

福岡工業大学 機関リポジトリ

FITREPO

Title	治療行為における同意に関する判例理論の形成(1)－フランスにおける患者の自己決定権の研究－
Author(s)	大河原良夫
Citation	福岡工業大学研究論集 第38巻第2号 P239-P259
Issue Date	2006-2
URI	http://hdl.handle.net/11478/827
Right	
Type	Departmental Bulletin Paper
Textversion	publisher

Fukuoka Institute of Technology

治療行為における同意に関する判例理論の形成(1)

——フランスにおける患者の自己決定権の研究

大河原良夫 (社会環境学部)

Formation of the Judicial Precedent Theory about the Consent Principle in a Medical Treatment Act (1) — A study of the Personal autonomy and Consentement éclairée of a patient in France —

Yoshio ÔKAWARA (Faculty of Social and Environmental Studies)

Abstract

When a patient's consent (consentement) is given to a certain act, can a doctor perform acts that exceed the consent? The loss of authority on the part of the doctor poses a problem with regard to the principle of informed consent (consent principle). When in the course of the intervention to which the patient had given consent, a change or expansion of an operation is performed, or another operation is needed in the face of a new situation not expected by the doctor, the question arises as to whether that operation in fact turns into an operation without consent. There are two directions in judicial precedent that have contributed to forming the principle of informed consent concerning this problem. The first involves initial judicial precedents, and requires that an intervention must be interrupted until a surgeon obtains a new consent from the patient, strictly adhering to a consent principle. The second direction of precedent is the position that accepts a continuation of the intervention according to the new situation, when a surgeon has determined that it is medically the best solution.

Keyword: *consent principle, personal autonomy, informed consent(consentement éclairée), Intervention, urgency(urgence), necessity(nécessité), risk(risque)*

患者の同意 (consentement) が、ある行為に対して与えられた場合、医師はそれを超えて重大な行為をすることができるか。インフォームド・コンセント (consentement éclairée) 法理 (同意原理) について、問題となるのは、このような医師の無権限処置である。フランスにおいて、とりわけ初期の判例でこの問題がもっとも先鋭な形で議論されるのは、患者が同意を与えていた侵襲 (手術・検査) 中に、医師が予期していなかった事態 (surprise) に直面して手術の変更・拡大が行なわれるとか、別の手術が必要になる場合、そ

の手術は同意なき手術 (専断的治療行為) にならないかという点についてである。このように、侵襲中の侵襲変更・拡大ケースにおいて特に、同意の対象範囲いかん、同意の個別性いかんが問題となるので、本稿では、そこでの議論・論争を通じて、インフォームド・コンセント (同意) およびその射程・限界の問題を論じ始めることにしたい。最近、治療における患者の同意原理について、「ハーフトーンの基本的自由」であるとか、医師の「患者の意思の尊重義務は、限定的なものか?」など、その限界が指摘されている。

インフォームド・コンセントの法理 (ここではまず「同意」原理を扱うが) の形成史は、フランスでも、

初期判例で、どのような形で何を患者に教示すべきかという問題よりも、まず、医師は治療する際、患者の意思（同意ないしは拒否）を考慮すべきかという問題が先行し、なかでも、同意の射程（範囲）を越えて、あるいは、患者の意思に反して（または拒否に反して）、治療や手術を行なうという医師の専断的治療行為（無権限処置）が問題となった。そのように、判例形成の自覚的萌芽期を経て、その後、同意を得る義務が形成され定着し、そこに新たに説明義務が加わり、同意と説明が一体になったインフォームド・コンセントが法理として確立し展開してゆくことになる。このようにして、判例によって形成されてきた「同意と説明」に関する一般法理は、さらに、その例外設定の法理、各医療行為ごとの特殊法理などの形成にも強く影響を及ぼしつつ、その一方で、法律は、これを強化する方向（患者の権利法等）と弱化する方向（臓器移植法等）とを共存させてゆく中で、それらを統合・整理してゆくのである。立法は、判例を後追いで取り込んではいないが、判例も、自らの先例にしばられつつ、立法に追いつかないという抜きつ抜かれつの状況にある。

1 初期判例における同意原理の形成

——侵襲中断の法理

同意の対象範囲・個別性（限界）の問題について、インフォームド・コンセントの法理を形成してきた判例には二つの流れがある。第一の流れは、とりわけ一部の初期判例（1940年代から50年代）であり、原則として患者の新たな同意を得るまでは侵襲を中断しなければならないとして同意原理を厳格に墨守する立場であり、その意味で自己決定を徹底・貫徹させるものと言えよう。第二の流れは、その他の多数の判例であり、外科医が医学的に最善な解決であると信じて決定した場合、新しい事態に応じた侵襲の継続を認める立場である。ここでは同意の射程を拡大するか（同意の効果の延長）、さらには同意（ないし説明も）を要しないとすることになるので、それを正当化する法的構成が必要とされるが、それはさまざまであり、後に研究対象となる「同意の免除・限界（ないし説明の省略・程度）」の問題に連なる。

本稿では、まず、第一の流れにある判例の中でも、同意原理をもっとも典型的に表現し、この流れの判例を代表する事例の紹介から始めて、その実証的研究を開始することにしよう。

【1】 上腕悪性腫瘍誤診後橈骨神経切除（左腕機能喪失）

●Cour d'appel de Douai（以下地名のみ）10-7-1946, Bournoville c. Gossart, JCP.1947.II.33374, note Coste ; GP.1946.2.151 ; S.1946.2.121, note Rabut ; RTD civ.1947.54 ; D.1946.2.151 ; D.1946.351.

Gは、年来、薬指と小指に感覚障害(troubles sensitifs)があった。左上腕部の腫れ物について、リールのB博士の診察を受け、検査後、肘関節神経を圧迫する悪性腫瘍と診断された。Gは、Bが「単純(な手術)で、すぐに使えるようになる」(simple et sans lendemain fonctionnel)というので、安心して左前腕の腫瘍除去を同意した。ところが、手術中に、当初の診断とは違って、橈骨神経(nerv radical)のなかに拮がって分難抽出しにくい腫瘍であることが判明した。当初とは違う侵襲の重大性・結果等をGに知らせることなく、即時この腫瘍を一括切除した。このとき神経移植は同時に不可能であった。Gは翌日、左腕喪失という重大な結果を知り、Bのイニシアティブ(独断専行)を非難した。数ヶ月後、パリで神経移植のための新たな外科的侵襲等を受けたがよい結果は得られず、結局、Gは、橈骨神経を切除したことによって、左腕が使えなくなるという典型的(類型的)橈骨麻痺となった。

(原審 T. civ. Lille)

鑑定によれば、手術中の予期していなかった悪性腫瘍の発見に際して、Bは侵襲を中断して、Gに摘出の帰結を教示し同意を求めた後に、摘除を延期するのが望ましかった。Bの手術条件の中では、神経摘除は、予想されていなかったのだから、手術と同時に移植を行うことは、不可能だった。被告Bに20万フランの損害賠償金支払い命令。請求認容。

(二審)

Bの主たる上訴について——責任原理について

a) 事実について：

外科的侵襲について、鑑定人によれば、所定の手術方法(règle de l'art)に即して行なわれた。即時移植を妨げた診断の誤り(erreur de diagnostic)について、腕の関節強直(まひ)を避けるための移植は、真の診断が手術中になされ、また、G氏は同意なき手術の重大な結果について相談もなかったことに不満であり、あえて新たな二回目の

侵襲のため同じ医師に身を委ねなかったのだから、これをそのときに行なうことはできなかったのは、鑑定により明らかである。

b) 法について：

患者或は患者がその権限の下にある人 (personne) の同意は、法的に、あらゆる外科的侵襲の前に、これを得なければならない。この義務が人間の自由 (liberté humaine) の尊重に基づくものであるからである。医師は、患者にその行なう手術或は治療のリスクを知らせる義務を有する。侵襲中に、またそれが可能とした所見 (constatations) を利用して、患者の生命にとっての必要ないし緊急性が医師 (praticien) に明らかである場合でなければ、このことは別異たり得ない。患者の同意を得る義務は、重大な後遺症 (suites) を引き起こす手術を行なう場合遵守されねばならない。

B博士は、緊急性の何らない手術を続行せず、橈骨神経を切断する (sectionner) 必要性、その切除 (résection) のもたらす危険や帰結をG氏に開陳 (exposer) し、この腕 (membre 肢 (体)・手足) の機能喪失を招きうる手術への同意を得るため、これを延期する義務があった。

本件では、腫瘍の即時切除 (ablation) をする絶対的緊急性も必要性もなかった。鑑定人が……示している以上、何ら医学的技術的観点から延期を妨げるものはなかった。したがって、G氏の同意を求めることをしなかったことによってB博士はフォートを犯したことは明らかである。

c) Gの付带的上訴と損害賠償について：

損害は、同意なき外科的侵襲が構成するフォートの直接の因果関係 (dépendance) にある。それなしには手術のリスクは実現されなかったであろう (から)。したがってGは、受けた損害の賠償を主張する正当な理由をもつ。……

(Gの腫瘍は、Bの手術を受けなくとも後に腕の機能障害を来さないという立証がないが、B博士に諸結果の責任を全面的に負わせるのが法であり衡平である。Gの受けた精神的肉体的損害等々を考慮すると、50万フランの損害となる。ただ、診療料3千フランの請求は認める。) (請求棄却、医師有責)

●Cass. civ. 27-10-1953 : Gossart : JCP.1953.II.7891 ; D.1953.658 ; GP.1954.1.148, note R. Savatier

上告 (pourvoi 破毀申立て) は、患者は腫瘍の切除には同意していたので、そのすべての結果を受け入れており、他のすべての外科医も同じ状況ではおそらく同じように行動したであろうし、要するに、如何なる医的フォートも取り上げえなかったのに、係争判決が、……外科医の責任を問うフォートを取り上げた点を非難している。

しかし、係争判決は、鑑定の結果に基づいて、侵襲は手術技法の全準則に従って (toutes les règles de la technique opératoire) 行なわれたが、腫瘍の即時切除を行なう緊急性も絶対的必要性もなかった、如何なる医学的或は技術的理由もその延期を妨げるものはなかった、と判示した。したがって、それがもたらすはずの、だがまだ検討はされなかった重大な諸帰結を患者に知らせ、かつ事情を知った上でその同意を得るために、その侵襲を延期するのが外科医の義務であった。

上告の主張するところに反して、係争判決は、このようなプロフェッションとしての一般的義務の不履行を根拠として、そこから、予め受容 (同意) してはいない、その侵襲の結果の責任を医師に対して負わせるフォートの存在を引き出すことができた。したがって、その主張には理由がない。(原審維持、医師有責)

破毀院判決は、手術は手技法に従い慎重になされ、診断にも誤りはないので、技術的フォートはないが、橈骨神経の切除は、同意をとっていないので、そのフォートを認め (しかもそれを、契約とは別に、それを超越する、プロフェッションとしての一般的義務として)、医師の責任を肯定した。損害賠償は、腕機能喪失によるものである。しかも、三審ともに同じ結論であった。つまり、緊急性 (urgence) と必要性 (nécessité) を否定し同意原理を厳格に適用して、侵襲中の手術野を閉じ、患者を目覚めさせて同意をとり、再手術 (神経切除) をしなければならぬ、としたのである。腕の「小さな腫れ物」の切除は、「単純 (な手術) で、すぐに使えるようになる」と説明していたが、腫瘍の本性を見るとそうではなかった。患者に相談なく手術を拡大し、その結果橈骨神経をも切除し腕の使用能力を喪失させた。そのとき医師が患者に相談していたならば、患者は、薬指・小指の

