

분업적 의료행위에 따른 형사책임관계

정 응 석*

I. 서 설

1. 분업적 의료행위의 필요성
2. 분업적 의료행위의 위험성

II. 의료행위의 책임분할

1. 민사책임과 형사책임의 관계
2. 형사책임에서의 책임영역의 분할

III. 수평적 의료종사자 사이의 형사책임관계

1. 의의
2. 행위기준으로서의 객관적 주의의무
3. 의사 사이의 관계
4. 의사와 약사 사이의 관계

IV. 수직적 의료종사자 사이의 형사책임관계

1. 의의
2. 수직적 분업에서 진료의무의 위험감독의무로의 전환
3. 수직적 의료분업에서 의사의 보증인적 지위
4. 구체적 고찰

V. 결 론

* 논문접수: 2014. 11. 13. * 심사개사: 2014. 11. 13. * 수정일: 2014. 12. 10. * 게재확정: 2014. 12. 20.

* 서경대학교 사회과학대학 법학과 교수, 법학박사.

* 본 논문은 의료법학 제4권 제호2(2004)에 실린 논문("의료사고에 따른 의료종사자 사이의 형사책임관계 - 수평적·수직적 의료종사자 사이의 신뢰의 원칙을 중심으로 -"),을 석희태 교수님의 퇴임 기념논문집에 실기 위하여 수정·보완한 것임을 밝힌다.

I. 서 설

1. 분업적 의료행위의 필요성

현대 의학과 의료기술의 급속한 발전은 이와 필연적으로 결합되어 있는 의료 종사자 사이의 전문화와 세분화를 가져왔다. 더욱이 제1, 2차 의료기관에서의 치료행위가 한계에 부딪히거나 의료기기의 미설치로 인하여, 제3차 의료기관인 대학병원이나 대형종합병원으로의 전원(轉院)은 의료행위과정에서 환자의 치료에 필연적인 과정일 뿐만 아니라 환자의 치료를 위해서도 바람직한 현상으로 볼 수 있다. 따라서 1차, 2차, 3차 의료기관으로 분리되어 있는 현행의 의료체계에서 적어도 제3차 의료기관인 대학병원이나 대형종합병원에서는 간단한 수술의 경우에도 수술시행 이전에 담당의사의 진단과 처방 및 이에 따른 다른 과의사의 수술에 대한 적응성검사, 수술 과정에서 집도의와 관련 의료인 사이의 분업적 역할분담 그리고 수술 후의 회복실과 일반 병동에서의 간호사 등의 환자 경과관찰의무 등이 유기적으로 이루어지고 있어서 의료분업은 이제 일상화된 규범적 원리(normatives Prinzip)로 자리잡고 있다¹⁾고 할 수 있다.

2. 분업적 의료행위의 위험성

현대 의학기술의 발달에 따른 의료행위의 전문화와 세분화 그리고 의료기기의 급속한 발전 등에 의한 의료분업은 한편으로는 환자에게 더 수준높은 의료서비스를 받을 기회를 제공하지만, 다른 한편에서는 환자에게 분업화되기 이전의 의료행위에서 경험할 수 없었던 새로운 위험을 가져다준다. 왜냐하면 환자의 치료에 참가하는 의료종사자들이 많으면 많을수록, 의료기기와 의약품의 사용이 까다롭고 위험하면 위험할수록, 종합병원과 같이 역할 분담적인 치료과정이 복잡하면 복잡할수록 치료과정상의 위험은 다양할 뿐더러 원인규

1) G. Stratenwerth, Arbeitsteilung und ärztliche Sorgfaltspflicht, Fest. für Eb. Schmidt, 1961, S.383.

명도 어렵기 때문이다. 그런데 이러한 다양한 형태의 위험은 모든 형태의 의료 행위과정에서 나타날 수 있으며, 이는 환자에 대한 위험으로 작용할 뿐만 아니라 경우에 따라서는 치료에 가담한 의료인에 대한 위험으로도 작용한다. 따라서 만일 의료분업에 참가한 의료인 각자가 환자에 대하여 행해진 진료조치 전체에 대하여 책임을 진다면 의료분업에서 비롯되는 환자에 대한 위험, 예컨대 자질상의 하자 내지 분담영역 설정상의 하자에 대한 위험들은 의료분업을 행한 의료인 모두에게 위험으로 작용하여 “감당하기 어려운 과잉의 책임전가”²⁾가 일어나게 될 것이다. 즉 의사 개개인은 다른 의료인이 그의 지시나 보고를 제대로 이행하지 못한 경우, 다른 의료인의 의료행위와 자신의 의료행위가 조율을 이루지 못한 경우, 다른 의료인이 그의 분담부분을 수행할 능력이 없거나 불충분한 경우, 업무분담이 불분명한 경우 등에 각각 발생하는 모든 위험을 예방해야 하며, 이에 따른 결과를 감내해야만 할 것이다.³⁾

그러나 의료분업으로부터 전형적으로 발생하는 위험을 완전하게 예방한다는 것은 의료행위의 현대적인 조직형태, 즉 의료행위의 영역별 세분화와 팀작업의 현실을 고려할 때 의료종사자에게 기대가능한 일이 아니다. 따라서 분업적 역할분담 속에서 진료업무를 수행하는 일방 의료인은 다른 의료인이 맡은 바 업무를 제대로 이행할 것이라는 점을 신뢰할 수밖에 없으므로 그에 따른 형사책임을 제한하는 작업이 필요하다고 할 것이다. 왜냐하면 민사법 영역에서는 사고원인에 대하여 빼놓을 수 없는 모든 형태를 포괄할 수 있지만, 형사법 영역에서는 (과실)행위와 결과발생 사이의 인과관계를 검토하는 경우 가장 ‘구체화된 형태’로 논의될 수 있는 것을 선별해야 하고, 그럴 경우에만 인과관계 개념의 ‘책임제한적 기능’이 최대한 활성화될 수 있기 때문이다. 더욱이 고의범의 경우에는 예비·미수 등을 처벌하는 규정이 있지만, 과실범의 경우에는 기수만을 벌하고 있으므로 민사상의 인과관계와는 별도로 논의하는 것이 타당

2) 이상돈, 『의료형법』, 법문사, 제103면.

3) 정응석, “의료사고에 따른 의료종사자 사이의 형사책임관계 - 수평적·수직적 의료종사자 사이의 신뢰의 원칙을 중심으로-”, 『의료법학』, 제5권 제2호, 2004, 대한의료법학회, 제54면.

할 뿐더러, 형사상으로도 고의범보다 더 구체화된 형태로 논의되지 않는 한, 형법상의 책임원칙에 위배된다고 볼 수 있기 때문이다.⁴⁾

II. 의료행위의 책임분할

1. 민사책임과 형사책임의 관계

가. 민사책임과 형사책임의 준별

민사책임과 형사책임은 결합형태에서 출발하여 근대에 이르러 양자 간의 분화가 이루어졌는데, 분화의 가장 큰 원인은 양자 간의 기능상의 차이에서 기인한다. 즉 민사책임은 피해자와 가해자간의 이해의 조정을 주목적으로 하지만, 형사책임은 공동생활의 질서를 파괴한 데 대한 응징이다. 따라서 민사책임과 형사책임은 상호보완적이거나 의존적인 것이 아니라 상호독립적·무관계적인 특징을 나타낸다. 그러므로 민사책임에서 적용되는 귀속원리를 형사책임의 귀속에 그대로 적용해서는 안 된다. 판례가 ‘사랑니 발치사건’⁵⁾에서 민형사사건 양자에서 상당관계인과설을 따르면서도 형사사건에서는 (상당)인과관계를 부정한 반면,⁶⁾ 민사사건에서는 (상당)인과관계를 긍정⁷⁾한 이유도 동

4) 정응석, 『형법강의』, 개정제4판, 대명출판사, 2014, 제393면.

5) 본 판결에 대한 평석으로는 정응석, “의료사고에서 의사의 주의무위관관련성”, 『의료법학』, 제5권 제1호, 2007, 제208면 이하 참조.

6) 대법원 1996. 11. 8. 선고 95도2710 판결. 「[1] 피고인이 농배양을 하지 않은 과실이 피해자의 사망에 기여한 인과관계 있는 과실이 된다고 하려면, 농배양을 하였더라면 피고인이 투약해 온 항생제와 다른 어떤 항생제를 사용하게 되었을 것이라거나 어떤 다른 조치를 취할 수 있었을 것이고, 따라서 피해자가 사망하지 않았을 것이라는 점을 심리·판단하여야 한다. [2] 피고인이 패혈증에 관한 최신 정의를 알지 못하여 이미 진행 중인 패혈증을 아직 진행하지 않고 있는 것으로 잘못 판단하고 적절한 치료방침을 정하지 못한 것이라 하더라도, 그 판단이 현재 우리나라의 일반적 기준으로서의 의학수준과 함께 피고인의 경력·전문분야 등 개인적인 조건이나 진료지·진료환경 등을 고려할 때, 통상의 의사의 정상적인 지식에 기한 것이 아니고 따라서 그것이 과실이라고 단정하기는 어렵고, 단순한 대진외과 등 소극적 협진마저도 그 시기가 적절치 않았는지 여부와 이에 그치지 않고 내과로 전과하는 등 적극적 협진을 하였다면 그 치료방법이 어떻게 달라져서 피해자의 생명을

일한 취지로 볼 수 있다.

더욱이 엄격한 의미에서 형사책임은 행위자 개인의 책임, 즉 개별책임이다. 이에 따라 이행보조자의 과실이 있는 경우에 비록 채무불이행이라는 민사법적 책임의 귀속에서는 채무자의 과실로 인정될 수 있지만, 형사책임의 귀속에서는 오직 그 이행보조자의 과실로 남을 뿐이다. 왜냐하면 이행보조자의 과실행위는 채무자가 비록 이행행위를 지시할 수는 있지만, 그 구체적인 이행과정에서 마치 자기의 행위처럼 지배·조종할 수는 없기 때문이다. 위에서 언급한 것처럼 의사의 의료과실 여부에 대한 형사소송에서는 무죄판결이 내려지지만, 의사에게 민사상의 손해배상책임을 인정하는 판결이 존재하는 것도 바로 이런 이유에서이다. 따라서 민사사건에 있어서는 합리적인 배상의 타당성이라는 관점에서 인과관계의 추정이나 거증책임의 분배 등이 인정될 수 있지만, 형사사건에서는 보다 엄밀한 논증이 필요할 것이며, 특히 후술하는 수직적 의료분업에서 의료종사자 사이의 현실적인 분업활동을 인정하는 경우에는 그에 상응하는 주의의무의 범위가 제한되어야 할 것이고, 과실의 판단기준도 의료행위의 특질을 근거로 사전 단계의 제사정에 근거한 선택의 적부에서 구해야 할 것이며, 그것을 무시한 결과론적인 사후판단에 기준을 맞추어 다루는 것은 허용

구할 수 있었는지 여부가 심리되어야 한다.」

- 7) 대법원 1998. 9. 4. 선고 96다11440. 「피고 병원은 그 진료체제 전체를 통하여 대학병원으로서의 의료수준에 맞는 진료를 실시하여야 할 책임에도 불구하고 위 환자의 화농부위를 적기에 정확히 절개·배농시켜 병소 내 세균의 급격한 증식·전이를 억제하는 조치를 지체하였다고 할 것이고, 또 치사율이 5%에 이르는 루드비히 안기나 환자로서 위와 같이 입원 당시 이미 병세가 중했던 소의 1에 대하여는 조기에 농배양검사를 실시하여 밝혀진 세균에 적합한 항생제를 충분히 투여함으로써 위 질환이 패혈증 등으로 발전되는 것을 미리 차단하여야 하고, 위 질환이 내과적 질환인 패혈증 등으로 발전하는 것을 의심할 만하였으므로 종합병원인 피고 병원의 치과와 내과가 기민하고 적극적으로 협조하여 진료를 하여야 할 주의의무가 있다고 할 터이며, 이 사건의 경우 소의 1이 피고 병원에 입원한 직후 조기에 농배양검사를 하였더라면 패혈증 발생 이전에 적합한 항생제를 투여할 시간이 있었음에도 불구하고, 피고 병원은 농배양검사를 실시하지 아니한 채 만연히 세파계열 제1세대 광범위항생제인 세파졸린을 쓰다가 환자의 병세가 이미 악화된 후에야 농배양검사를 하고 뒤늦게야 세파계열 제3세대 항생제를 투여한 것으로 보이며, 또 피고 병원 내부에서 치과와 내과의 유기적 협조 아래 위 패혈증에 대하여 적절히 대처하지도 못하였다고 여겨지고, 그러하다면 소의 1의 사망은 피고 병원의 위 피용자들의 진료과정에서의 위와 같은 과실과 상당인과관계가 있다고 할 것이다.」

되지 아니한다⁸⁾고 볼 것이다.

