The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	医師の診療義務と患者の承諾
Author(s)	寺沢, 知子
Citation	大阪大学, 1999, 博士論文
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.11501/3155095
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

医師の診療義務と患者の承諾

寺　沢　知　子

①

医師の診療義務と患者の承諾

寺沢知子

目次

はしがき

第一部　医療水準の相対化と「医療水準論」の質的転換

一　問題提起

二　最高裁平成七年判決と最高裁平成八年判決

1　最高裁平成七年判決

2　最高裁平成八年判決

3　二判決において判示された医療水準と注意義務

三　過失論における医療水準の意義

1　不法行為責任と契約責任における医療水準の評価視点

2　「医療水準論」の質的転換

3　「医療水準」の相対化との異同

四　最高裁二判決へのフィードバック

1　最高裁平成七年判決へのフィードバック

2　最高裁平成八年判決へのフィードバック

五　結語

第二部　未成年者への医療行為と承諾（一）－「代諾」構成の再検討－

一　問題の所在

二　わが国の裁判例における「代諾」理論

三　フランスにおける理論状況

1　未成年者への医療行為に対する承諾の問題点

2　未成年者の承諾能力

3　承諾権者

4　親権行使者による承諾の法的構成

5　未成年者の意思の尊重

6　親の承諾が得られない場合と裁判所の介入

7　一九八二年一二月三日ナンシー控訴院判決
四　未成年者への医療行為と承諾
1　問題分析
2　わが国の裁判例の分析と検討
五　結語

第三部　フランスにおける精神障害者の権利と身上の保護
―精神障害を理由に入院する者の権利と保護及び入院の要件に関する一九九〇年六月二七日の法律(loi no 90-527 du 27 juin 1990 relative aux droits et à la protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux et à leurs conditions d'hospitalisation,J.O.30 juin 1990)―
一　はじめに
二　フランスにおける精神障害者の権利と保護
二―1　一八三八年六月三〇日の法律
二―2　一九九〇年法への改正の経緯
（1）一八三八年法批判とその対応　（2）精神医療をとりまく状況の変化
二―3　一九九〇年六月二七日の法律
（1）精神障害者受入施設　（2）自由入院
（3）同意［1］のない入院（強制入院）　(イ)県の精神医療入院委員会
(ロ)同意のない入院患者の権利　(ハ)第三者の請求に基づく入院
(ニ)職権による入院　(ホ)退院後の保証
二―4　一九九〇年法にみられる特質
三　結語

はしがき

本稿は、医師の民事責任について、医師の権利・義務と患者の権利の両面から、検討を試みるものである。従来、医師の民事責任は、技術上生じる医師の義務違反と医師・患者関係から生じる医師の義務違反の両面から、論じられてきた。技術上の義務違反については、医療水準を当該義務違反の有無を評価する基準とし、医師と患者の関係から生じる権利・義務については、医師の説明義務の問題と患者の医療行為に対する承諾の問題に置き換えられた議論の展開が見られる。患者の医療行為に対する承諾の問題は、また、患者の自己決定権の行使の問題と捉えられ、その観点から、医師の説明の範囲や医師は誰に承諾を求めるべきかという代諾等の問題が議論される傾向にある。医師が診療行為を行うために患者と向き合うときに生じる、医師の義務や患者の権利は、このように別個の観点からのみ検証されうる権利・義務であろうか、診療行為全般から生じる医師と患者の権利・義務の問題として捉える必要はないのであろうか。本稿は、この疑問を契機に、医師の患者に対する診療行為を患者の最善の利益を図るためになされるべき行為と位置づけた上で、医師と患者の権利・義務というテーマを、個々別々ではなく複合的な視座から考究するものである。もっとも、本稿では、この遠大なテーマが包蔵するすべての問題を取り上げてはおらず、医師の義務の基準(規範)としての医療水準、患者の権利の問題としての承諾、とりわけ、患者が未成年者である場合の医療行為に対する承諾、そして、精神障害のために入院をしている患者の身上の保護に、問題を絞って取り上げ、医師と患者の両者を見据えた上での医師と患者の権利・義務という、より大きな問題を解明する端緒となることを企図するものである。

第一部では、医師の注意義務の基準(規範)を、単に医師の技術的レベルのみの問題として捉えずに、医師と患者の関係を視野に入れて、捉えなおした。すなわち、医療水準についての画期的な判決と目される最高裁平成七年六月九日判決を中心とした分析の結果、医師側のみの事情に基づいて医療水準を相対化するという従来のいわゆる「医療水準論」では、医療水準の場合分けに終わってしまう恐れがあるので、患者の視点(信頼)をも考慮して、相対化された医療水準を決定するべきと主張する。そして、その上で、当該医療水準を医師の「規範」として注意義務のレベルを決定するべきであるとするものである。

第二部では、従来、患者の自己決定権を中心に捉えられてきた患者の承諾、とりわけ、患者が未成年者である場合の医療行為に対して誰が承諾をするのか、という問題を、患者

の最善の利益や未成年者自身の福祉を大前提として、捉え直した。すなわち、未成年者の意思および福祉のいずれをも保護すべきとするフランスの判例や学説に示唆を得て、未成年者の医療行為に対する承諾権者は、その年齢や医療行為の態様に応じて、未成年者本人のみ、未成年者と監護権者の両方、監護権者のみというように、変わるべきであると主張する。

第三部では、患者の最善の利益を考究する契機とするべく、精神障害者の身上の保護と権利について、フランスにおいて一九九〇年に制定された法律を紹介し、これと一九八九年に施行された我が国の「精神保健法」と対比考察する。

第一部 医療水準の相対化と「医療水準論」の質的転換
―最高裁平成七年六月九日判決と最高裁平成八年一月二三日判決を契機として―

一 問題提起

過失概念は、かつて不法行為法の領域において、その定義について「心理状態」［1］を問題とするのか、客観的な行為義務違反と端的に考えるべきか、違法性との区別の問題もからめて議論のあるところであったが［2］、最近では予見可能性を前提とした結果回避義務を判断の対象とすると理解されるようになっている［3］。しかし、その理解の下でもなお、過失概念は、技術の進歩や社会の複雑化に伴って生じる専門家の義務違反の問題など、契約法の領域にも波及した、新たな問題を包蔵している。

一方、医療過誤事件における医師の民事責任は、不法行為または債務不履行に基づいて追及され、その責任の成否を決する医師の過失・注意義務違反の判断は、医療水準を基準として行われる。医療水準は、このように、医療過誤における医師の過失の判断基準であると理解され、その理論は一連の未熟児網膜症に関する事件およびその裁判例を中心に展開されてきたといえる［4］。すなわち、東大病院梅毒輸血事件の最判昭和三六年二月一六日［5］において医師は「最善の注意義務」を負うとされた。しかし、最判昭和五七年三月三〇日［6］は、同注意義務の判断基準を、「臨床医学の実践における医療水準」とし、これが当該医療の一般開業医に定着した医療水準であると受け取られたので、いつ一般開業医に定着したかという時期の問題にすり替えられた。そして、昭和五〇年に厚生省

研究班の報告が専門雑誌に発表され、最判昭和六〇年三月二六日［7］が、昭和五一年二月出生の未熟児が本症に罹患した事件につき、医師側に責任を負わせたのを契機に、光凝固法については全国一律に昭和五〇年を境に医療水準が確立したと理解され［8］、この確定した時期の前後によって医師の責任成否が決定される裁判例が多く現れるようになった（昭和五〇年線引論）［9］。光凝固法という新しい療法がいつ確立したかという、医学的見地からの一律に決定される確立の時期が、医療水準における問題、ひいては、注意義務違反の有無の問題として捉えられていたのである。ところが、最判平成七年六月九日［10］（以下最高裁平成七年判決）が、医療水準は相対的に決すべきとして、硬直的な考え方をとるようになっていたこれまでの最高裁の傾向を実質的に変更し、ついで虫垂炎手術における麻酔事故についての最判平成八年一月二三日民集五〇巻一号一頁、判時一五七一号五七頁、判タ九一四号一〇六頁（以下最高裁平成八年判決）が、右最高裁平成七年判決を引用しつつ、医療水準を注意義務の規範と捉え医療慣行とは必ずしも一致しないと判示した。

学説は、医療水準は当該医師または医療機関をとりまく具体的状況をも考慮して相対的に決すべきとするのが通説であったので、大方は最高裁平成七年判決を肯定的に解しているといえる（最高裁平成八年判決は最高裁平成七年判決を引用している故に、おそらく同様の評価を受け得る）［11］。ただし、医療水準論が医療という特殊な領域に関することであると考えられるためか、医療水準を医学上の技術または経験水準と捉え法的基準とは異なるとする松倉説の影響によるのか［12］、または、医療過誤における注意義務論が過失＝行為義務違反とする最近の学説と表面上は適合しているため議論がなされていない故か［13］、医療水準を注意義務（違反）の判断基準としながらも、一般的な過失論からは離れて一人歩きしてしまっているように見える。すなわち、医療水準を相対的に決するということが、そして、このように相対的に決した医療水準を注意義務（違反）の判断基準として考えるということが、現代の変化している過失論との関係においていかなる意義を有するに至っているかという視点から論じられていることがあまりないように思われる［14］。医療水準はあくまで注意義務（違反）の判断基準、すなわち、医学的な基準ではなく法的な基準であるという考え方にたてば、社会の変化に伴い古典的な考え方からは大きく乖離した、また、しつつある現代型不法行為における過失論や契約責任における過失論を考慮の外におくことはできないはずである。そこで、本稿では、最高裁の二判決を分析・検討することを通して、現代の過失論における医療水準の意義と役割を考察する。

二　最高裁平成七年判決と最高裁平成八年判決

1．最高裁平成七年判決

＜事実＞Ｘ１は、昭和四九年一二月一日、Ａ病院において未熟児として出生し、同日、Ｙの設営する姫路日赤病院（以下Ｙ病院）の「新生児センター」に入院した。Ｙ病院では、昭和四八年一〇月頃から、小児科医のＢが中心となって未熟児網膜症の発見と治療を意識して小児科と眼科とが連携する体制をとり、眼底検査の結果、発症が疑われる場合には、光凝固法を実施することのできるＤ病院に転医させることにしていた。Ｂ（他一名）はＸ１の担当医となり、保育器収容等の措置を行い、またその間にＹ病院の眼科医Ｃが眼底検査を行ったが、異常なしで次回検査不要と診断された。退院後の翌年三月にもＣによりＸ１は異常なしと診断されたが、四月の検査で異常の疑いがあると診断され、Ｄ病院で診察を受けたところ、両目とも本症に罹患しており、現在の視力は０．０六である。そこで、Ｘ１およびその両親Ｘ２Ｘ３は、Ｙおよび履行補助者の医師等に、全身管理義務違反、酸素管理義務違反、眼底検査義務違反、本症診断治療義務違反、説明義務違反、転医義務違反があるとして、Ｙに対して、診療契約上の債務不履行に基づく損害賠償を求めた。Ｙはこれらのすべてにつき争った。第一審では、医療水準上相当な措置であるなどとして、Ｘ等の請求を棄却した。原審でも、光凝固法は昭和４９年当時有効な治療法として確立されていなかったので、眼底検査・光凝固法の実施・転医は法的義務ではない、したがって、Ｂ、Ｃに義務違反ないなどとしてＸらの請求を棄却した。Ｘら上告。

＜判旨＞

本判決は、Ｘ１が未熟児網膜症と診断されるまでの経緯、Ｙ病院の診療体制、本症の予防および治療法の展開、および、次ぎのように医療水準について述べた上で、原審の判断は「診療契約に基づき医療機関に要求される医療水準」についての解釈適用を誤った違法がある」として、「諸般の事情」等についての十分な審理を尽くさせるため、原判決を破棄差戻した。

診療契約に基づき医療機関に要求される医療水準：「当該疾病の専門的研究者の間でその有効性と安全性が是認された新規の治療法が普及するには一定の時間を要し、医療機関の性格、その所在する地域の医療機関の特性、医師の専門分野等によってその普及に要する時間に差異があり、その知見の普及に要する時間と実施のための技術・設備等の普及に

要する時間との間にも差異があるのが通例であり、また、当事者もこのような事情を前提にして診療契約の締結に至るのである。従って、ある新規の治療法の存在を前提にして検査・診断・治療等にあたることが診療契約に基づき医療機関に要求される医療水準であるかどうかを決するについては、当該医療機関の性格、所在地域の医療環境の特性等の諸般の事情を考慮すべきであり、右の事情を捨象して、全ての医療機関について診療契約に基づき要求される医療水準を一律に解するのは相当でない。そして、新規の治療法に関する知見が当該医療機関と類似の特性を備えた医療機関に相当程度普及しており、当該医療機関において右知見を有することを期待することが相当と認められる場合には、特段の事情が存しない限り、右知見は右医療機関にとっての医療水準であるというべきである。」 それ故、医療機関としては、履行補助者である医師に知見を獲得させておくべきである。知見を有しなかったために、または、新規の治療法実施のための技術・設備を有しないために転医など適切な措置をとらずに損害を与えた場合は、診療契約に基づく債務不履行責任を負う。

2．最高裁平成八年判決

＜事実＞Ｘ１は、Ｙ１の経営する病院で勤務医Ｙ２によって一九七四年九月に虫垂炎手術を受けた。手術は腰椎麻酔によって行われ、Ｙ２は看護婦に手術中常時脈拍をとり五分ごとに血圧を測定、報告し、Ｘ１の顔面等の監視に当たるように指示した。しかし、手術中Ｙ２がＸ１の虫垂根部を鉗子で挟み牽引したところ、Ｘ１の容態が急変した。院長であるＹ３らも駆けつけ処置を施したが、結局、Ｘ１は重篤な後遺症を残した脳機能低下症になった。そこで、Ｘ１および両親Ｘ２Ｘ３は、腰椎麻酔ショックの結果Ｘ１の心停止等が生じたので、Ｙらに精密検査義務違反、手術方法の誤り、術中の管理不十分等の注意義務違反があるとして、債務不履行、選択的に不法行為に基づき損害賠償を求めた。Ｙらは、Ｘ１のショックは迷走神経反射によるもので防止不可能であったと主張した。第一審はＹらに注意義務違反はなかったとしてＸらの請求を棄却。原審も、当時に医療水準を基準にする限り、五分ごとの血圧測定は一般開業医の常識であったので、二分ごとに血圧測定をせずとも過失があったとはいえないが、薬剤の能書に記載された二分ごとの血圧測定という注意事項を遵守するのは医師の当然の義務であるので、Ｙ２には注意義務違反があったといえるが、二分ごとの血圧測定をしていても看護婦等がＸ１の以上をより早期に発見できたかどうか明確でないなどの点から因果関係がないとして、Ｘらの請求を棄却。Ｘら上告。

<判旨>本判決は、医療水準について、右の最高裁平成７年判決を引用しながら、次のように述べて、Ｙ２に過失があったとし、この過失とＸ１の発症との間には因果関係があるというべきとして、原判決を一部破棄し、原審に差戻した（Ｙ３に関する上告は棄却）。なお、本判決には、「医療水準」と医療慣行に関する可部裁判官の補足意見がある。

医療水準について：「医療水準は、医師の注意義務の基準（規範）となるものであるから、平均的医師が現に行っている医療慣行とは必ずしも一致するものではなく、医師が医療慣行に従った医療行為を行ったからといって、医療水準に従った注意義務を尽くしたと直ちにいうことはできない。･･･医薬品の添付文書（能書）の記載事項は、当該医薬品の危険性（副作用等）につき最も高度な情報を有している製造業者または輸入販売業者が、投与を受ける患者の安全を確保するために、これを使用する医師等に対して必要な情報を提供する目的で記載するものであるから、医師が医薬品を使用するに当たって右文書に記載された使用上の注意事項に従わず、それによって医療事故が発生した場合には、これに従わなかったことにつき特段の合理的理由がない限り、当該医師の過失が推定されるものというべきである。･･･本件麻酔剤を使用する医師は、一般にその能書に記載された二分間隔での血圧測定を実施する注意義務があったというべきであり、仮に当時の一般開業医がこれに記載された注意事項を守らず、血圧の測定は五分間隔で行うのを常識とし、そのように実践していたとしても、それは平均的医師が現に行っていた当時の医療慣行であるというにすぎず、これに従った医療行為を行ったというだけでは、医療機関に要求される医療水準に基づいた注意義務を尽くしたものということはできない。」

可部裁判官の補足意見：「医療水準は、医師の注意義務の基準（規範）となるものであるから、平均的医師が現に行っている医療慣行と異なることはいうまでもない」。すなわち「いわゆる臨床医学の実践における医療水準」とはいえ、それはあくまで診療に従事する医師の拠るべき規範であって、必ずしもこれに忠実とはいえない者をも含む平均的医師が現に行っている医療慣行とは異なるのであって、慣行の故に直ちに注意義務が否定されることはない。二分間隔での血圧測定は、Ｙ２や血圧測定を指示された看護婦にとって、「何等高度の知識や技術を要求されるものでなく、その意味で、いわゆる『臨床医学の実践における医療水準』の問題として先例の取り上げた事柄とは論点を異にする。また、麻酔医の立ち会いこそなかったが、本件手術に際しては、介助者として婦長を含む看護婦三名、連絡係として監護補助者一名が配置されていたほどで、Ｙ２が能書の記載に従った指示さえ与えておけば、本件手術に際し、二分間隔での血圧測定が行われることに何の支障

もなかった」。

3．二判決において判示された医療水準と注意義務

最高裁の二判決において、医療水準の判断枠組みがどのように判示されているか、そして、注意義務とはどのように関係づけられているかを、整理すると次のようになる。

これまでの判例と異なり、「最善の注意義務」に「診療契約に基づき医療行為に従事する者として」という制約をつけ、注意義務の前提に診療契約をおいている。最高裁平成七年判決は、この診療契約から導き出された当事者（患者）の認識や期待と治療法が開発から各種の医療機関に浸透するまでの「普及の過程」という状態に注目して医療水準を決定している。具体的には、当該医療機関と類似の医療機関に知見が相当程度普及し、当該医療機関が知見を有することを期待することが相当であると認められれば、当該医療を行ってもらえるという患者の認識・期待は合理的であり、「特段の事情」がなければ、期待された医療行為は医療水準に達しているとする。そして、その結果、当該医師・医療機関が達するべき医療水準に到達していなければ、到達するように研鑽義務や転医義務が生じる。このように、最高裁平成七年判決によれば、医療水準は「ある結論を正当化するためのキーワード［15］」では決してなく、しかも、発生した結果から、何をするべきかが議論されたのではなく、診療契約から注意義務の内容をまず確定するという、「法的判断［16］」のための規範の役割を担っている。ついで、最高裁平成八年判決によれば、医療水準が規範であり、したがって、平均的医師が現に行っていた当時の医療慣行に従った医療行為を行ったというだけでは、医療水準に基づいた注意義務を尽くしたとはいえないことになる。

以上のように、医療水準が注意義務の基準（規範）であり、相対的に決定しなければならないことが二判決により明確に示されたが、可部裁判官の補足意見は、医療慣行と「最高裁の判例に現れる『医療水準』」との関係につき、最高裁平成八年判決の医療慣行に関する問題は、これまでの「いわゆる臨床医学の実践における医療水準」とは論点が異なっていることを指摘する。これは、後述するように、同判決において問題となった「医療慣行」は「いわゆる臨床医学の実践における医療水準」の問題ではある。しかし、最高裁平成七年判決のように、被告らに高度な技術や知識を要求する医療行為を行うべきかどうかの問題、いわゆる注意義務の限界づけというよりも、五分ごとではなく二分ごとの血圧測定が医師が遵守すべき義務であるという注意義務の内容確定の問題であることと指摘していると解せられる。

このように整理すると、幾つかの疑問点が浮かび上がる。まず、「ある結論を正当化す

るためのキーワード」とさえ批判されながらも、全国一律に決定することによって、まがりなりにも注意義務違反存否の判断基準としての役割を果たしていた医療水準が、「規範」として明確に位置づけされたことにより、どのような役割を担うことになるのか。特に、現代的不法行為責任や契約責任における注意義務との関係や医療水準の存在意義をどのように理解すればよいのか。次に、医療水準であるとするための考慮事項につき、最高裁平成七年判決は「当該医療機関と類似の医療機関に知見が相当程度普及し、当該医療機関が知見を有することを期待することが相当である」と具体的に判断しているが、これは過失論一般における注意義務の判断基準と接点があるのか、または、新しい基準を出したのか。以上の疑問につき、次に順を追って検討する。

三　過失論における医療水準の意義

1．不法行為責任と契約責任における医療水準の評価視点

不法行為責任と契約責任における注意義務および医療水準の役割は全く同じであろうか。この疑問を解くためには、まず、両責任と医療水準の関係を別個に分析した上で、最高裁の二判決における「診療契約」「期待」「規範」という用語を契機に両責任における注意義務等の異同や接点を探る必要がある。

従来、医療過誤訴訟における医師への責任追及は、不法行為構成で行われることが多い。不法行為構成で争われる場合、判例は、過失を、いわゆる学説の伝統的な考え方（意思の緊張の欠如）ではなく、行為義務違反とし、最近の学説もまた判例の考え方と軌を一にした考え方をしている（予見可能な結果に対する回避義務または行為義務違反［17］）。そこでは、少なくとも規範的要素の過失判断への介入が明確になったことは共通点としてあげられるものの、過失を結果回避義務違反とする考え方をとる学説が、すべて同じ視角から分析している訳ではない［18］。例えば、学説においては、損害の公平な分配という不法行為法の趣旨から、右の規範は、発生した損害から遡って考える、すなわち、当該損害の回避義務違反という行為時以後の事後的規範であるとされていることが多い［19］。しかし、公害や薬害そして先端技術を駆使する現代医療などのような現代型不法行為の場合は、類型的対応の必要性が唱えられ、事前の思慮判断を必要とする考え方や［20］、潜在的抽象的危険に対する予見義務を説く考え方もあるなど［21］、場合によっては事後的にではなく、事前的に義務を措定しなければならないこともあるとされている。また、行為

無価値の立場から、端的に事前的規範として注意義務を考える必要があるとも主張されている［22］

医療水準と過失との関係については、一般に医療水準は過失の判定基準であるとされるが［23］、過失＝「予見可能性を前提とした結果回避義務違反」において医療水準が具体的にどのような役割を果たしているか、また、現代的不法行為における過失の規範的要素の強化と事前的義務措定の必要性に対して、医療水準は何らかの変化をしたのかについては、先に述べたように、ほとんど議論はないが、その中で、潮見佳男教授の次の指摘が注目される［24］。すなわち、医療の専門性・裁量性、生体反応の個体差を考慮に入れると、結果回避義務を事後的に確定することには限界があり、むしろ、具体的な結果を離れて、当該状況において医師としていかなる行動をとるのが医療水準に照らして合理的かという観点から事前的に評価することになる。言い換えれば、予見可能性は行為義務に変質し、注意義務自体も事後的評価に親しむ特定の結果の回避義務違反と言うよりも「当該状況における行為義務違反」として捉えられる。したがって、医療水準は、行為義務を事前的に措定するための規範として機能するのである。

他方、契約責任構成によって責任を追及する場合においても、帰責事由は一般に「債務者の故意・過失または信義則上これと同視すべき事由」を意味し、不法行為における過失と大きな差はないと理解されている［25］。不完全履行という債務不履行構成をとるならば、その成立要件（履行不完全）として、診療契約上いかなる義務が発生し、何が履行不完全かという点が問題になるはずであるが、この点を顧慮せずに、ひたすらに善管注意義務違反＝過失の問題として、証明責任問題に論点を集中させてきたきらいがある。河上正二教授は、不法行為責任と契約責任の注意義務の内容について、契約当事者間での善管注意義務と不法行為上の一般的注意義務とに観念的な差異はあるが、医師と患者という特別な関係にはいった者の間で要求される実体的な注意義務の内容に基本的差異があるとは考えられていないとする。そして、両義務とも「当該状況下におかれた専門家としての『客観的注意義務』から出発するからである」ので、この点に問題はないとしている［26］。潮見佳男教授は、両責任の関係について、契約関係があるために、「特化された社会」として同関係から生じる事態は、契約自体の観点からの契約規範と「特化された社会」という観点からの不法行為規範からの二重の評価を受け得、「規範競合問題」への接続を示唆している［27］。

医師と患者という特別な関係にはいった者の間で要求される「当該状況下におかれた専

門家としての『客観的注意義務』」は、契約規範と不法行為規範から二重に評価するための規範の一つであると解することができる。そして、このような理解から、契約規範と不法行為規範の交錯点に浮かび上がるのはキーワードとしての「信頼」である［28］。この「信頼」は、前田達明教授［29］や沢井裕教授［30］が言及する「社会」が期待する「信頼」ではなく、あくまで、契約または「当該行為者と潜在的被害者（群）［31］」という、特別な関係にある者の間での「信頼」である［32］。医療水準は、したがって、契約責任における帰責事由においても、不法行為責任における過失においても、その果たす役割は同じく、医師の行為義務を事前的に措定するための規範であるといえる。そして、その規範の設定は、何らかの損害発生のいかなる危険をどの程度医師に負わせるかの問題として、（社会ではない）契約または「当該行為者と潜在的被害者（群）」という特別な関係にある者の間での、当事者の「信頼」およびそれに基づく医師の給付能力の保証の観点からなされるべきではないかということが考慮に値する［33］。

2．「医療水準論」の質的転換

はじめに述べたように、判例および学説の多くは、「過失」を結果回避のための行為義務違反としており、その中でも当該行為義務を事前的規範とする考え方は、その根拠を「信頼責任（被害者に対する信頼惹起責任）」においている［34］。すなわち、「信頼原則を根拠とすることからの帰結として、過失概念を通じて注意義務の分配がなされる［35］」のである。このような「信頼」への考慮は、行為義務についての考え方一般にも妥当すると考えられる。医療過誤事件における医師の過失も、右の過失論の例外ではない［36］。（患者側または潜在的被害者（群）の）「信頼」を根拠として、注意義務の分配がなされているのである。

注意義務が、「信頼」を根拠として分配され、医師に課せられているにもかかわらず、従来から注意義務の基準とされてきた医療水準については、患者側の「信頼」を全く顧慮せずに、専ら医師の裁量如何や技術水準など、医師側の事情のみを考量した、いわば独自の「医療水準論」が形成されてきた。しかし、自己決定の尊重から、患者の同意を得ずに医療行為を行うことが専断的医療行為であると否定され、インフォームド・コンセントのような患者の認識や期待そして自律の重要性が注目され議論されている現在、医療行為における注意義務の根幹にかかわる医療水準についてのみ、従来どおりの「医療水準論」をそのまま踏襲して理解すべきではない。すなわち、最高裁の二判決が明らかに示したように、医療水準を「相対化」して患者の視点から考慮するということを、「規範としての医

療水準」の判断基準に置き換えると、患者がどのような信頼を医師に対して持ったか、そして、患者は医師のどのような能力に信頼を与えたかということであり、これは、いわば患者の信頼が医療水準の確定に入り込むことを意味するのである。

それでは、なぜ規範としての医療水準に患者の信頼を考慮に入れなければならないのか。言い換えれば、なぜ患者の信頼を保護する必要があるのか。その理由は、患者側が医師ないしは医療機関と診療契約を締結する前提には、最高裁平成七年判決も判示しているように、「医療機関の性格、その所在する地域の医療環境の特性、医師の専門分野等」による差異の認識と、当該医師ないしは医療機関の一定の給付能力への期待があり、医師は、その、患者の合理的な期待の下で医療行為をしているのであるから、合理的患者の期待を考慮に入れて、規範としての医療水準を見る必要があるからである。

これは、説明義務の判断基準としての「合理的患者説」、すなわち、平均的ないし合理的な患者ならば重要視するであろう情報が説明されるべきとする見解［37］と、合理的な患者の期待の保護という点で共通している。説明義務も医師の行為義務の一つであることを鑑みると、その判断基準は医療水準と同じであるので、説明義務の判断基準についても、当然の帰結として、「合理的患者説」に拠ることになると考える。このような患者側すなわち「当事者」の信頼という考え方を医療水準に反映させることの延長線上には、製造物責任法二条二項における欠陥の判断基準が、かつては採用されていた企業が定めた仕様書等の標準からの逸脱かどうかを規準とする考え方（標準逸脱規準）を排除して、消費者の合理的期待を規準とする考え方（消費者期待規準）などを採用している点において、企業という加害者側でもなく、また、「社会」でもない、当事者である「消費者」の視点を考慮していることに、医療水準が患者（潜在的被害者）の視点を考慮していることとの共通点が見いだせる［38］。これらの傾向は、医師等の専門家なり、製造物責任法における製造業者等なり、いわゆる圧倒的情報や知識の差を持って、一定の権利を享受しようとする者の側にたつ行為準則から、患者や消費者などの一般人という、情報や知識の少ない者の側にたつ行為準則をたてていくという政策的考量からくるものであると考えられる［39］。

また、診療契約の対象が患者という生体である故に、診療行為の具体的内容は、契約締結時に確定しておらず、診療行為を行う個々の段階で、患者の期待を取り入れて、決定していくという診療契約の特質に鑑みれば、その決定という行為ごとに、医療水準のフィルターがかけられるべきであろう。そして、右のような意味で医療水準を捉えているのが、「医療水準に従った注意義務」について判示した最高裁平成八年判決であると解せられる。

つまり、「注意義務の限界づけ」という「民事責任の分水嶺［40］」としての役割のみを医療水準に担わせていた従来の「医療水準論」から離れて、「注意義務の限界づけ」という一面をも含んだ「注意義務の内容確定における規範」としての役割を医療水準に担わせたと解せられるのである。このように考えていくと、医師に課せられた注意義務の規範である医療水準を相対的に考えていく上で、医療水準自体の質的変換を図るべきであるという結論に達する。すなわち、最高裁平成七年判決において、医療水準の相対化が明示され学説は概ねこれを好意的に受けとめたが、それでも、「注意義務の限界づけ」という役割しか担っていないという認識のままでいれば、しかも、「限界づけ」が全国一律ではなく単に医師または医療機関をとりまく具体的状況をも考慮することのみに意義を認めているのであれば、せっかく明示された「相対化」という利点が、単なる医療機関の「諸事情」における差による場合分けで終わってしまうことが危惧されるのであり［41］、最高裁平成八年判決に示唆を受けて、右のように「相対化」された医療水準の中に、患者の視点（患者の信頼）を入り込ませる必要があると考えるのである。吉田邦彦教授は、プロセス的過失を提唱し、過失についての患者の主張・立証は、「患者側からの医療への期待もブレンドした」医療水準に照らして、一連のトータルな医療の問題点（過失）を複眼的・多元的に問うということだけで足りると提案する［42］。患者の期待を「ブレンドした」医療水準に照らしてトータルな医療の問題点としての過失を問擬するという点に関していえば、医療水準確定の中に患者の信頼を入り込ませ、これを「注意義務の内容確定における規範」としての役割を担わせることを主張する本稿の立場と共通点があるように思える。

