

き——に検討の中心を据えている³⁵⁾。

このような議論展開の適否はさておき、いずれにせよ、自由診療下の場合で、患者が意思無能力者でかつ行為無能力者でもあるときの診療契約の当事者は誰になるのかという問題は、重要な検討課題となる。

この問題に関しては、①親権者や後見人が意思無能力者の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見解（「法定代理説」）³⁶⁾、②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が締結されると解する見解（「第三者のためにする契約説」）³⁷⁾、③親権者が身上監護権（民法第820条）に基づき、意思無能力者の患者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解する見解（「不真正第三者のためにする契約説」）³⁸⁾、④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見解（「重疊的契約説」）³⁹⁾が示されており、どれかひとつに見解が統一されたような状況にはないと思われる。また、それに呼応するかのよう、たとえば、傍論としてではあるが最高裁平成8年1月23日判決（民集50巻1号1頁）では「法定代理説」を、長崎地裁平成11年4月13日判決（判タ1023号225頁）は「第三者のためにする契約説」を、東京地裁八王子支部昭和62年3月2日判決（判タ652号217頁）では「不真正第三者のためにする契約説」を支持しているように、いまだ裁判例も見解が分かれている状況にあるといえよう。

このように学説・裁判例を通じて見解が分かれる、あるいは、今もってなお統一されないことの理由は、いずれの説も、その見解に根本的な欠点を抱えていることに由来しよう。

まず「法定代理説」については、意思能力のない患者を契約当事者として捉えることは、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、意思決定に対する社会ないし法による監視を潜脱する口実を与えかねないこと、診療契約のような患者の一身専属的な事柄にかかわる事項について親権者、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びうるのか疑問であること、患者本人に診療報酬債務をつねに負担させることが妥当とは思

35) 契約締結後に意思能力を欠い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うまでもない。

36) 最判三小平成8年1月23日民集50巻1号1頁、大阪地判平成7年12月20日判時1586号97頁、辻伸行「医療契約の当事者について」独協法学31号162頁（1990年）など。

37) 長崎地判平成11年4月13日判タ1023号225頁、神戸地判平成9年8月27日判時1654号75頁、名古屋地判平成1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、岩垂正起「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（青林書院、1990年）など。

38) 東京地八王子支昭和62年3月2日判タ652号217頁、東京地判昭和50年1月20日判時764号19頁、宮崎地判昭和47年3月31日判時682号64頁、新美育文「診療契約論ではどのような点が未解決か」椿寿夫編『講座・現代契約と現代債権の展望⑥ 新種および特殊の契約』253・254頁（日本評論社、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なる。

39) 宮崎地判昭和47年3月31日判時682号64頁、神戸地判尼崎支昭和56年6月12日判時1013号96頁など。

われないとの批判がなされている⁴⁰⁾。「第三者のためにする契約説」は、このような法定代理説に内在する問題を回避するために唱えられたものということができるが、「第三者のためにする契約説」および「不真正第三者のためにする契約説」については、「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である。したがって、第三者の受益の意思表示は、この契約も最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。」⁴¹⁾との指摘がなされている。

ともあれ、この問題は、診療契約の当事者は誰になるのか、といった単なる法律行為上の次元の事柄にとどまらず、事実行為における代行決定の問題にまで及ぶことになるため——あるいは、そのようなことをも視野に収めつつ検討をしていく必要があるため——、軽々に結論が出ない、あるいは結論が出せない問題であろう。

なお、保険診療の場合に診療契約の当事者は誰になるのかという問題については、①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ふ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見解（保険者・被保険者当事者説）⁴²⁾、②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見解（被保険者・保険医療機関当事者説）⁴³⁾、さらに③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見解（保険者・保険医療機関当事者説）⁴⁴⁾が、それぞれ示されている。

4 医療契約から導かれる権利義務 ——医療契約の効力をめぐる問題——

診療契約を準委任契約と理解した場合、医療者側は、まず民法第644条にて規定される善管注意義務、すなわち「医師ないし医療機関は、人の生命及び健康を管理する業務に従事するものとして、診療契約に基づき、又はその業務の性質に照らし、患者の症状に応じて善良な管理者の注意をもって、診療当時の医療水準に適合した措置をとるべき義務を負

40) 新美・前掲注(38)252頁。

41) 前田『医事法』・前掲注(33)211頁。なお、第三者のためにする契約については、新堂明子「第三者のためにする契約法理の現代的意義(1)(2・完)——英米法との比較を中心として——」法学協会雑誌115巻10号、11号(1998年)などを参照されたい。

42) 松倉豊治「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、1971年)など。

43) 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2日下民集25巻1・4合併号226頁、東京地判昭和47年1月25日判タ277号185頁、野田寛「医療をめぐる民法上の問題」星野英一編『民法講座 別巻2』131頁(有斐閣、1990年)など。

44) 大阪地判昭和60年6月28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通説に従ったものであると解されている(野田寛「保険医療と損害賠償訴訟」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』141頁(日本評論社、1974年))。

うものと解される」⁴⁵⁾。

もつとも善管注意義務は、医師が負うべき義務の具体的内容につきなんら示さない、いわば白地規範であるため、裁判例の蓄積を通じて、その中身が次第に具体化され明確化されてきた。この具体化された義務は、現在、論者により様々に分類整理されてきているが、ここでは便宜上、診療をめぐる医療技術上の義務、説明と承諾に関する義務、その他の義務の3種類に類型化し整理していくことにする⁴⁶⁾。

診療をめぐる医療技術上の義務は、主なものとして、①診療義務——「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」⁴⁷⁾、②転医をさせる義務——「医師等が(新規の治療法に関する)知見を有しな」い場合、また、「当該医療機関が予算上の制約等の事情により(新規の治療法)の実施のための技術・設備等を有しない場合には、……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」⁴⁸⁾などがあげられよう。

説明と承諾に関する義務については、①同意を得るべき義務——「(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、(患者)の自己決定権を保証するとともに、……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」⁴⁹⁾、②説明義務——「患者の疾患の治療……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」⁵⁰⁾、③療養方法等の指導をなすべき義務——「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……(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」⁵¹⁾、などが課せられている。

その他の義務としては、たとえば医療の場の管理者としての義務があげられよう。「(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。」⁵²⁾とさ

45) 名古屋地裁平成14年8月28日判例集未掲載：判例体系判例ID28080006など。

46) 手嶋豊「医師の責任」山田卓生・加藤雅信編『新・現代損害賠償法講座第3巻 製造物責任・専門家責任』317-318頁(日本評論社、1997年)参照。

47) 神戸地裁平成9年8月27日判時1654号75頁。他に大阪高裁昭和47年11月29日判時697号55頁など。

48) 最判二小平成7年6月9日民集49巻6号1499頁など。

49) 京都地裁平成14年3月12日判例集未掲載：判例体系判例ID28071888など。

50) 最判三小平成13年11月27日民集55巻6号1154頁など。

51) 岐阜地裁昭和49年3月25日判時738号39頁。

52) 東京高判平成14年1月31日判時1790号119頁など。

れている。その他にも、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を患者に返還する義務などが認められている。

