

의료행위의 특질 재론

석 희 태*

1. 의료본질의 정당성(목적의 이타성)
2. 의료시행의 시기성(병변의 진행성)
3. 의료진행의 동태성(증상의 다양성)
4. 의료효과의 다양성
5. 의료침습의 위험성
6. 의료방법의 비단일성(요법선택의 재량성)
7. 의료역량의 한계성
8. 의료대상의 개입성
9. 의료규준의 고도성(의료행위의 전문성)
10. 의료자료의 편재성(진료상황의 밀실성)

의료인의 의료시행상 주의의무 및 그 위반 여부를 논하고, 설명의무 및 그 이행 여부를 논함에 있어서 그 기초로서 의료의 특질이 고려되어야 한다는 점은 오늘날 일반적 관념으로 정착되었다.

그런데 그 특질의 논의에서 몇 가지 아쉬운 점들이 상존하고 있어서 재론의 필요성이 제기되어 왔다.

그것은 첫째, 기존의 특질론이 의료행위의 특질을 전반적으로 파악하여 설명하지 못했고, 둘째, 어떤 연구자의 논고에서는 특질을 표현하는 용어와 그 개념 정의 내지 내용이 부합하지 않는 경우가 있으며, 셋째, 의료의 특질을 반영한 사례 - 특히 대법원 판례 - 의 거시가 부족하여 혹자는 어떤 특질의 시인 및 반영에 부정적 사고를 하도록 만들었다는 것 등이다.

필자는 일찍이 초기의 저작에서 의료행위의 특질로 ‘의료목표의 갈등’, ‘의

* 법학박사 경기대 법대 명예교수, 전 연세대 의대 객원교수

4 석희태

료의 단행성(病變의 진행성), '의료의 동태성(病狀의 다양성)', '의료효과의 다양성', '의료의 본래적 위험성(침습성)' 등 다섯 가지를 들어 설명한 바 있다.¹⁾

본고에서는 앞의 재론 필요성 사유를 염두에 두어 의료의 특질을 상세히 분석하고, 각 특질이 반영된 대표적인 우리 대법원 판례의 핵심 부분을 인용하고자 한다.

본고에서 추출하는 의료의 특질은; 의료행위 본질의 정당성, 시행의 시기성, 진행의 동태성, 효과의 다양성, 침습의 위험성, 방법의 비단일성, 역량의 한계성, 대상의 개입성, 기준의 고도성, 자료의 편재성 등 열 가지이다.

1. 의료본질의 정당성(목적의 이타성)

의료는 사람의 생명과 건강을 관리함으로써, 의료대상자와 사회일반에게 이익을 공여하는 것을 목적으로 하는 이타적 행위이므로, 그 본질이 원천적으로 정당성을 갖는다. 의료행위는 그 본질이 타인에 대한 단순한 강박·감금·상해·살인 등의 반사회적·위법적 행위 양태와는 다른 문화적·윤리적 행위이며, 따라서 원칙적으로, 즉 그것이 생명·건강의 유지·증진에 필요하고(의학적 적응성) 의학원칙에 부합하는 한(의학적 정당성) 적법행위로 평가된다.

그러므로 의료시행 이후 환자에게 악결과가 발생되었는데, 그 점에 대하여 의사의 충분한 사전 설명과 환자의 동의가 이루어지지 않았다고 하더라도, 그 원인행위가 의학원칙에 위반되지 않는 한, 전체적으로 위법하다는 평가는 받지 않는다(다만 환자의 자기결정권 침해 위법으로 평가된다).

한편 환자의 상황이 급박하고 다른 요법선택의 여지가 없는 경우에, 안전성과 유효성이 확보되지 않아서 그 채용이 의학원칙에 반하는 개발도상의 요법을 선택하는 것을 허용하는 것(이른바 치료목적 시험의 정당화), 즉 위법행위로 평가하지 않는 것은 그 의료의 합목적성으로 인한 결과이다.

1) 석희태, "의료과실의 판단", 『판례월보』 제197호, 1987. 2., 제12-15면.

(사례 1) 대법원1994.4.15.선고 92다25885판결

교통사고에 의한 두부손상으로 생명이 위독했던 환자에게 솔루메드롤을 투여하여 의식회복을 시킨 뒤 외상부의 조직부종으로 인하여 속발된 안면신경마비증세를 치료하기 위해 다시 환자의 동의 없이 솔루메드롤을 투여함으로써 치료에 성공하여 퇴원을 시켰는데, 그 후 환자에게 솔루메드롤 부작용인 대퇴골두골저 무혈성괴사의 후유증이 발현된 사건

【이유】

원고들의 상고 이유를 본다.

1. 피고 학교법인 00학원에 대하여

가. 원심판결 이유에 의하면, 원심은 피고 학교법인 00학원(이하에서는 ‘피고 법인’이라 한다) 경영의 00대학부속병원 신경외과 전문의인 소외 1은 1983.6.29. 교통사고로 뇌 부분에 심한 상처를 입은 직후 응급 입원한 원고 1(당시 20세 2개월 남짓한 나이였다) 이 당시 두부손상으로 가면상태에서 의식이 없고, 우측 측두부의 급성뇌막하혈종과 뇌부종으로 뇌압이 상승하고 있었으며, 뇌막파열로 뇌척수액과 혈액이 뇌표면으로부터 흘러나오는 등 생명이 매우 위중한 상황에 있음을 확인하고서 일단 산소공급과 급성 뇌압강하제인 만니톨을 주사하는 등의 응급조치를 취한 뒤 뇌압하강과 뇌기능보호를 위한 중증 쇼크치료제로 쓰이는 부신피질호르몬제제인 솔루메드롤(Solumedrol)을 투약하기로 결정하고, 입원 당일 250mg, 익일인 같은 해 6.30.부터 7.1.까지 매일 500mg씩을, 7.2.부터 4.까지 3일간 매일 250mg씩을 주사함으로써 의식이 정상회복하는 등, 위급한 고비를 넘겨서 투약을 중단하였다가, 그 후 위 두부 외상부의 조직부종으로 인하여 속발된 우측안면신경 중증도 마비를 치료하기 위하여 7.15.부터 같은 달 17.까지 3일간은 매일 250mg씩, 그 다음날부터 7.20.까지 3일간은 매일 125mg씩 주사하였는데, 그 각 투여 당시에 위 원고나 가족의 승낙이나 동의 없이 독자적 판단으로 솔루메드롤을 투여한 사실, 그 결과 위 원고의 중증 뇌부종 및 안면신경마비증세를 성공적으로 치료하여 위 원고를 같은 해 9.7. 퇴원시켰으나, 그 1년 5개월 이후에 위 약품투여에 의한 부작용으로 위 원고에게 대퇴골두골저 무혈성괴사의 증상이 나타나게 된 사실, 이는 대퇴골두에 영양을

공급하는 모세혈관의 순환장애로 발생하는 것으로서 대퇴골 골두의 변형과 함께 고관절의 2차적 변화 및 운동장애가 수반되는 불치의 병으로 대퇴골 및 고관절이 체중을 제대로 지탱하지 못하여 보행에 지장을 주는 형태로 증상이 고착되는 사실을 각 인정한 후, **그 판시와 같은 여러 사정을 종합하여 의사 소외 1에게는 위와 같은 투약에 의한 치료상의 과실은 없다고 판단하고서, ... (중략)...**

나. 의사는 반드시 병을 완치시켜야 할 의무를 부담하는 것은 아니라 할지라도 최선의 주의로써 병을 치료하기 위한 충분한 조치를 다할 의무가 있고, 환자에 대한 수술은 물론, 치료를 위한 의약품의 투여도 신체에 대한 침습(侵襲)을 포함하는 것이므로, 의사는 긴급한 경우 기타의 특별한 사정이 없는 한, 그 침습에 대한 승낙을 얻기 위한 전제로서 환자에 대하여 질환의 증상, 치료방법 및 내용, 그 필요성, 예후 및 예상되는 생명, 신체에 대한 위험성과 부작용 등, 환자의 의사결정을 위하여 중요한 사항에 관하여 사전에 설명함으로써 환자로 하여금 수술이나 투약에 응할 것인가의 여부를 스스로 결정할 기회를 가지도록 할 의무가 있고, 이러한 설명을 아니한 채 승낙 없이 침습한 경우에는, **설령 의사에게 치료상의 과실이 없는 경우에도 환자의 승낙권을 침해하는 위법한 행위가 된다** 할 것이다.

다. 이러한 입장에서 원심의 판단을 차례로 검토해 보기로 한다.

(1) 먼저, 위 원고가 생명이 위독한 상태 하에서 의식이 회복되기 전까지의 투약에 관한, 사전의 설명이 불가능하여 긴급한 경우에 해당한다 할 것이므로, 같은 취지에서 그 때까지 소외 1의 설명의무를 부인한 원심판단은 옳다고 수긍된다.

(2) 그러나, 위 원고가 의식을 회복한 후에도 치료의 경과와 부작용의 가능성에 관한 설명의무가 없다고 판단한 것은 아래와 같은 점에서 수긍하기 어렵다.

① 원심 판시에 의하여도 설명을 할 시간적 여유가 없을 정도로 긴급한 사태가 존재하였다고 볼 근거가 없다.

② ... (생략) ... 위 원고의 두부손상 치료 후에 그 부작용이나, 합병증의 징후가 없었다 하더라도 그 후의 투약을 위하여는 여전히 그에 의한 부작용 등의 가능성에 관한 사전의 설명이 필요하고, 원심 판시와 같이 그에 관한 사전검사나 예방방법이 구체적으로 의학계에 알려지지 않았다면 그 알려진 부작용의 중대성 등에 비추어 더욱 그 설명의 필요성이 있다 할 것이며, 의사가 그 의약품의 용법과 용량에 따른 투약을 할 경우에도 그 부작용

의 가능성을 미리 설명하여 환자의 승낙을 받아야 할 것이다.

③ 환자가 의사로부터 올바른 설명을 들었다더라도 위 투약에 동의하였을 것이라는 이른바 가정적(가정적) 승낙에 의한 의사의 면책은 의사 측의 항변사항으로서 환자의 승낙이 명백히 예상되는 경우에만 허용된다 할 것인바, 기록에 의하면 피고 법인의 이에 관한 주장이 없을 뿐만 아니라 원심 판시와 같이 의사입장에서 달리 대체할 치료방법이 없었다는 사유만으로 환자인 원고 1이 위 부작용을 고려하여 여러 가지로 대처할 선택의 가능성을 모두 배제하고 그 투약을 승낙했을 것이 명백하다고 추정하여 환자의 자기결정권 침해를 부정할 수는 없다 할 것이다.

라. 결국 위 원고 1은 소외 1의 치료상의 과실이 없더라도 그의 설명의무위반으로 투약 여부에 대한 승낙권을 침해당하였다면 그 위법행위 때문에 예기치 못한 의약품의 부작용으로 인한 정신적 고통을 입었다 할 것이고 / 가족인 나머지 원고들도 위 고통을 함께 입었다 할 것이므로, 이러한 경우 피고 법인은 위 원고 1에게 신체장애 등에 의한 재산적 손해를 배상할 책임은 없다 하더라도 원고들에게 위 정신적 고통에 대한 위자료는 지급할 책임이 있다 할 것이다....(후략)..."

[사례 2] 대법원2010.10.14.선고 2007다3162판결

간경화증이 상당히 진행되어 간이식 수술 외에 효과적인 치료방법이 없는 상태의 환자 등에게 안전성과 유효성에 대한 충분한 설명 없이 좋은 점만을 강조하여 임상시험단계에 있는 중간엽 줄기세포 이식술을 시행하였으나 기대했던 효과가 발생하지 않은 사건.

“【이 유】

상고이유를 판단한다.

1. 불법행위의 성립 및 손해배상의 범위에 관한 피고들의 상고 이유에 관하여
- 가. 약사법 위반에 관하여
- ...(생략)...

3) 미승인 임상시험의 의료행위 자체로 불법행위책임이 성립하는지 여부

관계 법령에 따라 **감독관청의 승인이 요구됨에도 이를 위반하여 승인 없이 임상시험에** 해당하는 의료행위를 하였더라도 **그 자체가 의료상의 주의의무 위반행위는 아니라고 할** 것이므로, **당해 의료행위에 있어 구체적인 의료상의 주의의무 위반이 인정되지 아니한다면 그것만으로 불법행위책임을 지지는 아니한다**(대법원 2002. 1. 11. 선고 2001다 27449 판결 등 참조).

따라서 원심이 식품의약품안전청장의 임상시험계획승인을 받지 않고 의약품인 이 사건 줄기세포를 이식하여 약사법을 위반한 행위만으로 곧바로 불법행위를 구성한다고 판단한 것은 잘못이다...(중략)...

나. 설명의무 위반에 관하여

1) 의사는 의료행위에 앞서 환자나 그 법정대리인에게 질병의 증상, 치료방법의 내용 및 필요성, 발생이 예상되는 위험 등 당시의 의료수준에 비추어 상당하다고 인정되는 사항을 설명하여 환자가 그 필요성이나 위험성을 충분히 비교해 보고 그 의료행위를 받을 것인가의 여부를 선택할 수 있도록 할 의무가 있고(대법원 1995. 1. 20. 선고 94다3421 판결 등 참조), 특히 그러한 의료행위가 임상시험의 단계에서 이루어지는 것이라면 해당 의료행위의 안전성 및 유효성(치료효과)에 관하여 그 시행 당시 임상에서 실천되는 일반적·표준적 의료행위와 비교하여 **설명할 의무가 있다.**

....(중략)...

3) 사실관계가 이와 같다면, 피고 2는 임상시험의 단계에 있는 이 사건 줄기세포 이식술을 시행함에 있어 환자들의 의사결정에 영향을 줄 수 있는 중요한 사정인 치료효과에 관하여 객관적으로 확인해 보려는 노력을 기울이지 아니한 채 피고 4와의 공동기자회견, 00병원 홈페이지 광고, 상담 등을 통하여 그릇된 정보를 제공하는 등 환자들에 대한 **설명 의무를 위반한 잘못이 있고, ...**(중략)

다. 손해배상책임의 범위에 관하여

피고 2 등이 이 사건 줄기세포 이식술의 치료효과에 관하여 **그릇된 정보를 제공하지 않았다면, 원고 등이 고액을 지불하면서까지 임상시험 단계에 있는 이 사건 줄기세포를 구입하여 이식술을 받지는 않았을 것이므로, 원고 등이 지출한 줄기세포 구입비, 치료비**

등의 재산상 손해와 피고 2 등의 공동불법행위 사이에 상당인과관계가 있다고 본 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 피고 회사, 피고 4의 주장과 같은 손해배상 책임의 범위에 관한 법리오해 등의 잘못이 없다.

...(후략)..."

2. 의료시행의 시기성(병변의 진행성)

병변은 한번 시발하면 대부분 당해 기관 또는 기능의 완전 소실에 이르기까지, 나아가서는 환자의 사망에 이르기까지 진행되는 성질을 지니고 있다. 그러므로 의료행위에는 항상 시간적 제약이 따른다. 즉 적절한 시간 이내에 일정한 처치(진단과 치료를 중심으로 하되 다른 의료기관으로의 전송(傳送)도 포함함)에 착수하고 완료하는 것이 요청된다. 이것을 의료시행의 시기성(時機性)이라 하고, 의료의 단행성이라고도 한다.

이러한 의료시행의 시기성으로 말미암아 의사의 재량적 판단 및 전송의무가 강조되는 것이며, 더욱이 병변 진행이 고속이어서 처치에 대한 긴급판단을 요하는 경우에는 의사의 일반적 주의의무 기준과 설명동의원칙이 수정되게 된다. 또한 경우에 따라서는 의학상 아직 확립되지 않은 신요법 등의 채용과 같은 일종의 실험적 요소가 허용되게 되는데, 이것도 이러한 특질에서 연유하는 것이다.

(사례 3) 대법원1967.7.11.선고 67다848판결

일반적인 개업의사로서는 감당하기 어려운 이상분만환자가 자궁출혈이 있고 일반적인 조산술로는 분만이 어려워서 시설이 좋은 종합병원에 이송해야 함에도 불구하고, 장시간에 걸쳐 일반적인 조산술을 시행한 결과 산모가 기진하고 출혈이 심하여 사망에 이른 사건

“【이유】

...(전략)...

