

福岡工業大学 機関リポジトリ

FITREPO

| | |
|-------------|---|
| Title | 治療への同意拒否に関する司法判例理論の形成・展開－フランスにおける患者の自己決定権の研究(3)－ |
| Author(s) | 大河原 良夫 |
| Citation | 福岡工業大学研究論集 第40巻第1号 P95-P120 |
| Issue Date | 2007-9 |
| URI | http://hdl.handle.net/11478/934 |
| Right | |
| Type | Departmental Bulletin Paper |
| Textversion | Publisher |

Fukuoka Institute of Technology

治療への同意拒否に関する司法判例理論の形成・展開

— フランスにおける患者の自己決定権の研究(3) —

大河原良夫 (社会環境学部)

Medical Treatment Refusal and Judicial Precedent Theory

— A Study of the Personal autonomy and Consentment éclairée of a Patient in France —

Yoshio ÔKAWARA (Department of Social and Environmental Studies)

Abstract

This paper reconsiders the character and the limit of a right of medical treatment refusal of a patient. Can a patient refuse treatment(eg. on the grounds of his religious belief), although that refusal will ultimately result in the person's death, or can a third person impose a duty of medical treatment against a patient's will?.

According to the judicial precedent, the right of medical treatment refusal, which makes principle of Integrity or Inviolability of body or person the basis, has the following limits: first, in a relation with a doctor, when there is a risk of the patient's death, this right is not accepted, and then in a relation with a third person with an interest, a patient may be unable to refuse an operation. This judicial precedent distinguishes an intervention by the gravity of the degree, and refusal of a risk-free usual medical treatment and operation is not allowed and considered as "faute". This right has only relative character and such a limit. Also with transfusion medical treatment, it is supposed that it corresponds to the usual medical treatment, therefore, the refusal of a transfusion treatment is not accepted as "abus de droit". A patient will hesitate at use of a right and will be daunted by such situation. This patient's medical right must not receive such restriction, and probably, by giving a higher legal basis to it, this right must be constituted as a higher right.

Key words: informed consent, medical treatment(transfusion) refusal, patient's personal autonomy, Principle of integrity or inviolability of body or person, freedom of individual, French medical law.

序

患者の治療拒否権について、行政立法は1995年以降、法律は2002年以降、それぞれ明示的にこれを法認してきており、他方、判例は、むしろそれ以前の段階からすでに、それら法律・行政立法の解釈によって、

問題解決への具体的解決の方向を提示してきたことは、前稿において論述した。ここでは、まず輸血治療拒否に関する判例の分析を通して [大河原 bc]、続いて、がん治療拒否に関する行政判例とその法理について [大河原 a]、その均衡点を〈患者の自己決定権 (意思自律) か医師の職業上の義務 (治療義務) か〉という分析観点から、患者の自己決定としての治療拒否権論を各論的に、それぞれ検討分析した。本稿では、これらに引き続き、治療同意への拒否に関する司法判例と

平成19年5月31日受付

その法理の形成と展開について、その判例理論を分析の対象として、患者の治療拒否権論総論的にこれを検討をするものである [注]。

1 患者の拒否意思の尊重の法理の形成・確立

— 第一の方向

今日、自己決定（同意・拒否）能力があり意識のある患者の治療拒否は、これを無視することはできず患者のその意思に従うほかなし、という法原理が確立している [Auby]。この原理の確立する過程を跡づけてみると、その判例は、つぎのような二つの方向へ展開することになる。

第一の方向は、まず、純粋に医療における医師・患者関係を中心として、患者の治療拒否について、司法判例は、身体不可傷原理の尊重を根拠に（後出【1・2】）、あるいは、〈裁判官に治療（手術）を強制する権限はなし〉という定式化で（後出【3】。行政判例では、Voir aussi CE 27-1-1982, Docteur Benhamou, Rec.735; D.1982, IR.275, obs. J. Penneau）、これを異口同音に原則として認めてゆく傾向である。そして、そこからさらに、立法による法認（2002年患者の権利法）を待つことなしに、その5年前にすでに、破毀院が、民法16-3条（身体不可傷性原理と同意原理）を援用して、治療拒否権を正面から認めるのであった（後出【4】）（本章1）。第二の方向は、第一の方向が刑事判例にも転移し、患者の治療拒否を尊重して治療をしなくとも医師に刑事責任なしとされるに及んで、患者の治療拒否権が刑事法領域においても法認されてくるのである（次章2）。

しかし、医師・患者関係以外の第三者との関係で、とくにその金銭的利益が絡む場合に、その者の金銭的利益のために治療（手術）の強制を迫るという文脈で、患者が治療拒否をすることは是非が、患者＝事故被害者対加害者（保険会社等）という対立構図で争われてくる中で、金銭的利害関係第三者との関係での患者（事故被害者等）の治療拒否権の射程ないし法的性格そのものが問われてくるのである（後出章3・4）。また、司法判例では、生命にかかわる事例において、患者の治療拒否権に限界があるかという観点からも、医師・患者関係における限界事例ではないが、本稿で取り上げる輸血拒否事例を通して、これを考察する。

1.1 治療拒否権の根拠としての身体不可傷性原理(1)

— 判例による援用

患者は、治療拒否の理由如何を問わず、治療拒否をすることができるという原則が確立してゆくが、まず最初に、治療拒否権の根拠として、身体不可傷性 (intégrité du corps humain) の尊重を明示した判例を取り上げよう。

医師・患者関係の枠組の中で、医師への損害賠償請求について、患者が治療を拒否したことが、フォート (faute (故意) 過失・非行) となるかが争われた事例からみてみよう。放射線治療の過誤で両足に熱傷 (radiodermite 放射線皮膚炎) を負った患女 R (原告) が、それ故に医師 X (放射線専門医 radiologue) 有責となった10年後に、苦痛拡大・潰瘍拡大など状態が悪化したことを理由に、同じ X に対して追加的に損害賠償を請求し勝訴した。これに対する X の控訴に対して、控訴院は、次のように判示し、控訴を棄却した。

● Angers 19-1-1955, Roussillat 【1】

「……医師 X は、侵襲が損害を減ずる軽快 (amélioration 改善、快癒) をもたらしうる性格のものとしてなされたかを検討する鑑定を申立てたが、身体不可傷性を侵害する (強調は引用者による——以下同様) 侵襲を受けることを原告に直接的にも間接的にも強制することはできない。当該患者は、中位中足骨 (médioméatarsienne) ないし足根中足骨 (tarso-méatarsienne)、そしておそらく……状況によっては、足根間関節 (médiotarsienne) の両側切断術 (amputation bilatérale) を受けることを拒否しても、いかなるフォートも犯すものではない。この正当な拒否の結果生じた状況 (病状) は、事故責任者の負うリスクの一つに数えられる。因みに付言すれば、医師らの勧めた両足の部分切断は、疼痛の要因を消失させるに違いないが、鑑定人の表示によれば、その場合に考慮対象となる他の要素がまたそれと同じ賠償を生じさせることになる。……」(原審維持、医師有責)

ここでの法的問題は、損害賠償請求をする患者が切断手術を拒否することは、フォートとならないかというものであった。これに対して、控訴院は、フォート (faute) を否定した。このように、本判決が、切断手術という重大な侵襲事例であっただけに、手術を受ければ改善していたかどうかさえをまったく問題とする

ことなく、身体不可傷原理を明示してこれに依拠した点は、注目しておく必要がある。逆に次の事例では、これが明示的に否認されることになる。

1.2 治療拒否権の根拠としての身体不可傷性原理(2) ——学説による強化

そこで、父であることの否認を血液検査（鑑定）によって立証することを認めた事例をまず取り上げ、(嫡出) 父子関係否認のための血液検査拒否と人の不可侵性 (inviolabilité de la personne humaine) ないし身体不可傷性原理——その表現はどうか、フランスの個人主義的法システムの一つである基本的な身体（肉体と精神）的自由としての *noli me tangere* 原理——の問題を検討してみよう。上の事例において治療拒否権の根拠として明示されていたその原理を本件原告がそのまま援用して血液検査拒否を根拠づけたのであるが、本件では、ひるがえって、この主張が正面から斥けられた。ここで重要な点は、その理由づけである。この事例をここで扱うのも、前の事例とは正反対に、重大でない侵襲の場合には身体不可傷性原理の援用は認めないという侵襲の度合い（軽重）による区別論を先取りして、後に扱う論点を提示するためでもある。

● Trib. civ. Lille 3-18-1947, F.. c. dame F.. 【2】

「……それ（血液検査のための鑑定医の任命）

（引用中の丸括弧内注は引用者による——以下同様）を排斥するために、フランス法の一般原理によれば、父であること・ないことの立証は、間接的にでなければならぬということ援用することはできない。その立証は、法律がその評価を裁判官の賢明な判断 (prudence 慧眼) に委ねている推定という法的カテゴリーに属する。それがそれ以外の推定では蓋然性 (probabilité ou vraisemblance) しかもたらさない場合に、確実性 (certitude) をもたらすという理由で、それを排斥することは奇妙なことであろう。

それに加えて、当裁判所は、個人の自由 (liberté individuelle) や身体不可傷ないし所有 (intégrité et ... propriété du corps humain) などに対する尊重という被告らの申立てをもとることはできない。人の身分 (état de personne) の問題は、公序 (ordre) に関する事項であり、そのような事案においては、当事者は、相手方当事者の、法律の許容する証拠を主張する自由も、それを許可する裁判官の義務も、その主張によって、こ

れを妨げることはできない。そもそも実際、必要とされる採血は、もともと軽微な処置 (opération 手術) の一つであり、裁判所はたびたび、いっそう秘部 (性器) の (intimes)、いっそう微妙な (délicates) 手術を必要とする鑑定を、あらゆる事案について鑑定医に命じている。よって、本件で求められている鑑定が命じられることを何ら妨げるものは存在しないのである。以上の理由により、最終的判決を下す前に、F氏、F夫人、その子フェルナンドの採血、その比較検査を行い、F氏がフェルナンドの父であるかを判定する……ことを任務とする鑑定医を任命する。……」

本判決は、(嫡出) 父子関係否認の訴えにおいて、原告 F (夫・父親) の請求する父母子の血液検査の鑑定が、被告 F 夫人 (妻・母親) らの反対にもかかわらず (確実性をもたらす立証方法として) 必要であるとして、「人の身分問題は、公序に関する事項であって」、そのような場合には、F夫人は、「軽微な手術」を拒否するために、「身体不可傷および所有としての個人の自由尊重」を援用することはできない、と断じた。「個人の自由や身体不可侵ないし身体所有」の尊重のもとで、裁判所が、意に反した採血を命じることができるか・許されるかが正面から問題となっていたのであるが、裁判所は、被告がそれらを根拠にして血液検査を拒否したが、これを真正面から斥け、血液検査を受ける義務を断言したのであった (もともと、そのサンクションまでは言及してはいない)。

本判決も、被告の身体不可傷性原理の援用を斥けたものの、そのような自由・尊重それ自体を否定したのではなく、対立利益を調整するためにこれを制限することとなったと解されるのであるが、採血による立証を命じる理由として、採血は、苦痛も危険もない侵襲度の軽い処置であること、人の身分は、公序にかかわることの二点が、述べられている。ここでは、身体不可傷原理を制限するためのものとして、侵襲度合いの軽重区別論の端緒がその頭をもたげ始めている。

まず、採血の侵襲軽微性という理由づけについて、判旨に批判的な判例ノート [Carbonnier, note, col.1] の指摘は、後の論点との関係で重要なので、少し詳しく見てゆこう。手術が軽度であるというだけでこれを個人に強制することは許されるのだろうか、まず原理的な問いかけをし、「切断しないとか、肉体への切込

みが浅いとかは、大して問題ではな」く、個人の自由とか人 (personne humaine) への不可侵によって「保護されるのは、肉体 (chair) ではなく、感情であり、自己 (決定) (quant-à-soi)、自由であり、これらが、侵襲の度合いがどうであろうと同じように傷つけられるのだ」と批判し、そもそも人 (personne humaine 個人) は、身体 (corps) と精神 (esprit, âme) の不可分な存在であって [Nerson, no. 68]、「人への不可侵性は、身体 (corps) と人格 (personnalité) の双方にその座をおく身体的・精神的自由 (liberté immatérielle 非物 (財産) 的自由)」と考えねばならないという。そして、個人の自由に対する犠牲の度合い——手術の侵襲性の程度——を考慮する労働者災害補償事案において、治療・手術を受けなければ、その拒否はフォートと見なされる判例の流れの中で、本件も、採血の軽微性に依拠して、採血義務を認めようとするものであるが、本件では、その義務があるかということ自体が問題となっていると批判を加えている。

本件では、血液鑑定の可否が問題となったので、訴訟当事者の真実の発見 (顕現) への協力義務について、身体不可侵性を犠牲にしてまでそれを課すことの可否を問題としている。ここでもカルボニエは、フランス民事訴訟の制度の個人主義的・自由主義的精神から、当事者は自分のために闘うのであって真実のためではないから、真実は、事物の深い洞察によってではなく、当事者の主張の激突によって発見される (vérité scientifique よりも vérité judiciaire)。そして、訴訟における証拠調べ・真実発見は、人の不可侵性という本質的な価値を上回るほど絶対に必要というものではないから、裁判所が、身体への医学鑑定が行われる当事者に対して、これを命ずることは、法律が認めるのでない限り、越権であるとしている [Carbonnier, note]。

それでは、本件はどのように解決・調整されるべきか。裁判所による鑑定命令が直接執行される場合には、採血強制となろう。本判決も、公権力が鑑定医のところへ連行して採血をするということまでは明言していないから、訴訟で負けるというにすぎない。つまり、採血拒否は、血液検査によって他方当事者が立証しようとしたことを自白した (原告の主張を認めた) と見なされるわけである。このような擬制自白 (ficta confessio) という間接的サンクション・モデルで対処してきたところにこそ、カルボニエは、「個人主義的な法は、いかに人間に触れることなく、人間を動かすことに、その優雅さがある」こと、そして、選択の自由 (道

