

適格な法とは何か——ドイツ医療契約法の法的視点

村山 淳子

I 序論

- 1 本稿の問題意識
- 2 本稿の目的と方法

II 判例と条文の関係

- 1 法的安定と社会変革のはざま
- 2 立法者の意図
- 3 評価の分かれた立法
- 4 小括——法の発展を担うもの

III 法の体系的な整合性

- 1 法の体系的な整合性とは何か
- 2 検討の前提——ドイツの医療法制
- 3 医療契約法の民法典への組み込み方
- 4 小括——根幹と枝葉の関係

IV 立法における経済分析

- 1 法と経済学
- 2 ドイツ医療契約法（患者の権利法）案における経済分析
- 3 小括——変革コストに配慮した費用便益分析

V 結論

【あとがき——患者の権利法（医療基本法）研究の最終報告】

I 序論

1 本稿の問題意識

適格な法とは何か¹⁾。それは、判例に関連づけられた法である。全法秩

1) 直接の先行研究ではないが、本稿の問題意識の発掘に大きく寄与した論文として、憲法学者である川崎政司教授の「立法における法・政策・政治の交錯とその『質』をめぐる対応のあり方」井田良=松原芳博編『立法学のフロンティア3 立法実践の変革』（ナカニシヤ出版、2014年）42頁以下（立法における法的なものの後退

序の体系に整合的に収められた法である。そして、経済的効率性に配慮ある法である。この問題意識は、司法判断の積み重ねにより法が形成され、立法活動を通じて法典化される段階において、明確に認識される。もっとも、法の形成が、司法と立法の連続的過程において行われる以上²⁾、司法判断においても意識すべきことがらであろう。

政策的要素を多分に含む傾向にある現代の立法活動において、この問題意識はとりわけ重要である。それにもかかわらず、これまでこの問題は、自覚的に提起され、解答を示されてこなかった。

2 本稿の目的と方法

そこで本稿は、上記の問題を提起し、それに解答をみいだすために、2013年にドイツで成立した患者の権利法 (Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten ,Patientenrechtegesetz)³⁾、なかん

という問題意識を提示する)のほか、民法学者・法哲学者である山田八千子教授の「民法(債権法)改正過程と立法過程のあり方 立法の哲学の視点から」同書173頁以下を挙げておきたい。

- 2) かかる認識は、多くの法学研究者において、共有されうものとする。例えば、瀧川裕英ほか「法学教育・法学の方法・法学部」書齋の窓648号(2016年)16頁における森田果教授の発言などは、そのことに気づかされる。
- 3) Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten vom 20.Februar 2013(BGBl. I S.277). 正式名称を「患者の権利の向上のための法律」と邦訳される。ドイツでは長年、Patientenrechtegesetz(患者の権利法)と呼称されてきた。連邦政府草案(Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten)はBT-Drucksache 17/10488、連邦参議院の意見表明ならびに連邦政府の反論はBT-Drucksache 17/10488、および委員会修正案はBT-Drucksache 17/11710に掲載されている。

患者の権利法ないし民法改正部分の全体を対象とする邦語文献として、渡辺富久子「【ドイツ】患者の権利を改善するための民法典等の改正」外国の立法月刊版255-1号(2013年)16頁以下、服部高宏「ドイツにおける患者の権利の定め方」法学論叢172巻4・5・6号(2013年)255頁以下、村山淳子「ドイツ2013年患者の権利法の成立—民法典の契約法という選択—」西南学院大学法学論集46巻3号(2014年)117頁以下、小野秀誠「医療契約—ドイツ民法典の改正」国際商事法務629号(2014年)167頁以下、村山淳子「補論2 解釈論から立法論へ—ドイツ法からの示唆」『医療契約論—その典型的なるもの』(日本評論社、2015年)、村山淳子「講演『ドイツの患者の権利法』(患者の権利宣言30周年記念シンポジウム)—立法における価値判断という問題意識」西南学院大学法学論集47巻2-3合併号(2015年)201頁以下、村山淳子「<翻訳>ドイツ医療契約法(患者の権利法)の法案(理由付)(上)」同誌51巻1号(2018年)45頁以下等がある。

づく医療契約の法典化を素材として⁴⁾、政策的要素を併せ有する現代の立法活動において、自覚すべき法の適格性とはどのようなものか、あるいはそこから逸脱はどこまで許容されるのか、その一例をあきらかにすることを目的とする。

ドイツの医療契約法は、「患者の権利の向上 (Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten) という——歴史的・社会的に基礎づけられた、政策的な目的の実現を意図した包括的な立法の中心的な一部分である⁵⁾。とともに、民法典という、法の適格性が強く求められる法律の改正でもある。法の論理と体系において依存し、かつ医療と医療法制において類似する⁶⁾ドイツで展開された立法論議は、本稿の問題意識に有意な示唆

630h条) などにつき、すでに研究の集積がある。

- 4) 本法成立前後には論文、その後は書籍の形で多くの関連文献が出ている。そのうち、本稿の問題意識やテーマにかかわる主なものを、以下に挙げる (これ以外は該当箇所を表示する)。Wagner, Kodifikation des Arzthaftungsrechts? - Zum Entwurf eines Patientenrechtegesetzes, VersR 2012, 789ff.; Hart, Patientensicherheit nach dem Patientenrechtgesetz, MedR 2013; Katzenmeier, Der Behandlungsvertrag - Neuer Vertragstypus im BGB, NJW 2013; Spickhoff, Patientenrechte und Patientenpflichten: Die medizinische Verhandlung als kodifizierter Vertragstypus, VersR 2013; Thole, Das Patientenrechtgesetz - Ziele der Politik, MedR 2013, 145 ff.; Spickhoff, Die Arzthaftung im neuen bürgerlich-rechtlichen Normenumfeld - eine erste Zwischenbilanz, MedR 2015 845ff.; Rützenhoff, Das Patientenrechtgesetz (Diss HUB), Dr. Kovač, 2017; Bergmann, Vier Jahre Patientenrechtgesetz - Fragen, Kontroversen, Perspektiven, VersR 2017, 661ff. u.a.

なお、本法は、制定後6年が経過したとはいえ、訴訟実務や臨床医療への影響に関しては、未知である。引き続き、資料を収集してゆく必要が残されている。

- 5) ドイツの患者の権利法の全体構造の分析と内容の概要の紹介は、すでにこれまでの公表論文にて行なっている。敢えて一言にまとめれば、同法は、医療契約の法典化を中心装置に、それと社会法改革との協働において、患者の権利の向上という政策的な目的を実現しようとする、包括的な立法である (詳細は、前掲注 (3) で掲げた筆者の諸論稿を参照されたい)。
- 6) 法の母娘関係に、近代医療制度を模したという事情も加わり、医療と医療法制全般について多くの共通点を有する。

医療法制に関する具体的な共通点としては、医療に関する法領域が比較的新しい点、単一の統一法典が存在しない点、紛争処理において判例の果たす役割が大きい点 (とくに本法制定前)、そして (わが国と意味が異なるが) 皆保険を達成している点などがある (村山淳子「ドイツの医療法制—医療と法の関係性の分析—」西南43巻3・4合併号 (2011年) 244頁参照)。なお、ドイツの医療法制については、同論文245頁以下参照。村山淳子「諸外国の医療法制: ドイツ (第40回医事法学会シンポジウム/医療基本法を考える)」年報医事法学26号 (2010年) 13頁以下も参照。

を与えてくれるにちがいない。

一般論として、法学界において、法の適格性条件について、ある程度の共通認識は存在している⁷⁾。本稿ではそれをふまえ、とくに本稿の問題意識と課題、そして本稿の素材から、以下のような具体的な分析の視点を設定する。すなわち、①判例と条文の関係(Ⅱ)、②法の体系的な整合性(Ⅲ)、そして③立法における経済的効率性(Ⅳ)である。

Ⅱ 判例と条文の関係

1 法的安定と社会変革のはざままで

判例と条文の関係をどう捉えるのか。そこには、いくつものテーマが含まれている。①条文化(法典化)すること自体の当否の問題、②条文化の基礎となる判例の理解の問題(何をもって確立した判例法理と捉えるのか、等)、③何を・どこまで・どのように条文化するのか(条文化の選択基準ないし程度の問題)、そして④判例に基礎を有しない、あるいは判例から逸脱した条文の創出をどこまで許容するのかという問題、などがこれまで認識されてきた。

