

介護保険契約の消費者契約性

四ツ谷 有喜

はじめに

介護に関する制度は、従前のそれから介護保険法を中核とする現行制度への移行を遂げた。この一連の流れは「措置から契約へ」というキーワードで語られる。これは、従前は行政による「措置」によって行われていた介護サービス等の提供を、介護保険法上の指定事業者（以下、特に断らない限り単に「指定事業者」という）と介護を受ける者との契約関係に委ねることを意味する。そして介護に関するサービス等の供給者と受給者の関係が、指定事業者と介護を必要とする者との間の契約関係にゆだねられる以上、両当事者の関係は民事法上の規律に服するといえる。

他方で消費者契約法制定過程においては、介護に関する制度が介護保険法施行によって契約関係にゆだねられることをも視野に入れた議論がされていた¹。

そこで本稿では、介護保険契約への消費者契約法の適用可能性を論じ、介護保険契約の特殊性を加味しつつ、個別条文の介護保険契約への適用について論じた後、消費者契約法によって介護保険契約の当事者が保護を受

1 むろん、消費者契約法は消費者と事業者との間の契約関係に関する法律であり、介護保険契約に関して特別の配慮がされ、それが消費者契約法に影響を与えたということはない。しかし、介護サービスの支給等が契約関係にゆだねられることから、これを意識した議論は同法制定前においてされてきたといえよう。

けられる範囲はどこまでかという点を中心に論ずるものである²。

第1章 介護保険契約の全体像

ここでは介護保険契約の全体像について概観しておこう。まず、介護保険契約の当事者である事業者と要介護者等に関する介護保険法上の規定について確認し、次に介護保険法に基づき、要介護者等は事業者との間にどのような内容の契約を締結するのか、また、契約内容及び契約締結過程において、要介護者等以外の者すなわち契約の当事者以外の者がどのように関与するのかについて述べ、さらに契約締結前における当事者の情報収集の機会として、介護保険法があるいは介護保険制度がどのようなものを用意しているのかについて概観した後、最後に高齢者を一方当事者とする契約一般に関する問題について確認しておくこととする。

第1節 介護保険契約の当事者

事業者等

介護にかかわるサービス等を提供する事業者すべてが介護保険契約の当事者となるわけではない。介護保険法は介護にかかわるサービス等を提供する事業者について「指定事業者」という概念を設け、原則として介護保険契約の当事者となる事業者をこの指定事業者に限定している³。

事業者の指定について、介護保険法は同法70条以下に規定を置き、事業

2 介護を巡る法律関係としては、介護保険契約のみならず保険対象外の契約関係についても論ずる必要があることはいうまでもないことではあるが、本稿では介護保険制度との関連性を重視し、保険対象であるか否かを問わず介護を巡る法律関係について論ずることについては今後の研究課題としたい。

3 ただし、後で述べるとおり例外が認められていることに注意する必要がある。

者は①指定居宅サービス事業者②指定地域密着型サービス事業者③指定居宅介護支援事業者④指定介護老人福祉施設⑤介護老人保健施設⑥指定介護予防サービス事業者⑦指定地域密着型介護予防サービス事業者⑧指定介護予防支援事業者、に分類している。各分類に応じて介護保険法は事業者が同法上の指定を受けるための要件を規定しているが、いずれの分類にも共通しているのは、事業者が法人格を有していることである⁴。

これらの者のうち、④指定介護老人福祉施設は開設許可自体が介護保険法に基づいて行われることから、重ねて介護保険法による指定を問題とする必要がない。他方で、これ以外の分類に該当する事業者については、介護保険法以外の法律に基づいて法人格が付与されることから、同法に基づいて指定を行う必要がある。

なお、実際に事業者が提供するサービスがどのようなものであるかによって、都道府県が指定・監督を行う場合と市町村が指定・監督を行う場合とに分かれる。市町村が指定・監督を行う場合とは、平成17年度改正によって導入された「地域密着型サービス」に該当する場合である。

以上のように、介護保険法に基づく開設許可あるいは、介護保険法に基づく事業者指定を受けることが介護保険契約の一方当事者となるために必要であるのが原則だが、介護保険法は、この点に関するいくつかの例外を定めている。

第1の例外は、たとえば、介護保険法42条1項2号に定められているものである。同号は、「居宅要介護被保険者が、指定居宅サービス以外の居宅サービス又はこれに相当するサービス（指定居宅サービスの事業にかかわる第74条第1項の厚生労働省令で定める基準及び同号の厚生労働省令で定める員数並びに同条第二項に規定する指定居宅サービスの事業の設備及び

4 介護保険法70条2項1号、同法78条の2第4項1号、同法79条2項1号、同法115条の2第2項1号、同法115条の11第2項1号、同法115条の20第2項1号を参照。

運営に関する基準のうち、厚生労働省令で定めるものを満たすと認められる事業を行う事業者により行われるものに限る。次号において「基準該当居宅サービス」という。)を受けた場合において、必要があると認めるとき」には、要介護者等が指定事業者以外の者から居宅サービスを受けた場合であっても、介護保険法に基づき当該事業者に対して介護保険報酬を支払う旨を規定する。このような例外は「基準該当サービス」と呼ばれており、これに該当する場合には、指定事業者以外の事業者であっても、介護保険契約の当事者となる。

第二の例外は、指定事業者等によるサービスの確保が著しく困難である離島、その他の地域であって、厚生労働大臣が定める基準に該当するものに住所を有する被保険者が、指定事業者等以外の者からサービスを受けた場合で、必要であると認められる場合である⁵。

第3の例外は、介護のための住宅改修に関する契約の場合である。介護保険法は介護サービスのみならず介護給付の一つとして居宅介護住宅改修費の支給を認めているが⁶、この場合の住宅改修に関する請負契約における請負人については、指定事業者制をとっていない。したがって、この場合についても介護保険契約の当事者になりうるが、指定を要しない事業者であるといえる⁷。