나. 형사책임과 의료행위의 재량성

생명현상 나아가서는 이를 근간으로 하여 나타나는 질병의 태양 및 생체의 반응은 매우 복잡다양할 뿐더러 미해명된 영역이 다수 존재하므로 이것에 대응하는 의료의 영역에 있어서도 이를 용이하게 획일적으로 규격화하는 것은 곤란하다. 왜냐하면 인체의 여러 기능의 작용은 현대의학의 수준으로서도 여전히 정확하게 파악할 수 없는 복잡한 ‘메커니즘’(mechanism)을 가지고 있을 뿐 아니라(의학의 수준), 환자 개개인이 가지는 신체적·정신적·환경적 조건도 각각 다르므로(환자의 개인차), 정확한 진료자체가 심히 어려운 경우가 많기 때문이다(진료의 곤란성). 진료방법도 역시 유일한 경우가 적고 의사의 재량에 의하여 선택되는 수가 많으며(재량성), 치료 도중에도 시시각각으로 변화하는 사태에 따라 그때그때의 판단에 의하여 임시조치를 취하여야 할 경우가 많을 뿐더러(긴급성, 단행성), 그 치료행위 자체가 바로 인체에 위협을 주는 침해가 될 수도 있으므로 실험적 성격도 가지고 있다. 게다가 의료행위 자체가 의료인의 일방적 행위만으로 이루어지는 것이 아니라 환자 측의 협력행위까지 포함하는 공동효과적 현상이라고 말할 수 있으므로,⁹⁾ 만약 의사의 판단에 어느 정도의 재량성을 인정하지 않으면 의료행위는 이루어질 수 없으며,¹⁰⁾ 이것을 부정한다면 발생한 결과에 대해서 획일적인 평가와 함께 의사의 절대책임을 인정하게 될 우려가 있다. 이 경우 의사는 이러한 평가로부터 책임을 회피하기 위하여 현실상황에 따른 적절한 진료를 회피할 수밖에 없을 것이다.¹¹⁾

8) 정응석, 앞의 논문, 제55면.

9) 한경국, “의료과오에 관한 형사법적 고찰”, 『재판자료』, 제27집, 1985. 8, 제467면.

10) 대법원 2010. 7. 22. 선고 2007다70445 판결. 「의사는 진료를 행함에 있어 환자의 상황과 위와 같은 의료수준 그리고 자기의 지식경험에 따라 적절하다고 판단되는 진료방법을 선택할 상당한 범위의 재량을 가진다고 할 것이고, 그것이 합리적인 범위를 벗어난 것이 아닌 한 진료의 결과를 놓고 그 중 어느 하나만이 정당하고 이와 다른 조치를 취한 것은 과실이 있다고 말할 수는 없다」; 대법원 2007. 5. 31. 선고 2005도5867.

11) 과거 보라매병원 판결(대법원 2004. 6. 24. 선고 2002도995 판결) 이후 실지 개원의들의

결국 의료행위 자체의 고도의 전문성과 의술의 수준에 기하여 의사에게 일정한 범위 내에서 자신의 판단에 따라 소신껏 의료행위를 하도록 재량권을 부여하고 법적 판단을 유보하는 것이 진료기피현상을 막아 의료의 본래 목적을 도모하는 데 기여할 것이며, 여기에서 의술의 수준은 의학의 발전에 따라 변하는 것이기에 의사에게는 발전하는 의학의 수준을 항상 따라가도록 늘 노력해야 할 의무도 부여된다고 할 것이다.¹²⁾ 이처럼 의료행위에 있어 어느 정도의 재량성을 인정해야 한다는 점은 학설뿐만 아니라 판례¹³⁾도 원칙적으로 인정하고 있다. 문제는 그 범위와 한계의 문제이다. 즉 의료처치의 선택에 있어서

불만을 보더라도 이를 알 수 있다. 본 판결에 대한 평석은 정웅석, “세칭 보라매병원사건의 제1심, 제2심 판결에 관한 형사법적 고찰”, 『의료법학』, 제4권 제1호, 2003, 대한의료법학회, 제153면 이하 참조.

- 12) 정영일, “분업적 의료행위에 있어서 형법상 과실책임”, 『형사판례연구(6)』, 제44면.
 13) 대법원 1986. 10. 28. 선고 84다카1881 판결. 원심판결 이유에 의하면, 원심은 그 증거에 의하여 피고는 의정부시에 있는 성모병원에서 수련의로 종사하고 있었는데 1982.11.9. 01:10경 당직근무를 하다가, 병원에 찾아온 환자인 소의 이OO(60세)를 진찰하여 본바 그의 혈압이 최고가 160, 최저가 110 정도였고 심한 호흡곤란증세를 호소하고 있었으므로 호흡곤란의 원인이 어디에 있는가를 규명함은 물론 대중요법으로 호흡촉진제인 아미노피리딘을 주사하려면 그 약품은 심근자극작용이 있어서 심장질환 환자에게 투여할 경우에 돌변사를 일으키는 경우가 생기는 부작용이 있고 호흡 곤란은 기관지등 호흡기의 이상 외에 심장질환의 증세일 수도 있으므로 이에 유의하여 심전도 검사를 하는 등 심장질환 유무를 면밀히 확인하여야 하며, 그러한 검사 없이 위 약제를 시주하게 되는 경우에는 위험발생에 대비하여 시주하는 동안 환자의 반응을 주시하여 응급상태가 발생할 때 적절한 사후처리를 할 수 있도록 대비하는 등의 조치를 취할 업무상의 주의의무가 있음에도 불구하고 위 이OO가 평소 심장관상동맥경화 및 협착증이 있는 환자임을 진단하지 못한 채 간호원으로 하여금 아미노피리딘 10cc를 포도당 20cc에 희석하여 혈관에 주사하게 하고 주사과정을 살펴보지도 아니한 채 그 자리를 떠난 과실로 간호원에 의하여 절반가량의 주사액이 주입될 무렵 위 이OO가 위 주사액의 부작용으로 심장에 혈류장애를 일으켜 그 무렵 사망한 사실을 확정된 다음 이 사건 의료사고를 피고의 진료상의 과실에 기인한 것이라고 판시하고 있다. 우선 원심이 든 증거에 의하면, 위 망인이 판시일시에 피고의 처방에 따라 아미노피리딘 주사를 맞다가 사망하였고 그 밖에 위 망인의 사망에 다른 원인이 개입되었다고 볼 만한 자료를 기록상 찾아볼 수 없으므로 이 사건 주사와 사망 사이에는 인과관계가 있다고 보인다. 그러나 비록 의사의 진료행위와 환자의 사망 사이에 인과관계가 성립된다 하더라도 한밤중인 01:10경에 수련의로서 홀로 당직근무를 하다가 극심한 호흡곤란을 호소하는 환자를 진료함에 있어서 그가 가지고 있는 의학지식에 의하여 그 치료방법으로 우선 호흡곤란을 완화시키기 위한 대중요법을 쓰기로 하고 그 대중요법에 일반적으로 쓰이는 주사 약제를 선택한 다음 간호원에게 지시하여 적절한 방법에 따라 주사를 하였다면 그 진료방법이나 약제의 선택 및 사후의 처치과정에서 명백히 합리성을 결한 것이 아닌 한 그것은 의사의 재량에 속한다 할 것이므로 그 치료 중에 환자가 사망하였다 하여 의사에게 바로 의료과오상의 책임을 물을 수는 없다 할 것이다.

일정의 범위 내에서 의사의 재량인정의 필요성에 대해서는 이견(異見)이 없지만, 문제는 그 재량의 허용한도를 어떻게 정할 것인가 하는 점이다.

다. 형사책임과 의료행위의 특수성

의사는 치료행위의 선택에 있어서 일반적으로 인정된 여러 가지의 치료방법들 중에서 환자의 질병상태를 고려하여 가장 위험성이 적은 방법을 취해야 한다는 점에서는 일반적인 형법상 과실범이론과 동일하다고 볼 수 있다. 그러나 의료행위는 환자의 생명과 건강이 문제되므로 한편으로는 의료행위의 사회적 중요성을, 다른 한편에서는 그 행위에 내재하는 위험성을 항상 염두에 두어야 한다. 더욱이 의료행위는 환자의 신뢰를 토대로 보호자적 지위에 있으므로 의사의 특수한 지위를 전제하지 않는 한, 의료행위의 긴급성이나 위험성에 비추어 일부의 사소한 실수가 전체적인 법익침해로 항상 연결될 위험성이 존재한다. 물론 치료에 시간적 여유가 있는 경우에는 의사는 충분한 검사를 하고 확신을 얻어서 치료를 할 수 있지만, 치료가 긴급을 요할 때에는 불만족한 위험이 많은 상태 하에서 치료를 하지 않으면 안 된다. 이 경우 긴급한 치료를 할 것인가 어떤가는 그에 의한 이익과 충분한 검사나 준비 없이 치료를 하는 위험과의 비교형량의 문제이지만, 전자의 이익이 더 크다고 판단되어 치료를 한 경우에는 그 판단이 정당한 한, 의사 본인에게 그 책임을 지우는 것은 타당하지 않다. 만약 이러한 경우까지 의사에게 책임을 묻는다면 의사의 긴급처치의 회피라는 폐해가 생겨날 우려가 있기 때문이다.

더욱이 의료사고의 형사법적 처리에 있어서는 그것이 사회현실에 어떠한 영향을 주는가라는 정책적 고려도 매우 중요한데, 이는 적어도 의료행위가 교통사고나 공해 등의 분야와는 전적으로 다른 분야로서 여기에 피해자구제라는 논리를 그대로 도입하는 것과 같은 단순한 발상으로는 해결책이 될 수 없기 때문이다. 즉 교통사고나 공해배출처럼 가해자가 자신의 이익을 위하여 행동하다가 사고를 낸 경우와 가해자(의료인)가 피해자(환자)의 이익을 위하여 치료

행위를 하다가 의료사고를 낸 경우를 동일시할 수는 없다.

