

ドイツにおける病院診療契約法

岡 林 伸 幸

1. はじめに

(1) 問題の所在

病院治療契約は、通常の診療契約とは異なった配慮が必要である。それがどのような特徴を備えているかを探究するのが本稿の目的である。そのため、診療契約については明文の規定があるドイツ法を比較法の対象として扱う。ドイツ法がどのようにして診療契約法の規定を病院入院契約に活用しているかを見ていくことにより、日本法への示唆を得ようというものである。

病院治療契約には、病院入院契約と病院外来契約があるが、本稿においては前者を中心に検討することにする。また、指名医師や各種選択給付を内容とする選択給付約定など、我が国では認められていない制度については、簡単な説明に留めることにする。

(2) 本稿の構成

本稿では、まず病院診療契約に関する日本の理論状況を説明する。その後で比較対象とするドイツの病院診療契約法を概説し、最後に比較検討することにする。

なお本稿は、レーボルン弁護士（ドルトムント）の論文を基調にしているが、同論文はドイツの通説の立場に立って入院契約をわかりやすく解説しているため、その記述をベースにした。

2. 日本の理論状況

(1) はじめに

我が国において、病院外来契約は診療契約にほかならないことから、特に議論されることはない。病院入院契約についても、診療契約の1種として考えられており、独立した契約類型とは考えていないことから、入院に伴う医療機関（医師）と患者の法律関係が議論されることはあまりない。しかしながら、入院契約は、通常の診療契約とは異なった特色があることから、多少の議論はあり、ドイツ法と比較するためにも予め紹介しておく。

(2) 入院契約の意義・特徴

入院契約は、診療契約の一形態であるが、診察の他に賄い食の提供や病室等の賃貸借又は使用貸借等の内容を含む点に特色がある。一般的には、当該入院患者が、通院治療が可能な程度に傷病を治療することを目的とし、医療機関が、入院患者に対して診療の他、病床の提

供や食事の提供等を行い、これに対して入院患者が病院に入院費等を支払うことを内容とする契約関係を「入院契約」と呼称している。そして、患者が診療費等を支払うことを内容とする契約関係を「診療契約」と呼称し、「入院契約」以外の診療契約を「入院を伴わない診療契約」¹又は外来の診療契約と呼称する。

入院契約の特徴として、入院契約において、患者は入院していることにより医療機関内の施設に日夜滞在することになり、患者と医療機関の関係は一層密接であり、信頼関係が損なわれると、正常な診療がより困難となることが挙げられる。他方で、患者の行為により医療機関に与える影響も大きなものになる傾向がある。そして患者の傷病の程度は、入院を伴わない診療契約に比して重い傾向にある²。

(3) 法的性質

我が国では、診療契約は、特約のない限り、準委任契約（委任類似の無名契約）であると考えられている³。入院契約も診療契約の一形態であることから、その法的性質は準委任契約と考えられている。

この点に関しドイツの通説は、入院契約は、主として雇傭契約（医学的治療及び看護）の要素を含み、従として使用賃貸借（部屋の引渡し・宿泊）及び売買契約又は請負契約（賄い）の要素を含んだ混合契約と考えている⁴。ドイツではその歴史的経緯から、有償の委任契約が認められていないので、診療契約を有償労務供給型契約として雇傭契約・労働契約の特別類型として位置付けている（独民630条b）⁵。なぜなら、診療契約の性質上、治癒等の特定の結果の達成を契約内容として含んでいないので、請負とすることができないからである⁶。それ故患者（雇傭主・使用者）が医師（被傭者・労働者）を雇っている構成している。したがって、本来であれば、医師は患者の業務命令に従って労務の提供を行うことになるが（独民611条）、診療契約においては、伝統的に医師は患者から独立して業務を遂行することが認められてきた。これを独立雇傭契約といい、「社会的に独立した地位にある労務提供者によって専門的な労務の提供のために締結される雇傭契約」⁷と捉えられており、被用者は労務提供関係において使用者に人的・社会的に従属することなく業務を遂行することが認められている⁸。そのためドイツでは診療契約を「医師と患者」の間の契約と捉えているが（独民630条a）、診療契約を準委任契約であると捉える我が国ではむしろ、「医療機関と患者」の間の契約と捉えるのが一般的である。おそらくドイツでは「医療機関・病院＝被傭者・労働者」と捉えがたいのに対して、我が国では「医療機関・病院＝受任者」と捉えることに、何らの障害もないからであろう。確かに我が国の入院契約も病室の貸借・賄い等の給付を含んでいる。それ故ドイツ法を模倣して、入院契約を「委任を主とし、賃貸借・売買・請負を従とする混合

1 清藤仁啓「入院契約の終了」早稲田大学法務研究論叢 2号（2017年）39頁。

2 清藤前掲39～40頁。

3 野田寛「医療契約をめぐる諸問題」古村節男・野田寛編『医事法の方法と課題』（信山社・2004年）117頁（以下、野田①として引用する）。

4 Hans Brox/Wolf Dietrich Walker: Besonderes Schuldrecht, 40Aufl., 2016.S.307.

5 ドイツの診療契約法（患者の権利法）の条文については、服部高宏「ドイツにおける患者の権利の定め方」論叢172巻4・5・6号（2013年）255頁以下を参照。

6 高嶋英弘「診療契約の特質と内容」植木哲・丸山英二編『医事法の現代的諸相』（信山社・1992年）所収139頁。

7 高嶋前掲141頁。

8 高嶋前掲140頁。

契約」と捉える見解もなくはないが、病室の貸借等の給付は、あくまでも診療を行うためのものであるから、その診療の必要性に応じて内容が限定されるので、そのように捉える必要はないであろう⁹。そもそも契約の法的性質は、給付の内容によって決定されるのではなく、意思表示の内容により類型化されるものであるはずである。そして、契約の法的性質決定の議論が実務上意義を有するのは、紛争が生じた場合にどの規範を用いて解決するか¹⁰の基準となる点である。混合契約説も、賃貸借（借家法）等の規定を適用ないし類推適用することはないことを認めていることから¹⁰、あえて混合契約と解する必要はないであろう。したがって、我が国の入院契約は診療契約の一形態としての準委任契約（委任類似の無名契約）と解せば、それで十分であろう。

最後に、入院契約と診療契約の関係、つまり入院契約は診療契約から独立した契約類型であるか、という問題点について触れておく。我が国において、入院契約に関し、病院は単に医師が医業を行う場所にすぎない（病院場所説）のか、病院に医師も含まれ病院が医業を行う主体である（病院主体説）のか、という議論がかつてはなされていたが、現在では組織医療が重視され、病院が一体となって診療を行っている現状からも病院主体説が妥当である、とするのが通説となっている¹¹。この見解に立てば、病院は入院給付を含む診療契約を患者と締結することができるのであるから、両者は本質的に一体の契約ということになる。

