

**訪問介護(青ヶ島)集計**

・契約別紙をなくしている。[赤 10]

Q. 3-2

選択肢	1	2	3	4	5	6
回答数	1	0	1	0	0	4(*5)

(\*5)内容

- ・実情に合わせた表現とした。[赤 8]
- ・重要事項説明書で細部を説明しているので、契約書に「重要事項のとおり」とし、複雑になることを防止した。従って契約書と重要事項説明書をセットで渡している。[赤 10]
- ・日用品等単価を入れた。[赤 19]
- ・契約書別紙は重要事項説明書と重複する為。[赤 26]

Q. 4

選択肢	1	2	3	その他
回答数	5(*6)	21	4	1(*7)

(\*6)内容

- ・東社協老人福祉部会。[赤 5]
  - ・東社協施設管理検討委員会。[赤 18]
  - ・厚生労働省老健局事業運営基準担当者会議資料。[赤 32]
- (\*7)内容
- ・平成 15 年開設のためなし。[赤 33]

Q. 5

選択肢	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12
回答数	0	1	7	0	22	0	2	2	1	4	5	3(*8)

(\*8)内容

- ・文言の整理、未契約期間の取扱明記等。[赤 2]
- ・裁判管轄条項を削除。[赤 20]
- ・日用品費等自己負担の徴収について。[赤 25]

Q. 6

選択肢	1	2	3	4	5	6
回答数	2	1	1	0	0	0

Q. 7 (特に記述はなかった。)

(以上)

\* []内はアンケートの番号、施設(赤マーカー)の物は数字の前に「赤」と記し、訪問介護(青マーカー)の物は数字の前に「青」と記した。  
 (例)施設(赤マーカー)の3番目のアンケートの記述によるとき→ [赤 3]  
 合計 21 (有効回答 21)

Q. 1

選択肢	1	2	3	4	5	6	7	8	その他
回答数	16	0	0	0	1	1	0	2(*1)	1(*2)

(\*1)内容

- ・法人独自のもの。[青 3]
- ・NPO法人ACCTネットワークによる地方行政区たすけあいカーズをベースに作成。[青 16]

(\*2)複数回答 1 通

- ・1、7 を選択。[青 18]

Q. 2

選択肢	1	2	3	4	5	6
回答数	3	0	10	1	4	3(*3)

(\*3)内容

- ・最も分かりやすい形式だったため。[青 1]
- ・モデル契約書以前に作成、現程化〔マ〕したため。[青 3]
- ・最も使いやすいと考えたから。[青 14]

Q. 3

選択肢	1	2	3	4	その他
回答数	8	5	3	0	1(*4)

(\*4)複数回答 1 通

- ・2、4 を選択。4 の内容は「事業団体で変更していると考えられる」。[青 16]

Q. 3-1

選択肢	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12
回答数	0	1	3	0	3	3	1	1	0	2	2	1(*5)

(\*5)内容

- ・契約書別紙は重要事項説明書に含めました。[青 21]

Q. 3-2

選択肢	1	2	3	4	5	6
回答数	3	1	2	0	0	2(*6)

(\*6)内容

- ・当時業務所の規定に合うように変更。[青 11]
- ・利用者との相談が必要な項目のため、別紙とした。[青 16]

Q. 4

選択肢	1	2	3
回答数	3(*7)	14	4

- (\*7)内容
- ・シルバーサービス振興会、東京都版、かながわ版、神戸市版。[青 1]
  - ・東京都版。[青 3]

Q. 5

選択肢	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12
回答数	0	0	8	0	12	0	0	0	0	0	0	2(*8)

- (\*8)内容
- ・契約書別紙全体の書式。[青 16]
  - ・職員体制、サービス提供時間。[青 20]

Q. 6

選択肢	1	2	3	4	5	6
回答数	3	0	0	0	0	1(*9)

- (\*9)
- ・重要事項説明書を変更。[青 4]

- Q. 7
- ・若情窓口ー現在は、事業所に設置された窓口番号と担当者を明記している。今後は、国保連や都道府県レベルの窓口の明記も検討している。[青 1]
  - ・契約者名欄の代理人の扱いは成年後見制度に基づくと後見人というタイトルになる。[青 6]

①どうしても枚数が多くなり、説明しても理解しにくい場合も出てくる。基本的に利用者側が介護保険について何も知らない事が多く、(特に料金面について。介護保険の料金が全ても知らないと、(特に行政がもつとわかりやすいペンフレット等を作成してあると良いと思う。行政以外の発行しているものでは信用しない時 [ママ] もある。

②質問からそれるが、モデル契約書が改定された場合、何らかの形で知らせて頂ければ存じます。[青 11]

・利用者にとつて、非常に理解しにくく、形式化していると思われる。しかし、「契約」という、法的な手続きである事を考えるとどの様に改善してよいのかわからない。[青 21]

(以上)

**全体(赤マーカー)上青マーカー)集計**

- \* 〇内はアンケートの番号、施設(赤マーカー)の物は数字の前に「赤」と記し、訪問介護(青マーカー)の物は数字の前に「青」と記した。  
(例)施設(赤マーカー)の3番目のアンケートの記述によるとき→ [赤 3]
- 合計 55 (有効回答 53、無回答 2 [赤 16、赤 29])

Q. 1

選択肢	1	2	3	4	5	6	7	8	その他
回答数	39	0	0	0	1	3	0	7(*1)	3(*2)

- (\*1)内容
- ・オリジナル。[赤 5] ・施設独自。[赤 14]
  - ・数法人で検討し独自作成。[赤 15] ・荒川区より指定のもの。[赤 25]
  - ・東京都北区として同様書式(ペーは不明)。[赤 31]
  - ・法人独自のもの。[青 3]
  - ・NPO法人ACTネットワークによる地方行政区たすけあいワークスペースに作成。[青 16]
- (\*2)複数回答 3通
- ・1, 8を選択。8の内容は「日弁連とのミックス」。[赤 4]
  - ・1, 6, 7, 8を選択。8の内容は「上記3点を参考に施設独自に作成。[赤 27]
  - ・1, 7を選択。[青 18]

Q. 2

選択肢	1	2	3	4	5	6
回答数	5	0	28	2	5	12(*3)

- (\*3)内容
- ・他施設の話しを参考にさせて頂いた。[赤 5]
  - ・説明会もあり、内容も良いと思えたから。[赤 13] ・独自案。[赤 15]
  - ・H12時 [ママ] は区立ホームであった為。[赤 17]
  - ・区内法人の代表者が集まって検討、決定した。[赤 24]
  - ・荒川区立のため。[赤 25] ・民営民営としてのリスク回避のため。[赤 27]
  - ・行政からの指示。[赤 31]
  - ・東京都内の施設なので東京都版を参考にした。[赤 33]
  - ・最も分かりやすい書式だったため。[青 1]
  - ・モデル契約書以前に作成、現程化 [ママ] したため。[青 3]
  - ・最も使いやすいと考えたから。[青 14]

Q. 3

選択肢	1	2	3	4	その他
回答数	14	9	15	0	1(*4)

(\*4)複数回答1通

・2、4を選択。4の内容は「事業団体で変更していると考えられる」。(青16)

Q. 3-1

選択肢	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12
回答数	0	1	5	1	6	3	2	1	0	2	2	3(*6)

(\*5)内容

・契約別紙をなくしている。(赤10)

・契約別紙は重要事項説明書に含めました。(青21)

Q. 3-2

選択肢	1	2	3	4	5	6
回答数	4	1	3	0	0	6(*6)

(\*6)内容

・実情に合わせた表現とした。(赤8)

・重要事項説明書で細部を説明しているのと、契約書に「重要事項のとおり」とし、複雑になることを防止した。従って契約書と重要事項説明書をセットで渡している。(赤10) ・日用品等単面を入れた。(赤19)

・契約別紙は重要事項説明書と重複する為。(赤26)

・当時業所の規定に沿うように変更。(青11)

・利用者との相談が必要な項目のため、別紙とした。(青16)

Q. 4

選択肢	1	2	3	その他
回答数	8(*7)	35	8	1(*8)

(\*7)内容

・東社協老人福祉部会。(赤5) ・東社協施設管理検討委員会。(赤18)

・厚生労働省老健局事業運営基準担当考会様資料。(赤32)

・シルバークービス振興会、東京都版、かながわ版、神戸市版。(青1)

・東京都版。(青3)

(\*8)内容

・平成15年開設のためなし。(赤33)

Q. 5

選択肢	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12
回答数	0	1	15	0	34	0	2	2	1	4	5	5(*9)

(\*9)内容

・文言の整理、未契約期間の取扱明記等。(赤2)

・裁判管轄条項を削除。(赤20)

・日用品費等自己負担の徴収について。(赤25)

・契約書別紙全体の書式。(青16) ・職員体制、サービス提供時間。(青20)

Q. 6

選択肢	1	2	3	4	5	6
回答数	5	1	1	0	0	1(*10)

(\*10)内容

・重要事項説明書を変更。(青4)

Q. 7

・苦情窓口一現在は、事業所に設置された窓口番号と担当者を明記している。

今後は、国保連や都道府県レベルの窓口の明記も検討している。(青1)

・契約者名欄の代理人の扱いは成年後見制度に基づくと後見人というタイプになる。(青6)

・①どうしても枚数が多くなり、説明しても理解しにくい場合も出てくる。基本的に利用者側が介護保険について何も知らない事が多く、(特に料金面について。介護保険の料金が全てもらえると思ってしまう事もあった)行政がもつとわかりやすいパンフレット等を作成してあると良いと思う。行政以外の発行しているものでは信用しない時「マア」もある。

②質問からそれるが、モデル契約書が改定された場合、何らかの形で知らせて頂ければ存じます。(青11)

