

ドイツ法における医師責任訴訟

ハンス・プリュッティング

中山 幸二*・本間 学** 共訳

I. まえがき

まず京都・立命館大学で、今回の講演を行う機会をくださった、出口雅久教授に深く感謝申し上げます。日本の同僚との、長年にわたる、友好的な共同研究は、我々の30年以上にわたる絆の類稀な証しです。

またここ京都に滞在すると、ちょうど32年前の1985年春に、初めて日本に招聘されたことも思い出されます(当時は、東京の慶應義塾大学、大阪の大阪府立大学、そして京都、立命館大学に吉野教授により招聘を受けました)。この初めての旅で、二人の傑出した日本の民事訴訟法学者と出会い、それ以来彼らと学問的関係を保ち、交流を続けてきました。その二人とは、石川明教授と中野貞一郎教授です。両人はドイツで学び、ドイツの大学より名誉博士号の榮譽を授与されています。石川明教授は2015年6月10日に85歳で、中野貞一郎教授は2017年2月20日に91歳でその生涯を終えられました。二人の尊敬すべき同僚を、私は忘れることはないでしょう。

II. 序

私の本日のテーマは、ドイツにおける医師責任訴訟である。このテーマについて、最初に説明をしておく必要がある。

患者が健康上の問題を理由に、医師あるいは病院にかかった場合、債務法上の契約が成立する。これをこんにち、ドイツ民法〔以下、BGBと表記する〕

* 明治大学大学院法務研究科教授

** 金沢大学大学院法務研究科准教授

は 630a 条で「診療契約」と呼び、雇用契約（BGB611 条）の特則と位置づけている。立法者は、2013 年 2 月 20 日の患者の権利に関する法律（BGBI.I 277）により 630a 条ないし 630h 条をドイツ民法典に挿入し、これにより医師の診療に関する従前の判例を法文化することを試みた。診療の際に医師に診療上の過誤があった場合、または説明に瑕疵があった、もしくは説明がなされなかったことを理由に、診療に対する同意の無効を患者が主張した場合には、通常の民事訴訟となる余地がある。この通常民事訴訟では、患者は原告として契約に基づく損害賠償（BGB280 条）または不法行為に基づく損害賠償（823 条 1 項）を、診療を行った医師に対して請求する。

このことから、当然、次のような論題がでてくることになる。すなわち、いわゆる「医師責任訴訟」は手続の点で、特別訴訟とみてもよい特徴があるとなぜいえるのか、というものである。

この点に関してまず確認すべきは、医師責任訴訟は、こんにち実際に通常民事訴訟とは多くの点で異なる、特別訴訟とみなされているという点である。この相違点には、とりわけ管轄、職権探知、主張と具体的事実陳述、主張責任と証明責任といった問題が該当する。数日前、ドイツ連邦医師会は、2016 年に裁判所に係属し、実際に診療上の過誤が認定された事案が 2245 件であったと公表した。医師会の調停所〔der ärztlichen Schlichtungsstellen〕には、11500 件の苦情申立てがなされた。これらの数字は、ここ数年と比べてわずかに上昇している。

ドイツでは、2014 年のハノーファーでの第 70 回ドイツ法曹大会以降、特別訴訟法を強化する傾向が、全体として認められる。医師責任訴訟のほかにも、とりわけ建築訴訟、IT 訴訟、カルテル法上の損害賠償請求訴訟、資本市場法〔Kapitalmarktrecht〕や消費者法の領域での私人による権利実現（私人による法エンフォースメント）についてもかかる傾向が認められる。ハノーファーでは、とりわけ裁判体の専門化、裁判官の配置の柔軟化、および判決手続の改革が議論された。