これに対して、ドイツでは入院契約を独立した契約であると解している。ドイツでは、診療契約は「医師と患者」の間でしか締結することができないので、病院（医療機関）と患者の間の契約を別立てにする必要があるからである。

3. ドイツの病院治療契約総論

(1) はじめに

ドイツも我が国と同様に（というよりは、日本がドイツの制度を真似したのであるが）「国民皆保険制度」を採用している（但しその内容は異なる）¹²。したがって、患者は医師から治療を受けたとしても、自ら診療報酬を支払うことはなく、保険者たる疾病金庫（健康保険組合）が支払うことになる¹³。このことから、医師・患者関係を私法上の契約と捉えるべきか又は公法上の法定債務関係と捉えるべきか、という古典的な論点が存在する。従来は、連邦通常裁判所及び私法学説は契約と捉える傾向であったが（以下、契約説と称する）、連邦社会裁判所及び社会法学説は公法上の法定債務関係と捉えていた（以下、法定関係説と称する）。現在では、2013年の患者の権利法の制定により、契約説が主流となっているが、しかしながら連邦社会裁判所は同法発効後も従来の立場を維持している。もっとも法定関係説も同法の規定の類推適用を認めており¹⁴、両説は結果として接近している。

9 野田寛『医事法（中）[改訂版]』（青林書院・1994年）396頁（以下、野田②として引用する）、野田①117頁。

10 野田②396頁。

11 野田①113頁。

12 村山淳子「ドイツの医療法制」西南43巻3・4号（2011年）140頁。

13 村山前掲139頁。

14 Rehborn, M.: Huster, S./Kaltenborn, M. (Hrsg.), Krankenhausrecht. 2.Aufl., 2017, § 14 Rn.7a.

(2) 病院と患者の関係

(a) はじめに

ドイツの医療提供体制の特徴は、連邦レベルの仕組みと州レベルの仕組みが組み合わされて形成されている点と、診療所での診療と病院の診療との分離にある。つまり医業分業を徹底しており、診療所は外来診療を、病院は入院診療を担当するという基本的な役割分担がある¹⁵。我が国のように、風邪を引いただけで（大学・総合）病院に行くということはない。このことは、病院と患者の関係をどう捉えるかということ、医師と患者の関係とは別に検討しなければならないことの契機となっている。そこで、病院及び患者を類型化してこれを紹介することにする。

(b) 私立病院

私立病院とは、営業法30条に従って設立された営業に関する権限しか持たない病院施設である。つまり、社会法典第5編108条の意味における公的疾病保険給付（健康保険給付）を提供することが許可されていない病院である。この病院には病院診療報酬法等の規定の適用はなく、ただ病院の衛生面に関する規定が適用されるだけである。後者は附随義務に関する規定にすぎないものであるから、病院と患者の契約関係に影響しない。即ち患者が病院に入院した場合、その関係は契約であり、一般的な民法の契約法の規定が適用されることになる¹⁶。

(c) 許可病院

許可病院とは、社会法典第5編108条により、公的疾病保険給付（健康保険給付）を提供することを許可された病院である。例えば、州が当該病院を病院計画に収載した場合、その病院は「計画病院」と呼ばれるが、公的疾病保険の病院診療を担当する「許可病院」となる。州法に基づく大学病院や疾病金庫（健康保険組合）の州連合会及び代替金庫連合会と診療提供締約を締結した病院も「許可病院」となる¹⁷。この場合、社会法典第5編の規定が適用され、さらに病院診療報酬法等の規定が適用されることになり、入院した患者と病院の法律関係が問題となる。

まず、その患者が自分で治療費等を支払う場合、即ち公的保険適用外患者である場合、入院治療を機縁として彼と病院経営者との間で成立した法律関係は、一般的な民法の契約関係である。但し、病院診療報酬法等の規定は強行法規であるので、この法律関係にも適用される。したがって、その法律の規定の内容は契約内容となる。その他の点は両当事者の合意により決定される¹⁸。その際、患者が民間の任意の健康保険に入っているかどうかは重要ではない¹⁹。

次に、その患者が公的疾病保険（健康保険）被保険者である場合であり、社会法典第5編39条の枠組で、疾病金庫（健康保険組合）に対して給付の形式で病院治療請求権を有している。この請求権は疾病金庫（健康保険組合）に対して単に治療費等の立替払を請求することができるだけでなく、現物給付（病院給付）を請求することができる（現物給付原理）。

15 田中伸至「ドイツ」加藤智章編『世界の病院・介護施設』（法律文化社・2020年）28頁。

16 Rehborn, a.a.O., Rn.2.

17 田中前掲30頁。

18 Rehborn, a.a.O., Rn.5.

19 Rehborn, a.a.O., Rn.4.

その限りで、疾病金庫（健康保険組合）は病院治療にかかった費用を病院経営者に直接支払うのが通常である²⁰。

この場合に、病院と患者の関係について、法定関係説が強く主張されている。というのは、「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）」²¹ことから、治療行為が公法的に規律されており、私法上締結された契約が治療行為を決定するのではないからである。さらに社会法典第5編76条第4項は、外来の給付調達者に、治療行為を引き受けた場合、「民法上の契約法の規定に従って被保険者に対して綿密に」行うことを義務付ける。公的保険診療を行う病院は、社会保障における医療扶助契約や法律上擬制された契約締結により、病院治療を行うために必要な権限を有している。このように、現物給付原理により、疾病金庫（健康保険組合）は公的医療保険（健康保険）被保険者たる患者に法律上規定された必要且つ十分な給付を提供する義務を負っていることから、私法上の治療契約の擬制は不必要であり、後は疾病金庫（健康保険組合）が患者に対して法律上定められた義務を履行しか問題とならないことになる。ただその義務の履行過程において、民法上の契約法に従った注意義務の尺度が考慮に入れられるだけである²²。これが法定関係説の論拠である。

それに対して契約説は、このような場合においても、疾病金庫（健康保険組合）＝患者と給付調達者（許可病院）の間に私法上の治療契約が締結されていると主張する。即ち、病院と患者（被保険者）は、使用賃貸借契約（入院）及び請負契約（賄い）の要素を含んでいる雇傭契約を締結している。この場合、被保険者は自己支払者と等しい地位に在る。疾病金庫（健康保険組合）は被保険者に代わって治療費等を支払うという構造になる。立法者は、前述の社会法典第5編76条第4項による義務付けの前提にこのことを主張しており、病院と患者の関係においてその法律上の規定の具体化が問題となるにすぎない。但し、伝染病等の強制治療が認められる場合のみ、例外が認められることがある²³。これが契約説の論拠である。

