

의료분업과 신뢰의 원칙

전 병 남*

I. 사실관계 및 판결의 요지	2. 신뢰의 원칙의 의의 및 법적 성격
1. 사실관계	3. 신뢰의 원칙의 적용범위
2. 원심판결의 요지	4. 신뢰의 원칙의 제한
3. 대법원 판결의 요지	5. 의료관행과 신뢰의 원칙
II. 분업적 의료행위와 신뢰의 원칙	III. 이 사건의 경우
1. 분업적 의료행위	

I. 사실관계 및 판결의 요지

1. 사실관계

가. 피고인 A는 이 사건 당시 보라매병원 순환기 내과 전문의였고, 피고인 B는 내과 레지던트 2년차였으며, 공소외 C는 위 병원 신경과 전문의였고, 피해자 D(남, 43세)는 격심한 두통과 분출성 구토 등으로 위 병원에 입원하여 주치의인 피고인 B와 담당과장인 A로부터 진료를 받았다.

나. 피해자 D는 1992.6.23.부터 1주일과 같은 해 7. 중순경 도끼로 머리를 내려찍는 듯한 격심한 두통과 분출성 구토 증세를 보여 그 치료를 위하여 같은 해 7.20. 위 병원 내과에서 소화기 내과 전문의 E와 순환기 내과 전문의 F로부터 외래 진료를 받았고, 같은 달 27. F로부터 다시 외래진료를 받았으나 모두 고혈압으로 진단되어 혈압강하제를 복용하였다. 그러나 피해자 D는 위 증세가 낮지 아니하자 두통과 구토에 대한 전문적 진찰과 치료를 위하여 같은 해 8.1.부터 같은 달 14. 까지 보라매병원에 입원하게 되었다.

* 변호사 / 배재대학교 법무대학원 겸임 교수

다. 피해자 D나 그 가족들은 입원 당시 피해자가 1992.6.말경부터 위와 같은 증세와 속이 울렁거리고 메스꺼우며, 목이 뻣뻣한 증세로 고통을 받고 있었다고 말하였으나, 실제로 입원 당시 피해자의 두통은 종전보다 완화된 상태였고, 목이 뻣뻣한 상태와 속이 울렁거리고 메스꺼운 상태는 남아 있었으나 입원 이후 구토를 하지는 아니하였다. 피고인 B가 주치의로서, 피고인 A가 내과 전문의로서 피해자를 함께 진료하던 위 입원기간 중이나 피고인 A가 피해자의 퇴원 후 외래진료를 담당하였던 1992.10.19.경까지의 기간 동안에는 피해자에게 “뇌지주막하출혈”을 의심할 만한 정도의 두통이나 구토 증세가 보이지 않았다.

라. 피고인 B는 피해자가 8.1. 입원한 이후 주치의로서 일반적으로 요구되는 문진을 한 후, 이학적 검사와 신경학적 기본검사인 뇌신경검사, 뇌막자극징후(경부강직), 감각신경, 운동신경, 심부전 반사 등을 실시하였으나 모두 정상으로 나타나자, 일응 피해자의 질환을 본태성 고혈압²⁾으로 추정하면서 일과성 허혈성 발작(뇌혈관 질환), 뇌막염 등에도 의심을 둔 후, 우선 내과 영역인 고혈압에 대한 치료를 수행하였다.

마. 한편 피고인 B는 피고인 A와 의논을 거쳐 8.3. 피해자의 증세가 뇌혈관 질환 및 뇌압상승 등으로 인하여 발생하였는지 여부를 확인하기 위하여 같은 병원의 전문과인 신경과에 협의진료를 요청하였는데, 위와 같은 협의진료 요청을 받은 신경과 전문의 C는 피해자에 대한 문진과 안구운동검사, 대광반사, 구역반사등을 포함한 뇌신경검사, 운동검사, 감각검사, 경부항직검사, 안저검사 등을 실시한 후 “현재로서는 이상 소견 없어 보입니다”라는 소견을 회신하였다.

1) 뇌동맥류파열에 의한 지주막하출혈은 뇌의 지주막과 연막 사이를 통과하는 뇌의 동맥 일 부분이 주로 선천적인 요인으로 약하여 세월이 흐름에 따라 동맥의 내압(혈압)에 눌리어 서서히 부풀어 올라 풍선이나 혹 모양으로 되었다가, 이 부풀어 오른 부분(뇌동맥류)이 동맥의 내압에 견딜수 없게 되어 파열하면서 뇌압을 상승시키는 질환으로, 지주막하출혈이 있는 경우 통상 격심한 두통, 분출성 구토와 함께 고혈압, 경부강직, 어눌한 말씨, 전신 쇠약 등의 증상이 나타난다. 대한신경외과학회, 신경외과학, 1997, 289면.

2) 뇌동맥류 파열에 의한 지주막하출혈과 같이 고혈압의 원인이 밝혀진 것을 2차성 고혈압이라고 하고, 그외 원인을 알 수 없는 고혈압을 1차성 고혈압 또는 본태성 고혈압이라고 한다. 서울대학교 의과대학 내과학교실, 최신지견 내과학, 1996, 146면.

바. 이에 피고인들은 위와 같은 협의진료 회신 결과를 믿고 그 이전 피고인 B가 피해자에 대하여 실시하려고 계획하였던 뇌CT촬영 및 뇌척수액 검사 등을 실시할 필요가 없다고 판단한 후 피해자에게 뇌혈관계통 질환이 있을 가능성을 염두해 두지 않고 내과적 검사 및 고혈압에 대한 치료를 계속하였다.

사. 피해자는 입원 후 1주일 정도 지나면서 두통 증세가 경미하게 된 데 이어 점차로 두통과 구토증세가 없어지고, 혈압도 잘 조절되기에 이르자 피고인들은 같은 달 14. 피해자를 퇴원하도록 조치하였으며, 피해자는 퇴원 후 10.19. 피고인 A로부터 마지막 외리진료를 받기까지 두통과 구토 등 별다른 이상 없이 지내오다가, 11.19. 새벽무렵 의식을 잃고 쓰러져 위 병원 응급실에 입원하였다가, 같은 날 뇌CT를 촬영한 결과 지주막하 출혈증상을 발견하여 11.24. 신촌세브란스병원 응급실로 전원하여 치료를 받았으나, 회복되지 못하고 의식불명상태인 이른바 식물인간 상태에 이르렀다.

아. 검사는 피고인들 및 소외 신경과 전문의인 C를 업무상 과실치상죄로 약식기소하였고, 법원에서는 각 벌금 2백만원에 약식명령을 하였으나, 피고인들 및 공소외 C가 모두 정식재판을 청구하였고, 1심에서는 모두 벌금 2백만원을 선고하였으며,³⁾ 이에 공소외 C는 항소를 포기하여 그 형이 확정되었고, 피고인들은 항소하였으나 항소가 기각되었으며,⁴⁾ 이에 피고인들은 상고를 제기하자 상고심에서는 원심판결을 파기하고 사건을 원심 법원으로 환송하였고, 환송 후 법원에서는 2003.6.26. 피고인들에 대하여 대법원 판결과 같은 요지로 각 무죄를 선고하였다.⁵⁾

3) 서울지방법원 2000.12.20. 선고 98고단3823 판결.

