

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—

村 山 淳 子

序 論

- 1 ドイツ2013年患者の権利法の成立
- 2 本稿の目的
- 3 本稿の分析視角
- 4 本稿の方法
- 5 本稿の構成
- 6 本稿の射程

第1章 ドイツ2013年患者の権利法の概括的考察

第1節 立法に至るまでの歴史的経緯

第1期：刑事立法の提案

第2期：民事立法の提案

第3期：単一文書・単一法典の提案

第4期：民事法中心の包括的立法＝本法・成立

第2節 立法の目的

- 1 成熟した患者の理想像の志向
- 2 法の透明性（Transparenz）の確保
- 3 医療安全の確保
- 4 患者の保健制度への参加権の保障・強化

第3節 立法の構造

第2章 ドイツ民法典（BGB）改正の体系的考察

第1節 改正前の役務提供型契約の編成

- 第2節 「医療契約 (Behandlungsvertrag)」の創設
一雇用契約の特殊類型の分化
 - 第3節 体系の根幹に変更を加えぬ配慮
 - 第3章 新・医療契約—その法定のあり方
 - 第1節 定義規定 (類型を決定づける規律)
 - 1 新630a条
 - 2 契約当事者—医療提供者 (Behandelnder) と患者 (Patient)
 - 3 契約を特徴づける給付—医療上の処置 (medizinische Behandlung)
 - 4 報酬についての固有規律
 - 5 医療水準およびその任意性の明定
 - 6 小括
 - 第2節 定義規定以外の当事者の権利義務規定
 - 1 契約当事者の協力 (Mitwirkung)
 - 2 医療提供者の情報関連諸義務
 - 3 小括
 - 第3節 立証分配の特則の実体法規定への持ち込み
 - 第4章 民法典の契約法という選択
 - 第1節 成文化そのものの意義
 - 第2節 契約法という選択
 - 第3節 民法典という選択
 - 第5章 わが国への示唆
 - 第1節 成文化自体の意義の普遍的妥当性
 - 第2節 民法典の契約法という選択
 - 第3節 適合的移植の可能性
- <資料：ドイツ2013年患者の権利法の民法典改正部分翻訳>

序 論

1 ドイツ2013年患者の権利法の成立

去る2013年2月26日、ドイツ連邦共和国において、「患者の権利の向上

のための法律 (Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten)]¹⁾が施行された²⁾。私法と社会法の両領域にわたる7法令の改正を包み込む立法形式において、冒頭かつ中心を占めるのは、民法典 (BGB) の契約法の改正である。ドイツ・ガイガー鑑定意見から約40年、オランダ³⁾に続きドイツでも、医療契約の民法典での成文化が実現したこと

- 1) Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten vom 20. Februar 2013 (BGBl. I S. 277)。ドイツでは長年、Patientenrechtgesetz の呼称で立法論議が展開されてきたものである。本稿では、正式名称を「患者の権利の向上のための法律」、略称を「患者の権利法」または「新法」で統一する。

主な参考文献として、Lothar Jaeger, Patientenrechtgesetz Kommentar zu §§ 630a bis 630h BGB, 2013; Dieter Hart, Patientensicherheit nach dem Patientenrechtgesetz, MedR 2013; Christian Katzenmeier, Der Behandlungsvertrag—Neuer Vertragstypus im BGB, NJW 2013; Martin Rehborn, Patientenrechtgesetz 2013—Behandlungsvertrag, Mitwirkung, Information, Einwilligung, Aufklärung, MDR 2013, 497ff.; Martin Rehborn, Patientenrechtgesetz 2013—Dokumentation, Haftung, Beweislast, MDR 2013, S. 565ff.; Angie Schneider, Der Behandlungsvertrag, JuS 2013, 104ff.; Andreas Spickhoff, Patientenrechte und Patientenpflichten: Die medizinische Verhandlung als kodifizierter Vertragstypus, VersR 2013; Larissa Thole, Das Patientenrechtgesetz—Ziele der Politik, MedR 2013, S. 145 ff.; Larissa Thole / Michael Schanz, Die Rechte der Patienten—transparent, verlässlich und ausgewogen, RDG 2013, 64ff.

邦語の紹介文献として、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「患者の権利の向上のための法律 (Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten) 成立／ドイツ」年報医事法学第28号 (2013年) 214頁以下。とくに服部教授の論文は民法改正部分の全訳を含む先行研究である。

- 2) 2012年8月に、連邦政府 (キリスト教民主同盟CDU／社会同盟CSUと自由民主党FDPが参画) 案として提出されたのが、連邦政府法案 (BT-Drucksache 17/10488) である。本政府法案は、委員会に付託され、主務委員会である保健委員会によっていくつかの修正が施された。その委員会修正案 (BT-Drucksache 17/11710) が、2012年11月29日連邦議会で可決、2013年2月1日連邦参議院で異議なしの議決、20日に大統領の認証、25日公布、26日に施行された。特に立法の経緯に関して、服部・前掲注 (1) が詳しい。
- 3) オランダ医療契約法については、手嶋豊教授の一連の業績がある (手嶋豊「患者の権利確立への歩み—オランダ診療契約法とその周辺」リーガル・エイド研究4号 (1998年) 13頁以下、手嶋豊「オランダにおける診療契約法について／シンポジウム医療契約を考える—医療事故をめぐって」年報医事法学21号 (2006年) 49頁以下参照)。邦訳は、患者の権利をつくる会ホームページ (<http://kenriho.org/material/material02.html> アクセス日2013年10月15日) に掲載

になる⁴⁾。

わが国を含む多くの先進諸国におけると同様⁵⁾、ドイツにおいても⁶⁾、もう40年来、患者の権利に関するルールを何らかの形で成文化することが、さまざまに議論され、そして提案（一部に実現）されてきた⁷⁾。法領域や法形式が模索されるなかで、本法は、その最終的な回答に近いものである。

2 本稿の目的

筆者は、前研究において、解釈論のレベルで、医療契約の内容を解明

-
- 4) 現時点での立法例として、オランダ民法典、ドイツ民法典、またヨーロッパ私法の統一に向けた草案ながら共通参照枠草案 (Draft Common Frame of Reference, DCFR (DCFR, Outline Edition, 2009, C.フォン・バルほか編 (窪田充見ほか監訳) 『ヨーロッパ私法の原則・定義・モデル準則』 (法律文化社、2013年) 197頁以下参照)
 - 5) 林かおり「ヨーロッパにおける患者の権利法」外国の立法227号 (2006年) 1頁以下 (とくにヨーロッパを患者の権利擁護の先進地域と位置づける〔3項〕)、シンポジウム「医療基本法を考える」年報医事法学26号 (2011年) 12頁以下等参照
 - 6) ドイツについては、筆者の研究を含め、参考文献は豊富である。たとえば、エルヴィン・ドイチュ (浦川道太郎訳) 「ドイツにおける契約法改革の一動向—医療契約を中心として—」ジュリ756号 (1982年) 169頁以下、小池泰「医療事故リスクと医療契約—ドイツの場合／シンポジウム『医療契約を考える—医療事故をめぐる』」年報医事法学21号 (2006年) 56頁以下、拙稿「ドイツの医療法制—医療と法の関係性の分析—」西南学院大学法学論集43巻3・4合併号 (2011年) 235頁以下、同「諸外国の医療法制：ドイツ／シンポジウム『医療基本法を考える』」年報医事法学26号 (2011年) 13頁以下等。ドイチュ・ガイガー鑑定意見については注 (23)
 - 7) 小池・前掲注 (6) 58頁以下も参照
 - 8) それによれば、典型医療契約類型とは、委任を下層に据え、本質的要素 (医師の治療義務) を中央頂点に、本性的要素 (医師の情報関連諸義務) がそれを取り巻くピラミッド型であり、周辺から多くの契約外在規範 (公法諸規範) が取り込まれて協働するというものである。偶有的要素をどこまで付加しうるかは、特に責任レベル (免責条項) で厳しい内容規制を受ける。
- この研究成果により、成文による内容規制と補充に先行する解釈論上の法的価値判断を提示することができたと考える (拙稿「医療契約論—その実体的解明」西南学院大学法学論集第38巻第2号 (2005年10月) 61頁以下、同「医療契約論—その典型的なるもの— (1～3・完)」西南学院大学法学論集42巻3・4合併号 (2010年3月) 193頁以下、44巻2号 (2011年11月) 61頁以下、44巻3・4合併号 (2012年3月) 33頁以下、同「委任契約と医療契約—債権法改正でその関係は変わるのか—」西南学院大学法学論集45巻3・4合併号 (2013年3月) 57頁以下。同「医療契約論—その典型的なるもの」私法75号 (2013年) 179頁以下も参照)

し、その典型的な存在をあきらかにする作業を行った⁹⁾。前研究では、そこまでを射程とし、成文化への接合というテーマ、すなわち解釈類型としての医療契約の成文化の適否やそのありかたには立ち入っていない。

このテーマを論ずるにあたっては、典型化そのものについての考察に加えて⁹⁾、別のレベルでの考察—なかならず判例によって形成されてきた解釈類型が明文規定をもって法体系の中に組み込まれることの立法論的な考察が求められる。医事法分野のみならず、消費者法や労働法といった隣接諸分野にも目配りをし、かつ法解釈学を超えて、ないしは実定法学を超えた先にまで目を遣らねばならない¹⁰⁾、総合的な研究である。

本稿は、その一端を担うものとして、今般成立したドイツ2013年患者の権利法を、患者の権利に関するルール of 成文化、なかでも民法典の契約法という法形式の選択にスポットをあて、そのことのもつ意味を考察したうえで、わが国における将来的な法改正への示唆を汲み取ることが目的とする。

本稿がテーマとするのは立法論、あるいは解釈論から立法論への接合である。医療契約の内容自体の研究とは一線を画しており（このテーマについては、次稿を予定している）、すでに解釈論として存在する典型的な医療契約をいかに「法定」するかという局面にかかわる研究である。

3 本稿の分析視角

既存の法体系の中に新たな分野・内容を組み込むという法現象を考えるにおいては、組み込む側と組み込まれる側の双方の視点から、そのことを考察する必要がある。

-
- 9) 性質決定の思考操作自体は、必ずしも法定類型を規定せずとも、熟度の高い解釈論上の類型によっても十分可能であった（大村敦志『典型契約と性質決定』（有斐閣、1997年）353頁。ここでのテーマはその法源の問題である（拙稿・前掲注（8）「典型的なるもの（1）」202頁参照）。
 - 10) それは、政策的アプローチ（医療政策論）、経済的アプローチ（現行制度の経済分析、新立法の費用便益分析）、そして社会的アプローチ（法実態、国民の法意識、合意調達方法、立法影響の予測・評価等）といった実定法学の領域を大きく超えた分野にまで及ぶであろう。

本法でいうならばそれは、組み込む側—40年来議論されてきた患者の権利法をいかなる形で成文化するのかという視点と、組み込まれる側—2002年の債務法改正¹¹⁾を経て、なお微細な変革を続ける¹²⁾ドイツ民法典が、その体系の維持や典型契約の選定をいかにしてゆくののかという視点である。

医事法学と民法学の両分野で繰り返されてきた2つの立法論議が、1つの回答において合流した地点にみいだせるといえる本法を素材に、異質の2つの法分野の両面から一つの法現象を捉えるというのが、本稿の分析視角である。

4 本稿の方法

伝統的に認知された手法という点を抜きにしても、わが国における議論の不足をまがりなりにも充填しような外国法の素材を前に、その活用を躊躇する理由はない。外国法を無条件に範に垂れることは今日的ではないといえるだろうが、国情の違いを十分にわきまえ、そこから有意な示唆を抽出し¹³⁾、適合的移植をこころみすることは、有意義な方法である¹⁴⁾。

法体系と論理の類似性¹⁵⁾、医療法制における多くの共通点¹⁶⁾、そして「患者の権利法の制定」と「民法典（債務法）の改正」という2つの立法論議が以前から存在し、そのいずれも先行して立法を成し遂げたという点でも¹⁷⁾、ドイツのいまの法状況はわが国の近未来の立法論を占ううえで有用で

