

1997年の第2次改正は、ホームへの入居年齢が高齢化するとともに要介護者数も増加しているという社会状況や、社会法典11編との調整の要請という法状況に十全に対応したもののとはいえ、介護スキャンダルも一因となって第3次改正が行われた。その主な内容は、ホームといわゆる世話付住宅の区別基準を設けることやホーム協議会の役割を拡大し第三者へ構成員資格を開放すること、ホーム監督庁の権限を強化し介入のあり方を改善すること、ホーム監督庁と介護金庫・メディカルサービス・社会扶助運営者との協力体制を整備することであるが、質の確保の観点からは、ホーム契約の透明性をよりいっそう確保し入居者の保護をはかることが改正の焦点たりえよう。

そこで以下では、主にホーム契約の透明性という観点から争いになった契約条項について、裁判所の見解を踏まえて検討することにする。

2 ホーム法関係の裁判例の検討

(1) 対価の透明性について

①通常、ホーム契約には、「宿泊と食事のための対価は、日に/月に・・・ユーロである」という条項が見られる⁸。

改正ホーム法5条3項3文⁹によると、ホーム契約において、設置者の給付、とりわけ宿泊・食事・世話の態様・内容・範囲は、宿泊・食事・世話に割り当てられる対価を含めて提示されなければならないと規定されている。この規定は、公的介護保険の被保険者とのホーム契約にとって、旧ホーム法4e条と置き換わるものである。4e条によると、社会法典11編（公的介護保険法）42条・43条に基づき施設介護給付を請求できる公的介護保険法の被保険者とのホーム契約において、ホーム設置者の給付は、一般的介護給付・宿泊・食事・追加的給付につき「個別に」規定され、それぞれの対価が「個別に」提示されることが求められていた。

そこで、「宿泊と食事のための対価は、日に/月に・・・ユーロである」という条項について、宿泊と食事のための対価が「個別」に提示されるべきかが問題になりうる。

すでに旧ホーム法の根拠に基づいて、連邦消費者センター連盟(vzvb)ないしその法的前任者である社団法人消費者保護協会は、不透明な対価条項についてホテルコストの観点か

⁸ Lang, Zwischenbericht über die kollektivrechtlichen Schritte des vzbv(Fachbereich Gesundheit, Ernährung) im Hinblick auf die Überprüfung von Heimverträgen nach der Novellierung des Heimgesetzes mit Wirkung zum 01.01.2002.小西啓文「ホーム法関係の裁判例の検討」『介護保険転換期一新制度のしくみとドイツ制度の現状』財団法人東京都高齢者研究・福祉振興財団2005・136頁以下。連邦議会資料第2報告書については、本沢巳代子「社会福祉法人の新しいミッション・活動を求めて」近畿老人福祉施設協議会・大阪府社会福祉協議会老人施設部会(2002年7月)参照。

⁹ 5条3項「ホーム契約において、設置者と入居者の権利義務、なかでも設置者の給付と入居者から支払われる対価の総額が規定されていなければならない。ホーム契約はホームの一般的な給付、とりわけ設備の記載を含まなければならない。ホーム契約では宿泊・食事・世話の態様・内容・範囲が設置者の給付、とりわけ宿泊・食事・世話に割り当てられる対価を含んで提示されなければならない。加えてこれ以外の給付は1つずつ個別に記載されなければならない。これらに対するそれぞれの対価要件要素が個別に提示されなければならない。」

ら異議を唱え、代表訴訟を導いていたが、所轄裁判所から以下のように否定的に判断されていた。

vzbv の上告は、2001 年 11 月 8 日の連邦通常裁判所（BGH）の判決によって棄却された。

「たしかに、もし宿泊と食事に対して個別に指示されれば、契約条項の透明性が向上するという上告は認められる。しかし透明性の程度についてホーム法は要請していない」。

②ホーム法 5 条 3 項における新规定に関する立法者意思は以下のごとくである。

まず、総論において(連邦議会第 14 期立法理由書、DS14/5399)、

「ホーム契約は実務では一般に、十分に透明ではない。たとえば、対価の給付別分類はしばしばおよそ不可能である。利益の比較検討はもはや正確にすることがない」。

個別の理由付けにおいて(S. 21/22)、

「入居者にとって、ホーム設置者のどの個別給付が個別ホーム契約の対象であり、宿泊・食事・世話に基づき分類された対価が個別給付に対してどれだけ高いのかが明瞭でなければならぬ」。

個別の給付記載が実現されなければならないが、3つの費用ブロックすべてにおける各々の個別給付の指示は必須ではない」。

③対価の透明性に関する裁判例

a) Landgericht Magdeburg (17. 07. 2003)

このような新规定に対して、Landgericht Magdeburg は、以下のような理由から、宿泊・食事・世話に対する費用を「個別に」指示することを求めた。

「確かに 5 条 3 項 3 文は費用を『個別に』指示することを明示して指示しない。しかし、5 条 3 項 3 文は、宿泊・食事・世話に割り当てられた『複数の』報酬(Entgelte)について語っているのであり、ホーム法 5 条 3 項 3 文に挙げられた給付に対する一般の対価の指示は見込まれておらず、むしろ個別の対価構成要素の個別の指示が目指されている」。

b) Landgericht Lüneburg (02. 10. 2003)

Landgericht Lüneburg も、Landgericht Magdeburg と同様な一部判決を下している。

「ホーム法 5 条 3 項 3 文の規定はホーム契約の透明性の向上に貢献する。……どの対価構成要素がどの給付に対して支払われるかが明らかでなければならない」。

「ホーム法から、社会法典 11 編 1 条 2 項に基づき公的介護保険に加入している要介護入居者が、非要介護者や私的介護保険加入のホーム入居者よりも、保護にふさわしくなく、またはホーム契約の透明性に適さないということは読み取れない」。

なお、「非要介護者」や「私的介護保険加入のホーム入居者」についての判示部分の意味は、次の Oberlandgericht Celle の判決を検討して明らかになる。

c) Oberlandgericht Celle (4. 3. 04)

