

業者間で契約を締結する（第3段階）という3つの段階を経て契約が成立することになる（後掲資料・IV 3 1）参照）。

#### 4 契約の当事者

契約当事者については、ほぼ全ての文献が、利用者本人に判断能力があるかないかという点を基準に場合を分けて論じている（後掲資料・IV 4 参照）。ここで検討する必要があると思われるのは、場合分けをする際の基準である判断能力それ自体についてである。この判断能力とはどのような能力のことを言うのであろうか。意思能力あるいは事理弁識能力のことを指しているのであろうか。それとも行為能力のことを指しているのであろうか。あるいはその両方の能力のことを指し、それらを総合した能力のことを指しているのであろうか。この点、医療契約論においては、意思能力の有無、行為能力の有無によって詳細に場合分けをして検討を加えている（後掲資料・III 1 4）参照）。福祉契約においても、判断能力という基準を、今後、より詳細にかつ明確にしていくことが必要である。

### IV 福祉契約の課題そして行方

福祉契約は、福祉契約締結課程の第3段階をめぐって検討すべき課題が多々あるように思われる。

#### 1 契約の主体をめぐる問題

福祉契約では、その利用者の大多数が例えば高齢者や障害者のような契約を締結するに際して必要な判断能力を欠くおそれのある人々であると考えられている。とするならば契約の一方当事者は近代私法が前提とする人間像——「強く賢い人間像」——に、その多くの場合あてはまらないことになる。そこで、これまでの契約法理を修正することが求められることとなる。

具体的には、各個人に応じた直接的な支援の仕組みを検討することが必要であろう。それを法解釈により対応しようとするならば、それは契約当事者に関する議論へと帰着することになる。しかしながら、当該問題は、事実行為における代行決定の問題をも視野に収めつつ検討をしなければならないこととなるため、容易に解決できない問題である。それゆえ、当該問題は、主に福祉契約利用援助システムによって解決を図っていかざるをえないことになろう。

いま一方の契約当事者である事業者側をめぐる問題点としては、事業者の健全化および福祉サービス提供者の能力の担保を、どのようにして図るかということになろう。前者については指定基準のあり方が、後者については資格制度と教育制度のあり方が、それぞれ検討課題となる。どちらもその基準をより厳しくすればするほど、その質を担保することが容易になるものの、反面、サービスの量を確保することが困難となる。このバランスをどのようにとっていくかが、ここでの課題になろう（後掲資料・VI 1 1）(1) 参照）。

#### 2 契約の客体の質の確保の問題

当該側面では、提供されるサービスの質をどのようにして担保するのか、なかんずく契約法は提供されるサービスの質を担保しうるのか、という点が問題となろう。契約法が関わってくる場面は、債務不履行に対する福祉サービス提供者への責任が追求される過程においてであるということである。そこでは、債務の本旨にかなった履行がなされたか否か、債務者に帰責事由があるか否かを判断するための注意義務水準を設定する過程で、福祉サービスの内容・質そのものが事後的に検討されることになる。翻ってみれば、契約法は、

その程度でしか、サービスの内容・質を担保することができない。

確かに、利用者・事業者間で契約を交わすことにより互いの権利義務関係が明確になることにより、それらが事業者側の行為基準となる効果はあると思われる。しかしながら、それらが実際に履行されるか否かは、結局のところ当該事業者のモラルの問題とならざるをえない。また、契約法は、債務の履行如何だけを問題とするため、それ以外の要素については排除され、あるいは欠落することになる。その限りにおいて、契約法は、サービスの質の担保という課題に対して、はなはだ限定的な役割しか果たすことができないといわざるをえない（後掲資料・VI 1 1）(2) 参照）。

### 3 市場のあり方とそのコントロールをめぐる問題

福祉契約というシステムの成否は、福祉市場をどのように整えていくのかにかかっている。そこで、市場のコントロールをめぐる問題が浮上してくることになる。

コントロール主体の問題については、市場の状況を、行政が管理するのか、利用者・事業者間の積極的・主体的関与に委ねるのか、それともレッセフェール・レッセパッセに委ねるのか、それ以外の者が管理をしていくのか、という角度からそれぞれの長所短所を見据えつつ検討を加えなければならないだろう（後掲資料・VI 1 1）(3)① 参照）。

コントロール手法の問題は、現在は運営基準という法的性格の不明確なものを用いて、民法上の原則のうちの一つである「契約自由の原則」を実質的に制約している点にある。実務上、当該基準は、その内容が契約内容に取り込まれるという形で機能してきている。しかしながら、当該基準は、本来的には民事法上の効力にかかわるものではない。それ故、当該手法が、果たして民法上の基本原則を修正するものとして適切な方法であるのか否かを検討し、今後、明らかにしていく必要がある（後掲資料・VI 1 1）(3)② 参照）。