III. 管轄と事務分配

第一審では医師責任訴訟の訴額に応じて、区裁判所または地方裁判所が管轄を有する（裁判所構成法〔GVG〕23条1号、71条）。したがって、しばしば訴額が高額となることに鑑みると、通常、管轄を有するのは地方裁判所である。医師は、その住所地（ドイツ民事訴訟法〔以下、ZPOと表記する〕12条、13条）、義務履行地（ZPO29条）、不法行為地（ZPO32条）のいずれかで提訴される可能性がある。医師責任の領域では、管轄は通常、診療所ないし病院の所在地（＝給付の履行地）となる。訴えが管轄を有する地方裁判所に提起されると、通常、単独裁判官が裁判をする（ZPO348条1項1文）。しかし医師責任事件については、立法者は民事合議部による特別の裁判を定めた（ZPO348条1項2文2e号）。つまり、三人の職業裁判官が裁判をする。

IV. 提出原則と職権探知

通常民事訴訟は、提出原則（弁論主義）によって特徴づけられる。つまり、事実関係を主張する、とりわけ訴訟資料を提出するのは、もっぱら訴訟当事者の役割である。裁判所はこの事実関係の陳述に拘束され、その判断は提出された事実のみを基礎としなければならない。

この点につき、判例の原則によると、医師責任訴訟では明白な違いが生じる。医師と患者との間の武器対等を保障するために、連邦通常裁判所（BGH）の見解によれば、個々の医学的事実関係要素を職権で探知することが裁判所に義務付けられる¹。これは、原告（＝患者）が跡付け可能な最低限の主張をした場合、裁判所は診療上の過誤を究明しなければならないことを、裁判実務上、意味する。つまり、欠落している主張や不明確な主張につき、当事者に釈明がなされねばならず、また裁判所は職権で鑑定人を任命し、医師の診療上の過誤が認められるかについて審査を依頼することができる。とりわけ裁判所は、カルテ（医師の診療記録）の原本を職権で提出させること

1 BGH, NJW 2004, 2825

ができる²。

V. 陳述と具体的事実陳述〔Substantiierung〕

通常民事訴訟では、陳述責任（＝主張責任）制度と ZPO138 条により、当事者は自らに有利な構成要件要素をまず主張しなければならず、次に相手方当事者は ZPO138 条 2 項にもとづき、かかる主張についての立場を明らかにしなければならない。したがって通常の民事訴訟であれば、患者は、診療契約が締結されていること、被告である医師が診療上の過誤をおかしたこと、この過誤と患者の損害との間に因果関係があること、この医師の過誤ある行為に帰責性がある（つまり過失がある）ことを、それぞれ詳細に主張しなければならないだろう。このような主張がなされると、被告たる医師はこの主張を争わざるを得ない。争わない場合には、ZPO138 条 3 項にもとづき自白したものとみなされる可能性がある。

これに対して医師責任訴訟では、連邦通常裁判所は次のようにいう。すなわち原告である患者の陳述には、「節度があり、分別を弁えていることが要求」されるに過ぎない。なぜなら患者に医学的事象に関する知識を期待することはできないし、これを要求することもできないからである³、と。それゆえ患者の事実陳述については、患者は医師の診療の外形上の経過を概括的に述べたうえで、自己の健康状態、および医師の診療に過誤があったのではないかという疑念を示せば十分である⁴。この場合、示された疑念の解明を裁判所は、鑑定人に依頼しなければならない⁵。

VI. 二次的陳述責任

もっとも医師の治療行為の多くについては、原告（つまり患者）は、外形的

2 BGH, VersR 1980, 940.

3 BGH, NJW 2008, 2846, 2849.

4 BGH, NJW 1981, 630.

5 BGH, MDR 1987, 225.

な経過を概括的に述べることであり得ないであろう。全身麻酔下での手術による侵襲を想起してみるとよい。この場合に判例は、いわゆる二次的陳述責任（二次的主張責任）という法理を生み出した⁶。証明責任を負う当事者が自己の請求にとって重要な事象経過の外に置かれ、それゆえに決定的な事実を関知していないのに対して、相手方当事者はこれらの事実に精通しており、この者に事実の陳述を期待できる場合、事象を具体的に陳述することは、二次的陳述責任のルールにより証明責任を負わない相手方当事者が負担する。

