의료행위에 있어 과실범의 성립요건
- 대법원 1996. 11. 8, 95 도 2710 업무상과실치사 -

이 재 석*

Ⅰ. 사건개요 및 판결이유
1. 사건개요
2. 판결이유
Ⅱ. 논점의 소재
Ⅲ. 사안의 검토
1. 의료사고에 있어 의료종사자의 과실을 인정하기 위한 요건 및 그 판단기준
2. 진료체계상 담당의사가 아닌 대학병원과장의 주의의무
3. 농배양을 하지 아니한 과실과 피해자의 사망사이의 인과관계
4. 문진 이외에 피해자의 임신여부 등에 대해 검진하지 않는 것이 피고인의 과실인지의 여부
Ⅳ. 결 어

Ⅰ. 사건개요 및 판결이유

1. 사건개요

피고인은 조선대학교 의과대학 부속병원 구강악안면외과 과장으로 근무하고 있고, 피해자 이희정은 1992. 6. 27. 목포시 소재 서울치과에서 하악좌측치아(일명 사랑니) 1개를 뺀 후 환부에 부종이 있고 열이 심하여 서울치과와 같은 시 소재 성콜롬반병원에서 치료를 받다가 이빨을 뺀 곳 주위는 물론 좌측 턱부위까지 부종 및 발열이 악화되어 같은 해 7. 1. 14:00경 위 부속병원 구강악안면외과에 입원하였는데, 사망 당시 만 18세 9개월로서 2.5㎝가량의 태아를 임신한 상태였다. 입원 당시 피해자는 체온이 섭씨 39.2도의 고열과 오한이 있었고, 부종으로 입이 약 15㎜밖에 열리지 않았으며 음식물을 씹기 곤란하였고 화농으로 구취가 심한 상태였

* 대구대학교 법과대학 교수

는데, 전문의(수련의의 오기로 보인다) 3년차 김수관, 전문의(수련의의 오기로 보인다) 1년차 이효빈이 외래담당의사인 김영균 교수와 상의하여 피해자의 치료를 담당하게 되어 피해자에게 포도당과 항생제를 투여하였다. 같은 해 7. 2. 위 의료진은 피해자의 병명을 봉와직염의 일종인 루드비히 안기나(Ludwig's Angina)로 진단하고 환부의 긴장을 풀어주고 배농을 용이하게 하기 위하여 김수관의 집도로 피해자의 턱밑을 절개하고 배농을 시도하였으나 농이 나오지 아니하였고, 같은 해 7. 3. 두 번째 구강 외 절개수술을 시행한 결과 피 섞인 약간의 고름을 배출하였으나 피해자는 음식물 섭취를 하지 못하고 전신적 상태가 더욱 악화되었다. 같은 해 7. 4. 피해자의 구강의 절개 부분에서 농이 나오지 아니하여 피고인의 집도로 구강 내 절개수술을 시행함으로써 다량의 농을 배출하였으나 그 때에도 농배양은 하지 아니한 채 항생제를 세파졸린에서 클레오신으로 바꾸었다. 같은 해 7. 5. 피해자는 오한과 고열이 지속되고 구강 내 절개 부분에서 농이 계속 배출되었으나 전신적 상태가 계속 악화되고 같은 해 7. 6. 같은 상태가 지속되면서 혈소판이 위험수위로 떨어짐에 따라 내과의사 정규성에게 구두로 증상을 설명하여 진료의뢰한 결과 항생제를 바꾸도록 조언받았다. 같은 해 7. 7. 피해자는 기침을 하고 호흡에 곤란을 느끼며 체온이 섭씨 39.6도에 이르고 구강 내 절개 부위에서는 계속 농이 배출되었으며 전신적 상태가 좋지 않아 의료진은 항생제를 클레오신에서 세파만돌로 바꾸고 큐란과 아미카신을 투약하였으며, 비로소 농배양을 하기 시작하였다.

같은 해 7. 8. 피해자의 혈소판 수치는 정상으로 회복되었으나 피해자는 가슴이 답답하고 코가 막히지 않았음에도 호흡에 곤란을 느끼고 호흡수가 분당 40회 정도였으며 감기증상을 호소하였고 피고인은 피해자의 구강 내 좌측 잇몸과 볼 사이를 절개한 후 피 섞인 농을 배출하였으나 피해자가 체온 섭씨 40도의 고열과 호흡곤란 증상을 보이자 피고인은 피해자의 항균력 및 항생제 효능에 의심을 가지고 피해자에게 과거 병력에 관하여 물었고 이에 대하여 피해자는 국민학교 때 맹장수술 받은 외에는 특별히 병을 앓은 사실이 없다고 답하였다. 같은 해 7. 9. 피해자에

게 가슴이 답답하고 호흡이 곤란한 증상이 지속되었으며 체온은 섭씨 38.5도 정도였고 보호자들은 피해자의 감기증상을 계속 호소하였으며 흉부외과에 의뢰하여 흉부 X선 촬영을 한 결과 폐삼출의 가능성이 있음이 진단되었고 내과에 진료를 상담한 결과에 따라 진료하면서 혈액배양검사를 실시하는 한편 피해자에게 과거 병력을 다시 물었으나 위와 같은 답변만 들었다. 같은 해 7. 10. 피해자는 기침이 여전하고 가래배출이 안 되었으며 호흡곤란이 지속되었고 진신적 상태가 여전히 쇠약하며 수면곤란 증상을 보여 의료진은 피해자에게 안정제(바리움 10mg)를 투여하였다.

같은 해 7. 11. 여전히 호흡곤란이 지속되고 체온이 섭씨 39도 정도로 지속되었으며 농배양검사 결과가 알파용혈성연쇄상구균인 것으로 나타났다. 같은 해 7. 12. 오전 피해자는 호흡장애 증상을 보이면서 호흡수가 분당 70회 정도로 빨라지고 체온이 섭씨 41도까지 올라갔으며 내과에 진료를 의뢰한 결과 내과수련의 1년차 정규성이 와서 피해자 흉부의 X선 촬영을 하였고 이 때 피해자는 폐부종과 성인성호흡장애증후군을 나타내고 있었으므로 피고인은 정규성의 권유에 따라 피해자를 내과병동으로 전과조치하였다. 그 후 피해자는 호흡곤란의 증상이 더욱 심해지다가 맥박이 약해지고 저산소혈증으로 인한 청색증 등이 나타나며 혼수상태에 이르고 심장마사지와 산소호흡기를 통한 응급조치를 시행하였음에도 같은 해 7. 14. 01:20경 화농성폐렴, 신장 및 기관의 염증세포침윤, 경부조직의 농양 및 염증 등으로 인한 성인성호흡장애증후군과 패혈증 등으로 사망하였다.

2. 판결이유

(1) 의료사고에 있어서 의료종사원의 과실을 인정하기 위한 요건 및 그 판단 기준

의료사고에 있어서 의료종사원의 과실을 인정하기 위하여서는 의료종사원이 결과 발생을 예견할 수 있음에도 불구하고 그 결과 발생을 예견하지 못하였고 그 결과 발생을 회피할 수 있었음에도 불구하고 그 결과 발생을 회피하지 못한 과실이 검토되어야 하고(대법원 1984. 6. 12. 선고

82도3199 판결, 1987. 1. 20. 선고 86다카1469 판결 참조). 그 과실의 유무를 판단함에는 같은 업무와 직무에 종사하는 일반적 보통인의 주의정도를 표준으로 하여야 하며, 이에는 사고 당시의 일반적인 의학의 수준과 의료환경 및 조건, 의료행위의 특수성 등이 고려되어야 하는 것이다(대법원 1987. 1. 20. 선고 86다카1469 판결 참조).

(2) 대학병원 과장이라는 이유만으로 외래담당의사 및 담당 수련의들의 처치와 치료결과를 주시하고 적절한 수술방법을 지시·감독하거나 또는 직접 수술할 주의의무가 있는지 여부

원심이 인정한 피고인의 업무상 과실의 점에 관하여 차례로 살피기로 한다. 우선 원심이 피고인이 피해자의 치료에 관여하기 전임에도 불구하고 피고인의 과실로 인정한 첫째, 둘째 과실의 점에 관하여 보건대, 피고인은 위 부속병원 구강악안면외과 과장이지만 진료체계상 피해자를 담당한 의사가 아니었다는 것인데, 기록에 의하면, 일반적으로 대학병원의 진료체계상 과장은 병원행정상의 직급으로서 다른 교수나 전문의가 진료하고 있는 환자의 진료까지 책임지는 것은 아니고, 소속 교수 등이 진료시간을 요일별 또는 오전, 오후 등 시간별로 구분하여 각자 외래 및 입원환자를 관리하고 진료에 대한 책임을 맡게 된다는 것이다(공판기록 644, 645면). 그러한 사정을 감안하면, 피고인에게 피해자를 담당한 의사가 아니어서 그 치료에 관한 것이 아님에도 불구하고 구강악안면외과 과장이라는 이유만으로 외래담당의사 및 담당 수련의들의 처치와 치료 결과를 주시하고 적절한 수술방법을 지시하거나 담당의사 대신 직접 수술을 하고, 농배양을 지시·감독할 주의의무가 있다고 단정할 수 없는 것이다.

(3) 농배양을 하지 아니한 과실과 피해자의 사망 사이의 인과관계의 판단방법

원심이 인정하고 있는 피고인이 피해자의 치료에 관여한 이후의 셋째 과실의 점에 관하여 보면, 피해자의 병명인 루드비히 안기나와 같이 이미 원인균이 알려진 경우라 할지라도 배농이 되었을 경우 원칙적으로 농에

대한 배양검사를 실시하여 적절한 약물을 선택하여야 한다는 것이므로(공판기록 646면), 피고인이 농배양을 하지 않은 것이 과실이라고 할 수는 있겠으나, 그것이 피해자의 사망에 기여한 인과관계 있는 과실이 된다고 하려면 원심으로서는 농배양을 하였더라면 피고인이 투약해 온 항생제와 다른 어떤 항생제를 사용하게 되었을 것이라거나 어떤 다른 조치를 취할 수 있었을 것이고, 따라서 피해자가 사망하지 않았을 것이라는 점을 심리·판단하였어야 한다(대법원 1990. 12. 11. 선고 90도694 판결 참조). 그러나 기록상 그러한 점을 밝힐 수 있는 자료는 없고, 오히려 후에 밝혀진 바에 의하면, 피고인이 투약해 온 항생제는 원인균에 적절한 것으로 판명되었다는 것이므로(공판기록 366면, 645면 등) 피고인의 과실이 피해자의 사망과 인과관계가 있다고 보기는 어렵고, 이와 같이 인과관계가 없는 이상 진료상의 적절성 여부를 불문하고 원심이 판시한 바와 같이 다른 과실과 합하여 피해자 사망의 한 원인이 된 것이라고 할 수 없을 것이다.

(4) 피해자의 증상이 패혈증으로 발전할 우려가 있는 경우, 피고인에게 과실을 인정하기 위한 요건

피고인의 넷째 과실의 점에 관하여 보면, 원심은 같은 해 7. 7.부터 피고인에게 환자의 패혈증에 대비하여 내과의사와 흉부외과의사에게 흉부 X선 촬영 및 타액검사 등을 시행하여 줄 것을 요청하는 등 적극적으로 협진하였어야 할 것임에도 소극적 협진만 하다가 7. 9.부터 비로소 적극적 협진을 시작한 것이 과실이라고 판단하고 있는바, 피고인 스스로 피해자가 패혈증으로 발전할 우려가 있는 것으로 보고 있었다는 것이므로(공판조서 510면), 피고인이 예견한 패혈증으로의 발전을 회피할 수 있었는데도 회피하지 못한 것인지 여부가 문제가 된다고 할 것인데, 피고인은 같은 해 7. 6.부터 2, 3일 간격으로 혈액검사를 하도록 하고 3회에 걸쳐 혈액배양 실험을 하였으나 이상이 없었다는 것이어서 패혈증으로 이미 발전한 것으로는 생각지 않았던 것으로 보이고(공판조서 510면), 이에 따라 내과의사들에게 증상을 설명하여 상담하는 방식으로 협진하였다는 것

이다.