・利用者にとつて、非常に理解しにくく、形式化していると思われる。しかし、「契約」という、法的な手続きである事を考えるとどの様に改善してよいかわからない。(青21)

(以上)

アンケート集計結果 (筑波大学大学院博士課程・高橋大輔)

日本社会保障法学会会報第 15 号

日本社会保障法学会第 44 回秋季大会レジュメ集

共通テーマ・シンポジウム

「社会福祉と契約」

日本社会保障法学会

# 日本社会保障法学会会報 第15号

発行日：2003.9.1 発行人：西村健一郎 編集人：岩村正彦 発行：日本社会保障法学会  
 事務局：〒113-0033 文京区本郷7-3-1 東京大学法学部研究室内 Tel：03-5841-3266  
 Fax：03-5841-3174 E-mail：secret@u-tokyo.ac.jp 会員数：602名(2003年9月1日現在)

## 第44回秋季大会開催案内 日本社会保障法学会事務局長 岩村正彦 (東京大学)

日本社会保障法学会第44回秋季大会が下記の通り開催されます。皆様お誘い合わせの上ご参加いただきますようお願い申し上げます。

・日時：2003年11月2日(日) 9:30～17:00

・会場：関西大学(〒564-8680 吹田市山手町 3-3-35)

大会までの交通、大会内の案内につきましては本会報末尾の地図をご参照ください。

総会・シンポジウム会場：関西大学百周年記念会館第一ホール(千里山キャンパス)

・お問い合わせ先 Tel：06-6386-3008 (上記記念会館事務局直通)

・大会次第(予定：内容等の詳細につきましてはレジュメ集をご覧ください)

受付開始……………9:00  
 開会……………9:30

### 個別報告

○加藤悦子(日本福祉大学)……………9:35～10:35  
 「介護殺人、介護心中事件の法的な解決の可能性と限界」  
 司会：笛木俊一(日本福祉大学)

### 共通テーマ・シンポジウム

#### 「社会福祉と契約」

司会：新田秀樹(大正大学)  
 本沢巳代子(筑波大学)

○本沢巳代子(筑波大学)……………10:40～10:55  
 「総論」

○小西知世(筑波大学)……………10:55～11:35  
 「福祉契約の法的関係と医療契約」

○大原利夫(関東学院大学)……………11:35～12:15  
 「福祉サービス利用援助に関する諸問題」

- 開催校挨拶
- 奨励賞選考委員会報告及び奨励賞授与

休憩(星食)……………12:30～13:30

総会……………13:30～14:00

### 共通テーマ・シンポジウム(続き)

○平田厚(明治大学、弁護士)……………14:00～14:40  
 「福祉契約に関する実務的諸問題」

○秋元美世(東洋大学)……………14:40～15:20  
 「福祉契約の法的関係と公的責任」

休憩……………15:20～15:35

○シンポジウム……………15:35～17:00

大会終了……………17:00(予定)

※同封の大会出欠確認はがきに必要な事項を記載の上、**2003年10月18日(土)**までにご返送いただけますようお願いいたします。大会に出席されない方も、必要事項を記入の上、ご返送ください。

※星食を希望される方は、大会出欠確認はがきの「2. 星食」の「要」に○をつけてください。星食を希望された方は、大会当日受付におきまして、星食券を購入していただきます。星食休憩時になりましたら、案内にしたがって星食券と引き換えに星食を受け取ってください。

※本大会では、事務局の都合等により、配属コーナーは設けませんのでご了承ください。

### 企画委員会からのお知らせ 企画委員会委員長 本沢巳代子(筑波大学)

第44回大会は、個別報告として、加藤悦子会員の博士論文をベースとした報告「介護殺人、介護心中事件の法的な解決の可能性と限界」があります。共通テーマ・シンポジウムは、「社会福祉と契約」をテーマに、秋元美世会員と私を担当理事として、関東地区で今回のシンポジウムのために2002年春季に設立された福祉契約研究会で議論を重ねてきた成果を、4人の報告者が報告します。今回の企画は、第43回大会の介護保険に関するシンポジウムの成果を踏まえつつ、介護保険制度・支援費制度・地域福祉権利擁護事業など、社会福祉法という社会福祉事業に関わる契約の法関係を私法と公法の両面から考察するとともに、社会福祉法にいう社会福祉事業に公法的にどのような関与が可能かを検討しようとするものであり、会員の皆様の積極的な議論の展開により、大きな成果が得られるものと期待されます。

来春の第45回大会(2004年5月)は、共通テーマ・シンポジウム「年金改革の課題と展望」(仮題)で、江口隆裕会員と神尾真知子会員を担当理事として、2004年の年金改革で参考とされたスウェーデンやドイツの年金制度の現状と課題を分析するとともに、わが国の年金制度の将来像を検討することを予定しています。個別報告は現在算集中です。奮ってご応募ください。

本沢 巳代子  
(筑波大学)

1. シンポジウムで扱う「福祉契約」の範囲  
社会福祉法「第8章福祉サービスの適切な利用」にいう福祉事業者と利用者  
の間で締結される契約（情報提供義務、説明義務等、福祉サービスの利用援助）
  - ・ 介護保険制度において事業者と利用者の間で締結される契約
  - ・ 支援費制度において事業者と利用者の間で締結される契約
  - ・ 福祉サービス利用援助事業における委任契約
2. 第43回春季大会の共通テーマ・シンポジウムとの関係
  - ・ 介護支援専門員と利用者の権利擁護
  - ・ 介護サービスの質の保証
3. シンポジウムにおける報告の構成と趣旨
  - ・ 医事法から見た福祉契約
  - ・ 利用者の権利擁護から見た福祉契約
  - ・ 契約実務から見た福祉契約
  - ・ 福祉契約に対する立法的・行政的関与
4. 社会保障法の観点から見た福祉契約（論点整理）
  - ・ 民事法の観点との違い
  - ・ 消費者契約法、成年後見法

## 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) 専門家責任論
  - 2) 関係契約論
  - 3) 信託関係 (Educiary 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. 福祉契約の課題として行方

## 福祉サービス利用援助に関する諸問題

関東学院大学 大原 利夫

### I はじめに

### II 福祉サービス利用援助契約

#### 1. 利用援助の必要性

#### 2. 判断能力

### III 成年後見制度

#### 1. 福祉サービスの利用と成年後見

#### 2. 市町村長の申立

### IV 福祉サービス利用援助事業

#### 1. 地域福祉権利擁護事業

#### 2. 契約締結能力

#### 3. 適正な運営の確保

#### 4. 苦情処理

#### 5. 利用料金

#### 6. 利用援助の属格

### V 福祉サービス利用援助に関する課題

#### 1. 支援体制の整備

#### 2. 人材の育成

### VI おわりに

福祉契約に関する実務的諸問題  
井上 平田 厚

1 福祉契約の技術的視点

(1) 高齢者福祉契約と障害者福祉契約の内容に関する差異

- ・ 高齢者福祉＝自立状態から加齢による能力喪失状態に至る過程を支える。  
…残存能力に即して支える。
- ・ 障害者福祉＝能力獲得を通じて自立状態に至る過程を支える。  
…能力形成を目標に支える。

(2) 高齢者福祉契約と障害者福祉契約の形式に関する差異

- ・ 高齢者福祉契約＝支援者を確保してゆるやかにサポートできればいい。  
…条文数もある程度多くていい。正確さも重視。
- ・ 障害者福祉契約＝できる限り自分で理解しようようにサポートすべき。  
…条文数はできる限り少く、分かりやすさを重視。

(3) 福祉契約の技術的体制

- ・ 介護保険の契約システム：条文数25条前後。  
…契約書・サービス利用説明書・重要事項説明書の3点セット体制
- ・ 支援費の契約システム：条文数15条前後。  
…契約書・サービス利用説明書・重要事項説明書・手引の4点セット体制
- \* ただし、これらの道具立てだけでは完結しない。常にサポートする人の存在を前提にした道具立てにすぎない。

2 福祉契約の理論的視点

(1) 福祉契約関係

- ① 給付義務関係
- ア 事業者：サービス提供義務
  - イ 利用者：代金支払義務

② 付随義務関係

- ア 安全配慮義務
- イ 説明義務
- ウ 守秘義務
- エ 記録作成・保存義務など

(2) 契約関係における同種点

- ① 給付義務関係：運営基準等による決定性とサービスの質
- ② 付随義務関係：契約化と約款化

3 具体的福祉契約条項に関する解釈

(1) 給付義務関係

① 意思と人格の尊重

② 制度内サービスと制度外サービス

③ 損害賠償請求権と不当条項

(2) 付随義務関係

① 安全配慮義務と契約化

② 説明義務と苦情解決努力義務の関係

③ 説明義務の契約化

④ 守秘義務の契約化

⑤ 身体拘束禁止の契約化

⑥ 記録閲覧・謄写権の契約化

⑦ 応諾義務と解除条項



## 福祉契約の法的関係と公的責任

東洋大学 秋元 英世

1. はじめに
2. 福祉契約の背景
  - 1) 利用者の選択・市場化・コンシューマリズム
  - 2) 財政と供給
3. 福祉契約と消費者保護
  - 1) 福祉契約の法的関係
  - 2) 消費者保護の守備範囲
  - 3) 福祉契約における行政の役割
4. 福祉契約と疑似市場
  - 1) 市場と疑似市場ー疑似市場の意義
  - 2) 消費者保護と福祉に対する公的責任
5. 福祉契約と公的責任
  - 1) 財政に対する公的責任
  - 2) 供給面における公的責任
    - ①コンシューマリズムと公的責任
    - ②利用調整の是非
    - ③必要(性)を誰が判断するのか(行政・利用者・専門家)
6. おわりにー残された課題

