

## 介護サービス契約における第三者契約の問題点と契約の実状について

市村大三

## 一 はじめに

筆者は日弁連高齢者・障害者の権利に関する委員会委員であった一九九九年夏頃から、翌年四月に迫った介護保険制度のスタートにあわせて、介護サービス契約のモデル案作りに携わることになった。また同年一〇月頃からは神奈川県において「かながわ福祉サービス振興会」の事業として発足した「介護保険実務課題検討会」のメンバーとして、同じく介護サービス契約のモデル案作りに携わった。

そのころ他の団体でも同じように、介護保険に関する契約書のモデル案作りが進んでいたが、その中にいわゆる「第三者契約」という形のモデル案が発表され、そこには理論的にも、実際的にも種々の問題が含まれていると考えられるので、その批判的検討をするともに、介護保険スタートから三年経った現在での、介護保険における契約の問題状況について紹介したい。

## 二 「第三者契約」の契約モデル案

福祉におけるいわゆる「措置から契約へ」の一環としてスタートしたのが、介護保険制度であり、そのためにこれまで「措置」の下に行われていた介護サービスの提供が、当事者間の「契約」に移行することから、これまで「契約」ということになじんでいなかった介護サービス事業者に、契約書のモデル案を提供することと、契約に移行することによってサービス利用者が被害を受けることのないように、適切な契約書案を提示するというのが、各団体での契約書モデル案の検討における共通認識とあってよいであろう。

そこにおいては、サービス提供を受けるのは高齢者であり、したがって高齢者が契約当事者となるところから、そうしたいわゆる「弱者」といってよい契約当事者の保護を図るという視点があったということが出来る。

しかしながら契約書モデル案を発表した団体の中には、契約当事者をこのような「高齢者」とするのではなく、その家族等を想定した「第三者契約」という案を発表した団体があった。

「第三者契約」とは、介護サービスの提供を受ける本人が契約当事者になるのではなく、介護サービス事業者と本人の家族等が、本人のために「第三者のためにする」契約を締結する、というものである。

こうしたモデル案を発表したのは、筆者の知る限りでは、「全国社会福祉協議会」（以下「全社協」と略称する）と「社団法人 シルバーサービス振興会」である。

たとえば「全社協」のモデル案『指定介護老人福祉施設入所契約書（案）』では、

『「契約者」と「事業者」は、「利用者」が施設における居室及び共用施設等を使用し生活すると共に、事業者から提供される介護福祉施設サービスを受け、契約者がそれに対する利用料金を払うことについて、次の通り契約を締結』する、とい

う形式になっている。<sup>(1)</sup>

同様に「シルバーサービス振興会」の『在宅介護サービスモデル約款(三者契約編)』でも、

『契約者』と『事業者』は、「利用者」に対して事業者が行う在宅介護サービスについて、次の通り契約を締結します』  
という形式になっている。<sup>(2)</sup>

このような「第三者契約」の必要性について、シルバーサービス振興会では、「平成九年度に現行で用いられている契約書書式を収集した際には、第三者契約の書式が多く見られた」ものの、「実際にサービスを受ける要介護者本人の意思や選択可能性を尊重する観点から、「基本は事業者と利用者との二者契約の形式におくべき」だが、「参考までに三者契約の形式も示してはどうかとの意見もあった」ことから、「参考として示した」としている。<sup>(3)</sup>

また「全社協」では、「自己決定の尊重、ノーマライゼーション等の理念に基づき、利用者本人を契約当事者とすることを基本としている。」が、「契約締結に必要な判断能力が不十分なものについては、契約内容に本人の意思が反映されるよう、家族等利用者に近いものを契約当事者とした契約(「第三者のためにする契約」を基本とした「三者契約」)としている」と説明している。<sup>(4)</sup>

### 三 第三者契約方式の問題点

「全社協」「シルバーサービス振興会」とも、基本は本人が契約当事者となることとしているが、こうした「第三者方式」ということを認めれば、特に事業者側は高齢者本人よりも、その家族等と契約を締結したほうが安心であるとして、そうした方式を採用することは目に見えている。したがって「基本と例外」が逆転するおそれは非常に高いといわなければならな

い。  
 ところで両団体とも「第三者方式」が認められる法的根拠は、明確に示していないが、おそらく民法第五三七条の「第三者のためにする契約」ということになるのであろう。

