

의료과오사건에서 의사의 과실을 인정하기 위한 요건

- 대법원 2006. 10. 26. 선고 2004도486 판결 -

범 경 철 *

- I. 서
 - 1. 사실관계
 - 2. 문제의 소재
- II. 과실을 인정하기 위한 요건
 - 1. 의료과실의 의의
 - 2. 예견가능성
 - 3. 동종업무에 종사하는 보통의 주의 정도
 - 4. 의료수준과 의료환경
 - 5. 의료행위의 특수성
- III. 과실판단기준
 - 1. 의사의 과실판정 기준
 - 2. 의사의 과실판정의 범위
- IV. 결
 - 1. 원심
 - 2. 대법원
 - 3. 소견

I. 서

1. 사실관계

甲은 K대학병원 산부인과 의사인 乙에게서 제왕절개수술을 받는 과정에서 폐색전증¹⁾의 위험이 예견되었음에도 불구하고 필요한 조치를 하지 않

* 전북대학교 법과대학 조교수, 법학박사

1) 폐색전증은 폐동맥이나 그 가지가 혈류에 의해 운반된 혈병(血餅) 또는 이물에 의

아 사망에 이르렀다고 유가족이 주장하였다.

이에 乙은 수술 다음날 호흡곤란, 복부팽만 등을 호소한 것 외에도 빈호흡, 간헐적인 저혈압, 빈맥 증세를 보이고 동맥혈가스분석검사 결과 혈액의 알칼리화, 혈중 이산화탄소의 감소가 나타났지만 이들은 폐색전증에 특이적인 소견이라고 할 수 없고 피해자에게 이미 발생하여 있던 빈혈, 폐부종, 장폐색에서도 나타나는 증상일뿐더러, 당시 피고인이 피해자를 장폐색으로 진단하고 이에 대한 조치를 취한 결과 피해자의 상태가 호전되었고, 피해자 등으로부터 수술 이전에 혈전증의 병력을 고지 받았거나, 흉부 방사선 촬영검사에서 폐색전증이 의심된다는 내용의 판독 결과가 피해자의 사망 이전에 진단방사선과로부터 피고인에게 도착하였다고 인정할 자료가 없었다고 주장하였다.

이에 대하여 원고 丙은 고령의 초산모로서 수술 5년 전 혈전치료를 받은 병력이 있고 수술 후 수시로 호흡곤란을 호소하였으므로 피고인으로서 폐색전증의 위험을 예견할 수 있었다고 주장하였다.

2. 문제의 소재

과실이란 행위자가 결과 발생 즉 구성요건의 실현가능성을 예견하거나 예견할 수 있었음에도 불구하고 구체적인 상황에서 구성요건적 결과의 발생을 회피하기 위하여 사회생활상 요구되는 주의의무를 위반하는 것을 말한다. 살펴보면 주의의무에 위반함으로써 의사에 반하여 구성요건을 실현하는 것이 바로 과실이라고 할 수 있다. 그리고 과실은 고의의 감경된 형태가 아니라 고의와는 전혀 그 성질을 달리한다.

의료과오에 관하여 민사적 책임은 많이 논의되고 있지만 형사적 책임은

해 폐쇄되어 폐의 경색증(梗塞症)을 일으키는 질환으로서 대개는 정맥혈전(靜脈血栓), 특히 다리의 심재정맥혈전(深在靜脈血栓)이 폐동맥에 유입됨으로 인해 폐동맥이 폐쇄되어 폐혈관계의 순환이 저해되는 질환으로서, 외상 특히 고령자의 골반이나 대퇴골(大腿骨)의 골절·화상·수술·산욕(産褥)·심장질환·악성종양·혈액질환 등의 경우에 발생하기 쉽다.

그리 많이 논의되고 있지 않는 것이 현실이다.

고의와 과실은 이론상 구별되지만, 사법상의 책임요건으로서는 양자를 구별하지 않고 또한 책임의 경중의 차이도 인정하지 않아, 고의나 과실이나 책임성립의 한 요건으로서 같게 평가된다. 이 점은 형법에 있어서와는 크게 다른 점이다. 공법상에서는 사회생활에서 요구되는 주의의무를 위반함으로써 구성요건적 결과가 발생하는 경우에 형벌이 과하여지는 범죄가 바로 과실범이다. 형법 제14조를 통하여 고의범이 원칙적으로 처벌되고 과실범은 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하여 예외적으로 처벌됨을 알 수 있는데, 그 법정형은 개개의 조문에 규정되어 있고, 그 형이 고의범에 비하여 경하게 되어 있다.

그리고 과실은 주의의무의 종류에 따라 추상적 과실과 구체적 과실로 나누어지는데, 전자는 일반적으로 평균인에게 요구되는 주의로서 선량한 관리자의 주의 또는 선관주의라고 하며, 후자에 있어서의 주의를 구체적인 개인에 따라 차이가 난다. 그러므로 의사의 과실은 구체적 과실에 의하여 평가한다.

의사의 형사적 책임에서 고의범의 처벌은 말 할 필요가 없고 과실범의 처벌은 특수한 의료행위를 감안하여 책임을 추궁하여야 할 것이다. 그러므로 의사에게 형법 제 268조의 업무상과실 책임을 부담시키려면 다음과 같은 요건이 충족되어야 할 것이다.

① 먼저 결과 발생을 예견할 수 있어야 한다. ② 회피할 수 있었음에도 이를 하지 못한 점을 인정할 수 있어야 한다. ③ 의사의 과실의 유무를 판단함에 있어서는 같은 업무와 직무에 종사하는 일반적 보통인의 주의 정도를 표준으로 하여야 한다. ④ 사고 당시의 일반적인 의학의 수준과 의료환경 및 조건, 의료행위의 특수성 등을 고려하여야 한다.