이러한 의미에서 민사상의 과실은 피해자구제라는 관점에서 비교적 경미한 형식적 부주의가 있어도 과실이 인정된다고 하겠으나, 형사상으로는 형벌로 강제할 만한 상당히 고도의 실질적 부주의가 있어야만 비로소 그 과실을 인정해야 할 것이며, 이와 같은 과실의 인정은 법관이 그 시대의 법인식과 의료준칙 등을 기준으로 매우 조심스럽게 접근할 필요가 있다고 본다.

2. 형사책임에서의 책임영역의 분할

가. 책임영역의 분할

의료분업으로부터 전형적으로 발생하는 위험을 완전하게 예방한다는 것은 의료행위의 현대적인 조직형태에서 기대가능한 일이 아니므로 책임영역의 분할을 인정할 필요가 있다. 왜냐하면 누구도 자기의 능력범위 밖의 것에 대하여 책임을 질 수는 없기 때문이다. 여기서 의사는 환자의 진료 전체에 대하여 형사 책임을 지는 것이 아니라 그 진료 가운데 의학적·임상적으로 자신이 분담한 의료영역에 대해서만 형사 책임을 지게 된다는 요청이 등장한다. 그럴 경우에만 의사와 같은 전문가의 영역에서도 형법상의 기본원칙인 ‘(개별)책임원칙’이 고수될 수 있기 때문이다. 다시 말해 진료에서 분업은 형사책임(영역)의 분할¹⁴⁾로 이어져야 한다.

나. 수평적·수직적 의료종사자 사이의 책임분할

의료분업에는 분만수술에 함께 참여하는 마취과전문의와 산부인과 전문의의 관계와 같은 수평적 분업(horizontale Arbeitsteilung)과 전문의와 수련의 또는 의사와 조수간호사 등에서의와 같은 수직적 분업(vertikale Arbeitsteilung)의 두 가지 유형이 있는데, 전자에서는 의료종사자들이 동등한 진료상의 주의의

14) Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis, 2.Aufl., 1998, S.121.

무를 부담하는 반면에 후자에서는 업무의 위임은 원칙적으로 금지되고 상위자의 지휘감독권과 하위자의 순응을 전제로 하여 상위의 의료인에게는 위험원(Gefahrenquelle)관리의무가 그리고 하위의 의료인에게는 환자경과관찰의무(患者經過觀察義務)가 부과된다고 보는 것이 일반적인 견해이다.¹⁵⁾ 그러나 분업적 의료행위에 있어서 발생한 법익침해의 결과에 대한 의료종사자들의 형사 책임을 묻기 위해서는 신뢰의 원칙이 적용되어야 하며, 이에 따라 그 위험분배의 원리도 적용되어야 한다고 본다. 그러므로 본 논문에서는 수평적·수직적 의료종사자 사이의 형사책임 및 판례의 입장을 검토하기로 한다.

III. 수평적 의료종사자 사이의 형사책임관계

1. 의의

수평적 의료분업이란 분업에 참가한 사람들 사이에 지시나 감독의 관계가 존재하지 않고 참가자들이 대등한 입장에서 각자 자신의 분업영역에 대한 독자적인 의료조치를 취할 수 있는 경우를 말한다. 그 결과 자신이 부담한 의료행위를 의료의 일반원리에 합당하게 수행하는 의사는 다른 의사도 자신의 업무를 주의의무에 합당하게 수행할 것이라고 신뢰하면 충분하고 다른 의사가 주의의무를 위반하여 업무를 수행할 것이라고 예상하고 의료행위를 할 필요는 없다. 즉 과실범에 있어서 객관적 주의의무위반의 제한원리로 신뢰의 원칙을 인정하는 한, 그 객관적 주의의무를 체계상 어느 위치를 설정하건, 객관적 주의의무위반의 제한원리로 작용하는 점에서는 차이가 없기 때문이다.

2. 행위기준으로서의 객관적 주의의무

객관적 주의의무위반이란 행위자가 사회생활상 요구되는 주의의무를 태만

15) 정영일, 앞의 논문, 제53면.

히 하여 예견이 가능하고 그래서 회피가 가능하였던 결과를 야기한 경우를 말한다. 이러한 객관적 주의의무위반을 불법단계에서 고려하는 견해들은 사회생활상 요구되는 주의, 허용된 위험 또는 신뢰의 원칙, 사회적 상당성, 분별력 있는 사람 또는 성실하고 사려깊은 사람의 태도, 인간공동생활을 위한 행위의 이익과 개별적 법익에 대한 위험과의 비교형량 등에 의하여 주의의 범위를 제한하고 있다.

문제는 수평적 의료분업에 있어서 다른 관여자의 과실행위가 있는 경우에 객관적 주의의무를 어디에서 찾을 것인가이다. 그러나 수평적 의료분업일 경우에 신뢰의 원칙이 적용된다면, 이미 각 의료인 사이에 책임영역이 분할된다고 볼 수 있으므로 자신의 작위행위에 ‘객관적 주의’가 있었다면 더 이상의 주의의무위반(타인의 치료행위를 감독할 주의의무위반)을 논하는 것은 곤란할 것이다. 왜냐하면 척도인물의 개별화를 통해서 의사라 하더라도 다시 내과전문의, 산부인과전문의, 마취과전문의 등으로 개별화된 주의의무를 구체적인 행위영역에 따라 유형화할 수 있기 때문이다. 결국 수평적 의료분업에 있어서는 진료의무(또는 주의의무)의 분담을 의미하고, 이는 과실의 귀속도 분리된다고 보는 것이 타당할 것이다.¹⁶⁾

판례도 「의료사고에 있어서 의료종사원의 과실을 인정하기 위하여서는 의료종사원이 결과발생을 예견할 수 있음에도 불구하고 그 결과발생을 예견하지 못하였고, 그 결과발생을 회피할 수 있었음에도 불구하고 그 결과발생을 회피하지 못한 과실이 검토되어야 하며, 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 하며 이에는 사고당시의 일반적인 의학의 수준과 진료환경 및 조건, 의료행위의 특수성 등이 고려되어야

16) 정용석, 앞의 논문, 제68면.

한다」¹⁷⁾거나, 「내과전문의가 기관지폐렴환자로 진단한 환자에 대하여 그 요법으로 일반적으로 통용되고 있는 “엠퍼시린” 주사액을 피부반응검사를 거쳐 음성인 경우에 한하여 그 주사액을 시주케 한 행위에는 내과전문의로서의 과실이 있다고 보기 어렵다」¹⁸⁾고 보다가, 그 후 「인간의 생명과 건강을 담당하는 의사에게는 그 업무의 성질에 비추어 보아 위험방지를 위하여 필요한 최선의 주의의무가 요구되고, 따라서 의사로서는 환자의 상태에 충분히 주의하고 진료 당시의 의학적 지식에 입각하여 그 치료방법의 효과와 부작용 등 모든 사정을 고려하여 최선의 주의를 기울여 그 치료를 실시하여야 하며, 이러한 주의의무의 기준은 진료 당시의 이른바 임상의학의 실천에 의한 의료수준에 의하여 결정되어야 하나, 그 의료수준은 규범적으로 요구되는 수준으로 파악되어야 하고, 당해 의사나 의료기관의 구체적 상황에 따라 고려되어서는 안 된다」¹⁹⁾고 하면서, 「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 고려하여 규범적인 수준으로 파악되어야 한다」²⁰⁾고 판시하여, 당해 의사가 일반적인 수준 이하의 의료수준을 가지고 있더라도 주의의무위반의 판단은 당해 의사의 구체적인 의료수준이 아닌 일반적으로 의사들이 가지고 있어야 하는 것으로 요구되는 규범적 의료수준을 기준으로 판단하여야 하며, 여기에 진료환경 및 조건, 의료행위의 특수성 등도 함께 고려되어야 한다고 보고 있다.²¹⁾

17) 대법원 1987. 1. 20. 선고 86다카1469 판결.

18) 대법원 1984. 6. 12. 선고 82도3199 판결.

19) 대법원 1997. 2. 11. 선고 96다5933 판결.

20) 대법원 1998. 7. 24. 선고 98다12270 판결; 대법원 2014. 7. 24. 선고 2013도16101 판결.

21) 의료수준과 의학수준의 준별론에 대한 비판과 관련해서는 박영호, “의료소송에 있어서

다만 구체적인 경우 행위의 객관적 주의위반성을 확정하기 위하여 구체적인 행위규준을 어떻게 설정할 것인지 문제되는데, 이에 대하여 록신(C. Roxin)은 분업적 의료행위에 있어서 주의의무의 내용과 과실의 판단을 위한 요소로 구성요건(통찰력 있는 사람의 결과발생회피행위의 모습)과 유형화된 상황(통찰력 있는 사람의 구체적 상황에서의 행위내용), 다수인의 공동작업(의사, 간호사, 환자 등 각 관여자들의 행위내용), 정범형식(단독정범, 공동정범, 직접정범, 간접정범) 등의 네 가지 기준을 제시하면서, 과실공동정범의 개념을 부정하는 전제하에 과실범에 있어서는 결과에 대한 각 행위자 자신의 주의의무위반 여부가 문제될 뿐이라고 보았다.²²⁾ 반면에 예췌(H. Jescheck)은 위험한 행위를 중지할 의무, 위험상황에서 조심스럽게 행위해야 할 주의, 사전 준비 내지 탐지의무를 준수할 주의로 유형화하였다.²³⁾

결국 수평적 의료분업이 주의의무의 범위 자체를 제한한다고 볼 때, 그 책임 분할이 문제되는데, 특정 환자에 대한 치료에 여러 의사가 관여하는 경우는 우선 다른 병원 의사들 사이의 문제인 경우와 한 병원의 여러 의사들 사이인 경우로 나누어 볼 수 있고, 이들 각 경우는 다시 그들이 대등한 입장에서 치료에 임하는 수평적 관계와 병원의 전문과목이나 의료진, 진료시설의 수준, 규모 또는 의사 상호 간의 위계나 치료의 순서에 따른 수직적 관계로 구별하여 고찰할 필요가 있을 것이다.

3. 의사 사이의 관계

가. 같은 병원 의사 사이의 관계

① 개별적으로 독립된 치료행위를 하는 의사들의 경우: 대형종합병원에서 공동으로 외과수술을 행하는 의사들 사이나 한 병원에서의 독립된 각과(各科)

주의의무위반여부의 판정기준”, 『사법논집』, 제32집, 법원도서관, 제506면 이하 참조.

22) C. Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, Berlin: Walter de Gruyter, 1984, S.528ff.

23) H. H. Jescheck/T. Weigend, Lehr des Strafrechts, 5.Aufl., 1996, S.588f.

사이에는 의료의 전문화와 세분화로 인해 일방의 전문의는 특별한 사정이 없는 한, 다른 전문의의 업무에 대한 지식을 가지고 있지 못하다. 또한 상호 동등한 지위에 있는 각기 다른 과의 의사이므로 다른 의사에 대한 지시나 감독도 할 수 없다. 따라서 전문 진료과목의 의사의 의료행위를 신뢰할 수밖에 없기 때문에 의료행위에 가담한 전문의들 사이에는 상호간 신뢰의 원칙이 적용된다고 보아야 할 것이다. 판례도 산부인과전문의가 담당의사의 초빙을 받고 그가 처리중인 임신부에게 감자분만수술을 마치고 약 3시간 동안 수술결과를 세심히 감시하다가 수술 후의 다른 증세가 없으므로 혹시 분만수술시에 자궁구의 파열에서 오는 출혈에 대비 조치할 것을 담당의사에게 지시하고 임신부를 인계한 이상 그 후의 환자에 대한 관리와 조치의 책임은 그 담당의사에게 있는 것이고 일단 그 자리를 물러난 산부인과전문의에게는 위 담당의사의 과실로 환자에게 발생한 결과에 대한 과실책임이 없다²⁴⁾고 판시한 바 있다.

