

분업적 의료행위에 있어서 주의의무위반 판단기준과 그 제한규칙들

최 호 진*

I. 들어가는 말
II. 의료행위에 있어서 주의의무위반에 대한 판단기준
1. 판단기준에 대한 견해의 대립
2. 소결
III. 의료과실유무 판단 시 고려사항
1. 결과발생 예견의무와 결과발생 방지의무
2. 일반적인 의학의 수준
3. 의료환경 및 조건 - 긴급성과 의료설비
4. 의료행위의 전문성
5. 의료행위의 재량성
IV. 주의의무에 대한 제한규칙 1: 허용된 위험의 이론
1. 허용된 위험의 이론의 근거
2. 의료영역에 있어서 허용된 위험의 범리
V. 주의의무에 대한 제한규칙 2; 신뢰의 원칙
1. 의의와 법적 성격
2. 팀의료에 있어서 신뢰의 원칙
3. 수평적 분업관계에 있어서 신뢰의 원칙
VI. 수직적 분업관계와 위험감독의무
1. 신뢰원칙의 적용가능성에 대한 검토
2. 위험감독의무 또는 관리의무
3. 구체적 적용례
VII. 결론

* 논문접수: 2018. 9. 12. * 심사개시: 2018. 9. 14. * 게재확정: 2018. 9. 27.

* 법학박사, 단국대학교 법학과 교수.

* 이 연구는 2018학년도 단국대학교 대학연구비 지원으로 연구되었음.

I. 들어가는 말

의학의 전문화·세분화로 인하여 의료인은 각 해당 진료과목마다 독자적인 영역을 가지고 있고, 다수의 의료인들은 환자를 진료함에 있어서 분업적으로 역할분담을 하고 있다.¹⁾ 효과적이고 성공적인 환자치료를 위하여 의료인들 사이에 의료행위의 분업은 필연적으로 요구된다. 특히 3차 의료기관인 종합병원의 임상현실에서 의료인들의 분업적 협동은 필수불가결하며 상호 간 유기적 협력이 없다면 의료행위는 사실상 불가능하다고 평가할 수 있다. 간단한 수술의 경우에도 수술 전 다른 전문의 및 담당의사의 진단과 처방, 수술 중 집도의와 보조의 또는 마취의의 역할분담, 수술 후 회복과정의 간호사의 활동과 같이 수많은 의료관계자들이 각 전문분야에 맞는 업무를 분담하고 있다. 이러한 점에서 의료전문인들이 팀을 이루어 각자 자신의 전문영역에 속하는 의료활동을 할 수밖에 없으므로 분업은 이미 하나의 규범적 원리로 자리 잡고 있다.²⁾

의료행위의 분업화는 불치나 난치의 질병을 안고 있는 환자에게는 보다 향상되고 성공적인 의료서비스를 받을 수 있다는 점에서는 하나의 은총이지만 이는 동시에 환자에 대한 새로운 위협이 될 수 있는 저주가 될 수 있다.³⁾ 즉 의료분업의 내용이 명확하지 못하거나 분업에 참가한 의료관계자들 간의 의사소통의 부재 또는 오인 등으로 인하여 의료행위가 상호조율되지 못한 경우⁴⁾ 이는 환자에

1) 최근에는 하나의 의료기관내에서의 분업적 협력관계뿐만 아니라 1, 2차 의료기관과 3차 의료기관 사이에 유기적인 의료전달체계가 구축되어 환자를 치료하고 있다.

2) 이상돈, 의료형법, 법문사, 1998, 101면; 정영일, 분업적 의료행위에 있어서 형법상 과실책임, 형사판례연구 제6권, 1998, 52면; 전지연, 의사와 간호사의 분업적 의료행위에서의 형사상 과실책임, 의료법학(창간호), 2005. 5. 대한의료법학회, 241면.

3) Klaus Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis, 3.Aufl., 2003, S.155.

4) 의료분업으로 인한 환자에 대한 위협으로 환자의 진료에서 업무를 분담하고 있는 의료인 상호 간의 지시가 불완전하거나 불명확할 가능성으로 인한 의사소통상의 하자(kommunikationsmängel), 환자의 진료에서 업무를 분담하고 있는 의료인들이 각자 행위한 의료행위가 상호 간에 조율을 이루지 못할 가능성으로 인한 조정상의 하자(koordinationsmängel), 환자의 진료에서 업무를 분담하고 있는 의료인들 가운데 특정 의료인이 자신이 분담한 업무를 행하는 데 필요한 지식과 경험이 부족할 가능성으로 인한 자질상의 하자(Qualifikationsmängel), 환자의 진료에서 업무분담내용이 불명확하여 환자의 진료에 필요한 어떤 업무를 아무도 맡지 않을 가능성으로서 분담영역설정상의 하자(kompetenzmängel)

게 또 다른 위험으로 작용하고 이러한 위험이 결국 현실화되어 환자의 사망 등과 같은 중대한 법익침해적 결과가 발생할 수 있다.⁵⁾ 분업적 의료행위를 수행하는 과정에서 의료사고가 발생한 경우 의사 등 관여된 의료인의 의료행위에 과실이 인정되어 형법상 업무상과실치사상죄의 성립여부가 문제된다.

과실에 대하여 형법 제14조는 “정상의 주의를 태만함으로 인하여 죄의 성립요소인 사실을 인식하지 못한 행위”라고 정의하고 있다. 형법상 과실은 행위자가 구성요건의 실현가능성을 예견하거나 예견할 수 있었는데도 불구하고 구체적인 상황에서 구성요건적 결과의 발생을 회피하기 위하여 사회생활상 요구되는 주의의무를 위반하는 것을 말한다.⁶⁾ 여기서 ‘주의’라는 개념에는 보호가치가 있는 타인의 법익에 대한 위험을 제거하거나 혹은 적어도 사회적으로 용납될 수 있을 정도까지 그 위험을 감소시킬 것을 목적으로 하는 행위기준들이 내포되어 있다.⁷⁾

법익침해적 결과에 대하여 분업적 의료행위에 관여한 의료인들 모두에게 형사책임을 묻는 것은 지나치게 가혹한 결과를 초래할 뿐만 아니라 정책적으로도 합당하지 않다. 자신의 의료행위에 아무런 과실이 없는 의료관여자를 처벌하는 것은 정당하지 않으며, 이러한 방식으로 형사책임을 묻는다면 의료인들은 분업적 의료행위를 기피할 것이며, 이는 결국 의료소비자들의 피해로 귀착될 것이기 때문이다.⁸⁾ 이러한 점에서 분업적 의료행위에 있어서 관여자들

등이 있다(Klaus Ulsenheimer, *Arztstrafrecht in der Praxis*, S. 156ff.; 이상돈, *의료형법*, 102면; 전지연, 앞의 논문, 242면.).

- 5) 분업으로 인한 위험은 환자뿐만 아니라 의사에 대해서도 환자의 진료전체에 대하여 책임을 져야 하기 때문에 분업에서 비롯된 환자의 위험은 의사에게는 감당하기 어려운 과잉의 책임전가가 이루어질 수 있는 위험을 의미하게 된다는 것을 지적한 것으로는 이상돈, *의료형법*, 103면 이하 참조.
- 6) 의사의 과실로 인하여 환자에게 그의 생명이나 신체에 위험을 발생시킨 경우에는 일반과실범에 비해 업무상과실치사상죄로 가중처벌하고 있다. 특히 업무상과실로 인한 경우에 형벌을 가중하는 근거에 대하여 의사와 같은 업무자에게는 일반적으로 결과에 대한 예견가능성이 크기 때문에 그 책임이 가중된다.
- 7) Schönke/Schröder/Cramer/Sternberg-Lieben, § 15 Rn.116; 전지연, *의료사건에서 과실치사상의 성립에 필요한 과실 인과관계와 그 증명*, 연세 의료 과학기술과 법(제2권 1호), 2011. 88면.
- 8) 최호진, *분업적 의료행위에 따른 형사책임의 분배—특히 수직적 의료분업을 중심으로—*,

에 대한 의료과실을 인정함에 있어서는 그의 형사책임을 제한하거나 또는 형사책임을 적절히 분배할 필요성이 있다.

이러한 관점에서 팀의료에 있어서 관여자들에 대한 주의의무위반여부를 제한하는 규칙으로 ‘허용된 위험이론’과 ‘신뢰의 원칙’을 검토할 필요가 있다. 분업적 의료행위에서 각각의 의료인은 자신에게 분담된 업무에서 주의의무를 성실히 이행한다면, 다른 의료인 또한 주의의무를 성실히 이행할 것이라고 신뢰하면 충분하고 다른 의료인의 주의의무위반까지 미리 예상하여 의료행위를 할 필요는 없다. 만일 분업적 의료행위에서 신뢰의 원칙이 적용되지 않고 다른 의료인이 맡은 바 업무를 제대로 수행하지 못할 것이라는 의심을 품는 경우에는 자신에게 주어진 업무에 집중할 수가 없을 것이다. 예를 들면 수술 시에 마취과 전문의와 집도의가 서로를 신뢰하지 않고 상대방을 감독하는 데에도 주의를 기울여야 한다면 각자의 주의를 분산되어 수술과정에서의 모든 형태의 공동작업은 어렵게 될 것이며 이는 환자에게 추가적인 위험으로 연결될 것이다.⁹⁾ 따라서 분업적 의료행위에서 다른 의료인이 행한 치료행위를 신뢰한 의료인에 대한 형사책임을 제한될 필요가 있다.

