

福岡工業大学 機関リポジトリ

FITREPO

Title	がん治療の拒否と行政判例－患者の意思か医師の治療義務か (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39巻第1号 P43-P53
Issue Date	2006-9
URI	http://hdl.handle.net/11478/838
Right	
Type	Departmental Bulletin Paper
Textversion	publisher

Fukuoka Institute of Technology

がん治療の拒否と行政判例

——患者の意思か医師の治療義務か（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）

Medical Treatment Refusal of a Cancer Patient and Conseil d'Etat — Patient's will and/or Doctor's medical treatment duty —

Yoshio ÔKAWARA (Faculty of Social and Environmental Studies)

Abstract

This paper asks theoretically the state of a doctor's medical treatment duty to the patient who refuses effective cancer medical treatment. Is a doctor allowed to carry out the relief treatment which does not have an effect to his cancer patient who refuses the surgical medical treatment to cancer, and radiotherapy? The Conseil d'Etat has developed in the concrete form whether a doctor has the duty which carries out effective medical treatment. The first key of the solution in this dilemma is rendering everythings, such as persuasion, promotion of changing mind, etc. by a doctor. The second is like this – a doctor's medical treatment duty does not need to be strictly understood, so that he must treat even by disregarding a patient's will. Such a duty will not be legally required of a doctor. The doctor who is going to continue assisting a patient at the same time he respects a patient's will, and the doctor who ignores refusal of a patient and acts for a patient's good interest. Although this two doctors have the “conscience” as a doctor, which of the two doctors should we think as a ethical or conscientious doctor? The answer will be not difficult that much today.

Keywords: *Medical treatment refusal, Doctor's medical treatment duty and Patient's will, Duty of a effective medical treatment, Freedom of a doctor's conscience, Freedom of medical treatment.*

1 患者の治療拒否権と立法・判例——はじめに

本稿は、治療の同意として〈侵襲中の侵襲拡大〉事例 [大河原 a] を、その同意拒否として輸血拒否事例 [大河原 bc] をそれぞれ前稿において検討分析したのに続き、患者による治療同意への拒否に関する法理の形成と展開を、《患者の意思か医師の治療義務 (obligations des soins) か》という分析視角により、行政判例

を素材の中心として、これを検討するものである。

1.1 問題枠組——患者の意思：同意から同意拒否へ？

治療への同意を拒否することは、治療への同意尊重の要請 (同意原理) (Cass. req. 28-1-1942, Teyssier ; voir aussi CE 13-7-1961, 7-2-1969) によって認められるか。治療への同意も、それを拒否することも、患者の意思であるから、患者の意思を尊重することが原理的に認められる以上、治療同意を拒否する（「意思」の中に「拒否」も読み込む）ことも当然に認められよう。フランス法において、患者の治療拒否権を明文で認める2002年

の患者の権利法制定以前から、伝統的司法判例においても、また同意原理を法認した民法16-3条に含まれることを明示した最近の判例においても、それは認められていた。破毀院（Cour de cassation）の1997年3月19日民事二部判決（Cass. civ. 2e, 19-3-1997）が、「民法16-3条により、何人も、法律が定める場合を除いて、外科的侵襲を受けることを強制されない」との定式を打ち出したのがそうであるし、さらに、その後の別の説明義務に関する判決へのサルゴ裁判官報告（Sargos, rapp.）のなかで、この判示定式が引用され、「真の治療拒否権」の存在が確認されたことが、強調されている。

患者意思の尊重から患者同意の尊重へ、そして同意拒否の尊重へと進展してゆく大きな流れは、立法・医業倫理法の歴史を概観すれば、理解されよう（後出1.2）。そのような進展の中で、同意原理の役割変化・低下の状況が見られるが、近年、前記患者の権利法が制定されたのを機に、ある論者は、「同意から共同決定へ、さらに、共同決定から治療拒否へ」の重点変移を指摘し、「同意」の尊重よりも「意思」の尊重を、中でも「拒否意思」の尊重という医療決定の方向性を論じている [Roman]。このような流れは、医療決定における患者の同意の消極性・希薄さの現実であり、確かに、患者の同意（consentir）は、患者の意思（décider — 自己決定）ではなく、妥協・降参の表明であるのかもしれない。ここでは、現実がそうであるからといって、死守すべきは治療拒否権だとしてこれだけに純化してゆくかどうかはともかく——治療拒否権に絶対的意味を持たせようとする議論はそれなりに有益であるが、医師との共同決定に積極的に参加するのは望ましいことであるとも言えても、そのなかで患者は拒否権しか持たないのだとすれば、結局、かえって同意原理を弱めるだけのものにしてしまう恐れなしとしない——、同意も拒否も、消極か積極かのちがいはあっても、患者の重要な意思表示である。

とくに、拒否の意思は、同意原理としての «noli me tangere» ——私に触れること勿れ——表現そのものとして、単なる消極的な同意原理とは違った、その理由・動機は様々であるにしても、積極的な意思表示である。その意味では、治療拒否原理は、絶対的なものとしなければならないことは確かであると言えよう。だが、生命に直接かかわる治療の拒否の場合にもそのようにいえようか、そのときにはまた別の議論となるのか、そうであるとすれば、同意原理と同じ射程しか、拒否

