

醫療紛爭에 있어서 醫師의 注意義務

高麗大學校 醫科大學

李 駿 商*・崔 百 熙**

= Abstract =

Physician's Responsibilities in Medical Dispute

Joon-Sang Lee, M.D., Baik-Hi Choi, M.D.

College of Medicine, Korea University

A physician assumes toward his patient the obligation to use such reasonable care and skill as is commonly possessed and exercised by physicians in the same general line of practice in the same or similar localities and to use his best judgment at the times.

Medical disputes between physicians and patients are ever more increased in these days as human body happens to cause a variety of changes in body unlike the function of machine.

Such increased trends of medical disputes became a problem in common across the word under the influence of affluent living standard, high consciousness of life value and right by today's people.

The aim of this dissertation is oriented to forming a physician's responsibilities in medical-care accidents arising between physicians and patients.

A general physician, for example, has not been negligent merely because a specialist might have treated the patient with greater skill and knowledge. However, the fact that a physician may have acted to the best of his ability will not avoid legal problems for damages resulting from substandard treatment, that is the degree of care and skill which is to be expected of the ordinary practitioner in his field of practice.

The duty of a physician who is, or holds himself out to be, a specialist is greater in the field of his specialty than one who is a general physician. A patient's consent to routine medical procedures is implied from the fact that patient comes to the physician with a medical problem and voluntarily submits to the procedures.

For the more serious medical procedures and for major operations, however, it is preferable for the physician to have the patient's consent in writing, to facilitate proof of the consent in the event of a dispute or litigation.

Suppose that mistakes on the part of physicians are likely to be blamed in all cases of malpractice. Then it will create a sort of shrinkage in activities of medical treatment.

There should be some limitation on excessive application of "The thing speaks for itself" on mistakes by physicians and availability of cause and effect.

It is a matter of complicity as well as a matter of importance to draw a definite boundary on responsibilities of physician.

A series of further research on this particular aspect is strongly urged.

*大韓醫學協會 醫務委員會 委員 **大韓醫學協會 醫務委員會 委員長 (醫務理事)

I. 序 論

醫療人은 사람의 가장 所重한 生命, 身體를 對象으로 하는 醫療에 從事하면서 國民保健 向上을 指導하는 것을 使命으로 하는 것이므로 社會的責任 내지 使命感은 重大하다 아니할 수 없다. 그러나 醫師는 이와 같이 重大한 醫療業務를 遂行함에 있어 專門知識과 經驗 및 最高의 醫療施設로서 患者를 治療할 것이지만, 人體는 單純한 機械와 달라 豫測할 수 없는 結果가 초래됨으로 醫療事故가 있게 된다. 또한 醫療事故의 問題가 近來에 와서 醫師와 患者와의 個人的 問題라기 보다는 社會一般人的의 共同 關心事로 대두하게 되었다. 특히 經濟生活의 潤澤과 生命의 高貴性에 입각하여 자신의 生命과 健康을 醫師를 통해 保存하려고 하며, 醫療保險의 擴大로 病院 문턱이 높지 않아, 쉽게 利用할 수 있으며, 반대로 醫師는 많은 수의 患者를 治療해야 함으로 말미암아 醫療事故는 增加하게 되어 있다. 즉 醫療行爲가 있는 한 醫療事故의 發生은 불가피하다.

현재까지 우리나라의 醫療事故에 관한 判例數는 그리 많지 않다. 이는 醫療行爲에 從事하는 醫師들의 知識 및 注意義務가 높아서 慎重한 診療를 하였다기 보다는 當事者間의 陰性的의 和解가 많았다는데 그 原因이 있다. 우리나라의 醫療事故의 實態를 파악하기는 대단히 곤란하며, 실제로 醫療紛爭이 發生되어도 各自가 될 수 있으면 陰性的으로 解決하고 있는 實情이다. 따라서 醫協이 醫療事故를 陽性化하기는 아직도 어려운 實情이다¹⁾. 그의 가벼운 過誤같은 것은 一種의 諒解事項으로 되어 患者側에서 問題로 삼지 않았거나, 또는 自然科學의 發達과 더불어 醫療行爲가 高度의 技術性을 띠게됨에 따라 그 立證이 困難하다는 데 原因이 있었다. 醫療事故로 인한 紛爭이 發生하지 않도록 事前에 이를 豫防한다는 것 또한 重要한 일이라 아니할 수 없고, 醫療事故가 發生한 경우 그 結果만을 가지고 醫師에게 責任을 追窮한다는 것은 너무 不當할 것이며, 한편 醫療人으로서 하여금 安心하고 醫療에 從事할 수 있도록 醫療人에 대한 法的保障이 이루어져야 할 것이다. 醫療人 스스로도 注意義務에 관하여 充分한 理解가 있어야 할 것은 물론이고, 醫療事故를 다루는 法院과 搜查機關에서도 醫師의 特殊한 事情을 理解하고 公正한 處理를 할 수 있어야 하겠다.

그러므로 二律背反的인 對立關係에 있는 듯한 醫療事故에 대한 患者側의 人權保障과 醫療人의 法的保障과의 사이에 適切한 調和로서 圓滿한 法的 解決策을 講究하자는 데 目的이 있다.

醫師의 醫療行爲는 人命을 左右하는 重大한 業務이므로 이에 대해 法은 일정한 基準을 정하여 最善의 狀

態를 明示해 줌으로써, 患者個人的 權利擁護뿐 아니라 醫師로서의 使命도 다 할 수 있으리라 믿는다. 우선 醫療過誤의 正確한 概念과악이 重要한데 이는 醫師가 診療를 행함에 있어서 業務上 必要로 하는 注意義務를 怠慢히 하여 그 結果 死傷을 惹起시키는 것과 같은 不意의 結果를 招來한 경우를 말하는데 刑法上으로 業務上 過失致死傷罪가 成立되고, 民法上으로 債務不履行이나 不法行爲에 基因한 損害賠償責任이 成立된다. 그런데 過失을 認定함에 있어서 基本的으로 民事와 刑事와의 사이에 根本的 差異가 있는 것은 아니고 다만 정도만이 다르다고 할 수 있다²⁻⁵⁾.

이런 問題를 解決하려면 醫事法學의 開發이 더욱 촉진되어야 하며 當장 過渡하거나, 不合理한 現行法制를 改正하는 것도 重要한 일이나 성급하게 現行法制의 是非만을 論議하는데 그칠 것이 아니라 깊이 있는 醫事法學의 은축위에서 그 論議가 進行되어야 한다. 우리나라의 경우 外國처럼 醫療過誤나 事故를 둘러싼 訴訟紛爭이 극소한 편이었고, 따라서 醫事法學의 탐구도 부진한 편이었다. 法制역시 충분한 醫事法學의 근거를 갖추지 못했기 때문에 엄격하다기보다는 허술하다는 표현이 오히려 합당할 것이다.

醫療의 擴大와 醫學의 發達は 동시에 醫療事故가 필연적으로 뒤따르게 된다. 患者의 증가는 醫療의 소홀을 결과하기 쉽고, 醫療의 기계화는 醫療人의 過誤를 촉발할 우려가 크다. 여기에 藥의 부작용과 病狀의 다양화라는 문제가 수반하게 된다. 또한 醫療人 상호간의 責任, 즉 信賴의 程度와 患者의 診療行爲에 대한 이른바 自己決定權과 이에 따른 醫師의 患者에 대한 說明義務등이 요구되므로 이를 檢討하였다.

醫療過誤에 있어서 過失의 類型은 過失 認定의 難易라는 觀點에서 비교적 단순한 각종 기술적사함에 관련된 處置選擇의 過失과 醫學上 判斷의 過失을 어느 정도 관계하는 것으로 나누어 論述하였다. 醫師의 裁量權이 침해되어서는 안된다. 患者의 生命과 健康을 지키기 위한 診療方法의 선택은 醫師의 고유권한이다.

끝으로 醫療上에 있어서 注意義務를 判定하는 基準은 通常의 醫師에게 그 當時 알려지고, 또 是認되어 있는 醫學 즉 「醫學常識」을 基準으로 하나 그의 여러 狀況 즉 醫療制度, 地域差와 緊急性, 裁量性과 困難性, 職業倫理와 法的職務, 專門醫와 非專門醫 등을 고려하지 않으면 안된다. 이는 醫療人의 責任을 一律적으로 處理되는 불합리한 경향이 있기 때문에 判定基準을 論述하였다.

이상의 醫療關係의 訴訟紛爭은 法規 그 자체보다 法院의 判例가 더 큰 比重을 차지하므로 判例에 의존하였다.

Ⅱ. 醫療行爲의 正當性과 過失

A. 醫療行爲의 因果關係³⁾

醫療行爲가 있는한 事故의 發生은 避할 수 없다.

근래 醫療事故를 둘러싼 紛爭이 눈에 띄이게 많아져 왔다. 醫療紛爭이 많이 생기는 背景에 대하여 보면 人體를 臟器로서 取扱하고 있는 醫學의 進歩와 거기에 따르는 人間疎外の 傾向, 또한 患者들의 醫療知識의 普及에 따른 醫療關係者에 대하여는 期待의 增大에 對應할 수 없는 醫療의 過密化, 이러한 事情으로 患者가 人間다운 取扱을 못 받는다는 不滿의 增大가 醫療의 結果가 생각했던 것과 다를때 醫師에 대한 不滿으로 爆發되는 사정이 있으나, 어느 경우이건 現實로 病이 들어 醫師의 診療를 부탁한 바 오히려 病이 惡化되거나 혹은 죽지 않을 患者가 死亡하는 경우, 醫師에게 過失이 있다거나 또는 過失이 없었으면 病의 惡化 또는 患者의 死亡이라는 事態가 일어나지 않았을 것이라는 事情이 明白하여 졌을 때 醫師의 法律上的 責任이 問題될 수 있다.

보통 刑事上의 問題로서는 醫師에 대하여 業務上 過失致死傷罪의 責任이 論議되지만, 不法行爲로서 民事責任의 追及을 받는 예도 增加되고 있다.

刑事責任의 追及이나 民事責任의 追及이 醫師의 過失과 死傷과의 因果關係의 確定, 過失의 認定이 問題가 되나, 基本的인 생각은 兩者共通되었다고 생각된다.

그러나 民事와 刑事에서 우선 因果關係에 대하여 보면 因果關係의 證明에 있어 立證責任을 질 사람은 非 專門家이거나 強制搜查權을 갖지 않은 一般市民인가, 強力한 強制搜查權을 가진 國家(檢察官)인가의 差異가 있는데 이는 裁判官의 心證形成上 큰影響을 미치게 된다. 더욱 民事의 경우에 心證의 정도가 아주 낮아도 좋다는 것은 아니고, 一種의 情況證據로서 原告(被害者)의 立證의 不足을 補充하는 趣旨도 考慮될 수 있다고 해석할 수 있을 것이다. 또 過失에 대하여도 같다고 할 수 있다.

특히 民事訴訟에 있어서는 被告人 醫師의 內心의 事情을 原告에게 立證시키는 것은 아주 困難한 것이라고 생각지 않으면 안된다.

刑事上으로는 醫師의 過失에 대하여 단순한 形式的 過失에 그치지 않고, 實質的인 過失을 분명히 하지 않으면 안되나, 民事의 경우에는 法規違反의 形式的인 過失을 立證하면 醫師側로서는 實質的으로 無過失이라는 것을 反證하지 않는한 過失의 立證으로서 充分하다고 할 수 있다. 현재까지 一般的으로 말하는 民事過失은 客觀的·抽象的 過失로 족하고, 刑事過失은 主觀的 過失로 족하다는 것은 理論上 正確치 않다. 因果關

係問題는 民·刑事間에 醫療過誤 등으로 어떤 結果가 發生했을 때 그 責任을 물을 때 있어 필요한 要件이다.

