

한·양방 의료 사이에서 신뢰의 원칙이 적용되는 경우에 관한 고찰

박 철*

I. 들어가는 말

II. 한방의료행위와 양방의료행위

1. 한·양방 의료행위의 구별기준
2. 한방의료행위의 특성
3. 한방의료행위와 양방의료행위의 상위성(相違性)

III. 한·양방 의료분업

1. 한·양방 의료분업의 필요성
2. 한·양방 의료의 동등성에 관한 문제
3. 한·양방 의료분업행위의 위험성
4. 한·양방 의료분업으로 발생한 처벌의 위험성 제거

IV. 한·양방 의료분업에서의 신뢰의 원칙

1. 신뢰의 원칙의 의미
2. 한방의료와 양방의료 간의 신뢰의 원칙의 적용여부
3. 전원 및 협진 형태에 따른 신뢰원칙의 적용
4. 신뢰의 원칙의 적용과 의료인의 형사책임

V. 글을 마치며

I. 들어가는 말

현재 우리의 의료체계는 한방의료와 양방의료의 이원화된 의료체계를 지니고 있다. 우리나라와 중국·대만 등을 제외하고는 대부분의 국가는 각국의 전통적

* 논문접수: 2015.4.28 * 심사개시: 2015 5.10 * 수정일: 2015. 6. 10. * 게재확정: 2015. 6. 20.
* 연세대학교 법학연구원 전문연구원, 법학박사·한약사.

의학을 국가공인의학이 아닌 대체의학으로 취급하여 의료일원화 체계를 갖고 있다는 점을 감안해 본다면 우리의 의료제도는 상당히 독특한 구조를 갖고 있는 상황이다. 이러한 우리의 의료체계는 의료소비자에게는 의료선택의 폭을 넓혀주고 있으며, 한·양방의료 각각의 학문적 발전과 의료의 질적 향상에도 기여하고 있다.¹⁾ 그렇지만 한방의료와 양방의료는 학문적 원리, 진단이나 치료 방법 등에서 동일하지 아니하며 경우에 따라서는 양자가 상충되는 양상을 띠기도 한다. 게다가 의료의 이원화체계를 지닌 중국·대만 등과 비교해 볼 때 우리는 한방의료계와 양방의료계의 관계가 원만하지 않으며, 각 의료집단의 이해관계에 따른 분쟁이 자주 발생하고 있다. 그러나 한편으로는 한방의료와 양방의료 각자의 부족한 점을 보충하기 위하여 양자의 협력적 관계도 꽤 이루어지고 있는 실정이다. 이러한 우리의 의료계의 상황 하에서 한방과 양방의 의료분업과 신뢰의 원칙이 적용될 수 있는가를 살펴보는 것은 장차 우리의 의료이원화체계의 효율적 운영을 위하여 의미가 있다.

우선 한방의료행위와 양방의료행위의 구별기준과, 양방의료행위와 비교할 때 두드러지는 한방의료행위의 특성은 무엇인지, 한방의료행위와 양방의료행위 사이의 상위성(相違性) 등에 관하여 검토해 본다. 그리고 이러한 특징들로 인하여 한방과 양방의 의료분업이 동일 의료영역의 분업과 어떠한 차이를 지니고 있으며, 또한 양자 간의 분업 시에 신뢰의 원칙의 적용이 가능한가의 여부, 만약 이것이 가능하다면 구체적으로 어떠한 경우에 적용이 가능한가, 그리고 신뢰의 원칙의 적용에 따른 의료인의 형사책임에 대하여 논하여 보고자 한다.

II. 한방의료행위와 양방의료행위

1. 한·양방 의료행위의 구별기준

한·양방 의료행위에 대한 구별기준은 아직 명확하지 않는데, 여기서는 우

1) 이백휴, “이원적 의료체계에서 의사와 한의사의 과실판단”, 『의료법학』, 제12권 제2호, 대한의료법학회, 2011, 124면.

리 법원의 판결의 내용을 참고하여 구별하는 방법을 소개하겠다.²⁾

가. 학문적 기초

해당 의료행위의 학문적 기초가 되는 전문지식이 서양의학인지, 우리의 전통 의학인지 여부에 따라 구분하자는 것이다.³⁾ 이에 대하여 현재의 의료기들 중에서 동서양의학이 혼재되는 것들도 있고, 한의약육성법 제2조 제1호가 한의약의 외연을 ‘과학적으로 응용·개발한 한방의료행위’로 규정하고 있기 때문에 학문적 기초의 시발점만으로는 양자의 구분을 판단하기 어렵다는 비판이 있다.⁴⁾

나. 진단방법의 특성

서양의학은 인체의 해부조직을 바탕으로 하여 분석적으로 바라본다면 한의학은 인체를 하나의 소우주로 생각하여 종합적으로 파악한다는 것이다.⁵⁾ 그래서 서양의학의 진단은 해부조직, 생화학의 이론을 기초이론으로 하고 생화학, 내분비, 면역, 유전자, 방사선 등의 검색을 그 특성으로 하지만, 한의학의 진단은 오장-간, 심, 비, 폐, 신-의 5기능계이론과 12경락이론을 기초로 하고, 4진⁶⁾ 및 8강⁷⁾으로 환자의 증을 살피는 것을 그 특성으로 하게 된다. 그러나

2) 장연화, “면허의 의료행위와 관련한 의료인의 형사법적 책임”, 『형사판례연구』, 20, 형사판례연구회, 2012, 573~575면.

3) 헌법재판소 2010. 7. 29. 선고 2008헌바108, 2009헌마269·736, 2010헌바38, 2010헌마275(병합)결정; 헌법재판소 2007. 3. 29. 선고 2003헌바15, 2005헌바9(병합) 결정; 서울고등법원 2006. 6. 30. 선고 2005누1758 판결.

4) 장연화, 앞의 논문, 573~574면.

5) 서울행정법원 2008. 10. 10. 선고 2008구합11945 판결; 서울고등법원 2006. 6. 30. 선고 2005누1758 판결.

6) 4진(診)이란 망진(望診), 문진(問診), 절진(切診)의 네 가지 진단법을 말하는 데, 망진(望診)은 눈으로 환자의 안색, 체격, 혀의 상태(설진), 그 외 기타 전신의 상태를 읽어내는 것이고, 문진(問診)은 귀와 코를 써서 목소리 상태를 듣거나 기침 상태를 판단하거나 몸냄새와 배설물의 냄새를 통해 진단하는 방법이고, 문진(問診)은 환자의 병력과 자각증상 등을 질문하여 참고하는 것이고, 절진(切診)은 환자의 피부에 직접 대어 보고 진찰하는 것으로 맥진과 복진이 중요하다(藤平 健·勝田正泰, 『체질과 한방약』, 윤영석 역, 열린 책들, 1980, 31면).

7) 8강(綱)이란 陰·陽·表·裏·寒·熱·虛·實을 말하며 이에 의하여 환자의 증을 관찰하는

한방과 양방 모두 신체의 부분과 전체를 살핀다고 볼 수 있기 때문에 이러한 구별방법은 양자를 단지 피상적으로만 구별하였다는 비판이 가해진다.⁸⁾

다. 치료방법의 특성

서양의학은 질병의 원인이 외부적 인자 즉 세균이나 바이러스 등이라고 보기 때문에 치료방법도 이들을 박멸·제거하는데 중점이 있으나 한의학에서는 질병 발생요인을 주로 사람의 기력이 약해 방어력이 떨어진 것으로 보고 이를 보충하여 질병을 근본적으로 치료한다는 측면에서 양자를 구별한다.⁹⁾ 그러나 한의학에서도 육음(六淫)¹⁰⁾, 여기(癘氣)¹¹⁾, 칠정내상(七情內傷)¹²⁾, 식상(食傷)¹³⁾, 노권소상(勞倦所傷)¹⁴⁾ 등을 병인(病因)으로 보고 있으며, 이에 대한 치료방법도 다양하므로 위와 같은 방법으로 양자를 분류하는 것은 명확하지 않다.¹⁵⁾

라. 구별기준에 대한 검토

위에서 판례의 입장을 정리하여 여러 가지 구별 기준을 제시하였으나 진단 방법의 특성이나 치료방법의 특성은 결국은 학문적 기초가 되는 전문지식에 포함된다라고 볼 수 있으므로 구별기준으로 큰 의미를 부여하기는 힘들기 때문에 양자는 원칙적으로 학문적 기초로 구별하는 것이 가장 타당성이 있다.¹⁶⁾

것을 말한다.

8) 장연화, 앞의 논문, 574면.

9) 서울고등법원 2006. 6. 30. 선고 2005누1758 판결.

10) 風·寒·濕·暑·燥·火의 6가지 외감병사(外感病邪)의 총칭이다.