の可能性を開いておくことが、自由の保護にとって重要であり、それがフランス法の精神であることを強調し、この判決の言外に自由への慎重な配慮を読み込んでいる (後出する労災事故についても、被害者が検査を受けなければ年金 (rente 定期金) 支給が中止されるにすぎないとされるのも、その例であるとしている [Carbonnier, note]) のである。このように侵襲が軽度であれば拒否できるという考え方に対して、人の不可侵という原理性を強調する学説は、その原理性の弱体化に伴いその力を失ってゆかかに見えるのである。

1.3 「裁判所は手術強制権限を有しない」という定式化による黙示の再確認

これまでの議論は、軽微な侵襲であるからその強制が可能である (侵襲拒否は認められない) というものであったが、この点の検討をもう少し先へ進めてみよう。扱う事例は、治療を拒否する患者とそれを断行する医師の間の対立構図ではなく、そこに第三者の利害関係 (損害賠償等の算定) が絡んで、手術を拒否する交通事故等の被害患者と手術をせよという第三者 (加害者・保険会社) の争いとなり、被害患者が手術を拒否したことの是非が問われることになる (医療責任ではなく一般民事責任の問題)。そこで、まず、交通事故被害者による加害者に対する損害賠償請求についての事例であるが、「裁判所に手術強制権限はない」という定式化のもとで、患者の治療拒否権を認めたものを検討しよう。

● Cass. crim. 3-7-1969, Pourpour c. Raynaud 【3】

「過失傷害罪 (délit de blessures involontaires) (その被害者が R) に由来する損害賠償請求訴訟において、私訴原告人 (partie civile) たる R に対して、損害賠償を支払うよう P に命じたグルノーブル控訴院1968年12月4日判決に対して、P の提起した申立てについて判示する。……係争 (原審) 判決は、『……もし (交通事故) 負傷者が何の禁忌 (contre-indication) も示さない手術——またこの手術を今日まで延期していたのは、当時彼の妻が妊娠していたという個人的な都合にすぎなかったのだが、その手術——を受けることに同意していたならば、彼は著しく状態を軽快 (amélioration) させていたことは確実であるとする鑑定意見を斥けた。その理由は、その軽快可能性は確かではないこと、手術には危険が伴い、一時的な麻痺が新たに生じるおそ

れがあるからであった。しかしながら、事故被害者は、重大な禁忌を理由にするのでない限り、その請求する損害賠償を軽減することのできる手術を拒否できなかつたはずである。本件においては、軽快しうる治療をうけるのをRが拒否したのは、鑑定意見によれば、何らそのようなものを呈さない侵襲のリスクという如何なる概念とも無縁の、いわば個人の都合だけに基づいていた……。いずれにせよ、事故負傷者が容易に難なく著しく減じることのできるはずの永続の一部不能 (incapacité permanente partielle, IPP) 55%の現状に満悦している事実が、賠償金の減額を引き起こすべきフォート (faute) を構成するというのは、理由にならない。』

係争判決は、交通事故についてPに全責任ありと宣し、Rに支払うべき損害賠償額を定めた。……Pは、被害者の永続の一部不能は、外科的侵襲によって軽減されると主張し、最後に、判決を猶予してその手術後の不能の率を決定するために鑑定人を新たに任命することを求めた。この請求は、被害者にとって現実の危険を呈している当該外科的手術を受けることを拒否したのは正当であるという理由で、控訴院はこれを斥けた。この事実認定は、実体裁判官の最終的権限に属する。鑑定報告書は受訴裁判所の審査に付される心証要素の一つにすぎず、受訴裁判所はその報告書の意見に拘束されない。……その上、裁判所 (juges) は、受けることを拒否する手術を被害 (患) 者に強制する権限を有しない (juges sont sans pouvoirs pour imposer à la victime une opération laquelle celle-ci refuse de se prêter)。したがって裁判所は、犠牲者の受けた損害は全面的に賠償されなければならないという原理に違反することになるので、この拒否を根拠にして、認められている損害賠償を減額することはできない。」(破棄申立てに理由なく棄却、原判決は適法)

ここでの法的問題は、被害者が、軽快しうる、危険のない手術を拒否することは、フォートとならないか——事故加害責任者は、被害者がそれを受ければ軽快しうる治療を飽くまで拒否した場合の結果まで賠償しなければならないか——というものであった。これに対して、破毀院刑事部は、いずれも否と答えて

フォートを否定し、加害者の破棄申立てを斥けて、裁判所に手術強制権限はないとして原審判決を支持したものである。

本件における手術 (動脈造影検査) は果たして危険のある手術であったのか、危険な手術であったから拒否できるとされたのか。上述のように、交通事故加害者P (本件破棄申立人) の主張は、刑事的に制裁を受けたが、民事的には、支払い義務のある賠償金を減額しようとするもので、交通事故被害者R (本件原告) の不能 (55%) は、外科手術を受ければ軽快するのに、現在の不能状態に満悦していて、何ら理由もなく危険もない手術を拒否したことに原因があるのだから、彼自身にその責任があるとまで言うほどである。この主張は、手術に重大なリスクはない等と断定した鑑定意見に依拠したものであったが、事実審としての控訴院はこれをとらず、「被害者にとって現実の危険」のある手術——つまり、裁判官は侵襲度合いの裁判官でない！——は、拒否する権利がある (すなわち、損害を軽減できる手術——しかも軽快可能性は不確かで、手術には危険が伴い、麻痺が生じる虞もあるから、これ——を拒否してもフォートでないから、賠償額の減額はしない) と判示していたのを、破毀院も、その事実認定は最終的なものとして、これをそのまま支持しているのである。

つまり、外科的手術は、患者を軽快させるものであっても、その患者がリスクがあると判断した場合には、これを強制させることはできず、ましてや、第三者が賠償金の債務者としてその手術拒否を非難することはできないというわけである。患者の治療拒否権について、利害関係第三者にも対抗しうる絶対的・主観的権利か、第三者の利益が絡む場合にも治療拒否をする権利があるのかという問題には、肯定的に答えている (この点、学説では、患者の治療拒否権の限界には明示的には触れないでその絶対性を説くカルボニエの見解はすでに見たところである [voir aussi Doll, JCP.1970, III])。そして、侵襲が軽度であるとする鑑定も、個人の都合という理由だけで手術を拒否したという主張も、全く問題にしていけないので、裁判所は拒否理由の裁判官ではないということ为前提として見られる (この点について、後出3.2)。

ただ、リスク等判断は患者に委ねるという判断に対しては、偶然の交通事故で加害者となり過失傷害罪に問われた側からすれば、事故後の負担を被害者と共に分け合うことに被害者が同意してくれ、損害賠償額が

軽減することに協力してくれてもいいのではないかという思い（希望）は確かにあろう。したがって、そのような真剣な思いから、妻の妊娠という都合だけで、治療を受け軽快することに同意しない被害者を非難するのである。患者の（主観的）判断・自由に任せるとはいつても——信仰上の理由による治療拒否と本件のような個人的都合によるそれ（この場合、そもそも真剣な真面目な自己決定としてのそれといえるかかなり疑わしい）とは同様に扱えない全く別次元のものであることに注意しなければならないが——、第三者の利益（金銭的なものであっても）がからんでくる場合には、重大なリスクもない治療を拒否できるか、その拒否はフォートとならないか、か問題とされる余地はあったのであり、また、それまでの学説・判例上の通説である、侵襲度合いの軽重区別によって治療拒否権の行使が認められるかどうかという基準（後出3）を放棄した点で、この判決は賛同が得られなかったのである [Durry, obs. critiques]。このような治療拒否権への留保を明示的に示したのが、後出【9】【10】【16】等であり、黙示的に示したのが、【15】【18】（もし治療期間が短く、苦痛もなく、費用もかからなければ、拒否できなくなりうる含みはあった）であった。しかしながら、やはりもう一方で、そもそも交通事故で被害者とされ身体を傷つけられた上に、なぜまた加害者の金銭的負担軽減に協力して身体にメスを入れる（たとえその切り口が小さくとも）ことに同意しなければならないのかという思いが、より強くあり、現に、身体的被害（損害）と金銭的負担（賠償）の質——治療拒否という自己決定権と過大な損害賠償を支払わない権利（あるいは希望）——の違いは明らかであり、裁判所もこれまで、責任の分担を被害者に免除する傾向にあったのである。

さて、「裁判所は、外科手術を被害患者に強制する権限を有しない」という判示定式で、破毀院は、何を意図したのだろうか。いくつかの後続判例で繰り返されるこの定式は何を意味するのか。サヴァティエの説明によれば、民事裁判官は、不作為フォートも権力的な手段として損害賠償の加重を命じることができるのであって（「なす債務はすべて、債務者の不履行時には、損害賠償に変わる」（民法1142条）、債務者が拒否する作為を彼に直接強いる（サンクションする）権限は、裁判所にはない（Nemo praecise cogi ad factum）、と言うにすぎない [Savatier, obs.II]。この点、前出のカルボニエの自由主義的・個人主義的な間接的サンクション・

モデルによる「自由への配慮」に通ずるところがある。

しかし何よりも、それ以上に、この定式化は、治療拒否権の根拠として裁判官が使った、身体不可傷性原理の別表現と解さねばならないであろう。つまり、〈医師は治療・手術を患者に強制する権限を有しない〉（患者に治療権がある）という判例を自ら形成してきた裁判所が、その要請を医師・患者関係以外の第三者に対してもチェーンを張り巡らせるように拡張し、そして今度は、治療拒否権という基本的自由は、裁判官の、身体に対する物理的権力（強制力）をも排除する——抵抗する患者に治療を強制することはできない——という具合に治療拒否権の射程を拡張して、身体不可傷性原理を強化・強調しようとしたと考えることができよう。本件でも、そのようにして治療拒否権の絶対性を認めるときにこの定式を使っているのである。本判旨に賛成の評者も、短い遠慮がちだが、明確なこの定式に敬意を表し、「この定式ははっきりしており、（この判決）以降、（侵襲度合いの軽重の）区別は存在しなくなった。手術が軽微乃至重大であろうと、小さなリスクしか伴わないものでであろうと、わずかな痛みしか生じないものでであろうと、被害患者は、損害賠償請求権の縮減を気にすることなく、その手術を拒否することができる」と評して、フランス法の基本原理である身体不可傷性原理への依拠・喚起を強く示唆している [Doll, obs.]。

このようにして、裁判所による治療拒否権の承認は、やがて立法によるその明示的法認へと発展するが、しかし立法も、まずその前に、同意原理（治療同意権）の法認を経て、それを裁判所が援用するという二つの段階を踏まねばならなかった。そこで裁判所が、同意原理（民法16-3条）を明示して治療拒否権を再確認することになる事例を考察しよう。

1.4 立法による治療拒否権の保障

——裁判所による明示的再確認と患者の権利法

● Cass. 2e civ. 19-3-1997, no. de pourvoi 93-10914, *Mutuelle du Mans et autres c. La Mondiale et autre* 【4】

「……民法16-3条（身体不可傷・事前同意の原理）により、何人も法律の所定する場合を除き、外科的侵襲を受けることを強制されえないことは明らかである。控訴院は、原告（X）が……被告（Y）側会社とその保険会社の要求するプロステーシス（人工股関節ないし人工骨頭（prothèse 人工的補綴物））装着（術）を目的とす

る侵襲を受ける義務を有しない、と判示したことは正当であり、……（損害を受けた X に）一括全額払い（capital）をなす理由があると判決したのは、最終的な法判断である。」（破棄申立て棄却）

事実は、係争判決（Dijon 24-11-1992）によれば、次の通りである。トラック運転手・原告（X）が別の会社のトラックと衝突事故で重傷を負い、その会社とその保険会社・被告（Y）に対して損害賠償を請求し、勝訴した（賠償金（一括全額）支払命令）。これに対して、高額の一括全額払いの命令を受けた Y は、次のように主張し破棄上告するに至った。すなわち、事故加害責任者（Y）は、改善しうる侵襲を事故被害者（X）が拒否したことの金銭的結果（償い）まで引き受けるには及ばない。左股関節への人工的補欠物の装着手術によって永続的の一部不能が改善されるとした鑑定意見を考慮せずに（したがって、フォートの評価に応じた責任の分配、よって損害額の配分をせずに）、損害賠償を命じた控訴院は、全額賠償の原理（*principes de réparation intégrale*）（民法1382条）に違反する。さらに、X は装着手術を拒否していたのであるから、それを後に受けることになった場合、その手術費用の負担や自らの拒否による病状悪化について、X がすべて自ら責任を負うべきであるのに、控訴院はこれに答えていない（民訴455条違反）などというものであった。これに対し、破毀院は、上記判示により、民法16-3条を根拠にこれらにすべて否定的に答えたものである。

本件装着手術は、その侵襲（身体侵害）の度合いについて議論の余地がないもの（全身麻酔が必要なリスクのある侵襲）であったので、事故被害者は、自らのフォートとなることを気にせずにそれを拒否できるとされた。この点（結論）は従来の判例と実質的に変わらない（侵襲度が重いから、拒否できる）。ただ、治療拒否権行使の認否の判断枠組としての侵襲の軽重区別にまったく触れずに民法16-3条を援用している点が、これまでと大きく異なるのである。侵襲区別論は放棄されたのであろうか。

そこでつぎに、本判決は、先例を踏襲したその内容よりも、その摘示条文の方に注目してみよう [Mauser, obs.] [Lucas-Gallay, note]。破毀院が手術（装着）拒否を認める——すなわち、手術拒否を非難し責任の分配（賠償額の配分）を求める上告を棄却する——のに、民法16-3条を摘示しこれに依拠したのは、どのような趣