수술집도의와 마취의와의 협력관계도 수평적 분업행위에 해당한다. 왜냐하면 특별한 사정이 존재하지 않는 한 마취의의 경우에는 수술집도의에 의한 진단 및 검사결과를 조사할 권리와 의무를 갖지 않고, 외과의 소견과 진단을 신뢰할 수밖에 없기 때문이다.²⁵⁾ 동일한 논리로 수술집도의는 마취의가 행한 마취가 정당하게 이루어진 것이라고 신뢰하고 수술한 경우, 신뢰의 원칙이 적용되어 책임을 지지 않는다.

문제는 소극적 협진의 경우이다. ‘사랑니 발치 후 패열증 사망사건’에서 원심은 소극적 협진의 과실을 문제삼은 반면, 대법원은 “루드비히 안기나에 대한 치료는 구강악안면외과를 제외한 타과에서는 치료가 거의 불가능한 질환이기

24) 대법원 1970. 1. 27. 선고 67다2829 판결; 대법원 2003. 1. 10. 선고 2001도3292 판결. 「내과의사가 신경과 전문의에 대한 협의진료 결과 피해자의 증세와 관련하여 신경과 영역에서 이상이 없다는 회신을 받았고, 그 회신 전후의 진료 경과에 비추어 그 회신 내용에 의문을 품을 만한 사정이 있다고 보이지 않자 그 회신을 신뢰하여 뇌혈관계통 질환의 가능성을 염두에 두지 않고 내과 영역의 진료 행위를 계속하다가 피해자의 증세가 호전되기에 이르자 퇴원하도록 조치한 경우, 피해자의 지주막하출혈을 발견하지 못한 데 대하여 내과의사의 업무상과실이 있었다고는 단정하기 어렵다」.

25) 최호진, 「분업적 의료행위에 따른 형사책임의 분배-특히 수직적 의료분업을 중심으로-」, 『형사법연구』, 제19권, 2007, 제9면.

때문에 환자의 상태가 전신적으로 악화되기 전까지는 일반적으로 구강악안면 외과에서 단독으로 치료하는 것이 대학병원의 일반적인 관례라는 것이므로, 피고인이 원심이 인정한 바와 같은 단순한 대진의뢰 등 소극적 협진마저도 그 시기가 적절치 않았는지 여부와 이에 그치지 않고 내과로 전과하는 등 적극적 협진을 하였다면 그 치료방법이 어떻게 달라져서 피해자의 생명을 구할 수 있었는지 여부가 심리되어야 할 것이다²⁶⁾라고 판시하여 소극적 협진으로 인한 주의위반관련성을 별도로 검토하고 있다.

생각건대 적극적 협진²⁷⁾이건 소극적 협진이건 간에 이에 따른 담당의사의 진료상의 주의의무위반이 문제되는 것이므로 의사의 민사상의 책임은 별론으로 하고, 인과관계의 책임제한적 기능을 고려한다면 협진의 적절성과 사망사이의 인과관계(및 객관적 귀속)를 성급하게 결부시켜 피고인의(형사)과실을 판단하는 것은 인과관계의 지나친 확대로 보인다. 왜냐하면 과실적 작위범이건(적극적 협진) 과실적 부진정부작위범이건(소극적 협진) 전자의 경우에 협진행위 자체로부터 실제로 위험원을 금지된 것으로 변화시켰다고 볼 수 없으며, 후자의 경우도 특별한 사정이 없는 한, 예방조치(협진)의 미실행이 허용된 위험의 범위를 넘어서게 했는지, 그리고 이러한 이미 허용되지 않게 된 위험이 직접적으로 사망의 결과를 실제로 초래했는지에 대해서 확실성에 가까운 개연성을 인정할 수는 없기 때문이다.

② 진료과장과 소속 의사들과의 관계: 원칙적으로 동일한 진료과 내의 진료과장과 소속 의사들 사이에서는 각자가 진료에 대한 책임을 진다고 보아야 한다. 왜냐하면 동일한 과 과장과 소속의사들은 진료시간을 요일별 또는 오전, 오후 등 시간별로 구분하여 각각 외래 및 입원환자를 관리하고 진료에 대한 책임

26) 대법원 1996. 11. 8. 선고 95도2710 판결.

27) 대법원 2003. 1. 10. 선고 2001도3292 판결. 「내과 의사가 신경과 전문의에 대한 협의진료 결과 피해자의 증세와 관련하여 신경과 영역에서 이상이 없다는 회신을 받았고, 그 회신 전후의 진료 경과에 비추어 그 회신 내용에 의문을 품을 만한 사정이 있다고 보이지 않자 그 회신을 신뢰하여 뇌혈관계통 질환의 가능성을 염두에 두지 않고 내과 영역의 진료 행위를 계속하다가 피해자의 증세가 호전되기에 이르자 퇴원하도록 조치한 경우, 지주막 하출혈을 발견하지 못한 데 대하여 업무상 과실이 있었다고 단정하기는 어렵다.

을 담당하고 있기 때문이다. 다만 동일한 진료과라고 하더라도 진료과장에게 전체적이고 최종적인 지휘감독의 책임이 있으므로 그 과장의 책임은 병원의 규모나 과 소속 상대방 의사의 지위나 경험 그리고 당해 환자에 대한 담당 여부에 따라 그 정도가 달라질 수는 있다고 보아야 한다. 왜냐하면 오늘날 병원은 환자의 치료를 담당하는 사회적 조직으로서 중요한 기능을 담당하고 있으며, 일반인은 병원을 의사들의 개별적 집합체로 보기보다는 기업과 마찬가지로 환자의 치료를 담당하는 복합적 조직체로서 인식하므로 의사 개인보다는 병원에 대한 신인도를 중시하기 때문이다. 그러므로 행정조직으로서의 병원은 의료진 구성이나 의료진의 의료행위의 수준을 점검하고 의료와 관련한 병원 내의 각종 문제점을 제거하여야 할 의무가 있으며, 여기서 대학병원 등 종합병원의 경우 일반개업의와 다른 고도의 주의의무와 함께 첨단 의료행위가 가능한 인적·물적 시설의 정비가 요구된다고 볼 수 있다.

이와 관련하여 판례가 병원과장의 주의의무의 한계에 대하여 피고인은 위 부속병원 구강악안면외과 과장이지만 진료체계상 피해자를 담당한 의사가 아니었다는 것인데, 기록에 의하면, 일반적으로 대학병원의 진료체계상 과장은 병원행정상의 직급으로서 다른 교수나 전문의가 진료하고 있는 환자의 진료까지 책임지는 것은 아니고, 소속 교수 등이 진료시간을 요일별 또는 오전, 오후 등 시간별로 구분하여 각자 외래 및 입원 환자를 관리하고 진료에 대한 책임을 맡게 된다는 것이다. 그러한 사정을 감안하면, 피고인에게 피해자를 담당한 의사가 아니어서 그 치료에 관한 것이 아님에도 불구하고 구강악안면외과 과장이라는 이유만으로 외래담당의사 및 담당 수련의들의 처치와 치료 결과를 주시하고 적절한 수술방법을 지시하거나 담당의사 대신 직접 수술을 하고, 농배양을 지시·감독할 주의의무가 있다고 단정할 수 없는 것이다²⁸⁾라고 판시하고 있는바, 이러한 대법원의 입장은 병원과장은 행정상 직급으로서 구체적인 의료행위의 내용에 대한 지시·감독할 주의의무는 없다는 것으로 의료행위로 인

28) 대법원 1996. 11. 8. 선고 95도2710 판결.

한 과실유무를 판단하는 데에 병원내의 행정라인은 문제되지 않는다는 점을 밝힌 것으로 볼 수 있으나, 결과적으로 의료행위에 관한 한 행정조직으로서의 병원의 책임을 일체 배제하고 진료행위의 과실유무의 범위를 직접 진료담당 의사로 한정하여 의사 개인의 책임에 대해서만 판단한 것은 병원에 대한 현재의 사회적 인식을 반영한 것으로 보기 어렵다.

더욱이 본 사안에 있어 '피해자는 병원에 입원 당시 체온이 섭씨 39.5도의 고열과 오한이 있었고, 부종으로 입이 약 15mm밖에 열리지 않았으며 음식을 씹기 곤란하였고 화농으로 구취가 심한 상태'로 이들 상태를 고려해 볼 때, 피고인이 개입하기 이전까지의 수련의 등에 의한 의료행위가 일반적으로 대학병원에서 기대되는 의료의 일반수준에 부합하였는지의 여부, 환자의 상태 등을 고려할 때 의사의 배정 등 진료체계상의 문제는 없었는지 여부가 당연히 검토되어야 할 것이다(민사상 손해배상사건에서 대법원도 이 점을 강조하고 있다). 왜냐하면 전문의가 시행하여야 할 수술을 아직 능력을 갖추지 아니한 수련의에게 맡기더라도 그 객관적 주의의무위반의 판단은 경험이 있는 전문의의 의료수준에서 결정되는 것이므로, 이에 따른 책임이 문제될 수 있기 때문이다.

결국 본 사안(사랑니 발치 후 패혈증 사망사건)에서 병원의 진료체계상의 과실(주의의무위반)을 인정하는 것이 타당하며, 다만 이러한 과실의 인정이 형사책임에서의 책임제한적 기능을 가지는 결과발생에 대한 인과관계로 볼 수 있는가는 별도의 문제에 해당한다²⁹⁾고 볼 수 있다.

③ 주치의와 전공의 사이의 관계: 전공의는 수련병원 또는 수련기관에서 전문의의 자격을 취득하기 위하여 수련을 받는 인턴과 레지던트이고, 수련병원 또는 수련기관은 보건복지부 장관의 지정을 받아 전공의를 수련시키는 의과대학 기타 의료기관이므로 수련기관 소속의 주치의와 전공의는 수직적 상하관계에 있다고 보아야 한다. 따라서 진료과장과 소속 의사들과의 관계와 달리 원칙적으로 신뢰의 원칙을 적용하여 수평적 의료분업을 인정하는 것은 어렵다³⁰⁾

29) 자세한 내용은 정웅석, 앞의 논문, 제72면 이하 참조.

30) 대법원 1997. 8. 22. 선고 96다43164 판결.

고 본다. 반면에 전공의가 주치의의 처치와 처방을 신뢰하였을 경우에는 신뢰의 원칙이 적용될 수 있다.

나. 다른 병원 의사들 사이의 관계

다른 병원 의사들 사이에서 진료가 행해지는 이른바 전의(轉醫)나 전원(轉院)의 경우에는 원칙적으로 먼저 진료를 한 의사로부터 진료관계기록을 넘겨 받거나 문의하여 이상증세라든가 병력(病歷), 기왕증(既往症) 등을 확인할 의무가 나중 의사에게 있다.³¹⁾ 그리고 진료로 인하여 법익침해가 발생한 때에는 우선 전문과목이 다른 병원이나 의사들 사이인 경우는 이른바 수평적 관계로서 신뢰의 원칙이 적용되어 과실책임이 부정된다³²⁾고 보아야 하지만, 그들 병원의 의료진이나 진료시설의 규모, 수준 등에 따라 이른바 수직적 관계에 해당시켜 나중의 큰 병원의 책임을 인정해야 할 경우도 있을 것이다. 왜냐하면 일반의나 개인병원이 환자를 상급병원으로 전원시키는 것은 자신의 의학수준 및 의료기술, 진료시설 등을 고려하여 환자로 하여금 적절한 진료를 받게 하려는 것이므로³³⁾ 전문의나 상급병원은 인수한 환자에 대하여 독자적으로 검사 및 진단을 하고 판단하여야 할 의무가 있다고 보아야 하기 때문이다.³⁴⁾ 동시에

31) 정영일, 앞의 논문, 제55면.