上記の一部判決に対して、Oberlandgericht Celle は以下のような理由から、費用を個別に指示することは必要でないとしたのである。

「この条項はホーム法と一致する。被告の契約定式は介護保険の給付を受ける者との契約に関係する。このような者に際しては、対価の記載が、態様・内容・範囲に基づき社会法典 11 編の規定に一致しなければならない(ホーム法 5 条 5 項)。

i) 社会法典 11 編 82 条は 1 項において、施設介護に際しての介護報酬につき 1 号と 2 号との間で、宿泊と食事に対する適切な報酬に違いを設ける。宿泊と食事という費用ブロックは社会法典 82 条 1 項にまとめられている。

ii) たしかに、ホーム法 5 条 3 項から、この宿泊と食事という費用ブロックの両方の要件部分が別々に指示されなければならない。このことは、透明性の利益において、介護料金を自由な交渉に支配されているような者に対しては要求されるかもしれない。しかし、介護保険の受給者であるホーム入居者では事情が異なる。ここでは、介護保険の保険者とホームの設置者の間の対価はこの両者間の交渉によって決められる。受給者に対する透明な記載はこれに対しては何の意味もない」。

すなわち、公的介護保険の受給者であるホーム入居者の場合、その対価は介護保険の保険者とホーム設置者との間の交渉で決まり、ホーム入居者が個別に設置者と交渉する必要はないから、費用が個別に提示されるまでの「透明性」は必要ないというのである。先の Landgericht Lüneburg が、「ホーム法から、社会法典 11 編 1 条 2 項に基づき公的介護保険に加入している要介護入居者が、非要介護者や私的介護保険加入のホーム入居者よりも、保護にふさわしくなく、またはホーム契約の透明性に適さないということは読み取れない」と判示したのに対して、Obergericht Celle の判決は公的介護保険の被保険者を「透明性」の確保から排除しようとしたものと理解することができる。

d) Landgericht Düsseldorf (07. 01. 2004)

もともと、Obergericht Celle のような理解はむしろ例外のようである。Landgericht Düsseldorf は、Landgericht Magdeburg と Landgericht Lüneburg の裁判を引用し、「ホーム法 5 条 3 項の規定はホーム契約の透明性の向上に貢献する」から「どの対価構成要素がどの給付に対して支払われるかが明らかでなければならない」と判示する。

e) Landgericht Mönchengladbach (10. 10. 2003)

Landgericht Mönchengladbach は、「宿泊と食事に対する統一的で、分類されていない対価構成要素は BGB307 条 1 項 1 文、ホーム法 5 条 3 項、9 条に違反する。ホーム法 5 条 3 項の文言に基づき、宿泊・食事・世話という領域に対する対価はそれぞれ別個に指示される。この要請は今のところ充足されていない」と判示し、まず費用が個別に提示されることを要請する。

さらに、被告による、ホーム法 5 条 3 項は同条 5 項・6 項によってオーバーラップされるべきものであるという主張に対して、Landgericht Mönchengladbach は「ホーム法 5 条 5 項と 6 項は社会扶助受給者と介護保険の受給者にのみ該当する。ここから、社会扶助受給者と介護保険の受給者だけでなく、すべてのホーム居住者を対象とするホーム法 5 条 3 項を、ホーム法 5 条 5 項・6 項の『特別規定』にオーバーラップさせることは、ますますもって由来しえない。というのも、この種の解釈によってホーム法 5 条 3 項は適用範囲をもはや持たなくなるからである」と判示する。これも、公的介護保険に加入している要介

護入居者・非要介護者・私的介護保険加入のホーム入居者をそれぞれ分けて考える議論に対し、そのように分割することなく「ホーム入居者」という括りで理解すべきであると指摘したものと考えられる。

(2) 対価の引き上げ

対価の引き上げに関して、ホーム法は、「従前の計算基礎が変化し、引き上げも引き上げされた対価も適切である場合には、設置者は対価の引き上げを請求することができる。ホームの投資費用に基づき対価の引き上げが認められるのは、それがホームの態様に基づき経営上不可欠であり、公的助成によってカバーされない場合に限られる」と規定する（7条1項）。そこで実際に、この条項と抵触しそうな条項を以下に掲げることとする。

- a) 「助成されない投資費用と追加給付の値上げは、従前の計算基礎が変化し、引き上げられた対価が相当である場合には許容される」(LG Lüneburg)
- b) 「設置者が毎年一回、一方的な説明によって、給付に対する対価を引き上げることが正当化されるのは、従前の対価の計算基礎が変化し、引き上げられた対価がその給付にとって相当である場合である」(LG Meinigen)
- c) 「施設が対価の引き上げを請求する権利があるのは、見込まれた計算基礎が変化した場合、または公的助成によってカバーされない、経営上不可欠な投資支出を行う場合である」(LG Berlin)
- d) 「入居者によって負担されている給付対価の変更に際して、C 老人センターは、対価を一方的説明によって適合させる権利がある」(LG Düsseldorf)

これらの条項に対して、裁判所は以下のような判断を下し、原告の訴えを概ね認容している。

a) LG Lüneburg(13. 11. 2003)

「7条1項に基づきホームの投資支出に基づく対価の引き上げが認められるのは、それがホームの態様に基づき経営上必要不可欠であり、公的助成によってカバーされない場合に限られる」。「この規定の目的は、濫用の事態を防ぎ、入居者を、経営に必要な程度を超える投資に条件付けられた対価の引き上げから保護することにある。入居者は、ホーム対価が、投資措置に基づき、入居者にとってわかりやすい枠組みへのみ変更することを当てにすることができる」。

b) LG Meinigen(27. 06. 2003)は、確認判決を通じて、判決理由を示すことなく、訴えを認容した。

c) LG Berlin (23. 07. 2003)

「この条項はBGB307条、ホーム法7条1項に違反する。たしかに、訴えられた州で用いられている、異議を唱えられた条項はホーム法7条1項の文言を大部分再現しているが、本質的な省略がある。引き継がれていないのは、7条1項1文の後段であり、これによると、対価の引き上げが請求されうるのは、『引き上げと引き上げられた対価が適切である』場合

である。訴えられた州によって変えられた条項の文言によると、将来おこりうる対価の引き上げは相当性[判断]から免れることになる」。

d) LG Düsseldorf (07.01.2004)は、その条項の禁止を基礎付けることを期待されなかった。というのも、被告は内容上、訴えの主張に対して防御するのではなく、異議を考慮に入れて、すでに生じていたホーム契約を変更するよう指示していたからである。

(3) 不在時の対価払い戻し

①不在時の対価払い戻しについて、ホーム法は、入居者の不在時に際して、免れた費用の償還をするか否か、するとしてどれだけするかに関する条項をホーム契約中に置くことを求める。これと抵触する疑いから異議が唱えられた条項は以下のごとくである。

a) 「1 日以上病院に滞在する場合の不在に際して、完全食事に加入している入居者に対して、不在の1日目から、食事費用につき、その時点での原料支出の額で、日に～マルクが払い戻される。不在に際しての報酬の割引を求める更なる請求権は存在しない」(LG Hannover)

b) 「60 日までの不在に際して、不在の初日から、場所を空けておく料金が計算される。その料金は介護料金と、宿泊と食事の対価の80%であり、投資支出の100%である」(LG Nürnberg/Führt)

c) 「入居者の一時的な不在の場合、チューリンゲン州のそれぞれの現行法規が適用される」(LG Meiningen)

d) 「3 日までの不在に際して介護料金の全額が徴収される」(LG Düsseldorf)

