

이원적 의료체제에서 의사와 한의사의 과실판단

이 백 휴*

- I. 들어가는 말
- II. 이원적 의료체제와 의료과실 판단 기준
 - 1. 의료행위와 한방의료행위 구분
 - 2. 의료과실의 판단기준
 - 3. 의료과실 판단의 실제
- III. 상대 직역 의료지식 인지의무(認知義務) 부과의 타당성
 - 1. 서언
 - 2. 주요 판례의 내용
 - 3. 상대 직역의 의료지식 인지 여부
- IV. 의료주체의 재량권의 한계
 - 1. 서언
 - 2. 재량에 상응한 의무 부과
 - 3. 의무부과 사례
 - 4. 소결
- V. 맺음말

I. 들어가는 말

1951년 9월 25일 「국민의료법」 제정 당시 한의학의 과학성에 의문을 제기하는 의견도 있었으나 다수의 입법자들이 한방의료행위의 독자성을 인정하

* 논문접수: 2011. 10. 30. * 심사개사: 2011. 11. 10. * 수정일: 2011. 11. 25. * 게재확정: 2011. 12. 10.
* 의료정책연구소 책임연구원, 법학박사

면서 이원적 면허체계를 구축하여 지금까지 유지해 오고 있다.¹⁾ 이러한 이원적 면허체계는 각각의 학문의 발전과 의료의 질 향상은 물론 의료소비자의 선택의 폭을 넓혀 줄 수 있는 장점이 있다. 그러나 의사에 의한 의료행위와 한의사에 의한 한방의료행위를 명확하게 구분하기 어려워 업무 영역이나 의료기기 사용과 관련하여 양측 간의 분쟁을 발생하게 하는 원인이 되기도 하였다.²⁾ 이에 따라 이러한 갈등을 해소하고자 다양한 정책적 논의가 이루어지고 있다.

한편 최근에는 고령화에 따른 만성퇴행성뇌혈관계 질환, 근골격계 질환 환자가 증가³⁾와 함께 다양한 의료서비스를 제공받고자 하는 의료 수요가 증가하면서 한방의료에 대한 관심과 기대가 높아지고 있다. 나아가 의료와 한방의료간 협진을 허용하는 「의료법」 개정,⁴⁾ 「한의약」의 외연을 확대하고자 하는 「한의약육성법」 개정 등 한방의료행위의 활용범위를 넓히려는 입법적 조치가 이루어지고 있다. 이에 따라 한방의료서비스의 이용이 증가되면서 한방의료행위와 관련된 의료분쟁도 꾸준히 증가하고 있다. 그동안 의사의 의료과실을 판단함에 있어 의학수준, 의료수준, 재량권 등에 관한 상당한 논의와 함께 많은 판례가 축적되어 있었지만, 상대적으로 한의사의 한방의료과실과 관련된 판례는 그리 많지 않은 상태이다. 그런데 최근에 대법원에서는 한의사에 의한 한방의료사고에 대해서도 그동안 축적된 의사의 의료과실

1) 선정원, “의료직업의 규제-의사와 한의사의 직역한계-”, 『행정법연구』, 제26호, 한국행정법연구소, 2010, 제363면. 기타 「국민의료법」 제정 과정에서 한의사제도 성립에 관한 자세한 논의는 박윤재, “해방 후 한의학의 재건과 한의사제도의 성립”, 『동방학지』, 제154집, 연세대학교 국학연구원, 2011, 제345면 이하 참조.

2) 가령 CT (Computer Tomography), IPL (Intensive Pulsed Light), IMS (Intramuscular Stimulation Therapy), 약침 등 의료기기 사용과 관련된 분쟁 등이 있다.

3) 우리 국민들은 뇌졸중·중풍 등 뇌혈관계질환, 췌장, 근육통 등의 경우 한방의료로 인한 치료의 효과에 대한 기대가 큰 것으로 나타났다(조재국, “한방의료 이용자의 한방의료에 대한 태도 및 시장개방에 대한 인식도 분석”, 『보건복지포럼』, 한국보건사회연구원, 2004, 12, 제82면).

4) 2009. 1. 30. 의료법 일부개정(법률 제9386호)을 통해 다른 직종 간 의료인의 협진을 허용하였다(2010. 1. 31. 시행). 즉 병원은 한의사, 치과의사를, 한방병원은 의사, 치과의사를, 치과병원은 의사, 한의사를 각각 고용하여 진료과목을 개설할 수 있도록 함으로써 같은 의료기관 내에서 양한방 등 다른 종류의 의료인 사이에 협진이 가능하도록 하였다(제43조).

판단에 관한 법리가 동일하게 적용된다는 점을 명확히 하였다.⁵⁾ 따라서 한의사의 한방의료과실을 판단함에 있어 원칙적으로 의사의 의료과실 관련 판례의 내용을 그대로 활용하면 된다. 그러나 의학과 한의학의 학문적 특수성에 기인한 이원적 면허체제에 따라 이러한 원칙에 추가적으로 고려해야 할 사항이 있다.

이에 이 글에서는 이원적 의료체제와 의료과실 판단 기준에 관한 사항을 개괄적으로 검토한 후 (한방)의료과실을 판단함에 있어 추가적으로 검토해야 할 쟁점들을 확인하였다. 특히 한방의료과실 관련 판례를 분석하여 한의사의 주의의무 판단 기준으로써 서양의학적 지식과 경험을 요구하도록 하는 것이 타당한지, 의료행위 주체 또는 상황별 재량권의 차이에 따라 강화된 주의의무를 부과할 필요가 있는지 여부 등을 중심으로 논의를 진행하였다.

II. 이원적 의료체제와 의료과실 판단 기준

1. 의료행위와 한방의료행위 구분

「의료법」 제2조⁶⁾에서는 의사와 한의사의 임무(업무범위)를 구분하고 있다.⁷⁾ 이와 관련하여 우리 법원은 “어떠한 진료행위가 의사만이 할 수 있는

5) 대법원 2011.4.14. 선고 2010도10104 판결.

6) 제2조(의료인) ① 이 법에서 “의료인”이란 보건복지부장관의 면허를 받은 의사·치과의사·한의사·조산사 및 간호사를 말한다.

② 의료인은 종별에 따라 다음 각 호의 임무를 수행하여 국민보건 향상을 이루고 국민의 건강한 생활 확보에 이바지할 사명을 가진다.

1. 의사는 의료와 보건지도를 임무로 한다.

3. 한의사는 한방 의료와 한방 보건지도를 임무로 한다.

7) 이원적 의료체제의 문제점 및 의료일원화에 관한 논의로 김재식의 14인, “의료일원화와 동서의학에 관한 연구”, 『의사학』, 제7권 제1호, 대한의사학회, 1998; 김춘배 외 7인, “양·한방의 상호보완 발전을 위한 법적 및 제도적 고찰”, 『한국의료법학회지』, 제9권 제2호, 한국의료법학회, 2001. 등 참조. 그리고 의료행위와 한방의료행위의 업무 구분에 관한 논의로 김나경, “의료의 철학과 법정책: 양방-한방의료의 경계설정과 무면허 의료행위의 규율”, 『법철학연구』, 제13권 제1호, 한국법철학회, 2010; 범경철, “의료영역과 한방의료영

의료행위에 해당하는지 아니면 한의사만이 할 수 있는 한방의료행위에 해당하는지 여부는 결국 해당 진료행위가 학문적 원리를 어디에 두고 있는가에 따라 판단⁸⁾”하며, 구체적으로 “양자는 그 행위의 학문적 기초가 되는 전문지식이 서양에서 도입된 의학인지, 우리의 옛 선조들로부터 전통적으로 내려오는 한의학인지 여부에 의하여 구분되며, 그 학문적 기초에 따라 질병에 대한 진찰과 치료행위가 달라진다⁹⁾¹⁰⁾”고 판시하고 있다. 의료행위와 한방의료행위를 구분하는 실익은 의사 또는 한의사가 각각의 면허된 이외의 의료행위를 한 경우에도 동일하게 무면허 의료행위에 해당한다는 점에 있다(「의료법」 제27조제1항 및 제87조 등). 즉 각 의료인의 자질, 능력, 경험, 교육 여부 등과 상관없이 「의료법」 제2조에서 규정한 각각의 업무 외의 의료행위를 한 경우 무면허의료행위로 처벌함으로써 각각의 독자적인 위치를 명확하게 인정하고 있다.¹¹⁾ 이와 같이 우리나라에서는 다른 나라와 달리 한의학을 대체의학이 아닌 정통의학으로 인정¹²⁾하고 있어, 한의학적 원리에 의한 한방의료

역의 업무구분에 관한 고찰”, 『의생명과학과 법』, 제2권, 원광대학교 법학연구소 의생명과학법센터, 2009. 등 참조.

- 8) 서울고등법원 2006.6.30. 선고 2005누1758 판결; 서울행정법원 2008.10.10. 선고 2008구합11945 판결.
- 9) 서울고등법원 2006.6.30. 선고 2005누1758 판결; 보건복지부 2010.3.2. 의료자원과-1541 등. 참고로 2011년 6월 29일 개정된 「한약육성법」에 의하면 “우리의 선조들로부터 전통적으로 내려오는 한의학을 기초로 한 한방의료행위와 이를 기초로 하여 과학적으로 응용·개발한 한방의료행위”를 한방의료행위로 정의하고 있다(제2조제1호).
- 10) 가령 침술이나 구술(서울행정법원 2009.5.20. 선고 2008구합48374 판결), 부항시술(대법원 2004.10.28. 선고 2004도3405 판결), 심천사혈요법(대구지방법원 2007.6.26. 선고 2007고단370 판결), 팔사의학에 따른 환자 체질 진단(서울지방법원 1987.3.12. 선고 86노1814 판결), 오행분석에 따른 병명 진단(대법원 1997.2.14. 선고 96도2234 판결) 등을 한방의료행위로 평가하고 있다.
- 11) 나아가 한의사의 한방의료과실 관련 판례에서도 양자를 구분하고 있다(가령 대법원 2006.12.21. 선고 2005도9213 판결; 청주지방법원 2011.2.22. 선고 2010고단1681 판결).
- 12) 중국의 경우 학문 및 교육적 측면에서 중의와 서의를 구별하고 있지만 면허로써 양자를 구분하지 않고 단지 ‘의사’라는 공통의 면허제도만 존재한다. 그리고 일본은 한의사를 별도의 직역으로 인정하고 있지 않으며, 서구에서는 대부분 보완대체의료의 일종으로 한방의료를 인정하고 있다. 기타 의료행위의 개념 및 의료인 면허제도와 관한 외국 입법례에 대해서는 선정원, 전계 논문(각주 1), 제357면; 이인영, “의료행위의 현대적 의의와 과제”, 『법과 정책연구』, 제7권 제1호, 한국법정책학회, 2007, 제28~35면; 전세일, “대체의학의 현황과 전망”, 『의료법학』, 제5권 제1호, 대한의료법학회, 2004, 제14면 참조.

행위는 그 자체로써 정당화된다.