これに対して、患者側には、診療報酬支払義務や、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、などがあると解されている。

5 医療契約論の行く末

本章は、債務不履行責任の前提としての医療契約論（ここでは仮に「前提としての医療契約論」と呼ぶことにする）ではなく、医師患者関係論から浮上した医療契約論（同様に「浮き上がった医療契約論」と呼ぶことにする）の観点から、これまでの医療契約をめぐる議論を整理し、若干の分析を試みてきた。先に述べたように、「浮き上がった医療契約論」と「前提としての医療契約論」とでは、その出発点は全く異なるものであった。しかし、「浮き上がった医療契約論」における諸問題およびそれらに対する諸検討を子細に観察すれば、いずれもが「前提としての医療契約論」における実践的な動きに大きな影響を受けていることに気づかされる。すなわち、医療契約の当事者をめぐる問題は、訴訟を提起するに際して誰から誰に対して責任を追求すべきなのか、あるいは、誰が誰に対して診療報酬請求権を有するのかということを検討するための前提としてなされ、医師の応招義務をめぐる問題は、救急患者の「たらい回し」という問題を前に、法的に如何に構成すれば被害者に有利な状況をもたらすことができるか、といった観点から検討がなされてきたといえよう。そして契約から導かれる権利義務については、まさに損害賠償責任の有無を判断する前提として検討され設定され蓄積されてきたものであるといえるのである。換言すれば、「浮き上がった医療契約論」は「前提としての医療契約論」を下敷きに検討されてきたことができるのである。

その限りにおいて、「前提としての医療契約論」はもとより、「浮き上がった医療契約論」においても、訴訟上、実益の乏しい部分については放置される形で、反面、訴訟上、実益の豊かな部分については議論が積み重ねられ深化してきたという経緯を推みれば、いわば従来型の医療契約論は、極めて合目的的なものでしかなかったといわざるをえない。

そうであるが故に、今後、新たな議論の展開を期すためには、訴訟における実益の有無という功利的な立場からの検討を離れ、今一度原点に立ち返り、総論的問題——医師患者関係を契約として構成することによって、果たして何が強調され、何が欠落したのか、換言すれば医師患者関係は契約関係として全てを捉えうるのか、捉えきれないとするならば、それは何であるのかという問題——を、検討しなければならないように思われる。

そこで重要なのは、おそらくは、医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——たとえば、患者の医療を受ける場が病院であるのか在宅であるのか、病院であるならば外来治療であるのか入院治療であるか、そもそも傷病に基づく医療であるのか否か（その極としての美容整形を想起されたい）によって、医師患者関係は大きく異なることになるため、契約の内容・性質・あり方なども大きく変わることになるはずである。——、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

るべきか検討することであろう⁵³⁾。

なお、近年、医療契約論をめぐって、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、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ようとする「専門家責任論」の観点からの検討⁵⁴⁾や、関係的契約論——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——の観点から医療契約を見直す試み⁵⁵⁾や、信認関係 (fiduciary relation) 論⁵⁶⁾からの検討がなされ始めている。しかし、そのいずれも、いまだに医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、個別具体的な問題を個別具体的に検討していくという作業は試みられていないようである。もっとも、これら新しい観点からの検討は、その途についたばかりである。今後その成果が期待されるところである。

IV 福祉と契約

1 福祉契約論の今

医療契約論は、これまで述べてきたように、概して、医療過誤訴訟にて原告側が有利に訴訟を展開することを可能とするために編み出された債務不履行構成論の前提として論じられ、裁判例の集積により理論的な深化をみるというプロセスを辿ってきた。

対して福祉契約論は、医療契約論と比較した場合、かなり趣を異にしている。その端緒は、社会福祉のあり様を基礎構造から転換する一連の社会福祉基礎構造改革により、福祉サービスの供給手段に措置ではなく契約という手段が導入されることになったため⁵⁷⁾、好むと好まざるとにかかわらず、その新しい手法の福祉領域での適合性や問題点について検討しなければならなくなったという状況に至ったことにある。つまり、福祉契約論は、社会福祉基礎構造改革に端を発するそれ以降の議論であり、その意味で、いまだ理論的発酵とその克服というプロセスを全く経ていない途についたばかりの、これからのものであるといえる。

さて、福祉契約は、福祉サービスの特徴をとらえたうえで、そこでなされる契約の特質を分析し、あるべき姿・解釈の方向性などについて検討される傾向にある⁵⁸⁾。その際——

53) 高嶺・前掲注(15)60頁参照。

54) 橋口賢一「診療契約の構造——ドイツの議論を手がかりに——(1)(2・完)」同志社法学53巻(2001年)1号75頁以下および2号156頁以下。

55) 内田貴『契約の時代 日本社会と契約法』(岩波書店、2000年)、同『契約の再生』(弘文堂、1990年)。

56) 樋口範雄『フィデューシャリー [信認] の時代 信託と契約』(有斐閣、1999年)。

57) なお、すべての場合に福祉サービスの供給手段として契約が用いられるというわけではないことに留意されたい。例外的な場合に限定されるものの、措置によって提供される場合がある(たとえば老人福祉法10条の4・11条、身体障害者福祉法18条、知的障害者福祉法16条)。しかし、現時点では、どの程度これらの措置制度が運用されているのかについて疑問があることを、あわせて指摘しておきたい。なお、この点については大原利夫「福祉サービス利用援助に関する諸問題」社会保障法19号122-123頁(2004年)を参照されたい。

58) 額田洋一「福祉契約論序説」自由と正義52巻7号15-20頁(2001年)、笠井・前掲注(2)666-676頁、瀧澤・前掲注(1)57-65頁。

特に福祉サービスの特徴および福祉契約の特質を検討する際——、少なからず医療契約を意識したものが散見される（本稿もそのうちのひとつとして位置づけられよう）。しかしながら、医療契約論と福祉契約論の議論の起点の違いと、それぞれが置かれた状況の違いを勘案するならば、そもそも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、参照するならば、どこにどのような形で、どの程度参照すべきかについて、より慎重に配慮する必要があるように思われる。

ところで、福祉契約を社会福祉法学の観点から検討を加える注目すべきものがある⁵⁹⁾。そこでは、福祉契約の主たる検討が民法学からのアプローチによるものになっていることをかんがみ、「『福祉契約』をこのような民法の法理によってのみ処理することが、果たして妥当な結果をもたらすかについては疑問なしとしない」との見解を呈し⁶⁰⁾、その性質上、市民法原理には馴染まない「福祉契約を論じるには、社会法的アプローチによるしかない（い）」こと、「社会福祉の供給システムや、利用者と供給者の媒介となるシステムではなく『自律』を保障する支援サービスを行う者と利用者との『関係』が、どのような装置を使えば、阻害されずに実現できるか」を検討しなければならないこと、「特別立法は不可避である」ことを説いている⁶¹⁾。

