

Title	医療契約の法的性質：歯科医療契約を中心に
Sub Title	Die Vertrag der ärztlichen Behandlung
Author	河原, 格(Kawahara, Kaku)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1980
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.53, No.7 (1980. 7) ,p.88- 101
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	研究ノート
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19800715-0088

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

研究ノート

医療契約の法的性質

——歯科医療契約を中心に——

河原 格

一 初めに

二 西ドイツでの判例及び学説

(1) 判決例

(2) 学説

三 結 語

一 初めに

医療契約の法的性質については、日本では準委任契約説が通説であるが、この準委任契約説を採用することには次の理由から疑問がある。⁽¹⁾
(イ) 代診の慣習をどのように理解するのか、⁽²⁾ (ロ) 委任事務処理の報告義務が定められているが⁽³⁾ (六四五。本節及び第三節においては特別の断りのない限り日本民法の規定を指す)、この義務は医療行為の場合、議論の

余地のあるところであり、⁽⁴⁾ (ハ) 医療契約は委任契約について規定されている終了原因 (患者又は医師の破産、医師の禁治産、準禁治産、但し準禁治産については医師法三、七による) によつて終了する (六五三) とするのとは常識に反する。また (ニ) 医師には応招義務があるため (医師法一九一)、正当な事情がない限り、医師から医療契約の告知はできない (六五一)。 (ホ) 医師は慣習又は特約により患者に対し報酬請求権を有するため、有償準委任とされるが、そうであるならば、初め

より典型的な有償契約にあてはめて医療契約を考える方がよいのではないか。

以上の疑問点より治療行為を求める医療契約の法的性質を準委任契約と解する立場はなお検討の余地があると考ええる。

一方、手術等のある種の医療行為については請負であるという見解も主張されている。ここに請負という概念を用いた理由はおそらく「結果」(六三三)概念が請負にあり、請負契約と同じく、労務の提供、事務処理を契約内容とする雇傭契約・委任契約にはこの「結果」概念がないためである。つまり手術の場合には結果すなわち治療または快方に向うまでの責任負担が契約に含まれるか否かの理解の相違により、このような請負契約という考え方が生じたのである⁽⁶⁾。

しかし後に見る如く、請負契約と特に雇傭契約とを区別するメルクマールとしての結果概念は多義性のあるものであるため、このメルクマールを区別の基準とすることは妥当性に欠けるように思われる。

通説と同様、判例も下級審においてではあるが、「(診療契約)の内容が現代医学の知識、技術を駆使して、可及的速やかに……疾病の原因ないし病名を適確に診断したうえ適宜の治療行為という事務処理を目的とする準委任契約である⁽⁸⁾」⁽⁸⁾、又は「その治療を内容とする準委任契約が成立したので、(医師)は右債務の本旨に従い善良なる管理者の注意義務をもつてその債務を履行すべき義務がある⁽⁹⁾」⁽⁹⁾とするように、準委任契約と解するものが多い。

この問題をめぐり西ドイツでは雇傭契約を日本で考える如く、労務者には従属性があり、独立性がないとする考え方がかりでなく、独立性・非従属性をもつ契約とする考え方が存する結果、委任契約説は存在せず(無償契約であるため)、雇傭契約説、請負契約説、折衷説の三説が報酬請求権の発生の有無をめぐる問題で対立している。雇傭契約、請負契約の双方は労務の提供を目的とするものであるが、請負契約では労務の提供である治療そのものだけでなく、注文者に対する最終的な結果(全治)が請負人の債務の目的とされる。一方、雇傭契約の場合でも、労働時間内働くことが主目的のだけでなく、結果の惹起を目的とした合目的な労務の提供も視野に入ってくる⁽⁶⁾とされる。

BGBでの請負契約と雇傭契約との区別の基本は、前者では労務提供の結果が債務の目的とされ、後者は労務の提供そのものが給付の目的となる点にあるとされてはいるが、実際面では上記の理論的区別も疑問とされることがある。つまり結果すなわち治療と狭く解するのでなければ、それは請負契約ばかりでなく、雇傭契約においても妥当するものである。その理由は患者を治療させることが医師の責務ではなく、治療という目的にかなった適切な労務の提供が医師の責務であり、それが雇傭契約上の債務と考えられるからである。労務者もこうした債務を負っていることは明らかであるため、結果概念にのみ請負契約と雇傭契約の区別を求めることは難しいと思われる。

また現実問題として医師にとつては雇傭契約の方が請負契約より

も報酬請求権が認められやすく(後述の如く)、それだけ医師にとつて有利であり、日本での通説である準委任契約によるよりもまた有利という事情もある。

そこで本稿では西ドイツで現実には専ら報酬請求権の有無を争う事件の中で問われ、学説も少なからず論じている歯科の広い意味での医療契約(歯科補綴行為としての特に義歯の製造及び装着行為を内容とする)の法的性質を取り上げ、紹介することにする。歯科医の医療契約の法的性質の問題の解決は、報酬請求権の発生要件のみにかかわるものでないことは後述するところであり(第三節結語参照)、西ドイツでの判決例及び学説の紹介を通じて、雇傭契約そのものに対する日本と西ドイツでの考え方の相違を明らかにし、雇傭契約に対する考え方を検討し直す必要性のあることも本稿のねらいとするところである。

