さらに制限を加えることがあれば消費者の利益を害することになる。そこで、立法的コントロールによって、保険者が自己防衛の強化を図り消費者の利益を害することを阻止する必要がある。それは、保険契約法のなかで、なにが強行規定（半面的強行規定）か任意規定かを明らかにすることである。福祉契約論において保険契約は市場理論のもとで動いていると論じられるが、ここから解釈するに、保険契約は善意契約性または射倖契約性に基づいていることが前提となる。したがって、保険契約上においても福祉契約が望むべき、被保険者に対する保障が貫徹すべきであると考ええる。

以上を踏まえ、この福祉契約と保険契約を内包する介護保険契約について検討する。はじめに、介護保険サービスの利用・提供契約である介護保険契約とその規制をめぐる問題について考えなければならない。介護保険契約は、法的にはサービス提供契約と位置付けられ、その性格は、準委任契約（民法 656 条）と解釈されるが、福祉サービス契約に関する契約として、民法であげられている典型契約、さらに一般的なサービス提供契約とも異なる特質である⁹。この介護保険と契約について、伊藤周平は、以下の 4 点であると述べている¹⁰。

- ① 契約の一方である要介護者が十分な判断能力をもって契約を締結することが難しい¹¹
- ② 介護保険サービスについては、要介護者と介護事業との間で、情報の偏在や交渉力の格差が著しく、サービス内容についての事前の情報提供や契約締結課程における要介護者の保護の必要性が高い¹²
- ③ 介護保険契約の債務内容であるサービス（役務）の内容が特定しにくく、その質の評価が難しい¹³

⁹ 内田貴『契約の時代』岩波書店、2000 年、pp.14－24。内田は、民法が定める典型契約に含まれない契約を無名契約や混合契約と呼び、典型契約の規定を類推して解釈しようとする従来の見解の限界を指摘し、新たに登場してきた契約類型については、新たな観点からその法理を理論化する必要性を強調している。加えて、田中明彦「受給者・被保険者からみた介護保険法の問題点と課題」（日本社会保障法学会編『社会保障法』第 17 号、法律文化社、2002 年、pp.12－19）、参考。

¹⁰ 伊藤周平『改革提言介護保険』青木書店、2004 年、pp.122－124。伊藤周平「介護保険と要介護者の権利擁護」（『賃金と社会保障』1361・2 号、賃金編集室、2004 年、pp.85－89）。

¹¹ 要介護者本人は施設入所を希望していないにもかかわらず、介護者である家族の側は、介護負担が重い本人の施設入所を強く望んでいるなど、本人の意思と家族の意志とが相反する場合が生じやすい。「被保険者の選択」（介護保険法 2 条 3 項）や意志の尊重という介護保険法の原則と家族介護者の負担軽減という同法の目的とが衝突する場合といえるが、住宅介護者の負担が重く、施設志向が強まっている状態では、こうした場合、家族の意思のほうが優先され、本人が施設入所を受け入れるケースが多くなっている、と述べている。品田充儀「福祉サービスの利用方式」前掲書、p.75、参照。

¹² これからの情報提供やサービス内容の確認は、介護保険契約の締結時というより、主に

- ④ 介護保険契約は、要介護者の生存権保障のために必要なサービスの提供・利用契約であるといえ、公的規制の必要性が高い¹⁴

介護保険は、高齢者を社会的弱者として保護の対象としてきた従来の措置制度から、高齢者にも年金等により一定の所得が社会保障法上保障されていることを前提に、高齢者を保険料拠出に基づく給付請求権の主体として、また多様な介護サービスを契約により選択する契約当事者、すなわち法律行為の主体としてみなしている。