だとすると両団体のモデル案はそもそも法的有効性において問題があるといわなければならない。

筆者は前述のように、日弁連においても、かながわ福祉サービス振興会においても、介護サービス契約のモデル案作成にかかわったが、日弁連の「高齢者・障害者の権利に関する委員会」の他のメンバーもおおむね同様の見解であり、かながわ福祉サービス振興会の「介護保険実務課題検討会」のメンバーからもこうした見解に賛意が示され、その結果私がかかわった両団体のモデル案では、こうした「第三者方式」は採用しなかった。

そこでこの「第三者方式」の問題点について、まず法的・理論的問題点から検討を加え、そのあと実際の問題点として、各個別の条項について、批判的検討を試みたい。

(1) まず法的・理論的問題点であるが、前述のように「第三者方式」の法的根拠が、民法第五三七条であるなら、その二項に「受益の意思表示」という要件があることである。

すなわち第二項には、「前項の場合において第三者の権利は其の第三者が債務者に対して契約の利益を享受する意思を表示したときに発生す」とされている。すなわち「第三者のためにする契約」は、第三者が受益の意思表示をしたときに、はじめて第三者の権利が発生する、言い換えれば第三者に及ぶのである。

両団体の契約書案ではこの点について何ら触れられていない。第三者すなわち介護サービスを受ける本人の、受益の意思表示なくして、当然に本人に及ぶかのである。

ここに「第三者方式」の最大の理論的欠陥があるといわなければならない。すなわち「第三者方式」で家族が契約を締結

しても、本人の「受益の意思表示」がない、あるいはそれがあつたとする証拠が認められない、として後に無効とされるおそれがあるのである。

この点に関し「全社協」の契約書作成に関与したという弁護士平田厚氏は「暫定的に家族の『第三者のためにする契約』を認めるなど、さまざまな便宜的な取り扱いを認めざるを得ません。最終的には、特別な法律できちんと定めていくべき」とのように思われます。<sup>(5)</sup>と述べておられるが、特別な法律のない現状での法的効力については、どのように考えておられるのであろうか。

平田弁護士は「生命保険契約などのように特別な法律で受益の意思表示を不要としているものもありますが」と述べているが、生命保険契約のように、第三者は単に保険金を受け取るだけという契約と、介護サービス契約とを同列に扱うわけにはいかないのである。

端的な話が、『施設には入りたくないと考えている高齢者の親と、親の介護に疲れて施設に入れてしまいたいと考えている子』における老人ホーム入所契約という例を考えれば明らかである。

筆者は前に「(第三者契約は)居宅サービスの場合には比較的問題は少ないともいえるが、居宅サービスではいいが、施設サービスの場合は認めないというのも、理論的に無理であろう」と述べたことがあるが、理論的には勿論、在宅と施設の契約で別異に考えることはできないであろう。<sup>(6)</sup>

ところでこの場合に受益の意思表示が必要と考えた場合、無論高齢者本人が受益の意思表示をすれば、「第三者方式」の介護サービス契約は本人にも及ぶこととなり、前述の施設入所契約にあつても、問題なく有効ということになる。

すると実際の問題として、その場合に高齢者の「受益の意思表示」の証明をどのようにするかということである。つまり後にその点が問題となり争われた場合に、どのような形でそれを証拠として残しておけば問題はないか、ということであ

る。

この点はいうまでもなく「文書」という形に残しておくことであろう。すると家族を代理人として契約し、委任状を書きしておくという場合と、手続的には大差ないということになってくる。

受益の意思表示は黙示でもよいとされているが、第三者が高齢者であり、介護を受けなければならぬ状況にあるということを考えれば、トラブルを避けるためには、文書に残しておく方がよいということになる。

とすると「第三者方式」といっても、実際上は「代理方式」と大差ないということになるのである。しかし代理とは大きな違いがあるからこそ、事業者は「第三者方式」を歓迎するのである。その点については、後ほど触れたい。

(2) 次に理論的問題点として、こちらのほうがより根本的問題点であるが、「自己決定の尊重」に反するということがある。

すなわちこれまで「措置」の時代の福祉は、高齢者・障害者の「自己決定」があまり尊重されず、どちらかというところ「家族のための福祉」になっていた面があり、そういった点も改善することが「社会福祉基礎構造改革」の一つの目的であり、それゆえ介護保険法も、新しい成年後見制度も、「自己決定の尊重」ということを大きな柱としているものと考えられる。