介護保険のサービス利用契約に関するアンケート調査

訪問介護契約に関して、以下の質問にお答えください。

01 訪問介護契約をしている利用者で、貴事業所と居宅介護支援契約もしている利用者の割合はどれくらいですか。1つだけ○をつけてください。

- 1 10%
- 2 10～25%
- 3 25～50%
- 4 50%～
- 5 居宅介護支援事業はしていない。

02 誰に対して契約内容の説明を行うことが多いですか。1つだけ○をつけてください。

- 1 利用者本人に必ず説明している。
- 2 利用者本人に必ず説明しているが、理解できない利用者が多いので、家族などに立ち会ってもらっている。
- 3 原則として利用者本人に説明しているが、理解できない利用者については、例外的に家族などに説明している。
- 4 契約内容を理解できない利用者が多いので、原則として家族などに説明している。
- 5 説明はしていない。

03 契約をする際、利用者から聞かれることが多いのは、何についてですか。該当するものに○をつけてください（複数回答可）。

- 1 サービスの内容
- 2 料金
- 3 キャンセル
- 4 契約内容の変更
- 5 解約
- 6 特に聞かれることはない

04 契約内容を説明する際、特に何について重点的に説明していますか。該当するものに○をつけてください（複数回答可）。

- 1 サービスの内容
- 2 料金
- 3 キャンセル
- 4 契約内容の変更
- 5 解約
- 6 特に重点的に説明する項目はない

05 契約内容を説明する際、特に役立っているのは、次のうちどれですか。該当するものに○をつけてください（複数回答可）。

- 1 契約書
- 2 重要事項説明書
- 3 パンフレット
- 4 ビデオ
- 5 その他（具体的に )

06 契約締結で特に困っていることは何ですか。該当するものに○をつけてください（複数回答可）。

- 1 契約書の内容が難しく、説明しても理解してもらえない。
- 2 契約書の内容が難しく、説明するのに時間がかかりすぎる。
- 3 利用者の心身機能が衰えていて、契約内容を説明しても分からなかったことが多い。
- 4 契約書の内容を説明しても、利用者はすぐに忘れてしまう。
- 5 困っていない。

07 契約書への署名は、誰がどのようにすることが多いですか。1つだけ○をつけてください。

- 1 利用者本人の理解力が落ちているため、家族などが本人の氏名を署名
- 2 利用者本人の理解力が落ちているため、家族などが代理人として署名 (注)
- 3 利用者本人に頼まれて、家族などが本人の氏名を署名
- 4 利用者本人に頼まれて、家族などが代理人として署名 (注)
- 5 利用者本人が署名 (注) 「代理人として署名」とは、署名欄に利用者本人の氏名ではなく、代理人の氏名を署名する行為

08 契約書の署名を利用者本人または家族以外の方が行ったことがありますか。1 ある (08-1～) 2 ない

08-1 誰が契約書に署名しましたか。該当するものに○をつけてください（複数回答可）。

- 1 介護支援専門員
- 2 区市町村社協等で実施している地域福祉権利擁護事業の生活支援員
- 3 成年後見制度における成年後見人
- 4 成年後見制度における保佐人
- 5 成年後見制度における補助人
- 6 その他（具体的に )

- 09 サービス内容をめぐり、問題が生じたことがありますか。
- 1 ある (09-1、09-2～)
  - 2 ない

09-1 どのようなことについて問題になりましたか (複数回答可)。

- 1 介護保険対象サービスの範囲について
- 2 サービスの具体的な内容・手順について
- 3 サービス提供の時間帯について
- 4 キャンセルについて
- 5 介護担当者の言動について
- 6 その他 (具体的に )

09-2 サービス内容が問題になったとき、どのように対応していますか。1つだけ○を付けてください。

- 1 どのようなときでも、契約書どおりに対応している。
  - 2 契約書どおりに対応することが多いが、利用者の要望を優先させることもある。
  - 3 契約書どおりに対応することが多いが、事業所の事情を優先させることもある。
  - 4 契約書にかかわらず、利用者の要望を優先させている。
  - 5 契約書にかかわらず、事業所の事情を優先させている。
- 010 利用料金をめぐり、問題が生じたことがありますか。
- 1 ある (010-1、010-2～)
  - 2 ない

010-1 どのようなことが問題となりましたか (複数回答可)。

- 1 介護保険の利用者負担
- 2 キャンセル料
- 3 交通費
- 4 介護保険対象外サービスの料金
- 5 その他 (具体的に )

010-2 利用料金が問題になったとき、どのように対応していますか。1つだけ○を付けてください。

- 1 どのようなときでも、契約書どおりに対応している。
- 2 契約書どおりに対応することが多いが、利用者の要望を優先させることもある。
- 3 契約書どおりに対応することが多いが、事業所の事情を優先させることもあ

- 4 契約書にかかわらず、利用者の要望を優先させている。
- 5 契約書にかかわらず、事業所の事情を優先させている。

011 損害賠償が問題になったことはありませんか。

- 1 ある (011-1～)
- 2 ない (011-2～)

011-1 どのようなことで損害賠償が問題になりましたか (複数回答可)。

- 1 契約書の内容と実際のサービス内容との食い違い
- 2 介護者のミスによる利用者への食違い
- 3 介護者のミスによる利用者や家族の物の損壊
- 4 介護者による名誉毀損やプライバシーの侵害
- 5 利用者や家族による介護者のけが
- 6 その他 (具体的に )

011-2 損害賠償が問題になったことがない理由は何ですか。1つだけ○を付けてください。

- 1 契約書で賠償請求できる損害の種類・内容を明示しているから。
- 2 契約書で損害額の小さいものについては責任を負わないものと明示しているから。
- 3 契約書で事業者側に重大な責任がある場合にのみ賠償するものと定めているから。
- 4 損害賠償責任保険に加入しているから。
- 5 事故やトラブルが起これたことがないから。

012 東京都が訪問介護の契約書モデルおよび重要事項説明書モデルを作成・公表していることを知っていますか。

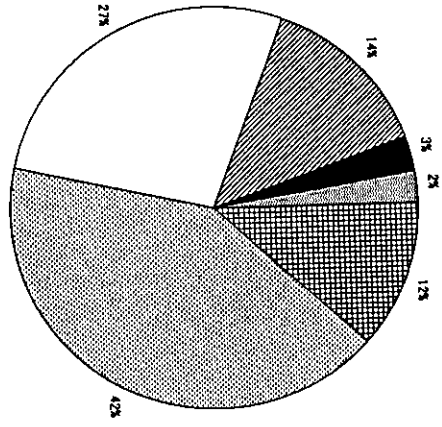
- 1 知っている (012-1～)
- 2 知らない

012-1 東京都の契約書モデルおよび重要事項説明書モデルをみたことがありますか。

- 1 ある (012-2～)
- 2 ない

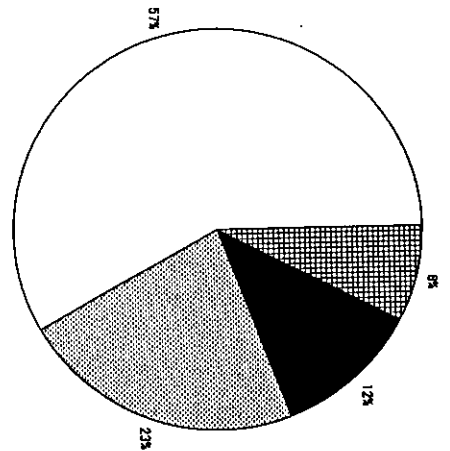
012-2 東京都の契約書モデルおよび重要事項説明書モデルについて、ご意見・ご要望があれば、自由に書いてください。

平成15年2月末現在の利用者数



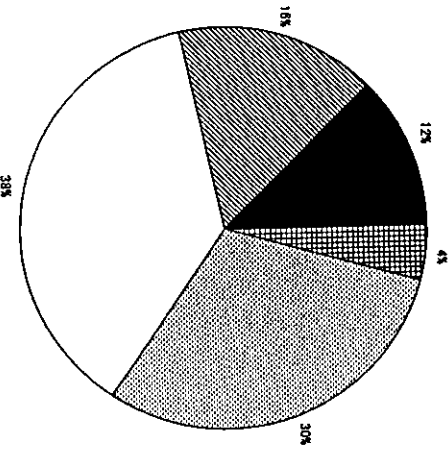
10歳未満  
 10歳以上50歳未満  
 50歳以上100歳未満  
 100歳以上200歳未満  
 200歳以上300歳未満  
 300歳以上

同一事業者と居宅介護支援契約を締結している利用者の割合



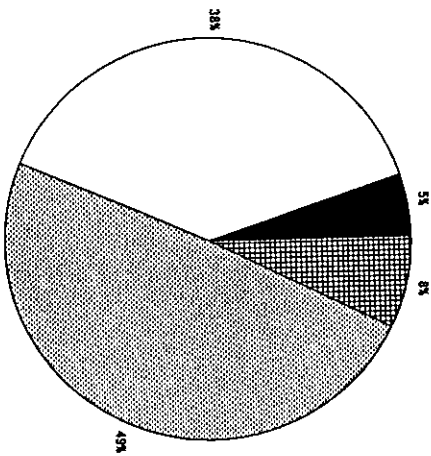
10%未満  
 10%～25%  
 25%～50%  
 50%以上

平成15年2月の1人当たり週平均利用時間



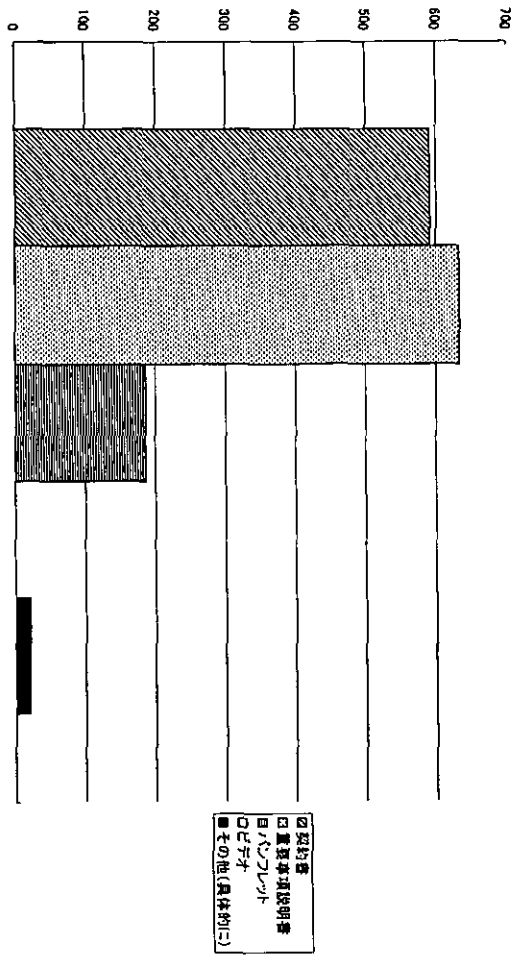
2時間未満  
 2時間以上4時間未満  
 4時間以上6時間未満  
 6時間以上8時間未満  
 8時間以上