もっとも、このような判例法理の法的根拠は明らかではない。大多数は、法的根拠として信義則を用いる⁷。他方で、当事者の訴訟促進義務や民事訴訟における武器対等の原則をあげるものもある⁸。

信義誠実の原則を用いることには、根本的な疑問がある。なぜなら BGB242 条は、用語の点でも、歴史的な点でも、また体系上の観点でも、極めて密接に実体法と関係付けられているからである。とりわけこの原則は、実体法上の特別の関係が存在することを前提としている。これに対して民事訴訟では、紛争当事者が共通の目的や合意した目的に縛られることは、決してない。むしろ両当事者には、許容されるあらゆる手段を用いて闘うことが許されている⁹。くわえて二次的陳述責任の局面は、必ずしも証明責任を負わない訴訟当事者の悪意ある行為、その他帰責性のある行為に起因するわけではない点にも注意する必要がある。当事者の訴訟促進義務の考えは、上述の局面になお一層適合しない。ここでは可能な限り迅速に訴訟進行がなされることが重要なのではなく、裁判官が裁判の基礎とする事実を、ルールに従って調達することが重要なのである¹⁰。

6 BGH, NJW 2014, 3033; BGH, NJW 2005, 2614; BGHZ 120, 320, 327; BGHZ 163, 209, 214; BGHZ 185, 330, 333.

7 BGHZ 167, 374, 382 Rz.26.

8 BGH NJW 1990, 3151, 3152.

9 この点については、Prütting, Festschrift für Stürner, 2013, S. 455 ff.; Prütting, Festschrift für Kübler, 2015, S. 567 ff. を参照。

10 このようにいうものとして、Laumen, in: Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch der

陳述責任の手がかりとしてより適切なものは、ZPO138 条 2 項である。これを次の一例で明らかにしよう。連邦通常裁判所は 2005 年 6 月 14 日に、医師責任法の領域のある事件について判断を下した¹¹。本件において原告の夫は、事故後、被告病院で入院加療中であった。同病院でなされた輸血の後、原告の夫に HIV への感染が確認された。その後原告は、この感染はもっぱら被告病院における血液製剤の投与により生じたものであると主張した。原告は連邦通常裁判所での訴訟に勝訴した。この訴訟の重要な観点は、原告が、彼女の夫が被告病院において HIV の混入した血液製剤を投与されたことを極めて一般的に主張した点にあった。他方で彼女は、何らかの具体的事情、すなわちどの保存血液が問題となるのか、誰が製造者であるのか、実際にはどこで混入が生じたのかといった事情を主張できる立場になかった。被告は原告の主張を、具体的な陳述がなされていないとして争った。連邦通常裁判所は、このように争うことは適切でないとした。なぜなら ZPO138 条からすれば、一方当事者は、訴訟の相手方の主張に対して具体的に応答しなければならないからだという。たしかにそのような義務は無条件に存在するわけではない。しかし、被告が重要な事実をすべて知っている、または知っているはずであり、しかもこれを詳細に主張することを被告に期待できる場合には、二次的陳述責任の原則にもとづいてかかる義務が認められるべきという。それゆえ本件において、被告は上述した事情や血液製剤の出所を陳述しなければならなかった。そしてこれにより原告は、具体的事情や血液製剤への混入に関する間接事実を陳述することが可能となったであろう。しかも被告は、製造番号や製造日に関する詳細な主張を自身に期待できなかった、あるいは不可能であったこと、およびその点に関する理由を陳述しなかった。連邦通常裁判所は、自らの見解を根拠づけるために、ZPO138 条 2 項を引用している。もっともこのことは、自明の事柄ではない。なぜなら ZPO138 条 2 項が求めているのは、各当事者が相手方より主張された

Beweislast, Grundlagen, Kapitel 22, Rn. 27, 28.