또한 의료행위는 침습성·전문성·재량성 등과 같은 특징이 있기 때문에 의료과실을 판단함에 있어서 의료행위가 이루어지는 주변의 다양한 사정을 고려할 필요가 있다. 이를 위하여 의료과실의 판단기준과 과실을 판단함에 있어서 특별히 검토해야 할 내용에 대하여 검토하고, 팀의료에 있어서 의료인의 과실, 즉 주의의무위반에 대한 판단기준과 주의의무위반을 제한 또는 완화할 수 있는 규칙으로 허용된 위험과 신뢰의 원칙에 대하여 논하고자 한다.

형사법연구(제19권 1호), 2007, 봄, 3면.

9) 최호진, 앞의 논문, 2면; BGH NJW 1980, 650; 마취의사는 수술의사가 그 자신의 업무를 마취의사의 업무와 적절하게 나란히 수행하고 마취처치의 기초를 이루는 진단을 올바르게 하리라고 신뢰할 수 있으며, 의도하는 마취에 대하여 마취의사에게 시기적절하고 완전하게 알려주리라고 기대할 수 있다.

II. 의료행위에 있어서 주의의무위반에 대한 판단기준

1. 판단기준에 대한 견해의 대립

과실의 본질은 행위자가 주의의무를 위반하였다는 점이다. 주의의무는 구체적인 행위로부터 나오는 보호법익에 대한 위험을 인식하고 그러한 위험을 피해야 할 것을 내용으로 한다. 이러한 주의의무위반의 판단기준에 대하여 견해의 대립이 있다.

가. 객관설

주의의무는 객관적 주의의무를 의미하므로 주의의무의 판단기준은 사회일반의 주의능력을 표준으로 하여 주의의무위반의 유무를 결정하여야 한다는 견해이다.¹⁰⁾ 즉 사회에서 주의 깊고 신중한 ‘일반인·평균인’에게 요구되는 수준의 주의의무를 의미한다. 법은 일반인에게 불가능한 것을 행위자에게 요구할 수 없기 때문에 사회생활상 일반적으로 요구되는 주의의무를 다하였다면 과실은 인정되지 않는다. 주의의무위반여부는 행위자가 소속한 거래범위의 신중하고 사려 깊은 사람의 판단이 그 기준이 되며, 주의의무위반은 객관적 주의의무위반을 의미한다.

따라서 환자를 진료하는 의사의 경우 평균적인 의사, 합리적인 의사, 양식을 갖춘 보통의 의사가 갖추어야 할 의학상의 지식과 기술에 따른 주의의무를 다하였다면 주의의무위반을 인정하기 어렵다. 판례 또한 의료사고에 있어서 의사의 과실 유무를 판단함에는 같은 업무와 직무에 종사하는 일반적 보통인의 주의 정도를 표준으로 하여야 하며, 이에는 사고 당시의 일반적인 의학의 수준과 의료환경 및 조건, 의료행위의 특수성 등이 고려되어야 한다고 한다.¹¹⁾

10) 김일수·서보학, 형법총론, 438면; 신동운, 형법총론, 210면; 임웅, 형법총론, 499면; 정성근·박광민, 형법총론, 420면.

11) 대법원 2003.1.10. 선고 2001도3292 판결; 대법원 2006.10.26. 선고 2004도486 판결.

나. 주관설

행위자 본인의 주의능력을 표준으로 하여 주의의무위반의 유무를 결정하여야 한다는 견해로 개별적 주의의무위반설 또는 행위자표준설이라고 한다.¹²⁾ 주관설에 의하면 과실의 본질적 요소인 주의의무위반은 객관적 주의의무위반이 아니라 주관적 주의의무위반이 된다. 법은 행위자에게 불가능한 것을 요구할 수 없다는 것과 행위자 본인의 능력 이상의 것을 기대할 수 없지만 행위자에게 능력이 있다면 그 의무를 이행하라는 것을 근거로 한다.

따라서 행위자의 주의능력이 평균인보다 떨어지는 경우라도 그가 자신의 능력을 다했다면 과실범의 불법을 인정할 수 없다는 결론이 된다. 만약 행위자의 주의능력이 평균인보다 뛰어난 경우 사회일반의 평균인 정도의 주의능력을 다했다고 하더라도 행위자는 결과발생을 방지하기 위해 자신이 할 수 있는 모든 최선의 조치를 취할 의무가 있고, 이러한 의무의 불이행으로 인하여 결과가 발생한 경우 과실범의 불법이 인정된다.

다. 절충설

주의의무의 정도는 기본적으로 사회일반인을 표준으로 하여 객관적으로 결정하지만, 주의력(결과예견가능성)의 정도는 행위자 본인의 주의능력을 표준으로 해야 한다는 견해이다. 즉 행위자의 주의능력이 평균인을 능가한다면 행위자 개인의 주의능력을 표준으로 하자는 것이다. 규범은 일반인의 주의능력 이상의 것을 요구할 수 없는 동시에, 행위자 본인에게 불가능한 것을 강요할 수 없다는 점을 주된 근거로 한다.

12) Jakobs, AT, 9/13; Stratenwerth, AT I, S.295.

2. 소결

가. 주의의무의 객관화

구성요건단계에서 주의의무는 객관적 주의의무 위반으로 이해하는 것이 타당하다. 물론 주의의무의 판단기준을 개별화·주관화해야 한다는 주관설의 입장도 설득력이 있다. 주관설은 ‘ultra posse nemo obligatur’ 원칙, 즉 ‘가능하지 않은 것을 의무지우지 못한다는 원칙’은 이미 형법이론의 일부분에서 받아들여지고 있는 원칙이다. 예를 들면 부진정부작위범에 있어서 구체적 행위상황에서 행위자의 주관적 행위가능성이 이미 객관적 구성요건요소로 자리 잡고 있다. 이 원칙을 과실범의 이론에 적용하면 범규범은 수범자에게 가능한 것만을 요구할 수 있다는 주관설을 취하게 된다.

하지만 이 원칙을 명령규범에 대해서 적용되는 것은 이론상 인정할 수 있지만, 금지규범에 대해서는 적용되지 않는다고 보는 것이 타당하다. 부작위는 행위자의 행위능력의 여부와 상관없이 누구에게나 가능하지만, 법익침해를 하지 말아야 하는 금지규범의 이행을 위해서는 행위자의 특별한 능력은 필요한 것이 아니기 때문이다.¹³⁾

뿐만 아니라 주관설은 불가능을 요구할 수 없다는 원칙을 적용하면 주의의무의 범위를 행위자의 주의능력안으로 제한할 수 있는 가능성이 있지만, 역설적으로 주관설은 행위자에게 능력이 있다면 그가 이행할 수 있는 최상의 의무를 이행하라는 요구를 할 수 있다. 이것은 결국 규범을 준수할 능력이 있는 자만 불법을 행할 수 있는 것이 되어 결국 엄격한 법명령설에 근거한다는 비판이 가능하다.

생각건대, 주의의무를 판단함에 있어서 행위자 개인에게 최상의 주의의무 또는 완벽한 주의의무를 요구하는 것도 도덕적 요청으로는 의미가 있을지 모

13) 서보학, 과실범의 주의의무위반과 객관적·주관설의 논쟁, 한국형법학의 새로운 지평, 2006, 174면; 이용식, 과실범에 있어서 주의의무의 객관적 척도와 개인적 척도, 서울대법학(제39권 3호), 1998. 11, 36면.

르지만, 법질서가 요구하는 수준은 사회적으로 상당한 수준 또는 ‘정상의’ 주의의무라고 이해하는 것이 타당하다. 법적 의무인 주의의무는 누구나 준수해야 할 당위명제이므로 일반인의 준수가능성을 전제로 하여야 하는 것이 타당하다. 객관설은 ‘일반적인’ 주의의무를 부과하기 때문에 평등의 원칙과 형법의 보장적 기능에 기여한다는 이론적 장점도 있다. 형사절차에서 주의의무위반을 판단함에 있어서 의술의 일반원칙 또는 일반적으로 승인된 기술과 같은 경험칙에 의하여 판단한다는 점에서 객관설이 타당하다. 형법 또한 “정상의 주의”를 말하고 있다.

나. 주의 깊은, 신중한, 성실한 평균인

객관설에서는 주의의무의 객관화·일반화를 설정하기 위해 ‘주의 깊은, 신중한, 성실한 평균인’이라는 개념을 설정한다. 이에 대하여 평균인은 실체가 없거나 객관화가 불가능한 공허한 지도형상이라는 비판이 가능하다.