2. 의료과실의 판단기준

가. 의료수준

우리 법원은 수차례의 조정을 거쳐 의료과실의 정도 및 기준에 대하여 “의사가 진찰·치료 등의 의료행위를 함에 있어서는 사람의 생명·신체·건강을 관리하는 업무의 성질에 비추어 환자의 구체적인 증상이나 상황에 따라 위험을 방지하기 위하여 요구되는 최선의 조치를 취하여야 할 주의의무가 있고 의사의 이와 같은 주의의무는 의료행위를 할 당시 의료기관 등 임상의학 분야에서 실천되고 있는 의료행위의 수준을 기준으로 삼되 그 의료수준은 통상의 의사에게 의료행위 당시 일반적으로 알려져 있고 또 시인되고 있는 이른바 의학상식을 뜻하므로 진료환경 및 조건, 의료행위의 특수성 등을 고려¹³⁾하여 규범적인 수준으로 파악되어야 한다.¹⁴⁾”는 입장을 정립하였다.¹⁵⁾¹⁶⁾ 따라서 의료인이 구체적인 의료행위를 함에 있어 임상의학에서 시행되고 있는 ‘의료수준(the standard of care)’을 충족하여 의료행위를 하였다면(구체적인 의료적 조치가 현재의 의료수준에 미달되지 않는다면) 원칙적으로 의료

13) 한편 해당 의사나 의료기관의 구체적인 상황을 고려하지는 않는다는 판결도 있다(대법원 2000.1.21. 선고 98다50586 판결 등).

14) 대법원 1998.7.24. 선고 98다12270 판결; 대법원 2008.2.14. 선고 2006다48465 판결; 대법원 2010.7.8. 선고 2010다20563 판결; 대법원 2011.7.14. 선고 2009다65416 판결 등.

15) 진단상의 과실 유무를 판단함에 있어서는 해당 의사가 비록 완전무결한 임상진단의 실시는 불가능할지라도 적어도 임상의학 분야에서 실천되고 있는 진단 수준의 범위 안에서 전문직업인으로서 요구되는 의료상의 윤리와 의학지식 및 경험에 기초하여 신중히 환자를 진찰하고 정확히 진단함으로써 위험한 결과 발생을 예견하고 이를 회피하는 데에 필요한 최선의 주의의무를 다하였는지 여부를 따져 보아야 하고, 진료상의 과실 여부는 그 의사가 환자의 상태에 충분히 주의하고 진료 당시의 의학적 지식에 입각하여 환자에게 발생 가능한 위험을 방지하기 위하여 최선의 주의를 기울여 진료를 실시하였는가 여부에 따라 판단되어야 한다(대법원 2003.11.27. 선고 2001다2013 판결).

16) 의료수준 개념을 규범적 수준으로 이해하는 것에 대하여 비판하는 견해로 김민규, “의료과오책임소송에 있어서 「의료수준」 개념의 재구성”, 『동아법학』, 제41호, 동아대학교 법학연구소, 2008, 제168~172면 참조.

과실에 대한 책임을 지지 않는다.¹⁷⁾ 독일¹⁸⁾이나 일본¹⁹⁾ 판례도 이와 크게 다르지 않다. 현재 ‘의료수준’ 개념은 의사의 의료과실을 판단하기 위하여 고려되어야 할 가장 핵심요소로 자리매김을 하고 있다.²⁰⁾

나. 의료주체

다음으로 의료과실을 판단함에 있어 ‘누구를 기준으로 할 것인지’ 문제된다. 행위자인 의사의 주의의무의 정도와 관련하여 주관설과 객관설로 견해가 나뉜다. 주관설은 오로지 행위자 개인의 능력과 지식을 기준으로 판단해야 한다는 입장이다. 행위자의 결과발생가능성의 인식을 전제로 하므로 행위자의 개별적 주의의무위반에 따라 판단해야 한다는 것이다. 이에 의하면 행위자가 평균인 이상의 능력을 가졌으면 그가 할 수 있는 모든 조치를 취할 의무가 있다고 본다. 반면 객관설은 통상의 사려 깊은 의사를 기준으로 법익 침해의 결과를 예견하고 회피할 수 있는지 판단한다. 즉 구체적인 상황에서 동일한 사회적 역할을 하고 있는 통찰력 있고 신중한 평균인을 기준으로 한다. 이에 대해 우리 법원은 ‘같은 업무와 직종에 종사하는 일반적 보통인의 주의정도²¹⁾’, ‘통상의 의사²²⁾’를 표준으로 하여 요구되는 정도’를 기준으로 판

17) 참고로 의료관행에 따른 과실 인정 여부가 문제된다. 이에 대해 법원은 의료관행이 있었다는 이유로 해당 의료인에게 책임 면제를 허용하지 않고 있다(대법원 1998.2.27. 선고 97도2812 판결). 일본에서도 “의료수준은 의사의 주의의무의 기준이 되는 것이기 때문에 평균적 의사가 실제로 하고 있는 의료관행과 반드시 일치하는 것이 아니고, 의사가 의료관행을 따른 의료행위를 했다고 해서 의료수준을 따른 주의의무를 다했다고 즉시 말하는 것은 할 수 없다(最高裁判所 1996.1.23. 판결, 判例時報 1571호, 제57면).”라는 입장이다. 기타 의료관행과 의료과실 판단에 관하여 자세한 내용은 김민규, 전계 논문(각주 16), 제184~195면 등 참조.

18) BGH VersR 2003, 1126=NJW 2003, 2309.

19) 最高裁判所 1982.3.30. 판결, 判例時報 1039호, 제1면; 最高裁判所 1986.5.30. 判例時報 1196호 제107면.

20) 참고로 의학수준과 의료수준을 구분하여 ‘의료수준’만을 의사의 의료과실을 평가하는 기준으로 파악하는 견해가 있으나(문국진, “의료평가에 있어서 의료수준 문제”, 「법률신문」, 제2540호, 1996. 10. 10. 제14면), 이에 대해서는 국내외적으로 많은 비판이 있다(이에 대하여 자세한 내용은 박영호, 「의료소송에 있어서 주의의무위반 여부의 판정기준」, 법원도서관, 2001, 제508~521면 등 참조).

21) 대법원 1999.12.10. 선고 99도3711 판결; 대법원 1999.12.10. 선고 99도3711 판결; 대법원

단한다는 입장이다(객관설).²³⁾ 구체적으로 “의료사고에 있어서 의료종사원의 과실은 일반적 보통인을 표준으로 하여 요구되는 주의의무를 결한 것으로서 여기에서 일반적 보통인이라 함은 추상적인 일반인이 아니라 그와 같은 업무와 직무에 종사하는 사람을 뜻하는 것이므로, 결국 이와 같은 사람이라면 보통 누구나 할 수 있는 주의의 정도를 표준으로 하여 과실유무를 논하여야 한다.”²⁴⁾고 하였다. 만약 어떤 의료지식이나 의료기술이 통상의 의사들에게 보편적으로 보급된 상태임에도 불구하고 이에 대한 지식부족으로 의료사고를 야기한 경우 해당 의료인에게 주의의무위반을 인정할 수 있다.²⁵⁾ 반면 어떠한 환자에 대하여 의료행위 과정에서 악결과가 발생하였더라도 통상 의사에게 요구되는 진단방법과 그 증상에 대한 통상의 치료방법을 사용한 경우에는 해당 의사에게 과실이 있다고 단정할 수 없다.²⁶⁾

다. 의사의 재량권

의사는 진단, 치료 방법 및 시기 선택 등 의료행위 과정에 있어 상당한 재량을 갖는다. 이는 헌법상 직업의 자유 및 직업면허에 근거한다. 의사가 행

2006.12.7. 선고 2006도1790 판결 등.

22) 대법원 2005.10.28. 선고 2004다13045 판결 등.

23) 참고로 미국에서는 평균적인 의사(average practitioner), 합리적으로 유능한 의사(reasonably competent physician), 합리적으로 신중한 의사(reasonably prudent physician) 등을 주의의무 판단기준으로 하고 있다(Peter P. Budetti-Teresa M. Waters, Medical Malpractice Law in the United States, The Henry J. Kaiser Family Foundation, 2005, p. 2; B. Sonny Bal, An Introduction to Medical Malpractice in the United States, Symposium: Clinical Risk and Judicial Reasoning, U. S. Medical Malpractice Vol. 467 No. 2, 2009, p. 340; George J. Annas, Standard of Care-In Sickness and in Health and in Emergencies, The new england journal of medicine june 3, 2010, p. 2128). 그리고 이와 관련된 영국의 중요한 판례로 Bolam v Friern Hospital Management Committee [1957] 1 WLR 582 참조.

24) 대법원 1987.1.20. 선고 86다카1469 판결.

25) 김민중, “의료행위에서의 법률문제와 의사의 책임(상)”, 『법조』, 제40권 제3호, 법조협회, 1991, 제83면; 김선중, “의료행위의 단계별 과실유형과 판단기준”, 『법조』, 제51권 제2호, 법조협회, 2002, 제37면; 최상희, “의료과오의 민사책임”, 『법학연구』, 제20권 제1호, 충북대학교 법학연구소, 2009, 제221면.

26) 대법원 1984.4.24. 선고 82도1882 판결.

한 의료행위가 그 당시의 의료수준에 비추어 최선을 다한 것으로 인정되는 경우에는 의사에게 환자를 진료함에 있어서 요구되는 주의의무를 위반한 과실이 있다고 할 수 없으며, 특히 의사의 질병 진단의 결과에 과실이 없다고 인정되는 이상 그 요법으로서 어떠한 조치를 취하여야 할 것인가는 의사 스스로 환자의 상황 기타 이에 터잡은 자기의 전문적 지식과 경험에 따라 결정하여야 할 것이고, 생각할 수 있는 몇 가지의 조치가 의사로서 취할 조치로서 합리적인 것인 한 그 어떤 것을 선택할 것이냐는 당해 의사의 재량의 범위 내에 속하고 반드시 그 중 어느 하나만이 정당하고 이와 다른 조치를 취한 것은 모두 과실이 있는 것이라고 할 수 없다.²⁷⁾ 일반적으로 환자 스스로 의사 또는 한의사를 선택하여 진료계약을 체결하고 그에 따라 의료행위가 제공된다는 점에서 어느 특정 의료행위 대신 다른 의료행위가 제공되었다는 그 자체만으로 과실이 있다고 할 수는 없다.

3. 의료과실 판단의 실제

가. 의료과실 판단 기준

「의료법」상 의료행위란 의료인이 하는 의료·조산·간호 등 의료기술의 시행을 말한다(제12조제1항). 여기에서의 의료행위는 의사의 의료행위(협의), 치과 의사의 치과 의료행위, 한의사의 한방 의료행위, 조산사의 조산행위, 간호사의 간호행위 등을 포함하는 광의의 개념이다. 그렇다면 각각의 의료인 면허(종별)에 따라 독자적인 과실 판단 기준을 설정해야 하는지 문제된다. 이와 관련하여 최근 대법원은 “의료사고에서 의사의 과실을 인정하기 위해서는 의사가 결과발생을 예견할 수 있었음에도 이를 예견하지 못하였고 결과발생을 회피할 수 있었음에도 이를 회피하지 못한 과실이 검토되어야 하고, 과실의 유무를 판단할 때에는 같은 업무와 직무에 종사하는 보통인의 주의정도

27) 대법원 1986.10.28. 선고 84다카1881 판결; 대법원 1999.3.26. 선고 98다45379,45386 판결.

