

2. 의료과오소송에 있어 입증책임 완화에 따른 의료과실의 의미와 판단기준

김 용 빈 *

- I. 들어가며
- II. 의료과실의 의미
 - 1. 불법행위법상의 과실의 개념
 - 2. 의사의 주의의무
 - 3. 의료과실의 인정에서 추정으로의 전환
- III. 의료과실의 판단기준
 - 1. 일반적인 기준
 - 2. 구체적 판단기준
 - 3. 의료소송에 있어 과실 판단시 유의할 사항
- IV. 의료과실의 구체적인 유형
 - 1. 진료상 과실의 유형
 - 2. 설명의무위반
 - 3. 수인한도를 넘는 불성실한 진료
- V. 마치며

I. 들어가며

의료행위에 있어 의사¹⁾의 과실이 개입되어 환자의 신체에 나쁜 결과가

*논문접수: 2008. 4. 20. *심사개시: 2008. 5. 10. *게재확정: 2008. 6. 10.

*서울중앙지방법원 부장판사

1) 이 글에서는 ‘의사’를 의료법상의 특정한 업무영역을 지칭하여 사용하는 경우 이외에도 의료인의 대표적인 통칭으로 사용하고자 한다.

생긴 경우 환자는 의사를 형사상 업무상과실치사상죄로 고소할 수도 있고, 민사상의 손해배상책임을 청구할 수도 있다. 의료과실로 인한 민사손해배상책임은 채무불이행책임과 불법행위책임의 두 가지 형태로 구성할 수 있는데, 먼저 불법행위책임의 발생요건은 ① 고의·과실로 인한, ② 위법한 행위로, ③ 타인에게 손해를 가하고, ④ 위법한 행위와 발생한 손해와의 사이에 인과관계가 있어야 하고, 채무불이행책임의 경우에는 ① 귀책사유(고의·과실)로 인한, ② 채무불이행으로 인하여, ③ 손해를 가하고, ④ 채무불이행과 손해 사이에 인과관계가 있어야 한다. 이와 같이 의료과실로 인한 민사상 책임을 구하기 위해서는 그 요건사실 중 하나인 ‘과실’을 입증하여야 하고²⁾, 형사상 책임의 경우에도 동일한 ‘과실’³⁾의 존재에 대한 입증을 요구하고 있다. 민사책임에 있어 의료과실과 형사책임에 있어 업무상과실은 그 내용이 같아야 할 것이지만, 민사책임을 계약책임(채무불이행)으로 구성하는 경우 또는 불법행위책임으로 구성하더라도 계약관계에서 파생된 보호의무위반에 대한 책임으로 이론 구성하는 경우에는 형사책임과 그 불법의 판단기준을 달리하게 되고, 그러하지 아니하더라도 소송상 과실의 입증 정도를 달리하기 때문에 같은 의료사고에 대하여 의료과실이 존재한다는 이유로 민사상 손해배상책임이 인정되는 경우에도 형사

2) 불법행위책임소송에서 고의, 과실의 존재는 이를 주장하는 자에게 있음은 의문의 여지가 없고, 채무불이행책임소송의 경우에는 이를 주장하는 자는 채무불이행 사실만을 입증하면 되고, 상대방이 자신에게 귀책사유(고의, 과실)가 없음을 입증하여야 하는 것이지만, 의료계약상의 채무는 환자가 원하는 질병의 치유라는 결과를 향하여 최선의 주의를 다하여 적절한 치료행위를 실시하는 것 자체를 내용으로 하는 이른바 수단채무이므로 당시의 의학지식과 의학기술의 수준에 따라 의사에게 요구되는 선량한 관리자의 주의의 내용과 불가분의 관계에 있고, 선량한 관리자의 주의의무의 위반에 따른 과실은 ‘추상적 과실’ 내지 ‘객관적 과실’이라고 일반적으로 설명되기 때문에, 단순히 의료계약의 이행을 통하여 얻고자 하였던 결과를 얻지 못하였다는 것만으로는 채무불이행 사실을 충분히 입증한 것으로 볼 수 없고, 결국 채무불이행을 주장하는 자가 의사의 귀책사유인 과실의 존재까지 입증할 부담을 지게 되어 불법행위책임소송과 다를 것이 없게 된다. 최재천·박영호 공저, 「의료과실과 의료소송」, 육법사 257-258면; 임재혁, “의료과소송에서의 입증책임에 관한 연구”, 배제대학교대학원, 2006, 26-27면.

3) 단순 과실이 아닌 업무상 과실을 처벌대상으로 삼고 있으나, 의료행위는 그 자체가 업무로 행하여지는 것이므로 의료과실은 당연히 업무상 과실이 된다.

책임과 관련하여서는 의료과실이 존재한다고 볼 증거가 없다는 이유로 의사의 책임이 부정되는 경우도 발생한다.

일반적으로 과실의 의미를 설명할 때 유책성 요소인 고의와 대비하여 과실이란 일정한 결과가 발생한다는 것을 알고 있어야 함에도 부주의, 즉 주의를 게을리 하였기 때문에 이를 알지 못하고 어떤 행위를 하는 심리상태를 의미한다고 한다.⁴⁾ 따라서 과실의 본질은 주의의무 위반이 되고, 주의의무의 위반이 곧 과실이라는 명제가 성립한다. 그러나 이러한 과실의 개념은 주의의무의 위반이라는 추상적, 규범적 판단에 기초를 두고 있으므로 확고한 것이 아니고, 시대에 따라, 장소에 따라, 또는 소송의 형태에 따라, 담당법관에 따라 과실의 존부나 범위가 달라질 수 있다는 문제가 있다. 또한, 의료소송실무상 의사의 과실 즉, 주의의무의 위반이라는 규범적 가치 판단의 문제에 대하여는 법원이 이를 담당하고 있으므로 원고 측이 주요사실로서 입증하여야 할 대상은 추상적 개념인 과실 자체가 아니라 그와 같은 규범적 가치판단의 기초가 되는 구체적 사실로 보는 것이 일반적이다.⁵⁾ 따라서 법원으로서의 최근의 의료과실에 대한 입증책임 완화시도와 관련하여 실제 사례를 둘러싸고 원고 측이 어떠한 구체적 사실을 주장, 입증한 경우에 의료과실의 존재를 인정할 것인지 여부에 대한 구체적인 판단기준을 정립할 필요가 있고, 이러한 이유에서 과실의 존부나 범위에 대한 판단기준이 의료소송에서 중요한 문제로 논의되어야 하는 것이다.

이 글에서는 의료과실의 의미와 그 판단기준을 구체적으로 살펴보고, 실제사례를 통하여 본 의료과실의 유형 및 그에 관련한 문제점 등을 정리하여 보았다.

4) 이러한 과실의 의미해석은 민사상 과실에 대한 연구가 독자적으로 행하여지지 아니하고 책임주의에 기초를 둔 형사법 체계상의 과실범이론에 기초를 둔 연혁적 이유에서 나온 것으로 생각한다. 우리의 통설과 판례는 과실을 고의와 함께 유책성 요소, 즉 주관적 요소로 보고 있으면서도 그 주의의 정도는 표준인인 보통인을 기준으로 한다고 하는 이른바 객관적 과실설을 따르고 있다.

5) 오석락, 『입증책임론』(개정판), 일신사, 1991, 45-48면.

II. 의료과실의 의미

1. 불법행위법상의 과실의 개념

가. 과실개념에 대한 학설⁶⁾

(1) 객관적 과실설

과실은 일정한 결과가 발생한다는 것을 알고 있어야 함에도 주의를 게을리 하였기 때문에 그것을 알지 못하고서 행위를 하는 심리상태라고 하며, 불법행위에 있어서의 과실은 추상적 경과실이 원칙이고 추상적 경과실이라 함은 기울여야 할 주의를 게을리 하는 것으로서 그 주위의 정도는 그때그때의 구체적 사례에 있어서의 표준인 보통인을 기준으로 한다는 것이다. 대법원 2001.1.19. 선고 2000다12532 판결도 “불법행위의 성립요건으로서의 과실은 이른바 추상적 과실만이 문제되는 것이고 이러한 과실은 사회평균인으로서의 주의의무를 위반한 경우를 가리키는 것이지만, 그러나 여기서의 ‘사회평균인’이라고 하는 것은 추상적인 일반인을 말하는 것이 아니라 그때그때의 구체적인 사례에 있어서의 보통인을 말하는 것이다.”라고 판시하였다.

(2) 주관적 과실설

과실을 유책성(Schuld)의 일종으로 파악하여, 개별적인 지식과 능력을 가진 개인이 개별적인 상황 하에서 발생 가능한 결과와 그 용태의 불법을 알 수 있었음에도 알지 못하는 것이거나(Ernst Wolf), 불법행위규범이 방지하려고 한 손해의 발생을 행위자가 인식할 수 있었음에도 이를 인식하지 못하였거나 또는 인식하였음에도 이를 용인하지 아니하고 이 규범에 반하는 행위를 하는 것(石田穰)이라고 이해하거나, 또는 과실은 객관적으

6) 김 진, “불법행위법상 과실책임에 관한 소고: 과실개념을 중심으로”, 『성균관법학』, 16권 2호, 성균관대학교 비교법연구소, 2004, 173-176면.

로 사회생활상 필요한 주의를 행위자의 개인적 능력에 의하여 지킬 수 있었는데도 불구하고 이를 태만히 하여 지키지 못한 경우에 한해서 인정된다(Sieber)고 한다. 이들 견해에 의하면, 객관적 과실설은 과실의 전제로서 책임능력을 요구하면서 그 주의의무의 판단기준은 평균인에 두는 것은 모순이며, 과실을 개인적인 능력에 두지 않고 평균인에게 두는 것은 불법행위의 객관적 성립요건인 위법성과 구별하기 힘들고, 객관적 기준에 의하여 행위자에게 책임을 묻는다는 것은 책임귀속근거가 유책성에 있지 않고 행위의 위험성 등과 같은 다른 것에 있어 부당하다고 한다.

(3) 구성요건설

과실의 개념을 위법성 요소나 유책성 요소로 파악하지 아니하고, 과실을 거래상 요구되는 주의를 태만히 함으로써 개인에게 손해를 야기한 불법에 대하여 법률규정에 의하여 손해배상의무를 부과시키는 구성요건적 요소라고 한다(Wiethölter). 이 견해에 의하면, 객관적 과실설은 일관성을 유지하기 위하여 주의의무의 객관적 기준을 전제하여야 함에도 행위자의 직업 능력 등을 중심으로 평균인을 기준으로 삼고 있으므로 이와 같은 유형화는 결국 객관적 기준을 제시한 것이 아니라 실제로는 객관화의 외형을 지닌 개별화된 기준을 설정하고 있는 것에 지나지 않는다고 하고, 주관적 과실설에 대하여는 민사법에 있어서는 행위자에 대한 처벌이 문제가 아니라 피해자의 손해가 문제되기 때문에 형법과 달리 민사상 손해배상의무에 있어서 유책성의 요소는 반드시 필요하지 않다고 하면서 유책성 요소가 특별히 문제되지 않는 경우에는 그와 다른 요소가 필요한데, 거래상 필요로 하는 주의라 함은 행위자를 기준으로 하여 설정되는 것이 아니므로 위법한 용태에 대한 개별적 인적 비난가능성을 유책성에서 찾을 수는 없고, 부작위범에 있어서와 마찬가지로 과실에 있어서도 결과회피에 대한 구성요건은 유형화되어 있는 것이 아니라 그때그때 정립되는 것이며, 그 구성요건의 중요한 요소는 행위(행위의 위법성)와 법적 당위라고 할 수 있

다는 점에서 이와 같은 당위기준이 바로 거래상 필요한 주의라고 보아야 하고, 이러한 과실의 불법행위에 대하여 법률이 일정한 제재(손해배상)를 구성요건으로 규정한 이상 이는 유책성이나 위법성과 관련이 없고, 고의 책임이나 위험책임과는 구별되는 독자적인 제3의 책임이라는 것이다.⁷⁾

나. 사건

먼저, 입법론적 고찰을 한다면, 근대 사법은 모든 인간은 자유로운 의사를 가지며 자유로운 의사만이 자기를 법적으로 구속한다는 근대 의사주의(사적 자치의 원칙)로부터 파생된 과실책임주의에 근거하여 계약법은 자유의 활동에 관한 이론으로, 불법행위법은 그 자유의 남용을 그 대상으로 각자 발전하여 왔다.⁸⁾ 그런데 오늘날과 같은 위험시대에는 행위자가 어떠한 주의를 기울이는 경우에도 그 행위로 인하여 타인에게 불가피하게 손해를 주는 일이 빈번하게 발생하게 되었고, 계약에 의한 채권, 채무관계에 있어 채무자의 의무에 본래의 급부의무 이외에 신의칙에 기한 부수적 의무(주의 의무, 보호의무, 성실의무, 충실의무 등)가 인정되면서 종래 일반적 법질서에 위반된 행위만을 규율하던 불법행위법이 당사자 사이의 계약관계에 까지 적용되게 되었다.⁹⁾ 이제 불법행위법은 과거와 같은 자유의 남용에 대한 제한이 아니라 자유활동에 대한 책임의 문제, 즉 행위자의 고의, 과실에 의한 것이든 그렇지 않은 것이든 행위자의 행위로 인하여 발생한 손해를 누구에게 부담시키는 것이 정의와 공평의 관념에 부합하는가를 정하는 것이 주된 임무가 되었다.¹⁰⁾

우리 민법 제750조는 “고의 또는 과실로 인한 위법행위로 인하여 타인

7) 이러한 견해는 종래의 형사상 과실범이론에 근거하여 민사상 과실의 개념을 파악하지 아니하고, 민사상 과실의 개념을 독자적으로 정립하려 하였다는 점에 의의가 있다고 생각한다.

8) 김 진, 앞의 논문 168면.

9) 이은영, 『채권총론』, 박영사, 1999, 190-197면; 민법주해(VIII), 박영사, 31-34면.

10) 권용우, 『불법행위론』, 신양사, 1998, 6면.

에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다.”라고 규정하고 있는바, 이 규정 역시 과실책임주의에 입각하여 불법행위제도가 개인의 자유활동의 한계를 정하는 최소한도의 제한이라는 전제하에 행위자의 의사에게 책임질만한 점이 있는 경우에만 그것으로 인해서 생긴 손해를 배상할 의무를 부담시키고자 한 것이라고 생각한다. 따라서 불법행위에 있어 ‘과실’의 의미에서 유책성의 개념을 완전히 분리하는 것에는 찬성할 수 없다. 그러나 산업의 발달과 함께 입법 당시에는 예견할 수 없었던 유형의 손해발생행위가 나타나서 앞서 구성요건설이 지적하는 바와 같이 유책성에 근거한 주관적 과실설만으로는 그와 같은 유형의 손해발생행위에 대하여 과실로 파악할 수 없게 되었으므로 이를 보완하기 위하여는 객관적 기준에 의한 과실의 유형화가 필요하고, 따라서 형사상 과실의 개념과 민사상 과실의 개념을 동일시 할 것이 아니라 독자적으로 민사상 과실의 의미를 재정립할 필요도 있어 보인다. 하지만, 구성요건설에 의하더라도 과실의 구성요건은 유형화되어 있는 것이 아니라 그때그때의 구체적 상황에서 과실의 구성요건이 정립된다는 것이므로 과실의 개념을 정함에 있어 유용한 기준이 되지 아니한다. 따라서 주관적 요소인 유책성을 과실의 개념에서 완전히 분리할 수는 없다고 하더라도 객관적 기준에 의한 과실의 유형화를 위하여는 구체적 사정 하에서 그 분야의 평균인에게 일반적으로 요구되는 주의의무의 위반을 과실로 보는 객관적 과실설을 기준으로 과실의 의미를 정립하되, 의료소송과 같이 계약적 요소가 중시되는 특수한 불법행위소송에 있어서는 과실책임주의의 주관적 요소인 유책성을 보충적으로 고려함이 옳다고 본다.¹¹⁾

11) 통상 의료소송에서 불법행위책임이 주장되나, 그 법적 근거는 적극적 채권침해로서 일반적 법질서의 위반행위를 규율하는 종래의 불법행위와는 다른 것이다. 미국에서는 의료과실을 법규화된 불법행위의 영역에서 다루고 있고, 독일이나 일본에서는 불법행위와 채무불이행 양자로 구성하고 있으며, 프랑스에서는 원칙적으로 불법행위는 성립되지 아니하고 채무불이행책임만이 문제된다(이에 대한 자세한 내용은 최재천·박영호, 앞의 책 225-232면). 의사가 환자와의 진료계약에 기하여 부담하는 진료채무가 결과채무가 아닌 수단채무인 이상 의료과실에서 문제되는 것은 의료계약에 기한 목적

2. 의사의 주의의무

가. 일반적인 주의의무의 내용

과실의 본질을 주의의무위반으로 볼 때, 이러한 주의의무 위반의 내용이 무엇인가에 대하여는 ① 위법한 결과발생의 사실적 가능성에 대한 합리적 예견가능성을 전제로 하는 예견의무와 ② 그 결과발생을 회피함에 적절한 조치를 강구할 회피의무라는 두 가지 의무가 있다는 것이 일반적인 학설의 견해이고,¹²⁾ 우리 대법원도 여러 차례에 걸쳐 “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 검도되어야 한다.”라고 판시함으로써 주의의무의 내용으로 결과예견의무와 결과회피의무 두 가지가 있음을 명확히 하고 있다.¹³⁾ 이러한 두 가지 의무 중 어느 하나에 대한 의무위반이 있는 경우에 과실이 인정되는데, 통상 결과의 예견을 하지 못하면 결과의 회피도 할 수 없기 때문에 그러한 의무가 성립하기 위해서는 결과예견가능성과 결과회피가능성을 필요로 하게 되므로 결국 주의의무 위반의 문제는 결과예견가능성과 결과회피가능성의 유무의 문제로 귀착된다.

결과예견의무는 어떤 결과가 발생하리라는 것을 인식 내지 예견하여야 할 의무를 말하는데, 이는 예견가능성이 있는 범위 내에서만 문제가 된다. 예견가능성이란 일반인이 행위시에 예견할 수 있는 결과의 발생가능성을 말하는데 이를 판단하기 위하여서는 먼저 행위와 결과 사이의 인과관계를

달성, 즉 치료의 종결 여부가 아니라 그 계약관계에서 파생되는 신의칙상의 부수의무인 환자의 생명, 신체에 대한 보호의무, 배려의무 등의 위반 여부라고 보아야 할 것이어서 이를 불법행위로 구성하는 경우에도 채무불이행의 구성요건인 귀책사유의 존재, 즉 유책성을 무시할 수 없기 때문이다.

12) 석희태, “의료과실의 판단기준(상)”, 『판례월보』, 197호 11면. 이는 형사상 과실범 이론에 기초한 것이다.

13) 대법원 1984.6.12. 선고 82도3199 판결, 2003.1.10. 선고 2001도3292 판결 등.

고려하지 않을 수 없다. 그리고 과실, 즉 주의의무의 위반 여부는 규범적 판단 영역에 속하므로 어떠한 행위로 인한 결과발생의 예견가능성을 판단하는 과정에서도 자연(조건)적, 사실적 인과관계가 아닌 규범적 인과관계, 이른바 상당인과관계의 유무가 문제가 된다. 따라서 과실에 의한 불법행위책임의 구성요건으로 과실과 별개로 행위와 결과 사이의 인과관계의 존재를 따로 두고 있음에도 위 견해에 의하면 과실의 판단과정에서 결과발생의 예견가능성을 판단하기 위해서는 행위와 결과 사이의 인과관계를 먼저 판단하여야 하는 것이므로 과실의 존재가 인정되는 경우 행위와 결과 사이의 인과관계는 사실상 추정되는 것이고, 같은 이유에서 실무상으로도 의사의 과실이 추정되는 경우 의사가 결과의 발생이 과실 있는 의료행위와 무관한 것이라는 점에 대한 주장, 입증을 하지 않는 한 행위와 결과 사이의 인과관계를 따로 문제 삼지 않고 있다고 생각한다.

그리고 결과회피의무란 예견 가능한 위험이 발생한 후에 이를 회피할 수 있는 수단을 강구하여야 할 의무이다. 위험이 발생하였더라도 이를 회피시켜 실제 아무런 손해가 발생하지 않았더라면 비록 결과발생예견의무를 게을리 하였더라도 과실이 문제될 여지가 없기 때문에 생명, 신체의 고도화된 위험을 다루는 의료분야에 있어서는 결과발생예견의무보다는 결과회피의무의 이행 여부가 과실의 본질적 요소로 작용할 것 같다.