この条項については、対価の引き上げ条項と打って変わって、原告の訴えは棄却された。すなわち、LG Düsseldorf は、「不在条項は BGB307 条 1 項・2 項に違反しない。たしかにホーム法 5 条 8 項は、免れた施設費用の償還をするか否か、するとしてどれだけするかに関する条項を用意するが、そのような条項に対して更なる内容的な基準は全く存在しない。存在している条項は消費者を不適切に不利に扱ってもいない。施設経営者にとって不在の3 日間にすでに明らかな節約可能性が生じていれば、それは不適切であろうが、その立証義務は vzbv にある」(LG Düsseldorf 07.01.2004)と判示する。

e) 「入居者の 3 日までの一時的不在に際して、対価全額が支払われるものとする」(LG Lübeck)。

f) 「入居者が一時的な不在のために、連続して3 日以上食事を請求できない場合、初日から不在の期間中にわたり、設置者によって定められた食事原料の料金が入居者に月ごとに払い戻される」(LG München)

g) 「暦日で3 日以上合計 28 日までの、事前に届けられた休暇不在に際して、ホームは、バイエルンで適用される、場所を空けておく料金のみ請求する」(LG München)

h) 「3 日以上の入居者の不在に際して、ホームは初日からホーム費用料金の40%につき払い戻す」(LG Mainz)

i) 「いかなる理由であれ、中断のない3 日以上不在に際して、ホーム設置者は申請に基づき、現在適用されている食事費用負担部分を返済する」(LG Düsseldorf)

j) 「一時的な不在に際して、原則として、社会法典 11 編 75 条 1 項に基づく枠組契約による給付対価が請求される。これにより、3 日までの不在に際して給付対価全額が徴収される」 (LG Düsseldorf)

②法的状況は、vzbw ないしその法的前任者である社団法人消費者保護協会の訴えに基づき出された連邦通常裁判所の 2 つの判決によっても言及される。

a) 連邦通常裁判所 2001 年 7 月 5 日判決では、施設設置者が控訴審判決に対してなした上告が棄却されている。

その際に争われた条項は、「例えば、休暇・週末ないし祝日の不在・病院への滞在などの一時的な不在に際して、世話の対価全額がさらに支払われなければならない」というものであった。

これに対し、連邦通常裁判所は、「当小法廷は、原告によって異議が申し立てられた条項は、もし利用料負担者 (Selbstzahler) が特別の範囲において休暇の可能性を用いると、彼らを不当に不利に扱うことになるという控訴審裁判所の見解と同様である」 (BGH 05. 07. 2001) と判示した。

b) 連邦通常裁判所は他方で、既述した 2001 年 11 月 8 日の判決において、ホーム契約に取り入れられた「現行の」枠組み契約の規定との関連性を法適合なもののみなしている。ホーム契約法と、入居者に有利となるような保護的性質を有するものとされる社会法典 11 編とを意図的に結合させ、州レベルの枠組み契約に統一的効果をもたせたために、ホーム契約中の給付内容ないし対価の交渉の余地はほとんどないことになる。

c) この点で、最近の LG Berlin の判決が注目される。

「BGH の判決の時点で有効であった [改正前] ホーム法には、ホーム入居者によって不在時に支払われた対価に関する規定はなんら含まれていなかった。しかし、いまやそのような規定がホーム法 5 条 8 項にみられる。そのなかで、ホーム設置者に対してまず、ホーム契約の中で、免れた費用の償還をするか否か、するとしてどれだけするかに関する規定をおくことが正式に課されている。内容的には、この規定はホーム設置者と介護金庫ないし社会扶助担当者との間の契約と一致しなければならず、このことは 5 条 5 項・6 項の 2 文における指示からも明らかである。

免れた費用に対する値引きがなされる、またはなされないという契約を規定する場合、立法者意思に基づき、ホーム契約において適切な規定が[おかれることが]ふさわしい。

(異議が申し立てられている) 条項の相当性に対する審査基準はもはや、従前の判決のような、BGB において規定された、免れた費用の算入可能性原則ではなく、社会法典 11 編 75 条以下に基づき締結された枠組み契約との内容的一致である」 (LG Berlin 29. 12. 2003)。なお、BGB 615 条は「サービス受給権者¹⁰が遅滞してサービスを受領する場合、サービス提

¹⁰ 原文は Dienstberechtigte であり、例えば「労務の権利者」と訳されることがある概念である。

供義務者は、遅滞の結果給付されないサービスに対して合意された報酬を、後の給付を義務付けられることなく請求できる。但し、サービス提供義務者は、サービス提供をなさない結果免れた価格を計算することを義務付けられる」とする。

(4) 入居者の死後の契約規定

以下の条項が異議を申し立てられた。

「入居者の死亡の場合、契約関係は死亡月の翌月の満了をもって終了する」(LG Hannover)

「入居者の死亡に際して、死亡日から14日の経過後、解約告知なく契約は終了する」(LG Nürnberg/Führt)

「入居者の死亡に際して、死亡月の翌月の終了までに、解約告知なく契約は終了する」(LG Lüneburg)

「入居者の死亡の場合、契約は死亡の翌日に終了する」(LG Meinigen)

「契約当事者は、契約が死亡日の14日後まで継続することに合意する」(LG Lübeck)

これらの条項がホーム法8条8項(「入居者の死亡によって契約は終了する」)に違反するのは明らかであると考えられる。

(5) 解約告知条項

ホーム法8条2項は、「入居者はホーム契約を歴月の第3週日前までに、この月の満了によって、書面により解約告知することができる」と規定し、同3項は「設置者はホーム契約を重大な理由でのみ解約告知することができる」と規定する。

この規定との関係では、以下のような条項が問題になる。

「ホーム入居者は、1ヶ月の期間をもって、月末までに、契約関係を解約告知することができる」(LG Lüneburg)

「入居者は、対価または支払わなければならない持ち分に応じた対価の引き上げの場合に、この契約を、歴月の第3週日までに、翌月の満了をもって、解約告知することができる」(LG Hannover)

