

日本における終末期医療をめぐる最近の動向

丸山雅夫*

目次

はじめに

I. 終末期医療をめぐる論点の変化 - 安楽死、尊厳死、治療中止

II. 治療中止と患者殺害との混在事例(1) - 東海大学病院事件

III. 治療中止と患者殺害との混在事例(2) - 川崎共同病院事件

(1) 事案の特殊性

(2) 第一審判決とその評価

(3) 控訴審判決とその評価

(4) 最高裁決定とその射程

IV 終末期における医療行為の中止

(1) ガイドライン策定の動き

(2) 治療中止に対する刑法的評価

はじめに

2009年12月7日、日本の最高裁判所第三小法廷は、いわゆる川崎共同病院事件について、殺人罪で有罪判決(第一審および控訴審)を受けて上告(判例違反と憲法違反を主張)していた被告人(医師)に對して、上告を棄却する決定を行った(1)。本決定は、終末期医療における医師の行為をめぐるて刑事責任が問題になった事案に對して、最高裁が初めての判断を示したものとして注目すべきものである。また、本決定から2週間後の12月21日には、富山縣射水市民病院事件について、富山地方檢察廳が、殺人容疑で書類送検されていた被疑者(医師)に對して、

* 南山大學大學院 法務研究科 教授

嫌疑不十分を理由として不起訴處分とすることを發表した(2)。ふたつの事件は、それぞれ内容が大きく異なるものであり、したがって刑法上の論点も異なっているが、終末期医療における医師の対応をめぐる問題という点で共通している。また、それぞれが、日本の終末期医療における最近の問題を象徴するものだと言ってよい。そこで、以下において、医師の刑事責任に関わる問題点の検討を中心として、最近の日本における終末期医療をめぐる動向について考えてみることにしたい。

I. 終末期医療をめぐる論点の変化 — 安樂死、尊嚴死、治療中止

1. 医療技術が現在ほどに發達していなかった時期においては、終末期の医療をめぐる問題は、病氣による耐えがたい肉体的苦痛を取り除いてやるために患者を殺害することが許されるか、という積極的安樂死の是非(正当化の可否)が中心的なものであった。しかも、それは、1962年の名古屋高裁判決の事案に典型的に示されているように、医師の行爲が介在しない場面における問題(医師以外の者による患者の殺害)であることが多かった。積極的安樂死の問題においては、医師の介在は、排除されるわけではないものの、必ずしも必要的なものでもなかったのである。名古屋高裁の事案は、死期が切迫した不治の病氣による肉体的苦痛に苛まれている父親に息子が農薬を混入した牛乳を飲ませて殺害し、尊屬殺人罪(刑法旧200條)に問われたというものであった。死を囑託する父親の意思の存在を否定して尊屬殺人罪の成立を認めた名古屋地裁判決に對して、控訴審の名古屋高裁は、当時の有力な刑法學説(3)に依據して、積極的安樂死が正当化(違法阻却)されるための6要件を具体的に提示したうえで、殺害方法の不適切さを理由に囑託殺人罪(刑法202條後段)の成立を認め、執行猶予付きの有罪判決(懲役1年執行猶予3年)を言い渡した(4)。本判決については、學説において、積極的安樂死の正当化の可能性を正面から認めたものとして積極的に評価する立場(5)と、提示された6要件のすべてを充足するような安樂死の事案は考えられない(正当化される積極的安樂死の存在を事實上否定したもの)とする立場(6)が見られた。

その後、積極的安樂死の問題は、麻醉學の發達にともなう疼痛緩和医療技術

(ペイン・クリニック)の急速な進歩によって大きく変質し、本來的な積極的安樂死の問題から次第に遠ざかり、長期の闘病患者を抱えた家族の将来に対する不安などに起因する患者殺害の問題へと変化していくことになった。その實質は、安樂死そのものが問題になると言うよりは、老人問題などといった、安樂死問題の周辺にある社會問題と密接に関連するものであると言ってよい。したがって、それらのいずれにおいても、殺人罪(刑法199條)ないしは囑託殺人罪の成立が認められるのは当然である。ただ、多少なりとも安樂死との類似性や関連性が認められる事案においては、いずれも執行猶予付きの有罪判決が言い渡されている。また、川崎共同病院事件が起こるまでは、名古屋高裁の事案を唯一の例外として(7)、すべてが第一審の地裁判決で確定するという特徴が見られたところである。

ところが、最近では、いわゆる介護殺人と呼ばれる事例に見られるように、安樂死とは全く関連のない場面で患者を殺害する事案が頻発するようになっていく。このように、安樂死から出發した問題が、それとは全く無関係な問題へと擴散しているのが現實の姿である。

2. こうした経緯と並行しながら、1970年代になると、ターミナル・ケアの浸透やホスピス運動の進展などをも背景としながら、アメリカのカレン事件(8)を契機として、議論の重点は次第に尊嚴死の問題へと移行していくことになった。カレン事件の後、アメリカのいくつかの州では、尊嚴死の合法化を内容とする「自然死法」ないしは「尊嚴死法」を制定する動きが高まっている。また、日本においても、安樂死の合法化を目指して發足した(1976年)日本安樂死協會が、その名称を日本尊嚴死協會に改めたこと(1983年)からも明らかなように、尊嚴死の合法化を求める姿勢へと大きく方向轉換している。尊嚴死そのものは、人間らしく死んでいくこと(尊嚴のある自然的な死)の是非が問題になる点で、きわめて理論的な問題である。他方、それは、刑法上の問題にとどまらず、延命措置の差止めを求める民事裁判上の問題として争われることもありうる。カレン事件がそのようなものであったし、大韓民國における最近の大法院判決(2009年5月21日)も、脳損傷にもとづく植物状態患者に対する延命措置の中斷を認めるものである(9)。

アメリカや大韓民國などと比べて、日本においては、尊厳死の問題が治療の差止めを求める方法で民事裁判の場で争われる可能性はないと思われる。ただ、その現実の状況はいずれも共通しており、終末期医療現場における患者と医師の関係を問題にせざるをえない点で、医師の介入を必要としない古典的な安楽死の議論よりも一層複雑な様相を呈するものになっている(10)。患者側について言えば、自己決定にもとづく延命治療の拒否が問題とされ、医師側について言えば、治療義務の存否ないしは延命措置の限界が問題とされるものだからである。尊厳死が問題にされるようになって、終末期医療における医師の対応の是非が、はじめて重要な論点としてクローズ・アップされることになった。

このように、終末期の患者をめぐる議論は、医師が介入しない場面のものから、医療現場における医師の対応が直接的な論点になるものへと大きく変化した。さらに、具体的な事案においては、医師の行動が広い意味での安楽死問題や尊厳死問題と関わるだけでなく、患者以外にも患者の家族や近親者をも巻き込むことが通常であることから、より一層複雑な様相を呈するものになっているのである。

II. 治療中止と患者殺害との混在事例(1) — 東海大學病院事件

1. 終末期の医療現場における医師の行為が刑事事件として立件されたリーディング・ケースは、1991年に起きた東海大學病院事件であった。事案の概要は、末期の多発性骨髄腫で東海大學附屬病院に入院していた患者に対して、主治医が、家族の要請にもとづいて、フォーリーカテーテルや点滴を外したり、痰の吸引等の治療を中止した後に、塩化カリウム製剤を注射することによって死亡させたというものである。本件は、一連の医療行為の中止によっても患者が死亡することではなく、最終的には致死薬の投与によって患者を殺害せざるを得なかった点で、殺人罪の成否が直接的な論点となるものであった。本件で、検察官は、医療行為の中止の部分については不問に付したうえで(不起訴)、致死薬投与行為にもとづく患者死亡の点に限って医師を殺人罪で起訴した。横浜地裁は、本件は積極的安楽死が問題になりうる事案であるとの前提に立って、積極的安楽死を正当化する

ための4要件を具体的に提示したうえで、患者に疼痛反応がなかったことと安楽死を求める本人の意思表示がなかったことを根拠として、殺人罪の成立を認め、執行猶予付きの有罪判決(懲役2年執行猶予2年)を言い渡した(確定)(11)。

2. 横浜地裁が提示した積極的安楽死の正当化要件は、名古屋高裁の示した要件と内容的に類似するものであった。その意味では、本判決は名古屋高裁判決と大きく異なる点はないとも言える。しかし、その基本的思想において、根本的な変化が見られることは注意しておかなければならない。名古屋高裁判決は、それまで一般的であった人道主義的安楽死論の考え方を基礎として、病苦に苛まれている人を助けてやりたいという利他的・人道的動機にもとづく行為であることを根拠に、積極的安楽死の合法性を肯定し、正当化の要件を具体化したものであった。他方、本判決は、その後に進展を見たプライバシー権としての自己決定権の考え方(12)を基礎として、患者の自己決定の尊重を軸として合法化の要件を具体化したものである。すなわち、肉体的苦痛の除去・緩和のために殺害以外の代替手段が存在しない状況のもとでは、患者が自己の生命を犠牲にすることを選択してよい、という論理構成をとっている。本判決の一般的な意義は、この点にあったと言えよう。

他方、本件では、薬剤の投与行為に限って殺人罪の成否が問題とされ、尊厳死問題につながる治療の中止行為(13)については起訴されていなかった。したがって、治療行為の中止の刑法的評価という問題は、依然として正面から問題にされるものではなかった。それにもかかわらず、本判決は、治療中止の正当化の根拠と、それから導かれる正当化要件に言及している。それによれば、治療中止の正当化の根拠は、自己決定権の理論と治療義務の限界にあるとされる。また、治療中止の正当化要件は、①患者が治癒不可能な病気に冒され、回復の見込みがなく、死が避けられない末期状態にあること、②治療行為の中止を求める患者の意思表示が、治療行為の中止を行う時点で存在すること、が必要であるとされている。なお、②については、明確な意思表示がない場合には推定的意思で足り、さらに、事前の文書による意思表示や家族の意思から本人の意思が推定できることで足りる、ともされている。治療行為の中止に関する判示部分は、本件において

