

# 의료소송에서의 책임인정과 비용-효과 분석

노태현\*

I. 서론	위험(검사의 '효과')
II. 의학적 판단의 기초 요소	3. 검사의 시행으로 인하여 부담하여야 할 위험(검사의 '비용')
1. 문제의 소재	4. 질병의 가능성이 낮은 경우
2. 검사의 유용성 판단	5. 과실 판단의 기준
III. 판결에 나타난 과실 판단의 요소와 비용-효과 분석	IV. 구체적 사례
1. 과실 판단의 요소	1. 전신마취와 수술전 검사
2. 검사를 시행하여 회피할 수 있는	V. 결론

## I. 서론

비용-효과 분석(cost-effectiveness analysis)<sup>1)</sup>이란 어떤 일을 하기 위하여 감수하여야 하는 비용과 그 일이 이루어짐으로써 얻을 수 있는 이익을 비교하는 작업을 말한다. 여기서 감수하여야 하는 비용은 직접 그 일을 시행하는 데 필요한 비용 외에도 그 일을 시행함으로써 인하여 감수하여야 할 위험성이나 그 일을 시행하지 않는 경우 얻을 수 있었던 기회비용을 모두 포괄하는 개념이다.

사회의 어느 분야에서나 경제적으로 합리적인 선택을 하기 위하여는 비용-효과 분석을 하여 그 결과를 토대로 지침을 정하게 된다. 또한, 이러한 검토과정 자체에 오류가 있지 않는 한 비용-효과 분석을 거친 결정은, 경제적인 측면에서 효율적이고 합리적인 결정으로 인정받게 된다.

\*창원지방법원 거창지원 판사

1) 비용-이익 분석(cost-benefit analysis)와 유사하나, 비용-이익 분석은 비용과 편익을 화폐 단위로 환산하여 평가하고 있는데 반하여, 비용-효과 분석은 화폐 단위로 평가하지 않고 단순히 효율성의 비교만을 시행한다는 차이점이 있다.

한편, 의료행위는 기존의 질병을 갖고 있는 환자를 대상으로 하는 것이고, 그 자체가 일정한 위험성을 갖고 있기 때문에, 언제나 의료행위로 인한 위험성이라는 '비용'과 질병으로 인한 위험으로부터의 회피라는 이익(효과) 사이의 선택이 문제된다. 그러므로, 의료행위에 있어서 판단기준으로 비용-효과 분석은 중대한 의미를 갖는다.<sup>2)</sup>

그런데, 의학적 판단의 적절성은 판단의 시점이 아니라 의료행위 당시의 시점에서 파악하여야 함에도 불구하고, 의료소송은 위험성이 현실화된 이후, 즉 악결과가 발생한 이후에 의료행위의 당부를 판단하는 것이기 때문에 그 악결과를 판단의 요소로 삼기 쉬운 측면이 있고(이러한 악결과를 염두에 두지 않고자 하더라도 인지 과정에서 무의식적으로 악결과에 영향을 받기 쉽고, 이러한 인지과정상의 오류를 'hindsight bias'라 하는데, hindsight bias를 최소화하기 위하여는 기존의 지침이 있는 경우 이를 적극 활용하여야 한다.<sup>3)</sup> 앞으로 논하는 것은 hindsight bias를 최소화하기 위한 기존의 지침을 파악하는 방법에 대한 것이다), 의료행위 당시를 기준으로 판단하려 하더라도 의학적 판단의 기초가 되는 비용-효과 분석에 대한 이해가 부족한 경우 적절한 판단을 하지 못할 가능성이 높다.

따라서 여기서는 의료소송에서 과실 판단의 기준으로 삼는 지표들과 의학적 판단의 기준으로 사용되는 비용-효과 분석에서 사용되는 지표를 분석하고, 의료소송에서 과실 판단에 있어서 유의하여야 할 점을 검토해보기로 한다.

2) 인간의 생명과 건강은 경제적으로 환산할 수 없는 절대적 가치이기 때문에, 이를 경제적 가치로 환산하여 경제적 이익을 위해 생명과 건강을 방기하는 것은 허용될 수 없다. 그런 이유로 미국 등에서는 제조물책임법이 적용되는 경우에 징벌적 손해배상을 적용하여 기업이 비용-효과 분석에 안전장치의 도입을 결정하지 못하도록 강제하고 있다. 그러나, ① 의료행위의 경우 환자의 생명이나 건강 등이 '비용'에 포함되기 때문에 생명이나 건강의 구명가능성이라는 '이익'을 금전적 지출이라는 '비용'과 비교하는 것이 아니라 생명이나 건강의 침해가능성이라는 동가치적인 '비용'과 비교하는 것이라는 점, ② 그 생명이나 건강의 침해가능성이라는 중대한 비용은 환자가 이를 직접 부담하는 것이지 공급자가 부담하는 것이 아니라는 점, ③ 경제적 비용의 관점에서 파악하더라도, 의료는 공공재로서 수요의 탄력성이 낮기 때문에 소비자가 임의로 포기할 수 있는 일반 재화와 달리 증가된 비용을 공급가액에 반영하도록 하도록 하는 것이 바람직하지 않은 않다는 점에 비추어 의료행위에서는 환자의 이익을 위하여 비용-효과 분석이 반드시 고려되어야 한다.

3) Chris Guthrie, Jeffrey J. Rachlinski, Andrew J. Wistrich 공저, 부산영미법연구회 역, 법관이 빠지기 쉬운 판단의 오류, 법조, 2002. 9.(552), 237면 이하

앞서 언급한 바와 같이 비용-효과 분석을 비롯한 경제적인 분석은 법학에서만 존재하는 것이 아니라 사회의 어느 분야에서나 이루어지고 있는 것인바, 여기서 논하는 분석은 법정책을 논하는 법경제학적인 측면에서의 분석이 아니라 의사가 환자를 치료함에 있어 환자에게 가장 이익이 되는 것이 무엇인지를 판단하기 위한 분석으로서, 이 발표문은 법정책에 대한 것이 아니라 의사의 주의의무가 무엇인지를 파악하기 위한 방법론, 즉 사실 인정(fact finding)에 대한 것이다.

## II. 의학적 판단의 기초 요소

### 1. 문제의 소재

비용-효과 분석은 진단, 치료 등 의료의 전 분야에서 판단의 기초를 이루게 되고, 의료행위의 종류에 따라 그 방법이나 고려하는 요소도 달라지게 된다. 그러나, 여기서는 비용-효과 분석에 대한 심층적인 연구를 목적으로 하는 것이 아니므로, 비용-효과 분석의 가장 대표적인 모델로서 검사의 시행 여부와 관련하여 사용되는 비용-효과 분석을 중심으로 논의하여 보기로 한다.

### 2. 검사의 유용성 판단

#### (1) 문제점

어떤 검사방법의 가치를 평가하는 방법은 여러 가지가 있는데, 특정 질환을 진단해 내는 능력, 즉 검사방법의 진단적 가치를 직접 나타내는 지표가 있으나, 특정 상황에서 그 검사를 시행하는 것이 필요한지, 즉 검사의 유용성은 그러한 진단적 가치만으로는 설명할 수 없고, 좀더 많은 요소를 종합하여 평가하여야 한다.

#### (2) 검사방법의 진단적 가치

검사의 정확성(accuracy)은 연속적인 값을 갖는 변수(체중, 혈압, 혈중 콜레스테롤 등)를 측정하는 데 있어서 검사결과가 실제값과 얼마나 가까

운가를 평가하는 지표이다. 검사결과 자체가 의미를 갖는 경우에는 검사의 정확성이 그 검사방법의 진단적 가치를 좌우하게 된다. 그러나 연속적인 값을 갖는 측정치를 구하더라도 대개의 그 수치 자체보다는 일정한 기준점을 기준으로 하여 질병의 유무를 판단하게 되는데,<sup>4)</sup> 이러한 경우에는 그 수치가 정확한지 여부보다는 그 검사방법을 통하여 질병(임신반응 검사 등과 같이 검사를 통해 파악하고자 하는 것이 반드시 질병의 유무는 아니므로, 엄밀하게는 질병 또는 특정 조건이라고 하는 것이 정확하다)의 유무를 정확하게 판단할 수 있는지가 그 검사방법의 가치를 좌우하게 된다. 이러한 지표로서는 민감도(sensitivity)와 특이도(specificity)가 있는데, 민감도는 병이 실제로 있는 사람이 그 검사를 통하여 질병이 있음을 파악할 수 있는 능력{표 1에서  $a/(a+c)$ }이고, 특이도는 질병이 없는 사람을 질병이 없다고 정확하게 진단하는 능력{표 1에  $d/(b+d)$ }이다{한편, 대상집단 전체를 모집단(母集團)이라 하며 M으로 표시한다}.

완벽한 검사는 존재하지 않기 때문에 실제 질병이 없음에도 불구하고 검사결과는 양성{위양성(僞陽性), false positive}으로 나오거나 그 반대의 경우{위음성(僞陰性), false negative}가 있을 수 있는데, 이런 위양성이나 위음성이 없이 얼마나 질병의 유무를 정확하게 알려주는지의 척도가 바로 민감도와 특이도이고, 이러한 지표들은 각 검사방법의 진단능력을 나타내는 지표들로서 민감도와 특이도가 높은 검사는 그 질병의 진단능력이 좋은 검사로 평가할 수 있다.

〈표 1. 검사와 관련된 각종 지표〉

		질병(X)		계	
		있음	없음		
검 사	양성	a	b(위양성)	a+b	양성예측률 = $a/(a+b)$
	음성	c(위음성)	d	c+d	음성예측률 = $d/(c+d)$
계		a+c	b+d	a+b+c+d=M	
		민감도 = $a/(a+c)$	특이도 = $d/(b+d)$		

(3) 검사의 진단능력과 검사의 필요성

4) 혈중 콜레스테롤을 측정하는 경우 콜레스테롤 수치는 연속적인 변수를 갖고 있지만, 그 수치 자체보다는 240mg/dl를 기준으로 고콜레스테롤혈증인지 아닌지를 결정한다.

그러나, 어떤 검사방법이 민감도와 특이도가 높다고 하더라도 그것만으로는 그 검사가 비용-대비 효과가 좋은 검사라고 할 수 없다.

예를 들어 유병율(대상 환자 중에서 실제로 질병을 갖고 있는 환자의 비율)이 1%인 병에 대하여 민감도는 90%, 특이도는 80%인 검사를 시행하여 검사 결과 양성으로 나온 환자에 대하여 수술이나 보다 침습적인 검사(이하 '수술 등'이라 한다)를 시행하게 되는 경우를 본다. 대상 환자의 수는 계산의 편의를 위하여 1,000명으로 한다. 먼저 대상환자 중에서 병이 있는 사람은 10명이고(표 2), 그 중 검사를 통하여 병을 진단할 수 있는 사람은 9명이다(표 3).

〈표 2. 유병율에 의한 환자수 산출〉

		질병(X)		계	예측률
		있음	없음		
검사	양성				
	음성				
계		$1,000 * 0.01 = 10$	$1,000 - 10 = 990$	1,000	

〈표 3. 민감도에 의한 계산〉

		질병(X)		계	예측률
		있음	없음		
검사	양성	$10 * 0.9 = 9$			
	음성	$10 * 0.1 = 1$			
계		10	990	1,000	

반면, 병이 없는 사람은 990명이었으므로 이에 특이도를 적용하여 계산하면 792명은 병이 없다고 제대로 진단하지만 나머지 198명은 병이 없음에도 병이 있는 것으로 진단하게 된다(표 4).