それにも関わらず、こうした「第三者方式」を認めることは、「自己決定の尊重」に反し、何ら措置の時代と変わらなくなるおそれがある、といわなければならない。

このことは前述の施設に入りたくない親と、子の例ばかりでなく、「第三者方式」によって、自ら選択し決定できる高齢者からも、その意欲、機会を奪うという意味において、「社会福祉基礎構造改革」の理念を無にするおそれがあるのである。

これでは何のために「措置から契約へ」としたのか分からなくなる、ということはいえないだろうか。

(3) 次にこうした「自己決定の尊重」に反すると思われる規定を、全社協の「介護老人福祉施設入所契約書(三者契約)」

を例に、その個別の条項から見ていきたい。

## 第二条（施設サービス計画の決定・変更）

二 施設サービス計画は、計画担当介護支援専門員が施設サービス計画について、契約者に対して説明し、同意を得たうえで決定します。

## 第五条（利用者等への説明）

- 一 事業者は、本契約に基づいて契約者に対し行うのと同様の内容の説明を、利用者に対しても行うよう努めるものとします。
- 二 契約者は、本契約に基づいて事業者から行われる説明及び報告等について、利用者の家族等へ適宜説明を行うよう努めるものとします。

（前掲全社協モデル案二七～二八頁）

「第三者契約」方式では、利用者である高齢者本人は契約当事者でないために、事業者が説明をすべき相手方は「契約者」とされており、利用者本人に対しは、「行うよう努めるものとします」とされているにすぎない。

しかも契約者が家族でない第三者であることも想定して、第五条二項のような規定も設けているのであろうが、そのような場合にも利用者への説明が「義務」とされなかった結果、利用者は契約やサービス計画の説明を全く受けることのないまま、サービスの提供を受けるという事態も想定される。

そのような結果は、「自己決定の尊重」に反することは、明らかであろう。

## 第二十一条（利用者の施設利用上の注意義務等）

一 利用者は、居室及び共用施設、敷地をその本来の用途に従って、利用するものとします。

二 契約者は、サービスの実施及び安全衛生等の管理の必要性があると認められる場合には、事業者及びサービス従業者が利用者の居室内に立ち入り、必要な措置をとることを認めるものとします。但し、その場合、事業者は、利用者のプライバシー等の保護について、十分な配慮をするものとします。

(同前二〇頁)

本条の二項は、利用者のプライバシーに関わる条項であるにもかかわらず、事業者の居室内への立ち入りを認める主体を「契約者」としている。これでは利用者本人の意向は全く無視されて、そのようなことが決せられてしまうことになる。

同様にプライバシーに関する条項として問題があると考えられるのは、次の条項である。

#### 第一〇条 (守秘義務)

三 事業者は、第二〇条に定める利用者の円滑な対処のための援助を行う場合に、利用者に関する情報を提供する際には、あらかじめ文書にて契約者の同意を得るものとします。

(同前頁)

本条項は、情報提供に関する同意を、第三者である契約者がなし得るというものであり、その発想じたい理解しがたい。しかもこの「第三者契約」は、利用者に判断能力が欠けている場合を多く想定しているのであるが、理論的にはそうとは限らないし、全社協の契約書案上のどこにもそのような限定はなされていないのである。

第三者のためにする契約理論を、介護サービス契約に適用することの実際上の無理が、このようなところに現れているといえよう。



次に損害賠償条項においても、問題があると思われる。

### 第二三条（損害賠償責任）

一 事業者は、本契約に基づくサービスの実施にともなって、自己の責めに帰すべき事由により契約者又は利用者が生じた損害について賠償する責任を負います。第一〇条に定める守秘義務に違反した場合も同様とします。

但し、契約者又は利用者に過失が認められる場合には、利用者のおかれた心身の状況を斟酌して相当と認められる場合には、損害賠償の責任を減じることができるとします。

（同前三一頁）

この条項の但し書きにおいて、利用者に発生した損害について、契約者に過失があった場合にも、損害賠償責任を減じることができるという趣旨なのであろうか。

だとするとこの場合にも、他人の過失に基づいて自己の損害賠償につき、責任が減じられるという、理論的に非常に錯綜した問題が発生すると思われる。

なお第一八条（契約者からの解除）において、事業者が契約条項違反や義務違反があった場合には、当然契約者からの解除が認められている。

しかし事業者にそのような違反があったとしても、利用者としてはなお契約を継続したい、具体的にはその施設に居たいと思つたとしても、契約者の意向だけで契約を解除しようという条項になっているが、そのような条項も理論的には問題とならう。