障害か腕の使用能力喪失かを選択することができたのである。《侵襲中の侵襲拡大》事例の典型例である。

本件は、侵襲中の手術をやめ、同意をとりなおして手術を再開すべきであるという要請であるから、やはり批判的見解も多く、少なくとも、医師の責任を軽減させるべきであると評される。破毀院判決であっても、それは原理の強調であって、実際の場面では、絶対的解決方法であると解さない方がいいのかもしれない (cf. J.-M. Auby, *Le droit de la santé*, p.322)。インフォームド・コンセントの、侵襲中の侵襲拡大ケースへの厳格適用はかなりデリケートな問題であって、手術を延ばすと危険であるとか、手術の必要性があったとかいう場合、確かに、同意をとらなかったという理由だけで、その医師を非難しにくい。逆に、手術の続行を中断し、必要な手術を延期した場合、新たな同意をとって手術をもう一度しなければならぬ上に、患者にとっても二重の負担となる。

手術中の侵襲拡大の問題も、緊急性と必要性が認められるか否かが、医師の責任を肯定するか否定するかの分かれ目となることが多い。後述するように、それが認められてしまうと、同意をとらなかったからといって医師の責任を問うことはできない、とするのが多くの判例である。(古くから、専断的手術は過失でないとする判例がある。cf. Liège 7-30-1890 : Deschamps c. Demarche, S.1895,2.237 et 887 ; DP.1891.2.281. Alger 3-17-1894, DP.1895.2.69 ; S.1895.2.237.)。むしろ、医師の責任を肯定するのは、特殊な例外的状況である (前稿、福岡工業大学研究論集38巻1号 (2005) 77頁, 58頁参照。美容整形について, cf. T. civ. Seine 25-2-1929 : époux Le Guen, GP.1929.1.424. 医学実験について, cf. Trib. civ. Seine, 1re Ch. 16-5-1935, S.1935, 2.202, note Desbois ; DH.1935.390 ; DP.1936. II.9, note Desbois ; RTD civ.1935.642, no.3. (Sur appel (confirmé par) Paris 11 mai 1937 : S.1938,2.71 ; JCP.1937,2.376, note R.D. ; D.1937,340.)。

批判的に評するラビュ (note Rabut) も、判決が同意原理を確認するのは、人 (personne humaine) の尊厳への敬意にすぎない場合が多いが、患者に重大な危険がある場合には同意原理は患者の利益 (intérêt) の前に消えうせるという。そして、手術中に診断とはちがった新たな事実を発見

し一刻の猶予も許さないという場合もこれに当たるといふ。ドイツ法にいう「ためらえば危険」 (*Gefahr im Verzug*) である。しかし、侵襲中の侵襲拡大ケースで、この考え方を容易に認めると、同意原理が逆に例外化してしまうおそれがある。

さらに本件では、神経切除に同意していなかったが、腫瘍切除には同意していたので、後者の同意に前者のそれを読み込むことはできなくなかったが (先例【5】)、そのような同意の拡大解釈はなされなかった。だが、緊急性 (urgence) は否定されたが、たとえそのように解釈したとしても、前者についての重要な説明が全くないことになりはしないのであるから、判決の言うとおりであろう。また、緊急の場合には説明もできない。ただ、ラビュは、必要性 (nécessité) の方は、いつかは神経を切らねばならなくなり、腕も使えなくなり、手術も必要となるのだから、考慮されるべきであって (「機会喪失」 (perte de chance) の判断をすべきであった)、医師の責任は軽減すべきであったと批判的である (note Rabut)。また別の評者 (匿名) も、医師の責任が、手術のフォートでなく、同意欠如による場合、「もし患者が侵襲を受けていなかったら……」ということも賠償責任の決定に考慮してはならないか、と批判している。

他方、コストは、判旨に賛成であり、医師の判断で手術を続行するのは、契約上の義務でなく (意思の一致はない)、必要性の名において契約外の行為 (一種の事務管理) を行なったのだから、不法行為責任 (民法1382条) 原理に従うべきであり、手術の中断は、患者に悪い結果をもたらすどころか、新たな手術で成功の機会をより多くもたらすことができる、としている (obs. Coste)。

次のケースも、原理を強調する立場である。

【2】骨肉腫誤診による右脚切断

●Angers 4-3-1947 : JCP.1947.II.3525 ; D.1948.J.298, note R. Savatier ; GP.1947,1.168

Bは、歩道で転倒したが、そのときは歩いて帰宅した。しかし、翌日午後激痛が右腿 (大腿部 femur) 上に走ったので、主治医X博士を受診したところ、マッサージとリユーマチ薬を処方された。その後、直立姿勢が困難になったとき、外科医Yによる放射線検査をしたところ骨の中ほどに腫れ

があるだけで骨折などは認められなかった。後日、XとYがBを歩かせてみたところ突然骨折した。この状態を前に二人の医師は大腿骨の進行性（悪性）腫瘍（tumeur osseuse du fémur）による特発性骨折（fracture spontanée）と診断して、B夫人に即時切断が不可欠と話し、同日脚を切断した。

（しかし後に）切断した脚の組織学的検査により、腫瘍でも骨肉腫（ostéosarcome）でもなく、骨疾患（ostéopathie）一般でもなく、整復（réduction）によって補強し人工補整具（appareillage）で治癒できる、転倒に原因する単なる「後発性の骨折（fracture à retardement）」（転倒15日後）であることが判明した。

この診断の誤りに基づき、Bは、①診断の重大な誤り②同意なき切断手術を主張して両医師に損害賠償（100万フラン）を請求した。

……

医学的研究報告や弁論に加えられた3つの鑑定、とりわけ……教授らの二つの鑑定は、後発性骨折の症例が、非常に例外的であることを明らかにし、訴訟における事実条件（conditions de fait du procès）において、主治医らが大腿骨の腫瘍と信じたのは合理的である。そう信じて即時手術を行なった行為は、新たに放射線検査をしても補足的な情報が得られなかったにしても、また生検が指示されなかったにしても、これは正当化される。以上により、X、Y博士は、診断の誤りを犯したが、この誤りは、フォートを構成せず、そのような理由で（de ce chef）彼らはいかなる責任も負わない。

しかし、脚を切断する前に、患者の同意は確保されなければならない。必要として提示された即時切断とそれを延期するリスクの間で選択するのは、患者である。それが有効な治療法であると考えていたならば、医師らは患者に切断を提案しなければならなかった、また、彼らがそうしなかったことはあり得ない、と鑑定報告書は言っているが、それは、彼らの義務は何であったか（彼らは何をしなければならなかったか）を示しているのであって、その義務が果たされたと言うことを示しているのではない。係争判決は、Bは知的能力（判断能力）を完全に有していることを認定し、そこから、資格のない第三者の許可ではなく、意識のある当の本人のそれを得なければならなかつ

た、と結論づけなければならなかった。Bが切断に同意したという証拠は示されていないし提出もなれていない。他方、手術の状況からは、外傷と骨折の犠牲者たる者が、準備された手術が単なる整復のためのものであると思こんでいたので、この当事者の黙示の同意があったとは考えられない。

外科医は、その侵襲に責任がある。患者の同意を確保するのは、彼である。本件においては、外科医Y博士と医師Xのなかで、診断に当たったXが外科手術を主導したと考えることはできない。したがって、X博士……の責任を問わないことには理由がある。Y博士……だけが、同意の欠如から生じた損害を賠償すべきである。

そして、当裁判所は、この損害に60万フランと算定しうる評価（認定）要素を有している。

以上の（判決）理由により、（当裁判所は、）原審判決を変更し、Y……に対して損害賠償としてBに金60万フランの支払いを命じる。医師X……に対する請求は、これを棄却する。

- Cass. civ. 1re 29-5-1951, Consorts Martin c/ Birot, JCP.1951.II.6421, note R. Perrot ; GP.1951.2.114 ; D.1952.53, note R. Savatier ; S.1953.1.41et spec.II, p.4, col.1, note Nerson ; RTD civ. 1951.2.114, obs. Mazeaud ; GA, no13., (cassant Angers 4 mars 1947)

外科医とその患者の間に形成される契約は、患者の承諾（assentiment）を事前に得た後でなければ、外科医が有益と判断する、そのような一定の外科手術を行わないという外科医の義務を原理的に含む。しかし、患者が、判断能力のあるとき（en pleine lucide）外科医の侵襲を受けた場合は、準備された手術の真の性格につき患者に説明せず、その手術への同意（consentement）を求めなかったのは、医師による契約上の義務違反であるということ立証するのは、患者である。

係争判決の訴訟記録及び判決理由から、……Bが外科医による1934年10月2日の外科的侵襲を受けたとき、Bは完全な知的能力（判断能力）を有していたことは明らかである。この外科医とかかりつけの主治医は、骨肉腫と誤って診断された後発性骨折の部位であるその患者の脚の切断が緊急不可欠であると判断した。Bの損害賠償の決定について、（1941年4月13日）控訴院は一審と同様、診断の誤り故の責任の請求事項（chef）を斥

けた。だが、判決取消によって控訴院はY博士の責任を取り上げ(肯定し)、……60万フランの賠償の支払いを命じた。外科医は侵襲の責任担当者であり、患者の同意をとるのは外科医である。Bが切断に同意したという証拠は示されていないし、証拠の提出さえされていない。したがって、Y博士は「同意の欠如から生じた損害を賠償」しなければならない、という理由で、そのような判決をしていた。

しかし、控訴院の示す事実状況において、このように、外科医の責任をプロフェッションの義務であって、同時に契約上のそれでもある義務の不履行——これは立証されていないが——に結びつけることによって、係争判決は、証拠原則を無視し、上記条文(民法1147・1315条)に違反した。以上の理由により、これを破毀する。

本件も、診断の誤りに原因があつて患者の同意の欠如に連なる問題である。

まず、診断の誤り(大腿骨骨折の原因についての)については、鑑定に従つて、真の病変が例外的症例であり、即時外科手術を必要とする進行性悪性腫瘍と信じさせる合理的状況がある場合、術前検査として放射線検査のみで生検をしなかったとしても、フォートは構成せず、医師らに責任はない(控訴審維持)、とした。手術前の検査については、放射線検査が一回だけで生検はされなかったようであり、鑑定は、生検しても同じ結果だったというが、ネルソンは、慎重を期して生検を行なうべきだったとする(note Nerson)。しかし、診断の誤りは、サヴァティエによれば、医プロフェッションに直接かわかる「治療の科学・手技そのもの」(science et ...l'art mêmes de guérir)の問題であつて、「医学的権威の教訓を繰り返すためにのみ裁判所が介入する領域」にすぎないから、その技術的過誤(erreur technique)を指摘するのに裁判所は慎重である。本件も、この点の責任を否定している。医学の素人は、純医学的問題には介入しないのである(ただし、医師がコントロール手段を怠った場合は、免責しない。cf. Grenoble 4-11-1946, S.1947.2.38; D.1947.J.79)。