Ⅱ. 과실을 인정하기 위한 요건

1. 의료과실의 의미

의료과오 혹은 의료과실이란 의사가 환자에 대하여 진료행위를 함에 있어서 업무상 필요한 주의의무를 태만히 하여 그것으로 말미암아 환자의 생명·신체에 잘못된 결과가 발생한 것을 말한다.²⁾ 이로 인해 발생하는 의사 책임(醫師責任)은 원칙적으로 과실책임이다. 그러므로 의사책임은 의사가 의료행위에 필요한 주의의무를 게을리 한 결과로 의료사고가 발생한 경우에 한하여 인정된다.

의료행위에 있어서 의사에게 요구되는 주의의무는 절대적인 기준에 의해서 결정되기보다는 구체적 기준에 의하여 결정된다. 환자에 대한 의료행위를 하는 의사는 “통상의 일반적 의사³⁾ 또는 표준적 평균적 의사가 갖추어야 할 그 당시의 의학지식과 의료기술에 따르는 주의의무”를 부담한다. 의사책임은 보통의 의사가 의료행위의 당시에 의학상 일반적으로 인정된 지식과 기술에 의하여 결과 발생을 예견할 수 있었음에도 불구하고 그 결과발생을 예견하지 못하고, 그 결과 발생을 회피할 수 있었음에도 불구하고 그 결과발생을 회피하지 못한 과실이 있는 경우에 인정된다. 그리고 의료소송에서 손해배상책임의 전제로 요구되는 과실은 추상적 과실을 가리킨다고 본다. 추상적 과실이란 일반인에게 요구되는 주의의무를 게을리 한 것을 가리키는 것으로 선량한 관리자의 주의의무를 위반하면 추상적 과실이 된다. 다만 추상적 과실에서는 판단의 기초가 되는 표준인이 상정되어 있지만, 그 표준인은 일반적인 사람을 지칭하는 말이 아니라, 그 직업·지위에 있는 사람들의 평균인을 가리킨다.

2) 최근에 실무에서 의료과오소송 또는 의료과오재판이라고 지칭하는데 이것은 의사의 과실책임의 유무를 다투는 민사사건을 가리키는 말이다.

3) 여기서 통상의 일반적인 의사란 고도의 전문적인 의학적 훈련을 거친 의사를 말한다.

2. 예견가능성

의료과오사건에 있어서 의사의 과실을 인정하려면 결과 발생을 예견할 수 있고 또 회피할 수 있었음에도 이를 하지 못한 점을 인정할 수 있어야 하고, 위 과실의 유무를 판단함에는 같은 업무와 직무에 종사하는 일반적 보통인의 주의 정도를 표준으로 하여야 하며, 이때 사고 당시의 일반적인 의학의 수준과 의료환경 및 조건, 의료행위의 특수성 등을 고려하여야 한다. 의료과실은 의료행위상의 잘못에 대하여 법적으로 비난할 수 있는 요소로서 민법상으로는 “일정한 사실을 인식할 수 있었음에도 불구하고 부주의로 인식하지 못한 것”을 의미하고, 형법상으로는 “정상의 주의를 태만함으로 인하여 죄의 성립요소인 사실을 인식하지 못한 것”을 의미하는데, 대개의 경우 의료과실은 의료과오를 전제로 하고 있다는 견해도 있으나, 이는 개념상의 구분일 뿐 실제로는 구분이 쉽지 않다.

의료과오는 의료상에 과실이 있다는 일본식 용어로서 현재 우리나라에는 의료과오와 의료과실을 명확히 구분하지 않고 혼용하고 있으며, 현실적으로 구별실익도 적다.

대법원도 “의료과오사건에 있어서의 의사의 과실은 결과발생을 예견할 수 있었음에도 불구하고 그 결과발생을 예견하지 못하였고 그 결과발생을 회피할 수 있었음에도 불구하고 그 결과발생을 회피하지 못한 과실이 검토되어야 할 것이고 특히 의사의 질병 진단의 결과에 과실이 없다고 인정되는 이상 그 요법으로서 어떠한 조치를 취하여야 할 것인가는 의사 스스로 환자의 상황 기타 이에 터잡은 자기의 전문적 지식경험에 따라 결정하여야 할 것이고 생각할 수 있는 몇 가지의 조치가 의사로서 취할 조치로서 합리적인 것인 한 그 어떤 것을 선택할 것이냐는 당해 의사의 재량의 범위내에 속하고 반드시 그중 어느 하나만이 정당하고 이와 다른 조치를 취한 것은 모두 과실이 있는 것이라고 할 수는 없다.”라고 판시하고 있다(대법원 1984. 6. 12. 선고 82도3199 판결 참조).