하지만 평균인은 법질서가 각 생활영역에서 그 구성원에게 기대하는 전형적 역할과 관련하여 사회적 지위로 형상화할 수 있다.¹⁴⁾ 이 경우 법공동체가 일정한 생활영역의 행위자에게 ‘어느 정도의 주의 있는 행위기대’를 하고 있는지가 기준이 되며, 그러한 기대는 일반 또는 업무상의 생활권에서 사려 깊은 일반인 또는 업무자에게 객관적으로 요구되는 주의규범의 형태로 형성될 수 있다. 의료의 영역에서는 의술의 일반원칙, 일반적으로 인정된 기술, 과학상의 규정 또는 경험칙 등으로 형성될 수 있다.¹⁵⁾

따라서 행위자의 주의능력이 평균인 이하인 경우에도 사회생활상 일반적으로 요구되는 주의의무를 다하지 않았으므로 주의의무위반이 인정된다. 행위자의 개인적 주의능력이 사회일반의 신중한 평균인에 미치지 못하여 법익침해적 결과를 발생시킨 경우 이는 과실범의 불법에는 영향이 없고 단지 책임의 단

14) 미국형법에서도 ‘그 상황에서 이성적인 사람이 기울였을 정도의 주의’(standard of care which a reasonable person would exercise in the situation)을 판단기준으로 삼고 있다.

15) 서보학, 앞의 글, 175면.

계에서 고려될 뿐이다.

행위자의 주의능력이 평균인 이상인 경우 행위자는 결과발생을 방지하기 위해 자신이 할 수 있는 모든 조치를 취할 의무는 없으며 일반인·평균인 정도의 주의의무를 이행하였다면 과실범의 불법은 인정되지 않는다.¹⁶⁾ 주의능력이 평균인 이상이기에 타인의 부주의한 행동에 대해서까지 대비할 능력이 있으므로 그에게는 신뢰의 원칙이 적용되지 않고, 또 일상생활에서 항상 남다른 주의를 기울이면서 살아가야 한다고 요구한다면 이는 지나친 부담을 주는 것이므로 옳지 않다.¹⁷⁾ 결국 과실기준을 객관화함으로써 개인이 책임을 지는 한계의 상한을 설정해줌으로써 개인에게 지나친 부담을 안겨주는 것을 방지하고 평등의 원칙에도 이바지한다.

다. 최선의 주의의무와 일반적 주의의무

이러한 결론은 의료행위의 경우 형사상 과실책임이 귀속되지 않기 위해서 의료인은 최선의 의무를 이행하여야 되는가라는 논점으로 연결될 수 있다. 주의의무의 판단기준에 대하여 주관설에 따른다면 의사는 의료행위를 함에 있어서 환자의 생명이나 신체에 중대한 영향을 미칠 수 있는 업무를 행한다는 점에서 환자의 구체적인 증상이나 상황에 따라 위험을 방지하기 위하여 요구되는 ‘최선의 조치’를 행하여야 할 주의의무가 있다. 주관설의 경우 의사의 주의의무는 당시 의료수준을 기준으로 하는 것이 아니라 행위자 개인의 주의능력에

16) 객관설의 입장에서든 행위자가 평균인의 판단을 초과하는 특수지식과 경험을 가지고 있었던 경우에도 ‘예외적으로’ 주의의무를 인정해야 한다는 견해가 있다. 예를 들어 행위자가 일정장소에서 자전거를 타는 아이들이 갑자기 도로로 뛰어드는 사실을 경험상 알고 있다면 그 운전자 개인의 ‘특별지식과 경험’을 고려하여 주의의무를 판단해야 한다고 한다. 이러한 예외는 특수능력에는 적용되지 않는다. 따라서 숙련된 운전자가 결과방지를 위하여 그가 할 수 있는 모든 조치를 다한 것은 아니지만 보통의 운전자가 할 수 있는 조치는 다하였음에도 결과가 발생한 때에는 주의의무에 위반하였다고 할 수 없다(이재상, 형법총론, 187면; 임웅, 형법총론, 497면; 박상기, 형법총론, 276면; BGHSt 14,52; Roxin, AT I, 4.Aufl., 2006, Rn.939; Schönke/Schröder/Cramer/Sternberg-Lieben, § 15 Rn.139.)

17) 서보학, 앞의 글, 179면.

비추어 최선을 다한 것으로 인정되어야 과실이 부정될 수 있기 때문이다.

하지만 주의의무위반을 객관적 주의의무위반으로 이해하는 것이 타당하므로 진료 당시 임상적으로 실천되고 있는 정도의 평균적 의료수준으로 주의의무를 이행하였다면 의사의 과실은 부정된다고 보는 것이 타당하다. 의사에게 완벽한 주의의무이행, 최선의 주의의무이행을 요구하는 것은 의료윤리적 관점이나 일반적 의료범영역에서는 정당화될 수 있을지 몰라도 엄격한 책임주의를 요구하는 형법적 관점에서는 무리한 요구이다.¹⁸⁾

사회생활의 척도들은 설사 그것들이 개개의 행위자를 고려하여 설정되는 것이 아니더라도 보편적인 척도로 나타낼 수 있는 것이다. 주의의무는 직역(Berufszweig) 또는 생활영역의 차원에서 인정될 수 있으며, 의사들의 기술적 법칙(lex artis)이 이에 해당한다.¹⁹⁾ 이러한 관점에서 의사의 주의의무위반 여부를 판단할 경우 일반적인 의학의 수준이나 의료환경 등과 같은 의료행위의 주변사정이 고려되어야만 주의의무 위반여부가 객관화될 수 있다.

III. 의료과실유무 판단 시 고려사항

1. 결과발생 예견의무와 결과발생 방지의무

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 한다.²⁰⁾ 따라서 의사의 주의의무위반여부는 결과발생 예견의무와

18) 의료법 제4조의 의료인과 의료기관의 장에 대하여 최선의 의료서비스를 제공하기 위하여 노력해야 한다는 의료인의 의무조항은 형법적 의무의 범위를 설정한 것으로 보기는 어렵다.

19) 정영일, 과실범에 있어서 주의의무의 성격, 한국형법학의 새로운 지평, 2006, 153면; 주의의무를 구체화하는 것은 법원의 판결에 의하여 그 내용을 꾸준히 발전시켜 나가는 것이며 이런 의미에서 과실범의 구성요건은 개방된 것으로 이해할 수 있다.

20) 대법원 2003.1.10. 선고 2001도3292 판결.

결과발생 방지의무로 구분하여 판단하여야 한다. 결과예견의무는 구체적인 행위로부터 발생할 수 있는 보호법익에 대한 위험을 인식할 의무를 말한다. 주로 정신적 영역에 속하는 내적 의무로서, 행위상황·행위경과·부수사정 등에 비추어 자신의 행위가 어떤 결과를 발생시킬 것인가를 인식하고 예상해야 할 의무를 말하며, 정신적 긴장·의식의 집중·오관의 작동 등에 의해 이루어진다. 결과예견의무는 과학의 발전에 따른 영향을 크게 받는다.

결과회피의무는 결과발생가능성을 예견한 경우에 구성요건적 결과의 발생을 방지하기 위하여 적절한 방어조치를 취할 의무를 말한다. 결과방지의무라고도 한다. 결과회피의무는 다시 부작위의무, 작위의무, 문의·조회의무로 나눌 수 있다.²¹⁾

뿐만 아니라 의료행위는 그 본질상 침습성·전문성·재량성 등과 같은 특수성과 정보의 편중성, 독점성 등과 같이 다른 행위와 구별되는 특징이 있기 때문에 의료과실을 판단함에 있어서 의료행위가 이루어지는 주변의 다양한 사정을 고려할 필요가 있다. 판례는 의료과실을 판단함에 있어서 일반적인 의학의 수준과 의료환경 및 조건, 의료행위의 특수성 등이 고려되어야 한다고 판시하고 있다.²²⁾ 특히 판례가 의료과실을 판단할 때 사용하는 몇 가지 지표를 설명하고자 한다.

2. 일반적인 의학의 수준

끊임없이 진보하고 있는 현대의학에 있어서 의사는 그 수준에 맞게 주의능력을 보유하여야 하기 때문에 의사는 발전된 의학수준 또는 의료수준을 따라가야 할 직업적 의무가 있다.

21) ‘부작위의무’는 결과를 발생시킬 가능성이 있는 행위 자체를 소극적으로 그만 두어야 할 의무를 말한다. ‘작위의무’는 행위에 결부된 결과발생가능성을 방지·차단하거나 허용치 이하로 낮추어야 할 안전조치의무를 말한다. ‘문의·조회의무’는 결과발생을 회피하기 위하여 일정한 지식이나 정보가 필요한 경우에 필요한 지식을 얻기 위한 의무를 말한다.

22) 대법원 2011.4.14. 선고 2010도10104 판결.

일부 견해에 따르면 ‘의학수준’과 ‘의료수준’은 구분되어야 하며, 의료사고에 있어서 주의의무 판단기준은 의료수준이어야 한다는 주장이 있다.²³⁾ 의료수준과는 달리 의학수준은 대학병원과 같이 인적·물적 자원이 구비된 의료기관에서 실천될 수 있는 수준으로 의료과실의 판단기준으로는 너무나 이상적인 수준이기에 의료과실의 기준으로 삼아서는 안된다는 입장이다. 의학이 실천될 수 있는 기술수준, 즉 경험수준인 의료수준이 의료과실의 기준이 되어야 하며 이것은 구체적이고 주관적인 기준으로 전문성, 지역성, 긴급성, 다양성, 난이성이 고려되어야 한다고 주장한다.²⁴⁾

의학수준과 의료수준을 구별할 수 있다면 의학교과서 등을 통하여 의학수준이 증명된다고 하더라도 의사 개인이 처하고 있는 현재의 의료현실상 의학수준의 의료가 실천되지 않거나 의학수준으로 할 수 없다는 항변을 한다면 주의의무위반이 인정되기 어려울 것이다.