(d) 小括

病院と患者の関係について、レ・ボルン弁護士は契約説を支持している。病院入院契約の内容が社会法上の規定により広範に決定されていたとしても、被保険者たる患者は、依然として契約締結の自由、相手方選択の自由を有している²⁴。確かに疾病金庫（健康保険組合）は病院経営者に直接対価を支払わなければならないが、その給付内容を決定するのはあくまでも治療契約である。そして患者の権利法により、医師と患者の関係が契約関係であることが明らかになり（独民630条a第1項）、疾病金庫（健康保険組合）は被保険者たる患者と同じ立場に立つことが立法理由書から明らかにされ、公的医療保険（健康保険）上の権利が診療契約上の権利と層を成して重なっているとしても、当該診療契約から専門的に見て正しい治療行為の給付を医師に負わせているのである²⁵。同法の規定は、確かに契約医師²⁶（保険診療を行う許可を得た医師）と疾病金庫（健康保険組合）＝被保険者たる患者との関係しか反

20 Rehborn, a.a.O., Rn.6.

21 村山前掲136頁。

22 Rehborn, a.a.O., Rn.7.

23 Rehborn, a.a.O., Rn.8.

24 Rehborn, a.a.O., Rn.9.

25 Rehborn, a.a.O., Rn.10.

26 田中前掲28頁。

映していないが、しかしながら病院と患者の間にも類推適用されることが認められていることから²⁷、契約説が妥当である。

要するに、患者の権利法により、医師と患者の関係を契約関係とされたことから、病院経営者と疾病金庫（健康保険組合）＝被保険者（患者）の権利関係も、自己支払者（公的保険適用外患者）の場合と同様に、契約関係とするのが妥当であろう。確かに患者は一般的な病院給付に対する対価を支払うことはない。むしろ病院経営者の費用等の支払請求権は疾病金庫（健康保険組合）に向いている。このこと自体は独民630条 a 第1項と矛盾するものではない。しかしながら、独民630条 c 第3項、第4項の情報提供義務は、当該契約から生じる義務であり、その内容には費用等の情報も含まれており、疾病金庫（健康保険組合）の給付義務の範囲等に関しても医師は情報提供を義務付けられている²⁸。このことから、契約説が妥当である。

思うに、日本では、病院と患者の関係を法定債権関係と捉える見解は皆無であろう。確かに我が国でも国民皆保険制度は一応採られているが、それが診療内容を決定するとは考えられておらず、患者に窓口負担もあることから、健康保険組合が立替払をしているという色彩が強いように思われる。そのため、病院診療契約も準委任契約（委任類似の無名契約）と捉えている。別の観点から、医師と患者の関係を信託と捉える見解はあるが、本稿では契約説に立って検討を進めることにする。

（3）病院診療契約の類型

（a）はじめに

病院入院契約は、通常の診療契約と異なり、病院経営者と患者の間で契約が締結され、それと並んで治療をする医師と患者の間で締結されないのが通常であるので²⁹、独立した契約類型とされている。そのため、日本では見られない基本的な契約類型が存在する。病院契約は、独民630条 a 以下に規定されていないが³⁰、同条第1項に法律上の基礎があるとされている³¹。

（b）総合的病院入院契約

総合的病院入院契約とは、医師による給付と医師によらない給付を含めた入院加療に必要な全ての給付を提供する契約である。この場合、主として雇傭契約の要素を含み（医学的治療及び世話）、従として使用賃貸借契約（収容）及び売買契約又は請負契約（賄い）の要素を含む混合契約とされている³²。医師は原則として患者の契約の相手方ではないので、患者は契約上の履行請求権（例えば治療請求権）や契約違反に基づく損害賠償請求権（独民280条第1項）を当該医師に対して行使するのではなく、病院の代表者である病院経営者に対して行使することになる。但し、医師に対して不法行為に基づく損害賠償請求権を行使する可

27 Rehborn, a.a.O., Rn.10a.

28 Rehborn, a.a.O., Rn.11.

29 Brox, H./Walker, W-D: Besonderes Schuldrecht, 40.Aufl., 2016, § 22, Rn.8.

30 Brox/Walker, a.a.O., Rn.8.

31 Looschelders, Dirk: Schuldrecht Besonderer Teil, 11.Aufl., 2016, Rn.619.

32 Brox/Walker, a.a.O., Rn.9.

能性はある³³。この場合、病院経営者は使用者責任を負うことがある（独民831条）³⁴。他方で、医師は患者に対する契約上の報酬請求権は有しておらず、病院経営者がそれを行行使する（患者が公的疾病保険（健康保険）被保険者である場合には、疾病金庫（健康保険組合）等に対して行使することになる）。

患者は契約上の請求権を病院経営者に対して行使することになるが、当該病院に勤務する医師に対して診断治療を行うことも病院経営者に対して請求することになる。医師は履行補助者として契約に関わることになり³⁵、医師の過責行為に対しても病院経営者が責任を負うことになる（独民278条）³⁶。

総合的病院入院契約には、指定医師附契約を伴う場合がある。指定医師附契約を伴う総合的病院入院契約とは、総合的病院入院契約に加えて、指定された医師が患者と診療契約を締結する類型である。当該病院の医局長医師を指名するのが通常である。この場合も、病院経営者は医師による給付及び医師によらない給付を総合的に提供しなければならないが、医師による給付について指定された医師の独立した義務がこれに加わることになる。病院経営者も指定医師と共にこの契約に拘束されることになる。それ故、指定医師の過責行為に対しても病院経営者は責任を負わなければならないことになる。患者が公的保険適用外患者である場合、病院経営者は指定医師に清算権を授与しているのが通常である。病院経営者が選択給付（公的保険適用外給付）を患者に申入れ、患者がそれを承諾した場合には、指定医師はその給付を提供する義務を負う。指定医師には患者に対する固有の報酬請求権がある³⁷。但し、病院経営者は、医師による診療も義務付けられているので、指定医師に対する謝礼を含めた報酬を請求する権限がある³⁸。

(c) 分割的病院入院契約

分割的病院入院契約とは、病院は医師によらない給付（看護、収容、賄いなど）のみを提供し、医師による給付は治療を担当する医師本人が提供する契約である。この場合、担当医師は病院登録医であることが多い³⁹。病院登録医とは、普段は病院外で医療活動を行っているが、入院治療を必要とする患者が現れた場合には、病院の施設及び設備を使用して治療を行う医師のことをいう⁴⁰。そのために、予め当該病院に登録しておく必要があるため、病院登録医と呼ばれている。

