

# 醫療過誤 및 紛爭의 法律的體系에 관한 연구 한 의사의 對處方法에 관하여 -

李 仙 童\*

## ABSTRACT

The Study on the legal System of medical mistakes and conflicts.  
-Centering around the methods of a herb doctor's copying with.-

Lee Sun Dong

Dept. of preventive Internal Medicine, College of Oriental Medicine, Sang Gi University

Man pursues health as his basic right. Therefore, the government should try to preserve the right of the people's health and carry out the policy of medical treatment for that. But the system of our medical care is advantageous to the medical institutions, which produce medical goods each people buys and sells freely, more than to the maintenance and improvement of their health.

That is to say, the first aim of the institution is not the healthy preservation of the people but their accumulation of riches. The medical conflicts are the social situation which is happening between those who produce medical treatment and the patients who consume it.

Its beinning comes from the lack of belief by the inhuman relationship between patients and doctors. According to the latest investigation, the patients of oriental clinics look more content than those who go to common hospitals. The reasons are as follows; fitness to one's physical

---

\*상지대학교 한의과대학 교수

constitution, the kind attitude of doctors and the view of oriental medicine toward human body. Though the content degree is higher than western medicine, such conclusions result from the present condition the number of the patients is less.

In short, the first, since the right of patients is higher and the fields make more variors and popular, the conflicts and mistakes go on increasing.

The second, in their activity of treatment, the legal inportance of attention and explanatory obligation should be considered seriously so as not to break out medical mistakes.

The third, in the center of technical books which are accepted by the academic world, the clinical exertion doing treatment is needful. The fourth, as the direct order of medical justification the self-determination of patients should be respected.

The fifth, because the process and record of treatment become important in the time of emergency legally, the conversations and movements as well as the details of treatment must be recorded.

The sixth, the academic effort about the settlement institution or the legal system is necessary.

## I. 緒 論

현대의 모든 것들은 반드시 제도나 법체제內에서 유지되며 성취되어 간다. 따라서, 法律的내용의 變化는 질서의 변화를 의미하는 중요한 뜻이 포함되어 있으며 또한 관련법규의 이해, 개정 등은 각자의 신분과 삶의 영역을 결정하는 역할을 한다. 최근 시민의식의 성숙, 관련 제도의 정비 등 여러 가지 제도가 구체화되면서 의료인들의 의료행위에 따른 紛爭과 문제가 잇따르고 있다. 다행히도 현재까지는 한의사들에게 있어서 심각하지 않지만 앞으로는 한의사들도 피해갈 수 없는 상황이 될 것으로 예상된다.

최근 사건만 해도 어느 노련한 한의사께서 수십년 臨床기간동안 처음으로 95년 二件의 의료사건에 연루되어 곤욕을 치르고 있으며 진료행위를 신중하게 해야 한다는 것을 강조하는 강의를 들은 적이 있으며, 다른 젊은 한의사는 96년 후반기에 젊은 여자 환자에게 적절한 설명없이 뜸(灸)으로 치료했는데 치료후 피부손상 때문에 환자의 고발로 돈으로 합의했다. 또한 96년 후반기에 안양의 某한약방에서 낭탕근과 창

출을 식별하지 못해 수명의 환자가 낭탕근의 독성으로 입원하게 되어 사회적 물의를 일으켰으며, 분당의 某 한의사는 치료중 환자가 사망한 사건으로 곤욕을 치르고 있음을 알고 있다. 언론과 공식적인 통계로 알려지지 않고 내부적으로 해결되는 의료불행을 흔히 볼 수 있는데 이런 것들은 모두 통계화 한다면 과거보다 앞으로 의료 관련 사고가 상당히 증가될 수 있다고 예상할 수 있다. 이 글에서는 진료 중 현실적으로 부딪히는 의료관련 사고 등은 적절히 대응할 수 있는 관련법규를 종합 정리하고자한다.

본문의 내용은 醫療紛爭의 실태, 진료중 의료인의 注意義務, 說明義務의 중요성, 환자의 自己決定權, 의료사건에 대한 刑事責任의 判斷基準 등을 내용으로 하며, 마지막으로 診療記錄部의 법적 중요성에 대하여 정리하였다. 따라서, 본문의 내용들은 의료인들이 진료과정에서 발생할 수 있는 의료사고를 줄이고, 좀 더 안전한 진료를 하는데 중요한 의의가 있으며, 앞으로의 한의사 관련법규 개정이나 法理형성 등 중요한 문제를 남기고 있음을 시사하는 글이라고 생각한다.

## II. 글의 限界 및 用語의 정의

### 1) 글의 限界

첫째, 이 글의 주요 내용이 서양의료에서 형성된 것이다.

둘째, 法理의 형성이 주로 의료침습 행위, 즉 수술, 예방주사 등 위험한 행위의 결과에 기인한 것들이다.

셋째, 한의학 관련 醫療紛爭의 정확성 부족으로 판례나 이론적 法理形成이 거의 없다.

이러한 한계에도 불구하고 이 글의 중요성은 서양의학과 한의학은 환자를 대상으로 하고 있으며, 두개의 의학이 같은 의료법을 적용 받고 있으며 또한 法理形成이 의학을 내용으로 하고 있고, 서양의학 측면에서도 아직 미개척 분야가 많기 때문에 지금까지의 발달된 내용을 연구하면서 의료관련 법규, 의료사건에 대한 법원의 시각 및 현재, 미래의 법체계의 경향들을 비교, 유추할 수 있기 때문이다.

### 2) 用語의 정의

논의의 전개를 위해서 우선 醫療紛爭과 관련된 몇 가지 개념들을 정리할 필요가 있다.

• 醫療 : 일반적으로 의료라 하면 <인간의 생명에 관련된 건강과 질병을 대상으로 하는 의학의 사회적 적용> 또는 의학적인 지식과 수단방법 즉 의술로써 질병을 진단하고 치료하는 것이라고 할 수 있다. 醫療形態로써 일반적으로 승인되어 있는 것은 질병의 치료·경감, 질병의 예방, 기형의 교정, 조산과 의술적 낙태, 치료목적을 위한 실험 등 6가지이다.

• 醫療行爲 : 의료행위란 醫療法 제12조에 따르면 <의료인이 행하는 의료·조산·간호 등 의료기술의 시행>을 뜻하며 判例에서는 <의료인이 의학의 전문적 지식을 기초로 하여 경험과 기능으로써 진찰·검안·처방·투약 또는 외과수술 등 질병의 예방이나 치료행위를 하는 것>이라 한다.

• 醫療過失 : '의료담당자가 의료행위를 함에

있어서 過失에 의하여 의료의 범위를 일탈하거나 환자 또는 기타의 범위를 일탈하여 환자에게 장애 또는 사망의 결과를 초래케 하는 것'을 말한다.

• 醫療事故 : '의료행위로 인하여 예상 외의 원치 않는 불상사가 야기된 경우를 총칭하는 것'이라 한다. 많은 문헌에서 '예상 외의 원치 않는'이라는 술어의 주어를 명료하게 하지 않고 있는데, 사소하게 보일지라도 이 점은 중요하다. 왜냐하면 의사가 예상한 것을 환자는 예상하지 못했을 경우가 얼마든지 있을 수 있으며, 이 견해 차이가 紛爭으로 비화하는 원인이 될 것이기 때문이다. 의료사고와 醫療過失은 구분된다. 의료사고가 발생한 원인에 의료인의 過失이 있을 수도 있고, 없을 수도 있다. 醫療過失이 없는 사고는 無過失事故(no-fault medical accident)가 된다. 의료인의 過失이 있느냐 없느냐 하는 판단에서 (어떠한 이유에서든) 의료인의 견해와 일반인의 견해가 다를 수도 있고, 법률적인 판단에서는 가장 중요한 요체가 된다.

醫療紛爭 : '의료사고'를 출발점으로 한 의사측과 환자측과의 다툼이다. 의료사고 또는 醫療過失이 의학적으로 정의되는 것이라면 醫療紛爭은 사회적 관계의 문제이다. 사회와 의료제도의 성격에 따라 의료사고가 紛爭으로 곧바로 이어지지 않는 나라도 많은 (예 : 스웨덴의 경우처럼) 것은 醫療紛爭이 사회적으로 발생하는 현상이기 때문이다. 바꾸어 말하면 의료사고의 발생은 의학과 의료의 성격상 얼마간 불가피하다 하더라도 제도에 따라서 紛爭은 예방될 수 있고 조기에 해결할 수가 있는 것이다.

## III. 本 論

### 1) 醫療紛爭의 실태

최근 醫療紛爭의 사례는 날로 증가하여 우리 사회의 큰 관심사가 되어 있다. 거의 모든 의료인들이 醫療紛爭에 대한 깊은 두려움을 가지고 있고, 환자들 또한 의료사고가 일어나면 일방적

인 피해를 보기 마련이라는 피해의식을 가지고 있다. 이제 의료인과 일반 국민간의 불신은 개별적인 사건의 차원에서가 아니라 서로간의 항상적이고 전면적인 '紛爭'의 상태에까지 이르고 있는 듯하다. 불행한 것은 이러한 상태가 의료인과 일반국민의 어느 쪽에도 이익이 되지 않는 방향으로 가고 있다는 것이다.

醫療紛爭의 성격을 파악할 때 이것이 의료인이나 일반국민 사이에 일어나는 개인간의 또는 집단간의 오해나 불신 또는 윤리적 타락이나 법적인 다툼 차원의 문제가 아니라, 우리 사회 그리고 우리 의료체도의 구조적 단순에 뿌리를 두고 표출되어 나오는 현상상태의 하나라는 것이다. 또한 이것이 알게 모르게 우리의 국민건강과 시민의식을 기저에서부터 위협하는 주요한 법리적 현상의 하나라는 것도 이해할 수 있다.

의학의 발전과 의료보험의 확대 실시로 보다 양질의 진료가 국민에게 제공되고 있으나, 역설적으로 의료사고와紛爭은 해마다 증가하고 있는 것이 우리의 현실이다. 이미 82년에 보사부에 의료심사조정위원회가 구성되어 있으나, 접수 건수가 극히 미미하여 기대한 바의 역할을 제대로 수행하지 못하였다. 이러한 상태에서 지속적인 醫療紛爭의 증가로 인한 갈등의 심화로 각 단체들 중심으로 적절한 피해보상방안에 대한 많은 연구와 논의가 있었으나, 아직까지 뚜렷한 대안이 마련되지 않고 있는 실정이다.

우선, 의료사고와紛爭의 실태를 다룬 기존의 자료들을 살펴봄으로써 전체적인 발생양상, 지금까지의紛爭해결방법들을 개략적으로 살펴보고자 한다. 물론 기존 자료들이 갖고 있는 한계들을 극복할 수는 없겠지만, 개괄적인 실태파악을 통하여 의료사고와紛爭 발생의 전체적인 모습을 추정해 볼 수 있을 것이고, 그 발생기전을 추론해 볼 수도 있을 것이다.

1) 醫療紛爭 발생현황

표-1은 1987~1996년까지 의협공제회에 가입한 의사들의紛爭 경험률을 정리한 것으로서 10년간 55463명의 전체 조사대상자중 3190건의紛爭 발생건수가 발생하여 평균 5.75%의 발생율을 나타냈다.

Table 1. 조사대상자 중 醫療紛爭 발생현황

년도별	조사대상자수 (사람수)	분쟁발생건수 (건수)	발생률 (%)
1987	4,805	381	7.9
1988	5,069	342	6.8
1989	5,294	366	6.9
1990	5,477	290	5.3
1991	5,796	308	5.3
1992	5,643	309	5.5
1993	5,660	283	5.0
1994	5,576	310	5.6
1995	5,974	282	4.7
1996	6,169	319	5.2
계	55,463	3,190	5.975

※ 의협 공제회자료(1987-1996)

2) 의료사고의 경험여부및 경험횟수

의협은 1987년 '개원의를 위한 설문조사 분석 통계현황' 조사에서 전국 개원(9013명)의 설문조사 대상자 3642명 중 1962명(53.9%)이 의료사고를 경험했다고 밝혔다.