판례는 의학수준, 의료수준, 임상의학분야에서 실천되고 있는 의료행위의 수준 등을 혼용하여 주의의무 판단기준으로 삼아 구체적 사안에 따라 적용하고 있으며 의학수준과 의료수준의 개념을 구별하고 있지 않다.

그러나 의학수준과 의료수준을 구별하여 검토할 필요가 없다고 생각한다. 의료행위의 침습성과 전문성을 고려한다면 의료수준을 의학수준에 일치시키려는 주의능력이 의사에게 요구된다고 보는 것이 타당할 것이다. 의학의 수준이라고 하더라도 최고의 수준이 아닌 일반적인 의학수준을 요구한다는 점에서 본다면 양자를 구별하는 실익도 적을 것으로 보인다. 양자를 구별하자는 견해는 결국 의료현실을 고려하자는 의미로 이해할 수 있기 때문에 의학수준과 의료수준을 구별하여 적용하는 것보다는 주의의무위반을 판단함에 있어서 다양한 판단인자 중 하나로 보아 개별적 사안에 따라 판단하는 것이 타당할 것이다.

23) 문국진, 의료평가에 있어서 의료수준 문제, 법률신문 1996. 10. 10. 2540호 14면.

24) 최재천·박영호·홍영균, 의료형법, 61면.

3. 의료환경 및 조건 - 긴급성과 의료설비

가. 긴급성

의사가 긴급한 상황에 처하면 진료하기에 충분한 시간을 가지지 못하기 때문에 불충분한 진료를 하는 경우가 있을 수 있다. 치료가 시간적·사항적으로 긴급성을 요하는 경우 의사가 환자의 상태에 대한 정확한 판단을 위한 충분한 검사를 하지 못하고 불충분한 상태에서 치료를 할 가능성이 있다. 이 경우 의사의 주의의무는 평상시 환자를 치료하는 경우보다 다소 완화될 여지가 있다.

응급의료법 제5조의2에서는 선의의 응급의료에 대한 민사책임과 상해에 대한 형사책임을 면책하고 사망에 대한 형사책임은 감면하도록 규정하고 있는 점을 본다면 긴급성이 있는 경우 주의의무 위반판단을 제한할 수 있다고 생각한다.

나. 의료설비

주의의무는 의료기관이 누구인가에 따라 달라질 수 있다. 즉 의료기관이 충분한 인적·물적 설비를 갖추고 있어 주로 입원환자를 대상으로 하는 의료행위를 하는 병원급 의료기관인지, 주로 외래환자를 대상으로 의료행위를 하는 의료기관인 의원급 의료기관인지에 따라서 주의의무의 내용이 달라질 수 있다.

병원급 의료기관의 경우 결과발생 예견가능성과 예견된 결과발생에 대한 방지조치를 취할 가능성이 높다고 볼 수 있으며, 의원급 의료기관의 경우 결과발생 예견가능성은 동일하다고 평가할 수 있지만, 의료설비의 부족이나 정확한 진단을 위한 검사장비 등의 미비로 인하여 결과발생에 대한 방지조치를 취하거나 허용치 이하로 위험을 감소시킬 가능성이 적기 때문이다. 하지만 의원급 의료기관의 경우에도 상급 병원으로의 전원의무가 부정되는 것은 아니다. 따라서 환자의 진료함에 있어서 시설 등의 미비로 결과발생 방지할 가능성이 적어진 경우에는 대학병원과 같은 종합병원에 즉시 이송시킬 의무가 있다. 즉 전원의무를 적절히 이행하여야만 결과발생 방지의무를 이행하였다고 평가할

수 있다.

4. 의료행위의 전문성

주의의무를 판단함에 있어서 의료행위의 전문성 또한 고려되어야 한다. 의학은 나날이 발전하고 있으며, 이러한 의학수준의 발전에도 불구하고 의사가 과거의 의료수준에 머무르고 있다면 주의의무를 다하였다고 볼 수 없고 계속하여 의학·의술의 진보를 습득할 것이 요구된다. 의사는 현재 시점에서 일반적으로 승인되어 지고 있는 발전된 의학수준을 습득하여야 하며, 종래부터 계속되어 온 관행이었다는 항변은 설득력이 약하여 받아들여지기 어렵다.

동일 사안에서 과거에는 과실이 없다고 판단한 판례가 있다고 하더라도 발전된 의학수준에 의해 현재에는 과실이 인정될 수 있다. 결과발생에 대한 예견의무는 과학의 발전에 따라 영향을 크게 받기 때문이다. 의료인이 의료지식을 습득한 과거시점이 아니라 현재 의료행위를 행하는 시점에서 인정되는 일반적 수준의 의료의 전문성을 갖추어야 결과발생 예견의무를 이행하였다고 평가할 수 있다.

5. 의료행위의 재량성

의료행위는 고도의 전문적 지식을 필요로 하는 분야이며, 의료과정에 대하여 의사는 모든 정보를 가지고 있지만 환자나 그 가족은 그 일부만을 알 수 있으며, 치료의 결과를 달성하기 위한 의료기법은 의사의 재량에 좌우되는 경우가 많다.²⁵⁾ 의사는 의료행위를 함에 있어서 환자의 상황과 당시의 의료수준뿐만 아니라 자기의 지식이나 경험에 따라 적절하다고 판단되는 치료방법을 자

25) 대법원 1999.9.3. 선고 99다10479 판결; 서울북부지법 2014.2.13. 선고 2012고단2026 판결(대학병원 신생아집중치료실에 있던 신생아 갑에게 발열증상과 무호흡 등 패혈증으로 의심되는 증상이 나타났는데, 당직의사 피고인 을, 주치의 피고인 병, 전임의 피고인 정이 적절한 조치를 취하지 않아 갑을 병원 내 감염에 의한 패혈증으로 사망에 이르게 하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 피고인들에게 무죄를 선고한 사례).

유롭게 선택할 상당한 범위의 재량을 가진다.

특히 의사의 질병 진단의 결과에 과실이 없다고 인정하는 이상 그 요법으로서 어떠한 조치를 취하여야 할 것인가는 의사 스스로 환자의 상황 기타 이에 더 얽은 자기의 전문적 지식 경험에 따라 결정하여야 할 것이고, 그가 생각할 수 있는 몇 가지의 조치가 의사로서 취할 조치로서 합리적인 것이라면 그 어떤 것을 선택할 것이냐는 당해 의사의 재량의 범위 내에 속하고 반드시 그 중 어느 하나만이 정당하고 이와 다른 조치를 취한 것은 모두 과실이 있는 것이라 할 수는 없다.²⁶⁾ 환자에 대한 의료행위를 함에 있어서 의사의 합리적인 재량범위에 들어간다고 판단될 경우에는 주의의무위반이 인정되지 않는다.

IV. 주의의무에 대한 제한규칙 1: 허용된 위험의 이론

1. 허용된 위험의 이론의 근거

현대사회에서 자동차, 항공기운행, 공장운영과 같은 위험업무에 종사하는 경우 최상의 주의의무를 다한다고 하더라도 피하기 어려운 위험들이 존재할 수밖에 없다. 위험업무수행과정에서 위험이 수반된다고 하여 이를 무조건 금지시킬 수는 없다. 이들이 가지고 있는 사회적 유용성과 필요성이 있기 때문이다. 따라서 이러한 위험업무에 종사하는 경우 일정수준의 안전조치를 하였다면 이러한 활동을 허용할 수밖에 없다. 법규범은 바람직하지 않는 결과발생을 예견하고 회피해야 할 완벽한 주의의무를 요구하는 것이 아니고, 사회적으로 상당한 범위 내에서, 정상적인 범위 내에서의 주의의무만을 요구하기 때문이다.

허용된 위험의 이론은 사회적으로 유용한 위험업무에 종사하는 경우 최상의 주의를 다한다고 할지라도 회피하기 어려운 여러 가지 위험을 내포하고 있는데, 행위자가 결과를 회피하기 위해 사회적으로 상당한 범위 내에서 주의와

26) 대법원 1984.6.12. 선고 82도3199 판결.

