

表1 ドイツにおける医療紛争のADR

	バイエルン	北ドイツ	ザクセン	ラインラント・プハルト
組織	鑑定・調停委員会 (発足当初は調停所)	調停所	調停所	調停委員会
医師会	バイエルン	ベルリン、ブレーメン、ハンブルグ、シュレスヴィヒ・ホルシュタイン、ニーダーザクセン(1976年設立時)ザクセン・アンハルト、メクレンブルグ・フォアポメルン、ブランデンブルグ(以上、1990年10月加盟)チューリンゲン(1991年10月加盟)	ザクセン	ラインラント・プハルト
所在地	ミュンヘン	ハノーバー	ドレスデン	マインツ
現実に医療に従事している医師の数注(1)	48,472	96,214	14,066	14,009
設立年	1975年4月	1976年11月	1992年	1978年10月
人口注(2)	12,387,000	25,848,000	4,349,000	4,058,000
委員長	医師	医師	医師または法律家	法律家
構成員	当該専門領域の医師1名 あるいは当該医師の代表としての法律家1名 助言を与える法律家1名	常任構成員である法律家1名 当該専門領域の医師1名あるいは法律家1名(患者側代表) 当該専門領域の医師1名あるいは法律家1名(医師側代表)	当該医師会に所属する医師1名	専門の医師2名 患者代表2名
委員会構成員の忌避事由	手続前に事件に関与している場合	民事訴訟法準用	民事訴訟法準用	
当事者	患者、医師、保険会社 病院	患者、医師、保険会社 病院	患者、医師、保険会社 病院	患者、医師
医師	当該医師会に所属する医師 ただし、自由診療をした場合を除く	当該医師会に所属する医師 ただし、自由診療をした場合を除く	当該医師会に所属する医師	当該医師会に所属する医師
手続障害事由 ①保険会社の同意の必要性 ②相手方の同意の必要性 ③除斥期間、時効	必要 必要 行為時あるいは調査時から5年	必要 必要 (民法上の時効) 可能	必要 必要 行為時から5年	必要 必要 行為時から4年
手続の開始	書面による申立て	書面による申立て	書面による申立て	書面による申立て
口頭主義	認めていない	可能		
調停	可能 ほとんど行われていない	可能 ほとんど行われていない	可能	可能 実際上は行われていない
委員会費用	医師会	医師会	医師会	医師会
鑑定費用	保険会社	保険会社	保険会社	保険会社
当事者の弁護士費用	各自負担	各自負担	各自負担	各自負担

注(1) 2003年12月末日現在(連邦医師会の統計による)

注(2) 2003年10月8日現在(連邦統計局の統計による)

(参考文献)

Matthies, Schiedsinstanzen im Bereich der Arzthaftung: Soll und Haben, 1984, S.116.

Weizel, Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen für Arzthaftungspflichten, 1999.

	ノルドライン	バーデンヴュルテンベルグ	ザールラント	ヘッセン	ヴェスト・ファアレン・リッペ
組織	鑑定委員会	鑑定委員会	鑑定委員会	鑑定・調停委員会	鑑定委員会
医師会	ノルドライン	バーデンヴュルテンベルグ	ザールラント	ヘッセン	ヴェスト・ファアレン・リッペ
所在地	デュッセルドルフ	シュトゥットガルト、フライブルグ カールスルエ、チュービンゲン	ザールブリュッケン	フランクフルト	ミュンスター
現実に医療に従事している医師の数注(1)	36,916	39,218	4,136	23,147	27,939
設立年	1975年12月	1977年5月	1978年	1977年	1977年4月
人口注(2)	18,076,000注(3)	10,661,000	1,065,000	6,092,000	18,076,000注(3)
委員長	法律家(元裁判官)	法律家	法律家	法律家	法律家(元裁判官)
構成員	外科医1名 内科医1名 病理学1名 一般医1名	常任委員として一般医1名 当該専門領域の医師1名	常任委員として一般医2名	外科1名 内科1名 病理学1名 一般医1名	当該専門領域の医師2名
委員会構成員の忌避事由	民事訴訟法準用				
当事者	患者、医師 患者死亡の場合: 2 親等以内の配偶者、 子供、兄弟姉妹	患者、医師	患者、医師	医師、患者、(診療所) 患者死亡の場合には近親者	患者、医師 患者死亡の場合には近親者
医師	当該医師会に所属する医師	当該医師会に所属する医師	当該医師会に所属する医師	当該医師会に所属する医師	当該医師会に所属する医師
手続障害事由 ①保険会社の同意の必要性 ②相手方の同意の必要性 ③除斥期間、時効	不要 必要 行為時から5年	不要 必要 行為時から5年	不要 必要 行為時から5年	不要 必要 行為時から3年	不要 必要 行為時から5年
手続の開始	書面による申立て	書面による申立て	書面による申立て	書面による申立て	書面による申立て
口頭主義	可能	一部で行われている	可能	(可能)	(可能)
調停	可能 当事者の合意があれば 可能 全く行われていない	可能 ほとんど行われていない	可能	可能 実際上は行われていない	可能 ほとんど行われていない
委員会費用	医師会	医師会	医師会	医師会	医師会
鑑定費用	医師会	医師会	医師会	医師会	医師会
当事者の弁護士費用	各自負担	各自負担	各自負担	各自負担	各自負担

注(3) ノルドラインとヴェスト・ファアレン・リッペを合算した数

外でできるだけ解決するとともに、患者に対して医療過誤に関する情報を提供する目的を有していた。一九八二年一月二三日に連邦通常裁判所は、自然科学的に具体化可能な所見、投薬や手術記録などの診療上の記録に限定して、裁判外の閲覧を認めている<sup>(5)</sup>。したがって、患者は、診療記録などの医療情報の閲覧を医師・医療機関に直接請求しており、一九七〇年代のように刑事訴追により必要な資料を収集することは最早行われていないようである<sup>(6)</sup>。

- (1) ドイツにおける医療紛争の裁判外紛争処理手続について、詳細に検討を加えた近時の文献としては、Weizel, Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen für Arzthaftpflichtfragen, 1999 参照。本論文の多くもこの論文に依拠している。
- (2) 日米両国における医療事故に対する対応、特に患者の安全と刑事司法制度を比較分析した興味深い論文として、ロバート・B・レフラー(三瀬朋子訳)「医療事故に対する日米の対応」判タ一三三三号(二〇〇三)一頁、五頁参照。
- (3) 調停所および鑑定委員会の沿革については、Rumler-Detzel, Die Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen für Haftpflichtstreitigkeiten zwischen Ärzten und Patienten, VersR 1988, S.6; Henschel, Aufgabe und Tätigkeit der Schlichtungs- und Gutachterstellen für Arzthaftpflichtstreitigkeiten, 1980, S.50ff など参照。
- (4) Weizel, a.a.O., S.15.
- (5) 神経症で体が麻痺している患者が市営病院の神経外科で手術を受けたが、重大な合併症を起こし、麻痺が以前より重くなったため、入院・看護治療が必要となっている。患者は診療過誤を証明しようとして、市に対して手術の経過と治療に関する情報および患者の弁護士と患者の指名した医師に治療に関する資料の閲覧を求めた事案である。医師への閲覧は認められたが、患者の弁護士に対する閲覧を認めなかったため、患者は市を訴えた。原審は、全ての医療記録を弁護士に閲覧することを認めた。連邦通常裁判所は、原審の判断のように広範な医療記録の開示を認めず、自然科学的に具体化可能な所見、投薬や手術記録などの診療上の記録に限定して閲覧を認めている(BGH BGHZ85,327)。

ドイツにおける議論については、村山淳子「患者の診療記録閲覧請求権」早稲田法学会誌五二巻(二〇〇二)一九五頁、山下登「診療記録の開示をめぐる若干の論点についての検討—近時のドイツの議論を手がかりとして」年報医事法一四巻(一九九九)三五頁など参照。連邦通常裁判所の判決以前の下級審判例については、吉野正三郎「ドイツ医療過誤訴訟の証明責

任分配」『ドイツ民事訴訟法の新展開』(成文堂、一九九一)一一六頁を参照。

- (6) Weizel, a.a.O., S.68.

### 三 ドイツにおける医療紛争の調停所および鑑定委員会

#### 1 調停所と鑑定委員会

ドイツ全国には、医療紛争を処理する裁判外の紛争処理手続として、四の調停所(北ドイツ調停所、ザクセン調停所、バイエルン鑑定・調停委員会およびラインラント・プファルツ調停委員会)と五の鑑定委員会(ノルドライン、バーデン・ヴュルテンベルグ、ザールラント、ヴェスト・ファールン・リッペ鑑定委員会およびヘッセン鑑定・調停委員会)に大別される。厳密に言えば、バイエルンおよびヘッセンのように鑑定と調停が組み合わされた類型も存在するが、独立の類型とは考えられておらず、本論文では、組織・財源から、バイエルンについては、調停所の中に分類し、ヘッセンについては、鑑定委員会に分類している(表1参照)。

つきに、調停所の代表として、北ドイツ調停所の手続概要と鑑定委員会の代表として、ノルドライン鑑定委員会の手続概要について述べる。

#### (1) 北ドイツ調停所

北ドイツ調停所が設立された目的は、できるだけ迅速かつ綿密に事実関係を明らかにすることである。当事者は互いに協力する義務を負い、特に事実関係の解明に必要な情報を直ちに付与する義務を負う(北ドイツ調停規則三条)。北ドイツ調停所は、一九七六年に西ベルリン、ブレイメン、ハンブルグ、シエレスヴァイツヒ・ホルシユタイン、

ニーターザクセンの五の医師会の連合で設立されたが、一九九〇年一〇月三日に旧東ドイツ地域に属していた東ベルリン、ザクセン・アンハルト、メクレンブルグ・フォアポメルン、ブランデンブルグの各医師会が加盟し、さらに一九九一年一〇月にチューリンゲン医師会も加盟している。このようにザクセンを除く旧東ドイツの医師会が北ドイツ調停所<sup>(4)</sup>に加盟したのは、各医師会が調停所を独自に設立するには予算的に厳しかったこと、もともと東ドイツでは、医師に過失が認められない場合にも、患者に最大一ヶ月分の協定賃金分<sup>(5)</sup>(Tariflohn)の補償金などを認めており、患者の保護の期待や経済的な理由によるようである。

北ドイツ調停所は、九の医師会が加盟しており、ドイツ全域の過半数をカバーしている最大の医療紛争の裁判外紛争処理手続である。北ドイツ調停所は、三三名の医師、四名の弁護士、および一七名の専門職員から構成されている(二〇〇二年当時)。