- (1) 加藤一郎・注釈民法(四)一四八頁、我妻栄・民法講義Ⅴ、五四九頁、門脇稔・医療過誤民事責任論一七頁、一六八頁以下等。
- (2) 定塚孝司・実務法律大系5 医療過誤・国家賠償九頁以下参照。
- (3) 受任者は原則として自ら事務処理をしなければならず、委任者の許可がある場合又はやむをえない場合以外はこれを他人に委せてはならない。受任者には復代理と同一の要件・責任のもとに復委任が認められているが(我妻前掲六七三頁)、これをどう解するかの問題である。
- (4) 札幌地裁判決昭和五三年四月一八日判例時報九一六号六五頁は報告義務の内容は医師の自由裁量に委されているとする。
- (5) 加藤一郎・不法行為法の研究五頁。
- (6) Esser, J., *Schuldrecht, Besonderer Teil*, 3. Aufl. (1969),

S. 142.

(7) Esser, a. a. O., S. 142.

(8) 旭川地裁判決昭和四五年一月二二日判例時報六二二三号五二頁。

(9) 高知地裁判決昭和五年四月一九日判例時報八三四号九二頁。

(10) フランスにおいてもこの問題は取り上げられているが、委任契約説、請負契約説、雇傭契約説、特殊の *ser. generis* 契約説という中で、通説及び破産院は特殊の契約説を採っている。この点については新たに論ずる予定である。

(11) 日本で報酬請求権の有無の問題として判例上取り上げられたものは岡山地裁判決昭和四五年三月一八日判例時報六一三三四二頁ぐらいで少ないが、今後西ドイツにおけると同様増加する可能性のあるものと思われる。

二 西ドイツでの判例及び学説

西ドイツでは以前より歯科医による義歯等の医療契約の法的性質につき、報酬請求権の有無とのかかわりで裁判が提起されているので、それらの判決例及び学説を次に紹介する。⁽¹⁾

1 判決例

(a) 請負契約説に立つと考えられる判決例を第一に掲げる。

(i) ライヒ裁判所 (RGZ, 95, 322) 事実関係は不詳だが、義歯の製造・装着行為を代替物に関する製造物供給契約と解した(六五一。本節においては西ドイツ民法 BGB の条文を指す)。つまり請負契約説に立つ判決例と考えられる。

(ii) ハノーヴァーラント裁判所 (NJW 1956, 164) 事案は義歯装着行為を定めるものであり、以下のように判決された。純然たる歯科医の活

動と義歯の製造とは区別されるが、この二つの行為はたとえ義歯の製造の前に治療行為（抜歯等）の必要なごく互いに重なり合うものである。従つて純然たる歯科医の活動を雇傭契約に基づき、義歯の製造を請負契約に基づくとする一種の折衷説も考えられるが、この点については本件は狭義の治療行為もなされなかつたこと、義歯の製造が直ちに開始されたこともあつてどちらとも決めかねる。だが一般に義歯の製造の場合には義歯が口腔やあごの状態に相応して製造されること、また目的を満たし、十分機能を果たすことが期待されている。義歯製造・装着行為はこうした目的を持たされる内容なのであるから、雇傭契約ではなくて、請負契約と解される。

(四) プレメーラルハーヴェン区裁判所 (MDR 1966, 410 Nr. 32) 事案は被告（歯科医）の製造したブリッジが四ヶ月余り後にゆるんだため原告（患者）が契約の解除を求めた事件。裁判所は患者と歯科医との間に締結された契約は、法律上請負契約であるとした。契約の内容はブリッジの製造と患者の口腔にそれを装着することであり、故に契約は当事者の意思によれば一定の結果 *Ergebnis* つまり歯科医が製造し、装着したブリッジが患者の口腔にうまく装着され、長く保持されるという結果を目的としているのであり、単に医師の行為を目的としているのではない。裁判所はこの点に請負契約であるとする理由を求めている。患者に装着されたブリッジが瑕疵あるもので、日常の使用にさしつかえるならば、患者は、第六三四条第一項第三文により契約の解除を請求できると判示した。

(五) クレーフェルト区裁判所 (NJW 1967, 1512) 事案は前の事案と異なり歯科医によるものではなく、形成外科の専門医（原告）が患者（被告）に靴充填物 *Schuhinlagen* を装着することを頼まれたものである。裁判所は契約内容の中心を労働の結果の発生、つまり靴充填物の製造にあるとして、契約内容に従い、原告が給付する場合には充填物の

給付と製造、つまり請負契約の意味での製造物と労働の結果とが重要であるとした。よつて結果重視の観点から請負契約と解されるが、本件では被告が靴充填物を引き取つていないので、支払期限が到来せず、原告は支払わらるべき報酬を請求できない（六四一）と判示した。

(六) カールスルーエ高等裁判所 (NJW 1967, 1512) 事案は原告（妻）の夫に歯がないため、その補充として種々のブリッジを装着してもらつたことを被告（歯科医）に依頼したもの。本件の内容は義歯補綴処置行為だが、歯科医は一定の労働による結果を発生させる義務、つまり義歯を約束通りに製造し、装着する義務を負っているため、歯科医と患者との間には請負契約が締結されたと解された。義歯補綴処置契約の場合には純然たる医療活動（たとえばブリッジを装着するために、あごや口腔を調整する行為等）と義歯の製造とは区別され、相互に依存関係にある。

