

醫療過失 判斷基準에 관한 學說·判例의 動向*

石 熙 泰**

〈目 次〉

I. 序 說	1. 基準修正의 必要性和 理論的 根據 - 許容된 危險의 法理
II. 客觀的·抽象的 基準	2. 修正要素
1. 基準設定에 고려할 醫療의 特質	IV. 餘 論
2. 基準要素	
III. 主觀的·具體的 基準	

I. 序 說

醫療惡結果에 대한 民事責任을 醫師에게 귀속시키기 위해서는 醫師에게 過失 있음이 인정되어야 한다. 過失은 醫療行爲에 관하여 醫師에게 요구되는 注意義務를 위반하는 것을 가리키며, 그것은 結果豫見可能性을 전제로 하는 結果回避義務의 違反을 의미한다.

結果豫見可能性의 有無는 그 豫見을 위한 行爲者의 注意와 努力을 前提로 해서 결정된다고 해야 하므로, 豫見可能性 有無의 判斷은 結果豫見義務와 관련하여 이루어진다.

따라서 注意義務는 結果豫見義務와 結果回避義務의 二重構造로 파악되는 것이다.

이하에서 醫療過失의 前提로서의 醫療上 注意義務의 결정기준의 判斷

* 이 論文은 「茂巖 李英俊博士華甲紀念論文集·韓國民法理論의 發展」(博英社, 1999)에 掲載된 것임.

** 法學博士·京畿大學校 法學部 教授

基準에 관한 學說·判例의 動向을 살펴보고자 한다.¹⁾

II. 客觀的·抽象的 基準

1. 基準設定에 고려할 醫療의 特質

醫療行爲를 실시하는 現實的인 상황을 전제로 하지 않고, 一般的·抽象的 狀況을 전제로 醫療人의 注意義務 내지 그 違反의 判斷基準을 설정함에는 다음과 같은 醫療의 特質이 고려되어야 한다.

(1) 醫療目標의 兩面性

醫療는 사람의 生命과 健康을 관리하는 것을 그 내용으로 하는 것이다. 그러므로 그 第1次的 目標는 患者「個人」의 生命·健康을 위하여 疾病을 치유하는 데에 있다.

한편 醫療는 인류공동의 복지를 위해 그 수준이 향상될 것이 요망된다. 그러므로 醫療는 그 구체적 전개과정을 통하여 스스로의 向上·發展을 도모하는 것을 다른 하나의 목표, 즉 第2次的 目標로 삼는다. 이러한 醫療의 두 가지 목표는 二律背反이 되어 相互對立할 가능성이 높다. 個人의 이익을 위해 進步的·創意的 醫療가 제한되게 되는가 하면, 醫療의 발전을 도모하기 위한 實驗的 診療는 個人의 利益을 侵害할 可能性이 높은 것이다. 이것은 개체와 전체, 생명과 과학의 갈등이라고 할 수 있다.

醫療過失 판단에서는 물론 第1次的 目標가 항상 중시되지만²⁾ 엄격한 要件下에 第2次的 目標 달성을 위한 시도도 許容되어야 할 것이다.

1) 醫療過失의 判斷基準 一般論에 관하여는, 石熙泰, “醫療過失의 判斷基準”, 「判例月報」第197號(1987.2), 第204號(1987.9) 參照.

2) D. Giesen, “Civil Liability of Physicians,” Deutsche zivil-, kollisions- und wirtschaftsrechtliche Beiträge zum X. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in Budapest 1978. Materialien zum Ausländischen und Internationalen Privatrecht, ed. by Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationalen Privatrecht, Vol.29 (Tübingen: J.C.B. Mohr, 1978), S.403ff.

判例는 個別 事案에서 醫師에게「最善의 注意義務」,³⁾ 「高度의 注意義務」⁴⁾를 부과시킴으로써 위 第1次的 醫療目標를 강조하고 있다.

(2) 醫療의 斷行性(病變의 進行性)

病變은 한번 始發하면 대부분 당해 器官 또는 機能의 完全마비에 이르기까지, 나아가서는 患者의 死亡에 이르기까지 進行하는 성질을 지니고 있다. 따라서 醫療行爲에는 항상 時間的 制約이 따른다. 즉 적절한 時間 以內에 일정한 處置(診斷과 治療를 중심으로 하되 다른 醫療機關으로의 轉送도 포함함)를 착수하고 완료하는 것이 요청된다.

이러한 醫療의 斷行性으로 말미암아 醫師의 裁量的 判斷 및 轉送義務가 강조되는 것이며, 더욱이 病變進行이 高速이어서 處置之 緊急判斷을 요하는 경우에는 醫師의 一般的 注意義務 基準이 修正되게 되는 것이다. 또한 경우에 따라서, 醫學上 아직 확립되지 않은 新療法 등의 採用과 같은 一種의 實驗的 要素가 허용되는 것도 이러한 斷行性에서 연유하는 것이다.

判例는 “...진통이 시작 된지 만 16시간이 경과한 때까지 ...방치한 결과가 된 점, ...만연히...시간을 끌다가 결국...사망케 한 점...”,⁵⁾ “소과수술을 반대하더라도 소과수술의 필요성 및 발생이 예상되는 위험 등에 관하여...설명하여 줌으로써 수술의 시기를 놓치지 않도록 하여야 하

3) 大法院 1997. 2.11. 宣告, 96다 5933 判決 (흡입분만의 방법이 절대 불가한 아두골반불균형<태아의 머리가 커서 정상분만이 힘든 상태>의 상황에서 산부인과 전공의<2년차>가 무리하게 6회에 걸쳐 흡입분만을 시도하다가 최후로 제왕절개수술을 시행하였으나, 영아가 구개내 혈종, 태변흡입증후군으로 인해 출산후 6시간만에 사망한 사건).

4) 大法院 1998. 2. 13. 宣告, 96다 7854 判決 (방관요도류와 자궁탈출증 치료를 위해 질식자궁적출술을 받은 환자가 출혈과다로 어지럼증을 호소하여 수혈을 하였는데, 그 사용 혈액은 서울의 가두헌혈행사 중 23세의 남자로부터 채취된 것이었던 바, 항체미형성기간중이어서 효소면역측정법에 의해서는 이상 없는 것으로 나타났지만<음성> 실은 이미 에이즈 바이러스에 감염된 상태였기 때문에, 결국 수혈받은 환자가 에이즈<후천성면역결핍증>에 걸리고 만 사건).

5) 大法院 1967.7.11 宣告, 67다 848 判決(태아의 머리가 過大하여 順産치 못하고 출혈을 계속한 産母에게 조기수술, 수혈, 종합병원 등에서의 移送 등 적절한 조치를 가하지 않으므로써 그 産母를 사망케 한 사건).

고,..."⁶⁾라고 하는 바와 같이 진료의 斷行性·時宜性を 중시하고 있으며, 그 時宜性を 상실한 醫師의 消極的 容態에 過失이 있다고 하고 있다.

(3) 醫療의 動態性(症狀의 多樣性)

病變과 그 症狀의 관계는 規則·不規則 또는 定型·非定型의 다양성을 띠운다. 즉「表現된 症狀」과「實在하는 現象」⁷⁾이 반드시 일치하지는 않는 것이다. 여기서 診斷과 療法決定 등 醫療基礎確定의 곤란성이 유래한다. 따라서 현실에서 醫師는 대부분 어느 정도의 假定的·推斷的·暫定的 판단에 입각하여 診療를 실시하며, 그 경과에 따라 診斷 내지 療法을 수정해 나간다고 하는 動的 態度를 취한다.⁸⁾ 이것을 醫療의 動態性이라고 하며, 醫師의 契約上 債務라는 관점에서는 概括性·抽象性이라고 한다.