나. 의사의 주의의무의 내용

(1) 의사의 주의의무

의사가 진찰·치료 등의 의료행위를 하는 경우, 사람의 생명·신체·건강을 관리하는 업무의 성질에 비추어, 환자의 구체적인 증상이나 상황에 따라 위험을 방지하기 위하여 요구되는 최선의 조치를 행하여야 할 주의의무가 있다.¹⁴⁾ 이러한 주의의무는 통상 선량한 관리자로서의 주의의무라

14) 의료재판실무편람(개정판), 법원행정처, 2005, 44면.

고 일반적으로 설명되고 있으나, 아래에서 보는 바와 같이 우리 대법원이 취하고 있는 의료과실에 대한 판단기준에 비추어 보면, 의사의 책임의 근거는 일반 불법행위와 같은 일반 법질서를 위반한 것에 있지 아니하고, 의료계약에 기하여 형성된 개별적인 인적 신뢰관계에 기초하여 의사에게 부과된 신의칙상의 부수의무인 환자의 생명, 신체에 대한 보호의무, 배려의무 등을 위반한 것에 있다고 하여야 하고,¹⁵⁾ 특히 의사의 설명의무 위반의 경우에는 일반 불법행위로서는 설명이 곤란하다.¹⁶⁾ 따라서 의사의 과실행위를 채무불이행책임으로 구성하지 아니하고 불법행위책임으로 구성하더라도 의사의 주의의무가 일반 불법행위에서의 주의의무와 반드시 동일한 것은 아니라고 생각한다.¹⁷⁾

(2) 의사의 결과예견의무와 결과회피의무¹⁸⁾

의사는 예견 가능한 위험에 관하여 예견할 의무를 부담하는데, 이때의 예견가능성이란 평균적인 의사가 의료행위시에 예견할 수 있는 결과발생의 가능성을 말하는 것으로서 결과가 확실히 발생한다고 할 정도일 필요까지는 없고, 임상의학적으로 실증되고 공개된 것으로 판단하여 위험의 발생이 사정에 따라 있을 것으로 보이는 정도의 가능성만으로 충분하다. 의사의 결과예견의무와 관련하여서는 다음과 같은 점에 유의하여야 한다. 즉, ① 의학상의 위험은 그 발생가능성이 현저히 낮은 경우에도 의사에게

15) 뒤에서 보는 바와 같이 우리 판례는 의사의 주의의무를 고도·최선의 주의의무라고 하면서, 과실의 판단기준을 평균적 의료인의 수준으로 정하면서도 해당 의사가 특수한 지식과 기술을 가진 의료전문가인 경우에는 그 해당의사의 수준을 판단기준으로 설정하는 등 일반 불법행위법이 아닌 계약법적 요소를 고려하고 있다. 최근의 대법원 2007.5.31. 선고 2005다5867 판결도 특히 설명의무의 존재와 그 입증책임을 설명함에 있어 계약적 요소를 고려하고 있다.

16) 최재천·박영호, 앞의 책 647-652면. 이들은 우리 판례가 설명의무위반에 대하여는 계약법상, 불법행위법상의 양성적 책임이라는 입장을 취하고 있다고 한다.

17) 일반불법행위에서의 주의의무는 자유의 남용을 제한하기 위한 것으로 상대방에 대한 보호는 최소한에 그친다.

18) 최재천·박영호, 앞의 책 267-272면.

최선의 주의의무가 주어진 이상 그것이 평균적인 의사에게 알려진 내용인 경우에는 이를 예견할 의무가 있다. ② 현대의학상 과학적인 근거에 기초하여 확립된 의학지식이 아직 일반화되지 아니하여 그 위험의 존재가 일반적으로 알려지지 아니한 경우에는 의사에게 예견의무가 있다고 할 수 없으나, 해당의사가 이를 알고 있는 경우에는 의사에게 부과되는 주의의무가 최선의 것이라는 점에서 예견의무가 인정된다. ③ 의료행위는 진단부터 수술 후의 지도, 관리까지 일련의 과정에 걸쳐 각각의 의료행위가 연속적으로 결합, 시행되므로 의사는 의료행위 전반에 대한 위험을 예견하여야 한다. ④ 결과 발생의 예견가능성은 위험에 대한 단순한 의심만으로는 부족하고, 위험에 의한 결과의 발생이 구체적으로 증명되어야 한다.

의료과실에 있어 결과회피의무란 의료행위를 함으로 인하여 위험한 결과가 발생할 수 있다는 인식 즉, 위험을 예견하였다면 그러한 위험한 결과의 발생을 방지하기 위하여 그 결과 발생을 회피할 의무를 말한다. 그런데 현대에 들어서 과학기술의 발달과 물질문명의 진보에 의하여 비록 사람의 생명, 신체, 재산 등에 중대한 위해를 가할 위험을 지니기는 했으나 사회생활을 풍요롭게 하고 인간의 복지향상에 매우 유익한 생산활동이 증가하게 되었고, 사회는 그 위험에도 불구하고 그와 같은 생산활동을 허용할 수밖에 없는 상황이 되었다. 여기서 나타난 ‘허용된 위험의 법리’는 의료행위에도 적용된다. 의료행위는 그 특성상 위험한 결과의 발생이 예견되어 있음에도 그러한 위험을 감수하고 해당의료행위를 시행하지 않을 수 없다. 따라서 현대의학의 지식, 기술에 의하여 일응 회피할 수 있는 위험, 즉 결과회피가능성이 인정되는 경우에만 결과회피의무 위반이 되고, 의사가 회피 가능한 위험을 방지하기 위하여 채택한 조치의 상당성이 문제가 된다. 이러한 결과회피의무의 상당성은 의료행위의 특질, 의료의 진보 및 발달에의 기여, 병원의 재정도, 의사의 능력, 인적·물적 설비의 구비 여부를 등을 고려하여 위험의 대소와 상관관계에서 판단하여야 한다는 것이 일반적 견해이다.

따라서, 의료과실이란 의사가 위와 같은 주의의무를 위반하여, 어떤 위험의 발생을 예견하고 회피할 수 있었던 구체적 상황에서 하지 말아야 할 행위를 하거나 필요한 행위를 하지 않는 것이라고 정의할 수 있다.

다. 의사의 보호의무위반과 손해배상책임

(1) 보호의무에 관한 학설과 판례

오늘날 학자들은 채권, 채무관계를 단순히 채권자가 채무자에게 일정한 급부를 요구할 수 있는 권리를 가지고 채무자는 급부를 하여야 할 채무를 진다는 좁은 의미의 채권관계가 그 본질이 아니고 급부의무 외에도 신의칙상 인정되는 계약법상의 의무로서의 급부의무 이외의 용태의무 혹은 부수적 의무를 포함하는 넓은 의미의 채권, 채무관계를 그 본질로 보고 있다.¹⁹⁾ 즉, 채권관계 당사자 상호간에 상대방의 생명, 신체, 재산을 침해하지 않도록 배려하여야 한다는 의미의 보호의무를 채무자가 부담하는 의무의 하나로 들고 있는 것이 다수설이다. 한편, 이에 대하여 보호의무란 채권자나 채무자가 사회의 일원으로서 채권관계와 관련해서 거래관행에 따라 부담하는 주의의무일 뿐이므로 채권과 채무를 중심으로 고찰하는 상호대립적 법률관계에 포섭될 성질의 의무는 아니고, 보호의무위반은 불법행위책임으로 처리하는 것이 옳다는 견해도 있다.²⁰⁾

보호의무라는 개념을 인정하고 그 위반의 경우 채무불이행책임을 인정한 최초의 대법원 판례²¹⁾는 숙박계약에 관한 것이었는데, 여기서 대법원

19) 김상용 교수는, 채권채무관계에서의 채무자의 의무를 급부의무와 부수의무로 나누고, 부수의무는 계약 또는 법률에 명시적으로 규정되지 아니한 채무자의 의무로서 그 법적 근거는 신의칙이며, 채무자의 주의의무, 보호의무, 성실의무, 충실의무 등이 이에 해당한다고 한다(채권총론, 2000년, 23-27면). 정기용 교수는, 채무자의 의무로서 급부의무, 신의칙에 기한 부수적 주의의무 외에 급부의무와 나란히 상대방의 생명, 신체, 재산을 침해하지 않도록 배려할 보호의무를 들고 있다(채권총론, 2000년, 12-15면).

20) 이은영, 『채권총론』, 박영사, 1999, 190-197면; 『민법주해(VIII)』, 박영사, 31-34면.

21) 대법원 1994.1.28. 선고 93다43590 판결.

은, “공중접객업인 숙박업을 경영하는 자가 투숙객과 체결하는 숙박계약은 숙박업자가 고객에게 숙박을 할 수 있는 객실을 제공하여 고객으로 하여금 이를 사용할 수 있도록 하고 고객으로부터 그 대가를 받는 일종의 일시 사용을 위한 임대차계약으로서, 여관의 객실 및 관련시설, 공간은 오로지 숙박업자의 지배 아래 놓여 있는 것이므로 숙박업자는 통상의 임대차와 같이 단순히 여관의 객실 및 관련시설을 제공하여 고객으로 하여금 이를 사용 수익하게 할 의무를 부담하는 것에서 한 걸음 더 나아가 고객에게 위험이 없는 안전하고 편안한 객실 및 관련시설을 제공함으로써 고객의 안전을 배려하여야 할 보호의무를 부담하며 이러한 의무는 숙박계약의 특수성을 고려하여 신의칙상 인정되는 부수적인 의무로서 숙박업자가 이를 위반하여 고객의 생명, 신체를 침해하여 손해를 입힌 경우 불완전이행으로 인한 채무불이행책임을 부담한다.”라고 판시하였다. 한편, 대법원은 보호의무를 인정하면서 그 위반의 경우에는 대부분 불법행위책임을 인정하고 있는 것으로 보인다. 증권회사의 임직원이 강행규정에 위반된 이익보장으로 투자를 권유한 사안 등과 같은 다수의 사례에서 대법원은, 거래경위와 거래방법, 고객의 투자상황, 거래의 위험도 및 이에 관한 설명의 정도 등을 종합적으로 고려한 후 당해 권유행위가 경험이 부족한 일반 투자자에게 거래행위에 필연적으로 수반되는 위험성에 관한 올바른 인식형성을 방해하거나 또는 고객의 투자상황에 비추어 과대한 위험성을 수반하는 거래를 적극적으로 권유한 경우에 해당하는 경우에는 고객에 대한 보호의무를 저버린 것으로 불법행위책임을 성립한다고 판시하였다.²²⁾ 그런데 대법원은, 상가신축공사를 시공하는 건축주로부터 일부 공사를 도급받은 수급인에 의해 고용된 전문기술자가 공사 중 누전으로 사망한 사안에서, 종래 산업재해와 관한 사용자책임에 관하여 불법행위책임으로 일관하던 태도에서

22) 대법원 1994.1.11. 선고 93다26205 판결, 1998.10.27. 선고 97다47989 판결, 1999.6.11. 선고 97다58477 판결, 1999.12.24. 선고 99다44588 판결, 2003.7.11. 선고 2001다11802 판결, 2006.6.29. 선고 2005다49799 판결 등.

벗어나 “도급인은 수급인이 노무를 제공하는 과정에서 생명, 신체, 건강을 해치는 일이 없도록 물적 환경을 정비하고 필요한 조치를 강구할 보호의무를 부담하며, 이러한 보호의무는 실질적인 고용계약의 특수성을 고려하여 신의칙상 인정되는 부수적 의무로서..., 실질적인 사용관계에 있는 노무도급인이 고의 또는 과실로 이러한 보호의무를 위반함으로써 노무수급인의 생명, 신체를 침해하여 손해를 입힌 경우 노무도급인은 노무도급계약상의 채무불이행책임과 경합하여 불법행위로 인한 손해배상책임을 부담한다”고 판시²³⁾한 이래 같은 취지의 판례가 계속되고 있다.²⁴⁾ 한편, 입원환자의 휴대품이 도난당한 사안에서 대법원은 “환자가 병원에 입원하여 치료를 받는 경우에 있어서, 병원은 진료뿐만 아니라 환자에 대한 숙식의 제공을 비롯하여 간호, 보호 등 입원에 따른 포괄적 채무를 지는 것인 만큼, 병원은 병실의 출입자를 통제·감독하든가 그것이 불가능하다면 최소한 입원환자에게 휴대품을 안전하게 보관할 수 있는 시정장치가 있는 사물함을 제공하는 등으로 입원환자의 휴대품 등의 도난을 방지함에 필요한 적절한 조치를 강구하여 줄 신의칙상의 보호의무가 있다고 할 것이고, 이를 소홀히 하여 입원환자와는 아무런 관련이 없는 자가 입원환자의 병실에 무단출입하여 입원환자의 휴대품 등을 절취하였다면 병원은 그로 인한 손해배상책임을 면하지 못한다.”라고 판시하기도 하였다.²⁵⁾ 그리고 최근 대법원은 전문가 책임론을 도입하여 전문직역의 종사자의 업무상 주의의무에 대하여, “법무사는 등기사무에 관한 한 전문적인 식견을 가진 사람으로서 일반인이 등기업무를 법무사에게 위임하는 것은 그러한 전문가인 법무사에 대한 기대와 신뢰를 바탕으로 하는 것이므로, 비록 등기업무와 관련된 법무사의 주된 직무 내용이 서류의 작성과 신청대리에 있다 하여도, 그

23) 대법원 1997.4.25. 선고 96다53086 판결.

24) 대법원 1998.1.23. 선고 97다44676 판결, 1999.2.23. 선고 97다12082 판결, 2000.9.29. 선고 2000다28995 판결, 2001.7.27. 선고 99다56734 판결, 2002.11.26. 선고 2000다7301 판결 등. 판례 중에는 보호의무 대신 안전배려의무라는 표현을 쓰기도 한다.

25) 대법원 2003.4.11. 선고 2002다63275 판결.

직무를 수행하는 과정에서 의뢰인의 지시에 따르는 것이 위임의 취지에 적합하지 않거나 오히려 의뢰인에게 불이익한 결과가 되는 것이 드러난 경우에는, 법무사법에 정한 직무의 처리와 관련되는 범위 안에서 그러한 내용을 의뢰인에게 알리고 의뢰인의 진정한 의사를 확인함과 아울러 적절한 방법으로 의뢰인이 진정으로 의도하는 등기가 적절하게 되도록 설명 내지 조언을 할 의무가 있다.”라고 판시하거나,²⁶⁾ “관세사는 의뢰받은 사무와 밀접하게 연관되는 범위 안에서는 비록 별도의 위임이 없다 하여도 의뢰인이 이익을 도모하고 손해를 방지하기 위하여 필요한 조치를 취하도록 의뢰인에게 설명하고 조언하여야 하며, 의뢰인의 구체적인 지시가 있어도 그에 따르는 것이 위임의 본지에 적합하지 않거나 또는 의뢰인에게 불이익한 때에는 관세사는 그러한 내용을 의뢰인에게 설명하고 그 지시를 변경하도록 조언할 의무를 진다.”라고 판시하였는바,²⁷⁾ 이러한 설명, 조언 의무의 성격에 대하여 위 판례들이 명시적으로 언급하지는 않았으나 본래의 위임계약의 본지에서 벗어나 규범적으로 인정되는 의무라는 점에서 신의칙상의 보호의무의 일종으로 봄이 상당하다.

앞서 언급한 위 대법원 판례들을 분석하여 보면, 우리 대법원은 보호의무의 법적 성질에 관하여는 신의칙상 인정되는 부수적 의무로 파악하고 있으며, 그 보호의무 위반의 경우에 불법행위책임과 경합하여 채무불이행 책임이 성립한다고 보고 있음이 분명하다.

(2) 의사의 환자에 대한 보호의무

앞서 본 의사의 주의의무에 대한 일반적 견해는 의사가 환자를 치료하는 과정에서 과실에 의하여 환자의 생명과 신체의 완전성을 침해하는 결과를 발생시킨 경우, 그 나쁜 결과는 의사와 환자 사이의 의료계약의 본지

26) 대법원 2006.9.28. 선고 2004다55162 판결.

27) 대법원 2005.10.7. 선고 2005다38294 판결.

에 따른 이행이 아니고, 환자의 침습적 의료행위에 대한 동의는 의료계약의 본지에 따른 이행의 범위 내에서만 유효하다는 전제하에서 마치 의료계약이 체결되지 않은 것과 마찬가지로 의사의 과실 있는 의료행위 자체를 환자의 생명과 신체를 침해하는 위법행위로 보아 일반 불법행위와 같은 구조로 이해하고 있는 것 같다.²⁸⁾ 그러나 이와 같이 의료과실을 의료계약의 존재와 무관하게 일반 불법행위로 구성하면서 의사의 업무의 성질이 사람의 생명·신체·건강을 관리하는 업무라는 이유만으로 최선의 조치를 행하여야 할 주의의무를 부과하는 것은 부당하다. 환자를 위하여 부담하는 의사의 주의의무는 의료계약에 의하여 환자의 생명, 신체에 대한 위협을 의사가 인수한 이후에 비로소 발생하는 것이므로²⁹⁾ 의사의 주의의무의 본질은 의사와 환자 사이의 의료계약에서 찾아야 하고, 의사의 주의의무가 의료계약에 내재된 본질적인 급부의무에 속하는 것은 아닐지라도³⁰⁾ 의료계약에 기하여 형성된 의사와 환자의 인적 신뢰관계에서 파생되

28) 의사가 설명의무의 이행을 통하여 적법하게 환자의 동의를 얻은 이상, 환자의 신체에 대한 침습행위는 예정된 위험행위로서 허용된 위험의 범위에 따라 이미 위법성이 조각되었다고 보아야 한다. 의료행위는 그 특성상 치료를 목적으로 하여 여러 개의 의료행위가 일련의 절차에 따라 연속적으로 행하여질 것이 예정되어 있고, 또한 그 과정에서 하나의 의료행위에 비록 과실이 있더라도 그 이후의 의료조치에 의하여 나쁜 결과를 회피할 수 있는 한 아무런 문제가 될 수 없다. 따라서 의료행위 중간에 과실이 개입되었다고 하여 처음부터 적법한 의료행위가 소급하여 위법한 의료행위가 된다고 볼 수 없고, 단지 특정한 과실행위가 해당 의료계약에 의하여 의사가 부담하는 주의의무를 위반한 것인지 여부만을 문제 삼아야 하는 것이다.

29) “응급의료에 관한 법률”의 규정에 따른 응급의료의 경우에도 응급의료종사자가 환자와의 의제 또는 묵시적인 의료계약에 의하여 환자의 생명, 신체에 대한 위협을 인수하는 것으로 보아야 한다. 응급상황이 발생한 경우에도 의사가 응급의료종사자가 아닌 한 단순히 의사라는 직업을 가졌다는 이유만으로 환자에 대하여 의사로서의 최선의 주의의무를 부담하는 것은 아니다.

30) 의료과실을 채무불이행책임으로 구성하는 경우 대부분의 학자가 진료 계약에 의하여 의사는 당시의 의학지식과 의학기술의 원칙에 상응하는 선량한 관리자의 주의를 가지고 진찰을 하고 치료를 할 채무를 부담하게 되고, 이를 위반한 경우 그 책임을 진다고 설명함으로써 마치 의사의 주의의무가 계약의 본질적 급부내용이라고 오해할 여지를 주고 있으나, 의료사고의 대부분은 단순히 목적인 결과의 불발생을 타하는 것이 아니라 의료행위로 인한 또 다른 손해의 발생, 즉 적극적 채권침해를 다루고 있다는 점에서 의사의 환자에 대한 보호의무를 계약의 본질적 급부내용으로 보기는 어렵다.

는 신의칙상의 의무의 일종으로서 의사는 의료계약 당사자인 환자에 대하여 본질적인 진료채무 이외에 진료의 전 과정에서 환자의 생명, 신체, 재산을 침해하지 않도록 배려하여야 할 보호의무를 부담하고 있다고 보아야 하고, 이러한 점에서 의사의 주의의무의 본질은 이러한 환자에 대한 보호의무로 보는 것이 옳다고 생각한다. 결국, 의사의 주의의무 위반 여부를 판단함에 있어서 당해 의사의 의학지식 및 기술의 수준이 평균적인 의사의 수준에 미달하는 경우에는 평균적인 의사의 수준에서 그 위반 여부를 판단하게 되나, 당해 의사의 수준이 평균적인 의사의 수준보다 높다면 그 의사 자신의 수준에서 과실 여부를 판단하여야 하는 것이고,³¹⁾ 이러한 이유에서 우리의 판례도 의사의 주의의무가 “최선, 고도의 주의의무”임을 천명하고 있는 것이다. 의사의 주의의무의 본질을 이와 같이 파악하는 경우 진료상의 과실 뿐만 아니라 설명의무 위반, 나아가 불성실진료행위에 대하여도 의사의 불법행위책임을 인정하는 한편, 그로 인한 의사의 책임을 제한하는 통일적인 법적 근거를 제공할 수 있다.