를 표준으로 하여야 하며, 여기에는 사고 당시의 일반적인 의학의 수준과 의료환경 및 조건, 의료행위의 특수성 등이 고려되어야 하고, 이러한 법리는 한의사의 경우에도 마찬가지이다.²⁸⁾”라고 판시함으로써, 의사와 한의사의 과실 판단 기준에 차이가 없음을 명확히 하였다. 그동안 우리 법원에서 의료 과실 판단 기준으로써 제시한 의료수준, 의사수준, 재량권 등은 주로 협의의 의료행위에 관한 것이나, 의료행위와 한방의료행위는 광의의 의료행위의 범주에 속한다는 점에서 원칙적으로 한방의료과실을 판단함에 있어 의료과실에 관한 기준을 동일하게 적용하는 것이 타당하다고 볼 수 있다.²⁹⁾ 나아가 의사에 대한 설명의무, 전원의무 등에 관한 판례의 법리도 한의사에게 동일하게 적용된다.

나. 면허체제와 과실 판단 기준

그렇다면 의료인 종별(면허)과 상관없이 모든 의료행위에 대하여 의료과실 판단 기준이 동일하게 적용되는지 문제된다. 특히 의사와 한의사 각각의 ‘의료수준’, ‘의사수준’을 판단함에 있어 상대 직역에서 일반적으로 요구되는 수준(지식과 경험 등)을 기준으로 평가해야 하는지 문제된다. 전술하였듯이 우리 의료법에서는 의사와 한의사의 면허를 엄격하게 구분하고 있고 면허된 이외의 의료행위를 한 경우 무면허의료행위로 처벌하고 있다는 점에서 상대 직역의 의료지식이나 경험을 습득하도록 요구할 수는 없다. 그리고 의사와 한의사 모두 의료행위를 할 수 있는 영역(질환, 상황 등)이 있는 반면에 그렇지 않은 영역도 있다. 이렇게 각자 다른 범주의 행위에 대해서는 그 차이를

28) 대법원 2011.4.14. 선고 2010도10104 판결. 나아가 “의사가 … 업무상 과실로 인한 형사책임 을 지기 위해서는 피해자의 손해와 의사의 설명의무 위반 내지 승낙취득 과정의 잘못 사이에 상당인과관계가 존재하여야 하고, 이는 한의사의 경우에도 마찬가지이다.”라고 판시하였다.

29) ‘의료수준’에 대한 법원의 동일한 판례의 내용에서도 ‘의사’라고 표현한 판례(대법원 1987.1.20. 선고 86다카1469 판결, 대법원 1996.11.8. 선고 95도2710 판결 등)도 있고 ‘의료인’이라고 표현한 판례(대법원 1987.1.20. 선고 86다카1469 판결; 대법원 2008.8.11. 선고 2008도3090 판결 등)도 있다.

고려할 필요가 있다. 나아가 한의학은 개인의 주관적, 직관적, 경험적 특성을 강조하고 있어³⁰⁾ 상대적으로 한방의료과실을 평가할 수 있는 객관적 기준을 제시하기 쉽지 않으며³¹⁾ 그만큼 재량의 폭이 넓은 특수성이 있다. 이러한 점에서 의사와 한의사의 의료과실을 판단함에 있어 추가적인 논의가 필요하다. 참고로 의료행위와 한방의료행위의 구분은 단지 행정상 구분에 국한된다고 볼 수 없다. 의료법(행정)상 양자의 구분은 ‘결과’와 상관없이 ‘행위’ 자체만을 기준으로 ‘무면허의료행위’ 여부를 평가한다. 그러나 의료과실을 판단하기 위해서는 ‘의료과실’뿐만 아니라 결과, 인과관계 등을 고려하고, 이러한 의료과실 판단 기준으로써 행위자의 ‘의료수준’을 평가하기 위하여 이러한 면허체계를 고려할 필요가 있는 것이다.

III. 상대 직역 의료지식 인지의무(認知義務) 부과 타당성

1. 서언

전술하였듯이 한방의료과실을 판단함에 있어 의료과실 판단기준을 그대로 적용할 수 있다. 다만 서양의학과 한의학으로 이원화되어 있는 면허체제와 한방의료행위의 특수성 등을 고려할 때 이러한 기본적 태도에 대한 일정한 수정이 필요하다. 특히 의사와 한의사의 의료과실을 판단함에 있어 ‘상대영역에서 요구되는 의료수준(지식과 경험 등³²⁾)을 갖추어야 하는지’ 확인할

30) 서양의학의 학술사상은 사실적, 실증적, 객관적이며, 실험과학을 기본으로 구성된 학문임에 비하여, 한의학은 주관적, 직관적, 전체적, 경험적이며, 자연과학의 원용이 주류를 이룬다(서울고등법원 2006.6.30. 선고 2005누1758 판결).

31) 정미영, “한방의료분쟁의 합리적인 해결방안 연구-한국소비자원의 한방의료 피해구제를 중심으로-”, 『의료법학』, 제9권 제2호, 대한의료법학회, 2008, 제390, 402면. 이와 같이 개인의 경험이 강조되면서 임상화된 한의학이나 통상의 한의사 수준을 객관적으로 평가하기 쉽지 않다.

32) ‘의료수준’에 대한 규범적 평가에 있어 해당 의료기관(의료인)과 유사한 의료기관에서의 의료지식의 보급도를 참작한다(송영민, “의료과실판단에서의 가이드라인의 역할-일본에서의 논의를 참고하여-”, 『의료법학』, 제11권 제2호, 대한의료법학회, 2010, 제216면).

필요가 있다. 한의사가 한방의료행위를 함에 있어 규범적으로 요구되는 한방의료수준에 서양의학에 관한 임상지식까지 갖추어야 하는지, 나아가 한의사의 과실 판단 시 서양의학 수준을 고려할 것인지 문제된다.³³⁾ 즉 특정 상황에서 통상의 한의사에게 서양의학적 의료지식을 갖추도록 요구하는 것이 합리적으로 기대할 수 있는지에 관한 문제이다. 반대로 의사의 의료과실을 판단함에 있어 한의학 수준을 고려해야 하는지에 대해서도 동일하게 논의될 수 있다. 이에 이하에서는 최근 한방의료과실과 관련된 판례를 중심으로 과실판단 기준으로 상대 직역의 의료지식 인지 의무 부과 타당성에 대하여 검토한다.

2. 주요 판례의 내용

가. 스테로이드제 복용을 중단하였다가 의식불명상태에 이른 적이 있는 난치성 루푸스 및 다발성경화증 환자에 대하여 한의사가 한방 치료를 위해 스테로이드제 복용을 중단시켰다가 환자의 증세가 악화되어 사망한 사건

(1) 판결요지

한의사가 루푸스, 다발성경화증 및 스테로이드제와 관련된 의료지식이 부족한 상태에서 뇌종양을 한방요법으로 치료한 경험을 과신하여 한방적 치료의 효과를 증가시키기 위해 스테로이드제 복용을 중단하여 환자의 증세가 악화된 사건에서, 대법원은 해당 한의사에게 “① 환자의 구체적인 증상이나 상황에 따라 위험을 방지하기 위하여 요구되는 최선의 조치를 취하여야 할 주의의무와 ② 시의적절한 전원조치의무”를 다하지 않은 과실이 있다고 판단하였다.³⁴⁾

33) 김선혜, “한방의료와 의료과실(上)”, 『법조』, 제58권 제6호, 법조협회, 2009, 제361~363면 참조.

34) 대법원 2006.12.21. 선고 2006다41327 판결.

(2) 주요 판단 근거 및 내용

(특히 ①의 과실과 관련하여) 우리 법원은 일반적인 의료과실 판단 기준을 제시하면서 “① 환자가 과거 스테로이드제 복용을 중단하였을 당시 심각한 부작용이 발생한 적이 있었다는 말을 환자의 母로부터 충분히 들었다는 점, ② 피고가 한의사로서 환자에 대한 치료에 임했을 당시 루푸스, 다발성경화증 및 스테로이드제에 대한 의료지식이 부족하였음을 스스로 인정하고 있을 정도로 위 병에 대한 충분한 지식을 습득하고 있는 상태라고 보기 어려운 시점에서 뇌종양을 한방요법으로 치료한 경험을 과신하여 독자적인 판단으로 위와 같은 주의사항 등을 무시하여 망인의 스테로이드제 복용 중단으로 생길 수 있는 위독한 부작용에 대한 면밀한 고려도 없이 그 복용을 중단시킨 점, ③ 망인의 증상인 루푸스나 다발성경화증은 모두 면역을 억제시키는 치료가 필요한 증상인데 피고는 별다른 합리적인 의학적 근거도 없이 망인의 원기가 부족하여 병이 낫지 않는다고 보아 면역억제제인 스테로이드제의 복용을 중단한 데서 더 나아가 오히려 면역을 증강시키는 약재를 복용하도록 한 점” 등을 고려하여 해당 한의사에 대하여 주의의무위반을 인정하였다.

(3) 검토

이 사건의 한의사는 한방적 관점에서 해당 환자를 진찰하여 주증상을 몸의 모든 기능이 축 늘어져서 제 기능을 못하는 위증으로, 이에 대한 주원인을 비위기허(위장과 비장의 기능이 허약한 것), 위하수(위가 처져 기능이 떨어지는 것) 등의 소화기능의 장애로 영양분이 신체 각 부분에 전달되지 아니한 것이라고 판단하였다. 이에 처음에는 스테로이드제 투약을 병행하면서 한약(보원탕)을 복용케 하였으나, 한 달이 지나도록 한약의 효과가 나타나지 않자 스테로이드제가 한약 흡수를 방해하는 것으로 판단하여 스테로이드제 복용을 중단시켰다. 한의사는 스테로이드제를 중단시키기 전에 나름대로 책이나 인터넷을 통하여 관련 자료를 확인하여 ① 양방에서도 환자의 증상에 따

라 스테로이드제 복용을 일시적으로 중단할 수도 있고, ② 특히 중국에서는 루푸스 증증 환자에 대하여 중의처방만으로 치료하거나 중의처방과 스테로이드제 복용을 병용하여 치료한 임상사례가 많은데 중의처방만으로 치료한 경우가 스테로이드제로 치료한 경우보다 회복률이 높다는 통계를 확인하였다. 그리고 ③ 과거 뇌종양 환자 두 명을 치료하면서 스테로이드제를 끊고 한약만을 복용토록 하여 치료한 경험을 감안하여 스테로이드제 복용을 중단시켰다. 그렇다면 한의사 입장에서는 나름대로 한의학적 접근방법에 따라 진단³⁵⁾, 치료방법 선택 및 처치하였다고 볼 수 있다.³⁶⁾

이에 대하여 대법원은 특히 ‘① 해당 한의사가 루푸스, 다발성경화증 및 스테로이드제에 대한 의료지식이 부족한 점, ② 스테로이드제 복용 중단으로 생길 수 있는 위독한 부작용을 고려하지 않은 점, ③ 별다른 합리적인 의학적 근거도 없이 면역을 증강시키는 약재를 복용하도록 한 점’ 등을 문제 삼아 한의사의 주의의무위반을 인정하였다.³⁷⁾ 이 사건에 대한 형사 판결에서도 한방치료와 양방치료의 차이점을 인정하면서도 ‘이 질환에 대한 한의사의 지식의 정도와 치료 경험’ 등을 고려하여 해당 한의사에 대하여 업무상과실치상죄를 인정하였다.³⁸⁾ 그런데 루푸스이나 다발성경화증이라고 진단하는 것과 이에 대한 치료방법, 스테로이드제 투여 중단으로 인한 부작용을 예견하거나 그에 대한 대비책을 강구하는 것은 서양의학적 지식(수준)에 관한 사항이다.³⁹⁾ 이와 같이 우리 법원은 해당 한의사가 서양의학에 관한 의료지식이 부

35) 참고로 루푸스에 대하여 한방에서는 전신에 붉은 반점이 생기고 각 장기에 염증이 생긴다 하여 전신성 홍반낭창이라고 부른다(부산지방법원 2005.2.18. 선고 2002가합10267 판결).