11) 강렬한 전염성을 가진 병사에 속하는 것을 말하며, 현대의학에서 말하는 세균·바이러스 등을 포함한다.

12) 7정이란 喜·怒·哀·懼·愛·惡·欲을 말하며, 이는 사람의 본성으로서 7정이 병을 일으키면 병이 내부에서 발생하므로 7정은 내상질병의 주요 발병원인이 된다.

13) 음식으로 인한 손상으로서 무절제한 음식섭취, 편식, 불결한 음식섭취 등으로 인하여 질병이 발생하는 것을 말한다.

14) 과로가 쌓이는 것을 말한다.

15) 박철, 「한방의료행위에 대한 형사법적 고찰」, 박사학위논문, 연세대학교 대학원, 2015, 75면.

16) 박철, 앞의 논문, 75면.

그러나 ‘학문적 기초’로 구분하는 것이 항상 명확하지는 않으며, 특히 한의학의 기초 아래 현대과학을 접목한 의료기기를 이용한 시술이 개발됨에 따라 한방과 양방이 혼재되는 영역 등의 경우가 문제되는데, 이런 경우에는 양자를 엄격히 구별하려 하기보다는 국민건강의 보호·증진의 측면을 고려하여 판단할 필요가 있다.¹⁷⁾

2. 한방의료행위의 특성

한방의료행위는 광의의 의료행위의 일종으로서 의료행위의 특성을 지니고 있으나 양방의료행위와 비교했을 때 특히 두드러지는 특성은 다음과 같다.

가. 낮은 침습성

침습성이란 양방의료행위의 경우, 타인의 몸을 만지고, 주사로 약물을 주입하고 수술시 신체의 일부를 절개하여 떼어내거나 상해를 입히는 것이며, 이러한 행위를 하기 위해서는 구멍의 목적을 요한다. 그러나 의사가 구멍성을 가지고 침습행위를 행하더라도 환자에게 악결과가 나타난다면 경우에 따라 의료분쟁이 발생할 수 있다.¹⁸⁾ 한방의료행위에서 행하는 침습적 치료는 주로 침, 뜸, 부항 등의 시술인데, 이러한 치료방법은 인체에 대한 침습의 정도가 양방 의료행위와 비교해 볼 때 현저히 낮다. 또한 양방이 질병의 원인인자를 제거·박멸하려는 데 비해, 한방은 인체의 방어력 증진에 중점을 두기 때문에 침습성의 차이는 한·양방의료의 기본원리와의 밀접한 연관성이 있다

이러한 한방의료행위의 낮은 침습성으로 인하여 환자가 상해를 입거나 사망의 경우가 많지 않다보니 소송의 경제적·시간적 비용면에서 실익이 크지 않아 소송에 의한 사법적 분쟁해결의 가능성은 높다고 보기 어렵다.¹⁹⁾ 그러

17) 백경희, “양방의료행위와 한방의료행위의 중첩에 관한 법적 문제에 관한 소고”, 한국의료법학회 학술대회 제11호, 한국의료법학회, 2013, 63면.

18) 김상현·박형욱, “국내 판례분석을 통한 의료사고 예방대책 연구: 외국인 환자 의료사고 예방을 중심으로”, 『한국의료법학회지』, 제20권 제1호, 한국의료법학회, 2012, 98면.

19) 정미영, “한방의료분쟁의 합리적인 해결방안 연구: 한국소비자원의 한방의료 피해구제를

나 한방의료영역에 과학의 접목이 늘어나 의료기기를 이용한 진단이나 치료가 증가되면 현재보다 더욱 침습성의 정도가 높아질 수 있으며 이는 결국 한방의료과실에 대해서 소송적 해결가능성이 높아질 수 있다는 것을 의미한다.

나. 체질성의 중시

양방의료의 관점에서 볼 때, 인체의 반응은 가변적이고 예측불가능한 면을 지니고 있어 의료과실은 특히 그 예측가능성이 낮으며 환자의 개별적 특성이 중시된다. 인간의 신체는 예측하기 힘든 생물학적 특성이 있으며 의학적으로 아직 규명되지 아니한 특이한 체질도 많아서²⁰⁾ 현대의학이 비록 고도로 발달되었다고 할지라도 환자의 구체적 증상에 대한 치료법도 개인이 갖고 있는 특수성으로 인해 예상과는 다른 결과를 갖게 될 가능성도 많다.²¹⁾

한방의료는 환자의 개인적 특성을 반영하는 경우가 양방의료보다 보다 세밀한 측면이 있으며 인간의 신체적 개별성이나 특수성을 고려하여 일찍이 체질학²²⁾이 발달하였다. 특히 이제마가 사상체질론²³⁾을 주장하였는데, 이에 의하

중심으로”, 『의료법학』, 제9권 제2호, 대한의료법학회, 2008, 384~385면.

20) 예를 들어 갑은 페니실린계 항생제에 아무 이상이 없으나, 을은 이를 맞고 과민성 쇼크로 즉사할 수도 있다. 병은 1mg의 모르핀만으로 진통의 효과가 있으나 정은 10mg의 모르핀을 맞아도 효과가 없을 수 있다. 결국 각양각색의 사람들에게 표준 치료protocol을 적용하지 않았다고 하여 과실이라고 할 수 없다(신현호·백경희, 『의료분쟁 조정·소송 총론』, 육법사, 2011, 77면).

21) 이덕환, 『의료행위와 법』, 현문사, 2010, 12면.

22) 일찍이 『내경』에서는 개개인의 체질 차이에 주의하고 그 생리에 근거하여 분류하였을 뿐만 아니라, 체질의 형성 및 그 병인병기(病因病機)·변증치료(辨證治療)와의 관계를 연계시켜 기술하였고, 후세 의가들이 보충하여 계통적인 체질학을 형성하였다(배병철, 『기초한의학』, 성보사, 2000, 222면).

23) 사상인의 장부대소를 살펴보면, 소음인은 음에 속하는 신이 크고 양에 속하는 비가 작아서 하체의 엉덩이, 입, 아랫배가 크고 앉아 있는 기운이 안정되며, 상체의 어깨, 눈, 가슴이 약하여 체형이 장고 모양이다. 소양인은 양에 속하는 비가 크고 음에 속하는 신은 작아서 상체의 어깨, 눈, 가슴이 크고, 싸고 있는 기운이 강하며, 하체의 엉덩이 부위가 작고 기운이 가벼워 체형이 팽이 모양이다. 태음인은 음에 속하는 간이 크고 양에 속하는 폐가 작아서 하체의 배, 코, 허리가 크고 서있는 기운이 강하며, 상체의 목덜미, 귀, 이마부위가 약하여 체형이 절구통 모양이다. 태양인은 양에 속하는 폐가 크고 음에 속하는 간은 작아서 상체의 두상, 귀, 이마가 크고 일어나는 기운이 강하며, 하체의 허리부위가 작고 기운이 약하여 체형이 깔대기 모양이다.(류순섭, 『사상의학통해 天 원리론(1)』, 도서출판 대학서림, 2006, 46면).

면 인간의 체질을 태양인·태음인·소양인·소음인으로 나누어 각각의 체질에 따라 치료를 할 수 있다고 한다. 이러한 면을 고려해 본다면 양방의료행위의 특성의 하나인 특이체질성을 한방의료의 특성으로 보기는 어렵다.²⁴⁾ 따라서 한의사가 한방의료과실에 대한 방어수단으로서 환자의 특이체질성을 주장하기는 어려운 측면이 있다.

다. 높은 재량성

의사의 치료는 고도의 전문적 지식과 기술을 요하므로 환자에 대한 진단이나 치료방법 등에 대해 의사들 간에도 이견이 생길 수 있으므로 의사에게 일정부분 자유재량을 줄 수 있다.²⁵⁾ 특히 한방의료행위는 경험적, 주관적 특성이 강하여 상대적으로 한의사의 재량의 범위가 넓으므로 동일 환자에 대한 진단이나 처방 결과가 서양의학에 비하여 다양하게 나타난다.²⁶⁾ 예를 들어 감기에 걸린 환자는 두통, 발열, 오한 증상이 나타나게 되고, 그렇게 자각하거나 외견상 알 수 있는 증상을 종합한 것을 한의학에서는 ‘증(證)’이라고 한다. 갈근탕은 감기약이지만 어떤 감기에나 효과가 있는 것은 아니고, 갈근탕은 열이 있고 오한이 나는, 뒷머리가 빠근한 두통이 있는 감기, 땀은 나지 않고 맥과 배에는 힘이 있는 경우에 한해서 효과가 있는데, 이를 갈근탕의 ‘증’이라고 한다. 그러나 똑같은 증상의 감기에도 땀이 나는 경우에는 갈근탕을 마셔도 효과를 보기 어렵다.²⁷⁾ 이렇듯 ‘증’에 의한 치료를 원칙으로 하기 때문에 한방의료에서는 규격진료를 하기가 쉽지 않다.²⁸⁾ 이러한 한방의료행위의 높은 재량성은 한의사에 대한 의료과실이 문제되었을 경우 그에 대한 입증을 어렵게 만드는 요인이 되고 있다.