原理ももたないことになる。

同意原理が問題となる通常の場合は、同意を得ないで侵襲を行なった医師の責任が問われるのであるが、本稿では、医師が、患者の同意拒否を無視して侵襲を行なうこと、他の治療を拒否しているので、患者の同意する治療だけを行なうことが問題となるのである。現在、いわゆる「死ぬ権利」（droit de mourir）が、比較法的に議論できるようになってきている状況の中で、フランスでも2005年に末期患者の権利法（Loi no.2005-370 du 22-4-2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie, JO du 23-4-2005, p.7089）が制定されている。通常の医療決定における医師・患者関係が後者の意思を尊重する方向で変容し、前者の治療義務との均衡点が再調整され、またそれが模索されつつあるなかで、死のかかわるような場面においても、患者の意思を尊重して治療をしない、あるいは患者の受け入れた治療だけを行なう医師をどのように評価するか、そのような医師を非難できるか。この問題が、法（ないしは職業倫理的要請）とどのようにかかわり、法がどの程度解決の途を示しているかが、本稿の取り扱う課題であり、これを行政判例の分析を通して検討するものである。

1.2 治療拒否権に関する立法・行政立法

患者の同意尊重原理は、職業倫理的要請がまず先行し、伝統的に医業倫理法（Code de déontologie médicale）で規定再録が繰り返され、治療拒否権についてもその中で規定されてくる。職業倫理的要請として、患者の権利は、医師の義務規定の歴史のなかで、医師の義務の反映として半影的に認められてきたといえよう。すなわち、パターンリズムから職業倫理へという流れのなかで医師の同意をとる義務の確立から、患者の治療への同意の要請が、併走する判例や遅れた立法とも連合しつつ、次第にしっかりと根を下ろしてゆくのである。

患者意思の尊重に関する規定は、最初の1947年医業倫理法にも、つぎの1955年法にもその言及はなかったが、ようやく、1979年法は、その7条1項で、「患者の意思（volonté）は、可能な限り最大限、常に尊重されなければならない」、と規定した。これに患者の治療拒否権が黙示的に含まれることは判例によって確認されてきた。そして、現行の1995年法は、ついに、36条2項で、「患者が、その意思の表明ができるときは、提案された検査ないし治療を拒否する場合、医師

は、患者にその結果を説明した後に、この拒否(refus)を尊重しなければならない」と規定し、患者の治療拒否権を明示的に真正面から承認したのであった。しかも、同意原理については、別に同条1項で、「検査あるいは治療を受ける本人の同意 (consentement de la personne) は、あらゆる場合に、これを得なければならない」と規定されていた。

一方で、医師は所定の条件のもとで治療をしないことができるが、その場合についても、1995年法が、47条1項で、「どのような状況であろうとも、患者への医療 (soins) の継続は、確保しなければならない」として、医療 (治療) 継続義務を課していることを忘れてはならない (この規定は、それぞれ、1947年法24条2号、1955年法36条2号、1979年法39条2項にすべてある)。

つぎに、法律による患者の意思尊重の承認は、患者の同意から医師と患者の共同決定へ、さらに拒否の尊重へとという流れである。まず、1994年生命倫理法 (Loi no. 94-643 du 29 juill. 1994, Loi de Bioéthique) が、患者の自己決定権の法認、身体不可傷原理の保障 (民法16-3条) をした [大河原 d]。これに治療拒否権も含まれるとの司法判例もあったが、これが正面から明示的に法認されるのは、2002-2005年患者の権利法 (Loi no.2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, L.1111-4, al.2-3, JO du 5 mars 2002) によってである。この法律による真の絶対的治療拒否権の保障にもかかわらず、抵抗的行政判例 (後出 Garnier と Senanayake-Feuillatey) もあってなお、問題解答の要素は提示されていない状況である [大河原 c]。

1.3 治療拒否権に関する司法判例

行政立法は、1995年以降、立法は、2002年以降、上述のように、それぞれ明示的に治療拒否権を法認している。他方、判例は、むしろそれ以前の段階からすでに、それらの解釈によって、問題解決への具体的解決の方向をそれなりに提示してきた。とりわけ、司法判例 [cf. Auby] は、患者の治療拒否について、裁判官は治療 (手術) を強制する権限はないとして (Cass. crim. 3-7-69 ; TGI Paris 13-5-1981)、また、身体不可傷原理の尊重を根拠に (Angers 19-1-55 ; Carbonnier, note ss T. civ. Lille 3-18-1947)、これを原則的に認めてきた。そこから発展して、生命・健康に差し迫った危険がない場合、患者の意思は原則的に尊重される。能力者で意識のある患者の拒否は、それに従うほかなく、拒否動機のい

かんを問わず尊重しないと、フォート (faute 非行 (故意過失)) となるという判例が確立してゆく (TGI Paris 13-5-1981, préc.)。ただ、患者の利益に合致しないのに、あまりに容易にそれを聞き入れるのは、フォートとなり、治療継続努力義務 (前出) や説得努力としての拒否結果の説明と翻意促進義務が生じてくる (Toulouse 15-2-1971 ; Civ. 7-11-1961, 22-1-1963)。

さらに、患者の執拗な治療拒否 (=不可抗力) がある場合のみ、強制侵襲はできず、医師の使命としての人命救助 (治療) 義務 (刑法63条・新223-6条の危急者人命不救助罪) は免除される、というもう一つの判例の方向が、そこからスムーズに現われてくる。つまり、治療を提案し説明し、必要性を強調すれば免責され、治療拒否によっていかなる結果になろうとも (死ぬようなことになる場合を含めて)、患者の意思を尊重した医師に刑事責任はない (Crim. 3-1-1973, Gatineau)、というものが導き出されてくるのである。医師に対するこの救命義務を厳格適用するにしても、患者への治療強制までを義務づける (正当化する) ことはできないということの意味する点で、非常に重要な判決であった。そして、そこからさらに、立法による法認を待つことなしに、その五年前にすでに、破毀院が、治療拒否権を正面から認め定式化するのであった (Civ. 2e, 19-3-1997, préc.)。