先に述べたように、「注意義務の限界づけとしての医療水準」と「注意義務の内容確定における規範としての医療水準（医療水準に従った注意義務）」とではその機能が異なり、前者（「限界づけ」は後者（「規範」）の機能の一面でしかない。したがって、「限界づけ（基準）」としての医療水準に基づけば、当該医療行為は注意義務にあたらないと判断されても、「医療水準に従った注意義務」に基づけば、当該医師ないしは医療機関の診療行為全般については、さらに、規範としての医療水準に従った注意義務を尽くしたか否かが判断されるべきである。例えば、全国一律の医療水準に基づいて、医師の注意義務を否定した最判平成四年六月八日［43］の原判決である名古屋高判昭和六一年一二月二六日［44］は、昭和四七年九月に日赤病院で出生した患者について、一律に決定される医療水準によれば医師は免責されるとしつつも、医療契約から、医療水準の如何にかかわらず緻密で真摯かつ誠実な医療を尽くす注意義務が導かれるとして、不誠実な医療対応自体につ

いて慰謝料を認めた。

確かに、患者の信頼の観点から相対的に医療水準であるかどうかを考えても、昭和四七年当時の日赤病院の一般眼科医にとって、光凝固法が医療水準であったかどうかは定かではない。しかし、これは光凝固法についての、いわゆる「医療水準論」の問題に対する判断に過ぎず、診療行為における注意義務はこれに尽きるものではないのである。すなわち、患者の視点（信頼）を考慮した「医療水準に従った注意義務」の問題として捉えれば、光凝固法実施にかかわる諸義務の有無は同注意義務の一面に過ぎないのであって、さらに、患者の信頼とこれに支えられた医師の能力保証の観点から、危険分担の問題として、医師の診療行為につき、「医師の注意義務を事前的に措定する規範」としての医療水準のフィルターを通さなければならないと考える。

このように、医療水準に患者の信頼を入れ込んで、同事例を再構成すると［45］、(1)当該眼科医（山田日赤病院眼科医長）は本症に関する一応の知識を有し、当該病院で未熟児の眼底検査も毎年一〇例くらい経験しており、当該患者の来院受診の趣旨が本症の発症を憂慮し、その罹患の有無の診察であったことを、当該眼科医は十分了知していた。(2)当該眼科医が、本症罹患の有無につき、適切な検査・診察および来院の指示をすることを、患者側は期待していた。(3)その期待は、当該眼科医・病院の知見・経験や患者の機能喪失という結果の重大さを考えると、合理的であったと考えられる。したがって、光凝固法が医療水準でないとしても、本症罹患の有無につき適切な検査・診察等を行うことは医療水準であり、当該眼科医は、本症罹患の有無についての適切な診察の義務（慎重かつ継続的観察に関する諸義務、適切な検査義務）が課せられ、これらにつき義務違反をしたと考えられる。医療水準をこのように捉えれば、名古屋高裁が判示したように、「医療水準の如何にかかわらず」、医療契約から「緻密で真摯かつ誠実な医療を尽くす注意義務」を導くまでもなく、医療水準に従った注意義務が発生することになると考える［46］。

当該医療行為が当該医師または医療機関にとって医療水準でないとされるにもかかわらず、したがって、当該医師等が医療水準よりも高度な能力を有している場合も、右の患者の信頼を入れ込んだ医療水準のフィルターにかかることが多いと考えられる。しかし、そうでない場合は、最判平成四年六月八日が判示するように、「治療についての特別な合意をした」ような場合を除き、医師の過失責任を問うことはできないと考える。

3．「医療水準の相対化」との異同

医療水準について、通説は、最判昭和六三年一月一九日［47］における伊藤裁判官の補

足意見と同様、医師の専門性、地域差、医療施設の規模の差など［48］、当該医師または医療機関をとりまく具体的状況をも考慮して決すべきとしている。これは、「『善良なる管理者』の観念自体がすでにその職業や環境を前提とする以上、医療行為に際して医師の守るべき注意義務も、その具体的な医師の専門や地域(locality)を考慮して決め」るからであるとされている［49］。

専門性、地域差などの具体的状況への考慮を余りに強調すると、医療水準であるかどうかに基づいて注意義務を決するという、いわゆる基準としての一般的（平均的）医療水準との間に齟齬を来すことになる。当該状況において医師は何をするべきかという注意義務の内容確定における規範＝一般的（平均的）水準という基準であるので、具体的状況をどのように（またはどの程度）考量するかが問題である。最高裁平成七年判決は、これにつき、「新規の治療法に関する知見が当該医療機関と類似の特性を備えた医療機関に相当程度普及しており、当該医療機関において右知見を有することを（当事者が一筆者注［50］）期待することが相当と認められる場合には、特段の事情が存しない限り、右知見は右医療機関にとっての医療水準である」とした。すなわち、医師の専門差、地域差、医療施設の規模の差にかかわる「諸般の事情」を「当該医療機関と類似の特性を備えた医療機関」という大枠をはめることによって絞りをかけ、しかもそれを当事者の合理的期待の観点から評価すると判示することによって、医療水準の事前的規範性と一般性（平均性）を保ったのである［51］。ここで考慮されたのは、通説が主張するような「『善良なる管理者』の観念自体がすでにその職業や環境を前提とする」故の地域差や医師の専門差等という単なる客観的要因ではないと考える。客観的要因の中に、患者の視点（主観的要因）が考慮に入れられて判断されるべきでなのであり、この点が従来の「相対化」とは異なると考える。また、医療のような生体を対象とする行為で、かつ、未だ知見や情報が明確にされたとはいいがたい先端的な治療行為の場合は、右のような患者の視点（信頼）を考慮した大枠を定めるという弾力的な基準を医療水準とすることに、規範としての意義が認められると考える［52］。

以上のように、医療水準を患者側の視点（信頼）を考慮した弾力的な基準、しかも事前的規範であると理解すると、医師の注意義務の範囲が弾力的に解されるようになり、最高裁平成七年判決において認められているように、当該医療行為が医療水準であるとされ、同水準に達しなければ研鑽義務や転医義務が生じるし、また、説明義務［53］や調査義務、照会義務等も、医療水準であるということになる。

四　最高裁二判決へのフィードバック

以上のように、最高裁二判決に示唆を得て医療水準を分析した結果、従来の「医療水準論」とは異なった視点による医療水準が析出された。ここでは、その異なった視点による医療水準が、どのように最高裁二判決に投影されているかを、具体的に分析する。

1．最高裁平成七年判決へのフィードバック

最高裁平成七年判決を見ると、同判決は、医療水準の源に診療契約をおき、また、当事者が診療契約の締結に至る前提として新規の治療法の普及等に要する時間差に注目して、当該医療機関において知見を有することを「期待することが相当」と認められ、かつ、特段の事情がなければ、その知見は医療水準であるとしている［54］。この場合、「期待する」のは、新規の治療法の普及の有無を前提として受診する患者（側）であり、社会ではない。患者側たる契約の一方当事者が「期待することを相当」であると認められる知見を、当該医療機関は有し、それに基づいた診療を行わなければならないのである。すなわち、患者の「信頼」を保護する観点から、医療水準という規範が考慮され、そこから損害発生の危険の分配がなされるのである。同判決は、医師としてその信頼に応えるべく、どうするべきかという事前的規範性を「診療契約」を持ち出すことによって明確に示したといえる。少なくとも、具体的に、未熟児網膜症に罹患したという損害から遡って、いかなる行為を医師がとるべきであったかという事後的な義務違反が問われていないことは明白であり、診療契約を前提として措定された医師の行為義務を履行しないことが、過失となる。そして、事前的に措定された行為義務ということから、当然、説明義務や転医義務が生じ、予見可能性も研鑽義務として、行為義務化されるのである。

因果関係については、同判決は、医療水準について判示して原判決を破棄差戻したため何の言及もない。しかし、注目すべきは、当該医療機関が実施しなかった医療行為が医療水準でないという「特段の事情」を医師側が立証しない限り、当該医療行為（光凝固法）は医療水準であると認定され、そして、認定されれば、患者側は、即、医師側に対して債務不履行責任が問うことができ、医師側には医療行為を実施しなかったことを正当化するような反対事実の証明の機会が与えられていないという点である［55］。すなわち、過失認定の場面では、当該治療法を実施することの結果回避可能性は問題とされていないのである。おそらく、この問題は、光凝固法を行わなかったことと未熟児網膜症発症との間の

因果関係の問題として判断され、したがって、医療水準については、行為時ではなく、差戻し審の口頭弁論終結時における医療水準が、事実的因果関係の問題として判断されることになると考えられる［56］。

また、同判決は、注意義務において、「限界づけ」の役割を医療水準に担わせている。すなわち、光凝固法という新しい医療技術を行うことが医師の注意義務であるかどうかを評価するために、医療水準を問題としているのである。技術や知見の高度さという意味で医療水準を越えた医療行為については医師はこれを行う義務を負わないし、逆に、同事例のように、医療水準であると評価されれば、当該医療行為を行うための注意義務を負う。ここでの問題は、当該行為を行うことが医師が拠るべき規範＝医療水準＝基準となり得るかどうかである。そして、医師が拠るべき規範＝医療水準＝基準であるゆえに、この問題は、結果的には、医師はどのような規範（医療水準）に依拠して医療行為を行うべきかという、注意義務の内容確定の一場面でしかないのである。しかも、同判決は、先に述べたように、当事者の信頼の観点から事前的および相対的考慮によって医療水準であるか否かを評価していると解せられる。この事前的相対的評価を行うという点からも、同判決が、結果的に、医療水準に注意義務の内容を確定させていることになると解することができる。したがって、同判決における医療水準の役割は、従前の最高裁判例が限界づけ＝基準としての機能のみをクローズアップした結果、医療水準を全国一律として注意義務違反の判断基準としての地位を確立させていたのとは異なる。

2．最高裁平成八年判決へのフィードバック

最高裁平成八年判決は、最高裁平成七年判決を引用しており、注意義務は、診療契約に基づいて事前的に措定されている。そして、結果回避可能性と因果関係については、具体的行為を医師がとっていたら、損害は発生しなかったであろうというように、結果回避可能性を因果関係に含めた「帰責相当性」の問題として処理されているのがわかる［57］。すなわち、五分間隔の血圧測定のため患者の異常に気づくまで血圧は測定されなかったが、二分間隔で患者の血圧を測定していたとしても、患者の「血圧低下およびそれによる低酸素症の症状を発見し得なかった、とは到底言い得ない筋合いである」し、血圧低下を発見していれば、医師も手術をそのまま続行せず、急激な血圧低下や気管支痙攣、ひいては最終結果たる脳機能低下症は発症しなかったとしている。そして、能書記載の二分間隔の血圧測定という注意事項は高度の知識や技術を要求していないのであるから当該注意事項に従わなかった「合理的理由」もないので、過失があるとし、その過失行為、言い換えれば、

二分間隔の血圧測定をしなかったことと損害である脳機能低下症発症との因果関係を認定している。しかも、規範たる医療水準に従わなかったという行為による事実的因果関係の不明点（血圧値の推移の不明確）を「条理」によって医師の不利益に帰すという、いわば、具体的結果回避可能性の不明を、医師への「帰責相当性」の問題として捉えることを明確に示している。すなわち、「合理的理由（同事件において「理由」とされているのは、特定の結果発生と医療側の具体的行為との間の因果関係の存在を妨げる事由［58］—例えば、特異体質や緊急事態等—ではなく、遵守可能性も含めた注意事項自体の正当性を妨げる事由が注意事項不遵守の理由とされていることに注意［59］［60］）」がない限り能書の注意事項を遵守するという、具体的結果とは別に事前的に課せられた注意義務に医師が違反したという行為がまず評価され、それから医師が義務を遵守して二分間隔の血圧測定をしていたら低酸素症を発見し得たし脳機能低下症は発症しなかったという結果回避可能性が、因果関係認定において評価されるのである。以上のように、能書記載に従わず二分間隔の血圧測定をしなかったという具体的行為の結果回避可能性は、因果関係を含めた帰責相当性の問題として判断され、医師への帰責が相当であるとされたと理解される。

ところで、同判決の医療水準は、最高裁平成七年判決におけるような注意義務の限界づけではなく、医師はどのような規範（医療水準）に依拠して医療行為を行うべきかという、「注意義務の内容確定における規範」の問題としてあらわれる。同判決が、医療水準を「注意義務の基準（規範）」として「（規範）」という文言をわざわざ使用しているのは、その規範的機能に着目しているためと考えられる。そうであるからこそ、医療水準は「平均的医師が現に行っている医療慣行とは必ずしも一致するものではな」いのである。同判決では、患者の安全確保のために製造業者等から提供される能書の注意事項は、これを遵守するために高度な知識や技術を要しないので、規範であると認め、これを遵守する義務を医師は負うと判断したのである。すなわち、「患者側の信頼」に基づき、当該状況における医師（専門の麻酔医である必要はない）が専門家としての給付能力を保証するという観点から、能書の注意事項が規範＝医療水準であると判断されたと考えられる。この場合の「患者側の信頼」は、最高裁平成七年判決におけると同様、「医療機関の性格、その所在する地域の医療環境の特性、医師の専門分野等」の事情を前提にして診療契約を締結する患者が、その前提を根拠に当該医師ないしは医療機関の能力保証に対しておく「信頼」である。

また、同判決が「医療水準に従った注意義務」としていることからもわかるように、こ

の場合の医療水準は、注意義務の中に埋没して、ひたすら注意義務を事前的に措定するために機能しているので、医療水準の設定作業は、結果のみならず実質的にも、事前的に注意義務の内容を確定する作業と異ならないように見え、新美育文教授の最高裁平成七年判決における医療水準についての指摘にあるように、医療水準概念は実質的判断機能ではなく、一見不要に見える［61］。しかし、医師に課せられる注意義務が合理的であるか否かは、医療技術等の医師の行為についての「法的判断」としての規範（基準）のフィルターを通さずして判断することができず、同判決のように注意義務の中に埋没した医療水準であっても、また、患者の信頼の観点から相対的に設定するという法的価値判断を含むものであっても、これを規範（基準）として「当該状況における行為義務」を生じさせるのであるから、その実質的機能はなくならないと考える。

以上の分析から、医療過誤訴訟において、契約責任と不法行為を交錯させうるのは、医師の能力の保証とこれを支える当事者または潜在的当事者の信頼であり、これに基づいて、行為義務を事前的に措定するための規範として医療水準が機能し、その結果、具体的行為の結果回避可能性は因果関係を含めた「帰責相当性」の問題として判断されているとの理解が成り立つ。仮に、最高裁平成七年判決の結論を最高裁平成八年判決が踏襲せずに、「診療契約に基づき医療機関に要求される医療水準」として医療水準を当事者の信頼の観点とこれによる相対的考慮の対象としなかったならば、原判決と同様［62］、従前の過失判断評価に親しむ医療慣行［63］が医療水準であるとされ、過失なしとされていたと思われる。このように、最高裁の二判決は、医療水準の内容や、ひいては注意義務の評価方法に画期的ともいえる変更を加えたといえる。

五　結語

最高裁平成七年判決と最高裁平成八年判決を分析し、現代における過失論との接合を試みた結果、「患者の信頼」をキーワードにして、いわゆる従来の「医療水準論」から、新しい「医療水準論」への転換を図るべきである、という結論に達した。すなわち、相対化された医療水準を患者の視点（信頼）から考慮して決定し、これを「規範」として注意義務を確定する、という「医療水準論」の質的転換を図るべきであると考える。このような議論（患者の視点の考慮）が今までなされなかったのは、従来の「医療水準論」が、医学水準か医療水準かに視点を定めて、問題意識を展開してきたことに、問題の根源があると

考えられる。問題意識として、むしろ今必要とされるのは、患者の視点を入れて相対化を図るということであり、言い換えれば、医療水準の質的転換が、従来考えられなかった「患者」という別の視点を深化させることである。そして、勿論、この視点から見れば、医学水準が、即、医療水準となるものではない。医療水準は患者の信頼というフィルターをかけなければならないからである。

注

［1］加藤一郎『不法行為＜増補版＞』（一九七四年、有斐閣）六四頁。

［2］沢井裕「不法行為法学の混迷と展望」法セ二九六号（一九七九年）七二頁。

［3］潮見佳男『民事過失の帰責構造』（一九九五年、信山社）（以下潮見『帰責構造』と略）三頁、平井宜雄『債権各論 II 不法行為』（一九九二年、弘文堂）二八頁、四宮和夫『不法行為<<現代法律学全集一〇>>』（一九九〇年、青林書院）三〇四頁、森島昭夫『不法行為法講義』（一九八七年、有斐閣）一九六頁。

［4］未熟児網膜症に関する公表された最高裁判決には次のものがある。

(1)最判昭和五四年一一月一三日判時九五二号四九頁・判タ四〇三号七八頁。

(2)最判昭和五七年三月三〇日判時一〇三九号六六頁・判タ四六八号七六頁。

(3)最判昭和五七年七月二〇日判時一〇五三号九六頁・判タ四七八号六五頁。

(4)最判昭和六〇年三月二六日民集三九巻二号一二四頁・判時一一七八号七三頁。

(5)最判昭和六一年五月三〇日判時一一九六号一〇七頁・判タ六〇六号三七頁。

(6)最判昭和六三年一月一九日判時一二六五号七五頁・判タ六六一号一四一頁。

(7)最判昭和六三年三月三一日判時一二九六号四六頁・判タ六八六号一四四頁。

(8)最判平成四年六月八日判時一四五〇号七〇頁・判タ八一二号一七七頁。

(9)最判平成七年六月九日民集四九巻六号一四九九頁・判時一五三七号三頁・判タ八八三号九二頁。

［5］最判昭和三六年二月一六日民集一五巻二号二四四頁。

［6］前注　　最高裁判決(2)。

［7］前注　　最高裁判決(4)。

［8］このような分析が通説（例えば、稲垣喬「未熟児網膜症と告知説明」医事訴訟理論の展開（一九九二年、日本評論社）三一〇頁、野田寛「未熟児網膜症訴訟の現状」ジュリ八三九号（一九八五年）八五頁）であるが、このような通説の分析に反対（滝井繁男／藤

井勲「『医療水準論』の現状とその批判」判タ六二九号（一九八七年）一七頁）、または、疑問（中井美雄「医療訴訟における帰責判断をめぐる若干の問題」中川還暦・民事責任の現代的課題（一九八九年、世界思想社）（以下、中井「帰責判断」と略）八二頁）とする見解もある。本稿は、通説の分析に与する。

［9］この傾向は前注　最高裁判決(8)に顕著に現れている。

［10］前注　最高裁判決(9)。

［11］最高裁平成七年判決の評釈としては、田中豊・ジュリ一〇七七号（一九九五年）一一一頁、田中豊・法曹時報四八巻七号（一九九六年）一六一六頁、稲垣喬・判タ八八四号（一九九五年）五九頁、手島豊・法教一八三号（一九九五年）八四頁、手島豊・判例セレクト'95（法教一八六号別冊付録）（一九九五年）二一頁、手島豊・私法判例リマークス一三（法時別冊）（一九九六年）頁、金川琢雄・判例評論四四四号（一九九五年）三九頁（判時一五四九号一八五頁）、新美育文・平成七年度重判（ジュリ一〇九一号）（一九九六年）六三頁、田尾桃二・法の支配一〇二号（一九九六年）八一頁、岡林伸幸・名城法学四六巻一号（一九九六年）一九七頁、寺沢知子・阪大法学四六巻四号（一九九六年）一五一頁。最高裁平成八年判決の評釈は、筆者の知る限り現時点では、岡井清士／木下健治・メディカル朝日一九九六一四（一九九六年）五七頁、大橋弘・ジュリ一〇九七号（一九九六年）一三四頁、浦川道太郎・私法判例リマークス一四（法時別冊）（一九九七年）四四頁、滝沢聿代・成城法学五三号(一九九七年)二〇一頁、手嶋豊・ジュリ一一〇九号(一九九七年)一二〇頁であるが、二判決ないしは最高裁平成八年判決を題材にして医療水準論を展開する論文として、山口斉昭「医療水準の判断枠組み」早稲田大学大学院法研論集七九号三〇九頁（一九九六年）、吉田邦彦「『麻酔事故と医療水準論』に関する一考察（上）」ジュリ一一〇五号（一九九七年）八三頁および「同（下）」ジュリ一一〇六号（一九九七年）（以下吉田「医療水準論」と略）九〇頁がある。

［12］松倉豊治『医学と法律の間』（一九七七年、判例タイムズ社）一三〇頁。

［13］潮見・前掲『帰責構造』五八頁。

［14］医療水準と過失の一般理論について問題関心を示す、または、論述するものとして、潮見『帰責構造』八六頁以下、潮見佳男「契約責任における『過失の標準』」谷口知平先生追悼論文集三（一九九三年、信山社）（以下潮見「過失の標準」と略）二一二頁、中井美雄「医療訴訟における帰責判断をめぐる若干の問題」中川淳先生還暦祝賀論集・民事責任の現代的課題（一九八九年、）三九三頁、岡林伸幸「医療水準論に関する一考察（一）」

名城法学四四巻一号（一九九四年）八九頁等がある。とりわけ、潮見『帰責構造』は、この問題につき詳細な分析・検討を行っており、得るべき示唆が多い。

［15］滝井繁男／藤井勲「『医療水準論』の現状とその批判」判タ六二九号（一九八七年）一二頁。

［16］最高裁平成八年判決における、可部裁判官の補足意見は、「注意義務の存否は、もともと法的判断によって決定されるべき事項･･･」としており、これを医療水準に当てはめれば、「法的判断」としての規範ということになる。本稿で「規範」として言及するのは「法規範」のことを意味する。

［17］平井・前掲二六頁；大塚直「不法行為における結果回避義務」加藤一郎先生古稀記念論文集・現代社会と民法学の動向上（一九九二年、有斐閣）三七頁；幾代通＝徳本伸一『不法行為法』（一九九三年、有斐閣）三一頁。

［18］わが国の民事過失に関する学説の理論状況の整理・分析は、潮見・前掲『帰責構造』二三九頁以下が詳しい。

［19］平井・前掲二九頁、森島・前掲一九六頁

［20］大塚・前掲三七頁。

［21］沢井裕『テキストブック事務管理・不当利得・不法行為』（一九九六年、有斐閣）（以下、沢井『不法行為』と略）一六八頁；森島・前掲一九一頁。

［22］潮見・前掲『帰責構造』二七五頁。

［23］野田寛『医事法中巻』（青林書院、一九八七年）四四三頁および最判昭和五七年三月三〇日（前注(4)参照）。

［24］潮見・前掲『帰責構造』九〇頁。

［25］莇立明・中井美雄編『医療過誤法』（一九九四年、青林書院）（中井美雄執筆）八七頁。

［26］河上正二「診療契約と医療事故」法学教室一六七号（一九九四年）六三頁。

なお、中井美雄教授は、契約上の善管義務類型と帰責判断枠組みとしての注意義務とを区別しており、医療水準と契約の問題につき、医療水準が契約上の義務類型としての義務態様を規定するものなのか、債務者の帰責事由の判断基準としての注意義務を規定するものなのか判然としないとする。そして、医療水準が契約上の義務類型を規定するならば帰責判断については医療水準にこだわる必要はなくもっと総合的な法的評価に基づいてするべきとする（中井・前掲「帰責判断」三九五頁）。

［27］潮見・前掲『帰責構造』三〇〇頁。

［28］専門家責任研究会編『専門家の民事責任』（安田火災記念財団叢書四四号、一九九四年）（能見善久執筆）四頁以下参照。

［29］前田達明『不法行為帰責論』（一九七八年、創文社）（以下『帰責論』と略）一八八頁。

［30］沢井・前掲『不法行為』一七一頁。

［31］潮見・前掲『帰責構造』二九三頁。

［32］民法の三原則の一つである「私的自治の原則」によれば、私人は公序に反しない限り法に変わる規範を自律的に設定することができ、国家はみだりにこれに干渉することなく、その規範を尊重しなければならず、これに鑑みると、私人を規制したり、信頼するのは、第一義的には、当事者である私人でなければならず、社会や国家が介入するのは、補充的な場合でなければならない（加賀山茂『民法体系一総則・物権』（一九九六年、信山社）一六頁参照）。

［33］潮見・前掲『帰責構造』二九三頁参照。

［34］潮見・前掲『帰責構造』二九三頁。前田達明『民法Ｖ（不法行為法）』（一九八〇年、青林書院）（以下『不法行為』と略）四六頁。ただし、先述したように、潮見佳男教授は、個人間の利益対立の視点からの「信頼」としているのに対し、前田達明教授は、社会生活上行為義務が行為者に設定される、すなわち「社会構成員への行為義務の分配」としているように、共同体社会の視点からの「信頼」としている。本稿では、最高裁の二判決を分析した結果、「信頼」の意味について、潮見佳男教授の見解に与する。

［35］前田・前掲『帰責論』二一三頁。

［36］前田・前掲『不法行為』三三頁；平井・前掲三三頁を参照。

［37］新美育文「医師の説明義務と患者の同意」民法の争点II（一九八五年、有斐閣）二三〇頁を参照。

［38］わが国の製造物責任法の欠陥判断基準は、ＥＣ指令六条を手本にしており類似点が多いが、用語法においては多少の差異が見られる。ＥＣ指令六条によると、製造物の欠陥は、その使用に対する適合性ではなく、社会一般が当然に期待する安全性の欠如に照らして決定すべきであるとしており、消費者期待基準によって欠陥の有無の判断ができる。わが製造物責任法には、消費者期待基準はＥＣ指令のように明示されてはいないが、製造物責任法二条二項の「通常有すべき安全性」は、一般通常人＝消費者の「通常予見される使

用形態」を考慮した上で、消費者の立場から見て、通常有すべき安全性のことを示していると解されている（松岡博編『現代国際取引法講義』（一九九六年、法律文化社）（加賀山茂執筆）一九六頁以下参照。

［39］もっとも、唄孝一教授が、『医事法学への歩み』（一九七〇年、岩波書店）八〇頁において、既に医療評価の基準の一つとして「患者の期待基準」をあげている。

［40］浦川・前掲四六頁。

［41］そうであれば、新美育文教授や浦川道太郎教授の指摘にあるように、注意義務の判断基準である類型化された「通常人の能力」に基準を求める以上のものではなくなり、医療水準概念は不要になる（新美・前掲六五頁、浦川・前掲四七頁）。

［42］因果関係についても、プロセスとしての過失医療と損害との間の因果関係で足りるとする。つまり、患者側が過失をトータルな医療の問題点としてあげれば、個々の医療行為に尽き相互の因果関係を主張・立証せずともよいとし、患者側の証明責任の負担を減じようとしている（吉田・前掲「医療水準論」九〇頁）。

［43］前注　最高裁判決(8)。

［44］判時一二三四号四五頁、判タ六二九号二五四頁

［45］おそらく、最高裁は、医療水準に従った注意義務についての審理を尽くすために、原判決を破棄差戻するであろう。したがって、ここでは、破棄差戻審ならば、どのような判断をするかを想定して、検討する。

［46］ただし、このように注意義務を捉えても、具体的（不作為）行為と本症罹患との因果関係の証明は困難であり、結局、「機会の喪失」等に基づく精神損害が生じることになると考える。

［47］前注　最高裁判決(6)。

［48］畔柳達雄「医療水準ー専門医、地域差、施設差」判タ六八六号（一九八九年）七〇頁；莇＝中井・前掲（川村フク子執筆）一六五頁；山田卓生「医療水準と医療慣行」判タ四四七号（一九八一年）四一頁等。

［49］加藤一郎「医師の責任」我妻還暦記念損害賠償責任の研究上（一九五七年、有斐閣）五一九頁。

［50］当事者が「期待する」と解することについては、「四　1　最高裁平成七年判決へのフィードバック」を参照。

［51］山口・前掲三四〇頁は、これまで考慮されてきた社会的・地理的要因は、医療の実

践としての側面を強調し、その制約を勘案するためのものであって、最高裁平成七年判決が患者側の期待を考慮しているのとは性質が異なることを指摘している。

［52］寺沢・前掲六三六頁参照。

［53］自己決定のための説明は、それが承諾の前提であっても、また、単に療法選択のための情報提供であっても、専門的技術と知識を要することにかわりはなく、義務の存否および程度につき、医療水準は妥当する。ただし、これはいわゆる「医療水準論」ではなく、「医療水準に基づく注意義務」の問題である。したがって、医療水準に基づく説明義務の存否や程度は、当該状況における行為義務の問題として、患者側の信頼の観点からの相対的かつ一般的規範＝医療水準のフィルターを通して定めればよい。

［54］なお、同判決は「診療契約に基づき医療機関に要求される医療水準」について判断しているが、これは原告が診療契約上の債務不履行に基づく損害賠償を請求したためであり、不法行為における医療水準にも妥当すると考えられる（田中・前掲一六四二頁；寺沢・前掲六三三頁）。

［55］寺沢・前掲六三六頁。

［56］潮見・前掲『帰責構造』一〇四頁参照。なお、滝沢・前掲二〇九頁も参照。

［57］稲垣喬『医事訴訟と医師の責任』（一九八一年、有斐閣）（以下『医事訴訟』と略一七六頁、潮見・前掲『帰責構造』九一頁、稲垣喬『医事訴訟理論の展開』（日本評論社、一九九二年）二〇一頁を参照。

