

医療契約の当事者について

辻 伸 行

はじめに

医療過誤が生じたため被害者が損害の賠償を請求する場合、周知のように、法律構成としては、不法行為責任を追及する方法と債務不履行責任を追及する方法の二つがあるが、判例および従来の通説的見解（請求権競合説）によれば、二つの責任の成立要件をともに満たしているときは、被害者はその時々状況に応じてどちらの責任でも自由に選択して追及できるとされている。もっとも、実際の医療過誤訴訟では、以前には債務不履行責任を追及することはきわめて少なく、大部分は不法行為責任を追及するという方法がとられてきた。しかし、不法行為責任を追及する場合には当該医療行為のどこにどのような過失があったのかを素人たる患者側が証明しなければならず、通常この証明に必要な知識や諸々の資料を病院・医師の側が独占していることを考えると、不法行為と構成することは患者側にとって必ずしも有利であるとはいえない。そこで、昭和30年代のはじめに、学説上、帰責事由の不存在の証明責任を債務者＝病院・医師に負わせる債務不履行構成の方が患者の救済という点で適切であるとの主張¹⁾が現われ、裁判例においても、その後しばらくして、債務不履行構成をとるものが相当数登場するようになった²⁾。今日においても、債務不履行

1) 加藤一郎「医師の責任」我妻先生還暦記念・損害賠償責任の研究・上505頁以下（1957年）（同・不法行為法の研究3頁以下（1961年）所収）、清水兼男「診療過誤と医師の責任」民商法雑誌52巻6号3頁以下（1965年）。

2) その嚆矢となったのは、神戸地裁竜野支部昭和42年1月25日判決（下民集18巻1・2号58頁）である。ただ、債務不履行構成がとられる場合、一般に不完全履行として

責任のみを追及したり、あるいは不法行為責任とともに債務不履行責任を追及するケースがかなりあるといえる³⁾。しかし、このような債務不履行構成の優位性を認める主張・動向に対しては、周知のように、従来から次の二つの点で疑問が提起されている。すなわち、

第一は、債務不履行責任を追及する前提として、医療契約がだれとだれとを当事者として締結されているかを確定することが必要であるが、これが容易とはいえない場合があり、患者側にとって債務不履行構成は必ずしも有利とはいえないのではないかと、いう点である⁴⁾。すなわち、医師が医療行為を行う前提には、通常、医療契約が存在する。患者本人が個人開業医のところでは診療を申し込み医療を受けるというごく普通のケースでは、患者本人とその医師を当事者とする契約が締結されるということとくに問題はない。しかし、病院で医療を受ける場合、医療を供給する側の当事者がだれであるかが若干問題になるし、また、乳幼児・精神障害者等の意思能力のないものが治療を受ける場合や、配偶者が意識不明の他方配偶者のために診療の申し込みをする場合、あるいは他人が意識不明の者を病院に運んだという場合などにおいて、だれが医療を受ける側の契約当事者となるのか、また、その法律構成はどのようになされるべきかが問題となる。さらには、今日広く行われている保険診療については、国や健康保険組合などの保険者が医療契約上どのように位置づけられるか、すなわち、医療契約は患者と保険医療機関とを当事者として成立するもの

理論構成されるのに対して、この判決では履行不能の問題と捉えている点で特異な裁判例であるといえる。

- 3) 最高裁判所事務総局編・医療過誤関係民事訴訟事件執務資料18頁(1989年)参照。これによれば、昭和51年・52年の第一審係属事件では、債務不履行型の件数が不法行為単独主張型のそれを上回っていたが、昭和61年・62年の第一審係属事件では、これが逆転している。しかし、昭和61年・62年では不法行為とともに債務不履行を主張するものの件数がそれ以前よりもかなり増えているという傾向がみられ、したがって、債務不履行構成が減少したということではない。
- 4) 鈴木俊光「診療過誤訴訟上の諸問題」法律論叢41巻4・5・6号309頁以下(1968年)、座談会「医療過誤紛争をめぐる諸問題(3)」法曹時報26巻2号41頁、47頁、61頁、68頁、(1974年)(加藤一郎・鈴木潔監修・医療過誤紛争をめぐる諸問題(1976年)所収)。なお、唄孝一「現代医療における事故と過誤訴訟」現代損害賠償法講座47頁以下(1974年)、平林勝政「医療の契約的構成」民法学6《不法行為の重要問題》35頁以下(1975年)も参照。

医療契約の当事者について

なのか、それとも、患者と保険者とを当事者とするものなのか、も問題となる。このような医療契約における当事者の確定の難しさは、損害賠償を債務不履行と構成して請求する際に「余分な、訴訟入口での論争」を引き起こし、患者側にとって必ずしも有利なものでないことを示している、というのである。

第二の問題点は、診療債務の内容の特定の困難さという、しばしば指摘されている点である。すなわち、債務不履行構成をとると、患者側は病院・医師側の過失の証明責任を負わないが、他面、病院・医師の側の診療債務が完全に履行されなかったという事実を証明しなければならず、これを証明する前提として、当該医療契約上の診療債務の内容を明らかにすることが必要になる。だが、診療債務はいわゆる「手段債務」であり、その内容は患者のその時々症状に応じて流動的なものであるから、結局、病院・医師の側が患者の症状に応じて善良なる管理者の注意をもって適切に医療行為を行う努力をすること、という抽象的な内容にならざるをえない。したがって、患者は病院・医師は善良なる管理者の注意をもって具体的にどのような医療行為を行うべきであったかを明らかにし、かつ、その違反を証明しなければならない。そうだとするならば、患者側のこのような証明責任は、不法行為構成をとる場合の過失の証明責任と大差なく、債務不履行構成が患者の側にとくに有利になることはない、というのである^{5) 6)}。