4) 서울지방법원 2001.5.31. 선고 2001노92 판결.

5) 서울지방법원 2003.6.26. 선고 2003노713 판결.

2. 원심판결의 요지

비록 내과 전문의인 피고인 A와 내과 1년차 수련의인 피고인 B에게 직접 신경과 소관인 지주막하출혈을 진단, 치료하기를 기대할 수는 없다 하더라도, 피고인들로서는 다시 한번 그 때까지의 진료경과에 비추어 피해자의 두통과 구토 증세에 관한 정확한 병력, 두통의 부위와 강도 및 지속성 여부, 분출성 구토의 동반 여부에 대하여 문진하고, 필요한 검사를 실시하거나 재차 협의진료를 요청하는 등 적절한 조치를 취하였어야 함에도 불구하고, C의 “현재로서는 이상 소견 없어 보입니다”라는 소견만을 경솔히 신뢰한 채 이를 게을리하여 위와 같은 결과를 야기하였다 할 것이어서, 피해자에 대한 담당 주치의 및 전문의로서의 업무상의 주의의무를 다하였다고 볼 수 없으므로, 피고인들에게 과실이 없다고 할 수 없고, 또한 위에서 본 지주막하출혈을 의심할 만한 피해자의 여러 가지 증상과 당시의 의료기술의 수준에 비추어 위와 같은 오진이 불가피하였다고 볼 수도 없으므로, 위 부분 항소논지는 모두 이유 없다.

3. 대법원 판결의 요지

피해자에 대한 진료의 경과: 내과의사로서는 경미한 뇌동맥류 파열에 의한 소량의 지주막하 출혈을 발견하기 어려운 점, 특히 피고인들이 신경과 전문의에 대한 협의진료결과 피해자의 증세와 관련하여 신경과 영역에서 이상이 없다는 회신을 받았고, 그 회신 전후의 진료경과에 비추어 그 회신 내용에 의문을 품을 만한 사정이 있다고 보이지 않자 그 회신을 신뢰하여 뇌혈관계통 질환의 가능성을 염두해 두지 않고 내과 영역의 진료행위를 계속 하다가 피해자의 증세가 호전되기에 이르자 퇴원하도록 조치한 점 등에 비추어 볼 때, 내과의사인 피고인들이 피해자를 진료함에 있어서 지주막하출혈을 발견하지 못한데 대하여 업무상 과실이 있었다고 단정하기는 어렵다고 할 것이다.

II. 분업적 의료행위와 신뢰의 원칙

1. 분업적 의료행위

가. 의료분업의 필요성

오늘날 의료기술의 발달과 의료기기의 급속한 발전은 이와 필연적으로 결합되어 있는 의학부분의 전문화와 세분화를 가져 왔고, 각 해당과마다 독자적인 전문영역을 가짐으로 인해 많은 의사와 의료관계자들이 참여하여 한 환자의 진료과정에 대한 분업적 역할 분담을 행하고 있으며, 병원의 대형화의 경향도 의료분업을 현실적으로 절박하게 요청하고 있다. 이미 단순한 수술의 경우에도 수술 전에 다른 전문과의 검사와 진단, 수술 중의 집도의와 관련 의료인들의 시술 및 보조, 그리고 수술 후 회복실과 일반 병실에서의 의료인의 활동 등과 같이 수많은 의료인들이 업무를 분담하고 있다. 따라서 의사 혼자서 환자의 진료에 요구되는 모든 의료행위를 할 수는 없는 것이고, 또 그렇게 해서도 안 된다. 특히 오늘날의 종합병원의 임상현실에서는 의료전문인들이 팀을 이루어 각자가 자신의 전문영역에 속하는 의료활동을 할 수밖에 없으므로, 분업은 이미 하나의 '규범적 원리'로 자리잡고 있는 것이다.⁶⁾ 특히 우리사회에서는 환자들이 1, 2차 의료기관에서 진료받아야 할 질병의 경우에도 바로 3차 의료기관에서 진료를 받으려는 경향이 크다는 점에서 더욱 그러하다.

나. 의료분업으로 인한 위험성

의료행위의 전문화와 세분화 그리고 복잡한 특별의료기기의 사용 등에 의한 의료분업은 한편으로는 불치나 난치의 질병을 앓고 있던 환자들을 성공적으로 치료할 수 있도록 하였다는 점에서는 하나의 '은총'인 동시에, 다른 한편으로는 환자에 대한 새로운 위험원의 형성에 의한 하나의 '저주'로 받아들여지고 있다.⁷⁾ 왜냐하면 환자의 치료에 참가하는 의료인,

6) 이상돈, 의료형법, 1998, 101면; 정영일, 분업적 의료행위에 있어서 형법상 과실책임, 형사 판례연구 VI, 1998, 52면.

7) Ulsenheimer Arzstrafrect in der Praxis, 2 Aufl, 1998, 119면(전지연, 의사와 간호사의 분업적 의료행위에서의 형사상 과실책임, 의료법학, 창간호, 243면에서 재인용).

의료기술자, 의료보조인들이 많으면 많을수록, 의료기기와 의약품의 사용이 까다롭고 위험하면 할수록, 종합병원과 같이 역할분담적 치료과정이 복잡하면 할수록 치료과정을 계획하고, 조정하고, 통제하는 데에 더 신중함과 통찰력이 요구되기 때문이다.⁸⁾ 이러한 위험은 모든 팀의료행위에 관련되어 있으며, 이러한 위험은 환자에게는 생명, 신체에 대한 위험을 초래하고, 의료인에게는 법적 위험, 특히 형사처벌의 위험을 가져온다.

(가) 환자에 대한 위험

의료행위의 분업을 통하여 환자는 더 전문화되고 수준높은 의료서비스를 제공받아 건강증진에 커다란 도움이 되지만, 다른 한편으로는 의료분업으로 인하여 환자에게는 분업화되지 않은 의료에서 경험할 수 없었던 새로운 위험을 가져다 줄 수 있다. 이와같은 새로운 위험의 전형적인 예로는 아래와 같은 것들을 들 수 있다.⁹⁾

① 의사소통상의 하자(Kommunikationsmangel): 환자의 진료에서 업무를 분담하고 있는 의료인들 상호간에 행하여지는 지시나 보고가 불완전하거나 불명확할 가능성

② 조정상의 하자(Koordinationsmangel): 환자의 진료에서 업무를 분담하고 있는 의료인들이 각기 취한 의료조치들이 서로 조율을 이루지 못할 가능성

③ 자질상의 하자(Qualifikationsmangel): 환자의 진료에서 업무를 분담하고 있는 의료인들 가운데 어떤 특정한 의료인들이 자신이 분담한 업무를 행하는데 필요한 지식이나 경험이 부족할 가능성

④ 분담영역 설정상의 하자(Kompetenzabgrenzungsmangel): 환자의 진료에서 업무분담의 내용이 불분명하여 환자의 진료에 필요한 어떠한 어떤 업무를 어떠한 의료인도 담당하지 않게 될, 즉 업무분담상의 공백이 발생할 가능성

⑤ 위임상의 하자(Delgationsmangel): 환자의 진료에서 그와 같은 업무의 위임이 허용된다고 할 수 없음에도 불구하고 이를 위임하여 업무가 이루어질 가능성

8) 전지연, 전계논문 243면.