介護保険は社会福祉の範疇に包含されるが、保険でもある。したがって、保険原則において、あらかじめ生活上のリスクを保険事故として設定し、保険事故の発生により支給される保険給付をあらかじめ確定する。そして、それに基づき保険給付の財源としての基金を確保するために保険料を拠出したことを前提に、保険事故の発生により保険給付を支給することを約束するものである。ただし、介護保険は社会保険であるため、私保険とは異なり¹⁵、すでに保険事故が発生している者、あるいは保険事故発生のリスクの高い高齢者を被保険者とすること、保険料の支払いができない低所得者に保険料を減額したり免除したりすることなど、保険原則に対する一定の例外措置が認められている¹⁶。

このような社会保険の制度は、保険料としての金銭支払を前提としている関係上、医療や介護のようなサービスそのものの提供を保険給付とする現物給付型社会保険よりも、保険給付も金銭で支給される所得保障型の年金保険や雇用保険などの方式に一般に適しているといわれている¹⁷。

そこで、現物給付型の社会保険か、金銭給付型の社会保険かで、保険関係の当事者の法律関係も異なってくる¹⁸。金銭給付型の社会保険の場合には、あらかじめ想定された保険料も

介護サービス計画の作成の再におこなわれるが、実際のサービス提供面で、介護事業者とサービス内容や提供方法について確認すべき事項は多く、介護保険法令により介護事業者に一定の義務が課されている、と解釈している。

¹³ 介護保険サービスは、介護保険サービス計画に従い利用され、同計画に記入されていないサービスは保険給付の対象とならない。その意味では、診療内容について医師の裁量が大きい診療契約に比べて、サービスの内容は事前にある程度は特定化されているとはいえる。しかし、特に要介護高齢者の場合、状態の変化が厳しく、急な発熱等により頻繁なサービス利用の変更やキャンセルが起こり、そのつど、介護サービス計画の変更が必要となる。しかも、債務の内容が、意志の診療債務と同様、結果の実現にむけて最善を尽くすという、いわゆる手段債務の性格を有しており、債務の本旨に沿った履行（民法 415 条）の確定が難しい。また要介護によってサービスの効果や満足度が異なるため、一定水準を観念することは可能だが、サービスの質の評価が困難である、と解釈している。後藤巻則『消費者契約の法理論』弘文堂、2002 年、p.301、参照。

¹⁴ 介護保険契約は、介護事業者との一定の信頼関係にもとづく継続的な契約であり、要介護者の側は、当該サービスを継続的に利用しなければ、健康で文化的な生活を維持していくことが困難となる、と考えている。

¹⁵ 本澤巳代子『公的介護保険』日本評論社、1996 年、p.44。

¹⁶ 本澤巳代子「成年後見と介護保険」（『民商法雑誌』第 122 巻 第 4・5 号、2000 年、p.557）。

¹⁷ 荒木誠之『新版増補 社会保障法読本』有斐閣、1998 年、pp9－10。

保険給付も金銭であるから、法律関係の当事者は保険者と被保険者だけであり、両者の関係は法律上定められた公法上の給付権利義務となる。これに対し、現物支給型の社会保険の場合には、保険者の被保険者に対する保険給付義務の履行にあたって、被保険者に現物給付を直接提供することも可能であるが、一般には保険者の委託を受け、厚生労働省令で定められた保険給付提供機関が給付を行うことになる¹⁹。

したがって、介護保険のような現物給付型の社会保険の場合には、保険関係当事者の法律関係は保険者と被保険者、保険者と保険給付提供機関、被保険者と被保険給付機関の3つがある²⁰。なかでも、被保険者と非保険給付機関の私法上の契約関係を、保険者と保険給付提供機関の公法上の契約の内容が間接的にコントロールできるのが、現物給付型の社会保険の特徴と言える。このコントロール機能により一定の給付水準が制度的に可能となるがゆえに、多種多様な事業者を保険給付提供機関として活用することも可能となるのである。