旨・意味があるのであろうか。これまでならば、単に、本件侵襲はリスクのある重大なものとして、棄却すれば事足りたのである。なぜそうしなかったかが問題である。本件では、侵襲が重大であったから、侵襲の軽重の区別論が持ち出されるまでもなかったのであるが、文言上、身体侵害の度合いによる区別はしていない民法16-3条に破毀院が依拠することによって、その区別をすることもなく、治療拒否が認められるということなのかどうかである。もしそのように解することができるならば、民法16-3条の摘示によって、侵襲区別論に関する判例は変更され、区別基準も放棄されたと考えられよう。しかし、1994年生命倫理法（民法16-3条はその一部で民法典に挿入されたもの。L. no. 94-643 du 29 juill. 1994, art. 3 ; L. no. 2004-800 du 6 août 2004, art. 9）それ自体がこの伝統判例を取り込んで立法化したものであることも確かではある [Mauser, obs.]。また確かに、この区別基準が身体保護に果たしてきた一定の役割は大きく、これが放棄されると、判例による身体保護の役割は大きく減退してしまうおそれもなくはなからう（事例によっては、重大な侵襲でも拒否はできないものがあるなど。現に、参照 [Durry, note ss [14]]）。これまでの伝統判例は、侵襲行為が軽微でリスクがない場合、治療拒否を認めてこなかったのは、身体的自由を含む個人の自由の尊重とはいっても、他人を害する場合——身体不可侵性とはいってもその侵害度が低く、より高い利益（たとえそれが金銭的な利害であっても）がある場合——には限界があるという理屈からであり、したがって、重大でない手術までも被害（患）者が執拗に拒否することは許されないとしてきたわけである。侵襲区別論を採ってきた判例は変更されていないとする立場からすれば、民法16-3条の原理を破毀院が援用したのは、せいぜい、フォートとされる例外を狭く限定し、それを認めようというときは、それを正当化する理由づけを下級裁判所（実体裁判官）により強く要請する意味をもつにすぎないとされることになる [Mauser, obs.]。

しかし、問題は、本件のように身体不可傷性への侵害が明らかな外科的侵襲ではない場合（簡単な手術）であり、しかもこれを受ければ、病状が改善できるという場合である。このような場合、侵襲区別論では常にそれを拒否できないからである。身体への侵襲度が低ければ問題なしといえるか。しかも、それよりも高い利益として、金銭的利益——精神的利益ではなく——が念頭に置かれている伝統判例の侵襲区別論は、肉

体的利益（肉体へのメス）をまず一番に考えたうえで、つぎに金銭的利益（財布へのメス、出費・収益）にも考慮し、それとのバランスをとることに熱心であるけれども、精神・心へのメスへの配慮はまったく欠落していると言わざるを得ない。本来の、医師・患者関係においては、簡単な治療ないし手術であっても、これを拒否することにまったく問題はなかったのであるが、被害者本人あるいは第三者（加害責任者）の金銭的利益が関係してくる場合、まさに問題となってきたのであり、これでは、金（賠償金など）欲しさに肉体と精神（治療拒否権）を売る、いや買うことまでも奨励するかのようである。判例やそれを支持する学説によるこのような現実的な見解から批判を受けるが [Durry, obs. p.107ss [19]]、ここではやはり、「そもそも人 (personne humaine 個人) は、身体 (corps) と精神 (esprit) の不可分な存在」であるという原点から出発し、切断しないとか、肉体への切込みが浅いとかがい問題ではなく、人（ないし身体）の不可侵性によって保護されるのは、肉体だけではなく、精神であり自由であるというカルポニエの原理的問いかけ (1947) [Carbonnier] の重要性を喚起することが、とりわけ今日必要であると考えられる [voir aussi Doll, JCP. 1970. I. 2351, no.15]。この原理的問いかけは、しばらく地下水脈となって潜伏することになるが、そのちょうど50年後の1997年に破毀院がこれを受け止め目の目を見ることになったのである。本判決が、従来のように侵襲重大→棄却としなかったのは、やはり、治療・侵襲の軽重やリスクの有無などにかかわらず、民法16-3条を援用して治療拒否権の絶対的性格を改めて確認し、原理への復帰を喚起したと理解することができよう [Lucas-Gallay, note]。そうだとすれば、その点で伝統判例をそのまま引き継いだものではなく、むしろ、人・身体の不可侵・不可傷性原理が重大な修正を受け、例外（義務的予防接種から人体実験・臓器移植・人工生殖医療まで）だらけの原理性——合意なき人・身体への侵害禁止原則——に相当の揺らぎを来している今日の時代認識の下、これまでの伝統判例を実質的・発展的に変更したものと云わなければならないであろう。このようにして、破毀院によって摘示された同意原理に関する民法16-3条は、そのコロシアムとしての治療拒否権の根拠の代役を果たしてきたが、2002年患者の権利法 (L. no. 2002-303 du 4 mars 2002, art. 9) において、治療拒否権として、今度は明確な形で法認されることになるのである (CSPL.1111-4 al.2-3) [大河原 b]。なお、それとはまっ

たく逆方向で、侵襲度の低い治療は拒否できない（同意は要らない）ことを説明しようとする見解 [Mauser, obs.] は、侵襲区別論が放棄されたとしても、民法16-3条1項の「医療の必要性」(nécessité médicale) 規定を根拠にそれは可能であるとするが、侵襲度が低い治療とはいえ、自己決定（同意・拒否）能力のある患者に対して、医的必要性だけで治療を行うことは不可能だと思われる。

治療拒否権の根拠として、身体不可侵・不可傷というフランスの伝統的指導原理（超立法的な規範価値）をとり上げてきたが、もう一つの、個人の不可譲の自由という憲法原理（1789年人権宣言第2・4条）に明示的・自覚的に基礎づける学説が存在する [Gridel, p.1001] [Troper]（憲法規範と結びつけないで、個人の自由 (liberté individuelle) を挙げる学説は以前から存在してはいた）。とりわけ、「自由は、他人を害すること以外のすべてのことをなし得ることにある」（同4条）とする規定から、実定法上、自身に対する治療拒否権（死を選択することになる治療拒否も含めて）を読み込み、医業医倫理法や刑法上の医師の治療義務に優位させ、医師は、まず患者個人の「自由」（治療拒否という自己決定）を尊重し、そのプロフェッションとしての義務からは解放される、とするものである（そして、例外設定は法律による。保健医療法上の各種治療義務の例）。つまり、この憲法上の個人の自由の原理は、自身の利益についての、他人による客観的・合理的な決定を押しつけられるのではなく、個々人こそが、「自身の利益の唯一の裁判官」であって、自身の利益にならない選択をもうる自己決定（愚行を含む）の自由を、その内容としている [Chauveau, concl., p.147]。このように、患者の治療拒否権は、自己決定権として、学説、さらにはコンセイユ・デタ判決の論告においても、憲法的基礎づけがなされてきている。

さて、本判決によって、トラック運転手である被害患者は、静かにそっとしておいてほしい、身体には触れない・傷つけないでもらいたい権利——しかもこれは、侵襲度合いに関わらずそれを拒否できる限界のない絶対的性格の主観的権利——だけでなく、金銭を支払わなければならないという新たな経済的苦痛を受けない権利を手にし、ご満悦状態となった。しかし、主観的権利は、主観的であればあるほど、濫用されがちであることも確かである。後に、このような満悦状態を押しさえようとする動きも出てくることになる（と

りわけ、後出4で扱う【19】以降）。

としたのは正当である。」（医師の申立却下）

2 治療拒否権の展開

2.1 医師の説得・翻意努力義務と侵襲拒否義務

— 医事法判例の進展

前章1においては、生命・健康に差し迫った危険がない通常医療の場合、特に重大な侵襲を伴うとき、患者の意思は原則的に尊重され、自己決定（同意・拒否）能力があり意識のある患者の拒否は、医師との関係だけでなく、裁判所との関係においても、拒否動機のかんを問わず尊重しなければならず、侵襲強制はできないという判例が確立してゆく過程を概観してきた。そして次章3においては、第三者との利害関係においては、この原則はどのような射程をもつのかについての考察を行う。

患者の拒否意思尊重の判例をさらに派生・発展させてゆくと、別の問題が提起されてくる。そこで本章においては、医師が患者の利益に合致しないのに、その拒否意思をあまりに安易に聞き入れてしまうと、今度はそれがフォートとならないかという問題を扱い、ここでは、患者の治療拒否権判例の展開として、説得努力としての拒否結果の説明と翻意促進義務、治療継続努力義務等が、医師に生じてくることを明らかにしよう。

(1) まずは、金属破片による右眼の穿通性損傷（穿通創）(plaie pénétrante) をもつ被災患者が傷口の即時縫合を妨げている異物 (corps étranger) を発見し診断するために必要なX線検査を拒否したが、そこに異物が残っていないかを放射線検査で確認せずに、その縫合を行なった眼科医の責任が問われた（後に眼摘出）事例を取り上げよう。

●Cass civ. 1re, 7-11-1961 【5】

「……医師は、患者がその検査を拒否したと主張する……が、……、係争判決は、被告（患者）の主張とは異なり、患者がたとえ放射線検査を受けることを拒否していたとしても、患者の拒否意思を書面で確認すること (déclaration écrite) を要求すること、かつそのような状況では長さ12mm幅2mmの金属片を含んだ『穿通性』損傷を塞ぎ縫合することを拒否することは、その検査の必要性を確信している医師の義務である、と判示している。……係争判決が医師有責

ここでの問題は、医師は、手術の前提となる検査を患者が拒否したので、それをせずに手術を行ったことは、フォートとなるか——つまり、医師は、患者の拒否意思に従って、事前検査なしに手術を行うことが患者に重大な影響がある場合、手術を拒否することができるか・しなければならないか——であった。破毀院はこれに肯定的に答え、医師のフォート (faute) を認定した。

判決は、眼科医が患者の拒否をあまりに早く受容し、この傷にまだ破片が含まれていたのに、そのまま閉じて縫合したことを非難したうえで、書面の確認を要求し傷を塞ぐことを拒否する権限は医師にありとした。医師が、放射線検査が必要であると考えているのに、患者が拒否するので、これを怠った場合、医師は、職業上のフォートを犯すことになる。つまり、患者の同意（拒否）があっても、余りに大きなリスクがある場合には、医師は手術それ自体をも拒否しなければならないという一般原理を適用して、その事前検査なしには、患者が要求していても手術はできない・してはならないことが確認されたのである。また、患者が拒否する場合、医師は、放射線検査の拒否について、患者の意思表示の確認を書面で要求しなければならない、とされた。このような判例の展開は、美容外科判例 (Cass. civ. 1re 22-1-1963, Bull. civ. I, no.49, p.4 (confirmant Paris 20-6-1960, GP. 1960. 2. 169; RTD civ. 1960. 646, obs. Tunc)) でなされる判旨と同様であることは、すぐに理解されよう [大河原 e]。

(2) 引き続きもう一例、抗破傷風血清注射の拒否について、医師が、これに余りに安易に応じると、その必要性の説得不尽にて有責となる事例をみてみよう。

●Toulouse 3e ch. 15-2-1971, Valero 【6】

「医師は、患者に毎日会っているのに、抗破傷風血清 (sérum antitétanique) 注射を受けることを拒否した患者に、あまりに容易に従ってしまったことを認めているが、これは、責任を問われるフォートを犯した。禁忌の場合を除き、その傷故の抗破傷風血清注射の必要性、破傷風のすべての危険を避けるために明らかに必要な措置であることを患者に喚起することは、医師の義務である。したがってこの医師は、その責任を追及され、患者の提起した損害賠償請求を

正当化するプロフェッションとしての過失 (négligence 懈怠) を構成する無頓着 (indifférence) を露呈した」(医師有責)。

事実は、つぎのとおりであった [Doll, obs., spec. 239, III.]。原告 V・整備士 (mécanicien) がけがをし医師の診察を受けたが、必要な抗破傷風血清注射は拒否した。気管切開、人工呼吸等を必要とする重篤な破傷風が全身に転移し、危険な状態となり、結局、生命は救われたが、左肘・肩関節強直となり永続的無能力 (60%) を呈し、以前の仕事には戻れなかったというものである (一・二審、原告勝訴)。

ここでも、医師は、注射を拒否する患者に容易に応じることはフォート (怠慢 négligence) となるか、医師には、その必要性を説得する義務まであるか、か問われた。これに対して、控訴院は、患者が本件注射の激しい作用を恐れてこれを拒否したという医師の主張 (申立て) を斥けて、これらを肯定し、先例である前出判決と同様の結論を導いたのであった。すなわち、注射拒否を聞き入れたのはいいとしても、その後、患者とは何回も顔を合わせているのに、注射のことを話すことはなかったこと、注射の必要性を患者に喚起すべきであったことを非難して、医師の責任を認めたのであった。言うまでもなく、この判決は、医師が患者の治療拒否を認めたことそのものを非難しているのではなく、判決が非難した医師の説得懈怠を理由にしてのみ医師の責任を認めているのであり、その点が伝統判例の法理なのであり、それ以上に、注射をすれば以前の仕事に戻れるのだからとの思いから、注射の強制まで行くことは、逆に許されないのは明らかである。患者が拒否した場合には、説得し、説得不調の場合には患者の意思を尊重しなければならないとされるのである。

医師の処方 (治療) を拒否する患者に対して、医師は患者にどう向き合ったらいいか。医師は契約を破棄できるか。患者に重大な影響があるのに治療等の中止ができるか、という問題である (voir aussi Cass. 1re civ. 15-11-2005, no.04-18.180, JCP.2006.II.10045, note P. Mistretta)。医業倫理法の解決によれば、医師の処方、患者を拘束することはできない (治療強制権はない)。あくまで医師の役割は、助言とアシスタントにすぎず [Traité no.281 et al.]、説得以外の権限をもつものではない。医師には、あらゆる場合に治療継続義務があるが、患者