は傍論でしかないが、その後の川崎共同病院事件との関係では重要な意味を持っている。

3. 本判決について、學説は、積極的安樂死の正当化要件との関係では異論が見られるものの、その具体的な結論との関係で一般に肯定的な評価を与えていたと言ってよい(14)。ところが、最近、名古屋高裁判決や横浜地裁判決が、積極的安樂死の合法化のための具体的要件を提示したうえで、それを充足しない限りは違法であるとする方法論(論理構成)をとったことに對して、嚴しい批判を加える立場が見られるようになってきている。それは、そのような論理構成で医師の行動を規制することは裁判所の役割を超えるもののだとして、司法積極主義的な運用を批判するものである(15)。同様の批判は、安樂死の正当化を論じる場面に限らず、治療行為の中止の刑法的評価の場面においても妥当することになるだろう。こうした見方は、これまでは必ずしも明確に意識されることがなかったと言ってよい(16)。しかし、川崎共同病院事件の控訴審判決が、治療行為の中止について、司法消極主義的な立場を明確に表明したことで、新たな議論を呼ぶことになった。

III. 治療中止と患者殺害との混在事例 (2) — 川崎共同病院事件

(1) 事案の特殊性

事案の概要は、川崎協同病院の呼吸器内科部長であった被告人(医師)が、1998年に、氣管支喘息重積發作にともなう低酸素性腦損傷による意識不明状態で搬送されて入院していた患者に對して、入院約2週間後に、患者家族からの要請にもとづいて氣管内チューブを抜管したところ、患者が苦しみ始め、鎮靜劑の注射も効果がなかったことから、准看護師に命じて筋弛緩劑(ミオブロック)を注射させることによって患者を死亡させたというものである。本件は、医療行為の中止(抜管)によっても患者は死亡することがなく、最後は藥劑を用いて死亡させざるを得なかった点で、東海大學病院事件と類似した事案であった。

ところが、本件の檢察官は、致死藥の投与行為(准看護師を使ったミオブロッ

クの注射)だけを問題にしたのではなく、致死薬の投与行為と抜管行為(治療中止)とをあわせて殺人罪で起訴した。この点で、本件は、致死薬の投与行為だけが起訴された東海大学病院事件と大きく異なっている。これに對して、被告人側は、致死薬の投与行為については、筋弛緩剤投与と患者の死亡との間の因果関係が認められないと主張した。そのうえで、抜管行為については、治療不可能で回復の見込みがなく死が不可避な末期状態において、治療中止を求める患者の意思を推定させるような家族の強い意思表示にもとづいて、患者に自然の死を迎えさせるための治療中止としてなされたものであり、東海大学病院事件判決(治療行為の中止の正当化根拠と正当化要件に関する判示部分)に照らしても違法性がない、として無罪を主張した。このような事情のもとで、それまでの刑事裁判では直接的な争点にされることのなかった「終末期医療の中止」の問題が、はじめて表面化することになったのである。

(2) 第一審判決とその評価

第一審の横浜地裁は、筋弛緩剤の投与による呼吸筋弛緩にもとづく窒息が患者の死因であるとし、抜管行為の動機も家族の要請にもとづくものではないとした。他方、横浜地裁は、弁護士らが特に治療の中止の許容性を争っていたために、安楽死が問題になりうる点については特段に言及するところがなかった(17)。そのうえで、治療行為の中止を正面から問題にし、患者の自己決定権と医師の治療義務の限界にその正当化の根拠を求め、正当化のための具体的な要件として、①回復の見込みがなく患者の死が目前に迫っており、それを患者が正確に理解し判断する能力を保持していること、②治療中止の決定は患者本人の意思によるべきであり、自己決定の前提として、患者に對して十分な情報の提供と説明がなされていること、が必要であるとした。もっとも、患者の意思は、記録化されている事前の意思の存在、同居の家族等による患者の意思の推測等を手がかりとして、本人の眞意を探究することが認められるとした(18)。そのうえで、本件の抜管行為は、①②のいずれの要件をも充足するものではなく、また治療義務の限界を論じるほどの治療を盡くしていない時点で行われたものであるとして、筋弛

緩劑の投与と抜管行爲とをあわせて殺人罪の成立を認めたのである(懲役3年執行猶予5年)(19)。

本判決が提示した治療行爲の中止の要件は、文言的には、東海大學病院事件判決の傍論が言及していた内容とほぼ同様である。ただ、正当化の根據については、東海大學病院事件判決が2つの原理(患者の自己決定權の實現と医師の治療義務の限界)を總合的に考えていたのに對して、本判決はそれぞれが別個に機能している原理であるとしており、したがって合法性を導く範囲も異なってくる。もっとも、兩者の關係は、必ずしも明らかにされているわけではない(20)。他方、本判決の結論(殺人罪の成立)自体には、異論はありえないと言ってよい。しかし、そうであれば、筋弛緩劑の投与と患者の死との間に因果關係が明らかに認められる本件においては、治療行爲の中止について言及し、あらかじめ具体的な正当化要件を提示したうえで、その充足の有無を検討するという方法をとるまでの必要があったか、には疑問の余地がある。死期の切迫が確認できない(終末期とは言えない)本件においては、「終末期の治療中止」の正当性を理由とする被告人の主張は、そもそも「前提を欠く」ものと言わざるをえないからである。

(3) 控訴審判決とその評価

1. 事實誤認を理由とする被告人側の控訴に對して、控訴審である東京高裁は、原判決と同様に、患者の死因が筋弛緩劑の投与にもとづく呼吸筋弛緩による窒息であることを認定した。他方、抜管行爲の動機については、原判決と異なり、家族の要請にもとづくものであるとした。また、抜管行爲の正当性の主張については、患者の自己決定權と医師の治療義務の限界という2つのアプローチによる正当化の根據を仮定したうえで、本件の抜管行爲はいずれのアプローチによっても正当化できないとして、筋弛緩劑の投与と抜管行爲とをあわせて殺人罪の成立を認めた(21)。

本判決は、原判決が治療中止を正当化する具体的要件をあらかじめ提示したうえで、その充足の有無を検討して結論を導いていたのに對して、そのような認定方法は司法機關(裁判所)としての役割を超えとした点で(司法消極主義的對

応)、原判決とは決定的に異なるものである。また、本判決は、原判決とは量刑事情が異なるとして、職権によって量刑不当を理由に原判決を破棄し、懲役1年6月執行猶予3年に減軽した点も注目される。本判決の背後には、終末期医療のあり方について、理論的な共通認識も形成されておらず、医療倫理すらも確立されていない現状のもとで、司法がそのような問題に積極的に介入することへの躊躇がうかがえる(22)(23)。また、そのことが、量刑事情にも大きく反映しているものと思われる(24)。

2. 本判決に対する評価は、本件を司法的判断にはなじまない事案だとした基本的な態度に關わって異なりうる。安樂死や尊嚴死、治療行為の中止の刑法的な評価に当たって、裁判所が具体的な正当化要件を提示することに批判的な立場からすれば、本判決は肯定的に評価されるであろう。具体的な要件の提示とその充足の有無を検討しなくても、被告人の刑事責任を判断することは十分に可能だからである(25)。たとえば、名古屋高裁の積極的安樂死の事案においては、殺害方法が社会的に相当でないとすることは可能であったし、治療中止行為が起訴されなかった東海大學病院事件は、そもそも安樂死の定義から逸脱する事案であった。その意味で、本件においても、治療中止を正当化する具体的な要件の提示は、必要不可欠な前提ではない。本判決が具体的な要件を提示しなかった背景には、具体的な要件の提示が医師に「お墨付き」を与えかねないとの懸念があったからとも思われる。そうした懸念自体は、十分に理解しうるし、基本的には適切なものであると思われる。

他方、そうだとすれば、そもそも治療中止の正当化の可否に關する議論は全く不要のはずであり、したがって、患者の自己決定権と医師の治療義務の限界という2つのアプローチを仮定した判断も不必要なものであったと言わざるを得ない。具体的な要件を提示したうえでの判断にしろ、仮定的なアプローチを想定した判断にしろ、方法論的には相違が見られるものの、一定の枠組みを設定して判断する点で、結局のところ、實質的には同様のものと言わざるを得ないからである。さらに、ある行為の違法性(阻却)を判断するためには、条文上の違法阻却事由および超法規的な違法阻却事由の有無を具体的に検討しなければならない。被

告人の刑事責任を具体的に判断する場面で、正当化のアプローチを仮定するような判断手法を取ることはできないと思われる。本判決の基本的姿勢を徹底するならば、治療中止の正当性に關する被告人の主張に對しては、「所論は前提を欠く」として排斥すれば足りたはずである。

(4) 最高裁決定とその射程

判例違反と憲法違反を理由とする被告人側の上告に對して、最高裁は、刑訴法 405 條の上告理由に当たらないとして上告を棄却した。これによって、控訴審判決が確定することになった。ただ、抜管行為の違法性に關しては、職權判断がなされている。最高裁は、その前提として、脳波等の検査が實施されておらず、發症から 2 週間程度しか経過していなかった本件においては、患者の回復可能性や余命についての的確な判断を下せる状況になかったことを確認している。そのうえで、抜管行為については、それが家族の要請にもとづいて行われたことを認めながらも、家族の要請は患者の病狀等について適切な情報が伝えられたうえでのものではなく、患者の推定的意思にもとづくものでもないとして、法律上許容される治療中止には当たらないとしたのである。

最高裁は、第一審判決と異なり、治療行為中止の正当化の要件を具体的に提示することはなかった。他方、正当化を導くアプローチにすら言及していない点では、控訴審判決とも異なっている。最高裁は、被告人の行為が殺人罪を成立させるか否かを判断しただけのものにすぎない。したがって、治療行為中止の許容性についても、許容される場合のあることまでは否定しないものの、具体的な事案を想定して判断しているわけではない。また、職權判断の部分も、治療不可能で回復の見込みがなく死が不可避な末期状態において、治療中止を求める患者の意思を推定させるような家族の強い意思表示にもとづいて抜管行為をした、という被告人の主張を否定したものにすぎない。職權判断の部分から、適切で十分な説明にもとづいて家族が中止を要請した場合や、患者の推定的意思が認められるような場合を想定して、治療中止の許容性を認める趣旨を述べたとはできない。最高裁の判断は、あくまでも、ひとつの事例判断としての意義を持つにす

