

III 医療と福祉 ～ 非連続性と連続性

1 医療と福祉の非連続性 ～ 法律上の役割分担

○社会福祉士及び介護福祉士法2条2項
この法律において「介護福祉士」とは、第42条第1項の登録を受け、介護福祉士の名称を用いて、専門的知識及び技術をもって、身体上又は精神上の障害があることにより日常生活を営むのに支障がある者につき入浴、排泄、食事その他の介護を行うこと並びにその者及びその介護者に対して介護に関する指導を行うこと(以下「介護等」という。)を業とする者をいう。

○保健師助産師看護師法5条
この法律において「看護師」とは、厚生労働大臣の免許を受けて、傷病者若しくは若くは若く病に対する療養上の世話又は診療の補助を行うことを業とする者をいう。

*保健師助産師看護師法による看護師の「療養上の世話」業務
： 傷病者もしくは若くは若く病に対する身の回りの世話 (医療の分野)

*社会福祉士及び介護福祉士法による介護福祉士の「介護」業務
： 障害者に対する身の回りの世話 (福祉の分野)

法律上の「役割分担」は実際上、有効に機能しうるか？

2 医療と福祉の連続性

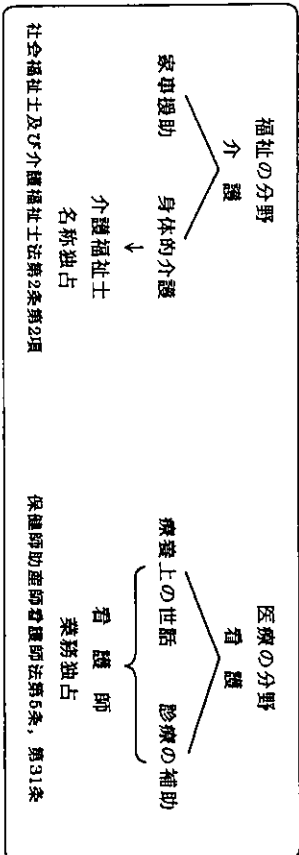
1) 疾病と障害
「障害」には、(1)生まれたときからの障害、(2)病気のあとの障害、(3)病気が並存する障害、の三つの部類が存在する……とくに慢性病の場合は疾患と障害が面の両面をなしていて、病気がよって引き起こされた事象を、個体の物理的・近学的変化という角度からとらえると疾患となり、人間としての働きの角度からとらえると障害になるのです。」



傷病者と障害者を厳然と区別することは困難

2) 介護と看護

現行法上、介護は福祉の分野の業務であり、看護は医療の分野の業務であると位置づけられている。介護の業務は、買物、炊事、洗濯、掃除といった「家事援助 (Home Making)」(家内的業務)と、体位交換、入浴・排泄・食事等の介助といった「身体的介護 (Personal Care)」(身辺的ケア業務)とに分けて考えることができる。これに対し看護の業務は、食事、排泄、睡眠、移動、清潔といった生活活動を援助する「療養上の世話」と、与薬、注射、診療機械の操作といった「診療の補助」とに分けられる。



介護業務と看護業務をめぐる現行法の枠組

- ①家事援助業務
： ホームヘルパーや介護福祉士という介護職にある者によって行われる。
- ②診療の補助として行われる医行為
： 介護職は行うことができず、看護師のみがそれを行う。
- ③介護福祉士が名称独占している身体的介護と看護師が業務独占している療養上の世話
↓

2) 介護の業務のうち、家事援助については法は何も規制していないので、誰でもこれを自由に行うことができる。これに対し、身体的介護については介護福祉士が名称を独占している (社会福祉士及び介護福祉士法第2条第2項)。したがって、介護福祉士でない者が入浴、排泄、食事の世話を行うこと自体は違法とならないが、介護福祉士でない者が介護福祉士という「名称」を用いてそれらを行うと違法となる。看護については、いずれの業務も看護師の業務独占であり (保健師助産師看護師法第5条、第31条)、看護師以外の者がこれを行うと、原則として、違法となる。

入浴、排泄、食事 etc. といったサービス内容が融合する。

⇓

介護福祉士と看護師の業務内容が生活活動の援助という側面において部分的に重複する。

⇓

医療と福祉の連続性

： 契約という観点から比較検討

IV 医療と契約

※特質や内容に関しては、従来あまり検討が加えられていない。

「医師＝患者関係に関する従来の議論が、医療過誤訴訟をめぐる問題、とくに医師の責任追究を容易化するための法律構成に集中していたため、診療契約についても、訴訟上の患者保護のための概念としての有用性のみが検討されてきたことにある。」

前立明・中井典雄編『医療過誤法』

1 医療契約の意義

1) 医療契約とは

○医療契約とは

患者側からの診療の申し込みとそれに対する承諾という意思表示の合致（合意）によって成立する契約。

d.f. 「医療機関と患者の間においてなされる診療関係の法的基礎は、その成立が両者の合意に基づく場合には、一般に契約であると解される。この契約は、診療契約ないし医療契約と呼ばれている。」

2) 医療契約の態様

①診療契約³⁾

既に傷病のある者、またはその疑いを感じている者が、医師に対して傷病の診察や治療を求めている場合の契約。

②診療契約以外の医療契約

○健康診断の契約⁴⁾

疾病の予防ないし早期発見のために健康の状態を診察してその結果を知らせる契約。

○特殊の医療契約⁵⁾

疾病・傷害の治療や予防を目的とするものではないが、そこで用いられる方法の観点からみて医療行為とされる診療を目的とする契約。

○法令による医療関係⁶⁾

社会保障関係法規が一定の医療給付をなすことを定めている場合の医療関係。

3) 患者が入院する場合には、この診療契約を中心として、そのほかに看護契約・病室賃貸契約・求職契約などを含めた入院契約が締結されることになる。契約内容については、福岡地裁昭和51年11月25日判例時報859号84頁。

4) e.g. 定期健康診断、生命保険契約の診査、人間ドック検診、受験目的の健康診断 etc. 契約内容は診察・検査等をして診断を下すことであり、疾病の治療までは含まない。健康診断により疾病が発見された後、治療を開始するという場合は、その時点から新たに診療契約が成立すると解される。

5) e.g. 整容整形、性転換手術、妊娠中絶、不妊手術 etc.

6) 各種の衛生法規が、一定の者に医師の診察・治療を受けるべきことを義務づけている場合の医療関係もある (e.g. 感染症予防法 §17、精神保健法 §27、予防接種法 §4、7、10 etc.)。これらは本人または代理人等の自由意思に基づく医療ではないため、医療契約の問題とはならない。

3) 診療契約の法的性質

①準委任契約説 (通説・判例)¹¹⁾

当事者の一方が事務の委託をし、相手方がこれを承諾して委任事務を処理する準委任の関係にあたりと解する説

②請負契約説

当事者の一方がある仕事を完成させ、相手方がその仕事の結果に対して報酬を支払う請負の関係にあたりと解する説¹²⁾。

③雇用契約説

当事者の一方が相手方の指示に従って労務に服し、相手方がこれに報酬を支払う雇用の関係にあたりと解する説。

④非典型契約説 (無名契約説)

医師 (病院等) と患者の法律関係は、どれか一つの契約類型 (典型契約/有名契約) にあてはまらず、むしろそれらを組み合わせた混合契約でないし特殊な非典型契約 (無名契約) であると解する説¹³⁾。

2 診療契約の成立

1) 診療契約の成立

：申込と承諾という2つの意思表示の合致によって成立する¹⁰⁾。

※方式は自由。明示・黙示を問わない¹¹⁾。

※ 患者側の申込：受付窓口における受診依頼/電話による受診依頼という形態
医療者側の承諾¹²⁾：口頭での意思表示がない場合が通例。

→ 具体的にこれを特定するのは困難

承諾の意思を推認することができる事実があればOK
(e.g. 診察券の交付、診察の開始 etc.)

2) 診療契約の特徴、概括的・抽象的内容

○申込＝承諾を端緒とする継続的契約関係。

○サービエ提供契約の一種。

○当初から、その内容は具体的に定まっておくわけではない。

→ 診療義務や報酬支払義務などの具体的内容については、その後の診療の経過および患者との具体的な交渉により確定されていくことになる (当初の抽象的合意とその後交渉を通じた具体的行為規範の形成と確定)。

診療契約においてはその債務の内容が、病気の進行性・変化性に
対応して可変的であるから。

○サービエ内容

*支配不可能要因 (主に生体機能の複雑性) の存在に起因する結果保証の欠如

10) さらに前提として契約の有効要件を具備していなければならない。

11) ただし、保険医療機関および社会保険診療については「緊急やむを得ない事由」があるときを除き、被保険者証などの提出が要求されている。

12) 医療行為は、患者側からの診療の依頼を契機として開始されるのが通常である。その依頼に対し、医師は「正当な事由がなければ、これを拒んではならない。」(医師法19条第1項、応招義務)。もっともこれは、「医療」が医師に独占されている (医師法第17条) こととの関係において國家に対して負う義務であり、患者が診療を拒否されないという利益を受けるのは、医師法第19条の反対にすぎない (反射的利益) といわれている。

