

ドイツの医療法制

医療と法の関係性の分析

村山 淳子

第一章 序論

- 一 本稿の目的
- 二 本稿の研究方法

第二章 根底に流れる特徴的な法思想と本質的課題

- 一 ドイツの法思想と法制
- 二 根底に流れる特徴的な法思想
- 三 ドイツ医療法制の本質的課題

第三章 全体的な法構造

- 一 わが国との共通点と相違
- 二 講学上の3層構造 医療に関係する3つの法領域
- 三 法源の種別と体系 統一法典の不存在と法源の散在
- 四 開かれた法システム

第四章 個性的な2つの法システム

- 一 医師集団への決定権限委譲システム
 - 1 医業の自律とそれを支える法制
 - 2 医師職業規則
 - 3 法治と自律の調整手段 州法にもとづく医師会への権限委譲
- 二 私法上の保険契約を組み込んだ医療保障システム

- 1 ドイツの医療保障制度
- 2 公的医療保険
- 3 民間医療保険
- 4 医業の自律性との緊張関係
- 5 契約原理との緊張関係

第五章 最近の患者の権利法制定の気運と動向

- 一 法源散在から統一法典への志向
- 二 患者のための権利憲章
- 三 患者の権利法の提案

第六章 ドイツにおける医療と法の関係性の分析 わが国の医療契約論への示唆

- 一 分析視角 なにゆえ、なにを、どのように
- 二 わが国の典型契約論の想定する法の規律原理の3類型
- 三 「枠組み」としての法
- 四 医師の自律から患者の自己決定へ
- 五 まとめとわが国の医療契約論への示唆

第一章 序論

一 本稿の目的

医師と患者の法的関係は、他の私的法律関係と同様、原則として、当事者の合意にもとづいた自由な関係である。しかし、一定の場合には、当事者の合意を超える、あるいは合意を補足する形で、法が介入してよい、あるいはせねばならない。または、特に弱い立場にある当事者の権利を宣言することで、社会の変革を支援・促進する機能を担うことであろう。

私的自治により、原則的には自由に形成・進行すべき医師・患者関係に対し、法は なにゆえ（規律原理） なにを（規律対象・範囲）そして どのように（規律方法）規律するのであろうか。本稿では、かかる分析視角から、ドイツの医療法制を考察する。

本稿で行う作業は、筆者の一連の「医療契約論」研究¹⁾の外国法研究の役割を担っている。わが国において独自の典型医療契約類型を定立するその研究にとって、外国に典型医療契約論（もしくは類似したもの）があるかを探究するよりも、外国における医療と法の関係性を調査することの方が、ことからの性質上、より本質的で大きな意味を持つであろう。かかる切り口からすれば、類似した法体系と法理論を持ち、医療については自覚的な進歩を遂げてきたドイツが、優れた素材として寄与しうるはずである。

二 本稿の研究方法

ドイツには、医療を規律する統一的・包括的な法典は、存在していない。そこで本稿では、ドイツの医療法制の全体像を特徴的に描き出す方法を採用する。本稿の目的にかんがみれば、一部の法律や各論的テーマに偏ることなく、全体を満遍なく鳥瞰し、構造的な分析を重視すべきであろう。また、ドイツの医療法制はわが国と共通点を多く有するため、とりわけわが国との対比におい

1) 「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）62頁以下を経て、「医療契約論 その典型的なるもの（1）」西南学院大学法学論集第42巻第3・4号（2010年）193頁以下を連載中である。

て特徴的な点に注目したい。

具体的には、以下の手順で論を進めてゆく

まず、ドイツの医療法制の根底に流れる特徴的な法思想と、そこから帰結されるドイツ医療法制の抱える本質的課題をあきらかにする(第二章)。

それをふまえ、ドイツ医療法制の全体的構造を分析する(第三章)。

そのなかでとりわけ、ドイツの医療法制に個性的な2つの法システム、つまり、医師集団への決定権限委譲システムと私法上の保険契約を組み込んだ医療保障システムを検討する(第四章)。

加えて、ドイツにおける最近の「患者の権利法」を志向する一連の動きについて言及する(第五章)。

最後に、以上から看取しうるドイツにおける医療と法の関係性を分析し、わが国の医療契約論への示唆を抽出する(第六章)。

なお、本稿は現行のドイツ医療法制をテーマとすることから、(ある法律の理解にはそこに至る立法過程の研究が不可欠であることはもちろんであるが)個別の法律の立法史、特別法、指針等のソフト・ロー、そしてドイツで特に発達している裁判外紛争処理(Alternative Dispute Resolution, ADR)²⁾については、別稿に譲ることとしたい。

第二章 根底に流れる特徴的な法思想と本質的課題

一 根底に流れる特徴的な法思想

1 ドイツの法思想と法制

ある国の法制を理解するためには、その国(民)の法に対するものの考え方を知らねばならない。医療と法の関係、より広くは社会と法の間をどのよう

2) ドイツでは、この30年来、医療紛争に対する裁判外紛争処理(ADR)が発達している。ADRについての規則や指針は、州の医師会が制定する。我妻学「ドイツにおける医療紛争と裁判外紛争処理手続」東京都立大学法学会雑誌第45巻(2004)49頁以下等参照

のあり方を、根本的に決定づけることになるだろう。

ドイツについて、こと医療に特化してそれを見るならば、次の3つの特徴的な法思想を挙げることができる。すなわち、**医業の自律性の尊重**(2)、**法治原則の徹底**(3)、そして**社会国家の標榜**(4)である(ここでは、ドイツ法制全般を通じていえることと、特にドイツの医療法制に限定していえることを、意識的に区分することはしていない。両者は連続的であり、明確な区分は不可能であるばかりか、実益が少ないからである)。

ドイツ法は1990年代後半から目に見えてヨーロッパ化³⁾、その傾向は医療法制にもみられる(近時のドイツの医療法制に関する文献では、その国際性を特徴として挙げ、国際規範、特にヨーロッパ規範の影響の増大が指摘されている⁴⁾)。しかし、法のヨーロッパ化は、構成諸国の伝統との緊張関係の中で実現してゆくものである。ドイツ法のヨーロッパ化は、ドイツ的な特色を一方的に排除するのではなく、ヨーロッパ法とドイツ的特色とのせめぎ合いのなかで進行してゆくであろう⁵⁾。したがって、本稿でとりあげるドイツの伝統的な法思想は、今後もヨーロッパ的普遍性との間で、まさにドイツ的な「全体と部

3) いわゆる二元論的思考に立脚しつつも、EU法はドイツ国内法に優位する。ドイツの基本法23条(いわゆるヨーロッパ条項)は、民主的、法治国家的、社会的、および連邦的な諸原則と補充性の原則(構成国によるよりもEUによる方がより良く目標を達成できる場合に限り、EUは活動することができるという原則)を義務づけられ、本質的に基本法に匹敵する基本権保護を保障するEUの発展にドイツは協力する等としている。また、ヨーロッパ裁判所判決によると、EU法の適用と実施を妨げることは許されず(EU法の間接的效果) また指令についても自国の裁判所に適用を求めることができ(EU法の直接的效果) EU法が適正に適用されなかったことにより被った損害は自国に対して賠償請求できる。

EUが制定する拘束力ある法規範には、規則(Verordnung 直接的効力がある) 指令(Richtlinie 構成国で国内法化する必要がある) および決定(Entscheidung 名宛人だけを拘束する)がある。法的拘束力はもたないが政治的效果を狙うものとして、勧告(Empfehlung) や意見(Stellungnahme) がある。

4) Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, 6. Aufl., 2008, Rn. 10; Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl., 2010, § 5, Rn. 2 u. a.