감정인 최강원의 보충감정서의 기재에 의하면, 혈액배양에서 균이 검출되지 않았어도 패혈증의 증상과 임상경과를 나타내고 있으면 패혈증이라고 보아야 하고 피해자가 7. 9.에는 이미 패혈증을 가지고 있었다고 하면서, 1992년 미국 흉곽내과-중환자치료학회의 패혈증 정의를 인용하고 있으나(공판기록 671, 672면), 기록에 편철된 의학사전의 사본 등의 기재(공판기록 683면 이하)에 의하면, 일반적인 패혈증의 정의는 "혈액 중에 병원성 미생물 또는 그 독소가 존재하며 지속되는 전신성 질환"을 의미하는 것이어서 그러한 정의에 따르면, 혈액검사 결과 이상이 없었다는 점을 토대로 피해자의 증상이 패혈증으로 발전하지 않았다고 본 피고인의 판단을 나무랄 수 있는 것인지 의심이 가고, 피고인이 패혈증에 관한 최신 정의를 알지 못하여 이미 진행 중인 패혈증을 아직 진행하지 않고 있는 것으로 잘못 판단하고 적절한 치료방침을 정하지 못한 것이라 하더라도 그 판단이 현재 우리 나라의 일반적 기준으로서의 의학수준과 함께 기록에 나타난 피고인의 경력·전문분야 등 개인적인 조건이나 진료지·진료환경 등을 고려할 때, 통상의 의사의 정상적인 지식에 기한 것이 아니고, 따라서 그것이 과실이라고 단정하기는 어렵다고 할 것이고(대법원 1987. 1. 20. 선고 86다카1469 판결 참조), 더욱이 감정인 김종열의 감정서 기재에 의하면(공판기록 367면), 루드비히 안기나에 대한 치료는 구강악안면외과를 제외한 타과에서는 치료가 거의 불가능한 질환이기 때문에 환자의 상태가 전신적으로 악화되기 전까지는 일반적으로 구강악안면외과에서 단독으로 치료하는 것이 대학병원의 일반적인 관례라는 것이므로, 피고인이 원심이 인정한 바와 같은 단순한 대진의뢰 등 소극적 협진마저도 그 시기가 적절치 않았는지 여부와 이에 그치지 않고 내과로 전과하는 등 적극적 협진을 하였다면 그 치료방법이 어떻게 달라져서 피해자의 생명을 구할 수 있었는지 여부가 심리되어야 할 것이다(대법원 1990. 12. 11. 선고 90도694 판결 참조).

(5) 19세 여자 환자의 임신 여부를 검사하지 아니한 것을 과실이라고

인정하기 위한 요건

피고인의 다섯째 과실의 점에 관하여 보면, 원심이 피해자의 과거 병력에 대한 문진에서 나아가 피해자의 임신 여부 등에 대하여도 검진하지 않은 것이 피고인의 과실이라고 하려면 봉와직염에 감염된 여자환자라면 19세로서 미혼이라고 하여도 그 임신 여부 검사를 하는 것이 보편적임에도 불구하고 피고인이 그 검사를 하지 않았다거나 위와 같은 여자환자가 증세가 호전되지 않는 경우 임신에 의한 면역기능 저하를 당연히 의심하여 대처하여야 함에도 불구하고 피고인이 그러한 통상적인 예견과 판단도 하지 못한 것이라는 점이 밝혀져야 할 것이다. 그렇다면 결국 피고인에게 업무상 과실을 인정한 원심의 판단에는 그 사실인정에 있어서 채증법칙을 위배하였거나 심리를 다하지 아니하여 판결 결과에 영향을 미친 위법을 저질렀다고 할 것이다.

Ⅱ. 논점의 소재

형법은 시민의 자유에 대해 우리의 법질서가 인정하고 있는 가장 가혹한 制裁를 그 수단으로 하고 있기 때문에 형법이 가져야 하는 최후수단성과 투명성, 예측가능성을 고려할 때 형법이 의료영역에 무모하게 개입하는 것은 바람직하지 않으며 예방과 조정이라는 더 온건한 형태의 입법과 사회정책적 수단의 보조영역에서 그 기능을 찾아야 할 것이다. 따라서 의료형법은 의료책임법보다는 좁은 범위의 의료과오만을 규율해야 한다.[1] 업무상의 과실에 의한 의료사고의 경우에 어느 정도의 형사책임을

---

1) 형사처벌제한과 특례에 대하여 의료분쟁조정법안은 방어진료, 과잉검사, 위험환자진료기피 등을 방지하여 의료인이 환자진료에 최선을 다할 수 있도록 하고 진료왜곡을 방지하기 위하여 의료인에 대하여 특례를 인정하자는 입장이었으나, 법무부는 조정전치주의와 형사처벌특례조항에 대하여 재판청구권의 제약 등을 이유로 문제가 있고, 반의사불벌제도는 다른 여러 분야와의 형평상의 문제로 일반국민의 법감정에 반하며 평등원칙 위배, 위헌소지 등을 이유로 반대하고 있다. 정부 또한 이에 대한 대안을 제시하지 못하고 있는 현실이다.
의료분쟁조정법안의 입법논의배경을 보면 법안의 목적이 분쟁의 해결에 맞추어져 있고, 분쟁의 원인을 해소하려는 노력은 미약하다는 것을 알 수 있다. 의료사고를 당했다고 믿는 환자나 의사 모두가 수긍할 수 있는 실효성있는 제도의 대안마련이 절실한 실정

추급할 것인가의 여부는 개별국가에 있어 법질서의 선택문제이다.[2)]

따라서 과실의 판단기준은 이러한 의료행위의 특질을 근거로 事前의 단계의 제사정에 근거한 선택의 당부에 구해야 할 것이며, 그것을 무시한 결과론적인 사후판단에서 기준을 맞추어 다루는 것은 허용되지 아니한다. 의료과오의 인정과 관련하여 기본적으로는 이 원리가 지켜지고 있는 것으로 보이지만, 한계영역에 있어서는 사법적 판단은 多種·多樣하며 반드시 안정된 판단기준이 확립되어 있다고 말할 수 없다. 또한 민사사건에 있어서는 합리적인 배상의 타당성이라는 관점에서 인과관계의 추정이나 거증책임의 분배 등이 인정되어지는 것에 반해, 형사사건에서는 보다 엄밀한 논증이 필요하다는 것에 대해서는 異論이 없다. 그러나 실제에 있어서는 중대한 결과가 발생하면 형사사건에 있어서도 결과론적인 approach에 흐를 가능성이 있다는 것에 주의할 필요가 있다.

먼저 이 사건에서 피고인의 업무상과실치사(형법 제268조)의 인정과 관련하여 ① 의료사고에 있어서 의료종사원의 과실을 인정하기 위한 요건 및 그 판단 기준, ② 대학병원 과장이라는 이유만으로 외래담당의사 및 담당 수련의들의 처치와 치료결과를 주시하고 적절한 수술방법을 지시·감독하거나 또는 직접 수술할 주의의무가 있는지 여부, ③ 농배양을 하지 아니한 과실과 피해자의 사망 사이의 인과관계의 판단방법, ④ 피해자의 증상이 패혈증으로 발전할 우려가 있는 경우, 피고인에게 과실을 인정하기 위한 요건, ⑤ 19세 여자 환자의 임신 여부를 검사하지 아니한 것을 과실이라고 인정하기 위한 요건이 문제되어진다.[3)]

이다. 현재 우리나라의 의료분쟁을 해결하기 위한 제도는 의사 및 병원배상책임보험 이외에 의료심사조정위원회와 대한의사협회공제회가 있으나 실제적인 배상은 어려운 실정이다.

2) 의료행위가 형법상 정당화되기 위해서는 다음의 세가지 요건을 만족시키지 않으면 안된다고 하는 점에 대해서는 오늘날 거의 학설상의 견해의 일치를 보고 있다. 즉, ① 당해 진료행위가 치료목적을 가지고 행하여 질 것, 혹은 적어도 객관적인 치료경향을 가질 것. ② 당해 진료행위가 의학적인 면에서 일반적으로 승인된 것일 것. 이것은 다시 진료가 의학적으로 適應되고 있는 것(Medizinische Indiziertheit)일 것과 진료가 의술적으로 적정하게 행하여 질 것(Medizinische Kunstgerechtigkeit). ③ 원칙적으로 환자에 대한 설명과 그의 동의(혹은 대리권자의 동의) 즉, informed consent하에 행하여 질 것을 요건으로 하고 있다.

3) 동사안에 대한 민사판례는 대법원 1998. 9. 4, 96 다 11440 참조(대법원은 구강저 봉와직

Ⅲ. 사안의 검토

1. 의료사고에 있어 의료종사자의 과실을 인정하기 위한 요건 및 그 판단기준

먼저 본 문제사안에서 과실범의 객관적 구성요건요소인 "피고인의 객관적 주의의무위반, 즉 정상의 주의태만이 있었는가"가 문제되어진다(형법 제14조).

(1) 객관적 주의의무위반

객관적 주의의무위반이란 "사회공동생활상 요구되는 주의의무를 다하지 아니한 것"으로 이는 과실범의 행위반가치를 말한다. 객관적 주의의무의 핵심내용은 결과발생예견의무와 결과발생회피의무이다.

의료과오와 관련한 주의의무위반의 판단에 있어서는 의료행위의 특수성이 고려되어져야 한다. 즉, 의료행위는 진료의 대상인 인체에 내재하는 개체의 차 및 환경조건과 관련된 개체의 차에 의해 연유된 일종의 위험행위로서 의료효과의 예측에 대한 불확실성과 다소간의 모험적 성격을 가진다. 따라서 이것은 어느 정도의 '의술의 전문성'을 認容하지 않을 수 없는 근거임과 동시에, '치료의 재량성'이라는 것이 용인되어지는 이유이기도 하다.

결과발생회피의무와 관련하여 인수과실이론이 주장되고 있다.[4] 즉, 행위자가 그의 능력을 감안하여 그 일을 인수하지 않아야 함에도 불구하고 인수한 경우에 인수자체에 이미 과실이 있는 유책한 위험인수라고 하는 이론이다. 예컨대 직업상 요구되는 임상경험이 충분하지 않은 외과의사가 위험한 환자의 수술을 인수한 경우에는 인수행위 속에 이미 객관적 주의의무위반성이 있는 것으로 인정된다.

염 환자에 대한 치과의사의 진료상의 과실을 인정하고 치과의사 소속 대학병원의 사용자 책임을 인정하였다).

4) 김일수/서보학, 형법총론, 박영사, 2002, 495면; 이형국, 형법총론, 법문사, 1999, 377면이하; 임웅, 형법총론, 법문사, 2002, 489면이하 참조.

문제사안에 있어 대법원도 "의료사고에 있어서 의료종사원의 과실을 인정하기 위하여서는 의료종사원이 결과 발생을 예견할 수 있음에도 불구하고 그 결과 발생을 예견하지 못하였고 그 결과 발생을 회피할 수 있었음에도 불구하고 그 결과 발생을 회피하지 못한 과실이 검토되어야 하고(대법원 1984. 6. 12, 82 도 3199; 1987. 1. 20, 86 다카 1469 판결 참조)" 라고 하여 주의의무위반이 인정되기 위해서는 결과발생예견가능성과 결과발생회피가능성을 요구하고 있다.

(2) 주의의무의 표준

법질서가 요구하는 주의의무의 표준을 어디에 둘 것인가와 관련하여 우리나라의 통설 및 판례는 객관설의 입장에서 평균인 표준설의 입장을 취하고 있다.[5] 주의의무는 행위자와 동일한 사정에서 행위하는 일반인에게 요구되는 의무이므로 객관설이 타당한 견해이다. 따라서 업무상 과실에 있어서는 "행위자가 속한 업무상의 생활권에서의 신중하고 사려깊은 업무자에게 객관적으로 요구되는 주의의무"를 표준으로 한다.[6] 다만 객관설에 의하는 경우에도 행위자가 평균인을 초과하는 특별한 지식경험을 가진 경우에는 이를 고려해야 한다.[7] 그러나 이러한 예외는 행위자의 특수한 지식경험에 한하며 행위자의 특수능력에 대하여는 적용되지 아니한다.[8]

주의의무의 표준과 관련하여 객관설에 의하는 경우에도 의료행위의 경우에 있어 의료의 일반수준과 의료환경 및 조건, 의료행위의 특수성 등 제요건이 고려되어야 한다. 최근의 판례도 "의료사고에 있어서 의료인의 과실은 그와 같은 업무와 직무에 종사하는 사람이라면 보통 누구나 할 수 있는 주의의 정도를 표준으로 하여 과실 유무를 논하여야 하며, 이에는 사고 당시의 일반적인 의학의 수준과 진료 환경 및 조건, 의료행위의

---

5) 이재상, 형법총론, 박영사, 2001, 184면; 임웅, 전게서, 495면; 정성근/박광민, 형법총론, 삼지원, 2001, 428면; 대법원 1999. 12. 10, 99 도 3711.

6) 임웅, 전게서, 493면이하 참조.

7) BGHSt. 14, 52.

8) 이재상, 전게서, 183면.

특수성 등이 고려되어야 한다"고 하고 있다.[9)]

주의의무위반여부와 판단과 관련하여 의료과실에 있어 쟁점이 되는 것은 의료의 일반수준과 재량성의 문제이다.