［58］すなわち、能書の正当性とは無関係に、医師が能書を遵守できない具体的状況。

［59］特に、製造物責任法が施行されて以来、製薬会社は、責任回避のためにできるだけ多くの情報・要求を能書に記載する傾向があるという医師の感想も聞かれる（第一六五回医事法・民事法研究会における意見から）。患者安全確保のために、高度な知識と技術だけでなく、非常にコスト（時間、労力等も含めて）のかかる行為が能書において要求されている場合など、注意書き自体の要求が当該状況における行為義務として正当であるかどうかは、事前的規範の有無を評価する重要な要素である。ただし、中井美雄教授は、このような注意書きを医師は日常殆ど活用しないという実態を指摘し、この不活用による医師の責任が生じる場合があるとしている（莇・中井・前掲（中井美雄執筆）九九頁）。滝沢・前掲二〇六頁は、医師の任務の高度な自律性に鑑みると、医師は能書を遵守しても免責されない場合があることを指摘している。

［60］浦川・前掲四七頁は、「特段の合理的理由」に注意事項遵守のための知識や技術上

の障害ばかりでなく、注意事項に従わず医薬品を投与しなければならない治療上の事情なども含まれるとする。しかし、本稿のように、能書の注意事項を医療水準と評価し、そこから具体的結果とは別に注意義務を事前的に措定し、結果回避可能性を因果関係認定において評価すると解すると、治療上の事情は結果回避可能性における事情そのものである。したがって、このような事情は「特段の合理的理由」にあたらない（稲垣・前掲『医事訴訟』一八七頁を参照）。

［61］新美・前掲六五頁。

［62］もっとも、原判決が過失なしとしているのは、五分ごとの血圧測定行為であって、能書不遵守については注意義務違反を認めている。

［63］吉田邦彦教授によると、医療慣行は、国家・社会のレベルでの集権的決定を、保険の対象ないしは報酬点数の決定という形で医療に反映させた結果生じ、これが医療過誤訴訟の基準にも連動するとされる（吉田邦彦「近時のインフォームド・コンセント論への一疑問（二・完）」民商法雑誌第一一〇巻三号（一九九四年）四一七頁）。社会レベルでの集権的決定を社会の医師に対する信頼と解すれば、当事者の視点を入れない傾向にあった従前の判決（例えば、未熟児網膜症事件における一連の最高裁判決）に鑑みると、医療慣行が医療水準であるとされる可能性は十分にあった。

第二部　未成年者への医療行為と承諾－「代諾」構成の再検討－

一　問題の所在

今日の理解によれば、医師は、侵襲を伴う医療行為をなすにあたって、原則として、患者の承諾を得なければならない。この承諾は、患者本人の自己決定権の行使であり、医療行為の違法性を阻却する[1]。しかし、このような原則は、幼児や精神病患者、意識不明の患者のように、患者が承諾できない状態にある場合には、その貫徹に困難を生じる。特に、未成年者の場合には、医療行為を受ける時点で意識がはっきりしていても、当該未成年者が自己の身体に対する医的侵襲に関する医師の説明を理解し、治療を受けるか否かについて的確に判断することができるかどうかという問題がある。いわゆる「承諾能力」の問題がこれである。ここで、当該未成年者に「承諾能力」があるとされれば、未成年者自身が

単独で承諾を与えることができる点に、わが国では異論を見ない[2]。これに対して、未成年者に「承諾能力」が欠如ないし不足するとされる場合には、親権者等が未成年者に代わって承諾の意思表示をすることが許されるかという問題がこれに付け加わる。いわゆる「代諾」の問題がこれである。

このうち、「承諾能力」の問題については、わが国で現在説かれているところによれば、その有無を個々的に判断しなければならないとしつつ、根拠を明示せずに一五歳ないし一八歳としたり[3]、あるいは、原付自転車の免許取得、女子の婚姻年齢、義務教育の最終年限などから、一五〜六歳[4]であれば、一般的に承諾能力を認めてもよいとする見解が唱えられている。

また、未成年者の「承諾能力」が不足あるいは欠けているとされる場合の対処としては、患者の推定的意思による解決も主張されているが[5]、判例、学説の傾向は、患者自身の承諾と同視し得ないものの、親権者または法定代理人等による承諾の代行、すなわち「代諾」を要求する[6]。しかし、「代諾」の法的性質については、子に医療を受けさせることが親権（監護権）の内容であると一般に理解されているものの[7]、明確にされていない。子の代わりに親が自己決定権の行使をするという「代行判断」という見解がある[8]。また、自己決定権とは無関係に、親の子に対する「保護義務」または「監護権ないし同意権」の観点から、「同意の代理」または「代諾」の問題として処理すべきという見解もある[9]。

このように「代諾」を必要とする今日の一般的見解においては、親権者または法定代理人を代諾権者とすることには異論を見ないが、両親の一方のみの承諾でよいか、親権者と監護者が異なる場合にどのように処理すべきか、事実上の養父母など未成年者を事実上監護している者が「代諾」できるか否かなどという問題が残る。両親が共同親権を行使している場合では、一方の親の承諾でよいかが問題となるが、学説では通常一方の親が患者に付き添ってくることが多い故、親権法上の問題はあるが他方の親を代理していると解し、さしあたり一方の親の承諾でよいとする見解がある[10]。親権者と監護者が異なる場合については、根拠は明らかにされていないが、親権者、監護者のいずれかの承諾で足りるとする見解がある[11]。また、事実上監護している者が代諾できるかについては、議論そのものがない。

さらに、何らかのかたちで「代諾」が正当化される場合には、「代諾」の範囲が問題となる。この点については、「代諾」は患者すなわち当該未成年者の承諾とは同視できないから、患者の最善の利益に適う範囲でのみなされねばならないと一般に理解されている

[12]。しかし、問題はこれで解決されたわけではなく、患者の生命や健康の維持に必要不可欠と医師が考える治療を、「代諾」権者が患者の最善の利益に適わないとして拒絶する場合に問題が生じる。しかしながら、親の拒絶に直面した医師のとるべき行動については、明確な解決が与えられていない。もっとも、そのような中にあって、川崎の「エホバの証人」の両親による一〇歳の子への輸血拒絶事件は[13]、この問題の解決の困難を端的に示した事件として、多くの議論を引き起こした。その議論の詳細については、宗教の自由など複雑な要素も含むのでここでは措くとして、「代諾」の拒絶に関しては、右事件の論評にあらわれた見解中では、子の生命を失う親の拒絶は認められないとするものが多いようである[14]。

以上のように、わが国における未成年者への医療行為と承諾に関しては、一部で異論を見るにせよ、支配的な見解は、「承諾能力」が欠如ないしは不足している場合に、法定代理人である親権者の「代諾」――したがって、その承諾は「代理行為」としての法的性質を付与されることになる――という構成で問題の処理を試みている。しかし、このような構成は、他面において、未成年者自身の能力を全く視野の外におくという意味をも有している。他方、「代諾」は患者である未成年者の最善の利益に適う範囲でなされなければならないという一般的理解を念頭において「代諾」を考えると、法定代理人の代理行為としての承諾＝「代諾」という構成は、その結果として「承諾能力」があれば本人の承諾が必ず必要であり、「承諾能力」がなければ必ず法定代理人の承諾が必要という二者択一的な解決を帰結させることになる。そして、そのことは、未成年者の自己決定権及びその背後にある理念と衝突するのではないかという疑いが生じる。すなわち、「承諾能力」なしとされれば、未成年者の自己決定権が全く無視されるうえに、未成年者の生命・身体への侵襲につき「代諾」権者がもっぱら決定権限を有することになってしまう。他方、承諾能力ありとされれば、未成年者自身が自己決定権を行使できるものの、他方で経験的知識をも基礎とする承諾を自らにとって最善の方向で単独にてなし得るかどうかにつき疑問の生ずるような場合もあるという意味で、必ずしも未成年者の福祉に適合しない面を有する。このように見れば、代諾の問題を考えるにあたっては、未成年者の保護を目的とする未成年者制度との整合性をも考慮にいれた理論構成を模索しなければならない。ところが、わが国の現在の学説においては、この理論的検討は、現在のところ十分になされていない。

このような理論状況の中で、裁判実務においては、「代諾」の問題はどのように扱われているのであろうか。すなわち、「代諾」の問題性を明らかにするためには、「承諾能力」

の有無と「代諾」の要否を択一的にとらえる学説の支配的見解は、裁判例の傾向に基づいて展開されたものか、それとも、学説の独自性を示しているのか、そうであるならば、裁判所はいかなる視角から「代諾」の要否を判断しているのか、そして、学説が「代諾」権者として親権者または法定代理人としながら具体的にはほとんど議論していない問題について、実際の訴訟では、どのような対処がなされているかを吟味することが必要である。そこで、次に、わが国の裁判例を整理したうえで、「代諾」問題の処理について裁判例の傾向と問題点の指摘を試みたい。

注

[1] 唄孝一『医事法学への歩み』（一九七〇年）、稲垣喬『医事訴訟と医師の責任』（一九八一年）三三九頁、松岡靖光「医療過誤に基づく責任・違法性阻却事由」中川善之助＝兼子一監修・実務法律体系第五巻〈医療過誤・国家賠償〉（一九七三年）一七二頁等。

[2] 金川琢雄「医療における説明と承諾の問題状況」医事法学叢書三（一九八六年）二三二頁等。

[3] 淡路剛久「医療契約」谷口知平＝加藤一郎編・新民法演習（一九六八年）一八四頁、松岡・前掲一七二頁。

[4] 中谷瑾子＝橋本雄太郎「患者の治療拒否をめぐる法律問題」判タ五六九号（一九八六年）八頁。廣瀬美佳氏も、原付自転車の免許取得、女子の婚姻年齢から、一六歳であれば「承諾能力」を認めても良いとされる（廣瀬美佳「医療における代諾に関する諸問題（上）」早稲田大学大学院法研論集六〇号（一九九一年）二五二頁）。なお、同論文（及び「医療における代諾に関する諸問題（下）」早稲田大学大学院法研論集六一号（一九九二年）一七七頁以下）では、「代諾」に関する諸問題として、未成年者、精神障害者等への医療行為の場合や尊厳死、死体臓器移植等における「代諾権」行使の限界等が扱われており、患者本人の意思を尊重するという方向性において、本稿と共通している。しかし、本稿では、その対象を未成年者に限定して、しかも「代諾」の「法的構成」に問題関心をおき、それに沿って裁判例の分析と検討を試みているものであり、この点において、本稿は、同論文とは異なる視点を採用するものである。

[5] 町野朔『患者の自己決定権と法』（一九八六年）二二六頁。

[6] 新美育文「医師と患者の関係」医療と人権（一九八四年）一四二頁、大谷実『医療行為と法〔新版〕』（一九九〇年）八六頁。

[7] 阿部徹（我妻栄＝立石芳枝＝唄孝一）『判例コンメンタールⅦ親族法』（一九七〇年）三八五頁。

[8] 石川稔「親権と子どもの保護」法学教室一二五号（一九九一年）三〇頁、光石忠敬「近親者に対する説明とその承諾――脳血管撮影につき患者の娘に対する説明とその承諾により違法性が阻却された事例――」年報医事法学六（一九九一年）一三七頁。

[9] 大谷・前掲八六頁、久々湊晴夫「輸血と患者の家族の同意」東日本学園大学教養部論集一六号（一九九〇年）九三頁。

[10] 金川・前掲二三三頁。

[11] 中谷＝橋本・前掲一三頁。

[12] 新美・前掲一四六頁。

[13] 朝日新聞昭和六〇年六月七日朝刊による。

[14] 中谷＝橋本・前掲一二頁、石川・前掲三一頁、山田卓生「信仰上の輸血拒否と医療」ジュリ八四三号（一九八五年）八六頁等。

二　わが国の裁判例における「代諾」理論

わが国において、未成年者への医療行為に対する承諾取付義務違反について、直接争われ判示されたものは数少ない[15]。しかし、説明義務違反や自己決定権侵害について争われている事件中で「代諾」に関しても興味深い問題性を示している事例もあるので、本稿においては、「代諾」や承諾取付義務違反について直接争われた事例だけでなく、これらの裁判例をも含めて一〇件の事例を取りあげる。そして、未成年者への医療行為の違法性を阻却する承諾としての「代諾」や未成年者自身の承諾が、実際の訴訟においてはどのように位置づけられ、評価されているのか、また、それらがどのような枠組みで判断されているのかを見ていくことにする[16]。

〔1〕東京地判昭和四九年一一月一一日（判時七八六号五四頁）

本件は、一四歳四カ月の未成年者への腎バイオプシー（腎組織の微少部分を採取してこれを顕微鏡で観察する検査）につき、未成年者自身と母親に対する説明義務及び承諾取付義務が争われたものである。本判決は、医師は未成年者と母親に当該義務を負うが、本件では右義務が尽くされているとし、原告は控訴したが、控訴審判決においても「患者側の

承諾」は得られているとされたものである（以下、本件を「腎バイオプシー事件」という）。

X（本件事故当時一四歳）は、高血圧症の原因解明とその治療のため、東大病院に入院した。同病院の医師A及びYは腎バイオプシーが必要と判断し、X及びXの母親X１の承諾を得て、Yが当該検査を実施したが腎組織を採取するに至らなかったので、再度当該検査（本件検査）を行うことにした。本件検査につき、まずAが承諾を求めたが、X及びX１は検査に対する不安を募らせこれを固辞したので、Yが検査の安全性を強調して説得をしX及びX１の承諾を得て、本件検査を行った。ところが、その結果Xは血尿が出たため、腎の全摘手術等を受けた。そこで、X及びその父母X１X２は、不必要な検査の実施、XとX１に対する説明義務及び承諾取付義務の違反等を主張して、Yに対する不法行為責任及び国に対する不法行為責任または債務不履行責任を追及した。

第一審は、Yらの責任を認めず、説明及び承諾取付義務について次のように判示した。すなわち、Yは、腎バイオプシーを施行するに先立ち、XとX１に対し「右検査の施術内容、有効性あるいは危険性等につき説期を加えたうえ、その承諾を得るべき義務を負っていた」が、Yは当該説明義務及び承諾取付義務を尽くしたとした。Xらは同判決に対し控訴したが、東京高判昭和五四年一二月二六日（判時九五七号四四頁）も、Xらの請求を棄却した。すなわち、腎バイオプシーの危険性について説明されていないので「有効な承諾」はなかったというXらの主張に対して、当該検査の意義や必要性及び安全性を患者に、それも特に「小児では」理解させることが大切であるので、安全性を強調した医師の説明は十分であるとし、「施術に必要な患者側の承諾」は得られているとした。

〔2〕神戸地判昭和五〇年九月四日（判時八一〇号六七頁）

本件は、一三歳の未成年者への虫垂切除手術につき、母親に対する説明義務違反が争われたものであり、承諾については直接の争点になっていない。本判決は、医師に危険性を告げなかった義務違反があるとしたが、当該義務違反と結果発生との間の因果関係を否定したものである（以下、本件を「喘息発作死亡事件」という）。

A（本件事故当時一三歳）は、気管支炎喘息の治療のためY県立病院で治療を受けていたが、腹痛のため同病院において診察を受けたところ、急性虫垂炎と判明した。同病院の医師Bは、Aが喘息患者であることは知っていたが、Aの母親X１に虫垂除去手術を勧め、後刻Aの親権者X１X２とYの間に同手術を目的とする契約が結ばれた。なお、X１は、Bに同手術を勧められた際、Bや他の医師Cに強い危惧の念を表明したが、Bらは大丈夫

と返事したのみで手術についての危険性を説明しなかった。Aは、手術中喘息発作を起こし、意識不明となったまま約一カ月後に死亡した。そこでXらは、手術適応の判断の誤り、説明義務違反等を理由として、Yに対して債務不履行及び不法行為に基づく損害賠償を請求した。

本判決は、Xらの請求を棄却したが、説明義務違反について、医師は、「術前に家族に対し」その危険性を告げておくべき義務があり、Bらは当該義務違反があるといえるが、当該義務違反と結果発生との間に相当因果関係があるとはいえず、「危険性の説明がなされていれば、原告らが本件手術に同意しなかったと認めさせるに十分な証拠」もなく、また、設備の完備している病院で手術を受けたならば、結果発生を阻止しえた蓋然性があると断定するだけの証拠もないとして、当該義務違反をもってYに結果発生の責任を問うことはできないと判示した。

〔3〕京都地判昭和五一年一〇月一日（判時八四八号九三頁）

本件は、高校二年生の未成年者への眼眥の腫瘍除去手術につき、未成年者本人のみに対する説明及び承諾が争われたものである。本判決は、未成年者に対する医師の説明義務違反を認めたものである（以下、本件を「眼眥腫瘍除去事件」という）。

X（本件事故当時高校二年生）は、幼児より右眼眥に先天性腫瘍があったが、外見上余り問題がなく目の活動にも支障がない程度のものであった。X及びXの両親は、これを簡単に摘出でき、目に障害等も残らないなら摘出したいと考え、京大病院に診察を求めたところ、A医師から、手術は比較的容易で低額の費用の切除手術ですむと告げられ、X及び両親はその摘出手術を依頼した。手術はB及びC医師によって行われたところ、術後肉芽腫が生じるなどした。なお、その後の二度の手術によって、ほとんど醜状もなくなった。そこで、Xは、手術担当医師と診察医師が異なる場合には診察に際しての患者との間の了解事項が診察医師より手術担当医師に伝達、確認され、その指示に従って手術すべき義務があるのにAはその確認を怠り、B、Cは当該了解事項の確認を怠り、Xの承諾なく眼球の深部まで摘出し筋に損傷を与え、また、後遺症を発生させたなどと主張して、国に対して、債務不履行及び不法行為に基づく損害賠償請求の訴を提起した。

本判決は、Xの請求を一部認容、一部棄却した。すなわち、B、Cについて手術上の過失を認めなかったが、説明義務に言及して、「患者はその合併症を比較し尚且手術の実施を望むか、それともその実施を断念するかの自由を有する」ので、「説明してその承諾の

もとに手術を行うべきでありその承諾なくして手術をなしうるのは患者が合理的理由なくして手術を拒むとか緊急事態その他で患者の承諾を得られない場合」であり、特に本件のような美容に重点をおいた手術の場合は説明して承諾を得なければならないとし、Aについて、「Xになすべき説明を怠った」こと及び診断上の過失があることを認めた。

〔4〕横浜地判昭和五四年二月八日（判時九四一号八一頁）

本件は、六歳の未成年者への下腿部皮植手術につき、両親に対する説明義務違反及び承諾取付義務違反が争われたものである。本判決は、両親の双方に対する医師の当該義務違反を認めたものである（以下、本件を「クロマイショック死事件」という）。

A（本件事故当時六歳）は、交通事故により右下腿挫創及び頭部挫傷の傷害を負い、Y経営の病院に入院した。同病院の医師Y１はAに対して右下腿部皮植手術を行ったが、その際に化膿防止のためクロマイを点滴したところ、Aは抗生剤ショックにより死亡した。そこでAの両親Xらは、Y１はXらに説明もせず承諾も得ずに手術を行った、また、手術に緊急性がないのであるから両親の承諾が必要であるので仮に母親X２の承諾を得たとしても、手術は適法でないとして、Yに対して債務不履行及び不法行為に基づく、そしてY１に対して不法行為に基づく損害賠償を請求した。

本判決は、次のように認定して、Y１に説明義務及び承諾取付義務違反があり当該手術は違法であるとして、Xらの請求を一部認容した。すなわち、父親X１がY１から植皮手術を勧められた際、当該手術に疑問を感じ、手術についてより詳細な説明をY１に求めたが、Y１の多忙等の理由により結局説明を得られなかったこと、及び、X２はX１が説明をY１に求めていたことを知っており、また、X２自身もY１から何の説明もうけていなかったが、簡単な手術と考えて説明も求めず、手術当日突然手術を知らせにきた看護婦に「お願いします」と返事したことを認定して、当該手術は緊急性がなく、父親が疑問を持ち説明を求めていたのであるから、「特段の事情のない限り右父親ら両親の承諾を得たうえで本件手術はなされるべきで」あり、また、X２の承諾も手術の性質等を十分認識したうえでなされたとは解されないから、親権者の承諾があったとはいえないとした。

〔5〕札幌高判昭和五六年五月二七日（判時一〇二〇号五五頁）

本件は、一三歳の未成年者への虫垂切除手術につき、両親に対する説明及び承諾が争われたものである。父親は承諾していないという原告の主張に対し、本判決は、父親が了承

していることを母親が医師に伝えたと「推認」することによって、手術は違法でないとしたものである（以下、本件を「予防的虫垂切除手術事件」という）。

Ａ（本件事故当時一三歳一一カ月）はかつて急性虫垂炎に罹患し内科療法によって炎症は収束したものの時々腹痛があった。そこで、Ａの母親Ｘ１は父親Ｘ２と相談のうえ、Ａを伴ってＹ病院を訪れ、学校の冬期休暇中に虫垂切除手術を受けさせたい旨申し出てＹ病院の医師Ｙ１の診断を受けさせた結果、Ｙ１から虫垂切除手術を行うことが望ましいとの診断を得たので冬期休暇中に当該手術を受けさせることにして、その旨Ｘ１に報告した。手術当日、Ｘ２は、Ａに手術を受けさせるべく入院準備を整えＡを伴いＹ病院を訪れ、Ａは手術を受けるに至ったが、手術中に容態が急変して死亡した。そこで、Ｘらは、手術の要否に関する誤診、説明義務違反等を理由にＹに対して債務不履行、Ｙ及びＹ１に対して不法行為に基づく損害賠償を請求した。原判決は、Ｙ１に過失がないとしてＸらの請求を棄却した。

これに対してＸらは控訴したが、Ｙ１の説明義務違反を主張するに当たって、承諾能力のない未成年者に対する手術の場合には親権者が代諾権を有し、共同親権者が存するならば父母双方の承諾が必要であると解すべきであるのに、Ｘ１は承諾を与えたこともなく、また、Ｘ２がＸ１の名において承諾したことも、Ｙ１がＸ１の承諾を確認した形跡もないので、本件手術は代諾権者の承諾を欠く違法なものであると主張した。本判決は、Ｘ１は手術等についてすべて了承のうえ、その旨をＹ１に伝達することをＸ２に委ねていたのであり、Ｘ２からＹ１にその旨を伝えられたと「推認」することができるので、本件手術は違法でないとし、Ｙ１にも過失はないとしてＸらの請求を棄却した。

〔6〕最判昭和五六年六月一九日（判時一〇一一号五四頁）

本件は、一〇歳の児童への開頭手術につき、医師の説明義務違反が争われたもので、承諾そのものについては争点となっていない。最高裁は、医師に説明義務違反がないとした原審の判断を正当と認めて、両親の上告を棄却したものである（以下、本件を「開頭手術事件」という）。

Ａ（本件事故当時一〇歳）は、自転車で転倒して左側後頭部に受傷したので、Ａの母親Ｘ１はＡをＢ医師及び看護婦の付き添いのもと、酸素吸入をしながらＹ市の経営するＣ病院にＡを運んだ。同病院の医師Ｙ１は、諸検査の結果、脳損傷を疑い早期の開頭手術の必要を認め、Ａの父親Ｘ２にその旨を告げて同手術についての承諾を得るとともに、二〇人

分位の輸血の準備をＸ２に指示した。Ｘ２はこれについてＢに援助依頼した。Ｙ１は、具体的な手術の模様につき手術開始後に説明するために、親族の者一名が手術室に入ることを指示したが、Ｘ１Ｘ２ともＡの手術姿を見るのを嫌がり、Ｘ１の兄が手術室に入り、その様子及びＹ１の説明をＸ１Ｘ２に報告した。Ａは、結局、手術中に出血多量のため死亡した。そこで、Ｘ１Ｘ２は、説明義務違反等を主張して、Ｙ、Ｙ１他一名に対して、不法行為に基づく損害賠償請求の訴を提起した。

第一審、第二審ともＸらの請求は棄却された。第二審判決は、説明義務違反について、(1)Ｘ２がＹ１から多人数の輸血の必要性を知らされていること、酸素吸入までしていることなどから、Ｘ１Ｘ２は、手術が危険であることを容易に認識し得たことが推認できるし、(2)手術が夜間に及ぶものであり、手術開始後に説明を受ける機会も与えられ、Ｘ１の兄から報告もされているので、説明義務違反があると断定するのは困難であり、Ｘ１Ｘ２は同手術に承諾したとし、また、Ｘらの主張する説明義務の内容は、本件では義務の内容とは解し得ないと判示した。これに対して、Ｘ１Ｘ２は上告したが、本判決は、医師は、開頭手術の内容及びこれに伴う危険性を「患者又はその法定代理人」に対して説明する義務があるが、そのほかのことについてまで説明する義務はないものとした原審の判断は正当であり、所論の違法はないとして、上告を棄却した。

〔7〕横浜地判昭和五七年五月二〇日（判タ四七六号一七〇頁）

本件は、一〇歳の未成年者への虫垂切除手術につき、医師の説明義務及び承諾取付義務違反等が争われたものである。本判決は、母親が暗黙裡に承諾していたとして、医師に当該義務違反はないとしたものである（以下、本件を「悪性過高熱症死亡事件」という）。

Ａ（本件事故当時一〇歳）は、右下腹部の痛みのため、母親Ｘ（なお父親は既に死亡）に伴われて救急車によりＹ市民病院において診察を求め、Ｂ医師より急性虫垂炎との診断を受けた。Ｘは、ＢよりＡを即時入院させて虫垂切除をさせるべきであると告げられ、直ちに入院をさせた。手術は全身麻酔のもとＣ、Ｄ、Ｅ医師らによって行われ、約一時間後に終了したが、その数分後から高熱を発し、翌日、麻酔による悪性過高熱症に起因する急性心不全により死亡した。そこでＸは、Ｙ市民病院の医師らに、治療方法の選択の誤り、説明義務及び承諾取付義務違反等を理由にＹ市に損害賠償を請求する訴を提起した。

本判決は、Ｘの請求を棄却したが、説明義務及び承諾取付義務について、Ｙ病院の医師らは、明示的に手術の承諾を求めなかったし、また、手術に対する承諾書を徴しなかった

が、BがXに対しAを手術する旨告げ、これに対して、Xは、手術を当然のものと受けとめ異議を述べず暗黙裡に承諾していたことを認定して、虫垂炎切除手術の内容は一般に知られているので、Y市民病院の医師らに当該義務を怠った過失はないと判示した。

〔8〕福岡地裁小倉支判昭和五八年八月二六日（判時一一〇五号一〇一頁）

本件は、九歳の児童の指の骨短縮を含めた断端一次縫合手術につき、両親の承諾がなかったことが争われたものである。本判決は、諸事情から両親の承諾を「推認」して、手術に違法性がないとしたものである（以下、本件を「児童学校事故事件」という）。

X（本件事故当時九歳－－北九州市立小学校四年生）は、午前一〇時半頃、校庭の回旋シーソーで遊んでいて、右手示指を挟まれ負傷し、担任教諭と校長に伴われ、Y外科医院にて診察を受けた。Yは、事前に養護担当教諭から電話で、かつ直接校長から口頭で診察と治療の委託を受けて、骨短縮を含めた断端一次縫合手術を行い、手術に立ち会った校長らに手術の経過を事後報告した。Xの両親X１X２は午後三時四〇分頃ようやく事故発生と手術の事実を知った。そこで、Xらは北九州市に国家賠償法二条一項に基づき損害賠償を請求するとともに、Yに対して、不必要又は不完全な違法な手術であること、親権者に対する説明及び承諾取付義務を負うのに、X１X２にも教師にも承諾を求める努力をしなかったことを理由に不法行為に基づく損害賠償請求の訴を提起した。

本判決は、北九州市に対する請求は一部認容したが、Yに対する請求は棄却した。説明及び承諾取付義務について、学校事故で受傷した未成年の生徒を診療する医師は、診療の経緯、受傷の程度、内容及び手術を含む医療行為の性質、内容その他諸般の状況から親権者の承諾の存在を推認させる場合は、侵襲についての明示の承諾を求めなくても違法性が阻却されるとした。そして、本件でも、YはXの「親権者に代わって職務上当然に原告の身体の安全につき万全を期すべき注意義務を、事故発生後にあっては適宜医師らに診療を委託すべき注意義務を負担している校長、教師らの委託に基づくものであること」、校長らの異議もなかったこと、当該手術は最も適切な処置であり、かつ、感染防止上緊急を要する状況にあったこと等から、「親権者の承諾の存在を推認せしめるに足る特段の客観的事情がある場合に該当する」から手術の違法性は阻却されるとした。

〔9〕東京地判昭和五九年三月二三日（判時一一三一号一〇四頁）

本件は、一一歳の未成年者へのてんかん治療のための定位脳手術につき、母親への説明

及び承諾が争われたものである。本判決は、医師は母親に説明をし承諾を得たとして、両親の請求を退けた。なお、両親は婚姻関係にないが、母親は親権者か否かは不明である（以下、本件を「てんかん治療事件」という）。

Ａ（本件手術当時一一歳）は、八歳の時にてんかんと診断され投薬治療を受けていたが、大発作等を起こし難治性てんかんと判断されたものの、より精密な検査を必要と判断され、検査のため東大病院脳外科に入院した。同病院の脳外科長Ｙは定位脳手術の適応を考えたが、検査機械の故障等により手術のための十分な検査ができず退院した。しかし、その後発作が頻発し、Ａの母親Ｘ１はＡを東大病院に再入院させた。Ａの受持医Ｙ１は脳波検査等の検査の結果定位脳手術を必要と判断し、Ｙの承認を得て二回にわたる同手術（本件手術）を行ったが、症状は改善されず寝たきりの状態となり、一七歳で死亡した。そこで、Ａの両親Ｘ１Ｘ２（訴提起時には両人は婚姻関係になく、Ａは父親Ｘ２の姓を名乗っている）は、手術適応の判断の誤り、Ｘ１に対して説明して承諾を得るべきなのに承諾を得ていない等を理由に、国及びＹらに対して不法行為に基づく損害賠償を請求した。

本判決は、Ｘらの請求を棄却したが、Ｙ１の説明及び承諾取付の事実について、Ｙ１はＸ１に口頭又は電話で説明し、Ｘ１は本件手術を承諾したと認定して違法な手術ではないとした。