### 4 福祉契約の行方

これからの福祉契約論は、福祉契約の有する特質や実体を直視し、それらに即した解釈論を確立する必要がある。その際、福祉契約の特性、すなわち適正な福祉契約市場の存在の上に、はじめて適正な内容の契約が確保されるという多層構造的性と、まさにそこに内在する脆弱性を認識し、利用者・事業者関係を契約として構成することにより、何が強調され何が欠如することになるのか、契約という手法の限界を把握し、それを浮き彫りにしていくことが、今後の検討のひとつの起点になるものと考えている（後掲資料・VI 2 参照）。

《参考文献》後掲資料中の引用・参考文献を参照されたい。

## b. 福祉契約に関する実務的諸問題（平田 厚）

### I 福祉契約の技術的視点

福祉契約の目的は、「能力に応じ自立した日常生活」（介護保険法 1 条）や「障害者の自立と社会経済活動への参加」（身体障害者福祉法 1 条及び知的障害者福祉法 1 条）にある。しかし、高齢者にとっての「自立」と障害者にとっての「自立」とを同じように捉えていいだろうか。高齢者福祉における自立支援は、それまで長期に自立していた状態から、加齢によって自立能力を喪失していく過程を支えるものと考えることができる。これに対して障害者福祉における自立支援は、それまで自立能力がないとされていた状態から、努力によって自立能力を獲得していく過程を支えるものと考えることができる。したがって、高齢者の場合には、能力喪失を前提にして「残存能力に即して支えること」が必要である。

他方、障害者の場合には、「自立能力を獲得・形成できるよう支えること」が必要である。

以上のように考えるならば、高齢者福祉契約と障害者福祉契約の形式にも差異を生ずるはずである。高齢者福祉契約については、無理に本人の能力を形成するのではなく、適切な支援者を確保してゆるやかにサポートできればいい。そうだとすると、高齢者福祉契約に関しては、適切な支援者がサポートする限りにおいて、条文数もある程度多く、各条項の正確さを重視してよいと思われる。他方、障害者福祉契約に関しては、本人の自立能力を形成するためにも、できる限り本人が理解しうるようにサポートすべきである。そうだとすると、条文数はできる限り少なく、各条項の分かりやすさも重視しなければならない。

## II 福祉契約の理論的視点

近年、契約法理論において新たな理論的展開が見られるが、福祉契約に対しては、従来の契約理論とは異なる視点からの要請がある。そのためには、次の諸点を考慮すべきであろう。①社会福祉基礎構造改革によって、利用者が措置の対象から契約の主体へと位置づけられたこと、②契約の主体となるには、保護理論ではなく自己決定理論が必要であること（パターナリズムから自己決定へ）、③従来の契約理論において措定された人間像はフィクション性が強く、人間像自体を変容させなければならないこと、④したがって、緩やかな意思表示に基づく修正された意思主義とも言うべき考え方が適合的であること（意思主義の復権）、などである。

ここでの緩やかな意思表示とは、「何から何まで自分で決める」という決定度を問題とするのではなく、「おかしいものは決めない」という許容度を問題とする。そうすると、意思主義の延長線上にある付随義務論が重視されるべきであり、また、「おかしいものは決めない」ための情報提供義務や説明義務が重視されることとなろう。

福祉契約の給付義務について、事業者側の負う債務はサービス提供義務であり、利用者側の負う債務は代金支払義務であるが、事業者が提供するサービスはパッケージ化されているため、利用者の支払う代金も当該パッケージに対する代金となる。そういう意味では、福祉契約における給付義務関係は、権利義務の束となっており、代金も法令によって設定されていることとなる。福祉契約における付随義務に関しては、安全配慮義務、説明義務、守秘義務、記録作成保存義務などが挙げられ、近年議論されている信認義務と重なり合う。それは、情報が非対称であり判断能力も不十分な利用者に対する準委任契約という性質を有する福祉契約においては、信認関係的な要素を多分に有しているからであろう。

## III 具体的契約条項に関する解釈と問題点

モデル契約書における給付義務条項については、介護事故に対する損害賠償請求権につき、不当な条項が定められる危険性がある。福祉契約に消費者契約法が適用されることは言うまでもないが、給付義務関係については運営基準等の法令によって規定されているため、消費者契約法が適用される局面はさほど多くはないはずである。しかし消費者契約法においては、過失による損害賠償債務の一部免責を認めており、安易に過失免責を認める条項の当否が問題となる。