피고 소송대리인의 상고이유에 대한 판단,

원심이 그 열거하는 증거를 종합하여 피고가 망 소외 1의 입원 시부터 그 사망에 이르기까지의 태아분만과 식중독 치료의 여러 가지 조치를 한 점, 그 치료기간중의 제반 상황의 전후 전말 사실을 인정한 조치에 아무 위법이 없고, 위 인정사실을 근거로 (1) 피고는 개업을 하고 있는 의사로서 소외 1은 **계속적인 고통을 호소했고 진통시간이 과다했는 바**, 피고는 이와 같은 경우 의당 산모나 태아에 이상이 있는가 여부를 규명했어야 했고 이렇게 했었다면, 태아의 머리가 산모의 골반에 비하여 지나치게 커서 순산할 수 없고, 특히 5.6차나 “겸자” 수술을 하여도 만출되지 아니했고, 결국 천로수술을 하여야 할 정도로 머리가 컸다면 피고도 능히 이를 사전에 알아차릴 수 있었는데도 불구하고 **이와 같은 주의 의무를 태만히 하여 진통이 시작된 지 만 16시간이 경과한 14일 14:00까지 적절한 조치(즉시 수술을 한다든지 광주 등지로 산모를 이송한다든지)를 취하지 아니하고, 방치한 결과가 된 점** (2) 태아의 머리가 원 판시와 같이 컸다면 공연히 “겸자” 수술을 함으로써 산모의 기력만 소모하게 한 점, (3) 산모가 자궁출혈이 심히 있을 경우 피고는 늦어도 태반이 만출된 16:30까지에는 이 출혈 원인이 자궁조기박리에 인한 일혈증에 있음을 간취할 수 있었을 것임에도 불구하고 태반을 살피는 등 주의의무를 태만히 하여 적절한 처치를 못한 점, (4) 일반적으로 수술전에 수혈준비를 못한다 하더라도 본건의 경우 진통시간이 과대했고 산모는 극도로 피로해 있었음으로 수혈을 준비한 후 천로수술에 착수함이 타당했고 또 다량의 출혈이 있으면, 의당 **환자를 급히 응급조치를 한 후 광주시의 종합병원이나 전문의에게 이송하거나 혈액은행에 전화 또는 인편으로 혈액을 주문해서 수혈을 해야 할 것임에도 불구하고 출혈중인 환자를 이송할 수 없고, 또 이전에도 혈액은행에 혈액을 주문했더니 그 시간 후에야 가지고 왔다는 이유로 수혈을 하거나 혈액주문도 한바 없이 또 자궁절제수술을 한바 없이 만연히 아무 효험도 없는 동맥압박, 당땡 애루코크링 주사 등으로 시간을 끌다가 결국 태반이 나온 지 2시간 30분 만에 출혈 끝에 실혈로 인하여 사망하게 한 점** (5) 피고의 능력과 시설에 비추어 위 소외 1을 병원에서 다루는 것이 무리였다면, OO읍에서 근거리에 있는 광주시의 종합병원이나, 전문의에게 이송하지 아니한

점, 이 피고의 과실이 없고, 이와 같은 과실로 인하여 소외 1이 사망한 사실을 인정하였음에 위법 있음을 찾아볼 수 없다. ...(후략)..."

[사례 4] 대법원2000.9.8.선고 99다48245판결

야외 운동 중 시설 부실로 인한 사고를 당해 응급으로 내원한 환자에 대한 진찰 결과 장파열, 복강내출혈 및 비장손상 등의 가능성이 있어서 응급개복술의 시행이 필요함에도 불구하고, 그 배우자의 요청으로 집 근처 병원으로 이송시키던 도중 환자가 복강내출혈 등으로 사망한 사건

【판결요지】 (일부)

[2] 원래 의료행위에 있어서 주의의무 위반으로 인한 불법행위 또는 채무불이행으로 인한 책임이 있다고 하기 위하여는 의료행위상의 주의의무의 위반과 손해의 발생과의 사이의 인과관계의 존재가 전제되어야 하나, 의료행위가 고도의 전문적 지식을 필요로 하는 분야이고, 그 의료의 과정은 대개의 경우 환자 본인이 그 일부를 알 수 있는 외에 의사만이 알 수 있을 뿐이며, 치료의 결과를 달성하기 위한 의료 기법은 의사의 재량에 달려 있기 때문에 손해 발생의 직접적인 원인이 의료상의 과실로 말미암은 것인지 여부는 전문가인 의사가 아닌 보통인으로서로는 도저히 밝혀낼 수 없는 특수성이 있어서 환자 측이 의사의 의료행위상의 주의의무 위반과 손해의 발생과 사이의 인과관계를 의학적으로 완벽하게 입증한다는 것은 극히 어려우므로, 환자가 치료 도중에 사망한 경우에 있어서는, 피해자 측에서 일련의 의료행위 과정에 있어서 저질러진 일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실 있는 행위를 입증하고 그 결과와 사이에 일련의 의료행위 외에 다른 원인이 개재될 수 없다는 점, 이를테면 환자에게 의료행위 이전에 그러한 결과의 원인이 될 만한 건강상의 결함이 없었다는 사정을 증명한 경우에 있어서는 의료행위를 한 측이 그 결과가 의료상의 과실로 말미암은 것이 아니라 전혀 다른 원인으로 말미암은 것이라는 입증을 하지 아니하는 이상 의료상 과실과 결과 사이의 인과관계를 추정하여 손해배상책임을 지을 수 있도록 입증책임을 완화하는 것이 손해의 공평·타당한 부담을 그 지도원리로 하는 손해

배상제도의 이상에 맞다고 하지 않을 수 없다.

[3] **진찰 결과 장파열, 복강내출혈 및 비장손상 등의 가능성이 있어 응급개복술의 시행이 필요한 부상자를 그 처의 요청으로 집 근처 병원으로 이송시키던 중 부상자가 복강내 출혈 등으로 사망한 경우, 다른 사망원인이나 의사가 즉시 개복수술을 시행하였어도 사망하였을 것이라는 점에 대한 입증이 없는 이상 의사가 수술을 실시하지 아니한 채 만연히 부상자를 다른 병원으로 이송하도록 한 과실로 수술이 지연되어 부상자가 사망하였다고 추정함이 상당하다.**”

(사례 5) 대법원2015.7.9.선고 2014다233190판결

대장내시경 검사를 받은 지 이틀째 되는 날 심한 복통과 구토 증상으로 입원한 환자에 대하여 병원 의료진이 CT 검사를 하기 위해서는 금식이 필요하다는 이유로 약 15시간 동안 진통제만 처방하다가, 다음 날 오전 CT 검사를 실시한 결과 복막염이 의심되어 응급수술을 시행하였으나 패혈증으로 사망한 사건

【판결요지】 (일부)

CT 검사에 일반적으로 요구되는 6시간의 금식시간이 지났고, 거듭된 진통제 투여에도 극심한 통증을 계속 호소하는 상황이었으므로 을 병원 의사로서는 갑의 상태를 직접 확인하고 압통 여부 등 이학적 검사를 실시하여 CT 검사 등 추가적인 응급검사와 조치가 필요한지 검토할 의무가 있는데, 갑에 대한 경과관찰 등의 의료조치를 소홀히 하여 CT 검사가 가능해진 이후에도 이를 실시하지 아니함으로써 결장 천공 등을 조기에 발견하지 못하고 신속한 수술 등의 조치를 받지 못하게 한 과실이 있음에도, 이와 달리 본 원심판결에 법리 오해 등의 잘못이 있다.”

3. 의료진행의 동태성(증상의 다양성)

병변과 그 증상의 관계는 규칙·불규칙 또는 정형·비정형의 다양성을 띤다. 즉 「표현된 증상(症狀)」과 「실재하는 현상(現象)」이 반드시 일치하지는 않는

것이다.²⁾ 여기서 진단과 요법결정 등 의료기초확정의 곤란성이 유래한다. 따라서 현실에서 의사는 대부분 어느 정도의 가정적·추단적·잠정적 판단에 입각하여 진료를 실시하며, 그 경과에 따라, 즉 경과관찰과 합리적 시행착오를 통해 진단 내지 요법을 수정해 나아간다고 하는 동적 태도를 취한다. 이것을 의료진행의 동태성(動態性)이라고 하며, 의사의 ‘계약상 채무’라는 관점에서는(채무 내용의) 개괄성·추상성이라고 한다.

그러므로 진료의 전 과정을 사후적으로 평가할 때에, 어느 시점·어느 단계에서 설령 진단과오(오진)와 그로 인한 잘못된 요법선택이 있었음이 인정된다고 하더라도, 그것을 일률적으로 ‘과실 있음’으로 판단할 수는 없다. ‘주의의무 위반’을 인정할 수 없는 경우가 있기 때문이다.

의료진행의 동태성은 후술하는 의료방법의 비단일성(요법선택의 재량성)과 연계되며, 한편으로 전술한 의료시행의 시기성과 배치될 가능성이 있다.

(사례 6) 대법원2006.10.26.선고 2004도486판결【업무상과실치사】

산모가 제왕절개 수술 후 폐색전증으로 사망한 사건에서, 산모가 출산 후 보인 증상·징후를 통해 폐색전증을 예견하고 회피할 주의의무가 있었는지를 논한 사안

【이유】

상고이유를 판단한다.

1. 원심은...(중략)...이 사건 공소사실을 유죄로 인정한 제1심판결을 유지하였다.
2. 그러나 위와 같은 원심의 판단은 수긍하기 어렵다.

가. 의료과오사건에 있어서 의사의 과실을 인정하려면 결과발생을 예견할 수 있고 또 회피할 수 있었음에도 불구하고, 하지 못한 점을 인정할 수 있어야 할 것이고(대법원 1984. 6. 12. 선고 82도3199 판결 등 참조), 위 과실의 유무를 판단함에는 같은 업무와

2) 松倉豊治, “医療過誤と医師の立場,” 『医学と法律の間』, 東京: 判例タイムス社, 1980, 第42面.

직무에 종사하는 일반적 보통인의 주의 정도를 표준으로 하여야 하며, 이에는 사고 당시의 일반적인 의학의 수준과 의료환경 및 조건, 의료행위의 특수성 등이 고려되어야 한다(대법원 1996. 11. 8. 선고 95도2710 판결 등 참조).

나. 이 사건 공소사실은 피해자가 고령의 초산모로서 수술 5년 전 **혈전치료를 받은 병력**이 있고 수술 후 **수시로 호흡곤란을 호소**하였으므로 피고인으로서 폐색전증의 위험을 예견할 수 있었다는 것이고, 원심은 위 공소사실을 인정하면서 이에 더하여 혈전으로 인한 폐색전증은 **분만 전후 언제든지 발생할 수 있는 치명적인 합병증**으로서 피고인이 이러한 의학적 지식을 잘 알고 있었다는 점과 **수술 후 실시한 동맥혈가스분석 및 흉부방사선 촬영검사 결과와 피해자에게 나타난 저혈압, 빈맥, 발열 등의 증세가 모두 폐색전증을 의심할 정도**였고 나아가 위 병원에 폐색전증 확진에 필요한 폐혈관조영술을 실시할 장비가 갖추어져 있었다는 사실을 인정한 다음 피고인으로서 피해자의 폐색전증 발생을 예견할 수 있었다고 보았다.

그런데 기록에 첨부된 국내의 일반적인 내과학·산과학 교과서 등에 의하면, 폐색전증은 정맥계, 특히 하지의 심부정맥에서 발생한 혈전이나 이물질에 의하여 폐동맥이 막히는 증상으로서 비특이적인 증상 및 징후, 다양한 임상상을 보일 수 있고 폐색전증과 유사한 증상과 징후를 보이는 질환이 흔하며 임신·출산이 폐색전증 발병의 위험인자 중의 하나이고 호흡곤란이나 현기증 등은 폐색전증의 증상과 징후의 하나인 것도 사실이나 이러한 호흡곤란이나 현기증 등은 수술 후 나타날 수 있는 흔한 증상 중의 하나이기도 하여 제왕절개술로 분만한 산모에게서 수술 후 발생할 수 있는 호흡곤란이나 현기증 등만으로 폐색전증을 예상하여 이를 진단하는 것은 자극히 어려울 뿐만 아니라, 심전도·흉부방사선 사진·동맥혈가스분석검사 등으로는 폐색전증을 확진하기 어렵고 폐혈관조영술을 실시하면 폐색전증을 확진할 수 있지만 이는 침습적인 검사이고 그 자체로 색전을 유발할 가능성이 있으며, 한편 폐색전증의 가능성은 고령·제왕절개술의 출산 후 증가하지만 전체 임신부 중 폐색전증의 발생 가능성 자체는 극히 낮다는 것이다. 이러한 점과 아울러 고령자의 출산과 제왕절개술이 보편화된 실정에 비추어 볼 때 제왕절개술로 출산한 30대 중반의 산모에게 발열·호흡곤란과 같이 비특이적인 증상·징후가 나타났다는 사정만을 가지고 담당의사가 폐색전증을 예견하지 못한 것에 어떠한 잘못이 있었다고 볼 수 없고, 따

라서 이와 같이 폐색전증을 의심하기 어려운 상황에서 폐색전증을 확진하기 위하여 폐혈관조영술을 일반적으로 실시하여야 할 의무가 있다고 단정할 수도 없다고 할 것이다.

한편, 이 사건 기록에 의하면, 피해자는 수술 다음날 **호흡곤란, 복부팽만, 오심** 등을 호소한 것 외에도 **빈호흡, 간헐적인 저혈압, 빈맥 증세**를 보이고 동맥혈가스분석검사 결과 **혈액의 알칼리화, 혈중 이산화탄소의 감소**가 나타났지만 이들은 **폐색전증에 특이적인 소견**이라고 할 수 없고 **피해자에게 이미 발생하여 있던 빈혈, 폐부종, 장폐색**에서도 나타나는 **증상일뿐더러**, 당시 피고인이 피해자를 장폐색으로 진단하고 이에 대한 조치를 취한 결과 피해자의 상태가 호전되었던 사실을 알 수 있고, 피고인이 피해자 등으로부터 수술 이전에 혈전증의 병력을 고지받았다거나, 흉부 방사선 촬영검사에서 폐색전증이 의심된다는 내용의 판독 결과가 피해자의 사망 이전에 진단방사선과로부터 피고인에게 도착하였다고 인정할 자료는 보이지 아니한다.

그렇다면 원심이 이 사건에서 피고인이 피해자의 폐색전증을 예견할 수 있었다는 근거로서 들고 있는 사정들은 증거에 의하여 인정되지 않거나, 그 밖에 인정되는 사정들을 합하더라도 **당시 피고인에게 피해자의 폐색전증에 관한 예견가능성을 긍정하기에는 부족하다고** 할 것인바, 형사재판에서 기소된 공소사실에 대한 입증책임이 검사에게 있는 이상 이 사건에서 검사가 피고인의 예견가능성에 관하여 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 입증하였다고 볼 수 없다고 할 것이다.

다. 원심은 폐색전증의 **회피가능성**에 관하여, 피고인이 피해자의 걷기운동을 지시하고 철저히 감독하며 예방적으로 항응고제인 헤파린을 투여함으로써 폐색전증의 발생을 회피할 수 있었음에도 단순히 피해자 및 가족들에게 걷기운동을 열심히 하라고 말하기만 하였고, 한편 헤파린은 폐색전증을 예방하기 위하여 투여하는 항응고제로서 출혈위험이 있는 환자에게는 사용할 수 없지만 일반적으로 수술 후 24시간이 지나면 사용할 수 있고 피해자는 수술 3일 후에는 출혈이 진정되어 가고 있어 헤파린을 사용할 수 있었음에도 피고인이 이러한 조치를 취하지 아니하였다고 보아 이를 인정하였다.

그러나 원심이 배척하지 아니한 증거들인 제1심법원 및 원심의 대한의사협회장에 대한 각 사실조회 결과 등에 의하면 폐색전증이 발병하면 미처 진단과 치료를 하기 이전에 사망에 이르는 경우가 대부분이므로 폐색전증이 강하게 의심되는 환자라면 곧바로 항응

고제인 헤파린을 투여하는 등 치료를 시작하여야 하지만, **출혈이 있는 환자에게 헤파린을 주사할 경우 출혈이 증가할 위험성이 있고** 따라서 제왕절개수술 후 2~3일 동안 출혈이 계속되는 상태라면 헤파린의 투여에 신중을 기하여야 하며 나아가 일반적으로 헤파린을 예방적으로 투여하지는 아니한다는 것이다.

이미 앞서 본 바와 같이 피고인이 피해자의 **폐색전증을 예견할 수 있었다고 보기 어려운 이 사건에서 피고인에게 통상적인 예방적 조치로서 헤파린을 투여하여야 할 의무를 부과할 수 없을 뿐더러**, 기록에 의하면, 피해자는 수술 당일 350ml의 출혈을 보이고 다음날부터 4일 동안 하루에 600ml, 225ml, 225ml, 90ml의 출혈을 보였으므로(원심은 “피해자는 수술 당일 600ml의 출혈을 보였으나 그 다음날부터 3일 동안 225ml, 225ml, 90ml의 출혈을 보였다.”고 인정하였으나, 이는 수술 당일의 출혈량을 혼동한 것으로 보인다), 수술 후 3일 동안은 헤파린 투여 시 출혈이 증가할 위험을 배제할 수 없었고 그 이후에는 헤파린 투여로 폐색전증 발생을 방지할 수 있었는지 여부가 확실하지 않은 사실, 걷기 운동은 혈전예방을 위한 보조적인 방법으로서 피고인은 피해자 및 가족들에게 걷기 운동의 중요성을 설명하고 운동을 지시하였으나 피해자 측에서 휠체어를 사용하는 등 제대로 이행하지 않은 사실을 알 수 있어서, 원심이 들고 있는 사정들은 증거에 의하여 인정되지 않거나, 또는 인정되는 사정들을 합하더라도 회피가능성을 인정하기에 부족하다고 할 것이다.