24) 박철, 앞의 논문, 47면.

25) 이덕환, 앞의 책, 12면.

26) 이백휴, 앞의 논문, 143면.

27) 藤平 健·勝田正泰, 앞의 책, 23면.

28) 박철, 앞의 논문, 48면.

3. 한방의료행위와 양방의료행위의 상위성(相違性)

한방의료와 양방의료는 의료로서 공통성도 있지만 양자는 학문적 원리, 진단이나 치료방법 등에서 차이가 있는데, 이를 상위성이라 부를 수 있다. 예컨대 한의학에서의 ‘기체증(氣滯證)’을 살펴보면, 이 경우 기체증이란 기체의 증상이 나타나는 것으로서, ‘기체’란 기가 정체되어 운행이 불리하게 된 증후를 말한다.²⁹⁾ 이 때 통증 부위를 정확히 말하기가 어렵고, 감정의 변화에 따라 통증의 강도도 변화할 수 있는데, 한방에서는 환자의 상태에 따라 적절한 처방을 선택하여 치료한다. 그런데 이러한 기체증 환자가 양방병원에서 의료기기적 검사를 받게 되더라도 뚜렷한 원인을 찾아내기 힘들어 서양의학적 치료로서는 효과를 보지 못할 수도 있다. 또한 예컨대 편도염의 치료에 있어서, 양방은 편도선의 제거 수술을 하기도 하지만, 한방에서는 환자의 면역력 증가에 중점을 두는 치료를 행하지만 양방의 경우처럼 제거적 치료는 하지 아니한다.³⁰⁾

III. 한 · 양방 의료분업³¹⁾

1. 한 · 양방 의료분업의 필요성

2009. 1. 30. 의료법의 일부개정(법률 제9386호)이 이루어져 의료법 제43조에 의거하여 타 직종 간 의료인의 협진이 가능하게 되었는데, 병원은 한의사, 치과의사를, 한방병원은 의사, 치과의사를, 치과병원은 의사, 한의사를 각각

29) 박금실·김수경, 『통합 진단·병리학』, 도서출판 아트하우스, 2012, 22면.

30) 박철, 앞의 논문, 29면.

31) 양방과 한방이 각각 진단과 치료라는 업무분담을 통하여 의료행위를 한다는 점에서 원칙적으로 반드시 업무의 분담을 전제로 하지 않는 단순한 협업보다는 분업이라는 용어가 보다 적절하다고 생각한다. 비록 양자 간의 상위성으로 인하여 분업이 어려운 측면이 있기는 하지만 예컨대, 암치료 중심의 한·양방 협진병원(진단은 양방, 치료는 한방에서 행한다고 했을 때)에서 양방에서의 의료기기를 이용한 암 진단은 한방에서는 기대하기 어려운 부분이며, 양방에서의 암 진단 없이 한방에서 암치료를 행하는 것은 사실상 어려우므로 분업의 개념으로 접근하는 것이 타당하다고 생각한다.

고용하여 진료과목을 개설할 수 있게 되었으므로 한방과 양방이 서로 협력할 수 있는 법적 토대가 한층 더 마련되었다.

한방의료와 양방의료는 그동안 상호 갈등적 관계에 있는 경우가 많았다. 이러한 양상은 상대의료에 대한 견제·통제적 기능을 수행하는 긍정적인 면도 있지만, 상호간의 갈등의 양상이 지나치게 될 때에는 결국 그 피해는 일반국민의 몫이 되었다는 그간의 사정을 상기해 본다면 이는 결코 바람직하지 않을 것이다. 환자를 치료한다는 관점에서 본다면 한·양방의료의 장점이 서로 다르므로 의료일원화가 되어 있지 않은 우리의 의료체계 상황에서는 한·양방 의료 가 협진³²⁾하는 것은 상당히 의미 있는 일이다.³³⁾ 그러나 의료일원화체계에서 환자의 치료라는 목적 하에 진단이나 치료방법 등이 다른 두 의학이 협력하여 의료행위를 수행한다는 것은 현실적으로 여러 가지 어려움과 문제점을 지니고 있으며, 이원화된 의료체계를 가지면서도 사람들의 고민과 선택에 따라 의료행위가 이루어지고 있다.³⁴⁾

32) 한·양방 협진에 의한 의료분업시 의료서비스를 제공하는 방법은 여러 가지가 있다. 첫째, 한방의료로 예방과 진단을 하고 양방의료로 치료와 재활을 하는 방법과 양방의료로 예방과 진단을 하고 한방의료로 치료와 재활을 하는 방법이다. 둘째, 한방의료로 예방과 진단을 하고 한·양방 협진으로 치료와 재활을 하는 방법과 양방의료로 예방과 진단을 하고 한·양방 협진으로 치료와 재활을 하는 방법이 있다. 셋째, 한·양방 협진으로 예방과 진단을 하고 한방의료 또는 양방의료로 치료와 재활을 하는 방법이 있다. 넷째, 한·양방 협진으로 예방과 진단을 하고 한방의료로 치료와 재활, 양방의료로 치료와 재활 또는 한·양방 협진으로 치료와 재활을 하는 방법이 있다. 이러한 방안들 중에서 어떤 방법을 선택할 것인가는 한·양방 협진 형태와 질병의 종류에 따라 달라질 수 있다.(김춘배외 7인, “양·한방의 상호보완 발전을 위한 법적 및 제도적 고찰”, 『한국의료법학회지』, 제9권 제2호, 한국의료법학회, 2001, 27면).

33) 한·양방협진 의료서비스를 제공하는 병원에 입원 중인 환자를 대상으로 설문조사한 결과에 의하면 한방의료기관과 양방의료기관을 모두 방문한 이유에 대하여 양방치료나 한방치료 중 어느 한쪽의 치료만으로는 부족함을 느껴져서가 가장 많았고, 그 다음이 한방 혹은 양방 치료만으로는 병의 차도가 없기 때문이라고 한다. 이러한 결과는 한·양방협진에 대한 높은 수요를 예측하게 만드는 결과라 볼 수 있겠다. 한·양방협진 병원을 이용하게 된 경로로서 한방의료기관이나 양방의료기관에 근무하는 의사의 권유나 소개가 꽤 높은 비율을 차지하였는데, 이는 의사와 한의사가 서로에게 배타적인 결모습을 보이는 것과는 달리 실제로는 한·양방협진의 치료효과성을 인정하고 있으며 협진에 대하여 긍정적인 입장임을 유추할 수 있겠다(최만규외 3인, “양·한방협진 의료기관 이용자의 인식도 및 태도”, 『한국보건정보통계학회지』, 제30권 제1호, 한국보건정보통계학회, 2005, 41~43면).

2. 한·양방 의료의 동등성에 관한 문제

현행 우리의 의료체제는 한방과 양방이 분리된 이원적 체계이며, 의료법 제 2조 제2항을 보더라도 의사는 의료와 보건지도를 임무로 하고 있고, 한의사는 한방 의료와 한방 보건지도를 임무로 하는 것으로 규정하고 있다. 해당 의료영역에 종사하는 의료인의 수 등을 비교해 본다면 동등한 이원적 체계를 이루지 않고 양방의료에 치우친 형태를 이루고 있다고 볼 수도 있다.³⁵⁾ 또한 진단검사 분야에 있어서는 양방의료 입장에서는 한의학적인 방법으로 진단받은 결과를 쉽게 수용하지 못하는 반면 한방의료기관에서는 양방의료기관에서 정확도가 뛰어난 의료기기를 사용하여 검사한 결과를 무시하지 못하는 상황이다. 따라서 이러한 측면을 고려한다면 양자의 분업관계를 양방의료를 상위에 둔 수직적 분업관계로 볼 수도 있는 측면이 있다.³⁶⁾

그러나 단순히 의료인의 수의 많고 적음으로 의료의 우월을 논하는 것은 합리적이지 아니하며, 양자는 의료법상 규정을 보더라도 그 업무영역이 서로 다르며, 양자의 학문적 원리, 진찰방법, 치료방법 등이 기본적으로 차이가 있으므로 서양의학과의 우리의 전통의학인 한의학을 서로 다름의 시각에서 접근해야지 지시와 복종을 전제로 하는 수직적 분업의 관계로 파악하는 것은 타당하지 않다. 따라서 한·양방 의료분업의 경우 기본적으로 이들의 관계는 상호 독립적인 관계로 볼 수 있으므로 수평적 분업관계로 보아야 할 것이다. 수평적 분업 관계라면 분업에 참가한 의료인은 상호 대등한 관계에서 각자 자신의 분업영역에서 상호간의 지시나 감독 없이 독자적 의료행위를 할 수 있는 것이다.³⁷⁾

34) 오수영, “한국의 과학기술 어디까지 왔나-양한방 협진기술”, 『과학과 기술』, 제32권 제6호, 한국과학기술단체총연합회, 1999, 32면.