3. 의료과실의 인정에서 추정으로의 전환

의료과실의 판단기준, 즉 의사가 앞서 본 바와 같이 최선의 주의의무를 다하였는지 여부를 판단하는 기준에 대하여 설명하기에 앞서 어떠한 경우에 의료과실을 인정할 것인지에 관하여 간략하게나마 먼저 살펴보는 것이 좋을 듯하다.

일반적으로 민사소송상의 증명도에 관하여는 직접적인 규정이 없으나 민사소송법 제202조(자유심증주의)와 제288조(불요증사실)에 비추어 불

31) 미국에서도 Restatement of Torts에 의하여 의사의 업무상 과실에 대하여 평균적인 의사에게 통상 갖추어져 있는 기술이 판단기준이 된다고 하면서도 의사는 필요한 직업적 행동기준에 따라야 함을 물론이고 평범한 의료행위라도 위험을 인식한 경우에는 최선의 판단을 하여야 한다는 내용의 판례를 통하여 최선판단의 법칙(Best Judgement Rule)을 확립하고 있다.

때 입증(증명)이란 법관이 어떤 사실의 존부에 대하여 증거에 의하여 진실의 개연성이 충분하다고 확신을 얻은 상태, 즉 법관의 내부적 심리상태인 심증 형성을 말한다. 법관의 심증에서 확신을 얻은 상태란 통상인이 일상생활에서 진실하다고 믿고 의심치 않는 정도의 고도의 개연성을 말하고, 자연과학이나 수학의 증명과 같이 반대의 가능성이 없는 절대적 정확성을 말하는 것은 아니다. 소송상의 증명은 역사적 증명이라고 말할 수 있으므로 어떠한 사실이 통상의 사물의 경과에 따라서 발생하였을 것이라는 사정을 당사자가 입증하면 반대 가능성이 있어도 그 사실은 일응 입증이 된 것으로 보고, 상대방이 그러한 사실이 발생하지 않았다는 반증을 내세울 수도 있는 것이다. 통상 민사소송에서 요구되는 입증의 정도에 대하여, 독일법계에서는 ‘진실의 고도의 개연성’이라고 말하고, 영미법계에서는 ‘증거의 우월’로 보는데, 여기에서 ‘진실의 고도의 개연성’이란 ‘사회의 통상인이 일상생활에 있어서 의심을 품지 아니하고 안심하고 행동하는 정도의 확신 또는 일체의 합리적 의심에 침묵을 명하는 정도의 진실’이라고 해석하고 있으며, 영미법계의 ‘증거의 우월’이란 용어는 판례에 의하여 확립된 용어로서 당사자 일방의 증거가 유력하고 신용할 수 있으며 가치가 있음을 의미하는 「증거의 유력」(Weight of evidence), 「보다 고도의 증거」(greater weight of evidence) 또는 「신용할 만한 보다 고도의 증거」(greater weight of credible evidence)에 의한 입증과 같은 뜻으로 이해되고 있다.³²⁾

한편, 의료과실로 인한 손해배상청구사건에서는 종래 입증책임의 완화 이론에 입각하여 대법원 1995.2.10. 선고 93다52402 판결이 “① 의료행위 과정에서 의료상의 과실 있는 행위(의학적, 전문적인 지식에 비추어 과실 있는 행위일 필요가 없고, 일반적, 상식적 수준에서 과실 있는 행위이면 족하다.), ② 환자의 기왕의 건강상의 결함이 없었다는 점³³⁾의 2가지를 입

32) 임좌혁, 앞의 논문 65-66면.

증하면, 그러한 과실 있는 행위와 결과 사이의 인과관계가 추정된다.”라고 판시하여 비록 완화된 수준이기는 하나 의사의 진료상 과실 있는 행위를 환자가 입증하여야만 하고,³⁴⁾ 위 ②의 요건까지 입증하면 ‘인과관계’가 추정된다는 법리를 실시한 이후, 위 법리를 오해한 때문인지 아니면 보다 입증책임을 완화할 필요에서인지는 몰라도 판례는 과실의 입증의 정도를 인정(입증)에서 사실상 추정을 허용하는 방향으로 전환하는 경향을 보였다.³⁵⁾ 결국, 현재 판례의 과실인정에 관한 태도를 정리하면, ① 일반인³⁶⁾의 상식에 바탕을 둔 과실 있는 행위를 입증하게 함으로써 그 과실과 나쁜 결과 사이의 인과관계만을 추정하거나,³⁷⁾ ② 나쁜 결과의 발생에 관하여 의료과실 이외에 다른 원인이 있다고 보기 어려운 여러 간접사실을 입증함으로써 특정한 의료과실의 추정을 허용하는 것이다.³⁸⁾ 더욱이 판례는 특정한 의료과실의 추정에서 더 나아가 과실을 선택적으로 인정함으로써 환자 측의 입증책임을 경감하고 있으나,³⁹⁾ 과실이란 어떠한 행위가 어떠

33) 건강상의 결함의 의미가 무엇을 의미하는지는 명백하지 아니하나, 입증책임을 완화가론과 관련하여 생각할 때 문제된 나쁜 결과의 발생에 환자의 요인이 존재하지 않을 것 또는 그 결과 발생이 의사의 배타적 지배영역 안에서 발생하였을 것 등을 의미한다고 보인다.

34) 환자의 과실에 대한 입증의 정도를 완화한 것이기는 하나, 의사에게 입증책임을 전환하거나 의사의 과실을 추정한 것이 아님은 판례의 문언상 명백하다.

35) 대법원 1995.3.10. 선고 94다39567 판결, 1996.12.10. 선고 96다28158 판결, 2000.7.7. 선고 99다66328 판결, 2000.10.27. 선고 2000다39674 판결 등. 환자에게 건강상의 결함이 존재하는 경우 위 93다52402 판결의 법리를 적용할 수 없게 되므로, 이러한 경우 과실의 추정은 상당히 유용하다.

36) 여기서의 ‘일반인’은 평균적인 의사가 아닌 의료지식의 문외한인 일반인을 말한다.

37) 이른바 간접반증이론을 적용하여 ① 환자 측에서 일련의 의료행위 과정에서 저질러진 일반인의 상식에 바탕을 둔 의료과실 있는 행위를 입증하고, ② 그 결과와 사이에 일련의 의료행위 이외에 다른 원인이 개재될 수 없다는 점을 증명한 경우에는 의료인 측에서 그 결과가 의료과실이 아닌 전혀 다른 원인으로 인한 것임을 입증하지 아니하는 이상 그 의료과실행위와 나쁜 결과 사이의 인과관계를 추정한다.

38) 시간적 근접성, 부위의 연관성, 타 원인의 개입가능성의 배제 등의 간접사실을 통하여 나쁜 결과가 수술로 인한 것으로 판단한 후, 수술 후 나쁜 결과가 발생할 수 있는 원인 중 의료과실 이외의 원인은 개입하지 않았다는 방식으로 의료과실을 추정한다.

39) 대법원 1995.3.10. 선고 94다39567 판결은 “의사의 전방경추융합술 시행 이후에 나타난 환자의 사지부전마비증세가 의사가 시술과정에서 수술기구 등으로 환자의 전면척추동

한 주의의무를 위반하였는지에 대한 판단이므로 불특정한 과실까지 추인되는 것은 아니라는 점을 유의할 필요가 있다. 그리고 원인불명의 의료사고에서 사실상 추정에 의하여 의사의 과실을 함부로 추정하는 경우에는 자연적 원인관계만으로 그 책임을 지운 것과 같은 결과가 되어 과실책임 주위에 반하게 되므로 의료행위와 나쁜 결과 발생 사이에 의료과실을 추정할 수 있을 정도의 개연성을 환자 측이 입증하여야 함을 주의하여야 한다. 판례도 같은 취지에서, “과실을 추정하는 경우에도 의사의 과실로 인한 결과 발생을 추정할 수 있을 정도의 개연성이 담보되지 않는 사정들을 가지고 막연하게 중한 결과에서 의사의 과실과 인과관계를 추정함으로써 결과적으로 의사에게 무과실의 증명책임을 지우는 것까지 허용되는 것은 아니다.”라고 판시하고 있다.⁴⁰⁾

다만, 앞서 본 민사의료소송에서의 과실의 추정은 의사의 업무상과실을 추궁하는 형사소송에서는 적용될 여지가 없다. 민사상 과실이든 형사상 과실이든 그 기초개념은 다를 바 없을 것이나, 형사소송에 있어서는 “의심스러우면 피고인의 이익으로”라는 원칙하에 검사가 의사의 과실을 증명하여야 하고, 이때 간접증거에 의한 공소사실의 인정은 허용되지만, 간접사실의 인정을 통하여 공소사실을 추정함은 허용되지 않기 때문이다. 따라서 동일한 사건에서 민사상으로는 과실이 인정되는 경우에도 형사상으로는 과실이 부정되는 사례가 종종 발생한다.⁴¹⁾

맥 또는 신경근 동맥을 과다압박 또는 손상하게 하여 척수혈류장애를 초래하였거나, 또는 환자의 제6 또는 제7 경추 부위의 척수를 손상시킨 잘못으로 인하여 초래된 것으로 추정된다”고 판시하였고, 대법원 1995.3.17. 선고 93다41075 판결에서는, 전신마취 시술 직후 나타난 저산소뇌후유증으로 인한 신경마비의 발단이 된 기흉의 발생원인에 대하여, “이 같은 기흉이 발생될 수 있는 네 가지의 원인 중 ‘과도양압으로 인한 폐포 파열 또는 삼관시 식도손상’ 등 환자의 책임으로 돌릴 수 없는 전신흡입마취 과정에서 적절치 못한 시술이 바로 이 같은 기흉의 유발 및 이로 인한 청색증 내지 피하기 중이 초래된 원인이 된 것으로 추정할 수밖에 없다.”고 판시함으로써 과실의 유형을 선택적으로 인정하고 있다.

40) 대법원 2004.10.28. 선고 2002다45185 판결, 2007.5.31. 선고 2005다5867 판결 등.

41) 이러한 차이는 단순히 과실의 입증 정도에서 비롯되는 것만은 아니다. 과실의 인정 또는 가벌적 위법성의 인정은 이른바 개방적 구성요건으로서 법관이 그 시대의 법인식

III. 의료과실의 판단기준

1. 일반적인 기준

의사가 앞서 본 최선의 주의의무를 다했는지 여부를 가리기 위한 판단 주체의 기준을 어떻게 정할 것인가에 대하여는 과실범 체계와 관련하여 형법학자들 사이에서 많은 논의가 있었는데, ① 행위자가 속한 집단 내에 있는 일반적인 사람들의 주의능력을 기준으로 한다는 객관설, ② 행위자 자신의 개인적 주의능력을 기준으로 하여야 한다는 주관설, ③ 주의의 정도는 객관적으로 정하고, 주의력은 개인의 능력을 표준으로 하자는 절충설이 대립하고 있으나, 일반적으로 객관설이 지배적인 견해라고 한다. 민사상 의료과실이 형사상 업무상 과실이 동일한 것이라고 한다면, 그 판단 기준도 동일하게 적용하여야 할 것이므로 민법학자들도 대부분 객관설의 입장에서, 의사의 주의의무위반 역시 추상적 과실 즉, 통상인에게 요구되는 주의를 위반한 것을 말하고, 여기의 통상인이란 당해 행위자가 처한 직위나 지위에 있어서의 통상인을 말하는 것이므로 의사의 주의의무는 일반인으로서가 아니라 통상의 의사 또는 평균적인 의사로서 가져야 할 의학상의 지식과 기술에 대한 주의라고 설명하고 있다.⁴²⁾ 그런데 의료행위의 특수성으로 인하여 통상의 의사 또는 평균적인 의사로서 기울여야 할 주의의무를 다했는지 여부를 구체적으로 판단하는 것은 매우 어렵기 때문에 의료행위가 행하여질 당시 주변의 여러 상황을 고려할 필요가 있다.

의료과실의 판단기준인 의사의 주의의무 위반과 관련하여 우리 대법원은 “의사가 진찰·치료 등의 의료행위를 함에 있어서는 사람의 생명·신체·건

과 판례를 기준으로 보완할 수밖에 없는 것인바, 민사상 과실은 손해의 공평한 부담, 피해자구제라는 관점에서 비교적 경미한 형식적 부주의가 있어도 과실을 인정할 수 있는데 반하여, 형사상으로는 책임주의의 원칙상 형벌을 강제할만한 상당히 고도의 실질적 부주의만을 과실로 인정하여야 하므로 사실상 형사상 과실을 민사상 과실과 달리 볼 필요가 있기 때문이다.

42) 권오승, “의료과오와 의사의 주의의무”, 『민법판례연구 IV』, 박영사, 1993, 96면.

강을 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 같은 업무에 종사하는 일반적 보통인인 통상의 의사에게 의료행위 당시 일반적으로 알려져 있고, 또 시인되고 있는 이른바 의학상식⁴³⁾을 뜻하므로 진료환경 및 조건, 의료행위의 특수성 등을 고려하여 규범적인 수준으로 파악되어야 한다.”라고 판시하고 있는바,⁴⁴⁾ 이는 ① 일응 임상의학 분야에서 일반적으로 실천되고 있는 의료수준을 기준으로 하되, ② 그러한 의료수준은 규범적으로 요구되는 수준으로 파악되어야 하고 해당 의사나 의료기관의 구체적 상황을 고려하여서는 아니 되나, ③ 진료환경 및 조건이나 의료행위의 특수성 등은 고려하여야 한다고 정리할 수 있다.⁴⁵⁾

2. 구체적 판단기준

가. 임상의학에서 일반적으로 실천되고 있는 규범적 의료수준

의사의 주의의무의 기준이 되는 것은 병리학적인 엄밀성이 요구되는 학

43) 판례가 의사의 주의의무의 판단기준으로 제시하고 있는 ‘의료행위를 할 당시 의료기관 등 임상의학분야에서 실천되고 있는 의료행위의 수준으로서의 이른바 의학상식’이라 함은 최소한 의료행위를 할 당시에 있어서 국내 의과대학의 표준적인 교과서 등에 실려 있는 수준의 의학이라고 해석함이 상당하다고 할 것인데, 하급심까지를 포함한 각 판결례에서 의료수준을 인정하기 위하여 인정되어 온 관련 의학상식은 구체적인 사건에서 변론주의가 적용되는 범위 내에서 당사자의 주장과 입증(증거로 제출된 의학교과서 등 문헌과 방해사건에서의 진료감정 및 감정조회 결과)에 의하여 법원이 인정한 의학상식이기 때문에 특히 의사의 입장에서는 의학상식의 객관성에 동의할 수 없는 경우도 있음을 유의하여 법원은 의학지식을 정확히 이해하고 이를 판단의 기초로 삼음으로써 의사의 불신을 해소하도록 노력해야 한다.

44) 대법원 1994.4.26. 선고 93다59304 판결; 1997.2.11. 선고 96다5933 판결; 1998.2.27. 선고 97다38442 판결; 1998.7.24. 선고 98다12270 판결; 2003.1.24. 선고 2002다3822 판결; 2003.11.27. 선고 2001다2013 판결; 2005.10.28. 선고 2004다13045 판결; 2006.10.26. 선고 2004도486 판결 등.

45) 김만오, “의료과오에 관한 판례의 동향”, 『민사법학』, 27호, 한국사법행정학회, 2005, 304-305면.

문적 의학이 아니라 진료 당시의 임상의학의 실천에 있어서의 의료수준이다. 따라서 의료사고 당시 특수한 개인이나 병원에만 알려져 있는 특수한 의료지식이나 의료기술은 의료과실의 판단기준으로 삼을 수 없다.⁴⁶⁾ 하지만, 의학의 발전에 따라 새로운 의학지식의 획득가능성과 실제 진료의 실행가능성을 고려하면 의사는 그 진료시점에서 자신이 과거에 배운 의료수준에 안주하여서는 아니 되고, 새로운 의학지식이나 기술을 배워야 할 연찬의무를 부담하고 있고, 의사에게 요구되는 의료수준이란 규범적인 것이어서 임상의학에 실천에 의한 의료수준을 현실적으로 의사들이 행하고 있는 의료수준에서 벗어나 규범적 요소를 고려하여 당해 의사나 의료기관에서 구체적, 현실적으로 행하여지고 있는 의료수준이 아니라 연찬의무를 통하여 항상 최신의 의료정보와 기술을 습득한 상태의 의료수준을 판단기준으로 삼고 있음을 주의하여야 한다. 그리고 의료수준은 의사의 주의의무의 규범적 판단기준이므로 의료관행과 구별되어야 한다. 의사가 의료계에서 일반적으로 수용되어서 관행적으로 행하여지고 있는 의료행위를 한 경우 이는 임상의학에서 일반적으로 실천되고 있는 의료수준을 반영한 것으로 추정함이 상당하다고 할 것이지만, 그것이 규범적으로 수용할 수 없는 일종의 악습이라면 주의의무를 다하지 못한 것으로 보아야 한다.⁴⁷⁾ 우리 대법원도 “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 피

46) 서울중앙지방법원 1993.7.21. 선고 92가합35405 판결에서는 피고가 진단하지 못한 대동맥박리증을 다른 병원의 의사가 밝혀낸 사안에서 피고가 일반적인 의사들이 임상의학에서 시행하는 정도의 조치를 모두 하였고, 대동맥박리증을 밝혀낸 의사는 자신이 심장병 환자로서 심장계통에 관한 박사학위를 소지하고 2~3개월에 한 번씩 일본에 치료를 받으러 다니는 관계로 심장질환계통에 특수한 전문성을 가진 의사인 점을 들어 피고의 과실을 부정하였다.

47) 다만, 의료관행이 형성되는 것은 그 관행에 나름대로의 의의가 있기 때문이므로 그와 관련된 정확한 의학적인 지식을 갖추지 않은 상태에서 의료관행을 부적절한 것이라고 판단하는 것은 주의하여야 한다.

고인이 그에 대한 아무런 조치도 취함이 없이 간호사에게 혈액봉지의 교체를 일임한 것이 관행에 따른 것이라는 이유만으로 정당화될 수는 없다.” 라고 판시함으로써 관행에 따른 경우에도 주의의무 위반이 될 수 있음을 명백히 하였다.⁴⁸⁾ 다만, 의료법에 위반된 의료행위를 하였다 하더라도 의료법은 규범적으로 의사들에게 요구할 수 있는 의료수준을 정한 것이 아니므로 그 자체가 의사의 주의의무위반은 아니고, 당해 의료행위에 있어 구체적인 주의의무위반이 인정되지 아니하는 이상 의료법 위반사실만으로 민사상 불법행위책임을 부담하지는 않는다.⁴⁹⁾

나. 진료환경 및 조건과 의료의 특수성

임상의학에서 일반적으로 실천되고 있는 규범적 의료수준이라는 것은 너무 개괄적이어서 구체적인 사건을 해결하면서 과연 당해 의사의 의료행위가 주의의무를 위반한 것인지 여부를 판단하는 것이 매우 어렵다. 우리의 판례는 주의의무위반 여부를 판단함에 있어 진료환경 및 조건과 의료의 특수성을 고려하여야 한다고 판시하고 있으므로 아래에서는 진료환경 및 조건과 의료의 특수성과 같은 여러 가지 개별적, 구체적 고려사항을 살펴본다.

(1) 당해 의사가 특수한 지식을 가지고 있는 경우(특정 의료수준)

의사의 과실인정의 판단기준은 원칙적으로 통상의 의사 또는 평균적인 의사가 가진 지식과 기술의 수준을 기초로 하여야 할 것이나, 당해 의사가 개별적으로 다른 의사들보다 높은 정도의 의료기술을 습득하고 있는 경우에 이러한 특정 의료수준을 당해 의사에게 요구되는 규범적 의료수준으로 볼 것인지가 문제된다. 사적 자치의 원칙상 특정 의료수준이 계약의 내용

48) 대법원 1998.2.27. 선고 97도2812 판결.

49) 대법원 2002.1.11. 선고 2001다27449 판결, 2002.10.11. 선고 2002다36945 판결 등.