このような債務不履行構成に対する疑問・問題点については、従来、むしろ後者が主として論じられ、強調されてきた。そして、たしかに、この後者の議論によって診療債務の特質から手段債務性が明らかにされ、医療過誤の責任追及において債務不履行構成がとくに証明責任の点で不法行為構成よりも患者側に有利になるものでないとの考え方が一般に承認されるようになった。しか

5) 鈴木・前出注4) 109頁以下、遠藤賢治「医療過誤訴訟の動向(一)」司法研修所論集1972年一I 50号24頁以下、中川善之助・兼子一監修・医療過誤・国家賠償法(実務法律体系5) 111頁以下(江田五月)(1973年)、中野貞一郎・過失の推認 88頁以下(1978年)。

6) したがって、このような立場においては、問題は、債務不履行責任を追及するにせよ、不法行為責任を追及するにせよ、患者側の証明責任の負担をどのようにして軽減し、当事者間の公平をはかっていくかというところにあるといえる。この点については、中野・前出注5) 94頁以下参照。

し、それならば、不法行為構成の方が患者側に有利か。後者の点からは簡単に肯定することはできないであろう。むしろ、前者、すなわち、医療契約の当事者確定の問題をどう考えるかということにかかってくるように思われる。後者の点だけならば法律構成のしやすさで二つの構成の間に大きな違いはないが、もし契約の当事者の確定の点で実際困難なことが多いとすれば、債務不履行構成は——効果の面で患者側に若干有利な点があるにしても——避けられることになり、不法行為構成の優位性を認めざるをえなくなるからである。そこで、はたして当事者を確定することはそれほど困難なことなのか、多少複雑な面があるにしても、債務不履行構成を断念したり、躊躇しなければならないほど当事者の確定は難しいものなのかを考える必要があるだろう。本稿では、これまであまり掘り下げた議論がなされてこなかったこの当事者確定の問題をとりあげ⁷⁾、若干の検討を行うこととする。

一 医療を行う側の契約当事者

(1) 病院・診療所で医療を受ける場合の医療を行う側の契約当事者は病院・診療所の開設者であり、病院・診療所に勤務する医師は開設者の履行補助者である、と一般に解されている⁸⁾。現代の医療は数多くの医療設備・機械を駆使

7) この問題をあつかった主な文献を掲げておく。中川・兼子・前出注5) 11頁以下(定塚孝司)、平林・前出注4) 30頁以下、筋立明・中井美雄編・医療過誤法入門 51頁以下(新美育文)(1979年)、野田寛・医事法中巻(現代法律学全集58) 372頁以下(1987年)、野田寛「医療をめぐる民法上の問題」民法講座(別巻2) 128頁(1990年)。

8) 加藤・前出注1) 507頁(研究・6頁)、中川・兼子・前出注5) 12頁以下(定塚)、野田・前出注7) 医事法 372頁、野田・前出注7)「医療」128頁、等。病院・診療所の開設者は具体的には次の者を指すであろう。すなわち、国が開設する病院・診療所においては、国が(医療法6条)、公的医療機関においては、都道府県、市町村その他厚生大臣の定める者(同法31条)が開設者である。その他の病院・診療所では、医療法人が設立されている場合には、その医療法人が(同法39条)、また、病院・診療所の開設の許可を要する場合には、許可を受けた法人・自然人が(同法7条1項)、さらに、届け出のみでよい場合(医師が診療所を開設する場合)には、開設者として届け出をした当該医師が開設者である(同法8条)。このことから、若干注意すべきは、医師一人の診療所においても当然にその医師が開設者、すなわち、医療契約の

医療契約の当事者について

し、医師、看護婦、その他の医療技術者の協力によって行われるものであり、また担当医師の交替もしばしばみられ、他方、診療報酬請求権は通常・診療所の開設者に帰属することになっているという諸事情を考え合わせるならば、病院・診療所の開設者を契約の当事者とみるべきであり、医師、その他の医療従事者は、病院・診療所の開設者の履行補助者とみるべきであるというのである（もっとも、医師は、狭義の履行補助者のように、債務者＝病院・診療所開設者から医療行為に関する具体的指示・監督を受けるものでないことはいうまでもない）。このような理解は今日ほとんど異論のないところであり、この限りで、医療過誤訴訟において債務不履行構成をとる際に債務者側の確定に苦勞するという問題はほとんど生じないといつてよいであろう。

(2) ところで、今日の医療は社会医療保険制度によって支えられているといえるが、わが国の社会保険医療においては、知事から保険医療機関としての指定を受けた病院・診療所が、保険者（国や各健康保険組合など）に代わって被保険者（＝患者）の医療を行い、保険者は社会保険診療報酬支払基金を通じて保険医療機関に診療報酬を支払うという仕組みがとられている（これを現物給付方式という）⁹⁾。社会保険医療のこのような仕組みから、この場合に医療契約の当事者がだれであるか、ないし、損害を受けた被保険者はだれに対して債務不履行責任を追及すべきかについて若干の議論がみられる。すなわち、社会保険医療においては、病院等が保険医療機関として指定を受けることによって、医療行為や診療報酬などに関して保険者との間に契約関係が生ずるのであるから、医療契約は、保険者と保険医療機関（正確には保険医療機関の開設者である。以下、同じ）の間に成立するとする見解（これによれば、被保険者＝第三者のためにする契約とみる）¹⁰⁾、あるいは、社会保険医療は保険者と被保険者の間の公法上の関係に基づいて行われるものであり、この関係から被保険者は保険

当事者ということにはならないのであって、法人あるいは医師でない個人が開設者ということもあるわけである。また、いわゆる個人開業医においても、今日、一人医師法人制が認められていることから（同法46条ノ2）、開設者が医療法人のこともあるわけである。

9) 社会保険医療制度の詳細は、野田寛「保険医療と損害賠償訴訟」現代損害賠償講座 4 135頁以下（1974年）（医療事故と法97頁以下（1982年）所収）参照。