判例는 증상 및 증후가 복잡하여 誤診率이 70 내지 95%에 달하는 疾病의 患者에 대해 誤診 끝에 개복수술을 한 醫師의 행위에 賠償責任이 없다고 하고 있다.⁹⁾

(4) 醫療效果의 多樣性

人間生體의 構造機能的 特性으로 말미암아, 醫療侵襲에 대한 효과로서의 반응은 多樣性を 띠게 된다. 어떤 病變에 대하여 어떤 處置가 있을 때에, 그 反應은 거의 일정한 治療方向으로의 작용이라고 하는「方式的·類型的」¹⁰⁾인 것이 通常이지만, 그러나 항상 그러한 것만도 아닌 것이다. 즉 醫療效果의 豫測은 매우 불확실하고 곤란하다. 이러한 特質은 醫療侵襲에 따른 위험의 具體的 豫測을 곤란하게 만들며, 따라서 한편

6) 大法院 1995. 12. 5. 宣告, 94다 57701 判決(胎兒가 分娩 전에 이미 사망한 상태인 이른바 계류유산의 상황에서 뒤늦게 소파수술을 시행하였으나 産母가 패혈증으로 인해 사망한 사건).

7) 松倉豊治, “醫療過誤と醫師의 立場”, 「醫學と法律の間」(東京:判例タイムズ社, 1980), 第42面.

8) 稻垣 喬, “狂犬病豫防接種事件”, 「別冊ジュリスト醫事判例百選」No.50(1976), 第39面 參照.

9) 大法院 1980.3.25. 宣告, 79다2280,228 判決(병리학적 방법에 의한 정밀진단은 안한 채 흉곽촬영·소변·혈액검사 등의 방법으로 위종양이나 위궤양으로 단정하여 개복수술을 해보니 투약방법으로 치료가 가능한 대장결핵성임파선염인 것으로 판명된 사건).

10) 松倉, 前掲書, 第44·45·55-57面 參照.

으로 試驗的 要素의 許容을 不可避하게 하고, 다른 한편으로는 오히려 危險防止措置의 意義를 강조하는 결과로 된다.

判例는 주사 副作用에 대해 醫師의 過失을 부인하는가 하면,¹¹⁾ 그 豫測困難性을 들어 危險豫防措置의 철저를 강조하기도 한다.¹²⁾

(5) 醫療의 本來的 危險性(侵襲性)

醫療는 어떤 異常이 있는 病巢 또는 機能에 대해 治療方向으로 작용하게 되는 것이지만, 그 一連의 행위는 보통 生體에 대한 侵襲을 수반한다. 즉 예컨대 外科手術이나 藥物投與의 경우에는 肉體의 일부에 대한 切開·侵蝕 혹은 生體機能의 變化(이른바 藥理作用) 등이 必然적으로 수반되는 것이다. 그리하여 注意義務에 反하지 않는 기술상 완벽한 診療를 행하였음에도 불구하고, 때로는「局部的 好結果와 全身의 惡結果」¹³⁾ 혹은 「一所의 好結果와 他所의 惡結果」라고 하는 矛盾 내지 「二律背反」¹⁴⁾에 직면하는 경우가 있는 것이다. 그러한 惡結果 중에는 처음부터 明白히 豫見되지만 그 全面的 防止는 불가능한 것도 있다. 이것은 醫療에서의 不可避한 本來的 危險性이며, 「偶然性」¹⁵⁾이라고도 한다.

그러므로 醫療의 결과 어떤 危害가 발생하였다는 사실만으로써 그 過誤를 논하는 것은 타당하지 못하며, 利益裁量·危險防止措置·技術上 注意 등의 適切性 與否가 檢討되어야 한다.

2. 基準要素

(1) 醫療에 관한 醫學原則-臨床醫學水準 내지 醫療水準

醫療行爲가 適法한 行爲로서 다른 형태의 人體侵襲行爲와 구별되기 위해서는 그것이 사람의 生命·健康을 유지하기 위해 필요하고도 상당

11) 大法院 1984.6.12. 宣告, 83도 3199 判決 (기관지폐렴으로 진단된 환자에게 피부반응검사 결과가 음성인고로 앰피실린 주사를 놓은 결과 患者가 死亡한 事件).

12) 大法院 1976.12.28. 宣告, 74도 816 判決 (페니실린주사 부작용 사망사건).

13) 唄 孝一, 「醫事法學への歩み」(東京: 岩波書店, 1970), 第84面.

14) 松倉豊治, 「狂犬病豫防接種後の後癱瘓例 とスト렙トアイシン難廳例」, 前掲書, 第176面.

15) 金顯泰, 「醫師의 診療過誤에 있어서의 過失의 立證責任」 「延世行政論叢」第7輯(1980), 第213面.

하다는 醫學的 適應性(medizinische Indiziertheit)을 지님과 아울러, 醫學的으로 인정된 方法 내지 技術에 의한다는 醫學的 正當性(medizinsche Kunstgerechtigkeit)을 지녀야 한다. 그러므로 醫療人의 모든 行爲의 適法性 原則은 醫學의 諸原則으로부터 과생하며, 따라서 醫療에 관한 注意義務의 判斷基準은 醫學原則이다. 그런데 醫學은 날로 발전·변모할 뿐 아니라, 일반적으로 과학적 지식이란 論爭의 여지를 안고 있는 것이 특징이고, 아울러 醫療人의 個別的 能力과 環境的 與件은 千態萬象인 것이 현실이므로 醫學原則의 현실적 적용에 관련한 統一的 規準設定이 요구된다. 그 통일적 規準이 이른바 醫學水準 내지 醫療水準이다.

무엇이 規準으로서의 醫學原則인가에 관한 學說을 소개하면 다음과 같다.

(가) 醫療上 注意義務의 客觀的 基準이 되는 것은, 통상의 醫師에게 그 당시에 일반적으로 알려져 있고 또 是認되고 있는 臨床醫學的 常識이며, 따라서 一部の 大學·研究所·病院 등에서만 알려져 있는 것은 기준이 될 수 없다.¹⁶⁾

(나) 醫學水準을 醫療水準과 區分하여, 前者는 研究水準·學界水準이고 後者는 技術水準·經驗水準으로서 연수 또는 강습을 통해 일반 醫師에게 보급된 것인 바, 後者가 法的 基準으로 되어야 한다.¹⁷⁾

(다) 醫師가 따라야 할 것은 통상의 醫師에게 일반적으로 인정된 醫學原則이며, 일부의 大學, 研究所, 病院에만 알려져 있는 醫學에 따를 필요는 없다. 醫療過誤는 醫學이 患者에게 응용되는 과정에서 생기는 것이므로 여기의 醫學은 臨床醫學을 의미한다.¹⁸⁾

16) 金先錫, "醫療過誤에 있어서 因果關係와 過失", 「醫療事故에 관한 諸問題」裁判資料 第27輯(1985), 第93-95面, 權五乘, "醫療過誤와 醫師의 注意義務", 「民事判例研究」IV(1982) 第94-96面. 同旨: 野田 寬, "醫療上の注意義務 序說 - 過失判定基準に關する一考察", 「民法學の基礎的課題 上」(東京: 有斐閣, 1971), 230-232面; 同, 「醫療事故と法」(東京: 新有堂, 1982), 第59-61面.

17) 文國鎮, 「醫療의 法理論」(高麗大出版部, 1982), 第79·80面. 同旨: 松倉豊治, "未熟兒網膜症による失明事例-いわゆる現代醫學の水準", 前掲書, 第128~136面.

18) 李銀榮, 「債權各論」(博英社, 1995), 第695面.