これらのうち、本稿の問題意識と直結するのは、④の問題である。これはすなわち、法的安定のために判例との関連性を重視するのか、あるいは、(むろん圧倒的民意の調達を背景に)政策目的を達成するために大胆な構想を描くことが許されるのか——法的安定か、社会変革の要請か、というテーマにほかならない。

患者の権利の向上という社会的・歴史的に基礎づけられた政策的な目的の達成をめざしながら、民法典の改正という、法の適格性が強く求められる法律の改正という形をとった、ドイツの医療契約法における立法論議は、このテーマにどう応えたのだろうか。

2 立法者の意図

7) 例えば、川崎・前掲注(1)48頁は、法律事項該当性、一般性、非溯及性、明晰性、実効性、整合性、一貫性、手続保障・救済可能性などを主要なものとして挙げる。

(1) 基本的な方針

立法者は、基本的には、従来の判例の内容を体系的に整理しようとしている。裁判例や学説における矛盾ないし対立を立法的に解決あるいは整序した部分⁸⁾は含むものの、明確に判例に反する内容の条文を定めたり、立法によって新たな内容を加えた改正はみあたらない。例外といえば、医療記録の変更・訂正にかかる処置に関する規律⁹⁾であるが、これも他法との整合性の要請に基づけられている¹⁰⁾。

立法者の意図は、判例法であったルールを条文によって明確化し、法の透明性と法的安全を作出ないし高めることにあった¹¹⁾。従来、医療・医師責任に関する法が、判例法にとどまり、重要な事柄について法律の規定を欠き、患者にとってわかりにくい法状況であったことを問題視し¹²⁾、そ

-
- 8) 例えば、630g条3項（患者の死後における相続人・近親者の医療記録閲覧権）等。
- 9) 以下、該当条文を抜粋する（なお、本稿における条文の引用は、注（3）に掲げた筆者の論稿に基本的には依拠している）。
- 「630f条 医療上の記録
1項 医療提供者は、医療に関して時間的かつ直接的なつながりをもって記録をとるために、紙又は電子媒体により医療記録（Patientenakte）を作成すべき義務を負う。医療記録の記載事項の訂正または変更は、もとの内容と、訂正または変更の時期について認識可能性が保たれる場合にのみ、許される。このことは、電子的に作成された医療記録についても同様である。」なお、変更・訂正の時期についても認識可能性を求めると、電子的記録についても同様の取扱いにすることは、委員会修正案で付加されたルールである（BT-Drucksache 17/11710,12）。
- 10) 連邦政府法案の段階で、2文につき、商法や租税通則法（Abgabenordnung）に倣っての立法であることが記されている（BT-Drucksache 17/10488,26）。
- 11) 連邦政府法案の前文（Drucksache 17/10488,1）および理由（ebd.,9）なお、患者の権利法および医療契約の法典化の目的については、前掲注（3）で掲げた筆者の著作における分析を参照。
- 12) とくに、法案前文の叙述「現在、ドイツでは、患者の権利は、多様な法領域における多数の規定の中で——部分的に欠缺を持ちながら——規律されている。医療および医師責任の法の領域では、重要なことは法律には規定がなく、判例によって規律されている。このことが、健康制度におけるすべての関係者にとって、権利を知ることを困難にしており、とりわけ患者にとって、これらの権利を請求することを困難にしているのである。医療の複雑性と多様な可能性という点からも、患者と医療提供者の目の高さにも、法的枠組を提供することが求められている。……患者保護は、法的な後見にかからせるのではなく、成熟した患者（mündigen Patienten）の理想像に方向づけられる、というのが正しい理解である。それゆえ、重要なのは、すでに現在存在している範囲の患者の権利について透明性と法的安定性を作出すること……である。」（BT-Drucksache 17/10488,1）。

れに対する解決策として、患者の重要な権利について、その基本原則を、
(市民にとってなじみのある法律である民法典で¹³⁾) 条文化したものである。

なお、条文化には、詳細に条文化することで訴訟準備を強化するといった付加的な価値もあり得るが、本立法においてそれは求められていない¹⁴⁾。

(2) 判例の利益衡量バランスの支持

立法者は、従来の判例のもとで調整された医療提供者・患者間における利益バランスを、均衡あるものとして支持している¹⁵⁾ (社会法も含めた、患者の権利法全体の趣旨からすれば、社会法改革で民法上の権利に実効力を与えることで、当事者間の衡平を担保しようともしている¹⁶⁾)。立法者は、従来の判例を政策的意図から、一方的に患者に利するように変更するようなことはしていない。そしてこの点は、研究者を中心に、多くの論者の支持・承認を獲得している¹⁷⁾。

他方で、これまでドイツでは、比例責任 (Proportionalhaftung)、基金による補償、立証軽減措置の拡大 (単純な医療過誤のケースにまで) など、患者の保護・救済という点においてより先進したといえる法解釈や立法政

法案の邦訳は村山・前掲注 (3) 「<翻訳>ドイツ医療契約法 (患者の権利法) の法案 (理由付) (上)」47頁以下参照。

- 13) この点に関しては、医療契約の民法典での法典化を初めて提案したDeutschの文献から読み取ることができる。詳細は村山・前掲注 (3) 「ドイツ2013年患者の権利法の成立」149頁以下と村山・前掲注 (3) 「講演『ドイツの患者の権利法』 (患者の権利宣言30周年記念シンポジウム)」219頁およびそこの参考文献参照。
- 14) 法案に明記されているわけではないが、Vgl. Rützenhoff, a.a.O. (Note 4), 253f
- 15) 連邦政府法案前文 (BT-Drucksache 17/10488,1) および法案理由 (ebd., 11 (「ここでは、長年にわたる連邦通常裁判所の判例の継続の中で、契約当事者の対抗利益を正しく調整することが、肝要である」等。Vgl. auch ebd., 9, 10)
- 16) 連邦政府法案理由の叙述 (ebd., 9) .前掲注 (3) で掲げた筆者の著作における分析も参照。
- 17) Katzenmeier, Arzthaftpflicht in der Krise-Entwicklungen, Perspektiven, Alternativen, MedR 2011, 206f (立証分配について) ; Thole, a.a.O. (Note 4) , 149 (立証分配について) ; Spickhoff, Brennpunkte des Patientenrechtgesetzes: Informationspflichten auf dem Prüfstand in: Jahn, et al, (Hg.), Medizinrecht, Mohr Siebeck, 2015, 60.

策の提案が行われてきた。しかし立法者は、（政策上の諸種の理由¹⁸⁾と並べて）医師責任法におけるバランスの保持を理由に¹⁹⁾、意識的にこれらを一蹴している²⁰⁾。

なお、当事者の利益衡量バランスの維持という視点は、後述Ⅲで述べる法の体系的な整合性という視点においても、意味を持つものである。法案中に示された、別の責任や補償のモデルがドイツの責任法になじみがないとの理由²¹⁾は、リスクや損害の分配についてのドイツ法の価値判断を一貫させよという趣旨であるとも捉えられるからである。

(3) 判例による法発展の余地を残す

立法者は、医療契約の法典化の後も、判例による法の形成ないし発展の継続の余地を残そうとしている。

本法における条文化は、判例により形成ないし発展してきた法の基本部分、基本原則²²⁾のみにとどまるものである（そこにおいて判例は「導きの糸 (Richtschnur)」²³⁾の役割を演じている）。そうすることで、医療関係者に枠組条件 (Rahmenbedingungen) を提供するというのが、立法者の意図であった²⁴⁾。そうして、また、条文化（法典化）がなされた後も、個別的事例において、事実と利益に適合したバランスのとれた判断を判例ができるような、「十分な余地」²⁵⁾を残そうとしたのである。

判例から生まれた医療契約法は、成分化後も、これまでの判例によって継続されてきた法の発展を妨げることなく²⁶⁾、なお法の継続的な発展を判

18) 補償基金について資金調達の可能性が問題になること、官僚支配を必要な程度に制限すべきこと、保身医療の危険を防止すべきことが挙げられている (BT-Drucksache 17/10488,9)

19) ebd.,9 (医療側にとっての過大な負担となること等)