介護保険給付の利用手続きとして²¹、まず要介護・要支援認定申請がなされる。この申請は被保険者本人、もしくは当該家族²²が市町村の窓口に申請書を提出することが原則である。しかし、多くは、居宅介護支援事業または介護保険施設が申請を代行する（介護保険法 27 条 1 項）。市町村によっては、申請代行をした事業者や施設に要介護・要支援認定のための調査訪問の委託がなされる場合がある。要介護・要支援認定の申請から決定までは行政処分とされ、不服申立ても都道府県に設置された介護保険審議会に対して行われる（介護保険法 183 条、189 条 2 項）。これは、申告から認定結果の通知までは行政行為であることを意味している。そして、要介護・要支援の認定結果を受けて、介護支援事業者にケアプランの作成を依頼し、その後サービス事業者を選択する。ケアプランに従った個別の介護サービスの提供を受けるのは、介護支援事業や個々のサービス事業者と利用者との契約行為となる。したがって、サービス内容に関する不服の申立先も、介護保険審査会ではなく、介護報酬の支払い機関である国民健康保険団体連合会となる（介護保険法 176 条 1 項）²³。

申請代行や訪問調査といった市町村の保険業務に、その後契約行為の当事者となる介護支援事業者を関与させたことは、措置から契約へ制度転換や保険給付の利用手続における行政

¹⁸ 岩村正彦『社会保障法 I』弘文堂、2001 年、pp.60 - 62。

¹⁹ 厚生労働省老健局『介護保険制度改革関連法案一参考資料一』2005 年 3 月 11 日、p.13。

²⁰ 本澤巳代子「成年後見と介護保険」前掲書、pp.558 - 559。

²¹ 介護保険給付手続きの解説は、長瀬二三男『三訂版 介護保険法の解説』一橋出版、2004 年等を参照されたい。

²² 本澤は、介護保険法上は、被保険者が申請することになっている（介護保険法 27 条 1 項）が、厚生労働省では、本人の意思能力に対する代理権の授与行為などにふれることなく、従来の着地申請の場合と同様に、行政行為としての要介護認定・要支援認定の申請者に家族を当然のように挙げている、と指摘している。本澤巳代子「成年後見と介護保険」前掲書、p.556。社会保障審議会介護保険部報告『介護保制度の見直しに向けて』中央法規、2004 年、等参照。

²³ 本澤巳代子「成年後見と介護保険」前掲書、p.560。

行為と契約行為の違いを曖昧にしてしまった²⁴。保険者である行政機関が複雑に関わり、十分に発揮しているとは言えず、被保険者への徹底的な理解が与えられない。そのために、被保険者である当事者は、情報量・知識量に劣る利用者の利益が侵害される懸念がある。加えて、当事者の意思能力の問題から、その情報を正確に把握できるかが課題である。

したがって、事業者が被保険者に対して満足するサービスを提供できる水準を満たしているかの質が問われることとなる。この質の問題に対して、日本の介護保険制度の模範としたドイツの介護保険制度は、現金給付型の社会保障制度をとっている²⁵。しかし、日本の介護保険制度は、保険者を行政の市町村とし税金も投与される形をとる²⁶。そのために、業者の指定・運営基準、介護報酬の金額などは厚生労働省が定め、事業者の被保険者への情報発信の徹底化を図る必要がある。指定監督権限は都道府県が持っており、介護報酬の審査支払やサービスの質の審査権限は国民健康保険団体連合会が持っている。そのため、実際の保険者である市町村は、その制度的問題から行使が限定される²⁷。さらに、措置制度から介護保険制度に移行するときに想定していたサービス利用者量をはるかに越えた供給が必要となった。その状況を打破するために必要な基盤整備が遅れている²⁸。

市町村は保険者として、利用者に対して保険給付の水準に適った介護サービスを提供する義務を負っている。そのために、利用者支援のための仕組みを構築し充実させる責任を第一義であり、事業者の指定監督責任を負う都道府県は市町村を積極的に支援する責任を負っていることを明確にしなければならない。