Table 2. 의료사고의 경험여부 및 경험횟수

구분	응답자수	비율 (%)
경험 무	1,080	46.1
1 회	724	36.9
2 회	605	30.8
3 회	311	15.9
4- 5 회	208	10.6
6-10 회	85	4.3
11-15 회	19	1.0
16회 이상	10	0.5
경험 유	1,962	53.9
합 계	3,642	100.0

※ 개원의를 위한 설문조사 분석 통계 현황(의협, 1987)

3) 서울 YMCA 시민증계실 접수 醫療紛爭 실태('95~96)

표 3.은 서울 YMCA에 접수된 86-88, 95, 96년 의료분쟁 실태자료이다. 표에서처럼 서양의학관련 의료기관 관련 紛爭 접수율이 대부분(79.0 - 91.4%)이었으며, 한의학 관련 접수율은 3.3 - 5.0%였다. 또한 96년 한약조제 약국에서 한약을 복용하는 과정에서 발생된 醫療紛爭 접수율이 5.0%를 차지하는 등 양약사의 한약관련 紛爭이나 한방의료기관의 紛爭접수율이 증가하고 있었다.

타났으며, 진료유형별 醫療紛爭은 수술>자연분만>치료처치>오진시비>주사 順이었으며 특히 한방병원의 치료처치로 인한 2건의 醫療紛爭 건수가 있었다.

5) 의료기관별 의료사고후의 상태

표 6.은 의료기관별 醫療紛爭을 유발한 원인이 된 의료사고후의 상태를 나타낸 것이다.

Table 3. 86~88, 95, 96년 서울 YMCA접수 醫療紛爭 상태

① 86~88년

단위 : 건수

의 료 기 관	중 합 병 원	병 원	의 원	보 건 소	한 의 원	약 국	접 골 원	유사 의료 기관	가족 계획 협회	계
건수	30	24	77	6	5	2	1	3	2	150
(%)	20.0	16.0	51.4	4.0	3.3	1.3	0.7	2.0	1.3	100.0

② 95년

단위 : 건수

의료기관	서양의학(종합병원, 병원, 의원, 보건소포함)	한의원(약국, 접골원포함)	기타	계
건수(%)	191(78.9%)	16(6.6%)	35(14.4%)	242(100.0%)

③ 96년

단위 : 건수

의료기관	서양의학(종합병원, 병원, 의원, 보건소포함)	한의원, 한방병원	약국 (한약복용)	계
건수(%)	93(90.0%)	5(5.0%)	5(5.0%)	103(100.0%)

※ 연도별 서울 YMCA접수 건수

4) 진료과별, 진료유형별 현황

표 4.와 5.는 진료과목별 진료유형별 醫療紛爭의 연도별 현황이다. 서양의료의 진료과목별 醫療紛爭 접수현황은 산부인과(31.0%), 일반(28.0%), 외과(13.0%), 정형외과(7.0%)순으로 나

의료사고후의 환자 상태는 부작용>사망>장애>치료불만>태아사망>악화 順으로 나타났으며, 의료기관별 의료사고는 개인병원>사립대병원>종합병원>국·공립병원 등 順이었다.

Table 4. 양방 진료과목별 醫療紛爭의 연도별 접수 현황

전문과목	89	90	91	92	93	94	95	계
일반	24(24.5)	20(20.6)	25(25.5)	70(24.6)	65(23.5)	89(32.0)	51(21.7)	660(28.0)
내과	6( 6.1)	6( 6.2)	7( 7.1)	22( 7.7)	25( 9.0)	12( 4.3)	18( 7.7)	150( 6.7)
외과	12(12.2)	8( 8.2)	8( 8.2)	34(12.0)	27( 9.7)	15( 5.4)	22( 9.4)	311(13.0)
산부인과	45(45.9)	28(28.9)	41(41.8)	101(35.6)	108(39.0)	96(34.5)	85(36.2)	748(31.0)
소아과	4( 4.1)	4( 4.1)	4( 4.1)	6( 6.1)	8( 2.9)	6( 2.2)	4( 1.5)	74( 3.1)
정형외과	6( 6.1)	15(15.5)	2( 2.0)	25( 8.8)	16( 5.8)	23( 8.3)	18( 7.7)	161( 7.0)
신경외과	-	6( 6.2)	2( 2.0)	-	-	-	2( 0.9)	17( 0.7)
안과	-	1( 1.0)	2( 2.0)	6( 2.1)	5( 1.8)	12( 4.3)	8( 3.4)	49( 2.1)
이비인후과	-	-	4( 4.1)	7( 2.5)	4( 1.4)	6( 2.2)	7( 3.0)	43( 1.8)
피부과	-	1( 1.0)	-	3( 1.1)	3( 1.1)	5( 1.8)	3( 1.3)	19( 0.8)
비뇨기과	-	-	1( 1.0)	1( 0.4)	5( 1.8)	3( 1.1)	4( 1.7)	21( 0.9)
신경과	-	-	-	2( 0.7)	4( 1.4)	2( 0.7)	1( 0.4)	19( 0.8)
정신과	-	3( 3.1)	-	-	2( 0.7)	7( 2.5)	7( 3.0)	26( 1.1)
흉부외과	-	-	-	-	1( 0.4)	-	2( 0.9)	6( 0.3)
마취과	-	-	-	1( 0.4)	-	-	-	4( 0.2)
결핵과	-	-	-	-	-	-	-	1( 0.0)
방사선과	-	1( 1.0)	1( 1.0)	4( 1.4)	3( 1.1)	-	-	12( 0.5)
가정의학과	1( 1.0)	2( 2.0)	1( 1.0)	2( 0.7)	1( 0.4)	1( 0.4)	3( 1.3)	14( 0.6)
성형외과	-	-	2( 2.1)	-	-	-	1( 0.4)	3( 0.1)
계	98(100.0)	97(100.0)	98(100.0)	284(100.0)	277(100.0)	78(100.0)	235(100.0)	2338(100.0)

※ 醫療紛爭의 해결비용에 관련된 요인 (1996. 양성희)

#### 6) 醫療紛爭의 처리현황

병의원에서의 자체 해결과 의협 증재에 의한 해결을 합하여 紛爭 당사자간의 합의가 9년간 1829건으로 의협 공제회에 접수된 사건의 82.8% 이고, 연도별 추이를 살펴보면 당사자간의 합의에 의한 해결이 점차 증가하고 있다. 경찰, 검찰 및 법원에서는 14.1%인 310건이 해결되었는데, 이중 경찰에서는 전체의 9.6%, 검찰에서는 전체의 2.5%가 해결되었으며, 법원 판경까지 가는 사례는 전체의 2.0%에 불과했다.

#### 7) 醫療紛爭의 발생기전

醫療紛爭은 의료행위로 인하여 나타난 결과가 환자측이 바라는 기대효과에 反함으로 말미암아 다툼이 발생하는 것인데 그것은 의료인에게 醫療過誤가 있거나 또는 있다고 주장함으로써 생기는 것이다.

① 시민의식의 성숙과 상업화된 의료에 대한 불신

국민들의 권리의식의 성장은 의사-환자 관계를 이미 완전히 다른 것으로 변화시키고 있다.

Table 5. 의료기관/진료유형별 醫療紛爭의 현황

구 분	국·공립 병 원	국공립대 병 원	사립대 병 원	종합병원	개인의원	한방병원	약 국	계
수술	5	8	34	29	38			114
	4.4	7.0	29.8	25.4	33.3			100.0
주사	3		2	4	12			21
	14.3		9.5	19.0	57.1			100.0
치료처치	1	2	13	7	14	2		39
	2.6	5.1	33.3	17.9	35.9	5.1		100.0
오진시비	2		4	9	14			29
	6.9		13.8	31.0	48.3			100.0
마취				1				1
				100.0				100.0
투약	2		6		5		3	16
	12.5		37.5		31.3		18.8	100.0
수혈				1				1
				100.0				100.0
중정술				1	8			9
				11.1	88.9			100.0
자연분만	3		11	6	30			50
	6.0		22.0	12.0	60.0			100.0
수술분만	1		3	1	5			10
	10.0		30.0	10.0	50.0			100.0
검사	2	2	4	1	3			12
	16.7	16.7	33.3	8.3	25.0			100.0
응급처치	1		1	1	1			4
	25.0		25.0	25.0	25.0			100.0

※ 의료사고·紛爭 (의료사고가족 연합회, 1995)

가부장적-봉건적인 의사-환자 관계는 우리 사회에 더이상 존재하지 않는다. 가부장적 환자-의사 관계의 기억을 잊지 못하는 의사들에게는 어려운 일이겠지만 시민의식의 성숙자체를 비난할 수 없다는 점은 지적되어야 한다. 의료분야에 있어서도 시민의 권리의식은 환영하고 장려되어야 할 것이지 그 반대는 아니다. 사실 상업화되고 영리추구적인 의료제도는 의료인에 대한 국민의

인식 변화를 그 정도의 건강한 범위에 멈추게 하지 않았다. 불행히도 오늘날 국민들은 의료인에 대한 강한 불신과 혐오감을 가지게 되었다. 국민들의 이러한 변화는 醫療紛爭에 큰 영향을 주고 있다.

② 醫療紛爭 조정기구의 부재

모든 의료사고가 醫療紛爭이 되는 것은 아니다. 의료사고가 紛爭화되는 것은 紛爭화되기

전에 이를 공정하게 판정하여 공정하게 해소시켜 주고 피해자에게 충분한 보상을 하여 줄 수 있는 기구가 있느냐에 중요한 영향을 받는다. 현재 우리 나라에는 이러한 역할을 해 줄 수 있는 기구가 사실상 존재하지 않는다. 이것이 환자들이 '紛爭을 일으키게'되는 이유가 된다.

③ 의료인들의 지식 독점

醫療紛爭의 공정한 판정에 있어 의료전문인의 지식 독점은 매우 중요한 문제이다. 한 검사는 '의료분야의 전문가인 의료인을 대상으로 재판관을 하기 위해서는, 어쩔 수 없이 또 다른 의료인의 증언과 진술이 필요하며, 이것이 사실상 판

결에 큰 영향을 미치고 있기 때문'이라고 말하고 있다. YMCA 시민증계실의 한 강사는 '고도의 전문적 지식이 없이 醫療人過失 입증에 불가능에 가까와 이 문제는 결국 의료계 내부의 자성에 대한 마련이 없이 해결되기 어려운 것임을 깨닫게 됐다.'고 말할 정도이다. 의료인들이 醫療紛爭의 사건에 있어 객관적인 판단을 하기 어려워하는 것은 세계 각국의 의료인들에게서 흔히 관찰되는 현상이지만 특히 우리 나라에서는 심각한 듯하다. 국민들간의 醫療紛爭을 사법적으로 해결하려 해서는 의료인을 이길 수 없다는 불신이 광범위하게 퍼져 있다.

Table 6. 의료기관별 의료사고 후의 상태

구분	국·공립병원	국공립대병원	사립대병원	종합병원	개인의원	한방병원	약국	계
사망	4	4	14	18	22	1		63
	6.3	6.3	22.2	28.6	34.9	1.6		100.0
악화	2	1	8	4	8			23
	8.7	4.3	34.8	17.4	34.8			100.0
치료불만	1	2	6	10	16			35
	2.9	5.7	17.1	28.6	45.7			100.0
장애	4	4	18	12	14			52
	7.7	7.7	34.6	23.1	26.9			100.0
치료비불만	1				1			2
	50.0				50.0			100.0
부작용	4	4	21	14	45	1	3	89
	4.5	4.5	23.6	15.7	50.6	1.1	3.4	100.0
과다치료				1				1
				100.0				100.0
태아사망	2		5	2	15			24
	8.3		20.8	8.3	62.5			100.0
영아장애	2		6		8			16
	12.5		37.5		50.0			100.0
산모/태아사망					1			1
					100.0			100.0
검사	2	2	4	1	3			12
	16.7	16.7	33.3	8.3	25.0			100.0
응급처치	1		1	1	1			4
	25.0		25.0	25.0	25.0			100.0

※ 의료사고·紛爭 (의료사고가족 연합회.1995)



Table 7. 의료 紛爭 처리 유형 현황

단위 : 건수(%)

연도	당사자간의 합의	분쟁 취소	경찰	검찰	법원	계
87	72(79.1)	3( 3.3)	13(14.3)	1( 1.1)	2( 2.2)	91( 4.1)
88	78(83.9)	2( 2.2)	11(11.8)	-	2( 2.2)	93( 4.2)
89	77(82.8)	2( 2.2)	11(11.8)	1( 1.1)	2( 2.2)	93( 4.2)
90	80(83.3)	3( 3.1)	10(10.4)	3( 3.1)	-	96( 4.3)
91	75(82.4)	5( 5.5)	5( 5.5)	4( 4.4)	2( 2.2)	91( 4.1)
92	217(84.1)	10( 3.9)	20( 7.8)	10( 3.9)	1( 0.4)	258(11.7)
93	219(85.2)	3( 1.2)	27(10.5)	6( 2.3)	2( 0.8)	257(11.6)
94	223(82.6)	2( 0.7)	35(13.0)	6( 2.2)	4( 1.5)	270(12.3)
95	211(89.4)	2( 0.8)	20( 8.5)	-	3( 0.8)	236(10.7)
계	1829(82.8)	69( 3.1)	212( 9.6)	56( 2.5)	42( 2.0)	2208(100.0)

의료인들이 동료의료인의 행위를 객관적이고 과학적으로 판정해 줄 수 있는 기제를 만드는 것이 현재의 醫療紛爭 문제를 풀어 가는 데 필수적인 관건이 하나가 된다. 의료인들의 태도와 지식 특점이 계속된다면 궁극적으로 의료인 자신들의 존재 기반을 잠식하고 말 것이다.