10) 加藤・前出注1）510頁（研究8頁）。なお、野田・前出注9）146頁以下参照。

者に対して債務不履行責任を追及すべきであるとみる見解¹¹⁾がかつてみられた。しかし、今日、裁判例¹²⁾およびほとんどの学説¹³⁾は、次の理由から、保険者・保険医療機関・被保険者の間にどのような公法上の法律関係であろうとも、これとは別に、被保険者と保険医療機関との間に医療契約が成立するものとみるべきだと解している。すなわち、社会医療保険関係は主として医療費の支払い方法に関する公法上の問題であり、具体的な診療のための契約は、被保険者と保険医療機関との間に成立すると解するのが実態に適しているというのである。被保険者は任意に保険医療機関を選択できること、被保険者は保険医療機関に対して直接一部負担金を支払わなければならないことを考えると被保険者と保険医療機関との間の契約と考えた方が適切であろうし、実際、保険診療で医療を受けていた患者が自由診療へ切り替えると突然契約の当事者が代わってしまうという法律構成はいかにも不自然であろう¹⁴⁾。また、医療契約を被保険者と保険医療機関の間の契約を捉えると、この両当事者においてその内容大枠が診療方針などのいわゆる法定約款にしたがい決められるということになり、したがって、保険医療機関がこの診療方針にしたがって医療行為を行った以上、たとえ当該被保険者に対する医療として十分でないとしても診療債務を履行したということになりかねない¹⁵⁾。このように、社会保険医療において

-
- 11) 高田利広・医家のための診療事故紛争のはなし105頁以下(1971年)、石橋信・医療過誤の裁判207頁(1977年)。
 12) 最上級審の判例はないが、東京地判昭和47年1月25日判タ277号185頁、同昭和49年4月2日下民集25巻1=4号226頁、同昭和52年2月9日判時824号83頁、東京高判昭和52年3月28日判タ355号308頁等があり、それ以後の下級審裁判例もほぼ一貫してこの立場をとっている。もっとも、最近の裁判例の中には、医療費の請求可否が争われた事例であるが、一般に保険診療は、保険者を要約者、開設者を諾約者、被保険者=患者を受益者とする第三者のためにする契約によると判示するものがある(大阪地判昭和60年6月28日判タ565号170頁)。
 13) 中川・兼子・前出注5)16頁(定塚)、野田・前出注9)149頁、平林・前出注4)35頁、助・中井・前出注7)52頁以下(新美)、森島昭夫・医事判例百選89頁(1976年)、西原道雄・社会保障判例百選73頁(1977年)、加藤・鈴木・前出注4)113頁、伊藤進編・契約法(新美育文)232頁(1984年)野田・前出注7(医事法中375頁、野田・前出注7)医療129頁等。
 14) 前掲東京地判昭和47年1月25日参照。
 15) この点は、野田教授がつとに指摘されているところである。野田・前出注9)148頁以下、同・前出注7)医事法中382頁以下、同・前出注7)「医療」131頁参照。

医療契約の当事者について

も、医療契約は保険医療機関と被保険者との間の契約と一般に解されており、今日においては医療を行う側の当事者の確定についてとくに難しい問題はないといえよう。

二 医療を受ける側の当事者

医療を受ける側の当事者の確定に関しては、立ち入って検討すべきいくつかの問題がある。すなわち、医療を受ける側の当事者は、通常患者本人であるといつてよいが、患者が意識を失っているとか、幼児や強度の精神障害者のように意思能力を欠いていたり、あるいは、意思能力はあるが行為能力を欠いていて、法定代理人（親権者、後见人）、配偶者、その他、患者以外の者の求めに応じて医師がこれらの者に対する医療行為を行うという場合、医療を行う側の当事者（以下、単に開設者という）は誰との間でどのような形で医療契約を締結するものと解すべきか、その法律構成が問題となる。これまで、診察を依頼したその他人が患者の代理人として医療契約を締結すると構成したり、第三者（患者）のためにする契約が他人と病院・医師との間で締結されると構成したり、あるいは、不真正第三者のためにする契約と構成すべきだとするなど、種々の見解が主張されてきた。以下、誰が診療の依頼を行ったかという観点から、場合を分けてその法律構成はどうあるべきかについて検討することにする。

(1) 患者本人が診療の申込みをする場合

(イ) まず、行為能力・意思能力のある患者本人が診療の申込をする場合、自由診療においてはこの患者が医療契約の当事者となることとくに問題はない。また、社会保険医療との関連では若干問題となるが、すでにみたように、一般に今日では社会保険医療においても被保険者＝患者と社会保険医療機関との間の契約と解されているし（一(2)参照）、このように解してよいであろう。

(ロ) 次に、たとえば、診療の申込をし診療を受けた者が15才の少年のように

意思能力はあるが行為能力を欠いた者である場合にも、医療契約の当事者は患者本人であるといつてよいであろう¹⁶⁾。この場合、患者の側で契約を取り消せるかどうか論じられているが¹⁷⁾、損害賠償責任の追及をしようとする患者の側が契約を取消すことはまず考えられないから、医療過誤では取消は問題にならないといつてよい。もっとも、開設者の診療報酬確保の観点において取消の可否が問題になるかもしれない。しかし、親権者等の法定代理人が付き添ってきているときはもちろん、そうでないときにも多くの場合法定代理人の同意があるとみてよいであろうし、たとえ同意がないとしても原則として取消できないと解すべきであろう。すなわち、医療契約において、無能力者であるという理由で財産上の不利益を受けるおそれはまずないであろうし、また、医師は正当な理由なく診療を拒否できず事実上医療契約を強制されており、法定代理人の同意がないとの理由で診療拒否ができないこととのバランスや、無能力者側はいつでも自由に契約を打切ることができること(651条)を考慮するならば、取消を認める必要はないであろう¹⁸⁾。