11) 半田吉信『ドイツ債務法現代化概説』（信山社、2003年）参照（巻末にはドイツ債務法現代化法の邦訳を所収）

12) 半田・前掲注（11）403頁（「債務法各論における改革の継続の必要」）

13) ときに機能的な思考（ある法秩序がその法制度によって処理している法的必要は、別の法秩序ではどのような仕方で満足させているかと、法的必要に遡って考えること（大木雅夫『比較法講義』（東京大学出版会、1992年）98頁参照）を駆使することによって、作業の精度を上げることができるだろう。

14) 大木教授は比較法の機能に関し、理論的目的として、「法的認識の深化と法学的視野の拡大」「法の発展傾向の確認」「諸法秩序の共通基盤と理想型の定立」を、実務的目的として、「立法における資料の提供」「法解釈の補助：普遍的解釈方法」「その他の実務的機能、とくに法の統一」をあげている（大木・前掲注（13）76頁以下参照）。

ある。

もちろん、両国の国情には、少なくはない相違点があることも看過してはならない。本稿の目的に深くかかわる点だけをとりても、民事責任法の構造の相違、医療政策の相違（ドイツは近年、市場原理を取り込む方向で舵を切った）、そして職能集団としての医師会の強力な自主規律権限など¹⁵⁾は、見過ごしにできない相違点である。

5 本稿の構成

具体的には、本稿は、以下のような方法手順で論を進めてゆく。

まず、組み込む側の事情の考察にあたるものとして、ドイツ2013年患者の権利法を、本稿の目的との関係で有意な構成要素に分け、その総体である全体像を概括的に考察する（第1章）。

次に、組み込まれる側の事情の考察にあたるものとして、新たに医療契約法を編入した民法典の改正を、とくに法典の体系的変革という点に着目して考察する（第2章）。

そして、第1章・第2章において考察した2つの立法論議を源流として、すでに解釈論として存在してきたドイツの医療契約論を下敷きに、

-
- 15) 法の体系と論理の依存（村上淳一ほか『ドイツ法入門』（有斐閣、第7版、2013年）初版はしがきiii参照）に加えて、政治的・文化的な類似性がある。なお、半田・前掲注（11）1頁も参照（明治末以降はほとんどの法領域でドイツ法学の影響が絶大となり、民法学では「看過しがたい解釈上の歪みをもたらした」とする）。
 - 16) 医療法制に関しては、とくに近代医療制度を模したという事情も加わる。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（拙稿・前掲注（6）「ドイツの医療法制」244頁参照）。ドイツの医療法制の基本構造については、同論文245頁以下、拙稿・前掲注（6）「諸外国の医療法制：ドイツ」参照。
 - 17) 半田・前掲注（11）403頁参照（債務法改正について）
 - 18) 拙稿・前掲注（6）「諸外国の医療法制：ドイツ」参照。そのほか、厳しく律せられた養成教育と国家試験、開業医配置や病院運営に対する積極的な行政コントロール、そして信頼された裁判外紛争処理手続（ADR）などがある。社会国家たることを基本法で謳い、自国の医療に常に批判的な目を向ける、医療に対する自覚的姿勢はとくに優れた点であるといえよう。

新・医療契約は如何なる姿形をもって民法典に現れたのかを考察する（第3章）。

以上の考察結果を元に、患者の権利に関するルールを成文化（法典化）したと、とりわけ民法典の契約法という形を選択したことが、いかなる意味を有するのか、組み込んだ側（患者の権利法≡医事法学）と組み込まれた側（民法典=民法学）の双方の視点から考察する（4章）。

最後に、以上のドイツ法の理解をふまえ、わが国固有の土壤に適合させた「移植」の可能性を模索し、将来的な法改正への有意な示唆点を抽出しよう（5章）。

6 本稿の射程

2で述べたように、本稿は、医療契約の内容それ自体の研究とは一線を画するものである。解釈類型としての医療契約の成文化の適否やそのありかた——すなわち、解釈論から立法論への接合というテーマを扱うもので、すでに存在してきた解釈論上の医療契約類型をいかに「法定」するかという局面にかかわる研究である。そのため、本稿の関心事は、法の体系・構造・全体像および個々の規範の条文化にかかわる側面に主に向けられており、医療契約の内容それ自体について、過去の解釈論と今回の立法から考察を加える研究には本文の言及は及んでいない（すでに述べたように、このテーマについては別稿を予定している）。

さらに本稿は、制定からまだ日が浅く、ドイツ国内でも評価が定まっていない¹⁹⁾新法を素材としている。本稿における考察は、過渡期の動きのある情報・資料のうえに成り立っているものであり、今後動いてゆく可能性のあることをお断りしておきたい。

19) たとえば、積極的に評価するものとして、Marcel Reuter /Erik Hahn, Der Referentenentwurf zum Patientenrechtgesetz: Darstellung der wichtigsten Änderungsvorschläge für das BGB, VuR 2012, S.247. 否定的ないし消極的見解を表明するものとして、Andreas Spickhoff, Patientenrechte und Gesetzgebung. Rechtspolitische Anmerkungen zum geplanten Patientenrechtgesetz, ZRP 2012, S.65; Christian Katzenmeier, Die Rahmenbedingungen der Patientenautonomie, MedR 2012, S.577f.. (医師患者関係の固定化の危険を指摘)

第1章 ドイツ2013年患者の権利法の概括的考察

ドイツ2013年患者の権利法は、民法典の改正を基軸としつつも、これを含む複数の法令の改正を包み込む形で成立した包括的な立法である。本章では、これを本稿の目的との関係で有意な構成要素に分け、その総体である全体像を概括的に考察しよう。

第1節 立法に至るまでの歴史的経緯

ドイツでは、おそくとも1970年代以降（刑事立法までを含むとしたら、1960年代から）、患者の権利の法制化に関して、さまざまな議論と提案が行われてきた²⁰⁾。ここでは、とくに法領域と法形式の違いに着目し、以下の4期に区分して歴史的変遷を把握する。

第1期：刑事立法の提案

患者の権利をめぐる立法提案は、刑事立法までを含むとしたら、1960年代にまで遡ることができる。

1962年の第44回ドイツ法曹会議で、シュミット（Eberhard Schmidt）の鑑定意見が賛同を得て、医師の説明義務を刑法典に規定すべきとする旨の勧告案が決議された。²¹⁾

しかし、これに対しては、医療過誤は刑事法ではなく民事法や裁判外紛争処理手続（ADR）で解決するべきであるとする当時の風潮もあり、結局、第1次（1969年）・第2次（1973年）刑法改革はこの勧告案に応じていない。

第2期：民事立法の提案

その後、舞台は民事法へ移ることになる。

1978年第52回ドイツ法曹会議で、契約法もしくは職業法（Standesrecht）・

20) 参考文献として、Kathrin Kubella, Patiententrchtgesetz, Springer, 2011, S. 15ff.; BT-Drucksache 17/10488, S. 10; Katzenmeier, a. a. O., Nite (19), S. 576ff.; Spickhoff, a. a. O., (Nite 1), S. 267 f.; 小池・前掲注（6）、林・前掲注（5）、村山・前掲注（6）「ドイツの医療法制」・「諸外国の医療法制：ドイツ」、服部・前掲注（1）260頁以下等。

21) Sitzungsbericht des 52. DJT, Band II, S. F187, F199

責任法 (Haftungsrecht) の領域における立法提案が討議された²²⁾。しかし、ヴァイヤーズ (Hans-Leo Weyers) の消極的な鑑定意見などがあり、勧告として採択されたのは、医師の診療記録作成義務の法制化だけにとどまっている。

けれども、その後開催された1981年の債務法委員会にさいして、ドイツとガイガーが医療契約を民法典に規定することを提案する鑑定意見を表明した²³⁾。本鑑定意見は、(医療労務の特殊性に着目して) 医療契約を全く独自の契約類型とし、当時の法状況を反映させて12の条文に取り纏めたものである。しかし結局、本鑑定意見は2002年の債務法改革には反映されなかった(理由については、政治的要因を含め、さまざまに指摘されている²⁴⁾)。

第3期：単一文書・単一法典の提案

2000年代に入ると、医療関係法規を患者の権利という観点から単一の文書や法典に纏めようという提案が続いた。

22) Sitzungsbericht des 52. DJT, Band II, S.I.1ff. この時点での西ドイツの論議につき、奥田昌道「西ドイツにおける医療事故紛争の現状と改革論議」磯村還暦『市民法学の形成と展開(下)』(有斐閣、1980年)167頁参照。

23) Erwin Deutsch/Michael Geiger, Medizinischer Behandlungsvertrag. Empfiehlt sich eine besondere Regelung der zivilrechtlichen Beziehung zwischen dem Patienten und dem Arzt im BGB?, in: Bundesministerium der Justiz(hersg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band II, 1981, S. 1049, 1090. 山本隆司=手嶋豊「西ドイツにおける医師の民事責任に関する立法提案」判タ臨増522号(1984年)144頁以下(154頁以下の本論は鑑定書に依拠した叙述で、条文の邦訳も含む)(手嶋豊「医師の民事責任に関する立法提案」植木哲=丸山英二編『医事法の現代的諸相』(信山社、1992年)に本論部分所収)。また、ドイツ(浦川)・前掲注(6)も参照

24) 山本=手嶋・前掲注(23)145頁注(2)(政権交代に伴う政治情勢の変化を述べ、基本的には、イデオロギッシュな論議を別にすると、社会的関係から生じる問題に対して、裁判所を含む国家制度がどう対処すべきか、またそこで実定法規に期待される機能とは、といった点に関する考え方の問題のようであるとする)。Vgl. auch Spickhoff, a.a.O.(Note 1), S.267.

なお、服部・前掲注(1)261頁(263頁注⑮も)によれば、「欧州共同内での取り組みや、世界保健機関(WHO)等からの働きかけの影響」から、患者の権利をめぐる議論自体はその間も平行して引き続き活発に行われ、その後、医療保険制度改革への懸念や内容および法形式についての見解の対立から、「このテーマはますます政治問題化」していったという。

まず、2003年に連邦司法省と連邦社会省が、「ドイツにおける患者の権利Patientenrechte in Deutschland, Leitfaden für Patienten und Ärzte, Patientencharta」²⁵⁾を公表した。本文書は、医療全般にわたる基本的テーマについて、実体と手続の両面から、既存の医療法規を一括化し、実務において流布される指針として、未確立のものも含む患者の権利の言明を行う内容となっている²⁶⁾。

さらに、7年後の2010年3月、野党ドイツ社会民主党（SPD）は、今度は法的拘束力のある法律（Gesetz）として、「現代の患者の権利法（modernes Patientenrechtgesetz）」の制定を求める動議を連邦議会に提出した²⁷⁾。これまでの民事法的内容に加えて、公的医療保険や患者の保健制度への参加権といった、社会法的要素にまで及ぶ内容面での拡充がみられる²⁸⁾。しかし、この動議に対して、政府側の立法に向けた動きはなかった

25) 連邦通常裁判所元長官の主導のもと、医療・患者・行政・保険・福祉といった医療の関係者すべての代表から構成されるワーキング・グループが準備作成した、総合的で広い視野を含むものである。実務の指針たることが期待され、すべての病院の待合室と相談機関に備えられること、つまり医療や紛争処理の現場への流布が求められている。小野秀誠教授はこの憲章を、「平易かつ簡潔な文章で、効果的に従来の患者の権利に関する概念が整理されており、ドイツ医事法の到達点を表すもの」、また「ドイツ医事法の基本概念をカバーするもの」と、高く評価している（小野秀誠「ドイツ医事法の現状～患者のための権利憲章～」国際商事法務Vol.31, No.5（2003年）（小野秀誠『司法の現代化と民法』（信山社、2004年）所収）628頁以下）。

岡嶋道夫教授のホームページ<http://www.hi-ho.ne.jp/okajimamic/d127/d127.htm>（アクセス日2013年10月15日）に邦訳が掲載されている。上記小野教授の論文のほかHans-Georg Bollweg/ Katrin Brahms, “Patientenrechte in Deutschland, —Neue Patientencharta, NJW2003, 1505、小池・前掲注（6）59頁、62頁注（8）、拙稿・前掲注（6）「ドイツの医療法制」258頁、拙稿・前掲注（6）「諸外国の医療法制：ドイツ」も参照