35) 백경희·장연화, “양방의료행위와 한방의료행위의 의의 및 중첩 양상에 관한 판례의 태도에 관한 고찰”, 『한국의료법학회지』, 제22권 제1호, 한국의료법학회, 2014, 130~131면.

36) 박철, 앞의 논문, 195면.

37) 최호진, “분업적 의료행위에 따른 형사책임의 분배”, 『형사법연구』, 제19권 제1호, 한국형사법학회, 2007, 6면.

3. 한·양방 의료분업행위의 위험성

양방대형종합병원에서는 수술적 치료행위를 하기 이전에 담당의사의 진단과 처방 및 이에 따른 다른 담당과목 의사의 수술에 대한 환자의 적응검사, 수술과정에서 집도의와 관련 의료인들 사이의 역할분담의 설정 그리고 수술 이후 간호사 등의 환자에 대한 경과관찰의무 등이 유기적으로 이루어지고 있어서 의료분업은 일종의 규범적 원리로서의 위상을 지니고 있다.³⁸⁾ 그러나 의료분업은 때때로 의료인뿐만 아니라 환자에게도 위험성을 가져다주기도 한다.

특히, 한방과 양방의 협진으로 인한 의료행위의 위험성은 양방의료의 분업적 의료행위와 달리 한방의료와 양방의료의 상위성으로 인해 양자의 협진시에 나타날 수 있는 의료행위의 특수한 위험성이 있다. 우선, 각자의 의료영역에서 사용하는 의학적 용어의 상이함³⁹⁾과 환자의 질환·증세에 접근하는 방식의 상이함으로 인한 의사소통의 하자의 문제가 있다. 예컨대, 한방의료에서의 ‘신(腎)’의 의미와 양방의료에서의 ‘신장’의 개념이 서로 유사하기는 하지만 정확히 일치하지는 않는다. 조정상의 하자로서, 의사가 처방한 약과 한의사가 처방한 한약이 각각 독립적으로 복용할 때에는 문제가 되지 아니하나, 양자 간에 처방약의 적정량에 대한 조율이 없어서 환자가 양자의 처방한 약을 같이 복용함으로써 결과적으로 약의 남용 또는 약 효과의 길항(拮抗)을 가져오게 될 수 있다는 문제점이 있으며, 또, 자질상의 하자로서, 상대영역에 대한 의료지식의 부족으로 인하여 상대영역의 의료인에 대한 자질을 평가하기가 어렵다는 문제 등이 있다.⁴⁰⁾

38) 정웅석, “의료사고에 따른 의료종사자 사이의 형사책임관계-수평적·수직적 의료종사자 사이의 신뢰의 원칙을 중심으로-”, 『의료법학』, 제5권 제2호, 대한의료법학회, 2004, 53면.

39) 한의사들도 2010년 1월 1일부터 국제질병분류(ICD-10) 기반의 질병코드를 사용하고 있으므로 소통상의 하자가 일정 부분 해소된 측면이 있다.

40) 박철, 앞의 논문, 158면.

4. 한·양방 의료분업으로 발생한 처벌의 위험성 제거

한·양방 의료분업 시에는 의사나 한의사에게 각자의 의료영역이외의 영역에 대한 의료지식과 경험을 기대하기 힘들며⁴¹⁾, 이러한 기대불가능한 의무를 불이행하였다고 해서 의사나 한의사에게 의료과실의 형법적 책임을 인정하는 것은 타당하지 않다. 또한 의료분업 시에는 각자 업무에 대한 책임영역의 분할을 설정하여 자기귀책성의 원칙에 충실해야 하며, 분업적 업무를 수행하고 있는 의료인이 다른 의료인이 자신의 맡은 바 업무를 제대로 수행할 것을 신뢰한 경우에는 신뢰의 원칙을 적용하여 형사책임을 제한하고 있는데,⁴²⁾ 이러한 원리는 원칙적으로 한방과 양방의 의료분업 시에도 적용된다.

IV. 한·양방 의료분업에서의 신뢰의 원칙

1. 신뢰의 원칙의 의미

가. 의의

신뢰의 원칙이란 교통에 관여한 모든 자는 타 교통 관여자가 교통규칙이나 그 외의 교통질서에 따른 적절한 행동을 할 것이라는 것을 신뢰하여도 좋고, 만약 그것을 신뢰한 것으로 인하여 악결과가 발생하였더라도 과실책임을 지지 않는다는 원칙을 뜻한다.⁴³⁾ 이는 허용된 위험보다는 구체적인 모습을 띠고 있으며, 과실범의 객관적 주의의무를 제한하는 기능을 할 수 있다.⁴⁴⁾ 이는 자동

41) 그러나 대법원 2006. 12. 21. 선고 2006다41327 판결에 의하면 우리 법원은 한의사에게 일정 정도의 양방의학적 지식을 가질 것을 요구하고 있다.

42) 전지연, “의사와 간호사의 분업적 의료행위에서의 형사상 과실책임-대법원 1998. 2. 27. 선고 97도2812 판결-”, 『의료법학』, 창간호, 대한의료법학회, 2000, 244면.

43) 강영철, “신뢰의 원칙의 적용요건 및 적용한계”, 『단국법학』, 제6권, 단국대학교 법학연구소, 1997, 127면.

44) 이인영, “의료분업과 신뢰의 원칙”, 『연세법학연구』, 제6권, 연세대학교 법학연구원, 1999, 193면; 객관적 주의의무를 한정한다는 점에서 신뢰의 원칙의 법적 성격은 구성요건해당성배제사유라고 보는 것이 타당하다. 그리고 객관적 주의의무는 결과예견의무와 결과회

차 운전자와 보행자 간, 자동차 운전자 상호 간에 있어서도 그 적용이 가능한 것은 물론이고 사회적으로 유용한 목적을 달성하기 위하여 여러 사람이 공동으로 작업하는 분야에도 그 적용이 가능한 원리이므로⁴⁵⁾ 의료분업의 경우에도 적용이 가능할 것이다. 우리 대법원도 신뢰의 원칙을 1957년에 이른바 기관차조수 견습사건⁴⁶⁾에 처음 적용했는데 최근에는 도로교통뿐만 아니라 공장, 병원 등 다수의 분업적인 공동작업을 하는 경우에도 적용하고 있다.⁴⁷⁾

나. 신뢰원칙의 적용요건

원래 신뢰의 원칙을 적용하기 위해서는 몇 가지 교통환경적 요건을 필요로 하였다. 이를 구체적으로 살펴보면 첫째, 자동차의 신속·원활한 교통이 필요하다는 것, 둘째, 위험분배를 전제로 한 도로의 정비, 신호기의 설치, 교통안전 시설의 확충 등 교통환경의 정비가 필요하다는 것, 셋째, 교통교육, 교통도덕의 보편화에 의하여 일반교통관여자가 교통질서에 반하는 부적절한 행동을 취하는 것이 희박한 단계에 있어야 한다는 것이다. 그렇지만 이들 세 가지 조건은 어떠한 구체적 상황에 있어 신뢰의 원칙의 적용이 가능한가 하는 객관적 범위를 다루는데 있어서 선행조건이 될 뿐인데, 왜냐하면 신뢰의 원칙의 적용은 구체적으로 어떠한 상황이 존재하는가가 중요하기 때문이다.⁴⁸⁾

한편, 신뢰의 원칙을 적용하기 위한 주관적 요건을 살펴보면 첫째는 신뢰의 존재인데, 신뢰감은 예측에 가까운 상태뿐만 아니라 어느 정도 의심을 수반하는 회의적인 것까지 포함하는 범위를 지니고 있으므로 신뢰가 최소한 존재하

피의무를 그 내용으로 하고, 신뢰의 원칙이란 다른 관여자의 비이성적인 행위에 대해서 이를 예견하고 방어할 필요가 없다는 이론이므로 예견의무와 결과회피의무를 모두 제한하는 기능을 가진다(이재상, 『형법총론』, 박영사, 2011, 191면; 정현미, “의료과오의 형사법적 책임”, 한국형사정책연구원, 1998, 66면).