〔10〕東京地判昭和六三年一〇月三一日（判タ六八六号一八七頁）

本件は、悪性脳腫瘍に罹患した一六歳の未成年者への療法の変更につき、それが両親の強く希望する療法ではなかったため、患者（患者の意思を代行する親権者）の自己決定権侵害、期待権侵害等が争われたものである。本判決は、「代諾権者」にすぎない両親の立場等を一事情にあげて、かかる侵害はないと判示したものである（以下、本件を「丸山ワクチン事件」という）。

Ａ（死亡当時一六歳）は、脳腫瘍のため、Ｂ病院においてその切除手術を受けたが、再発したので、Ａの両親Ｘ１Ｘ２はＹ大学の付属病院に転院させた。同病院の医師Ｙ１は、手術、照射療法及び化学療法を行う旨をＸ１Ｘ２に説明し入院を勧めたところ、Ｘ１Ｘ２は丸山ワクチンの使用を希望したので、Ｙ１は、Ｙ１の治療方針に従うのであれば、それと並行して補助的な療法として丸山ワクチンの投与を適宜実施する旨を告げた。そこで、Ｘ１Ｘ２は、同病院にＡを入院させ治療を受けさせることにした。入院後四カ月ほどして、主治医Ｙ２Ｙ３は、同ワクチンの投与の中断とピシバニール（免疫療法薬）の投与につい

て、数度にわたりＸ１Ｘ２に承諾を求め、その都度拒絶されたが、一連の説得行為の末、最終的には承諾を得た。しかし、一カ月ほどして丸山ワクチンも併用され、また、Ｘ１の申し出を受け入れる形で、ピシバニール投与等を断念した。約一カ月後に他の化学療法による治療計画完了後、Ａは退院し、丸山ワクチンを投与しつつ自宅療養していたが、その病状は好転せず死亡した。そこで、Ｘらは、患者（患者が未成年であって、単独で情報内容を正確に知りかつ的確に選択権を行使することが困難な場合には、その意思を代行する親権者）の知る権利及び自己決定権の侵害、Ｘらに対する期待権侵害等を主張して、Ｙらに対して債務不履行及び不法行為に基づく損害賠償を求めた。

本判決は、Ｘらの請求を棄却したが、患者またはその親権者の自己決定権と医師による説得との関係について、医師が説得することは、むしろ専門家としての責務であり、それが強迫にわたる等の特殊な事情の存しない限り、患者の自己決定権を侵害しないとしたうえで、本件での医師の説得行為は、当時のＡの臨床状態や「患者本人ではなく代諾権者にすぎないという原告らの立場」等いっさいの事情を鑑みて、強要行為ではないとした。

以上の一〇裁判例を見ると、いずれの裁判例も、未成年者への医療行為に対して患者本人が承諾できる状態にない場合は、親の承諾が当該治療行為に「必要な承諾」であることを当然の前提として判示している。しかし、医療行為の違法性を阻却するのに「必要な承諾」がなされたか否かについては、種々の個別的事情、すなわち、医療契約の内容と事故のあった医療行為の内容の異同や当該医療行為の緊急性等により考慮され、判断されている。したがって、本稿の目的である「代諾」理論の諸問題、具体的に言えば、(1)未成年者自身の承諾と「承諾能力」、(2)親の承諾、(3)第三者の承諾、及び、(4)「代諾」と患者本人の承諾との関係に関する裁判例の傾向を明らかにするためには、個々の裁判例にどのような個別的事情が存在し、それらがどのように評価されているかを整理する必要がある。

(1)　未成年者自身の承諾と「承諾能力」について、未成年者自身の承諾を必要とする裁判例として腎バイオプシー事件〔1〕及び眼瞼腫瘍除去事件〔3〕がある。しかし、これらの二裁判例を含めて、未成年者自身の「承諾能力」の基準や承諾の権利の行使の程度・範囲について言及する裁判例はないし、問題にもなっていない。「承諾能力」の基準の手がかりとして学説で取りあげられている年齢を見ると、承諾を必要とされた未成年者の年齢は、〔3〕が一六～一七歳（高校二年生）、〔1〕は一四歳四カ月である。ただし、〔1〕においては、母親の承諾も必要であるとされている点が注目される。しかも、〔1〕の控

訴審判決は、検査の説明の相手方について、「小児」をも対象としており、また、承諾について、「患者側」とすることにより「小児」である未成年者のみならず母親をも承諾権者の範囲にいれている。このことは、〔1〕（及び〔1〕の控訴審判決）が、承諾に関して、「承諾能力」の有無と「代諾」の要否を択一的にとらえる学説の支配的見解とは異なる理解をしていることを示している。すなわち、〔1〕においては、少なくとも、一四歳四カ月の未成年者は、検査の意義等の理解はできる「小児」であり、承諾することもできるが、単独で承諾できるとは評価されていない。ところが、〔3〕においては、高校二年生の患者に完全な治療行為の選択権を認めている。ただし、両親とともに説明を受け、両親を法定代理人として、事故の発生した手術についての契約が締結されていることが認定されており、両親の承諾は争われておらず問題にすらなっていない。したがって、仮に、当該手術が契約の内容となっていないならば、それでも当該未成年者が単独で承諾することを認めたのか、あるいは、当該未成年者が単独で当該手術の契約を締結し[17]、かつ、手術に対して承諾をした結果、両親の承諾がなかったことが争われたとしても、当該未成年者が単独で承諾することを認めたのか、すなわち、〔3〕が、一六〜一七歳であれば単独で承諾ができることを積極的に肯定したものかどうかは明らかでない。以上二裁判例にみる限り、医療行為の違法性を阻却するためには未成年者自身の承諾を必要とする場合があることは明らかであるものの、その必要とされる場合がいかなる場合か、また、いかなる基準をもって承諾をする能力があるとされるのかは明確ではない。

さらに、裁判例の射程を未成年者以外の事故に拡大すれば、二一歳四カ月の患者が心臓の僧帽弁置換手術により死亡し、患者及び患者の両親に対する医師の説明義務違反が争われた事件で、医師の説明は虚偽であったので、患者及び患者の両親の承諾は有効でないとして不法行為責任が成立するとした熊本地判昭和五二年五月一一日判時八六三号六六頁がある。この事例の患者は大学二年生の成人で完全な「承諾能力」を有していると考えられるにもかかわらず、患者自身のみならず両親の承諾も問題となっている。同裁判例と右の二裁判例を併せ見ると、裁判実務は、先に述べたように、承諾と「承諾能力」の関係について、少なくとも学説の見解とは異なった理解をしているようである。すなわち、患者が「自己の状態、当該医療行為の意義・内容、及びそれに伴う危険性の程度につき認識し得る程度の能力」[18]を有していれば、患者自身の承諾を必要とするが、その承諾は排他的なものではなく、並行して他の者の承諾をも必要とする場合もあるとすることによって、「承諾能力」の有無を厳密に問うことなしに、医療行為の違法性を阻却するための現実的、

かつ、具体的な対処をしようとしているように解せられる。

(2) 親の承諾に関して、裁判例は、眼眥腫瘍除去事件〔3〕を除いていずれもこれが必要であることを前提として争われあるいは判示されている。しかし、「親」の内容、すなわち、親権者かあるいはそうでなくともよいのか、及び、両親かあるいは一方の親でもよいのかという問題については、裁判例によって違いも見られ、一定していない。まず、原告の請求が棄却された裁判例を見ると、親権者である母親（父親死亡）が暗黙裡に承諾をしたと認定されたもの（〔7〕）、親権者である両親の承諾が推認されたもの（〔8〕）、母親（親権者）の承諾は現実に得られていると認定されたが、父親（親権者）の承諾については推認されたもの（〔5〕）、一方の親の承諾については全く問題とされず（または、争われておらず）、他方の親（〔9〕親権者か監護者か不明）あるいは親権者（〔1〕）の承諾だけで承諾は得られているとするものがある。また、説明義務の内容及び範囲が争われた事件では、両親と医師の間で事故の発生した手術を目的とした契約が締結されたが、母親に対してしか説明されなかったもの（〔2〕）、及び、手術中に叔父に対して説明がなされたことと父親のみが承諾していることが認定されているが、両親が承諾していると判断されたもの（〔6〕）がある。他方、原告の請求が認められた裁判例は、両親の承諾がないと判断された一例（〔4〕）のみである。

両親の承諾について争われたものとしては、三つの裁判例（〔4〕〔8〕〔5〕）がある。このうち、両親の承諾がなかったとされたクロマイショック死事件〔4〕は、緊急性がないこと及び父親が説明を求めていたことが、父親の承諾を必要とする事情となっている。児童学校事故事件〔8〕は、診療が教師らの委託によること、校長らの異議がないこと、適切な処置であること、及び、緊急であることが、両親の承諾を「推認」する事情となっている。右の裁判例の個別的事情のうち、緊急性が共通点としてあげられるが、しかし、これは一事情とされているにすぎない[19]。したがって、緊急であれば常に承諾を得ずともよいということにはならず、逆に、緊急でなければ必ず両親の双方の承諾が必要ということにもならないと解し得る。予防的虫垂切除手術事件〔5〕は、緊急性がないという点で〔4〕と共通しているが、父親が了承していることは母親によって医師に伝えられたと「推認」されている。すなわち、この裁判例では、父親の了承のもとに、事故の発生した手術を受けることを母親が医師に申し出ていることが、父親が承諾していたと評価された事情となっている。

右の三裁判例では、両親の承諾が争われ、かつ、必要とされているが、裁判所は、厳格

に「親の承諾」＝「両親の承諾」と考えてはいないようである。このことは、父親が説明を求めていた故に父親の承諾も必要とした〔4〕からも窺えるが、一方の親の承諾があったと認定されたうえで必要な承諾が得られているとされている裁判例である腎バイオプシー事件〔1〕及びてんかん治療事件〔9〕に顕著に示されている。これら二裁判例では、先に取りあげた三裁判例と異なり、両親の承諾はそもそも問題となっておらず、一方の親の承諾の有無だけが争われ、かつ、一方の親の承諾があった故に「必要な承諾」もあったと判断されているのである。

このように、「承諾権者は誰であるか」という問題に関して明確さを欠く裁判例の傾向は、説明義務違反が争われた裁判例〔6〕〔2〕においても、説明の相手方の問題として現れている。開頭手術事件〔6〕においては、実際に承諾したと認定されているのは父親だけであるが、両親の承諾があったと判断されている。しかも、説明の相手方は「患者又はその法定代理人」としながら、両親が危険を認識し得たことが推認でき、術中に「母親の兄」に説明されたことで、説明義務違反があったとはいえないとしている。また、喘息発作死亡事件〔2〕では、医師は手術の危険性を「家族」に対して説明しなければならないと判示され、危険性を説明しなかったことに当該義務違反があるとされたが、その説明の相手方が母親だけであったことは問題になっていない。この事件では、両親と医師の間で事故の発生した手術を目的とした契約が締結されており、承諾自身については問題となっていない。しかし、説明は承諾の前提としてなされるという説明義務の趣旨に鑑みると、説明の時期や内容等の問題はさておき、「母親の兄」（〔6〕）や一方の親のみ（〔2〕）になされた説明に基づく承諾は、本来ならば、その有効性が問題になるとも考えられるが、この点については全く明らかにされていない。

「親」の内容、すなわち、親権者でなければならないのか、あるいは、そうでなくともよいのかという点については、裁判例は全く明らかにしていない。てんかん治療事件〔9〕の場合、親子関係についての事実が明確にされていないが、両親が婚姻関係にないことから、親権者は、母親か父親のいずれかである。仮に、父親が親権者であるならば、母親が子を監護していたのであるから、母親は監護者と考えられるが、そうであれば、監護者である母親の承諾が争われたことになる。しかし、この点については問題とされていない。また、「親」とは実親ないしは親権者でなければならないのか、あるいは、事実上の養親でもよいのかについても問題であるが、この点について問題となった裁判例はない。古釘を踏み、足裏に受傷した一一歳の児童が、医師により傷の手当を受けたが、破傷風に罹患

して死亡した事件で、福岡高裁（福岡高判昭和五三年六月二六日判時九一六号四七頁）は、医師が事実上の養母に対して教示指導義務を怠ったことなどに過失があるとした。この事件は、治療上の過失が争われたもので、医療行為に対する承諾及びその説明は全く問題になっていないが、医師は治療にあたって、患部に局所麻酔をして患部切除を行っているので、もし事実上の養母に右の治療に対する承諾が求められていれば、当該処置がそもそも説明及び承諾を必要とする治療か否かという問題を別にすれば、その承諾は有効であるか否かが問題となろう。

(3) 事実上の養親は、事実上未成年者を監護しているにすぎず、法律上監護権を有する者ではない。これに類する場合として、学校、友人、その他の家族など、一時的に親（または親権者）から子を委ねられた者は承諾できるのであろうか。これは、児童学校事故事件〔8〕で争われた問題であるが、裁判所は、教師は「適宜医師らに診療を委託すべき注意義務」を負っているとし、教師の承諾については言及することなく、両親の承諾を「推認」することにより手術の違法性が阻却されるとしている。ただ、かかる義務を負う教師が異議を述べなかったことが両親の承諾を「推認」する一事情としてあげられていることが注目される。

以上のように、「代諾権者」は「親」であるとすることについては、裁判例もこれを是認し、かつ、前提としているが、「親」とは両親であるのか、親権者か、そして、第三者の承諾は全く認められないのかについては、裁判例の傾向は明らかでない。ここでもまた、未成年者の「承諾能力」と承諾についてと同様、「代諾権者」の内容や範囲を厳密に問うことなしに、医療行為の違法性を阻却するための「承諾」の有無の問題ととらえることにより、現実的、かつ、具体的な対処がなされているように解せられる。

(4) 最後に、「代諾権者」の権利の法的性質についての問題がある。「代諾権」について、未成年者自身の自己決定権と異なると判示している裁判例（〔10〕）もあるが、「代諾」を患者の承諾と同視している裁判例（〔5〕）もあり、「代諾権」がいかなる権利であるかは、明確にされていない。

丸山ワクチン事件〔10〕において、両親は、自らを「患者の意思を代行する者」と位置づけたうえで、自己の希望する療法の中止等についての医師の説得行為につき、自己決定権の侵害及び期待権の侵害等を主張したが、説得行為は自己決定権の侵害にあたらないとされた。その際、「代諾権者にすぎないという原告（両親――引用者注）の立場」が、右のように判断された一事情にあげられている。同裁判例は、医療契約の内容が問題である

とも考えられ、そもそも自己決定権や期待権が争われること自体に疑問もあるが、それはここでは措くとして、少なくとも、同判決によると、「代諾権」は患者の自己決定権と同視し得ないことになる。

他方、予防的虫垂切除手術事件〔5〕においては、一般論で、侵襲を伴う治療行為については、選択の自由を保証するために患者に説明をしたうえで「患者の個別の承諾」を求める必要があるとしつつ、本件のような極めて希な危険性についての説明義務はないことを理由に、親権者に対する説明義務を医師は負わないと判示している。ここでは、親権者に対する説明、承諾は患者に対する説明、承諾と同視されており、したがって、患者の承諾を自己決定権の行使ととらえれば、〔5〕は「代諾」をも自己決定権の行使（または代行）としていることになる。もっとも、〔5〕では、説明及び代諾のない違法な手術であることが争われたのであって、〔10〕のように自己決定権侵害が争われたものではない。

このように、裁判例における「代諾」の法的性質は、具体的事例における各々の事情や争点によって微妙に異なっている。これは、親権者等の承諾を「代諾」とすることにより「代理行為」としての法的性質を付与しつつも、「代諾」自身の法的性質に関しては一致した見解はなく、そのうえ、「代諾」には限界があるとする今日の学説の傾向と符合する。

以上のように、わが国において、未成年者への医療行為に対する承諾が争われた事件は少なく、しかも、「代諾権者」の問題や「代諾」の範囲等のような「代諾」そのものに関して問題となった事件は、わずか数例を数えるにすぎない[20]。このこと自体、「代諾」に包含される問題に対して十分に認識されていない、あるいは、関心が持たれていないことの証左でもある。さらに、これらの裁判例の傾向を見ることによって明らかになるのは、裁判実務における関心が、侵襲を伴う医療行為の違法性を阻却するための「患者側の承諾」の有無にあるという点である。自己決定権の問題としての患者である未成年者自身の意思が注目されているのは、わずかに、「代諾権者」が「代諾」の範囲を越えて「代諾権」を行使していると判断された場合に限られている。しかし、患者自身の承諾が訴訟において問題となる場合は、その承諾は治療行為の違法性阻却事由であると同時に、患者の自己決定権の行使であるというのが当然の前提であることを鑑みると、患者が未成年者である場合の医療行為に対する承諾の有無の判断過程及び結論は、余りにも未成年者自身の権利（自己決定権）を無視したものとなっていると言わざるを得ない。このように、未成年者の自己決定権の行使という視点を欠落させてしまうことは、当該権利の背後にある患者の保護、ないしは、未成年者の保護という問題を、視野の外においてしまうことになり、「誰が、

いかなる権利でもって、承諾権者になれば、最も未成年者の保護に適うか」という「未成年者への医療行為に対する承諾」についての最も根本的な問題を軽視する結果を招来することにはならないか。右にあげた数少ない諸裁判例においてさえ、その承諾権者について、理論的一貫性が見られず、したがって、この問題について、学説と同様、いかに関心が払われてこなかったかを示していると言えよう。

ひるがえって、フランスにおいては、わが国における理論状況や裁判実務の傾向とは異なり、このような分析視角、すなわち、未成年者の保護を目的とする未成年者制度をも考慮にいれた視角から、「代諾」制度の意義と構造をめぐって活発な議論が展開されている。そこで、以下では、フランスにおける議論の一端を紹介し、それを踏まえて、わが国での「代諾」制度のあり方について若干の考察をしたいと考える。

注

[15] 判例時報及び判例タイムズに掲載された昭和四六年以降の裁判例で当該義務違反について問題になったと思われるものは、本稿にて取りあげている。

[16] なお、原告（患者側）から説明義務違反が主張されているものの、医師に他の過失があるとして当該義務違反については全く判断されずに医師の責任が認められた事例や未熟児網膜症事件における転医義務違反が争われた事例、悪性腫瘍についての告知義務違反が争われた事例等、その射程を広げればさらに裁判例が加わることになるが、本稿は違法性阻却事由としての承諾に照準を合わせているので、これらについては、その射程外とする。

[17] なお、定塚孝判事は、診療契約における承諾を「意思能力」のある未成年者が、単独でなした場合の法律構成について、取消すことのできない法律行為とするか、または、取消得る法律行為としても、法定代理人の同意を得たうえでの承諾とみなすか（民法四条）、随意処分行為の範囲内（民法五条）として、未成年者自身が契約当事者となるとされている（定塚孝「第一章医師と患者の法律関係」実務法律大系第五巻〈医療過誤・国家賠償〉（一九七三年）三頁）。しかし、多額の出費を要する医療や不必要かつ危険な手術についても、未成年者が単独で契約を有効に締結できるとするのは疑問である。むしろ、定塚孝判事の考え方またはねらいを生かしつつ、慣習的な軽度の医療行為に限って、未成年者が契約当事者になれるとするのが妥当であると考える。このように考えると、同事例の場合、当該未成年者は単独で契約を締結できないと考えられるが、当初、手術は、一週間くらい

で眼帯がとれるほどの比較的容易なもので、その治療費用も、三〇〇〇円程度の低額であるとされていたので、民法第五条における随意処分の範囲内であると判断されることもあり得る。

[18] 札幌地判昭和五三年九月二九日判時九一四号一〇一頁。

[19] これら二裁判例のように緊急性を一事情としてとらえることは、妥当であると考える。緊急性が違法性阻却事由の一つであること、すなわち、緊急の場合であるならば、医師は承諾を得ることなく医療有為を行っても違法ではないとされることは、一般に認められているところであるが、緊急性の基準は明確にされていない。基準を曖昧にしたまま、緊急性を認めて、両親の承諾を得ずとも良いと判断することは、患者の真の利益を損なう虞がある。

[20] 筆者の知る限り、父親の承諾が問題となった〔4〕〔5〕事件及び自己決定権の侵害と期待権について争われた〔10〕事件が「代諾」そのものに関して問題となった事例としてあげられるにすぎない。

三　フランスにおける理論状況

1．未成年者への医療行為に対する承諾の問題点

フランスにおいては、人間の最も基本的な法的属性は自己の身体的完全性及び自己の生き方が何人にも侵されないことであり、医師であっても、承諾なくそれを侵すことはできないと考えられている[21]。したがって、医師は、医療行為を行う前に患者の承諾を得なければならず、承諾なく行えば、原則として、フォートをおかしたとされる。この原則は、個人の自由の尊重からの帰結であり[22]、フランスの医師倫理綱領(Code déontologie médicale)[23]七条中には、身体を所有する権利の原則を表現して、「患者の意思は可能な限り常に尊重されねばならない」と規定されている。このように、医師が医療行為をなすにあたって患者の承諾を得なければならないという原則は、わが国と同じであるので、未成年者の場合も、わが国と同様の問題、すなわち、未成年者が承諾を与えることができないのか、できないとするならば、具体的に誰が承諾の権利を有するか（原則と承諾権者の問題）、逆に、未成年者が承諾を与えることができるとすれば、どのような場合か（未成年者の意思の尊重の問題）、承諾権者が、医師が必要不可欠と考える医療行為を拒絶した場合、医師はその拒絶に従うのか（承諾権者の拒絶と裁判所の介入の問題）などの問題が

生じる。以下、これらの問題点について、順を追って整理する。

2．未成年者の承諾能力

親権又は後見が解放されていない未成年者（一八歳未満）は、種々の権利を行使するための十分な能力を有していない故に、その保護のため、法律上無能力であるとされ、親権または後見に服する。しかし、この無能力の一般原則は、未成年者からすべての能力を奪うものではなく、「行為の一身専属性や社会的配慮」等により、身上及び財産につき一定の権利行使が認められている[24]。たとえば、財産法の分野では、慣習が認める場合は未成年者自身が行為することができるし（民法典三八九条の三及び四五〇条）[25]、一六歳以上であれば遺贈できる（民法典九〇四条）[26]。また、家族法の分野でも、一三歳以上であれば完全養子に同意しなければならず（民法典三四五条）[27]、年齢にかかわらず自然子を認知できる。

このように、未成年者に一定の権利行使が認められる以上、未成年者は自己の行為につき、民事または刑事責任も負わなければならない場合がある。刑事上一三歳未満の未成年者は責任がないという推定を受けるが、一三歳以上は、場合によっては、刑事責任を負わされる（一九四五年二月二日のオルドナンス）[28]。民事責任については、弁識(discernement)を有しない未成年者はフォートをおかしえないとされているが、弁識を有する年齢については法規定がなく、精神的成熟度に応じて評価される[29]。

未成年者は、年齢という事実のため、単独で、自分の利益に必要なことができないとされており、未成年者によって表明された承諾は、自由で啓発されているというには十分でないと評価されている[30]。したがって、未成年者への医療行為に対しては、未成年者を保護するため、他の者による承諾が必要である。それ故、次に、具体的に誰が承諾の権利を有するかという「承諾権者」の問題が出てくる。

3．承諾権者

未成年者への医療行為に対しては、原則として、親権行使者の承諾が必要であるとされる[31]。この原則は、親権についての民法典三七一条の二「(1)親権は、子をその安全、健康、及び、精神において保護するために、父母に属する。(2)父母は、子に対して監護、監督、及び、育成の権利と義務を有する」に由来している。また、医師倫理綱領四三条前段における「未成年者……の治療を要請された医師は、両親又は法定代理人に通知し、その

承諾を得るように努めなければならない」、中央病院及び地方病院の運営に関する一九七四年一月一四日のデクレ(Décret no 74-27 du 14 janvier 1974 relatif aux règles de fonctionnement des centres hospitaliers et des hôpitaux locaux, J. O. 16 janv.)二七条における「未成年者の入院は、緊急の場合を除いて、父母、法定後見人、又は、司法当局(l'autorité judiciaire)の要求で宣言される」、臓器摘出に関する一九七六年一二月二二日の法律(Loi no 76-1181 de 22 décembre 1976 relatif aux prélèvements d'organes, J. O. 23 déc.)一条における「（潜在的ドナーが未成年者である場合－－引用者注）摘出は、法定代理人の承諾、及び、……二人の医師を含む、少なくとも三人の専門家からなる委員会の許可(autorisation)の後でのみ実施されることができる」等の特別規定の文言がそれを示している。

このように、親権行使者（法定代理人）の承諾の権利は親権に由来するので、承諾権者の問題は、民法典の親権に関する規定等によるとされる。

（イ） 複数の承諾権者が存在する場合、すなわち、共同親権が行使されている場合[32]、原則として、医師は両親の承諾を得なければならない。緊急の場合や予防接種などの義務的医療行為の場合はその例外である。また、一般医の慣習的な通常の治療も、民法典三七二条の二[33]の「通常の行為」であるとして、一方の親の承諾でよいとされる[34]。

軽度の手術についても一方の親の承諾で足りるとした判例がある。これは、母親が、父親に無断で三人の子に宗教的儀式の疑いのある包茎切除手術を同時に受けさせ、父親が、自分の承諾を得なかったとして、医師を訴えた事件で、パリ大審裁判所は、鑑定の結果、当該手術を宗教的なものではなく必要な手術と位置づけたうえで、「子供たちは、普通その年頃の子供がそうであるように、母親によって、医師のもとに連れてこられた。そして、医師は、両親の不一致を推測することは不可能であるので、比較的軽度の外科手術を実施する前に母親の承諾を求める以上のことを課されなかった」とした[35]。しかし、この、軽度の手術には一方の親の承諾で足りるとした処理については批判的な見解が多く、パリ南大学助教授のブヴィエ(F. Bouvier)は、このような軽度の行為と重大な行為の境界がはっきりしない不明確な基準は、その基準からはみ出すのではないかという危惧を抱かせてしまうとしている[36]。ポワチエ大学助教授のレイモン(G. Raymond)は、手術について、整形美容手術など医療的に必要でない手術は勿論、危険がある以上両親の承諾を必要としたうえで、麻酔自身が危険を構成するのではないかと指摘している[37]。また、カーン大学助教授のコロンベ(C. Colombet)は、一九七〇年に改正された親権法の評釈において、そ

の前文(l'exposé des motifs de la loi)に民法典三七二条の二の「通常の行為」の例として「軽度の外科手術」があげられていることに言及して、「外科に関して、どこまでが軽度であるかを知ることができるであろうか。疑いがある場合は、医師は、慎重を期して、両親の許可を要求しなければならない」としている[38]。

両親間に治療の適時性や選択などに争いがあり、子の健康が危険な状態にない場合、それを解決するのは後見裁判官(le juge des tutelles)である（民法典三七二条の一）[39]。後見裁判官は、後述の民法典三七五条[40]の意味で、未成年者の健康が危険にさらされていない場合にのみ介入する。レイモンによると、後見裁判官は、子が意見を表明できる限り、その意見に応じて決定しなければならないようである。子が意見を表明できない場合は、両親の妥協を図った後、子の利益になるように、一方の親の主張に基づき決定しなければならない[41]。

（ロ）　親権が共同で行使されていない場合、親権行使者の承諾が必要でありかつそれで十分である。離婚によって一方の親が親権行使者となる場合には、他方の親は子の養育等に関する監督権を有しており、親権行使者である親は、他方の親に、子の生活に関する重要な選択、たとえば、重要な内科治療や外科手術の決定などについて通知しなければならないとされる（民法典二八八条）[42]。しかし、この他方の親の有する監督権は決定権ではない。したがって、他方の親は、健康管理のための検査などを要求したり、また、望ましいと考える治療を親権行使者である一方の親が拒絶する場合などに、親権行使の態様の変更等を求めて婚姻事件裁判官に訴える権能を有するにすぎないとされる[43]。なお、離婚によって子を委ねられた第三者（祖父母や育成施設等）は、親権行使者ではないので、「通常の行為」のみ決定権を有する（民法典三七三条の四）[44]。「通常の行為」については、レイモンは、立法過程における議論もなく明らかでないが、民法典三七二条の二の「通常の行為」よりもさらに制限的であるとし、日常生活に必要な行為に限定して、軽度の内科治療などに限るとする[45]。しかし、その範囲の不明確さのため、モネジェ(F. Monéger)は、同法条は将来紛争の原因になると述べている[46]。

（ハ）　子が後見されている場合、レイモンによると、民法典四四九条と民法典四五〇条[47]に規定された後見人と家族会(le conseil de famille)の相互の権限によって、必要または緊急の治療は、後見人の排他的な権限に属し、必要でない例外的な治療は、家族会の承認を得なければならないとされる[48]。ただし、サヴァチエら(R. et J. Savatier, J. M. Auby et H. Pequignot)は、医療の決定をすることに家族会が干渉するとしても、決定は後

見人に課せられるとしている[49]。

（二）　学校、家族、友人などに親権行使者である親が子を委ねる場合、子を委ねられた者は、子の健康が危険な状態にあるか、もしくは治療が必要と判明する場合は、処置する義務を負う。しかし、処置の権利は、医師や病院の選択を指示する行為に限られており、それは、処置の緊急性または必要性の結果から生じる。事実上の監護者が親と連絡をとれる場合、治療が無益である場合、あるいは、親が説明されるまで治療が延期され得る場合は、事実上の監護者には処置の権利がないとされている[50]。

4．親権行使者による承諾の法的構成

以上のように、未成年者への診療に対する承諾権者は、原則として、親権行使者であり、その原則が民法典三七一条の二に由来するとしても、次に問題となるのは、親権行使者がいかなる権利に基づいて承諾をするのかという点である。

この親権行使者の承諾について、学説は、承諾の権利は、監護権、監督権など子の身上に関する親権に基づくとする。ところで、レイモンは、後述のナンシー控訴院判決の評釈の中で、承諾権者は「法定代理人(le représentant légal)」[51]であるとし、また、学説の中にも「法定代理人」の承諾が必要であるとするものが見られるが[52]、承諾に関する各規定における表現は、法定代理人に統一されておらず、たとえば、先述の臓器摘出に関する法律は「法定代理人」、中央病院及び地方病院の運営に関するデクレは「父母又は法定後見人」、医師倫理綱領は「両親又は法定代理人」、後述の妊娠中絶に関する法律は「親権を行使する者又は法定代理人」と一見多様に見える。しかし、レイモンがこれらの規定を引用し、かつ、親権及び後見に関する規定をその根拠としながら、「法定代理人」の承諾が必要であるとしていることから見ると、その表現の如何にかかわらず、承諾権者は親権行使者を含めた「法定代理人」と理解していると解される。したがって、その承諾の法的性質には、「代理」という性質が付与されているようであるが、この「代理」の意味については、それ以上に深い議論はなく、監護権、監督権などの親権に包含されるものとしてあらわれる[53]。

