

医師の経済的情報提供義務(wirtschaftliche Informationspflicht) ——医療における経済的期待の保護の論理

村山 淳子

- I 本稿の目的
- II ドイツの医療保険制度とその課題——背景事情にあるもの
- III 判例・学説による法形成と条文化
- IV 体系上の地位
- V 原理の考察——医療における経済的期待の保護の論理
- VI 法的根拠と法的効果
- VII 具体的な内容
- VIII 包括的な経済的助言義務論
- IX わが国への示唆

I 本稿の目的

医療に先立ち、その積極・消極、また直接・間接の経済的結果を知っておくことは、さまざまな意味で、患者にとっては切実な必要である。しかし、わが国では——市場競争が顕在化するような特殊なタイプの医療を除いては¹⁾——患者が経済的な説明や情報提供を受けることが、法的な論理や根拠をもってかたられることはなかった。上記患者の必要は、現実には、医療機関ないし医師の良心的な対応をもって、可能な範囲で応答されてきたようにおもわれる。しかし、この現象の法的意味については、わが国では考察の対象とされてこなかった。

しかし、ドイツでは、患者に対する医師の経済的な説明義務ないし情報

1) 後掲注(146)の研究成果参照。特に村山淳子「自由診療における消費者問題——多面的な状況に依存する特殊な消費者をどう保護するか」消費者法研究4号(2017年)83頁以下参照。

提供義務²⁾が、一定条件および一定範囲のもとで、法的な義務として根拠づけられてきた。

同質の国家体制と経済構造を有し、わけても医療制度や医療法制について類似性のみとめられる国、ドイツにおける医師の経済的説明義務ないし情報提供義務を考察することは、わが国における上記患者の必要への応答を考えるうえで示唆たりうるだろう。

そこで本稿は、医療の経済的結果を知る患者の必要への法的応答という視点から、ドイツにおける医師の経済的説明義務ないし情報提供義務を考察し、その成果からわが国への示唆を獲得することを目的とする。

そのために、本稿は以下のような構成をとる。まず、背景事情として存在するドイツの医療保険制度とその課題について概述する(Ⅱ)。次に、Ⅱを下地として、ドイツにおける医師の経済的説明義務ないし情報提供義務の歴史的な生成と展開(Ⅲ)、その体系上の地位(Ⅳ)、原理的根拠(Ⅴ)、法的根拠と違反に対する法的効果(Ⅵ)、具体的な適用条件・内容・時期・方法(Ⅶ)の順に考察してゆく。さらに、一部で主張された包括的な経済的助言義務論を取り上げて本稿の視点からアプローチする(Ⅷ)。最後に、以上の成果から、ドイツ固有の背景事情を差し引いたうえで、わが国に示唆たりうるものがあるかどうかを考察する(Ⅸ)。

2) かつては医師の「経済的説明義務 wirtschaftliche Aufklärungspflicht」(ときに「経済的助言義務 wirtschaftliche Beratungspflicht」)と称されてきたが、条文化後は、条文の表記に合わせて医療提供者の「経済的情報提供義務 wirtschaftliche Informationspflicht」と称されることが多い。

本義務のドイツ法での位置づけは、そう大きいものではない。本稿執筆にあたっては後出Schellingの研究論文を中心に、主だった概説書やコンメンタルにおける解説、そして2013年の医療契約の典型契約化のさいの条文化にあたっての立法資料や学説等を参考にした。

本稿の主要な参考文献を以下に挙げる。それ以外の文献および裁判例は、適宜関係箇所にて表示する。Schelling, Die Pflicht des Arztes zur wirtschaftliche Aufklärung im Lichte zunehmender ökonomischer Zwänge im Gesundheitswesen, MedR 2004, S.422ff.; Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten (BT-Drucksache 17/10488); Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, 7. Aufl., 2014, Rn.561ff.; Laufs/Kern/Rehborn, Handbuch des Arztrechts, 5. Aufl., 2019, §64(Kern); Prütting, Medizinrecht Kommentar, 5. Aufl., 2019, S.606ff. (Prütting/Merrem)

なお、わが国における先行研究といえるものは、医療契約の典型契約化ないし患者の権利法の立法の全体的研究(後注(35)参照)にとどまる。【付記】も参照。

II ドイツの医療保険制度とその課題³⁾ ——背景事情にあるもの

ドイツにおける医師の経済的説明義務ないし情報提供義務を考察するためには、その背景事情として、ドイツに固有の医療保険制度とそれが抱える課題を理解しておかねばならない。

1 公・民からなる二元的医療保険制度⁴⁾

(1) 公的医療保険

ドイツの医療保障は公的医療保険、つまり法定疾病保険 (gesetzliche Krankenversicherung) によって主に担われている⁵⁾。

法定疾病保険は、社会法典第5編⁶⁾ (SGB V) によって規律されている。それによると、保険者である法定疾病金庫 (gesetzliche Krankenkasse)⁷⁾

-
- 3) 本項目の叙述にあたっては、ドイツの医療法制に関する筆者のこれまでの研究成果 (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号 (2011年) 251頁以下)、ならびに社会法領域の研究者の手によるドイツ法研究の業績のうち、本稿の問題意識に比較的近いもの (水島郁子「ドイツ社会保険法における民間医療保険」阪大法学60巻2号 (2010年) 57頁以下等。近年では、松本勝明「公的医療保険における公平と競争—ドイツにおける政策選択—」年報公共政策学13号 (2019年) 223頁以下等) を参照した。
 - 4) 医療保障のあり方は、比較法的にみても、一義的でない。ドイツ、日本、アメリカなどは公的ないし民間の医療保険に依拠している。同じ保険型でも、わが国は公的医療保険の皆保険制度をとり、アメリカは民間医療保険中心である。これに対して、イギリス、フランス、北欧などは、国家や自治体が税財源で国民に直接医療を提供している。
 - 5) ドイツの社会保障は、社会保険 (Sozialversicherung)、社会援護 (Sozialversorgung)、社会扶助 (Sozialhilfe)、そして社会助成 (Sozialförderung) から成っている。社会保険はさらに、年金保険、疾病保険、介護保険、災害保険、および失業保険に分けられる。医療保障は、このうち疾病保険によって担われている。
 - 6) かつて、社会保障を規律する法はさまざまな個別法典から成っていたが、2005年までに、これらを一括して規律する社会法典が編纂され、社会保障全般を包括的に規律している (本法は、もともと豊富な社会保障諸法をひとまとめにしたものであるため、広範かつ詳細な内容となっている)。このうち、疾病保険の規定は第5編におかれている。
 - 7) 国から独立した公法上の法人で、労使が自主管理する。保険料の額は、各疾病保険金庫が被用者の給与に応じて決定する。保険料は加入者たる被用者と使用者が割合的に負担して納付する。

なお、保険者の競争強化のために、保険者による一定のタリフの提供が認められている (社会法典第5編53条)。そして、被保険者に加入疾病金庫の包括的な選択権がみとめられた (社会法典第5編173条、後掲注 (145) 参照)。

と保険医⁸⁾とのそれぞれの連邦レベルの連合体⁹⁾同志で連邦枠組契約(Bundesmantelvertrag)を締結し¹⁰⁾、その大枠に沿って法定疾病金庫の州レベルの連合会と各保険医協会¹¹⁾とで締結した包括契約(Gesamtvertrag)(内容は2009年より一律¹²⁾)にもとづき、各保険医協会が所属の保険医に診療報酬の配分を行い、それによって各保険医は現物給付として¹³⁾被保険者および(一定要件のもとで)家族に医療を行う(入院医療の場合は、また別の関係が成立する)。

公的保険医療は、労使の自治による統制、および法による規律ないし統制に服している。しかし、それは医療費の支払いをめぐる公法上の関係にすぎず、医師と患者の法的関係は、私法上の契約を基盤とするパートナーシップであることが確認されている¹⁴⁾。そしてそこにおいて医師は、医学上の必要性のみに拘束され、国家からの拘束を受けない自律的職業像を保持している¹⁵⁾。

- 8) 外来の保険医療を行う開業医である。保険医になるためには、保険医協会の管轄ごとの認可委員会の認可を受けなければならない。
- 9) つまり、連邦疾病金庫中央連合会と連邦保険医協会である。
- 10) 社会法典第5編87条に基づき、連邦疾病金庫中央連合会と連邦保険医協会との連邦枠組契約によって、「保険医の診療に関する基本的な事項」に関して取り決められる。そこには、診療報酬算定基準である統一評価基準(Einheitlicher Bewertungsmaßstab,EBM)も含まれる。
- 11) 全国に17の保険医協会が存在し、さらにこれが連邦保険医協会を構成している。いずれも公法上の法人である。近年では、保険医グループや保険医個人でも締結できる。
- 12) 社会法典第5編87a条2項
- 13) 給付範囲については、連邦保険医協会、ドイツ病院団体、および連邦疾病金庫中央連合会で組織される連邦共同委員会が策定する指針によって定められる(社会法典第5編91条、92条)。
- 14) 公的保険医療の法律関係については、かつて、社会法領域と民法領域を二分する見解の対立(社会的関係説と契約説)が存在していた。しかし2013年の医療契約法(患者の権利法)(後掲注(35)参照)の制定をもって、民法領域の通説であった契約説の採用が確認された。本説は、公的保険医療において発生する公法上の関係をパターンリズムと警戒し、契約こそが医師と患者の対等なパートナーシップの法的形態であると主張していた(例えば Deutsch/Spickhoff, a.a.O.(Note 2)(Aufl.6, 2008),Rn.20. 患者の権利法の目的については後掲注(35)参照)。
- 15) なお、公的保険医療の限界は相対的なものであり、絶対的な治療の必要性によって破られるものであるという連邦憲法裁判所の立場が示されている(BverfGE 115,25=ZFSH/SGB 2006,20=NJW 2006,891)