11 BGH NJW 2005, 2614.

事実に対し態度表明をすることだけだからである。ここでは、最初に主張された事実が十分に具体的なものであることが問題となっており、これにより原告の最初の主張が認められることが、当然の前提とされている。具体化されていない概括的な主張をすることは、原則として不適法な主張形態であり、この点に変わりはない。

したがって二次的陳述責任は、ZPO138 条 2 項の文言に直接、包含されるわけではない。むしろ重要であるのは、原告の夫にウィルスの混入した血液製剤が投与されたという原告の概括的主張が、本件において陳述責任を充足するか否かである。原告が被告病院内部の事象経過を知らないのは当然であるから、これは肯定されるべきである。よって ZPO138 条 2 項は、個別の事件において、詳細に具体化されていない主張を十分なものとして許容する余地がある。この点は規範の拡張解釈であり、二次的陳述責任が直接含意されているわけではない。

VII. 二次的証明責任の不存在

判例及び文献上、二次的陳述責任とならんで、「二次的証明責任」という術語が用いられることが多い¹²。このことは、このように表現された二次的証明責任の内容に関する、付随的な問題を提起する。もっとも判例への軽率な批判には、注意が必要である。多くの事案では、裁判所の判断になされた編集上の加工が混乱をもたらしている。たとえば倒産法雑誌 (ZInsO) は 2016 年に、2016 年 3 月 3 日の連邦通常裁判所の裁判 (ZInsO 2016, 848) と 2015 年 9 月 17 日のケルン地方裁判所の裁判 (ZInsO 2016, 760) を、それぞれの裁判要旨の前に、「二次的証明責任」に関する判決ないし決定との見出しを付けて掲載している。しかし二つの裁判を詳細に見てみると、そこでは正しくは、もっぱら二

12 BGHZ 171, 232, 244 = NJW-RR 2007, 1448, 1451; BGHZ 196, 195, 206 = NJW 2013, 1535; OLG Nürnberg, NJW 2007, 1984, 1986; 文献では、Semler, Festschrift für Schütze, 2014, S. 535 を参照。同文献は、この概念をすでにそのタイトルに用いている。

次的主張責任について言及されていることが明らかとなる。

では、二次的証明責任の問題はどこにあるのか。これを、上述した 2005 年 6 月 14 日の連邦通常裁判所の判断でもう一度検討してみよう。連邦通常裁判所の適切な理解によれば、原告は、自分の夫が HIV の混入した血液製剤を投与されたことを概括的に主張すれば十分であった。この主張がなされると、いかなる製造者によって製造され、いかなるロット番号を付与された、いかなる保存血液が、原告の夫に投与されたかを詳細に主張するのは、被告側である。使用された保存血液によって確認された、HIV への感染の惹起を、被告が一般的に争おうとするならば、被告病院で他にどのような混入の可能性が考えられるかを、さらに陳述しなければならない。以上を前提に原告は、客観的証明責任に従い、争点に関する証拠申出を裁判所にしなければならない（保存血液の製造者情報、使用されたロットの質に関する鑑定、病院職員への証人尋問、他の HIV 事件に関する第三者など）。しかしこの局面で、——被告の二次的陳述責任にもとづいて——二次的証明責任が存在するとするならば、このような立証活動はすべて、被告側の負担となる。これは、客観的証明責任の被告側への転換である。しかし客観的証明責任は、法律で、抽象的かつ一般的に、規範的拘束を伴い定められているのであるから、このように理解された二次的陳述責任や二次的証明責任は、法の継続形成の方法で、証明責任制度全体を根本から変えてしまうだろう。ZPO138 条は証明責任の分配とは接点を有しないから、かかる法の継続形成は、この規定に根拠を求めることはできない。この場合に、信義則や訴訟促進義務といった法制度を考慮することができないのは、上述したとおりである。