契約内容を説明する相手方

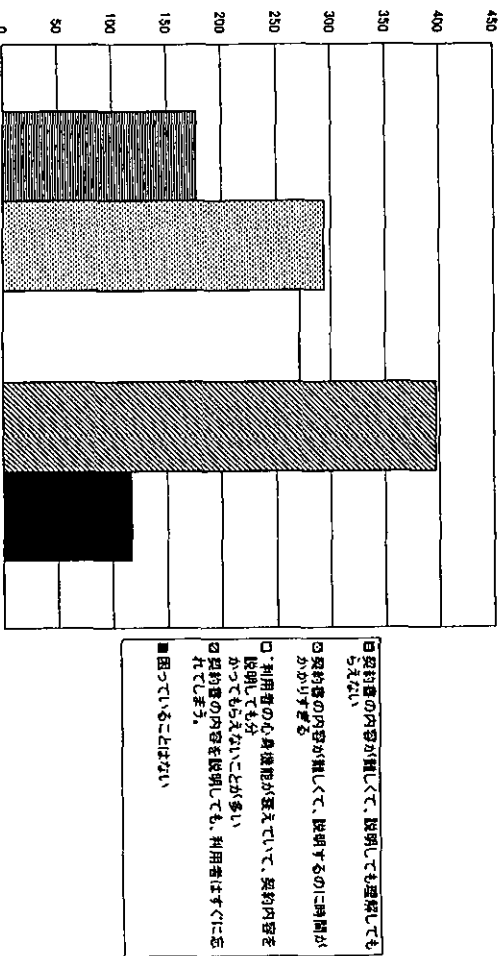


利用者本人に必ず説明している  
 利用者本人に説明しているが、理解できない利用者が多いので、家族などに伝えている  
 原則として利用者本人に説明しているが、理解できない利用者については、例外的に家族などに説明している  
 契約内容を理解できない利用者が多いので原則として家族などに説明している