醫療事故에 대한 醫師의 責任을 물으려면 말한것도 없이 患者의 死亡, 혹은 豫測하지 못한 身體障害가 醫師가 한 어떠한 侵襲, 投藥 등의 處置 또는 適切한 處置를 하지 않은 醫師의 不作爲가 없었다면 發生하지 않았을 것이라는 因果關係의 存在가 前提로 된다.

醫師의 失策이 死亡原因같이 보여도 失策이 없어도 같은 結果가 생겼다고 認定될 때에는 醫師의 作爲 혹은 不作爲와 患者의 死亡, 重大한 健康障害와의 사이에 因果關係는 否定된다.

여기에 醫師의 處置와 死亡내지 重大한 健康障害와의 因果關係를 생각함에는 醫師의 處置, 그것 自體가 아니고, 실수하였다고 하는 行爲와 結果와의 因果關係를 생각할 수 있다. 가령 注射의 속크死의 경우에 注射하지 않았으면 死亡하지 않았다는 의미는 醫師의 注射와 속크死와의 因果關係를 認定하는 것이 아니고, 注射을 할 때 해야 할 注意, 즉 事前檢査, 藥劑의 確認 등을 하지 않은 것과 속크死와의 因果關係를 생각해야 할 것이다. 그러나 複雜한 生物的反應을 나타내는 人體에 있어서는 物理的 法則性과 같은 어느 行爲와 어느 結果와의 사이에 必然的인 連鎖를 認定키 어렵다. 醫學上의 法則 中에는 病原體가 確認되어 있는 것에 대하여는 그 病原體와 病과의 因果關係는 確實히 存在한다고 할 수 있으므로 어느 特定の 病原體를 가진 病에 傳染되었다는 것이 法律上的 問題로서 대두될 때에는 因果關係立證의 問題는 간단하나, 病의 經過 등에 대하여는 數學的인 正確性을 가질 정도의 法則性은 認定되지 않고, 어느 정도까지는 어떤 事實과 어떤 症狀과의 高度의 相關性을 認定하는데 그치는 것이 一般的이다. 따라서 因果關係를 논함에 있어 아주 完全한 科學的인 嚴密性을 要求하는 것은 事實을 不明하게 할 뿐인 것이다. 過失犯의 因果關係에 대하여는 客觀的 相當因果關係說이 適用되어야 한다고 주장되며⁴⁾, 우리 大法院判例도 相當因果關係說을 취하고 있다.

醫療事故에 있는 因果關係의 證明은 法的責任을 지우는 前提事實로 뒀에는 期待한 만큼의 事實을 認定하면 되는 것이다.

科學的인 完壁한 證明, 어떠한 反論도 막을 수 있는 證明이 必要한 것은 아니다.

因果關係의 存在에 대하여는 一般 市民의 經驗的, 直觀的 判斷에 따른 因果關係가 成立한다는 것이 普遍化되었는데 더욱이 그와같은 생각이 진실이라는 것을 合理的으로 說明할 수 있는 科學的 根據가 있다면 法的으로 因果關係의 成立을 肯定해야 할 것이다. 醫療裁判이 科學的 裁判이라 함은 「科學的 證明」이 없으면 醫師의 責任은 물을 수 없고, 또 醫師의 責任을 不當하

게 면할 수 있는 길을 막을 수 없다는 것이다. 그러므로 醫療事故에 있어서 因果關係의 證明이 제일 어렵다. 最近에는 患者側에게 보다 有利하도록 醫師에게 過失이 있다고 一應 推定하는 判例과 理論들이 등장하게 되어서 (過失의 推定), 醫師側에서 過失이 없었다는 反證을 들지 않으면 아니된다고 한다. 즉 立證責任이 患者側으로부터 醫師側으로 轉換되는 結果가 되고 있다 한다⁵⁷⁾.

損害賠償責任의 成立要件으로서 因果關係와 過失은 특히 醫療事故에 있어서 아주 密接한 關係를 가지고 있는데, 우선 다음의 예에서 그 關係를 생각하면 알 수 있다. 여기에 어떤 藥劑가 있는데 그 藥劑는 適應患者에게 줄때 一般的으로 1 gm은 無效, 2 gm은 약간 有效, 3 gm은 有效하며 副作用도 없어 適量이라 할 수 있고, 4 gm은 藥效自體는 3 gm 때 보다 강하나 副作用이 생기며 드물게는 副作用으로 死亡까지도 포함, 5 gm은 死亡하는 경우가 많다는 自然法則, 즉 因果關係가 있다면, 個人差, 生體反應의 多樣性등에 따라 個個人的 경우에 있어서 修正되지만 여기서는 除外시켜 보면, 통상 患者는 特別한 사정이 없다고 가정하여 治療量으로서 3 gm을 주지 않을 수 없다. 그러나 5 gm은 물론 4 gm을 줄 수 없다는 規範인 醫療上의 注意義務가 생기기 때문에 이것에 違反되면 醫學上의 過誤가 생기게 된다.

訴訟上의 因果關係와 過失은 물론 法的評價를 받는 것이지만 그 關係는 上記例에서 보는 바와 같이 複雜하다. 이와같이 過失은 注意義務를 前提로 또 그 注意義務는 因果關係를 前提로 하고 있다.

그 注意義務는 豫見義務와 回避義務로 나누는데 그 어느것도 因果關係를 前提로 한다. 豫見義務에 대하여는 一定한 注意 내지 行爲라고 하는 原因이 있다면 一定한 豫見(예 異常體質등의 發見)이라는 結果가 생기는 因果關係가 있게 되고, 回避義務에 대하여도 一定한 注意 내지 行爲라 하는 原因이 있다면 一定한 回避(예 쇼크死의 回避)라고 하는 結果가 생기는 因果關係가 前提되고 있는 것이다. 그러므로 適切한 問診, 充分한 觀察, 早期發見, 適切한 治療, 輸血, 血清療法, 適時의 手術, 適切한 麻醉管理, 救急設費 등등 判例上 要求되고 있는 여러 注意義務가 成立하기 위하여서는, 그것을 하였다면 一定한 豫見 또는 回避를 피할 수 있는 것이 必要하다. 그러므로 우선 그 因果關係의 有無 내지 정도가 問題되는데 一般的으로 因果關係의 醫學的 解明度 및 蓋然도가 높아지므로 그것을 前提로 하는 注意義務도 보다 強力한 것으로 되고, 그러므로 또 그 違反된 過失의 推認이 보다 容易하게 되어 어느 정도 이상에 달하면 소위 一應의 推定도 可能하게 된다⁵⁸⁾.

우리나라 大法院도 判例에서 「妊婦手術을 받은 사람이 다시 妊娠하게 된 원인을 施術上의 잘못 이외의 다

른 原因으로 불만한 特別한 事情을 認定할 수 없으니 그 原因을 醫師의 施術上의 잘못으로 봄이 相當하다」(大法院 1980. 5. 13 判決, 79 다 1390)고 하였으나, 어느 경우에도나 普遍的으로 「一應의 推定」의 理論을 적용하거나, 立證責任을 轉換하여 합부로 醫師의 過失을 認定해서는 안될 것이다(大法院 1977. 8. 23 判決, 77다683).

B. 許容된 危險의 法理

「許容된 危險」(Erlaubtes Risiko)은 法典의 規定으로 되어 있는 것은 아니다. 오로지 學說에 의한 理論構成에 委任되어 있는 영역으로서 이는 실제의 判決에 큰 役割을 하고 있다²⁴⁾⁵⁹⁾. 오늘날의 社會는 法益侵害의 危險이 必然的으로 따르면서도 社會的으로 有益하고 必要한 事業 내지 行爲는 수없이 增加하고 있고, 이러한 것이 없이는 오늘의 文化的 生活을 維持할 수 없을 정도로 重要한 것이다. 그런데 이러한 事業 내지 行爲가 法益侵害의 危險性이 있다고 하여 그것이 違法行爲이고 따라서 社會的으로 許容될 수 없다고 한다면 우리들의 日常生活을 癱痺시키게 될 것이고, 社會의 發展도 停止되어 原始社會로 逆行하는 結果가 될 것이다. 文化的 生活을 營爲하고 社會의 進步와 發展을 促進하기 위해서는 이와같은 種類의 危險한 行爲를 禁止만 하여서는 안된다.

따라서 이러한 分野에서는 그것의 實施를 위하여 一定한 技術的法則이 만들어져 있으며 그러한 규칙을 준수하고 注意를 다한 것이라면, 비록 그것으로 말미암아 法益侵害의 結果가 發生하였다고 할지라도 그것을 違法으로 認定해서는 안 된다. 그러나 技術的法則은 危險豫防을 위한 하나의 基準을 提示하는데 불과하고, 千變萬化하는 복잡한 現實의 實態에 對處하기 위해서는 그 遵守만으로 充分한 것은 아니다. 그러므로 行爲者는 그 行爲의 性質上 要求되는 注意를 狀況의 變化에 따라서 適切하게 하지 않으면 안된다. 이것이 「社會生活上 必要한 注意」라 할 수 있다⁶⁰⁾. 그러므로 그와 같은 種類의 行爲를 하는 여하한 사람에게도 妥當할 수 있는 客觀的 注意로서 具體的 狀況과 行爲者의 個人的 能力에 의하여 複雜한 社會變化에 適應할 수 있는 相當한 注意를 의미하는 것이다.

최근의 過失理論, 특히 刑事過失理論은 從來의 心理的 過失概念을 脫皮하여, 過失을 行動의 類型, 失手라고 하는 行爲로서 다루는 方向으로 나아가고 있다⁶¹⁾. 醫療에 있어서 過失을 정하는 데에도 醫師가 心理적으로 정신이 빠져있었으나, 어떠냐하는 것이 아니고, 醫師의 行動이 具體的 事情下에서 그와 같은 狀況에 當面한 普通醫師로서 취할 基準-結果回避에 따른 必要한 作爲, 不作爲에 充分히 對處했느냐, 어떠냐가 重要한 것이다. 그런데 醫療事故의 過失은 診斷의 誤診과

그에 따른 處置之 不適切, 投藥, 注射, 手術 등의 處置을 할 때 消毒不充分에 의한 細菌의 感染, 醫藥品の 副作用 또는 不良醫藥品에 따른 醫療事故 등이 주된 問題로 되어 왔으나, 患者의 治療, 健康狀態의 改善이라는 本來의 醫療行爲의 趣旨에 違背되는 結果-副作用이나 不適當한 處置에 의한 障害-를 發生하게 했을 때에는 그것을 被害로 하고, 그 被害의 原因이 된 處置之 過失이 問題가 된다.

이 경우 注意義務의 限界에 대하여 具體的인 事例에 있어서 被害의 發生을 防止하기 위한 것으로서 생각할 수 있는 것은 무엇인가.