-
- 16) 野田・前出注7) 医事法中381頁、筋・中井・前出注7) 51頁以下(新美)参照。なお、学説の中には、親権者等の法定代理人が本人の付き添いとして同伴しているときは契約当事者はその親権者等である、という主張がみられる(中川・兼子・前出注5) 13頁(定塚))。しかし、まず、この見解は親権者等が代理人として契約を締結したとみるのか、それとも、本人に対し医療行為を行う内容と契約((不真正)第三者のためにする契約)とみているのか明らかでないし、また、意思能力のある本人が診療を申し込んでいる場合に契約当事者であることを否定しなければならない理由がどこにあるのかもはっきりしない。診療報酬支払債務を親権者等に負担させようとする趣旨であるとしても、親権者等が付き添ったか否かで異なる解釈は妥当といえないであろうし、代理人として契約を締結するとみる場合は——医療契約の権利義務は本人と開設者の間に生ずるから——親権者等が診療支払い債務を負うことはないであろう。横浜地判昭和63年3月25日判時1294号89頁は、小学6年の少女が母親に付き添われて治療を受けたという事例において、その少女と開設者の間に契約が成立しているとする。
- 17) 中川・兼子・前出注5) 13頁以下(定塚)。なお、ここで問題となる意思能力のある行為無能力者とは、実際には未成年者だけであるといつてよい。準禁治産者においては、医療契約は保佐人の同意を要する行為にはあたらないし(12条参照)、禁治産者においては、通常意思能力を欠いているからである。
- 18) もっとも、美容整形を目的とする契約などについては、本文に挙げた取消権を否定してもよいと思われる実質的理由がない場合であるから、取消を認めてよいように思う。

医療契約の当事者について

(2) 患者の親権者・後見人が診療の依頼をする場合

患者の親権者・後見人が診療の依頼をする場合としては、(イ)行為無能力者であるが意思能力を有している患者について診療の依頼が行われるときと、(ロ)意識不明の患者や、幼児であるとか心神喪失の状態にあって意思能力を欠いている患者について依頼が行われるときとがあるであろう。場合を分けて見ていこう。

(イ) 患者が意思能力を有している場合 親権者等が法定代理人として契約を締結する意思を認定できるときは、親権者等の代理行為による医療契約の成立を認めてよいと思われる。これに対しては、医療契約は患者本人の生命・身体・健康というきわめて個人的事柄に係るものであるから、代理構成に親しくないという主張¹⁹⁾があるが、そこまでいう必要はないであろう。たしかに、患者の意思を不当に拘束したり無視することになれば問題であるが、こういう事態が生ずるかどうかは、代理構成をとるか患者本人が契約したとみるかでちがってこないはずである。そして、患者の意思に反して医療行為が行われるときは、どちらの構成をとっても、理論的にはいつも解除できるであろうから(651条)、代理構成をとると患者の意思に反する医療行為が行われるとただちにいうことはできないであろう。なお、裁判例には、15才の子供について親権者を要約者、開設者を諾約者とする第三者のためにする契約が成立したと構成し、その子供が診断を受けることにより受益の意思表示を黙示にしたものとしたものがあり(旭川地判昭和45年11月25日下民集21巻11・12号1451頁)、これを支持する学説²⁰⁾もある。しかし、常に第三者のためにする契約が成立すると見るべきではなく、親権者・後見人が開設者に対し診療報酬支払債務を負担する意思をもって診療を依頼し、開設者も親権者・後見人にこれを請求する意思を有している、と見られる場合にのみこのような構成が可能というべきであろう。たしかに、年令の比較的低い未成年者については、親権者が診療支払債務

19) 筋・中井・前出注7) 52頁(新美)。

20) 平林前出注4) 31頁、野田前出注7) 医事法中379頁。なお、川井健・判例評論150巻22頁(1971年)は、反対の立場をとる。また、定塚孝司・医事判例百選75頁は、親権者は法定代理人として契約できる立場にあったのであるから、あえて第三者のためにする契約と構成すべきかは問題であるとし、このような構成に疑問を呈している。

を負担する意思を通常有しているであろうが、すでに就労している未成年者については、必ずしもこういえないであろうし、また、後見人においては当然に扶養義務を負うものでないことからしても、とくに債務負担の意思が明確でないかぎり、第三者のためにする契約と構成すべきでないように思う（なお、(c)参照）。

(d) 患者が意識不明であったり意思能力を欠いている場合 この場合については、親権者・後見人が患者を代理して医療契約を締結すると構成しようとする見解（(a)説²¹⁾）や、患者を受益者とする第三者のためにする契約が成立していると解する見解（(b)説²²⁾）がある。しかし、これらの見解に対しては、生命・身体・健康というきわめて個人的な事柄に関する医療契約は代理に親しむものとはいえないこと、また、第三者のためにする契約と解する患者の受益の意思表示を必要とするが、患者が意識不明であったり意思能力を欠いていて受益の意思表示のできない場合であることを考えるならば、右の二つの見解は妥当でない、とする批判がある。そして、このように批判をする見解は、親権者・後見人が監護の権利・義務を行使ないし履行するために開設者と医療契約を締結し、開設者がその権利・義務の代行者として診療を実施するという関係にあり、したがって、この医療契約は患者を受益者とする不真正の第三者のた

21) 門脇稔・医療過誤民事責任論178頁以下（1979年）、西井龍生「医療契約と医療過誤訴訟」現代契約法大系第7巻159頁（1984年）。裁判例では、代理構成は多く見られる。最近のものをいくつか挙げれば、徳島地判昭和60年7月3日判時1182号129頁、大津地判昭和62年5月18日判時1269号125頁、京都地判昭和62年12月11日判時1279号55頁、仙台昭和63年6月28日判時1299号128頁、東京地判昭和63年12月19日判時1301号102頁、東京地判平成元年7月21日判時1334号21頁等がある。なお、中川・兼子・前出注5）13頁（(2)(b)イ）（定塚）は、親権者等の法定代理人が契約の当事者であるとしているが、これらの者が代理人として契約を締結すると捉えているのか、（不真正）第三者のためにする契約を締結すると捉えているのか明らかでない。