20) ebd.,9

21) ebd.,9

22) ebd.,9

23) ebd.,10

24) Thole, a. a. O. (Note 4), 149

25) BT-Drucksache 17/10488,9

26) Thole, a. a. O. (Note 4), 149 (法務省の担当官の立場から、「本法律は、医療関係

例にゆだねると、立法者は構想したのである。

3 評価の分かれた立法

(1) 何が問題とされたか

しかし本法における条文化やそのあり方²⁷⁾をめぐっては、立法の過程、そして立法後も、論者の評価は分かれた。

それは、医療契約の条文化（法典化）の当否、条文化の技術的な問題（とくに法概念の不確定性²⁸⁾）、そして条文化の内容ないし程度などに及ぶものである。

本稿の問題意識と直接につながるところの、上記④「判例に基礎を有しない、あるいは判例から逸脱した内容の条文の創出をどこまで許容するか」という問題にかかわる議論も存在しなかったわけではない。とりわけ、立法による改革を期待した立場からは、判例の条文化にとどまった立法内容に対して、批判ないし失望の声が発せられている。

例えば、Mäschは、患者の法的地位の強化ではなく、すでに以前から存在する判例の基本原則をとりまとめ、医療提供者等に向け患者の権利をあきらかにするためであれば、法律は必要ないとの立場である（同教授は治療機会の喪失のケースに関する判例の進展を望んでいる）²⁹⁾。また、Fengerは、（ヨーロッパの消費者保護法を顧慮して）医療契約を政治化（Politisierung）すべきであるとの意見を表明している³⁰⁾。そして、Thurnは、判例の法典化は、法政策的に、実質的に新しいものを何ら生み出さず、

者に枠組条件（Rahmenbedingungen）を提供するのみであって、法の発展の妨げにはならないだろう」という

27) 立法過程における条文化作業について、Kubella, Patientenrechtegesetz, Springer, 2011; Thole, Das Patientenrechtgesetz-Ziele der Politik, MedR 2013, S. 145 ff.

28) Rehbon, Sind "Behandelnde" immer "Behandelnde"? : Zum Begriff des Behandelnden i.S.d. §§630a ff. BGB, in: Steinmeyer et al. (Hg.), Medizin- Haftung- Versicherung, Festschrift für Karl Otto Bergmann zum 70. Geburtstag, Springer, 2016, 219, Fenger, Erfahrungen mit dem Patientenrechtegesetz, ebd., 58

29) Kemper, Sozialstaat zwischen Individualisierung und Pauschalierung, NZS 2014, 173での紹介。

30) Fenger, a.a.O. (Note 4) , 43 f.

患者を失望させるだろうと述べる³¹⁾。なお、Hartは、「特性なき患者の権利法:立法の独自性の欠如について」と題する論文の中で、現状の維持と患者の権利の進展の中間地点をみいだすことが患者の権利法の立法には求められているとしつつ、本法案が法の安全性と透明性という目的を前面に出したことで、本法案のプランは限定されたのだと位置づける³²⁾。

しかし、留意すべきは、ドイツにおける医療契約の法典化にさいして、多くの研究者が冷静な目で注目し、核心的な論争を形成したのは、このような立法による法の創造の如何を問う問題の方ではなかったということである。すくなくとも本法の民法改正において、法の形成の担い手が判例であり続けるべきことは、各論者にとって当然の前提であったといつてよい。

そのうえで、本立法をめぐる中心的に争われたのは、法典化が判例による法の発展に及ぼす影響という観点からの、上記①条文化（法典化）自体の当否に該当する問題であった。

(2) 条文化（法典化）の当否をめぐる論争

以下、本稿の問題意識と上記位置づけをふまえ、本論争を概観しよう。

i 法典化の価値を積極的に評価する見解

立法者の立場であるThole（法務省の担当官）は、法典化自体の価値を次のように述べ、立法を擁護する。「個別的事例を補完するものにすぎない一連の判決とは異なる、法の特質を法律の規定は有するであろう。だから、立法後は、アピール機能も予防機能もいっそう効果を発揮するだろう」。そして、法典化によって、「医事法は、見通しのきかない決疑論（Kasuistik）から、文字で書かれ、立法による正当化を備えた法条に回帰

31) Thurn, Das Patientenrechtegesetz-Sicht der Rechtsprechung, 2013, 154（判例の法典化が訴訟実務上必要ないことも述べている）。また157（患者の権利法を「ブラセボ」と断ずる）。

32) Hart, Ein Patientenrechtegesetz ohne Eigenschaften: Über den Magel an legislativer Eigenständigkeit, GesR 2012 385ff. そのうえで、法の発展に振り子はふれないにせよ、いずれにせよ、法の発展を阻害すべきでないとし、判例の条文化を批判する。Hartの見解については後述 (2) iii 参照。

する」と述べるのである³³⁾。

ii 法典化の弊害を強調する見解

これに対し、不法行為責任に対応した判例を重視するKatzenmeierは、医療・医師責任領域において判例により形成・発展してきた法を条文化（法典化）することに対して、極めて批判的である。曰く、「法典化は、たとえば新しい権利および義務の法認、あるいは新たな立証ルールの形成のような、法の発展を困難にするだろう。というのは、法律は判例法よりもはるかに柔軟性を欠くからである。…医学の進歩は非常に速く、法はとにかくほとんどついてゆけず、いつも後から足をひきずって歩く。だから、患者の権利を定める法律は、結局、それが本来目的とすること〔つまり、患者の権利の向上〔筆者注〕〕と反対の効果をもたらすだろう。それはすぐに時代遅れになるだろうし、現代の患者保護法の証よりも楔であると実証される危険がある」（注は省略した）、と³⁴⁾。

iii 法典と判例の協働を前提とする見解

Hartにおいても、Katzenmeierと同様、法典化に対する評価は低い。しかし、Hartは、批判説を展開する中で、医療契約の法典化後における、この領域における判例と法典の役割の変化を捉え、次のように分析している。「判例…は民事医事法の発展にとって決定的な立役者でありそうあり続ける。それゆえ…患者の権利法（医療契約法〔筆者注〕）は発展の出発点になり得るだろう。そしてそれは…契約法と不法行為法の観念的競合に基づいてというだけでなく、法規範の客観的に目的論的な解釈を通じてもそうなり得るだろう」³⁵⁾、法典化「と結びついた効力の信頼感（Geltungsseriosität）の高まりが、……既存の患者の権利の効果的な貫徹

33) Thole, a.a.O.(Note 4) ,149;Reuter/Hahn,Der Referentenentwurf zum Patientenrechtegesetz-Darstellung der wichtigsten Änderungsvorschläge für das BGB,VuR 2012,258（後者の「」の部分はこのからの引用）

34) Katzenmeier, a.a.O.(Note 4) ,823; ähnlich, Rützenhoff, a.a.O.(Note 4) , 254（医療契約法の法典化には、不法行為法による新たな法制度の形成を遮断する効果（Sperrwirkung）があるとする）

35) Hart, a.a.O.(Note 4) ,165

に導き得る」³⁶⁾、そして「判例は決定的な立役者であり続けるが、それは…法典化が「保存具と化すこと」にもなる。それは法典化のアンビバレンツである」、と。

Spickhoffはより肯定的に判例と法典の協働を認める立場である（後述Ⅲも参照）。契約上の義務のプログラムが具体化することは、当事者間において契約関係が存在する場合の不法行為法（に対応した判例法上の〔筆者注〕）の義務プログラムの具体化に波及効果を及ぼすだろう³⁷⁾と。そしてまた、「法典化や新しい規定によって初めてある問題が意識される」ことが多いと指摘したうえで、「…新しい法律の枠組条件は…、1つの法領域において、新しいスタートラインから思考をめぐらせる可能性をも与える」と、これを好意的に評価するのである³⁸⁾。

4 小括——法の発展を担うもの

政策的要素を併せ有する立法における判例と条文の関係という問題意識が、究極的に行き着くのは、上記④の「判例に基礎を有しない、あるいは判例から逸脱した内容の条文の創出をどこまで許容するのか」というテーマである。しかし、医療契約の法典化において、実務家はともかくとして、多くの研究者の冷静な目が注目したのは、そのテーマではなかった。判例の条文化とそのありようをめぐって展開されたドイツ医療契約法の立法論議は、判例からの乖離の許容性というテーマではなく、むしろ医療という進展の早い領域で判例により形成・発展してきた法を条文化（法典化）すること自体の当否をめぐって争われたのである。