ぎず、その射程も極めて限定的なものである。一般論としても、本決定は、治療中止の正当化に何らかの具体的な手がかりを与えたものと評価することはできない。その意味で、問題は、依然として未解決のままに残されたのである。

IV 終末期における医療行為の中止

(1) ガイドライン策定の動き

川崎共同病院事件の第一審判決の前後から、終末期医療の現場において、死を目前に控えた患者から医師が人工呼吸器を取り外すという事件が相次いで発覚し、大きな社会問題となった。北海道立羽幌病院事件(2004年発生)(26)、富山縣射水市民病院事件(2000年から2005年にかけて発生)、和歌山縣立医大附属病院紀北分院事件(2006年)(27)などが、その典型的なものである。これらは、いずれも、人工呼吸器の取り外し(治療中止)の後に間もなく患者が死亡しているために、積極的な殺害行為にまで至った東海大学病院事件や川崎共同病院事件の事案とは決定的に異なっている。ただ、それだけに、治療中止それ自体を刑法上どのように評価すべきか、という問題を正面から突き付けるものであった。事実、これらの事件は、その後、いずれも殺人容疑で医師が書類送検されている。

こうした事情のもとで、治療中止の問題を終末期医療のあり方として議論する機運が高まり、ガイドライン策定の動きが生じることとなった。筆者自身も、北海道立羽幌病院事件との関係で、ガイドラインの策定を提言していたところである(28)。その後、射水市民病院事件を契機として、厚生労働省を中心に、終末期医療の中止を認めるためのガイドラインの策定作業が進められることになった。厚生労働省は、2006年9月に「終末期医療に関するガイドライン(たたき台)」を公表して、一般からの意見を募集したうえで、専門家による検討会を設置して議論を重ねた後、2007年6月7日に、「終末期医療の決定のプロセスに関するガイドライン」を公表した(29)。ガイドラインは、生命を短縮させる意図をもつ積極的安楽死については、それを対象から排除することを明示している(1④)。そのうえで、終末期医療とケアのあり方については、専門的な医学的検討を踏まえたイ

ンフォームド・コンセントにもとづく患者の意思決定を基本として、多専門職種の医療従事者から構成される医療・ケアチームによって、医療行為の開始・不開始、医療内容の変更、医療行為の中止等(治療方針の決定)を判断すべきだとしている(1①②、2(1)(2))。そして、治療方針の決定が困難な場合や合意が得られない場合には、複数の専門家による委員会を別途設置したうえで、検討と助言を行うことにしている(2(3))。その後も、この厚生労働省のガイドラインに加えて、特定の病院におけるガイドラインの策定や学会レベルでの策定の動き、研究機関による提案、さらには国会議員を中心とした立法化の動きが指摘されているところである(30)。

(2) 治療中止に対する刑法的評価

治療中止(人工呼吸器の取り外し)だけが問題になった射水市民病院事件等は、後に医師が殺人容疑で書類送検されたものの、いずれにおいても嫌疑不十分で不起訴処分となっている。その理由は、いずれの事案においても、人工呼吸器の取り外しと患者の死亡との間の因果関係が認められないとするものであった。したがって、これらの事案では、人工呼吸器の装着自体が、廣義の「終末期の医療行為」には当たるとしても、そもそも「治療行為」ではないと評価されたか、少なくとも患者の生命保続にとって「意味のある治療行為」ではないと評価されたことになる。このような結論は、因果関係について、大阪南港事件において最高裁決定が示した考え方からすれば(31)、十分に理解しうるものである。また、このような判断は、捜査實務において、徐々に確立しつつあるようにも思われる。

しかし、その一方で、このような判断と検察の運用は、医師の行動に「お墨付き」を与えたように理解されかねない点が危惧されるところである。厚生労働省のガイドラインは、終末期医療の方針について、その中止も含めて、多専門職種の医療従事者から構成される医療・ケアチームによるべきことを明示した。しかし、これらの事案は、いずれも、言わば個人の医師が獨断に近い形で行ったものである。その点で、重大なガイドラインへの抵触が見られる。もちろん、ガイドライン策定前のこれらの事案について、行為後に策定されたガイドラインへの抵

触を根據として非難することは適切でない。また、ガイドライン違反は、ただちに刑罰の対象(犯罪)となるわけでもない。しかし、現時点で同じことを行えば、ガイドラインに抵触することを認識しておく必要がある。さらに、ガイドライン違反という点では共通する事案にあっても、医師のガイドライン違反行為が刑法上の問題になりうる場合もあるし、ならない場合もある。いずれの場合であるかは、具体的な事案との関係で、個別的に判断されなければならない。

また、一連の事案に対する不起訴処分という結論は、因果関係が認定できないことを根據として、「處罰できない」と判断されただけのものにすぎないことにも注意すべきである。それは、決して、終末期医療現場のあり方を追認したものではない。「處罰できない」と「やってよい」は同義ではないからである。「處罰はできない」が「やってはならない行為」という分野があることを忘れてはならない。ただ、刑法は、處罰できるかどうかを問題にしうるだけで、「處罰できない」が「やってはならない行為」の範囲を明らかにすることはできない。それは、刑事司法の役割ではなく、ガイドラインの策定、さらには医療倫理の問題に委ねられるべきものである。日本の社会は、一般に、医療に対する不信感が強いと言われている。終末期医療のあり方について、医学界全体として眞剣に考え、積極的な提言を行うことによって、医療に対する不信を拂拭する努力が求められている。

(1) 最三小決平成21年12月7日公刊物未登載。

(2) 2000年9月から2005年10月にかけて、富山縣射水市民病院において、外科部長と第2外科部長が7人の末期癌患者から人工呼吸器を取り外し、その直後に患者が死亡したという事案である。警察は、2008年7月、兩外科部長を殺人容疑で富山地方檢察廳に書類送検した。しかし、檢察廳は、人工呼吸器の取り外しと死亡との間の因果関係が明らかではないとして、兩名を不起訴処分としたものである。朝日新聞(名古屋版)朝刊2009年12月22日(14版)31面、讀賣新聞(名古屋版)朝刊2009年12月22日(13版)5面など。

- (3) 小野清一郎「安樂死の問題」同『刑罰の本質について・その他』(刑事法論集第3卷、有斐閣、1955年)197頁以下参照。
- (4) 名古屋高判昭和37年12月22日高刑集15卷9号674頁。積極的安樂死を正当化するための要件として提示されたのは、①病者が現代医学の知識と技術からみて不治の病に冒され、しかもその死が目前に迫っていること、②病者の苦痛が甚だしく、何人も眞にこれを見るに忍びない程度のものなること、③もっぱら病者の死苦の緩和の目的でなされたこと、④病者の意識がなお明瞭であって意思を表明できる場合には、本人の眞摯な囑託又は承諾のあること、⑤医師の手によることを本則とし、これにより得ない場合には医師によりえないと首肯するに足る特別な事情があること、⑥その方法が倫理的にも妥当なものとして容認しうるものなること、であった。そのうえで、本件については、⑤および⑥の要件が充足されていないとしたのである。
- (5) たとえば、大塚仁「安樂死の要件」同『刑法論集(1)』(有斐閣、1976年)149頁、151頁以下。
- (6) たとえば、内田文昭「安樂死—違法阻却事由としての安樂死の成立要件」ジュリスト増刊『刑法の判例 [第2版] 』(1963年)36頁、下村康正「安死術(オイタナジー)」同『續・犯罪論の基本的思想』(成文堂、1965年)58頁以下、青柳文雄「安樂死について」同『刑事裁判と國民性 [總括編] 』(有斐閣、1979年)256頁以下。
- (7) 名古屋高裁の事案が控訴審まで争われた直接的な理由は、それが安樂死の成否が問題になる事案であったこと以上に、尊屬殺人罪の成否が問題となる事案であったことによる。1995年の改正(平成7年法91号)によって尊屬殺に對する重罰規定(刑法旧220條)が削除されるまでは、尊屬殺人罪による有罪判決には執行猶予を付けることは不可能であり(刑法25條1項参照)、實刑以外にありえなかった。したがって、原審の名古屋地裁が尊屬

殺人罪の成立を認めた本件においては、尊属殺人罪の不成立(無罪ないしは嘱託殺人罪の成立)を主張して被告人が控訴する実益が大きかった。これに對して、名古屋高裁は、死を嘱託する父親の意思の存在を認めて嘱託殺人罪の成立にとどめ、執行猶予付きの判決を宣告した。このため、被告人としては、ことさらに無罪を主張して上告審で争うまでの実益がなくなったものである。

- (8) カレン事件については、唄孝一「解題・カレン事件－シュピリア・コートの場合」ジュリスト616号(1976年)58頁以下、同「續・解題・カレン事件－シュプリーム・コートの場合」ジュリスト622号(1976年)60頁以下、町野朔「安樂死－ひとつの視点(1)(2・完)」ジュリスト630号(1977年)64頁以下、631号114頁以下。
- (9) 本件についての詳細な紹介として、金祥洙「人工呼吸器を取り外すことの可否〔上〕〔中〕〔下〕」国際商事法務37巻7号(2009年)993頁以下、8号1138頁以下、9号1278頁以下。
- (10) こうした変遷の状況については、若干古くはなっているものの、町野朔・丸山雅夫ほか編著『安樂死・尊嚴死・末期医療』(信山社、1997年)が、依然として有用なものである。
- (11) 横浜地判平成7年3月28日判例時報1530号28頁・判例タイムズ877号148頁。積極的安樂死を正当化するための要件とされたのは、①患者が耐えがたい肉体的苦痛に苦しんでいること、②患者は死が避けられず、その死期が迫っていること、③患者の肉体的苦痛を除去・緩和するために方法を盡くし他に代替手段がないこと、④生命の短縮を承諾する患者の明示の意思表示があること、であった。
- (12) 患者の自己決定(權)をめぐる議論については、町野朔「安樂死」同『犯罪