(라) 醫療行爲에 관한 過失은 一般人이 아니라 平均的 醫師가 갖추어야 할 醫學的 專門知識과 技術을 기준으로 하여 생각하여야 한다. 그 水準은 診療 당시의 水準이다.¹⁹⁾

(마) 醫師의 過失有無의 판단에는 그가 갖추고 있는 醫學의 水準이 하나의 기준이 되며, 그것은 診療 당시의 水準이다. 具體的으로 醫學水準과 醫療水準을 구분하여 입증하는 것은 訴訟技術上 간단치 않다. 醫療行爲가 갖는 危險性을 감안한다면, 오히려 醫學水準과 醫療水準을 일치시키려는 노력이 醫師에게 요구되는 것이다.²⁰⁾

생각건대 上述한 바와 같이 醫療에 관한 理論體系로서의 醫學原則이 문제로 되는 바는 法的인 注意義務 判斷의 規準을 定立하는 데에 그 意義가 있다. 平均人의 行爲規範인 法の 理念에 비추어 볼 때 그 醫學은 純學問으로서 정착·확립된 것이라 할지라도 아직 研究와 講義 次元에 머물고 있는 이른바 「理論醫學」이어서는 안되고, 醫療現場에서 적용되어 實務化된 이른바 「臨床醫學」이어야 한다. 醫療는 이러한 臨床醫學의 實現·實踐過程이므로 이른바 醫療水準은 臨床醫學水準을 가리키는 것이다.

이러한 醫學水準 내지 醫療水準 成立의 要件은 무엇인가? 그것은 ① 研究成果의 公開狀況 즉 새로운 醫學知識獲得의 可能性, ② 實際診療與件(人的·物的·經驗的 與件)의 具備狀況 즉 診療實行의 可能性 등 두 가지이다.

따라서 規準으로서의 수준은 이 두 가지 요소의 합리적 고려에 의해 정해져야 할 것이다. 즉 먼저 醫學知識獲得의 可能性을 고려한 위에 다음으로 診療實行의 可能性 有無를 고려해야 한다. 어떠한 知識情報를 가지고 있다고 하더라도, 현실적으로 診療實行의 與件이 마련되어 있지 않다면, 法的으로 그것을 期待하고 要求하는 것은 부당하기 때문이다.

19) 郭潤直, 「債權各論」(博英社, 1998), 第794面.

20) 崔載千, 「醫師의 醫療行爲에 있어서의 注意義務의 基準」, 「判例月報」第323號(1997, 8), 第15, 16面.

그러나 다만 이 診療實行의 可能性은 當該 醫師 또는 醫療機關만을 기준으로 하는 것이 아니라, 전체 醫療機關의 次元에서 論議되는, 그리하여 患者를 중심으로 해서 볼 때는 受診可能性의 觀點에서 파악되는 것이기 때문에, 만약 適期의 轉送(轉醫·轉院)에 의해 受診할 가능성이 있다면 그것까지 포함해서 診療實行의 可能性이 있는 것으로 되는 것이다. 즉 診療實行의 可能性은 적절한 轉送相對確保의 可能性으로 확대된다.

요컨대 새로운 醫學理論이 적절한 研究·實驗을 거쳐 그 有用성과 安全性이 學界次元에서 인정되고 公表되어, 國內의 어떠한 平均的 醫師이든지 接觸·習得할 수 있는 상태에 달하면 일단「醫學知識獲得의 可能性」은 成立한다. 한편으로 이러한 理論이 國內의 代表的, 혹은 일반적으로 그 이름이 알려진 醫療機關에서 실제 診療에 적용되어 그 實施例가 또한 學界次元에서 公表되면, 비록 그 診療與件이 一線 開業醫 사이에서 널리 보편화되지 않았다 하더라도 轉送相對確保의 可能性은 생기며, 그로부터 「診療實行의 可能性」은 성립하는 것이다. 이제 이러한 두 가지 가능성이 다 造成되었을 때, 그 새로운 醫學理論은 規準으로서의 醫學·醫療水準이 되는 것이다.

이렇게 水準이 설정되면, 또한 醫師의 轉送義務의 필요성과 그 發生與件이 自明해지며, 醫師의 研鑽義務의 法的 意義와 그 內容도 확실해진다.

判例는 위 規準에 관하여 初期에는 매우 간단하고 추상적인 표현을 쓰다가, 이후 多少間 구체적이고 설명적인 표현을 쓰는 방향으로 변모해 오고 있다. 그러나 최근의 판례에서도 概念과 論理가 정리되지 않은 면모를 보이는 실정이다.

初期의 판례는 醫學,²¹⁾ 醫療,²²⁾ 現代醫學,²³⁾ 高度한 전문적인 醫學知

21) 서울高法 1973.12.14. 宣告, 73나2102 判決.

22) 大法院 1978.12.13. 宣告, 78다1184 判決.

23) 釜山地法 1976.11.5. 宣告, 76가합78 判決.

識,²⁴⁾ 醫學知識과 醫療界의 인식정도 및 醫療界의 慣行²⁵⁾ 등으로 기준을 제시하였다.

이후 判例는

“...사고 당시의 일반적인 의학의 수준과 진료환경 및 조건, 의료행위의 특수성 등이 고려되어야 한다...”,²⁶⁾

“...환자의 상황과 당시의 의료수준 그리고 자기의 지식경험에 따라...”,²⁷⁾

“...의료행위를 할 당시 의료기관 등 임상의학분야에서 실천되고 있는 의료행위의 수준을 기준으로 판단하여야 할 것이므로 의사가 행한 의료행위가 그 당시의 위와 같은 의료수준에 비추어 최선을 다한 것으로 인정되는 경우에는...”,²⁸⁾

“...임상의학의 실천으로서의 의료수준...”,²⁹⁾

24) 서울高法 1973.12.13. 宣告, 73나1386 判決.

25) 大法院 1986.10.28. 宣告, 84다카1881 判決.(새벽 0시 30분경에 전화로 診療要請을 한 뒤 1시 10분경에 직접 찾아와 심한 呼吸困難을 호소하는 60세의 환자에게 당직근무중인 수련의가 對症療法으로 呼吸促進劑인 아미노필린주사를 처방하여, 간호원으로 하여금 시주케 하였던 바, 절반 정도 주사액이 주입될 무렵 그 부작용으로 심장혈류장애를 일으켜 患者가 死亡한 事件).

26) 大法院 1987. 1. 20. 宣告, 86다카1469 判決.(註55의 本文 參照).

27) 大法院 1992. 5. 12. 宣告, 91다23070 判決.

28) 大法院 1994. 4. 26. 宣告, 93다59304 判決(과숙아로 태어난 환자에게 곧바로 태변착색이 발견되고 출생후 3일만에 태변흡입성폐렴이 발병하여, 그 후 환자가 뇌성마비로 인해 발육이 부진하게 된 사건).

大法院 1998. 2. 27. 宣告, 97다38442 判決(중학교 3학년이었던 환자가 체육실기시험으로 앞·뒤 구르기를 하고 난 직후부터 흉부 통증을 느끼기 시작하여 상당기간 흉근염좌의 치료를 받고 난 후에도 계속하여 흉부 통증을 호소하였는데 치료를 종료한 상황에서 이전에 발생한 외상에 의한 제4흉추 진구성 압박골절이 진단되고 제3·4흉추가 유합되어 있으며 그로 인하여 흉부동통 및 척추운동 제한의 장애가 남게 된 사건).

大法院 1999. 3. 26. 宣告, 98다45379 判決(손바닥 파열상에 대한 수술후 입원치료를 받던 환자가 화장실에서 흡연을 한 후 나오다가 배뇨성현기증과 흡연시의 혈류내산소부족성 현기증으로 쓰러져 사망한 사건).

29) 大法院 1995. 1. 20. 宣告, 94다342 判決(본태성고혈압<동맥경화증>, 대동맥판막폐쇄 및 부전증, 좌측주관상동맥협착 등의 환자가 대동맥판막치환, 상행대동맥확장 및 자측주관상동맥입구확장 등의 개심수술을 받은 후 뇌전색의 후유증이 발생한 사건. 수술필요판단과 시술과정에 관하여는 과실이 부인되었으나, 후유증에 대한 설명의무위반은 인정되었다).