この論争においていかなる結論をとるにせよ、医療契約における法の発

36) ebd.,165. この部分は論文末尾より。

37) Spickhoff, a.a.O.(Note4) VersR,281（具体的には、医療水準ルール〔630a条2項〕、情報提供義務、特に安全のための説明義務〔日本でいう療法指導義務〕〔630c条2項〕、同意と説明のルール〔630d条、630e条〕、記録作成義務〔630f条〕、立証分配の特則〔630h条〕との対応関係について論じている）。立証分配の特則（630h条）についてRehborn, Patientenrechtegesetz 2013-Dokumentation, Haftung, Beweislast, MDR 10/2013, 569も参照。

38) Spickhoff, a.a.O.(Note4) MedR,855

展の担い手が判例であり、そうあり続けることにおいて、各論者は出発点となる認識を共有している。これまでの判例のもとで培われた当事者間における利益バランスを、政策的理由から変更することはせず、そのまま書き表した法案の姿勢は、論争の前提として受けいれられている。判例と乖離した、新たな法を条文により創設することは、そもそも問題とされていないのである。

Ⅳ 法の体系的な整合性

1 法の体系的な整合性とは何か

ある法秩序に対し——解釈であれ、立法であれ——作用ないし変更を加える場合、そのことが、その属する法秩序の統一性を損なわぬよう、等位置にある規律の内容や法秩序全体との整合性を考慮しなければならない。この要請は、形式的な規律方式の統一性のみならず、実質的な価値判断の一貫性にまで及ぶものである。また、法の国際化が進む中で、他国法制や国際法秩序との調和も視野に含める必要があるだろう。そのような観点から、法に手を加えたその後もなお、法秩序は統一的、かつ調和的な存在であり続け得るのが問われなければならない。

患者の権利の向上という政策的な目的の達成をめざしながら、生命・健康・身体・人格という普遍的な法的価値と深くかかわり、民法典という法体系における整合性が強く求められる法律を改正した、ドイツ医療契約法の立法論議は、かかる問題意識に対し、いかなる応接を行っているだろうか。

2 検討の前提——ドイツの医療法制

この検討を行うに先立ち、医療契約が法典化される「前」の、とくに医療をめぐるドイツの法制³⁹⁾を理解しておく必要がある。

39) 村山・前掲注(6)235頁以下を参照されたい。なお、本文では叙述を割愛したが、ドイツの医療法制にはわが国とは異なる以下の個性もある。①指針・勸奨などのソフト・ローの効力に抑制的であって、行政コントロールについては法規を行き届かせていること、②医師の自律的な職業像が強調され、職業倫理や医師の

ドイツの医療法制は、ドイツ法固有の特徴的な法思想（医業の自律性、法治原則、社会国家観など）を底流として、医療の質と量を確保すること（患者の権利保障の側面も有する）、医療資源を合理的に配分すること、そして専門家としての医師の自由な職業像を維持することを、徹底した法治のもとで調整し、関連づけることを、その本質的課題としている。そしてそこには、自由か平等か、契約か社会的関係か、あるいは自律か介入かといった根源的な価値判断が内包されており、そのバランスの置き所は時代や政治に影響を受けてきた⁴⁰⁾。

ドイツの国法秩序の基本構造は、わが国のそれと類似している。基本法（Grundgesetz、わが国でいう憲法にあたる）が原理原則を定め、その下位において紛争処理の規律を定める民・刑事法、そしてこれら成文法の下位の位置づけで、具体的な事案解決についての判例法が蓄積されてゆく（ドイツでも、判例には事実上の先例拘束性がある）。わが国と異なるのは、連邦国家であるドイツでは、法律（Gesetz）のレベルで連邦法と州法があり、連邦と州との間で立法権の分配が行われているという点である。立法権の分配方法⁴¹⁾は立法事項により異なるが、医療に関して言えば、連邦が枠組を、州はそれにしたがって詳細を定めるという関係に立つことが多い。

その中で、医療に関する規律は、一般法に散らばって含まれているのに加えて、個別の職業法、および公的医療保険を規律する社会法第5編において存在している。医療に関する紛争処理は、民・刑事法の規律による。そ

懲戒につき、医師集団（医師会等）への法規範制定権力の移譲が行われていること、③裁判外紛争処理（ADR）が発展していること、である。

40) この段落は、村山・前掲注（6）243頁で叙述した理解であり、表現において重複する部分を含んでいる。

41) 連邦と州の立法権限の分配は、基本法の規定にもとづき、規律事項ごとに以下の3パターンがある。すなわち、①連邦が専属的に立法権を有する（外交、国防、国籍、通貨等）（基本法73条）、②連邦と州が競合的に立法権を有する（連邦が立法権を行使したならば、州はもはや立法権を行使することができない）（民法、刑法、裁判の手続等）（同法74条）、④州が立法権を有する（基本法が立法権を連邦に与えることを明示していない事項すべて。特に文化に関する事項（州の文化高権Kulturhoheit）（同法30条）である。以上、村山・前掲注（6）247頁注（33）より。

こにおいて判例の果たす役割は大きい⁴²⁾。

民事の医療過誤訴訟は、債務不履行責任と不法行為責任の観念的競合の関係において処理される⁴³⁾。債務不履行責任を基礎づける医療契約（ないし医師契約）は、雇用契約（Dienstvertrag,611-630条）の特殊類型という解釈上の類型として存在してきた⁴⁴⁾。

このような医療をめぐるドイツの法秩序の理解を前提に、医療契約法の全法秩序への組み込み方を、以下で検討しよう。

【ドイツにおける医療関連事項を規律する法源】⁴⁵⁾

I 成文法

1 基本法（Grundgesetz）⁴⁶⁾：人間の尊厳、人格の自由な発展、人間の不可侵性、職業の遂行の自由

2 法律（Gesetz）

i 連邦法

42) 例えばLaufs/Kern, Handbuch des Arztrechts,4. Aufl.,2010,§5,Rn.9（「判例実務は医師法の核心をなす」）。

43) BT-Drucksache 17/10488,17等。

44) BGHZ 47, 75 ff.; 76, 259, 261; 97, 273, 276;Laufs/ Kastzmeier/ Lipp ,Arztrecht,6. Aufl.,C.H.Beck,2009 ,III Rn.26; Laufs/Kern, a.a.O.Note(42),§38 Rn.9,判決と文献についてFn.30が詳しい。

ドイツで委任契約ではなく雇用契約と性質決定されているのは、日独両国の役務提供型契約の編成の相違によるものである。ドイツでは、委任と雇用の線引きを契約の無償・有償性におく。そのため、わが国では委任と性質決定されるような契約まで雇用を含む。そのような事情のもと、ドイツの医療契約はわが国の準委任契約と内容的にはほとんど差はない。

なお、雇用契約とは全く別の独自の契約類型であると捉える見解（ドイチュ・ガイガー鑑定意見は独自類型として典型契約化を提案している（Deutsch/ Geiger, Medizinischer Behandlungsvertrag Empfiehlt sich eine besondere Regelung der zivilrechtlichen Beziehung zwischen dem Patienten und dem Arzt im BGB?,in:Bundesministerium der Justiz(Hrsg.). Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts,Band II,1981, 1095f.）はドイツにも存在していた。

45) 本表は、村山・前掲注（6）246頁以下掲載の表を、その後獲得した知見にもとづき、補正したものである。

46) ドイツの憲法典である。わが国でいうところのいわゆる「基本法」とは別の意味である。

- ・民・刑事法の実体・手続法:紛争処理の抽象的な規律
- ・連邦医師法 (Bundesärzterordnung) : 医師に関する基本的な事項
- ・医師免許規則 (Approbationsordnung für Ärzte) : 医師養成教育、医師国家試験
- ・社会法第5編 (Sozialgesetzbuch V) : 公的医療保険制度全般

ii 州法

- ・医療職法 (Heilgesetz) または医師会法 (Kammergesetz) : 医師に関する基本的な事項 (医師会の権限、医師の職業行使・免許・研修、懲戒、職業裁判権)

ほか多数。州ごとに異なる

3 (州医師会の) 規約 (Satzung) ※州法の授権に基づく内部規律

- ・医師職業規則: 医師の職業律

II 判例法: 具体的な紛争処理

ほか、ADR (訴訟外紛争解決手続)