32) 대법원 2011. 7. 14. 선고 2009다65416 판결. 「甲 대학병원에서 환자 乙에 대한 유방 조직 검사를 시행하여 암의 확정 진단을 하였는데, 乙이 丙 대학병원에 전원하면서 甲 병원의 조직검사 결과를 기재한 조직검사 결과지를 제출하여 丙 대학병원에서 유방절제술을 받았으나, 중앙조직검사 결과 암세포가 검출되지 않았고 이에 甲 병원에서 乙의 조직검사 슬라이드 등을 각 대출받아 암세포 검출 여부를 재확인하는 과정에서 甲 병원 병리과 의료진이 조직검사 슬라이드를 만들면서 다른 환자의 조직검체에 乙의 라벨을 부착한 것이 밝혀진 사안에서, 丙 병원의 의사에게 甲 병원의 조직검사 슬라이드 제작 과정에서 조직검체가 뒤바뀔 가능성 등 매우 이례적인 상황에 대비하여 乙로부터 새로이 조직을 채취하여 재검사를 실시하거나 甲 병원에서 파라핀 블록을 대출받아 조직검사 슬라이드를 다시 만들어 재검사를 시행한 이후에 유방절제술을 시행할 주의의무까지 있다고 보기는 어렵다」.

33) 대법원 1998. 2. 27. 선고 97도38442 판결. 「의사에게는 만일 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 그 검사를 받을 수 있도록 해당 의료기관에 전원을 권고할 의무가 있다」.

34) 전병남, “의료분업과 신뢰의 원칙”, 『의료법학』, 제4권 제1호, 제143~144면.

전문 이외의 지역적 사정 등에 의해 수준에 부합하는 진료를 행할 수 없는 경우에도 필요한 응급조치를 한 뒤 전문의의 진료를 받을 수 있도록 권고할 의무가 있으며, 혹은 설비가 갖추어진 병원으로 적기에 환자를 전송할 의무가 있다고 할 것이다.³⁵⁾ 또 비전문의가 전문의 계통의 진료를 행할 때에는 전문의가 할 주의의무가 기준이 된다. 따라서 비전문의는 전문의로서의 진료에 자신이 없을 때에는 특별한 사정(긴급성, 지역의 원거리 등)이 없는 한 전문의에게 이송할 의무가 있다.

4. 의사와 약사 사이의 관계

의사와 약사간의 관계는 상호 독립된 별개의 분야이므로 고유한 책임영역을 갖는다고 보는 것이 상당하지만, 의약분업에 의하여 약사가 의사의 처방전에 따라 약을 조제, 판매하는 경우에는 수평적 분업에서와 마찬가지로 신뢰의 원칙을 적용해야 할 것이다. 따라서 잘못된 처방에 의한 약화사고는 기본적으로 의사에게 책임이 있다고 보아야 한다. 다만 약사도 처방의 적합여부에 대한 기본적인 확인의무가 있으므로(약사법 제26조 제2항) 처방전 대상환자가 바뀌었거나, 처방전대로 혼합하면 인체에 치명적인 해를 끼치는 약품들을 혼합 처방하였거나 하는 등 처방전에 의심나는 점이 있음에도 불구하고 이를 확인하지 않은 채 조제한 경우에는 신뢰의 원칙의 제한사유(상대방의 규칙위반적 행태를 분명히 인식할 수 있거나 상대방의 규칙준수를 신뢰할 수 없는 경우)에 의하여 책임을 져야 할 것이다. 역시 제약회사와 약사와의 역할분담에도 동일한 논리가 적용될 것이다.

이와 관련하여 약사가 의약품의 표시포장을 어느 정도 신뢰하여도 되는가

35) 대법원 1967. 8. 29. 선고 66도1197 판결. 「임신중절을 위한 소파수술을 하였으나 자궁내에서 아무 내용물이 나오지 않았다면 산부인과 전문의인 피고인으로서 자궁임신이 아닌가 하는 판단을 내려 자궁의 임신여부를 세밀히 진찰하던가 피고인으로서 그 진찰에 자신이 없다면 의료시설이 완비된 종합병원의 진찰을 권유할 업무상 주의의무가 있다고 할 것이다」.

에 관하여 대법원은 극물인 탄산바륨을 식별하지 못하고 침강탄산칼슘으로 잘못 알고 감기약으로 조제·판매한 이른바 「부산감기약사건」을 판결하면서, 「약사가 의약품을 판매하거나 조제함에 있어서 약사로서는 그 의약품이 표시포장에 있어서 약사법 소정의 검인합격품이고, 또한 부패·변질·변색되지 아니하고 그 유효기간이 경과되지 아니함을 확인하고 조제·판매한 경우에는 우연히 그 내용에 불순물 또는 표시된 의약품과는 다른 성분의 약품이 포함되어 있어 이를 사용하는 등 사고가 발생하였다면 특히 그 제품에 불순물 또는 다른 약품이 포함된 것을 간단한 주의를 하면 인식할 수 있고, 또는 이미 제품에 의한 사고가 발생된 것이 널리 알려져 그 의약품의 사용을 피할 수 있었던 특별한 사정이 없는 한 관능시험(官能試驗) 및 기기시험(器機試驗)까지 하여야 할 주의의무가 없고 따라서 그 표시를 신뢰하고 그 약을 사용한 점에 과실이 있다고는 볼 수 없다」³⁶⁾고 판시하였다.

IV. 수직적 의료종사자 사이의 형사책임관계

1. 의의

수직적 의료분업에서는 상하의 인적구조 관계로서 상위자의 지휘·감독권과 하급자의 순응을 특징으로 하므로 신뢰의 원칙을 적용할 수 있는지 문제된다. 물론 수직적 의료분업을 인정하더라도, 하위의 의료종사자가 자신에게 분담된 업무에 대하여 과실로 결과를 발생시킨 경우, 항상 의사의 형사책임이 배제된다고 할 수는 없다. 왜냐하면 상위자에게는 하위자의 업무에 대한 정상적 이행을 관리·감독하는 위험원관리의무가 부과되기 때문이다. 따라서 수직적 분업의 경우에도 상·하위자 사이의 책임분담의 한계가 설정되어야 하며, 이는 객

36) 대법원 1976. 2. 10. 선고 74도2046 판결. 위 사건의 수사과정 및 판결에 대한 상세한 논평은 금규한, 「식품·약품·독물사고에 관한 제문제(3) - 부산감기약사건-」, 『검찰연구총서』, 창간호 제371면 이하 참조.

관적 귀속의 문제와 관련된다 고 볼 수 있다. 이러한 수직적 분업이 존재하는 유형은 i) 동일병원 내에서 전문의와 수련의, 주치의와 당직의사인 경우, ii) 의사와 간호사와 같은 숙련보조자인 경우, iii) 의사와 보호자 또는 환자와 같은 미숙련보조자의 경우로 나누어 볼 수 있으나, i)에 관해서는 수평적 의료분업에서 언급했으므로 여기서는 ii)와 iii)을 중심으로 검토하기로 한다.

2. 수직적 분업에서 진료의무의 위험감독의무로의 전환

수직적 의료분업에서 i) 상위의 의사가 하위의 의료인에게 위임가능한 업무를 위임한 경우나, ii) 위임이 금지된 업무이기는 하나 상위의 의사가 직접 수행하는 것이 기대가능하지 않기 때문에 이를 하위의 의료인에게 위임시킨 경우, 두 경우 모두 상위의 의사에게 해당 의료업무로부터 완전히 형사책임이 배제되는 것은 아니다. 왜냐하면 수직적 의료분업은 상위 의사가 전문적인 지시를 행하고 하위 의료인이 그 지시를 이행하는 관계 속에서 진행되는 것이기 때문이다. 따라서 위임가능한 업무라는 이유이든, 직접적으로 수행하는 것이 기대가능하지 않다는 이유이든 관계없이 하위 의료인에게 업무의 일부를 분담시킨 경우, 상위 의사의 책임은 진료업무에서의 주의의무로부터 위험원을 감독할 의무로 변형된다고 보아야 한다. 왜냐하면 의사와 간호사의 의료분업이 의사의 업무영역과 간호사의 업무영역으로 나뉘고 이에 따라 각각 업무영역에서 요구되는 주의의무의 분담을 의미한다면, 오직 의사에게 배타적으로 귀속되는 업무나 책임영역에 속하는 업무가 아닌 한, 간호사가 과오를 범하지 않도록 충분히 지도·감독하여 그 위험원(예컨대 수혈이나 주사)으로부터 범의침해적 결과가 생기지 않도록 안전조치를 취하거나 감시할 주의의무, 즉 위험원관리 의무의 지위를 갖는다고 보아야 하기 때문이다. 즉 간호사의 사실상 지배영역에 있는 위험발생원에 대하여는 의사가 직접적으로 어떠한 영향력을 미치기 어려우므로, 진료상 자기의 지배영역 내에 있는 환자들에 대해서는 그로부터 야기되는 위험을 방지하고, 유효적절한 안전조치를 취하여야 할 보증의무(안

전의무)가 인정된다고 볼 수 있기 때문이다. 따라서 수직적 의료분업을 인정한다면 민사상의 책임은 별론으로 하고, 간호사가 분담한 업무의 이행을 통한 결과발생의무는 간호사만이 지는 것이고, 의사는 간호사의 그런 의무이행을 감독할 의무만을 부담한다고 보는 것이 타당하다³⁷⁾고 본다.

이와 같은 관리의무는 하위 의료인 자체에 대한 주의의무와 하위 의료인의 행위에 대한 주의의무로 나눌 수 있는바, 전자의 경우는 다시 i) 하위 의료인이 분업의 자질을 갖추고 있는가를 심사하고(자질심사의무), ii) 분업의 구체적 내용이 하위의료인이 할 수 있는 일인지를 숙고하고(위임적합성), iii) 하위 의료인이 지시한 분업의 내용을 제대로 이해하고 있는지를 살펴야 할 것이며(지시내용이해심사), 후자의 경우는 하위의료인이 지시된 분업의 내용을 제대로 이행하고 있는가를 감독(의무이행감독의무)할 의무로 파악할 수 있다. 다만 전자의 경우는 하위의료인이 각각의 자격시험에 합격하여 정상적으로 근무하였다면 하위의료인의 자질을 따로 심사할 필요가 없으며, 하위의료인에게 분담된 업무가 이미 과거에 관행적으로 행해져 온 경우라면 이것이 위임에 적합하지 여부나 분업의 내용에 대한 이해여부를 따로 심사할 필요도 없을 것이다.³⁸⁾

그러므로 실제 의료현실에서 문제가 되는 것은 의무이행감독의무(義務履行監督義務)라고 볼 수 있는데, 이러한 의무이행감독의무가 진료상 주의의무처럼 치료가 진행되는 과정동안 언제나 현실적으로 이행되어야 하는가이다. 그런데 현재 종합병원의 임상현실을 보면 수련의(특히 레지던트 1, 2년차)는 거의 매일 당직을 서고, 주간에도 매일같이 과중한 업무에 시달리고 있으므로, 대학병원의 당직근무규칙이 당직의사의 수면을 인정하고 있지 않다고 하더라도 통상 다음날의 업무부담 등을 고려하여 당직의사의 수면은 관례적으로 묵인되어 오고 있다고 한다. 따라서 이처럼 거의 매일 당직을 서는 수련의의 현실에서 밤잠을 자지 않는다면 어떤 수련의도 당직근무는 물론이고 주간근무까지 거의

37) 정응석, 앞의 논문, 제89면.