調停手続は、当事者が申立書を北ドイツ調停所に郵送で提出することにより開始される。申立書の様式が定められているわけではない。北ドイツ調停所のホーム・ページ<sup>(5)</sup>に掲載されている申立書の記載事項は、申立人の氏名・住所・生年月日、相手方の氏名・住所である。さらに調停所は、患者のカルテ、病歴などの医療記録、医師および病院の治療記録および医師の保険会社の記録などの書類の原本あるいはコピーを取り寄せるので、当事者に承諾書を提出させている。さらに、診療過誤が主張されている診療がいつどこでなされ、誰に損害賠償を請求するのか、身体的および金銭的損害の額、損害発生前五年以内および損害発生後に受診した医師および病院の名前・所在地、専門領域、既に損害賠償請求を相手方しているのか、刑事あるいは民事裁判手続が係属しているのか、保険を適用しているのか、あるいは自由診療であるのか、保険を適用している場合には、保険会社の名前、などの質問票から構成されている。

申立ての大部分は、患者側<sup>(6)</sup>からであり、二〇〇二年においては、事件の約五五、六〇パーセントについて弁護士が選任されている。当事者本人があまり詳細に申立書を記載することは期待されていないようである。

当事者の提出した申立書の記載に基づいて、北ドイツ調停所に加盟している医師会に所属する医師を相手方としているか、損害発生から五年を経過しているか、あるいは既に当事者が民事裁判などを提起しているかなど手続開始障害事由が存在するかを調査する必要な資料を収集し、鑑定人および質問事項を当事者に明らかにし、鑑定が行われ、当事者に鑑定意見が示され、最終的な見解が示される。調停手続に参加するか否かは自由であり、医師、病院および医師もしくは病院の保険会社が同意しなければ、調停所の手続は終了する(北ドイツ調停規則二条三項)。

二〇〇〇年から二〇〇二年度までの間に、北ドイツ調停所に新たに申し立てられた件数は、三、七四四件(二〇〇〇年度)、四、二二〇件(二〇〇一年度)、四、〇一〇件(二〇〇二年度)である。既済件数は、三、五九〇件(二〇〇〇年度)、三、九三五件(二〇〇一年度)、三、九三二件(二〇〇二年度)である(表2-1、2-2、2-3参照)。

二〇〇〇年度の既済事件のうち、形式的理由で終結した件数は、一、一六〇件(既済事件の三二パーセント)であり、内訳は、関係人の不同意が四七八件(四二パーセント)、申立人の取下げ三九三件(三四パーセント)、管轄違背八二件(七パーセント)などである。二〇〇一年度の既済事件のうち、形式的理由で終結した件数は、一、三二五件(既済事件の三三パーセント)であり、内訳は、関係人の不同意が六二九件(四八パーセント)、申立人の取下げ四〇七件(三二パーセント)、管轄違背六七件(五パーセント)である。二〇〇二年度の既済事件のうち、形式的理由で終結した件数は、一、二八二件(既済事件の三三パーセント)であり、内訳は、関係人の不同意が六〇〇件(四七パーセント)、申立人の取下げ四二五件(三三パーセント)、管轄違背五三件(四パーセント)である(表2-1、2-2、2-3参照)。

このように実体判断に至らないで終結する事件の割合が三三パーセントと比較的高く、関係人の不同意、申立人の取下げが八割を占めている。医師が同意しない事例は少ないとされているので、保険会社が同意しないのであろうか。同意しない理由は明らかにされていない。

調停手続は、原則として書面主義である。ただし、調停所は当事者の手続への参加および鑑定人を呼び出すことができる(同五<sup>(8)</sup>条)。鑑定をする前に調停所に所属する医師は、弁護士と協議しながら、事実関係の解明に役立つ全ての資料を医師および病院から取り寄せ、鑑定事項を作成する。鑑定事項は、患者、医師、医師の保険会社に送付され、鑑定事項の修正・補充する機会を与える。約四週間後に鑑定事項が鑑定人に送付され、鑑定人は、医療過誤の責任が認められるかについて、三、四ヶ月以内に鑑定する。鑑定人の費用は、医師の保険会社が医師の責任を認めたか否かを問わず、負担する。医師の責任の根拠に関する最終意見(Abschließende Stellungnahme zum Haftungsgrund)が示される。

二〇〇〇年度の既済事件のうち、実体判断された事件数は、二、四三〇件(既済事件の六八パーセント)であり、診療過誤および説明義務違反否定一、四九九件(六二パーセント)、診療過誤と損害発生との間の因果関係肯定七三九件(三〇パーセント)、診療過誤肯定・因果関係否定一七三件(七パーセント)などである。二〇〇一年度の既済事件のうち、実体判断された事件数は、二、六二〇件(既済事件の六七パーセント)であり、診療過誤および説明義務違反否定一、六一三件(六二パーセント)、診療過誤と損害発生との間の因果関係肯定七五六件(二九パーセント)、診療過誤肯定・因果関係否定二三六件(九パーセント)などである。二〇〇二年度の既済事件のうち、実体判断された事件数は、二、六五〇件(既済事件の六七パーセント)であり、診療過誤および説明義務違反否定一、六四五件(六二パーセント)、診療過誤と損害発生との間の因果関係肯定七四二件(二八パーセント)、診療過誤肯定・因果関係否定二三七件(九パーセント)などである。(表二-1、2、3参照)。

実体判断がなされた事件の七割は、診療過誤および説明義務違反を否定しており、診療過誤が認められているのは、三割弱に過ぎない。

## (2) ノルドライン鑑定委員会

ノルドライン鑑定委員会は、元裁判官である法律家一名(代理六名)および外科医一名(代理九名)、内科医一名(同五名)、病理学一名(同二名)、一般医一名(同二名)の他、麻酔医一名、眼科医二名、婦人科二名など他の専門医療分野の通信委員(Korrespondierende Mitglieder)二六名から構成されている。

鑑定手続は、当事者が申立書を鑑定委員会に提出することにより開始される。ほとんどの申立ては、患者からなされており、患者が医師を中傷するような場合に医師が例外的に申し立てる場合があるようである。相手方が鑑定委員会の手続に同意すれば、手続が開始される。鑑定手続は原則として、書面主義である。ノルドライン鑑定委員会に所属する委員一名(医師)に医学上の問題を処理するために、業務執行権(Geschäftsführung)を授け、事実関係の解明に必要な全ての資料を医師・病院から取り寄せ、鑑定の必要性を判断し、事実関係について、鑑定委員会の委員、通信委員などと議論をする(ノルドライン鑑定委員会規則五条)。

鑑定人は、事実関係の確認、医療過誤の有無、鑑定結果の要約などからなる書面を作成し、法律家が注意義務など法律問題について検討する。鑑定の主要な内容は当事者に知らせる。

鑑定などに基づいて、医師一名と法律家一名(元裁判官)が、第一回決定(Gutachtlich Besheid)をする。

月一回、医師五〇名および法律家七名が参加して、全体会議(Plenarsitzung)が行われ、複数の専門分野にまたが

るような複雑な医療過誤の事案について、全体で協議し、統一的な見解が通常示される。ただし、全体会議は、個々の事案に対する判断機能はなく、あくまでも助言機能しか有しない<sup>(13)</sup>。

第一回決定が下されてから一ヶ月以内に当事者が異議を申し立てると、Leimノルドライン鑑定委員会委員長（元上級地方裁判所所長）を議長として、外科医一名、内科医一名、病理学一名、一般医一名から構成される鑑定委員会が新たに、最終決定（Abschliessendes Bescheid）を下す。委員会の前に予め、医師（一名）が法律家（一名）と協議して、決定草案（Bescheidentwurf）を作成し、鑑定委員会の構成員全体で協議し、原則として全員一致で最終判断を示す（ノルドライン鑑定委員会規則一〇条<sup>(14)</sup>）。

二〇〇〇年から二〇〇二年度までの間に、ノルドライン鑑定委員会に新たに申し立てられた件数は、一、六〇二件（二〇〇〇年度）、一、六五六件（二〇〇一年度）、一、六八三件（二〇〇二年度）と漸増している。既済件数は、一、四〇〇件（二〇〇〇年度）、一、三五四件（二〇〇一年度）、一、五九九件（二〇〇二年度）である（表2-1-1、2-2、2-3参照）。

二〇〇〇年度の既済事件のうち、形式的理由で終結した件数は、三六八件（既済事件の二六パーセント）であり、内訳は、管轄違背一四二件（三八パーセント）、申立人の取下げ二二二件（三三パーセント）、申立期間徒過四二件（一パーセント）などである。二〇〇一年度の既済事件のうち、形式的理由で終結した件数は、三五六件（既済事件の二六パーセント）であり、内訳は、管轄違背一五二件（四二パーセント）、申立人の取下げ一〇四件（二九パーセント）、申立期間徒過三八件（一パーセント）などである。二〇〇二年度の既済事件のうち、形式的理由で終結した件数は、三八三件（既済事件の二四パーセント）であり、内訳は、管轄違背一五九件（四二パーセント）、申立人の取下げ二二八件（三三パーセント）、申立期間徒過二五件（七パーセント）などである（表2-1-1、2-2、2-3

#### 参照。

ノルドライン鑑定委員会では、実体判断に至らないで終結する事件の割合が二四～二六パーセントと北ドイツ調停所の三三パーセントよりは低い。管轄違背、申立期間徒過というより形式的な理由の割合が高い。ノルドライン医師会に所属しない医師を相手方としている場合には、他の適切な医師会の紛争処理手続に移送するよりも、手続を終結させて、新たに適切な医師会の紛争処理手続に申し立てをさせているのであろうか。当事者本人が医療紛争の裁判外紛争処理手続を正確に理解していないために、不利益を被らないように、当事者が手続を申立てる前に手続に関して教示し、早期に医療過誤専門の弁護士に相談する必要性を示唆している。

二〇〇〇年度の既済事件のうち、実体判断された事件数は、一、〇三二件（既済事件の七四パーセント）であり、診療過誤および説明義務違反否定六〇二件（五八パーセント）、診療過誤と損害発生との間の因果関係肯定二九二件（二八パーセント）、診療過誤肯定・因果関係否定六一件（六パーセント）などである。二〇〇一年度の既済事件のうち、実体判断された事件数は、九九八件（既済事件の七四パーセント）であり、診療過誤および説明義務違反否定五八四件（五九パーセント）、診療過誤と損害発生との間の因果関係肯定二八一件（二八パーセント）、診療過誤肯定・因果関係否定六〇件（六パーセント）などである。二〇〇二年度の既済事件のうち、実体判断された事件数は、一、二一六件（既済事件の七六パーセント）であり、診療過誤および説明義務違反否定七五一件（六二パーセント）、診療過誤と損害発生との間の因果関係肯定三三三件（二七パーセント）、診療過誤肯定・因果関係否定七二件（六パーセント）などである。