“...현재의 의학수준 및 당시 임상의학분야에서 실천되고 있는 의료행위의 수준에 비추어 필요하고 적절한 진료조치를...”,³⁰⁾

“...당시의 의학수준이나 임상의학분야에서 실천되고 있는 의료행위의 수준에 비추어 필요하고도 적절한 진료조치를...”,³¹⁾

“...진료 당시의 이른바 임상의학의 실천에 의한 의료수준에 의하여 결정되어야 하나, 그 의료수준은 규범적으로 요구되는 수준으로 파악되어야 하고, 당해 의사나 의료기관의 구체적 상황에 따라 고려되어서는 안된다(同旨 大法院 1987.1.20 宣告, 86다가1469 判決 ; 1994. 4. 26宣告 93다 59304 判決)....”³²⁾

“...의료행위를 할 당시 의료기관 등 임상의학분야에서 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(大法院 1998. 2. 27. 宣告, 97다38442 判決 ; 1997. 2. 11 宣告, 96다5933 判決 ; 1987. 1. 20. 宣告, 86다카1469判決 등 참조)... 치료할 당시 표준적인 교과서 기타의 의학문헌을 통해 임상의학의 분야에서 통상의 의사에게 일반적으로 알려져 있는 의학기술...”³³⁾

“...현실적으로 가능한 범위내에서 최고의 의학기술 수준에 맞추어 노력을 기울이고 행위당시의 일반적인 의학의 수준과 그 행위로부터 생기는 결과발생의 가능성의 정도, 피해법익의 중대성, 결과회피의무를 부담함에 의해서 희생되는 이익 등이 함께 고려되어야 할 것이다(大法院

30) 大法院 1997. 8. 29. 宣告, 96다46903 判決.(심한 관상동맥경화증 및 만성허혈성심질환의 지병을 갖고 있는 교통사고 환자에 대해 혈관조영술 등의 정밀검사로써 질병확인을 하지 않고 두차례의 부분마취에도 이상이 발생하지 않았다는 이유로 만연히 전신마취를 실시하여 수술도중 결국 그 마취로 인해 급성심근경색이 속발되어 환자가 사망한 사건).

31) 大法院 1998. 11. 24. 宣告, 98다32045 判決.(관상동맥경화 및 협착증의 질환이 있는 사람이 교통사고로 인한 상해치료로서 수술을 받기 위해 전신마취를 받은 뒤 사망한 사건).

32) 대법원 1997.2.11 宣告, 96다5933 判決(註3 參照).

33) 大法院 1998. 7. 24. 宣告, 98다12270 判決(추락으로 인해 상해를 입은 환자가 정형외과 수술 후 녹농균에 의한 패혈증으로 사망한 사건).

1995.8.25 宣告, 94다47803 判決 참조)...”³⁴⁾

라고 하고 있는 바, 그 표현이 매우 유사하면서도 文言上으로는 매우 미묘한 차이를 드러내고 있다. 그러나 전체적 취지에서는 거의 같은 수준의 기준을 제시하고 있는 것으로 해석할 수 있겠다. 「一般的 醫學의 水準」에 「診療環境 및 條件, 醫療行爲의 特殊性」이 참작되면 그것은 「臨床醫學의 水準」이 될 것이며, 「臨床醫學分野 즉 醫療機關 등에서 실천되고 있는 醫療行爲의 水準」은 「診療環境 및 條件」의 제약을 받는 의료기관에서 행해지는 「一般的인 醫學의 水準」과 동일할 터이고, 「現實적으로 가능한 範圍內」의 「最高的 醫學技術水準」또는 「一般的인 醫學水準」은 역시 「臨床醫學의 水準」임에 다름 아니다.

또한 上述한 바와 같이 醫療는 臨床醫學의 實踐·實現過程이므로 臨床醫學水準이 곧 醫療水準으로 된다. 「臨床醫學의 實踐으로서의 醫療水準」과 「臨床醫學의 實踐에 의한 醫療水準」은 醫療=臨床醫學의 實踐過程이므로 兩者 同一概念이다.

醫療水準이 「規範적인 水準으로 파악되어야 한다」고 하면서 한 경우는 診療環境 및 條件을 고려하여야 한다고 하고, 다른 한 경우는 당해 醫師나 醫療機關의 구체적 상황이 참작되어서는 안된다고 하고 있는데, 양자는 모순관계가 아니다. 前者의 참작사항은 醫師 個人的 여건이 아닌 全體 醫療機關 차원의 여건인 반면, 後者の 참작금지사항은 文言 그대로 個別的 醫師 내지 醫療機關 차원의 여건인 것이다.³⁵⁾

(2) 醫師의 裁量權

일정한 診療에 관하여 醫學原則上 選肢가 複數로 존재하는 경우에 그 중 어느 것을 택할 것인가는 전적으로 醫師의 獨自的 판단 즉 裁量에

34) 大法院 1998. 2. 13. 宣告, 96다7854 判決(註4 參照).

35) 崔載千, 前揭論文에서는 前揭 大法院 1994. 4. 26. 宣告, 93다9304 判決이 「臨床醫學分野에서 실천되고 있는 醫療行爲의 수준」을 醫師 注意義務 基準이라고 한 「최초의 判例」(?)라고 주장하였으며(第17面), 前揭 大法院 1997. 2. 11. 宣告, 96다5933 判決(註3 參照)은 注意義務 基準인 醫療水準은 「規範적으로 요구되는 水準」임을 최초로 분명히 하는 「기념비적 判例」(?)라고 강조하고 있다(第20面).

맡겨져야 하며, 따라서 注意義務 違反與否의 판단에 이 점이 고려되어야 한다.³⁶⁾ 즉 醫師의 裁量的 선택의 결과가 좋지 못하다고 하여 그것으로써 곧 過失이 인정될 바가 아니며, 나아가서 다른 선택을 하였다면 좋은 결과가 나왔을 것이라는 主張·立證만으로써 곧 過失이 인정되는 바도 아닌 것이다.

그러나 이러한 裁量權에는 利益較量이라는 制約이 가해진다. 어떤 선택이 설령 醫學水準의 範圍內에 속하는 것이었다 하더라도, 다른 選肢에 비하여 反效果 내지 危險事態의 발생이 더욱 容易하게 인식될 수 있었던 경우에는 裁量逸脫이 되어 注意義務 違反으로 평가된다.

한편 醫學原則에 관하여 學說의 對立이 있는 경우에 그것이 각기 正當한 科學的 및 經驗的 근거를 지니고 있을 때에는 모두 醫學水準에 흡수되어 裁量範圍를 형성한다.³⁷⁾ 이는 모든 醫師에 대해 자신이 속하지 않는 다른 學派의 이론에 따를 것을 기대하는 것은 곤란하기 때문이다.

判例는 裁量權을 인정하여 醫師의 過失을 부인한 것과 裁量範圍를 일탈했다고 하여 醫師의 過失을 인정한 것으로 나누어진다.

判例는 “그 療法으로서 어떠한 조치를 취해야 할 것인가는 醫師 스스로 患者의 상황 기타 이에 터잡은 자기의 전문적 知識·經驗에 따라 결정하여야 할 것이고, 생각할 수 있는 몇 가지의 조치가 醫師로서 취할 조치로서 합리적인 것인 한, 그 어떤 것을 선택할 것이냐는 당해 醫師의 裁量의 범위 내에 속하고 반드시 그 중 어느 하나만이 정당하고 이와 다른 조치를 취한 것은 모두 過失이 있는 것이라고 할 수 없다”³⁸⁾라는 論旨로 기관지 폐렴환자에게 앰피실린 주사를 처방 시주한 것이 의사의 裁量에 속하여 過失이 없다고 하였고, 역시 이와 전적으로 동일한 論旨으로써 손바닥 파열상에 대한 수술에서 전신마취를 할 것인지 여부는 醫師의 裁量에 속한다고 하였다.³⁹⁾

36) 同旨: 李銀榮, 前揭書, 第693, 694面.

37) 同旨: 郭潤直, 前揭書, 第793面; 李銀榮, 前揭書, 第694面.

38) 前揭 大法院 1984. 6. 12. 宣告, 82도3199 判決(註11 參照).