私見も同じく、福祉契約を民法学以外の視角から検討することの必要性を感じていることもあり、当該アプローチとその結論に首肯するところである。確かに、今回の社会福祉基礎構造改革の方向性には、この福祉契約を典型例とするような様々な問題が少なからず存在し、これらの問題を解決するためには、今一度根本的な見直しをし、基礎構造を再構築しなければならないであろうと考えている。そしてその際にもっとも重要な視点のうちのひとつが、まさに利用者の自律を保障する支援サービスを行う者と利用者との関係が、どのような手段を用いることによって、その目的を阻害されず適切に構築することができるかということにある。

しかし、このような抜本的な見直しは、おそらくは困難を極め、その実現に時間を要することになるだろう。とするならば、“次善の策”として現在の枠組みあるいは既存の枠組みの中で、可能な限り問題を解決することができる、よりよい方策を検討せねばならないであろう。さもなければ、日々、問題に直面している利用者やサービス提供者にとって、現実的な解決を導くことにならないからである。勿論、軽々な結論や打開策を示すことは控えるべきであり、慎重な姿勢を崩すべきではないと考えるが、医療の現場はもとより福祉の現場においても、正しい答えが出るまで待つことのできる時間的余裕があるわけではない。暫定的な答えを示すことも、また法の任務であるとはいえまいか⁶²⁾。

そこで取り組まなければならないことは、①利用者と福祉サービス提供者との間に、ど

59) 山田晋「福祉契約論についての社会的瞥見」明治学院論叢713号(社会学・社会福祉学研究117号)67頁以下(2004年)。趣は異なるが瀧澤・前掲注(1)56頁以下および原田大樹「福祉契約の行政法学的分析」九州大学法政研究69巻4号765頁以下(2003年)も民法学以外からのアプローチ手法をとるものとしてみる限りにおいて、同種のものであると思われる。

60) もっとも、民法学の観点からの検討する論者の多くが、福祉契約を民法の法理によってのみ処理することが、妥当な結果をもたらすとは述べていないことに注目されたい。

61) 山田・前掲注(59)69頁および119・120頁。

62) しかしながら、本稿において、その任務を遂げているとは全く言い難いことをここで吐露しておきたい。

のような内容・性質の契約が、どのようなプロセスを経てなされているのか、福祉契約をめぐって、実態上どのような問題が生じているのか調査・分析し、②当該問題が契約に関するものであるがゆえに、（福祉の世界で適合的であるか否かという議論はさておき）まずは民法上の契約法理あるいは消費者契約法などの特別法を用いて解決を試みることであり⁶³⁾。もっとも、福祉契約は、売買をその典型とする有名契約とは内容も性質も異なる態様の契約であるため、そもそも契約法理による解釈だけでは対応できない問題が多々存在しよう。そのような問題については、③たとえば福祉契約をとりまく様々な制度の運用方法・活用方法などを検討・見直しをすることにより対応していくことが必要となろう。

本稿では、以上で述べたようなスタンスから、福祉契約をめぐらる問題を②の観点を中心に——必要に応じて③の観点を視野に収めつつ——顕在化させ、若干の検討を加えていくことにしようと思う（なお、①は本稿の任務ではないため除外することにする）。

2 福祉契約の意義をめぐらる問題

福祉契約を検討していくにあたってまず問題となるのが、「福祉契約をどのように定義づけるか」ということであろう。そして、この問題を検討するに際しては、当該定義の射程範囲をいかに設定するか、が重要な焦点となる。当該定義の射程を広くとり、福祉に関する給付サービスを目的とする契約を全て福祉契約とするならば、福祉契約には、社会保障と関係あるものだけでなく社会保障と無関係に成立するものまでが含まれることになる。そして社会保障と関係のあるものには、保育所入所契約のように行政の現物給付原則が法制度上維持され、利用者と行政とが契約を締結するものと、介護契約や障害者福祉契約のように行政の役割を費用保障に限定し、給付決定と契約関係とが完全に分離されているものが含まれることになる。

この点につき学説は、「福祉サービスに関する契約」⁶⁴⁾や「福祉サービスの給付を目的とする契約」⁶⁵⁾、あるいは「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」⁶⁶⁾、「利用者とサービス事業者またはサービス提供者との間で交わされる、社会福祉サービス供給に関する契約」⁶⁷⁾と定義づけており、当該側面ではさほど大きな違いはないように思われる。しかし、それらが各々想定する契約という面では、社会保障と関係のある介護契約や障害者福祉契約だけをその射程とするもの⁶⁸⁾、社会保障とさほど関係なく成立するであろう有料老人ホームの利用契約も視野に収めているもの⁶⁹⁾、ひいては介護契約・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

63) その実際的な取り組みのひとつが、平田厚「福祉契約に関する実務的諸問題」社会保障法19号124頁以下（2004年）であろう。

64) 額田・前掲注(58)14頁。

65) 原田・前掲注(59)770頁。

66) 本沢・前掲注(6)95頁。なお、本稿では福祉契約を当該定義に措定して論じてはいるが、それが必ずしも適切であるとは思っていないことを付言しておきたい。

67) 山田・前掲注(59)69頁。

68) 原田・前掲注(59)770頁。なお、本稿では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。

69) 額田・前掲注(58)14頁。

約をも想定するもの⁷⁰⁾まで、かなり幅がある。

このような議論状況から、福祉契約というものに対する普遍的なイメージあるいは確立した概念というべきものが存在していないのではないかとの感を受ける。この点を等閑視したまま総論的に福祉契約を論ずるのであれば、いくら論じたとしても、おそらくそれはあまり実のある議論とはならないであろう。というのも、契約の性質・内容・あり方は、たとえば当事者の属性の違いや給付内容形成の自由度の違い等に呼応して、質的に大きく異なることになるからである（例えば、行政が契約当事者であるか否かの違いを想起されたい）。先の医療契約論において述べたが、契約の有する特質や内容を詳細に検討せず、ア priori に論じることは、あまり意味がないように思われる。福祉サービスの有する特質や実体を直視し、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ろう。そのような作業の後にはじめて、福祉契約を適切に論じることができるのではなかろうか⁷¹⁾。

ところで、この福祉契約は、福祉サービスの特徴を考慮しつつ、①労務・役務提供型契約であること⁷²⁾、②継続的契約であること⁷³⁾、③契約の公共性・倫理性⁷⁴⁾、④非産業性⁷⁵⁾、⑤当事者の非対等性⁷⁶⁾（より一步踏み込んで、利用者の従属性・依存性を特性にあげるものもある⁷⁷⁾。）、⑥質の評価・表示の困難性⁷⁸⁾、⑦契約目的の不明確性⁷⁹⁾、⑧契約内容の非特定性⁸⁰⁾、⑨契約内容の要規制性⁸¹⁾、⑩福祉の手段としての契約⁸²⁾、の10項