これらの条項は、ホーム法8条2項に定められた解約告知の予告期間よりも長い期間を設定している点で、ホーム法に違反しているものと考えられる。

IV むすびにかえて

以上、ドイツにおける質の確保法と改正ホーム法の進捗状況について報告してきた。この報告からわかることは、ドイツでは公的介護保険法をベースにした質の確保策はあまり功を奏しておらず、むしろホーム法による契約に対する規制的手法のほうが消費者保護という観点では機能しているということである。

他方わが国においては、介護保険給付が金銭給付の形態を採用しているため、ドイツの質の確保法のような現物給付を前提とした質の確保措置がストレートに採用されにくい側

面を否定しきれない。もっとも、質の確保を、保険者や事業者との間の合意によって醸成しようとする「介護自治」の考え方は、わが国の保険者自治論にもなんらかの示唆を与えるものと考えられる。

むしろストレートに議論を導入しやすいのではないかと思われるのはホーム法の議論である。わが国ではホーム契約の問題は社会福祉法・指定介護老人福祉施設の人員、設備および運営に関する基準・消費者契約法などによって対応してきたが、対価規制や対価の引き上げの規定の不十分さに関して、ドイツホーム法の条項に価値を見出す議論が展開されている¹¹。この点に関して、今後、ドイツの裁判例において、対価の透明性についての見解が上級審と下級審で分かれていることの是非も含めて、検討を加えていくべき課題であると考えられる。

¹¹ 丸山・前掲注7・133頁以下。

1992年ドイツ成年者世話法とその改正

分担研究者 新井 誠
筑波大学大学院教授

I ドイツの後見法

ドイツでは、1990年に成立し、1992年から施行された、成年世話法(Gesetz zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige)によって、従来のドイツ民法典上の成年後見制度に大幅に修正が加えられた。この改正は、①行為能力剥奪の宣告制度ないし後見制度に関する基本的考え方および用語法の変更、②対象者を支援する組織の設立、③手続法の改革の3点を柱とするものであった。具体的には、行為能力剥奪の宣告制度を廃止し、従来の成年者に対する後見および保護の制度を、補充制の原則と必要性の原則に立脚した「世話 (Betreuung)」という新たな法定後見制度に組み替えたのである。補充制の原則の帰結として、任意代理人の世話人に対する原則的優先性(ドイツ民法旧1896条2項)こそ承認されてはいたものの、この段階では、ドイツの成年後見制度は、法定後見制度を中心に構築されていたといえることができる。

しかし、1999年に施行された世話法改正法(Betreuungsrechtsänderungsgesetz)^{*1}により、いわゆる「老後にあらかじめ備える代理権(Altersvorsorge-Vollmacht)」を想定した、任意代理権に基づく任意後見制度が、法定後見制度である世話制度に接合されることになり、従来の法定後見一辺倒のシステムからの脱却が図られることとなった。

1 成年者世話法の概要^{*2}

世話制度の基本理念は、「自己決定権の尊重」ならびに、このコロラリーである「残存能力の尊重」にある。これは、本人の意思と能力を最大限に尊重し、国家および第三者(世話人など)からの干渉を必要最小限に抑えようとするものである。ここから、世話法の二大基本原理である「必要性の原則」および「補充制の原則」が帰結することになる。すなわち、任意代理人等による保護が十分に行われている場合には世話を開始しないこと(ドイツ民法1896条2項2文)によって、まず法定後見制度発動の時点において必要最小限度での介入の要請を満たし、さらに、世話人の職務範囲と本人の能力制度(同意留保)を個々のケースについて具体的に必要とされる範囲内に留めること(ドイツ民法1896条2項1文、1903条)によって、世話の実働の面でも必要最小限度での法的介入の理念を貫いているわけである。

従来の後見および保護制度と比較した、世話制度の最大の特徴は、次の諸点にある。

第1は、保護期間たる世話人の選任があっても、それは直ちに本人の能力制限を帰結することにはならず、個々の事例に関して必要な場合に限って(かつ、必要な範囲内に限って)、裁判所が世話人に同意権を付与するという、「同意留保」制度を導入した点である。

第2は、身上監護事項の重視である。世話人は、各自の職務範囲内において、単なる財産管理人としてのみならず、本人の身上監護事項に関する法的コーディネーターとしての

役割をも期待されているのである。ただし、これは、世話人が自ら事実行為としての介護行為や看護行為を遂行しなければならないことを意味しているわけではない。むしろ、ドイツ法上では、世話人の職務は世話事項の法的処理に限定されているのである。なお、この点を明文上より明確にするために、1999年の世話法改正法は、世話の名称を「法律上の世話 (Rechtliche Betreuung)」と改めたうえで、「世話は、被世話人の事項を以下の規定に従って法的に処理するために必要となる全ての活動を含むものとする」という新规定(ドイツ民法親 1901 条 1 項) を置いた*3。

第3は、重要な身上監護事項に関する公的監督に関する規制の導入である。生命の危険を伴う医療行為、不妊手術、施設への収容ならびに収容類似措置、住居の明渡等について、世話人の事務処理に際して、厳格な実定法上の要件と結びついた後見裁判所の許可を要求している。1999年改正法は、これを一步押し進めて、任意後見制度(老後にあらかじめ備える代理権)に対しても、医療上の措置および収容ないし収容類似措置に関しては、任意代理人が自己の任意代理権限に基づいてこれに同意する場合であっても、法定代理人たる世話人と後見裁判所の許可を要するものと規定するに至った(ドイツ民法新 1904 条 2 項、1906 条 5 項)。この後見裁判所の監督権能の任意後見制度への拡張によって、任意後見の弱点である任意後見人による権限濫用の危険性に対するセーフガードが保障されるとともに、ドイツの後見制度が、任意後見制度も含めた複合的なシステムへと近づいたといえるだろう*4。

第4は、本人(被世話人)の意思尊重の問題である。繰り返し触れたように、世話法の基本理念は自己決定権の尊重にある。従って、世話事項の遂行に当たっては、被世話人の福祉に反しない限り、被世話人の希望と意見が優先されなければならないし、世話人は被世話人を一個の人格として尊重し、被世話人と協議しながら、事務処理を実行していく必要があるのである(ドイツ民法新 1901 条 2 項、3 項)。

2 成年者世話法の運用実態*5

ドイツにおける世話人選任件数は、1992年の世話法施行以来、着実に増加してきており、社会への定着を確認することができる。また、世話人に、私人が選任されるケースが倍増したほか、社団世話人の選任も飛躍的に増大しており、世話社団の果たすべき役割が拡大していることを指摘できる。全体として、世話法の理念である、個別的世界の概念に沿う、自然人によるきめ細やかな世話が、運用上も実現の方向へ向かっていると評価できるのではないか。