에 포섭되었다고 보이는 경우 당연히 계약에 따라 요구되는 의료수준을 기준으로 판단하여야 하고, 또한 의료행위에서 다루는 법익의 중대성에 비추어 볼 때 의사가 이미 일반적인 의료행위보다 더 나은 의료행위에 대한 지식을 갖고 있음에도 이를 사용하지 않는 것은 정당화될 수 없다.⁵⁰⁾

다만, 의사가 특정 의료수준을 갖추고 있다는 점은 환자가 입증하여야 할 것인데, 의사가 갖추고 있는 의료의 수준을 환자가 직접 입증하는 것은 어려우므로 어떤 경우에 의사에게 일반적인 의료수준 이상의 의료수준을 갖추고 있거나 갖추고 있어야 한다고 인정할 것인지 문제된다. 일본에서는 ‘미숙아 망막증 사건’에 관한 판결에서 “어떤 신규치료법의 존재를 전제로 검사, 진단, 치료 등에 임하는 것이 진료계약에 근거하여 의료기관에 요구되는 의료수준인가를 결정하는 데 있어서는, 해당 의료기관의 성격, 소재 지역의 의료환경의 특성 등의 제반사정을 고려하여야 하며, 위의 사정을 무시하고, 모든 의료기관에 대해 진료계약에 근거하여 요구되는 의료수준을 일률적으로 해석하는 것은 바람직하지 않고, 신규치료법에 대한 지식이 해당 의료기관과 유사한 특성을 지닌 의료기관에 어느 정도 보급되어 있고, 해당 의료기관에서 위의 지식을 지닐 것을 기대해도 좋다고 인정되는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 위 지식은 위 의료기관에 있어 의료수준이라고 보아야 한다.”라고 판시하였다.⁵¹⁾ 우리나라에서는 아직까지 이에 대한 판례를 찾아 볼 수 없으나, 환자가 특정분야의 권위자로 소문난 대학병원의 교수로부터 진료를 받기 위하여 선택진료의 방법으로 진료를 받게 된 경우에는 해당 교수의 개인적 임상경험 등에 기초한 전문적 의료수준을 판단기준으로 삼는 것이 타당할 것이다.

50) 미국에서는 어떤 상황에서 의사가 기존의 치료법에 따르는 것이 불합리하게 위험하고, 그가 더 좋은 치료법에 대하여 충분한 전문지식을 갖고 있는 경우, 그 의사는 자신의 우수한 지식과 기술을 사용하여야 할 의무를 부담하고 이를 게을리 한 때에는 그 의사에게 책임이 있다는 것이 판례에 의하여 확립되어 있다고 한다. 최재천·박영호, 앞의 책 313면.

51) 일본최고재판소 1995. 6. 9. 판결, 판례시보 제1537호, 3면.

(2) 수련의, 전공의 및 비전문의의 주의의무 경감 여부

(가) 원칙

의사는 전문의, 수련의, 전공의 등으로 나누어져 있으나 의사의 자격을 지니는 이상 이들의 주의의무의 기준은 동일하다.⁵²⁾ 수련의, 전공의는 야간 응급실의 근무 중 행위(긴급성) 등의 특별한 사정이 없는 한 전문의의 지도와 자문을 받아서 의료행위를 하여야 할 주의의무가 있으나, 이들이 그러한 의무를 위반하여 위험을 감수하고 오로지 자신의 판단 하에 의료행위를 한 경우에 있어서는 그 주의의무를 특별히 감경하지 않고 전문의와 같은 수준에서 판단한다.⁵³⁾

한편, 비전문의가 다른 전문의의 전문진료영역에 속하는 의료행위를 한 경우에도 의사가 전문분야 외의 진료를 한 사실만으로 과실이 추정되지 않는 한편, 전문분야 외라는 이유로 주의의무가 경감되지 아니하고 해당 과목의 전문의와 동일한 주의의무를 부담한다.⁵⁴⁾ 자신의 전문과목도 아니면서 해당 전문의에게 전원하지 아니하고 직접 진료한 이상 그 해당 과목의 전문의와 동일한 주의의무의 기준을 적용하여야 환자의 권리가 보호되기 때문이다.

(나) 예외(긴급성)

긴급한 상황 하에서 환자들은 전문의의 진료를 받지 못하고 어쩔 수 없이 현재 관행상 전문의가 아닌 수련의, 전공의들이 주로 치료를 담당하고 있는 병원 응급실을 찾는 경우가 많고, 전문의라 하더라도 경우에 따라 긴급한 상황이나 기타 당시의 진료장소 및 진료여건상 자기의 전문분야 외의 치료를 하여야 할 의무를 부담하는 경우도 있다.⁵⁵⁾ 이와 같은 긴급한

52) 대법원 1997.2.11. 선고 96다5933 판결은 전공의가 분만 도중 과도한 흡입분만을 시도한 사안에서 주의의무를 판단함에 있어 “당해 의사나 의료기관의 구체적 상황을 고려하여서는 안 된다.”라고 판시하였다.

53) 대법원 1993.7.27. 선고 92도2345 판결, 1992.5.12. 선고 91다23707 판결. 다만, 긴급한 상황에서는 예외를 인정한다.

54) 대법원 1974.5.14. 선고 73다2027 판결도 같은 취지로 보인다.

상황과 같이 예외적인 경우에는 치료하지 아니할 때 초래될 위험에 비하여, 다소 부족하더라도 치료를 할 때 초래될 위험이 더 적다고 보이는 점 등을 비교 교량하여 의사가 긴급한 치료를 시작한 경우에는 주의의무가 경감된다고 보아야 한다.

우리나라 판례에서도 교통사고 응급환자에 대한 X선 촬영 및 기타 조치가 신속하게 이루어지지 않아 그 환자가 긴장성 기흉으로 사망한 사안에서, 그러한 의료행위가 주간에 일반적인 상황에서 이루어졌다면 당연히 과실이 인정되었을 것임에도 불구하고, 전문의를 둘 법적 의무가 없는 준 종합병원에서 수련의 과정까지만 마친 일반의가 야간당직을 서던 중 위와 같은 일이 발생하였던 점 등의 사정을 들어 전문의가 아닌 일반의를 기준으로 주의의무를 완화하여 판단하거나,⁵⁶⁾ 신경외과 전문의가 아닌 정형외과 전문의가 주간의 진료시간에 전문분야에 대한 전문의의 자격으로 망인을 진료한 것이 아니라 야간에 당직의사로서 망인을 진료한 경우에 신경외과 전문의의 주의의무 기준을 적용할 수 없다는 원심을 확정된 바 있다.⁵⁷⁾

(3) 협업(분업)의료행위에 있어 각 의료종사자의 주의의무

의료행위는 의사를 중심으로 해서 이에 간호사, 진료방사선기사, 위생 검사기사 등 다수의 의료보조자 또는 의료종사자가 협력하는 것이 보통이다. 또한, 현대의학이 발전함에 따라 전문의의 전문과목이 보다 세분화하

55) 대법원 1997.3.11. 선고 96다49667 판결은 “산부인과 전문의가 아닌 일반외과 의사라고 하더라도 당직 의사였다면 산부인과 전문의가 없는 상황에서 산모가 급하게 제왕절개 수술을 요하는 급박한 상태이고, 그러한 상황을 보고받기까지 한 이상 사람의 생명·신체·건강을 관리하는 의사로서의 업무의 성질에 비추어 의사로서는 환자의 구체적인 증상이나 상황에 따라 위험을 방지하기 위하여 요구되는 최선의 처치를 행하여야 할 주의의무가 있다.”라고 판시하였다.

56) 대법원 1999.11.23. 선고 98다21403 판결.

57) 대법원 2003.1.10. 선고 2002다52275 판결(원심 부산고등법원 2002.8.16. 선고 2002나229 판결).

면서 의료행위의 분업화 현상을 뚜렷해지고 있다. 이제 의사와 의사, 또는 의사와 간호사 등 각 의료종사자 사이의 상호간 긴밀한 협력 없이는 중대한 수술은 거의 불가능하다. 이러한 의료분담에 대하여 과실 여부를 논하는 경우 환자의 입장에서는 분업, 협력에 의한 공동작업 자체를 일체로 평가함이 손쉬울 것이나, 분업적 협력이란 본질적으로 분업을 담당하는 각자가 서로 상대방을 신뢰함을 전제로 하는 것이어서 다른 공동작업자가 주의의무를 다하리라고 믿고 자신의 업무분담행위를 한 자에 대하여 다른 공동작업자의 과실로 인한 부분에 대한 책임을 물을 수 있는지가 문제된다. 이러한 문제에 대하여 먼저 형사상 책임주의의 관점에서 일반적인 과실범이론을 분업적 의료행위에 적용할 경우의 불합리한 점을 개선하기 위하여 의료상의 허용된 위험의 법리로서의 신뢰의 원칙의 적용을 허용하여야 한다는 주장이 제기되어 많은 논의가 있었는데, 민사상 과실 여부를 판단함에 있어서도 참고할만하다. 다만, 민사상 책임의 경우에는 과실행위자가 아닌 계약당사자에게 책임을 추궁하거나 불법행위의 경우에도 사용자책임이나 공동불법행위책임을 물어 의료분담과 관계없이 공동의료행위 전체에 대한 책임을 물을 수 있으므로 그 논의의 실익은 크지 아니하다.

(가) 의사와 환자 사이의 경우

의료행위는 환자의 적극적인 협력이 없이는 적절한 진료가 어려운 경우가 많다. 그러나 의사는 의료행위에 관하여 전문적인 지식을 가지고 있고, 어떤 처치가 필요한지를 판단하는 것은 의사이지 환자가 아니다. 따라서 의사로서는 전문적인 지식이 부족하고 진료를 위하여 적절한 행동이 무엇인지에 관하여 합리적인 판단능력이 떨어지는 환자에 대하여는 폭넓은 주의의무를 부담한다. 이런 관점에서 의사가 환자를 진료함에 있어서는 일반적으로 신뢰의 원칙이 적용되지 않는다.

의사와 환자와의 관계에 관하여 주목할 만한 판례로는 의료과실사건은 아니지만 서울지방법원 남부지원에서 판결한 보라매병원 사건⁵⁸⁾이 있다. 여기서 법원은 환자의 생명을 보호하기 위하여 의료행위를 계속하여야 할

의무와 환자의 요구에 따라 환자를 퇴원시킬 의무와의 사이에 충돌이 있는 경우 의사로서는 더 높은 가치인 환자의 생명을 보호할 의무가 우선하므로 환자의 퇴원 요구에도 불구하고 환자를 보호하여야 할 지위나 의무가 종료되지는 아니한다고 판시하였다. 그러나 위 사건은 환자가 아닌 보호자의 퇴원요구에 의한 것이었던 만큼 위 판시 견해를 모든 사건에 일반화하여 적용할 수는 없다고 생각한다. 환자가 의사의 지시에 응하지 않거나 더 낫은 여건의 전문의료기관으로 전원을 권유하였음에도 이를 거절하거나, 수혈이 필요한 여호와의 증인 신도가 수혈을 거부하는 경우와 같이 예외적인 경우에는 의사가 주의의무를 위반하였다고 보기는 어렵다. 대법원도 봉와직염 환자에게 혈관촬영이 가능하고 수술시설이 갖추어진 종합병원으로 갈 것을 강력히 권유하고 피사의 위험성이 있음을 경고하였음에도 환자가 이에 불응하고 민간요법으로 치료를 계속하다가 우측하지를 절단하기에까지 이른 업무상과실치상 사건에서 의사는 치료시술상 요구되는 주의의무를 해태하였다고 볼 수 없다고 판시하였고,⁵⁹⁾ 금연이 요구되는 환자에게 금연토록 지시하고 금연 여부를 구두로 확인하였다면 의사에게 환자로 하여금 담배를 피우지 못하도록 다른 조치를 취하여야 할 주의의무는 없다고 판시한 바 있다.⁶⁰⁾

(나) 의사와 의사 사이의 경우

1) 수직적 지휘, 감독관계

일반적으로 수직적인 지휘, 감독관계에 있는 경우에는 신뢰의 원칙이

58) 대법원 2004.6.24. 선고 2002도995 판결. 이 사건은 경막외출혈로 보라매병원으로 이송되어 혈중제거수술을 받고 중환자실에서 산소호흡기를 부착한 채 치료를 받던 환자에 대하여, 치료비를 감당할 수 없게 된 보호자가 퇴원을 강력히 요구하자 의사가 이를 승낙하여 환자로 하여금 사망케 한 사건으로, 1심인 서울지방법원 남부지원은 담당 의사들에 대하여 부작위에 의한 살인죄로 각 유죄판결을 선고하였고(1998.5.15. 선고 98가합9 판결), 항소심인 서울고등법원은 담당 의사들에 대하여 살인방조죄로 각 유죄판결을 선고(2002.2.7. 선고 98노1310 판결)하였으며 상고기각으로 확정되었다.

59) 대법원 1983.5.24. 선고 82도 289 판결.

60) 대법원 1999.3.26. 선고 98다45379, 45386 판결.

적용되지 않는다. 규모가 큰 병원의 경우는 전문진료과목마다 책임자(과장)가 지정되어 있고, 그 밑에 의료진이 소속하여 진료업무를 행하고 있는 경우가 많은데, 원칙적으로 진료과목의 책임자는 진료과목 내에서 이루어지는 전반적인 진료행위에 관하여 지휘, 감독할 의무가 부과되어 있다. 따라서 전문진료과목의 책임자와 그 소속 의사들과의 관계에서는 원칙적으로 신뢰의 원칙이 적용되지 않는다. 그러나 해당진료과목의 책임자가 실제 진료행위에는 관여치 아니하고 진료과목 내의 일반적인 행정업무만을 총괄하거나 진료에 개입하더라도 그 진료가 일반적인 지시나 감독의 범위를 벗어나는 것이 아닌 경우에는 그 책임자에게 의료과실의 책임을 부담케 할 수는 없다. 진료행위에 가담치 아니하거나 담당의사의 진료행위에 대하여 일반적인 감독업무를 수행하는 것에 불과한 자에게 특정 환자에 대한 담당의사의 구체적인 진료의 잘못에 대하여서까지 주의의무를 요구할 수는 없기 때문이다.⁶¹⁾ 대법원도 실제 환자에 대하여 진료를 담당하지 않았던 구강악안면외과과장에 대하여 과장이라는 이유만으로 외래담당의사 및 담당 수련의들의 처치와 치료결과를 주시하고 적절한 수술방법을 지시하거나 담당의사 대신 직접 수술을 하고, 농배양을 지시, 감독할 주의의무가 있다고 단정할 수 없다고 판시한 바 있다.⁶²⁾

한편, 주치의와 당직의 사이의 관계는 수직적 지휘, 감독관계라고 할 수 없음에도 주치의는 자신에게 주어진 모든 최선의 의무를 이행하지 않은 이상, 당직의에 대한 관계에서 신뢰의 원칙을 주장할 수 없고, 당직의의 과실에 대하여 책임을 져야 한다.⁶³⁾

61) 다만, 진료에 가담하여야 할 명백한 의무가 있음에도 불구하고 이를 이행치 아니한 경우에는 예외이다. 이에 대하여 종합병원의 과장은 많은 경우에 있어서 진료를 대표하는 복합조직체를 대표하여 그 신인도 유지를 책임지고 있으므로 의료진의 구성이나 의료행위의 수준을 점검하고 그에 따른 제반문제에 대한 보완조치를 취할 의무를 부담하고 있다고 보아야 하므로 과장에게도 일정한 범위 내에서는 과실을 인정함이 타당하다 주장하는 견해도 있다. 정영일, “의료과실의 형사책임에 관한 일고찰”, 한일형사법의 과제와 전망(2000), 수운이한교교수정년기념논문집간행위원회 105면.

62) 대법원 1996.11.8. 선고 95도2710 판결.

2) 수평적 협업관계

수술을 함에 있어서 수술의사와 마취의사와의 관계, 종합병원에서 진료 과목을 달리하는 의사들 간의 관계 등과 같이 한 병원에서 수평적인 협의 진료를 하는 경우에는 지휘, 감독관계가 존재하지 아니하므로 신뢰의 원칙이 적용된다고 보아야 한다. 우리의 판례도 대학부속병원 비뇨기과 의사가 도립병원 비뇨기과 의사의 수술지원요청을 받아 환자에 대한 수술을 마치고 밖으로 나오고, 수술지원을 요청하였던 도립병원 의사가 남은 봉합시술 등을 하다가 담당간호사의 착오로 이형수혈(이형수혈)을 함으로 인하여 환자가 사망한 사건에서 대학부속병원 비뇨기과 의사의 과실을 부인한 손해배상사건 판결⁶⁴⁾ 이후 민사 및 형사사건에서 협의진료관계에 있는 의사 상호 간에는 신뢰의 원칙이 적용된다는 원칙적인 입장을 취하고 있다.⁶⁵⁾

그러나 이와 같은 신뢰의 원칙은 전원의 경우에는 그대로 적용되지 않는다. 즉 환자에 대하여 다른 병원에서 이미 진단이 내려진 경우라 하더라도 환자에 대하여 진료를 담당하는 의사는 다른 병원에서의 진단을 신뢰

63) 대법원 1994.12.9. 선고 93도2524 판결. 이 사례는 주치의사가 환자에게 필요한 일련의 조치를 취하지 아니한 상태에서 야간당직의사의 과실이 일부 개입하여 환자가 사망하였다면 주치의는 업무상과실치사죄의 책임을 면할 수는 없다고 판시한 사안이다.

64) 대법원 1970.1.27. 선고 67타2829 판결.

65) 대법원 1970.2.10. 선고 69도2190 판결은, 산부인과 전문의가 다른 병원 의사의 요청에 의하여 분만수술을 마친 후 수술이 이루어진 병원 담당의사에게 혹시 분만수술시의 자궁구의 열상에서 오는 출혈에 대비 조치할 것까지를 지시하고 임부를 인계한 이상 그 후의 환자에 대한 관리와 조치의 책임은 수술이 이루어진 병원의 담당의사에게 있는 것이고, 일단 그 자리를 물러난 의사에게 수술이 이루어진 병원 의사의 과실로 환자에게 발생한 결과에 대한 과실이 있다고 할 수 없다고 판시하였고, 최근의 대법원 2003.1.10. 선고 2001도3292 판결도 내과의사가 신경과 전문의에 대한 협의진료 결과 피해자의 증세가 관련하여 신경과 영역에서 이상이 없다는 회신을 받았고, 그 회신 전후의 진료 경과에 비추어 그 회신 내용에 의문을 품을 만한 사정이 있다고 보이지 않자 그 회신을 신뢰하여 뇌혈관계통 질환의 가능성을 염두에 두지 않고 내과 영역의 진료 행위를 계속하다가 피해자의 증세가 호전되기에 이르자 퇴원하도록 조치하였으나, 피해자가 지주막하출혈로 사망에 이른 사안에서, 내과의사는 피해자를 진료함에 있어서 지주막하출혈을 발견하지 못한 데 대하여 업무상과실이 있었다고 단정하기는 어렵다고 판시하여 협의 관계에 있는 다른 의사를 신뢰한 의사에게는 과실이 없음을 명확히 하고 있다.

하고 환자를 진료하여서는 아니 된다. 우리 판례도 의과대학 산부인과 전공의사가 다른 병원에 파견근무를 하면서 환자의 복부에서 만져지는 혹을 제거하기 위한 개복수술을 하려고 하였으면 위 환자의 진료에 필요한 모든 검사를 면밀히 실시하여 병명을 확인하고 수술에 착수하여야 하고 개복 후에도 개복 전의 진단병명은 정확하며 혹시 다른 질환은 아닌지를 세밀히 검토하여 필요한 범위 내에서 수술을 시행하여야 할 업무상주의의무가 있음에도 불구하고 경유병원에서의 진단소견이 자궁근종 또는 자궁체부암으로 되어 있자 자궁외 임신인지를 판별하기 위한 각종검사 등을 거치지 아니한 상태에서 자궁근종으로 속단하고 자궁적출술을 시행한 사안에서 산부인과 전공의의 과실을 인정하였다.⁶⁶⁾

(다) 의사와 간호사 사이의 경우

수술은 물론 투약이나 환자의 관찰 등의 진료과정에서 간호사의 보조가 필연적으로 따르게 된다. 의료행위는 의사의 책임 아래 이루어지고, 의사는 간호사가 잘못을 범하지 않도록 지도, 감독하여야 할 의무를 부담하므로 의사는 간호사를 전적으로 신뢰하여서는 아니 된다. 판례의 입장 역시 의사는 의료행위시 환자에게 위해가 미치는 것을 방지하기 위하여 최선의 조치를 취할 의무를 지고 있고, 간호사로 하여금 의료행위에 관여하게 하는 경우에도 그 의료행위는 의사의 책임 하에 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 과실을 면할 수 없다고 한다.⁶⁷⁾ 그러나 대부분의 병원에서 주사행위는 간호사에 이루어지며, 간호사 또한 정규대학과정을 통하여 일정한 범위에서

66) 대법원 1993.7.27. 선고 92도2345 판결.

67) 대법원 1998.2.27. 선고 97도2812 판결.

