

# 醫療過誤와 注意義務\*

전 광 백\*\*

I. 서 론	2. 醫學의 水準
II. 注意義務의 의미	3. 診療環境 및 條件(具體的 狀況)
III. 醫師의 注意義務의 판단 시 고려 요소	IV. 결 론
1. 醫療의 特殊性	

## I. 서 론

醫療事故에 따른 민사적 법적 책임을 구성하는 법리는 현행법상 債務不履行責任과 不法行爲責任으로 나눌 수 있다. 醫療事故에 대한 損害賠償責任을 債務不履行責任으로 구성하는 경우 우선 醫師<sup>1)</sup>와 患者측<sup>2)</sup> 사이에 醫療契約이 체결되어야 하며, 醫師가 醫療契約에 따른 債務를 부담하는 것을 전제로 한다. 따라서 醫師는 患者의 疾病治療를 위해 선량한 관리자의 注意義務로 診療를 하여야 할 債務를 부담하게 된다. 그러나 醫師가 부담하는 診療債務는 疾病의 완치와 같은 결과를 이행하여야 하는 結果債務가 아니고, 疾病 완치에 관계없이 적절한 診療의 행위 등을 다하여야 하는 手段

\* 이 논문은 2003년도 성신여자대학교 학술연구조성비 지원에 의하여 연구되었음.

\*\* 성신여자대학교 사회과학대학 법학과 교수

1) 患者측이 醫師와 직접 醫療契約를 체결할 수도 있으나 醫師가 소속된 病院과 醫療契約를 체결할 수도 있다. 한편 醫師의 지시에 따른 看護師의 잘못으로 醫療事故가 발생하는 경우도 있다. 醫療過誤의 책임을 계약책임의 법리로 접근하는 경우 醫療契約의 당사자가 누구이냐에 따라 醫師 또는 病院이 민사상의 책임을 지게 되나 본 논문에서는 편의상 醫療過誤에 기인한 책임의 당사자를 醫師로 총칭하기로 한다.

2) 醫師와 醫療契約를 체결하는 당사자가 患者 자신일 수도 있고, 患者 보호자가 患者를 위하여 醫療契約를 체결할 수도 있다.

債務의 성격을 갖는다.<sup>3)</sup>醫師가 診療行爲를 하였으나 선량한 관리자의 注意義務를 다하지 않아 患者의 疾病이 악화되는 등 患者에게 손해가 발생하는 醫療事故가 발생하면, 醫師는 醫療契約에 따른 診療債務의 내용에 좇은 이행을 하지 않은 債務不履行責任을 부담하게 된다. 그런데 이 경우의 債務不履行은 診療는 있었으나 그 診療가 債務의 내용에 좇은 診療가 되지 못하였다는 점에서 不完全履行에 해당된다. 불완전이행에 따른 損害賠償責任을 묻기 위해서는 채권자는 입증책임분배의 일반원칙에 따라 급부의 불완전성을 입증하여야 한다.<sup>4)</sup> 한편 診療債務의 不完全履行의 판단은 診療債務가 結果債務가 아닌 手段債務이므로 결국 醫師에게 요구되는 선량한 관리자의 注意義務를 다하였는지의 여부에 의하여 결정되어야 한다.

醫療事故에 대한 損害賠償責任은 不法行爲責任으로 구성할 수도 있다. 不法行爲는 타인에게 손해를 가하는 違法行爲를 의미한다. 따라서 醫師가 故意 또는 過失로 患者에게 손해를 가한 경우 損害賠償責任을 져야 한다. 不法行爲責任은 그 성립요건의 하나로 가해자의 故意 또는 過失에 의한 違法行爲를 필요로 한다. 醫療過失에 의한 醫療事故로 醫師가 不法行爲에 의한 損害賠償責任을 지기 위해서는 患者는 醫師의 過失을 입증하여야 한다. 그런데 醫師의 過失이란 다름 아닌 醫師에게 요구되는 注意義務를 다하지 않은 경우라고 말할 수 있다.

결국 醫療事故에 대한 損害賠償責任을 묻는 법리가 債務不履行責任 또는 不法行爲責任이냐에 관계없이 특히 醫療過誤로 인한 손해배상의 경우에는 醫師가 注意義務를 다하였는지가 관건이 된다. 醫療事故에 대한 민사책임의 법리구성에서 법원은 債務不履行責任 또는 不法行爲責任으로 접근하는 것이 가능하다고 하면서, ‘입증책임의 완화’를 수용하면서도 기본적으로

3) “醫師가 患者에게 부담하는 診療債務는 疾病의 치유와 같은 결과를 반드시 달성해야 할 結果債務가 아니라 患者의 치유를 위하여 선량한 관리자의 注意義務를 가지고 현재의 醫學水準에 비추어 필요하고 적절한 診療措置를 다해야 할 책무 이른바 手段債務라고 보아야 하므로 診療의 결과를 가지고 바로 診療債務 불이행사실을 추정할 수는 없으며 …” 대법원 2001.11.9. 2001다52568; 대법원 1993.7.27. 92다15031; 대법원 1998. 2. 13. 97다47675.

4) 그러나 不完全履行의 경우에는 이행불능과 이행지체에 준하여 의무위반에 대하여 과책이 없음을 입증할 책임을 債務者에게 부담시키는 것이 타당하다는 견해도 있다. 지원림, 민법강의(제3판), 832면. 대법원 2000. 11. 24, 2000다38718, 38725.

는 患者측에서 醫療過失의 立證이 필요하다고 판시하면서 過失의 立證責任이 患者측에 있음을 대전제로 하는 不法行爲責任을 취하고 있다.<sup>5)</sup>

## II. 注意義務의 의미

1. 注意義務란 행위자가 자신의 행위로 인하여 타인에게 물적 또는 정신적 손해가 발생하지 않도록 심적 배려를 하여야 할 의무라고 말할 수 있다. 행위자가 注意義務를 위반하여 타인에게 손해를 발생케 한 경우 민사상으로 損害賠償責任을 지게 되는 것이다. 일반적으로 注意義務를 위반하였을 때 過失이 있다고 본다.

2. 過失의 기준이 되는 注意義務로서 행위자에게 結果豫見義務와 結果回避義務를 요구하고 있다. 結果豫見義務는 위법적인 사실의 발생이나 그 가능성을 사전에 인식 내지 인지하여야 하는 의무이며, 結果回避義務는 특정 결과를 알았거나 알 수 있었다면 그러한 결과가 발생하지 않도록 조치를 취하여야 할 의무이다. 따라서 행위자에게 過失이 인정되는 것은 행위자가 結果豫見義務와 結果回避義務 모두 또는 그 중의 하나를 소홀히 하여 위법적인 결과가 발생한 때이다.

3. 醫療過誤<sup>6)</sup>로 인한 법적 책임 역시 醫師의 過失을 필요로 한다. 그 過失의 유무의 판단의 기초가 되는 것은 醫師에게 요구되는 注意義務이다.

우선 醫師의 過失은 일반인이 아닌 전문가의 過失로서 판단되어야 한다. 醫師는 診療行爲가 患者의 생명, 신체, 건강을 다루는 업무의 특성에 비추

5) 석희태, 주석민법 채권각칙(7), 529면. 대법원 1995. 2. 10, 93다52402; 대법원 1995. 3. 10, 94다39567.

6) 醫療過誤의 의미는 다양하다. 우선 醫療契約상의 모든 의무를 위반하는 경우를 의미할 수 있다. 이 경우 病院管理上의 過誤와 守秘義務違反도 포함된다. 그리고 說明義務 위반 행위와 醫學原則 위반행위의 의미로 사용될 수 있는데, 양 위반행위에는 醫療行爲 즉 診療, 治療, 助産, 美容成形, 健康診斷 등 일체의 醫療處置 자체를 실시함에 있어서 요구되는 일정한 의무를 위반 또는 불이행한 점에서 공통성을 갖는다. 그리고 狹義의 醫療過誤라 하여 醫學原則 위반행위에 한정하는 의미로 사용되기도 한다. 석희태, 전거서, 526 ~ 527면.

본 논문에서는 醫療過誤의 용어를 醫學原則 위반행위만을 의미하는 狹義의 醫療過誤로 한정하여 사용하기로 한다.

어 患者의 구체적 症狀이나 狀況에 따라 위험을 방지하기 위하여 요구되는 최선의 조치를 취하여야 하는 注意義務를 지고 있다.<sup>7)</sup> 그리고 특별한 기술을 필요로 하는 직업에 종사하는 자는 그 업무에 적합한 숙련된 전문가로서 갖추어야 할 능력을 기초로 고도의 注意義務를 다하여야 하는데, 그러한 의미에서 醫師의 過失은 업무상의 過失이다. 이와 같이 醫師에게 요구되는 고도의 注意義務를 다하지 못함으로써 診療에 임한 醫師가 위험한 결과의 발생을 예견하지 못하였거나 회피하지 못한 경우에 醫師의 過失을 인정할 수 있다. 醫師가 부담하는 豫見義務의 대상이 되는 위험한 결과의 정도는, 臨床醫學적으로 명백히 검증되고 알려진 것으로, 경우에 따라 위험의 발생이 가능한 정도이면 충분하다. 위험이 존재하기는 하지만 그 위험이 아직 臨床醫學적으로 확인되지 않았거나, 위험발생의 메카니즘이 醫學界에 일반적으로 알려진 것이 아닌 경우에는 醫師에게 예견의무가 있다고 볼 수 없다. 위험에 대한 예견가능성을 전제로 인정되는 醫師의 예견의무는 특정한 醫師가 아닌 일반적 醫師를 기준으로 하여야 한다. 따라서 구체적 狀況 하에서 발생한 위험이 일반적 醫師가 예견할 수 없는 것이라면 이에 대하여 醫師의 過失을 인정할 수는 없다. 그리고 結果回避義務로서 행하여진 결과회피조치는 최적의 手段을 취하는 것이 이상적이나 그것이 아니라고 하여 언제나 過失이 있는 것은 아니다. 예견되는 위험의 개연성, 위험의 원인이 되는 행위의 목적·성질, 다른 위험방지조치의 유효성, 患者의 위험감수능력 등 여러 사정을 고려한 후에 醫師에게 어느 정도의 注意義務를 부담시키는 것이 타당한지 판단하여야 한다.

### Ⅲ. 醫師의 注意義務의 판단 시 고려 요소

醫師의 診斷을 위한 檢査, 治療行爲 등의 醫療行爲는 患者의 생명과 신체의 보전, 건강의 증진을 위하여 시행되지만 醫療行爲의 특성상 심지어 醫師가 최선의 注意義務를 다 한 경우를 비롯하여 醫師의 사소한 실수에 의해서도 患者에게 돌이킬 수 없는 치명적 결과가 발생하기도 한다. 醫療

7) 대법원 2003. 11. 27, 2001다2013.

行爲에 불가피하게 수반되는 위험한 결과가 예견되지만, 醫療行爲는 건강한 생활을 영위하기 위해서는 반드시 필요한 사회적으로 유용한 행위로서 ‘허용된 위험’의 법리에 의해 醫療行爲에 기인한 불가피한 위험은 감수가 필요하다. 그렇다고 하여도 허용된 위험의 법리에 의하여 醫師의 모든 醫療行爲가 수인되는 것은 아니다. 적법한 醫療行爲로 평가되기 위해서는 醫療行爲가 일정한 기준에 맞추어 醫師가 注意義務를 다한 경우이어야 한다. 따라서 醫師가 주어진 注意義務를 다한 경우에는 비록 그 결과가 患者에게 불이익이 되었다고 하더라도 醫師에게 책임을 물을 수 없다. 한편 醫師의 수술 등 특정한 醫療行爲가 허용된 위험의 법리로 적법한 것인지의 여부는 구체적 狀況에서 면밀히 판단되어야 하나, 우선적으로 그 醫療行爲로 인한 患者의 이익과 불이익의 비교하여 患者의 이익이 우위에 있다는 것이 전제되어야 한다. 이와 같이 허용된 위험의 법리는 醫師의 注意義務를 판단하는 데 고려하여야 할 전제적 요건이면서 동시에 개별적·구체적으로 醫師의 注意義務의 범위를 한정하는 기능도 가진다.