5) 村上淳一=守屋健一=ハンス・ベーター・マルチュケ『ドイツ法入門』(有斐閣、第6版、2005年)114頁参照。同書は、日本人とドイツ人の共著という形で、本稿の目的にとって有意なドイツ法紹介を行なっている。

分」の絶妙のバランスをとりながら⁶⁾、存在し続けるはずである。

2 医業の自律性 (Autonomie des Arztberufs) の尊重⁷⁾ (法思想その1)

ドイツの医療法制に関する文献を読むとき、必ずといってよいほど目にするのが、**医業は自由業 (freies Beruf)** であるとか、**医師の職業上の自由 (Berufsfreiheit)** **医業の自由 (Freiheit des Arztberufs)** あるいは**医業の自律性 (Autonomie des Arztberufs)** という言葉である。医師の職業律を定めた連邦医師のための模範職業規則 (Musterberufsordnung für Deutschen Ärzte, MBOÄ) (後述第四章-2参照) にも、「**医業はその本性から (seiner Natur nach) 自由な職業である**」(同法1条2項)と謳われている。

ドイツでは、基本法12条1項で保障された職業の自由 (Berufsfreiheit) が、専門家、とりわけ医師について、特に職業の遂行の自由の局面で強調されている。

医師はプロフェSSIONALの原型 (プロトタイプ) である⁸⁾。その高い威信は、特別な養成教育と試験にもとづき、(国家もしくは社会から) 職業を信頼して委ねられているということ、そして 職業上の義務を十分に果たしているということに帰せられる⁹⁾。この医師の職業上の義務には、学問の発展に対応した学問水準の遵守が属しており、学問によって設定される必要性に医師は拘束される¹⁰⁾。国家はこの点で医師に限界を設定することは許されず、この点こそが医業に自律的な特性を与える¹¹⁾。

この法思想が、強制加入の医師会による会員医師への職業倫理の遵守の強制、

6) 村上=守屋=マルチュケ・前掲注(5)によれば、もともとドイツ人には「部分の独自性」(8頁)という伝統が強固に存在し、「求心力と遠心力、全体と部分のバランス」(8頁)の中で生きてきた文化国民 (Kulturnation) であったものが、ナチス政権による中断、東西分断、そして再統一を経て、再び「ヨーロッパ的な普遍性を前提としてのみ国民的個性の発展が可能である」(9頁)との思想を持つに至ったという。

なお、1990年のドイツ統一条約には、「ドイツの統一によってヨーロッパの統合とヨーロッパの平和秩序の形成に寄与すべきである」と明記されている。

7) Laufs, Festschr. f. Deutsch (1999), 625ff. ; Deutsch/Spickhoff, a.a.O. (Note 4), Rn.21, Rn.22

8) Deutsch/Spickhoff, a.a.O. (Note 4), Rn.22

9) Deutsch/Spickhoff, a.a.O. (Note 4), Rn.22

10) Deutsch/Spickhoff, a.a.O. (Note 4), Rn.21, Rn.22

11) Deutsch/Spickhoff, a.a.O. (Note 4), Rn.21, Rn.22

また医師養成教育と医師国家試験に対する厳格な法規律といった、専門家たる医師に対する厳しい要求に繋がっている。また、後述する医師集団への決定権限委譲システムは、医師の集団的自律性と法治主義の要請を折り合わせる特徴的な制度的工夫である。

3 法治原則の徹底（法思想その2）

ドイツにおいては、わが国以上に、「法治」を徹底する思想がある。そこでは、すべての国家行為は、拘束力ある法によって基礎づけられ、そして限界づけられる。法が存在するならば、その遵守が強く求められるが、拘束力ある法が存在しないかぎり、人はそもそも自由である。この法治原則が、ドイツでは隅々にわたり徹底される。規則を重視するドイツ人の気質や、「新聞ひとつ読むにも法律の知識が欠かせない」¹²⁾といわれるドイツのお国柄や文化とも、このことは呼応している。このような徹底した法治思想は、ドイツの法制度全般に満ち渡るものであり、医療法制も例外ではない。

これに対応して、ドイツには実に多くの医療法規が存在している。日本では時に確たる法的根拠なしに行政指導が行なわれるが、ドイツの実務では厳格な法律上の根拠が要求される。ドイツにも指針や勧奨など法的拘束力のないソフト・ローは数多く存在するが、実務における基準としての有用性は認めつつ、法的効力については抑制的である（後述第六章参照）¹³⁾。

4 社会国家（Sozialstaat）の標榜（法思想その3）

ドイツは国家として、社会問題 すなわち、社会的不平等と困窮 に積極的に応えてゆこうという姿勢を明確に打ち出している国である¹⁴⁾。基本法20条1項¹⁵⁾は、ドイツが社会国家であることを明文で謳っており、これはつまり国家は社会正義と社会保障の実現に努めなければならないという社会国家原理の表明にほかならない。

このことからドイツでは、医療の制度設計に対して行政的コントロールが行

12) 村上=守屋=マルチュケ・前掲注(5)初版はしがきiii

13) 例えば、Laufs/Kern,a.a.O.(Note 4),Rn.11

14) ドイツではすでに1880年代に、社会的弱者を保護するという発想が、ビスマルクの社会保険立法として現われ、これが今日の社会国家原理に発展した。

15) ドイツ連邦共和国は、民主的で社会的な連邦国家である」

き届いている（医療法規が多いのは、そのためでもある）。たとえば、救急医療体制の整備、開業医配置や病院運営にも積極的に州が規則を制定し、よき医療の実現に目配りをしている。それゆえに、ドイツでは医療を含む給付行政の負担が増大している。医療費増大¹⁶⁾と医師不足¹⁷⁾の中で、いかにして国民に一定水準の医療を公平かつ持続的に確保するのが、ドイツの医療制度の重要な課題となっている。医療費問題を中心とする医療保険制度のあり方は、国政選挙のたびに重要な争点の一つを形成し、大きな制度改革が頻繁に繰り返されてきた¹⁸⁾（これほど自国の医療制度に批判的な国はないといわれる¹⁹⁾）。

16) ドイツでも、医療費増大の問題は非常に深刻である。特に1970年代半ば以降、「コスト爆発」(OECD『医療改革 OECD加盟7カ国の比較分析』(長寿社会開発センター、1992年)75頁)と表現されるほどの、保険医療費の激増を経験している。その後の、主として医療費対策のための医療制度改革によっても、公的医療保険の収支は「立法の効果がしばらく続いた後、赤字に転落し、また立法を行うというサイクル」(戸田典子「ドイツの医療費抑制施策 保険医を中心に」レファレンス平成20年11月号(2008年)28頁)を繰り返している。

17) 少子高齢化、それに関係する深刻な医師不足（現役医師が高齢化する一方で、医師志願者が減少したことが、原因とされる）という問題も、わが国と共通している。

なお、1992年の保健構造法で、保険医数の制限と定年制が導入されたが、それによって地域的な医師不足が発生したため、一部緩和された。また2006年の契約医法改正法は、保険医の定年制を緩和し、パートタイム保険医制を導入し（特に女性医師の仕事と家庭の調和を図って就業を促進するため）、医師不足の地域については保険医が他の医師を雇用する際の規制を緩和し、また保険医と勤務医の兼業規制を廃止している。

加えて、保険医協会や疾病保険金庫は、医師を確保するため、収入保障等の開業支援を共同出資で行なっている（以上戸田・前掲注（16）45頁以下参照）

18) 最近の法改正（戸田・前掲注（16）25頁以下参照 法令訳語はほぼこの文献によった）のあらましは以下のとおりである。

- ・医療改革法（1988年）
- ・保健構造法（1992年）初めての抜本的制度改革
- ・保険料負担軽減法（1996年）
- ・第一次医療保険再編法（1997年）
- ・第二次医療保険再編法（1997年）
- ・公的医療保険連帯強化法（1998）
- ・医療保障改革法（1999年）
- ・医療保険現代化法（2003年）保険給付の厳格化・合理化、患者負担の増大、付加保険の導入、患者参加権の強化等
- ・公的医療保険競争強化法（2007年）全住民に保険加入義務化、保険料一律化等