배려를 하였다면 불행하게도 이에 의하여 법익 침해의 결과가 발생하였다더라도 이는 감수할 수밖에 없고 그러한 행위 자체도 적법하게 된다는 이론이다. 즉 허용된 위험이론의 이론적 근거는 허용된 위험업무가 가지는 사회적 유용성과 사회생활상의 필요성이 결합된 사회적 상당성의 표현이다.²⁷⁾

2. 의료영역에 있어서 허용된 위험의 법리

허용된 위험의 법리는 의료영역에도 적용된다. 본래 의료행위는 질병을 전제로 하여 신체에 침습을 가하여 병변을 제거하려고 하는 것이므로 그 자체가 기본적으로 위험성을 내포하고 있다. 의학기술의 발전이 있다고 하여 모든 질병에 대하여 과학적으로 완전히 규명되었다고 보기 어려우며, 의료적 침습에 대한 신체반응의 다양성으로 인하여 의료행위 자체가 커다란 위험성을 내포하고 있음을 부인하기는 어렵다.²⁸⁾

뿐만 아니라 의료행위과정에서 환자의 사망과 같은 원하지 않는 결과를 예견할 수 있다고 하더라도 불행한 결과를 감수하고 의료인은 의료행위를 하는 경우가 적지 않을 것이다. 이러한 의료행위의 내재적 위험성으로 의사가 환자에 대한 의료행위를 전면적으로 회피하는 것은 바람직하지 않으며, 모험적 의료행위를 통하여 발생한 불행한 결과에 대하여 의료인에게 모든 법적 책임을 묻는 것은 사회적 유용성의 관점에서 적절하지 않다.

따라서 의료행위의 성질상 불가피하게 법익침해의 위험성을 내포하고 있다고 해도 예견될 수 있는 위험에 대해서 일정한 예방조치를 강구하면서 의료행위를 한 경우 사회생활상 필요하고 상당한 범위 내에서 주의의무를 이행하였

27) 김성돈, 형법총론, 497면; 허용된 위험이론은 원칙적으로 금지된 행위가 예외적으로 법익 교량의 관점에서 정당화되는 경우라고 하여 위법성조각사유로 보는 견해가 있지만 객관적 주의의무를 준수한 경우이기 때문에 객관적 귀속이 부인되어 구성요건해당성이 배제된다는 견해가 다수설이다. 허용된 위험은 위험에 대한 객관적 예견가능성은 인정되지만 사회가 감수해야 할 한계선을 설정해 주는 기능을 한다. 따라서 허용된 위험은 사회적으로 상당한 행위로서 객관적 주의의무조차 부과할 수 없다.

28) 최호진, 앞의 논문, 4면.

다면 비록 환자의 사망과 같은 불행한 결과가 발생하였다고 하더라도 의료인의 의료행위는 법적으로 허용될 수밖에 없다. 위험행위에서 발생된 모든 법익 침해가 허용되는 것이 아니고, 그 행위가 객관적으로 요청된 주의의무를 준수하여 이루어진 경우에 한하여 적법하다고 할 수 있다.²⁹⁾ 허용된 위험의 범위가 적용되어 의사 등 의료관계자의 주의의무위반이 제한됨에 있어서도 행위자는 위험을 최소화하기 위한 사회적으로 상당한 범위 내에서의 주의의무를 이행하여야 한다는 점을 유의해야 한다.³⁰⁾

V. 주의의무에 대한 제한규칙 2: 신뢰의 원칙

1. 의의와 법적 성격

신뢰의 원칙(Vertrauensgrundsatz)은 허용된 위험업무에 종사하는 자는 다른 관여자도 자기와 같이 적절한 행동을 취할 것이라고 신뢰하고 행동해도 좋으며, 만약 다른 관여자가 신뢰에 반한 부적절한 행동을 함으로써 침해적 결과가 발생한 경우에도 그 결과에 대해 책임을 부담하지 않는다는 원칙을 말한다. 사회구성원은 사회생활에서 발생하는 위험들을 방지하기 위하여 정해진 규칙을 지킬 의무가 있으며, 구성원 상호 간에 이러한 규칙을 준수하여 위험을 예방할 것으로 상호신뢰하고 있으므로 비록 다른 관여자가 신뢰에 반하는 행위로 인하여 법익침해적 결과가 발생하였다고 하더라도 다른 관여자가 신뢰에 반하는 행위를 할 것이라고 미리 예상하고 이에 대비해야 할 주의의무가 없다는 이론이다.³¹⁾

29) 최호진, 앞의 논문, 4면; 박영규, 의료행위에 있어서의 허용된 위험과 신뢰의 원칙, 경기행정논집(제8집), 29면.

30) 임웅, 형법총론, 443면.

31) 신뢰의 원칙은 도로교통의 영역에서 독일판례를 통해 형성된 이론으로(BGHSt 4, 47; 7, 118; 9, 93; 14, 211) 이에 대한 보다 자세한 문헌과 독일연방대법원판례에 대한 설명으로는 Miriam Hannes, Der Vertrauensgrundsatz bei der arbeitsteiligem Verhalten, Diss.

신뢰의 원칙은 일정한 사고의 발생에 대하여 상호신뢰를 전제로 하는 다수인의 행위가 영향을 미친 경우 각자에게 그 기여한 정도에 따라 위험부담을 적절하게 분배한다는 법리를 배경으로 삼고 있는 것으로서 허용된 위험의 법리의 한 형태에 해당하므로 그 법적 성격은 객관적 주의의무의 한계를 설정하여 과실범의 객관적 구성요건해당성을 배제하는 것으로 이해하는 것이 일반적이다.³²⁾ 신뢰의 원칙은 허용된 위험의 이론이 적용되는 특수한 경우이며, 객관적 주의의무의 제한원칙으로 보는 것이 형법학계의 일반적인 견해이다.

2. 팀의료에 있어서 신뢰의 원칙

신뢰의 원칙은 기업이나 외과수술과 같이 다수인이 일정한 목적을 달성하기 위하여 조직적, 분업적으로 수행하는 공동작업에도 확대 적용된다. 다만 신뢰의 원칙을 공동작업에 의한 위험한 업무에 확대함에 있어서는 신뢰를 기초지울 수 있는 분업관계가 확립되어 있는 경우에 적용될 수 있다.

의료분업의 유형으로는 수평적 분업(horizontale Arbeitsteilung)과 수직적 분업(vertikale Arbeitsteilung)이 있다. 수평적 분업은 의사와 의사 사이의 파트너십에 입각한 동등한 지위를 특징으로 하는 반면, 수직적 분업은 상위의 의료인이 지시하고 하위의 의료인은 이에 따르는 위계질서를 특징으로 한다.³³⁾

3. 수평적 분업관계에 있어서 신뢰의 원칙

수평적 분업관계는 분업에 참가한 의료인이 상호동등한 관계에서 각자 자신의 분업영역에서 상호 간의 지시나 감독 없이 독자적으로 의료행위를 할 수 있는 경우를 말한다. 수평적 분업의 경우 의료인 상호 간에 신뢰의 원칙이 적용된

Heidelberg, 2001, S.23 ff; Carolin wever, Fahrlässigkeit und Vertrauen im Rahmen der arbeitsteiligen Medizin, 2005, S.43ff.

32) 최호진, 앞의 논문, 5면; 김일수, 신뢰의 원칙과 그 적용상의 한계, 서울지방변호사회 판례연구(제4집), 1990, 319면.

33) 최호진, 앞의 논문, 6면; 이상돈, 의료형법, 108면.

다고 보는 것이 일반적이다. 상호독립적인 권한영역에서 대등한 수준의 분야별 권한을 가지고, 이들은 지휘·감독으로부터 자유로운 상태에 있을 때이다.

가. 같은 병원 의사들 사이의 관계 - 각 전문분야의 경우

같은 병원에 근무하는 각 전문분야의 의사 간의 경우 각자 전문영역을 가지고 있으며 의료의 세분화, 의료의 전문화로 인하여 특별한 사정이 존재하지 않는 한 상호동등한 지위에 있는 수평적 분업관계에 있는 것으로 보는 것이 타당하다. 따라서 팀의료에 관여한 전문의 상호 간에는 상호 간에 신뢰의 원칙이 적용되며, 다른 전문의에 대하여 선임·지휘·감독은 불가능하다. 일정한 진료과목에서 의사가 그의 의료행위에서 객관적인 주의의무를 다하였다면 더 이상의 주의의무를 부담할 필요가 없으며, 각자 자신에게 부여된 분업의 범위 내에서만 주의의무를 부담한다.³⁴⁾

수술 시 집도의와 마취의의 협력관계도 수평적 분업관계에 해당하므로 신뢰의 원칙이 적용된다.³⁵⁾ 상호 간 상대방의 의료행위에 대하여 신뢰할 수 없는 특별한 사정이 없다면 마취의의 경우에는 수술집도의의 의료행위에 대하여 조사할 권리와 의무를 갖지 않고, 주치의의 진단과 소견을 신뢰할 수밖에 없다. 마찬가지로 수술집도의는 마취의가 행한 마취가 정당하게 이루어진 것이라고 신뢰하고 수술을 하였다면 신뢰의 원칙이 적용되어 과실이 부정된다.³⁶⁾

34) 대법원 1970.2.6. 선고 69도2190 판결; 대법원 2003.1.10. 선고 2001도3292 판결(종합병원에서 공동으로 외과수술을 행하는 의사는 다른 의사가 주의의무를 다하였다는 것을 신뢰하면 족하고, 다른 의사가 적절하게 행위하는가 또는 검사결과가 정당한가에 대하여 조사확인할 주의의무는 없다).