9) Ulsenheimer, Arztrafrect, 120면(이상돈, 전계서 102면에서 재인용).

(나) 의사에 대한 위험성

만일 의료분업에 참가한 의료인 각자가 환자에 대하여 행해진 진료조치 전체에 대하여 책임을 져야 한다고 보는 경우에는 의료분업을 행한 의료인 모두에게도 위험으로 작용하여 '감당하기 어려운 과잉의 책임전가'가 일어나게 된다.¹⁰⁾ 즉, 의사는 다른 의료인들이 그의 지시나 보고를 제대로 이해하지 못한 경우, 다른 의료인의 의료행위와 자신의 의료행위가 조율을 이루지 못한 경우, 다른 의료인이 그의 분담부분을 수행할 능력이 없거나 불충분한 경우, 업무분담이 불분명한 경우 등에 각각 발생하는 위험을 예방하지 못하고 그 위험이 실현되어 결과가 발생하는 경우에는 의사는 모든 결과에 대하여 책임을 져야만 하기 때문이다. 분업이 의사에게 가져오는 법적인 위험은 여기서 그치지 않는다. 분업을 현실적으로는 인정하면서 규범적으로는 인정하지 않을 경우, 즉 법적 책임의 구성에서 분업을 의미있는 요소로 수용하지 않을 경우에는 분업적 관계에 있는 다른 의사가 행한 행위의 결과에 대해서도 의사는 비록 자신의 분업적 의료활동에서는 아무런 잘못이 없다고 할지라도 책임을 져야만 한다.¹¹⁾ 이러한 위험은 의료인간의 수행능력에서 차이가 날 수밖에 없는 수직적 의료분업하에서 더욱 현실화된다.

다. 의료분업으로 인한 처벌위험성의 합리적 제거방안

의료분업으로부터 전형적으로 발생하는 위험을 완전하게 예방한다는 것은 의료행위의 현대적인 조직형태, 즉 의사의 세부전문화와 팀작업의 현실을 고려할 때 의사에게는 기대가능한 일이 아니다. 이처럼 기대불가능한 의무의 불이행을 이유로 의사에게 의료과실의 형법적 책임을 인정해서는 안 된다. 따라서 분업적 관계속에서 진료업무를 수행하는 경우에는 책임영역을 분할하고, 신뢰의 원칙을 적용하여 그에 대한 형사책임을 제한하여야 할 것이다.

(1) 자기귀책성원칙을 통한 책임영역의 분할

분업적 의료행위에서 의사는 환자의 진료 전체에 대하여 형사책임을

10) 이상돈, 전게서, 102면.

11) 전지연, 전게논문, 243면.

지는 것이 아니라, 그 진료 가운데 의학적, 임상적으로 자신이 분담한 의료영역에 대해서만 형사책임을 부담하여야 한다. 그래야만 의료영역에서도 형법의 기본원칙인 '개별책임원칙'이 유지되기 때문이다. 이러한 자기 귀책성원칙의 기초가 되는 진료에서의 분업은 수평적 분업과 수직적 분업의 두가지 유형이 존재한다. 수평적 분업이란 의사와 의사간, 간호사와 간호사간 등 분업자들이 동등한 진료상 의무를 부담하는 경우이고, 수직적 분업이란 전문의와 수련의, 의사와 간호사 등과 같이 지시와 복종의 관계에서 상위의 의료인은 지시하고 하등의 의료인은 그 지시에 따르는 위계질서를 특징으로 한다.¹²⁾

(2) 신뢰의 원칙의 적용을 통한 형사책임제한

한편 아래에서 보는 바와 같은 신뢰의 원칙이 적용되지 않고 다른 의료인이 맡은 바 업무를 제대로 수행하지 못할 것이라는 의심을 품는 경우에는 자신이 맡은 업무도 집중할 수가 없다. 따라서 분업을 통한 의료행위에서 다른 의료인이 행한 치료행위에 대하여 이를 신뢰한 의료인은 형사책임을 제한하여야 할 것이다.

라. 의료분업의 한계-위임금지업무

제3차 의료기관인 대학병원이나 종합병원의 경우 의사 특히 수련의의 업무 중 간호사가 할 수 있는 것들을 가능한 한 최대한 간호사의 업무로 이양시켜야 한다는 현실적인 요청이 대두되었다. 그런데 간호사의 업무영역은 간호사의 고유업무, 의사에 의하여 위임받고 특별한 감독하에서 지시에 따라 하는 업무, 위임받고 스스로 하는 업무 등으로 세분할 수 있다.¹³⁾

12) 수직적 분업에서 책임영역의 분할을 인정할 것인지의 여부에 대하여는 전지연, 전계논문, 249면 이하; 이상돈, 전계서 106면 이하.

13) 김기경, 박상기, 김의숙 등은 의사와 간호사의 업무분담에 대하여 ① 의사만이 해야 하는 업무로 간호사에게 위임해서는 안되는 업무, ② 간호사에게 위임하되 특별감독을 하여야 하고, 간호사는 의사의 지시하에 하는 업무, ③ 간호사에게 위임하되 가끔 또는 확인 하지 않아도 되나 간호사는 의사의 지시하에 하는 업무, ④ 간호사에게 위임하되 특별감독을 하여야 하고 간호사는 의사의 지시와 상관없이 스스로 하여야 하는 업무, ⑤ 간호사에게 위임하되 가끔 또는 확인하지 않아도 되나 간호사는 의사의 지시와 상관없이 스스로 하여야 하는 업무, ⑥ 간호사만이 해야 하는 업무로 구분하고 있다. 간호업무에 대한 법적 의무와 책임인식에 관한 연구, 한국의료법학회지, 6권 제 1호(1999) 113면.

그러나 의사와 간호사 사이의 수직적 분업을 인정하는 경우에는 먼저 진료업무의 성격이 의사로부터 간호사 등에게 위임될 수 있는 것이어야 한다. 그리고 위임되는 업무를 간호사가 직접 이행하는 것이 현실적으로 기대가능할 수 있어야 한다. 즉, 진료의 구체적인 내용이 간호사의 전문 지식이나 업무수행능력을 고려하여 위임할 수 있는 업무에 해당되어야 하며, 오직 의사에게 배타적으로 귀속되는 업무나 책임영역에 속하는 경우에는 이 업무는 위임이 금지된다.

