

医療事故における刑事責任 —院内感染事故の解決に向けて—

内海 朋子*

I. はじめに

本報告の目的は、梨花女子大学病院新生児死亡事件に関連して、関係者の刑事責任を問うにあたり、参考となりそうな日本の裁判例を紹介することにある。そこでまず、LEX/DBという判例検索データベースで、「院内感染」をキーワードとして検索したが、「民事事件」の範疇では100件以上の事件が該当したのに対し、「刑事事件」の範疇では1件も該当事件がなかった(2018年5月現在)。また、日本における包括的な学術論文のデータベース(Cinii)で、「感染」&「判決」のキーワードで検索を行ったところ、院内感染における民事訴訟を検討した論文は散見されたものの、刑事訴訟に関するものは見当たらない。その主な原因としては、日本では、従来から、医療過誤に関する法的責任の追及について、刑事事件として立件される数は少なく、院内感染事故については特に重大な事件が起こらなかったという点が考えられる。しかしながら、大規模病院における医療事故という点においては、日本においてもいくつかの重要な刑事裁判例が存在するため、本報告では、院内感染以外の事故ではあるが、とりわけ大規模病院で起こった医療事故に関連して、韓国における院内感染事故の抱える法的問題の解決の参考になりそうな日本の判例を、以下で紹介したい。

* 横浜国立大学国際社会科学研究院 教授.

II. 日本の裁判例における医療事故の刑事責任

1. 注意義務の内容の確定にあたって考慮されるべき点

まず、「医療界で慣行的に行われ、暗黙的に容認されていた医療行為が過失結果につながった」というような場合において、そのような行為を注意義務違反行為と評価すべきであろうか。この点については、場合分けが必要であると思われる。まず、①基準行為が、法令その他で設定されていない場合においては、社会の慣行を基準にすることになる¹⁾。もっとも、法令等の定めがないが、悪しき慣行が蔓延していて、その結果事故が生じた場合において²⁾、積極的に注意義務違反を認めて社会の悪しき慣行を是正するという役割を裁判所に認めるかどうかについては争いがある。個人的には認めてよいと考えるが、異論はあると思われる。

次に、②基準行為が、法令その他で定められているような場合には、社会の慣行ではなく、法令その他を基準とすべきであろう。医療分野については、多くの事項について、法令等に各種の定めがあり、また、各種のガイドラインに、標準的な行為準則が定められていると考えられる。今回韓国で問題となっている、看護婦による注射行

1) この点に関しては、医療事故ではないが、列車の運転士が、線路が曲線になっている箇所において高速で列車を進入させたため、列車が脱線・転覆し、多数の死傷者が出たJR西日本福知山線脱線事件(鉄道本部長に関する神戸地裁平成24年1月11日判決・裁判所ウェブサイト参照)が参考になる。この事件では線路のカーブを従来よりも急なカーブにする工事を担当していた鉄道会社の担当者について、工事の当時、省令等に、曲線にATS(自動列車停止装置)を設置する義務は定められていなかったため、他の鉄道会社が線路の曲線部分におけるATSの設置を行っていたといえるかが注意義務の有無の判断にあたって考慮され、その結果、ATSを設置する義務は否定された。なお、JR西日本福知山線脱線事件に関しては、歴代社長に関しても過失責任が問われたが、否定された(最高裁平成29年6月12日決定・刑集71巻5号315頁参照)。この事件を契機として、組織活動に起因する事故に関して、組織体内部の実質的責任者、組織体幹部、組織体それ自体の刑事責任をどのように問うのかという新たな問題が日本の実務・学界に提起された。一般の事故におけるこのような状況が、病院長などの管理責任者の刑事責任に関しても影響を及ぼしうることを指摘するものとして、佐伯仁志「医療の質の向上と刑事法の役割」ジュリスト1396号(2010年) 32頁以下。最高裁平成29年決定については、北川佳世子「列車脱線転覆事故について鉄道会社の歴代社長らに業務上過失致死傷罪が成立しないとされた事例」平成29年度重要判例解説152頁以下等、参照。

2) 西口元「医療事故・医療過誤と医療関係訴訟」法律のひろば2018年4月号(2018年) 10頁は、民事訴訟に関するが、悪しき医療慣行と良き医療慣行を区別することが今後の課題であるとしている。