3 医療契約法の民法典への組み込み方

(1) 新しい典型契約の創設

本法により、「医療契約 (Behandlungsvertrag)」と称される新たな典型契約⁴⁷⁾が、民法典に創設された (下記【BGBの典型契約一覧: 医療契約の創設】参照)。

体系的には、民法典の典型契約の1つである雇用契約 (Dienstvertrag) の下位類型の分化にあたる。民法典において、いわば、末端部分に枝葉を追加するような改編である。このような分化はたしかに体系に変更を加えるが、ドイツ民法典ではすでにこのような構造は存在してきていた (請負契約など)。

価値判断の一貫性については、改めて問うまでもない。というのは、医療契約はこれまでも解釈上存在してきたからである。いわば、法源が判例

47) 「典型契約」の用語の意味内容は多義的であるが(大村敦志『典型契約と性質決定』(有斐閣、1997年) 10頁)、本稿では、有名契約の意味で用いる

から制定法に入れ替わったにすぎない。判例が形成してきた当事者間の利益衡量バランスが引き継がれているのは、前述のとおりである。また、医療契約を典型契約に加えるということ自体の価値判断も、社会の現実の変化に合わせ、非対等な当事者間の関係を民法典で規律してゆくという⁴⁸⁾、2002年以來の改革の価値判断に連なるものである⁴⁹⁾。

【BGBの典型契約一覧:医療契約の創設】

第8章 個別的な債務関係

第1節 売買 (Kauf) 、交換 (Tausch) 第433~480条

第2節 タイムシェアリング住居権契約 (Teilzeit-Wohnrechteverträge) 、長期休暇用商品契約 (Verträge über langfristige Urlaubsprodukte) 、仲介契約 (Vermittlungsverträge) 、交換システム契約 (Tauschsystemverträge) 第481~487条

第3節 金銭消費貸借契約 (Darlehensvertrag) 、事業者・消費者間の資金調達援助と分割提供契約 第488~515条

第4節 贈与 (Schenkung) 第516~534条

第5節 使用貸借契約 (Mietvertrag) 、用益貸借契約 (Pachtvertrag) 第535条

第6節 使用貸借 (Leihe) 第536~606条

第7節 物品消費貸借契約 (Sachdarlehensvertrag) 第607~610条

(改正前)

第8節 雇用契約 (Dienstvertrag) 第611条~第630条

↓

(改正後)

第8節 雇用契約とそれに類する契約 (Dienstvertrag und ähnliche

48) 半田吉信『ドイツ債務法現代化概説』(信山社、2003年)12頁、427頁参照。

49) この点については、村山・前掲注(3)「ドイツ2013年患者の権利法の成立」150頁以下と村山・前掲注(3)「講演『ドイツの患者の権利法』(患者の権利宣言30周年記念シンポジウム)」219頁の分析を参照されたい。

Verträge) 第 611~630h条

第1款 雇用契約 (Dienstvertrag) 第611条~第630条

第2款 医療契約 (Behandlungsvertrag) 第630a条~第630h条

第9節 請負契約とそれに類する契約 (Werkvertrag und ähnliche Verträge) 第631~651y条

第10節 仲立契約 (Maklervertrag) 第 652~656条

第12節 委任 (Auftrag)、有償事務処理契約 (Geschäftsbesorgungsvertrag)、
支払役務 (Zahlungsdienste) 第662~676h条

第14節 寄託 (Verwahrung) 第688~700条

第16節 組合 (Gesellschaft) 第705~740条

第18節 終身定期金 (Leibrente) 第759~761条

第20節 保証 (Bürgschaft) 第765~773条

第21節 和解 (Vergleich) 第779条

(注) 各節の中には、さらに下位類型たる典型契約が含まれている (旅行契約等)。

(2) 一般的な債務不履行責任との関係

立法者は、法案理由において、以下のような叙述を意識的に行っている。すなわち、「この場所に医療契約から生ずる義務の違反に対する特別な契約責任規範を作るとは、民法典の体系上の理由から行なわない。民法典では、あらゆる特別な債務関係に適用される一般的な規律が、「括り出されている (vor die Klammer gezogen) 」。この一般的な規律が排除されるべき場合か、あるいは特別な請求根拠ないし法的効果が定められるべき場合にのみ、後の場所に特別な規定が来るのではなくてはならない。このような場合でなければ、一般的な規律が適用され続ける。中心的な責任規定は、債務関係から生ずる義務に債務者が違反した場合に、債権者はこれによって生じた損害の賠償を請求できるという、2002年の債務法改正によって導入された、あらゆる特別な債務関係に適用される、民法280条の一般規定

である。すでにこれまで、特別な責任規範を同じようにもたない一般的な雇用契約⁵⁰⁾に、この規定は適用されてきた。このことは、これまで医師責任の領域にも妥当してきた。すなわち、そこでは判例によって契約責任の根拠が民法280条に求められてきたのである。したがって、不適合を回避し、一般的な雇用契約および民法典のその他の債務法への意図せぬ逆推論の危険を回避するために、特殊な雇用契約としての医療契約から生ずる義務についての責任においても、民法280条は一貫して請求根拠として援用されるべきである⁵¹⁾、と。

本法による医療契約の法典化は、それまで解釈上の医療契約に適用されてきた、特別な債務関係についての債務不履行責任の一般規定（独民280条）⁵²⁾との関係に、変化を生じさせるものではないことが、立法者において明確に確認されているのである。

(3) 不法行為責任との関係

ドイツにおいて医療過誤は、債務不履行責任と不法行為責任の観念的競合の関係において処理されてきた。本法による医療契約の法典化は、医療訴訟における債務不履行責任と不法行為責任との関係にいかなる影響を及ぼすか、立法者において意識され、学説でも議論された点である（この論争は、前述Ⅱ3(2)の条文化（法典化）の当否をめぐる論争と対応関係にある）。

i 不法行為法の存在意義をますます減少させるとの見解（立法者の見解）

連邦政府法案では、本法制定が、まず、医療訴訟における両責任の観念的競合の関係に変化を来すものでないことが明示的に確認されている⁵³⁾。

そのうえで、法案では、本法制定により、医療訴訟において、不法行為

50) 不完全履行につき独自の規定を有する請負契約と異なり、雇用契約には債務法総則が適用される。

51) BT- Drucksache 17/10488,10f;auch ebd.,27（この方法が「一般の雇用契約法の体系に対応している」と述べる）

52) 2002年の債務法改正により、すべての特別な債務関係について、法280条が一般規定として適用されることになった。

53) この点は連邦政府法案でも明示的に確認されている（BT-Drucksache 17/10488,17）ほか、各論者も自明とするところである。

責任の独自の存在意義は、2002年債務法改正における慰謝料請求権の移転以来ますます、失われるだろうと予測が述べられている。不法行為に基づく請求権がなお独自の存在意義を有するのは、医療の基礎に契約が存在しなかったり、被害者が医療実施者に対して契約に基づく請求権を主張できないといった場合のみであろう、と⁵⁴⁾。

ii 不法行為法と摩擦を生ずるとの見解

これに対し、医師責任における不法行為法の役割を重視するKatzenmeierは、法典化した医療契約法は不法行為法との間で摩擦を生ずようになるだろうと予測する。曰く、不法行為法は「長きにわたり医師責任の社会的領域における行動コントロールと損害割り当ての第一の道具に発展してきた…不法行為法は医師責任の*sedes materiae*（ラテン語：素材の所在地〔訳者注〕）であったし、将来的にはおそらく今よりもいっそう強く、そうあり続けるだろう。判例は決定的な立役者であり続け…医師の不法行為責任に対応して社会生活上の配慮義務を形成してゆく…摩擦はいまや時間の問題である」と⁵⁵⁾。

iii 契約法と不法行為法の役割が逆転するとの見解

Katzenmeierに近い立場をとるHartは、不法行為法と契約法の役割について、独自の分析をしている。すなわち、医療契約の法典化により、2002年の債務法改正以来の不法行為法と契約法の役割が逆転し、契約法が現状維持の法（*status quo-Recht*）、不法行為法が改革の法（*Neuerungsrecht*）になる。不法行為責任に対応した判例は、法典化した医療契約法を出発点とし、客観的に目的論的な法規範の解釈を通じて、民事医事法の発展を担い続ける。不法行為責任に対応した判例は法発展の決定的な立役者であり続けるが、それは医療契約の法典化を「保存具と化すること」にもなる、