しかしその一方で、成年能力者には治療拒否についても自己決定権があることは、異論がないにしても、第三者との利害関係で患者の治療拒否権を制限する方向として、損害賠償請求訴訟の中で、第三者の金銭的利益がからむ場合に、権利濫用の法理により、治療を拒否する患者の責任を追及できるという判例の傾向が出てくる (Crim. 30-10-1974 et Lyon 6-6-1975)。これは、患者の治療拒否権への重大な間接圧力となる。さらに同じ方向で、死の危険がある事例、緊急事態等への対応が、とりわけ行政判例において出てくることになる。これには公序の要請も働き (cf. CE 1-2-1985 ; voir aussi CE 23-6-2000)、説得しさえすれば治療を敢行できる方向にも行きかねない [大河原 bc]。この極限状況においては、《患者の意思 (自己決定という規範) か医師の治療義務 (という規範) か》の二者択一となり、患者の治療拒否権は完全に否定されることになる。

2 がん患者の治療拒否に関する行政判例——患者の自己決定か医師の治療義務かのジレンマ解決への模索

行政判例は、治療拒否権の承認に微妙なところがある。その多くは、患者の意思を無視する病院医師の行為をフォート (faute disciplinaire) と認定しないことに現われている。とくに、患者の生命が危険という場合、患者の意思の絶対的優位性を認めることをためらい、患者の意思より患者の利益という善行 (慈恵・仁恵) (bienfaisance) の原理 [CCNE] に依拠するのである。ここでは、患者の治療拒否権 (患者の意思) 制限の方向は顕著である。コンセイユ・デタは、1982年の Benhamou 判決 (後出2.2) において、患者の生命に直接危険がある場合、治療拒否尊重義務はないという方向をさし示し、これが、輸血拒否に関する2001年の Senanayake 判決以降に引き継がれ、死の危険がある患者の治療拒否を無視して、救命に不可欠な治療行為を強制できるとして、2002–2005年法以降も、再確認され先例として確立してゆくのである。

そこで本稿は、この判例へと連なる以前の、患者の治療拒否に関する行政判例は、どのように形成され展開していたのか——この検討作業は、患者の生命に直接危険がある場合でない通常の事例、とくにがん治療の拒否に関して、医師の治療義務と患者の意思という二つの要請に対し、コンセイユ・デタがどのような調整をはかったか、を究明するのに不可欠である。それは、具体的には、患者の拒否を尊重した医師を処分しなければならないか、有効治療を拒否された医師が緩和 (対症) 療法にとどめたのは、法 (ないし医業倫理的要請) に反するか、という形で争われてくる。

2.1 子宮頸がん患者治療拒否 (Pech) 事件

まず、子宮頸がん (cancer du col de l'utérus) 患者が外科的治療や放射線治療 (radiothérapie) を拒んだので、出血緩和治療しかなかった医師に対する懲戒処分 (2年の医業禁止処分) の是非が争われた事例である。

●CE, Section, 6-3-1981, Docteur Pech

「医師会全国評議会懲戒部 (section disciplinaire) は、係争判決により、以前に相談を受けた同業医師によればその疾患に有効な作用 (action) のあり得るとされる唯一の治療を受ける

のを拒否し、かつ、申立人 (requérant) (医師 P) にあくまで拒否に固執していた患者に対する治療 (soins) を機に P 教授に対して制裁 (懲戒処分) を課した。そして同懲戒部は、この制裁を理由づけるため、とくに、P 医師がこの患者に当該疾患のいくつかの兆候 (manifestations) を和らげることのできる『対症 (palliatif)』療法を処方したことを非難した。

同懲戒部が、そのような (P の) 態度が重大な軽率 (imprudence 過失) を構成すると判示したのは、理由づけ不十分により、法の錯誤 (erreur de droit) となる。P 博士に対してなされた他の (処分) 理由 (grief) の内容がいかなるものであれ、係争判決は取消されなければならない] (破毀差戻し)

事実は、つぎのとおりである (Labetoulle, concl.)。患女 (トランプ占い師) は、当初受診していた医師から子宮頸がんの診断を受け、早期に外科手術が必要との説明を受けそれを勧められたが、彼女はこれを拒否した。4ヶ月後、出血の痛みが続くので、P 医師 (一般医でもあり、放射線感応能力 (radiesthésie 振り子等を使って病因を感知する能力) とホメオパシー (homéopathique 同毒 (類似) 療法) を併用した診断治療を行なうことでその道で評判であった) を受診した。P は、子宮がん診断のことを告げられ、これを振り子を振るなどして確認するだけであった。P も外科手術を数回助言したようであったが、そのたびに拒否されたので、ホメオパシー治療を行っていた。その後、容体が急変し緊急入院して放射線集中治療を行なったが、死亡している。

ここでの法的問題は、<医師は、子宮頸がんに対する外科的治療・放射線治療を拒否するがん患者に出血緩和の対症療法 (ホメオパシー治療) をするだけでフォートとならないか>——さらにいえば、医師には、有効な治療 (soins efficaces) をする義務まであるか——というものであった。これに対して、コンセイユ・デタは、フォート (faute disciplinaire) を否定した。これは、事実審としての医師会同懲戒部 (懲戒裁判所) が、有効な治療を拒否しているにしても、がん患女に対症療法をするのはフォートであると認定したものを、コンセイユ・デタが破毀裁判所として、法的に誤りだとして破毀差戻したものである。