為についても、注射行為を通じて感染事故を起こさないよう、行政側でガイドラインの提示や指導が行われている場合には、これらの基準を遵守していることが注意義務の判断に重要な要素となる。もし仮にそのような標準的な行為準則を遵守しなかった場合には、そのような対処をしたことについて、合理的な理由が求められるであろう³⁾。また、医療事故対策の詳細な策定自体は各医療機関に委ねられている場合も考えられるが、そのような場合には、医療機関内における規定等が注意義務の内容に反映されることになろう。

もっとも、院内感染防止対策といったような、医療機関内で日常的に反復・継続して行われる、比較的単純な危険防止対策に関する行為準則とは異なり、手術のように、患者の生命や身体に対する侵襲の度合いが高度で、不確定要素が多く、結果を正確に予測することは困難であるような医療行為については別個の考慮が必要であると思われる。これらの場面における行為準則は、医学文献の見解に従っているということ以上に、何よりも、臨床に携わる医師が妥当と考え、一般的に行っている医療措置に求められるであろう⁴⁾。この点、県立大野病院医療事故に関する福島地裁平成20年8月20日判決⁵⁾は、「臨床に携わっている医師に医療措置上の行為義務を負わせ、その義務に反したものには刑罰を科す基準となり得る医学的準則は、当該科

3) 院内感染に関しては、日本の場合、医療法施行規則(厚生省令第50号)の、1条の11第1項において、安全管理のための体制に関する規定があり、医療に係る安全管理のための指針の整備、医療安全管理委員会の設置等が定められていて、第2項では、安全管理体制に関し、院内感染を防止するために、①院内感染対策のための指針の策定、②院内感染対策のための委員会の開催、③従業者に対する院内感染対策のための研修の実施が、求められている。また、医薬品に係る安全管理のための体制の確保に係る措置として、①従業者に対する医薬品の安全使用のための研修の実施、②医薬品の安全使用のための業務に関する手順書の作成及び当該手順書に基づく業務の実施等が求められている。

http://elaws.e-gov.go.jp/search/elawsSearch/elaws_search/lsg0500/detail?lawId=323M40000100050&openerCode=1#151(最終閲覧日2018年9月25日)。

4) 民事判例においては、医師の過失判断基準となる「医療水準」について、診察当時の、臨床医学の実践における医療水準とされている。西口「医療事故・医療過誤と医療関係訴訟」(前掲注1)9頁以下等、参照。

5) 判例時報2295号6頁。県立大野病院医療事故に関する事案の概要や、無罪判決が出されるまでの裁判の経緯については、平岩敬一「大野病院事件無罪判決と産科医療をめぐる諸問題」神奈川ロージャーナル2号(2009年)9頁以下、安福謙二「刑事医療事故訴訟と鑑定・医療事故調査制度」判例時報2292号(2016年)12頁以下に詳しい。

目の臨床に携わる医師が、当該場面に直面した場合に、ほとんどの者がその基準に従った医療措置を講じていると言える程度の、一般性あるいは通有性を具備したものでなければならない。なぜなら、このように解さなければ、臨床現場で行われている医療措置と一部の医学文献に記載されている内容に齟齬があるような場合に、臨床に携わる医師において、容易かつ迅速に治療法の選択ができなくなり、医療現場に混乱をもたらすことになるし、刑罰が科せられる基準が不明確となって、明確性の原則が損なわれることになるからである。」としている⁶⁾。

2. 複数人が関与する場合

次に、経験や能力、役割の異なる複数の医療関係者が連携しながら患者の治療にあたる場合に、職制上の上位者が、下位の者の過失を看過した場合に、どのように刑事責任を判断するのかを検討してみたい。この点に関しては、近時日本で興味深い2つの最高裁判決が出されている。

① 埼玉医科大学事件

(最高裁平成17年11月15日決定・刑集59巻9号1558頁)

<事案>

(1) 被告人は、埼玉医科大学総合医療センターの耳鼻咽喉科科長であり、同科の医療行為全般を統括し、同科の医師を指導監督して、診察、治療、手術等に從事させるとともに、自らも診察、治療、手術等の業務に從事していた。Aは、埼玉医科大学助手の地位にあって⁷⁾、被告人の指導監督の下に、耳鼻咽喉科における医療チームのリーダー(指導医)として、同チームに属する医師を指導監督して、診察、治療、手術等に