④ 醫療紛爭에 대한 정부의 최소한의 책임

국민들이 건강한 삶을 유지하게 하는 이것은 우리가 국가와 정부를 필요로 하는 기본적인 이유의 하나이다. 건강의 수단으로서 보건의료는 마땅히 정부 활동의 중요한 일부이어야 하며 일정한 책임을 져야 한다. 이 점에 있어서는 醫療紛爭에 관하여서도 마찬가지이다. 그러나 지금까지 정부는 이 문제에 대한 개입을 회피하여 왔다. 정부가 유일한 노력으로 설치한 의료심사조정위원회는 사실상 전혀 기능하지 않는 사문화한 기관이 되어 버렸다. 그 자체가 공정한 판단을 기대하기 어려운 구성을 가진 데다가 재정적 기전이 없어 처음부터 실질적인 기능을 할 수가 없게 되어 있다.

醫療紛爭을 예방하고 紛爭이 발생하였을 때 이를 해결해 주려는 노력은 당연히 정부의 임무임에도 불구하고, 또한 지구상의 대부분의 나라

들이 이를 自己의 책임으로 설정하여 노력하고 있음에도 불구하고, 우리의 정부는 모든 책임을 의료인과 환자에게 미루어 버린 결과가 오늘날과 같은 현상 - 소위, 불신풍조라고 부르는, 그리고 의료인과 국민을 모두 피해자로 만들어 버리는 결과를 초래하게 된 것이다.

2) 의료인의 注意義務

현대 의료는 매우 복잡·다양화되어지고 또 전문화 개별화되어 개개의 의료행위에 있어서 의료인이 갖추어야 할 注意義務 내용과 그 정도를 망라적으로 知得한다는 것은 불가능한 일이다. 그러나 醫療紛爭에 있어서 과연 의료인의 잘못이 있는지 여부의 判斷基準이 있어야 할 것이고, 의료인 자신도 의료행위를 함에 있어서 注意의 기준 내지 行爲準則이 있어야 할 것이다. 醫療過失범이 성립되려면, 첫째 死傷의 결과가 발생되어야 하고, 둘째, 그 결과를 객관적으로 예견·회피할 수 있어야 하며, 셋째 그와 같은 사상의 결과가 의료인으로서 업무상 요구되는 注意義務위반과 결과와의 사이에 인과관계가 있어야 한다. 그래서 의료인의 의료행위에 대한 過失 책임을 인정하려 4D, 즉 의무(duty)·태만(dere

liction, · 손상(damage) · 인과관계(direct cause of damage)를 갖추어야 한다고 말하여 지기도 한다.

(1) 醫療過誤와 注意義務

① 注意義務의 意義

醫療過誤로 인한 法的責任에는 의료인의 過失을 要件으로 하는 데, 그 過失決定의 기초가 되는 것은 의료인에게 요구되는 注意義務이다.

注意義務라 함은 有害한 결과가 발생되지 않도록 意識을 집중할 義務로서 그것에 위반하여 他人의 生命·身體등에 危害를 가한 경우에 民·刑事上의 法的責任이 追求되어지는 것을 말한다.

의료인의 過失은 通常人의 過失이 아닌 專門家의 過實이라는 점에 특색이 있으며, 따라서 의료인의 注意義務도 專門家에게 요구되는 높은 수준의 그것이다. 특별한 技術을 필요로 하는 직업에 종사하는 자는 그의 의무에 임하여 그 직업에 숙련된 전문가가 갖추어야 할 능력을 기초로 고도의 注意를 기울여 行爲하여야 한다.

醫療過失責任에 관한 法的紛爭의 中心課題는 의료행위에 있어서 의료인의 注意義務違反여부이다. 이는 民事에 있어서도 마찬가지이다.

일반적으로 過失的인 法益侵害의 非難은 「構成要件에 해당되는 결과는 요구된 主義를 게을리하지 않고 豫見내지 回避되어야만 하고, 또 그것은 그런 注意를 다했더라도 豫見내지 回避될 수 있었을 것이다」라는 간단한 公式으로 集約될 수 있다. 그래서 過失犯에서는 예견가능성 내지 회피가능성이 중심적인 範疇로 간주되어 왔다. 그런데 여기서의 注意義務는 刑法이 천명해 놓았듯이 客觀的으로 요구되는 正常의 그것이다.

그러나 이것으로써 注意義務 내용이 곧바로 밝혀지는 것은 아니다. 여전히 그 내용이 「開放」되어 있고 법률적으로 「確定」되어 있지 않으므로 결국 法官에 의하여 「確定」되어야 한다. 따라서 정말로 적용해야 할 注意의 성질과 정도는

法益侵害의 回避의 목적과 관련하여 구체적 상황에 따라 밝혀져야 할 것이다. 그러므로 의료인의 注意義務 確定내지 過失有無 判斷에 있어서 고려할 모든 요소를 뽑아내어 상호관련적으로 체계화하여 그 기준을 정립하는 일은 매우 중요한 理論的 課題라고 하겠다.

② 注意義務의 內容

過失의 中核을 注意義務違反으로 봄은 民事에서나 刑事에서나 다를 바 없는 데 그 注意義務의 내용은 무엇인가.

종래 이에 대하여 結果豫見義務라는 說, 結果回避義務라는 說등으로 견해가 나뉘었으나, 현재는 違法한 結果發生의 事實的 可能性에 대한 합리적인 예견가능성을 전제로 하는 豫見義務와 그 結果發生을 저지함에 적절한 조치를 강구할 回避義務라는 두 가지 義務의 二重構造로 되어 있다고 보는 것이 일반적이다.

豫見可能性이라 함은 一般人이라면 行爲時에 예견할 수 있는 것과 같은 結果發生의 可能性을 말한다. 의료인은 예견가능한 危險에 관하여 豫見義務가 과하여 진다. 여기서 結果發生可能性의 確率は 「확실히 발생한다」고 할 정도일 필요까지는 없고 臨床醫學的으로 實證되고 公開된 것으로 판단하여 危險의 발생이 사정에 따라 있을 것으로 보이는 정도의 가능성이면 충분하다. 그런데 통상 豫見可能性(義務)은 다음과 같은 단계를 거치며 나타난다. 즉 당해 醫療行爲固有의 성질로서의 개별적인 危險發生의 可能性의 有無, 적절한 回避措置의 有無, 당해 診療에 의한 個體의 특수한 反應의 有無, 있다고 하면 예비테스트, 기타의 檢査法의 有無, 危險에 대한 臨床的 診療의 可能性 有無 등이다.

한편 사실상 危險이 존재하더라도 아직 그 危險이 발견되지 아니하였거나, 그 危險發生의 機轉(mechanism)이 일반인에게 알려지지 아니한 경우에는 醫學的으로는 豫見이 가능하다고 할 수 있을지 몰라도 法的으로는 예견가능성이 있다고 볼 수 없다. 또한 특정한 의료인이 아니

라 一般醫療人도 객관적인 豫見可能性이 있어야 過失의 要件이 구성되는 것이며, 어떤 사정 아래에서는 豫見不可能한 경우라면 注意義務違反이 될 수 없다. 예컨대, 妄想型의 精神分裂症患者가 정신병원에 收用되어 있던 중 감시가 소홀한 틈을 이용하여 입고 있던 옷자락으로 목을 매어 自殺하였다고 하더라도 그와 같은 자살행위는 醫學上 異例에 속하는 것으로 예측을 기대하지 못하는 것이므로 환자의 治療내지 異例에 속하는 것으로 예측을 기대하지 못하는 것이므로 환자의 治療 내지 監視를 담당한 의료인에게 過失責任을 인정할 수 없을 것이다. 그리고 일단 豫想可能性이 인정된 다음에 요구되는 結果回避義務에 있어서도 여러 가지 結果回避手段중에서 제일 確實도가 높은 수단을 취하는 것이 과학적으로 바람직하기는 하지만 법률적으로 항상 그것을 요구할 수는 없다. 예상되는 危險의 蓋然性, 危險의 원인이 되는 行爲의 目的·性質, 다른 危險防止措置의 有效性, 위험을 받는 측의 被害防止能力 등 제반사정을 고려한 후에 의료인 측에 어느 정도의 부담을 과하는 것이 타당한가를 판단하여야 할 것이다.

요컨대 專門知識을 가진 의료인으로서의 一般的 豫想可能性이 어디까지인가는 의료인의 專門知識習得義務의 法的 限界를 明示한다는 뜻에서 중요한 의의를 지니는 것이고, 結果回避義務는 의료인의 법적인 誠實의 限界를 정해주는 것이라고 하겠다.

## (2) 注意義務의 判斷基準

### ① 一般的 標準

注意義務는 結果豫見義務와 結果回避義務의 두 가지로 구성되어 있다. 그런데 注意와 能力은 사람마다 동일하지 않으므로 어떠한 사람의 注意能力을 표준으로 注意義務의 구체적 내용을 결정하여야 하는가 하는 문제가 생긴다. 원래 注意義務라는 것은 法益侵害를 방지하기 위하여 사회생활 내에서 객관적으로 요구되는 정도의

意識的인 활동을 유지하는 의무를 말하는 것이므로 客觀設이 타당하다고 하겠다. 따라서 醫療行爲에 있어서도 通常의 醫療人에게 요구되는 注意義務를 표준으로 삼아야 할 것이다.

여기서 通常人이란 그 職業·地位에 놓여 있는 通常人을 말하는 것이므로, 醫療人이 醫療行爲에 있어서 부담하는 注意義務는 一般人으로서가 아니라 「通常의 醫療人 또는 平均的인 醫師로서 가져야 할 醫學上의 知識과 技術에 基한 注意」가 될 것이다. 그런데 통상의 醫療人에게 요구되는 注意能力을 판정하기 위하여는 우선 自然科學인 醫學을 基準으로 할 것이며, 또 自然科學인 의학이 의료에 具體化되었을 때에는 이를 일률적으로 劃定할 수 없는 것이므로 당해 의료인의 經歷·專門分野등 의학의 主體에 관한 條件이나 診療地·緩急狀況등 診療環境·條件이 고려되어야 하며, 나아가 診療方法의 裁異性이나 斷行性이라고 하는 의료행위의 特殊性점도 참작하여야 할 것이다.

英·美의 法院에서는 14세기이래 의료인을 상대로 한 醫療過失訴訟에 있어서 의료인이 따라야 할 行爲水準(standard of conduct)에 관하여 定式化하려고 노력하여 왔는데, 오늘날 대체로 다음과 같은 기준에 의하여 의료인의 행위는 過失性 여부를 판단한다고 한다. 즉, 의료인은 同一學派 또는 同一體系(same school or system)에 속하는 동일 또는 유사한 地域(same or school locality)에서 활동하고 있는 평판 좋은 의료인가, 같은 또는 유사한 狀況河에서 통상행사하는 정도의 學識(learning)과 技術(skill)을 가지고 있지 않으면 안된다. 그는 學識의 通用이나 技術의 行使에 있어서 合理的인 注意(care)와 配慮(delegence)를 기울이지 않으면 안된다. 또한 그는 그 스스로의 最善의 判斷(his best judgement)을 내리지 않으면 안된다. 만약에 醫師가 위와 같은 세 가지 기준 중의 어느 하나에 위반한 경우에는 그 결과로 발생한 損害에 대한 賠償責任을 물을 수 있게 된다는 것이다. 이는

우리 나라에서의 注意義務의 基準 設定에도 示唆 주는 바 크다고 생각된다.

## ② 醫療人의 水準

醫療行爲가 다른 형태의 人體侵襲行爲와는 달리 適法한 行爲로서 취급되는 것은 근본적으로 그것이 사람의 生命·健康을 유지하기 위하여 필요하고도 상당하다는 醫學的 適應性을 지닐 뿐만 아니라, 科學的으로 승인된 方法 내지 技術에 의한다는 醫術的 適正性을 지닌다는 데에 그 根據가 있다. 그러므로 의료인의 모든 의료행위의 준칙은 의학의 諸原理로부터 파생된다. 따라서 醫療過失의 前提인 의료인의 法的 注意義務의 根源은 醫學인 것이 당연하다.