...(후략)...

4. 의료효과의 다양성

인간생체의 구조적·기능적 특성으로 말미암아, 의료침습에 대한 효과로서의 반응은 다양성을 띄게 된다. 어떤 병변에 대하여 어떤 처치가 있을 때에, 그 반응은 거의 일정한 치료방향으로의 작용이라고 하는 「방식적·유형적」인 것이 통상이지만³⁾, 그러나 항상 그러한 것만도 아닌 것이 실상이다(이러한 의료

3) 松倉豊治, “医療過誤と医師の立場”, 『医学と法律の間』, 東京: 判例タイムス社, 1980, 第55, 57面.

효과의 다양성과 앞의 증상의 다양성을 합쳐 ‘개체특성의 분산성’⁴⁾이라고 정의하기도 함). 이러한 의료효과의 다양성으로 인하여 그 효과의 예측은 매우 불확실하고 곤란하다. 이러한 특질은 의료침습에 따른 ‘위험’의 구체적 예견을 곤란하게 만든다. 따라서 한편으로 시험적 요소의 허용이 불가피하게 되고, 다른 한편으로는 오히려 위험방지조치의 의의가 강조되며, 이미 알려진 혹은 예견 가능한 악결과에 대한 설명동의의 원칙이 강조되는 결과로 된다.

(사례 7) 대법원1984.6.12.선고 82도3199판결

엠펜실린 주사액의 반응검사 결과가 음성인 기관지 폐렴 환자가 시주 후 쇼크로 사망한 사건

【이유】

상고이유를 판단한다.

의료과오사건에 있어서의 의사의 과실은 결과발생을 예견할 수 있었음에도 불구하고 그 결과발생을 예견하지 못하였고 그 결과발생을 회피할 수 있었음에도 불구하고 그 결과발생을 회피하지 못한 과실이 검토되어야 할 것이고, 특히 의사의 질병 진단의 결과에 과실이 없다고 인정하는 이상 그 요법으로서 어떠한 조치를 취하여야 할 것인가는 의사 스스로 환자의 상황 기타 이에 터 잡은 자기의 전문적 지식 경험에 따라 결정하여야 할 것이고, 생각할 수 있는 몇 가지의 조치가 의사로서 취할 조치로서 합리적인 것인 한 그 어떤 것을 선택할 것이냐는 당해 의사의 재량의 범위 내에 속하고, 반드시 그중 어느 하나만이 정당하고 이와 다른 조치를 취한 것은 모두 과실이 있는 것이라 할 수는 없는 것인 바, ... (중략)...

(3) “엠펜실린” 주사액은 임상의학계에 있어서 “페니시린” 주사액이 그 시주로 인한 과민성 쇼크사의 가능성이 어느 정도 있어서 “페니시린계”의 치료효과를 유지하면서 위 쇼크사의 가능성을 없애기 위하여 “페니시린계”에 “아미노산”을 첨가하여 만든 살균성

4) 唄 孝一, 『医事法学への歩み』, 東京: 岩波書店, 1970, 第84面.

항생제로 통용되는 것으로서 그 가격이 저렴하고 기관지 폐렴 등에는 살균성 항생제가 특효약이어서 서울대학교부속병원 등의 각 병원에서도 기관지 폐렴환자 등에 대하여는 “페니시린계” 주사액의 시주가 가장 적절한 치료방법으로 인정되어 통상적으로 위 환자 등에게 “페니시린” 주사액의 양성반응이 나타나더라도 다시 “엠펙시린” 주사액의 **반응 검사를 하여 음성인 경우에는 “엠펙시린” 주사액을 시주하여 왔고** 그렇게 “엠펙시린” 주사액을 시주하여 우리나라에서는 아직까지 “엠펙시린” 주사액의 시주로 인한 쇼크사의 전례가 없었고, 다만 위 **“엠펙시린” 주사액의 과민성 쇼크사의 가능성에 관하여는 아직 이렇다 할 정설이 없으며** ... (중략)... 이러한 모든 사정을 종합하여 보면, 피고인이 내과 전문의로서 기관지 폐렴환자로 진단된 위 김OO에 대하여 그 요법으로서 일반적으로 통용되고 있는 이 사건 “엠펙시린” 주사액을 위와 같이 **피부반응검사를 거쳐 음성인 경우에 한하여 그 주사액을 시주케 한 조치를 취하였음에 내과 전문의로서의 과실이 있다고 보기 어렵다.**
...(후략)...

[사례 8] 대법원1990.1.23.선고 87다카2305판결

스트렙토마이신 주사액의 반응검사 결과가 음성인 결핵성 늑막염 등 질병 환자가 스트렙토마이신 시주 후 쇼크로 사망한 사건

【이유】

상고 이유를 본다.

원심판결 이유에 의하면, 원심은 거시증거에 의하여 피고 OO군 산하의 OO면 보건진료소장 겸 보건진료원인 소외 1이 1984.5.17. 09:30경 위 보건진료소에서 망 소외 2로부터 망 소외 2가 전날 OO면 사무소에서 결핵환자로 등록하고 받아온 스트렙토마이신 1그람짜리 1개를 주사하여 달라는 부탁을 받고 이를 망 소외 2의 좌측엉덩이에 주사하였는데, 망 소외 2는 위 주사를 맞고 약20분 후에 위 진료소 밖으로 나갔다가 그날 13:00경 위 진료소 뒤 하수도 옆 공터에서 하반신이 벗겨진 사체로 발견된 사실, 소외 1은 망 소외

2가 주사를 맞은 후에 안전조치를 취하게 하거나 사후 관찰을 하지 아니한 사실, 망 소외 2에 대한 사체부검결과 망 소외 2는 약물에 대한 에너필랙틱쇼크(anaphylatic shock 과민반응 중 제1형)로 인한 성인성 호흡곤란증후군(adult respiratory distress syndrome)과 신장 손상으로 급사한 것으로 밝혀진 사실, 스트렙토마이신은 우리나라의 국가결핵관리 체계에서 표준조치로 처방에 포함되어 있으나 쇼크사의 위험성 때문에 일반 병원에서는 사용하지 아니하고 가격이 싸기 때문에 영세민에게 지급되고 있는 사실, 스트렙토마이신에 의한 과민성 쇼크사는 백만주사당 1회, 환자수로는 68,000명에 1명(0.0015%) 정도로 발생하며 **사전 피부반응시험 등으로 과민성여부를 미리 알아 낼 수 없는 사실**, 스트렙토마이신에 의한 과민성쇼크는 즉시형 과민반응으로서 대개 수분 내지 1시간 내에 증상이 나타나게 되는데 그 과민성쇼크의 치료는 일반적으로 기도확보, 심장마사지 및 혈압조절을 하고 에피네프린(epinephrine)의 시주, 수액공급 및 필요에 따라 부신피질호르몬제의 투여 등의 응급조치를 하여야 하는 사실을 인정하고, 위에서 인정한 사실관계에 의하면 **스트렙토마이신은 그로 인한 쇼크사는 매우 드물기는 하지만 이 사건 당시의 의학수준에 비추어 객관적인 견지에서 쇼크사에 대한 인식이 가능했다** 할 것이므로 망 소외 1로서는 만일에 일어날지 모르는 쇼크에 대비하여 쇼크 시에 사용할 에피네프린 등을 준비하는 등 응급처치수단을 강구한 후 주사하여야 하고 특히 주사 후에 쇼크가 발생할 수 있는 시간인 수분 내지 1시간 동안 망 소외 2를 안정시키고 그 용태를 관찰하여 쇼크가 나타날 경우에는 위에서 본 기도확보, 약물투여 등의 응급조치를 취할 주의의무가 있다고 할 것임에도 불구하고 망 소외 1은 앞에서 살펴 본 **쇼크방지를 위한 사전의 준비 조치 없이** 스트렙토마이신을 망 소외 2에게 주사하고 **주사 후의 안정조치와 용태관찰 등을 게을리 하여** 망 소외 2를 사망에 이르게 방치한 과실이 있다 할 것이며, 스트렙토마이신이 국가결핵관리 체계에서 표준조치로 처방에 포함되어 있다거나 쇼크가 매우 드물다는 것만으로는 이를 주사하는 자에게 앞서 일정한 바와 같은 주의의무가 없다고 볼 수 없고 그에 따라 피고 평택군은 그 소속공무원인 소외 1이 그 직무를 집행함에 당하여 한 위법행위로 인하여 망 소외 2를 사망케 함으로써 원고들이 입은 손해를 배상할 의무가 있다고 판단하였다.

기록에 비추어 볼 때 원심의 위 사실인정과 판단에 채증법칙 위반의 위법이 있다거나

농어촌보건의료진료를위한특별조치법에 정한 보건진료원의 진료시의 주의의무에 관한 법리오해의 위법 또는 이유불비의 위법이 있다 할 수 없다. ... (후략) ... ”

5. 의료침습의 위험성

의료는 어떤 이상이 있는 병소 또는 기능에 대해 치료방향으로 작용하게 되는 것이지만, 그 일련의 행위는 대개 생체에 대한 침습을 수반한다. 즉, 예컨대 외과수술이나 약물투여의 경우에는 육체의 일부에 대한 절개·침식 혹은 생체 기능의 변화(이른바 약리작용) 등이 필연적으로 수반되는 것이다. 그리하여 주의의무에 반하지 않는 기술상 완벽한 진료를 행하였음에도 불구하고, 때로는 「국부적(局部的) 호결과와 전신적(全身的) 악결과」⁵⁾ 혹은 「일소(一所)의 호결과와 타소(他所)의 악결과」라고 하는 모순 내지 「이율배반」⁶⁾에 직면하는 경우가 있는 것이다. 그러한 악결과 중에는 처음부터 명백히 예견되지만 그 전면적 방지는 불가능한 것도 있다. 이것은 의료에서의 불가피한 본래적 위험성이며, 「결과의 우연성」⁷⁾이라고도 한다.

그러므로 의료행위의 결과 어떤 위해가 발생하였다는 사실만으로써 바로 그 과오를 인정하는 것은 타당하지 못하다. 즉 결과에 대한 의사의 책임 유무를 판단함에 있어서는 이익교량(적절한 의료 개입을 하지 않고 방치했을 때에 예견되는 상황과 당해 의료행위 시행 이후의 실재 상황의 비교고량(比較考量))과 함께, 위험방지조치·기술상 주의·사전 기여성 설명 및 사후 요양지도성 설명 등의 적절성 여부가 검토되어야 한다.

앞에서 언급한 의료효과의 다양성에 주목하는 이유 중 하나가 바로 의료침습의 본래적 위험성에서 연유한다. 그리고 이러한 위험성은 뒤에 논의되는 '의료대상의 개입성' 요소 중 환자의 특유한 신체적 소인과도 연계된다.

5) 明 孝一, 『医事法学への歩み』, 東京: 岩波書店, 1970, 第84面.

6) 松倉豊治, “狂犬病豫防接種後の麻痺例とストレプトマイシン難聴例,” 『医学と法律の間』, 東京: 判例タイムズ社, 1980, 第176面.

7) 김현태, “의사의 진료과오에 있어서의 과실의 입증책임,” 『연세행정논총』 제7집, 1980, 제213면.

전거 (사례 1) 대법원1994.4.15.선고 92다25885판결

솔루메드롤 투여의 위험성

(사례 9) 대법원1994.4.15.선고 93다60953판결

다발성 관상동맥협착증 및 협심증 환자에게 관상동맥 우회술을 실시한 결과 심장마비가 유발되고 그로 인해 환자가 뇌저산소증에 의한 뇌손상을 입고 다시 심부전이 일어나 사망한 사건. 의사의 요법선택·수술시기 선택·시술과정에서의 과실은 부인하되 ‘진료계약상의 의무 내지 침습 등에 대한 승낙을 얻기 위한 전제로서의 설명의무’ 위반에 의한 자기결정권 침해는 인정하여, 피고에게 환자 측이 선택의 기회를 잃고 자기결정권을 행사할 수 없게 된 데 대한 위자료만을 지급하라고 하는 취지의 판단을 내린 사안(아울러 이 판결에서 대법원은 자기결정권 침해로 인한 손해배상청구 시 그 배상범위에 따라 증명해야 할 인과관계의 범위에 대해서도 최초로 판시하였음)

“【이유】

...(전략)...

제2점에 대하여

가. 일반적으로 의사는 환자에게 수술 등 침습(侵襲)을 가하는 과정 및 그 후에 나쁜 결과 발생의 개연성이 있는 의료행위를 하는 경우 또는 사망 등의 중대한 결과 발생이 예측되는 의료행위를 하는 경우에 있어서 응급환자의 경우나 그 밖에 특단의 사정이 없는 한 진료계약상의 의무 내지 위 침습 등에 대한 승낙을 얻기 위한 전제로서 당해 환자 또는 그 가족에게 질병의 증상, 치료방법의 내용 및 필요성, 발생이 예상되는 위험 등에 관하여 당시의 의료수준에 비추어 상당하다고 생각되는 사항을 설명하여 당해 환자가 그 필요성이나 위험성을 충분히 비교하여 그 의료행위를 받을 것인가 여부를 선택할 수 있도록 하는 의무가 있다 할 것이다. 또한 의사가 위 설명의무를 위반한 채 수술 등을 하여 환자에게 사망 등의 중대한 결과가 발생한 경우에 있어서 환자 측에서 선택의 기회를 잃고 자기결

정권을 행사할 수 없게 된 데 대한 위자료만을 청구하는 경우에는 의사의 설명결여 내지 부족으로 선택의 기회를 상실하였다는 사실만을 입증함으로써 족하고, 설명을 받았더라면 사망 등의 결과는 생기지 않았을 것이라는 관계까지 입증할 필요는 없다고 할 것이다. 그러나 그 결과로 인한 모든 손해를 청구하는 경우에는 그 중대한 결과와 의사의 설명의 무위반 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 주의의무위반과 동일시 할 정도의 것이어야 한다고 할 것이다.

...(중략)...

피고 1이 위 000의 다발성 관상동맥협착증을 치료함에 있어 그 치료방법의 선택과 그 수술시기가 적정하였고, 이 사건 관상동맥우회술의 시술과정에서도 의료상의 과실이 없으며, 위 설명의무를 다하였다 하더라도 위 000로서는 **심근경색 등으로 인한 불안정성 협심증을 앓으면서 언제 닥칠지 모르는 죽음을 기다리는 외에는 관상동맥 우회술을 선택할 수밖에 없었던 점에** 비추어 위 설명의무의 위반과 그 수술 후에 일어난 심장마비 및 그로 인한 뇌저산소증에 의한 뇌손상과의 사이에는 상당인과관계가 없다고 봄이 상당하다고 할 것이다. 그럼에도 불구하고 피고 1의 위 설명의무위반과 위 뇌손상사이에 상당인과관계가 있다고 판시하여 위 설명의무위반에 따라 예기치 못한 후유증을 앓게 된 데 대한 위자료 외에 위에서 본 바와 같은 소극적 손해 및 적극적 손해까지 배상을 명한 원심의 조치에는 의사의 설명의무와 상당인과관계에 관한 법리를 오해한 위법이 있다 할 것이고, 이러한 위법은 원심판결 중 소극적 손해 및 적극적 손해의 각 인용부분에 영향을 미쳤음이 명백하다. 이 점을 지적하는 피고들의 논지는 위 범위 내에서 이유 있다....(후략)..."

전계 [사례 6] 대법원2006.10.26. 선고 2004도486판결【업무상과실치사】

폐색전증 확진을 위한 폐혈관조영술은 그 자체로서 폐색전증을 유발할 가능성이 있는 검진법이므로, 그 실시의 의무를 일반적으로 부과할 수는 없다고 함. 또한 출혈이 있는 환자에게 헤파린을 주사할 경우 출혈이 증가할 위험성이 있기 때문에, 색전증을 예방하기 위해 출혈이 계속되는 환자에게 헤파린 투여

를 했어야 한다고 할 수도 없음(3. 의료진행의 동태성)

(사례 10) 대법원2015.10 29. 선고 2015다13843판결【손해배상(의)】

환자가 직장암 수술의 한 가지 방법인 저위전방절제술을 받던 중 과다출혈로 사망하였는 바, 환자의 상태가 유착이 심하여 아무리 세심한 주의를 기울여도 주위 조직의 손상을 피할 수 없었고, 골반 깊숙한 부위에서의 출혈이어서 지혈이 매우 어려운 상황이라는 이유로, 의사의 슬기상 과실에 대한 추정을 부인한 사안

【이유】

상고이유를 판단한다.

1. 피고들의 상고이유에 대하여

...(전략)...