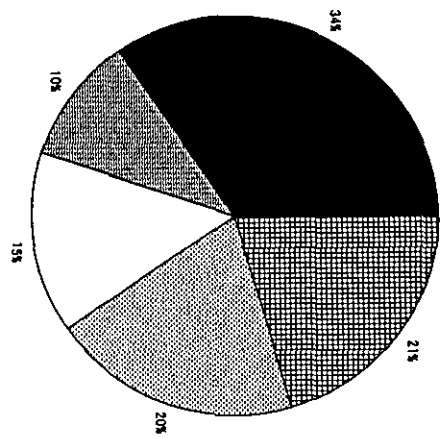
契約内容説明のさい保立っているもの



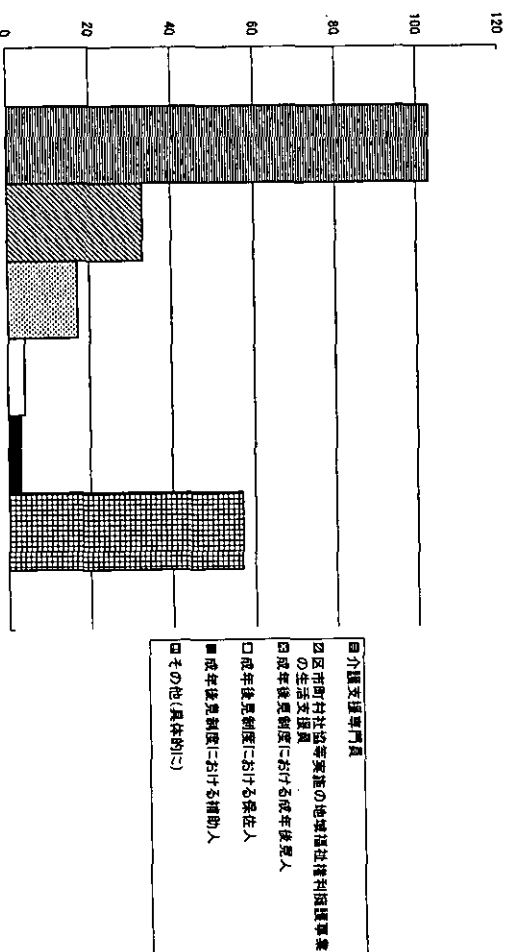
契約締結時に困っていること



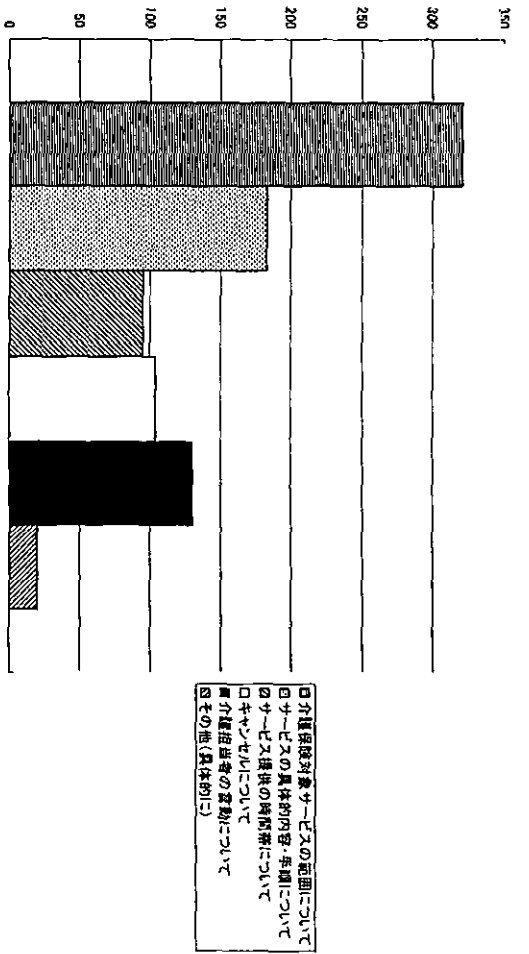
契約書の署名者



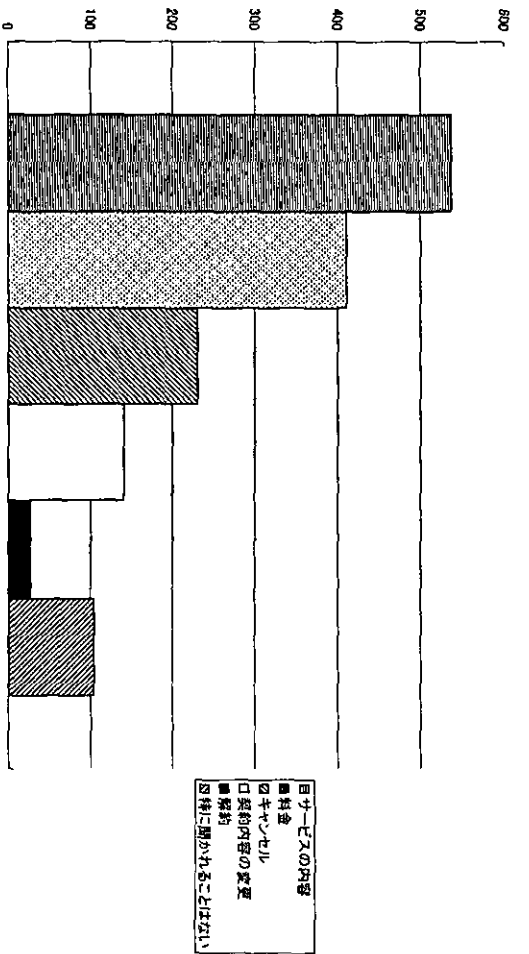
家族以外で契約書に署名した者



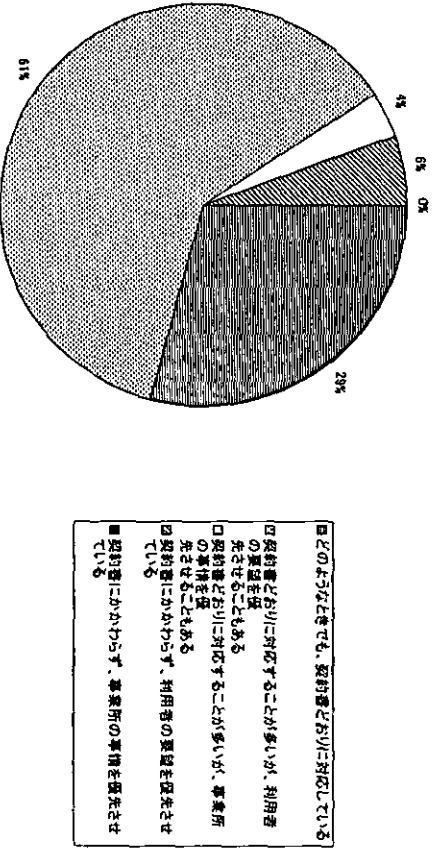
サービス内容で問題となった項目



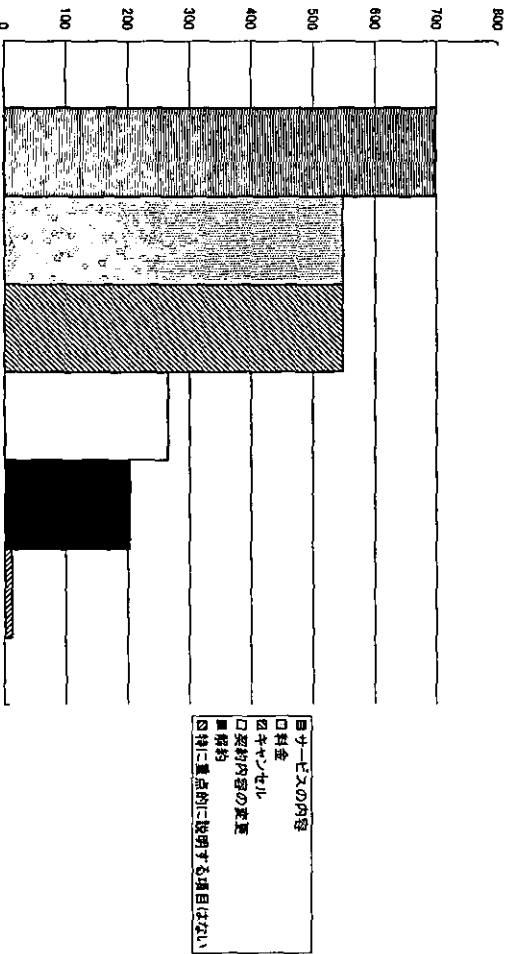
利用者が聞かれる契約項目



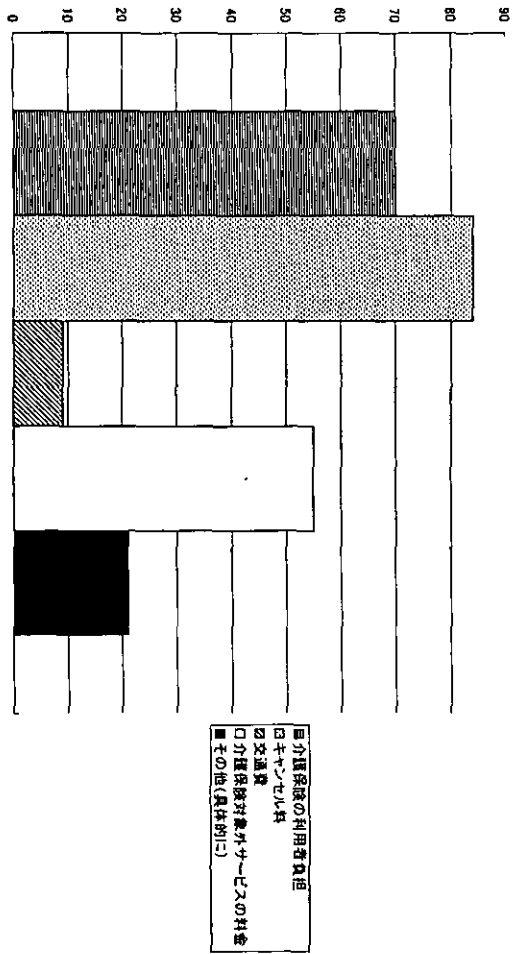
サービス内容が問題となったときの対応



重点的に説明する契約項目

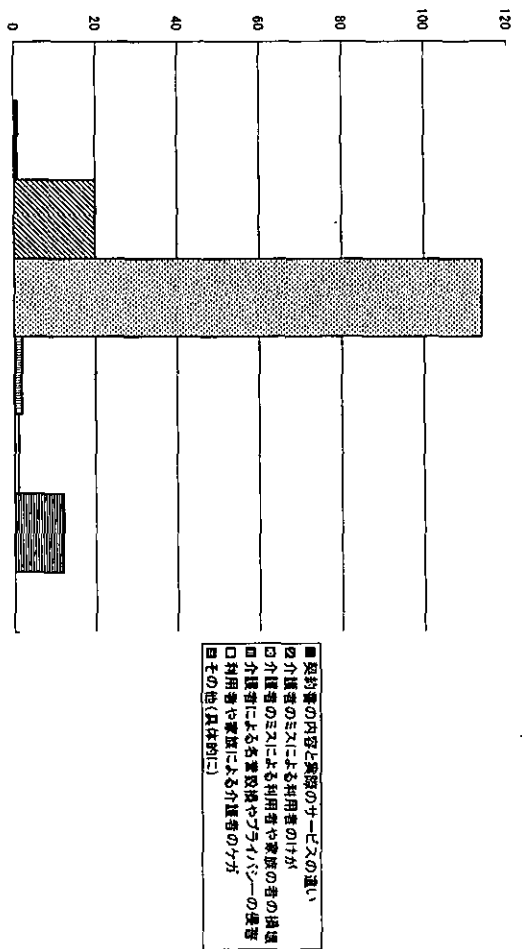


利用料金に関して問題となった項目



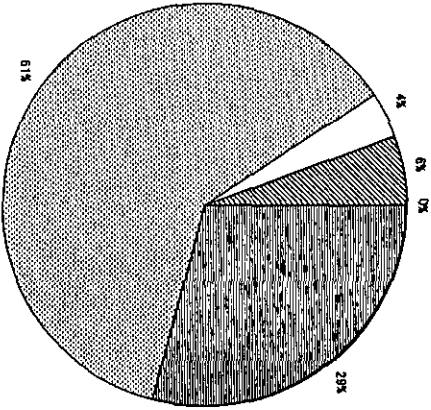
■自介護保険の利用者負担  
 □日本サービス料  
 ▨交通費  
 ▩介護保険対象がサービスの料金  
 ■その他(具体的に)

損害賠償が問題となった項目



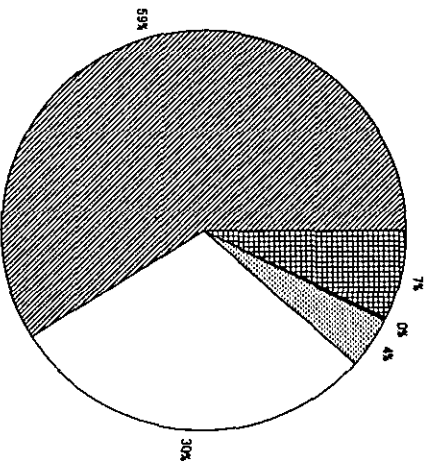
■契約書の内容と実際のサービスの違い  
 ▨介護者のミスによる利用者や家族の者の損害  
 ▩介護者による事業設備やプログラムの損害  
 □利用者や家族による介護者のケガ  
 ■その他(具体的に)

利用料金が問題となったときの対応



□ 契約書どおりに対応している  
 ▨ 契約書どおりに対応することが多いが、利用者の要望を優先している  
 ▩ 契約書どおりに対応することが多いが、事業所先を優先している  
 ■ 契約書どおりに対応することが少ない

損害賠償が問題とならなかった理由



□ 契約書で損害賠償の必要なものは責任を負わないものとして示しているから  
 ▨ 契約書で事業者側に重大な責任がある場合のみを規定しているから  
 ▩ 事故やトラブルが起ったことがないから  
 ■ 契約書で事業者側に重大な責任がある場合のみを規定しているから

# 福祉契約の法的関係と医療契約

筑波大学 小西 知世

## I はじめに

### 1 社会福祉構造改革と福祉契約

○社会福祉構造改革：「措置」から「契約」へ

⇒「福祉サービスへの供給を媒介する契約を通じて、類似市場メカニズムのもとにおいて、利用者の選択と事業者間の競争を利用することにより提供される『福祉サービス』の向上を実現しようとするものである。」<sup>1)</sup>

【目的】①法律関係・権利関係の明確化～利用者との当事者性の明確化

- \*利用者・事業者間の法的対等性の確保
- \*利用者・事業者間の権利関係の明確化
- \*利用者・事業者間の競争を促進することによるサービスの向上
- \*利用者・事業者間の競争を促進することによるサービスの向上

○「契約」による福祉の「根本的問題」

契約：本質的には自由競争・市場原理の世界での手段  
福祉：市場原理の支配する社会におけるサービスネットワーク

→ 契約が福祉の手段たりうるか、手段たりうるならば、それはどのようにあるべきか。

→ 「福祉契約」を論ずることの必要性

○本報告の方向性

- ①福祉契約論の概観
- ②問題の抽出
- ③「分析ツール」：医療契約論

### 2 本報告における検討対象

○医療契約：医療の申込に対する医師の承諾を前提とする継続的契約<sup>2)</sup>。

○福祉契約：社会福祉事業において提供されるサービスを利用するための契約。

○契約：相対立する2個以上の意思表示が合致して成立する法律行為<sup>3)</sup>。

1) 近井修「福祉契約におけるサービスの質」『実務』筑波法政55号35-36頁(2003年)。

2) 近井修「福祉契約論の概観——サービスの質と契約責任」『著作法と民法の現代的問題——半田正夫先生古稀記念論集——』682-683頁(法学書院、2003年)。なお、秋本英世「福祉契約の特質と課題をめぐって」『通国社会保険』2214号20頁(2002年)も類似の問題意識を抱いている。

3) 関孝一「現代医療における事故と過誤訴訟」『関孝一、有泉孝典「現代医療過誤訴訟」4 医療事故・製造物責任』9・10頁(日本評論社、1974年)、石橋恒「医療過誤の裁判」201頁(新日本法規、1977年)。