なお平成17年度の介護保険法改正において、不正事業者などに対する自己規制ルールを強化する観点から、事業者規制の見直しが行われた。新た

5 例えば介護保険法42条1項3号、同法42条の3第1項2号を参照。

6 介護保険法45条を参照。

7 ただし、介護保険法45条第8項は、「市町村長は、居宅介護住宅改修費の支給に関して必要があると認めるときは、当該支給に係る住宅改修を行う者若しくは住宅改修を行った者…に対し、報告若しくは帳簿書類等の提出若しくは提示を明示、若しくは出頭を求め、又は当該職員に関係者に対して質問させ、若しくは当該住宅改修を行う者等の当該支給に係る事業所に立ち入り、その帳簿書類その他の物権を検査させることができる」と規定しており、居宅介護住宅改修を行う者に関する調査等を行い得るとしていることに注意する必要があるであろう。

に導入された制度は次のとおりである⁸。第一に、指定の欠格事由、指定の取り消し要件の追加である。具体的には「①指定の欠格事由に、申請者の取消履歴、役員の取消履歴、犯罪歴等を追加する。②過去に指定を取り消されて一定年数を経ている場合など一定の場合に該当するときは、指定をしてはならないこととする」というものである。第二は、指定の更新性の導入である。具体的には、事業者の指定に6年間の有効期間を設け、かつ、更新時に基準への適合状況や、改善命令を受けた履歴等を確認し、基準に従って適正な事業の運営をすることができないと認められるときは、指定の更新を拒否できるとするものである。第三は、勧告・命令等の追加である。具体的には「都道府県、市町村（地域密着型サービス）が、より実態に即した指導監督や処分を行うことができるよう、事業者に対する①業務改善勧告、②業務改善命令、③指定の効力の停止命令、④当該処分の公表、の権限を追加する」というものである⁹。

このように、介護保険契約の一方当事者である指定事業者について事後的に事業者指定の停止等が行われる可能性があることは、介護保険契約の継続性との観点で問題となると言えよう。

要介護者等

次に、介護保険契約の他方当事者である要介護者等について見ていくことにしよう。介護保険法は介護を必要とする全ての人に対して介護給付を行うものではない¹⁰。同法1条が規定しているとおり、介護保険法が介護

8 以下、厚生労働省「介護保険制度改革の概要－介護保険法改正と介護報酬改定」20頁による。

9 このような事業者指定に関する事後規制の導入は、事業者の指定取消件数が年々増加していることを受けて行われたものであると思われる。

10 介護保険法施行前から同法に基づく介護給付の対象を高齢者に限定すべきではないとの指摘が多くなされてきたところではあるが、平成17年度改正においても、介護保険法は基本的には「加齢に伴う疾病」という原則を維持している。介護保険法施行前の平成8年段階において、老人保健福祉審議会は「若年障害

給付を行う対象は加齢によって、介護の必要が生じた者であるのが原則である。そして、介護保険法は被保険者を1号被保険者と2号被保険者とに分けて、要介護・要支援の認定について扱いを異にしている。ここにいう1号被保険者とは、65歳以上で住所がある者であり、2号被保険者とは、40歳以上65歳未満の医療保険加入者である。両者は保険料の算定について異なるだけではなく、要介護・要支援の認定においても異なる扱いを受ける。すなわち第1号被保険者は、要介護・要支援となった原因を問わず、被保険者の状態のみを理由として、要介護あるいは要支援の認定を受けるのに対し、第2号被保険者は、要介護状態あるいは要支援状態であって、そのような状態にいたった原因がいわゆる特定疾病¹¹に該当するものである場合に限り、介護保険法による介護給付を受けることができるとされている。

介護保険法は、被保険者について第一号被保険者と第二号被保険者の区別を置くだけでなく、被保険者の状態に応じて要支援者と要介護者という区分を置く。前者はさらに二つに分類され、後者は五つに分類されている¹²。

者に対する介護サービスについては、基本的には障害者福祉施策によって対応することが考えられ、平成7年末に策定された『障害者プラン』に基づき、具体的整備目標に沿って計画的にその充実が図られることにより、若年障害者によりふさわしいサービス結局実現されることが望ましい」としていた(老人保健福祉審議会「新たな高齢者介護制度について(第2次報告)」賃金と社会保障1174号(1996年)51頁)。

- 11 特定疾病は、「がん末期、関節リウマチ、筋萎縮性側索硬化症、後縦靭帯骨化症、骨折を伴う骨粗鬆症、初老期における認知症、パーキンソン病関連疾患、脊髄小脳変性症、脊柱管狭窄症、多系統萎縮症、糖尿病性神経障害、糖尿病性腎症及び糖尿病性網膜症、脳血管疾患、閉塞性動脈硬化症、慢性閉塞性肺疾患、両側の膝関節または股関節に著しい変形を伴う変形性関節症」である。なお、がん末期については、平成18年4月に特定疾病に追加されたものである。
- 12 平成17年度の改正において、この区分の基準が改正された。要支援者に対しては、新予防給付というものが行われ、要介護者に対しては介護給付が行われる(厚生労働省・前掲(注7)7頁を参照)。

いずれの被保険者であるにせよ、介護が必要となり、何らかの介護サービスを受けたからといってそれが当然に介護保険法上の介護給付として位置づけられるものではない。介護保険給付を受けるためには、予め市町村による認定を受けなければならないのが原則である。

これはいわゆる「要介護度の認定」と呼ばれるものであり、介護を必要とする者が要介護度を認定されるまでのプロセスは概略以下のとおりである。まず被保険者本人、あるいはその代理人によって保険者に対して、要支援・要介護認定の申請が行われる。この申請が行われると保険者は訪問調査員を被保険者に対して派遣し当該被保険者の要介護度を調査する。この訪問調査と合わせて、被保険者の主治医（主治医がない場合には保険者が指定した医師）による意見書が提出される。そして保険者による要介護度の調査を受けて、最終的には介護認定審査会¹³による要介護度の認定が行われる¹⁴。