45) 박현준, “과실범과 신뢰의 원칙”, 『영남법학』, 제2권 제1~2호, 영남대학교 법학연구소, 1995, 537면.

46) 대법원 1957. 2. 22. 선고 4289형상330 판결.

47) 이인영, 앞의 논문, 193면.

48) 정신교, “신뢰의 원칙의 형사법적 연구”, 『일감법학』, 제13권, 건국대학교 법학연구소, 2008, 108면.

기 위해서는 무의식적인 예측이라는 형식을 취한 것에 지나지 않은 정도는 있어야 한다. 둘째는 신뢰의 상당성이다. 신뢰의 원칙이 적용되기 위해서는 타인의 적절한 태도에 대한 신뢰가 있어야 하지만, 이러한 신뢰가 당시 여러 사정을 고려해 볼 때 사회적 상당성을 지니지 못하면 신뢰의 원칙은 적용될 수 없다는 것이다. 셋째는 사고의 원인으로서의 법규위반의 부존재이다. 이는 가해자 자신에게 교통법규위반이 있을 때에도 여전히 신뢰의 원칙이 적용될 수 있는가의 문제인데, 가해자의 교통법규 위반이 있어도 그것이 사고의 직접적인 원인이 아닌 경우에는 신뢰의 원칙을 적용하여 가해자의 과실을 부정한 판례⁴⁹⁾가 있다.⁵⁰⁾

2. 한방의료와 양방의료 간의 신뢰의 원칙의 적용여부

한방의료행위와 양방의료행위는 서로 진단이나 치료방법 등이 다름에도 불구하고 과연 상대영역에 대한 신뢰가 있을 수 있는가의 여부가 문제될 수 있다. 포괄적으로 본다면 양자 간의 상위성으로 인하여 신뢰를 인정하기는 어려운 측면이 많다. 그러나 신뢰는 인간의 내면에 속하는 주관적이며 막연한 것으로서 어느 정도 의심을 수반하는 회의적인 것도 포함하는 광범위한 범위를 내포하고 있으므로,⁵¹⁾ 한·양방 의료분업시에 상대의료의 모든 부분에 대한 전적인 신뢰가 필요한 것은 아니다.⁵²⁾ 신뢰의 대상에 관해 살펴보면, 도로가에서 교통관여자가 교통법규에 따라 적절한 행동을 할 것이라는 것이 신뢰의 대상이었다면, 한·양방 협진 시에는 상대의료영역의 진단 내지 치료도 자신이 속한 의료영역 이상의 진단의 결과 내지 치료효과를 낼 수 있을 것이라는 것이 신뢰의 대상이 된다. 한방과 양방의 협진에 대한 합의는 분담부분에 관하여 양자

49) 대법원 1970. 2. 24. 70도176 판결; 대법원 1980. 2. 12. 79도3004 판결.

50) 정신교, 앞의 논문, 109~114면.

51) 정신교, 앞의 논문, 109~110면.

52) 예컨대, 한방의료측에서 양방의료의 암 진단능력을 믿더라도 암에 대한 치료까지 신뢰하지 못할 수 있으며, 양방의료측에서는 중풍에 대한 한방치료의 우수함을 믿더라도 당뇨에 대한 한방치료를 효과적인 치료방법이라고 신뢰하지 않을 수도 있다.

의 상호 신뢰가 존재한다고 볼 수 있고 신뢰의 상당성도 존재하기 때문에 주관적 요건의 측면에서 신뢰의 원칙의 적용이 가능하다고 생각한다.

예컨대, 양방에서는 의료기기에 의한 진단을, 한방에서 치료를 맡은 경우의 협진에서, 한방의 입장에서는 양방의 의료기기를 이용한 진단검사결과를 신뢰할 수 있는데.⁵³⁾ 이 경우를 수평적 분업의 일종인 양방에서의 마취의와 외과의의 분업관계를 살펴서 이해할 수 있는 측면이 있다. 즉 외과의의 입장에서는 마취의가 제대로 마취를 하였을 것이라고 신뢰하게 되는데, 이 때 환자가 제대로 마취상태가 되었다는 점이 중요한 것이지 마취의가 어떠한 원리나 방법으로 마취를 하였는가는 관심의 대상이 아닌 것이다. 이러한 면을 고려해 본다면 위에서 언급한 형태의 한·양방 협진의 경우는 양자 간의 상위성이 신뢰의 원칙의 적용에 있어서 장애요소로 작용하기는 어렵다.

한편, 한방과 양방 간의 전원의 경우는 협진과는 달리 생각할 필요가 있다. 한·양방 의료인 개인의 상대 의료영역에 대한 신념과 소신에 따라 신뢰감을 갖지 못할 수 있기 때문이다. 결국 협진의 경우에 비하여 전원의 경우는 양자 간에 신뢰원칙의 적용가능성이 더 낮을 것이다.⁵⁴⁾ 그러나 예컨대, 한방에서는 진단하기 어려운 질환의 양방에서의 의료기기를 이용한 진단결과물에 대하여서는 한방에서 이를 신뢰할 수 있다고 판단된다.

언급했듯이 한·양방 의료분업에서의 양자의 관계는 수평적 분업관계이며, 수평적 분업이라면 신뢰의 원칙이 적용되는 것이 원칙이다. 그러나 수평적 분업이라고 해서 항상 신뢰의 원칙이 적용되는 것은 아니고 일정한 제한이나 한계가 있을 수 있는데, 예를 들면 다른 의사의 진단이나 전문영역의 능력에 대한 의심이 드는 경우, 다른 의사와의 협력이 부족한 경우, 중요업무의 조정의 필요성이 있는 경우 등을 그 한계로 들 수 있다.⁵⁵⁾ 이러한 한계사유를 살펴볼 때 한

53) 협진에서 양방에서 의료기기를 통한 진단검사결과를 한방으로 이송하는 행위 자체가 양방의 한방치료에 대한 신뢰가 일정부분 전제가 된 것이라고 할 수 있다. 만약 이러한 신뢰가 없다면 애당초 양방이 한방과 협진에 대한 합의가 있지 않았을 것이라고 생각된다.

54) 박철, 앞의 논문, 165~166면.

·양방 사이의 상위성도 신뢰의 원칙의 제한요소가 될 수 있을 것이다. 그러나 협진이나 전원으로 의료 영역의 변화가 생기더라도 상위성이 부각되지 않는 형태의 분업에서는 신뢰의 원칙의 적용이 가능하다고 판단된다.

3. 전원 및 협진 형태에 따른 신뢰원칙의 적용⁵⁶⁾

가. 양방의료기관에서 한방의료기관으로의 전원

(1) 양방의료기관에서 한의원으로의 전원

선행 의료기관인 양방의료기관에서 진단·치료를 받다가 개원 한의원으로 전원하는 경우라 할 수 있는데, 만약 환자가 양방의료기관에서 의료기기에 의한 각종 검사를 통해 특정질환으로 진단 받은 경우에 후행 의료기관인 한의원 에서 환자에 대하여 재차 진단을 해야 하는가가 문제될 수 있다.⁵⁷⁾ 이는 예컨대, 선행 양방의료기관이 환자에 대해 진단검사를 한 결과, 암이 없는데도 암이 있는 것으로 잘못판정하고 한의사가 그러한 잘못된 검사결과를 올바른 것이라고 신뢰하여⁵⁸⁾ 그에 따라서 한방치료를 했는데 악결과가 발생한 경우 등에서

55) 김기영, “수평적 의료분업과 의료기관 간의 신뢰의 원칙과 한계: 대법원 2011. 7. 14. 선고 2009다65416 판결을 중심으로”, 『외법논집』, 제36권 제2호, 한국외국어대학교 외국학종합연구센터 법학연구소, 2012, 207~208면.

56) 이하의 내용은 박철, 앞의 논문, 197~203면을 참조하여 일부 수정하여 재구성하였다. 그리고 의사는 한방의료를, 한의사는 양방의료를 일정 정도 신뢰한다는 것을 전제로 하여 서술하였다.

57) 물론, 환자의 상태는 시시각각으로 변할 수 있기 때문에 후행 의료기관에서도 환자의 진단에서 완전히 자유로울 수는 없다. 다만, 여기서의 진단은 예컨대 뼈의 손상, 궤양, 암 등을 의료기기를 이용하여 진단하는 것으로서 이러한 질환은 전원의 과정에서 다소 상태의 변화는 있을지언정 그 질환자체는 계속 존속하는데, 본문에서의 내용은 이러한 질환을 주로 대상으로 한 것이다.