全社協の他の介護サービスの契約書案でもほぼ同様であり、また「シルバーサービス振興会」のモデル案でも、ほぼ似た

ような問題点がある。

#### 四 厚生省の「留意点」と厚生省での記者会見

(1) 以上のように、「第三者契約」は、種々の問題点があると考えられるが、介護保険施行にあたり、当時の厚生省が、これに「お墨付きを与えた」といわれる事実があった。

それは平成二二年一月二一日付で各標準契約書作成団体宛に出された、「契約書における留意すべき事項について(案)」(同日付「介護保険制度施行準備室」作成にかかる「事務連絡」という文書)である。

この中で、契約の当事者に関する事項として、「△利用者の判断能力が不十分な場合は、家族等が第三者のためにする契約を締結することも可能。(サービス契約後成年後見制度(平成二二年四月施行)を活用し、後見人・補(ママ)佐人・補助人を代理人とする契約に移行することが望ましい。)(前掲四頁)と記載されていた。

なおここにおける△の記号は、「契約書の中に必要に応じて盛り込むことが望ましい事項を選択的事項として付している」とされているものである。(同前三頁)

この文書が「第三者契約」に、「お墨付きを与えた」と受け取られたものである。

思うにこの文書は、契約書モデルを発表した各団体のモデル案を検討し、<sup>(8)</sup>それに基づいて留意点を発表したものであり、決して厚生省として契約条項に関する公式見解を確定する意図はなかったものであろう。その際各団体とも、弁護士や学者などが検討委員として加わっており、したがってそこで盛り込まれた条項については、明らかに誤っていたり、妥当性を欠いていることがなければ、厚生省としてそれ以上法的な問題を詳しく検討することなく、発表したものであろう。

したがってこれは厚生省として、決して「お墨付きを与えた」ものではないのであろう。

しかしながら、これまでの日本社会の傾向からして、中央官庁がこのような見解を公表すれば、特に事業者としてはそれを「お墨付き」と受け取ることは、むしろ当然の成りゆきと思われる。

したがってこの文書によって厚生省が、第三者契約に「お墨付きを与えた」ととられたとしても、それは厚生省の意図に関わらず、やむを得ない事態であったといえよう。

(2) 先述のように、筆者は日弁連の高齢者・障害者の権利に関する委員会でも、介護保険のモデル契約書の作成に携わったが、その契約書案が二〇〇〇年三月完成し、その発表とともに、厚生省記者クラブにおいて、記者会見を行った。

その際モデル案作成を担当した、上記委員会第一部会長の高野範城弁護士は、「第三者契約というモデルは、あれは間違っていると思います」旨の発言をしたので、筆者などはそこまで明言するとは予想していなかったので、いささかびつくりしたものであった。

ところがこの記者会見の際の記者達の反応が、また筆者には驚きであった。

というのは、記者の中に「家族が契約するのは当たり前ではないか」という発言をする記者がいたからである。しかもそうした中には、「そうでなければ特養ホームに入るような痴呆性高齢者のような場合には、契約はどうするんですか」と、怒ったように聞いてくる記者もいた。

それに対し我々が「そのような場合のために成年後見制度が用意されている」と説明しても、「成年後見制度で、すべての場合に対処できるわけがないではないか」との反応であった。

このような反応は、「第三者契約」方式にはいくら問題があると説明しても、実際上の便宜という点から、これを歓迎するという傾向が、社会一般の受け取り方としてあるということ、如実に思い知らされたものであった。

## 五 神奈川県などでの実状

このような状況で、その後介護保険がスタートしてからの契約の実状がどうなったか。残念ながら全国的な実状については、そのような調査がなされたこともなく、分からない。

しかしながら神奈川県での実状については調査結果もあり、また筆者自身が若干の事業者の契約書を目にした経験もあるので、それを紹介したい。

また中部弁護士連合会（中弁連）では、平成二二年一〇月二三日「社会福祉制度の大改革と弁護士・弁護士会の役割―成年後見・介護保険を充実させるために―」というテーマでシンポジウムを行い、それに向けて介護保険制度の現状並びに問題点として、アンケート調査が行われ、その結果が同シンポジウム報告・資料集に載っているので、併せて紹介したい。<sup>(9)</sup>

