

형사상 의료과실 및 인과관계 인정과 관련된 대법원 판례분석

박 영 호*

I. 형사사건에서 의료과실의 인정기준

1. 일반론
2. 민사사건에서의 과실 및 인과관계 인정기준과의 차이
3. 동일한 사안에 대해 민·형사재판에서 달리 판단할 수 있는가?

II. 최근 형사상 의료과실 및 인과관계의 인정에 관한 대법원 판례의 경향

III. 대법원 2014. 5. 29. 선고 2013도14079판결

1. 공소사실의 요지
2. 하급심의 판단
3. 상고이유의 요지
4. 대법원 판결내용
5. 위 대법원 판례 분석

IV. 대법원 2014. 7. 24. 선고 2013도16101판결

1. 공소사실의 요지
2. 하급심의 판단
3. 상고이유의 요지
4. 대법원 판결내용
5. 위 대법원 판례 분석

V. 결 론

* 논문접수: 2014. 11. 18. * 심사개사: 2014. 11. 18. * 수정일: 2014. 12. 10. * 게재확정: 2014. 12. 20.
* 대법원 재판연구관.

I. 형사사건에서 의료과실의 인정기준

1. 일반론

가. 의사의 주의의무 및 판단기준¹⁾

의료사고에 있어서 의사의 과실을 인정하기 위해서는 ① 결과발생에 대한 예견가능성과 ② 회피가능성 위반의 과실이 인정되어야 한다는 것이 확립된 대법원 판례이다.

그리고, 이러한 의료과실의 유무를 판단함에는 같은 업무와 직무에 종사하는 일반적 보통인의 주의정도를 표준으로 하여야 하며, 이에는 사고 당시의 일반적 인 의학의 수준과 의료환경 및 조건, 의료행위의 특수성 등이 고려되어야 한다.

특히나 우리나라에서는 한방과 양방 의료면허를 명확하게 구분한 후 한의사가 양방의료 행위를 할 수 없고, 양의사가 한방 의료행위를 할 수 없도록 엄격하게 규율하고 있으므로 다음 대법원 판례의 태도에 비추어 보면 한의사의 경우에는 양의사가 아닌 같은 업무와 직종에 종사하는 한의사의 주의정도가, 양의사의 경우에는 한의사가 아닌 양의사의 주의정도가 표준이 되어야 할 것이다.

(1) 대법원 2011. 4. 14. 선고 2010도10104 판결

의료사고에 있어서 의사의 과실을 인정하기 위해서는 의사가 결과발생을 예견할 수 있었음에도 불구하고, 그 결과발생을 예견하지 못하였고 그 결과발생을 회피할 수 있었음에도 불구하고, 그 결과발생을 회피하지 못한 과실이 검토되어야 하고, 그 과실의 유무를 판단함에는 같은 업무와 직종에 종사하는 일반적 보통인의 주의정도를 표준으로 하여야 하며, 이에는 사고 당시의 일반적 인 의학의 수준과 의료환경 및 조건, 의료행위의 특수성 등이 고려되어야 한다. 이러한 법리는 한의사의 경우에도 마찬가지로 할 것이다.

1) 최재천·박영호, 『의료과실과 의료소송』, 육법사, 2000, 제291면 이하.

나. 결과 예견가능성이 필요함²⁾

형사상 의료과실이 인정되기 위해서는 우선 의료행위시 범죄사실, 구성요건의 결과에 대한 예견 가능성 즉 환자의 생명·신체에 대한 침해행위가 발생할 수 있다는 것을 인식·예견할 수 있는 가능성이 있어야 한다.

결과가 확실히 발생한다고 인식할 정도일 필요는 없고, 임상의학적으로 실증되고 공개된 것으로 판단하여 위협의 발생이 사정에 따라 있을 수 있다고 예견되면 충분하다 할 것이다.

다. 결과 회피가능성이 필요함³⁾

앞서 본 바와 같이 의료행위시 의사가 환자의 생명과 건강의 침해위험성을 예견하였다면 의사로서는 이러한 위험성을 회피하는데 필요한 행위를 할 의무를 진다. 질병과 그 치료에 따르는 위험을 방지하기 위하여 각종 검사를 하고 확인하며, 적절한 치료방법을 택하여야 한다. 여러 가지 결과회피수단 중에서 가장 확실도가 높은 수단을 취하는 것이 과학적으로 바람직하지만 법적으로 항상 그것을 요구할 수 없을 것이다. 따라서 의사의 형사상 과실을 인정하기 위해서는 예상되는 위협의 개연성, 위협의 원인이 되는 행위의 목적, 성질, 다른 위험방지조치의 유효성, 환자 측의 피해방지능력 등 다른 제반사정을 고려하여 의사가 주의의무를 다하였다면 결과를 회피할 수 있었음에도 그러한 의무를 다하지 않았는지 여부를 판단하여야 할 것이다.

라. 의료행위의 재량성은 의사의 형사상 과실을 판단하는데 있어서 매우 큰 부정적인 역할을 담당함

대법원 2008. 8. 11. 선고 2008도3090 판결은 “의사는 진료를 행함에 있어 환자의 상황과 당시의 의료수준 그리고 자기의 지식경험에 따라 적절하다고

2) 최재천·박영호·홍영균, 『의료형법』, 육법사, 2003, 제54~57면.

3) 최재천·박영호·홍영균, 『의료형법』, 육법사, 2003, 제57~58면.

판단되는 진료방법을 선택할 상당한 범위의 재량을 가진다고 할 것이고, 그것이 합리적인 범위를 벗어난 것이 아닌 한 진료의 결과를 놓고 그중 어느 하나만이 정당하고 이와 다른 조치를 취한 것은 과실이 있다고 말할 수는 없다.”고 판시하여 의사가 치료목적을 실현하기 위하여 처치 및 위험을 충분히 고려하여 적절하다고 판단되는 치료를 하였다면 그것이 구체적 상황 하에서 의술의 법칙으로부터 현저하게 이탈하거나 합리성이 결여되어있다고 인정되는 경우가 아닌 한 한 의사의 재량의 범위내로 보아 과실 책임을 배제하여야 하므로, 의료행위의 특징 중 하나인 의료행위의 재량성은 의사의 형사상 과실을 판단하는데 있어서 매우 큰 부정적인 역할을 담당하고 있다.