〈표 4. 특이도에 의한 계산〉

		질병(X)		계	예측률
		있음	없음		
검사	양성	9	$990 * 0.2 = 198$		
	음성	1	$990 * 0.8 = 792$		
계		10	990	1,000	

결국, 검사결과 병이 있다고 진단되는 환자는 207명이고, 병이 없다고 진단되는 환자는 793명이다(표 5). 그렇다면, 검사결과 병이 있다고 진단된 207명에 대하여 수술 등을 시행하게 될 것인데, 그 중 실제 병이 있는 사람은 9명에 불과하다. 즉, 9명의 환자를 치료하기 위해 불필요한 수술 등을 198건 시행해야 한다는 결론에 이른다.

〈표 5. 검사결과에의 예측〉

		질병(X)		계	예측률
		있음	없음		
검사	양성	9	198	9+198 = 207	
	음성	1	792	1+792 = 793	
계		10	990	1,000	

민감도가 90%, 특이도가 80%인 좋은 검사를 시행하였음에도 이런 결과가 나오게 된 것은 유병율 때문이다. 유병율이 낮으면 병이 없는 사람이 워낙 많으므로 특이도가 높은 검사를 시행하더라도 위양성이 많아질 수밖에 없는 것이다. 어떤 검사의 진단능력은 민감도와 특이도로 표시되지만 그러한 지표가 검사의 유용성 여부와 직접적인 연관성은 없고, 다른 여러 가지 요소들이 작용하게 된다는 것을 알 수 있다.<sup>5)</sup>

#### (4) 검사의 필요성 : 비용-효과 분석

그렇다면, 어떤 검사의 비용-효과 분석에는 어떠한 요소들이 작용하는가? 검사결과에 따르는 이익(비용-효과 분석에서 '효과'에 해당)과 손해(비용-효과 분석에서 '비용'에 해당)를 하나하나 검토해 본다.

먼저, 검사의 시행으로 인한 이익에 대하여 보면, 그 이익은 결국 a가 질병을 진단받게 됨으로써 얻는 이익으로서, X라는 질병으로 인한 악결과(즉, a가 얻을 수 있는 이익의 크기)와 a그룹의 환자들이 질병을 진단

5) 뇌암의 진단에 있어서 뇌 컴퓨터단층촬영(CT)이나 자기공명영상(MRI)이 진단능력이 뛰어난 검사라는 점은 주지의 사실이지만, 건강검진을 위하여 뇌 CT나 MRI를 시행하여야 한다고 생각하는 사람을 없을 것이다. 즉, 검사의 진단능력(민감도 및 특이도)과 검사의 유용성과 직접적인 상관관계가 있는 것은 아니다.

받음으로써 그 악결과를 회피할 수 있는 가능성의 조합으로 파악할 수 있다. 따라서 아무리 질병으로 인한 악결과가 중대하다 하더라도 질병의 진단으로 인하여 그 악결과를 회피할 가능성이 낮다면 검사의 시행으로 인하여 얻는 이익은 거의 없다 할 것이다. 예를 들어 폐암은 중대한 악결과를 초래할 수 있는 질병이지만 흉부 단순방사선검사(chest X-ray)를 통하여 조기검진을 시행하더라도 증상이 발생한 후에 비로소 흉부 단순방사선검사를 시행한 환자들에 비하여 기대여명 등 예후가 좋아지지 않으므로 검사의 시행으로 인한 이익이 없고, 결국 폐암의 조기발견을 위한 흉부 단순방사선검사는 아무 효과가 없다는 이유로 시행하지 않고 있다.<sup>6)</sup>

다음으로 검사의 시행으로 인한 손해에 대하여 보면, 우선  $a+b+c+d$ (검사를 시행할 모든 환자, 즉 모집단  $M$ )가 부담하여야 하는 검사 자체의 비용과 합병증을 들 수 있다. 검사 자체가 워낙 고가이거나 합병증의 위험이 높은 경우  $M$ 이 부담하여야 할 검사의 비용이나 합병증만으로도 그 검사로 인하여 감수하여야 할 비용과 부작용이 상당할 것이다. 그러나, 검사 자체의 비용이나 부작용이 크지 않다고 하더라도 고려하여야 할 요소가 또 있다.  $a+b$ (검사결과가 양성으로 나온 환자)들이 수술 등을 위해 부담하여야 할 비용 및 합병증이다. 통상 진단을 위해 시행하는 검사는 비용이 저렴하고 합병증 등의 위험이 적은 검사부터 시행하고 그 결과 질병의 가능성이 높다고 판단되는 경우에 더 침습적인 검사를 시행하게 되므로, 흔히 시행하는 검사중 상당수는 검사 자체로 인한 비용이나 합병증은 그리 크지 않고, 그런 경우에는  $a+b$ 가 받게 될 수술 등으로 인한 비용과 합병증이 검사의 시행으로 인한 손해의 주요 부분을 이루게 된다.<sup>7)</sup>

이제 비용-효과 분석에서 고려하여야 할 요소를 정리해 보면, '효과'라는 측면에서는 ① 질병을 진단함으로써 피할 수 있게 된 악결과와 ② 진단이 내려짐으로써 악결과를 회피할 수 있는 가능성이라는 요소가 있고, '비용'이라는 측면에서는 ① ㉠ 검사 자체로 인한 비용 및 합병증과 ② 모

6) 대한내과학회 편저, Harrison's 내과학, 제1판, 제50면, 제572면

7) 이러한 비용-효과 분석을 통하여 증상이 없는 사람에게도 검사를 시행하는 것이 효과가 있는 것으로 입증되면, 그 검사는 건강검진의 항목으로 들어가게 되고, 그렇지 않은 검사들은 아래에서 보는 바와 같이 환자에게 질병의 가능성이 어느 정도 높아져서 비용-대비 효과가 인정되는 경우에 비로소 그 검사를 시행하게 된다.

집단(母集團) M 중에서 a가 차지하는 비율, 즉  $a/M$ ,<sup>8)</sup> ㉔ ㉕ 검사 결과 양성인 환자에 시행할 수술 등으로 인한 비용 및 합병증과 ㉖ 검사가 양성인 환자 중에서 실제 질병이 있는 환자의 비율, 즉  $a/(a+b)$ 라는 것을 알 수 있다(표 1에서 보는 바와 같이 이 비율을 양성예측률(positive predictive value)이라 하고, 역으로 검사 결과 음성인 환자 중에서 실제 질병이 없는 환자의 비율을 음성예측률(negative predictive value)이라고 한다).

양성예측률과 음성예측률은 표 6과 같은 방식으로 계산되고, 모든 계산을 마친 결과가 표 7인데, 검토대상 검사의 양성예측률만 알면 100명에 대하여 수술 등을 시행함으로써 약 4.35명의 환자를 치료할 수 있고, 양성예측률의 역수를 구하면( $1/0.0435 \approx 23$ ), 1명의 환자를 치료하기 위해 약 23명(수술 등이 불필요한 사람은 22명)에게 수술 등을 해야 한다는 사실을 쉽게 파악할 수 있다.

〈표 6. 양성예측률 및 음성예측률의 계산〉

		질병(X)		계	예측률(%)
		있음	없음		
검사	양성	9	198	207	$9/207 * 100 = 4.35$
	음성	1	792	793	$792/793 * 100 = 99.87$
계		10	990	1,000	

〈표 7. 계산결과〉

		질병(X)		계	예측률(%)
		있음	없음		
검사	양성	9	198	207	4.35
	음성	1	792	793	99.87
계		10	990	1,000	

그러나, 민감도나 특이도가 검사 자체의 특성으로서 다른 변수의 영향을 받지 않는데 비하여 양성예측률은 유병률에 따라 크게 달라진다.<sup>9)</sup> 예

8) 예를 들어 질병의 진단으로 얻을 수 있는 이익이 1,000이고 검사 자체로 인한 불이익이 1이더라도 검사를 시행한 사람 중 10,000분의 1만 a에 해당한다면 오히려 비용이 효과의 10배가 될 것이고, 100분의 1이 a에 해당한다면 효과가 비용의 10배가 된다.



를 들어 유병률이 10%인 모집단을 대상으로 같은 검사를 시행하는 경우에는 표 8과 같이 양성예측률이 33.33%에 달하는 바, 100명에게 수술 등을 시행함으로써 33.33명을 치료할 수 있고, 1명의 환자를 치료하기 위하여 3명(=1/0.3333, 수술 등이 불필요한 사람은 2명)에게만 수술 등을 시행하면 되는 것이다.

〈표 8. 유병률이 10%인 경우〉

		질병(X)		계	예측률(%)
		있음	없음		
검사	양성	90	180	270	33.33
	음성	10	720	730	98.63
계		100	900	1,000	

또한, 검사의 시행으로 인한 '비용' 중 ①의 ㉠항에 해당하는 대상 모집단 중에서 검사로 인한 이익을 향유하는 환자들의 비율, 즉  $a/M$ 도 유병률과 민감도의 단순한 곱에 불과하므로, 위 비율에 있어서도 유병율은 매우 중요한 지표로 작용하고 있음을 알 수 있다<sup>9)</sup>(이와 같이 두 집단(병이 있는 집단과 없는 집단) 사이의 기초비율(base rate)가 판단의 중요한 자료임에도 인지적 분석에 있어 이를 간과하고 '병이 있다'와 '병이 없다'라는 두 개의 특성만으로 파악하는 오류를 'representative heuristic'이

9) 대개 진단을 위해 시행하는 검사는 비용이 저렴하고 합병증 등의 위험이 적은 검사부터 시행하고 그 결과 질병의 가능성이 높다고 판단되는 경우에 더 침습적인 검사를 시행하게 되는데, 의사가 어떤 질병을 의심하여 간단한 검사를 시행한 후 질병의 가능성이 높다고 판단되는 결과가 나왔음에도 불구하고 더 이상의 검사를 시행하지 않는 경우는 거의 없을 것이므로, 의료소송에서 주로 문제되는 검사는 초기에 시행하는 간단한 검사일 것이고, 이런 경우 검사로 인한 비용과 합병증은 그리 크지 않을 것이므로, 의료소송에서는 특히 유병률과 양성예측률이 문제되는 경우가 많을 것이다.

10) 위염, 위궤양이나 위암을 진단하는데 있어 내시경은 민감도와 특이도가 매우 높은 우수한 진단방법이다. 그럼에도 불구하고 40세(또는 35세) 이상인 사람에게만 정기검진에서 내시경을 권유하는 이유는 그보다 젊은 사람들의 경우 위질환의 유병률이 낮기 때문에 내시경 검사의 유용성이 떨어지기 때문이다. 그러나, 35세 미만인 환자라 하더라도 속쓰림, 체중감소 등의 증상이 있는 사람에서는 위질환의 유병률이 높기 때문에 내시경을 시행하게 되는 것이다. 결국, 어떤 진단방법을 시행할 것인가 아닌가는 그 결정 시점에 있어서는 모두 이와 같은 추론과정을 거쳐서 결정하게 되는데, 진단이 지연되어 악결과가 발생한 사안에 대하여 검사의 민감도와 특이도 등 진단능력만으로 검사의 필요성을 판단하게 되면 잘못된 판단을 하기 쉽다.