54) BT-Drucksache 17/10488,18

55) Katzenmeier ,a.a.O.(Note 4) ,823（注は省略）;Wagner, a.a.O.Note(4),801（法の統一性を破壊するという点から批判する）

なお、医師責任法において不法行為責任が重要であることの理由として、医療が患者の健康上の完全性と結びついていることが挙げられている（Steffen/Pauge,Arzthaftungsrecht,12.Aufl.2013,Rn.4f.等）

と⁵⁶⁾ (前述Ⅱ3 (2) も参照)。

iv 不法行為法の発展を促すとの見解

Spickhoffは、判例が両責任の並走に努め、両責任規範が影響しあい法形成が行われてゆくことを前提とする立場から、医療契約の法典化が不法行為法の解釈に(好ましい)波及効果を及ぼすと考えている。「契約上の義務のプログラムが具体化することは、当事者間において契約関係が存在する場合の不法行為法の義務プログラムの具体化に波及効果を及ぼすだろう」というのである(前述Ⅱ3 (2) を再び参照されたい)⁵⁷⁾。

このように、結論は多岐にわたるものの、医療契約の法典化が不法行為法に及ぼす影響について、(単に法の適用頻度を問題とした)立法者の意識にとどまらず、学説ではとくに法の形成・発展の担い手や過程を問う核心的な問題意識から議論が交わされたのである。

(4) 手続法との関係

本立法は、民法630h条によって、医療契約訴訟における原告患者側の立証責任の軽減ないし転換に関する手続的規定を、実体的な医療契約規定の末尾に配置するものである。

このような手続的規定を、実体法である民法典に組み入れたことは、医療訴訟における立証分配について特別な証拠法上のルールが判例によって発展してきたことを背景に、従来の法状況における関係規定の散在という問題を解決するために、医療契約という事項に関して、実体的ルールと手続的ルールを併せて、実体法である民法典のひとつところに一括して規定したものと考えられる。

その結果もたらされた、手続的規定と実体的規定の同一法典における混在という不整合は、しかし、民法典の他の部分や体系の根幹には影響を及ぼしてはいない。法案理由においても、民法630h条が、債務法総則で一般的な債務不履行責任を規定した民法280条の特則の位置づけであって、医療契約訴訟以外の民事訴訟には適用されないことが明記されている⁵⁸⁾。そし

56) Hart, a.a.O.(Note 4) ,MedR2013,165.

57) Spickhoff, a.a.O.(Note 4) VersR2013,281; ähnlich Rehborn, a.a.O.(Note 26) 569

58) BT-Drucksache 17/10488,27

て、観念的競合の関係にある不法行為法を根拠とする場合には、直接の適用ではなく、類推適用がされることが予測されている⁵⁹⁾。

(5) 刑事法との関係

一部論者、例えばSpickhoffからは⁶⁰⁾、立法者において欠落した視点として、刑事法領域においてすでに示されている、あるいは示すことが求められている価値判断の考慮⁶¹⁾の必要性の認識が示されている。

改正法630c条2項2文は、医療過誤についての医療提供者らの情報提供義務を定める⁶²⁾。そして改正法630c条2項3文は、これにもとづいて提供された情報を、刑事ないし過料事件手続において、証拠として利用することを禁止している⁶³⁾。しかしこの規律は、現在の刑事法実務の原則に反しているとSpickhoffは指摘する。そして実際には、医療提供者から情報提供を受けた患者が刑事法上の措置を開始すれば、それに則して、患者らの証言を

59) Spickhoff, a.a.O.(Note 4) VersR,281;auch Rehborn, a.a.O.(Note 37) ,569

ドイツでは、武器平等と当事者関係の特殊性から、医療訴訟における立証分配について特別な証拠法上のルールが判例によって発展してきた。本法は、とくに医療契約訴訟について、このような従来の判例法理を体系的に整理し (Vgl. BT-Drucksache 17/10488,27)、判例が継続してきた訴訟当事者間の対抗利益の調整の結果を書き表したものである (Vgl.ebd.,11)。したがって、不法行為訴訟において蓄積されてきた立証分配についての判例の解釈とも、ほぼ同様の内容のものといえる。

60) 以下Spickhoff ,a.a.O. (Note4) VersR,281f (医療契約の法典化の波及的な効果を論ずる文脈で示されている)。

もともと、法案に明示の言及はなく (とくに法630d1項2文については、法案では民事法上の付加的な問題としてしか扱われていない)、また、論者一般に広くみられる指摘ではない。

61) Spickhoffは上記論文中で、「違法性判断の統一性」 (S. 281)、あるいは「法秩序の統一性」 (S. 282) という観点を明示している

62) 独民630c条2項2文は「医療提供者が、医療過誤の推定を根拠づける事情を認識可能であるときには、照会に応じて、又は健康上の危険を防止するために、患者に情報提供しなければならぬ」と規定する。

63) 独民630c条2項3文は「医療提供者または刑事訴訟法第52条第1項でいうその近親者が医療過誤を犯した場合には、医療提供者の同意なくして、医療提供者またはその近親者に対する刑事手続または過料事件手続において、第2文に基づく情報 (医療過誤が疑われる場合に医療提供者が患者の照会に応じて提供すべき情報) を用いることは許されない」と規定する。医療提供者らが患者に対して債務として負う固有の情報提供から、医療提供者に刑事法または (行政上の) 秩序違反法上の、少なくとも直接的な不利益が生ずるべきでないとする趣旨によるものである (BT-Drucksache 17/10488,21f)

刑事手続で利用することができる⁶⁴⁾。

さらに、改正法630d1項2文は、患者の事前指示に関して規律している⁶⁵⁾。しかしこのことについてSpickhoffは、これは本来、刑事法特有の問題、すなわち、刑事法上の嘱託殺人の同意による正当化の問題である。身体侵害を正当化する同意の問題と同様、刑事法上の実質的な基準に則り自律的に原理原則において決めるべきことがらであるとするのである⁶⁶⁾。

加えて、Spickhoffは、立法手続にも言及する。すなわち、刑法および刑事訴訟法に含まれることがらを審議するにもかかわらず、審議過程において刑事法の専門家を招聘しなかった手続を批判するのである⁶⁷⁾。

(6) 連邦法への志向、EU法・国際条約との調和

前述したように、基本法74条により、医療に関する立法には、連邦と州が競合的に立法権を有する（連邦が立法権を行使したならば、州はもはや立法権を行使することができない）。そして医療に関していえば、連邦が枠組を、州はそれにしたがって詳細を定めるという関係に立つことが多い。しかし患者の権利法に関しては、「経済的な統一性と法的な統一性を国家全体の利益において保持する」ために、連邦法で規律することの必要性が法案理由において説かれている⁶⁸⁾。

そして、本法がEU法や国際条約と調和していることを確認する記述も法案理由にはある。具体的には、特に国境を越えたヘルスケアの費用償還請求権と医療記録へのアクセス権に関して、顧慮・移植が確認されているの

64) Vgl. Wagner, a.a.O.(Note 4) , 796f. この問題について、Jäger in: Dölle et al. Gesamtes Strafrecht 4. Aufl. 2017 Vorbem. zu §§133ff. StPO Rn. 37ff

65) 独民630d条1項2文は「患者に同意能力がない場合、第190a条第1項第1文に基づく患者の事前指示が当該処置を許容し、もしくは禁止していない限りで、同意権者の同意を取得しなければならない」と規定する。

66) Spickhoff, a.a.O. (Note4) VersR, 281.