22) 宇都木伸「医療契約」契約の法律相談(2)115頁（1978年）、古軸隆介「第三者のためにする契約」現代契約法大系第1巻138頁（1983年）。野田・前出注7）医事法中379頁以下はその他の法律構成とともにこの構成を肯定している。東京地判昭和48年8月17日判時740号79頁は精神障害者の入院について、保護義務者（精神保健法20条参照）と病院開設者の間で締結されるところの精神障害者を受益者とする第三者のためにする契約が成立するとする。また東京地判昭和54年4月24日判タ388号147頁や名古屋地判平成元年2月17日判タ703号204頁は、出産に伴う医療契約において、（出生を条件として）胎児を受益者とする第三者のためにする契約の成立を認める。

医療契約の当事者について

めにする契約と構成すべきであると解している ((c)説)²³⁾。

このように、見解の分かれるところであり、この問題をどのように解すべきかは難しい問題であるが、以下、具体的に検討していこう。

(a) 意識・意思能力を欠いた患者のための医療契約を代理構成によって説明することは無理であろうか。(c)説は、生命・身体・健康といった個人的な事柄に係わる医療契約は代理に親しまないと主張するが、なにゆえ、代理に親しまないのかは必ずしも明らかでない。(イ)でも触れたように、医療を受けるか否か、また、どのような医療を受けるかは、患者本人の意思が尊重されるべきで他人の意思決定に委ねることのできる問題ではないというのがその理由であろうが、しかし、患者が正常な意思決定(自己決定)を行うことのできない場合の医療契約においてもこのような理由づけが妥当するかはかなり疑問である。もし、(c)説のこのような考えを貫くと、代理構成だけでなく、(c)説の主張する不真正第三者のためにする契約と構成することも否定せざるをえなくなるであろう。(c)説は、その構成において、第三者=患者の受益の意思表示を不要としており、患者本人の意思を契約締結に係らしめえないのは(a)説と同じだからである。ここでの問題は、意識不明であったり、意思能力を欠いていて、正常な意思の表明ができない者に対する医療の法律関係はどうあるべきかということであり、患者以外の者と開設者との間で医療契約を締結し、かつ、その内容を決めていかなければならない場面なのであって、この場面を妥当に処理するにはどのような法律構成が適切かということをも、具体的に考えていくべき問題なのである。患者本人の意思が尊重されるべきであるということから、当然に代理構成が不適切ということにはならないと思われる。

(b) 次に、第三者のためにする契約と構成する(b)説はどうか。この場合、受益者の受益の意思表示が要件となっている点がかつとも問題となる点であり、上述のような(c)説からの批判があるのであるが、これに対して、(b)説は、受益の意思表示は黙示になされたと見たり、親権者等が代わって行ったと見ることによって、問題が解決できるという。これは、受益の意思表示を不要とする特約は許されるかという問題や、この意思表示は一身専属権であって代

23) 筋・中井・前出注7) 53頁以下(新美)。

理に親しまないものかどうかという問題と関連し、若干難しい問題を含んでいる²⁴⁾。しかし、その不要特約が有効であるとの前提をとった場合には、親権者・後見人の法定代理人が意識・意思能力のない子・被後見人のために契約を締結するのであるから、通常受益の意思表示不要の特約が黙示になされているとみることが可能であろうし、また、特約が無効であるという前提に立つとしても、受益の意思表示を一身専属権とみなしなければならない必要はないように思う²⁵⁾。そうすると、——子・被後見人に意識・意思能力がない以上、(b)説のように彼ら自身の黙示の受益の意思表示があったと見ることは無理であろうけれども——少なくとも、親権者・後見人が子・被後見人を代理して受益の意思表示をすることは可能なものではなかろうか。このように、第三者のためにする契約と構成することは理論的にみて可能だと思われるが、問題は親権者・後見人が第三者のためにする契約を締結する意思を有していると常にみてよいかである。この点は、後に検討するように、診療報酬支払債務の負担者の問題を考えると、これらの者が報酬債務を負担する意思が明確でないかぎり、医療契約をこのように構成すべきでないと思われる((d)参照)。

(c)ところで、(c)説は、ここで問題となっている医療契約を、受益の意思表示を要しないとされる不真正第三者のためにする契約と解するが、その理論的前提として契約の相手方たる開設者を親権者・後見人の監護の権利・義務の行使・履行の代行者として捉えている(一種の履行引受とみるようである)。しかし、このような理解が適切かどうかはかなり疑問である。すなわち、①親権者・後見人は、いうまでもなく監護権の内容として子・被後見人を医療機関にみせ、適切な医療を受けさせる権利と義務を有しているのであって、医療を行うべき権利・義務まであるわけではあるまい²⁶⁾。したがって、開設者が監護

24) 我妻栄・債権各論上巻(民法講義V₁)122頁以下(1954年)、三宅正男・契約法(総論)(現代法律学全集9)126頁以下(1978年)等参照。

25) 判例であり、今日の多数説といってよい。我妻・前出注24)122頁、三宅・前出注24)126頁等。

26) なお、(c)説によれば、精神障害者に対する医療を保護義務者(精神保健法20条2項、21条参照)が開設者に求めた場合にも、開設者が保護義務者の義務履行の代行者として精神障害者に医療を行うという不真正第三者のためにする契約が、保護義務者と開設者の間に締結されるとする。しかし、この保護義務者においても、医療を行う