監護権とは、一般に子を「家族の家(la maison familiale)」にとどめおく権利と定義づけられているが、子の身上に関しての指示や、子の活動を管理し、子の通信及び外部との関係を監督し、さらには、子の人格の尊重を確保する権利などをも含み、監護と監督とは緊密に結びつくというのが一九八七年に民法が改正されるまでの一般的な理解であった

[54]。さらに、レイモンは、医療行為について、「監護権は、子の身上を保護することと子の生活の一定の重要な行為についての子の監護者の許可が必要であることに現される。……監護者である親は、子の私的生活の支配者(le maitre)である。その資格で、親は、子の人格に関する諸権利(les droits de la personnalité)を行使する権利と義務を有する。すなわち、内科治療または外科手術に関して親の承諾が要求される」とする[55]。また、サヴァチエら(R. et J. Savatier, J. M. Auby et H. Pequignot)は、解放されていない未成年者に行使される権威は、監護の法的権利に結びつく属性に基づくとし、医師は未成年者への医療行為につき監護権者の承諾を得なければならないとする[56]。しかし、親権行使に関する一九八七年七月二二日の法律(Loi no 87-570 du 22 juillet 1987 sur l'exercice de l'autorité parentale, J. O. 24 juill.)が離婚の場合等における監護の観念を排除したことを受けて、監護権の概念は定義どおりの意味に解され、監護権に含まれるとされていた権利は、身上に関する親権自体、あるいは、親権の中の監護権以外の権利とされるようになっている。パリ第五大学教授のベナボン(A. Bénabent)は、監護権は子の住所を定める権利とし、医療行為への承諾は監督権に基づくと説明する[57]。

5．未成年者の意思の尊重

右に整理したように、フランスでは、未成年者の保護のため親権者等が承諾をするのが原則であるが、この原則は、いかなる場合でも一律に適用されるとは限らず、未成年者の意思が優先され、あるいは、考慮される場合もある。確かに、オビ(J. M. Auby)が述べているように、「医事法における現実の傾向は、一般法(le droit commun)で認めているよりも、もっと広い範囲の『保険衛生上の(sanitaire)』民事能力を未成年者に認めて」おり[58]、弁識能力があると認められる未成年者の場合は、本人にも説明をしなければならないとされる[59]。そして、医師倫理綱領四三条後段は次のように規定し、未成年者の医療行為の決定への関与の可能性を明確に示している。「無能力者が意見(un avis)を表明できる場合、医師は、可能な限り、その意見を尊重しなければならない」。これは、未成年者に対して、自己の身体についての権利を事実上認めたことを意味しており、その権利は自らが身体的完全性を保護する権能を含んでいると、ジセ(F. Gisser)は説明している[60]。

とりわけ、以下の場合は、未成年者の意思の尊重が法律で規定されている。すなわち、臓器摘出の場合は、未成年者の拒絶は尊重されなければならず、避妊の場合は、完全な決定の自由が認められる場合として[61]、未成年者は単独で承諾ができる[62]。また、妊娠

中絶の場合は、親権者の承諾のみが必要とされていたが[63]、未成年者の承諾も併せて必要とされるようになった[64]。

これらの諸規定に面して、学説の理解するところを見れば、まず、ブヴィエは、妊娠中絶と親の承諾に関連して、親権者の承諾が必要であると規定した法律が、医師が親の承諾を求めずとも、特に刑罰を規定していないことから[65]、「決定権というよりもむしろ助言の役割を親に賦与する意図であろうか」と述べ、これらの法律が未成年者に一定の意思の自律性を認めたと評価している[66]。

また、ジセは、年長の未成年者に一定の「特権」を認めても、それは、未成年者の保護を完全に消滅させることにはならず、事実、未成年者に権限を与えていても、それには保護の制度を伴っている場合も多い、したがって、保護の状況は均質ではなく、全く保護を伴わない「特権」もあるとする。そして、右の諸規定について、避妊が本人の承諾だけで親の承諾を必要としないのは、保護を必要としない「特権」を未成年者が有している場合であり、妊娠中絶に親の承諾をも必要とするのは、第三者の介入が要求される場合であると指摘している[67]。ジセは、年長の未成年者について、保護の恩恵を伴いつつ一定の民事能力(la capacité civile)を拡大すべきであると主張して、「特権」を認められた年長の未成年者の保護の制度を提案する。すなわち、ジセは、年長の未成年者が自分に認められた「特権」を行使する場合における保護のシステムを統一しなければならないとして、次のことを提案する。①年長の未成年者は、どのように行動するかについて(sa façon d'agir)、単独で決定できる。②しかし、法定代理人には、未成年者の行動に反対する権能(une faculté)が認められている。③未成年者と法定代理人との間に争いが存する場合には、裁判機関（児童裁判官や後見裁判官）が解決を図る[68]。これによれば、年長の未成年者は、医療行為への承諾を与えることはできるが、法定代理人は、その決定に反対する権能を留保し、すべての争いは、児童裁判官や後見裁判官などの裁判機関に従わせ得ることになる。

さらに、サヴァチエら(R. et J. Savatier, J. M. Auby et H. Pequignot)は、年長の未成年者の拒絶について、「年長の未成年者が拒絶しているにもかかわらず、親の意思がそうであるという事実だけから、医師が、危険な治療または四肢の切断手術を未成年者になすのは、もはや当然のことではない。子の意思を親の承諾に従わせることができるのは、重大な危機であると認められる場合だけである」と述べ、患者に重大な影響を伴う治療の場合の未成年者本人の意思の尊重を説いている[69]。

このほかにも、レイモンは、民法典三八九条の三及び四五〇条[70]が慣習による未成年

者自身の行為を認めていることから、子が軽度の治療を単独で要求することは認められるとしている。しかし、慣習の内容は曖昧であるので、他の場合には、緊急以外は親の承諾が必要とする[71]。

このように、フランスでは未成年者の意思を尊重することについては一致しているが、他方、承諾できる未成年者の基準については、法定されておらず、学説も明確にしていない。ジセは、一五歳が法的に様々の分野（女性の婚姻年齢（民法典一四四条）[72]、刑法典に列挙された者以外の人間との性的関係が刑罰の対象とならない年齢（刑法典三三一条の一[73]）、見習い契約を締結できる年齢（労働法典法律一一七条の三[74]））で考慮されているとして、一五歳ないし一八歳未満の未成年者に拡大された民事能力を賦与すべきとしたうえで、患者がその母親と共に内科治療を拒絶し、それが認められた一九八二年一二月三日ナンシー控訴院判決（詳細は後述）における、一四歳の患者の承諾を是認している[75]。レイモンは、一定の思考の自律性を有していればよいとし[76]、右のナンシー控訴院判決の患者が一四歳にすぎないことに注目して、未成年者の年齢が何歳であれ、治療が患者自身の健康又は将来に重大な後遺症を含む虞がある場合には、本人が治療の決定に関与するのが望ましいことに変わりはないとしている[77]。また、一五歳の患者の両親に、治療の危険について説明しなかったことが争われた事件の評釈で、ブヴィエは一五歳ならば、患者自身も医療行為の決定に関与するのが正当と考えられるとしている[78]。

6．親の承諾が得られない場合と裁判所の介入

親の承諾を求める時間もないほどに緊急であれば、医師は、子の承諾だけで、さらには、その承諾がなくとも治療を行わなければならないとされている[79]。だが、「緊急」として医師が単独で治療を決定すれば、まして、親の拒絶を無視すれば、医師はその決定の責任を負わなければならない虞がある。すなわち、治療が子にとって重要でなく、無益、さらには有害であると、親が考えるならば、後日、医師は、親の承諾を求める時間を持たずに有害な治療を行ったフォートがあるとして、親によって民事訴訟をおこされるかもしれないのである[80]。事実、「エホバの証人」による輸血拒絶が、フランスにおいても問題となり、医師会における検討課題となったこともあった[81]。確かに、親権は子の利益に反して行使されることはできず、たとえ拒絶という消極的な行使の形であっても、親に重い責任を生じさせる。そしてこのような場合に要請されるのが裁判所の介入である[82]。

未成年者の生命・健康が危険な状態にあり、親が必要とされる治療を拒絶する場合、介

入するのは児童裁判官(le juge des enfants)である。根拠となる法条は、民法典三七五条であって、「解放されていない未成年者の健康、安全若しくは精神が危険な状態にある場合又はその育成の条件が著しく危うくされる場合、裁判所は、父母の共同の若しくはその一方の、子が委ねられた者若しくは機関の若しくは後見人の、未成年者自身の、又は、検察官の申請に基づいて育成扶助の措置を命じることがてきる。裁判官は、例外的に職権で取りあげることができる」とされている。祖父母、兄弟などの近親者、学校など一定期間子を引き受ける者、または、隣人など未成年者に責任を持たない者は申請する資格はない。しかし、危険な状態にある未成年者への救助がなされていない場合には、その未成年者の状態について共和国検事（緊急の場合は児童裁判官）に通報できるとされている[83]。医師には申請する資格はないが、医師が未成年者の状況を検察官または裁判官に通報するのが、一般的なようである[84]。

育成扶助の措置には種々の形態があり、児童裁判官の権限は大きい。しかし、当該措置は、制裁よりも、むしろ協力と援助を親にもたらすものであるので、裁判官は、家族の敵愾心を生じさせるような方法をとることを避け、措置についての賛同(l'adhésion)を得るように努めなければならない（民法典三七五条の一）[85][86]。措置を命ずる前に、裁判官は、両親、後見人若しくは子が委ねられた者、または、有用と思われるあらゆる者への聴聞を行い、年齢的に可能であれば未成年者自身に対しても聴聞を行わなければならない(新民事訴訟法典一一八三条）[87][88]。また、ナンシー児童裁判所所長であるディエス(A. Diess)は、新民事訴訟法典二一条が「当事者を勧解させることは、裁判官の任務に含まれる」としていることから、児童裁判官は、措置を命ずる前に、説得しなければならず、説得が失敗してはじめて措置が命じられるとする[89]。民法典三七五条の二[90]によれば、裁判官は、突然に環境を崩壊させてしまうことを避けて、未成年者をその現在の環境に維持しながら、資格のある者を指定し、その者に未成年者の育成を見守り、家族に援助をもたらす任務を与える[91]。しかし、このように未成年者を現在の環境においていたのでは育成の条件を維持することができない、最も深刻な場合には[92]、家族から未成年者を引き離し、信頼に値する第三者や育成施設等に委ねる「託置(le placement)」が命じられる（民法典三七五条の三）[93]。

このように、育成扶助措置が命じられても、その親権は父母が保持し、当該措置に反しない限り、父母はそれを行使する。未成年者が第三者に委ねられた場合も父母には通信権と訪問権が留保されるが、子の利益に反する場合はこれらの権利も仮に停止される（民法

典三七五条の七）[94][95]。ディエスによると、児童裁判官が親権者の代わりに様々な権利を行使する権限と資格を有しており、医療行為に対する承諾についても、判例では、児童裁判官自身が医師に直接承諾を与えるか、または、子が委ねられた施設の長に親権のうちの承諾の権利を委譲する[96]。

育成扶助の目的は、危険な状態にある未成年者を保護し、人格の正常な成熟を危うくする障害を治癒することにある。医療に関して児童裁判官が介入するのは、濫用されまたは正常に行使されない親権と未成年者の健康または生命という高度な利益との間に衝突があり、そのような親権者の状態によって、未成年者の生命または健康が危うくされる場合である[97]。したがって、未成年者の生命あるいは健康が危険な状態にない場合は勿論であるが、子が死亡あるいは解放されているなど未成年者の健康がもはや保護できない場合、胎児のように子の健康が育成扶助措置によって未だ保護されることができない場合、実行された治療について親が医師等を訴える場合、未成年者の健康が既に保護されている場合、医療行為が未成年者の健康の確実な保護を担保できない場合にも、児童裁判官は介入しないとされる[98]。

ちなみに、「エホバの証人」による子への輸血拒絶[99]や病気の子の治療を親が怠っている場合は[100]、介入の要件を満たしているとされる。しかし、他方で、医師が必要と考える療法を親が拒絶して、他の療法を子に受けさせる場合は、児童裁判官は介入できないとされる[101]。児童裁判官は医事紛争を解決する権限はないとされているのである。次に紹介する一九八二年一二月三日ナンシー控訴院判決(Nancy, 3 déc. 1982, Gaz. Pal., 1984, I, 132, note A. Dorsner-Dolivet; J. C. P., 1983, II, 20081, obs. G. Raymond)も、その流れに沿うものである[102]。

7．一九八二年一二月三日ナンシー控訴院判決

原因不明の髄質の形成不全に侵された少女（本判決当時一四歳）が、一九七九年八月から一九八一年七月まで、地方の中央病院小児科にて非常に多量の副腎皮質ホルモン療法と男性ホルモン療法による治療、および、抗リンパ球血清の注射を受けた。しかし、一緒に暮らしていた母親と意見が一致して、少女は治療の副作用（男性化及び頭髪の消失）を理由に当該治療を中止し、他の一般医(un médecin généraliste)によって勧められた慣用的でない治療(R. L. B.)を受けた。六カ月後（一九八二年一月）、再び母子は当該病院に診察を求め、さきに中止した慣用的な治療を小児科医長によって勧められたが、これを拒絶した。

小児科医長は、母子が拒絶するならば少女の死が確実であると考え、児童裁判官に通報した。

児童裁判官は、まず、未成年者の健康、安全、精神が危険な状態にある場合は、民法典三七五条及び三七五条の一に基づいて権限を有するとした後、未成年者の健康が危険な状態である場合について、あらゆる医療処置を親権者が拒絶する場合、子の身体的発達や規則的な医療上の検査を確保するのに十分な熱心さや能力を親権者が有しない場合、そして、例外的な事情を除いて、一般的な科学の既知の所産(les données généralement acquises de la science)に合致しない治療を意識的にまたは無意識のうちに選択する場合がそのような場合であるとした。そして、鑑定報告がR. L. B.は無害ではあるものの無益であるとしていること、R. L. B.による治療をして八カ月以上たった時点での少女の血液検査の結果は罹患してから最悪であったこと、R. L. B.が動物実験の域を出ていないこと、R. L. B.と慣用的な治療との併用をR. L. B.の発明者やR. L. B.を少女に勧めた一般医が認めていること、慣用的な治療は科学の現在の所産(les données actuelles de la science)に合致しているのみならず回復に有益でもあることを認定し、母子が輸血のために中央病院の小児科医長に再診を求めたのは、R. L. B.が十分な治療でないことを母親がよく認識していることの証拠を構成しているとした後、それにもかかわらず、母親が、副作用と当該小児科医長に対する敵愾心から当該医長の治療を拒絶し、排他的にR. L. B.に固執することは、未成年者の健康を重大に危うくするとして、育成扶助の措置（具体的には、少女の心理的安定の保護、鑑定人が結論として引き出した慣用的療法の適用、母親と少女による医師の自由な選択、R. L. B.による療法の併用という四点についての監督の任務を開かれた環境における観察の機関(un service d'observation en milieu ouvert)に与えた）を命じた。

これに対して、少女は規則的かつ信頼できる医療を受けていること、少女と母親は少女の状態の深刻さを完全に認識していること、および、いかなる現実の危険も存在しない、あるとすれば、第三者の家庭生活への時機を得ない介入によって少女の精神的安定性が陥る危険であると主張して、母親が上訴したのが、本件訴訟である[103]。

ナンシー控訴院は次のように判示して、原判決を取り消した。

「児童裁判官の介入の権限における限界は、民法典三七五条及び三七五条の一の規定に基づいて定められる。同規定によれば、児童裁判官は、未成年者の健康、安全、精神または育成が危険な状態にある場合にのみ、育成扶助の措置を命じることを認められる。本件において、少女Vの健康状態が致命的な結果を避けられないような深刻な性質を示してい

ることは一貫しており、争がない。当該少女が直面する非常に大きな危険については、鑑定人R及びB、O教授（小児科医長――引用者注）、並びに、当該少女の症例を検討することを求められたすべての医師によって、特に明らかにされ、通報された。しかし、そうではあるが、児童裁判官の介入の権限は、前述の法条に鑑みて、親権を有する親が、責任感の欠如や怠慢による親の義務の不履行(leur carence et leur défaillance)によって、子どもの生命を危機にさらし得るフォートをおかしたことを証明できなければ、認められない。本件訴訟における弁論の趣旨及び訴訟記録より見れば、B夫人（母親――引用者注）が右のようなフォートをおかしたということはできない。反対に、B夫人は、O教授に引き続いてN及びC医師、最後にナンシーの地方中央病院(le service de médecine《A》du C. H. R. de Brabois)のH医師の診察をVに継続的に受けさせることによって、子Vの健康状態の進展を、常に注意深く見守ってきた。また、本裁判所が一九八二年一一月五日の弁論において確認し得たように、Vの健康状態は、少なくとも即時に危うくされるとは思われない。母親と子が、療法の選択に関して決して意見を異にすることがなかったことを強調しなければならない。母親と子は、常に相協力して行動し、すべての事情を認識して当該治療が含み得る危険を選択した。結局、Vが常に内科治療を受けていたのは明らかである。その治療はO教授によって勧められたものではないが、Vは、現実に、規則的な方法で治療を受けていた。本件において、児童裁判官が介入することは、家庭環境における親の義務の不履行が存在しない場合、Vが即時の危険な状態にいることが示されていないだけになおのこと、明らかにVの家族に委ねられるべき療法の選択を、裁判官に委ねることになる。右の理由から、民法典三七五条の規定は、これを適用することができず、したがって、原判決を取り消し、ナンシー児童裁判官には介入の権限がないとする理由がある。」

本判決（及び原判決）は、入院していない未成年者について、その治療が外科行為ではなく病院の診察による薬の継続であるという点に関して、判示された初めてのものであるといわれ[104]、未成年者に対する医療行為の決定に関して多くの問題点を呈示し、議論の的となった判決である。とりわけ、本判決が未成年者の意思を考慮したことが注目された。レイモンは、一四歳の子の意思を考慮に入れたのは本判決の利点の一つであり、ナンシー控訴院は内科治療の選択及び治療に伴う危険の引受において、子の承諾が持ち得る重要性を認識したと評価した。さらに、ナンシー控訴院は、「子の精神の発達と権利の発展に沿って判決しており、子が成年に達するまでの成長過程を子と共に歩むべく子に付き添う親

の支援と同意を得て、子が自ら責任を負わなければならないと評価した」としている[105]。ブヴィエも、本判決について、治療の決定過程に未成年者を参加させる最近の傾向を強固にした判決と評価している[106]。

本判決は、右の未成年者の承諾の問題以外にも、裁判所の介入等についての次のような問題が指摘されている。すなわち、①裁判所の介入の要件に親のフォートが必要か否か。②未成年者が危険な状態にあるとは、いかなる場合か。すなわち、危険の概念をどのように評価するべきか。③未成年者に適用される治療の選択につき、本人及び親の意思と医師の裁量はどちらが優先されるべきか。

① 本判決は、介入の要件として親のフォートを必要とする。レイモンは、子を危険な状態におく親の状態について、養育義務などに重大に違反する親の反対またはフォートと解しているようであり[107]、この点につき判決に異論はないようである。しかし、ディエスは、確かに懈怠などの義務の不履行(la carence)は親のフォートとして理解されやすいが、児童裁判官は子の状態についての裁判官であり、親の行動についての裁判官ではない故に、フォートは必要ではないとする[108]。同様に、ドルスネルードリヴェも、いかに親の状態がフォートと結びつきやすくとも、育成扶助の要件にフォートをいれる必要はない、なぜならば、子が危険な状態にあるという事実認定だけが、三七五条の適用を正当づけるからであるとする[109]。ここで、危険な状態の評価が問題となり、②の問題に接続する。

② 危険な状態を、確実で実現している危険(un danger certain, réalisé)であり、その虞があるだけでは不十分とするドルスネルードリヴェは、本件においては、危険が差し迫っているという確実性がないので、裁判所は、治療の選択について、母と子の意思に代替することはできなかったとして、判決の結論に賛成している[110]。これに対して、ディエスは、児童裁判官は生じた損害について裁判する裁判官ではなく、損害が生じる虞があることに対する子の保護の裁判官であるので、未だ実現していないが生じることが確実で重大な危険とする。そして、本判決のような即時の危険では余りにも児童裁判官の介入を制限するとして批判している。また、オゼールとユェットーヴェイエは、判例によると、児童裁判官は、育成扶助措置を命じることが時宜を得ているという措置の適時性を認定するだけでは足りず、現実の重大な危険(un danger reel et sérieux)を認定しなければならないとされているとし、従来実施されている慣用的な療法のような伝統的な医療に頼るべきか、それとも新薬による療法のような慣用的でない医療に頼るべきかについて議論がある場合は、単なる適時性と危険の境界に線引きするのが困難であるとしている。そのうえで、本

判決が未成年者の生命が危機にあることを要求しているのは行き過ぎであると批判している[111]。なお、本判決が未成年者の生命を問題にしていることに関して、レイモンは、裁判所が民法典三七五条の危険の状態の評価に制限的であると指摘している。すなわち、民法典三七五条は、生命ではなく健康が危うくされる場合を考慮しているのであり、その場合についての裁判所の介入を考えなければならないとしている[112]。

③ 療法の選択への児童裁判官の不介入について、ドルスネルードリヴェは、危険な状態は子の利益という観点からのみ評価されなければならないとし、未成年者の健康が客観的に危険な状態にあることが、患者や家族の意思を無視して強制的に治療をしてよいということにはならないとしている。さらに、医師の裁量と患児及び親の意思について、次のように述べる。医師倫理綱領六条[113]及び七条が、患者が医師を選択する自由と患者の意思を医師は尊重しなければならないと規定していること、四三条が、緊急の場合以外は医師は親の承諾を得なければならず、また、子供の意見を考慮しなければならないと規定していることをあげて、それらの規定と三七条の「医師は、適切な治療を履行できるように努めなければならない」という規定が矛盾していないとする。すなわち、患者が治療に承諾しても、それは治療を行うという原則(le principe d'un traitement)に対してではなく、医師は承諾された条件内でその適用に努めることができるにすぎない。したがって、本件の場合、医師の裁量は許されず、また、育成扶助の措置によって療法の選択もできなかったのは当然としている[114]。しかし、ディエスは、判例がおしなべて外科における介入を命じる、したがって、医療の選択を実行する権限を児童裁判官に認める以上、療法における介入についても同様であるとして、療法の選択は家族によってなされなければならないとした本判決が、「一〇年以上も前から確立している判例からはずれたところに位置する」と批判している[115]。

注

[21] R. et J. Savatier, J. M. Auby et H. Pequignot, Traité de droit médical, 1956, no 247.

[22] H. et L. Mazeaud et A. Tunc, Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, t. I, 6e éd., 1965, no 511.

[23] 医師倫理綱領は、政令として交付され医師会を拘束する規定。一九五五年に制定され、一九七九年に改正された(Décret no 79-506 du 28 juin 1979, J. O. 30 juin, 1979, p1568)。

[24] G. Raymond, Droit de l'enfance － de la conception a la majorité, 2e éd., 1983（以下 l'enfance と略）, nos 269 et suiv.、山口俊夫『概説フランス法上』（一九八七年）四六二頁以下、田中通裕「フランス親権法の発展（四）」法と政治四〇巻一号（一九八九年）四一頁以下参照。なお、本稿においては、無能力未成年者のみを未成年者として扱う。

[25] 民法典三八九条の三・一項「法定管理人は、すべての民事上の行為において未成年者を代理する。ただし、法律又は慣習が未成年者自身で行為をなすことを認める場合はこの限りでない。」民法典四五〇条一項「後見人は、未成年者の身上(la personne)に配慮し、すべての民事上の行為において未成年者を代理する。ただし、法律又は慣習が未成年者自身で行為をなすことを認める場合はこの限りでない。」

[26] 民法典九〇四条一項(L. no 64-1230 du 14 déc. 1964)「一六歳に達した解放されていない未成年者は、遺言によってのみ、及び、法律が成年者に処分することを許す財産の二分の一に限る金額を限度としてのみ、処分することがてきる。」

[27] 民法典三四五条三項「養子は、(L. no 76-1179 du 22 déc. 1976)《一三歳》以上であるならば、完全養子縁組に自ら同意しなければならない。」

[28] 一九四五年二月二日のオルドナンス(Ordnance no 45-174 du 2 février 1945)二条(L. no 51-687 du 24 mai 1951)「少年裁判所及び未成年者重罪院は、場合に応じて、相当と認める保護、扶助、監督及び育成の措置を言い渡す。しかしながら、裁判所は、罪を犯した者の環境及び性格に照らして必要と認めるとき、一三歳以上の未成年者に対しては、刑法典六七条及び六九条（新六六条及び六七条）の規定に従って刑事罰を言い渡すことができる。」

[29] G. Raymond, l'enfance, op. cit., no 276、山口俊夫『フランス債権法』（一九八六年）一一〇頁以下参照。

[30] F. Bouvier, Le consentement à l'acte thérapeutique: réalités et perspectives. Les enseignements du colloque《génétique, procréation et droit》 de janvier 1985, J. C. P., 1986, I, 3249（以下 le consentement と略）, no 5.

[31] F. Bouvier, le consentement, ibid., no 7; R. et J. Savatier, J. M. Auby et H. Pequignot, op. cit., no 240.

[32] フランスでは、父母が婚姻中の場合だけでなく、離婚の場合（民法典二八七条）、及び、自然子の場合（民法典三七四条）も、親権が共同行使されることが認められている。

[33] 民法典三七二条の二「善意の第三者に対して、夫婦のそれぞれが子の身上に関して

親権の通常の行為を単独でなす場合、他方の一致をもって行為するものとみなされる。」

[34] F. Bouvier, le consentement, op. cit., no 5; G. Raymond, obs. sous Nancy, 3 décembre 1982, J. C. P., 1983, II, 20081（以下 Nancy と略）.

[35] Trib. gr. inst., Paris, 6 nov. 1973, Gaz. Pal., 1974, I, 299, note P. Barbier.

[36] F. Bouvier, le consentement, op. cit., no 6.

[37] G. Raymond, Nancy, op. cit.

[38] C. Colombet, Commentaire de la loi du 4 juin 1970 sur l'autorité parentale, D., 1971, p 13. 残念ながら、一九七〇年法の前文(l'exposé des motifs de la loi)を筆者は入手できなかった。

[39] 民法典三七二条の一・二項「このような慣行がない場合、又は、その存在あるいはその根拠(bien-fonde)に関して争いがある場合、夫婦の任意の一方(l'epoux le plus diligent)は、後見裁判官に申し立てることができる。後見裁判官は、当事者を妥協させることを試みた後、裁判する。」

[40] 民法典三七五条の意味で、未成年者の健康が危険な状態にある場合は、児童裁判官(le juge des enfants)が介入する。（三６）参照。

[41] G. Raymond, Nancy, op. cit.; De la réalité de l'absence du couple conjugal à la fiction de l'unité du couple parental, J. C. P., 1987, I, 3299（以下 la réalité と略）, no 9. なお、離婚の言渡以後の親権行使の態様については、婚姻事件裁判官(le juge aux affaires matrimoniales)が管轄権限を有するとされるので、共同親権行使の場合、後見裁判官の管轄権限と競合する可能性がある。これについて、レイモンは、婚姻事件裁判官は、全般的な親権行使自身の問題について管轄を有するとする。

[42] 民法典二八八条一項(L. no 87-570 du 22 juill. 1987)「親権行使を有しない親は、子の養育及び育成を監督する権利を保持し、その結果、子の生活の重要な選択について通知されなければならない。……」

[43] G. Raymond, Nancy, op. cit.; la réalité, op. cit., no 11.

[44] 民法典三七三条の四・一項(L. no 87-570 du 22 juill. 1987)「子が第三者に委ねられる場合、親権は引き続き父母によって行使される。しかしながら、子が委ねられた者は、子の監督及び育成に関するすべての通常の行為を遂行する。」

[45] G. Raymond, la réalité, op. cit., no 13.

[46] F.Monéger, L'exercice conjoint de l'aoutorité parentale: apercu d'une réforme, Rev.

dr. sanit. et soc., 1987, p 676.

[47] 民法典四四九条「家族会は、子の養育及び育成の一般的条件を、父母がその点に関して表明し得た意思を考慮して定める。」民法典四五〇条は注[25]参照。

[48] G. Raymond, Nancy, op. cit.

[49] R. et J. Savatier, J. M. Auby et H. Pequignot, op. cit., no 240.

[50] G. Raymond, Nancy, op. cit.

[51] A. Weill et F. Terré, Droit civil, Introduction générale, 4e ed., 1979, no 321 は、代理は法律が無能力者の代理人を指名する場合に「法定」であると説明し、例として、父親が未成年の子を、そして、後見人が被後見人を代理するとしている。これらの例は、法定管理人の民事上の行為における代理を規定する民法典三八九条の三や後見人についての同様の規定である四五〇条（注[25]）に基づいて説明されていると解せられる。しかし、本稿で引用する学説や法律の意味する「法定代理人」はそのような意味では使用されていない。

[52] G. Raymond, Nancy, op. cit.; P. le Tourneau, La responsabilité civile, 1982, no 805; J. Penneau, La responsabilite médicale, 1977, no 48.

[53] V. F. Bouvier, le consentement, op. cit., nos 6 et 7.

[54] C. Colombet, La famille, 1985, no 204; H. L. et J. Mazeaud, Leçons de droit civil, t. 1, vol. 3, 6é ed. par M. de Juglart, 1976, no 1145; C. Labrusse-Riou, Droit de la famille, 1. Les personnes, 1984, p 280; A. Weill et F. Terré, Droit civil, Les personnes, La famille, Les incapacité, 5e éd., 1983, no 757.

[55] G. Raymond, l'enfance, op. cit., no 77.

[56] R. et J. Savatier, J. M. Auby et H. Pequignot, op. cit., no 240.