그런데 형사상으로는나 민사상으로는나 일반적으로 注意義務 자체는 객관적인 것으로 다루어지고 있기 때문에, 여기서 注意義務의 기준이 되는 의학은 通常의 의료인에게 그 당시에 일반적으로 널리 알려져 있고 또 시인되어 있는 醫學 즉 이른바 「醫學知識」이다. 獨逸의 判例나 학설이 자주 사용하고 있는 「일반적으로 認定된 의학의 原則」이 이에 상당하는 것이다. 따라서 의료인에게는 이와 같은 의학에 적합한 객관적인 注意義務가 요구되고, 끊임없이 진보하고 있는 現代醫學에 있어 一般的인 水準을 몸에 지니는 것 그 자체가 의료인의 業務上의 注意義務에 속하는 것이다.

한편 醫療過誤는 의학이 환자에게 응용되는 과정에서 생기는 것이기 때문에 여기서 말하는 의학은 이른바 「臨床醫學」을 말하고, 따라서 基礎醫學인 病理學에서와 같은 嚴密性까지 요구되지는 않는다. 물론 臨床醫學도 病理學등 基礎醫學에 의지하는 바 크고, 臨床醫學의 발전을 위해서는 病理學的 경로 등이 필요한 것은 말할 것도 없지만 醫療過誤에 있어서 過失判定의 基準으로서는 그 당시의 臨床醫學의 水準을 基準으로 삼아야 할 것이다.

또한 여기서의 臨床醫學은 통상의 의료인에게 그 당시 일반적으로 알려져 있는 의학이어서

하기 때문에 예컨대 일부의 大學·研究所·病原 등에서만 알려져 있는 의학은 원칙적으로 의료인이 이에 따를 필요는 없다. 비록 專門誌나 學會誌에 발표되었다 할지라도 學界의 討議·追試을 통하여 학문적인 體系가 정리되고, 또 이것이 보급되기 위하여는 技術·施設 등을 통하여 이루어지는 것이기 때문에 注意義務 判例基準의 기초가 되는 具體的 事實로 상기에 권위 있는 學會의 發表·討議·專文誌上의 研究結果 發表·追試, 一般臨床學界에의 紹介·討議·追試·研修 또는 講習을 통한 普及등의 과정을 거쳐야 할 것이다.

요컨대, 의료인의 注意義務의 有無와 內容을 결정하는 法的 표준으로서의 醫學의 水準을 결정하는 研究成果의 공개상황, 즉 새로운 醫學知識 획득의 可能性과 실제의 診療事件(人的·物的·經濟的 與件)의 구비상황, 즉 診療實行의 可能性의 두 가지이다. 그러므로 의학수준은 이 두 가지 요소를 合理的으로 고려하여 정해져야 할 것으로서 먼저 醫學知識 획득의 가능성을 고려하고 그 다음으로 診療實行의 가능성 유무를 참작해야 할 것이다. 어떠한 知識·情報를 가지고 있다고 하더라도 누구에게 있어서든지 이를 診療로써 현실적으로 실행할 與件이 마련되어 있지 않다면 法的으로 그것을 기대하고 요구한다는 것은 부당하기 때문이다. 그러나 이 診療實行의 가능성은 당해 醫療人 또는 醫療機關만을 기준으로 하는 것이 아니라 전체 의료기관의 차원에서 논의되는 것이고, 따라서 환자를 중심으로 해서 볼 때는 受診可能性의 관점에서 파악되는 것이기 때문에, 만약 適期의 移送(轉醫·轉院)에 의하여 受診할 가능성이 있는 것으로 되는 것이다. 즉, 診療實行의 가능성은 적절한 移送相對 확보의 가능성으로 확대된다. 따라서 새로운 의학이론이 적절한 연구·실험을 거쳐 그 有用性과 安全性이 學界 次元에서 인정되고 公표되어 國內의 어떠한 平均的 의료인이 접촉·습득할 수 있는 상태에 이르면 일단 「醫學知識 획득의

可能性은 성립한다。」 한편 이러한 理論이 國內의 대표적(혹은 일반적으로 그 이름이 알려진) 病院에서 실제 진료에 적용되어 그 實施例가 또한 學界 次元에서 공표되면, 비록 그 診療與件이 一線 開業醫 사이에서 널리 보편화되지 않았다 하더라도 移送相對 확보의 가능성은 생기며, 그로부터 「診療실행의 가능성」은 성립하는 것이다. 이제 이러한 두 가지 가능성이 다 갖춰질 때 그 새로운 의학이론은 客觀的 判例基準으로서의 醫學·醫療水準이 되는 것이다. 이렇게 水準이 선정되면, 또한 醫療人的 移送義務의 必要性和 그 發生與件이 自明해지며, 의료인의 研究義務의 法的 意義와 그 內容도 확실해진다.

醫學은 계속 발전한다. 의료인에게는 위와 같이 새로운 의학지식을 습득하도록 研鑽을 계속하여 日進月步하는 의학의 수준을 따라가야 할 의무가 있다. 過失 有無 判定의 기준이 되는 醫學은 의료사고 발생 당시의 수준에서 본 의학이 되겠는데, 의학의 進歩에 따라 一般水準이 높아지면 높아진 水準을 판정하여야 할 것이다. 즉 어느 時點에서는 過失이 아니던 것이 몇 년 뒤에는 過失로 취급될 가능성이 충분히 있는 것이다. 예를 들면 페니실린 쇼크도 처음에는 不可抗力의 것으로 취급되었지만 이에 대한 症例가 자주 경험됨에 따라 점차로 페니실린의 사용에 신중성이 요구되어 過敏性에 대한 問診 또는 豫備테스트를 하여야 한다던가, 서서히 施注해야 한다던가, 注射後 安靜維持·容態觀察을 해야 한다던가 하는 등 그 防止策이 강구됨에 따라 최근에 이르러서는 過失이 있다고 하여야 할 경우가 많아지게 되었다.

여기서 한 가지 문제가 문제가 되는 것이 醫學의 水準과 慣行과의 관계이다. 醫療人的 진료상의 過失 有無를 판정함에 있어서 醫療慣行은 아주 미묘한 작용을 하고 있다. 통상의 의료인에게 요구되는 注意를 그 의료인이 속해 있는 醫學界內에서 일반적으로 행하여지는 職業風習에 따라다면 대개 注意義務를 준수한 것이 될

것이다. 그 의료인이 처해 있는 環境을 중시하는 英·美法에서는 일반적으로 인정된 慣行律(the customary practice rule)에 따라서 행한 경우에는 過失의 責任을 부담하지 않는 것으로 보는 경향이 있었다. 그러나 慣行에 대하여 절대적 信賴를 부여하기는 곤란하다. 즉, 의료관행은 의료 공동체에서 형성된 것이므로 의료수준에 적합한 내용을 포함하고 있을 가능성은 많으나 醫療水準의 表理形成 그 자체라고는 할 수 없기 때문이다. 注意義務의 存否는 본래 法的 判斷에 의하여 결정되어야 할 사항이며, 慣行은 注意義務의 水準을 판단하는 一般的 基準이 될 수 없고, 다만 過失의 輕重 및 程度를 판정함에 있어서 참작되어야 할 사항에 그치고, 그것 때문에 바로 注意義務가 否定될 수 있는 것은 아니다.

역시 英美法에 있어서도 慣行의 法則은 비판을 받고 있는데, 美國의 法院은 慣習을 적절한 行爲水準의 결정에 있어서 고려하여야 할 하나의 根據로는 인용하고 있으나 그것을 終局的(conclusive)인 것이라고 인정하지는 않는 경향으로 기울고 있다. 최근에는 慣行에 대신하여 被告와 동일한 專門分野에 종사하는 合理的으로 有能한 開業醫(a reasonably competent practitioner)가 행할 것으로 기대되는 「承認된 醫療行爲(accepted practice)를 注意義務의 基準으로 하는 判例가 늘어나고 있다. 한편 이 점에 관하여 독일의 判例는 숙련된 外科醫師는 통상 안전장치 없는 拔髓針으로 치료하는 것이 통례라고 하는 사실에 의하여 被告는 그 직업에 慣行的인 注意를 다했다고 推論할 수 있다」고 하면서도, 그러나 의학에 있어서는 「危險으로부터 환자를 보호하는 것이 至上命命」이라고 하는 입장에서 「다해야 할 注意의 程度는 오직 客觀的인 基準, 즉 건전한 去來에서 통상적으로 요구되는 기준에 따라야 할 것이고, 流行하고 있는 不注意 및 惡習을 고려해서는 안된다」고 說示하고, 나아가 法的 判斷의 보다 根本的인 기준을 의학 즉 대학에서 가르치고 있는 처치방법 및 표준적인 교

과서의 견해에서 구하고 있다. 따라서 慣行의 是非도 그것이 적어도 의료행위에 관한 것인 한 마찬가지로 당시의 표준적인 의학을 기준으로 판단하지 않으면 안된다. 그러나 의료행위라고 하여도 모두가 高度의 專門知識이나 技術을 가지고 판단해야 할 것은 아니고 그 중에는 비교적 非專門의이고 통상인이 일반적으로 가지고 있는 지식이나 기술 등에 의해서도 그 當否를 판단할 수 있는 行爲도 포함되어 있다. 어떻든 그 慣行이 본래의 醫療領域으로 부터 유리되면 될수록 그 만큼 일반의 社會通念에 따라 판단해야 할 경우가 많을 것이다. 의료인이라고 하더라도 기본적으로는 通常人이 통상 기울여야 할 法意가 요구되기 때문이다.

### 3) 의료인의 說明義務

醫療行爲는 刑法上(제20조)業務로 인한 正當行爲에 대한 侵襲을 통하여 이루어지고 있으므로 原則적으로 患者의 同意를 필요로 하며 최근에는 이를 의료행위의 正當化要件으로 간주하게 되었다. 따라서 의료인은 患者의 有效한 同意를 얻기 위한 前提條件으로서 醫療侵襲에 앞서 患者의 自己決定權을 존중하여 患者에게 疾病에 대한 診療, 그 處置方法, 앞으로의 展望과 그 危險性 등에 대하여 說明하여야 한다. 의료인은 患者에게 질병에 관련된 지식을 알려줄 수 있는 유일한 사람이며, 患者는 자신의 질병치료에 대하여 결정할 기회를 가져야 하기 때문에 이러한 지식을 알아야 한다. 이미 미국이나 독일 등에서는 患者에 대한 이러한 說明을 法的義務로 인정하여 의료인은 說明義務는 個人的 自己決定權 (4)중 患者의 自己決定權 내용 참조)으로부터 나오는 것으로서 個人的 基本權이 신장되고 있는 오늘날 醫療責任分野에서 그 중요성을 더해 가고 있다.

우리나라에서는 1979. 8. 14에 이 문제에 관한 大法院判例가 나왔고 1990. 9. 3 의료 사고 가족협의회에 의하여 患者의 權利憲章이 선언되는

등 國民의 權利意識이 날로 높아지고 있으며 또한 國民醫療保險이 실시됨으로 인한 患者人口의 增加등을 감안할 때 앞으로 이러한 醫師의 說明義務違反을 理由로 하는 訴訟이 증가될 것이 예상된다.

#### (1) 說明義務의 根據 및 類型

##### ① 根據

##### ㉠ 理論的 根據

倫理란 인간이 지켜야 할 當爲의 行爲規範이다. 의료인은 患者의 治療와 관련하여 윤리적으로 그 結果에 대하여 患者가 충분히 衡量할 수 있도록 설명해 줄 의무가 있으며 患者는 自律에 따라 지시된 侵襲에 동의할 것인지의 여부를 결정할 의무가 있다.

患者는 欺瞞당하지 않으며 眞實을 알 權利를 가지고 있다. 다시 말하면 患者는 原則적으로 완전히 “있는 그대로”의 眞實을 알 權利와 그의 健康狀態에 대한 眞實 이외의 것은 알지 않을 權利를 가지고 있다. 그리고 醫療倫理에서 번번히 論議되는 또 하나의 價値는 자신의 身體에 대하여 스스로 決定하는 患者의 權利로서 自己決定은 患者가 결정한다는 것을 의미한다. 따라서 의료인은 倫理的으로 自律的인 人格의 所有者인 患者의 의료인을 존중해야 한다.