의료행위를 보조할 수 있는 업무를 익혔기 때문에 통상적으로 이루어지는 위험성이 그다지 따르지 않는 행위까지도 의사가 현장에서 지휘, 감독하게 하는 것은 바람직하지 못한 면도 있기 때문이다. 따라서 보조행위의 특성상 의사가 현장에서 지휘, 감독하여야 할 정도로 위험성이 있는 것인지, 보조행위로 인하여 환자에게 부작용 혹은 후유증이 있을 수 있는 것인지 여부와 간호사의 자질과 숙련도 및 환자의 상태 등을 종합적으로 판단하여 일정한 범위 내에서 제한적으로나마 신뢰의 원칙을 적용함이 타당하다.⁶⁸⁾ 최근 대법원도 간호사가 의사의 처방에 의한 정맥주사를 뇌실외배액관에 잘못 투약하여 환자를 사망케 한 사건에서 간호사가 '진료의 보조'를 함에 있어서는 모든 행위 하나하나마다 항상 의사가 현장에 입회하여 일일이 지도 감독하여야 한다고 할 수는 없고, 경우에 따라서는 의사가 진료의 보조행위 현장에 입회할 필요 없이 일반적인 지도 감독을 하는 것으로 족한 경우도 있을 수 있다 할 것인데, 여기에 해당하는 보조행위인지 여부는 보조행위의 유형에 따라 일률적으로 결정할 수는 없고 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 한다고 판시하여 종전의 입장을 제한적으로 변경하였다.⁶⁹⁾

(라) 의사와 기타 의료행위보조자 사이의 경우

의사와 기타 의료행위보조자와 사이의 관계에서도 일반적으로 지휘, 감독관계에 있는 경우에는 의사는 주의의무위반으로부터 해방되지 않는다.

68) 의사의 지시나 감독 없이 의료보조자가 자신의 판단과 책임 하에 보조행위를 시행할 수 있는 절대적 의료보조행위와 의사의 지시와 감독이 필요한 상대적 의료보조행위로 나누는 견해도 있으나, 의료종사자가 자신들의 업무영역에 속하는 의료보조행위를 한 경우에는 의사가 아닌 일반적인 의료종사자를 기준으로 하여 과실판정을 하여야 하므로 형식적으로 절대적 의료보조행위를 규정하는 것은 환자의 보호에 소홀할 여지가 있고, 의료행위의 위험성의 측면에서도 절대적 의료보조행위와 상대적 의료보조행위의 구별이 쉬운 것은 아니므로 구체적, 개별적 사안에 따라 판단하는 것이 옳다.

69) 대법원 2003.8.19. 선고 2001도3667 판결.

병원 직원이 수술시 마취제로 사용되는 아산화질소통을 산소통과 바꾸어 연결함으로 인하여 수술환자에게 산소 대신 아산화질소를 흡입시켜 사망케 한 사례⁷⁰⁾ 등의 경우에 있어서 마취의사는 산소통이나 아산화질소통을 교체할 당시에 해당되는관이 정확하게 연결되어 있는지 여부를 확인하여야 할 주의의무가 있다. 그러나 위에서 본 바와 같이 일정한 업무영역에서 어느 정도 독립하여 업무를 수행하는 관계에 있는 의료행위보조자의 경우에는 제한된 범위 내에서 신뢰의 원칙을 적용할 수도 있을 것이다.

(마) 의사와 약사 사이의 경우

의약분업제가 실시되고 있는 현행 의료법 체계상 의사와 약사 사이의 관계는 상호 간의 위임과 신뢰가 전제되어 있고, 기본적으로 양자는 독립된 별개의 분야로서 각자는 고유한 책임영역을 갖는다고 보아야 할 것이므로 특별한 사정이 없는 한 당연히 신뢰의 원칙이 적용된다.

(4) 재량성

의사의 재량성의 문제는 질병에 대한 검사 내지 치료방법이 복수일 때 그 중 어느 것을 선택할 것인지가 전적으로 의사에게 달려있는 경우에 발생한다.⁷¹⁾ 의사는 진료를 행함에 있어 환자의 상황과 당시의 의료 수준 그리고 자기의 전문적인 지식과 경험에 따라 생각할 수 있는 몇 가지의 조치 중에서 적절하다고 판단되는 진료방법을 선택할 수 있고, 그것이 합리적인 재량의 범위를 벗어난 것이 아닌 한 진료의 결과를 놓고 그 중 어느 하나만이 정당하고 그와 다른 조치를 취한 것에 과실이 있다고 말할 수는 없

70) 흡입마취시 보통 아산화질소와 산소를 함께 공급하여 마취시키고, 깨어날 때에는 산소만을 공급한다. 이때 산소 대신 아산화질소를 공급하게 되면 환자는 깨어나지 않고 치명적인 손상을 입거나 사망할 수 있다.

71) 환자의 자기결정권을 중시하는 입장에서는 긴급한 상황이거나 또는 사전에 환자로부터 포괄적으로 위임받은 경우가 아니라면 의사는 환자에게 복수의 진단 또는 치료방법에 대하여 구체적인 설명을 하여 환자에게 그 방법을 결정하도록 하여야 하므로 의사의 재량권은 줄어든다. 그러나 설명의무 위반과 진단 또는 치료방법의 선택에 있어 주의의무 위반과는 엄격히 구별되는 개념이므로 이를 동일시하여서는 아니 된다.

다.⁷²⁾ 더욱이 대법원 2003.6.13. 선고 2003다5795 판결은 일본에 있는 전문의가 피고 의사의 의료행위에 중대한 의료상 과실이 있다는 견해를 밝혔음에도 불구하고, 피고의 진단결과에 과실이 없다고 인정되는 이상 합리적으로 여겨지는 몇 가지의 조치 중 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 것이라고 할 수 없다고 판시한 바 있다.

위와 같은 의료행위의 재량성에 비추어 볼 때 어느 한 교과서에 기재된 내용에 따른 의료행위는 다른 교과서나 논문들의 기재와 다르다고 하여도 특별한 사정이 없는 한 재량의 범위 내로 인정될 것이다. 하지만, 임상실천 의료수준에서 아직 확립되지 않은 신요법을 채용하는 것에 대하여 의사에게 재량성을 인정할 것인지는 신중하게 생각하여야 한다. 그러한 신요법이 종래의 전통적인 요법과 비교하여 안전성이 검증되었거나, 비록 위험하기는 하나 현재의 의학수준에서 유일한 요법에 해당하여 환자가 위험을 감수하고서라도 신요법의 치료를 받고자 하는 경우 등이 아니라면 재량성을 허용하기는 어려울 것이다.

따라서 의학논문⁷³⁾의 경우 검토논문(review article)에 기재된 내용은 충분한 합리적 근거를 가진 견해로서 그 견해에 따르는 경우에는 재량성을 인정할 수 있을 것이나, 임상실험논문(clinical trial report)만 있을 뿐 검토논문으로는 언급된 바 없는 견해의 경우에는 당시 그 견해의 위험성을 지적한 상당한 반대논문이 있는지 여부를 먼저 검토하여야 하고, 그러한 논문이 없다면 일응 재량의 범위 내로 판단할 수는 있지만 시험적인 치

72) 대법원 1984.6.12. 선고 83도3199 판결, 1996.6.25. 선고 94다13046 판결 등. 재량성은 치료방법의 선택뿐만 아니라 이학적 판단이 중요시되는 검사결과의 판정, 수술적응 여부의 판정 등 진단영역에서도 인정된다(대법원 1986.10.28. 선고 84다카1881 판결, 1992.5.12. 선고 91다23707 판결 등).

73) 의학논문은 어떤 가설을 세우고 그 가설의 타당성을 검토하는 임상실험논문(clinical trial report)과 특정 부분에 많은 요구를 쌓은 전문가가 여러 논문의 내용을 종합하여 일정한 지침(guideline)을 제시하는 검토논문(review article)으로 나눌 수 있다.

료방법이라는 점에서 의사의 설명과 환자의 승낙 이외에도 그와 같은 실험요법을 사용하여야 하는 필요성을 수긍할 수 있어야만 재량성을 인정할 수 있을 것이다.

(5) 생체반응의 다양성(특이체질의 문제)

특이체질이라 함은 일반적인 사람에게는 영향을 끼치지 않는 외적 자극에 대해 비정상적으로 강하게 반응하는 체질을 말한다. 우리나라의 판례 중 항상 발생하는 것이 아닌 드문 부작용이나 합병증이 발생한 경우를 모두 특이체질에 기한 것이라고 표현하는 경우가 더러 있으나, 엄밀하게 구분한다면 일반적인 사람에게는 통상 발생하지 않는 나쁜 결과가 어떤 환자에게 발생하였다 하더라도, 같은 상황에서, 항상 비슷한 유형의 결과가 발생(재생가능성, reproducibility)하는 것이어야 특이체질이라 할 수 있고, 결과의 발생이 어떤 우연성에 의해 그리되었다거나 환자에게 나쁜 결과를 야기할 만한 선행인자(preceding factor)가 있었던 경우⁷⁴⁾에는 특이체질이라 할 수 없다.

특이체질의 환자에 대한 의료행위에 과실이 있는지 여부는 의사가 그 특이체질을 예상할 수 있었는지 여부에 따라 판단하여야 한다는 견해가 일반적이다. 판례는 특이체질이 문제되는 경우에 문진이나 피부반응검사 등을 통하여 특이체질 여부를 확인할 수 있었음에도 이를 게을리 한 경우⁷⁵⁾나 주사 후 경과관찰을 소홀히 하여 응급조치가 지연되는 경우⁷⁶⁾에 대하여는 의사의 주의의무 위반을 인정하였다.

과민반응이 문제되는 경우에는 먼저 문진이나 피부반응검사를 하여야 할 의무가 있는지의 점부터 심리하여야 한다. 일반적으로 과민반응이 있

74) 체질과는 무관하게 흡연경력, 복용 중인 약 등에 의해서도 나쁜 결과가 발생할 수 있으므로 이러한 요인을 '선행인자'라고 표현하였다.

75) 대법원 1976.12.28. 선고 74도816 판결.

76) 대법원 1990.1.23. 선고 87다카2305 판결.

다고 알려진 약물을 사용하는 경우에는 특이체질에 대한 문진의무가 있는데, 문진시 환자가 특이체질에 대한 정보로 제대로 전달하지 않았거나, 환자에게 과거 특이체질로 인한 과민반응의 병력이 없었던 관계로 의사가 문진을 시행하였더라도 특이체질 여부를 알 수 없었다면 의사의 과실은 인정되지 아니한다. 피부반응검사는 과민을 유발할 수 있는 모든 약물에 대하여 시행하는 것은 아니다. 즉, 피린계 진통제(아스피린 등), 모르핀, 마취제로 사용하는 할로테인 등의 약제는 과민반응이 있는지 예측하는 검사가 없거나, 있어도 비효율적이라서 사전 검사를 시행하지 아니한다. 페니실린이나 세파계열 항생제의 경우 심각한 과민반응을 일으키는데, 주사제로 투여하는 경우에는 과민반응이 흔하게 발생하지만 경과투여의 경우에는 상대적으로 발생빈도가 적은 편으로서, 피부반응검사의 신뢰도 저하, 검사 자체의 위험성 등을 고려하여 주사제를 사용하는 경우에는 사전 검사의무가 있다고 보지만 투여경로가 다른 경우 사전 검사의무를 부인하는 경우도 있다.⁷⁷⁾

77) 서울중앙지방법원 2004.10.6. 선고 2002가합33682 판결. 이에 대하여 서울고등법원 2006. 8.22. 선고 2004나79788 판결에서는, “의료행위자가 어떠한 검사나 치료방법을 시행할 것인지를 선택할 때에는 그 검사나 치료를 하였을 경우 대상자에게 미치는 이익과 위험을 비교하여 결정하여야 하고, 단순히 위험발생의 가능성이 낮다거나 그 과정이 번거롭다는 이유만으로 위험의 발생을 방지하기 위한 노력을 게을리 하여서는 아니 된다는 전제에서, 사용할 수 있는 약제가 피시바닐 하나밖에 없는 것도 아니고, 사전에 피부반응검사를 거칠 시간적 여유조차 없는 긴급한 상태였다고 볼 수 없는 상황에서 이 사건 흉막유착술을 시행하는 피고 병원의 의료진으로서, 드물지만 일단 발생할 경우 심각한 결과를 초래할 수도 있는 페니실린 과민반응을 방지하기 위하여 원고들에게 문진을 하고, 문진으로 정확한 정보를 얻을 수 없는 경우에는 사전에 피부반응검사를 거쳤어야 하고, 특히 피시바닐에 함유된 페니실린의 양이 미량이라거나 그 투여시에 피부반응검사를 하여야 한다고 설명하고 있는 문헌이 없고, 약물설명서에 피부반응검사가 권장사항으로 기재되어 있다고 하여도 피시바닐은 원래 항암제로서 근육내 주사를 원칙으로 하므로 이 사건 흉막유착술과 같이 다량의 피시바닐을 근육내 주사가 아닌 흉막에 직접 투여하는 경우까지 같이 볼 수 없다는 이유로 이를 행하지 않은 것은 의료행위자로서의 주의의무를 소홀히 한 것”이라고 제1심과 달리 판시하였고, 대법원 2008.4.11. 선고 2006다62348 판결에서 상고기각됨으로써 위 판결이 확정되었다.

3. 의료소송에 있어 과실 판단시 유의할 사항

의료소송에서 있어 과실 여부를 판단할 때 다음 사항에 유의하여야 한다.

가. 과실 판단의 기준시점

의료소송에서 과실 여부를 판단하는 기준시점은 의료행위 당시이므로 그 판단기준이 되는 ‘일반적인 의학수준이나 의료수준’도 심리 당시가 아닌 의료행위 당시의 것이어야 한다. 따라서 의학서적이나 논문 등을 제출하는 경우 반드시 출판일자를 확인하여야 한다.⁷⁸⁾

또한, 과실 여부의 판단에 있어 의료행위 당시 알았거나 알 수 있었던 사실만을 과실 판단의 기준으로 하여야 한다. 의료행위 당시의 증상이나 검사결과 등으로는 특정 질병을 의심할 수 없었다면, 그 이후의 검사결과 등 자료에 근거하여 특정 질병을 진단하지 못한 것을 문제 삼을 수 없다. 태아가 과소체중인지 여부는 궁극적으로 출생 당시의 체중을 기준으로 판단하지만, 의사가 적절한 주의의무를 다하였는지 여부는 초음파검사결과에 따라 판단하여야 한다고 판시한 하급심 판결도 있다.⁷⁹⁾

다만, 여기서 주의할 점은 인과관계의 판단에 있어서는 변론종결 당시 까지 알게 된 모든 사실을 기준으로 인과관계의 존부를 판단하여야 한다는 사실이다. 따라서 의료행위 이후에 밝혀진 의학지식은 물론 의료행위 이후에 밝혀진 부검결과 등까지 모두 고려하여 인과관계의 존부를 판단하여야 한다.

나. 의료행위의 재량성에 대한 적용

환자로서는 의료행위의 재량의 범위와 그 한계까지 입증하기 어려우므

78) 의학서적의 경우에는 다음 판이 언제 나왔는지도 확인할 수 있으면 좋다.

79) 서울중앙지방법원 2003.3.26. 선고 99가합85362 판결(확정).

로, 재량의 범위 내에 있는 합리적인 의료행위와 의사가 실제 시행한 의료행위가 다르다고 입증하면 족하고, 이 경우 의사가 자신이 행한 의료행위가 재량의 범위 내에 있음을 입증하여야 하는 것으로 입증책임을 조정하는 것이 타당하다. 다만, 진료기록감정이나 사실조회에 기재된 의료행위⁸⁰⁾가 실제 시행된 의료행위와 다르다는 이유만으로 당해 의료행위가 재량의 범위 내에 있는 것으로 판단할 근거가 되는 다른 증거들을 배척하는 것은 허용되지 않음을 주의하여야 한다.

다. 불특정 과실의 인정

소장이나 준비서면에는 간혹 구체적인 과실행위의 지적 없이 의료행위 시행시의 주의의무만을 열거하거나 실제 이루어진 의료행위만을 열거하면서 그 의료행위상의 과실이 있다는 취지의 주장을 하는 것을 볼 수 있다. 그러나 과실이란 주의의무의 존재와 주의의무 위반행위로 이루어지는 것이므로 구체적으로 어떠한 행위가 어떠한 주의의무를 위반하였는지 주장을 정리하도록 하여야 한다.

라. 규범적 판단(책임의 귀속)의 고려

의료소송은 진료기록부를 감사하여 이상적인 진료가 이루어지고 있는지 확인하는 작업이 아니라 환자에게 발생한 나쁜 결과에 대한 책임의 귀속을 판단하는 것이다. 따라서 과실의 판단에 있어 환자가 주장하는 과실이 실제 발생한 나쁜 결과를 발생시킬 수 있는 것인지, 일반법질서 또는 계약에 기초한 의사의 주의의무(보호의무)에 위반된 것으로 평가할 수 있는지를 여부를 먼저 고려하여야 한다.

80) 진료기록감정이나 사실조회에 기재된 내용도 언제나 옳은 것은 아니므로 먼저 그 내용의 신뢰성을 판단하여야 한다.

마. 입증방해행위와 과실의 추정

우리 민사소송법은, 당사자가 문서제출명령에 불응한 때에는 법원은 문서에 관한 상대방의 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있고(제349조), 당사자가 상대방의 사용을 방해할 목적으로 제출의무 있는 문서를 폐기하거나 이를 사용할 수 없게 한 때에는 법원은 그 문서에 관한 상대방의 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있다(제350조)고 규정하고 있다. 의료소송의 경우 과실의 입증책임은 환자에게 있는데 반하여, 중요한 증거인 진료기록 등 증거방법을 의사가 독점하고 있을 뿐만 아니라 증거방법의 전문성 등으로 인하여 입증방해행위가 있는 경우 이에 대한 적절한 제재가 필요하다. 특히 의료소송에서는 진료기록부의 부실기재와 사후변조행위가 문제된다.

(1) 진료기록의 부실기재

의사는 의료법 제22조 제1항에 의하여 그 의료행위에 관한 사항과 소견을 상세히 기록하고 서명한 진료기록부를 작성하여야 하며, 진료기록부를 작성하지 않은 자는 같은 법 제90조에 의하여 처벌하도록 되어 있는바, 이와 같이 의사에게 진료기록부를 작성하도록 한 취지는 진료를 담당하는 의사 자신으로 하여금 환자의 상태와 치료의 경과에 관한 정보를 빠뜨리지 않고 정확하게 기록하여 이를 그 이후 계속되는 환자치료에 이용하도록 함과 아울러 다른 의료관련 종사자들에게도 그 정보를 제공하여 환자로 하여금 적절한 의료를 제공받을 수 있도록 하고, 의료행위가 종료된 이후에는 그 의료행위의 적정성을 판단하는 자료로 사용할 수 있도록 하고자 함에 있으므로 의사는 진료기록부에 환자의 상태와 치료의 경과 등 의료행위에 관한 사항과 그 소견을 환자의 계속적인 치료에 이용할 수 있고 다른 의료인들에게 적절한 정보를 제공할 수 있으며, 의료행위가 종료된 이후에는 그 의료행위의 적정성 여부를 판단하기에 충분할 정도로 상세하

게 기록하여야 한다.⁸¹⁾ 진료기록부가 부실기재된 경우 그 자체만으로 과실의 입증책임이 전환되거나 상대방의 주장사실이 증명된 것으로 보아야 하는 것은 아니므로 곧바로 의료과실을 추정할 수 있는 것은 아니나, 특정한 과실의 존부를 판단함에 있어서 진료기록상 통상 기재되는 중요내용의 기재가 누락된 경우에는 의사에게 불리하게 판단할 수 있는 자료가 된다.⁸²⁾

(2) 진료기록의 사후변조

대법원은 1995.3.10. 선고 94다39567 판결에서, “의료분쟁에 있어서 의사 측이 가지고 있는 진료기록 등의 기재가 사실인정이나 법적 판단을 함에 있어 중요한 역할을 차지하고 있는 점을 고려하여 볼 때, 의사 측이 진료기록을 변조한 행위는, 그 변조이유에 대하여 상당하고도 합리적인 이유를 제시하지 못하는 한, 당사자 간의 공평의 원칙 또는 신의칙에 어긋나는 입증방해행위에 해당한다 할 것이고, 법원으로서는 이를 하나의 자료로 하여 자유로운 심증에 따라 의사 측에게 불리한 평가를 할 수 있다.”라고 판시하여 입증방해행위에 대하여 일정한 제재를 가할 수 있음을 선언

81) 대법원 1998.1.23. 선고 97도2124 판결.

82) 대법원 1996.6.11. 선고 95다41079 판결은 전신마취 후 수술 도중에 심정지가 발생하여 뇌손상으로 인한 전신마비가 온 사안에서, “신○○가 마취 전에 심전도검사를 하지 않았고 마취 중에도 심전도 감시장치를 부착시키지 않았으며(마취기록이나 기타 기록사항에 마취 중에 심전도감시장치를 이용했는지에 관하여 아무런 기재가 없다.), 마취 중에 마취의사 등이 계속적으로 심음을 청진하였는지에 관하여 이를 인정할 아무런 자료가 없다면, 신○○ 등에게 수술 전이나 수술 중의 검사를 소홀히 한 잘못이 있다고 할 수밖에 없으므로”라고 판시하였고, 대법원 2001.9.14. 선고 2001다31547 판결은 두부손상을 입은 환자가 투약 후 갑작스러운 발작을 일으키고 폐부종으로 사망한 사안에서, “원심은 당시 투약한 약물이 만니톨이라는 피고 측 주장을 받아들였는바, 피고 측 주장에 부합하는 증거로는 최○○의 검찰에서의 진술과 제1심에서의 증언이 있으나, 이는 최○○ 자신이 작성하였다는 진료차트(갑 제5호증의 12)의 해당 부분에 김○○가 퇴근한 후 만니톨을 투약하였다는 기재가 전혀 없는 점에서 선뜻 채용하기 어렵다고 하지 않을 수 없다. 최○○는 만니톨을 틀림없이 투약하였는데 실수로 이를 기재하지 아니한 것뿐이라고 변호하였으나, 위 진료차트의 다른 부분은 아주 구체적으로 기재되어 있는 점에 비추어 4시간마다 투약하였다는 만니톨 투약 사실이 실수로 기재되지 않았다는 변소는 쉽게 납득하기 어렵다.”라고 판시하였다.