3. 동종업무에 종사하는 보통의 주의 정도

가. 주의의무

의료과실에 있어서 주의의무위반도 다른 사안에서와 마찬가지로 구체적인 행위로부터 발생할 수 있는 보호법익에 대한 위험을 예견하고 구성요건적 결과의 발생을 회피할 의무를 말한다. 그러므로 주의의무는 예견의무와 결과회피의무를 그 내용으로 한다. 과실범의 구성요건해당성도 고의범과 마찬가지로 행위반가치와 결과반가치에 의하여 결정된다. 고의범의 행위반가치가 법익의 침해 또는 그 위험에 대한 인식과 의사임에 반하여, 과실범의 행위반가치는 주의의무위반에 있다. 주의의무위반의 표준에 관하여는 객관설·주관설 및 절충설로 나누어진다. 일반인을 표준으로 하는 객관설이 우리나라의 다수설이다. 대법원도 “의료진의 주의의무 위반으로 인한 불법행위의 책임을 묻기 위해서는 의료행위상 주의의무의 위반, 손해의 발생 및 그 양자 사이에 인과관계가 존재한다는 점이 각 입증되어야 할 것인바, 의료행위의 속성상 환자의 구체적인 증상이나 상황에 따라 위험을 방지하기 위하여 요구되는 최선의 조치를 취하여야 할 주의의무를 부담하는 의료진이 환자의 기대에 반하여 환자의 치료에 전력을 다하지 아니한 경우에는 그 업무상 주의의무를 위반한 것이라고 보아야 할 것이지만, 그러한 주의의무 위반과 환자에게 발생한 악결과(惡結果) 사이에 상당인과관계가 인정되지 않는 경우에는 그에 관한 손해배상을 구할 수 없다. 다만, 그 주의의무 위반의 정도가 일반인의 처지에서 보아 수인한도를 넘어설 만큼 현저하게 불성실한 진료를 행한 것이라고 평가될 정도에 이른 경우라면 그 자체로서 불법행위를 구성하여 그로 말미암아 환자나 그 가족이 입은 정신적 고통에 대한 위자료의 배상을 명할 수 있으나, 이때 그 수인한도를 넘어서는 정도로 현저하게 불성실한 진료하였다는 점은 불법행위의 성립을 주장하는 피해자들이 이를 입증하여야 한다.”라고 판시하고 있다(대법원 2006.9.28. 선고 2004다61402 판결 참조).

나. 의료행위에 있어서의 주의의무

주의의무는 여러 가지 상황에 따라 너무 다양하여 결국 통상인 혹은 일반인을 기준으로 하는데, 판례 등에 나타난 주의의무에 관한 내용을 살펴보면 다음과 같다. 추상적 과실의 기준인 통상인⁴⁾이란 그 지위·직업에서의 통상인을 말한다.⁵⁾ 의사는 자신이 직접할 수 없는 경우, 분야가 다르거나 자신이 없는 경우 등 통상의 진료를 자신이 할 수 없을 경우에는 시설과 능력이 있는 다른 곳으로 환자를 이동하여야 할 의무가 있다.⁶⁾ 이것을 전의·전원(轉醫·轉院)의 의무라고 한다. 의료과오사건에서 대법원은 “의료과오사건에 있어서의 의사의 과오는 결과발생을 예견할 수 있음에도 불구하고 그 결과발생을 예견하지 못하였고, 그 결과 발생을 회피할 수 있었음에도 불구하고 결과 발생을 회피하지 못한 과오가 검토되어야 한다”라고 과오의 판단기준을 제시한 바 있다.⁷⁾

4. 의료수준과 의료환경

가. 의료수준

사람의 신체에 침습을 가하는 의료행위는 엄격한 제한이 따르게 마련이다. 그 제한이 되는 학문이 의학이다. 그러므로 의료과실의 전제인 의사의 주의의무의 중요한 기준의 하나는 의학이 될 수밖에 없다. 여기에서 말하는 의학은 대부분 환자에게 응용되는 과정에서 요구되는 임상 의학을 말하고 병리학에서 요구되는 엄밀성까지 요구하는 것은 아니다.

-
- 4) 일반적으로 통상인이라 함은 추상적인 일반인을 말하는 것이 아니고, 그와 같은 업무와 직무에 종사하는 사람으로서는 보통 누구나 할 수 있는 정도를 표준으로 하여 그 과실 유무를 논하여야 한다.
 - 5) 대법원 1967. 7. 16. 선고 66다1938 판결.
 - 6) 대법원은 1967. 7. 11. 선고 67다848 판결에서 “일반의가 산모인 환자를 종합병원이나 전문의에게 이송하지 아니한 것을 과실”이라 판시한 바와 유사하게 대부분의 판례들은 결과회피의무를 다하지 못하고 있는 점을 강조하고 있으나, 대법원 1964. 6. 2. 선고 63다804 판결; 대법원 1975. 12. 9. 선고 75다1028 판결 등은 부주의로 인하여 그 결과 발생을 예견하지 못한 것을 중시하고 있다.
 - 7) 대법원 1984. 6. 12. 선고 82도3199 판결.

주의의무의 기준이 되는 의학은 통상의 수준의 의학을 말한다. 통상수준의 의학이란 의료행위당시 일반적으로 널리 알려져 있고 시인되어 있는 의학을 말한다. 독일의 학설이나 판례가 빈번히 인용하고 있는 “일반적으로 인정된 의학의 원칙(die allgemein anerkannten Regeln der ärztlichen Wissenschaft)”이 이에 해당한다고 볼 수 있다. 따라서 의사는 이와 같은 의학에 접합하도록 객관적인 주의의무가 필요하다. 그러므로 끊임없이 진보하고 있는 현대의학에 있어서는 의사는 그 수준에 맞게 능력을 보유하는 것이 당연하고 업무상 주의의무가 된다.⁸⁾ 의학은 계속하여 발전한다. 이에 따라 의사는 발전된 의학수준을 따라가야 할 의무가 있다. 그러므로 과실을 판정함에 있어서 그 당시의 의학수준이 기준이 된다.

또한 의료과실을 판정함에 있어서 의료관행은 미묘한 작용을 한다. 관행에 따라서 행한 의료행위는 대부분 주의의무를 다한 것으로 볼 수 있을 것이다. 대법원도 “의사가 진찰·치료 등의 의료행위를 함에 있어서는 사람의 생명·신체·건강을 관리하는 업무의 성질에 비추어 환자의 구체적인 증상이나 상황에 따라 위험을 방지하기 위하여 요구되는 최선의 조치를 취하여야 할 주의의무가 있고 의사의 이와 같은 주의의무는 의료행위를 할 당시 의료기관 등 임상의학 분야에서 실천되고 있는 의료행위의 수준을 기준으로 삼되 그 의료수준은 통상의 의사에게 의료행위 당시 일반적으로 알려져 있고 또 시인되고 있는 이른바 의학상식을 뜻하므로 진료환경 및 조건, 의료행위의 특수성 등을 고려하여 규범적인 수준으로 파악되어야 한다.”라고 판시하고 있다(대법원 2005. 10. 28. 선고 2004다13045 판결 참조).