咀嚼できるように義歯をあごや口腔に合わせるという仕事は、第六一条及び第六二七条の意味での治療行為（高級な職務）であるということは、義歯装着行為について請負契約とすることと矛盾はしない。義歯補綴処置契約の本来の目的は、歯の咀嚼能力を回復させるような義歯を製造することであり、歯科医の場合には医療行為そのものだけでなく、患者に対し治療行為の結果について義務・責務を負うのである。この患者の要求する歯科医の行為の結果は、専門家の行なう労働の結果の発生であり、義歯補綴処置契約の本質は、専門家による労働の結果であり、前段階の準備的な治療行為にあるのではない。

以上の請負契約説に対し、義歯を装着することは困難な作業であるため、歯科医に結果を保証させるのは正当でないという反論もあるが、この反論は本質からずれている。本件の場合、契約上の義務の本質は歯科医に履行行為として適切な瑕疵なき義歯を、咀嚼能力が回復できるように装着する義務を負わせる点にある。以上の理由で請負契約説に立つものである。

(iv) ハンブルクラント裁判所 (MDR 1969, 574 N. 59) 事案は義歯補綴処置契約のこのようだが、事実関係は不詳。雇傭契約説によれば、義歯補綴処置の場合には、単に義歯を装着することは重要ではない、しかし一般に義歯を製造することは困難であり、そのため咀嚼能力回復というような結果を保証しえないので、単なる労務の提供が責任の対象になるとされるが、この考えは本来の契約の対象が特に咀嚼能力を回復するために義歯を製造することにある、つまり重要な点は一定の結果が責任の対象になるのであり、契約全体の特色を請負契約ないし製造物供給契約とする点を十分考慮しておらず、従つて契約の対象となつている結果からみれば、単なる予備的な治療行為は重要でなく、補綴処置を内容とする契約は請負契約であるとする。

以上で請負契約説に立つと考えられる判決例を紹介したわけだが、請負契約説は準備的な治療行為よりも義歯を製造し、その製造した義歯を口腔内に装着する行為、その行為の結果たる咀嚼能力を回復するという点から、契約全体の内容をみ、そこから、つまり目的との関連で結論を導き出していることがわかる。

次に上記の請負契約とする構成に対し、雇傭契約説に立つと、どのように義歯補綴処置行為の全体が構成されるかをみることにする。

(b) 雇傭契約説に立つ判決例

(i) オフエンブルクラント裁判所 (NJW 1959, 817) 被告(歯科医)が原告(患者)に上あご、下あごの両あご用の義歯を製造した事案。原告は予め二二DMをその仕事に対する報酬として支払つた。だが義歯製造後まもなく何度もその義歯を改良したが、原告のあごに合わなかつた。そのため、原告は義歯を返還する代わりに二〇〇DMの返還を要求した。

それに対し被告はあごの状態が不都合な場合、治療の結果の成否は患者の忍耐と協力にかかつているが、本件の患者はそのどちらもしなかつたと主張した。だが区裁判所は被告を請負契約の趣旨に従い敗訴させ、本判決も被告からの控訴を棄却した。理由として歯科医の活動は純然たる治療行為であり、医師の努力そのものが中心になつており、単に技術の給付である義歯を製造することは重要ではない。従つて歯科医と患者の間の法律関係は義歯の製造の場合には雇傭契約と考えられる。患者のあごに正確に合い、しかも機能を果たす義歯を製造することは非常に困難な仕事であり、このことは患者も知つている。従つて医師が結果を保証することが原則と考えるのは真の利益状況を考慮していない考えである。被告の治療をこれ以上受けたくないという拒絶は第六二七条にいう、理由なく有効になしうる雇傭契約の解除に当る。また被告は契約に違反した行為により原告に解除原因を与え、解除により従前の給付は何ら原告にとつて利益とならなくなつたのであるから、被告は報酬請求権を有しないことになる(六二八二文)として被告敗訴。本判決は雇傭契約と解すれば、給付された労務に応じて報酬請求権が発生するのが通例であるが、義歯製造に瑕疵があり、患者に何ら利益がない場合には医師に報酬請求権が発生しないとした点で注目すべきものである。

(ii) オルデンブルクラント裁判所 (MDR 1962, 129 N. 47) 事実関係は不詳。請負契約説によれば、契約の対象となるものは義歯の製造つまり歯科医の行為の結果であつて、行為そのものが契約の対象になるものではない、少くとも患者の立場からみて、義歯の製造及び義歯装着行為並びに治療の場合には義歯の製造が重要であるとされる。だが歯科医と患者との関係を二面的に義歯の製造からみることはできない。専門に義歯を製造することが重要であるばかりでなく、それ以上にあごに義歯を装着し、口腔に合うように時には義歯を修理せねばならないこともある。少なくともこの後者の治療行為は雇傭契約の規定の領域に入り、真

正な治療行為である。オープンブルクラント裁判所 (11) と同様、本判決も歯科医の給付は治療行為であり、その際、医師の努力そのものが重要であるとして、雇傭契約説に立つてゐる。