35) 마취의는 의학적인 관점에서 자신으로부터 마취시술을 받은 환자를 수술 등이 종료된 후 마취전의 상태로 안전하게 회복시켜야 할 의무가 있다. 그리고 수술이 종료되고 환자가 회복실을 떠날 때까지 마취의는 환자에 대한 관리책임이 있다. 그 이후의 검사와 처치는 이들이 마취과정과 직접적인 관계가 있을 때에 한하여 마취의의 권한에 속하며, 수술로부터 나타난 합병증에 대해서는 수술의가 책임을 지며 분야별 관할권이 교차하는 경우에도 수술의가 주된 권리를 갖는다고 한다(이인영, 의료분업과 신뢰의 원칙, 201면).

36) 정영일, 의료행위와 신뢰의 원칙, 46면; 최재천, 박영호, 홍영균 공저, 의료형법, 육법사, 2003, 119면.

나. 전의 또는 전원의 경우

전의(轉醫)나 전원(轉院)의 경우 환자를 인수한 의사가 이전 진료의사의 진단소견과 자료를 신뢰하고 의료행위를 할 수 있는지 문제된다. 전의나 전원을 수직적 분업관계로 보아 신뢰의 원칙이 적용되지 않는다는 견해가 있지만,³⁷⁾ 전의 또는 전원에 있어서 구체적 사안에 따라서 달리 볼 필요가 있다.³⁸⁾

전의나 전원의 경우 원칙적으로 이전에 진료한 의사와 새로이 진료를 맡은 의사 간에는 지시나 감독관계가 존재하지 않기 때문에 원칙적으로 수평적 분업관계로 보는 것이 타당하다. 따라서 신뢰의 원칙이 적용된다. 하지만 예외적으로 이전에 진료한 의사가 해당 분야의 전문의가 아닌 일반의인 경우 새로이 진료를 맡은 전문의는 일반의의 진료내용을 전적으로 신뢰하는 것은 바람직하지 않다. 또한 동일한 전문의 사이에도 진료시설의 미흡과 불충분한 검사로 인하여 오진의 가능성이 있다면 새로이 맡은 전문의는 이전 전문의의 진료내용을 전적으로 신뢰할 수 없다.³⁹⁾ 동일전문과목인 경우이라도 전원 또는 전의가 이루어진 상황에 대한 점검과 더불어 보다 정확한 진단의 필요성이 구체적으로 대두되는 경우에는 전적으로 신뢰의 원칙을 적용하기 어려울 것이다.⁴⁰⁾ 대법원 판례도 같은 입장이다.⁴¹⁾

다. 의사와 약사 또는 제약회사 상호 간

의사와 약사 사이는 물론이고 약사와 제약회사 사이에서도 원칙적으로 신뢰의 원칙은 적용될 수 있다. 의사와 약사, 약사와 제약회사는 상호 독립된 별

37) 정영일, 의료행위와 신뢰의 원칙, 46면.

38) 정규원, 의료과실과 분업적 의료행위, 형사재판의 제문제, 제4권, 박영사, 31면; 전지연, 의료사고에서 의료인의 역할분담에 따른 형사법적 책임에 관한 연구, 한림법학 Forum, 제9권, 2000, 216면; 안동준, 치료상의 실수에 대한 의사의 법적 책임, 김중원교수화갑기념논문집, 335면; 이인영, 앞의 논문, 201면.

39) 대법원 1993.2.27. 92도2345 판결; 전지연, 앞의 논문, 52면.

40) 최호진, 앞의 논문, 10면.

41) 대법원 1993.7.27. 선고 92도2345 판결; 대법원 2003.1.10. 선고 2001도3292 판결.

개의 분야이며, 각자 고유한 책임영역을 갖기 때문이다.⁴²⁾

약사는 의약품을 판매하거나 조제함에 있어서 그 의약품이 그 표시 포장 상에 있어서 약사법 소정의 검인 합격품이고 또한 부패 변질 변색되지 아니하고 유효기간이 경과되지 아니함을 확인하고 조제판매한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 관능시험 및 기기시험까지 할 주의의무가 없으므로 그 약의 표시를 신뢰하고 이를 사용한 경우에는 과실이 없다.⁴³⁾

잘못된 처방에 의한 약화사고는 기본적으로 의사의 처방전을 신뢰한 약사가 아닌 의사에게 책임이 있다고 보아야 한다.⁴⁴⁾ 그러나 약사법 제23조 제2항에 의하면 약사 또는 한약사는 처방전의 내용에 의심이 나는 점이 있을 때에는 그 처방전을 발행한 의사, 치과의사, 한의사 또는 수의사에게 문의하여 그 의심나는 점을 확인한 후가 아니면 조제를 해서는 안 된다고 규정하고 있기 때문에, 약사도 의사의 처방의 적합성에 대하여 기본적 확인의무가 있다. 따라서 처방전에 대상 환자가 바뀌었거나, 혼합하면 인체에 치명적인 해를 끼치는 약품들을 혼합처방한 경우 등과 같이 처방전에 의심하는 점이 있음에도 불구하고 이를 확인하지 않은 채 조제한 경우에는 신뢰의 원칙의 적용이 제한되어 과실책임을 질 수 있다.⁴⁵⁾

VI. 수직적 분업관계와 위험감독의무

1. 신뢰원칙의 적용가능성에 대한 검토

신뢰의 원칙은 공동작업의 능률화를 위해 그에 대한 신뢰를 보장할 사회적 필요성이 있다는 점에서 인정되어 왔다.⁴⁶⁾ 따라서 수평적 분업관계에 있어서

42) 최호진, 앞의 논문, 11면.

43) 대법원 1976.2.10. 선고 74도2046 판결.

44) 한경국, 의료행위의 과실과 신뢰의 원칙, 사법연수원논문집 제2집, 220면.

45) 전병남, 의료분업과 신뢰의 원칙, 의료법학(제4권 1호), 2003, 148면.

46) 조상제, 신뢰의 원칙과 그 적용상의 제한, 고시계, 2002. 12, 16면.

신뢰의 원칙이 적용되며, 의료관계자의 형사책임을 제한하는 기능을 적절하게 수행한다고 할 수 있다.⁴⁷⁾ 하지만 수직적 의료분업관계는 달리 보아야 한다. 수평적 의료분업의 경우 관계자들이 상호 동등한 관계이지만, 수직적 의료분업의 경우⁴⁸⁾ 분업에 참가한 의료인 상호 간에는 대등관계가 아닌 지시감독과 이에 대한 복종관계이다. 하위의료인이 상위의료인으로부터 지시나 감독을 받아 의료행위를 하는 경우 상위의료인은 하위의료인에 대하여 선임 및 감독⁴⁹⁾의 책임을 지기 때문에 신뢰의 원칙의 적용이 제한된다고 보는 것이 형법학계의 일반적인 입장이다. 따라서 수직적 분업관계에 있을 경우 상급자는 하급자를 신뢰할 수 없다. 수직적 분업관계에서는 신뢰의 원칙이 적용되지 않고 상급자는 하급자에 대한 위험감독의무로 전환된다.

2. 위험감독의무 또는 관리의무

수직적 분업관계에 있을 경우 감독자는 피감독자에 대하여 수직적 분업에서 등장할 수 있는 특별한 위험원에 대한 관리의무를 진다.⁵⁰⁾ 관리의무는 의료관계자가 분업의 자질을 갖추고 있는가를 심사해야 하는 자질심사, 분업의 구체적인 내용이 피감독자에게 수행 가능한 업무인가라는 숙고해야 할 위임적 합성심사, 피감독자가 지시된 분업의 내용을 제대로 이해하고 있는지에 대한

47) 이에 대하여 이상돈 교수는 분업의 밀바탕인 신뢰원칙이 다른 의료인이 분담한 업무에 관하여 독자적으로 형사책임을 제한하는 기능을 수행하는 것은 아니라고 한다. 분업이 다른 의료인이 분담한 업무에 대한 형사책임을 배제시키는 힘과 신뢰에서 비롯되는 힘은 서로 다른 것이 아니기 때문이다. 수평적 분업의 정상적 진행에 대한 상호신뢰는 서로 다른 의료인의 업무에 대한 감독의 의무를 배제시킨다는 점에서 각자의 주의의무의 범위가 제한되며, 바로 그 한도 내에서 신뢰의 원칙은 반사적으로 형사책임을 제한하는 기능을 수행한다고 한다(이상돈, 의료형법, 117면).

48) 수직적 분업의료관계는 전문의와 수련의, 의사와 간호사 등과 같은 숙련보조자, 의사와 환자의 보호자 또는 간병인과 같은 미숙련보조자의 관계 등으로 나누어 볼 수 있다.

49) Laufs, *Arztrecht*, Rn.519; Johannes Brose, a.a.O., S. 67.; 선임(Auswahl)은 하위의료인이 구체적 업무를 수행하도록 지시하는 것에 그치는 것이 아니라, 그를 채용, 교육, 평가하고 진료현장에 투입하는 모든 과정을 의미하며, 감독(Überwachung)은 하위의료인이 맡은 업무가 잘 이루어지는지 감시하고 확인하는 것을 의미한다.

50) 최호진, 앞의 논문, 13면.