III. 介護保険給付に関わる諸問題

介護保険制度が被保険者と事業者との間での契約関係であることは、十分に認識されていない。それは、当時の厚生省の担当課長通知にみられるように、介護給付に関わる契約につ

²⁴ 原田大樹「福祉契約の行政法学的分析」(九州大学法政学会『法政研究』第69巻 第4号、2003年、pp.777 - 785)、参照。

²⁵ 介護保険に関する日独比較はここでは行わない。ただし、日本の介護保険の内実はドイツの介護保険を参考にしたことになっているにもかかわらず、介護等級制度に類似点のみるに止まっている。手塚和彰「ドイツ介護保険法の成立と展開(下)」(『ジュリスト』No.1084、有斐閣、1996年、pp.95 - 96。本沢巳代子『公的介護保険』前掲書。本沢巳代子「介護保険と利用者の選択権の保障」(日本保険学会『保険学雑誌』第578号、2002年)。参考。

²⁶ 長瀬二三男『三訂版 介護保険法の解説』前掲書。岩村正彦・菊池馨実編著『目で見える社会保障法教材』第3版、有斐閣、2004年。三浦文夫・竹内孝仁編著『介護サービスの基礎知識』自由国民社、2004年、が理解しやすい。また、今後の改正については、厚生労働省老健局『介護保険制度改革について』2005年3月12日を参照。

²⁷ 本沢巳代子『公的介護保険』前掲書、p.57。

²⁸ 岡村世里奈「介護保険におけるケアマネジメントの現状と課題」(日本社会保障法学会編『社会保障法』第18号、法律文化社、2003年、pp.95 - 97。

いて、正確な判断を行っているとは言えないことから、約款が広く理解されていないことが分かる²⁹。多岐に渡る保険給付に関わる法律が、そのサービス提供契約の内実を不明瞭なものとしている。

介護保険契約の特質のゆえに、介護保険法令は、この契約にさまざまな規制を加え、要支援・要介護者の保護をはかろうとしている。介護保険法は、介護保険契約を直接規制する規定を設置していないが、同法に基づきサービス種類ごとに定められている各基準省令の運営基準で、介護事業者の側に義務を課すかたちで、具体的な規制が加えられている。

はじめにサービス提供開始の前段階として、介護事業者は、あらかじめ利用者や当該家族に対し、重要事項を記した文書を交付して説明をおこない、その同意を得なければならないと規定されている（居住サービス等基準 8 条 1 項、介護老人福祉施設基準 4 条 1 項、等）。これらは、介護保険サービスの利用に際して、要支援・要介護者に課したものと考えられる³⁰。特に介護老人保健施設に関しては広告制限の規定があり（介護保険法 98 条）、特別養護老人ホームについては、虚偽または誇大な広告が禁止されている（介護老人福祉施設基準 31 条）。ただし、この場合、交付する文書の内容については、各運営基準とも、運営規程の概要や勤務体制のほかは、利用者の「サービスの選択に資すると認められる重要事項」との規定にとどまっており、具体的な情報提供・説明の内容や範囲は明らかでなく、それらは個々の契約に委ねられる³¹。

さらに、現実に介護事業者の情報提供・説明義務が十分果たされなかった場合の法的効果が明確ではない。この点については、居宅介護支援事業者の場合と同様に、義務違反があったとして、損害賠償等を求めることは困難である。一方で、介護保険契約は消費者契約としての性格も有し、消費者契約法の適用もあり得ると考えられる。契約締結について、事業者に必要な情報の提供義務を課し（介護保険法 3 条 1 項）、社会福祉法では、社会福祉事業者に対し、情報提供（社会福祉法 75 条）、利用契約申込時の説明義務が課せられる（社会福祉法 76 条）。しかし、これからの規定は努力義務と解釈されている³²。要介護者保護の観点から一考の余地があるとする。

