



의료과실에 있어서 허용된 위험의 법리와 신뢰의 원칙



이준상

1. 허용된 위험의 법리

「허용된 위험」은 법전에 규정되어 있는 것은 아니고, 학설에 의한 이론구성에 위임되어 있는 영역으로서, 이는 실제의 판결에 큰 역할을 하고 있다. 오늘날의 사회는 법익침해의 위험이 필연적으로 따르면서도 사회적으로 유익하고 필요한 사업 내지 행위는 수 없이 증가하고 있고, 이러한 것이 없이는 오늘의 문화적 생활을 유지할 수 없을 정도로 중요한 것이다.

그런데 이러한 사업 내지 행위가 법익침해의 위험성이 있다고 하여 그것이 위법행위이고, 사회적으로는 허용될 수 없다고

한다면 우리들의 일상생활을 마비시키게 될 것이고 사회의 발전도 정지되어 원시사회로 역행하는 결과가 될 것이다. 문화적 생활을 영위하고 사회의 진보와 발전을 촉진하기 위해서는 이와같은 종류의 위험한 행위를 금지만 하여서는 안된다.

따라서 이러한 분야에서는 그것의 실시를 위하여 일정한 기술적 법칙으로 말미암아 법익침해의 결과가 발생하였다고 그것을 위법으로 인정해서는 안된다.

그러나 기술적법칙은 위험예방을 위한 하나의 기준을 제시하는데 불과하고 복잡한 현실의 실태에 대처하기 위해서는 그 준수만으로 충분한 것은 아니다. 그 이상

행위자는 그 행위의 성질상 요구되는 주의를 상황의 변화에 따라서 적절하게 다하지 않으면 안된다. 이것이 「사회생활상 필요한 주의」라 할 수 있다.

즉 자기의 행위가(예를 들면 자동차운전) 성질상 또는 그것과 불가분적으로 타인의 법익을 침해하기에 족한 인과력을 갖고 있으면 그 행위에 수반된 통상의 사려가 경험적 지식에 의하여 위험을 예견하여야 할 의무와 그 위험의 발생을 회피하기 위하여 신중하게 행위를 조종하여야 할 의무가 있는 것이다.

그러므로 그와 같은 종류의 행위를 하는 여하한 사람에게는 타당할 수 있는 객관적 주의로서, 구체적인 상황과 행위자의 개인적 능력에 의하여 복잡한 사회변화에 적응할 수 있는 상당한 주의를 의미하는 것이다.

최근의 과실이론 특히 형사과실이론은 종래의 심리적 과실개념을 탈피하여 과실

을 행동의 유형, 실수라고 하는 행위로서 다루는 방향으로 나아가고 있다. 의료에 있어서 과실을 정하는 데에는 의사가 심리적으로 불안정한 상태였느냐 어떠한 하는 것이 아니고 의사의 행동이 구체적 사정하에서 그와 같은 상황에 당면한 보통의사로서 취할 기준-결과회피에 따른 필요한 작위, 부작위-에 충분히 대처했느냐, 어떠한가 중요한 것이다.

그런데 의료사고의 과실은 진단의 오진과 그에 따른 처치의 부적절, 투약, 주사, 수술 등의 처리를 할 때 소독 불충분에 의한 세균의 감염, 의료품의 부작용 또는 불량 약품에 따른 의료사고 등이 주된 문제로 되어 왔으나 환자의 치료, 건강상태의 개선이라는 본래의 의료행위의 취지에 위배되는 결과-부작용이나 부적당한 처치에 의한 장해-를 발생하게 했을 때에는 그것을 피해도 하고, 그 피해의 원인이 된 처치의 과실이 문제가 되어야 할 것이다.

어떤 행위의 성질상
요구되는 주의를
상황의 변화에 따라
적절히 다하지 않으면
안되는 것이 "사회생활상"
필요한 주의이다.

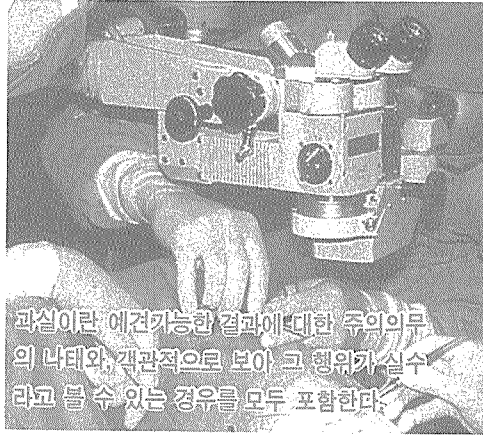


이 경우 주의의무의 한계에 대한 구체적인 사례에 있어서 피해의 발생을 방지하기 위한 것으로서 생각할 수 있는 것은 무엇인가? 그때 환자와의 관계에 있어서는 의사가 의학, 약학상의 전문지식, 기술을 가지고 있는 사람이므로 환자의 신뢰에 따라 보호자적 지위를 위임받고 있는 것이므로 특히 환자가 의사의 지시나 권고를 무시한 다든가 또는 의사의 문진에 대해 중요한 사항을 말하지 않은 등의 불신행위가 있는 경우 외에는 신뢰의 원칙을 적용하여 의사의 책임을 경감할 수 없는 것이다.