安全配慮義務については、契約両当事者に対する義務の意識化が重要である。説明義務については、契約締結前における重要事項説明義務に関してのみ、明確に法令上位置づけられているが（社会福祉法 76 条、77 条及び各運営基準）、契約後の説明義務に関しては、それを明確にしている規定がない。しかし、契約上説明義務を明記して、説明義務違反の

事実があれば直ちに契約を解除できるという効果を付与すべきである。利用者からの自由な予告解約を認める以上、付随義務違反による即時解除を認めても実質的には問題を生じないであろう。

守秘義務については、「正当の理由」がある場合には例外的措置が認められているが、「正当の理由」は厳格に解釈されるべきである。したがって、守秘義務の事前的包括的放棄は不当であり、公序良俗に照らして無効と考えるべきであろう。記録作成保管義務については、各運営基準で明確に定められているが、当該記録の閲覧謄写権については、各運営基準上定めがない。しかし、虐待やサービスの不履行が問題となる場合において、利用者側にはそれを明確にしうる情報獲得手段がないのであって、上記の情報提供義務の一環として積極的に閲覧謄写権が認められるべきである。

最後に、解除条項に関しては、事業者からの契約解除条項を利用者からの契約解除条項と平行に捉えることはできない。なぜなら、事業者には各運営基準上応諾義務が課されており（例えば、支援費制度に関する省令 79 号 11 条 1 項など）、事業者からの契約解除は制限されているからである。それらの運営基準は、「正当な理由」なくサービス提供を拒んではならないと定めているのであって、契約する時点での正当な理由のない契約拒否を禁止しているばかりでなく、契約中での正当な理由のない契約解除をも禁止している。そうすると、事業者からの契約解除事由については、事業者と利用者の合意によって自由に設定できるわけではないだろう。福祉サービス契約が継続的契約関係であることに照らして考えると、信頼関係が破壊されるに至らなければ契約解除は認められないという一般的な法理に加え、事業者の応諾義務に鑑みてより厳格に「正当の理由」が備わっていなければならない。

#### D. 結 論

福祉契約の特性として、①契約の主体としての利用者の能力等ゆえに、従来の契約法理の修正が必要であること、②契約の他方当事者である事業者に関しては、サービスの質確保とサービス量の確保のバランスを保つ方策が必要であること、③契約の客体の質を確保するためには、契約法の法理では不十分であり、市場をコントロールする必要があること、④そのために幾つかのコントロールの方法について、行政の関与も含めて、長短所を考慮しつつ比較検討する必要がある。また、福祉契約の具体的条項を検討するに当たっては、介護保険の対象者である高齢者と支援費の対象者である障害者との相違に配慮し、各契約条項の内容および文言について検討していく必要がある。

#### E. 研究発表

##### 学会発表

2003 年 11 月 2 日、日本社会保障法学会秋季大会共通テーマ・シンポジウム「社会福祉と契約」における学会報告「福祉契約の法的関係と医療契約」（学会誌『社会保障法』19 号掲載予定）

## 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

「福祉サービスの供給を媒介する契約を通じた、疑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『福祉サービスの質の向上』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

\*利用者の事業者選択権の確保

\*利用者・事業者間のサービス給付内容の形成・確定権の確保

②財政状況の安定化とサービス量の拡大

○「契約による福祉」の根本的問題<sup>2)</sup>

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セーフティネット

→ 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課題の抽出

《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端緒とする継続的契約<sup>3)</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>4)</sup>。

## II 医療と福祉<sup>9)</sup>

### 1 医療と福祉の非連続性

#### 1) 従来<sup>9)</sup>の技術観

医療：治療

福祉：生活援助・人権

#### 2) 医療・福祉の歴史的役割

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）

○法律上のひとつの顕在化例：看護と介護<sup>9)</sup>  
(医療の分野) 保健師助産師看護師法5条<sup>10)</sup>  
看護師の「療養上の世話」業務：傷病者もしくははじょく婦に対する身の回りの世話  
(福祉の分野) 社会福祉士および介護福祉士法2条2項<sup>9)</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 ← 疾病構造の変化

#### 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）への褥瘡予防

○法律上のひとつの顕在化例：介護業務と看護業務<sup>9)</sup>  
介護業務：「家事援助(Home Making)」(家政的業務) e.g.買物、炊事、洗濯、掃除etc.  
「身体的介護(Personal Care)」(身辺的ケア業務) e.g.入浴、排泄、食事etc.  
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etc.  
「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・技術で行いうる医行為) e.g.与薬、注射、診療機械の操作etc.

