

マルクス・ゲアライン「医師の職業責任の原則」

著者	本間 学
著者別表示	HONMA Manabu
雑誌名	金沢法学
巻	62
号	2
ページ	189-216
発行年	2020-03-31
URL	http://doi.org/10.24517/00058168



医師の職業責任の原則

マルクス・ゲアライン*

本 間 学 訳

I はじめに

医師責任法は、かなりの程度、判例により形づけられている。それゆえ、この領域で活動する実務家にとっては、最上級審裁判所の判例の新たな重要ポイントに注視することが重要である。また、民事訴訟法〔以下、「ZPO」という〕改正による改正点も存在するが、それは、上訴審手続における不利益を避けるために、弁護士が一審における包括的な事案解明に協力する誘因となるだろう。

II 診療過誤 [Behandlungsfehler] による責任

1. 医療水準：判断基準時

医師の行為について法的な判断をする場合、原則として、行為時の医療水準が基礎となるが、医学の進歩がまったく考慮されないわけではない。行為後の新たな知見は、これが医師の治療上の処置を正当化する限りで、医師に有利に作用しうる。このことは、医学の進歩とこれにより獲得された知見を通じた、事後的正当化を意味する。子宮摘出のような責めに帰すべき侵襲を、摘出後になされた病理検査を根拠に適切であったと評価できるかは、——医学の進歩とは関係しない——別の問題である¹。誤診は、謙抑的に、診療過誤と評価されるに過ぎない。この原則によることで、医師の診断の難しさが顧慮されている²。

* ドイツ連邦通常裁判所判事、マンハイム大学客員教授

1 BGH Urt. v. 18. März 2003 – VI ZR 266/02.

2 BGH NJW 2001, 1787.

2. 客観的過失概念

医師責任法では、民法〔以下、「BGB」という〕276条1項2文の解釈の際に、いわゆる客観的過失概念が用いられる。それゆえ医師は、仮に医師個人の置かれた状況からすれば、その者には責任がないものとみる余地がある場合³であっても、医療水準に反した処置につき責任を負わなければならない。病院に子宮鏡が備え付けられており、かつ、侵襲に際し、子宮鏡を使用して、手術方法を変更する必要があった場合に、旧東独の州で診療を行う医師が、子宮鏡を使いこなすうえで必要なトレーニングを欠いていたとしても、責任を免れない⁴。客観的過失概念を用いる点は、統一的な基準による必要がある医師責任法においては、基本的に異論はないだろう⁵。もっとも、この訴訟事例に目を向ける場合には、旧西独の州で基準とされていた医療水準を旧東独の州に直ちに援用することが許されるのかは、問われてよいだろう。旧西独の州と旧東独の州の間に、医療上の格差が存在したことに疑いはない。かかる事情からすると、旧東独の州で活動する医師に、旧西独の州で適用される医療水準に服するまで一定の猶予期間を与えることも考えられる。もっとも、1994年に生じたこの訴訟事件では、当該医師らは子宮鏡を用いることができた。大都市に所在する病院がその種の器具を導入すれば、そこで活動する医師はこの補助器具を扱う能力があるといえるはずである。客観的過失概念は、重大な治療過誤を認定する場合にも妥当するが、この場合も診療をした医師の個人的能力は問題とはならない⁶。

3. 社会生活上の義務〔Verkehrssicherungspflicht〕

患者を監護する義務〔die Pflicht zur Patientensicherung bzw. Patientenüberwachung〕
 に関しては、社会生活上の義務の内容につき認められる原則が、大きな意味を

3 BGH NJW 2001, 1786=MDR 2001, 565 mit Anm. Gehrlein.

4 BGH Urt. v. 6. Mai 2003 – VI ZR 259/02.

5 Vgl. Budewig/Gehrlein, Das Haftpflichtrecht nach der Reform, 2003, 14. Kap. Rn 29.

6 BGH Urt. v. 6. Mai 2003 – VI ZR 259/02.

有する。つまり、危険の原因を生み出した、あるいは増幅させた者が、被害者の保護のために必要な安全措置を講じなければならない。——医師もそれを承知していたならば——患者が自分の自家用車で、同行者を伴わずに病院を訪れ、鎮静処置を受けたことで、同人が車を運転できる状態にない場合には、医師は、患者が気づかぬうちに立ち去り、自分の車で帰宅しないようにせねばならない。患者側の過失（BGB254条）は、患者が独断で病院を離れた後、自分の自家用車を運転した場合に、損害を惹起するものだが、ここでは問題とはならない。なぜなら、生ずべき損害の回避は、病院のみに義務付けられるからである。病院は、気づかぬうちに患者が立ち去り、患者自身に損害が生じる危険がないようにしなければならなかったのである⁷。

4. 患者の転送

かかりつけ医は、一般に、病院医は自身の患者を適切に治療するものと考えてよく、また、病院医の専門知識や豊富な経験についてもたいていは信頼してよい。しかしかかりつけ医が、とりたてて再度診察をしなくとも、その者に備わっているはずの知識や経験からすれば、病院のした治療の適切さや患者に行った医療上の助言に重大な疑念があることを認識した、あるいは認識しなければならぬ場合には、事情は異なる。この場合には、かかりつけ医は、自身の医師としての注意義務の範囲内で、明らかな過誤や見るからに不適切な点を患者に伏せておくことは許されない⁸。

かかりつけ医が、病院における治療が適切であったかにつき、その者が備えている知識や経験からすると、少なくとも大きな疑念を抱く場合も、同じことが当てはまらなければならない。かかりつけ医は、場合によっては病院医と協議した後に、病院の治療についても患者と検討する必要がある。自分の考えが正しいと考える医師は、他の医師が何かしらの過誤を犯したと考える場合、ま

7 BGH Urt. v. 8. April 2003 – VI ZR 265/02.

8 BGH NJW 2002, 2944.

たは過誤が生じたのではないかとの強い疑いを少なくとも抱いた場合には、自分の患者の危険をみすみす受け入れることは許されない。その医師を信頼して身をゆだねた患者を保護するために、このことが要求される⁹。医師が、関節の隙間をレントゲンで確認した患者を、金属の摘出のため病院へ転送した場合、当該医師は、患者の不調の訴えが数か月にわたって続いたならば、病院から推奨された保存治療で満足することは許されない¹⁰。