医療契約の当事者について

権の行使・履行の代行者として医療行為を行うという構成にはいかにも無理があるといえる²⁷⁾。また、②開設者が患者自身に対して診療債務を負担しないという点でも問題があるように思われる。というのは、医療過誤が生じた場合、親権者・後見人に対する債務不履行にはなるが、直接患者に対しては債務不履行にならず、債務不履行を理由とする患者自身の損害賠償の請求が認められなくなるというのはいかにも不自然である。患者が意識不明・意思無能力であるということだけで、開設者は患者自身に対し診療債務を負わないというのは説得力がないのではなかろうか（なお、この場合は、不法行為責任を追及できるからこれでよいとの考え方もあろうが、問題は、なぜ患者自身の名において債務不履行責任を問うことができないのかという点である）。

(d) (b)説および(c)説によれば、診療の依頼をした親権者・後見人が医療契約の当事者として診療報酬支払義務（保険医療においては自己負担金の支払義務）を負うことになる。しかし、監護の権利・義務の問題と監護に必要な費用の負担の問題とは、本来区別して考えるべき事柄であり²⁸⁾、診療の依頼を行った親権者・後見人が当然に診療報酬支払債務を負わなければならないということにはならないはずである。医療費を誰がどれだけ負担するかは、まず子・被後見人が診療支払債務を負担し、この債務について扶養が問題となり、子・被後見人の財産の有無・誰が扶養義務を負うかによって決していくべきものと思われる。(b)説や(c)説によると、親権者・後見人は開設者に診療報酬を支払わ

べき義務を負っているとは考えられない。精神保健法22条は、保護義務者に、精神障害者に治療を受けさせる義務、精神障害者の監督・財産的利益の保護を行うべき義務、医師に協力すべき義務、医師の指示に従うべき義務を負わせているにすぎず、開設者を保護義務者の義務の履行代行者と捉えることはできない。

27) もっとも、この点だけに関していえば、(c)説のような「履行引受」的な不真正第三者のためにする契約構成ではなく、一般の不真正第三者のためにする契約（単に開設者は患者を診療する債務を親権者・後見人に対して負担するにとどまり、親権者・後見人の監護権の行使・履行の代行という意味をもたないもの）と構成する余地はあるかもしれない（三宅・前出注24）120頁以下参照）。しかし、受益の意思表示がえられないという理由だけで、患者自身なら権利を取得しない医療契約関係を認めるような構成をすることは安易すぎるように思われる。

28) 我妻栄・親族法（法律学全集23）332頁、362頁、376頁（1961年）、於保不二雄編・注釈民法（23）73頁、313頁（明山和夫）（1969年）、我妻栄編・親族法（判例コンメンタールVII）118頁（稲本洋之助）（1970年）。

ければならず、後に、他の扶養義務者に一部ないし全部の求償が可能であるにせよ、実質的に第一次的扶養義務を負わされるのに等しいことになる。しかし、離婚している親権者や後見人には、ときとしてこのような取り扱いは酷であろう²⁹⁾。そうすると、子・被後見人自身が診療請求権を取得し、診療報酬支払義務を負担することを認める代理構成が妥当であると思われる。こう解することによって開設者が診療報酬の支払いを受けにくくなるとは思われない。任意に支払いを受けえない場合は、子・被後見人に財産があればこれらの者に対する強制執行により、また、これらの者に財産がなければ、債権者代位権により扶養義務者に対して請求できるであろう。このような処理は、手続的に少し厄介なところがないとはいえないが、子・被後見人に意識・意思能力があり、子・被後見人が医療契約の当事者となる場合の医療負担の処理と同じであり、とくに不都合があるとは思われない。むしろ、医療費負担の問題が子・被後見人に意識・意思能力がある場合とない場合とで異なるのは妥当とはいえないであろうから、まさに、このような処理が適切であるといえよう。そうだとすると、原則として、子・被後見人に医療契約の効果が直接帰属する構成がとられるべきであるということになり、通常の場合は、代理構成=(a)説がもっとも事態に即した構成といえるのではないか。

(e) ところで、意思能力のない幼児を病院・診療所に連れて行く場合の法律関係と一見類似しているものに、養育のため託児所などに幼児を預ける場合の法律関係がある。後者は、一般に親権者と幼児を預かる者の間の——代理を伴わない——準委任契約であると解されており、前者についての私見(代理構成)とは異なる取り扱いがなされている。これは、矛盾であろうか。両者を比較検討し、前者の法律関係の特質をいっそう明にしておきたい。

本来、医療を受けるか否か、どのような医療を受けるかは、患者本人の自己決定の問題であり、したがって、患者本人が医療契約の当事者として行動すべきものである。ただ、幼児のように医療を受けるか否かの自己決定の能力を欠いている者においては、自己決定ができないため、この者に代わって親権者が

29) たとえば、不幸にして患者が死亡したという場合、その遺産から医療費を控除した残りが各相続人に相続されるべきように思われるが、(b)説・(c)説によるとこのような処理ができないことになる。

医療契約の当事者について

その意思決定を行う必要が生ずるという問題が出てくるが、しかし、それ以上に特殊なものとして捉える必要はないと思われる。このように、親権者が締結する幼児のための医療契約は、患者本人に自己決定の能力がないためにこの能力を補完し契約を締結する場合（いわゆる私的自治の補充の問題）なのであり、その法律構成としては、やはり代理構成が最も適しているであろう。これによれば、医療契約から生ずる権利義務関係は患者本人と開設者の間に生じ、医療の継続中必要に応じて法定代理人が本人の自己決定を補完していくという関係になる。これに対して、幼児養育委託においては委託される者（幼児）の自己決定の問題ははじめから生じない。ここでは、親権者の監護教育の権利・義務を自ら行使・履行する代わりに、他人にこの一部を委ねるという関係がみられるにすぎない。したがって、委託した親権者と受託者の間の契約は、一般に説かれているように準委任であり、この両者の間に権利義務関係が生ずるが、監護教育の権利・義務の観点からいえば、委託を受けたその他人は親権者の一種の履行補助者ということができらるであろう。幼児養育委託においては、とくに幼児とその受託者の間に契約から生ずる権利義務関係を認める必要はないと思われる。