나. 망인이 직장암 수술의 한 가지 방법인 저위전방절제술(이하 ‘이 사건 수술’이라 한다)을 받던 중 과다출혈로 사망한 이 사건에서, 원심은 제1심 및 원심의 000대학교 0000병원장에 대한 각 진료기록감정촉탁 결과 등에 의하여, ① 저위전방절제술에 따르는 합병증으로는 장폐색(장마비, 약 8.1%), 문합부 누출 또는 협착(0.5~1%), 상처 감염(4%), 복강내 농양(0.8%), 출혈(0.6%), 절개부 탈장(4.7~8.9%) 등이 알려져 있어, 저위전방절제술 후 출혈이 발생하는 경우는 매우 드문 사실, ② 저위전방절제술을 시행하는 의사는 수술 전 심기능검사, 폐기능검사, 혈액검사 등을 통하여 환자의 전신상태를 파악하고 출혈경향이 있거나 수술 시 악영향을 미칠 수 있는 질환이 있는 경우 위험을 최소화하기 위한 가능한 조치를 취한 후 수술을 진행하여야 하며, 림프절 박리 및 혈관 결찰 시 출혈을 최소화하는 방법으로 수술을 진행하여야 하는 사실, ③ 저위전방절제술 도중 과다출혈이 지속되는 경우 출혈 부분을 결찰하여 지혈하여야 하고, 결찰이 불가능한 골성 출혈(bone bleeding)과 같은 경우 출혈부위를 압박하여 지혈을 유도할 수 있는 사실을 인정한 후, 위 인정 사실에 의하면, 피고 2는 망인에 대하여 이 사건 수술을 시행함에 있어

사전에 주변 장기의 손상 및 그로 인한 출혈에 대비하는 만반의 조치를 취하고, 복강경 삽입 경로에 인접한 동맥 및 정맥과 충분한 거리를 두어 주변 혈관이 손상되지 않도록 하며, 대장암으로 직결되는 주요 혈관주변의 림프절 절제를 시행하여야 하므로, 림프절을 박리하고 혈관을 결찰하는 과정에서 주변의 주요 혈관이나 조직의 손상을 최소화하는 방법으로 세심한 주의를 기울여 박리 및 절제를 하여야 할 주의의무가 있음에도, 이러한 주의의무를 다하지 못하여 만연히 절제술을 시행하다가 주변 조직 또는 혈관에 손상을 가하여 출혈을 발생시키고도 혈관결찰을 완전하게 하지 못하는 등 술기상의 과실로 인하여 망인으로 하여금 과다출혈에 이르게 한 것으로 봄이 타당하고, 피고 2가 적절한 술기로 이 사건 수술을 시행하였고, 수술 이후 망인을 면밀히 관찰하고 망인의 이상증상을 발견한 후에 적절한 조치를 취하였더라도 망인의 사망을 피할 수 없었다거나 망인이 피고 측의 과실이 아닌 전혀 다른 원인으로 사망하였음을 증명하지 못하는 이상, 피고 2의 술기상의 과실로 인하여 망인이 사망에 이르렀다고 판단하였다.

다. 그러나 이러한 원심의 판단은 다음과 같은 이유로 그대로 수긍하기 어렵다.

1) 원심의 000대학교 0000병원장에 대한 진료기록감정촉탁 결과에 의하면, 저위전방절제술에 따르는 합병증 중에는 출혈(0.6%)도 있고, 수술 중 종양의 절제 과정에서 주변조직 및 혈관의 손상을 피하기 위해서는 수술 진행 시 세심하게 주의를 기울여야 하나, **유착이 심한 경우에는 아무리 세심한 주의를 기울여도 주위 조직의 손상을 피할 수 없는 경우가 많다**는 것이고, 제1심의 같은 병원장에 대한 진료기록감정촉탁 결과에 의하면, 일반적으로 복부장기에 대한 수술을 시행하는 경우 **출혈, 감염, 장유착, 문합부 유출, 재수술, 예측하지 못한 심장정지 가능성이 모두 있을 수 있으며, 이 모든 경우 사망할 가능성이 있다**는 것이다.

그렇다면 출혈은 저위전방절제술을 포함한 복부장기에 대한 수술의 일반적인 합병증 중 하나라 할 것이고, 저위전방절제술을 통틀어 출혈의 발생 가능성이 평균 0.6%라 하더라도 수술부위의 유착이 심한 경우에는 출혈이 발생할 가능성이 그보다 높다 할 것이므로, 환자의 수술부위 조직의 유착 정도 및 그 박리시의 출혈 가능성에 관하여 구체적으로 심리하지 아니한 채 전체 저위전방절제술의 평균 출혈 발생 가능성이 0.6%라는 점만을 들어 저위전방절제술 후 출혈이 발생하는 경우가 매우 드물다거나 이에 따라 출혈 발생은

피고 2의 과실로 인한 것이라고 단정할 수는 없다 할 것이다.

2) 기록에 의하면 망인의 장막과 직장 주변으로 암종의 전이 및 파급이 있었고, 직장간막 박리 과정에서 천골 앞 침윤 부분(presacral invasion)을 박리하다가 출혈이 발생하자 개복수술로 전환하여 지혈하던 중 망인에게 심정지가 생겨 수술을 중단한 사실을 알 수 있으며, 원심의 000대학교 0000병원장에 대한 진료기록감정촉탁 결과에 의하면 위와 같이 **출혈 부위가 명확하지 않으면서 결찰이 불가능한 골성 출혈과 같은 경우에는 출혈 부위를 압박하여 지혈을 유도할 수 있으나 모든 경우에서 지혈을 할 수 있는 것은 아니고 지혈이 불가능한 경우도 있으며, 이 사건과 같이 골반 깊숙한 부위에서 출혈이 있는 경우 지혈이 매우 어렵다는 것이다.**

그렇다면 이 사건 수술 중 위와 같이 골반 깊숙한 부위에서 골성 출혈이 발생하자 피고 2가 지혈을 시도하였으나 지혈되지 않았다는 점만으로 피고 2가 지혈과정에서 과실이 있었다고 단정할 수도 없다.

...(후략)..."

6. 의료방법의 비단일성(요법선택의 재량성)

일정한 진료에 관하여 의학원칙상 선택 대상이 복수로 존재하는 경우에 그 중 어느 것을 택할 것인가는 전적으로 의사의 독자적 판단 즉 재량에 맡겨져야 하며, 따라서 주의의무 위반 여부의 판단에 이 점이 고려되어야 한다. 즉 의사의 재량적 선택의 결과가 좋지 못하다고 하여 그것으로써 곧 과실이 인정될 바가 아니며, 나아가서 다른 선택을 하였더라면 좋은 결과가 나왔을 것이라는 주장·증명만으로써 곧 과실이 인정되는 바도 아닌 것이다.

그러나 이러한 재량권에는 이익교량(利益較量)이라는 제약이 가해진다. 어떤 선택이 설명 의학수준의 범위 내에 속하는 것이었다 하더라도, 다른 선지에 비하여 반(反)효과 내지 위험사태의 발생이 더욱 용이하게 인식될 수 있었던 경우에는 재량일탈이 되어 주의의무 위반으로 평가된다.

한편 의학원칙에 관하여 학설의 대립이 있는 경우에, 그것이 각기 정당한 과학적 및 경험적 근거를 지니고 있을 때에는 모두 의학수준에 흡수되어 재량범

위를 형성한다. 이는 모든 의사에 대해 자신이 속하지 않는 다른 학파의 이론에 따를 것을 기대하는 것은 곤란하기 때문이다.

‘경과관찰’과 같은 부작위적·소극적 요법선택은 의료기초확정을 위한 과정이므로, 의료진행의 동태성 요소로 포섭하여 논의된다.

판례는 재량권을 인정하여 의사의 과실을 부인한 것과 재량범위를 일탈했다고 하여 의사의 과실을 인정한 것으로 나누어진다.

전계 (사례 7) 대법원1984.6.12.선고 82도3199판결

엠포실린 반응검사 결과가 음성인 기관지 폐렴 환자에게 그 주사액을 선택, 시주한 것은 의사의 재량 범위 내라고 한 사건(4. 의료효과의 다양성)

“...(전략)...의사의 질병 진단의 결과에 과실이 없다고 인정하는 이상 그 요법으로서 어떠한 조치를 취하여야 할 것인가는 의사 스스로 환자의 상황 기타 이에 터잡은 자기의 전문적 지식·경험에 따라 결정하여야 할 것이고, 생각할 수 있는 몇 가지의 조치가 의사로서 취할 조치로서 합리적인 것인 한 그 어떤 것을 선택할 것이냐는 당해 의사의 재량의 범위 내에 속하고, 반드시 그 중 어느 하나만이 정당하고 이와 다른 조치를 취한 것은 모두 과실이 있는 것이라 할 수는 없는 것...(후략)...”

(사례 11) 대법원1997.2.11.선고 96다5933판결

태아가 아두골반불균형으로 의심됨에도 불구하고, 과도하고 무리하게 서툰 방법으로 장시간 흡입분만을 지속한 탓에 만출 후 태아가 두개내혈종·태변흡입증후군으로 사망한 사건으로서, 의사의 재량 범위 일탈을 인정하였음.

“【이유】

상고 이유를 본다.

...(생략)...

2. 제1점에 대하여

...(전략)...

사실관계가 원심이 적법하게 확정한 바와 같다면, 흡입분만을 시작한 초기까지도 위 원고와 태아가 모두 정상으로 진단되었고, 출산을 전후하여 모체나 태아에 두개내혈종이나 태변흡입증후군을 일으킬 만한 어떤 이상이 있었음을 인정할 자료도 없는 점, 위 병원의 진료기록부에 신생아의 머리에 가변성 종괴가 있는 것으로 기재되어 있고 두개내혈종(추정)과 태변흡입증후군이 진단명으로 기재된 점, 출산 시의 아프가스코어가 2-3-4에 불과하여 정상아에 비하여 극히 낮고, 출산 시에도 태변흡입증후군을 원인으로 하는 무호흡증이 발생하였으며, 즉시 기관 내 삽관술을 시행하여 태변을 제거하는 조치를 취하고 심폐소생술을 시행하였음에도 4차례의 심정지가 나타나고 출산시간으로부터 불과 6시간 정도 지난 후에 사망할 정도로 태아의 상태가 위중하였던 점, **흡입분만을 시행한 시간이 정상적인 흡입분만에 있어서의 한계치의 상한선에 이르고 있는 점**, 이 사건 흡입분만은 산모의 피폐로 인하여 시작되었는데도 태아의 두부에 컵이 잘 부착되지 않거나 부착되었다가 떨어질 정도로 흡입분만의 시행에 어려움이 있었고, 흡입분만이 상당시간 시행된 후에 태아의 심음이 지속적으로 위급한 상태로 낮아졌으며, **상당한 시간 동안 헛되이 흡입분만을 시도하다가 그러한 위급한 상황이 발생하였는데도 불구하고 흡입분만을 계속한 점** 등에 비추어 볼 때, 위 신생아의 머리에 생긴 가변성 종괴나 두개내혈종은, 흡입분만에 충분한 경험이 없는 위 전공의들이 여러 차례의 흡입분만의 시도가 분만이 전혀 진전되지 아니하여 실패하였음에도 불구하고 아두골반불균형을 전혀 의심하지 못한 채 과도하게 흡입분만을 시도한데다가 흡입분만기를 서투르게 다루면서 태아의 상태를 잘 살피지도 아니한 채 장시간 무리한 힘을 가하여 흡입분만을 시도함으로 인하여 아두골반불균형인 태아의 머리가 산도에 압박되어 두개내에 출혈을 일으켰기 때문에 발생한 것으로 추정되고, 위 두개내출혈로 인한 뇌저산소증으로 태아가 태변을 다량 흡입함으로써 중증의 태변흡입증후군이 발생하였으며, 위 두개내출혈로 인한 혈종과 태변흡입증후군이 원인이 되어 태아 사망의 결과가 발생한 것이라고 추정함이 상당하다 할 것이다.

인간의 생명과 건강을 담당하는 의사에게는 그의 업무의 성질에 비추어 보아 위험방지를 위하여 필요한 최선의 주의의무가 요구되고, 따라서 의사로서는 환자의 상태에 충분

히 주의하고 진료 당시의 의학적 지식에 입각하여 그 치료방법의 효과와 부작용 등 모든 사정을 고려하여 최선의 주의를 기울여 그 치료를 실시하지 않으면 안 되는데, 이러한 주의의무의 기준은 진료 당시의 이른바 임상의학의 실천에 의한 의료수준에 의하여 결정되어야 하나, 그 의료수준은 규범적으로 요구되는 수준으로 파악되어야 하고, 당해 의사나 의료기관의 구체적 상황에 따라 고려되어서는 안 된다 할 것이다(당원 1987. 1. 20. 선고 86다카1469 판결, 1994. 4. 26. 선고 93다59304 판결 등 참조). 이 사건에서 위 전공의들이 아두골반불균형이 진단되지 아니한 진료기록부에 의존하여 흡입분만을 시도하였기 때문에 그 흡입분만의 과정에서 어느 정도의 위험이 따를 수 있다고 인정되기는 하지만, 이 사건 흡입분만의 과정이나 그 결과에 비추어 보면, 앞서 추정된 바와 같은 **과도하고도 무리한 흡입분만은 의사의 재량이나 의료수준에 의하여 허용된 범위를 벗어난 것으로서 흡입분만을 시도하는 의사에게 있어서 요구되는 주의의무를 위반한 정도**라고 보아야 할 것이다.

...(후략)...

[사례 12] 대법원2010.7.22.선고 2007다70445판결

기계판막을 사용한 승모판막 치환술을 받은 환자가 기계판막에 혈전이 형성되어 갑작스런 판막의 기능부전으로 심한 협착이나 폐쇄부전이 발생하였고 이로 인해 사망한 사건. 수술 후의 부작용 발생은 INR 을 너무 낮게 설정한 과실로 인한 것이라는 원심판단을 부인한 사안

【이유】

상고 이유(상고이유 보충서는 상고이유를 보충하는 범위 내에서)를 살펴본다.

1. 상고이유 제1점에 관하여

가. 인간의 생명과 건강을 담당하는 의사에게는 그 업무의 성질에 비추어 보아 위험방지를 위하여 필요한 최선의 주의의무가 요구되고, 따라서 의사로서는 환자의 상태에 충분히 주의하고 진료 당시의 의학적 지식에 입각하여 그 치료방법의 효과와 부작용 등 모

든 사정을 고려하여 최선의 주의를 기울여 그 치료를 실시하여야 하며, 이러한 주의의무의 기준은 진료 당시의 이른바 임상의학의 실천에 의한 의료수준에 의하여 결정되어야 하며(대법원 1997. 2. 11. 선고 96다5933 판결 참조), **의사는 진료를 행함에 있어 환자의 상황과 위와 같은 의료수준 그리고 자기의 지식경험에 따라 적절하다고 판단되는 진료방법을 선택할 상당한 범위의 재량을 가진다고 할 것이고, 그것이 합리적인 범위를 벗어난 것이 아닌 한 진료의 결과를 놓고 그 중 어느 하나만이 정당하고 이와 다른 조치를 취한 것은 과실이 있다고 말할 수는 없다**(대법원 2007. 5. 31. 선고 2005다5867 판결 등 참조).

나. 원심판결 이유에 의하면, 원심은 그 채택 증거를 종합하여 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, **기계판막을 사용한 승모판막 치환술**(이하 ‘이 사건 수술’이라고 한다)을 받은 환자에게 기계판막에 혈전이 형성되어 갑작스런 판막의 기능부전으로 심한 협착이나 폐쇄부전이 발생하였을 때 그 발생 초기에 호흡곤란·쇼크의 증상이 나타나는데, 망인의 경우에도 호흡곤란·쇼크 증상이 나타났고, 이 사건 수술 전후의 망인의 심박출계수가 정상을 유지하였던 점 등에 비추어 보면, 피고들이 이 사건 수술 후 항응고제 관리를 소홀히 하여 망인에 대한 **INR(International Normalized Ratio, 국제혈액표준위원회가 1983년 경구 항응고제 요법을 위한 혈액응고시간을 국제적으로 표준화한 단위로 그 수치의 증가는 혈액응고시간이 늘어나는 것을 의미함)**을 지나치게 낮게 유지하는 **바람에 기계판막에 혈전 형성을 유발시켜 그로 인하여 망인에게 호흡곤란·쇼크 등의 증상이 나타나 망인이 사망**(이하 ‘이 사건 사고’라고 한다)**한 것으로 추정할 수 있다고 판단하는 한편,** 망인이 사망하기 직전에 시행한 심초음파검사결과 망인의 판막기능과 심장기능이 양호하였으므로 피고 병원의 의료상 과실이 아닌 전혀 다른 원인으로 망인이 사망하였다는 피고들의 주장을 배척하였다.

다. 그러나 원심의 위와 같은 판단은 다음과 같은 이유로 수긍하기 어렵다.