13 介護認定審査会については介保14条以下を参照。

14 ここで、この要介護度認定について、被保険者の家族からの率直な声を新潟大学法学部労働法ゼミ及び社会保障法ゼミによる「平成14年度安塚町介護保険利用状況調査の記録・報告書」から紹介しておこう。以下に引用するのは同調査に参加した学生による訪問調査の際に利用者の家族が述べたことを、当該学生がまとめたものである。「…介護認定を行うときも、初めの認定の際には3週間かかったということや、認定方法を見て、一方的に判断されたという感をもっており、家族が考えていた介護度よりも低い認定をされたら、納得いかないのではないかという問題点を上げていた」。介護保険制度に費やしうる財源及び人的資源には限界がある。また、このような意見は当該学生が訪問した先の意見であって、必ずしも全体を反映しているものではない。しかし、介護保険法の目的が、彼を原因として要介護状態となり、介護必要とする者が「尊厳を保持し、その有する能力に応じ自立した日常生活を営むことができるよう、必要な保険医療サービス及び福祉サービスに係る給付を行うため、国民の協同連帯の理念に基づき介護保険制度を設け、その行う保険給付等に関して必要な事項を定め、もって国民の保険医療の向上及び福祉の増進を図ることを目的とする」(介保1条)ものであることからすれば、このような感想を被保険者あるいは被保険者の家族が抱くことのないよう迅速性及び透明性が確保された認定システムがつくられることが望ましいと言えよう。

要支援者あるいは要介護者の状態は一定ではなく、時を経るごとに変化していくものである。したがって、要介護認定には有効期間があり¹⁵、被保険者が要介護認定の有効期間の満了前に更新の申請を行うこととされている¹⁶。また要介護認定の有効期間中であっても、要介護状態等の変更の認定を申請することができる¹⁷。さらに介保30条が「市町村は、要介護認定を受けて被保険者について、その介護の必要の程度が低下したことにより当該要介護認定に係る要介護状態区分以外の要介護状態に該当するに至ったと認めるときは、要介護状態区分変更の認定をすることができる」と規定している。

事業者指定の部分で指摘したことと同様であるが、一旦締結された介護保険契約が継続している間に要介護者等の要支援度あるいは要介護度が変更になる可能性を含んでいることは、個別の介護契約に対して影響を及ぼしうることに注意する必要があるだろう。

第2節 介護保険契約の内容

では次に、介護保険給付を行うために締結される介護保険契約の内容について確認しておこう¹⁸。まず介護保険法上の分類に従って見ていく。前

15 介保28条1項。

16 介保28条2項。なお同条3項は「前項の申請をすることが出来る被保険者が、災害その他やむを得ない理由により当該申請に係る要介護認定の有効期間の満了前に当該申請をすることができなかつたときは、当該被保険者は、その理由がやんだ日から一月以内に限り、要介護更新認定の申請をすることができる」と定めている。

17 介保29条。

18 平成17年度の介護保険法改正によって要支援・要介護になるおそれのある高齢者を対象とした介護予防事業として「地域支援事業」が創設されたが、これは要介護者等が介護に対して継続的にサービス提供を行うのとは異なる。これは各地域に設けられた地域包括支援センターが実施するものであり、このよう

述したとおり介護保険法は介護が必要である被保険者を要支援者と要介護者に分類するが、前者に対して給付されるサービスが予防給付サービスである。そして後者に対して給付されるサービスが介護給付サービスである。介護保険法上、介護保険契約は以上の二分類だけではなくサービスの提供を目的とする介護保険契約については、さらに広域型サービスと地域密着型サービスという観点からも分類される¹⁹。つまり介護給付は、①予防給付サービスでありかつ広域型サービスであるものとして、介護予防サービス・介護予防訪問介護・介護予防訪問看護・介護予防通所介護・介護予防通所リハビリ等、②予防給付サービスであり地域密着型サービスであるものとして、地域密着型介護予防サービス。介護予防小規模多機能型居宅介護・介護予防認知症対応型共同生活介護（グループホーム）等、③介護給付サービスであり広域型サービスであるものとして、訪問介護・訪問看護・通所看護・通所リハビリ・短期入所・福祉用具貸与・特別養護老人ホーム・老人保健施設・介護療養型医療施設等、④介護給付サービスであり地域密着型サービスであるものとして、小規模多機能型居宅介護・夜間対応型訪問介護・認知症対応型共同生活介護（グループホーム）等に分類される。

以上が介護保険法上の分類であるが、これ以外にもさまざまな観点から介護保険契約を分類することが可能である

すなわち、サービスを提供する型の介護保険契約については、介護サービスを提供する者すなわち指定事業者の被用者が、要介護者等の自宅等に赴き介護サービスを提供する場合と、要介護者等が事業者の有する施設等

なサービスを必要とする者が任意にサービス提供事業者を選択して介護サービスの提供に関する契約を締結するというものとは異なる。したがって、平成17年度の介護保険法改正以降も介護保険契約は、要支援者あるいは要介護者と事業者との間の契約と位置づけることができよう。

19 前述したとおり、「地域密着型サービス」は平成17年の介護保険法改正において導入されたものである。

に赴いて介護サービスを受ける場合とに分けることが可能である。また、契約の性質論という観点から大別すれば、役務提供型契約(介護のためのサービスの提供を目的とする契約及び介護目的の改築を目的とする契約)及び動産賃貸借型契約(福祉用具のレンタルを目的とする契約)に分類することができよう。さらに施設入所を伴うサービスについては「建物賃貸借契約やホテル滞在契約と同様の施設使用(入所)契約と個別の介護サービス供給契約との複合体である」との指摘もされている²⁰。この契約の性質論という観点からの分類から明らかとなっており、介護保険契約には個別の契約内容によって検討するべき点が多く含まれているといえよう。

さらに個別の契約内容の確定にあたっては、各当事者間が締結する契約書によるところが大きい。にもかかわらず、介護保険法自体は介護保険契約の内容それ自体について規定をおいておらず、厚生省令37号第8号が事業者に対して「重要事項説明書」を要介護者等に対して交付することを義務づけているにすぎない。

実際には介護保険契約も他の契約と同様にあらかじめ作成された契約書に必要事項を記入する方式により、あるいは約款により契約が締結されるものと思われる。このようなことを考慮して日弁連等関係する諸機関が介護保険契約に関する契約書のモデル案を作成し公表している²¹。しかし、これらはいくまで「モデル案」であって、いずれかのモデル案に従うべき法的義務は事業者にはない。従って他の契約類型と同様に事業者側が一方的に作成した(事案によっては他方当事者である要介護者等に不利な条項を含むような)契約書に従って契約が締結される可能性が高いのであり、ここに消費者契約法による要介護者等への保護の必要性があるといえよう。