한편 이러한 위임이 가능하다 하더라도 의사의 책임이 완전히 배제되는 것은 아니다. 왜냐하면 수직적 분업은 의사가 전문적인 지시를 행하고, 간호사는 그 지시를 행하는 관계 속에서 진행되는 것이기 때문이다. 그러므로 의사가 간호사에게 업무를 위임한 경우에 의사는 간호사라는 '위험원을 관리하는 의무'를 부담하게 되는 것이다. 이러한 관리의무는 ① 간호사가 분업의 자질을 갖추고 있는가를 심사하고(자질심사의무), ② 분업의 구체적인 내용이 간호사가 할 수 있는 일인지를 숙지하고(위임적 합성검사의무), ③ 간호사가 지시된 분업의 내용을 제대로 이해하고 있는지를 살피고(지시내용이해심사의무), ④ 간호사가 지시된 분업의 내용을 제대로 이행하고 있는가(의무이행감독의무)하는 네가지로 파악할 수 있다.¹⁴⁾ 즉, 의사가 이러한 주의의무를 다한 경우에야 간호사의 과실로부터 자유로울 수 있다.

2. 신뢰의 원칙의 의의 및 법적 성격

가. 의 의

신뢰의 원칙은 오늘날 사회의 산업화로 인한 범익침해 위험의 증대에 따라 형사책임판단에 관한 새로운 원리로 등장한 것으로서 사회상당성이나 허용된 위험의 법리 등에 토대하고 있는데,¹⁵⁾ 도로교통의 영역에서 일어나는 사건에 대한 판례에서 발전된 이론이다. 신뢰의 원칙이란 교통규

14) 이상돈, 전거서, 114면.

15) 정영일, 분업적 의료행위 있어서 형법상 과실책임, 형사판례연구 6권(1998.7.), 46면; 의료 행위와 신뢰의 원칙, 판례월보 310호(9.7.), 43면.

칙에 맞추어 행동하는 사람은 다른 교통관여자도 교통규칙을 지키리라는 것을 신뢰하면 충분하며, 타인의 교통규칙위반사실을 인식할 수 있는 특별한 사정이 없는 한, 미리 그 타인이 교통규칙위반행동으로 나오리라는 것을 예견하고 주의의무를 다할 필요는 없다는 것이다.¹⁶⁾ 이러한 신뢰의 원칙은 오늘날 도로교통과 관련해서만 인정되는 것은 아니며, 그밖에도 위험을 수반하는 직업적 활동에도 주의의무의 내용을 정하는 원칙으로 작용한다.¹⁷⁾

분업적 의료활동의 경우에도 다수인이 참여하는 활동이므로, 이와 같이 신뢰의 원칙이 적용될 수 있을 것이다. 따라서 분업적 의료행위에서 각각의 의료인은 자신이 분담한 업무에서 주의의무를 성실히 이행하면, 다른 의료관여자도 그들의 자신의 주의의무를 성실히 이행할 것이라고 신뢰하면 충분하고, 다른 의료인의 주의의무위반까지 예상하여 의료행위를 할 필요는 없다.

나. 법적 성격

신뢰의 원칙은 일정한 사고 발생에 대하여 상호신뢰를 전제로 하는 수인의 행위가 영향을 미친 경우에 각자가 그 기여한 정도에 따라 위험부담을 적절하게 분배한다는 법리를 배경으로 삼고 있는 것으로서, 허용된 위험의 한 특별한 경우에 해당한다.

그런데 신뢰의 원칙이 과실의 성립범위를 한정하기 위한 기준에 관한 이론으로서 과실범의 구성요건해당성을 조각하는 원칙으로 작용한다는 점에 대해서는 다툼이 없으나, 그것이 과실개념의 어느 요소의 성립을 부정하는 것으로 보는가에 대해서는 크게 두 가지 견해가 대립하고 있는데, 예견가능성을 부정한다는 견해와 주의의무를 부정한다는 견해가 있다.

우선 예견가능성부정설은 신뢰의 원칙을 예견가능성의 판단기준에 관한 원칙으로 이해하여 이 원칙이 적용되는 경우에는 예견가능성 자체가 부정된다고 한다. 그리고 주의의무부정설은 신뢰의 원칙이 주의의무 자체

16) 김일수, 형법총론(제6판), 1998, 575면.

17) 박상기, 형법총론(전정판), 1999, 269면.

를 한정한다는 입장으로서는, 이에 대하여는 다시 결과예견의무 그 자체의 범위를 제한하는 규범적 표준으로 이해하는 견해, 결과회피의무의 인정을 위한 기준으로 보는 견해,¹⁸⁾ 결과예견의무 및 결과회피의무 모두를 내용으로 하는 객관적 주의의무의 내용을 구체화하기 위한 방법상의 원리로 보는 견해¹⁹⁾가 있다.

이 문제는 기본적으로 과실본질론과 관련을 맺고 있는데, 주의의무의 두 내용인 내적 주의의무로서의 예견의무와 외적 주의의무인 결과회피의무는 서로 밀접하게 연결되어 있으므로²⁰⁾ 신뢰의 원칙도 위 두 의무와 모두 관계된다고 봄이 상당하다고 생각된다.

3. 신뢰의 원칙의 적용범위

의료분업에 따른 책임의 분할을 법적으로 인정한다고 할지라도, 분업적 관계에 있는 한 의료인은 다른 의료인이 맡은 바 업무를 제대로 수행하지 못할 것이라는 의심을 품은 경우에는 자신이 맡은 업무에 대해서도 집중할 수 없다. 그렇기 때문에 의료분업은 언제나 분업의료인들간의 상호신뢰를 전제로 하고 있다.

가. 수평적 분업

(1) 같은 병원 의사들 사이의 관계

종합병원에서 독립된 각과의 의사는 그 각과 사이에는 선임, 지휘, 감독의 관계가 존재하지 않으므로 상호간에 신뢰의 원칙이 적용된다. 따라서 일정한 진료과에서 의사가 그의 의료행위에서 객관적인 주의의무를 다하였다면 더 이상의 주의의무를 부담할 필요가 없다.

18) 정성근, 형법총론, 411면.

19) 김일수, 전거서, 577면; 정영일, 분업적 의료행위에 있어서 과실책임, 47면.

20) 대법원 1999.12.10. 선고 99도3711판결에서 「의료사고에 있어서 의사의 과실을 인정하기 위해서는 의사가 결과발생을 예견할 수 있었음에도 불구하고 그 결과발생을 예견하지 못하였고 그 결과발생을 회피할 수 있었음에도 불구하고 그 결과발생을 회피하지 못한 과실이 검토되어야 하고, 그 과실의 유무를 판단함에는 같은 업무와 직무에 종사하는 일반적 보통인의 주의정도를 표준으로 하여야 하며, 이에는 사고 당시의 일반적인 의학의 수준과 의료환경 및 조건, 의료행위의 특수성 등이 고려되어야 한다.」라고 판시하고 있다.

【대법원 1970.2.6. 선고 69도2190 판결】- 전문의초빙사건

“산부인과 전문의인 피고인이 담당의사의 초빙을 받고 동인의 처리중인 임부에게 감자분만 수술을 마치고 약 3시간동안 수술결과를 세심 감시하다가 수술후의 다른 증세가 없으므로 혹시 분만수술시의 자궁구의 열상에서 오는 출혈에 대비.조치할 것까지를 담당의사에게 지시하고 임부를 인계한 이상 그후의 환자에 대한 관리와 조치의 책임은 담당의사에게 있는 것이고, 일단 그 자리를 물러난 피고인에게 담당의사의 과실로 환자에게 발생한 결과에 대한 과실책임이 있다고 볼 수 없다”고 판시하였다.