원심의 인정 사실과 기록에 의하면, ① 항응고제인 와파린은 강력한 항응고 효능을 지닌 약제이나, 환자의 인종, 상태, 수술부위, 같이 투여하는 약품과의 상관관계, 섭취하는 음식 등에 따라 효능의 편차가 크고, 혈전 형성을 예방하기 위한 항응고제의 치료적 범위 내에서는 INR의 증가가 혈전 형성의 위험성을 감소시키지만 그 상한을 넘는 INR의 증가

는 극히 적은 항혈전 효과만이 기대될 뿐 오히려 출혈의 위험성만 높이는 사실, ② 망인과 같이 거대좌심방, 심방세동을 동반한 환자가 기계판막을 사용한 승모판막 치환술을 받은 경우에 외국에서는 INR을 2.5~3.5 사이로 유지한다고 보고되고 있으나, **우리나라에서는 INR의 적정 하한선에 관한 논의가 명확히 정립되지 아니한 상태일 뿐만 아니라, 외국보다 낮게 유지하려는 것이 일반적 경향**이고, 일부 의학논문과 병원에서는 위와 같은 경우에도 INR의 하한을 1.5 정도로 보기도 하는 사실, ③ 승모판막 치환술을 받은 후 6개월 간은 항응고제의 치료가 안정화되지 아니한 시기로서, 와파린에 대한 초기민감도, INR에 영향을 주는 요인을 분석하여 비교적 적은 양으로 투약을 시작하여 그 투약량을 조절해 가는데, 망인은 이 사건 사고 당시 수술 후 한 달밖에 되지 않아 아직 항응고제의 치료가 안정화되지 않았던 사실, ④ 망인은 이 사건 수술 직후 지혈이 제대로 되지 아니하여 재수술까지 하였고, 좌심방 비대로 심방주름술을 함께 시행하였기 때문에 가슴 안에 생긴 공간으로 인해 INR 상승 시 출혈의 위험성이 높았던 사실. ...(중략)...

위와 같은 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 볼 때, 이 사건 사고 당시 관련 임상의학에서 실천하고 있는 의료수준에 의하면 망인이 비록 좌심방이 크고 심방세동을 동반한 상태에서 이 사건 수술을 받았다고 하더라도 망인에 대하여 INR을 반드시 2.0 이상으로 유지하도록 와파린의 투약량을 조절하여야 한다고 단정할 수 없고, 더구나 과도한 INR의 유지는 출혈의 위험성만을 높일 수 있다는 것이므로, 피고 1로서는 위와 같은 망인의 병력, 수술부위와 내용, 신체상태, 혈전 형성 및 출혈의 가능성, 항응고제에 대한 반응 정도, INR의 안정적 유지 여부 등을 종합적으로 고려하여 자기의 지식과 경험에 따라 적절하다고 판단되는 INR의 유지범위를 선정할 수 있는 재량이 있다 할 것인데, 피고 1이 망인에 대하여 유지하고 있던 INR의 범위가 그와 같은 재량의 합리적인 범위를 벗어난 것으로 보기는 어려우며, 망인에 대한 INR 검사주기 또한 그 당시 의료수준에 비추어 적절하였던 것으로 보인다.

...(후략)..."

7. 의료역량의 한계성

동서고금을 막론하고 의료과학과 의료기술에는 한계가 있다. 의료의 전 과

정에서 의사가 아무리 당대 최고의 자원과 지식과 술기(術技)를 동원하여 최선의 주의로써 진단과 시술(施術), 의료결과의 예측과 위험회피 등 의료행위를 하더라도 반드시 만족할 만한 성과를 거두지는 못 하는 것이다.

그러므로 의사에게는 최선을 다하여 의료목적의 달성하도록 노력할 것을 기대하고 요구할 수 있을 뿐이지, 질병의 치유라는 결과를 약속하거나 요구할 수는 없다. 만약 의사가 ‘치유(治癒)’를 확약한다면, 그것은 치유를 위해 최선의 노력을 다하겠다는 다짐의 의미를 가질 뿐이다.

이러한 성질로 인해 의사의 계약상 채무는, 일정한 결과의 달성(예컨대, 물건의 매매계약에 있어서 그 매매 목적물의 소유권 이전 등)을 취지로 하는 ‘결과채무’가 아니라, ‘수단채무’로 인식된다.

의료역량의 숙명적 한계성은 의료효과의 다양성(결과예측이 불가능한 경우가 있다는 점), 의료침습의 위험성(모순적인 결과를 회피할 수 없는 경우가 있다는 점), 의료규준의 고도성(주어진 여건에서라도 최선·최상의 진료를 시행해야 한다는 점)과 연계된다.

의사의 환자에 대한 ‘합리적 설명’이 강조되는 근본적 이유는 이러한 의료역량의 한계성에서 연유한다고 할 수 있다. ‘합리적 설명’의 취지는, 어떤 경우에는 환자의 자율적 결정이나 투병각오 혹은 여명(餘命) 계획에 기여하기 위해서 적극적 설명이 요망되는가 하면, 또 어떤 경우에는 환자의 절망이나 자포자기를 유발하지 않도록 하기 위해서 설명의 절제가 요망되기도 한다는 의미이다.

(사례 13) 대법원1988.12.13.선고 85다카1491판결

하지혈관폐색 여부를 검사하기 위해 혈관조영술을 시행하던 도중 혈관 속의 혈전이 관상동맥이나 뇌동맥을 경색시켜(추측) 환자가 사망에 이른 사건.

“(전략)... 의사가 환자에게 부담하는 진료채무는 질병의 치유와 같은 결과를 반드시 달성해야 할 결과채무가 아니라 환자의 치유를 위하여 선량한 관리자의 주의의무를 가지고 현재의 의학수준에 비추어 필요하고 적절한 진료조치를 다해야 할 채무, 이른바 수단

채무라고 보아야 하므로 진료의 결과를 가지고 바로 진료채무불이행사실을 추정할 수는 없으며, 이러한 이치는 진료를 위한 검사행위에 있어서도 마찬가지라고 할 것이다. ...(후략)..."

(사례 14) 대법원1998.2.13.선고 96다7854판결

환자가 수술을 받은 후 헤모글로빈 수치와 헤마토크리트 수치가 급격히 정상 이하로 떨어지면서 심한 어지럼증이 발생하여 수혈을 받았는데, 그 혈액이 인간면역결핍 바이러스(HIV)에 감염된 것이어서, 전염된 사건. 결과에 대해 혈액을 관리·공급한 대한적십자사의 과실을 인정한 것과는 별도로, 수혈을 담당한 의사는 수혈에 의한 HIV 감염 위험 등을 환자에게 설명해 주고 수혈을 받을 것인지 여부를 결정할 기회를 줄 의무가 있었음을 인정한 사안

“【판결요지】(일부)

[2] 현재의 의학적 수준과 경제적 사정 및 혈액 공급의 필요성 측면에서 항체 미형성 기간 중에 있는 에이즈 감염자가 현혈한 혈액은 에이즈 바이러스 검사를 시행하더라도 감염 혈액임을 밝혀내지 못하게 되어 이러한 혈액의 공급을 배제할 적절한 방법이 없으므로 위와 같은 경로로 인한 수혈에 따른 에이즈 감염의 위험에 대하여는 무방비 상태에 있다. ...(중략)...

[3] 의사는 응급환자의 경우나 그 밖의 특별한 사정이 없는 한, 환자에게 수술 등 인체에 위험을 가하는 의료행위를 함에 있어 그에 대한 승낙을 얻기 위한 전제로서, 당해 환자에 대하여 사전에 질병의 증상, 치료 방법의 내용 및 필요성, 예후 및 예상되는 생명, 신체에 대한 위험과 부작용 등에 관하여 당시의 의료수준에 비추어 상당하다고 생각되는 사항을 설명함으로써 환자로 하여금 수술이나 투약에 응할 것인가의 여부를 스스로 결정할 기회를 가지도록 할 의무가 있고, 이와 같은 의사의 설명의무는 그 예상되는 생명, 신체에 대한 위험과 부작용 등의 발생가능성이 희소하다는 사정만으로는 면제될 수 없으며, 위험과 부작용 등이 당해 치료행위에 전형적으로 발생하는 위험이거나 회복할 수 없는 중대한

경우에는 그 발생가능성의 희소성에도 불구하고 설명의 대상이 된다고 보아야 하고, 이러한 설명을 하지 아니한 채 환자의 승낙 없이 의료행위를 한 경우에는, 설명 의사에게 치료상의 과실이 없는 경우에도 그 의료행위는 환자의 승낙권을 침해하는 위법한 행위가 된다.

[4] 수혈에 의한 에이즈 바이러스의 감염은 수혈행위에 전형적으로 발생하는 위험이고, 그로 인하여 **에이즈 바이러스에 감염되는 경우 현대의학으로는 치료 방법이 없어 결국 사망에 이르게 되는 것**으로서 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 설명, 동의와는 별개로 수혈로 인한 위험 등을 설명하여야 한다.**”

(사례 15) 대법원2003.1.10.선고 2001도3292판결 **【업무상과실치상】**

내과의사가 신경과 전문의와의 협의진료 결과와 환자에 대한 진료 경과 등을 신뢰하여 뇌혈관계통 질환의 가능성을 염두에 두지 않고 내과 영역의 진료 행위만을 계속하다가 환자의 경미한 뇌지주막하출혈을 발견하지 못하여 결국 식물인간 상태에 이르게 한 사건. 의사의 과실은 부인됨.

“【이유】

...(전략)...

2. 이 법원의 판단

원심이 피고인들에게 업무상과실이 있었다고 인정한 것은 수긍하기 어렵다.

...(중략)...

관련 증거와 기록에 의하면, 피해자는 1992. 6. 23.경부터 1주일간과 같은 해 7. 중순 경 격심한 두통과 구토 증세를 보여 그 치료를 위하여 같은 해 7. 20. 위 병원 내과에서 소

회기 내과 전문의 최상운과 순환기 내과 전문의 홍석근으로부터 외래 진료를 받았고, 같은 달 27. 위 홍석근으로부터 다시 외래진료를 받았으나 모두 고혈압으로 진단되어 혈압 강하제를 복용하였는데, 위 병세가 낫지 않아 두통과 구토에 관한 전문적 진찰과 치료를 위하여 1992. 8. 1.부터 같은 달 14.까지 위 종합병원에 입원하게 된 사실, 피해자나 가족은 입원 당시 피해자가 1992. 6.말경부터 위와 같은 증세와 속이 울렁거리고 메스꺼우며, 목이 뻣뻣한 증세로 고통을 받고 있다고 말하였으나, 실제로 입원 당시 피해자의 두통은 종전보다 완화된 상태였고, 목이 뻣뻣한 상태와 속이 울렁거리고 메스꺼운 상태는 남아 있었으나 입원 이후 구토를 하지는 아니하였던 사실, 피고인 2가 주치의로서, 피고인 1이 내과 전문의로서 피해자를 함께 진료하던 위 입원기간 중이나 피고인 1이 피해자의 퇴원 후 외래진료를 담당하였던 1992. 10. 19.경까지의 기간 동안에는 피해자에게 뇌주막 하출혈을 의심할 만한 정도의 두통과 구토 증세가 보이지 않았던 사실, 피고인 2는 피해자가 1992. 8. 1. 입원한 이후 주치의로서 일반적으로 요구되는 문진을 한 후, 이학적 검사와 신경학적 기본검사인 뇌신경 검사, 뇌막자극징후(경부항직), 감각신경, 운동신경, 심부전 반사 등을 실시하였으나 모두 정상으로 나타나자, 일응 피해자의 질환을 본태성 고혈압으로 추정하면서 일과성 허혈성 발작(뇌혈관 질환), 뇌막염 등에도 의심을 둔 후, 우선 내과 영역인 고혈압에 대한 치료를 수행하는 한편, 피고인 1과 의논을 거쳐 같은 달 3. 뇌혈관 질환 및 뇌압상승 등이 피해자의 증세의 원인일 가능성이 있는지 확인하기 위하여 같은 병원 내의 전문과인 신경과에 협의진료를 요청한 사실, 위와 같은 협의진료 요청을 받은 같은 병원 신경과 전문의 공소외 1은 피해자에 대한 문진과 안구운동검사, 대광반사, 구역반사 등을 포함한 뇌신경검사, 운동검사, 감각검사, 경부항직 검사, 안저검사 등을 실시한 후, 피해자에게 이상 소견이 없어 보인다고 회신한 사실, 이에 피고인들은 위와 같은 협의진료 회신 결과를 믿고 그 이전 피고인 2가 피해자에 대하여 실시하려고 계획하였던 뇌전산화단층촬영 및 뇌척수액 검사 등을 실시할 필요가 없다고 판단한 후 피해자에게 뇌혈관계통 질환이 있을 가능성을 염두에 두지 않고 내과적 검사 및 고혈압에 대한 치료를 계속한 사실, 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 조치한 사실, 피해자는 퇴원 후 같은 해 10. 19. 피고인

1로부터 마지막 외래진료를 받기까지 두통과 구토 등 별다른 이상 없이 잘 지냈던 사실, 뇌동맥류파열에 의한 지주막하출혈은 뇌의 지주막과 연막 사이를 통과하는 뇌의 동맥 일부가 주로 선천적인 요인으로 약하여 세월이 흐름에 따라 동맥의 내압(혈압)에 눌리어 서서히 부풀어 올라 풍선이나 흑모양으로 되었다가, 이 부풀어 오른 부분(뇌동맥류)이 동맥의 내압에 견딜 수 없게 되어 파열하면서 뇌압을 상승시키는 질환인 사실, 경미한 뇌동맥류 파열에 의한 소량의 지주막하출혈은 뇌전산화단층촬영을 하더라도 발견할 가능성이 낮고, 뇌출혈 분야를 전문하는 의사가 아니라면 **경미한 뇌동맥류 파열에 의한 소량의 지주막하출혈을 진단하기 어려운 사실**, 입원하기 전 피해자에게 나타난 지주막하출혈은 경미한 뇌동맥류 파열에 의한 소량의 지주막하출혈로서 피해자의 입원 기간 중 또는 피고인 1의 외래진료 기간 중 **뇌전산화단층촬영을 하거나 뇌척수액 검사를 하였다**고 하더라도 이를 발견하기는 **결코 쉽지 않았을 것**으로 보이는 사실을 알 수 있고, 위와 같은 피해자에 대한 진료의 경과, 내과의사로서는 경미한 뇌동맥류 파열에 의한 소량의 지주막하출혈을 발견하기 어려운 점, 특히 피고인들이 **신경과 전문의에 대한 협의진료 결과 피해자의 증세와 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 계속하다**가 피해자의 증세가 호전되기에 이르자 퇴원하도록 조치한 점 등에 비추어 볼 때, 내과의사인 피고인들이 피해자를 진료함에 있어서 지주막하출혈을 발견하지 못한 데 대하여 **업무상과실이 있었다고 단정하기는 어렵다고 할 것이다.**”

전계 [사례 10] 대법원2015.10.29.선고 2015다13843판결【손해배상(의)】

환자가 직장암 수술의 한 가지 방법인 저위전방절제술을 받던 중 과다출혈로 사망하였는 바, 환자의 상태가 유착이 심하여 아무리 세심한 주의를 기울여도 주위 조직의 손상을 피할 수 없었고, 골반 깊숙한 부위에서의 출혈이어서 지혈이 매우 어려운 상황이라는 이유로, 의사의 술기상 과실에 대한 추정을 부인한 사안(5. 의료침습의 위험성)

8. 의료대상의 개입성

의료행위의 대상은 생명체이자 자율적 판단과 결정을 행하는 인간이므로, 의료는 무생물에 대한 일방적 기술시행행위와 달리 그 대상인 환자의 개입·참여 내지 영향 아래 전개된다.

환자가 원천적으로 질병과 신체 열악의 상태에 있다는 점(손해배상액 산정 시의 참작 요소), 당해 환자가 특유의 소인을 보유하고 있다는 점(사전의 예측과 회피 준비 의무 강조, 손해배상액 산정 시의 참작 요소, 진료와 악결과 사이의 인과관계의 단절), 환자가 의료인의 요양지도에 협조적이었는지 여부, 환자가 특정 진료를 강요했거나 거부했는지 여부 등 사유는 의료 성과에 대한 평가에서 고려되어야 하는 요소이다.

환자 특유의 소인이라는 개입성 요소는 전술한 ‘의료효과의 다양성’ 및 ‘의료침습의 위험성’의 한 원인이 된다.

【사례 16】 대법원 2006.9.28. 선고 2004다61402 판결 【손해배상(의)】

병원에서 전신마취 수술을 받은 후 기면 내지 혼미의 의식상태에 놓여 있다
가 환자가 사망한 사건. 환자의 사망은 뇌동정맥기형이라는 특이체질에 기한
급성 소뇌출혈로 인하여 발생한 것으로서 의료진에게 망아의 사망과 상당인과
관계가 있는 과실이 있다고 인정할 수 없지만, 의료진이 망아의 기면 내지 혼미
의 의식상태에 따른 환기 및 산소공급 조치를 제대로 취하지 아니하고 마취과
전문의 혹은 수술 집도의에게 적절한 보고 조치를 취하지 아니하는 등, 전신마
취 수술 후 마취 회복 기간이 경과하도록 기면 내지 혼미의 의식상태에 놓인 환
자에 대한 사후 관리를 함에 있어 충분하고도 최선의 조치를 다한 것으로 볼 수
없는 바, 의료진의 그러한 불성실한 진료행위 그 자체로 곧바로 불법행위가 성
립한다고 판단하여 피고에게 그에 대한 손해배상책임으로 위자료의 지급을 명
한 원심 판단을 파기환송한 사안

“【이유】

상고이유를 판단한다.