(2) 民間医療保険

ドイツでは、民間医療保険が医療保険の1割ほどを占め¹⁶⁾、医療保険の重要な要素であり続けている。

民間医療保険は、保険会社と被保険者の私法上の保険契約を基盤とし、本来的に、私法原理によって導かれる。もっとも、特記すべきは、2007年の医療制度改革である。それによって、公的医療保険に加入する義務がない者にも、公的医療保険に任意に加入するか、公的医療保険を代替する基礎的内容の民間医療保険に加入することが義務づけられた¹⁷⁾。もって、全住民に公か民かのいずれかの医療保険に加入することが義務づけられることとなり、ドイツは(わが国とは別の意味で)「皆保険」を達成した。この改革により、ドイツの民間医療保険は、公的医療保障をも担うこととなり¹⁸⁾、公的責任に応じた一定の法規制を受け入れている¹⁹⁾。

民間医療保険の患者は、公的医療保険の代替たる基礎的内容の医療保険(完全医療保険Krankenheitsvollversicherung)に加え、これに上乗せして、任意に、公的医療保険または民間医療保険の完全医療保険に上乗せする付加保険(Zusatzversicherung)に加入することができる。

(3) 多様な保険加入状況

このような、公的医療保険と民間医療保険が絡み合った、二元的かつ複雑な医療保険制度の下で、ドイツ国民は、その職業や所得ごとに、以下のように分枝、そして付加される複雑な加入形態を呈することになる。

まず、①給与が一定額以下の被用者等は、公的医療保険への加入義務を負い、公的医療保険の強制被保険者となる²⁰⁾。次に、②高所得労働者、

16) 公的医療保険の加入者と民間医療保険の加入者の比は約9:1である。

17) 保険契約法 (Versicherungsvertragsgesetz vom 23.11.2007, BGBl. I S.2631) 193条3項

18) 水島・前掲注(3) 59頁は「民間医療保険の、社会保険への組み込み」と表現する。

19) 水島・前掲注(3) 60頁以下参照。具体的には、保険契約法およびそれにかかる保険監督法による私法上の締約強制ならびに解約強制、および契約内容の規制である。完全医療保険の保険者は、給付と保険料の点で公的医療保険と同等以上の全保険者一律の基礎タリフで、保険契約を締結することを義務づけられ、解約することができない。

20) 社会法典第5編5条1項1号以下に具体的に列挙されている。13号で「疾病時に他の方法により保障を受けられない者」を受け皿的に挙げることで、全国民への医療を包括的に保障している。

一部を除く自営業者、そして公務員(国から一定の補助を受けるが保険によって差額の補填を受ける)等は、自らの選択により、②-1 公的医療保険の任意被保険者²¹⁾か、または②-2 代替的な民間医療保険の被保険者となる。そして、①②いずれの被保険者でも、任意に、公的医療保険または民間医療保険の完全医療保険の上乗せ的な付加保険に加入することができる。

被保険者は、保険者や補償内容について——上記①の被保険者でさえ²²⁾——一定の選択肢が用意されている。むろん、上記②の被保険者には、いっそう、法的にも、事実上も、多彩な選択の途が開かれている²³⁾。

2 医療における格差と選択

ドイツでは、伝統的に、公・民の二元的な医療保険制度のもと、公・民両医療保険の患者の間に、受給可能な医療の質と量、そして医療にさいしての選択において大きな格差が存在する²⁴⁾ことが問題視され、是正がめざされてきた。

とくに、第二次大戦後の経済成長とともにう発展から転じ、給付支出の急増による財政逼迫から、1977年以降の医療費抑制策へ医療政策の舵が切られたこと²⁵⁾、公的医療保険の給付内容は切りつめられ、公的医療保険

21) 同法同編6、7条

22) 例えば、1992年の医療保障構造法(Gesundheitsstrukturgesetz vom 21.12.1992, BGBl I, S.2266, GSG)により、被保険者に加入疾病金庫の包括的な選択権が与えられた(社会法典第5編173条)。分立する疾病金庫ごとに保険料率の差があることが基本法の平等原則に反することの解決と併せて、疾病金庫間の競争による給付の質と効率性の向上を促すことがめざされたと評される(松本・前掲注(3)233頁参照)。この改革につき松本・前掲注(3)223頁以下が詳しい。

23) 公的医療保険に加入する義務がない者は、民間医療保険に加入する途を選択することもできる。そして、その民間医療保険の内容は保険ごとに多彩であり、医師ないし病院選択の自由も広い。

24) 前掲注(23)で述べた医療内容や医師の選択という点以外でも、民間保険医療は、公的保険医療と比べて質量ともに概して高く、かつ民間医療保険の患者は優先的に治療が受けられるなどの利点がある。

25) 松本・前掲注(3)234頁の叙述を参考にした。

の患者が受給できる医療給付の内容は質量ともに低下した²⁶⁾。その結果、疾病によっては、公的医療保険の患者は、公的医療保険の給付枠では自分にとって最適の医療を受けることができない事態が増えた²⁷⁾。患者が民間医療保険ないし私費という経済的負担を担うことでしか医学的問題を解決できない²⁸⁾ 場面において、医療における経済的選択が重要な意味をもつようになった。

ドイツにおいて、医療保険制度の抱える深刻な医療格差の問題、そしてそこにおける経済的選択の重要性を下地にすることなく、医師の経済的説明義務ないし情報提供義務をかたることはできない。

Ⅲ 判例・学説による法形成と条文化

ドイツにおいて医師の経済的説明義務ないし情報提供義務は、まずは判例および学説において形成され、その内容を基礎に、2013年の医療契約の典型契約化のさいに新しい条文に結実し、これをもって一応の固定化をみた。以下にて、現在に至るまでの歴史的経緯を概述しよう。

1 判例・学説による法形成

(1) リーディング・ケース

先例の位置づけにあるのは、1983年の連邦通常裁判所 (BGH) 判決である。

1983年2月1日連邦通常裁判所 (BGH) 判決²⁹⁾

<事実の概要>

病院の部長医 (Chefarzt) であるYは、私費患者 (Privatpatient) として受診したXを、右股関節症と診断して、自身の経営する個人病棟に入院し

26) 例えばVgl. Voß, Kostendruck und Ressourcenknappheit im Arzthaftungsrecht, 1999, S.3

27) Schelling論文はこの認識から次に述べる問題意識を持つにいたっている (Vgl. Schelling, a.a.O.(Note 2), S.427)

28) Schelling論文はこの問題意識を有している (Vgl. Schelling, a.a.O.(Note 2), S.427)

29) BGHZ 102, 106 = BGH NJW 1983, 2630f. なお、先行する下級審判決として AG Köln NJW 1980, 2756; LG Köln VersR 1983, 960.

て治療するように指示した³⁰⁾。Xはそこで約2か月間入院し、右股関節の薬物治療のほか、肝臓の点滴療法や、低血圧の薬物治療を受けている。しかし、Xの保険者は、入院治療は医学的必要性がないとの見解から、Xへの保険給付を拒否した。

第1・2審では、Xは保険者を訴えて認められなかった。XはYに訴訟告知して、支払い済みの入院治療費の返還と、保険者との間の訴訟費用の賠償を請求した。そのさいのXの主張は、入院治療が医学的に必要のないものであることと、とくに保険者が入院治療費の引き受けを拒否するおそれがあることについて、Xに知らせる指摘義務がYにはあったというものである。第1・2審において、Xの主張は基本的に認められた。これに対してYが上告したのが本件である。

<判旨> (下線・括弧は筆者)

以下のように理由を述べて、上告を棄却した。

「当裁判所は、YがXの検査および助言に関連し、契約上の付随義務に違反して、それによりXに損害を与えたことを理由とする、Xの(Yに対する) 損害賠償請求を、基本的には以下のことを考慮して、正当と認める。

Xの病状は、必ずしも一義的に入院治療が必要なものではなく、むしろYは、実施予定の関節症治療は外来でも全く問題なく実施できることを認識可能であった。それゆえ、Yは、Xの民間医療保険が入院治療のための給付を拒否する可能性があることを考えなければならず、Xにそのことを指摘しなければならなかった。少なくとも、医師が入院治療を有効だと認めても、(保険者には)絶対的に必要だとは評価されないかもしれない境界事例では、このような助言義務が存在する。Xの損害は、入院治療にかかった費用から、入院期間に節約された支出を控除した金額である」。
……略……

30) ドイツ固有の医療契約形態の1つ。医師契約の付加された包括的病院契約 (totalen Krankenhausvertrag mit Arztzusatzvertrag) である。患者は、医師の診療も含めた患者の入院治療に必要なすべての給付を行うことを目的とする包括的病院契約を結び、それに付加して、それ以外のさらなる診療給付について、独立の精算請求権を有し指導的地位にある病院勤務医 (部長医等) とも契約を締結する。この形態では、病院設置者と当該医師の両方が契約当事者であり、患者は双方に対して治療請求権を有する。

本判決をもって、医療費の保険者による引き受けが絶対とはいえない境界事例において、医師は、保険者が給付を拒否する可能性を考えなければならず、その旨の指摘ないし助言をすることが、患者に対する契約上の付随義務として義務づけられることが宣明されたのである。

(2) その後の法形成

これをリーディング・ケースとし、その後裁判例は、当初の無区別から、公・民の両医療保険の患者を区別して考えるようになり、なかんずく公的医療保険の患者に対して、公的医療保険でカバーされる医療から患者の自己支払による医療ないし世話に移行するタイミングで、公的医療保険による費用の引き受けがない（可能性がある）ことと、それにとまなう費用負担に関して情報提供すべき医師ないし病院経営者の義務を肯定する立場をとるようになった。