各論の現在』(有斐閣、1996年)30頁以下、同『患者の自己決定権と法』(東京大學出版會、1986年)、參照。なお、甲斐克則『安樂死と刑法』(成文堂、2003年)、同『尊嚴死と刑法』(成文堂、2004年)所收の諸論稿をも參照。

- (13) 横浜地裁は、傍論ではあるものの、「治癒不可能な病氣におかされた患者が回復の見込みがなく、治療を續けても迫っている死を避けられないとき、なお延命のための治療を續けなければならないか、あるいは意味のない延命治療を中止することが許されるか、というのが治療中止の問題であり、無駄な延命治療を打ち切って自然な死を迎えることを望むいわゆる尊嚴死の問題でもある」とした。これ以後、尊嚴死(自然死)の問題は、治療行為の中止の問題として扱われるのが一般的なものになっている。
- (14) たとえば、甲斐克則「尊嚴死・安樂死の許容要件—東海大學病院『安樂死』事件判決」ジュリスト臨時増刊1091号『平成7年度重要判例解説』(有斐閣、1996年)134頁以下。
- (15) たとえば、井田良「終末期医療と刑法」ジュリスト1339号(2007年)40頁は、積極的安樂死の正当化について、「一定の要件を定立できるとしても、それらが充足されるかどうかを行爲の時点において一定の信頼性をもって確認することが原則的に困難であり、逆に、誤った判断に基づく行動が取り返しのつかない結果を引き起こすおそれがある」とし、「あらかじめ要件を定立してその許容性を一般的に宣言し、それを医療従事者の行動基準に高めることに適さない」と批判している。
- (16) 他方、平野龍一『刑法總論Ⅱ』(有斐閣、1975年)253頁は、積極的安樂死の正当化要件を提示したうえで判断するという方法をとった名古屋高裁判決に對して、すでに、「判決であらかじめ要件を抽象的に列挙するのは疑問がある」としていた。

- (17) 他方、土本武司「治療行為の中止と合法要件」判例評論569号(判例時報1928号、2006年)26頁以下は、本件を積極的安楽死と消極的安楽死(治療の中止)とが混在する事案と見て、そうした前提から本判決の評釋を行っている。しかし、本判決が言及していない点について、従來の判例との異同を検討しても意味のないことである。
- (18) 患者の意思をこのような形で認定するのは、佐伯仁志「末期患者と患者の意思」樋口範雄編著『ケース・スタディ 生命倫理と法』(ジュリスト増刊、有斐閣、2004年)86頁以下にもとづいたものと言えよう。
- (19) 横浜地判平成17年3月25日判例時報1909号130頁・判例タイムズ1185号114頁。
- (20) たとえば、辰井聡子「重篤な患者への治療の中止—川崎協同事件第1審判決」ジュリスト臨時増刊1313号『平成17年度重要判例解説』(有斐閣、2006年)166頁は、「本判決が、医学的に有効な治療が限界に達している時点では意味のない…治療を行う義務は医師にないとして、この時点での治療停止は患者の自己決定によらずとも認めることを示そうとしたのだとすれば、平成7年判決〔東海大學病院事件判決=筆者挿入〕の基準に重要な変更を加えるものであるとともに、その方向性は妥当なものと評価できる」とする一方で、患者の自己決定が法的な治療義務に優越することを認めているのではないかとする。
- (21) 東京高判平成19年2月28日判例タイムズ1237号153頁。患者の自己決定権によるアプローチについては、家族の明確な意思表示があったとまでは認められないとし、家族の意思にもとづいて患者の意思を推定することは認められるべきでないとしている。また、医師の治療義務の限界によるアプローチについては、患者の死期が切迫していたとは認められないとし、さらに治療が困難であったとしても、治療義務が限界に達していた

とまでは認められないとしている。

- (22) 本判決は、治療中止と結びついた「尊厳死の問題を抜本的に解決するには、尊厳死法の制定ないしはこれに代わり得るガイドラインの策定が必要であ」り、「この問題は、國を舉げて議論・検討すべきものであって、司法が抜本的な解決を図るような問題ではない」と明言している。
- (23) 他方、町野朔「患者の自己決定権と医師の治療義務」刑事法ジャーナル8号(2007年)50頁、51頁は、「基本的な考え方を示すことをせずに、現行法の解釋論では無理であるとして、立法・行政に問題の解決を委ねた控訴審判決の中には、司法謙抑主義というより、ルールができればそれを守るだけという、法實証主義的思考が見える」とし、「刑事裁判で問題なのは尊厳死問題の抜本的解決ではなく、当該被告人Xを處罰すべきかである」と批判している。
- (24) この点は、小林憲太郎「治療中止の許容性の限界－川崎共同病院事件」刑事法ジャーナル2号(2006年)94頁が、第一審判決に対する評釋において指摘していたところである。
- (25) 他方、甲斐克則「終末期医療・尊厳死と医師の刑事責任」ジュリスト1293号(2005年)105頁は、第一審判決について詳細な検討を加えたうえで、「本判決は、これまでの學説および判例の議論の積み重ねを十分に考慮し、これをさらに發展させる内容を含むものであり、さらに医療現場への警鐘を鳴らすものとして高く評価できる」としている。これは、第一審判決における司法積極主義的な対応を肯定的に評価する立場と言えよう。
- (26) 2004年2月、食事を喉に詰まらせて心肺停止状態で北海道立羽幌病院に搬送されてきた患者(90歳)に對して人工呼吸器を装着し、心機能は回復したものの、自發呼吸停止と瞳孔擴大にもとづいて腦死状態と判断した医

師が人工呼吸器を外し、患者が死亡したという事案である。病院側が医師法にもとづいて警察に連絡し、2005年5月に殺人容疑で医師が書類送検された。2006年8月、旭川地検は、人工呼吸器の取外しと患者の死亡との間の因果関係が不明であるとして、不起訴処分とした。

- (27) 2006年2月、脳内出血で和歌山縣立医大附屬病院紀北分院に搬送されて緊急手術を受けた患者の容体が悪化し、呼吸停止、脳死状態に陥ったものの、「關東地方の近親者が来るまで延命してほしい」との家族の要請にもとづいて人工呼吸器を装着した後に、脳死判断のための自発呼吸の有無を確認する目的で人工呼吸器を外したところ、約30分後に患者が死亡したという事件である。分院長への報告にもとづいて調査委員会が設置され、そこでの調査を経て、警察に事実が連絡された。2007年5月、医師が殺人容疑で書類送検された。2007年12月、和歌山地検は、人工呼吸器の取外しと患者の死亡との間の因果関係が不明であるとして、不起訴処分とした。

- (28) 丸山雅夫「『過剰延命』中止基準作れ」讀賣新聞(北海道版)朝刊2004年5月20日(14版)33頁。

- (29) 厚生労働省「終末期医療の決定のプロセスに関するガイドライン」(2007年)、同「終末期医療の決定のプロセスに関するガイドライン解説編」(2007年)。いずれについても、厚生労働省のホームページから検索することができる(<http://www.mhlw.go.jp/shingi/2007/05/dl/s0521-11a.pdf>; <http://www.mhlw.go.jp/shingi/2007/05/dl/s0521-11b.pdf>)。

- (30) 井田・前出注(15)43頁以下参照。

- (31) 最三決平成2年11月20日刑集44巻8号837頁。事案の概要は、被告人が被害

者に致命的な暴行を加えて資材置場に放置して立ち去ったところ、その生存中に不詳の人物からさらに暴行を受けて被害者が死亡したというものであった。最高裁は、「犯人の暴行により被害者の死因となった傷害が形成された場合には、仮にその後第三者により加えられた暴行によって死期が早められたとしても、犯人の暴行と被害者の死亡との間の因果関係を肯定することができ[る]」とした。射水市民病院事件等の事案においては、人工呼吸器の取外しが、不詳の人物による暴行と同視されることになる。したがって、人工呼吸器の装着によって若干の延命効果が想定できるとしても、その取り外しによる生命の短縮が確認できないと判断される以上、「疑わしきは被告人の利益」の原則に従って、人工呼吸器の取り外しと患者の死亡との間の因果関係は認められないと言わざるを得ないことになる。

* 本稿は、2010年1月29日(金)に西江大學校を會場として開催された「西江大學校法學專門大學院=南山大學法科大學院學術交流セミナー」での報告原稿に加筆し、注を付けたものである。報告原稿の翻譯およびセミナー当日の通譯の勞を取っていただいた、金祥洙教授(西江大學校法學專門大學院)および金賢珠講師(西江大學校日本學科)に改めてお礼を申し上げる。

[논문투고일 : 2010. 5. 17, 논문심사일 : 2010. 6. 8, 게재확정일 : 2010. 6. 17]



キーワード 安樂死、尊嚴死、終末期医療、患者の自己決定權、医師の治療義務

参考文献リスト

- 青柳文雄「安楽死について」同『刑事裁判と国民性〔總括編〕』1979年、有斐閣
- 井田良「終末期医療と刑法」ジュリスト1339号（2007年）
- 内田文昭「安楽死」『刑法の判例〔第2版〕』1963年、有斐閣
- 大塚仁「安楽死の要件」同『刑法論集（1）』1976年、有斐閣
- 小野清一郎「安楽死の問題」同『刑罰の本質について・その他』1955年、有斐閣
- 甲斐克則「尊厳死・安楽死の許容要件」『平成7年度重要判例解説』1996年、有斐閣
- 同『安楽死と刑法』2003年、成文堂
- 同『尊厳死と刑法』2004年、成文堂
- 同「終末期医療・尊厳死と医師の刑事責任」ジュリスト1293号（2005年）
- 小林憲太郎「治療中止の許容性の限界」刑事法ジャーナル2号（2006年）
- 下村康正「安死術（オイタナジー）」同『續・犯罪論の基本的思想』1965年、成文堂
- 辰井聰子「重篤な患者への治療の中止」『平成17年度重要判例解説』2006年、有斐閣
- 土本武司「治療行為の中止と合法要件」判例評論569号（2006年）
- 唄孝一「解題・續解題・カレン事件」ジュリスト616号（1976年）、622号（1977年）
- 樋口範雄編著『ケーススタディ 生命倫理と法』2004年、有斐閣
- 平野龍一『刑法總論Ⅱ』1975年、有斐閣
- 町野朔「安楽死（1）（2・完）」ジュリスト630号、631号（1977年）
- 同『患者の自己決定権と法』1986年、東京大學出版會
- 同「安楽死」同『犯罪各論の現在』1996年、有斐閣
- 同「患者の自己決定権と医師の治療義務」刑事法ジャーナル8号（2007年）
- 町野朔・丸山雅夫ほか編著『安楽死・尊厳死・末期医療』1997年、信山社