が医師の処方に従わない場合には、治療をしない、中断することができ (医業倫理法47条 C. déont. de 1995, art.47 al.3)、逆に患者は、その医師のもとを去り、他医の診察を受ける権利がある (同6条)。医師は、その処方が患者を拘束しない以上、そこで使命解放 (治療停止可) されよう [Doll, obs.]。診療契約は、患者を保護・後見下に置くものではない。

2.2 治療拒否法理の刑事判例への展開

——第二の方向・展開

これまでみてきた患者の治療拒否権の尊重の方向は、さらに、患者の執拗な治療拒否 (不可抗力) があって患者の意思に従う場合、医師の使命としての人命救助 (治療) 義務 (刑法63条・新223-6条の危急者不救助罪) (abstention volontaire de porter secours) は免除される、というもう一つの判例の方向が、前章1で見てきた判例からスムーズに現われてくる。つまり、治療を提案・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 (ここでの判例の展開では死ぬようなことになる場合をも含めて)、患者の意思を尊重した医師の刑事責任は問わないというものが導き出されてくるのである。医事法上の〈患者の治療拒否権〉の趣旨の刑事法領域への拡張である。医師に対するこの救命 (治療) 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、これを正当化することはできないということを意味する点で、刑事判例による非常に重要な医事法判例の創造であった。

まず、次の事例からみてみよう。自宅出産を望む妊婦に対し、病院での出産を助言したが、拒否されたので、それを行わなかったことが、危急者不救助罪に問われた事案において、裁判所はこれを否定し、次のようにその理由を判示している (なお本件においては、患者は胎盤娩出 (délivrance 後産) があって「危急」(en péril) 状態ではなかった)。

● Paris 8-7-1952 【7】

「……医師の義務 (devoir) は、その当然の帰結として患者の債務 (obligations) である。患者が医師の処方 (proscription 治療) に従おうとしない場合、患者が医師を替える権利をもつように、医師は患者がその処方に従うことを受け入れない場合、診 (治) 療を行うことを拒否する権利がある。……」

次は、妻（G 夫人）の死について、医師の人命救助義務を主張し、予審判事による証拠調べ不十分・不十分として、その免訴決定（犯罪の容疑なし）を争った事例である。

● Cass. crim. 3-1-1973, Gatineau 【8】

「刑法63条2項の違反に関してなされた破棄申立てについて、

……（G は、）『係争判決（Chambre d'accusation de la Cour d'appel de Paris 25-5-1971）は、危急者不救助罪（*délit de non-assistance à une personne en péril*）を構成する、とりわけ一要件たりうる明確なプロフェッションとしての如何なるフォートも、予審判事による証拠調べ（*information* 予審）は指摘していないという理由により、1970年12月17日の免訴決定を維持した。被告人は特に救助することができたという事実評価が本罪には含まれるものであり、かつ、係争判決は、本犯罪構成要件についての評価をしてないので、……被疑者としての取調べ（認定）請求事項、すなわち危急者の不救助罪のそれに答えていない（判断していない）と見なされなければならない。』と主張する。

係争判決によれば、……G 夫人の死後、死因調査のため証拠調べが始まり、医師 N が過失致死（*homicide involontaire*）で取調べを受けたこと、亡婦の夫 G が私訴原告人となったことは明らかである。

係争判決の判示によれば、当院は、予審判事の免訴（*non-lieu*）決定に対する G の訴えを受けた控訴院弾劾部（*Chambre d'accusation*）は、申立ての主張とは反して、私訴原告人の非難する事実の全体、とりわけ刑法63条2項違反について答えている、と確認することができる。この点について、同弾劾部は、『取調べ（予審）によれば、彼の行おうとした適切な治療は、G 夫人の執拗で攻撃的ださえあった拒否（*refus obstiné et même agressif*）を理由に行われなかった』のであるから、過失致死ないし危急者不救助罪の構成要素たりうるプロフェッションとしての如何なる重大なフォートも、被疑者に対して、指摘することはできない』とはつきり判示している。『なお、彼女は当該治療の拒否を証明する文書（*certificat*）に署名している。』……（破棄上告権を私訴原告人に認めた刑事訴訟法575条の

上告理由に当たらず、申立てを不受理とする（*pourvoi irrecevable*）。』

G の破棄上告理由は、被疑者（医師）の取調べ段階において、医師は、危急状態にあった G 夫人が必要とする救助（治療）をすることができたかどうかという点に、係争判決は検討を加えておらず、その結果不救助罪（63条）の構成要件該当の請求趣旨（罪名決定）に答えていないというものであった。破毀院はこれを斥けて、すべての点を検討した上で、プロフェッションとしてのフォートがなかったことがその構成要件の一つを欠いたのであって、G の請求事項に答えていないという非難には根拠がない、と破毀院は裁断したのである。そして、医師が救助（治療）しなかったのは、患者の「執拗かつ攻撃的な拒否」があり、しかもその証拠があつて、予審裁判所は、それに従ったまですという同院弾劾部の認定を支持したものであった。

それでは、そのような状況のなかで、医師はこの患者に治療を強制できたか。攻撃的な拒否がある状況の中で医師の職業上の義務から治療を強制しようとするならば、暴力を使ってまで治療するほかあるまい。刑事判例が、たとえどんなに医師の救助義務を厳格に適用するとしても、患者の意に反して強制治療をすることまでは命じていないこと [Levasseur] は確かであろうから、治療しなかった医師に対して、治療をしなかった——いや治療強制をしなかった——患者を死に追いやったと非難するよりも、むしろこの判決は非難しなかったことによつてこそ、自己決定（同意・拒否）能力のある患者に治療拒否権を認めたものだ [id., p.694]、と考えねばならないであろう。

3 治療拒否権の射程

——民事判例による相対化の方向

ここでは今度は、患者の自己決定権の対抗物は、医師の治療義務ではなくて、第三者の金銭的利益関係（賠償額等の減額請求権）となる。すなわち、治療拒否権の射程範囲は、〈患者の意思（治療拒否）か医師の治療義務か〉から、〈患者の意思（治療拒否）か第三者の金銭的利益か〉へ、と変わることになる。

3.1 第三者との関係における治療拒否権の性格・限界——治療拒否の可否基準としての侵襲区別論

医師と患者の関係における治療拒否権の、判例による法認の傾向の中で、成年能力者には治療拒否について自己決定権があることは、異論がないにしても、第三者の金銭的利害関係がからむ場合、医師と患者以外の第三者が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、侵襲度合いによる治療拒否の可否基準論（ないし権利濫用abus de droitの法理）により、治療を拒否する患者の責任を追及することができる——責任は、治療を拒否する患者にも分配される——という判例の傾向が出てくることになる。

本章で扱う判例では、まだその傾向は顕在化していないが、それへの露払いとなる治療拒否の可否の基準として、侵襲度合い区別論が明示的ないし黙示的に現れてきている。そこで、身体的損害を受けた事故被害者が、外科的治療（手術）を受ければそれを軽減できたのに、これを拒否した場合、その治療（手術）からえられたであろう病状の軽快を、損害賠償（ないし保険）金等に考慮しなくていいか、という問題が正面から提起されてくることになる（さらにいえば、被害者は、事故責任者の負担を減らすために、治療を受ける義務があるかというより本質的な問題もそこには実は含まれていた）。このように、患者の治療拒否権について、医師・患者関係における＜患者の意思（自己決定）尊重と医師の治療義務＞という二つの要請に換わり、第三者の金銭的利害がからむ場合、＜患者の治療拒否権の尊重と事故責任者の過大な損害賠償の回避＞という二つの要請となり、これに対して破毀院は、どのようなアプローチでどのような基準でその調整をはかり、判例を形成し展開してきたのか——判例を順次眺めてみよう。

まず、治療拒否権を認めるか否かの基準として、侵襲度合いの軽重区別を明示する判例から検討を始めよう。

● Cass. req. 15-2-1910, Guerry c. Bourseau 【9】

「係争判決（Paris (7e ch.) 20-7-1909）により、勤務中の事故（災害）で足をけが（挫滅）した労働者 G（原告）に治療を施していた医師は、その傷に合った（足底部の皸襞を払って痛みをとる）治療として、まったく軽微で些細な（benigne et insignifiant）外科的手術を彼に教示したこと、それを彼が拒否したこと、この拒否の後（その皸襞のために足底で歩けず、足の外側で歩いてい

たために）新たにたこ（durillon）ができたが、それを病変悪化であるとして彼は支給されていた年金（rente 定期金）の改訂の訴えを行ったことは、明らかである。

係争判決は、その悪化が生じたのは、外傷の進行の当然（自然）の結果ではなく、原告の懈怠（négligence）や何らの危険のない手術を正当な根拠なく拒否したこと（refus injustifié）に原因があったことを理由に、当該年金増額の訴えを斥けた。……」（申立て棄却）

破毀院は、このように判示して当初の傷害の悪化という主張（申立て）を斥けたが、実は原審（控訴院）判決の判示には、「一定の重大性を呈しうるいかなる手術もこれを拒否するのは、労働者の自由であるが、本件におけるように、些細でいかなる危険もなく、いわば病変からくる疼痛を消失させるために必要な治療である外科的侵襲の場合には、そうではない」という侵襲度合いによる区別をしている部分があったのであるが、本判決では傍点をした前半部分の直接引用も、その要約もなされていない。クロロホルム麻酔を必要とする手術であれば、それを受ける義務はないが、本件手術ではクロロホルムの使用が必要であったかどうかは確認されていないようである。しかしながら、破毀院（審理部）は、「当初提案の手術が行われなかった。今日となつてはもはや一つの手術ではなく、二つの手術が必要となつてしまった」と残念がって、「絶対に重大性を持たない」手術であったと断定する鑑定意見を採用した原審判決を、侵襲度合い軽重区別論を含めて、そのまま支持したものであったと見ることができよう。患者の治療拒否権について、身体不可侵が原則であり、それを正当に行使することができ、賠償減額はなされない。しかし、危険で重大な苦痛もない治療（手術）の拒否は、権利濫用にあたりフォート性ありとされることになる（また参照、後出【16】判決）。

● TGI Laval 13-2-1967, Dlle L. ... 【10】

「……事故被害者（L嬢）は、その損傷（右鎖骨の不良仮骨（仮骨形成不全か）（cal vicieux de la clavicule）や（眼球）斜位（hétérophorie）等による永続的一部不能18%）の障害固定確認（consolidées）後、頑固な（長引く）病変が外科的侵襲によつて（斜位消失による不能5%へと）非常に改善される可能性があったが、それを受けるこ

とを拒否する権利——この権利に異論はない——を行使しており、そしてその場合、事故責任者は、現在の賠償を保障しなければならず、もし手術がなされていたら可能であったであろう改善を、損害の算定に考慮されることはない。しかしながら、この手術が、単純で、重大なリスクがない（simple et sans risque sérieux）場合、事情は異なってくるのである。

そのような場合、被害者による拒否は、その結果を被害者が引き受けなければならないフォートを構成する。そこで、被害者に支払われるのは、勧められた、重大でない手術後に残るであろう不能（incapacité）に応じた賠償金だけである。」

下級裁判所は、このように侵襲区別論の提示によって、事故被害者の治療拒否権と事故責任者の損害賠償請求権とを調整し、双方譲歩できるぎりぎりの線での解決をした [Le Roy, note]。重大なリスクのある手術は、人の尊重、とりわけ身体不可傷の原理に反するので、治療拒否は認められるが、そうでない場合にはそれは認められないという明確な線引きをすることによって、かえって、患者の治療拒否権の射程も絶対的ではないことが示されたのである。

3.2 侵襲区別論の展開と侵襲区別の裁判官

次に、拒否理由を問わず治療拒否権を認めた事例をいくつか概観してみよう。まず、侵襲度合いの軽重区別を最終的に決定するのは誰か。ここで扱う事例は、その区別基準を前提にして、特定の手術の侵襲の度合いが重大か軽微か自体が正面から争われ、結局裁判所が前者と認定し、患者の治療拒否を認めたものである。

● Trib. civ. Hazebrouch 20-7-1932, Charlet c. Lefebvre

【11】

C は、労災後鼠径ヘルニア（hernie inguinale）となり、永続的一部労働不能10%とされた。会社（及び保険会社）側 L は、ヘルニア根治療法（cure radicale de la hernie）という手術を受けるようすすめ、C がこれを拒否した後、年金（定期金）給付請求を斥けた。鑑定では、手術に危険なく耐えられ、拒否理由も正当でないとの結果が出たが、C は、医学の現状では医師がそのように言い切ることはできないとして、あくまで拒否した。

「当裁判所としては、1906年11月24日のドゥアイ控訴院によって提示された原理を適用することができるだけである。すなわち、『いかなる労災被害労働者も、何らかの不確実性（aléa 失敗可能性）を呈する重大な手術を免れる権利を有する。しかし、医師によって軽微とされた手術が局部麻酔下で行われる場合には、事情が異なってくる』。シャルレー事件を解決するためには、外科的手術によってヘルニア根治療法が軽微な性格のものか、いかなる危険もなくそれを受けることができるのかを検討することだけが必要である。

本件手術の性格について、非常に多くの司法判決は、その意見が分かれている。……（医学説の解決を検討してみると、医学・外科学の現在の状況においては、結局のところ）、本件手術は軽微であって明らかに危険がないものと見なすことはできず、当裁判所は、これを被害者に強制することはできない。そのうえ、法律のいかなる規定もそのような性格の措置を定めてはいない。……」

また、生命に危険なショックを伴う場合についても、生命を危険にするという理由で治療拒否は認められる。

● Trib. civ. Marseille 23-9-1941, dame Pages c. Maison de retraite des Vieillards de Marseille 【12】