20 清水幸雄「介護保険契約当事者能力—介護保険契約当事者は誰か」清和法学研究7巻1号(2000年)9頁。

21 例えば日弁連作成のものはhttp://www.nichibenren.or.jp/ja/legal_aid/format/kaigohoken_menu.htmlから入手することができる(2006年1月6日現在)。

第3節 当事者以外による介護保険契約への関与

ここで介護保険契約の契約締結過程に目を向けて、第1にケアマネージャーによる契約内容への関与、第2に要介護者等の家族等による契約内容及び契約締結のための意思表示に対する関与について述べておこう。

要介護者等が介護保険契約を締結するにあつては、居宅サービス計画または施設サービス計画（以下「介護サービス計画」という。）を作成し、これを事業者との間の介護保険契約締結以前に保険者に対して提出する必要がある。この介護サービス計画の事前提出は介護保険契約の効力を左右するものではないが、介護サービス計画を提示せずに、介護保険契約が締結された場合には、サービス利用時に利用者がいったん利用料を指定事業者に対して全額支払い、後日保険者に9割分を請求して受け取る方式がとられることとなる。したがって介護保険契約締結以前に、この介護サービス計画を提出しておくことは要介護者等にとっては重要なことであるといえよう。

この介護サービス計画は要介護者等自身が作成することも制度上は可能であるが、介護支援専門員（いわゆるケアマネージャー）が作成するケースが多い。そして介護保険契約が、この介護サービス計画を具体的に実施することを目的として締結されるという観点からすれば、介護サービス計画をケアマネージャーが作成する場合については、ケアマネージャーが介護保険契約の内容に間接的に関与しているということもできよう。

ケアマネージャーを利用した介護サービス計画の作成は、要介護者等が居宅介護支援事業者に計画作成を依頼し²²、ケアマネージャーが事業者や家族に面接し、その意向を踏まえつつ計画の提案が作成された後、利用者・関係事業者によるサービス担当者会議（ケアカンファレンス）が開かれサービス内容について話し合われて、最終的に利用者の同意を得て介護サ

22 現実には要介護者等の家族から依頼される場合も多いであろう。

ービス計画が決定されるという仕組みがとられている²³。

この介護サービス計画作成にあたっては家族の関与がある場合が多いのが現実であろうが、介護保険契約締結過程における家族の関与は、介護サービス計画作成だけにとどまらない。

要介護者等は、体の自由がきかないだけであって完全な判断能力あるいは意思能力を有する者も含まれるであろうが、たとえば第1号被保険者が要介護者あるいは要支援者として認定される場合には要介護者等は65歳以上の高齢者であり、判断能力あるいは意思表示能力が欠如している場合も少なくないであろう。要介護者等が事理弁識能力を欠く常況にある場合には、成年後見制度を利用することが望ましいが、周知のとおり成年後見制度を利用するためには後見開始の審判を受けなければならない。このことは、補佐・補助制度に関しても同様である。

我が国の高齢者の介護給付に関する政策が介護保険法の施行により「措置から契約へ」と転換され、他方で介護保険契約を締結することにより介護給付を受けることが要支援者等の生存にとって不可欠ともいえることからすれば、要介護者等が事理弁識能力を欠く常況にある場合においては、介護保険契約締結にあたって後見人等が利用されることが必須であるともいいうるが、高齢者を一方当事者とする他の契約類型と同様に成年後見制度の利用は活発とは言えないというのが現状である。たとえば介護サービス利用契約とその実態については、「現状は、たとえ後見類型相当であっても、身近な家族、親族…がいる場合は、預貯金などの財産管理を代行したり、介護サービス提供契約書の署名を代行するなど、事実上援助する簡便な方法で契約を進めている場合が多く見られる…本人が契約に関与するという考えはまだ浸透していないといえ」、このような事態に至る背景については「福祉の現場も国も、本人の判断や後見開始などの審判を待つて

23 長谷憲明『介護保険制度入門～成立の背景・法のしくみ・制度の見直し～』（瀬谷出版・2004年）15頁。

いとサービスの導入が後れ、時には生命の危険性が生じることもあり、家族の代行をやむを得ないと受け止めている」という側面があることが指摘されている²⁴。

介護保険契約法上は、介護保険契約の当事者が要介護者等本人であること、要介護者等の家族・親族等が要介護者等の利益を最大限尊重するような内容の介護保険契約締結に向けて努力するということは、必ずしも保証しえないことからすれば、後見人・保佐人・補助人等を活用しうのような制度が構築されることが必要であろう。

第2章 消費者契約法の介護保険契約への適用

第1節 消費者契約法の想定する契約場面と介護保険契約との関係

ここでは消費者契約法について概略し、次いで消費者契約法と介護保険法との関係について確認しておこう。

消費者契約法1条は、「消費者と事業者との間の情報の質及び量並びに交渉力の格差にかんがみ、事業者の一定の行為により消費者が誤認し、又は困惑した場合について契約の申込み又はその承諾の意思表示を取り消すことができることとするとともに、事業者の損害賠償の責任を免除する条項その他の消費者の利益を不当に害することとなる条項の全部または一部を無効とするほか、消費者の被害発生又は拡大を防止するため適格消費者団体が事業者等に対し差止請求をすることができることにより、消費者の利益の擁護を図り、もって国民生活の安定向上と国民経済の健全な発展に寄与することを目的とする」と規定する。