2. 민사사건에서의 과실 및 인과관계 인정기준과의 차이: 입증정도 및 입증책임을 완화 여부 자체에서 차이 남⁴⁾

가. 의료과실과 관련해서는 민사와 형사사건은 입증정도에서 차이가 남

의료과실로 인한 민사상 손해배상청구 소송에서는 의사의 과실에 대한 입증책임을 완화하는 방향으로 나아가고 있다.

하지만 의료과실을 근거로 한 형사사건에서는 다음 판례에서 보는 바와 같이 in dubio pro reo의 원칙에 따라 검사가 의사의 과실에 대하여 엄격한 증명을 하여야 한다는 입장을 그대로 유지하고 있어, 과실에 대한 입증책임을 완화하지 않고 있다.

☞ 대법원 2000. 12. 22. 선고 99도44 판결

주의의무 위반에 대한 입증의 완화 등과 관련한 상고이유는 실제적 진실발견과 엄격한 죄형법정주의를 바탕으로 ‘의심스러울 때 피고인의 이익’으로 라는 원칙에 따라 ‘심리적인 의심이 없을 정도’의 인과관계와 주의의무 위반에 대한 입증이 필요한 형사 재판에 있어서는 이를 받아들일 수 없다.

4) 박영호, 『의료분쟁과 법』, 법률정보센터, 제43~52면.

① 민사상 과실은 피해자의 구제라는 관점에서 비교적 경미한 부주의가 있어도 과실이 인정된다고 하겠으나, ② 형사상으로는 형벌을 강제할 만한 고도의 실질적 부주의가 있어야 비로소 그 과실이 인정된다 할 것이다.

나아가 과실의 입증과 관련하여서도 ① 개인 간의 손해의 형평분담을 이상으로 하는 민사재판의 경우 그 증명의 대상이나 심증형성의 정도가 완화됨에 반하여, ② 형사처벌에 관한 형사재판에 있어서는 의심스러운 때는 피고인의 이익으로라는 원칙이 전제가 되므로 합리적인 의심이 없을 정도의 증명이 필요하다.

따라서 형사사건에서는 검사가 입증을 다하지 못하였다는 이유로 무죄가 선고되는 반면, 동일한 사안에 대한 민사사건에서는 의사 또는 그 사용자인 병원의 손해배상책임이 인정되는 결과가 발생할 수 있다(대법원 1998. 9. 4. 선고 96다1440 판결 vs. 대법원 1996. 11. 8. 선고 95도2710 판결 등).

나. 인과관계와 관련해서 판례는 민사의 경우 입증책임을 사실상의 사에게 전환하고 있는 반면, 형사의 경우 입증책임 완화 자체가 인정되지 않음

① 의료과실과 악결과 사이의 인과관계에 대하여 민사사건에서는 대법원 1995. 2. 10. 선고 93다52402 판결에서 “환자가 치료 도중에 사망한 경우에 있어서는 피해자 측에서 일련의 의료행위 과정에 있어서 저질러진 일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실 있는 행위를 입증하고, 그 결과와 사이에 일련의 의료행위 외에 다른 원인이 개재될 수 없다는 점, 이를테면 환자에게 의료행위 이전에 그러한 결과의 원인이 될 만한 건강상의 결함이 없었다는 사정을 증명한 경우에 있어서는, 의료행위를 한 측이 그 결과가 의료상의 과실로 말미암은 것이 아니라 전혀 다른 원인으로 말미암은 것이라는 입증을 하지 아니하는 이상, 의료상 과실과 결과 사이의 인과관계를 추정하여 손해배상책임을 지울 수 있도록 입증책임을 완화하는 것이 손해의 공평·타당한 부담을 그 지도원리로 하는 손해배상제도의 이상에 맞다고 하지 않을 수 없다.”고 판시하면서

환자 측에서 과실을 입증하면, 인과관계를 추정하도록 하여 인과관계의 입증 책임이 사실상 의사 측에 전환되어 있다.

② 하지만 형사사건에서는 의료과실 뿐만 아니라 상당인과관계까지도 검사가 엄격한 증명을 하여야 하고, 의료과실을 입증하였다하여 상당인과관계가 추정되지 않는다. 즉 형사사건에서는 의료과실 뿐만 아니라, 상당인과관계까지도 모두 검사가 판사가 확실한 심증을 가질 수 있도록 입증하여야 할 의무가 있다.

3. 동일한 사안에 대해 민·형사재판에서 달리 판단할 수 있는가?

대법원 2011.04.28. 선고 2010도14102 판결에서는 “동일 사안에 대하여 과실이나 인과관계에 대한 판단이 민사재판과 형사재판에서 달라질 수 있는 바, 이는 형사재판에서는 실제적 진실발견과 엄격한 죄형법정주의를 바탕으로 ‘의심스러울 때 피고인의 이익’으로라는 원칙에 따라 ‘합리적인 의심이 없을 정도’의 인과관계와 주의의무 위반에 대한 입증을 요하기 때문이라 할 것이니, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같은 채증법칙 위배 또는 법리오해 등의 잘못이 있다고 할 수 없다.”고 판시하여 민사상 의료과실과, 형사상 의료과실 판단이 달라질 수 있고 이는 검사가 모든 공사사실에 대한 입증책임을 부담하기 때문이라는 입장을 명시적으로 밝힌바 있다.

II. 최근 형사상 의료과실 및 인과관계의 인정에 관한 대법원 판례의 경향

최근 대법원에서는 형사상 의료과실 및 인과관계가 문제되는 사안에서 유죄로 인정한 원심들을 연달아 파기하면서 형사상 의료과실 및 인과관계의 인정에 대하여 매우 엄격한 기준을 적용하여야 한다는 입장을 취한 판결들이 연달아 선고되었다.

① 먼저 대법원 2014. 5. 29. 선고 2013도14079사건에서는 관련 민사 사건에서는 피고인이 수술도구인 프리어에 과도한 힘을 준 과실을 인정하였음에도, 업무상 과실치사상죄에 대하여 유죄를 선고한 원심을 파기하였고, ② 대법원 2014. 7. 24. 선고 2013도16101 사건에서는 한의사가 당뇨병 환자에게 사혈, 침술 등을 시술한 사안에서 업무상 과실을 부정하는 한편, 업무상 과실치사상죄에 대하여 유죄를 선고한 원심을 파기한 바 있다.