### 1. 醫療의 特殊性

醫師의 診療行爲시 요구되는 注意義務는 醫師의 구체적 診療行爲에 따라 그 내용이 달라지게 된다.<sup>8)</sup> 그러나 患者의 생명과 건강을 위하여 疾病을 治療하는 것을 목적으로 하는 醫療行爲의 특성상 구체적 狀況하에서 특정한 診療行爲의 여부에 관계없이 醫師의 注意義務 판단에서 다음과 같은 요소들이 일반적으로 고려되어야 한다.

#### (1) 醫療의 倫理性

醫學은 인간의 생명과 건강을 다루는 생명과학분야이다. 최근 국내의 인간배아의 연구와 줄기세포연구 등 새로운 생명과학분야의 진전은 세계를 주목시키고 국내외간에 그 허용 여부에 관한 논란이 제기되고 있다. 특히 체세포핵이식술에 의한 복제배아로부터 추출된 줄기세포를 통해 일정한 難治病

8) 박영규, 醫師의 注意義務의 일반적 기준, 한독법학 제11호, 485면.

의 治療를 가능하도록 하는 의학적 연구의 유용성은 인간 체세포이식술이 한편 배아복제된 인간의 생명을 침해하는 결과를 수반한다는 윤리적 문제를 야기한다고 하여 그 논란이 심각하다. 「생명윤리및안전에관한법률」은 인간의 존엄과 가치가 침해되지 않도록 인간복제의 금지를 규정하고 체세포복제행위를 희귀·난치병 치료의 목적으로 한정하고 국가생명윤리심의위원회의 심의를 거쳐 허용하는 등 생명과학기술 전반을 규율할 목적으로 제정되었다.<sup>9)</sup> 「생명윤리및안전에관한법률」이 醫療行爲 보다는 생명과학기술연구의 영역의 법적 규율에 중심을 두고 있으나 醫療行爲와 관련된 규정도 있다.<sup>10)</sup>

한편 醫師와 患者의 관계는 診療債務의 급부라는 법적 관계 외에도 醫療上의 윤리가 수반되어야 하는 관계이다. 醫療行爲는 사람의 생명과 건강을 다루는 분야이므로 다른 것에 비해 엄격한 규제가 필요하며 관련된 행위에 倫理性이 요구된다. 醫療의 倫理性은 그 개념이 모호하지만 醫療行爲가 사회문화적 상황에 비추어 사회 구성원의 道義觀念에 적합하고 社會常規上 정서적으로도 受容이 가능한 행위로 평가되기 위해 필요한 특성으로 정의할 수 있다. 醫療의 倫理性을 인정받기 위해서는 우선 醫療行爲를 통해 患者가 얻을 수 있는 이익이 그 醫療行爲로부터 발생할 수 있는 위험한 결과보다 명백히 우위에 있어야 한다. 그리고 患者 이외의 다른 사람의 부당한 생명이나 신체상의 이득, 경제상의 이익을 꾀하거나 학술적 명예를 취득하기 위해 患者에 대한 醫療行爲가 활용되거나 왜곡되어서는 안 된다. 醫療의 倫理性을 확보하기 위해서는 患者 자신을 최우선으로 고려하여야 하지만 해당 醫療行爲에 관련된 사람들에 대한 고려도 필요한 경우가 있다. 예컨대 臟器 供與를 위한 腦死判定의 경우 患者의 腦機能 상실을 확인할 수 있는 범위 내에서는 臟器를 받는 사람을 위해 供與되는 臟器가 손상되지 않도록 배려가 있어야 한다.

醫療의 倫理性은 상대적 개념이다. 醫療行爲의 受容을 위한 사회 구성원의 道義觀念과 社會尙規의 기준은 時代狀況에 따라 변경된다. 또한 醫療行

9) 체세포핵이식술에 의한 인간배아복제행위의 허용 여부의 논의가 촉발하여 제정된 생명윤리및안전에관한법률은 2004년 1월 29일 법률 제7150호로 제정되어 2005년 1월 1일부터 시행되었다.

10) 동법에 규정된 배아의 생성, 유전자檢査, 유전자治療의 관련 규정 등은 醫療行爲에 관한 규정들이다.

爲의 有用性 판단에 필수적인 患者의 이익 比較衡量의 결과는 醫學의 발전에 따라 달라질 수 있다. 따라서 특정의 醫療行爲가 상황에 따라 倫理的 평가를 달리할 수 있다. 예컨대 臟器移植術이 발달하기 전에는 비록 소생 가능성이 없어 보이는 患者라 해도 그로부터 정상적으로 작동하는 心臟을 들어내는 것은 倫理的으로 허용될 수 없었다. 다른 治療方法을 시도할 수 없는 절망적 상황에서 아직 승인되지 않은 개발 중인 醫藥品이나 醫療機器를 사용하는 것은 醫療 倫理에 반한다고 볼 수 없다. 특정의 治療方法이 醫療界에 아직 공인되지 않았으나 그 治療方法의 성공 가능성이 높아지고 그 효능이 커지면 차츰 倫理的 면에서도 허용이 가능한 것으로 판단되어 이에 따른 患者에게 발생하는 위험한 결과의 범위도 확대될 수 있다. 법원은 다음과 같이 醫師의 注意義務 판단에 있어서 醫療上의 倫理를 그 기준의 하나로 삼고 있다.

“... 전문직업인으로서 요구되는 醫療上의 倫理와 醫學知識 및 경험에 기초하여 신중히 患者를 진찰하고 정확히 진단함으로써 위험한 결과 발생을 예견하고 이를 회피하는 데에 필요한 최선의 注意義務를 다하였는지 여부를 따져 보아야 하고, 診療上의 過失 여부는 그 醫師가 患者의 상태에 충분히 주의하고 診療 당시의 醫學的 지식에 입각하여 患者에게 발생 가능한 위험을 방지하기 위하여 최선의 주의를 기울여 診療를 실시하였는가 여부에 따라 판단되어야 할 것이다.”<sup>11)</sup>

## (2) 醫療의 侵襲性

醫療行爲를 통해 患者는 생명이 구제되고 건강을 회복할 수 있다. 그러나 醫療行爲는 인체에 대한 침습을 수반하기도 한다. 예컨대 당뇨병으로 인해 다리의 끝부분에 괴사가 진행되는 患者에 대해 다리절단을 하지 않으면 생명이 위험한 患者에 대해서, 醫師가 다리절단수술을 시행한 경우에 患者의 생명을 살렸지만 다리의 절단이라는 인체의 침습의 결과가 발생하게 된다. 投藥과 관련해서 살펴보면, 投藥으로 특정 疾病의 症狀이 개선되었으나 投藥의 부작용으로 신체의 일부에 이상이 필연적으로 발생하는 경

11) 대법원 2003. 1. 24, 2002다3822; 대법원 2001. 3. 23, 99다48221.

우가 있을 수 있다. 따라서 醫師가 자신에게 요구되는 최선의 注意義務를 다하였음에도 불구하고 醫療行爲의 특성상 患者에게 악결과가 발생한 경우에는 醫師의 過失을 인정하여서는 안된다. 특히 醫療行爲의 침습성에 기인한 악결과에 대한 醫師의 過失을 판단하기 위해서는 이익교량·위험방지조치·기술상의 주의 등의 적절성 여부가 충분히 검토되어야 한다.<sup>12)</sup>

### (3) 醫療의 斷行性

疾病은 일단 발병하면 患者의 신체機關의 기능 저하를 비롯하여 완전 정지 그리고 중독에는 患者의 생명을 위협하는 단계까지 발전하게 된다. 따라서 醫療行爲도 疾病의 이러한 특성을 감안하여 疾病이 악화되지 않도록 이루어져야 한다. 즉 醫師는 疾病의 진행과정에 따라 적절한 治療手段을 강구하여야 한다. 醫師가 제 때에 患者에게 治療를 비롯한 일련의 조치<sup>13)</sup>를 강구하지 않아 患者에게 위험한 결과가 발생한 경우에는 醫師에게 過失이 인정된다. 즉 醫師는 治療의 時期를 失機하여 患者가 생명을 잃거나 건강이 악화되지 않게끔 醫療行爲가 이루어지도록 주의를 다하여야 하는데, 이를 醫療의 斷行性이라 한다.

판례 역시 “... 소파수술의 필요성 및 발생이 예상되는 위험 등에 관하여 당시의 醫療水準에 비추어 상당하다고 생각되는 사항을 설명하여 줌으로써 수술의 시기를 놓치지 않도록 하여야 하고, 또 패혈증의 가능성을 예견하였으므로 소파수술 이전에 미리 예방조치로서 항생제를 투여함과 아울러 혈액을 채취하여 패혈증의 감염 여부를 알아보기 위한 기본적인 檢査를 하여야 하고, 소파수술 후에도 그 확인된 사체아의 상태에 따라 다시 고단위의 항생제를 투여하는 등의 조치를 취하여야 하며, 소파수술 이후 패혈증에 대비한 관찰 및 檢査를 시행하면서 그 증세에 따라 신속한 처치를 하였어야 함에도 불구하고 이러한 조치를 일체 취하지 아니하였을 뿐 아니라, 소파수술 이후 수련의나 간호원들에게도 소외 망인에게 패혈증이 일어날 가능성이 있다는 점과 그에 대비하라는 말만 하였을 뿐 소외인의 상태에 대하여 계속적으로 세심한 관찰을 하고 症狀에

12) 석회태, 전계서, 533면.

13) 醫師에게 요구되는 일련의 조치로는 다른 醫療機關으로의 轉送도 포함된다.



따라 신속하고 적절한 처치를 할 것과 그 구체적 방법 등에 대하여 아무런 지시도 하지 않고 그들을 통하여 소외 망인의 상태를 점검하지도 아니하여, 소외 망인의 패혈증에 대비하여 원심판시와 같이 반드시 취하여야 할 여러 조치들이 제대로 이루어질 수 없게 된 결과 그 패혈증의 발생을 신속히 감지하지 못하고, 따라서 신속하고 적절한 조치 또한 취할 수 없도록 하여 소외 망인으로 하여금 패혈증 및 그로 인한 미만성혈액 응고장애로 사망하게 한 醫療상의 過失이 있다고 할 것인바...”하여 疾病 症狀에 따른 醫師의 신속하고 적절한 조치를 취하지 않은 경우에 醫師의 過失을 인정하고 있다.<sup>14)</sup> 또한 “...패혈증의 증후가 보일 때 곧바로 패혈증을 의심하고 그에 대한 처치를 시작하거나 그러한 처치가 가능한 綜合病院으로 신속히 轉院시킴으로써 패혈증 쇼크로 인한 사망이라는 결과를 회피하기 위하여 최선을 다할 注意義務가 있음에도 이를 위반한 잘못이 있다고 할 것인바...”하여 醫師에게 신속한 轉院義務를 인정하고 있는데,<sup>15)</sup> 이 역시 醫療行爲의 斷行성에 기인한 것이라 볼 수 있다.

#### (4) 醫療의 動態性

특정 疾病은 患者에 따라 차이가 있을지언정 공통적 症狀을 갖는다. 이것을 특정 疾病의 정형적 症狀이라 할 수 있는데, 그 정형적 症狀이 고착되기 전까지의 단계에서는 다른 疾病과의 공통적 症狀을 나타내기도 하며, 병변 이외의 타 身體機關의 이상 유무에 의해 특정 疾病의 症狀이 유동적이며 비정형적 症狀을 보이기도 한다. 즉 疾病과 그 症狀은 정형·비정형의 다양한 관계로 현출되기 마련이기 때문에 醫師는 현 단계에서 표시된 症狀만을 가지고는 정확한 疾病을 파악하기 어렵다. 따라서 醫師는 현실적으로 患者의 症狀을 기초로 가정적·추정적·잠정적 판단에 의지하여 진단을 비롯한 治療行爲를 행하면서 경과를 지켜보며 診療行爲를 수정하게 된다.<sup>16)</sup> 이러한 醫療의 특성상 醫師가 오진이 있다고 하여 바로 醫師의 過失을 인정할 수는 없는 것이다.

14) 대법원 1995. 12. 5, 94다57701.

15) 대법원 1998. 7. 24, 98다12270.

16) 석희태, 전거서, 532면.