ドイツでも、社会国家原理は絶対的・無制限なものではない。自由と平等の対立、すなわち、市場経済を重視するか社会福祉の充実を望むかの対立は、ドイツにも存在している。この問題は多分に政治的であり²⁰⁾、政権が変わるたびに医療制度が変わるというのも頷ける。近年は、ドイツでも市場原理が優位であり（郵便・通信事業など民営化傾向も顕著である）、一般論として、直接的な介入はできるだけ避けて、間接的な制御にとどめるべきだという見解が有力である。

二 ドイツの医療法制の本質的課題

以上の法思想が特徴的に根底に流れていることをふまえ、ドイツの医療法制の本質的課題を考究するならば、次のように纏めることができるだろう。すなわち、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、関連づけることである²¹⁾。

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本的な法的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る。とりわけ社会保険医療の領域では、上記の本質的課題が随所で重要なテーマと論争を形成し、連邦憲法裁判所の判決も出ている。

第三章 全体的な法構造

19) 戸田・前掲注(16)46頁

20) 例えば、1970年代には自由民主党(FDP)とドイツ社会民主党(SPD)の連立政権がケインズ主義的成長政策を背景として社会福祉を推進したが、1982年からのキリスト教民主同盟/キリスト教社会同盟(CDU/CSU)と自由民主党の連立政権と、次の1998年からの社会民主党と90年連合/緑の党の連立政権は、市場原理重視の路線をとった。東ドイツ(ドイツ民主共和国)の社会主義崩壊は、さらにこの傾向を強化する方向で動いた。

21) Vgl. Deutsch/Spickhoff, a.a.O. (Note 4), Rn.3 (医師法の機能は、医師と患者の両者の立場からくるそれぞれの意図を、互いに関連づけることであるとする)

以上のような根底に流れる特徴的な法思想と本質的課題をふまえ、本章ではドイツの医療法制の全体的な法構造を分析する。

一 わが国とドイツの共通点と相違

既述のとおり、医療に関するドイツの法制の全体的な構造は、わが国とそう大きく異なるものではない。戦後の日本法へのアメリカ法の影響、そして近時の目に見えたドイツ法のヨーロッパ化を考慮に入れても、伝統的に日本法の体系と論理はドイツ法に依存するものであり²²⁾、医療法制についてもそれは同様である。かつドイツでも、医療に関する法領域は比較的新しく、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、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(第四章二参照)でも、わが国と共通している。

しかし他方で、相違点も少なくはない(「基本的な類似にもかかわらず多くの違いがある」²³⁾からこそ、比較の対象として優れているのである)。厳しく律せられた養成教育と国家試験、職業倫理の自主規律、制度設計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(ADR)などは、特に際立った相違点である。

二 講学上の3層構造 医療に係る3つの法領域

まず、特に医療に係る3つの法領域の区分と相互関係を確認しよう。講学上、ドイツには医療に係る3つの主要な法領域が存在する(わが国のように医事法という単一の学問領域が存在するのとは異なる)。この点を理解した上で、本稿が「医療法制」として検討対象とする範囲を確認しておきたい。

医療に係る主要な法領域の区分としては、医師法(Arztrecht)、医療法(Medizinrecht)、保健法(Gesundheitrecht)があり、下が上を包摂し、上が下の構成要素という関係にある。いずれも、対象から法領域を命名したものであ

22) 村上=守屋=マルチュケ・前掲注(5)初版はしがきiii参照

23) 村上=守屋=マルチュケ・前掲注(5)初版はしがきiii

る。

まず、医師法 (Arztrecht) とは、「医師とその職業活動が服するところの、法規範の総体を包括する」²⁴⁾ 法領域である。下記医療法の中心を占める。

次に、医療法 (Medizinrecht) は、「医術 (Heilkunde) の行使にかかわる規律の総体を包括する」²⁵⁾ 法領域であるとされる。

最後に、保健法 (Gesundheitrecht 健康法との訳語の方がニュアンスが近いかもしれない) とは、「保健サービスにおけるすべての法的規律を包括する」²⁶⁾ 法領域である。これは、「とても広範な意味での健康に奉仕するすべての法を含む」²⁷⁾ 法領域であり、「保健システムそれ自体、つまり法定および私的な疾病保険、また例えば伝染病法、衛生法、そう環境法にもある、危険防衛のような公法上の観点も、かかわっている」²⁸⁾。後者に挙げた諸領域では、保健法は医療法の領域外である²⁹⁾。

もっとも、各法領域の周辺限界領域の線引きは、曖昧である³⁰⁾。

本稿が主たる検討とするのは、医療法の法領域である。しかし、保健法にかかわる領域も、関係する限度で取り込んでいる。上記3領域の境界が曖昧であることを考えると、これ以上の明瞭な法領域の擦り合わせは困難である。

三 法源の種別と体系 統一法典の不存在と法源の散在

ドイツにおける医療関連事項とそれを規律する法源との対応関係を、本項目の末尾に纏めた。本稿の目的にかんがみ、一般的かつ代表的な法源に限定し、指針類や特別法は割愛している。法源相互間の上下関係はここでは平面的に捉え、法源の種別ごとに上位から下位に数字を振って配列した。

24) Deutsch/Spickhoff, a.a.O. (Note 4), Rn.2

25) Deutsch/Spickhoff, a.a.O. (Note 4), Rn.1; Vgl. ebd., Rn.21ff.; より詳細なものとして、Quaas/Zuck, Medizinrecht, 2005, § 1 Rn.21ff.

26) Laufs/Kern, a.a.O. (Note 4), § 5, Rn.2

27) Deutsch/Spickhoff, a.a.O. (Note 4), Rn.1

28) Deutsch/Spickhoff, a.a.O. (Note 4), Rn.1

29) Deutsch/Spickhoff, a.a.O. (Note 4), Rn.1

30) Deutsch/Spickhoff, a.a.O. (Note 4), Rn.1 (「医療法は、周辺限界領域では相変わらず全く不統一に定義されている」)

序論で述べたように、ドイツには医療を規律する統一的・包括的な法典は存在していない。社会国家思想からくる医療の制度設計に対するきめこまかな行政コントロール、それと徹底した法治思想が相俟って、ドイツには実に多数の医療関係法規が存在する。それらが複雑な権力構造の中で多元的に、かつ広範な法領域にわたり学際的に散在しているのである。そのため、ひとつの事柄を調べるのにいくつもの法規集を繰らなければならないといわれるように³¹⁾、一般国民からみれば複雑でわかりにくい構造となっている。

原理原則を宣言する基本法（Grundgesetz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³²⁾（ドイツにも先例拘束性はない）が蓄積される、という基本構造はわが国と同様である。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典第5編が存在する。

さらに連邦国家であるドイツでは、通常法律（Gesetz）には連邦法と州法がある。立法権の分配方法は立法事項によって異なるが、医療についていえば、連邦が大枠を、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³³⁾。

【ドイツにおける医療関連事項とそれを規律する法源の対応関係】

1 成文法

基本法（Grundgesetz）³⁴⁾：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

法律（Gesetz）

i 連邦法

・民法、刑法：紛争処理のルール

31) 岡嶋道夫教授のホームページ<http://www.hi-ho.ne.jp/okajimamic/>参照（特に連邦法と州法について）

32) ドイツでは、「判例実務は医師法の核心をなす」（Laufs/Kern, a.a.O. (Note 4), § 5, Rn. 9）といわれるほど、判例法は重要な役割を果たしており、歴史的蓄積も豊富である（ドイツでも、ここ10年では刑事より民事の方が多いという）。