1) 의료의 일반수준

먼저 의료의 일반수준과 관련하여 의료행위에 임하는 의사가 지켜야 할 행동기준이 과학적인 합리성에 근거하여 일반적으로 인정되어지는 '의학준칙'이라는 것에 대해서는 전혀 異論이 없으며, 법적인 주의의무도 이 의학준칙에 충실해야 한다는 것을 요구하고 있다.[10)] 그러나 이 의학준칙 자체가 구체적으로 명시적인 형태로 法定되어 있는 것은 아니고 의사라는 전문가 집단에 의한 고도의 전문지식에 의해 자주적으로 형성되어 유지되고 있는 것이라는 점에 그 특색이 있다. 따라서 무엇이 의학준칙인가 하는 것에 대해 문제시하는 경우에도 전문가 내부의 이론과 실천에 의거하지 않을 수 없다. 더구나 문제는 의학의 발달에 의해 이러한 의학준칙 또한 변화해 가고 있는 점. 그리고 이것이 구체적으로 적용되어야 할 경우에도 주체적 및 객체적인 상황에 의한 개별화와 거듭 수반하는 변화를 예상하지 않을 수 없다는 점에 있다.

이러한 점에 있어 통상 일반의 의사의 그 당시 지득하고 있는 의료의 "일반수준"을 기준으로 해야 할 것이라고 하고 있지만,[11)] 이 원칙하에서 여전히 몇가지 검토를 요하는 문제가 있다.

첫째 평균적인 의사가 가지는 일반수준이라고 하는 경우에 의학의 진보에 의해서 행하는 일반수준의 변화를 어떠한 형태로 평가할 것인가가 문제이다. 이 점에 대해서는 "의학은 나날이 진보하지만 의학의 진보에 의해서 일반수준이 높아질 경우 개개의 의사가 일반수준에 따라갈 수 없는 경우에도 그것을 인정하지 않을 수 없으며, 높아진 일반수준을 기준으로 해서 과실의 유무를 인정하지 않을 수 없다"고 하는 견해가 있다. 그

---

9) 대법원 1999. 11. 23. 98 다 21403.

10) 大谷 實, 醫療行爲と法, 弘文堂, 1990, 118面.

11) 김선석, 「의료과오에 있어서 인과관계와 과실」, 의료사고에 관한 제문제, 재판자료 제27집, 법원행정처, 1985, 93면이하.

러나 이 이론은 의사의 소위 "研鑽義務"로서 이 이론을 일반화하는 것은 위험하다 하겠다. 따라서 의료과실의 판정에 있어 기준은 당시의 보편화된 임상의료수준을 말하며 학계의 연구수준이 기준이 될 수 없다.

둘째 새로운 진료기술이 개발되어 행해지는 경우에 그 보급도를 일반수준으로서 어떻게 평가할 것인가하는 문제이다. 여기에 대해서는 "그 원인, 진단법, 치료법이 선진적 의사에 의해서 서서히 규명되어 전문지에 소개되고 점차 일반 임상의에게도 그 인식이 확대되고 있는 경우… …, 또한 오늘날에 있어 전문분화된 의료체제에 있어 주의의무의 기준을 결정하기 위해서는 먼저 사고 당시까지 그 증상에 대한 의학계의 최첨단 연구성과가 각 분야에 어느 정도 어떻게 영향을 미쳤는가, 다음으로 본 사고당시 위의 연구성과가 일반의 임상의에게 어느 정도 보급되었는가, 당해 의사가 처해진 구체적인 상황이 어떠하였는가"하는 점이 고려되어야 한다. 따라서 구체적 사안의 해결에 있어 그 당시 당해 의료기관에 소속된 의사로서 새로운 치료방법을 알고 이것을 적용할 것인가 어떤가에 대해, 언제쯤부터 일반의 진료기관에서도 실시 가능하였는가 하는 점의 판단에 중요한 의의가 주어지고 있다.

셋째 의사의 일반수준이라는 경우에 있어서도 그 구체적 적용장면에서는 당해 의사가 처한 진료조건, 예컨대 전문성, 지역성, 설비의 정도 등의 요인에 의한 일정의 변화와 수정이 예상된다. 이 점에 있어서는 전문영역 이외의 치료를 한 경우에 있어(예컨대 내과의가 외과수술을 한 경우 등) 인수과실이론(Übernahmefahrlässigkeit)에 의하여[12] "당해 의사에게 요구되어지는 주의의무의 정도는 도시에서 멀리 떨어진 장소에서 다른 전문의가 없는 경우, 긴급하여 부득이한 경우 등 특수한 사정이 있는 경우 이외에는 전문의(외과전문의)로서 일반적으로 해야 할 주의의무가 기준으로 된다"고 하겠다.[13] 그리고 전문영역 이외의 치료에 있어서도 환자를 억지로 인수한 경우에는 전문의와 동등의 의료수준이 요구되지만, 지역적 사

12) 김일수/ 서보학, 전게서, 495면: 임웅, 전게서, 489면이하.

13) 같은 취지의 견해로는 김신규, 「형법상 의료과오의 법리에 관한 연구」, 부산대 법학과 박사학위논문, 1991, 84면이하: 이준상, 「의료과실에 관한 연구」, 단국대 박사학위논문, 1983, 74면이하: 정현미, 의료과오의 형사법적 책임, 한국형사정책연구원, 1998, 57면.

정이나 긴급의 필요에 의해 부득이 행한 경우에는 전문의에게 요구되는 객관적 주의의무의 기준은 경감되어진다고 하겠다. 따라서 이러한 경우 실제에 있어서도 전문영역 이외의 의사인 경우 및 진료의 설비가 없는 것을 이유로 해서 주의의무를 부정한 판례가 있다.[14)]

또한 일반 개업의는 대학병원 정도의 고도의 주의의무를 요구하지 않는다고 하는 판례도 존재한다.[15)] 그러나 동시에 전문외의 지역적 사정 등에 의해 수준에 부합하는 진료를 행할 수 없는 경우에는 필요한 응급조치를 한 뒤 전문의의 진료를 받을 수 있도록 권고할 의무가 있으며 혹은 설비가 갖추어진 병원으로 適期에 환자를 전송할 의무가 있다고 하겠다.

2)의료행위의 재량성

의료행위의 특수성과 관련하여 의료행위의 재량성이 문제되어진다. 의료행위의 "재량성"은 "생명현상 나아가서는 이에 근간으로 하여 행해지는 의료현상은 인체의 병변이나 반응 등이 매우 복잡다양하여 미해명의 부분이 다수 존재하며, 이에 따라 이것에 대응하는 의료의 영역에 있어서도 이를 용이하게 획일적으로 규격화하는 것은 곤란하다"는 점에서 유래하고 있다.[16)] 질병의 태양 및 생체의 반응이 복잡함과 동시에 고도의 전문지식과 기술을 요하는 의학상의 준칙에도 복수의 선택방법이 있으며, 만약 의사의 판단에 어느 정도의 재량을 인정하지 않으면 의료행위는 이루어질 수 없으며 이것을 부정한다면 발생된 결과에 대해서 획일적인 평가와 함께 의사의 절대책임을 인정하게 될지도 모른다. 또한 의사는 이러한 평가로부터 책임을 회피하기 위하여 현실상황에 따른 적절한 진료를 회피하는 결과가 될 것이다.

따라서 의료행위에 있어 어느 정도의 재량성을 인정해야 한다는 점은 학설뿐만 아니라 판례도 원칙적으로 인정하고 있다.[17)] 문제는 그 범위와

---

14) 東京高判 1966. 5. 27 醫療過誤民事裁判例集, 158面.

15) 東京地判 1978. 12. 14, 判例時報, 第952號, 96面.

16) 松倉 豊治, 「醫療行爲における裁量の特質」, 判例タイムズ, 第31卷, 第17號, 1980. 8, 10面.

17) 판례는 '특히 의사의 질병 진단의 결과에 과실이 없다고 인정되는 이상 그 요법으로서 어떠한 조치를 취하여야 할 것인가는 의사 스스로 환자의 상황 기타 이에 터 잡은 자기의 전문적 지식경험에 따라 결정하여야 할 것이고 생각할 수 있는 몇 가지의 조치가 의사로서 취할 조치로서 합리적인 것인 한 그 어떤 것을 선택할 것이냐는 당해 의사의

한계의 문제이다. 즉, 의료처치의 선택에 있어서는 일정의 범위 내에서 의사의 재량인정의 필요성에 대해서는 異見이 없지만, 문제는 그 재량의 허용 한도를 어떻게 정할 것인가 하는 점이다. 즉, 재량의 범위 내에 속하는 한 그것은 당연히 의사의 전권사항에 속하는 것으로서 惡結果가 발생하여도 주의의무위반이 있다고 할 수 없으나 이러한 재량에는 합리적인 한계가 있으며, 그러한 조치를 하는 것이 객관적으로 보아 타당하지 않을 때에는 과실책임을 묻는 것도 부정할 수 없다고 할 수 있다.

의료행위에 있어 재량의 합리성은 개개의 문제분야에 있어 구체적으로 논정되어야 할 것으로 여기에서 판례분석이 중요한 의의를 가지게 되지만, 일반적으로 그 범위를 획정하는 것은 당해 분야에서의 "의학 및 의료수준"이라고 할 수 있다. 의학 및 의료수준 자체가 일정의 폭을 가진 경우에는 그 범위 내에서 의사의 합리적인 재량이 허용되어진다고 할 수 있다. 그러나 최근에는 거듭 이상의 것들과 함께 의사의 재량과 환자의 자기 결정권과의 관계가 문제되어지고 있다. 의료행위의 선택자체가 환자에 대한 "설명의무"와 관련되어지면서 의사의 재량성은 이러한 면에서도 제약되어지는 경우가 나타나고 있다. 다만 이 때에도 설명의무를 과하는 경우의 합리적인 "재량"의 영역이 거듭 문제되어지는 것에 주의할 필요가 있다. 여기에서 재량은 오히려 의사에 의한 時宜에 알맞은 적절하고 타당한 처치를 기대하기 위한 전제로서, 그 합리적 재량의 일탈이 법적 책임으로 문제되는 것은 "의사가 현대의학의 학설에 반하여 당연하게 해야 할 처치를 취하지 않는 등 현저한 치료의 과오를 범한 경우"에 한한다고 할 것이다.

본 문제사안과 관련하여 대법원은 "과실의 유무를 판단함에는 같은 업무와 직무에 종사하는 일반적 보통인의 주의정도를 표준으로 하여야 하며, 이에는 사고 당시의 일반적인 의학의 수준과 의료환경 및 조건, 의료행위의 특수성 등이 고려되어야 하는 것이다(대법원 1987. 1. 20, 86 다카

재량의 범위 내에 속하고 반드시 그중 어느 하나만이 정당하고 이와 다른 조치를 취한 것은 모두 과실이 있는 것이라고 할 수는 없다`고 하고 있다(대법원 1984. 6. 12, 82 도 3199).

1469 판결 참조)"라고 하여 주의의무위반여부의 판단을 객관설의 입장에서 의료의 일반수준과 의료환경 및 조건, 의료행위의 특수성 등 제요건을 고려하여 통합적으로 판단한다는 견해임을 알 수 있다.

(3) 문제사안의 검토(피해자의 증상이 패혈증으로 발전할 우려가 있는 경우, 피고인에게 과실을 인정하기 위한 조건)

본 문제사안에서 대법원은 "원심은 같은 해 7. 7.부터 피고인에게 환자의 패혈증에 대비하여 내과의사와 흉부외과의사에게 흉부 X선 촬영 및 타액검사 등을 시행하여 줄 것을 요청하는 등 적극적으로 협진하였어야 할 것임에도 소극적 협진만 하다가 7. 9.부터 비로소 적극적 협진을 시작한 것이 과실이라고 판단하고 있는바, 피고인 스스로 피해자가 패혈증으로 발전할 우려가 있는 것으로 보고 있었다는 것이므로(공판조서 510면), 피고인이 예견한 패혈증으로의 발전을 회피할 수 있었는데도 회피하지 못한 것인지 여부가 문제가 된다고 할 것인데, 피고인은 같은 해 7. 6.부터 2, 3일 간격으로 혈액검사를 하도록 하고 3회에 걸쳐 혈액배양 실험을 하였으나 이상이 없었다는 것이어서 패혈증으로 이미 발전한 것으로는 생각지 않았던 것으로 보이고(공판조서 510면), 이에 따라 내과의사들에게 증상을 설명하여 상담하는 방식으로 협진하였다는 것이다"라고 하고 이어서 "감정인 최강원의 보충감정서의 기재에 의하면, 혈액배양에서 균이 검출되지 않았어도 패혈증의 증상과 임상경과를 나타내고 있으면 패혈증이라고 보아야 하고 피해자가 7. 9.에는 이미 패혈증을 가지고 있었다고 하면서, 1992년 미국 흉곽내과-중환자치료학회의 패혈증 정의를 인용하고 있으나(공판기록 671, 672면), … …피고인이 패혈증에 관한 최신 정의를 알지 못하여 이미 진행 중인 패혈증을 아직 진행하지 않고 있는 것으로 잘못 판단하고 적절한 치료방침을 정하지 못한 것이라 하더라도 그 판단이 현재 우리 나라의 일반적 기준으로서의 의학수준과 함께 기록에 나타난 피고인의 경력·전문분야 등 개인적인 조건이나 진료지·진료환경 등을 고려할 때, 통상의 의사의 정상적인 지식에 기한 것이 아니고, 따라서 그것이 과실이라고 단정하기는 어렵다고 할 것이고(대법원 1987.