39) 前揭 大法院 1999. 3. 26. 宣告, 98다45379 判決(註28 參照).

또한 判例는 신생아가 태변흡입으로 인해 태변착색이 된 경우, 흡입의 정도가 중증이 아니라 경증·중등증인 경우에 기관내 삽관을 통한 태변 흡입·제거를 할 것인지 여부는 의사의 재량에 속한다고 하였다.⁴⁰⁾

한편, 가축병원 의사로부터 광견병에 이환되지 않았다고 확인된 개에게 물린 환자에게 의사가 사고일로부터 10일내에 10회에 걸쳐 狂犬病 豫防接種을 하여 뇌척수염의 副作用을 야기한 사건에서 判例는 “醫師로서 백신주사를 시작하였더라도 개를 계속 관찰하여 개의 건강에 이상이 없고 광견병보유정황이 보이지 아니하고 患者에게 부작용의 증세가 보일 때에는, 즉시 이를 중지하여 부작용을 방지할 業務上 注意義務가 있다 할 것인데, 앞에서 본 사실들을 알면서 계속 주사를 놓아 그로 인한 부작용을 일으키게 한 것은 위 業務上 注意義務를 違背한 過失이 있다”⁴¹⁾고 함으로써, 치료 여부 내지 계속에 관한 醫師의 裁量이 그 範圍를 逸脫한 것으로 判斷하고 있다.

또 흡입분만이 절대 불가한 상황의 사건에 관하여 판례는 “과도하고도 무리한 흡입분만은 의사의 재량이나 의료수준에 의하여 허용된 범위를 벗어난 것으로서 흡입분만을 시도하는 의사에게 요구되는 주의의무를 위반한 정도라고 보아야 할 것이다”⁴²⁾라고 하여 醫師의 過失을 인정하였다.

判例는 前掲의 아미노필린 注射 副作用事件에서 “한밤중에 修鍊醫 홀로 당직근무를 하다가 극심한 呼吸困難을 호소하는 患者를 진료함에 있어서 그가 가지고 있는 의학지식에 의하여 그 치료방법으로 우선 호흡곤란을 완화시키는 對症療法을 쓰기로 하고 일반적으로 쓰이는 주사약을 선택한 다음, 간호원에게 지시하여 적절한 방법에 따라 주사하였다면 그 診療方法이나 藥劑의 選擇 및 事後의 處置過程에서 명백히 합리성을 결한 것이 아닌 한 그것은 醫師의 裁量에 속한다 할 것이므로

40) 前掲 大法院 1994. 4. 26. 宣告, 93다59304 判決(註28 參照).

41) 大法院 1975. 12. 9. 宣告, 75다1028 判決.

42) 前掲 大法院 1997. 2. 11. 宣告, 96다5933 判決(註3 參照).

그 치료중에 患者가 死亡하였다 하여 醫師에게 막바로 醫療過誤上의 責任을 물을 수는 없다”⁴³⁾고 하여 醫師의 責任을 부인하고 있으나, 이는 곤란한 結論이 아닌가 한다. 患者의 상황이 긴급하지 않은 상황에서 對症療法으로서 위험성이 매우 높은 아미노필린 注射處方을 하여 施注하게 한 것은 醫師의 裁量權을 逸脫한 것이라고 하지 않을 수 없는 것이다.⁴⁴⁾

Ⅲ. 主觀的·具體的 基準

1. 基準修正의 必要성과 理論的 根據 - 許容된 危險의 法理

앞에서 거론된 基準은 地域·施設狀態·專門 與否 등 醫師가 처한 主觀的 狀況과 有效한 다른 療法の 存否·病狀의 緊急 與否 등 病變 및 醫療 자체의 具體的 狀況을 前提로 하지 않은 一般的인 狀況에서 일응 적용될 것들이다.

그런데 이러한 기준요소를 현실상황에서 그대로 적용했을 때 過失判斷에 관하여 부당한 결과에 도달할 경우가 있을 수 있으며, 그로 인하여 위축진료(진료기피 등) 내지 방어적 진료(과잉진료 등)의 경향이 유발되므로써 時宜適切하고도 효과적인 醫療를 기대하기 곤란하게 만들 우려가 있다. 그러므로 현실적 所與에 따라 判斷基準의 適切한 修正이 필요하다. 즉 경우에 따라서는 일정한 범위에서 醫療水準의 下向修正과 裁量範圍의 확대가 필요한 것이다.

이것은 患者 利益의 最大保護를 위한 것이다. 곧 기준수정의 根據 - 아울러 그 限界 - 는 合理的 利益較量에 기초한 『許容된 危險』(erlaubtes Risiko)의 法理이다. 이는 성질상 危險을 내포한 行爲에서 일정한 수준·정도의 結果回避手段을 강구하는 限 그 行爲의 社會的 有用성에 비추어

43) 前掲 大法院 1986. 10. 28. 宣告, 84다카1881 判決(註25 參照).

44) 이 判例의 不當性에 관하여는, 石熙泰, “아미노필린 注射事故의 過失判斷要素”, 法律新聞 第1969號(1990. 9. 20), 第11面 參照.

스스로 그러한 危險行爲로 나아가는 것을 허용하며, 危險이 現實化되어도 適法評價를 하게 된다는 法理論이다.

이 法理에 의한 위험의 허용은 당해 행위가 惹起하는 積極的 所産 즉 利益과 消極的 所産 즉 損害를 비교하여 前者가 後者에 우선하는 경우에 限한다. 즉 이 法理의 적용 여부는 價値와 反價値의 量的 比較에 의해 결정되는 것이다.⁴⁵⁾

2. 修正要素

(1) 地域성과 施設狀況

原則적으로 地域性 條件과 醫療機關의 施設狀態는 醫學水準의 決定 내지 修正要素가 되지 못한다.⁴⁶⁾ 즉 僻地에서(또는 僻地가 아니더라도) 시설이 未備한 상태로 診療를 한다고 하여 그 사실만으로써 곧 水準未達의 診療가 適法化되는 것은 아닌 것이다. 이 경우 당해 醫師는 적절한 醫療機關으로의 轉送을 통해 惡結果의 발생을 防止할 수 있기 때문이다.

그러나 그러한 適期의 轉送이 현실적으로 불가능한 경우는 사정이 달라진다. 예컨대, 病變의 상태가 緊急하여 患者를 移送할 시간적 여유가 없는 경우 또는 患者 쪽에서 轉醫勸告를 받아들이지 않고 當該 醫療機關에서의 受診을 고집하는 경우 등이 그것이다. 이러한 경우에 醫師는 利益較量上 허용하는 限에서는 불가피하게 診療에 임해야 하는 바, 이때 순전히 施設未備로 인한 誤診 및 治療未洽이라는 惡結果에 대하여 책임질 수 없다고 함이 타당하다. 요컨대 위와 같은 조건 아래에서 地域성과 施設狀況은 하나의 基準修正要素가 되는 것이다.

判例는 앞에서 舉示한 바와 같은 胎兒의 머리가 過大하여 順産치 못

45) 石橋 信, 「醫療過誤의 裁判」(東京: 新日本法規, 1977), 第300面.

46) 李銀榮, 前掲書, 第695面과 崔載千, 前掲論文, 第18面에서는 만연히 診療環境을 의사의 주의의무 기준설정에 고려할 독립된 요소로 舉示하고 있는데, 수궁하기 힘들다. 이는 긴급성 등을 전제로 해서 비로소 참작될 불완전·비독립요소라고 해야 된다.