판례를 살펴보면 “위장질환으로 오진하여 개복수술한 결과 投藥시술로 治療가 가능한 대장결핵성 임파선염으로 판명된 경우에 醫療상 장결핵에 관한 오진율이 상당고율로서 시험적 개복수술이 그에 대한 확진방법이며 그 시술이 간단·용이하다면 患者에게 무슨 손해가 발생하였다고 볼 수는 없으므로 醫師에게 불법행위로 인한 損害賠償責任을 지울 수 없다.” 고 하여 일부 오진율이 높은 일정 疾病에 대한 醫師의 오진에 대하여 醫師의 過失을 부인하고 있다.<sup>17)</sup>

#### (5) 醫療效果의 多樣性

인체는 유기적 생명체로서 그 개체의 특성이 모든 면에서 동일한 경우는 존재하지 않는다. 따라서 일반적으로는 일정한 治療行爲의 결과가 정형적으로 발생하기도 하지만 동일 疾病에 대한 동일한 治療行爲가 시행되어도 患者에 따라 그 治療의 효과가 상이하게 나타날 수 있다. 즉 어떤 약제에 대하여 患者가 과민하게 또는 과둔하게 반응한다고 하는 양적 이상반응도 있고, 해열제에 대한 일과성의 체온상승, 혈압상승제에 대한 혈압하강과 같은 질적 이상반응이 있다.<sup>18)</sup> 이와 같이 患者에 대한 治療行爲의 결과의 다양한 양상은 醫師로 하여금 治療手段에 따라 患者에게 발생할 수 있는 위험한 결과의 예측을 곤란하게 한다.

특히 문제되는 것은 患者의 特異體質에 기인한 과민반응으로서 위험한 결과가 발생한 경우이다. 최근에는 醫學의 발달로 인해 特異體質에 기인한 과민반응을 예측할 수는 경우가 많아졌는데, 醫師가 患者의 特異體質을 간과한 채 治療行爲로 인해 患者에게 위험한 결과가 발생하였다면 醫師에게 過失이 인정된다. 그러나 醫學上으로 충분히 알 수 없는 特異體質로 인한 경우이거나, 特異體質을 발견하기 위한 사전 조치와 관련하여 위험성 있는 과민반응의 통계적 수치, 발현된 위험의 정도, 그리고 각종 檢査 등 사전 조치의 경제적 비용을 고려하여 醫師가 위험방지조치를 택하지 않은 경우에는 醫師의 過失을 인정하여서는 안 된다.

판례는 “患者가 病院에 처음 내원하여 診療를 받을 때 이미 화농성 폐렴 증

17) 대법원 1978.12.13, 78다1184.

18) 사법연수원, 醫療過誤 損害賠償, 73면.

세를 보이고 있었으나 그 症狀이 뚜렷하지 아니하여 이를 위염과 신경증으로 진단하여 그에 대한 처방을 하였고, 그 후 상복부 통증이라는 새로운 症狀까지 나타나 다시 病院에 찾아오게 된 경우, 診療醫師로서는 처음의 진단과는 다른 질환일 가능성에 대한 의심을 갖고 좀 더 정밀한 진단을 하여야 함은 물론, 과민성이 있는 患者에게는 부작용으로 인한 쇼크나 호흡억제를 일으킬 수 있는 약물을 투여할 경우에도 사후 세심한 주의와 관찰이 필요함에도 불구하고, 만연히 앞서 진단하였던 결과에 따라 별다른 검진도 없이 약물을 투여하였고, 약물을 투여한 후에도 안정하도록 하여 부작용이 없는지를 확인하지도 아니함으로 인하여 과민성 쇼크가 발생하여 患者가 사망하였다면, 診療醫師는 이로 말미암아 발생한 모든 손해를 배상할 책임이 있다”고 하여 특정 약물에 과민성 있는 患者에 대하여 사전 檢査 없이 약물을 투여한 醫師에 대하여 過失을 인정하고 있다.<sup>19)</sup> 일부 판결에서 “醫療行爲를 한 측이 그 결과가 醫療상의 過失로 말미암은 것이 아니라 患者의 特異體質 등 전혀 다른 원인으로 말미암은 것이라는 입증을 하지 아니하는 이상, 醫療상 過失과 결과 사이의 인과관계를 추정하여 損害賠償責任을 지울 수 있도록 입증책임을 완화하는 것이 손해의 공평·타당한 부담을 그 지도원리로 하는 손해배상제도의 이상에 맞는다고 할 것이다”라고 판시하여 일견 患者의 特異體質로 인한 위험한 결과에 대해서는 醫師가 책임을 지지 않는다는 입장을 취하고 있는 것처럼 보이나, 이는 醫療事故의 입증책임에 관한 법원의 입장을 설명하는 것일 뿐 患者의 特異體質을 간과한 醫師의 過失을 부인하는 것은 아니다.<sup>20)</sup>

#### (6) 醫療行爲의 裁量性

특정 疾病에 대한 治療行爲는 여러 가지가 있을 수 있다. 예컨대 허리 디스크에 이상이 있는 患者에 대한 治療의 手段으로 외과수술에 의한 治療,<sup>21)</sup> 외과수술에 의존하지 않고 物理治療와 藥物治療, 漢醫學 醫療行爲의 하나인 추나요법 등이 醫師 또는 漢醫師에 따라 시술될 수 있다. 이와 같

19) 대법원 1997. 5. 9, 97다1815.

20) 대법원 2001. 3. 23, 99다48221; 대법원 1995. 2. 10, 93다52402; 대법원 1995. 3. 10, 94다39567; 대법원 1996. 6. 11, 95다41079 등.

21) 허리 디스크 이상시 시행되는 외과수술도 그 症狀의 정도에 따라 여러 종류의 외과시술이 적용된다.

이 醫師가 특정 疾病에 대한 治療行爲로 醫學上 공인된 여러 방법이 있는 경우에 醫師가 어느 治療手段을 선택하여 診療를 할 것인가는 患者의 症狀에 따라 醫師의 재량적 판단에 맡겨 治療를 하는 것이 患者를 위해 이익이 될 것이다. 그런데 醫師가 선택한 治療手段이 결과적으로 患者에게 위험한 결과를 야기시키는 불이익을 가져왔을 경우에 醫師의 治療手段의 재량적 선택행위에 대한 過失을 인정하는 것은 타당하지 않다.

통상 醫師는 자신이 수학한 의과대학에서 습득한 醫學技術을 사용하여 患者를 治療하게 된다. 특정 疾病에 관한 治療手段을 달리하는 의과대학이 존재하는 경우 일반적으로는 醫師가 어느 의과대학을 졸업하였느냐에 따라 患者를 治療하는 방법이 달라지게 마련이다. 이 때에는 醫師가 자신이 선택한 治療手段에 관해서 객관적으로 요구되는 醫學上 注意義務를 다하였는지의 여부에 따라 過失의 유무를 판단하여야 한다.

예컨대 미국의 일부 州에서는 정골요법과 척추교정요법<sup>22)</sup>으로 구별되는 治療手段이 있는 경우 정골요법을 사용하는 醫師는 약을 처방하거나 외과시술이 허용되지 않고 정골요법에서 필요로 하는 醫師로서의 注意義務를 다하였는지에 따라 醫師의 過失을 판단하도록 하고 있다.<sup>23)</sup> 그러나 허리에 이상이 있는 患者에 대하여 척추교정요법을 선택하여 治療한 醫師라도 그 患者의 경우 治療手段으로서 척추교정요법이 부적절함에도 그것을 인식하지 못하여 발생한 患者의 피해에 대해서는 損害賠償責任이 있다고 판시하고 있다.<sup>24)</sup> 이는 특정 의과대학에서 수학한 醫師들은 그 특정대학에서 선택한 醫學技術에 요구되는 醫師로서의 注意義務 준수여부에 의하여 過失을 판단한다는 원칙을 사실상 폐지를 의미하는 것으로 오늘날 대부분의 미국 법원에서 이러한 입장을 취하고 있다. 따라서 특정 의과대학의 특정 의술이 받아들여진 시기에는 상기의 원칙이 인정되기도 하였으나, 현재는 출신 의과대학 여부에 관계없이 醫師로서의 일반적 注意義務의 준수 여부에 의해 過失이 판단하고 있다.

한편 醫師들은 특정한 狀況에서 활용되어지는 일반적 治療行爲에 이견을

22) 디스크에 대한 治療方法으로 정골요법과 척추교정요법은 醫學上 구분된다고 한다.

23) Marcia Mobilia Boumil & Clifford E. Elias, *The Law of Medical Liability*, p. 28.

24) *Mostrom v. Pettibon*, Washington Appellate Court, 1980.

갖을 수 있다. 醫師가 자신의 판단에 따라 일반적 治療行爲를 선택하지 않고 다른 治療手段을 선택하였지만 결과가 患者에게 불이익한 경우, 미국의 법원은 醫師가 선택한 治療手段이 상당한 소수의 醫師가 선택하는 醫療行爲인 경우에는 결과만으로 醫師의 過失을 판단하지 않는다고 판시하고 있다. 이를 「상당 소수의 원칙」(Respectable Minority Rule)이라고 한다. 물론 이 때 醫師는 자신이 선택한 治療手段에 관해서 醫師로서 합리적 注意義務를 다하여야 하는 것은 당연하다. 한편 텍사스 州의 법원은 「상당 소수의 원칙」의 법리를 일부 수정하여 적용한 사례도 있다.<sup>25)</sup> 즉 유방확대 시술을 한 醫師가 선택한 시술방법이 과거에 자격있는 상당한 수의 醫師가 선택한 경우이었다고 하더라도 결과적으로 患者에게 주입된 실리콘이 患者의 다른 신체機關에 유출된 경우라면, 醫師의 過失은 「상당 소수의 원칙」의 법리에 의해 판단할 문제가 아니고 그 시술방법이 자격있는 평균적 醫師가 결정할 최소한의 적절한 注意義務를 준수하였는 지의 여부에 의해 판단되어야 한다고 판시하였다.

醫療行爲의 裁量성에 관한 醫師의 注意義務와 관련된 우리 법원의 태도는 醫師가 선택한 조치가 합리적이었느냐에 따라 過失여부를 판단하고 있다. 먼저 醫師의 過失을 인정한 사례로는, 출산 직후 발생한 태아사망 사고에 대한 醫師의 책임과 관련하여 “이 사건 흡입분만의 과정이나 그 결과에 비추어 보면, 앞서 추정된 바와 같은 과도하고도 무리한 흡입분만은 醫師의 재량이나 醫療水準에 의하여 허용된 범위를 벗어난 것으로서 흡입분만을 시도하는 醫師에게 있어서 요구되는 注意義務를 위반한 정도라고 보아야 할 것이다.”<sup>26)</sup>라고 하고 있다. 한편 醫師에게 過失이 없음을 인정한 사례로는, 손바닥 파열상을 입은 患者를 수술함에 있어 전신마취를 한 경우, 그 행위 자체가 醫療상의 過失에 해당한다고는 볼 수 없다고 하며 “특히 醫師의 疾病 진단의 결과에 過失이 없다고 인정되는 이상 그 요법으로서

25) Henderson v. Heyer-Schulte Corp, Texas Civil Appellate Court, 1980.

26) 대법원 1997. 2. 11, 96다5933. 醫學的으로 흡입분만이란 적정한 음압(陰壓)을 가한 등그런 컵(CUP)을 태아의 머리에 부착한 후 그 컵의 손잡이를 자궁수축기에 간헐적으로 잡아당김으로써 태아의 머리가 음압 때문에 컵에 달라붙어 질 밖으로 따라 나오게 하는 방식의 분만방법인데, 아두골반불균형(CEPHALOPERVICDISPROPORT-ATION, 산모의 골반 크기에 비하여 태아의 머리카기가 상대적으로 너무 커서 정상분만이 힘든 상태)의 경우에는 태아의 두부에 손상을 입히게 되므로, 절대로 흡입분만의 방법을 사용하여서는 안 된다고 이 사안에서 법원은 판시하고 있다.