- ・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) : 医師養成教育から医師国家試験まで
- ・社会法典第5編 (Sozialgesetzbuch) : 公的医療保険制度全般

ii 州法

- ・医療職法 (Heilberufsgesetz) 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)

他多数。州ごとに異なる

- 33) 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、連邦が専属的に立法権を有する (外交、防衛、国籍、通貨等) (基本法73条)、連邦と州が競合的に立法権を有する、すなわち、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) (基本法74条)、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70条) である。

連邦の法規範と州の法規範が抵触する場合には、連邦法が優位する (憲法については、基本法28条1項1段が「州の憲法的秩序は、この基本法の意味での共和的・民主的・社会的法治国家の原則に適合しなければならない」と規定する。通常の法律については、基本法31条が「連邦法は州法を破る」と規定する)。

立法過程においては、連邦参議院は州政府の代表から構成され、州は連邦参議院を通じて連邦の立法手続きにかかわることができる。ちなみに、ドイツの連邦議会 (Bundestag) はわが国の衆議院に相当するが、連邦参議院が州を代表するため、唯一の国民代表機関である。

なお、行政 (法の執行) は、州が主な担い手である。連邦固有行政 (外交、連邦財政、航空、連邦国防等) (基本法87条1項、87 b条、87 d条) と連邦委任行政 (連邦高速道路や核エネルギーなど) (同法85条) のほかは、連邦法の執行を含め、州の固有行政とされる (基本法83条)。

また、司法では、連邦憲法裁判所のほか、対象事項ごとの5系列の裁判権に、それぞれ連邦最高裁判所が設置され、下級裁判所はほとんどが州の裁判所である (基本法92条、95条1項)。

- 34) 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。

規約 (Satzung)

・ 医師職業規則：医師の職業律

2 判例法：具体的な紛争処理

三 開かれた法システム

「医師法は、閉じられたシステムの中にも、包括的な法典化の中にも現れない」³⁵⁾。著名な医師法概説書に記されたこの言葉は、ドイツにおける医療関連法領域の学際的本質を見事に言い表している。

医師法、医療法、そして保健法と名付けられたドイツにおける講学上の医療関連法領域は、その特殊な対象から命名されている。医療という対象の特殊性は、民法、刑法といった伝統法の境界を超越し³⁶⁾、独自の学際領域を形成した。支払の訴え、責任事件、刑事告訴、記録の閲覧請求、あるいは世話の申請というように、伝統法のそれぞれの領域でさまざまな形態で発生する法現象は、医療という特殊な対象のもとで互いに結び合わされる³⁷⁾。

伝統的な法領域のそれぞれの立法趣旨による相違点は、依然として存在しつづけながら、しかし医療という対象の特殊性の背後に退くという関係に立つ³⁸⁾。それでいながら、医師の行為が投げかける本質的問題は、民法や刑法といったあらゆる人に一般的に適用される伝統法にこそ回答があるともいえるのである³⁹⁾。

医療関連法領域は、その特殊な対象のもとに、伝統法の枠組みを超越し、法領域を無限に拡大してゆく可能性を孕んでいる。

35) Laufs/Kern, a.a.O. (Note 4), § 5, Rn. 2

36) Vgl. Deutsch/Spickhoff, a.a.O. (Note 4), Rn. 1 (医師法について)

37) Vgl. Deutsch/Spickhoff, a.a.O. (Note 4), Rn. 3 (医師法について)

38) Vgl. Deutsch/Spickhoff, a.a.O. (Note 4), Rn. 3 (医師法について)

39) Laufs/Kern, a.a.O. (Note 4), § 5, Rn. 2

第四章 個性的な2つの法システム

本章では、ドイツにおいて個性的な2つの法システム、つまり、医師集団への決定権限委譲システムと、私法上の保険契約を組み込んだ医療保障システムを検討する。

一 医師集団への決定権限委譲システム

1 医業の自律とそれを支える法制

ドイツにおいては、医業の自律性を尊重する法思想が特徴的に存在することは、第二章で述べたとおりである。これを根拠づけ、または支援するために、ドイツでは医師養成教育や医師国家試験、そして医師の職業倫理までも、法が細部にわたり、かつ厳格に規律している。

医師養成教育や医師国家試験については、連邦法である医師免許規則のほか、州法レベルでさらに諸規則が存在している。その内容は非常に詳細にわたるものであり、ルール化は教育カリキュラムにまで及ぶ。加えて、卒後研修についても、州法に詳細な規則がある。

さらにドイツには、州ごとに強力な医師会（Ärzttekammer）がある。これは医師の自治組織であるが、強制加入の公法人であって、州法の規律に服している。州の医師会は、州政府から会員医師を監督する権限を委譲されており、内部的な規約（Satzung）で会員医師を拘束し、違反した会員医師に対しては懲戒権を行使できる。

2 医師職業規則（Berufsordnung）

前記の規約（Satzung）とは、法律の授権にもとづく公法人の内部的な自主規律で、法人内部にのみ効力が及ぶ。

よく知られている医師職業規則（Berufsordnung）は、公法人たる医師会の規約である。すなわち、州法（具体的な法律名は州によって異なるが、一般的には、医療職法（Heilberufsgesetz）か医師会法（Kammergesetz）である）の授権にもとづき、州の医師会が議決し、州の監督官庁が承認したものが、州

の医師職業規則であり、医師会内部において会員医師に対して法的拘束力を発揮する。

医師職業規則は医師の職業律である。これは、医師の職業倫理を法的拘束力をもつ法規として表現したものにほかならない。医師職業規則には、医師の職業の行使に関する一般的なルールが定められている。医師の職業義務違反等をめぐる紛争は、医師会による懲戒、職業裁判所による審理、あるいは通常の裁判所による裁判が、医師職業規則を判断基準に解決する。

なお、各州の医師会は、その連合体であるドイツ連邦医師会が總會（ドイツ医師会議）で決議した、「ドイツ医師のための模範職業規則（Musterberufsordnung für Deutschen Ärzte, MBOÄ）」⁴⁰⁾を指針として、それぞれの医師職業規則を定めており、現実にはすべての州が原型通りの規則を採用している。

3 法治と自律の調整手段 州法にもとづく医師会への権限委譲

このように、国家（州）が有する法規範の制定権力を、州法にもとづき、医師の自治組織に委譲することが行なわれているのは、医業の自律と法治という2つの基本的要請を両立させるための、法制度的工夫であるといえる。

既述の医師職業規則のほか、生命倫理に関する決定も、州法を根拠に、州の医師会の倫理委員会にゆだねられている。また、特に公的保険医療の分野においては、給付内容や保険料についての決定が、社会法典第5編を根拠に、保険医協会やその委員会にゆだねられている。

加えて、ドイツでは州法（前記医師会法または医療職法）にもとづき、各州

40) 連邦医師会（Bundesaerztekammer）は、州の医師会の連合体であり、公的機関ではなく、私的な組織である。よってこれ自体は法的拘束力を有しない。

現行最新版は2006年版で、連邦医師会のホームページ（<http://www.bundesaerztekammer.de>）に掲載されている。岡嶋道夫教授のホームページに、2006年版の邦訳が掲載されている（<http://www.hi-ho.ne.jp/okajimamic/d143.htm>）。

に医師の職業裁判所 (Brufgsgericht) が設置されている⁴¹⁾。そこでは職業裁判官と、医師から選出された名誉職裁判官が審理を行い、職業上の義務に違反した医師に対して、戒告、罰金、免許停止、免許剥奪、あるいはそれらの併科の処罰を決定する。