그러나 일단 잘못하면 환자에게 치료하고자 하는 질환보다 더욱 중대한 해를 일으킬 가능성이 있고, 더우기 최대한으로 신중을 기하면서 치료하였더라도 그 해의 발생을 피할 수 있는 완전한 보장이 없다는 제약이 있는 것이다. 이러한 경우 만일 실패하였을 때 그 위험을 범했다고 하는 책임(사실상의 결과책임)을 묻는다면 의사에게 부당한 부담을 줄 뿐더러, 나아가서는 의학의 진보에 방해가 될 것이다.

원래 과실이란 예견가능한 결과에 대하여 주의의무를 나태하였다는 행위자의 심리상태 뿐만 아니라 한걸음 더 나아가서 그 행위가 객관적으로 보아 실수라고 할 수 있는 것이냐는 점을 아울러 그 요건에 포함시키고 있다.

이러한 이유로 인하여 의료행위는 설명의무의 이행, 환자의 자기결정권에 따른 동의가 있는 것을 전제로 하여 기본적으로 「허용된 위험」의 법리에 타당하므로, 의사



과실이란 예견가능한 결과에 대한 주의의무의 나태와, 객관적으로 보아 그 행위가 실수라고 볼 수 있는 경우를 모두 포함한다.

를 결과론으로 보아 논의하여서는 안되는 것이다.

의학·약학의 진보는 눈부시게 발전하고 있고, 신기술·신약의 개발과 응용은 한편에 있어서는 질환의 치료에 현저한 진보를 가져오나, 또 한편으로는 미지의 위험이 구체화될지 모를 위험성이 뒤따른다는 것이다. 그러므로 신기술의 사용, 신약의 사용등에는 사고의 발생을 방지하기 위하여 관계자들은 최대한의 조치가 요구됨과 동시에 책임의 추궁에 대하여도 의학의 진보발달을 방해하고 신의료기술의 개발과 신약의 개발의 의욕을 압박하지 않도록 주의의무의 적정한 한계에 힘을 써야 한다.

2. 신뢰의 원칙

「신뢰의 원칙」은 1935년 독일 판례에서 교통사고에 기인된 도로교통에 나타난 도로교통법상의 근본원리로서 출발한 것이

다. 즉, 「자동차운전자는 다른 사람이 교통 규칙을 지키리라는 것을 신뢰해도 좋으며, 따라서 타인이 규칙위반의 태도로 나오리라는 것을 염두에 두고 있을 필요는 없다.」는 원칙을 말한다.

신뢰의 원칙은 물질문명이 현실 생활과 잘 조화될 수 있는 원칙으로서 오늘날 널리 승인되기에 이르렀다. 그리하여 우리 판례에서 「신뢰의 원칙」이 처음으로 확립된 이론이지만 최근에 와서는 그 본래의 영역을 넘어 여러사람의 분업적 협력에도 그 타당성이 지적되고 있다.

특히 의료행위나 수술행위는 그에 따르는 위험을 최소한도로 줄이기 위하여는 수술자체의 방해없는 정신집중이 무엇보다 요청되며, 수술에 집착하는 자가 자기 보조원을 신뢰할 수 없다는 생각부터 주의력의 집중을 흐리게 하는 것이다. 이는 환자의 치료란 의료기술적 시설의 응용에 그치는 것이 아니라 의사의 인격적인 모든 집

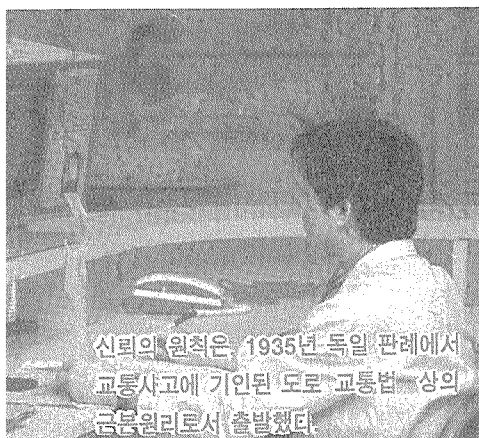
중을 요구하는 것이다.

그러므로 오늘날의 의료업무의 어려운 조건 하에서도 이와같은 인격적 참여가 가능할 수 있고, 또 법 때문에 방해받지 않아야 한다면 의사는 어느정도의 범위내에서 동료의사, 간호사, 조무사 등의 공동작업을 신뢰하지 않으면 안될 것이다.