그때 患者와의 關係에 있어서 醫師가 醫學·藥學上의 專門知識·技術을 가지고 있는 사람임으로 患者의 信賴에 따라 保護者의 地位를 委任받고 있는 것이므로, 특히 患者가 醫師의 指示나 勸告를 無視한다든가, 또는 醫師의 問診에 대해 重要한 事項을 말하지 않은 등의 不信行爲가 있는 경우 외에는 信賴의 原則을 適用하여 醫師의 責任을 輕減할 수 있는 것이다. 그러나 일단 잘못하면 患者에게 治療하고자 하는 疾患보다 더욱 重大한 害를 이룰 可能性이 있고, 더욱이 最大限으로 慎重을 기하면서 治療하였드라도, 그 害의 發生을 피할 수 있는 完全한 保障이 없다는 制約이 있는 것이다. 이러한 경우 만일 失敗하였을 때 그 危險을 범했다고 하는 責任(事實上的 結果責任)을 묻는다면 醫師에게 不當한 負擔을 줄 뿐더러 나아가서는 醫學의 進歩에 妨害가 될 것이다¹¹⁾. 원래 過失이란 豫見可能한 結果에 대하여 注意義務를 懈怠하였다는 行爲者의 心理狀態를 말한다고 하였으나, 근래의 過失論은 이러한 心理狀態 뿐만 아니라 한걸음 더 나아가서 그 行爲가 客觀적으로 보아 過失이라고 할 수 있는 것이냐의 점을 아울러 그 要件에 包含시키고 있다. 이러한 이유로 인하여 醫療行爲는 說明義務의 履行, 患者의 自己決定權에 따른 同意가 있는 것을 前提로 하여 基本的으로 「許容된 危險」의 法理에 妥當하므로 醫師를 結果論으로 보아 論議하여서는 안되는 것이다. 醫學·藥學의 進歩는 눈부시게 發展하고 있지만 新技術·新藥의 開發과 應用은 一方에 있어서는 疾患의 治療에 顯著한 進歩를 가져오나, 한편에서는 未知의 危險이 具體化될지 모를 危險性이 뒤따른다는 것이다. 그러므로 新技術의 施用, 新藥의 使用 등에는 事故의 發生을 防止하기 위하여 關係者들은 最大限의 措置가 要求됨과 동시에 責任의 追窮에 있어서도 醫學의 進歩發達을 防害하고, 新醫療技術의 開發과 新藥의 開發의 意慾을 抑壓하지 않도록 注意義務의 適正한 限界에 힘 써야 한다.

C. 信賴의 原則

「信賴의 原則」(Vertrauensgrundsatz)은 1935年 獨

逸判例에서 交通事故에 나타난 道路交通法上의 根本原理로서 출발한 것이다. 즉 「自動車運轉者는 다른 交通關與者가 交通規則을 지키리라는 것을 信賴해도 좋으며, 따라서 他人이 規則違反의 態度로 나오리라는 것을 念頭에 두고 있을 필요는 없다」는 原則을 말한다. 信賴의 原則은 物質文明이 現實生活와 잘 調和될 수 있는 原則으로서 오늘 날 널리 承認되기에 이르렀다. 그리하여 우리 判例에서 「信賴의 原則」이 처음으로 確立된 것은 1972年 大法院判例이다¹⁰⁾. 「信賴의 原則」은 원래 道路交通에서 論議되어 確立된 理論이지만 最近에 와서는 그 本來의 領域을 넘어 여러 사람의 分業의 協力에도 그 妥當性이 지적되고 있다¹²⁾. 특히 醫療行爲나 手術行爲는 그에 따르는 危險을 最少限度로 줄이기 위하여는 手術自體의 妨害없는 精神集中이 무엇보다 要請되며, 手術에 執着하는 자가 자기 補助員을 信賴할 수 없다는 생각부터 注意力의 集中을 흐리게 하는 것이다. 이는 患者의 治療란 醫療技術的 施設의 應用에 그치는 것이 아니라, 醫師의 人格의인 모든 集中을 要求하는 것이다.

그러므로 오늘날의 醫療業務의 어려운 條件下에서도 이와같은 人格의 參與가 可能할 수 있고, 또 법 條문에 妨害받지 않아야 한다면, 醫師는 어느 정도의 範圍內에서 同僚醫師, 看護員, 補助員 등의 共同作業을 信賴하지 않으면 안될 것이다. 이미 Reichsgericht는 1932年 判決에서 「醫師가 手術準備時 日常의 補助와 處理에 있어서 自己의 看護員과 補助員이 거기에 알맞도록 採用되었고, 또 알맞는 범위內에서 一般的으로 監督되고 있다면 그들은 信賴하여도 좋을 것은 勿論이다」라고 하였으며, 또 1935年 上記法院의 民事裁判에서 「醫師는 藥局에서 보내온 藥名의 附箋紙와 그 內容이 一致할 것이라는 것을, 물론 藥局이 醫師에게 「잘 알려져 있고」 또 「여러번 試驗도 해 본 일이 있을 때에는 信賴할 수 있다」는 判決」을 내렸다. 이러한 態度는 獨逸 聯邦大審院의 判決에서도 그대로 是認되어 오늘에 이르고 있으나, 이는 결국 分業의 施行되는 治療行爲에 있어서도 그 注意義務의 怠慢與否를 獨自的으로 檢討하기에 이르렀고, 이에 따라서 다른 사람의 誤謬없는 協力を 信賴하는 것도 注意義務의 怠慢이 아니라고 하는데 이른 것이다. 그러나 注意義務를 이렇게 생각할 때 信賴하였던 協力者도 한번은 실수할 수 있다는 것은 日常 經驗에도 알 수 있기 때문에 이러한 原理는 豫見可能性의 問題는 아닌 것이다. 오히려 信賴하였던 協力者의 실수를 전연 計算에 넣지 않고 信賴하여도 좋다고 한다면, 결국 醫療行爲에 「信賴의 原則」을 肯定하는 결과가 될 것이다. 그러므로 Stratenwerth가 「醫師는 다른 사람이 注意에 맞는 協力を 하여 줄 것을 特殊한 事情이 注意侵害의 危險을 이루고 있지

않은한 信賴하여도 좋다」라고 하였는데 妥當한 見解라 아니할 수 없다. 그러나 醫師가 이러한 協力者를 信賴할 수 없는 경우, 예컨대 「자기가 맡은 일의 處理에 充分한 資格을 갖추지 않았거나, 意思傳達에 있어서 결함이 있는 경우 및 協力時에 調和의 缺如가 있는 경우등에는 醫師에게 特殊한 注意義務를 負擔시켜야 함은 물론이다」라고 하였다¹⁰⁾. 즉 醫師는 自己의 監督下에 다른 醫療關係者에 대하여 常時 不測의 事故를 防止키 위하여 適切한 指導·助言을 할 義務가 있다고 解釋할 것이고, 自己의 監督下에 있는 醫療關係者의 具體的失策에 대하여는 適切한 指導, 監督을 하였다면 是正할 수 있을 것이 可能한 한 이것을 게을리한데 대한 注意義務違反을 면할 수 없다⁴⁾. 특히 資格이 없는 見習看護員등의 處置에 대하여는 醫師에게 完全한 監督責任이 있다고 보아야 한다¹³⁾.

더구나 醫師가 投藥 또는 注射을 넣은 醫藥品에 대해 醫師 自身은 當該醫藥品의 表示, 藥事法上의 檢定, 合格畢證등이 있는가를 確認하고 投藥하여도 內容物에 不純物이 包含되어 있어 患者의 死亡 혹은 健康의 毀損이라는 事故가 일어 날 수 있다. 이때 當該製品에 不純物이 包含된 것이 簡單한 注意로서 認識할 수 있는 경우, 또는 이미 그 製品에 의한 事故가 일어났다는 것이 公表되고, 그에 따라 當該醫藥品의 使用을 禁止한 경우 이외에는 그 標識을 信賴한 것에 過失이 없으면 주된 責任은 醫藥品 製造關係者나 輸入關係者에게 歸着되어야 한다.

또한 一般의으로 醫師가 處方箋을 作成할때는 誤記가 없도록 慎重을 기함은 물론 誤讀되지 않도록 그 數量에 대하여 특히 明確한 記載를 하여야 한다는 注意義務가 있는 것은 말할 것도 없다. 그러나 調劑하는자가 資格이 있는 藥師인 경우는 특히 患者로부터 調劑된 藥에 대하여 異常이 있는지의 質問이 있는 경우 이외에는 일일이 調劑된 藥을 點檢할 義務는 없다.

D. 患者의 自己決定權 및 醫師의 說明義務

醫療行爲는 健康의 增進을 目標로 하는 것이지만 方法에 있어서는 不幸한 犧牲으로 治療하고자 하는 疾患에 더욱 큰 苦痛을 患者에게 줄 可能性을 內包하고 있다. 그러므로 무엇보다 醫療行爲가 許容되는 前提條件으로서 患者의 同意(혹은 近親의 同意)가 原則의으로 必要하다. 一般의인 醫療過程은 患者가 醫療問題로 病院에 왔다는 자체로 承諾이 있다고 보나, 복잡한 醫療過程이나 큰 手術에는 患者의 承諾이 필요하다¹⁴⁾.

同意는 診療行爲에 있어서 醫師의 모든 責任을 免除하는 것은 아니다. 특히 公序良俗에 반하는 것은 無效라고 한다^{15~17)}. 또한 患者가 有效한 同意權을 行使하려면 醫師는 患者에 대하여, 그 治療行爲가 患者의

身體·健康에 어떤 影響을 미치는가 (또한 어떤 可能性이 있는가)에 대한 說明義務를 갖는다는 것이 이미 獨逸判例에서 認定하였다. 이런 점은 過失을 認定함에 있어서 重要な 標識가 된다. 獨逸判例는 癌患者나 子宮筋腫手術 및 放射線療法을 하는데에도 說明義務는 省略할 수 없다고 하였다. 獨逸聯邦 刑事部는 「子宮筋腫을 除去하는 手術을 할때 事前에 그 腫瘍의 除去手術은 子宮을 完全히 除去함으로써 할 수 있는 것이라는 可能性이 있음에도 불구하고, 患者에 대하여 說明도 하지 않고 醫師가 手術을 함에는 手術로 인한 過失傷害의 責任을 진다」고 하였으며, 또 聯邦民事部도 「癌의 放射線療法에 의한 輸尿管과 腸管과의 接合으로 인한 障害에 관하여 醫師는 癌患者의 경우에도 患者에 대하여 放射線療法에 따라 일어날 수 있는 特別한 危險을 說明할 義務가 있다」고 하면서 醫師의 責任을 물었다(B.G.H. 刑事部 1957. 11. 28 判決, 民事部 1959. 1. 16 判決).

醫師의 說明義務의 根據는 獨逸基本法에 自己身體의 不可侵性에 관한 權利이며, 이는 어떤 사람이라도 法律에 특별히 정하는 바가 없는 한 自己가 바라지 않는 治療를 받을 것을 強制하지 못한다는 原則이 된 것이다. 그러므로 患者가 自己身體의 侵襲에 따른 醫療를 받느냐 여든나 하는 決定權이 있는 이상 醫師는 그 自己決定權의 行使를 可能하게 할 說明義務를 갖는다고 하였다.

이 法理에 따르면 患者에게 必要한 說明을 한후 承諾을 받지 않고 한 手術등 醫療, 즉 專斷的 治療行爲는 設사 醫學上, 客觀的으로 보아 適切한 處置라 하더라도 違法인 것이다¹⁸⁾.

「醫師는 위 사건의 경우 後遺症에 대한 說明義務가 있고, 그 說明에 따른 患者의 承諾이 있어야 할터인데 위와 같은 後遺症에 대한 說明義務 不履行과 그러한 後遺症에 불구하고, 手術을 하겠다는 承諾을 받지 아니한 것은 違法이니 이 점에 관하여 精神의 苦痛을 慰藉할 責任이 있다」고 大邱高法이 判決하고, 大法院도 이를 그대로 認定하였다(大法院 1979. 8. 14 判決, 78다488). 患者의 承諾을 얻지 않고 행하여진 手術은 그것이 患者의 生命을 구하기 위하여 必要不可缺한 것이 아니면 違法한 行爲로 된다고 하였다¹⁹⁾. 또한 醫師가 充分히 說明을 하고 患者가 納得한후 행해진 處置에 대하여도 醫師의 誤診이나 處置의 選擇잘못이 있어, 過失로 돌아갈 때에는 設명 說明義務를 履行하였다고 하더라도 一切의 責任을 면할 수 있다는 것은 아니다. 그러나 說明 義務를 다하고 患者의 同意에 따라 한 手術에서 2次的 障害를 일으킨 事例에서 許容된 危險의 法理에 따라서 그때의 技術的 失策이 없는한 醫師는 罪責이 없게 된다.