24 白井典子「介護保険契約における成年後見制度の利用」法律のひろば(2005年)36頁。

消費者契約法が適用される契約は、消費者と事業者との間の契約である²⁵。この場合の「消費者」とは個人（事業として又は事業のために契約の当事者となる場合におけるものを除く）を言い²⁶、「事業者」とは「法人その他の団体及び事業として又は事業のために契約の当事者となる場合における個人」をいう²⁷。そして消費者契約法にいう「事業者」は営利法人に限られない。これらのことを踏まえて介護保険契約について見てみると、要支援者あるいは要介護者は個人であり、かつ介護保険契約を締結する目的は事業のためではありえないから、同法にいう消費者に該当する。また他方当事者である事業者は、介護保険法上原則として法人であり、例外的に法人でない場合であっても事業として介護サービスの提供を行う者であることから、ここにいう「事業者」に該当するといえる。すなわち介護保険契約は消費者契約法の適用対象であるといえる。

また、高齢化社会に伴い留意すべきこととして高齢消費者に対するサービス提供に伴う問題が指摘されていた。たとえば高齢者を一方当事者とする契約全般の問題として「個体差はあるものの、一般に心身機能の衰退しつつある高齢者は、判断力の低下や情報化の隔たり、老後の不安感などから、悪質な販売業者のターゲットとなりやすく、取引上のトラブルにも巻き込まれやすい状況に置かれていることは周知のとおりである。有料老人ホーム事業はじめ、介護サービスや財産管理サービスはじめとするシルバー・ビジネスは、今後ますます重要な市場となることが予測されるため、早急な対応が必要となっている」と述べた上で、介護保険制度導入との関

25 消費者契約法は、「消費者と事業者との間の契約であれば、その類型を問わずに包括的に適用があるのであり、消費者法といわれる既存の法令が適用範囲となる契約を定義規定等により逐一限定的に規定してきたことと著しく対象的である」と評価されている（山下友信「消費者契約法立法の特質と機能」ジュリスト1139号（1998年）53頁。

26 消費者契約法2条1項。

27 消費者契約法2条2項。

係について「従来の措置がサービス購入という形に再編されることによっても、この分野でのサービス取引に関する公正さの確保が大きな課題となろう」と指摘するものがある²⁸。

もっとも、この分野におけるサービス取引に関する公正さの確保は、消費者契約法のみによって行われることが想定されていたわけではなく、「判断能力の衰退した高齢者を能力面で支援して、権利主体として自立的生活を送れるように配慮した後見制度」と「市場での公正な取引のための実体ルール」の両制度が、いわば車の両輪のように機能して公正さが確保されることが期待されていた²⁹。

しかし、機能すべき一方の制度としての成年後見制度は、少なくとも介護保険契約の分野において必ずしも十分に機能していないことは既に述べたとおりである。

では、公正さを確保するために機能すべきもう一つの制度である消費者契約法は、介護保険契約における消費者すなわち要支援者・要介護者を救済するためにどのように機能するのか、あるいは機能させるべきなのか。以下では消費者契約法の解釈・適用について、介護保険契約における特殊性とともに論ずることとする。

消費者契約法による規制は、①契約締結過程に関する規定（同法4条）、②損害賠償条項に関する規定（同法8条及び9条）、③②以外の契約条項に関する一般規定（同法10条）に大別することができる。以下では、この順に各規定の介護保険契約の適用について検討する。

第2節 契約締結過程に関する消費者契約法の規定と介護保険契約

契約成立に向けた意思を表示する以前に当事者は、当該意思を表示し契

28 河上正二「サービスと消費者」ジュリスト1139号（1998年）74頁。

29 河上・前掲（注26）74頁。

約を成立させることによって、どのような権利義務関係に拘束されるのかを知った上で意思表示をする必要がある。他方で消費者契約法1条が示すとおり消費者契約においては消費者と事業者との間に情報の質及び量に格差があり、また一般に情報の分析能力においても消費者と事業者との間には格差があるといえる。そして、このような格差を埋めるためには、格差のない当事者間が契約を締結する場合とは異なり事業者が消費者に対して当該契約に関する情報を提供することが必要であり、消費者契約法制定以前においても契約締結過程における信義則上の義務を媒介として事業者の相手方に対する情報提供義務が認められてきた。この点、消費者契約法は、同法3条1項において事業者による情報提供に関する努力義務を定め、かつ事業者が一定の情報提供を行わなかった場合等について、そのような行為によって消費者が誤認した場合について同法4条に基づいて消費者からの意思表示の取消を認めている。

消費者契約法4条1項は、事業者が消費者に対して不実告知あるいは断定的判断の提供を行った場合に消費者が契約成立に向けてした意思表示の取消を認める。このような規定の仕方については、民法上の詐欺に関する規定と比較して消費者契約法4条1項には事業者の故意が要件とされていない点に大きな違いがあると指摘されている³⁰。

そこで消費者契約法4条1項の介護保険契約への適用について見てみると、介護保険契約締結過程において重要事項とされるものとしては、まずサービスの内容を挙げることができよう。これは同項にいう「役務その他の当該消費者契約の目的となるものの質」に該当するといえる。これ以外に要支援者・要介護者にとって重要であるのは、当該契約によって支給されるサービスが介護保険の適用対象となるか否かという点であろう。さらに、介護保険法上、事業者に交付義務が定められている重要事項説明書の内容の全てが、消費者契約法4条1項にいう「重要事項」に該当するとい

30 山下純司「消費者契約法と詐欺・強迫」ジュリスト1200号(2001年)56頁。

えるか、また重要事項説明書記載事項以外のものも同項にいう「重要事項」に含めうる余地があるかということが問題となろう³¹。

このうち、消費者契約法4条1項の介護保険契約への適用にとって特に問題となるのは、「消費者の誤認」という要件ではなかろうか。なぜならば、同項に基づいて要支援者・要介護者が取消権を行使する場合には、この要件の成立を主張・立証する必要があるが介護保険契約の場合には、この主張・立証が困難な場合が想定しうるからである。

具体的に問題となる場面としては、事業者側から不実告知があり、①要支援者・要介護者本人が契約成立に向けた意思表示を行ったが、契約成立時において要支援者・要介護者本人の判断能力に不足があり、そもそも要支援者・要介護者本人に誤認の惹起がなかった場合、②事業者側からの情報提供は主として要支援者・要介護者本人ではなく本人の家族等に対してなされ、事業者から提供された情報によって本人の家族等が誤認を惹起し、この「家族等による誤認」が影響して要支援者・要介護者本人が契約成立に向けた意思表示を行った場合、③事業者側からの情報提供が要支援者・要介護者の家族等に対してなされ、当該家族等が誤認を惹起し無権代理人として契約成立に向けた意思表示をした場合を挙げることができよう。いずれの場合についても、結論としては同項に基づく取消権の行使あるいは他の法的根拠に基づく契約関係からの離脱が認められるような結論が得られるべきであろうが、理由付けは各場合に依じて異なるといえる。