さらにドイツでは、個々の医師によって病院内に自分の患者を診療する「院内開業」が認められており、病院との院内開業医契約に基づいて、病院経営者から当該病院内でその施設・設備を利用して入院患者を治療する権限が付与されている⁴¹。院内開業が認められれば、院内開業医との診療契約以外に当該医師が具体益な診療行為をする上で利用する施設としての病院との間でも別個に契約関係を論じる必要がある。

分割的病院入院契約は、医師と病院経営者が共同で患者の契約の相手方となるわけではな

33 Brox/Walker, a.a.O., Rn.10.

34 Looschelders, Dirk: Schuldrecht Besonderer Teil, 11.Aufl., 2016, Rn.619a.

35 Looschelders, Dirk: Schuldrecht Besonderer Teil, 11.Aufl., 2016, Rn.619a.

36 Brox/Walker, a.a.O., Rn.11.

37 Looschelders, Dirk: Schuldrecht Besonderer Teil, 11.Aufl., 2016, Rn.620.

38 Brox/Walker, a.a.O., Rn.13.

39 Looschelders, Dirk: Schuldrecht Besonderer Teil, 11.Aufl., 2016, Rn.621.

40 今西康人「診療契約」植木哲・山本隆司編『世界の医事法』（信山社・1992年）所収58頁。

41 今西康人「入院契約の構造」植木・丸山編前掲所収203頁。

いので、医師は自分の医師としての給付に関してしか契約上の報酬請求権を取得しない。他方で、医師の過失に対しては、医師のみが責任を負い、病院経営者は責任を負わない⁴²。この場合、当該医師は、病院経営者の履行補助者等とみなされることがないからである⁴³。

(d) 外来の病院診療契約

病院は本来入院診療を担当し、外来診療は開業医（契約医）が担当するものとして役割分担されてきた⁴⁴。しかしながら、近年、病院による外来診療が広がってきている⁴⁵。2003年11月14日に成立した健康保険現代化法は、被保険者（患者）等に対する外来及び入院看護をより良く統合しそしてそれを推進することを目的としている⁴⁶。それを受けて社会法典第5編も改正され、病院は「病院における外来手術や外来特別専門医診療のほか、病院設立の外来治療センター（MVZ）」⁴⁷を設置することができるようになり、外来の活動を、最高度に特殊な給付を提供することができる程度にまで広げることができるようになった。

外来の病院診療契約は、その給付内容は通常の診療契約と殆ど変わらないので、契約主体以外は同様に捉えて差し支えないように思われる。したがって、患者の権利法（独民630条a以下）の規定は、概ね類推適用されると考えて良いであろう。

(e) 小括

ドイツの病院診療契約が多様であるのに対して、日本では指定医師附契約を伴わない総合病院入院契約と外来の病院診療契約の類型しかない。前者に関して、たとえ患者が特定の医師の治療を受けるために、その医師が勤務する病院に入院したとしても、あるいは入院中にその病院に勤務する特定の医師を指名したとしても、その医師と患者の間で準委任契約（委任類似の無名契約）等が締結されるわけではない。しかも、入院契約の当事者は病院（院長が代表者）と患者であり、病院に勤務する医師は履行補助者としてしか構成されない。したがって、結局そのような場合も、その入院契約は入院給付を伴う診療契約と解され、診療契約から独立した契約とは認められないことになる。

4. 契約の成立

(1) はじめに

病院診療契約も契約である以上、契約の一般的成立要件を満たさなければ成立しない。つまり契約両当事者の合致した意思表示が必要である。そしてその意思表示の効力については原則として民法が基準となるが、ドイツでも我が国と同様に国民皆保険＝社会保険制度が採られていることから、社会法上の規範が私法関係に介入してくることがある。しかしながら、契約の成立に関しては、法定被保険者自身が契約を締結している限りで、民法との違いは出てこない。診療契約に関して法定被保険者と法的保険適用外患者（自己支払者）が異なるのは、治療行為の反対給付としての報酬を、疾病金庫（健康保険組合）を通じて調達できるか、

42 Brox/Walker, a.a.O., Rn.12.

43 Looschelders, Dirk: Schuldrecht Besonderer Teil, 11.Aufl., 2016, Rn.621.

44 田中前掲28頁。

45 田中前掲45頁。

46 Rehborn, a.a.O., Rn.17.

47 田中前掲45頁。MVZとは、「複数の医師が勤務医又は契約医として診療を行う外来医療機関の一種である」（田中前掲45頁）。

自腹を切って払わなければならないかの違いである。つまり、前者の場合、疾病金庫（健康保険組合）が第三者として弁済することができるということである（独民267条）⁴⁸。以下では、契約の成立要件を検討することにする。

（２）治療行為者側の契約当事者

総合的病院入院契約の場合、治療行為者側の契約当事者は病院経営者のみ、ということになる。たとえ病院経営者が医師であり、当該患者に対して治療行為を行ったとしても、当該医師が契約当事者ではなく、あくまでも病院の代表者としての病院経営者が契約当事者となる。病院は、病院内の収容及び介護から、病人の世話を超えた病院に勤務する医師による給付まで、入院中のあらゆる給付を統一的に行う義務を負っている。そしてその契約類型の目的から、その契約上の責任は病院経営者に集約されるのである。病院診療報酬法も、このことを前提にして給付全体を病院に支給することになっている。法定被保険者であっても、公的保険適用外患者（自己支払者）であっても、この点で同じであり、特約のない限り、個別的な医師又は看護師等と直接契約を締結することはない⁴⁹。病院の従業員は、病院経営者の代理人又は履行補助者としてしか活動しない。ただし、彼が事故を起こした場合、患者は病院経営者に契約上の責任を追求すると共に、彼に対して不法行為責任を追求することは可能である。他方で病院経営者は、独民278条（履行補助者の過失）により、自分の従業員の過失行為に対して契約上も責任を負う⁵⁰。

分割的病院入院契約の場合、病院経営者は賄い・収容及び介護などの給付をなお患者に対して負うことになる。他方で医師による給付は独立して活動する病院登録医が調達しなければならないことになる。病院登録医は予め病院経営者との間で、医師の活動にとって必要な設備を自由に使用できる契約を締結している。そこで患者と病院登録医の間で診療契約が締結され、患者と病院経営者の間では分割的病院入院契約が締結され、そして病院経営者と病院登録医の間で病院登録医契約が締結されていることになる。医療給付について報酬を請求するのは病院登録医のみであり、他方で医療事故に関して彼だけが契約上の責任を負う⁵¹。病院経営者は医療給付以外の給付に関してのみ責任を負うことになるが、両者の範囲を厳密に限界付けることは困難であることがしばしばある⁵²。

（３）患者側の契約当事者

（a）行為能力者の場合

患者側の契約当事者に関しては、基本的に民法の規定が適用される。したがって、患者が行為能力者である場合、患者本人が契約を締結するのが原則である。しかしながら、有効な代理権を有する代理人が、本人に代わって契約を締結することは当然可能である（独民164条以下）。代理人が無権代理であった場合には、契約の相手方に対して契約の履行又は損害