26) 前半「医療処置」について、後半「紛争」についての2部構成となっている。前半は、患者の自己決定権、医師の説明義務（セカンド・オピニオン含む）、良質の医療を求める権利、終末期医療、医学研究、および記録作成・閲覧・データ保護について、後半は、相談、裁判外紛争処理、損害賠償請求、および訴訟における立証責任の軽減・転換について規定している。

27) BT-Drucksache 17/907

28) リスク管理、検死制度、公的医療保険、および患者の保健制度への参加権等が新たに加わっている。

のである。

第4期：民事法中心の包括的立法＝本法・成立

その2年余後の2012年8月に、今度は連邦政府案として上程されたのが本法である²⁹⁾。

本法は、医師患者関係を私法上の契約関係として規律するという点でドイチュ・ガイガーの構想と共通していながら、直前のSPD提案においてみられたような社会法的要素をも含み持つ内容となっている。

本法は、いくつもの法令の改正を包み込む包括的な立法形式をとることで（詳細は第3節参照）、異質の法領域にわたるルール群を、法的拘束力を維持しながら、しかも現行法の体系を崩すことなく法典化することに成功している（他方で、第3期でめざされた、一つのことがらを単一法典で見通せるようにすることの、ドイツ法での限界を示したともいえる）。

第2節 立法の目的

直接の提案段階での議論³⁰⁾、そしてより長く、立法にいたるまでの患者の権利法をめぐる歴史的な議論の積み重ねを読み解くならば、本法は、以下の諸目的を、様々な分野における法改正を通じた多様な手段を用いて、多面的・総合的に実現しようとしているといえるだろう。

1 成熟した患者の理想像の志向

本法は、患者保護のあり方として、法による後見的保護（rechtliche Bevormundung）ではなく、成熟した患者（mündiger Patient）が自覚的に権利を実現できるよう、支援することによってこれを成し遂げることを指導理念としている。政府法案冒頭の「患者保護は、法的な監視にかからせるものでなく、成熟した患者の理想像に方向づけられる」³¹⁾との一文は、まさに本法の根本的な精神を言明するものである。医事法の法発展を半歩リードする、先駆的精神の表明である。

29) 本法の成立過程について、服部・前掲注（1）255頁以下が詳細に叙述している。

30) BT-Drucksache 17/10488. 政府法案冒頭部分

31) BT-Drucksache 17/10488. 政府法案冒頭部分 後見的保護の否定は法案理由S.9

この精神ゆえにこそ、2の必要性が生ずるのであり、3の具体的方法論を導く指針となり、ひいては4の集団的・制度的な患者参加権の保障にまで至るのである。

2 法の透明性 (Transparenz) の確保

従来ドイツでは、患者の権利にかかわるルールが、広範な法領域にわたり多元的・複雑に散在してきた³²⁾。なかでも医師患者関係—医療処置と医師責任にかかわる規律は、判例にゆだねられており、法の欠缺が指摘されてきたのである³³⁾。本法は、とくに医療処置と医師責任にかかわる法を、従来の判例を反映させた内容で、民法典で包括的に規定することで、一般国民 (患者) からみた法の見通しのよさ—透明性 (Transparenz)³⁴⁾の確保、法律の素人からみた法の判読可能性³⁵⁾を実現しようとしている³⁶⁾。

3 医療安全の確保

患者の権利の保護と医療安全の確保ないし医療過誤防止は、ドイツでもともに語られるようになってきたことである(たとえばSPD提案はリスク管理に言及する)。本法でも、主に社会法の領域で、過誤回避の文化を醸成し、苦情処理から患者の視点を吸い上げつつ、病院間にまたがる大規模で組織的な過誤報告を通じた過誤管理・リスク管理システムの構築と普及がはかられている³⁷⁾。

32) 拙稿・前掲注(6)「ドイツの医療法制」245頁。同「諸外国の医療法制」17頁以下も参照

33) BT-Drucksache 17/1048政府法案冒頭部分

34) SPDの提案書 (BT-Drucksache 17/907,S.2)

35) ドイチュ (浦川)・前掲注(6) 172頁参照 (医療契約法構想について)

36) ドイツのこれまでの立法提案につき注(99)参照。本法でも政府法案理由に記されている (BT-Drucksache 17/10488法案理由S.10)。

37) 本稿テーマとの関係上、ここでは社会法諸法の改正内容に立ち入ることはしない。社会法諸法においては、被保険者個人を保護・支援することと、より制度的・組織的に、病院の過誤・リスク管理や患者団体の参加を推進する方向で、各法の内容に則した改正が加えられている。主な諸点をあげると、①手続の迅速化と各種制度への参加の意思表示について被保険者に無理由の撤回権を保障して患者主権に与すること、②保健制度における重大な決定にさいしての患者集団の参加権をいっそう強化すること、③過誤回避文化の醸成と、患者の見方や経験を取り入れた大規模で組織的な病院の過誤・リスク管理を推進すること、そして④各疾病金庫に医療過誤訴訟に際しての被保険者の訴訟支援義務を課すことで保険者機能を強化することである (以上、村山・前掲注(1)参照。本論文では社会法諸法を含む本法の全体像を概観している)。

4 患者の保健制度への参加権の保障・強化

ドイツでは、2004年の公的医療保険現代化法（Gesetz zur Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherung）により、公的保険医療における患者主権（Patientensouveränität）が掲げられている。本法でも、保健制度の重大な決定に際しての、患者組織の集団的・制度的な参加権を、いっそう強化・拡充する諸措置が講じられている。

およその棲み分けとしては、1は全体を通じた指導理念、2は民法、3・4は社会法とそれぞれ関連が深い。医療契約の民法典での典型契約化は、決してそのみで孤立したものとして提案されたのではなく、他の諸法—とくに社会法との組み合わせで、上記目的を実現する一手段として提案されたのである。

第3節 包括的立法の構造

本法は、単一の法典から成るものではなく、複数分野にわたる7つの法令の改正から構成される。ドイツの法改正でしばしば用いられるとされる、「外套法律（Mantelgesetz）」または「条項法律（Artikelgesetz）」という立法技術によるものである³⁸⁾。

すなわち、①民法典（Bürgerliche Gesetzbuch, BGB）、②法定疾病保険について規律する社会法典第5編（Fünfte Buch Sozialgesetzbuch, SGB V）、

38) 服部・前掲注（1）256頁参照

39) 政府法案で第一条項（Artikel 1）民法典（Bürgerliche Gesetzbuch, BGB）の改正、第2条項社会法典第5編（Fünfte Buch Sozialgesetzbuch, SGB V）の改正、第3条項患者参加令（Patientenbeteiligungsverordnung）の改正、第4条項病院財政法（Krankenhausfinanzierungsgesetz）の改正、そして第5条項施行日に関する規定から成っていたものが、委員会修正案で第4 a条項契約医許可令（Zulassungsverordnung für Vertragsärzte）の改正、第4 b条項契約歯科医許可令（Zulassungsverordnung für Vertragszahnärzte）の改正、そして第4 c条項連邦医師法（Bundesärzteordnung）の改正が加えられた。

40) 政府法案、政府法案理由、その後の学説等の注目度をみる限りではそのように感ぜられる。もっとも、わが国のドイツ民法の研究者からは、社会法改正の必要に応じたの、このタイミングでの民法改正ではないかとの所感もきかれた。

③2003年に成立した患者参加令（Patientenbeteiligungsverordnung）³⁹⁾、④病院財政法（Krankenhausfinanzierungsgesetz）、⑤契約医許可令（Zulassungsverordnung für Vertragsärzte）、⑥契約歯科医許可令（Zulassungsverordnung für Vertragszahnärzte）、そして⑦連邦医師法（Bundesärzteordnung）の改正から成り立っている³⁹⁾。

法領域からすれば、（分類方法の是非はおくとして）大別して、私法（①）と社会法（②～⑦）にまたがるものである。大きなウェイトを占めるのは民法典の改正（①）であり、社会法諸法の改正（②～⑦）がそれに添えられた感の体裁となっている⁴⁰⁾。

これらは、別個の法令の改正でありながら、本法の目的のもと、互いに実質的に関連し合う関係に立つ⁴¹⁾。

第1節で述べたように、異質の法領域にわたるルール群を、法的拘束力を維持しながら、しかも現行法の体系を崩すことなく法典化することを、かかる包括的な立法形式が可能ならしめたのである。

このように、本法における医療契約法は、孤立した立法ではなく、民法典を含む複数の法令が患者の権利の向上という一つの目的をめざして改正されたなかの、主要な一部分にあたるのである。

第2章 ドイツ民法典（BGB）改正の体系的考察

本法の主役といえる民法典の改正は、医療処置と医師責任に関する法的規律、すなわち医療契約法と医療契約責任訴訟法を、従来の判例の内容をほぼそのまま、契約法の雇用契約の下位類型の箇所に、一纏めに明文化したものである。本章では、組み込まれる側の事情として、このような民法典の改正を、とくに法典の体系的変革という点に着目して考察する。

第1節 改正前の役務提供型契約の編成

役務提供型の契約の編成—分類とその基準は、各国各様で一律ではな

41) 服部・前掲注（1）256頁参照（外套法律または条項法律を、「実質的に関連しあった複数の法令の改廃・制定を一つの法律に包み込んで一括して行う形態」と説明）

く、ドイツにも固有の編成が存在してきた。

B G Bには、役務提供型契約を包括的に規律する一般的規定は存在していない。

役務提供型契約の規律の中心にあるのは、雇用契約 (Dienstvertrag,611-630条)、請負契約 (Wergvertrag631-651条)、そして委任 (Auftrag662-674条)に関する規定である。

なお、特殊な雇用・請負の位置づけで、他人の財産利益の維持にかかわり独立性のある「事務処理」⁴²⁾に関しては、有償事務処理契約 (Geschäftsbesorgung675条)の規定が適用される

そのほか、請負契約に似た性質の特別な典型契約として、たとえば、仲立契約 (652-656条)、旅行契約 (651a-m条)、婚姻仲立 (656条)、寄託契約 (688条)、制作物供給契約 (651条)が存在している⁴³⁾。

ドイツにおける(有償の)役務提供型契約の区別方法に関し、以下のように説明することができる⁴⁴⁾。すなわち、第一に、役務内容が(上記のごとく限定された意味での)「事務処理」かどうかという基準により、有償事務処理契約にあたるかどうかを区別する。第二に、有償事務処理契約にあたらぬものの中で、債務が結果保証を含むか否かにより、雇用契約と請負契約を区別する。ドイツでは委任の無償性を厳格に貫くために⁴⁵⁾、委任と雇用を区別する基準は報酬の有無に求められ⁴⁶⁾、ゆえに雇用の想定する労務の射程はわが国よりも広い。わが国では委任契約とされるようなケースまで、雇用契約に含まれることになる⁴⁷⁾。そして第三に、例外的に、雇

42) ここでの事務処理は他人の財産利益の維持にかかわる独立性ある活動のみに限局されると解されている(寺川永「役務提供契約の法理についての覚書」松本恒雄先生還暦記念『民事法の現代的課題』(2012年、商事法務)831頁参照)

43) 同書832頁以下

44) 寺川・前掲注(42)831頁参照(有償役務提供型契約に関するB G Bの規律の3つの特徴として、①区別のメルクマールが事務処理契約か、債務が結果達成に関わるかの2点であること、②規定の抽象度の高さ、③民法総則と債務法総則の規定が補完的に適用されることをあげる。なおこの記述が負うところの大きい文献としてはUnberath,a.a.O.(Note 43),S.745ff.をあげる)

用契約のうち、厳格な指揮命令関係がみとめられるものを、労働契約 (Arbeitsvertrag) としている⁴⁸⁾。

このような役務提供型契約の編成の中で、本改正により典型契約化する以前の医療契約は⁴⁹⁾、雇用契約の一種として性質決定されてきた⁵⁰⁾。医師の活動は他人の財産利益の維持にかかわるわけではないため上記限定された意味での「事務処理」にはあらず⁵¹⁾、また医師は患者に対して結果保証をしているわけではないからである。雇用の想定する労務の射程の違いにより、実質的にはわが国における準委任構成とほとんど差はない内容となっている⁵²⁾。

第2節 「医療契約 (Behandlungsvertrag)」の創設—雇用契約の特殊類型の分化

このようにすでに雇用契約の一種として解釈論上みとめられていた⁵³⁾医療契約を、内容的にはほぼそのまま、民法「典」の体系のなかに組み込む⁵⁴⁾というのが、今回の改正である。