また、身上監護重視の姿勢が、単に法文上のお題目に留まらず、運用上でも貫徹されていることを指摘しておきたい。すでに触れたように、世話法が身上監護を重視していることは、生命の危機を伴う医療行為、不妊手術、施設への収容等の特に重大性の高い身上監護事項について、後見裁判所の許可制度を導入した点から看取することができる。世話法施行以前は、これらの身上監護事項は、法律上も実務上もないがしろにされ、被世話人の人権は極度に軽視されてきた。しかし、世話法は、この状態を根本的に変革し、後見裁判所という公的機関の関与を保障することにより、被世話人の福祉実現を確保しようとしたのである。これにより、世話法は、その運用を通じて、身上監護面における被世話人の人権擁護機能をも担っていると考えることができるだろう。

さらに、世話人の選任が、原則的に被世話人の行為能力に影響を及ぼさないという世話法の趣旨もまた、運用上、貫徹されている。世話法のこの姿勢は、被保護状態にある被世話人に十分な保護を与えつつ、ラベリングを排除し、被世話人の自己決定権を尊重することによって、そのノーマライゼーションを達成しようとするものである。制度上、被世話人の行為能力を制限する「同意留保」は、あくまで例外的措置として位置づけられているが、実際の運用を見ても、同意留保が付された世話人選任は、バイエルン州、全ドイツのいずれにおいても、全事例の約5%程度に留まっているのである*6。

3 小括

以上、簡単にドイツの成年後見制度を紹介してきたが、ここで比較法の小括として、その現代型成年後見制度における3つのポイントを指摘しておきたい。

第1は、1999年施行の世話法改正法に明らかなように、ドイツが法定後見制度よりも任意後見制度を重視することに転換した点である。自己決定尊重の思想の当然の帰結として、本人の意思をより直截に反映し得る任意後見制度こそが、現代型成年後見制度の中核となるべきであり、法定後見制度は、主として、この補完システムとして、補充的役割を果たすものとして位置づけるべきではないか。

第2は、こうした任意後見制度重視の姿勢を採用しつつ、他方で、後見の問題を完全に当事者の自己決定のみに委ねてしまうのではなく、何らかの形式で、公的機関の介入の余地を残し、任意後見制度の公正かつ合理的な運用の監督を保障している点である。すなわち、本人の意思の尊重と本人の客観的福祉の保障との調和が探求されているのである。

第3は、身上監護事項の重視である。特に、1999年のドイツ世話法改正の動きに端的にみられるように、任意後見制度の中にも、身上監護事項を積極的に取り入れて、位置づけていこうとする姿勢に注目する必要があるだろう。

II 補説 - 更なる改革の必要性*7

1999年の世話法改正法の施行にもかかわらず、世話に要するコストが増大し続けた結果、更なる改革が求められている。

これに加えて、成年後見に関していくつかの不祥事が報道された。横領、被世話人の意思に反した施設への入所、親族の排除、関係者と連絡を取りたいという被世話人の希望の無視などである。このようなやや異常な事件が、新聞やテレビで数ヶ月にわたって繰り返し取り上げられた。

ドイツ連邦議会では、1998年末に「形式的正義から社会的世話へ」と名づけられた超党派のワーキング・グループが結成され、世話法の改革が検討された。

このワーキング・グループは、専門家と議論を行った後に報告書を作成し、その中で権限を裁判所から世話官庁へと移すように提言した。また、急迫の事態に対処するために世話調停事務所が創設されるべきであると提言している。

しかし、この提言に従うと、ドイツにおける世話制度全体の抜本的な構造変革と新組織の設立が必要となるだろう。

2001年6月に開催された司法省の会議において、制度の効率性を高めて費用を節減するために、州と地方自治体の専門家から構成される委員会が結成された。

この委員会は、特に以下の点について検討を行った。

- ①「老後にあらかじめ備える代理権」(任意代理権)制度の活性化
- ②親族に対する法的権限の付与
- ③能力制度の見直し
- ④必要性の原則に関する綿密な検討
- ⑤法定の世話人の適性を十分に確保すること
- ⑥世話人の質を効果的にコントロールすること
- ⑦裁判所と関係機関の間での協力を進めること

この委員会は、社会事務所の代表、とりわけ上級の官僚と数回にわたって協議をした。

委員会は、2002年6月に報告書を発行し、以下の点を提案した。

- ① 老後にあらかじめ備える代理権の法制度に対しては一層の支援と綿密な検討を行うとともに、制度の活用例を全国に広く普及させるべきである。銀行やメディアを通じた広報キャンペーンが実施されるべきである。
- ② 親族を世話人とすることによって裁判所の負担を減らすことができるのであれば、身近な親族は法的な世話人としてふさわしい存在であるというのが委員会の判断である。この点に関しては議論が必要である。
- ③ 社会的問題の回避を目的とした世話人の選任はできないことを明確にするために、必要性の要件は具体的なものでなければならない。
- ④ 費用補償の制度をさらに修正することが必要である。均一の料金に経費を加えたもので合意のなされることが望ましい。これが受け入れられないのであれば、世話に対する報酬の支払いと活動規範を定める中央の部局が創設されるべきである。
- ⑤ 世話の必要性が明らかである場合、医学上の意見は最小限に聞くべきである。これには正確な判断を必要とする。
- ⑥ 世話制度に関わる組織

世話人を選任すべきか否かを特定の部局に委ねるという判断はこれまでのところ成功している。裁判所が取り扱っている事件の大半を自治体の担当部局に移し、インフォーマルな社会的援助の増加によって法的後見に対する費用が軽減されるならば改善といえるだろう。