治療行爲에 대한 同意의 內容은 醫療行爲의 정도에 따라 다르다고 하겠으나, 대체로 그 內容은 具體的이어야 한다는 것이다. 즉 手術의 內容, 注射의 施行 등에 대한 具體的 同意를 요하는 물론 그 治療行爲에 대한 一般的 危險性과 作用 등에 대하여 充分한 理解가 있을을 前提로 한 同意가 있어야 한다는 것이다. 또 그 同意의 要件에 있어 人體實驗이나 美容, 成形 등과 같은 경우에는 積極的 同意가 필요하다 하겠으나, 一般的인 治療行爲에 있어서는 그와 같이 嚴格하게 보아서는 아니된다고 보고 있다.

危險性에 관한 說明義務에 있어서도 治療行爲가 갖는 一般的 危險性에 대한 說明까지도 前提되어야 한다고 하는데, 이는 이와 같은 說明義務의 履行이 없다면 후일 그 危險이 發生된 경우에 비록 治療行爲自體에 過失이 없었다고 하더라도 그 結果에 대한 責任을 져야 한다는 것이다. 그러나 危險性에 대한 說明義務의 限界는 結果發生을 醫學上 豫見할 수 있으며, 그러한 結果發生에 대하여 確實하게 有效한 防禦方法이 없는 定型의 危險에 대하여서만 說明義務가 있는 것이고, 그의 醫術의 法則에 따라 容易하게 防止할 수 없는 結果, 또는 아주 稀貴하게 發生될 수 있는 非定型의 危險에 대해서까지 說明할 義務는 없다고 하겠다.

이상으로 專斷的 治療行爲는 刑事上으로는 傷害罪, 過失致死傷罪 등을 犯하는 것이 되고, 民事上으로 損害賠償責任을 지게 된다²⁰⁾²¹⁾.

Ⅲ. 醫療過誤에 있어서의 過失의 類型

A. 總說

醫療過誤에는 여러가지 類型이 있으나 過失의 認定의 難易라는 觀點에서 보면, 現代醫學上 判斷의 過失이 存在할 餘地가 적은 比較的 單純한 各種의 技術的 事項, 즉 注射·投藥·手術에 關聯된 措置에 관한 過失과 醫學上 判斷의 過失을 어느정도 關係하는 것과는 二分할 수 있게 된다. 특히 後者에는 誤診을 重點으로 하는 것과 處置 選擇의 過失을 重點으로 하는 것이 重要하다.

理論上 困難한 問題를 나타내는 것은 後者중 治療上의 處置 選擇의 잘못에 대한 過失을 問責함에 대한, 특히 外科手術에 있어서는 醫療의 裁量性을 考慮치 않으면 안되고, 結果論으로 安易하게 過失을 認定해서는 안된다는 점에 있다. 여기에 비하여 單純한 技術的 事項에 관한 過失에 대하여는 事實認定을 別도로 한다면 比較的 困難은 적다²²⁾.

B. 治療上의 處置選擇의 過失

問題의 重點은 疾患의 診斷에는 잘못이 없으나, 그때

의 處置에 있어 現在에 그 醫師가 選擇한 方法以外에 따른다면 患者의 死亡 혹은 副作用, 病狀의 惡化를 招來하지 않았다고 認定되는 경우에 그같은 方法을 選擇한 것에 대한 過失을 問責하여도 되느냐 하는 것이다.

1. 醫療의 裁量性

醫療行爲는 患者의 承認이 있으면 어떠한 處置를 취하여도 責任을 問責하지 않는다는 것은 絕對的으로 認定되지 않는다. 또 醫師에 대하여도 事實上的 絕對的 責任을 課하는 일이 없도록 注意義務의 特定에 대한 充分한 慎重性이 없어서는 안된다. 요컨대 失敗했다고 해서 當然히 過失을 問責받는다는 것은 없도록 注意하지 않으면 안된다. 醫療行爲는 症狀에 따라서는 극히 짧은 時間內에 症狀를 診斷하여 處置를 斷行하지 않으면 안되는 것이다. 특히 外科手術을 할 때는 手術開始後 처음으로 手術前에 豫想치 않았던 異常이 發見되어 寸刻을 다투면서 이것을 對處하지 않으면 안될 事例가 종종 일어난다. 또 醫師의 處置에 대한 說明義務를 다하고, 患者 또는 近親者의 承諾을 받은 뒤에는 具體的 處置의 進行方法에 대해서는 醫師의 裁量에 따르지 않으면 안된다. 이러한 것이 注意義務 認定上 考慮되지 않으면 안된다. 判例에 있어서도 이런 理論은 基本的으로 承認되어 있다²³⁾.

「肺結核이라는 診斷을 내린 것에 過失이 있다고 認定되지 않은 以上, 療法으로서 어떠한 措置를 취할 것인가에 醫師自身이 患者의 狀況 그외에 의거하여 自己의 專門的知識이나 經驗에 따라 決定할 것이고, 생각할 수 있는 몇개의 措置가 醫師의 취할 措置로서 合理的인 것에 한함으로써 그 어느 것을 選擇할 것인가는 當該醫師의 裁量의 範圍內에 속하고, 반듯이 그 한가지가 正當하고, 이것과 다른 他措置를 한다는 것이 全部 過失이라고는 볼 수 없다」(東京高法 1960. 10. 31 判決). 이런 경우 그 療法이 醫學上 一般에 妥當한 것으로서 承認되고 있는 範圍의 것에 한한 것이 아니고, 그 醫師가 開發한 特殊한 方法, 예를들면 臟器移植의 手術, 新藥의 投與로서 醫學上 그 效力, 妥當性에 대한 論爭이 있는 것을 使用하였다고 해서 失敗로 돌아갔을 경우, 즉시 過失로 問題한다는 것은 아니다. 이것은 醫學의 進歩를 위하여 부득이 생기는 犧牲이라 말하지 않으면 안된다. 물론 이러한 危險에 따른 疑問이 있는 方法을 쓸 때에는 患者에게 그 趣旨를 說明하고, 患者로부터 위협을 받을 수 있다고 하는 承認을 얻는 것을 前提로 하지 않으면 안된다. 患者의 承認을 얻을 때에는 基礎的인 技術의 失敗—消毒不完全, gauze 殘留 그외—에 따른 경우를 除外하고, 그 失敗에 대한 過失을 問責할 수 없다.

2. 裁量性的 限界

醫師의 處置에 대하여 大幅的인 自由裁量이 決定

된다 하더라도 거기에는 自己自身の 合理的限界가 認定되어야 하는 것은 當然한 것이고, 自由裁量의 限界外의 處置, 소위 그러한 處置를 選擇한 것이 客觀적으로 보아 妥當하지 않았다는 것에 대하여는 過失責任을 問責받을 수 있다. 이때 自由裁量과의 關係도 問題가 되는 것은 그때 使用한 治療法에 따른 患者에 대한 危險과 그 治療法을 使用하지 않았을 때에 疾患治療가 困難하게 되는 정도의 比較에 있다.

醫療의 處置는 원래 生命의 維持 내지 健康狀態의 改善을 目的으로 하는 것인데, 治療結果 오히려 死期를 빨리하고, 또 病狀을 惡化시켜 그보다 더 重大한 疾患에 걸리도록 한다면 그 目的에 違背되는 것이다. 따라서 治療處置의 選擇에 대해 健康狀態의 惡化를 招來치 않도록 慎重한 배려를 하고, 또 治療의 實行에 當面해서도 最大限의 慎重한 態度가 必要한 것이다²³⁾.

正面으로 自由裁量의 限界를 논한 判例는 볼 수 없으나 關聯된 것으로서 「他人의 暴行으로 인하여 身體에 障害를 입은 者가 그 治療를 위하여 醫師의 診斷을 받고, 그 處方에 의하여 服藥하고 治療를 받은 경우에 있어서는 特別한 事情이 없는 한 그 治療方法은 一旦 그 被傷으로 인한 疾患의 治療에 適切한 것이었다고 認定하는 것이 實驗則에 合致되는 解釋이라고 할 것이다」(大法院 1959. 7. 9 判決, 4291 民上 504)라고 했다.

또 醫師는 「인슈린」 注射處方時 用量에 無關心한 채로 看護員으로 하여금 注射施用케 한 結果 患者가 死亡하였다. 裁判部는 「인슈린」을 施用함에 있어서는 體質 기타 諸般條件을 慎重 檢討한 후 容量을 適宜加減함은 물론 그 最少量으로도 不尠의 毒性을 나타내기 쉬운 藥品이므로 그 使用에는 專門知識과 經驗있는 醫師에 의하지 아니하면 危險한 것임을 認定할 수 없는 이상, 만일 患者에게 「인슈린」을 注射함에 있어서 10單位, 20單位 注射時에 既히 相當時間 患者를 昏睡狀態가 계속되었을 뿐 아니라, 20單位 注射時에도 그 昏睡狀態가 극심하였음에도 불구하고, 醫師가 이에 대한 하등의 診斷 내지 對策을 세우지 아니하고, 慢然히 專門知識이 없는 1個 看護員으로 하여금 昏睡狀態에서 깨어나지 못한 患者에게 다시 40單位の 注射를 계속施用케 하므로써 患者가 死亡에 이르게 되었으면 이는 擔當醫師의 注意義務怠慢에 基因한 것이라 할 것이다」라고 하여 醫師에게 責任이 있음을 明白히 하였다(大法院 1957. 10. 30 判決, 1957 民上 599).

日本判例로서 「렌트겐線 照射에 따른 水虫治療에 있어서 그 效率을 올리면 올릴수록 發癌危險이 높아진다는 것을 前提로 하여 病狀과 治療效果, 또 그로 인하여 생길 危險度와의 調和라는 觀點에서 具體的事例에 대한 過대한 렌트겐線 照射는 醫師의 注意義務에 違反된다」고 하였다. 다(日本最高裁(民) 1969. 2. 6 判決).

그러나 「生後 62日된 乳兒의 脫腸切開手術을 할때 開業醫가 全身麻酔를 하지 않고, 手術을 開始하고 手術중에 皮下注射가 禁忌로 되어 있는 「노프롱 B」注射液을 皮下注射한 것을 過失」로 認定한 예 (日本廣島 高裁 1960. 5. 26 判決)는 處置의 選擇의 잘못과 技術的 事項에 대한 잘못의 競合事例이라고 할 수 있다.

C. 單純한 技術的 事項에 대한 過失

過失이 比較의 分明하게 되는 것은 誤診 내지 醫療處置의 選擇上의 過失은 包含하지 않은, 單純한 技術的인 過失이다⁴⁾.

가령 手術할때 器具의 消毒이 不完全하여 細菌이 侵入되어 化膿이나 그의 症狀을 發生케 한 경우, 手術할 때 거즈(gauze), 핀셋(pincette)등을 患部속에 그냥 놓아두었던 경우, 手術을 해야할 部位를 잘못잡은 경우, 輸血할 때 異型의 保存血液인 것을 看過한 경우, 生약 針을 投與함에 있어 잘못하여 消毒液을 投與한 경우등 및 醫療上의 處置를 할때 當然히 豫想되고, 따라서 該같은 過失이 發生하지 않도록 配慮하는 것이 醫師로서의 최소한도 상식으로 생각되는 基礎的인 事項에 관한 過誤로 物的證據도 確實하고, 行動自體에서 過失이 推認됨으로써 過失의 認定은 比較의 容易하다.

예를들면 거즈(gauze)를 手術後 남기는 예에 있어서 먼저 使用한 거즈의 길이를 測定하고, 수술후 回收해야 할 것을 計測해 봄으로서 豫防할 수 있는 것이고, 鉗子의 예에 있어서도 使用한 器具의 數를 確認하기만 하면 그대로 人體內에 들 수 없는 것이다. 一般的으로 檢査義務 혹은 確認義務라는 形式이 問題된다.