36) 부산지방법원 2005.2.18. 선고 2002가합10267 판결.

37) 원심법원도 당시의 의료수준에 비추어 이러한 질병에 관한 적절한 치료를 위한 충분한 의학적 지식을 습득하지 못한 상태에서 스테로이드제 복용 중단이라는 중대한 결정을 한 것은 부적절하였다고 판시함으로써 한의사의 과실을 판단함에 있어 서양의학에 대한 지식을 습득하고 있는지 여부를 근거로 하였다(부산고등법원 2006.5.18. 선고 2005나 5638 판결).

38) 대법원 2006.12.21. 선고 2005도9213 판결.

39) 김선혜, 전계 논문(각주 33), 제380면.

족하다는 점을 이유로 최선의 조치를 취하여야 할 주의의무를 위반하였다고 평가하는 등 ‘한의사가 어느 정도 서양(임상)의학적 의료지식을 갖출 것’을 전제로 한의사의 과실을 판단하였다. 나아가 서양의학적 지식에 의할 때에는 면역 억제하는 약품을 투여해야 할 환자에 대하여 면역을 증강시키는 약재를 복용하도록 한 조치에 대하여, 우리 법원은 ‘별다른 합리적인 의학적인 근거’가 없다는 점을 지적하였다. 이는 한의사의 과실을 판단함에 있어 어느 정도 한의학적 치료방법에 대한 의학적 근거 제시할 것을 간접적으로 요구한 것으로 볼 수 있다.⁴⁰⁾

나. 어지럼증과 오심을 호소하는 환자에 대하여 한의사가 침구치료와 약물치료 등 한방치료를 하던 중 환자의 증세가 악화되어 사망한 사건

(1) 판결요지

한의사가 오심과 구토를 동반한 어지럼증을 호소하는 환자에 대하여 뇌 컴퓨터단층촬영(CT) 외에 추가적인 검사를 하지 않은 채 한방적 치료만 계속하다가 환자의 증세를 악화시킨 사건에서, 수원지방법원은 ① 뇌경색을 진단하기 위하여 양방의료진에게 뇌 자기공명영상촬영 등의 시행을 의뢰하지 않은 점과 ② 뇌경색 확인 후 양방의료진에게 협진을 의뢰하여 양약인 혈전용해제를 투여하게 하지 않은 점을 인정하여 해당 한의사에게 과실책임을 인정하였다.⁴¹⁾

(2) 주요 판단 근거 및 내용

이 사안에서 우리 법원은 “① 환자가 입원한 이후에도 뇌경색의 전조 증상인 일과성 뇌허혈 증세가 지속되었으므로, 한의사는 뇌 컴퓨터단층촬영 외

40) 참고로 한의사가 한방치료를 위해 스테로이드제 복용을 중단시킨 행위가 무면허의료행위로 평가할 수 있다. 그렇다면 이 사례는 의료법상 무면허의료행위와 민형사상 업무상 과실치사의 문제가 동시에 발생한다고 볼 수 있다.

41) 수원지방법원 2006.2.7. 선고 2004가합15822 판결.

에도 양방 협진 의료진에게 망인에 대한 뇌 자기공명영상촬영, 뇌혈류검사, 심전도검사, 심초음파검사 등의 시행을 의뢰하여 뇌경색의 발생 여부 및 발생 부위와 원인을 찾아 적절한 치료가 시행될 수 있도록 하였어야 함에도 불구하고 뇌 컴퓨터단층촬영 결과에만 의존하여 위와 같은 추가적인 검사를 시행하지 않은 점, ② 환자에 대한 구인환 등 약물 투여 및 침치료 등 한방의료 행위를 시행하였음에도 불구하고 환자의 증세가 악화되었다면, 기존의 한방 치료를 중단하거나 그 비중을 줄이면서 협진을 통해 뇌경색 발병시 양방적인 관점에서 필수적으로 요구되고 있는 혈전용해제를 투여함으로써 뇌경색으로 인한 후유증을 최소화해야 함에도 불구하고 만연히 한방에서 혈액순환 및 혈전용해제로 쓰이는 구인환의 효능만을 신뢰하여 양약인 혈전용해제를 적절한 시기에 투여하지 않은 점, ③ 위와 같은 혈전용해제의 투여가 가능한 병원으로 즉시 전원시키지도 아니하여 망인으로 하여금 더 이상 치료할 수 없는 불가역적인 뇌간경색에까지 이르게 하여 결국 사망에 이르게 한 점” 등을 인정하여 해당 한의사의 진료상 과실을 인정하였다.

(3) 검토

이 사건의 한의사는 한방적 관점에서 환자를 진찰하여 혈액순환 및 혈전용해제로 쓰이는 구인환 투여 등 한방에서 요구되는 나름대로의 치료를 하였다. 그러나 법원에서는, 해당 한의사가 뇌경색을 진단하는 양방의료의 검사 방법을 추가적으로 다하지 않았고 한방의 혈액순환 및 혈전용해제로 쓰이는 구인환을 투여하였더라도 양방의 혈전용해제를 적절한 시기에 투여되도록 협진을 요청하거나 전원시키지 않은 것을 이유로 한의사의 과실을 인정하였다.⁴²⁾ 특히 최초 진단 과정에서 서양의학적 원리에 의한 추가 검사를 하지 않은 것을 문제 삼았다. 이는 한의사의 한의학적 진단방법의 한계를 인정한

42) 이 판례는 주로 한의사의 전원의무에 관한 것이나 이에 대하여 자세한 내용은 별도로 구분하여 정리한다.

것이며 한의학적 방법에 의해서만 진단한 경우 과실책임을 면할 수 없다고 본 것이다. 그리고 한방에서 사용되는 약의 효능만 신뢰하여 양약을 투여하지 않은 사항을 주의의무 판단 근거로 제시했다. 이는 ‘한의학’적 치료방법 선택의 한계를 직간접적으로 인정함으로써 한의사에게 협진 또는 전원 등을 통하여 ‘서양의학’적 조치를 적극적으로 취하도록 강제하는 결과가 된다. 결국 한의사에게 서양의학적 기준에 따른 적절한 조치를 하지 않은 것을 이유로 과실을 인정함으로써 한의사가 한방의료행위를 함에 있어 서양의학적 지식을 알고 있도록 요구하고 있다.

3. 상대 직역의 의료지식 인지 여부

우리 법원은 한의사가 나름대로 한의학적 접근방법에 따라 치료방법을 선택하고 조치하였더라도 서양의학적 기준에 따른 적절한 조치를 강구하지 않았다면 발생한 의료사고에 대한 과실책임을 면할 수 없다고 하였다. 즉 한의사의 한방의료과실을 평가함에 있어 의사에게 요구되는 동일한 수준의 의학적 지식을 요구하지는 않았으나 어느 정도의 양방임상의학의 의료지식을 갖추도록 하고 있다.⁴³⁾ 한의사가 한의학적 관점에서 치료방법을 선택하여 치료를 하는 과정에서 사고가 발생한 경우 서양의학적 조치를 취하지 않았다면 해당 한의사에게 과실 책임을 인정한 것이다. 이와 같이 한의사가 서양의학적 지식과 경험이 없고 그에 따른 적절한 조치를 취하지 않았다는 이유로 과실책임을 인정하는 것이 타당한가?

우리 의료체계 및 법령에서 의료와 한방의료의 이원적 구조로 설정하고 있는 상태에서 의사 또는 한의사의 과실판단 기준으로 상대방 의료인의 의학/의료수준에 근거하여 판단하고 상대방 영역에 관한 지식과 경험을 요구하는 것이 적절한지 의문이다. 의료행위를 할 면허 또는 자격이 없는 한 그 행위자가 실제로 그 행위에 관하여 의료인과 같은 수준의 전문지식이나 기술능력을

43) 대법원 2006.12.21. 선고 2006다41327 판결.

갖추었다고 하더라도 의료행위를 할 수 없는 것⁴⁴⁾과 마찬가지로 각 의료인은 자질, 기술능력, 전문지식, 교육 및 경험 유무 등과 상관없이 다른 직역의 의료행위를 할 수 없다.⁴⁵⁾ 의료행위에 대한 한방의료행위의 독자성을 인정한다면 동일한 환자에 대하여 한의사는 의사와 다른 관점에서 해당 환자에 대한 진단 및 치료방법을 선택할 수 있고 한의학적 원리에 따른 처치를 할 수 있어야 할 것이다. 이러한 상황에서 법적 '책임' 여부를 판단함에 있어 한의사가 의사에 준하는 치료 '경험'을 갖도록 요구하는 것은 바람직하지 않다. 제도적으로 다른 의료 영역의 의료행위를 금지하도록 하고 있는 상황에서 그 영역(의학)에 관한 지식과 경험을 갖추는 것을 요구하고 이를 근거로 과실 여부를 판단하는 것은 권리와 의무간 균형을 잃은 판단이다. 한의사가 자체적으로 서양의학에 대한 연구와 교육을 받을 수 있다. 그런데 상대 의학에 관한 지식을 습득할 '권리'는 있지만 이를 통해 상대 직역의 의료행위를 할 수는 없다. 결국 상대 의학에 관한 지식과 경험을 습득할 '의무'는 없으며 나아가 이를 과실 판단의 근거로 평가하는 것은 부당하다. 만약 이러한 요구가 필요하다면 이원적 면허체제와 관련된 법령을 재정비하여야 할 것이다.

전술하였듯이 의사의 의료과실 판단 기준인 '의사수준'은 '같은 업무와 직종에 종사하는 일반적 보통인의 주의정도', '통상의 의사'를 표준으로 판단한다(객관설). 즉 한방의료과실을 평가함에 있어서는 한방의료기관 등 한방임상의학분야에서 실천되는 의료행위의 수준이고, 또한 통상의 한의사⁴⁶⁾에게

44) 대법원 2003.9.5. 선고 2003도2903 판결 참조.

45) 한의과대학의 교육을 받아 한의사자격증을 받은 자라고 할지라도 의사 면허없이 환자에게 주사행위를 하였다면 아무리 한의사가 사실상 의사의 자질을 갖추었고 진료대금 또한 받지 않았다고 하더라도 무면허의료행위의 성립에는 아무런 영향을 미치지 못한다(대법원 1987.12.8. 선고 87도2108 판결).