지시내용 이해여부에 대한 심사, 피감독자의 지시된 분업의 내용을 제대로 이행하고 있는지에 대한 감독으로 세분될 수 있다.⁵¹⁾

위험관리의무는 현실적으로 완벽하게 이행되어야 할 필요는 없다. 위험원에서 실제로 위험이 발생할 것이라는 ‘특별한 사정’이 존재하지 않는다면 감독자는 피감독자와의 분업이 정상적으로 진행되고 있다고 신뢰하고 있으면 족하다. 예를 들어 의료인이 자격시험에 합격하여 유효한 자격을 보유하고 있고, 상당기간동안 업무를 별다른 문제없이 성실히 수행해왔다면 상급자는 특별히 하급자의 자질을 별도로 심사할 필요는 없다. 만약 그렇지 않고 피감독자의 의료행위에 대하여 감독자가 물샐틈없는 완벽한 감독(lückenlose Überwachung)을 요구한다면 이는 실질적으로 불가능할 뿐만 아니라 분업의 원리를 부인하는 것과 마찬가지이다. 따라서 감독자는 피감독자에 대하여 임의적·간헐적 심사(stichprobenartige Überprüfungen)를 하는 것만으로 위험관리의무를 다하였다고 볼 수 있다. 하지만 피감독자의 부주의함이나 업무태만의 경향이 명백해지거나 신뢰를 깨뜨리는 다른 특별한 사정이 있다면 감독자의 위험관리의무는 강화된다.

3. 구체적 적용례

가. 같은 병원 진료과장과 소속 의사

진료과목의 책임자인 과장은 일반적으로 진료과목 내에서 이루어지는 의료행위에 관하여 지휘, 감독할 의무가 부과되어 있기 때문에, 진료과목의 책임자와 그 소속 의사들 간에는 원칙적으로 신뢰의 원칙이 적용되지 않는다고 보아야 할 것이다.⁵²⁾

51) Stratenwerth, Arbeitsteilung und ärztliche Sorgfaltspflicht, Festschrift für Eb. Schmidt, 1961, S.393; 이상돈, 의료형법, 114면.

52) 진료과장은 해당과의 소속 의사들에 대하여 지휘감독의 입장에 설 때에는 신뢰의 원칙이 적용되지 않지만, 해당과의 소속 의사가 진료과장의 진료와 처방을 신뢰하였을 경우에는 신뢰의 원칙을 적용하여 그에게 주의의무의 범위를 제한할 수 있다.

하지만 진료과목의 책임자의 구체적 책임은 병원의 규모나 소속 상대방 의사의 지위나 경험 그리고 당해 환자의 담당 여부에 따라 달라질 수 있으므로 구체적 사정에 따라 달리 보아야 한다.⁵³⁾

진료과목의 책임자인 과장은 일반적으로 병원행정상의 직급으로서 다른 교수나 전문의의 진료에는 관여하지 아니하고 진료과목내의 일반적인 행정업무만을 총괄하는 경우 또는 진료에 개입하더라도 그 진료가 일반적인 지시나 감독의 범위 내에 머무르는 경우 진료과장에게 의료과실의 책임을 물을 수 없다.⁵⁴⁾

나. 전문의와 전공의

전공의는 교과과정에서 정한 환자진료 등 수련을 거치는 피교육자적 지위와 함께 병원에서 정한 진료계획에 따라 근로를 제공하고 그 대가로 임금을 지급받는 근로자로서의 지위를 가진다.⁵⁵⁾ 또한 전공의는 피교육자적 성격을 가지고 있어 병원의 지시감독을 받는 자로서의 성격이 있기 때문에 전문의는 전공의에 대한 지시감독책임이 부과되며 전문의와 전공의 간에는 신뢰의 원칙이 적용되지 않는다.

대법원은 담당 의사가 양수과다증 및 태반유착 증세가 있는 환자의 분만수술 후 그 상태로 보아 합병증인 산후출혈 등을 예견할 수 있었음에도 불구하고 그에 대비한 관찰과 검사를 태만히 한 채 수련의 등에게 합병증에 대비하라는 말만 하고서 구체적인 지시 없이 바로 퇴근한 경우, 담당 의사에게는 환자가 신속하고 적절한 조치를 받지 못함으로써 사망에 이르게 한 과실이 인정된다고 하였다.⁵⁶⁾

53) 최호진, 앞의 논문, 14면.

54) 대법원 1996.11.8. 선고 95도2710 판결.

55) 최호진, 앞의 논문, 15면.

56) 대법원 1997.8.22 선고 96다43164 판결.

다. 의사와 간호사

(1) 간호활동의 경우

의료법 제2조 제2항 제5호에서 간호사는 상병자 또는 해산부의 요양상의 간호 또는 진료의 보조 및 대통령령이 정하는 보건활동에 종사함을 임무로 한다고 하여, 여기에서의 임무란 그에 해당하는 사회적 지위에서 간호와 관련된 임무를 반복 계속적으로 행하여지는 것으로 상병자 또는 해산부의 요양상의 간호 및 진료의 보조 외에 대통령령이 정하는 보건활동에 한정된다. 대통령령이 정하는 보건활동이라 함은 1) 농어촌 등 보건의료를 위한 특별조치법 제19조의 규정에 의하여 보건진료원으로서 하는 보건 활동, 2) 모자보건법 제2조 제9호의 규정에 의한 모자보건요원으로서 행하는 모자보건 및 가족계획 활동, 3) 결핵예방법 제29조의 규정에 의하여 결핵관리 요원으로서 하는 보건활동, 4) 기타의 법령에 의하여 간호사의 보건활동으로 정한 업무 등이다.

간호사는 상병자 또는 해산부의 요양상의 간호와 같은 간호활동에 대해서는 단독으로 행할 수 있으므로 간호활동의 경우에는 의사가 간호사를 신뢰하여 거의 감독을 하지 않기 때문에 수평적 분업의 형태와 같이 신뢰의 원칙이 적용될 수 있다.

(2) 진료보조행위의 경우

의사와 간호사 간에 분업관계가 이루어지는 경우는 진료의 보조부분이다.⁵⁷⁾ 진료행위에 있어서 주체는 의사이고, 간호사는 의사의 진료행위를 이행하는 보조자이므로 신뢰의 원칙은 배제된다는 것이 대법원의 입장이다.⁵⁸⁾

하지만 간호사가 되기 위해서 높은 수준의 전문교육과 국가시험을 거친다는 점, 간호사의 진료보조행위에 항상 의사가 현장에 입회하여 일일이 지도·감독해야 한다는 것이 의료의 현실을 무시한 비현실적 요청이라고 할 수 있

57) 의료법 제2조 제2항 제5호.

58) 대법원도 1998.2.27.선고 97도2812 판결.

다.⁵⁹⁾ 의사는 간호사의 진료보조행위 현장에 입회할 필요 없이 간호사에 대한 일반적인 지도·감독을 하는 것으로 충분한 경우도 있다.⁶⁰⁾

반면 간호사의 경우 때로는 의사의 지시 자체가 잘못된 것이 아닌가라는 의심을 가질 수 있다. 이 경우에 간호사는 이를 의사에게 확인하는 것이 직업윤리에는 맞는 행위일지는 몰라도, 의사의 지시 자체가 외관상 명백히 드러나는 오류가 있는 것이 아니라면 그 지시를 신뢰하여 행동한 간호사에게 법익침해적 결과발생에 대한 형사책임을 지울 수는 없다. 왜냐하면 간호사는 의사의 판단이나 지시에 대한 정당성을 확인해야 할 법적 의무가 없기 때문에 의사의 행위를 원칙적으로 신뢰하고 행위할 수 있다.⁶¹⁾

VII. 결론

임상현실에서 의료인들 상호 간의 분업적 협동은 필수불가결하여 상호 간의 협력 없이는 의료행위는 사실상 불가능하다. 의학의 전문화·세분화로 인하여 의료영역에서도 분업의 원리는 피할 수 없으며 이는 규범적 원리로 보아야 한다.

의료행위의 분업화로 인하여 새로운 위협에 직면할 수 있다. 의료분업의 내용이 불명확한 경우, 관여자 간의 의사소통의 부재 또는 오인으로 인한 위협이 결국 법익침해적 결과로 현실화되는 경우에는 의료인들 상호 간의 업무상과실치사상죄라는 형사책임을 문제된다. 분업의 원리를 부정할 수 없는 한, 분업의 과정에서 발생한 불행한 결과에 대하여 의료관여자 모두에게 형사책임을 부과

59) 최호진, 앞의 논문, 17면.

60) 진료보조행위인지의 여부는 행위유형에 따라 일률적으로 결정할 수는 없으며, 구체적인 경우에 있어서 그 행위의 객관적인 특성상 위험이 따르거나 부작용 혹은 후유증이 있을 수 있는지, 당시의 환자 상태가 어떠한지, 간호사의 자질과 숙련도는 어느 정도인지 등의 여러 사정을 참작하여 개별적으로 결정하여야 한다.

61) 최호진, 앞의 논문, 17면.

하는 것은 사회적 유용성의 관점에서 적절하지 않다. 따라서 분업적 의료행위에 있어서 의료관계자들의 의료과실 유무를 판단하는 경우 그들의 형사책임을 제한 또는 적절히 분배할 필요성이 있다.