아래에서는 최근에 선고된 형사상 의료과실 및 인과관계의 인정에 대하여 매우 엄격한 기준을 적용한 판결들의 사안 및 구체적인 판시 등을 소개함으로써 대법원이 명시적으로 형사사건에 있어서는 의료과실 및 인과관계의 인정에 대하여 민사사건과는 달리 매우 엄격한 기준을 적용하여야 한다는 입장을 취하고 있다는 점을 간접적으로 지적하여 보고자 한다.

III. 대법원 2014. 5. 29. 선고 2013도14079판결

1. 공소사실의 요지

피고인은 2011. 3. 23. 15:10경 서울 00병원 수술방에서, 구강악안면외과 전공의들과 함께 양측성 악관절 강직증(양측 두개골과 하악과두가 병적으로 유착되어 결국 입이 벌어지지 않는 개구장애가 발생하는 질환)으로 내원한 피해자를 상대로 ‘하악지 시상골분할절단술에 의한 양측 악관절 성형술’을 시행하던 중 오른쪽 과두를 박리하는 과정에서 유착된 조직을 분리시키는 기구인 프리어(freer)를 사용하게 되었으므로, 수술을 집도하는 치과 의사로서는 ① 프리어에 과도한 힘을 주어 프리어가 부러지게 하여서는 아니 되고, ② 프리어가 부러지더라도 이를 즉시 제거하여 부러진 프리어의 파편에 의하여 주변 조직이 손상을 입지 않도록 하고, ③ 이를 찾지 못하거나 제거하지 못할 경우 프리어 파편이 두개강 내로 들어갔을 가능성을 대비하여 전문가인 신경외과 의사에게 자문을 구하거나, 신경외과 의사를 호출하여 프리어 파편을 제거하게

하여야 할 업무상 주의의무가 있었다.

그럼에도 피고인은 프리어를 사용하던 중 3cm 길이의 프리어 파편이 떨어졌음에도 이를 곧바로 찾지 아니하고 만연히 거즈를 이용하여 압박지혈을 하는 등의 과정에서 프리어 파편이 밀려서 두개강 내 뇌심부까지 밀려들어가게 하고, 이후 휴대용 엑스레이를 사용하여 사진촬영을 하여 프리어 파편의 위치를 확인한 후에 탐색을 하였으나 프리어 파편을 못 찾았음에도 신경외과 의사 등에게 도움을 요청하지 아니하고 만연히 수술부위를 봉합하고 수술을 종료하는 업무상 과실로 인하여 프리어 파편이 뇌심부까지 밀려들어가 피해자에게 뇌출혈 및 뇌부종이 발생하게 하였다.

2. 하급심의 판단

가. 제1심

공소사실 중 “① 프리어에 과도한 힘을 주어 프리어가 부러지게 하여서는 아니 되고” 부분은 피고인에게 이에 관한 과실을 인정할 수 없다는 이유로 무죄로 판단하는 한편, 나머지 ②, ③ 과실은 이를 인정하였다.

나. 항소심 판단

검사만 위 이유 무죄 부분(① 부분)에 관하여 “프리어가 부러진 데에 피고인의 과실이 인정된다”며 사실오인 주장을 하고, 아울러 양형부당을 주장하면서 항소를 제기하였다.

이에 대하여 원심은 이 사건 당시 피고인이 과도한 힘을 주어 이 사건 프리어의 앞부분 3 cm 가량을 부러지게 한 과실을 충분히 인정할 수 있고, 따라서 피고인의 이 부분 업무상 과실로 공소사실 기재와 같이 피해자가 상해를 입게 된 사실이 인정된다면서 유죄를 선고하였다.

3. 상고이유의 요지

가. 과도한 힘 때문에 파절되었다고 볼 수 없음

파절 원인으로는 3가지 원인, 즉 ① 원심의 판단과 같은 과도한 외력(外力), ② 제품상 결함, ③ 피로파절이 상정될 수 있으나, 이 사건 프리어의 파절 원인은 피로파절로 봄이 타당하고, 과도한 외력을 원인으로 본 원심의 판단에는 사실오인의 잘못이 있다.

나. 설령 과도한 힘 때문에 파절되었다 하더라도 이를 피고인의 과실로 볼 수는 없음

수술 자체의 성격상 어느 정도 힘이 가해질 수밖에 없는 상황이었고, 유착의 정도가 심하여 그에 상응하는 강한 힘을 가하다가 프리어가 부러졌다면, 이를 두고 피고인의 과실로 평가할 수는 없는 것이므로, 원심이 프리어가 부러진 것 자체를 과실로 인정하였다면, 의료과실에 관한 법리를 오해한 잘못이 있는 것이다.

4. 대법원 판결내용

형사재판에서 공소가 제기된 범죄 사실은 검사가 입증하여야 하고, 법관은 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 증거를 가지고 유죄를 인정하여야 하므로, 그와 같은 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다고 하더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없다(대법원 2002. 12. 24. 선고 2002도5662 판결 등 참조).

원심판결 이유 및 원심이 적법하게 채택한 증거에 의하면, ① 관련 민사사건인 서울중앙지방법원 2011가합96951 사건에서의 사실조회회신에 의하면 프리어는 골막분리기의 일종으로 잇몸이나 뼈 주변을 감싸고 있는 얇고 연한 막

을 박리할 때 사용하는데, 통상 10~15kg 이상의 하중까지도 견딜 수 있으므로 이 사건에서와 같이 얇고 연한 막을 박리하다가 프리어가 부러지는 것은 불가능하고, 다만 오랜 기간 동안 사용하였을 경우에 한하여 소독시 고열에 장시간 노출되거나 단단한 바닥에 떨어뜨려야 부러질 수 있는 사실, ② 관련 민사사건의 진료기록감정에 의하더라도 프리어의 강도 및 굽기에 비추어 볼 때 수술 중 의사의 과도한 힘에 의하여 프리어가 부러질 가능성은 매우 희박하고, 다만 기구의 사용 연한이 오래되면 가벼운 동작에 의하여도 피로파절될 가능성은 있는 사실, ③ 피고인은 수사기관에서 이 사건 수술 2일 전에도 이 사건 프리어를 정상적으로 사용하였으며, 수술 전에 이 사건 프리어의 이상 유무를 확인했으나 별 다른 이상이 없어 보였고, 박리를 하는 과정에서 가하는 힘이 그렇게 크지는 않기 때문에 부러질 줄은 몰랐다고만 진술한 사실, ④ 그 밖에 이 사건 프리어가 파절된 원인이나 피고인이 수술 중 과도한 힘을 주었다는 점에 부합하는 증거는 없는 사실 등을 알 수 있다.