46) 한의사가 문진을 통해 과거 봉침을 맞고도 별다른 이상반응이 없었다는 답변을 듣고 알레르기 반응검사(skin test)를 생략한 채 환부에 봉침 시술을 한 직후 해당 환자가 아나필락시 쇼크(anaphylatic shock) 반응 등의 상해를 입은 사안에서, 대법원은 "① 최초의 알레르기 반응검사에서 이상반응이 없음이 확인된 경우에는 통상 시술 시마다 알레르기 반응검사를 하지는 않는 점, ② 피고인이 피해자에게 봉침시술을 하기 전에 문진을 통해 과거에 봉침을 맞았으나 별다른 이상반응이 없었던 사실을 확인하고 알레르기 반응검사를 할 때 통상적으로 사용하는 투여량과 같은 정도로 봉침시술을 하였던 점 등"을 고려하여

의료행위 당시 일반적으로 알려져 있고 시인되고 있는 의학상식이다. 위 사건들에서 한의사들은 통상의 한의사와 같이 나름대로 한방적 관점에서 진찰과 처치를 하였다. 그렇다면 통상의 한의사들이 서양의학적 지식과 경험을 갖추고 있다고 볼 수 없다는 점에서 이를 이유로 한의사의 주의의무 위반을 인정하는 것은 타당하지 않다.

IV. 의료주체의 재량권의 한계

1. 서언

지금까지 이원적 의료체계에서 서양의학적 지식과 경험 유무를 기준으로 한의사의 과실 여부를 판단하는 것에 대한 문제점을 살펴보았다. 그렇다면 한의사가 한의학적 임상 수준에서 최선의 조치를 다하였다면 한의사의 과실이 전적으로 부정되는가? 한의사가 한의학적 원리에 근거하여 한의학적 지식과 경험에 따라 한방의료행위를 하였다고 주장할 경우 별도의 책임을 부과할 수 없는지 문제된다. 한의학 특수성으로 인하여 객관적·실증적 근거에 대한 설명이 부족함(충분히 검증되지 않았음)에도 불구하고 한의학이라는 이유만으로 상대적으로 법적 책임 부담에서 자유로운 상태에 놓이게 될 수 있다. 특히 의료수준 등 과실 판단 기준을 제시할 수 없다는 이유로 명백히 발생한 의료사고에 대하여 법적 책임을 부과할 수 없다면 그러한 조치를 계속 하도록 방치하는 결과가 된다. 따라서 의사나 한의사에게 동일하게 적용 가능한 법리 외에 이원적 의료체계를 이유로 주의의무 기준을 강화하는 추가적인 법리 구성이 필요하다. 한편 한의사에게 서양의학적 지식에 대한 인지의

해당 한의사에게 무죄를 선고하였다(대법원 2011.4.14. 선고 2010도10104 판결). 이와 같이 우리 법원은 한의사가 봉침시술을 함에 있어 통상 시술 과정에 따라 통상적인 양을 사용하였다는 점을 명시하는 등 통상의 한의사 기준에 비추어 볼 때 해당 한의사에게 과실이 없다고 판시하였다.

무를 부정할 경우 다른 의료기관으로 전원의무나 다른 의료전문가에 대한 질의의무 등을 요구해 볼 수 있다. 다만 한의사의 전원의무 위반에 대한 판례가 축적되고 있지만 전원의무는 일정한 의료적 조치 이후 발생한다는 점에서 전원의무가 발생하는 시점 이전에 부과할 수 있는 추가적인 기준이 필요하다. 이에 이하에서는 한의사의 과실 판단 시 추가적인 기준으로 고려될 수 있는 사항과 전원의무 등을 중심으로 논의한다.

2. 재량에 상응한 의무 부과

가. 의의

의사나 한의사는 각자의 학문적 지식과 경험에 따라 진단 및 치료방법을 선택할 수 있지만 이는 당시의 의료수준의 범위 내에서 합리적으로 이루어져야 한다. 특히 의사나 한의사의 재량권은 의료행위의 정당화 요건으로써 최소한의 의술적 적정성(medical righteousness)을 갖추어야 한다. 만약 구체적인 의료행위에 ‘의술적 적정성과 의료기술의 정당성’에 대한 설명자료가 부족하다면 이를 보완하기 위한 이행 의무를 부과할 필요가 있다.⁴⁷⁾ 전술하였듯이 의사의 재량권은 ‘합리성 원칙’에 따른 제한을 받게 된다. 즉 의사의 의학적 조치가 명백히 합리성을 벗어났다고 평가할 경우에는 이는 재량권을 일탈한 것으로 해당 의사에 대하여 법적 책임을 물을 수 있다.⁴⁸⁾ 의사가 의료행위를 함에 있어 재량적 판단에 따라 당시 의료수준에 비추어 볼 때 당연히 해야 할 조치를 시행하지 않거나 당연히 하지 말아야 할 조치를 시행한 경우에는 해당 의사에게 과실책임을 인정할 수 있다. 특히 새로운 진료방법을 선택하거나⁴⁹⁾ 통상의 의사수준 이상의 의료행위를 할 경우에는 해당 의료행

47) 우리 법원은 “서양의학적 지식에 의할 때에는 면역 억제하는 약품을 투여해야 할 환자에 대하여 한의학적 원리에 근거하여 면역을 증강시키는 약제를 복용하도록 한 조치에 대하여 별다른 합리적인 의학적인 근거가 없다”는 점을 명시적으로 지적한 바가 있다(대법원 2006.12.21. 선고 2006다41327 판결).

48) 대법원 1974.5.14. 선고 73다2027 판결.

위에 대한 능력뿐만 아니라 여러 가지 치료가능성을 비교할 수 있는 능력을 갖추어야 한다.⁵⁰⁾ 의료인에게 치료방법 선택에 있어 재량이 부여되지만 통상의 치료방법 또는 능력 이외의 의료행위 시행에 대한 책임을 물을 수 있다. 즉 이러한 상황에서 해당 의료인은 보다 높은 수준의 주의 또는 강화된 주의 의무가 요구된다.⁵¹⁾

나. 의무부과의 내용 및 근거

의사에 의한 의료행위에 있어 의료수준(the Standard of Care)은 교과서, 논문, 임상지침 등을 통해 어느 정도 객관화 되어 있다. 가령 국내외적으로 환자의 특정 질환 및 상황에 따른 임상진료지침(Clinical Practice Guideline)이나 권고사항 등 표준화된 자료가 제시되고 있다. 논란의 여지는 있지만⁵²⁾ 이러한 자료는 의료행위에 대한 적정성 평가는 물론 의료과실 평가 기준으로 활용될 수 있다.⁵³⁾ 만약 의사가 이러한 가이드라인⁵⁴⁾을 준수하지 않아 의료사고가 발생한 경우에는 특별히 합리적인 이유가 없는 한 해당 의사의 과실이 추정된다고 볼 수 있다.⁵⁵⁾

49) 새로운 의료기술 및 치료방법 적용에 따른 과실 인정여부에 대한 논의로 김기영, “새로운 약제의 사용과 의사의 민사책임의 근거”, 『법조』, 제59권 제5호, 법조협회, 2010; 김기영, “새로운 진료방법의 이용시 의료책임의 기준-독일연방대법원의 ‘Robodoc’ 사건을 중심으로”, 『지스티스』, 통권 제112호, 한국법학원, 2009 등 참조.

50) 석희태, “의료과실의 판단기준(하)”, 『판례월보』, 제204호, 판례월보사, 1987, 제13면.

51) 점승헌, “의료과오의 형사적 책임-의사의 주의의무를 중심으로-”, 『원광법학』, 제42권 제2호, 원광대학교 법학연구소, 2008, 제142면 참조.

52) 의료과실판단기준으로서 가이드라인의 성격에 대한 논의로 배현아, “표준 치료 지침서(Clinical Practice Guideline)의 의료법학적 의의”, 『의료법학』, 제9권 제2호, 대한의료법학회, 2008, 제192~200면; 송영민, 전계 논문(각주 32), 제224~229면 참조. 향후 의료과오 소송에서 의료수준 평가 기준으로써 임상진료지침의 역할을 강조하는 견해로, Ash Samanta, Jo Samanta, Michael Gunn, Legal considerations of clinical guidelines : will NICE make a difference, Journal of The Royal Society of Medicine Volume 96 March, 2003.

53) 근거중심의학(EBM; Evidence-Based Medicine)이 강조되면서 의료서비스의 표준화 및 질향상, 신뢰성 확보 등을 위해 각종 진료지침에 대한 활용의 필요성이 논의되고 있다.

54) 임상적 가이드라인에 대한 법적 적용에 관한 논의로 Mello MM. Of swords and shields: the role of clinical practice guidelines in medical malpractice litigation. Univ of Penn Law Review, Volume 149, 2001, pp. 645-710.

그런데 한의사에 의한 한방의료행위는 주관적, 경험적 특성으로 인해 상대적으로 재량의 범위가 넓다. 가령 동일한 환자에 대한 진단·처방 결과가 서양의학에 비해 넓어 한방의료행위의 적정성 평가는 물론 한방의료과실 판단 기준을 제시하기 쉽지 않다. 이와 같이 객관적인 치료기준이 부족하거나 해당 의료행위에 대한 안전성, 유효성에 대한 의학적 검증이 부족한 경우에는 의료주체의 재량의 범위를 제한할 필요가 있다.⁵⁶⁾ 이를 위해 구체적으로 시행하는 의료행위의 '의술적 적정성과 의료기술의 정당성'에 관한 자료는 이를 시행한 한의사 스스로 제시하도록 하는 방법을 고려해 볼 수 있다.⁵⁷⁾ 다시 말해 실제 의료행위를 한 의료인에게 의료행위에 대한 논리적 근거를 제시하고 의료행위의 이익과 위험을 가늠할 수 있는 증거를 제시할 것을 요구할 필요가 있다.⁵⁸⁾ 이는 서양의학에 기초한 의사의 의료행위에서도 동일하게 적용된다. 한편 주의의무 기준 강화 조치의 일환으로 보다 강화된 설명의무를 부과하기도 한다.⁵⁹⁾⁶⁰⁾ 이와 같이 의료인에 대한 증명책임 및 설명의무

55) 환자 측은 의사의 의료과실을 증명하기 위하여 근거가 되는 치료기준을 위반함으로써 환자에게 피해를 야기했음을 증명해야 한다. 만약 의사의 행위가 임상적 결정 체계를 벗어났다면 의사의 과실을 증명하는 근거로 사용될 수 있다(Sandeep S. Mangalurti, Lindsey Murtagh, Michelle M. Mello, Medical Malpractice Liability in the Age of Electronic Health Records, The new england journal of medicine』 november 18, 2010. p. 2064).

56) 즉 의사의 재량권은 의학수준의 범위 내에서 행사되어야 한다(정현미, 『의료과오의 형사법적 책임』, 한국형사정책연구원, 1997, 제54면).

57) 만약 구체적 시행된 의료행위에 '의술적 적정성과 의료기술의 정당성'이 합리적으로 제시되지 못한다면, 이는 의료행위의 정당화 요건을 결한 행위로서 '과실'이 아닌 '고의' 차원의 불법행위로 평가해야 한다.