まず①の場合については、要支援者・要介護者側からは、事業者からの当該不実告知があれば一般に消費者が誤認を惹起されることを主張・立証すればよく個別の事案における要支援者・要介護者本人が誤認を惹起されたことを主張・立証する必要はないものとした上で、「契約成立時に要支援

31 重要事項説明書の内容について不備があった場合について、このことを捉えて消費者契約法4条1項にいう不実告知あるいは同条2項にいう重要事項の不告知に該当するといえることができるかも問題であろう。

者・要介護者に判断能力の不足があったこと」を事業者側から主張・立証した場合には、そもそも契約成立に向けて表示された意思の基礎が不存在であったことを示したことになるから、要支援者・要介護者側が、この点をとらえて契約自体の不成立を主張しうるものと思われる。

次に②の場合についても、要支援者・要介護者側からは、事業者からの当該不実告知があれば一般に消費者が誤認を惹起されることを主張・立証すればよく個別の事案における要支援者・要介護者本人が誤認を惹起されたことを主張・立証する必要はないものとした上で、事業者側から実際に事業者が不実告知をしたのは家族であることが主張・立証された場合には、そもそも本人に対して重要事項が説明されていないこととなり、消費者契約法4条1項に基づく取消権ではなく同条2項に基づく取消権を要支援者・要介護者は行使することが可能となるものと思われる。

最後に③の場合には、要支援者・要介護者が家族等による無権代理行為を追認することにより、この要支援者・要介護者に代わって契約締結のための意思表示をした家族等について消費者契約法5条が適用されることから、同法4条1項の要件具備の判断は当該家族等についてなされるのであり、この場合にも要支援者・要介護者は同条に基づく取消権を行使することができる。

次に、消費者契約法4条に該当しないような情報の提供義務について述べておく。消費者契約法が事業者に対して同法3条において努力義務を定めているに過ぎない理由としては次のようなことが指摘されている。すなわち、「自己責任の考え方を前提とする。つまり、自分の利益は自分で守らなければならない、そのために必要な情報も自分で集めて対処することが原則である。したがって、それに反して情報提供義務を認めるためには、特別な理由がなければならない。ここで消費者契約法は、単に事業者であるというだけでは、消費者に情報を提供する義務を認めることはできないと考えたわけである」と³²。ただし、これは消費者契約の解釈に関する一般論であって、特別な場合には情報提供義務が認められと考え得るのであ

り、そのような特別な義務が認められる論拠としては、第一に事業者の専門性が挙げられ、第二に情報に危険性があること、すなわち「その契約をすることによって、相手方が現に有する生命、身体、財産等の利益—いわゆる完全性利益—に損害が生じる可能性が強い場合は、その危険性とその程度に関する情報を伝えなければそうした相手方の利益が危険にさらされる」ような情報を事業者が提供する場合が挙げられている³³。

この点を介護保険契約との関係で考えてみよう。前述したとおり介護保険契約における事業者は原則として指定事業者であり、また指定事業者以外の者についても一定の基準が設けられて指定事業者に準ずる取扱を受ける者であることからすれば、介護保険契約における事業者は、専門性がある者として扱うことが許されるものといえよう³⁴。次に第二の情報の危険性についてであるが、介護保険契約締結にあたって事業者が要支援者・要介護者に対して提供した情報が全てこれに該当するとはいえないであろう。したがって、事業者の専門性という観点から介護保険契約の事業者について特別の情報提供義務を認めることは肯定されるべきであるが、事業者が提供する情報のうち、情報の危険性のあるもののみについて、この義務が肯定されるといえる。

以上述べた消費者契約法4条に該当する場合あるいは上述した特別の情報提供義務が事業者に認められる場合の効果と介護保険契約との関係について以下に論じておこう。

消費者契約法4条の効果は消費者からの取消であるが、まず介護保険契約のうち役務提供型の契約すなわち介護サービス契約及び介護のための居宅の改修を目的とする請負契約については他の役務提供型の契約と同様に

32 山本敬三「消費者契約法と情報提供法理の展開」金法1596号(2000年)7頁。

33 山本・前掲(注30)10頁。

34 個別の事案において事業者の実態がどのようなものであるかを問わず、介護保険の適用対象とはならない介護サービス契約等における事業者も、ここにいう専門性を満たす者として扱うことは可能であろう。

原状回復が困難であることから取消の遡及効が制限されるべきであろう。その上で要支援者・要介護者の救済については追完的役務及び損害賠償義務を事業者に対して課すことが考えられよう³⁵。このような救済が認められるべきであることは役務提供型契約の特殊性のみならず介護保険契約の特殊性からも導かれるべきことである。ここで問題となる「介護保険契約の特殊性」は保険者の事業者に対する介護保険報酬支払いの仕組みに関連する。介護保険制度においては介護保険契約に基づき事業者から要支援者・要介護者に対してサービスの提供があった時に保険者から要支援者・要介護者に対して保険給付があったものとみなされるという仕組みが採られており、仮に消費者契約法4条各項いずれかに基づいて契約が取り消された場合に、当該契約に基づいて提供されたサービスが不完全なものであったとしても再度介護保険を利用したサービスの提供を要支援者・要介護者は受けることができないからである³⁶。

このような特殊性からすれば義務違反があった場合の救済として事業者には追完的役務及び損害賠償義務を課すことは他の契約類型と比較して重要であるといえるが、他方で契約関係から離脱した上でなお当該事業者から追完的に役務を受けることが果たして要支援者・要介護者にとって有益かという問題もある。そうすると事業者に対する損害賠償請求権が、この局面における最も重要な救済手段であるということができ、その実現を担保するために事業者には賠償責任保険の加入を義務づけるなどの方策が介護保険制度の中で採られる必要があるものと思われる。