本法による改正箇所は、民法典第2編の債務関係法のうち、第8章の個々の債務関係の、第8節にあたる箇所である。従来雇用契約

45) ドイツを含め委任の無償性について、一木孝之「委任の無償性—その史的系譜 (1～4・完)」早稲田大学大学院法研論集89号29頁以下、90号51頁以下、91号29頁以下、92号31頁以下 (以上、1999年)。村山・前掲注 (8) 「委任契約と医療契約」62頁以下も参照

46) 委任契約の対象と無償性原則という2つ点の組み合わせに関し、比較法的にみると、①委任対象を事務処理一般として雇用と区別するために委任を無償に限定するドイツ特有のモデルと、②委任=代理観から導かれ委任対象を法律行為に限定して有償委任をも包含させるフランスに代表されるモデルの2つが存在するという (沿革および比較法について、幾代通=広中俊雄編『新版注釈民法 (16)』 (有斐閣、1989年) 211頁以下 [中川高男] 参照。近時では一木・前掲注 (45)。拙稿・前掲注 (8) 「委任契約と医療契約」64頁以下も参照)

47) 橋口賢一「診療契約の構造—ドイツの議論を手がかりに— (1)」同志社法学53巻1号 (2001年) 99頁

48) 寺川・前掲注 (42) 832頁参照

49) 原文の概説書に加えて、少し古いが邦語資料として、山本=手嶋・前掲注 (23) 147頁以下、今西康人「ラウフス『医事法』 (四)」94巻3号 (1986年) 114頁以下を参照した。

(Dienstvertrag) が規定されていたこの箇所が、1つの節の下に2つの款が付され、分化する形で増設された。以下に該当箇所を抜粋しよう。

【引用箇所】

第8節 (Titel 8)

「雇用契約とそれに類する契約 (Dienstvertrag und ähnliche Verträge) 」

第1款 (Untertitel 1)

「雇用契約 (Dienstvertrag) 」

-
- 50) BGHZ 47, 75 ff.; 76, 259, 261; 97, 273, 276 ; Adolf Laufs/ Christian Kastzmeier/ Volker Lipp ,Arztrecht,6.Aufl.,C.H.Beck,2009 ,III Rn.26; Adolf Laufs/Bernd-Rüdiger Kern, Handbuch des Arztrechts,4. Auflage 2010,§38 Rn.9,また判決と文献についてFn.30が詳しい。

一部学説、とりわけ医事法学では、医療契約を雇用契約とは全く別の独自の契約類型であると捉える有力説が存在していた (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,a.a.O.(Note 22),S.1095f. 前掲注 (23) 参照)。またErwin Deutsch/ Andreas Spickhoff, Medizinrecht,6. Aufl.,2008,Rn.113.)

また、提供される労務の自由職業性から、ドイツには自由労務と非自由労務を区別する意識が伝統的に存在し、雇用契約の下位概念として「独立雇用契約 (freier Dienstvertrag) 」という概念も存在してきた (邦語参考文献として高嵩英弘「独立雇用契約」産大法学30巻2号 (1996年) 492頁以下参照。訳語はこの文献による)。医療契約をそのもとで理解する学説もある (これを手がかりに診療契約論を専門家契約という視点から分析するのが、橋口賢一「診療契約の構造—ドイツの議論を手がかりに一 (1、2・完)」同志社法学53巻1号 (2001年) 75頁以下・2号 (2001年) 576頁以下である)。

なお、医療契約の性質論に関連してドイツの議論を紹介する主な参考文献として、野田寛『医療事故と法』 (新有堂、1982年) 181頁以下、山本=手嶋・前掲注 (23) 155頁以下、高嵩英弘「診療契約の特質と内容 (1、2・完) —西ドイツの議論を中心に—」民商法雑誌96巻6号 (1987年) 777頁以下、97巻1号 (1987年) 76頁以下等。

- 51) 寺川・前掲注 (42) 830頁以下を参照した。
- 52) 今西・前掲注 (49) 125頁。なお、山本=手嶋・前掲注 (22) (1984年) 148頁も参照。
- 53) 法案理由にて特に、生体に対する医療の成果は保証できないことが強調されている (BT-Drucksache 17/10488法案理由,S.17) 。
- 54) 服部・前掲注 (1) 290頁参照 (B G Bの体系への組み込みという点を意識)

第2款（Untertitel 2）

「医療契約（Behandlungsvertrag）」

これまでの雇用契約が、「雇用契約とそれに類する契約」と改められ、そのもとで下位類型が分化している。そして、第1款に雇用契約（Dienstvertrag）（611条～630条）が従来からの規定そのままに置かれ、これと並列して、第2款医療契約（Behandlungsvertrag）（630a条～630h条）が新設されたのである。

法案理由には、医療契約が雇用契約の特殊形態（eine spezielle Form）であることが明記されている⁵⁵⁾。すなわち、医療契約関係については、本款（第2款）に別段の定めがないかぎりにおいて、雇用契約に関する規定が適用される（630b条）⁵⁶⁾。医療契約規定と雇用契約規定は、特則と一般則の関係に立つ。

第3節 体系の根幹に変更を加えぬ配慮

本改正は、雇用契約の下位類型の増設による分化という、末端部分のみに限局された枝分かれ改編である。契約各論の枝葉に追加を付すにとどまるものであり、そこから遡って民法典の体系の根幹部分に影響を与えるものではない（もっとも、このような分化改編を認めること自体が体系に影響を与えるという見方もありうるが、ドイツではこのような構造はすでに存在している）。

55) BT-Drucksache 17/10488, S. 17（「この新しい契約類型は、雇用契約の特別な形態（eine spezielle Form）である」）

56) 612条2項（報酬額）や613条（自己執行義務）（Vgl.Rehborn,a.a.O.(Note 1),S.498；Spickhoff,a.a.O.(Note 1),S.269）のほか、告知に関しての623条（Rehborn,a.a.O.(Note 1),S.498；Katzenmeier ,a.a.O.(Note 1),S.817 f.）や627条（Schneider,a.a.O.(Note 1),S.141）もあげられることがある（一定の医療に限定してのものも含む）。

なお、従来の議論においても、医師活動の特殊性ゆえに、医療契約には雇用契約規定は部分的にしか妥当しないとされていた（Vgl.Schneider,a.a.O.(Note 1),S.141）。

特別な債務関係についての債務不履行責任の一般規定（280条）⁵⁷⁾は、従来どおり医療契約にも適用される。法案理由には、民法典の体系上の理由から一とりわけ他の契約類型、なかでも一般の雇用契約⁵⁸⁾との関係から一独自の責任規範の創設が忌避されたことがあきらかに読み取れる⁵⁹⁾。雇用契約やその他の特別な債務関係への「意図せぬ逆推論」の危険を回避すべく、ここでも一貫して民法280条を請求根拠とすべきことが強調されている⁶⁰⁾。

新しい医療契約法ルールは、不法行為法とのこれまでの関係にも、変更を加えるものではない⁶¹⁾。契約責任と不法行為責任の観念的競合 (Idealkonkurrenz) の関係にも、変化は来さない⁶²⁾。

第3章 新・医療契約—その法定のあり方

第1章・第2章において、組み込む側（患者の権利法）の事情と組み込まれる側（民法典）の事情をそれぞれ考察した。本章では、これら2つの立法論議を源流として、すでに解釈論として存在してきたドイツの医療契約論を下敷きに、新・医療契約は如何なる姿形をもって民法典に現れたのかを考察する。

序論で述べた本稿の目的（序論1参照）およびその射程（序論6参照）にかんがみ、本章では、医療契約の内容それ自体については必要な限度でのみ—多くは注に落として—言及することにしたい。

57) ドイツでは、2002年の債務法改正を経て、すべての特別な債務関係について、280条が一般規定として通用することになった。債務者が特別な債務関係から発生した義務に違反した場合には、債権者は280条1項を根拠に、それによって発生した損害の賠償を債務者に請求することになる。

58) 不完全履行に関し独自の規定を有する請負契約とは異なり、雇用契約も債務法総則の適用を受ける。

59) BT-Drucksache 17/10488法案理由S. 10f.（「この場所に医療契約上の義務違反に関する特別な契約責任規範を作ることは、民法典の体系により問題にならない」）
ebd., S. 27（この方法が「一般の雇用契約法の体系に対応している」）

60) BT-Drucksache 17/10488法案理由S. 11

61) Erwin Deutsch, Deutsche Sonderwege zur Arzthaftung, NJW 2012, S.2012;Rehborn,a. a.O.(Note 1),S.497. Vgl. BT-Drucksache 17/10488法案理由,S. 17

第1節 定義規定（類型を決定づける規律）

1 新630a条

本改正で新たに加えられた医療契約規定の冒頭規定にあたる630a条は、医療契約の定義規定である⁶³⁾。以下、本条を邦訳のうえ引用しよう。

【引用箇所】

630a条 医療契約における契約に典型的な諸義務（Vertragstypische Pflichten beim Behandlungsvertrag）

1項 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（医療提供者Behandelnder）は、約束した処置を給付する義務を負い、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。

2項 前項の処置は、別段の合意がないかぎりにおいて、当該処置の当時に存在し、一般的にみとめられている専門的水準に則って行われなければ

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

もっとも、医療過誤訴訟において、契約責任と不法行為責任が競合する場合、不法行為責任は、いよいよもって独自の存在意義を失うであろうことは指摘されている（Vgl. BT-Drucksache 17/10488法案理由S. 17）。旧 847 条にもとづく慰謝料請求権が債務法の総則に移ったことで、すでに不法行為責任は契約責任に対する独自の存在意義を失っている（Laufs/Kern ,a.a.O.(Note 50), § 103 Rn. 1 ff.）。医療契約が法定され、医療契約上の義務違反が明文規定に依拠できるようになればなおさら、ということになる。たとえば、医療契約にもとづかない診療、被害者が医療契約にもとづく請求権を主張できない場合など、契約上の責任基盤が存在しない場合のみに、実益がみとめられる（BT-Drucksache 17/10488法案理由S. 18.具体例につき Spickhoff ,a.a.O.(Note 1),S.281）。今後はほとんどの医療紛争が契約責任問題として対応されることが予想されているという（服部・前掲注（1）265頁参照）。これに対して、より内容面に目を遣り、医療契約法と不法行為法の目的論的な法解釈を通じた継続的な法形成のなかで本法を捉える見方も示されている（Hart ,a.a.O.(Note 1),S.165;Vgl.auch Spickhoff ,a.a.O.(Note 1),S.281）。法的構成に拘泥することなく展開されてきた西ドイツの解釈論を指摘するものとして、山本=手嶋・前掲注（23）147頁も参照。

63) BT-Drucksache 17/10488法案理由S. 17（「630a条において、医療契約が定義される」）

ならない。

2 契約当事者—医療提供者 (Behandelnder) と患者 (Patient)

ここでいう「医療提供者 (Behandelnder)」とは、「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 (630a条1項)。これは、医療上の処置を実施する (durchführen) 者という意味ではない⁶⁴⁾。医師であるという意味でもない⁶⁵⁾。本法は、医療提供者について⁶⁶⁾、また医療実施者についても⁶⁷⁾、具体的に誰かということを含めてはいない。

他方で、ここでいう「患者 (Patient)」とは、通常用語法よりも広い意味で使われている。すなわち、たとえば子どものような、判断能力の十分でない者が医療上の処置を受けるケースのように、医療上の処置を実際に受ける者と患者「側」の契約当事者が異なる場合もありうる⁶⁸⁾。

64) BT-Drucksache 17/10488法案理由 S. 18; Rehborn, a.a.O.(Note 1), S.498 (自ら手を貸す selbst "Hand anlegen"者だけではないとする)