サービスの提供に関しては、いずれの運営基準も、「正当な理由」のないサービス提供拒否を禁止している（居宅サービス等基準 9 条、介護老人福祉施設基準 4 条の 2、等）。この「正当な理由」に該当する場合としては、訪問介護では、当該事業所の現員からは利用申込に応じきれない場合、利用申込者の居住地が当該事業者の通常の事業の実施地域外である場

²⁹ 保険給付については、岩村正彦『社会保障法 I』前掲書、pp.56－112、参照。

³⁰ 松本恒雄「サービス契約の法理と課題」（池田真朗ほか『マルチラテラル民法』有斐閣、2002 年、pp.302－307）、参照。

³¹ 伊藤周平『改革宣言介護保険』前掲書、pp.124－125。

³² 額田「福祉契約論序説」前掲書、p.19。

これらの義務は努力義務と解されているが、福祉契約の司法上の効果としては具体的、義務的と考えるべきとする。

合が例示されている（厚生省老人保健福祉局企画課長通知『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について』25号、1999年9月17日）。こうした介護事業者のサービス提供義務は、医師の診療義務（医師法19条1項）にあたるものと考えられる³³。

現在のところ、介護保険の約款は、民法の一般原則に従うものとされている。したがって、施設サービス契約の場合、要介護度が要支援や自立へとたどることがなければ、入所継続が可能となる。一般には、在宅介護が困難である要介護者は一定の契約期間を過ぎてても回復が望めないため、自動的に更新されるか、はじめから契約期間を設けていない。住宅サービス契約の場合、要介護認定の有効期間と契約期間の關係に疑義がある。継続性が必要となるサービスの特殊性から、要介護者からの拒否請求がなければ、通常更新される。ただし、特別養護老人ホーム（特養）の入所者が施設以外の医療行為が必要となり、医療機関に入院する場合に問題となる。それは、入所者と当該特養との契約は一度完了となった場合、退院後に再度入所を希望するには、改めて同特別養護老人ホームと契約を結ぶ必要が生じる。

しかし、今日では特養の入所期待者が激増しており、いったん退所すると、再入所するには、2～3年待機せざるをえないという事態が予想される。そのために、介護老人福祉施設基準では、入所者が入院後3ヶ月以内に退院することが明らかに見込まれるとき、特別な事情がある場合を除き、退院後及び当該施設に円滑に入所ができるようにしなければならないとしている（介護老人福祉施設基準19条）³⁴。

従来の措置制度では、入所者が医療機関に入院しても、当該特別養護老人ホームに3ヶ月間は入所の在住が留保され、施設側にも経済的保障がなされていた³⁵。現行の介護保険制度においては、入退院日を含め7日間の介護報酬のみが支給される。しかも、大幅に減額されるために、その負担は事業者が負うか、契約者である被保険者がその施設との契約を一端打ち切らなければならない。

社会保障における、施設との契約は継続されるべきであるが、運営基準が強行法規でないために、契約終了事項の設定が当然には無効とならず、このような状況が想定でき、実際に起こっている。加えて、入所者の利用者負担の延滞に対して、契約解除が行われる可能性があるが、要介護者に返済計画がない場合が多く、その負担を事業者が負うこととなる。ただし、先述のとおり、事業者と当事者において契約関係があるのみで、行政である市町村は措置制度とは異なり、負担することはない³⁶。

以上からしても、介護保険の給付に関わる契約は継続的契約でなければならない。そして、契

³³ 伊藤周平『改革宣言介護保険』前掲書、pp125－126。

³⁴ 品田充儀「介護保険契約の法的性格とその規制」（『神戸外大論叢』51巻2号、2002年、p.69）。

品田は、契約は終了するが3ヶ月以内の再入所に関して利用者が予約完結権をもつ「一方の予約」が成立すると解釈している。

³⁵ 措置制度では、事務費は支給である。しかし、一般生活費は支給されない。入院日用品費は支給である。

約内容が法改正とともに変容することによる契約事故を防ぐためにも、契約当事者の権利義務関係を一般の契約以上に明確にし、通知する必要がある³⁷。また、事故による配慮は絶対的に安定した生活を送らなければならない、被保険者の側に立脚しなければならない。