58) Bolitho v City and Hackney Health Authority [1997] 4 All ER 771.

59) 가령 이러한 방법이 의료수준에 아직 합치되지 않고 그 유효성도 통계적으로 보장할 수 없다는 점에 대해서도 설명해야 한다(김기영, 전계 논문(각주 49), 제187면; 정현미, 전계 보고서(각주 56), 제55면; BGHZ 172, 254=VersR 2007, 1273 (1275)=NJW 2007, 2774 (2775)). 기타 설명의무에 관한 자세한 내용은 생략한다.

60) 참고로 환자 측은 입증책임을 완화해 주는 것도 고려해 볼 수도 있다. 특히 우리 법원은 증거과실에 한정하지 않고 사실상 추정원칙을 적용하고 있다(대법원 1995.2.10. 선고 93다 52402 판결 등). 실제 스테로이드제 복용을 중단하였다가 의식불명상태에 이른 적이 있는 난치성 루푸스 및 다발성경화증 환자에 대하여 한의사가 한방치료를 위해 스테로이드제 복용을 중단시켰다가 환자의 증세가 악화되어 사망한 사건에서 부산지방법원은 이 사건 의료사고가 다발성경화증의 예견된 발현이라던가 또는 피고 한의사가 스테로이드제를 갑작스럽게 중단하지 않았더라도 이 사건 의료사고가 발생하였을 것이라는 점에

를 강조하여 주의의무 인정 가능성을 높일 수 있지만 이는 의료인의 책임 예방적 측면에서 중요한 역할을 할 수 있다. 즉 각자 학문의 고유 원리에 대한 근거를 제시할 경우 면책의 가능성이 높게 된다.

3. 의무부과 사례

한편 의사 자신의 의학적 경험이나 지식에 따라 환자에게 의학적 처치를 시행했음에도 불구하고 치료의 효과를 보지 못하거나 부작용 발생 등으로 인하여 환자의 상태가 악화될 것으로 예견된다면 지체 없이 다른 의료인(의료기관)과의 협진, 전원⁶¹⁾, 의견 청취 등 적절한 조치를 취할 의무가 있다. 의사는 자신의 전문적 지식과 경험을 바탕으로 환자에 대한 진단 및 치료방법을 선택할 수 있는 재량이 있지만, 자신의 의료행위의 한계 상황(전문성, 시설, 장비, 경험, 지식, 능력 등)을 인식한 경우에는 환자들이 다른 의료인이나 의료기관들로부터 적절한 치료를 받을 수 있도록 조치해야 할 업무상 주의의무가 있다. 의료인은 자신에게 진료를 의뢰한 환자에 대하여 반드시 직접 치료할 필요가 없으며, 자신의 능력 범위를 넘어서는 경우에는 다른 의료기관에 이송하는 등 추가적인 위험 방지를 위해 최선의 조치를 하여야 한다.⁶²⁾ 이러한 원리는 한의사에게도 동일하게 적용된다. 만약 의사나 한의사가 자신이 선택한 치료방법을 고집하여 환자에게 악결과가 발생하였다면 전원의 무위반 여부를 검토해야 한다.

대하여 피고들의 명백한 입증이 없는 이상, 피고 한의사가 환자에게 스테로이드제를 갑자기 중단케 한 과실로 인해 그 결과 이 사건 의료사고가 발생하였다고 추정함이 상당하다고 판시하였다(부산지방법원 2005.2.18. 선고 2002가합10267 판결).

61) 最高裁判所 1995.6.9. 판결, 判例時報 1537호, 제3면; 最高裁判所 1997.2.25. 판결, 判例時報 1598호, 제70면 등 참조.

62) 송영민, “응급의료상의 의사의 전원의무”, 『동아법학』, 제42호, 동아대학교 법학연구소, 2008, 제212면 참조.

가. 한약 복용 후 재생불량성 빈혈이 진단되어 치료받다 증세가 악화되어 사망한 사건

(1) 판결요지

한의학자 환자(망아)에 대한 진맥과 설문조사 등을 통해 환자에 대해 ‘중추 울증 및 소화기통증’으로 진단하면서 보중윤화탕을 처방하여 복용하도록 한 후 환자가 간염 및 ‘중증의 재생불량성 빈혈(SAA, Severe Aplastic Anemia)’로 진단·치료 받던 중 사망한 사건에서, 서울고등법원은 ① 증류한약에 재생불량성빈혈의 원인물질 함유되어 있지 않으므로 한약 처방·제조상 잘못은 없으나, ② 경과관찰의무 내지 전원의무 위반과 ③ 설명의무 위반을 인정하여 손해배상책임을 인정하였다.⁶³⁾

(2) 주요 판단 근거 및 내용

이 사안에서 서울고등법원은 “① 한방진료의 경우 통상 양의(洋醫)가 사용하고 있는 혈액검사·골수검사 및 CT촬영 등의 각종 검사를 실시하지 아니하는 반면 환자들이 호소와 각종 증세를 종합하여 진단을 실시하는 점, ② 생약 제재를 사용하는 한약일지라고 그 자체에 독성을 가지는 경우가 많고 환자의 체질에 따라 그 용법이나 용량에 민감하게 반응하는 점, ③ 망아의 경우 한의 학적인 진단방법에 의하더라도 장출혈을 포함한 복강내 제반 병변을 의심할 수 있는 상황이었던 점, ④ 한약을 투여하는 과정에서 장출혈 기타 복강내 병변이 의심스러운 경우에는 그 복용을 중단시키거나 용량을 줄이고 예후를 살피면서 대변 검사 및 복통의 원인을 찾기 위한 조치를 취하여야 하는 점” 등을 고려해 볼 때, “한의학자인 피고로서는, 위와 같이 환자가 한약을 복용한 이후 계속적인 고통을 호소하는 경우 자신의 진단과 처방이 잘못되었거나, 피고가 처방한 한약이 망아의 체질에 맞지 않을 가능성 또는 망아에게 다른 질병이 있을 가능성 등을 염두에 두고 한약의 복용을 중단시키던지 용량을 줄

63) 서울고등법원 2008.5.1. 선고 2007나26143 판결.

이면서 예후를 살펴야 하고, 복통의 정확한 원인을 파악하기 위하여 양방병원과의 협진 또는 추가적인 검진 등을 권유하였어야 함에도, 그러한 환자의 경과에 관한 주의관찰의무를 이행하지 아니한 채 오히려 동일하거나 약효가 더 강한 한약을 추가로 처방하여 투약케 한 잘못이 있다”고 판단하였다.

(3) 검토

법원은, 국립과학수사연구소의 감정 결과를 존중하여 피고가 처방한 증류 한약에 원고들이 주장하는 톨루엔이나 비소 등 재생불량성빈혈의 원인물질이 검출되지 않았고, 피고 한의사가 처방한 보중윤화탕은 망아와 같은 증상을 호소하는 환자들에게 일반적으로 행하여지는 처방이라고 인정하는 등 한의사의 한약처방·조제상 과실을 인정하지는 않았다. 다만 한약 복용 후 환자의 상태가 악화되거나 부작용이 발생한 경우에는 환자에 대한 양방병원과의 협진 또는 추가적인 검진 등을 권유할 의무가 있다고 판단하였다. 즉 한의사는 자신의 의료적 조치 이후 환자의 경과에 관한 주의관찰을 통해 필요한 경우 환자에 대한 최선의 치료를 위하여 협진 또는 전원의무를 통해 의사에 의한 치료를 받도록 할 주의의무가 있다고 보았다.

나. 경추간판탈출증을 초기 뇌졸중으로 진단한 후 한방적 치료를 받는 과정에서 경추간판탈출증이 많이 진행되어 후유증이 남게 된 사건

(1) 판결요지

한의사가 경추간판탈출증 환자를 초기 뇌졸중으로 추정진단(오진)하여 침과 약물치료 등 한의학적 치료를 하는 과정에서 환자의 상태가 악화된 사건에서, 서울고등법원은 ① 한의사의 진단상 과오는 인정하되 ② 진단상의 과오와 현재 증상의 인과관계를 부정하였으며, ③ 다만 적절한 치료를 받을 기대권 침해 등을 이유로 위자료를 지급할 의무를 인정하였다.⁶⁴⁾

64) 서울고등법원 2008.1.24. 선고 2007나33813 판결.

(2) 주요 판단 근거 및 내용

이 사안에서 서울고등법원은 “① 뇌졸중과 경추간판 탈출증은 그 증상이 확연히 구별되고, ② 환자가 이미 요추부 추간판 탈출증을 오래 동안 앓아 왔고 이후 경추부의 추간판 탈출증의 증상을 보여 왔으므로, 위 한의사로서는 경추간판 탈출증도 그 원인질환의 하나로 의심함이 마땅하다”고 인정 한 후, “경추부에 대하여도 함께 이학적 검사 등을 의뢰하거나, 스스로 정확한 진단을 하기 어려울 때에는 즉시 환자에게 양방병원으로 전원하여 정밀 진단을 받아볼 것을 권유함으로써 적절한 진료를 받을 수 있는 기회를 갖도록 조치를 취하여야 할 주의의무가 있음에도 이를 위반하여 2주일 동안 불필요한 시술을 함으로써 해당 환자로 하여금 경추부 질환의 조기발견 및 적절한 치료를 받아 볼 기회를 상실하게 한 잘못이 있다”고 판단하였다.

(3) 검토

이 사건에서 법원은, 일반적으로 환자가 발생한지 5일된 우반신 소력감과 우측팔 소력감 등의 증상을 호소할 경우, 한의학에서도 그 원인이 중풍, 경추 질환, 어깨질환 등의 다양한 원인을 염두에 두고 치료를 실시하고 있다고 인정하였다. 즉 법원에서는 이러한 증상의 환자에 대해서도 한의학적으로도 경추질환 등으로 판단하여 치료할 수 있음에도 불구하고 진단상 과오로 적절한 치료를 하지 못했다고 보았다. 만약 한의학적으로 적절한 진단 및 치료방법이 있다면 반드시 협진 또는 전원의무가 발생한다고 볼 수 없다. 따라서 모든 상황이 아니라 한의사 개인 또는 한의학적 원리의 한계로 인하여 환자에게 최선의 진료를 제공하지 못할 경우 협진 또는 전원의무가 발생한다고 볼 수 있다. 그리고 법원에서는 환자에게 ‘치료과정에서 적절한 치료를 받을 기대권’을 인정하였다. 이를 근거로 한의사의 진료상의 과오로 인하여 환자로 하여금 보다 신속하게 적절한 치료를 받아 다소나마 후유장애를 줄일 수 있는 기회를 상실케 하였다면, 이에 대한 정신적 고통에 대하여 위자할 의무가 있다고 보았다.