65) BT-Drucksache 17/10488法案理由 S.11.またS.18では医療上の処置を医師以外が実施する場合について述べる。

66) ドイツにおいて、医療契約のとくに医療側の当事者論は、複雑である。連邦通常裁判所の判例(BGH VersR 1998, 728 ff.)によれば、伝統的に、以下の3つの典型的な契約の形態 (Vertragsgestaltungen) があるとされる (以下、BT-Drucksache 17/10488 法案理由S.18を主に参照した)。^①第一に、包括的病院契約 (totalen Krankenhausvertrag) である。この契約では、病院は患者に対し、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包括的な義務を負う。ここでは、実際に診療を行う医師は契約当事者ではなく、病院設置者の履行補助者である。^②第二に、分割された医師契約と病院契約 (gespaltenen Arzt-Krankenhaus-Vertrag) のセットである。この場合、医師と患者との間で診療給付について、そして病院と患者との間で一般的な病院給付について、それぞれ別個に契約を締結する。ここでは、診療給付についていえば、契約当事者はそれについて契約を結んだ医師である。そして^③第三に、医師契約の付加された包括的病院契約 (totalen Krankenhausvertrag mit Arztzusatzvertrag) である。^①の包括的病院契約に付加する形で、それ以外のさらなる診療給付について、償還請求権を有し指導的地位にある病院勤務医 (部長医等) と患者が契約を締結するというものである。ここでは、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診療請求権を有する。

3 契約を特徴づける給付—医療上の処置 (medizinische Behandlung)

医療契約を特徴づける給付 (vertragscharakteristische Leistung) は、医療提供者が主たる給付義務として担うところの、患者の「医療上の処置 (medizinische Behandlung)」である⁶⁷⁾。この医療上の処置についても、法文上、具体的な内容はさだめられていない。

法案理由では、有名な概説書を引用し、「診断と並んで、治療 (Therapie)、したがって、病気、苦悩 (Leiden)、怪我 (Körperschaden)、身体的苦痛 (körperliche Beschwerden)、もしくは病的性質でない精神的な障害 (seelische Störungen nicht krankhafter Natur) を予防、認識、治療 (heilen)、あるいは緩和するための、身体上の処置 (Maßnahmen) と人体へ

67) 医療上の処置は、治療職 Heilberufe (BT-Drucksache 17/10488 法案理由 S.18) ないし健康職 Gesundheitsberufe (BT-Drucksache 17/10488 法案理由 S.11) に属するとされる (以下、主として BT-Drucksache 17/10488 法案理由 S.18 参照)。

すなわち、医療上の処置を実施する者は、第一次的には、医師ないし歯科医師、心理療法士 (Psychologische Psychotherapeuten)、そして小児・青少年心理療法士 Kinder- und Jugendlichenpsychotherapeuten である。

そして、次に、治療職の周辺領域 (Umfeld) で活動する者 (=健康職) を考える。まず、基本法 74 条 1 項 19 号によりその養成が連邦法によって規律されている健康職 (助産師 Hebammen、マッサージ師 Masseur、温泉療法士 medizinische Bademeister、作業療法士 Ergotherapeuten、言語聴覚士 Logopäden、理学療法士 Physiotherapeuten 等) は本法の適用を受ける。立法権限の分配によって連邦法と州法で棲み分けが行われた結果であり、連邦法で規律されておらず州法で規律されている健康職は各州法の規定にゆだねられることになる (連邦と州の立法権限の分配については、拙稿・前掲注 (6) 「ドイツの医療法制」 247 頁注 (33) 参照。また、服部・前掲注 (1) 283 頁注 ⑤ も参照)。そして、連邦法にも州法にも規定のない治療師 (自然療法士) Heilpraktiker も、本法の適用を受ける。

なお、このような本法の広い設定を批判する見解もある (Peter Thurn, Das Patientenrechtegesetz - Sicht der Rechtsprechung, MedR 2013, S.153f.)。ドイチュ・ガイガー 鑑定意見では、法規定の名宛人に、看護婦や臨床検査技師といった (当時でいう) パラメディカル・スタッフは予定されていなかった (山本=手嶋・前掲注 (23) 146 頁参照)。

68) 連邦参議院から、契約当事者=医療上の処置を受ける者ではないことの指摘があり、患者という用語について再考が求められているが、連邦政府はそういうケースも含めてこの用語法でよいとする (BT-Drucksache 17/10488 連邦参議院の意見表明, S.37, 連邦政府の反論 S.52.)

69) BT-Drucksache 17/10488 法案理由 S.18

の侵襲を包括するもの」としている⁷⁰⁾。病気 (Krankheit) の治療だけではなく、美容手術のように、美容上の目的に奉仕するものも含むとされる⁷¹⁾。

4 報酬についての固有規律

その対価たる報酬の支払義務に関して、固有の規律が定められている。すなわち、第三者が負担しない限りにおいて、患者が合意された報酬を支払う義務を負うことが規定されている。

これは、患者が報酬支払義務を負う場合と、第三者が支払義務を負う場合の2つのパターンがありうることを、予め契約類型を決定づける規律として織り込み、医療契約を定義づけていることを意味する。

いずれのケースであっても、私法上の医療契約の主体となるのは、患者である。公的保険医療の場合には⁷²⁾、「法定疾病保険の法が私法に重なる帰結として」、双務契約である医療契約が片務契約に変化することになる⁷³⁾。

5 医療水準およびその任意性の明定

なお、同一条文で、医療水準が条文化され⁷⁴⁾、かつ当事者がそこからの逸脱を合意しうることが明定されている⁷⁵⁾。

法案理由が逸脱事例として想定しているのは、新たな治療方法の採用と

70) Laufs/Kern ,a.a.O.(Note 50), § 29 Rn. 4 ff. (BT-Drucksache 17/10488法案理由 S. 17 が引用)

71) BT-Drucksache 17/10488法案理由 S. 17

72) この場合の公法上の関係の詳細については、拙稿・前掲注(6)「ドイツの医療法制」252頁以下を参照されたい。すなわち、保険者である疾病金庫(国から独立した公法上の法人)と保険医療給付者である保険医のそれぞれの連邦レベルの連合体(連邦疾病金庫中央連合会と連邦保険医協会)同士が連邦枠組契約(Bundsmantelvertrag)を締結し、その大枠に沿って各保険医協会(近年は保険医グループや保険医個人でも可)と疾病金庫の州レベルの連合会とで締結した契約(内容は2009年より全国一律)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う。

73) BT-Drucksache 17/10488 法案理由S.19

なお、「医師の報酬について配慮する義務」を患者の主たる義務とする(ドイチュ・ガイガー鑑定意見。山本=手嶋・前掲注(23)163頁参照)学説も従来存在してきた(同論文156頁参照)。

76)、逸脱の所見のみられる患者への対応⁷⁷⁾である(ただし、その後の学説では患者の価値判断重視のケース群が想定されているようである⁷⁸⁾)。このようなケースに医療水準からの逸脱をみとめることで、医療提供者が十分な判断と決定の余地をもてるようにすべきことが強調されている⁷⁹⁾。

他方で、水準を下回る医療、とくに医療提供者の責任制限や免責については、ドイツでは以前から警戒的であり⁸⁰⁾、立法過程でのやりとりでも否

74) 法案理由には「276条2項の一般的な規律を補足して」(BT-Drucksache 17/10488 法案理由S.19)との説明がある。医療水準が定義規定で条文化されたことは、これまで社会的地位の違いを条文に反映させることのなかったBGBが、解釈学における専門家ないし自由職労務者の責任—社会や公衆に対しての責任も要素に含むような—を条文に反映させたと考えられる点(現にドイツでは債務法改正作業において英米法的な専門家責任の契約責任への導入が試みられている〔山本=手嶋・前掲注(23)148頁注(2)等参照〕)、そして、医療水準が一般的な注意義務を超えた医療契約の類型を決定づける個性であることを想起させる点で、示唆的である。

75) Vgl. BT-Drucksache 17/10488法案理由S.20

76) BT-Drucksache 17/10488法案理由S.20(「診療は、原則として、新しい診療方法にとっても、開かれていなければならない」)。Vgl.Rehborn ,a.a.O.(Note 1),S.498(実験的治療Heilverseuche、新開発の方法Neulandmethodenをあげる); Thole ,a.a.O.(Note 1),S.146

77) BT-Drucksache 17/10488法案理由S. 20(「患者の所見が通常からあまりに強く逸脱しているために、修正された戦略が講じられなければならないことを、医療提供者がもっともらしく根拠づけられるかぎりにおいても、このことが妥当であろう」)。もっとも学説はこの例示を取り上げていない。

78) 学説では、医学的必要性のない処置(「希望を充足する医療wunscherfüllende Medizin」(Rehborn ,a.a.O.(Note 1),S.498)、ドイツの医療水準を下回る外国の歯科補綴(Rehborn ,a.a.O.(Note 1),S.498)、エホバの信徒輸血拒否のような医療上の処置の拒絶(Spickhoff ,a.a.O.(Note 1),S.271 f.)などもあげられている。これらを見るかぎりでは、患者の価値判断重視のケース群であるように思われる。

79) Vgl. BT-Drucksache 17/10488,S.20

それとともに、本法における医療水準規定の任意性の明定は、水準外医療に関して、法的思考枠組にセットして契約的交渉の俎上に明確に上げることを意図したものとみえる(ドイチュ(浦川)・前掲注(6)172頁参照。もっとも、多様性を重視したドイチュ・ガイガー鑑定意見にも医療水準規定に任意性は盛り込まれていない)。Thole ,a.a.O.(Note 1),S.146は契約自由Vertragsfreiheitを考慮に入れていると述べる。

80) 山本=手嶋・前掲注(23)156頁参照。ドイチュ・ガイガー鑑定意見書では免責条項は明確に否定されている(Deutsch/ Geiger ,a.a.O.(Note 22),S.1110f.)

定されている⁸¹⁾。

6 小括

医療の現実類型の多様性、そしてオランダ医療契約法や（草案ながら）DCFRと比較してみても⁸²⁾、新・医療契約の定義規定はごくシンプルである。すでに存在する実務上の区別を包摂しようような抽象的・包括的、あるいは中立的表現が選ばれたうえ（医療提供者、医療上の処置、報酬規律等）⁸³⁾、その具体的内容には立ち入っていない（法案理由において従来の議論をふまえた長文の解説がある）。医療に関わる者に一般的な法的枠組を提供するのみであって⁸⁴⁾、その中では現実の多様性を偏りなく包摂し、またその中での法の可塑性や発展性を阻むものではない。

第2節 定義規定以外の当事者の権利義務規定

定義規定以外の当事者の権利義務規定に目を転じてみよう。

1 契約当事者の協力 (Mitwirkung)

目を引くのは、契約当事者の協力 (Mitwirkung) の明定である（630c条1項）。医師と患者のパートナーシップ思想が背景にあると解説され、法

81) 連邦参議院からは反対意見が呈され、これに対し、連邦政府からは（生命・身体・健康侵害についてのあらゆる責任制限を無効とする）309条7号aがあることが引き合いに出されている（BT-Drucksache 17/10488連邦参議院の意見表明S.37,連邦政府の反論S.52;Vgl. Spickhoff ,a.a.O.(Note 1),S.271.）。

82) オランダ医療契約法の邦訳は患者の権利をつくる会ホームページ（<http://kenriho.org/material/material02.html>アクセス日2013年10月15）に、DCFRの邦訳はフォン・パールほか編（窪田ほか監訳）・前掲注（4）197頁以下にそれぞれ掲載されている。

83) とくに報酬規律に関して、公的保険患者と民間保険患者ないし私費患者の取扱いを区別すべきでないことは従来より学説においていわれてきたことであり（山本＝手嶋・前掲注（23）155頁、158頁注（4））、本法はこの見解を反映している。なお、有償役務提供型契約に関するB G Bの規律の特徴の一つとして、（すべてに一貫してではないとしながら）規定の抽象度の高さが挙げられている（寺川・前掲注（42）831頁参照）。

84) Thole ,a.a.O.(Note 1),S.146,S.149

的性質は責務 (Obliegenheit) であるとされる⁸⁵⁾。すなわち、患者がこれに違反したことにより損害が発生した場合には、民法254条にもとづく双方の過失 (Mitverschulden) として⁸⁶⁾、わが国でいう過失相殺と同様に取扱われる (もっとも医療提供者の協力については法案理由に言及がない)。