「……（当初労働者に支払われていた年金は、永続的一部労働不能15%に基づいていたが、廃疾（invalidité）率を5%引き下げる腎臓外科手術（néphroscopie）を受けるという条件で、その後20%に修正引き上げされた。労災被害者である P 夫人は、手術を受ける患者の生命を危険にする可能性があり、またそのように信じさせるショックを理由に、腎臓手術（néphroscopie）——しばしば局部麻酔を伴う簡単な手術に分類される手術——を自由に拒否できる。……」

この判示により、被告（マルセイユ老人施設）は、労災被害者の廃疾年金（保険給付）を5%減額することが可能なその手術を P が拒否したからといって、上記理由によりこれを非難できず、現在の状況に対応した年金（20%を基礎に算出された）を支払わなければならないとされた。

また、生命に危険がなくとも侵襲に不測性（aléa）等が伴う場合である。

● Besançon 24-2-1933, Crochet 【13】

「……いかなる外科的侵襲も、とりわけ軽微な手術でない限り、リスクと不測性（aléa 不確実（危険）性）があり、これを裁判所が労災被害者に強制することはできない。本件においては、膝関節に施されるもので、特に繊細な侵襲である。

局部麻酔で十分と思われ、また、手術が完全に成功するとしても、鑑定意見によれば、手術は患者に30日から40日動けなくする負担をもたらすことは確かである。それほど長引く身体固定は、日々の経験が示すように、必ず組織障害を引き起こしやすい。したがって、第一審がCに手術（これを受ければ完治し、労働不能も消失するとしても）を受ける義務を課し、よって、彼が正当に主張できる年金（定期金）の支払いをしなかったのは、誤りである。」

● Nancy 14-4-1920, Hoffmann 【14】

「(Hは工作中、人差し指第一指(趾)骨骨折事故を起こし、永続的一部不能8%となったが、これについて、外科的手術を受ければそれ相当の改善がなされるので、これを受けることを拒否していることを理由に、)会社側は、この労働不能の数値を4%に下げることがを主張するが、これを認めることはできない。本件手術を受けることの提案は、そのけがの治療後安定化(consolidation 障害固定確認)の5年後にHになされたものであった。それに拒否で応えたのは、彼が権利を行使したにすぎない。」

さらに、次のような事例は、苦痛を伴い、改善結果が不確実で、高額費用等を要する場合である。

● Chambéry 22-12-1947, Cie d'assurances La Préservatrice c. dame Frymermann 【15】

交通事故で顔に重傷を負ったF夫人は、一審で勝訴したが、加害者側保険会社が控訴し、手術拒否を賠償金算定に考慮すべきであると主張した。鑑定医Mによれば、永続的一部不能(IPP)40%で、外科的侵襲で修復可能であるとされ、また、担当医Cによれば、顔面の修復には三つの手術といくつかの再内診(retouche)が必要で、それには顔面神経網の損傷可能性があり、パリ滞在費用20万フラン以上かかることであった。また、医師GもCと

同意見で、改善率は70%であり、それら侵襲には6ヶ月から1年を要するとの見通しを述べた。これらをふまえ控訴院は、次のように判示し、一審を支持し控訴を棄却した。

「……F夫人は、繰り返し行われ、痛みのある、長期に渡り、多くの期間と費用を要する外科的侵襲を拒否したのは、明らかに正当な権利の行使である。しかも、その外科的侵襲には重大なリスクを伴い、かつ、その手術結果をあらかじめ当てにすることなど絶対に軽率であつたろう。そもそもこれらの非常に高額な費用やそれに付随する費用は、達成される改善率に確実に期待することができるかどうかを考慮すべき諸要素とすることを認定することは、重要でないことではない。

したがって、現在の損害について正当な賠償を支払わなければならない。重大なリスクを伴う一連の外科的手術によるのでなければなしえない仮定的な改善によってのみ、その病変の障害固定(lésions consolidés 治療後安定)が可能であるにすぎないからであり、そのような外科的手術を彼女は受ける義務はない。……」

破毀院も、前出【9】1910年判決と同様に、労働者の抗破傷風注射の拒否事件について、次のように判示して、下級審の採る侵襲度合いによる区別基準を追認し、治療等の拒否権行使が正当か濫用・フォートかの判断枠組を維持した。

● Cass. civ. 25-2-1941, Vv Meunier 【16】

「……全く通常の就労が、その原因・機会となつたいかなる病変も、反証のない限り、労働災害の結果と推定されなければならない。労災被害者による個別の手術乃至治療の拒否は、正当であれ、(1898年法)所定のフォートの一つを構成するのであれ、いかなる侵襲の不測性(aléa 不確実性)も手術乃至治療を危険にすることはあると見なされねばならないが、その治療拒否は、災害とその結果の間のいかなる因果関係も遮断する効果をもつものでは決してない。

しかしながら、労災被害者たる夫の死後になされた、M未亡人による年金(定期金)支払い請求の訴えについて、係争判決は、その死は、災害の結果ではなく、感染症の結果であるという理由により、原告の請求を棄却したのだが、

災害被害者は……抗破傷風注射 (injection anti-tétanique) を拒否していたのである。

しかし、被害者のこの拒否が、フォートを構成しうるとしても——その重大性と法的帰結の評価は、実体裁判官の権限に属するが——、この裁判官（係争判決）は、死が所為によって就労時に生じた災害の結果ではないという検証を自らしていない。以上により、上記のようにしてなされた係争判決は、(上記条文) に違反する。」(破棄差戻)

かくて、判例によれば、それぞれ異口同音ではあるがリスクや不測性が伴うなど、重大な侵襲(intervention grave, importante, lourde et douloureuse ou hasardeuse) の場合は、患者はこれを正当な権利として拒否できる。しかし他方、そうでない軽度の侵襲 (intervention bénigne, simple et sans risques sérieux, anodine) の場合には、それを拒否はできず、それを拒否した場合にはその拒否はフォートとされる(賠償結果を引き受ける)。学説も、この区別を是認するのが一般である [Durry obs. 【19】] [Mémeteau, no.561]。古典的な医事法学も、「原理的には、患者のフォートが第三者の損害賠償責任を免除するが、この原理は留保付きでのみ適用されなければならぬ。患者は、如何なる責任を負うこともなく、第三者に対しても、常に自由に切断を伴う危険な手術を拒否することができる」[Traité, no.298] としてきたのである。そして、その侵襲度合いの重大性は、裁判所が最終的に判断することになる。ただ、そうではあるけれども、裁判所は、侵襲度合いが軽い場合であっても、それ以外の考慮要素(治療期間や手術後の身体固定等【13・15】)の他にも、拒否の理由として個人の主観的都合(治療費高額等【15】、後出【17・18】)。さらに重度の侵襲事例ではあったが、後出【17】にあっては不安・心配性まで)をかなり広く認めており、侵襲区別論を採っていないように思われるものもある(【12・14】)。

しかし、この侵襲区別論を治療拒否権行使の認否として用いることの適否はどうであろうか。侵襲度合いによる二区別論の導入は、患者の治療拒否権の射程(範囲)ないしその性格に揺らぎをもたらすことにならないか。そもそも侵襲区別論への疑問として、まず、医学上の不確実性、リスクが全くないことはあり得ないなどの客観的な疑問は、判例学説も認めるところである。それだけでなく、痛み・危険の認識等々については、患者によりまちまちであって、そのような患者の

主観を認める判例まで存在する。さらに、侵襲区別論の有効性についても、侵襲度合いの軽重二区分で線引きができるのか。とりわけ、輸血治療や延命治療などは侵襲度合いが軽度であり、したがって拒否は許されないという結果となる。輸血治療は、「通常でリスクのない治療」(【19】)であるとか、「いかなる例外なリスクもなく、その無害性が(医学的に)一般に認められている」通常治療(1974年判決差戻し後の【20】)との位置づけがなされ、学説からもリスクは確率の問題だ [Doll, obs.【19】] とされるが、HIV感染 (Sang contaminé) 事件などを経験した今日でも、果たして、そのような明確な二区分が通用するのかは、問題としよう。判例の中にも、侵襲区別論を採っているか明確でないものが存在したし、さらに、侵襲区別論に全く言及せずに(前出【1・2・3】等々)、また、侵襲度合いによる区別をしていない民法16-3条を援用するだけで(前出【4】)、治療・手術拒否を認めている例が出現してきている。

3.3 侵襲区別論による治療拒否権の承認

——限界内絶対説

さて、次に扱う事例は、検査目的の外科手術の拒否による病傷悪化は、損害賠償算定に影響するか、か争われたものであるが、侵襲区別(範囲限定)をしながらも、治療拒否権を強く認めている。

●TGI Paris 13-5-1981, Ouamer c. Sté Transports Normandes et al. 【17】

交通事故被害者となった原告Oは、当初、頭蓋外傷、鼻骨骨折、胸部及び膝外傷を負い、更に、最初の入院時に疑われた骨の硬膜の瘻(fistule ostéo-durale)から来る急性の化膿性髄膜炎となった(永続的一部不能(28%))。被告(加害責任会社)に対し賠償請求をしたが、大幅減額されたので、本訴に及び、判決は次のように判示した。

「……

検査・侵襲の拒否について

鑑定人は、1974年7月に鼻水(écoulement nasal)の原因を検査する目的で侵襲(局部麻酔下の(頭蓋)穿孔術(trépanation)を伴う同位体検査(exploration isotopique))を始めたが、負傷患者の異議(反対)にあい、完全に続けることはできなかつた、と記している。1977年2月、急性の化膿性髄膜炎(méningite purulente aiguë)の

徴候が現われ、セント・アンヌ病院に入院した。その後、ぶり返したが、『手術の決定』は、『患者の攻撃的な振る舞いと興奮のために不可能であった』。必要な侵襲（鼻瘻（管）閉塞 obstruction de la fistule nasale）が、1978年4月に同病院で行なわれた。1979年、1980年に鑑定人らによって行なわれた神経学的諸検査においては、異状は認められなかった。このような事実状況において、まず、負傷患者による治療拒否があったことは、ラシボワジエール病院の神経外科医が1974年7月侵襲を始めたが、同患者の行為によってそれを続けることができなかつたとの彼の証言がなされているのだが、議論の余地がないことは明らかであるか。この異議（拒否）は、セント・アンヌ病院において1977年5月にあらためて表明されていた。ついで鑑定人は、その侵襲が、苦痛を伴い、患者が心配性で、恐怖症であつて、患者は手術を受けないことによる危険を見定めず、したがつてその自由意思をもてなかつたのであるから、『侵襲が拒否されたのは、避けられなかつた』と指摘している。このような論証（立論）に加えて、客観的には最善の形で選択肢だが患者には耐え難いと思われる一つの選択肢の前に患者が立たされた原因は、当初の病変やその進行の加害責任者（auteur responsable）にあるのであるけれども、判断能力ある患者（malade lucide）に侵襲を強制したり、また主観的に不安な検査や侵襲に患者が異議を申し立てたからと言って患者を非難することはできない、と付け加えるべきである。検査及び侵襲の拒否は、選択肢のうちの一つであつたが、そのような選択は、客観的に判断されるはず、むしろそれとは逆に、患者が選択のときに置かれていた諸条件を考慮して判断されるべきである。この原理に対する唯一の限界は、危険のない検査や治療（soins anodines）を拒否するような行き過ぎにある。本件においては、局部麻酔下の穿孔術を伴う検査は、生来心配性で、自分の異議の危険を理解する能力のない、医師の提供する情報を聞こうとしない患者が、これに耐えられないと考えたのである。よつて、当初の外傷とその後の髄膜炎による後遺症は、すべてこれを被告が賠償しなければならない。……」（原告・事故被害患者勝訴）

本件では、永続的一部不能となつた交通事故被害者が、その後遺症への進行を防ぎえた外科手術（検査目的）を拒否する権利があるか、そのような検査手術を拒否して当初の病傷が悪化した場合、賠償金は減額されないか、さらにそれは権利濫用とならないか、という法的問題が提起され、これに対して、裁判所は、この手術（検査）拒否権を肯認した（権利濫用を否定）。そして、患者の治療拒否権に限界はあるかという問題に、裁判所は、「危険のない検査や治療（soins anodines）を拒否するような行き過ぎ」として、明示的にこれに一定の限界（範囲限定）を設けている。しかしながら治療拒否権の範囲を結果として限定しながらも、その範囲の中では、患者が自己決定（治療拒否）することのできる絶対的性格の主観的権利であるとしている（いわば限界内絶対説）。すなわち、「主観的に不安」を考慮し「客観的に判断されてはならず、……患者が選択のときに置かれていた諸条件」を考慮すべしと指摘している部分である。つまり、危険のある治療を拒否する場合には、権利濫用（フォート）を構成せず、事故被害患者の損害賠償請求権を限定することもできないほどの絶対的権利であるということになるのである（Chabas, obs.）。他方反対に、限界を設けながらその限界内でもフォートありとする学説 [Durry, obs. 【18】] も存在する（限界内相対説）。

上の事例は、治療（外科手術）拒否の理由として、患者の主観的感情によるものまで認めたものであつたが、その他にどのような理由によるものが認められるのか。その点、次の事例は、狩猟中の事故で有責とされた原告（加害者）が全責任を負うのではなく、被害児の父親がしかるべき時にしかるべき治療をさせなかつたのだから、責任は父親と分配されるべきであるとして争つたものの中で、次のように判示されている。

● Cass. civ. 2e, 13-1-1966, Sage c. Barbaglia 【18】

「係争（原審）判決からは、狩猟中、被告Bの子息が原告Sの銃撃により負傷したことが明らかである。……申立てによれば、被害者の状態は、父親が適切な治療を受けさせなかつたことの結果である……損害の一部について原因となっている治療を受けさせなかつたことは、責任の分配を導くはずである。