判例集에 나타나 있는 事案 중 현저한예를 보면 「婦人科專門醫師가 子宮癌腫의 患者에 대하여 子宮摘出의 手術을 함에 있어서 患者의 腹腔內에 「거즈」를 殘留한 關係로 腸管腹壁瘻孔을 生하게 되었을 때는 「거즈」殘留의 事實은 一應 醫師의 過失에 基因하는 것이라고 認定한 것이며, 醫師가 過失의 責任을 免하려고 하려면 該當手術을 함에 있어서 現今 醫術의 程度에 있어서 취할 상당한 手術方法에 따라 이를 행하였다는 것을 立證하여야 한다」(朝鮮高法 1917. 7. 3 判決)라고 하였다. 또 「다른 病院에서 右側拇指첫마디 切斷傷과 右側手指손톱部 分熱傷의 傷處를 입고, 27침의 縫合手術을 받고, 계속치료를 위하여 來院한 患者를 治療하고 同 傷處는 쇠붙이인 「푸베스기」에 의하여 입은 傷處이고, 첫 治療는 다른 病院에서 手術하였다는 事實을 알고 계속 치료중 被害者의 拇指 左側部位가 化膿되어 傷處部位가 不潔한 事實을 發見하였는 바, 이러한 경우 患者의 治療業務에 從事하는 醫師로서는 위 傷處는 쇠붙이에 의한 傷處로서 傷處의 정도가 심하였으므로 혹시 破傷 風菌이 感染될 것일지도 모른다는 것을 豫見하여 처음

醫師에게 첫 治療時 患者의 狀態, 傷處程度, 破傷風抗毒素 注射을 施注하였는지의 有無를 確認하여, 위 注射을 施注하지 않았다면 위 注射을 施注하여야 할 業務上 注意義務가 있음에도 불구하고, 위 注意義務를 怠慢히 하여 처음 醫師가 위 注射을 施注하였을 것이라고 믿고, 하등의 確認도 하지 않고, 위 化膿은 一般의인 葡萄狀球菌 또는 連鎖狀球菌의 侵入에 의한 化膿으로 誤認하여 縫合手術한 傷處部位中 바늘을 除去하여 욱시풀로 消毒하고 거즈심을 박는 등의 外科處置만 하고 破傷風抗毒素 注射을 施注하는 등의 破傷風에 대한 治療는 全然하지 않은 過失로 위 傷處部位로 侵入한 破傷風菌에 의한 發病으로, 입의 痙攣등의 硬直狀態가 와서 被告人의 病院에 온 被害者를 大學病院에서 治療케 하였으나 破傷風으로 同人을 死亡케 한 것이다」(大邱地法 1974. 10. 28 判決)라고 하면서 有罪로 하였다.

特異體質에 대한 豫診테스트없이 抗生劑注射을 投與하여 쇼크死를 이끈 例. 判例는 「炎症을 除去하기 위하여 「페니시린」의 一種인 抗生劑 「펜브락스」 250mg을 注射하게 되었는바, 이러한 경우 醫療業務에 從事하는 被告人으로서 위 「펜브락스」가 體質에 따라서는 쇼크를 일으킬 危險性이 있고, 더구나 患者는 쇼크를 일으키기 쉬운 허약한 體質이었으므로, 注射하기 전에 미리 少量의 注射藥을 눈이나 피부에 떨어뜨리는 등의 方法으로 쇼크與否의 檢査를 하여보고 異常이 없을 경우에야 비로소 注射을 하여야 할 뿐 아니라, 注射後에도 細心히 觀察하여 쇼크가 發見될 시에는 즉시 必要한 應急處置를 함으로써 事故를 未然에 防止하여야 할 業務上 注意義務가 있음에도 불구하고, 이에 違背하여 慢然히 辨別이 없을 것이라고 가벼이 믿은 나머지 위와 같은 쇼크與否의 事前檢査를 함이 없이 注射케 하여 쇼크로 인하여 死亡 시켜 業務上 過失致死罪」에 該當시켰다(서울 刑事地法·서울民事地法 永登浦支院 1974. 3. 7 判決, 73교단 5040).

또한 落胎手術時 消毒不充分으로 인하여 患者에게 敗血症을 誘發시켜 死亡케 한 例. 判例는 「醫院에 妊娠 6個月이된 女人으로 부터 그 胎兒를 落胎시켜 달라는 囑託을 받고, 同女의 子宮에 醫療器具인 「부지」를 넣어 人工陣痛으로 인한 落胎手術을 하게 되었는바, 醫師가 이러한 方法으로 落胎手術을 함에 있어서는 同醫療器具와 子宮部位의 消毒을 徹底히 하여 그 手術過程에서의 不潔로 인한 細菌侵入으로 敗血症이 發生치 아니하도록 細心한 注意를 다하여야 할 業務上 注意義務가 있음에도 불구하고, 被告人(醫師)은 이를 怠慢히 다 하여야 할 業務上 注意義務가 있음에도 불구하고 被告人은 이를 怠慢히 하여 그러한 消毒을 徹底히 하지 아니하였는 過失로 인하여 그러한 細菌이 子宮에 侵入, 그로 인한 敗血症을 發生케 하여 被告人으로서는 治療

不能으로 同女는 胎兒를 落胎하고, 同女는 綜合病院에서 敗血症으로 絶命, 致死케 한 것이다」(서울刑事地法 1973. 5. 7 判決, 72교단 7094)라고 判決하였다. 이들은 單純한 技術의事項에 따른 過失에 속한다.

D. 誤診

이것은 診斷의 잘못이 決定的으로 있어 醫療過誤를 이끄는 경우인데, 診斷이 正確하다면 適切한 處置를 할 수 있으므로 診斷의 잘못에 대하여만 過失이 있는 경우와 그의 誤診으로 인한 處置選擇의 잘못까지도 包含되는 過失 즉 二重過失이 되는 경우도 있다. 물론 誤診이 없었다 하더라도 결국 患者를 구하지 못하였을 것이라고 認定되는 경우에는 因果關係가 否定되어 過失의 問題는 일어나지 않는다. 處置選擇의 過失에 대하여는 既히 說明한 바와 같고 여기서는 誤診에 대하여만 考察한다. 誤診은 결국 醫師의 診斷이 客觀的인 疾患의 實體와 合致되지 않았다는데 歸着되지만 이러한 誤診이 醫師의 過失에 돌아갈 것인가 아닌가에 대하여는 극히 어려운 問題이다⁴⁵⁾. 日本 某教授는 자기의 誤診率이 14.2%라고 하였으며, 韓國에서 某大學 內科에서의 誤診率은 29.7%라고 발표한 일이 있다²³⁾.

또한 一般의으로 醫師가 誤診을 하였다고 하여 바로 故意나 過失이 있다고 할 수 있는 것이 아니고, 故意나 過失로 인하여 誤診하였다는 事實에 관한 證明이 있어야 된다고 할 것이다(大法院 1973. 1. 30 判決, 72 다 2319).

먼저 患者가 呼訴하는 症狀를 나타내는 疾患은 결코 간단치 않고, 患者의 既往歷, 病歷 그외의 事情으로 보아 A라고 推定하지만 B의 疑心도 버릴 수 없다는 것이 常例이다. 이러한 경우 A·B 어느 것에 대하여도 有效한 療法을 쓸때는 問題되지 않으나, 양쪽 疾患의 性質이 달라 共通의 療法이 없을 때 A라고 推定한바 사실은 B였다고 해서 治療가 늦어져 患者가 死亡한 事例가 問題 될 수 있다. 또 癌이나 小兒癱瘓(急性 前角灰白髓炎) 그의 惡性疾患을 早期 發見못하였다고 하는 것이 過失의 問責으로 歸着되는가 하는 것이다. 이런 種類의 잘못이 全然 없다고 하는 것은 醫學上 不可能에 가까운 것이라 하지만 이러한 경우에도 그 種類의 疾患을 早期에 發見하는 것이 客觀的으로 可能하다면 過失의 問題가 生길 수 있다.

그러나 刑事事件에 있어서 이런 種類의 過失이 問題가 되어 有罪로 된 事例는 外科手術에 있어서 明白한 誤診의 예를 除外하고는 드물다고 하며, 民事事件에서는 약간의 事例를 들 수 있을 정도이다.

결국 이런 種類의 事案의 爭點은 어떤 範圍까지 醫師의 檢査義務, 調查義務를 負擔하는가 하는 것으로 歸着된다. 이런 경우에도 一般開業醫와 大學病院醫, 그의 檢査設備가 갖추어진 病院에서 이루어지는 檢査義務에

서도 差異가 생긴다. 그의 當該疾患에 대하여 專門醫와 一般醫와의 사이에도 注意義務가 다르다는 것이다. 非專門醫(一般醫), 檢査設備가 不充分한 開業醫의 경우에는 專門醫가 있고 檢査設備가 잘 갖추어진 病院에 早速히 患者를 移送하는 조치를 취하지 않은 것이 注意義務의 內容으로서 要求 될 것이다. 단 이러한 判斷은 一般的으로 平均醫師의 能力을 基準으로 하는 것이 當然하다. 오히려 檢査義務를 심히 強調하던 醫師·病院側이 無用의 檢査를 많이 하여 患者에게 肉體的, 精神的 苦痛을 주어 더욱 經濟的負擔을 增大시켜 副作用을 일으킬 수가 많으므로 檢査義務를 지나치게 強調해서는 안된다.

誤診에 의하여 惡結果가 發生한 것이 擔當醫師에게 責任이 있다는 例. 判例는 「被害者가 病院에 찾아와 妊娠症狀이 繼續된다는 事實을 알렸으므로, 위 被害者에게는 子宮外妊娠의 憂慮가 濃厚하고, 特히 輸卵管妊娠인 경우에는 妊娠 3個月 정도에서 輸卵管破裂의 危險이 있으므로 診察을 위하여 下腹部를 누르는 등 壓力을 주면 輸卵管破裂에 의하여 生命에 危險이 있으리라는 것은 産婦人科 專門醫로서는 쉽게 認識할 수 있었을 것이요, 그럼에도 불구하고 위의 被害者를 다시 診察한다고 被害者의 아랫배를 누르는 등 壓力을 가하여 이것 때문에 위의 輸卵管이 破裂되고, 이것이 原因이 되어 被害者가 死亡하게 되었다면 이는 被害者를 診察한 行爲自體에 過失이 있다는 것이 아니라 診察하면서 아랫배를 함부로 누름으로써 輸卵管을 破裂시킨데 過失이 있다」는 趣旨이다(大法院 1969. 9. 30判決, 69 다 1238)라고 하므로서 誤診도 問題였지만, 그의 處置選擇의 잘못 및 技術的事項으로 인한 過失이라 하여 純粹한 意味의 誤診이라 할 수 없다. 이 事件은 刑事事件(大法院 1967. 8. 29判決, 66도 1197)으로도 問題가 되었던 것이었다.

「妊娠中絶을 위한 搔爬手術을 하였으나 子宮內에서 아무 內容物이 나오지 않는 점으로 보아 産婦人科專門醫인 被告人으로서의 子宮外妊娠이 아닌가 하는 判斷을 내려 子宮外妊娠與否를 細心히 診察하던가, 被告人으로서 그 診察에 自身이 없다면 醫療施設이 完備된 綜合病院에 診察을 勸誘한 業務上 注意義務가 있다는 점, 搔爬手術을 받은 후 약 20일후 찾아왔을 때 手術施設을 갖춘 綜合病院에 가서 診察, 手術을 하도록 慫慂하지 아니하여 被告人이 産婦人科 專門醫로서의 注意義務를 다하지 못한 過失이 있음을 認定하였다」.