70) 本沢・前掲注(6)95-96頁。

71) 高崙・前掲注(15)60頁。

72) 笠井・前掲注(2)666-667頁、額田・前掲注(58)15頁。

73) たとえば、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ことなどを理由としてあげる（笠井・前掲注(2)667頁）。他に清水幸雄「介護保険契約と当事者能力——介護保険契約の当事者は誰か」清和法学研究7巻1号9頁(2000年)など。

74) 一般の商品取引とは異なり、福祉サービスの供給は、利用者の人間としての存在に必要な条件の実現・維持にかかわるものであり、場合によっては人命を預かる意味すら持つものであることを理由とする（笠井・前掲注(2)666頁）。その他に額田・前掲注(58)15頁など。

75) 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ことを理由とする（額田・前掲注(58)16頁）。

76) 福祉サービスの利用者と提供者（事業者）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、格段に大きいことを理由としてあげる（額田・前掲注(58)15頁）。ほか秋元・前掲注(4)20-21頁など多数。

77) 利用者は福祉サービスを受給しようと思えば、供給者に「協力」せねばならず、そこに従属性、依存性が生ずるとする（山田・前掲注(59)98頁）。

78) 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っそう見えにくい面を持つことを理由としてあげる（笠井・前掲注(2)667頁）。

79) 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、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ことをあげる（笠井修「福祉契約におけるサービスの『質』の評価」筑波法政35号41頁(2003年)）。

80) 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理由としてあげる（品田充儀「介護保険契約の特徴と法的問題——モデル契約書を参考として」ジュリスト1174号70頁(2000年)）。

目が、その特質としてしばしばあげられている。

これらは、医療契約の特性⁸³⁾と比較対照した場合、⑩以外は程度の差こそあれ、差異はあまり明確ではないように感じられる。これは医療の福祉の類似性ゆえであろうか。いずれにせよ、福祉契約の特性を明確化するためには、福祉サービスの特性・実体を把握し、売買契約等の典型契約との異同ならびに医療契約との異同を顕在化させる——後者の作業をするためには、なかんずく医療と福祉との異同を顕在化させるという作業が要求されることになろう。——という作業を経たうえで、それを契約特性に反映させつつ浮き彫りにしていくことが必要であるように思われる。

なお、福祉契約の法的性質については、「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⁸⁴⁾」であると解する説(準委任契約説)と、「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⁸⁵⁾」と解する説(請負契約説)、「民法上の典型的な契約モデルに固執することは難しい⁸⁶⁾」と解する説(非典型契約説)などが現在のところ提唱されているが、この契約の性質決定の問題は、先述したように、契約の有する特質や内容・実体を検討した後の問題となろう⁸⁷⁾。

81) 福祉制度からの移行であること、利用者が要介護等の高齢者であること、サービス提供過程において人権侵害が生じやすいなどの理由から、福祉的視点からの利用者保護という側面が強く存在する点をあげる(品田・前掲注(80)70頁)。

82) 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ことを理由とする(笠井・前掲注(2)666頁)。他に、額田・前掲注(58)15頁。

83) たとえば医療契約では、①労務・役務提供型契約・継続的契約であること、②医師法19条1項により契約自由の原則の制限されていること(福祉契約における「契約内容の要規制性」がこれに該当しよう。と同時に、医療の「公共性・倫理性」ゆえに応招義務が規定され、結果、「非産業性」を帯びたものになると解することもできよう。)、③診療契約における債務の抽象性、④診療契約における債務の手段性(この③と④は福祉契約における「契約内容の非特定性」と「契約目的の不明確性」に相当しよう。またそうであるがゆえに「質の評価・表示の困難性」が必然的に、この一面からも生じはしまいか。)、⑤診療契約における債務の専門性、⑥診療契約における当事者の非対等性(福祉契約における「当事者の非対等性」)、⑦診療契約における当事者の協働関係性、などがしばしばあげられる。なお、医療契約の特性として患者の「従属性」が、しばしばあげられることはいうまでもないだろう(たとえば石村善助『現代のプロフェッション』130-131頁(至誠堂、1969年)などを参照されたい)。

84) 品田充儀「介護保険契約の法的性格とその規制」神戸外大論叢51巻2号71頁(2000年)。

85) 笠井・前掲注(2)674頁。その例として入浴サービスをあげる。なお、本説は準委任契約と理解することも十分に可能であると思われるが、ここでは医療契約における各説の見解とその類型に平仄をあわせることにした。本稿注(22)を参照されたい。

86) 新井誠「介護保険契約と成年後見・再論」千葉大学法学論集15巻3号91頁(2001年)など。

87) 新美育文「診療契約」伊藤進編『契約法』228頁(学陽書房、1984年)の「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。」との指摘に留意されたい。

3 福祉契約の成立

福祉契約が成立するまでのプロセスは、通常の売買契約はもとより医療契約と比べても大きく異なっている。すなわち、福祉契約は、契約が成立するまでに、①利用者は行政に対し給付申請をし（第1段階）、②行政が給付決定をしたうえで（第2段階）、③利用者・事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、はじめて契約が成立することになるのである⁸⁸⁾。

この第1段階で注目すべき点は、利用者に給付申請をさせることにより利用者の手続的権利が確立されることにはなったものの、反面、給付決定では法的に有効な申請をなしうる行為能力が利用者にあることが前提となるため、利用者が給付申請をする際に行為能力を必要とされるようになった点をあげることができよう⁸⁹⁾。

このような行為能力を欠く利用者を支援する法システムとして、成年後見制度、福祉サービス利用援助事業などの制度が準備されている。しかし、ここには、成年後見制度の使いにくさという問題⁹⁰⁾や、基幹的社会福祉協議会によって契約締結能力がないと判断された利用者は成年後見制度を利用しない限り対象外とされる福祉サービス利用援助事業の手続上の問題などが、福祉契約をとりまく制度上の解決すべき問題として存在している⁹¹⁾。

第2段階の特徴としては、この段階の給付決定が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を決定するものであることから、どのようなサービスを誰から提供してもらうかについて具体的な決定をする第3段階における契約内容の枠組みを規定する機能を持っているということであろう⁹²⁾。

第3段階で注目すべき点は、事業者を拘束する非常に数多くの規制が運営基準のレベルで設けられていることにある。この段階での利用者・事業者間での契約は、原則、「契約自由の原則」が作用する——換言すれば、市場原理に基づく——市場での契約ということになる。しかし、例えば介護契約の申込をしている利用者を事業者が選別して恣意的に介護拒否を行った場合、当該契約は利用者の生命・健康と生活を支えるものであるがために、決して好ましくない社会状況を創出することになる。それゆえ、利用者保護の観点に立ち、数多くの規則および省令により応諾義務を課したり⁹³⁾、契約内容等につき規制を加えたり