4) 我妻栄「新訂民法総則(民法講義1)」244頁(岩波書店、新訂、1965年)、谷口知平・五十嵐清順「新民法総則(現行民法) 契約総論」15頁(谷口知平・五十嵐清順「有泉閣、第1版、1996年)など参照。ゆえに、世代間契約(現代世代が、高齢者世代の請求権を実現するための資金を調達し、将来世代から同様のことをしてもらうことを期待するものである。)は検討から外すものとする。世代間契約については田中秀一郎「ドイツ年金保険における世代間契約」九大法学66号309頁以下参照。

## II 医療と福祉

### 1 医療と福祉の非連続性

1) 従来の技術観

医療：治療

福祉：生活援助・人権

2) 医療・福祉の歴史的作用

医療：「治療を中心とした専門分野で、対象は病人」

福祉：対象の中心は障害者・弱者(低所得者層)

○法律上のひとつの存在化例：看護と介護<sup>4)</sup>

(医療の分野) 保健師助産師看護師法5条<sup>5)</sup>

(看護の分野) 看護士法2条2項<sup>6)</sup>

(福祉の分野) 社会福祉士および介護福祉士法2条2項<sup>7)</sup>

介護福祉士の「介護」業務：障害者に対する身の回りの世話

### 2 医療と福祉の連続性 ← 疾病構造の变化

1) 新しい技術観(業務範囲の拡大)

医療：e.g. 臨床技術の一分野としてのリハビリテーション(障害者のADLの向上を目的)

福祉：e.g. 介護技術の対象～慢性化した疾病の高齢者(e.g. 寝たきり老人)への看護予防

○法律上のひとつの存在化例：介護業務と看護業務<sup>8)</sup>

介護業務：「家事援助(House Making)」(家庭的業務) e.g. 買物、炊事、洗濯、掃除等。

「身体的介護(Personal Care)」(身体的ケア業務) e.g. 入浴、排泄、食事等。

看護業務：「療養上の世話」(生活活動の援助行為) e.g. 食事、排泄、睡眠、移動、清拭等。

「診療の補助」(主治の医師の指示があった場合に限り、看護師の知識・技術で行いうる医療行為) e.g. 採血、注射、診療機械の操作等。

※介護福祉士の周辺のケア業務と看護師の療養上の世話業務→サービス内容の融合

2) 疾病と障害(業務対象の不可分性)

⇒「障害には、(1)生まれたときからの障害、(2)病気などの障害、(3)病気と並存する障害の三つの種類が存在する……とくに慢性性の場合には疾患と障害が原の両面をなしていて、疾患によって引き起こされた問題を、個々の物理的・化学的変化という程度からとらえると疾患となり、人間としての働きからとらえると障害になるのである。」<sup>9)</sup>

e.g. 寝たきり老人：「疾病」状態／「障害」状態

4) 本章は、川上成「21世紀への社会保険改革——医療と福祉をどうするか——」120頁以下(御草書房、第1版、1997年)によることが多い。

5) 平林勝茂「医療・看護・介護の役割分担と連携」『日本学術会議社会法学会研究連絡委員会編「高齢社会と介護」』31-40頁(尚学社、1997年)、同「看護と法——保健師助産師看護師法の今日的課題」『看護のための最新医学』35巻(岩波書店、2002年)。

6) 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、看護師若しくはじよく婦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。

7) 社会福祉士および介護福祉士法2条2項：この法律において「介護福祉士」とは、第2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い、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。

8) 平林勝茂「医療・看護・介護の役割分担と連携」『日本学術会議社会法学会研究連絡委員会編「高齢社会と介護」』31-40頁(尚学社、1997年)、同「看護と法——保健師助産師看護師法の今日的課題」『看護のための最新医学』35巻(岩波書店、2002年)。

9) 砂原茂一「医療と患者と病院と」、13頁(岩波書店、第1版、1983年)。



### III 医療と契約

#### 1 これまでの医療契約論

##### 1) 概観

###### (1) 概観

※偏った方向性の議論 (1950年代後半以降について)

⇒「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める問題、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ったため、診療契約についても、患者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。」<sup>10)</sup>

※日本医事法学会における議論<sup>11)</sup>

【シンポジウムテーマ】第5回総会(1974年)～第10回(1979年)：医師患者関係

【テーマ選択の経緯】医師患者関係が医事法学の基礎であるとの認識

←ひとつの要因として当時の医療過誤訴訟の増加が関与?<sup>12)</sup>

債務不履行法理の判例流出<sup>13)</sup>と同時期

##### 【医療契約論に関する議論と問題】

###### 《経緯的問題》

医師患者関係は圧倒的に契約関係として捉えられているが、契約関係として捉えられろ  
るのか、捉えきれないものがあるのか。

###### 《各論的問題》

①医師の応招維持の問題  
患者側：患者本人に代わって第三者が医療契約を結ぶ場合の本人と患者との関係

②契約当事者の問題  
医療者側：保険医療契約の場合の関係

③契約の法的性格

④医師・患者、それぞれの権利義務の内容

⑤医師・患者、それぞれの権利義務の内容

##### (2) 医療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、契約の成立・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(一般の契約法理)に従うことになる。

→消費者契約法

- 11) 高木英弘「医師と患者の法律関係」而立明・中井英健編『医療過誤法』69頁(曾根書院、第1版、1994年)。その補欠となったのが、加藤一朗「医師の責任」我妻先生追悼記念『損害賠償法の研究(上)』505頁以下(有斐閣、1997年)であった。なお、それ以前の議論もデオントロジ一論であったことを考えると、やはり偏っていたといえよう。
- 12) 医事法学会における医師患者関係に関する議論とその経緯については、さしあたり、下山真二「医師と患者の関係をめぐって」日本医事法学会編『医事法学叢書第1巻 医師・患者の関係』211頁以下(日本評論社、1986年)、在野医事法学第16巻の「シンポジウムⅡ」の平林・明の各論文を参照されたい。
- 13) この時期の医療事故の被害は、項季一「現代医療における事故と過誤訴訟」項季一・有泉亨編『現代損害賠償法論Ⅳ 医療事故・製造物責任』1頁以下(日本評論社、1974年)を参照されたい。
- 14) 神戸地判電研交昭和42年1月25日下民集18巻1295頁がそのリーディングケースとしてあげられよう。

#### 2) 契約の意義

##### (1) 医療契約の種類・態様

① 診療契約：患者が、身体的苦痛、身体的不自由その他健康に關して不安があるとき、医師の診察を求め(診療契約の申込)、医師がこれに応じることによって成立する契約<sup>14)</sup>。

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<sup>15)</sup>。

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<sup>16)</sup>。

④ その他<sup>17)</sup>＝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

○医療行為の特徴<sup>18)</sup>

《目的》患者の健康回復・維持・増進(救命性)

《手段》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』を種々の患者へ適用する。

②人体の個性性と医師の裁量の必要性  
→医師の裁量の必要性

③人体への侵襲性  
\*医療行為：故意に人体へ侵襲を加えて病変を除去しようとする＝違法行為<sup>19)</sup>

④人身損害の回復不可能性(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、患者の側に、真に償うこと・回復することのできないような損害を、たつ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。

⑤実効的要素と敢行性  
\*医療行為：多かれ少なかれ「一種」の実効的要素が含まれている。  
＝一般的に承認された医学医師をつくとしても効果がない場合、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、なお施術する勇氣(敢行性)が医師には要求される<sup>20)</sup>。

⑥侵害性・閉鎖性

- 15) 中川豊之助・兼子一「英訳法大系第5巻 医療過誤・国家賠償」20頁(定塚孝司[曾根書院、第1版、1978年])。なお、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・検査契約・給食契約などを含めた入院契約が締結されることになる(曾野耕毅『新法・医事法の研究Ⅱ 医療契約法の理論』94頁(信山社、増補新版、2001年))。契約内容については、増田地判昭和61年11月25日判例869号84頁抄照。
- 16) 曾野耕毅『新法・医事法の研究Ⅱ 医療契約法の理論』96頁(信山社、増補新版、2001年)。たとえば、定期健康診断、人間ドック検診、受診目的の健康診断など。契約内容は診察・検査等と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。
- 17) 曾野耕毅『新法・医事法の研究Ⅱ 医療契約法の理論』96頁(信山社、増補新版、2001年)。たとえば、美容整形、性転換手術、人工妊娠中絶、不妊手術など。
- 18) 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は、本人または代理人等の自由意思に基づき医療ではないため、医療契約の問題とはなれず考えられる(たとえば、精神保健福祉法第27条①(申請・通知・届出などに基づく措置入院)、同法第29条(措置入院)、聴覚障害者法第19条⑤・8(2)①(申請・通知・届出などに基づく措置入院)、同法第34条④(聴覚障害者に対する入院など)。)なお、精神保健福祉法第33条及び第33条④(応急入院)は事務管理になると解する説がある(増田光子「診療契約と精神医療」西南学院大学大学院法政研究論叢41号205-209頁(2003年))。
- 19) 項季一「医事法学への歩み」81頁(岩波書店、第1版、1970年)以下参照。
- 20) 但し、①資格ある医師が、②治療の目的で、③医学的に承認された手段・方法(logic arch)に従って、④患者の承諾を得て適切になされた場合、正当な医療行為として違法性が阻却される。
- 21) その危険性は他に方法がないゆえに閉鎖的にはあるが肯定される(許された危険)。

\*密着性：医療現場＝原則、非公開→情報の偏在化(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  
 ~非専門家の批判の困難性(←専門的知識・情報の欠如)  
 医師社会の閉鎖性←訴訟に依り、医師が他の医師に不利な証言をする  
 ことを嫌う＝conspiracy of silence.