어떠한 조치를 취하여야 할 것인가는 醫師 스스로 患者의 狀況 기타 이에 터잡은 자기의 전문적 지식·경험에 따라 결정하여야 할 것이고 생각할 수 있는 몇 가지의 조치가 醫師로서 취할 조치로서 합리적인 것인 한 그 어떤 것을 선택할 것이냐는 당해 醫師의 재량의 범위 내에 속하고 반드시 그 중 어느 하나만이 정당하고 이와 다른 조치를 취한 것은 모두 過失이 있는 것이라고 할 수 없다”고 판시하고 있다.<sup>27)</sup>

우리 법원은 합리성을 기준으로 醫師의 裁量的 조치의 허용여부를 삼을 뿐 그 합리성의 구체적 내용에 대해서는 언급하지 않고 있다. 그러나 선택 가능한 여러 가지 治療의 조치가 있는 경우 醫師가 선택한 治療行爲가 醫療行爲의 裁量性으로 허용되기 위해서는 일정한 한계가 필요하다고 본다. 醫師의 재량에 의한 治療手段의 선택에는 比較較量의 이익이 요청되어야 한다고 본다. 즉 醫師가 선택한 治療行爲로 인해 다른 治療行爲의 선택보다 患者에게 위험한 결과를 발생시킬 수 있는 개연성이 높다는 사실을 醫師가 알고 있는 경우에는 裁量의 한계를 벗어나는 것으로 醫師의 過失이 인정되어야 한다.

## 2. 醫學의 水準

醫師가 醫療行爲에서 부담하는 注意義務는 일반인으로서가 아니고 사람의 생명과 신체 그리고 건강을 관리하는 전문직업인으로서 「통상의 醫師 또는 평균적인 醫師로서 가져야 할 醫學上의 지식과 기술에 기한 주의」가 될 것이다.<sup>28)</sup> 醫療行爲는 자격있는 醫師에 의하여 醫學의 기준에 맞추어 이루어져야 그 적법성이 유지된다. 따라서 무자격의 醫師의 醫療行爲나 醫學기준에 따르지 않은 醫療行爲로 患者에게 위험한 결과가 발생하는 불이익이 발생하는 경우에는 형사상의 책임과 함께 민사상의 책임문제가 발생하게 된다.

(1) 醫師가 醫療行爲시 준수하여야 하는 醫學上의 지식과 기술은 당연히

27) 대법원 1999. 3. 26. 98다45379,45386. 이외에도 醫師의 조치가 合理的 裁量의 범위 내임을 이유로 醫師의 無過失을 인정한 판례로는 대법원 1992. 5. 12, 91다23707과 대법원 1984. 6. 12, 83도3199가 있다.

28) 사법연수원, 전게서, 57면.

醫師의 注意義務의 기준으로서 적용되는데, 통상의 醫師 또는 평균적 醫師에게 그 당시에 일반적으로 알려져 있고 인정되고 있는 醫學 즉 醫學常識이어야 한다. 판례 역시 醫師가 준수하여야 하는 醫學의 기준의 일 요소로 “... 그 醫療水準은 통상의 醫師에게 醫療行爲 당시 일반적으로 알려져 있고 또 시인되고 있는 이른바 醫學常識을 뜻하므로...”라고 판시함으로써 醫學常識을 그 기준으로 제시하고 있다.<sup>29)</sup>

(2) 그리고 구체적이고 개별적인 醫療行爲가 특정 患者에게 행하여지는 과정에서 발생한 결과에 따라 醫師의 책임문제를 판단하여야 하므로 臨床醫學이 기준이 되어야 한다. 醫學의 한 분류로서 병리학에서 요구되는 정확성은 臨床醫學에서는 필요로 하지 않는다. 따라서 醫師가 患者의 臨床症狀에 따른 진단을 하고 治療行爲를 하였으나, 실제로 병리학상으로는 患者가 醫師의 판단과는 다른 疾病을 갖고 있던 경우에 醫師가 臨床學的으로 요구되는 醫師로서의 注意義務를 다하였다면 醫師에게 過失을 인정할 수 없다.<sup>30)</sup> 판례 대부분 또한 臨床醫學을 그 기준으로 삼고 있다.<sup>31)</sup>

(3) 醫師에게 醫學上 행위규범으로서 요구되는 注意義務가 되기 위해서는 醫療現場에서 적용될 수 있도록 통상의 醫師나 평균적 醫師에게 그 당시 일반적으로 알려진 醫學이어야 한다. 통상의 醫師에게 요구되는 醫學知識과 醫學技術이어야 하므로 일부 대학과 연구소, 특정 病院에서만 알려진 醫學인 경우에는 그 醫學에 근거해 醫師가 醫療行爲를 하도록 강요할 수는 없다. 일부 醫學자의 연구성과에 의하여 특정 疾病에 관한 새로운 이해와 治療法이 개발되고 그 연구성과가 전문 학회지의 발표를 통해 학문적 검증이 이루어졌더라도 이에 근거한 다양한 臨床結果가 축적되어 臨床醫學분야에서 새로운 醫學으로 받아들일 정도로 공인될 때 醫師는 비로소 이에 따를 의무가 있다. 醫師의 過失 유무의 판단은 醫療行爲 당시의 醫學을 기준으로 판단하여야 한다. 그러나 醫師는 생명과학의 발달과 더불어 끊임없이 발전

29) 대법원 2005. 4. 29. 2004다64067; 대법원 1998. 7. 24. 98다12270.

30) 권오승, 醫療過誤와 醫師의 注意義務, 민사판례연구(IV), 95면.

31) 대법원 1998. 7. 24. 98다12270; 대법원 1999. 3. 26. 98다45379, 45386; 대법원 2000. 1. 21. 선고 98다50586; 대법원 2002. 4. 26. 2000다16237; 대법원 2003. 1. 24. 2002다3822; 대법원 2004. 10. 28. 2002다45185 등.

하는 醫學水準에 맞추어 醫療行爲를 하여야 할 의무가 있다. 따라서 醫師는 자신의 診療過程에서 체험한 醫學經驗을 활용하고, 과거의 의대생 시절에 습득하였던 醫學知識과 醫學技術을 바탕으로 새로운 醫學을 인지하여 患者에게 보다 나은 양질의 醫療行爲를 제공하도록 노력하여야 한다.<sup>32)</sup> 그러므로 醫師는 과거의 醫學水準에 안주하지 않고 새로운 醫學知識과 醫學技術을 접할 수 있도록 자신의 능력을 개발하여야 하고 공인된 새로운 醫學을 획득하여 患者에게 醫療行爲를 하여야 한다. 한편 새로운 醫學水準에 따른 醫療施術이 일반적인 醫師에게 공지되었으나 1차 診療機關인 개업의가 실제 醫療現場에서 적용하는 정도까지는 보편화되지 않은 채 국내의 대표적 또는 유명한 醫療機關의 醫療現場에서만 적용되는 경우이고, 새로운 醫療施術이 과거의 醫療水準에 따른 醫療施術보다 경제적 비용에서 별 차이가 없고 부작용이 현저히 감소하거나 위험한 결과의 발생가능성이 감소할 개연성이 높다면, 醫師는 患者를 새로운 醫療施術을 받을 수 있도록 轉送措置하여야 한다. 이를 위반할 경우 醫師는 過失의 책임을 질 수 있다고 본다.<sup>33)</sup>

(4) 醫師가 醫學에서 요구되는 엄격한 기준에 따른 醫療行爲를 하지 않고 일반적 醫療慣行에 따라 醫療行爲를 하여 결과적으로 患者에게 불이익이 발생한 경우 醫師는 注意義務를 위반한 것으로 보아야 한다. 醫師가 준수하여야 하는 醫學水準에 일치하지 않는 잘못된 醫療慣行은 그것이 아무리 광범위하게 행하여진다고 하더라도 醫師의 過失판단에 영향을 주어서는 안 되는 것이다. 미국 법원에서는 동일 지역사회의 유사病院에서 실행되는 醫療상의 주의와 醫學技術 정도로 醫療行爲가 이루어진 경우, 지역사회 醫療慣行을 근거로 醫療過誤 책임을 면할 수 있는가의 문제에 대해 醫師의 면책을 인정하지 않고 있다.<sup>34)</sup>

미국의 판례는 이것을 醫療慣行의 문제가 아닌 醫師에게 필요한 醫學上

32) 醫療法 제28조 2항과 3항, 醫療法施行規則 제21조의2에 의해 醫師, 齒科醫師, 漢醫師, 助産師, 看護師 등(이하 醫療人이라함)으로 구성된 각 중앙회는 會員의 資質向上을 위하여 必要한 補修教育을 實施하여야 하고, 醫療人은 補修教育을 받아야 하며, 補修教育에 응하지 않은 醫療人은 과태료의 처분을 받는다. 박영규, 전계논문, 492면 주44).

33) 석희태, 전계서, 536면.

34) Darling v. Charleston Community Memorial Hosp. Supreme Court Illinois, 1965. 이 사안은 원고(患者)가 다리부상으로 피고(病院)에게 治療를 받았으나 擔當醫師의 醫療過誤로 다리를 절단하게 되자 病院을 상대로 擔當醫師의 過失, 看護師의 過失, 病院의 管理過失 등을 이유로 손해배상을 청구한 경우이다.



의 注意義務를 다하였는지의 문제로 인식하고 있다.<sup>35)</sup> 일정한 醫療行爲의 작위·부작위와 같은 醫療慣行은 특정 狀況에서 그것이 적절한 醫療措置와 관련된 것으로 수용될 수 있을 뿐 醫師의 注意義務를 판단하는 결정적 요소는 아니다.<sup>36)</sup> 특정한 醫療慣行과 관련된 醫師의 책임에 관한 미국 법원의 견해를 살펴보면 다음과 같다.

患者가 눈에 이상이 있어 眼科醫師에게 治療를 의뢰하였고, 醫師는 患者가 착용한 콘택트렌즈의 부작용 症狀으로 판단하여 治療를 하였다. 그런데 후에 患者의 눈은 녹내장으로 판명되었으며 醫師가 적기에 적절한 녹내장 治療를 하지 않음으로써 患者가 시력을 상실하게 되었다. 患者가 醫師의 過失을 이유로 訴訟을 제기하자 醫師는 녹내장은 40세 미만에서는 거의 발병하지 않기 때문에 患者의 나이가 40세 미만이어서 녹내장 檢査를 하지 않았고, 眼科醫師들 사이에서 40세 미만의 患者에게 녹내장 檢査를 하지 않는 것이 醫療慣行임을 주장하였다. 이에 대해 법원은 醫療慣行과 관계없이 患者의 보호를 위해서는 40세 미만의 患者에 대해서도 경우에 따라서는 녹내장 檢査가 필요하다고 하며 醫療慣行에 의해 녹내장 檢査를 실시하지 않은 醫師에 대하여 過失이 있다고 판시하였다.<sup>37)</sup>

우리 법원의 입장을 살펴보면 “피고인이 근무하는 病院에서는 인턴의 수가 부족하여 輸血의 경우 두 번째 이후의 혈액봉지는 인턴 대신 看護師가 교체하는 慣行이 있었다고 하더라도, 위와 같이 혈액봉지가 바뀔 위험이 있는 狀況에서 피고인이 그에 대한 아무런 조치도 취함이 없이 看護師에게 혈액봉지의 교체를 일임한 것이 慣行에 따른 것이라는 이유만으로 정당화될 수는 없다.”라고 하여 잘못된 醫療慣行을 따른 醫師에게 過失을 인정하고 있다.<sup>38)</sup>

(5) 醫師는 사람의 생명과 건강이라는 중요한 법익을 다루기 때문에 전문직업인으로서 그것을 감당할 만한 필요한 醫學知識과 기술을 갖추고 있

35) David J Sharpe, Salvatore F. Fiscina, Murdock Head, Law and Medicine, p. 653.

36) David J Sharpe, Salvatore F. Fiscina, Murdock Head, op.cit, p. 653; 2 F. Harper & F. James, The Law of Torts, pp. 977~978.

37) Helling v. Carey, 519P.2d981(Wash.1974), Steven L. Emanuel, Tort, pp.99~100.

38) 대법원 1998. 2. 27, 97도2812. 이 사안은 醫師에게 業務上過失致死의 책임을 인정한 형사사건이다.