##### ㉡ 憲法上的 根據

의료는 인간의 自然權에 대한 봉사이기 때문에 醫療에 있어서 의료인의 裁量權이 있다면 患者에게는 自己를 보전하기 위하여 主體的인 判斷을 하는 自己決定權이 있는 것이다. 이러한 自己決定權은 憲法상으로 보장된 人間의 身體的 完全性과 自由에 대한 個人的 基本權에 根據하는 것으로 어떤 價値에 우선이 주어져야 되는가를 第三者가 決定할 수 있는 것이 아니라 自己責任 아래서 다만 人格權의 所有者만이 決定할 수 있음을 의미하는 것이다.

우리나라 헌법 제10조의 내용인 人間의 尊嚴과 價値, 幸福追求權을 계약 자유에 대한 제한원

리를 내포하는 사회적 법치국가의 이념아래 보장되어 있는 권리로서 직접 적용되는 對私人的基本權으로서 國家는 私人間에 있어서도 人格權의 侵害가 행해지지 않도록 감시·조정해야 할 의무를 지게 된다. 이러한 人間의 尊嚴과 價値, 幸福追求權에 대한 침해행위로 生命에 대한 侵害, 健康에 대한 侵害, 名譽에 대한 侵害, 프라이버시의 侵害도 포함하고 있으며 이들에 대한 침해는 민법상 不法行爲를 구성하게 되어 被害賠償責任을 지게 된다.

### ㉔ 民法上 根據

民法上 의료인의 說明義務는 契約과 不法行爲에 근거하고 있는 바, 說明義務는 醫師와 患者間에 체결하는 의료계약으로 부터 발생하는 獨立의 附隨義務로 파악되고 있으며 또한 의료인의 說明義務違反으로 인하여 환자가 損害를 입었을 때에는 환자의 身體 및 人格權의 侵害를 理由로 한 不法行爲를 構成하게 된다. 의료인의 說明義務를 계약상 의료인의 독립적인 附隨義務로 파악하고 있는 理由는 의료인이 환자의 自己決定을 위한 설명없이 의료계약의 주된 給付인 診療行爲를 適法하게 행할 수 없기 때문이다.

이와 달리 의료인의 說明義務를 過失認定의 전제개념인 注意義務로 보는 견해가 있으나 이는 說明義務가 醫療侵襲에 대한 환자의 합리적인 自己결정을 도모하기 위하여 의료인에게 지워진 독자적인 기능을 가진 附隨義務임을 關한 것이다. 따라서 의료인의 說明義務는 非獨立의 附隨義務로서의 注意義務가 아닌 의료인의 주된 給付와 병존하는 獨立의 附隨義務로 봄이 타당하다. 따라서 의료인이 이러한 說明義務를 위반하면 계약상 不完全履行에 의한 責務不履行이 되며 그에 따른 損害賠償責任을 지게 한다.

### ② 類型

#### ㉑ 自己決定說明

自己決定說明의 意義는 醫療人에게 고려되는 診療의 種類, 重大性의 程度 및 患者가 입게되는 負擔과 危險에 대한 一般의인 表象을 환자에게

告知하는 데 있으며 그 目的은 患者가 自身의 治療와 關連된 侵襲에 대하여 合理的인 決定을 할 수 있도록 하는데 있다.

이러한 自己決定說明에는 診療에 대한 의료인 의 所見을 患者에게 告知하는 侵襲의 實行에 대해 환자에게 대체적으로 說明하는 經過說明, 그리고 醫療侵襲에 따른 危險에 대한 說明으로서의 危險說明이 있다.

診斷說明에 있어서 癌과 같은 나쁜 예후를 가진 重疾病狀의 경우에는 어느 정도 제한될 수 있다. 經過說明은 患者가 治療방법에 同意하지 않으면 자신에게 어떤 상황이 발생하고 그 질병이 앞으로 어떻게 진행될 것인가에 대하여 개략적으로 알리는데 이바지한다. 그리고 위험설명은 治療방법의 위험 즉 의료인이 필요한 注意를 다하여 侵襲에 성공한다 하더라도 확실히 배제할 수 없는 발생가능한 부작용에 관한 정보를 알리는 것이다.

#### ㉒ 完全說明

完全說明은 治療成功을 보장하기 위하여 非適應性 危險과 治療의 誇大評價로 인한 不利益으로부터 환자를 보호하기 위하여 治療에 부합하는 행위에 대하여 환자에게 설명하는 것으로 治療上說明이라고 한다.

完全說明은 의료인의 진료행위의 構成部分이며 契約으로부터 발생하는 의료인의 본질적인 의무로서 治療상의 위험예방에 이바지하며 환자의 질병에 대한 治療를 보장하고 損害的인 副作用을 피하기 위하여 환자에게 안전을 위한 주의로서의 行動規則의 준수를 告知하는 機能을 가지고 있다. 의료인이 安全說明義務를 위반하게 되면 적극적인 진료계약의 위반으로 되어 診療過誤의 책임을 지게 된다.

#### ㉓ 그 밖의 說明義務

그 밖의 의료인이 說明義務로서 의료계약으로부터 과도한 의료처치를 통한 過剩費用을 환자로 하여금 면하게 해 줄 의료인의 附隨義務가 파생한다. 따라서 의료인은 환자에게 경제적인

측면에 대한 說明義務가 있다. 또한 설명에 대한 강화된 요구로서 환자의 질문에 대한 說明義務, 환자의 진료거부시의 說明義務가 있다.

(2) 說明義務의 範圍 설명의 포기 및 免除

① 範圍

㉠ 一般的 基準

의료인의 說明義務의 범위에 대한 일반적인 기준으로서 “分別力있는 患者”를 그 尺度로 하고 있으며 이는 特別한 경우 때 平均的으로 요구되는 설명의 정도를 정하고 기타 責任問題에 대하여 該當專門分野의 의료인에 대하여 평균적인 환자가 설명을 기대할 수 있는 限界를 정하는데 사용된다. 그리고 의료인의 설명은 실제로 發生可能性이 극히 희박한 불리한 진료경과까지도 의학적으로 상세하게 하는 것이 아니라 환자가 侵襲의 중대성의 程度·影響 그리고 侵襲의 危險性和 重大性에 대한 올바른 表象을 얻도록 하면 된다. 이러한 意味에서 醫師는 患者에게 大體的인 說明을 할 것이 要求되고 있다.

㉡ 個別的인 說明範圍

· 原則

㉠ 환자의 생명을 직접 위협하는 질병의 확대를 방지하고 그 밖에 의도되는 侵襲이 다른 代案을 가지고 있지 않으면 짧은 시간이라도 지연될 수 없다면 설명의 상세성은 시간적인 이유로 감소된다. ㉡ 計劃된 侵襲이 긴급하지 않을수록 의사의 설명범위는 더 광범위하게 된다. ㉢ 또한 侵襲의 結果가 重大할수록 더욱 엄격하고 광범위해지며, ㉣ 침습결과가 불확실할수록 說明義務는 더 엄격하고 광범위해지며 ㉤ 치료방법이 새롭고 확실한 것이 아닐수록 의료인의 說明義務는 더욱 엄격해진다.

· 基準

의료인의 說明義務의 個別的인 基準으로 새 類型的인 危險과 合併症의 程度는 相互 밀접한 關係가 있는 것으로 類型的인 危險의 基準을 合併症의 程度에 두어 說明義務의 基準을 數値에

의하여 客觀化하려는 것이다. 예컨대 危險의 發生程度가 10%以上인 것은 類型的인 危險으로 하고 以下の 數値에 있는 非類型的인 것으로 說明이 불필요하다고 하는 것이다.

그러나 이러한 전형적인 위험은 합병증의 빈도에 의해 결정되는 것이 아니라 그 위험이 어느 특정한 위험에 속하는지 그리고 다른 침습에 속하지 않는지 그리고 그 위험이 의학적으로 門外漢에게 뜻밖에 나타나는지에 의해 결정된다고 한다. 또는 설명의 기준으로서 위험의 程度가 있으며 이는 說明義務의 범위결정에 많은 影響을 미치는 것으로 간주되고 있는 데 일반적으로 위험의 정도가 크면 說明義務의 범위는 확대된다.

그리고 설명의 기준으로서 侵襲의 긴급성과 진료대안이 있는바, 侵襲의 긴급성이 적을수록 說明義務의 범위는 광범위해지며 이와 반대로 침습이 긴급할수록 설명의 필요는 적어지는 것으로 설명의 범위는 침습의 긴급성에 反比例하게 된다. 의료인이 환자를 진료함에 있어서 진료대안이 여러가지 있다면 환자가 그에 대한 올바른 선택을 할 수 있도록 설명하여야 한다.

② 說明拋棄 및 免除

㉠ 說明拋棄

환자의 說明拋棄는 환자가 설명을 필요로 하는 사안에 대하여 전혀 알려고 하지 않거나 또는 충분한 설명을 들으려고 하지 않는 것이 아니라 의료침습에 대한 자신의 決定의 全部 또는 一部를 의료인에게 委任하려는 의료인에 대한 환자의 明示的·默示的 또는 斷定的인 意思表示로 정의된다. 환자가 침습에 따른 위험에 대하여 발생하는 精神的인 不安定을 면하려는 것은 결코 非合理的인 의도라고 할 수 없는 것으로, 自身이 信賴하는 의료인에게 행위의 자유를 허락할 수 있는 것도 환자의 自己決定權에 속한다고 하여 原則的으로 이를 許容하고 있다. 說明拋棄의 일반적인 근거는 의료인과 환자간의 특별한 신뢰관계이다. 설명의 포기는 진료시작 시기 뿐만 아니라 필요하지만 아직 행하지 않은 설명을



그 후에도 포기할 수 있다. 意思能力, 즉 同意能力이 있는 환자만이 說明拋棄권이 있으며, 환자가 意思無能力者인 경우는 法定代理人이 포기를 행사할 수 있다. 說明拋棄에 대한 意思表示는 환자가 더 이상 알려고 하지 않고 의학적인 것을 판단하려고 하지 않으며 그 자신이 의료인을 전적으로 신뢰한다는 것을 明示的으로 표명해야 한다. 默示的인 說明拋棄는 극히 드물게 발생하며 의심스러운 경우에는 절대로 推定할 수 없다.

표시된 說明拋棄는 철회할 수 있으며 說明拋棄에 대한 立證責任은 의료인에게 있다.

### ㉠ 說明의 免除

#### ㉠ ① 의료인의 치료특권

의료인의 광범위한 설명으로 인하여 환자의 人格과 그 精神的 狀態에 대한 判斷으로 미루어 볼 때 이러한 설명이 환자에게 心理的으로 惡影響을 끼침으로써 治療機會를 상실할 수 있는 경우, 의료인은 환자에 대한 설명을 省略거나 制限할 수 있는 權限이 허용되고 있는 바 이를 의료인의 治療特權이라고 한다.

예컨데 癌診療의 直接的 告知는 患者에게 중대한 건강상 손해를 끼칠 수 있으므로 이 경우에 의료인은 이 사실을 환자에게 비밀로 할 수 있다.

#### ㉠ ② 事前 知識있는 患者

說明을 들었거나 사전지식있는 환자의 경우에는 說明義務가 免除된다. 환자가 직업상의 교육과 직무로부터 충분한 지식을 가지고 있다면 설명은 완전히 省略되거나 또는 다만 제한된 범위에서 필요하다.

그리고 환자가 이미 이전에 경험한 동일하거나 유사한 진료를 통하여 침습의 종류, 범위나 위험에 대한 지식을 얻은 경우에도 설명은 생략·제한될 수 있다.

#### ㉠ ③ 환자의 決心

특정한 침습에 대하여 환자가 결심하고 수술을 받기 위하여 의료인을 찾아온 경우에도 의료인의 설명은 생략되거나 제한될 수 있다. 환자의

결심은 이전에 진료한 의료인으로부터 이미 적절하게 정보를 제공받았고 그 의료인이 환자에게 手術받을 것을 지시하였던 경우와 한편 환자가 그의 직업을 근거로 하여 病像을 확신하고 이미 수차에 걸쳐 여러명의 의료인에게 필요한 경우에 발생할 수 있다.

### ㉡ 醫藥品 使用時의 說明義務

疾病의 치료를 목적으로 약품을 사용할 때에는 그 약품으로 인하여 발생하는 危險을 예측하기 어려운 경우가 많다. 계속 사용에 의한 경험의 축적으로 그 結果 및 副作用을 예측할 수 있는 常用藥品의 경우에는 說明義務의 범위결정이 비교적 용이하다. 따라서 경미한 질병인 경우에는 비교적 용이하다. 따라서 경미한 질병인 경우에는 비교적 개연성이 적은 부작용의 위험에 대해서도 설명해야 하지만 重病인 경우에는 비교적 개연성이 큰 副作用에 대해서만 說明이 필요하다.