5. 因果関係〔Ursachenzusammenhang〕：他の医師による後行処置

先行処置を行った医師の過誤により、後行処置が必要となった場合には、医師の責任引受義務〔Einstandspflicht〕は、通常、後行処置を施した医師の過誤による結果にも及ぶ。通常、過誤ある後行処置の結果について、加害者が被害者に対して責任を負わなければならない範囲から外れるのは、以下のような場合に過ぎない。すなわち、先行処置の原因と本来に関係しない疾病の処置が問題となる場合、または二次的損害を生ぜしめた医師が誠実な医師の行動として求められる要求を著しく逸脱した、もしくは生じた損害が責任法的に評価して当該医師の行為によるものとみなされなければならないほど、医師の指針や経験知に違反した場合である¹¹。

6. 証明軽減

a) 重大な診療過誤

標準的な医療水準違反が疑いなく認められるだけでは、重大な診療過誤は認められない。つまり、確立された医師の治療ルールや確固たる医学的知見に明らかに違反しただけではなく、客観的にみてまったく理解不能な過誤を、医師が犯したと認められることが必要である。というのも、医師がまったく過誤を

9 BGH NJW 2002, 2944.

10 BGH NJW 2002, 2944.

11 BGH Urt. 6. Mai 2003 – VI ZR 259/02.

犯さないということはないからである。この点につき仮に、事実審裁判官〔Tatrichter〕の職責である法的な評価が問題となるとしても、その評価は、医師である鑑定人により報告された要素に全面的に依拠せざるを得ないし、また、鑑定人による診療経過の医学的評価を基礎とすることもあるだろう。事実審裁判官には、相応の説明もなく、あるいは鑑定人の医学的な説明とは別様に、自分自身の評価をもとに、重大な診療過誤を認定することは許されていない¹²。

母親の状況をみるのではなく、まずは新生児の世話をした〔Erstversorgung〕のは、「優先順位の設定として問題である」と鑑定人が指摘した場合、このことから重大な診療過誤は導出しえない¹³。鑑定人が、かかりつけ医が病院に再照会をしなかったことを、「それは実施不能である」とし、保存治療の継続も「十分検討されたものではなく〔undurchdacht〕」、「見当はずれである」と考える場合は、十分な確かさをもって、重大な診療過誤を推認することはできない¹⁴。夫から夜間の往診依頼があった後、自殺の恐れのある患者〔妻〕のもとに往診しなかったことを、鑑定人が単なる診療過誤であるとした場合、重大な診療過誤を認定することはできない¹⁵。鑑定人が、再手術〔Revisionsoperation〕をしなかったことを「理想的ではない」が、「一般的な対応に適っており」、重大な過失はないと評価した場合、重大な診療過誤であるとは認められない。同じことは、病原体を確定せずに抗生物質を投与したことを、「過失はあるが、重大な過失ではない」とした場合にも当てはまる¹⁶。

b) 診断の実施・確認義務違反

対応を必要とするという結論となる蓋然性の高い、医学上必要とされる診断

12 BGH NJW 2002, 2944; 2001, 2974; 2001, 2792; 2001, 2795.

13 BGH NJW 2001, 2795.

14 BGH NJW 2002, 2944.

15 BGH NJW 2001, 2794.

16 BGH NJW 2001, 2792.

の実施義務に対する違反は、所見の見誤りが初歩的なものである場合、あるいは所見に対応しなかったことが重大な過誤であるといえる場合には、診療過誤と生じた健康損害との因果関係の証明について、証明軽減を基礎づける¹⁷。よって、以上をまとめると、証明責任の転換には三つの要件が必要である。第一に、診断の実施に診療過誤が認められないこと、第二に、所見によれば対応が必要であるという結論となる蓋然性が高い場合で、所見の見誤りが重大な診断の過誤であるといえる場合、または所見への不対応が重大な過誤であるといえる場合には、証明責任の転換がなされる¹⁸。

感染後に病原体の特定を怠ったが、特定を行っていたとしても、対応を必要とするとの結論となる可能性が低い場合には、証明軽減は問題とならない¹⁹。転送受入先が、転送証明書に明確に記載された、患者の手の擦過傷に注意を払っていなかったが、バクテリアの感染の方向で必要な診察をすれば、結果が明らかとなったのであれば、事情は異なりうる²⁰。自殺の恐れのある患者の家に夜間往診をしなかったことは、たしかに診断実施義務に違反する。しかし、往診により重大な検査結果が明らかとなる可能性が極めて高く、病状の悪化を阻止する処置が直ちに施されたに違いないと認定されないならば、証明責任の転換は認められないだろう²¹。

III. 説明の瑕疵〔Aufklärungsmangel〕を理由とする責任

1. 説明が不要である場合

患者が、重大な危険につき、すでに別の形で説明を受けたことが明らかな場合には、如何なる侵襲について同意をしたのかを患者は了知しているから、説明の瑕疵を理由とする責任は、問題とはならない。先行手術と比べて、再手術

17 BGH NJW 2001, 2792.

18 *Bundewig/Gehrlein* (Fn.4) 14. Kap. Rn 77.

19 BGH NJW 2001, 2792.

20 BGH NJW 2001, 1787.

21 BGH NJW 2001, 2794.

に新たな危険がない場合には、先行手術に際し患者になされた説明は、再手術の際の再説明の必要性を失わせる²²。

2. 事後的診断

事後の診断から、ある侵襲を要することが明らかとなった場合、かかる事情は通常、医療上の侵襲を正当化しない。この侵襲は有効な同意なくなされており、それゆえに違法である。患者の自己決定権の保障がこれを禁じており、その保障は、医療上の観点、客観的な必要性、重要性を理由に制限されない。医師が、本来必要とされる子宮頸部円錐切除術〔Konisation〕ではなく、子宮摘出を勧めた場合、子宮摘出を勧めるべきであったことが、後になされた病理検査によって明らかとなったとしても、当該侵襲は違法なものとなされる²³。