나. 의료환경

의사의 주의의무의 위반 기준을 판단함에 있어서 그 의사가 처하고 있는 환경이나 진료당시의 사정이 중요한 한 요소가 될 수 있다. 보통 의사는

8) 이러한 취지에서 독일 Reich법원은 “의사 기타 의료종사자는 의학의 진보에 부응하고 의료방법에 익숙함을 요하며, 안일과 아집·자만심에서 의료에 관한 새로운 학설과 경험에 문호를 닫아서는 안 된다”라고 판시하고 있다(RG. 1930. 7. 8.).

산간벽지나 도회지, 대학병원 등에 종사하는 경우가 대부분일 것이다. 처음에는 의사간에 실력 차이가 없더라도 연구의 기회나 설비의 차이에 따라 현실적으로 의료수준의 차이가 나는 것을 인정할 수밖에 없을 것이다.

종국적으로 의사는 그가 놓여 있는 상황에 따라서 주의의무의 정도가 차이가 날 수밖에 없다. 그러므로 의사의 과실을 판정함에 있어서 그가 처한 상황을 고려하지 않을 수 없다. 대법원도 “의사가 진찰·치료 등의 의료행위를 함에 있어서는 사람의 생명·신체·건강을 관리하는 업무의 성질에 비추어 환자의 구체적인 증상이나 상황에 따라 위험을 방지하기 위하여 요구되는 최선의 조치를 취하여야 할 주의의무가 있고, 환자에 대한 수술은 물론, 치료를 위한 약품의 투여도 신체에 대한 침습을 포함하는 것인 이상 마찬가지로 주의의무가 요구된다 할 것이며, 이와 같은 의료상의 주의의무는 의료행위를 할 당시 의료기관 등 임상의학 분야에서 실천되고 있는 의료행위의 수준을 기준으로 삼되, 그 의료수준은 통상의 의사에게 의료행위 당시 일반적으로 알려져 있고 또 시인되고 있는 이른바 의학상식을 뜻하므로 진료환경 및 조건, 의료행위의 특수성 등을 고려하여 규범적인 수준으로 파악되어야 한다.”라고 판시하고 있다(대법원 2005. 4. 29. 선고 2004다 64067 판결 참조).

5. 의료행위의 특수성

가. 위험내재성(침습성)

의료행위는 일반적인 행위와 달리 인간을 그 대상으로 하기 때문에 여러 가지 특수성이 있다. 그 하나가 침습성이라고 말할 수 있다. 의료행위는 본질적으로 환자에 대한 침습을 내포하고 있다. 그러므로 의료행위는 고도로 발달된 의학지식이나 의료기술에 의해서도 그 위험을 방지할 수 없는 경우가 많다. 이와 같이 의료행위시 발생하는 침습의 위법성을 조각하는 이유는 침습으로 인한 해악보다 환자에 대한 구멍이 이익형량으로 볼 때 이익이 더 크기 때문이다. 그러므로 의료행위에서는 의사가 고도의 주의의무

혹은 최선의 주의의무를 다하여야 할 의무를 부담하지만 의사가 최선을 다했음에도 사고가 발생하였을 경우 의사의 책임은 면제될 수 있다.

나. 예측곤란성

환자는 각 개인에 따라 신체구조 및 기능에 미세하나마 차이를 보이고 있다. 이러한 차이 때문에 어떤 환자에게는 전혀 해가 되지 않는 의료행위가 다른 환자에게는 치명적인 독이 될 수 있다. 이 경우를 보통 과민성체질 혹은 특이체질이라 부르고 있다. 과민성체질이나 특이체질의 경우에도 물론 의사는 예측할 수 있는 모든 치료방법을 강구하여야 한다. 그러나 현재의 의학기술로 규명할 수 없는 특이체질이 얼마든지 있을 수 있다. 따라서 의사가 이 모든 경우를 예측하여 항상 적절하게 대처할 수는 없다는 특징이 있다.

다. 재량성

의사의 재량성이라 함은 환자의 병상에 대한 진단이나 치료는 각각의 개별적인 경우에 따라서 다양한 방법이 고려될 수 있다는 의미이다. 또는 의사가 의료행위를 함에 있어서 객관적인 제약조건 중에서 종래의 증상과 상이한 증상과 경과를 관찰하면서 환자의 변화를 앞두고 당시의 시점에서 구체적인 상황에 입각하여 최선이라고 생각되는 의료조치를 하는 것을 말한다. 이와 같이 의사는 진료를 행함에 있어 환자의 상황과 당시의 의료수준 그리고 자기의 전문적인 지식과 경험에 따라 생각할 수 있는 몇 가지의 조치 중에서 적절하다고 판단되는 진료방법을 자유재량에 의하여 선택할 수 있고, 그 선택이 합리적인 재량의 범위를 벗어난 것이 아닌 한 진료의 결과를 놓고 그중 어느 하나만이 정당하고 그와 다른 조치를 취한 것에 과실이 있다고 말할 수는 없다.

한밤중에 찾아온 응급환자에 대하여 일반적인 대증요법(對症療法)⁹⁾에 따

9) 대증요법(對症療法; symptomatic treatment)이란 어떤 질환의 환자를 치료하는 데 있

라 치료한 수련의에게 의료과오에 대한 책임을 물을 수 없다고 한 사례로서 대법원은 “한 밤중인 01:10경에 수련의로서 우선 홀로 당직근무를 하다가 극심한 호흡 곤란을 호소하는 환자를 진료함에 있어서 그가 가지고 있는 의학지식에 의하여 그 치료방법으로 우선 호흡곤란을 완화시키기 위한 대증요법을 쓰기로 하고 그 대증요법에 일반적으로 쓰이는 주사약제를 선택한 다음 간호사에게 지시하여 적절한 방법에 따라 주사하였다면 그 진료방법이나 약제의 선택 및 사후의 처방과정에서 명백히 합리성을 결한 것이 아닌 한 그것은 의사의 재량에 속한다 할 것이므로 그 치료 중에 환자가 사망하였다 하여 의사에게 막 바로 의료과오상의 책임을 물을 수는 없다.”라고 판시하고 있다(대법원 1986. 10. 28. 선고 84다카1881 판결 참조).