(iii) プレーメンラント裁判所 (NJW 1965, 201 Nr. 8) 事実関係は不詳。区裁判所は義歯補綴契約を請負契約としたが、本裁判所は雇傭契約説に立ち、第六二七条、第六二八条により重要な理由なく、原告(患者)は解除できる結果、被告(歯科医)の積極的契約侵害を必要としなると判示した。製造物(義歯)の機能を歯科医又は技工士が保証すると考えるのは、あごの咀嚼能力を決定的に左右する生理学上及び心理学上の要因は患者の側のみであるのであって、これらの要因に歯科医が立ち入ることはできないとする歯科医学を無視する考えである。従つてこれらの不確定な要因が存在するにも拘らず、義歯補綴処置の結果を歯科医が保証せねばならないということは、歯科医に要求できない。以上により被告は実際行なつた給付に見合う報酬請求額のうち、健康保険の支払つていない部分の報酬を請求できると判示した。

(c) 上記請負契約説及び雇傭契約説に対し、雇傭契約説に請負契約説を折衷させ、義歯の製造・装着行為に請負契約の瑕疵担保の規定を準用する説が存在する。この類型に属すると考えられる判決例を二件紹介する。

(i) ヴッパーターラント裁判所 (NJW 1965, 349) 事案は義歯の製造及び義歯を装着することに關するものだが、事実関係は不詳。医療契約は医療労務をなすことと並んで、副次的に別の給付、つまり義歯の製造と義歯を装着することがその内容となつてゐる。従つてその意味で歯科医の行為そのものが契約の対象となつてゐるわけではない。義歯の製造と義歯の装着という点で、歯科医は、一定の仕事の結果を発生させる義務を負つてゐるため、なくなつた歯の代りになる義歯を製造し、装着

医療契約の法的性質

する場合にも危険を負つてはいるが、一定の結果が発生することが重要である。患者は義歯装着では瑕疵担保の規定による瑕疵除去請求権及び瑕疵担保請求権(六三三)の行使に限定されてくる。一方歯科医は報酬請求権(六一一、六一二)を有することになる。

(ii) 連邦通常裁判所 (NJW 1975, 306) 義歯の製造及び義歯を装着する契約の法的性質について、上告審で初めて争われたケースであり、注目すべきものである。歯科補綴契約を雇傭契約と解した点では前掲(i) ヴッパーターラント裁判所判決と同じだが、義歯製造行為のみについて請負契約の瑕疵担保の規定が適用されたとした点で異なる。事案は歯科医(原告)が患者(被告)の歯を若干抜歯し、上あご総義歯と二本の下あご義歯を製造し、両方を口腔内に装着した。その時、下あごの義歯は金冠で固定した。患者が胃炎にかかるのと時を同じくして歯冠は青に変色した。患者はそのため別の医師に新しい義歯を製造させた。前の医師は一六〇〇DMの報酬内訳義歯代二〇〇DM、歯冠費四〇〇DM、抜歯一〇〇DM)を患者に請求した。しかし患者は歯冠として用いた金に禁制品が混入していたこと及び正しく義歯が合わず、不完全であつたため、一六八〇DMの損害が発生したと反論したのである。

連邦裁はこれにつき歯科医の主張を全面的に認容した。その理由は歯科補綴契約は原則として雇傭契約である。というのは、歯科医の行為は原則的に高級な労務であり、医師は通常、患者を専門的に治療すること(医療行為)を約束してはいるが、期待した結果、つまり患者の全快を約束してはいない。だが一方、特に歯の治療行為がなく、義歯を専門に製造する場合に限り、請負契約に關する担保の規定が適用される。

本件で行なわれた抜歯は治療行為であり、請負契約の対象にならないため、請負契約の規定は適用されない。義歯を専門に製造することは何ら治療行為ではなく、この義歯の製造と関連したもう一つの仕事は、義

歯を口腔内に装着することであり、この行為は義歯の製造に対して、高級な職務遂行としての治療行為に入る。この治療行為によつて希望した結果が生ずるか否かは医師の行為のみでなく、患者の肉体と精神の特質にもよるため、準備行為の目的（口腔等の消毒、抜歯、欠陥の補綴整形等の行為）は、治療より発生する結果にあるということは認められない。義歯を口腔に装着することは義歯を専門に製造することよりも重要であるため、技工士の仕事は歯科医の行為に従属する。ゆえに義歯治療行為は全体としてみれば、雇傭契約であり、義歯の製造行為に対しては請負契約の瑕疵担保に関する規定が適用される。従つて歯科医は第六三三条以下により、無過失でも義歯の製造に対し責任を負わなければならない。歯冠を装着する行為にも上記の内容が妥当する。また被告が別の医師に新しい義歯を製造させたことが治療契約の解除に該当し、第六二八条第一項第二文により医師が、契約違反の行為により患者に対し解除の原因を作つたか否かの点については、医師側に過失がないので、医師は解除の原因を患者に与えなかつたと解している。

以上で判決例を概観・紹介したのであるが、次に学説を紹介することにする。上記の連邦通常裁判所の判決によりいわゆる折衷説が判例上確定したように思えるが、学説上はラレンツ、エッサー等に見られる如く、それに対する反対説も依然として強く主張されている。