【대법원 1970.1.27. 선고 67다2829 판결】-수술지원요청사건

“비뇨기과 의사인 000는 00도립병원 비뇨기과 과장인 의사가 불가피하게 된 위 제2차 수술을 그의 수술지원 요청으로 00도립병원에 가서 의사 및 그외 보조의사들의 협조하에 시행하고 난 다음 밖으로 나오고, 그 의사가 나머지 봉합등을 시행하던 당시 환자에게 착오로 이형수혈을 하게 되었던 것이라면, 비록 000의사가 의사의 선배이고 소속 00대학교 의과대학 부속병원의 출장명령을 받고 가서 책임집도하에 수술이 이루어졌다 하여도, 최초의 수술을 담당시행한 위 의사가 하여야 할 제2차 수술을 지원한 것임에는 다름이 없고, 또 위 제2차 수술이란 것이 결석을 제거하고 난 뇨관의 협착부위를 절단하여 방광측부에 이식하는 수술이라 하므로, 그러한 이식작업을 마치므로써 000의사의 지원은 사실상 끝난 것이라 할 것이니, 그 다음의 봉합 등의 일은 강영섭 의사 및 그외 보조의사들에게 맡기고 밖으로 나올 수 있는 것이고, 따라서 000의사는 그후의 실제 관여하지 않았던 이형수혈에 대한 과실책임을 질 수는 없는 것이라 할 것이며, 다음에 의사가 나머지 봉합등을 할 당시에 동인의 지시에 의하여 수혈한 것이 이형수혈이었음이 뒤늦게 발견되어 동인의 과실책임을 있다”고 판시하였다.

외과의와 마취의의 협력관계도 이 유형의 분업적 의료행위에 속하는 예로서 들 수 있다. 종래의 마취의는 외과의에 종속하며 수술과 관련된 모든 문제는 외과의의 책임에 속한다고 보았으나 최근에는 상호 동등한 지위에 있다고 보는 견해가 일반적이다.” 마취의의 경우에는 외과의에 의한 진단 및 검사결과를 조사할 권리와 의무를 갖지 않고, 외과의 소견

21) 정영일, 전제논문, 56면.

과 진단을 신뢰할 수밖에 없다. 그러므로 수술시 외과의와 마취의는 동등한 관계에서 각자의 업무를 분담하며 상호 협력하는 관계에 있으므로 신뢰의 원칙이 적용된다.²²⁾

(2) 다른 병원 의사들 사이의 관계

다른 병원 의사들 사이에서 진료가 행하여지는 이른바 전의(轉醫)나 전원(轉院)의 경우, 환자를 인수한 의사가 이전 의사의 진단소견과 자료를 신뢰하고 행위를 할 수 있는 지에 관한 논의가 있다. 원칙적으로 현재의 담당의사는 먼저 진료한 의사로부터 진료관계기록을 넘겨받거나 문의하여 이상증세라든가 병력, 기왕력 등을 확인할 의무가 있다. 더욱 이전에 치료를 맡았던 의사의 진단과 소견을 따를 필요 없이 오히려 검사결과에 대한 의심을 권장해야 할 때도 있으며, 필요한 경우에는 그 검사를 다시 행해야 한다. 만약 전달된 자료가 현재의 질병상태와 일치하지 않거나 그 자료가 다른 검사결과와 현저히 어긋나면 인수한 의사는 이를 신뢰해서는 안되며, 재검사를 정밀하게 행해야 한다.

따라서 진료과가 다른 의사들 사이에는 수평적 관계로서 신뢰의 원칙을 적용하여 과실책임을 부정할 수 있으나, 같은 진료과의 의사에 대하여는 신뢰의 원칙이 제한된다고 보아야 할 것이다.

나. 수직적 분업

(1) 다른 병원 의사들 사이의 관계

환자가 일반의에서 전문의로, 개인병원에서 종합병원으로 전의·전원하는 경우에 전문의나 종합병원 의사에게도 신뢰의 원칙을 적용될 것인 지 여부가 문제된다. 일반의나 개인병원이 환자를 상급병원으로 전원시키는 것은 자신의 의학수준 및 의료기술, 진료시설 등을 고려하여 환자로 하여금 적절한 진료를 받게 하려는 것이므로,²³⁾ 전문의나 상급병원은 인수한

22) BGH NJW 1980, (649)에서도 「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 알려주리 라고 기대할 수 있다」라고 판시하고 있다.

23) 대법원 1998.2.27. 선고 97다38442판결은 「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」고 판시하고 있다.

환자에 대하여 독자적으로 검사 및 진단을 하고 판단하여야 할 의무가 있다는 점에서 어느 정도 신뢰의 원칙이 제한된다고 봐야 한다.

(2) 같은 병원 의사들 사이의 관계

① 진료과장과 소속 의사들과의 관계

일반적으로 동일한 진료과 내에서의 의사들은 동일한 직급이 아닌 한 수직적인 상하관계에 있기 때문에 진료과장에게 전체적이며 최종적인 지휘·감독의 책임이 부과되지만, 과장의 책임은 병원의 규모나 같은 과 소속 상대방 의사의 지위나 경험 그리고 당해 환자의 담당 여부에 따라 그 정도가 달라지므로 그에 따라 신뢰의 원칙의 적용여부를 달리하여야 한다. 대학병원과 같은 종합병원의 진료체계에서는 일반적으로 진료과장은 병원행정상의 직급으로서 다른 교수나 전문의가 진료하고 있는 환자의 진료까지 책임져야 하는 것은 아니기 때문에 이러한 경우에는 신뢰의 원칙이 적용된다.²⁴⁾

그러나 진료과장은 해당 과의 소속 의사들에 대하여 지휘감독의 입장에 설 때에는 주의의무의 내용에 객관적 감독의무가 포함되어 신뢰의 원칙이 적용되지 않으며, 반면 소속 의사가 진료과장의 처치와 처방을 신뢰하였을 경우에는 신뢰의 원칙을 적용하여 그에게 주의의무의 범위를 좁게 인정할 수 있다.

② 주치의와 전공의와의 관계

전공의는 수련병원 또는 수련기관에서 전문의의 자격을 취득하기 위하여 수련을 받는 인턴과 레지던트이고, 수련병원 또는 수련기관은 보건복지부장관의 지정을 받아 전공의를 수련시키는 의과대학 기타 의료기관이

24) 대법원 1996.11.8. 선고 95도2710판결에서는 「일반적으로 대학병원의 진료체계상 과장은 병원 행정상의 직급으로서 다른 교수나 전문의가 진료하고 있는 환자의 진료까지 책임지는 것은 아니고, 소속 교수 등이 진료시간을 요일별 또는 오전, 오후 등 시간별로 구분하여 각 자 외래 및 입원 환자를 관리하고 진료에 대한 책임을 맡게 된다. 그러한 사정을 감안하면, 피고인에게 피해자를 담당한 의사가 아니어서 그 치료에 관한 것이 아님에도 불구하고 구강악안면외과 과장이라는 이유만으로 외래담당의사 및 담당 수련의들의 처치와 치료결과를 주시하고 적절한 수술방법을 지시하거나 담당의사 대신 직접 수술을 하고, 농배양을 지시·감독할 주의의무가 있다고 단정할 수 없다」라고 판시하였다.