67) ebd., 281

68) BT-Drucksache 17/10488, 12（「立法権限」の項目を立てて叙述する。特に病院経営法の改正に関して、「連邦法で規律することの必要性は、統一的で経済的な枠組条件を守るために、国民の緊急入院医療に妥当することであり、そして、病院にとって経済的な効果をもつすべての規律に当てはまることである」と述べる）

である⁶⁹⁾。

このように本立法においては、連邦国家であり、またEUの構成国である国の立法として、法秩序の多元的なレベルにおいて、ドイツらしい「全体と部分」に対する視点⁷⁰⁾が示されている。

4 小括——末端と根幹の関係

ドイツの医療契約法の立法者は、医療という限局されたテーマにかかわる立法が、ドイツの全法秩序、なかんずく私法の一般法たる民法典において整合的に組み込まれるよう、とりわけ形式面での体系的整合性の保持に心を砕き、随所で自覚的な対応ないし確認を行っている（雇用契約との接続方法、一般的な債務不履行責任規定との関係、不法行為法との競合関係、立証責任の特則の適用範囲の限定などにおいてそれをみいだすことができる）。それは、債務法の末端部分における各論的規律の変更が、そこから遡って一般化し、民法典の体系の根幹にまで影響を与えぬ考慮であり、努力であったと評価することができる。学説の状況までも含めるならば、不法行為法との関係や法の形成過程、加えて刑事法における価値判断との関係といった、価値判断の一貫性という問題意識に通ずる議論も、豊かに展開されたのである。

ドイツの医療契約法の立法論議において、法の体系的な整合性という問題意識は、立法者において形式的な規律方法における制約や工夫として応接されていたのみならず、学説においてはより実質的に、価値判断の一貫性という問題意識に通ずる議論にまで及んでいたのである。

69) BT-Drucksache 17/10488,13（「上記規律（訳者注：法案の提案する規律すべてということ）は、特に、2011年3月9日の、国境を越えたヘルスケアにおける患者の権利の行使に関する、ヨーロッパ議会ならびにヨーロッパ委員会の指針（Richtlinie 2011/24/EU）を、守るものである。EUにおいて、国境をこえたヘルスケアのためのはっきりした輪郭の枠組を生み出し、ほかの構成国で提供された健康サービス給付の費用の償還請求権を、その患者を被保険者とする法定の社会保険に基づき構成するという、この指針の意図は、上記規律（同上）によって顧慮され、部分的に移植される。そう、患者に医療記録へのアクセスを与えるべきとする指針6条5号は、改正民法630g条に移植されている」）

70) 歴史的に醸成されたこの視点について、村上淳一=守屋健一=ハンス・ペーター・マルチュケ『ドイツ法入門』（有斐閣、改訂第9版、2018年）8頁以下参照。

Ⅳ 立法における経済分析

1 法と経済学

経済分析を立法にどう取り入れるのか。ひいては、法と経済学の間をどう位置づけるのか。いまだ答えの出せていない難問である。

民法学界は、法の解釈や立法に経済学を取り入れることに対して、一般的には消極的姿勢を示している。しかし、消費者法など、一部の法領域では、行動経済学などの経済理論が重要な役割を演じ、法の解釈や立法に取り入れられている。医事法領域でも、高齢者医療など医療資源の分配が問われるような場面に、行動経済学的アプローチがとられることがある。そして、この領域特有のニーズに応え、一般の経済学とはまた別に、医療経済学という独自の学問分野⁷¹⁾も存在している。

ドイツの医療契約法（患者の権利法）の立法構想は、このような解決途上の問題に対し、いかなるスタンスを示したのだろうか。本稿では、経済分析そのものではなく、本立法構想の経済分析に対するスタンスに注目しよう。

2 ドイツ医療契約法（患者の権利法）案における経済分析

連邦政府法案は、前文、および法案理由の総論部分のいずれも後半分を割り、「法律の効果（Gesetzesfolgen）」と題して、本法の制定によって発生するコスト（Kosten）、なかでも実施費用（Erfüllungsaufwand）⁷²⁾を分析している⁷³⁾。すなわち、本立法によって発生する新たなコストと増加

71) とくに高齢者医療や公的医療保険などをめぐる医療政策を論ずるにあたり、大きな役割を演じている。

72) 法案理由の叙述において、実施費用（Erfüllungsaufwand）とその他のコスト（Kosten）を明瞭に分ける書き方はなされていない。本稿では基本的にコストで統一した。

73) 村山・前掲注（3）「〔翻訳〕ドイツ医療契約法（患者の権利法）の法案（理由付）（上）」60頁以下、とくに72頁以下参照。連邦政府法案の理由は、総論部分（Allgemeiner Teil）と各論部分（Besonderer Teil）の2部構成になっている。その総論部分の後半分を割いて、「本法の効果（Gesetzesfolgen）」の項目があり、そのほとんどが、コスト（Kosten）、なかでも実施費用（Erfüllungsaufwand）の分析で占められている。

するコスト（例えば、制度の切替費用、人件費、時間（時間給）、郵送料、会議等の開催にともなう事務資料、旅費、会議手当、休業損失など）の有無や多寡が検討されている。

叙述方法としては、コストの担い手——国民、経済、行政、法定疾病金庫、連邦、州——ごとに区分して分析内容が記されている（区分間において、相互に叙述の重複がみられる）。

コストの計算は、ときに統計等⁷⁴⁾に依拠して、1ユーロに至るまで仔細に、また数字で示せない、（現時点で）算定不可能である⁷⁵⁾ことの指摘も含みつつ、見積りないし見込・推定・概算で行われている。

しばしば、コストの発生に対抗させて、同一のことがらにより発生する費用節減の効果について叙述している。それは、ときにコストとの差引計算的な分析にまで及ぶものである。

このような経済分析の結果、コストが僅少なものである、付随的なものである、数字で示せるものではない、均衡のとれたものである⁷⁶⁾、あるいはそれに対するコスト減が見込まれる⁷⁷⁾といったことが確認され、本法案の提出へと至っているのである。

なお、本法案では、実質的変革をもたらさない民法改正においてコストは発生せず、実質的変革をとまなう社会法改正の一部においてコストを生

74) 統計のほか、賃金率については、「連邦政府の法令の立案における実施費用の算定と表示についての手引（Leitfaden zur Ermittlung und Darstellung des Erfüllungsaufwandes in Regelungsvorhaben der Bundesregierung）」に依拠している。

75) 一例として、改正案社会法典第5編137条1d項に基づく「患者安全の改善のための連邦全体委員会の指針」に関して、連邦全体委員会の準則が定められ、診療所ならびに病院に必要な措置が具体化したときに初めて、給付提供者の実施費用を見積もることができるとされている（BT-Drucksache 17/10488, 15）

76) 後注（83）を参照

77) 社会法改革で法定疾病金庫に僅かな変革コストが生じることが確認されているが、それは医療過誤の減少によるコスト減を下回ることが確認されている。例えば、BT-Drucksache 17/10488, 2前文部分で「施設間にまたがる過誤回避システムに病院が参加した場合の割増報酬のために、2014年以降、年約720000ユーロの増加費用が、法定疾病金庫に生ずる。疾病金庫における、医療の過程での望ましくない出来事という将来のコストの削減は、この金額を明白に上回るのであろうと推測される。」と述べる箇所が端的である。

ずるといふ、基本的な構図が出現した（下記【コスト発生の基本的な棲み分けの構図】も参照）。

民法改正部分は、そのほとんどが、すでに判例や他法令に基礎づけられ、これまでの医療プロセスや臨床実務を変える改正にはあたらないために、実施費用は発生しないと評価された⁷⁸⁾。具体的にコストなきことが明示された改正事項は、医師の同意取得・説明・情報提供、そして医療記録の作成・保管・閲覧などである⁷⁹⁾（例外的に、新しく義務化された、医療記録の事後的な変更・訂正・補足を識別しやすくする医療提供者の義務に関する規定は、コストを生ずるとされている⁸⁰⁾）。

これに対して、社会法改革の一部は、法定疾病金庫を中心に、実施費用を生ずると評価されている。具体的には、過誤回避システムに参加する病院の割増報酬、保険給付の承認期間に関する被保険者への情報提供義務、被保険者の意思表示の撤回権の創設、連邦患者オンブズマンの広報活動、規約の改定・指針の策定、患者組織の意見表明権などにおける新たなコストの発生やコストの増加が認められている⁸¹⁾（他方で、リスク過誤管理の重要な措置に関する連邦全体委員会の規約制定義務、病院における質の管理に患者志向の苦痛のコントロールが含まれることの明文化など、その内容が他法令の具体化にとどまる、または現状と重複することなどの理由から、コストが発生しないと評価された改正も多い⁸²⁾）。

なお、大きな割合を占めてはいないが、経済以外の効果も含むような立法効果の分析も加えられた。すなわち、他の行政計画との均衡⁸³⁾、物価や

78) ebd.,13（「改正案民法630a条から630h条で述べられたすべての義務は、判例によって発展させられた医師責任についての原則、基本法、医師職業規則（Berufsordnung der Ärzte）、さらに特別法によって、すでに規律されていた。…これらの義務は、日常診療において、すでに広範に適用されている」とし、「内容的な変更をとまなわななく形式的な、法的根拠の変更以外のものではない」ことが、実施費用の考察において「基本的な方針として」出発点とされるべきとする）

79) とくにBT-Drucksache 17/10488,14

80) ebd.,14

81) ebd.13ff.