7) 委任とは、当事者の一方 (委任者) が法律行為をなすことを委託し、相手方 (受任者) がこれを承諾することによって成立する契約のことをいい (864③)、準委任とは、法律行為以外の事務を委託する契約のことをいう (866⑤)。これらの効力は同じであり、区別する意義はないとされ同様に取り扱われている。

8) 医療行為の範囲が限定されその内容が明確なものは請負契約とすべきと解されている (e.g. 一定の明確な事項を目的とする手術、美容整形、歯科補綴 etc.)。

9) e.g. 「準委任或は雇用或は請負類似の混合契約」「請負または準委任、或は両者の結合せる一種の非典型契約」「請負と準委任の結合した非典型契約」「(手術契約は) 準委任と請負との混合契約」「特殊な無名契約のひとつ」「ひとつの特殊 (無名) 契約」「診療契約という無名契約」etc. ただし、いずれも無名契約であっても、それはどの典型契約に近いのかが問題となっており、多くの説はそれを準委任契約に近いものとみている。

一定結果の達成を困難



結果としての診療債務の手段債務化¹³⁾。

*サービスの直接の投入対象が身体・生命という極めて重要な法益

※診療行為の特徴

- ①高度の専門性
～極めて高度に体系化された専門科学である『医学』を個々の患者へ適用する。
- ②人体の個別性と医師の数量の必要性
人体の個別性：対象となる人体は個体差が大きく反応も千差万別。→ 医師の数量の必要性
人体への侵襲性
医療行為：故意に人体へ侵襲を加えて病気を除去しようとする。
- ③人身傷害の回復不可能性(危険性)
医療行為が人体への侵襲行為をともなうことから必然的に、ひとたび医療過誤が行われたならば、真に償うこと・回復することのできないような損害を、たった一度の人生を狂わすような損害を与える危険性が常に存在している。
- ④実質的要素と敷衍性
医療行為：多かれ少なかれ「一種」の実質的要素が含まれている。
～一般的に承認された医学医療をつくっても効果が無い場合、時として最大の治療効果を得るべく、一定の危険を計算したうえで、なお施行する勇氣(敷衍性)が医師には要求される。
- ⑤密着性・閉鎖性
密着性：医療現場＝原則、非公開
→ 情報の内在化(医療者側：多/患者側：少)
閉鎖性：医療の専門性・専門職に由来する排他性
→ 専門的知識・情報の欠如
医療社会の閉鎖性(←訴訟において、医師が他の医師に不利な証言をすることを嫌う)。

3 診療契約の当事者

1) 患者側

- (1) 患者が行為能力を有する成年人である場合
(満20歳以上の者、婚姻により成年とみなされた者)
→ 患者本人が契約当事者。

- (2) 患者が行為能力を有しないが意思能力を有する者である場合
(12・13～20歳までの意思能力ある未成年者)

①親権者等の法定代理人が同行したとき。

→ 同行した法定代理人が契約当事者。

※子供を受益者とする第三者のためにする契約が両親と医師との間に締結されていると構成することが可能¹⁴⁾。

②子供が単独で診療を求めているとき

→ 子供本人が契約当事者になる。

← 治療を受けるか否か、どのような治療を受けるか否かについては、未成年者ではあるが意思能力のある患者本人の「自己決定権」が尊重されるべきであるから¹⁵⁾。

- (3) 患者が意思能力を有しない者の場合

(e.g. 乳幼児、強度の精神障害者 etc.)

①法定代理説(判例)

親権者や後見人が患者を代理して契約を締結し、患者本人を契約当事者とする診療契約が成立すると解する説。

②第三者のためにする契約説¹⁶⁾

親権者などの保護者が患者を受益者として第三者のためにする契約を締結すると解する説。

14) 旭川地判昭和45年11月25日判時628号52頁は、16歳の子供を受益者とする第三者のためにする契約を認めている。

15) もっとも、この場合、診療報酬請求権の相手方は未成年者だけとなるが、本人とともに監護義務を履行する親権者たる監護義務者が診療報酬支払債務につき連帯して責任を負うと解すれば足りるだろう。

16) 民法第537条以下。契約当事者の一方(締約者)、第三者(受益者)に対して直接債務を負担することを契約の相手方(要約者)に約束する契約。第三者を受益人とする生命保険契約がその典型例である。

13) 専門家を一方当事者とする契約類型に共通の特質(専門的勞務提供契約)

③不真正第三者のためにする契約説
親権者が身上監護権（義務）（§ 820）に基づき、子供を医療給付の対象とする不真正な第三者のためにする契約（この場合、第三者の受益の意思表示は不要）を医師との間に締結していると構成する。この場合の契約当事者は親権者となる。



②③説の欠陥：受益者が受益の意思表示をすることができない。

(4) 患者が意識不明の者の場合

e.g. 交通事故や薬物中毒等による意識不明の場合 etc.

a) 夫婦の一方が患者で他方配偶者が診療申込みをしたとき

①真正/不真正な第三者のためにする契約説

②診療の申込みをした配偶者は、日常家事代理権（§ 761）に基づき、患者たる他方配偶者を代理して契約を締結したと解する説¹⁸⁾。

b) 夫婦以外の近親者が診療の申込みをしたとき

①真正/不真正な第三者のためにする契約説

②近親者の行為を無件代理（§ 113）と解する説¹⁹⁾。

③医師の医療行為を事務管理と解する説。

e) 交通事故で意識不明の者を友人が病院に運び込んだとき¹⁸⁾

①受診申込者と病院・意思との間に契約（不真正第三者のためにする契約）が成立し、受診申込者の傷病者に対する事務管理²⁰⁾となると解する説。

②病院・医師と傷病者との間に直接に事務管理が成立したものと解する説。

③受診申込者および病院・医師ともに傷病者に対する事務管理者たる地位に立つものとする説。

2) 医療者側

○個人開業医の場合

契約当事者＝当該医師

○法人が開設する医療施設や公的医療機関の場合

（通説・判例）契約当事者＝病院または診療所の「開設者」²¹⁾

c.f. 医療施設の勤務医、管理者

：医療契約上、開設者の履行補助者（履行代行者）。

3) 保険医療と契約の当事者

わが国の社会保険医療制度のもと、保健医療機関に対応する他方の契約当事者が、果たして患者なのか患者と保険者なのかが問題となる。

17) 生命・健康等の個人的事情に属する診療契約は代理に類しないとの批判がある。

18) この場合、医師・患者間に有効な契約が成立するためには無権代理行為の追認（§ 116）が必要となる

19) 救急隊員の場合：消防法第35条の5及び同第35条の6により、市町村や都道府県が救急業務の義務を負っており、救急隊員は、この義務の履行補助者であり、必要があれば患者の医療について病院と契約を締結する義務を負っている、と解する見解に立てば、市町村または都道府県が契約の当事者ということになる。しかし、消防法上の義務は「公法上の義務」であり、個々の者に対する私法上の義務ではないという見解に立てば、この場合も、事務管理の法理で処理することが妥当ということになる²⁰⁾。

20) 民法697条以下。法律上の義務がないのに他人のためにその事務（仕事）を処理すること。
21) 病院等の「経営者」であるとする説や病院等の「管理者」であるとする説もある。

(多数説) 患者と保険医療機関とが契約の当事者。
保険は診療報酬支払のための特別制度に過ぎない”。

【理由】 * 患者は保険医療機関を自由に選択できること。

- * 保険診療においても患者は一部負担金を直接に保険医療機関に支払う義務を負うこと。
- * 診療内容は患者の症状に照らした医師の判断と患者の意思によって決められるものであり保健医療の範囲を越えて診療がなされる場合があること

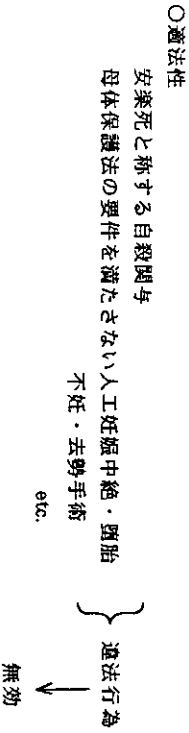
etc.