### ㉢ 說明受領者

說明受領者는 診療에 同意해야 하는 者로서 원칙적으로 환자가 되며 환자가 未成年者이거나 意思無能力者인 경우에는 그의 法定代理人이 된다. 自己決定權을 행사하는 데 필요한 이해력과 판단능력이 결여된 미성년자의 경우에는 원칙적으로 兩親 모두 동의하여야 한다. 그러나 미성년자인 환자가 충분한 判斷能力이 있는 경우에는 자신의 미래의 생활영위에 절대적인 處置를 요하지 아니하는 侵襲이 문제시된 경우에는 부모의 同意에 반대할 수 있다. 그리고 정신질환자가 의료침습의 意味와 結果에 대해 변식력을 가지고 있다면 그 환자의 同意만이 유효하다. 그러나 정신질환자가 侵襲의 意味와 結果를 평가할 능력이 없는 경우에 의료인은 法定代理人에게 설명하고 동의를 얻어야 한다.

### ㉣ 說明의 形式

설명은 동의에서와 마찬가지로 어떤 特定한 形式을 필요로 하지 않는다. 口頭上의 說明이 의료인과 환자간의 신뢰관계에 부합되고 正常的인

경우로서 유지되어야 하며 양식에 의한 설명시에도 추가적인 口頭上의 說明이 요구된다고 한다. 설명은 서면으로 할 필요가 없으며 또 해서도 안 된다. 경과나 위험에 관한 정보가 내포되어 있는 小冊子의 것은 기껏해야 설명대화를 안내하고 후원할 뿐이다.

그리고 段階的 說明은 첫번째 단계로 환자는 특정한 침습에 대하여 說明書를 통하여 계획된 침습과 위험에 대하여 情報를 얻게 되며 두번째 段階에서 환자의 질병에 대한 특수한 種類·範圍 및 計劃되는 의료처치에 대하여 의료인과 說明對話가 이루어지며 이 때 환자는 그 밖의 더 구체적인 質問을 할 기회를 갖게 된다. 설명이 오직 口頭上으로만 행하여 질 때는 설명에 이어 그것을 患者記錄簿에 상세히 기록하여야 한다.

#### 4) 患者의 自己決定權

醫療施行에 있어 환자의 의료인에게 물어 의료상 어떤 결정에 환자를 참여시키는 것은 時代的 潮流로 보아야 할 것으로 국민의 倫理意識이 높아짐에 따라 의료와 관계되는 모든 결정은 환자가 自意로 결정하고 그 責任도 환자 스스로 지겠다는 소위 患者主權主義로 바뀌고 있다. 국민 감정이 집약되면 언제나 그것은 법으로 반영되기 마련이므로 의료에 국민이 직접 참여할 수 있도록 講求한 것이 說明 및 同意를 의료인의 法的義務로 규정한 것이다. 따라서 의료(특히 위험한 의료)에 앞서 환자에 대한 說明과 同意는 醫療人的義務이며 의료인은 患者의 自己決定權의 現實的 行事を 방해해서는 안되며 그 行事を 도와야 한다. 따라서 환자의 自己決定權을 존중하는 것이 醫療行爲 正當化의 積極的인 要素가 된다. 법률적인 배경에 있어서도 自己決定을 위한 說明義務는 환자의 自己決定權행사를 위해 반사적으로 생기는 의료인의 의무로서 환자가 의료에 대한 결심을 하는 데 필요한 정보를 제공해야되는 의무이다. 따라서 환자에 대한 설명과 동의를 怠慢히 하거나 이행하지 않는 의

무는 單斷적 의료로 인정하고 不法行爲로 취급 받게 되었다. 환자가 自己自體 侵襲에 따른 의료를 받느냐 여쭙느냐 하는 自己決定權 즉 承諾權으로 스스로의 운명을 선택하므로 의료인은 환자의 決定權을 빼앗는데 중요한 영향을 미칠 수 있는 사실을 적극적으로 說明해야할 의무를 진다. 따라서 환자에게 필요한 설명을 한 후 승낙을 받지 않고 한 醫療行爲(수술 등)는 그것이 적절한 처치라 허더라도 원칙적으로 違法이다.

#### (1) 患者의 自己決定權의 법적 의의 및 성격

인간은 태어날 때부터 自己를 保全할 권리가 있는 것으로 법은 이것을 自然法에 의해 형성된 인간의 自然權으로 간주하며, 인간이 지니는 自己보전을 위한 自己決定權은 누구도 침범할 수 없다. 즉 自己決定權은 자연법으로 형성되었으며 憲法으로 보장된 身體權의 하나이다.

원래, 의료의 본질은 인간의 自己보전의 자연권에 봉사하는 것으로 의료인의 過失이 없는 한 환자의 生命, 身體에 대한 危險이 발생되어도, 그 의료행위의 합법성이 부정되는 일은 없으나, 환자의 同意 즉 自己決定權을 이양받는 일이 의료행위 정당성의 적극적인 요소이므로 비록 면허를 가지고 의료행위를 하였다 할지라도 동의를 얻지 않았다면 單斷적 의료로서 不法行爲가 되어 의료행위에 한해서는 면허를 소지하나마나 한 결과가 된다. 따라서 신체권의 하나인 自己決定權을 침범한 경우, 즉 동의 또는 추정동의를 없는 의료행위는 傷害罪가 성립된다. 환자의 自己決定權이 중요시 되어 환자가 의료행위에 유효하게 동의하지 아니할 경우 單斷적 치료행위로서 환자의 人格權을 侵害한 것으로 된다.

單斷적 의료로 되지 않기 위해서는 참된 동의를 받아야 하는 데 참된 동의란 모든 事項과 內容에 대한 자세한 설명을 하여 환자가 충분히 納得한 후에 自由意思에 의해 이루어진 동의를 말한다. 따라서 의료가 성립되는 경우는 ① 설명이 없거나 불충분한 상태에서 이루어진 착오동의 ②

위험성을 축소해서 얻은 동의 ③환자가 의료인의 감정이 상할 것을 우려하여 한 동의 ④의료의 내용을 이해하지 못하는 精神疾患者나 未成年者에게서 얻은 동의 등이다. 이 경우에는 환자 본인보다 法庭代理人(친권자와 후견인)의 동의가 중요하며 그렇지 않으면 의료이 성공했다라도 불법행위가 성립될 수 있는 여지를 만든다.

여기서 설명은 의료인과 환자 사이의 說明對話로 移行되어야 하며 의료인이 誓約書와 같은 서명에 의해 받은 환자의 동의는 무효이며, 또 의료인이 환자의 心的 負擔을 고려하지 않고 모든 것을 무자비하게 털어놓는 過剩 說明은 설명이 없는 것과 마찬가지로 취급된다.

#### 5) 醫療過誤事件에 대한 刑事責任의 判斷基準

지금까지의 醫療過失로 인한 紛爭은 대부분 民事上의 損害賠償 事件으로 처리되어 왔으나 최근 들어 의료사고로 인한 紛爭이 급증하여 社會問題로 대두되면서 상당수의 醫療紛爭이 刑事事件化되고 있는 추세에 있다. 그러나 대부분의 醫療過誤 사건이 검찰단계에서 不起訴處分으로 終結되거나 아니면 起訴된 사건들도 대부분 罰金刑이나 無罪, 執行猶豫 또는 宣告猶豫判決이 宣告되고 있는 실정이다. 1988~1990 사이에 고소, 고발된 醫療過誤사건 중 약 90%가 검찰단계에서 불기소처분으로 종결되었으며, 한편 이 기간중 기소된 65명에 대한 법원의 1심판결을 보면 실형 1명, 집행유예, 선고유예 각 1명, 벌금형 46명, 무죄 4명으로서 일반적인 業務上過失致死 傷罪에 비하여 그 현상이 현저히 낮은 것으로 나타났다.

의료사고에 대한 검찰과 법원의 이와 같은 微濫的인 對處는 결국 피해자측의 반발을 불러 일으켜 社會문제화 되었을뿐만 아니라 특히 醫療過誤사건에 대한 검사의 不起訴處分의 취소를 구하는 憲法所願을 제기하는 경우가 늘고 있다. 1990년 한해에 만도 총15건의 醫療過誤 사건의 불기소처분에 대한 헌법소원이 제기된 바 있다.

醫療事故에 따른 醫療紛爭은 일반적으로 환자측이 의료인측의 醫療過誤를 주장하면서 이에 대한 賠償 또는 處罰을 요구하는 형태로 나타나는데 醫療過誤사건은 다음과 같은 특징을 가지고 있다. 첫째 의료의 專門性과 의료행위의 密室的 性格 등으로 醫療過誤에 대한 법관의 판단에는 한계가 있으며 따라서 醫療過誤사건은 長期化하는 경향이 있다. 예를 들어 일본의 경우 의료사건의 심리기간이 평균 28~29개월로 통상 다른 사건의 3배기간이 소요된다. 둘째 醫療過誤사건은 다른 일반사건에 비하여 責任認定率이 낮은 편이다. 여기에 책임인정률의 의미에는 민사사건승소율 37.5%정도이다. 셋째 醫療過誤에 대한 법적 紛爭은 환자측에서 의료인에 대한 威脅手段으로 이용하는 경우가 많다. 넷째, 醫療過誤사건에 대한 판결은 당해 사건에서는 책임의 有無에 대한 판단의 결론임과 동시에 유사한 의료행위 및 의료사고의 처리에서는 매우 큰 영향을 미치는 모델로서 기능한다.

통상 의료인에게 醫療過誤가 인정되는 경우에는 刑事上으로 형법 제263조의 業務上過失致死 傷罪(5년이하의 禁錮 또는 200만원 이하의 罰金) 해당되는 바, 이는 社會생활상 요구되는 注意義務에 위반함으로써 構成要件的 結果를 발생시키는 전형적인 過失犯의 一類型이다. 따라서 醫療過失에 대하여 刑事責任이 인정되려면 注意義務違反과 結果發生 및 결과에 대한 因果關係가 있어야 하나 가장 중요한 것은 업무상 주의의 무위반으로 이의 인정기준이 문제되며 특히 注意義務위반과 관련하여 「허용된 위험」과 「신뢰의 원칙」이 적용되는 영역이기도 하다. 그러나 일반적으로 의료행위 자체가 의료인의 일방적 행위만을 의미하는 것이 아니며 환자측의 협력행위까지 포함되어 이루어지는 共同效果的 現象이라는 점과 또한 인체의 여러 기능의 작용은 최근의 의학수준으로서도 여전히 정확히 파악할 수 없는 복잡한 「메카니즘」(Mechanism)을 가지고 있을 뿐만 아니라 환자 개인이 가지는 신체적,

정신적, 환경적 조건도 각각 다르므로 정확한 진료자체가 심히 어려운 경우가 많고, 진찰방법 역시 유일한 경우가 적고, 의료인의 재량에 의하여 선택되는 수가 많으며 치료도중에도 시시각각으로 변화하는 사태에 그때 그때의 판단에 의하여 임기의 조치를 취하여야 할 경우가 많고, 더 나아가 실제로 의료라는 작업은 흔히 의료인과 환자만이 있는 밀실에서 이루어지는 경우가 대부분이어서 이 때문에 생기는 立證의 困難 등은 醫療過誤의 법적 책임을 추궁하는 데 있어서 이론상으로는 실제적으로도 많은 문제점을 제기하고 있다.

본질적으로는 「許容된 危險」의 영역인 의료행위에 過失이 있었다고 하여 교통사고나 공해문제들에서 처럼 피해자 구제의 논리를 그대로 끌어 들여 형사제재를 가함으로써 의료인들의 診療忌避現象이나 防禦的 診療(defensive medicine)현상이 나타난다면 오히려 의료의 성격에 어긋나는 것이 될뿐만 아니라 사회발전에도 역행하는 것이 될 것이다. 그렇다고하여 의료라는 밀실작업을 치외법권 지대화하는 경향을 조정한다거나 피해자 보호에 소홀하여서는 안 될 것이다.

醫療過失사고에 있어서 檢事의 수사의 방향과 限界를 요약하면 다음과 같다.