二 私法上の保険契約を組み込んだ医療保障システム

1 ドイツの医療保障制度

ドイツの医療保障⁴²⁾は、税財源 (イギリス式⁴³⁾) ではなく、保険に依拠している。またドイツは、公的医療保険の皆保険制度をとるわが国とも、民間医療保険中心のアメリカとも異なり、公的医療保険と民間医療保険の両方から成る二元的保険制度⁴⁴⁾をとっている (両者の比は約9 : 1である)⁴⁵⁾。2007年の医療制度改革により、全住民に公か民かのいずれかの医療保険に加入すべき保険義務が課せられ、ある意味わが国と同様の「皆保険」を達成した。

2007年の医療制度改革は、この意味での「皆保険」達成のために、「民

41) 職業裁判所とは、職業部門ごとに設けられた、当該職業部門に属する者に対する懲戒裁判所であり、弁護士、会計士、医師、獣医、歯科医、薬剤師、取引所取引員等について設けられている (山田晃『ドイツ法律用語辞典』(大学書林、改訂増補版、1994年) 85頁)。

医師の職業裁判所については、岡嶋道夫編訳『ドイツの公的医療保険と医師職業規則』(信山社、1996年) 97頁、および上記岡嶋教授のホームページ<http://www.hi-ho.ne.jp/okajimamic/m408.htm>を参照されたい。

42) ドイツの社会保障は、社会保険 (Sozialversicherung)、社会援護 (Sozialversorgung)、社会扶助 (Sozialhilfe)、近年さらに社会助成 (Sozialfoerderung) の分野がある。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、本稿が対象とするのは疾病保険 (Krankenversicherung) である。

43) イギリスでは、国家が税財源で国民に医療サービスを提供している。

44) 樋口範雄「医療保険改革と先端生殖医療 ドイツにおける法的課題 フォルカー・ノイマン/太田匡彦訳/島崎謙治コメント 公的医療保険システム ドイツにおける諸原則と実践」ジュリ1312号 (2006年) 55頁参照。

45) 樋口・前掲注 (44) 55頁

なお、この制度のもとでは、公的医療保険と民間医療保険の被保険者の医療格差の問題が、課題として発生している。すなわち、民間保険医療の方が質量ともに概して高く、優先的に治療が受けられ、かつ医師 (病院) 選択の自由も広い (保険医以外の治療も受けられる) のである。

間医療保険の、社会保険への組み込み」⁴⁶⁾という特殊な方式を採用した。この改革により、民間医療保険への法規制が強化され、本来の私法的性格との関係で緊張関係が発生している(後述3および5参照)

2 公的医療保険

公的医療保険は、連邦法である社会法典第5編(Sozialgesetzbuch, SGB)が規律している。従来、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、これが社会保障全般を包括的に規律することになった(もともと豊富な社会保障諸法をひとまとめにしたため、広範かつ詳細な内容となっている)。このうち、疾病保険(Krankenversicherung)の規定は第5編にある。

公的医療保険は法定の社会保険である。公法である社会法典第5編によって保険適用範囲が定められ、その適用範囲に関しては、被保険者の意思にかかわりなく、法にもとづいて保険関係が発生する。

公的医療保険の加入者は、強制被保険者(同法同編5条)と任意被保険者(同法同編6、7条)に大別される。強制被保険者とは、公的医療保険の加入義務を負っている者である。主として、給与が一定額以下の被用者がこれにあたる⁴⁷⁾。任意被保険者とは、公的医療保険への加入義務はないが、公的医療保険に任意に加入する者である。高所得労働者、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)等がこれにあたる。

保険者は、疾病金庫(Krankenkasse)である。疾病金庫は、国から独立した公法上の法人である。

保険医(Kassenarzt)(契約医(Vertragsarzt))は、保険医療を行う開業医である⁴⁸⁾。保険医になるためには、保険医協会⁴⁹⁾の管轄ごとの(保険医の代表と疾病金庫の代表からなる)認可委員会(Zulassungsausschuss)の認可を受けなければならない。

46) 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)59頁

47) 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号に「疾病時に他の方法で保障を受けることができない者」を挙げることで、全住民への医療を保障している。

疾病金庫と保険医のそれぞれの連邦レベルの連合体⁵⁰⁾同志で連邦枠組契約 (Bundesmantelvertrag) を締結し、その大枠に沿って全国に17ある各保険医協会⁵¹⁾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年より一律⁵²⁾) にもとづき⁵³⁾、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加入者および (一定要件のもとで) 家族⁵⁴⁾に医療を行う。

保険料は被用者と使用者が割合的に負担して納付する。

3 民間医療保険

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。その場合には、公的医療保険の代替たる役割を担うものとしての、民間医療保険の完全医療保険 (Krankenheitsvollversicherung) に加入しなければならない (なお、公・民いずれの被保険者でも、任意に、公的医

48) 契約医の許可や義務について、Vgl. Schnapp/Wigge, Handbuch des Vertragsarztrechts, 2. Aufl., 2006, § 2 Rn. 1, 2, 4 ドイツの医師の種別については、戸田・前掲注 (16) 32頁の図がわかりやすい。

ドイツでは、(救急などを除き) 病院が入院治療を行い、開業医が外来診療を行うという、伝統的な分業がなされている。もっとも、不経済で医療の質も低下するとの批判があり、2003年、医療保険現代化法により連携がはかられるようになった。

49) 全国に17の保険医協会 Kassenärztliche Vereinigung 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。

50) つまり、連邦疾病金庫中央連合会と連邦保険医協会

51) 最近では、保険医グループや保険医個人でも締結できる。

52) 社会法典第5編87a条2項

53) 社会法典第5編87条に基づき、「保険医の診療に関する基本的な事項」については、連邦保険医協会と連邦疾病金庫中央連合会との保険医協会連邦枠組契約 (Bundesmantelvertrag) で定められる。そこには、診療報酬算定基準である統一評価基準 (Einheitlicher Bewertungsmaßstab, EBM) も含まれている。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。給付範囲については、連邦金庫医 (保険医) 協会、ドイツ病院団体、および連邦疾病金庫 (公的医療保険組合) 総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)。

なお、保険者の競争強化のために、現在では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)。

54) 家族被保険者となる。

療保険または民間医療保険（完全医療保険の上乗せ的な付加保険（Zusatzversicherung））に加入することができる）

民間医療保険は、保険会社と被保険者との私法上の保険契約を基盤とし、原則として私法原理によって導かれる。したがって民間医療保険では、契約自由の原則にもとづき、契約締結、および保険料⁵⁵⁾や給付内容といった契約内容は、当事者の合意によって決せられる。

もっとも、民間医療保険にも、法介入は存在している⁵⁶⁾。

第一に、保険監督法（Versicherungsaufsichtsgesetz）による公法上の規制である。国家は同法にもとづき、民間医療保険機関を監督する。

第二に、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規制、および契約内容の規制である⁵⁷⁾。契約自由の原則の例外として、民間医療保険機関は公的医療保険に替わる完全医療保険について、（給付と保険料の点で公的医療保険と同等以上の）基礎タリフ⁵⁸⁾で、保険契約を締結することを義務づけられている⁵⁹⁾。これは締結の自由および内容決定の自由の制限である。

特に第二の規制は、2007年の医療改革による皆保険化を受け、完全医療保険が「公的医療保険の代替」⁶⁰⁾としての役割を担うようになったがゆえの法規制である。すなわち、民間医療保険が公的医療保険に組み込まれたことで、

55) 保険料も一律ではなく、疾病リスクと給付内容によって当事者の合意で決定される。

56) 民間医療保険への法介入については、水島・前掲注(46)61頁を主な資料として参照した。

57) 保険契約法193条5項および保険監督法12条1a項

58) 基礎タリフによる給付は、種類・範囲・量の点で公的医療保険と同等、つまり注(53)の指針にしたがったものでなければならない。また、基礎タリフによる保険料は、公的医療保険の保険料の上限を超えるものではない（保険監督法12条1c項）。なお、（事務費を除く）基礎タリフの保険料は、基礎タリフを導入する全保険者について一律に算定される（保険監督法12条4b項）