4 診療契約の効果

1) 診療契約の前提事項

(1) 診療契約の適法性・妥当性

- ※契約の有効要件
- ① 当事者：意思能力・行為能力が存在すること。
 - ② 意思表示：意思の欠缺がないこと。瑕疵がないこと。
 - ③ 内容：実現可能であること。適法であり、かつ社会的に妥当であること。



22) その他の学説として、①保険者(要約者)と保険医療機関(請約者)との間に被保険者(第三者)のためにする契約が成立しているとす説、②保険医療における契約関係は保険者と被保険者との間に成立し、保険医療機関は保険者の履行補助者にすぎないとす説、③保険者と保険医療機関との公法上の権利義務関係の成否にかかわらずなく、被保険者たる患者と保険医療機関との間に直接の診療契約が成立しているとす説がある。

○妥当性

ヤクザの指詰め etc. → 公序良俗違反の法律行為 → 無効

(2) 診療契約と契約自由の原則

○診療契約においては契約自由の原則が制限 (cf. 診療行為の特質)

① 契約締結の自由の制限

医師法19条第1項 (応招義務)

② 内容決定の自由の制限

過失責任排除特約の制限ないし禁止

「診療契約においては、関連法益の重要性に基づき、公序良俗による制約をうけやすいかぎり、私的自治の機能領域が縮小されている。」

2) 診療契約から導かれる権利義務 (cf. 診療行為の特質)

(1) 医師の義務

① 診療義務

医師(病院etc.)は、診療契約において合意された目的にしたがい、現代医学が認める医学的知識および診療方法を用いて診療する義務を負う。

② 承諾取付義務

患者の自己決定権を尊重するために、医師は、患者の身体に対して侵襲・苦痛・障害などを伴う診療行為を行う場合には、一定の診療行為ごとに、事前に患者の承諾(同意)を得なければならない義務を負う。

③ 説明義務(情報提供義務)

患者の自己決定権は、形式的には「承諾取付義務」によって確保されるが、実質的には「説明義務」によって始めて保障されるため、十分に情報を与えよく説明すべき義務を負う。

④療養指導義務

医師は、診察をしたときは、本人またはその保護者に対し、療養の方法その他保健の向上に必要な事項の指導をしなければならない義務がある（医師法 § 23）。

→ 公法上の義務であるが、診療契約においても患者側は当然に療養指導も含めた医療サービスを欲して契約したと通常考えられるため、療養指導義務は診療契約上の義務であると解すべき。

⑤転医させる義務

専門外または施設・人員の不備などのため「医療水準」に則した診療を施しえないときは、それを適切になしうる医療機関に転送し、あるいは転医を勧告すべき義務を負う。

⑥安全管理義務

医療施設の責任者は、診療行為における注意義務だけではなく診療行為以外の看護行為その他においても患者の安全を確保すべき注意義務がある。

⑦受取物等返還義務

医師（病院etc.）は、診療に際して予め患者側から受け取っていた金銭その他の物や、患者に対する診療行為において収取した物などは、これを患者に返還する義務を負う（§ 646）。

⑧診療録の記載・保存義務

医師が患者の診療を継続して適正に行うためには、患者ごとに診療録を作成して診療の都度その経過を記録し、その後の診療に備えておく義務がある。

⑨証明文書等の交付義務

診療もしくはは検案をし、または出産に立ち会った医師は、診断書もしくはは検案書または出生証明書もしくはは死産証明書の交付があった場合には、正当な事由がなければこれを拒んではならず（医師法 § 19）、また、患者に対し治療上薬剤を調剤して投与する必要があると認められた場合には、処方箋を交付しなければならない（医師法 § 22）。

→ 公法上の義務。しかし、それが患者側の必要と対応する限りにおいては、診療契約にも含まれるものと解すべき。

⑩特約による権利義務

(2) 患者側の義務

①診療報酬支払義務

→ 患者の中心的義務

②診療協力義務

診療行為は、患者の心身に対して直接に施されるものであり、診療は本質的に医師と患者との協同関係であるため、患者側の協力なしに診療目的を達することができない。

→ 医療側が診療契約に基づき診療義務を履行するに際して、患者側もそれに協力する義務があると解される。

5 診療契約の終了

1) 解除

(1) 解除自由の原則

○継続的契約：当事者間の信頼関係を基礎とする。

信頼関係が失われた場合には、契約関係を継続することは困難。

各当事者に特別な理由がなくてもいつでも解除することができる。（§ 651）

(2) 解除制限

○医師側

正当事由なくして契約の解除はできない（医師法 § 19）。

○患者側

原則として § 651に基づき解除はできない。

通常の診療契約：双務・有償契約の準委任契約

「当事者双方の利益のためになされた契約」と考えられるため。



診療契約を解除しても当事者間に不衡平な結果にならないような特別な事情があるときは、§651に基づく解除が可能。

(3) 解除方法

- 相手方への一方的意思表示による。
- 明示でも黙示の意思表示でもOK

2) 当事者の死亡・破産・後見開始etc.

(1) 当事者の死亡

(2) 破産

診療契約の場合

医療法人：破産すれば解散される（医療法 §56）のため診療契約も終了。
個人開業医の破産／患者の破産
：終了原因とすべきではない。

(3) 委任者の後見開始

委任契約：委任者の後見開始の審判により終了する（§653）。

医師側：免許取消＝医師資格を失う。――→ 診療契約終了

3) 医療の完了・不能etc.

V 福祉契約への若干の示唆

○医療契約論の最大の欠陥

医師＝患者関係に関する従来の議論が、医療過誤訴訟をめぐる問題、とくに医師の責任追究を容易化するための法律構成に集中していたため、診療契約についても、訴訟上の患者保護のための概念としての有用性のみが検討されてきたこと。



契約解釈に際しての基本的なスタンスの不存在

＝
サービスの質と利用者の安全性の確保

○法解釈の手法

「診療契約の有する特質や内容を詳細に検討せず、ア priori に診療契約の法的性質を論じることが、あまり意味がない。むしろ診療行為の有する特質や現代の医師＝患者関係の実体を直視し、そこからいかなる権利義務が帰結されており、また、将来いかなる権利義務が帰結されるべきかを論ずるべきである。かような作業の後にはじめて、契約内容との関係で、法的性質を含めた契約の位置づけにつき適切に論じることができると思われるからである。」

○契約論を論ずることの意義

法的地位の明確化

～ 責任の明確化（責任のあり方、責任の範囲・程度・種類）

契約という手法の限界の明確化

○福祉契約とは何か？（定義・構造の明確化）

福祉契約＝福祉サービスの供給契約／福祉サービスに関する契約？

どのような場面において、誰と誰が契約を締結するのか？

福祉契約と契約責任

笠井 修（筑波大学）

I はじめに

契約による福祉と契約責任

II 福祉契約の概念と特質

1 検討対象としての福祉契約の意義

2 福祉契約の特質

(ア) 「福祉の手段」としての契約——福祉の理念の契約への反映

(イ) 公共性・倫理性

(ウ) 継続的契約性

(エ) 福祉サービスの質の評価・表示の困難さ——市場原理に対する阻害要因

(オ) 消費者契約の側面とそれをこえる問題

(カ) 福祉サービス提供事業者に対する債権

(キ) 契約内容にわたる規制の強化

III 福祉契約をめぐる論点と解決の方向

1 福祉契約の成立にかかわる問題点

(ア) 福祉契約の構成

(イ) 交渉過程におけるサービス内容の明確化と説明義務

(ウ) 契約当事者の対等性確保と自己決定権の確保

(エ) 締結強制の可否

2 福祉契約の内容の確定

(ア) 法律による規制

(イ) 契約解釈

(a) 福祉契約の法的性質の決定

(b) 中等の品質の福祉サービス——プロセスベースの基準の必要性

(ウ) 契約内容の変更

(エ) 付随義務・保護義務

(オ) 主たる給付義務としての安全配慮義務

(カ) 有効性判断

3 福祉契約における契約違反と「福祉過誤」

(ア) 福祉サービスの提供における履行の瑕疵・欠陥と不完全履行

(イ) 救済

(a) 追完

(b) 損害賠償

(c) 解除と事業者の交替

IV むすび

社会福祉法

(福祉サービスの基本的理念)

第3条 福祉サービスは、個人の尊厳の保持を旨とし、その内容は、福祉サービスの利用者が心身ともに健やかに育成され、又は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に支援するものとして、良質かつ適切なものでなければならない。

(福祉サービスの提供の原則)

第5条 社会福祉を目的とする事業を営業者は、その提供する多様な福祉サービスについて、利用者の意向を十分に尊重し、かつ、保健医療サービスその他の関連するサービスとの有機的な連携を図るよう創意工夫を行い、これを総合的に提供することができるようにその事業の実施に努めなければならない。

(情報の提供)

第75条 社会福祉事業の営業者は、福祉サービス（社会福祉事業において提供されるものに限る。以下この節及び次節において同じ。）を利用してしようとする者が、適切かつ円滑にこれを利用することができるように、その経営する社会福祉事業に関し情報の提供を行うよう努めなければならない。

2 国及び地方公共団体は、福祉サービスを利用してしようとする者が必要な情報を容易に得られるように、必要な措置を講ずるよう努めなければならない。

(利用契約の申込み時の説明)

第76条 社会福祉事業の営業者は、その提供する福祉サービスの利用を希望する者からの申込みがあった場合には、その者に対し、当該福祉サービスを利用するための契約の内容及びその履行に関する事項について説明するよう努めなければならない。

(利用契約の成立時の書面の交付)

第17条 社会福祉事業の経営者は、福祉サービスを利用するための契約(厚生労働省令で定めるものを除く。)が成立したときは、その利用者に対し、遅滞なく、次に掲げる事項を記載した書面を交付しなければならない。

1. 当該社会福祉事業の経営者の名称及び主たる事務所の所在地
 2. 当該社会福祉事業の経営者が提供する福祉サービスの内容
 3. 当該福祉サービスの提供につき利用者が支払うべき額に関する事項
 4. その他厚生労働省令で定める事項
- 2 社会福祉事業の経営者は、前項の規定による書面の交付に代えて、政令の定めるところにより、当該利用者の承諾を得て、当該書面に記載すべき事項を電子情報処理組織を使用する方法その他の情報通信の技術を利用する方法であつて厚生労働省令で定めるものにより提供することができる。この場合において、当該社会福祉事業の経営者は、当該書面を交付したものとみなす。

(福祉サービスの質の向上のための措置等)