(一) 神奈川県での実状については、介護保険がスタートして半年ほど経った平成二二年七月から八月にかけて、かながわ福祉サービス振興会（以下「振興会」と略称する）が神奈川県内の事業者にアンケート調査をした。<sup>(10)</sup>

それによると神奈川県では、この調査に回答した九二二事業者のうち居宅介護支援事業者と居宅サービスの事業者があわせて七八三であるのに対し、施設サービスの事業者が一三二（一四・二％）と少なかったせいもあって、利用した契約書のモデル案は、振興会のものを使っている事業者が六〇・七％と圧倒的に多く、全社協のモデル案を採用していた事業者は四・三％（三八事業者）と少なかった。

施設サービスの事業者でも振興会のモデル案を利用していた事業者が三〇・六％にのぼり、全社協のモデル案は九・七％（シルバーサービス振興会のモデル案は〇％）しかなく、この結果は筆者としてはやや意外であった（ちなみに平成二一年一二月に発表した「振興会」作成の契約書モデル案（第一版）は、居宅介護支援と居宅介護サービスの契約書案のみで、施

設サービスの契約書案は発表されていなかった。

では実際に事業者が使っている契約書ではどうであったかという点、これについては筆者は振興会の事業として行われた平成一三年度の「適正サービス契約指導事業」のなかで、いくつかの事業者の契約書を見る機会があった。

そのなかに実際に「第三者方式」を採用し、家族を契約当事者としている特養ホームの事業者があったが、これは「個別相談」を申し込んできた数カ所のみのもので、神奈川県内で全県的にどれだけの事業者が「第三者方式」を採用しているかは分からない。

前述のように、神奈川県内では全社協のモデル案の採用が少なかったことから、「第三者方式」の採用も思ったほど多くはないのかもしれない。

しかし「第三者方式」をとっていないにもかかわらず、実際にはそれと同じ効果を持つ契約条項にしている事業者が多いということが、あとで分かった。これについては次項で述べる。

(2) 中弁連では、愛知、岐阜、三重、福井、石川、富山の六県の事業所宛にアンケート調査を行い、三九二の事業所から回答を得ている。

その中で利用したモデル契約書の作成団体については行政機関七七、事業者団体六三、社会福祉協議会九二、弁護士又は弁護士会四五、わからない九、その他一四

となっている(前掲報告・資料集二一八頁)。

ここにいう社会福祉協議会とは、おそらくほとんどが全社協もしくはそれに基つき各地方の社会福祉協議会が作成したものであるから、施設を中心に全社協のモデル案に基づいているものと思われる。

一方同アンケートで、「契約書作成にあたり、利用者の判断能力に疑問を感じたことがあるか」との質問に対しては、八

○%の事業者が「疑問を感じたことがある」と回答し、その場合に「どのように契約しているか」との質問に対して、「利用者の家族を契約当事者とする利用者のための契約（第三者のための契約）を利用して」との回答は、二五業者にとどまっている（同前二二一～二二三頁、一三七～一三八頁）。

全社協のモデル案を利用している事業者が多いにも関わらず、この結果は意外な気もするが、一方同じ質問に対し、「利用者の署名捺印を得たうえで、利用者の家族にも署名捺印を得ている。」との回答や、「身元引受人もしくは利用者の家族の署名捺印により代用している」との回答が最も多く、合わせて二九一事業者もいるのである（同前）。

これは「第三者契約」方式を用いなくとも、家族の署名を得ることにより、事実上それと同じ結果を得ていると見られるものである。

とりわけ身元引受人や保証人、代理人という名目で、事実上家族と契約するという方法は、神奈川県内の事業者にも見られたことであり、これも同じ意味合いをもっているので、次にそれを紹介したい。