つぎに、同意原理について、控訴院は、脚の切断をするには同意が必要である。緊急手術をとるか延期するリスクをとるかを決定するのは、患者である。患者が成年で判断能力がある場合、本人同意でなければならず(配偶者の代諾はこれに代え得ない)、Bが同意

したという(黙示の同意の)立証責任は外科医にある、とした。そして、同意なしに重大な侵襲を行なった外科医に対して、損害賠償の支払いを命じた。これに対して、破毀院は、その手術の性格について説明せず、同意をとらなかつたのは契約上の義務違反であるという立証をするのは、患者であるとした上で、外科医の責任を同意の欠如に結びつけた点を、破毀したのである。

患者の同意の欠如について、医プロフェッション(profession médicale)から派生する責任であつて、医ヒューマニズム、すなわち「万人に課せられる一般的行為規範の特殊局面」であり、「人間の自由の原理、身体不可傷への権利の尊重の問題である。……医師は、単なる専門家ではなく患者が心を許して病める身体を差し出す相談者であり保護者である」。したがって、ヒューマニズムのルール(規範)違反の判断であるから、診断の誤りの問題が医プロフェッションに直接かわかるのとは違つて、裁判所の介入が可能である(note Savatier)。

控訴院も破毀院(民事部)も、同意の欠如いかんの問題については介入し、本件侵襲(脚切断)は重大であつたのに、患者本人に知らせなかつた(同意もとれなかつたので、妻にのみ知らせた)点をフォートと認定した。代諾を明確に否定したのである。この点学説においても、サヴァティエは、同意原理の例外として、自己決定すべき時に決定能力を欠く状況にある患者の必要・緊急なケースと患者が法定保護下にあるケースをあげ、本件の場合B(夫)は、判断能力は完全にあつたのに、妻が重大決定をしたケースであつたので、そのどちらの例外ケースにも当たらないとする。したがって、本人の同意が必要なケースである。

同意の欠如は、診断(治療のときも)誤りに結びつくときだけ民事的な責任を負う(note Savatier)。つまり、医師が同意をとらなかつた場合、手術のリスクを医師が一人で背負い、手術に失敗したときの免責効果がなくなるというわけである。そこで、同意の意味について、患者にも手術等のリスクを負わせる・分配することにあり、ただ、医プロフェッションの義務上避けなければならない過誤を患者に転換することはできないので、「医プロフェッションに固有のリスクだけをカバーし、それに反するフォートまではカバーしない」ことにあるという見解がとられるのである(note Desbois ss Trib. civ. Seine, 16-5-1935)。

「患者の同意とは、患者がおかれている緊急避難の

状況において、最小の害悪 (le moindre mal) は何かを判断すること」であり、患者が、脚の切断に同意するか否かという事態に直面して、その決断材料として、何が情報提供されるかは重要であって、ガンであると宣告され説明されれば、ガンと脚切断のどちらが「最小の害悪」かを判断できよう。その選択権をもつのは、患者の妻でも医師でもなく、患者本人である。患者は、その選択肢を提示され説明を受ける権利がある。

そして、同意の立証責任について、破毀院も、同意原理そのものは否定しなかったが、もっぱら契約法的枠組から、同意をとらずに手術を行なったのは義務違反として、契約義務の不履行を主張し損害賠償を要求する患者が、立証責任を負う、と推論した。外科医に立証責任を課した点を破毀したこの判決は、医家から好意的に迎えられた。学説においても、控訴院が書面による同意をとる慣習がないのに同意をとったという立証を外科医に課した点、また、患者に知らせなかったことはあり得ないとした鑑定をとらなかつた点は厳しい、と評されている。だが、手続法学者・ペローは、この問題は、立証責任の配分の問題ではなく、「医師の患者の同意を確保する義務は、契約から派生するのではなく、それは各個人の固有の人格の尊重への権利、つまり人格権、人体不可傷性への権利にその源があり、実体裁判所が判断する心証形成の要素にかかわる問題である」という考え方にまったく目を閉ざしている、と痛烈に批判している (note Perrot) [*注1]。このように、同意の根拠について、個人の人格 (personne) 自身の尊重への権利にその基礎づけを見いだすペローが、契約的性格を否定するのに対し (note Perrot cf. aussi note Nast ss Aix 16-7-1931, D.1932.2.5)、ネルソンは、プロフェッションの義務 (したがって、法律によって強制され、誰も否定し得ない) であるだけでなく、破毀院判決が契約上の義務でもあるとした点に賛成しその点が新しいと評している (note Nerson)。

そして最後に、診断の誤りと同意欠如の関係が、ここでの最大の問題である。本件で、患者が脚切断 (ガン進行の回避) に同意する可能性があるのは、ガン (本当は真実ではない病名) を宣告、しかも断言しその説明をした場合だけである。通常の場合でも、医師が患者から同意を得るには、その前提として真実・病名告知をしなければならないから、これは当然である。それでも、患者が同意するとは限らないけれども、それしか同意をとる方法はない。その説明をすれば同意はとれるけれども、ガンであるだけに、その病名宣告は

できない。しかし、ガン宣告はできないから、医師は、(説明はできず)同意もとれない。ここで、たとえ「思いやりの嘘」で乗り切っても、そこには真の説明がないので、有効な同意をとれたことにはならない。同意がとれないのは、ガンを宣告・説明できないから……このように結局、堂々巡りをして、間違った診断 (ガン) と同意欠如が結びつく。したがって、医師が間違えた (誤診した) 限りでのみ、同意欠如は、患者の損害につながってゆく。患者にガンの疑いがあると言うだけでは、より重大な脚の切断に同意する可能性は低まる。つまり、同意原理の観点からは、患者に代わって (その妻の代行判断はここでは診断との関係が問題となっているので、問題としない) 切断決定をした外科医のフォートは、医師が診断にどの程度の確信があったか、誤診でもそれを真実と信じて疑わないのであったならば、その限りで因果関係はあると言えよう。

それからもう一つ重要なのは、本件の病名がガンであったこと、それを隠さなければならなかったことである。それがガンではなく、別の診断をしていたならば、隠す必要はなかったので、告知・説明して同意を得れば済んだのであり、必ずしも診断の誤りが同意の欠如の原因であるわけではない。本件が、ガンであったからこそ、誤診と同意欠如が結びついたのである。つまり、ガンという診断が間違えていたから問題であったのでは決してなく、ガン診断の真偽は問題ではない。本件は、患者はそうとは思わず同意したという事情があったので、脚切断を話すとその原因であるガンを告知・説明することにつながってしまうことに注意を要する ([1] 参照。Cf. aussi Douai 10-7-1946, préc.) (思いやりの嘘の問題)。

診断の誤りそれ自体は必ずしもフォートでないし、それをもとに手術を提案・助言しても医師を非難することは、確かにできない。だが、医師は、その侵襲 (検査・手術) を絶対であるとして患者に提示するのではなく、患者がこれを選べるよう、それを提示するにとどまろう。同意を得ず手術 (脚切断) をした場合、ガンは切除できても脚を失うという損害がある。ガンのため脚を切断するか、ガンが進んでも脚を残すか、何が「最小の害悪」か、この選択こそ、患者自身がすべきであって、判断能力がある患者に同意を求めない (その説明をしない) のは、自己決定の前提である選択肢の提示の機会そのものを患者から奪うことになるのである。

判決が非難したのは、やはり、脚切断手術の同意を

欠いていたことはもちろんであるが、むしろその背後にあってその原因となっている脚切断手術の真の性格を隠したこと、つまり、外科医が、患者に診断を教示し説明するには及ばないほど、ガンであることを確信していた点である。本件においては、同意のとりようが(また説明のしようも)なかった。したがって、「同意欠如ではなく、同意をとる方法の欠如が非難された」のだ、と評される。サヴァティエは、そもそも、患者の生体を侵襲にさらすというときに、それが絶対だと確信すること自体、「もっともらしい一つの仮説」にすぎないとして、医師を戒めている (note Savatier)。

このように、誤診と同意欠如は、それぞれに別々の問題ではあるが、一つに結びつき融合するフォートであると言える。

【3】 左膝嚢胞誤診後座骨神経切除

● Trib. civ. Nîmes 20-10-1953, Gregoire : D.1954.som.22 ; JCP.1954.II.8222, obs. Clavel.

D博士は、患者Gを左脚膝窩 (creux poplité) 上部の嚢胞 (kyste) と診断し、患者に手術は全く危険性がない (anodine) として勧めた。だが、手術中に腫瘍の正確な状況として、坐骨神経 (nerf sciatique) の組織自体に達する腫瘍であることが明らかになった。しかしそのまま手術を続行し、神経を切除してしまい、しかも、術後、切除神経の接合が行なわれるべくアドバイスをしなかった。

……

鑑定人は、D博士に対して、本来の意味での手術技法 (technique opératoire) についていかなるフォートも取り上げなかった。問題は、とりわけ外科医が手術に伴うリスクをGに知らせなかったことによるフォートを犯したか否かである。

外科医に対して取り上げるフォートとフォートを構成する不作為 (abstention fautives) を判断するために、以下、三つの時期に分けて考慮する。

1 手術前の時期：

D博士は最初の検査で診断の誤りを犯したように思われる。彼は、Gが坐骨神経 (nerf sciatique) の組織自体に達する腫瘍 (tumeur intéressant la substance même) であったのに、左脚膝窩 (creux poplité) 上部に単なる嚢胞 (kyste) を呈していると診た。この診断の誤りは、それ以前に主治医によってなされていたと指摘することは重要である。しかも、鑑定人らはしばしばあり、避けがたい診断

の誤りだと明言する。そのような条件において、D博士の責任が手術行為それ自体にまで問われたとは思わない。

2 手術 (中) の時期：

D博士は、患者に手術を全く危険性がない (anodine) として提示していたが、手術中に腫瘍の正確な性格が明らかになったとき、提示されたものとは違った正確な状況を説明するために患者に通報する——そしてそのため覚醒を待つ——義務があったか否かが問題である。

鑑定人らは、この点について態度を明らかにし、手術中患者は寝ていたので、外科医は患者の意見を求めることはできず、良心的にかつ医術原則 (règle de l'art) に従って手術を行なうため、神経切除 (術) を行なう必要性があった、と断言する。

当裁判所は、その (医学) 知識はわずかなものであるが、この点について鑑定人らに従うことは不可能であると感ずる。当裁判所は、ほとんどの場合、予見しなかった困難に直面する外科医が——手術自体は、必要性和緊急性を持ち続けた以上——あらゆる手技の限りを尽くして、予見されない合併症 (complication) の対処に努め、手術を続行しなければならない (傍点引用者、以下同様) ことは、鑑定人らと共に認める。

しかし当裁判所には、このような原則は、手術自体が不可欠で延期を許さない限りでしか適用され得ない、と思われる。D博士ほどには鑑定人らは手術の必要・緊急性を肯定してない、と認定せざるを得ない。したがって、Dは、成功の保証のない手術——弁論のとき、この種の手術は失敗の重大なリスクを伴うことが明らかとされた——とりわけ、Dは、手術を絶対に危険性のないものとして提示していたのだから。このような条件において、手術中におけるDの態度には、フォートがあると思われる。