第18条 社会福祉事業の経営者は、自らその提供する福祉サービスの質の評価を行うことその他の措置を講ずることにより、常に福祉サービスを受ける者の立場に立つて良質かつ適切な福祉サービスを提供するよう努めなければならない。

2 国は、社会福祉事業の経営者が行う福祉サービスの質の向上のための措置を奨励するために、福祉サービスの質の公正かつ適切な評価の実施に資するための措置を講ずよう努めなければならない。

(誇大広告の禁止)

第19条 社会福祉事業の経営者は、その提供する福祉サービスについて広告をするときは、広告された福祉サービスの内容その他の厚生労働省令で定める事項について、著しく事実と相違する表示をし、又は実際のもつよりも著しく優良であり、著しく有利であると人を誤認させるような表示をしてはならない。

(参考) 額田洋一「福祉契約論序説」自由と正義51巻6号(2001年)32頁、笠井康「福祉契約論の課題」『半田正夫先生古希記念論文集』(2003年)861頁、原田大樹「福祉契約の行法学的分析」法政研究69巻4号(2003年)89頁、笠井康「福祉契約におけるサービスの『質』の評価」筑波法政35号。

I. はじめに

II. 医療と福祉

- 1 医療と福祉の非連続性
- 2 医療と福祉の連続性

III. 医療と契約

- 1 これまでの医療契約論
 - 1) 概観
 - 2) 契約の意義
 - 3) 契約の成立と終了
 - 4) 契約の当事者
 - 5) 契約の効力
 - 6) その他
- 2 医療契約論をめぐる近年の動向
 - 1) 専門委任論
 - 2) 関係的契約論
 - 3) 代理関係 (Inducary relation) 論

IV. 福祉と契約

- 1 概観
- 2 契約の意義
- 3 契約の成立と終了
- 4 契約の当事者
- 5 契約の効力
- 6 その他

V. 医療契約・福祉契約と消費者契約法

- 1 消費者契約法の概観
- 2 消費者契約法と医療契約・福祉契約

VI. 福祉契約の問題として行方

(2) 医療契約を換付するに際しての原則

○契約によりサービスが提供される場合には、市場取引関係を一般に規定する民法財産法編が原則的に適用され、必要に応じて、特別法が適用されることになる。
→契約の当事者に関する事項、契約内容に関する事項、契約の開始・変更・終了に関する事項等は、特別の法令がない限り、民法の原則に従うことになる。

2) 契約の意義

(1) 医療契約の種類・態様

①診療契約：現に診療のある者、またはその疑いを感じている者が、医師に対して療府の診察や治療を求めている場合の契約¹⁸⁾。
②健康診断の契約：疾病の予防ないし早期発見のために健康の状況を診察してその結果を知らせる契約¹⁹⁾。

③特殊の医療契約：疾病・傷害の治療や予防を目的とするものではないが、そこで用いられる方法の観点からみて医療行為とされる診療を目的とする契約²⁰⁾。

④その他²¹⁾＝準契約関係(事務管理)

(2) 診療契約の特性と法的性質

- ①契約の特性
 - a 継続的契約性²²⁾、サービス提供契約
 - b 診療債務の専門性
 - c 診療債務の抽象性
- 債務の具体的内容については診療の経過と患者との具体的な交渉により確定される。
(当初の抽象的合意とその後の交渉を通じた具体的行為規範の形成と確定)。

②契約の法的性質

- a 旧民法における解釈論
- b 現行民法における解釈論
 - i) 特約のない場合
 - 「準」委任契約説²³⁾：当事者の一方が事務の委託をし、相手方がこれを承諾して委任事務を処理する準委任の關係にあたりと解する説。(通説・判例)
 - 請負契約説²⁴⁾：当事者の一方がある仕事を実施させ、相手方がその仕事の結果に対して報酬を支払う請負の關係にあたりと解する説。
 - 雇傭契約説：当事者の一方が相手方の指示に従って労務に服し、相手方がこれに報酬を支払う雇用の關係にあたりと解する説。

9) 患者が入院する場合に、この診療契約を中心として、そのほかにも看護契約・検査契約・薬剤契約などを含めた入院契約が締結されることになる。契約内容については、福岡地裁昭和45年11月25日判例時報659号84頁。

10) a.g. 定期健康診断、人間ドック検診、受診目的の健康診断等。契約内容は診察・検査等をして診察を下すことであり、疾病の治療までは含まない。健康診断により疾病が発見された後、治療を開始するという場合は、その時点から新たに診療契約が成立すると解される。

11) a.g. 整容整形、妊娠検診、妊娠中絶、不正手術等。
12) 法令の規定による医療関係(～事実上の関係)：社会保険関係が一定の医療給付をなすことを定めている場合の医療関係。各種の衛生法規が、一定の者に医師の診察・治療を受けるべきことを義務づけている場合の医療関係もある(a.g. 感染症予防法§17、精神保健法§27、予防接種法§4、7、10等)。これらは本人または代理人等の自由意思に基づく医療ではないため、医療契約の問題とはならない。

13) 契約期間に存続期間があり、その間、履行が継続してなされる契約。
14) 委任とは、当事者の一方(委任者)が法律行為をなすことを委託し、相手方(受任者)がこれを承諾することによって成立する契約のこととまいい (§643)、準委任とは、法律行為以外の事務を委託する契約のことをいう (§656)。これらの効力は同じであり、区別する意義はないとされ同様に取り扱われている。

15) 医療行為の範囲が限定されその内容が明確なものとは請負契約とすべきと解されている(a.g. 一定の明確な事項を目的とする手術、整容整形、歯科補綴等)。

○無名契約説²⁵⁾：医師(病院等)と患者の法律関係は、どれか一つの契約類型(典型契約/有名契約)にあてはまらず、むしろそれらを超み合わせた混合契約ないし特殊な非典型契約(無名契約)であると解する説。

ii) 特約のある場合

○原則として医療行為における特約の有効性を認める。
→請負契約的な性格のものとして解する。 a.g. 特約の内容(公序良俗違反、免責約款)

3) 契約の成立と終了

(1) 契約の成立

①診療契約の成立要件

○申込と承諾という2つの意思表示の合致(方式は自由。明示・黙示を問わない。)

○契約の有効要件の具備

当事者：意思能力・行為能力が存在すること。
意思表示：意思の欠缺がないこと。瑕疵がないこと。
内容：実現可能であること。違法でありかつ社会的に妥当であること。
○契約の適法性・妥当性
違法性：安楽死と称する自殺願望、母体保護法の要件を満たさない人工妊娠中絶・堕胎・不妊・去勢手術等。→ 違法行為＝無効
不当性：ヤクザの借財め等。→ 公序良俗違反の法律行為＝無効

②診療契約の申込(患者側からの申込)

受付窓口における受診依頼・電話による受診依頼という形態

③診療契約の承諾(医療者側の承諾)

口頭での意思表示がない場合が通例＝具体的にこれを特定するのは困難

→承諾の意思を推認することができると事実があれば承諾があったものと認められる。

④診療契約と契約自由の原則→診療契約においては契約自由の原則が制限

○契約締結の自由の制限→医師法19条第1項(広告義務)

○内容決定の自由の制限→過失責任排除特約の制限ないし禁止

(2) 契約の終了

①継続的契約の通常の終了形態

期間の定めのある場合 | 期間の満了 → 医療の完了・医療不能等
更新拒絶

期間の定めのない場合：解約申入れ (§617、657) ※明確な解約申入れがないのが通常。

②通常ではない終了形態

a 債務不履行があった場合

債務の強制実現

損害賠償

○委任契約における解除(解約)自由の原則

16) その例として、たとえば「準委任者は雇用或は請負関係の混合契約」「請負または準委任、或は両者の結合せる一種の非典型契約」「請負と準委任の結合した非典型契約」「(手術契約は)準委任と請負との混合契約」「特殊な無名契約のひとつ」「ひとつの特殊(無名)契約」「診療契約という無名契約」など。ただし、いずれも無名契約であっても、それはどの典型契約に近いかが問題となっており、多くの説はそれを準委任契約に近いものとみている。

17) ただし、保険医療機関および社会保険診療については「緊急やむを得ない事由」があるときを除き、被保険者証などの提出が要求されている。

18) 医療行為は、患者側からの診療の依頼を契機として開始されるのが通常である。その依頼に対し、医師は「正当な事由がなければ、これを拒んではならない。」(医師法19条第1項、広告義務)。もっともこれは、「医療」が医師に独占されている(医師法17条)こととの関係において国家に対して負う義務であり、患者が診療を拒否されないという利益を受けるのは、医師法19条の反対にすぎない(反社会的利益)といわれている。

19) a.g. 診療費の交付、診療の開始等。

～信頼関係が失われた場合には、契約関係を継続することは困難であるため、各当事者は特別な理由なくしていつでも解除することができる。(§ 651)

○診療契約の制限

*診療を行う側：正当事由なくして契約の解除はできない(医師法 § 19)。
*診療を受ける側：原則として § 651 に基づく解除はできない。

← 通常の診療契約：双務・有償の委任契約であるため。
= 「当事者双方の利益のためになされた契約」と考えられるため。

○診療契約解除の方法

*相手方への一方的意思表示による(明示でも黙示の意思表示でもよい)。

b 個別の契約類型ごとに定められている特別な終了原因

○当事者の死亡

*当事者の死亡

*当事者の破産

医療法人：破産すれば解散される(医療法 § 55) のため診療契約も終了。

個人開業医の破産/患者の破産：終了原因とすべきではない。

委任契約：委任者の後見開始

医師：免許取消=医師資格を失う。→診療契約終了

4) 契約の当事者

(1) 自由診療の場合

①診療を行う側

a 私立の場合

○診療所するとき ~ 非法人の場合：医師 / 法人の場合(社団または財団)：開設者

b 国公立の場合 ~ 設置者である国・各自治体(開設者)