3. 説明の時点

a) 入院治療

患者に手術による侵襲の受忍の可否の判断を求め、侵襲予定日を決定する医師は、患者がその判断をする時点でこの侵襲に伴う危険についても患者に説明することが、患者の自己決定権を保障するために原則として必要である。もちろん、患者が受忍するとの判断をしたのちに初めて、危険に関する説明がなされた場合も、それが常に遅きに失するというわけではない。むしろ、説明がなされたのちに示された同意の有効性は、患者が自由な内心的判断をする十分な機会を、その置かれた状況のもとで有していたかによって左右される。入院治療の場合、目前に迫った侵襲に関する患者の事前知識に応じて、患者に自己決定を保障できる時点で説明がなされれば、原則として前日中で十分である。手術前夜に説明がなされる場合、本来は事前になされているべき、将来の生活に大きな影響を与える侵襲の重大なリスクに関する説明を〔このとき〕はじめ

22 BGH Urt. v. 25. März 2003 – VI ZR 131/02.

23 BGH Urt. v. 18. März 2002 – VI ZR 266/02.

て受けるとすると、通常、患者は、自分に伝えられた事実を整理するのに、過大な負担を負うことになる。医師が4月12日に患者と4月15日に椎間板の手術を行う旨、取り決めた場合、説明は、手術日を取り決めたとき、つまり4月12日になされるべきである。たしかに、その後説明することも、侵襲の前日までは可能である。しかし、20時に実施される手術の直前である、4月15日の午後に説明をするのでは遅きに失する²⁴。

b) 外来診療

これに対して、通常の外来診察での侵襲の場合には、説明は侵襲の日になされれば十分である。しかしそのような場合でも、侵襲の実施を希望するかは患者自身の判断に委ねられることが、侵襲の態様やその危険を説明するときに、患者に明確に示されねばならない。もっとも、重大な危険を伴う外来での侵襲の場合には、侵襲の日初めて説明を行うのでは、適切な時点で説明がなされたとはいえない。そのような手術を前に通常の診察がなされ、その診察の中で必要な説明がなされる場合には、とくにそうである²⁵。

c) 説明が遅れたことの自由な判断への影響

適時に説明を受けなかった患者は、説明が遅れてなされたことにより、自由な判断をするうえで支障が生じたことを具体的に陳述し、かつ、仮に適時に手術の危険性を明示されたならば、判断に逡巡しただろうという心証を抱かせなければならない。もっともその際、そのような逡巡を具体的に陳述する義務が、強く要求されることはない²⁶。

24 BGH Urt. v. 25. März 2003 – VI ZR 131/02.

25 BGH Urt. v. 25. März 2003 – VI ZR 131/02.

26 BGH Urt. v. 25. März 2003 – VI ZR 131/02.

4. 身体損害の賠償範囲

医師の侵襲に対する同意は、包括的にのみ、付与または拒否することができる。それゆえ、説明の瑕疵は侵襲それ自体を違法なものとするものと原則として考えるべきであり、だからこそ医師は、説明を義務付けられる危険が現実化したか否かに関わらず、診療によるすべての損害について責任を負う。したがって説明を怠った医師は、原則として例外なく、すべての生じた損害の賠償を義務付けられる²⁷。説明が必要であった危険——予防接種による麻痺——や実際に説明がなされた危険がまさに現実化した場合には、その説明の際にその他の危険についても言及する必要があったかは、問題ではない。それどころか、患者が現実化した危険を承知した上で同意をした場合には、当該侵襲を理由に責任が生じることはない²⁸。説明を必要とする複数の危険（用廃 [Impotenz]）のうちの一つ（腓骨神経麻痺 [Fußheberschwäche]）についてのみ患者が説明を受けたが、説明のない危険も侵襲により現実化した場合には、事情は異なる。この場合、医師はすべての損害について——説明がなされた危険についても——責任を負う。なぜなら不十分な説明による侵襲は、全体として違法であるからである²⁹。

IV 手続問題

1. 独立証拠調べ

医師責任請求につき、ドイツ民事訴訟法〔以下、ZPO という〕485条2項にもとづき独立証拠調べを実施する法的利益は、個別事情の審査を伴わない一般的考慮に基づいて、否定されることはない。ZPO485条2項の適法要件としての法的利益は、全体として広く解すべきものである。仮に医師責任訴訟において独立証拠調べの結果が不十分である、あるいは全くとるに足らないものであ

27 BGH NJW 1996, 777; 1989, 1533; *Budewig/Gehrlein* 14. Kap. Rn 131.

28 BGH NJW 2000, 1784.

29 BGH NJW 2001, 2798=VersR 2001, 592 mit Anm. *Gehrlein*.

る場合が多いとしても、不確かな前提事実について鑑定がなされる危険は申立人が負担すべきものであり、これは ZPO96 条の結果費用〔Kostenfolge〕に関して定められているところである。医師会の鑑定所や調停所での裁判外調停手続を患者が利用できるとしても、このことが独立証拠調べの利用を否定することにはならない。独立証拠調べは、医師責任手続で通常問題となる人身侵害の場合には、その者の状況、損害の原因、損害の除去方法を明らかにするに過ぎない。これらの事実を明らかにすることができても、医師責任義務訴訟〔Artzhaftpflichtprozeß〕では多くの場合、決め手とならないだろう。なぜなら、これらが明らかとなっても、なお医師の義務違反や因果関係が明らかではないからである。それでも実務では、診療過誤があったのか、あったとしてどれほど重大なものであったのかが明らかとなることは稀ではない。それゆえ、訴訟前に、健康損害やその原因を明らかにすることは、まさに訴訟経済に適うだろう³⁰。

2. 訴訟の当事者でない者による診療記録の提出

時として、患者は複数の医師や病院から診察を受けていることがある。このとき、事前治療ないし事後治療を行ったが、その者自身は被告ではない医師の診療記録が、被告である医師の責任法上の有責性をみる上で、重要となることがある。患者にとっては、どのようにすればこの資料を訴訟に引き出せるかが問題となる。旧民事訴訟法の下でも、訴外の医師ないし病院の有する患者の記録の提出を求める当事者の申立てが、重要であると考えられていた³¹。民事訴訟法改正において、立法者は初めて、ZPO142 条 1 項及び 2 項により、第三者の提出義務を定めた。この義務は、有理性ある訴えが係属し、第三者の正当な利益を考慮してもなお、同人に提出を要求することができ、かつ証言拒絶権が認められない場合に認められる。この規定を根拠に、訴訟当事者でない第三者