라. 진행성

의료의 대상이 되는 질병은 일단 발병하면 기관이나 기능의 마비 또는 환자가 사망에 이르기까지 진행되는 성질을 가지고 있다. 그러므로 이러한 질병의 진행과정에서 의료행위의 중단이나 지연은 환자의 불이익을 초래하는 중대한 원인이 되기 때문에 적절한 시간 이내에 일정한 처치를 착수하고 완료하는 것이 요청된다.

마. 밀실성

의료행위는 수술실과 같이 공개되지 않는 일정한 공간에서 실시되므로 일반인은 알 수 없는 경우가 대부분이다. 그리고 의료행위는 고도의 전문 지식과 전문적인 훈련을 거친 의사들이 행하는 일이기 때문에 이에 대하여 환자나 일반인은 문외한이나 다름없다. 예컨대 전신마취의 경우, 수술 전에

어서 원인이 아니고, 증세에 대해서만 실시하는 치료법이다. 예를 들어, 폐결핵으로 미열(微熱)이 계속되고 있는 환자에 대해서 해열제를 투여하는 경우를 대증요법이라 하며, 그것과 대응하여 폐결핵제(肺結核劑: PAS·INH 등)를 투여하여 병의 원인인 결핵을 치료하는 것을 원인요법이라 한다. 환자에게 큰 고통을 주는 통증이나 발열 등이 있을 경우에는 대증요법으로 고통을 없애준다. 그리고 현재 원인요법이 없는 질환에 대해서는 대증요법을 쓴다.

반드시 마취를 시행하지만, 이에는 엄청나게 많은 마취제의 종류와 몇 가지 방법에 의해서 시술된다. 이 경우 수술을 받는 환자나 보호자는 어떤 방법에 의해서 어떤 약을 시술하였는지 전혀 알 수가 없는 경우가 많으며, 경험적으로 살펴볼 때 이로 인하여 자주 환자 측과 의사간에 분쟁이 발생하곤 한다.

그러나 이러한 밀실성에 대하여, 일반시민의 알 권리에 대한 의식의 증대와 더불어 환자의 권리의식이 점차 높아감에 따라 의료기록작성의무의 상세화, 설명의무의 정형화 등이 요청되고 정보화 사회로의 진전과 의약분업의 시행으로 인하여 의료행위가 점차 투명화되고 있으나 의료과오를 밝히는 데에는 아직도 많은 어려움이 있다.

바. 종합적 학문성

현대의 의료행위는 어느 한 분야만이 배경이 되는 것이 아니라 자연과학과 공학 그리고 인문학까지 결합된 종합학문이 배경으로 되어 있어서 아주 복잡한 현상을 보이고 있다. 특히 미래의 의료행위는 우리가 상상할 수 없을 정도로 변화될 것이라는 점을 의심하는 사람은 없을 것이다.

신의 영역이라고 생각했던 생명의 창조도 불가능한 일이 아니고, 인간의 유전자 지도가 완성되어 인간의 맞춤시대도 멀지 않았다고 한다. 이런 시대에 의료행위 개념 자체를 의학이라는 자연과학에 한정시키기는 곤란하다고 본다. 이제 의료는 자연과학, 공학, 인문학 등 종합적인 학문이 결합되어 그 개념을 어렵게 하는 것이 사실이다. 대법원도 “의료사고에 있어서 의사의 과실을 인정하기 위해서는 의사가 결과 발생을 예견할 수 있었음에도 불구하고 그 결과 발생을 예견하지 못하였고, 그 결과 발생을 회피할 수 있었음에도 불구하고 그 결과 발생을 회피하지 못한 과실이 검토되어야 하고, 그 과실의 유무를 판단함에는 같은 업무와 직무에 종사하는 일반적 보통인의 주의 정도를 표준으로 하여야 하며, 이에는 사고 당시의 일반적 인 의학의 수준과 의료환경 및 조건, 의료행위의 특수성 등이 고려되어야 한다.”라고 판시하고 있다(대법원 2003. 1. 10. 선고 2001도3292 판결 참조).

Ⅲ. 과실판단기준

1. 의사의 과실판정 기준

가. 의사의 과실

의료행위는 인체의 침습을 전제로 하기 때문에 의사가 환자를 진료함에 있어서 어떤 과실을 범하는가는 상당히 다양한 모습으로 나타난다. 여기서는 진료상(의학상) 과실과 기술상 과실로 나누어 생각해 볼 수 있다. 물론 의사가 진료함에 있어서 誤診을 했다고 하여 바로 과실이 있는 것은 아니고 일정한 판단기준에 따라서 과실의 유무를 판단하여야 할 것이다.¹⁰⁾

나. 의학상 판단착오 (오진)

오진이라 함은 의사가 환자에 대하여 의학상 잘못 진단하는 것을 말한다. 물론 여기에서 말하는 것은 제대로 진단하였다면 발생하지 않을 결과를 야기시켜 환자에게 손해를 가하는 경우이다. 다시 말하면 질환의 실체와 일치하지 않은 것을 말하나 이에 오진이 의사의 과실에 귀착되는가 어떤가는 결코 쉬운 문제가 아니다. 정확한 진단만 내릴 수 있다면 많은 질병을 적기에 치료하여 많은 환자에게 건강을 찾아줄 수 있을 것이다. 그러나 의학상 정확한 진단을 내리기는 매우 힘들고, 이러한 의학상 오진은 어떤 경우는 의사 자신만 아는 경우가 있을 것이다. 일반인(법관을 포함)은 의사의 오진 여부를 잘 알 수 없다.¹¹⁾

10) 의사가 비록 오진을 하였어도 ① 의사로서 선택할 수 있는 재량행위에 속하는 경우, ② 보통 의사로서 피하기 어려운 오진의 범위에 속하는 경우, ③ 결과적으로 오진이 환자에게 유리한 결과를 가져온 경우는 의사에게 책임을 부담시키지 않는다.