2 学 説

(a) 請負契約説 エッサー、パラント⁽³⁾、バルニケル⁽⁴⁾が主張する見解であるが、前二者は結論のみを挙げるに止まるため、ここではバルニケルの見解を紹介する。

バルニケルは前掲連邦通常裁判所判決 (c) (iii) に対する批判の中

で、同判決は医師の、この場合は歯科医の行為の本質と目的とを十分考慮していないとする。目的との関連からみて、歯科医の任務は成功するにせよ、失敗するにせよ、患者を直す *heilen* ことであり努力によつて結果を惹起すること、つまり少なくともこの結果を期待して活動する、法律的に言えば、仕事の結果 *Werkertolge* を手に入れようと努力することであるという。

更に、個々のケースで治癒という本来の結果を確信して治療行為を行なう。なぜならば、初めから結果が危くとも医師たる者は治療行為を行ない、努力するものである。医師の治療するすべての場合において、治癒されないとしても、歯科医は結果、つまり患者の全治へ向けて努力するのであるから、そのような医療契約においては請負契約が想定される。請負契約の場合も高級な労務の提供（雇傭契約）の場合も、共に信頼関係が前提とされ、その特質とみられるが、歯科医の行為は結果を信じて治療する点で決定的特質を有するが故に、すべての場合にわたり請負契約と考えられるとしている。

以上のバルニケルと共に、ヤコブスも前掲連邦通常裁判所の原則的に雇傭契約説に立つ考え方（本稿では折衷説に入れてはいるが）を批判し、歯科補綴契約は請負契約説でも十分解決できるとして次のように説明する。

彼はまず歯科医の仕事 *Arbeit* と外科医の仕事とを対照させて、手術の実施を目的とする契約の法的性質の点で一般に認められている内容は、手術が包括的な治療行為の一部ではなく、医師の治療契約そのものであるとする。手術は通常歯の保持、抜歯、義歯の製造・

装着を目的とする普通の歯科医の活動よりも直接的な意味で治療行為と考えられる。なぜならば、整形美容のための手術は別として、手術による肉体に対する干渉行為 *Eingriff* は通常既に発生した病気の治療を目的とするからである。しかし外科医の活動も歯科医の活動も共に、治療によつて期待した結果が得られるか否かは、歯科医（外科医）の技術に依存するのみでなく、患者の肉体の状態及び心理状態にもよるのである。連邦裁が上述の内容から結論づけている通り、歯科医と患者とが期待した結果が治療契約の目的となるのは特別の事情がある場合（特約等の存在）であり、外科医と患者との関係についても同じことが妥当する。だが、病気の治癒・発病の防止が治療の目的であるとしても、それは第六三一条以下で義務づけられた結果とはなしえない。外科医の引き受けられる結果は、治癒・発病の防止よりも狭く、外科医は技法 *lege artis* により実施した盲腸の切除、手足の切断、器管の移植を約束する。故に病気の治癒を約束しないが、結果の発生を約束する。現実には患者が発病から回復し、病気にかからないようになるのは主として外科医の行為のみによるものではない。

第六三一条以下の規定する結果を以上の如く結論づければ、歯科医の行なう歯の保持、抜歯、義歯等の歯科補綴行為についても、その結論は妥当する。従つて外科医の行なう手術も、歯科医のなす行為についても、その契約内容は共に高級な労務給付 *Dienstleistung* とされるが、結果発生をめざす労務は第六三一条以下の適用される仕事の給付 *Werkleistung* に入らぬ。

医療契約の法的性質

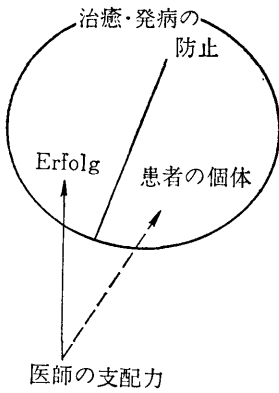
次に歯科医の仕事の問題に関していえば、上述の如く連邦裁の判決内容は義歯の製造に対し患者の健康状態（肉体及び精神状態）は歯科医の労務給付に何ら影響がないとしている。だが、歯冠の製造と歯冠の装着、義歯の装着、さらに他の歯の治療、抜歯に至るまでの歯科医の仕事では、患者の肉体及び精神上の状態が治療の結果に影響しうるとヤコブスは考えている。そのためこの点に連邦裁の判決とヤコブスの見解との相違がみられる。歯科医は患者の肉体及び心理上の状態が及ぼす影響を全く排除できるわけではないので、過失を犯した歯科医はその責任を負うことになるが、義歯の製造は患者の性質（肉体及び精神上の性質）に影響されないもので、当然別異に解さなければならぬことになる。

義歯の製造、義歯の装着、歯の保持、抜歯という実行為は請負契約で義務づけられた結果であるとする、瑕疵ある *fehlerhaft* 治療行為の責任を歯科医は負うことになり、過失の証明がなくとも、瑕疵の除去、契約解除、報酬の減額並びに有過失の場合には損害賠償責任をも負うことになる。

請負契約の規定を適用する場合には、患者が歯科医に対して負う報酬支払債務は主として前掲連邦裁のケースで考えると、歯冠の性質と歯冠を装着することが瑕疵 *Fehler* に該当するか否かによる（六三三―）。連邦裁はこの瑕疵の有無の問題に立ち入つてはいないが、本件の歯科医の製造した義歯に関していえば、それは契約に適合して製造されており、歯の変色と胃炎にかつた原因は歯科医の仕事の瑕疵にあるのではなく、患者の肉体上の状況に帰因するも