이러한 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 보면, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인이 이 사건 프리어를 사용하면서 과도한 힘을 준 과실이 있다고 단정하기 어려울 뿐만 아니라, 피고인으로서 통상 10~15kg 이상의 하중을 견딜 수 있는 이 사건 프리어가 얇고 연한 막을 박리하는 수술 과정 중에 부러질 수 있다는 결과를 예견할 수 없었다고 보이므로 설령 피고인이 이 사건 프리어를 사용하면서 약간 힘을 주었다고 하더라도 그것을 과실이라고 보기는 어렵다.

그럼에도 원심은 이와 달리 피고인이 이 사건 수술 당시 과도한 힘을 준 과실로 이 사건 프리어의 앞부분 3cm 가량을 부러지게 한 사실을 충분히 인정할 수 있다고 단정하여 이 부분 공소사실에 대하여도 유죄로 판단하였으니, 이러한 원심판결에는 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 의료과실에 관한 법리를 오해하여 판결결과에 영향을 미친 잘못이 있다고 할 것이다.

5. 위 대법원 판례 분석

가. 원심은 프리어가 부러졌다는 결과만으로 검사가 아무런 구체적인 과실을 입증하지 않았음에도 민사 판결 마냥 간접 사실을 통하여 과실을 추정하고 있으므로 이러한 원심의 판단은 형사판결의 태도로는 적합지 아니함

대법원 판결이 지적한 바와 같이 이 사건에서 검사가 제출한 증거들 중 피고인이 이 사건 사고 당시 프리어에 과도한 힘을 가한 과실이 있고, 그 결과 프리어가 부러졌다는 점에 대한 직접적인 증거는 전혀 없어 보인다. 그럼에도 원심은 그 전까지 멀쩡하던 프리어가 부착 정도가 매우 심했던 우측 과두 부분을 박리하는 과정에서 부러진 것은 우측 과두 부분의 부착이 심하여 그 박리과정에서도 그 지렛대 역할을 하는 프리어에 가해지는 힘 역시 강해질 수밖에 없었다고 봄이 상당하다는 등의 사유를 들어서 피고인의 과실을 추정하고 있다.

위와 같이 피고인의 과실을 추정하고 있는 원심의 판단은 민사 판결에서나 허용될 수 있는 간접사실을 통한 과실의 추정으로, 이는 검사가 모든 공소사실을 법관이 합리적인 의심의 할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 할 증명력을 가진 증거를 가지고 입증하여야 한다는 형사소송의 법리에 반하는 것으로 보이고, 이러한 원심 판단의 문제점을 지적한 대법원의 판단은 정당해 보인다.

나. 메스를 부러뜨린 사안에서 형사상 과실을 배척한 사례도 이미 있다는 점에서도 프리어를 부러뜨린 과실은 부정한 대법원 판단은 정당해 보임

대법원 1999. 12. 10. 선고 99도3711판결은, 수술도중에 수술용 메스가 부러지자 담당의사가 부러진 메스조각(3×5 mm)을 찾아 제거하기 위한 최선의 노력을 다하였으나 찾지 못하여 부러진 메스조각을 그대로 둔 채 수술부위를 봉합한 사안에서, 같은 수술과정에서 메스 끝이 부러지는 일이 흔히 있고, 부러진 메

스가 쉽게 발견되지 않을 경우 수술과정에서 무리하게 제거하려고 하면 부가적인 손상을 줄 우려가 있어 일단 봉합한 후에 재수술을 통하여 제거하거나 그대로 두는 경우가 있는 점에 비추어 담당의사의 과실을 인정할 수 없다고 판단하였다.

위와 같이 이 사건 사안과 유사하게 메스가 부러진 경우에 대법원 1999. 12. 10. 선고 99도3711판결은 피해자가 받은 수술과정에서 수술부위의 상태 등에 따라 수술용 메스가 부러지는 일이 발생할 수 있는 점에 비추어 그것이 특별히 피고인의 과실로 인하여 발생한 것이라고 볼 수는 없다고 판단하여, 메스가 부러졌다 하더라도 그것이 피고인의 과실이 아니라고 본 이상, 이 사건의 경우에도 프리어가 부러진 사실만으로는 과실을 인정할 수 없다고 본 대법원 판단은 정당하다고 보인다.

IV. 대법원 2014. 7. 24. 선고 2013도16101판결

1. 공소사실의 요지

피고인은 2008. 2. 28.경 자신이 운영하던 한의원에서, 1999.경부터 당뇨병으로 삼성의료원에서 정기적인 치료를 받아오던 피해자로부터 왼쪽발 저림증상의 치료를 의뢰받고 피해자의 증상을 ‘좌우 소퇴산통, 각근통 등으로 진단하였는데, 위와 같이 장기간 당뇨병을 앓던 피해자의 경우 다리의 혈관이 좁아져 말초신경병증이 발생하는 당뇨족 가능성이 높으므로 피고인으로서는 혈당수치를 지속적으로 측정, 관찰하여야 하고, 침 또는 뜸으로 인한 상처발생 및 감염에 세심한 주의를 기울여야 하며, 나아가 회복이 어려운 후유증의 발생 개연성이 높은 경우에는 피해자에 대한 치료를 거부 내지 중단하고 전문병원으로 전원시켜 전문의로 하여금 치료하게 하여야 할 업무상 주의의무가 있었다.