先例に続く1995年12月19日連邦通常裁判所判決³¹⁾は、（包括的入院契約に付加され、公的医療保険の対象からは外れるところの）選択的な給付の合意の有効性の前提という位置づけにおいて、選択的給付に対する別個の報酬請求権の発生について患者に知らせていたかを問題とし、結論としては、患者がサインした宣誓書の記載事項をもってこれを肯定し、選択的給付の合意を有効とした。

そして、2000年5月9日連邦通常裁判所判決³²⁾は、（公的医療保険の対象となる）医療（Behandlung）から（公的医療保険の対象から外れる）世話（Pflege）への移行が迫っていることを適時に患者に指摘することは、患者を不必要な費用や不相応な経済的負担から保護する医療側の義務に属しているとしつつ、事案では義務違反を否定した。

31) BGH NJW 1996, 781（救急で受け入れた患者に対して、その後、2人部屋病室への入院と、別個の報酬請求権を有する部長医による医療（選択的給付）を実施した場合に、患者の医療費支払義務を基礎づける選択的給付の合意の有効性が争われた）。

32) BGH NJW 2000, 3429（精神分裂病と診断された患者の入院の継続中に、公的医療保険がカバーする「医療」から、もはやそれがカバーしない（担当者の見解によればそう考えられる）「世話」に移行するにあたり、医師の経済的説明義務は尽くされていたかが争われた）

これらよく引用される最高裁判決に交えて、多彩な事例で上・下級審判決が積み重ねられ、本義務の内容や射程があきらかになっていった(例えば、歯科医師の場合についての判断、民間医療保険の患者に対する例外、具体的範囲、意想外の約款との関係など³³⁾)。そして、学説はこれに触発された³⁴⁾。

このような司法判断の集積と動向をふまえ、Philip Schellingは2004年に、学理上の本格的な分析を含む研究論文Die Pflicht des Arztes zur wirtschaftlichen Aufklärung im Lichte zunehmender ökonomischer Zwänge im Gesundheitswesen, MedR 2004, S.422ffを公表した(条文化後も含め、原理的な考察において本論文に比肩する業績はいまだ出ていないとおもわれる)。

2 2013年の医療契約の典型契約化による条文化

そして時を経て2013年、医療契約の典型契約化³⁵⁾の中において、それま

-
- 33) LG Düsseldorf MedR 1986,208 (選択的医療が民間医療保険によってカバーされないことの説明); OLG Köln NJW 1987, 2304 (異説を含むが、歯科医療についての判断を示す); OLG Hamm NJW 2002, 307 (未確立療法); AG Pforzheim, MedR 2003 234f (民間医療保険の費用引受書の提出がなされない場合は患者が自己支払義務を負うという約款は、意想外の約款として、普通契約約款規制法3条により契約の構成要素にならないとする); BGH NJW 2004, 684 (選択的給付の詳細な費用説明を不要とする)。
- 34) Fehse, Der Behandlungsvertrag und die wirtschaftliche Aufklärung, MedR 1986, 115f.; Baden, "Wirtschaftliche Aufklärungspflichten" in Medizin, NJW 1988, 746 など
- 35) Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten vom 20. Februar 2013 (BGBl. I S.277)。筆者はドイツの医療契約法(患者の権利法)に関する全般的な研究に取り組んできた。それも含めた本法に関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(村山淳子「補論2 解釈類型から法定類型へ—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)175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)1679頁以下、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>ドイツ医療契約法の法案(理由付)(上)」、村山淳子「適格なとは何か—ドイツ医療契約法の法的視点」同誌51巻3-4合併号(2019)89頁以下等。

で判例・学説によって形成されてきた医師の経済的説明義務は、契約当事者であるBehandelnder (医療提供者)³⁶⁾ が患者に対して負う医療契約上の義務として法定されるに至った。

現行法条にもとづく詳細な解説は後述に譲り、ここでは、630c条3項(下線部分)を紹介し³⁷⁾、条文化による変更や影響を述べておこう。

【ドイツ民法第630c条3項(下線部分)】

第630c条 契約当事者の協力 (Mitwirkung)、情報提供義務
(Informationspflichten)

第1項 ……略(契約当事者の協力) ……

第2項 ……略(治療上の情報提供義務、医療過誤の情報提供義務) ……

第3項 医療提供者は、第三者による医療費の完全な引受けが確保されていないことを知っている、又は事情によりそのように考える十分な根拠があるときには、患者に対し、医療開始前に、予測される医療費について文書で情報提供しなければならない。他の規定により、別段の形式が求められる場合にはこのかぎりでない。

第4項 ……略(医療の延期不能・患者の明示の放棄による情報提供義務の例外) ……

これまで、「経済的説明義務 (wirtschaftliche Aufklärungspflicht)」と称されてきたものが、「経済的情報提供義務 (wirtschaftliche Informationspflicht)」

なお、本稿における条文および法案の訳出は、筆者のこれまでの諸原稿に基本的には依拠している。

36) ここでいう「医療提供者 (Behandelnder)」とは、医療契約の定義規定である630a条1項によれば、「医療契約によって患者の医療上の処置 (medizinische Behandlung) を約束する者」である。これは、医療処置を実施する (durchführen) 者とは限らず (BT-Drucksache 17/10488法案理由,S.18)、医師であるとも限らない (BT-Drucksache 17/10488法案理由S.11.またS.18)。ドイツにおいてわが国以上に複雑な医療契約の医療側の当事者論 (詳細は、村山淳子・前掲注(35)『医療契約論』192頁等を参照されたい) には立ち入ることなく、本稿では本義務の負担者を「医師」として論を進める。

37) 本稿の条文は、同書206頁以下に修正を施したうえで引用する。

と表記された。義務負担者が、医師や病院経営者だったものが、より包括的に、医療側の契約当事者という設定になり、Behandelnder（医療提供者）という用語が当てられた。公・民両医療保険のそれぞれの患者に対する場合を区分して考えてきたそれまでの裁判例・学説に反して、「第三者」という表現を採用して包括的内容としている（この点については後述Ⅶ）。従来の裁判例や・学説においてバラつきがあった適用条件や内容が、統一的に表現されている（ただ、Ⅸで述べるように不明瞭さがある）。

法律構成として、これまで信義則（民法242条）違反を根拠に民法280条に基づく損害賠償請求権を導き出していたものが、民法630c条3項という具体的な根拠をもってこれを行うに至った。なお、本義務は契約法として条文化されたが、民法630c条3項の規定は、契約関係のない診療関係にも類推適用が可能だが、その後の学説によって確認されている。

立法後、本規定を根拠とする裁判例がすでに相当数出ている³⁸⁾。

Ⅳ 体系上の地位

ドイツにおける医師の経済的情報提供義務は、特徴的な体系上の地位を有している。

1 自己決定のための説明 (Selbstbestimmungsaufklärung) との関係

医療契約の典型契約化以前、ドイツにおいて、医師の多様な説明義務は、必ずしも学理上明快に分類されていなかった³⁹⁾。

しかし、医師の経済的な説明義務は、患者の自己決定権を保護法益とするところの、いわゆる「自己決定のための説明 (Selbstbestimmungsaufklärung)」義務とはかかわりがないという認識は、従来より存在してきた⁴⁰⁾（このことは、経済的説明を行わなかったことによる法的効果を考えるさいに、決

38) LG Osnabrück GesR 2017, 106; BGH NJW 2020, 1211 ほか、下級審を中心に多数。

39) Vgl. Laufs/Kern/Rehborn, a.a.O. (Note 2), §63, Rn. 9

40) Vgl. LG Saarbrücken, NJW 1984, 2632; Baden, a.a.O. (Note 34), 746; Francke/Hart, Gutachten zur Charta der Patientenrechte, 1999, S. 189; Schelling, a.a.O. (Note 2), S. 426.

定的な意味を持つことであった⁴¹⁾)。この認識を示す論者は、以下のよう
に理由を述べる。

医療において、経済的な情報が、患者の医療上の同意を左右することはない。医師が経済的な説明を行わなかったことをもって、患者の医療上の同意が無効となることはない⁴²⁾)。なぜなら、患者は、医療の経過とリスクについての説明を前提に、(医療上の自己決定の比較衡量の要素となるはずの)医療の利益と不利益を認識しているからである⁴³⁾)。医師の経済的説明義務が保護しているのは、基本法の保護するところの、患者の身体に関連付けられた自律性ではなく、経済的な利益、あるいは経済的な利益に関する自己決定である⁴⁴⁾)。医学的助言と経済的効果は相互に作用する関係にはない⁴⁵⁾)、と。

もっとも、事実上、自己決定のための説明と経済的な説明の線引きは難しく、とくに医学的にみて複数療法がある場合に重複しうることは、裁判例にも表われ、論者においても認識されていた⁴⁶⁾) (この事実を、法的に反映させ、伝統的な区別を崩す志向が、説明義務を自己決定のための説明義務として一元的にとらえたり (VI 2)、後に述べる包括的な経済的助言論の主張 (IX) をすることと同一軌道上にのってくるとおもわれる)。

2 医療契約の典型契約化による体系化

2013年の医療契約の典型契約化により、それまでの多様な医師の説明義務は、条文をもって初めて体系立てて示された。

41) Schelling, a.a.O.(Note 2),S.426

42) Vgl.Baden, a.a.O.(Note 34),747f.; Glatz,Der Arzt zwischen Aufklärung und Beratung, 1998,S.326 ; Bergmann,Arzthaftung,1999,S.134 ; Schelling,a.a.O. (Note 2),S.426

43) Vgl.Glatz, , a.a.O.(Note 42), S.284 ; Schelling,a.a.O. (Note 2),S.426

44) Vgl.Kern/Laufs,Ärztliche Aufklärungspflicht,1983,S.189f.;Baden, a.a.O. (Note 34), 747f.; Schelling, a.a.O. (Note 2),S.426

45) Schelling, a.a.O. (Note 2),S.426-427.Vgl.auch S.428f.