요 약

일본에서의 종말기 의료를 둘러싼 최근의 동향

丸山雅夫(마루야마 마사오)*

목 차

서

Ⅰ. 종말기 의료를 둘러싼 논점의 변화 - 안락사, 존엄사, 치료중지

Ⅱ. 치료중지와 환자살해의 혼재사례(1) - 도카이대학병원사건

Ⅲ. 치료중지와 환자살해의 혼재사례(2) - 가와사키공동병원사건

1. 사안의 특수성

2. 제1심판결과 그 평가

3. 항소심판결과 그 평가

4. 최고재판소결정과 그 사정거리

Ⅳ. 종말기에 있어서의 의료행위의 중지

1. 가이드라인 책정의 움직임

2. 치료중지에 대한 형법적 평가

서

2009년 12월 7일 최고재판소제3소법정은 소위 가와사키공동병원사건에 관하여 살인죄로 유죄판결을 받고 있었던 피고인(의사)의 상고를 기각하는 결정을 내렸다. 이 결정은 종말기 의료를 둘러싸고 의사의 형사책임이 추궁된 사건에 대하여 최고재판소가 처음 판단을 제시한 것으로 주목된다. 또한 그 직후인 12

* 일본 南山(난잔)대학 법무연구과 교수

월 21일에는 도야마현 사수(射水)시민병원사건에 관하여 도야마지방검찰청이 살인죄 용의로 서류송검(약식기소)되어 있었던 피의자(의사)에 대하여 혐의불충분으로 불기소처분으로 하는 것을 발표하였다. 2개의 사건은 각각 내용은 크게 다르지만 종말기 의료에서의 의사의 대응을 둘러싼 최근의 문제를 상징하는 것이라고 말할 수 있다. 이에 이하에서는 최근의 일본에서의 종말기 의료를 둘러싼 동향에 관하여 생각해 보도록 하겠다.

I. 종말기 의료를 둘러싼 논점의 변화

- 안락사, 존엄사, 치료중지

1. 의료기술이 현재와 같이 발달하지 않았던 시기에 있어서는 종말기 의료를 둘러싼 문제는 질병에 의한 참을 수 없는 육체적 고통을 제거하여 주기 위해 환자를 살해하는 것이 허용되는지 라는 적극적 안락사의 시비가 중심이었다. 게다가 그것은 1962년의 나고야고등재판소판결의 사안에서 유형적으로 볼 수 있듯이 의사의 행위가 개재하지 않는 장면에서의 문제였다. 나고야고등재판소의 사안은 사망기에 근접한 불치의 질병에 의한 육체적 고통에 시달리고 있는 부친의 의뢰에 기하여 아들이 농약이 들어간 우유를 부친에게 마시게 하여 살해하여 존속살인죄(일본 구형법200조)로 소추당한 것이다. 나고야고등재판소는 당시의 유력한 형법학설에 의거하여 적극적 안락사가 정당화되기 위한 6개의 요건을 제시한 다음, 살해방법의 부적절 등을 이유로 촉탁살인죄(형법202조 후단)의 성립을 인정하고 집행유예의 유죄판결(징역1년, 집행유예3년)을 선고하였다.

그 후 적극적 안락사의 문제는 마취학의 발달에 따른 통증완화의료기술(폐인크리닉스)의 진보에 의해 크게 변질되고, 적극적 안락사의 문제에서 점차로 멀어지고 환자를 돌보는 가족의 장래에 대한 불안 등에 기인하는 살해의 문제로 변화하여 가는 것이 된다. 그 실질은 본래적인 안락사의 문제라기보다는 노인문제나 개호문제라는 안락사문제의 주변에 있는 사회문제와 밀접히 관련되는 것이 되어 있다. 따라서 그러한 모든 것에서도 살인죄(형법199조) 내지는 촉탁살인죄의 성립이 인정되는 것은 당연하다. 단, 다소 안락사가 문제가 된 사건에서는 모두 집행유예의 유죄판결이 선고되고 있다. 또한 가와사키공동병원사건이

일어나기까지는 나고야고등재판소의 사안을 유일한 예외로 하고 모두가 제1심인 지방재판소판결로 확정된다는 특징이 보여졌다.

2. 1970년대가 되면 터미널 케어의 침투나 호스피스운동의 진전 등을 배경으로 하면서 미국의 카렌사건을 계기로 하여 논의의 중점은 존엄사의 문제로 이행하여 간다. 카렌사건 후 미국의 몇 개의 주에서는 존엄사의 합법화를 내용으로 하는 ‘자연사법’이 제정되기에 이르렀다. 또한 일본에서도 안락사의 합법화를 목표로 발족한 일본안락사협회(1976년)가 그 명칭을 일본존엄사협회로 고치고(1983년) 존엄사의 합법화를 요구하는 자세로 방향전환하였다. 존엄사 그 자체는 인간답게 죽는 것(존엄이 있는 자연적인 죽음)의 시비가 문제가 되는 점에서 매우 이론적인 문제이다. 그러나 그 현실은 종말기 의료현장에서의 환자와 의사의 관계를 문제로 하지 아니할 수 없는 점에서 고전적인 안락사의 논의보다 복잡한 양상을 보여주고 있다. 환자측에서 말한다면 치료의무 내지는 연명조치의 한계가 문제가 되기 때문이다. 여기에 이르러 종말기 의료에서의 의사의 대응의 시비가 클로즈 업 되는 것이 되었다.

이렇게 하여 종말기의 환자를 둘러싼 논의는 의사가 개재하지 않는 장면의 것에서 의료현장에서의 의사의 대응이 문제가 되는 것으로 크게 변화하였다. 나아가 그 구체적인 사안은 의사의 행동이 넓은 의미에서의 안락사문제나 존엄사문제와 연관될 뿐만 아니라 환자 이외에도 환자의 가족이나 근친자를 끌어들이는 것이 보통이기 때문에 한층 복잡한 양상을 보이는 것으로 되었다.

II. 치료중지와 환자살해의 혼재사례(1) - 도카이대학병원사건

1. 종말기의 의료현장에서의 의사의 행위가 형사사건으로서 입건된 리딩케이스는 1991년에 일어난 도카이대학병원사건이었다. 사안의 개요는 말기의 다발성 골수종으로 같은 대학부속병원에 입원하고 있었던 환자에 대하여 주치의가 가족의 요청에 기하여 폴리카테텔이나 점적(点滴)을 제거하고 담의 흡인 등의 치료를 중지한 후에 염화칼륨제제를 주사하여 사망시켰다는 것이다. 이 사건에서는 일련의 의료행위의 중지에 의하여도 환자는 사망하지 않고 마지막에는 치사약의 투여에 의해 환자를 살해하게 되었기 때문에 이 치사약 투여행위에 관하여

의사가 살인죄로 기소되었다. 요코하마지방법재판소는 이 사건을 적극적 안락사가 문제가 될 수 있는 사안이라는 전제에서 그것을 정당화하기 위한 4가지 요건을 제시한 다음, 환자에게 통증반응이 없었던 것과 안락사를 요구하는 본인의 의사가 없었던 것을 근거로 하여 살인죄의 성립을 인정하고 집행유예의 유죄판결(징역 2년, 집행유예 2년)을 선고하였다(확정).

2. 이 판결이 제시한 적극적 안락사의 정당화요건은 나고야고등재판소가 제시한 요건과 유사한 것이다. 그 의미에서는 이 판결은 나고야고등재판소판결과 크게 다른 점은 없다고도 할 수 있다. 그러나 그 기본적 사상에서 근본적인 변화가 보이는 점에는 주의가 필요하다. 나고야고등재판소판결은 그 때까지 일반적이었던 인도주의적 안락사론의 견해를 기초로 하여 병고에 시달리는 사람을 도와준다는 이타적·인도적 동기에 기한 행위임을 근거로 적극적 안락사의 합법성을 긍정하고, 정당화의 요건을 구체화한 것이었다. 다른 한편 이 판결은 그 후에 진전된 자기결정권의 견해에 기초하여 환자의 자기결정권을 축으로 하여 합법화의 요건을 구체화한 것이다. 즉 육체적 고통의 제거·완화를 위하여 살해 이외의 대체수단이 없는 상황하에서는 환자가 그 생명을 희생으로 하는 것을 선택하여도 좋다는 논리구성을 취하고 있다. 이 판결의 일반적인 의의는 이 점에 있다고 말할 수 있을 것이다.

또한 이 사건에서는 약제의 투여행위에 한하여 살인죄의 성부가 문제가 되고 존엄사문제로 연결되는 치료의 중지행위에 관하여는 기소되지 않았다. 따라서 치료행위의 중지의 형법적 평가라는 문제는 여전히 정면에서 문제가 되는 일이 없었다. 그럼에도 불구하고 이 판결은 치료중지의 정당화의 근거와 요건에 언급하고 있다. 그것에 의하면 치료중지의 정당화의 근거는 자기결정권의 이론과 치료의무의 한계에 있다고 이해된다. 또한 거기에서 도출되는 치료중지의 요건은 ①치료불가능한 질병에 걸려 회복가망성이 없고 사망을 피할 수 없는 말기상태에 있는 것, ②치료중지의 시점에서 치료중지를 구하는 본인의 의사가 존재하는 것으로 되어 있다. 아울러 ②에 관하여는 명확한 의사표시가 없어도 추정적 의사로 충분하고 나아가 사전의 문서에 의한 의사표시나 가족의 의사로부터 본인의 의사가 추정될 수 있는 것으로 충분하다고도 되어 있다. 이 부분은 방론에 불

과하지만 그 후의 가와사키통동병원사건과의 관계에서는 중요한 것이다.