2 医療提供者の情報関連諸義務

それと同一条文の位置付けで、医療提供者の情報提供義務 (Informationspflichten) (630c条2項、3項) が規定されている。内容的には、わが国でいう療養方法の指示・指導にあたるものに加えて (2項1文)⁸⁷⁾、医療過誤が疑われる場合の情報提供義務⁸⁸⁾ (2項2文3文)、そして付保されない治療費について等の経済的情報提供義務 (wirtschaftliche Informationspflicht)⁸⁹⁾ (3項) を収めている。

次に、説明と同意 (インフォームド・コンセント) に関連して、医療提供者の同意取得義務 (630d条) が、(ドイツにおけるこれまでの区分をそのままに) 説明義務と別個の条文でさだめられている。「患者の人格の自由な発展と人間の尊厳の尊重に対する憲法上の保障の私法上の具体化」で

85) 法案理由には患者の責務であると言及されている (BT-Drucksache 17/10488法案理由 S.21医療提供者については言及がないが同旨か)。従来の一般的見解 (Laufs/Kern ,a.a.O.(Note 50),§§76,77,78Rn.8 ff.) を踏襲した立場である。もっとも、責務にとどまったことにつき評価は分かれている。肯定的見解としてSpickhoff ,a.a.O.(Note 1),S.270、不満を表明する見解としてHart ,a.a.O.(Note 1),S.385 f.; Thurn ,a.a.O.(Note 67),S.153 ff.;Rehborn ,a.a.O.(Note 1),S.498

86) BT-Drucksache 17/10488 S.21

87) ドイツではそれまでの判例で「治療上の説明義務 (therapeutischen Aufklärungspflicht)」や「安全上の説明 (Sicherungsaufklärung)」と捉えられてきたものが、区分を変更のうえ、事前のリスク説明と区別された (Vgl.Rehborn ,a.a.O.(Note 1),S.499; Thole ,a.a.O.(Note 1),S.146)。Spickhoff ,a.a.O.(Note 1),S.272 f.は、同じく自己決定のための説明に関し、同意取得の前提としての説明の箇所とで二回規律することになりわかりにくいと批判的である。

88) 照会に応じての情報提供と健康上の危険を防止するための情報提供を含む。ドイツでは特に前者につき議論されてきたテーマである。参考文献としてVgl. Philip Schelling/ Maximilian Warntjen,Die Pflicht des Arztes zur Offenbarung von Behandlungsfehlern,MedR 2012,S.506 ff.

89) ドイツではすでに判例によって承認されていた(Vgl. OLG Stuttgart VersR 2003, 462 f.)。

ある患者の自己決定権を保護法益とし、従来不法行為法との区別が曖昧であったところ、医療契約上の義務として明定されたと解説される⁹⁰⁾。

そして、同意の有効性の前提条件としての医療提供者の説明義務（630 e 条）、記録作成義務・10年間の保管義務（630f条）、および患者の診療記録閲覧権（630g条）が続く。ドイツでは過去の判例法理の踏襲であるが⁹¹⁾、わが国では私法上未確立の権利を含む、ドイツらしい、進んだ内容となっている。いずれも、方法・代諾・範囲・免除のケースなど、詳細な点まで条文化されている（とくに説明方法については、ドイツ・ガイガー鑑定意見では規定はなかった）。

3 小括

医療提供者の情報提供義務の区分の変更（注(87)参照）を除けば、いずれも従来の法状況のほぼ確認に尽きるものである。しかし、解釈論上存在してきた附随義務群のなかから、とりわけ上記1・2を条文に昇格させたことは示唆的である（逆に、守秘義務などは規定化されていない）。

なかでも、雇用契約の附随義務が、618条を除き、補充的契約解釈ないし信義則を介して、裁判例によって形成されている⁹²⁾ことと対照しても、新・医療契約において、患者の情報請求権が多くの法文をもって積極的に明文規定に拾い上げられた⁹³⁾ことは際立っている。「弱者の権利保護手段としての契約」としての医療契約の法典化の特徴を浮き彫りにしている。

90) BT-Drucksache 17/10488法案理由 S.23.Vgl.lauch Spickhoff ,a.a.O.(Note 1),S.275

91) 診療記録作成義務について拙稿「ドイツにおける医師の診療記録作成義務の生成と展開（1、2・完）」早稲田大学法研論集97号（2001年）183頁以下、98号（2001年）113頁以下、診療記録閲覧請求権について拙稿「患者の診療記録閲覧請求権—ドイツにおけるその生成と展開—」早稲田法学会誌52巻（2002年）295頁以下をそれぞれ参照

92) このようにすることで、自由労務契約における契約上の義務を拡大してきたと指摘される（寺川・前掲注（42）833頁）

93) 全体として、法の透明性の確保と医師患者間の情報格差の是正に力を入れた法律であるといえる（拙稿・前掲注（1）219頁参照。Vgl. Thole ,a.a.O.(Note 1),S.149）
なお、BGBの新しい契約の規定の仕方について、冗長で強行法規を有することが指摘されている（ユルゲン・パーゼドー〔中田邦博=寺川永訳〕ドイツ民法典における契約各則の現代的意義）社会科学年報43号（2012年）237頁）。

94) ここでめざされているのは、判例法理の条文化と内容の体系的整理である（Vgl. BT-Drucksache 17/10488法案理由 S. 27）

第3節 立証分配の特則の実体法規定への持ち込み

医療契約規定群の最後の条文（630h条）で、医療契約責任訴訟における立証分配に関し、患者側の立証責任を軽減ないし転換する特別ルールが、医療契約全体をカバーする医療契約規定として加えられている。

内容的には、これまで判例で展開されてきた医師責任法上の諸種の立証原則の体系化である⁹⁴⁾。本稿テーマとの関係上、深く立ち入ることはしないが、完全に支配可能なリスク（voll beherrschbaren Risikos）の法理（1項）、同意取得過誤・説明過誤の立証転換（2項）、記録の欠如（Dokumentationsmängel）がもたらす立証転換（3項）、そして医療提供者の能力不足（同条4項）や重大な医療過誤（同条5項）のケースにおける因果関係の推定が定められている⁹⁵⁾。

これは、固有の責任規範を意味するものではなく、280条1項の一般的な責任規範を出発点としながら、そこから逸脱する特殊性を規律する、280条

95) 内容は以下のとおりである（以下、Rehborn, a.a.O.(Notel), S.567ff.拙稿・前掲注(1)218頁参照）。

- ①医療過誤の立証に関する完全に支配可能なリスク（voll beherrschbaren Risikos）の法理
：医療提供者が支配可能な一般的治療リスクが実現したことにより、患者の生命・身体・健康が侵害された場合には、医療過誤の存在が推定される（同条1項）。
- ②同意取得過誤・説明過誤の立証転換
：同意取得義務や説明義務を果たしたことの立証責任は、医療提供者自らが負担する（同条2項）。
- ③記録作成義務・保管義務違反＝記録の欠如（Dokumentationsmängel）がもたらす立証転換
：医学的に重要な処置の実施に関して、医療提供者が記録を作成していなかったり、作成した記録を保管していなかった場合には、当該処置は実施しなかったものと推定される（同条3項）。
- ④医療提供者の能力不足（同条4項）や重大な医療過誤（同条5項）のケースにおける因果関係の推定
：当該診療をする能力のない医療提供者の診療によって、患者の生命・身体・健康が侵害された場合には、医療提供者の能力不足が侵害の原因であることが推定される（同条4項）。また、医療提供者が重大な医療過誤を犯し、性質上そこから惹起されるような生命・身体・健康の侵害が患者に発生した場合には、当該医療過誤がその原因であることが推定される（同条5項）。

1 項の特則として位置付けられている⁹⁶⁾。

従来の医療契約論において（わが国よりいっそうはっきりとした形で）重要な位置を占めてきた証拠法上の考慮⁹⁷⁾を、民法典の体系の根幹には影響を与えぬまま、医療契約のみに適用される特則の位置付けで、医療契約規定の末尾に多くの法文を割いて配置したものである。

第4章 民法典の契約法という選択

以上、組み込む側（患者の権利法）と組み込まれる側（民法典）の2つの立法論議、そしてかかる2つの立法論議を源流として、すでに解釈論として存在してきたドイツの医療契約論を下敷きに、新・医療契約がいかに「法定」されたかを考察した。

以上の考察結果を元に、本章では、このように患者の権利に関するルールを成文化（法典化）したこと、とりわけ民法典の契約法という法形式を選択したことが、いかなる意味を有するのかをさらに考察しよう。

第1節 成文化（法典化）そのものの意義

ドイツにおける医師患者関係規範の成文化の意図するところは、たしか

96) Vgl. BT-Drucksache 17/10488法案理由S. 27.

したがって医療契約責任訴訟では、まず原則としては、280条1項における損害賠償法の立証分配（損害賠償法における一般原則）にしたがって立証分配がおこなわれる。すなわち、患者が医療提供者に対する損害賠償請求権を主張したい場合には、医療契約の締結、280条1項による義務違反という意味で過誤のある診療の存在、患者の損害、そして過誤のある診療と患者の損害との間の因果関係を立証しなければならない（BT-Drucksache 17/10488法案理由S.27f.）。そのうえで、同項2文により、過誤のある診療に関して帰責事由なきことの立証責任は医療提供者が負う（BT-Drucksache 17/10488法案理由S.28）。

なお、医師責任であっても、823条以下の不法行為責任に関しては、本条は適用されない（ebd.,S. 27）

97) 山本＝手嶋・前掲注（23）147頁は、医師の民事責任の中心的な3論点の1つに、説明過誤と医療技術上の過誤と並べて、証拠法上の考慮をあげる。そして、ドイツの裁判事情により、この考慮がわが国より実務上ははっきりとした形で示されると紹介する（同論文148頁）。

98) SPDの提案書（BT-Drucksache 17/907,S.2）。本法についてもBT-Drucksache 17/10488法案理由S.9,注（93）参照。

に法発展の促進という要素もあるにせよ、主として、一般国民（患者）からみた法の見通しのよさ—透明性（Transparenz）⁹⁹⁾の確保にあった⁹⁹⁾。

もともとドイツは、比較法的にみても患者の権利保護に手厚い法状況にあり、ドイツ国民もその点は自認するところであった¹⁰⁰⁾。しかし、それでもなお、散在する諸法源¹⁰¹⁾の一括化と、とりわけ患者の権利の言明を、一つの文書、一つの法典、そして私法の一般法たる民法典に書き表すことが企てられてきたのは、法律の素人からみた法の判読可能性がめざされたからにほかならない¹⁰²⁾。

患者にどのような権利があるのかを、他ならぬ患者自身に明瞭に知らしめることで、患者が自らの権利を知覚でき、必要な場合には請求できる、基本的前提を提供することが、意図されたのである¹⁰³⁾。

本法もまた、これまで判例にゆだねられ、法の欠缺が指摘されてきた医

99) これまでの流れについて、小池・前掲注（6）58頁、59頁、拙稿・前掲注（6）「ドイツの医療法制」262頁以下、拙稿・前掲注（6）「諸外国の医療法制：ドイツ」参照。本法もこの流れに組するものである。

100) たとえば、SPDの提案書（BT-Drucksache 17/907,S.2その前文において、まず、医療をめぐるドイツの法状況に関する、提案者の認識が表明されている。そこでは、特に社会法改正と判例における立証軽減を挙げ、「国際的に比較して良好」と評している）。また本法でもBT-Drucksache 17/10488法案理由S.9参照。

101) 詳細は村山・前掲注（6）「ドイツの医療法制」246頁参照。また小池・前掲注（6）58頁、61頁注（7）も参照

原理原則を宣言する基本法（わが国でいう憲法）、主に紛争処理のルールを規律する民・刑法、そしてこれら成文法の下位の位置づけで具体的な紛争処理について判例法（先例拘束性はない）が蓄積される。これら憲・民・刑・手続法の大きな諸法に、医療に適用される規定がばらばらに含まれているのに加えて、個別の職業法や公的医療保険を規律する社会法第5編が存在するというのが基本構造である。連邦と州の間で立法権が分配されているぶん権力構造が複雑であり、また社会国家思想と法治思想が相俟って膨大な数の行政的コントロールに係る医療関係法規が存在する。

102) 現場への流布が求められた2003年文書はもとより、SPDの提案書（BT-Drucksache 17/907, S.2.）、ドイチュ・ガイガー鑑定意見（山本＝手嶋・前掲注（23）145頁以下、146頁注（1）参照）、ドイチュ（浦川）・前掲注（6）172頁も参照（民法典での典型契約化について「法典を一瞥することで、少なくとも医師と患者の法的関係の主要原則を一見して見通せるようになる」）、本法でもBT-Drucksache本法理由S.9.