※介護福祉士の身辺的ケア業務と看護師の療養上の世話業務→サービス内容の競合

#### 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)病気のあとの障害、(3)病気と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盾の両面をなして、病気によって引き起こされた事態を、個体の物理的・化学的变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。」

<sup>10)</sup>

e.g. 寝たきり老人：「傷病」状態／「障害」状態

### Ⅲ 医療と契約

#### 1 これまでの医療契約論

##### 1) 概 観

##### (1) 議論状況

※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。」<sup>11)</sup>

※日本医事法学会における議論<sup>12)</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>13)</sup>  
債務不履行法理の判例進出<sup>14)</sup>と同時期

【医療契約論に関する議論と問題】

《総論的問題》

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うるのか、捉えきれないものがあるのか。

《各論的問題》

医師患者関係を契約関係として見た場合、その内容はどのようなものか。

①医師の応招義務の問題

②契約当事者の問題

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

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

##### (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編が原則的に適用され、必要に応じ、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

## 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関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>15)</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態を診察してその結果を知らせる契約<sup>16)</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>17)</sup>。
- ④その他<sup>18)</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>19)</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』を個々の患者へ適用する。

##### ②人体の個別性と医師の裁量の必要性

\*人体の個別性：対象となる人体は個体差が大きく、その反応も千差万別。  
→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>20)</sup>

④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ま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。

##### ⑤実験的要素と敢行性

\*医療行為：多かれ少なかれ「一種」の実験的要素が含まれている。  
=一般的に承認された医学医術をつく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>21)</sup>。

##### ⑥密室性・閉鎖性

\*密室性：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←訴訟において、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§19①：診療に従事する医師は、診察治療の求があつた場合には、正当な事由がなければ、これを拒んではならない。

→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、病状の改善という漠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応答や治療の経過の中で具体化されていく」<sup>22)</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>23)</sup>。

e 診療契約における債務の専門性



→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

f 診療契約における当事者の非対等性

→患者自ら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は定かに知り得ない。

g 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。

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<sup>24)</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、患者の病的症状の医学的解明をする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)。

○請負契約説<sup>25)</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、その行為の完成を目的とする請負契約にあたと解する説。

○雇傭契約説<sup>26)</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用の関係にあたと解する説。

○非典型契約説・無名契約説<sup>27)</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>28)</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>29)</sup>、有効要件の具備。

○契約の適法性・妥当性

適法性: 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etc. → 違法行為=無効

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事実<sup>30)</sup>があれば承諾があったものと認める。

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§19①(応招義務)

※医師法§19①の性質

医師に医業独占を認める免許と引換えに専ら国に対して負う公法上の義務であり患者に対するものではなく、したがって、患者はその反射的利益を受けるにすぎないと解されている<sup>31)</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>32)</sup>。

→不法行為責任が生ずるとの学説が展開<sup>33)</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、同応招義務は直接には公法上の義務であり、したがって、医師が診療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うべきである。しかしながら、右法条項の文言内容からすれば、右応招義務は患者保護の側面をも有すると解されるから、医師が診療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療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実を主張・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>34)</sup>

→どのようにして契約を成立させるかをめぐって議論が展開。

- ①医師法§1との関係において法§19①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、診療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、診療申込によって直ちに医師の承諾義務が発生し、これと同時に診療契約が成立すると解する説<sup>35)</sup>。
- ②医師の専門家としての地位、医業の独占が承認され、他者の医療行為を否定できることなどに鑑みるならば、民事法上の作為義務としての診療義務が肯定されるべきであるから、診療の申込がなされれば、正当事由のない限り、その時点で診療契約が成立し、診療拒否は過失ないし債務不履行を直ちに構成すると解する説<sup>36)</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療拒否を債務不履行の問題とすべきであると解する説<sup>37)</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

債務の強制実現

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

～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）

委任の解除には遡及効は認められない。（§652）

#### ○診療契約解除の制限（例外）

\*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の解釈）。

\*診療を受ける側：事実上、解除が制限される。

←「已ムコト得サル事由」がなく「相手方ノ為メニ不利ナル時期」<sup>38)</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。（§651②）

→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

勤務医の死亡：終了原因とはならない。

\*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。

\*受任者の後見開始

委任契約：受任者（医師）の後見開始の審判により終了する<sup>38)</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診療を行う側 ～ 開設者<sup>40)</sup>

###### ②診療を受ける側

###### a 意思能力<sup>41)</sup>

有する者の場合 →行為能力の問題へ

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>42)</sup>）

\*法定代理説<sup>43)</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。

\*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な第三者のためにする契約を医療機関との間に締結すると構成する説。

\*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ともに、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

有する者の場合

○患者が意思能力者で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

○患者に意思能力も行為能力もあるが何らかの事情により例外的に意思能力を失った場合（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 (§113) 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<sup>51)</sup>)