그러나 醫師의 誤診은 실제로 지극히 많은 것임에도 불구하고 訴訟問題로 된 것은 지극히 적다. 만일 誤診이 없으면 大部分의 患者는 病院에서 死亡하지 않을 것이므로 診斷은 醫師의 出發點이라고 할 수 있는데, 그 診斷이라는 것이 가장 어려운 것으로서 醫學의 現

狀으로 볼때 대개의 경우 決定的 診斷方法이 없으므로 診斷은 주로 醫師의 經驗과 六感에 의존하는 바가 많다. 즉 醫學의 現狀으로서 許容되는 診斷上의 過誤의 범위는 상당히 넓은 것이며, 明白한 誤診만이 過失이 있다고 하겠다. 大部分의 誤診은 不可抗力이라고 諦念하는 것이 오늘날의 實情이다. 그리하여 上記事例에서도 誤診 그 自體가 問題였던 것은 아니었다.

日本의 4件的 예에서도 全部 民事上의 損害賠償請求 事件이었는데 그중 3件이 普遍的으로 잘 알려진 盲腸炎을 다른 疾患으로 診斷하다가 나중에 誤診으로 判明되었다. 그러나 全部 過失이 없다고 判決하였다. 나머지 한 件은 장질부사 事件(日本大阪控判 1942. 7. 6判決)이었는데, 이는 다시 檢査를 하여 隔離의 機會를 놓치지 않도록 하여야 할 것인데 이것을 게을리 하였으므로 過失, 즉 誤診을 認定하였다.

그러나 業務上의 注意義務에 있어서 너무 形式的, 皮相의 注意義務를 要求함은 그 自體가 無理일 뿐더러 實行될 性質의 것도 아니다. 그러므로 注意義務의 內容에 관하여 具體化하여 說示하여야만 너무 誤診을 과용하지 않을 것이다.

E. 豫防接種事故

근래 DDT 豫防接種에 따른 副作用事故가 크게 問題되어 왔다. 豫防接種과 같이 法律上, 豫防醫學上의 處置를 받는 것이 義務化 된 것에 대하여는 當然 正當行爲이나 藥劑가 틀리고, 消毒不充分 따위의 事故는 別途로 하고 그 自體는 피할 수 없는 犧牲으로서 正當視된다고 본다²⁴⁾. 그러나 自己身體의 不可侵性에 대하여 患者의 自己決定權의 法理에서 보면 豫防接種을 義務化함은 公共의 福祉를 維持시키기 위한 接種對象者 내지 그 親權者의 自己決定權을 法律에 의해 制約할 수 있는 것이기 때문에, 立法에 따른 경우에도 接種의 義務化가 無條件으로 許容되는 것이 아니고, 豫防接種을 強制할 뿐인 合理的인 理由도 安全을 維持키 위하여 最大限의 배려가 있지 않으면 아니된다. 豫防接種 중에는 防疫의 勞力, 衛生環境의 向上, 醫藥의 進歩에 따라 그 威脅이 거의 除去되고 있다. 그러나 1974年初 大韓小兒科學會에서 非公式로 集計한 바로는 최근에 와서 DDT 接種後의 死亡者數가 43명인데 그 43명 중 法에 의해 公正하게 處理된 것이 단 5건(11.6%) 뿐이고, 父母나 保護者와 適當히 妥協하여 解決한 예가 32명(74.4%)인데, 이때의 財政的被害는 醫師가 물론 專擔한 것으로 되어 있고, 地域社會의 仲裁로 解決된 것이 4명(9.4%)인데, 이 경우에도 擔當醫師의 財政的被害는 얼마쯤 負擔하였다는 것이다. 그런데 그 43명의 事故者를 取扱했던 醫師中 한명은 開業醫院, 마저 廢業措置 當하였다고 하니 醫師들로서 豫防接種의 忌

避現象을 낳게 한 背景을 짐작할 만도 한 것이다. 물론 DDT 接種事故 中에도 接種하기 전 醫師의 問診등을 철저히 함으로써 副作用을 防止할 수 있는 事例도 있고, 그렇지 않은 事例에 대하여는 當該 醫師의 過失이 問題가 되나, 그와 같은 手段으로도 防止할 수 없는 事故도 적지 않다고 한다. 이러한 경우에는 法律에 의한 處置 以上の 刑事責任을 問責하는 것은 一般的으로 어렵지만, 그러나 豫防接種을 強制하는 것이 合理的으로 明白히 의심받을 단지에 있다면 그와 같은 法律은 改正치 않고 放置하여 또는 行政조치에 따라 무엇인가의 改善을 도모치 않는 것에 대하여 行政責任者는 政治上의 責任이 問題 될 것이다. 豫防接種이 가령 國民의 公衆保健衛生의 向上에 不可缺少한 것이고, 이것을 國民一般에게 強制하는 것이 부득이한 조치로서 是認되었으며, 이로 인하여 不可避의 犧牲에 대하여 相當한 보상을 하지 않고, 그러한 危險을 強制하는 國家의 措置는 違法이라고 해석할 수 있을 것이다. 이점에 관하여 1975. 3. 15 保健社會部는 「豫防接種事故는 극소수이긴 하나 各國에서 發生한 事例가 있어 社會의 物議를 惹起시킨 바 있음은 周知하나 이로 인하여 公衆保健事業을 中斷시키거나 支障을 招來케 하여서는 아니될 것으로 思料되어, 政府에서는 政府가 施行하는 各種 豫防接種實施에 있어 醫療人의 過失이 없는 不可避한 副作用에 대하여는 이것이 醫療人에 影響이 미치지 않도록 最大의 努力을 하고 있으며 이에 대하여 계속 연구 檢討中임을 알려드리나 一般醫療機關에서 發生하는 事故에 대하여는 그 發生事項에 따라 依法處理 될 것으로」 回信하였다. 또한 保健社會部長官이 法務部長官 앞으로의 協助要請公文에 豫防接種등의 副作用發生時業務要員에 대한 身分保障協助에서 副作用發生時業務要員에 明確한 過失이 없는 限 事件處理에 慎重을 期하여 줄것을 要請하였다. 이상에서 豫防接種藥이 國家檢定品인 이상 豫防接種事故는 確實한 醫師·看護員 등의 過失인 경우 以外에는 政府가 施行하는 豫防接種事故의 경우이긴 一般醫療機關에서의 예방접종사고이긴 國家에서 그 補償을 해야 함은 當然한 것으로 思料된다. 따라서 行政當局 및 關係機關에서는 조속히 이에 대한 根本的 措置를 講究하지 않으면 않된다. 또한 아울러 醫藥品등의 副作用에 따른 診療事故에 대한 醫師 身分保障策을 特別法形式으로 試案을 마련하지 않으면 않되겠다고 思料된다.

Ⅳ. 醫療上 注意義務의 判定基準

醫療上の 注意義務에도 過失犯의 一般原則이 適用되는 것은 勿論이다²⁶⁾. 그러나 醫療에 종사하는 能力이 千差萬別한데 具體的으로 어느 程度의 注意義務가 必

要한 것인가? 醫師의 患者에 대한 注意義務는 一律的으로 는 말할 수 없고, 各 事例에 따라 決定된다²⁶⁾. 이점에 관해 日本判例는 「醫師의 許容될 수 없는 誤診과 失敗는 醫師의 輕率과 無知에 의하여 일어난 誤診과 失敗다. 醫師의 診療上의 注意義務는 普通醫師로서 해야 할 注意가 基準이 되며 具體的으로는 各各 專門醫가 해야 할 注意가 基準이 된다. 이경우 醫師의 個人的인 知識이나 技術의 差異는 考慮할 것이 못된다. 즉 醫師로서 갖추어야 할 學問的, 技術的 能力에는 一般水準이 있는 것이므로 研究와 經驗의 相異에 따라 過失의 認定을 左右할 수 없다. 醫學은 나날이 進歩하고 醫學의 進歩에 따라 一般水準은 높아져 가는데 개개의 醫師가 一般水準에 따르지 못하였다고 하더라도 이것을 許容될 수 없는 것이며, 높아진 一般水準을 基準으로 삼아 過失의 有無를 認定하지 않으면 않된다. 貴重한 人命을 맡은 醫師로서는 항상 一般水準에 따라 가야 할 義務가 있다. 만일 現在의 醫學의 一般水準에 비추어 갖추었어야 할 必要한 知識과 機能을 못 갖추었기 때문에 생긴 誤診이나 失敗라고 하면 그것을 許容할 수 없는 誤診과 失敗로서 法律上으로 過失이 있다고 하지 않으면 안될 것이다」라고 判示하여 그 業務의 特殊性을 감안하여 高度의 注意義務를 要求하고 있다²⁷⁾. 醫療上の 過誤를 輕率에 基因한 것과 無知에 基因한 것으로 大別하는데는 異議가 없으며, 그 典型的인 예를 들면 前者의 경우는 不注意에 基因한 過誤로서 患者의 皮肉을 恢復시켜 주기 위하여 포도당에 비타민 B₁을 混合시켜 정맥주사를 한다는 것을 不注意로 같은 함에 들어 있는 비타민 B₁과 비슷한 「아드레날린」 표시를 확인하지 않고 混用 注射함으로써 死亡케한 경우같은 것을 들 수 있고, 後者の 無知에 의한 過誤의 形態는 一定한 病症에 대해 가장 有效한 治療方法을 알지 못함으로써 그 方法을 쓰지 아니한 경우 같은 것이다. 이 경우의 注意義務는 醫師로서 갖추어야 할 學問的, 技術的 能力의 一般水準이 基準이 된다고 할 것이며, 그 理論의 근거는 醫療에 종사하는 醫師는 醫學의 進歩에 通常으로 가장 새로운 治療方法을 習得하고 있음을 요하며, 安逸과 我執으로써 醫學의 學說이나 經驗을 外面한다는 것은 社會通念上으로 許容될 수 없다는 것이다. 治療過程에는 典型的인 輕率과 無知의에 兩者의 中間的인 位置에 있는 過誤를 考慮하지 않을 수 없는데, 주요한 경우로서 醫師가 一定한 有效한 治療方法이 있다는 것을 認識하고 있었으나, 이 方法에 따르지 아니한 것이 醫學的인 立場에서 過誤로 認定되어야 할 경우를 들 수 있다. 獨逸의 判例는 「醫療從事者가 가장 有效하다고 알려져 있는 治療方法을 써야 할 義務가 있는나는 점에 대하여는 두가지 경우로 나누어 논할 必要가 있는데, 一般論으로서 醫療從事者는

正確히 問題가 되어 있는 病症의 治療에 모든 手段과 比較하여 가장 좋은 效果가 기대되는 治療方法을 써야 할 義務가 있다. 그리고 모든 경험에서 가장 適當한 治療方法으로 어떠한 點을 考慮하여도 不良한 作用을 일으킬 우려가 全然 없을 때 醫療從事者가 單純한 輕率이나 어떤 錯誤된 근거에서 이 治療方法을 쓰지 아니 하였을 때에는 結果的으로 過失責任을 認定하여야 할 것이다. 그러나 모든 治療方法이 그 取扱하고 있는 病症에 특히 有效하다는 것을 알고 있었더라도 다른 重大한 危險이 일어날 우려가 있을 때, 또는 醫師가 慎重히 고려한 근거로 그 治療方法을 信用치 않고 그에 따르지 아니하였을 경우에는 過失責任을 認定할 수 없다」고 判示하였다. 그러나 이와 같은 日本이나 獨逸의 判例에서 提示된 基準이 우리나라에 그대로 適用될 수 있다고 속단할 것은 못된다고 본다.

그러면 우리나라의 現實에서 받아 들여야 할 基準은 具體的으로 어느 限度에서 구하여야 할 것인가가 문제되지 않을 수 없다.

醫療上의 過失의 基準 내지 內容을 구함에는 우선 醫學을 基準으로 하지 않으면 안됨은 물론이나, 그의 醫學의 積極的, 消極的 制限을 가하는 다음의 여러가지 條件들도 考察할 必要가 있다.