그럼에도 불구하고 피고인은 그 무렵부터 2008. 5. 13.까지 총 16회에 걸쳐 피해자를 진료하면서 단 한 차례도 혈당수치를 측정하지 아니한 채 만연히 피해자의 왼쪽 무릎 아래 부위(족삼리)와 왼쪽 발 바깥 복사뼈 뒷면과 아킬레스

건 사이의 패인 부위(근륜-타계)에 침을 놓는 시술(경혈이체, 투자침술), 왼쪽 종아리 정맥류에 침을 놓아 피를 뽑는 사혈시술 등을 각각 시행하였고, 2008. 3. 26. 피해자가 두 번째 내원 하면서 심한 통증을 호소하여 2차 감염 또는 당뇨족의 가능성 있었음에도 “사혈로 인해 나쁜 피가 몸 밖으로 배출되는 현상으로 크게 걱정하지 않아도 된다. 왼쪽 발에 혈액공급이 늘어나는 것은 좋은 신호이므로 발 부위에 탄력이 생기면 통증은 크게 완화될 것으로 생각되니 꾸준히 치료를 받으면 괜찮아 질 것이다”라는 취지로 설명하며 전문병원으로 전원시키지 아니한 채 2008. 5. 13.까지 위와 동일한 시술을 반복한 과실로 인하여 피해자에게 치료기간을 알 수 없는 왼쪽 발 괴사 등의 상해를 입게 하였다.

2. 하급심의 판단

가. 제1심: 무죄

① 이 사건 피해자의 왼쪽 발 괴사 등의 상해에 대하여 피고인이 업무상과실 치상의 죄책을 부담하려면, 피고인의 행위와 피해자의 상해와의 사이에 인과관계가 존재하여야 할 것이고, 공판조서 중 증인 하00에 대한 증인신문조서의 진술기재에 의하면, 이 사건 피해자의 왼쪽 발 괴사의 원인은 세균 감염으로 인한 것이므로, 피고인이 혈당수치를 지속적으로 측정, 관찰하지 아니하고 판시와 같은 시술을 하였다고 하더라도 우선 피고인이 피해자에게 행한 시술로 인하여 세균감염이 되었다는 것이 증명되어야 할 것인데, 증인 하00의 증언과 의사 하00 작성의 진단서의 진술기재만으로는 이를 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다.

② 피고인이 피해자를 마지막으로 시술한 2008. 5. 13. 이전에 이미 감염이 이루어졌지만, 피고인이 전원조치를 취하지 아니함으로써 피해자가 치료시기를 놓쳐 왼쪽 발 괴사의 상해를 입게 되었다는 것이 입증되어야 피고인에게 업무상 과실치상죄의 죄책을 부담시킬 수 있다고 할 것인데, 피고인의 피해자에 대한 시술은 당뇨병 치료가 아니라 다리 통증의 치료이었고, 국민건강보험공

단 강남동부지사장에 대한 사실조회 회신의 기재에 의하면, 피해자는 피고인의 시술을 받은 동안인 2008. 3. 25.과 2008. 4. 22.에도 삼성의료원에서 당뇨병으로 치료를 받은 사실을 인정할 수 있어, 피해자가 피고인 때문에 당뇨병 치료기회를 놓치게 되었다고 보기 어려워 피고인에게 전원조치 의무위반으로 인한 업무상 과실치상죄의 죄책을 부담시킬 수 없고, 검사 제출의 다른 증거들만으로는 이를 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

나. 원심: 파기자판 유죄(⇒ 벌금 500만 원)

여러 사정을 종합해 보면, 비록 이 사건 진료 목적이 당뇨병 치료가 아니라 피해자의 발 저림, 통증을 완화하기 위한 것이었더라도, 피고인으로서서는 당뇨족으로 인한 발 괴사의 가능성에 유의하여 침, 사혈 등 한방시술로 인한 세균감염의 위험에 세심한 주의를 기울이고, 필요한 경우 전문병원으로 전원시켜 전문의로 하여금 치료하게 할 업무상 주의의무가 있음에도 이를 위반하였고, 이로 인하여 피해자로 하여금 왼쪽 발 괴사 등의 상해를 입게 한 사실이 충분히 인정된다.

3. 상고이유의 요지

가. 채증법칙 위배로 인한 사실오인의 점

원심이 피고인을 유죄로 인정한 유일한 증거는 양방 의사 하00의 진술로 이미 제1심 재판에서 진술내용이 탄핵되었고, 심지어 부동의 한 증거인 사법경찰관 작성의 하00에 대한 진술조서, 피해자의 진술서, 사법경찰관 작성의 피해자에 대한 진술조서의 내용도 증거로 인용하여, 명백히 채증법칙에 위배된다.

나. 법리오해

피해자가 일본 출장 후 괴사 부위에 상처를 입었고, 그 후 온몸에 열이 나고, 그 증상이 매우 심각하였던 점을 고려하면, 피해자의 괴사가 피고인의 침술과

사혈로 인한 것이라는 주장은 과학적 근거가 없고, 피고인의 치료행위와 피사 사이에 피해자의 기왕증, 다른 상처로 인한 감염가능성 등 다른 원인 개입되었음이 명백함에도 원심이 이와 달리 판단한 것은 인과관계에 대한 법리를 오해한 것이다.

또한 증거들을 종합하면, 피사의 원인은 “스트렙토코쿠스 G균”일 가능성이 높은 데, 이 균은 동물 등에서만 감염되고, 한의원에서 사용하는 침에서 검출될 수 없는 균이며, 오히려, 피해자의 일본 출장 중 생긴 상처, 음주습벽 등 다른 원인에 의하여 피사가 되었을 가능성이 있기에, 검사가 제출한 증거만으로는 인과관계에 관한 입증이 부족함에도 피고인의 행위와 상해사이에 인과관계를 인정하는 것은 입증책임에 관한 법리를 오해한 것이다.

피해자는 응급환자도 아니고, 별다른 염증 증세도 관찰되지 않았으며, 진통 완화를 위하여 한의원에 내원한 피해자에게 그에 관한 적절한 조치를 취하였고, 피부과 진료를 수차례 권유하였는바, 피고인은 한의사로서 적절한 조치를 취하였다고 판단되므로, 전원조치의무가 인정될 수 없음에도 원심이 이와 달리 판단한 것은 법리를 오해한 것이다.