このような観点から、東京都は利用者の権利擁護と弱小事業者に対する支援を目的に、介護サービスに関する契約と重要事項説明書のモデルを独自に作成・公表した。この東京都の契約書と重要事項説明書のモデルは、その後における地方自治体や事業団体の契約書・重要事項説明書の作成を促進するとともに、指針となった。

IV. 当事者の意思能力

被保険者である当事者は要支援者・要介護者であり、特に介護度の高い当事者の意思表示は、介護保険契約関係において、重要な問題となる。民法においては、有効な法律行為をするには、その行為につき通常人なみの理解および選択能力を必要とする。この能力が意思能力にほかならなると規定されている（民法 98 条）。介護保険法が契約により締結されるとすると行為には意思能力が必要とされる。この意思能力とは何を示すのか。我妻栄は行為の結果を弁識するに足るだけの意思能力のないものは単独で法律行為は無効であると述べている³⁸。加えて、意思能力とは、自分の行為の結末を判断することのできる精神的能力であって、正常な認識力と精神力を含んでいると述べている³⁹。

市場化の傾向が進む福祉サービスの分野においては今後、当事者に代わって当該家族または第三者が契約を行うケースが増加している。意思能力が低下している高齢者や知的障害者にとって、福祉サービスをめぐる契約行為は、当該家族または第三者による支援がなくては履行が困難である。その支援とは、法律行為をめぐる代理等の事実行為も含めた日常生活への援助をさす。ただし、その問題は未だ社会的に表面化しておらず、慣行として受理されている。

措置制度の時代においても、意思能力が低下した当事者のために、家族や近親者が当事者の名義での福祉サービスの手続や、金銭の管理を事実上行ってきた。ただし、民法上の代理

³⁶ 渡辺裕幸「社会福祉業界と福祉サービス契約書②」（『賃金と社会保障』1369号、賃金編集室、2004年、p.27）。

³⁷ 江澤雅彦「保険顧客への情報提供とその課題」（日本保険学会編『保険学雑誌』第587号、2004年、p.4。江澤は、一般に顧客は商品・サービスの認知・選択・購入決定に際し、自ら抱える不確実性を軽減するために、当該商品・サービスに関する情報を収集し、解釈しなければならない。保険商品の場合、顧客はそうした情報の収集・解釈に大きな困難を有する。すなわち、契約の内容を規定した保険約款は、法律知識を有していない一般顧客にとっては理解し難く、また一般の商品購入の際にもっとも重要となる価格に関しても、配当付き保険を購入する場合には、契約者配当をも加味した上でそれを評価しなければならない、そうした財務上の知識も一般の顧客は有しているとはいえない、と述べている。

³⁸ 我妻栄・有泉亨 補訂者 川井健『新版 民法1 総則・物権法』一粒社、1992年、pp.35－36。

³⁹ 我妻栄『民法総則』岩波書店、1992年、pp.60－61。

とは、法律行為における行為者と、その効果の帰属主体とが分離するきわめて例外的な制度であるゆえに、代理権の範囲や程度などが厳格に規定されている。しかし、社会福祉の現場では、代理行為が日常的である。加えて、先述したとおり、介護サービスの利用者は、行政行為と契約行為の違いを認識していない。措置制度の時代と同様に行政に申請を行うことで契約が完了するシステムでなくなったために、当事者が申請を途中で断念するケースがある。

また、契約行政行為の委託を受けて申請代行や訪問調査を行った介護支援業者が、顧客獲得のために契約行為であるケアプラン作成の予約を取ることや、場合により介護支援事業者の自由選択できないことの被保険者の認識は薄い。