[57] A. Bénabent, Droit civil, la famille, 3e éd., 1988, nos 613 et 614. 一九八七年法は、「監護」という言葉を「親権行使」に置き換え、それまで「監護を委ねられた一方の親」は親権行使者になり、「子の監護を委ねられた者」は単に「子を委ねられた者」にすぎず、親が親権行使者になった。なお、ボルドー第一大学教授のオゼール(J. Hauser)とストラスブルグロベルトシューマン大学教授のユェットーヴェイェ(D. Huet-Weiller)は、「監護」は親権の属性ではなく子を育成するという目的のための手段であるとする。そして、医療行為に対する承諾の権利は、親権の目的の一つである「子の健康」に注意をする義務の観点から親権者に賦与されたものとしている(J. Hauser et D. Huet-Weiller, Traité de droit

civil, la famille, fondation et vie de la famille, 1989(以下 Traité と略), nos 1159 et suiv.)。

[58] J. M. Auby, note sous Cons. D'Etat, 18 mars 1983, J. C. P.,1983, II, 20111.

[59] J. Penneau, op. cit., no 48.

[60] F. Gisser, Reflexion en vue d'une réforme de la capacité des incapables mineurs, Une institution en cours de formation: la prémajorité, J. C. P., 1984, I, 3142, no 16.

[61] F. Bouvier, le consentement, op. cit., no 7.

[62] 臓器摘出についての一九七六年一二月二二日の法律一条「……未成年者の意見が求められるならば、臓器摘出の受入の拒絶は常に尊重されなければならない。」、計画出産に関する諸規定についての一九七四年一二月四日の法律(Loi no 74-1026 du 4 décembre 1974 portant diverses dispositions relatives à la régulation des naissances, J. O. 5 déc.)二条「……認定された家族計画又は家庭教育センター(les centres de planification ou d'éducation familiale agréés)は、……秘密を守ることを欲する未成年者に対して、医師の処方箋に基づいて避妊薬等(les médicaments, produits ou objets contraceptifs)を無料で引き渡すことを許可される。……」

[63] 公衆衛生法典法律一六二条の七（妊娠中絶に関する一九七五年一月一七日の法律(Loi no 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse, J. O. 18 janv.)二条）「妊娠した未成年女性の場合、親権を行使する者の一方、又は、法定代理人の承諾を必要とする。」

[64] 妊娠中絶に関する一九七九年一二月三一日の法律(Loi no 79-1204 du 31 décembre 1979 relative à l'interruption volontaire de la grossesse, J. O. 1re janv. 1980)八条「公衆衛生法典法律一六二条の七に次の文言を付加する。『（親の――引用者注）承諾は、未婚で妊娠している未成年者の承諾に伴われなければならない。そして、両親あるいは法定代理人がいない場合、未婚で妊娠している未成年者の承諾が与えられる。』」

[65] 一九七五年の法律（注[63]）、及び、Trib. gr. inst. Aix, 10 mars 1977, D. 1978, note G. Roujou de Boubee 参照。

[66] F. Bouvier, le consentement, op. cit., no 7.

[67] F. Gisser, op. cit., no 28.

[68] F. Gisser, ibid., no 30.

[69] R. et J. Savatier, J. M. Auby et H. Pequignot, op. cit., no 239. ただし、当時、未成年者は二一歳未満と法定されていた。

[70] 注[25]参照。

[71] G. Raymond, Nancy, op. cit.

[72] 民法典一四四条「満一八歳前の男子、〔及び〕満一五歳前の女子は、婚姻を締結することができない。」

[73] 刑法典三三一条の一(L. no 80-1041 du 23 déc. 1980)「一五歳以上の婚姻によって親権を解放されていない未成年者に対して、暴力にも強制にも不意打ちにもよらず、強制猥褻の行為をし又はしようと試みた者は、その者が被害者と嫡出関係、自然親子関係若しくは養親子関係にある尊属、又は、被害者に権威を有する者、さらには、職務によって委ねられた権威を濫用した者にあたる場合、六ケ月以上三年以下の拘禁及び二千フラン以上二万フラン以下の罰金、又はそのどちらか一方のみの刑に処する。」

[74] 労働法典法律一一七条の三「見習い奉公を始めるには、一六歳以上(Ord. no 86-836 du 16 juill. 1986)《二五歳以下》でなければ、見習いの資格において従事することはできない。しかしながら、一五歳以上の年少者が、中等教育第一段階の就学年限を終えたことを証明する場合は、見習い契約に署名することができる。」

[75] F. Gisser, op. cit., no 16.

[76] G. Raymond, l'enfance, op. cit., no 272.

[77] G. Raymond, Nancy, op. cit.

[78] F. Bouvier, note sous Cass. civ. 1re, 29 mai 1984, D., 1985, 281.

[79] G. Raymond, Nancy, op. cit. なお、パリの弁護士であるドルスネルードリヴェ(A. Dorsner-Dolivet)は、緊急とは危機の状況に類似するとし、このような状況を前にして医師が治療を行わなければ、刑法典六三条二項に基づく危険な状態にある人間の不救助に関する刑事罰(une sanction pénale pour non-assistance à personne en danger)、及び医師倫理綱領四条不遵守の懲戒罰(une sanction disciplinaire)の対象となし得るとする。そして、このような緊急の場合のみが患者と近親者の治療に対する承諾を得なければならない原則の例外であるとする(A Dorsner-Dolivet, note sous Nancy, 3 déc. 1982, Gaz. Pal., 1984, I, 132)。

刑法典六三条二項「自己又は第三者に対する危険なしに、自己の行為により又は他人の助力を得て、危難にある者に提供することのできる救助を故意に提供しなかった者は、同一の刑（〈三月以上五年以下の拘禁〉及び三百六十フラン以上二万フラン以下の罰金、又はその一方のみの刑－－引用者注）に処する。」医師倫理綱領四条「危機にある病人若し

くは負傷者を前にした医師、又は、病人若しくは負傷者が危機にあることを知らされた医師は、その者に救助をもたらすか、又は、その者が必要な治療を受けうることを確認しなければならない。」

[80] G. Raymond, Nancy, op. cit. ただし、サヴァチエらは、厳密な意味での失敗がなくても、自己の身体的完全性への侵害について選択権を有する患者が医師の決定を認めなければ、それだけで医師の民事責任が生じ得るとしながらも、身体的犠牲が「明らかに」小さく、それによって身体の重大な部分を維持するなど、侵害が非難されなければ、現実には医師は責任を負わされないとする(R. et J. Savatier, J. M. Auby et H. Pequignot, op. cit., no 251)。

[81] H. de Touzalin, Le refus de consentement à un traitement par les parents d'un enfant mineur en danger de mort, J. C. P., 1974, I, 2672, nos 4 et 5.

[82] R. et J. Savatier, J. M. Auby et H. Pequignot, op. cit., no 240; H. de Touzalin, op. cit., no 7; F. Bouvier, le consentement, op. cit., no 7; G. Raymond, Nancy, op. cit.; A. Diess, Le juge des enfants et la santé des mineurs, J. C. P., I, 3125.

[83] A. Diess, ibid., no 30.

[84] レイモンは、医師倫理綱領四四条が、医師を、「彼が、周囲の者が子の健康上の利益を十分に理解していない、又は、そのために尽力していないと判断した場合の患児の守護者」としていること、及び、中央病院及び地方病院の運営に関する一九七四年一月一四日のデクレ二八条中に「未成年者の健康又は身体的完全性が、未成年者の法定代理人の拒絶、又は、承諾を求めることができないことによって、危うくされる虞がある場合、その任務にあたる医師は、検察官に通報して、医師に必要な治療を行う許可を与える育成扶助を求めることができる」と規定されていることから、医師の報告によって、裁判所が、職権的に、場合によっては検察官の申請により介入すると述べている(G. Raymond, Nancy, op. cit.)。なお、この場合、医師の守秘義務の問題が生じ得るとされる(A. Dorsner-Dolivet, op. cit.; H. de Touzalin, op. cit., no 8)。

[85] 民法典三七五条の一・二項「裁判官は、目的とされた措置に対して家族の賛同を得るように常に努めなければならない。」

[86] A. Bénabent, op. cit., no 621.

[87] 新民事訴訟法典一一八三条一項「裁判官は、父母、後見人又は(Decr. no 87-578 du 22 juill. 1987)《子が委ねられた者又は機関の代表(le représentant du service)》、及び、聴

聞が有用であると思われる他のすべての者に、その意見を聞く。裁判官は、未成年者の年齢又は状態が可能である限り、当該未成年者の意見を聞く。」

[88] J. Hauser et D. Huet-Weiller, Traité, op. cit., no 1209. なお、未成年者の聴聞について、これを行わない場合は、裁判官はその理由を明示しなければならないとされている(J. Hauser et D. Huet-Weiller, Rev. trim. dr. civ., no 4 octobre-décembre 1991, p 729)。

[89] A. Diess, op. cit., no 40.

[90] 民法典三七五条の二・一項「可能であるときは常に、未成年者は、現在の環境において維持されなければならない。その場合、裁判官は、資格のある者、又は、開かれた環境における観察、教育若しくは再教育の機関を指定し、この者に家族が遭遇する物質的又は精神的困難を克服するために家族に援助と助言をもたらす任務を与える。この者又は機関は、子の成長を追跡し、定期的に裁判官に報告をすることを課せられる。」

[91] 後述のナンシー事件において、児童裁判官によって命じられた措置もこのようなものであった。

[92] ベナボンは、「最も深刻な場合のみ」と限定している(A. Bénabent, op. cit., no 621)。またディエスは、具体的に治療もしくは食料に欠乏がある場合または悪い治療がなされている場合としている(A. Diess, op. cit., no 48)。

[93] 民法典三七五条の三・一項「子を現在の環境から引き上げることが必要である場合、裁判官は、子を(以下の者に)委ねることを定めることができる。①(L. no 87-570 du 22 juill. 1987)父母のうち親権の行使を有しなかった、又は、そのもとに子が常居所を有しなかった者。②家族の他の構成員又は信頼に値する第三者。③普通若しくは専門の、衛生若しくは育成の機関又は施設。④(L. no 89-487 du 10 juill. 1989, art. 11)児童社会援助の《県の機関》。」

[94] 民法典三七五条の七「(1)育成扶助の措置がとられた子の父母は、子についてその親権を保持し、措置の適用と相反しないすべての権限を行使する。……(2)子を両親のもと以外におくことが必要である場合、両親は通信の権利及び訪問の権利を保持する。裁判官は……子の利益がそれを要求する場合は、それらの権利、若しくはそのうちの一つの行使を暫定的に停止することを定めることもできる。」

[95] A. Bénabent, op. cit., no 623.

[96] A. Diess, op. cit., no 56. ディエスは、児童裁判官自身が承諾をする裁判例として、J. E. Bordeaux, 24 août 1978, inédit; J. E. Poitiers, 22 juillet 1980, inédit; J. E. Paris, 8

novembre 1975, inédit、施設の長に権利を委譲する裁判例として、J. E. Orleans, 22 mai 1975, inédit; J. E. Versailles, 14 octobre 1975, inédit をあげている（右判例は、いずれも判例集等未登載）。ただし、ディエス自身は、裁判官自身が医療行為に対する承諾を与えることについては認めているものの、施設の長に権利を委譲することには批判的であり、また、「託置」の場合でも、裁判官は親の承諾の権利をまず停止してから当該権利を行使しなければならないとし、これらの判例が、（承諾の権利の停止をせずに）直接医療行為の許可を与えているとして批判している。

[97] A. Dorsner-Dolivet, op. cit.; A. Diess, ibid., nos 5 et suiv.

[98] A. Diess, ibid., nos 9 et suiv.

[99] H. de Touzalin, op. cit., no 9; A. Diess, ibid., no 14; G. Raymond, Nancy, op. cit.

[100] P. Malaurie et L. Aynes, Cours de droit civil, La famille, 2e éd., 1989, no 791.

[101] H. de Touzalin, op. cit., no 10; G. Raymond, Nancy, op. cit. 「他の療法」について、フランスの裁判所は、医学的な医療以外は排除する傾向にあり、祈祷や自然療法はその対象とならないとされている(Cass. crim. 29 juin 1967, J. C. P., 1968, II, 15377, note J. Pradel)。

[102] P. Malaurie et L. Aynes, op. cit., no 791.

[103] 父親は、母親の治療の選択に反対していたらしく、もし危険な状態でなければ、本件は、後見裁判官に提訴されることもありえた(G. Raymond, Nancy, op. cit.)。

[104] A. Diess, op. cit., no 3.

[105] G. Raymond, Nancy, op. cit.

[106] F. Bouvier, Le consentement, op. cit., no 7.

[107] G. Raymond, l'enfance, op. cit., no 104.

[108] A. Diess, op. cit., no 16.

[109] A. Dorsner-Dolivet, op. cit.

[110] A. Dorsner-Dolivet, ibid. ラブリュスーリィウ(C. Labrusse-Riou)も、危険は現在あるもので不確実であってはならないとしているが、本件のような場合をどう理解するかは不明である(C. Labrusse-Riou, op. cit., p 287)。

[111] J. Hauser et D. Huet-Weiller, Traité, op. cit., nos 1201 et suiv.

[112] G. Raymond, Nancy, op. cit.

[113] 医師倫理綱領六条「医師は、あらゆる人間が自由に医師を選ぶことについて有する

権利を尊重し、その者が当該権利を行使することに助力しなければならない。」

[114] A. Dorsner-Dolivet, op. cit.

[115] A. Diess, op. cit., no 56.

四　未成年者への医療行為と承諾

1．問題分析

以上において概観したところから窺えるように、フランスにおいて、未成年者への医療行為に対する承諾は、原則として、未成年者を保護するため、監護権に基づき親権行使者（または法定代理人）が行う。しかし、医療行為の態様によっては、未成年者の意思を考慮することが法定されるなど、未成年者の意思を尊重する方向での調整が試みられており、承諾能力の有無による二者択一的な解決への補正がなされている。さらに、承諾権者の意見の不一致の場合や、子に対する必要不可欠な治療に親が拒絶する場合には、裁判所の介入によって、未成年者の保護に重点をおいた解決が図られている。このようなフランスの理論状況ならびに実務的処理を前にして、ひるがえってわが国の理論状況を見ると、両者の間には、未成年者の医療行為に対して親権（行使）者の承諾を要求するという基本的な発想の点では共通性が認められる。そして、その意味で、この問題に対してのフランスにおける処理やその理論は、わが国における同様の問題に対する解釈論を進めるうえで、また、法政策上の提言を行ううえで、有意義な示唆を与え得ると考える。

いかなる解釈論的、法政策的示唆を得ることができるかを検討するにあたって、まず、以下の点を確認する必要がある。すなわち、第一に、わが国においては、承諾能力の不足あるいは欠如している未成年者の場合は法定代理人の代諾を要し、承諾能力のある未成年者の場合は本人の承諾を要するのが原則であるのに対し、フランスでは、未成年者の場合は親権行使者等の承諾を要するのが原則である。第二に、わが国においては、学説は、医療行為の態様にかかわらず、承諾能力の有無と代諾の要否を択一的に捉え、また、裁判実務では、両者の関係はさほど問題となっていないのに対し、フランスにおいては、医療行為の種類や態様によって親権行使者等による保護の程度を変化させ、未成年者の意思の尊重を図ることが、法定されていたり、または、議論されている。第三に、わが国では、承諾権者が複数の場合における承諾権者間の意見の衝突の場合については議論が成熟しておらず、また、法定代理人の拒絶の場合についてはいまだ明確な解決の方向が示されていな

いのに対し、フランスでは、裁判所の介入による解決がなされている。

このように、わが国とフランスの理論状況が異なっているため、未成年者への医療行為に対する承諾の問題についてのフランスでの解決や処理準則を、そのまま直接わが国の解釈論へと移行することはできない。しかし、承諾能力の有無が代諾の要否を決定し、しかも、代理という法的構成をとるという現在のわが国の考え方による限り、未成年者への医療行為という複雑な要素を含む問題を画一的に捉えざるをえず、未成年者を保護するという方向で承諾の問題を考えるべきであるという基本的な理念と衝突する虞がある。この問題に対処するためには、フランスにおけるような考え方、具体的に言えば、親権行使者等の承諾を監護権、監督権等の身上に関する親権に基づくとしたうえで、医療行為の態様、及び、未成年者の能力に応じて、監護権（義務）による保護の程度を変化させる考え方に意義を認めたい。すなわち、親権者等の承諾は、患者である未成年者の自己決定権または承諾の代理行使としての「代諾」ではなく、あくまで患者の保護のために自己の権利（監護権）を行使することと考えたい[116]。

確かに、未成年者に承諾能力がある以上、その自己決定権は尊重されなければならず、監護権といえども、未成年者が幼少で意思能力もない場合は別として、承諾能力を有するほどに成長した未成年者の意思を直接的に拘束するほどの支配力を持ち得ない[117]。したがって、承諾能力ある未成年者の場合、本人の承諾を要するという原則は維持されなければならない。しかし、未成年者にたとえ承諾能力があるとされても、精神的には成長の段階にあり、特に病気の未成年者は精神的、肉体的に不安定な状態にあるといえるであろう。また、医療行為に対する承諾が未成年者の生命や健康という保護の最も根本的な法益に関するということを考えると、自己決定権の尊重という名のもとに、未成年者に対する保護を安易に消滅させてよいとは考えられない。すなわち、未成年者が承諾能力を有するほどに成長していても、監護権（義務）による保護は必要である。したがって、未成年者の自己決定権と親権者（監護権者）の監護権とが共同して行使されなければならないと考える。この点、フランスの状況で述べたナンシー控訴院判決が、母親と一四歳の未成年者の両方の意思を尊重したことは、示唆に富んだ解決を示したといえる。

以上のような前提にたてば、未成年者に承諾能力がある場合は、その自己決定権を尊重し、医師は未成年者の承諾を得なければならないが、しかし、医療行為の態様と未成年者の能力の程度によっては、監護権者は、当該医療行為が実施されるにあたって、未成年者に対しても、医師に対しても、監護権を行使できるのであり、医師は、監護権者の承諾を

得なければならないと解し得る。否、より精確に言えば、監護権の行使は、子に対しては、子の保護を目的とした監護権者の「指示に服従することを要求する」意味を有するのであるが、具体的には、「他人」である医師に対して、未成年者を被保護者として監護権が行使されるという形態で発現すると解するのである[118]。ここにいう監護権者の承諾は、その意味での監護権の行使であり、このような監護権者の監護権の行使としての承諾と未成年者の自己決定権の行使としての承諾が全く別のものとして存在するのである。したがって、場合によっては、監護権者の監護権が未成年者の自己決定権と並存し、医師は監護権者と未成年者の両方の承諾を得なければならないこととなる。もっとも、このように解するとしても、たとえば、出血多量における輸血のような生命維持に不可欠な治療を子自身が拒絶する場合には、親は「子を心身ともに健全な社会人として育成」する義務を負い[119]、子の拒絶はそのような「育成」を決定的に困難あるいは不可能にする故に、そして、そのことは、とりもなおさず未成年者の福祉に適合しない故に、監護権による未成年者の決定への干渉が可能となり、医師は、承諾能力ある未成年者の拒絶に直面しても、承諾権者の承諾を得ることにより、治療を行うことができるであろう。

このように、未成年者への医療行為の決定が、未成年者の自己決定権と監護権者の監護権の共同作用によってなされると考えれば、監護権による保護があるので、従来考慮されているよりも広い範囲で、未成年者の自己決定権の行使が可能となる。言い替えれば、医療行為の内容によっては、現在のわが国における学説の見解（一五歳くらい）より低い年齢の者にも承諾能力（または拒絶の能力）を認めることも可能となる。その結果、より未成年者の意思を反映した医療行為の決定をなすことができ、未成年者の真の利益に適うと思われる。この点、フランスにおいては、医療行為の内容と未成年者の承諾能力等の類型化まではなされていないものの、妊娠中絶の場合、日常の慣習的な治療の場合、未成年者自身に重大な影響を及ぼす場合などに分けて議論がなされており、注目される。日本においても、未成年者の承諾能力と保護の必要性を医療行為の態様に分けて考慮するという、類型化に向けた議論が必要であろう。

他方、未成年者の承諾能力が不足している場合は、自己決定権は問題とならず、監護権のみが行使され、医師は監護権者の承諾を得なければならないと考える。すなわち、未成年者の保護のために、もっぱら監護権による承諾の補完がなされるのである。そして、監護権による補完が適切でない場合、すなわち、監護権が濫用される場合は、他の者または機関による補完を考えるべきである。その意味では、フランスにおける公的関与による未

成年者の保護という考え方は、法政策的検討課題として意義があると言える。

承諾権者の問題については、フランスと同様、民法における親権の規定によることになる。したがって、承諾権者は監護権者である故、それ以外の者は、たとえ親権者であっても監護権を有しなければ、原則として承諾できない[120]。しかし、事実上の養親など、親権者によって監護を全面的に委託される場合もあることを考えると[121]、監護権者と同視し得る者も認めて良いと考える。

2．わが国の裁判例の分析と検討

先にその傾向を分析したように（二）、わが国の裁判実務は、未成年者が患者である場合は、「患者側の承諾」の有無により侵襲を伴う医療行為の違法性を阻却し得るか否かを判断しているため、患者自身の自己決定権の問題や「代諾」そのものに存する問題については、ほとんど視野の外においてしまっている。このような処理方法が、結果的に、未成年者自身の保護に適わず、ひいては、わが国における未成年者制度との整合性を損なってしまっていることは、フランスの理論状況との対比によって明らかにされた。それでは、二で取りあげたような事件が起きた場合、どの様な実務処理が、適切かつ可能であろうか。次に、二の諸裁判例を、右に述べた視角からの分析を試みることによって、この問題について若干の検討を行いたい。もっとも、必要性及び危険性の大小の判断や両者の相関については、優れて医学的な判断を要するものであり、本稿でその判断及び判断基準について論じることはできない。したがって、判決文のみから判断することは、必ずしも適切ではないと思われるものの、本稿ではひとまず判決において認定されている事実を基礎として評価する。

まず、未成年者の承諾について、裁判例によると、未成年者に医療行為の意義、内容等を理解する能力があれば、未成年者自身の承諾を必要とする場合もあるが、しかし、それは排他的なものとは解されていない。これは、違法性阻却事由としての「患者側の承諾」の有無が重要視されるという実務上の要請からなされている故の処理と解し得るのは先に述べたが、このような解決は、未成年者の保護の観点からも首肯され得るものと言える。しかし、未成年者にどのような能力があれば承諾できるのかという承諾能力の問題を曖昧なままにしておくべきではなく、裁判実務の面からも、また、医師の行為規範の面、言い替えれば、医療を適用するうえでの複雑化を防ぐ意味でも、一般的基準を明確にする必要がある。

思うに、医療行為における未成年者の承諾能力は、未成年者に認められている様々な能力、すなわち、意思能力、身分行為上の行為能力、不法行為上の責任能力や、自己の法益を放棄する被害者の承諾能力などとも同視することはできない。なぜならば、医療行為は自分の身体に直接影響を及ぼす行為であるので、承諾のない医療行為が違法であることを認識する必要があるのみならず、享受し得る利益と被り得る不利益を比較衡量して意思決定をしなければならないからである。そのうえ、医療行為は、取り返しのつかないものである。勿論、その承諾能力は、個人差や状況（患者の罹患した病気の種類や病状の程度等）の違いもあり、個々に判断しなければならないが、対象が成長途上にある未成年者であることを考慮すると、年齢を一応の客観的指標とするのが妥当であろう。この点について、わが国でもフランスでも、一五歳位からという見解がある。しかし、一〇歳ないし一四歳であれば幼児引渡請求にて子の意思が尊重されること、一四歳以上は刑法上責任能力があるとされること、自分自身の身体のみに関すること、医療行為は取り返しがつかないこと、承諾能力に絶対的かつ排他的な意味を持たせるものではないことを考えると、養子縁組の承諾や労働契約の締結などで承認されている一五歳よりも若干早く一四歳程度から、承諾能力を認め得る場合があると思われる。

このように解すると、二で取りあげた裁判例の腎バイオプシー事件〔1〕が、一四歳の未成年者に腎バイオプシーの意義等を理解する能力を認めて、本人の承諾を必要としている結論は、妥当であると考えられる。なぜならば、当該未成年者が一四歳であること、承諾の目的である医療行為が患者に配慮を要する悪性腫瘍等の解明のための検査ではなく、腎病態の解明のための検査であること、患者の病状が説明を受け承諾をできる状態にあったと考えられることから、当該未成年者には承諾能力があると解せられるからである。ただし、同判決では、母親の承諾も併せて必要としており、この点には疑問がある。未成年者に承諾能力があるとされる場合に親の承諾がなおも必要であるか否かの判断は、当該医療行為の必要性及び当該医療行為が患者にもたらし得る結果の重大性も含めた危険性の程度を各々相関させることによって、さらなる保護の必要性の観点から決せられるべきものであると解したい。同判決の場合、問題となった検査は必要であり、死亡など深刻な合併症等も報告されているが、他方で慎重に行えば決して危険な検査ではないことが認定されている。すなわち、必要性に比して危険な行為ではないと評価されていると解せられるが、当該検査自身の危険性についていえば、治療に入る前の検査であり、四肢の欠損などの重大な結果をもたらすものではないものの、死亡等深刻な合併症の存在を理由に、危険性が

大きいと評価することができるだろう。そうであれば、当該検査が必要かつ不代替的であったとしても、すなわち、必要であるが危険性も大きいとするならば、必要なのは未成年者自身の承諾であり、母親の承諾を問題にする必要はないと考える。なぜならば、治療の必要性も危険性も大きい場合や、逆に、必要性も危険性も小さい場合など、未成年者自身にとって当該医療行為が真の利益となるか否かがわからない場合には、承諾能力のある未成年者が承諾すれば、その自己決定権を尊重する意味で、未成年者の決定に委ねることになり、親は子に助言など精神的保護を与えることはできても、法的保護としての監護権の行使の余地はないからである。逆に、当該検査が、必要であり危険性が少ないとされる場合も、第一義的には未成年者の自己決定権が尊重されるべきである故に、未成年者のみの承諾が必要で、当該未成年者が拒絶する場合以外は、親の承諾は問題となるべきではないと考える[122]。

他方、高校二年生の未成年者の承諾のみが争われた眼眥腫瘍除去事件〔3〕における医療行為は、美容整形手術であるので、必要性は小さい。問題は危険性であるが、同判決は、必要性が小さいことから、患者の選択に委ねるべく、医師は合併症について説明したうえで承諾を得なければならないとしている。当該手術は、必要性と相関させるまでもなく、合併症を伴う虞がある以上、危険であると評価し得るので、このような場合は、未成年者の承諾のみならず、親の承諾も必要であろう。なぜならば、治療の必要性が小さいまたは代替し得るものであるが、それに伴う危険性が比較的大きいと評価される場合は、未成年者の生命、健康の維持に一方約に著しい不利益をのみもたらす虞があるので、子の保護のために監護権者の監護権が子の自己決定権と並存し、医師は子と親の両方の承諾を求めなければならないからである。もっとも、同事案では、両親は子に付き添い、両親と子の両方において、説明を受け手術の依頼をしているので、実質上は、両親と子の両方の承諾が問題となっていると解し得る。そうであれば、訴訟においても、両親の承諾をも問題とするべきであったと考える。

次に、親の承諾等が争われた裁判例を見ると、右の〔3〕の事例を除いて、すべて親の承諾を必要とすることが前提として争われているにもかかわらず、「親」の内容に関しては、ほとんど関心が向けられていない。先に分析したように、「親」は監護権者であるので、共同親権が行使されている場合は、クロマイショック死事件〔4〕のように、他方の親が医師に説明を求めるという積極的な行為をなさずとも、原則として、両親の承諾が必要であり、両親の離婚の場合も監護権を有する者のみの承諾が必要であるので、てんかん

治療事件〔9〕においては、母親が子に終始付き添っており監護権を有していると考えられる故に母親のみの承諾が必要とされる。また、腎バイオプシー事件〔1〕のように、一方の親の承諾だけが問題となるのは首肯し難いし、承諾の有効性の観点から、一方の親（喘息発作死亡事件〔2〕）や他人（開頭手術事件〔6〕）に対する説明によって、両親の承諾が得られていると評価することはできない。

しかしながら、諸裁判例からも窺えるように、現実には、一方の親が子に付き添っている場合が多いので、個々の状況から判断して、他方の親の承諾を「推認」する場合もある。予防的虫垂切除手術事件〔5〕も、父親が了承していたことを母親が医師に伝達したことを推認できるとして、手術の違法性を否定している。ここで注目すべきことは、原告が、医師が父親の承諾を確認した形跡もないので代諾権者の承諾を欠く違法な手術であると主張しているのに対し、判決は、医師の「確認」という行為に対しては全く判断することなしに、母親の「伝達」を「推認」することによって、父親の承認があったと評価していることである。承諾を得るべき医師が、父親の承諾を求めたか否かという点、すなわち、医師が承諾取付義務を履行しようとしたかどうかという点については、全く判断されていない。承諾取付義務とは、承諾を「求める」こと及び承諾を「得る」ことをその内容としていると解せられるところ、医師が「求める」という行為をなさない以上、「得る」という結果、すなわち、承諾の有無についての判断はできないのであり、医師の行為について判断せずに、父親の「了承」という事実認定のみによって、母親の医師への「伝達」を「推認」し、当該手術に違法性がないとするのは、承諾取付義務の内容を無視した評価であるように思える。このように考えると、仮に、原告の主張どおり、医師が父親の承諾を「確認」さえしなかったのであるならば（この点については判決は言及していない）[123]、それだけで、医師は承諾取付義務に違反していると言えるのではないか。もっとも、母親は父親の了承のもとに子に手術を受けさせていることが認定されているので、医師が承諾を求めたならば、右の事情から、父親は手術に承諾をしていたであろうし、手術も実施されていたであろうとして、右承諾取付義務違反と手術そのものとの間の因果関係の問題として処理し得る。

同様の問題が提起される裁判例として、児童学校事故事件〔8〕があげられる。同裁判例では、両親の承諾が推認されているが、医師は、承諾を求める努力を全くしなかったのであり、その点に医師の承諾取付義務違反が認められると考える。そして、緊急であったこと、当該手術が適切な処置であったこと等の事情から、〔5〕と同様、承諾取付義務違