\*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、受診申込者の傷病者に対する事務管理となると解する説<sup>52)</sup>。

\*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する説<sup>53)</sup>。

\*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。

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>54)</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>55)</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>56)</sup>。

(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<sup>57)</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>58)</sup>。

## (2) 社会保険診療の場合

- a 保険者・被保険者当事者説<sup>59)</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履行補助者ともいうべき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で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>60)</sup>：診療契約は患者と保険医療機関との間に成立するものであり、保険は医療費の支払システムにとどまり、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>61)</sup>：保険診療は、保険者を要諾者、医師等を諾約者、患者＝保患者を受益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) 診療を行う側の義務

《抽象的》善管注意義務 (§644)

→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うこと。

「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、患者の病的症状の医学的解明をする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」。

《具体的》

#### ○診療に関する義務

\*診療義務：「診療契約に基づいて医師や病院が負担する債務は、技術上適正に注意深い診療を実施すべき債務であり、その法律的性質はいわゆる手段債務であるが、診療の高度の専門性・特殊性に照らし、右医師の債務は、患者によって希望された診療目的……の達成を目標として、診療当時のいわゆる臨床医学の実践における医療水準を基準とする危険防止のため実験上必要とされる最善の注意義務をもって診療を行うべき債務であると解される。」<sup>62)</sup>

\*転医義務：「履行補助者である医師等が(新規の治療法に関する)知見を有しなかったために、右医療機関が右治療法を実施せず、又は実施可能な他の医療機関に転医をさせるなど適切な措置を採らなかったために患者に損害を与えた場合には、当該医療機関は、診療契約に基づく債務不履行責任を負うものというべきである。また、新規の治療法実施のための技術・設備等についても同様であって、当該医療機関が予算上の制約等の事情によりその実施のための技術・設備等を有しない場合には、右医療機関は、これを有する他の医療機関に転医をさせるなど適切な措置を採るべき義務がある。」<sup>63)</sup>

#### ○承諾と説明に関する義務

\*承諾取付義務：「病院の医師としては、(患者)に対し……診療契約上の義務として……情報を提供した上で自らの意見をも述べ、Aの自己決定権を保証するとともに、手術を実施する限りは、これらの知識を前提とする真摯な同意を得て手術を実施すべき注意義務があったというべきである。」<sup>64)</sup>

\*説明義務：「医師は、患者の疾患の治療のために手術を実施するに当たっては、診療契約に基づき、特別の事情のない限り、患者に対し、当該疾患の診断(病名と病状)、実施予定の手術の内容、手術に付随する危険性、他に選択可能な治療方法があれば、その内容と利害得失、予後などについて説明

すべき義務があると解される。」<sup>65)</sup>

\*療養指導義務：「医師法第23条によると、医師は診療をした時は、本人又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ず、又、被告病院が保険医療機関であることは弁論の全趣旨から明らかであるところ、保険医療機関及び保険医療費担当規則11条によれば、保険医療機関は患者の収容に関しては、その病状に応じて適切に行い、療養上必要な事項については適切な注意および指導を行わなければならないとされている。……(患者の疾患発症)の事実、進行状況、治療経過、今後の見とおし、治療方法等につき……担当眼科医として自ら認識し、知識として有する一切の資料を披瀝説明して、療養方法等の指導をなすべき義務があったものであり、これは患者の生命健康を管理すべき担当医師として当然なすべき善管注意義務の一つというべきである。」<sup>66)</sup>

#### ○医療の場の管理者としての義務

\*安全配慮義務：「(安全確保義務(入院中の患者の生命・身体の安全を確保する義務))は診療契約の内容そのものに含まれる義務であり、(安全配慮義務(患者の生命・身体に対する危険を防止すべき義務))は診療契約に付随して信義則上生じる義務であると主張するところ、一般に診療契約の本来の内容として安全確保義務が認められるか否かの点は措くとして、少なくとも診療契約に伴う付随義務として安全配慮義務を肯定できることは明らかである。」<sup>67)</sup>

\*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收取した物などは、これを患者に返還する義務を負う (§646)。

#### ○その他

\*証明文書等の交付義務：「医師法第19条は、診察をした医師は診断書の交付の求めがあつた場合には、正当の事由がなければ、これを拒んではならないと規定している。医療法人との間の医療契約の中には、右医師法の規定の趣旨が当然に合意されていると解すべきである。」<sup>68)</sup>

#### \*特約による権利義務

#### (2) 診療を受ける側の義務

#### \*診療報酬支払義務

\*診療協力義務：医療側が診療契約に基づく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。

\*費用前払義務：委任事務を処理するのに費用を要する場合には、受任者から請求があれば、委任者はその前払いをしなければならない。(§649)