35 サービス契約に関する一般論として、追完的役務及び損害賠償義務を事業者に課すことを認めるものとして、河上正二「サービスと消費者」ジュリスト1139号(1998年)73頁。

36 もっとも、このような場合に取り消された契約に基づいて既に提供された介護サービスにかかる介護保険報酬の返還を保険者が事業者に対して求めうるかという問題は、むしろ介護保険制度の適正な運営という観点から認められるべき場合もあり、今後の検討課題の一つであるといえよう。

第3節 契約条項の無効に関する消費者契約法の規定と介護保険契約

介護保険契約締結前にケアマネージャーによるケアカンファレンスが行われることは前述したとおりであるが、これは当該要支援者・要介護者に対してどのような介護を行っていくかという点に関するものであって、契約内容の交渉とは異なるものであり、指定事業者と要支援者・要介護者との間の契約は、他の消費者契約と同様に約款によって行われる場合が多いであろう。そうすると、契約締結前に契約書中の個別条項について要支援者・要介護者の側の意見が入り込む余地はない。また、前述したとおりいくつかの関係諸団体から介護保険契約に関するモデル契約案が公表されているが、これらのいずれかに従う法的義務を指定事業者が負っているものではない。

このこととの関係で消費者契約法をみると同法は、①事業者の損害賠償責任を免除する条項等の無効を8条で、②消費者が支払う損害賠償の額を予定する条項等の無効を9条で、③消費者の利益を一方的に害する条項の無効を10条で規定している。これらの規定は、契約そのものの無効を規定するものではなく各条に反するような内容を規定する契約条項のみの無効を規定するものである。

消費者契約法8条は、①事業者の債務不履行により消費者に生じた損害を賠償する責任の全部を免除する条項、②当該事業者、その代表者又はその使用する者の故意又は重過失による事業者の債務不履行により消費者に生じた損害を賠償する責任の一部を免除する条項、③消費者契約における事業者の債務の履行に際してされた当該事業者の不法行為により消費者に生じた損害を賠償する民法の規定による責任の全部を免除する条項、④当該事業者、その代表者又はその使用する者の故意又は重過失による事業者の不法行為により消費者に生じた損害を賠償する民法の規定による責任の一部を免除する条項、⑤消費者契約が有償契約である場合において、当該

消費者契約の目的物に隠れた瑕疵があるとき（当該消費者契約が請負契約である場合には、当該消費者契約の仕事の目的物に瑕疵があるとき）に、当該瑕疵により消費者に生じた損害を賠償する事業者の責任の全部を免除する条項、は無効とする旨を規定する。

介護保険契約に特殊の問題というよりは、消費者契約一般に問題となることであろうが、事業者の債務不履行があった場合に関する条項が①に該当するのか②に該当するのかということ及び事業者の不法行為があった場合に関する条項が③に該当するのか④に該当するのかの判断が困難な場合が生じる可能性がある。そうすると、このような困難さを回避することが必要となる。いわゆるモデル契約書に従うことを義務づけないまでも、損害賠償に関する条項のみについて、例えば「モデル条項」のようなものを設け、介護保険契約については、この条項に従うことを介護保険制度の側から義務づけることも考えられるのではないだろうかと思われる。

もう一点、介護保険契約に特殊の問題というよりは、介護サービス契約一般に関して問題となりうるのは、サービスを受ける側の行為が介在して何らかの損害が発生した場合について事業者側の免責を包括的に定めた条項が存在する場合の処理である。このような場合には、事業者の故意又は重過失による債務不履行あるいは不法行為も介在する可能性も否定できないことから、当該条項は上記②ないしは④に該当する条項として無効とされる場合がありうることを指摘しておこう。

次に、消費者契約法9条について述べる。同条は消費者の事業者に対する損害賠償額の予定に関して規定している。介護保険契約との関係で問題となりうるのは、第一に、同条第1号が契約条項を無効としている場合が当該契約の解除に伴って消費者が事業者に対して支払う損害賠償の額に限られているという点である。介護保険契約は継続的な契約であることからすれば、契約存続中に消費者の事業者に対する損害賠償義務が発生する場合も考えられるが、この場合の損害賠償義務の予定に関する条項が介護保険契約中に定められていた場合には、同条第1号の場合には該当せず、要

支援者・要介護者に不利な条項が定められていた場合であっても当該条項を同条第1号に基づいて無効とすることはできない。この場合については、介護保険契約が継続的契約であること及び同条第1号が規定された趣旨に基づき同号を類推適用するか、あるいは不利益条項に関する一般規定である消費者契約法10条によって解決することが考えられる。第二に問題となるのは、消費者契約法9条第1号にいう「当該消費者契約と同種の消費者契約の解除に伴い当該事業者が生ずべき平均的な損害の額」の算定についてである。介護に関する事業者と要支援者・要介護者との関係を契約関係とした理由の一つとして、各要支援者・要介護者のニーズに即した対応が可能となることが挙げられるのであり、かつ契約締結前に行われるケア・マネジメントによって要支援者・要介護者の状態毎に種々のサービスが組み合わせて行われることを考えると、「同種の消費者契約」を厳密に解する時には、同号にいう「平均的な損害の額」を算定することが困難となる場合がありうる。したがって介護保険契約の特殊性を加味して、ここにいう「同種の消費者契約」は厳密に解すべきではなく、場合によっては当該契約を構成するサービスの種類毎に平均的な損害を算定するという処理も許容されなければならないであろう。

さらに、同条の適用の問題というよりは介護保険契約上の債務不履行に基づく損害賠償算定に関する問題ではあるが、問題となる契約の対価関係を観念する際に、要支援者・要介護者が対価として現実に支払う金額が報酬の1割であることが影響するか否かという点が問題となることを指摘しておきたい。これについては、前述したとおり（たとえ不完全なサービスを受けたような場合であっても）事業者からサービスの提供を受けた時点で要介護者等は保険者から介護サービスを支給されたとみなされることからすれば、この場合の要介護者等から事業者への対価は、実際に要介護者等が支払った報酬の1割分とされるのではなく、保険者から事業者へ支払われた額をも含むと解することが考えられよう。あるいは、ここにいう対価は実際に要介護者等が事業者に対して支払った額とした上で、不完全な