コンセイユ・デタが破毀したのは、患女に対する説得・助言をあまりに早くあきらめたからなのか、それ

とも、一時しのぎの効果のない治療をしたからなのか（この点、論告（Labetoulle, concl.）に従っているだけで、判決理由にはその理由づけが見られないので、はっきりしない。本判決評釈（判決ノート）は、医職団（P 医師や医師会同懲戒部など医家）がそれを見るだけで、自らに対する指令であると——どの点が違法なのか——わかるような理由づけをすべきである、とコンセイユ・デタの判決理由の短さ（laconisme）を批判している）。また、治療の前提となる診断・検査の段階でも、診断のためのまともな検査をしたのかという問題がある（ただ、コンセイユ・デタは、治療のフォートを認定しそれを理由に懲戒処分を取り消しているのだから、この点にも触れていないが）。この点について、医師会同懲戒部（係争判決）は、ただ「振り子（pendule）を使い、患女の腹部を服のうえからざっと触診しただけで、まともな婦人科（gynecologique）的検査を何らしていなかった」と認定している（Labetoulle, concl.）。しかしこのようないい加減な診断ではあったが、これがそのまま治療のフォートと直結するほど問題は単純ではない。後に検討するが、ここで、医師 P と患女はどのような状況下にあったかを改めて確認しておこう。彼女はがんであること、外科手術が治療の唯一の方法・希望であること、これは説明を受け十分承知している。これがまず大前提である（がんである真実を隠す「思いやりのうそ」などが問題となっているわけではない。また、問題とされた治療法が効果がないことを隠していたわけでもないから、患女をそそのかしたのでもない）。そのうえで、彼女はきっぱりと執拗に拒否しているのである。外科手術を勧める二人の医師のもとを去り、そうした治療をしない P 医師に転医したほどである。つまり、外科手術は拒むけれども、助かりたいから P 医師を訪れたのであるが、そこでは医学的な救いよりも、むしろ精神的なそれ（気安め）を期待していたのかもしれない（Labetoulle, concl.）。さて、このような状況において、医師会同懲戒部は、上述のように効果のない対症療法ではなく、有効な治療を行わなければならないと答え、コンセイユ・デタは、それを取消したのであった（さらに後出3）。

ここで、同懲戒部は、効果のない対症療法では杜撰であり、医師は患者に対して有効な治療をしなければならぬと言ったとき、破毀院判例に依拠して、「科学の現在の知見に合致した」治療（Cass. ch. civ. 20-5-1936）をする義務が、医師にはあるという。確かに、診療契約上医師の「治療」義務の内容、患者の要求する「治療」はそうでなければならないのがあるが、上述したよ

うな患者側の特殊事情を考えなければ、場違いの判例引用となろう。通常の契約関係の中で、非科学的な治療で患者に負担を一方向的に負わせることはできない。通常のがん治療場合、すなわち有効ながん治療を拒否しない・同意する患者の場合には、医「科学の現在の知見に合致した」すべての治療法を使わなければ、治療義務を履行したことにはならないのは、当然である。

2.2 子宮がん治療（Benhamou）拒否事件

Pech 判決が、拒否患者に対して、その意思を尊重して緩和治療に止めたことを可としたのに対して、翌年、類似の事案において、コンセイユ・デタは、患者の治療拒否を認めるのは、生命健康に差し迫った危険のある場合以外であるとの留保をつけた。

この事例は、患者の拒否していた子宮固定術を強行した医師に対する懲戒処分（6ヶ月の医業禁止処分）の是非が争われたものである。ただ、妊娠中絶手術中に子宮がんを発見してこれを行なったというものであった（〈侵襲中の侵襲拡大〉事例。[大河原 a] 参照）。

● CE 27-1-1982, Docteur Benhamou

「当事者によって求められた人工妊娠中絶の機会に医師が行なうことを提案していた子宮固定術（hysteropexie）を患女が拒否する動機がどのようなものであろうとも、また、中絶の間に起こった手術事故を理由にこれらの動機を医師がどのように解釈することができようとも、医師 B に患女の生命ないし健康にとって直接の危険がある場合（傍点引用者）を除き、患女がそのように明確に表明する意思を無視することを禁ずる。

このような条件において、医師会全国評議会懲戒部は、その決定の中で、申立人（B）が患女の子宮固定術への合意を得ることをできなかったと判示したが、これは、係争（訴訟）事実（fait de la cause）を変質させたり、法的性格決定を不正確にするものではない。……B の申立棄却」

本件は、医師会同懲戒部が、妊娠中絶手術中、医師が事前に拒否されていた特定の外科的侵襲（子宮固定術）を患者の意に反して行なったことをフォート（faute disciplinaire）としたのに対して、医師の破毀申立てをコンセイユ・デタが棄却したものである。

生命・健康に差し迫った危険がない場合、治療拒否の動機を問わず尊重しない強制侵襲はフォートと認定される、という原則がコンセイユ・デタにおいても確認されたのである。医師は、医学・哲学・宗教的理由などを問う拒否理由の裁判官ではないからである(TGI Paris 13-5-1981, préc.)。本判決の結論に何ら検討を加える余地はない。

問題は、判決理由の中で、患者の治療拒否権に射程の限界を設けそれに留保をつけた部分である。ここでこの判決を取り上げた意味はそこにある。治療拒否は、「生命ないし健康にとって直接の危険(danger immédiat)がある場合を除き」、患者の意思を無視することを禁じた。つまり、それには当たらない通常医療の場合で、繰り返し明確に拒否されていたときは、その侵襲はできないが、本件のように手術中で意識がない特殊な状況において、生命健康に直接危険がある場合が留保され、医師は、患者の意思尊重義務を免除されることになる(無論、本件はこれに当たらないとされている。しかし、この留保について成年能力者の意思(自己決定)にも限界があるのは当然であると受け止められることが多い。[Penneau, obs.])。この留保を定式化した本判決は、そっくりそのまま、まさに「生命ないし健康にとって直接の危険がある」輸血拒否事例を扱うことになる2001-2002年 Senanayake 判決以降へと連なってゆくのである(CE Ass., 26-10-2001 : Mme Catherine Senanayake ; CE, Ord. de référé, 16-8-2002, Dame Valerie, Feuillatay c/ Centre hospitalière de Saint-Etienne ; TA Lille, réf. 25-8-2002, Ord. no.02-3138, Jérôme G. et Dame Carole Guislain c/ Centre hospitalier régional Hôtel-Dieu de Valenciennes ; CAA Paris 9-6-1998, Mme S. req. no.95 PA 03653 ; Voir dans le même sens l'arrêt rendu le même jour dans l'affaire Mme Donyoh)。