A. 醫學의 水準

醫學이란 一般的으로 醫師에게 그 當時 알려지고, 또는 認되어 있는 醫學, 즉 「醫學常識」이라 할 수 있는 바, 獨逸에서의 醫療過誤에 관한 判例, 學說이 가끔 使用하고 있는 「一般的으로 是認되어 있는 醫學의 原則」(die allgemein anerkannten Regeln der ärztlichen Wissenschaft)이라고 하는 表現이 該當되는 것으로서 醫師에게는 이러한 醫學의 水準에 適合한 客觀的 注意義務가 要求되는 것이다⁴⁾¹⁹⁾. 그리고 예컨대 「子宮摘出時의 ‘가아제’ 殘留와 過失」에 관하여 1917.7.3 事件의 判決은 醫師의 過失의 責任有無는 「現今 醫術의 程度에 있어서 취할 相當한 手段方法에 따라 이를 행하였다는 것을 立證하여야 한다」라고 하였다. 人命의 尊嚴性과 貴重함을 위하여 앞으로 계속될 醫療를 위하여서도 早速히 學界 其他 등에서 이점 즉 「醫學常識」의 限界에 관한 研究檢討와 그에 관한 權威的 判斷이 있어야 되며, 이에 따른 裁判部의 確固한 判決이 있어야 하겠다. 또 日本判例를 보면 「케니시링 쇼크死」에 관하여 1955.10.17 事件의 判決(日本廣島地法 1962.3.6 判決)은 醫師의 過失有無는 「그 當時의 醫學常識등 客觀的인 見地로부터 檢討되지 않으면 안된다고 하면서 皮膚反應檢査에 의한 副作用의 確實한 豫知가 期待되므로 케니시링 쇼크에 대한 認識이 아주 低度였던 本件事故發生 當時에 있어서는 皮膚反應檢査의 結果(異

常이 없음)로부터 判斷하여 케니시링 注射를 놓았다고 해도 醫師에게 過失이 있다고 認定할 수 없다」고 하였으나 1959년 10월에 일어난 마이시링(케니시링과 스트렐토마이신의 混合製劑) 쇼크死事件의 判決(日本東京地法 1969.6.6 判決)에 이르러서는 그 후의 「醫學常識의 進歩등을 根據로 하여 醫師의 注意義務違反을 認定」하였던 것을 볼 때 醫師의 注意義務의 基準은 時代性을 띠고 끊임없이 變化되어 가는 것이라고 할 것이다.

B. 醫療制度⁴⁾¹⁹⁾

醫療制度란 醫學을 醫療에 具體化함에 있어 한가지 形式이라 할 수 있으므로 이것 또한 醫療上의 注意義務의 基準 내지 內容을 정함에 있어 當然히 考慮되어야 한다.

1. 醫療關係者

現代의 醫療는 醫師를 中心으로 해서 여기에 看護員, 臨床病理技師, 放射線技師 등 많은 醫療補助者의 協力에 의하여 이루어지는 것이 通例이므로 醫療上의 注意義務를 논하는 경우, 醫師뿐만 아니라 위의 各種醫療補助者에 관하여도 考察할 必要가 있는 바, 특히 看護員에 관하여 問題點을 보면, 예컨대 看護員이 注射를 놓아 어떤 나쁜 結果를 招來하였을 경우 그 過失有無의 判定를 醫師를 基準으로 할 것인가? 아니면 看護員을 基準으로 하여야 할 것인가 하는 問題에 관하여 「信賴의 原則」에 입각한 「善管注意의 類型化 내지 定型化」가 이루어져 가고 있다는 觀點에서 보면 看護員을 基準으로 하여야 할 것으로 본다. 그러나 이러한 思考方式은 적어도 看護員이 單獨으로 할 수 있는 行爲에 대하여서는 適用할 수 있지만, 그것이 醫師自身이 하여야 할 醫療行爲, 즉 醫師가 하지 않으면 危害를 일으킬 念慮가 있는 行爲인 경우에는 醫師를 基準으로 하여야 할 것이다. 따라서 醫師의 補助者에 대한 指示 또는 監督은 患者의 身體에 대한 危險을 未然에 防止할 수 있을 정도로 具體的이어야 하며, 이러한 具體性이 없는 指示나 監督으로 인하여 醫療事故가 發生하였을 때에는 醫師가 責任을 져야 한다는 것은 당연한 것이다. 一般人과 달리 醫學의 專門知識을 가지고 있는 醫師는 通常醫師의 正常技術 내지 注意義務를 基準으로 하지 않으면 안된다. 美國에서는 「平均的醫師에 通常設備와 技術」(the skill normal to the average member)을 基準으로 하고 있다. 그리고 醫療人, 특히 醫師가 直接 開業을 할 때 患者와 醫師의 醫療契約는 委任契約이므로 醫療過誤가 생겨나면 判定基準은 當該醫師가 됨은 당연하다. 만약 醫師가 醫療機關의 開設者와 內部的으로 雇傭關係에 있을 때 患者를 現實的, 實質的으로 診療하는 者는 醫師이지만 醫療契約締結의 當事者는 醫療機關의 開設者와 患者사이에 이루어지는

委任契約으로서 治療하는 醫師는 履行補助者에 불과하다. 그러나 이 경우에도 醫療過誤의 判定基準은 역시 患者를 治療하는 當해 醫師를 對象으로 하여야 할 것이다(民法 第391條 參照).

2. 醫療機關

科學的으로 適正한 診療를 行함을 目的으로 하기 위하여 醫療機關에 대하여는 그것에 必要한 人的, 物的 設備까지 포함하고 있다.

이점은 醫院 또는 保健所와 달리 病院은 一般的으로 高度의 醫療가 要求된다고 할 것이다. 그렇다고하여 醫院이나 保健所에 있어서의 醫療가 형편없어도 좋다는 것은 아니다. 예를 들어 醫院이나 保健所에 X線裝置를 하여야 하는 것은 醫療法이나 保健所法上 要求되어 있지 않지만 X線檢査가 現代醫學의 常識으로 되어 있는 現狀에서는 X線檢査를 하면 一般的으로 發見될 수 있는 疾患에 대하여 그것을 하지 않음으로써 發見할 수 없었던 경우에는 原則으로 醫師에게 過失이 認定된다고 할 것이다. 이는 X線裝置를 設置하지 않은 것 自體에 過失을 認定할 수 없으나, 疑心이 있음에도 불구하고 그와 같은 X線裝置를 設置한 다른 醫療機關에 患者를 보내지 않는 점에 過失을 認定한다.

3. 團束規定등

醫療行爲의 性質上 種래 醫療의 內容에 관한 한 法規로서 直接 規定하는 것을 피하는 方針이 취하여져 왔으나, 醫療의 高度化, 複雜化 내지 社會化등에 따라서 國家는 여러가지 形態로 醫療에 干涉하지 않을 수 없게 되었으므로, 現在는 各種 團束規定을 制定하여 直接, 間接으로 醫療上的 注意義務의 領域에까지 어떠한 影響을 미치게 하고 있다. 保社部長官은 保健醫療施策上 必要하다고 認定될 때 또는 國民保健에 重大한 危害가 發生하거나 發生할 우려가 있다고 認定될 때에는 醫療機關 또는 醫師에 대하여 必要한 指導命令을 할 수 있게 되어 있고, 또 保社部長官 또는 道知事는 醫療施策上 必要하다고 認定될 때에는 그 管轄區域內에 住所를 가진 醫療人에게 保健醫療業務를 囑託할 수 있게 되어 있으므로, 醫師는 保社部의 行政指導와 監督을 받고 있는 立場에 있음을 留意하여야 한다¹⁹⁾.

C. 一般的 注意義務¹⁹⁾

원래 醫師의 注意義務의 基準이란 基本的으로는 「普通 注意를 하는 사람이 事物의 狀況에 응하여 항상 하여야 할 注意」, 「當該 具體의 事案의 客觀的 狀態에 있어서 社會通念上 通常 一般的으로 要求되는 정도의 注意」라고 定義되어 지고 있는 바, 더 簡單하게는 「平均的인 醫師가 가져야 할 注意」라고 할 수 있다. 이러한 觀點에서 볼 때 앞서의 自己專門에 속하지 아니하는 患者를 專門醫에게 보내야 할 注意義務도 「一般的 注

意義務」 또는 「一般醫學水準」의 問題로 歸着된다고 하겠다. 예로서 大法院判例는 「醫師가 患者에게 直接 注射을 하지 아니하고, 助手에게 注射할 位置 및 方法에 관하여 특히 指示함이 없이 同人으로 하여금 注射케 한 結果, 同人의 醫術不足으로 인한 過失로 正常的 位置가 아닌 坐骨神經이 있는 右側臀部 中央部에 注射을 함으로써 坐骨神經에 損傷을 일으켜 患者의 右·下腿 및 右足を 麻痺케 하였다면 醫師에게 業務上의 過失의 責任이 있는 것이다」(大法院 1961. 4. 26 判決, 4293 刑上 960)라고 하였음은 通常人으로서 社會通念上 一般的으로 갖지 않으면 안되는 注意가 그 基準이 되어 있는 것으로 보아진다고 할 수 있다.

D. 地域差와 緊急性

醫療는 그것이 행하여지는 場所(地域差)와 時期(緊急性)에 의하여 制約을 받으므로 醫療上 注意義務의 基準을 決定함에 있어서 이러한 事情도 考慮하지 않으면 안된다. 醫師가 處置를 緊急하게 하지 않으면 患者의 生命에 重大한 影響을 미치게 될 때, 예컨대 큰 交通事故나 大火災로 인하여 多數의 患者가 一時에 殺到한 경우등 때 만족치는 못하지만 救急措置를 한 結果 어떤 障害가 發生하더라도 그것은 過失이 없는 것으로 判斷되어야 할 경우가 많은 것이다⁴⁾²⁸⁾. 특히, 醫療法 第16條에 「醫療人은 診療 또는 助産의 要求를 받은 때에는 正當한 理由없이 이를 拒否하지 못한다. 醫療人은 救急患者의 應急處置를 保健社會部수이 정하는 바에 의하여 即時 施行하여야 한다」고 規定되어 있음에 비추어 볼 때 위의 경우등에 法律的 理論構成이냐 어떻게 간에 免責되어야 할 경우가 많이 있다.

또한 많은 無醫村이 있을 뿐더러 各科의 專門醫가 없는 地方에 있어서 부득이 專門이 아닌 科를 應診하지 않으면 안될 事情 아래 있었음이 認定된다면 여러가지 事情을 考慮하여 多數의 誤謬가 있었다고 하여도 바로 不法行爲上 過失이 있다 할 수 없다¹⁹⁾²⁵⁾.

E. 裁量性과 困難性

醫師는 相當히 高度의 專門의 技術을 가지고 治療에 임하게 되므로 患者에 대하여 可能한 治療方法이 여럿 있을 때, 그중 한가지의 治療方法을 最善의 治療方法으로 알고 이 方法을 취하였으나, 결국 失敗하였다면 이는 醫師의 裁量 範圍內에 속하는 것으로서 그 過失은 否定되어야 할 것이다. 또 診斷이 극히 困難한 患者, 예컨대 日常 月經痛과 胃炎으로 자주 病院에 다니던 患者가 蟲垂炎이 併發하였을 경우, 胃炎 또는 月經痛과 虫垂炎의 早期鑑別은 容易치 않으므로 擔當醫師가 蟲垂炎이외의 治療를 하였는 데 後日 蟲垂炎으로 患者가 死亡하였다면 醫師에게 過失이 없다고 하겠다¹⁹⁾.