## 六 身元引受人、保証人、代理人等の問題条項

筆者は介護保険が始まった平成二二年から、かながわ福祉サービス振興会によって行われている介護保険に関する「適正サービス契約指導事業」に関与し、とりわけ平成二三年度、一四年度は施設を中心に契約に関する個別相談会を実施した。その際相談を申し込んだ各事業者に対し、現在使用している契約書を提出してもらい、個別相談と同時にその契約書の問題点についても指摘した。そのなかで、いくつかの事業者が次のような契約条項を設けていた（第一条から第二二条までの番号は、筆者が便宜上つけたものである）。

## I 身元保証人、身元引受人

### 第一条

一 利用者は、神奈川県内またはその周辺（近県を含む）に居住する身元保証人一名を定めるものとします

二 身元保証人は、この契約に基づく施設利用者の施設に対する債務について、施設利用者と連帯して履行の責任を負うとともに、次に定める事項について必要な行為をします。

- (1) 施設利用者が入院する場合の入院申し込み手続き
- (2) 契約解除の場合の施設利用者の身柄の引き取り、転居先の確保
- (3) 施設利用者が死亡した場合の遺体の引き取り、遺留金品の処理

### 第二条

一 施設は、施設利用者において身元保証人を立てがたい、真にやむを得ない特別の事情があると認められるときは、身元保証人を立てないことを承認することができます

二 施設利用者は、前項により身元保証人を立てることができない場合、次に定める事項について、施設の指示に従うものとし、約定した事項について別に施設、施設利用者間において書面を取り交わします。

- (1) 入院を要する場合の承諾及び必要な措置
- (2) 死亡した場合における葬儀、遺骨の埋葬、遺留金品に関する必要な措置

### 第三条

一 施設は、前条二項の諸費用について、経済状況等によりやむを得ない事由がある場合は、施設利用者または身元保証人

に対して事前に説明し、諸費用の額を変更することができます。

二 施設利用者または身元保証人は、前項の変更に同意することができない場合には、この契約を解約することができます。

第四条 施設利用者又は身元保証人は、この契約及び運営規定、その他施設が別に定める事項に関する苦情を介護保険法令に定めるところにより申し出ることができ、施設は施設利用者に対し、これについていかなる差別待遇も行いません。

#### 第五条

一 事業者は利用者に対して身元引受人を定めることを求めることがあります。但し、社会通念上身元引受人を定めることができない相当の理由がある場合は、その限りではありません。なお、利用者代理人は身元引受人を兼ねることができません。

二 身元引受人は、本契約に基づく利用者及び利用者代理人の事業者に対する債務について連帯債務者となるとともに、事業者が必要ありと認め要請したときはこれに応じて事業者と協議し、身上監護に関する決定、利用者の身柄引き取り、残地（置？）財産の引き取りを行うことに責任を負います。

## II 保証人

第六条 本契約の契約期間は、契約締結の日から認定の有効期限とします。契約期間満了の七日前までに利用者及び保証人から契約終了の申し入れがない場合には、本契約は更に六ヶ月間同じ条件で更新されるものとし、以後も同様とします。

第七条 事業者は、利用者及び保証人に対し、次に掲げる場合には、本契約に基づく入所利用を解除・終了することができます。



ます。

④ 利用者及び保証人が正当な理由なく、本契約に定める利用者負担金を三ヶ月分以上滞納し、事業者と協議し定めたいヶ月以上の期間内に利用料金が支払われない場合。

第八条 利用者の責に帰すべき事由によって、事業者が損害を被った場合、利用者及び保証人は連帯して、事業者に対して、その損害を賠償するものとします。

第九条 利用者及び保証人は、事業者の提供する介護保険施設サービスについての要望または苦情等について、担当支援相談員に申し出ることができます。

### Ⅲ 代理人

第一〇条 事業者は、介護保険関係法令と本契約の各条項にしたがってサービスを提供し、利用者または利用者代理人は事業者に対し、そのサービスに対する料金を支払います。

第一一条 契約期間満了の一四日前までに、利用者または利用者代理人から書面による更新拒絶の申し出がない場合、本契約は自動更新され、以降も同様とします。

第一二条 利用者または利用者代理人は事業者に対し、事業者が提供する介護保険給付サービス並びに介護保険給付外サービスについて、別紙「重要事項説明書」の通りの入居金並びに利用料を支払います。