48 Rehborn, a.a.O., Rn.19.f.

49 神野礼斉「ドイツにおける医療契約」広法43巻4号（2020年）229頁は、「これと異なる合意をすることができない」とするが、指定医師や選択給付のような特約は可能であるから、言い過ぎのように思われる。

50 Rehborn, a.a.O., Rn.22..

51 Rehborn, a.a.O., Rn.24.

52 神野前掲229頁。

賠償責任を負う（独民179条第1項）。但し、代理人が自らの代理権限の欠缺を知らなかった場合には、契約の相手方が任意代理権ありと信託したことから生じる信託損害しか責任を負わない（独民179条第2項）⁵³。

多くの病院経営者は、患者側の代理権欠缺のリスクを回避するために、代理人に対して本人と共に連帯債務的に治療費用に対する責任を引き受ける、費用引受表示を契約中の追加条項とするよう務めている。このような内容の条項を普通契約約款に規定することは、独民309条第11号に違反し原則として無効である。したがって、この条項が有効となるのは、病院診療契約とは別に、代理人自身に明示的に表示され、代理人がその内容を認識して締結した場合に限られる⁵⁴。

(b) 行為無能力者の場合

行為無能力者とは、満7歳に達していない者及び精神活動の病的な障害により自由な意思決定ができない状態にあり、その状態が性質上一時的ではない者をいう（独民104条）。行為無能力者の意思表示は無効である（独民105条第1項）。したがって、病院治療契約を締結するためには、行為無能力者の権利及び利益を擁護する法定代理人の行為が必要である⁵⁵。

例えば、6歳児が病院治療契約を締結する際には、彼の法定代理人である両親しか有効に契約を締結することができない。彼の両親は親権に基づいて契約を締結することになる（独民1626条）⁵⁶。しかしながら、この場合も契約当事者は病院と6歳児ということになり、報酬支払義務者は、本人又は疾病金庫（健康保険組合）ということになる。但し、彼の両親は包括的な扶養義務を課せられていることから（独民1610条）、本人に支払義務が生じる場合には、本人に代わって支払を行う義務があることになる⁵⁷。

しかしながら、そのような場合に、両親は、治療を必要とする子のために、直接病院との治療契約を自分自身で締結することができる（独民328条：第三者のためにする契約）。この場合、子は両親の契約の相手方である病院に対して固有の治療行為請求権を取得し、両親は、治療行為に対する反対給付としての報酬支払義務を直接、子と並んで負担する⁵⁸。この法理は、他の行為無能力者並びに未成年者及び制限行為能力者の場合にも適用可能である⁵⁹。

(c) 制限行為能力者の場合

満7歳を超えた未成年者が契約を締結する場合、行為能力を制限され（独民106条）、事前に法定代理人の同意が必要であることになる（独民107条）。未成年者が病院治療契約を締結することにより、費用負担を義務付けられる場合には、法的利益を受けるだけである意思表示であるとは言えないので、通常は両親の同意が必要である⁶⁰。

法定代理人の事前の同意なしに、未成年者が病院治療契約を締結した場合、その契約の有効性は、法定代理人による事後の追認に左右されることになる（独民108条）。彼の両親がそれを拒絶したならば、不確定であった契約の効力は、確定的に無効となる。しかしながら、

53 Rehborn, a.a.O., Rn.32.

54 Rehborn, a.a.O., Rn.33.

55 Rehborn, a.a.O., Rn.34.

56 Rehborn, a.a.O., Rn.33.

57 Rehborn, a.a.O., Rn.36.

58 Rehborn, a.a.O., Rn.37.

59 Rehborn, a.a.O., Rn.38.

60 Rehborn, a.a.O., Rn.39.

その追認拒絶が権利の濫用となる場合には、後見裁判所が未成年者の危害を除去するために必要な処分を行うことがある（独民1666条）⁶¹。

(d) 被世話人の場合

世話が開始したとしても、被世話人の行為能力は原則として制限されない。したがって、被世話人は、独民1903条により診療契約に関する同意の留保が行われていない限りで、病院治療契約を有効に締結することができる⁶²。

(4) 契約の締結

(a) 方式の自由

病院診療契約を締結するために、方式に関して特別な規定は存在しないので、一般原則に従って諾成契約とされている。さらに、病院が被保険者たる患者を治療した場合、疾病金庫（健康保険組合）に診療報酬を請求できることから、患者の推断的態度により契約を締結することができる⁶³とされている。しかしながら、実用的な理由から、契約を文書形式で締結するのが大部分である。特に、ドイツ病院協会が用意した診療契約の雛型は普通契約約款とされており、病院診療契約の特質を顧慮している⁶³。

(b) 締結強制

我が国では、医師に応招義務が課されているが（医師法19条第1項）、これは公法的＝行政的規定と解されており、それに違反した場合の直接の効果も規定されていない。そこで、この規定は締結強制するものではないと解されている。さらに病院（医療機関）を規律する医療法に同様の規定はない。したがって、医療機関に締結強制義務はなく、ただ一定の要件の元で、診療拒否をした場合に、不法行為責任が追及される可能性があるだけである⁶⁴。

ドイツでも、病院治療契約を締結する際に、私的自治の原理が尊重され、契約自由の原則が働くことは疑いない。しかしながら、契約締結の自由及び内容決定の自由は、病院診療契約を締結する際には制約される場合があると考えられている。医師は確かにその義務の裁量の範囲において治療したい患者を選択することができ、緊急の場合又は法律上の特別な義務がある場合を除いて、治療を拒否する自由がある。ただし、医師は、職業法上、私情を交えて恣意的に行動することは許されず、医師が患者の引受を拒否する場合には、客観的な正当化理由が必要である⁶⁵。病院の場合も同様であり、その根拠は最終的に社会国家原理に求められている。それにより、国家は市民に相応しい給付を適切に受け容れことができるようにしなければならない。病院診療契約の場合、治療側は事実上締結強制され、その正当化根拠は医師＝医療機関側の医業の独占である。正当な理由なく病院診療契約の締結を拒んだ場合、当該病院は不法行為責任を負うことになる（独民826条）⁶⁶。

ドイツでは社会保障に関する分野は州政府の管轄となっているので、州の条例により病院も規律されることになる。そして、大抵の州病院条例は、患者の発病の種類及び重篤度に応