一方で、保険者である市町村が、「措置から契約へ」の意味を十分に理解していないため、申請代行や訪問調査を介護支援事業者に委託する際、要介護認定の申請書と一緒にケアプラン作成依頼書を提出させるよう指導し、事業者による困り込みを推奨するとともに利用者の選択の自由を奪う事態も生じている。

このように、要支援・要介護認定の結果を受けて介護サービスを利用する場合、介護支援事業を選択し、ケアプラン作成依頼書を保険者に提出し、被保険者証に介護支援事業者名を記入してもらう必要があるが、利用者の多くは十分に認識しているとは言えない⁴⁰。

介護支援事業者を選択し届出がなければ、要介護認定・要支援認定によって介護保険給付を受給する具体的請求権を得た被保険者は、在宅で介護サービスを利用した場合、個々の介護サービス事業者の利用料全額を一旦支払った後、領収書を添付して保険者に対し償還払請求を行う必要が生じる。医療保険とは異なり、介護保険の場合については、被保険者証を個々の介護サービス事業者に示しただけでは現物支給を受けることができず、給付管理を行う介護支援事業を通す必要がある。

本澤巳代子はこのことに対して、給付管理業務の実際を担っているのは事業者の従業員である介護専門員であり、被保険者と事業者間の契約に基づき適切なケアプランを作成するとともに、ケアプランに沿った介護サービスの提供を実現するために、個々のサービス事業者との連携・調整に努めるべき介護支援専門員が、このような介護保険の給付管理業務により忙殺されている現状が、さらに契約行為との違いを当事者に不明瞭にさせていると指摘している⁴¹。当事者の介護保険契約がどのような契約行為かを不明瞭にさせる要因は多様で複雑である。

このような背景も加味して、厚生労働省は、地方自治体や事業者団体の介護保険サービス各種標準契約書の作成・検討が進行していることを考慮し、2000年1月に「契約書における留意すべき事項について」を作成した。具体的には、契約書において留意すべき事項として、①契約の目的、②契約の当事者に関する、③契約期間に関する事項、④サービス内容・

⁴⁰ 高野範城「事業者のリスクマネジメント受け止めの状況」（高野範城・青木佳史編『介護事故とリスクマネジメント』あけび書房、2004年、pp.58－62。

⁴¹ 本澤巳代子「成年後見と介護保険」前掲書、p.561。

利用料、⑤事業者の守秘義務およびその解除条件の明示化、⑥損害賠償にかかる規定、⑦契約の解約に冠する事項、⑧契約の終了に当たる事項が挙げられる。このことにより、介護保険サービス契約の基準となる指針を打ち出した⁴²。

ここでは、契約が当事者との事項であり、当該家族ないし第三者の関与を明確に限定した。しかし、東京都の契約書モデルの説明書や指定事業者業務のガイドラインでは⁴³、介護保険の給付は要介護者・要支援者本人に対する給付であり、家族等や要介護者の世帯に対する給付ではないとしている。これは、民間事業者の契約書が当事者の意思能力に問題がある場合について家族等を契約当事者としていることに配慮したものである。

この問題に対して、本澤は、当該家族等が契約当事者となった場合、契約により生じる利用料の支払債務の9割が、介護保険の本人給付により弁済されるとすることには、介護保険法上問題があり、あくまでも保険給付は、成年後見制度を利用し、選任された成年後見人・保佐人・補助人が、代理人として、本人に代わって事業者と契約を締結するべきである、とした⁴⁴。この問題も未だ検討すべき問題であり、今後の改革により判断する事項である⁴⁵。