30 BGH Beschluß v. 21. Januar 2003 – VI ZB 51/02.

31 BGB NJW 1989, 1533f.

である医師ないし病院の有する診療記録は、通常、提出を求められるだろう。これらの者はいずれにしても、BGB810条に基づき、診療記録の閲覧を患者に保障することが義務付けられている。裁判所が、ZPO142条により患者に認められた、第三者の有する診療記録の提出を求める権能に留意しなかった場合、手続上の瑕疵が認められる³²。

3. 鑑定人の口頭での聴取

a) 鑑定人の意見説明の調書化

[Protokollierung der Angaben des Sachverständigen]

鑑定人の口頭での鑑定意見の説明は、ZPO160条3項4号にもとづき、原則として調書において確定しなければならない。再度の意見聴取の場合や書面鑑定を口頭で説明する場合には、先行する説明と内容的に異なる説明は、調書に記載されなければならない。当事者の同意がある場合で、調書化されるべき説明が報告者メモに十分明確に、かつ完全に書きとめられ、これにより控訴裁判所が鑑定人の説明を適切に理解したかにつき上告審の審査が可能であるならば、この点を問題とする必要はない。書面で行った評価とは異なる説明を鑑定人が口頭で行ったが、これが調書化もされず、また報告メモにも記録されていない場合には、ZPO286条違反が問題となる³³。

b) 当事者の申立て

作成された鑑定意見を口頭で説明させるために鑑定人の呼出を命じる必要があるかという問いとの関係では、裁判所がさらに説明を必要と考えるか、あるいは鑑定人が自らの考えを変える可能性があるかは重要ではない。確立した判例によれば、ZPO397条、402条にもとづく法的審問を保障するために、当事者は、口頭での回答を念頭に、自らが事案の解明に必要と考える質問を鑑定人

32 Saarl. OLG v. 30. April 2003 – I U 682/02-161.

33 BGH Urt. v. 6. Mai 2003 – VI ZR 259/02.

に示すよう裁判所に求める権利を有する。当事者のこのような申立権は、ZPO411 条 3 項とは関係なく認められる。申立権の制限は、権利濫用や訴訟の引き延しの観点からのみ、認められる。

aa) 権利濫用

権利濫用は、鑑定人に如何なる質問がなされるかを当事者が報告しなかったことを理由としては、認められない。鑑定人の呼出を申し立てた一方当事者によって、鑑定人に行う予定の質問が予め具体的に作成されていることも必要ではない。その質問によっていかなる方向でさらに解明をすることを望んでいるのかを一般的に示せば、それで十分である³⁴。

bb) 訴訟の引き延し

裁判所は、ZPO411 条 4 項 2 文にもとづき、同条と結びついた重大な効果の存在ゆえに、当事者に対し、誤解のない形で期間を設定しなければならない。裁判所は——裁判長ではない——ZPO296 条 1 項の意味での期間を設定する措置の内容を明確かつ合理的に示さなければならない。そのようにすれば、期間の不遵守による法的効果という重大な帰結に関して、当事者が誤った理解をすることは、最初からないだろう。鑑定に対して一定の時点までに態度決定をする機会が当事者にただ与えられただけであれば、鑑定内容に関する両当事者の書面による問答が開始するだけで、失権期間は設定されていない³⁵。

c) 職権による意見聴取

裁判手続における鑑定人の鑑定意見と医師会の調停所の説明との間で生じた齟齬は、たとえば鑑定人に対する口頭での意見聴取において適切な追加質問をすることによって、解明することができる。そのような追加質問は、最初から

34 BGH BGHReport 2003, 256; BGH NJW-RR 2001, 1431.

35 BGH NJW-RR 2001, 1431.

子宮鏡を用いた場合、穿孔が生じる可能性は0.1%に過ぎないとする医学文献と、鑑定人の理解が異なる場合にも必要である³⁶。さらに鑑定人が、自身の作成した鑑定意見書と異なり、口頭での意見聴取では診療過誤を否定した場合も、鑑定人への適切な追加質問が必要である³⁷。裁判所は、自ら解釈をすることで、鑑定意見書に存在する矛盾点を等閑視することは許されない。鑑定人のした複数の説明相互間に存在する不明点や疑問点を、裁判所は、適切な質問を行うことで明らかにしなければならない³⁸。当該鑑定人が疑問点を解消することができない場合、職権で別の鑑定人を選任することができる³⁹。一方当事者が提出した私鑑定をみて、裁判所が、裁判上の鑑定人に追加の鑑定意見の作成を依頼する場合、この当事者が、先に提出したものと内容的に同じ別の私鑑定をさらに提出しても、裁判所の選任した鑑定人に新たに考えを聴く必要も、ZPO412条の意味での追加の鑑定意見を求める必要もない⁴⁰。

d) 口頭弁論の再開

医師責任訴訟において、医学鑑定人が、口頭で示した鑑定意見の中で、以前に行った鑑定と別に、より詳細な評価を行った場合には、医学的知見を有しない当事者は、必要な場合には専門的な助言を受け、再度意見を提出する機会を与えられねばならない。そうでなければ多くの場合当事者は、鑑定人に対して、考えられる別の医学的見解を示したり、鑑定意見に欠落部分がある可能性を指摘したり、考えられる反論を提示することはできないだろう。この場合には、少なくとも追加的に提出した書面において当事者が詳細を指摘しつつ、口頭で示された鑑定意見に反論をすると、裁判所は口頭弁論を再び開かなければ