하고 出血을 계속한 產母에게 적절한 조치를 가하지 않아서 死亡하게 한 사안에서, “被告의 能力과 施設에 비추어 위 亡子를 被告의 病院에서 다루는 것이 무리였다면, 00읍에서 近距離에 있는 光주시의 綜合病院이나 專門醫에게 移送하지 아니한 점이 被告의 過失”⁴⁷⁾이라고 하였고, 또 학생이 체육실기시험중 흉추골절·유합손상을 입은 사건에서 “만일 當該 醫療機關의 設備 및 地理的 要因 기타 여러 가지 事情으로 인하여 診斷에 필요한 檢査를 실시할 수 없는 경우에는 특단의 사정이 없는 한 당해 患者로 하여금 그 檢査를 받을 수 있도록 該當 醫療機關에 轉院을 권고할 義務가 있다”⁴⁸⁾고 하여, 施設未備가 過失判斷에서의 一般的·獨立的인 參酌要素 내지 基準修正要素로 되지는 않는다는 점을 밝히고 있다.

(2) 非專門性

注意義務 결정의 一般的 基準으로서의 醫學水準은 통상의 專門醫⁴⁹⁾에게 기대되는 수준이다. 즉 모든 醫師는 醫療行爲의 중대성에 비추어 專門醫로서의 知識과 技術을 갖추고 있을 것이 요구되는 것이다. 그러므로 醫師가 患者를 진료할 때에 비록 그 病變이 자신의 專門領域 외에 속하는 것이라 할 지라도 그 해당 專門醫로서의 注意를 다하지 않으면 過失이 있는 것으로 평가된다. 이것은 醫療行爲者가 修鍊醫·專攻醫·看護師 나아가서 無免許者인 경우에도 마찬가지이다.⁵⁰⁾ 따라서 醫師가 자신의 專門領域외의 患者로부터 진료요청을 받거나 혹은 緊急狀況에서 救急處置를 가한 후 등의 경우에는 그 취지를 설명함과 아울러 適期에 해당 專門醫 또는 綜合病院 등으로 轉送하여야 할 義務를 부담한다.⁵¹⁾

47) 前掲 大法院 1967. 7. 11. 宣告, 67다848 判決(註5 參照).

48) 前掲 大法院 1998. 2. 27. 宣告, 97다38442 判決(註28 參照)

49) 學說은 醫師에게 요구되는 注意義務를 一般人(내지 通常人)이 아니라 「專門人」으로서의 醫師에게 요구되는 높은 수준의 것임을 강조하고 있다(李銀榮, 前掲書 第691面 ; 郭潤直, 前掲書, 第794面).

50) 同旨 ; 野田 寬, 「醫療事故と法」,(東京 : 新有堂, 1982), 第27面, 특히 無免許醫師에 관하여 李銀榮, 前掲書, 第704面.

51) 同旨 ; 郭潤直, 前掲書 同面.

그러나 僻地 또는 緊急狀況에서의 診療에서와 같이 현실적으로 患者의 移送이나 診療回避가 불가능한 경우는 사정이 달라지며, 이때는 해당 專門醫로서의 상당한 診療를 기대할 수 없다고 해야 할 것이다. 요컨대 위와 같은 조건 아래에서 醫療人의 非專門性은 注意義務 水準緩和의 한 正當한 근거가 되는 것이다.

判例는 醫療에 관한 注意義務는 「專門職業人」,⁵²⁾ 「通常의 醫師」⁵³⁾에게 요구되는 수준의 것이라고 하고, 한편으로 專攻醫(레지던트) 또는 一般醫의 施術行爲를 평가함에 있어 그 非專門性을 참작지 않고 專門醫에 대한 것과 동일한 水準을 요구하여 過失認定의 結論에 도달하고 있다.⁵⁴⁾

한편 患者 자신이 面事務所에서 지급 받아온 결핵치료주사제 스트렙토마이신을 保健診療所 診療員이 施注한 결과 患者가 쇼크로 사망한 사건에서, 判例는 保健診療所 診療員의 주사시의 過失與否에 대한 判斷은 醫師로서의 基準이 아닌 保健診療員의 직무에 종사하는 일반적인 사람으로서의 基準에 따라서 결정되어야 한다고 하고 있다.⁵⁵⁾

그러나 이 判例의 論旨는 수궁하기 어렵다. 注射行爲는 본래 醫師의 고유한 職務이기 때문에, 설령 保健診療員이 「農漁村保健醫療를 위한 特別措置法」의 規定에 의해 그 注射行爲 등 制限的 醫療行爲를 허용받았다고 하더라도 그것은 醫師가 아닌 者가 한 注射行爲의 違法性을 조각시켜주는 근거에 불과하므로, 역시 주사시의 注意義務 水準은 當爲的 標準인 醫師를 基準으로 해서 정해져야 하는 것이다.⁵⁶⁾

52) 前掲 大法院 1998. 2. 27. 宣告 97다38442 判決(註28 參照).

53) 前掲 大法院 1998. 7. 24. 宣告, 98다12270 判決(註33 參照).

54) 大法院 1992. 4. 14. 宣告, 91다36710 判決(자궁외임신을 자궁근종으로 오진함으로써 患者가 잘못된 판단에 기해 승낙을 하게하고, 그 승낙에 기해 불필요한 자궁적출수술을 한 事件) ; 大法院 1995. 4. 14. 宣告, 94다29218 判決(정상임신 29주째에 정상분만으로 태어난 쌍둥이 신생아에 대하여 시술 의사가 조산, 쌍생, 저체중이란 이유만으로 곧 사망하게 될 것이라고 하면서 적절한 처치를 하지 않고 방치함으로써, 쌍생아 중 한명은 건강하게 자라고 다른 한명은 사망하게 된 事件) ; 大法院 1967. 7. 11. 宣告, 67다848 判決.(註5 및 47 參照).

55) 大法院 1987. 1. 20. 宣告, 86다카1469 判決.

56) 判例의 不當性에 관하여는, 石熙泰, “스트렙토마이신 注射時의 注意義務 判斷基準”, 「法律新聞」第1947號(1990. 6. 28), 第11面 參照.

最近 一連의 判例에서 過失 및 因果關係 立證과 관련하여 「...피해자측에서 일련의 의료행위과정에 있어서 저질러진 일반 인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실있는 행위를 입증하고…」라는 文言이 출현하고 있는데(大法院 1995.2.10. 宣告, 93다52402 判決. 수족다한증치료를 위해 교감신경절제 수술을 받은 환자가 수술직후부터 의식을 잃어 17일만에 뇌경색으로 사망한 사건 ; 大法院1995.3.10. 宣告, 94다39567 判決. 추간반탈출증 치료를 위해 수술을 받은 환자가 수술직후부터 혈류부족에 의한 척수위축증으로 인한 하반신완전마비 등 사지부전마비증세를 나타낸 사건 ; 大法院 1999.2.12 宣告, 98다10472 判決. 간질환으로 치료받던 피해자에게 진균증 감염 사실이 발견되어 항진균제인 니조랄을 투약한 후 흉통·발작·일시적혼수상태가 반복된 끝에 사망한 사건 ; 大法院 1999.4.13. 宣告, 98다9915 判決 .결핵성뇌막염환자가 병명확진전에 원인규명을 위해 두 차례 척수염 검사를 받은 뒤 하반신마비 증세가 발생하여 유지되고 이는 사건(하반신 마비는 척수염검사의 결과가 아닌 결핵척추염 및 지주막염의 후유증으로 인정됨)), 이를 두고 過失 有無 判斷의 기준이 通說·判例의 「平均的 醫師」로부터 「常識 정도를 갖는 一般人」(이른바 抽象的 一般人)으로 변경된 것인가 라는 論議가 대두되었다. 梁彰洙 教授는 “이 판시는 그 입장에 어떠한 전환을 시사하는 것일까?” 하고 문제를 제기하였고 (同,「民法研究4」(博英社, 1997) 第445面), 崔載千 辯護士는 梁 教授의 問題意識을 기준을 변경한 것으로 이해하는 見解로 引用하였다(崔載千, 前揭論文, 第14面).