②診療を受ける側

a 意思能力

○有する者の場合 →行為能力の問題

○有しない者の場合

○患者が意思能力を有しない者の場合

*法定代理説：親権者や後見人が患者を代理して契約を締結し、患者本人を契約当事者とする診療契約が成立すると解する説。

*第三者のためにする契約説：親権者などの保護者が患者を受託者として第三者のためにする契約を締結すると解する説。

*不真正第三者のためにする契約説：親権者が身上監護権(職務)(§ 820) に基づき、子供を医療給付の知覚とする不真正第三者のためにする契約(この場合、第三者の受託の意思表示は不要)を医師との間に締結していると構成する。この場合の契約当事者は親権者となる。

○患者が意識不明の者の場合

→夫婦の一方が患者で他方配偶者が診療申込みをしたとき

*真正/不真正な第三者のためにする契約説

20) 診療契約を締結しても当事者間に不衡平な結果にならないような特別な事情があるときは、§ 651 に基づく解除が可能。

21) 22) 23) 24) 25) 26) 27) 28) 29) 30) 31) 32) 33) 34)

*診療の申込みをした配偶者は日常家事代理権 (§ 761) に基づき患者たる他方配偶者を代理して契約を締結したと解する説。

→夫婦以外の近親者が診療の申込みをしたとき

*真正/不真正な第三者のためにする契約説

*近親者の行為を無権代理 (§ 116) と解する説。

*医師の医療行為を事務管理と解する説。

→交通事故で意識不明の者を友人が病院に運び込んだとき

*受診申込み者と病院・意思との間に契約(不真正第三者のためにする契約)が成立し、受診申込み者の遺病者に対する事務管理と解する説。

*病院・医師と遺病者との間に直接に事務管理が成立したものと解する説。

*受診申込み者および病院・医師ともに遺病者に対する事務管理者たる地位に立つものとする説。

b 行為能力

○有する者の場合(患者が行為能力を有する成年者である場合) →患者本人が契約当事者(有しない者の場合(行為能力を有しないが意思能力を有する者である場合))

→親権者等の法定代理人が同行したとき →同行した法定代理人が契約当事者。

*子供を受託者とする第三者のためにする契約が両親と医師との間に締結されていると構成することが可能。

→子供が単独で診療を求めるとき →子供本人が契約当事者。

*治療を受けるか否か、どのような治療を受けるか否かについては、未成年者ではあるが意思能力のある患者本人の「自己決定権」が尊重されるべきであるから。

(2) 社会保険診療の場合

①診療を行う側

a 指定医療機関説

○診療：保険者と指定医療機関との関係は、あたかも(構)使用者と(準)被用者との関係にあり、また、指定医療機関と被保険者との診療契約は、あらかじめ締結されている保険者と指定医療機関との間の双務協定の枠内で行われる二次的(間接的)診療契約であり、本来の一次的診療契約は、むしろ保険者と被保険者との間になされていると解する説。

b 保険者説：保険診療と被保険者との間にどのような公法上の権利義務関係が生ずるかとはかわりなく、保険診療の被保険者である患者と被保険者との間には、診療に関する合意によって直接診療契約が締結されると解する説。

②診療を受ける側

a 被保険者説：医療が引き受けられた以上は、被保険者も契約の当事者となり、被保険者と

25) 生命・健康等の個人的事情に属する診療契約は代理に属しないとの批判がある。

26) この場合、医師・患者間に有効な契約が成立するためには無権代理行為の追認 (§ 116) が必要となる。

27) 救急隊員の場合：消防法第35条の5及び同法第35条の6により、市町村や都道府県が救急業務の職務を負っており、救急隊員は、この職務の履行補助者であり、必要があれば患者の医療について病院と契約を締結する職務を負っている。と解する見解に立って、市町村または都道府県が契約の当事者ということになる。しかし、消防法上の職務は「公法上の職務」であり、国々の者に対する私法上の職務ではないという見解に立って、この場合も、事務管理の法理で処理することが妥当ということになる。

28) 民法第697条以下、法律上の義務がないのに他人のためにその義務(仕事)を処理すること。

29) 満20歳以上の者、婚姻により成年とみなされた者

30) 12・13~20歳までの意思能力ある未成年者

31) 旭川地判昭和46年11月25日判時623号62頁は、16歳の子供を受託者とする第三者のためにする契約を認めている。

32) もっとも、この場合、診療報酬請求の相手方は未成年者だけとなるが、本人とともに監護義務を履行する親権者たる監護義務者が診療報酬支払義務につき連帯して責任を負うと解すれば足りるだろう。

33) 松倉

34) 判例、加藤、新典

指定医療機関との間には、保険医療の枠を超えた、もっと広い内容を有する私法上の医療契約が成立していると解する説³⁶⁾。

第三者のためにする契約説：保険診療は、保険者と要請者、医師等を締結者、被保険者＝患者を受託者とする第三者のためにする契約によるものであり、保険診療の契約当事者は保険者と医師等であって、患者＝被保険者は契約当事者ではないと理解したうえで、国の機関としての知事が、被保険者のために、保険者に代わって、療養の給付、診療方針、診療報酬など健康保険法等に規定されている条項を内容として医療機関との間で締結する公法上の双務的・附従的契約であると解する説。

5) 契約の効力～診療契約から導かれる権利義務

(1) 診療を行う側の義務
《抽象的》普管注意義務 (§ 644)
《具体的》

●給付義務

①診療義務：医師(病院等)は、診療契約において合意された目的にしたがい、現代医学が認める医学的知識および診療方法を用いて診療する義務を負う。

●付随義務

②承諾交付義務：患者の自己決定権を尊重するために、医師は、患者の身体に対して侵襲・苦痛・不安などを伴う診療行為を行う場合には、一定の診療行為ごとに、事前に患者の承諾(同意)を得なければならない義務を負う。

③説明義務：患者の自己決定権は、形式的には「承諾交付義務」によって確保されるが、実質的には「説明義務」によって始めて保障されるため、十分に情報を与えよく説明する義務を負う。

④療養指導義務：医師は、診療をしたときは、本人またはその保護者に対し、療養の方法その他保護の向上に必要な事項の指導をしなければならぬ義務がある(医師法 § 23)³⁷⁾。

⑤転医させる義務：専門外または施設・人員の不備などのため「医療水準」に則した診療を施しえないときは、それを適切になしうる医療機関に転送し、あるいは転医を勧告すべき義務を負う。

⑥安全管理義務：医療施設の実行者は、診療行為における注意義務だけでなく診療行為以外の看顧行為その他においても患者の安全を確保すべき注意義務がある。

⑦受取物等返還義務：医師(病院等)は、診療に際して予め患者側から受け取っていた金銭その他の物や、患者に対する診療行為において収取した物などは、これを患者に返還する義務を負う (§ 646)。

⑧診療録の記載・保存義務：医師が患者の診療を継続して適正に行うためには、患者ごとに診療録を作成して診療の経過を記録し、その後の診療に備えておく義務がある。

⑨証明文書等の交付義務：診療もしくは検査をし、または出産に立ち会った医師は、診療費もしくは検査費または出生証明書もしくは死産証明書等の交付があった場合には、正当な事由がなければこれを拒んではならず(医師法 § 19)、また、患者に対し治療上薬物を調剤して投与する必要があると認められた場合には、処方箋を交付しなければならない(医師法 § 22)³⁸⁾。

⑩特約による権利義務

36) 野田
36) 公法上の義務であるが、診療契約においても患者側は当然に療養指導も含めた医療サービスを欲して契約したと通常考えられるため、療養指導義務は診療契約上の義務であると解すべきとされる。
37) 公法上の義務。しかし、それが患者側の必須と対応する限りにおいては、診療契約にも含まれるものと解すべきとされる。

(2) 診療を受ける側の義務

●給付義務

①診療報酬支払義務

●付随義務

②診療協力義務：医療側が診療契約に基づき診療義務を履行するに際して、患者側もそれに協力する義務があると解される。

③費用前払義務 (§ 645)

④費用等償還義務 (§ 650①②)

⑤損害賠償債務 (§ 650③)

⑥その他

- (1) 契約がないとき(事務管理としての医療行為)
- (2) 免責約款・特約など
- ①無給血特約
- ②手術承諾書

2 医療契約論をめぐる近年の動向

- 1) 専門家責任論
- 2) 関係的契約論
- 3) 信託関係 (fiduciary relation) 論

IV 福祉と契約

1 概観

(1) 議論状況

○社会福祉基礎構造改革以降の議論：議論の途についたばかり。
→議論の質・量なし。論理的整理が十分にされていない。

○医療契約論との相違～議論の起点と方向性の違い

*医療契約論～精神的議論
議論の増進：医療過誤訴訟で問題となる債務不履行の前提として論ずる。
契約の効力の側面における議論の深化：裁判例の集積→普管注意義務の具体化・類型化