46) Schelling, a.a.O.(Note 2),S.426.Vgl.auch S.428f. なお、治療上の情報提供義務と自己決定のための説明の線引きの難しさについても指摘されている (Laufs/Kern/Rehborn , a.a.O.(Note 4),Rn.4

(1) 情報提供義務(Informationspflichten)と説明義務(Aufklärungspflichten)
の区分——民法630c条と民法630e条

まず、情報提供義務(Informationspflichten)(民法630c条)と説明義務(Aufklärungspflichten)(民法630e条)が、全くの別条文をもって規定された(下記【医療契約規定の全体像】参照)。さらに、他の条文に目を遣るならば、民法630d条は同意の前提が民法630e条の規定する説明義務の方であることを明記している⁴⁷⁾。また、立証分配の特則を定める民法630h条は630e条の規定する説明義務のみを対象とすることを明記している⁴⁸⁾。

本立法をもってはじめて、医療契約の目的としての広い意味でのBehandlungを対象とする情報提供義務(Informationspflichten)と、具体的なBehandlung(条文ではMaßnahme)のみに関連づけられる説明義務(Aufklärungspflichten)とが、概念上明確に区別されたのだと評価されている⁴⁹⁾。ただし、両者を同じく自己決定のための説明義務ととらえる立場から、二重の規律になってわかりにくいと批判する有力説⁵⁰⁾もあった。

【医療契約規定の全体像(下線部分に注目)】

630a条 医療契約における契約に典型的な義務(Vertragstypische

-
- 47) 630d条2項は「患者、若しくは1項2文の場合には同意権者が、同意に先立ち、630e条(1~4項)のルールに則り説明を受けていることが、同意の有効要件である」と規定する。
- 48) 630h条2項は「医療提供者は、630d条に則って同意を取得し、630e条のルールにしたがって説明を行ったことを立証しなければならない。説明が630e条のルールにしたがっていない場合、医療提供者は、患者は適正な説明を受けたとしてもその処置に同意をしたであろうと、主張することはできる」と規定する。
- 49) とくに630c条2項1文の治療上の情報提供義務について表明された。BT-Drucksache 17/10488 法案理由、S.21。Vgl. Rehborn, Patientenrechtegesetz 2013-Behandlungsvertrag, Mitwirkung, Information, Einwilligung, Aufklärung, MDR 2013, S.499; Thole, Das Patientenrechtegesetz-Ziele der Politik, MedR 2013, S.146; Laufs/Kern/Rehborn, a.a.O.(Note 2), Rn.2
- 50) Spickhoff, Patientenrechte und Patientenpflichten: Die medizinische Verhandlung als kodifizierter Vertragstypus, VersR 2013, S.272は、いずれも自己決定のための説明であるとの理解に立ち、自己決定のための説明を二重規律することになりわかりにくいと批判的である(Spickhoffは、かかる一元論をとりつつ、経済的助言を強調し過ぎることを考え、オプリーゲンハイトとして法的効果を抑えることでバランスをとろうとしているとおもわれる)。

Pflichten beim Behandlungsvertrag)

- 630b条 適用可能な規定
- 630c条 契約当事者の協力 (Mitwirkung) (1項)、情報提供義務 (Informationspflichten) (2項・3項)
- 630d条 同意 (Einwilligung)
- 630e条 説明義務 (Aufklärungspflichten)
- 630f条 医療上の記録 (Dokumentation der Behandlung)
- 630g条 医療記録の閲覧 (Einsichtnahme in die Patientenakte)
- 630h条 医療過誤および説明過誤責任に関する立証負担

(2) 情報提供義務の3類型

この情報提供義務 (Informationspflichten) は、患者の自己決定権以外の、医療に関連する患者の諸種の利益に奉仕するといえるものである。

保護法益ないし目的別に、それはさらに、①医療 (Behandlung) にとって重要な事情について情報提供する義務 (2項1文)、②医療過誤が疑われる場合の情報提供義務 (2項2文)、そして③経済的情報提供義務 (wirtschaftliche Informationspflicht) (3項) の3類型に分けられる (下記【情報提供義務の3類型】参照)。

まず、①医療にとって重要な事情について情報提供する義務は、ドイツで従来、「治療上の説明義務 (therapeutische Aufklärungspflicht)」、「安全のための説明 (Sicherungsaufklärung)」、あるいは「助言 (Beratung)」などと称されてきたものと、内容的には同一である⁵¹⁾。この義務は、治療の確保 (治療上の効果の確保)⁵²⁾ の利益に奉仕するものである。

次に、②医療過誤が疑われる場合の情報提供義務 (2項2文) は、②-

51) BT-Drucksache 17/10488法案理由,S.21(判例により「治療上の説明義務 (therapeutischen Aufklärungspflicht)」や「安全のための説明 (Sicherungsaufklärung)」として展開してきたものを条文化した旨を説明) ; Laufs/Kern/Rehborn, a.a.O.(Note 4),Rn.2 (助言 (Beratung) とも呼称されてきたという)。

52) Bergmann/Pauge/Steinmeyer(hrsg.),Nomos Kommentar:Gesamtes Medizinrecht,2.Aufl. Nomos,2014,BGB§630c Rn.1 [Wever] ; BT-Drucksache 17/10488 法案理由, S.21

1 患者からの照会に応じたの情報提供と、②-2 患者の健康上の危険を防止するための情報提供の2類型に細分される。これらは、いずれも、医療過誤後の患者の健康を保護するためのものであるとされる⁵³⁾。従来、とくに②-1に関して論争が存在してきたが⁵⁴⁾、条文は基本的には、これまでの判例による利益衡量⁵⁵⁾の結果を継承している⁵⁶⁾。

そして、本稿が対象とする③経済的情報提供義務(wirtschaftliche Informationspflicht)は、医療費の第三者による引き受けが確保されていないことを医療提供者が知っているか、それが疑われる場合に、そのことと、予測される医療費を患者に知らせるべき義務である(詳細は後述)。本義務は、患者の一定の経済的利益に奉仕する義務である。

【情報提供義務の3類型(下線部分に注目)】

①医療(Behandlung)にとって重要な事情について情報提供する義務(2項1文)…治療の確保

「医療提供者は、医療(Behandlung)の開始時、そして必要に応じてその過程において、当該医療にとって重要なすべての事情、とくに診断、予後、治療(Therapie)、そして治療時と治療後に施される処置(Maßnahmen)について、わかりやすく患者に情報提供すべき義務を負う」

②医療過誤が疑われる場合の情報提供義務(2項2文)…医療過誤後の患者の健康の保護

「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、患者の照会に応じて、又は患者の健康上の危険を防止するために、その事情について情報提供しなければならない。……(略)……」

③経済的情報提供義務(wirtschaftliche Informationspflicht)(3項)…

53) Vgl. BT-Drucksache 17/10488 法案理由, S.21

54) Vgl. Schelling/ Warntjen, Die Pflicht des Arztes zur Offenbarung von Behandlungsfehlern, MedR 2012, S.506 ff.

55) 医師の人格保護と患者の健康保護との利益衡量が行なわれてきた(Vgl. BT-Drucksache 17/10488 法案理由, S.21)

56) Vgl. BT-Drucksache 17/10488 法案理由, S.21. 連邦参議院からの批判につき、Vgl. BT-Drucksache 17/10488 連邦参議院の意見表明, S.38 f.

患者の経済的な利益の保護

「医療提供者は、第三者による医療費の完全な引受けが確保されていないことを知っている、又は事情によりそのように考える十分な根拠があるときには、患者に対し、医療開始前に、予測される医療費について文書で情報提供しなければならない。…… (略) ……」

このように、医療提供者の経済的情報提供義務は、体系上、自己決定のための説明義務とは区別され、それ以外の、患者のさまざまな医療関連利益に奉仕する医療提供者の情報提供義務 (Informationspflichten) の類型の中の、1つにあたる。

V 原理の考察——医療における経済的期待の保護の論理

1 考察枠組の設定

(1) 要保護性と情報優位という2つの論拠

先駆的業績であるSchelling論文は⁵⁷⁾、医師の経済的説明義務を、①患者の要保護性 (Schutzbedürftigkeit) と②医師の情報優位 (Informationsvorsprung) という2つの論拠をもって——これらをいずれも備えることをもって、根拠づけている⁵⁸⁾。裁判例⁵⁹⁾、2013年の条文化のさいの資料⁶⁰⁾、またその他の学説⁶¹⁾では、②に相当する医師ないし医療提供者の情報ないし知識の優位のみが言及されている。しかし、後述するように、医師の経済的情報提供義務に関しては、①の論拠こそが、自己決定のための説明義務と法的性質を分かち、特徴的な内容を呈しているのである。

57) Schelling, a.a.O.(Note 2),S.422ff.

58) Schelling, a.a.O.(Note 2),S.423ff. (①②の叙述順序が本稿とは逆である)

59) 情報優位を根拠とする裁判例として、BGHZ 102,106=BGH NJW 1983, 2630 ; LG Saarbrücken NJW 1984, 2632 ; LG Düsseldorf MedR 1986, 208 ; BGH NJW 1988, 759 ; BGH NJW 2000, 3429.