3 しかし、術後の時期におけるDのフォートは、より一層明らかである。

手術が坐骨神経の切除を伴った腫瘍の摘出を含んだ以上、外科医は、術後は切除した神経の両端をせいぜい癒合するよう肢体 (左脚) を配置するためのあらゆる措置をとらねばならなかっただけでなく——D博士はこうした慎重は期した——、切除された神経の接合が自然になされるだけの期

間、肢体をそうした状態で維持するべく、慎重をもさらに期すべきであった。こうした条件が実現されるためには、外科医は、脚を屈折姿勢で維持することの必要性について患者の注意を引くことが必要であった。彼 (D) が脚を腿の上に折り曲げた状態を辛抱強くとどめることの必要性について患者の注意を引かなかつたかどうか疑わしいと鑑定人らには思われる、と彼らとその報告書に記載するとき、彼らは——確かに非常に率直なのだが——その同僚にかなり肩入れしている、とここで言う必要がある。Dは、当事者の本人出頭 (comparution personnelle) のとき、非常に誠実にも、術後幾日後も幾週後にもその警告 (avertissement) をしなかったことを認めていた (のであるから)。

しかしながら、外科医のこの不作為は、——彼の抱いていた気遣いがどんなものであれ——実際には説明がつかず、要するにフォートであると思われる。

かりに患者が、できるだけ長く腿の上で屈曲させておくことの、自分のために生じた必要性を知らされていたら、患者は十中八九医師の指示 (処方) を考慮に入れ、二つの部分の縫合が行なわれるより多くの機会をもったであろう。さらに、移植の問題はより一層早く生じ、より一層堅実な成功の機会をもって行なわれたであろう。このようにして、当裁判所は——プロフェッションの良心への違反という言い方が当を得ていなくとも、外科医が患者に負っている注意深い治療の義務の観点に身をおくと、——D博士の自ら認識する不作為のフォートとGによって受けた損害を生むフォートを指摘せざるを得ない。

おそらくD博士によって犯された上記フォートは、それ自体では (ipso facto) 外科医の責任を引き出さない。フォートと損害、本件ではGの罹っていた身体障害 (infirmité) から生じた損害の間の因果関係が立証されることが必要であった。

……

以上の理由により、D博士は、それを当人には危険性のない手術として提示していたのだが、危険性のある (aléatoire) 手術を患者に知らせることなく続行するフォートを犯した。Dは、彼によって行なわれた実際の性格について、また脚を長い期間屈曲姿勢に保つことが、患者にとって極めて

重要であることについて、患者の注意を引かなかつたことによるもう一つのフォートを犯した、と判示する。

……

判決は、三つの時期に分けてフォートの認定を審査している。

まず、手術の前、すなわち診察・診断段階で、悪性腫瘍を嚢胞と誤診したけれども、フォートを肯定することはできないとした。これは判例の流れに沿っている (Paris 20-2-1946 後出【6】; Angers 4-3-1947, préc. 前出【2】)。だがつぎに、手術の段階では、手術中に真の診断 (腫瘍) をした外科医が、術前段階の診断とちがうことを患者に説明もせず同意もとらずに必要・緊急だと判断して、患者が同意していたのとは異なる危険を伴う手術 (坐骨神経の切除) を続行したのはフォートであると認定して、必要・緊急性を肯定した鑑定 (意見) を斥けている。この判断は、く患者が意思決定できない状態にあつても、外科医は緊急でなければ、同意なしに重大なリスクを犯して患者の身体不可傷性を損なうよりも、傷口を閉じ、侵襲を延期すべし) とする、その一週間前に下された前記破毀院判決【1】に沿うものであつた (Cf. aussi Paris 17-7-1936: DH.1936.98 ; GP.1936.2.731. 同意なき侵襲 (手術・治療) の強制はもちろん、手術・治療を同意なく変更することも有責と)。

さらに、判決が、医師の術後のフォートについて、そのあるべき一般の態度に言い及び、最初の術前説明と同意の欠如ないしは不十分は、術後の処置のあり方 (処置後の助言義務) に直結することを厳しく戒めているから、ここでも触れておこう。切除された神経が接合するには、脚を曲げたままの状態しておく必要があることを患者に納得させ助言・指示することをしなかった——というよりは、実はできなかった——のは、診断の誤り、さらには同意をとっていない神経切除を隠そうとしたからであつた。そして、外科医のその助言・指示の不作為が、患者の協力を得ることを妨げてしまった。「外科医は、受けねばならなかつた手術と現に受けた手術の相違、診断された疾患と現に罹っていた疾患の相違について患者を全くつんば棧敷 (ignorance) においた」(obs. E. Clavel) ことにすべてが帰着するのであつた。本件においても、説明をし同意を事前に得ることは、その後にも影響するすべての出発点となるのである。

以上の事例は、しばしば医家からは、もちろん学説からの少なからぬ批判がなされたものではあったけれども、これら判例から引き出されるのは、緊急でも必要でもないときは（つまり、危険がない場合）、侵襲を中断して患者の同意をとらなければならないとするものであった。つまり、いずれの事例も、その緊急・必要性が否定されたものであって（cf. aussi Paris 8-11-1955, JCP.19567,IV.26 ; Caen 16-10-1990, Juris-Data no.051389 ; Cass. civ. 27-11-1990, Juris-Data no.004097 ; Dijon 19-12-1990, Juris-Data no.051660 ; Pau 12-2-1997 : Juris-Data no.040245）、それらが肯定されれば、同意欠如は医師の責任を問わないことを明示的に前提とするものでもあったのである。そうであるとする、そうでないとき（つまり、侵襲継続で起こりうるリスクがある場合）には、その新しい状況に応じて医師は、自由に行動できることになる。さらに、判例を検討してみよう。

2 同意原理の例外設定の展開

— 侵襲継続を認める法理

一方、他の判決は、さまざまな理由で、侵襲継続を認める。問題は、それを正当化する法的構成であるが、①最初の侵襲への同意に後の侵襲への同意を読み込み、同意の射程拡大によってフォートの認定を避ける構成である。同意の効果の延長である。その場合にも緊急のケースとそうでないケースとがありうる。そして、危険が少ない場合には手術継続の義務があるとすることがある。さらに、この構成には、同意がなくとも、医師と患者の信頼関係の中に包括的にそれを読み込むものまで含まれよう。②また、患者の利益 (intérêt de la malade) により正当化する構成があり、③緊急性 (urgence) ないし必要性 (nécessité) を認めて正当化するもの等々がある。ただこの場合には、医師が、侵襲決定・継続・変更をするに至った例外的状況を立証しなければならないとされる。

【4】 膣壁縫合術中子宮摘出 (利益説)

●Paris 28-6-1923 : D.1924,2.46, note G.L

N夫人は1914年3月12日、ツノン病院、医学部教授L博士を長とする診療科 (service) に入院した。彼女は、疲労あるいは急激な動きの後に起こる小骨盤 (petit bassin) に痛みを訴えていた。膀胱瘤 (cystocèle) と子宮後傾 (retroversion de

l'utérus) であることが検査でわかったが、付属器 (annexes) には痛みを感じずることは考えられなかった。その結果、同年3月28日、膣壁縫合 (狭縮) 術 (colporraphie)、すなわち膣縫合 (suture du vagin) が行なわれた後、両方の卵巣が嚢胞の変性 (症) (dégénérescence kystique) に冒され、右卵巣は多くの嚢胞を呈し、左卵巣は洋梨大の (volume d'une poire) 嚢胞の源 (siège) であることが認められた。そのとき子宮固定術 (hystéropexie) による子宮固定ではなく、子宮摘出術 (hystérectomie) による切除 (ablation) を行なうことが決定された。

被術者は、16日目に起きあがり、1914年4月18日に退院し、治療したものと思っていた。原告自身の弁論に提出した診断書 (certificats) によれば、彼女は気分は悪かったが、状態は全体としてよかった。小骨盤の痛みはもうない、と記されている。

……彼女は、1916年4月7日、パリ生活保護 (Assistance publique) 行政に責任追及の訴え (損害賠償請求) を提起し、1919年10月6日、L博士に同目的の訴えをしたが、一審で、棄却されたので、L博士のみ控訴した。…

彼女の主張は、つぎのようところに根拠をおく。医師が重大でない軽い侵襲が必要だといったので、彼女はいかなる大手術、とりわけ将来妊娠できなくなるような手術は、うける意思はないと彼に表明していた。L博士は、この意思を無視してしかも彼女自身にもその夫にも何も知らされず、余計な手術、しかも子をもつ夢を彼女からまったく奪うことになる手術をしてしまった。

原告は、その主張の証拠を示していないので、真実味を欠くように思われる。いかなる理由で被控訴人 (intimité) が極めて尊重すべき不安を無視し、患者の意思すなわち彼女がこの外科医だけでなく、看護婦長 (surveillante) にまで表明していた意思に反して、卵巣摘除術 (ovari (e) ctomie) を行なってしまったか理解できないであろう。本件においてもであるが、彼が……著名な医師でなかったとしても、権利の明らかなそれほど非難すべき侵害を、営利心 (欲得) からなされたにしても、手術が病院で行なわれたのであるからこれを説明できず、また、科学実験に惹かれたというこ

とであっても、この手術が日々の実務 (pratique journalière) の中のものであったのだから説明できないであろう。また、控訴人がその権利侵害の犠牲者であったとして、彼女が提訴まで手術後二年、L博士を訴えるには五年の年月を費やしているのは、それ以上に説明できないだろう。

実際、N夫人は、……労働を停止させ入院するほどの激しい痛みを覚え、それを取り除くために入院している。彼女自身、診療科の長は自分が手術を待つ間の12日間毎日回診 (visité) したと言っている。したがって、診断は、繰り返しの観察 (observations 所見) の後にかつ最大限注意深く行なわれた。嚢胞の呈示 (存在) が確認されなかったのは、付属器に痛みを感じることはあり得なかったからである。その結果、L博士は、その必要性を予想させるものが何もなく、許可 (autorisation) を手術前に要求することができなかった。

N夫人は、3月28日、クロロフォルム麻酔をかけられ、痛みを除くために必要であろう子宮部位の手術を自分の意思で受けた。開腹術 (laparotomie) が行なわれたとき、嚢胞の存在が判明した。そのとき外科医は、自らの良心で患者の健康に不可欠と判断した手術の決定をした。このような状況において、L博士は、しっかりと許可をとって手術をし直すことは、より恐ろしい合併症のリスクを犯すので、これを中断することができなかったのである。したがって、患者の同意を手術前に得ることを要求する異論のない原理が、問題となっているわけではない。

当裁判所は、外科的治療の当不当ないし有効性を評価するには及ばない。L博士は、もっとも権威ある大家によって一致して表明された学説に従っていた。例をあげれば、J.-L. フォール教授は、子宮付属器の外科概論のなかで、卵巣の嚢胞が死の危険になる場合、この種の嚢胞はすべて、認められるや手術されねばならないという絶対的規範をたてなければならないこと、および手術は、早めであればそれだけ効果的で根治的な (efficace et radicale) 機会が増すことを教えている。

手術のあいだ行なわれた技術は、いかなる批判もなかったこと、上訴人は、証拠力 (force probante) を、それだけが、彼に与えることのできる鑑定人を要求していないことを、認定することもまた重要である。

上に述べたところから、訴訟の事実のなかに (fait de la cause) それが軽微であってもL博士の責めに帰すフォートの徴憑 (indice) を見出すことは不可能である。