어야 한다. 醫療行爲시 醫師가 기울이어야 하는 注意義務의 정도는 합리적 醫師를 기준으로 판단하여야 한다. 구체적 醫療事故에서의 醫師의 過失 유무판단은 최고 수준이나 상위 능력을 갖춘 醫師가 아닌 유사환경에서 통상의 醫師에서 기대할 수 있는 주의 정도와 기술을 기준으로 판단하여야 한다. 그리고 醫師가 본인의 최상의 능력을 다해 醫療行爲를 하였다는 것만으로는 過失을 면할 수 있는 것은 아니고 객관적 기준으로서 醫師의 過失이 판단되어야 한다.<sup>39)</sup> 그 객관적 기준은 통상 醫療系에서 제시되는 것이어야 한다. 그런데 특정 醫療狀況下에서 醫師의 過失을 판단하는 객관적 기준의 설정이 용이하지 않으며 그 기준의 통일도 기대하기 어려운 실정이다.

한편 醫師를 一般醫와 專門醫로 구분하는 경우에는 醫師로서의 注意義務의 정도도 다르게 판단되어야 한다.<sup>40)</sup> 一般醫가 자신의 전공분야 내에서 患者를 治療하던 중 患者의 상태가 본인이 감당하기 어려워 專門醫에게 轉送하여 治療토록 한 경우라면 그 一般醫는 一般醫로서의 醫學知識과 醫學技術을 기준으로 醫師의 過失을 판단하여야 한다. 一般醫가 자신의 醫學的能力으로는 감당할 수 없는 患者를 專門醫에 이송하여 治療토록 하지 않고 醫療行爲를 지속함으로써 발생한 醫療事故에 대해서 一般醫는 醫療過誤의 책임이 있다고 미국 법원은 판시하고 있다.<sup>41)</sup> 專門醫가 醫療行爲를 한 경우에는 一般醫보다는 높은 수준의 專門醫로서 갖추어야 할 醫學知識과 醫學技術에 따라야 한다. 그런데 一般醫임에도 專門醫로 표시행위를 한 醫師가 專門醫 영역에 속하는 醫療行爲를 한 경우에는 專門醫를 기준으로 醫師의 過失 유무를 판단하여야 한다.<sup>42)</sup> 專門醫가 자신의 전문 분야가 아닌 분야의 患者를 불가피하게 治療하는 경우(예컨대 患者가 자신의 疾病에 관계

39) Marcia Mobilia Bournil & Clifford E. Elias, op. cit, p. 25.

40) “...專門醫가 아닌 一般醫이고, 혼자 夜間應急室의 당직근무를 하고 있었으므로 그의 過失 유무를 판단함에 있어서는 專門醫가 아닌 一般醫를 표준으로 하고, 당시의 診療 환경 및 조건, 夜間應急醫療의 특수성을 고려하여야 할 것이다...”대법원 1999.11.23. 98다21403,

41) Pittman v. Gilmore (5th Cir. 1977), Marcia Mobilia Bournil & Clifford E. Elias, op. cit, p. 28. 이 사안에서 법원은 이틀동안 출혈을 동반한 기침患者를 治療한 一般醫가 患者의 심각한 상태를 인지하지 못하고 흉부외과 醫師에게 이송치 않은 것을 이유로, 그 一般醫는 患者가 사망한 醫療事故에 過失이 있다고 판시하고 있다.

42) Shilkret v. Annapolis Emergency Hospital Ass'n (Md.1975), Marcia Mobilia Bournil & Clifford E. Elias, op. cit, p. 28.

없이 특정 醫師에게 診療받기를 간청하거나 緊急狀況에서 해당 專門醫의 診療가 불가능한 경우)에는 一般醫로서의 주의를 다하여 醫療行爲를 하여야 하고,<sup>43)</sup> 자신의 비전문적 일반 醫療行爲가 患者의 疾病治療에 부적절하다고 판단되는 경우에는 患者에게 해당 專門醫에게 治療토록 권유하거나 移送措置토록 하여야 한다.

미국 판례법에 의하면 醫學的 능력이 탁월한 醫師가 평균적 醫師의 注意義務를 넘는 자신의 醫學的 능력을 기준으로 注意義務를 다하지 않은 경우에 醫師는 過失의 책임이 있다고 한다. 미국 법원은 이러한 법리를 「최선의 판단 원칙」(Best Judgement Rule)이라고 지칭한다. 예컨대 醫師가 현재 醫療界에서 활용되고 있는 기존의 治療手段보다 醫學的 효과가 뛰어난 治療方法을 보유한 醫師가, 특정 狀況에서 그 기존의 治療手段이 부적절하게 위험한 결과를 야기시킬 수 있다고 판단하였으나 자신의 代替治療手段을 실시하지 않은 醫師에게 過失을 인정할 수 있다는 것이다. 이 원칙이 적용된 최초의 사안을 살펴보면 생명이 위독한 쌍둥이 早産兒를 담당한 小兒科 醫師는, 쌍둥이 早産兒의 생명을 보호하고 뇌의 손상을 방지하기 위한 기존의 治療法이 새로운 연구에 의하여, 治療上의 효과가 거의 없고 치명적 失明을 야기할 수 있는 부작용을 야기할 위험이 있다는 사실이 밝혀졌음에도 불구하고 당시 醫療界에서 활용된 기존의 治療法을 따랐고 그 결과 쌍둥이 早産兒가 失明된 경우에 醫師는 자신의 醫學的 지식에 바탕을 둔 최상의 판단에 따르지 않았음을 이유로 過失이 인정된다고 미국 법원은 판시하고 있다.<sup>44)</sup> 상기의 사례와 유사한 早産兒治療 사안에서의 미국 법원의 입장을 살펴볼 필요가 있다. 그 사안의 사실관계는 다음과 같다.

기존의 治療法(산소공급)에 잘 적응하는 早産兒에 대해 醫師가 기존의 治療法과는 달리 산소량을 증가시켜 治療케 하였으나 그 결과 早産兒에게 위험한 상태를 야기시켰다. 그런데 그 醫師는 산소공급의 증가에 따른 무

43) 석희태 교수는 벽지 또는 緊急狀況에서의 診療와 같이 현실적으로 患者의 이송이나 診療회피가 불가능한 경우를 제외하고는, 醫師가 자신의 전문 영역 이외의 疾病을 治療하는 경우에도 疾病 영역의 專門醫로서의 注意義務를 다하지 않으면 過失이 있는 것으로 본다. 석희태, 전게서, 543면.

44) Toth v. Community Hospital at Glen Cove (N.Y.1968), Marcia Mobilia Boumil & Clifford E. Elias, op. cit., pp. 34~35.

産兒의 治療효과를 연구하고 있었고, 그 연구방법의 일환으로 대상 早産兒에 대하여 3명의 早産兒 중 1명에 대해서는 기존의 산소량을 공급하고, 2명에 대해서는 증가된 산소량을 공급하는 방식으로 治療하고 있었다. 미국 법원은 이 사안에서 기존의 治療法이 더 이상 적용되기에 부적절하다는 명백한 확신이 없는 이상, 유명 醫療機關에서 문제된 早産兒 3명 중 2명에 대해 산소량을 증가시키는 것과 같은 비일상적인 治療方法을 선택한다고는 보지 않는다고 하며, 새로운 治療法이라고 주장하는 醫師와 소속 病院에 책임을 인정하고 있다.<sup>45)</sup>

「최선의 판단 원칙」의 적용이 특히 문제되는 것은 새로운 治療方法이 잠재적으로는 기존의 治療方法보다 우수하지만 여전히 醫學的 부작용을 수반하는 경우이다. 따라서 미국 법원에서는 醫師가 기존의 治療方法을 선택하지 않고 새로운 治療方法에 따라 患者를 治療하였으나 患者의 상태가 악화된 경우에는 「상당 소수의 원칙」이나 「판단착오의 법리」(Error in Judgment)<sup>46)</sup>를 적용하여 醫師의 過失을 인정하지 않음으로써 「최선의 판단 원칙」의 적용상의 한계를 보완하고 있다.<sup>47)</sup>

醫療行爲를 醫師만이 전담하는 것은 아니다. 필요한 醫療行爲의 유형에 따라 看護師, 심리상담사, 물리治療사 등이 자신의 영역 범위에서 患者에 대한 醫療行爲가 행하여진다. 醫師가 아닌 이들이 醫療行爲를 하는 경우에도 자신의 직업에서 평균적으로 기대되는 注意義務를 가지고 임하여야 한다. 즉 이들의 醫療行爲의 過失판단을 醫師에게 요구되는 注意義務를 기준으로 판단하여서는 안 된다. 대법원도 醫師가 아닌 醫療종사자의 醫療行爲의 過失판단에 있어서 “醫療事故에 있어서 醫療종사원의 過失은 일반적 보통인을 표준으로 하여 요구되는 注意義務를 결한 것으로서 여기에서 일반적 보통인이라 함은 추상적인 일반인이 아니라 그와 같은 업무와 직무에

45) *Burton v. Brooklyn Doctors Hospital* (N.Y.A.D.), *Marcia Mobilia Boumil & Clifford E. Elias, op. cit.*, pp. 35~36.

46) 이는 醫師의 醫療行爲로 인하여 患者에게 위험한 결과가 발생하였더라도 醫師가 통상의 醫師로서 注意義務를 다하였다면 醫師가 승인된 다수의 治療手段의 선택의 판단에서 실수가 있었다고 하더라도 醫師에게 過失을 인정할 수 없다는 것으로, 미국 판례가 인정하고 있다. 박동섭, 醫療過誤訴訟에 있어서의 醫師의 注意義務의 기준, *외국사법연수론집*(20), 383면.

47) *Marcia Mobilia Boumil & Clifford E. Elias, op. cit.*, p.36.

종사하는 사람을 뜻하는 것이므로, 결국 이와 같은 사람이라면 보통 누구나 할 수 있는 주의의 정도를 표준으로 하여 過失유무를 논하여야 한다”고 판시하고 있다.<sup>48)</sup> 그런데 看護師의 경우는 患者의 요양상의 간호업무와 관련해서는 看護師에게 필요한 注意義務를 기준으로 過失을 판단하여야 하지만, 醫師의 診療의 보조행위의 업무와 관련해서는 醫師의 醫療行爲에 포함되는 것으로 보아 醫師의 過失이 문제될 수 있다. 예컨대 醫師가 직접 주사행위를 하여야 함에도 看護師가 醫師를 대신하여 주사행위를 하는 경우에는 醫師에게 요구되는 注意義務로서 그 過失 여부를 판단하여야 한다.<sup>49)</sup> 看護師가 자신의 醫學的 지식의 범위 내에서 필요한 주의를 다하여 醫師의 조치를 수행하였지만 醫師가 看護師에 대한 지시와 감독의 소홀로 醫療事故가 발생한 경우에는 당연히 醫師가 책임을 져야 한다.

대법원 역시 “輸血은 종종 그 과정에서 부작용을 수반하는 醫療行爲이므로, 輸血을 담당하는 醫師는 혈액형의 일치 여부는 물론 輸血의 완성 여부를 확인하고, 輸血 도중에도 세심하게 患者의 반응을 주시하여 부작용이 있을 경우 필요한 조치를 취할 준비를 갖추는 등의 注意義務가 있다. 그리고 醫師는 전문적 지식과 기능을 가지고 患者의 전적인 신뢰하에서 患者의 생명과 건강을 보호하는 것을 업으로 하는 자로서, 그 醫療行爲를 시술하는 기회에 患者에게 위해가 미치는 것을 방지하기 위하여 최선의 조치를 취할 의무를 지고 있고, 看護師로 하여금 醫療行爲에 관여하게 하는 경우에도 그 醫療行爲는 醫師의 책임하에 이루어지는 것이고 看護師는 그 보조자에 불과하므로, 醫師는 당해 醫療行爲가 患者에게 위해가 미칠 위험이 있는 이상 看護師가 過誤를 범하지 않도록 충분히 지도·감독을 하여 사고의 발생을 미연에 방지하여야 할 注意義務가 있고, 이를 소홀히 한 채 만연히 看護師를 신뢰하여 看護師에게 당해 醫療行爲를 일임함으로써 看護師의 過誤로 患者에게 위해가 발생하였다면 醫師는 그에 대한 過失책임을 면할 수 없다.”라고 판시하고 있다.<sup>50)</sup>

48) 대법원 1987.1.20, 86다카1469. 이 사안은 保健診療所에 근무하는 看護師가 결핵균에 의해 감염되어 늑막염을 앓고 있는 患者에게 스트렙토마이신 주사를 주사하였으나 그 부작용으로 사망한 경우이다. 법원은 당해 看護師의 過失 여부를 판단은 醫師가 아닌 保健診療員의 직무에 종사하는 사람으로서의 일반적인 기준에 따라 결정되어야 한다고 판시하고 있다.