61 Rehborn, a.a.O., Rn.40.

62 Rehborn, a.a.O., Rn.41.

63 Rehborn, a.a.O., Rn.26.

64 岡林伸幸「救急医療機関の診療拒否と不法行為責任」名城44巻1号（1994年）265頁以下参照。

65 神野前掲222～221頁。

66 Rehborn, a.a.O., Rn.27.

じて病院給付を提供することを病院に明示的に義務付けている。その限りで、病院は収容義務及び治療義務を課されており、締約強制されている。ただし、この締約強制は一般的な病院給付に対してしか妥当せず、選択給付（健康保険の対象とならない給付）に対しては妥当しない⁶⁷。

それに対して、患者側の締結の自由は保障されており、患者は自分が治療してもらいたい医師を自由に選択することができる。このことは、患者が法定健康保険に加入している場合も同様である⁶⁸。ただし、法定被保険者に対して、治療行為に適した最も患者の近くにある病院を直接選択させることがある。なぜなら、患者がそうしなかったからといって診療行為を拒否されるわけではないが、場合によっては、訪問者の増加した費用を病院に課すことになることがあるからである⁶⁹。

(5) 緊急の場合

医師が、意識を喪失している重篤な患者を治療しなければならない緊急の場合には、利害関係人の法律関係は、事務管理の規定に従うことになる（独民677条以下）。この場合医師は、独民681条に従って、医学的適応性のある医療措置を行うことになるが⁷⁰、医療水準に応じた注意を払わなかった場合には、損害賠償義務を負うことがある⁷¹。その他の場面でも、契約関係のない治療行為関係には、治療行為に関する規定が類推適用されるのが通常である⁷²。病院経営者は、事務管理が成立し、患者の利益及び患者の現実の若しくは推定的な意思に応じて治療行為が行われた場合には、費用償還請求権を有することになる（独民683条）⁷³。医師は専門的職業であることから、そのサービスに対する通常の報酬を請求することができる⁷⁴。

請求先は、患者が法定被保険者であるならば、疾病金庫（健康保険組合）であるが、そうでない場合は、患者本人である⁷⁵。患者の配偶者は、本人と共に日常家事代理権を有しているので（独民1357条）、費用負担者となる⁷⁶。その他の本人の扶養義務者は、その義務の範囲内で費用を負担することになる。

5. 病院入院契約の内容

(1) はじめに

入院を伴わない診療契約の内容は、通常の診療契約と同様であるので、患者の権利法に従ってその内容が決定される。そこで、本稿では病院入院契約の内容を説明し、検討してゆくことにする。

67 Rehborn, a.a.O., Rn.28.

68 神野前掲222頁。

69 Rehborn, a.a.O., Rn.30.

70 神野前掲212頁。

71 Rehborn, a.a.O., Rn.66.

72 Rehborn, a.a.O., Rn.68a.

73 Rehborn, a.a.O., Rn.67.

74 神野前掲212頁。

75 Rehborn, a.a.O., Rn.67.

76 Rehborn, a.a.O., Rn.43. 神野前掲211頁。

病院入院契約の内容は、入院給付が必要であることにより決定される。他方で、病院診療報酬法及び連邦支給基準額法の規範を通じて、その主たる給付と従たる給付が定型化されている点に特色がある⁷⁷。

（２）入院給付

病院入院契約を特徴付けるのは、医療上の必要から、入院治療行為が給付として提供されるということである。外来治療契約の場合には、健康保険患者は、外来治療を担当する医長医師と診療契約を締結し、医長医師は社会法典第５編第195条、116条に従って報酬請求権を有することになる。それに対して、入院治療行為は、患者が夜間に病院内にとどまる場合に限られる。つまり、外来と入院の区別は、患者が夜に、医的侵襲後に病院内で過ごすか否かによってなされる。患者が同日病院から自分で早朝に退出することは、事情によっては、なお入院治療行為の中断として評価されることがある⁷⁸。

入院治療行為は、医療上の理由からそれが必要でなければならない。というのは、入院給付は、疾病金庫（健康保険組合）が費用を負担することになっているが、その費用引受の範囲内であるためには、他の処置を通じて治療行為の目標が達成できないことが前提となっているからである⁷⁹。その査定はまず第１に病院の医師が行うが、被保険者たる患者の給付請求権も尺度となる。入院中の治療行為の必要性に関する病院医師の判定は、被保険者の治療行為の必要性に対する表見証明として評価され、それに対して報酬を支払う義務を負う疾病金庫（健康保険組合）がそれを覆す反証をすることができる⁸⁰。

（３）主たる給付義務及び従たる給付義務等

（a）主たる給付義務

病院入院契約の内容として、主たる給付義務と従たる給付義務を区別しなければならない。そして主たる給付義務とは、相手方の給付義務と交換関係にある義務をいう。つまり、病院の主たる給付義務だけが患者の給付請求権の対象となり、双務関係を基礎付けることになるのである。

治療者側の主たる給付義務は、総合的病院入院契約の通常の場合、医師による治療行為、病人看護、医薬品及び治療薬の提供、収容を伴う世話、及び賄いである（社会法典第５編第39条第１項第３文）。それに加えて、事情によっては、病院が委託した第三者の給付、病気の早期発見のために入院中に行われた措置（病院診療報酬法２条第２項第２文第１号）、医療上必要である付添人の収容（同法同条同項同文第３号）なども、主たる給付義務に挙げられる。さらに病院は、入院中に世話給付を通じて必要となった治療行為も行わなければならない。これらは病院診療報酬法によって報酬請求権の対象となるからである。さらに選択給付約定がなされた場合には、その内容も主たる給付義務となる（病院診療報酬法17条、連邦支給基準額法16条）⁸¹。

77 Rehborn, a.a.O., Rn.69.

78 Rehborn, a.a.O., Rn.70.

79 Rehborn, a.a.O., Rn.71.

80 Rehborn, a.a.O., Rn.72.

81 Rehborn, a.a.O., Rn.73.

患者側の主たる給付義務は、報酬支払義務である。医療給付に対する報酬は、社会法上の規定により大きく規制されている。その規制により、一般的な病院給付の範囲において報酬が統一されており、さらに選択給付の範囲においても、選択給付の対価が適正であることを求めている⁸²。そして国民皆保険の社会保険制度を採用していることから、その支払いは患者に代わって疾病金庫（健康保険組合）が担うのが通常である。

(b) 従たる給付義務

主たる給付義務と並んで、従たる給付義務があり、その内容の一部は信義則により導き出されている（独民242条）。それは、主たる給付義務の実行を準備し、つつがなく行うことを確保するために役立つものであり、その限りで事情によっては独立して訴求することもできる。しかしながら、他方で、例えば説明義務、忠実義務、保護義務及び協力義務のような、独立していない義務も存在する。これらは原則として独立して訴求することはできないが、一方当事者がそれに違反した場合には、事情によっては他方当事者は損害賠償を請求することができる⁸³。