4. 대법원 판결내용

형사재판에서 공소가 제기된 범죄사실은 검사가 증명하여야 하고, 법관은 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 증거에 의하여 유죄를 인정하여야 하므로, 그와 같은 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다고 하더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없다.

원심판결 이유와 원심이 적법하게 채택한 증거에 의하면, 다음과 같은 사실과 사정을 알 수 있다.

① 대한한의학협회에 대한 사실조회결과 등에 의하면 당뇨 병력이 있는 환자나 당뇨병성 족병변에 대하여 침을 놓거나 사혈을 하는 것이 금지되어 있지는 않고, 다만 시술 전에 소독을 철저히 하고 자침 시에 너무 강하게 찌르거나

너무 깊게 찢어서 상처를 필요 이상으로 크게 하거나 기타 조직을 손상하는 일이 없도록 주의를 기울여야 한다고 되어 있다. 따라서 피고인과 같은 업무와 직종에 종사하는 일반적인 한의사의 주의 정도를 표준으로 하였을 때 당뇨 병력이 있는 피해자에게 침을 놓거나 사혈을 한 행위 자체만으로 어떠한 과실이 있다고 단정할 수는 없다.

② 피해자는 1999년경부터 당뇨병으로 삼성서울병원에서 치료를 꾸준히 받고 있던 상태에서 당뇨병 치료가 아니라 다리 통증의 치료를 위하여 피고인 운영의 한의원에 내원하였고, 그 때 자신이 서울삼성병원에서 당뇨병 치료를 받고 있다고 말하였을 뿐만 아니라, 피고인 운영의 한의원에 다니던 중에도 삼성서울병원에 가 당뇨병에 대한 치료를 받고 그 사실 역시 피고인에게 말하였기 때문에, 피고인으로서의 당뇨병에 대하여는 피해자가 알아서 서울삼성병원 등에서 적절한 치료를 받을 것이라고 생각하였을 것으로 보인다.

③ 피사되어 절단된 피해자의 족부에서 배양된 균들은 통상 족부에서 발견되는 것이어서, 이러한 균이 피고인이 침 등을 시술하는 과정에서 감염된 균이라고 단정하기는 어렵다.

④ 피해자가 피고인의 치료를 받은 후 서울대학교병원에 내원하였을 당시에 촬영한 피해자의 발 사진을 보면 왼쪽 발가락 부분에만 괴사가 되어 있는데 그 부위는 피해자가 피고인에게 치료를 받기 전부터 상처가 나있던 엄지발가락 쪽 발바닥의 상처 부위 및 일본에 출장을 갔을 당시에 발생한 새끼발가락 쪽 발바닥의 상처 부위와 밀접하고, 피고인이 침을 놓거나 사혈을 한 왼쪽 종아리 쪽이나 발등 쪽과는 다소 거리가 있는 부위이다.

⑤ ‘위 괴사는 2개월 정도 지속된 좌하지의 사혈로 인해 2차 감염이 당뇨족에 발생하여 진행된 것으로 사료된다’는 취지의 진단서를 발급한 의사 하00은 피해자의 족부를 절단하는 수술을 담당한 의사인데, 그는 법정에서 위 진단서는 피해자의 이야기를 통해 전해들은 치료과정 등의 여러 정황을 고려하여 자신의 추정적인 의견을 기재한 것이라고 밝히고 있으며, 피해자가 일본에 다녀온 이후 통증이 훨씬 심해지고 계속 몸이 아픈 등의 증세가 나타났던 점에 비추

어 보면 피해자의 왼쪽 발 과사가 피고인의 침술행위 때문이 아니라 피해자의 왼쪽 발바닥 좌, 우측에 종전부터 있던 상처들이 자극을 받아 그 부위에 염증이 생기는 바람에 발생하였을 개연성도 배제할 수 없고, 실제로 자신이 진료할 당시에 피해자의 왼쪽 발바닥에 기존의 상처부위의 앞, 옆쪽 전체적으로 과사가 진행되고 있었다고 증언하였다.

이러한 사실관계와 사정을 앞서 본 법리에 비추어 보면, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인이 같은 업무와 직종에 종사하는 보편적인 한의사에게 요구되는 정도의 업무상 주의의무를 다하지 아니하였고 그로 인하여 피해자에게 왼쪽 발 과사 등의 상해가 발생하였다는 점이 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 증명되었다고 보기는 어렵다고 할 것이다. 그럼에도 원심은 이와 달리, 그 판시와 같은 사정만으로 피고인이 세균감염의 위험에 세심한 주의를 기울이지 않았거나 제때에 피해자를 전문병원으로 전원시키지 않은 잘못을 저질렀고, 그러한 피고인의 잘못과 피해자의 상해 사이에 상당인과관계가 있다고 보아 이 사건 공소사실에 대하여 유죄로 판단하였으니, 이러한 원심판결에는 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 형사상 의료과실 및 인과관계의 증명 등에 관한 법리를 오해하여 판결결과에 영향을 미친 잘못이 있다고 할 것이다.

5. 위 대법원 판례 분석

가. 한의사인 피고인의 과실 여부는 한의사의 주의정도를 기준으로 판단하여야 하므로, 양방 의사가 자신의 기준에서 피고인에게 과실이 있다고 본 것만으로 과실을 인정할 수 없다고 판단한 것은 정당해 보임

양방 의료인을 기준으로 보면 당뇨병 환자에게 침, 사혈 치료를 한 것이 다소 부적절할 수도 있다.

하지만 의료과실의 유무를 판단함에 있어서는 같은 업무와 직무에 종사하는 일반적 보통인의 주의정도를 표준으로 하므로, 이 사건과 같이 한의사의 의

료과실이 문제되는 경우에는 양방 의사의 진술이나 기준 내지 표준적인 주의 정도가 아니라 통상적인 한의사의 주의 정도를 표준으로 과실 여부를 판단하여야 한다.

그런데 한의사의 주의정도를 기준으로 보면 당뇨병 환자에 대한 침, 사혈 치료의 시술 자체가 금지되어 있지 않고, 적절한 주의를 다하기만 하면 시술 가능하다고 대한한의학협회에서 회신하고 있는 이상, 당뇨병 환자에게 침, 사혈 치료를 한 것 자체가 의료과실이라고 보기는 어렵고, 침, 사혈시의 구체적인 과실에 대한 아무런 입증 없으므로 검사가 침, 사혈과 관련한 과실 입증하였다고 보기 어렵다.