58) 이 사례의 모티브가 된 사건은 대법원 2011. 7. 14. 선고 2009다65416 판결의 사안으로서 이는 세브란스 병원에서 환자에 대한 유방 조직검사를 시행하여 암의 확정 진단을 하였는데, 해당 환자가 서울대 병원에 전원하면서 세브란스 병원의 조직검사 결과를 기재한 조직검사 결과지를 제출하여 서울대 병원에서 유방절제술을 받았으나, 중앙조직검사 결과 암세포가 검출되지 않았고 암세포 검출 여부를 재확인하는 과정에서 세브란스병원 병리와 의료진이 조직검사 슬라이드를 만들면서 다른 환자의 조직검체에 해당 환자의 라벨을 부착하여 문제가 된 사안이다.

문제가 될 수 있다. 이 때 한의사에 대하여 평균적인 한의사로서 요구되는 진단상의 주의의무를 다하지 못하였음을 이유로 과실을 인정할 수 있는가의 여부가 관건이 된다.

그런데, 양방에서 내린 진단을 CT, MRI 등의 의료기기에 토대를 둔 진단(암, 뼈나 인대의 손상의 발견 등의 주로 영상적 진단검사)과 이러한 전문적 의료기기의 사용 없이 환자의 상태와 반응을 관찰하여 내린 비의료기기적 진단으로 나누게 된다면, 전자의 경우에는 한의사는 양방의 진단을 신뢰할 수 있을 것이나, 후자의 경우에는 양방의 진단을 참조할 수는 있겠으나 한방의료는 변증논치에 의한 환자의 ‘증(證)’에 따라 치료를 하므로 신뢰의 원칙이 완전히 적용되기 어렵다. 그런데 전자의 경우에도 한의사의 진단이 있기는 하지만 제한적이다. 왜냐하면 한방에서 암의 치료의 경우 현실적으로 양방의 진단을 근거로 하여 치료가 이루어지므로(한방에서는 암의 발견 및 그 진행상황을 명확히 알기 어렵다) 여기서의 한의사의 진단이란 한방적으로 암을 진단하기 위한 것이라기보다는 환자의 증에 맞는 암치료를 하기 위한 수단으로서 행하여지는 것이기 때문이다.

한편, 여기서 양방의 진단과실에 대하여 법적인 문제가 될 소지가 큰 것은 전자의 경우⁵⁹⁾이다. 이는 진단자체의 과실보다는 진단을 행하는 절차상에서 과실이 개입된 경우가 주로 해당될 수 있다. 후자의 경우 의사의 진단이 평균적인 의사의 능력에 현저히 떨어지는 경우를 제외하고는 의사의 오진에 대한 과실 책임을 묻기 어렵다. 왜냐하면 원래 진단이란 생체의 복잡성과 변화의 동태성으로 인하여 확정이 곤란하기 때문에 병인에서 얻어진 자료(환자의 호소, 증상, 검사성적)를 종합하여 추측할 수밖에 없으므로⁶⁰⁾ 진단의 어려움으로 인하여 발생한 의료과실은 일정부분 불가피한 면이 있다는 것을 감안할 필요가 있기 때문이다.

59) 각주 58)의 사례를 참조.

60) 大谷 實, 『醫療行爲と法』, 新版補正第2版, 弘文堂, 2004, 151면; 주호노, 『의사법총론』, 법문사, 2012, 464면.

(2) 양방의료기관에서 한방병원⁶¹⁾으로의 전원

후행 의료기관인 한방병원에서는 주로 진단검사는 양방, 치료는 한방(혹은 양방과 한방)에서 행하는 형태의 협진이 많은데, 선행 양방의료기관의 진단검사 결과를 신뢰하고 한방병원에서 자체진단을 소홀히 한 채 치료를 하게 되는 경우에 선행 의료기관의 진단검사의 오류로 말미암아 그 진단을 신뢰한 한방병원에서 잘못된 치료를 하여 결국 환자에게 악결과가 발생한 경우가 문제된다. 이 경우도 치료를 맡은 한의사의 양방의 진단에 대한 신뢰의 유무는 앞에서 언급한 것처럼 양방의 진단이 한방에서 진단하기 어려운 의료기기적 진단이나 그렇지 않은 진단이냐에 따라 생각할 수 있다.

그리고 선행 양방병원의 진단결과를 신뢰한 한방병원에서의 의사의 주의의무의 정도는 어떻게 될 것인가가 문제가 된다. 양방의료의 경우, 개원병원의 검진결과를 종합병원의 의료진이 신뢰해야 하는지에 대하여, 의료계의 관행은 각 병원 내부의 지침 또는 과에서의 방침에 따르게 되는 것이 일반적이지만 대형종합병원에서의 검사결과는 신뢰하는 편이지만 의원급 등의 하급의료기관에서 실시한 검사결과는 재검증을 하는 경우가 많다. 이 때 검사자의 주관적인 소견이 중요한 초음파검사나 내시경 소견과 같은 경우는 재시행하는 경우가 많고 MRI, CT 등과 같이 고가의 검사비용을 요하고 재검사시 전문 인력이 필요하고 전처치 등이 필요해 환자의 고통이 수반되는 검사는 재시행되지 않은 경우가 많다.⁶²⁾ 그렇다면 이 경우, 한방병원의 양방의료진들은 선행 양방병원이 대형종합병원이라면 그 검사 결과를 신뢰할 수 있겠으나, 질적 수준이 낮은 하급의료기관이라면 그 검사결과에 대하여 재검증이 필요할 것이다. 그러나 MRI, CT 등의 경우는 검사의 재시행이 현실적으로 적절하지 않을 수 있으나, 환자의 요청이 있거나 중대한 질병의 환자인 경우에는 경우에 따라 검사의 재

61) 한방병원 상당수가 한·양방 협진병원의 형태를 취하는 경우가 많으므로 여기서는 이를 서술의 대상으로 하겠다.

62) 배현아, 「응급의료법체계에서의 의사의 책임」, 박사학위논문, 연세대학교 대학원, 2006, 161~162면; 김현선, 「분업적 의료행위에 대한 민사책임제한으로서 신뢰원칙의 적용여부」, 『한국의료법학회지』, 제21권 제2호, 한국의료법학회, 2013, 135~136면.

시행이 필요할 수가 있다.

나. 한방의료기관에서 양방의료기관으로의 전원

(1) 한의원에서 양방의료기관으로의 전원

현재의 의료상황을 본다면 양방의료진이 한방의료기관의 한방적 진단을 신뢰한다는 것은 쉽지 않은 일이다. 따라서 한의원의 진단결과에 상관없이 후행 의료기관인 양방의료기관은 다시 자체적으로 환자에 대하여 진단검사를 하여 치료행위를 한다고 보아야 할 것이다. 설령 후행 양방병원이 자체 진단검사를 소홀히 한 채 선행 한의원의 진단결과를 신뢰하고 그에 따라 치료를 하더라도 해당 의료진은 주의의무를 충실히 이행하였다고 볼 수 없다. 게다가 의사가 한 의사에 비해 각종 진단기기를 보다 폭넓게 이용할 수 있다는 사정을 감안해 본다면 다시 각종 검사를 시행할 필요가 있을 것이다. 하지만 현실적으로 후행 양방병원이 한의원의 진단결과를 신뢰하기는 어려운 실정이므로 이 경우 양자간에 신뢰의 원칙이 적용되기는 어려울 것이다.

(2) 한방병원에서 양방의료기관으로의 전원

한방병원에서 양방의료기관으로 전원하는 경우에 있어서, 선행 의료기관인 한방병원에서 양방의료적 수단으로 진단검사를 하여 그것을 토대로 치료를 한 후에 양방의료기관으로 전원하였다면 선행 한방병원의 진단검사결과를 후행 양방의료기관이 그것을 신뢰할 수 있는지 아니면 다시 재검사를 해야 하는지가 문제될 수 있다. 협진을 행하는 한방병원의 경우 대개 진단검사는 양방에서 이루어지기 때문에 이러한 형태의 전원은 진단분야에 있어서는 양방병원간의 전원과 흡사하다. 이 경우 따져보아야 할 것은 병원의 질적 수준인데, 한방병원의 양방의료부문의 규모나 시설수준이 양방대형종합병원의 수준에 이르지 못하고 후행 양방의료기관이 대형종합병원이라면 후자는 다시 진단검사를 할 가능성이 크고 환자에 대한 기록을 검토하고 기왕의 병력증 등을 확인할 의무가

있으며, 후행 양방의료기관이 의원급이라면 선행 진단결과를 신뢰할 수 있을 것이다. 그러나 이 유형의 경우도, 치료분야에 있어서는 다르게 판단할 수 있다. 즉 한방병원 또는 협진을 행하는 한방병원에서 진단은 양방, 치료는 한방에 서만 하였을 경우, 후행 양방병원에서는 서양의학적 원리에 근거하여 새로 치료를 행할 것이기 때문이다.