サービスしか受けられなかった場合には、なお要介護者等は保険者から介護サービスを受給する権利を有しているとする構成も考えられようか。この点については、介護保険制度の仕組みをどう構築するのかという観点から検討し、要介護者等が不利に扱われず、かつ事業者の無資力の危険を負わないような制度設計をすべきであろう。

最後に消費者契約法10条について述べる。同条は、民法・商法等の任意規定を適用した場合と比較して、消費者の権利を制限し、又は消費者の義務を加重する消費者契約の条項であって、信義則に反して消費者の利益を一方的に害する契約条項を無効とする旨を規定する。

同条の適用範囲については、「いわゆる民商法の任意規定が存する場合にのみ機能するものか、それとも、任意規定がない場合でも一般的の消費者に一方的に不利益な条項を無効とする規定」か否かが問題となるとされ、「この点については、法1条の消費者保護の趣旨からしても、また、不当条項が任意規定〔に抵触するもの〕であるかどうかによって〔当該条項が〕無効とされたりされなかったりするのとは極めて不合理であることから、本条は当該不当条項の特約がなかった場合に比べ消費者利益が害されている場合に広く適用される規定(いわゆる一般条項)であるというべきである」との指摘がなされており³⁷、他方で当事者にとって「どのような条項が無効とされるのか」ということに関する予測可能性を重視すれば「基本的には無効とされるべき不当条項を具体的にリスト・アップしていくことが望ましい」としつつも「しかし消費者契約は、多種多様であり、また将来どのような条項がでてくるかも實際上予測困難である。還元すれば不当条項リストは、その意味で完璧なものは不可能であり、どうしてもそこからもれるものがあり得る。しかしそのもれの部分を放置しておいたのでは、消費者契約の目的である消費者の利益確保は、到底実現できない。したがって、そのもれの部分への対応として不当条項に関する一般規定が必要とさ

37 日本弁護士連合会編『消費者法講義』(日本評論社・2004年)102頁

れるのである」との指摘もある³⁸。

同条の介護保険契約への適用にあたって問題となるのは、当該条項の不当性判断の基準となるべき民商法上の任意規定の確定及びその解釈についてであろう。これは介護保険契約に特殊というよりは、サービス供給契約全般に言えることであろうが、問題となる契約を準委任型の契約とするのか、あるいは請負型の契約とするのかによって、判断基準とすべき「民商法上の任意規定」が異なるといえる。役務提供型の契約については、通常、仕事完成義務を観念しうるか否かという観点から準委任型に属するのか、あるいは請負型に属するのかという判断がなされるが、介護を目的とするサービス契約の中には、提供するサービスの性質上、仕事完成義務を観念しうる場合には部分的に、ここにいう「民商法上の任意規定」は請負契約に関する規定を指す場合もありえよう³⁹。

さらに、同条の適用にあたっては「問題とされる消費者契約の条項が、当該任意規定が前提とする利害状況と相当に異なる利害状況を前提とする場合には、当該任意規定をその文言通りに基準とすることは、必ずしも適当ではない…。このような場合は、当該利害状況の差違を反映させて当該任意規定を解釈し直す必要があり、その際には任意規定の文言のみではなくその規定の基本的な趣旨を十分考慮する必要がある」と考えるべきであり⁴⁰、上述のとおり介護を目的とするサービス供給契約について直接規定する任意規定が存しないことからすると、介護保険契約における特殊性が

38 落合誠一『消費者契約法』(有斐閣・2001年)145頁。

39 ひとくちに介護を目的とするサービス契約といっても、仕事完成義務を観念できる種類の役務が含まれるのではないかという観点については、助産師でありかつ新潟大学大学院現代社会文化研究科修士課程2年に在学中の高島葉子氏との間で実際に行われている助産師業務との関連で助産師契約について同氏から受けた指摘に端を発している。このような観点を介護保険契約についても応用できるか否かは今後の分析及び研究いかににかかっているが、実務的な観点から、このような示唆を与えてくれた同氏にこの場を借りて謝意を表したい。

40 落合・前掲(注36)149頁。

加味される必要があろう。その際に、事業者が介護保険契約上の指定事業者であるということを根拠に、事業者の義務を他の種類の契約と比較して加重すべき場合があると思われる。

むすびにかえて

本稿では、介護保険契約の仕組み及び特殊性について述べた上で、これらを加味して消費者契約法を介護保険契約に適用する場合について、主として問題点の指摘を中心に述べてきた。あくまで、現状を前提にした議論を展開したものであるが、消費者契約法がある種の事後的救済を規定するものであることを考えると、同法に基づく権利行使によったのでは当事者救済として不十分な面があることは否めない。

解決のための方策としては、第一に契約締結時点における当事者の判断能力の補充を行うための成年後見制度の活用が望まれるが、既述したとおり新しい成年後見制度が活用されているとは言い難いのが現状である。この点については、当事者による自発的な制度の利用を待つだけでは現状は変容し得ないのではなかろうか。同制度については、既述したとおり介護保険契約を締結する必要が生じた時点に至った時に初めて成年後見制度の利用を考えたのでは遅きに失していることが多く、したがって予め必要となった時に即座に成年後見制度が利用しうるような方法を採用することを促す必要がある。また現状に内在する問題として、後見人となる者を探すことが難しいという問題もある。介護に関する制度を措置から契約へと転換した以上、これらの点について回避すべき制度設計がなされる必要があろう。

解決のための方策の第二は、介護保険制度の側から契約内容に積極的に関与していくことが考えられる。このような方向性に関しては、現状の規制緩和政策に逆行するものであり望ましい方向とは考えられないという批判があろうが、モデル契約書に従うべきことを事業者に対して求めるので

はなく、消費者契約法9条の適用に関する部分で論じたように、一部の条項についてのみ特定の条項を挿入すべき旨を義務づけるような方法は許されるのではあるまいか。このように解することができるとして、どのような条項について個別の介護保険契約における挿入を義務づけることが制度全体にとって適合的かという点については今後の研究課題としたい。