38) 정응석, 앞의 논문, 제89면.

정상적으로 수행할 수가 없기 때문에 이러한 임상현실에서 수련의로서의 ‘가능규범’ 위반을 무조건 적용할 수는 없다. 형법은 수련의로서 이행이 불가능한 의무의 위반을 근거로 형사불법을 인정할 수는 없기 때문이다. 따라서 하위의료인, 예컨대 간호사에 대한 감독의무도 ‘물샬틈 없는 감독’(Lückenlose überwachung)을 의미하는 것이 아니라 이따금씩 감독하는 것으로 충분하다고 볼 수밖에 없다.³⁹⁾ 판례도 간호사가 ‘진료의 보조’를 함에 있어서는 모든 행위 하나하나마다 항상 의사가 현장에 입회하여 일일이 지도·감독하여야 한다고 할 수는 없고, 경우에 따라서는 의사가 진료의 보조행위 현장에 입회할 필요 없이 일반적인 지도·감독을 하는 것으로 족한 경우도 있을 수 있다 할 것인데, 여기에 해당하는 보조행위인지 여부는 보조행위의 유형에 따라 일률적으로 결정할 수는 없고 구체적인 경우에 있어서 그 행위의 객관적인 특성상 위험이 따르거나 부작용 또는 후유증이 있을 수 있는지, 당시의 환자 상태가 어떠한지, 간호사의 지질과 숙련도는 어느 정도인지 등의 여러 사정을 참작하여 개별적으로 결정하여야 한다⁴⁰⁾고 판시한 바 있다. 물론 간호사의 부주의함이나 업무태만의 경향이 명백해지거나 분업의 정상적 진행에 대한 신뢰를 깨뜨리는 다른 사정이 나타난다면, 의사는 좀 더 빈번히 감독하고, 업무지시를 다시 명백히 내리고, 필요한 재교육을 시키는 등 위험관리의무를 강화해야만 할 것이다.⁴¹⁾

3. 수직적 의료분업에서 의사의 보증인적 지위

수직적 의료분업에서는 의사가 감독을 잘못된 것(작위)이 아니라 요구되는 감독행위를 하지 않는 것(부작위)이므로, 의사의 감독의무도 의사의 환자경과관찰의무와 함께 환자의 사상을 방지하는 (계약을 근거로 한) 보증인의무의

39) 이상돈, 앞의 책, 제115면.

40) 대법원 2003. 8. 19. 선고 2001도3667 판결(간호사가 의사의 처방에 의한 정맥주사(Side Injection 방식)를 의사의 입회 없이 간호실습생(간호학과 대학생)에게 실시하도록 하여 발생한 의료사고에 대하여 의사의 과실을 부정한 사안임).

41) 정용석, 앞의 논문, 제90면.

한 유형으로 생각할 수 있다.

그런데 부진정부작위범에서 보증인지위(Garantenstellung)를 인정하기 위해서는 첫째, 법익의 담당자가 위협되는 침해에 대하여 스스로 보호할 능력이 없고, 둘째, 부작위범에게 그 위협으로부터 법익을 보호해야 할 의무, 즉 작위의무(보증인의무)가 있고, 셋째, 부작위범이 이러한 보호기능에 의하여 법익 침해를 야기할 사태를 지배하고 있을 것을 요한다. 그런데 위험원관리의무를 지는 의사에게 안전의무로 인한 보증인지위를 인정한다고 하더라도 보호기능에 따른 법익침해를 야기할 사태를 지배하고 있다고 보는 것은 곤란할 것이다. 왜냐하면 수직적 분업을 인정하는 한, 분담한 업무의 이행을 통한 결과방지의무는 간호사 등 하위의료인만이 지는 것이며, 의사는 하위의료인의 이러한 의무이행을 감독할 의무만을 부담하기 때문이다.

결국 의사의 보증인의무는 자신이 직접 결과방지업무를 수행하는 경우에는 (이른바 자발적 인수에 의한) ‘보호보증인’이지만, 수직적 분업이 이루어지는 경우에 특정 업무를 간호사 등 하위의료인이 맡게 되면, 의사는 - 그 업무에 관한 한 - 그 업무의 정상적 이행을 관리·감독하는 위험원관리의무를 부담한다고 볼 수 있고, 이러한 위험원관리의무로부터 위협이 증대될 경우에만 객관적 귀속(주의의무위반관련성)이 인정된다고 볼 수 있으며, 이 경우도 의사의 감독태만은 업무상과실치사상죄의 정범인 하위의료인에 대한 부작위에 의한 방조행위로 평가될 수밖에 없을 것이다.

그런데 현행법상 ‘과실범’에 대한 방조는 간접정범(형법 제34조)에 해당하여 처벌이 가능하지만, ‘과실(부작위)’에 의한 ‘과실범’에 대한 방조는 처벌할 수 없다. 따라서 수직적 의료분업에 있어서 의사의 감독의무위반이라는 과실은 형사책임의 문제가 아니라 민법상의 제재를 - 예컨대 간호사 등을 이행보조자로 볼 때에는 채무불이행책임(민법 제390조)을, 간호사 등을 피용자로 볼 때에는 사용자의 손해배상책임(민법 제756조)을 - 받는 과실(채무불이행 또는 불법행위)로만 남게 될 뿐이다.⁴²⁾ 즉 의사의 직접적인 환자경과관찰의 무위반이 있는 경우는 별론으로 하고, 간호사 등 하위의료인을 통한 위험원관

리의무위반이 있는 경우에는 형법상의 개인책임의 원칙상 직접 당사자인 하위 의료인에게 책임을 지우는 것이 타당하고, 의사에게는 형사상 책임이 아닌 민사상 책임만을 지우는 것이 옳다고 본다. 그리고 이렇게 보는 것이 의료체계상 하위의료인에게 독자적인 지위를 인정해 주는 대신, 의료과정상의 환자경과 관찰의무에 대한 보다 세심한 주의를 요구할 수 있을 것이다.

4. 구체적 고찰

가. 의사와 간호사 등 숙련보조자와의 관계

우리나라의 다수견해는 의사와 간호사, 조수 등의 숙련보조자 사이의 수직적 분업에서 의사는 자격을 갖춘 보조자를 채용하고 또 치료시에는 의사 자신의 의견과 의료관례를 주지시키고, 특히 위험한 업무를 위임할 경우에는 의사 자신의 지시내용이 정확히 준수되어야 함을 주지시킬 의무를 부담하므로 의사의 특별한 조치가 존재하지 않는 한 기본적으로 신뢰의 원칙이 적용되지 않는 것으로 보고 있다. 그 이유를 규범적으로 의료법의 규정에 근거한 것으로 보는 견해가 있다. 즉 의료법 제2조 제2항 제5호에 따르면 “간호사는 상병자 또는 해산부의 영양상의 간호 또는 진료의 보조 및 대통령령이 정하는 보건활동에 종사함을 임무로 한다”고 규정하고 있으므로 진료행위의 주체는 어디까지나 의사이며, 간호사는 의사의 진료의무를 이행하는 보조자에 해당된다는 것이다. 이러한 논리의 배경에는 i) 진료행위의 전체에 대한 의무는 의사가 부담하며, ii) 진료행위의 일부를 간호사에게 맡기는 경우에는 간호사의 과오를 방지하기 위하여 간호사를 지도·감독할 의무가 있으며, iii) 간호사가 과실로 결과물을 발생시킨 경우에는 그와 같은 지도·감독의무를 위반한 것으로 볼 수 있다는 것을 전제한다고 볼 수 있다. 판례도 의사는 전문적 지식과 기능을 가지고 환자의 전적인 신뢰하에서 환자의 생명과 건강을 보호하는 것을 업으로 하는

42) 이상돈, 앞의 책, 제126면.

자로서, 그 의료행위를 시술하는 기회에 환자에게 위해가 미치는 것을 방지하기 위하여 최선의 조치를 취할 의무를 지고 있고, 간호사로 하여금 의료행위에 관여하게 하는 경우에도 그 의료행위는 의사의 책임하에 이루어지는 것이고 간호사는 그 보조자에 불과하므로, 의사는 당해 의료행위가 환자에게 위해가 미칠 위험이 있는 이상 간호사가 과오를 범하지 않도록 충분히 지도·감독을 하여 사고의 발생을 미연에 방지하여야 할 주의의무가 있고, 이를 소홀히 한 채 만연히 간호사를 신뢰하여 간호사에게 당해 의료행위를 일임함으로써 간호사의 과오로 환자에게 위해가 발생하였다면 의사는 그에 대한 과실책임을 면할 수 없다⁴³⁾고 판시하고 있는바, 이는 의사들에게 총괄책임을 부여하는 한편, 이들에게 다른 의료팀의 업무에 대한 전면적 감독권을 인정하는 것으로, 민법 제391조 채무자의 법정대리인이 채무자를 위하여 이행하거나 채무자가 타인을 사용하여 이행하는 경우에는 법정대리인 또는 피용자의 고의나 과실은 채무자의 고의나 과실로 본다⁴⁴⁾는 이행보조자의 논리가 그 저변에 깔려 있는 것으로 보인다.

그러나 형사책임은 엄격한 의미의 행위자 개인의 책임, 즉 ‘개별책임’이므로 행위자 개인이 지킬 수 있고 또 지켜야 마땅한 생활세계의 기초규범을 그 전제로 해야만 한다. 따라서 이행보조자의 과실은 비록 채무불이행책임의 귀속에서는 채무자의 과실로 간주될 수 있지만, 형사책임의 귀속에서는 오직 그 이행보조자의 과실로 남을 뿐이다. 즉 형사책임의 보호규범의 영역에서는 이행보조자의 과실행위는 채무자가 비록 이행행위를 지시할 수는 있어도 그 구체적인 이행과정에서 마치 자기의 행위처럼 지배·조종할 수는 없기 때문이다. 따라서 채무자와 이행보조자의 형사책임은 민사책임(채무불이행)과는 달리 각자가 부담하는 주의의무의 내용과 그 위반여부를 검토하여 따로따로 판단되어야 할 것이다.⁴⁴⁾

43) 대법원 1998. 2. 27. 선고 97도2812 판결.