의료진의 주의의무 위반으로 인한 불법행위의 책임을 묻기 위해서는 **의료행위상 주의의무의 위반, 손해의 발생 및 그 양자 사이에 인과관계가 존재한다는 점이 각 입증되어야 할 것인 바**, 사람의 생명·신체·건강을 관리하는 업무인 의료행위의 속성상 환자의 구체적 증상이나 상황에 따라 위험을 방지하기 위하여 요구되는 **최선의 조치를 취하여야 할 주의의무**를 부담하는 의료인 및 의료종사원 등 의료진이 그와 같은 환자의 기대에 반하여 환자의 치료에 전력을 다하지 아니한 경우에는 그 업무상 주의의무를 위반한 것이라고 보아야 할 것이지만, 그러한 **주의의무 위반과 환자에게 발생한 악결과(악결과) 사이에 상당 인과관계가 인정되지 않는 경우에는 그에 관한 손해배상을 구할 수 없다 할 것이다**. 다만, 그 주의의무 위반의 정도가 일반인의 처지에서 보아 수인한도를 넘어서는 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 있다고 보아야 할 것이나, 이때 그 수인한도를 넘어서는 정도로 현저하게 불성실한 진료가 있었다는 점은 불법행위의 성립을 주장하는 원고들이 이를 입증하여야 할 것이다.

그런데 원심은, **망아(망아)가 피고 병원에서 전신마취 수술을 받은 후 기면 내지 혼미의 의식상태에 놓여 있다가 사망한 이 사건에서, 망아의 사망은 뇌동정맥기형이라는 망아의 특이체질에 기한 급성 소뇌출혈로 인하여 발생한 것으로서 피고 병원 의료진에게 망아의 사망과 상당인과관계가 있는 과실이 있다고 인정할 수 없지만, 피고 병원 의료진이 망아의 기면 내지 혼미의 의식상태에 따른 환기 및 산소공급 조치를 제대로 취하지 아니하고 마취과 전문의 혹은 수술 집도의에게 적절한 보고 조치를 취하지 아니하는 등, 전신마취 수술 후 마취 회복 기간이 경과하도록 기면 내지 혼미의 의식상태에 놓인 환자에 대한 사후 관리를 함에 있어 충분하고도 최선의 조치를 다한 것으로 볼 수 없고, 피고 병원 의료진의 위와 같은 불성실한 진료행위 그 자체로 곧바로 불법행위가 성립한다고 판단하여 피고 병원에게 그에 대한 손해배상책임으로 위자료의 지급을 명하였다.**

그러나 앞서 본 법리에 비추어 볼 때, 비록 위와 같은 수술 후 관리 소홀의 점에 관한 피고 병원 의료진의 주의의무 위반의 점이 인정된다고 하더라도, 더 나아가 그러한 주의의

무 위반의 정도가 일반인의 수인한도를 넘어설 만큼 현저하게 불성실한 진료를 행한 것으로 평가될 정도에 이르렀음이 입증되지 아니하는 한 피고 병원의 위자료 배상책임을 인정할 수 없다 할 것인데, 이 사건에 있어서 원심이 인정한 사실만으로 피고 병원에 대해 불법행위책임을 물을 수 있을 정도로 피고 병원 의료진이 일반인의 수인한도를 넘어서 현저하게 불성실한 진료를 행한 잘못이 있었다고 단정할 만큼 충분한 입증에 이르렀다고 볼 수 있는지 의문이 든다...(후략)..."

(사례 17) 대법원2007.7.26.선고 2005다64774판결

폐결핵 치료를 위해 항결핵제의 하나로 리팜핀을 계속 투여하였는데, 환자가 혈소판 감소·백혈구 감소·과립구 감소 등 리팜핀에 대한 과민반응을 보이는 특이체질임을 예견하지 못함으로써 결국 그 과민반응 부작용이 초래한 폐렴으로 인한 호흡부전과 다장기 부전으로 사망한 사건. 환자의 특이체질 소인에 대한 예견가능성을 전제로 의사의 과실책임을 인정함

【이유】

...(전략)...

1. 피고들의 상고이유 제1점에 관하여

가. 원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 피고 2는 소외인이 입원 당일인 2000. 2. 26. 시행한 일반혈액검사에서 무과립구증을 보이는 등 백혈구가 상당히 감소한 소견을 보이고 있었음에도 같은 달 27일 일반혈액검사를 통하여 호전 여부를 확인하지도 않은 상태에서 항결핵제의 재투약을 결정하였던 점, 항결핵제의 재투약을 결정할 당시 경과기록지에 간기능검사 및 신기능검사 결과를 기재하였을 뿐 위와 같이 무과립구증을 보이고 있던 일반혈액검사 결과는 기재되어 있지 않다는 점, 같은 달 28일 시행한 일반혈액검사에서도 소외인이 무과립구증을 벗어나긴 하였지만 백혈구 수치가 참고치에 비하여 많이 감소되어 있었던 점, 백혈구의 감소나 혈소판 감소증과 같은 혈액학적 이상을 주로 초래하는 것은 리팜핀이라는 점 등의 사정을 엿볼 수 있는바, 위와 같은 사정에 비추어 보면 피고 2가 약제열의 가능성만 염두에 두고 성급하게 리팜핀부터 재투약을 시작한 과실

이 있다는 취지로 인정한 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍이 간다. 원심판결에는 피고들이 상고이유에서 주장하는 바와 같은 판단누락, 심리미진 등의 위법이 없다.

...(중략)...

다. 원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 소외인에게 발생한 무과립구증, 약제열 등의 부작용도 리팜핀에 대한 과민반응으로 인하여 발생한 것으로 보이는 점, 성급하게 재투약을 결정한 과실이 없었다면 리팜핀의 재투약을 피할 수 있었을 것으로 보인다는 점 등의 사정을 알 수 있는바, 위와 같은 사정에 비추어 보면 피고 2로서는 소외인이 리팜핀에 과민반응하는 특이체질이 있다는 점을 예견할 수 있었고, 피고 2의 과실과 소외인의 사망 사이에 상당인과관계가 있다고 인정할 수 있으므로, 원심이 같은 취지로 피고 2의 과실과 소외인의 사망 사이의 인과관계를 인정한 것은 정당한 것으로 수긍이 간다. 원심판결에는 상고이유에서 주장하는 바와 같은 상당인과관계에 관한 법리오해의 위법이 없다...(후략)..."

〔사례 18〕 대법원2011.11.24.선고 2009다70906판결 【손해배상(의)】

간호사 경력의 원고가 임신 29주 무렵 호흡곤란 등으로 피고 병원에 내원하여 진료를 받으면서 흉부 방사선촬영과 분만실 입원을 거부함으로써 피고가 원고의 폐부종과 태아의 상태를 진단하지 못하게 되었는바, 결국 원고는 호흡부전으로 인해 심정지가 발생하였고, 그 후 곧 응급제왕절개술을 받았으나 가사상태의 여아(이후 치료를 받던 중 사망)와 사망한 상태의 남아를 출산한 사건. 제반 사정상 원고가 피고 병원 의료진이 권유한 흉부 방사선촬영 등을 거부할 경우 발생할 수 있는 위험성을 알고 있었으나, 그 촬영이 태아에 미칠 위험성 등을 고려하여 스스로의 결정에 따라 진료를 거부하였다고 보이는바, 환자가 의료진이 설명하는 진료의 필요성과 진료 또는 진료거절 시의 위험성을 인식하면서 스스로의 결정에 따라 진료를 거절한 경우 의료진으로서의 환자의 선택권을 존중할 수밖에 없으며, 그로 인하여 기초적인 검사를 하지 못한 상태에서 원고 환자의 폐부종을 정확히 진단하지 못하였거나 이노제를 투여하지 않았더라도 이를 피고 병원의 진료상 과실로 볼 수는 없다고 한 사안.

“【이유】

상고이유를 판단한다.

1. 상고이유 제1, 2, 3점에 관하여

가. 환자는 헌법 제10조에서 규정한 개인의 인격권과 행복추구권에 의하여, 생명과 신체의 기능을 어떻게 유지할 것인지에 대하여 스스로 결정하고 의료행위를 선택할 권리를 **보유한다**. 따라서 환자는 스스로의 결정에 따라 의료진이 권유하는 진료를 동의 또는 거절할 권리가 있지만 의학지식이 미비한 상태에서는 실질적인 자기결정을 하기 어려우므로, 의료진은 환자의 증상, 진료의 내용 및 필요성, 예상되는 위험성과 함께 진료를 받지 않을 경우 예상되는 위험성 등 합리적인 사람이 진료의 동의 또는 거절 여부를 판단하는데 중요하다고 생각되는 사항을 설명할 의무가 있다 (대법원 2010. 3. 25. 선고 2009다 95714 판결 등 참조).

한편 이러한 의료진의 설명은 의학지식의 미비 등을 보완하여 실질적인 자기결정권을 보장하기 위한 것이므로, 환자가 이미 알고 있거나 상식적인 내용까지 설명할 필요는 없고, 환자가 위험성을 알면서도 스스로의 결정에 따라 진료를 거부한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 위와 같은 설명을 하지 아니한 데 대하여 의료진의 책임을 물을 수는 없다. 그리고 이 경우 환자가 이미 알고 있는 내용인지 여부는, 해당 의학지식의 전문성, 환자의 기존 경험, 환자의 교육수준 등을 종합하여 판단할 수 있다. ... (중략)...

다. 위 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 원고 1은 호흡곤란 등의 원인을 진단하기 위한 기초검사인 흉부 방사선촬영부터 거절하였는바, 위와 같은 검사를 하지 못하여 호흡곤란에 적절하게 대처하지 못할 경우 산모 및 태아의 상태가 나빠질 수 있다는 것은 기본적인 의학지식을 갖추고 있는 경력 10년의 간호사인 원고 1로서는 상당한 정도로 이해하고 있었을 것으로 보인다. 또한 피고 병원 의료진은 수회에 걸쳐 흉부 방사선촬영 등을 권유하고 나아가 태아심음 모니터링 등을 위하여 분만실 입원도 권유하였지만 원고 1이 이를 모두 거부하여 실행하지 못한 경과에 비추어, 위와 같은 진단검사 등이 필요한 이유에 대하여 위 원고의 이해정도에 상응한 설명은 있었을 것으로 보인다. 이러한 사실과 더불어 원고 1의 과거 진료경력과 피고 병원 진료 당시에 보인 태도, 그리고 이 사건 변론과정에서 주장한 내용 등을 종합하면, 원고 1은 피고 병원 의료진이 권유한 흉부 방

사선촬영 등을 거부할 경우 발생할 수 있는 위험성을 알았거나 피고 병원 의료진으로부터 설명을 들었음에도, 흉부 방사선촬영이 태아에 미칠 위험성 등을 고려하여 스스로의 결정에 따라 거부하였다고 판단된다.

또한 위와 같이 환자가 의료진이 권유하는 진료의 필요성과 그 진료 또는 진료거절의 위험성을 인식하면서 스스로의 결정에 따라 진료를 거절한 경우, 의료진으로서의 환자의 선택권을 존중할 수밖에 없고, 그 환자가 임신부여서 그 진료거절로 태아에게 위험이 발생할 우려가 있다고 해도 이는 마찬가지라 할 것이다.

...(중략)...

결국 피고 병원 의료진에게 설명의무 위반, 진료상 과실이 있다고 볼 수 없고, ...(후략)..."

[사례 19] 대법원2014.6.26.선고 2009도14407판결

자신의 종교적 신조에 입각하여 무수혈 고관절수술을 명시적으로 요구한 환자를 수술하던 중 출혈이 심하여 수혈이 필요함에도 불구하고 환자의 결정대로 수혈 없이 시술을 진행한 결과 환자가 사망한 사건.

“【판결요지】(일부)

환자의 명시적인 수혈 거부 의사가 존재하여 수혈하지 아니함을 전제로 환자의 승낙(동의)을 받아 수술하였는데 수술 과정에서 수혈을 하지 않으면 생명에 위험이 발생할 수 있는 응급상태에 이른 경우, 환자의 생명을 보존하기 위해 불가피한 수혈 방법의 선택을 고려함이 원칙이라 할 수 있지만, 한편으로 **환자의 생명 보호에 못지않게 환자의 자기 결정권을 존중하여야 할 의무가 대등한 가치를 가지는 것으로 평가되는 때에는 이를 고려하여 진료행위를 하여야 한다.**

어느 경우에 수혈을 거부하는 환자의 자기결정권이 생명과 대등한 가치가 있다고 평가될 것인지, 환자의 나이, 지적 능력, 가족관계, 수혈 거부라는 자기결정권을 행사하게 된 배경과 경위 및 목적, 수혈 거부 의사가 일시적인 것인지 아니면 상당한 기간 동안 지속되

어 온 확고한 종교적 또는 양심적 신념에 기초한 것인지, 환자가 수혈을 거부하는 것이 실질적으로 자살을 목적으로 하는 것으로 평가될 수 있는지 및 수혈을 거부하는 것이 다른 제3자의 이익을 침해할 여지는 없는 것인지 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다. 다만 **환자의 생명과 자기결정권을 비교형량하기 어려운 특별한 사정이 있다고 인정되는 경우에 의사가 자신의 직업적 양심에 따라 환자의 양립할 수 없는 두 개의 가치 중 어느 하나를 존중하는 방향으로 행위하였다면, 이러한 행위는 처벌할 수 없다.**

그렇지만 이러한 판단을 위해서는 환자가 거부하는 치료방법, 즉 수혈 및 이를 대체할 수 있는 치료방법의 가능성과 안정성 등에 관한 의사의 설명의무 이행과 이에 따른 환자의 자기결정권 행사에 어떠한 하자로 개입되지 않아야 한다는 점이 전제되어야 한다. 즉 환자는 치료행위 과정에서의 수혈의 필요성 내지 수혈을 하지 아니할 경우에 야기될 수 있는 생명 등에 대한 위험성, 수혈을 대체할 수 있는 의료 방법의 효용성 및 한계 등에 관하여 의사로부터 충분한 설명을 듣고, 이러한 의사의 설명을 이해한 후 진지한 의사결정을 하여야 하고, 그 설명 및 자기결정권 행사 과정에서 예상한 범위 내의 상황이 발생되어야 하며, 또한 의사는 실제로 발생한 상황 아래에서 환자가 수혈 거부를 철회할 의사가 없는지 재확인하여야 한다.

특히 의사는 수술과정 등에서 발생하는 출혈로 인하여 환자의 생명이 위험에 빠지지 않도록 하기 위하여 환자에게 수혈하는 것이 통상적인 진료방법이고 또한 수혈을 통하여 출혈로 인한 사망의 위험을 상당한 정도로 낮출 수 있음에도 환자의 의사결정에 따라 수혈을 포기하고 이를 대체할 수 있는 수술 방법을 택하는 것인데, 그 대체 수술 방법이 수혈을 완전히 대체할 수 있을 정도의 출혈 방지 효과를 가지지 못한다면 그만큼 수술과정에서 환자가 과다출혈로 인한 사망에 이를 위험이 증가할 수 있으므로, 그럼에도 불구하고 수술을 할 필요성이 있는지에 관하여 통상적인 경우보다 더욱 세심하게 주의를 기울임으로써, 과연 수술을 하는 것이 환자를 위한 최선의 진료방법인지 신중히 판단할 주의의무가 있다. 그리고 수술을 하는 경우라 하더라도 수혈 대체 의료 방법과 함께 당시의 의료 수준에 따라 출혈로 인한 위험을 최대한 줄일 수 있는 사전준비나 시술방법을 시행함으로써 위와 같은 위험 발생 가능성을 줄이도록 노력하여야 하며, 또한 수술 과정에서 예상과 달리 다량의 출혈이 발생할 수 있는 사정이 드러남으로써 위와 같은 위험 발생 가능성이

현실화되었다면 과연 위험을 무릅쓰고 수술을 계속하는 것이 환자를 위한 최선의 진료방법인지 다시 판단하여야 한다. 환자가 수혈 대체 의료 방법을 선택하였다고 하더라도 이는 생명에 대한 위험이 현실화되지 아닐 것이라는 전제 내지 기대 아래에서의 결정일 가능성이 크므로, 위험 발생 가능성이 현실화된 상태에서 위험을 무릅쓰고 수술을 계속하는 것이 환자의 자기결정권에 기초한 진료라고 쉽게 단정하여서는 아니 된다.”