라 하고, representative heuristic에 빠진 결과 하나의 명제가 성립하는 경우 그 역도 성립하는 것으로 오해하는 것을 'inverse fallacy' 라고 한다."<sup>11)</sup> 즉, '질병이 있으면 검사 결과 양성으로 나올 가능성이 높다(민감도가 높다)'라는 명제에서 '검사 결과 양성이면 질병이 있을 가능성이 높다'라는 명제가 도출될 수 없음에도 불구하고, 유병률에 대하여 인식하지 못한 채 '병이 있는 집단'과 '병이 없는 집단'이라는 두 개의 집단으로만 판단하여 두 집단의 가중치를 동등하다고 오판하는 경우 '검사 결과 양성이면 질병이 있을 가능성이 높다'는 착오를 일으킬 수 있는 것이다.

따라서 의사들은 문진이나 신체검진, 각종 기초검사 결과 등을 토대로 가능성이 있는 질병, 그 질병의 중대성 등을 종합하여 비용-대비 효과가 있을지를 검토하여 비용-대비 효과가 인정되는 경우에 비로소 검사를 시행하게 된다. 또한, 의학교과서는 전형적인 경우에 대하여(수많은 자료의 조합 별로 모두 비용-효과 분석을 하는 것은 불가능하다) 검사의 시행 여부에 대한 지침(guideline)을 제시하고 있는데, 이러한 지침은 비용-효과 분석에 의한 것이므로 그대로 따르게 되지만, 비용-효과 분석에 사용되는 요소가 조금씩 달라지는 경우 객관적인 비용-효과 분석은 없으므로, 전형적인 경우와의 차이점을 어떻게 해석할 것인지는 개별 의사의 주관적인 경험이 작용할 수밖에 없고 그러한 점에서 의료행위에 재량성이 부여된다.

### Ⅲ. 판결에 나타난 과실 판단의 요소와 비용-효과 분석

#### 1. 과실 판단의 요소

의료소송에서<sup>12)</sup> 검사의 시행 여부가 문제되는 경우에, 대개 부작용에 의

11) Chris Guthrie, Jeffrey J. Rachlinski, Andrew J. Wistrich 공저, 부산영미법연구회 역, 법관이 빠지기 쉬운 판단의 오류, 법조, 2002. 9.(552), 237면 이하

12) 불필요한 검사를 시행하였다가 우연히 질병을 발견하게 된 경우 손해 자체가 없으므로 의료소송이 발생하지 않을 것이고, 불필요한 검사를 시행하였다는 사정만으로 의료소송이 제기되는 경우는 그리 흔치 않을 것이다. 따라서 현재 검사의 시행 여부와 관련하여 분쟁이 발생하는 경우는 검사를 시행하지 않아 진단이 지연된 경우가 많고, 여기서도 이러한 경우에 대하여 주로 다룬다.

한 결과의 중대성, 그 질병의 진단에 적합한(민감도와 특이도가 높은) 검사가 있다는 점, 위 검사방법이 간편하고 값이 싸게 들며 부작용이 별로 없다는 점 등을 판단의 근거로 삼고 있으며, 이러한 설시에 덧붙여 ‘그 가능성이 아무리 낮다고 하더라도’라는 설시를 하는 경우도 종종 있다. 위와 같은 판단요소들을 비용-효과 분석과 비교하여 검토해 보기로 한다.

## 2. 검사를 시행하여 회피할 수 있는 위험(검사의 ‘효과’)

어떤 질병이 있고 그 진단이 지연되거나 파악하지 못하더라도 그것이 언제나 악결과를 초래하는 것은 아니므로, 검사 시행으로 인한 효과로는 악결과 중대성 외에도 악결과 발생가능성이 중요한 요소임은 앞서 본 바와 같다. 그러나, 의료소송에서는 이미 악결과가 발생한 상태에서 심리가 이루어지기 때문에 악결과 발생가능성을 판단요소에서 누락하기 쉽다.

또한, 악결과 발생가능성을 평가한다 하더라도 불완전한 경우가 있다. 대법원 1999. 6. 11. 선고 99다3709 판결에서는 4.2kg의 거대아로 태어난 신생아가 상완신경총마비를 보인 사안(산모가 당뇨였는지에 대한 언급은 없으므로 당뇨가 아니었던 것으로 보인다)에서 “정상 질식 분만 시에는 신생아가 위 원고와 같은 거대아일 경우 어깨를 분만시킬 때나 정상신생아의 경우라도 진통기간이 길거나 난산, 특히 견갑난산(Shoulder dystocia)으로 인하여 완신경총이 심하게 늘어나거나 압박될 경우에 발생하기 쉽고 때로는 아무런 이상이 없는 정상분만시에도 발생할 수도 있는데, 거대아 중에서 상완신경총마비 증상이 발견될 확률은 약 30%에 이르고, 질식 정상분만의 경우 위 증상이 발견될 확률은 약 0.26%에 이른다”는 점을 들어 초음파검사로 예측체중을 측정하지 않은 과실을 인정하고 있다.<sup>13)</sup> 그러나, 위와 같은 경우 악결과가 발생할 가능성은 ① 위험 자체가 발생하지 않을 가능성과, ② 위험이 발생하더라도 악결과가 발생하지 않을 가능성을 곱하여 구하여야 할 것인데, 판시에서는 그 중 하나의 가

13) 이 사안에서는 좌측 상완신경총마비가 발생한 사안이었는데, 분만 과정에서 태아는 우측 어깨가 먼저 나오기 때문에 상완신경총마비가 우측이 아닌 좌측에 발생하였다는 사정만으로도 상완신경총마비가 분만과정상의 과실로 인하여 발생한 것이라고 생각하기 어렵다.

능성만을 언급한 것으로 보이고, 발생한 악결과가 영구적이지 않고 점차 호전될 가능성도 반영되지 않은 것으로 보인다.<sup>14)</sup>

### 3. 검사의 시행으로 인하여 부담하여야 할 위험(검사의 '비용')

앞서 본 바와 같이 검사의 시행 여부가 문제되는 사안에서 표 1에서 a가 얻을 이익(결과의 중대성) 외에 검사의 시행으로 인한 '비용'으로 M이 부담할 검사비("검사방법이 값이 싸게 들며") 및 검사의 합병증("검사방법이 간편하고 부작용이 별로 없다")을 판단의 요소로 삼는 판결들이 있으나, 비용-효과 분석에서 중요한 요소였던 양성예측률과 위양성 판정을 받은 환자가 부담하여야 할 수술 등의 비용과 합병증을 판단의 요소로 삼는 경우는 찾아보기 어렵다.

그런데, 의료소송에서 검사의 시행 여부가 문제되는 경우는 대개 초기에 시행하는 간단한 검사인 경우가 흔하기 때문에 양성예측률과 위양성이라는 개념의 누락은 결론에 있어서 상당한 문제를 야기할 수 있다.

### 4. 질병의 가능성이 낮은 경우

'그 질병의 가능성이 아무리 낮다 하더라도'라는 설시를 부가하여 과실을 인정하는 판례들도 있으나, 검사를 시행하여 확인하고자 하는 질병의 가능성(유병률)이 낮은 경우에는 당연히 양성예측률이 낮아지게 되고, 그 결과 검사의 시행으로 인한 '비용'이 증가하여 비용-효과 분석에서 검사의 필요성을 부정하는 방향으로 작용하게 되기 때문에, 유병률이 어

14) 표 11의 수치를 이용하여 산모에게 당뇨병이 없는 경우 출생체중 4.2kg인 거대아에서 영구적 상완신경총 마비가 발생할 확률을 계산하여 보면, 견갑난산이 발생할 확률은 보고자에 따라 3.4% 내지 10%(평균 6.7%), 견갑난산이 발생하였을 때 상완신경총마비가 발생할 확률은 12% 내지 24%(평균 18%), 상완신경총마비가 호전되지 않고 영구적인 장애로 남을 가능성은 1.0 내지 19.4%(평균 6.7%)로서 계산결과는  $6.7\% \times 18\% \times 6.7\% \approx 0.08\%$ 로서 1,000명 중 1명에도 못 미치고, 최대치로 계산하더라도  $10\% \times 24\% \times 19.4\% \approx 0.47\%$ 으로 200명 중 1명에도 못 미친다. 물론 위 수치에 관하여는 변론주의의 영향이 있을 수 있으나, 추후 볼 바와 같이 의학적으로 검증된 결과가 위와 같은 불완전한 정보에 의해 배척되는 경우도 있으므로, 의학적 판단에 있어 어떤 요소들을 고려하여야 할 것인지는 언제나 주의를 요한다 할 것이다.

는 정도 낮더라도 비용-효과 분석을 통하여 검사의 필요성이 인정되는 경우는 있을 수 있어도 '가능성이 아무리 낮더라도' 검사의 필요성이 있다는 것은 납득하기 어렵다.

이러한 판단은 위양성인 환자들이 겪게 되는 부담을 고려하지 못하였기 때문인 것으로 보인다. 검사 자체로 인한 부작용이 미미한 경우, 위양성인 환자들의 부담에 대하여 미처 고려하지 못한다면, 검사를 시행함으로써 부담하는 '비용'은 결국 경제적인 부담, 즉 검사비만으로 한정된다고 생각할 수 있는 것이다. 그 결과, 아무리 질병이 있을 가능성이 낮은 경우에도(또는 의학적으로는 통상 검사의 필요성을 부정하는 경우에도) 그 검사를 시행하였을 때 생명과 건강(이하 '생명 등'이라 한다)에 관하여 이익을 얻을 가능성은 극히 미미하겠지만, 그 이익을 위해 부담하는 것은 경제적인 부담에 불과하므로, 적어도 규범적으로는 당해 의료행위를 시행하도록 하는 것이 타당하다는 판단을 하기 쉽다.<sup>15)</sup>

그러나, 이미 강조한 바와 같이 검사를 시행하는 경우 위양성으로 판단된 환자들은 불필요한 수술 등으로 인한 부작용을 감수하여야 한다는 점, 검사로 인한 부작용이 아무리 미미하다 하더라도 대상 집단 중 이익을 얻는 환자(a/M)가 극히 희소하다면 그 부작용도 결코 무시할 수 없으리라는 점 등을 고려하면, 가능성이 극히 적거나 의학적으로 필요성이 부정되는 검사를 시행함으로써 인하여 감수하여야 할 '비용'은 단순한 경제적인 부담이 아니라 부작용으로 인한 생명 등에 관계되는 심각한 '비용'이라는 것을 알 수 있고, 의학적으로는 인정되지 않는 검사의무를 인정하는 것은 규범적인 것이 아니라 환자들의 생명 등에 대한 침해행위라는 것을 인식할 수 있을 것이다.