\*費用等償還義務：受任者が委任事務を処理するのに必要な費用を支払ったときは、委任者に対してその費用およびその利息の償還を請求することができ、また必要な債務を負担したときは委任者に自らその弁済をなすように請求することができる。(§650①②)

\*損害賠償義務：受任者が委任事務を処理するため、自己に過失がないのに損害を受けたときは、委任者に対しその賠償を請求することができる。(§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)

→患者が意識を回復すれば、患者の意思により医師患者間に遡及的に医療契約が成立する。

#### (2) 免責約款：入院誓約書、手術同意(承諾)書

入院または手術に際して、治療の経過中において万一患者に事故が起きても一切意義を述べないとの趣旨の条項を印刷記載した文書

→判例は、公序良俗違反、例文解釈、衡平の原則違反などにより効力を否定。

## 2 医療契約論をめぐる近年の動向

### 1) 専門家責任論<sup>69)</sup>

医師の負う義務をさらに緻密化し、その内容や範囲、相互の関係などを明快にするために、診療契約を専門家を一方当事者とする契約の類型に位置づける。

→これら専門家を一方当事者とする契約に共通する性質を抽出し、再び診療契約論にそれをフィードバックさせる。

### 2) 関係的契約論<sup>70)</sup>

「意思を中核とする古典的な契約像に対して、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契約像」

→契約条件は契約関係の進行とともに形成され、修正される。当事者は、契約的連帯(信頼関係)を維持するがために、当該契約が置かれている社会関係のなかで要求されるさまざまな義務を負う。

→紛争解決に際し、単に当事者がどのような合意を行ったかということだけではなく、現在に至るまでの当事者関係の歴史、当事者を囲む社会関係の変動、そして当事者の属する社会の行為規範等々が考慮の材料となる。

### 3) 信認関係 (fiduciary relation) 論<sup>71)</sup>

自己責任が支配すべき契約の領域と依存関係に対して適用される信認の法理(信認法)は、その基本的な考え方、違反に対する救済方法、公的介入の必要性・程度などの点で異なる。

→契約原理(自己責任の関係)とは区別された、依存関係における信認関係の法理の確立が必要。

## 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。

→議論の蓄積なし。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～帰納的議論

議論の端緒：医療過誤訴訟で問題となる債務不履行論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→善管注意義務の具体化・類型化

\*福祉契約論～演繹的議論

議論の端緒：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編が原則的に適用され、必要に応じ、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

《福祉契約の検討方法をめぐる基本的問題》

○医療と福祉の接近(連続性) 医療契約論と福祉契約論の議論の起点と方向性の違い

→医療契約における議論を福祉契約の領域で参照すべきか否か?

→参照するとするならば、どこに、どのような形で、どの程度、参照すべきか?<sup>72)</sup>

### 2 契約の意義

#### 1) 福祉契約の定義・想定契約

##### (1) 定義<sup>73)</sup>

①説：「福祉サービスに関する契約」<sup>74)</sup>

②説：「福祉サービスの給付を目的とする契約」<sup>75)</sup>

本シンポジウム：「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」

##### (2) 想定契約

①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

②説：社会福祉構造改革で登場した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））

本シンポジウム：介護保険事業者と利用者との間で締結される契約、支援費制度において社会福祉事業者と利用者との間で締結される契約、地域福祉権利擁護事業ないし福祉サービス利用援助事業における基幹社会福祉協議会と利用者との間で締結される契約

《福祉契約の定義をめぐる問題》

○福祉契約の定義とそこに含まれる種類・性質の違い

社会保障と無関係に成立するもの【①説想定】

e.g. 有料老人ホーム利用契約etc.

社会保障と関係あるもの【②説・本シンポジウム】

\*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

②

\*行政の役割が費用保障に限定（契約当事者：利用者・事業者）

説 本

介護契約（在宅／施設）

シ

障害者福祉契約（身体障害／知的障害／精神障害）

?ポ

契約の当事者・性質・内容・あり方が質的に大きく異なる。

e.g. 給付内容形成の自由度の違いetc.