以上の理由により、(原判決を) 維持する。

この事案は、同意原理について多くを述べておらず、その原理の問題の外にあるものとして処理されている。つまり、それは大前提であるとして、本件はその問題ではないとしている。問題の手術前に、その必要が予想できなかった (つまり誤診があった。そしてその誤診も仕方なかった) のだから、また患者が麻酔中であつたこともあり、許可のとりようがない、としているからである。ただ、原告が妊娠できなくなるような手術を強く拒否していたのに、それをしてしまった点を問題にしているのだが、結局、医師の行動を説明がつかないとして、この点の考察をやめてしまっている。

手術中に病気の真の原因が当初とはちがっていたことが判明したとき、外科医はどうすべきだったのかについて、裁判所は、手術中に手術を中断すること、そして新たに再手術をすることは、患者をより大きな危険をさらすと判断していることを認めている。すなわち、手術中における医師のイニシアティブないし「良心」による必要性の判断 (将来生命にとって危険という判断) なり、「患者の利益」の判断なりに重点を置き、同意欠如を正当化したと言えよう (利益説)。なお、ここでは、問題の手術 (子宮摘出術) への同意を当初の手術 (膣狭縮術) への同意に読み込むという構成は、明白な拒否の意思表示があつたので不可能である (類例として、cf. Paris 14-10-1998 : Juris-Data no.022862)。

なお、人工妊娠中絶手術の際、患者の拒否していた子宮固定術を断行した事例において、医師のフォートは肯定したが、「生命・健康に直接危険」 (danger immédiat pour la vie ou la santé) な場合を留保した (CE, 27-1-1982, Benhamou : D.1982.J.276 ; D.1982.IR.275, note J. Penneau)。

【5】 良性腫瘍切開中乳房全摘

● Trib. civ. Lannion 19-12-1932, Le Loarer : GP.1933.1.339.

L夫人は、右乳房 (sein 胸) の軽い瘤起 (bosse) を訴え、かかりつけの医師G博士の薦めで外科医X博士を訪れる。X博士が良性腫瘍で重大でない

摘出術 (extraction) を助言するので、L夫人はそれに同意した。手術中X博士は、……摘出した腫瘍は良性でなく、ガン性腫瘍の様相を呈していたことを認めて、Lに意見を求めた後、麻酔で眠っていた被術者の同意をとることなく乳房の切除を行なった。

(主張) 原告は、X博士のつぎの点を非難する。すなわち、①術前に、腫瘍の真の性格をとりわけ入念な臨床検査によって確保する、望まれる万全の慎重を期さなかったこと、いずれにしろ、L夫人に手術の予想される可能性を知らせなかったこと、②良性腫瘍の単なる摘出と取り決められたのに、事前の同意もなく、より重大な手術を行ない、乳房摘出に至ってしまったこと、③疑わしい腫瘍の組織的検査を行なわなかったこと、④最後に、近代技術の原則に従った手術を行なわなかったこと。

……

裁判所は、技術的問題、すなわち外科治療の適不適・有効性を論ずることなく、1) 外科医が、どんな経験豊かな手術者でも知っていなければならなかったことを無視したか、2) 外科医が治療の軽率 (imprudence)、過失 (négligence)、不熟練 (maladresse) の欠如、或いは医業が義務づけられた良識・慎重の一般原則に基づく他のすべての特徴的フォートがあったか、について審査することができる。

……

第一の主張について (上記①) : 診断の誤り (過誤)

医師の責任を問うことのできるフォートを構成しうるためには、誤診は医療についての完全な無知から生じたものでなければならない。

……B博士らは、鑑定の中で、悪性腫瘍と良性腫瘍の間での誤診は、……起きやすいことを示している。

……

そのうえ、外科医が、患者の臨床検査から示された状態より重大なその可能性を十分に特徴づける徴候を発見し、したがって当該手術の異なる展開あるいは複雑さの可能性を予想する場合、患者にないし患者自身に知らせるには差し障りがあるときには患者家族に、手術をしようとするどのような者にも事情を十分知った上での同意を与える

ことができるよう、そのことをほめめかすのは、外科医の義務である。しかしながら、かりに本件におけるように、外科医に腺腫 (adénome) ではなく、癌腫 (carcinome) を偶然発見することになることを推測させるものが何もないならば、外科医がこのような慎重を期さなかったと非難することはできないであろう。……そのことは、多くの場合患者を無益に心配させ、手術のショックに耐えるに十分でない状態に患者を置き、当該推測が確かでない場合、被術者の精神にその健康状態について重大な疑いを生じさせることにもなりかねないであろう。

そのうえ、X博士はL夫人の検査のとき軽度の切開 (術) (incision) としか言わず、侵襲がより拡がる可能性に言及するときに全くなかった、とLは主張するが、Xはこの可能性をL夫人に知らせなかったと主張している。患者は夫に付き添われてきたという事実は、外科医の主張を裏づけるように思われる。ともかく、そのことは少なくとも、夫が彼女に寄り添い、必要な場合には夫の意見を聞こうという手術者の願望を患者にほめめかすことができた。

第二の主張 (上記②) : 同意の欠如

原則として、患者の同意は、各人がその身体の主人であり、受けるリスクの唯一の裁判官であるので、あらゆる手術のまえに得られなければならない (Trib. civ. Liège 27 novembre 1889; Liège 30 juillet 1890; Paris 28 juin 1923 [4]; Alger 17 mars 1894; Dissertation A. Merignhac (ss Aix 22-10-1906, Chini C. Coconni : DP.1907.2.41. カッコ内は引用者注) のは確かであるが、一定のイニシアティブは、緊急で必要な場合外科医に委ねられなければならない。さらに、同意を得る義務は、重要な四肢・臓器の摘出 (enlèvement) を行なう場合、また、手術を受ける者の身体を不自由にする (in-firme) か、少なくとも、その身体能力をかなり減退させる場合、外科医によって厳格に遵守させねばならないが、本件におけるように、いかに整形美容的な要素がないわけでないとしても、被術者にいかなる重大な身体の不自由をも起こさず、当初考えられた手術を拡大するに過ぎない侵襲であるにすぎない場合には、これをより大きな行動の自由が与えられなければならない。

鑑定人らは、一定の手術 (良性腫瘍の摘出) に

患者と意見が一致した(取り決めた)後、手術中にまったく別の手術を必要とするような病変に出くわしたX博士は「急患」(cas urgent)の状況にあったと非常にはっきりと示している。鑑定人らは、明白で重大なかつ腫瘍のガン性に合致する一連の理由が存在した……こうした条件の中では、乳房の切除は必要であった、と付言する。

……

当裁判所は、患者の乳癌(cancer du sein)への諸々の当該外科治療の適不適ないし有効性を判断しなかった。X博士の行なったような侵襲が一般に医学の大家によって再発(récidive)を避けるため緊急性を要すると見なされていたこと(鑑定人自身の意見)を認定すれば十分である。

腫瘍摘出後直ちにこの侵襲を行なうことで、X博士は麻酔で眠っていた患者の同意を求めることはできなかった。

他方、手術を中断し、患者を完全に目覚めさせて意見を有効に聴く、そのうえで許可があったら手術を再開するというのでは、何日も要し、鑑定人も示すように、被術者にとって確実な危険がある。性格がとくにより心動かされやすい(impressionable)婦人である場合にはとりわけ、ガンに罹っていると患者に言うことが残酷であることは言うまでもなく、そのように行動することは、その教示(révélation)によって消沈した者により悪い条件の中で行なわれる麻酔や手術のリスクを明らかに悪化させる。しかも、良性腫瘍に対する切開(術)が患者を元気づけ、それには即時摘出を必要とすることは、外科的に一般に認められる。

類似した場合に居合わせる外科医の役割は、その決定が非難され、決定的手術を即時行なう場合には患者の同意をとらなかつたと非難され、また、手術を続ける前に患者を目覚めさせると、イニシアティブ精神にかけ患者を無益に二度の侵襲を強いたと非難されることが外科医には予想し得るだけに、いずれにしろより一層難しい役回りである。

……全身麻酔で行なわれる出血を伴う手術を受けることを受け入れ、そのために何も食べずにX博士のクリニックに向かっているの、L夫人は、被告の主張するように、単なる切開術とは考えなかったにしても、その病気から解放されるに必要な侵襲に合意は与えた。したがって、彼女は、X博士が同意なしに乳房の切除、すなわちX博士が

その良心(conscience)で彼女の健康に必要なだと判断した侵襲で(について)、許可を得て再開するために危険なしに中断することのできた(のに)侵襲を行なった、と非難する根拠はあまりない。Lは、乳房切除の適不適について手術中に意見を求められ、「手術が成功し妻が治って再発しないためには何をすることがよいかを知らねばならなかった」とXに伝えて、この侵襲に合意を与えていただけに、その傍らで被告と同じ非難をすることは、より一層根拠がない。既婚夫人の人身(personne)に行なわれた手術中に夫がした同意は、当時麻酔で眠っていた夫人の同意に取って代えることはできない。だが、手術者は、緊急の決定をする義務がある場合、被術者を目覚めさせることに重大な不都合がある場合、この同意を求めることによって慎重に行動している。

第三の主張(上記③)について：(考慮できない)

最後の主張について(上記④)：(根拠なし)したがって、棄却するのが相当である。

【6】胃腸吻合術中胃ガン即時切除

●Paris 20-2-1946, Vve Gaillot : D.1948.J.337, note E. de Lagrange ; GP.1946.1.209 ; JCP.1946.II.3075, note PB.

放射線医の検査に基づき、本件外科医Xは、十二指腸球潰瘍(ulcère du bulbe duodénal)と診断し、潰瘍部位を通らない食物の近い回り道(court circuit)をつくるための軽微の胃腸吻合術(gastro-entérostomie)を患者に勧め、患者もこれに同意した。手術中ガンと判明し、胃の即時切除が必要となり、独断で手術を続行した。患者は術後五日で死亡した。外科医は診療料を請求しなかった。未亡人Gは、①当初の診断の誤り、②承諾なしの緊急の胃切開術を理由とし、③診療料の放棄はプロフェッションのフォートの自白だとして、損害賠償を請求した。

Gは、原判決(T. civ. Reims 26-5-1944)を控訴した。胃ガンを潰瘍とした誤診を非難している。

しかし、この誤診は放射線医の(専門)意見によるものであり、それを根拠に、Xは十二指腸球潰瘍の可能性を結論する。注射治療を続けたが、その失敗の後、患者が受けることを決意した手術ではじめて、Xは、この疾患の真の性格を発見し

たのである。こうした状況のもとで、また科学の現在の知見の状況では、Xらの誤りは、特徴的フォート (faute caractérisés) であるとは思われない。さらに、潰瘍の整復 (réduction) のための侵襲が、ガン摘除の目的でも処方され認められている以上、患者の運命に影響を与えるものではなかった。

さらに、控訴人は、被控訴人がガンの存在が明らかになるや、その場を離れることなく、すなわち患者、家族の同意を確保する時間をとることなく、胃の全部或いは一部の摘除をしてしまったことを攻撃している。