1. 20. 선고 86다카1469 판결 참조)"라고 하고 있다.

여기에서 대법원도 의료행위의 일반수준과 관련하여 보편화된 임상의료수준을 기준으로 제요건을 고려하여 판단한다는 견해를 거듭 표명하고 본 사안에 있어 " 피고인이 패혈증에 관한 최신 정의를 알지 못하여 이미 진행 중인 패혈증을 아직 진행하지 않고 있는 것으로 잘못 판단하고 적절한 치료방침을 정하지 못한 것"은 평균적인 의사의 일반적인 지식에 속하지 아니하는 것으로 과실을 부정하고 있다. 그러나 본 사안에서 대법원은 패혈증의 정의와 관련하여 "감정인 최강원의 1992년 미국 흉곽내과-중환자치료학회의 패혈증 정의를 인용하고 있는 것"에 대해 단순히 "의학사전의 사본 등"에 기재된 패혈증의 정의를 원용하여 이를 기초하여 감정인의 감정을 배척한 것은 의문이다. 의학사전이란 사전이 갖는 개괄성과 보편성을 고려할 때 이것에 근거한 의료행위의 일반수준을 판단한 것에 동의하기 어렵다. 즉, 의학사전의 일반적인 패혈증의 정의에 따라, "혈액검사 결과 이상이 없었다는 점을 토대로 피해자의 증상이 패혈증으로 발전하지 않았다고 본 피고인의 판단을 나무랄 수 있는 것인지 의심이 가고"라는 판단은 너무 단순하고 안이한 판단으로 사료된다.

다음으로 협진의 문제와 관련하여 대법원은 "단순한 대진의뢰 등 소극적 협진마저도 그 시기가 적절치 않았는지 여부와 이에 그치지 않고 내과로 전과하는 등 적극적 협진을 하였다면 그 치료방법이 어떻게 달라져서 피해자의 생명을 구할 수 있었는지 여부가 심리되어야 한다"고 하고 있다. 여기에서 "루드비히 안기나에 대한 치료는 환자의 상태가 전신적으로 악화되기 전까지는 일반적으로 구강악안면외과에서 단독으로 치료하는 것이 대학병원의 일반적인 관례라는 감정인의 감정서"를 인용하여 조기의 적극적 협진을 하지 않은 피고인의 행위에 대한 주의의무위반을 소극적으로 판단하고 있으나, 피해자가 7월 1일 피고인의 병원에 입원한 이후 수련의들의 치료행위가 피해자의 증상을 개선하지 못하고 상황이 악화되자 7월4일 피고인이 직접 치료행위를 개시한 것을 알 수 있다. 따라서 피해자의 입원병원이 대학병원인 점 등을 고려할 때 문제사안에 있어 피고인이 치료행위에 개입 시에 이미 내과적 질환인 패혈증 등으로

진전되는 것이 의심할만하였으므로 적극적 협진이 요구되는 사안이며 이 부분에 있어 주의의무위반이 있다 할 것이다.

이외에도 대법원이 "내과로 전과하는 등 적극적 협진을 하였다면 그 치료방법이 어떻게 달라져서 피해자의 생명을 구할 수 있었는지 여부가 심리되어야 할 것이다(대법원 1990. 12. 11. 선고 90도694 판결 참조)"라는 적시에 대해서는 주의의무위반의 존부와 함께 발생된 결과와의 사이에 인과관계가 문제되어진다. 본 사안과 관련한 인과관계의 문제는 후술한다.

2. 진료체계상 담당의사가 아닌 대학병원과장의 주의의무

일상의 사회생활은 다수의 사람의 여러 종류의 분업활동의 집적 위에 성립하고 있다. 여기에서 모든 관여자가 개별적으로 주의를 다할 뿐만 아니라 다른 참가자의 행동의 전부를 체크할 것을 요구하는 것은 원활한 사회생활의 수행을 불가능하게 할 수 있다. 특히 1960대 이후 과실범의 형사벌에 의한 억제력의 한계를 근거로 다른 교통관여자의 규정위반에 의한 교통사고에 있어서 규정을 준수할 것을 신뢰해서 운행한다면 과실책임을 문의하지 아니한다는 '신뢰의 원칙'(Vertrauensgrundsatz)이 교통생활영역에서 광범위하게 인정되어지게 되었다.[18] 그리고 이러한 원칙은 현대생활에 있어 도로교통의 영역을 초월하여 다수인의 업무분담이 요구되어지는 모든 과실범의 영역에서 주의의무의 한계를 확정하는 원리로 발전되어지게 되었다.

따라서 이러한 경향은 의료영역에 있어서도 의료의 전문화·대량화와 함께 분업의료에 있어서도 이러한 원칙을 적용하여 공동작업의 의료종사자는 환자의 진료전체에 대하여 각자 형사책임을 지는 것이 아니라 자신이 분담한 의료영역에 대해서만 책임을 지게 할 것인가 하는 적용확대의

---

18) 신뢰의 원칙은 일찍부터 교통생활영역에서 독일의 판례를 통해 형성된 이론이다(Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht, Allg.T., Tb.2, 6.Aufl., 1987, S.101: RGSt 70, 71: BGHSt 4, 47: 7, 118: 9, 93: 14, 211). 그리고 이 원칙은 더욱 발전되어 오스트리아, 일본 등은 물론 우리의 대법원도 이 원칙을 수용하고 있다(대법원 1998. 9. 22. 98 도 1854).

문제가 대두되었다. 또한 이러한 문제는 역으로 분업의료의 경우에 다른 공동관여자의 부주의가 자신의 과실로 될 수 있는가하는 문제이다.

요컨대 오늘날 신뢰의 원칙은 허용된 위험의 법리가 적용된 특수한 경우로서 과실범의 객관적 주의의무 위반을 제한하는 원리로서 작용함과 함께 위험한 행위의 분업적 공동작업이 이루어지는 모든 형태의 과실범에 대하여 그 적용범위를 확대하는 경향이며 의료의 경우에도 예외현상이 아니다.[19] 그러나 실제에 있어 이러한 원칙을 의료분업에 적용하는 경우에 있어서도 그 내용은 의료행위의 장면마다 상이하며 개별 행위자의 의료분업에 의한 책임영역의 분할을 어떻게 한정하여 합리적으로 조정하느냐에 따라 상이한 결론이 도출되어진다. 오늘날 의료영역에 있어 의학기술의 비약적 진보와 함께 의사 상호간 또는 의사와 간호사 등 보조자와의 분업적 협동은 필수불가결하며 이들 상호간의 협력없이는 의료활동이 사실상 불가능해지게 되었다. 먼저 의료영역에 있어 신뢰의 원칙이 적용되어지기 위해서는 공동작업자 상호간에 있어 신뢰를 기초지울 수 있는 분업관계가 확립되어 있을 것을 요한다. 또한 공동작업자 상호간 지휘·감독책임이 인정되는 경우에 이 원칙의 적용은 제약을 받게된다. 후자의 경우에 있어서는 의사가 주재하는 의료활동이 필요로 하는 보조작업의 내용이나 보조자의 자격·능력 등을 공동작업체재 및 형태 등을 근거로 종합적으로 고려해서 결정해야 할 것이다. 즉, 작업분담이나 의료관계자격제도가 전제로 하는 합리적인 범위, 보조자가 실무경험을 많이 쌓은 유능한 유자격자로서 보조작업이 용이하여 위험성이 낮으며 과오방지체재가 정비되어 있을 것 등의 조건이 갖추어져 있으면 있을수록 신뢰허용범위는 넓혀진다. 또한 이러한 신뢰도 중도에 이상한 징후가 나타나는 등 신뢰의 원칙을 동요하게 하는 사정이 출현하면 허용범위가 좁혀지는 동적 성격을 가진 것이라고 하겠다.

여기에서 신뢰의 원칙의 분업의료에서의 적용에 있어서는 의료인 상호간에 업무분담영역이 불명확하거나 의료인 상호간 의사소통이 불완전하

---

19) 이재상, 전게서, 188면: 임웅, 전게서, 446면: H.H.Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, Allg.T., 3.Aufl., 1978, S.458: H.Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11.Aufl., 1969, S.132.

여 조화되지 않는 경우 등을 어떻게 처리할 것인가가 문제되어진다. 의료에 있어서의 신뢰의 원칙과 관련하여 문제되는 사례군은 다시 수평적 분업(horizontale Arbeitsteilung)과 수직적 분업(vertikale Arbeitsteilung)으로 대별되어진다. 전자는 수술에 공동으로 참여하고 있는 외과의사와 마취의와 같이 각자 독립적인 영역에서 상호 대등한 정도의 권한과 함께 상대의 지시로부터 자유로운 위치에 있음에 반하여, 후자는 전문의와 수련의, 의사와 간호사처럼 상하의 인적구조 관계로서 상위자의 지휘, 감독권과 하급자의 순응을 특징으로 하고 있다.

(1) 수평적 분업

분업의료에 있어 신뢰의 원칙와 관련하여 문제되어지는 사례군의 하나인 수평적 분업에 있어서는 의사상호간에 있어 신뢰의 원칙을 적용여부 및 그 내용이 문제되어진다. 종합병원 등에서 독립된 各科 사이에 있어서 혹은 공동으로 외과수술을 행하는 경우에 있어 수술이 차질없이 진행되기 위해서는 참여하고 있는 의사들은 다른 동료의사들이 주의의무를 다할 것이라는 것을 신뢰하면 족하며, 다른 의사가 적절하게 행위하는가 혹은 검사결과가 정당한가에 대하여 확인할 주의의무는 없다고 하겠다. 이 경우에 다른 전문의의 영역에 대하여 규제하고 감독하는 일을 기대하는 것은 잘못이다. 예컨대 수술시 외과의사는 마취담당의가 전신관리를 행하는 경우에는 관여자의 고도의 전문성 때문에 수술의 전후에 있어서 마취의의 판단, 지시를 전적으로 신뢰해도 좋다 하겠다.[20]

만약 수평적 의료분업에서 이러한 원칙이 적용되지 않는 경우에는 수술실에서의 소모적인 시간낭비와 함께 원활하고 효율적인 의료행위는 불

---

20) Schönke/Schröder/Cramer, StGB, 25.Aufl., 1997, §15, Rdnr.151; BGH NJW 1980, 649ff. 마취의사가 외과의사의 소견과 진단을 신뢰한 것에 대해 마취의사의 과실을 부인한 사례이다. 이 사례는 「18세의 환자가 이미 수술대에 눕혀진 상태에서 마취의가 초빙되었다. 그런데 외과의사가 그 전에 환자의 상태를 진찰해 보고 이를 흔히 있는 급성맹장염으로 진단을 내렸기 때문에 마취의는 단순히 괜찮은가만 물었고 환자도 괜찮다고 대답하였다. 그래서 마취의는 환자의 배를 만져보거나 또는 臟器의 소리를 들어보는 일은 하지 않았던 바 환자는 곧 이어 腸경련을 일으키고 위와 장에 소화되지 않은 음식이 남아 있어서 마취시 튜버를 넣기 전에 이를 토해 내게 되었다. 이러한 일련의 과정은 그 후 肺炎으로 발전하게 되었고 환자는 결국 이틀 후에 사망한 사건이다.」

가능하게 되어 이는 궁극에 있어서는 환자의 추가적인 위험으로 귀착되어진다. 이외에도 수혈하는 의사는 동료의사가 실시한 혈액형검사를 신뢰한 경우에도 동일하다.