●医療契約における議論：医療契約を類型化し個別具体的に検討

## 2) 福祉契約の特性と法的性質

### (1) 契約の特性

① 労務・役務（サービス提供）提供型契約

② 継続的契約

→「福祉契約がサービスの提供者と利用者との間に信頼関係によって成り立っている」76）、「一種の継続的契約関係である。特に、在宅での介護サービスの提供のように、その終期があらかじめ明らかではなく、利用者が生存する限り契約の継続が予定されている場合も多い」77)。

③ 福祉契約の公共性・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・健康を支えるものであるという点である。福祉サービスは医療の準じた高い公共性を持つとすることができる。そして、サービスの提供に関していったん利用者側に被害が発生したならば、その被害の回復は不可能であるか、きわめて困難である場合が少なくない。それゆえサービスの提供者には高い倫理性が求められる」78)。

④ 福祉契約の非産業性

→「福祉サービスという『産業』が利益の追求という単純な資本の論理が貫徹しない分野である」79)。

⑤ 福祉契約における当事者の非対等性

→利用者と提供者との「交渉力の差、情報の収集、分析力の差が、一般の消費者契約に比べ格段に大きい」く「福祉サービスを利用する人には、判断能力が必ずしも十分ではないという人が含まれている」80)。

⑥ 福祉契約の質の評価・表示の困難性

→福祉サービスは「サービスは一般に生産と消費が同時に行われる性格を持ち、その貯蔵ができないことに加えて、他のサービスと比べると福祉サービスはその成果もまたいつそう見えにくい面を持つ」81)。

⑦ 契約目的の不明確性

→「福祉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・目標が明確ではないこ

とが多い。対人援助サービスとしての福祉サービスは利用者の状態の何らかの変化・改善を目的とするものではないことが多く(診療契約との相違)、その提供による望ましい成果を契約締結時にあらかじめ具体的に描き出し、そしてそれを契約内容に盛り込むことが難しい」<sup>82)</sup>。

⑧ 契約内容の非特定性

→「サービスの範囲が利用者によって異なり、かつ提供される内容は利用者の状況によって日々変化するため、事前に債務の内容を特定しにくいという性格を持っている」<sup>83)</sup>。

⑨ 契約内容の要規制性

→福祉サービスの特性から適正な契約実現のために規制・介入の強化が強く求められる<sup>84)</sup>。

⑩福祉の手段としての契約

→「社会福祉法制のなかにおける福祉サービスの供給手段としての契約である」<sup>85)</sup>。

(契約締結の前提として給付決定を要する契約)

(2) 契約の法的性質

①(準)委任契約説：「入浴やリハビリテーションなどの一定の達成目標を有する介護行為であっても、請負とみなすことは難しく、基本的には全体として事業者と利用者との準委任契約であると見るべき」<sup>86)</sup>であると解する説。

②請負契約説：「従来は、福祉サービス提供契約は委任ないし準委任と捉えられることが多かった。しかし、個々の福祉内容に即して、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。むしろ、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ものもある」<sup>87)</sup>と解する説。

③非典型契約説：「民法上の典型的な契約モデルに固執することは難しい」<sup>88)</sup>と解する説。

《福祉契約の特性と法的性質をめぐる問題》

(1) 契約の特性

○福祉の特徴と契約

福祉の特徴

契約特性に反映(権利・義務関係に反映)

医療(診療契約)の特徴を意識

【前提：医療と福祉の違いの明確化】

(2) 契約の法的性質

●医療契約論における指摘

「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ということは、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うべきである。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。」<sup>89)</sup>

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<sup>90)</sup>

第1段階 利用者→行政 : 給付申請

第2段階 行政→利用者 : 給付決定

第3段階 利用者・事業者 : 契約締結

(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ステム

(成年後見制度、福祉サービス利用援助事業)

○行政側：応諾義務あり。行政手続法の申請に対する処分のルールが適用される<sup>91)</sup>。

②第2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段階の契約締結との関係》

第3段階：どのようなサービスを誰から提供するか具体的な決定。

= 第2段階の給付決定が契約内容の枠組みを規定する機能を持つ<sup>92)</sup>。

③第3段階

○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」を行う可能性等があるため、各事業運営基準のレベルで、事業者が正当な理由なくしてサービスの提供を拒否できない応諾義務や内容等につき規定されている。

《福祉契約締結過程における問題》

①第1段階における問題

※給付申請：行為能力が利用者にあることが前提

○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<sup>93)</sup>。

《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<sup>94)</sup>。

○福祉サービス利用援助事業の問題点

→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)

③第3段階における問題

※福祉契約：民法上の契約であるため、契約自由の原則(自由放任思想)に基づくものとなる。

○契約の場のあり方(市場のあり方)とそのコントロールをめぐる問題

○契約の主体をめぐる問題

\*利用者：(契約締結)能力の問題

\*事業者：事業者・サービス提供者個人の質の確保の問題

○契約の客体(提供されるサービスの質)の確保の問題

●医療契約論との比較

※給付決定が契約締結の前提となっているが、医療契約にはない。

2) 契約の終了

(1) 継続的契約の通常を終了形態

期間の定めのある場合

- └ 期間の満了
- └ 更新拒絶

期間の定めのない場合：解約申入れ (§617、627)

(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

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)

委任の解除には遡及効は認められない。(§652)

○福祉契約解除の制限

\*利用者側：現在のところ実際上の制約はない<sup>85)</sup>。

\*事業者側：契約を継続しがたい重大な事情等がない限り契約の解除を認めない<sup>86)</sup>。

(各種運営基準)

○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?