原判決は、Sらが、Bはその軽快に必要なと思われる治療を子息に受けさせなかつたことと非難するのは、その治療は時間がかかり高額であつ

て、Bの貧困な金銭状況ではその費用を払うことができない状況であったのだから、これは許されない、と判示した。実体裁判官は、このような事実確認と表示から、Bが治療しなかったことは、子息の受けた損害の評価において考慮することはできない、と結論することができたのである。申立てに理由なく、棄却する。」

ここでの法的問題は、父親が、息子の治療をその治療費が高額であることを理由に、治療をしないことは許されるか、父親が治療させなかったことはフォートとならないか、さらに、治療をする義務までであったかであった。これに対して、破毀院は、治療拒否（というよりも、治療しなかった・させなかったこと）を認めた。これは、事実審としての控訴院が、なされるべきであった息子への有効な治療は、父親Bの財産状況からすればあまりに高価で、それを受けさせることはできなかつたとして、事故加害者Sの主張を斥けたものを、破毀院がそのまま支持したものである。

破毀院は、治療費を払うことができないほど貧困であったことを決め手として治療拒否を認め、治療の侵襲度合いの区別すら言及せず、フォートの存否を検討していない（しかし、そのような古典的区別はしていないのは確かであるが、治療費が払えるか否かという基準を設けたと考えられないではない。前出【15】なども参照）。その点を捉えて、判旨に批判的な判例ノート〔Durry, obs.〕は、もし父親が治療費を払えたのに、治療をしなかった場合には、結論は違っていた（フォートを認定していた）のかを問題とし、事故被害児に治療を受けさせなければならないか、これを受けさせない場合には、父親のフォートを認定できるか（共同責任）を検討している。その際、事故による傷を治療せず被害者自身の損害となった場合、治療を拒否した（あるいは怠った）ことがフォートとなり、加害者だけでなく、被害者にも責任があるという立場から、この評者は、治療に重大なリスクがあるかないかという古典的区別基準だけでは不十分な場合があるので、事故当初の損傷が固定化した（consolidé）か否（進行中）かという別の区別基準を設けて、これによって、事故直後で損傷が進行中の場合には、治療義務は絶対的だというのである。この説によれば、たとえ重大な侵襲行為であっても、たとえば、事故（＝原因）直後、片足切断を拒否すると、壊疽（＝最終的損害）に進行しうるので、事故被害者は片足切断をする義務があることになる。

このような切断手術の拒否までも事故加害者の責任とすることは、因果関係を治療拒否が漸ち切っている、困難であるというのである。この新基準は、被害者に治療を義務づけるためのものであり、そして何よりも、このように、重大な侵襲行為をも拒否することができないとする民法学説（いわば限界内相対（フォート）説）からは、そもそも、治療（手術）は、誰のために、何のために必要なかという観点（とくに医事法学的それ）を見いだすことはむづかしく、民事責任法が、これまでの医事法学的価値を粉砕してしまうのではないかという危惧の念を抱かせる。

4 治療拒否権の制限の方向

——輸血治療の性格づけとその拒否可能性

事故被害者による治療拒否は、通常の民事紛争の枠組の中で、それが認められてしまうと、結果として事故責任者により多くの過分の金銭的負担をもたらすことになるだけに、他の利益との間でバランスを図るとい民事的ルールの下で、その損害賠償請求権を縮減し責任を分配（賠償責任を配分）すべきだという方向での、学説判例が現れてくる。本章では、輸血治療の性格をどう位置づけるか、さらに、その輸血治療を拒否する信仰上の理由をどう考慮するかという問題が加わることになる〔Pansier, Penneau〕。

(1) そこで、第三者の利害（損害賠償等）が絡む場合で、しかも宗教的理由による輸血治療の拒否事例を取り上げる。この事例は、交通事故被害患者が、輸血治療を拒否し死亡したので、未亡人が損害賠償を請求したものである。被害者の治療拒否による加害者の過大な損害賠償の負担の可否という従来の問題の他に、治療（輸血）拒否の理由として信仰上の理由（信仰・宗教の尊重）という問題が加わった複合事例であるだけに、従来の侵襲区別論による解決で終わらせるのではなく、そのような特別な理由での輸血拒否が、この問題にどのような影響をもたらすか、がより深く検討されるはずであった。

事実の概要は、つぎのとおりである。1972年7月19日、Tの運転する車がカーブで横滑りし、D氏の車と衝突した。事故被害患者Dは左脳膜の腔（窩）に2リットルの出血があり、当初ひどい出血（喪血）は後になってなくなっていったが、貧血と重大な呼吸障害のため7月28日病院で死亡した。Tの不注意運転に対する公訴（刑法319条（過失致死罪）・320条（過失傷害

罪) homicide et blessures involontaires) に付帯して、D 未亡人が私訴当事者 (原告人) として、多額の損害賠償を請求したものである。

第一審は、運転手 T に責任があるが、輸血をすれば死は避けられたかどうかは確かでないにしても、被害者 D にも生存機会を喪失させたフォートがあるとして、T の賠償額を減額した。第二審は、これを変更して、被害者 D にフォートがあったか否かは、それが運命的なプロセス (死) に影響を与える場合にのみ考慮しうるのであり、「彼・配偶者、近親者が輸血を拒否していなかったならば、かなり高い生存機会があったように思われる」という外科医長の証言を疑って、本件ではその点が明らかでないので、これを検討する実益がないとして、T の責任軽減を許さず、全責任ありとした。被告 T の上告を受けた破毀院刑事部は、次のとおり判示し、民事賠償についてのみを破棄差戻した。

● Cass. crim. 30-10-1974, Tolle 【19】

「……

一方、変更された判決 (第一審 TGI Besançon, 9.5.1973) が認めたように、病院での治療中、通常でリスクのない治療を受けることを宗派の所属を専ら理由として拒否することは、被害者のフォートとの性格づけがなされ、生存の機会を意図的に見逃した者 (D) の権利承継人による請求賠償の減額を正当化する。

他方、生存機会の喪失 (perte d'une chance de survie) は、賠償において考慮されねばならない確実な損害を作り出す。本件において、原審 (係争) 判決は、そのような機会の医学的存在について、(彼を治療していた) ブタン博士の公式な供述 (déclaration) への疑わしさを表明していたが、それは、医師が、出血の患者は『重篤な貧血』を呈し、それが『死に至らしめた』ことを強調していたのだから、それを削除によってねじ曲げて伝えたものであり、また、現実の損害と、いかなる禁忌も伴わない通常の治療を受けるだけでそれを避けうる『大きな』機会 (chance «considérable») の喪失とを混同する誤りを犯すものである。

いくつかのフォートが、一つの犯罪から生じた一つの損害の発生に寄与した場合、それらのフォートをなした行為者らの責任が問われるが、その範囲・程度は実体裁判官の評価に属する。

係争判決から、T のみが有責と宣告された交通事故の被害者である被告 D は、病院に搬送され、重篤な内出血を呈し、医師が必要と判断した輸血を拒否し、数日後死亡したことは明らかである。

まず、控訴院 (Besançon, 15-11-1973) は、一審裁判官が、「D がその状態が要求する治療を受け入れていたとしても、死 (issue fatale) が避けられていたであろうことは確かでないが、救命の機会を自身のフォートによって失ったことに変わりはない」という理由で、被害者の権利承継人に支払う損害賠償金を減額したということ想起させた。その後で、「被害者の行為は、フォートの性格を帯びるか否かを検討する実益はない。なぜならば、そのようなフォートが考慮されるのは、それが何らかの形で運命的な過程に影響を与えた場合だけであるからであり、確実なことは、現有の一件書類から生じるどころか、鑑定によっても探求することすらできないであろう」と判示して、私訴原告人 (partie civile) D 未亡人とその子の受けた全損害の賠償を T の負担とした。

控訴院は、このように判示しているが、これを正当化していない。実際控訴院は、被害者が、その状態が必要とした治療を故意に受けないことにより、軽快あるいは救命の機会を、自身のフォートによって喪失したのかについて検討することはしなかった。したがってそのようなフォートは、その治療拒否が損害発生に寄与した場合には、受けた損害賠償について、考慮されなければならない。以上より、申立てには根拠がある。」(民事賠償部分についてのみ、リヨン控訴院に破棄差戻)

そして差戻後、リヨン控訴院は、破棄裁判所たる破毀院に従って、外科医長の証言を正面から受け入れ、輸血治療の侵襲軽度をより積極的に位置づけて、次のように判示した。

● Lyon 6-6-1975, Tolle c. Vv Dispensa 【20】

「……被告人の唯一のフォートを制裁することをその対象とする確定有罪判決 (非故意傷害罪) は、付帯私訴において、被害者のあり得るフォートの検討に對抗することはできない。

エホバの証人 (Témoins de Jéhovah) D は、入院中、宗教上の信仰を理由に、身体の状態に合っ

た一定の治療を受けることを拒否した。予審で審問（聴取）を受けた病院外科医長は、被害者、その配偶者及び近親者が彼の状況に必要とされる輸血を拒否していなかったならば、彼はかなり高い生存の機会があったろう、と明言していた。……大量の輸血を受けなければ死ぬであろうと被害者と近親者に知らせて輸血をすることを執拗に病院医師らが力説していたが、何ら効果はなかった。

……外科医長は、被害者はいつも家族やその他のエホバの証人らに取り囲まれていて、彼が輸血拒否を避けて通ることのできる状態に決してなかったと証言した。

稀な禁忌——私訴原告人は亡夫がそうではなかったことを立証していない——を除いて、いかなる例外的リスクもなく、その無害性が、現代科学によって一般に認められている適切な治療の適用を拒否することによって、被害者は、前記医師の言うような生存の機会を自ら奪った。このような諸条件下においては、被害者は、損害発生に直接寄与し、かつ、責任の一部を彼の負担とするフォートを犯した。当院は、これ（責任分配）を、三分の一と定め被害者の責任とする。……」（T勝訴）

本件の法的問題は、改善・救命可能性が確実でない場合に、被害者が輸血を拒否したことがフォートとなるか、治療拒否は、救命のチャンスを自ら奪ったものだとしても、それだけでフォートとなるかというものであった。これに対して破毀院は、破棄差戻しという形式をとりながらも肯定的に答えた。これは、事実審としての控訴審が、輸血治療が侵襲度合いとしてどうかとか、被害者Dのフォートの有無とかを問わず、加害者Tに全責任あり（輸血拒否を認める）、としていたものを、破毀院がそれまでの判例（侵襲区別論）に従って、輸血治療はリスクのない通常治療である（したがって、拒否はできない）ことを前提に、フォートの有無についての審理不実として破棄差戻したものであった。差戻審では、全面的にその趣旨に従って被害者のフォートを認定し、その責任の三分の一を分配した。

破毀院が破棄したのは、控訴院が、輸血拒否によって死亡したことが確かでない——破毀院風に「ねじ曲げて」言い換えれば、医師も輸血をすれば死ななかつ

たとは断定していない——のだから、つまり、輸血拒否と死の因果関係は不確かなのだから、被害者の輸血拒否は、単に自らの生存の機会を失っただけで、フォートの検討は必要でない、としていた点であった。その上で、その生存機会を自ら断ったこと自体がフォートとならないかの検討をすべし、として差戻したのであった。破毀院は、結局、間接的ながら輸血拒否をフォートとしているようである [Durry, obs.【19】]。輸血をしても生存の機会・可能性そのものが確かでないとした控訴院の認定に対して、生存機会の喪失はそれだけで相手方に損害を与えるとの前提から（そのような民事判例を念頭にして——これ自体、問題のある民事判例とされている [Durry, note【20】], Savatier, note【19】] [Mémeteau])、死という損害を避けようの機会は大きかったと捉え、それを逃した者を非難し、責任の一端があると見たのであろう。ここで、輸血治療の性格づけについて触れておく必要がある。破毀院は、従来の侵襲区別論により簡単に、リスクのない通常治療であると位置づけて拒否はできないとしているが、輸血は、侵襲としては軽度ではあるけれども、死のリスクを回避する生命にかかわる治療であるとの性格づけを、機会喪失論をとる形で行っている。したがって〈生命に直接かかわる場合には治療を拒否できない〉という行政判例 [大河原 abc] と、輸血拒否権については、ほとんど同じ趣旨であると思える（ただし、本件は医師・患者関係の中での事例ではないが）。ただ、破棄された控訴審もいうように、実は必ずしも、輸血拒否事例において、輸血はそれをすれば助かるかどうかは確かではなく、そのチャンスがあるというにすぎない事例とも思われる。

民法としての問題は、このように「詭弁の」機会喪失論と因果関係の「当てずっぽ」にあるが [Savatier, note【19】]、やはり本稿としては、治療拒否をフォートとしたことが重要である。判旨に賛成の一評者は、身体の不可傷性、人格権、身体処分権、そして本件ではさらに、信仰の自由などの基本的自由であっても、それに権利濫用の法理を適用し、その行使はフォートであるとする。通常行われているもので、リスクがない治療を拒否する場合、濫用はとりわけ明白であって、輸血はこれに当たるといふ。もっとも、HIV感染事故以降、輸血が絶対的に無害であるとはいえなくなったが、それは蓋然性の問題にすぎず、それがゼロとされるならば、患者は安心で、不安・心配は拒否の根拠にならないとも言う [Durry, obs.【19】]。ともかくも、こ