以上のように、身元保証人、身元引受人、保証人、代理人（以下「身元保証人等」という）と名称は違っても、それぞれが契約当事者的な地位を与えられている。

すなわち「第三者方式」を用いなくとも、事実上それと同じ効果を「身元保証人等」で、得ようとしているのである。筆者は神奈川県内で、前述の「適正サービス契約指導事業」における講演などで、繰り返し「第三者方式は問題がある」と述べてきたので、その結果こういう形を取る事業者が多くなったのであろう。

しかし正面から「第三者方式」をとらずに、「身元保証人等」では本来あり得ない、こうした「問題条項」を設けることは、なおさら問題が多いといえよう。

その結果たとえば右記の第一〇条のように、代理人が料金を支払う義務を負担するというような条項になったりするのである。

なおこの点が、前述の「受益の意思表示に関する証拠として文書を残す必要があるならば、第三者方式と代理方式とのどこに違いがあるか」という点の、答えでもあるのである。

すなわち本来代理人によって契約締結しても、その代理人が料金を支払う義務を負担することはないが、「第三者方式」では、その第三者が料金を支払う義務を負担するという点において、代理方式と大きな違いがあるのである。

つまり事業者としては、あくまで家族が契約当事者となり、家族が料金支払義務を負担するという契約方式でないと安心できないというわけである。

しかしそうした効果を、「身元保証人等」で実現しようとすることは、全く予想外であった。

このような事態は何も神奈川県だけではないと思われる。先の中弁連のアンケートでの「身元引受人もしくは利用者の家族の署名捺印により代用している。」との回答が多かったというのも、同様の事情を物語っているといえよう。

## 七 成年後見制度と介護保険

このような事態の生じる原因は、何といつても成年後見制度の理解が不十分であるということと同時に、同制度を介護サービス締結のために利用する場合の課題ということがあげられよう。

すなわち前述の厚生省での記者会見で何人かの記者が口にした、「成年後見制度といつても、いったいどこまで使えるのか」という疑問が、事業者には根強いのである。

その一方「個別相談会」でも、最近成年後見制度に関する相談が増えており、施設を中心に事業者も成年後見制度利用の必要性は感じながらも、とりわけ資産のない高齢者が、介護サービス契約締結のためだけにこの制度を利用しようとしても無理ではないか、という疑問がこのような便宜的な契約条項を作らせているといえよう。

「個別相談会」で、ある特養ホームの介護相談員は、「成年後見制度というのは、費用ばかりかかってメリットがない、と聞いている」と述べていた。その一方で「身寄りのない利用者に対し、施設側だけで本人の介護計画について、費用の点まで含めて決めてしまつてよいものか」との正当な疑問を口にしていた。

このような成年後見に対する理解の不十分さは、この事業者だけでなく、多くの事業者に感じられた。したがってその点の啓蒙活動というものも、もつとなされなければならないと感じるのである。

また介護保険施行の際、同時に新しい成年後見制度も施行され、両制度は「車の両輪」とも説明されたが、本当の意味での「車の両輪」にするためにも、成年後見制度を利用しやすいように改善していくことの必要性を痛感するのである。

## 八 任意後見制度に反する条項

最後にながわ福祉サービス振興会における平成一四年度の「個別相談会」において、任意後見制度に反する条項が見られたので、その問題点について指摘したい。

それは複数の特養ホームにおいて用いられていた、次のような条項である。

### 第〇〇条（契約当事者の変更）

契約者は、契約の有効期間中、心神喪失その他の事由により判断能力を失った場合に備えて、契約者の家族等を保証人としてあらかじめ代理人とすることを定め、又は契約者の家族等を含む第三者に契約に関わる全権を委任することに同意するものとします。

### 第〇〇条（契約当事者の変更）

契約者は、契約の有効期間中、心神喪失その他の事由により判断能力を失った場合に備えて、契約者の家族等をあらかじめ代理人とすることを定めるか、又は契約者の家族等を含む第三者に契約者を変更することに同意します。

この条項を見て、筆者は全く驚きを禁じ得なかった。いうまでもなくこの条項は、明らかに任意後見制度、任意後見法に反する条項である。

しかしこのような条項を事業者独自で考えつくはずがないと調べてみると、やはりこの条項は全社協のモデル案にあった

のである。この条項は「オプション条項」として、全社協のモデル案に例が示されていたのである（但し全社協のモデル案の例は、右記の二番目に記載した条項であり、一番目の条項はその事業者がそれを独自にアレンジしたもののようである<sup>(11)</sup>）。筆者もモデル案作成に携わっていたときに、全社協のこの条項を見ていたはずであるが、その当時は「第三者契約」にはかりに注目していたので、迂闊にもこの条項の問題性については特に意識しなかったようである。しかし実際の契約書でこの条項を見ると、その問題性は明らかである。