다. **한 의사가 환자에게 한약 복용으로 인한 부작용 발생 가능성을 사전에 고지하지 않은 채 계속 한약을 복용하게 하여 피해자를 간기능 손상 등으로 사망에 이르게 한 사건**

(1) 판결요지

한 의사가 자신이 조제한 한약을 복용하던 피해자에게 간기능 이상 증세가 나타났는데도, 간기능 검사와 치료가 가능한 전문병원으로 전원을 권하지 아니하고 계속 한약을 복용하게 하여 피해자를 간기능 손상 등으로 사망에 이르게 한 사건에서, 청주지방법원은 ① 피고인이 피해자에게 간기능 이상 징후인 황달 증세가 있었는데도 한약의 계속 복용을 지시하면서 피고인의 병원에서만 진료받도록 하였을 뿐, 간기능 이상의 원인과 상태를 확인하고 그에 따른 위험을 방지하기 위한 적절한 전원조치를 다하지 않은 과실을 인정할 수 있고, ② 제반 사정을 종합할 때 피해자의 간기능 손상 시기를 전후하여 위 한약을 제외하고는 달리 그 원인을 찾을 수 없는 점에 비추어 위 부작용이 있었던 시점에 한약 복용을 중단시키고 피해자를 신속하게 간기능 검사와 간기능 회복을 위한 치료를 시행할 수 있는 병원으로 전원조치 하였다면 적어도 피해자의 사망이라는 극단적인 결과는 막을 수 있었을 것으로 보이므로, 위 과실과 피해자의 사망 사이의 인과관계를 인정할 수 있다는 이유로, 피고인에게 업무상과실치사죄를 인정하였다.⁶⁵⁾

(2) 주요 판단 근거 및 내용

이 사건에서 한의사는 환자의 맥을 진단한 결과 및 피해자의 母로부터 들은 피해자 증세에 관한 진술을 토대로 피해자의 상태를 ‘소화기 장애로 인한 면역체계 이상’이라는 진단을 내리고 양방치료와 약 복용을 중단할 것과 1년간 한약을 복용시켜 피해자의 체질을 개선하여 완치시킬 것이라고 설명하고, 한약을 처방하여 복용하게 하였다. 그런데 피해자는 한약을 복용하던 중 갑

65) 청주지방법원 2011.2.22. 선고 2010고단1681 판결.

자기 황달이 나타나고 고열과 두통을 호소하였다. 그러나 해당 한의사는 한약의 부작용 여부 파악 및 간기능 검사를 위한 전원 등을 통해 피해자의 간기능이 악화되지 않도록 신속히 조치를 취할 업무상 주의의무가 있음에도 불구하고 계속해서 한약 복용 및 침과 뜸 시술 등 한방치료를 계속하다가 피해자는 간성혼수상태에 이르러 사망하였다.

이 사안에서 청주지방법원은 “피해자가 발열과 함께 간기능 이상의 징후인 황달 증세 등을 호소하였다면, 피고인은 아무리 늦어도 피고인이 알았다고 주장하는 시점에는 일단 한약의 복용을 중단시키고 피해자의 간기능을 정밀히 검사하여 그 원인과 상태를 확인한 후 그 결과에 맞추어 치료의 속행 또는 치료방법의 변경 여부 등을 결정하여야 할 의무가 있다. 특히 한의학의 내재적 한계 혹은 관련 법규 규정 등 여러 사정에 의하여 피고인 병원에서 피해자의 간기능을 면밀히 검사할 능력이 되지 않았다면, 피고인으로서서는 더욱 신속하게 피해자를 전원하여 필요한 검사와 치료를 받게끔 조치하여야만 한다. 그럼에도 피고인이 이와 같은 조치를 전혀 취하지 아니한 채 피해자에게 한약의 계속 복용을 지시하고, 만연히 부작용의 원인이 소화기능의 이상이라고만 진단하여 침과 뜸 등으로 피고인의 병원에서만 진료를 계속 받도록 하였다면, 간기능 이상의 원인과 상태를 확인하고 그에 따른 위험을 방지하기 위한 적절한 전원조치의무를 다하였다고 할 수 없다.”고 판시하였다.

(3) 검토

법원은 “한약의 복용으로 인하여 환자의 간기능이 손상될 수 있는지의 여부는 여러 이해집단 사이에서 첨예하게 이해가 대립하고 있는 민감한 부분이고, 양방을 기반으로 한 현대의학의 관점으로만 한방을 부정적으로 바라볼 수도 없는 일이다.”고 판시하였다. 이는 현대의학과 비교하여 한약 처방 등 한의학적 치료방법의 독자성을 인정할 것으로 볼 수 있다. 그러나 “현실적으로 한약 복용 후 간기능 손상을 호소하는 환자가 발생하고 있다는 점에서 왜 그러한 부작용이 발생하였는지 그 작용기전을 명확하게 설명할 수는 없다고

하더라도, 환자가 이러한 부작용이 발생할 수도 있다는 점을 명확히 인식하고 한약의 복용 여부를 결정할 수 있도록, 의사가 한약의 복용으로 인한 간기능 손상의 가능성⁶⁶⁾을 사전에 환자에게 고지할 의무(설명 의무)가 있다.”고 하였다.

특히 이 판례에서는 환자에 대한 최선의 조치를 취하여야 할 의무로서 전원의무를 강조하였다. 한의학의 내재적 한계, 관련 법규 등으로 환자에 대한 면밀한 검사를 할 능력이 되지 않는다면 환자의 구체적인 증상이나 상황에 따른 위험을 방지하기 위하여 적절한 전원조치의무를 다해야 한다고 하였다. 즉 한의학적 원리에 따라 진단 및 치료를 할 수 있지만 간기능 검사나 진료를 위하여 필요한 시설이나 방법이 없는 상태에서 간기능 회복을 위한 전문적인 양방진료를 받을 수 있도록 전원을 했어야 함에도 불구하고, 한의사로서 통상의 진료만을 계속하여 환자의 상태를 악화시켰다면 이에 대한 과실책임을 져야 한다고 보았다. 한편 언제부터 한의사의 협진 또는 전원의무가 발생하지 문제되었다. 이와 관련하여 법원은 “피고인은 아무리 늦어도 피고인이 알았다고 주장하는 시점에는 일단 한약의 복용을 중단시키고 피해자의 간기능을 정밀히 검사하여 그 원인과 상태를 확인한 후 그 결과에 맞추어 치료의 속행 또는 치료방법의 변경 여부 등을 결정하였어야 할 의무가 있다고 판단하였다. 즉 한약의 부작용 및 한의학적 치료방법의 한계⁶⁷⁾를 인식한 시점에는 당시 환자의 구체적 증상이나 상황에 따라 전문적으로 치료할 수 있는 다른 의료기관으로 전원조치를 하여야 한다. 만약 환자의 상태가 현대의학으로도저히 치료할 수 없을 정도였거나 해당 시점에서 전원조치 등을 적절하게

66) 참고로 법원은 “비록 피해자의 간기능 손상의 정확한 원인과 그 기전을 현대의학의 전문적인 지식으로도 명확히 설명할 수는 없다고 하더라도, 피해자의 간손상이 위 한약의 부작용으로 인한 것이라는 점을 충분히 의심할 수 있거나 최소한 위 한약이 피해자의 체질 등 다른 여러 원인들과 복합되어 나타났다고 보는 것이 가장 타당한 설명이다.”라고 하는 등 한약으로 인한 간기능 손상의 가능성을 인정하고 있다.

67) 한의학에서 진단에 이용되는 사진만으로는 사구체신염의 진행 정도를 객관적으로 확인할 수 없으나 양방병원에서는 소변검사, 혈액검사, 조직검사 등으로 그 진행 정도를 객관적으로 확인할 수 있는 점… (울산지방법원 2008.9.19. 선고 2006가단52265 판결).

수행하였다면 법적 책임을 지지 않을 것이다.⁶⁸⁾

4. 소결

이원적 의료체제로 인하여 의사나 한의사에게 상대 학문의 지식에 대한 인지 의무를 요구할 수는 없다. 그러나 학문적 근거 부족 또는 한계가 있는 상황에서 자신의 영역에 기반한 치료방법만을 고집하여 발생한 악결과에 대하여 법적 책임을 부과할 필요가 있다. 이에 구체적으로 시행한 의료행위에 '의술적 적정성과 의료기술의 정당성'에 대한 근거가 부족하거나 합리성이 의심받는 경우에는 의료주체 스스로 제시하도록 요구할 필요가 있다.

나아가 의사나 한의사가 진찰·치료 등의 의료행위를 함에 있어서는 사람의 생명·신체·건강을 관리하는 업무의 성질에 비추어 환자의 구체적 증상이나 상황에 따라 위험을 방지하기 위하여 요구되는 최선의 조치를 취하여야 하고, 환자에게 적절한 치료를 하거나 그러한 조치를 취하기 어려운 사정이 있다면 신속히 전문적인 치료를 할 수 있는 다른 병원으로의 전원조치 등을 취하여야 한다.⁶⁹⁾ 이러한 전원의무는 의료인 개인의 능력이나 당해 의료기관의 설비 및 지리적 요인 등⁷⁰⁾은 물론 서양의학과 한의학의 학문적 차이에

68) 실제 양한방 치료를 함께하는 의료기관에 입원하여 뇌경색 치료를 받다가 뇌출혈을 일으켜 치료를 받던 중 사망한 사건에서, 서울고등법원은 해당 환자의 상태를 고려하여 의료기관에서의 한방진료 상 응급처치(십선혈 사혈) 및 전원조치를 적절하게 수행하였기 때문에 과실책임을 부정하였다(서울고등법원 2005.5.31. 선고 2004나39056 판결). 반면 한의사가 만성 사구체신염 환자로부터 최초 내원 시 종합병원에서 정확한 상태의 확인을 위한 신장조직검사를 권유받았다는 말을 들었음에도 조직검사를 재차 권유하지 않고, 1년여에 걸쳐 그 환자를 진료하면서 사진에 의존하는 이외에 신장 기능을 확인할 수 있는 혈액검사나 소변검사를 의뢰하거나 환자에게 양방병원에서 그와 같은 검사를 받아 볼 것을 권유하지 아니하였으며, 위 기간 중 단 1회 환자의 혈압을 확인하여 그 결과 고혈압이 확인되었음에도 이에 대한 적극적인 치료를 하지 아니하는 등 주의의무를 해태한 잘못으로, 환자로 하여금 자신의 신장 상태에 대한 정확한 진단과 인식을 바탕으로 한 적절한 치료를 받을 기회를 상실한 채 말기 신부전에 이르게 한 것으로 보아 그로 인한 손해배상책임을 인정하였다(울산지방법원 2008.9.19. 선고 2006가단52265 판결).

69) 청주지방법원 2011.2.22. 선고 2010고단1681 판결 참조.

70) 의사에게는 당해 의료기관의 설비 및 지리적 요인 기타 여러 가지 사정으로 인하여 진단에 필요한 검사를 실시할 수 없는 경우에는 특단의 사정이 없는 한 당해 환자로 하여금

의해서도 발생할 수 있다. 이와 관련하여 우리 법원은 기본적으로 서양의학과 한의학적 검사 및 치료방법의 독자성을 인정하고 있으나, 한의사 자신의 의료적 조치 이후 경과에 관한 주의관찰을 통해 환자에게 부작용이 발생하거나 악화되는 등의 경우에는 환자에 대한 최선의 치료를 위하여 다른 영역의 의료인과의 협진 또는 전원조치할 것을 요구하고 있다. 특히 검사 또는 치료방법상 한의학적 내재적 한계를 명시적으로 인정하고 있다.