위 대법원 판결이 이러한 기준에서 피고인과 같은 업무와 직종에 종사하는 일반적인 한의사의 주의정도를 표준으로 하였을 때 당뇨 병력이 있는 피해자에게 침을 놓거나 사혈을 한 행위 자체만으로 어떠한 과실이 있다고 단정할 수는 없다고 판단한 것은 정당하다고 보인다.

즉 검사로서는 ① 한의사를 기준으로 당뇨병 환자에게 침, 사혈 치료 등을 할 때 구체적인 주의의무 기준을 입증하고, ② 피고인이 한의사가 베풀어야 할 그와 같은 통상적인 주의의무 기준을 위반하였음을 입증하여야 하는데, 이 사건에서는 ①, ② 어느 것에 대하여도 아무런 구체적인 입증이 없었던 이상, 이 사건 대법원 판결이 형사상 의료과실에 대한 입증이 없었다고 본 것은 정당하다고 보인다.

나. 민사상으로 전원의무 위반 과실이 있다고 볼 여지는 많지만, 피고인이 당뇨병에 대하여는 따로 삼성병원에서 치료를 받고 있었던 사정에 비추어 보면 삼성병원 등으로 가라고 권유하지 않은 것이 형사상 업무상 과실이라고 인정하기는 어려워 보임

다음과 같은 여러 사정에 비추어 보면 피고인에게 민사상으로는 전원의무 위반 과실이 있다고 볼 여지가 있다.

① 피고인은 2008. 2. 28. 피해자를 처음 진료한 이후 2008. 5. 13. 마지막 진

료까지 16회에 걸쳐 피해자를 진료한 점

② 그 동안에 피해자가 지속적으로 통증을 호소한 점

③ 피해자가 일본에서 상처를 입었고, 그 상처가 잘 낫지 않는다는 것을 인지 하였음에도, 혈액검사만 하고, 이에 관한 별다른 확인 내지 치료를 하지 않은 점

④ 그럼에도 피고인은 피해자에게 통증에 관하여 '사혈로 인하여 나쁜 피가 빠져나가는 현상'이라고 말하는 등 피해자를 안심시켰던 점

하지만 형사사건인 이 사건에서 다음과 같은 여러 사정에 비추어 보면 피고인이 전원의무를 위반한 형사상 업무상 과실이 있다고까지 보기는 어려워 보 이므로, 전원의무 위반을 부정한 원심판단 또한 수긍 가능해 보인다.

① 피해자가 당뇨병에 대하여 최고 병원인 삼성병원에서 1999년경부터 10 년간 삼성병원이 짠 스케줄에 따라 당뇨병에 대하여 치료를 꾸준히 받고 있던 상태에서 당뇨병 치료가 아니라 다리 통증의 치료만을 위하여 피고인 운영의 한의원을 내원한 피해자를 당뇨병 치료를 위해 전원시킬 의무가 있다고 볼 수 있는지 의문임 ⇨ 오히려 삼성병원에서 일정 상황이 생기면 즉시 내원하라는 지도설명을 제대로 하지 않았거나 피해자가 그런 지도설명을 받았음에도 제때 삼성병원에 가지 않아서 당뇨병 치료가 늦어진 것에 불과하다고 볼 소지도 있음.

② 2008. 5. 6.에 피고인이 전원을 권유한 바 있기 때문에 전원의무 위반 인정하려면 그 이전 시점에 전원을 하여야 할 의무가 발생할 정도로 피해자의 족부 과사가 시작되었다는 자료가 나타나야 하는데 검사가 제출한 증거만으로는 진료시기 별 피해자의 상태가 전혀 나와 있지 않아 어느 시기부터 족부 과사가 시작되어 피고인에게 전원의무가 발생하였는지 특정이 되지 않음

③ 2008. 5. 6.에 전원을 권유하였고 그러한 권유에도 불구하고 피해자가 2008. 5. 19.에야 삼성병원에 내원한 것은 그 무렵까지도 큰 문제가 없었다는 점에 부합하는 사정이고, 피고인이 전원을 권유한 2008. 5. 6.까지도 족부의 상태가 그리 나쁘지 않았다는 점을 반증하는 사정이므로 그 이전에는 전원의무 자체가 발생할 여지가 없었다고 볼 소지가 크고, 따라서 2008. 5. 6. 피고인이

전원을 권유함으로써 피고인이 전원의무를 위반하지 않았다고 볼 소지도 큼.

④ 응급의료행위와 달리 상당한 시간을 두고 진행되는 당뇨병성 병변에 대하여 3개월간의 짧은 기간 동안 진료를 한 피고인이 2008. 5. 6.에 전원을 권유하였다면 전원의무 위반이라고 인정할 수 있을지도 의문임

다. 궁극적으로 피고인의 행위와 피해자의 왼쪽 발 괴사 등의 상해 사이에 상당인과관계가 있다는 객관적인 증거는 전혀 없다는 점에서 대법원 판결의 결론은 어느 모로 보나 정당해 보임

설사 피고인의 의료행위에 업무상 과실이 있다고 하더라도 피고인에게 업무상 과실치상죄의 책임을 부담시키려면 검사가 그러한 업무상 과실과 피해자의 왼쪽 발 괴사 등의 상해 사이에 상당인과관계가 있다는 점을 객관적인 증거로 입증하여야 한다.

그런데 이 사건의 경우에 여러 사정에 비추어 보면 피고인의 시술이 족부 괴사(궤양)의 원인이라고 단정 지을 수 없고, 오히려 피해자의 발바닥에 장기간 지속된 상처가 족부 괴사의 원인일 가능성을 배제할 수 없으며, 특히나 주된 괴사가 일본 방문 후 생긴 피해자의 발바닥 상처부위인 엄지발가락 아래쪽에서 이루어진 점에 비추어 보면, 피해자의 발바닥에 장기간 지속된 상처가 족부 괴사의 원인일 가능성이 크다 할 것이다.