60) BT-Drucksache 17/10488,法案理由, S.22

61) 前注 (2) で掲げた文献のうち、Schelling論文以外のもの。

（2）公的医療保険と民間医療保険の場合分け

多くの裁判例⁶²⁾、およびそれに基礎づけられたSchelling論文⁶³⁾は、医師の経済的情報提供義務を、①公的医療保険の患者に対する場合と、②民間医療保険の患者に対する場合とで区分して取扱い、また検討してきた⁶⁴⁾。その後、たしかに、2013年の条文化では、その立法趣旨ゆえに⁶⁵⁾、包括的な規定がおかれている⁶⁶⁾。しかし法案理由⁶⁷⁾、また立法後の学説⁶⁸⁾をみると、公・民両医療保険の患者を区別して考える枠組自体は保持されている。そもそも、ドイツにおいて医師の経済的情報提供義務を生成させたのは、ドイツの二元的な医療保険——そこにおける公的医療保険の不足——なのである。

62) 裁判例は、当初の無区別（BGHZ 102, 106＝BGH NJW 1983, 2630；LG Düsseldorf MedR 1986,208）からまもなく、区分するようになり、なかんずく、民間医療保険の患者の費用補償の問題を患者自身の責任領域に属させしめる方向性が示されるようになった（BGH NJW 1996, 781；下級審でもLG Saarbrücken NJW 1984, 2632；OLG Köln NJW 1987,2304；OLG Düsseldorf NJW-RR 2000, 906）。

Schelling 論文は、これら裁判例の動向を指摘し、それをふまえて立論している。

63) Schelling, a.a.O.(Note 2),S.422ff.

64) ebd.,S.425,427.ほか、学説の大勢。

65) すなわち、判例の基本原則のみを条文化し、医療関係者に法的枠組を提供するのみで、立法後の判例による法発展の余地を残すという性格である。その裏返しか、本立法に対しては、法概念の不明確性の批判があったのである（医療契約法ないし患者の権利法の立法の研究については前掲注（35）の諸論稿を参照されたい）。これに加えて、公・民の医療保険の患者の取り扱いに差を設けるべきでないという立法者の意図が考えられる（医療契約の定義規定630a条1項について、同旨の立法者意図が記されている（BT-Drucksache 17/10488 法案理由, S.18））。

66) 630c条3項の条文については前述参照。また、医療契約の定義規定630a条1項も、これまでの解釈・実務上の区別を包摂し得るような抽象的・包括的・中立的表現が選ばれ、報酬規律についても公的医療保険の患者と私的医療保険の患者を区別しないあえて中立的表現がとられている（630a条1項は「医療契約によって、患者の医療上の処置を約束する者（医療提供者Behandelnder）は、約束した処置を給付すべき義務を負い、もう一方の当事者（患者 Patient）は、第三者が支払義務を負わないかぎりにおいて、合意された報酬を支払うべき義務を負う」と規定する。下線筆者）。

67) BT-Drucksache 17/10488 法案理由, S22（本義務は公的医療保険の場合には妥当するが、民間医療保険の場合には通常妥当しない旨の記述。具体的な範囲についても同旨の記述）

68) Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, 7. Aufl., Springer, 2014, Rn. 562f.；Münchener Kommentar BGB, Aufl. 8, 2020, Rn. 56（Wagner）；Prütting, a.a.O.（Note 2）, S. 606f.（Prütting/Merrem）（経済的情報提供義務の具体的な範囲についての記述）

本稿では、Schelling論文に表れた伝統的な考察枠組——つまり、①②に場合分けし、それぞれにつき論拠①+②の充足を検討する考察枠組を採用し、これに裁判例、立法資料、およびその他の学説による情報の補完と更新を加えながら、ドイツにおける医師の経済的情報提供義務の原理的な根拠について考察する。

2 公的医療保険の患者に対する場合

① 患者の要保護性 (Schutzbedürftigkeit) ⁶⁹⁾

公的医療保険の患者は、公的医療保険に加入したことで、医療費の負担から保護される。この公的医療保険による医療費の引き受けは、なされるのが通例であって、なされないのは例外である⁷⁰⁾。この例外にあたるケースを、患者はほとんど知らない。そのため、公的医療保険の患者には、医療費を自ら負担しなければならない可能性があるという意識がそもそもない。

したがって、医療費の引き受けが現実にはなされず、そのことについての情報提供が尽くされていなかった場合には、公的医療保険が医療費を引き受けようという患者の「期待 (Erwartung)」⁷¹⁾ が裏切られる。

(②にもかかるとおもわれるが) この「裏切られた期待 (enttäuschte Erwartung)」に対して、Schellingによれば、医師は少なくとも共同責任 (mitverantwortlich) を負うものと解釈される。

② 医師の情報優位 (Informationsvorsprung) ⁷²⁾

69) Schelling, a.a.O.(Note 2),S.424を参照し、②の内容 (S.423f) も含め補いつつ、その主張をまとめた。前述したように、この論拠を明示するのはSchelling論文の特徴である。

70) わが国とは異なり、薬代、入院治療の際の料金、付加的な支払いを除き、患者が支払義務を負うことはない。

71) ほか、「意外な出来事 (Überraschungen)」からの保護 (Steffen/Pauge, Arzthaftungsrecht, 10.Aufl., 2006, Rn.328b; BGH NJW 2020, 1211 など)、「警告する義務」(Baden, a.a.O. (Note 34), S.747) などの表現も参照。

72) Schelling, a.a.O.(Note 2),S.423f. この点は、法案理由のほか、多くの論者によって言及されている。BT-Drucksache 17/10488 法案理由, S22; Prütting,a.a.O. (Note 2),S.606f. (Prütting/Merrem) (経済的情報提供義務の具体的な範囲の文脈で); Deutsch/Spickhoff, ; a.a.O.(Note 2),Rn.562.

他方で、医師は、社会法典第5編11条以下に関する公的医療保険の給付カタログ、および償還の基準となる連邦全体委員会の指針(社会法典第5編92条)を知り(あるいは容易に確認でき)、かつ、日常業務において医療給付の清算に携わっている。そのため、いかなる医療費が公的医療保険により問題なく引き受けられ、逆に、いかなる医療費がそうでないかを、よくわかっている。

これに対して、患者は、医療の素人であり、かつ、原則として医療費の支払請求権を持たない⁷³⁾ ために医療給付の清算には関与していない。そのため、医療上の必要性も、それと結びついた医療費の引き受けの可能性も、通常は、判断できない。いつ、そしてどのくらい、例外的に、医療提供者に対して自ら支払わねばならないのか、患者にはわからない。

3 民間医療保険の患者に対する場合

① 患者の要保護性⁷⁴⁾

民間医療保険の患者もまた、医療費をみずから負担しなければならないとは想定していないという点では、公的医療保険の患者と同様である⁷⁵⁾。患者の医療側に対する自己支払義務は、患者側からみれば、医療費を(最終的に負担することになる)民間の医療保険会社に、事前の熟慮のうえで、信用貸しをすることと異ならない⁷⁶⁾。

② 医師の情報優位⁷⁷⁾

しかし、民間医療保険の患者に対する場合、民間医療保険会社による医療費の引き受け可能性に関して、医師が患者に情報において優位するとはいえない。民間医療保険会社による医療費の引き受けは、患者と民間保険

73) ドイツの公的医療保険制度も原則として現物給付である。保険医は被保険者および(一定要件のもとで)家族に対し、原則、現物給付として医療を行う。

74) Schelling, a.a.O.(Note 2),S.425

75) 要保護性を強調するものとして、AG Pforzheim,MedR 2003, 235 m.H.a.; VoB, a.a.O.(Note 26),S.162

76) Vgl. auch ebd.,S.162

77) Schelling, a.a.O. (Note 2),S.424

会社との契約の問題である⁷⁸⁾ (そして、民間医療保険の契約形態はきわめて多様である)。医師が医療費を請求する相手方は、医療契約の相手方であり、「自己支払者」としての患者であって、患者と民間保険会社との契約による医療費の保障の可否や範囲に左右されることない。民間医療保険会社による医療費の引き受けに関する情報は、患者および民間医療保険会社にあり、その件に関する個別的なことがらを医師は知る由もないのが、通常である⁷⁹⁾。

4 医療における経済的期待の保護の論理

以上のように、①公的医療保険の患者に対する場合には、①公的医療保険による費用の引き受けに対する保護に値する患者の経済的な期待が肯定され、かつ、②医療費の引き受け可能性について医師が情報において優位にあることがみとめられるから、医師の経済的情報提供義務は承認される。

しかし、②民間医療保険の患者に対する場合には、①①と同様の患者の要保護性を肯定するが、②そのことについての医師の情報優位が否定されるため、医師の経済的情報提供義務は認められない。

VI 法的根拠と法的効果

このように原理的に根拠づけられる医師の経済的情報提供義務は、実定法上、いかなる法的根拠によって発生し、その違反はいかなる法的効果を生ずるのか。

裁判例・学説において、医師の経済的情報提供義務は、医師と患者の間の信頼関係⁸⁰⁾、したがって信義則 (民法242条) を根拠に、医師が患者に対して負う契約上の義務 (付随義務 Nebenpflicht) と解釈されてきた⁸¹⁾。こ

78) Vgl. Prütting, a.a.O. (Note 2), S.607 (Prütting/Merrem)

79) Vgl. ebd., S.607 (Prütting/Merrem)

80) Schelling, a.a.O. (Note 2), S.426

81) 前出連邦通常裁判所判決および下級審裁判例を再参照。なお、ときに Schutzpflicht と表される。

れが、2013年の医療契約の法典化にさいして、民法630c条3項として条文化され、具体的な根拠規定をもつに至った。そしてこの規定は、契約関係のない診療関係にも類推適用可能であることが確認されている⁸²⁾。