のであり、この肉体上の状況を歯科医はコントロールないし左右することもできないものである。

一般に歯科医と患者との契約が、請負契約なのか、雇傭契約なのかを決定するメルクマールは高級な労務の提供が対象とされているのか、あるいは製造物の給付が対象となつていのかによるのでもなく、当該の労働の価値が高いのか、低いのかによるのでもなく、契約の内容、つまり労働そのものが対象とされているのか、労働の給付による結果の惹起が対象とされているのかによるのである。歯科医というものは労務の提供のみを目的としていのではない、結果を惹起することを約束しているのであつて、そのために歯科医の治療行為については一般に、請負契約が締結されていると考える。連邦裁は歯科医の治療によつて惹起することを約束しているのは限られた結果であることが全く理解できなかったため、当該の歯科補綴行為に雇傭契約に関する規定を適用したのであると批判している。



以上のヤコブスの

論述の展開は次のように総括できよう。

第六三一条以下で

規定する **Erfolg** 概念を、病気の治療・発病の防止という狭いものとするのではなく、**Erfolg** を広

く解している点に、彼の特徴があるといえる。患者が病気から回復し、発病しなくなるのは医師の行為によつて発生する結果のみによるものではないが、その主な要因になつていいる。もう一つの要因として患者自身のもつ個体という点が挙げられている。つまり結果 **Erfolg** 病気の治療、発病の防止という考え方を否定しているのである。彼のいう結果に対しては医師の支配力が及ぶが、患者の肉体上及び精神上の状況に対しては医師の力が及ばない領域であるという点は注目に値するものである。試みに図示してみれば、上図のようにならう。

(b) 雇傭契約説 ラレンツを中心として主張されている学説であるが、彼はその理由を詳論していないため、ここではデーリング⁽⁷⁾の見解を代わつて紹介する。

デーリングによれば、歯科医による義歯補綴処置に雇傭契約の規定と請負契約の規定とを相互に適用することはできず、病気に対する治療・治療行為を分けることはできないという。病気の治療に当る歯科医の個々の労働給付は逆に全体が関連し合ひ、相互に依存関係にある。従つて義歯の製造はもちろん不必要とはいえない。義歯の製造は治療と直接関係がなく、それは口腔へ装着するための準備行為であり、材料(義歯等)を装着することによつて回復されていない損傷を除去することが重要であるという考えは適切ではない。義歯を装着するための準備をすることによつて、歯が直つたのでもなく、治療が完了したわけでもない。

義歯は治療するための本質的手段ではあるが、独立の意味をもつ

ているわけではない。決定的に重要なことは歯科医が歯科医学の知識に基づいて行なう行為全体である。義歯の製造か請負契約の性質をもつ限りで、請負契約の規定が適用されるが、法的に全体として雇傭契約の規定が適用されれば、請負契約の規定のカバーする領域は、雇傭契約の規定が適用される範囲に吸収される。それは雇傭契約の規定で定められている内容が主要な契約内容だからである。つまり虫歯で残つた歯（基部）に対する治療行為を内容とする雇傭契約のみが存在するのであつて、雇傭契約と並んで請負契約を考える余地は全くないとする。

(c) 折衷説 折衷説を主張するヴェスター⁽⁸⁾によれば、医療契約、特に歯科医と患者との間の義歯補綴処置契約の法的性質は次のように解釈される。人間の肉体の一部がないために生じた負担を除去したり、肉体そのものに治療ないし干渉行為を行なう場合には、医師ないし歯科医は専ら治療を目的として活動している。しかし肉体の一部を材料と取り換える場合には事情が上述の場合と異なる。この場合は肉体の治療が問題とされるのではなく、肉体の欠損による現在の機能停止をできる限り調整するために、欠損した肉体の一部に代わりうるようなものを製造することが重要なのである。

しかし義歯を装着する場合には、準備行為が欠くべからざるものであり、この準備行為は医療の雇傭契約の規定の適用される領域に属するものと考えられる。理由はこの治療の場合には人間の肉体が中心に据えられるからである。従つて準備行為は治療行為である。なぜならば除去しえない障害（歯のないこと等）が存在するにも拘ら

ず、適切な義歯を用いて疾病（障害）の影響（器管の損傷によつて生ずる運動能力の喪失、咀嚼能力欠如による萎縮や他の疾病の発生）から肉体を直すために、肉体を治療するからである。虫歯で残つた歯（基部）が完全に効果を發揮することは保証されておらず、さらに基部が長く役に立つことも、その基部にブリッジないし義歯を固定することも保証しえない。

しかし義歯の製造は純然たる専門家の仕事＝作業であり、難しさの度合（製造上の）により多少ともランクがある。もちろん人間の肉体に対する治療とこの義歯の製造とは直接関連し合う。義歯の製造の場面においては人間の肉体に合わせて歯型の寸法がとられる（石膏模型などを用いて）。この仕事には典型的な医療契約上の医療活動 *ärztliche Tätigkeit* は存在しない。というのは寸法取りの正確さは保証できるし（不確定な要素がないため）、どんな職人もその領域では寸法を人間に合わせて取る時は、正確さを保証せねばならないからである。従つて義歯の製造者及び技工士は請負契約によりその作業の結果を保証せねばならない。このことは義歯を技術上不完全に製造した場合のみではなく、体に装着する場合にも妥当し、不完全な場合には義歯を變更ないし製造し直さねばならないことになる。歯科医がブリッジを装着するために欠陥のある歯やあご、口腔を初め消毒し、準備行為をする時には雇傭契約の規定の枠内で医師として活動し、この準備行為が完了すれば、職人として活動し、あるいは助手として職人を用いる。次に義歯を装着する行為と事後処置とが行なわれる。この場合、歯科医は義歯によつて治療上の治療