3. 이 판결에 대하여 학설은 일반적으로 긍정적인 평가를 하고 있었다고 말할 수 있다. 그런데 최근 나고야고등재판소판결이나 요코하마지방법재판소판결이 적극 안락사의 합법화를 위한 구체적 요건을 제시한 다음 그것을 충족시키는 못하는 한 위법하다고 하는 수법에 대하여 비판이 가해지게 되었다. 그것은 그러한 논리구성으로 의사의 행동을 규제하는 것은(사법적극주의) 법원의 역할을 초월하는 것이라고 하는 비판이다. 같은 비판은 치료행위의 중지의 평가에 관하여도 타당하다. 이 점은 지금까지 의식적으로 논의되어 오지 않았지만, 가와사키통동병원사건의 항소심판결이 치료행위의 중지에 관하여 이러한 입장(사법소극주의)을 명확히 표명한 것이다.

Ⅲ. 치료중지와 환자살해의 혼재사례(2) - 가와사키통동병원사건

1. 사안의 특수성

사안의 개요는 가와사키통동병원의 호흡기내과부장이었던 피고인(의사)이 1998년에 기관지천식 중적발작에 따른 저산소성뇌손상에 의한 의식불명상태로 입원하고 있었던 환자에 대하여 입원 약 2주일 후에 환자가족으로부터의 요청에 기하여 기관내 튜브를 발관하였던 바, 환자가 고통받기 시작하고 진정제의 주사도 효과가 없었기 때문에 준간호사에게 명하여 근이완제(미오블록)를 주사하게 하여 환자를 사망시켰다는 것이다. 이 사건은 의료행위의 중지(발관)에 의하여도 환자는 사망하지 않고 최후에는 약제를 사용하여 사망시킨 점에서 도카이대학병원사건과 같은 것이었다.

그런데 검찰관은 치사약의 투여행위만이 아니라 그것과 발관행위를 합하여 살인죄로 기소하였다. 이 점에서 이 사건은 치사약의 투여행위만을 기소한 도카이대학병원사건과 크게 차이가 있다. 이에 대하여 피고인측은 근이완제 투여와 환자의 사망과의 사이의 인과관계가 인정되지 않는다고 주장하였다. 그 다음에 발관행위에 관하여는 치료불가능으로 회복의 가망이 없고 사망이 불가피한 말

기상황에서 치료중지를 요구하는 환자의 의사를 추정시키는 것과 같은 가족의 강한 의사표시에 기하여 환자에게 자연의 사망을 맞이하게 하기 위한 치료중지로서 이루어진 것이고, 도카이대학병원사건판결에 비추어도 위법성이 없다고 하여 무죄를 주장하였다. 이러한 사정 하에서 지금까지의 형사재판에서는 직접적인 쟁점으로 되지 않았던 ‘종말기의료의 중지’의 문제가 처음으로 표면화하게 되었던 것이다.

2. 제1심판결과 그 평가

제1심인 요코하마지방법재판소는 근이완제의 투여에 의한 호흡근이완에 기한 질식이 환자의 사인이라고 하고 발판은 가족의 요청에 기한 것이 아니라고 하였다. 그리고 치료행위의 중지에 관하여는 환자의 자기결정권과 의사의 치료의무의 한계에 정당화의 근거를 요구하고, 그 구체적인 요건으로서 ①회복의 가망이 없고 환자의 사망이 임박하여 그것을 환자가 정확히 이해하고 판단할 능력을 갖고 있는 점, ②치료중지의 결정은 환자 본인의 의사에 의하여야 하고 자기결정의 전제로서 환자에 대하여 충분한 정보의 제공과 설명이 이루어진 점이 필요하다고 하였다. 물론 환자의 의사는 기록화되어 있는 사전의 의사, 동거의 가족 등에 의한 환자의 의사의 추측 등을 단서로 하여 본인의 진의를 탐구하는 것이 인정된다고 하였다. 그런 다음에 이 사건의 발판행위는 ①② 모두를 충족시키지 못하고 치료의무의 한계를 논할 정도의 치료를 다하지 않는 시점에서 행하여진 것이라고 하여 근이완제의 투여와 발판행위를 합하여 살인죄의 성립을 인정한 것이다(징역 3년, 집행유예 5년).

이 판결이 제시한 치료행위의 중지의 요건은 문언적으로는 도카이대학병원사건판결의 방론이 언급하고 있었던 내용과 거의 같다. 단, 정당화의 근거에 관하여는 도카이대학병원사건판결이 2가지 원리(환자의 자기결정권과 의사의 치료의무)를 종합적으로 생각하고 있었던 것에 대하여 이 판결은 각각을 별개의 원리라고 하고 있고, 따라서 합법성을 도출하는 범위도 다르다. 물론 이 판결의 결론(살인죄의 성립) 자체에는 이론은 있을 수 없다고 말해도 좋다. 그렇다면 근이완제의 투여와 환자의 사망과의 사이에 인과관계가 인정되는 이 사건에서는 치

료행위의 중지여 관하여 미리 구체적 정당화요건을 제시한 다음에 그 충족의 유무를 검토한다는 방법을 취할 필요가 있었는지에 관하여는 의문의 여지가 있다. 사망기에 근접한 것이 확인할 수 없는 이 사건에서는 종말기의 치료중지를 이유로 하는 피고인의 주장은 애당초 “전제를 결하는” 것이기 때문이다. 이 판결의 논리구조는 도카이대학병원사건에서의 우배석법관이 재판장으로서 이 사건에 관여하고 있었던 것과 관계가 있다고 생각된다.

3. 항소심판결과 그 평가

(1) 사실오인을 이유로 하는 피고인측의 항소에 대하여 항소심인 도쿄고등재판소는 원판결과 같이 환자의 사인이 근이완제의 투여에 기한 호흡근이완에 의한 질식이라고 인정하였다. 단, 발판행위에 관하여는 원판결과 달리 가족의 요청에 기한 것이라고 하였다. 또한 발판행위의 정당성의 주장에 관하여는 환자의 자기결정권과 의사의 치료의무의 한계라는 2가지 어프로치를 가정한 다음 이 사건의 발판행위는 어느 쪽의 어프로치에 의하여도 정당화할 수 없다고 하여 근이완제의 투여와 함께 살인죄의 성립을 인정하였다.

이 판결은 원판결이 치료중지를 정당화하는 구체적 요건을 미리 제시한 다음에 그 충족의 유무를 검토하여 결론을 도출하였음에 비해 그러한 인정방법은 사법기관(법원)의 역할을 초월한다고 한 점에서 원판결과 결정적으로 다르다. 또한 이 판결은 원판결과 양형사정이 다르다고 하여 직권에 의해 양형부당을 이유로 원판결을 파기하고 징역 1년 6월 집행유예 3년으로 경감한 점도 주목된다. 이 판결의 배후에는 종말기 의료의 중지여 관하여 이론적인 공통인식도 형성되어 있지 않고, 의료윤리마저도 확립되지 않은 현상 하에서 사법이 그것에 적극적으로 개입하는 점에 대한 주저를 엿볼 수 있다.

(2) 이 판결에 대한 평가는 이 사건을 사법적 판단에 적합하지 않다고 한 기본적인 태도에 관계되어 달라질 수 있다. 안락사나 존엄사, 치료행위의 중지의 형법적인 평가에 있어서 법원이 구체적인 정당화 요건을 제시하는 것에 비판적인 입장에 의하면, 이 판결은 긍정적으로 평가될 수 있다. 구체적인 요건의 제시와

그 충족의 유무를 검토하지 않아도 피고인의 형사책임을 판단하는 것은 충분히 가능하기 때문이다. 예를 들면 나고야고등재판소의 적극적 안락사의 사안에 있어서는 살해방법이 사회적으로 상당하지 않다고 하는 것은 가능하였고, 치료중지행위가 기소되지 않았던 도카이대학병원사건은 애당초 안락사의 정의에서 이탈하는 사안이었다. 그 의미에서 이 사건에서도 치료중지를 정당화하는 구체적 요건의 제시는 필요불가결한 전제가 아니다. 이 판결이 구체적 요건을 제시하지 않았던 배경에는 구체적 요건의 제시가 의사에게 ‘면허’를 줄 우려가 있었다고도 생각된다. 그러한 우려 자체는 충분히 이해할 수 있고 정당한 것이기도 하다.

다른 한편 그렇다고 한다면 환자의 자기결정권과 의사의 치료의무의 한계라는 2가지 어프로치를 가정한 판단도 필요없었다고 말하여야 한다. 이러한 방법론은 구체적 요건의 제시와 어프로치의 가정적 설정이라는 차이를 갖지만, 내용적으로는 일정한 틀을 설정하여 판단하는 점에서 결국은 같은 것이 되어 버리기 때문이다. 나아가 어떤 행위의 위법성의 판단에 관하여 정당화의 어프로치를 가정한 판단이라는 수법을 취할 수는 없다고 생각된다. 이 판결의 기본적 자세를 철저히 한다면 치료중지의 정당성에 관한 피고인의 주장에 대하여는 “소론은 전제를 결한다”고 하여 배척하면 충분하였을 것이다.