しかし、患者の同意を得て行なわれた侵襲中に、診断によって予想されていた疾患よりも重篤なそれ、しかも治療に一刻の猶予も許されないそれが発見された場合、患者の利益は、これ以上待つことなしに適切な手術によってそれに緊急措置をとることを命ずる。とりわけ、その切除を延期しない限りでしか成功し得ない悪性腫瘍の場合も同様である。(手術) 実施においてXに不手際、不注意或いは治療ないし慎重の欠如があったこと明らかでない限り、Xがとらなければならなかった率先行動 (initiative 決断) は、彼の良心にのみ属する。

……避けがたい結末となった場合に、外科医が診断料を放棄しても、彼が自らのフォートを認識していたと推論することはできない。……請求棄却。

手術中の病変の発見時には、侵襲を停止し同意を得てその再開をするのかという問題は、条文の中にその解決があるのではなく、【5】も【6】も、医師の良心の中にあり、その「良心」が、患者の利益を考え、緊急措置を命ずる、というのである。

まず【5】の「第二の主張」部分が、ここでの問題である。「第一の主張」部分も代諾の問題にかかわる。判決は、まず、判例を踏まえ、「患者の同意は、各人がその身体の主人であり、受けるリスクの唯一の裁判官であるので、あらゆる手術のまえに得られなければならない」という原則をあげ、「重要な四肢・臓器の切除を行なう場合、また、手術を受ける者の体を不自由にするか、少なくとも、その身体能力をかなり減退させる場合」はなおさらだとして、この原則を再確認している。ただ、緊急で必要な場合は、外科医に一定

のイニシアティブが認められ、「被術者にいかなる重大な身体の不自由をも起こさず、当初考えられた手術を拡大するに過ぎない侵襲であるにすぎない場合」には、より大きな行動の自由がある、という例外を設定している (Cf. Grenoble 5-1-1949, Dutrowski : GP.1949.1.216 ; RTD civ. 1949.527, obs. Mazeaud. この判決も、医師のイニシアティブは、患者の利益に資するのだから、同意原理について厳格過ぎる要請によって麻痺されてはならず、さらに加えて、医のプロフェッションの良心としてのイニシアティブは、医師会懲戒裁判所の審査の対象とはなっても、裁判所のそれとならない (hors de discussion)、とまで判示している [*注1])。

そのような一般論のあとに、【5】の緊急・必要性について、乳ガンの再発回避という鑑定意見をいれて診断の誤りと結びついたそれを肯定している。だが、本件では、XはLに重大でない手術としか言わなかったが、侵襲拡大の可能性は予想していた、と裁判所は認定しているのであるから、診断の誤りに帰因して手術中に当初予期しない事態に直面したという意味での緊急・必要性を肯定するのは少し疑問が残ろう。少なくともその度合いは相当薄まり、むしろ考慮される余地があるのは、せいぜい必要性のみであろう。

つぎに、患者の利益として、手術の中断→患者を麻酔から覚まして意見を聴く→許可を得て手術再開、という手順をとったのでは時間を要するし、またL夫人の性格を考えると悪い条件のなかで手術を再開しなければならないくなってリスクを増加させることが、考慮されている。また、だからこそ、「良性」腫瘍とのみ教示しておいて (つまり、ガンの疑いの告知はしないで)、即時切除することが必要であったと。

さらに、判決は、全身麻酔で行なわれる手術に同意しているのであるから、「その病气から解放されるに必要な侵襲に合意を与えた」として同意の対象射程を拡げて、Xが同意なしに乳房切除したことを医師としての良心的決定だとするだけでなく、さらに一步踏みだして、危険のない場合だったので緊急決定をする義務があったケースだった、と正当化しているのである。【6】の同意なしの緊急の胃切開術についても、「一刻の猶予も許されない」ケースとされた。これらのケースは、危険が少ない場合の手術継続義務を言っているのであるが、はたして本件のようなケースを想定したものであろうか (たとえば、参照、1947年医業倫理法「医師は、患者に治療 (soins) を要請されるや直

ちに、その能力の範囲内で (en son pouvoir) かつその状況で望めるすべての治療を直ちに保障しなければならない」(art. 23 du décret, 27 juin 1947)。また、55年法も、同じ条文であるが、この時代の医業倫理法典は、医師への一方的治療義務を課す医パターナリズムを表現したものである。患者の「意思」の尊重を課すのは、後の説明義務判例の進展にあわせて、79年法典を、さらに、患者の「同意」をとる義務を課すようになるには、現行95年法典をそれぞれ待たねばならない。また、【7】参照。

このように、この判決は、同意欠如・省略を緊急・必要性の肯定によってだけでなく、それに加えて、患者の利益、すでにした同意への新たな同意の読み込み(黙示の同意の推定)によっても、正当化を行なっている。この点【6】も同様である。しかしやはり、本件では、夫による同意があったことを決定的と見ているように思われる。本人同意を擬制する代諾肯定によって、医師を窮地から救おうとする議論は、今日より精緻化されてきており学ぶ点もあるけれども、自己決定の代理が概念矛盾であるというだけでなく、何よりも、個人の肉体 (intégrité corporelle) (本件では妻の乳房) が、侵襲を受けるのであるから、人 (personne humaine) の尊厳にかかわる法の問題である以前に、自己決定の代理の倫理的基礎づけをどこにおくか、どのような規範を定立するかが問題である。この点は後に考察する問題である。

【7】 検査 (生検抽出) 中の上腕叢悪性神経腫瘍摘除
●Rouan 17-12-1970 : D.1971.152 note R. Savatier ; RTDC.1971.861, obs. Durry.

1970年7月7日付のN軽罪裁判所の判決の民事当事者(犠牲患者)と検察によって、手続上適式に控訴した上訴について判決する。この判決は、(1)不熟練 (maladresse), 軽率 (imprudence), 不注意 (inattention), 過失 (négligence 怠慢), 規律不遵守 (inobserbation de règlement) によって、刑事被告人Yは故意によらないでX夫人に傷害・病気を引き起こしたことが立証されていないとし、結局、刑罰も訴訟費用もなしの (sans peine ni dépenses) 無罪判決をした。(2)X夫妻の損害賠償請求を斥け、彼らにその侵襲の費用の支払いを命じた。

証拠調べ (information 予審) と弁論によって、1966年12月、首の左つけ根に腫れ物 (grosseur) を呈していたX夫人は、組織学的検査のための生

検摘除 (biopsie exérèse) を行なう目的で、その主治医により、外科医Y博士が紹介されたことは明らかである。1966年12月22日、Yが手術を行なったとき、悪性 (malignité) の疑いのある、例外的な神経腫瘍を前にして、その切除することをその場で決定した。だが(そのとき)、神経幹 (tronc nerveux) を共に切除せずにその腫瘍を切除することが不可能な状態にあるなかで、Yは、術後の部分的記憶錯誤 (paramnésie) を引き起こしうるリスクを冒した。

X夫人は、実際、左上腕神経叢 (plexus brachial) の分離麻痺に冒され、9ヶ月の労働の全面不能と40%の部分的永久不能を引き起こした。

予審裁判所により指名された鑑定人D, L, M博士は、Y博士が、悪性の疑いのある腫瘍の存在を確認して、悪性腫瘍の切開 (incision) が引き起こし得る腫瘍の再発、転移のリスクを伴う神経組織を除いて、表層的生検に侵襲を留めるよりも、運動機能への諸影響 (conséquences motrices probables) がありうるにもかかわらず、神経幹の切除をさせざるを得なかった広範な摘出 (exérèse) 手術を行なったのは正しかった、と判断する。

民事当事者らは、Y博士の行なった外科的侵襲の技術的質を当裁判所において争っているのではなく、つまり、手術中のY博士の不熟練、軽率、不注意、過失を非難しているのではなく、民事当事者らが同意する、或は事情を知った上で同意しないことができるべきであった手術をする前に、Y博士が、確かめるべきであった事前の許可を求めなかったことを争っている。

同様に、鑑定人らによれば、Y博士が、「手術(中)の発見、それがもたらす決定、および腫瘍の一ブロックごとの切除 (ablation en seul bloc) が引き起こすべく神経後遺症について患者の家族に知らせるために、侵襲を暫く中断する」べきであったのに、彼は独断で (de son propre chef) 決定してしまった点を、鑑定人らは非難している。

Y博士は、必要性 (nécessité 緊急避難) によって自分の行為を正当化している。即ち、突然必要となり、かつ、手術前には予見できなかった決定を、彼は直ちに一人で当時下すような状況にあったのだ、と。だが、Y博士は、患者と一緒に(協力して)決定すべきであった。この患者はひとりで診察をいつも受けていた。そして、Y博士は、

その証拠として証言(témoignages à l'appui)をもって、Y博士は患者から自分の状態を夫に知らせないように強く頼まれていた、と主張する。

外科医のこの行動は、鑑定人らには「心理学的フォート」とみられているが、それが、刑法320条に定める行政立法(règlement 法規)と同視されるプロフェッションの原則(règles professionnelles)不遵守を構成するものでなければ、同条における有罪の基礎づけとはなりえない。

外科医は、患者・家族が、事情を十分に知った上で自己決定する(se décider)ことのできる状態におかれるように、……手術に伴う予見しうるリスクを患者か家族に知らせるべきであることは、一般に認められている。だが、本件では、Y博士が、普通の生検摘除を行っていたそのとき、通常では術前に予見されず、その全面切除が急いで必要なことが明らかになった腕叢の例外的腫瘍を目前にしたのは確かである。

「医師は、患者に治療(soins)を要請される……や直ちに、その能力の範囲内での(en son pouvoir)医学的、かつその状況で望めるすべての治療を直ちに保障しなければならない。」(art. 28 du décret, no.55-1591 du 28 nov. 1955)。この一般的な原則からすれば、Y博士は、空気(外気)との接触から生じる悪性腫瘍の転移(dissémination)のリスクを軽視することはできず、患者或はその近親のだれかに直ちに意見を求めることは実務上不可能な状態にあったが、彼は、予見しうる不可避的諸帰結にもかかわらず、リスクの中からより小さな害悪(mal)であると考えたそれを選択することによって、医業倫理法典の文言と精神に適合していた、といえる。

したがって、第一審裁判所は、Y博士が非難されている軽罪(délit)が立証されていないことを認定し、その無罪を宣告したのは、正当である。また、第一審裁判所は、民事当事者の損害賠償請求を斥け、彼らにその侵襲費用の支払いを命じたのは、正当である。

検察が、N軽罪裁判所の無罪判決を控訴したので、控訴費用を国庫の負担にしたのには、理由がある。

以上の理由により、形式(手続)上、民事当事者及び検察の控訴を受理し、実体上、そのすべての裁量において(dans toutes ses dispositions)裁

判(判決)を支持し、控訴費用は国庫の負担に留まるものとする、と判示する。(控訴棄却、医師無罪)(全文)