という結果を保証する必要はない。歯科医は製造物に欠陥があれば、その責任を請負契約の規定によつて負わねばならないのは当然である。

従つて以上の論述から歯科医の行なう義歯補綴処置の場合には、常に雇傭契約の規定及び請負契約の規定が並存して適用されることになる。この二つの規定はそれぞれさざわしいはつきりな区別できない適用領域をもつ。ウェスターによれば、雇傭契約の規定と請負契約の規定の中、どちらが重要だとも言えず、統一法を適用させることも誤つていとされる。その中で請負契約の規定が適用される義歯の製造過程は法律上重要でない付属物又はそれ以外の枝葉末節のもの（たとえば虫歯の中に詰め込まれた充填物等）と考えることはできない。なぜならば義歯の製造費は治療費をはるかに上まわるからである。

以上のウェスターの見解を要約すれば、肉体に対する直接の治療ないし干渉行為を伴う行為には雇傭契約の規定が適用され、治療ないし干渉行為を全く伴わない行為（義歯の製造等）には請負契約の規定が適用されるため、後者についてはその結果を保証せねばならないということであり、区別のメルクマールは肉体に対する干渉行為の有無にある。

(1) 以下の区分は NJW 1975, 305 に依つていふ。

(2) シュターデラント裁判所 (MDR 1968, 494) もほぼ同趣旨の解釈により雇傭契約説に立つ。

(3) Esser, a. a. O., S. 145, Palandt-Putzo, BGB 32 Aufl., Einl.

vor §611 Anm. 2a bb.

(4) Barnikel, W., NJW 1975, 592.

(5) Jakobs, H. H., NJW 1975, 1437. 同 Lauf, A., Arztrecht 1977 (NJW-Schriftreihe 29) 47 前掲連邦裁判結論を参照せよと主張す。

(6) Larenz, K., Schuldrecht II, 11. Aufl. 1977 §52 I. 他 Below

K-H, Bürgerliches Recht/Schuldrecht, Besonderer Teil 1978 S. 105; Fikentscher, Schuldrecht 1976 §79 I.

(7) Döring, NJW 1956, 1640.

(8) Wuster, NJW 1957, 698.

三 結 語

歯科医による義歯補綴処置の法的性質について、西ドイツでの判決例及び学説に関して概観したわけであるが、ここでは議論が日本のそれに較べて細かく、かつ実情に則した解釈・解決を求めようとしている点が注目されよう。

つまり歯科医による義歯補綴処置といつても、その前提たる準備行為、たとえばしばしば例として挙げられた消毒、虫歯の除去、歯の保持、基部に対する治療行為、次に技工士ないし歯科医の義歯製造行為、さらに義歯を患者の口腔内に装着する行為という三つのステップに分けることのできる一連の行為から成り立つものであるというのが実情である。この三つのステップは相互に依存し合う面を持ちながら行為のそれぞれについて、その法的側面を問うていくことが筋であり、また実際にもかなうものと考えられる。

第一の準備行為についてみると、これは明らかに肉体に対する干渉行為を伴うものであり（患者の肉体及び精神状況と密接に関連し合う）、医師は専ら治療を目的として行為するのであるから、治療行為と考えられ、一定の行為を医療水準に従つて行なえばよく、雇傭契約の規定の枠内にある。一方、結果の達成まで要求することは医師の支配力の及ばない面があるため、過大の要求と思われ、請負契約の規定の適用される場面とすることはできないものである。

次の入歯ないし義歯の製造の段階は、患者の事情が直接関連しなくなり、医師の支配力の及ぶ場面とされるため、患者の肉体に合う入歯ないし義歯を製造するよう医師ないし技工士に要求することはさして難しいものとは言えないであろう。ここでは患者の口腔に合う入歯ないし義歯の製造という結果が前面に出てくる場面である。従つて請負契約の性質をもつゆえ、請負契約の規定が適用される。

しかし製造された入歯ないし義歯を患者の肉体内（基部やあご等を含む）に装着することは、患者の肉体に対する干渉行為を伴うゆえ治療行為であり、従つて準備行為と同列のものと考えられるため、雇傭契約の規定の領域に入るものとされ、雇傭契約の規定が適用されることになる。

このように全体の歯科医による入歯ないし義歯の製造及び口腔内にこれを装着する行為を三つのグループに分ける理由としては、各々の場面で治療費が異なるという点も見のがせない側面である⁽¹⁾。もちろん一つ一つの行為を各々分けてしまつては意味がなく、それぞれが密接に結び合う一つの治療行為を形成し、それが一つの目的を

持つていることは是認できるが、結果＝治療、全治というのはあまりにも医師側に要求しすぎるものであろう。かといつてヤブコブスというように結果とは治療そのものとするのではなく、全治という結果を発生させようとする行為と解するのは技巧にすぎない。上記のように一口に治療行為といつても、個々の行為で費用の高低のあるものゆえ、それを反映させるように考えたいのも妥当と思う。