a 労務・役務(サービス) 提供型契約、継続的契約

b 医師法19条1項による契約自由の原則の制限

医師法19条1項：診療に従事する医師は、診療治療の求があつた場合には、正当な事由がなければ、これを拒んでならない。  
 →現実の診療契約締結にあたり、その分、締結の自由を拘束されている。

c 診療契約における債務の抽象性

→「契約締結時においては、具体的な債務内容は確定しておらず、病状の改善という強然とした目標設定のもとで、大きな枠組みが形成され、個々の債務は患者との夜着や治療の経過の中で具体化されていく」<sup>24)</sup>。  
 (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)

d 診療契約における債務の手段性

→「医療契約に基づく診療債務については、これを手段債務と解すべきであるから……治療の結果の招来それ自体は債務の目的をなさない」<sup>25)</sup>。  
 診療契約における債務の専門性

e 高度に専門的な知識・技術を必要とする診療行為の実施を債務とする契約

→患者自身が契約の当事者でありながら、契約に基づいて医師が行うべき債務としての診療自体の性格を自ら決定し知り得ない。

f 診療契約における当事者の協働関係性

→診療は、契約当事者の患者自身の身体に対して行われるものであり、それが適切に行われるためには患者自身の協力が必要であるため、医師と患者は、契約の当事者であると同時に、互いの協力と信頼を必要とする協働関係にある。

g 旧民法における解釈論

h 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<sup>26)</sup>：医師と患者との間において締結されるいわゆる診療契約は、医師が、善良なる管理者の注意をもって、診療当時のいわゆる臨床医学の実践における医療水準に従い、患者の病状の医学的説明をすることともに適切な治療行為を施すことを債務の内容とする準委任契約であると解する説(通説・判例)。

○賠償契約説<sup>27)</sup>：一般的には準委任契約であるが、一定の明確な事項を目的とするときは、

22)河上正二「診療契約と医療事故」『民法下アイオウ』368頁(有斐閣、第1版、1999年)。  
 23)札幌地判昭和42年4月27日判時362号310頁、なお神戸地判平成9年6月27日判時1684号76頁抄照。  
 24)東京地判平成元年3月14日判時1301号21頁、千葉地判平成11年12月6日判時1724号89頁、我妻栄『民法研究X 精選』361頁(有斐閣、第1版、1971年)、堀代通・広中敏雄『新民法注釈(16) 債権(7) 雇用・請負・委任・委任』233頁(中川眞男)1(有斐閣、第1版、1989年)など参照のこと。なお委任とは、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(848)、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(848)。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扱われている。

25)加藤一郎『不法行為法の研究』6頁(有斐閣、1961年)。なお、それ以外にも医療行為の範囲が限定されその内容が明確なものは賠償契約とすべきと解されている(44)。一定の明確な事項を目的とする手術、真容整形、歯科補綴等。)

その行為の完成を目的とする賠償契約にあたることを認める。  
 ○雇傭契約説<sup>28)</sup>：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傭の關係にあたることを認める説。  
 ○非典型契約説・無名契約説<sup>29)</sup>：診療契約は、典型契約の一つにはあてはまらず、それらを組み合わせた混合契約または特殊な無名契約とみるべきであると解する説。

ii) 特約のある場合

○原則として診療契約における特約の有効性を認める<sup>30)</sup>。

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

○意思表示の合致<sup>31)</sup>、有効要件の具備。  
 ○契約の違法性・受当性  
 違法性：安楽死と称する自殺関与、母体保護法の要件を満たさない人工妊娠中絶・堕胎・不妊手術等。 → 違法行為＝無効  
 受当性：セクサの指詰め等。 → 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  
 口頭での意思表示がない場合は通例＝具体的にこれを特定するのは困難  
 →承諾の意思表示を推認することができ、事実上「合意」があれば承諾があったものと認める。

③診療契約の承諾(医療者側の承諾)

医師に医療行為を認める免許と引換えに専ら面に対して負う公法上の義務であり患者に對するものではなく、したがって、患者はその反動的利益を要するにすぎないと解されている<sup>32)</sup>。  
 →医師が診療契約のない患者からの診療申込を拒否しても民事責任を負うことはないと解されていた<sup>33)</sup>。

④診療契約と契約自由の原則

→「診療契約は、契約自由の原則に反しない限り、自由の原則が制限されるものではない」<sup>34)</sup>。  
 ○契約締結の自由の制限(医療者側) → 医師法19条1項の性質

※医師法19条1項の性質  
 医師に医療行為を認める免許と引換えに専ら面に対して負う公法上の義務であり患者に對するものではなく、したがって、患者はその反動的利益を要するにすぎないと解されている<sup>35)</sup>。  
 →医師が診療契約のない患者からの診療申込を拒否しても民事責任を負うことはないと解されていた<sup>36)</sup>。

26)岩野隆「医療法改正」89頁(甲子社書房、第1版、1936年)。なお、民法改正の段階では、医師の診療契約は雇用と解するのが世界的趨勢であるため雇傭契約が現行民法の立法者の見解であったとされている(手嶋豊「医師の民事責任を中心とした民法小史」中川眞・岡田守雄『民法小史』106-107頁(法律文化社、第1版、1997年))。  
 27)たとえば、「請負と準委任の結合した非典型契約」(新実習文「医療現場の法的性格」新立明・中井英直編『医療現場入門』(有林書院、第1版、1979年))、「特殊な無名契約の一つ」(または清水兼男「診療過誤と医師の民事責任」民法雑誌52巻6号4頁(1955年))など、なお、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の問題となっており、多くの説はそれを準委任契約に近いものとみている。

28)裁判例においては「特約等」と判示する場合があります(青森地判八戸平成14年1月30日判例集未収録)。なお、エホバの証人輸血拒否事件において、東京高裁は、輸血以外に教団手段がない事情になっても輸血をしないという相対的無輸血特約の合意は成立していると認めることはできないが、手術に当たり得る限り輸血をしないという相対的無輸血の限度で合意は成立し、その特約の効果を認めている(東京高判平成10年9月8日判時集61巻1号1頁、なお不審案については平成12年2月29日に最高裁にて判例集の上旨が覆された。判時3小平成12年2月29日民集64巻2号532頁。)

29)方式は自由、明示・黙示を問わない、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」がある場合を除き、被保険者等などの提出が要求されている。

30)e.g.診療費の交付、診療の開始等。  
 31)英法部通告「行政上より見たる医師不応招問題」法律新聞1047-1050号(1915年)、磯崎辰五郎、西島晋「医療・衛生法」28-27、200頁(有斐閣、新版、1979年)など。

32)英法部通告「行政上より見たる医師不応招問題」法律新聞1047号202頁以下(1918年)、我妻栄『債権名義論上巻(民法講義V.1)』19頁(岩波書店、第1版、1954年)。

33)岩野隆「医療法改正」89頁(甲子社書房、第1版、1936年)。

→不法行為責任が生ずるとの学説が展開<sup>11)</sup>

\*現在の判例

「医師法19条1項は……医師の応招義務を規定したものと解されるどころ、同法招義務は直接には公法上の義務であり、したがって、医師が診察を拒否した場合でも、それが直ちに民事上の責任に結びつくものではないといふべきである。しかしながら、右法条項の文言内容からすれば、右招招義務は患者保護の側面をも有すると解されるから、医師が診察を拒否して患者に損害を与えた場合には、当該医師に過失があるという一応の推定がなされ、同医師において同診察拒否を正当ならしめる事由の存在、すなわち、この正当事由に該当する具体的事象を主張・立証しないかぎり、同医師は患者の被った損害を賠償すべき責任を負うと解するのが相当である。」<sup>12)</sup>

→このようにして契約を成立させるかをめぐって結論が展開。

① 医師法 §19 の関係において法 §18 ① は医師の職業倫理を明らかにした一般的な訓示規定というよりは、診察を求める個々の患者に対する具体的な義務を定めた規定として理解すべきであるため、診察申込によって直ちに医師の承諾義務が発生し、これと同時に診察契約が成立すると解する説<sup>13)</sup>。

② 医師の専門家としての地位、医療の独占が承認され、他の医療行為を否定できることなどに鑑みれば、民法上の作為義務としての診察義務が肯定されるべきであるから、診察の申込がなされれば、正当事由のない限り、その時点で診察契約が成立し、診察拒否は過失ないし債務不履行に構成すると解する説<sup>14)</sup>。

③ 近時の「契約締結上の過失」理論を通して契約締結前への契約責任の拡大の動向と、医療契約締結に向けての交渉段階における医師の責任という利益状況からみて、一般的に医師の違法な診察拒否を債務不履行の問題とすべきであると解する説<sup>15)</sup>。

○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：目的とする医療の完了  
それ以上の医療が不能であることが確定した場合  
更新拒絶

期間の定めのない場合：解約申入れ ( § 617, 627 ) → 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  
債権の強制実現  
損害賠償  
契約の解除

33) たとえば、「患者の保護のために定められた診療上の義務に違反した場合には、それが公法上の義務違反であるとしても、医師に過失があるとの一応の推定をし、反証のないかぎり、医師の民事責任を認めてよいと思われる。」(加藤一郎『注釈民法(19) 債権(10) 不法行為』163頁(加藤一郎『有斐閣』1965年))。『医師者の生命・健康に対する具体的危険発生が予見可能であり、応招によってその結果が回避可能であるか否かによって、個々具体的に判断すべきではないか。』(平林朝臣『医療スタッフに対する法的規制』宇都木伸・平林朝臣編『フューラム医療法学』(尚学社、追補版、1997年))などがある。

34) 神戸地判平成6年6月30日判例(453号127頁)。  
35) 山口宏『診療契約上の問題』山口和男・林豊樹『現代民事裁判の展開』108-109頁(新日本法規、1991年)。