49) 사법연수원, 전게서, 65면.

50) 대법원 1998.2.27. 97도2812, 이 사안은 형사사건으로 법원은 醫師에게 醫療事故에 대한 형사상의 業務上過失致死罪의 성립을 인정하였다.

### 3. 診療環境 및 條件(具體的 狀況)

醫師가 患者를 治療하는 具體的 狀況은 醫療機關의 類型, 醫療設備의 水準, 地理的 與件, 緊急狀況 등 여러 가지 면에서 현실적 차이가 있어 그 차별성을 염두해 두고 醫師의 注意義務를 판단할 필요가 있다. 醫師의 醫療行爲시 요구되는 注意義務는 동일 내지 유사한 환경에 처한 통상의 평균적 醫師에게 기대할 수 있는 注意義務가 기준이 되어야 한다. 醫師의 구체적 醫療環境을 고려하지 않고 일반적이고 객관적인 기준으로서의 醫師의 注意義務로 당해 醫師의 過失을 판단하게 되면 구체적 타당성이 결여된 결과를 발생케 할 수 있으며, 그 결과 醫師에게 위축診療(診療기피) 내지 방어적診療(과잉診療)를 유발할 수도 있게 된다.<sup>51)</sup>

#### (1) 醫療機關의 種別과 醫療設備의 水準

우리나라는 醫療機關을 綜合病院·病院·齒科病院·韓方病院·療養病院·醫院·齒科醫院·韓醫院 및 助産院으로 구별하고 있고, 각각의 시설기준을 별도로 입법으로 정하고 있다.<sup>52)</sup> 醫院, 病院, 綜合病院을 비교하면 의원보다는 病院, 病院보다는 綜合病院이 인적 구성이나 물적 설비면에서 강화된 요건을 갖추도록 되어있다. 따라서 일반적으로 患者는 사소한 疾病의 治療를 위해서는 개인 醫師가 醫療行爲를 하는 醫院을 찾게 되지만 중대한 疾病의 治療를 위해서는 醫療設備와 醫療서비스의 질이 양호하다고 판단되는 큰 규모의 病院을 찾으려고 한다.

病理解剖室이나 臨床檢査室 등이 설치되어 있는 病院에서 患者를 治療하는 醫師는 그러한 시설이 설치되어 있지 않은 상태에서 患者를 治療하는 醫師보다 적극적인 醫療措置 예컨대 疾病 확인을 위한 檢査 또는 特異體質 발견을 위한 부작용 檢査 등을 시행함으로써, 오진으로 인한 적기의 治療時期의 상실이나 위험한 결과의 발생을 미연에 방지할 의무가 있다고 본다.

51) 석희태, 전게서, 541면.

52) 醫療法 제3조, 醫療法施行規則 제28조의2. 상기 醫療機關 이외에도 농어촌등보건의료를 위한특별조치법에 의해 保健診療所에 근무하는 保健診療員도 일정한 醫療行爲를 할 수 있다.

한편 疾病治療의 診斷과 治療에 적절한 醫療設備을 구비하지 않은 상태에서 醫師가 患者를 治療하는 경우에는 疾病의 進行狀況을 보아 醫師의 능력으로 감당할 수 없다고 판단되면, 醫師는 즉시 유효한 治療가 가능한 醫師나 病院으로 患者를 轉送하도록 조치할 의무가 있다. 교도소 내의 醫療실에서와 같이 통상의 醫療여건이 일반 病院보다 열악한 狀況에서 醫師가 患者를 治療하는 경우에는 患者가 외부 醫療機關에서 적기에 적절한 治療를 받을 수 있는 기회를 失機하지 않도록 주의할 의무가 있다.

판례<sup>53)</sup>에 의하면 “피고 산하 대구교도소와 마산교도소의 의무관들은 교도소 수용자인 위 원고에 대한 診察·治療 등의 醫療行爲를 함에 있어서 위 원고가 당뇨망막병증으로 시력이 저하되어 가고 있었고, 당시의 治療 경과에 비추어 보면 내과 영역의 治療만으로는 시력저하에 대한 적절한 조치가 되지 못하고 眼科 영역의 治療가 행해져야 함을 알 수 있었으므로, 적절한 治療를 함으로써 위 疾病의 進行속도를 늦추고 유용한 시력이 가능한 한 오래 보존될 수 있도록 하여야 할 注意義務가 있음에도 그 의무를 다하지 아니하였고, 이로 인하여 위 원고가 양안 失明상태에 이르게 되었다고 볼 여지가 많다.”고 하여 국가에게 재소자인 患者의 失明에 대하여 책임을 인정하고 있다.

그리고 綜合病院에서 患者가 직접 선택하여 특정 분야의 醫師가 患者를 治療하던 중 그 治療가 적절치 못하여 患者에게 위험한 결과가 발생한 경우에는 醫師는 그 위험한 결과를 제어할 수 있도록 그 病院의 다른 醫師에게 治療토록 신속히 조치할 의무가 있다. 우리 판례<sup>54)</sup>에서는 “...피고 病院은 그 診療체제 전체를 통하여 大學病院으로서의 醫療水準에 맞는 診療를 실시하여야 할 것임에도 불구하고 위 患者의 화농부위를 적기에 정확히 절개·배농시켜 병소 내 세균의 급격한 증식·전이를 억제하는 조치를 지체하

53) 대법원 2005. 3. 10, 2004다65121. 이 사안은 당뇨병 患者인 교도소 수용자가 당뇨병의 합병증인 당뇨병성 망막병증으로 인한 시력저하를 호소하였으나 교도소 이감과정에서 眼科 專門醫가 아닌 타과 專門醫(내과 등)인 교도소 의무관들이 적절한 治療와 조치를 취하지 아니하여 수용자의 양안이 失明상태에 이르게 된 데 대하여 교도소 의무관의 注意義務위반을 인정한 사례이다.

54) 대법원 1998.09.04, 96다11440. 이 사안은 구강저 봉와직염 患者가 大學病院의 齒科에서 治療를 받은 경우로 齒科醫師의 診療상의 過失과 함께 大學病院 내의 治療를 위한 유기적 협조가 이루어지지 않은데에 대한 過失을 인정하고, 齒科醫師 소속 大學病院의 사용자책임을 인정한 사례이다.

였다고 할 것이고, 또 치사율이 5%에 이르는 루드비히 안기나 患者로서 위와 같이 입원 당시 이미 병세가 중했던 소외 1에 대하여는 조기에 농배양 檢査를 실시하여 밝혀진 세균에 적합한 항생제를 충분히 투여함으로써 위 질환이 패혈증 등으로 발전되는 것을 미리 차단하여야 하고, 위 질환이 內科的 질환인 패혈증 등으로 발전하는 것을 의심할 만하였으므로 綜合病院인 피고 病院의 齒科와 內科가 기민하고 적극적으로 협조하여 診療를 하여야 할 注意義務가 있다고 할 터이며, 이 사건의 경우 소외 1이 피고 病院에 입원한 직후 조기에 농배양 檢査를 하였다라면 패혈증 발생 이전에 적합한 항생제를 투여할 시간이 있었음에도 불구하고, 피고 病院은 농배양 檢査를 실시하지 아니한 채 만연히 세파계열 제1세대 광범위항생제인 세파졸린을 쓰다가 患者의 병세가 이미 악화된 후에야 농배양 檢査를 하고 뒤늦게서야 세파계열 제3세대 항생제를 투여한 것으로 보이며, 또 피고 病院 내부에서 齒科와 內科의 유기적 협조 아래 위 패혈증에 대하여 적절히 대처하지도 못하였다고 여겨지고...”라고 판시함으로써 醫師의 注意義務가 醫療機關의 규모에 상응하도록 요구하고 大學病院의 경우에는 상이한 診療科目 분야의 醫師들이 患者의 治療를 위해 상호 유기적 협력관계를 유지할 의무를 부과하고 있다.

## (2) 地理的 與件

醫師가 患者를 治療하는 장소가 都市인지 아니면 地方 奧地(외딴 섬)인지의 여부도 醫師의 過失 판단에 고려할 요소이다. 醫師가 어느 지역에서 醫療行爲를 하느냐에 따라 새로운 醫學정보의 접근성에 차이가 있을 수 있다. 또한 奧地에서는 소규모의 인구조로 인한 醫療의 수익성을 기대하기 어렵고, 문화적·교육적 환경 등 사회적 환경이 都市에 비해 열악하기 때문에 醫師들이 奧地에서의 診療를 기피하는 경향이 있다. 따라서 이러한 醫療環境의 현실적 차이점을 무시하고 奧地에서의 醫師의 醫療行爲에 都市에서 활동하는 醫師에게 요구되는 注意義務를 그대로 적용하는 것이 타당한지 살펴볼 필요가 있다.

과거 미국에서는 「지역성의 원칙」(Locality Rule)이 醫療訴訟에서 자주 인용되었다. 지역성의 원칙은 地方에 소재한 醫師가 都市 지역의 醫師에 비해



현대적 醫療施設의 이용뿐만 아니라 새로운 醫療장비와 그 운영의 연수과정에 상대적으로 참여할 기회가 적기 때문에 동일한 注意義務로 醫師의 過失 여부를 판단하는 것은 부당하다고 본다.<sup>55)</sup> 미국의 醫療訴訟에서는 醫師의 過失을 입증하는 방법으로 통상적으로 전문가의 증언을 요구하고 있다. 미국 법원은 전문가 증언과 관련하여 지역성의 원칙을 적용하여, 문제된 醫師의 醫療行爲가 이루어진 동일 또는 유사 지역의 醫師만이 문제된 醫療行爲가 적정했는지 판단하도록 하고 있다. 그러나 교통과 통신의 발달로 醫師가 어디에 소재하는지의 여부에 관계없이 최신의 醫學정보와 治療技法에 대한 접근이 용이하게 되자, 최근에는 다수의 미국 법원이 지역성의 원칙에 구속되지 않고 전국적 기준에 따라 醫師의 過失을 판단하고 있다.<sup>56)</sup> 한편 미국 법원이 지역성의 원칙을 회피하는 이유 중의 하나는 지역성을 기준으로 전문가 증언을 제한하면 地域 醫師들의 동료의식이나 연대의식으로 同僚醫師에게 불리한 진술을 회피하려는 경향(이른바 침묵의 음모)이 있어, 醫療事故를 당한 患者가 醫師의 過失立證에 있어 불리할 수 있으므로 외부지역의 전문가 증언이 가능토록 하기 위해서이다.<sup>57)</sup> 미국의 일부 법원에서는 지역성의 원칙을 보완하여 단순히 지역적 근접성을 배제하고 대신에 인구 통계적 요소나 1인당 수입과 같은 경제적 요소 또는 研究室과 實驗室의 設備, 大學病院과 같이 실습이 가능한 病院과 現代的 裝備 등의 유사성을 기준으로 지역성을 판단하기도 한다.<sup>58)</sup> 그러나 지역성의 원칙의 유효성에 대한 논란으로 다수의 법원이 그 적용에 부정적이거나 많은 제한을 하고 있는 것이 사실이다. 그럼에도 불구하고 일부 논자들은 지역성의 원칙의 필요성을 주장하고 있다. 그들은 통신과 교통의 발달에 불구하고 여전히 최신의 醫學技術과 醫學장비를 접하기 어려운 지역이 존재한다는 것, 地方 醫師들은 낙후된 장비와 새로운 治療手段을 전수할 수 있는 專門醫의 결여로 都市의 醫師들과 같은 수준을 유지할 수 없다는 점 등을 이유로 地方의 醫師와 都市의 醫師의 차이를 인정하여야 한다고 주장한다. 따라서,

55) Marcia Mobilia Boumil & Clifford E. Elias, op. cit, p.30.

56) Marcia Mobilia Boumil & Clifford E. Elias, op. cit, p.31.