のようにして、侵襲区別論を放棄して伝統判例から逸脱していた前出【3】の1969年判決を、本判決は、侵襲区別論を前提とする伝統判例に引き戻したとされるわけである。

事故加害者が、被害者から損害賠償を請求されて、その算定時に、必要以上は支払うに及ばないとして、被害者が事故後から最終的損害の発生までの行為・不行為を考慮せよ——加害者は、責任のある損害部分だけを賠償する——という判決の結論は、民事責任法上はいいとしても、輸血を拒否すること（自ら死を招いたこと、本件では信仰上の信念から）をフォートと構成することは、やはり問題として残る [Mourgeon, note]。生存機会を自ら断ったことには、特別の理由がある。単なる個人の主観・都合であるとか、治療費が高額であるとかいった理由ではなく——後者の理由であれば、フォートと構成しても、金銭上の相殺ができるかもしれないが——、より基本的自由としての、身体処分権（治療拒否による死）のほか、本件では信教・信仰に基づく理由から、信仰に反する治療よりは死のリスクを選ぶこと——つまり、基本的自由の行使そのもの——が、フォートとなってしまうことになり、さらにひいては、加害（第三）者の間接強制（威圧）による被害患者の輸血義務を認めてしまう結果となるからである。治療拒否権があっても、その行使はフォートだというとき、これを輸血拒否に当てはめると、それはフォートとされるから、輸血拒否それ自体が否定される（他の治療であるならば、他の選択肢もあろうが、輸血治療はそれをするかしないかの二者択一であるから）。これを認めることは、輸血拒否も自己決定（生命・身体処分権）だとすれば、輸血拒否に限らず、不合理な選択をすること・愚行を含む自己決定という個人の自由を認めないということであるから、それを正当化する理由が問われることになる。その正当化をしないことは、すでに例外だらけのフランス法の身体不可傷性という伝統原理に、しかも、単なる事故加害者個人の賠償額を減額するということだけのために——それが事後的・間接的強制とはいえない——、例外をさらにもう一つ加え、被害者のフォート論ですませることになる。しかし、フォートと構成することにニュアンスの差はありながらも妥当とする評者は多いが [Dubouis, obs.]、原理的な問いかけをする論者はそう多くはないのである [Mourgeon, note] [Doll, obs., no.16【3】] [Carbonnier, note p.509, col.2【2】]。輸血拒否にあった医師の態度如何については、前稿で医事法学的な検討を行ったが大

河原 bc]、患者の意思尊重義務（民法16-3条、医業倫理法36条1項、とくに治療拒否権については保健医療法 L.1111-4条2項、医業倫理法36条2項）と医師の治療（救命）義務（医業倫理法2・9条、とくに刑法63-2条）との間であるべき均衡点を探ることが重要であるが、とりわけ基本的自由に関わる治療拒否理由については、患者の意思を尊重して、医師はその裁判官ではないことが要請される必要があり、裁判官についても、この要請はそのまま引き継がなければならないはずであろう。

(2) 最後に、この1974年判例に従って、治療拒否の認否基準としての侵襲区別論を輸血拒否事例に適用して、これをフォートとした控訴審判決を支持して、そのフォート性を肯定した事例を取り上げよう。

● Cass. crim. 30-6-1987, Tetiarahi 【21】

「……係争判決 (Papeete, ch. corr. 16-1-1986)

は、次のような理由により、交通事故被害者(私訴原告人 T) の一時的不能、永続的不能、慰謝料 (pretium doloris)、美容整形的損害を縮減したことにより、それをしなければ重篤で確実な生命に関わるリスク (risque vital) をもたらし、かつ、ほとんどあり得ない手術合併症も起こることなく、その後の相次ぐ厄介 (ennui トラブル) や病変からくる後遺症だけでなく、手術の遅延や困難からくるその発生を回避する最大の機会 (les plus grandes chances) を受けることに同意しなかった。被害者の状態が安定しうる可能性は、この手術を受ける他は存在しなかった』というものである。

(これに対して、破棄申立ては、次のようにこれを攻撃する)。『一方、裁判所は、被害者がそれに同意する(応ずる)ことを拒否する手術を彼に強制する権限は有しない。したがって、この拒否に基づいて、認められた損害賠償 (dommages-intérêts) を軽減することはできず、それをすれば被害者の被った被害は全面的に賠償しなければならないという原理に反する。他方、拒否された手術が、ほとんどあり得ない術後合併症のないことが明らかで、またその手術をすれば、その後相次ぐ厄介を避け(う)る機会が最も多くあったであろうとする判決理由は、不確かで仮定的であり (incertains et hypothétiques)、

責任の分配をもたらす被害者のフォートの実在を法的に正当化していない』と。係争判決は、交通事故の損害賠償結果について、A（加害者）に全責任があったとした一審判決を取消して、被害者であるエホバの証人 T に支払われる賠償金を減額した。その理由は、とりわけ大腿骨閉鎖性骨折後の、彼に賠償義務のある損害が、輸血拒否によって加重したというものである。

控訴院は、申立ての理由を（上記のように）、正確に再現した後、被害者（A）の損害の一部を原告（T）の責任とすべく、『被害者は、宗教的理由により輸血を拒否することによって、本質的自由から派生する選択（権）を行使したが、それでもやはり当該手術がいかなる例外的リスクもなく、その健康状態を改善する重大な機会を提示している以上、語の法的意味において、被害者のフォートに責任があることに変わりはない。』との判示を付け加えている。

……控訴院は、このように判決したが、その理由づけに不確か乃至仮定的な性格を呈するものではなく、判決は適法である」（申立てに理由なく棄却。原審支持）

上告理由は2点からなる。その前半傍点部分は、前出【3】の判例（特に、「裁判官は手術強制権限を有しない」という定式）に依拠したものであり、後半傍点部分は、前出【19】の第二審（輸血をすれば死が避けられたかどうかは、「不確かで仮定的」だとした判決理由）に依拠したものであった。しかし、破毀院はいずれもこれらを斥け、侵襲区別論と機会喪失論を採った控訴院を支持して、前出【19】の1974年判決を踏襲したのであった。

おわりに——患者の治療拒否権の価値と限界

(1) 保健医療法 L. 1111-4 条（治療拒否権）、民法 16-3 条（身体不可傷性原理・同意権）、医業倫理法 36 条（同意・治療拒否権）など医事立法の進展により、条文上（つまり原則上）、何人も治療・外科手術——その侵襲度合いがどんなものであれ——を拒否することができる。しかし実際には、リスクや痛みの程度・範囲、あるいは、生命に関わる事例かそうでないか、緊急を要する事例かそうでないかなどの個別具体的状況に応じて、それを拒否できるか、どのような基準によるかな

どを決定（つまり、例外設定）するのは、判例である。患者の治療拒否権の制限の方向は、生命に直接かわり、死の危険がある事例、緊急事態等への対応について、とりわけ行政判例（2001年コンセイユ・デタ Senanayake 判決 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）において明らかであったことは前稿で考察した。行政判例は、そのような極限状況においては、『患者の意思か医師の治療義務か』の二者択一となり、医師は、説得しさえすれば治療を敢行でき、患者の治療拒否権は完全に否定されることになりかねない方向性を示すことによって、立法（2002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, JO du 5 mars 2002. L.1111-4 du CSP）に正面から抵抗することとなった。しかしその後また、立法府は、この判例を断ち切るべく、2005年、新患者の権利法の制定（L. no. 2005-370 du 22 avr. 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie, art. 3-5, JO no.95 du 23 avr. 2005, p.7089）によって、生命を危険にする場合について、これまでの治療（traitement）拒否権を、「あらゆる」治療（tout traitement）拒否権と加筆修正することにより、この行政判例を否認して、死の危険があり生命にかかわる治療か否かという区別（基準・例外設定）を禁止した。立法と行政裁判所との対決は続いているのである [大河原 bc]。

他方、司法判例ではその点はどうか。輸血拒否事例を、輸血をしなければ生命に直接かわり死の危険がある、と司法判例のように考えれば、治療拒否権の限界事例に該当しよう。本稿で扱った輸血拒否事例（【19・20・21】）においては、いずれも伝統的な侵襲区別論によってリスクのない軽度の通常治療と位置づけられ、輸血拒否は認められないとされてきた。それに緊急状態の要素が加われば、なおさらそうなるであろう。このように、本稿で考察した限りでは、司法判例においても、行政判例と同じように、やはり生命にかかわる場合には患者の治療拒否権は制限されると見られる [Lucas-Gallay]。司法判例における生命にかかわる事例（輸血拒否）事例において、治療拒否権の限界が、行政判例ほど明確に現れなかったのは、まず何よりも、行政判例におけるほど医事法上の問題として緻密な議論がなされていないからである。やはり、それは第三者による金銭的動機からする議論からではな

く、医師・患者関係におけるより緊迫性のある議論の中でしかなされないものであろう。また、治療拒否権を明示的に法認した2002-2005年患者の権利法制定以降の事例があつて初めてより明確になるはずであり、また刑事判例においては、生命に危険がある場合であっても治療拒否権を認めていること等もあつて、司法判例においては、行政判例ほど明確な現れ方をしなかったのである。むしろ、それとはまた別に、よりいっそう明らかな限界が第三者との間で存在しえたのである。

(2) 患者が治療を拒否する場合、その治療拒否が、第三者に損害を生じさせたり、これを拡大させたりすることがある。その場合、損害賠償について、患者がその治療を受けていれば、病傷状態は軽快したであろうから、その治療拒否を考慮してもいいのではないか、少なくとも、第三者(加害者)を害する治療拒否があつたのだから、患者(被害者)にも責任を分配できないかという古典的な問題があつたのである。そこにはさらに一步踏み込んで、加害者の負担を減らすために治療を受ける義務が、被害患者にあるのではないかというもう一つの問題が潜伏していた。しかしこの後者の問題は、個人の自由、身体不可侵の原理(今日では民法16-1条)ないし身体不可傷の原理(同16-3条)に正面から衝突することになるので、これを避けて問題処理をしてきた嫌いがあり、理論的原理的にそこまで突っ込んで検討されてきたとは言えない状況であつた。このような状況において、判例は、この問題(前者の)に対して、損害賠償算定のために損害の全状況を考慮するアプローチによるよりも、むしろ、被害患者のフォートいかんというアプローチで、この問題を処理してきた。つまり、すでに見たように、法律上の治療義務(保健医療法による公衆衛生上の予防接種等の義務)がなければ、治療拒否は常に可能なものではあるけれども、判例は、伝統的に、侵襲度合いの軽重によってこれを二つに分け、侵襲が重く苦しく、リスクがある場合は、それを拒否することが許され、侵襲が軽微で損害を軽減しうるのに、拒否した場合はフォートとなる、という侵襲区別論を採ってきた。そしてさらに、被害患者の治療拒否が、損害を縮小ないし解消する可能性があつたのに、その好機を自ら逸した場合、それをフォートとす(それ自体損害と見る)べし、という機会喪失論を採るに至っている。

(3) 侵襲区別論によれば、深刻なリスク・痛みの伴わない手術・治療については、それを拒否すると、フォートであるとされるが、そこには、その程度の身体への侵害は認めねばならない・認めざるをえないというだけでなく、拒否する患者を力づくで手術室に連れて行くというような、直接的な強制(治療義務)であるならば問題であるが(それは立法によらねばならない)、せいぜい、治療拒否権を行使した後で金銭的に賠償額が減額されるにすぎないので、治療拒否権の侵害・制限ないし身体不可傷性原理の違反は問題にならない、という大前提がある。

そのような前提からすると、重大でないといわれた侵襲の場合、あくまでそれを拒否する強情な患者にとっては、望まない結果を引き受けざるを得ないことになる。永続的一部不能50%の患者が、それを30%にすることのできる侵襲を受けない場合、重大でないリスク・苦痛を味わわないですむかわりに、身体は現状の50%のまま30%の方を基準に賠償額等が算定されることを選択せざるを得ないのである。この場合、その侵襲を受けても受けなくとも、金銭的利益は同じ(同額)であるから、身体の方も30%にする侵襲を受けた方が、物的(肉体・財産)にも利益が得られ兩得であることが明らかであるのに(しかし、肉体的利益を受けるのは、治療を受ける以上当然なので、この場面で治療を受け入れるということは、やはり金銭的利益だけを目指したもの——金のために身(肉)を売る——ということになる)、そのような一見不合理な選択(治療拒否)をするのは、それでもなお、非物的・精神的(人格的)な満足を得よう——物的に損をしても、これだけは売り渡さない——とする以外の何物でもない。

しかし、治療や外科的侵襲の拒否がフォートとなりうるというのは、責任の一部があるとされるとき賠償金を減らされるとかいう恐怖が、患者の治療拒否権行使への重大な間接的圧力となり、権利行使が萎縮する。患者がその精神的威圧のもとで治療・手術に同意した場合、患者の意思(同意・拒否)の有効性の問題として、その意思表示は瑕疵を生もう(violence moral)。そのような脅迫は、患者の自由意思(libre arbitre)に対する一定の強制を、利害関係第三者に許す結果ともなる。医師・患者関係において、医師にそれを許さないというのであれば、その規範的射程を医師以外の者へも拡げるのでなければならないはずであろう。そもそも、治療拒否権の存在を認めるという原則(また身体不可侵性の原理)をたてることと、それを行使するこ

とがフォートになることとの間に、矛盾はないのか。被害者には治療拒否権があって手術を強制できないと言ってみても、治療（手術）拒否権を行使する者がフォートを犯す可能性があるのであれば、その治療（手術）を受ける義務が生じることにならないかである。