하였다.

다만, 진료기록의 변조와 같은 입증방해행위가 있는 경우 그로 인하여 입증책임이 전환되거나 반드시 의료과실이 추정되는 것은 아니며, 이를 하나의 자료로 하여 다른 증거와 비교하여 법원이 자유로운 심증에 따라 의료과실을 판단하여야 함을 유의하여야 한다.⁸³⁾

한편, 의료법 제21조의2는 전자의무기록에 관한 규정을 신설하여 진료기록부 등을 전자서명법에 의한 전자서명이 기재된 전자문서로 작성할 수 있도록 하였는데, 이러한 전자의무기록 방법은 진료기록의 작성, 수정, 변경에 관한 기록을 보존, 해석하는 데에 많은 기여를 함과 동시에 사후변조여부가 문제될 소지도 많다. 따라서 진료기록을 작성, 수정하는 경우에는 그 작성되거나 수정된 시간을 기록으로 남김으로써 그 진료기록이 사후적으로 작성, 수정되었는지 여부를 확인 가능하게 하는 절차가 필요하다.

IV. 의료과실의 구체적인 유형

앞서 본 주의의무의 판단기준은 추상적이기 때문에 위와 같은 판단기준만으로는 구체적인 사례에서 어떠한 의료행위에서 어떠한 주의의무 위반이 문제되는지를 파악하는 데 어려움이 있다. 이하에서는 간략하게나마 의료소송에서 나타난 실제 사례에서 의료과실이 문제된 구체적인 사안에 대한 대표적 판례를 소개하여 의료과실의 구체적 판단기준을 이해하는 데 편의를 제공하고, 최근 주로 문제되는 설명의무위반에 대한 문제점과 불성실 진료행위에 대하여 언급하고자 한다.

83) 대법원 1999.4.13. 선고 98다9915 판결.

1. 진료상 과실의 유형

가. 진단상의 과실

진단은 문진·시진·촉진·청진 및 각종 임상검사 등의 결과에 터잡아 질병 여부를 감별하고 그 종류, 성질 및 진행 정도 등을 밝혀내는 임상 의학의 출발점으로서 이에 따라 치료법이 선택되는 중요한 의료행위이므로, 진단상의 과실 유무를 판단하는 데에는 비록 완전무결한 임상진단의 실시는 불가능할지라도, 적어도 임상의학 분야에서 실천되고 있는 진단 수준의 범위 안에서 해당 의사가 전문직업인으로서 요구되는 의료상의 윤리와 의학지식 및 경험에 터잡아 신중히 환자를 진찰하고 정확히 진단함으로써 위험한 결과 발생을 예견하고 그 결과 발생을 회피하는 데에 필요한 최선의 주의의무를 다하였는지 여부를 따져 보아야 하고,⁸⁴⁾ 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.⁸⁵⁾ 진단상의 과실로는 주로 진단 과정에서 필요한 검사를 하지 않은 경우, 진단 방법의 잘못으로 상해가 발생한 경우, 또는 어떤 질병을 다른 질병으로 잘못 판단하는 오진 등을 들 수 있다. 그러나 실제로 정확한 진단을 내린다는 것은 대단히 어려운 일이기 때문에, 단순한 오진이 있다고 하여 바로 과실을 인정할 수는 없다.⁸⁶⁾

□ 대법원 2003.1.24. 선고 2002다3822 판결

산모가 산전 소변검사 결과 요당 약양성 반응을 보이는 등의 사정이 있

84) 대법원 2003.1.24. 선고 2002다3822 판결; 2003.11.27. 선고 2001다2013 판결 등.

85) 대법원 1998.2.27. 선고 97다38442 판결.

86) 대법원 1999.6.11. 선고 98다33062 판결.

었는데 이에 대해 별다른 조치를 취하지 않은 채 질식분만 방식으로 분만을 유도하던 중 태아가 거대아인 관계로 견뎌난산을 하게 되어 태아에게 상완신경총 손상이 발생한 경우, 산부인과 의사에게 손해배상책임을 인정한 사례.

□ 대법원 2003.11.27. 선고 2001다2013 판결

임산부가 예정내원일보다 앞당겨 단기간에 2회에 걸쳐 내원하여 심한 부종 등을 호소하면서 임신중독증을 염려하는 것을 듣고도 기본적인 검사인 체중측정과 소변검사조차 시행하지 아니하고 별 이상이 없다는 진단을 내린 의사와, 급격한 체중증가와 혈압상승에도 불구하고 즉시 입원치료를 하게 하지 않고 앞서 진찰한 의사의 부실한 진단결과와 당일 1회의 간단한 검사결과만에 의존하여 저염, 고단백식사만을 권유한 채 만연히 귀가케 한 병원장에게 태반조기박리로 인한 신생아의 사망에 대하여 공동불법행위책임을 인정한 사례.

□ 대법원 1997.8.22. 선고 96다43164 판결

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 본 사례.

□ 대법원 1997.5.9. 선고 97다1815 판결

환자가 병원에 처음 내원하여 진료를 받을 때 이미 화농성 폐렴 증세를 보이고 있었으나 그 증상이 뚜렷하지 아니하여 이를 위염과 신경증으로 진단하여 그에 대한 처방을 하였고, 그 후 상복부 통증이라는 새로운 증상

까지 나타나 다시 병원에 찾아오게 된 경우, 진료의사로서는 처음의 진단과는 다른 질환일 가능성에 대한 의심을 갖고 좀 더 정밀한 진단을 하여야 함은 물론, 과민성이 있는 환자에게는 부작용으로 인한 쇼크나 호흡억제를 일으킬 수 있는 약물을 투여할 경우에도 사후 세심한 주의와 관찰이 필요함에도 불구하고, 만연히 앞서 진단하였던 결과에 따라 별다른 검진도 없이 약물을 투여하였고, 약물을 투여한 후에도 안정하도록 하여 부작용이 없는지를 확인하지도 아니함으로 인하여 과민성 쇼크가 발생하여 환자가 사망하였다면, 진료의사는 이로 말미암아 발생한 모든 손해를 배상할 책임이 있다고 한 사례.

□ 대법원 1997.7.22. 선고 95다49608 판결

백내장 수술 후 일단 정상으로 회복되었다고 보이는 환자가 그 후 검진 당시 비문증을 호소하기는 하였으나 이는 후초자체박리의 경우뿐만 아니라 안구 내 출혈, 안구 내 염증 등을 원인으로 하여 발생하며, 당시는 통상 예상되는 후유증 발생기간인 수술 후 6개월이 이미 경과한 시점이고 환자의 시력이나 안압 등의 상태도 망막박리 등 백내장 수술로 인한 후유증의 징후가 있는 것으로 볼 수 없는 상황이었으므로, 의사의 위 검진이 오진이라거나, 위 검진 당시 망막박리를 판단하기 위한 검사를 시행하지 아니한 것이 과실이라고 단정하기 어렵고, 나아가 그러한 진단 결과나 망막박리를 판단하기 위한 검사를 하지 아니한 것이 환자의 시각장애를 초래한 직접적인 원인이 되었다고 단정할 수도 없다고 본 사례.

나. 주사상의 과실

주사기에 의한 약물투여 등의 주사는 그 약물의 성분, 그 주사기의 소독 상태, 주사방법 및 주사량 등에 따라 인체에 위해를 발생시킬 우려가 높고, 따라서 이는 의학상의 전문지식이 있는 의료인이 행하지 아니하면 보

건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위임이 명백하므로 의료행위에 해당한다.⁸⁷⁾ 주사상의 과실이 주로 문제되는 경우는 주사의 필요 여부의 판단, 주사의 필요성이 인정되는 경우에는 주사의 시기, 종류, 분량, 부위의 선택, 주사방법의 적정성, 주사기의 위생, 주사약을 확인하여야 할 의무, 주사대상 및 부위의 확인의무, 주사기술상의 주의의무, 주사후 적절하고 신속한 처치의 의무 등을 위반한 경우이다.

□ 대법원 2003.8.19. 선고 2001도3667 판결

간호사가 의사의 처방에 의한 정맥주사(Side Injection 방식)를 의사의 입회 없이 간호실습생(간호학과 대학생)에게 실시하도록 하여 발생한 의료 사고에 대하여, 의사의 지시를 받은 간호사가 자신의 기대와는 달리 간호실습생에게 단독으로 주사하게 하리라는 사정을 예견할 수도 없었다는 점 등을 들어, 의사에게 그 스스로 직접 주사를 하거나 또는 직접 주사하지 않더라도 현장에 입회하여 간호사의 주사행위를 직접 감독할 업무상 주의의무가 있다고 보기 어렵다는 이유로 의사의 과실을 부정한 사례.

□ 대법원 1994.12.9. 선고 93도2524 판결

정신과질환인 조증으로 입원한 환자의 주치의사는 환자의 건강상태를 사전에 면밀히 살펴서 그 상태에 맞도록 조증치료제인 클로르포르마진을 가감하면서 투여하여야 하고, 클로르포르마진의 과다투여로 인하여 환자에게 기립성저혈압이 발생, 건강상태가 갑자기 나빠지기 시작하였다면 좀더 정확한 진찰과 치료를 위하여 내과전문병원 등으로 전원조치를 하여야 할 것이고, 그러지 못하고 환자의 혈압상승을 위하여 포도당액을 주사하게 되었으면 그 과정에서 환자의 전해질이상 유무를 확인하고 투여하여야 할 의무가 있음에도 이러한 조치를 취하지 아니하여 환자가 전해질이상

87) 대법원 1999.6.25. 선고 98도4716 판결.

쇼크로 사망한 경우 주치의사에게 과실이 있다고 한 사례

□ 대법원 1990.5.22. 선고 90도579 판결

주사약인 에폰톨을 3, 4분 정도의 단시간형 마취에 흔히 이용되는 마취제로서 점액성이 강한 유액성분이어서 반드시 정맥에 주사하여야 하며, 정맥에 투여하다가 근육에 새면 유액성분으로 인하여 조직괴사, 일시적인 혈관수축등의 부작용을 일으킬 수 있으므로 위와 같은 마취제를 정맥주사할 경우 의사로서는 스스로 주사를 놓든가 부득이 간호사나 간호조무사에게 주사케 하는 경우에도 주사할 위치와 방법 등에 관한 적절하고 상세한 지시를 함과 함께 스스로 그 장소에 입회하여 주사시행과정에서의 환자의 징후 등을 계속 주시하면서 주사가 잘못 없이 끝나도록 조치하여야 할 주의의무가 있고, 또는 위와 같은 마취제의 정맥주사방법으로서는 수액세트에 주사침을 연결하여 정맥내에 위치하게 하고 수액을 공급하면서 주사제를 기존의 수액세트를 통하여 주사하는 이른바 사이드 인젝션(Side Injection)방법이 직접 주사방법보다 안전하고 일반적인 것이라 할 것이므로 산부인과 의사인 피고인이 피해자에 대한 임신중절수술을 시행하기 위하여 마취주사를 시주함에 있어 피고인이 직접 주사하지 아니하고, 만연히 간호조무사로 하여금 직접방법에 의하여 에폰톨 500밀리그램이 함유된 마취주사를 피해자의 우측 팔에 놓게 하여 피해자에게 상해를 입혔다면 의사로서의 주의의무를 다하지 아니한 과실이 있다.

□ 대법원 1990.1.23. 선고 87다카2305 판결

스트렙토마이신이 국가 결핵관리체계에서 표준조치로 처방에 포함되어 있고 또 쇼크가 매우 드물다고 하더라도 이 사건 당시의 의학수준에 비추어 객관적인 견지에서 쇼크사에 대한 인식이 가능하였다면 결핵환자에게 스트렙토마이신을 주사하는 보건진료원으로서만 일어날지 모르는 쇼크에 대비하여 응급처치수단을 강구한 후 주사하여야 하고 특히 주사

후에 쇼크가 발생할 수 있는 시간 동안 환자를 안정시키고 용태를 관찰하여 쇼크가 나타날 경우 기도확보, 약물투여 등의 응급처치를 취할 주의의무가 있다.

다. 수술 및 처치상 과실

수술시기의 판단, 수술기법과 방법에 대한 판단 및 수술 여부의 판단은 의사의 재량에 속한다. 수술은 의료행위 중 고도의 침습성을 수반하므로 의사의 재량을 인정하는 만큼이나 과실의 판단에 있어 환자의 입증책임을 완화할 필요가 있다. 수술 및 처치상 과실에는 수술 및 처치 방법을 잘못 선택한 경우, 수술 및 처치 기술상 잘못이 있는 경우, 수술 및 처치의 시기 선택에 잘못이 있는 경우, 수술 및 처치 후의 환자의 관리와 의료조치를 잘못된 경우 등이 있다.

□ 대법원 2000.12.22. 선고 99다42407 판결

산부인과 의사가 제왕절개수술을 요하는 응급환자가 입원하였다는 보고를 받고도 1시간이 지나 집을 출발하여 수술 지연으로 인하여 태아가 사망한 것에 대하여 산부인과 의사의 과실을 인정한 사례.

□ 대법원 2000.7.7. 선고 99다66328 판결

심장수술 도중 발생한 대동맥박리 현상으로 인하여 환자가 사망한 경우, 그 대동맥박리는 심장수술을 위한 캐놀라 삽관 직후에 나타나 그 수술 이외에는 다른 원인이 개재하였을 가능성이 없고, 그 발생 부위도 캐놀라 삽관과 연관하여 볼 수 있는 부위로 보이고, 환자에게 심장수술 전후를 통하여 대동맥박리를 초래할 만한 특별한 질환이나 증상이 관찰되지 아니하였으며, 또 대동맥에 캐놀라를 삽입하는 과정에서 부적절한 시술로도 대동맥박리가 나타날 수 있는 데다가, 심장수술 과정에서의 잘못 이외의 합병

증으로 대동맥박리가 발생할 수 있는 확률도 극히 미미하게나마 있지만 그 경우도 주로 혈관질환을 보유하고 있는 환자들에게서 나타난 것이라는 사정 등에 비추어, 그 대동맥박리는 결국 대동맥박리가 일어날 수 있는 원인 중에서 부적절한 캐놀라 삽관에 의하여 초래된 것이라고 추정할 수밖에 없다.

□ 대법원 2003.11.27. 선고 2001다20127 판결

청신경초종 제거술을 받은 환자에게 수술중의 감염으로 인한 뇌막염이 발생하였지만 집도의사가 사고 당시 일반적인 의학수준에 비추어 볼 때 수술로 인한 감염을 막기 위하여 필요한 조치를 다하였다고 볼 여지가 있는 반면 환자는 위 감염으로 인한 뇌막염과는 무관하게 원인을 알 수 없는 뇌실내출혈 및 이와 병발한 수두증 등의 합병증으로 사망하였다면, 막연하게 망인에게 수술중의 감염으로 뇌막염이 발생하였다는 사실만 가지고 사망이라는 중한 결과에 대하여 집도의사에게 감염방지의무를 게을리 한 과실을 인정할 수 없다.

□ 대법원 2002.8.23. 선고 2000다37265 판결

고혈압의 병력을 가진 환자이지만 입원일부터 수술 직전까지 마취과 의사와의 협의진료를 통하여 혈압이 잘 조절되는 것을 확인하고 전신마취하에 의사가 척추관협착증 등을 치료하기 위한 수술을 시행하였으나 환자가 수술 후 제대로 의식이 돌아오지 못하며 뇌경색 증세를 보인 경우, 의사의 수술상의 과실로 인하여 환자에게 뇌경색이 발생하였다고 추정하기 어렵다고 한 사례.

□ 대법원 1999.12.10. 선고 99도3711 판결

요추 척추후궁절제 수술도중에 수술용 메스가 부러지자 담당의사가 부러진 메스조각(3×5mm)을 찾아 제거하기 위한 최선의 노력을 다하였으나

찾지 못하여 부러진 메스조각을 그대로 둔 채 수술부위를 봉합한 경우, 같은 수술과정에서 메스 끝이 부러지는 일이 흔히 있고, 부러진 메스가 쉽게 발견되지 않을 경우 수술과정에서 무리하게 제거하려고 하면 부가적인 손상을 줄 우려가 있어 일단 봉합한 후에 재수술을 통하여 제거하거나 그대로 두는 경우가 있는 점에 비추어 담당의사의 과실을 인정할 수 없다고 한 사례.

라. 마취상의 과실

마취는 수술과 불가분의 관계인바, 그 자체의 침습성으로 인한 위험이 매우 큼에도 수술을 하기 위하여 불가피하게 행하여질 수밖에 없으므로 허용된 위험의 범리가 폭넓게 인정된다. 마취상의 과실로는 마취전문의만이 할 수 있는 마취행위를 마취전문의 아닌 자가 실행한 경우, 마취전에 시행하여야 할 사전검사를 행하지 아니한 경우, 마취행위 자체에 잘못이 있는 경우, 마취 이후의 경과관찰 등 긴급상황에 대한 대비를 소홀히 한 경우 등이 있다.

□ 대법원 2001.3.23. 선고 99다48221 판결

특히 전신마취는 환자의 중추신경계, 호흡기계 또는 순환기계 등에 큰 영향을 미치는 것으로서 환자의 건강상태에 따라 마취방법이나 마취제 등에 의한 심각한 부작용이 올 수 있고, 그 시술상의 과오가 환자의 사망 등의 중대한 결과를 가져올 위험성이 있으므로, 이를 담당하는 의사는 마취 시술에 앞서 마취 시술의 전 과정을 통하여 발생할 수 있는 모든 위험에 대비하여 환자의 신체구조나 상태를 면밀히 관찰하여야 할 뿐 아니라, 여러 가지 마취방법에 있어서 그 장단점과 부작용을 충분히 비교·검토하여 환자에게 가장 적절하고 안전한 방법을 선택하여야 할 주의의무가 요구된다.

□ 대법원 1998.11.24. 선고 98다32045 판결

전신마취에 의한 수술을 함에 있어 사전에 실시한 심전도검사에서 이상이 발견되었으나 심전도검사 결과가 전신마취에 부적합한 정도에 이르는지 여부를 보다 정밀한 검사를 통하여 확인하는 등의 절차 없이 그대로 일반적인 마취 방법으로 수술을 시행하던 중 마취로 인한 부작용으로 환자가 사망한 사고에서 병원 의사들의 의료행위에 과실이 있었다고 본 사례.

□ 대법원 1994.4.26. 선고 92도3283 판결

마취환자의 마취회복업무를 담당한 의사로서는 마취환자가 수술 도중 특별한 이상이 있었는지를 확인하여 특별한 이상이 있었던 경우에는 보통 환자보다 더욱 감시를 철저히 하고, 또한 마취환자가 의식이 회복되기 전에는 호흡이 정지될 가능성이 적지 않으므로 피해자의 의식이 완전히 회복될 때까지 주위에서 관찰하거나 적어도 환자를 떠날 때는 피해자를 담당하는 간호사를 특정하여 그로 하여금 환자의 상태를 계속 주시하도록 하여 만일 이상이 발생한 경우에는 즉시 응급조치가 가능하도록 할 의무가 있고, 피해자를 감시하도록 업무를 인계받지 않은 간호사가 자기 환자의 회복 처치에 전념하고 있었다면 회복실에 다른 간호사가 남아있지 않은 경우에도 다른 환자의 이상증세가 인식될 수 있는 상황에서라야 이에 대한 조치를 할 의무가 있다고 보일 뿐 회복실 내의 모든 환자에 대하여 적극적, 계속적으로 주시, 점검을 할 의무가 있다고 할 수 없다.

마. 투약상의 과실

투여할 의약품이 약사법 소정의 검인합격품이고 부패·변질·변색되지 않고 유효기간 내의 약제인가를 확인하여야 할 의무, 복용방법을 충분히 설명할 의무, 약제가 부작용이 일어날 가능성이 있는 때에 이를 충분히 설명하고, 이에 대비할 의무 등을 위반한 경우가 이에 해당한다.