## 5. 과실 판단의 기준

앞서 논의한 것은 모두 검사의 시행 여부와 관련한 의학적 판단에 관

15) 생명 등은 절대적 가치를 갖는 것으로서 경제적 가치로 환산할 수 없으므로, 생명 등의 이익과 경제적인 비용만을 두고 비교하여 보면, 아무리 미미하더라도 생명 등의 가치가 높다고 판단하는 것이 가능하다.

한 것이었다. 그러나, 각각의 의료행위에 따라 구체적이고 세부적인 계산 방법에 있어서는 차이가 있을 것이지만, 위양성에 의한 악결과의 가능성이 언제나 상존한다는 점과 아무리 미미한 부작용이라 하더라도 극히 적은 사람들만이 이익을 얻을 수 있는 경우에는 그러한 미미한 부작용도 간과하여서는 안 된다는 점만 유의하고 있으면 의료행위의 시행 여부나 어떤 의료행위를 선택할 것인지 판단하는데 있어 중대한 오류를 범할 가능성은 그리 많지 않을 것이다.

그렇다면, 실제 과실 여부를 판단함에 있어 어떻게 비용-효과 분석을 하여야 하는가? 앞서 비용-효과 분석의 주요 요소들만 살펴보았으나, 실제로 비용-효과 분석을 하기 위하여는 수많은 인자들을 복합적으로 고려하여야 한다. 예를 들어 '효과'로서 기대여명을 구하는 경우에도 단순히 사망까지의 기간만을 계산하는 것이 아니라 삶의 질(quality of life)을 고려하여야 하므로, 입원치료를 받는 기간은 1일을 2/3로 계산한다거나 합병증이 발생할 확률이 10%이고, 합병증이 발생하는 경우 삶의 질이 반으로 저하된다면, 1일을 0.95일로 계산하는 등으로 보정하여야 하는 것이다.

이와 같이 비용-효과 분석은 상당한 자료와 노력을 필요로 하고 있으므로, 각 의료행위마다 비용-효과를 분석하여 그 선택이 타당하였는지를 검토하는 것은 불가능하다. 그러나, 의학교과서에서는 검사의 시행 여부를 판단하여야 할 전형적인 경우에 대하여 비용-효과 분석에 의한 의학 적 판단(지침)들을 제시하고 있으므로, 이러한 지침들을 활용하는 경우 검사의 필요성에 대하여 쉽게 판단할 수 있다.<sup>16)</sup>

16) 의학교과서는 실용성을 추구하여 만들어지기 때문에 비용-효과 분석 등에 대한 자세한 언급 없이 한두 줄로만 기술되어 있는 경우가 많다(예를 들어 '초음파검사상 예측체중이 4.5kg 이하인 경우 정상분만을 시도하는 것이 바람직하다'라는 식). 위와 같은 기재는 비록 한 줄로 기술되어 있다 하더라도 수많은 요소들을 모두 고려하여 비용-효과 분석을 거친 판단으로서 최종적인 결론이라 할 것이다. 따라서 비용-효과 분석의 기초를 이루는 요소들에 대한 종합판단으로 위 결론을 뒤집을 수는 없다 할 것임에도 그 중요성에 대한 인식이 부족하여 각각의 요소들에 대한 기술과 경중이 비슷한 것으로 판단하게 되는 경우 부분에 대한 판단만으로 전체에 대한 판단을 뒤집는 결론에 이르는 경우도 있다.

## IV. 구체적 사례

### 1. 전신마취와 수술전 검사

전신마취는 상당한 위험을 갖고 있는 시술이기 때문에 전신마취를 하게 되는 경우 필요에 따라 수술전 검사를 시행하여 전신마취를 안전하게 받을 수 있는지 평가하게 된다. 이러한 수술전 검사는 수술 및 전신마취와 관련하여 전형적인 사안이기 때문에 의학 교과서마다 어떤 환자들에 대하여 어떤 검사를 시행하는 것이 적절한지 잘 정리되어 있다(표 9, 표 10, 교과서마다 약간의 차이는 있지만 이는 의사마다 경험이나 가치관의 차이가 있고, 비용-효과 분석에서 사용하는 수치의 차이 등으로 인하여 나타나는 것으로서 모두 재량의 범위 내라고 볼 수 있다).

우리 마취과학 교과서 중 하나에는 표 9<sup>17)</sup>에서 나타난 바와 같은, 미국의 어떤 마취과학 교과서 중 하나에는 표 10<sup>18)</sup>에서 나타난 바와 같은 각 기준에 따라 수술전 검사를 시행할 것을 권유하고 있어, 과거력 등 문진이나 신체검진을 통하여 간의 질환을 의심할 만한 사유가 있는 환자가 아니라면 간기능검사를 시행하여야 하는 것이 아니다.

또한, 마취제로 할로테인을 사용하는 경우 간독성으로 간부전상태에 이르는 경우가 있지만, 이러한 부작용은 환자의 특이체질에 의한 것으로서, 간기능검사를 시행한다고 하여 미리 예견할 수 있는 것이 아니다.<sup>19)</sup>

그러나 대법원 1990. 12. 11. 선고 90도694 판결은 의사가 개복수술을 시행할 환자에 대하여 시진, 문진 등을 통하여 간의 이상이 없다고 판단한 후 할로테인으로 전신마취하여 수술을 시행하였는데, 수술 후 환자가 급성 전격성 간염으로 사망하여 형사소추된 사건에서, 수술전 간기능검사를 시행하지 않은 과실을 인정하여 유죄를 선고한 원심(서울형사지방법원 1990. 2. 22. 선고 82노3700 판결)에 대하여 인과관계가 인정되지 않는다는 이유로 파기환송하면서도 수술전 간기능검사를 시행하지 않은 것은 과실이라고 인정하였다.

17) 대한마취과학회 교과서편집위원회 편저, 마취과학, 제3판, 제16면

18) Dripps et al, introduction anesthesia, 제17면

19) 대한내과학회 편, Harrison's 내과학, 제50면, 제1791면 이하

〈표 9. 환자의 상태와 수술전 검사의 필요성〉

		Hb	PT/PTT	plt/BT	전해질	BUN/Cr	혈당	흉부방사선	심전도
수술	소수술								
	대수술	○							
연령	< 40								
	40-70								○
	> 70				○	○			○
관련 상태	심혈관계							○	○
	호흡기계							○	○
	악성 종양		○						
	간담관계		○						
	신장				○	○			
	출혈경향		○	○					
	당뇨				○	○	○		
복용 약물	이뇨제				○	○			
	강심제				○				
	스테로이드				○		○		
	항응고제		○						

위 원심판결 이후 의사들이 전신마취를 하기 전 반드시 간기능검사는 물론이고, 다른 검사에 대하여도 전신마취를 하기 전에는 응급환자가 아닌 한 그 필요성 유무와 무관하게 모든 검사를 시행하는 의료관행이 확립되었다.

그런데, 대법원 2001. 3. 23. 선고 99다48221 판결은 심전도 검사 결과 'V1-4 ST 분절의 상승'이 있어 다음날 다시 시행한 심전도 검사에서 '불완전 우각 차단(right bundle branch block) 및 V2 ST 분절의 상승'이 있는 것으로 나타난 환자에 대하여 내과 전문의에게 의뢰하여 '우각 차단이 있어도 심장의 수축 및 이완에는 아무 문제가 없는 데다가 불완전한 우각 차단이었고, ST 분절의 상승은 V1-2에서는 0 내지 3mm까지를 정상으로 보는데, 망인은 1mm 내지 2mm 상승하였으므로 수술에 문제가 없다'는 의견을 듣고 수술을 시행하였는데, 마취 도중 기관지 경련이 발생하여 의식을 회복하지 못하고 사망하였는데 부검 결과 망인에게 심비대가 있었던 사안(흉부 단순방사선검사 결과는 정상이었음)에서, 심전도 검사결



<표 10. 수술전 검사(미국 교과서)>

		혈색소		백혈구	PT/PTT	plt/BT	전해질	BUN/Cr	혈당	OT/PT	흉부 방사선	심전도	혈액형
		남	여										
수술	소수술												
	대수술	○	○										○
연령	신생아	○	○										
	<40		○										
	40-49		○									남성	
	50-64		○									○	
	≥65	○	○								△	○	
관련 상태	심혈관							○			○	○	
	호흡기										○	○	
	암	○	○								○		
	방사선치료			○							○	○	
	간질환				○					○			
	간염병력									○			
	신질환	○	○				○	○					
	응고장애				○	○							
	당뇨						○	○	○			○	
	흡연력	○	○								○		
복용약제	이노제						○	○					
	강심제						○	○				○	
	스테로이드						○		○				
	항응고제	○	○		○								
				○			○	○	○			○	

과 비록 임상적으로는 정상의 범위에 속한다고 하더라도 어느 정도의 이상이 나타났다는 점은 분명하고, 심초음파 검사는 상대적으로 적은 비용으로 간단하게 시행할 수 있는 것이며, 심초음파 검사를 시행하면 심비대 증상을 곧 확인할 수 있다는 점을 들어 원고들의 청구를 기각한 원심 판결을 파기환송하였다.<sup>20)</sup>

20) 환송후 서울고등법원 2001나 18935 판결 80%의 책임을 인정하였고, 대법원 2002다 49958 판결은 상고기각하여 확정되었다.

그러나, 사람은 기계와 달라서 개인마다 차이가 있기 때문에, 정량적(quantitative)으로 수치화하여 검사결과가 나오는 것이 아니라 의사가 정성적(qualitative)으로 검사결과를 판독하여야 하는 경우에는 검사결과가 정상이라는 개념이란 존재할 수가 없고, '정상범위 내(within normal limits, WNL)'라고 판독할 수밖에 없는 것이기 때문에 정상적인 범주 내의 심전도 결과에 대하여 더 정밀검사를 시행하여야 하는지는 의문이다. 검사의 비용-대비 효과를 판단하는데 있어서 위양성이 대단히 중요하다는 점은 이미 여러 차례 강조한 바 있는데, 위 판례는 수술전 검사의 경우에는 정상범위로 해석되는 결과조차 이상이 있는 것으로 판단하라는 것으로서, 그 결과로 위양성을 증가시키게 될 것이므로 이러한 판독이 타당한 것인지는 의문이다.

## 2. 예측체중과 분만 방법의 선택

미국 산부인과학회에서 거대아 진단을 위한 초음파검사를 시행할 것인지 여부를 판단하기 위하여 비용-효과 분석을 시행하였는데, 비용-효과 분석의 기초로 사용한 거대아의 유병률 등의 자료는 표 11<sup>21)</sup>과 같고(비용-효과 분석을 위해 얼마나 많은 요소가 개입되는지 알 수 있다), 위 자료를 이용하여 비용-효과를 계산한 결과는 표 12<sup>22)</sup>와 같다.

이 결과에 의하면, 1명의 신생아가 영구적 상완신경총마비에 이환되는 것을 예방하기 위하여, 당뇨병이 없는 산모에게 초음파검사를 시행하여 예측체중이 4,500g 이상이면 모두 제왕절개로 분만하는 경우에는 3,695건의 제왕절개술과 8,700,000.00달러의 비용을, 4,000g 이상이면 모두 제왕절개로 분만하는 경우에는 2,345건의 제왕절개술과 4,900,000.00달러의 비

21) Rouse DJ, Owen J, Goldenberg RL, Cliver SP., The effectiveness and costs of elective cesarean delivery for fetal macrosomia diagnosed by ultrasound, JAMA 1996 Nov 13 ; 276(18) : 1480-6

22) 견갑난산 없이 상완신경총마비가 오는 유병률은 0.28% 내지 1.0%, 추정치 0.65%로 알려져 있어 질식분만에 의한 경우 1.0%, 제절에 의한 경우 0.5%로 계산하였다., Rouse DJ, Owen J, Goldenberg RL, Cliver SP., The effectiveness and costs of elective cesarean delivery for fetal macrosomia diagnosed by ultrasound, JAMA 1996 Nov 13 ; 276(18) : 1480-6.