具体的に病院入院契約に関連する従たる給付義務を挙げると、まず患者側は、医師が治療結果を得ようと努力することに協力しなければならない義務（独民630条 c）を負っている。他方で治療者側は、説明義務（インフォームド・コンセント：独民630条 e）、記録保存義務（独民630条 f）、情報提供義務（独民630条 c）、を負っている。さらに医療側は、患者が診療書類を閲覧することを保障する義務（独民630条 g）がある⁸⁴。

(c) 附随義務・保護義務

入院中の患者が遺言書を作成する際に、提供できる支援をすることは、病院入院契約に由来する保護義務であると解されているが、しかしながら病院には法律相談をする義務はない。いずれにせよ、病院経営者が遺言書の作成に協力した場合、その遺言が方式上無効とならないようにするために、相応の専門知識を持って対応しなければならないことになる。相続人指定がなされた場合、第三者のための保護効を伴う契約の原則に従って、指定相続人もこの義務の範囲に含まれることがある⁸⁵。

それを超えて、診療契約から、診察するために患者が持ち込んだ財物に対して監督義務及び保護義務が生じる。例えば患者が診察受けるために身体から外した装飾品を、病院は紛失・毀損しないように配慮しなければならない⁸⁶。

(4) 病院診療報酬法及び連邦支給基準額法

病院入院契約の内容は、主として民法の一般原則に従うことになるが、しかしながら病院診療報酬法及び連邦支給基準額法に基づいて、決定されることになる。特に病院給付報酬に関する患者の反対給付義務は強い影響を受けている。例えば、病院給付に対する報酬は、病院診療報酬法1条第1項に従って決定されることになる。これらの法律の規定のうち、どの

82 Rehborn, a.a.O., Rn.74.

83 Rehborn, a.a.O., Rn.75.

84 Rehborn, a.a.O., Rn.76.

85 Rehborn, a.a.O., Rn.76a.

86 Rehborn, a.a.O., Rn.76b.

規定が当事者の合意によって排除することができない強行法規であるかが問題となる⁸⁷。

一般的な病院給付に対する対価は、病院の全ての利用者に対して統一的に計算される。病院診療報酬法及び連邦支給基準額法の規準は、社会保険の資格とは無関係に、原則として法定被保険者にも自己支払者（公的保険適用外患者）にも適用される⁸⁸。患者が支払わなければならない報酬の額は、病院入院契約に私法上も有効にその内容となる。この原則を当事者の合意によって排除することは、患者の自由裁量の範囲を超えるものであり、不可能である⁸⁹。

6. 普通契約約款

（1）はじめに

病院は不特定多数の患者と契約を締結することになる。もっともドイツでは家庭医制度を採用しているので、救急患者のような例外の場合を除いて、原則として医師の紹介状がなければその患者を診療することはない。しかしながら、そうではあっても、不特定多数の患者を相手に契約を結ばなければならないのであるから、この事情は普通契約約款に馴染むものである。そこで、病院入院契約を締結する場合には、予め内容の定められた普通契約約款を用いるのが一般的である。その際、ドイツ病院協会が編集した雛型が通常は用いられる⁹⁰。約款に関しては、ドイツ民法305条以下に規制があり、その規定の多くは（片面的）強行法規である⁹¹。したがって、これに反する約款条項は無効となる。そこで、よく利用される主要な約款条項に関して、その内容を検討する必要がある。

（2）責任制限条項

病院の経営者にとって、自分の責任を可能な限り広く制限することが通常は好都合である⁹²。しかしながら、通説に従うと、病院の医療上の給付に関する責任制限は、故意及び重過失だけでなく、軽過失を免責することも許されない⁹³。

それに対して、入院中の患者が持ち込んだ物に対する責任は、故意及び重過失に制限することが許されている。但し、この物の（特に衣類の）洗浄及び殺菌に関して発生した損害に対して、故意又は重過失に責任を制限することが許されない。なぜならこの場合、医療上の給付にも関連しているからである。同じ理由から、病院従業員自身に過責のある汚染に対して、軽過失免責を認めることができない。但し、患者が特に責任を負わなければならないような汚染に関しては、病院経営者が一般的な洗浄給付を提供していれば、軽過失免責を認めることができる⁹⁴。

病院の管理機構に保管されていた金銭又は貴重品が紛失した場合に、患者はそれに基づく

87 Rehborn, a.a.O., Rn.77.

88 Rehborn, a.a.O., Rn.78.

89 Rehborn, a.a.O., Rn.79.

90 Rehborn, a.a.O., Rn.81.

91 石田喜久夫編『注釈 ドイツ約款規制法〔改訂普及版〕』（同文館・1990年）を参照。

92 Rehborn, a.a.O., Rn.82.

93 Rehborn, a.a.O., Rn.83.

94 Rehborn, a.a.O., Rn.85.

損害賠償請求を3箇月以内に届け出なければならない、とする約款条項は、当然に除斥期間を内容として含んでいるが、有効である。その期間は、患者に有利に解釈して、長く続く入院期間の間に満了することは認められない⁹⁵、ということに注意しなければならない。

(3) 剖検条項

剖検条項とは、患者が死亡後に病院内で病理解剖を許可する内容の条項である。特に、患者が滅多にない病気に罹患して病院内で死亡した場合には、病理解剖は病院の研究にとって利益があるものである。そこで、剖検を正当化するために、形式的要件を充たした包括的同意を含む普通契約約款を使用することが許されるか、あるいは個別的な患者又はその親族の同意を依然として必要であるとする内容を含んだ普通契約約款でなければならないか、が問題となる⁹⁶。

これには異議申立モデルと同意モデルがあり、前者に従うと、患者は形式にあって自分の同意を授与した以上、一定の期間内に異議申立をしなければ、剖検を回避できないことになる。後者に従うと、患者又はその親族の明示的な同意を予め取得していなければ、剖検をすることができないことになる。今日では後者が一般的である⁹⁷。

ところが、プレーメン州条例は、特別な臨床上又は学問上の必要性がある場合には、親族の異議申立権が一定の期間内に行使されなかった場合に限り、剖検を許可している。しかしながら、このような異議申立モデルと一致する条例は、違憲の疑いがある⁹⁸。

剖検条項を普通契約約款の内容として使用する以上、普通契約約款の規制に従うことになる。例えば、剖検条項が不意打ち条項に該当しないかどうかの問題となるが(独民305条c第1項)⁹⁹、連邦通常裁判所は、医療上の進歩の法益を鑑みて、死者の人格保護に関して触れなかった¹⁰⁰。このことは多くの非難に晒されている。多くの患者は治癒を求めて病院に赴いているのであり、自分が死亡した場合に関する決定をしなければならないことを計算に入れていないのであるから、同意の留保を確定せずに剖検条項を使用することには疑念がある。法的正当化をせずに剖検を実行したならば、その病院は損害賠償の危険に晒されることになる¹⁰¹。