이와 같이 한의사에게 적절한 시기에 협진 의뢰 또는 전원 의무를 부과하는 것이 해당 한의사로 하여금 어느 정도 서양의료에 관한 지식을 갖추도록 요구하는 것인지 문제된다. 이에 대해 한의사로서도 양방임상의학분야에서 실천되는 의료행위 수준이나 양방의료의 내용을 대강이나마 알고 있지 않는 한 적절한 시기에 양방의료인의 협진을 의뢰하거나 양방병원으로의 전원조치를 하는 것을 기대할 수 없을 것이기 때문에 한의사에게도 어느 정도의 양방의료의 지식, 기술이 요구된다는 견해도 있다.⁷¹⁾ 그러나 이 경우 한의사에게 요구되는 서양의학에 대한 지식은 상식적 수준에 그쳐야 하며 한의사가 서양의학에 기초한 의료행위를 할 수 없는 상황에서 서양의학적 수준의 지식이나 경험을 요구할 수는 없다. 특히 그것이 과실판단의 근거가 되는 것은 곤란하다. 결국 한의사가 의사에게 요구되는 서양의학적 지식을 인지하지 못했기 때문에 최선의 조치를 취해야 할 주의의무를 위반했다고 보는 것이 아니라 구체적인 상황에서 시의적절한 전원 등의 조치를 다하지 않은 것을 이유로 과실책임을 부과하는 것이 타당하다.

그 검사를 받을 수 있도록 해당 의료기관에 전원을 권고할 의무가 있다(울산지방법원 2008.9.19. 선고 2006가단52265 판결).

71) 김선혜, “한방의료와 의료과실(下)”, 『법조』, 제58권 제7호, 법조협회, 2009, 제393, 414, 415면.

V. 맺음말

지금까지 이원적 의료체제 하에서의 의사와 한의사의 과실 판단 시 고려될 필요가 있는 사항을 검토하였다. 그동안 의사의 의료과실에 관한 판례가 상당 부분 축적되었지만 한의사의 한방의료과실 사건에 대한 판례는 그리 많지 않은 상태이다. 최근 우리 법원에서는 의사에 의한 의료과실을 인정하기 위한 요건과 판단 기준들이 한의사에게도 동일하게 적용됨을 명확히 하였다. 이와 관련하여 우리 법원은 의료행위와 한방의료행위의 독자적 위치를 인정하고 양자의 법적 한계를 명확히 한 점과 한의사가 한의학적 한계 상황에서 한의학적 치료방법만을 고집하다 발생한 악결과에 대하여 법적 책임을 인정한 것은 타당하다. 그러나 한의사의 과실을 판단함에 있어 서양의학적 지식과 경험'을 직간접적으로 요구한 점은 이원적 의료체제를 유지하고 있는 우리의 제도와 법령에 부합하지 않다. 경과관찰의무나 전원의무 등을 인정하기 위한 논의 과정에서 이러한 지적을 한 것으로 볼 수도 있으나 이를 명확하게 구분하여 접근하는 것이 바람직하다. 결국 이원적 의료체제 하에서 의사나 한의사의 과실을 판단함에 있어 의료수준(지식과 경험)에 대해서는 독자적으로 평가하는 것이 타당하다.

다만 의료인의 의료수준 평가와 관련하여 필요 이상 면책되는 것을 방지하기 위하여 학문적 근거 부족 또는 한계 상황에서 의료행위를 하여 악결과가 발생한 경우(다른 주의의무 위반 요소가 없는 경우) 이에 대한 법적 책임을 부과할 수 있는 근거 제시가 필요하다. 특히 한의학적 특수성으로 인해 학문적 근거를 명확하게 제시하지 못하거나 합리성이 의심받는 사례가 있는데 이 경우에는 의료주체 스스로 그 근거를 제시하도록 함으로써 불필요한 면책의 가능성을 낮출 수 있을 것이다. 나아가 전원의무나 설명의무 등을 통해 이러한 문제를 해결할 수도 있을 것이다. 이러한 요구는 환자의 안전과 이익을 보장하기 위한 최소한의 조치이다.

이러한 논란을 불식시키기 위해서 이원화되어 있는 의료체제에 대한 수정을 검토해 볼 수도 있다. 최근 의료의 발달로 인해 의료와 한방의료 분야가

서로 교차 및 융합되어 가고 있다는 점에서 각 학문적 수준의 발전은 물론 환자의 이익을 위해 엄격한 이원적 체계에 대한 조정을 할 필요가 있다. 즉 의료환경의 변화를 고려하여 양자를 명확하게 구분하기보다는 협진을 넘어 궁극적으로 의료체계를 통합해 나가는 방안을 고려해 볼 수 있다.

주제어 : 의료과실, 의료분쟁, 의료행위, 한방의료행위, 의료법

[참 고 문 헌]

1. 국내문헌

- 김기영, “새로운 약제의 사용과 의사의 민사책임의 근거”, 『법조』, 제59권 제5호, 법조협회, 2010.
- _____, “새로운 진료방법의 이용 시 의료책임의 기준-독일연방대법원의 ‘Robodoc’ 사건을 중심으로”, 『저스티스』, 통권 제112호, 한국법학원, 2009.
- 김나경, “의료의 철학과 법정책: 양방-한방의료의 경계설정과 무면허 의료행위의 규율”, 『법철학연구』, 제13권 제1호, 한국법철학회, 2010.
- 김민규, “의료과오책임소송에 있어서 「의료수준」 개념의 재구성”, 『동아법학』, 제41호, 동아대학교 법학연구소, 2008.
- 김민중, “의료행위에서의 법률문제와 의사의 책임(상)”, 『법조』, 제40권 제3호, 법조협회, 1991.
- 김선중, “의료행위의 단계별 과실유형과 판단기준”, 『법조』, 제51권 제2호, 법조협회, 2002.
- 김선혜, “한방의료와 의료과실(上)”, 『법조』, 제58권 제6호, 법조협회, 2009.
- _____, “한방의료와 의료과실(下)”, 『법조』, 제58권 제7호, 법조협회, 2009.
- 김재식 외 14인, “의료일원화와 동서의학에 관한 연구”, 『의사학』, 제7권 제1호, 대한의사학회, 1998.
- 김춘배 외 7인, “양·한방의 상호보완 발전을 위한 법적 및 제도적 고찰”, 『한국의료법학회지』, 제9권 제2호, 한국의료법학회, 2001.
- 문국진, “의료평가에 있어서 의료수준 문제”, 『법률신문』, 제2540호, 1996.10.10.
- 박영호, 「의료소송에 있어서 주의의무위반 여부의 판정기준」, 법원도서관, 2001.
- 박윤재, “해방 후 한의학의 재건과 한의사제도의 성립”, 『동방학지』, 제154집, 연세대학교 국학연구원, 2011.
- 배현아, “표준 치료 지침서(Clinical Practice Guideline)의 의료법학적 의의”, 『의료법학』, 제9권 제2호, 대한의료법학회, 2008.
- 범경철, “의료영역과 한방의료영역의 업무구분에 관한 고찰”, 『의생명과학과 법』, 제2권, 원광대학교 법학연구소 의생명과학법센터, 2009.
- 석희태, “의료과실의 판단기준(하)”, 『판례월보』, 제204호, 판례월보사, 1987.

- 선정원, “의료직업의 규제-의사와 한의사의 직역한계-”, 『행정법연구』, 제26호, 한국행정법연구소, 2010.
- 송영민, “응급의료상의 의사의 전원의무”, 『동아법학』, 제42호, 동아대학교 법학연구소, 2008.
- _____, “의료과실판단에서의 가이드라인의 역할-일본에서의 논의를 참고하여-”, 『의료법학』, 제11권 제2호, 대한의료법학회, 2010.
- 이인영, “의료행위의 현대적 의의와 과제”, 『법과 정책연구』, 제7권 제1호, 한국법정책학회, 2007.
- 전세일, “대체의학의 현황과 전망”, 『의료법학』, 제5권 제1호, 대한의료법학회, 2004.
- 점승현, “의료과오의 형사적 책임-의사의 주의의무를 중심으로-”, 『원광법학』, 제42권 제2호, 원광대학교 법학연구소, 2008.
- 정미영, “한방의료분쟁의 합리적인 해결방안 연구-한국소비자원의 한방의료 피해구제를 중심으로-”, 『의료법학』, 제9권 제2호, 대한의료법학회, 2008.
- 정현미, 『의료과오의 형사법적 책임』, 한국형사정책연구원, 1997.
- 조재국, “한방의료 이용자의 한방의료에 대한 태도 및 시장개방에 대한 인식도 분석”, 『보건복지포럼』, 한국보건사회연구원, 2004. 12.
- 최상희, “의료과오의 민사책임”, 『법학연구』, 제20권 제1호, 충북대학교 법학연구소, 2009.

2. 외국문헌

- Ash Samanta, Jo Samanta, Michael Gunn, Legal considerations of clinical guidelines: will NICE make a difference, Journal of The Royal Society of Medicine, 96(3), (2003).
- B. Sonny Bal, An Introduction to Medical Malpractice in the United States, Symposium: Clinical Risk and Judicial Reasoning, U. S. Medical Malpractice 467(2), (2009).
- George J. Annas, Standard of Care-In Sickness and in Health and in Emergencies, The new england journal of medicine june 3, (2010).
- Mello MM. Of swords and shields: the role of clinical practice guidelines in medical malpractice litigation. Univ of Penn Law Review, 149(3), (2001).

Peter P. Budetti-Teresa M. Waters, *Medical Malpractice Law in the United States*,
The Henry J. Kaiser Family Foundation, (2005).

Sandeep S. Mangalmurti, Lindsey Murtagh, Michelle M. Mello, *Medical
Malpractice Liability in the Age of Electronic Health Records*, *The new
england journal of medicine* november 18, (2010).

The Criteria of Medical Malpractice of Medical Doctors and Oriental Medical Doctors in Korea

Lee, Baek Hyu

Research Institute for Healthcare Policy, KMA, Senior Researcher

=ABSTRACT=

The Korea health care system has been divided into Western and Oriental (Korea traditional) medicine since 1951. In accordance with dualistic medical system, there are many conflict cases between medical doctors and oriental medical doctors. Meanwhile, there were much discussions about the meaning and criteria of medical malpractice(negligence). Especially, many cases have been built up about the criteria of medical malpractice through lawsuits. But, comparatively, there's few the medical malpractice case of the oriental medical doctors. According to a recent ruling of the Supreme Court, the legal principles of medical doctor's malpractice case are equally applied to the criteria of the oriental medical doctor's malpractice case. But there are much considerations in addition to these principles for the dualistic medical system and academic distinctiveness. This study is intended to review the dualistic medical system, the criterion of medical malpractice, and analysis this issues. To make long story short, under our dualistic medical system, judging the medical and oriental malpractice should be considered relatively. However, it makes sense that we want medical doctor or oriental medical doctor to demand the reinforced negligence to restrict the unnecessary discretion. If there is lack of evidence-based medicine or the rationality suspected, the health care providers must give enough proof.

Keyword : Medical malpractice, Medical dispute, Practice of (Western) medicine, Practice of oriental medicine, Medical services act