このように、幼児のための医療契約と幼児養育委託契約とではその特質を異にしており、それに応じた法律構成が考えられてよく、前者は、後者と異なり代理構成をとることが適切であろう。

(3) 患者の配偶者が診療の依頼をする場合

夫婦の一方が意識不明の他方配偶者を病院・診療所に連れて行き、診療を受けさせるという場合においても、一方が他方を代理して医療契約を締結すると構成する見解 ((a)説)³⁰⁾、第三者のためにする契約と構成する見解 ((b)説)³¹⁾、不真正第三者のためにする契約と構成する見解 ((c)説)³²⁾がみられる。(c)説は、ここでも、(2)の場合と同様、夫婦間の同居、協力、扶助義務を定める752条を

30) 中川・兼子・前出注5) 14頁(定嫁)、平林前出注4) 31頁。

31) 門脇・前出注21) 179頁。

32) 荻・中井・前出注7) 56頁。

根拠に、一方の配偶者は同条の定める義務を履行するために開設者と医療契約を締結し、開設者はその履行の代行者として患者＝他方配偶者に対する医療を行うという関係と捉え、これを不真正第三者のためにする契約と解しているが、しかし、752条の義務に、病気である他方配偶者のために医療行為を行うべき義務を含んでいるとは考えられず、開設者がこれを代行するということがありえないはずである。やはり、ここでも、代理構成、すなわち、一方の配偶者は、日常家事に関する代理権(761条)に基づいて他方配偶者に代わって医療契約を締結するという構成がとられるべきであるように思われる。「日常の家事」とは夫婦の共同生活の維持・運営にとって通常必要とされる一切の事項をいうが、医療もこの中に含まれると解されており、かつこのことに関して夫婦はともに代理権を有しているといつてよいからである³³⁾。そして、一方配偶者が他方を代理して医療契約を締結すると、その効果(医療を受ける債権の取得と診療報酬支払債務の負担)は他方配偶者に帰属し、一方配偶者はこの債務について連帯責任を負うことになる。

なお、(b)説に対しては、(2)(f)で触れたと同様に、患者の受益の意思表示が得られないとして批判する見解があるが、しかし、一方の配偶者が他方＝患者を代理して受益の意思表示を行うことは許されてよいであろうから、第三者のためにする契約と構成することが不可能とは思われない。ただ、このようなややまわりくどい、ないしは擬制を含んだ構成を、あえてしなければならない必要性がはたしてあるかは疑問であり、端的に代理構成をとることで十分妥当な処理ができるはずである³⁴⁾。そうだとすると、その医療契約において、とくに第三者のためにする契約とする意思が明確である場合を除き、日常家事に関する代理権に基づいて契約が締結されると解してよいように思われる。

33) 我妻・前出注28) 106頁以下、青山道夫編・注釈民法(20) 394頁以下(有地亭)、我妻編・前出注28) 92頁以下(稲本)等参照。

34) (b)説においても、契約を締結した一方の配偶者とともに他方配偶者＝患者も——日常家事に関する連帯債務により——診療報酬支払債務を負うことになるから、結局代理構成の場合と同様となる。その他の法律関係も代理と構成した場合とほとんど異ならないと思われる。

医療契約の当事者について

(4) 近親者（(1)(2)の場合を除く）、知人・友人、通りがかりの者、救急隊員などが意識不明の患者を病院・診療所に運び込んだ場合

(イ) この場合にも、医療の法律関係を第三者のためにする契約と構成する考え方、代理と構成する（無権代理とみる）考え方、開設者と患者との間の事務管理とみる考え方など様々な構成が考えられると一般に言われている³⁵⁾。しかし、通常、近親者、知人・友人、通りがかりの者、救急隊員は、供助の倫理感、友情、職務といったことから患者を病院に運び込むにすぎず、これらの者に医療契約を締結する意思があるとはいいがたいであろう。学説の中には、扶養義務のある親族（親権者・配偶者を除く）が意識・意思能力のない要扶養者を病院・診療所に運び込んだ場合には、その扶養義務者が扶養義務を履行するために開設者と医療契約を締結し、開設者がその義務を履行代行者として要扶養者に診療を行うという関係にあり、扶養義務者と開設者との間の医療契約は不真正第三者のためにする契約と解すべきだとする見解がある³⁶⁾。だが、扶養義務者は医療を行うべき義務まで負うことはないはずであるから、開設者を扶養義務の履行代行者と捉えることはやはり無理といわなければならないし、このような構成をとると、すでに述べたように、開設者は患者に対して診療債務を負わず、したがって、患者が直接開設者に対して債務不履行責任の追及ができないということにもなる。また、近親者が要扶養者を病院・診療所に運び込む際に、直接診療報酬支払義務を負担する意思を常に有しているとはいえないはずである。近親者は、自分が実際に扶養義務を負うのか、またどの程度負うのかを認識していない場合が多いであろうし、おそらくは、身内の供助の精神から運び込むというのが普通なのではなからうか。近親者が後に扶養義務者として医療費の一部を負担することはあるにしても、だからといって、医療契約の当事者として当然に診療報酬債務を負担しなければならないということには

35) 中川・兼子・前出注5) 15頁以下（定塚）、平林・前出注4) 31頁以下、野田・前出注7) 医事法中380頁以下参照。なお、我妻博士は、第三者のためにする契約構成か、代理構成か明らかでないが、運び込んだ者の患者に対する事務管理として、運び込んだ者と開設者との間に医療契約が成立するという（我妻栄・債権各論下巻一（民法講義V, i) 909頁）。