59) つまり、基礎タリフを選択できる者が、基礎タリフで保険契約を申し込んだ場合、保険者は原則としてその申込みを拒否することができず、かつ、保険義務にもとづいて締結された完全医療保険契約については、保険者は解約することができない（保険契約法206条1項）。

60) 水島・前掲注(46)59頁

民間医療保険者にはそれに対応する社会的責任が生まれるものと考えられたのである。この法規制は「民間医療保険の私法的性格を動揺さ」⁶¹⁾せ、民間医療保険の法的性格に大きな影響を与えるものと評され、今後の動向が注視されている⁶²⁾。

4 医療の自律性との緊張関係

第二章で述べたように、医療は自律的なものであり、医師は医学上の必要性のみに拘束され、国家による拘束を受けない。特に公的医療保険において、この医療の自律性との緊張関係が、先鋭化する。

ドイツの公的医療保険では、自治原則の建前がとられている。これはすなわち、法律は公的医療保険制度の枠組を定めるのみであって、疾病金庫(Krankenkasse)と医師の団体が、制度を運営する権限を付与され、法律の定めた任務を国の監督の下で行う、というものである。しかしながら、実際には、制度の細部にまで法によるルール化が及んでおり(特に近年、強化されている)理念と現実の乖離が問題視されている⁶³⁾。

経済的要請からくる保険医療の一括的限界設定と、個々の医師の治療の必要性判断との関係が、ドイツでも問題になっている。公的医療保険の給付内容は、原則として一律であり、十分に合理的で経済的であることが求められ、必要な範囲を超えてはならない(社会法典第5編12条)。患者がそれを望む場合には、公的医療保険の枠からは外れることになる。しかしドイツでは、このような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

61) 水島・前掲注(46)62頁

62) 水島・前掲注(46)58頁以下参照。

なお、2007年の公的医療保険競争強化法と保険契約法改革法の諸規定について、保険者と被保険者が、基本法12条1項(職業の自由)などに適合しないとして、2009年6月10日に連邦憲法裁判所に憲法異議を申し立てたが、公共の福祉による正当化等を理由に、棄却された。しかし、連邦憲法裁判所は、現時点では権利侵害はないが、将来の権利侵害について注意を喚起して、立法者に監視義務があるとしている(BverfG 10.6.2009,NJW 2009,S.2033この判決について、水島・前掲注(46)71頁以下参照。

63) 戸田・前掲注(16)30頁参照(ドイツ国内で「国は自治原則を本気で考えていない」と批判されているという)46頁。Vgl.Schnapp/Wigge,a.a.O.(Note 48),Rn.9(一義的でないとしても、自由業的要素の優位を説く)

と解されており⁶⁴⁾、この点を認めた連邦憲法裁判所判決も出ている⁶⁵⁾。

5 契約原理との緊張関係

第二章で述べたように、医師と患者の関係は、私法上の契約とみるのか、あるいは社会的な関係として理解すべきなのか、という根本的なテーマが存在する⁶⁶⁾。これは特に公的医療保険について顕在化するが⁶⁷⁾、2007年改革による民間医療保険の変質にもかかわってくる。

歴史的にみて、ドイツでは医療契約こそが医療・患者関係の「法化の基盤」⁶⁸⁾であった。しかし他方で、公的保険が全医療の大部分をカバーしているという現実もある⁶⁹⁾。今日これは、二者択一的な問題ではなく、両者は並存するものであり、そのうえでいずれが主導的役割を担うのかが問題であると位置づけられている⁷⁰⁾。

この問題に対し、立法による明確な解決が存在するわけではない。問題解決の主導権は「学問と実務」⁷¹⁾が握っている。

現時点では、契約的把握をする傾向が有力である(連邦通常裁判所の立場)⁷²⁾。このことは、民間医療保険では疑いがないとされ、公的医療保険にも妥当するといわれる(ただし、連邦社会裁判所と社会法の多数説は、公法上の法定債務関係とする)⁷³⁾。すなわち、医師と患者の法的関係は、私法上の契約によ

64) Deutsch/Spickhoff, a.a.O. (Note 4) ,Rn.21;Kamps,MedR 2002,S.193;Brenner,SGB 2002,S.129

65) BverfGE 115,25=ZFSH/SGB 2006,20=NJW 2006,891;dazu Kingreen,NJW 2006,877; Deutsch,VersR 2006,1472;Francke/Hart,MedR 2006,131 (生命にかかわる病気の患者について、医学的にみて治療や病気の経過に対して感知しうる積極的な影響が全く見込めないわけではなかったのに、医師の使用した薬剤費の支払いを法定疾病保険が拒否したことは、社会国家原理に関連づけられた基本法2条1項と2項に違反するとした)

66) Deutsch/Spickhoff, a.a.O. (Note 4) ,Rn.4

67) ゆえに、民法領域と社会法領域に議論がまたがり、傾向を2分している。

68) Deutsch/Spickhoff, a.a.O. (Note 4) ,Rn.4

69) Deutsch/Spickhoff, a.a.O. (Note 4) ,Rn.4

70) Deutsch/Spickhoff, a.a.O. (Note 4) ,Rn.4 (「パイロット機能」と表現)

71) Deutsch/Spickhoff, a.a.O. (Note 4) ,Rn.4

72) BGHZ 105,160;Steffen/Pauge,Arzthaftungsrecht,10.Aufl.,Rn 6ff; Deutsch/Spickhoff, a.a.O. (Note 4) ,Rn.4 異なる立場をとるものとして、OLG Frankfurt VersR 1988,305; Schmidt-De Caluwe,VSSR 1998,207,218 ff.m.w.N.

って方向づけられ、それこそが医師と患者の対等なパートナーシップの法的な形態である⁷⁴⁾と考えられているのである。公的保険医療において発生する公法上の関係は、パートナーリスティックに作用し、「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」と危惧されている⁷⁵⁾。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される⁷⁶⁾。

第五章 最近の患者の権利法制定の気運と動向

一 法源散在から統一法典への志向

前章までで、現行ドイツ医療法制の要諦は、(本稿の目的の限りで)押さえることができた。

本章では、ここ10年ほどでドイツにおいてみられる、患者の権利法制定に向けた気運と動向について、言及しておきたい。ドイツ医療法制の今後を占う鍵がそこにはあるはずである。

既述のとおり、ドイツには、医療を統一的・包括的に規律する法典は存在していない。法源は多元的・学際的に散在している。連邦法と州法の間で立法権が分配されている分、わが国以上に複雑でわかりにくい法構造となっている。

しかし近年、煩雑に散らばる医療関係諸規定を、「患者の権利」という観点から、一つの法典にまとめ上げようという気運がみられるようになった。それはここ10年ほどの、以下のような具体的な動向として現れている。

73) BGHZ 63,306;97,273;Schneider,Handbuch des Kassenarztrechts,Rn.1153f.Vgl. Deutsch/Spickhoff, a.a.O. (Note 4),Rn.4.公法上の法定債務関係説はBSGE59,172; Schnapp,NZS 2001,337

74) Deutsch,AcP 192,1992,161;Taupitz,ZRP 1997,161;Deutsch/Spickhoff, a.a.O. (Note 4), Rn.20

75) Deutsch/Spickhoff, a.a.O. (Note 4), Rn.20

76) Deutsch/Spickhoff, a.a.O. (Note 4), Rn.4

二 患者のための権利憲章

2003年に連邦司法省と連邦社会省は、「患者のための権利憲章 Patientenrechte in Deutschland, Leitfaden für Patienten und Ärzte, Patientencharta」⁷⁷⁾という文書を公表した(現在までに第4版が重ねられている)。