(4) 裁判管轄・履行場所

病院入院契約に由来する義務に関して紛争が生じた場合、裁判を提起する際にどこの裁判所に提起すべきかという問題が生じる。つまり病院の所在地を管轄する裁判所か、あるいは患者が居住している地区の裁判所か、ということである。ドイツ民事訴訟法12条に従うと、被告の所在地が原則として裁判管轄地となることから、病院経営者が患者を訴える場合には、患者の所在地が裁判管轄地となる。それに加えて、病院経営者が例えば医療費報酬支払請求権を行使した場合、ドイツ民事訴訟法29条により履行場所の特別裁判籍も加わるかもし

95 BGH, NJW 1990, 761 (765).

96 Rehborn, a.a.O., Rn.87.

97 Rehborn, a.a.O., Rn.88.

98 Rehborn, a.a.O., Rn.89.

99 不意打ち条項については、石田編前掲41頁以下(旧約款規制法3条の項目)を参照。

100 BGH NJW 1990, 2313 (2315).

101 Rehborn, a.a.O., Rn.89.

れない。それに従うと、係争中の義務が履行される場所（通常は病院）の裁判所が管轄となる¹⁰²。

（５）小括

以上のように、病院診療契約を、病院入院契約を中心としてその成立や内容の概要を見てきた。冒頭で述べたように、日本法の参考にはならないと思われる選択給付約定や自己支払条項（疾病金庫（健康保険組合）が支払わない場合に、患者を自己支払者とする約款条項）等の説明は、ドイツの病院診療契約法を理解するための必要最小限に留めた。その上で、日本法はドイツ法からどのような示唆を得ることができるのかを考察してみる。

7. 終わりに

（１）病院入院契約の法的性質

既述のように、ドイツでは病院入院契約を「主として雇傭契約の要素を含み、従として使用賃貸借及び売買又は請負契約の要素を含む混合契約」と捉えている。しかしながら契約の法的性質は給付内容ではなく、契約締結に向けられた意思表示の内容によって決定すべきではなかろうか。そうであるならば、診療契約と病院入院契約との間に差異はなく、役務提供型の契約として準委任契約（委任類似の無名契約）と捉える日本法の通説の方が正鵠を得ているように思われる。

他方で日本法の欠点は、ドイツにおける「患者の権利法」のような、診療契約を典型契約化する法律が存在しないことである。つまり診療契約を直接規律する規範が欠けていることである。診療契約上の権利義務関係の中には、委任の規定の類推適用では対処することができないものが多く含まれている。例えば、説明義務（インフォームド・コンセント）が典型例であろう。説明義務は一般に民法645条前段の受任者による報告義務により根拠付けられているが、同条によると受任者が報告義務を負うのは「委任者の請求があるとき」となっている。そしてこれをそのまま診療契約に当て嵌めると、医師は患者の請求によって説明義務を負うことになってしまう。つまり、患者が請求しなければ、医師は説明義務を負わないことになってしまうのである。医師の説明義務は、患者の請求如何に関わらず、診療行為の実行（医的侵襲）を正当化するために必要なものであり、同条の規定する報告義務を超えた義務であるということが出来る。結局、この義務を根拠付けるためには、診療義務の特質から信義則上導き出される義務として正当化するしかないであろう。

ドイツでは独民630条eにより、説明義務が明文で規定されており、さらにそれと区別する形で独民630条cに情報提供義務が規定されている。この点で日本法のように診療契約上の義務を四苦八苦して根拠付ける必要はない。もっともドイツでは診療契約が雇傭契約の特別類型とされていることから、病院入院契約にその規定を直接適用することができず、類推に頼っているという不便はある。もし日本で診療契約が典型契約化されたならば、委任契約の特別類型として規定されることになるであろうから、その規定は病院入院契約にも直接適用できることになり、ドイツ法に見られるようなハードルはないであろう。

102 Rehborn, a.a.O., Rn.93-4.

(2) 病院診療契約の成立

病院診療契約の成立に関し、ドイツで精緻な議論が展開されている。もっとも、病院診療契約についてドイツのように複数の契約類型が認められない日本においては、治療行為者側の契約当事者の議論は問題とはならず、専ら参考になるのは患者側の契約当事者の議論である。この点は両国とも民法の行為能力に関する規定が適用され、多少の差異はあっても類似の規定を有することから、ドイツの議論はそのまま日本の議論に参考にすることができる可言えよう。私が興味を引かれたのは、意識不明の救急患者の場合である。両国とも事務管理によって法律関係を捉えているが、ドイツの場合は第三者のためにする契約の構成も考えられるのではないであろうか。というのは、ドイツでは第三者のためにする契約が成立するためには、受益者の意思表示が不要であるからである。したがって、受益者が意識不明であっても、要約者（赤の他人？）と諾約者（病院）の間で第三者（救急患者）のためにする契約が成立する可能性がある。

(3) 病院入院契約の内容

病院入院契約の内容については、ドイツと日本で大きな差異はあるが、一般的な入院給付は両国でほぼ一致しており、それに関するドイツ法の規制は日本法においても参考になるであろう。もっともその際、ドイツではその権利義務関係を「患者の権利法」に依拠しているところがあり、診療契約に関して直接明文規定を持っていない日本法とは状況を異にしている。また、ドイツでは病院の普通契約約款を議論している点が新鮮に思えた。我が国では殆ど検討されていない分野ではなかろうか。平成29年（2017年）の民法改正により日本の民法に定型約款の規定が導入された（民548条の2以下）。この改正により、約款を使用した病院入院契約の内容がどのように影響を受けるのかを検討する必要があるであろう。

(4) 総括

我が国では、診療契約を直接規律する規範に欠けるために、その構造を明らかにすることにより、規範獲得を目指す試みが続けられている。他方でドイツでは、類似の契約である病院入院契約について、類似の努力がなされており、その状況を紹介・検討することにより、日本法の進展にも役立つであろうと考えて、本稿を著した。しかしながら、ドイツと日本で決定的に違うのは、やはりドイツには診療契約に関する明文の規定が存在することである。というのは、診療契約の規定を病院入院契約に類推適用することにより、かなり容易に規範を獲得することができるのである。とりわけ、広い意味での医療事故に対処するために（治療法選択や手術の失敗だけでなく、患者の情報の漏洩や医療事故訴訟の過程で発生する問題点などについて）、病院診療契約に関して、診療契約の規定は大いに役立っていると言えよう。

このような状況の下で、我が国において診療契約の規範獲得を考えるためには、ドイツの診療契約の規定（患者の権利法）の総合的な研究が不可欠なように思われる。これが今後の課題である。

(千葉大学教授)