□ 대법원 2005.4.29. 선고 2004다64067 판결

결핵약인 ‘에탐부톨’이 시력약화 등 중대한 부작용을 초래할 우려가 있는 이상 이를 투약함에 있어서 그 투약업무를 담당한 보건진료원 등은 위와 같은 부작용의 발생가능성 및 구체적 증상과 대처방안을 환자에게 설명하여 줄 의료상의 주의의무가 있고, 그 설명은 추상적인 주의사항의 고지나 약품설명서에 부작용에 관한 일반적 주의사항이 기재되어 있다는 것만으로는 불충분하고 환자가 부작용의 증세를 자각하는 즉시 복용을 중단하고 보건소에 나와 상담하는 조치를 취할 수 있도록 구체적으로 이루어져야 한다고 한 사례.

□ 대법원 2002.5.28. 선고 2000다46511 판결

의사는 긴급한 경우나 다른 특별한 사정이 없는 한, 의약품을 투여하기 전에 환자에게 질병의 증상, 치료방법의 내용과 필요성, 예상되는 생명·신체에 대한 위험성과 부작용 등 환자의 의사결정을 위하여 중요한 사항을 설명함으로써 환자로 하여금 투약에 응할 것인가의 여부를 스스로 결정할 기회를 가질 수 있도록 하여야 하지만, 환자에게 발생한 중대한 결과가 투약으로 인한 것이 아니거나 또는 환자 스스로의 결정이 관련되지 아니하는 사항에 관한 것일 때에는 설명의무 위반이 문제되지 아니한다.

□ 대법원 2002.1.11. 선고 2001다27449 판결 (약국에서 감기약을 조제받아 복용한 후 대학병원에서 스티븐스-존슨 증후군으로 진단받고 그곳에서 입원치료를 받다가 사망한 사안)

약사가 환자를 문진의 방법으로 진단하여 감기약을 조제하여 줄 당시 그 조제약의 부작용의 발생가능성에 관한 설명을 할 시간적 여유가 없는 긴급한 사태가 존재하지 아니하였고, 그 조제약의 복용시 스티븐스-존슨 증후군과 같은 부작용이 발생할 수 있다는 사실 자체는 이미 의학계에 널리 알려져 있었으며, 그 부작용은 회복할 수 없을 정도로 중대한 반면 그

에 관한 사전검사 방법이 알려져 있지 아니하였다는 것이므로 약사로서는 사용설명서에 부작용에 대한 경고가 표시되어 있는 의약품을 단순 판매하는 경우와는 달리 감기약을 조제함에 있어 조제 전에 스티븐스-존슨 증후군 등 부작용의 발생가능성을 미리 설명하여 부작용의 존재를 알 길이 없던 환자측의 승낙을 받아야 하는 것이고, 그 발생가능성이 극히 희소하다는 점만으로는 그와 같은 설명의무가 면제된다고 할 수는 없다.

□ 대법원 1999.2.12. 선고 98다10472 판결

간질환으로 치료받던 피해자에게 진균증 감염 사실이 발견되어 항진균제인 니조랄을 투약한 후 반복적인 흉통, 발작, 일시적인 혼수상태 등의 현상이 있었으나, 그것이 니조랄과 관련된 것인지 여부를 판단하여 투약을 중단시키거나 심장계통 등의 이상을 의심하여 이에 적절히 대처하는 등의 조치를 취하지 아니하고 방치한 의사의 과실을 인정한 사례.

바. 수혈상의 과실

의사는 수혈의 필요 여부부터 시작하여 수혈시 직접 입회하여 교차반응 검사 등을 통하여 혈액형의 일치 여부 및 수혈용 혈액의 완전성(불량성) 여부를 확인하고 세심한 주의를 다해서 환자의 반응을 주시하여 부작용이 있는가의 여부를 확인하면서 서서히 수혈하는 한편, 불의의 위험에 대한 임기응변의 조치를 갖추는 등의 주의의무가 있다.

□ 대법원 1998.2.27. 선고 97도2812 판결

수혈은 종종 그 과정에서 부작용을 수반하는 의료행위이므로, 수혈을 담당하는 의사는 혈액형의 일치 여부는 물론 수혈의 완성 여부를 확인하고, 수혈 도중에도 세심하게 환자의 반응을 주시하여 부작용이 있을 경우 필요한 조치를 취할 준비를 갖추는 등의 주의의무가 있다. 그리고 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.

□ 대법원 2000.1.14. 선고 99도3621 판결

산부인과 의사가 산모의 태반조기박리에 대한 대응조치로서 응급 제왕절개 수술을 시행하기로 결정하였다면 이러한 경우에는 적어도 제왕절개 수술 시행 결과와 아울러 산모에게 수혈을 할 필요가 있을 것이라고 예상되는 특별한 사정⁸⁸⁾이 있어 미리 혈액을 준비하여야 할 업무상 주의의무가 있다고 보아야 한다고 한 사례.

사. 환자관리 및 간호상 과실

의사는 진료의무 이외에도 진료의 전과정에 있어서 환자관리 및 간호의무를 부담한다. 입원환자, 특히 정실질환자에 대한 관리의무 위반 여부가

88) 대법원 1997.4.8. 선고 96도3082 판결은, “제왕절개분만을 함에 있어서 산모에게 수혈을 할 필요가 있을 것이라고 예상할 수 있었다는 사정이 보이지 않는 한 산후과다출혈에 대비하여 제왕절개수술을 시행하기 전에 미리 혈액을 준비할 업무상 주의의무가 있다고 보기 어렵다.”라고 판시한 바 있는데, 각 사안은 비슷하나, 위 판결에서는 의사가 산후과다출혈을 예상하지 못하였다고 판단하였고, 위 99도3621 판결의 사안에서는 의사가 수혈가능성에 대하여 예상하고 있었다고 판단한 점이 다르다.

주로 문제된다.

□ 대법원 1994.12.22. 선고 93도3030 판결

갑상선아전절제술 및 전경부임파절청소술을 받은 환자가 기도부종으로 인한호흡장애로 뇌기능 부분손상상태(식물인간상태)에 이르게 된 경우, 환자의 호흡 곤란을 알고도 00:30경부터 09:00경까지 환자의 상태를 확인하지 아니한 주치의 겸 당직의사와 그의 활력체크지시를 제대로 이행하지 아니하고 의사를 불러달라는 환자 보호자의 요청을 듣지 아니한 담당간호사들을 업무상과실치상죄로 처단한 사례

□ 대법원 1999.3.26. 선고 98다45379, 45386 판결

일반적으로 의료행위에는 통상 진단과 치료 외에 환자에 대한 요양지도도 포함되고, 이러한 요양지도는 환자의 질병, 연령, 성별, 성격, 교양의 정도 등에 응하여 진료의 각 단계에서 적절한 시기에 환자의 상황에 따라 구체적으로 이루어져야 할 것인바, 통상 입원환자들은 환자 자신을 위해서나 다른 환자들의 보호를 위해서도 금연이 요구되고, 특히 수술환자에 있어서는 그 필요가 더욱 크다고 할 수 있으므로, 입원환자나 수술환자들의 금연에 대한 지시 혹은 지도는 의료종사자들의 요양지도의 한 구체적 내용을 이룬다고 할 것이나, 의료종사자들에게 이처럼 금연에 대한 지시 혹은 지도의무가 인정된다고 하더라도 흡연 자체가 환자에게 금기시되는 것은 굳이 의학적 지식이라고 할 것까지 없이 상식적인 사항에 해당하므로, 환자의 질병과 나이 또는 상황 등에 비추어 달리 특별한 사정이 있다고 인정되지 않는 한, 이러한 금연에 대한 지시 혹은 지도는 금연의 필요성에 대한 의학적 설명 내지 강조와 구두에 의한 금연의 수시 확인 정도로도 충분하고 나아가 환자의 동태 등을 살펴 금연 여부를 상시 확인·감독할 의무까지 있는 것은 아니다.

□ 대법원 1991.5.10. 선고 91다5396 판결

피고병원의 의사 ○○○ 등으로서는 전에도 자살을 감행한 전력이 있는 등과 같은 정황으로 미루어 자살을 감행할 수도 있을 것으로 예상되는 원고의 동태를 계속 주의 깊게 관찰, 감독하는 등의 조치를 취함으로써 전환장애환자인 원고의 자살기도를 미리 방지하여야 할 주의의무가 있음에도 이를 게을리 한 과실이 있다고 본 사례.

아. 전원의무 위반

환자를 전원하는 경우 불안정한 환자를 의학적인 필요성 이외의 이유로 전원하여서는 아니되고, 수용하는 의료기관의 인력, 수술실, 병상 등의 가용성을 확인하여야 하며, 검사결과, 진단 및 치료에 필요한 기록, 기타 환자와 관련된 정보를 신속히 전달하여야 한다.⁸⁹⁾ 한편, 전원요청을 받은 의사로서는 전원을 허용하기에 앞서 전원요청을 한 의사에게 구체적이고 추가적인 질문을 하여 환자의 상태를 더 구체적으로 정확하게 파악한 후에야 전원을 허용할 것인지의 여부를 결정하여야 할 주의의무까지 있다는 것은 아니다.⁹⁰⁾

□ 대법원 2005.6.24. 선고 2005다16713 판결

즉각적인 응급수술을 받아야 할 환자임에도 불구하고 환자의 상태를 잘못 판단하여 즉각적인 응급수술이 불가능한 병원으로 전원시키고, 또한 전원과정에서 환자의 초기상황과 시행된 처치에 대한 정보를 제공하지 아니한 결과 환자에 대한 즉각적인 응급수술의 실시가 지연됨으로써 환자가 사망에 이르게 된 것으로 보아 병원 측의 전원상의 과실과 환자의 사망 사이의 인과관계를 인정한 원심의 판단을 수긍한 사례.

89) 서울고등법원 2005.2.1. 선고 2003나63373 판결 참조.

90) 대법원 2005.6.24. 선고 2005다16713 판결.

□ 대법원 1996.6.25. 선고 94다13046 판결

의사가 환자 내지 그 가족에게 상처 부위의 조직괴사에 대응하기 위하여 필요한 검사 내지 치료를 할 수 있는 병원으로는 종합병원밖에 없다고 설명하면서 종합병원으로 전원할 것을 권유하였다면 그것으로 의사로서의 진료상의 의무를 다하였다 할 것이고, 거기서 나아가 그 환자나 가족들이 개인의의원으로 전원하는 것을 만류, 제지하거나 그 환자를 직접 종합병원으로 전원하여야 할 의무까지 있다고 할 수는 없다고 하여, 환자가 그 권유에 따르지 아니하여 증세가 악화된 데 대한 의사의 과실을 부정한 원심 판결을 수긍한 사례.

□ 대법원 1989.11.14. 선고 89도1568 판결

일반외과전문의인 피고인이 피해자의 증상을 통상의 혈행장애로 판단하고 그에 상응한 치료를 한 것에 잘못이 없는 경우에는 즉시 환자를 종합병원에 넘기지 않았다 하여 그것만으로 의료상의 처치과정에 잘못이 있다고 할 수 없다.

2. 설명의무위반

가. 설명의무의 유형

연혁적으로 보면, 설명의무는 개별적인 의료계약의 성립에 앞서 그 의료행위의 필요성과 위험성 등에 대한 구체적인 정보를 환자에게 제공함으로써 환자로 하여금 수술을 받을지 여부 또는 어떠한 수술방법을 선택할 것인지 등에 대하여 합리적인 자기결정권을 행사할 수 있도록 배려하고자 한 것이다. 따라서 종래에 설명의무는 환자의 자기결정권 행사의 전제(통상, ‘조언설명’이라고 하므로, 이하에서도 같이 사용한다.)로서 필요한 것으로 그 의의를 설명하여 왔고, 실무상 그러한 조언설명 의무의 존부 및 위반 여부를 중심으로 심리가 이루어져 왔다. 그러나 의사는 환자에게 자기

결정권의 행사와 무관하게 단순히 환자의 알 권리를 충족시켜 주기 위하여(고지설명) 또는 진료 후 요양방법이나 그 밖에 건강관리에 필요한 사항을 고지하기 위하여(지도설명) 다양한 설명을 하게 되는데 조인설명 의무만으로는 이와 같이 다양한 설명의무의 의의나 위반시의 효과 등을 제대로 이해하기 어렵다.

국내 학설상으로는 설명의무를 다양하게 분류하고 있고 그 세부적인 내용에 있어서도 차이가 있는바, ① 승낙이 유효요건으로 요구되는 설명의무(협치의 설명의무), 진료계약에 의한 진료채무자로서의 신의성실의 원칙 및 민법 제683조의 규정상 환자(위임인)에게 진단의 결과, 장래의 처치방법 및 효과 등을 알려주어야 하는 보고의무, 진료과정 중 진료 후 환자가 요양을 위해 준수하여야 할 사항에 관하여 지시, 권고를 하여야 하는 선관주의 의무의 하나로서의 지도의무 등으로 나누는 견해⁹¹⁾, ② 구두에 의한 치료행위로서의 진료상의 설명의무와 환자의 자기결정을 위한 설명의무로 구분하고 후자에 진단설명과 경과설명, 위험설명을 포함시키는 견해⁹²⁾, ③ 자기결정설명, 안전설명, 기타의 설명으로 구분하는 견해⁹³⁾, ④ 설명의무를 진료를 위한 것과 자기결정을 위한 것으로 구분하는 견해⁹⁴⁾ 등이 있다.⁹⁵⁾

위에서 본 설명의무의 분류방법 중 어느 견해에 따르더라도, 환자의 자기결정권을 전제로 한 조인설명 의무와 다른 설명의무는 구분되어야 하고, 그 법적 성질이나 효과 등에서 상당한 차이를 보인다. 필자는 의료과실의 본질은 의료계약에 터잡은 신의칙상 의무인 의사의 환자에 대한 보호의무 위반이라는 점과 이러한 보호의무란 사회적 여러 요소를 반영한 규범적

91) 석희태, 「의료과오 민사책임에 관한 연구」, 박사학위논문, 연세대학교학원, 1988, 35면 이하.

92) 김민중, “의료계약”, 사법행정 제361호, 1991, 42면 이하.

93) 이덕환, 「민법상 의사의 설명의무법리에 관한 연구」, 박사학위논문, 한양대학교학원, 1991, 84면 이하.

94) 문국진, 「의료법학」, 청림출판, 1989, 63면.

95) 김천수, 「자기결정권과 의사의 설명의무」, 박사학위논문, 서울대학교, 1994, 140면.

판단에 의한 이른바 개방적 구성요건으로서 법관이 그 시대의 법 인식과 판례를 기준으로 보완할 수밖에 없는 것이라는 점에서부터 출발한다. 그리고 설명의무 위반의 경우에는 진료상의 과실과는 달리 항상 소극적 과실인 의무불이행만이 문제된다. 따라서 설명의무의 종류를 구분함에 앞서 설명의무 위반 여부를 판단하는 것, 즉 해당 의료행위에 있어 일반법질서와 의료계약에 따라 의사가 환자의 보호를 위하여 어느 정도의 설명을 하여야 하는지, 그리고 그와 같은 설명이 제대로 이행되지 않은 경우 그로 인하여 침해되는 환자의 법익(생명, 신체, 인격권 등)이 무엇인지 등을 판단하는 것이 중요하다. 이하에서는 조언설명 의무, 고지설명 의무, 지도설명 의무로 나누어 판례를 중심으로 간략히 살펴보고자 한다.

나. 수술·마취·검사·투약 전 설명의무 위반(조언설명 의무 위반)

(1) 의미

조언설명 의무에 대한 명시적인 법규정은 없으나, 헌법 제10조는 인간의 존엄과 가치, 행복 추구권을 보장하고 있는데 이러한 헌법상의 권리에 근거하여 환자는 의료주체로서 자신의 신체나 정신에 일어날 일에 대하여 스스로 결정할 수 있는 자기결정권을 갖는다고 일반적으로 설명되고 있다. 환자의 수술 등에 대한 자기결정권의 보장을 위하여는 이에 관한 의사 등의 설명이 반드시 필요하다. 수술 등에 대한 환자의 동의는 담당 의사로부터 계획된 의료조치에 대하여 자세하고도 충분한 설명을 들은 이후에 이루어진 것이어야만 진정한 것이라 할 수 있기 때문이다.

이러한 설명의무는 진료계약상 주된 급부의무라 할 수 있는 의료행위와는 별도로 환자의 자기결정권을 보장하기 위한 전제로서 인정되는 독립적인 의무이면서, 주된 의무가 아닌 부수의무로 보아야 할 것이다.⁹⁶⁾ 그리고 이러한 설명의무는 특히 미용, 성형수술 분야에서 엄격히 적용되어야 한

96) 최재천·박영호, 앞의 책 646-647면.

다. 의료행위의 침습성에 대하여 설명의무 이행을 통한 환자의 동의로 위법성을 조각시킨 이유는 의료행위의 구명성에 있는 것이다. 그런데 미용, 성형수술 분야에 있어서는 의료행위의 특성인 구명성을 가지지 아니한 사안이 많고, 특히 이러한 사안에서는 의사가 환자를 유치하기 위하여 편향된 정보를 제공함으로써 환자의 자기결정권을 침해할 소지가 많기 때문이다.

조언설명 의무의 의미에 관한 주요 판례를 소개한다.

□ 대법원 1999.9.3. 선고 99다10479 판결

일반적으로 의사는 환자에게 수술 등 침습을 가하는 과정 및 그 후에 나쁜 결과 발생의 개연성이 있는 의료행위를 하는 경우 또는 사망 등의 중대한 결과 발생이 예측되는 의료행위를 하는 경우에 있어서 진료계약상의 의무 내지 침습 등에 대한 승낙을 얻기 위한 전제로서 당해 환자나 그 법정대리인에게 질병의 증상, 치료 방법의 내용 및 필요성, 발생이 예상되는 위험 등에 관하여 당시의 의료수준에 비추어 상당하다고 생각되는 사항을 설명하여 당해 환자가 그 필요성이나 위험성을 충분히 비교해 보고 그 의료행위를 받을 것인가의 여부를 선택할 수 있도록 할 의무가 있는 것이다.

□ 대법원 1998.2.13. 선고 96다7854 판결

수혈에 의한 에이즈 바이러스의 감염은 수혈행위에 전형적으로 발생하는 위험이고, 그로 인하여 에이즈 바이러스에 감염되는 경우 현대의학으로는 치료 방법이 없어 결국 사망에 이르게 되는 것으로서 그 피해는 회복할 수 없는 중대한 것인 데다가 의학적으로 문외한인 환자로서는 예상할 수 없는 의외의 것이므로, 위험 발생가능성의 희소성에도 불구하고 의사들의 설명의무가 면제될 수 없다고 보아야 하고, 수술 후 수술중의 출혈로 인하여 수혈하는 경우에는 수혈로 인한 에이즈 바이러스 감염 위험은 당해 수술과는 별개의 수혈 그 자체에 특유한 위험으로서 당해 수술 자체로 인한 위험 못지않게 중대한 것이므로 의사는 환자에게 그 수술에 대한 설

명, 동의와는 별개로 수혈로 인한 위험 등을 설명하여야 한다.

□ 대법원 2002.10.25. 선고 2002다48443 판결

의료행위라 함은 의학적 전문지식을 기초로 하는 경험과 기능으로 진찰·검안·처방·투약 또는 외과적 시술을 시행하여 하는 질병의 예방 또는 치료행위 및 그 밖에 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위를 의미한다 할 것이고, 성형수술행위도 질병의 치료행위의 범주에 속하는 의료행위임이 분명하므로, 이러한 성형수술 과정에서 의사가 환자에게 침습을 가하는 경우에 대하여도 의사의 환자에 대한 설명의무에 관한 법리가 마찬가지로 적용된다.

(2) 설명의무의 주체, 상대방 등

설명은 원칙적으로 담당 처치의사가 하여야 할 것이나 특별한 사정이 없는 한 처치의사가 아닌 주치의 또는 다른 의사가 할 수도 있다.⁹⁷⁾ 설명은 환자의 자기결정권 행사의 전제가 되므로 원칙적으로 환자에게 하여야 하나, 반드시 직접 환자에게 하여야 하는 것은 아니고 경우에 따라서는 의사는 환자의 가족을 통하여 환자에게 간접적으로 설명할 수도 있다. 다만, 환자가 의사무능력자여서 자기결정권을 행사하는 데 필요한 이해력과 판단 능력이 결여되거나 부족한 경우에는 일반적으로 그 법정대리인에게 설명하여야 하고 그 법정대리인이 동의권자가 된다.⁹⁸⁾

(3) 설명의무의 입증책임

설명의무의 위반은 채무불이행책임으로 구성하는 경우 채무의 불이행,

97) 대법원 1999.9.3. 선고 99다10479 판결.

98) 의료재판실무편람(개정판), 법원행정처, 2005, 67-69면. 한편, “응급의료에 관한 법률” 제9조는 응급의료시에 설명의무와 동의를 받을 의무를 규정하면서 그 상대방을 지정하고 있다.