この憲章は、連邦通常裁判所元長官の主導のもと、医療・患者・行政・保険・福祉の医療関係者(機関)すべての代表者から構成されるワーキング・グループが準備作成したものであり、総合的で広い視野を含むものである。

憲章は前半「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、具体的には、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、そして記録作成・閲覧・データ保護について規定している。後半は、相談、裁判外紛争処理、損害賠償請求、そして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。すなわち、実体と手続の両面から、医療全般にわたる基本的テーマについて、既存の医療法規の一括化と、未確立権利も含む権利の言明を行う内容となっている。

この憲章は実務の指針としての役割が期待されるもので、すべての病院の待合室と相談機関に備えて読めるようにしておくこと、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。

患者のための権利憲章のわが国への紹介者であり、名称の訳語を初めてあてた小野秀誠教授は、「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⁷⁸⁾。

77) 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) 628頁以下(小野秀誠『司法の現代化と民法』(信山社、2004年)31頁以下所収)に解説がある。名称の訳語はこの文献によるものである。

78) 小野・前掲注(77)628頁

79) Drucksache 17/907

三 患者の権利法の提案

患者のための権利憲章の公表から7年後の2010年3月、ドイツ社会民主党（Sozialdemokratische Partei Deutschlands, SPD）は、「現代患者の権利法（ein modernes Patientenrechtgesetz）」を制定すべきであるという提案を連邦議会で行った⁷⁹⁾。

この提案の目的を端的に言い表すならば、患者のための権利憲章が法的拘束力を持たない指針であるゆえに獲得できなかった透明性や実効性を、今度は法律を制定することで確保し、憲章の趣旨を完遂することであるといえるであろう（提案文書によれば、並んで患者の権利のさらなる拡充も謳われている）。前記憲章は、あくまで指針であって、法的拘束力を有しないものであった。そのため、法治が徹底されるドイツでは、確たる実効性を持ち得ず、患者の権利をめぐる複雑な既存の法状況を、見通しのよい透明性のあるものにすることはできなかったのである（この点は、提案文書でも明瞭に指摘されている⁸⁰⁾）。

この提案の内容は、前記憲章よりもさらに拡充され、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をも含むものとなっている。実務の指針たることを望まれた前記憲章と比べて、原理原則を指向し、理論的完全性を追求することがめざされている。そして、制定後は前記憲章⁸¹⁾と併用されることが求められている。

現在野党であるドイツ社会民主党の提案であり、実現見通しの少ないものであるが、ドイツ医療法制の今後の動向を探るうえで示唆に富む素材である。

第六章 ドイツにおける医療と法の関係性

わが国の医療契約論への示唆

80) ebd., S.2

81) 提案は、前記憲章について、本法の傍らに並び立つものとして、大衆に受け入れられ大衆における実効性を改善する役割を担うことを想定している（ibd., S.2）。

本章では、以上のようなドイツの医療法制から看取しうる、ドイツにおける医療と法の関係性について分析し、わが国の医療契約論への示唆を抽出しよう。

一 分析視角 なにゆえ、なにを、どのように

序論で提示した本稿の分析視角 すなわち、ドイツにおいて法は医療に対し、なにゆえ（規律原理） なにを（規律対象・範囲）そして どのように（規律方法）規律するのか。この分析視角は、 が と の大要を決定づけるという意味で、相互に関連し合っている。すなわち、原則として当事者の合意にもとづき自由に形成・進行するはずの私的な法律関係について、国家権力の制定になる法規範（群）が規律するとき、それが「何のため」であるかによって、「何をどのくらい」、「どのような方法で」⁸²⁾規律するのかがある程度決まってくる。逆にいえば、「何をどのくらい」「どのような方法で」規律しているかを調べれば、「何のため」かが究明しようということである。

もっとも、 と を決定づけるのは、 だけではない。具体的に成文化しようというときには、なぜ規律するのかという要素に加えて、多分に法技術的な面を含む別のレベルの要素⁸³⁾も考慮しなければならないからである（筆者の医療契約論は、典型医療契約の法定類型の適否にまで立ち入るものではないことから、本稿ではこの留保には立ち入らない）

二 わが国の典型契約理論の想定する規律原理の3類型

筆者の医療契約論が最終的に目指すものは、わが国の医療契約を一つの独自の典型契約類型として確立することである。これは、わが国の民法学において総論的に展開されてきた典型契約理論を、医療契約という一つの各論分野において応用し発展させることを意味している。民法学における典型契約理論は、（論者によって表現に差はあるものの概ね）典型契約の機能として、 法的な
三 思考枠組の提供、 契約内容の合理的規制、そして 社会秩序創造の補助を挙げている。

82) 任意規定か、強行規定か、あるいは具体的効力のないプログラム規定か等

83) 例えば、法の機動性、一般法と特別法の関係、そして現時点での理論の成熟度等

本稿は、ドイツにおける医療の法規律の原理として、上記3つの類型を候補として想定し、このうちいずれか、あるいは複数原理の混合か、という点を睨みつつ、それと連動するものとしての規律対象や規律方法を分析する。

三 「枠組み」としての法

ドイツの医療法制は、とりわけその規律方法に個性がみられる。それはすなわち、国家（州）の法規範制定権力を、医師の自治的組織に委譲し、実質的にはその内部的・自律的な決定にゆだねることが少なくないという点である。このような規律方法は、医業の自律性を尊重する根本的な法思想からくるものである。それとともに、専門家の職業規律や責任は当該専門家集団による自律的規制にゆだねるべきであるという、諸外国に共通した伝統的な考え方⁸⁴⁾とも、これは符合している。

このようにドイツでは、医療に対して国家（州）権力は直接的な介入を原則として回避し、医師集団の自律を形成する「枠組み」を提供するにとどめるという規律方法をとっている。このことはまた、法の運用面で、ソフト・ローの効力に抑制的なドイツ法の特徴とも親和的である。第二章で言及したように、ドイツではその徹底した法治思想ゆえに、指針（Richtlinien, Leitlinien）、勧奨（Empfehlungen）または協定（Vereinbarungen）といったソフト・ローの効力に対し、抑制的な姿勢⁸⁵⁾がとられている。実務において、医療の質を確保するうえで、基準としての有用性は認めつつ⁸⁶⁾、しかし決して強制的に拘束するものではないことが、各論者において強調されている⁸⁷⁾。しばしば必ずしも法の根拠のないまま行政介入が行われるわが国とは、この点でも事情が異なっ

84) 小嶋勇「医師法21条と憲法における医師の責任」日本大学法科大学院法務研究3号54頁（諸外国にはそのような思想が伝統的に存在するという）等参照

85) Laufs/Kern, a.a.O. (Note 4), § 5, Rn. 11

86) Hart, in ders (Hrsg), Ärztliche Leitlinien, 2000, S. 9; Laufs/Kern, a.a.O. (Note 4), § 5, Rn. 11

87) Laufs/Kern, a.a.O. (Note 4), § 5, Rn. 11（「法源の意味での法規的性格はない」とする）

88) これに比べ、必ずしも法律上の根拠がなくても行政指導が行われるわが国の実務は、「しばしばドイツ人に奇異の感を与える」とされる（村上＝守屋＝マルチュケ・前掲注（5）70頁）