므로,²⁵⁾ 수련기관 소속의 주치의와 전공의는 수직적 상하관계에 있기 때문에 주치에게 전공의에 대한 지휘·감독책임이 부과되어²⁶⁾ 신뢰의 원칙이 적용되지 않는다. 반면 전공의가 주치의의 처치와 처방을 신뢰하였을 경우에는 신뢰의 원칙이 적용될 수 있다.

【대법원 1997.8.22. 선고 96다43164판결】

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 인정된다.

【서울지법 1986.1.15. 선고 84나3990판결】

수술당일 환자측으로부터 집도 의와 마취담당 의를 특정한 특정수료신청을 받고 이를 승낙하고서도 불과 2주간 수술과 수련을 한 수련의(인턴)에게 수술 및 수술회복조치를 담당하게 하여 그 결과 수술회복과정에서 의료사고가 발생하였다면 병원측에서 위 사고가 위 수련의의 경험부족으로 인한 것이 아니라 약물 자체의 부작용이나 환자의 특이체질 등 병원측에 책임없는 사유로 인한 것임을 밝히지 못하는 이상 위 사고는 위 병원 수술과 의사들이 경험이 부족한 수련의에게 수술 및 수술회복조치를 담당하게 한 수술관리상의 잘못으로 인한 것으로 추정함이 상당하다.

(3) 의사와 간호사간의 관계

간호사는 상병자 또는 해산부의 요양상의 간호 또는 진료의 보조 및 대통령령이 정하는 보건활동에 종사함을 그 임무로 하고 있다.²⁷⁾ 따라서 간호활동의 경우에는 의사가 간호사를 신뢰하여 거의 감독을 하지 않기

25) 전문의 수련 및 자격인정등에관한규정 시행규칙 제2조.

26) 대법원 88다카21296판결은 「...전공의들은 병원경영자에 대하여 그 교과과정에서 정한 환자진료 등 수련을 거치는 피교육자적 지위에 함께 병원에서 정한 진료계획에 따라 근로를 제공하고 그 대가로 임금을 지급받는 근로자로서의 지위를 아울러 가지고 있고, 또 한 이들은 병원측의 지휘감독아래 노무를 제공하므로 병원경영자와의 사이에는 실질적인 사용종속관계가 있다」고 판시하였다.

27) 의료법 제2조 제2항 제5호.

때문에 수평적 분업의 형태와 같이 신뢰의 원칙이 적용될 수 있으나, 진료에 있어서는 진료행위의 주체는 어디까지나 의사이고, 간호사는 의사의 진료행위를 이행하는 보조자에 불과하기 때문에 신뢰의 원칙은 배제된다.

이에 대하여 대법원도 1998.2.27.선고 97도2812 판결에서 「의사는 전문적 지식과 기능을 가지고 환자의 전적인 신뢰하에서 환자의 생명과 건강을 보호하는 것을 업으로 하는 자로서, 그 의료행위를 시술하는 기회에 환자에게 위해가 미치는 것을 방지하기 위하여 최선의 조치를 취할 의무를 지고 있고, 간호사로 하여금 의료행위에 관여하게 하는 경우에도 그 의료행위는 의사의 책임하에 이루어지는 것이고 간호사는 그 보조자에 불과하므로, 의사는 당해 의료행위가 환자에게 위해가 미칠 위험이 있는 이상 간호사가 과오를 범하지 않도록 충분히 지도·감독을 하여 사고의 발생을 미연에 방지하여야 할 주의의무가 있고, 이를 소홀히 한 채 만연히 간호사를 신뢰하여 간호사에게 당해 의료행위를 일임함으로써 간호사의 과오로 환자에게 위해가 발생하였다면 의사는 그에 대한 과실책임을 면할 수 없다」고 판시함으로써, 의사와 간호사간에는 신뢰의 원칙이 적용되지 않는다는 점을 명백히 하고 있다.

반면 의사의 지시자체가 외관상 명백히 드러나는 오류가 있는 것이 아니라면 그 지시를 신뢰하여 행동한 간호사에게 결과발생에 대한 형사책임을 지울 수는 없다. 왜냐하면 간호사는 의사의 지시의 정당성을 확인해야 할 의무가 없기 때문에 의사의 행위를 원칙적으로 신뢰하고 행위할 수 있다.

(4) 의사와 미숙련 보조자간의 관계

의사가 환자가족이나 간병인 등 이른바 미숙련 보조자로 하여금 의료행위를 보조하게 한 경우, 의사가 이들 보조자를 선발, 지휘, 감독하는데 있어서는 그들의 무지와 무경험을 고려하여야 하며, 그에 따라 의사의 주의의무의 폭도 결정될 것이다.²⁸⁾ 의사와 미숙련 보조자와의 공동협조시 의사는 항상 위험의 정도를 고려하고 전체적인 안전수단을 준비해야 하므로 신뢰의 원칙은 일반적으로 인정되지 않는다.

28) 정영일, 전계논문, 54면.

(5) 의사와 환자간의 관계

의료행위는 전문적인 의학지식과 임상경험을 전제로 하고 있고 또 거기에 필요한 인원과 도구는 전적으로 의사 측의 독점적 지배하에 있으며, 의사는 환자의 보호자적 지위에 있을 뿐만 아니라 실제로 환자는 일반적으로 치료조치의 합목적성과 그 위험성을 잘 판단할 수 있는 지위에 있지 아니하므로, 원칙적으로 의사와 환자사이에 신뢰의 원칙을 적용하여 의사의 책임을 경감할 수 없다. 따라서 의사는 전문적 지식이 없는 환자의 대답이나 협조를 전적으로 신뢰해서는 안 된다. 의사는 환자 개개인의 언동에 따라 환자가 어느 정도로 의사를 신뢰하고 협력할 것인가를 판단해야 한다. 환자가 의사의 지시나 권고를 무시하거나 문진에 대하여 중요한 사항을 숨기는 등의 행위가 있는 경우에는 의사의 책임을 부정하여야 한다.