11) 오진은 ① 최종적으로 내린 진단이 객관적인 의학의 기준에 비추어 환자가 실제로 보유한 질환과 불일치되는 경우, ② 건강한 상태를 어떤 특정한 병이 있다고 진단한 경우, ③ 실제로는 어떤 특정한 병이 있는데 건강한 상태로 진단한 경우 등을 들 수 있다.

다. 오진에서 고려되어야 할 사항

의사에게 부과된 주의의무는 의학이 기준이 된다. 일반적으로 주의의무는 객관적으로 다루어지고 있으며, 여기에서 문제가 되는 것은 그 당시의 의사에게 널리 알려진 의학지식에 속하느냐, 즉 “일반적으로 인정된 원칙”에 해당하는가가 문제된다. 그런데 의료과실은 의학이 환자에게 응용되는 과정에서 생기는 것이기 때문에 여기서 말하는 위험은 통상 이른바 일상의 위험을 말한다. 따라서 병리학적인 엄밀성은 요구되지 않는다. 또한 일상에서도 그 당시의 의학수준에 비추어 일반상식을 가진 의사에게 널리 알려져 있어야 하며 일부의 특수분야에서만 사용되어서는 안 된다.

그리고 의사의 과실을 판단함에 있어서 관행은 다른 분야와는 좀 다른 모습으로 나타난다. 의사의 행위가 의학계에서 통상 요구되고 있고, 그 의사가 그 요구에 따라서 행한 행위는 주의의무를 태만하였다고 할 수 없을 것이다. 이것은 의학적인 면이 의료에 잔존하고 있는 모습일 것이다. 이는 확실히 통상의 업무상 과실을 판단함에 있어서 관습을 취급하는 방법과는 달리 다른 직업군에 부여되지 않는 특권을 의사에게 부여하는 것이 되는데, 그 이유는 의학계에서 일반적으로 승인되어 행하여지고 있는 진료방법 등을 법원에 의하여 거의 그대로 합리적이라고 법적 가치가 부여되어 과오 판단을 위한 행위기준으로 인정됨으로써 의사는 스스로의 손으로 법적 행위기준을 설정하고 있는 것으로 되기 때문이다.

이러한 사실은 점차 시정되고 있지만 아직까지 산간벽지나 농촌, 섬, 소도시 등에는 의료의 혜택이 도시에 비하여 소외되고 있다. 자본주의하에서는 어쩔 수 없는 현상이라 하겠지만, 의사의 과실판단 기준도 이를 감안하여야 할 것이다.¹²⁾ 그리고 의사는 위험허용의 범위가 어느 정도 인정되고

12) 이것에 관한 것으로는 미국 판례를 들 수 있다. “의사회의 빈번한 집회, 학회지의 논문, 전반적으로 인정된 권위자의 저서 및 병원진료에 의해서 광범위하게 경험한 임상경험 등은 지방의사를 도회지 의사와 동등 이상의 조건에 놓이게 하였다. 지방의사라고 하여 대도시에 있어서의 평균적인 내과의사 또는 외과의사 보다 낮은 기술을 가지고 있다고 평가하면 대단히 분개할 것이다. 그래서 우리는 지방의사가 같은 촌이나 이와 유사한 촌에 있어서 다른 의사의 능력에 의해서만 판단되어야

있다. 예컨대 자기가 손을 쓰지 않으면 틀림없이 사망 내지 이에 준하는 결과가 발생된다면 어느 정도 위험을 무릅쓰고 결단을 하여야 할 것이다. 이 문제는 의료의 발전과 질적 향상을 위하여 의사의 재량행위와 관계가 있어 보인다.

긴급성에는 시간적으로 조치가 시급하다고 하는 시간적 긴급성과 생사에 관한 중요한 문제라고 하는 사항적 긴급성이 있다. 예컨대 개복수술을 하였는데 출혈이 너무 심하여 가제를 넣어둔 채로 봉합했다고 하는 것이 시간적 긴급성의 예이고, 위암으로서 그대로 놓아두면 생명에 지장이 있기 때문에 위험을 무릅쓰고 수술을 하는 것을 사항적 긴급성이라 한다.

의사가 긴급한 치료를 할 것인가, 말 것인가의 여부는 그로 인한 이익과 충분한 준비를 다하지 못하고 치료를 하는 것으로부터 오는 위험을 비교衡量하여 결정하여야 할 문제로서 긴급한 치료를 하는 이익이 크다고 판단되어 치료를 시작한 경우에 그 판단에 객관성이 있는 한, 그 결과에 대하여는 의사에게 책임을 묻는 것은 타당하지 않다고 생각한다.