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

※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<sup>87)</sup>

(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<sup>88)</sup>

①同意権者(補助人・保佐人)の同意を得て利用者本人と事業者が契約を結ぶ場合

②利用者の法定代理人(保佐人・補助人・成年後見人)が利用者本人名義の契約を事業者との間に結ぶ場合

(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<sup>89)</sup>

《契約当事者をめぐる問題》

○場合わけの判断基準

判断能力の有無が基準

= 事理弁認能力(§7)?

●診療契約論との比較

患者の意思能力の有無・行為能力の有無の観点から詳細に場合を分けて検討。

## 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》善管注意義務 (§644)

《具体的》

(1) サービス提供義務

(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ない義務<sup>100)</sup>。

(3) 情報提供義務：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<sup>101)</sup>。

(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説明すべき義務<sup>102)</sup>。

(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遅滞なく交付しなければならない義務<sup>103)</sup>。

(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、並びに誠意をもって苦情解決に努める義務<sup>104)</sup>。

(7) 安全配慮義務：サービス提供の場面において、提供者側に利用者の安全を配慮する義務<sup>105)</sup>。

(8) 個人情報保持義務：利用者に関する記録物等の個人情報を、契約終了後あるいは当該従業員の退職後も守秘すべき義務<sup>106)</sup>。

### 2) サービス利用者の義務

(1) 代金支払義務

(2) 協力義務<sup>107)</sup>

- ①消極的な「甘受する義務」：サービス提供が行われたときに、それを受け取る義務<sup>106)</sup>。
- ②積極的な「高度な協力義務」：リハビリに代表されるような自立支援にかかるサービスが、はきりとした効果を挙げるために、利用者側にかなりの努力・協力が不可欠な義務。
- ③告知義務・情報提供義務：サービス対象者に関する諸情報を伝える義務。

## 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) 福祉契約の关系的契約性・信認関係性

「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（誠実義務・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『关系的契約』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うことができよう。」<sup>108)</sup>

## 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<sup>110)</sup>

#### 1) 消費者契約法の基本的枠組

##### (1) 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) 消費者契約の定義（法§2③）

：消費者と事業者との間で締結される契約。

##### (3) 当事者（法§2①②）

「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（法§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（法§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

\*重要事項またはそれに関連する事項について、事業者が消費者に有利な事実のみを告げ、不利な事実について故意に告げなかった場合

##### (2) 困惑による契約の解消 →取消可能（法§4③）

《契約締結の勧誘に際して》

\*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（法§8,9）

～消費者にとり不当な不利益となると通常考えられる一定の契約条項につき無効と定める。

##### (1) 免責条項(法§8)～事業者の契約責任・不法行為責任を減免する条項

全部免除条項：すべて無効

一部免除条項：故意または重過失により生じた損害につき免除しようとする条項を無効

← 免責条項は消費者の熟慮に基づくものとは考えられない。

##### (2) 損害賠償額の予定(法§9)～消費者が負う損害賠償責任に関しその賠償額を予め定める条項

通常生ずるであろう損害額よりも多額の損害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項であって信義に反する程度に消費者の利益を害する条項（法§10）：無効

## 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<sup>111)</sup>

#### (1) 診療契約は消費者契約たりうるか

医療の供給形態：医師・看護師その他コ・メディ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<sup>112)</sup>に該当

↓

消費者契約法の適用対象内

#### (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準則が医療機関ないし医師に適用されている。」

○診療契約における免責条項(手術承諾書における免責条項)＝消費者契約法における免責条項

→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の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たって契約取消権と免責条項の無効を認めても、起こりうる問題のほんの一部をカバーするにすぎない。」<sup>112)</sup>

##### ①誤認型契約の取消(法§4)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

##### ②福祉契約における免責条項などの不当条項

→一部または全部無効 e.g.各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項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項は無効と解すべき。

##### ③消費者契約法を超える問題

###### ○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、起こりうる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

事業者等の軽過失による損害賠償責任の一部を免除する条項であって法§10の一般条項に該当しないもの<sup>113)</sup>。

→福祉契約によって扱われるのは利用者の人間としての生活基盤や生命・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。