それゆえ二次的陳述責任からは、証明責任を負わない当事者に、証拠申出をし、証拠方法を提出する義務を生じさせることはないという、連邦通常裁判所¹³ がたびたび示している法的理解はまったく正当であり、ここで得られた結論を明確に示している。

13 BGHZ 173, 23, 30 = NJW 2007, 2989, 2991.

VIII. 鑑定と私鑑定

そのほかの医師責任訴訟の主な特徴は、鑑定である。たしかに鑑定は、ZPO402 条ないし 414 条において、あらゆる民事訴訟を想定し、規定が置かれている。しかし鑑定は、医師責任事件の場合に桁外れに利用されている。医師の診療の場合、常に最新の医療水準に意を払う必要があり、また診療をする医師の職業特性上の注意義務は、必然的にこのような医療水準に向けられているため、裁判所は、常に医学鑑定人の助力を得て、かかる医療水準と注意義務違反を明らかにする必要がある。医学専門文献の研究やインターネット検索からは、裁判所が十分な専門知識を得ることはない。このとき必要とされる鑑定は、当事者の申立てがなくとも、職権で行うことができる (ZPO144 条)。さらに裁判所は、鑑定人が網羅的かつ正確に、医学に関する問題を解明することを保障しなければならない。これにより、証明上重要な医学上の問題は、当事者がそれを陳述しなかったとしても解明される可能性がある¹⁴。特殊な専門領域から鑑定人を選任すること自体、裁判所には高度な要求である。

さらに医師責任訴訟において特に重要であるのは、当事者による忌避である。ZPO406 条によれば、鑑定人は、裁判官と同じ事由、とりわけ偏頗のおそれがあることを理由に忌避される可能性がある。

詳細には偏頗のおそれは、医学鑑定人が鑑定に対する当事者の言明に、口頭で攻撃的に応答したことによっても、根拠づけられうる¹⁵。医学鑑定人と一方当事者との間の、密接な個人的関係や職業上の関係は、鑑定人が研究のみならず、その当事者の部局で医局員や医局長としてともに仕事をしたことでも、生じうる¹⁶。最後に、鑑定人が一方当事者の事実主張を、期日において「厚顔無恥である [frech]」ということも、偏頗のおそれとなりうる。

鑑定人による鑑定と、相手方当事者によって提出された私鑑定あるいは裁判

14 BGH, VersR 1982, 186.

15 OLG Hamm, MedR 2010, 640.

16 OLG Jena, MedR 2009, 726.

外の調停所の鑑定が矛盾する場合には、特殊な問題が生じる。私鑑定は通常の民事訴訟では、当事者の陳述として評価されうるに過ぎないにもかかわらず、このような矛盾を裁判所は、必要とあらば職権により解明しなければならない¹⁷。この点にも、職権探知を広く認める手続を志向して医師責任訴訟における判例が展開していることが見て取れる。

IX. 客観的証明責任

通常の民事訴訟と比較した場合の、医師責任訴訟のよく知られた特質は、客観的証明責任の領域にある。なぜなら、まさに医師責任訴訟において裁判官は、あらゆる可能な、訴訟上認められた証拠方法を利用しつつした場合にも、ことの真相、つまり事実事象の経過について確信を得ることができないことがしばしばあるからである。訴訟当事者間で客観的証明責任を分配する原則は、次のようにいう。すなわち、「各当事者は、自己に有利な法規範の要件事実について証明責任を負う。つまり請求権者は請求を根拠づける事実について、被請求者は、請求権の発生を障害させる事実、請求権を消滅させる事実、請求権の行使を阻止する事実について証明責任を負う。」この基本ルールそれ自体は医師責任訴訟にも適用があり、さらにこのことは、患者の権利に関する法律により立法者が民法 630h 条に、証明責任のある種の例外規定を設けた後も当てはまる。つまり損害賠償を訴求する患者は、出発点において、医師の義務違反、診療上の過誤があったこと、健康被害の発生、過誤ある行為と健康被害との間の因果関係および過失について証明責任を負う。この証明責任の基本ルールを変更することなく、あらゆる医師責任訴訟に持ち込もうとするならば、原告たる患者が、その権利が認められる機会を手にするのは、ごく稀な場合に限られるであろう。逆に事象への近さと医師の専門知識を理由に、医師に完全な証明責任を課そうとするならば、過誤ある行為によるほかにも、疾病や身体的処置によって健康被害が生じることが不可避である点に鑑みると、そのような