특히나 양방 의사 하00의 경우 제1심 증언 과정에서 그 스스로도 피고인의 치료 과정을 직접 본 적도 없을 뿐만 아니라 경과를 본 것도 아니기 때문에 피고인에게 과실이 있다고 입증할 만한 증거를 대라면 댈 수 없다고 인정하였을 뿐만 아니라, 피고인의 사혈 치료로 인해 당뇨족이 진행되었다고 추정된다는 위 진단서의 내용은 피해자의 이야기를 통해 전해들은 치료과정 등의 여러 정황을 고려한 자신의 추정적인 의견을 기재한 것이라고 스스로 자인하고 있는 이상, 이러한 양방 의사 하00의 개인적인 추측만으로 형사상 상당인과관계를 인정하기는 어렵다.

나아가 피해자의 의사 부위에서 배양된 Streptococcus group 균은 피부 등에 정상적으로 존재하는 상재균으로서 상처로부터 직접적인 접촉에 의하여 발생하므로, 의사 부위에서 위 균이 발견되었다는 사정만으로는 피고인의 의료상 과실과 피해자의 악결과 사이의 형사상 상당인과관계를 인정하기는 어렵다.

결국 설사 피고인에게 의료상 과실이 있다고 하더라도, 앞서 본 바와 같이 피고인의 의료상 과실과 피해자의 악결과 사이의 형사상 상당인과관계를 인정하기는 어려운 이상, 이 사건 대법원 판결의 결론은 어느 모로 보나 정당해 보인다.

V. 결 론

의료사고에 있어서 의사의 과실을 인정하기 위해서는 ① 결과발생에 대한 예견가능성과 ② 회피가능성 위반의 과실이 인정되어야 한다는 것이 확립된 대법원 판례이다.

그리고 이러한 의료과실의 유무를 판단함에는 같은 업무와 직무에 종사하는 일반적 보통인의 주의정도를 표준으로 하여야 하며, 이에는 사고 당시의 일반적인 의학의 수준과 의료환경 및 조건, 의료행위의 특수성 등이 고려되어야 한다.

한편 의료과실로 인한 민사상 손해배상청구 소송에서는 의사의 과실에 대한 입증책임을 완화하는 방향으로 나아가고 있다. 하지만 의료과실을 근거로 한 형사사건에서는 판례(대법원 2000. 12. 22. 선고 99도 44 판결)에서 보는 바와 같이 in dubio pro reo의 원칙에 따라 검사가 의사의 과실에 대하여 엄격한 증명을 하여야 한다는 입장을 그대로 유지하고 있어, 과실에 대한 입증책임을 완화하지 않고 있다.

최근 대법원에서는 형사상 의료과실 및 인과관계가 문제되는 사안에서 유죄로 인정한 원심들을 연달아 파기하면서 형사상 의료과실 및 인과관계의 인정에 대하여 매우 엄격한 기준을 적용하여야 한다는 입장을 취한 판결들이 연

달아 선고되었다.

① 먼저 대법원 2014. 5. 29. 선고 2013도14079사건에서는 관련 민사 사건에서는 피고인이 수술도구인 프리어에 과도한 힘을 준 과실을 인정하였음에도, 업무상 과실치사상죄에 대하여 유죄를 선고한 원심을 파기하였고, ② 대법원 2014. 7. 24. 선고 2013도16101 사건에서는 한의사가 당뇨병 환자에게 사혈, 침술 등을 시술한 사안에서 업무상 과실을 부정하는 한편, 업무상 과실치사상죄에 대하여 유죄를 선고한 원심을 파기한 바 있다.

이처럼 최근에 선고된 형사상 의료과실 및 인과관계의 인정에 대하여 매우 엄격한 기준을 적용함으로써 대법원이 명시적으로 형사사건에 있어서는 의료과실 및 인과관계의 인정에 대하여 민사사건과는 달리 매우 엄격한 기준을 적용하여야 한다는 입장을 취하고 있음을 알 수 있다.

주제어 : 업무상과실치사상죄, 의료형사, 형사상 의료과실, 엄격한 증명, 입증 책임 완화

[참 고 문 헌]

최재천·박영호, 『의료과실과 의료소송』, 육법사, 2000.

최재천·박영호·홍영균, 『의료형법』, 육법사, 2003.

박영호, 『의료분쟁과 법』, 법률정보센터, 2005.

대법원 2011. 4. 28. 선고 2010도14102 판결.

대법원 2014. 5. 29. 선고 2013도14079 판결.

대법원 2014. 7. 24. 선고 2013도16101 판결.

Judicial Analysis on Supreme Court Precedents Related to Criminal Malpractice and Acceptance of Causal Relation

Young-ho, Park

Supreme court research judge

=ABSTRACT=

Supreme Court of Korea has been mitigating the burden of proof on the malpractice and causal relation by a patient in accordance with the practical transfer of such burden of proof on causal relation as well as relieving a doctor's burden of proof on mistake in the civil damage claim suits on the malpractice.

However, a prosecutor shall strictly prove the causal relation between malpractice and unfavorable results as well as a doctor's mistake in the criminal cases for making a doctor accept the professional negligence resulting in death or injury in accordance with In Dubio Pro Reo principles. Furthermore, it shall not be allowed to relieve the burden of proof on malpractice and causal relation which has been frequently applied in the civil proceedings.

Nevertheless, it was widely known that the front-line courts accepted the malpractice and causal relation by quoting the legal principles on relieving the burden of proof on malpractice and causal relation applied in the civil cases even in criminal cases with no or insufficient proof on malpractice or causal relation.

However, the latest precedents in Supreme Court explicitly declared the opinion that there was no reason to apply the legal principle to relieve the burden of proof on the malpractice and causal relation in the criminal cases requiring the proof 'which doesn't cause any reasonable doubt' on malpractice and causal relation in accordance with the legal principles 'favorable judgment for a defendant in case of any doubt' on the basis of the strict principle of 'nulla poena sine lege.' Accordingly, Supreme court definitely clarified that there would be no reason to relieve the burden of proof on malpractice and causal relation in criminal

cases by reversing several original judgments accepting malpractice and causal relation even though there were no strict evidence.

Keyword: Professional Negligence Resulting in Injury or Death, Medical Criminal Case, Criminal Malpractice, Strict Proof, Relief of the Burden of Proof