【대법원 1983.5.24. 선고 82도289 판결】

피해자가 1979.5.7 타병원에서 절개수술까지 권유받았으나 경제적인 이유에 불응하고 퇴원하여 민간요법치료를 하다가 같은 달 10. 피고인의 진찰을 받고 일단 종합병원에 가서 진단과 치료를 받을 것을 권고받았으나 경제적 사정을 호소하면서 피고인의 치료를 요구하여 피고인이 피해자의 병상에 비추어 불과직업으로 진단하고 우측슬하부 절개수술을 하였으나 밤틀만한 응고된 혈괴만이 검출되어 혈관질환에 의한 증상으로 판단하고 세균감염에 대비한 조치를 취하고 아울러 즉시 혈관촬영이 가능하고 수술시설이 갖추어진 종합병원으로 갈 것을 강력히 제시하고 고사의 위험성이 있음을 경고하였으나 피해자는 이에 불응하고 민간요법으로 치료를 계속하다가 같은 달 21 타병원에서 고사로 진행되고 있는 우측하지를 절단받기에 이른 경우라면 피고인에 있어서 치료시술상 요구되는 주의의무를 해태하였다고 볼 수 없다.

다. 의사와 약사간의 관계

기본적으로 의사와 약사간은 상호 독립된 별개의 분야이며, 각자는 고유한 책임영역을 갖는다고 봄이 상당하지만, 의약분업에 의하여 약사가 의사의 처방전에 따라 약을 조제, 판매하는 경우에 있어서는²⁹⁾ 수평적 분업에서와 마찬가지로 신뢰의 원칙이 적용된다. 따라서 잘못된 처방에 의

한 약화사고는 기본적으로 의사에게 책임이 있다고 보아야 하지만, 약사의 책임이 무조건 면제되는 것은 아니다. 즉 약사도 처방의 적합여부에 대한 기본적인 확인의무가 있으므로,²⁹⁾ 처방전 대상환자가 바뀌었거나, 처방전대로 혼합하면 인체에 치명적인 해를 끼치는 약품들을 혼합처방하였거나 하는 등 처방전에 의심하는 점³⁰⁾이 있음에도 불구하고 이를 확인하지 않은 채 조제한 경우에는 아래에서 언급한 신뢰의 원칙의 제한사유에 의하여 책임을 져야 한다.

4. 신뢰의 원칙의 제한

신뢰의 원칙의 적용범위는 구체적인 경우에 사회상당성의 관점에서 개별적으로 판단하여야 한다. 따라서 신뢰의 원칙이 적용하기 위해서는 우선 모든 관여자가 다른 관여자의 주의 깊은 행위에 대한 신뢰가 있어야 하며, 그 신뢰는 사회적으로 상당해야 한다. 그런데 오늘날 대형화 전문화되어 있는 의료기관에서 다수인의 공동의료행위에 이 원칙을 광범위하게 적용할 경우 강자에 의한 약자에로의 책임전가의 위험도 우려될 수 있다. 신뢰의 원칙의 무분별한 적용의 주장은 경우에 따라서는 의사의 책임회피의 결과를 초래할 수 있다. 그러므로 신뢰원칙의 적용에 엄격한 기준과 한계를 가짐으로써 한편으로 의료인에게 정당한 과실책임을 묻고, 다른 한편으로는 환자의 생명과 신체의 보호 즉 건강 보호에 충실할 수

29) 의료법 제18조의 2 제1항에 의하면 「의사 또는 치과의사는 환자에게 의약품을 투여할 필요가 있다고 인정하는 때에는 약사법에 의하여 자신이 직접 의약품을 조제할 수 있는 경우를 제외하고는 보건복지부령이 정하는 바에 의하여 처방전을 작성하여 환자에게 교부하거나 발송(전자처방전에 의한다)하여야 한다」고 규정하고 있고, 약사법 제21조 제4항에 의하면 「의사 또는 치과의사는 전문의약품과 일반의약품을 처방할 수 있고, 약사는 의사 또는 치과의사의 처방전에 의하여 전문의약품과 일반의약품을 조제하여야 한다」고 규정하고 있다.

30) 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 안된다」고 규정하고 있다.

31) 처방전에 의심나는 점의 대표적인 경우는 의사의 필체불량에 의한 처방에 의하여 약사가 약품명이나 용량, 용법을 오독하는 것인데, 요즘 대부분의 의사들이 개정 의료법 제18조의 2에 의하여 전자처방전을 발행하기 때문에 이러한 문제는 거의 발생하지 않을 것으로 보인다.

있을 것이다. 따라서 다음의 경우에는 신뢰의 원칙의 적용이 배제되어야 한다.

① 스스로 주의의무를 위반한 사람에게는 신뢰의 원칙이 적용될 수 없다. 스스로 야기한 위험은 스스로 방지할 책임이 있으므로 신뢰의 원칙을 들어 그 책임을 타인에게 전가해서는 안되기 때문이다. 즉, 신뢰의 원칙은 객관적 주의의무의 한계를 설정해 줄 뿐이며, 타인의 규칙준수를 신뢰하여 행위자 스스로 자신의 주의의무를 위반하여 행위해도 좋다는 것을 의미하지는 않는다.³²⁾ 물론 그러한 의무위반이 결과발생에 결정적인 원인이 아닌 경우에는 정황에 따라 신뢰의 원칙이 적용될 수 있다.³³⁾

② 신뢰의 원칙은 타인의 객관적 주의의무위반에 대한 고도의 개연성이 인식될 수 있는 특별한 사정이 존재하는 경우에도 적용되지 않는다.

③ 주의의무가 타인의 행위에 대한 보호 감독 등에 관한 것인 경우에는 감독에 대한 주의의무를 부담하고 있는 감독자에게 신뢰의 원칙은 적용되지 않는다. 그러나 타인의 실수를 막기 위한 지휘 감독책임을 진다는 특별한 사정이 존재하지 않는 경우에는 신뢰의 원칙을 적용할 수 있다.

5. 의료관행과 신뢰의 원칙

의료관행이란 오랜 시일 의사간의 임상경험을 축적하여 형성된 규칙이므로³⁴⁾, 의료수준에 적합한 내요을 요소로 하고 있을 가능성이 많지만 의료수준의 표준형식 그 자체라고 볼 수는 없다.³⁵⁾ 즉, 주의의무의 판단기준인 의료수준과 의료관행은 준별된다.³⁶⁾ 따라서 병원의 관행에 따른 행위

32) 김일수, 형법총론, 579면.

33) 대법원 1996.11.8. 선고 95도2710판결은「피고인이 농배양을 하지 않은 과실이 피해자의 사망에 기여한 인과관계있는 과실이 된다고 하려면, 농배양을 하였더라면 피고인이 투약해 온 항생제와 다른 어떤 항생제를 사용하게 되었을 것이라거나 어떤 다른 조치를 취할 수 있었을 것이고, 따라서 피해자가 사망하지 않았을 것이라는 점을 심리·판단하여야 한다」고 판시하고 있다.

34) 신현호, 의료소송총론, 1997, 105면.

35) 추호경, 의료과오론, 1992, 109면.

36) 일본 최고재판소 평성 8.1.23. 판결은 「의료수준은 의사의 주의의무의 기준이 되는 것이기 때문에 평균적 의사가 실제로 하고 있는 의료관행과 반드시 일치하는 것은 아니고,

가 형법 제20조 규정의 「기타 사회상규에 위배되지 않는 행위」에 해당하려면, 그 행위가 법질서 전체의 정신이나 그 배후의 지배적인 사회윤리에 비추어 일반적으로 용인될 수 있는 행위여야 한다. 다시 말하면 병원의 관행에 따른 행위가 정당하다는 것을 주장하려면, 먼저 해당병원의 의료 관행이 의료기술의 원칙에 위배되지 않아야 하며, 사회적으로 유용성이 인정되거나 적어도 사회적 유해성을 야기하지 않아야 한다.