17 BGH, MedR 2016, 614.

試みは、偶然生じたあらゆる被害について医師に責任を負わせることにつながる。そのような医師の担保責任〔Garantiehaftung〕は必然的に、医師に極端に自己保身的な〔defensiv〕治療行為を行わせることになり、これにより結局は患者が不利益を被ることになる。

それゆえ証明責任を分配する場合の適切な方向性は、連邦通常裁判所の判例が行っているような、またこれを立法者が民法 630h 条に広く受容したような、医師と患者との間での事案類型と関連づけた分配であるはずである。

詳細にはこんにち、**重大な過誤ある行為**を行った医師は、自己の義務違反が損害の原因ではないことを証明しなければならない。医師あるいは病院が医療上の措置を義務に反して書面に記録していない、所見を記載していない、または記録を保存していない場合には、証明責任の転換と比肩しうる結果が生じる。最後に医師は、とりわけチームにより診療を行った場合、あるいは技術機器に欠陥がある場合には、**支配可能なあらゆる危険**の発生について証明責任を負う。さらに単独で実施すべき手術、あるいはこれと比肩しうる侵襲を、これらの行為について十分な専門能力を有しない医局員に委ねた場合、診療上の過誤があったものとみなされる。したがってこの場合、病院経営者は、**駆け出しの医師の診療上の過誤**がその者の専門能力の欠如と関係しないことにつき、証明責任を負う。最後に、自己の行為によって**証拠調べが不可能**、あるいは困難となった場合には、医師は常に証明責任を負う。

X. 結論

医師責任訴訟は、その通常の手続進行の点で、明らかに一般民事訴訟とは異なる。その理由は、とりわけ医療事象の複雑さと証拠調べの困難さにある。個々の相違点を幾分詳細に分析するならば、特則は三つの類型に区別できる。法律自体が定める特則（たとえば、ZPO348 条 1 項 2 文 2e 号、BGB603h 条）、許容されうる法の継続形成の方法で、判例が生み出した特則、法律や裁判官法上の法の継続形成では正当化されない相違点（とりわけ職権探知）である。最

後のものは、通常は、法治国家原則の表出としての武器対等の原則で根拠づけられるだろう。

＜主要参考条文＞

【BGB】〔条文訳については、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 255 頁に基本的に依拠した〕

630d 条（同意）

- ① 医療措置、とくに身体又は健康への侵襲を実施する前に、診療提供者は、患者の同意を得る義務を負う。患者が同意する能力を有しないときは、第 1901a 条第 1 項第 1 文による患者の事前指示がその措置を許し又は拒むものではない限り、そのことについて権限ある者の同意を得なければならない。他の規定に基づく同意に関するその他の要件は、これにより影響を受けるものではない。延期できない措置についての同意が適時に得られない場合、患者の推定的意思に合致しているときは、同意を得ずにその措置を実施することができる。
- ② 同意が有効であるためには、患者又は第 1 項第 2 文の場合には同意権限を有する者が、同意をなす前に、第 630e 条第 1 項ないし第 4 項の基準に基づき説明を受けていたことを要する。
- ③ 同意は、いつでも、理由なくして、無方式で、撤回することができる。