F. 職業倫理와 法的職責

醫師의 職業倫理로서 要求되는 注意義務와 法律上責任의 根據인 注意義務와는 當然히 一致하는 것이 아니고, 後者は 여러가지 基準을 念頭に 놓고 合理的으로 限定하지 않으면 안된다.

특히 그 義務違反의 效果로서 歸屬되는 責任이 단순한 金錢賠償의 問題로 되는 民事責任과 犯罪者로서 烙印을 가져올 刑事責任으로서의 注意義務의 負擔의 정도가 다르지 않을 수 없다. 이와 같이 注意義務의 實體를 違反한 경우의 法的效果로 남는 것을 考慮해서 檢討할 것이지만, 醫師의 診斷, 處置에 대해서는 時時刻刻으로 變化하는 病狀에 응해서 短時間중에 斷行할 必要가 있기 때문에 選擇된 處置가 適當한가 아닌가를 判斷함에 있어서는 結果의으로 失敗라고 하기 때문에 쉽사리 過失을 認定하지 않도록 充分한 配慮를 할 必要가 있다⁴⁾.

G. 專門醫와 非專門醫

醫師의 注意義務를 決定하는 基準으로서 通常 一般의인 醫師의 知識과 技能을 基準으로 하나 實際面에서 醫師 全體에게 同一한 注意義務를 要求하지 않고, 具體的인 면에서 差異가 있다.

우리나라는 專門醫制度가 있으므로 一般醫와 區分하고 있다. 특히 綜合病院에는 各 專門醫가 區別되어 있다. 따라서 우리나라에서 實際로 이러한 의미에서 專門醫가 할 注意가 基準이 되는 경우가 있다. 즉 非 專門醫인 一般醫가 專門醫 系統의 診療를 행할 경우에는 專門醫가 할 注意義務가 基準이 된다는 것이다. 따라서 專門醫에게 속하는 疾患을 治療할 때 自信이 없을 때 特別한 事情이 없는 한 (예컨대 緊急성과 地域的인 面) 患者를 專門醫에게 移送할 義務가 있는 것이다⁵⁾. 우리나라 判例 중에는 「非 專門醫인 被告人이 能力과 施設에 비추어 自己病院에서 다루는 것이 無理하였던 患者를 專門醫나 綜合病院에 보내지 아니함으로써 死亡에 이르게 한 경우에 過失責任을 認定」한 事例가 있다(大法院 1969. 11. 25 判決: 65도 816, 1967. 7. 11 判決: 67다 848). 그렇다고 모든 事故에 있어서 專門醫 또는 設備있는 醫師에게 보내야 할 注意義務가 있는 것은 아니다. 즉 患者의 生命을 구하기 위하여 緊急을 요하는 治療를 한 경우에 있어서는 그 注意義務는 輕減되는 것이다.

V. 結 論

醫療上의 注意義務에도 過失犯 一般原則이 適用되는 것은 當然하다. 그러나 醫療에 從事하는 能力이 多様

함으로 具體的으로 어느 정도의 注意義務가 必要한가를 定義하기는 힘들다. 醫療事故가 날로 增加하는 現實에서 이를 法律的으로 圓滿하게 解決한다는 것은 쉬운 일이 아니다. 특히 人間인 醫師는 醫學技術이 아무리 進歩한다 할지라도 萬能이 될 수 없는 이상, 醫療에는 항상 不幸한 結果가 惹起될 可能性이 뒤따르는 법이므로, 醫師에게 어느 限度內에서 責任을 물을 것인가 하는 責任의 限界問題가 있게 된다. 좀더 나아가서 말하면 一應 二律背反的인 對立關係에 놓여 있는 듯한 醫療事故에 대한 患者側의 人權保護와 醫療人에 대한 法的 保障問題間에 適切한 調和點을 發見하여 解決하기란 困難하다¹⁹⁾. 근래에 와서 醫療過誤訴訟의 動向을 外國에서 활발하게 연구가 進行되고 있으나, 우리나라에서는 아직 비교적 관심이 희박하지만 앞으로 法學界 및 醫學界를 결합한 問題로서 주목해야 한다. 현재 醫療人들은 지나치게 위축되어 있다는 것도 事實이다.

이와 같이 위축되는 原因의 하나로서 우리나라의 搜查機關은 醫療事故가 났다하면, 곧 刑事問題로 덤벼드는 경향 때문에 이것이 바로 搜查機關으로 넘겨져서 문제가 된다. 그런데 우리나라의 搜查機關이 醫療에 대해서 醫療의 性質, 즉 許容된 危險의 法理라든가 하는 것에 대해 充分한 知識을 가지고 있지 않고, 醫療人에 대하는 자세가 마치 交通事故를 대하는 姿勢와 같은 것은 否認할 수 없다.

또 하나는 醫療人들이 過失에 대한 基準의 認識不足, 注射의 濫用, 醫療人의 社會的 孤立性, 同業醫療人의 非友好的 發言, 醫療人의 態度 및 醫療人의 法律知識에 대한 無關心등¹⁹⁾과 法律의 矛盾 및 未備를 들 수 있다.

그의 一般社會人 특히 患者는 醫療事故가 곧 醫療過失이라는 認識을 가지고 醫師에 對抗하는 風土가 있기 때문에 醫療가 위축되어 있다고 본다.

醫療事故의 過失有無는 궁극적으로 法院의 自由裁量에 속하는 것이나 그 判定基準의 포괄적인 統一性을 기해야 할 것이며, 訴訟의 進行如何에 따라 좌우되어서는 결코 아니될 것이다⁵⁾. 그러나 醫療事故에 관한 우리나라 法院判例에 의하면 醫師의 注意義務의 정도를 각 具體的인 事例에 따라 자기 다른 基準을 내세우고 있음을 알 수 있다²⁰⁾.

醫師는 사람의 生命 및 健康을 管理할 業務에 從事하는 자인 만큼 一般人과는 다른 專門知識과 技術을 가져야 한다. 따라서 그 注意義務도 이에 對應하는 정도의 것을 社會的으로 要求함은 물론이다. 그러기에 醫師의 注意義務의 정도는 法院判例에 비추어 본 바 대체적으로 高度의 注意義務를 要求함은 당연하다. 또한 醫師가 擔當하는 業務의 性質에 비추어 醫師로 하여금 危險防止를 위하여 要求되는 最善의 注意義務를 다하게 한다는 見地에서 거의 모든 治療行爲에 대하여 醫

醫師의 過失을 推定하는 경향이 있으나, 모든 醫療事故에 대하여 바로 醫師의 過失을 認定하여서는 소위 診療萎縮現象이 나타날 우려가 있으니, 立證이 극히 困難한 醫療事故에 있어서 醫師側의 過失이나 因果關係의 存在인 「一應의 推定」을 지나치게 活用해서는 안 된다. 그리고 醫師의 過失認定 基準에 관하여는 一般의 基準에 의할 뿐만 아니라 각 事情에 따라 具體的 基準에 의하여 考察하여야 한다. 첫째, 普通醫師라고 하지만 一般醫와 專門醫와는 注意義務가 다르고, 專門醫 중에서도 그 專門에 따라 注意義務의 內容이 다르다. 둘째, 그 醫師가 놓인 環境이나 診療 當時의 事情도 考慮하여 過失을 決定하여야 한다. 셋째, 醫師의 過失의 基準이 되는 醫學의 水準은 診察 당시의 水準이다. 넷째, 醫師가 通常 행하는 方法으로 診療한 경우에도 그 費用의 方法이 不當하다면 理論적으로는 過失이 있다고 할 만한 可能性이 있다. 그러나 실제로는 慣用的 方法을 쓰면 過失이 없다고 하는 경우가 많을 것이다. 다섯째, 醫學에 관하여 學說이 나누어지고 있는 경우나 어느 醫師의 獨自의인 方法을 쓸때 그 根據가 있는 한 過失은 없다고 할 것이다.

우리는 醫療事故를 논함에 있어 醫療의 特性이 考慮되어야 함은 물론이지만 어쨌든 醫療人, 患者 및 國家, 社會의 각각 다른 立場을 서로 理解하여 거의 必然적으로 發生하는 醫療事故의 本質을 正確하게 把握하여 어느 편이든 가혹한 結果나 衡平을 잃지 않은 處理가 되도록 힘써야 한다. 그렇게 하기 위해서는 하루 빨리 醫療審査停務委員會가 발족되어 醫療民願을 접수하여 醫事事故의 事實與否에 대해 公正한 判定을 하여 주고, 法醫學界는 法學界와 醫學界를 결합하여 많은 研究을 하여야 한다.

參 考 文 獻

- 1) 李柱傑：「醫療事故의 醫學的 側面」 대한 의학협회지, 19卷 3號 附錄, 1976
- 2) 藤木英雄：「醫療過失と過失」 「ジュリスト」 特集, 醫療過誤, 427號, 1969
- 3) 藤木英雄：「醫療事故における因果關係と過失」 「ジュリスト」 特集, 醫療と人權, 548號, 1973
- 4) 金聖吉：「醫師의 醫療上過誤에 對한 法的責任」 司法論集, 3輯, 1972
- 5) 金勝年：「醫療過失에 대한 損害賠償責任」 碩士學位請求論文, 檀國大學校 大學院, 서울, 1976
- 6) 劉基天：「刑法學(總論講義)」 改稿, 一潮閣, 서울, 1979

- 7) 權龍雨：「不法行爲論」 考試院, 서울, 1974
- 8) 野田寬：「醫療事故における因果關係と過失」 民商法雜誌, 78卷 4月, 臨時增刊號(I), 法と權利(I) 1978
- 9) 黃山德：「刑法總論」 6訂版, 邦文社, 서울, 1979
- 10) 姜斗鉉：「過失犯에 關한 研究」 博士學位論文, 檀國大學校 大學院, 서울, 1973
- 11) 朴承緒：「醫療事故의 法的 側面」 대한의학협회지, 19卷 3號 附錄, 1976
- 12) 內田文昭：「醫療行爲の分擔と過失犯の成否」 「ジュリスト」 特集, 醫療過誤, 427號, 1969
- 13) 文國鎮：「醫師 및 藥師를 爲한 診療過誤의 法醫學」 中央醫學社, 서울, 1970
- 14) "Your Professional Liability" 131 Questions and Answers, Medicine and Law. J.A.M.A., 185(10), 1963
- 15) 高橋正春：「醫療行爲と法律」 醫學書院, 東京, 1973
- 16) 高田利廣, 小海正勝：「業種別法律相談病院·醫院」 株式會社 帝國地方行政學會, 東京, 1970
- 17) 穴田秀男：「醫事法」 自由國民社, 東京, 1974
- 18) 唄孝一：「醫事法學への歩み」 岩波書店, 東京, 1967
- 19) 尹景鉉：「醫療過誤의 責任」 司法論輯, 6輯, 1975
- 20) 高田利廣：「醫師·齒科醫師のための診療事故紛爭解決の手引き」 醫齒藥出版株式會社, 東京, 1967
- 21) 穴田秀男：「知って置かねばならぬ醫師のための法律」 改訂增補 第4版, 金原出版株式會社, 東京, 1964
- 22) 松倉豊治：「醫療過誤と法律」 法律文化社, 京都, 1970
- 23) 李文鎬：「醫師의 誤診」 女性中央, 4月號, 1974
- 24) 禹相應：「醫師를 위한 法律」 益善文化社, 서울, 1975
- 25) 劉鍾潘：「過失犯에 있어서의 問題點 — 醫療過失篇 —」 司法行政, 1969
- 26) 南興祐：「醫師의 患者에 對한 注意義務」 第5回 法醫學세미나, 1977
- 27) 松倉豊治編：「一般醫家のための醫療過誤의 諸問題」 金原出版株式會社, 東京, 1968
- 28) 卞務寬：「醫療過誤에 있어서의 注意義務認定의 基準」 檢察, 4卷, 1968
- 29) 金顯泰：「不法行爲論」 考試院, 서울, 1974