수평적 분업과 관련하여 문제되어지는 다른 하나는 轉院된 경우에 있어 전원 이전의 의료행위에 대한 신뢰의 원칙의 적용여부이다. 전원된 경우에 있어 이후에 치료행위를 하는 의사는 이전에 치료를 맡았던 의사의 의견을 따를 의무도 없으며 책임 또한 새로이 떠맡게 된다. 따라서 전원 이전의 의사가 작성한 진료자료를 넘겨받았을 때 신뢰의 원칙이 미치는 범위는 대부분 규명되어 있지 않은 상태이므로 조사결과에 대한 의심은 오히려 권장할만 하며, 잘못되었을까 우려가 있는 조사결과는 이를 신뢰해서는 안되며 정밀하게 재검사를 해야 한다.[21] 또한 의약분업과 관련하여 의사와 약사는 상호간의 위임과 신뢰를 바탕으로 기본적으로 양자는 독립된 협조의 분야이며 각자는 고유한 책임의 영역을 갖는다. 약사는 의사의 처방전대로 조제해야 하며, 그것에 따른 부작용은 전적으로 처방전을 교부한 의사의 책임이라 하겠다.[22]

(2) 수직적 분업의 경우

수직적 분업의 경우는 상하의 인적구조 관계로서 상위자의 지휘, 감독권과 하급자의 순응을 특징으로 하고 있다. 수직적 분업의 경우에 실무의 사례로서 자주 등장하는 것이 의사와 다른 의료인 사이 특히 간호사의 과실에 의한 의료사고에 있어서 의사의 감독과실처벌을 인정할 것인가가 문제되어진다. 즉, 간호사 등의 보조자의 과실에 의해 악결과가 발생한 경우에 의사가 어느 정도의 지도·감독상의 책임을 부담할 것인가 하는 점으로 이와 관련한 형사판례는 적지 않다. 여기에서 법령이 정한 자격요건을 가진 보조자의 경우에 있어 감독자의 감독의무란 물샐틈없는 감독이 아니라 이따금씩의 감독에 의해서도 지시된 보조업무를 차질없이 이

---

21) 안동준, 「치료상의 실수에 대한 의사의 법적 책임」, 김종원교수화갑기념논문집, 법문사, 1991, 335면.

22) 수평적 분업과 관련한 판례로서는 대법원 1976. 2. 10, 74 도 2046; 1970. 1. 27, 67 다 2829; 1970. 2. 6, 69 도 2190; 1993. 7. 27, 92 도 2345; 1996. 9. 24, 95 도 245.

행할 것이라는 신뢰를 전제로 한다.[23]

신뢰의 원칙을 team의료에 있어 감독자와 피감독자 사이에도 적용가능한가가의 문제에 있어서는 책임의 분배라는 관점에서 일정한 경우에는 신뢰의 원칙을 적용하는 것이 타당하다. 의료현실에 있어 전문적 교육·훈련을 받은 실제에는 올바른 직무를 수행해야 할 간호사 등의 보조자에게 기대되어지는 행동을 할 것이라는 신뢰를 기대하지 않는다면, 이러한 자들의 과실에 있어서도 형사감독책임이 추급되어지는 것으로 되어 의료활동의 원활한 수행을 부정하는 것이 된다. 이때 감독 관리자의 신뢰를 허용하는 것은 그의 감독 관리 하에 있는 자의 자격·훈련 이외에 설비 등의 전제조건이 충족되어져야 하지만 그 원칙적 요건이 충족되는 한 감독·과실처벌은 신뢰를 허용하지 않을 특별한 사정이 있는 경우에 한정해야 할 것이다.[24] 그러나 이것을 단지 형식적 업무분담이라는 측면에서만 판단한다면 단순히 업무를 부하에게 위임하면 상사는 면책되어진다고 하는 것으로 되어 타당하지 아니하다.

먼저 이러한 경우에는 감독자·피감독자의 사이에 실질적 신뢰관계가 전제되는 경우에 비로소 신뢰의 원칙이 적용되어 감독자의 구체적 예견가능성이 부정된다고 할 것이다. 따라서 단지 "베테랑간호사라는 것만으로는 족하지 아니하고 당해 치료에 관하여 과거에 신뢰가 형성되어 있었는가 어떤가가 중요한 포인트"라고 하겠다. 또한 "구체적 위험발생의 조짐"의 유무는 중요한 고려사항이라고 하겠다. 이것이 확실한 경우에는 신뢰의 원칙만을 근거로 과실책임을 부정할 수는 없다.

나아가 신뢰의 원칙을 공동작업에 의한 위험한 업무에 확대함에 있어서는 신뢰를 기초 지울 수 있는 분업관계가 확립되어 있을 것을 요한다. 따라서 의사와 보조자와 관계와 같이 다른 사람에 대한 지휘·감독의무가 있는 경우에 이러한 의무를 다하지 않은 경우에는 신뢰의 원칙은 그

---

23) 이상돈, 의료형법, 법문사, 1998, 117면: 의사가 진료보조자의 신뢰가 가능한 범위를 일탈하여 감독의무를 다하지 아니한 과실이 있음을 인정한 사례로서는 대법원 1990. 5. 22, 90 도 579 참조.

24) 日最判 1990. 2. 16, 刑集 44. 8. 744.

적용에 있어 일정한 제한을 받는다. 더구나 수습중인 자나 미자격자의 경우에는 신뢰의 원칙이 적용될 여지가 없게된다. 예컨대 전문의가 시행하여야 할 수술을 아직 충분한 능력을 갖추지 아니한 수련의에게 맡기는 경우에는 경험있는 전문의의 의료수준이 보장되어져야 하며 감독책임이 문제되어질 수 있다.

또한 의사가 의료보조자를 지시할 때에는 의료행위의 위험을 미연에 방지할 수 있을 정도로 구체적이어야 한다. 실제에 있어 "간호사, 약제사의 자격이 없는 의약품 등에 관한 기초적 지식이 불충분한 자에게 그 주문, 수령, 調合을 맡기는 것은, 항상 잘못 투여의 위험이 있는 것으로부터 예컨대 오래 동안 맡겼다는 사정이 있어도, 의사로서는 그 자의 행위를 신뢰하는 것은 허용되지 않으며, 환자에게 의약품을 복용시키기 위해서는 스스로 調合하던가, 혹은 무자격자가 조합할 때에는 자기의 직접 지휘하에 조합하던가, 사후에 그 조합에 잘못이 없는가의 여부를 확인해야 할 업무상의 주의의무가 있다"고 하겠다.[25]

일부에 있어서는 신뢰의 원칙의 의료영역에의 적용에 소극적인 입장에서 이 원칙의 적용을 수술 중에 한하여 한정적으로 인정하자는 견해도 있지만,[26] 반드시 그것에 한정할 필요는 없다고 하겠다. 물론 수술은 집도자가 수술작업의 주의집중이 요구되는 영역이므로 집도의의 신뢰의 허용범위를 넓게 인정할 실제적인 필요성이 높은 것이 사실이다. 따라서 수술에 착수한 시점에서의 집도의의 보조자에 대한 감독의무의 이행은 매우 한계를 가진다. 그리고 이것은 집도의를 감독하는 指導醫에게도 타당하다 하겠다.[27]

이상의 논거들에 대하여 지휘·감독관계에 있는 의사와 간호사 등 수직적 의료분업에서는 의사의 특별한 조치가 존재하지 않은 한은 원칙적

---

25) 函館地判 1978. 12. 26. 判例時報 935, 136.

26) 町野朔, 「過失犯における豫見可能性と信賴の原則」, ジコリスト 第575 , 1974. 11, 78面.

27) 신뢰의 원칙에 의해 집도의의 형사과실을 부정한 사례로서는 일본의 北大電氣メス사건이 있다(泉 正夫, 「北大電氣メス事件の實像と虛像」, 中山研一·泉 正夫, 醫療事故の刑事判例, 成文堂, 1993, 309面以下 參照).

으로 신뢰의 원칙이 적용되지 않는다는 견해가 있다.[28] 현실적으로 수직적 분업의료의 영역에서 신뢰의 원칙의 적용을 인정한 대법원의 형사판례 또한 찾아보기 어렵다. 이 문제에 있어서는 종래 민사책임으로서는 대개 보조자의 과실은 동시에 의사의 채무불이행으로서 의사에게 절대적인 책임을 지우게 되었으며, 형사책임에 있어서도 일반적으로 의사는 보조자인 간호사 등의 과실에 의한 결과에 대해서는 그것을 지휘 감독하여 과오의 발생을 방지해야 할 주의의무가 있으며, 그 과오를 시정하는 것이 가능하다고 인정되는 한에 있어 의사도 책임을 면할 수 없었다. 따라서 판례에 있어서도 간호사의 형사과실이 인정되어지는 사례에 있어서는 대부분의 경우에 의사의 형사책임도 인정되는 경향이다.

록신(C. Roxin)은 분업적 공동작업에서 신뢰의 원칙의 적용의 한계와 관련하여 "신뢰의 원칙의 효력을 상실시키는 이러한 특별(감독)의무가 누구에게 있는지 또는 어느 정도인지는 분업의 개별 형태에 따라 아직 더 자세하게 연구되어져야 한다. 다만 가장 능력있는 공동작업인에게는 그가 자신의 분담업무를 태만히 할 위험없이 이행할 수 있을 정도로만 다른 공동작업인에 대한 감독의무가 부과되어야 한다는 점을 대강의 규준으로 제시할 수 있다'고 하고 있다.[29]

신뢰의 원칙과 결과발생의 예견가능성과의 관계에 있어서는 과실이론상의 문제가 남아있지만 신뢰의 허용한도를 개별·구체적으로 분석해서 적용한다면 양자의 接點이 가능하며 형식적인 분리에 의해 문제가 해결되는 것은 아니다. 신뢰의 기준도 보조자의 자격이나 경험, 부조작업의 위험성, 과오방비체제의 정비상황 등의 점들을 고려해서 각 사례에 있어 실질적으로 논증해야 할 것이다. 따라서 이러한 관점에서 판례의 사안을 검토하는 것은 형사과실뿐만 아니라 민사과실에 있어서도 합리적인 한계설정의 가능성이 있다고 생각한다. 대법원은 치료과정에서 야간당직의사의 과실이 일부 개입한 경우에도 주치의의 업무상과실치사죄의 책임을

---

28) 정영일, 「의료과실에 있어서 위험의 분배」, 법정고시, 1998. 6, 125면.

29) C. Roxin, Strafrecht, Allg.T., Bd.1, 3.Aufl., 1997, S.928.

인정한 판례가 있으며,[30] 또한 수련의에게 마취를 담당케 하여 의료사고가 발생한 경우, 종합병원측의 과실이 추정된다고 판단한 사례도 있다.[31]

마지막으로 분업의료에 있어 설명의무와 관련하여 예컨대 종합병원에서 치료와 수술을 받은 환자는 거기에 참여하고 있는 모든 의사로부터 직접 설명을 듣는 것이 아니라 지도·감독을 하는 의사에 의해 설명을 듣는 것으로 만족해야 한다.[32] 또한 마취의는 마취과정에서 또는 깨어나는 과정에서 수반되는 구체적 위험에 대해 설명하면 족한 반면, 외과의사는 수술에 의해 환자에게 야기되는 중요기능의 장애에 대하여 설명해야 할 위치에 있다 하겠다.

(3) 이상의 논지들을 요약하면 다음과 같다.

오늘날 신뢰의 원칙은 허용된 위험의 법리가 적용된 특수한 경우로서 과실범의 객관적 주의의무 위반을 제한하는 원리로서 작용함과 함께 위험한 행위의 분업적 공동작업이 이루어지는 모든 형태의 과실범에 대하여 그 적용범위를 확대하는 경향이며 의료의 경우에도 예외현상이 아니다. 그러나 실제에 있어 이러한 원칙을 의료분업에 적용하는 경우에 있어서도 그 내용은 의료행위의 장면마다 상이하며 개별 행위자의 의료분업에 의한 책임영역의 분할을 어떻게 한정하여 합리적으로 조정하느냐에 따라 상이한 결론이 도출되어진다.

여기에서 먼저 의료영역에 있어 신뢰의 원칙이 적용되어지기 위해서는 공동작업자 상호간에 있어 신뢰를 기초지을 수 있는 분업관계가 확립되어 있을 것을 요한다. 나아가 이러한 전제요건이 충족되어지는 경우에 있

---

30) 대법원 1994. 12. 9, 93 도 2524.

31) 대법원은 "수술당일 환자측으로부터 집도의와 마취담당의를 특정한 특정수술신청을 받고 이를 승낙하고서도 불과 2주간 수술과 수련을 한 수련의(인턴)에게 수술 및 수술회복조치를 담당하게 하여 그 결과 수술회복과정에서 의료사고가 발생하였다면 병원측에서 위 사고가 위 수련의의 경험부족으로 인한 것이 아니라 약물 자체의 부작용이나 환자의 특이체질등 병원측에 책임없는 사유로 인한 것임을 밝히지 못하는 이상 위 사고는 위 병원 수술과 의사들이 경험이 부족한 수련의에게 수술 및 수술회복조치를 담당하게 한 수술관리상의 잘못으로 인한 것으로 추정함이 상당하다"고 하고 있다(대법원 1986. 1. 15, 84 나 3990).

32) 안동준, 전게논문 338면.

어서도 공동작업자 상호간 지휘·감독책임이 인정되는 경우에 이 원칙의 적용은 다시 제약을 받게된다. 후자의 경우에 있어서는 의사가 주재하는 의료활동이 필요로 하는 보조작업의 내용이나 보조자의 자격·능력 등 공동작업체재 및 형태 등을 근거로 결정해야 할 것이다. 또한 이러한 신뢰도 중도에 이상한 징후가 나타나는 등 신뢰의 원칙을 동요하게 하는 사정이 출현하면 허용범위가 좁혀지는 동적 성격을 가진 것이라고 하겠다.