6) 医療事故については、結果回避可能性についても問題となりうる。もし適切とされる措置を採った場合であっても、患者が死亡する可能性があれば、結果回避可能性が否定されるからである。この点、福島地裁は、実際に採られた医療措置が具体的に危険であることを明らかにした上で、より適切な方法が他にあったことを立証しなければならない、としている。水谷渉「福島県立大野病院事件」判例時報2295号(2016年)4頁以下を参照。

7) 医師免許を取得して9年目の医師であった。

従事させるとともに、自らも診察、治療、手術等の業務に従事していた。Bは、本件当時、本センター病院助手の地位にあって⁸⁾、被告人及びAの指導監督の下に、耳鼻咽喉科における診察、治療、手術等の業務に従事していた。

(2) 本センターの耳鼻咽喉科では、指導医、主治医、研修医各1名の3名がチームを組んで、指導医の指導の下に主治医が中心となって治療方針を立案し、指導医がこれを了承した後、科の治療方針等の最終的決定権を有する科長に報告をし、その承諾を得るという体制がとられていた。難しい症例、まれな症例、重篤な症例等では、チームで治療方針を検討した結果を医局会議（カンファレンス）にかけて討議し、科長が最終的な判断を下していた。

(3) 本件の被害者であるVは、本センターで腫瘍の摘出手術を受けたが、再発の危険があり、またVの罹患した病気は死に至る難病であり、確立された治療方法はなかった。Aを指導医、Bを主治医とし、これに研修医が加わった3名がVの治療に当たることになり、Bは、V A C療法と呼ばれる抗がん剤治療を行うこととしたが、プロトコール(薬剤投与計画書)に記載されている「week」の文字を見落とし、同プロトコールが週単位で記載されているのを日単位と間違えた。Bは、誤りに気付かないまま治療計画をAに説明して、了承を求め、Aも誤りを見落としてBの上記治療計画を了承した。Bは、被告人に、Vに対してV A C療法を行いたい旨報告し、被告人は、Bに対し、V A C療法の具体的内容やその注意点などについては説明を求めず、これを了承した。Vは、薬剤の過剰投与による多臓器不全により死亡した。

<決定要旨>

(4) 最高裁判所は、「治療方針等の最終的な決定権を有する同科長には、上記抗がん剤による治療の適否とその用法・用量・副作用などについて把握した上で、投与計画案の内容を具体的に検討して誤りがあれば是正すべき注意義務を怠った過失と、主治医らの上記抗がん剤の副作用に関する知識を確かめ、的確に対応できるように事前に

8) 医師免許を取得して5年目の医師であった。

指導するとともに、懸念される副作用が発現した場合には直ちに報告するよう具体的に指示すべき注意義務を怠った過失があり、業務上過失致死罪が成立する。」とした。⁹⁾

<学説の議論状況>

本件以前においても、看護婦に対する医師の監督義務が問題となった裁判例は存在したが、大学病院の科長と主治医らとの間における、治療方針の決定をめぐる監督義務が問題となったのは、本件が初めてであるとされる¹⁰⁾。本件は、指導医、主治医、研修医という、立場・経験の異なる3名の医師が治療に当たり、主治医が治療方針を決め、指導医、科長がこれを承認するという、チーム医療の形で治療が行われている。このようなチーム医療のメリットは、能力の高い者が高度な判断を要する作業に従事し、そこまでには至らない作業については他の者に任せることにより、より効率的な医療行為を実現する点にある。例えば、医療チームによる外科的侵襲において、執刀医に看護師の一举手一投足を監視する注意義務まで負わせると、むしろ自分の手元に集中できず、かえって事故を引き起こす危険がある。本件においても、医学的知見に最も秀でており、医局員をコーディネートする能力が最も高い、トップたる科長に対して指揮・命令・監督すべてについて過大な注意義務を課してしまうと、機能不全に陥りかねない¹¹⁾。そこで、場合によっては、科長はもっぱら治療方針の選択についてのみ承諾を与えるものとし、治療内容やその具体的実施は主治医らの判断に委ねるとすることも許されるであろう¹²⁾。