上記のような内容を盛り込んださらなる世話法改正法は2005年1月1日に施行された。その運用が注目される。

注

- *¹同法の詳細については、新井誠『高齢社会の成年後見法〔改訂版〕』（有斐閣、1999年）128-136頁を参照されたい。また、同法の紹介として、上山泰「ドイツ世話法改正法について - 世話法改正法の概要 - （上）（下）」法律時報 71 卷 12 号（1999年）74-79頁、72 卷 2 号（2000年）54-60頁がある。
- *²同法の詳細については、前掲拙著の他、以下の各論考を参照されたい。神谷遊「ドイツにおける成年後見制度の新展開」ジュリスト 967 号（1990年）82-93頁、田山輝明「ドイツにおける行為能力剥奪宣告の廃止」高島平蔵先生古稀記念『民法学の新たな展開』（成文堂、1993年）31-64頁、同「ドイツにおける新成年後見制度の手続と組織」内山尚三・黒木三郎、石川利夫先生古稀記念『続現代民法学の基本問題』（第一法規出版、1993年）667-691頁、ドイツ成年後見法研究会「ドイツ成年後見制度の改革（1）（2）（3）（4）」民商法雑誌 105 卷 4 号（1992年）572-596頁、同 105 卷 6 号（1992年）850-873頁、同 108 卷 3 号（1993年）462-478頁、同 109 卷 2 号（1993年）353-379頁。
- *³詳細については、前掲上山・注（1）72 卷 2 号 75-76頁参照。なお、本文中、「新」を付した条文は、1999年の改正により、新設もしくは改正された条文であることを意味している。
- *⁴この点について、詳細は前掲上山・注（1）72 卷 2 号 54-60頁参照。
- *⁵この詳細については、新井・注（1）86-136頁を参照されたい。
- *⁶データの詳細は、新井・注（1）108頁以下を参照されたい。
- *⁷以下は、ペーター・ヴィンターシュタイン（石田道彦訳）「ドイツ世話法の実務上の諸問題」実践成年後見 5 号（2003年）44-45頁に依拠した。

第 2 部

日本における福祉契約と 利用者の権利擁護の現状と課題

医療・福祉における契約

——その俯瞰と問題点の指摘——

分担研究者 小西知世
筑波大学大学院助教授

I はじめに

近年、福祉の世界で構造改革が相次いで実施されている¹⁾。特に、社会福祉事業法が社会福祉法へ改正されたことによって、措置制度から契約による利用制度への転換が図られることになった²⁾。つまり、福祉サービスの供給手段に契約という手段を導入し「福祉市場」³⁾とも称される一種の疑似市場を構築することによって、当該市場内でサービスの適正供給や質の向上の実現を図ることになったのである。しかしながら、この改革は、契約という、本来、自由競争・市場原理が支配する世界での手段を、それらが支配する社会でセーフティネットの役割を担う福祉の世界に持ち込むものであったため、“そもそも契約が福祉の手段たりうるのか。手段たりうるならば、それはどのようにあるべきか。”という看過しえない極めて根本的な問題が生ずることになったのである⁴⁾。

本稿は、当該問題につき、今後、様々な領域から様々な観点で詳細かつ活発な検討がなされることを期待し、その際の基礎資料に値するべく、福祉契約をめぐって現時点ではどのような検討がなされているのかについて整理をし、そこから顕在化する検討課題を呈示することを最大の目的にしようと思う。そしてそのために医療契約論を比較参照することにする。

なお、本稿において、医療契約とは、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⁵⁾、福祉契約とは、「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」⁶⁾、そしてそれらの前提概念たる契約とは、相対立する2個以上の意思表示が合致

1) この点については、さしあたり社会福祉法令研究会編『社会福祉法の解説』3・49頁（中央法規、2001年）および瀧澤仁唱「社会福祉と構造改革」法の科学34号56・5頁（2004年）などを参照されたい。

2) なお、その目的は、しばしばより具体的に、①法律関係・権利関係の明確化——利用者の当事者性が明確化されることにより、利用者・事業者間の法的対等性、利用者の事業者選択権、利用者・事業者間のサービス給付内容の形成・確定権が、それぞれ確保とされるとする。——、②財政状況の安定化とサービス量の拡大にあると述べられている（社会福祉法令研究会編・前掲注(1)31・42頁）、笠井修「福祉契約論の課題——サービスの『質』の確保と契約責任」森泉章編『著作権法と民法の現代的課題——半田正夫先生古稀記念論集——』662頁（法学書院、2003年）などを参照。）。

3) 社会福祉法令研究会編・前掲注(1)36頁。

4) 笠井・前掲注(2)662・663頁参照。なお、秋元美世「福祉契約の特質と課題をめぐって」週刊社会保険2214号20頁（2002年）も類似の問題意識を抱いている。

5) 唄孝一「現代医療における事故と過誤訴訟」唄孝一・有泉亨編『現代損害賠償法講座4 医療事故・製造物責任』9・10頁（日本評論社、1974年）、石橋信『医療過誤の裁判』201頁（新日本法規、1977年）など参照。

6) 本沢巳代子「社会福祉と契約『総論』」社会保障法19号95頁（2004年）。なお、ここでは、福祉契約の具体例として介護契約・障害者福祉契約・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契約が想定

して成立する法律行為⁷⁾とそれぞれ措定し検討を進めていくことにする。

II 医療と福祉

本論に入る前に触れておかなければならないのは、なにゆえ医療契約論を、なかんずく医療を参照するのか、ということであろう。この点については、医療・福祉をめぐる今日的状況にその論拠が求められよう。

かつては、“医療は技術、福祉は生活援助・人権”という技術観や、“医療は治療を中心とした専門分野で対象は病人、福祉の対象の中心は障害者・弱者”という歴史的役割から、医療と福祉は非連続的なものと認識され理解される傾向にあった⁸⁾。しかし、今日、疾病構造の変化に伴い、医療の場では障害者のADLの向上を目的とする臨床技術の一分野としてのリハビリテーションが取り入れられ、福祉の場では、近年、介護技術の対象を慢性化した疾病をもつ高齢の患者に置く傾向にあることから理解できるように——例えば寝たきり老人への褥瘡予防を想起されたい——、両者の間に明らかな連続性がみられるようになってきている⁹⁾。

とするならば、契約という側面から福祉を検討するに際して、医療契約論がひとつの参照対象たりうるということは可能であろう（もつとも、結果的に福祉契約論に益するか否かは別論であることを、ここであらかじめ明言しておきたいと思う。）。

III 医療と契約

1 医療契約論の来し方

今日的な意味での医療契約論¹⁰⁾は、医療事故に対する損害賠償責任を追求する際に、請

されている。

7) 我妻栄『新訂民法総則(民法講義I)』244頁(岩波書店、新訂、1965年)、谷口知平・五十嵐清編『新版注釈民法(13)債権(4)契約総則』15頁[谷口知平・五十嵐清](有斐閣、1996年)など参照。ゆえに世代間契約(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86号309頁(2003年)以下参照)は検討から外すものとする。

8) 川上武『21世紀への社会保障改革——医療と福祉をどうするか——』130頁および13頁(勁草書房、1997年)参照。かかる認識の法律上のひとつの顕在化例として、医療職である看護師の業務を規定する保健師助産師看護師法第5条において、看護師の「療養上の世話」業務が「傷病者もしくははよく婦」に対して実施されると規定されていることに対し、福祉職である介護福祉士の業務が、社会福祉士および介護福祉士法第2条第2項にて「障害者に対する身の回りの世話」と規定されていることをあげることができよう。なお、この法制度上の状況めぐる問題点については平林勝政「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『高齢社会と介護システム』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講座35巻 医療と社会』207・208頁(中山書店、2002年)を参照されたい。