44) 대법원 2003. 8. 19. 선고 2001도3667 판결. 「간호사가 ‘진료의 보조’를 함에 있어서는 모든 행위 하나하나마다 항상 의사가 현장에 입회하여 일일이 지도·감독하여야 한다고

문제는 수직적 의료분업을 인정하는 것이 타당하다고 볼 때, 어떻게 위임이 가능한 영역과 위임이 금지되는 영역을 나눌 수 있으며, 또 여기서 위임의 금지가 의료적 행위 자체의 위임을 금지하는 것인지 아니면 의료적 행위의 적응성 검사 등의 위임을 금지하는 것인지 여부도 논란의 대상이 될 수 있을 것이다. 결국 이는 의료행위에 관한 구체적 고찰을 통해서 판단할 수밖에 없을 것이지만, 의료적 행위 자체의 위임을 금지한 경우로 본다면 위임을 했다는 그 사실로부터 객관적 주의위무위반이 인정되어 위험을 실현했다고 볼 수 있을 것이며, 의료적 행위의 적응성검사 등의 위임을 금지한 것으로 볼 수 있다면 의료적 행위 자체는 사실행위이므로 의사가 행하던 숙련된 간호사가 행하던 별 차이가 없다고 보아야 한다. 따라서 의사의 지시에 따라 간호사 등 하위의료인이 그대로 의료행위를 행하는 경우라면, 과실판단의 기준은 당연히 의사의 그것이 적용되고, 그 책임 또한 의사만이 부담해야 할 것이지만, 의료적 행위 자체의 위임이 허용되는 영역에서는 원칙적으로 간호사 등 하위의료인이 책임을 져야 할 것이며, 다만 의사에게 간호사 등 하위의료인에 대한 적절한 위험원관리의 무에 위배되는 지휘·감독이 있는 경우에는 자신의 과실에 따른 책임을 부담한다고 보아야 할 것이다. 왜냐하면 과실적 부진정부작위범에 있어서 실현되지 않은 행위(위임상의 주의위무위반)가 결과를 저지했을 수 있었는지 여부가 중요한 것이 아니라, 위험의 창출 내지 예방조치의 미실행(위험원에 대한 주의의 무위반)으로 인해 허용된 위험의 범위를 넘어서게 했는지, 그리고 이러한 이미 허용되지 않게 된 위험원이 결과를 실제로 초래했는지에 대해서만 따져보아야 하기 때문이다.

반면에 X-레이검사 등 나타난 결과에 대한 의료적 판단 자체는 언제나 의사

할 수는 없고, 경우에 따라서는 의사가 진료의 보조행위 현장에 입회할 필요 없이 일반적인 지도·감독을 하는 것으로 족한 경우도 있을 수 있다 할 것인데, 여기에 해당하는 보조행위인지 여부는 보조행위의 유형에 따라 일률적으로 결정할 수는 없고 구체적인 경우에 있어서 그 행위의 객관적인 특성상 위험이 따르거나 부작용 혹은 후유증이 있을 수 있는지, 당시의 환자 상태가 어떠한지, 간호사의 자질과 숙련도는 어느 정도인지 등의 여러 사정을 참작하여 개별적으로 결정하여야 한다.

가 스스로 행하여야 하지만, 통상 의료적 검사는 각 영역 전문가(예컨대 혈액 검사는 임상병리사가, 방사선검사는 방사선기사가, 위생검사는 위생검사가 한 경우)에 의하여 행해지므로 의료적 검사 자체의 위임을 금지할 수는 없다고 보여진다. 이하에서는 위임의 가능여부와 관련된 의료행위의 유형에 따라 구체적으로 고찰하기로 한다.

① 수혈의 경우⁴⁵⁾: 채혈에 대해서는 의사의 지시하에 간호사가 할 수 있으나, 수혈에 대해서는 의사만 할 수 있다는 것이 통설이며,⁴⁶⁾ 판례는 아래에서 보는 것처럼 불가피한 경우를 제외하고는 의사가 직접 하도록 하고, 간호사에게 수혈하도록 하는 경우에도 의사의 지시감독의 수준을 매우 높게 요구하고 있다. 그리고 이 판결⁴⁷⁾이 나온 이후 종합병원에서는 간호사가 직접 수혈하지 않고 인턴이 수행하는 경우가 많아지고 있으나, 아직도 중소병원을 포함한 많은 병원에서는 대부분의 수혈과정에 간호사가 참여하고 있을 뿐만 아니라, 비록 간호사가 혈액을 직접 환자에게 주입하지 않는다 해도 실제로 수혈이 이루어지기까지의 준비사항들은 대부분 간호사에 의해 이루어지며, 수혈의 전 과정을 모니터하고 환자의 반응을 관찰하고 기록하고 있다. 따라서 수혈이 간호업무의 중요한 한 부분이라는 점을 고려할 때, 수혈이라는 행위 자체가 금지된 것으로 볼 수는 없으며(위임상의 주의의무위반), 다만 수혈을 하는 과정에서 적응증(適應症)과 관련하여 수혈의 적부와 그 시기에 대한 판단이 의사에게 일임되었다고 보는 것이 타당하다고 본다. 왜냐하면 보건복지부에서 마련한 지침에 따르면 수혈을 위한 혈액검체의 채혈에 대하여 “수혈을 위한 혈액검체는 의사, 임상병리사에 의해 채혈한다”고 규정하고 있으며, 수혈혈액의 주입과 관련해서도 “의사 또는 간호사는 환자 또는 보호자에게 직접 환자 본인의 성명, 연령 및 혈액형 등을 구두로 질문하여 수혈된 혈관과 환자의 인적사항 및 혈액형 등이 동일한지를 반드시 확인한 후 수혈혈액을 주입하여야 한다”고 하

45) 자세한 내용은, 문국진, “수혈사고 판례의 법의학적 분석”, 『검찰』, 제76호, 1979. 12, 제26면.

46) 이인영, “의료분업과 신뢰의 원칙”, 『연세법학연구』, 제6집 제1권, 1999, 제205면.

47) 대법원 1998. 2. 27. 선고 97도2812 판결.

여 간호사도 이를 행할 수 있도록 규정하고 있기 때문이다.⁴⁸⁾

② 주사의 경우: 주사란 치료행위는 그것이 신체에 미치는 영향이 지대하고 또 고도의 기술을 요하는 것이므로 정맥주사이든 피하근육주사이든 간에 의사 자신이 직접 행하여야 한다고 보는 것이 일반적인 견해이지만,⁴⁹⁾ 사실상 대부분의 병의원에서는 간호사나 간호보조원이 시주행위를 하고 있고,⁵⁰⁾ 간호보조원도 간호보조원규칙 제2조에 의하여 의사의 지시·감독을 받고 있는 한 그 업무 범위 내에서 시주행위를 할 수 있다고 보는 보건사회부의 해석(1974. 9. 24. 보건사회부 질의회답 참조) 등을 고려해 볼 때, 주사행위 자체는 위임이 가능한 영역으로 보아야 할 것이다. 따라서 주사행위의 시주기능(施注機能) 자체를 하위의료인의 직무에 속한다고 보는 한, 주사로 인한 쇼크사 등의 불의의 결과에 대하여 의사를 주된 진료과오의 책임자로 무조건 귀착시키는 것은 문제가 있으며, 이는 의사의 구체적인 지시·감독이 어느 정도로 있었는가에 따라 개별적으로 판단하는 것이 타당할 것이다.

이러한 주사로 인한 사고는 그 요부, 그 시기, 약액(藥液)의 종류와 그 분량, 그 부위, 그 기법, 세균침입의 위험 등으로 나누어 볼 수 있는데, 통상 의사에게는 주사약의 확인의무와 주사대상 및 부위의 확인의무 그리고 주사 후 처치의 주의의무가 인정되는 반면, 주사기 등의 소독의무⁵¹⁾와 주사기술상의 주의의무는 간호사에게 위임되는 영역으로 보아야 할 것이다.

③ 일상적인 환자간호(患者看護) 및 감호(監護): 흔히 임상에서 간호사 등

48) 보건복지부, 『투약 및 수혈사고 방지를 위한 지침』, 1996.

49) 정영일, 앞의 논문, 제51면; 윤경현, “의료과오의 책임”, 『사법논집』, 제6집, 법원도서관, 1975, 제137면.

50) 간호사의 투약행위 중 혈맥주사에 대하여 1985년 보건복지부 유권해석을 보면 진료보조 업무로서 의사의 지도하에 할 수 있는 행위로 보고 있다(의제 01254-67779, 1985.8.29).

51) 대법원 1971. 7. 29. 선고 71다1236 판결(기록에 의하면 간호사가 주사할 때 주사기내에 공기를 배출시키지 않은 채 공기까지를 주사하였고 또 주사부위를 잘못하여 둔근주위에 있는 혈관에 주사침을 놓아 주사기 안으로 붉은 피가 스며들었으며 또한 주사액의 불량, 주사기 또는 주사침의 소독 불완전 또는 주사 놓은 간호사의 수지 또는 환자의 주사부위 등의 소독불완전 등 진료행위상의 과실로 인하여 사망한 것이라고 주장하고 증인을 신청하였음에도 불구하고 원심은 이를 조사하지 않고 주사의 방법, 주사액의 불량 등 피고의 잘못으로 사망하였다는 뚜렷한 증거가 없다고 판단한 것은 심리 미진의 잘못이 있다).

하위의료인에게 문제되는 과실로 투약과오, 정맥주입 환자의 관찰 소홀, 환자 상태의 변화에 대한 알람 및 보고지연, 그리고 환자가 호소하는 불평에 대한 무시 등이다. 그런데 간호사 등 하위의료인의 환자상태변화에 대한 관찰과 같은 일상적인 환자간호 및 감호는 의사의 처방에 의하는 경우와 의사의 처방 없이 하위의료인의 독자적인 간호계획에 의해 수행되는 경우로 나누어 볼 수 있으나, 어느 경우이건 간호처치행위 자체에 대한 책임은 하위의료인에게 있다고 보아야 한다. 왜냐하면 간호대상자에 대한 정확하고도 세심한 주관적 및 객관적 관찰은 간호전문직의 고유한 의무로 보아야 하기 때문이다. 따라서 일반적인 환자경과관찰업무인 활력체크나 위급시 연락하는 것은 하위의료인이 처리할 수 있는 위임이 허용된 임무로 보아야 할 것이며, 이를 이행하지 않은 경우 간호사의 과실만이 인정된다⁵²⁾고 볼 것이다.

④ 특별한 환자간호(患者看護) 및 감호(監護): 마취환자나 위급한 환자와 같은 특별한 환자의 간호 및 감호에 대해서는 의료종사자에게 보다 높은 주의 의무가 요구되므로, 특별한 사유가 없는 한, 위임이 허용될 수 없는 영역으로 보아야 한다. 따라서 의사의 진료의무가 위험원감독의무로 전환될 수는 없다⁵³⁾고 본다.

나. 의사와 미숙련 보조자간의 관계

의사가 간호조무사나 간병인 등 이른바 미숙련 보조자로 하여금 의료행위를 보조하게 한 경우, 의사가 이들 보조자를 선발·지휘·감독하는데 있어서는 그들의 무지와 무경험을 고려하여야 하며, 그에 따라 의사의 주의의무의 폭도 결정될 것이다.⁵⁴⁾ 의사와 미숙련 보조자와의 공동협조시 의사는 항상 위험의 정도를 고려하고 전체적인 안전수단을 준비해야 하므로 신뢰의 원칙은 일반적으로 인정되지 않는다.⁵⁵⁾

52) 대법원 2007. 9. 20. 선고 2006도294 판결.

53) 대법원 1994. 12. 22. 선고 93도3030 판결; 대법원 1994. 4. 26. 선고 92도3283 판결.

54) 정영일, 앞의 논문, 제54면.