88) 正田彬「『措置から契約へ』支援費制度の問題点(上)——障害者の権利と自由の観点から」ジュリスト1248号66頁(2003年)、原田・前掲注(59)779頁。

89) なお、給付決定の申請に対しては行政側に応諾義務が課せられていることにも留意されたい(原田・前掲注(59)777-778頁)。

90) 成年後見制度と福祉サービス利用援助事業との制度上の相互関係の明確化という問題も、まだ残されているといえよう。

91) 大原・前掲注(57)119-120頁。

92) 原田・前掲注(59)780頁。この段階での具体的な問題点としては、介護保険制度における要介護認定をめぐる問題を、その例としてあげることができるだろう。

93) たとえば、「指定介護機関介護担当規程」(平成12年3月31日厚告191号)2条、「指定居宅サービス等の事業の人員、設備及び運営に関する基準」(平成11年3月31日厚令37号)9条、「指定居宅介護支援等の人員及び運営に関する基準」(平成11年3月31日厚令38号)5条、「指定介護老人福祉施設の人員、設備及び運営に関する基準」(平成11年3月31日厚令39号)4条の2、「介護老人保健施設の人員、施設及び設備並びに運営に関する基準」(平成11年3月31日厚令40号)5条の2などがあげられよう。

する⁹⁴⁾という形で、「契約自由の原則」を制限しているという点にある。

福祉契約という制度の成否を考えると、この第三段階における市場において、利用者・事業者間で適切な契約関係を構築することができるような場をいかに整えていくか、換言すれば福祉市場をどのように整えていくかにかかっているように思われる⁹⁵⁾。ことここに至って、この市場を適切な状態に保つために、誰がどのようにコントロールするのかという市場のコントロールをめぐる問題が浮上してこよう。

コントロール主体の問題については、市場の状況を、国あるいは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*laissez faire, laissez passer*に委ねるのか、それともそれ以外の者が管理をするのか、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⁹⁶⁾。

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1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、それ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適切な方法であるのか否かを検討し、今後、理論を明確化していく必要がある⁹⁷⁾。

94) たとえば、規制内容が適切であるか否かは別として、「特別養護老人ホームの設備及び運営に関する基準」（平成11年3月31日厚令46号）16条2項や「指定介護老人福祉施設の人員、設備及び運営に関する基準」（平成11年3月31日厚令39号）13条、「介護老人保健施設の人員、施設及び設備並びに運営に関する基準」（平成11年3月31日厚令40号）18条2項などでの、施設における1週あたりの入浴回数に関する規制などがその一例としてあげられよう。

95) 「障害者が自由に契約を締結することによって障害者の自由が具体的に確保されるためには、市場の仕組みについていくつかの前提が必要とされるうえ、取引主体の地位と性格に対応した前提条件の確保が不可欠とされる場合もある。これらの前提が確保されたうえで、市場の働きを媒介として自由な取引主体として取り扱われる取引主体に実質的な自由ないしは取引上の対等な地位が保障されることになるのであって、単に契約の自由が認められたというだけではその自由が無内容になる場合も少なくない。障害者に契約の自由が保障され福祉サービス提供者に参入の自由がある程度認められたことで、直ちに障害者に福祉サービス提供事業者との関係で実質的に対等かつ自由な地位が保障されたことにはならない。」（正田・前掲注(88)67頁）との示唆に傾聴すべきであろう。

96) 私見としては、福祉における契約は、利用者の選択権を確保するためのあくまでもひとつの手段であり、福祉サービスの提供方式が契約化したことで、国あるいは行政という公的なセクターの役割が、単なる市場の条件整備の役割に限定されるべきではなく、より積極的に公的責任を果たしていくべきであると考えている。秋元美世「福祉契約の法的関係と公的責任——介護保険制度の問題を中心として——」社会保障法19号148・149頁(2004年)を参照されたい。

97) 同時に、民法の内において「契約自由の原則」を制限することが可能であると思われる公序良俗・信義則・権利乱用などの一般条項を、どのように適用させていくのかにつき再検討する必要があると思われる。また、そもそも「契約自由の射程についても、改めて問い直す必要がある。つまり、無制限な契約自由を出発点として、これをいかに制限するか、という発想ではなくて、むしろゼロからこれを問いなおすことが求められているのである。そもそも契約に関してどのような自由があり、それがどこまで認められるのかということが、一度は『積極的な形』で問われなければならない。」（長沼健一郎「準市場における福祉関係と契約観」日本福祉大学社会福祉論集106号111頁(2002年)）のではなかろうか。

4 福祉契約の当事者をめぐる問題

福祉契約の利用者の大多数は、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。それゆえ、まず第1に、福祉契約の当事者（特に利用者側の当事者）が誰になるのかという点が問題となり、第2に、そのような福祉契約の利用者は、自由で独立した個人が対等な立場で交渉し、その意思に基づいて契約を締結するとの前提にたつ古典的契約像、換言すれば、近代私法が前提とする人間像——「強く賢い人間像」⁹⁸⁾——に、多くの場合あてはまらないことになるため、従来の契約法理をどのように修正すべきか、という点が問題になろう⁹⁹⁾。

福祉契約の契約当事者は、利用者本人に判断能力があるかないかを基準に場合を分け論じられることが多い。まず利用者本人に十分な判断能力がある場合には、契約当事者は利用者と事業者となり、その両当事者間で契約が締結されることになるとする。これに対して利用者の判断能力が疑わしい場合¹⁰⁰⁾は、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と、②たとえば家族など利用者本人以外の者と事業者が第三者のためにする契約を締結する方法があるとする¹⁰¹⁾。①については、さらに、同意権者の同意を得て本人と事業者が契約を結ぶ場合と、利用者の法定代理人と事業者が利用者本人名義の契約を結ぶ場合とがあるとされる。

ここで注目すべき点は、このような場合分けをする際の基準にされている判断能力とはどのような能力のことをいうのか、ということであろう。たとえば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すことになるのであろうか。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。いずれにせよ判断能力という基準は漠然としているといえよう（医療契約論における議論を比較参照されたい）。それ故、この問題はより詳細に検討され、

98) 星野英一「私法における人間」芦辺信喜・星野英一ほか編『岩波講座 基本法学Ⅰ』138頁（岩波書店、1983年）。なお、医事法の領域においても、医療の場における人間像は問題とされている（さしあたり吉田邦彦『契約法・医事法の関係的展開』318-319頁（有斐閣、2003年）、小西知世「癌患者本人への医師の病名告知義務」明治大学法学研究論集14号121頁（2001年）などを参照されたい。）。