의료사건은 의료라고 하는 극히 전문적인 분야에 관한 紛爭인데 일반당사자인 의료인은 자신의 모든 지식·경험을 동원하여 免責의 방법을 강구하는데 반하여 傷害當事者인 환자나 가족은 의료의 문외한이기 때문에 그들이 의료인과 정면으로 대결하여 자신의 주장을 조리있게 전개하고 증거를 제시한다는 것은 매우 기대하기 어려운 것이다. 뿐만 아니라 醫療過失사건을 수사하는 경찰이나 검찰 등 수사기관도 역시 의료전문기관은 아니기 때문에 醫療專門家의 助力를 받지 않고는 사안의 진실을 규명하기가 어려우며 新種疾病의 부단한 발생·치료방법의 끊임 없는 개발 및 변경으로 인하여 典型的이고 固定的인 判斷基準을 마련하기도 어려운 실정이다.

醫療過失사건의 진상이 밝혀지지 않고 그대로 방치된다면 억울하게 피해를 입은 환자나 그 가족이 상당한 보상이나 권리구제를 받지 못하는 사례가 발생하게 됨과 동시에 비슷한 醫療過誤가 반복됨으로써 새로운 희생자가 속출하게 되며 그 결과 의료계의 공신력을 크게 실추되는 지경에 이르게 될 것이다.

따라서 의료사건을 수사함에 있어서는 당사자의 주장에만 집착하지 않고 적극적·능동적으로 실제적 진실의 발견을 위하여 전력하는 것은 공익의 대표자로서 검사에게 부과된 당연한 책무라고 할 수 있는 바, 그렇게 함으로써 국민의 기본권을 실질적으로 보장하고 헌법상의 평등의 이념을 구현할 수 있다. 이는 헌법의 인간의 尊嚴과 價值保障規定(제10조)과 平等의 원칙규정(제11조 제1항), 실질적 법치주의원리에서 당연히 추출되는 것이다.

검찰에서 醫療過失事件을 수사함에 있어서는 세부사항까지 의료의 문외한인 피해자로 하여금 直接 立證케 할 것이 아니고 피해자의 진술을 토대로 하여 검사가 여러가지 방향과 각도에서 의료인의 過失有無를 검토해 볼 것이며 피해자가 사리판단을 그르치거나 착오로 잘못 주장하고 있거나 마땅히 주장하고 다루어야 할 부분을 묵과하고 있을 때에도 검사는 이에 구애됨이 없이 사건의 진상규명에 最善을 다하여야 한다.

## 6) 診療記錄部の 法的 重要性

### (1) 診療記錄부에 기록할 주요내용

의료인은 의료법에 의하여 환자의 진료에 대한 사항을 診療記錄부에 기재하여야 할 의무가 있다. 診療記錄부의 목적은 환자와의 契約에 입각한 진료과정을 의료인으로 하여금 기재하게 하여 진료의 적정을 기하는데 있기 때문에 환자에 있어서는 의료인의 진료행위의 適否를 판단하는 자료가 되는 동시에 이의 기재사항은 법률적인 요청에 의하여 작성된 문서라 할 수 있다.

診療記錄部에는 진료에 관한 사항 이외에 환자의 말과 동태 등 중요사항까지 기록하는 것이 바람직하며 유사시 좋은 증거자료가 된다. 의료법 제21조 제1항에는 「의료인은 각각 診療記錄部·조산기록부 또는 간호기록부를 비치하여 그 의료행위에 관한 事項과 所見을 상세히 기록하고 서명해야 한다」고 규정되어 있다. 따라서 의료인은 의료행위를 하였으면 그 사항과 소견을 지체없이 각 해당하는 장부에 기록하여야 하는 것으로 이것은 환자를 진료한 모든 의료인에게 적용되는 것이다. 診療記錄部에는 ①진료를 받은 자의 주소·성명·생년월일·성별·주민등록번호·병력 및 가족력, ②주된 증상, 진단결과 및 예견, ③치료내용(주사·투약·처치 등), ④진료일시분 등을 기재하여야 한다. 그리고 이 診療記錄部는 保健社會部령이 정하는 기간 동안(종전에는 「적어도 5년간」이었다) 이를 保存하여야 한다. 그 보존기간 동안의 기산점에 관하여는 법령에 명시된 바는 없지마는 당해 환자에 대한 診療가 完了된 날로부터 기산점이 상당하리라고 생각한다. 診療記錄部를 기재하지 않거나 보존하지 않는 경우에는 100만원 이하의 벌금에 처하도록 벌칙규정을 두고 있다.

診療記錄部를 기재함에 있어서는 어떠한 페이지나 문구도 없애 버리지 않는 것이 바람직하다. 만약에 내용을 수정해야 한다고 판단될 때에는 하나의 추가사항으로서 넣어야 하고, 어떠한 부분을 삭제해야 할 경우에는 그 부분에다 橫線을 그어서 그 삭제된 부분의 내용을 알아 볼 수 있도록 해야 한다. 이와 같이 診療記錄部 등 의료관계기록의 의의를 보면 먼저 임상의학적 환자의 現病의 症狀·經過 및 結果 등을 기록해 둠으로써 현병에 국한 하는 것이 아니라 장래에 발생할 동일한 환자의 질병진료에 중요한 參考資料가 되는 意義가 있는 것이다. 또한 질병의 진단근거, 치료경과의 의학적 증명 및 의료보수 산출의 근거가 될 수 있다. 아울러 환자진료에 관계되는 사항들에 있어서 의료인과 간호원 사이의 의사소

통이 주된 방법이 되고 있다. 그리고 법률적으로는 의료사고로 환자와 의사간에 紛爭이 야기되었을 때 의료인의 過失유무를 판단하는데 있어서 시행된 의료의 정당성 여부 판단의 법적 근거가 된다는 데 의의가 있다. 나아가 환자가 입은 상해, 성병을 비롯한 각종 전염병의 이환상태 및 경과, 마약중독, 임신·분만·인공임신중절 등 사회의학적 또는 행정관계 사항의 자료가 되어 사회적·공익적 의의를 지닌 것이다.

이러한 견지에서 볼 때 의료관계기록 특히 「차트」라고 불리는 診療記錄部가 종래에는 진료에 관한 사항만을 기록하는 것으로 교육되어 왔으나 의료인과 환자간에 일어난 중요하다고 인정되는 사항(예컨대 환자가 자신의 심정을 토로한 대화의 골자 등)은 모두 기록해 두는 것이 바람직하다고 생각된다.

## (2) 診療記錄部 등 비밀보존의무와 제시의무

醫療事故가 일어나면 환자들로부터 또는 그 사고를 다루는 수사기관·법원·변호사 등 관계되는 여러사람으로부터 診療記錄部를 비롯한 관계기록의 閱覽 또는 提示를 요구받는 경우가 있다. 그런데 의료법 제20조에는 법으로 특히 규정된 경우를 제외하고는 환자에 관한 기록을 열람시키거나 그 기록의 내용탐지에 응하여서는 안 된다고 규정되어 있기 때문에 이런 문제와의 상관관계가 어떻게 될 것인가 의문이 생길 것이다. 그 구체적인 경우를 대별하여 보면 다음과 같다.

① 의료관계기록의 열람 또는 제시에 응하여야 하는 경우

㉠ 법원에서 證據保全申請이 받아들여졌을 때  
- 의료인의 임의 제시를 바랄 수 없을 때 환자측은 의료관계기록 보존신청을 하는 경우가 있는데 이때에는 이에 응하여야 한다. ㉡ 원이 문서제출거부를 禁止하거나 文書提出을 명하였을 때 ㉢ 범죄수사의 일환으로 押收搜索令狀 또는 緊急強制處分에 해당할 때 ㉣ 마약감시원의 직무수행상 요청이 있을 때 ㉤ 醫療監視員의 직무

수행상 요청이 있을 때 ㉔ 醫療保護對象者의 診療記錄部를 진료비심사기준으로부터 진료비검사의 필요에 의하여 요청받았을 때

② 의료관계기록의 閱覽 또는 提出이 임의인 경우

㉕ 過失치사상의 혐의로 수사의 대상이 된 경우(자신의 무혐의를 증명하기 위한 방도로서)

㉖ 환자의 동의가 있을 때에(다만 ㉗에 해당될 때에는 환자의 동의가 필요하지 않다)

③ 거부하여야 하는 경우

환자의 거부요청이 있을 때 - 환자 또는 그 가족이 遺傳性疾患 또는 기타 이롭지 못한 사실이기 때문에 이를 비밀로 하여 달라는 요청을 하였을 때에는 거절하여야 한다.

④ 거부하여도 좋은 경우

㉘ 환자 본인의 제출요청이 있어도 그것이 공갈 또는 기타 不正한 목적으로 사용될 우려가 있다고 판단될 때 ㉙ 법에 관한 사항을 환자에게 알리는 것이 건강상 심한 惡影響을 주겠다고 판단될 때 ㉚ 생명보험회사의 요청이 있어도 환자의 동의가 없을 때

끝으로 診療記錄部는 아니지만 의료인이 환자에게 교부하는 처방전에는 환자의 주소·성명·생년월일·성명 및 주민등록번호와 약명 또는 성분·분량·용법·용량·사용기간·교부연월일과 의료기관의 명칭·소재지 및 당해 의료인의 면허자격을 기재하고 서명날인하여야 한다는 것과, 약제의 용기 또는 결봉에는 내외용의 구분·용법·용량·교부연월일·환자의 성명·의료기관의 명칭·소재지 및 당해의사의 면허자격과 성명을 기재하여야 한다는 것을 알아 두어야 할 것이다.

#### IV. 考 察

우리 나라에서는 아직까지 醫療過誤나 총체적 醫療紛爭에 관하여 정확한 통계가 나온 것이 없는데 대한의학협회 공제회에서 접수한 醫療紛爭

건수가 1983년에 130건이었음에 비하여 1989년에는 300건, 보건사회부에서 접수한 醫療紛爭 관련 민원건수가 1983년 41건임에 비하여 1989년에는 600건, 서울 YMCA시민중계실에 접수된 醫療紛爭건수는 1980년에 19건이었음에 비하여 1988년에는 150건으로 1995년에는 242건으로 모두 급증하는 추세를 보이고 있다. 한편, 한방의료관련 의료사건에 대한 정확한 통계자료는 아직 없으며 서울 YMCA에 접수된 醫療紛爭 실태조사에서 전체건수의 3.3~5.0%를 차지하고 있는 것으로 보아 아직 심각한 문제는 아니다. 그러나, 醫療紛爭 접수율이 증가하고 있으며 사회적 여건으로 미루어 보아 한방관련 의료사건수도 차츰 증가할 수밖에 없는 상황이다. 앞의 글에서도 지적하고 있듯이 시민의식의 성숙과 상업화된 의료에 대한 불신, 紛爭調整機具의 부재, 지식의 독점, 정부의 무관심 등을 포함하여 앞으로 한방의료보험의 확대와 切약의료보험적용으로 인한 진료량의 증가, 공공의료 및 보건소, 군진의학에서 한의학의 참여로 인한 診療領域의 多樣化, 多量化로 미래의 한방의료를 예견해 볼 때 여러 형태의 의료사건이 발생할 수 있다고 볼 수 있다. 이 글을 통해서 의료사고문제의 현실과 법적 근거, 법리형성 등을 살펴 보면서 당장이나 미래에 한방의료인으로서 관심 가져야 할 몇 가지 사항은 다음과 같다.

첫째로 의료인의 注意義務 및 說明義務의 중요성이다. 한의학의 서양의학처럼 진료의 긴급성과 신체의 침습이 심한 경우가 없기 때문에 아직까지 注意義務나 說明義務違反으로 인한 醫療紛爭이 발생된 예는 정확한 통계자료로 거의 없으며, 또한 의료체계나 의료보험의 활성화로 인한 많은 환자 수를 진료해야 할 의료인들에 비하면 긴 진료시간과 자세한 설명 등을 할 수 있는 것이 현실이다. 질병의 진단, 치료, 예후 등뿐만 아니라 치료기간, 비용 등 여러 방법 중 가장 좋은 치료방법등을 환자와 상의하여 진료에 임해야 한다.

둘째로, 진료부기록은 正確하고 具體的이어야 한다. 대부분의 의료인들은 진료부를 지극히 간단히 작성하는 경향이 많다. 아직까지 醫療過誤 사건이 한방의료부분에 미미하게 발생하기 때문에 문제가 없었지만 항상 어떠한 문제의 발생을 막고 준비하는 마음으로 자세한 내용들을 기록하는 습관을 길러야 한다. 앞서서도 언급했듯이 의료사건시 診療記錄部는 중요한 문서역할을 하기 때문이다. 특히 死亡診斷書, 傷害診斷書 작성이나 사건발생후 診療記錄部 기록의 교정과 내용의 참가 등은 의료인에게 치명적인 손해를 미치기 때문에 항상 대비하는 노력이 중요하다.