本件の争点は、もっぱら、外科医の「専断的な決定」(prise de décision impérialiste)の当否にあった。鑑定は、技術的フォートはなかったが、その独断を「心理的フォート」として非難し(だが、そこには告知によるショックを患者に与えないという配慮があったのかどうかはわからない)、判決は、生検中発見した悪性腫瘍が転移する危険があり、緊急性があったと認定して(「全面切除(ablation)が直ちに必要だとわかる上腕叢の例外的腫瘍」があったと)、結局、外科医Yが患者の同意なしに侵襲したことを是認した。外科医が「予見しうる不可避的諸帰結にもかかわらず、リスクの中からより小さな害悪(mal)であると考えたそれを選択」したことは、医業倫理法と合致するとして、ここで何もしないこと(abstention)は、すぐすること(action immédiate)と少なくとも同じくらい重大なリスクを犯すと考えられたのである(また、ここで何もしないことは、フォートとなりうる(刑法63条2項))。被告Yが、悪性腫瘍の切開術に同意をとらなかったことを正当化するのに、緊急状態として悪性腫瘍の再発と転移のリスクをあげているが(nécessitéの立証として)、判決は、そのような予知できない状況に際して、最小のリスクを選択する基準として、医業倫理法を持ち出してこれを認めた(なお、刑事裁判所が非意図的傷害罪で訴追された医師のフォートを判断するのに、医業倫理法を引用してそれとの適合性を考慮に入れた点については、cf. note Savatier)。だが、危険が少ない場合には、手術の継続義務があることは、判決が医業倫理法の一般原則をあげているところから読み込めるけれども、本件はリスクの大きい手術であった。ましてや、検査には同意していたのだから、悪性腫瘍の切開術への同意もそこに含むという読み込みはできないであろう。

サヴァティエは、主治医がXを外科医Yのところへ検査にやったのは、組織標本をとることであり、患者との契約もそこまでであった、と判決を批判する(note Savatier)。すなわち、腫瘍が神経中枢を冒しているとの検査機関の認定(検査結果)→主治医の説明を受けてからの患者の意思決定(治療の選択)、とすべきであったのに、まず、組織標本を証拠として提出して腫瘍が悪性であって誤診ではなかったことを立証しよう

としていないこと（医師としての本質的義務違反）、つぎに、神経幹切除による左腕機能麻痺は、それをする前にすべきであった合理的なリスク衡量義務を果たさなかった結果であり（必要もない手術をした）、患者の意思をも無視し、主治医にさえ取って代わる専断を犯したこと（医師としての一般的義務違反）を断罪している。

サヴァティエは、Yの行動について、腫瘍が悪性であったかどうかを問題とし、Yが腫瘍は悪性の疑いがあったといい、緊急状態を正当化しようとしているのに、全面切除した腫瘍を分析に出すという配慮さえしていないのは、緊急のリスクとして援用したY自身の言い分の立証すら不可能にしたとする。また、夫に隠すように言われたという主張についても、彼女が検査結果を待たずに全面切除に同意したという立証には少しもなっていないと批判する。

「悪性」(maligne)であるかどうかについては、原告も裁判所も、問題とはしていない。だが、おそらくサヴァティエが、医師の専権事項であるはずの「悪性」かどうかに敢えてこだわったのも、そのような点に目を向けなければ、診断の誤りが、必要のない手術をするフォートを犯して患者の身体を損なうだけではなく、本件のように、犯罪事実の隠滅によって、後の患者の反証の機会を奪うことになるという危惧からであったと推察できよう。本件のような緊急の侵襲が新たな害悪を呼ぶケースでは、当初の診断の誤りに原因があるが、近年では、予期せぬ出来事 (surprise) は、医療技術の発達により激減しているが、やはり皆無となっているとは言えない。医師の過失・能力不足によるあやまった診断に目を向けることが必要であろう。本件は、緊急性 (urgence) を肯定したケースであったが、その原因は、医師による診断の誤りと、患者が意思決定できない状態におかれていたことにある。後者のようなケースについては、この場合契約の存在すら疑わしいが、後に研究対象とする「同意の主体」の問題として扱うことになる。

【8】 右胸嚢胞摘出手術中乳ガン右胸摘除

●TGI Tours 17-7-1980, Dame L... c. Mouquin, D.1982, IR.275, obs. Penneau

当初、右胸の良性嚢胞の切除が検討されていたが、その手術中に外科医は、即時の組織学的検査で乳ガンを診断した。外科医は夫が帰宅してしまっただけに連絡がとれなかったため、当時勤勉

な外科医ならしたであろうことを行なった。すなわち、L夫人の同意なしに彼の独断で即時侵襲変更し、広範囲のリンパ節 (ganglionnaire) の用手搔爬 (curage) により胸の切除を行なった。そのとき、この手術の稀だが古典的な合併症 (胸の重大な (浮) 腫) とその例外的結果として神経圧迫による胸の部分麻痺を引き起こした。

……外科医が、所定の手術中、予期せぬ状態の前にした場合、患者の利益のためにイニシアティヴをとる権限は、外科医に属する。

右胸の良性嚢胞 (Kyste banal) の摘出を目的とする外科的侵襲中に、外科医が (その場での検査後) ガンと診断し、患者の同意なしに非常に広範囲の用手搔爬を行なって、患女の胸の切除 (ハルステット (Halsted) 法) を即時行なうイニシアティヴをとる場合、外科医は、患者家族に報告することなく、そのイニシアティヴをとらざるを得なかった例外的状況 (circonstances exceptionnelles) を立証しなければならない。…… (フォート否認 (Faute non))。

判決は、患者の利益を理由に、同意をとらなかったことを正当化した (利益説)。本件評者によれば、夫は帰宅し、患者は眠っていたので、判決が本件で決定的要素としたのは、患者が一年後二回目の侵襲を同じ医師から受けているのだから、この外科医に対する信頼を持ち続けていたという点ではないか、と推察している。そうだとすれば、外科医の単独決定は、患者との信頼関係による黙示の追認 (同意) を受けたことになるとするが (note Penneau), それをもって同意の省略を正当化したのだとすれば、かなり問題がある。正当化の法的構成があまりにもずさんである。

パンノーは、医師が、手術中に当初予期していたより広がっている病変、良性でなく悪性のそれを発見した場合、なすべき手術の技術的選択につき可能なら家族の同意を得て、医師が決めるのが合理的であろう (この時、技術の選択ないし執行に不備があれば、医師に責任がある) としている。もっとも、医師の治療 (選択) の自由に対する例外として、患者が切断を伴う行為を一切禁止している場合と、後遺症 (sequelles) が明らかに軽く進行も遅い場合 (後者の場合には熟慮の時間が患者に必要であるからである) を挙げている。前者の場合は、患者の拒否意思を尊重するために、そ

のような場合にはためらうことなく手術をやめ、閉じなければならず、そうでなければフォートを犯すことになる。

パンノーは、医師は、可能な限り家族に知らせなければならないというが、家族の同意が得られないとか、家族がいない、連絡が取れないというような場合、医師は侵襲を継続・拡大していいのであろうか。当初予期していたより進行しているか、良性か悪性かを判断して、後者ならば継続・拡大してもいいという趣旨のようである (J. Penneau, *La responsabilité du médecin*, p.21)。しかし、医師が、医学的に最善と考えて、新事態に応じた臨機応変の侵襲続行決定をするイニシアティブを認めるということは、患者側からいうと、患者の利益を医師が考えて行動することを認めることを意味する。侵襲の延期のために侵襲を中断するのは、しばしば患者に不利益をもたらすとされる。すなわち、このような患者利益説によれば、あいついで何度も全身麻酔をかけるのは、患者の体にとって良くないうえに、最初の侵襲を中断すると病変の悪化を進行させる恐れがあり、炎症性・瘢痕性の現象 (phénomènes inflammatoires cicatriciels) が最初の侵襲よりも一層デリケートに二回目の侵襲に出るのがしばしばである——このような医学的理由があるようであり、これが外科医に自由な領域を残すのに作用しているのである。

なお、緊急・危険事例の先例がある。手術は、患者の状態によっては、当初の予想よりも重大な行為を含むこともできるが、手術中に予想よりも大きな侵襲を無意識の患者ないしはその家族の判断を仰がずに行なう場合には、立証責任は転換する。例外的状況がそのようなイニシアティブを採らざるをえなくしたことを、医師が立証するのである (Cass. civ. 1re, 15-3-1966 : JCP.1966.IV.67 ; DS.1966.som.7 ; Bull. civ. I no.187, p.144 et Paris 14-10-1998 : Juris-Data no.022862)。

【9】手術中関節固定術更

●Paris 18-12-1980, Rethy c. Dubois : D.1981.IR.256, obs. Penneau

●Cass. civ. 1re 27-10-1982, Rethi : JCP.1983.IV.20 ; GP.1984.1.176, note Chabas. ; Bull. civ. I no.307 ; Bull. civ. I no.303, p.285 (Rejet du pourvoi contre Paris 18-12-1980)

原判決を維持した係争判決によれば、Rは、足指の萎縮・関節炎 (atrophie et ... arthrose de l'oreteil) に苦しんでおり、既に6回の外科的侵

襲を受けていたが、D博士を受診した。D博士は、骨の搔爬 (graffage 搔き削る) 或はスワンソン (Swanson) 補綴の設置を行なうことを見越し患者の同意を得ていた。(しかし) D博士は、侵襲中どちらの処置も断念して、関節固定術 (arthrodese) を行なった。その後まもなく、足指の壊死 (nécrose) のため、切断が必要となった。患者はD博士に対して損害賠償の請求をしたが、この請求は棄却された。

Rは、まず、次のように主張した。①控訴院は、すでに何回も手術を受けていた足への新たな侵襲のとき壊死のリスクについて、外科医が事前に彼女に説明した (éclairer) かにについての審査を求めた申立趣意書 (conclusions) に答えていない。また、判決は、民法1147条に照らすと法的基礎を欠き、控訴院は、そのような条件においては、外科医の助言義務 (devoir de conseil) 違反の諸結果から彼を免責することができない。②更に、請求 (moyen) によれば、係争判決が、しかも患者の事前の許可をとらず、関節固定術の予見しうるリスクを受けることを患者に知らせることさえせずに、当初検討された侵襲とは違った手術を行なった医師を、契約責任から免責してしまったために、同条文を適用しないことでそれに違反した。④最後に、控訴院は、一方で、関節固定術が壊死の原因ではなかった、他方で、どんな手術行為でも結果として壊死となる可能性はあったと判示したのは、矛盾している、と非難する。

しかし、第一に、Rは、控訴院に提出したその申立趣意書の中で、D博士が新たな侵襲から生じるリスクについて注意を引くことをしなかったことはまったく主張していなかった。彼女は、彼が、どんな侵襲も禁忌とされた (contre-indiqué) と宣告し、手術することを拒否すべきであった、と主張していた。したがって、当該論点について、申立趣意書への応答がなかったという申立は事実を欠き、他方、法的基礎の欠如の申立は、新たに提出されたもので、また事実と法の混同であるとして受理できない。

第二に、第一審の入念な鑑定結果を参照して、係争判決は、「D博士による治療はR夫人の状態に適応したもので、注意深く (attentif), 行き届いた (diligent), 科学の既知に適合したものであったし、患者は、「感じていた痛みのために彼女自

身必要と思っていた手術の原理を受け入れており、「外科医が関節固定術を行なうのを諦めるべきであったのは、局所的な状態 (état local) の正確な明細目録 (inventaire) が明らかになった手術中においてであった。この関節固定術については、鑑定人……が、通常、何回も手術を受けている症例向けで、すべてが失敗した場合の究極的手術である以上、R夫人の症例にとくに適応した (indiquée) ものとして示していた」と指摘する。控訴院は、以上から、患者によって医師に与えられた同意が、必要なことが明らかな如何なる治療的侵襲をも行なうことのそれを黙示的に含んでいたこと、Rは外科医のいかなるフォートも立証しておらず、外科医はいかなる契約上の義務にも違反しておらず、技術的過誤も手技未熟練 (mal-adresse manuelle) も犯していない、と結論することができた。