생각건대 判例의 趣旨는 注意義務規範 受範者의 표준을 변경하고자하는 것이 아니다. 그것은 立證의 정도에 관한 것이다. 不法行爲 일반이론상 過失의 立證責任은 原告 즉 被害者에게 있는 바, 醫療過誤訴訟에서 이 전통적 이론은 자주 불공평하다는 지적을 받아왔다. 이에 立證責任의 轉換이라는 혁신에 대한 信條의 未確立, 그것이 몰고올 抵抗에 대한 우려의 所産으로 原告 立證負擔의 輕減(이를 判例를 비롯하여 대부분의 견해가 立證責任의 緩和라고 하는데, 妥當치 못하다. 立證 負擔의 緩和일 뿐이다)政策이 채용되기에 이르렀으며, 그 方法論의 하나가 위 判例들에서 개발된 것이다. 즉 判例의 내용대로 一般人的 常識에서 바탕을 둔 醫療上 過失行爲가 原告에 의해 立證되면(물론 醫療行爲 이외에 다른 原因이 介在하지 않았다는 정도의 因果關係 立證이 수반되어야 한다), 일응 過失 存否에 관한 論爭은 끝나고, 다만 被告에게 因果關係 不存在 주장이라는 防禦武器가 남겨져서 그 立證에 성공하면 免責]되지만 그렇지 못하면 일응 因果關係도 推定되어 책임을 지게되는 것이다.

요컨대 이 判例의 理論은 注意義務規範 受範者 標準 및 注意義務 자체의 수준에 대하여는 아무런 영향을 미치지 않는 바, 그리하여 被告側의 過失 否

認에 관한 法官의 心證形成에 영향을 주는 要素로서가 아니라, 原告의 立證水準을 輕減하는, 즉 原告側의 過失 主張에 관한 法官의 心證形成에 영향을 주는 요소로 作用하게 된다.

위 判例들 사이에 여전히 醫師에게 「최선의 처치를 행해야 할 주의의무」를 다하고 「임상의학분야에서 실천되고 있는 의료수준」을 지킬 것을 요구하는 判例가 나오고 있다(前掲 大法院 1998.11.24. 宣告, 98다32045 判決 ; 大法院 1999.3.26. 宣告, 98다45379 判決 등).

(3) 唯一性

原則적으로 아직 醫學水準으로 확립되지 않은 新療法을 채용하는 것은 허용되지 않는다. 그러나 만약 종래의 전통적인 療法으로는 患者의 건강회복이나 고통감소를 기대할 수 없는 상황에서는 - 비록 그것이 생명·건강에 관하여 결정적으로 절망적인 緊急狀況이 아닐지라도 - 어떤 新療法에의 의탁을 무조건 배제할 수 없게 된다. 즉 新療法에 의한 치료 가 既存 在來의 방법에 의한 치료보다 患者의 회복가능성이 더욱 크고 有望하며, 또한 구체적으로 그 新療法을 채용했을 때의 효과와 위험을 比較衡量해 볼 때 치료의 필요 내지 효과가 危險度를 초과하는 경우에는 正當한 진료로서 法的으로 허용되어야 하는 것이다.⁵⁷⁾

요컨대 新療法이 患者의 회복을 기대할 수 있는 唯一한 수단으로 간주되는 경우에, 그러한 唯一성이 新療法의 醫學水準 不適合性을 보완해주는 근거로 된다. 그리고 나아가서는 新療法·新藥에 의한 成功이 신뢰할 수 있는 과학적 근거에서 희망적으로 관측되고, 또 醫師 자신으로서도 세심한 고려 끝에 그러한 결론에 도달하게 되면 그것을 채용할 義務를 진다고 할 것이다.⁵⁸⁾

다만, 醫師가 新療法을 실시할 때에는 통상의 확립된 療法을 채용할 때보다 더욱 충분한 설명이 있어야 하고, 또한 患者의 적극적인 同意를

57) 稻垣 喬, 「醫事訴訟と醫師の責任」(東京: 有斐閣, 1982), 第34·35面.

58) M.Kohlhaas, "Ärztliche Pflichten bei Verabreichung neuer Arzneimittel", Münchener Medizinische Wschr 106(1964), S.2281ff.

얻어야 한다. 그리고 이러한 新療法을 실시하는 경우는 통상의 療法에 의한 경우보다 더욱 높은 水準의 注意(a higher standard of care) 혹은 강화되고 확대된 注意(an increased and extended duty of care)를 베풀어야 한다.⁵⁹⁾

(4) 緊急性

醫療의 상황에 따라서는, 患者의 病狀이 急迫하거나 重大하여 즉각적으로 일정 診療를 실행해야 하는 경우가 있다. 이것을 緊急狀況이라고 하는 바, 그것은 최고의 시설을 갖춘 興件에서 활동하는 專門醫師에게 일어날 수 있는 상황이다.

이러한 緊急狀況에서는 일반적으로 어떤 醫師이든지 평상시와 같이 醫學水準에 적합한 모든 診斷·治療 方法을 동원하고 施設을 이용하며 診療實行上의 技術的 注意를 다하는 등의 행동을 하기가 곤란하고, 社會觀念上으로도 그렇게 기대하지는 않는다. 그리고 만약 평상시와 같은 정도의 注意와 行動을 요구한다면 그 자체 患者에게 利益되는 적절한 診療를 불가능하게 만들 뿐 아니라, 醫師가 事後의 책임을 예상하여 적극적인 診療에 임하는 것을 기피하게 하는 결과로 되기도 할 것이다(물론 醫師는 醫療法 第16條에 의해 정당한 이유없이는 진료를 거절할 수 없다). 그러므로 患者의 이익을 도모하고 醫師의 갈등을 해소하기 위해 過失判斷에 관하여 緊急狀況의 적극적 참작이 요청되는 것이다.

이러한 過失判斷에서 緊急性을 고려한 결과로서의 效果를 살펴보면 다음과 같다. 즉 첫째, 利益較量을 거쳐 채용한 診斷·治療의 방법·정도·시기 등이 醫學水準에 미달하거나 혹은 利益較量에 의해 醫學上 일반적으로 요구되는 一定 過程이 결여되어 있더라도, 그것이 바로 過失로 되지 않는다.

둘째, 技術的 側面에서 그 診療가 어떤 중대한 결과를 발생시킬 原因

59) Cryderman v. Ringrose(1977), 3 W.W.R. 109, affd.(1978) 3 W.W.R. 481(Alta. C.A.); Baills v. Boulanger(1924) 4 D.L.R. 1083(Alta. C.A.); W. Uhlenbruck, "Haftungsfragen bei fehlerhafter Anwendung von Arzneimitteln," Medizinische Klinik(1974), S.446ff.

事實 내지 統計上 危險發生의 可能性이 높은 요소에 관하여 강한 注意를 베풀면서 행해지는 한, 설령 사소한 부분에 관해 注意를 베풀지 않았다고 하더라도 그것이 過失로 되지 않는다.⁶⁰⁾

한편 이러한 緊急性 考慮에는 다음과 같은 限界가 있다. 즉 첫째, 緊急性의 判斷과 그에 따른 利益較量 자체가 合理的이어야 한다. 同一 상황에서 平均的인 醫師에게 기대되는 判斷을 當該 醫師가 追求한 때에 그것은 합리적인 것으로 된다.

둘째, 後發的 緊急狀況이 당해 醫師의 過失로 인하여 야기된 경우에는 考慮에서 제외된다.

셋째, 緊急患者를 취급할 어느 정도의 人的·物的 與件을 갖추고 있을 것이 사회적으로 요구되는, 예컨대 救急病院(醫師)과 같은 경우에 다른 醫師에 비하여 注意義務가 강화된다.⁶¹⁾

그리고 救急診療時에 가능한 범위내의 說明이 필요한 것은 별도의 문제이다.