57) Marcia Mobilia Boumil & Clifford E. Elias, op. cit, p.31.

58) Shilkret v. Annapolis Emergency Hospital Ass'n (Md.1975). Marcia Mobilia, Boumil & Clifford E. Elias, op. cit, p.33.

醫師의 過失을 판단하는 기준에서도 都市의 醫師에 비하여 완화된 기준을 적용함으로써 醫師들을 都市 지역이 아닌 地方에서 醫療行爲를 하도록 유인할 수 있다고 보고 있다.<sup>59)</sup> 그러나 상술한 바와 같이 미국 법원에서 지역성의 원칙이 현격히 퇴조하는 변화를 보이고 있으나, 지역성의 원칙이 배심원이 사실관계를 판단하는 요소 중의 하나로서, 외부 지역의 전문가 증언의 신뢰도에 일부 영향을 미치는 것까지 부정할 수는 없다. 결국 오늘날 미국 대부분의 州에서 법원은 동일 지역 내지 유사 지역의 醫療行爲, 현재의 醫學水準, 醫療事故 당시의 특정 醫學知識과 治療技法의 확보가능성 등에 근거하여 醫師의 過失을 판단하고 있다고 보여진다.<sup>60)</sup>

우리나라는 미국과 같이 지역성의 원칙을 동일하게 적용하기에는 무리가 있다. 예컨대 국토의 크기에서도 상당한 차이가 있으며 특히 州마다 醫師가 되는 과정이 다른 미국과는 달리 醫師免許制度가 우리나라에서는 일원화되어 있기 때문에 미국에서와 같이 감정인 자격과 관련하여 지역성의 원칙이 적용될 필요는 없을 것이다. 그러나 우리나라의 모든 지역의 주민이 인적·물적 여건에서 동일한 醫療環境을 향유할 수 있다고 말할 수 없을 뿐만 아니라 심지어 無醫村이 존재할만큼 醫療여건이 열악한 지역도 상존하고 있다.<sup>61)</sup> 또한 地方에는 특정 분야의 專門醫가 주변 여건상 醫療活動을 하기 어려운 狀況이므로 非專門醫가 불가피하게 醫療行爲를 하여야만 하는 경우도 있기 마련일 것이다.<sup>62)</sup> 따라서 醫師의 過失을 판단할 때 이러한 地理的 與件을 고려하는 것이 필요하다고 본다. 우리 판례에서는 診療環境 및 條件을 醫師의 過失 판단에서의 고려요소로 삼고 있으나, 그 개념

59) Marcia Mobilia Bournil & Clifford E. Elias, op. cit, p.32.

60) Marcia Mobilia Bournil & Clifford E. Elias, op. cit, p.32.

61) 농어촌등보건의료를위한특별조치법은 국민의 醫療均霑과 보건향상을 위하여 農漁村등 保健醫療脆弱地域의 住民들에게 保健醫療를 효율적으로 제공토록하기 위하여, 醫師가 배치되어 있지 아니하고 계속하여 醫師의 배치가 곤란할 것으로 예상되는 의료취약지역안에서 보건진료원으로 하여금 醫療行爲를 하게 하기 위하여 시장·군수가 보건소를 설치·운영토록 하고 있고(제2조 4호), 공중보건의로 하여금 보건소 또는 보건지소, 국가·地方자치단체 또는 공공단체가 설립·운영하는 病院으로서 보건복지부장관이 정하는 病院, 공공보건의료연구기관, 공중보건사업의 위탁사업을 수행하는 기관 또는 단체, 보건의료정책을 수행함에 있어서 공중보건의사의 배치가 필요한 기관 또는 시설로 대통령령이 정하는 기관 또는 시설에 근무하도록 규정하고 있다(제5조의2 1항).

62) 醫師의 醫療活動도 영리성을 고려하여야 하는데, 특정 분야의 專門醫가 지역에서 개업하기 위해서는 예상 患者의 수나 보험대상포함 등도 현실적으로 고려하여야 한다.

속에 地方과 都市의 醫療水準의 차이점을 인정하는 지리적 여건을 구체화하여 醫師의 過失 판단을 판단하고 있지는 않고 있다.<sup>63)</sup>

### (3) 緊急狀況

應急患者의 경우처럼 患者의 신속한 治療를 요하는 경우에는 醫師는 통상의 醫療行爲와는 달리 시간적 제약속에 빠른 진단과 함께 이에 상응하는 治療가 필요한 경우가 많을 것이다. 우선 患者의 症狀이 생사에 영향을 줄 수 있을 정도로 급박한 狀況인 경우에는 그 症狀에 대한 정확한 檢査 후 治療手段을 선택하기 보다는 症狀에 따른 대증요법에 의하여 선행조치가 필요한 경우도 발생할 수 있다. 또한 醫療시설이나 醫療전문인력이 구비되지 않은 狀況에서 患者가 발생하여 불가피하게 醫師가 구급조치를 하여야 하는 경우에도 정상적인 醫療行爲를 기대할 수 없다. 이와 같은 緊急狀況에서 醫師가 최선을 다하여 醫療行爲를 하였을 경우에는 비록 患者에게 위험한 결과가 발생하였더라도 醫師의 過失을 인정해서는 안 된다. 그러나 緊急狀況에서 醫師가 患者에게 필요한 應急조치를 비롯한 적절한 醫療行爲를 하지 않거나 다른 病院에 轉院함으로써 적기의 醫療行爲가 이루어지지 않아 患者에게 위험한 결과가 발생한 경우에는 醫師에게 注意義務 위반을 이유로 過失을 인정할 수 있다.

판례는 醫師가 진찰 결과 장파열, 복강내출혈 및 비장손상 등의 가능성이 있어 應急개복술의 시행이 필요한 부상자를 그 처의 요청으로 집 근처 病院으로 이송시키던 중 부상자가 복강내출혈 등으로 사망한 사안에서 “...수술은 경험 있는 집도의 1인과 보조사 1인이 전신마취하에 실시할 수 있는 수술로서 그 준비가 크게 필요한 수술이 아닌 점, 비장 단독손상시 수술사망률이 낮고, 망인의 엑스선檢査 결과가 나온 16:00경 수술준비를 지시하였고, 망인의 사망시각은 같은 날 18:00경에서 18:10경 사이인 점 등에 비추어 장파열 및 복강내출혈로 인한 허혈성 쇼크로 사망한 것으로 추정되는 이 사건에 있어서 다른 사망원인이나 위 피고가 즉시 개복수술을 시행하였

63) 대법원 2005. 4. 29, 2004다64067; 대법원 2004. 10. 28, 2002다45185; 대법원 2003. 1. 24, 2002다3822; 대법원 2002. 4. 26, 2000다16237; 대법원 2000. 1. 21, 98다50586; 대법원 1999. 3. 26, 98다45379, 45386; 대법원 1998. 7. 24, 98다12270 등.

어도 사망하였을 것이라는 점에 대한 입증이 없는 이상 위 피고가 즉시 수술을 실시하지 아니한 채 만연히 위와 같이 망인을 다른 病院으로 이송하도록 한 過失로 수술이 지연되어 망인이 사망하였다고 추정함이 상당하다고 판단하였는바...”라고 판시하여 醫師의 過失을 인정하였다.<sup>64)</sup>

緊急狀況에서 醫師가 최선을 다하였다고 인정받기 위해서는 최소한 다음의 요건들이 충족되어야 한다고 본다. 첫째로 醫師는 주어진 환경에서 취할 수 있는 최소한의 醫學水準은 반드시 준수하여야 한다. 예컨대 수술메스가 없는 狀況에서 절개를 할 필요가 있는 경우 醫師는 일반 칼을 이용할 수 있으나 불이나 알코올을 사용하여 멸균상태를 유지하도록 하여야 한다. 둘째로 緊急狀況에 대한 판단이 객관적이어야 한다. 醫師가 통상적인 醫療節次에 따라 患者를 診療할 수 없다는 狀況이 인정되어야 하고 緊急醫療行爲에 따른 患者의 이익과 불이익에 대한 比較較量이 합리적이어야 한다.<sup>65)</sup> 患者의 상태가 급박하지 않아 충분한 檢査 후에 그 결과에 근거한 필요한 治療手段을 선택할 수 있는 경우나 현재의 醫療與件으로 적절한 治療를 할 수 없는 狀況에서 일차적 구급조치 후 治療가 가능한 인근 病院이나 다른 專門醫에게 轉送할 수 있음에도 불구하고 불완전한 治療를 지속한 경우에는 緊急狀況을 이유로 醫師의 注意義務가 감경될 수 없다.<sup>66)</sup> 셋째로 緊急狀況은 당해 醫師와 관계없는 외부적 요인에 의해서 유발되어야 한다.<sup>67)</sup> 醫師가 자신의 부주의로 患者를 治療하는 과정에서 患者의 생명이 위급하게 되는 경우에는 醫師의 過失은 본래의 기준에 의해서 판단된다. 한편 일정한 시설 규격의 應急室과 應急醫療人을 구비하도록 법제화되어 있는 綜合病院 등은 緊急狀況을 예상하여 患者의 治療를 가능하도록 醫療施設과 醫療傳達體系가 구성되어 있으므로 단순히 緊急狀況만의 이유로 일반적인 醫師에게 요구되는 注意義務를 감경하여서는 안 된다. 판례는 제왕절개수술이 시급한 應急患者에 대하여 비상연락을 받은 病院 소속의 產婦人科 醫師가 늦게 도

64) 대법원 2000. 9. 8, 99다48245.

65) 석희태, 전게서, 547면.

66) 응급의료에 관한 법률에 의하면 “醫療人은 應急患者에 대하여 당해 醫療機關의 能力으로 그 患者에 대하여 적절한 應急醫療를 행할 수 없다고 판단한 때에는 지체없이 그 患者를 적절한 應急醫療가 가능한 다른 醫療機關으로 移送하여야 한다.”고 醫師에게 應急患者의 이송의무를 법률상의 의무로 규정하고 있다(제11조 1항).

67) 석희태, 전게서, 547면.

착함에 따라 수술 지연으로 태아가 사망하게 되어 病院이 醫療過誤에 의한 損害賠償責任을 지자, 病院이 産婦人科 醫師에게 구상금을 청구한 사안에서 “...피고는 인근 病院에서 제왕절개수술을 할 수 있는 유일한 産婦人科 醫師로서, 그 날 06:40경 看護師인 박은영과 이은영으로부터 전화로소외 1이 신속히 제왕절개수술을 받아야 할 상태에 있음을 보고받고도 특별한 사정 없이 한 시간 가량 지체한 07:40경 출발하여 뒤늦게 08:35경에야 病院에 도착한 잘못이 있는 이상, 위와 같은 제왕절개수술의 지연 및 그로 인한 태아의 사망에 대하여 過失責任을 면할 수 없다.”고 판시하고 있다.<sup>68)</sup> 그러나 綜合病院일지라도 夜間에 應急患者를 治療하는 경우에는 晝間에 비해 專門 醫療人力의 연계와 전달에 한계가 있으므로 이러한 미비점이 醫師의 過失 판단에서 고려의 대상이 되어야 하는 것은 당연하다.

그러나 상기 구상금청구의 원인을 제공한 태아의 사망사안과 관련된 당직醫師의 책임에 대해 판례는 “産婦人科 專門醫가 아닌 一般外科 醫師라고 하더라도 當職醫師였다면 産婦人科 專門醫가 없는 狀況에서 산모가 급하게 제왕절개 수술을 요하는 급박한 상태이고, 그러한 狀況을 보고받기까지 한 이상 사람의 생명·신체·건강을 관리하는 醫師로서의 업무의 성질에 비추어 醫師로서는 患者의 구체적인 症狀이나 狀況에 따라 위험을 방지하기 위하여 요구되는 최선의 처치를 행하여야 할 注意義務가 있다.”고 하며 當職醫師에게 자신의 전문분야가 아닌 질환으로 應急을 요하는 患者에 대한 처치 의무를 소홀히 한 醫師에 대하여 過失을 인정하고 있다.<sup>69)</sup>

應急室의 當職醫師의 책임에 관한 다른 판례를 살펴보면 원심<sup>70)</sup>에서 “첫째 患者의 동공 상태 및 혈압과 맥박이 정상이라는 점 등에 치중한 나머지 호흡이 곤란한 應急患者에게 가장 먼저 행하여야 할 기본적인 처치인 기도 확보를 하지 않은 過失, 둘째 X선 촬영에 실패하였다는 보고를 받았을 때 방사선사, 看護師에게 X선 촬영을 독촉하여야 함에도 이에 이르지 못하여 患者가 위 病院 應急室에 도착한지 1시간 30분이 지나서야 X선 촬영檢査가 이루어지도록 지연한 過失, 셋째 患者가 호흡 곤란을 보이고 있고 수액 및

68) 대법원 2000. 12. 22, 99다42407.