36 BGH Urt. v. 6. Mai 2003 – VI ZR 259/02.

37 BGH Urt. v. 6. Mai 2003 – VI ZR 259/02; BGH NJW 2001, 2791.

38 BGH NJW 2001, 2791=MedR 2001, 28 mit Anm. *Gehrlein*.

39 BGH NJW 2001, 1787; 1999, 1778; VersR 1980, 533; Saarl. OLG OLGReport Saarbrücken 2000, 403; 2000, 426.

40 BGH NJW 2001, 2798.

ならない。このことは、当事者が書面提出期間を認めるよう（ZPO283条）申し立てなかった場合にもあてはまる⁴¹。

この原則は、専門知識を有しない当事者にだけあてはまるわけではなく、診療者側にもあてはまり、法的審問の観点から、新たな医学上の主張について、追加の意見や私鑑定を口頭弁論で提出する機会が、同じように診療者にも与えられなければならない。それゆえ診療者は、そのような専門家の所見を入念に検討するよう裁判所に求める権利を有している。したがって、事実をさらに解明する端緒となるものであり、口頭弁論が再度開かれる限りで、現存してはいない書面でなされた説明も考慮されうるし、また考慮されねばならない。鑑定人が、患者は口頭での意見聴取の際に初めて保存治療の選択肢について説明されたはずであると述べ、医師側は評議期間〔Spruchfrist〕内にこれとは逆の私鑑定を提出した場合、仮に書面提出期間を求める申し立てがなされていなくとも、裁判所は、再び口頭弁論を開かなければならない⁴²。

これに対して裁判所は、最後の口頭弁論期日の時点で提出されるべきであった鑑定意見を評議期間内に初めて当事者が手にした場合には、再度口頭弁論を開くことを義務付けられることはない。このような鑑定意見を裁判所は、ZPO 296a条の適用により考慮することができない⁴³。

4. 当事者の尋問：二者のみでの会話〔Vier-Augen-Gespräch〕

面談による説明〔Aufklärungsgespräch〕に係る説明書の署名は、〔職権による〕医師の当事者尋問（ZPO448条）を認める、説明の十分性に関する手掛かりとなる。医師の尋問は、訴訟当事者の機会の平等の観点からも正当化できる。医師が、説明について証明を要するにも関わらず、証拠を有しない〔beweislos〕場合、医師は、面談による説明の内容について尋問を受けること

41 BGH NJW 2001, 2796.

42 BGH NJW 2001, 2796.

43 Saarl. OLG OLGReport Saarbrücken 2003, 179.

ができる⁴⁴。通常、裁判所は、両当事者に対して、面談による説明の内容について尋問をすることになる。

5. 控訴審手続

a) 事実認定への拘束

ZPO529 条 1 項 1 号によれば、控訴裁判所は、原則として第一審の事実認定に拘束される。ただし、第一審裁判所が、実体法上もしくは手続上の瑕疵により誤った事実認定をした場合、または証拠調べを新たに行った場合で、一審が確定した事実を維持しえない一定の——必ずしも優越的なものである必要はない——蓋然性が、控訴裁判所からみて認められる場合は、別である⁴⁵。手続上の瑕疵は、面談による説明の内容に関して提出された証拠をすべて取り調べた場合に、治癒される⁴⁶。

b) 新たな主張

控訴審における新たな主張の許容性は、ZPO531 条 2 項によって、大幅に制限されている。新たな攻撃防御方法の許容性との関係で決定的に重要であるのは、時機に後れた主張が帰責性（ZPO531 条 2 項 3 号）を有するかである。帰責性は、過失の有無の意味で理解されている⁴⁷。帰責性があることを理由に医師は、控訴審で初めてした仮定的同意に係る主張につき、審理されないことがある⁴⁸。相当の時間が経過し、口頭弁論終結後に初めて一方当事者が提出した鑑定意見を、地方裁判所が ZPO296a 条により考慮しなかった場合、この鑑定意見の控訴審での提出は、ZPO531 条 2 項の要件のもとでのみ可能であるが、その顧慮は ZPO531 条 2 項 3 号に反する。なぜなら、時機に後れた主張に帰責

44 BGH NJW-RR 2001, 1431.

45 OLG Dresden GesR 2003, 157.

46 OLG Dresden GesR 2003, 157.

47 *Gehrlein* MDR 2003, 421, 428.

48 OLG Köln GesR 2003, 85.

性があるからである⁴⁹。

6. 原因判決

裁判所は、責任法上重要な患者側の過失が問題となる場合には、原因判決をなすことを妨げられない。原因についての中間判決では、患者側の過失の問題は未決のままとされ、価額算定手続〔Betragungsverfahren〕に委ねられることもある⁵⁰。

7. 上告の許容性

控訴裁判所によって上告が許可されれば（ZPO543条2項）、かかる許可は、控訴裁判所が判断した訴訟物を包含する。上告が、説明が適時になされたかという問題に限定して許可された場合、上告審裁判所は、説明が内容的に適切なものであったかを審査することも妨げられない⁵¹。

* 訳文中の（ ）は原文中のカッコを示し、□ は訳語の原語の表記ないし訳者補足を示す。

49 Saarl. OLG OLGReport Saarbrücken 2003, 179.

50 BGH NJW 2001, 2794.

51 BGH Urt. v. 25. März 2003 – VI ZR 131/02.

<主要参考条文>

*BGBの条文訳は、ディーター・ライポルド（円谷峻訳）『ドイツ民法総論』（成文堂・2008）を参考に、一部修正をした。ZPOの条文訳については、基本的には、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）に依拠しつつ、一部修正を施した。

< BGB >

254条① 損害の発生に被害者の故意・過失が共働したときは、損害賠償の義務の存在及びなされるべき損害賠償の範囲は、諸事情、特に損害がどの程度に主として一方又は他方の当事者によって引き起こされたのかに依存する。

② 被害者の故意・過失が、債務者が知らなかった、若しくは知るはずもなかった著しく高い損害の危険性につき債務者の注意喚起を怠ったこと、又は被害者が損害を回避し若しくは減少させる行為を怠ったことに限定されるときも、前項と同様である。第278条の規定をこの項に準用する。

276条① 債務者は、より厳格な、又はより緩やかな責任が定められていない場合であつて、かつ、それらの責任が、債務関係のその他の内容、特に、保証又は調達危険を引き受けたことから導きかれないときは、故意及び過失について責任を負わなければならない。第827条及び第828条の規定を、この項に準用する。

② 社会生活において必要な注意を怠った者は、過失により行為したものとする。

③ 故意による責任は、債務者に対して事前に免じることはできない。

278条 債務者は、その法定代理人及び自らの義務の履行のため使用した者の故意・過失について、自己の故意・過失と同じ範囲で責任を負う。この場合において、第276条第3項の規定は、適用しない。