なお、ドイチュ・ガイガー鑑定意見では、より実体的に、医師と患者の統一的・全体的な利益調整の手段としての役割も期待されている（山本＝手嶋・前掲注（23）146頁参照）。

師患者関係規範を、民法典で包括的に明文化することで、関係者、とりわけ患者にとってわかりやすい権利義務関係の提示を行っている¹⁰⁴⁾。

第2節 契約法という選択

本法が契約法を選択したことは、すなわち、医師患者関係を契約としてとらえ、そこにおける法的拘束力の源泉を一医師の地位でも、社会的関係でもなく一当事者の事前の合意に求めるという選択にほかならない。

ドイツでも医師患者関係を、とりわけ公的保険医療にさいして、私法上の契約とみるのか、あるいは公法上の法定債務関係として理解すべきなのかという、民法・社会法の両領域で見解を二分する論争¹⁰⁵⁾が存在してきた。本法が契約法を選択したということは、民法領域の通説であった契約

103) SPDの提案書 (Drucksache 17/907,S.1) ; Spickhoff,a.a.O.(Note 1),S.268 (新法につき信号作用Signalwirkungと表記)

104) 見通しのかかない決疑論 (Kasuistik) から、法形成の基礎となりうるテキストへの転換と評価される (Marcel Reuter /Erik Hahn,Der Referentenentwurf zum Patientenrechtgesetz:Darstellung der wichtigsten Änderungsvorschläge für das BGB, VuR 2012,S.247ff.; Thole ,a.a.O.(Note 1),S.149. また服部・前掲注(1) 290頁も「法規律のあり方に一定の確たる基盤をもたらす点で大きな意義をもつ」とする)。他方で、判例の蓄積による従来の決議論の方がよいとする見解も、ドイツ医事法研究者には根強くあるという (同論文290頁)

105) 契約説としてBGHZ 47,75; 63,306;76,259;97,273;105,160 ; Angie Schneider,Handbuch des Kassenarztrechts, Heymanns Verlag GmbH,2.Aufl.2006 Rn.1153f; Deutsch/Spickhoff ,a.a.O.(Note 50), Rn.4 公法上の法定債務関係説としてBSGE 59,192; 73,273;aber auch BGHZ 140,102; Friedrich E.Schnapp/Ruth Düring, Die Rechtsbeziehung zwischen kassenzahnarzt und sozialversicherten Patienten nach dem Gesundheits-Reformgesetz, NJ1989, S.2913ff.; Reimund Schmidt-De Caluwe, Das Behandlungsverhältnis zwischen Vertragsarzt und sozialversichertem Patienten, VSSR 1998, S.207 ff.;Friedrich E. Schnapp, Muss ein Vertragsarzt demokratisch legitimiert sein?, NZS2001, S.337ff本法直前の2012年8月22日最高裁判所合同部決定でも未解決のままであった (juris.)。詳細は拙稿・前掲注(6) 「ドイツの医療法制」256頁以下参照

106) BT-Drucksache 17/10488法案理由S.18;Gerhard Wagner, Kodifikation des Arzthaftungsrechts?-Zum Entwurf eines Patientenrechtgesetzes-, VersR 2012, S.793; Reborn,a.a.O.(Note 1), S.497

107) Deutsch/Spickhoff ,a.a.O.(Note 50), Rn.4 (公的医療保険であっても、医療そのものは、私法上の契約にもとづくものとして、対等な関係で行われるべきであるとする)

説の採用を確認し¹⁰⁶⁾、かかる論争に終止符を打ったことを意味する。

契約こそが医師と患者の対等な¹⁰⁷⁾パートナーシップの法的な形態であるという、民法領域で展開されてきた契約説の主張¹⁰⁸⁾への傾倒が、法案理由の随所にみうけられる¹⁰⁹⁾。それは、社会法のパターンリズムを排し、医師患者関係のあり方を対等な私人間の交渉にゆだね、医療における患者の主体的関与と協働を重視するという価値判断の表明であるとも換言できる(注(108)を再び参照)。

第3節 民法典という選択

そのような医師と患者の契約関係を規律するにあたって、とりわけ私法的一般法たる民法典を選択したことは、いかなる意味を有するのか¹¹⁰⁾。その性質ゆえに、多くのことがらを包括的に規定しなければならない法典の一角において、とりわけ重要な原則的・端緒的規定のみを選び取って簡潔な表現で規定し¹¹¹⁾、もって多くの一般市民が一瞥で主要事項を見通せる方

108) Erwin Deutsch, Das Persönlichkeitsrecht des Patienten, AcP 192,1992,S.161; Jochen Taupitz, Medizinrecht vor den Gerichten - Ein Blick in die ferne Zukunft, ZRP 1997,S.161; Deutsch/Spickhoff, a.a.O.(Note 50),Rn.20.拙稿・前掲注(6)「ドイツの医療法制」256頁以下参照

たとえば、ドイツ(浦川)前掲注(6)172頁(「民事債権法の中に患者と医師との契約をはっきりと規定することは、社会法による過剰な、しかもあるいは家父長的ともいえる規制を、予防することにな」るとする)、Deutsch/Spickhoff, a.a.O.(Note 50),Rn.20(公的保険医療で発生する公法上の関係はパターンリズムに作用し「患者と医師の個別の関係を否定して医師を社会保険の道具にしてしまう」とする)。

なお、ドイツ・ガイガー鑑定意見では、まだ不法行為的思考の抜けない当時において、不法行為法より契約法が選好される理由として、医療関係の非定型性と個性の強さを前提に、①当事者間での事前の自律的議論が俎上に上がりやすいこと、②個別的医師対個別的患者という具体的個性的関係の個性を反映しうること、③医師責任の過大化を防ぐことができることがあげられている(Deutsch/ Geiger, a.a.O.(Note 22), S. 1048ff. 山本=手嶋・前掲注(23)146頁参照)

109) たとえば、患者の責務として、協力を定めている箇所等、随所でパートナーシップ思想に言及されている

110) この問いに対しては、初めて民法典での成文化を提案したドイツの文献から鮮明な回答を読みとることができる。

111) ドイツ(浦川)・前掲注(6)171頁以下。そのほか同論文173頁(「医師・患者関係の諸原則の簡潔にして概略的な列挙」)

式が選択されたのである¹¹²⁾。

この選択は同時に、「本質的な定点」¹¹³⁾のみを規定するにとどめることで、法定類型の定立後もなお、信義則による補充と¹¹⁴⁾法の可塑性や発展性の保持¹¹⁵⁾を可能ならしめるものである。このことは、医療契約内容の不確定性・流動性、社会規範への依存、医学の進展の速さ、そしてドイツ法が医療との間で保ってきた一定の距離感¹¹⁶⁾にも対応しうることを意味する。

翻って、民法典そのものの完成度という視点から¹¹⁷⁾みるならば、典型契約の列に新たに医療契約を加えた選択は、非対等な当事者間の関係を民法典で規律するという意味において、債務法改正でなされた消費者私法の民法典への組み入れ¹¹⁸⁾という方向性に連なるものとも評価できる（ドイツでは、患者を特別な消費者と捉える一般的傾向が存在してきた¹¹⁹⁾）。

生身の人間であれば傷病は避けてとおれない。現在の社会事情からすれば傷病のさいには医療をうける。その意味において医療契約は消費者契約よりもいっそう日常的であって、医療契約法の使い手は一般市民である。

112) 同論文 172頁参照（「法典を一瞥することで、少なくとも医師と患者の法的関係の主要原則を一見して見通せるようになる」「すべての人に大要において医療契約を理解しやすいものとするため」）

113) 同論文173頁

114) 同論文173頁参照（「義務と責任の列挙は、決して信頼にとって代わるべきものではない」「信頼こそが医師による患者の診療において唯一の全体をささえる力をもつ基盤をなす」「信頼が法律を必要とするのではなく、むしろ法、特に契約法が、患者の医師に対する信頼による支持と補完を必要としている」等）。なお、山本＝手嶋・前掲注（23）152頁は、「ドイツの見解の特質は、個々の医師と患者との…協力的作業の基礎としての人格的信頼関係の表現として診療契約を把握し、この個別的に成立する信頼関係に基づく個別的な診療契約が抽象的一般的な法規定を具体化する、と考えるところにある」とする。

115) BT-Drucksache 17/10488法案理由S.9（判例による判断の余地残すとする）。なお、わが国では理論が成熟過程にあることや医学の進展の速さを理由に民事特別法での立法に適合的との見方もあるが（手嶋豊「医療契約についての規定を民法典に組み込むことを考えるか」『法律時報増刊 シリーズ司法改革 民法改正を考える』（2008年）325頁等参照）、一般法であってもこのような規定方法の工夫をすることである程度の対応が見込まれるのではないだろうか。

116) 詳細は拙稿・前掲注（6）「ドイツの医療法制」での分析参照

117) ドイツ（浦川）・前掲注（6）169頁、171頁以下（「その名（＝ドイツ民法典）にふさわしいもの」（172頁括弧内筆者））

生きた現実に向い拡大する民法典と、患者の自律に向い方向付けられる医師患者関係の求めるルールとの合流地点に、本法の成立があるといえるのである¹²⁰⁾。

第5章 わが国への示唆

最後に、以上のドイツ法の理解をふまえ、わが国固有の土壤に適合させた「移植」¹²¹⁾の可能性を模索し、将来的な法改正への有意な示唆点を抽出しよう。

118) 債務法改正の最大の特徴の一つであるとともに（同書426頁参照）、近時の民法典編纂の世界的傾向でもある（平野裕之「法律行為法・契約の成立および消費者法」ジュリスト1392号（2010年）102頁の世界の立法例の分類も参照）。それは、EC指令の導入を機に、現代の経済状況に合わせ「生ける法を民法典の中に復帰させる」企てであり（半田・前掲注（11）12頁参照）、いまや消費者法の使い手となった一般人にとってのわかりやすさの獲得が起草者の意図するところであった（半田・前掲注（11）12頁、427頁参照）。そこには、対等な当事者のみを出発点とする民法像がもはや社会的現実からかけ離れていることの認識と、民法典は使い手である一般市民にとって現実的でわかりやすくあるべきだという価値判断が伺える。

119) Kubella, a.a.O. (Note 20), S. 6 ff. 等。法案理由でも消費者保護という言及がある（BT-Drucksache 法案理由 S. 34）。

そして、立法技術的にいえば、民法典の体系と異なる特殊な内容ではないこと（消費者保護関係規定に属するものであっても製造物責任法のように、無過失責任であって民法の体系と異なるという理由で、編入が見送られた規定もある（半田・前掲注（11）427頁参照））、横断的ではなく部分領域に限定される特別法である点（民法改正研究会『民法改正と世界の民法典』（信山社、2009年）〔磯村保〕200頁。消費者法・商法の規定と借家関連規定では民法の特別法ということの意味が違うと指摘）、行政的規制との解釈論上の境界が明瞭である点（同書200頁参照。特定商取引法や割賦販売法において私法的規制と業法的規制が混在し連動してきたことを指摘し、私法的規制だけを民法典に取り込めばそれと連動してきた業法的ルールについても兼用が必要になるとする）、形式的義務が求められ条文数が膨大になるわけではない点（半田・前掲注（11）428頁以下。編入された消費者保護法に關しても、形式的義務が多いために複雑・長大な規定内容が民法典における条文数や法文の制約になじまないのではないかと批判もある）など、民法典に組み入れて差しさわりのない条件がそろっていたものと考えられる。

120) Spickhoff, a.a.O. (Note 1), S. 268は、市民法たろうとしてこなかった民法典と、患者にとってのわかりやすさを意図する本法との対照性を意識している。

121) 園部逸夫「公法の領域における外国法の受容」『多文化世界における比較法』（中央大学出版部、2000年）77頁参照（「これからの外国法受容は、単なる接ぎ木におわるのではなく、日本の土壤にマッチした適正な移植をはかることが必要である」）