判例는 앞에 舉示한 바 있는 아미노필린 注射쇼크 사망사건에서 “被告는 수련의과정을 받고 있던 중에 야간당직에 임하였고 한밤중인 0시 30분경에 亡人側에서 전화로 진료를 요구하여 전문의가 없다는 이유로 이를 거절하였으나 01시경에 찾아와 피고의 問診에 대하여 심장질환은 없다고 하면서 극심한 호흡곤란만을 호소하였기 때문에 피고의 의학 지식에 따라 심전도 검사나 X선촬영 등을 할 겨를도 없이 우선 호흡곤란을 진정시키기 위하여 對症療法을 시행하였고 그 對症療法을 시행하는 과정에 이르기까지 亡人이 평소에도 신경통 증세와 기침, 호흡곤란 증세가 있어서 약국에서 약을 사다가 服用하고 이 사건이 나기 바로 이틀 전에도 다른 病院에서 診療하였으나 기관지염의 진단만 받았지 심장질환

60) 李銀榮, 前掲書, 第695面은 緊急한 경우 惡結果에 대하여 豫見可能性이 있었던 경우 그 사실만에 기초해서 過失이 인정되지는 않는다고 한다. 妥當하다. 緊急狀況에서는 結果回避可能性이 減減하기 때문이다.

61) 同旨: 中川善之助·兼子 一 監修, 「實務法律大系5 醫療過誤·國家賠償」(東京: 青林書院新社, 1979), 第94面.

환의 진단은 없었던 사실을 인정할 수 있을 뿐 기록에 의하여도 위와 같은 상황에서 被告가 어떤 방법의 檢診을 하고 對症療法 외에 어떤 조치를 취하는 것이 합리적인가를 가려낼 만한 아무런 자료가 없다”⁶²⁾고 하여 緊急性을 修正要素로 삼고 있다(다만 緊急與否의 判斷은, 이 件에 관한 下級審判例⁶³⁾를 통해 드러나는 사실관계를 모두 검토해 볼 때, 반드시 충실한 것이라고는 할 수 없다).

한편 前示한 바 교통사고환자의 수술을 위해 사전 정밀검사없이 전신 마취했다가 지병인 심장질환으로 인해 급성심근경색을 속발시켜 사망케 한 사건에서 判例는 “수술이 반드시 필요한 것이라고 하더라도 시급히 하여야 할 것이 아닌 이상 피고 병원에 혈관조영술 등 정밀검사를 시행할 설비가 없다면 다른 병원에 의뢰해서라도 그 검사를 거쳐 심장질환 여부를 확인한 다음 당해 수술을 했어야 한다”⁶⁴⁾고 하여, 緊急狀況이 아니었으므로 注意義務가 완화되지 않는다고 하고 있다.

緊急性論理는 醫師의 說明義務 減免과 관련하여서도 자주 논의된다.⁶⁵⁾

IV. 餘 論

지난 10여년간의 소위 「醫療紛爭調停法」제정을 둘러싼 市民團體, 醫療人團體, 法律家團體 및 關係當局의 열띤 논쟁과 최근의 韓國消費者保護院에서의 醫療紛爭 介入開始 등이 示唆하는 바와 같이, 의료를 둘러싼 법적 분쟁은 증대일로에 있다. 그것은 의료수요의 증대, 의료관의 변화, 권리의식의 伸張 등에 원인이 있다고 할 수 있다.

그런데 의료분쟁에 관한 이론(학설·판례)은 그 量과 質에서 相對的

62) 前掲 大法院 1986. 10. 28. 宣告, 84다카1881 判決(註25 參照).

63) 서울民事地法 1983. 9. 29. 宣告, 83가합562 判決 및 서울高法 1984. 7. 10. 宣告, 83나4128 判決.

64) 前掲 大法院 1997. 8. 29. 宣告, 96다46903 判決(註30 參照).

65) 이에 관하여는 石熙泰, “醫師의 說明義務”, 「翠松金顯泰博士八旬記念論文集·不法行爲法의 特殊問題」(法文社, 1997), 第227面 以下 參照.

으로 未洽함을 부인할 수 없는 실정이다.

이 논문의 주제인 醫療過失에 관한 理論 역시 다를 바 없다. 此際에 보다 기본적인 점을 지적한다면, 判例가 더욱 체계적인 醫療法學一般理論에 기초를 두며, 概念區分과 論理體系를 명확히 하고, 그 문장이 간결·정확해지는 점 등이 요망된다. 아울러 학술연구의 경우 더 많은 學者의 研鑽參與와 學問的 穿鑿이 요망된다.

醫療過失理論을 비롯 醫療法學 전반에서 概念과 論理와 價値觀 및 政策은 現下 모두 진보적 동요기에 있는 듯하다. 조만간 法理念에 부합하는 단계에서의 정착이 기대된다.

- 參考文獻 -

- 權五乘, “醫療過誤와 醫師의 注意義務”, 民事判例研究會編 「民事判例研究IV」, 서울:經文社, 1982
- 郭潤直, 「債權各論」, 서울:博英社, 1998
- 金先錫, “醫療過誤에 있어서 因果關係와 過失”, 「醫療事故에 관한 諸問題」裁判資料 第27輯, 1985
- 金顯泰, “醫師의 診療過誤에 있어서의 過失의 立證責任”, 「延世行政論叢」第7輯, 1980
- 文國鎮, 「醫療의 法理論」, 高麗大出版部, 1982
- 石熙泰, “醫師의 說明義務”, 「翠松金顯泰博士八旬記念論文集·不法行爲法の 特殊問題」, 서울:法文社, 1997
- 石熙泰, “醫療過失의 判斷基準(上)”, 「判例月報」第197號, 1987.2
- 石熙泰, “醫療過失의 判斷基準(下)”, 「判例月報」第204號, 1987.9
- 石熙泰, “스트렙토마이신 注射時의 注意義務 判斷基準”, 「法律新聞」第1947號, 1990. 6. 28
- 石熙泰, “아미노필린 注射事故의 過失判斷要素”, 法律新聞 第1969號, 1990. 9. 20
- 梁彰洙, 「民法研究4」, 서울:博英社, 1997
- 李銀榮, 「債權各論」, 서울:博英社, 1995
- 崔載千, “醫師의 醫療行爲에 있어서의 注意義務의 基準”, 「判例月報」第323號, 1997.8

- ・松倉豊治, “狂犬病豫防接種後の後痲痺例 とストレプトアイシン難聴例”, 「醫學と法律の間」東京:判例タイムズ社, 1980
- ・松倉豊治 “醫療過誤と醫師の立場”, 「醫學と法律の間」,東京:判例タイムズ社, 1980
- ・松倉豊治, “未熟兒網膜症による失明事例-いわゆる現代醫學の水準”, 「醫學と法律の間」東京:判例タイムズ社, 1980
- ・稻垣 喬, “狂犬病豫防接種事件”, 「別冊ジュリスト醫事判例百選」No.50, 東京:有斐閣, 1976
- ・稻垣 喬, 「醫事訴訟と醫師の責任」, 東京: 有斐閣, 1982
- ・唄 孝一, 「醫事法學への歩み」,東京: 岩波書店, 1970
- ・野田 寛, “醫療上の注意義務 序説 - 過失判定基準に關する一考察”, 「民法學の基礎的課題 上」, 東京:有斐閣, 1971
- ・野田 寛, 「醫療事故と法」, 東京: 新有堂, 1982
- ・石橋 信, 「醫療過誤の裁判」, 東京 : 新日本法規, 1977
- ・中川善之助・兼子 一 監修, 「實務法律大系5 醫療過誤・國家賠償」, 東京:青林書院新社, 1979
- ・D. Giesen, “Civil Liability of Physicians,” Deutsche zivil -, kollisions - und wirtschaftsrechtliche Beiträge zum X. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in Budapest 1978. Materialien zum Ausländischen und Internationalen Privatrecht, ed. by Max-Plank-Institut für Ausländisches und Internationalen Privatrecht, Vol.29, Tübingen: J.C.B. Mohr, 1978
- ・M.Kohlhaas, “Ärztliche Pflichten bei Verabreichung neuer Arzneimittel”, Münchener Medizinische Wschr 106,1964
- ・W. Uhlenbruck, “Haftungsfragen bei fehlerhafter Anwendung von Arzneimitteln,” Medizinische Klinik,1974