9) それ故に、医療職種と福祉職種(とくに看護と介護)の業務分担関係が制度上の大きな問題として浮上してきている(たとえば、介護福祉士の「身体的介護(Personal Care)」業務と看護師の「療養上の世話」業務において、サービス内容(具体的には入浴・食事・排泄等の援助)の競合がみられるような現象が生じてきている。詳細は平林「役割分担と連携」・前掲注(8)31・40頁、同「看護と法」・前掲注(8)207・208頁を参照されたい。)。この問題は、「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、人間としての働きからとらえると障害になる」(砂原茂一『医者と患者と病院と』13頁(岩波書店、1983年))との指摘を踏まえたうえで、これまでの医療と福祉の枠組みそれ自体を根本的に再検討していかなければ解決できない問題であるように思われる。

10) 戦前にも医療(診療)契約は検討されることが多々あった(たとえば土井十二『醫事法制學の理論と其實際』

求原因を債務不履行と構成し、被害者に有利な状況をもたらそうとする実践的な動きに端を発している。

医療過誤訴訟は、そもそもは不法行為を請求原因とするのが大勢であった。そこに過失の証明責任を事実上転換し原告側の証明責任の負担を軽減することを主たる目的として、債務不履行を請求原因とする学説が呈示され¹¹⁾、1967年に実際に¹²⁾履行不能を認めた下級審判決¹³⁾があらわれたことにより状況が変化し始めた。医界の内外で注目されはじめただけではなく、債務不履行構成の判決があいついで登場したからである¹⁴⁾。

そのため医療契約は、社会的需要ないし訴訟実務に先導される形で、主に債務不履行責任の観点から——あるいはその前提として——、検討されるようになった。

結果、医療契約論は、「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」¹⁵⁾されることになり、その特質や内容については、いまだ理論的発酵とその克服というプロセスを経たとは言い難い状況を創出することになってしまったように思われる。

もっとも、そのような一連の流れとは別に——あるいは一定の距離を置くスタンスで——、医師患者関係を検討する中で医療契約がとりあげられ論じられることがあった¹⁶⁾。

そこでは「医師患者関係が医事法学の基礎である」との理解から医師患者関係を検討する際のひとつの検討課題として、医療における契約の問題が浮上するに至った。その総論的問題は、「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、果たして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ではないか」、「仮に契約関係として捉えた場合、その内容はどのようなものか」というものであった。そして後者の問題につき、さらに各論的に、契約ならば当事者の自由意思によって契約関係が形成されることになるが、そのような関係を想定した場合において、①「そこで作用するところの両当事者の意思とはいかなるものか。そこで設定されてくる権利・義務とは、どのような特殊性を

375-385頁（凡進社、1934年）や會田俊一『醫法』104-123頁（日本医政会、1926年）など。これらはいずれも、いわば債務不履行責任の前提としての医療契約論ではない。また、戦後の医師患者関係論から浮上した医療契約論でもないように感じられる（もっとも、先の医療契約論と比較した場合、こちらの医療契約論のほうが幾分か親和性があるように思われる。）。この戦前期を中心になされた医療（診療）契約論がいかなるものであり、この時期の議論が後世にどのような影響を及ぼしているのか、改めて検討する必要があると思われる。

11) 加藤一郎「医師の責任」我妻先生還暦記念『損害賠償法の研究(上)』505頁以下(有斐閣、1957年)、清水兼男「診療過誤と医師の民事責任」民商52巻6号14頁（1965年）以下。

12) というのも、当該学説は判例の流れにほとんど影響を与えないと思われていたからである。この時期の医療事故の概観は、唄・前掲注(5)1頁以下を参照されたい。

13) 神戸地裁竜野支昭和42年1月25日下民集18巻1-2号58頁がそのリーディング・ケースとしてあげられよう。

14) 旭川地裁昭和45年12月25日判時623号52頁、福島地裁会津若松支昭和46年7月7日判時636号34頁、甲府地裁昭和46年10月18日判時655号72頁、東京地裁昭和47年1月25日判タ277号185頁、宮崎地裁昭和47年3月31日判時682号64頁、宮崎地裁昭和47年12月18日判時702号94頁など。

15) 高嵩英弘「医師と患者の法律関係」筋立明・中井美雄編『医療過誤法』59頁(青林書院、1994年)。

16) 日本医事法学会における、第5回総会（1974年開催）から第10回総会（1979年開催）まで計6回にわたりシンポジウムのテーマとしてとりあげられた医師患者関係に関する一連の議論をあげることができよう。日本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、下山瑛二「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)、年報医事法学第16巻の「シンポジウムⅢ」の平林・唄の各論文を参照されたい。

もつものなのか」、②「医師の応招義務の存在は、どう把握すべきか。すなわち、その制約をどう評価すべきか、その制約がどこまで拡大しうるのか、拡大しえた場合に、一体その自由意思というものをどう考えるのか」、③「患者本人に代わって第三者が医療契約を結ぶ場合に、どこまで本人に代わってそれを代行しうるのか、という患者本人と第三者との関係」、さらに④「現在の国民が医療を受けている大部分は保険医療という形で行われていることから、保険医療契約の場合の関係」——なお、この問題については、保険医療であることによって、本来尽くされるべき医療が何らかの制約を被るとするならば、保険医療は本来の医療を歪曲することになるのではないかとの問題も念頭におかれた。——、という4点の問題が課題とされた¹⁷⁾。

以下では、この後者の医師患者関係論から浮上した医療契約論で課題とされた4つの論点のうち、①医師の応招義務をめぐる問題、②医療契約の当事者をめぐる問題、③医療契約から導かれる権利義務の3つに焦点をあて、医療契約をめぐる議論状況を整理し、若干の分析していくことにしようと思う。というのも、医師と患者との私法上の関係を、契約という観点から考えいくなか、医療事故という異例な事態を前提とすることは必ずしも適切ではないと考えるためであり、また保険制度をめぐる問題を除外するのは、この問題が、医師と患者の私法上の関係からだけでは検討ができないと考えるからである。

なお、医療契約論は、通例、医療契約を“診療契約¹⁸⁾”“健康診断の契約¹⁹⁾”“特殊の医療契約²⁰⁾”の3種に類型化し²¹⁾、そのうち診療契約を典型としている。また、その法的性質は請負契約²²⁾、雇用契約²³⁾、非典型契約²⁴⁾の各説が提唱されているが、準委任