99) 額田・前掲注(58)16頁参照。

100) 詳細は、日本弁護士連合会高齢者・障害者の権利に関する委員会編『契約型福祉社会と権利擁護のあり方を考える——高齢者・障害者主権の確立のために』205頁（あけび書房、2002年）などを参照されたい。なお、判断能力が疑わしい場合の契約締結方法の欠点を法解釈論的に検討する際には、医療契約論における法定代理説、および「第三者のためにする契約説」に関する批判が参考になろう。

101) 全国社会福祉施設経営者協議会編『介護サービスの利用契約の手引き』5頁〔山本豊〕（全国社会福祉協議会、2000年）など。なお、「契約の常態が、権利擁護のための保護機関を必要とし、かつ『介護の社会化』の要請の下に介護者の負担の解消・軽減をめざすものであるとすれば、契約主体はむしろ『家族』そのものであることが望ましいのではないかとする清水・前掲注(73)12頁、「この基準の対象となる指定事業者と都道府県知事がこの基準を内容として締結する公法上の契約とし、サービス提供事業者は障害者から申込があった時はこの基準に従いサービスの給付を行う債務を負う一種の第三者のためにする契約と考える」とする正田彬「『措置から契約へ』支援費制度の問題点（下）——障害者の権利と自由の観点から」ジュリスト1249号136頁（2003年）もこの見解に属すると思われる。この第三者契約については、市村大三「介護サービス契約における第三者契約の問題点と契約の実状について」神奈川法学36巻1号229頁（2003年）以下が詳しい。

かつ明確化しておくことが必要であるように思われる。

福祉契約に臨む当事者の能力差の問題を解決するために、たとえば、事業者側に契約締結の際に、当該契約内容につき利用者側の自己決定権を保証するとともに真摯な同意を得るため前提としての説明義務を課すことなどが考えられよう。しかし、それだけで解決できるほど問題は簡単ではない。実際の福祉サービスの利用者の中には、現実の問題として、契約締結能力はもとより、主体的な自己選択・自己決定を行うことにつき困難を極める人も相当程度存在するからである。

かかる場合には、その個人に応じた直接的な支援の枠組みを検討することが必要となる¹⁰²⁾。それを契約解釈のレベルで解決を試みようとするならば、結局のところ誰を契約当事者とすべきなのか、という契約当事者に関する議論に帰着することになる。しかし、この契約当事者の問題は、契約の当事者は誰になるのかといった単なる法律行為上のレベルの問題にとどまらず、実際上は事実行為における代行決定の問題にまで及ぶこととなるため、あるいは、そのようなことをも視野に収めつつ検討をしていく必要があるため、軽々に答えを出すことはできないだろう。結局のところ、この問題は、成年後見法や福祉サービス利用援助事業などの制度、いわば福祉契約利用援助システムに委ねざるをえないと思われる¹⁰³⁾。

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であろう。前者については指定基準のあり方が、後者については、その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厳しくすればするほど質を担保することが容易になるものの、反面、サービス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、ここでの課題となる。

5 福祉契約から導かれる権利義務 ——福祉契約の効力——

サービス提供者側には、まず抽象的には民法第644条の基づく善管注意義務を負うと考えられている。そのうえで具体的には、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」¹⁰⁴⁾、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」¹⁰⁵⁾、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」¹⁰⁶⁾、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」¹⁰⁷⁾、⑥苦情解決義務——「適切な苦情解決システム

102) 秋元・前掲注(4)21頁参照。

103) しかしながら、これらの制度には、利用者支援の観点からみれば、いくつかの問題を孕んでいる制度であることは、先に本文中で示したとおりである。なお大原・前掲注(57)110頁以下参照のこと。

104) 額田・前掲注(58)18頁。

105) 額田・前掲注(58)18-19頁、笠井・前掲注(2)671-672頁。

106) 額田・同上、笠井・同上。

107) 正田・前掲注(88)71頁。

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¹⁰⁸⁾、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」¹⁰⁹⁾、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」¹¹⁰⁾が、それぞれあげられている。

なお、これらの義務は、社会福祉法が事業者に課す義務とリンクするものが多い（たとえば、社会福祉法78条（自己評価義務）・79条（誇大広告の禁止）・80条（配慮義務）の具体化したものが公正義務であるとし、情報提供義務は75条、説明義務は76条、書面化義務は77条、苦情解決義務は82条を具現化したものであるとされる¹¹¹⁾）。というのも、福祉契約の効果として以上の義務を導出する論者の多くは、社会福祉法の指導理念と齟齬を生じさせないために社会福祉法において国が事業者に課している義務を、意図的に利用者・事業者間で交わされる福祉契約内に取り込んできているからである¹¹²⁾。その限りにおいて、事業者が国に対して負う公法上の義務が、利用者・事業者という私人間で発生する契約上の義務にもなっていると解することが可能であろう。

事業者側に、福祉契約の効力として、このような各種義務を課すことについて異論はないが、本来的には民事法上の効力にかかわるものではない社会福祉法上の義務を、契約の効力として取り込む場合の取り込み方や、社会福祉法上で事業者に課される義務の内容や程度と福祉契約の効力として課される義務の内容や程度が同一であるのか否か——たとえば社会福祉法上で事業者に課される説明義務と福祉契約の効果として事業者に課される説明義務とでは、その内容も程度も異なると思われる。——などについて今後、検討を加えていく必要がある。

サービス利用者側の義務としては、①代金支払義務、②協力義務¹¹³⁾——（a）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。）¹¹⁴⁾、（b）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、はっきりとした効果を挙げるために、利用者側にかんがいの努力・協力が不可欠な義務。）、（c）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。）が、それぞれリスト・アップされている。

福祉契約の効果の面では、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。

ここで確認すべきことは、契約法が登場してくる場面は、あくまでも事後的な検討の場面にすぎないということである。すなわち、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。

108) 正田・前掲注(101)136-140頁。

109) 笠井・前掲注(2)676頁。

110) 品田・前掲注(80)72頁。

111) 額田・前掲注(58)18-19頁。

112) たとえば笠井・前掲注(2)670頁などを参照されたい。

113) 協力義務については長沼健一郎「介護サービス契約のあり方に関する一試論——消費者保護にかかる8つのポイント——」ニッセイ基礎研究所『21世紀の社会保障改革に向けた視点』115-119頁(ニッセイ基礎研究所、1998年)参照。

114) たとえば、ヘルパーが訪問しても家に入れてくれない、嫌がって入浴しないなどの状況が考えられるとする。

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ということになる。

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——各々が果たすべき責任の範囲・程度・種類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ろう。しかし、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のである。契約の役割は「『義務の道徳』の強制可能性にある」¹¹⁵⁾と言われることがあるが、ここではまさにそれが当てはまるといえよう。