実体判断がなされた事件数の七割は、診療過誤および説明義務違反を否定しており、診療過誤が認められているのは、三割弱に過ぎず、北ドイツ調停所とはほぼ同じである。

## 2 調停所と鑑定委員会の相違

調停所は、各州の医師会と保険会社との取り決めにより設立されている。調停所の役割は、医師の責任をめぐる患者と医師との間の紛争を裁判外で解決すること（北ドイツ調停所三条一項、ザクセン調停所規則二条など参照）であり、調停所は、鑑定意見を示し、例外的に損害を認定し、調停を行っている。そのため、患者と医師だけではなく、医師の加入している責任保険会社が当事者として調停手続の最初から参加することに特色がある。保険会社が同意をしなければ、原則として調停所の手続は進められない（北ドイツ調停所規則二条二項、バイエルン鑑定・調停委員会規則四条三項、四項）。手続費用は保険会社が原則として負担している。保険会社を調停所の手続に予め組み込むことにより、医師に対する責任賠償請求を円滑に進めることに意味がある。

鑑定委員会は、各州の医師会の規約に基づいて設立されており、保険会社とは独立して運営されている。鑑定委員会の役割は、医療過誤の有無についてのみ公正に判断し、医療過誤の有無を判断するのに必要な患者の負担を軽減し、反対に医師に対するいわれのない非難を排斥する医師の負担を軽減することにある（ノルドライン鑑定委員会規則一条一項三文、バーデンヴュルテンベルク鑑定委員会規則一条二項、ザールラント鑑定委員会規約一条二項など参照）。したがって、鑑定委員会の手続では、医師と患者だけが当事者となり、医師の加入している保険会社は手続に関与しない。手続費用は、保険会社ではなく、医師会が負担している。

このように調停所と鑑定委員会の設立目的、制度設計は、互いに異なっている。しかし、実際には、鑑定を中心に行っている点で、患者が調停所あるいは鑑定委員会いずれの手続を選択した場合にも、両者の間に実質的な差異は生じない<sup>(15)</sup>。鑑定委員会の手続を開始するには、調停所の手続のように保険会社の同意は原則として必要とされていないが、保険会社は、医師に対する過失の有無の認定に関して、重大な関心があり、当該医師に対しても事実上強い影響

力を与えているので、保険会社の意向を事実上無視して手続を開始することは不可能だからである<sup>(16)</sup>。

## 3 医療紛争の裁判外紛争処理手続の特色

各医師会によって、調停所を設けているか、あるいは鑑定委員会を設けているかが異なっているだけではなく、具体的な組織、手続の細部についても異なっている（各調停所および鑑定委員会の組織の概略<sup>(17)</sup>などについては、表1参照）。

このように細部は、相互に異なっているものの、医療紛争の裁判外紛争処理手続の基本原則である、任意性（Freiwilligkeit）、無料（Gebührenfreiheit）、強制力がないこと（Unverbindlichkeit）の三要素については、調停所および鑑定委員会で共通している<sup>(18)</sup>。

### (1) 任意性

任意性とは、当事者たる患者と医師は手続を強制されず、当事者が合意をしなければ、手続が開始しないことである。調停手続の場合には、責任保険会社の同意が必要となる<sup>(19)</sup>。手続が開始された場合にも当事者は、裁判所に訴えを提起することができる。

### (2) 無料

鑑定費用などの手続費用は、調停所の場合には、保険会社が負担し、鑑定委員会では医師会が負担するので、原則として無料である（バイエルン鑑定・調停委員会業務および手続規則五条一項、北ドイツ調停所規則六条一項、ノル

ドライン鑑定委員会規則二一条二項など参照)。事件数が増加しているので、各医師会が裁判外紛争処理手続を維持するために年間負担する鑑定費用、人件費、運営費などの総額はかなりの額になると考えられる<sup>(20)</sup>。

弁護士費用は当事者が各自負担する(バイエルン鑑定・調停委員会業務および手続規則五条一項、北ドイツ調停所規則六条二項、ノルドライン鑑定委員会規則二一条三項など参照)。医療紛争の裁判外紛争処理手続は、書面主義を採用し、医療紛争に精理していない当事者本人に不利益を与えないように配慮している<sup>(21)</sup>ので、弁護士を選任することは必要不可欠であるとは認められていないからである。実際にも患者の約半数に弁護士が選任されているのに対して、医師側には、ほとんど選任されていないようである。診療過誤の有無を専門の医師が鑑定する以上、医師が弁護士を選任する必要はないと考えているからである<sup>(22)</sup>。診療過誤が認められた後に保険会社に対して、損害賠償請求をする場合には、具体的な賠償額などをめぐって争いとなるので、当事者のほとんど全てに弁護士が選任されている<sup>(23)</sup>のは対照的である。

診療過誤の疑いがある場合には、患者は、弁護士に今後の対応について相談すると考えられ、調停所あるいは鑑定委員会に書面で申し立てをする場合にも、弁護士は、当事者本人よりも事実関係を客観的に指摘できるだけでなく、時刻、管轄などの手続障害事由の有無を判断した上で、申し立てをするので、無駄な申し立てを減少させることができる。調停所あるいは鑑定委員会が実体判断に至らずに終了する事件数も全体の二―三割程度を占めており(三一(一)、(二)参照)、弁護士が選任されていれば、形式的理由で終結することを極力回避することが期待できる。

下級審判例は、調停所および鑑定委員会は、専門的かつ客観的な機関として、裁判外で迅速に紛争を解決しており、診療過誤の有無は純粋な医学上の判断ではなく、法律上の問題も含んでいるので、調停所および鑑定委員会における弁護士費用を必要経費として認めている<sup>(24)</sup>(北ドイツ連邦弁護士費用法一一八条)。

### (3) 強制力がない

調停所あるいは鑑定委員会は、医師および法律家が協働して鑑定を行っている<sup>(25)</sup>。強制力がないということは、医療紛争の裁判外紛争処理手続で鑑定などの判断が示された場合には、仲裁手続のように紛争解決機能はなく、あくまでも勧告に過ぎず、債務名義にもならない。したがって、当事者は、医療紛争の裁判外紛争処理手続が行われている間あるいは、医療紛争の裁判外紛争処理手続で鑑定などの判断が示された後においても、訴訟を提起することができる(バイエルン鑑定・調停委員会業務および手続規則二一条二項、北ドイツ調停所規則七条、ヘッセン鑑定・調停委員会規則二一条など参照)。

表2-1 2000年度の鑑定委員会及び調停所の活動

	バーデンヴュ ルテンベルグ	バイエルン	ヘッセン	ノルドライン	北ドイツ	ザールラント	ザクセン	ヴェストファー レン・リッパ	ラインラント・ プファルツ
I 2000年12月31日までの概観									
1 新受件数	1,040	485	728	1,602	3,744	92	345	1,280	350
2 係属件数	802	731	525	1,264	3,380	82	113	962	279
3 既済件数	994	430	662	1,400	3,590	109	328	1,320	411
4 未済件数	848	786	591	1,466	3,534	65	130	922	218
II 既済事件のうち、形式的理由で終結した事件数と内訳									
合計	360	189	186	368	1,160	34	113	312	150
1 申立人の取下げ、利益不存在	96	57	57	121	393	19	2	122	65
2 管轄違背による拒絶	87	11	46	141	82	4	3	65	18
3 診療、説明、過誤の主張不存在で拒絶	29	25	12	8	1	-	2	3	2
4 申立期間徒過による拒絶	23	18	26	42	0	2	0	36	15
5 公立病院設置者の不参加等の理由で判断しない	-	-	0	-	20	-	0	6	0
6 診療過誤認定、因果関係不明	1	4	2	4	0	-	0	5	0
7 捜査、裁判手続の係属、確定判決等の存在	15	28	5	27	13	-	4	20	5
8 関係人の不同意	35	41	18	21	478	4	5	36	30
9 助言により処理	3	-	4	-	15	-	93	1	0
10 その他	71	5	16	4	158	5	4	18	15
III 既済事件のうち実体判断を受けた件数と判断の内訳									
1 合計	634	241	476	1,032	2,430	75	215	1,008	261
2 説明義務違反認定	3	-	8	8	19	-	2	2	5
3 事実関係について争いがあり、説明義務違反の判断保留	-	-	1	18	0	-	0	0	1
4 診療過誤と損害発生について因果関係認定	131	67	138	292	739	16	61	192	66
5 診療過誤認定、因果関係否定	13	-	17	61	173	1	7	14	9
6 診療過誤認定、因果関係不明	11	-	4	36	0	-	0	24	7
7 診療過誤/説明義務違反否定	469	174	303	602	1,499	56	147	768	171
8 2,5に包含しない他の結論	8	-	5	15	0	-	0	8	2
9 1~7に包含しない調停案	-	-	0	-	0	2	0	0	0

(Bernier ドイツ連邦医師会法律顧問から提供された資料による)

表2-2 2001年度の鑑定委員会及び調停所の活動

	バーデンヴュ ルテンベルグ	バイエルン	ヘッセン	ノルドライン	北ドイツ	ザールラント	ザクセン	ヴェストファー レン・リッパ	ラインラント・ プファルツ
I 2001年12月31日までの概観									
1 新受件数	1,114	640	791	1,656	4,210	92	397	1,452	387
2 係属件数	848	786	591	1,466	3,534	65	130	922	218
3 既済件数	1,137	582	743	1,354	3,935	91	415	1,462	314
4 未済件数	825	844	639	1,768	3,809	66	112	912	291
II 既済事件のうち、形式的理由で終結した事件数と内訳									
合計	400	271	215	356	1,315	17	166	331	106
1 申立人の取下げ、利益不存在	104	71	86	104	407	12	3	118	32
2 管轄違背による拒絶	120	13	44	151	67	1	2	67	19
3 診療、説明、過誤の主張不存在で拒絶	13	41	3	3	6	-	1	9	5
4 申立期間徒過による拒絶	22	24	18	38	0	1	0	42	15
5 公立病院設置者の不参加等の理由で判断しない	0	0	0	-	19	-	0	8	0
6 診療過誤認定、因果関係不明	2	50	0	3	0	-	0	3	1
7 捜査、裁判手続の係属、確定判決等の存在	13	19	8	26	40	-	4	13	1
8 関係人の不同意	30	50	38	26	629	1	4	53	18
9 助言により処理	6	2	8	-	147	-	147	0	2
10 その他	90	1	10	5	0	2	5	18	13
III 既済事件のうち実体判断を受けた件数と判断の内訳									
1 合計	737	356	528	998	2,620	74	249	1,131	208
2 説明義務違反認定	5	0	7	11	15	-	2	2	0
3 事実関係について争いがあり、説明義務違反の判断保留	0	0	3	18	0	-	0	29	2
4 診療過誤と損害発生について因果関係認定	133	98	128	281	756	13	50	179	48
5 診療過誤認定、因果関係否定	16	0	18	60	236	1	20	33	7
6 診療過誤認定、因果関係不明	17	0	16	32	0	-	0	25	8
7 診療過誤/説明義務違反否定	556	258	351	584	1,613	57	179	844	142
8 2,5に包含しない他の結論	10	0	5	12	0	-	0	19	1
9 1~7に包含しない調停案	0	0	0	-	0	3	0	0	0