셋째로, 치료방법이 客觀的이어야 하며, 현재 通用되고 一般的으로 認定되는 專門書籍 中心으로 醫療行爲가 이루어져야 한다. 형사상으로도 민사상으로도 일반적으로 의료인의 注意義務 자체는 학문의 객관성으로 다루어지는 경향이 있기 때문이다. 다시 말하면 注意義務의 기준이 되는 의학을 通常의 의료인에게 그 당시에 일반적으로 널리 알려져 있고 또 시인되어 있는 의학, 즉 이른바 「의학상식」에 근거한다. 따라서 학문적으로 인정되지 않는 방법(즉, 비방이나 학문적으로反하는 自己만의 치료방법)으로 발생한 醫療過誤는 의료인의 책임이 된다. 대체로, 秘方이나 傳統的治療手段(自己 만이 갖고 있는)등을 선호하는 경향이 있는 의료인들은 특히 주의할 필요가 있으며, 가능하다면 임상적으로나 실험적으로 결과의 객관성을 확인하는 노력도 필요하다.

넷째로 의료행위에 있어서의 信賴原則의 작용이다. 現代文明社會에 있어서 사람은 社會構成의 一員으로서 사회생활에서 발생하는 온갖 危險을 방지하기 위하여 각자가 그 부여된 조건 아래서 規則을 지킴으로써 危險을 예방할 社會的義務가 있는 것이다. 따라서 각자는 다른 사람도 이러한 義務를 충실히 지켜 위험을 예방할 것으로 相互 信賴하고 있으며 他人이 規則違反의 態度로 나오리라는 것을 염두에 두고 있을 필요가 없다는 것이 信賴의 原則이다. 이 原則은 최초로

交通의 영역에 있어서 적용되었으나 나아가 企業活動·팀 醫療 등에 의한 危險한 業務를 수행함에 있어서 그 業務關與者가 共同作業을 분담하여 서로 각자의 適定한 結果를 신뢰하는 것이 상당한 경우에도 적용이 가능하다. 醫療行爲는 보통 人體의 複雜性 또는 多樣性으로 인하여 여러 科目으로 細分되어 있고, 또 하는 業務의 內容도 分業化되어서 醫療人間의 協同性이 절실히 요청되는 것이므로 이러한 醫療行爲의 分業性·協同性에 기인하여 신뢰의 원칙이 문제되는 것이다. 특히 수술과 같은 의료행위에 있어서는 執刀醫師·痲醉醫師 또는 醫療人·看護師 등의 職務分擔이 불가피하고, 또 이들의 긴밀한 協力 없이는 중대한 手術같은 것은 불가능한 것이다.

이와 같은 醫療行爲에 의한 事故에 있어서는多數 關係者의 介在가 예상되고 過失의 競合에 의하여 結果發生에 이르게 된 경우가 많지만 醫療關係者相互間에는 서로 신뢰하는 것이 타당하다고 인정되는 경우도 있다. 사실 醫療行爲 특히 手術에 있어서는 그에 따르는 危險을 최소한도로 줄이기 위해서 手術 자체에의 방해 없는 精神集中이 무엇보다도 요청되며, 수술에 전념하는 者가 自己의 協同者 내지 補助員을 信賴할 수 없다는 생각조차도 그러한 注意集中을 흐리게 할 것임이 명백하다. 이와 같이 分業的으로 施行되는 醫療行爲에 있어서는 그 特殊性에 비추어 注意義務의 怠慢 여부를 독자적으로 검토하기에 이르렀고, 이에 따라 다른 사람의 誤診없는 協力を 신뢰하는 것이 곧 注意義務 判斷에 중요한 역할을 하게 되었다.

醫療人가 이러한 協力者를 신뢰할 수 없는 경우, 예컨대 協力者가 自己 맡은 일의 處理에 충분한 資格을 갖고 있지 못하다던가, 注意義務에 있어 缺陷이 있는 경우 등에서는 오히려 醫療人에게 특수한 注意義務를 지우게 됨은 말할 것도 없다. 또한 醫療人이 감독하는 看護師 등의 구체적 失策에 대해서는 이를 적절한 指導·監督에 의하여 是正하는 것이 가능한 한 이를 게을리한

경우 過失責任을 면할 수 없으며, 醫師의 補助者들에 대한 指示 또는 監督은 患者의 生命을 구하고 身體에 대한 危險을 미연에 방지할 수 있을 정도로 구체적이어야 한다.

반면에 현실적으로 한의학은 서양의학에 비해 분업화, 의료인력 직능의 다양화가 이루어지지 않고 있다. 대체로 의료행위가 의료인 그리고 종업원(무면허 약제사, 조제사)등으로 구성된 의료행위를 하고 있다고 볼 수 있는데 종업원의 올바른 행위로 인하여 醫療過誤事件이 발생하였다면 의료인의 책임이다. 신뢰의 원칙이 성립하지 않기 때문에 항상 종업원에 대한 정확한 교육과 훈련으로 사전에 맡은 일의 위험성과 중요성을 인식시키는 과정이 필요하다.

다섯째로, 此後 醫療紛爭 중재기관의 설립이나 관심과 의료사고 특례보험도입 등의 착안이 필요하다.

급변하는 사회에서 적절한 적응을 위해서는 變化의 方向, 變化의 意味, 變化의 重要性에 관심 가져야 한다. 醫療紛爭 중재기관이나 特例保險등은 서양의학에서도 아직까지 성공적이지 못하고 있으며 94년 보사부의 정책중의 하나로서 이제서야 정부에서도 관심을 적극적으로 갖고 있는 것들이다. 한의학은 아직 문제의 심각성이나 정도 등은 아직 시간적 여유가 있기 때문에 차후문제에 대한 대비의 방편으로 최소한의 노력과 관심이 필요한 시점이라고 생각한다.

여섯째로 지금까지의 논의된 문제에 대한 韓醫學 側面의 學問的 接近努力이 필요하다.

대체로 학문의 발전은 그 시대인의 필요성(need)에 의해 좌우된다고 할 수 있지만 體制나 法 制度內에서의 學問的 地位, 그리고 役割 등은 그 시대가 갖고 있는 학문의 성숙도와 법률 같은 제도에 좌우한다고 볼 수 있다. 또한 앞으로 보건소나 군의관의 의료인 배출로 인한 의료인의 진료영역과 진료량의 확대에 의한 새로운 역할을 고려해 볼 때 협회나 대학 내에서의 이에 대한 학문적 접근노력이 필요하다고 생각한다

다. 그 동안 의료인의 노력과는 별개로 국민이 갖고 있는 민족의학에 대한 사랑으로 한의학이 발전해왔다면 이제는 의료인 자신의 노력으로 학문과 제도적인 성숙함이 필요할 때이다.

## V. 맺음말

인간은 基本權, 本質的 價値로서의 건강을 추구한다. 그리고, 국가는 국민개개인들의 이러한 건강의 권리가 보장되도록 노력해야 할 의무가 있다. 그리고 보건의료는 이를 위해서 존재한다. 그러나 우리 나라의 의료는 건강의 維持 및 增進을 위해 계획적으로 조직되어 있기보다는 각각의 의료기관들이 상품으로서의 의료를 생산하고 국민개개인은 이를 자유롭게 구매하는 방식으로 조직되어 있다. 따라서 의료기관의 一次的 目標은 국민의 건강을 보장하는 것이라기보다는 의료기관의 財産蓄積에 있다. 醫療紛爭은 이러한 기전 속에서 상품으로서의 의료를 생산하는 의료인과 의료를 소비하는 국민으로서의 환자 사이에 일어나는 社會的 現狀이다. 醫療紛爭의 시작은 환자와 의료인간의 비인간적 관계로 인한 신뢰관계의 부족으로 발생한다. 최근 연구에 의하면 한방의료기관을 찾는 환자의 42.0%가 만족도를 보인데 비해 양방병원환자는 37.0%를 만족도로 보였는데, 만족의 이유는 “ ‘체질’에 맞으며 의료인들이 설명을 잘해주며 환자 이야기를 잘 들어주고 인체를 보는 시각이 맘에 든다”였다. 만족도가 서양의학에 비해 높은 것은 다행이라고 생각할 수 있으나, 이런 결과는 서양 의사 보다 나은 의료인들만이 갖고 있는 긍정적인 측면보다는 의료인들의 현실적 여건(예를 들어 양방에 비해 진료환자수가 적어 한 환자에게 분배되는 시간들이 많은 것 등)에 기인한다고 생각해야 할 것이다.

지금까지의 내용을 요약정리하면 다음과 같다.

첫째로 환자의 권리가 상충됨과 의료인들의 진료영역의 다양화 대중화로 인한 의료인 관련



醫療紛爭 및 過誤가 전체 醫療紛爭 접수중 3.3~5.0%를 차지하고 그 비율이 점차 증가하고 있으며 한약취급 약국의 한약으로 인한 의료분쟁 접수 건수가 크게 늘어났으며,

둘째, 이에 대한 의료인의 의료행위에 있어 醫療過失 및 過誤가 발생하지 않도록 注意義務와 說明義務의 법적 중대성을 중시해야 하며

셋째, 학문적이며, 객관화된 현재 통용되고 일반적으로 학계에서 인정된 전문서적 중심으로 의료행위가 이루어지는 臨床的 노력이 필요하며

네째, 의료시행에 앞서 의료행위 정당화의 적극적 요구로써 환자의 自己決定權을 존중해야 하며

다섯째, 진료과정, 진료의 적정과 적부를 판단하는 진료부는 유사시 법적으로 중요한 증거자료가 되기 때문에, 환자의 진료사항 뿐만아니라 말 또는 동태까지도 기록해야 한다.

여섯째, 앞으로 의료인 관련 醫療紛爭 조정기관이나 醫療過誤 및 실태, 법률적 체계에 관한 학문적 노력이 필요하다고 할 수 있다.

## 참고 문헌

1. 의료사고가족 연합회, 의료사고·분쟁, 한솔미디어, 1995.
2. 양성희, 의료분쟁의 해결비용에 관련된 요인 - 의협공제회 자료를 중심으로 -, 연세대학교 보건대학원 석사학위 논문, 1996.
3. 조항석, 의료사고를 경험한 가족들이 의료분쟁을 제기한 원인에 대한 연구, 연세대학교 보건대학원 석사학위 논문, 1996.
4. 서울 YMCA시민 증계실, 의료문제 관련 소비자 피해사례 분석, 소비자, 1995.
5. 대한의사협회 공제회, 공제회 10년 - 1981. 11. 1 ~ 1991. 10. 31 -
6. 이화석, 의료 피해 구제 법안에 대한 제언.
7. 추호경, 의료 과오론, 육법사, 1992.
8. 조희중, 의료과오소송, 법원사, 1996.
9. 이영규, 의료사고의 생활법률, 제일법규, 1997.
10. 대한의학협회, 의료분쟁 실태조사 결과 보고서, 1981.
11. 대한의학협회, 의료분쟁 관련의식 조사 보고서, 1983.
12. 대한의학협회 개원의를 위한 설문조사분석 통계 현황, 1987.
13. 한의신문, 1996. 11.
14. 이덕환, 의사의 설명의무와 법적 책임. 1993
15. 신은주, 손해배상액 산정에 있어서 일실이익 손해. 1993
16. 이석연, 의료과오 사건에 대한 형사책임의 판단기준. 1993
17. 신은주, 의료과오 소송에 있어서 입증책임. 1993
18. 이준상, 우리나라 판례로 본 의사의 설명의무. 1993
19. 추호경, 의료판례의 종합적 검토. 1993
20. 이준상, 환자의 자기 결정권. (1993)
21. 신현균, 협동의료에 있어서 의료과오. 1993
22. 신동립, 뇌사설과 형법적 문제. 1993
23. 김용익, 의료과오의 실태와 발상. 1993
24. 권오승, 의사의 주의의무. 1993
25. 정인희, 현행장해 평가법. 1993
26. 최상섭, 정신의학과 법. 1993
27. 김병곤, 생명의 헌법적 고찰. 1993
28. 최상규, 법의 혈청학. 1993
29. 고정명, 체외수정과 의사의 법적 책임. 1993
30. 권용우, 약과 사고의 책임. 1993
31. 차동인, 의료사건에 있어서 헌법소원 제기후의 수사. 1993
32. 정대관, 의료관계법의 문제점. 1993
33. 박병렬, 예방접종사고에 따른 손해배상 책임. 1993
34. 신현호외 9인, 소송실무대계, 법률문화원. 1994