2.3 乳がん患者治療拒否 (Garnier) 事件

つぎの事例は、乳がん(cancer au sein)患者が放射線治療や外科手術(opération chirurgicale)を拒むので、幻想的な緩和治療をするにとどめた医師に対する懲戒処分(6ヶ月の医業禁止処分)の是非が争われたものである。

●CE 29-7-1994, Docteur Garnier

「医師会全国評議会懲戒部は、患者の意思の尊重に関する医業倫理法典の規定が、もっとも適切な科学的方法を用い、あらゆる幻想的な治療法(remède illusoire)を差し控えて、患者に良

心的治療(soins consciencieux)を行なうことを医師に対して命じる同法典の規定を遵守することを医師に免除するものではない、と判示して、ガルニエ(Garnier)氏に制裁(懲戒処分)を課した。

同懲戒部は、G氏が、がんに冒されているその患女を当該疾患の終末期になるまでがん腫学の証書(学位)をもつ医師に転医させなかったと判示したが、それにはいかなる事実の錯誤(erreur de fait)もなく、また、G氏が患女に処方した治療は、彼女が苦しんだがん疾患にいかなる効果ももち得なかったと判示して、事実の最終審的な認定(appréciation souveraine des faits 専権的評価)をした。そして同部が、外科的ないし放射線治療に対する患女の拒否にもかかわらず、治癒或いは生存の機会を彼女から奪った幻想的(緩和)治療法(remèdes illusoirs)によって彼女を治療することをG氏が甘受したことで、制裁を正当化する性質のフォートをG氏は犯した、と判決したのは、適法であるということができる。

懲戒裁判官が、当事者(G)を非難した事実を考慮して一定の制裁を決定するために行なった事実認定は、破毀裁判官(juge de cassation)においてこれを検討することはできない。このようにして行なわれたフォートの重大性とその諸結果を鑑みると、G氏に対して宣告された制裁は、直ちに執行されなければならないと判示することによって、懲戒部は、この点について十分な理由づけを行なって決定を行なった。……Gの申立棄却。」

事実はつぎのとおりである。医師G(一般医)は、がん治療には放射線治療と外科手術が必要であることを説明したが、拒否されたので(なお、左胸切除拒否とリスク説明を受けた旨を署名した書面がある)、緩和医療(苦痛軽減のためのホメオパシーと鍼治療)等にとどめた。二年後のがん専門医を診療させたが、そこでも患女が治療を拒否したので、この専門医もホメオパシー治療をした[Dubouis, note]。

そこから本件では、<乳がんに対する外科的治療・放射線治療を拒否するがん患者に緩和治療をするだけでフォートとならないか>——さらにいえば、そこには、有効な治療(soins efficaces)をする義務まで含む

のか——という法的問題が提起され、これに対してコンセイユ・デタは、フォート (faute disciplinaire) ありと答え、類似の先例である前出 Pech 判決と正反対の結論を導いたのであった。これは、医師会同懲戒部(懲戒裁判官)が、医師が「治療或いは生存の機会を彼女から奪った幻想的(緩和)治療法することで甘受した」のは、フォートだとしたもの(懲戒処分)を、コンセイユ・デタが医師の破毀申立てを斥けて、支持したものである。

この結論(G有責)に対しては、Pech 判決を含めこれまで判例が積み上げてきた同意原理に反するものであるとして、本判決評釈(ノート)は反対している[Dubouis, note]。しかもそれが、同意原理を法認した1994年生命倫理法が制定されたその日であっただけに素直な反応であった。しかし、判決が医師を非難したのは、どのような点であったのか。判決が、「救命または治療の機会を奪った幻想的治療法」を処方することで満足したと断じているのであるから、医師が、最大限の治療をするため万事を尽くさず、専門医に転院させないで、より効果のある治療をしなかったことが、非難されている。患者の治療拒否を尊重したことが——もちろん、有効治療ではなく、そのような治療を医師が行なうことになる最大の原因となるのではあるが、それが直接——非難されているとは考えられないであろう。そうではなくむしろ、さらなる説得はもちろん、転医の遅れとか、より効果のある治療の不尽など、患者に対するアシスト・ケアなどあらゆることを行なったかどうか、これをコンセイユ・デタは問題としたのではなかったか。この点で Garnier 医師はこのすべてをし尽くしたのか。

ちなみに、Gは、患者に対する説得をするどころか、その逆に、効果のない「幻想的治療法 (remèdes illusaires)」を処方することで「救命または治療の機会を奪った」うえに、なお改善するという幻想を与えて、患者の拒否をより強固なものにしたという非難(医師会同懲戒部)は、当たらないであろう。この患者は、容体が悪化する中で2年後に受診したがん専門医に対しても、外科手術の拒否をし、その揺るぎない拒否意思 (refus ferme et persistant) を示し続けていたからである。患者をそそのかしたという点は、Pech 事件においても問題になったが、効果ない単なる対症療法であることを患者に隠していたのでない限り、そうは断定できないであろう [Labetoulle, concl., préc.]。さらに、このような患者の強固な意思(拒否)と医師が有効治

療をする義務との関係についてはすぐ後で検討する。

したがって、説得等の患者に対するアシストなど最大限配慮不尽の意味すること、それが要求することは、かなり重く、広範囲に及ぶもの(義務)と言わなければならないであろう。これだけのものが、「生命に直接危険がある」極限状況でない本件のような通常の場合にも、すでに合意されていたことに、むしろ注目しておくべきであろう。