다. 의사와 환자와의 관계

의료행위는 전문적인 의학지식과 임상경험을 전제로 하고 있고 또 거기에 필요한 인원과 도구는 전적으로 의사 측의 독점적 지배하에 있으며, 의사는 환자의 보호자적 지위에 있을 뿐만 아니라 실제로 환자는 일반적으로 치료조치의 합목적성과 그 위험성을 잘 판단할 수 있는 지위에 있지 아니하므로, 원칙적으로 의사와 환자 사이에 신뢰의 원칙을 적용하여 의사의 책임을 경감할 수 없다. 따라서 의사는 환자 개개인의 언동에 따라 환자가 어느 정도로 의사를 신뢰하고 협력하고 있는가를 스스로 판단해야 한다. 예를 들어 의사가 피해자 측으로부터 전일(前日) 페니실린주사를 맞고 부작용을 일으킨 것 같다고 하는 말을 들은 경우에는 피해자가 전일 페니실린시주(施注) 후의 증세가 어떠하였는가에 대하여 더 엄밀히 문진 기타 가능한 방법에 의하여 조사를 하고 그 증상이 페니실린의 부작용이 아니었다는 확실한 진단이 있기 전에는 함부로 위 약제(藥劑)를 시주하는 행위를 삼가야 할 것이고, 그와 같은 증상이 페니실린주사의 부작용에 의한 증상이 아니라고 진단을 하게 되어 환자에게 동(同) 주사를 시주할 때에 있어서도 시주 후 부작용이 있을 것을 상정하고 의학적으로 기대되는 사전조치를 준비하고 시주한 후에 의당 하여야 할 사후관찰을 하고 부작용이 있다고 진단되는 경우에는 즉시 의학적으로 기대되는 적절한 사후치료조치를 다하여야 할 업무상 주의의무가 있다⁵⁶⁾고 할 것이다. 다만 환자가 의사의 지시나 권고를 무시하거나 문진에 대하여 중요한 사항을 숨기는 등의 행위가 있는 경우에는 의사의 책임을 부정할 경우도 있을 것이다.⁵⁷⁾ 이러한 법리는 한의사의 경우에도 마찬가지로 적용된다. 판례도 한의사인 피고인이 피해자에게 문진하여 과거 봉침을 맞고도 별다른 이상반응이 없었다는 답변을 듣고 알레르기 반응검사(skin test)를 생략한 채 환부인 목 부위에 봉침시술을 하였는데, 피해자가 위 시술 직후 아나필락시 쇼크반응을 나타내는 등 상해를

55) 대법원 1972. 5. 9. 선고 71다2731, 2732 판결; 대법원 1990. 5. 22. 선고 90도579 판결.

56) 대법원 1976. 12. 28. 선고 74도816 판결.

57) 대법원 1983. 5. 24. 선고 82도289 판결.

입은 사안에서, 피고인에게 과거 알레르기 반응검사 및 약 12일 전 봉침시술에서도 이상반응이 없었던 피해자를 상대로 다시 알레르기 반응검사를 실시할 의무가 있다고 보기는 어렵고, 설령 그러한 의무가 있다고 하더라도 제반 사정에 비추어 알레르기 반응검사를 하지 않은 과실과 피해자의 상해 사이에 상당인과관계를 인정하기 어렵다는 이유로 한의사의 과실을 부정한 바 있다.⁵⁸⁾

V. 결 론

의료행위의 긴급성과 특수성을 고려해 볼 때, 의사의 치료행위와 그에 따른 과실의 영역을 다른 사고영역과 단순 비교하여 형사책임을 논하는 것은 문제가 있다. 왜냐하면 치료행위 자체가 전문적인 의료지식을 필요로 할 뿐만 아니라 임상현실에서 무엇이 최선이었는가는 결과론적인 사후판단에 기초하는 것이어서 그 적법·부적법에 대한 판단을 하는 것이 용이하지 않기 때문이다.

물론 대부분의 사안에서는 과실판단의 중요한 보조자료로서 의학적 전문가에게 감정 등을 의뢰하고 있지만, 그것만으로 문제가 해결되는 것은 아니다. 따라서 ‘지나치게 심한 실수’로 보여지지 아니하는 한 ‘형법의 최후수단성’에 비추어 형사과실을 민사과실보다 한 단계 높은 레벨에 한정하는 해석론의 전개가 필요하며, 이는 판례가 형사과실에 객관적 귀속론을 도입하여 민사상의 인과관계와 다른 해석을 함으로써 해결될 수 있다고 본다. 왜냐하면 앞에서 언급한 ‘사랑니 발치후 패혈증 사망사건’에서 본 것처럼 동일사안에 대하여 형사소송에서는 의료인의 과실을 부정하면서, 민사소송에서는 이를 긍정한다면 법률의 문외한인 일반 국민에게 사법불신을 조장하는 원인이 될 수 있기 때문이다. 물론 형사판결의 증거력평가는 민사사건에서 법관의 자유심증에 속하는 것이 사실이지만(민사소송법 제202조), 판례의 주류입장은 확정된 형사판결

58) 대법원 2011. 4. 14. 선고 2010도10104 판결.

은 특별한 사정이 없는 한 유력한 증거자료가 되므로, 이를 특별한 사정없이 배척하는 것은 경험법칙에 위반된다는 태도를 취하고 있다⁵⁹⁾는 점에서 민사소송과 형사소송을 완전히 완전분화시키는 것도 문제이다. 이와 관련하여 소송촉진등에관한특례법 제25조 이하에서는 배상신청, 즉 부대소송(附帶訴訟) 형식으로 불법행위에 의한 배상청구를 당해 형사소송절차에 함께 병합청구하는 길을 열어놓고 있으나 일정한 범죄에 대하여 유죄판결을 선고할 경우에 한정되며(소송촉진등에관한특례법 제25조), 정신적 손해는 제외된다는 점에 한계를 지니고 있다.

특히 우리나라에서는 일반적인 형태로 형법 제268조가 업무상과실치사상죄를 규정하고 있고 의료과실의 경우도 그 적용의 가능성이 일반적으로 시인되고 있으나, 의료과실에 대한 형사처벌에 있어서는 그것이 사회현실에 어떠한 영향을 주는가 하는 점이 또한 고려되어야 한다. 지나친 형벌권의 관여로 인하여 이른바 의료인들의 진료기피현상이나 보신치료(保身治療)(defensive medicine)현상이 나타난다면 이는 오히려 의료의 본질적 성격에 어긋나는 것이 될 뿐만 아니라 사회발전에도 역행하는 결과가 될 것이기 때문이다. 뿐만 아니라 앞에서도 언급한 바와 같이 의료과실의 문제는 적어도 교통사고나 공해 문제 등과는 달리 이른바 피해자구제의 논리를 그대로 끌어들이는 단순한 발상만으로 해결이 되지 않는다는 점에 주의할 필요가 있다. 의료의 사회적 기능 및 요청에 비추어 볼 때, 형벌권의 억제 등 여러 형사정책적인 사정들이 참작되어야 하기 때문이다. 따라서 의료과실의 문제를 형사문제로 취급함에 있어서는 이러한 여러 가지 문제점에 대한 비교교량이 전제가 되어야 할 것이다. 여기에 의료과실에 대한 형사처벌의 한계가 있다고 하겠다.

결국 기본적으로 민사소송에서는 피해자와 가해자 간의 이해의 조정이 중

59) 대법원 1995. 1. 12. 선고 94다39215 판결; 대법원 1983. 9. 13. 선고 81다1166 판결. 「원래 민사재판에 있어서는 형사재판의 사실인정에 구속을 받는 것이 아니라고 하더라도 동일한 사실관계에 관하여 이미 확정된 형사판결이 유죄로 인정한 사실은 유력한 증거자료가 되므로 민사재판에서 제출된 다른 증거들에 비추어 형사재판의 사실판단을 채용하기 어렵다고 인정되는 특별한 사정이 없는 한 이와 반대되는 사실을 인정할 수 없다.

요하지만, 형사소송에서는 공동생활의 질서를 파괴한 행위에 대한 제재에 중점이 있다고 본다면, 과실적 의료행위에 대하여 중대한 과실이 없는 한,⁶⁰⁾ 후자보다는 전자에 중점을 두는 입법정책이 필요할 것이다. 왜냐하면 의료사고를 둘러싼 의사와 환자 사이의 투쟁이 결국 ‘배상금을 향한 투쟁’이라면, 형사사건으로 끌고 나간들 의사나 환자 모두에게 손해가 될 것이기 때문이다. 따라서 수평적 의료종사자 사이에서는 과실귀속에서 책임을 분할하고, 수직적 의료종사자 사이에서는 인관관계에서의 책임분할을 전제로, 다시 민사책임에서 인과관계를 인정하는 판단기준과 형사책임에서 객관적 귀속을 인정하기 위한 요건인 주의의무위반관련성 및 규범의 보호범위의 영역⁶¹⁾을 별도로 설정하여 후자의 요건을 보다 엄격하게 인정하는 방법론이 필요하다고 본다.

주제어 : 분업적 의료행위, 수평적 의료분업, 수직적 의료분업, 신뢰의 원칙

60) 대법원 1986. 10. 28. 선고 84다카1881 판결.

61) 자세한 내용은 정응석, 앞의 논문, 제72~79면 참조.

[참 고 문 헌]

- 김기령, “의료의 실제와 의료책임의 판례동향”, 『대한변호사협회지』, 1981.
- 김기영, “수평적 의료분업과 의료기관 간의 신뢰의 원칙과 한계”, 『외법논집』, 제36권 제2호, 2012.
- 김민중, “수평적 분업의료에 있어서 신뢰와 불신”, 『의료법학』, 제11권 제1호, 2010.
- 박영호, “의료소송과 사실적 인과관계”, 『사법논집』, 제35집, 법원도서관.
- _____, “의료소송에 있어서 주의의무위반여부의 판정기준”, 『사법논집』, 제32집, 법원도서관.
- 이상돈, 『의료형법』, 법문사, 1998.
- 이인영, “의료분업과 신뢰의 원칙”, 『연세법학연구』, 제6집 제1권, 1999.
- 전병남, “의료분업과 신뢰의 원칙”, 『의료법학』, 제4권 제1호, 2003.
- 정영일, “분업적 의료행위에 있어서 형법상 과실책임”, 『형사판례연구』, 제6권, 1998.
- 정용석, “의료사고에 따른 의료종사자 사이의 형사책임관계 수평적·수직적 의료종사자 사이의 신뢰의 원칙을 중심으로”, 『의료법학』, 제5권 제2호, 2004.
- _____, “세칭 보라매병원사건의 제1심, 제2심 판결에 관한 형사법적 고찰”, 『의료법학』, 제4권 제1호, 2003.
- _____, “의료사고에서 의사의 주의의무위반관련성”, 『의료법학』, 제5권 제1호, 2004.
- 최호진, “분업적 의료행위에 따른 형사책임의 분배 - 특히 수직적 의료분업을 중심으로”, 『형사법연구』, 제19권, 2007.
- 한경국, “의료과오에 관한 형사법적 고찰”, 『재판자료』, 제27집, 1985.
- Ulsenheimer, *Arztstrafrecht in der Praxis*. 2.Aufl., 1998.
- C. Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, Berlin: Walter de Gruyter, 1984.
- H. H. Jescheck/T. Weigend, *Lehr des Strafrechts*, 5.Aufl., 1996.

A Criminal Liability of the Divisional Medical-institution

Jeong Oung-Seok

Department of Law Seokyeong University

=ABSTRACT=

A criminal liability of the divisional medical-institution is faced a new aspect in the connection with development of the medical technology. Especially, a division of labor in the medical-institution in Korea will be greatly increased in the foreseeable future. A general hospital will be frequently confronted with sophisticated techniques such as MRI, CT-screen. Accordings to the nature of its functions, a general hospital may make accommodation or services or both available for patients who give undertakings (or for whom undertakings are given) to pay, in respect of the accommodation or services (or both) such charges as the government may determine. It shall be the duty of the government to develop, promote and regulate a criminal liability of the divisional medical-institution. Above all, the government shall have to determine the standard of a criminal liability of the medical-institution in the horizontal specialization and the vertical specialization. But, the court may give finally by directions the standard of the criminal liability of the divisional medical-institution.

Keyword: A divisional medical-institution, A medical-institution in the horizontal specialization, A medical-institution in the vertical specialization, A principle of Reliance