의사에게 최상의 주의의무 또는 완벽한 주의의무를 요구하는 것은 도덕적 요청 또는 직업윤리적 관점에서는 의미가 있지만, 법질서가 요구하는 수준은 사회적으로 상당한 수준 또는 '정상적' 주의의무라고 이해하는 것이 타당하다. 주의의무위반을 판단함에 있어서 의술의 일반원칙 또는 일반적으로 승인된 기술과 같은 경험칙에 의하여 판단한다. 따라서 의료과실을 판단함에 있어서 의료행위가 이루어지는 다양한 사정, 즉 의료환경 및 조건, 의료행위의 특수성 등이 고려될 필요가 있다.

의료분업에 있어서 의료관계자들의 형사책임문제는 수평적 분업과 수직적 분업으로 구분하여 검토해야 한다. 수평적 의료분업의 경우 원칙적으로 신뢰의 원칙이 적용된다. 하지만 상호 간의 신뢰를 깨뜨리는 특별한 사정이 있다면 수평적 분업관계에서도 신뢰의 원칙은 제한되어야 한다.

수직적 의료분업관계에서는 분업에 참가한 의료인 상호 간에 지휘감독과 복종관계가 형성되어 상위의료인은 하위의료인에 대하여 선임, 지시·감독의 책임을 지기 때문에 신뢰의 원칙은 적용되지 않으며, 위험관리의무로 전환된다. 하지만 실제로 위험이 발생할 것이라는 '특별한 사정'이 존재하지 않는다면 감독자는 피감독자와의 분업적 의료행위가 정상적으로 진행되고 있다고 신뢰하고 있으면 족하다. 만약 피감독자의 의료행위에 대하여 감독자가 완벽한 감독의무를 요구한다면 이는 분업의 원리를 부인하는 것과 마찬가지이기 때문이다. 즉 수직적 의료분업의 경우에는 위험관리의무가 우선시 고려되어야 하며, 신뢰의 원칙은 위험관리의무 내에서 부분적, 보충적으로 작용할 뿐이다.

[참 고 문 헌]

- 김일수, “신뢰의 원칙과 그 적용상의 한계”, 『서울지방변호사회 판례연구』 제4집, 1990.
- 문국진, “의료평가에 있어서 의료수준 문제”, 『법률신문』, 1996. 10. 10. 2540호.
- 박영규, “의료행위에 있어서의 허용된 위험과 신뢰의 원칙”, 『경기행정논집』 제8집.
- 서보학, “과실범의 주의의무위반과 객관적·주관설의 논쟁, 한국형법학의 새로운 지평”, 2006.
- 안동준, “치료상의 실수에 대한 의사의 법적 책임”, 『김종원교수화갑기념논문집』, 1991.
- 이상돈, 『의료형법』, 법문사, 1998.
- 이용식, “과실범에 있어서 주의의무의 객관적 척도와 개인적 척도”, 『서울대법학』 제39권 3호, 1998. 11.
- 정영일, “분업적 의료행위에 있어서 형법상 과실책임”, 『형사판례연구』 제6권, 1998.
- 전지연, “의사와 간호사의 분업적 의료행위에서의 형사상 과실책임”, 『의료법학』 창간호, 2005. 5. 대한의료법학회.
- 전지연, “의료사건에서 과실치사상의 성립에 필요한 과실 인과관계와 그 증명”, 『연세의료 과학기술과 법』 제2권 1호, 2011.
- 정영일, “과실범에 있어서 주의의무의 성격, 한국형법학의 새로운 지평”, 2006.
- 전병남, “의료분업과 신뢰의 원칙”, 『의료법학』 제4권 1호, 2003.
- 조상제, “신뢰의 원칙과 그 적용상의 제한”, 『고시계』, 2002. 12.
- 정규원, “의료과실과 분업적 의료행위”, 『형사재판의 제문제』 제4권, 박영사.
- 전지연, “의료사고에서 의료인의 역할분담에 따른 형사법적 책임에 관한 연구”, 『한림법학 Forum』 제9권, 2000.
- 최재천·박영호·홍영균 공저, 『의료형법』, 육법사, 2003.
- 최호진, “분업적 의료행위에 따른 형사책임의 분배 -특히 수직적 의료분업을 중심으로-”, 『형사법연구』 제19권 1호, 2007.
- 한경국, “의료행위의 과실과 신뢰의 원칙”, 『사법연수원논문집』 제2집, 2004.

Carolin wever, Fahrlässigkeit und Vertrauen im Rahmen der arbeitsteiligen Medizin, 2005.

Klaus Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis, 3.Aufl., 2003.

Miriam Hannes, Der Vertrauensgrundsatz bei der arbeitsteiligem Verhalten, Diss. Heidelberg, 2001.

Stratenwerth, Arbeitsteilung und ärztliche Sorgfaltspflicht, Festschrift für Eb. Schmidt, 1961.

[국문초록]

분업적 의료행위에 있어서 주의의무위반 판단기준과 그 제한규칙들

최호진(법학박사, 단국대학교 법학과 교수)

분업적 의료행위에 있어서 관여자들에 대한 의료과실을 인정함에 있어서는 그의 형사 책임을 제한하거나 또는 형사책임을 적절히 분배할 필요성이 있다. 본 논문은 분업적 의료행위에 있어서 의료인의 주의의무위반에 대한 판단기준과 이를 제한하는 규칙을 다루고 있다.

의료행위에 있어서 주의의무위반에 대한 판단기준으로 객관설이 타당함을 논증하였다. 주의의무를 판단함에 있어서 행위자 개인에게 최상의 주의의무 또는 완벽한 주의의무를 요구하는 것도 도덕적 요청으로는 의미가 있을지 모르지만, 법질서가 요구하는 수준은 사회적으로 상당한 수준 또는 '정상적' 주의의무라고 해석하는 것이 타당하다. 과실 기준을 객관화함으로써 개인이 책임을 지는 한계의 상한을 설정해줌으로써 개인에게 지나친 부담을 안겨주는 것을 방지하고 평등의 원칙에도 부합한다.

구체적 사례에 있어서 의료과실을 판단하는 경우에도 고려해야 할 표지를 설명하였다. 의료행위는 일반적 과실과는 다르게 전문성, 재량성과 같은 특수성, 정보의 편중성과 독점성이 있기 때문이다. 일반적 의학수준, 긴급성과 의료설비와 같은 의료환경과 조건, 의료행위의 전문성, 의료행위의 재량성에 대하여 검토하였다.

주의의무를 제한하는 규칙으로 허용된 위험의 이론과 신뢰의 원칙을 검토하였다. 수평적 분업관계에서는 신뢰의 원칙이 적용된다. 같은 병원 의사들이 각각 전문분야를 가지는 경우, 다른 병원 의사들 사이의 관계의 경우에는 원칙적으로 신뢰의 원칙이 적용된다. 그러나 예외적으로 신뢰의 원칙이 적용될 수 없는 경우도 존재한다.

수직적 분업관계에서는 신뢰의 원칙이 적용되지 않으며 상급자는 하급자를 신뢰할 수 없다. 이 경우 상급자는 하급자에 대한 위험감독의무로 전환된다. 관리의무는 임의적·간헐적 심사(stichprobenartige Überprüfungen)를 하는 것으로 충분하다고 생각한다.

주제어 : 분업적 의료행위, 주의의무위반, 의료과실, 신뢰의 원칙, 위험감독의무

Standards of Due Diligence and Separation of Responsibilities in the Division of Labor in Medicine

Choi, Hojin

Professor, College of Law, Dankook University, Ph.D. in Law

=ABSTRACT=

In the division of labor (or teamwork) in medicine, the responsibility of medical and nursing staff should be separated or distributed to justify negligent criminal offenses. The present work refers to the standards by which the due diligence and responsibility of the individual persons are to be determined and delimited.

In this context, it has been proven that objective theory as a measure of due diligence is appropriate.

From a moral point of view, when assessing due diligence, it makes sense to impose greater individual or higher performance demands on the perpetrator, but law and order require that due diligence should result from socially relevant human behavior. To give objective measure of negligence and to provide the highest level of personal responsibility, so that man can not be burdened too much responsibility and it is accordingly with an equality theorem.

Afterwards some points are presented, which should be considered in a concrete fact in the determination of the medical negligence. Medical action has specific characteristics such as professionalism, discretionary and exclusive, unbalance of information. These characteristics distinguish medical actions from general negligence. The general level of knowledge, the urgency, working condition and working environment of the medical facility, duration of the professional practice, assessment of the medical activity are crucial in this context.

As a standard of delineation of due diligence, I have used the permitted risk and the principle of trust. In the horizontal division of labor, the principle of trust

* The present research was conducted by the research fund of Dankook University in 2018.

applies. The principle of trust applies in principle in cases of division of labor interaction, when doctors in the same hospital exercise their own specific occupational field or everyone works in another hospital. However, this is not true for every case.

In the vertical division of labor, the principle of trust does not apply and the senior physician can not trust the assistant doctors. In this case, the principle of trust is converted into a duty of supervision for assistant doctors by the senior physician. This supervision requirement could be used as a random check.

Keyword: Division of labor in medicine, breach of duty of care, medical malpractice, principle of trust, duty of supervision