以上のような検討を加えてくると、要するに、Pech-Garnier 判例は、患者の拒否を安易に受け入れてはならないが、その拒否意思を尊重する医師にフォートなしという司法判例に類似していると見ることができよう。

3 むすびに——有効ながん治療を拒否する患者に対する医師の治療義務のあり方についての原理的問い

医療において治療決定をする場合、医師と患者の双方で共同決定をめざし、医師が説明をし、患者が同意(時には拒否)をするために対話をする。しかし、患者が治療を拒否し、医師が説得・翻意促進をしてもどうしても、医師と患者の意思が一致しない場合があえよう。そのとき、医師は究極的な選択をするほかない。善行(慈恵)の原理に拠って患者の利益を優先して治療を断行するか、それとも、患者の意思を尊重する同意原理によって、治療をせずに健康を悪化させるか、あるいは死なせるか、の二者択一となる。しかしながら、そのどちらの結果も、余りに極端であり一方に偏りすぎていよう。なお後者の場合、さらに、生命に直接危険があるという場合とそうでない場合とで区別しないのか、異なった扱いがなされるのか——つまり生命に直接危険がある場合でもなお、同意原理は尊重されるのかの問題がある。

そこで、《医師の治療義務か患者の意思か》ではなく、《医師の治療義務も患者の意思も》という途——すなわち、二者択一ではなく、双方両立するような均衡点を模索できないであろうか。この点、法的に、どのような解決が模索され、どのような解決がなされてきたのかについて、前述のように、職業倫理的要請、判例、立法がそれぞれの答えの要素を提示しているが、そのそれぞれが絡み合い相互に衝突し合い、とりわけ、立法と判例、なかでも行政判例との乖離があり、これまでのところ一つの解決を見いだすことはできにくい。

医師の治療義務(という規範)と患者の意思(自己決定

という規範)を調整する第一の手がかり・要素としては、やはり医師＝患者の対話の中での相互の均衡点を模索する努力のなかにあるはずであり、それはまず医師による説得であり翻意促進等の万事を尽くす配慮であろう。この局面での医師の役割・義務は、より大きいといわなければならない。医師の治療義務は、至極もつともであるが、その前提として患者の拒否意思の翻意を促進させるべく努力が大前提であり、それなしにはこれを正当化する条件を欠こう。この点、Garnier 医師はこの努力をしなかったのか。そうであるとするならば、医師の治療義務が患者の意思を上回ることはできず、努力不尽で治療をする正当化契機がないのだから、医師にフォートはないはずである。現に、Pech 医師の方は、患者がその名声を聞き頼って受診しているのにもかかわらず、説得・翻意の努力をした形跡がほとんどなかったの、フォートが否定されているのである [Dubouis, note ; Labetoulle, concl., préc.]。

しかし医師は、患者の意思の一貫性・揺るぎなさ等を見定めて、それでも説得や翻意ができなかったらこれに従う、というのが、よき解決ルールであろう。これは、死の危険がある究極的な事例を除き、確立した判例でもあろう。なぜなら、患者の身体・健康は、医師のそれではないからである（しかし、それが患者の生命に直接かかわる極限的な事例となると、医師——そして裁判所——の介入を招くことになってくる (cf. CE 1-2-1985; voir aussi CE 23-6-2000. この点の詳細については、次号で扱うが、さしあたり、輸血拒否について、[大河原 bc] を参照)。

ところが、医家 (医職団・医師会) は、法家 (裁判官・判例) のように解するのではなく、治療に同意しない患者を救うべきかという問題は、医師の良心 (conscience) の自由 [*注] や治療の自由の問題であり、医師は、そのような場合、拒否を無視して患者を救うべしとする (患者が治療拒否の結果を受け入れているとしても、これを認めないのである)。しかし、法的にそこまで医師に要求されているのかは疑問である。治療を拒否する患者に相対した場合の、医師の義務とは何か、というあるべき医師像への原理的問いかけである。つまり、患者の意思が有効であることが明らかとなるとき、すなわち、拒否した場合のリスクの説明を受け、自由に自己決定し、熟慮されていて (Garnier 事件では、二年後に転院した専門医にも同じ治療を拒否していた)、しかも書面でそれを証明している場合、いったいどんな

理由で医師のどんな権利で、この患者に拒否している治療——それが治癒のための唯一の治療であるとしても——を敢行するというのか (こうなるとは、患者の治療拒否と医師の治療義務の正面衝突である)。それは、医師の治療義務という名文で行なわれるのだが、その場合、医師の治療義務をそれほど強く厳格に理解する必要があるであろうか。その根拠自体も明確であるわけではないので (医業倫理法32条は、患者からの治療要求があつてそれに応じた場合、「良心的で献身的な、科学の現在の知見に基づく治療」(soins consciencieux, dévoués et fondés sur les données acquises de la science) をしなければならないと定めるにとどまる。ほかに2・7・9・47条も関連している)、患者の拒否を無視することを正当化することは不可能であろう。これが、医師の治療義務と患者の意思を両立させるための第二の手がかりである。つまり、そのように緩やかに理解された治療義務として、医師は、拒否された治療以外の治療を行なうことである。この局面での医師の治療義務の役割は、必ずしも治癒をめざすものではない、より小さいものとなる。ただこのとき、医師の治療・処方自由 (liberté thérapeutique ou liberté de prescription) (医業倫理法8条、社会保障法 L. 162-2条) が持ちだされる。しかしながら、患者から有効な治療を執拗に拒否されているとき、医師として、その他の治療もより広いケアも一切しないことはできないのであるから、医師は何らかの形で患者のアシストを続けなければならない (前出医業倫理法47条) ——それは人道上の義務でもある。そうであるとすると、その治療法が有効ではない場合でも、患者が拒否している特定の治療以外で、患者が同意する治療をするほかないであろう (その際、外科手術だけが治癒の唯一の方法・希望であるとの説明しておくことは必要である)。外科治療や放射線治療を拒否されていた Pech 医師が、出血・苦痛緩和のための対症療法 (ホメオパシー) をし、Garnier 医師が幻想的治療法 (ホメオパシーと鍼治療) をするなど、一時しのぎの緩和治療をするほかどんな治療ができたであろうか。これで、治療義務は果たしていないであろうか。このような状況で、それも許されない (フォートになる) とすることは (Garnier)、十分な説明を受け承知の上での拒否である以上、確かに患者の同意の尊重 (医業倫理法7条) ないし同意原理に反する [Dubouis, note] だけでなく、さらに医師には、医師としての自らの義務を「良心」的に評価して通常の治療をしないことを決意する自由 (医業倫理法37・39条——医師による治療