*福祉契約論～演繹的議論
議論の増進：福祉領域における契約という手段の導入。

契約の効力の側面における議論の深化：契約解釈による。

(2) 福祉契約を検討するに際しての原則
○契約によりサービスが提供される場合には、市場取引関係を一般に規定する民法財産法論が原則的に適用され、必要に応じて、特別法が適用されることになる。

→契約の当事者に関する事項、契約内容に関する事項、契約の開始・変更・終了に関する事項等は、特別の法令がない限り、民法の原則に従うことになる。

2 契約の意義

1) 福祉契約の定義・想定契約

(1) 定義

「附：「福祉サービスに関する契約」³⁹⁾

39) 野田

口説：「福祉における契約」⁴⁴⁾
 ハ説：「福祉サービスへの供給を媒介する契約」⁴⁵⁾
 ニ説：「福祉サービスを提供することを目的とする契約」⁴⁶⁾
 ホ説：「福祉サービスへの給付を目的とする契約」⁴⁷⁾
 想定契約

イ説：社会福祉事業に該当する種類の事業のサービス利用契約、有料老人ホームの利用契約
 ハ説：児童福祉における保育所についての利用者と地方公共団体との契約、各障害者福祉ホームや母子福祉施設における事業費補助方式による利用者・事業者間の利用契約、高齢者福祉における福祉サービス（社会保険方式を利用したうえで）の利用者・指定事業者（施設）間のサービス利用契約（介護サービス提供契約）、障害者福祉における居室・施設サービス／児童福祉における居室サービス（支援費方式による利用者・事業者（施設）間のサービス利用契約）
 ホ説：社会福祉施設改革で登場した3つの契約（保育所入所契約、介護保険サービス利用契約（介護契約）、支援費方式に基づく契約（障害者福祉契約））⁴⁸⁾

2) 福祉契約の特性と法的性質

(1) 契約の特性
 ①契約の手段性（「福祉の手段」としての契約）
 →社会福祉法例のなかにおける福祉サービスの供給手段としての契約
 ~契約締結の前提として給付決定を要する

②公共性・倫理性
 ←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・健康を支える。

③継続的契約性、サービス提供契約
 →福祉サービスの提供契約に基づく関係：一種の継続的契約関係

④利用者・提供者間の交渉力の格差、情報収集・分析能力の格差
 →一般の消費者契約に比べ格段に大きい。→消費者契約法の側面とそれをこえる問題

⑤福祉サービスの質の許容・表示の困難さ
 →福祉サービスの提供契約：事前にサービスの質を表示することやそれを実際に評価して契約締結の判断を行うことがしばしば困難。

⑥契約内容に関する規制の必要性
 →福祉サービスの特性から適正な契約実現のために規制・介入の強化が求められる。

⑦契約目的の不明確性：契約を締結することによって得ようとする最終的な目的が明確ではないことが多い。

(2) 契約の法的性質

①(準)委任契約説

②請負契約説：個々の福祉契約の内容に即して請負契約としての性質をもつ場合もあれば準委任契約としての性質をもつ場合もありえようが、今日の福祉サービスの多くは一定の仕事の完成を目的としている無形の請負契約と見るべきであると解する説⁴⁹⁾。

③無名契約説：福祉契約を一種の複合契約であると解する説⁵⁰⁾。

39) 坂本

40) 坂井

41) 大曾根

42) 原田。なお、福祉契約の概念に含まれる契約の多様性を考慮し、福祉契約を「介護契約、障害者福祉契約」の意味に限定したうえで論じている。

43) 定義によれば社会保障と無関係に成立する有料老人ホーム入居契約や認可外保育施設との保育契約なども含まれることにもなる。もっとも、これらについては後述の別取扱いとしている。

44) 坂井。その例として入浴サービスをあげる。

45) たとえば、有料老人ホームについて、丸山英氣「有料老人ホーム契約の性格」ジュリスト94号22頁（年）において、「施設介護の場合には、施設の賃貸借契約、家事サービスに関する準委任ないし請負契約が複合している」と解する。

3) 福祉契約の理念
 (1) 憲法 § 13、§ 25
 (2) 社会福祉法 § 3、5、75以下
 (3) 老人福祉法
 (4) 各種運営基準

3 契約の成立と終了

1) 契約の成立

(1) 契約成立までのプロセス
 第1段階 利用者 → 行政 : 給付申請
 第2段階 行政 : 給付決定
 第3段階 利用者・事業者 : 契約締結
 ※給付決定が契約締結の前提となっているが、医療契約にはなし。

(2) 各段階における特徴
 ①第1段階
 ○利用者側 ←給付申請には行為能力が必要とされる。
 行為能力を欠く利用者に対する法的シフト
 成年後見制度、地域福祉権利擁護事業
 ○行政側：電話連絡あり。行政手続法の申請に対する処分ルールが運用される（行政手続法 § 5以下）。

②第2段階～第3段階
 ○第2段階の給付決定：福祉サービスの必要性に基づくサービス費用保障の上限額の決定
 第3段階の契約締結：どのようなサービスを誰から提供するか具体的な決定。
 → 給付決定が契約内容の枠組みを規定する機能を持つ。

③第3段階

※詳細な議論なし。→民法（消費者契約法）の原則による。
 (3) 福祉契約と契約自由の原則
 ○事業者が利用者を選別して恣意的な「介護拒否」を行う可能性があり、事業者が、利用者からの契約締結の申込みを拒否できるかが問題となる。
 → 各事業運営基準のレベルでは、正当な理由なくしてサービスの提供を拒否できない旨が規定されている。

2) 契約の終了

(1) 継続的契約の終了形態
 期間の定めのある場合 [更新拒絶]
 期間の定めのない場合 [更新拒絶]

(2) 通常ではない終了形態
 a 債務不履行があった場合
 損害賠償
 契約の解除

○委任契約における解除（解約）自由の原則
 福祉契約（準）委任契約と解するならば、
 →各当事者に特別な理由がなくてもいつでも解除することができる。（§ 651）
 ○福祉契約解除の制限

46) 原田

*サービス利用者側：現在のところ実上の制約はない。
*サービス提供者側：契約を継続しがいざ重大な事情等がない限り契約の解除を認めない。(各種運営基準)

※民法：信義則による制限が課されるべき

※福祉契約の解消はしばしば利用者の生活基盤そのものを左右する意味を持つ。
○福祉契約解除の方法
※詳細な議論なし。 →民法(委任契約)の原則による。

○個別の契約類型ごとに定められている特別な終了原因
※詳細な議論なし。 →民法(委任契約)の原則による。

4 契約の当事者

1) 利用者本人に十分な判断能力がある場合 →利用者・事業者間の契約

2) 利用者の判断能力が疑わしい場合⁴⁴⁾

(1) 成年後見制度を利用して利用者本人名義の契約を結ぶ方法

①同意権者(補助人、保佐人)の同意を得て本人と契約を結ぶ場合

②利用者の法定代理人(保佐人、補助人、成年後見人)と利用者本人名義の契約を結ぶ場合

(2) 利用者本人以外の者(家族など)と事業者が「第三者のためにする契約」を締結する方法
→支払能力に不安のある痴呆性高齢者などと事業者との契約締結を回避することを要図

5 契約の効力 ~ 福祉契約から導かれる権利義務 —— 平田報告

1) サービス提供者の義務
《抽象的》普皆注意義務 (8 844)
《具体的》

●給付義務

(1) サービス提供義務

●付随義務

(2) 公正義務：契約内容を公正なものとし、契約締結過程においても公正に行動しなければならぬ義務⁴⁵⁾。
→サービス内容等につき不特定多数の潜在的利用者に対して明らかにし透明化する義務。cf.社会福祉法 8 75

(3) 情報提供義務(透明化義務)：自己(事業者)に関する情報、自己(事業者)の提供するサービス内容等につき不特定多数の潜在的利用者に対して明らかにし透明化する義務。cf.社会福祉法 8 75

(4) 説明義務：特定の利用者に対して、利用契約の内容およびその履行に関する事項について、利用者が十分理解・納得したうえで契約を締結できるように説明するべき義務。cf.社会福祉法 8 76

(5) 書面化義務：契約の成立に際し、利用者に契約上の重要事項に関して記載した書面を渡す必要をもち、適切な苦情解決システムを備え、それを利用者に周知させる義務、並びに協議をもつて苦情解決に努める義務。cf.社会福祉法 8 77

(6) 苦情解決義務：適切な苦情解決システムを備え、それを利用者に周知させる義務、並びに協議をもつて苦情解決に努める義務。

(7) 給付利益・給付効果の原簿への開示義務

(8) 安全配慮義務：利用者の生命・身体・財産を害しないように配慮する義務。

(9) 契約の終了に伴う援助義務：介護老人福祉施設入所契約において円滑な退所できるように配慮するべき義務(福祉契約の余後効)

47) サービス契約も利用者側からの「契約の自由」を規定している。

48) 詳細は、福祉サービスに関する研究会「福祉サービスにおける第三者評価事業に関する報告書」(2011年)、日本弁護士連合会「契約型福祉社会と権利保護のあり方を考える」2015年(2002年)。