(Bernier ドイツ連邦医師会法律顧問から提供された資料による)



表2-3 2002年度の鑑定委員会及び調停所の活動

	バーデンヴェルテンベルグ	バイエルン	ヘッセン	ノルドライン	北ドイツ	ザールラント	ザクセン	ヴェストファーレン・リッペン	ラインラント・プファルツ
I 2002年12月31日までの概観									
1 新受件数	1,095	752	801	1,683	4,010	108	353	1,667	418
2 係属件数	825	844	639	1,768	3,809	66	112	912	291
3 既済件数	1,198	850	724	1,599	3,931	84	324	1,543	370
4 未済件数	722	746	716	1,852	3,888	90	141	1,036	339
II 既済事件のうち、形式的理由で終結した事件数と内訳									
合計	426	280	194	383	1,281	26	80	349	155
1 申立人の取下げ、利益不存在	116	97	76	128	425	9	2	120	54
2 管轄違背による拒絶	126	24	30	159	53	10	2	70	21
3 診療、説明、過誤の主張不存在で拒絶	3	37	3	7	5	-	0	4	10
4 申立期間徒過による拒絶	26	16	9	25	0	1	0	41	22
5 公立病院設置者の不参加等の理由で判断しない	2	-	0	-	18	-	0	5	2
6 診療過誤認定、因果関係不明	1	5	1	10	0	-	0	4	1
7 捜査、裁判手続の係属、確定判決等の存在	4	23	13	16	44	1	3	19	28
8 関係人の不同意	39	77	41	24	600	-	8	60	28
9 助言により処理	1	-	8	-	136	-	61	0	1
10 その他	108	1	13	14	0	5	4	26	16
III 既済事件のうち実体判断を受けた件数と判断の内訳									
1 合計	772	570	530	1,216	2,650	58	244	1,194	215
2 説明義務違反認定	6	6	10	8	26	-	2	10	0
3 事実関係について争いがあり、説明義務違反の判断保留	0	2	9	17	0	-	0	27	0
4 診療過誤と損害発生について因果関係認定	157	119	134	333	742	9	55	180	58
5 診療過誤認定、因果関係否定	16	28	24	72	237	1	18	25	4
6 診療過誤認定、因果関係不明	16	12	16	26	0	-	0	18	9
7 診療過誤/説明義務違反否定	529	402	329	751	1,645	40	171	899	141
8 2,5に包含しない他の結論	18	1	8	9	0	-	0	35	3
9 1~7に包含しない調停案	-	0	0	-	0	8	0	0	0

(Berner ドイツ連邦医師会法律顧問から提供された資料による)

- (1) ドイツ連邦各州の調停所は、シュトゥットガルト、フランクフルト、ケルン、ライプツィヒ、デュッセルドルフの四箇所に分かれ、互いに独立して運営され、手続も異なっている。
- (2) 二〇〇四年一月二日に京都大学で開催された国際シンポジウム（タウヒッッ（朝見佳男訳）「医師の損害賠償責任をめぐる紛争解決への医師の関与」『国際シンポジウム：現代社会における専門家関与と市民参加』（二〇〇四年）五二頁）参照。Eberhardt, Selbstverständnis, Anspruch und Verfahrenspraxis und Schlichtungsstellen, 1988, S.175.
- (3) Schmauss, Die rechtlichen Grundlagen für die Bearbeitung von Schadensersatzforderungen der Bürger wegen Körperschäden aus medizinischer Betreuung in der DDR, VersR 1989, 664-669.
- (4) 二〇〇一年三月十七日に北ドイツ調停所を訪問し、業務執行者 Johann Neu 氏（弁護士）に対する聞取調査に基づく。Weizel, Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen für Arzthaftpflichtfragen, 1999, S.113 も参照。
- (5) <http://www.schlichtungsstelle.de>.
- (6) 患者の加入している健康保険組合が主導して当事者が申立てをしている場合も増加しているようである。健康保険組合が関与するのは、保険加入者へのサービスというだけではなく、医師に診療過誤が認められれば、支払った保険金を当該医師に求償しうる点で健康保険組合にも関係しているからである（Weizel, a.a.O., S.53）。調停所は、患者と医師の関係を維持・修復する目的で設けられているので、健康保険組合自身が調停手続に参加することは予定されていない。二〇〇二年から健康保険組合も診療過誤か否かを医師と法律家が協同して無料判断する鑑定手続を行っている（二〇〇四年二月二日に疾病金庫での Anja Mertens 氏などに対する聞取調査による）。
- (7) Neu 業務執行者に対する聞取調査に基づく。
- (8) 書面主義と口頭主義との関係については、本論文五一(2)参照。
- (9) Scheppokat und Neu, Der Stellenwert von Schlichtung und Mediation bei Konflikten zwischen Patient und Arzt, VersR2002, 398. 畔柳達雄弁護士が一九八九年、一九九三年度、一九九四年度における事件を分析された割合とはほぼ変わらない（畔柳達雄「現行型不法行為事件と裁判外紛争処理機構—ドイツにおける『医療事故鑑定委員会・調停所』管見—」判タ八六五号（一九九五年）四四頁参照）。
- (10) その他、皮膚・性病科（Haut- und Geschlechtskrankheiten）一名、耳鼻咽喉科一名、心臓科（Kardiologie）一名、小児科一名、口・顎・顔面外科（Mund-Kiefer- und Gesichtschirurgie）一名、脳神経外科（Neurologie）一名、整形外科二名。

形成・手の外科 (Plastische und Handchirurgie) 一名、放射線科 (Radiologie) 一名、放射線治療科 (Strahlentherapie) 一名、胸部心臓血管外科 (Thorax- und Kardiovaskularchirurgie) 一名、救急外科 (Unfallchirurgie) 一名、泌尿器科 二名、神経外科 (Neurochirurgie) 二名である (Laum, Statut der Gutachterkommission für ärztliche Behandlungsfehler, 2000, S.165)。  
畔柳・前掲注(9)一〇七頁注(一)よりも人数が三名多くなり、神経外科二名が新たに任命されている。

- (11) 二〇〇二年三月二十八日にノルトライン鑑定委員会を訪問し、Laum委員長に対する聞き調査に基づく。
- (12) 書面主義と口頭主義との関係については、本論文五(二)参照。
- (13) Laum, a.a.O., S.128.
- (14) 以上については、二〇〇四年二月二三日にノルトライン鑑定委員会を再訪問し、Laum委員長および事務総長 Smentkowski 氏に対する聞き調査に基づく。
- (15) Weizel, a.a.O., S.14; Bergmann, Die Arzthaftung, 2Auf., 2003, S.160; Rumler-Detzel, Die Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen für Haftpflichtstreitigkeiten zwischen Ärzten und Patienten, VersR1988, S.6; Doms, Die Ärztlichen Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen, NJW1981, 2489.
- (16) バートンヴェルテンベルグ鑑定委員会に属するカールスルエでは、保険会社が鑑定手続に関与することを希望している場合には、医師が承諾すれば、鑑定手続に関与する余地を認めている (Weizel, a.a.O., S.148)。一九九八年から二〇〇〇年までにバートンヴェルテンベルグ鑑定委員会に申し立てられた事件の実態調査では、対象件数 (六〇〇件) の内、診療過誤が認められた (一部認容も含む) 事件 (二二〇件) の内六〇件 (五〇パーセント) に保険会社が手続に参加しており、責任が否定された事件 (四八〇件) の内一六五件 (三四・四パーセント) に保険会社が手続に参加している (Neumann, Konsequenzen aus Entscheidungen von Gutachterkommissionen, MedR2003, S.327)。
- (17) Henschel, Aufgabe und Tätigkeit der Schlichtungs- und Gutachterstellen für Arzthaftpflichtstreitigkeiten, 1980, S.58ff.; Matthies, Schiedsinstanzen im Bereich der Arzthaftung: Soll und Haben, 1984, S.115; Bodenbug und Matthies, Ärztliche Gutachter- und Schlichtungsstellen-Theorie und Praxis eines Modells, VersR1982, 729.
- (18) Weizel, a.a.O., S.21. Laufs und Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, 3Auf., 2002, S.1005.
- (19) 保険会社が調停手続を拒絶した場合にも、医師が保険会社が通常負担する鑑定費用を自ら負担することに同意していれば、手続は開始される。
- (20) 二〇〇二年度において、北ドイツ調停所の予算として、およそ二〇〇万欧元 (約二億円) を医師会が計上している (兼務執行者 Neu 氏に対する聞き調査に基づく)。バートンヴェルテンベルグ医師会は、一九九八年に二二万七、一六二マルクを負担している (Neumann, a.a.O., S.326)。Weizel, a.a.O., S.67 も参照。同様の指摘として、畔柳・前掲注(9)四一頁参照。
- (21) Weizel, a.a.O., S.158.
- (22) Weizel, a.a.O., S.155.
- (23) Weizel, a.a.O., S.161.
- (24) OLG Bremen MedR 2003, S.639; LG Baden-Baden MedR1987, 159.  
Deutsch und Matthies, Arzthaftungsrecht, Grundlagen, Rechtsprechung, Gutachter- und Schlichtungsstellen, 3Auf., 1988, S.128; Weizel, a.a.O., S.174.  
民事訴訟法では、訴訟物の価額が七五〇 (約九万七五〇〇円) エーロを越えない紛争について、州が調停を前置することを認めており、州によって認められた調停手続を利用した場合に生じた費用を訴訟費用とする余地を認めている (一五条 a 四項) (Baumbach, Albers, ZPO, 61Auf., 2003, § 15aEGZPO, Rdn.25; Zöller, ZPO, 23Auf., 2002 § 15aEGZPO, Rdn.26; Foerste, ZNW2001, 3103)。調停の拡充および改善の動向については、ペーター・ゴットバルト (出口雅久=本間字訳) 「ドイツにおける民事司法改革への努力」立命二七七号 (二〇〇一) 三〇三頁参照。ただし、医療紛争では、七五〇エーロを超える事件が大部分であるので、直接に適用される事件はほとんどないと考えられる。
- (25) 構成員の数、法律家と医師の資格要件および委員長資格要件はそれぞれの医師会によって異なる (表1参照)。