용을 각 추가로 요한다. 한편, 당뇨병이 있는 산모의 경우 4,500g을 기준으로 하였을 때는 443건의 제왕절개술, 930,000.00달러의 비용, 4,000g을 기준으로 하였을 때는 489건의 제왕절개술, 880,000.00달러의 비용을 추가로 요한다.

〈표 11. 각 지표 및 비용의 추정치〉

변수		추정치	범위	
체중 분포	당뇨아닌 산모	4,000g 미만	0.903	0.806-0.903
		4,000-4,499g	0.082	0.082-0.157
		4,500g 이상	0.015	0.015-0.037
	당뇨산모	4,000g 미만	0.768	0.661-0.768
		4,000-4,499g	0.171	0.171-0.220
		4,500g 이상	0.061	0.061-0.119
제왕절개술		4,000g 미만	0.18	0.09-0.28
		4,000-4,499g	0.27	0.14-0.42
		4,500g 이상	0.45	0.24-0.71
견갑 난산 유병률	당뇨아닌 산모	4,000g 미만	0.0065	0.0025-0.0105
		4,000-4,499g	0.067	0.034-0.100
		4,500g 이상	0.145	0.098-0.220
	당뇨산모	4,000g 미만	0.022	0.006-0.037
		4,000-4,499g	0.139	0.048-0.23
		4,500g 이상	0.525	0.375-0.833
견갑난산시 신경총마비 유병률		4,000g 미만	0.09	0.06-0.12
		4,000-4,499g	0.18	0.12-0.24
		4,500g 이상	0.26	0.17-0.35
상완신경총마비의 영구장애율			0.067	0.010-0.194
초음파검사		민감도	0.6	0.5-1.0
		특이도	0.9	0.5-1.0
비용 (달러)	초음파검사		75	37.5-150
	신경총마비재활		950	475-1900
	질식분만		3376	...
	제왕절개	분만전	5200	4160-6240
		분만중	6500	5200-7800

〈표 12. 각 지표 및 비용의 추정치〉

변수		추정치	범위	
체중 분포	당뇨아닌 산모	4,000g 미만	0.903	0.806-0.903
		4,000-4,499g	0.082	0.082-0.157
		4,500g 이상	0.015	0.015-0.037
	당뇨산모	4,000g 미만	0.768	0.661-0.768
		4,000-4,499g	0.171	0.171-0.220
		4,500g 이상	0.061	0.061-0.119
제왕절개율		4,000g 미만	0.18	0.09-0.28
		4,000-4,499g	0.27	0.14-0.42
		4,500g 이상	0.45	0.24-0.71
견갑 난산 유병율	당뇨아닌 산모	4,000g 미만	0.0065	0.0025-0.0105
		4,000-4,499g	0.067	0.034-0.100
		4,500g 이상	0.145	0.098-0.220
	당뇨산모	4,000g 미만	0.022	0.006-0.037
		4,000-4,499g	0.139	0.048-0.23
		4,500g 이상	0.525	0.375-0.833
견갑난산시 신경총마비 유병율		4,000g 미만	0.09	0.06-0.12
		4,000-4,499g	0.18	0.12-0.24
		4,500g 이상	0.26	0.17-0.35
상완신경총마비의 영구장애율			0.067	0.010-0.194
초음파검사		민감도	0.6	0.5-1.0
		특이도	0.9	0.5-1.0
비용 (달러)	초음파검사		75	37.5-150
	신경총마비재활		950	475-1900
	질식분만		3376	...
	제왕절개	분만전	5200	4160-6240
		분만중	6500	5200-7800

태아체중이 4,500g을 넘는 경우에는 태아체중이 4,000g 내지 4,499g인 경우에 비하여 견갑난산이 발생할 확률(14.5% > 6.7%)이나, 견갑난산으로 인하여 상완신경총마비가 발생할 확률(26% > 18%)이 훨씬 높음에도 불구하고 4,000g을 기준으로 하였을 때(6.7% × 18%/100 = 1.206%)보다 4,500g을

기준으로 하였을 때( $14.5\% \times 26\% / 100 = 3.77\%$ ) 장애발생률이 3배 이상 높음에도 불구하고 영구장애 1건을 막기 위해 추가로 필요한 제왕절개술이나 비용이 더 많다는 점은 쉽게 납득하기 어려울 수도 있다. 이런 결과가 나온 이유는 바로 유병률 때문이다. 4,500g 이상인 신생아의 유병율은 1.5%로서 4,000g 이상인 신생아의 유병율인 9.7%보다 현저히 낮기 때문에 거대아를 진단받은 태아들이 상완신경총마비라는 악결과를 회피할 가능성이 3배 이상 높은에도 불구하고 초음파검사의 유용성은 낮아질 수 있는 것이다. 위 자료로 초음파검사의 양성예측률을 계산하면 4,000g 이상을 기준으로 하는 경우 표 13, 4,500g 이상을 기준으로 하는 경우 표 14와 같다. 이를 비교해 보면, 4,500g 이상인 태아의 유병율이 낮기 때문에 양성예측률이 낮아지게 되고 결국 검사결과 양성으로 나온 사람 중 실제 거대아일 확률은 8.37%에 불과하게 되므로 비용-대비 효과가 오히려 감소하게 되는 것이다.<sup>23)</sup> 다만, 위 통계는 거대아에서 가장 전형적인 합병증인 상완신경총마비만을 대상으로 한 것이어서 아두골반불균형으로 인한 난산 등의 가능성을 고려해 본다면 예측체중이 4,500g인 경우 제왕절개를 고려해 볼 수 있을 것이다.

〈표 13. 치료방침에 따른 분만 1,000,000건당 제절횟수 및 비용-효과〉

치료방침	당뇨 아닌 산모			당뇨산모			
	통상	예측체중 4,500g 이상이면 제왕절개	예측체중 4,000g 이상이면 제왕절개	통상	예측체중 4,500g 이상이면 제왕절개	예측체중 4,000g 이상이면 제왕절개	
제왕절개횟수	191,430	276,412	306,342	211,860	307,449	369,864	
견갑난산수	10,020	8,420	6,414	48,820	35,131	26,455	
영구장애수	157	134	108	662	446	339	
영구장애 1명 방지를 위한	제절 횟수	...	3,695	2,345	...	443	489
	비용	...	8.7	49	...	0.93	0.88

23) 어떤 결과가 발생하였을 때 어떤 검사를 했다면 그 결과를 예측할 가능성이 얼마인가 (민감도)를 근거로 판단하는 것이(결과론적 시각) 그 상황에서 그 검사를 하는 것이 타당한가(양성예측율을 포함한 유용성)를 판단하는 데 절대적인 기준이 될 수 없다는 예가 될 수 있다.

〈표 14. 4,000g 이상을 기준으로 하는 경우 초음파검사의 예측율〉

		실제 체중		계	예측율(%)
		4,000g 이상	4,000g 미만		
예측체중	4,000g 이상	582	903	1,485	39.19
	4,000g 미만	388	8,127	8,515	95.44
계		970	9,030	10,000	

〈표 15. 4,500g 이상을 기준으로 하는 경우 초음파검사의 예측율〉

		실제 체중		계	예측율(%)
		4,500g 이상	4,500g 미만		
예측체중	4,500g 이상	90	985	1,075	8.37
	4,500g 미만	60	8,865	8,925	99.32
계		150	9,850	10,000	

또한 위 통계는 미국의 것인데, 우리나라는 평균적으로 태아의 체중이 미국보다 작고 거대아의 유병률 역시 미국보다 낮기 때문에 초음파검사를 이용한 예측체중의 측정은 미국의 경우보다 필요성이 훨씬 작을 것이다.

그러나, 대법원 1999. 6. 11. 선고 99다3709 판결에서는 초음파검사로 예측체중을 측정하지 않은 과실을 인정하였다.<sup>24)</sup>

그 이후 임상에서는 산전진찰에서 대부분 예측체중을 측정하기는 하지만, 예측체중만으로 제왕절개술을 시행하지는 않고 있었는데, 초음파검사를 통하여 예측체중이 4kg 이상인 것으로 드러났음에도 제왕절개술을 시행하지 않는 과실을 인정하는 하급심 판례들도 많이 있어 초음파검사의 시행 뿐 아니라 제왕절개까지도 의무화되는 것이 아닌지 우려된다(창원지방법원 1999. 6. 17. 98가합5715 판결, 서울지방법원 1997. 3. 26. 선고 95가합41173 판결, 서울고등법원 1998. 5. 28. 선고 97나61666 판결 등). 특히, 서울고등법원 1998. 5. 28. 선고 97나61666 판결은 당내불응증이 있고, 예측체중이 4.1 내지 4.2kg여서 제왕절개술을 권유하였으나 산모가

24) 위 판결은 좌측 상완신경총마비가 발생한 사안으로서 분만방법과 상완신경총마비 사이에 관련성이 의심되는 사안일 뿐 아니라 의학적 판단의 당부를 판단하는 데 사용한 요소도 불완전한 것임은 앞서 본 바와 같다.

거부한 사안에서 '제왕절개수술을 하도록 강력하게 권유하여 그러한 수술을 통하여 태아를 분만토록 하였어야 할 것' 이라고 하여 환자의 자기 결정권을 제한하고, 제왕절개술의 강력하게 권유할 의무까지도 지우고 있으나,<sup>25)</sup> 상고심인 대법원 1999. 10. 22. 선고 98다31363 판결은 의사의 책임은 인정하면서도 자연분만을 시도한 것은 과실로 보기 어렵다고 판시하였다.

### 3. 희소한 부작용과 설명의무

앞서 본 두가지 경우와 달리 설명의무에 관하여는 의학적으로 정립된 지침은 없다. 설명의무로 인한 '비용'은 악결과의 가능성을 고지받음으로써 발생하는 불안감이 가장 핵심이 될 것인데, 설명의 방법 자체가 정형화되어 있는 것이 아니라 의사마다 다르고, 환자의 불안감이 예후에 좋지 않은 영향을 미치기는 하지만 그 영향의 정도도 역시 환자마다 워낙 개별적이기 때문에 계량화하기 어렵다는 점에서 설명의무와 관련한 객관적인 비용-효과 분석은 나오기 어렵고 상당부분 경험에 의존할 수밖에 없을 것이다. 그러나, 설명의무로 인한 비용을 '계산할 수 없다고 하여 존재하지 않는 것은 아니므로' 설명의무의 필요성 여부도 검토하여야 함은 물론이다.