上述したように、医師の経済的情報提供義務の保護法益は、患者の経済的な利益ないし財産上の利益である⁸³⁾。そしてこれは、Schelling論文によれば、公的医療保険による医療費の引き受けに対する患者の経済的な期待である。この義務に違反して、医師が経済的情報提供を尽くさず、かつ、もし情報提供義務が尽くされていたならば患者は当該医療を求めなかったであろうならば⁸⁴⁾、引き受けられなかった医療費の金額について⁸⁵⁾、民法280条1項に基づき、患者は医師に対する債務不履行に基づく損害賠償請求権を取得する⁸⁶⁾。患者はこれをもって、支払の拒否、もしくは相殺⁸⁷⁾という方法で、医師からの支払請求に抗弁できる⁸⁸⁾(経済的情報提供義務は、医療行為の違法性を阻却するところの患者の医療同意の有効性を左右するものではない。仮に医師が経済的情報提供義務を十分に尽くさなかったとしても、医的侵襲に対する患者の同意が無効となることはない⁸⁹⁾)。この義務の懈怠をもって、医師は、患者の身体の完全性や自己決定の侵害を理由

82) Erman BGB, 16.Aufl., 2020, Rn41 (Rehborn/Gescher). 本法全般について不法行為法への類推適用の可能性が指摘されている。

83) BGH NJW 2000, 3429 (不必要な費用と不相応な経済的負担から患者を保護するための医療側の義務であるとする) ; Schelling, a.a.O.(Note 2),S.426 (財産上の利益 (Vermögensinteresse)) ; Palandt BGB,79.Aufl.,2020,§630c, Rn.8 (Friesecke) (経済的な利益 (finanziellen Belange))

84) Palandt, a.a.O.(Note 83), Rn.12 (Friesecke) ; Prütting,a.a.O.(Note 2), S.607 (Prütting/Merrem)

85) 前出連邦通常裁判所判決および下級審裁判例を再参照;Prütting,a.a.O.(Note 2),S.607 (Prütting/Merrem)

86) BGHZ 102,S.106=BGH NJW 1983, 2630f. ; Palandt, a.a.O.(Note 83), Rn.12 (Friesecke)

87) OLG Frankfurt NJW-RR 2004,1608;OLG Stuttgart VersR 2013,583;Prütting,a.a.O.(Note 2),S.607 (Prütting/Merrem)

88) BGH NJW 2000, 3429 (経済的説明義務の違反による損害賠償請求権をもって患者は医療側の費用支払請求に抗弁できると判示) ; BT-Drucksache 17/10488法案理由, S.22 (「違反した場合の効果として、患者は医療提供者からの医療費の支払請求に抗弁できる」) ; Palandt, a.a.O.(Note 83), Rn.12 (Friesecke)

89) 前掲注(42) 再参照。

とする損害賠償責任を負うことはない)。

一部学説は、この義務をオプリーゲンハイト (Obliegenheit) であるとする⁹⁰⁾。この見解によれば、経済的情報提供義務の違反により医師は支払請求権を失う⁹¹⁾にとどまり、損害賠償までは請求できない。本説の論者は、義務 (Pflicht) と解釈することは、医師の経済的助言を強調しすぎ、それを包括的に義務にしてしまうことを懸念する⁹²⁾ (説明義務の分類論におけるこの論者の独自の見解につきⅣ 1 再参照)。

VII 具体的な内容

Vで述べた原理的基盤、そしてⅥで述べた現行法上の法的根拠を有するところの医療提供者の経済的情報提供義務は、具体的にいついかなる場合に発生し、いかなる内容をもっていかなる範囲に及び、そしていついかにして履行されなければならないのか。以下では、民法630c条3項で示された抽象的規律⁹³⁾、およびそれがそもそも基礎とし、かつ、それを補うところの解釈を詳らかにしよう。

1 適用条件

(1) 「不確実性の知」の存在

医療提供者の経済的情報提供義務の適用場面については、民法630c条3項が、従来の判例・学説の立場を、おおよそ、引き継いだ内容で、2つの場面を抽象的に規定している。

すなわち、第1に、第三者による費用の引き受けが確保されていないことを医療提供者が知っているという場面である⁹⁴⁾ (「確保されていないこと」を「知っている」——つまり、「不確実性の知 (Wissen über die Ungewissheit)」⁹⁵⁾とも評される)。裁判例・学説上、「積極的に知って

90) Deutsch/Spickhoff, a.a.O.(Note 2),Rn.561

91) Deutsch/Spickhoff, , a.a.O.(Note 2),Rn.561

92) ebd.,Rn.561

93) 抽象的かつ (しばしば批判されるところの) 曖昧さを残した条文。前掲注 (65) (66) を再参照。

94) BGH NJW 2000,3429 ; AG Bergheim,VersR 2009,684;Köln MedR 2014,317.

95) Deutsch/Spickhoff, a.a.O.(Note 2),Rn.561

いること (positive Kenntnis) 」とも表現され、この言い方は条文化後も継承されている⁹⁶⁾。

そして第2に、そのように(つまり、第三者による費用の引き受けが確保されていないと)考える十分な根拠があるという場面である⁹⁷⁾。従来の学説・裁判例では、費用の引き受けについて疑いがある、疑われるなど⁹⁸⁾と表現され、条文化後もこの表現は用いられている⁹⁹⁾。

なお、従来より裁判例・学説は、知っていることや疑わしいことに加えて、知るべきであったないし疑うべきであったことも挙げており、条文化後も継承されている¹⁰⁰⁾。

これらの「知」や「疑い」の対象となるのは、医療の必要性そのものではなく、それを根拠とするはずの医療費の引き受け可能性の方であることに留意せねばならない。たとえ医学的に不当な判断であっても、通常保険実務では引き受けを拒否されるような場合には、やはり情報提供義務が生じるのである¹⁰¹⁾。

そして、これらの「知」や「疑い」の存在に関しては、制限的な解釈をなすべきことが主張されてきた¹⁰²⁾。医学の進展の速さゆえに、医師にとって、医療の必要性や保険による補償適格性の判断がしばしば難しいためである¹⁰³⁾。このことは後述2②における見通しの困難さと同様である。

96) Schelling, a.a.O.(Note 2), S.424 ; Stuttgart NJW-RR 2013, 1183; Palandt, a.a.O.(Note 83), Rn.9 (Friesecke) 等。

97) 2013年の医療契約の法典化全般にいえることだが、この箇所についても、概念の不明確性が批判されている (Deutsch/Spickhoff, a.a.O.(Note 2), Rn.561)

98) 例えばAG Pforzheim MedR 2003, 234f (疑わしいと医師が認識可能) ; Schelling, a.a.O.(Note 2), S.427 (「疑い」)

99) Deutsch/Spickhoff, a.a.O.(Note 2), Rn.561; MüKo, a.a.O.(Note 68), Rn.58 (Wagner); Prütting, a.a.O.(Note 2), S.606 (Prütting/Merrem)

100) BGHZ 102, 106 (考えなければ(想起しなければ)ならなかった); Prütting, a.a.O.(Note 2), S.606 (Prütting/Merrem) (知り、もしくは知るべきであった) 等。

101) したがって、保険実務において、通常は拒否される場合であるということは、それが不当なことであっても、その旨患者に伝えなければならない (OLG Stuttgart NJW-RR 2013, 1183 ; Prütting, a.a.O.(Note 2), S.606 (Prütting/Merrem))

102) Schelling, a.a.O.(Note 2), S.427は、とりわけ医師の説明義務の実施の要請の深刻な増大にかんがみて、明確にかかる主張をしている。

103) Schelling, a.a.O.(Note 2), S.427; auch Deutsch/Spickhoff, a.a.O.(Note 2), Rn.562. な

(2) 公的負担から私的負担への変わり目にさいして——具体的な適用場面

Vで検討したように、医師の経済的情報提供義務は、原則、公的医療保険の患者に対する場合への適用が想定されてきた(2007年の医療制度改革以降は、(公的医療保険を代替する)基礎的な内容の民間医療保険の患者にも妥当する¹⁰⁴⁾)。

このような患者の医療費が公的負担から私的負担に切り替わるタイミングでこの義務が発生する。例としては、医療の段階から世話の段階への移行¹⁰⁵⁾、選択的給付の合意¹⁰⁶⁾などがある。例外的に、民間医療保険の患者に対する場合であっても、実施予定の医療が患者の民間医療保険によって引き受けられないことを、医師が知っている場合には、経済的情報提供義務の対象になる¹⁰⁷⁾。よく挙げられるのが、予防的医療やサービス医療 (Vorsorge-und Service-Medizin) に属するところの、「個人的な健康給付 (Individuelle Gesundheitsleistungen, IGeL-Leistungen)」である¹⁰⁸⁾。これは、公的医療保険の給付カタログにもなく、医療上の必要性を欠くために民間医療保険でも通常は引き受けられない¹⁰⁹⁾。医師はこのことを知っているか、少なくとも知っているはずである¹¹⁰⁾。そのため、IGeLに関しては、公・民いずれの医療保険の患者に対しても、経済的情報提供義務が発生する。

お、Schellingは、民間医療保険では、医学の進展の速さゆえの、必要性和補償資格の判断の難しさは、とりわけいえることであるとしている (Schelling,a.a.O.(Note 2),S.427,Fn 68)。

104) Prütting,a.a.O.(Note 2),S.607 (Prütting/Merrem)

105) BGH NJW 2000, 3429

106) BGH NJW 1996, 781. 選択的給付については前掲注 (30) 再参照

107) Schelling,a.a.O.(Note 2),S.427 ; auch S.424 ; Deutsch/Spickhoff, a.a.O.(Note 2), Rn.562 (なお、公的医療保険の患者に対しても、民間医療保険の患者に対しても、比較的区別しない立場をとっている)。

108) Schelling, a.a.O.(Note 2),S.423;BT-Drucksache 17/10488法案理由,S22; Deutsch/Spickhoff, a.a.O.(Note 2),Rn.562 ; Palandt, a.a.O.(Note 83),Rn.9 (Frießecke) ; Prütting,a.a.O.(Note 2),S.607 (Prütting/Merrem) . 認容裁判例として、LG Hanau NJW 1989,2335;OLG Stuttgart VersR 2013,583.