9. 의료규준의 고도성(의료행위의 전문성)

의료는 사람의 건강과 생명에 관한 작용이므로 가장 높은 수준의 인적·물적 여건에서 가장 높은 수준의 주의·긴장과 배려-를 유지하며 시행될 것이 기대된다. 이러한 높은 수준의 기대는 환자 자신과 사회 일반의 공통적 욕구의 발로일 뿐만 아니라, 앞에서 분석한 의료의 본질적 특성상 당연한 것이다.

엄격한 의료인 및 의료기관 자격 제도의 확립, 인적·물적 여건 및 의·약학과 의료기술의 향상을 위한 최대의 노력, 활발한 국제교류 등은 모두 가장 높은 수준의 의료를 실현하기 위한 방편이다.

문제는 의료인의 의료시행 상 주의의무 및 그 위반 여부와 악결과에 대한 법적 책임 유무를 논함에 있어서, 그 판단기준을 어느 정도의 수준으로 잡을 것인가이다. 구체적으로 말하자면, 민사상 손해배상책임의 인정·형사상 유죄의 인정·행정상 불이익처분요건 충족의 인정 등에 있어서 적용될 행위평가 기준 즉 규준(規準)을 어느 수준으로 설정하는가가 문제이다. 그 수준은 단순한 이상적·희망적 최대한이 아니라, 법의 목적인 정의(손해의 공평분담·사회보전과 범죄자의 교화, 사회질서의 유지 등)의 구현을 위하여 요구되는 현실적·합리적 최대한이다. 그것은 당대 보건의료공동체의 실상을 전제로 하는 규범공동체의 정의 관념에 의해서 구체화된다.

우리 학설과 판례는: 당해 진료 영역에서 실천되고 있는 임상의학의 지침을 기준으로 하고, 그 지득과 적용 시에 베풀어야 하는 주의의 정도는 ‘최선(最善)’ 내지 ‘고도(高度)’를 요구하고 있다. 그러므로 의료인은 발전하는 의·약학과 술기를 습득하기 위해 끊임없이 연찬하며 전문화되어야 하고, 아울러 의

료기관은 우수한 의료인과 시설·기기 등 의료 여건의 확충을 위해 최대의 노력을 기울일 것이 요망되는 것이다.

현실에서 모든 의료인과 의료기관이 위의 요소를 모두 구비하는 것은 가능하지 않다. 그런 연고로 다른 의료인과의 협동진료 및 다른 의료기관으로의 전송(傳送=傳院)이 허용되고, 경우에 따라서는 그렇게 하는 것이 의무로 부과되기도 하는 것이다. 그리고 긴급한 의료상황이나 환자의 특정 진료 거부·전송 거부 등의 경우에 의료규준의 미달이 양해되어 당해 의료 작위 혹은 부작위가 적법하게 평가되기도 한다⁸⁾.

한편 의료과오 손해배상책임을 논하는 민사소송 절차에서 원고(환자 측)는 피고(의사 측)의 주의의무 위반(과실) 사실 및 그 과실행위와 결과 사이의 인과관계를 주장·증명해야 되는데 - 이는 단순한 주장·증명의 필요에 그치는 것이 아니라, 그것에 실패하면 패소하게 된다는 불이익 위험 즉 ‘증명책임’의 귀속을 뜻함 -, 그것이 당사자간 불공평을 야기한다고 심각하게 지적되어 왔으며, 학설·판례는 그 교정론 즉 원고 증명부담의 완화이론을 지속적으로 전개해 왔다. “일반인의 상식에 바탕을 둔 과실행위의 입증” 이론 및 “간접사실의 증명에 의한 요증사실의 일응추정” 이론 등이 그것이다. 이러한 원고 측 증명부담 완화이론의 개발은 바로 의료의 고도한 전문성에 기인한 것이다(증명완화론의 이유에는 이와 아울러 후술하는 ‘의료자료의 편재성’이 있다).

(사례 20) 대법원1995.2.10.선고 93다52402판결【손해배상(의)】

수족다한증 치료를 위해 전신마취 후 제1흉추 및 제2흉추 안쪽에서 손으로 가는 교감신경 절제수술을 받은 환자가 수술 후 곧 경련이 발생하여 지속하였으며, 뇌전산화단층촬영 결과 뇌간 및 소뇌간 부위에 뇌경색이 나타났고, 결국 그로 인해 17일 만에 사망한 사건. ‘일반인의 상식에 바탕을 둔 과실행위의 입증’을 실시한 최초의 사안.

8) 석희태, “법이 요구하는 의사의 능력-소위 ‘최선’을 다할 실력과 정신력-”, 『월드뷰』, 2020. 11., 제56, 57면.

“【이유】

...(전략)...

원래 의료행위에 있어서 주의의무 위반으로 인한 불법행위 또는 채무불이행으로 인한 책임이 있다고 하기 위하여는 다른 경우와 마찬가지로 의료행위상의 주의의무의 위반, 손해의 발생 및 주의의무의 위반과 손해의 발생과의 사이의 인과관계의 존재가 전제되어야 한다고 할 것이다. 그러나 의료행위가 고도의 전문적 지식을 필요로 하는 분야이고, 그 의료의 과정은 대개의 경우 환자 본인이 그 일부를 알 수 있는 외에 의사만이 알 수 있을 뿐이며, 치료의 결과를 달성하기 위한 의료기법은 의사의 재량에 달려 있기 때문에 손해 발생의 직접적인 원인이 의료상의 과실로 말미암은 것인지 여부는 전문가인 의사가 아닌 보통인으로서 도저히 밝혀낼 수 없는 특수성이 있어서 환자 측이 의사의 의료행위상의 주의의무위반과 손해의 발생과 사이의 인과관계를 의학적으로 완벽하게 입증한다는 것은 극히 어려우므로, 이 사건에 있어서와 같이 환자가 치료도중 사망한 경우에 있어서는 피해자 측에서 일련의 의료행위 과정에 있어서 저질러진 일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실 있는 행위를 입증하고 그 결과와 사이에 일련의 의료행위 외에 다른 원인이 개재될 수 없다는 점, 이를테면 환자에게 의료행위 이전에 그러한 결과의 원인이 될 만한 건강상의 결함이 없었다는 사정을 증명한 경우에 있어서는, 의료행위를 한 측이 그 결과가 의료상의 과실로 말미암은 것이 아니라 전혀 다른 원인으로 말미암은 것이라는 입증 을 하지 아니하는 이상, 의료 상 과실과 결과 사이의 인과관계를 추정하여 손해배상책임을 지을 수 있도록 입증책임을 완화하는 것이 손해의 공평·타당한 부담을 그 지도원리로 하는 손해배상제도의 이상에 맞다고 하지 않을 수 없다.

따라서 원심이 설시하고 있는 바와 같이 위 000의 사망원인인 뇌경색이 이 사건 수술 후에 일어났으며, 이 사건 수술과 위 전승호의 사망 사이에 다른 원인이 개재되었을 가능성은 찾아 볼 수 없고, 위 전승호가 이 사건 다한증 외에는 특별한 질병 없이 정상적인 생활을 하여 왔고 수술 전 사전검사에서도 특이한 이상증상이 나타나지 아니하였는데, 이 사건 치료과정에 있어서 피고 1이 수술의 일부분을 다른 의사들에게 맡기고 늦게 수술에 참여하여 수술도중 피부 및 근육을 절개해 놓고 기다린 시간이 다소 많이 경과하는 등 수술과정에 있어 소홀한 점이 있었으며 수술 후 사후대처가 소홀했다는 원심 인정사실을 중

합하여 보면, 결국 위 000의 사망은 피고 1의 이 사건 수술과정에서의 잘못으로 인한 것이라 추정할 수밖에 없고, 의료전문가가 아닐 뿐 아니라 수술과정에 참여한 바도 없는 원고들이 피고 1의 과실을 정확하게 지적하고 전문적인 지식을 동원하여 망인의 사망의 원인을 밝혀 내지 못하였다고 하여 피고들의 손해배상 책임을 부정할 수는 없다고 하겠다.
...(후략)...

전계 (사례 11) 대법원1997.2.11.선고 96다5933판결

태아가 아두골반불균형으로 의심됨에도 불구하고, 과도하고 무리하게 서튼 방법으로 장시간 흡입분만을 지속한 탓에 만출 후 태아가 두개내혈종·태변흡입증후군으로 사망한 사건으로서, 주의의무 판단기준으로서의 의료수준은 규범적으로 요구되는 수준으로 파악되어야 하고, 당해 의사나 의료기관의 구체적 상황에 따라 고려되어서는 안 된다고 판시함(6. 의료방법의 비단일성(요법선택의 재량성)).

“(전략)...

인간의 생명과 건강을 담당하는 의사에게는 그의 업무의 성질에 비추어 보아 위험방지를 위하여 필요한 최선의 주의의무가 요구되고, 따라서 의사로서는 환자의 상태에 충분히 주의하고 진료 당시의 의학적 지식에 입각하여 그 치료방법의 효과와 부작용 등 모든 사정을 고려하여 최선의 주의를 기울여 그 치료를 실시하지 않으면 안되는데, 이러한 주의의무의 기준은 진료 당시의 이른바 임상의학의 실천에 의한 의료수준에 의하여 결정되어야 하나, 그 의료수준은 규범적으로 요구되는 수준으로 파악되어야 하고, 당해 의사나 의료기관의 구체적 상황에 따라 고려되어서는 안 된다 할 것이다(당원 1987. 1. 20. 선고 86다카1469 판결, 1994. 4. 26. 선고 93다59304 판결 등 참조). ...(후략)...

(사례 21) 대법원2000.7.7.선고 99다66328판결 【손해배상(의)】

심방중격결손증 치료를 위해 전신마취 후 개심수술을 함에 있어서 인공심

폐기의 캐놀라를 대동맥에 삽관한 바, 그 과정에서 대동맥박리를 야기하여(추정) 허혈성 심근손상이 오고, 그로 인해 환자가 사망한 사건.

의료행위의 전문성과 의료자료의 편재성을 근거로 하여, 의료상의 주의의무 위반행위를 제외한 다른 원인이 있다고 보기 어렵다는 것을 인정할 만한 여러 간접사실들을 증명함으로써, 악결과 발생이 주의의무 위반에 기한 것이라고 추정할 수 있음을 강조한 사례

【이유】

상고이유(기간 도과 후 제출된 상고이유보충서의 기재는 이를 보충하는 범위 내에서)를 본다.

1. 의사의 의료행위가 그 과정에 주의의무 위반이 있어 불법행위가 된다고 하여 손해 배상을 청구하는 경우에도 일반의 불법행위와 마찬가지로 의료행위상의 과실과 손해의 발생 및 그 과실과 손해발생 사이의 인과관계가 있어야 하는 것이고, 이에 대한 입증책임은 환자 측에서 부담한다고 할 것이지만, **의료행위는 고도의 전문적 지식을 필요로 하는 분야이고, 그 의료의 과정은 대개의 경우 환자 본인이 그 일부를 알 수 있는 외에 의사만이 알 수 있을 뿐이며, 치료의 결과를 달성하기 위한 의료기법은 의사의 재량에 달려 있기 때문에 전문가가 아닌 보통인으로서의 의사의 의료행위의 과정에 주의의무 위반이 있는지 여부나 그 주의의무 위반과 손해발생 사이에 인과관계가 있는지 여부는 이를 밝혀내기**가 극히 어려운 특수성이 있으므로, 이 사건에서와 같이 환자가 수술 도중에 사망의 원인이 된 증상이 발생한 경우에는 그 증상 발생에 관하여 의료상의 주의의무 위반행위를 제외한 다른 원인이 있다고 보기 어려운 여러 간접사실들을 입증함으로써 **그와 같은 증상이 의료상의 주의의무 위반행위에 기한 것이라고 추정하는 것도 가능하다.**

2. ... (중략)... ⑦ 그리고 일반적으로 대동맥박리증은 대동맥내막열상을 통해 혈액이 대동맥의 진성내강을 탈출하여 대동맥의 중막을 내층과 외층으로 분리시켜 가상내강을 만들고 대동맥 파열을 야기시킴으로써 뇌졸중, 하지마비, 신부전, 진성고혈압 등을 나타낼 수 있는 예후가 불량한 질환으로 ㉠ 고혈압, 남성중풍괴사, 마르팡증후군, 이첨대동맥 판, 대동맥축착증, 임신 등의 원인으로 발생할 수 있고, ㉡ 대동맥캐놀라를 삽입하는 과정

에서 대동맥내막에 대한 직접적인 열상이나 기계적인 압박으로도 발생할 수 있으며, ㉔ 심장수술 도중 캐놀라 삽입과는 무관하게 합병증으로 대동맥박리증이 일어날 수도 있는데 그 가능성은 약 0.16% 정도로 알려져 있는 사실, ㉕ 위 소외인에게는 수술 전 검사 결과 이 사건 수술 전까지 일반적으로 대동맥박리증을 유발시킬 수 있는 위 ㉔과 같은 질환을 가지고 있지 않았던 사실, ㉖ 피고 2가 1996년 1년 동안 시술한 개심수술 660여 건 중 대동맥박리가 발생한 것은 이 사건 수술뿐이고, 심장수술 과정에서의 잘못 이외의 합병증으로 대동맥박리가 발생할 수 있는 확률도 앞서 본 바와 같지만 그와 같이 예외적으로 발생한 경우도 고혈압 등 혈관질환을 보유하고 있는 환자들에게서 주로 발견된 사실을 알 수 있다.

3. 이와 같이 위 망인의 사망을 초래한 대동맥박리는 이 사건 심장중격결손 수술을 위한 캐놀라 삽관 직후에 나타난 것으로서 이 사건 수술 이외에는 다른 원인이 개재하였을 가능성이 없고, 그 발생 부위 또한 이 사건 캐놀라 삽관과 관련하여 볼 수 있는 부위로 보이고, 위 망인에게 이 사건 수술 전후를 통하여 대동맥박리를 초래할 만한 특별한 질환이나 증상이 관찰되지 아니하였으며, 한편으로는 대동맥에 캐놀라를 삽입하는 과정에서 대동맥내막에 대한 직접적인 열상이나 기계적인 압박 등 부적절한 시술로도 대동맥박리가 나타날 수 있는데다가, 비록 심장수술 과정에서의 잘못 이외의 합병증으로 대동맥박리가 발생할 수 있는 확률도 0.16% 있지만 그와 같이 예외적으로 발생하는 경우도 주로 고혈압 등 혈관질환을 보유하고 있는 환자들에게서 나타난 것이라는 사정 하에서라면, 위 망인에게 발생한 이 사건 대동맥박리는 결국 대동맥박리가 일어날 수 있는 원인 중에서 캐놀라를 삽입하는 과정에서 대동맥내막을 손상시키는 등 부적절한 캐놀라 삽관에 의하여 초래된 것이라고 추정할 수밖에 없다고 할 것이다. ...(후략)..."

[사례 22] 대법원2004.10.28.선고 2002다45185판결【손해배상(의)】

뇌자기공명영상(MRI) 촬영 결과 우측 소뇌에 다발성 소강성 뇌경색이 나타나고 현훈검사에서 중추신경성 현훈이 의심되는 환자에 대하여 뇌혈관의 이상 여부를 확인하기 위해 뇌혈관조영술을 시행하던 중 환자가 의식을 상실한 뒤 사망한 사건.

의료행위의 전문성·특수성을 근거로 하여, 증상 발생에 관하여 의료상의 과실 이외의 다른 원인이 있다고 보기 어렵다는 것을 인정할 만한 간접사실들을 입증함으로써 그와 같은 증상이 의료상의 과실에 기한 것이라고 추정하는 것이 가능하지만, 그 경우에도 의사의 과실로 인한 결과발생을 추정할 수 있을 정도의 개연성이 담보되지 않는 사정들을 가지고 막연하게 중한 결과에서 의사의 과실과 인과관계를 추정함으로써 결과적으로 의사에게 무과실의 증명책임을 지우는 것까지 허용되는 것은 아니라고 판시한 사례.

【이유】

1. 피고의 상고에 대한 판단

가. 시술상의 과실에 관하여

...(전략)...

의사가 진찰·치료 등의 의료행위를 함에 있어서는 사람의 생명·신체·건강을 관리하는 업무의 성질에 비추어 환자의 구체적인 증상이나 상황에 따라 위험을 방지하기 위하여 요구되는 최선의 조치를 취하여야 할 주의의무가 있고, 의사의 이와 같은 주의의무는 의료행위를 할 당시 의기관 등 임상의학 분야에서 실천되고 있는 의료행위의 수준을 기준으로 삼되 그 의료수준은 통상의 의사에게 의료행위 당시 일반적으로 알려져 있고 또 시인되고 있는 이른바 의학상식을 뜻하므로 진료환경 및 조건, 의료행위의 특수성 등을 고려하여 규범적인 수준으로 파악되어야 한다(대법원 2001. 3. 23. 선고 2000다20755 판결 등 참조).