다. 한·양방협진병원 내(협진)에서의 신뢰의 원칙의 적용

(1) 한·양방협진병원 내에서 양방에서 한방으로의 전의

이는 주로 양방에서 진단을 하고 한방에서 치료를 하는 형태로서 이 경우 한 의사의 주의의무는 환자의 치료에 치중해 있고 진단은 양방의료진을 신뢰하는 상황이다. 현실적으로 협진병원의 양방에서는 암이나 근골격계 질환 등을 진단할 때 의료기기를 이용한 진단을 주로 하므로 이러한 진단능력이 결여된 한 의사는 양방의 진단을 신뢰할 수밖에 없다. 그러나 만약 양방에서 비의료기기 적 진단을 행하고 있는 경우라면 신뢰의 원칙의 적용이 완전하지 않으며 한의 사는 환자를 치료하기 이전에 선행 양방적 진단결과에 대하여 한의학적 진단 으로 이를 확인할 필요가 있다.

(2) 한·양방협진병원 내에서의 한방에서 양방으로의 전의

양측 간에 분업에 대한 합의가 이루어지고 진단은 한방에서 치료는 양방에서 하는 경우이다. 그러나 비록 진단은 한방에서 행하더라도 의사는 치료 시에 한의사가 한방적 진단으로 검사결과를 서양의학적 진단으로 확인할 주의의무 가 있으므로 양자 사이에 신뢰의 원칙이 적용되기 힘들다. 현재 이러한 형태의 분업은 찾아보기 힘들다.

(3) 한·양방 모두 진단과 치료를 맡은 경우

진단과 치료를 양쪽에서 모두 행하는 경우, 예컨대, 코 성형시술에 있어서

양방에서 수술(즉, 양방적 진단과 양방적 치료적 수술)을 하고 한방에서는 수술 후 관리치료(즉, 한방적 진단과 침, 한약치료 등)를 하는 경우처럼 한방과 양방이 모두 진단과 치료를 각각 행하는 경우라면 신뢰의 원칙이 가능하다고 판단된다.

4. 신뢰의 원칙의 적용과 의료인의 형사책임

의료인의 의료과실로 인해 형사적으로 문제되는 경우는 거의 업무상 과실 치사상죄에 집중되어 있으며, 한·양방 의료분업에서 신뢰의 원칙과 관련하여 우선 형사적 책임의 초점이 되는 것은 잘못된 진단과 이에 의거한 치료로 인하여 발생한 악결과일 것이다. 그런데 진단은 신체의 복잡성과 변화의 동태성으로 인하여 확정이 어려운 측면이 있기 때문에 단순히 진단의 오류만으로는 의사에게 법적 책임을 묻기는 쉽지 않다. 따라서 의사의 진단에 대한 과실책임을 물을 수 있는 경우로는 의사의 진단능력이 당시의 평균적인 의사가 지녀야 할 의료수준에 비추어 현저히 떨어지거나⁶³⁾ 앞에서 언급했던 세브란스 병원의 병리와 의료진이 행한 실수와 같은 중과실을 행하여 환자에게 악결과가 발생한 경우 등 일 것이다. 현재의 한·양방 의료분업에서는 대부분 진단은 양방에서 행하는 경우가 많으며, 만약 양방에서 이러한 진단과실을 범한다면 의사에 대한 형사적 책임을 고려해 볼 수 있다.

문제가 되는 것은 양방의 잘못된 진단을 신뢰하고 그에 의한 치료를 행하여 환자에게 악결과를 발생시킨 경우의 한의사의 형사적 책임여부이다. 왜냐하면 한·양방 의료분업에서 양방에서 진단, 한방에서 치료를 맡은 경우일지라도 한·양방 의료행위의 상위성으로 인하여 한의사에게도 치료를 위하여 한방

63) 대법원은 “의사의 주의의무는 의료행위를 할 당시 의료기관 등 임상의학분야에서 실천되고 있는 의료행위의 수준을 기준으로 판단하여야 할 것이다. 그러므로 의사가 행한 의료행위가 그 당시 위와 같은 의료수준에 비추어 최선을 다한 것으로 인정되는 경우에는 그 의사에게 환자를 진료함에 있어서 요구되는 주의의무를 위반한 과실이 있다고 볼 수 없는 것”이라고 판시한 바 있다(대법원 1994. 4. 26. 선고 93다59304 판결).

적 진단확인을 하기 때문이다. 이런 면에서 본다면 양방의 비의료기기적 오진의 경우에 대하여 치료를 맡은 한의사는 평균적인 한의사가 지녀야 할 진단수준에 현저히 미치지 못할 경우에는 경우에 따라 해당 한의사도 진단과실에 대한 법적책임을 고려해 볼 수 있으나 형사책임보다는 민사책임이 인정될 가능성이 많다. 왜냐하면 민사상 과실은 피해자의 구제라는 관점에서 비교적 경미한 부주의가 있어도 과실이 인정될 수 있으나 형사적으로는 형벌을 강제할 정도의 고도의 실질적 부주의가 있어야 과실이 인정되기 때문이다.⁶⁴⁾ 한편, 양방의 의료기기를 이용한 진단으로서 현실적으로 한방에서 양방수준의 진단을 하기 어려운 경우에는 신뢰의 원칙이 적용되어 한의사에게 진단과실에 대한 형사책임을 묻기는 어렵다.

V. 글을 마치며

한·양방의료는 서로 다른 의학적 체계를 지니고 있으며, 특정질환이나 치료방법에 대하여 한·양방 의학적 원리가 서로 충돌되는 경우도 있다. 이러한 면을 고려하여 생각해 볼 때, 양자 간의 관계는 어느 한쪽에 속하는 종속적 관계가 아니라 독립적 관계로 보아야 하며 이러한 인식에 토대를 두고 양자 사이의 의료분업(협진·전원)을 바라보는 것이 타당하다.

한·양방 의료 간의 분업적 의료행위에 있어서 신뢰의 원칙의 적용여부의 문제는 상당히 까다로운 문제라고 생각된다. 왜냐하면 한방의료와 양방의료는 학문적 원리, 진단방법과 치료방법 등이 서로 다른, 즉 상위성이 존재하기 때문에 신뢰의 원칙의 적용이 제한적이기 때문이다. 여기서는 양방의 진단을 주로 의료기기적 진단과 비의료기기적 진단으로 구분하여 이를 중심으로 서술하였지만 양자 간의 신뢰의 원칙의 적용문제를 해결하기에는 충분치 않았으

64) 박영호, “형사상 의료과실 및 인과관계 인정과 관련된 대법원 판례분석”, 『의료법학』, 제 15권 제2호, 대한의료법학회, 2014, 439면.

며, 현실적으로 한방과 양방 간에 협진이 이루어지고 있음을 감안해 본다면 이에 대하여 좀 더 심도 있는 선제적 연구가 이루어졌으면 한다.

현실적으로 한·양방 의료분업 시에 신뢰의 원칙의 적용이 되는 경우는 협진의 형태가 양자 모두 진단과 치료의 업무를 포함해서 행하는 형태의 분업인 경우, 양방의 CT, MRI 등을 이용한 의료기기적 진단검사를 한의사가 수용하는 경우라고 할 수 있다. 그러나 언급했듯이 한의사가 양방의 진단결과를 참고를 하되, 치료를 위하여서는 한방적 진단이 개입되므로 한의사의 진단의 주의의무가 전적으로 배제되는 것은 아니다.⁶⁵⁾ 다만 현실적으로 암의 진단과 같은 한방의료로서는 진단하기 어려운 질병의 경우에서의 한의사의 진단은 암환자임을 인지하면서 치료를 위한 환자의 증세를 살피는 정도이므로 암의 오진에 대해서는 한의사에게 그 법적책임을 묻기 어렵다.

65) 이러한 측면에서 볼 때, 양진한치(洋診韓治)란 양방에서 진단을 하고 한방에서 치료를 하는 것으로 이해할 것이 아니라 양방에서 진단한 것을 토대로 하여 한방에서 진단과 치료를 한다는 것으로 이해하여야 할 것이다. 그리고 이러한 원리는 한진양치(韓診洋治)에도 마찬가지로 적용될 것이다.