17) 以上の検討課題等については、下山・前掲注(16)211・220頁を参照されたい。

18) 本稿では「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」(中川善之助・兼子一『実務法律大系第5巻 医療過誤・国家賠償』20頁[定塚孝司](青林書院、1973年))とする。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・病室賃貸契約・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(菅野耕毅『新版・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、福岡地判昭和51年11月25日判時859号84頁参照。

19) 本稿では「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」(菅野・前掲注(18)95頁)とする。たとえば、定期健康診断、人間ドック検診、受験目的の健康診断など。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。

20) 本稿では「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察を目的とする契約」(菅野・前掲注(18)96頁)とする。たとえば、美容整形、性転換手術、人工妊娠中絶、不妊手術などが該当しよう。

21) その他、医療契約に類似するものとして、たとえば、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などがあげられる(たとえば、精神保健福祉法第27条第1項(申請・通報・届出などに基づく措置入院)、同法第29条(措置入院)、感染症の予防及び感染症の患者に対する医療に関する法律第19条第2項第4項・第20条第2項第4項(1類・2類感染症患者に対する入院)、同法第46条第2項第4項(新感染症患者に対する入院)など。精神保健福祉法第33条第2項及び第33の4第1項(応急入院)は事務管理になると解する説がある(横地光子「診療契約と精神医療」西南学院大学大学院法学研究論集21号206・209頁(2003年))。しかし、これらはいずれも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ことに注意すべきであろう。

22) 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

契約²⁵⁾であるとの見解が通説化している²⁶⁾。それ故、本稿においても診療契約を念頭におき、その法的性質を準委任契約と位置づけたうえで検討をすすめていく。

2 医師の応招義務をめぐる問題

診療契約の成立に関する側面では、「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。」と規定する医師法第19条第1項の医師の応招義務が問題となる。当該義務は、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ると理解されている。つまり、この義務は患者に対するものではなく、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のである²⁷⁾。それ故、民法上、契約自由の原則を制限するものと理解されているにもかかわらず、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²⁸⁾。しかし、いわゆる救急患者の「たらい回し」が社会的な問題となったことによって、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、医師に民事上の過失があるとの一応の推定をし、反証のないかぎり、医師の不法行為責任を認めるという見解など²⁹⁾が展開され、裁判例上もそれが認

約にあたりと解する説（加藤一郎『不法行為法の研究』5頁（有斐閣、1961年）など）。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請負契約とすべきと解している。

23) 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（岩野鈴『医事法制』89頁（甲子社書房、1936年））。なお、民法起草の段階では、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用説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医事法小史」中川淳・貝田守綱『未来民法を考える』106・107頁（法律文化社、1997年））。

24) 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（たとえば、「請負と準委任の結合した非典型契約」（新美育文「医療関係の法的性格」蒔立明・中井美雄編『医療過誤法入門』69頁（青林書院、1979年））、「特殊な無名契約の一つ」（または清水・前掲注(9)4頁）など。）。なお、いずれも非典型契約であっても、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。

25) 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。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99頁、我妻栄『民法研究X 講演』381頁（有斐閣、1971年）、幾代通・広中俊雄編『新版注釈民法(16) 債権(7) 雇用・請負・委任・寄託』233頁〔中川高男〕（有斐閣、1989年）など参照のこと。

26) なお、原則として診療契約における特約は、その有効性が認められ、特約のある場合にはそれに従うこと言うまでもない（事実、裁判例においては「特約等」と判示する場合が多々ある（青森地裁八戸支平成14年1月30日判例集未登載：判例体系判例ID 28072331））。なお、エホバの証人輸血拒否事件において、東京高裁は、輸血以外に救命手段がない事態になっても輸血をしない絶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（東京高裁平成10年2月9日高民集51巻1号1頁。なお本事案については平成12年2月29日に最高裁にて病院側の原告が棄却された。最判三小平成12年2月29日民集54巻2号582頁。）。

27) 美濃部達吉「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・高島學司『医事・衛生法』26・27、200頁（有斐閣、新版、1979年）など。

28) 美濃部・前掲注(27)1047号202頁以下、我妻栄『債権各論上巻（民法講義V₁）』19頁（岩波書店、1954年）。

29) 加藤一郎編『注釈民法(19) 債権(10) 不法行為』153頁〔加藤一郎〕（有斐閣、1965年）。その他にも、たとえば

められるに至った³⁰⁾。

その限りにおいて、当該問題は一応の決着を見ることになるが、依然として、契約上の責任については認められなかったことから、この場合、どのようにして契約を成立させるか、をめぐり議論が展開されることになった。現在、学説上、①医師法第1条との関係において第19条第1項を患者に対する具体的な義務を定めた規定として理解し、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³¹⁾、②医師の専門家としての地位などに鑑みるならば、民法上の作為義務としての診療義務が肯定されるため、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すると解する説³²⁾、③契約締結上の過失理論を用いる説³³⁾とが分かれている状況にある。

かくして、診療契約の締結をめぐる側面では、診療契約において契約当事者の契約関係を外的に拘束する、ほとんど唯一の規定である医師法第19条第1項の応招義務が、公法上の規制であるがために、それに対する義務違反は、当事者の契約関係にいかなる影響を及ぼすのか、という点がすぐれて問題となっているといえよう。

3 医療契約の当事者をめぐる問題

医療契約論では、診療契約の当事者について検討する際、検討の分析軸を、一方を当該診療の属性——自由診療であるか保険診療であるかという点——に設定し、他方をそれぞれの契約当事者の属性——医療提供者側³⁴⁾か医療受給者側かという点——に設定するのが一般的である。しかし、その多くは全ての場合を検討するわけではなく、自由診療下の場合で患者が意思能力を有しないとき、換言すれば、患者が意思無能力者でかつ行為無能力者でもあるとき——つまり患者が6～7歳未満の未成年者の場合や乳幼児であるようなと

「依頼者の生命・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からうか。」(平林勝政「医療スタッフに対する法的規制」宇都木伸・平林勝政編『フォーラム医事法学』(尚学社、追補版、1997年))などがある。

30) たとえば神戸地判平成4年6月30日判時1458号127頁は「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ところ、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。」とする。

31) 山口忍「診療契約上の問題」山口和男・林豊編『現代民事裁判の課題⑨ 医療過誤』108・109頁(新日本法規、1991年)。

32) 新美育文「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・前掲注(31)107頁も参照。

33) 前田達明ほか『医事法』223頁[前田達明](有斐閣、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)。

34) 自由診療の場合、開設者となる。すなわち、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設置者である国あるいは各自治体が、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。