대법원도 “의사가 진찰·치료 등의 의료행위를 함에 있어서는 사람의 생명·신체·건강을 관리하는 업무의 성질에 비추어 환자의 구체적인 증상이나 상황에 따라 위험을 방지하기 위하여 요구되는 최선의 조치를 행하여야 할 주의의무가 있고, 의사의 이와 같은 주의의무는 의료행위를 할 당시 의료기관 등 임상의학 분야에서 실천되고 있는 의료행위의 수준을 기준으로 판단하여야 하며, 특히 진단은 문진·시진·촉진·청진 및 각종 임상검사 등의 결과에 터잡아 질병 여부를 감별하고 그 종류, 성질 및 진행 정도 등을 밝혀내는 임상의학의 출발점으로서 이에 따라 치료법이 선택되는 중요한 의료행위이므로 진단상의 과실 유무를 판단함에 있어서는 그 과정에 있어서 비록 완전무결한 임상진단의 실시는 불가능하다고 할지라도 적어도 임상의학 분야에서 실천되고 있는 진단 수준의 범위 내에서 그 의사가 전문 직업인으로서 요구되는 의료상의 윤리와 의학지식 및 경험에 터잡아 신

한다고 주장하지 않는다”라고 1916년 미네소타주 최고법원은 재미있는 판결을 내리고 있다(Viita v. Fleming, 132. Minn, 128 (1916))

중히 환자를 진찰하고 정확히 진단함으로써 위험한 결과 발생을 예견하고 그 결과 발생을 회피하는 데에 필요한 최선의 주의의무를 다하였는지 여부를 따져 보아야 하고, 아울러 의사에게는 만일 당해 의료기관의 설비 및 지리적 요인 기타 여러 가지 사정으로 인하여 진단에 필요한 검사를 실시할 수 없는 경우에는 특단의 사정이 없는 한 당해 환자로 하여금 그 검사를 받을 수 있도록 해당 의료기관에 전원을 권고할 의무가 있다.”라고 판시하고 있다(대법원 1998. 2. 27. 선고 97다38442 판결 참조).

라. 기술상의 과실

의학상 진단에 비하면 비교적 입증이 쉽고 판례도 상당히 환자의 승소판결을 많이 내리고 있는 경우가 의료기술상의 과오이다. 예컨대 투약(Medication)의 경우, 주사로 약물을 투여할 것인가, 구강으로 투여할 것인가의 문제에서 식도 및 위장장애로 인한 환자에게는 주사로 약물을 투여하여야 하는데 기술적인 면에서 주사를 잘못하여 신체에 이상이 생기는 경우 그리고 종류, 분량에 관해 잘못된 경우에는 원칙상 과실이 있다고 볼 수 있다. 또한 약품의 종류를 확인하고 주사기의 소독 정도를 확인하고 투여할 시기를 신중히 고려하여야 할 의무가 있을 것이다.

그리고 의사는 환자에게 투약함에 있어서 투여할 약품의 확인의무와 복용방법 등의 설명의무 및 부작용의 발생에 대한 설명의무 등을 부담한다. 따라서 이에 대한 부주의는 모두 과실이 있다.

2. 의사의 과실판정의 범위

의사의 과실판정의 범위가 되는 주의의무는 통상 일반적인 의사가 의료행위를 하는데 기울이는 정도의 주의를 기준으로 한다. 일반적 의사란 동일한 처지 혹은 상황에 있는 의사 가운데 통상적으로 주의 깊고 신중하며 숙련된 의사를 의미한다. 이와 같이 의료행위에 필요한 의사의 주의의무를 결정하는 기준으로 작용하는 표준적인 의사는 어떤 추상적이고 절대적인

기준에 의하여 미리 결정된 것은 아니다.¹³⁾

일반 평균적인 의사의 주의의무는 “그 당시의 의학지식 및 의료기술”에 의하여 그 한계가 결정된다. 현대사회는 하루가 다르게 변모하고 있다. 특히 의료분야에서도 신종의 기술과 신종의 약 그리고 기계 등이 보급되고 있어 모든 의사에게 이것들을 갖추도록 요구 할 수는 없다.¹⁴⁾ 의사의 의료행위에 있어서 주의의무의 기준이 되는 의료수준의 의미에 관해서 대법원은 “의사가 진찰·치료 등의 의료행위를 함에 있어서는 사람의 생명·신체·건강을 관리하는 업무의 성질에 비추어 환자의 구체적인 증상이나 상황에 따라 위험을 방지하기 위하여 요구되는 최선의 조치를 취하여야 할 주의의무가 있고, 의사의 이와 같은 주의의무는 의료행위를 할 당시 의료기관 등 임상의학 분야에서 실천되고 있는 의료행위의 수준을 기준으로 삼되, 그 의료수준은 통상의 의사에게 의료행위 당시 일반적으로 알려져 있고 또 시인되고 있는 이른바 의학상식을 뜻하므로 진료환경 및 조건, 의료행위의 특수성 등을 고려하여 규범적인 수준으로 파악되어야 한다.”라고 판시하고 있다(대법원 1998. 7. 24. 선고 98다12270 판결 참조).¹⁵⁾

IV. 결

1. 원심

이 사안에 관하여 원심은 그 판결에서 채용하고 있는 증거들을 종합하여, K대학병원 산부인과 의사인 피고인이 위 병원에서 제왕절개술을 받은

13) 이러한 기준은 그 의사가 처한 환경, 의료관행, 전문성 등 구체적인 사정을 고려하여 결정한다.

14) 이러한 이유로 선진국에서는 개방형 병원이 보편화되고 있고 우리나라에서도 이것을 시도하고 있다. 즉, 중소도시의 조그마한 병원에 근무하는 의사가 자기 환자를 데리고 인근 큰 병원에 가서 그 병원의 의료진과 장비를 이용하는 것을 개방형 병원이라고 한다.

15) 참고판례: 대법원 1987. 1. 20. 선고 86다카1469 판결; 대법원 1994. 4. 26. 선고93다59304 판결; 대법원 1997. 2. 11. 선고96다5933 판결; 대법원 1998. 2. 27. 선고 97다38442 판결 등.

피해자에게 폐색전증의 위험이 예견되었음에도 필요한 치료를 하지 아니하여 피해자로 하여금 사망에 이르게 하였다는 이 사건 공소사실을 유죄로 인정하였다.