[참 고 문 헌]

1. 국내문헌

- 강영철, “신뢰의 원칙의 적용요건 및 적용한계, 『단국법학』, 제6권, 단국대학교 법학연구소, 1997.
- 김기영, “수평적 의료분업과 의료기관 간의 신뢰의 원칙과 한계: 대법원 2011. 7. 14. 선고 2009다65416 판결을 중심으로”, 『외법논집』, 제36권 제2호, 한국의국어대학교 외국학종합연구소 법학연구소, 2012.
- 김상현·박형욱, “국내 판례분석을 통한 의료사고 예방대책 연구: 외국인 환자 의료사고 예방을 중심으로”, 『한국의료법학회지』, 제20권 제1호, 한국의료법학회, 2012.
- 김선중, 『의료사고 손해배상소송』, 육법사, 2014.
- 김춘배외 7인, “양·한방의 상호보완 발전을 위한 법적 및 제도적 고찰”, 『한국의료법학회지』, 제9권 제2호, 한국의료법학회, 2001.
- 김현선, “분업적 의료행위에 대한 민사책임제한으로서 신뢰원칙의 적용여부”, 『한국의료법학회지』, 제21권 제2호, 한국의료법학회, 2013.
- 류순섭, 『사상의학통해 天 원리론(1)』, 도서출판 대학서림, 2006.
- 박금실·김수경, 『통합 진단·병리학』, 도서출판 아트하우스, 2012.
- 박영희, “형사상 의료과실 및 인과관계 인정과 관련된 대법원 판례분석”, 『의료법학』, 제15권 제2호, 대한의료법학회, 2014.
- 박 철, 「한방의료행위에 대한 형사법적 고찰」, 박사학위논문, 연세대학교 대학원, 2015.
- 박현준, “과실범과 신뢰의 원칙”, 『영남법학』, 제2권 제1-2호, 영남대학교 법학연구소, 1995.
- 배병철, 『기초한의학』, 성보사, 2000.
- 배현아, 「응급의료법체계에서의 의사의 책임」, 박사학위논문, 연세대학교 대학원, 2006.
- 백경희, “양방의료행위와 한방의료행위의 중첩에 관한 법적 문제에 관한 소고”, 『한국의료법학회 학술대회 제11호』, 한국의료법학회, 2013.
- 백경희·장연화, “양방의료행위와 한방의료행위의 의의 및 중첩 양상에 관한 판례의 태도에 관한 고찰”, 『한국의료법학회지』, 제22권 제1호, 한국의료법학회, 2014.

- 신현호·백경희, 『의료분쟁 조정·소송 총론』, 육법사, 2011.
- 오수영, “한국의 과학기술 어디까지 왔나- 양한방 협진기술”, 『과학과 기술』, 제32권 제6호, 한국과학기술단체총연합회, 1999.
- 이덕환, 『의료행위와 법』, 현문사, 2010.
- 이백휴, “이원적 의료체계에서 의사와 한의사의 과실판단”, 『의료법학』, 제12권 제2호, 대한의료법학회, 2011.
- 이인영, “의료분업과 신뢰의 원칙”, 『연세법학연구』, 제6권, 연세대학교 법학연구원, 1999.
- 이재상, 『형법총론』, 박영사, 2011.
- 장연화, “면허의 의료행위와 관련한 의료인의 형사법적 책임”, 『형사판례연구』, 20, 형사판례연구회, 2012.
- 전지연, “의사와 간호사의 분업적 의료행위에서의 형사상 과실책임-대법원 1998. 2. 27. 선고 97도2812 판결-”, 『의료법학』, 창간호, 대한의료법학회, 2000.
- 정미영, “한방의료분쟁의 합리적인 해결방안 연구: 한국소비자원의 한방의료 피해구제를 중심으로”, 『의료법학』, 제9권 제2호, 대한의료법학회, 2008.
- 정신교, “신뢰의 원칙의 형사법적 연구”, 『일감법학』, 제13권, 건국대학교 법학연구소, 2008.
- 정웅석, “의료사고에 따른 의료종사자 사이의 형사책임관계-수평적·수직적 의료종사자 사이의 신뢰의 원칙을 중심으로-”, 『의료법학』, 제5권 제2호, 대한의료법학회, 2004.
- 정현미, “의료과오의 형사법적 책임”, 한국형사정책연구원, 1998.
- 주호노, 『의사법총론』, 법문사, 2012.
- 최만규외 3인, “양·한방협진 의료기관 이용자의 인식도 및 태도”, 『한국보건정보통계학회지』, 제30권 제1호, 한국보건정보통계학회, 2005.
- 최호진, “분업적 의료행위에 따른 형사책임의 분배”, 『형사법연구』, 제19권 제1호, 한국형사법학회, 2007.

2. 외국문헌

- 大谷 實, 『醫療行爲と法』, 新版補正第2版, 弘文堂, 2004.
- 籐平 健·勝田正泰, 『체질과 한방약』, 윤영석 역, 열린 책들, 1980.

[국문초록]

한·양방 의료 사이에서 신뢰의 원칙이 적용되는 경우에 관한 고찰

박 철(연세대학교 법학연구원 전문연구원, 법학박사·한약사)

우리는 한방과 양방의 이원화적 의료체계를 가지고 있다. 한방의료와 양방의료는 학문적 원리, 진단이나 치료방법 등에서 서로 차이가 나며 이를 한방의료와 양방의료의 상위성(相違性)이라 부를 수 있다. 한·양방 의료행위의 구별기준으로는 학문적 기준, 진단방법, 치료방법 등이 있고, 양방의료행위에 비하여 한방의료행위는 침습성이 낮고, 체질성을 보다 중시하며, 높은 재량성을 지닌다는 특성이 있다. 한·양방 의료사이에서 분업적 관계가 이루어질 때 양자의 관계는 종속적 관계가 아니라 상호 동등한 관계로 보는 것이 타당하며 기본적으로 이들의 관계는 상호 분리적·독립적인 관계로 볼 수 있으므로 수평적 분업관계로 보아야 한다. 수평적 분업이라면 신뢰의 원칙이 적용이 가능하나 양자의 상위성으로 인하여 이의 적용은 제한적이며, 이 경우는 양방의료 내의 각 과들 간의 의료분업이 이루어질 때의 신뢰원칙의 적용과는 다르게 생각할 필요가 있다. 이때의 신뢰원칙의 적용은 양자 간의 업무분담의 범위, 분업이 이루어지는 의료기관들의 형태 그리고 어떠한 방법으로 진단하는가의 여부에 따라 판단할 필요가 있다.

양방에서 진단을 맡고 한방에서 치료를 맡는 형태의 분업에서 이 때 양방의 진단을 의료기기를 이용한 진단과 그렇지 아니한 진단으로 나누어 신뢰원칙의 적용여부를 살필 수 있는데, 한방에서는 진단하기 어려운 것으로서 양방의 의료기기를 이용한 진단결과에 대해서는 한의사가 이를 신뢰할 수 있다. 이 경우 한·양방 의료 간의 상위성으로 인하여 양방의 진단결과에 대하여 한의사는 한방적 관점에서 환자에 대한 증세를 확인할 진단의 주의의무가 있으나, 후자의 경우와는 달리 전자의 경우의 한의사의 진단의 주의의무의 의미는 한의사가 양방의 진단결과를 신뢰하여 이를 인지한 채 다만 치료를 위하여 환자의 증세를 파악한다는 것이다. 한편, 양방의 진단과실에 대하여 치료를 맡은 한의사도 한·양방 간의 상위성으로 인하여 그 진단과실의 책임이 문제될 수 있는데, 이 경우 한의사에게 형사적으로는 진단과실에 대한 책임을 묻기 어려울 것이다.

주제어: 상위성, 수평적 분업, 신뢰의 원칙, 의료분업

Application of the Principle of Trust to the Medical Service Division between Oriental and Western Medicine

Bak, Cheol

Researcher, Institute for Legal Studies, Yonsei University

=ABSTRACT=

South Korea's medical system has dual systems-that is, Oriental and Western Medicine. Both are different from method for diagnosis or treatment of diseases and Scientific principle. Of the characteristics of Oriental medical practice in comparison with Western medical practice, notably, it is difficult to acknowledge specific constitutions, Oriental medical doctors' discretion is broad, and Oriental medical practice has a low invasiveness. Thus, it is difficult to acknowledge human specific constitutions when grounded on Oriental medical principles, thereby making it difficult for Oriental medical doctors to argue such specific constitutions as a means of defending against their medical negligence. And, it is difficult to prove Oriental medical doctors' negligence because Oriental medical doctors' scope of discretion is broad.

Collaboration of Oriental medicine and western medicine can diagnose and treat the patient's diseases from a different viewpoint, making both medicines complementary. Oriental medicine and western medicine are independent of each other, equal, thus making them divided horizontally. Horizontal medical service division involves the principle of trust, but the principle of trust does not always apply to Oriental medicine and western medicine, because if patients shift from one area of medicine to another, the scientific principle, diagnostic method and treatment method of that medical area should be different. Application of the principle of trust to both of them needs to be analyzed according to types of medical institutions where transfers occur, and to the scope of work division between them.

Keyword: Dual systems, Oriental medical practice, The principle of trust, Horizontal medical service