また、契約法は、債務の履行如何のみを問題とするため、それ以外の要素については排除される、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¹¹⁶⁾。

6 福祉契約の課題そして行方

福祉契約論では、しばしば「契約自由の原則」、換言すれば、市民法原理あるいは市場原理に福祉契約を服せしめることの危惧あるいは問題点を指摘し、いわば“福祉契約法”などのような特別法を立法し規制を行うべきであるという提言がなされる¹¹⁷⁾。確かに近代的理性人であれ、「愚かな現代人」であれ、市場にあがれば市場のルールで事柄は、自分が意図するとせざるとにかかわらず進行していくことになる。しかし、福祉契約論は、今まさに議論の途についたばかりのものである。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にある。かような状況下で“福祉契約法”の立法に踏み込むことは、必ずしも適切であるとは言い難い法律を制定してしまう可能性が極めて高い。立法への取り組みは、法解釈による問題解決を十分に検討し、その限界を見極めた後の課題として位置づけるべきではなかろうか。「市民法の虚偽性を批判するあまり、本来市民法に含まれていたはずの積極的要素を過小評価するという偏向におちいって」¹¹⁸⁾ いるのではなかろうか。契約という手法が福祉領域において全く適合的ではないと考えるのは早計であろうし、契約で福祉領域における問題を全て解決することができるかと考えるのも、また楽観にすぎよう。少なくとも、社会福祉の領域での契約制度の導入が成功であったのか否か、政策効果を確認し再評価することが必要であろう¹¹⁹⁾。

115) 秋元・前掲注(4)22頁。

116) 詳しくは秋元・前掲注(96)146-147頁を参照されたい。

117) 瀧澤仁唱「介護サービスの基準と質」社会保障法19号64頁(2004年)、山田・前掲注(59)120頁、笠井・前掲注(2)683頁など多数。なお角度は異なるが、高野範城「障害者福祉における契約」自由と正義51巻6号32頁(2000年)以下は障害者が契約を締結する際にそれを支援する法定の制度の必要性を説いている。

118) 西谷敏「現代市民法と労働法」前田達男・萬井隆令・西谷敏編『片岡教授選歴記念論文集 労働法学の理論と課題』52頁(有斐閣、1988年)。

119) たとえば関川芳一「瀧澤報告へのコメント」社会保障法19号65頁(2004年)などにおいても同様の見解が示されている。

そのためにも、(本稿を自己批判をすることになるが)福祉契約論は、早急に、福祉契約の有する特質や実体を直視し、よりそれらに即した解釈論を確立し、契約という手法の限界を把握し、それを浮き彫りにしておくことが必要であろう。

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、そのうえで利用者・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、という点が今後の検討のひとつの起点になるように思われる¹²⁰⁾。

V むすびにかえて ——医療・福祉・契約——

かつて非連続的なものと認識され理解される傾向にあった医療と福祉は、疾病構造の変化に伴い連続性がみられるようになってきたが、近年、その傾向はより一層強まりつつある。平成15年7月17日、厚生労働省は、「看護師等によるALS患者の在宅療養支援に関する分科会」での検討結果を受け、医政発第0717001号にて、ALSという特定の疾患を有する患者に対する痰の吸引という特定の医行為を、医師・看護師等の医療職を除く家族以外の者(特にヘルパーという福祉職)によって行われることを——一定の厳しい条件が課されたものの——認めるに至ったからである¹²¹⁾。

当該議論の焦点は、もっぱら非医療職が医行為を担うことを認めるか否かという点にあったため(そのこと自体は妥当であると考え)、かかる状況において、たとえばヘルパーと患者との法的関係はいかなるものとなるのか、契約であるとするならば、それはどのような契約になるのか、それは医療契約になるのか福祉契約になるのか等々の問題については、検討されることはもちろん、そもそも考慮されることすらなく医行為がヘルパーに解除されることになった。

ことここに至り、医療と福祉との関係、そしてそれぞれの場における契約について検討することが、まさに喫緊の課題であり、今後、医療契約および福祉契約に関し、さらに検討がなされていく必要性が増してきていると思われる。

将来の医療と福祉がどのようなものになるか、今を生きる我々が鍵を握っていることを忘れてはならないだろう。

120) 「福祉サービスの多くが『措置』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権利性、利用者と提供者(事業者)の対等性を確保するところにある。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というものではない。現行の社会装置のなかで、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。」(額田・前掲注(58)15頁)との示唆にも傾聴すべきであろう。

121) この点については、さしあたり平林勝政「医行為をめぐる業務の分担」湯沢雍彦・宇都木伸編『人の法と医の倫理』573頁以下(信山社、2004年)、小西知世「看護師の役割とそのゆくえ 医事法学の視点から——新看ALS検討会を中心に」Nurse eye17巻2号35頁以下(2004年)を参照されたい。なお、厚労省「在宅及び養護学校における日常的な医療の医学的・法律学的整理に関する研究会」での検討の結果、痰の吸引がALS以外の患者にも解除される見込みである。

福祉契約と「なす債務」論

研究協力者 笠井 修
中央大学法科大学院教授

I 問題の所在

福祉契約の出現は、契約法理論にも数々の興味深い課題を投げかけ関心を呼びつつあるが、逆に、近時における契約法の発展の成果が福祉契約に関する社会保障法学の議論に十分に反映されていない、あるいは利用されていないと思われる場面も多々見受けられる。それらの大部分は、契約法学者が福祉の場面における契約法理論の紹介や応用を怠っていることによるものであるが、それによって、社会保障法研究者が、契約法の発展の果実を十分に享受できない状態におかれ、近時の契約法理論に誤解を残したまま契約法に関するきわめて古い理解の中で議論を行っているような現状は、両分野の協働にとって必ずしも適切とはいえない。実際に、契約法学者が近時の契約法理論の成果を十分に紹介していないために、社会保障法研究者の分析が、十分な成果を上げることができていない例や、空振りに終わっている例すら散見されるのである。

そのような例は多岐にわたるが、ここでは、特に「なす債務」論に関する契約法理論をより大幅に福祉契約に活用するべきではないか、これを利用しないことは社会保障法学にとって大きな損失ではないかという観点から、福祉契約の場面における「なす債務」論の展開を試みることにしたい。すなわち、従来は、福祉契約から生じる債務が「なす債務」であることの意義に関して十分な理解が欠けていたかに思われる。「なす債務の不完全履行」論として契約法が発展させてきた成果が社会保障法学には正確に受容されておらず、そのことが福祉契約の議論の理論的な発展にとって制約となっているのである。これを福祉契約の場面で解き明かすことは、本来、契約法研究者の任務であったはずであるが、いまだその指摘も行われていない状況にある。

そこで、「なす債務」論がこれまでこれまでになし遂げた重要な成果が、福祉契約の場面でも有益であることを紹介して契約法学の側からの責めの一端をふさぎ、社会保障法研究者による議論の深化に貢献できることを目指したい。