4. 최고재판소결정과 그 사정거리

피고인측의 상고에 대하여 최고재판소는 형소법405조의 상고이유에 해당하지 않는다고 하여 상고를 기각하였다. 이에 의해 항소심판결이 확정되었다. 단, 발관행위의 위법성에 관하여 직권판단이 내려졌다. 최고재판소는 뇌파 등의 검사가 실시되지 않았고 발증으로부터 2주일 정도의 경과라는 이 사건에 있어서는 환자의 회복가능성이나 여명에 관하여 정확한 판단을 내릴 상황이 아니었다고 하였다. 그런 다음에 발관행위에 관하여는 그것이 가족의 요청에 기하여 행하여졌음을 인정하면서, 가족의 요청은 환자의 증상 등에 관하여 적절한 정보가 전달된 후의 것이 아니고 환자의 추정적 의사에 기한 것도 아니라고 하여 법률상 허용되는 치료중지에는 해당하지 않는다고 한 것이다.

최고재판소는 제1심판결과 달리 치료행위중지의 정당화의 요건을 구체적으로

제시하지 않았다. 다른 한편 정당화를 도출하는 어프로치도 언급하지 않은 점에서는 항소심판결과도 다르다. 최고재판소는 피고인의 행위가 살인죄를 성립시키는지의 여부를 판단한 것에 불과하다. 따라서 치료행위중지의 허용성에 관하여도 허용되는 경우가 있는 것 자체는 부정하지 않았지만, 구체적인 사안을 상정하여 판단한 것은 아니다. 또한 직권판단의 부분도 치료불가능이고 회복의 가망성이 없으며 사망이 불가피한 말기상태에 있어서 치료중지를 요구하는 환자의 의사를 추정시키는 가족의 강한 의사표시에 기하여 발판행위를 하였다는 피고인의 주장을 부정한 것에 불과하다. 직권판단의 부분에서 적절하고 충분한 설명하에 가족이 중지를 요청한 경우나 환자의 추정적 의사가 인정되는 경우를 상정하여 치료중지의 허용성을 인정하는 취지를 말하였다고 할 수는 없다. 최고재판소의 판단은 어디까지나 하나의 사례판단으로서의 의의를 갖는 것에 불과하고, 그 사정거리도 매우 한정적이다. 이 결정은 치료중지의 정당화에 아무런 실마리를 준 것이 아니라고 평가할 수 있다. 그 의미에서 문제는 여전히 미해결인 상태로 있다.

IV. 종말기에 있어서의 의료행위의 중지

1. 가이드라인 책정의 움직임

가와사키공동병원사건의 제1심판결 이전부터 종말기 의료의 현장에서 의사가 사망을 눈앞에 둔 환자로부터 인공호흡기를 제거한다는 사건이 계속하여 발각되고 큰 사회문제가 되었다. 홋카이도立羽幌병원사건(2004년 발생), 도야마현射水시민병원사건(2000년부터 2005년에 걸쳐서 발생), 와카야마현립의대부속병원紀北분원사건(2006년) 등이다. 이들은 모두 인공호흡기의 제거(치료중지) 후에 바로 환자가 사망하였기 때문에 적극적인 살해에 이른 도카이대학병원사건이나 가와사키공동병원사건의 사안과는 결정적으로 다르다. 단, 그런 점에서 치료중지 그 자체를 형법상 어떻게 평가하여야 하는지 라는 문제를 정면에서 맞이하게 된 것이었다. 사실 이들 사건은 그 후 모두 살인용의로 의사가 약식기소되었다.

이러한 사정 하에서 射水시민병원사건을 계기로 하여 후생노동성을 중심으로

종말기 의료의 중지를 인정하기 위한 가이드라인의 책정작업이 진행되게 되었다. 후생노동성은 2006년 9월에 ‘종말기 의료에 관한 가이드라인(검토안)’을 공표하여 일반 시민들로부터 의견을 수집하고 전문가에 의한 검토회를 설치하여 논의를 계속한 다음 2007년 6월 7일에 ‘종말기 의료의 결정프로세스에 관한 가이드라인’을 공표하였다. 가이드라인은 생명을 단축시키는 의도를 갖는 적극적 안락사에 관하여는 그것을 대상에서 배제하는 것을 명시하고 있다(1④). 그런 다음에 종말기 의료와 케어에 관하여 전문적인 의학적 검토를 바탕으로 한 인펀드 컨센트에 기한 환자의 의사결정을 기본으로 하여 다전문직종의 의료종사자로부터 구성된 의료, 케어팀에 의해 의료행위의 개시와 불개시, 의료내용의 변경, 의료행위의 중지 등(치료방침의 결정)을 판단하여야 한다고 하고 있다(1①②, 2(1)(2)). 그리고 치료방침의 결정이 곤란한 경우나 합의를 얻을 수 없는 경우에는 복수의 전문가에 의한 위원회를 별도 설치하여 검토와 조언을 하는 것으로 하고 있다(2(3)). 그 후 이 가이드라인에 더하여 특정한 병원에서의 가이드라인의 책정이나 학회레벨에서의 책정의 움직임, 연구기관에 의한 제안, 나아가 국회의원을 중심으로 한 입법화의 움직임도 지적되고 있는 상황이다.

2. 치료중지에 대한 형법적 평가

치료중지(인공호흡기의 제거)만이 문제가 된 射水시민병원사건 등은 후에 의사가 살인용의로 약식기소되었지만 모두 혐의불충분으로 불기소처분이 되었다. 그 이유는 모든 사안에서 인공호흡기의 제거와 환자의 사망과의 사이의 인과관계가 인정되지 않는다는 것이었다. 이들 사안에서는 인공호흡기의 장착 자체가 광의의 ‘종말기 의료행위’에는 해당한다고 하여도 애당초 ‘치료행위’가 아니라고 평가된 것이 된다. 이러한 결론은 인과관계에 관하여 오사까남향사건에서 최고 재판소결정이 제시한 견해에서 본다면 충분히 이해할 수 있는 것이다.

그러나 그 한편에서 이러한 판단은 의사의 행동에 ‘면허’를 준 것처럼 이해될 수도 있다는 점이 우려된다. 후생노동성의 가이드라인은 종말기 의료의 방침에 관하여 그 중지도 포함하여 다전문직종의 의료종사자로부터 구성되는 의료, 케어팀에 의하여야 한다는 점을 명시하였다. 그러나 이들 사안은 말하자면 개인인

의사가 독단에 가까운 형태로 행한 것이다. 그 점에서 중대한 가이드라인에 대한 저촉이 보여진다. 물론 가이드라인책정 전의 이들 사안에 관하여 행위 후에 책정된 가이드라인에 대한 저촉을 근거로 하여 비난하는 것은 적절하지 않다. 또한 가이드라인위반이 바로 형벌의 대상(범죄)이 되는 것도 아니다. 그러나 현 시점에서 같은 것을 하면 가이드라인에 저촉되는 것을 인식할 필요가 있다.

일련의 사안에 대한 불기소처분이라는 결론은 인과관계를 인정할 수 없는 것을 근거로 하여 ‘처벌할 수 없다’고 판단될 것에 불과하다. 그것은 결코 종말기 의료현장의 현실을 추인한 것이 아니다. ‘처벌할 수 없다’와 ‘해도 좋다’는 같은 뜻이 아니다. ‘처벌은 할 수 없지만’ ‘해서는 안 되는 행위’라는 것이 있다. 단, 형법은 처벌할 수 있는지 어떤지만을 문제로 할 뿐이고, ‘처벌할 수 없지만’ ‘해서는 안 되는 행위’의 범위를 명확히 하는 것은 불가능하다. 그것은 형사사법의 역할이 아니라 가이드라인의 책정, 나아가 의료윤리의 문제에 맡겨져야 할 것이다. 일본은 일반적으로 의료에 대한 불신이 강하다고 말해지고 있다. 종말기 의료의 바람직한 모습에 관하여 의학적 전체로서 진지하게 생각하고 적극적인 제언을 함으로서 의료에 대한 불신을 불식할 노력이 요구되고 있다.

* 도야마현射水시민병원사건 : 2000년 9월부터 2005년 10월에 걸쳐 7명의 말기암환자의 인공호흡기를 제거하여 사망시켰다고 하여 2008년 7월 외과부장과 제2외과부장을 살인죄로 검찰송치. 2009년 12월 21일 불기소처분.

* 名古屋高判昭和37年12月22日高刑集15卷9号674頁. 적극적 안락사를 정당화하기 위한 요건으로 된 것은 ①환자가 현대의학의 지식과 기술에서 보아 불치의 병에 걸려 있고, 그 사망이 직전에 임박하여 있는 점, ②환자의 고통이 가혹하고 지켜볼 수 없는 정도의 것일 점, ③오로지 환자의 공통의 완화의 목적으로 이루어지는 점, ④환자의 의식이 명료하고 의사를 표명할 수 있는 경우에는 본인의 진지한 촉탁 또는 승낙이 있는 점, ⑤의사가 하는 것을 원칙으로 하고 의사가 할 수 없는 경우에는 충분히 설득적인 특별한 사정이 있는 점, ⑥살해의 방법이 윤리적으로도 타당한 것으로서 용인할 수 있는 점이었다.

* 나고야의 사안이 고등재판소까지 다투어진 것은 그것이 안락사의 성부의

문제가 다투어진 사안임과 동시에 존속살인 문제가 되는 사안이었던 점에 의한다. 1995년의 개정(평성7년 법91호)에 의해 존속살인에 대한 중벌규정(형법구220조)가 삭제되기까지는 존속살인의 사안에 집행유예를 붙이는 것이 불가능하고(형법25조1항 참조) 실행판결 이외에는 있을 수 없었다. 이 사건에서는 원심인 나고야지방법재판소가 존속살인죄의 성립을 인정하였기 때문에 피고인이 항소한 것이다. 이에 대하여 나고야고등재판소는 부친이 사망을 촉탁하고 있었던 점을 인정하여 촉탁살인죄의 성립에 그치고 집행유예부 판결을 선고하였다. 이 때문에 피고인으로서 상고하여 다툴 실익이 없어졌다.