49) 社会福祉法 8 76 (自己評価(点検)義務)、8 79 (障大広告の禁止)、8 80 (配属義務) は、公正義務の行政規

範としての社会福祉法上の具体化であるとされる。

(10) 契約終了後の利用者の個人情報保護義務(福祉契約の余後効)

2) サービス利用者の義務

●給付義務

(1) 代金支払義務

●付随義務

(2) 協力義務

6 その他

1) 免責約款・特約など

→福祉契約と消費者契約法へ

2) 福祉契約の関係性・信託関係性
→「相手方から信頼・依存を受ける者に対しては、高度の注意義務(诚实義務・利益配慮義務)が課せられることが一般に承認されている。近時『社会関係そのものが契約の拘束力を生み出し、また様々な契約上の義務を生み出す』という『関係的契約』概念が紹介されているが、福祉契約もその一適用場面といえることができる。」⁴⁶⁾

V 医療契約・福祉契約と消費者契約法

1 消費者契約法の概観

1) 消費者契約法の基本的枠組

(1) 立法趣旨

○国の基本政策：公平でかつ効率的な高い社会の実現を目標。
→公正な市場経済における自由な取引の実現に向けて規制緩和の責務。

○規制緩和を実施するに際しての前提
消費者：①可能な限りの自由選択の機会の確保・自己決定に基づく結果に対する自己責任の原則の徹底。
②消費者が十分な情報に基づく自発的な意思決定

○現実社会における状況

①商品供給・サービス供給にかかる取引・約束の多様化・複雑化

②当該取引ないし契約を締結する事業者と消費者との間のある情報の質・量、交渉力の大きな格差。

③約款の問題

→消費者に自己責任を求めることは不当な結果をもたらしたり、公正で自由な市場を築めるおそれ。

○消費者契約法の立法趣旨

：消費者が十分な情報に基づいて自由な意思決定ができる場を確保する手段を用意するとともに事業者による不当な契約内容の押しつけを回避する方策を定める。

(2) 当事者 (8 2)

「消費者」：事業に関わらないで契約を締結する個人

「事業者」：法人その他の団体および事業者として事業のために締結の当事者になる場合における個人をいう。

2) 契約締結過程における消費者保護 (8 4)

→適切な情報に基づかないで締結した契約の効力を否定できる場面を定める。

(1) 誤認による契約の取消 →取消可能 (8 4①②)

*契約締結の勧誘に際して、事業者が重要事項につき真実でない事実を告げ、または不確実な見込みについて断定的な判断を提供することによって、消費者に誤認を生じさせた場合

(2) 困惑による契約の解消 → 取消可能 (84②)
契約の勧誘に際して、事業者が消費者の住居などに居座ったり、事業者が勧誘をしている場所から消費者が去ることを妨げたりして、消費者を困惑させ、それによって契約を締結させた場合

3) 契約内容に関する消費者保護 (88, 9)

(1) 免責事項 (88) ~ 事業者の契約責任・不法行為責任を減免する事項
全部免除事項：すべて無効
一部免除事項：故意または重大過失により生じた損害につき免除しようとする事項を無効

(2) 損害賠償額の予定 (89) ~ 消費者が負う損害賠償責任に例してその賠償額を予め定める事項
通常生ずるのである損害額よりも多額の損害賠償額を予定している場合：無効
→ 交渉力の劣る消費者が自発的に合意したとはいえないのが通常。

(3) 民法や商法による場合に比べて、消費者の権利を制限したり、消費者の義務を加重したりする契約条件であつて信義に反する程度に消費者の利益を害する事項 (810)

2 消費者契約法と医療契約・福祉契約

1) 医療契約と消費者契約法

(1) 形式的

医療の供給形態：医師・看護師その他、メデイカルの専門的知識ないし技術を総合した医療
診療契約 = 医療サービス提供契約
→ 診療を受ける側 = 「消費者」
診療を行う側 = 「事業者」?

自由診療の場合 / 社会保険診療の場合：通説・判例によれば医療機関・開業医が契約当事者 → 医療機関：個人開業医：消費者契約法上の事業者に該当
↓
消費者契約法の適用対象内

② 実質的 ~ 医療は契約たりうるか?

→ ① 商品の売買とは性質が異なる(医療サービス：不確定かつ変動する情報に基づいて、最適な結果を得るために、店舗店室に提供される性格を有している。)

② 契約という觀念になじまない。

→ プロセス的な性格を有しているサービス提供契約を契約として把握することはそれほど真例のことではない (e.g. 弁護士と依頼人との間で締結される紛争処理委託契約、経営コンサルタント契約等)。契約締結後に得られた情報に基づいて、サービス提供義務が具体的に確定される性質の契約として理解可能(契約において提供者に課されるサービス提供義務の内容が事前に確定していかないだけ)。

(2) 医療契約と消費者契約法

⇒ 「裁判例によって、消費者契約法よりもはるかにきびしい法律制が医療機関をいし医師に適用されている。」⁵³⁾

52) 重要事項とは、契約の目的となつていものの性質、用途その他の内容か、または、契約の目的の範囲もしくはその他の取引条件であつて、契約を締結するかどうかの判断に通常影響を及ぼすものとされる(法84④)。
53) 新泉

① 誤認型契約の取消 (84) とインフォームド・コンセント論との関係
○ 最近の最高裁判決によれば、医療機関ないし医師には、消費者契約法よりもはるかに詳しい説明義務が課されている。
→ 情報提供に関しては、インフォームド・コンセントに関する現在の判例のほうが消費者契約法よりも重い義務が医療機関ないし医師に課されている。

② 診療契約における免責事項

○ 手術承諾書における免責事項 = 消費者契約法における免責事項
→ 判例において早くから「例文にすぎない」として法的効果を否定する。
→ 消費者契約法においては、これを明文で規定。

2) 福祉契約と消費者契約法

(1) 福祉契約は消費者契約たりうるか
福祉契約によりサービス提供を受ける利用者 = 「消費者」
福祉サービス = 事業 → 福祉サービス提供者 = 「事業者」
↓
消費者契約法の適用対象内

(2) 福祉契約と消費者契約法

⇒ 「福祉サービスの利用者の保護にあつて契約取消権と免責事項の無効を認めても、是れより問題のほんの一部をカバーするにすぎない。」⁵⁴⁾

① 誤認型契約の取消 (84) と福祉契約

e.g. 事業者が介護保険給付対象かどうかについて不実告知をした場合 → 取消可能
→ 一部または全部無効 e.g. モデル契約書の規定における免責要件
→ 消費者契約法上の不当条件に当たらない場合であっても、福祉契約では公正義務に反する不公正な条件は無効と解すべき。

② 消費者契約法の適用問題

○ 消費者契約法
→ 主に経済的損害の防止、大量生産商品の安全性を図るという点に中心がある。
消費者契約法は消費者取引一般に関する基本的ルール。

○ 福祉契約：消費者契約法の適用を受けるが、是れより問題のごく一部に対する対応がなされるに過ぎない。

e.g. 消費者契約法の規律の範囲に至らない勧誘形態による契約締結
事業者等の経過失による損害賠償責任の一部を免除する条件であつて消費者契約法100の一般条件に該当しないもの。
→ 福祉契約によって扱われるのは利用者人間としての生活基礎や生命・身体に直結する重大な利益であり、より強い保護をすべき。

VI 福祉契約の課題そして行方

1 福祉契約の制度上の課題

1) 検討に際しての基本的視点
⇒ 適切な契約関係を構築することのできる枠組み(基礎・環境)の構築
← 福祉契約：関連の行政上のシステムを前提として初めて機能しうる。

2) 福祉契約の構造上の課題

(1) 福祉契約締結過程第1段階、第2段階上における問題
① 第1段階における問題

54)

給付申請：行為能力が利用者にあることが前提
 →行為能力を欠く者への対応システム：成年後見制度、地域福祉権利擁護事業
 ※成年後見制度の問題点
 《実態面での問題》
 福祉契約締結の際にあまり利用されていない。（←費用、時間、裁判所での手続上の問題）
 《制度的問題》

利用者支援として最低限の内容しか持たない（←福祉契約利用者の行為能力を補充するだけ、身上等への配慮規定はあるが、財産管理制度の色彩が強い。）
 ※地域福祉権利擁護事業の問題点 → 大原報告
 →契約締結能力が全くない人は成年後見を利用しない限り対象外とする。

②第2段階における問題
 ※給付決定と給付開始とのタイムラグの問題
 （給付決定→契約締結→サービス提供→現金給付）
 タイムラグ短縮の方策：サービス量の確保
 提供者への支払義務
 ←運営基準のレベルで規定

※運営基準の限界
 （←行政による規制や監督により利用者の利益保護が図れるという発想に基づく。）
 →監督指導のための行政資源が限定
 →法的性格が不明確

(2) 福祉契約締結過程第3段階上における問題
 ①契約自由の原則とその修正
 ○契約自由の原則
 《目的》経済活動の自由の保障とそれによる自由競争原理により資本主義経済の発展を図る。
 《背景思想》自由放任（リッセル・フエール）思想
 →国家の干渉をできるだけ排除することが要請され、裁判においても当事者の契約を尊重し、その拘束力を認めるべきものと考えられた。