#### 四 医療紛争の裁判外紛争処理手続の評価

##### 1 医療紛争の裁判外紛争処理手続の目的

医療紛争の裁判外紛争処理手続は、時間がかかる裁判ではなく、できるだけ公正・迅速に裁判外で対応し、事実を解明するのに必要とされる当事者の活動を裁判手続よりも緩和すること、同時に時代遅れの医師の特権意識を克服し、医師に対する信頼を再び強固にすることを目的として、一九七〇年代に設立され、発展している。医療紛争の裁

裁判外紛争処理手続が無料であること、連邦通常裁判所は当事者に医師・医療機関に対して、診療上の記録を裁判外で閲覧を求めることを認めている（本論文二参照）ので、調停所あるいは鑑定委員会は、医師会に所属する医師に対して具体的に必要な医療記録を裁判手続よりも簡単かつ迅速に収集することができる<sup>(1)</sup>。

調停所あるいは鑑定委員会の手続では、医師と法律家が協同して判断を下すので、専門的知見に依拠して、診療過誤の有無などについて判断することができる。これに対して、裁判所は、鑑定人を利用するが、裁判官は、専門的な知見を有しないで判断を下す必要がある<sup>(2)</sup>。

裁判手続のように当事者の主張に拘束されないので、医療紛争の裁判外紛争処理手続は、医療紛争に精通していない患者本人と医師との間の武器平等原則を実質的に保障できる<sup>(3)</sup>。さらに、調停所あるいは鑑定委員会が診療過誤、説明義務違反などについて判断を下すことによって、訴訟の勝訴の見込みについて、当事者および弁護士が現実的に判断しうる<sup>(4)</sup>。

## 2 ノルドライン鑑定委員会における判断と紛争の解決

医療紛争の裁判外紛争処理手続が患者と医師の関係を維持・修復させ、紛争を解決しているかについては、調停所あるいは鑑定委員会の示した最終判断に当事者が実際にどの位従っているのか、が問題となる。

そこで、二〇〇〇年に終結したノルドライン鑑定委員会の鑑定手続について、二〇〇二年末から二〇〇三年一〇月まで追跡調査した資料を基に鑑定委員会の判断がどの位、当事者が従っているのか、について検討する<sup>(5)</sup>。ノルドライン鑑定委員会は、従来の実務に変更があるかを調査するために、一九九〇年および一九九五年に終結された鑑定結果について追跡調査を行っている。

二〇〇〇年度に実体判断をして終結した事件（二、〇三三件）（二〇〇〇年度の終結状況については、表三―一参照）に関して、アンケートの回答が寄せられた二、〇〇六件（回収率九七・五パーセント）について分析を加えている（表三―一）。二〇〇〇年度において、診療過誤あるいは説明義務違反を肯定した事件は、三九五件（実体判断がなされた決定の三八・三パーセント）である。診療過誤あるいは説明義務違反を肯定した事件の内、アンケートに回答したのは三八二件である（表三―二）。鑑定の結果後に、保険会社に賠償金を請求しているのは、二九三件（七六・七パーセント）である。鑑定結果に満足して、保険会社に請求しない場合は、八九件（二三・三パーセント）である。当事者は金銭賠償だけを目的として鑑定委員会に申し立てをしているのではなく、医療過誤の有無を明確にしたい当事者が存在することを明らかにしている<sup>(6)</sup>。

診療過誤あるいは説明義務違反を否定あるいは確定していない事件（六三七件）の内、アンケートに回答したのは六一四件である（表三―二）。鑑定の結果後に、保険会社に損害賠償を請求しているのは、八一件（約一三パーセント）に過ぎない。鑑定結果に納得して、保険会社に請求しない場合は、五四三件（八七パーセント）に上る。

鑑定委員会が診療過誤を認めたので、当事者が保険会社に損害賠償請求を請求した場合に、保険会社が直接賠償金を支払う場合および鑑定人を選任した上で支払う場合は二〇三件（六九・三パーセント）である（表三―四）。保険会社が新たに鑑定人を選任する場合は、例えば、胎児の脳損傷のような賠償額が高額になる場合に、鑑定委員会の鑑定だけでなく、自前の鑑定人による判断を求める場合である<sup>(7)</sup>。

鑑定委員会が診療過誤を認定しているのに、保険会社が賠償金の支払いを拒絶したのは、僅か八件（三パーセント）に過ぎない。鑑定委員会が診療過誤を認定しているのに、保険会社が賠償を認めなければ、鑑定委員会の労力が実際上無駄になるので、保険会社が鑑定委員会の判断を尊重することも重要となる<sup>(8)</sup>。保険会社にとっても、会社内部

で事件を処理するよりも第三者機関である鑑定委員会を利用することによって、手続の公正さを担保できる<sup>(1)</sup>。保険会社は、鑑定委員会の判断を原則として尊重しているが、診療過誤と損害発生との因果関係の認定、鑑定人の資質、鑑定委員会の判断に保険会社が異論を述べる機会が保障されていないこと、鑑定手続の遅延などに対して不満を持っているようである<sup>(2)</sup>。

特別な事案(三件)とは、裁判上の独立証拠調べが行われた場合、医師が鑑定委員会の判断を承認していない場合、保険会社による具体的な和解交渉中に当事者が訴えを提起している場合である(表3-4)。

保険会社が支払った賠償金額の大部分は、千マルクから二万マルクまでの範囲内である(二一四件)(表3-5)。最高額は、一〇〇万マルクであり、産婦人科および神経外科などの専門の鑑定人は、胎児の生存の可能性を高めるために適切な帝王切開を医師が怠ったことを認めている<sup>(3)</sup>。保険会社がドイツ全土の病院で生じた医療事故で年間に支払った賠償額は、一九九一年度において八、一〇〇万ユーロ(約一〇五億三、〇〇〇万円)であったのが、二〇〇三年度は四億ユーロ(約五二〇億円)に達しているようである<sup>(4)</sup>。

診療過誤を認定した鑑定委員会の判断を実現するために、当事者が損害賠償請求を裁判所に提起しているのは、七〇件(一八・三パーセント)に過ぎない(表3-4)。訴えの理由としては、請求の理由をめぐって相手方が争っている場合(三七件)、具体的な損害賠償額について、当事者間で争いがある場合(二二件)、保険会社が賠償金の支払いを拒絶した場合(一件)、鑑定委員会が判断を示す前に訴えを提起した場合(二件)、不明(二〇件)である。

鑑定委員会が診療過誤あるいは説明義務違反を否定あるいは確定しなかったにもかかわらず、保険会社が賠償金を支払ったのは、僅か八件に過ぎない。鑑定委員会が診療過誤あるいは説明義務違反を否定している場合に、裁判所に訴えが提起されているのは六三件である(表3-6)。既に第二審手続が終結しているのは、一八件である。請求棄

表3-1 ノルドライン鑑定委員会の決定(2000年度)後の追跡調査

1	2000年において鑑定委員会の決定により終了した事件	1,032
1.1	アンケートの回答件数	1,006
1-1の内	診療過誤	384
2.1	肯定	619
2.2	否定	29
2.3	未確定	11
3	2.2の内 医療過誤は否定されたが、説明義務違反を認定	

(Laum, Beck und Smentkowski, Schlichtung mit großer Akzeptanz, Sonderdruck aus Rheinisches Arzteblatt, 2003.S.1.)

表3-2 鑑定手続の終結後に損害賠償訴訟を提起

1	診療過誤/説明義務違反認定件数	395
1.1	訴え提起	293
1.2	責任追及せず	89
1.3	無回答	13
2	診療過誤/説明義務違反の否定件数	637
1.1	訴え提起	81
1.2	責任追及せず	543
1.3	無回答	13

(Laum, Beck und Smentkowski, a.a.O., 2003.S.2.)

表3-3 診療過誤/説明義務違反確定後、損害賠償請求

	(実際の合計)	アンケートの回答
1	395	382
1.1	324	312
1.2	3	3
1.3	4	4
1.4	43	43
1.5	21	20

(Laum, Beck und Smentkowski, a.a.O., 2003.S.2.)

表3-4 診療過誤/説明義務違反認定後の損害賠償請求

1	責任保険会社	293
1.1	決定に基づき、直接支払い	185
1.2	さらなる鑑定に基づいて支払い	18
2	支払交渉継続	9
3	保険会社が支払いを拒絶後、最早請求せず	8
4	特別な事案	3
5	訴え提起	70

(Laum, Beck und Smentkowski, a.a.O., 2003.S.2.)

表3-5 保険会社が支払った賠償額

賠償額	件数
千マルクまで	9
千マルク～5千マルク	38
5千マルク～1万マルク	40
1万マルク～2万マルク	36
2万マルク～3万マルク	19
3万マルクから4万マルク	12
4万マルク～5万マルク	6
5万マルク～10万マルク	9
10万マルク～20万マルク	6
20万マルク～100万マルク	3

(Laum, Beck und Smentkowski, a.a.O., 2003.S.3.)

表3-6 診療過誤/説明義務違反の否定・未確定後の損害賠償請求

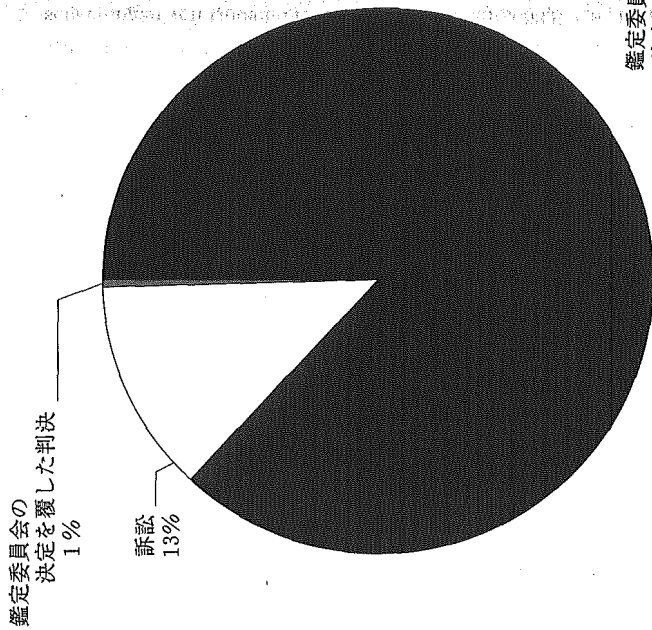
診療過誤/説明義務違反の否定・未確定件数	件数
1. 責任保険会社が直接支払い	81
2. 支払交渉継続	8
3. 保険会社が支払いを拒絶後、最早請求せず	4
4. 時効の放棄を求めたが、訴え提起せず	5
5. 訴え提起	1
(Laum, Beck und Smentkowski, a.a.O., 2003.S.4.)	63

表3-7

鑑定委員会に裁判所に係属した訴訟の結果	診療過誤説明義務違反認定	診療過誤説明義務違反の否定・未確定
I 第一審手続	70	63
1 未済	39	45
2 終結	31	18
2.1 和解	17	1
2.2 判決	11	15
2.3 訴え取下げ	3	2
3 判決で終結した訴訟の結果	5	14
3.1 請求棄却	4	4
3.2 全部認容	2	1
3.3 全部認容	2	1
II 第一審手続		
1 上訴件数	1	6
1.1 請求棄却判決に対する上訴	3	1
1.2 請求認容判決に対する上訴		
2 1.1+2の帰結		
2.1 未済	1	3
2.2 訴え取下げ	1	2
2.3 和解	1	1
2.4 上訴棄却	1	1
3 1.2 上訴の帰結		
3.1 未済	1	1
3.2 訴え取下げ	1	1
3.3 和解	1	1
3.4 上訴棄却	1	1

(Laum, Beck und Smentkowski, a.a.O., 2003.S.4.)