36) 筋・中井・前出注7) 57頁。

ならないであろう。このように、ここでも、不真正第三者のためにする契約という構成は、問題の多い考え方であると思われる³⁷⁾。

(甲) 第三者のためにする契約と構成する考え方や代理と構成する考え方も、ここでは、適切な法律構成とはいえないように思われる。すなわち、前者についていえば、近親者、知人・友人などが、診療報酬支払債務を直接負担する意思をもって医療契約の申込をすることは通常ないこと、そして、患者は受益の意思表示ができないし、近親者、知人・友人などは代理人でないから患者に代わって受益の意思表示をすることもできないこと、を考えるならば、第三者のためにする契約構成はやはり無理であろう。また、後者においては、患者を運び込んだ者が扶養義務者であるとしてもこの者を法定代理人と解することはできないし、また、患者を運び込んだ近親者、知人・友人などが事務管理者として開設者との間で医療契約を締結したと解するにしても、この者に代理権が認められ有権代理行為になるというものではない³⁸⁾。そうすると、医療契約を代理構成で説明しようとすれば、無権代理行為と捉えるほかないわけであるが、しかし、これらの者が、患者の追認がない場合に無権代理人として診療報酬相当額を支払う責任(117条)を負うことを覚悟のうえで契約を締結しているとは通常いえないと思われる。また、相手方たる開設者の側は、代理権の不存在について知っているか知りうべき場合が多いであろうから、患者の追認がないと——患者に対して診療報酬請求権がないだけでなく——無権代理人の責任も追及できないという不当な結果となろう。

(乙) このようにして、近親者、知人・友人などが患者を病院・診療所に運び込んだ場合における医療行為を、契約関係として説明することが困難であると

37) なお、この見解は、扶養義務のない親族、知人・友人など意識・意思能力のない患者を病院・診療所に運び込んだ場合にも、意思解釈によっては不真正第三者のためにする契約と構成できるというが、このような構成が不適切であることは、もはや多言を要しないであろう。

38) 近親者、知人・友人などと患者との間の法律関係は事務管理として処理されることになるが、判例・通説によれば、事務管理として契約を締結しても代理権は発生しないとされている。我妻・前出注35) 924頁(1972年)、谷口知平・加藤一郎編・新民法演習4 債権各論218頁以下(品川孝次)(1968年)、四宮和夫・事務管理・不当利得・不法行為上巻(現代法律学全集10)39頁(1981年)、最判昭和36年11月30日民集15巻10号2629頁。

医療契約の当事者について

したとき、それではどのような法律関係のものか捉えるべきであろうか。

この場合は、開設者の側の患者に対する医療行為が事務管理として行われるものと考えざるをえないように思う。そして、このように解しても、とくに不都合は生じないであろう。開設者の患者に対する事務管理と解しても、開設者は医療契約が成立した場合と同様患者に対する診療報酬請求権を取得するであろうし³⁹⁾、また、医療行為を行うについて善管注意義務を負うと考えてよからう。若干問題になりそうなのは、救急医療の場合に緊急事務管理(698条)として、開設者側は悪意または重過失のないかぎり責任を負わないとよいのかという点であるが、698条の規定の適用はないと解すべきであろう。なぜなら、開設者側に報酬請求権を認める以上、その反面として責任軽減を認める必要はないであろうし⁴⁰⁾、また、緊急の場合にとっさの判断に基づいて迅速に事務を処理する必要からあまり重い責任を事務管理者に負わせるべきでないという同条の趣旨からすれば、救急医療を行っている病院・診療所においても、そうでない病院・診療所においても、急患に対する医療行為は通常予定されている業務行為であり、まったく突然の事態にその対処の仕方わからず事務管理をするという場合と異なるのであって、注意を軽減する理由はないと思われるからである。なお、患者の意識が回復し、意思能力をそなえた場合には、患者が医療行為を拒否するということがないかぎり、この段階で医療契約を締結することが可能となる。

39) 通説は、事務管理が通常報酬をとまなう営業ないし職業の範囲内の行為として行われた場合には、報酬請求権を認めてよいと解している。我妻・前出注35) 923頁、谷口知平編・注釈民法(18) 217頁(高木多喜男)、360頁(三宅正男)(1976年)、四宮・前出注38) 35頁参照。なお、近親者などが医療費を負担する意思を有している場合にも、第三者のためにする契約と構成することが困難である以上、開設者の事務管理として処理しなければならない。しかし、近親者などは、患者の診療報酬支払債務について第三者弁済をしたり、保証契約や債務引受をすることで、自分の意思を実現することができるであろうから、この場合にも事務管理と構成することで不都合が生ずることはない。

40) 四宮・前出注38) 27頁。

むすび

これまで、医療契約の当事者確定の問題、なかんずく医療を受ける側の当事者確定の問題を見てきた。医療過誤において患者の側が債務不履行責任を追究する場合には、その前提として診療債務がだれとだれとの間に存在するのかを確定する必要がある。その際に基本的視点として考えに入れておかなければならないことは、患者に意識・意思能力があるかないかで、債務不履行責任を追究できたりできなかったりするのとは妥当とはいえないであろうから、患者本人が診療の申込をした場合だけでなく、意識・意思能力のない患者が医療を受ける場合にも、患者は開設者に対して適切な医療を行うよう請求できる権利を有するものとして法律構成をすべきである、という点である（開設者の患者に対する診療債務を認める法律構成の必要性）。本稿では、このような視点に立ちつつ、あわせて診療報酬債務をだれが負担すべきかを考慮しながら医療契約の法律構成を考えてきた。

結論を簡潔に示しておく、親権者・後見人、配偶者といった法定代理人が患者のために診療の依頼をする場合には、原則としてこれらの者が代理人として医療契約を締結すると解することができる。また、代理権のない者が患者を病院・診療所に運び込んだ場合は、医療契約が締結されたとして法律構成することは困難なので、開設者が患者に対し事務管理として医療行為を行うものと捉えるべきである、ということであった。このように医療行為の法律関係を簡明に構成できることになれば、もはや医療契約の当事者確定の問題で債務不履行責任の追究が困難でなくなり、従来、学説において指摘されてきたところの、当事者確定の困難さを理由とする債務不履行構成による責任追及の消極的評価は、改められるべきであるということになるのではなかろうか。