この条項は任意後見法で要求している契約書を公正証書にすることや登記、後見監督人の選任等の手続・要件について、全くこれを無視して、一片の契約条項だけで任意後見と同じ効果を得ようというものであり、決して見過ごしにできないのである。

その意味で「第三者契約」よりも更に問題が大きいわねなければならない。

と同時に、このような条項をモデルとして示した全社協の責任も看過できない。

おそらく施設においてこの条項を用いているところは、決して少なくはないであろう。

当時はまだ任意後見法ができていなかったとは言いうるであろうが、しかし任意後見制度が創設されることは、すでに一般に知られていたのであるから、弁護士や学者が委員として加わりながらこのような条項を設けたことは、決して言い訳はできないであろう。

そもそも他人の財産の処分をなし得る後見人と同様の地位を、契約条項だけで、何らの法的手続も監督もなされずに、認めるという発想が理解しがたい。介護サービス契約といえども、何年にも亘れば自己負担だけでも何百万円もの支払を要することもある契約なのである。家族だからよいという発想は、「社会福祉基礎構造改革」の理念に添うものではないと、筆者は考える。

しかもこの点に関し、先述の厚生省の「契約に関する留意点」でも、これを容認する見解が示されていたことは、やはり看過できないところである。<sup>(12)</sup>

## 九 おわりに

以上介護保険サービス契約における「第三者契約」の問題点を指摘し、最後に成年後見制度に反する契約条項が、実際の契約で用いられていることを見てきた。

ところで周知のように平成一五年度から障害者福祉の分野で、いわゆる「支援費」方式で、措置から契約に移行することになった。

その場合に本人の意向が無視され、「家族のための福祉」になったら、より問題性が大きいといえる。したがって本稿で指摘した問題点をきちんと確認しておく必要性があると感じ、あえて拙文をまとめた次第である。

### 註

(1) 平成一一年一月二五日付全国社会福祉協議会発表「契約及び情報提供について」

契約書モデルについては「指定介護老人福祉施設」、「指定訪問介護（ホームヘルプ）」についてそれぞれ契約書案と、重要事項説明書案が示され、契約書につきそれぞれ「三者契約」が示されている。

(2) 平成一一年三月付社団法人シルバーサービス振興会発表「消費者の適正な選択行動を支援するための方策に関する調査研究事業報告書——契約編——」

契約書モデル案については「在宅介護サービス」、「在宅入浴サービス」、「在宅配食サービス」、「福祉用具レンタルサービス」についてモデル約款が示され、それぞれについて「三者契約編」が示されている。

- (3) 前掲(2) シルバーサービス振興会モデル契約書案五頁
- (4) 前掲(1) 全社協モデル契約書案三頁
- (5) 弁護士平田厚著『介護サービス契約書の実務解説』日本法令平成二二年三三頁
- (6) 『介護支援専門員』(メデイカルレビュー社) vol.2 No.2における拙論
- (7) 我妻債権各論上巻一一頁
- (8) 本文中に記載した「契約書における留意すべき事項について(案)」一一頁  
なおこの文書は(案)となっており、その後(案)ではない正式な文書が出されたという話は聞いていない。
- (9) このアンケート調査は事業者のみならず、利用者やその家族、民生委員、社会福祉協議会、市町村、国保連及び家庭裁判所宛に成年後見制度等も含めた事項についてなされており、その回答を比較してみるにより大変参考になる結果が得られており、貴重な調査となっている。
- (10) かながわ福祉サービス振興会が平成二二年一月にまとめた「介護サービス契約に関する調査(事業者用)について」とする報告書
- (11) 前掲(1) 全社協モデル契約書案三三頁、三四頁等
- (12) 前掲(8) 厚生省「契約における留意すべき事項について(案)」四頁で、前述の「第三者方式」について既述したあと、「また、判断能力が不十分となった場合、予め家族等に契約者の変更を行うことができる条項を設けることも可能」となっている。