여기서는 그중 약물치료에 따르는 설명의무에 관하여 보고자 한다. 먼저 약물치료와 약물로 인한 부작용 사이의 비용-효과에 대하여 본다. 최근 페닐프로판올아민(PPA)와 관련된 의약품 회수사건에서도 보듯이 "통계학적으로 유의성은 다소 부족하나 PPA 복용으로 인하여 출혈성 뇌졸중의 발생 가능성이 높아짐을 부정할 수 없다"는 이유만으로도 회수하는 등 약물의 경우에는 위험의 가능성만 있는 경우에 대하여도 유통을 제한하는 등 엄격하게 관리가 이루어지는 것이 원칙이기 때문에, 시중에서 유통되는 약품에 관하여 이미 밝혀진 부작용이 있다 하더라도 이러한 부작

25) 의학적 결정을 내리는 기제에 대하여 간섭주의(paternalism)보다 자기결정권을 중시하는 입장에서는 권고의무가 도의적 의무를 넘어서 법적 의무가 될 수 있을지 의문스러울 뿐 아니라, 위 사안은 반드시 제왕절개술을 해야만 하는 사안조차 아니다.

용은 비용-효과 분석으로 약물의 사용이 제한될 정도의 '비용'이 되지 못하리라는 점을 추단할 수 있다.

실제로 감기약 복용으로 인한 스티븐스-존슨 증후군에 대하여 필요성 여부를 간략하게만 검토해 보더라도,<sup>26)</sup> 감기약 복용으로 인하여 삶의 질이 향상하는 정도를 하루에 0.2일, 감기의 지속기간을 5일, 감기 환자의 평균 기대여명을 60년, 스티븐스-존슨 증후군의 발병률을 1백만 명당 1.5명, 스티븐스-존슨 증후군으로 인한 사망률을 10%<sup>27)</sup>로 보고 계산하면, 감기약 복용으로 인하여 환자가 얻는 '효과'는  $0.2 \times 5\text{일} = 1\text{일}$ 이고, '비용'은  $1.5\text{명}/1\text{백만 명} \times 60\text{년} \times 365\text{일} \times 0.1 = 0.003285$ 로서, 효과가 비용의 300배 이상이다.<sup>28)</sup> 결국, 어떤 약물의 부작용이 밝혀져 있음에도 유통이 금지되지 않았다면 그 부작용으로 인한 불이익은 약물의 사용으로 인한 이익에 비하여 현저하게 낮으리라는 것을 확인할 수 있다.

이제 약물사용이 아닌 설명의무로 인한 비용-효과에 대하여 검토해 본다. 설명의무로 인하여 얻는 이익은 신체의 침해와 관련된 것이 아니라 자기결정권 행사의 일부분으로 국한된다는 점, 항암제 등 많은 부작용에도 불구하고 사용을 허용할 수밖에 없는 약들을 제외하면 대부분의 약물로 인한 부작용은 약물의 유통에 대한 엄격한 통제 하에서도 유통이 허용되는 경미하거나 가능성이 극히 희박한(즉, 사회적으로 용인되어 있는) 부작용이라는 점 등에 비추어 보면, 설명의무의 이행으로 인하여 얻는 이익은 약물 복용으로 그리 크지 않음을 알 수 있다.

한편, 설명의무를 이행하여 가능성이 희박하다 하더라도 중대한 약결과

26) 대법원 2002. 1. 11. 선고 2001다27449 판결 참조

27) 스티븐스-존슨 증후군은 표피박탈이 10% 이내인 경우 피부점막안증후군(MCOS)으로 30% 이상인 경우 중독성표피괴사용해증(TEN, 리엘 증후군)이라 하는데, TEN의 사망률이 20-30% 정도이다.

28) 물론 5일간 몸이 불편한 것과 생명을 잃는 것은 단순한 양적 차이가 아니라 질적 차이를 포함한다 할 것이지만, 어차피 부작용으로 사망할 가능성이 완전히 0%인 약물은 거의 없으므로 질적 차이가 있다는 이유로 약물의 사용이 제한되기는 어렵고, 300배 이상의 수치는 질적 차이를 고려하더라도 충분히 약물 사용의 필요성을 인정할 수 있는 수치로 보이며, PPA의 예에서와 같이 질적 차이를 충분히 고려하여 부작용의 가능성만으로도 유통을 제한하고 있다는 점에 비추어 보면, 스티븐스-존슨 증후군의 가능성에도 불구하고 유통이 허용되어 있다는 점에서도 약물 사용의 필요성을 충분히 인정할 수 있을 것이다.



가 발생할 수 있음을 각인하는 것만으로도(설명의무를 어떤 방법으로 이행하더라도 부작용의 발생가능성을 충분히 이해하도록 하여야 하는 것은 설명의무의 기본적인 목적이다) 그 발생가능성과는 무관하게 상당한 정도의 두려움을 불러일으킬 수밖에 없다는 점, 환자의 심적 안정이나 마음 상태는 직접적으로 삶의 질과 연관될 뿐 아니라 환자의 예후에도 영향을 미칠 수 있다는 점, 그러한 공포심이 비이성적인 판단을 유발할 수도 있다는 점 등을 고려하면, 비록 위와 같은 설명의무의 이행으로 인한 '비용'을 객관적인 수치로 계산할 수는 없다 하더라도, 가능성이 희박한 부작용이라거나 많은 사람들이 알고 있는 부작용 등에 대하여 설명의무의 유용성이 인정될 것인지는 논의의 여지가 많을 것이다.

예를 들어 수혈로 인한 후천성면역결핍증(AIDS)의 감염에 대한 공포는 우리나라 뿐 아니라 전세계적으로 심각한 수준에 이르러, 수술이나 수혈 거부 등 생명의 심각한 위협을 초래하거나 공포심만으로 자살하는 경우도 발생하고 있는 상황인데 반하여,<sup>29)</sup> 수혈로 인한 AIDS 감염의 사례는 8년 만에 나타날 정도로 그 가능성이 극히 희박하며, 가정의학과에서 이루어진 몇 차례 연구에 의하면 우리나라에서는 수혈에 의해 AIDS에 감염될 수 있다는 사실은 많이 알고 있지만 오히려 80%에 가까운 사람들이 악수나 호흡만으로도 감염될 수 있는 것으로 아는 등 오히려 AIDS의 위협을 근거 없이 과대평가하고 있어 문제라는 것인바,<sup>30)</sup> 수혈로 인한 AIDS 감염의 위험이 설명의무의 대상이라고 보는 것이 환자들의 이익을 될 수 있는지 의문스럽다. 실제로 대한병원협회에서는 AIDS에 감염될 위험이 있다는 내용의 동의서를 받기로 하였으나 '환자에게 공포감을 조성하면서 책임회피에만 급급하다'는 비판을 받기도 하였다.<sup>31)</sup>

그러나, 설명의무에 관하여 이론적으로는 설명의무의 이행이 환자에게 오히려 해가 되는 경우, 설명을 들었더라도 환자가 승낙하였으리라고 인

29) 중앙일보 1993. 11. 9.자 제6면, 같은 달 15.자 제7면, 1994. 9. 15.자 제22면, 2000. 8. 21.자 제3면 등

30) 운동선수들의 후천성면역결핍증(AIDS)에 대한 인식도, 김철준 등, 가정의학회지, 18(3), 1997, 일부 대학 신입생들의 후천성면역결핍증에 관한 지식, 태도 및 관심도 조사, 최현립 등, 가정의학회지, 15(2, 3), 1994, 중앙일보 1994. 2. 16.자 제29면 등

31) 중앙일보 1992. 9. 22.자 제23면, 1994. 11. 10.자 제23면 등

정되는 경우 등에는 설명의무의 면책을 인정하고 있으면서도 실무상 이러한 면책사유를 실제 적용하는 경우는 드물다.

## V. 결 론

의료소송에서 의학적 판단의 적절성을 판단하게 되는 경우 비용-효과 분석과 관련하여서는 다음과 같은 점에 유의하여야 할 것이다.

먼저, 의학적 판단의 적절성은 사건을 심리하는 시점이 아니라 판단시점을 기준으로 하여야 한다. 여기에는 보편적인 의학수준 자체를 의학적 판단시점을 기준으로 하여야 한다는 것 뿐 아니라, 환자의 상태 등에 대하여도 의학적 판단 당시 알 수 있었던 사정만을 기초로 하여야지, 그 이후의 경과나 부검 등을 통하여 알게 된 사실을 토대로 의학적 판단의 적절성을 심리하면 안 된다는 것을 포함한다. 또한, 이미 발생한 악결과에 의해 악결과 발생의 위험성을 높이 평가하는 것도 경계하여야 할 것이다.

다음으로, 과잉진료, 그 중에서도 검사에 관하여 이루어지고 있는 과잉진료로 인하여 부담하는 '비용'을 과소평가하면 안 될 것이다. 특히 검사 자체로 인한 부작용이 적은 경우에는 과잉진료가 이루어지더라도 경제적 부담이 증가하는 것일 뿐 환자의 생명이나 건강에 대하여는 해가 되지 않는다고 생각하기 쉽다. 그러나, 검사 자체로 인한 부작용이 적다 하더라도 많은 수의 환자에게 이루어진다면 그 미미한 부작용도 무시할 수 없고, 무엇보다도 위양성으로 인하여 불필요한 수술 등을 받게 되는 환자가 감수하여야 할 생명이나 건강에 대한 '비용'은 상당한 수준에 이르는 경우도 많다. 과잉진료는 언제나 피하여야 할 환자에게 해가 되는 의료행위이지 경제적인 부담이 없다면 얼마든지 행하여도 되는 의료행위라는 점에 유의할 필요가 있다.

마지막으로 의학적 지식을 종합하는 과정에서도 주의가 필요하다. 의학 교과서에 지침의 형식으로 기재되어 있는 것은 여러 요소를 종합하여 검토한 결과로 의학적으로 타당하다고 인정되는 지침이라는 것을 인식하여 간접사실들을 취합할 때 그 경중을 판단할 만한 능력을 키워야 할 것이다.

수술전 검사나 제왕절개술의 예에서 보듯이, 의료소송에 있어서 의학적

으로 타당하지 않은 판결, 의료행위 과정에서 특히 전형적으로 발생하는 사안에 대하여 의학적으로 타당하지 않은 판결은 의료관행 자체를 바꾸어 버릴 정도로 그 영향력이 크고, 그로 인한 불이익은 고스란히 환자들에게 돌아갈 수밖에 없다. 따라서, 의료소송을 심리함에 있어서는, 의학적 판단의 기본적인 원리를 이해함으로써 의학적으로 적절한 판단을 할 수 있도록 더욱 노력하여야 할 것이다.

■ 지정토론문 — 신 광 렬\*

## 제1주제 - 『사고의 경합과 진료과오책임』

### 1. 공동불법행위 성립의 판단기준에 대하여

○ 민법 제760조는 공동불법행위에 관하여 '수인이 공동의 불법행위로 타인에게 손해를 가한 때' 라고만 규정하고 있어 공동불법행위의 개념이 반드시 분명한 것은 아니고 어느 경우에 공동불법행위를 인정하느냐는 해석론과 판례의 축적에 기대하지 않을 수 없는 상황입니다.