反と手術の結果との間の因果関係がないと評価し得る。判決は、諸般の状況から親権者の承諾を推認させる場合は、明示の承諾を求めずとも違法性が阻却されるとしているが、先に述べたように、「求める」行為と「得る」行為は異なる故に、医師が「求める」行為をなさないにもかかわらず、違法性が阻却されるとは考えられない。医師の承諾取付義務を、このように厳格に解しなければ、承諾権者の承諾の「推認」される範囲が拡大され、患者の利益保護をも目的とする承諾原則を実体のないものにする虞がある。医師が両親の承諾を求めかつ得ることが原則である以上、医師が承諾を求めた、ないしは、求めたと同視される行為をなしたことが明らかにされてはじめて、その結果としての承諾の「推認」の可否が問題となるべきであり、しかも、両親の承諾の存在意義が未成年者の保護にある以上、その承諾の「推認」は安易になされるべきものではないと考える。

もっとも、現実には、慣習的で軽度の治療には、一方の親が子に付き添ってきたり、子のみが診察を求める場合がほとんどであろう。このような場合は、承諾の「推認」によるまでもなく、承諾原則の例外と考えれば良い。すなわち、医師の行為規範の側面から見ると、開業医が通常行っている軽度の処置など、慣習的な通常の治療は[124]、治療に伴う危険性は小さく、監護権の行使による保護の必要性も小さい場合が多いので、一方の親が子の診察を医師に求めたり、また、承諾能力の有無にかかわらず子自身が医師に診察を求めた場合は、医師は他方の親または両親の承諾が前提となっていると考えて、一方の親または子自身の承諾を求めれば良い。

右の児童学校事故事件〔8〕では、原告の主張した学校教師の承諾については、教師は医師に委託する義務を負い、その教師が異議を述べなかったことを「推認」の一事情とすることによって、あくまで両親の承諾の問題として解決を図っている。先に分析したように（四１）、未成年者本人及び監護権者以外に承諾することを認められる者は、監護権者と同視し得る者のみである。学校教師は、確かに、子を委ねられた者であり、子の安全を保障しこれを保護する義務を負っているが、子の監護を全面的に委ねられた者ではない。仮に、教師に承諾をする「権利」を与えるとすれば、それは、教師にとって過重な義務をも負わせることになり、他方、子自身の利益を損なう虞もある。したがって、教師は、必要に応じて、医師に処置を委託する義務を負うが、子への侵襲に対する承諾の権利は有さないと考えられ、この点に関する限り、同判決のとった解決は妥当であると考える[125]。

最後に、監護権者の承諾の権利の法的性質についてみると、権利の法的性質は、先にも述べたとおり、監護権であり、患者自身の承諾と同視することはできないし（予防的虫垂

切除手術事件〔5〕）、自己決定権とは異なるため、監護権の範囲でのみ権利行使が可能である（丸山ワクチン事件〔10〕）。なお、監護権は、子の保護を目的とするのであるから、子の最善の利益に適う範囲でのみ行使することができるのは言うまでもない[126]。

注

[116] 監護権の行使としての承諾は、精神的あるいは身体的治療を目的とする医療行為に対してなされるものである。したがって、生命維持装置をはずすことや臓器移植につき未成年者がドナーとなることに対する承諾は、監護権行使の目的からはずれるうえに、社会的考慮を必要とする問題であるので、本稿において、これらを対象とはしない。

[117] 明山和夫（於保不二雄編）『注釈民法(23)』一九六九年）七〇頁。明山教授は、監護権は、子が幼少であれば子の意思を直接的に拘束する支配的性質を有し、子が成長するにつれて「親権者の監護教育目的のために子が親権者の指示に服従することを要求する請求権に転化する」とされている。

[118] 監護権とは、本来、その「職分を遂行するについて他人に濫りに干渉されない地位を有すること」である（明山・前掲六九頁）。ただし、子に対しても指示に服従することを要求する権利を有する（注[117]参照）。

[119] 久貴忠彦『親族法』民法学全集九（一九八四年）二五八頁。

[120] 離婚の場合の「監護者」の権限が問題となる。我妻栄博士は、民法七六六条における「監護」の性質は、財産管理権が除かれた場合に身上監護権だけを含むものをなお親権と呼ぶ故に、身上監護権ほど強いものではないともいえると指摘されつつ、「子の利益」の観点から、父母の一方が監護者となる場合は、監護権者は、親権の一内容である身上監護を独立の権利として取得すると解しうるとされている（我妻栄『親族法』法律学全集 23（一九六一年）一四二頁以下）。神谷笑子教授も、監護と教育の範囲・限界を定めることは困難である故に、また、石川稔教授も、父母は対等である故に、監護者（である父または母）が身上監護権を有すると解すべきとされる（神谷笑子（島津一郎編）『注釈民法(21)』一九六六年）一五一頁以下、石川稔「親権と子どもの保護」法学教室一二五号（一九九一年）二八頁）。いずれにしても、子に医療を受けさせたり、その承諾をすることは、監護と不可分の関係にあるので、「監護者」の権利義務に入ると考えられる。

[121] 明山・前掲六六頁。

[122] 未成年者の生命・健康の維持に必要な医療行為であり、かつ、危険性が少なければ、

当該未成年者が拒絶しても、医師は親の承諾を得て医療を行うことができることは、先に述べた（四１参照）。

[123]　本稿の問題関心においては、「現実に医師が承諾を得ること」をその前提として考察している。したがって、承諾の主体、すなわち、誰に対して「現実に」承諾を求めかつ得るかという問題についても、厳密に解するべきかどうかも問題となる。同裁判例では、父親の承諾について、原告は母親に対する医師の確認がなかったことを主張し、判決は母親を通じて表明されたことを推認している。いずれにしても、父親自身の現実の承諾は問題となっていないが、この点も、承諾の形式の問題として、重要な問題である。

[124]　単純な指の傷の縫合は軽度の処置といえるが、児童学校事故事件のような骨短縮を含めた縫合は、結果の重大性を考えると、軽度の処置とは言えないだろう。

[125]　富田清美氏は、教師らは手術に関しても親権者に代わって児童を保護監督すべき義務があったといえるので、医師は教師に説明して承諾を求めるべきであったとされる（富田清美「教師の委託による児童治療事件」医療過誤判例百選別冊ジュリスト一〇二号（一九八九年）一〇〇頁）。

[126]　丸山ワクチン事件〔10〕は、監護権者が最善の利益と考えるものと医師が医療水準に則った適切と考える治療が衝突し争われたものであるが、この事件で争われている問題自身は、療法の選択の問題であり、契約の内容の問題が関わってくると考えられ、「代諾権」の性質の問題を除いて、本稿の問題関心である監護権者の承諾とは異なったところに位置している。すなわち、当該契約の内容が丸山ワクチンを「適宜」併用しながら一般的な治療方針に基づく適切な治療を行うことと判断されている以上、監護権者の丸山ワクチンを使用してほしいという要求は、契約における法的権利とは評価され得ないにすぎないのであって、自己決定権や期待権の問題とはならないように思える。医師は、契約の内容に即した治療を行い、療法の変更については医師の裁量の範囲内であるので、責任を負わないのは当然であろう。

五　結語

以上のように、未成年者への医療行為をめぐる承諾の問題は、承諾原則そのものにかかわる重要な問題であるにもかかわらず、わが国においては、議論が充分になされていないように思える。本稿では、フランスでのこの問題に対する議論や法規定などの状況を紹介

し、日本法に与え得る示唆について、若干の考察を行った。もっとも、以上における検討や分析は、従来ともすれば医事法学における解釈理論の中で暗黙裡に是認され、それなりの位置を与えられてきた「代諾」の問題について、一方で未成年者の自己決定権を尊重しつつ、他方で民法における理論を対照させて、解釈論としての問題性を指摘したにとどまる。しかし、このような問題提起自体に、本文中で触れた承諾と自己決定権の関係、承諾の意義、親権者等の「代諾」行為の法的構成等に関する解釈論を深める意味で意義があると考える。

このような視点にたって、さらに未成年者への医療行為と承諾に関する問題をより深く解明するためには、社会制度や紛争解決と医療体制の問題等に関するわが国の状況について、さらに詳細な分析が必要であり、本文中でも触れたところの医療行為と承諾能力についての相関分析や承諾権者の具体的問題等のさらなる分析ともども他日の検討課題としたい。

第三部 フランスにおける精神障害者の権利と身上の保護
ー精神障害を理由に入院する者の権利と保護及び入院の要件に関する一九九〇年六月二七日の法律(loi no 90-527 du 27 juin 1990relative aux droits et à la protection des personnes hospitalisées en raison troubles mentaux et à leurs conditions d'hospitalisation,J.O.30 juin 1990)ー

一 問題提起

本稿は、フランスの精神障害による入院患者の身上における保護の状況を紹介することを通して、わが国の法状況に見られる問題の解決を模索することを目的とするものである。

一九九〇年、フランスにおいて、精神障害による入院患者の権利と保護に関する法律が制定された。これは、精神障害者に対する収容による治療と人権保護を規定した一八三八年の法律(loi du 30 juin 1838 sur les aliénés［2］)を改正したものである。一九世紀前半に精神障害者保護のための法律がすでに制定されていたことは、わが国が二〇世紀になって（精神病者監護法は一九〇〇年、精神衛生法は一九五〇年）ようやく精神障害者の保護をまがりなりにも図るようになったのと比較しても、いかに早くから、その保護の必要性

が認識されていたかがわかる。

一方、わが国においても、一九八八年、地域精神医療体制の確立と精神障害者の人権保護を根本理念として、「精神保健法」が施行された。これにより精神衛生法が改正されたのであるが、同改正の契機となったのは、看護職員が入院患者を暴行により死亡させるという「宇都宮病院事件」の発覚であった。同事件が国内で大きな社会問題となり、しかも、国際的にも強い批判を浴びたことが、遅々として進まなかった改正を一挙に実現させたのである［3］。同法は、昨年（一九九三年六月）に一部改正されたが、これらの改正にもかかわらず、精神障害者の保護に関する問題の多くは依然として残されている［4］。

わが「精神衛生法」とフランスの一八三八年法はその体系において類似性がみられ、また、改正後のわが「精神保健法」とフランスの一九九〇年法がともに強制入院を維持しつつ、患者の意思に基づいた入院形態を創設しているなど、その基本的な方向性に一致がみられる。その上、両国の法政策の志向するところが、世界的な動向と一致して、地域精神医療政策をも含めて患者の保護につき総合的な改革を行なうことであるという点にも類似性が見いだされる。そして、わが国の法改正が「精神衛生法」からわずか四〇年足らずの後に行われ、それも、宇都宮事件を契機に高まった国際的批判が「大きな原動力」となっているのに対して、わが国と時をほとんど違わずして行われたフランスの法改正が、一五〇年以上の時を経た、しかも、長い変革の歴史をたどった結果であることを考えるとき、この時間的長さの違いと歴史的経緯の違いが、保護、とりわけ、患者の権利と自由の保証においていかなる違いをもたらしたかを見ることは、未だ問題があるとされるわが法にとって大きな示唆を与え得ると考える。そこで、本稿においては、フランスの精神障害者の保護の状況、とりわけ、一九九〇年法を紹介することを通して、わが国の問題解決への模索をする。

二　フランスにおける精神障害者の権利と保護

フランスにおける精神障害者の入院及びその保護に関しては、公衆衛生法典(Codes de la santé publique)第三巻第四編に規定されている。この規定は、一九九〇年六月二七日の法律によって改正がなされるまで、種々の修正を受け入れながらも、一八三八年に制定された法律がその本質的な部分を構成していた。一八三八年法は、精神障害者の財産の保護について、一九六八年の改正前の民法典における不十分な保護をまがりなりにも確保し、

また、強制入院の手続を明確に規定することにより、身上の保護を設定していた。この身上の保護の制度は、その手続の方法が一九九〇年まで続けられ、しかも、殆ど修正されていないという事実からも無視しえないものである。したがって、ここではまず、一八三八年法の制定の経緯及び内容を簡単に紹介し、同法に対する批判と一九九〇年法に至るまでの法的及び社会的動向を述べた上で、一九九〇年法を、精神障害者の権利と身上についていかなる保護が企図されているかという観点から紹介する。

1．一八三八年六月三〇日の法律

アンシャンレジームの下で、フランスの精神障害者は、そのまま放置されるか又は行政上の取締の対象ととらえられていた［5］。しかし、一八世紀の終わりに、精神科医ピネル(Pinel)の行なった精神医療改革によって、狂人(fou)は犯罪者ではなく治療が必要で快復可能な病人であると認識されるようになり、ピネルの弟子エスキロール(Esquirol)らを起草者として、一八三八年六月三〇日の法律が制定された。同法は、社会防衛という治安的一面があることも否定できないものの、精神障害者の身上(personne)と、かろうじてではあるが個人的自由(liberté individuelle)の保護を第一義的な目的として制定されたものであった［6］。さらに、民法典の禁治産や法定後見人の選任についての多くの脱漏のある制度を改善すべく［7］、財産の保護に関する規定をも身上の保護に結び付け、監置された精神障害者は禁治産を宣告されることなく、実質上、無能力者とされた。

しかし、この身上と財産を結び付ける保護の方法は、技術的欠陥や現状との不適合性等が問題となり、成年無能力者法の改正に関する一九六八年一月三日の法律(Loi n°68-5 du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs,J.O.4 janvier)により廃止された。すなわち、一九六八年法によって、身上の保護に関するものは公衆衛生法典におかれ、財産の保護に関するものは民法典に移され、両者は完全に独立し、以後、民法典が「保護された成年者」の財産の保護のために、三つの保護制度、すなわち、司法救助(sauvegarde de justice)、後見(tutelle)及び保佐(curatelle)を規定している［8］。したがって、治療の選択は右の民法上の制度によって制約されないし、逆に、民法上の制度の選択は治療の内容によって制約されない。例えば、後見が開始されれば即入院ということはなく、また、開放病棟での治療が保佐を当然に必要とするということはない。ただし、司法救助を開始するにあたっては、医師の申告によるものとされ、この手続は公衆衛生法典に残され（一八三八年法における法律三二六条の一）、一九九〇年法においてもささやかな修正を加えてそのまま規定されている（法律三二七条［9］）。

このように、一八三八年法は、精神障害者を専門施設に強制入院させる手続、言い替えれば、入院前、入院中、退院後の個人的自由の保証(garantie)を図ることにより、専ら精神障害者の治療上の身上の保護を目的とするものとなった。入院には、職権による収容(placement d'office)と任意収容(placement volontaire)があった。職権による収容は、公序又は（本人をも含めた）人の安全を危うくする場合に行われ、医師の報告書を見て、知事（パリでは警視総監）が収容を命じた。家族や周囲の者の私的な意思によるという意味での「任意」収容は、無害の精神障害者に対して、右の者らからの収容の請求及び一人の医師の証明書を要件に行われた。医師の証明書には、病人の精神状態と収容を正当づける理由が記載されなければならないが、ほとんどの場合、精神異常と収容の必要があるという簡単な確認しかなされておらず、精神異常の症状を明確に述べることもなく精神病と認定されていた［10］。

収容の手続は純粋に行政上の問題であり、裁判所は決定できないなど司法の介入の余地はなかったが、収容中の自由の保証については、裁判所の「身上管理人(curateur à la personne)（詳細は後述)」の指名、共和国検事等による定期的な施設の訪問、一定の場合における退院の命令など、司法機関は、「個人的自由の守護者」としての義務と権利を有していた。個人的自由を守るためには、他に、医師の定期的な証明書の作成やこれを受理する行政機関による監督が行われていたが、司法機関(autorité)による監督をその上に位置づけることによって、収容中における個人的自由を幾重もの方法で保証していた［11］。

一八三八年法が、一五〇年以上も続けられたのは、個人的自由の尊重と、同意のない病人の保護及び治療の必要との間の均衡を比較的満足させていたからであったといわれている［12］。確かに、精神障害者を入院させて治療を行いつつ、その監督を行政及び司法に委ねて、一定の場合における退院をも規定するという方法は、一九世紀という時代を考えると、否、現時点においても、個人の保護という観点から評価されるべき多くの長所を有していたといえる。しかし、それらの長所にもかかわらず、同法は批判と反対の対象となり、一九九〇年法改正に至るまで、数多くの改正法案が提出されたのである。

2．一九九〇年法への改正の経緯

（1）一八三八年法批判とその対応

一八三八年法に対する批判は、次の二点に集約される。一つは、入院（監置(internement)）が濫用される虞があること、二つは、入院後の保証が十分でない、保証があるように見えてもそれは見せかけにすぎないことである。

まず、第一点につき、大多数の法律家はこの点（監置の濫用の虞）を指摘し、監置の濫用を回避するために入院時における司法の介入を提唱した［13］。すなわち、一八三八年法は、医師への不信に対する措置を幾重にもおいているように見えるが、医師の証明書が精神病の確実な証明とはならないように［14］、これはまったく見せかけにすぎず［15］、また、監置後に司法機関が保護をしようとしても、既に取り返しのつかないことが発生しているかもしれず、遅すぎるというのである［16］。事実、濫用的監置が問題となった裁判例もあり［17］、先述の改正法案の多くも、これにつき司法の介入を定めることを企図するものであった［18］。

一九九〇年法制定の際にも、一八三八年法が知事に委ねていた決定を裁判官へ移管すること(judiciarisation)の是非が問題となり、上院で審議が重ねられた。司法機関に決定権限を委ねることを支持する人々は、(1)憲法六六条が司法機関を「個人的自由の守護者」としていること［19］、(2)ヨーロッパの多くの国（ドイツ、オランダ、スペイン）がこの方法をとっていること、とりわけ、(3)ヨーロッパ評議会閣僚会議の一九八三年二月二二日の勧告R八三一二が「収容は司法機関又は法律によって定められた適切な機関によって決定されされなければならない」とし、この方法を義務づけてはいないが好ましい方法と考えているようであること等に依拠して、司法への移管を主張した。しかし、上院は、(1)裁判官の役割は個人的自由を保証することであり、自由を奪う措置である収容を決定することではない、(2)知事、裁判官、医師、家族という収容に関係する者の間の権限の均衡を保つことによって個人的自由の尊重がより保証される、そして、社会衛生問題を担当する知事が、裁判官の管理の下に決定の権限を有する、(3)必要な治療は遅滞なく行われなければならない等の理由で、決定権限の司法への移管を僅差で拒絶し（賛成一四七、反対一七〇）、国家評議会も上院の選択を認めた。このように、決定権限の司法への移管という提案は一九九〇年法においても採用されることはなく、濫用的監置に対しては、後述のように、他の方法による改善が図られた。

第二点（収容中の個人的自由の保証）についても、その不十分さが指摘されている［20］。事実、精神障害者の状況は、立法によってではなく、おもに公衆衛生の行政機関が出す通達(circulaire)によって、次第に改善されてはいた。そして、一九八一年二月二日の「保障と自由」の法律(loi n°81-82 du 2 février 1981 renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes,J.O.3 février)が、精神障害者を受け入れる施設に適用される規定を定めて、自由入院の精神障害者の権利を列挙した。しかし、これは、同意なく入院した者

については適用されず、これらの者の権利については一九九〇年法を待たなければならなかった。

（2）精神医療をとりまく状況の変化

一八三八年以来、フランスにおける精神医療をとりまく状況は、新しい技術（精神分析療法、薬物療法（向精神薬）、脳外科手術）による強制的でない有効な治療が促進され、また、脱施設化を主張する反精神医療運動が注目されるなど、精神医学の分野における変化がみられる。しかし、状況は、それだけでなく、精神医療体制の上でも、また、政策上においても、大きく変化している。一八三八年法改正のもっとも大きな理由は、この変化から生じる現実に適応しなくなったことであると言われている［21］。

まず、精神医療体制では、開放処遇(service ouvert)や自由入院(hospitalisation libre)の発達があげられる。長い間、一八三八年法に基づく強制入院をその病状からは必要としない者やこれらの入院の厳格さを避けようとする病人は、一般病院への入院、すなわち、自由入院以外の方法を有しなかった。この自由入院は、都市で生活する家族が精神障害者を一たとえ無害であっても一自分達のそばで生活させることが困難になったという事情とあいまって発展し［22］、現在では精神医療入院の大半を占めている（一九八八年、七四％［23］）。また、施設の開放処遇化も進み、そのための改正法案も出されたが改正には至らず、政府は、通達の方法でこれを浸透させようとした［24］。法律において自由入院や開放処遇が認められたのは、先述の一九八一年二月二日の法律においてである。

自由入院の発展と並行して、同意のない入院の対象となる精神障害者、すなわち、一八三八年法の適用される精神障害者の数を制限するのに貢献したものに、政府主導による精神医療の「地域化(sectorisation)」の確立がある。一九六〇年の通達(circulaire du 15 mars 1960)により、各県がいくつかの地域に分けられ、そこで専門医、看護者、心理療法士等からなる社会医療チーム(équipe médio-sociale)が検診、通院治療、又は、治癒後の管理を行なうこととなった。「地域化」政策は一九八五年七月二五日の法律(loi n°85-772 du 25 juillet 1985 portant diverses dispositions d'ordre social,J.O.26 juillet)等によって確立された［25］。さらに、国の精神衛生政策の指針を定めた一九九〇年三月一四日の厚生大臣(ministre de la solidarité,de la santé et de la protection sociale)による通達(circulaire du 14 mars 1990,J.O.3 avril)では、家族の給付やサービスを「病院の塀の外で発展させる」ことを目的として［26］、精神医療専門病院センターの改革、精神科のベッドの廃止等、精神医療に対する革新を行おうとしている。このような社会状況の下で、一九八九年に政

府によって改正法案が提出された。ここでは、右の通達にみられた精神医療体制の革新ではなく、別の精神医療政策における優先課題が対象とされた。すなわち、「精神障害者の権利の向上」に向けての法改正が企図されたのである［27］。同法案は多くの議論と修正を経て、一九九〇年六月二七日の法律となった。

3．一九九〇年六月二七日の法律

一九九〇年法は、公衆衛生法典法律三二六条から三五五条までを改正したものである。同法は、その精神とその手続や方法の相当部分を一八三八年法に倣っているにもかかわらず、個人的自由の保護と精神障害者の権利に関して革新的であると評価される［28］。また、制定時になされた議論によって数々の妥協をしているにもかかわらず改善されているとも言われる［29］。なぜならば、同法は病人の治療施設への入院を対象としているのであって、これはもはや精神障害者の精神病院への監置ではないからである。同法の規定は、精神障害者受入施設と管理、入院の態様及び各態様における保証等、多岐にわたるが、本稿では、まず、施設の種類を簡単に述べた上で、「個人的自由の保証」という視角から、各入院態様について整理する［30］。

（1）精神障害者受入施設

施設には、自由入院患者のみを対象とする施設と自由入院及び強制入院患者を対象とする施設がある。前者は私的精神医療診療所等であり、後者は、同意のない精神障害者を受け入れる資格を知事から与えられ公役務(service public)を行う公的施設（専門病院センター及び強制入院患者を受け入れることのできる精神科を有する総合病院で一三七施設）及び私的施設（二三施設）である。他に、以前から公役務は行っていないが強制入院患者を受け入れる資格を知事に与えられた施設が五施設あったが、政府はこれらについても法改正後も資格を与えている（以後知事に資格を与えられた施設を「資格を有する施設」と略す）。これらの全施設は行政上の行為や医師の治療行為が記載される診療録(registre)を備え（法律三四一条）、デクレに定められた規則類型に則りかつ知事により承認された内部規則を設ける義務を負う（法律三三二条の一）。

（2）自由入院

同法は、旧法が規定していなかった自由入院を規定し（法律三二六条の二）、これを原則とした（法律三二六条の一・一項）。これは、一九八一年二月二日の法律により始められた改正を完成したものであり、自由入院の患者が一般入院患者と全く同じ権利を有することを強調するものである。したがって、緊急の場合を除いて、患者自身が治療を拒絶す

ることができるし、拒絶を証する書類に署名の後に退院することもできる［31］。

さらに、自由入院を対象とする施設を行政及び司法機関が定期的な訪問を行うなどその管理に服させる。すなわち、知事又はその代理人、大審裁判所所長又はその委託された者、小審裁判所裁判官、市町村長又はその代理人は六カ月に一回、共和国検事は三カ月に一回、精神障害者の受入施設を訪問する義務を負う（法律三三二条の二）。

なお、病人の精神機能が悪化した場合等、病人の状態が同意のない入院を必要とするならば、当該施設の長(directeur)は、四八時間以内に、第三者の請求に基づく入院や職権による入院（これらの入院態様については後述）に必要な手続をとらなければならず（法律三三二条）、これを怠れば刑罰に処せられる（法律三五四条 3.）。同規定ができるまでは、自由入院の精神障害者がその意思に反して施設に留めおかれるという、いわば拘禁と同一視できる状況があったが、新規定によりこのような濫用の防止ができるといわれている［32］。

この自由入院の態様が次に紹介する強制入院におけるような保護の領域に入れられていないことにつき、カルボニエ(Carbonnier)は、最初に契約上の自由があるので以後の保証は不必要と考えるのは、楽観的な見方であるとしている［33］。

（3）同意のない入院（強制入院）

同法は、旧法における「任意収容」と「職権による収容」を正確な表現に改め、「第三者の請求に基づく入院(hospitalisation sur demande d'un tiers)」と「職権による入院(hospitalisation d'office)」を規定している。さらに、強制入院における入院の手続や管理をさらに厳格に又は多重化し、入院が必要でない以上は自由を回復する保証をより確保しようとする。ここで注目されるのは、入院患者の権利の救済のための重要な組織として「県の精神医療入院委員会(commission départementale des hospitalisations psychiatriques)」（「委員会」と略）の制度が創設されたこと（法律三三二条の三、法律三三二条の四）及び同意のない入院患者の権利の明確化である（法律三二六条の三）。

(イ)県の精神医療入院委員会

まず、委員会は、控訴院の検事長により指名された医師、控訴院院長により指名された司法官(magistrat)、及び、知事と県会議長により各々指名された二人の有資格者（精神科医と精神障害者の家族の代表組織の代表者）で構成され、入院患者の自由と尊厳の尊重に関してこれらの者の状況を調査する義務を負う。すなわち、入院患者の状況を調査したり、資格を有する施設を訪問し、活動の年次報告書を共和国検事と知事に提出する。また、委

員会は、施設の所在地の大審裁判所所長が資格を有する施設内に留めおかれる者の即時の退院を命じることを提案することができる。委員会は、行政や司法機関とは別に、入院後の精神障害者の定期的なより良い管理を行うために設置された「独立した県の委員会」である［34］。しかしこれについて、ニコロ(Nicolau)は、管理のための作業量の多さや指名された精神科医が本当に自由(disponibilité)であり得るか等の問題を指摘している［35］。なお、同委員会は一九九三年秋の段階で未だ機能していない［36］。

(ロ)同意のない入院患者の権利

次に、入院患者の権利について、同法は、自由入院の患者に適用された一八八一年二月二日の法律と一般施設の入院患者に適用される一九七四年一月一四日のデクレ［37］の示唆を受け、患者の健康状態と治療に必要な自由の制限はあるものの、同意のない入院患者に対して一定の権利を認めた。法律三二六条の三は、信書の発受信の権利、自分の法的状況と権利及び施設の内部規則に関する説明を受ける権利、行政及び司法機関に連絡する権利、委員会への申立権、選挙権行使権、医師又は弁護士の助言を得る権利、並びに、宗教及び思想の自由に関する権利を明示している。しかし、治療に有害である場合など、例えば、信書の発受信の権利は制限され得るが、その場合、医師は制限の正当な理由を説明しなければならない［38］。当該制限の正当性を評価する権限については規定されてはいないが、委員会に属するだろうとされる［39］。ただし、オビ(Auby)は、医師らの権限濫用について、行政機関又は個人の責任を追及して訴えることは実際には容易ではないとし、また、権利の尊重についての刑事責任も規定されていないことから、権限濫用の場合の制裁の不確実性を指摘している［40］。右の諸権利は制限的列挙ではなく、一九八一年二月二日の法律で規定されていた電話通信や訪問を受ける権利も患者は有するとされる［41］。

治療を拒絶する権利も一九八一年二月二日の法律に規定されていた。当該権利は、治療を受ける権利及び治療に同意する権利の問題に関連する。この問題については、議会では生体医学研究に同意する者の保護に関する一九八八年一二月二〇日の法律(loi no 88-1138 du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se pretent à des recherches biomédicales,J.O.　décembre)に関して、同意のできない精神障害者を実験に服させるかどうかが問題となったものの、同法は結局いかなる規定も置いていない。もっとも、治療は、「現行の倫理規定」を厳格に尊重して行わなければならない（法律三二六条の四）。したがって、非人間的な治療や患者の精神機能の持続的又は不可逆的な変化を生じさせる治療は禁止される。しかし、いわゆる「正常な」治療の場合は問題である。

サンソ(Sansot)らは、自由入院の患者と同じ自由を認めることは困難であろうとしている。なぜなら、第三者の請求に基づく入院患者は、後述のように、入院に対する同意ができずしかも即時の治療を必要としているし、また、職権による入院患者については、同じ犯罪を繰り返すことの防止が必要であり、かつ、治療を必要とするからである。その上、強制入院において治療の拒絶を可能とすれば、同入院の機能を拘禁のみに減じさせるとする［42］。また、オビは、慣習的な通常の治療については、精神病患者のみならず一般の患者も同意を与えずともよいが、電気ショック療法や手術の場合は、患者が法律上の無能力者であればその保護制度に従い、意思を表明できない事実上の無能力者には、判例［43］が引きだした解決、すなわち、患者と血縁関係を有する「本来の保護者(protecteur naturel)」［44］が同意を与えるとする。そして、十分に決定できる弁識を備えている患者が拒絶しても、それは、有効な決定をする状態にない場合として、「本来の保護者」又は代理人に同意を求めなければならないだろうとする。強制入院患者の治療に対する同意の権利という問題は、医療行為における同意原則［45］を前にして、第三者による同意と患者本人の意思の尊重という点からも、治療の必要性という点からも、問題のあるところであり、特別法により規定されている場合もあるが［46］、同法ではこれについてのいかなる規定も置かれてはいない。