뿐만아니라 「외과의사는 수술 시에 간호사의 올바른 전달, 예를 들면 주사기 등을 신뢰하지 않으면 안된다. 만일 의사가 적합하다고 선택한 간호사가 수술에 집중되어 검토할 수 없는 수술시각에 잘못된 주사기를 전해 주었다면 그 의사의 행위가 아니라 그 간호사의 행위가 정상의 주의를 태만한 것이고, 의사의 행위 부분이 아니라 간호사의 행위부분이 정도에 맞지 않은 위법한 것이다.」라고 하여야 할 것이다.

이러한 견해는 이미 독일에서도 1932년 판결에서 「의사가 수술준비 시에 일상의 보조와 처리에 있어서 자기의 간호사와 조무사이기에 알맞도록 채용되었고, 또 알맞은 범위내에서 일반적으로 감독되고 있다면 그들을 신뢰하여도 좋을 것은 물론이다」라고 판시하고 또 1835년 민사재판에서도 의사는 약국에서 보내온 약명의 부진지와 내용이 일치할 것이라는 것을, 물론 약국이 의사에게 「잘 알려져 있고」 또 「여러번 시험을 해 본 일이 있을 때에는 신뢰할 수 있다.」는 판결을 내린 것이다.

이러한 태도는 독일 연방대심원의 판결에서도 그대도 시인되어 오늘에 이르고 있으나, 이는 결국 분업적으로 시행되는 치



신뢰의 원칙은 1935년 독일 판례에서 교통사고에 기인된 도로 교통법 상의 금품원리로서 출발했다.

료행위에 있어서도 그 주의의무의 태만 여부를 독자적으로 검토하기에 이르렀고, 이에 따라서 다른 사람의 오류없는 협력을 신뢰하는 것도 주의의무의 태만이 아니라 고 하는데 이른 것이다.

그러나 주의의무를 이렇게 생각할 때 신뢰하였던 협력자도 한번은 실수할 수 있다는 것은 일상경험에서 알 수 있기 때문에 이러한 원리는 예견가능성의 문제는 아닌 것이다.

오히려 신뢰하였던 협력자의 실수를 전혀 계산에 넣지 않고 신뢰하여도 좋다고 한다면 결국 의료행위의 「신뢰의 원칙」을 부정하는 결과가 될 것이다. 그러므로 St-ratenwerth가 「의사는 다른 사람이 주의에 맞는 협력을 하여 줄 것을, 특수한 사정이 주의침해의 위험을 이루고 있지 않은 한 신뢰하여도 좋다.」라고 하였는데 타당한 견해라 아니 할 수 없다.

그러나 의사가 이러한 협력자를 신뢰할 수 없는 경우 예컨대 「자기가 맡은 일의 처리에 충분한 자격을 갖추지 않았거나 의사전달에 있어서 결함이 있는 경우 및 협력시에 조화의 결여가 있는 경우 등에는 의사에게 특수한 주의의무를 부담시켜야 함은 물론이다.」라고 하였다.

즉 의사는 자기의 감독하에 다른 의료관계자에 대하여 통상 불측의 사고를 방지하기 위하여 적절한 지도·조언을 할 의무가 있다고 해석한 것이고, 자기의 감독 하에 있는 의료관계자의 구체적 실책에 대하여는 적절한 지도·감독을 하였다면 시정할 수

있을 것이 가능한 한 이것을 게을리함에 대한 주의의무 위반을 면할 수 없다.

특히 자격이 없는 자의 처치에 대하여는 의사에게 완전한 감독책임이 있다고 보아야 한다. 더구나 의사가 투약하고 또는 주사를 놓은 의약품에 대해서는 의사자신은 당해의약품의 표시, 약사법상의 검정, 합격 필증등이 있는가를 확인하고 투약한 이상 내용물에 불순물이 포함되어 있어 환자의 사망 혹은 건강의 훼손이라는 사고가 일어날 수 있다.

이 때 당해제품에 불순물이 포함된 것이 간단한 주의로서 인식할 수 있는 경우 또는 이미 그 제품에 의한 사고가 일어났다는 것이 공표되고 그에 따라 당해 의약품의 사용을 금지한 경우 이외에는 그 표시를 신뢰한 것에 과실이 없다면 주된 책임은 의약품 제조관계자에게 귀착될 것이다.

또한 일반적으로 의사가 처방전을 작성할 때는 오기가 없도록 신중을 기함은 물론 오독되지 않도록 그 수량에 대하여 특히 명확한 기재를 하여야 한다는 주의의무가 있는 것은 말할 것도 없다. 그러나 조제하는 자가 자격이 있는 약사인 경우는, 특히 환자로부터 조제된 약에 대하여 이상이 있는지의 질문이 있는 경우 이외에는 일일이 조제된 약을 점검할 의무는 없다. ㉞

〈필자=한국의료법학회장·고려의대 교수〉