図1 ノルドライン鑑定委員会



に、当事者が裁判所に訴えを提起した場合にも裁判所が、鑑定委員会の判断を覆しているのは、六件（二パーセント）に過ぎず、鑑定委員会の判断を結果的に支持しているといえる（図1）。

一九八七年五月一九日に連邦通常裁判所は、鑑定委員会あるいは調停所の手続において示された鑑定意見につい

鑑定委員会の決定で最終 86%

却が一四件（七八パーセント）、訴えの取下げが二件である。患者の権利が完全に認められたのは、僅かに一件である（表3-7）。敗訴すれば、鑑定費用、裁判手数料の他弁護士費用も負担するリスクを負うので、診療過誤あるいは説明義務違反を否定する鑑定が示されると、患者は提訴を思い止まるとの指摘もされている<sup>(15)</sup>。

ノルドライン鑑定委員会に申し立てがなされた後に、裁判所に訴えを提起しているのは、一三三件（申立件数の二三・二パーセント）に過ぎず、残りの八七三件（申立件数の八六・八パーセント）については、鑑定委員会の判断にしたがっている。したがって、鑑定委員会の目的である医療紛争について裁判外で解決することを文字通り実践していると評価できる。さら

て、書証として裁判上取り扱ひ、鑑定意見に対して疑いがある場合には、裁判所は新たに鑑定人を選任し、明確にしなければならないとしている。

二〇〇二年一月一日から施行されている民事訴訟改革法では当事者間での和解的解決のために、裁判所が当事者に和解的弁論を行うことを規定している(二七八条)。既に鑑定委員会あるいは調停所の手続において示された診療過誤の判断について当事者間に争いがある場合には、裁判所が再度調停を勧誘することは意味がないので、行う必要はない。

(1) Weizel, a.a.O., S.68.

(2) Weizel, a.a.O.

伊藤眞教授は、裁判所の専門的知見獲得について、第一に裁判体の構成員である裁判官が自らの実務経験や学習によって知見を獲得・集積する、第二に、裁判所の補助者を通じて獲得する、第三に、証拠調を通じて獲得する方法に分類されている(伊藤眞「専門訴訟の行方」判タ一二四号(二〇〇三)一二頁)。杉山悦子「民事訴訟と専門家(一)―専門家の訴訟上の地位と手続規律をめぐって―」法協一二〇巻四号(二〇〇三)六三九〜六四〇頁も参照。

(3) Doms, Die Ärztlichen Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen, NJW1981, 2492; Bodenbun und Matthies, Ärztlichen Gutachter- und Schlichtungsstellen-Theorie und Praxis eines Modells, VersR 1982, S.729(730).

(4) Weizel, a.a.O., S.69; Bodenbun und Matthies, a.a.O., S.731.

(5) Laun, Beck und Smentkowski, Schlichtung mit großer Akzeptanz, Sonderdruck aus Rheinisches Ärzteblatt, 2003.S.1.

(6) 調停所あるいは鑑定委員会の判断に対する保険会社の対応、提訴状況などを分析した文献として、Matthies, Schiedsinstanzen im Bereich der Arzthaftung: Soll und Haben, 1984, S.157; Weizel, a.a.O., S.116; Neumann, Konsequenzen aus Entscheidungen von Gutachterkommissionen, MedR2003, S.326; Bodenbun und Matthies, a.a.O., S.729 なども参照。

(7) 畔柳達雄「ドイツにおける『医療事故鑑定委員会・調停所』管見(続報)」法の支配一一号(一九九八)一〇八頁以下に紹介がなされている。

(8) Weizel, a.a.O., S.138.

(9) Weizel, a.a.O., S.145.

(10) Weizel, a.a.O., S.142.

(11) Weizel, a.a.O., S.144.

(12) Weizel, a.a.O., S.146.

(13) 一九九〇年度に行われたノルドライン鑑定委員会の追跡調査で、保険会社が支払った件数(七二件)よりも大幅に増加し、支払いの最高額(四一万マルク)も大幅に増加している(畔柳・前掲注(一)一〇八頁注(9)参照)。

(14) Bergmann, Die Arzthaftung, 2Auf., S.2.

(15) ハンブルクの消費者相談所(Verbraucher-Zentrale Hamburg e.V.)は、一九八八年から一九九五年までに北ドイツ調停所に申し立てをした六三人の患者に対して、アンケート調査をしている。回答した当事者の七五パーセントが、北ドイツ調停所の手続への不満を示している。患者に不利な鑑定が示されると提訴を思い止まると指摘している(Greiner, Henkel und Kranich, Wer soll schlichten zwischen Arzt und Patient?, 4Auf., 2003, S.11)。

ハンブルクの公共法律情報および和解所(Öffentlichen Rechtsauskunfts- und Vergleichsstellen (OeRA))については、岡崎克彦「ドイツにおける裁判外紛争解決及び法律相談制度の実情(3)・完」判時一七二七号(二〇〇〇)二六頁、波多野雅子「裁判と裁判外の紛争解決制度との関係」判タ六一九号(一九八六)二二頁、木川統一郎・吉野正三郎「法律相談と法律扶助」判タ四七一号(一九八二)四五頁など参照。

(16) 右腕の脈管撮影をした後に血栓症になり、右腕の切断を余儀なくされた患者が脈管撮影をした医師などに対して損害賠償請求などをした。第一審は原告の請求を棄却したが、第二審は請求を認めた。連邦通常裁判所は、第二審が鑑定委員会および調停所で示された鑑定意見に基づいて、脈管撮影後、遅くとも二四時間以内に適切な処置をしていれば、血栓症を予防することができたと判断したことに対して、鑑定委員会および調停所の鑑定意見は、書証として取り扱われ、被告に診療過誤を証明するのに十分な判断基礎とは認めることができず、鑑定意見に対して疑いがある場合には、裁判所は新たに鑑定人を選任し、明確にしなければならないとして、第二審の判断を破棄した(BGH NJW1987, 2300)。Stein/Jonas-Leipold, ZPO, 21. Aufl., 1999, vor § 402Rz.54; Zöller, ZPO, 23. Aufl. 2002, § 402Rz. 6d. BGH NJW1997, 3096 も参照。

(17) Deutsh und Spickhoff, Medizinrecht, 5Auf., 2003, Rnr. 428; Baumbach, Albers, ZPO, 61Auf., 2003, § 278.; Zöller, ZPO, 23

AeH, 2002, § 278. 同法については、勅使河原和彦「2001-2002ドイツ民事訴訟法改正について」早法七七巻三号(二〇〇二)二〇七頁、二五六頁、八田卓也「二〇〇一年ドイツ民事訴訟法改正について」法政七〇巻三号(二〇〇三)一五二頁など参照。

## 五. 医療紛争の裁判外紛争処理手続の問題点

医療紛争の裁判外紛争処理手続は、任意性、強制力のないことから、調停所および鑑定委員会は、それぞれ自由に手続を構築してきたので、裁判手続で当事者に当然認められている権利について、調停所あるいは鑑定委員会の規則に明確に規定されていないため、以下のような批判がなされている<sup>(1)</sup>。

### 1 審尋請求権の保障<sup>(2)</sup>

ドイツ基本法一〇三条は、判決を下す前に事実および法律問題について、当事者に見解を表明する機会を保障している。基本法九三条に依拠して、審尋請求権は、裁判上の手続に適用されるのみであり、裁判外紛争処理手続には適用されないとする学説<sup>(3)</sup>と手続の基本として裁判手続だけではなく、裁判外紛争処理手続にも適用されるとする学説<sup>(4)</sup>に分かれている。医療紛争の裁判外紛争処理手続を当事者が利用するかは、任意であるが、調停所あるいは鑑定委員会は、患者と医師の信頼関係を維持・修復する目的を有し、患者と医師に対する公正・公平な判断機関であることから審尋請求権を保障すべきである。

通説は、審尋請求権の具体的な内容を情報の提供、見解表明、判断(Stellungnahme)に対する配慮(Berücksichtigung)<sup>(5)</sup>の3段階に分けている。

#### (1) 情報の提供

調停所あるいは鑑定委員会の手続過程において、両当事者が十分な情報を共有することが必要である。したがって、鑑定結果しか当事者に伝えられないなら、当事者の手続保障としては、十分とはいえない。当事者が見解を表明するには、重要な情報を当事者に提供することが必要となるからである。そこで、Weizelは、委員会の人的・財政的事情を考慮して、当事者が委員会に書面を提出し、委員会がそのまま相手方に手渡すことにより相手方に必要となる生の情報を完全に伝えるか、一定の期間、当事者に医療記録を閲覧させることにより、委員会に負担をかけるに法的審問を当事者に実質的に保障しうることを提案している<sup>(6)</sup>。

委員会から診療過誤について鑑定することを委託された鑑定人に関する情報は、当事者に開示しなければならない重要な情報である。ヴェスト・フアールン・リッペの鑑定委員会の鑑定人は、匿名で鑑定書を作成していた。一九九八年八月一三日にノルトライン・ヴェスト・フアールン上級行政裁判所は、鑑定委員会が医師の責任問題について判断しているので、公法上の団体であり、鑑定委員会の委員長および鑑定した医師の氏名を匿名にすることは、法治国原理から導かれる行政行為の公平性に違反すると判断した<sup>(7)</sup>。そこで、ヴェスト・フアールン・リッペ鑑定委員会は、鑑定人の匿名性を廃止し、当事者に委員長と鑑定人の氏名を明らかにしている。現在では、全ての鑑定委員会および調停所では、責任のある医師の鑑定人の氏名を当事者に明らかにしなければならない<sup>(8)</sup>。鑑定人に対するいわれなき忌避による手続の遅延を避けるために、鑑定人を忌避する場合には、期日を定めて、当事者が正当な理由を示す必要がある<sup>(9)</sup>。