280条① 債務者が、債務関係から生じる義務に違反したときは、債権者は、これによつ

て生じた損害の賠償を請求することができる。債務者が義務違反について責めを負わないときは、この限りでない。

(2項以下略)

630h 条①～④ 略

⑤ 重大な診療過誤が存在し、かつこの過誤が実際に発生した類いの生命、身体又は健康上の侵害を惹起するのに基本的に適したものであるときは、その診療過誤がこの侵害の原因であった、と推定される。診療を実施した者が、医学上必要とされる診断を適時に行うこと又はこれを入手することを怠った場合において、その診断（入手）がなされていたならば以後の措置をとる契機となったであろうと帰結することに十分な蓋然性がある限りにおいて、かつ、以後のそうした処置を怠ったことが重大な診療過誤となったであろう場合にも、同様の推定がなされる。

810 条 他人の占有下にある文書を閲覧することに法的利益を有する者は、文書が自己の利益において作成されたか、若しくは文書中に自己と他人との間に成立した法律関係が記載されているとき、又は文書が、自己と他人との間若しくは両者のうちの1人と共同の仲介者との間で慣習となっている法律行為に関する交渉を含むときは、占有者に対して、閲覧を許容することを請求することができる。

823 条① 故意又は過失により、他人の生命、身体、健康、自由、財産その他の権利を違法に侵害した者は、これによって生じた損害を賠償する義務を負う。

② 他人の保護を目的とする法律に違反した者も同様の義務を負う。当該法律の内容上、これに対する違反が故意・過失がなくても可能な場合には、損害賠償義務は、故意・過失のあるときのみ発生する。

827 条 意識を欠く状態又は自由な意思決定を妨げる精神の病的障害の状態で他人に対して損害を与えた者は、損害に対する責任を負わない。その者が、アルコール飲料又は

同様の手段で自己を一時的にこの種の状態に陥れたときは、その者は、この状態で違法に生じさせた損害に対して、過失の責任を負うときと同様に責任を負うものとするが、その者が故意・過失なくこの状態に陥ったときは、責任は生じない。

831条① 他人を事業のために選任する者は、その他人が事業の執行につき第三者に違法に与えた損害を賠償する義務を負う。使用者が、被用者の選任にあたって、また、機器を設備し若しくは事業の執行を指揮しなければならない場合にはその設備もしくは指揮にあたって、取引上必要な注意を払ったとき、又はこのような注意を払ったとしても損害が発生したであろうときは、損害賠償義務は生じない。

② 略

< ZPO >

96条 無益な攻撃又は防御方法の費用は、たとえ本案において勝訴した場合であっても、それを主張した当事者にこれを負担させることができる。

140条 事件の指揮に関する裁判長の命令又は裁判長若しくは裁判所の構成員による発問について、弁論に関与した者から不適法であるとの異議があったときは、裁判所はこれにつき裁判する。

142条① 裁判所は、当事者又は第三者に対し、それらの者が所持する文書及び当事者が自ら引用するその他の書面を提出することを命じることができる。裁判所は、そのための期間を定め、かつ、裁判所が定めた期間内は提出された書面を裁判所事務課に留置することを命じることができる。

② 第三者は、この者に対して提出を期待することができず、又はこの者が第383条から第385条までの規定により証言拒絶権を有する限り、提出義務を負わない。第386条から第390条までの規定を準用する。

③ 略

160条③ 調書では以下の事項を確定しなければならない。

……

- 4 証人、鑑定人及び尋問された当事者の供述。再度の尋問については、供述が従前のものと異なる限りにおいて調書に記載すれば足りる。

……

283条 相手方の提出が期日に先立って適時に通知されなかったため、当事者が口頭弁論において相手方の提出に対して陳述することができないときは、裁判所は、申立てにより、当事者がその陳述を書面で提出することのできる期間を定めることができる。同時に、裁判の言渡しのための期日を指定する。裁判所は、裁判にあたり、期日に即して提出された陳述を斟酌しなければならず、遅延して提出された陳述については斟酌することができる。

286条① 裁判所は、弁論の全趣旨及び証拠調べの結果を斟酌して、自由な心証に従い、事実の主張が真実とみなされるか真実でないといふとみなされるかについて判断しなければならない。判決において、裁判官の心証を導いた理由を示さなければならない。

- ② 裁判所は、本法律に規定する場合に限り、法定の証拠規則に拘束される。

296条① 攻撃防御方法であつて、その提出につき定められた期間（…）の経過後に初めて提出されたものは、裁判所の自由な心証により、それを許すことが訴訟の終了を遅延させないであろうとき、又は当事者が遅滞につき十分に弁明したときに限り、これを許す。

(2項以下略)

296a条 攻撃防御方法は、それについて判決が下される口頭弁論の終結後は、提出することができない。第139条第5項、第156条、第283条は、その適用を妨げられない。

397条① 当事者は、事件又は証人の関係を明確にするために適切と認められる質問を証人に対して発せしめる権利を有する。

② 裁判長は、証人に直接質問を発することを当事者に対して許可し、また、当事者の代理人が求める場合には、これを許可しなければならない。

③ 略

402条 鑑定による証明に関しては、以下の条文において別段の定めがない限り、証人による証明に関する規定を準用する。

411条① 書面鑑定が命じられたときは、裁判所は鑑定人に対して、署名のある鑑定を送付しなければならない期間を定めるべきものとする。

② 鑑定の実施義務を負った鑑定人がその期間を徒過したときは、鑑定人に秩序金を科すことができる。秩序金は、事前に猶予期間を定めて命じなければならない。徒過が繰り返される場合は、秩序金は同様の方法で再度科すことができる。各秩序金は3000ユーロを超えてはならない。第409条第2項を準用する。

③ 裁判所は、書面鑑定を説明させるために、鑑定人の出頭を命ずることができる。裁判所は、鑑定の書面による説明又は補足を命じることもできる。

④ 当事者は、適切な期間内に、鑑定に対する異議、鑑定に関する申出及び書面鑑定に対する補充質問を裁判所に対して通知しなければならない。裁判所は、当事者に対してそのための期間を定めることができる。第296条第1項、第4項を準用する。