한편, 의료행위는 고도의 전문적 지식을 필요로 하는 분야로서 전문가가 아닌 일반인 으로서는 의사의 의료행위의 과정에 주의의무 위반이 있는지의 여부나 그 주의의무 위반 과 손해발생 사이에 인과관계가 있는지 여부를 밝혀내기가 극히 어려운 특수성이 있으므로 수술 도중 환자에게 사망의 원인이 된 증상이 발생한 경우 그 증상 발생에 관하여 의료상의 과실 이외의 다른 원인이 있다고 보기 어려운 간접사실들을 입증함으로써 그와 같은 증상이 의료상의 과실에 기한 것이라고 추정하는 것도 가능하다고 하겠으나(대법원 2000. 7. 7. 선고 99다66328 판결 등 참조), 그 경우에도 의사의 과실로 인한 결과발생

을 추정할 수 있을 정도의 개연성이 담보되지 않는 사정들을 가지고 막연하게 중한 결과에서 의사의 과실과 인과관계를 추정함으로써 결과적으로 의사에게 무과실의 입증책임을 지우는 것까지 허용되는 것은 아니라고 할 것이다.

기록에 의하면, 망인의 사망원인은 뇌경색으로 망인의 체내에 있던 혈전이나 동맥경화성 물질이 기저동맥을 막아서 발생한 것인데 이와 같이 혈전 등이 떨어져 나온 원인이 소외 2가 조영제를 투여할 때 발생한 압력으로 인한 것인지 여부는 밝혀지지 않은 사실, 소외 2는 시술 당시 주사기를 사용하여 조금씩 조영제를 투여하면서 화면에 혈관이 보이면 더 이상 조영제를 투여하지 않고 잘 보이지 않으면 보일 때까지 조영제를 투여하는 방법을 사용하였던 사실, 망인은 입원 당시 비만에 과도한 흡연·음주의 생활습관을 가지고 있는데다가 진찰과 정밀검사 결과 모두 망인이 중증의 뇌경색이라는 데 일치되었던 사실, 혈관질환을 앓는 환자가 혈관조영술을 시술받고 그 합병증으로 사망에 이르는 확률은 연구 결과마다 다르지만 대체로 1% 내외로 알려져 있는데, 혈관조영술 직후 환자상황이 악화된 경우 그것이 혈관조영술의 합병증인지 아니면 기존 질병의 악화인지 판명하기 어려운 경우가 많고 심지어 혈관질환을 가진 환자들 중 혈관조영술을 받은 환자들과 혈관조영술을 받기로 예정되어 있다가 검사 직전에 일정상의 이유로 취소되었던 환자들을 비교하더라도 합병증의 발생빈도는 동일하다는 연구 결과도 보고되어 있는 사실, 뇌경색은 치료로 증세가 일시 호전되더라도 재발가능성이 높은 사실을 인정할 수 있다.

위 인정 사실에 비추어 알 수 있는 망인의 기존 병력, 뇌혈관조영술의 시술방법 및 위 시술과 합병증으로서의 뇌경색의 상관관계 등을 고려할 때, 원심으로서는 소외 2가 이 사건 시술에서 한 조치 외에 혈관조영술의 실시에 있어서 혈전이 떨어져 나가는 것을 방지하기 위하여 보다 안전한 조영제의 투여량과 방법이 있는지 등에 관하여 심리하지도 아니한 채 막연히 소외 2가 조영제를 투여하면서 최대한의 주의를 기울였다고 인정하기에 부족하다는 등의 이유로 시술상의 과실을 추정할 수는 없다고 할 것이고(대법원 1997. 7. 22. 선고 96다37862 판결 등 참조), 또한 이 사건에서 소외 2의 시술상의 과실이 아니더라도 이미 중증의 뇌경색 증세를 가진 원고의 체내에서 혈전 등이 떨어져 나와 혈류를 따라다니다가 기저동맥을 막을 가능성이 배제될 수 없는 이상 망인이 입원치료 받는 며칠 동안 증세가 호전되었다는 사정만으로 소외 2의 시술과 사망 사이의 인과관계를 추정하

기도 어렵다고 할 것이다.

...후략...

[사례 23] 대법원2010.4.29.선고 2009도7070판결【업무상과실치사】

제왕절개수술 시행 중 태반조기박리를 발견하고도 피해자의 출혈 여부 관찰을 간호사에게 지시하였다가 수술 후 약 45분이 지나 대량출혈을 확인하고 비로소 전원 조치하였고, 아울러 응급환자 전원과정 상 요구되는 설명의무도 다하지 않았는바, 그 후 과다출혈·파종성(범발성) 혈관 내 응고장애(DIC)로 산모가 사망한 사건.

“【이유】

...(전략)...

2. 전원지체 과실에 관하여

가. 의료과오사건에 있어서 의사의 과실을 인정하려면 결과 발생을 예견할 수 있고 또 회피할 수 있었음에도 하지 못한 점을 인정할 수 있어야 하고, 위 과실의 유무를 판단함에는 같은 업무와 직무에 종사하는 일반적 보통인의 주의 정도를 표준으로 하여야 하며, 이 때 사고 당시의 일반적인 의학의 수준과 의료환경 및 조건, 의료행위의 특수성 등을 고려하여야 한다(대법원 1999. 12. 10. 선고 99도3711 판결, 대법원 2008. 8. 11. 선고 2008도3090 판결 등 참조).

...(중략)... 피고인이 간호사들에게 진료 보조행위에 해당하는 자궁의 수축상태 및 질 출혈의 정도를 관찰하도록 위임하는 것 자체가 과실이라고 볼 수는 없으나(피고인은 간호사로부터 출혈량이 많다는 보고를 받으면 즉시 환자를 살피 수혈 또는 전원 여부 등을 판단하면 될 것이다), 피고인으로서 태반조기박리 등으로 인한 대량출혈의 위험성이 높다는 것을 예견하였거나 이를 예견할 수 있었으므로 간호사가 위임받은 업무를 제대로 수행하고 있는지 평소보다 더 주의 깊게 감독하여, 피해자의 출혈량이 많을 경우 신속히 수혈을 하거나 수혈이 가능한 병원으로 전원시킬 의무가 있다고 할 것인데, 이를 게을리하여 피해자의 대량출혈 증상을 조기에 발견하지 못하고, 전원을 지체하여 피해자로 하

여금 신속한 수혈 등의 조치를 받지 못하게 한 과실이 있다고 할 것이다.

...(중략)...

3. 전원과정상 설명의무 위반에 관하여

가. 응급환자를 전원하는 의사는 전원받는 병원 의료진이 적시에 응급처치를 할 수 있도록 합리적인 범위 내에서 환자의 주요 증상 및 징후, 시행한 검사의 결과 및 기초진단명, 시행한 응급처치의 내용 및 응급처치 전후의 환자상태, 전원의 이유, 필요한 응급검사 및 응급처치, 긴급성의 정도 등 **응급환자의 진료에 필요한 정보를 전원받는 병원 의료진에게 제공할 의무가 있다.**

나. 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거를 종합하면, 정상혈압환자는 제왕절개수술 후 통상적인 출혈만으로 90/60mmHg의 저혈압이 되기도 하지만, 고혈압환자가 제왕절개수술 후 같은 정도의 저혈압이 되는 것은 비정상적인 경우로서 대량출혈을 의심할 수 있는 사실, 피고인은 15:15경 피해자 상태를 확인한 후 전원조치에 앞서 ○○병원 산부인과 당직의사에게 전화하여 “조기태반박리 증상을 보이는 환자가 있는데 현재는 아무 이상이 없으나, 혹시 수혈이 필요할지도 모르니 후송을 해도 되겠느냐”고 물었고(피고인의 검찰진술, 증거기록 103쪽), 이어 전원 당시 ○○병원 산부인과 당직의사에게 ‘오후 3시 경부터 출혈경향이 있고, 90/60mmHg 정도의 저혈압이 있었다’는 취지로 말하였을 뿐 피해자가 고혈압환자이고, 수술 후 대량출혈이 있었던 사정을 설명하지 않은 사실을 알 수 있는바, 사정이 이와 같다면 ○○병원 의료진은 피고인의 위와 같은 설명의무 해태로 인하여 피해자의 저혈압 및 출혈량에 대한 평가를 잘못하고 나아가 수혈의 긴급성 판단을 그르쳤다고 할 것이므로, 피고인에게는 전원과정에서 ○○병원 의료진에게 피해자의 상태 및 응급조치의 긴급성에 관하여 충분히 설명하지 않은 과실이 있다 할 것이다.

...(후략)...

10. 의료자료의 편재성(진료상황의 밀실성)

의료의 전 과정에서 생산·발생하는 관련 정보를 환자 자신이나 이른바 보호자가 취득하고 보존할 수 있는 것은 매우 제한적이다. 많은, 특히 의료상황을 파악하는 데에 필요한 중요 정보자료의 대부분은 의사 쪽의 관리에 속한다. 그

러므로 사후에 그 상황을 소급하여 논함에 있어서 혹은 다음 단계 내지 별개의 새로운 진료를 받음에 있어서 환자 쪽은 절대적으로 자료 부족을 겪게 된다.

이런 점에서 법령은 의사에게 진료과정의 기록과 물적 자료의 보존에 관한 의무와 비밀준수 의무를 부과하고, 환자에게는 정보자료 제공청구권을 인정하게 된다⁹⁾.

나아가서, 의료사고분쟁이 발생하여 민사소송이 제기되면 책임요건의 성립 여부에 관한 증거가 중심과제가 되는데; 학설과 판례는 바로 이 정보자료의 편재성과 전술한 의료의 전문성을 이유로 하여 원고 환자 측의 증명부담(혹은 이른바 ‘주관적 증명책임’)을 완화하거나(진료과오의 경우) 피고 의사 측에게로 증명책임을 전환하는(설명과오의 경우) 입장을 취하게 되었다.

전계 [사례 20] 대법원1995.2.10.선고 93다52402판결【손해배상(의)】

수족다한증 치료를 위해 전신마취 후 제1흉추 및 제2흉추 안쪽에서 손으로 가는 교감신경 절제수술을 받은 환자가 수술 후 곧 경련이 발생하여 지속하였으며, 뇌전산화단층촬영 결과 뇌간 및 소뇌간 부위에 뇌경색이 나타났고, 결국 그로 인해 17일 만에 사망한 사건.

의료행위의 전문성과 의료자료의 편재성을 근거로 하여, 원고 측이 일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실 있는 행위를 증명하고, 한편으로 그 결과와 사이에 일련의 의료행위 외에 다른 원인이 개재될 수 없다는 점을 증명한 경우에는, 의료행위를 한 피고 측이 그 결과가 의료상의 과실로 말미암은 것이 아니라 전혀 다른 원인으로 말미암은 것이라는 증명을 하지 아니하는 이상, 의료상 과실과 결과 사이의 인과관계를 추정하여 손해배상책임을 지울 수 있도록 입증책임을 완화하는 것이 손해의 공평·타당한 부담을 그 지도원리로 하는 손해배상제도의 이상에 맞다고 판시한 사례(9. 의료규준의 고도성(의료행위의 전문성))

9) 의료법 제19조(정보 누설 금지), 제21조(기록 열람 등), 제22조(진료기록부 등), 제23조(전자기록) 등.

전계 (사례 21) 대법원2000.7.7.선고 99다66328판결【손해배상(의)】

심방중격결손증 치료를 위해 전신마취 후 개심수술을 함에 있어서 인공심 폐기의 캐놀라를 대동맥에 삽관한 바, 그 과정에서 대동맥박리를 야기하여(추정) 허혈성 심근손상이 오고, 그로 인해 환자가 사망한 사건.

의료행위의 전문성과 의료자료의 편재성을 근거로 하여, 의료상의 주의의무 위반행위를 제외한 다른 원인이 있다고 보기 어렵다는 것을 인정할 만한 여러 간접사실들을 증명함으로써, 악결과 발생이 주의의무 위반에 기한 것이라고 추정할 수 있음을 강조한 사례(9. 의료규준의 고도성(의료행위의 전문성))

(사례 24) 대법원2007.5.31.선고 2005다5867판결【손해배상(기)】

황달의 정확한 원인을 찾기 위하여 내시경적 역행성 담췌관조영술(Endoscopic Retrograde Cholangio-Pancreatography, ERCP)을 시행하였는데, 검사 후에 환자에게 급성췌장염이 발생하여 사망한 사건.

의료진의 검사과정에서의 과실을 부정하고 설명의무 위반만을 인정하여 손해배상의 범위를 사망으로 인한 전 손해가 아니라 설명의무 위반으로 인한 위자료로 한정된 원심을 수긍하였는바, 설명의무 이행 여부에 관한 증명책임이 원고가 아닌 피고에게 있다고 판시한 최초의 사례.

“【판결요지】(일부)

...(전략)...

[4] 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 의료종

사자에게 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.

[5] 의사가 설명의무를 위반한 채 수술 등을 하여 환자에게 사망 등의 중대한 결과가 발생한 경우에, 환자 측에서 선택의 기회를 잃고 자기결정권을 행사할 수 없게 된 데 대한 위자료만을 청구하는 때에는 의사의 설명 결여 내지 부족으로 인하여 선택의 기회를 상실하였다는 점만 증명하면 족하고, ...(후략)..."

이상과 같은 의료행위 특질론은 의료인 측의 법적 책임을 감면하거나 혹은 역으로 가중하기 위한 기초 도구가 아니다. 이와 마찬가지로 그것은 환자 측의 권익을 일방적으로 확충하거나 혹은 축소시키기 위한 기초 장치 또한 결코 아니다. 특질론은 의료행위 본질의 특수성에 대한 확인과 이해를 통하여, 의사와 환자 사이의 이성적이고도 평화로운 관계 조성에 기여하고, 분쟁 발생 시에 적용될 공정하고 건설적인 평가규준을 정립하는 데에 참고하기 위한 이론이다. 이는 궁극적으로 의료 환경의 안정과 국민 건강권의 건전한 구현이라는 의료 본연의 사명 수행에 공헌하는 것을 목표로 한다.

주제어: 의료행위, 특질, 의료의 정당성, 시행의 시기성, 진행의 동태성, 효과의 다양성, 침습의 위험성, 방법의 비단일성, 역량의 한계성, 대상의 개입성, 규준의 고도성, 자료의 편재성

[참고 문헌]

- 김현태, “의사의 진료과오에 있어서의 과실의 입증책임”, 『연세행정논총』 제7집, 1981. 2.
- 석희태, “의료과실의 판단”, 『판례월보』 제197호, 1987. 2.
- _____, “법이 요구하는 의사의 능력-소위 ‘최선’을 다할 실력과 정신력-”, 『월드뷰』, 2020. 11.
- 松倉豊治, “医療過誤と医師の立場”, 『医学と法律の間』, 東京: 判例タイムス社, 1980.
- _____, “狂犬病豫防接種後の麻痺例とストレプトマイシン難聴例”, 『医学と法律の間』, 東京: 判例タイムス社, 1980.
- 唄 孝一, 『医事法学への歩み』, 東京: 岩波書店, 1970.

A Re-discussion on the Characteristics of Medicine

HeeTae Suk PhD, LLM

Professor Emeritus of Kyonggi Univ., Visiting Professor of Yonsei Univ.

=ABSTRACT=

It has become a general idea today that the characteristics of medicine should be considered as a basis when discussing a medical personnel's duty of care and whether or not it has been violated, and when discussing its duty of explanation and whether or not it has been fulfilled in medical practice.

However, in the discussion of its characteristics, some shortcomings still exist, so the need for a re-discussion has been raised.

Firstly, existing discussions on characteristics have failed to comprehensively grasp and explain the characteristics of medical practice. Secondly, in some researchers' arguments, there are discrepancies between the terms used to express characteristics and their conceptual definitions or content. Thirdly, the lack of exemplified cases that reflect the characteristics of medicine - especially Supreme Court precedents - has led some to think negatively about the recognition and reflection of certain characteristics.

In my early writings, I have described five characteristics of medical practice: 'conflict in medical goals', 'initiating appropriate medical actions (progression of illness)', 'dynamics of medical intervention (diversity of symptoms)', 'diversity of medical effects', 'inherent risk of medical treatment (invasiveness)'.

In this paper, keeping in mind the reasons for the need for reconsideration, I aim to analyze the characteristics of medicine in detail and cite key parts of representative Korean Supreme Court precedents that reflect each characteristic.

The characteristics of medicine extracted from this paper are; There are ten factors, including the legitimacy of the essence of medical practice, timeliness of medical execution, dynamics of medical progress, diversity of medical effects, risk of medical invasion, non-uniformity of medical methods, limitations of

medical capabilities, intervention of the medical subject, high degree of medical standards, and maldistribution of medical data.

Keyword : Characteristics of medicine, duty of explanation, duty of care, legitimacy of medical practice, timeliness of medical execution, dynamics of medical progress, diversity of medical effects, risk of medical invasion, non-uniformity of medical methods, limitations of medical capabilities, intervention of the medical subject, high degree of medical standards, maldistribution of medical data.