(ハ)強制入院の態様（一）ー第三者の請求に基づく入院

この入院態様においては、家族の一員又は病人の利益において行動する者が、(1)同意することができず、及び、(2)緊急の治療と病院の中での監督を必要とする精神障害者の入院の手書きでかつ署名した［47］請求をする場合、資格を有する施設の長は、一五日未満の日付のある二通の医師（一人は受入施設以外の医師）の証明書を見て、入院許可を決定する（法律三三三条、法律三三三条の一）。ただし、病人の健康に即時の危機がある場合には、一人の医師（受入施設の医師も可）による証明書だけを見て、施設の長は入院許可を出すことができる（法律三三三条の二）。請求者の「病人の利益において行動する者」について、受入施設の医師は請求できないが（法律三三三条）、例えばソーシャルワーカー等社会福祉関係の職員は請求する資格を有するとされる［48］。(1)と(2)の要件は累積的であるとされる［49］。このうち、(1)については議会で議論を引き起こした。すなわち、(1)の状態にあると考えられる精神障害者が、入院を「受け入れる」かもしれないというのである。オビは、この場合には同意は存在し得るが説明され理解した(éclairé)同意ではないとしている［50］。また、このような病人が拒絶する場合には、ニコロは、監置を少な

くする立法者の意図を考慮すれば、拒絶の意思は尊重されなければならないとしている［51］。

入院前の保証すなわち濫用的監置の回避を目的として、二通の詳細な医師の証明書が規定されたが（旧法は一通）、二番目の医師は最初の医師の診断に反対しないことが通常であり、同法の目的は達せられていないという批判がある［52］。いずれにしても、医師の証明書は「事実上の基準」である。なぜらなら、社会生活と相入れないかどうかの評価に関わるのは証明書に記載された病気の症状であり、したがって、証明書は、第三者の話に基づくことは勿論［53］、病気を科学的に記述するだけであったり、障害と入院の必要があることを確認するだけに終わることは許されず、病状を明確に記載しなければならないとされる［54］。なお、医師が患者本人、請求者、施設の長又は互いの医師の四親等以内の親族であるならば、同証明書を作成することはできない（法律三三三条）。これも濫用的監置の回避を目的とするものである。

入院中の保証として、同法は各機関による四重の管理を定め、さらに、旧法と同様身上管理人を置く。まず、身上管理人は、患者の収入が病状緩和のために使われること、退院が可能な限り行われることに注意を払う。裁判所が配偶者らの請求により指名するが、配偶者を除く推定相続人は指名されることはできない（法律三三〇条）。

次に、四重の管理では、はじめに医師による管理がある。入院後二四時間以内に、続いて一五日、さらに一カ月毎に、施設の（入院時に証明書を作成した医師以外の）医師は入院維持の必要性を確認する証明書を作成し、施設の長により知事、委員会らに送られる。証明書が作成されなければ、入院は解除(levee)される（法律三三四条、法律三三七条）。これは、無益な入院を回避するためであり、おそらく、知事が命じるとされる［55］。

医師の管理に、行政機関の管理と司法機関の管理がこれに重ねられる（法律三三二条の二）。すなわち、自由入院の場合と同様、両機関による施設の訪問がなされる（二ー３（２））。さらに、これに、先述の委員会による管理が加わる（二ー３（３）(イ)）。

退院について、これは、病気快復の後、医師の証明書によって行われることができ、また、知事の決定によっても行われることができる（法律三三八条）。知事の決定は、家族や医師の意見(position)如何によらず出されることができる。医師が快復を証明せずとも、複数の者、すなわち、身上管理人、入院の請求者、家族会により権限を認められた者、配偶者（配偶者がいなければ尊属、尊属がいなければ成年の卑属）もしくは事実婚者、又は、委員会の要求で、入院措置が解除される。ただし、施設の医師は、患者の状態が公序又は

（自分を含めた）人の安全を危うくする虞のある場合に退院に反対する意見を作成することができ、これにより、退院の暫定的延期（一五日以内）が命じられることができる（法律三三九条）。施設の所在地の大審裁判所所長は、退院について、「個人的自由の本来の守護者として顕著な役割」を演じる［56］。すなわち、裁判所所長は、患者、家族、患者の為に行動する者らのもしくは共和国検事の単なる請願(requête)で、又は、職権によって（関係者が患者の状況を裁判所に通報できる）、レフェレ(référé)手続により、必要があれば即時の退院を命じる（法律三五一条）。これは、事実上の人身保護手続(habeas corpus)である。

以上のような自由の保証に加えて、患者の快復と社会復帰の促進を目的として、一人の精神科医の決定により行われる、三カ月（更新可能）の仮退院(sortie d'essai)の制度がある。

(ニ)強制入院の態様（二）ー職権による入院

この態様においては、精神障害者が公序又は本人を含めた人の安全を「現在［57］」危うくしている場合に、（受入施設以外の）精神科医の詳細な証明書を見て、職権による入院をアレテ(arrêté)により命じるのは、知事（パリでは警視総監）である。アレテには入院を必要とした状況や入院の理由が明確に述べられていなければならない（法律三四二条）。知事が危険な精神障害者の入院を拒絶し、その者が損害を生じさせた場合［58］や、次に述べる暫定措置がとられたにもかかわらず、入院の決定における異常な遅滞の場合［59］には、知事は重いフォートをおかしたとされ、その結果、国の責任が生じる。なお、入院前に精神科医の証明書を要することは先に述べたが、入院後二四時間以内にも証明書を必要とするので（入院中の保証）、これにつき、短期間に「良質の」証明書を得ることは困難である等の批判がある［60］。

人の安全につき切迫した危険がある場合、医師の「意見(avis)」（証明書ではなくおそらく電話による一報）が出されるか又は公証人により危険を報告されると［61］、市町村長（パリでは警察署長）が、知事に二四時間以内にこれにつき報告する義務を負った上で、暫定措置をとることができる。暫定措置の内容は明確にされていないが、一般には資格を有する精神医療施設に送られるようである［62］。同暫定措置は、知事の決定なく四八時間が経過すると効力を失う（法律三四三条）。オビによると、暫定措置が必要であるにもかかわらず同措置をとらなければ、重いフォートにつき行政機関の責任を生じさせ得る［63］。

入院後の保証については、第三者の請求に基づく入院におけるもの（(ハ)）と、入院の延長の期間を除いて同じである。入院の延長の期間は、第三者の請求に基づく入院が一カ月毎に入院を更新しなければ解除されるのに対して、職権による入院は、最初の一カ月が満了する前に実施された検査の後、精神科医の意見を聞いた知事によって、三カ月の入院の延長を、続いて、六カ月毎に延長の更新がなされることができる。言い替えれば、一カ月、三カ月、続いて、六カ月毎に入院を更新しなければ入院措置は当然に解除される（法律三四五条）。カイラによると、入院形態における機関のこの違いは医学的理由によるものではなく、危険な状態に再び戻ることを恐れての安全措置にすぎない［64］。

職権による入院のアレテが知事の専権であると同様、退院（入院の解除(mainlevée)）も原則的に知事の専権である。右の場合の入院の解除も、知事が更新しない又は定期的な医療検査の結果延長を拒絶することから生じる。同様に、精神科医（施設の医師でなくともよい）の意見の後や委員会の提案に基づいてなど、いずれにしても、知事は入院を終了させる可能性を常に有している（法律三四五条、法律三四六条）。しかしながら、第三者の請求に基づく入院と同様、大審裁判所が即時の退院を命じることもできる。

さらに、同法は、刑法典六四条［65］を適用して免訴された者の職権による入院の手続も規定しており、これによれば、司法機関が知事及び委員会に知らせ、知事が、免訴された者が「現在も」危険なままでいる場合、その者の職権による入院を決定する。その者の退院は、精神科医二名の、別々に出されしかも一致した決定に基づいてのみなされることができる。二名の精神科医は、受入施設に属さず、かつ、施設の所在地の県の社会衛生局(direction des affaires sanitaires et sociales)の意見を聞いた後、共和国検事によって作成されたリストに基づき知事によって選出される（法律三四八条の一）。

職権による入院においても仮退院が認められているが、同態様の入院では、受入施設の精神科医の、書面にされ理由をつけられた提案に基づき、知事よって行なわれる（法律三五〇条）。

(ホ)退院後の保証一権利義務の回復と損害賠償責任を追及する権利

精神障害を理由に入院する者は何人も、施設退院時には「市民の権利義務のすべて」を回復し、精神医療上の病歴をもってこれに異議を唱えることはできない（法律三二六条の五）。カルボニエは、本条を独創的で重要な規定であるとしながら、誰が異議を唱えることを禁止しているのか不明であると指摘している［66］。もっとも、退院する者が成年無能力者である場合は、保護制度がそのまま存続する。

先述の退院請求の権利の他に、精神障害を理由に入院する者は、退院後、恣意的入院につき民事責任を追及する権利を有している。すなわち、その者は、命令が知事によって与えられた場合の県の責任、入院の請求をした者の責任さらに同請求を認めた施設の長の責任、又は、証明書に署名をした医師の責任を追及することができる［67］。

4．小括（一九九〇年法にみられる特質）

これまで一九九〇年法を中心に、「個人的自由の保証」という視角から、フランスにおける精神障害による入院患者の保護の状況を見てきた。ここでは、一九九〇年法における保護の状況につき、わが法との関連で特に注目される点をあげる。

まず、一九九〇年法が自由入院を原則とし、強制入院を例外としたことがあげられる。次に、恣意的監置の防止に関して、フランスでは、細部にわたる厳格な規定をおいている。その第一番目に指摘されるのが、医師の証明書に関する規定である。証明書を作成できる医師について細かく定められ、また、証明書は場合によっては二通作成しなければならず、証明書が規定の期間内に作成されなければ入院措置は解除される。この厳格さは、同証明書が入院の「事実上の基準」であるからであり、しかも、これが恣意的監置を生じさせる温床であったからに他ならない。第二番目に、一定期間を過ぎても医師や行政機関が具体的にいかなる行動もとらなければ、入院措置は自動的に解除される点があげられる。第三番目は、行政や司法から独立した委員会が入院患者の保護に向けて活動することが注目される。第四番目としては、行政機関、司法機関、及び、県の精神医療入院委員会が、施設を訪問することによる管理を行うことがあげられる。そして、最後に、最終的に入院患者の保護に大きな役割を演じるのが、憲法により「個人的自由の守護者」に任じられた司法機関であり、家族が責任を負わなければならない場面は殆どないという点が注目すべき特徴としてあげられる。例えば、司法機関は入院の決定はしないが、入院中の管理に関与したり、退院を命じることがある一方で、家族は、それぞれの場面での請求はできるが、入院時の同意などの特別な権利を有さないし、身上管理人にも配偶者を除く推定相続人はなれない。なお、恣意的監置の防止のために、入院決定の権限を司法機関に移管させることの可否について、フランスの議会では多大な議論が行われ、僅差でこれをを否定したことも付加しなければならない。

三　結びにかえて

以上のように、フランスの精神障害者の身上の保護は、恣意的監置の回避や保護を行なう者（機関）について、わが法とは異なった方法による解決をしている。ここでは、わが法との若干の比較と分析を行い、結びに代えたい。

まず、フランスの「自由入院」原則について、これは、わが法が任意入院を原則としたのと類似している。ただし、フランスの自由入院が一般患者と同じ処遇を受けるのに対して、わが国の任意入院では行動制限がある（精神保健法三六条）。また、入院の同意の有無の判定について、わが国が「患者が自らの入院について積極的に拒んではいない状態［68］」としているのに対し、フランスでは「同意できない患者」が入院を「受け入れる」場合は「同意」にあたらないという見解がある。この同意の判定の問題は、治療行為における同意や同意能力の問題とも併せてさらなる検討が必要とされよう。なお、フランスの自由入院は、他の入院患者とまったく同じ処遇としつつ、第三者の請求に基づく入院への移行を規定しており、これが自由入院の濫用の回避という意味で評価されている。一方、わが法の退院制限（七二時間）という規定（精神保健法二二条の四第三項）が、任意入院の自由入院性を限定するものであると批判されている。両規定とも強制入院への門戸を開くものであるが、その評価の違いは、精神障害者の「自由入院」自身に内在する問題に由来しているように思える。

次に、恣意的監置について、これは、わが法においても問題とされ、その回避に向けて次のような方法がとられている。まず、「精神保健指定医」制度に基づき一人（医療保護入院）又は二人（措置入院）の指定医が入院の必要性等を判定する。しかし、指定医は入院先の病院の医師や管理者であってもよいとされているので、とりわけ医療保護入院の場合においては、診断の客観性の要請から、入院先の病院医師以外の医師の診断も必要とするべきである等の提案が出されている［69］。

フランスの一九九〇年法は、恣意的監置の回避を目的として、右の提案以上に厳格な規定（診断書作成の医師に関する規定や医師の詳細な診断書の作成義務）を医師の診断書に関して置いている。しかし、それにもかかわらず、当初の目的は達成されていないとの報告もあり、恣意的監置の回避を医師の診断書という形式の厳格化に頼ることの困難さがうかがわれる。

また、わが国では、医療保護入院に際して「保護者」が同意する等の「保護者」制度を設けているが（精神保健法二〇条）、「保護者」の負担過重や不適切な「保護者」を排除する法的手段の必要性が指摘されたり、入院における「保護者」の同意の必要性が疑問視

されている［70］。

フランスではわが国におけるような家族に特別に責任を負わせる制度はない。一八三八年法の任意収容においても家族は入退院の請求権者にすぎなかったが、「任意」という言葉の示すとおり、請求者の意思の決定への関与は大きく、事実、家族と医師による恣意的監置が問題となったこともあった。一九九〇年法では、認定者である医師に関する要件を厳格にすることにより、家族は単なる請求者としての地位に後退させられている。これは、一九六八年の民法典改正以後、成年者の保護についての決定に関して家族のイニシャティヴが後退し、医師（認定者）と裁判官（決定者）とによる「本人の利害関係調節」が図られるようになり［71］、認定者としての医師の役割が大きくなったことと同じ流れを汲むものと考えられる。もっとも、精神障害者の保護に対する家族の役割が大きいことには変わりがなく、それ故、「家族のサービス」を病院外で発展させる政策が定められたのであろう。また、家族の枠は事実婚者（退院の請求の場合）にまで拡大され、フランスの家族の態様の変化が同法に反映されていることも注目される。

わが国では、保護と救済のため、新たに不服申立制度が導入され精神医療審査会が新設されたが、人身保護制度を適用することは困難であり、フランスにおけるように、司法機関が人権保護のために介入する余地は殆どない。精神医療審査会は、入院患者の保護への前進であると評価されつつも、一種の行政委員会であるため中立性に問題があるという批判や、審査件数が膨大であるためその対処をどの様に行うのか等の疑問が出されている［72］。フランスの類似の制度である県の精神医療入院委員会は独立した委員会であり活動が期待されているが、反面、委員会に要求される仕事量の多さ等からその実効性が危惧されるなど、わが国と同様の問題が指摘されている。

これまで見てきたように、一九九〇年法は、わが国に比して退院への道が広く、しかも、恣意的監置の回避が、入院ばかりでなく、入院措置の自動的解除や検事らの施設への定期的訪問等同法全体にわたって配慮されている。このような法律の制定は、私的施設に比べて公的施設が圧倒的に多く、また、地域精神医療改革が進み地域における受け皿がある程度準備されている等の社会状況に支えられている部分も大きいと考えられる。しかし、これらに併せて、フランスが、一九九〇年までの一五〇年間に、家族や医師らによる恣意的監置を経験し、「個人的自由の保証」にむけてできる限りの手段を尽くそうとしたことが大きな原動力になっていると考えられる。この「個人的自由の保証」という一九九〇年法の目的は、強制入院の患者の権利が同法によって明示的かつ具体的に保証されたことにも

示されているといえよう。

確かに、わが国とフランスでは、法（成年者保護法等）や社会（家族の態様の変化や公的施設の多寡等）が異なっており、フランスの法状況をそのままわが国に置き換えて考えることができない。しかし、わが法と同様に強制入院を維持しつつ、しかも、わが法よりも精神障害者の権利と保護を確保しようとしている一九九〇年法が、今後どのように適用されていくか、そして、結果はどうか等、その動向に注目することは必要であろう。一九九〇年法の下でフランスがどの様に保護を行っていくかを知ることは、わが法における精神障害者の保護、とりわけ、人権の保護をより充実したものにするために、資するものであると考える。なお、フランスにおいて、同法は完成されたものとして考えられてはおらず、五年後（すなわち一九九五年）の見直しが予定されていたが、一九九八年現在において、改正はなされていない。

注

［1］「同意」は入院だけでなく治療に際しても問題となる。治療行為については、「同意」だけでなく「承諾」という表現もあり、筆者は民法四条及び一二条における「同意」との混同を避けて「承諾」という表現を使用してきた(第一部)。しかし、「精神保健法」において「同意」という表現が使用されているので、第三部では、「同意」という表現にする。

[2] aliéné という言葉は一八三八年法において用いられたが、戦後、行政上の文おいて、この語はすべて malade mental という言葉に置き換えられるようになり、さらに、本稿で紹介する一九九〇年法においては、一八三八年法に おける aliéné を personnes atteintes de toubles mentaux に置き換えている。しかし、学者の多くは一九九〇年法後も malade mental という語を使用してので、その意味するところは変わっていないと思われる。ただし、後述の一九八一年二月二日の法律では、aliéné という文言を personnes atteintes de troubles mentaux と区別して使用しているが、アイムはこれを同法全体に「自由の保証(caution liberale)」を与えるためであるとしている(J.Ayme,Le devenir de la loi du 30 juin 1838 : rénovation ou innovation?, L'information Psychiatrique, 62(7), 1986,p.823)。本稿ではこれらをすべて「精神障害者」と訳す。

［3］大谷實『精神保健法』（一九九一年）一四頁

［4］一九九三年一一月に開催された第八回東京都精神医学総合研究所国際シンポジウム「精神医学における法と倫理」でも保護者の義務の負担過重（白石弘巳医師報告）や悪質な民間病院の問題（大谷實教授報告）が指摘されている。

［5］一八三八年法成立の歴史的又は社会的要因について、フランス文献としては、V. Ph.Malaourie,Droit civil,Les personnes,les incapacités,Cujas,p223. 日本語文献としては、菅原道哉・飯塚博史・岩成秀夫「一八三八年法（フランス精神障害者法）の成立過程」精神医学２８巻１２号１３９７頁以下（一九八六年）を参照。なお、一七九三年、ビセトゥル(Bicêtre)の院長に任命されたピネルは、患者を初めて鎖から開放した。そして、精神障害者を一つの集団として隔離し、医学的治療の対象であることを示した（新福尚隆「フランスの地域精神医療」臨床精神医学第五巻一号(一九七六年)八九頁）。

［6］J.Carbonnier,Droit civil,2/La Famille,les Incapacités,P.U.F.,1976,n 191 et s.（以下 La Famille と略）

［7］一八三八年法の問題点や民法典改正の経緯は、稲本洋之助『フランスの家族法』（一九八五年）一二六頁以下を参照。

［8］精神障害者の財産保護に関する問題は、稲本・前掲一三七頁以下、山口俊夫『概説フランス法上』（一九八七年）四七八頁以下参照。

［9］本稿では、紙幅の制限のため一九九〇年法の訳文を掲載できなかったが、何らかの補充をすることを考えている。

［10］J.Carbonnier,La Famille,op.cit.,no 191.

［11］J.Carbonnier,La Famille,ibid.no 191.

［12］J.-S.Cayla,La protection des malades mentaux(Commentaire de la loi du 27 juin 1990),rev.dr.sanit. et soc.,26(4),1990,p618;J.Ayme,op.cit.,p823.

［13］F.Guilbert,Liberté individuelle et hospitalisation des malades mentaux,1974, no 17; G. Goubeaux, Traité de droit civil, Les personnes, 1989, no 559 ; A.Weill et F.Terré, Droit civil,Les personnes,la famille,les incapacités, 5 ed., 1983, p899 ; Ph.Malaurie, op.cit., no705; J.Carbonnier, Droit civil, 1 / Les personnes, 1992, P.U.F., no 183 ; G. Memeteau, Remarques sur les aspects médicaux de l'internement abusif des malades mentaux, rev. dr. sanit. et soc. 1975, p154.

[14] ヴェイユとテレは、義理で証明書が与えられたり、十分な検査もせずに与えられるとしている(A.Weill et F.Terré,ibid.,no 906.)。また、アティア C.Atias は、恣意的監置を回避するために採用された医師の証明書という方法は、医師への信頼に基づき、医師と行政機関が、守秘義務という名目で正当づけられてしまう抽象的な定式を使用したり定型的に日常業務を行うことへの誘惑に屈しない場合にのみ効果があるとする（C.Atias,Les personnes,les incapacités,1985,no 100)。

[15] G.Memeteau,op.cit.,p154.

[16] J.Carbonnier,op.cit.no 183;A.Weill et F.Terré,op.cit.,no 906.

[17] 例えば、Tr.civ.,Seine,16 juin 1942,G.P.42,II,173 は、医師の証明書が十分に明瞭でないにもかかわらず、夫を厄介払したいと望んだ妻の申立を信じ恣意的監置となる措置をとったとして、国に損害賠償責任を負わせた。

[18] J.-M.Auby,La loi no 90-527 du 27 juin 1990 relative aux droits et a la protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux et à leurs conditions d'hospitalisation,J.C.P.1990.I.3463,nos 18 et s.

[19] 憲法六六条「(1)何人も恣意的に拘禁されることはできない。(2)個人的自由の守護者である司法機関が法律によって定められた要件においてこの原則の尊重を確保する。」

[20] J.Carbonnier,La Famille,op.cit.,no 191.

[21] J.-S.Cayla,op.cit.,no 1.カイラは、その他に一九八三年のヨーロッパ評議会閣僚会議の勧告R八三一二等にも適合させる必要があったとする。

[22] J.Carbonnier,op.cit.,no 185.

[23] J.-M.Auby,op.cit.,no 3.

[24] F.Guilbert,op.cit.,p193 et s.;J.-M.Auby,ibid.,no 3.

[25] J.-M.Auby,ibid.,no 3.;太田博昭「フランス精神衛生法とその問題点」臨床精神医学一七巻一一号（一九八八年）一七二二頁、武正健一「フランスの精神衛生事情」心と社会三七号（一九八三年）一一五頁。

[26] 一九九〇年五月一五日の下院での厚生大臣エヴァン(C.Evin)の発言(J.O.deb.Ass.nat.,16 mai 1990,p1303.)

[27] 一九九〇年四月一八日の上院での厚生大臣エヴァンの発言(J.O.déb.Senat 18 avril 1990,p349.)。

[28] M.-P. Champenois-Marmier et J. Sansot, La loi no 90-527 du 27 juin 1990

relative aux droits et a la protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux et à leurs conditions d'hospitalisation, A.L.D.,1991,,p123.

[29] J.Carbonnier,op.cit.,nos 183 et 186.

[30] 整理に当たって、既に引用している次の諸論稿を主に参照した。J.Carbonnier,ibid.;J.-M.Auby,op.cit.;M.-P.Champenois-Marmier et J.Sansot,op.cit.; J.-S.Cayla,op.cit.

[31] Décret no 74-27 du 14 janvier 1974 relatif aux regles de fonctionnement des centres hospitaliers et des hopitaux locaux,J.O.16 janvier,art.42 et art.60. なお、一九九一年七月に一般入院患者の権利に関する法律が制定され(loi no 91-748 du 31 juillet 1991)、施設と医師の選択の自由、説明、優れた治療のための手段等を規定した。

[32] M.-P.Champenois-Marmier et J.Sansot,op.cit.,no 17.

[33] J.Carbonnier,op.cit.,no 183.

[34] 下院での厚生大臣エヴァンの発言(J.O.déb.Ass.Nat.,16 mai 1990,p1302)。

[35] G.Nicolau,L'héritière(Réflexions sur la loi no 90-527 du 27 juin 1990 relative aux droits et a la protection des personnes hospitalisees en raison de troubles mentaux et à leurs conditions d'hospitalisation),D.1991,p32.

[36] 第八回精神研国際シンポジウム「精神医学における法と倫理」におけるカロリ(Caroli)医師の報告

[37] 注[31]参照

[38] カルボニエは、第三者宛の手紙を傍受した医師や医長の民事責任は、その傍受が患者の利益により正当づけられたならば生じないだろうとする(J.Carbonnier,op.cit.,no 184.)。

[39] M.-P.Champenois-Marmier et J.Sansot,op.cit.,no 44;J.-M.Auby,Problematique des droits des malades en droit francais, Les orientations sociales du droit contemporain,
P.U.F.1992,p.53.(以下 problematique と略。)

[40] J.-M.Auby,ibid.Problematique,p.53.

[41] J.-M.Auby,op.cit.,no 87;M.-P.Champenois-Marmier et J.Sansot,op.cit.,no 44.

[42] M.-P.Champenois-Marmier et J.Sansot,ibid.,no 43.

[43] Cass.civ.1re,8 novembre 1955,J.C.P.,II,9014,obs.R.Savatier.これは電気ショック

療法につき、同意のできなかった娘に付き添った母親に対する説明と同意が争われた事件である。

［44］サヴァチエは、同判例の評釈において、婚姻と血縁を同一視するならば、配偶者を同意を与える者の第一順位におくのが通常であるが、これに一般性を持たせることはできず、むしろ遠くの親族よりも患者の世話をする者が「本来の保護者」であるとする。ペノーも同見解である(J.Penneau,La responsabilité médicale,1977,no 48.)。しかし、アンリは、誰が「本来の保護者」であるかについての判断を医師に負わせるよりも、医師の裁量すなわち医師が必要と評価する治療についての責任を負わせるとする(H.Anrys,La responsabilité civile du médecin,Burxelles,1974,no 57.）。

［45］R.et J.Savatier,J.M.Auby et H.Pequignot,Traité de droit médical,1956,no 247;H.et L.Mazeaud et A.Tunc,Traité théorique et pratique de la responsabileté civile délictuelle et contractuelle,t.I,6e éd.,1965,no 511.

［46］フランスでも患者が同意を与えることができる以上は、同意は患者本人が与えるのが原則であるが、同意を与えることができないとされる者、すなわち、法律上又は事実上の無能力者に対する医療行為については、法定代理人(représentant légal)が同意を与え、しかも、できる限り患者をその決定につき関与させ、意思の尊重を図ることが医師倫理綱領(Décret no 79-506 du 28 juin 1979 portant code de déontologie médicale,J.O.30 Juin)四三条に規定されている。また、本文であげた生体医学研究に関する一九八八年法は、後見の下にある成年者に対する研究につき、後見人の同意を必要としつつ成年者本人の意思の尊重を規定し（公衆衛生法典法律二〇九条の一〇）、臓器摘出に関する一九七六年一二月二二日の法律(loi no 76-1180 du 22 décembre 1976,J.O.23 décembre)は、生きている者からの摘出はその者が精神的完全性を有していなければならないとしつつ（一条）、臓器摘出の拒絶を表明せずに死亡した者からの摘出を認め、その者が無能力者の場合は法定代理人の許可(autorisation)を得た後に移植目的の摘出ができるとしている（二条）。なお、フォシエらは、民法典（一九六八年法）が沈黙を守った成年無能力者の身上につき身上後見の必要性を説きながら、医療行為の決定に対して、行為の態様と目的ごとの本人の関与をも含めた「同意」について論じている(T.Fossier et M.Harichaux,La tutelle à la personne des incapables majeurs:l'exemple du consentement à l'act médical,rev.dr.sanit.et soc.27(1),1991,p6 et s.)。しかし、強制入院の精神障害者に限っての議論は、筆者の知る限り、本文に述べたもののみである。

[47] カルボニエは、手書きでしかも署名するということは、請求者の負うべき責任を強調したものとする(J.Carbonnier,op.cit.,no 183.)。

[48] M.-P.Champenois-Marmier et J.Sansot,op.cit.,no 20.

[49] J.-M.Auby,op.cit.,no 23;M.-P.Champenois-Marmier et J.Sansot,ibid.,no 19. ただし、ニコロは反対(G.Nicolau,op.cit.,p.29)。

[50] J.-M.Auby,op.cit.,no23.

[51] G.Nicolau,op.cit.,p.32.

[52] 前掲シンポジウムにおけるカロリ医師の報告。

[53] Nimes 3 juillet 1911,S.1913.2.177,note Perreau.

[54] J.Carbonnier,op.cit.,no 183.

[55] J.-S.Cayla,op.cit.,no 6.

[56] J.Carbonnier,op.cit.,no184.

[57] 一八三八年法では「危うくされる虞のある(compromettrait)」であったが、本法において、「現在危うくしている(compromettent)」と変更された。

[58] Cons.d'Etat 23 janvier 1931,D.1931.3.17,concl.Latournerie.

[59] Cons.d'Etat 22 décembre 1982,D.1984.inf.rap.105,note Moderne et Bon.

[60] G.Nicolau,op.cit.,p36.

[61] 世間の噂は問題ではないが、明白な精神障害を示す事実や行動についての一致した証言に基づく認識は問題となる。この場合、精神障害は明白である故、医師の判断は必要ではないとされる(J.-S.Cayla,op.cit.,no6.)。

[62] M.-P.Champenois-Marmier et J.Sansot,op.cit.,no 31.

[63] J.-M.Auby,op.cit.,no 42.

[64] J.S.Cayla,op.cit.,no 6.

[65] 刑法典六四条「被告人が行為の時に心神喪失(demence)の状態にあった場合、又は、抵抗できない力によって強制(contraint par une force à laquelle il n'a pu résister)されていた場合、重罪又は軽罪とならない。－刑三二七条」

[66] J.Carbonnier,op.cit.no 184.

[67] 民事責任だけでなく、刑事責任が生じる場合もある。すなわち、本稿では殆ど言及できなかったが、法律三五二条以下に、退院が命じられたにもかかわらず患者をそのまま施設に留めおく施設の長など、種々の場合の医師と施設の長の刑事責任を規定している。

[68] 昭和六三年健医精発一六号。

[69] 例えば、長沢正範「精神保健法と人身の自由」法と精神医療第二号（一九八八年）四四頁。

[70] 大谷・前掲一九六頁、長沢・前掲四九頁。

[71] 稲本・前掲一四二頁。

[72] 大谷・前掲一九七頁、長沢・前掲五〇頁以下。