#### (2) 見解の表明

患者と医師の信頼関係を維持・修復させるといふ委員会の目的を達成するには、当事者を単に手続の対象として扱うのではなく、手続の主体として、当事者の見解を積極的に表明する機会を保障することによって、裁判外紛争処理手続の判断の実効性を高めることが重要である。全ての事項について、当事者に見解を表明させることは、手続が遅延するおそれがあり、当事者の合意を過度に強調することには問題がある。そこで、Weibelは、判断が結果的にある程度遅れても正当化されるような重要な事項に限定して、見解を表明する機会を当事者に付与すべきであるとされる<sup>(10)</sup>。具体的には、鑑定人に対する発問権（北ドイツ調停所規則五条二項、バイエルン鑑定・調停所規則四条七項）、鑑定人に対する見解表明（北ドイツ調停所規則五条二項、バイエルン鑑定・調停所規則四条七項）を付与することが必要である。鑑定人の専門性に対して、患者だけではなく、保険会社も不満をいっているからである<sup>(11)</sup>。

さらに委員会の判断に対して異議権などの見解表明をする機会を付与することが重要である。異議権は、患者と医師との紛争を解決するという医療紛争の裁判外手続において重要な役割を有しているが、調停所または鑑定委員会の判断に対して、当事者に異議権を認めているのは、北ドイツ調停所（北ドイツ調停所規則五条四項）、ザクセン調停所（ザクセン調停所規則九条）、ノルドライン鑑定委員会（ノルドライン鑑定委員会規則五条四項）などに過ぎない。調停所あるいは鑑定委員会の判断の根拠が不明確である場合、当事者の主張が正しく評価されていない場合に、当事者に異議権が保障されていなければ、紛争を解決することができないので、後は保険会社との裁判外の交渉あるいは、当事者が裁判を提起する他はない。このように委員会の労力を無に帰すことを回避するには、当事者に異議を述べる機会を付与することが必要である。そこで、Weibelは、実務の運用として当事者に異議権を認めているのでは、当事者の保護としては不十分であり、委員会の規則などで明確にする必要性を説いている<sup>(13)</sup>。

#### 書面主義と口頭主義

医療紛争の裁判外手続は、原則として書面主義である。口頭主義も鑑定委員会の規則上は認められている（ノルドライン鑑定委員会規則九条一項二文、北ドイツ調停所規則五条一項二文、バーテンヴェルテンベルグ鑑定委員会規則六条二項、ラインラント・プハルツ鑑定委員会規則六条二項など参照）が、実際にはほとんど行われていない。書面主義に対して、不誠実な医師に対して、反論する機会が与えられていないなどの患者からの批判があり、口頭主義の導入を支持する学説も存在する<sup>(15)</sup>。しかし、口頭主義を採用すれば、患者と医師の双方が出頭しうる期日を調整する必要があり、時間と費用がかかること、医療過誤の有無を判断する決め手は、カルテ、手術記録などの医療記録であり、口頭主義を採用するか、あるいは書面主義を採用するか、によって、結論は異なるなどの口頭主義への反批判も強い。

二〇〇一年七月に開催された全国の調停所と鑑定委員会の常設会議において、当事者の手続への関与をできるだけ広く認めるという観点から、鑑定人の任命、鑑定人に対する定型的な質問を当事者に認めるほか、調停所および鑑定委員会において、判断を示す前に口頭主義を試験的に採用することが提案された<sup>(16)</sup>。ノルドライン鑑定委員会は、口頭主義を試験的に採用したが、医療記録に基づいて実質的に判断され、紛争の解決が遅延したことから、結局、その後、口頭主義は採用されていない<sup>(17)</sup>。

これに対して、バーテンヴェルテンベルグ医師会に所属する一部の鑑定委員会では、規則の文言通り、口頭主義が採用されているようである<sup>(18)</sup>。具体的には、カールスルエの鑑定委員会においては、関係人に診療経過、医学上の事実関係を質問する必要がある場合に口頭主義が採用されているようである。さらに、シエトウツガルトの鑑定委員会においては、口頭主義を原則として採用されており、事実関係の解明が期待できない場合にのみ口頭主義を採用していない。シエトウツガルトの鑑定委員会においては、疑義のある問題について判断し、様々な専門的な意見につい



でも議論されている。カールスルエの鑑定委員会では、口頭主義について、しばしば不毛な場合があるが、事実関係を明確にするだけでなく、医師の誠意を示すのに資するとして<sup>(19)</sup>いる。バーデンヴュルテンベルグにおける鑑定委員会の一部が口頭主義を採用しているのは、事件数が少ないからであり、調停所および鑑定委員会の事件数が不断增加していることを考慮すると、口頭主義を採用すると手続が遅延するおそれがあり、ノルドライン鑑定委員会など多数の見解は、口頭主義を採用することに対して消極的であり、北ドイツ調停所では当事者の手続保障の観点から異議権を認めている<sup>(20)</sup>。しかし、Weizelは、口頭主義を採用することにより、医療紛争の裁判外紛争処理手続の公正さ、透明性を確保するのに資するだけでなく、情報提供権および見解表明権を実効化し、結果的に当事者が調停所あるいは鑑定委員会の判断に拘束されることを正当化すると主張している<sup>(21)</sup>。

### (3) 判断に対する配慮

申立て、手続開始の段階だけではなく、鑑定人が鑑定意見を当事者双方に明確に示すなど、手続の進行過程に応じて、当事者の理解を得られるように配慮することが必要である。Weizelは、北ドイツ調停所の手続は、このような当事者への配慮がなされているとして、高く評価されている<sup>(22)</sup>。

## 2 手続の不統一

ドイツにおける医療紛争の裁判外紛争処理手続は、調停所と鑑定委員会に大別され、さらに具体的な手続がそれぞれの医師会で異なっている。当事者は、医師が所属する医師会が設けている裁判外紛争処理手続しか利用できないので、医療紛争についての具体的な裁判外紛争処理手続が互いに異なることによつて、当事者にできるだけ不利益を与

えないように配慮する必要がある。手続の統一を唱える有力な学説も存在するが<sup>(23)</sup>、医師会がそれぞれ独立し、各々の調停所および鑑定委員会の独立性も極めて高く、取り扱い事件数も異なるので、手続を統一することは非現実的であると考えられている<sup>(24)</sup>。その代わりに、毎年一回、七月に全国の調停所と鑑定委員会の常設会議を開催し、統計などによるそれぞれの調停所および鑑定委員会の活動状況および鑑定人の質の問題などについて互いに意見交換をしていることが注目される<sup>(25)</sup>。

二〇〇三年の常設委員会では、統一的な統計を新たに構築することが議論されている。従来の統計のように利用実績を示すだけでなく、むしろどの専門分野に医療過誤が多いのか、全国の調停所と鑑定委員会が互いに協力して、統一的な数値を示し、危険性の高い専門領域を特定することによつて、医療過誤の予防をより確実にする<sup>(26)</sup>ことを目指している。調停所および鑑定委員会に申し立てられている事件は、外科、整形外科、婦人科に集中しているようであり、今後の統一的な分析の成果が期待される。

### 3 医師の身内・同業主義

鑑定委員会は、公正な鑑定を行う機関として各医師会に設置されている（ノルドライン鑑定委員会規則一条一項、バーデンヴュルテンベルグ鑑定委員会規則一条一項、ザールラント鑑定委員会規則一条三項など参照）が、診療過誤が問題となっている医師と同じ医師会に所属する同僚が判断するので、医療紛争の裁判外紛争処理手続の中立性・独立性が問題となる<sup>(27)</sup>。調停所あるいは鑑定委員会は財政的には医師会に依存しているものの、人的な関係では独立している。さらに、鑑定人の中立性が問題となる場合には、民事訴訟法上の鑑定人の除斥・忌避事由（四〇六条）が準用されている（北ドイツ調停所規則五条二項、ノルドライン鑑定委員会規則八条など参照）。特に、北ドイツ調停所は、

鑑定人のおよそ九割を外部の医師に依頼している<sup>(29)</sup>。調停所あるいは鑑定委員会が診療過誤あるいは説明義務違反を認定しなかった場合に裁判所が調停所あるいは鑑定委員会の判断を覆す場合は、提訴された二割程度しか存在せず、裁判所も調停所あるいは鑑定委員会の判断を結果的に尊重しており<sup>(30)</sup>、Weizelは、調停所あるいは鑑定委員会の判断が公正・公平性を欠くという批判は、説得力がないと批判している<sup>(31)</sup>。

#### 4 病院の関与が予定されていないこと

調停所あるいは鑑定委員会は、医師と患者が関与するのが原則である。これらの機関は、医師会がもともと創設し、医師会に所属する医師が手続に関与することのみを規定しており、病院などの医療機関自体が関与することは予定されていない。医療機関の関与は、それぞれの医師会によって異なっている。北ドイツ調停所は、一九八一年に規則を改正して、保険に加入している病院の関与を認めている（二条二項d）。

病院が保険に加入していなければ、個々の医師に裁判外紛争処理手続は収斂されてしまう。病院などの医療機関自体にも医療過誤の責任が認められるような場合には、医療機関が裁判外手続に関与しないのは、適切といえるかが問題となる。医療の専門化、医師・医療機関と患者とのコミュニケーション不足による病院に対する訴訟が増加しているからである。

調停所あるいは鑑定委員会の手続が開始した場合に、医師に対する責任賠償請求の時効が中断するかが問題となる。一九八三年五月一〇日に連邦通常裁判所は、一九七八年一月一日から施行されている旧民法八五二条二項の改正以前には、調停所あるいは鑑定手続の手続が開始しても時効は中断しないが、そのような手続の過程あるいは手続の終了後不当に短期間に医師が時効を援用することは、信義則違反となる（民法二四二条）と判断した。さらに傍論と

して、(旧)民法八五二条の施行後に、仲裁手続だけではなく、医師が関与している純粋な鑑定手続についても時効の停止が認められると判断した<sup>(32)</sup>。これに対して、医療機関が調停所あるいは鑑定委員会の当事者として関与しなければ、時効停止の効果は生じない。Weizelは、調停所あるいは鑑定委員会の任意性の観点から医療機関を強制的に参加させるのは、問題があり、実際の手続を遅延させる危険が存在すると指摘する<sup>(33)</sup>。

旧民法では、契約については、三〇年（旧民法一九五条）、不法行為については、三年の時効にかかっていた（旧民法八五二条）が、二〇〇二年の民法改正により、契約か不法行為かを問わず、時効期間は三年（民法一九五条、九九九条）に統一されている<sup>(35)</sup>。調停所あるいは鑑定委員会に申し立てをすると時効の停止が認められる（民法二〇四条一項四号、八号）。

(1) Greiner, Henkel und Kranich, Wer soll slichten zwischen Arzt und Patient?, 4.Aufl., 2003, S.12.