9) AとBについては、有罪がすでに確定していた。

10) 多和田隆史「時の判例 大学附属病院の耳鼻咽喉科に所属し患者の主治医の立場にある医師が抗がん剤の投与計画の立案を誤り抗がん剤を過剰投与するなどして患者を死亡させた医療事故について同科の科長に業務上過失致死罪が成立するとされた事例—最一小決平成17.11.15」ジュリスト1325号(2006年) 228頁。

11) 小林憲太郎「刑事判例研究(第130回)主治医が抗がん剤の投与計画の立案を誤り抗がん剤を過剰投与するなどして患者を死亡させた医療事故について科長に業務上過失致死罪が成立するとされた事例[最高裁平成17.11.15第一小法廷決定]」ジュリスト 1399号(2010年) 163頁以下。

12) 多和田「時の判例 大学附属病院の耳鼻咽喉科に所属し患者の主治医の立場にある医師が抗がん剤の投与計画の立案を誤り抗がん剤を過剰投与するなどして患者を死亡させた医療事故について同科の科長に業務上過失致死罪が成立するとされた事例—最一小決平成17.11.15」

しかし本件では、患者の罹患した病気は死に至る難病であり、確立された治療方法はなかったという難しい症例であって、しかも当該病院では前例のなかった症例を治療しなければならなかったという点にかんがみ、科長もまた、抗がん剤による治療の適否とその用法・用量・副作用などについて把握し、投与計画案の内容を具体的に検討すべきであったといえる。

このような過失判断がなされた背景には、実質上、科長である被告人が、指導医Aと主治医Bを信頼することが許されないためであり、本件事案は信頼の原則の適用が否定された例という分析が可能であると考えられるが、その理由として甲斐克則は、「役割分担が不明確な実態があり、3名の医者相互の間に実質的信頼関係がなかったといわざるをえず、『信頼の原則』を適用することはできない¹³⁾」としている。しかしながらA・Bと被告人の役割分担は、一部重層的に同一の役割を負っている側面はあるにせよ、比較的明確であったといわざるを得ない。むしろ、「被害者の肉腫は極めてまれな症状であって科に所属する医師に扱った経験がなく、治療法も実施した経験がなく、薬品についても知識を欠いていたことが認定されている¹⁴⁾」ため、信頼が許されない例外的事情がある事案とみるべきであろう。

もっとも、被害者に対してVAC療法と呼ばれる抗がん剤治療を行うという判断自体は医療行為として不適切なものではなかったとすれば、科長としては、VAC療法の選択という治療方針が適切であるかどうかという点について判断すれば足り、プロトコルの読み間違いという初歩的ミスについてまで逐一詳細に具体的に検討する必要はないのではないかという疑問はなおも残るかもしれない。この点、本決定は「投与計画案の内容を具体的に検討して誤りがあれば是正すべき注意義務」だけでなく、「主治医らの上記抗がん剤の副作用に関する知識を確かめ、的確に対応できるように事前に指導すべき注意義務」、および「懸念される副作用が発現した場

(前掲注10) 267頁。

13) 甲斐克則「注意義務の存否・内容(4)」甲斐克則＝手島豊編『医事法判例百選 第2版』(2014年) 117頁, 同「医療事故」法学教室395号(2013年) 27頁等, 参照。

14) 樋口亮介「刑事判例にみる注意義務の負担主体と法人」北大法学論集60巻4号(2009年) 87頁。

合には直ちに報告するよう具体的に指示すべき注意義務」を認めており、抗がん剤療法の高度の危険性、および主治医らには当該療法の経験がない点にかんがみて、副作用への対応について入念に対応すべき義務があるとすることによって¹⁵⁾、本件事情の下ではそのような批判が当たらないことを明確にしている。

② 横浜市立大学病院患者取り違え事件

(最高裁平成19年3月26日決定・刑集61巻2号131頁)