분업의료에 있어 수평적 분업에 있어서는 종합병원 등에서 독립된 各科 사이에 있어서 혹은 공동으로 외과수술을 행하는 경우에 있어 수술에 참여하고 있는 의사들은 다른 동료의사들이 주의의무를 다할 것이라는 것을 신뢰하면 족하며, 다른 의사가 적절하게 행위하는가 혹은 검사결과가 정당한가에 대하여 확인할 주의의무는 없다고 하겠다. 판례도 이러한 사례들에 있어서는 적극적으로 신뢰의 원칙의 적용을 인정하고 있음을 볼 수 있다. 또한 轉院된 경우에 있어 이후에 치료행위를 하는 의사는 이전에 치료를 맡았던 의사의 의견을 따를 의무도 없으며 책임 또한 새로이 떠맡게 되어 신뢰의 원칙의 적용이 배제된다.

수직적 분업의 경우에 있어 판례는 신뢰의 원칙의 적용에 있어 대단히 소극적인 입장을 견지하고 있음을 볼 수 있다. 즉, 간호사 등의 형사과실이 인정되어지는 사례에 있어 의사의형사책임도 인정되는 경향에 있다. 학설의 경우에 있어서도 수직적 의료분업의 경우에 있어서는 신뢰의 원칙의 적용을 수술 중에 한정적으로 인정하자는 견해, 혹은 분업의료에 있어서 분업화가 의료의 주체로서 의사의 책임이 완화되는 것은 아니며 원칙적으로 그 적용을 배제하려는 이론이 제기되고 있음을 볼 수 있다.

그러나 신뢰의 원칙이 분업의료에서도 적용되어야 한다는 것을 전제로 하는 이상 수직적 의료분업에 있어서도 합리적인 한계의 범위 내에서 보조자의 신뢰를 기대해도 좋은 경우가 있을 수 있으며, 여기에서 분업의료의 성질, 내용과 임상현실 등을 고려하여 보조자의 자격요건에 상응하는 신뢰원칙의 적용은 가능하다 할 것이다. 여기에서 대강의 원칙으로 의사 등 상급자는 자신의 분담업무를 태만히 할 위험없이 이행할 수 있을 정

도로만 감독의무가 부과되어야 할 것이다. 나아가 분업의 원리에 의해 의사 등의 감독상의 과실을 합리적으로 한정하는 기능으로서 신뢰의 원칙은 우리의 의료현실 등을 감안하여 각 사례에 있어 실질적으로 논증할 필요성이 있음은 물론이다. 이러한 관점에서 판례의 사안을 검토하는 것이 합리적인 한계설정을 위해 도움이 될 것이다.

(4) 문제사안의 검토

"대학병원 과장이라는 이유만으로 외래담당의사 및 담당 수련의들의 처치와 치료결과를 주시하고 적절한 수술방법을 지시·감독하거나 또는 직접 수술할 주의의무가 있는지 여부"와 관련하여 대법원은 "피고인은 의과대학 부속병원 구강악안면외과 과장이지만 진료체계상 피해자를 담당한 의사가 아니었다는 것인데, 기록에 의하면, 일반적으로 대학병원의 진료체계상 과장은 병원행정상의 직급으로서 다른 교수나 전문의가 진료하고 있는 환자의 진료까지 책임지는 것은 아니고, 소속 교수 등이 진료시간을 요일별 또는 오전, 오후 등 시간별로 구분하여 각자 외래 및 입원환자를 관리하고 진료에 대한 책임을 맡게 된다는 것이다. 그러한 사정을 감안하면, 피고인에게 피해자를 담당한 의사가 아니어서 그 치료에 관한 것이 아님에도 불구하고 구강악안면외과 과장이라는 이유만으로 외래담당의사 및 담당 수련의들의 처치와 치료 결과를 주시하고 적절한 수술방법을 지시하거나 담당의사 대신 직접 수술을 하고, 농배양을 지시·감독할 주의의무가 있다고 단정할 수 없는 것이다"라고 하고 있다.

대법원의 위 논지와 관련하여 먼저 "피고인은 의과대학 부속병원 구강악안면외과 과장이지만 진료체계상 피해자를 담당한 의사가 아니었다"고 하고 있다.[33] 여기에서 일반적으로 수술과 관련하여 문제되는 사안에 있

33) 동사안에 대한 민사판례의 판결이유를 보면 "여환호(구강외과과장)가 주도적으로 수술에 개입하기 이전에도 피해자가 문제의 병원에 입원한 익일에 수련의 이효빈으로부터 피해자의 상황을 보고 받고 자신의 교육, 지도를 받는 수련의 김수관과 이효빈으로 하여금 환부에 대한 절개 및 배농을 실시하도록 지시한 점, 그리고 다음날 회진하여 덜 절개된 부분을 발견하고 다시 절개수술를 지시한 점 등"에서 실제에 있어 피해자에 대한 의료행위와 관련하여 피고인이 단순한 행정라인에 있음에 불과한 것이 아니라 전문의와 수련의의 상하 인적구조 관계로서 수련의를 지도·감독할 위치인 수직적 분업자의 위치에 있다고 볼 여지가 있다(대법원 1998. 9. 4, 96 다 11440).

어서는 수술의 필요성 여부, 시기의 판단, 수술기법, 수술관리체재와 관련한 수술전과 수술중의 관리, 수술부위의 세균감염, 수술부위내의 異物質의 잔류, 수술후의 환자관리 등이 문제된다.

수술관리체재와 관련하여서는 물적 시설에 대한 관리의 문제와 인적체재에 있어 감독 과실이 문제되어진다. 먼저 물적 시설에 대한 관리과실과 관련하여 수술의 중심은 수술작업이지만 수술이 기대하는 방향으로 수행되어지기 위해서는 수술내용에 부합하는 다수의 기구나 장비의 준비가 필요하며 이러한 것들이 소정의 기능을 가지는 것이 필요불가결하다. 예컨대 수술을 위한 수술용 의료기기, 마취장치, 각종 계측장치, 그리고 청정장치 등 부수설비의 충족·정비가 요구되어진다.

인적 체재에 있어 감독과실과 관련하여 수술에는 수술전, 수술시행의 전과정 그리고 수술 후를 통해서 여러 가지 의료행위의 집중이 필요하며, 집도의를 중심으로 指導醫를 포함한 手術助手, 마취와 함께 전신상태를 관리하는 마취의, 간호사, 임상병리의를 포함한 검사담당자 등 많은 의료관계자의 협력이 불가결하다. 이것은 수술작업을 핵으로 유기적인 관련을 가진 복합적인 조직활동인 것이다. 또한 이러한 공동작업은 일반의료행위로서도 행하여지지만 특히 수술의 경우는 장소적으로도 집약된 복잡한 공동작업인 점에 그 특징이 있다. 執刀醫 그룹이 중심이지만 집도의가 항상 지휘감독자의 입장에 서 있는 것은 아니며 마취의나 病理醫 등과의 사이에는 상하관계는 없다고 할 수 있다. 또한 이러한 지휘감독관계는 그 중 한사람이 범한 과실에 있어서 누가 어느 정도의 책임을 부담할 것인가의 곤란한 문제가 발생할 수 있다.

문제의 사안과 관련하여 대학병원의 경우에는 일반개업의와 다른 고도의 주의의무와 함께 첨단의 의료행위가 가능한 인적·물적 시설의 정비가 요구된다.[34] 여기에서 우리의 대법원이 "피고인은 진료체계상 피해자를 담당한 의사가 아니었다. 일반적으로 대학병원의 진료체계상 과장은 병원행정상의 직급으로서 다른 교수나 전문의가 진료하고 있는 환자의

34) 의료수준과 관련하여 대학병원은 일반개업의보다 고도의 주의의무가 요구된다는 판례도 있다(東京地判 1978. 12. 14, 判例時報, 第952號, 96面.

진료까지 책임지는 것은 아니다"라고 하여 너무 안이하게 도식적으로 의료행위의 과실유무의 범위를 직접 진료담당의사로 한정하여 행정상의 지휘·감독관계에 있는 피고인의 과실을 배제한 것은 문제가 있다 하겠다. 의료과실의 경우에 있어서도 구성요건적 결과를 직접 발생시킨 의사 이외에도 경우에 따라서는 진료과의 인적·물적 시설의 적합성과 관련하여 대학병원의 진료체계상의 과장의 '감독상의 안전체재확립의무'와 관련한 '감독과실(과실의 부작위범)'의 성립여부가 문제되어질 수 있기 때문이다.[35] 더구나 본 사안에 있어 "피해자는 피고인의 병원에 입원당시 체온이 섭씨 39.2도의 고열과 오한이 있었고, 부종으로 입이 약 15㎜밖에 열리지 않았으며 음식물을 씹기 곤란하였고 화농으로 구취가 심한 상태"로 이들 상태를 고려할 때 피고인이 개입하기 이전까지의 수련의 등에 의한 의료행위가 일반적으로 대학병원에서 기대되는 의료의 일반수준에 부합하는지의 여부, 환자의 상태 등을 고려할 때 환자의 배정 등 진료의 체계는 문제가 없었는지가 당연 검토되어야 한다. 예컨대 전문의가 시행하여야 할 수술을 아직 능력을 갖추지 아니한 수련의에게 맡기는 경우에는 경험있는 전문의의 의료수준이 보장되어져야 하며 감독책임이 문제되어질 수 있다.

3. 농배양을 하지 아니한 과실과 피해자의 사망사이의 인과관계

문제사안에 있어 "농배양을 하지 아니한 과실과 피해자의 사망사이의 인과관계"의 여부와 관련하여 원심이 " 피고인이 같은 해 7월 4일 직접 집도하여 다량의 농을 배출하였으면 즉시 농배양을 시켜 가급적 빨리 원인균을 규명하고 항생제 감수성검사를 통하여 적절한 항생제를 선택하여 치료함으로써 패혈증으로 발전하지 않도록 할 업무상 주의의무가 있음에도 만연히 봉와직염의 원인균에 일반적으로 효과가 있다고 알려진 세파졸린과 클레오신 항생제만을 교체 투약하다가 피해자의 증상이 호전되지

35) 三井誠, 「管理·監督過失をめぐる問題の所在の」, 刑法雜誌, 日本刑法學會, 第28卷 第1號, 1987.

않고 더욱 악화되는 것을 보고 같은 해 7월 7일 농배양을 하기에 이른 과실이 있다(투약한 항생제가 밝혀진 원인균에 적절한 것으로 판명되었다 하여도 진료상의 적절성이 인정될 수는 없으므로 위 과실이 피해자의 사망과 인과관계가 없다는 주장은 받아들일 수 없다)"고 하고 있다.

이에 대해 대법원은 "피고인이 피해자의 치료에 관여한 이후의 과실의 점에 관하여 보면, 피해자의 병명인 루드비히 안기나와 같이 이미 원인균이 알려진 경우라 할지라도 배농이 되었을 경우 원칙적으로 농에 대한 배양검사를 실시하여 적절한 약물을 선택하여야 한다는 것이므로, 피고인이 농배양을 하지 않은 것이 과실이라고 할 수는 있겠으나, 그것이 피해자의 사망에 기여한 인과관계 있는 과실이 된다고 하려면 원심으로서는 농배양을 하였더라면 피고인이 투약해 온 항생제와 다른 어떤 항생제를 사용하게 되었을 것이라거나 어떤 다른 조치를 취할 수 있었을 것이고, 따라서 피해자가 사망하지 않았을 것이라는 점을 심리·판단하였어야 한다"고 하여 피고인이 농배양을 하지 않은 것에 대해서는 주의의무위반이 있다고 할 수 있으나 "그러나 기록상 그러한 점을 밝힐 수 있는 자료는 없고, 오히려 후에 밝혀진 바에 의하면, 피고인이 투약해 온 항생제는 원인균에 적절한 것으로 판명되었다는 것이므로 피고인의 과실이 피해자의 사망과 인과관계가 있다고 보기는 어렵고, 이와 같이 인과관계가 없는 이상 진료상의 적절성 여부를 불문하고 원심이 판시한 바와 같이 다른 과실과 합하여 피해자 사망의 한 원인이 된 것이라고 할 수 없을 것이다"라고 하여 인과관계를 부인하고 있다.[36]

이하에서는 인과관계와 객관적 귀속의 일반론을 검토한 다음 문제사안을 검토하기로 한다. 먼저 의료과오에 있어서도 과실행위와 결과발생의 사이에는 인과관계가 존재해야 하며, 다시 발생한 결과를 행위자에게 객관적으로 귀속시키기 위한 요건이 충족되어야 함은 물론이다. 그것은 형법에서 문제되는 인과관계와 객관적 귀속의 사고는 인간의 행위에서 우연성을 배제하고자 꾸준히 노력해 온 인간이성의 보편적인 발전과 진보

36) 동사안에 대한 민사판례에서는 상당인과관계가 있다고 판시하고 있다(대법원 1998. 9. 4. 96 다 11440).