いる⁸⁹⁾。

四 医師の自律から患者の自己決定へ

さらに、近年の大きな流れとして、法によって設定された枠組みにおいて医師と患者の法的関係を実質的に決定づける役割が、専門家たる医師（集団）から患者（集団）に流れてゆく傾向が認められる。それは、かつてのパターナリスティックな医師主体の医療から、患者が主体の医療への変容を意味している⁸⁹⁾。医師・患者関係の決定原理は、医師の職業倫理から、患者の自己決定へと重点が移りつつあるともいえる。ドイツにおける司法の現代化作業に共通の視点の一つとして、「当事者の地位の強調」がある。医療の世界でも、患者を関係者（Betroffenen）ではなく当事者（Beteiligten）として扱い、その地位を強化することが、重要な政策となっている。患者が医師の対等なパートナーとして治療に積極的に関与する場合にのみ、患者に健康に対する責任を負担させる。このような考え方は、医師・患者関係を契約としてとらえ、また患者を医療の消費者と捉える立場とも親和する。

第五章で検討した、ここ10年ほどの患者の権利法定化に向けた一連の動向からも、患者の医療への主体的関与への強い志向が伺える。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体制の国であり、その点はドイツ国民も自認するところであった⁹⁰⁾。それでもなお、散在する既存法の一括化と（未確立のものも含む）患者の権利の言明を、一つの文書、そして一つの法典に書き纏めることが企てられたのは⁹¹⁾、法律の素人、とりわけ患者からみた法のわかりやすさ 透明性（Transparenz）⁹²⁾の獲得が意図されたからにほか

89) Deutsch/Spickhoff, a.a.O. (Note 4) ,Rn.20 (医師と患者は、同権をもって対置する)

90) ドイツ社会民主党の患者の権利法提案文書の前文において、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。そこにおいて、特に社会法改正と判例における立証軽減を挙げ、「ドイツにおける患者保護のための法的な枠組み（Rahmenbedingungen）は、国際的に比較して良好である」としている（Drucksache 17/907,S.1）

91) 憲章については現場への流布も

92) ドイツ社会民主党の提案書（Drucksache 17/907,S.2）

93) ドイツ社会民主党の提案書（Drucksache 17/907,S.1）

ならない。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することができる基本的前提を提供することが、めざされたのである⁹³⁾。

やはり最近の10年で、公的保険医療を規律する社会法典第5編は、保健制度への患者の参加権を拡充・強化・制度化している。中心的なのは、共同連邦委員会（Gemeinsamen Bundesausschuss）における患者側代表者の審議権および提案権の保障、保健制度における質と経済性のための機関の設立、そして患者利益の中心的代表としての患者利益のための連邦政府委託官庁の創設である。患者参加は、もはや法の定めた枠組み内で医療の実質を決定する段階にとどまらず、枠組み決定それ自体にも及ぶようになったのである⁹⁴⁾。

五 まとめとわが国の医療契約論への示唆

ドイツにおいて、法は基本的には、医療に関する規律が決定される「枠組み」を定めるにとどまっている。すなわち、医療に関する規範は、連邦が大枠を定め、次に州法が実質をおおまかに定め、その州法にもとづき州の医師会が実質詳細を決定している。

さらに近年では、その決定過程や制定された規範の運用過程へ、患者（または患者集団）が当事者として積極的に関与する傾向がますます強まっている。

一で提示した分析視角「なにゆえ、なにを、どのように」にあてはめるとなれば、次のように表現できる。すなわち、ドイツでは、「あるべき医療や医師・患者関係を当事者に創造させるための枠組みを提供するために」（なにゆえ：規律原理）「医療や医師・患者関係のあり方そのものには立ち入らず、それを

94) 公的保険医療の世界では、2007年の改革によって、一定以上の所得を有する者の医療に対する選択肢が広がった。すなわち、公的医療保険に加入義務のない者は、公的医療保険に加入するか、基礎タリフの完全医療保険に加入するかいずれでも選択できる。公的医療保険に加入した場合でも、公的医療保険に上乘せる役割で、任意に、民間医療保険または公的医療保険の付加保険（Zusatzversicherung）に加入できる。完全医療保険を選択しても、付加保険は、公・民とも加入できる。そこには、社会国家原理に対する市場経済原理の優位傾向というだけでなく、契約的発想を取り入れることで、医師の自律から患者の自己決定という傾向も見えて取ることができよう。

決定もしくはルール化する組織や制度について」(なにを：規律対象・範囲)そして「枠組みを定めたら実質についての決定権限を医師の自治組織に委譲する方法で」(どのように：規律方法)規律していると纏めることができる⁹⁵⁾。

二で提示した民法の典型契約理論の考える法による規律原理の3類型 すなわち、法的な思考枠組の提供、契約内容の合理的規制、そして社会秩序の創造補助のいずれかといえば、ドイツにおける(連邦・州による)医療関係法規は主に によるものだといえるだろう。特に近時の「患者の権利法」は、患者の医療への積極的関与を促す(いわば「医療の民主化」という点で顕著であるが、それを含めドイツの医療法制は、その本質的課題に応えるあるべき医師・患者関係を当事者自らが構築するための、「黒子」の役割を担っているのである。

もっとも、墮胎や胚・系統細胞保護⁹⁶⁾といった重大な生命倫理にかかわる事柄については、わが国以上に厳格な法介入(多くは刑事規制)がある。ドイツにはナチス時代の苦い人体実験の記憶から、人体を研究の対象とすることや、生命に手を加えることに対して、厳しい批判的精神が存在している。法治原則の徹底と相俟って、しばしば刑罰を伴う厳しい法介入としてそれは現われる(墮胎については、加えてカトリック教会との対立も背景にあり、刑法改正の中心テーマとなった)

しかし通常医療に関しては、患者の基本権にかかわる場合以外は、特に医療であるからということで、他の法律関係以上に、医師・患者関係に法が直接介入するという志向は持たないのである(当事者間の力格差を是正するという、一般的な契約正義にもとづく法解釈や判例法理ならば、ドイツでもわが国と類似した法状況にあるが)。

ドイツにおける法理論がそのままわが国にあてはまるとは限らないのは、もちろんである。特に、任意加入のわが国の医師会に、ドイツと同様の役割を期待することは、制度的に難しいだろう。そしてドイツにおいても、医療法制の

95) Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, 6. Aufl., 2010, s.28の図解も参照

96) 1990年胚保護法(生殖技術の濫用と体外受精による受精胚の濫用を禁止する)、2002年幹細胞法(ヒトES細胞の研究目的利用を一定限度で解禁する)

あり方は一義的でなく、根本的な論争が決着のつかぬまま残されている。しかし、法と医療の距離感 ハード・ローが直接立ち入るべき部分とそれを差し控えるべき部分の境界について、普遍的な法感覚をそこに見出すことができるのではないか。

【付記】

本稿は、平成22年度厚生科学研究費補助金（基盤研究（C））[課題番号：22530100 課題名：医療契約論 その典型的なるもの]の助成を受けている。

なお、本稿の内容の一部は、2010年11月27日に東洋大学で開催された日本医事法学会第40回記念大会シンポジウム 『医療基本法を考える』で、「諸外国の医療法制：ドイツ」と題してご報告させていただいた。本シンポジウムの内容は、年報医事法学26号（2011年刊行予定）に掲載される予定である。

- *前記注で掲げた公刊物に加えて、下記の皆様から情報・資料をいただきました（ご提供順）。
- ・医療基本法について、日本医事法学会第40回記念大会シンポジウム 『医療基本法を考える』準備会の皆様（一家綱邦先生（京都府立医科大学） 鈴木利廣先生（明治大学） 千葉華月先生（北海学園大学） 手嶋豊先生（神戸大学） 中村好一先生（自治医科大学） 新美育文先生（明治大学） 峯川浩子先生（法政大学） 山口齊昭先生（早稲田大学） 横野恵先生（早稲田大学））
 - ・ドイツ社会民主党の患者の権利法の提案について、浦川道太郎先生（早稲田大学）
 - ・ドイツの医療行政全般について、岡嶋道夫先生（東京医科歯科大学名誉教授）ご協力に感謝いたします。