412条① 裁判所は、鑑定が不十分であると認めるときは、同一の鑑定人又は別の鑑定人による新たな鑑定を命じることができる。

② 裁判所は、鑑定の実施後に鑑定について忌避が認められたときは、別の鑑定人による鑑定を命じることができる。

448条 弁論及び証拠調べの結果が証明されるべき事実の真偽について心証を形成するた

めに十分でない場合には、裁判所は、当事者の申立てがなくても、かつ、証明責任の所在を顧慮することなく、その事実に関して当事者の一方又は双方の尋問を命じることができる。

485 条① 相手方が同意しているとき又は証拠方法が散逸し若しくはその利用が困難となるおそれがあるときは、訴訟手続内又は訴訟手続外において、当事者の一方の申立てに基づいて、検証の実施、証人の尋問、鑑定人による鑑定を命じることができる。

② 訴訟がいまだ係属していないときは、当事者は、以下の点が確定されることについて法的利益を有する場合に、鑑定人による書面鑑定を申し立てることができる。

- 1 人の容態又は物の状態若しくは価値
- 2 人的損害、物的損害又は物的瑕疵の原因
- 3 人的損害、物的損害又は物的瑕疵を除去するための費用

この確定が訴訟の回避に役立つ場合には、法的利益が認められる。

③ 略

529 条① 控訴裁判所は、以下の事実をその弁論及び裁判の基礎としなければならない。

1 第一審の裁判所によって確定された事実であって、裁判に重要な確定の正当性又は完全性に関して具体的に根拠のある疑問を生じさせず、新たな確定を要しないもの。

2 新たな事実であって、顧慮することが認められる範囲のもの

② 略

531 条① 第一審において適法に却下された攻撃及び防御の方法は、提出を認めないものとする。

② 新たな攻撃及び防御の方法は、以下の場合に限り提出を認められる。

1 第一審の裁判所によって認識可能であったにもかかわらず看過され又は重要でないといみなされた観点に関するもの

- 2 第一審における手続上の瑕疵のために主張されなかったもの、又は
 - 3 当事者の責に帰すべからざる事由により第一審において主張されなかったもの
- 控訴裁判所は、新たな攻撃又は防御の方法の適法性を基礎づける事実の疎明を求めることができる。

543 条① 上告は、以下のいずれかの場合に限り許可される。

- 1 控訴裁判所が判決において許可したとき、又は
- 2 上告裁判所が、不許可に対する異議申立てにもとづいて許可したとき。

② 上告は、以下のいずれかの場合には許可することを要する。

- 1 法律問題が基本的意義を有するとき。
- 2 法の継続的形成又は判例の統一性確保のために上告裁判所の裁判が必要であるとき。

上告裁判所は、控訴裁判所による許可に拘束される。

〔訳者後記〕

1 本稿は、2019年10月7日に立命館大学朱雀キャンパスにおいて開催された、マルクス・ゲアライン氏（Prof. Dr. Markus Gehrlein; ドイツ連邦通常裁判所（BGH）民事第9部判事、マンハイム大学客員教授）による同名のセミナーの原稿（原題：Grundsätze der ärztlichen Berufshaftung）を翻訳したものである。本翻訳の公表については、出口雅久・立命館大学教授を通じて許諾を得ている。なお当日、本報告のほかに、「医師責任訴訟」と題する報告もなされたが、こちらは出口教授による翻訳が立命館法学に公表される予定である。

ゲアライン教授は1957年にザールブリュッケンに生まれ、ハイデルベルク、フライブルク、ケルンの各大学で法律学を学ばれた。1985年に第二次司法試験に合格後、ザールブリュッケン地裁、高裁で裁判官として活動されるとともに、2000年冬学期からはマンハイム大学でも教鞭をとられ、民事

訴訟法及び医師責任法を担当している（2005年より同大学客員教授（Honorarprofessor）となられた）。その後、2003年に連邦通常裁判所判事に任命され、主に会社関係事件を扱う民事第2部に所属された後、現在は主に倒産事件、弁護士責任事件、税理士責任事件を扱う民事第9部で職務にあたっておられる。同教授の活動は、実務家としてのものにとどまらず、多くの学問的著作の執筆に対しても向けられている。とりわけ、弁護士責任法や医師責任法（主著として *Gehrlein, Grundwissen Arzthaftungsrecht; ders., Grundriss der Arzthaftpflicht*）といった専門家責任や、会社法、倒産法、民事訴訟法に関する数多く論稿を著しているほか、倒産法、民事訴訟法のコンメンタールの編著作業にも従事しておられ、実務と理論の架橋を体現するまさにドイツを代表する実務家の一人である。

2 本稿は、医師が負う民事上の職業上の責任の重要点を、実体法と訴訟法の両面から点描するものであるが、理解の前提として、ドイツにおける医師責任の全体像を概観しておくことが便宜であろう（なお、セミナー当日も冒頭で、口頭による同様の前提解説がなされた。【】は、訳文中の対応部分である）。

(1) ドイツでもわが国と同様、医師の民事責任は、契約責任（BGB280条1項）ないし不法行為責任（同823条1項）として基礎づけられる（なお、以下の記述は、主として *Brox/Walker, Besonderes Schuldrecht 40.Aufl (2016), § 22 Rn. 1 ff, 45Rn. 61* を参照した）。

(a) 診療契約は雇用契約（Dienstvertrag）の一種と位置づけられている（BGB630b条）が、その締結により医師は患者に対し、診療義務のほか、患者の同意を得る義務、説明義務などの義務を負う。これらの義務の多くは、判例により形成されたものであるが、2012年のいわゆる患者の権利法による民法改正で民法典に明文化されている（BGB630a条以下）。診療契約から生じる医師の義務の中核は、もちろん診療義務である。医師は、病の診断をしたうえで、投薬や手術、生活習慣の改善等の

治療方法の選択をし、時として専門医への転送も行う【→II.4.】。これらの処置を医師は、社会生活上必要な注意を払って（行為時の医療水準に基づき）行う義務がある【→II.1.】。また医師は、医療上の処置を行う場合、とりわけ身体等への侵襲をなす場合は事前に、その実施につき患者の同意を得なければならず（BGB630d 条）、かかる同意の前提として重要な事実（処置の種類、程度、予測される結果及びリスク、処置の必要性、成功の見込みなど）を患者に説明をする義務がある（BGB630e 条）【→III.】。医師は、これらの義務に故意又は過失により違反すると、BGB280 条に基づき損害賠償責任を負うことになる。責任能力については、BGB276 条 1 項 2 文により、不法行為と同じ規律が妥当する【→II.2.】。