69) 대법원 1997. 3. 11, 96다49667,

70) 서울고법 1998. 3. 31, 97나46711.

산소공급에 실패하였으며 醫師가 상당한 시간이 지나도록 정확한 진단을 내리지 못하였고 다른 患者를 진찰하느라고 시간이 없어 직접 患者를 진찰하는 것이 용이하지 않다면 즉시 患者를 다른 病院으로 轉院시켜야 함에도 이에 이르지 못한 過失, 넷째 기흉 진단 이후에도 흉관삽관을 시행해 본 경험이 없다는 이유로 患者에게 기관지삽관, 수액 공급, 인공호흡 등 保存的 治療만을 시행한 채 다른 病院으로 轉院시키는 데 그쳐 그로 하여금 적기에 긴장성 기흉에 대한 治療를 받지 못하게 한 過失이 있고, 그 過失로 인하여 患者가 사망하였다고 판단하였다.”고 當職醫師의 過失을 인정한 것에 대하여, 대법원<sup>71)</sup>은 “...專門醫가 아닌 一般醫이고, 혼자 夜間應急室의 당직근무를 하고 있었으므로 그의 過失 유무를 판단함에 있어서는 專門醫가 아닌 一般醫를 표준으로 하고, 당시의 診療 環境 및 條件, 夜間應急醫療의 특수성을 고려하여야 할 것이다.”고 하며 “첫째의 점을 보면, 患者는 피고의 病院에 내원할 당시에 자발적 호흡을 하고 있었으므로 기도에 장애가 있어 기도를 확보할 필요성이 있었다고는 보이지 아니할 뿐 아니라, 患者의 사인은 긴장성 기흉이어서 기도확보조치와는 아무런 관련이 없으므로 제1심 공동피고가 患者에 대하여 즉시 기도확보조치를 취하지 않은 것을 過失이라고 할 수 없다. 둘째의 점을 보면, ① X선 촬영이 늦어지게 된 주된 원인은 患者가 계속 심하게 몸을 움직인 것에 있는 점, ② 위 病院 夜間應急室에 醫療人으로는 醫師 1명, 看護師 2명, 방사선사 1명이 있을 뿐인데 醫師 제1심 공동피고와 看護師들은 다른 應急患者들을 診療하고 있었기 때문에 방사선사가 혼자서 患者에 대한 촬영을 시도하다가 잘 되지 않는다고 하여 곧바로 醫師나 看護師에게 원조를 요청하기가 쉽지 않았고, 방사선사가 촬영실에서 혼자 촬영을 시도하다가 실패한 후 처치실로 옮겨 다른 사람의 도움을 받아 患者의 몸을 누르고 간신히 촬영함에 이르기까지 시간이 어느 정도는 걸릴 수밖에 없었던 것으로 보이는 점, ③제1심 공동피고는 두부, 흉부 등의 X선 촬영에 실패하였다는 보고를 받고 흉부만이라도 우선 촬영하도록 바로 지시한 점, ④ 이 사건 사고 당시 적용되고 있던 應急醫療管理運營規則(보건사회부령 제869호)이 應急醫療 指定病院의 應急室 전담

71) 대법원 1999. 11. 23, 98다21403.

인력으로 방사선사는 요구하고 있지 아니하므로, 위 시각에 위 病院에 방사선사가 없었다면 다른 病院의 방사선사를 불러오는 것은 적법하고 거기에 어느 정도 시간이 소요될 것인 점, ⑤ 患者가 위 病院에 도착한 후 다른 檢査들을 시행함에 걸린 시간도 있고 제1심 공동피고에 대한 촬영 지시가 방사선사에게 전달되어 X선 촬영에 착수할 때까지 걸린 시간도 있으며, 또한 X선 촬영 후에 현상·정착 등을 거쳐 사진이 나오기까지에도 어느 정도 시간이 걸리는 점 등을 종합하여 볼 때, 應急室 도착시부터 X선 촬영 및 판독시까지 1시간 30분이 경과하였다거나 X선 촬영이 최대한 신속하게 이루어진 것이 아니라는 것만을 가지고 곧바로 損害賠償責任을 져야 할 法的過失이 제1심 공동피고에게 있다고 단정하기는 어렵다고 할 것이다. 셋째와 넷째의 점을 보면, 호흡 곤란을 보이고 있고 수액 및 산소공급에 실패하였다고 하여 곧바로 患者를 다른 病院으로 轉院시켜야 한다고는 볼 수 없고, 제1심 공동피고로서는 患者가 긴장성 기흉이라는 超應急상태에 있음을 알지 못한 상태에서 다른 應急患者들을 계속하여 治療하면서 患者를 즉시 다른 病院에 轉院시키지 않은 것을 過失이라고 볼 수 없으며, 한편 제1심 공동피고인 흉부 X선 사진을 보기 전에 患者의 증세와 청진에 의하여 긴장성 기흉을 빨리 진단하지 못한 데에 過失이 있는지의 여부와 제1심 공동피고가 긴장성 기흉이라는 超應急상태에 있는 患者에 대하여 즉시 흉관삽관을 시술하지 아니하고 다른 病院에 轉院시킨 조치에 過失이 있는지의 여부는 통상 夜間當職醫로 근무하는 一般醫에게 요구되는 醫療知識을 표준으로 하여 판단하여야 할 것인데, 이는 흉관삽관술을 시술하기 위하여 요구되는 醫療專門知識의 수준과 흉관삽관술에 수반되는 위험의 정도 등을 심리하지 않고서는 판단할 수 없는 문제이다.”라고 하며 夜間 應急室에서 交通事故 應急患者를 治療한 當職醫師의 過失을 부인하고 있다.<sup>72)</sup>

#### IV. 결 론

醫師의 醫療行爲의 구체적 態樣을 분류하여 보면, 診斷, 投藥, 注射, 輸

72) 상기의 원심과 대법원의 판결문 인용에 있어서 판결 원본과는 달리 患者의 실명은 필자가 임의로 ‘患者’로 변경하여 인용하였다.

血, 麻酔, 手術, 處置, 豫防接種 등으로 구분할 수 있다.<sup>73)</sup> 醫師의 注意義務는 이와 같은 醫療行爲 전반에 필요하다. 醫師의 注意義務의 구체적 내용은 醫療行爲의 유형에 따라 다르며, 동일 유형의 醫療行爲이더라도 개별적 狀況에 따라 醫師의 注意義務의 준수 여부가 달리 판단될 가능성이 있다. 물론 정형적인 醫療行爲에서 患者의 안전을 위해 醫師가 준수하여야 할 최소한의 醫學的 기준은 ‘醫學常識’으로 醫師의 注意義務의 내용에 포함시키는데 무리가 없으나, 전문화 되고 다양한 醫療行爲에서 醫師의 注意義務의 내용을 구체적으로 유형화하는 것은 불가능하다. 본고에서는 醫療過誤에서 醫師의 過失의 기준이 되는 醫師의 注意義務를 구체화하여 그 내용을 밝히고 있지 않다. 다만 醫療過誤 訴訟에서 醫師의 注意義務를 구체적으로 판단하는데 고려하여야 할 요소들을 검토하고 있는 것이다. 醫師의 특정한 醫療措置가 醫師의 注意義務를 다하였는지의 여부는 법관이 그 醫療行爲 당시의 제반사정을 고려하여 판단할 사항이다. 그런데 법관이 醫師의 過失 여부를 판단하기 위하여 고려하여야 할 제반사정을 일반화하여 고찰한 것이 본고의 내용이다. 醫師의 注意義務 준수를 판단하는데 고려하여야 할 요소로, 크게 醫療의 특수성, 醫學의 수준, 診療環境 및 條件(具體的 狀況)을 제시하고 특정 醫療行爲에서 醫師의 注意義務를 경우에 따라서는 엄격히 또는 완화하여 적용할 수 있는 국내외의 법이론과 판례를 소개하고 있다. 우리나라 醫療訴訟에서 醫師의 注意義務의 기준으로 법원이 최근 제시하는 내용을 살펴보면, “...醫療上の 注意義務는 醫療行爲를 할 당시 醫療機關 등 臨床醫學 분야에서 실천되고 있는 醫療行爲의 수준을 기준으로 삼되, 그 醫療水準은 통상의 醫師에게 醫療行爲 당시 일반적으로 알려져 있고 또 시인되고 있는 이른바 醫學常識을 뜻하므로 診療環境 및 條件, 醫療行爲의 特殊性 등을 고려하여 규범적인 수준으로 파악되어야 할 것인바...”라고 판시하고 있다.<sup>74)</sup> 그러나 이와는 달리 일부 대법원 판결에서 “...이러한 注意義務의 기준은 診療 당시의 이른바 臨床醫學의 실천에 의한 醫療水準에 의하여 결정되어야 하나, 그 醫療水準은 규범적으로 요구되는 수준으

73) 사법연수원, 전게서, 134면.

74) 대법원 1998. 7. 24, 98다12270; 대법원 1999. 3. 26, 98다45379, 45386; 대법원 2000. 1. 21, 98다50586; 대법원 2002. 4. 26, 2000다16237; 대법원 2003. 1. 24, 2002다3822; 대법원 2004. 10. 28, 2002다45185 등.



로 파악되어야 하고, 해당 醫師나 醫療機關의 具體的 狀況을 고려할 것은 아니다...”라고 하여 醫師의 注意義務 판단의 고려에서 醫療의 具體的 狀況을 배제하고 있다.<sup>75)</sup> 그러나 醫師의 注意義務의 판단의 기준에 관한 상반된 대법원의 판례를 분석하여 보면 구체적 사안에서 醫師의 過失 판단에서 결정적 차이점을 발견할 수 없다. 즉 뒤의 판례를 분석하면, 앞의 판례에서 제시하는 기준에 따라 醫師의 注意義務를 결정하여도 법원은 해당 사안에서 당시의 醫療의 具體的 狀況이 醫師의 注意義務를 강화하거나 감경할 사유에 해당되지 않는다고 묵시적으로 판단하고 있고, 醫師의 注意義務 기준으로 醫學水準을 강조하고 있다고 볼 수 있다. 그러나 분명히 일반적이고 통상적인 狀況下에서 醫師에게 적용될 醫師의 注意義務의 1차적 기준은 당시의 醫學水準임에는 틀림없지만, 개별적 구체적 狀況에서 醫師의 注意義務를 판단하는데 醫療行爲시의 구체적 狀況을 고려하지 않는다는 것은 불합리하다. 이러한 점에서 醫師의 注意義務 판단의 기준에서 구체적 狀況을 배제하는 대법원의 일부 판결은 醫療過誤 訴訟에서 혼란을 제기할 수 있다고 보아 수정되어야 한다고 본다. 아울러 대법원은 醫師의 注意義務 기준으로 상술한 내용을 추상적으로 제시하고 있을 뿐 그 적용을 위한 명확한 법리를 제시하지 않은 채, 구체적 사안에 따라 법관이 제반사정을 고려하여 해당 醫療行爲에서의 醫師의 過失을 판단하고 있다.

미국 법원에서 醫師의 注意義務 판단 기준으로 채택되고 다듬어진 판례 법상의 상당 소수의 원칙, 지역성의 원칙, 최선의 판단 원칙 등은 향후 우리나라 醫療訴訟에서도 醫師의 過失을 판단하는 법리로서 유용하다고 판단되며, 가능하면 막연한 법관의 판단보다는 수용할 수 있는 객관적 법리를 근거로 醫師의 過失을 판단하는 것이 醫療法學의 발전된 모습이라 생각한다.

75) 대법원 2000. 1. 21, 98다50586; 대법원 1997. 2. 11, 96다5933 등.