82) ebd.13ff.

83) 連邦政府法案前文の「E.3 行政にとっての必要費用」の項目で「…これは、経済

物価水準への影響⁸⁴⁾、国家の持続性戦略への対応⁸⁵⁾ 平等政策（両性の平等）⁸⁶⁾ への対応といった諸点の分析である。

【コスト発生の基本的な棲み分けの構図（法案理由より顕著な部分を抜粋）】⁸⁷⁾

・民法典の改正について…

「改正案民法第630a条から630h条で述べられたすべての義務は、判例によって発展させられた医師責任についての原則、基本法、医師職業規則（Berufsordnung der Ärzte）、さらに特別法によって、すでに規律されていた。それゆえ、改正案民法第630a条以下から生ずる義務は、基本的な方針として、内容的な変更をとまなわない全く形式的な、法的根拠の変更以外のものではないことを、実施費用の差引考察において、原則として出発点とすべきである。これらの義務は、日常診療において、すでに広範に適用されているからである。・・・（略）・・・むしろ、法典化は国民に利する透明性を高め、もって結果として少なからぬコスト節減を伴うものである。」

・社会法改革について…

「病院経営法第17b条第1項第5文の改正に基づく、施設間にまたがる過誤回避システムに病院が参加した場合の割増報酬のために、法定疾病金庫に生ずるコストは、契約当事者によって定められるべき規律の幅ゆえに、現時点では、概括的にしか数字で示せない。施設間にまたがる過誤回避システムにおよそ400の病院——それは診療所のおよそ5分の1であろう——の

的にみて、そして15の個別プランにおける位置づけにみあう、均衡のとれたものである」と述べる（ebd.,2）。また法案理由（ebd.,15）も同旨

84) 連邦政府法案前文で、法定疾病金庫に発生するコストについて、「物価水準——特に消費者物価水準——への影響は見込まれない。」と述べる（ebd.,2）。また法案理由（ebd.,17）も同旨。

85) ebd.,17（「3.持続性の観点」の項目で「国家の持続性戦略の持続性指標は検討された。本法案の効果は、経済的な給付能力ならびに社会的な責任の領域における持続的な発展に対応するものである。」としている）

86) ebd.,17（「VI.本法の効果」の次に「VII.平等政策上の影響」の項目を独自に立て、「法改正の平等政策上の影響は検討された。本法案は両性に同じように効果を現すものであり、平等政策の見地から中立である。」としている）

87) 順に、村山・前掲注(3)「<翻訳>ドイツ医療契約法」74頁、73-74頁からの引用

参加が認められ、かつ生じうる割増分が完全入院のケース1件につき0、2ユーロである場合、総コストは年間およそ72万ユーロに達する。疾病金庫における、医療の過程での望ましくない出来事という将来のコストの削減は、この金額を明白に上回るであろうと推測される。」

3 小括——変革コストに配慮した費用便益分析

立法にさいしては、当該法律の効果、すなわち、当該法律によっていかなる法的・社会的・経済的な効果が発生するのかが、検討されなければならない。

連邦政府法案において、経済分析は、分量・内容ともに、たしかに大きな位置を占めている。理由の半分ほどにもなる法律の効果の分析は、そのほとんどが立法による経済的な効果の分析で占められている。

もっとも、その内容をみれば、他法や他国の立法構想にみられるような、行動経済学にもとづいて法制度を設計するというような、立法の動因となり、その内容を決定づけるような積極的な位置を与えられているわけではない。立法の目的やそれを基礎づける事実、そして法の概要がかたられたうえで、最後に法律の効果として、費用便益分析を用いて、効率性の観点から、問題なきことが確認されている。

そこにおける叙述からは、変革により発生ないし増加するコストに配慮し、慎重に精査する立法者の姿勢を窺うことができる。民法改正が実質的な変更をともなう改正ではないこと——既存法令、判例、または現実に裏打ちされた現状維持ということは、経済的効率性の観点からは、立法の安心材料として評価されている。立法者のこのスタンスは、Ⅱで検討した民法改正における判例との関連づけを重視する基本姿勢とも合致しているように思われる。

Ⅳ 結論

以上のように、本稿は、2013年にドイツで成立した医療契約法をめぐる立法論議を素材として、政策的要素を併せ有する現代の立法活動において、

自覚されるべき法の適格性とはどのようなものか、そしてそこからの逸脱はどこまで許容されるのかをあきらかにする作業を行った。

その成果として、民法典の改正であり、かつ医療契約法という本稿の素材からは、社会変革の要請との間で揺れつつ、判例に忠実に、極力法体系を崩さず、そしてとくに変革がもたらす経済的コストに配慮した、基本的な立法姿勢をみてとることができた。

もっとも、本研究の成果は、その射程において重大な留保を残すものである⁸⁸⁾。現代の立法は——それ自体論難されるようなものも含めて——多彩な拡がり呈している⁸⁹⁾。ある立法経験を素材とした研究成果の射程が、内容や程度において他法にどこまで及びうるかの構造的な研究は、今後に期さなければならない。

しかし、かかる留保を残すとしても、本研究の成果は、ともすれば政治が法に優位する現代において、立法者の恣意や専断を警戒する法的な視点を投げかけることができるだろう。とともに、やがて立法につながってゆく法形成を担う司法に対しても、法の解釈・適用にさいして自覚的な整序を促す意図も本稿は含んでいるのである。

【あとがき——患者の権利法（医療基本法）研究の最終報告】

本稿は、筆者が長年継続してきた、患者の権利法（医療基本法）に関する研究の最終報告の役割を兼ねるものである。本研究活動は、2010年の第40回日本医事法学会シンポジウム、共同研究、その後の研究にわたり、およそ10年にわたるものである。

この研究活動において、筆者は、ドイツの医療政策を紹介し、その優れた部分を見倣うという、従来型のアプローチをとらなかつた。本立法構想の背後には、日本国民が政治的に選択しなければならない、深刻な価値判断の対立が含まれていると考えたからである。

88) 民法改正であることのほか、医療ないし医療当事者関係の特性が作用していることが考えられる。また、生命・身体・自由といった普遍的な価値が深くかかわっていることも、立法学を論ずるうえで大きな考慮要素となる。

89) 川崎・前掲注(1)55頁以下等参照。

そうであれば、日本国民が政治的に選択すべき価値判断の部分はあきらかにしてこれを残し、かかる選択とそれに基づく立法が民主的に行われるよう、とりわけ法の比較という手法を用いて支援するというのが、本研究のスタンスでありアプローチであった。

本研究の方法と成果は、以下のようにまとめることができる。

第1に、国民に立法における価値判断の対立構造をあきらかにし、もって立法提案に対する主権者としての政治的選択のしどころを示した（代表的論文は「ドイツ2013年患者の権利法の成立——民法典の契約法という選択——」西南学院大学法学論集46巻3号（2014年）、「講演・ドイツの患者の権利法（患者の権利宣言30周年記念シンポジウム）—立法における価値判断という問題意識—」同誌47巻2・3合併号（2015年））。

第2に、国民にこの種の立法において自覚すべき法の適格性条件を示すことで、逆に、多数派の政治的選択のみに依る不適格な立法から個人の権利を守る論拠が存在しうることを提示しようとした（本稿）。

この対をなす2つの方法と成果は、価値判断の対立を内在させる国内立法における比較法研究の活かしどころ——立法における現代的な比較法の役割——を主張することに繋がっている。

【祝辞】

多田利隆先生・古賀衛先生の古稀を心よりお祝いし、今後の益々のご健勝をお祈りしたいと思います。

【謝辞】

本稿は、JSPS 科研費 JP26380156 「医療契約論—その典型的なるもの」、JSPS 科研費JP 22530100 「医療契約の成文化（法典化）」、およびJSPS 科研費 JP17K03519 「現代医療とライフ・スタイル」の助成を受けた研究成果です。