現実には、意思能力が十分でない要介護者・要支援者について後見人等が選任されていない場合が多く、介護サービスの利用は急務であり、家族が止むを得ず本人の名前か、あるいは、家族が契約当事者となり介護サービスを利用している状態である。しかし、本澤は、そのような場合には、成年後見制度を利用するよう指導し、成年後見人等の審判の申立てが家庭裁判所になされ、審判前の仮処分が行われうるまでの期間は、市町村が職権により居宅介護等の措置や施設入所等の措置を行うことも、可能である（老人福祉法10条の4、11条1項2号）と述べているが⁴⁶、今日的状況として、成年後見人制度は財産を後見することに終始しているために、そのほとんどが、成年後見人として申請されない。もっとも、厚生労働省は、介護保険の導入によって老人福祉法上の措置は、家族により虐待されているケースや身寄りのない地方老人のケースなど、例外的なケースにのみ行うことを認めないとの態度をとっており、家族等のいる場合には、成年後見制度利用のために、市町村が暫定的に措置制度を利用することは難しい状況にある。また、新たに老人福祉法により市町村長に認められた成年後見人等の審判の申立権限も、四親等内の親族がいない場合にしか認められておらず（老人福祉法32条）、家族等のいる場合には利用することができないことになる。さらに、今後の改正により申請代行と認定調査が見直しにより、厳密化し拡大化する。このことは、介護保険支援事業者の負担を多くするのか、サービスの質が向上するのかは今後の課題である⁴⁷。

以上のように、介護保険契約における契約行為や意思能力をどのように判断するのかは、

⁴² 本澤巳代子「成年後見と介護保険」前掲書、pp.563－564。

⁴³ 全国社会福祉協議会発布「モデル契約書」、「モデル重要事項説明書」2003年、参照。

⁴⁴ 本澤巳代子「成年後見と介護保険」前掲書、p.564。

⁴⁵ 社会保障審議会介護保険部会報告『介護保険制度の見直しに向けて』中央法規、2004年、pp.16－21、参照。

⁴⁶ 本澤巳代子「成年後見と介護保険」前掲書、pp.564－565。

未だ司法判断があるわけではないために、明確に立証できない。

これまで考えてきたように介護保険制度における福祉契約の意思能力について述べるとすると、「意思能力、すなわち『事理を弁識する能力』とは、『知的能力、法律行為における意識力・予期力を含む判断能力』」と考えることが至当である⁴⁸。このように、意思能力は医学的判断を伴うことが必要であると考えますが、それは今後の介護保険制度変革の動向をみることが重要である。

V. おわりに

本論では、介護保険制度における契約条件について探ってきた。

はじめに、介護保険契約を考える上で必要となる、保険契約と福祉契約について概観した。そして、現行において介護保険契約がどのように解釈されているのかを俯瞰し、実際の介護保険給付に関わる法的問題点指摘した。しかし、その契約を履行するために必要となる意思能力については、いまだ検討が深くされておらず、その問題を指摘すると共に、今後の改革について試論を加えた。

このような考察の結果、介護保険制度における契約は今後の改革によって大きく変化してゆくと考えられる。特に、今後の焦点とされる被保険者の20歳以上への引き下げ問題と保険率の引き上げの問題の解決如何によってはその契約内容が変容するであろう。加えて、行政行為の強制範囲が拡大する見解が出ている。事実、介護保険を国からの補填に多く依存している市町村にとってはその問題は重要となってくるであろう。

今後の課題として、福祉契約と保険契約の関係性のみで考えるだけでなく、保険契約における善意契約性について検討することが、介護保険を含め多様化する保険概念を理解する上で必要であると考えます。

⁴⁷ 厚生労働省老健局『介護保険制度改革関連法案－参考資料－』前掲書、p.13。厚生労働省介護制度改革本部『介護保険制度の見直しについて』2004年12月、p.13。等参照。

⁴⁸ 水野裕「介護保険制度と高齢者の意思能力」(『老年精神医学雑誌』2002年10月号、ワールドプランニング、p.1129)。水野は旧法下における心神喪失は意思無能力であることが通説であると述べ、事理弁識能力を欠く状態を心神喪失であると解していたとし、意思能力とは事理弁識能力であるという論を立てている。