109) BT-Drucksache 17/10488法案理由,S22 ; Prütting,a.a.O.(Note 2),S.607 (Prütting/Merrem)

110) Prütting,a.a.O.(Note 2),S.607 (Prütting/Merrem)

これに対して、およそ保険の対象にならない処置であることを、医師のみならず、患者側も推定できる場合（とくに美容・エステなどの願望充足医療（wunscherfüllende Medizin）¹¹¹⁾、保険無加入の私費患者に対する医療¹¹²⁾）には、ここでいう経済的情報提供義務は発生しないとする解説もある¹¹³⁾。

2 内容・範囲

上記のような条件下において、本義務を負う医療提供者は、具体的に、何をどこまで情報提供しなければならないのか。

① 第三者による費用の引き受けが確保されていないこと

まず、第三者（保険）による費用の引き受けが確保されていない（引き受けに問題があること）を情報提供しなければならない。この点は、あえて条文に書かれていないが¹¹⁴⁾、従来の議論において述べられ、立法後も裁判例・学説が認めるところである¹¹⁵⁾。なお、「疑い」事例に関しては、それを患者に伝えればよく、さらに調査して確定する必要はないとされる¹¹⁶⁾。

② 予測される医療費

そして、630 c 条3項は、情報提供の対象として、「予測される医療費」（の金額）を明記する¹¹⁷⁾。これは、従来の裁判例・学説の見解を条文化し

111) Schelling, a.a.O.(Note 2),S.424 ; Prütting,a.a.O.(Note 2),S.607 (Prütting/Merrem)

112) Prütting,a.a.O.(Note 2),S.607 (Prütting/Merrem)

113) 帰一した見解ではない。

114) もっとも法案理由には、「医療処置の経済的結果にかかわる情報提供義務」とは表現されている（BT-Drucksache 17/10488 法案理由, S.22）

115) LG Osnabrück,GesR 2017,106; Prütting,a.a.O.(Note 2),S.606 (Prütting/Merrem)

116) MüKo, a.a.O.(Note 68),Rn.58 ; Prütting,a.a.O.(Note 2),S.606 (Prütting/Merrem)

117) 法案理由の「医療処置の経済的結果にかかわる情報提供義務」（BT-Drucksache 17/10488 法案理由, S.22）の趣旨に適うことであろう。

たものであり¹¹⁸⁾、条文化後も支持されている内容である¹¹⁹⁾。

もっとも、ここでは、精確な見積りまで算出する必要はない¹²⁰⁾。人体の特性ゆえに、医療措置の実施は、あらかじめすべてを見通せるものではないからである¹²¹⁾。医療提供者が予測される医療費について精確な情報をもっていない場合には、おおよその予測額で足る¹²²⁾。

3 時期・方法

630c条3項は、経済的な情報提供をすべき時期について、「医療開始前に」と明記している¹²³⁾。医療契約の締結時ではない¹²⁴⁾。1に該当する場合（つまり、第三者による費用の引き受けが確保されていないことを医師が知り、またはそう考える十分な根拠がある場面）において、当該医療処置が実施されようというときに、はじめて情報提供すべき時期が到来する¹²⁵⁾。情報提供の時期の基準となるのは、当該医療処置が必要であることがわかった時であって、それはその患者に対する一連の医療の過程で起こる場合もありうる¹²⁶⁾。

なお、患者が保険者に照会するために、あるいは、自己の費用負担での実施を求めるかどうかを決定するために十分な時間がとれるかという観点

118) Schelling, a.a.O.(Note 2),S.425 (その理由について「しばしば、発生する治療費を知ることでは、患者が保険会社に補償可能性を審査させ、いかなる経済的負担が生ずるのかをすくなくともおおまかに評価することができないからである」と述べる)

119) LG Osnabrück,GesR 2017,106;Katzenmeier NJW 2013,819 ; Prütting,a.a.O.(Note 2),S.606 (Prütting/Merrem)

120) BGH NJW 2004,684ff; Palandt, a.a.O.(Note 83),Rn.10 (Friesecke) (詳しく確定されている必要はない) ; Prütting,a.a.O.(Note 2),S.606 (Prütting/Merrem)

121) Vgl.Prütting,a.a.O.(Note 2),S.606 (Prütting/Merrem) . なお、見通しのきく歯科医療などは別である (LG Osnabrück GesR 2017, 106)

122) Schelling, a.a.O.(Note 2),S.425

123) 630c条3項。なお、条文ではBehandlungだが、具体的な医療処置の方を指している (Palandt, a.a.O.(Note 83),Rn.11 (Friesecke) はMaßn (Maßnahmeの省略形) という言葉を使っている)

124) MüKo, a.a.O.(Note 68), Rn.55 ; Prütting,a.a.O.(Note 2),S.606 (Prütting/Merrem)

125) ebd.,S.606 (Prütting/Merrem)

126) Palandt, a.a.O.(Note 83),Rn.11 (Friesecke)

から、適切な時期に情報提供すべきであるとも詳説される¹²⁷⁾。

そして、630c条3項は、経済的情報提供は「文書で」しなければならないと規定する(他の規定により、別の形式が求められる場合¹²⁸⁾には、それに従う)。口頭で行う自己決定のための説明とは異なるところである。

VIII 包括的な経済的助言義務論

かつて、一部論者によって、いわば、包括的な経済的助言義務¹²⁹⁾が主張されたことがある¹³⁰⁾(いま現在も、否定する形で諸文献に登場する¹³¹⁾)。

本見解によれば、医師にはⅥで述べた内容と範囲を超えて、ほかのあらゆる医療の選択肢とそのための資金調達の可能性¹³²⁾をあきらかにし、そのすべての医療の対価を包括的に比較し、あるいは入院医療のより有利な基準額を調べるなどして、費用という点で患者により有利な医療の形態や選択肢を指摘する¹³³⁾、いわば包括的な経済的助言までが義務として課されることになる。

このような主張の背景には、Ⅱ2で述べたドイツの医療保険制度の問題点——つまり、経済格差を反映した公・民両医療保険の患者間の医療格差が拡大する中で、公的医療保険の患者は、疾病によっては、自身にとって最適の医療を受けることができないという事態への積極的対応の意図が存

127) ebd.,Rn.11 (Friesecke)

128) 例えば、KHEntgG 17 II ;BMantelVertra-Ärzte 3 I .18 VIII Nr3

129) Schelling, a.a.O.(Note 2),S.427fで、「広義の経済的説明義務」という独自の項目を立てて、この問題を検討している。Schelling自身は支持していない (S.429)

130) 例えば、Hart, “Organisationsaufklärung” MedR,1994,49;Rumler-Detzel, Einflüsse auf die medizinische Leistungsfähigkeit oder Senkung des medizinischen Standards?, VersR 1998,549;Laufs/Uhlenbruck,Handbuch des Arztrecht,3.Aufl.,2002,§ 65 Rn.17 (Laufs)

131) 後掲注 (136) (137) (138) 参照

132) Schelling, a.a.O.(Note 2),S.427を参考にした表現

133) 裁判例や他文献にもさまざまな叙述があるが、ebd.,S.425 (「ともかくも、説明義務は、問題となるすべての治療の種類の間での包括的な価格比較や、入院治療に関する病院の最も有利な世話の価格を調べるのが医師に求められるところまで広範に至ってはならない」)などを参照した。

在する。このような公的医療保険の患者に対して、保険外の医療の存在と、医療費の私的負担と引き換えにその医療を受ける方法を知らせ、もって総じて医療上の自己決定を支援するという意図がそこにはある¹³⁴⁾。その意図においては、患者が(経済的考慮の中で)その健康と幸福が自身にとってどれくらい価値があるかを、自己決定することが想定されている¹³⁵⁾(留意すべきは、ここにおいて、医師が支援すべき医療上の自己決定に経済的要素が入ってきている点である)。

しかし、このような包括的な経済的助言義務の主張は、学説・裁判例の支持を得るには至らず¹³⁶⁾、条文化のさいにも法案理由で明確に否定され¹³⁷⁾、その後の学説でも否定する言明が繰り返されている¹³⁸⁾。

前面に出された主な理由は、これまでも繰り返述べてきたように、経済的な情報収集に関する医師の過負担である。すなわち、医師には、民間保険会社の補償条件を入手し、すべての医療費の保険による引き受け可能性を調べることを期待することはできない¹³⁹⁾。もしそれを医師の義務とすれば、医師の治療上の任務は完全に後退し、医師は他人の財産の管理者となってしまうだろう¹⁴⁰⁾、と。医療開始前に保険会社から費用負担に関して約束や確認をとっておくことは、患者の責務に属することであるとされる¹⁴¹⁾。

134) 以上、Schelling, a.a.O.(Note 2),S.427 による本説論者の理由を参照し考察した。Vgl. auch Voß, a.a.O.(Note 26), S.160, S.164.