<事案>

(1) 被告人(以下、Xとする)は、大学付属病院の麻酔科医師として、手術予定患者の麻酔管理等の業務に従事していたものである。同病院の第1外科における手術については、第1外科に所属する医師が、執刀及びその助手を担当し、麻酔科に所属する医師が麻酔を担当し、看護部の手術部に所属する看護婦が手術の介助等を担当することとされていた。同第1外科では、事件当日、Aには、僧帽弁の逸脱による血液の逆流を止めるための心臓手術が、同時刻にBについては、肺がんの疑いのある腫りゅうを開胸して検査し、がんである場合は切除するという肺の手術が予定されていた。両名は、身長こそ大差がないものの、外観はかなり異なっていた。手術に関与する医師、看護婦らは、いずれも同一時刻に複数の患者に対する手術が行われるのを知っていた。

(2) 棟の看護婦であるCは、1人で、病棟7階の病室から、AとBをそれぞれ乗せた2台のストレッチャーを引き、手術室入口の交換ホールに運び、手術室側の看護婦DがAらの引渡しを受けた。Cは、Dに対し、患者両名の名前をひとまとめに伝えた後、まずAを引き渡そうとし、Dからあいまいに患者の名前を尋ねられた際、次の患者の名前を尋ねられたものと誤解し、Bである旨を告げたため、Dは、AをBであると誤解して受け取り、肺手術担当の看護婦に引渡した。Cは、Aの引渡しに引き続いて

15) 本決定における過失の具体的内容については、日山恵美「埼玉医大抗がん剤過剰投与事件」甲斐克則=手島豊編『医事法判例百選 第2版』、2014年、117頁を参照。

Aのカルテ等の引渡しをしようとしたが、Dの指示により、Aのカルテ等を引き渡すことなく、続けてBを引き渡し、その際には、CもDも患者の氏名を確認しなかったため、DはBをAであると誤解して受け取り、心臓手術担当の看護婦に引き渡した。その後、2名分のカルテ等が引き渡されたため、患者両名の取り違えに気付く者はなかった。

(3) XはBに対し、「Aさん、おはようございます。」などと声をかけると、Bはうなずいたため、意識的に患者がAであるかを確認しなかった。心臓手術に先立ち、Xが各種検査を行った結果、患者が手術の必要のない状態であることが明らかになった。Xは、入れ歯の有無や髪の色之差違、検査結果の著しい相違から、目の前の患者がAではないとの疑問を抱くに至り、他の医師らにその旨を告げて確認を促したが、介助担当看護婦に病棟看護婦へ電話をさせたところ、Aが手術室に降りていることが確認され、それ以上の確認はしなかった。手術開始後、執刀医のEも、所見の著変に疑問を持ったが、手術を続行することとし、血液循環を人工心肺装置に切り替え、逸脱のない僧帽弁を縫合し、ごくわずかだった血液の逆流も止めた。

(4) 一方、肺の手術が行われる手術室においては、麻酔医FがAに対して「Bさん、おはようございます。」などと声を掛けると、Aは、「おはようございます。」などと返答した。Fは患者の入れ替わりに気づかないまま、麻酔を開始し、執刀医Gも患者の同一性を確認することなく開胸手術を開始し、事前の検査と異なる状況があったにもかかわらず、患者に入れ違いに気づかず、腫りゅうの発見が先決と考えて触診等を行ったが、腫りゅうの発見に至らず、肺の裏側にあったのう胞を切除して手術を終えた。

(5) 本件では、患者引き継ぎの際に取り違えた看護婦C・D、麻酔医であるX・F、執刀医であるE・Gの6名が起訴された。第1審判決は、Xにつき、声掛けは同一性確認として不十分ではなく、また同一性に疑問を持った後の措置については、病棟への問い合わせは取り違え防止策としては不十分だが、麻酔科の指導医師らに疑義を訴えたにもかかわらず、先輩医師らが安易な発言でXの疑問を排斥したのに、先輩医師らはその罪が問われず、正当な問題提起や相応の努力をしたXに更に義務を課すのは

過酷にすぎるとし、注意義務は尽くされているとして、Xを無罪とした。手術室側の看護婦Dは禁錮1年・執行猶予3年とされ、他の4名については罰金(病棟側の看護婦C：30万円、肺手術側の麻酔医F：40万円、心臓手術側の執刀医E：50万円、肺手術側の執刀医G：30万円)とされた。控訴審では、Xのみ罰金25万円、他の5名については罰金50万円とされた。これに対し、Xのみが上告した。¹⁶⁾