630e 条（説明義務）

- ① 診療提供者は、同意するのに重要なすべての事項について患者に説明する義務を負う。それには、とりわけ、措置の種類、程度、実施、予測される結果及びリスク、並びに診断又は治療の点からみたその必要性、切迫性、適合性及び成功の見込みが含まれる。説明に際しては、医学上同程度に症状に適応する一般的な方法が複数あり、それらが著しく異なる負担、危険又は治癒の見込みにつながりうるときは、他に取らう

る方法も示さなければならない。

② 説明は、以下の各号が規定するように行わなければならない。

1. 口頭で、診療提供者又は措置の実施に必要な教育を受けた者により行うこと。補足的に、患者に文書の形で手渡す書類を参照することもできる。
2. 患者が十分考慮したうえで同意について判断を行うことができるよう、適時に行うこと。
3. 患者にとって理解し得るものであること。

患者に対しては、説明又は同意と関連して患者が署名した文書の写しを交付しなければならない。

③ 患者への説明は、特別の事情により例外的に不要である場合、とりわけ、措置が延期できず、又は患者が説明を明示的に放棄したときは、必要ではない。

④ 第 630d 条第 1 項第 2 文により、権限を有する者の同意を得られないときは、第 1 項ないし第 3 項の基準により、その者に対して説明がなされなければならない。

⑤ 第 630d 条第 1 項第 2 文の場合には、第 1 項にいう重要な事項は、患者がその成長状況及び理解可能性があることを理由に説明を受ける状態にあるときは、かつ患者の福祉に反しない限り、患者に対してもその理解力に応じて説明しなければならない。第 3 項は、これを準用する。

630f 条（診療の記録）

① 診療提供者は、診療と直接的な時間的関連があるうちに、記録の目的で、書面により又は電子的に診察記録を作成する義務を負う。診療記録への記載事項の修正又は変更は、元の内容に加えて、それがいつ行われたのかがその後もわかる時のみ、許される。このことは、電子的に作成された診療記録においても認められなければならない。

② 診療提供者は、専門的知見からその時点及びその後の診察にとって重大な措置のすべて及びその結果について、とりわけ、既往歴、診断、検査、検査結果、所見、治療及びその効果、侵襲及びその結果、同意、並びに説明を、診療記録に記載する義務を

負う。医師の書簡は、診療記録に加えなければならない。

- ③ 診療提供者は、他の規定により別段の保存期間がない限りにおいて、診療の終了後 10 年間にわたり、診療記録を保存しなければならない。

630h 条（診療上の過誤及び説明に誤りがある場合の責任に関する証明責任）

- ① 診療提供者にとって完全に支配しうるものであった一般的な診療上の危険が発生し、患者の生命、身体又は健康を害するに至った場合には、診療提供者の過誤が推定される。
- ② 診療提供者は、第 630d 条による同意を得たこと、及び第 630e 条の要件に従って説明したことを証明しなければならない。説明が第 630e 条の要件を満たさないときには、診療提供者は、患者が規定通りの説明を受けたとしてもその措置に同意したはずであると主張することができる。
- ③ 診療提供者が、医学上必要とされる重要な措置及びその結果を、第 630f 条第 1 項若しくは第 2 項に反して診療記録に記さず、又は 630f 条に反して保存しなかったときは、診療提供者はこの措置を行わなかったものと推定される。
- ④ 診療提供者が診療を行う能力を有していなかったときは、その能力の欠如が生命、身体又は健康に対する侵害発生原因であったものと推定される。
- ⑤ 重大な診療過誤が存在し、そのことが、実際に発生した類の生命、身体又は健康に対する侵害を引き起こすのに原則として適ったものであるときは、その診療過誤が侵害原因であったものと推定される。このことは、医学上適切な所見を適時に行い、又は確認することを診療提供者が怠ったときに、その所見が、その後の措置のきっかけとなり、かつその措置を行わなかったことが重大な過誤となったであろうとの結果をもたらすだけの蓋然性を十分に有する場合にも認められるものとする。