○ 수인이 '공동으로' 불법행위를 하였다는 의미에 대하여 주관적 공동설과 객관적 공동설의 대립이 있고, 주관적 공동설에 의하면 공동불법행위가 성립하기 위해서는 가해자들 사이에 '공모 내지 공동의 인식', 즉 '주관적 공동관계'가 있어야 한다고 하며, 객관적 공동설에 의하면 가해자들 사이에 공모 내지 의사의 공통이나 공동의 인식은 필요 없으며, 그 행위가 객관적으로 '關聯·共同'하고 있으면 된다고 합니다.

○ 우리나라 판례는, '공동불법행위가 성립하려면 행위자 사이에 의사의 공통이나 행위공동의 인식이 필요한 것은 아니지만, 객관적으로 보아 피해자에 대한 권리침해가 공동으로 행하여지고 그 행위가 손해발생에 대하여 공통의 원인이 되었다고 인정되는 경우라야 한다(발표논문 9면, 87다카2723 판결)'고 판시하여 객관적 공동설의 입장에 있는 것으로 판단됩니다. 또한 대법원은 객관적 공동성의 기준으로 '객관적으로 관련공동성이 있는 행위'(발표논문 12면, 96다46903 판결, 98다32045 판결 등)를 제시하고 있습니다.

○ 발표자께서도 피해자의 두터운 보호와 가해자 집단에 대한 비난가능성을 형량해야한다는 관점에서 주관설에 입각하지 않을 수 없지만, 그 주장되는 가해자가 다수라는 점에서 피해자 손해를 분산시키는 효과가 있다는 점

---

\*대전지법 지방법원 부장판사

을 고려하여 객관설이 타당하다고 하여(발표논문 8면), 객관적 공동설의 입장을 지지하는 것으로 보입니다.

○ 그런데 객관적 공동설에 대하여는 '관련공동성'이라는 개념이 매우 모호하기 때문에 책임판단의 한 요소로 인정되기는 어렵다는 비판 등이 있고, 대법원 판례에 대하여도 공동불법행위의 성립 여부가 문제가 되었던 사례들에서 관련공동성의 판단기준이 반드시 명확하다고 보기는 어려울 뿐만 아니라 그 기준의 적용에 일관성이 있다고 보기도 어렵다거나, 단순히 불법행위의 인과관계가 경합되었다고 보아야 할 경우까지 공동불법행위의 성립 범위를 확대하여 가해자에게 가혹한 결과를 초래하고 있다는 비판도 제기되고 있는 것으로 알고 있습니다.

○ 불법행위의 다양성 등을 고려할 때 공동불법행위를 모두 유형화하는 것은 어렵겠지만, 민법 제760조와 대법원 판례가 제시하는 기준만으로는 공동불법행위의 성립 여부를 판단하기는 쉽지 아니하다고 보여집니다. 향후 학계의 연구나 판례의 축적으로 공동불법행위의 객관적인 판단기준의 정립이나 유형화가 이루어져 유사 사안의 판단에서 법적 안정성을 도모하는 것도 필요하다고 생각합니다.

○ 발표자께서는 공동불법행위의 객관적인 판단기준을 정립하고 유형화하는 것이 필요하다고 보시는지, 필요하다면 그것이 가능한 것인지에 대한 견해를 말씀해 주시고, 현재 공동불법행위 성립에 관한 대법원 판례의 태도가 피해자의 보호, 자기책임의 원칙, 법적 안정성 측면 등에서 문제가 없는 것인지에 대하여도 말씀해 주시기 바랍니다.

## 2. 선행사고와 후속 결과 사이에 동일성이 없는 경우의 공동불법행위의 성립 여부(92다4871 판결 평석 관련, 발표논문 10면)

○ 위 사건에서 원심은, 피해자가 교통사고로 분쇄골절 등의 상해를 입고 8개월 이상 피고 병원에 입원해 있으면서 2회에 걸쳐 피고로부터 수술을 받은 결과 골유합상태가 양호하여 조만간 퇴원해도 무방하다는 권유를 받을 정도로 환부가 치료된 상태에서 피고의 물치치료상의 과실로 인하여 제대로 유합되었던 골절부위가 다시 골절된 것이라고 사실인정을 한 다음, 위

재골절은 피고의 잘못으로 인한 것으로서 이 사건 교통사고와 재골절 사이에는 사실적(자연적) 인과관계는 존재한다 하더라도 그 사이에 법적 인과관계(상당인과관계)는 없다는 이유로 공동불법행위 성립을 부정하였습니다.

○ 그러나 대법원은, 피해자가 의료사고 당시 피고로부터 이제 얼마간 물리치료만 받으면 퇴원할 수 있다는 말을 들을 정도로 치유된 사실만이 인정될 뿐, 당시 피해자의 상태가 조만간 퇴원할 수 있을 정도로 호전되어 있었거나 이미 완치의 정도에까지 이르렀다고 볼 증거가 없다는 이유로, 이 사건 교통사고와 재골절 사이에도 상당인과관계가 있고 따라서 공동불법행위를 구성한다고 판시하였습니다.

○ 그런데 발표자께서는 위 사건의 원심의 사실판단을 전제로 하여도 후속 결과에 대하여 선행사고의 가해자는 그 결과와의 사이에 책임성립 인과관계가 인정되고 객관적 관련공동설에 입각할 경우 후속사고 가해자와의 사이에 공동불법행위의 성립이 긍정된다고 하였습니다(발표논문 17면).

○ 그러나 원심이 인정한 바와 같이, 이 사건 교통사고로 인한 상해가 거의 완치되었다면, 그뒤 발생한 재골절은 교통사고로 인한 상해와는 동일성이 없으므로 자연적 인과관계는 있다고 불지언정 법률적으로 책임을 부담하는 상당인과관계가 있다고 보기는 어려워 공동불법행위책임을 인정하기는 어려운 것이 아닌가 생각합니다.

○ 발표자께서는 선행사고와 후속 결과 사이에 동일성이 없어 상당인과관계가 부정되더라도 공동불법행위책임을 인정된다는 것인지, 동일성이 없더라도 후속사고의 과실정도에 따라 중과실이 아닌 경우에는 공동불법행위책임을 인정된다는 것인지, 그렇다면 그 근거는 무엇인지에 관하여 의견을 말씀해 주시기 바랍니다.

### 3. 설명의무 위반으로 인한 의료사고와 기타사고가 경합시 공동불법행위 인정 문제

○ 발표자께서는 의료과오책임을 의료인의 진료채무에 종속하는 부수의무인 진료준칙 위반 등 업무상의 주의의무책임을 의미하는 진료과오책임과 진료라는 채무 내지 업무의 온전한 수행에 종속하지 아니하는 설명의무위

반을 의미하는 설명해태책임으로 나눈 다음, 기타사고와 설명해태는 그 침해한 법익, 따라서 야기한 손해가 달라서 양자가 복합원인이 된다는 것은 예상할 수 없고(각주 6), 교통사고 가해자와 설명의무를 해태한 의사측은 각기 침해한 법익이 다르므로 공동불법행위자가 근본적으로 될 수 없다고(발표논문 18면)고 하였습니다.

○ 통상 설명의무위반 책임으로는 정신적 손해만을 인정하는 것이 일반적이기는 하지만(대법원 1997. 7. 22. 선고 95다49608 판결 등), 설명의무위반으로 인한 재산상 손해와 정신적 손해를 모두 인정한 판례(대법원 1996. 4. 12. 선고 95다56095 판결 등)도 있습니다.

○ 설명의무 위반으로 정신적 손해만이 인정되는 경우에는 발표자의 견해와 같이 그 침해한 법익이 달라서 기타사고와 의료사고 사이에 공동불법행위를 인정할 여지는 없다고 보이지만, 설명의무 위반으로 인한 정신적 손해뿐만 아니라 재산적 손해 등 전체 손해가 인정되는 의료사고가 기타사고와 경합하는 경우에는 양자간에 공동불법행위를 인정할 여지도 있다고 생각합니다.

○ 기타사고와 설명해태로 인한 전체 손해가 인정되는 의료사고 사이에서 공동불법행위가 성립할 수 있는지 여부에 관한 발표자의 견해를 듣고 싶습니다.

---

1) 미골통을 치료하기 위하여 전신마취 하에 미골절제술을 시술함에 있어 마취제인 할로테인 부작용으로 사망한 경우로서, 의사가 환자에게 미골절제술이 불가피한 수술인지 여부나 할로테인의 부작용에 대하여 설명을 하지 않았는데, 이러한 경우 환자나 그의 부모는 피고들로부터 위와 같은 설명을 들었더라면 위 수술을 받지 않았거나 위 마취 방법에 동의하지 않았을 수도 있었을 것이라고 보아 전체 손해의 배상을 인정하였다.

■ 지정토론문 — 예 지 회\*

## 제2주제 - 『의료사고에 따른 의료종사자 사이의 형사책임 관계』

○ 발표자께서 “의료종사자들의 형사책임구성”에 대하여 수평, 수직적 관계를 총 망라하여 논하여 주셔서 아주 유익한 듯 싶습니다. 넓은 분야를 한번에 정리하신 노고를 치하하면서 한, 두가지 의문이 있어 질의를 할까 합니다.

○ 우선 발표자의 논제를 정리해 본다면,

현재의 다양화된 의료행위의 전문화, 세분화로 인하여 한 명의 환자에게 여러 명의 의료종사자들이 관련되어 있다. 따라서 민사책임과 달리 이타적 의료행위성 등을 고려하여 형사책임은 엄별하여 논하자. 먼저 수평적 의료종사자들 사이에서는 ‘신뢰의 원칙’을 도입하여 과실부분에서 책임을 나누고, 수직적 의료종사자들 사이에서는 ‘인과관계’와 ‘객관적 귀속이론’에 의하여 책임을 나누자. 다만 수직적 종사자들 사이에서도 신뢰의 원칙을 도입하는 방향으로 구성해 볼 수도 있다는 것이 주된 내용으로 보입니다.

○ 먼저 발표자께서는 현재 대법원의 책임을 규명하는 논리전개에 대하여 인과관계를 부인하는 것보다는 객관적 귀속이론으로 전개함이 더 합리적이라는 입장이신 것으로 보입니다. 물론 그렇게 함으로써 상당인과 관계라는 이름으로 애매하였던 부분이 명쾌하게 해석될 수도 있을 듯 하나 현재의 대법원 입장은 아직 상당인과 관계론에서 설명하고 있는 것으로 알고 있습니다. 나아가 그와 같은 객관적 귀속이론을 실제 사안에 적용하였을때, 실제적으로 어떤 차이, 실익이 있을지 궁금합니다.

예를 들어 논문에서 실시하고 있는 ‘사랑니 발치 후 패혈증 발생사고’를 본다면, 대법원은 구강악안면외과 과장인 피고인에 대한 공소사실 중 피고인

---

\*서울고등법원 판사



이 구강악안면 외과 과장이라는 이유만으로 주치의에게 어떤 처방을 하고 적극적으로 그 시술의 정당성 여부를 감시 감독할 주의의무는 없으므로 그에 대한 과실은 없다고 판시하면서, 다만 농배양 검사를 하지 아니한 과실은 있으나, 그로 인하여 피해자가 사망한 것인지에 대한 인과관계는 부인하고 있습니다. 여기에다가 발표자의 객관적 귀속이론을 적용하게 되면 결과가 달라지는지요. 달라지지 않는다면 어떤 실익이 있다는 것이지요.