2. 대법원

피해자가 고령의 초산모로서 수술 5년 전 혈전치료를 받은 병력이 있고 수술 후 수시로 호흡곤란을 호소하였으므로 피고인으로서 폐색전증의 위험을 예견할 수 있었다는 것이고, 원심은 위 공소사실을 인정하면서 이에 더하여 혈전으로 인한 폐색전증은 분만 전후 언제든지 발생할 수 있는 치명적인 합병증으로서 피고인이 이러한 의학적 지식을 잘 알고 있었다는 점과 수술 후 실시한 동맥혈가스분석 및 흉부 방사선 촬영검사 결과와 피해자에게 나타난 저혈압, 빈맥, 발열 등의 증세가 모두 폐색전증을 의심할 정도였고 나아가 위 병원에 폐색전증 확진에 필요한 폐혈관조영술을 실시할 장비가 갖추어져 있었다는 사실을 인정한 다음 피고인으로서 피해자의 폐색전증 발생을 예견할 수 있었다고 보았다. 그런데 기록에 첨부된 국내의 일반적인 내과학·산과학 교과서 등에 의하면, 폐색전증은 정맥계, 특히 하지의 심부정맥에서 발생한 혈전이나 이물질에 의하여 폐동맥이 막히는 증상으로서 비특이적인 증상 및 징후, 다양한 임상상을 보일 수 있고 폐색전증과 유사한 증상과 징후를 보이는 질환이 흔하며 임신·출산이 폐색전증 발병의 위험인자 중의 하나이고 호흡곤란이나 현기증 등은 폐색전증의 증상과 징후의 하나인 것도 사실이나 이러한 호흡곤란이나 현기증 등은 수술 후 나타날 수 있는 흔한 증상 중의 하나이기도 하여 제왕절개술로 분만한 산모에게서 수술 후 발생할 수 있는 호흡곤란이나 현기증 등만으로 폐색전증을 예상하여 이를 진단하는 것은 지극히 어려울 뿐만 아니라, 심전도·흉부방사선사진·동맥혈가스분석검사 등으로는 폐색전증을 확진하기 어렵고 폐혈관조영술을 실시하면 폐색전증을 확진할 수 있지만 이는 침습적인 검사이고 그 자체로 색전을 유발할 가능성이 있으며, 한편 폐색전증

의 가능성은 고령·제왕절개술의 출산 후 증가하지만 전체 임산부 중 폐색전증의 발생 가능성 자체는 극히 낮다는 것이다.

이러한 점과 아울러 고령자의 출산과 제왕절개술이 보편화된 실정에 비추어 볼 때 제왕절개술로 출산한 30대 중반의 산모에게 발열·호흡곤란과 같이 비특이적인 증상·징후가 나타났다는 사정만을 가지고 담당의사가 폐색전증을 예견하지 못한 것에 어떠한 잘못이 있었다고 볼 수 없고, 따라서 이와 같이 폐색전증을 의심하기 어려운 상황에서 폐색전증을 확진하기 위하여 폐혈관조영술을 일반적으로 실시하여야 할 의무가 있다고 단정할 수도 없다고 하였다.

3. 소견

의사가 진찰·치료 등의 의료행위를 함에 있어서는 사람의 생명·신체·건강을 관리하는 업무의 성질에 비추어 환자의 구체적인 증상이나 상황에 따라 위험을 방지하기 위하여 요구되는 최선의 조치를 취하여야 할 주의의무가 있고, 의사의 이와 같은 주의의무는 의료행위를 할 당시 의료기관 등 임상의학 분야에서 실천되고 있는 의료행위의 수준을 기준으로 삼되, 그 의료수준은 통상의 의사에게 의료행위 당시 일반적으로 알려져 있고 또 시인되고 있는 이른바 의학상식을 뜻하므로 진료환경 및 조건, 의료행위의 특수성 등을 고려하여 규범적인 수준으로 파악되어야 한다. 그러므로 본 사안은 여러 사정을 고려하여 의사의 과실을 판단할 수밖에 없는데, 형사소송에서는 합리적 의심의 여지가 없을 정도로 유죄를 증명해야 하는 채증법칙이 요구되는 데 반하여, 민사소송에서는 그보다는 완화된 다른 기준이 적용되는데 이는 민사소송에서 패소하면 피고는 금전적인 부담만을 지게 되지만, 형사소송에서는 유죄확정에 따라 장기간의 구금, 심지어는 사형에도 처해질 수도 있기 때문에 형사재판이라는 데에서 민사재판과 결과가 달라질 수도 있음을 짐작할 수도 있을 것이다.

**Requirements to accept the doctor's mistake
in the medical malpractice case**

- Sentenced by October 26, 2006, by The Supreme Court,
Precedent case no. 2004Do486 -

Kyungcheol Beom, Prof., Ph.D.

Department of Law, Chon Buk University

=ABSTRACT=

The mission of the doctors is to take care of human life, body and health through the medical behaviors such as diagnosis and treatment. Under this job propensity, the doctors have care duty to take the best actions required to prevent the risk according to the patients' specific disease status. Such care duty of the doctor may be evaluated based on the medical behavior level at the medical institution and clinical medical study field. Such medical level should be understood in the normative level, considering the treatment environment, condition and specialty of the behavior, because it means the medical common sense known and acknowledged to the normal doctors. While the criminal suit requires the evidence for no doubt conviction, the civil suit requires more eased different standard. The results between the criminal and civil sentence may be different, because the confirmed former case may lead to long-term imprisonment and even death penalty, while the latter case puts only monetary penalty on the defeated party.

Keywords : Medical behavior, Diagnosis, Disease, Medical institution, Evidence for no doubt conviction, Civil suit, Difference of the between the criminal and civil suit.