의 결실 바로 그것이기 때문이다.

인과관계이론에 대한 학설대립에 있어 제 학설은 책임주의에 의하여 형사책임을 제한한다는 기본입장에서는 견해의 차이가 없다. 다양한 학설대립은 이러한 공동목적을 달성하기 위한 방법이 상이할 뿐이라는 사실을 주목할 필요가 있다. 그것은 인과관계(원인)의 개념자체를 제한할 것인가, 혹은 원인의 범위를 객관적 귀속에 의하여 수정할 것인가, 책임의 분야에서 필요한 수정을 할 것인가라는 점에 차이가 있을 뿐이다. 여기에서 인과관련의 문제는 조건설의 보강이라는 관점에서 인정되어진 합법칙적 조건설에 따라 먼저 인과관련의 문제를 심사하고 뒤이어서 행위와 결과사이에 요구되는 결과귀속의 규범적 관련을 심사하는 방법이 타당하다고 하겠다.

의료과오와 관련하여 의료행위가 행하여졌음에도 불구하고 환자의 용태가 회복되지 않고 오히려 악결과가 발생한 경우에는 주의의무위반의 존부와 함께 발생된 결과와의 사이에 인과관계가 문제되어진다. 대법원은 의료사고에 관한 민사사건에 있어서는 인과관계의 엄격성을 완화하여 단지 원인된 행위와 발생된 결과사이에 확실성이 아닌 개연성이나 일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실행위를 입증한 경우에도 인과관계를 긍정하여 환자측의 부담을 완화시켜주는 입장에 서있다.[37] 그러나 전통적으로 '의심스러운 때에는 피고인의 이익으로'(in dubio pro reo)의 원칙이 지배하는 형사사건에 있어서는 인과관계의 입증의 완화의 예를 아직 찾아보기 어렵다. 민사의 손해배상과는 달리 형법에 있어 자유형이 갖는 해악성 등을 고려할 때 의료형법의 영역에 있어서는 의료과오의 인과관계는 개연성이 아니라 전통적인 '합리적인 의심이 없는 증명'((proof beyond a reasonable doubt)의 원칙인 엄격입증책임원칙이 견지되고 있다.[38] 하급심의 판결중 "난소낭종양제거수술을 위해 할로테인 전신마취를

37) 대법원 1989. 7. 11, 88 다카 26246; 대법원 1995. 12. 5, 94 다 57701; 대법원 1996. 6. 11, 95 다 41079.

38) 동일 사건에서 업무상 과실치사죄에 대해서는 무죄를 선고하면서 민사상의 손해배상책임은 인정하고 있다(대법원 1996. 11. 8, 95 도 2710; 1998. 9. 4, 96 다 11440).

하기 전에 혈청간기능검사를 하지 않은 과실로부터 할로테인의 부작용으로 인한 간기능악화 및 사망이라는 결과가 발생하였을 확실성이 입증되지 않은 경우에도 인과관계를 인정한 경우"가 있다.[39]

대법원은 과실범에 있어서 주의의무위반행위와 결과발생 사이에 인과관계가 존재하는 경우에 필요로 하는 의무를 다하고 있었던 경우에도 역시 동일한 결과가 발생하였을 것이라는 개연성이 있는 경우에 과실범으로 처벌가능한가(객관적 귀속이 가능한가)에 대하여 "과실범의 결과귀속을 위해서는 행위자의 주의의무위반사실과 결과발생 사이에 인과관계의 존재로 족하지 아니하고 주의의무위반이 내포하는 위험이 창출되고 그 위험이 결과 속에 실현된 것이어야 한다"고 하고 있다.[40]

따라서 구체적인 사정하에서 행위자가 주의의무를 위반하였고 이에 의해 구성요건적 결과가 발생된 경우에 있어서도 合義務的 태도를 취한 때에도(주의의무를 다한 때에도) 동일한 결과가 발생할 가능성(möglicherweise)이 존재하는 경우, 즉 합의무적 代替態度의 가정적 인과성이 '확실성'에 근접하는 개연성을 가지고 그 결과발생이 배제되지 않는 경우에는 객관적 결과귀속이 부정된다고 하였다. 그리고 이를 '주의의무위반관련성'(Pflichtwidrigkeitszusammenhang)이라고 한다.[41] 이것은 과학 및 기술의 발전 그리고 이러한 준수되어야 할 규칙들이 모든 사고를 예상한 網羅的인 것이 아니라는 것과 함께, 사안의 구체적인 사정하에서는 분명히 유형적으로 예정된 규칙을 준수하지 아니하였지만, 금지·명령규범을 준수하고 있었던 경우에도 결과의 발생이 회피되지 아니하는 경우가 발생하는 것은 용이하게 상상되어질 수 있다. 즉, 규범설정의 본래의 목적실현을 위하여 도움이 되지 않는 규범이라면 그 규범에 대한 위반을 근거로 해서 처벌하는 것이 타당할 것인가 하는 문제이다. 이 설의 논거로서 주장되는 논지는 ① 합의무적 대체태도를 취하였을 경우에도 당해

---

39) 서울형사지법 1982. 5. 11. 81 고단 1015.

40) 대법원 1990. 12. 11. 90 도 694.

41) 독일에 있어서 통설·판례가 지지하는 견해이다(P.Bockelmann, Strafrecht, Allg. T., 3.Aufl., 1979, S.169ff; BGHSt 11, 7; 21, 59; 24, 31).

결과가 마찬가지로 발생하였을 경우에는 자연주의적 인과관계의 중요성이 흠결되었다고 하는 점. ② 그리고 이 문제의 사실적인 확정에 있어서는 in dubio pro reo의 원칙이 존종되지 않으면 안된다고 하는 점에 있다.[42]

이 설에 대해서는 형사정책적인 면에서 결과귀속이 부정되어지는 범위가 너무 넓다는 위험증가이론으로부터의 비판이 있다. 록신(C.Roxin)은 의사가 의학적 規準(lege artis)에 반한 수술을 시행하여 환자를 사망하게 한 사례에 있어서 주의의무위반관련설을 적용한다면, 합의무적으로 수술을 하였어도 환자가 사망할 가능성이 있는 이상 결과귀속이 인정되지 않게 되며, 무죄의 범위가 너무 넓어진다고 한다.

이것에 대하여 위험증가이론은 당해의 구체적 사정하에서 행위자의 의무에 반한 행위에 의해서 결과발생의 기회가 허용된 위험보다도 높아졌다면 구성요건충족적 의무위반이 있고 과실범이 성립한다는 것이다. 그리고 이 경우에 행위자의 행위가 허용된 위험을 증대시킨 경우에는, 설령 결함없이 행위했더라도 결과가 발생했으리라고 생각되는 경우에도 그 결과는 행위자에게 귀속되어야 한다고 한다.[43] 왜냐하면 그 결과가 그렇지 않았더라도 발생하였을 것이라는 이유만으로 상당히 높고 더 이상 허용되지 않는 위험을 내포하고 있는 행위에 의한 결과야기를 불처벌로 하는 것은 올바르지 못하다. 입법자는 자신이 설정한 허용된 위험의 한계를 넘어 행위자가 그 위험을 증가시킨 경우에는, 특정의 경우에 일반적인 사회적 유용성을 고려하여 불가벌로 하였던 것을 더 이상 그대로 감수할 필요가 없는 것이다.[44]

민사사건에서는 합리적인 배상의 타당성이라는 관점에서 인과관계의 추정이나 거증책임의 분배 등이 인정되어지는 것에 반해, 형사사건에서는 보다 엄밀한 논증이 필요하다는 것에 대해서는 異論없이 받아들여지고 있다. 그러나 실제에는 중대한 결과가 발생하면 형사사건에도 결과론적인

---

42) BGHSt 11, 7.

43) C.Roxin, Strafrechtliche Grundlagenprobleme, 1973, S.126

44) 위 학설의 대립에 대한 자세한 내용에 대해서는 이재석, 「형법에 있어서의 인과관계와 객관적 귀속」, 경북대 법학박사학위논문, 1992. 12, 148면이하 참조.

approach에 흐를 가능성이 있다는 것에 주의할 필요가 있다.

특히 부작위에 의해 결과가 발생하여 책임이 문제되어지는 경우에는 가정적 인과관계와 결과의 회피가능성의 판단이 경합하여 규범적인 판단이 우선하게 되어 사실적 분석이 간과되어질 수 있다는 점을 경계해야 한다. 여기에서는 두가지 점을 지적할 수 있다.

첫째는 부작위의 인과관계에 있어서는 일본최고재판소의 판례는 각성제의 주사에 의해 교란상태에 빠진 소녀를 방치한 사안에서 긴급의료를 행하였다면 求命이 십중팔구 가능한 경우에 유기행위와 죽음의 결과사이의 인과관계는 "합리적인 의심을 능가하는 정도로 확실할 때"라고 하고 있다.[45] 이것은 단지 당해 치료행위에 의해서 회복의 가능성 내지 개연성이 있는 것만으로는 불충분하다는 것이다.

둘째 결과의 회피가능성을 고려하는 경우에 회피하기 위하여 요구되어지는 행위가 그 당시의 행위자에 의해서 가능해야 한다는 점이다. 이 점에 있어서는 아래의 판례가 보여주는 판단기준이 참고로 되어진다. "인과관계가 긍정되려면 적어도 당시에 있어 당해 분야의 질병의 진료에 종사하는 의사로서의 수준에 달한 지식을 가진 자라면 일반적으로 당해 환자의 증상을 정확하게 인식한 경우에는 당해 치료행위에 의한 회복의 개연성과 위험의 개연성을 비교형량할 때 그다지 주저함이 없이 그것을 실시할 것이라는 것이 인정되어지는 경우여야 한다."[46]

요컨대 단순한 결과발생의 위험성을 증대시킨 것만으로는 창출된 위험이 실현된 것은 아니기 때문에 결과귀속을 인정할 수 없다고 하여야 한다. 대법원이 할로테인마취사건에서 '인과관계를 부정'한 것은 위험증대이론을 배제하고 주의의무위반관련설에 의해 판단한 것으로 볼 수 있다.[47]

이외에도 독일에서는 객관적 귀속이론의 중심분야의 하나로서 規範의 保護目的理論이 논의되고 있다. 결과범에 있어서 발생된 결과의 객관적

---

45) 최고재판소 1989. 12. 15 刑集43. 13. 879.

46) 大阪地判 1979. 8. 9. 判時 947. 78.

47) 대법원 1990. 12. 11, 90 도 694.

귀속을 위해서는 일정한 결과가 행위자의 행위로부터 조건관계가 인정되는 태양으로서 발생된 경우에도 다시 위험실현의 내용으로서 규범적 내용의 면에서 관련성이 요구된다. 규범의 보호목적이론 및 규범의 보호범위이론이 이에 해당된다. 규범의 보호목적이론이란 형법적 규범은 행위로부터 결과에 이르는 전형적 경과를 상정해서 설정하고 있는 것이다라는 전제에서 출발하는 귀속한정이론으로 어떤 행위자가 보호법익에 대하여 허용된 위험의 범위를 벗어나는 위험을 야기하였고 또한 이 위험이 실현되기까지 하였으나(결과의 발생), 그 인과과정을 제지하는 것이 당해 범죄구성요건(예컨대 살해금지)의 과제에 속하지 않는 경우에는 결과의 귀속은 이루어질 수 없다는 이론이다.[48]

따라서 규범의 보호목적이론은 주의의무가 구체적으로는 당해 법익보호에 도움이 되지만 그것은 추상적인 규범의 보호목적에 포함되어 있지 않은 경우이다. 이는 행위자가 위험창출에 의해서 위반한 금지·명령규범의 규범적 의미 내용이 구체적으로 발생한 결과의 회피와 관련성을 갖지 않는 경우에도 결과발생의 책임을 당해 규범위반에 돌린다는 것은 타당하지 않기 때문이다.[49]

위의 이론들을 바탕으로 문제사안에 대한 대법원의 견해를 검토하면 피고인이 "농배양을 하지 아니한 과실과 피해자의 사망사이의 인과관계"의 판단에 있어 '주의의무위반관련설'의 입장에 있음을 알 수 있다. 즉,

---

48) RGSt 63, 392.