《内容》
 ＊契約締結の自由：契約を締結するかしないかの自由。
 ＊相手方選択の自由：契約の締結に係り、どのような者をその契約の相手方に選択してもよいという自由。
 ＊内容決定の自由：契約の内容は当事者の合意によって自由に決めることができること（内容変更の自由を含む）。

＊方式の自由：契約の成立や効力発生のためには、方式は必要とされないこと。
 ○契約自由の原則の制約
 《根拠》
 ＊実徳的な制約要素：福祉契約の特性
 ＊民法の内にある制約要素：公序良俗、信義則
 ＊民法の外にある制約要素：憲法、社会福祉法、老人福祉法、各種運営基準

※制約根拠の不確かさ
 ＊実徳的な制約要素：根拠とはなりうるが、法的論拠としては力不足。
 ＊民法内の制約要素：越くまでも一般原則に立脚した制限要素。適用場面は最低限。
 ＊民法外の制約要素：いずれも直接的には民法上の効力にかかわるものではない。

3) 福祉契約の構造面での課題
 ①適切な契約関係が構築されるためには、その前提として福祉契約にかかわる行政制度の整備が必要
 →行政の公的責任の検討が必要 → 秋本報告
 ②契約自由の原則の制限
 ＊民法の外在的制約をいかに内在的制約として取り込むか。→理論構築・明確化
 ＊民法の内在的制約の再検討

60) 個人の自由な活動が「神の見えざる手」に導かれて、合理的な経済社会秩序を形成するという考え方。

2 福祉契約の解釈上の課題

1) 契約解釈の前提

○医療契約論ならびに福祉契約論における相違
 《医療契約論》

⇒「診療契約の有する特質や内容を詳細に検討せず、ア priori に診療契約の法的性質を論ずることは、あまり意味がない。むしろ診療行為の有する特質や現代の医師＝患者関係の實體を前提し、そこからいかになる権利義務が導き出され、また、将来いかなる種別義務が帰属されるべきかを論ずるべきである。かような作業の前提にはじめて、契約内容との関係で、法的性質を含めた契約の位置づけにつき適切に論ずることができると思われるからである。」
 ⇒「一般に、ある契約がどのような法的性質をもつかを論ずることは、当該契約の内容を検討した後の、名称表示の問題にすぎないといふべきである。したがって、診療契約についても、その内容を検討せずに、法的性質だけを論じてもそれほど実益があるとは思われない。」
 《福祉契約論》
 ⇒「早急に福祉契約の意義に即した解釈論を確立する必要がある。」
 → 平田報告

○実態に即した検討をするに際しての前提
 →福祉契約の定義とそこに含まれる種類・性質の違い
 福祉契約＝福祉サービスの給付を目的とする契約
 社会保障と無関係に成立するもの
 e.g. 有料老人ホーム入居契約、障外保育施設との保育契約 etc.
 社会保障と関係あるもの
 →「社会福祉事業を実施するに際して利用者」と事業者との間で結ばれる契約」
 ①行政の現物給付原則を維持（契約当事者：利用者・行政）
 保育所入所契約
 介護契約（在宅/施設）
 障害者福祉契約（身体障害/精神障害）
 契約の性質・内容・あり方が異なる
 e.g. 給付内容形成の自由度の違い

2) 契約解釈の基本的視座
 →包括的な定義で抽象論を展開しても実益のある結論は得られない。
 →福祉契約の内容の「真正性」の確保
 利用者の安全の確保とサービスの質の維持

3) 契約解釈の問題
 (1) 解釈が立法か～“福祉契約法”立法の希求

66)
 67)
 68) 新築
 69)

①契約自由の原則に服せしめることの危険

○消費者契約法の問題点
*消費者契約に共通する最低限度の民事的規制立法であり福祉契約に特化したものではない。
→福祉契約に特有のニーズ⁶⁰⁾についての規定なし。

*裁判規範としての性格が強く、裁判で争うまでは救済されるかどうか不明確。
→福祉契約における利用者は訴訟を行うだけの余裕がない場合が多い。

*被害が発生するのを待ってからの事後的対応にならざるをえない。
→福祉契約は提供者側の不履行が利用者の生命や身体に直接影響し、かつ特に施設サービスでは提供者を容易に変更できない。

(2) 契約によってサービスの質を担保しうるか

○契約のひとつ効果 (prospectiveな効果)
→権利義務関係=責任 (責任の範囲・程度・種類) が明確化
利用者・サービス提供者：各々の果たすべき義務 (責任) が明確化
→履行するに際しての行為基準化 (行為準則化)

○福祉契約のひとつの限界 (retrospectiveな判断における限界)
→サービス提供者が適切なサービスの履行をしなかった場合 (債務不履行の場合) の判断基準
*債務不履行：①客観的にみて債務の本旨にかなった履行がなされたいない状態(あるべき状態)と「現実」との不適合がある場合)で、②債務者に帰責事由(故意・過失または信義則上これと同視すべき事由)がある場合。

【①について】

*検討の起点：サービス提供者が負うべき債務の本旨は何か。(あるべき状態の設定)
*検討の視点：ミクロの視点で捉えるのか eg.1つ1つのサービスの履行
→ミクロの視点の問題：提供者の義務の射程範囲の狭小化

→ミクロの視点の問題：介護専門職の非専門職化
→②への依存度が高まる

【②について】

*検討の起点 (福祉契約を委任契約と理解するならば)
：善良なる管理者としての注意義務 (善管注意義務) を果たしたか否か。
→注意義務内容の具体化、注意義務水準の設定
→裁判例の蓄積が必要→長期化 (限界)

*契約によりサービスの質を確保できるか
① 契約に基づく履行 (サービス提供) の確保による質の確保
② ①に基づき注意義務の内容を確定し注意義務水準を設定することによる質の確保
③ 特別による質の確保
①②：間接的 ③：直接的
→いずれの場合もサービス提供者が質を確保しうる能力が求められる。

行政上での質の担保が重要となる?
→事業者・サービス提供者の能力 (資格) によるサービスの質の担保
→事業者の健全化・サービス提供者の能力の均質化

4) 福祉契約の解契約面での課題

(1) 解契約立法
→立法的に規制を行うべきであるとの提言：多数⁶¹⁾
→必要性の検討
社会福祉施設構造改革以降の議論：議論の進みについてばかり。
(議論の蓄積なし。論理的整理が十分にされていない。)

60) e.g. 事業者側に対する情報提供義務の徹底、契約期間・事業者側による契約解除事由の制限など
61) 萬野純策「障害者福祉における契約」自由と正義2000年9月号32頁。

→不適切な立法となる可能性大。
判例法理の形成を期待できないのか?
法の限界・立法の功罪を熟慮する必要性

(2) 義務の射程範囲の明確化

サービス提供者は、どのような義務をどこまで負うのか。
eg. 契約の解消に際して
従来の契約を解消しても直ちに新たな福祉サービス提供者と契約を締結することが困難な場合
→①より適切な形での継続するような義務
②新しい適切な事業者を探し契約等の調整すべき義務

3 福祉契約の履行

○福祉契約の多層構造性と履約性
→適正な活動をする行政システムのうえに適正な内容の契約が確保される。
行政システムの適正化/契約締結・内容の適正化
→堅牢なシステムと化すか、しなやかなシステムと化すか?

○基本的 (前提的) 視点
【あるひとつの示唆】

「福祉サービスの多くが『権限』から『契約』に転換されることになったが、その目的は利用者の選択の可能性、サービスの提供を要求する合理性、利用者と提供者 (事業者) の対等性を確保することにある。しかし、それはどうしても『契約』によってしか実現できないものではない。現行の社会制度のなかで、一番現実的な手段が『契約』であると考えられて採用されたものに過ぎず、一種の『借用』である。」
↓
“契約という手法の限界の把握とその明確化”が急務の課題

福祉サービス利用援助に関する諸問題

2003.9.13

福祉契約研究会
関東学院大学
大原利夫

I はじめに

1. 高齢者・障害者問題と判断能力
連続性（24時間365日）、期間の長期性

高度の必要性

福祉サービスを利用してしている高齢者等にとって、福祉サービスの休止は生命や健康に重大な影響を及ぼす。

個別性

福祉サービスを利用してしている高齢者等の判断能力、障害の内容・程度、その境遇などは、高齢者等のひとりひとりにおいて全く異なっている。

措置から契約へという流れ。

判断能力の不十分性…福祉サービスを適切に利用できない？

そこで、福祉サービス利用を援助する必要がある。

2. 福祉サービス利用援助

(1) 成年後見制度…老人福祉法等にもとづく市町村長の申立権
特に福祉サービスの利用という点では市町村長の申立権が直接に関係する。

(2) 福祉サービス利用援助事業
地域福祉権利擁護事業を検討する。

3. 福祉契約における意思能力

II 市町村長の申立権

1. 市町村長申立権の概要
2. 四親等内の親族

3. 申立を行うべき市町村長

(1) 排他的限定性

(2) 関係する市町村長間の調整

4. 遺族調査

5. 申立の判断基準

6. 申立後後見開始までの援助

7. 後見人等の確保

8. 利用援助と市町村申立の限界

III 福祉サービス利用援助事業

1. 地域福祉権利擁護事業の概要

2. 契約締結能力判定ガイドライン

3. 意思能力

(1) 一般的な契約と福祉契約

(2) 福祉サービス利用援助契約と意思能力

IV おわりに