(4) 被害者の＜個人の自由、身体にかかわる治療拒否権ないし身体不可傷性原理—そして時には信仰の自由もからむが—＞か、また他方で、加害者の＜金銭的利益ないし必要以上支払わない権利＞か、これをどう調整するか。異なる性質の二つの権利の対立は、それらは同価値でないにしても、その衡量はむずかしい。前者の権利・原理を最も効果的に保護し、その行使を萎縮させないためには、まず、治療拒否がフォートとされることなく、正当に権利として行使できるのでなければならない。そしてその行き過ぎが濫用となるにすぎない。そうでなければ、民事責任法が、同意原理、そして治療拒否権、身体不可傷性原理の神髄を骨抜きにしておしまおう。そもそも、拒否される治療とは、被害者にとっては身体的利益になり、加害者にとっては賠償義務の軽減という金銭的利益になるものである。これを拒否することは、その両者の利益がなくなるだけのことであって—しかも後者の利益はもともと前者のそれに依存しているにすぎないのであって—、それが被害者のフォートを構成するのだろうか [Mémeteau, no.561]。治療拒否により、相手方・加害者のいう損害を発生させても、その侵襲度合いを区別せず、それは正当な権利行使であるとしてフォート性を問うていない判例【1・3・4・15・17・18等】の解決を採ることが、患者となった者の自由としての治療拒否権の行使に対する威圧をなくす道である。しかしそれでもなお、権利行使の仕方が正常でないという裁判所の評価の可能性がある。権利濫用が適用されないより高次の権利—より高次の規範に根拠をもつ権利—とする必要があろう。第三者(加害者)の金銭的利益のために、治療拒否に「濫用」やフォートの概念が適用されてしまう状況にあっては、権利行使の動機(ないしはその行使の仕方)をなんら問われることなしに、その行使が認められる絶対的な性格を有する諸権利(アクセス(反論・反駁)権(droit de réponse)等の例。Voir Cass. crim. 14-3-1838, S.1838.1.447)の中に、その一つとして数えられるのでなければならないであろう。

〔附記〕

本稿は、平成19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〕 本稿の全体の構成は、以下のとおりである。

序

- 1 患者の拒否意思の尊重の法理の形成・確立—第一の方向
 - 1.1 治療拒否権の根拠としての身体不可傷性原理(1)—判例による援用
 - 1.2 治療拒否権の根拠としての身体不可傷性原理(2)—学説による強化
 - 1.3 「裁判所は手術強制権限を有しない」という定式化による黙示の再確認
 - 1.4 立法による治療拒否権の保障—裁判所による明示的再確認と患者の権利法
- 2 治療拒否権の展開
 - 2.1 医師の説得・翻意努力義務と侵襲拒否義務—医事法判例の進展
 - 2.2 治療拒否法理の刑事判例への展開—第二の方向
- 3 治療拒否権の射程—民事判例による相対化の方向
 - 3.1 第三者との関係における治療拒否権の性格・限界—治療拒否の可否基準としての侵襲区別論
 - 3.2 侵襲区別論の展開と侵襲区別の裁判官
 - 3.3 侵襲区別論による治療拒否権の承認—限界内絶対説
- 4 治療拒否権の制限の方向—輸血治療の性格づけとその拒否可能性

おわりに—患者の治療拒否権の価値と限界

〔文献〕 [文献はこのかぎ括弧で引用する。仏文献は引用順]

- 大河原 a、「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)」(本誌39巻1号43頁、2006年)
- 大河原 b、「患者の自己決定としての輸血拒否権」日本生命倫理学会誌『生命倫理』通巻17号(16巻1号、169頁、2006年)。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」、福岡工業大学社会環境学部(桂木他)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、「治療行為における患者の同意原理に関

- 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」（本誌38巻2号239頁、2006年）。
- 大河原 ㇑、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
 - 高木 武、「フランス医道章典と法の規範としての日本医道」日本比較法学会誌『比較法』第18号1頁、1981年。
 - Auby, J.-M., *Le droit de la santé*, PUF, p.322 et s.
 - Carbonnier, note ss Trib. civ. Lille 3-18-1947, F... c. dame F... : D. 47. 507.
 - Nerson, *Les droits extrapatrimoniaux*, 1939, th.
 - Doll, P.-J., Des conséquences pécuniaires du refus par la victime d'un accident de se soumettre à une opération chirurgicale améliorante après consolidation des blessures, JCP. 1970. I (doctr.). 2351.
 - Durry G., obs. sur Cass. crim. 3-7-1969, Pourpour c. Raynaud, RTD civ., 1969. 782.
 - Savatier, obs. sur Cass. crim. 3-7-1969, Pourpour c. Raynaud, JCP. 1970. II. 16447.
 - Mauser, obs. sur Cass. 2e civ. 19-3-1997, no. de pourvoi 93-10914, Mutuelle du Mans et autres c. La Mondiale et autre, RTD civ. 1997. 632 et 676.
 - Lucas-Gallay, I., note ss Cass. 2e civ. 19-3-1997, no. de pourvoi 93-10914, Mutuelle du Mans et autres c. La Mondiale et autre.
 - Gridel, J.-P., *Le refus de soins au risque de la mort*, GP. 2002. 999.
 - Troper M., *Le point de vue juriste*, Revue du praticien, 1993, p.42.
 - Chauveau, D., *Concl. sur CE, Ass. 26 oct. 2001, Mme Senanayake*, RFD adm. 2002. 146.
 - Doll, P.-J., *Responsabilité médicale en matière d'injection de sérum anti-tétanique*, GP. 1972. I (doctr.). 237.
 - P. Mistretta, *Le médecin doit veiller à ce que le refus de soins du patient soit éclairé en cas d'opposition au traitement préconisé*, note ss Cass. 1re civ. 15-11-2005, no.04-18. 180, JCP. 2006. II. 10045.
 - Savatier R. et J., Auby J.-M., Péquignot H., *Traité de droit médical*, 1956. *Traité* で引用。
 - Levasseur G., obs. sur Cass. crim. 3-1-1973, Gatineau, Rev. Science crim. 1974, p.592.
 - Le Roy, note ss TGI Laval 13-2-1967, Dlle L. ... : DS. 1968. J. 39.
 - Mémeteau G., *Le droit médical*, 1985. (高木 武、書評「メムト・ボワチェ大学法学部教授の労作とくに著書『医事法』」、医事法規研究会『医事法規雑誌』創刊号57頁、1998年)
 - Chabas, obs. sur TGI Paris 13-5-1981, Ouamer c. Sté Transports Normandes et al., JCP. 1982. 19887.
 - Durry, obs. sur Cass. civ. 2e, 13-1-1966, Sage c. Barbaglia, GP. 1966. I. Juris. 375; RTDC. 1966. 806.
 - Pansier F.-J., *Transfusion et Religion*, GP. 11-12 janv. 1995, p.24.
 - Pansier F.-J., *Prise de décision transfusionnelle et déontologie médicale*, in Gromb S. et Garay A., *Consentement éclairé et transfusion sanguine -aspects juridiques et éthiques*, éd. ENSP, 1996, p.60.
 - Penneau J., *L'incidence du consentement sur la responsabilité juridique des médecins* in Gromb S. et Garay A., *Consentement éclairé et transfusion sanguine -aspects juridiques et éthiques*, éd. ENSP, 1996, p.29.
 - Penneau J., *Le consentement face au droit de la responsabilité médicale*, GP. 1999. I. 7.
 - Doll, P.-J., *Convient-il de tenir compte de refus délibéré de la victime de se priver d'une chance d'amélioration de son état ou de survie dans le calcul des dommages-intérêts revendiqués par ses ayants cause ?*, GP. 1975. I (doctr.). 331.
 - Durry G., note ss Cass. crim. 30-10-1974, Tolle : RTD civ. 1975. 107.
 - Durry G., obs. sur Lyon 6-6-1975, Tolle c. Vv Dispensa: RTD civ. 1975. 712.
 - Savatier R., note ss Cass. crim. 30-10-1974, Tolle: DS. 1975. J. 178.
 - Savatier R., note ss Lyon 6-6-1975, Tolle c. Vv Dispensa: D. 1976. J. 415.
 - Mourgeon, note ss Cass. crim. 30-10-1974, Tolle: JCP. 1975. II. 18038.
 - Dubouis, obs. sur Cass. crim. 30-10-1974, Tolle: RTD san. et soc. 1975. 327.
 - *Consentement éclairé et transfusion sanguine -aspects juridiques et éthiques*, sous la direction des Gromb S. et Garay A., éd. ENSP, 1996.
 - Lucas-Gallay I., *Le domaine d'application du droit au refus de soins : une «peau de chagrin»*, P.Aff.1997, p.6.

- 【判例】**（判例はこの丸括弧で引用する。【xx】は引用番号）
- Angers 19-1-1955, Roussillat, note anonyme, JCP. 1955. II. 8351. 【1】
 - Trib. civ. Lille 3-18-1947, F... c. dame F... : D. 47. 507 note Carbonnier. 【2】
 - Cass. crim. 3-7-1969, Pourpour c. Raynaud, JCP. 1970. II. 16447, obs. Savatier ; RTD civ., 1969.782, obs. G. Durry; JCP. 1970.I. 2351, obs. P.-J. Doll. 【3】
 - Cass. 2e civ. 19-3-1997, no. de pourvoi 93-10914, Mutuelle du Mans et autres c. La Mondiale et autre: Bull. civ. II, no.86; P. Aff. 1999. 16, note I. Lucas-Gallay; RTDciv. 1997.632 et 675, obs. J. Mauser. 【4】
 - Cass. civ. 1re, 7-11-1961, GP:1962.1.219 ; D. 1962, som.71; RTD civ. 1962. 496, obs. A. Tunc; Bull. civ. I no.508. 【5】
 - Toulouse 3e ch. 15-2-1971, Valero, GP. 1972. 1. som. 35 et 1. doct. 237, obs. P.-J. Doll. 【6】
 - Paris 8-7-1952, note anonyme, GP. 1952. 2. 128. 【7】
 - Cass. crim. 3-1-1973, Gatineau: D. 1973. IR. 13; D. 1973. J. 220; Rev. sc. crim. 1974. 591 et 693, obs. Lavasseur ; Bull. crim. no. 2, p.4 【8】
 - Cass. req. 15-2-1910, Guerry c. Bourseau: DH. 19101. I. 303. 【9】
 - TGI Laval 13-2-1967, Dlle L. ... : DS. 1968. J. 39, note Le Roy. 【10】
 - Trib. civ. Hazebrouch 20-7-1932, Charlet c. Lefebvre, GP. 1932. 2. 676. 【11】
 - Trib. civ. Marseille 23-9-1941, dame Pages c. Maison de retraite des Vieillards de Marseille, GP. 1941. 2. 454. 【12】
 - Besançon 24-2-1933, Crochet, DH. 1933. 211. 【13】
 - Nancy 14-4-1920, Hoffmann, GP. 1920. 1. 554. 【14】
 - Chambéry 22-12-1947, Cie d'assurances La Preservatrice c. dame Frymermann : D.1948, J.172. 【15】
 - Cass. civ. 25-2-1941, Vv Meunier, GP. 1941. 1. 564.; S. 1941. 1. 67; DA. 1941. J. 147. 【16】
 - TGI Paris 13-5-1981, Ouamer c. Sté Transports Normandes et al., JCP. 1982. 19887 obs. Chabas. 【17】
 - Cass. civ. 2e, 13-1-1966, Sage c. Barbaglia, GP. 1966. 1. Juris. 375 ; RTDC.1966.806, obs. Durry, a contrario. 【18】
 - Cass. crim. 30-10-1974, Tolle: JCP. 1975. II. 18038, note L. Mourgeon; DS. 1975. J. 178, note R. Savatier; GP. 1975. 1. 67; RTD civ. 1975. 107 et 712, obs. G. Durry ; RTD san. et soc. 1975. 327, obs. L. Dubouis; Bull. crim. no. 308. 【19】
 - Lyon 6-6-1975, Tolle c. Vv Dispensa, JCP. 1976. II. 18322, obs. L.M.; D.1976.J.415, note Savatier; GP. 1975. 2. 610, note D.S.; RTD civ. 1975. 712, obs. G. Durry. 【20】
 - Cass. crim. 30-6-1987, Tetiarahi: inédit., Consentement éclairé et transfusion sanguine -aspects juridiques et éthiques, sous la direction des Gromb S. et Garay A., éd. ENSP, 1996, p.198. 【21】

判例一覧

| 引用判例 【引用番号】 | 侵襲度合いの区別なし | | 拒否理由 患者の主観・都合等 | 侵襲度合いの区別あり | |
|---------------------------------|------------|------|-------------------|------------|------|
| | 拒否可 | 拒否不可 | | 拒否可 | 拒否不可 |
| Cass. req. 15-2-1910 | 9 | | | | ○ |
| Nancy 14-4-1920 | 14 | | | ○? | |
| Trib. civ. Hazebrouch 20-7-1932 | 11 | | | ○ | |
| Besançon 24-2-1933 | 13 | | 長期身体固定 | ○? | |
| Cass. civ. 25-2-1941 | 16 | | | ○? | |
| Trib. civ. Marseille 23-9-1941 | 12 | | | ○? | |
| Trib. civ. Lille 3-18-1947 | 2 | | | | ○ |
| Chambéry 22-12-1947 | 15 | ○ | 治療費高額 治療期間、滞在費 | ○? | |
| Paris 8-7-1952 | 7 | ○ | | | |
| Angers 19-1-1955 | 1 | ○ | | | |
| Cass. civ. 1re, 7-11-1961 | 5 | —* | | | |
| Cass. civ. 2e, 13-1-1966 | 18 | ○ | 治療費高額 | ○? | |
| TGI Laval 13-2-1967 | 10 | | | ○ | |
| Cass. crim. 3-7-1969 | 3 | ○ | 妻妊娠 | | |
| Toulouse 3e ch. 15-2-1971 | 6 | —* | | | |
| Cass. crim. 3-1-1973 | 8 | ○ | | | |
| Cass. crim. 30-10-1974 | 19 | | 信仰 | | ○ |
| Lyon 6-6-1975 | 20 | | 信仰 | | ○ |
| TGI Paris 13-5-1981 | 17 | ○ | 心配性・恐怖症 | ○? | |
| Cass. crim. 30-6-1987 | 21 | | 信仰 | | ○ |
| Cass. 2e civ. 19-3-1997 | 4 | ○ | | | |

なお、両方にまたがるものは、そのどちらか判定困難なもの
*治療拒否可は前提となるもの