49) 일산화탄소중독사례(대법원 1991. 2. 12. 90 도 2547). 연탄가스 중독환자가 퇴원시 자신의 병명을 물었으나 환자를 그 병명으로 진단, 치료한 의사가 아무런 요양방법을 지도하여 주지 아니하여 병명을 알지 못한 환자가 퇴원 즉시 처음 사고 난 방에서 다시 자다가 재차 연탄가스에 중독된 경우 의사의 업무상과실 유무 및 그 과실과 재차의 연탄가스 중독과의 인과관계 유무가 문제된 사례이다. 대법원은 피고인에게 의사로서의 업무상과실이 있다고 보아야 할 것이고, 이 과실과 재차의 일산화탄소 중독과의 사이에는 인과관계가 있다고 하였다. 그러나 이 사건에서 피해자들의 재차의 일산화탄소의 중독과 피고인의 요양방법에 대한 지도의무위반은 합법칙적 조건관계가 인정되어 인과관계가 긍정되나 이 경우의 중독결과의 회피는 의료법 제22조(요양방법의 지도의무)가 요구하는 요양방법의 지도의무가 규율하는 규범의 과제인 보호목적이 될 수 없다. 단지 주의의무의 반사적 효과에 불과하다 할 것이다〔김일수, 한국형법 I (총론 上), 박영사, 1996, 347면이하〕. 따라서 위험의 구체적 실현이라고 볼 수 없고 객관적 귀속이 부인되어야 할 것이다.

대법원은 "피해자의 병명인 루드비히 안기나와 같이 이미 원인균이 알려진 경우라 할지라도 배농이 되었을 경우 원칙적으로 농에 대한 배양검사를 실시하여 적절한 약물을 선택하여야 한다는 것이므로, 피고인이 농배양을 하지 않은 것이 과실이라고 할 수는 있겠으나"라고 하여 피고인의 주의의무위반을 인정하고 있으나, "피고인이 농배양을 하지 않은 과실이 피해자의 사망에 기여한 인과관계있는 과실이 된다고 하려면, 농배양을 하였더라면 피고인이 투약해 온 항생제와 다른 어떤 항생제를 사용하게 되었을 것이라거나 어떤 다른 조치를 취할 수 있었을 것이고, 따라서 피해자가 사망하지 않았을 것이라는 점을 심리·판단하여야 한다"고 하여 적법한 대체행위와 주의의무위반관련설을 고려하고 있음을 알 수 있다.

요컨대 문제사안에 있어서와 같이 적법한 대체행위를 하였더라도 같은 결과가 발생할 가능성이나 개연성이 있는 경우에 피고인의 주의의무위반이 결과발생의 위험성을 증가시킨 경우에도 결과귀속은 부정된다고 하겠다. 그것은 합의무적 대체태도를 취하였을 경우에도 당해결과가 마찬가지로 발생하였을 경우에는 자연주의적 인과관계의 중요성이 흠결되었다고 하는 점, 그리고 문제사안의 사실적인 확정에 있어서는 in dubio pro reo의 원칙이 존종되지 않으면 안된다고 하는 점에서 객관적 결과귀속을 부인하는 것이 타당하다고 하겠다. 그러나 이 공식적용의 난점은 적법한 대체행위가 가져 올 결과를 용이하게 판단하기 어려운 점이다.[50]

4. 문진 이외에 피해자의 임신여부 등에 대해 검진하지 않는 것이 피고인의 과실인지의 여부

(1) 원심은 "피해자에 대하여는 서울치과에서부터 항생제를 투여하였고 위 병원 구강악안면외과에 입원할 당시 이미 루드비히 안기나 증상을 보였으며 지속적인 항생제 투여에도 불구하고 그 증상이 호전되지 아니한 채 오히려 패혈증으로 의심할 수 있는 증상들이 추가적으로 나타나고

50) 신동운, 판례백선 형법총론, 경세원, 1997, 115면.

있었고, 임신여부는 환자의 면역 및 항균능력에 중대한 영향을 줄 수 있지만 피해자와 같이 미혼이면서 임신 초기인 임부로서는 자신의 임신 여부를 알지 못할 수 있으므로 피고인으로서는 피해자의 과거 병력에 대한 문진에 그칠 것이 아니라 임신반응검사와 같은 방법을 통하여 피해자의 임신 여부 등에 대하여도 검진할 업무상 주의의무가 있음에도, 피고인은 이에 대한 검진을 하지 아니한 과실이 있다"고 하고 있다.

대법원은 이 부분과 관련하여 "피해자의 과거 병력에 대한 문진에서 나아가 피해자의 임신 여부 등에 대하여도 검진하지 않은 것이 피고인의 과실이라고 하려면, 봉와직염에 감염된 여자환자라면 19세로서 미혼이라고 하여도 그 임신 여부 검사를 하는 것이 보편적임에도 불구하고 피고인이 그 검사를 하지 않았다거나 그와 같은 여자환자가 증세가 호전되지 않는 경우 임신에 의한 면역기능 저하를 당연히 의심하여 대처하여야 함에도 불구하고 피고인이 그러한 통상적인 예견과 판단도 하지 못한 것이라는 점이 밝혀져야 한다"라고 하여 사실인정에 대한 심리미진을 이유로 과실을 부인하고 있다.

의사가 환자의 신체를 조사해서(진찰), 환자의 병명이나 질병의 부위, 이것에 대한 적절한 치료방법 등을 결정하는 것은 '진단'으로, 이것에 근거하여 행하여지는 것이 '치료'이다. 환자에 대한 문진이나 신체의 외표의 검사, 검온, 청진 등과 환자의 침습의 규모가 적은 진찰행위에 의해서 진단이 내려지면 이것에 의해서 결정된 치료법으로 질병이 치유되는 경우도 있지만, 이 정도의 진찰에서 확정적인 진단이 얻어지지 않는 때에는 예측되는 질병의 범위내에서 무엇인가를 가설적으로 결정하여 이것에 대한 치료법이 효과를 가지는가의 여부가 경과의 관찰로서 경과를 보는 경우도 있으며, 보다 침습도가 높은 검사가 행해지는 경우도 있다. 여기에서 의료는 진단과정 →진단 →치료라는 도식만이 아니라 진단과정 →진단 →치료 →진단과정 →진단 →치료라는 복잡한 과정을 거치는 경우도 허다하다.

따라서 이러한 진단과정 및 진단내용에 있어서 과실이 있는가의 의학적 적응의 여부를 판단하기 위해서는 의학정보학에 관한 지식이 행위자

(의사)의 측에서도 그리고 판단자(재판관)의 측에서도 불가결한 것이라는 점에 유의할 필요가 있다. 여기에서 말하는 의학정보학이란 단지 질병이나 치료법에 관한 의학적 지식만을 말하는 것이 아니라 그것에 근거하여 의사가 환자에 대해서 채택해야 할 가장 합리적인 조치를 결정하는 방법에 관한 학문이다. 예컨대 당해 환자의 질병으로부터 복수의 질병이 의심스러운 경우에는 다른 질병의 가능성을 유보하면서 의료 data를 기초해서 가능성이 높은, 게다가 그것을 가정해서 잘못된 경우에는 환자에게 주어지는 피해가 비교적 적은 질병을 가정하여, 그것을 전제한 치료나 검사, 경과관찰 등을 행하는 것이 유용하다.

그러나 현실에는 이러한 과학적 판단의 기초가 되는 data의 정비상황자체에 이미 상당한 문제가 있을 수 있다. 특히 최첨단의 의학적 지식, 테이터의 교류·보급에 관해서 더욱 그러하다. 이 때문에 일방에서는 회피할 수 있는 피해가 발생하여도, 다른 한편에는 증명될 수 있는 과실이 부정되어진다. 게다가 진단과정이나 진단내용을 둘러 싼 과실의 유무가 다투어지는 경우는 매년 증가되고 있으나, 여기에서 형사사건은 지극히 적은 수에 불과하다.

진단행위와 과실의 영역은 다른 의료사고의 문제영역과 비교하는 경우에 있어서도 형사사건으로 다루기 어려운 영역이라고 하겠다. 이것은 무엇보다도 진단이라는 행위 그 자체가 전문적인 의료지식을 필요로 하는 것이기 때문에 의학의 문외한인 재판관에 의한 그 適·不適의 판단을 용이하게 허락하지 아니하기 때문이다. 따라서 대부분의 사건에는 과실판단의 중요한 보조자료로서 의학적 전문가에게 감정 등을 의뢰하고 있지만, 그것만으로는 문제가 해결되는 것은 아니며 재판관측에서도 이러한 감정을 비판적으로 음미하여 이해하기 위해 일정한 정도의 의학 혹은 자연과학의 지식이 필요하다.

현실에서 기소된 케이스는 '지나치게 심한 실수'로 보여지는 것에 한정하는 경향으로서, 이것이 사실상 '형법의 謙抑性'을 실현하고 있는 것이지만, 이것은 '유죄가 확실한 케이스에 한정하여 기소한다'고 하는 검찰실무의 경향에 의한 것으로서 경우에 따라서는 검사의 재량에 의해 통상

은 기소되지 아니한 케이스도 기소되어 유죄로 될 여지가 있다고 보여진다. 법의 지배를 관철하기 위해서는 이 분야에서도 형사과실을 민사과실보다 한 단계 높은 레벨에 한정하는 해석론의 전개가 필요하다.

(2) 문제사안에서 대법원은 "문진 이외에 피해자의 임신여부 등에 대해 검진하지 않는 것이 피고인의 과실인지의 여부"에 대해 "피해자의 과거 병력에 대한 문진에서 나아가 피해자의 임신 여부 등에 대하여도 검진하지 않은 것이 피고인의 과실이라고 하려면, 봉와직염에 감염된 여자환자라면 19세로서 미혼이라고 하여도 그 임신 여부 검사를 하는 것이 보편적임에도 불구하고 피고인이 그 검사를 하지 않았다거나 그와 같은 여자환자가 증세가 호전되지 않는 경우 임신에 의한 면역기능 저하를 당연히 의심하여 대처하여야 함에도 불구하고 피고인이 그러한 통상적인 예견과 판단도 하지 못한 것이라는 점이 밝혀져야 한다"고 하고 있다. 즉, 주의의무위반의 판단과 관련하여 피고인과 동일한 사정에서 행위하는 동종업무의 종사자에 있어, "봉와직염에 감염된 여자환자라면 19세로서 미혼이라고 하여도 그 임신 여부 검사를 하는 것이 보편적임에도 불구하고 피고인이 그 검사를 하지 않았다거나" 혹은 "그와 같은 여자환자가 증세가 호전되지 않는 경우 임신에 의한 면역기능 저하를 당연히 의심하여 대처하여야 함에도 불구하고 피고인이 그러한 통상적인 예견과 판단도 하지 못한 것이라는 점이 밝혀져야 한다"고 하고 있다. 따라서 대법원은 피고인의 행위가 일반적인 의학준칙에 위배되는 과실이 있는가의 여부판단이 미진하다고 적시하고 있다.

여기에서 먼저 대법원이 진단을 위해 환자에게 문진한 것을 이유로 당해 의료행위에 대한 과실을 부정하는 것은 타당하다고 할 수 없다. 의료행위에 있어 제한된 범위내에서의 단순한 반복적 처치를 환자에게 위임한 예외적 경우 이외에는 의사는 환자의 적절한 행동을 신뢰할 수 있는 것은 아니며 신뢰의 원칙을 적용할 위험방지분배의 원리가 적용될 여지가 없다 하겠다.[51] 따라서 피해자에게 입원시부터 지속적인 항생제 투여

51) 이재상, 전게서, 188면.

에도 불구하고 그 증상이 호전되지 아니한 채 오히려 패혈증으로 의심되는 증상들이 추가적으로 나타나고 있음을 고려할 때 환자의 면역 및 항균능력에 중대한 영향을 줄 수 있는 임신반응검사와 같은 방법을 통하여 피해자의 임신 여부 등에 대하여도 검진할 업무상 주의의무가 있다고 하겠다.

Ⅳ. 결 어

형법은 시민의 자유에 대해 우리의 법질서가 인정하고 있는 가장 가혹한 制裁를 그 수단으로 하고 있기 때문에 형법이 가져야 하는 최후수단성과 투명성, 예측가능성을 고려할 때 형법이 의료영역에 있어 무모하게 개입하는 것은 바람직하지 않으며 예방과 조정이라는 더 온건한 형태의 입법과 사회정책적 수단의 보조영역에서 그 기능을 찾아야 할 것이다. 따라서 의료형법은 의료책임법보다는 좁은 범위의 의료과오만을 규율해야 한다. 업무상의 과실에 의한 의료사고의 경우에 어느 정도의 형사책임을 추급할 것인가의 여부는 개별국가에 있어 법질서의 선택문제이다. 우리의 경우에 있어 형사실무와 관련하여 한계영역의 사례에 있어 사법적 판단은 多種·多樣하며 반드시 안정된 판단기준이 확립되어 있다고 말할 수 없다.

따라서 의료과실이 문제되는 사안에 있어 형사책임을 긍정할 수 있을 정도의 요건이 충족되었다고 할 것인가의 여부를 판단하기 위해서는 먼저 그 판단의 오류를 불식하기 위해 의료판례의 민사적 평가의 全體像을 정확하게 파악하는 것이 필요 불가결하다고 하겠다. 또한 실제에 있어 가벌성의 여부와 관련하여 起訴기준의 운용 및 사법적 판단에 있어서도 좀 더 치열한 법리논쟁과 함께 신중한 음미가 필요함은 물론 풍부한 선진사례의 비교법적 검토가 요청된다.