拒否)があるが、これをも制限されることになるのである [Labetoulle, concl.]。

かくて、患者の拒否意思を尊重すると同時に、患者をアシストし続けようとする医師像がある。それが、Pech と Garnier の両医師であった。他方、患者の拒否を無視して患者の善のために行動する医師像があり、それが Benhamou 医師であった。どちらも、それぞれ医師としての「良心」をもった医師像であるが、そのどちらの医師を非難（懲戒処分）するのが、果たして「良心」的であろうか。医師の治療義務と患者の意思尊重を両立させる方向で考えた場合、前者とするのは明らかであろう [Dubouis, note préc. ss Garnier]。

さらに、前出の1973年破毀院刑事部判決を想起してみると、この場合には、患者に治療を拒否された医師が、患者の拒否（意思）を無視することなく治療を行なうことはできない。つまり、刑法の救助義務を無視し患者の意思を尊重して治療をしないか、あるいは、患者の意思を無視して治療をし刑事罰を免れるかの選択の前に、医師は身を置かれるが、このとき医師は、前者を選択することが許されたが、それは、その義務を厳格に理解（適用）しなかったからである。また、患者を死に追いやったとして、その医師の刑事責任を問わないとするわけであるから、患者の治療を拒否する意思（権利・自己決定権）が認められたと言えるのである [Levasseur, obs. sur Cass. crim. 3-1-1973]。

医師の治療義務——通常は、医学の現在の知見に合致した「良心的献身的な」治療——と患者の意思尊重原理をどのように調整するか——医師の義務とは何かという原理的問いかけ——は、本稿で扱ってきたがん治療においても、根本問題である。以上見てきたように、Pech-Garnier 事件において、その原理的問いかけは、その二者択一ではなく、むしろ、その双方を前提にして、患者の拒否を尊重した医師の治療義務の内容が問題となり、<がん（子宮頸がん・乳がん）に対する外科的治療・放射線治療を拒否する患者に緩和治療をするだけで許されるか（フォートにならないか）>、という具体的な形で展開してきたのであった。

本稿で考察してきた行政判例は、患者の拒否を簡単には受け入れてはならないが、生命が直接危険であるという場合を除けば、それを尊重する医師にフォートなしというものであったと見ることができる。またこのように解することができるならば、Pech-Garnier-Senayake 判例の連続性も、2002年の患者の権利法

（医師と患者による共同決定）とそれほど対立しているわけではないのかもしれない。そこでつぎの課題は、生命が直接危険であるという場合の法理、司法判例理論の詳細をそれぞれ検討することになる。

〔附記〕

本稿は、平成17年度科学研究費補助金(基盤研究(C)(2)) (課題番号:17530095 研究課題名:「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)による成果の一部である。

〔*注〕 医師の良心の自由が、前面に出てくるのは、事前に患者との対話がなく、「説明と同意」もとりようがなく、しかも自己決定すべきときに自己決定できない意識のない患者を目の前にしたときなど、医師のイニシアティブが問題となる場合であり、自己決定できる患者の場合には、これはあまり問題にならないであろう。

〔文献〕 [文献はこのかぎ括弧で引用する。引用順]

- 大河原 a, 「治療行為における同意に関する判例理論の形成——フランスにおける患者の自己決定権の研究(1)」(本誌前号239頁以下, 2006年)
- 大河原 b, 「患者の自己決定としての輸血拒否」, 日本生命倫理学会誌『生命倫理』(第17号, 2006年)所収。なお、これをもとに加筆修正を行なったのが、つぎの文献である。
- 大河原 c, 「医療環境における医師と患者の関係——医師の治療義務と患者の意思との均衡についての一考察」, 桂木ら編『社会環境学への招待』(ミネルヴァ書房, 2006年)191頁以下所収。
- 大河原 d, 平成15-16年度日本学術振興会科学研究費補助(基盤(C)(2))研究成果報告書『医療における自己決定権に関する研究——フランス法における医療公序と個人の自律』(研究代表者), 2005年
- Sargo P., rapp. ss Cass. civ. 1re 14-10-1997, JCP.1997. J.22942
- Roman D., Le respect de la volonté du malade : une obligation limitée?, RDSS.2005.423.
- Auby J.-M., Le droit de la santé, PUF, p.322
- Carbonnier J., note ss T. civ. Lille 3-18-1947, D.1947.507
- Avis no.87 du Comité consultatif national d'Éthique (CCNF), Refus de traitement et autonomie de la personne,

14 avril 2005.

Labetoulle M.-D., concl. ss CE, Section, 6-3-1981, Docteur Pech : RDSS.1981.413.

Dubouis L. note ss CE, Section, 6-3-1981, Docteur Pech : RDSS.1981.407.