그러므로 의사의 업무분담과 관련된 위임금지 규정에 위배하여 자체적으로 결의된 병원관행은 그로 인해 야기될 수 있는 결과발생의 위험성의 가능성과 그 정도에 비추어 볼 때 사회통념상 정당시되는 행위관행이라고 볼 수 없다. 따라서 이에 근거하여 행위자의 과실책임을 정당화할 수는 없는 것이다.

대법원도 1998.2.27. 선고 97도2812판결에서 「피고인이 근무하는 병원에서는 인턴의 수가 부족하여 수혈의 경우 두 번째 이후의 혈액봉지는 인턴 대신 간호사가 교체하는 관행이 있었다고 하더라도, 위와 같이 혈액봉지가 바뀔 위험이 있는 상황에서 피고인이 그에 대한 아무런 조치도 취함이 없이 간호사에게 혈액봉지의 교체를 일임한 것이 관행에 따른 것이라는 이유만으로 정당화될 수는 없다.」라고 판시함으로써, 의료관행에 의한 의료행위에 대하여는 신뢰의 원칙이 적용되지 않음을 명시하고 있다.

Ⅲ. 이 사건의 경우

1. 내과의사들이 환자를 진료함에 있어 뇌혈관질환을 배제하기 위하여 같은 병원에 근무하는 신경과 의사에게 협진요청을 하였고, 피해자의 증세와 관련하여 신경과 영역에서 이상이 없다는 신경과 의사의 회신결과를 신뢰하여 신경과적인 질환을 배제한 다음 내과적 질환에 대하여 진료를 하였으므로, 일응 내과의사과 신경과 의사 사이에는 신뢰의 원칙이 적용된다고 볼 수 있다. 그런데 이 사건에서 신뢰의 원칙을 적용하여 내과

의사가 의료관행에 따른 의료행위를 했다고 해서, 의료수준에 따른 주의의무를 다했다고 말할 수는 없다」고 판시하였다.

의사의 책임을 부정하기 위해서는 내과의사 스스로 주의의무를 위반한 점은 없는지 여부, 내과의사가 신경과 의사의 과실에 대한 고도의 개연성을 인식할 수 있는 특별한 사정이 존재하였는지 여부를 검토하여야 한다.

2. 우선 내과의사들은 두통 및 구토를 주소로 내원한 피해자의 증상에 대하여 의심할 수 있는 심혈관계질환으로 고혈압, 뇌혈관질환, 뇌막염으로 추정진단한 다음 ① 피해자의 내원시 뇌혈관질환에 대한 진단으로 뇌신경검사, 뇌막자극징후, 감각신경, 운동신경, 심부건 반사, 경부항직검사 등의 신경학적 검사를 시행한 결과 뇌혈관 질환을 의심할 만한 별다른 이상은 발견하지 못하였고, ② 피해자의 두통이 뇌혈관질환일수도 있다는 의심하에 신경과에 협의진료를 요청한 결과 신경과 전문의가 “현재로서는 이상소견이 없어 보인다”고 회신을 보내오자, 피해자의 증상을 뇌혈관질환 및 뇌막염을 배제한 채 고혈압으로 진단한 다음, 고혈압에 대한 지속적인 치료를 한 결과 피해자의 혈압은 어느 정도 안정을 되찾았고, 피해자는 위 치료기간 도중에 경미한 두통을 호소한 적은 있지만 지주막하출혈의 특징인 격심한 두통을 호소한 바는 없고, 구토증상을 호소한 적은 한번도 없었다.

그리고 경미한 뇌동맥류파열에 의한 소량의 지주막하 출혈은 뇌전산화단층촬영을 하더라도 발견할 가능성이 낮고, 뇌출혈 분야를 전문으로 하는 의사가 아니라면 경미한 뇌동맥류 파열에 의한 소량의 지주막하출혈을 진단하기는 어려운데, 입원하기전 피해자에게 나타난 지주막하출혈은 경미한 뇌동맥류 파열에 의한 소량의 지주막하출혈로서 피해자의 입원기간 중 또는 피고인의 외래진료기간 중 뇌전산화단층촬영을 하거나 뇌척수액 검사를 하였다고 하더라도 이를 발견하기는 결코 쉽지 않았을 것이다.

3. 위와 같이 내과의사인 피고인들이 피해자의 뇌혈관질환을 배제하기 위하여 단순히 신경과의사의 협진결과에만 의존한 것이 아니라, 그에 앞서 내과의사로서 시행할 수 있는 뇌혈관질환을 배제하기 위한 기본적인 검사인 문진, 신경학적 검사 등을 시행하여 신경학적 이상이 없음을 확인

하였고, 그 이후 뇌혈관질환을 확실히 배제하기 위하여 뇌혈관질환 전문 의인 신경과에게 협진을 하였으며, 이러한 기본적인 검사 및 협의진료 결과를 종합하여 피해자의 두통이 뇌혈관질환에 의한 것이 아니라는 진단을 얻은 다음, 피해자의 두통을 내과 소관인 본태성 고혈압으로 보고 그에 대한 치료를 하였다면, 내과의사로서의 주의의무위반은 없다고 보아야 할 것이다.

그리고 피고인들이 피해자를 진료하는 동안, 피해자의 혈압은 어느 정도 안정을 되찾았고, 치료기간 도중에 피해자가 경미한 두통을 호소한 적은 있지만 지주막하 출혈의 특징인 격심한 두통을 호소한 바는 없었으며, 구토증상은 한번도 호소하지 않았다는 점에 비추어 볼 때, 그 회신 전후에 신경과 의사의 회신내용에 의심을 품을 만한 특별한 사정이 없었다고 보아야 할 것이다.

4. 그러므로 피고인들이 신경과 전문의에 대한 협의진료결과 피해자의 증세와 관련하여 신경과 영역에서 이상이 없다는 회신을 받았고, 그 회신 전후의 진료경과에 비추어 그 회신내용에 의문을 품을 만한 사정이 있다고 보이지 않자 그 회신을 신뢰하여 뇌혈관계 계통 질환의 가능성을 염두해 두지 않고 내과 영역의 진료행위를 계속하다가 피해자의 증세가 호전되기에 이르자 퇴원하도록 조치하였다면, 내과의사인 피고인들이 피해자를 진료함에 있어 지주막하출혈을 발견하지 못한데 대하여 업무상 과실이 있다고 볼수는 없는 것이다.

5. 결국 신경과 의사의 협진결과를 신뢰한 내과의사들에게 신뢰의 원칙을 적용하여 형사책임을 부정한 대법원 판례는 타당하다 할 것이고, 또한 위 판례는 의사들간의 신뢰의 원칙을 명시한 첫 번째 판결로서 그 의의를 갖는다 할 것이다.