被害者たる原告にとって、請求原因である医師の診療過誤や因果関係の証明は、大きな困難を伴うため、裁判所は従来より、原告側の証明軽減を認めてきた。この判例法理を明文化したのが、BGB630h 条である（同条の証明軽減に関しては、春日偉知郎「医師責任訴訟における法律上の推定規定の意義」同『比較民事手続法研究』（2016・慶応義塾大学出版会）133 頁以下に詳しい）。このうち、重大な診療過誤がある場合または診断の実施・確認義務違反の場合に、事実上、証明責任が転換されることを定める同条 5 項がとくに重要である【→II.6.】。

- (b) 医師による侵襲は、不法行為の構成要件である「傷害（Körperverletzung）」に該当するため、医師の責任は不法行為責任（BGB823 条 1 項）としても問題となり得る。もともと通常は、当該侵襲に対する患者の同意により（この同意は、患者に対する侵襲に係る説明を前提とする）、医師の行為は正当化される。このように同意は、（診療契約の場合、それを得ることが契約上の義務とされるのに対し）不法行為法上は、正当化事由（Rechtfertigungsgrund）として扱われている。有効な同意があったとしても、侵襲により身体損害が生じた場合には、医師の責任が問題となりうる。医師の過失は医療水準をもとに判断される。

他方、医師の行為が、間接的に、介在する様々な原因を経て結果を生じさせた場合は、その行為がいわゆる社会生活上の義務に違反するならば、医師はこれにつき不法行為責任を負う【→II.3.】。

(c) 以上の二つの請求権は請求権競合の関係に立つが、いずれもほぼ同様の要件のもとで成立し、証明軽減が認められる場合もほぼ同様であるとされている。もっとも、患者と医師との間に契約関係が存在しない（医師が病院の勤務医であるような）場合には、不法行為責任が重要性を帯びる。その一方で、病院に対する責任追及を考える場合、医師を履行補助者とみるか、被用者とみるかで、病院の免責の可能性につき違いが生じる。すなわち、契約責任として構成した場合（ただし、患者・病院間の契約に BGB630a 条以下の適用はない）、病院が医師を極めて注意深く選任し、指図、監督をしたとしても、医師の行為につき病院の免責は、原則、否定される（BGB278 条）のに対し、使用者責任（なお、ドイツ法の使用責任は、わが国（代位責任）とは異なり、使用者の固有の責任と捉えられている）として捉えれば、病院の免責が肯定されうる（BGB831 条 1 項 2 文）。

(d) 本稿は、比較的最近の BGH の主要判決を踏まえ、現在のドイツ裁判実務における医師の実体法上の責任の重要点を具体的に点描している。診療契約の新規定の理解するためにも、また、不法行為責任として医師責任を考える場合にも、従前の判例法理の理解は不可欠である。かかる意味で本稿は、かの地の法状況を理解するうえで有益な文献といえよう。

(2) 他方、医師は、訴訟との関係でも一定の責任を負う。たとえば医師が、独立証拠調べ【→IV.1.】や文書提出命令の名宛人となる【→IV.2.】場合、鑑定人として専門的知見を裁判所に提出し、口頭での意見聴取がなされる場合【→IV.3.】や、医師に対して当事者尋問がなされる場合【→IV.4.】がそうである（民事鑑定については、2016年に法改正がなされているが、その概要については、ペーター・ゴットバルト〔拙訳〕「ドイツ民事訴訟法における鑑定の位置づけと鑑定人の地位」金沢 61 巻 1 号 263 頁以下を参照）。なお、

最後にあげた当事者尋問に関しては、幾分詳述する必要がある。ドイツ法は当事者尋問の補充性を厳格に捉えているため、限定的な要件のもとでのみこれを認める。すなわち、証明責任を負う当事者が当事者尋問を申し立てることができるのは、原則として、他の証拠方法では十分な立証ができない、あるいは他に用いるべき証拠方法がない場合に限られ、しかも尋問の対象は相手方当事者である（ZPO445条）。証明責任を負う当事者自身を尋問の対象とするには、相手方の同意が必要である（ZPO447条）。また、裁判所が職権で当事者尋問をすることもできるが、これは要証事実の存在がある程度の蓋然性で認められるが、証明されたとまではいえないことを要件とする（ZPO448条）。ところで、患者に対する説明義務についての証明責任は医師側にあるが、その説明が第三者の立会いなく行われ（いわゆる Vier-Augen-Gespräch）、訴訟において患者側から説明義務が尽くされていないことを示す証拠が提出された場合、同義務の履行の有無については医師の供述が決定打となることが多い。そこで、職権による医師に対する当事者尋問の可否が問題となるのである（このとき、説明の際の確認書面に患者が署名した事実により、ZPO448条の先述の要件に係る主要事実の存在を推認させるものと解されている）。

以上の諸方法は、原則として当事者からの申立てにより起動するものであるが、2001年のZPO改正により第一審手続の果たすべき役割を重視した手続構成が採用されたため【→IV.5.-7.】、弁護士は第一審における事案解明により積極的になるものと考えられる。そのため、医師に手続への協力が求められる局面は増大している。本稿は、医師の手続への協力が問題となる場면을簡潔かつ的確に整理し、医師の手続法上の責任についても明らかにしている。

- 3 医療過誤に関する実体法、手続法の規律は、日独両国で、細部に目を配れば少なからぬ違いが存在する。しかし、医療過誤を巡る紛争を適切に処理す

るためのあるべき方策の追求は、両国で議論の尽きない、共通した課題である。また、紛争予防の観点からすれば、医師が医療過誤との関係でいかなる責任を負う余地があるかを可視化しておく意味は小さくないと考えられ、この点で、診療契約に関する明文の規定を置いたドイツ法の対処や、医師の法的責任を整理する本稿のような作業は極めて興味深い。これらの点を含め、本稿は、わが国における医療過誤紛争の紛争処理のあり方を相対化するための素材を提供する意味で、示唆に富むものといえよう。