最後に、係争判決は、鑑定人が強調するように、本件において、壊死は、それが何であれ、如何なる手術行為にもありうる結果であったこと、及び、したがって他の技術よりもむしろ (本件で) 使われた技術を選択したことに、壊死発生の責任はない、と判示したことに矛盾はない。……棄却。(全文)

評者によれば、患女Rは、外科医Dがリスクの説明もせず、同意もとらなかったことを直接争ったのではなく、当初説明をした手術法をかえ関節固定術を選択したこと——しかも、手術中に——を争っていた。しかし、後者には技術的な誤りはなく、また、それと壊死とのあいだに因果関係なしとされたこともあって、実際に問題とされたのは前者であった。だが、外科医の正確な診断が可能となったのが、予期できなかった事態に遭遇した (したがって、説明も同意も得ていない) 手術中においてであったという特殊な事情であったのだから、そのような限りで関節固定術 (しかも、採用された鑑定によれば、危険を伴わず、もっとも合理的な) を外科医が選択したことは正当であった、とこの評者は支持し、控訴院判決を「リアリスト」であると評価するのである (obs. Penneau)。

しかしやはり、本件の真の問題は、他の侵襲中の侵襲拡大・変更ケースで常に問題となるように、後の侵襲に対する同意の有無である。本件では、Dが関節固定術への同意をとらなかったこと、及びその予見し得

たりリスクの説明をしなかったことにフォートがあるかが問題であった。この問題に、破毀院は、「患者によって医師に与えられた同意が、必要なことが明らかな如何なる治療的侵襲をも行なうことのそれを黙示的に含んでいた」と判示し、黙示の同意があり、また、侵襲の必要性もあったとして、説明・同意の省略を認めた。しかしこれでは、前の侵襲 (重大でない検査など) への同意に、その侵襲の予見できるすべての結果 (これにはより重大な侵襲も含まれる) に対する包括的・白紙委任的な許可になってしまう。この点、【7】も同旨である (cf. Cass. civ. 15-3-1966, JCP.1966.IV.67 ; DS.1966.som.7 et CE 6-12-1978, D.1979.IR.111, obs. Moderne ; GP.1979.2.3)。

その点、シャバスは、破毀院判決の結論について、関節固定術と壊死のあいだに因果関係はなかったが、関節固定術への同意をとらなかった点、今回の手術で7回目である点などで、合理的であったとするが、その同意をとらなかったことが精神的損害を生じさせるフォートはなかったかを問題として、より詳細な説明、より広い同意、その証拠をとるよう判示すべきであった、と評している。本件は、緊急であったかどうかは問題になっておらず、むしろ必要性の事例であった。つまり、Rに必要な適応した究極的な手術であったのだから、それへの同意も黙示的に含んでいたと言い、患者の利益をも援用して多角的に正当化しようとしているわけである。

以上のように、これまで二つの判例の流れを見てきたが、しかし実際には、両者の間にそれほどの対立があるとは思われない。まず、同意原理を重視するものから、そもそも同意の問題として捉えていないものまで、それへの言及に濃淡はあるが、どちらも、同意原理は前提となっているからである。つぎに、一方で、同意原理を厳格に解する場合も、緊急性ないし必要性がなかったので、同意原理を通常適用して、侵襲を中断しなければならなかった。ただ、緊急性・必要性の例外は認めるのである。他方は、侵襲継続を認めるが、それは緊急・必要性があったからであり、またそれが無い場合も、最初の侵襲への同意に後の侵襲への同意を読み込むとか、患者の利益、治療義務の継続等を援用して、あるいはこれらを組み合わせ、それを認めているのである。

緊急時には同意をとることを免除され、医師は、その使命遂行を促進できる。しかも、侵襲の緊急性を判

断するのは(医師の良心とプロフェッションの規範に基づき)、医師であり(cf. Cass. crim., 31-5-1949 : D.1949.317 ; JCP.1949.II.4945)、裁判所は事後審査を行なうにすぎない。ただ、侵襲継続をした医師は、そうさせるに至った例外状況を立証する義務がある。

侵襲を中断すべきか継続すべきかの基準について、緊急性によってではなく、危険が大きいか小さいか(腫瘍が悪性であるかどうか、進行が早いかどうか、など)、後遺症が重大か軽微かどうか、によって、それぞれ前者の場合患者が考える時間が必要であるから、侵襲は中断する(新たに同意をとって再手術を行なう)べきであり(cf. ex. Harichaux, La responsabilité médicale-Les fautes contre l'humanisme, in Droit médical et hospitalier, 2001, Fasc.18-1, no.30s ; Savatier, note ss Rouan 17-12-1970 ; Penneau, note ss TGI Tours 17-7-1980) だが、サヴァティエは、前述のように、本当に「悪性」であったのかにこだわっている。後者の場合継続する(そのまま新たな同意をとることなく、手術を変更するなり別の手術を行なう)べきであるとされる。だが、後者の場合でも、医師は患者の意思に取って代わることはできないはずであるが、この場合医師が最善と考える優越的「患者の利益」が持ち出されるのである。また、この基準によっても、やはり、緊急性の判断と同様、医師がその第一次的判断権をもっていることに変わりはないのである。

[注1]

本文に続けて、ペローは、破毀院を批判する手をゆるめない。

民法1315条にいう「原告」とは誰かを言うためには、何よりも賠償を求める行為が、権利侵害の実質的で明らかな証拠を構成しないかどうかを探求しなければならぬ。そうすれば、侵襲の正当性を論証するのは、被告ということになる。

しかし、外科医に立証責任を課すには、イニシアティブの急速が成功の裏付けとなるプロフェッションの行使を麻痺させる等の反論が予想される。だが、つぎの二点を考慮する必要がある。第一に、被手術者に否定事実の論証を課すことは、実務上外科医の同意を得る義務を無とすることになる(義務からサンクションを奪うことで、正当化することなく、侵襲を行なうことができることに帰す)。第二に、医師は、同意の立証をおおげさに考えてはならない。立証方法は極端に柔軟であるから——事実上の推定、証言等——実際には

極めて軽減されているという。

裁判所は、微憑の非常に広い利用のおかげで、少なくとも事実上、立証責任を移すことができる。つまり、証拠調べの中で発見された一定の微憑から推定される外観を持った側に立証責任を課すからだ。こうして、患者も勝ちたければ、立証することができる。つまり、訴訟の最初から患者に立証責任を課すことと、訴訟の中で患者が証拠を提出できることはまったく違うのだという。前者は、アプリオリに被手術者が同意しなかったことを立証できなかった場合には、医師は全責任を免除されることだが、後者は、微憑が患者が受け入れたと考えることを可能とさせる、つまり、訴訟状況の中で医師が有利な微憑が発見された場合、患者がその主張を正当化させられるということで、実体裁判所が外科医は同意をとったという心証を得たということの意味する。破毀院の判決で危険だと思われるのは、アプリオリに、反証もなく、外科医が自分の侵襲を正当化するには及ばないという理由で、医師を免責していることだ。そのような破毀院の推論は、人格に対する尊重を後景に斥けることになると批判している。

[引用判例] (引用順)

- Cour d'appel de Douai (以下地名のみ) 10-7-1946 : Bournoville c. Gossart, JCP.1947.II.33374, note Coste ; GP.1946.2.151 ; S.1946.2.121, note Rabut ; RTD civ.1947.54 ; D.1946.2.151 ; D.1946.351. 【1】
- Cass. civ. 27-10-1953 Gossart : JCP.1953.II.7891 ; D.1953.658 ; GP.1954.1.148, note R. Savatier. 【1】
- Angers 4-3-1947 : JCP.1947.II.3525 ; D.1948.J.298, note R. Savatier ; GP.1947.1.168 ; RTD civ. 1947.325, no.4, obs. Mazeaud ; JCP.1947.II.3525 ; D.1948.J.298, note R. Savatier. 【2】
- Cass. civ. 1re 29-5-1951, Concerts Martin c/ Birot, JCP.1951.II.6421, note R. Perrot ; GP.1951.2.114 ; D.1952.53, note R. Savatier ; S.1953.1.41et spec.II, p.4, col.1, note Nerson ; RTD civ. 1951.2.114, obs. Mazeaud ; GA, no.13., (cassant Angers 4 mars 1947) 【2】
- Trib. civ. Nimes 20-10-1953, G... : D.1954.som.22 ; JCP.1954.II.8222, obs. Clavel. 【3】
- Paris 8-11-1955 : JCP.1956, IV.26
- Caen 16-10-1990, Juris-Data no.051389
- Cass. civ. 27-11-1990, Juris-Data no.004097
- Dijon 19-12-1990, Juris-Data no.051660
- Pau 12-2-1997 : Juris-Data no.040245

- Paris 28-6-1923 : D.1924,2.46, note G.L. 【4】
- Paris 14-10-1998 : Juris-Data no.022862
- Trib. civ. Lannion 19-12-1932, Le Loarer : GP.1933.1.339. 【5】
- Paris 20-2-1946, Vve Gaillot : D.1948.J.337, note E. de Lagrange ; GP.1946.1.209 ; JCP.1946,II.3075, note P.B. 【6】
- Cass. civ. 15-3-1966 : JCP.1966.IV.67 ; DS.1966.somm.7.
- Rouan 17-12-1970 : D.1971.152 note R. Savatier ; RTDC.1971.861, obs. Durry. 【7】
- TGI Tours 17-7-1980, Dame Lr c. Mouquin, D.1982, IR.275, obs. Penneau 【8】
- Paris 18-12-1980 Rethy c. Dobois : D.1981,IR.256, obs. Penneau 【9】
- Cass. civ. Ire 27-10-1982, Rethy : JCP.1983.IV.20 ; GP.1984.1.176, note Chabas. ; Bull. civ. I no.307 ; Bull. civ. I no.303, p.285 (Rejet du pourvoi contre Paris 18-12-1980) 【9】
- Grenoble 1-5-1949, Dutrowski : GP.1949.1.216 ; RTD civ.1949.527, obs. Mazeaud
- T. civ. Seine 25-2-1929 : epoux Le Guen, GP.1929.1.424.
- T. civ. Seine, Ire Ch. 16-5-1935, S.1935,2.202, note Desbois ; DH.1935.390 ; DP.1936.II.9, note Desbois ; RTD civ. 1935.642, no.3. (Sur appel (confirme par) Paris 11 mai 1937 : S.1938,2.71 ; JCP.1937,2.376, note R.D. ; D.1937,340.)
- Grenoble 4-11-1946, S.1947.2.38 ; D.1947.J.79
- Paris 17-7-1936 : DH.1936.98 ; GP.1936.2.731.
- Cass. civ. 15-3-1966, JCP.1966.IV.67 ; DS.1966.som.7
- CE 6-12-1978, D.1979,IR.111, obs. Moderne ; GP.1979.2.3
- Cass. crim., 31-5-1949 : D.1949.317 ; JCP.1949.II.4945

(つづく)

本稿は、平成17年度、日本学術振興会科学研究費補助金 基盤研究(C)(2)、課題番号17530095 研究課題「フランス法における『同意と説明』(インフォームド・コンセント)に関する研究序説——患者の自己決定権と医療公序の関係についての一考察」による一成果である。