Penneau J., obs. sur CE 27-1-1982, Docteur Benhamou, D.1982,IR.275

Dubouis L., note ss CE 29-7-1994, Docteur Garnier, RDSS.1995.57.

Levasseur G., obs. sur Cass. crim. 3-1-1973, Rev. Science crim. 1974, p.694.

【判例】 (判例はこの丸括弧で引用する。引用順)

- Cass. req. 28-1-1942, Teyssier : D.1942,J.63 ; GP.1942.1.177 ; S.7e T.Q., Vo Hospices et Hopitaux, no.7 et s.
- CE 13-7-1961, Delanoë, Rec.1175.
- CE 7-2-1969, M'Barek, Rec.87.
- Cass. civ. 2e, 19-3-1997, Bull. civ. II no.86 ; JCP.1997. IV.1006 ; RTDC.1997.632, obs. Hauser ; P.Aff.1999.16, note Lucas-Gallay.
- Cass. crim. 3-7-69, JCP.1970. II .16447, note Savatier ; RTD civ. 1969.782, note G. Durry.
- TGI Paris 13-5-1981, JCP.1982.19887, obs. Chabas.
- Angers 19-1-1955, JCP.1955. II .8351, note anonyme.
- Toulouse 15-2-1971, GP.1972.1.som.35 et 1.doctr.237, obs. P.-J. Doll.
- Cass. civ. 7-11-1961, GP.1962.1.219 ; D.1962,som.71 ; RTDC.1962.496, obs. Tunc ; Bull. civ. I no.508.
- Civ. 22-1-1963, Bull. civ. I , no.49, p.41.
- Cass. crim. 3-1-1973, Gatineau : Bull. crim. no.2 ; D.1973.J.220 ; Rev. Science crim. 1974, p.591, 693, obs. Levasseur.
- Cass. crim. 30-10-1974, Tollé : D.1975.J.178, note R. Savatier ; JCP.1975. II .18038, obs. L. Mourgeon ; RTDC. 1975.108 et 712, obs. G. Durry ; RDSS.1975.327, obs. Dubois ; GP.1975.1.67 ; GP. 27 mai 1975. doct. Doll ; Bull. crim. no.308, p.709.
- Lyon 6-6-1975, JCP.1976. II .18322, obs. L.M. ; D.1976. 415, note Savatier ; GP.1975.2.610, note D.S. ; RTD civ. 1975.712, obs. G. Durry.
- CE 1-2-1985, Association chretienne AEes témoins de Jehovah de FranceAE: Rec. 22 ; RDP.1985.483, concl. Delon, note J. Robert ; RFDA.1985.566, note P. Soler-Couteaux.

- CE 23-6-2000, Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie : Rec.242 ; AJDA.2000.597, chr. M. Guyomar et P. Collin ; RTDH.2001.1207, note G.Gonzalez.
- CE, Section, 6-3-1981, Docteur Pech : RDSS.1981 p.407 note Dubouis, p.413 concl. M.-D. Labetoulle.
- Cass. ch. civ. 20-5-1936, Dr. Nicola c/ Mercier : D.1936. I .88, note E.P.
- CE 27-1-1982, Docteur Benhamou, Rec.735 ; D.1982, IR.275, obs. J. Penneau.
- CE 29-7-1994, Docteur Garnier, Rec.407 ; RDSS.1995. 57, note critique L. Dubouis. ; GP.12-13 juillet 1995, note Garay.
- CE Ass., 26-10-2001, Mme Catherine Senanayake : Req. 198546 ; D.2001.3470, rapp. Sargo, note Thouvenin ; RFDA.2002, p.146, concl. Chauvaux, p.156, note de Bechillon ; RDSS.2002.42, note Dubouis ; JCP.2002. II . 10025, note J. Moreau ; AJDA.2002.259, note M. Deguerge ; P.Aff.2002.18, note C. Clément ; P.Aff.2002. 8, note Ch. Guettier ; GP.2002.J.1451, note J.-J. Frion.
- CE, Ord. de référé, 16-8-2002, Dame Valerie, Feuillatey c/ Centre hospitalière de Saint-Etienne : Req. no.249552 ; GP.2002.Juris.1346, note Pansier ; JCP.2002. II .10184, note P. Mistretta ; Droit famille 2003. II .1er arret, note Mouton ; D.2002.188. note E. Aubin ; Juris-Data no.2002-064221.
- TA Lille, réf. 25-8-2002, Ord. no.02-3138, Jérôme G. et Dame Carole Guislain c/ Centre hospitalier régional Hôtel-Dieu de Valenciennes : GP.2002.Juris.1348, note Pansier ; JCP.2003. II .10098, note Lambert-Garrel, Falasaquier, Pitcho et Vialla.
- CAA Paris 9-6-1998, Mme S. req. no.95 PA 03653 ; RFDA.1998.1231, concl. M. Heers ; D.1999.J.277, note G. Pellissier ; GP.1999.393, note J.-B. Bladier ; P. Aff. 23 avr. 1999, note Mémeteau ; RDP.1999.235, note J.-M. Auby ; D.1998.359, obs. C. Esper ; JCP.1999. I .128, chron. J. Petit ; JCP.1999.J.392, note J.-B. Bladier ; Voir dans le mêmes sens l'arrêt rendu le même jour dans l'affaire Mme Donyoh : CAA Paris, 9-6-1998, req. no.95 PA 03104 ; P.Aff.1999.10, note G. Mémeteau.
- CE 1-2-1985, Association chrétienne -Les témoins de Jehovah de France-: Rec.22 ; RDP.1985.483, concl. Delon, note J. Robert ; RFDA.1985.566, note P. Soler-Couteaux.

- CE 23-6-2000, Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie : Rec.242 ; AJDA.2000.597, chr. M. Guyomar et P. Collin ; RTDH.2001.1207, note G. Gonzalez.