II 福祉契約上の債務と「なす債務の不完全履行」の理論

1 福祉サービスにおけるなす債務の不履行の特質

一般に、ある契約から生じる債務が「なす債務」としての性質を持つと評価される場合には、その債務内容は、契約締結時には細部まで確定しているわけではなく、また、契約を取り巻く将来の状況の変化によって債務内容の明確化がはかられることも予定されている。現代の契約法理論の一つの傾向は、契約をその成立から終了にわたって段階ごとにとらえる点にあるが、それがここにも現れている。そして、このような傾向は、福祉契約のとらえかたにおいて、特によくあてはまるのである。

これは、伝統的に不履行の形態とされた三分類ではなく、「なす債務」の履行プロセス

に即した不履行のとらえ方が求められていることを意味する。今日の社会保障法の議論における契約のとらえ方が、なお伝統的な「与える債務」型の債務の不履行を前提にして、その中に福祉の要素を見い出そうとしたり、逆に、福祉の場面での契約法理論の「変容」がみられたりするなどと述べるものすら目に付くが、それらは、今日の契約法の発展を正確に吸収していないことの裏返しではないかと思われる。このような状況をみると、「なす債務」論の発展を活かして、福祉契約における契約不履行のあり方やその特質を明確にすることが急務となっているものと思われる。

2 福祉サービスのなす債務と給付義務・附随義務の重層構成の適否

従来、伝統的な給付義務・附随義務の峻別・重層構成が果たしてきた役割は、その克服あるいは機能限定の提言を受けるに至っている。これは「なす債務」の場合においても重要な意義を有するものであるが、それが福祉契約の場合には特に注視されるべき状況にある。社会保障法学の分野から提起された福祉の契約化に対する論評の多くは、この変革と符合する部分が大きいのである。

3 福祉契約上のなす債務の不履行と福祉サービス提供事業者の帰責事由

「なす債務」のなかでも福祉サービスの提供債務の場合には、「契約内容に即した債務（サービス提供）がなされたか否か」の判断と、それがサービス提供事業者の帰責事由によるものであるか否かの判断が、通常は融合することが多い。しかし、多様な福祉契約においては、一定の結果の発生まで引き受けたとみるのがサービス利用者の利益となる場合もありうる。福祉契約は、原則として委任契約ないし準委任契約であるが、例外的に請負契約としての性質を肯定することが利用者の利益となる、というのが筆者の見解であるが、そのような福祉の場面での帰責事由の判断はどのように構成されるべきであろうか。これも明確にされる必要の大きい問題である。

Ⅲ なす債務としての福祉サービス提供債務における債務内容確定のあり方

1 福祉契約に基づくサービス提供とサービス利用者の生活領域への介入

福祉サービスの提供は、物の提供とは異なり債権者の生活領域や権利領域への侵入・介入を不可欠の要素とする。これは逆に言えば、福祉サービス受給者の側から、自己の権利領域における身体的利益、財産的利益に関する管理権能の一部をサービス提供者に委ねることを意味する。ここにおいて、そのようね管理権能の一部移転につき権利者たるサービス利用者が、どこまで明確な意識を持ちうるか、またそれによりリスクの移転はどこまで可能か（どのように限界付けられるべきか）、福祉サービス提供者と権利者の信頼関係はどこまで必要な要素とみられるか、自己決定権の限界はどのように画されるべきか、などにつき理論的な道筋をつける必要がある。この点において、「なす債務」の意義は大きい。

2 福祉サービスにかかわる給付内容の非定形性・個別性

すでに指摘したように、福祉サービスの提供債務は、契約締結時に確定することがしばしば困難となる。このことは、以下の問題を生む。

まず、債権者であるサービス利用者の契約締結に向けた自己決定を支援するために、事前の説明が必要となるとともに、契約締結後・履行過程における説明が重要な意味を持つことになる。これらの説明義務の性格の明確化が、利用者に対する情報提供の実現にとって重要な鍵となる。

また、給付義務の内容の不確定性が、給付義務の水準の不明確さをもたらし、サービス利用者・サービス提供者間における要求水準の認識に関する相違が、利用者の不満・苦情の原因となる。これを具体化する法理の形成にとって「なす債務」論の蓄積は重要な手段となる。

3 福祉サービスの「なす債務」における給付内容確定の手法

「なす債務」論において培われた給付内容・債務内容確定の技術を、福祉契約にどのように活かすか、が重要な課題となる。福祉契約の場合には、以下の要素を取り込んだ理論化が求められる。

- ①債権者の生活領域・権利領域への侵入の影響
- ②債権者の情報収集・理解能力
- ③債務者の給付技術の専門性
- ④債権者の債務者に対する依存性
- ⑤債権者・債務者の信頼関係
- ⑥契約の全プロセスに即した給付内容の見直しと具体化

IV 社会保障法からの契約法に対する提言の期待

社会保障法学における福祉契約の議論は、契約法学者が見落としていた多くの側面を指摘するものであり、契約法学の発展にきわめて重要な情報となる。それを、法理論として純化したかたちで提示することは、両分野の協働にとって大きな実りとなるはずである。

「なす債務論」にとってどのような果実が得られるかを明確にすることが重要であると思われる。

福祉契約の実務上の諸問題

研究協力者 平田 厚
明治大学法科大学院教授

I 福祉契約の技術的視点

1 「支え方」の違いへの意識

社会福祉サービスを提供するに当たっては、当事者が契約内容を明確に認識しうることが不可欠であって、実務的な対応としては、どのようにして当事者が明確に認識しうる契約制度を構築できるかという技術的な視点が重要である。福祉契約の目的に照らせば、福祉サービス利用者の自立や社会参加に益するような福祉契約の形が模索されなければならない。

そうすると、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かどうかということにも疑問が生じる。筆者は、かねてより権利擁護の意義について、「闘うアドボカシー」と「支えるアドボカシー」の2つの形態があることを主張し、「支えるアドボカシー」にも、障害種別毎の「支え方」があると考えてきたが、モデル契約書を作成するに当たっては、その「支え方」の違いを念頭に置くべきである。

2 高齢者福祉と障害者福祉における自立支援

そこで、高齢者福祉と障害者福祉における自立支援の差異について考えてみると、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。したがって、自立能力の回復を図ることは当然であるとしても、能力喪失を前提にした自立支援が必要となる。その指標となるのは、「残存能力に即して支えること」であろう。他方、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、ここでは、「自立能力を獲得・形成できるよう支えること」が目標となり、そのための自立支援が必要となろう。

そうすると、高齢者福祉契約と障害者福祉契約の形式に関しても、自ずと差異を生じてくるはずである。まず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のではないだろうか。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。

3 福祉契約の技術的体制

上記の考えに従って福祉契約の技術的体制を決定するには、介護保険制度におけるモデ