西ドイツでの議論と対比させて、日本での医療契約の法的性質の問題を考えると、前述の準委任契約説が多く支持されている主な理由は次の点にあると思われる。(1)ローマ法が医療契約その他の高級勞務提供行為を無償委任としていたことから来る沿革上の理由、(2) (1)に関連して雇傭契約は勞務者が一般に使用者に從属し、その指揮命令に服するという内容の契約であり、医療契約にはこの從属性がなく、医師は患者から独立しているという事実があるため、雇傭契約を採用できないという点である⁽⁴⁾。

しかし(1)の理由は前述のごとく（第一節）、当初より有償委任契約と観念するならば、別の有償契約を前提にして、その契約に沿つて考えた方がよいこと、(2)の雇傭契約の特質とされる從属性の問題は、むしろ西ドイツでいわれている從属性のない雇傭契約という觀念により解決できるように思われる。また日本においても雇傭契約の内容たる勞務には高級勞務をも含めており、一方が他方に從属し、勞務者に精神の自由がないということは当初より否定されているのである。従つて雇傭契約説を日本においても採用できると考える⁽⁷⁾。

医療契約の法的性質の問題は報酬請求権の発生要件という問題に

反映することは前述した(第一節)。つまり委任契約説によれば、「委任履行ノ後」に報酬請求権が発生するため(六四八II)、履行内容の如何により報酬請求権の発生の有無が定まることになる。その内容は当事者の契約の解釈によつて決められる。しかし私見の雇傭契約+請負契約という折衷説によれば「其約シタル労務」終了後に報酬を請求できる(六二四I)結果、労務が給付されれば、労務者は報酬を請求できるのである。この点において委任契約説と雇傭契約説との相違がみられる。また単に労務を提供しさえすればよい雇傭契約と異なり(歯科医療契約に則していうと)、請負契約の場合には義歯製造の結果、その義歯装着により咀嚼能力が回復されるという結果が発生しなければ、報酬請求権は発生しないことになるのである(六三三、六三三)。従つてこの点に関しては委任契約説と同一の結論に至ることになる。

医療契約の法的性質の問題は、医師の責任の問題、つまり契約義務違反及び証明責任の問題にも波及し、その結論に差異を生じさせるものと考えられる。これらの問題については今後の検討の対象にすることにし、本稿をそれらの問題への緒論としてひとまずここで終えることにする。

(1) 一九七九年九月の慶應義塾大学民法研究会の席上ハナウ教授 Peter Hanau は義歯製造費は他の治療費に比較し高価なので、各々の行為を分けて論ずることを提案しておられた。この点からもわかるように費用の面も見落とすことのできない側面である。

(2) 日本では従来より準委任契約説、無名契約説(清水兼男・診療過誤と医師の民事責任・民商法雑誌五二巻六号四頁、谷口知平・植林弘・損

害賠償法概説二七五頁)と見解が分かれている。しかし一般の医療契約を雇傭契約あるいは請負契約そのものと見る者はいないようであり、この点では西ドイツでこの問題をめぐる状況とは異なり、フランスの状況と似ているといえよう。

(3) 西ドイツでは雇傭契約を、医師と患者間の契約のような従属関係のない、相互独立の雇傭関係と一般に労働法の適用される従属関係のある雇傭関係に二分して論ずる状況があり、前者の意味でいう雇傭契約関係という面をこの法的性質の問題との関連で強調する。

(4) フランスにおいては雇傭契約は従属性のある内容の契約とされているため、雇傭契約説は一般に採られていない。

(5) こう解しても、有償委任契約説と雇傭契約説との結論の差異は報酬請求権の発生時期に現われるものと思われる。但し特約のある場合ないし六四八IIによる六二四II準用の場合は同一の結論になることはもちろんである。

(6) 民法修正案理由書第三編第二章第八節雇傭の前注及び第六百二十二条の理由参照。

(7) 代診の問題は雇傭契約説によると、他の者が代わつて診療行為を行なつても患者にとつて何の影響もない場合に承諾を拒絶するのは患者の権利濫用と解するか、または明示・黙示の同意があるものと解される。報告義務の問題は労務者も行為に関して善管注意義務を負い、従つて当然報告義務を負つているので、委任の場面と同一に解し、逐一事務処理の状況まで報告する必要はないと考える。

(8) 当事者双方の責に帰すべからざる事由によつて委任契約が終了した場合には、受任者は既履行分の報酬を請求できるという面では雇傭契約とに差異がない。

(9) 請負契約の規定には担保責任が特に定められている(六三七以下)。

(10) 医師のいわゆる説明義務 Aufklärungspflicht は一般に西ドイツ

では不法行為責任の場面で論じられてくるようだが (52. DJT I/A 中の報告者 Hans Leo Weyers の報告参照)、日本では契約上の義務内容と解する判例も見られる (福島地裁会津若松支部判決昭和四六年七月七日判例時報六三六号三四頁、前掲札幌地裁判決。説明義務の法的位置づけの問題も今後残された課題である。ちなみに唄教授によれば、説明義務が不法行為のみならず、契約上の義務の内容とも解されているようである (唄孝一・医事法学への歩み一一頁以下、七四頁以下)。

(一九八〇・四・二九)