불법행위책임으로 구성하는 경우 부작위에 의한 위법한 행위에 해당하는 것으로 보아야 할 것이므로, 원칙적으로는 환자가 그 점을 입증하여야 한다. 그러나 우리 판례는, “설명의무는 침습적인 의료행위로 나아가는 과정에서 의사에게 필수적으로 요구되는 절차상의 조치로서, 그 의무의 중대성에 비추어 의사로서는 적어도 환자에게 설명한 내용을 문서화하여 이를 보존할 직무수행상의 필요가 있다고 보일 뿐 아니라, 응급의료에 관한 법률 제9조, 같은 법 시행규칙 제3조 및 [서식] 1에 의하면, 통상적인 의료행위에 비해 오히려 긴급을 요하는 응급의료의 경우에도 의료행위의 필요성, 의료행위의 내용, 의료행위의 위험성 등을 설명하고 이를 문서화한 서면에 동의를 받을 법적 의무가 의료종사자에게 부과되어 있는 점, 의사가 그러한 문서에 의해 설명의무의 이행을 입증하기는 매우 용이한 반면 환자 측에서 설명의무가 이행되지 않았음을 입증하기는 성질상 극히 어려운 점 등에 비추어, 특별한 사정이 없는 한 의사 측에 설명의무를 이행한 데 대한 증명책임이 있다고 해석하는 것이 손해의 공평·타당한 부담을 그 지도원리로 하는 손해배상제도의 이상 및 법체계의 통일적 해석의 요구에 부합한다.”라고 판시하여 의사가 충분한 설명의무를 이행하였다는 점에 대한 입증책임을 부담하도록 하고 있다.⁹⁹⁾

(4) 예외

의사가 설명을 하지 아니한 경우 항상 의사 측의 법률적 책임이 문제되는 것은 아니다. 설명의무 위반에 대하여 의사에게 위자료 등의 지급의무를 부담시키는 것은 의사가 환자에게 제대로 설명하지 아니한 채 수술 등을 시행하여 환자에게 예기치 못한 중대한 결과가 발생하였을 경우에 의사가 그 행위에 앞서 환자에게 질병의 증상, 치료나 진단방법의 내용 및 필요성과 그로 인하여 발생이 예상되는 위험성 등을 설명하여 주었다라면

99) 대법원 2007.5.31. 선고 2005다5867 판결.

환자가 스스로 자기결정권을 행사하여 그 의료행위를 받을 것인지 여부를 선택함으로써 중대한 결과의 발생을 회피할 수 있었음에도 불구하고 의사가 설명을 하지 아니하여 그 기회를 상실하게 된 데에 따른 정신적 고통을 위자하는 것이므로, 이러한 의미에서의 의사의 설명은 모든 의료과정 전반을 대상으로 하는 것이 아니라 수술 등 침습을 과하는 과정 및 그 후에 나쁜 결과발생의 개연성이 있는 의료행위를 하는 경우 또는 사망 등의 중대한 결과발생이 예측되는 의료행위를 하는 경우 등과 같이 환자에게 자기 결정에 의한 선택이 요구되는 경우만을 대상으로 하여야 하고, 따라서 환자에게 발생한 중대한 결과가 의사의 침습행위로 인한 것이 아니거나 또는 환자의 자기결정권이 문제되지 아니하는 사항에 관하여는 위자료 지급대상으로서의 설명의무 위반이 문제될 여지가 없다.¹⁰⁰⁾ 그리고 환자가 의사로부터 올바른 설명을 들었다 하더라도 그 수술이나 투약 등 침습적 의료행위에 동의하였을 것이라는 이른바 가정적 승낙에 의한 의사의 면책은 의사 측의 항변사항으로서 환자의 승낙이 명백히 예상되는 경우에는 가정적 승낙에 의한 의사의 설명의무의 면책이 허용되나,¹⁰¹⁾ 그 의료행위에 따르는 후유증이나 부작용 등의 위험발생 가능성이 희소하다는 사정만으로 설명의무가 면제되지 아니한다.¹⁰²⁾

(5) 손해의 범위

대법원은 1994.4.15. 선고 93다60953 판결에서 "의사가 설명의무를 위반한 채 수술 등을 하여 환자에게 사망 등의 중대한 결과가 발생한 경우에 있어서 환자 측에서 선택의 기회를 잃고 자기결정권을 행사할 수 없게 된 데 대한 위자료만을 청구하는 경우에는 의사의 설명결여 내지 부족으로

100) 대법원 1995.4.25. 선고 94다27151 판결, 2002.5.28. 선고 2000다46511 판결.

101) 대법원 1994.4.15. 선고 92다25885 판결.

102) 대법원 1995.1.20. 선고 94다3421 판결, 2004.10.28. 선고 2002다45185 판결, 2007.5.31. 선고 2005다5867 판결 등.

선택의 기회를 상실하였다는 사실만을 입증함으로써 족하고 설명을 받았더라면 사망 등의 결과는 생기지 않았을 것이라는 관계까지 입증할 필요는 없으나, 그 결과로 인한 모든 손해를 청구하는 경우에는 그 중대한 결과와 의사의 설명의무 위반 내지 승낙취득과정에서의 잘못과의 사이에 상당인과관계가 존재하여야 하며, 그 경우 의사의 설명의무의 위반은 환자의 자기결정권 내지 치료행위에 대한 선택의 기회를 보호하기 위한 점에 비추어 환자의 생명 신체에 대한 의료적 침습 과정에서 요구되는 의사의 주의의무 위반과 동일시 할 정도의 것이어야 한다.”고 판시한 이후 일관되게 같은 입장을 취하고 있어 일반적으로 조언설명 의무 위반의 경우 자기결정권의 침해로 보아 위자료만 인정한다. 한편, 대법원 1994.4.15. 선고 92다25885 판결은 “피해자가 의사의 치료상의 과실이 없더라도 그의 설명의무 위반으로 투약 여부에 대한 승낙권을 침해당하였다면 그 위법행위 때문에 예기치 못한 의약품의 부작용으로 인한 정신적 고통을 입었다 할 것이고 가족들도 위 고통을 함께 입었다.”라고 판시하여 자기결정권이 문제될 수 없는 환자의 가족들에 대한 위자료 청구를 인정하였는데 이는 의문이다.¹⁰³⁾

다. 고지설명 의무 위반

고지설명 의무는 환자의 자기결정권과는 무관하게 환자의 알 권리를 충족시켜 주기 위한 의무로서 환자의 병명이나 상태 등에 대하여 설명할 의무이므로 순수한 진단계약(예컨대 건강검진)에서는 주된 의무가 될 수 있다. 통상 고지설명 의무를 조언설명 의무의 유형으로 같이 파악하기도 하는

103) 조언설명 의무의 본질이 의료계약에 있어 환자의 자기결정권을 보장하려는 것이었고, 의사의 주의의무는 의료계약에 터잡은 신의칙상의 환자에 대한 보호의무라는 점에서 볼 때 과연 환자의 인격권 침해에 대한 배상 이외에 환자 가족의 인격권까지 현행 의료체제에서 보호하여야 하는 것이라고 할 수 없고, 환자 가족의 정신적 고통이란 환자의 정신적 고통에 대한 반사적 효과로 보아 환자에 대한 위자료 배상에 의하여 당연히 위자되는 것이라고 보는 것이 옳을 것이다.

데, 단순한 고지설명 의무의 위반만으로는 법적인 책임이 발생할 정도의 정신적인 고통이 발생한다고 보기 어렵기 때문에, 의사의 잘못된 진단과 관련하여 고지를 받지 못함으로써 용인하기 어려울 정도의 정신적 고통을 받았을 것으로 인정되는 특별한 사정이 있는 경우에 한하여 위자료 책임이 인정된다.¹⁰⁴⁾

라. 지도설명 의무 위반

지도설명은 ‘의사의 업무범위 이외의 영역에서 예견’되는 위험을 피하기 위하여 환자에게 필요한 의학적인 충고를 말한다. 의료법 제24조는 “의료인은 환자나 환자의 보호자에게 영양방법이나 그 밖에 건강관리에 필요한 사항을 지도하여야 한다.”라고 규정하고 있으므로 의사에게는 위 법 규정에 따라 처치나 투약 후에 환자가 지켜야 할 주의사항(투병수칙, 건강수칙) 등을 알려주고 권고할 의무가 있다. 따라서 의사의 지도설명 의무는 법적 의무로서 의료계약상의 주된 급부 의무와 동등한 별개의 주된 의무라고 보아야 할 것이어서 조언 설명 의무와 같이 포기되거나 면제될 성질의 것이 아니라 지도 설명 의무 위반 그 자체가 하나의 의료과실로서 진료상 과실과 같이 취급되어야 한다.¹⁰⁵⁾ 우리 판례도 지도 설명 의무를 진료행위의 본질적 구성부분에 해당한다고 판시한 바 있다.¹⁰⁶⁾

104) 대법원 2002.6.25. 선고 2001다66321 판결, 1997.11.26. 선고 97다36842 판결 등에서는 비록 임신중절이 금지되는 사안이므로 의사의 태아상태에 대한 오진으로 인한 낙태 결정권의 침해는 인정되지 아니하나 태어날 아이가 장애아임을 미리 알았다면 이에 대비할 수 있었음에도 예기치 않은 결과를 갑작스럽게 당하여 정신적 고통을 입었다는 이유로 위자료의 배상을 명하였다. 한편, 의사의 과실로 암과 같은 치명적인 질환을 미리 발견하지 못한 경우에도 생명연장의 기회를 상실하였다거나 미리 죽음에 대비할 기회를 박탈하였다는 이유로 위자료 청구가 인정될 수 있다.

105) 일반적 견해는 지도 설명 의무를 환자의 건강권의 보호를 위하여 요구되는 것으로서 주된 급부 의무의 완전한 이행 을 위한 종속적 부수 의무라고 설명하면서도 지도 설명 의무 위반을 다른 설명 의무 위반과는 달리 진료상의 과실로 평가하고 있는바(김천수, 앞의 논문, 148면 이하), 지도 설명 의무는 의료법에 규정된 의사의 법적 주의 의무로서 의료계약상의 당연히 수반되는 주된 의무로 보는 것이 지도 설명 의무 위반을 곧바로 진료상의 과실로 평가할 수 있는 근거가 된다고 생각한다.

지도설명 의무에 관한 주요 판례의 요지는 다음과 같다.

□ 대법원 1991.2.12. 선고 90도2547 판결

자기 집 안방에서 취침하다가 일산화탄소(연탄가스) 중독으로 병원 응급실에 후송되어 온 환자를 진단하여 일산화탄소 중독으로 판명하고 치료한 담당의사에게 회복된 환자가 이튿날 퇴원할 당시 자신의 병명을 문의하였는데도 의사가 아무런 요양방법을 지도하여 주지 아니하여, 환자가 일산화탄소에 중독되었던 사실을 모르고 퇴원 즉시 사고 난 자기 집 안방에서 다시 취침하다 전신피부파열 등 일산화탄소 중독을 입은 것이라면, 위 의사에게는 그 원인 사실을 모르고 병명을 문의하는 환자에게 그 병명을 알려주고 이에 대한 주의사항인 피해 장소인 방의 수선이나 환자에 대한 요양의 방법 기타 건강관리에 필요한 사항을 지도하여 줄 요양방법의 지도의무가 있는 것이므로 이를 태만한 것으로서 의사로서의 업무상과실이 있고, 이 과실과 재차의 일산화탄소 중독과의 사이에 인과관계가 있다고 보아야 한다.

□ 대법원 2005.4.29. 선고 2004다64067 판결

시각이상 등 그 복용 과정에 전형적으로 나타나는 중대한 부작용을 초래할 우려가 있는 약품을 투여함에 있어서 그러한 부작용의 발생 가능성 및 그 경우 증상의 악화를 막거나 원상으로 회복시키는 데에 필요한 조치 사항에 관하여 환자에게 고지하는 것은 약품의 투여에 따른 치료상의 위험을 예방하고 치료의 성공을 보장하기 위하여 환자에게 안전을 위한 주의로서의 행동지침의 준수를 고지하는 진료상의 설명의무로서 진료행위의 본질적 구성부분에 해당한다 할 것이고, 이때 요구되는 설명의 내용 및 정도는, 비록 그 부작용의 발생가능성이 높지 않다 하더라도 일단 발생하면

106) 대법원 2005.4.29. 선고 2004다64067 판결.

그로 인한 중대한 결과를 미연에 방지하기 위하여 필요한 조치가 무엇인지를 환자 스스로 판단, 대처할 수 있도록 환자의 교육정도, 연령, 심신상태 등의 사정에 맞추어 구체적인 정보의 제공과 함께 이를 설명, 지도할 의무가 있다.

3. 수인한도를 넘는 불성실한 진료

환자와 의사간의 관계를 의료계약이라는 계약법적 관점에서 파악하는 경우에도, 의료행위의 침습성에 따른 위험의 고려는 언제나 환자에게 의사에 대한 전적인 신뢰를 요구하게 된다. 전문가 영역에서는 위임, 도급 등의 계약에 의하여 밀접한 인적 신뢰관계가 형성되는 것이 보통인데, 이러한 경우 계약의 본지에 따른 의무의 이행과 아울러 상호 신뢰관계에 기초한 신의칙상 부수의무인 상대방에 대한 보호의무가 문제되고, 특히 의료계약과 같이 생명, 신체에 대한 위험성으로 인하여 계약당사자 상호간에 고도의 신뢰관계가 필요한 사안에서는 상대방에 대한 보호, 배려의무가 더욱 더 강하게 요청된다. 따라서 계약당사자 일방이 상대방의 적법한 신뢰를 깨뜨리는 행위를 하는 경우 그와 같은 행위는 상대방에 대한 보호의무를 위반한 것으로서 계약의 주된 급부의무와는 무관하더라도 상대방이 신뢰감 상실로 인하여 정신적 고통을 받는 등의 손해가 발생하였다면 이를 배상할 책임이 있다.

최근 대법원 2006.9.28. 선고 2004다61042 판결도 “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 판시함으로써,¹⁰⁷⁾ 의료과실과 관련하여 의사의 주의의무, 특히 환자에 대한 보호의무의 영역을 더욱 강조하고 있다고 보인다. 다만, 위 판례에서 환자 이외에 그 가족에게도 위자료 청구권이 있다고 판시한 부분에 대하여는 의문이다. 앞서 본 바와 같이 불성실한 진료에 대하여 위자료 청구권을 인정하는 근거가 의료계약에 따른 신뢰관계에 기초한 환자의 보호의무위반에 있는 것이라면 의료계약상의 적절한 진료를 받지 못하여 발생한 정신적 고통에 대하여는 환자나 계약당사자만이 위자료 청구권을 가진다고 보아야 하고, 진료상 과실과 같은 적극적 채권 침해의 경우와 같이 볼 것은 아니라고 생각한다.

V. 마치며

최근 국민의 권리의식의 신장과 함께 전문가의 책임을 추궁하는 소송이 증가하고 있다. 의료과오소송은 일찍이 과거부터 인정되어 온 전문가 책임소송의 한 형태이다. 따라서 의사의 주의의무 역시 다른 전문가 책임소송의 경우와 마찬가지로 계약에 기초한 것이어야 한다. 그런데 우리 법제 하에서는 의료행위의 영리성은 부정되고 있고, 의료행위는 공공재(公共財)

107) 다만, 원심판결이 의료진이 전신마취 후 마취 회복 기간이 경과하도록 기면(嗜眠) 또는 혼미(昏迷)의 의식 상태에 놓인 환자에 대한 사후 관리를 함에 있어 최선의 조치를 다하지 않았다고 보아 위자료의 배상책임을 인정한 것을 그 주의의무 위반의 정도가 일반인의 수인한도를 넘어서는 것인지 여부에 관하여 심리를 제대로 하지 않았다는 이유로 파기하였다.

적인 성격이 강하여 일방 당사자인 의사에게는 계약체결 거절권이 부정되거나 제한되고, 또한 제3자인 국가가 의료수가를 지정, 제한함으로써 계약 당사자 간에 급부의 비대칭성이 존재하는 등 비계약적 요소가 지배하고 있다. 앞서 본 바와 같이 의사의 과실, 즉 주의의무의 위반여부는 의료계약에 기초한 환자에 대한 보호의무 위반여부에 귀착된다고 한다면, 이를 판단함에 있어서는 위와 같은 의료행위의 공공재적, 비계약적 특성을 고려하여야 한다.

더욱이 의료과오소송에 있어서 환자 측의 입증책임을 경감하려는 시도는 의료행위의 전문성 및 의학적 미해명성의 특질이나 증거의 편재현상으로 인하여 불가피한 것으로 생각되나, 의사라고 하여 의료행위의 모든 것을 설명, 입증할 수 있는 것이 아니므로 환자의 입증책임을 완화하여 의료과실을 쉽게 인정하는 만큼 균형된 시각으로 의사가 그로 인하여 과중한 책임을 지지 않도록 배려할 필요가 있다. 법원은 의료과오소송에 있어 공평한 손해의 분담이라는 원칙을 내세워 환자 측의 의료과실에 대한 입증책임을 완화하고, 의사의 환자에 대한 보호의무의 범위를 확장하여 정당한 권리구제에 힘쓰는 한편, 그로 인하여 의사가 부당하게 과중한 책임을 지지 않도록 책임제한 제도를 통하여 환자의 보호와 의사의 책임을 균형 있게 조율하려고 노력하여 왔다. 그러나 이제는 의료행위의 공공재적인 성격을 고려하여 의료과실책임을 사회화함으로써 의사의 책임을 덜어주는 의료배상책임제도를 도입함으로써 의료계약 안에 포섭된 비계약적 요소로 인하여 의사의 환자에 대한 보호의무의 범위를 확장할 때 의사가 입게 되는 불이익을 법적으로 해소하여 주는 것이 옳다고 본다.

[참 고 문 헌]

- 『민법주해(VIII)』, 박영사, 1999.
- 의료재판실무편람, 법원행정처, 2005.
- 권오승, “의료과오와 의사의 주의의무”, 『민법판례연구 IV』, 박영사, 1993.
- 권용우, 『불법행위론』, 신양사, 1998.
- 김만오, “의료과오에 관한 판례의 동향”, 『민사법학』, 27호, 한국사법행정학회, 2005.
- 김민중, “의료계약”, 『사법행정』, 제361호, 한국사법행정학회, 1991.
- 김상용, 『채권총론』, 법문사, 2000.
- 김진, “불법행위법상 과실책임에 관한 소고: 과실개념을 중심으로”, 『성균관법학』, 16권 2호, 성균관대학교 비교법연구소, 2004.
- 김천수, 「자기결정권과 의사의 설명의무」, 박사학위논문, 서울대학교학원, 1994.
- 문국진, 『의료법학』, 청림출판, 1989.
- 석희태, “의료과실의 판단기준(상)”, 『판례월보』, 197호, 판례월보사, 1987.
- 석희태, 「의료과오 민사책임에 관한 연구」, 박사학위논문, 연세대학교학원, 1988.
- 오석락, 『입증책임론』, 일신사, 1991.
- 이덕환, 「민법상 의사의 설명의무법리에 관한 연구」, 박사학위논문, 한양대학교학원, 1991.
- 이은영, 『채권총론』 박영사, 1999.
- 임좌혁, 「의료과오소송에서의 입증책임에 관한 연구」, 박사학위논문, 배제대학교학원, 2006.
- 정기웅, 『채권총론』, 법원사, 2000.
- 정영일, “의료과실의 형사책임에 관한 일고찰”, 『한일형사법의 과제와 전망』, 수운이한교수정년기념논문집간행위원회, 2000.
- 최재천·박영호, 『의료과실과 의료소송』, 육법사, 2001.

The Meaning and Criterion of Medical Malpractice(negligence) from Moderating the Burden of Proof in a Medical Malpractice Suit

Kim Yong-Bin

Seoul Central District Court, Presiding Judge

=ABSTRACT=

In medical malpractice lawsuits, negligence is generally defined as conduct that is culpable because it falls short of what a reasonable person would do to protect another individual from a foreseeable risks of harm. Thus, the essence of negligence is a breach of obligations to be attentive, and the breach of obligations to be is negligence. However, whether negligence is or not depends on time, place, litigation forms and the judge since the meaning of negligence is wavering on the basis of abstract and normative judgment. In this thesis, what is medical negligence, a breach of obligations of attention for a doctor in medical malpractice lawsuits, would be it further enacted that doctors have the responsibility to protect the patients as a subordinate duty due to a principle of faith and sincerity besides the main duty for medical contract-performance since the suit is a litigation form to be based on responsibilities of experts, especially doctors, though having factors that are non-contractual as a trait for medical treatment. Further on the concept, when the plaintiff asserts and proves a specific fact from the recent moderation of the burden of proof about medical malpractices, whether the court should find a true bill in medical malpractice actually or not has been discussed.

Keyword : medical malpractice, proof liability(burden of proof), causation, determination of negligence, informed consent