135) ebd., S.160. 表現は Schelling 論文でも同様。

136) BGH NJW 2000, 3429 (選択的医療給付の民間医療保険での引き受け可能性について患者に注意喚起する義務を否定); OLG Köln NJW 1987,2304 (歯科医療についてであるが、歯科治療費対策を知らせることやそれに合わせた治療・指摘をすることは歯科医師のすることではないとする); Fehse, a.a.O.(Note 34),S.116.; Schelling, a.a.O.(Note 2),S.425 (前掲注 (133) 参照) (S.428, 429も)

137) BT-Drucksache 17/10488法案理由, S.22

138) 立法後も Palandt, a.a.O.(Note 83), Rn.8 (Friesecke)

139) Schelling, a.a.O.(Note 2),S.425 (民間医療保険における医師の情報優位を否定する箇所)。Vgl. BT-Drucksache 17/10488法案理由,S.22;Prütting,a.a.O.(Note 2),S.607 (Prütting/Merrem)

140) Schelling, a.a.O.(Note 2),S.425 (民間医療保険における医師の情報優位を否定する箇所)

141) Schelling, a.a.O.(Note 2),S.425 (民間医療保険における医師の情報優位を否定する箇所)

否定理由として、これ以上立ち入った論究は広くはみられない。しかし、医師の包括的な経済的助言義務論は、体系上経済的情報提供義務を自己決定のための説明義務から区別してきたドイツの認識——身体にかかわる、医師が支援すべき医療上の自己決定に、少なくとも第一義的には、経済的要素は含まれてこない——とは相容れぬのである¹⁴²⁾。

Ⅷ わが国への示唆

1 ドイツにおける医師の経済的情報提供義務

以上、ドイツにおける医師の経済的説明義務ないし情報提供義務を、医療の経済的結果を知る患者の必要への法的応答という視点から考察してきた。その成果は以下のとおりである。

ドイツにおける医師の経済的情報提供義務は、現下での定義づけを行うならば、医療費の第三者による完全な引き受けが確保されていないことを医師が知っている、もしくはそう考える十分な根拠がある場合に、そのことと予測される医療費について患者に情報提供しなければならない医師の義務である。

この義務は、医療契約上の付随義務であり、かつては信義則（民法242条）、現在では民法630c条3項を根拠とする。その違反は、一般的な債務不履行として（民法280条）、引き受けられなかった医療費相当額の損害賠償請求権を発生させる。630c条3項は、医療契約が存在しない関係についても類推適用されることが確認されている。

これはいわば、医療の経済的な結果を知らせる義務である。もっとも、

所で、「必要な書類と情報に唯一のアクセスをもつ患者は、むしろ自らそれを気にかけるべきではない。」）：BT-Drucksache 17/10488法案理由, S.22（医療における経済的リスクは、医師のみが負担するものではなく、患者もまた担うべきものであるとの立場を取り、成熟した契約当事者としての患者の責務（Obliegenheit）との位置づけで）；立法後のPalandt, a.a.O.(Note 83), Rn.8 (Friesecke) は法案理由と同旨

そのほか、医療に対する患者の信頼を揺るがす（Schelling, a.a.O.(Note 2), S. 427-428で紹介）、医師が自身の利益のために必要もないのに私的資金調達による治療の選択肢を売り込みたいと考える（ebd., S. 428で紹介）ことへの懸念も示されていた。

142) Vgl. Schelling, a.a.O.(Note 2), S.428f.

この義務が奉仕するのは患者の身体に関連付けられた自律性、つまり医師が支援すべき身体・健康にかかわる医療上の自己決定ではない。第三者、とりわけ公的医療保険による医療費の引き受けに対する患者の期待という、特殊な経済的利益である。

2 医療における格差と選択——その背景事情にあるもの

ドイツにおいて生成・展開したところの、かかる医師の経済的情報提供義務の議論の背景には、経済力格差を反映した公・民両医療保険の患者間によこたわる医療格差の中、なかんづく近年の公的医療保険の給付の切り詰めにより、公的医療保険の患者が、疾病によっては、保険の枠内で自身にとって最適の医療を受けられないという事情があった。ここにおいて、患者の経済的負担を最後の拠り所として、はじめて医療の選択肢の事実上の可能性が保持され、医学的な問題が十分に解決されうるという関係が成立しているのである。

そのような医療保険事情のもと、医師の経済的情報提供義務は、なかんづく、公的医療保険の患者に対し、医学的にみて最適な医療を公的に費用負担することができないことを告げ、経済的負担とひきかえに当該医療を受けられる可能性を知らしめ、患者の医療上の自己決定の選択肢を保持する機能を担わされている。裏を返せば、医師に経済的な情報提供を義務づけることで、医師があらかじめ公的医療保険の枠内でできる医療に自制してしまい、患者には情報提供さえせず、その結果、患者には最適の医療を選択する可能性も閉ざされてしまうという事態を回避する働きをしているのである¹⁴³⁾。

もっとも、留意すべきは、ここにひそむ致命的な公的課題——国民に負担可能な医療を提供するという公的な責務¹⁴⁴⁾を国家が果たしているのか——にドイツは正面から答えることができていないのである（患者は経済

143) Vgl.Schelling,a.a.O.(Note 2),S.427. 医師の職業上の自由という観点から Bergmann, a.a.O.(Note 42), S.152.

144) Vgl.BVerfGE 68,209「病気になる場合の保護は、基本法が定める社会国家秩序において国家の基本的責務である」。松本・前掲注(3)224頁参照。

的情報提供を受けても、経済力がなければ、希望する医療を受給する道を選ぶことはできない)。

3 わが国への示唆

ドイツに固有の医療保険事情から生まれ、それによって内容的にも規定されているところの、ドイツにおける医師の経済的情報提供義務を、国情の異なるわが国にそのまま移植することはできない。

しかし、医療の経済的結果を知る患者の必要への法的応答について、一定の示唆を抽出することはできる。すなわち、まず、医療において、患者の経済的利益は、身体にかかわる、医療上の自己決定の利益とは区別される。この経済的利益の保護のみのために、医療の経済的結果を知らせることを、医師患者関係において、信義則を根拠に、医師に義務づけられうるとすれば、それは確固たる経済的期待と、医師の情報優位がそろう、きわめて限局された条件下においてである。

ところで、医療給付を社会保障として行う場合に、必然的にとまなう、社会保障の限界設定と医学的判断の不一致という課題をめぐっては、わが国でも上記条件がそろう状況は存在している。そう考えると、保険がきかないことが判明したタイミングで、ドイツのように、信義則を介して医師に経済的情報提供義務を負わせることは、一定の合理性をもちうることである。

もっとも、留意すべきは、わが国においても、これは社会保障の課題に対する真の解決策の位置にはないということである。むしろ、この方法に依り過ぎれば、医師には過大な責任を、患者側には過酷な選択を強いる帰結となる。ドイツにおける医師の経済的情報提供義務は、社会保障の不足を、個人の合理的行動と自己責任を促すことで解決しようとする、近年のドイツの医療政策¹⁴⁵⁾とともにその役割を増大させてきた。国家政策の

145) ドイツの医療政策について村山・前掲注(3)。また、近年、松本・前掲注(3) 223頁以下は、被保険者の疾病金庫の包括的選択権を題材に、ドイツの医療政策について本稿にとって示唆に富む考察を加える。すなわち、戦後ドイツでは、一貫して、社会的市場経済を経済秩序の基本理念とし、これが公的医療保険政策にも反

私的解決への偏向が、契約の解釈に過大な負荷をかけることの1つの例証——この義務が保護しているのは、半分以上は、国家が誘引した（そして裏切った）公への期待にほかならない——であるともいえるのである。

【付記】

筆者は、拙稿「自由診療における消費者問題——多面的な状況に依存する特殊な消費者をどう保護するか」消費者法研究4号（2017年）101頁以下にて、とくにライフ・スタイル型医療¹⁴⁶⁾における患者の経済的選択の保護のあり方に関して、2013年に制定されたドイツの医療契約法における医療提供者の経済的情報提供義務からの示唆の獲得を期待して、同論文を結んでいる。

しかし、本稿の成果は、むしろ同論文の成果の射程を画する役割を果たすことになった。本稿成果によると、ドイツでは、一般医療において、患者の経済的選択が医師によって保護されるのは限られた条件下においてのみである。患者の経済的な選択は、むしろ、一般医療とは画されたカテゴリーである、願望充足医療 (wunscherfüllende Medizin) という「医療取引 (ärztlicher Handel)」 (民法上の契約類型は請負契約Werkvertragである) において全面的に認められ、その論理の中で解決されている。前述の研究の完成を次に期したい。

映された (同論文235頁)。そして、「公的な介入」や「当事者団体による自主管理」による費用抑制では長期的な財政の安定化を達成できなかったことを受け、疾病金庫・医療供給者・被保険者のそれぞれに、いっそうの経済性・費用節約・自己責任を促す効果的な誘因を作り出す政策に向かったと分析する (同論文234頁)。

- 146) 筆者は、【謝辞】にて表示したJSPS科研費基盤研究 (C) JP17K03519「現代医療とライフ・スタイル」にて、「医学的必要性を欠くか、もしくは乏しいが、患者がその願望の実現をはかって希望し、医療側が応ずることで、適法に成立する医療」 (村山・前掲注 (1) 84頁の定義による) を「ライフ・スタイル型医療」と名づけ、そこにおける人の多様性の保護のあり方を、①身体の自己処分の限界、②患者の経済的選択の保護のあり方、③人の主観的な感覚の救済可能性という3つの視点から考察する研究活動を行っている。この「ライフ・スタイル型医療」の代表例は美容医療であるが、歯科や皮膚科医療の一部をも含め、一般医療と連続性のある広い射程を想定している (拙稿「美容医療——3つのアプローチの到達点」賠償科学46号 (2017年) 92頁以下参照)。

【謝辞】

本稿は、JSPS 科研費 JP17K03519および JP20K01439の助成を受けた研究成果の一部である。