또 다른 예로서, 언론을 통하여 이미 들은바 있는 이른바 '보라매 병원 살인 사건' (피고인은 주치의인 전문의와 3년차 수련의, 1년차 수련의 등 3인으로서 앞의 2명의 피고인은 살인 방조죄에 대하여 유죄, 1년차 수련의는 무죄로 확정됨)에서 실제 인공호흡기를 떼낸 1년차 수련의의 무죄부분에 관하여는 어떤 논리구성이 가능할 지에 대하여 구체적인 설명을 부탁드립니다.

○ 발표자의 의견에 따르면, 결국 의사들과 간호사들의 책임규명이 중요 쟁점으로 부각될 수 있을 듯 합니다. 즉, 의료 현실상 간호사들이 상당부분 의료행위를 실제 담당하고 있는 이상, 그들의 과오를 주치의에게 부과하는 사례를 방지하자는 논리는 형법상 개인책임이론에 비추다면 상당히 설득력이 있을 거 같습니다.

다만, 실제 의료행위에 있어서 간호사들은 의사의 처방에 따라야 하고 재량성은 거의 없는 것으로 알고 있습니다(특히 간호조무사들은 재량성이 전혀 없을 겁니다). 따라서 위 논리가 어떤 종류의 사고에서 사실적으로 이용될 수 있을지 혹시 알고 계신 판례나 사례가 있으면 알려 주시길 부탁드립니다.

끝으로, 간호사들이 주치의의 지시에 따른 환자의 관찰의무를 태만히 함으로써 결국 중요한 치료 시점을 놓쳐 사망에 이른 사고가 발생하였다고 가정할 때, 간호사의 호출로 담당 주치의가 그 즉시 당연히 오리라는 전제가 성립된다면 담당의의 책임이 면해지겠지만 담당 주치의도 환자의 경과를 살피지 아니한 채 그냥 퇴근하였을 뿐 아니라 연락처도 제대로 알려 주지 아니한 상황이었다면(가즉 과실이 있는 상황이었다면 가정적 판단이 불가피 해 보이는데), 앞서의 인과관계 이론 내지 객관적 귀속이론과 관련하여 어떤 설명이 가능할지 발표자의 견해를 밝혀 주시길 부탁드립니다.

■ 지정토론문 — 안 법 영\*

## 2004. 11. 20. 대한의료법학회 토의

발표자가 제시한 귀책사유의 판단에 있어서 경제적 효용분석은 중요한 의미를 갖는다. 우리 민사책임의 기본원칙은 과실(과책)주의(Verschuldensprinzip)를 취하고 있는바, 피소된 가해자의 과실 판단에 있어서 객관적인 합리성을 판단하는 것은 특히 중요하다고 할 수 있다.

우리 민사법에서는 이미 위험책임의 원리가 적용되는 일련의 사안들, 예를 들어 제조물책임, 환경책임 등에서 국민경제의 전체적 효용의 극대화를 지향하는 객관적 효용함수를 적용하여 과실이 없는 제조자 또는 일정 시설을 관리하거나 행위를 영위하는 사업자에게 피해자에 대한 손해배상의 책임을 부과하는 것이 타당하다는 결론을 추론하고 있다.

발표자는 과실책임의 원리가 필연적으로 관철되어야 하는 의료사고 책임법 영역에서 비용-효과의 분석을 통해 판례에서 통상 제시되는 과실판단의 기준에 대한 비판과 그 합리화의 논거를 제시하고 있다. 이러한 관점에서 비판적 시각으로 검토하는 방법에 관해서는 토의자도 공감한다. 그렇지만 위와 같은 관점의 판단 기준을 정량적으로 수치화시켜 객관적으로 명확히 제시하는 측면이 있으나, 여기에는 법적 책임귀속의 규범적 판단, 특히 과실 및 과책이라는 위법성과 책임성의 판단에 비용과 효용의 경제적 분석이 갖는 한계와 문제점을 지적하지 않을 수 없다.

1) 우선 비용-효과의 분석(cost-effectiveness analysis)이라는 용어는 비용과 효용의 분석(Kost und Nutzen Analyse)이라고 하는 것이 보다 적절하다고 사료된다.

2) 그리고 비용과 효용 분석에 의한 법경제적 접근은 사전예방적 내지 법정정책적 효용성에 관해서 유용성이 있으나, 책임귀속으로서 “마땅히 취해

---

\*고려대 법대

졌어야 했을 행태적 의무”에 대한 규범적 요소를 모두 포괄하지는 못한다고 할 수 있다.

발표자가 의료에서 의료기술 이전의 “검사” 부분을 위와 같은 비판적 분석의 대상으로 하고 있는 것도 이러한 맥락에서 비용-효용의 분석이 방법상 적절한 관점에서 논점을 포착하고 있다고 평가할 수 있다.

의료분쟁이 의료 기술 후 환자에게 발생한 악결과에서 출발하여 사후적으로 의료의 과오를 판단하고 있으나, 그 과오의 중심을 이루는 과실 판단은 사물논리와 개념논리상 해당 의료행위 당시의 의사의 주의의무의 판단을 기초로 하여야 한다. 이러한 주의의무를 판단하는 구성요소로서는 환자의 생명, 신체, 건강에 발생한 법익 침해라는 악결과에 대한 의사의 인식 및 예견가능성(Erkenn- u. Voraussehbarkeit), 그리고 그 방지를 위한 회피 및 기대가능성(Vermeid- u. Zumutbarkeit)을 들 수 있다.

따라서 발표자의 비용-효용의 분석은 환자에게 초래된 불이익의 인식과 예견가능성 판단에 있어서 합리적인 판단기준을 객관적으로 뒷받침할 수 있다는 장점을 인정하지 않을 수 없을 것이다. 그러나 특히 의료에서 초래된 악결과에 대한 책임귀속 판단의 사후적 판단 모델은 침해된 법익의 중요성과 그 구제의 타당성이 함께 고려되어야 하는바, 행위 시점의 사전적 비용-효용 분석만으로는 책임판단의 전부를 대체하지 못한다. 특히 의료는 일반적인 재산적 이익에 대한 보호가 아니라 제1의 법익이라고 할 수 있는 생명, 신체, 건강의 보호 및 의료의 궁극적 목표로서 환자보호의 이상을 실현하는 데 기여하는 것이라고 할 수 있기 때문이다.

3) 다음으로 의료상 “검사” 단계에서도 의사가 불필요한 검사를 시행하거나 그로 인한 부작용으로 환자의 생명, 신체, 건강에 불이익이 발생하는 경우에도 규범적인 책임귀속의 판단은 불가피한 것이다.

이에 관해 발표자는 비록 검사 시행의 여부에 관한 의학적 판단에 관한 것일지라도 “검사를 시행하는 경우 위양성으로 판단된 환자들은 불필요한 수술 등으로 인한 부작용을 감수하여야 한다는 점, 검사로 인한 부작용이 아무리 미미하다 하더라도 대상 집단 중 이익을 얻는 환자(a/M)가 극히 희소하다면 그 부작용도 결코 무시할 수 없으리라는 점 등을 고려하면, 가능성이 극히 적거나 의학적으로 필요성이 부정되는 검사를 시행함으로써 인하

여 감수하여야 할 '비용'은 단순한 경제적인 부담이 아니라 부작용으로 인한 생명 등에 관계되는 심각한 '비용'이라는 것을 알 수" 있다고 한 것은 타당하다. 그렇지만 "의학적으로는 인정되지 않는 검사의무를 인정하는 것은 규범적인 것이 아니라 환자들의 생명 등에 대한 침해행위라는 것을 인식할 수 있을 것이다."라고 하는 데에는 의문이 제기된다.

나아가 발표자는 "실제 과실 여부를 판단함에 있어 . . . 실제로 비용-효과 분석을 하기 위하여는 수많은 인자들을 복합적으로 고려하여야" 한다는 점을 지적하고 있는바, 이러한 관점에 비추어 법경제적 비용-효용의 분석은 해당 함수에서 고려되는 요소의 한계성과 그 중요성의 수치화에 오류가 선결적으로 개재될 수 있다는 점을 지적하지 않을 수 없다.

이러한 분석의 선결적 한계는 발표자가 예시하고 있듯이 "'효과'로서 기대여명을 구하는 경우에도 단순히 사망까지의 기간만을 계산하는 것이 아니라 삶의 질(quality of life)을 고려하여야 하므로, 입원치료를 받는 기간은 1일을 2/3로 계산한다거나 합병증이 발생할 확률이 10%이고, 합병증이 발생하는 경우 삶의 질이 반으로 저하된다면 1일을 0.95일로 계산하는 등으로 보정하여야 하는 것"이라고 하는 데서도 드러난다.

또한 발표자는 "이와 같이 비용-효과 분석은 상당한 자료와 노력을 필요로 하고 있으므로, 각 의료행위마다 비용-효과를 분석하여 그 선택이 타당하였는지를 검토하는 것은 불가능하다"는 지적을 하면서도, "그러나, 의학 교과서에서는 검사의 시행 여부를 판단하여야 할 전형적인 경우에 대하여 비용-효과 분석에 의한 의학적 판단(지침)들을 제시하고 있으므로, 이러한 지침들을 활용하는 경우 검사의 필요성에 대하여 쉽게 판단할 수 있다"고 하고 있다. 여기에서도 분명하게 지적되어야 하는 점은 "비용-효과 분석은 상당한 자료와 노력을 필요"로 한다는 점에만 문제점이 있는 것이 아니라, 발표자도 언급하고 있듯이 "그 선택이 타당하였는지를 검토하는 것은 불가능"하다는 점, 즉 그러한 경제적 필요성이 규범적 당위성을 대체할 수 없다는 점이 지적되어야 할 것이다. 그러므로 "전형적인 경우에 . . . 비용-효과 분석에 의한 의학적 판단(지침)들을 제시하고 있으므로, 이러한 지침들을 활용하는 경우 검사의 필요성에 대하여 쉽게 판단할 수 있다"는 관점에는 곧바로 동의하기 어렵다.

이러한 시각에서 발표자는 전신마취와 수술전 검사에 관한 판결례를 분석하고서 “사람은 기계와 달라서 개인마다 차이가 있기 때문에, 정량적(quantitative)으로 수치화하여 검사결과가 나오는 것이 아니라 의사가 정성적(qualitative)으로 검사결과를 판독하여야 하는 경우에는 검사결과가 정상이라는 개념이란 존재할 수가 없고, ‘정상범위 내(within normal limits, WNL)’라고 판독할 수밖에 없는 것이기 때문에 정상적인 범주 내의 심전도 결과에 대하여 더 정밀검사를 시행하여야 하는지는 의문이다. 검사의 비용-대비 효과를 판단하는데 있어서 위양성이 대단히 중요하다는 점은 이미 여러 차례 강조한 바 있는데, 위 판례는 수술전 검사의 경우에는 정상범위로 해석되는 결과 조차 이상이 있는 것으로 판단하라는 것으로서, 그 결과로 위양성을 증가시키게 될 것이므로 이러한 판독이 타당한 것인지는 의문”이라고 하는 의견에 대해서는 관점을 달리하여 파악하는 요청이 제기될 수 있을 것이다.