【ZPO】〔条文訳については、法務大臣官房司法法制部編『ドイツ民事訴訟法典－2011年12月22日現在－』（法曹会）によった〕

42 条（裁判官の忌避）

- ① 裁判官については、法律による裁判官の職務の遂行から除斥される場合のほか、偏頗のおそれがあることを理由として、忌避が認められる。
- ② 裁判官の公平に対する不信を正当とするに足る事由があるときは、偏頗のおそれがあることを理由として、忌避が認められる。
- ③ 略

138 条（事実に関する陳述義務、真実義務）

- ① 当事者は、事実状況に関する自らの陳述を、完全にかつ真実に即してしなければならない。
- ② いずれの当事者も、相手方が主張した事実に関して陳述しなければならない。
- ③ 明らかに争われていない事實は、それを争う意図が当事者のその他の陳述から明らかでないときは、自白したものとみなす。
- ④ 略

144 条（検証、鑑定人）

- ① 裁判所は、検証の実施及び鑑定人による鑑定を命じることができる。裁判所はこの目的のために、当事者又は第三者にこの者が所持する目的物の提出を命じ、かつ、そのための期間を定めることができる。裁判所は、住居に関わらない限り、第1文による処分を受忍を命じることができる。

…以下略

348 条（本来的単独裁判官）

- ① 民事部は、その構成員の一人を単独裁判官とし、この裁判官により裁判する。ただし、以下の場合は除く。

1 略

2 訴訟が以下の事件領域に属するため、裁判所の事務分配表により合議部の管轄が生じる場合

…略

e) 診療行為から生じる請求権に関する訴訟

…以下略

406 条 (鑑定人の忌避)

① 鑑定人については、裁判官の忌避に相当する原因と同一の原因に基づいて忌避することができる。ただし、忌避原因は、鑑定人が証人として尋問されたことを理由とすることはできない。

…以下略

<訳者後記>

本稿は、ドイツ・ケルン大学ハンス・ブリュッティング教授が、2017年4月4日に明治大学、4月12日に立命館大学で行った講演の原稿を翻訳し、末尾に主要な参考条文を付したものである。原題は、“Der Artzhaftungsprozess im deutschen Recht”である。翻訳の本誌への掲載については、立命館大学法学部出口雅久教授を通じて許諾を得ている。ブリュッティング教授については、ここで改めて詳細に紹介する必要はないだろう。ブリュッティング教授は、日本でもよく知られた、ドイツを代表する民事訴訟法研究者の一人であり、これまで日本人研究者と活発な学術交流を重ねてこられた。

明治大学では、ブリュッティング教授をお招きし、法科大学院・医事法センター主催のスタッフセミナーを開催し、学内及び学外の医事法研究者と民事訴訟研究者、医療専門弁護士らが参加した。司会進行は中山幸二・医事法センター長が行い、日本側から、鈴木利廣・医事法センター顧問(明治大学学長特任補佐)より患者の権利基本法をめぐる日本の議論動向が報告されるとともに、福田剛久・元福岡高裁長官より、東京地裁の医療集中部

草創期の実務について説明がなされ、ドイツと日本の医療過誤訴訟における共通点と相違点を指摘しつつ、活発な質疑と議論が展開された。なお、スタッフセミナーの冒頭で、明治大学でのセミナー開催に尽力された中山幸二教授に対し、プリュッティング教授より謝辞が述べられた。

立命館大学における研究会では、プリュッティング教授のもとで在外研究を行った研究者などの多数の民事手続法研究者、大学院生、学部学生のほか、京都・大阪で活動する弁護士も数多く参加し、理論・実務の両面から、活発な質疑が行われた。

なお、訳文中の（ ）書きは、原文でも（ ）書きであり、[] 書きは訳者による補足書きである。