第1節 成文化自体の意義の普遍的妥当性

法の世界において、文にすること一形のない、あるいはあってもはっきりしないものに明確な形を与えることは、よきにつけあしきにつけ、一定の意義と機能をもちうることである。私法的なものであれ公法的なものであれ、一般法であれ特別法であれ、国家法であれ職能集団法であれ、そこにはおよそ「文にすること」について、基本的な機能が存在している。とりわけそれが、力格差のある当事者関係を規律するものであれば、当事者関係の合理的規制という機能をも併せ有することになる¹²²⁾。

わが国においても、医師と患者の法的関係を、成文をもって規律することが、実務界を中心に求められてきた。患者の権利法、近年の医療基本法のみならず、改正された民法典に医療契約を組み込むこと、広くは弁護士会による医療契約書モデルの提案も、これに含まれる。

患者の権利法の制定を求める動きが歴史的に存在した点、そしてそこに期待される機能として、(他の点に相違はあれ)すくなくとも法の透明性の確保(権利義務関係の明確化)があったという点において、わが国とドイツは共通しており、成文化という1点からみるならば、ドイツ法は先行改革として評価できるであろう。

第2節 民法典の契約法という選択

もっとも、患者の権利に関するルールを民法典の契約法という形で成文化するという選択は、わが国では選択肢の一つにとどまり、とくに医療界からは抵抗がある。わが国でいわゆる「患者の権利法」の内容は公法的性格であり続けてきたのであり、近時の医療基本法もまた同じである。患者と対立構造におかれることを忌避する医療界の思惑というだけでなく、そこには医療や国家・法に対するわが国の伝統的な国民意識が介在するのかもしれない。

次に、より立法技術的な問題として、ドイツに倣い、わが国では委任契

122) 医師と患者の関係は、(変わりつつあるとはいえ本来的に)当事者間に力格差があり、かつ患者の生命・身体への侵襲をとまなう。ゆえにその内容を合理的に規制する社会的要請がきわめて強い領域であり、成文化はその主要な手段である。

約を同様に分化改編して医療契約を創設するとなると、体系上の難題に遭遇することになる。すなわち、わが国の委任契約はドイツの雇用契約と同じものでは決していない¹²³⁾。ドイツ式の接続方法を直輸入はできない。しかも中間試案では、準委任契約の類型化が提案されており¹²⁴⁾、もしこれが実現するとなると、体系的齟齬の摺合せはますます難しくなる。医療契約を委任契約の特殊類型として接続するにあたっては、準委任との関係の解明、ひいては委任契約におけるそもそもの矛盾の解消という問題に直面せざるをえない。あるいは、早期の立法を望むのであれば、完全に独自類型として定立する方が解決は早いともいえるのである。

第3節 適合的移植の可能性

もとより立法は、社会的事実¹²⁵⁾や「社会において自生する法」¹²⁶⁾によって裏打ちされねばならない¹²⁷⁾。比較法研究の成果から析出されたものは、この観点からふるいにかけられ、しかるべき度合と形を考えられたうえで、わが国の立法に活かされる必要がある。序論で言及した少なからぬ数々の相違点（とくに市場原理志向の医療政策、医師会の内部規律力）や前節で指摘した契約各論編成の相違に加えて——おそらくはよりいっそう——国民意識や文化・伝統の相違（権利のために闘争する国民性）¹²⁸⁾が、適合的移植にあたっての大きなハードルになるように感ぜられる。

123) 第2章 第1節参照。

124) 「民法（債権関係）の改正に関する中間案」（信山社編集部編『新法シリーズ試案編3民法改正中間試案〔確定全文〕+〔概要〕+〔補足説明〕』（信山社、2013年）等参照（第41委任 6準委任（民法第656条関係））。なお、拙稿「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」第41委任について」本誌本号における検討も参照。

125) 田島裕『比較法の方法』（信山社、1998年）62頁参照

126) 広渡清吾「法の比較についての方法的考察—「比較法社会論」のために—」滝沢正編集代表『大木雅夫先生古稀記念 比較法学の課題と展望』（2002年、信山社）27頁参照

127) 法社会学で「生ける法」の重要性が指摘されてきたように（広渡・前掲注（126）27頁以下参照。法社会学者エルリッヒが提唱し、日本では、末弘厳太郎・川島武宣らによって展開された）。

128) ゲルハルト・リース教授講演会「日本法の特徴—ドイツの法学者の観点から」（2013年3月6日於：慶應義塾大学）からとくに示唆を受けた。

それだけでなくも現実の立法となれば、そのときどきの自国の固有の事情がはるかに大きな比重で考慮されるものである¹²⁹⁾。

このように考えると、本稿での作業が現実の立法作業においてにない役割は、決して過大評価はできない。その点に留意しつつ——将来的に起こりえる医療契約の成文化（法典化）作業、なかならず民法典での典型契約化作業において、本稿が立法の基礎資料の一つとして寄与しうらば幸いに思う。

〈資料：ドイツ2013年患者の権利法の民法典改正部分翻訳〉

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

第1款 雇用契約 (Dienstvertrag)

第611条～第630条 (略：従前と同じ)

第2款 医療契約 (Behandlungsvertrag)

第630a条 医療契約における契約に典型的な諸義務 (Vertragstypische Pflichten beim Behandlungsvertrag)

第1項 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 (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。

第2項 前項の処置は、別段の合意がないかぎりにおいて、当該処置の当時に存在し、一般的にみとめられている専門の水準に則って行われなければならない。

第630b条 適用可能な規定

医療契約関係には、本款に別段の定めがないかぎりにおいて、第622条

129) 田島・前掲注 (125) 62頁参照

そして、現実の立法は、国会が広範な立法権にもとづいて行なうのであって、それはしばしば政治的要因によって大きく左右されうる (とくに医療政策は、そのときどきの立法府の政治的決定に左右されやすい)。

にいう労働契約関係に関する規定ではなく、雇用契約関係に関する規定を適用する。

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

第1項 医療提供者と患者は、約束した医療上の処置の実施のために協力するものとする。

第2項 医療提供者は、診療 (Behandlung) の開始時、そして必要に応じてその過程において、診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。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な場合には、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、医療過誤について情報提供しなければならない。医療提供者又は刑事訴訟法第52条第1項でいうその近親者 (Angehörigen) が医療過誤を犯した場合には、医療提供者又はその近親者に対する刑事手続又は過料事件手続において、医療提供者の同意なくして、第2文にもとづく情報を利用することは許されない。

第3項 医療提供者は、第三者による治療費の完全な引受けが確保されていない、又は事情によりそう考える十分な根拠があることを知っている場合には、患者に対し、診療開始前に、予測される治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、さらに様式が求められる場合には、このかぎりでない。

第4項 特別な事情により、患者への情報提供が例外的に必要でない場合、とくに診療が延期不能であるか、又は患者が情報提供を明示的に放棄している場合には、これを不要とする。

第630d条 同意 (Einwilligung)

第1項 医療上の処置 (Maßnahme)、とくに身体又は健康への侵襲の実施に先立ち、医療提供者は患者の同意を取得すべき義務を負う。患者に同意能力がない場合、1901a条1項1文にもとづく患者の事前指示がその

処置を許容し、若しくは禁止していないかぎりで、同意権者の同意を取得しなければならない。他の規定により同意についてさらに要件が定められている場合には、このかぎりでない。延期不能な処置に関して適時に同意が取得できない場合、推定上の患者の意思に合致するかぎりにおいて、同意なくその処置を実施することができる。

第2項 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。

第3項 同意は、無理由・不要式・随時に撤回可能である。

第630e条 説明義務 (Aufklärungspflichten)

第1項 医療提供者は、同意のために重要なすべての事情を患者に説明すべき義務を負う。それにはとりわけ、処置 (Maßnahme) の性質、範囲、実施、期待される結果とリスク、診断と治療からみた必要性、緊急性、適応、及び成功の見込みが含まれる。適応があり通常行われている医療上同程度の方法が複数存在し、負担、危険、又はもたらしうる治癒の機会に重大な差異がある場合、医療提供者は説明に際して別の処置の選択肢も示さなければならない。

第2項 説明は以下の各号の定めるとおりに行わなければならない。

第1号 医療提供者、又は処置を実施するのに必要な能力を有する者が、口頭で行わなければならない。補足的に、患者に文章を交付して説明に用いることもできる。

第2号 同意に関する決定を患者が熟慮のうえで行えるよう、適時に、行わなければならない。

第3号 患者にとって理解しやすいものでなければならない。

患者が説明又は同意に関連して署名した文書のコピーを、患者に交付しなければならない。

第3項 特別な事情により患者への説明が例外的に必要でない場合、とくに処置が延期不能であるか、又は患者が説明を明示的に放棄している場合には、これを不要とする。

第4項 第630d条第1項第2文により、同意権者の同意を取得すべき場合には、第1項から第3項までのルールに則って、同意権者に説明しなければならない。

第5項 第630d条第1項第2文の場合において、患者がその成長段階と理解能力から説明を受容しうる状態にあり、かつそれが当該患者の福祉に反しない限りにおいて、患者にもその理解能力に応じて、第1項による重要な事項を説明しなければならない。第3項を準用するものとする。

第630f条 診療の記録 (Dokumentation der Behandlung)

第1項 医療提供者は、診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診療記録 (Patientenakte) を作成すべき義務を負う。診療記録の記載事項の訂正又は変更は、もとの内容と、訂正又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診療記録についても同様である。

第2項 医療提供者は、専門的見地から、その当時と将来の診療にとって重要なすべての処置 (Maßnahmen) とその結果、とくに既往歴、診断、検査、検査結果、所見、治療とその効果、手術とその効果、および同意と説明を診療記録に記載しなければならない。医師の書簡は診療記録に収めなければならない。

第3項 医療提供者は、他の規定により別段の保管期間が定められていないかぎりにおいて、診療終了後から10年間、診療記録を保管しなければならない。

第630g条 診療記録の閲覧 (Einsichtnahme in die Patientenakte)

第1項 重大な治療上の理由、又は第三者の重大な権利のために禁止されないかぎりにおいて、患者には、求めに応じて、遅滞なく、自己に関する完全な診療記録の閲覧がみとめられなければならない。閲覧を拒絶する場合には、その理由が示されなければならない。第811条を準用するものとする。

第2項 患者は診療記録のコピーを求めることができる。そのために

発生した費用は患者が医療提供者に支払わなければならない。

第3項 患者が死亡した場合には、第1項及び第2項にもとづく権利は、患者の相続人の財産法上の利益を保護するために、患者の相続人に帰属する。患者の近親者（nächsten Angehörigen）には、その者が非財産的な利益を主張するかぎりにおいて、同様のことが妥当する。閲覧が患者の明示的又は推定的意思に反する場合には、これらの権利はみとめられない。

第630h条 医療過誤および説明過誤責任に関する立証負担

第1項 医療提供者にとって完全に支配可能で一般的な医療上のリスクが実現し、患者の生命、身体、又は健康が侵害された場合には、医療提供者の過誤が推定される。

第2項 医療提供者は、630 d 条に則って同意を取得し、630 e 条のルールに従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630 e 条ルールに従っていない場合、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（Maßnahme）に同意をしたであろうと、主張することができる。

第3項 医療提供者が、医学的に要求される重要な処置（Maßnahme）とその結果を、第630 f 条第1項又は第2項に違反して診療記録に記載しなかった場合、又は第630 f 条第3項に違反して診療記録を保管しなかった場合には、医療提供者はその処置を実施しなかったものと推定される。

第4項 医療提供者がその実施した診療（Behandlung）をする能力を有していなかった場合、医療提供者の能力の欠如が生命、身体、又は健康の侵害の発生の原因であったと推定される。

第5項 重大な医療過誤が発生し、これが実際に発生した類の生命、身体、又は健康侵害を通常惹起させるようなものである場合、その医療過誤が当該侵害の原因であったと推定される。このことは、医療提供者が医学的に要求される所見を適時に取得又は確保しなかった場合にも、その所見がもたらす結果がその後の処置の機会を与えたであろうことが、十分な蓋然性をもってみとめられ、かつその処置の不作为が重大な過誤となつたであろう限りにおいて、妥当する。

【付記】

本稿は、2013年7月14日研究会「医療基本法会議」報告、同年10月10日ドイツ民法研究会報告でいただいた意見や情報等を活用しています。両研究会のメンバーに心より御礼を申し上げます。