* 横浜地判平成7年3月28日判例時報1530号28頁・判例タイムズ877号148頁. 적극적 안락사를 정당화하기 위한 요건으로 된 것은, ①환자가 참을 수 없는 육체적 고통을 받고 있는 점, ②환자의 사망이 불가피하고 그 시기가 임박해 있는 점, ③환자의 육체적 고통을 제거·완화하기 위한 방법을 다하고 달리 대체수단이 없는 점, ④생명의 단축을 승낙하는 환자의 명시적 의사에 있는 점이었다.

* 横浜지방법재판소는 “치료불가능한 질병에 걸린 환자가 회복의 가망이 없고 치료를 계속하여도 임박한 사망이 불가피할 때 그래도 연명을 위한 치료를 계속하여야 할지 또는 의미가 없는 연명치료를 중지하는 것이 허용될지 라는 것이 치료중지의 문제이고 무의미한 연명치료를 멈추고 자연적인 사망을 맞이하는 것을 바라는 소위 존엄사의 문제이기도 하다”라고 하였다. 이 이후 존엄사(자연사)의 문제는 치료행위의 중지의 문제로서 다루어지는 것이 일반화되었다.

* 井田良 「終末期医療と刑法」ジュリスト1339号(2007年)40頁은 적극적 안락사의 정당화에 관하여 “일정한 요건을 정립할 수 있다고 하여도 그것이 충족될지의 여부를 행위의 시점에서 일정한 신뢰성을 갖고 확인하는 것이 원칙적으로 곤란하고, 역으로 잘못된 판단에 기한 행동이 회복할 수 없는 결과를 발생시킬 우려가 있다”고 하고, “미리 요건을 정립하여 그 허용성을 일반적으로 선언하고 그것을 의료종사자의 행동기준으로 높이는 것에 적합하지 않다”고 비판하고 있다.

- * 도카이대학병원사건에서는 치료행위의 중지(발판)와 미오블록의 투여행위가 일련의 살인행위로서 기소되어 있었다.
- * 東京高判平成19年2月28日判例タイムズ1237号153頁. 환자의 자기결정권에 의한 어프로치에 관하여는 가족의 의사에 기한 환자의 의사의 추정을 인정하지 않는 것과 동시에 가족의 명확한 의사표시가 있었다고 인정되지 않는다고 하고 있다. 또한 의사의 치료의무의 한계에 의한 어프로치에 관하여는 환자의 사망이 임박한 것은 인정되지 않는다고 하고, 나아가 치료가 곤란하다고 하여도 치료의무가 한계에 달하였다고는 인정되지 않는다고 하고 있다.
- * 홋카이도立羽幌병원사건 : 2004년 2월 식사 도중 음식물이 인후에 막혀 심폐정지상태로 반송되어 온 환자(90세)에게 인공호흡기를 장착하고 심기능은 회복하였지만 자발호흡정지와 동공확대에 의하여 뇌사상태로 판단한 의사가 인공호흡기를 제거하고 환자가 사망한 사건, 의사법에 기하여 경찰에 연락하고 2005년 5월에 살인용의로 송치. 2006년 8월에 불기소처분(旭川지검).
- * 와카야마현립의대부속병원紀北분원사건 : 2006년 2월, 뇌내출혈로 반송되어 긴급수술을 한 환자의 용체가 악화되고 호흡정지, 뇌사상태에 빠졌지만 “칸토지방의 근친자가 오기까지 연명시켜 달라”는 가족의 요청에 기하여 인공호흡기를 장착한 후 뇌사판단을 위한 자발호흡의 유무를 확인하기 위한다고 하여 인공호흡기를 제거하고 약 30분 후에 사망. 분원장에게 보고하고 조사위원회의 조사를 거쳐 경찰에 연락. 2007년 5월에 살인용의로 송치. 2007년 12월에 불기소처분.
- * 最三決平成2年11月20日刑集44卷8号837頁. 피고인이 피해자에게 치명적인 폭행을 가하고 자재비치장에 방치하여 두고 가버린 후 그 생존 중에 정체불명의 인물로부터 다시 폭행을 받고 피해자가 사망하였다는 사안에 관하여 최고재판소는 “범인의 폭행에 의하여 피해자의 사인이 된 상해가 형성된 경우에는 가령 그 후 제3자에 의해 가해진 폭행에 의해 사망이 빨라졌다고 하여도 범인의 폭행과 피해자의 사망과의 사이의 인과관계를 긍정할 수 있다”고 하였다. 射水시민병원사건 등의 사안에서는 인공호흡기의 장착에 의한 연명과 그 제거에 의한 생명의 단축이 확인할 수 없다고 된 이상, “의심스러

운 것은 피고인의 이익”의 원칙에 의해 인공호흡기의 제거와 환자의 사망과의 사이의 인과관계는 인정되지 않았다는 것이 된다.

▶ **주제어** 안락사, 존엄사, 종말기의료, 환자의 자기결정권, 의사의 치료의무

국문초록

일본에서의 종말기 의료를 둘러싼 최근의 동향

丸山雅夫(마루야마)**

2009년 12월 7일 최고재판소 제3소법정은 소위 가와사키공동병원사건에 관하여 살인죄로 유죄판결을 받고 있었던 피고인(의사)의 상고를 기각하는 결정을 내렸다. 이 결정은 종말기 의료를 둘러싸고 의사의 형사책임이 추궁된 사건에 대하여 최고재판소가 처음 판단을 제시한 것으로 주목된다. 또한 그 직후인 12월 21일에는 도야마현 사수(射水)시민병원사건에 관하여 도야마지방검찰청이 살인죄 용의로 서류송검(약식기소)되어 있었던 피의자(의사)에 대하여 혐의불충분으로 불기소처분 하였다. 2개의 사건은 각각 내용은 크게 다르지만 종말기 의료에서의 의사의 대응을 둘러싼 최근의 문제를 상징하는 것이라고 말할 수 있다.

의료기술이 현재와 같이 발달하지 않았던 시기에 있어서는 종말기 의료를 둘러싼 문제는 질병에 의한 참을 수 없는 육체적 고통을 제거하기 위해 환자를 살해하는 것이 허용되는지 라는 적극적 안락사의 시비가 중심이었다. 그러나 적극적 안락사의 문제는 마취학의 발달에 따른 통증완화의료기술(폐인 크리닉스)의 진보에 의해 크게 변질되고, 적극적 안락사의 문제에서 점차로 멀어지고 환자를 돌보는 가족의 장래에 대한 불안 등에 기인하는 살해의 문제로 변화해 가고 있다. 그 실질은 본래적인 안락사의 문제라기보다는 노인문제나 개호문제라는 안락사문제의 주변에 있는 사회문제와 밀접히 관련되는 것이 되어 있다. 1970년대가 되면 터미널 케어의 침투나 호스피스운동의 진전 등을 배경으로 하면서 미국의 카렌사건을 계기로 하여 논의의 중점은 존엄사의 문제로 이행해 간다. 카렌 사건 후 미국의 몇 개의 주에서는 존엄사의 합법화를 내용으로 하는 ‘자연사법’이 제정되기에 이르렀다. 또한 일본에서도 안락사의 합법화를 목표로 발족한 일본안락사협회(1976년)가 그 명칭을 일본존엄사협회로 고치고(1983년) 존엄사의

** 일본 南山(난잔)대학 법무연구과 교수

합법화를 요구하는 자세로 방향전환하였다. 환자측에서 말한다면 치료의무 내지는 연명조치의 한계가 문제가 되기 때문이다. 여기에 이르러서야 종말기 의료에서의 의사의 대응의 시비가 클로즈 업 되는 것이 되었다.

가와사끼공동병원사건의 제1심판결 이전부터 종말기 의료의 현장에서 의사가 사망을 눈앞에 둔 환자로부터 인공호흡기를 제거한다는 사건이 계속하여 발각되고 큰 사회문제가 되었다. 홋카이도立羽幌병원사건(2004년 발생), 도야마현射水시민병원사건(2000년부터 2005년에 걸쳐서 발생), 와카야마현립의대부속병원紀北분원사건(2006년) 등이다. 射水시민병원사건을 계기로 후생노동성을 중심으로 종말기 의료의 중지를 인정하기 위한 가이드라인의 책정작업이 진행되게 되었고, 2006년 9월에 ‘종말기 의료에 관한 가이드라인(검토안)’을 공표하여 일반 시민들로부터 의견을 수집하고 전문가에 의한 검토회를 설치하여 논의를 계속한 다음, 2007년 6월 7일에 ‘종말기 의료의 결정프로세스에 관한 가이드라인’을 공표하였다. 가이드라인은 생명을 단축시키는 의도를 갖는 적극적 안락사에 관하여는 그것을 대상에서 배제하는 것을 명시하고, 종말기 의료와 케어에 관하여 전문적인 의학적 검토를 바탕으로 한 인펀드 컨센트에 기한 환자의 의사결정을 기본으로 하여 다전문직종의 의료종사자로부터 구성된 의료·케어팀에 의해 의료행위의 개시와 불개시, 의료내용의 변경, 의료행위의 중지 등(치료방침의 결정)을 판단하여야 한다고 하고 있다. 그리고 치료방침의 결정이 곤란한 경우나 합의를 얻을 수 없는 경우에는 복수의 전문가에 의한 위원회를 별도설치하여 검토와 조언을 하는 것으로 하고 있다. 그 후 이 가이드라인에 더하여 특정한 병원에서의 가이드라인의 책정이나 학회레벨에서의 책정의 움직임, 연구기관에 의한 제안, 나아가 국회의원을 중심으로 한 입법화의 움직임도 지적되고 있는 상황이다.

궁극적으로 종말기 의료를 둘러싼 문제는 형사사법의 역할이 아니라 가이드라인의 책정, 나아가 의료윤리의 문제에 맡겨져야 할 것이다. 일본은 일반적으로 의료에 대한 불신이 강하다고 말해지고 있다. 종말기 의료의 바람직한 모습에 관하여 의학계 전체로서 진지하게 생각하고 적극적인 제언을 함으로서 의료에 대한 불신을 불식할 노력이 요구되고 있다.



주제어

안락사, 존엄사, 종말기의료, 환자의 자기결정권, 의사의 치료의무