36) 新築賢文『救急医療』判タ686号123頁(1989年)。(もっとも救急医療における救急告示病院の義務を前提とする議論であることに注意されたい)。なお山口宏『診療契約上の問題』山口和男・林豊樹『現代民事裁判の展開』107頁(新日本法規、1991年)参照。

37) 前田通明ほか『医療法』223頁(前田通明(著)『有斐閣』第1版、2000年)。同『医療契約について』京都大学法学部百周年記念論文集刊行委員会『京都大学法学部百周年記念論文集』第3巻『民事法』111-112頁(有斐閣、1999年)。

○委任契約における解除(解約)自由の原則

～債権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 )

委任の解除には通知が認められない。( § 652 )

○診療契約解除の制限(例外)

\* 診察を行う側：正当事由なくして契約の解除はできない(医師法 § 19 の解釈)。  
\* 診察を受ける側：事実上、解除が制限される。

←「已ムコト得サル事由」がなく「相手方」がメニ不利ナル時期」<sup>16)</sup>に委任を解約したときは、その損害を賠償することを要するため。( § 651 ② )

→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事情があるときは、 § 651 に基づく解除が可能。

○診療契約解除の方法  
\* 解除の意思表示：相手方への一方的意思表示による(明示・黙示を問わない。推断的行為でもよい)。

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・破産・後見開始等 ( § 653 )  
\* 当事者の死亡  
動務医の死亡  
\* 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：医療の特質上、当然には終了しない。

委任契約：受任者(医師)の後見開始の事柄により終了する<sup>17)</sup>。  
= 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 診察を行う側  
a 意思能力<sup>18)</sup>  
有する者の場合 → 行為能力の問題  
(有しない者の場合(患者が意思無能力者でかつ行為無能力者でもある場合<sup>19)</sup>)  
\* 法定代理<sup>20)</sup>：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。

38) a.g. 医師が手術の準備をしたとき。  
39) 医師法 § 3：未成年者、成年後見人又は被保護人には、免許を与えない。

40) 医師が個人で診療所を開設している場合は当該医師が契約の当事者となる。病院または診療所の開設者が公的機関である場合には施設者である国あるいは自治体が、医療法人である場合には当該法人が、それぞれ契約の当事者となる。

41) 契約締結後に意思能力を失っていたことが判明した場合は、診療契約は無効となり、その間の医療行為は契約に基づかない事実上の事務管理になると解すべきであろうか。なおその場合であっても、医療事故が生じたときには、無効を理由として医療機関側の責任が免除されないことはいふまでもない。

42) a.g. 患者が6～7歳未満の未成年者の場合、見当見<sup>21)</sup>。  
43) 裁判三小平成8年1月25日民集50巻1号1頁、大成地判平成7年12月20日判例158巻97頁、辻伸行『医療契約の当事者について』拙稿法学31号162頁(1990年)など。なお本説に対しては、「意思能力のない患者を契約当事者として認めることは、その者に対してなされる診療行為が患者以外の者の意思決定によって実施されるという事実をかえって隠蔽することになり、右意思決定に対する社会ないし法による監視を消滅する口実を与えかねない。また診療契約のような患者の一身専属的な事項にかかわる事項について数遺者、後見人あるいは配偶者の有する法定代理権ないしそれに準ずる代理権が及ぶようのか疑問であり、さらに、患者本人に診療報酬債権をつねに負担させることが妥当とは思われ、ないとの批判がある(新築賢文『診療契約論』ではどのような点か未解決か)」<sup>22)</sup>。夫婦「同居」現代契約と現代債権の展開<sup>23)</sup> 新編および特約の契約』255頁(日本評論社、第1版、1991年)。

\* 第三者のためにする契約説<sup>44)</sup>：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。

\* 不真正第三者のためにする契約説<sup>45)</sup>：親権者が身上監護権(§820)に基づき、子供を医療給付の対象とする不真正第三者のためにする契約を医療機関との間に締結することと解する説。

\* 重疊的契約説<sup>46)</sup>：法定代理人自身と診療機関との間で患者を受益者とする第三者のためにする契約または不真正第三者のためにする契約が締結されるときに、法定代理人によって患者本人と診療機関との間に診療契約が締結されると解する説。

b 行為能力

○患者が意思能力者かつ行為能力者でもある場合<sup>47)</sup>  
→患者本人が契約当事者  
(患者が意識不明の者の場合<sup>48)</sup>)

(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  
\* 法定代理説：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<sup>49)</sup>。

(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(§118)と解する説<sup>50)</sup>。  
\* 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等が病院に運び込んだとき)  
\* 受診申込者と病院・医師との間に契約(第三者のためにする契約)が成立し、受診申込者の近親者に対する事務管理となると解する説<sup>51)</sup>。

\* 病院・医師と患者との間に直接に事務管理が成立したものと解する説<sup>52)</sup>。  
\* 受診申込者および病院・医師ともに患者者に対する事務管理する地位に立つものとする説。

○有しない者の場合(患者が意思能力はあるが行為無能力者である場合<sup>53)</sup>)  
(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<sup>54)</sup>。  
\* 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<sup>55)</sup>。  
→子供本人が契約当事者<sup>56)</sup>。  
※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<sup>57)</sup>。

(2) 社会保険診療の場合

a 保険者・被保険者当事者説<sup>58)</sup>：保険医療の下では、保険医療機関は保険者の被用者ないし風行補助者ともいへる立場に立つのであり、診療契約は保険者と被保険者との間に締結されると解する説。

b 被保険者・保険医療機関当事者説<sup>59)</sup>：診療契約は患者と保険医療機関との間に成立するのであり、保険は医療費の支払システムにとり、保険医療機関が保険者に対して公法上の義務を負担することや、被保険者たる患者と保険者との間に公法上の法律関係が存在することと相容れないものではないと解する説。  
c 保険者・保険医療機関当事者説<sup>60)</sup>：保険診療は、保険者を受診者、医師等を雇約者、患者=保患者を受診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解する説。

5) 契約の効力

(1) 診療業務の義務

→診療当時のいわゆる臨床医学の実践における医療水準に依ること。  
「医師と患者との間において締結されるいわゆる診療契約は、医師が、善良なる管理者の注意をもって、診療当時のいわゆる臨床医学の実践における医療水準に従い、患者の病的状況の医学的説明をすることともに適切な治療行為を施すことを債

53) 定章章司「医師と患者の法律関係」中が監督之功、兼子一「実務法律文系(6) 医療過誤・医療賠償」18頁(行政書院、第1版、1973年)。  
54) a.g. 7歳以上の未成年者<sup>54)</sup>。  
55) 名古屋地判平成12年9月18日判例1750号121頁(4歳の児童) <sup>55)</sup>。  
56) 旭川地判昭和46年11月25日判例623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。  
57) 高木英弘「医師と患者の法律関係」藤立明・中井建雄編「医療過誤法」62頁(東林書院、第1版、1994年)。  
58) もつと、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医師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。  
59) 松本直治「医師からみた法律」大阪府医師会編「医療と法律」9頁以下(法律文化社、第1版、1971年)など。  
60) 東京地判昭和56年2月26日判タ446号157頁、東京地判昭和49年4月22日下民集25巻14台判号229頁、東京地判昭和47年1月25日判タ271号185頁、野田真「医療をめぐる民法上の問題」藤野真一編「民法問題 別巻2」181頁(有斐閣、第1版、1990年) など。

61) 大阪地判昭和60年6月29日判タ565号170頁。なお本説は、知事による指定医療機関の特定の法的性格は国の機関としての知事か、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事項を内容として医療機関との間で締結する公法上の契約的・附従的契約であると解する説は、従前の学理の通りであるとして解されている(野田真「保険医療と損害賠償請求」明子一・有泉守編「現代損害賠償法講座」医療過誤・製造物責任」141頁(日本評論社、第1版、1974年))。

44) 京都地判平成11年4月13日判タ1023号222頁、神戸地判平成9年8月27日判例1654号76頁、名古屋地判平成11年2月17日判タ703号204頁、東京地判昭和54年4月24日判タ388号147頁、若松正昭「診療契約」根本久編「裁判実務大系第17巻 医療過誤訴訟法」29頁(東林書院、第1版、1990年)など。なお本説と不真正第三者のためにする契約説に対しては、「そもそも『第三者のためにする契約』は、契約の効力は原則として契約当事者間に限り効力を及ぼすという私的自治原則の例外(自己の意思の外で自己に法効果が生ずられる)であり、したがって、第三者の受益の意思表示は、この契約も益も重要な要件であり、それを不要とするならば、それは不真正とはいえず、『第三者のためにする』契約というには、あまりに不適切である。」との批判がある(前田通明ほか「医事法」211頁(前田通明)(有斐閣、第1版、2000年))。  
45) 東京地判八王子支院昭和62年3月2日判タ682号217頁、東京地判昭和60年1月20日判例764号19頁、宮崎地判昭和47年3月31日判例682号64頁、新潟地判「診療契約」ではないような点から解決か」格野秀夫編「現代契約と現代債権の原則」新編および特殊の契約」233-234頁(日本評論社、第1版、1991年)など。なおこの場合は、第三者の受益の意思表示は不要とする。  
46) 宮崎地判昭和47年3月31日判例682号64頁、神戸地判昭和56年6月12日判例1013号96頁など。  
47) a.g. 20歳以上の成年者<sup>47)</sup>。  
48) a.g. 交通事故や乗物中などで、意識不明の場合<sup>48)</sup>。  
49) 生命・健康等の個人の事情に属する診療契約は代理に類しなさいとの批判がある。  
50) 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(§118)が必要となる。  
51) 救急隊員の場合、消防法第35条の8及び同法第35条の8により、市町村や都道府県が救急隊員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義務を負っている(公法上の義務)とあり、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。  
52) 西原道雄「医療と民法」大阪府医師会編「医療と法律」203頁(法律文化社、第1版、1971年)。