(2) 審判請求権については、中野貞一郎「民事裁判と憲法」講座民事訴訟法一卷（弘文堂、一九八四）一四頁、鈴木忠一「非訟事件に於ける正当な手続の保障」『非訟・家事事件の研究』（有斐閣、一九七二）二九九頁以下、パウアー＝鈴木正裕「ドイツ法における審判請求権の発展」神戸法学雑誌一八巻三・四号（一九六八）五二二頁、紺谷裕司「審判請求権（Anspruch auf rechliches Gehör）の保障とその問題点」民訴雑誌一八号（一九七二）一四三頁以下、三ヶ月章「訴訟事件の非訟化とその限界」民事訴訟法研究五巻（一九七二）九七頁など参照。

(3) Münch, GG, 1983, Art.103 Rdnr.4.

(4) Maunz/Dürrig-Schmidt-Aßmann, GG, Art.103 Abs.1Rz50; Deutsch und Matthies, Arzthaftungsrecht, Grundlagen, Rechtsprechung, Gutachter- und Schlichtungsstellen, 3Auf., 1988, S.128; Weizel, a.a.O., S.25.

(5) Maunz/Dürrig-Schmidt-Aßmann, GG, Art.103 Abs.1Rz69; Weizel, a.a.O., S.26.

(6) Weizel, a.a.O., S.26.

(7) 腎臓疾患の患者に対して、透析などの適切な治療が行われたか否かの鑑定がウエスト・フアーレン・リップ鑑定委員会に

申立てられ、同鑑定委員会は、医師の過失責任を認めた。患者は当該医師に対して損害賠償の訴えを提起した。鑑定委員および鑑定人の氏名が匿名であったので、医師は情報提供権に基づいて、鑑定委員会に対して氏名を明らかにすることを求めたが、鑑定委員会が拒絶した事例である (OVG NW, MedR1998, 574)。

- (8) Bergmann, Die Arzthaftung, S.160. 北ドイツ調停所規則第五条二項など参照。
- (9) ノルトライン鑑定委員会の運用である (二〇〇四年二月一二日にノルトライン鑑定委員会の Laun 委員長および Smentkowski 事務総長に対する聞取調査に基づく)。Weizel, a.a.O., S.27 も参照。
- (10) Maunz/Dürig-Schmidt-Aßmann, GG, Art.103 Abs.1Rz.80, Rz.86; Weizel, a.a.O., S.28; Stein/Jonas, ZPO, vor§128Rdnr.40 も参照。
- (11) 北ドイツ調停所に申立てをした患者に対するアンケートでは、特に整形外科、救急外科、耳鼻咽喉科、脳神経外科の分野において、診療過誤を否定する特定の医師に鑑定が集中していることに疑義がもたれている (Greiner, Henkel und Kranich, a.a.O., S.29.)
- (12) Weizel, a.a.O., S.146.
- (13) Weizel, a.a.O., S.30; Deutsch und Matthies, Arzthaftungsrecht, S.127.
- (14) Greiner, Henkel und Kranich, a.a.O., S.21, S.28.
- (15) Weizel, a.a.O., S.33.
- (16) 二〇〇四年二月一日にドイツ連邦医師会の法律顧問 Barbara Berner 氏から提供された資料による。
- (17) ノルトライン鑑定委員会の Laun 委員長および Smentkowski 事務総長に対する聞取調査に基づく。
- (18) チュービンゲンにおいても、口頭主義が採用されているようであるが、フライブルグでは採用されていないようである (Weizel, a.a.O., S.31.)。
- (19) Weizel, a.a.O., S.32.
- (20) Scheppokat und Neu, Der Stellenwert von Schlichtung und Mediation bei Konflikten zwischen Patient und Arzt, VersR 2002,399. Laun ノルトライン鑑定委員会委員長および Smentkowski 事務総長に対する聞取調査に基づく。
- (21) Weizel, a.a.O., S.33; Deutsch und Matthies, Arzthaftungsrecht, Grundlagen, Rechtsprechung, Gutachter- und Schlichtungsstellen, S.127.
- (22) Weizel, a.a.O., S.84.
- (23) Deutsch und Matthies, a.a.O., S.125.
- (24) Weizel, a.a.O., S.35.
- (25) Berner ドイツ連邦医師会法律顧問から提供された資料による。
- (26) Berner ドイツ連邦医師会法律顧問から提供された資料による。
- (27) Krupaszky, Sethe und Selbmann, Die Häufigkeit von Behandlungsfehlervorwürfen in der Medizin, VersR1997, S. 420(423); Bericht des Vorstandes der Ärztkammer Westfalen-Lippe2002, S.55 など参照。
- (28) Weizel, a.a.O., S.37; Greiner, Henkel und Kranich, a.a.O., S.25; Eberhardt, Selbstverständnis, Anspruch und Verfahrenspraxis und Schlichtungsstellen, 1988, S.312; Anstieg der Großschäden, Der Spiegel138/1997, 190(192).
- (29) Scheppokat und Neu, Der Stellenwert von Schlichtung und Mediation bei Konflikten zwischen Patient und Arzt, VersR2002, 398.
- (30) 本論文四三参照。
- (31) Weizel, a.a.O., S.42.
- (32) NJW1983, 2075. OLG DüsseldorfVersR1985, 744(746); OLG Oldenburg, NJW1993, 2997, 2998 も参照。
- (33) Bodenbug und Matthies, Ärztliche Gutachter- und Schlichtungsstellen-Theorie und Praxis eines Modells, VersR1982, 733.
- (34) Weizel, a.a.O., S.42.
- (35) 二〇〇二年の民法改正については、半田吉信『ドイツ債務法現代化法概説』(信山社、二〇〇三)が詳細である。

## 六 おわりに

ドイツにおける医療紛争の裁判外紛争処理手続は、調停所と鑑定委員会に二分され、具体的な手続の細部についてもそれぞれの調停所、鑑定委員会によって異なっている。しかし、診療過誤、説明義務違反、因果関係の有無などに関して、医師が医学的な見地から事実を認定し、法律家が法律問題を判断している点では、本質的な差異は存在しない。具体的な損害賠償額については、患者と保険会社との直接交渉あるいは裁判による最終的な解決に委ねられてい

る。医療紛争について、診療過誤、医師の過失、患者の損害発生、因果関係の存在などの実体上の請求権をめぐる問題と具体的な損害の金額の双方について、争いが存在する場合に、双方についての審理を並行して進めると、請求の原因が存在しないことが判明した場合には、損害の数额についての審理は全く無駄に帰してしまふ。ドイツにおける医療紛争では、原因判決に相当する部分を調停所または鑑定委員会の判断に委ねていることが注目される。ただし、調停所または鑑定委員会の判断には、拘束力がない。たとえば、胎児の脳損傷の事件などのように複雑で、損害額も高騰する事件類型については、具体的な損害賠償額の認定とは切り離して、診療過誤の有無に集中して判断する方が紛争の迅速な解決に資すると思われる。我が国の医療訴訟においても、診療経過等の事実関係に関する書証と損害の立証に関する書証を分けて提出するようにしている<sup>(1)</sup>。

ドイツでは、各州の医師会が裁判外紛争処理手続を運営しているので、産婦人科、外科、整形外科などの医療過誤の多い専門分野を特定し、危険情報を医師・医療機関に迅速にフィードバックすることも容易である。

調停所あるいは鑑定委員会の手続は、無料であり、当事者の主張も裁判手続のように厳格ではなく、医療記録など必要な証拠も調停所あるいは鑑定委員会が収集している。さらに、当事者が調停所あるいは鑑定委員会に申立てをすると時刻の停止効も認められている。ドイツにおいても家族法、社会保障の領域と比較して、医療紛争においては、弁護士の特権化が進んでいないとされている<sup>(2)</sup>。患者と医師の間に紛争が生じた場合に、診療過誤の有無を医師と法律家が協同して公正に判断する調停所あるいは鑑定委員会を利用するメリットが認められる。このように医療紛争を裁判外紛争処理手続によって解決する積極的な誘因が認められ、年間の総申立件数もドイツ全国で一万件を超えている。調停所および鑑定委員会の実効性を高めるために、専門に依りて、優れた医師および法律家を揃えており、医師会あるいは保険会社が多額の資金負担をしていることにも留意する必要がある。

調停所あるいは鑑定委員会を利用するかは、当事者の自由意思に委ねられているので、医療紛争専門の弁護士の中には、むしろ医師、医療機関との直接交渉を好む場合がある。調停所あるいは鑑定委員会の判断の公正、妥当性に疑問を持っているだけではなく、書面主義のため、相手方との直接交渉と比較して、弁護士の果たす役割が少ないからである<sup>(3)</sup>。

調停所および鑑定委員会が書面主義を採用していることに対して、医療紛争の裁判外紛争処理手続の公平・公正性、透明性の観点から鑑定人に関する情報を当事者に開示すること、鑑定人に対して、当事者が見解を表明する機会を与えること、鑑定に対して当事者の異議権を保障することが指摘されている。当事者の手続保障を実質的に担保するためには、書面主義から口頭主義に転換すべきであると唱える少数説もある。調停所および鑑定委員会の役割が診療過誤の認定という客観的な事実を中心としているので、当事者の主張よりもカルテ、手術の記録などの書証が決める手となること、口頭主義を採用すると手続が遅延するとして、多数説は書面主義を支持している。

ドイツにおける医療紛争の裁判外紛争処理手続は、もともと患者から医師に対する賠償責任訴訟が増加したことに対応して設立されているので、個別の医師と患者を対象とするのが原則である。しかし、医療の高度・専門化により、開業医よりも病院などの医療機関に対する訴訟が増加しており、病院のリスクマネジメントなどを勘案すると個々の医師だけではなく、病院の責任者も同席する方が望ましい場合も多いのではないかと考えられる<sup>(4)</sup>。

我が国における裁判外の医療紛争処理制度としては、日本医師会の日本医師会医師賠償責任保険の賠償責任審査会制度が存在する<sup>(5)</sup>。我が国の医師会は、ドイツの各医師会とは異なり、強制加入ではなく、任意加入であるので、両国の医療制度の前提は大きく異なる。

ドイツの調停所あるいは鑑定委員会は、患者、医師双方の申立てを認めているのに対して、我が国の賠償責任審査