<決定要旨>

最高裁判所は以下のような職権判断を示して上告を棄却した。

「医療行為において、対象となる患者の同一性を確認することは、当該医療行為を正当化する大前提であり、医療関係者の初歩的、基本的な注意義務であって、病院全体が組織的なシステムを構築し、医療を担当する医師や看護婦の間でも役割分担を取り決め、周知徹底し、患者の同一性確認を徹底することが望ましいところ、これらの状況を欠いていた本件の事実関係を前提にすると、手術に関与する医師、看護婦等の関係者は、他の関係者が上記確認を行っていると信頼し、自ら上記確認をする必要がないと判断することは許されず、各人の職責や持ち場に応じ、重疊的に、それぞれが責任を持って患者の同一性を確認する義務があり、この確認は、遅くとも患者の身体への侵襲である麻酔の導入前に行われなければならないものというべきであるし、また、麻酔導入後であっても、患者の同一性について疑念を生じさせる事情が生じたときは、手術を中止し又は中断することが困難な段階に至っている場合でない限り、手術の進行を止め、関係者それぞれが改めてその同一性を確認する義務があるというべきである。

これを被告人についてみると、……他の関係者が被告人の疑問を真しに受け止めず、そのために確実な同一確認措置が採られなかった事情が認められ、被告人としては取り違え防止のため一応の努力をしたと評価することはできる。しかしながら、患者の同一性という最も基本的な事項に関して相当の根拠をもって疑いが生じた

16) 本件事案については、Norio Higuchi, Should Medical Errors Be Judged by the Criminal Court?, JMAJ 55(2), 2012, p. 132に英文による紹介がある。

以上、たとえ上記事情があったとしても、なお、被告人において注意義務を尽くしたということとはできないといわざるを得ない。」

<学説の状況>

本件で特徴的であったのは、患者を取り違えた看護師2名のみならず、手術に関与する医師らにも患者の同一性確認義務が課された点である。すでに述べた通り、チーム医療のメリットは、能力の高い者が高度な判断を要する作業に従事し、そこまでには至らない作業については他の者に任せることにより、より効率的な医療行為を実現する点にあるため、患者の同一性確認という極めて単純な作業については、看護師に任せればよいとも思われる¹⁷⁾ところ、なぜ医師にも注意義務違反が認められたのであろうか。

この点については、本件調査官解説は、当該病院において、患者の同一性確認を手術前に行われる体制が確立されていなかったことを指摘している¹⁸⁾。もし、患者の腕に名前を記載したバンドなどを装着させ、それを通じて患者の同一性を確認するなど、患者取り違えの危険を防止する安全体制が病院内で確立されているのであれば、執刀医らは、患者の同一性が確認済みであることを信頼することが許容され、特別の事情がない限り、自ら改めて確認する必要はなく、手術に専念すればよいことになる。しかし、本件では、そのような安全体制が確立しておらず、関係者間においてもこの点について明確な取り決めがなされていなかったため、関係者は、それぞれが職責や持ち場に応じて責任を持って患者の同一性を確認する義務を負い、重畳的に確認を行う義務が課されることになるのである。これは、組織内における安全

17) 看護師の電気手術器のケーブル誤接続に起因する患者の傷害事故についての札幌高裁昭和51年3月18日判決(判例時報820号36頁)では、ベテランの看護師を信頼し接続の正否を点検しなかったことについて、執刀医の注意義務違反が否定されている。

18) 大野勝則「1 患者の同一性確認について手術に関与する医療関係者が負う義務 2 患者を取り違えて手術をした医療事故において麻酔を担当した医師につき麻酔導入前に患者の同一性確認の十分な手立てを採らなかった点及び麻酔導入後患者の同一性に関する疑いが生じた際に確実な確認措置を採らなかった点で過失があるとされた事例」最高裁判所判例解説刑事篇平成19年度89頁以下。

対策の在り方に応じて、個人に課される注意義務の内容やその範囲が変わりうることを示しているといえる。¹⁹⁾

ところで本決定は、関与者全員の過失について、過失競合の関係にあると解している。すなわち、同一性確認義務という抽象的な義務は、各人の職責や持ち場に応じ、重疊的に、それぞれが負うものであって、同一性確認の方法や時期は各人の職責や持ち場に応じて違うため(例えば、看護婦については患者引き渡し時に、患者とカルテを同時に行うなどの方法で同一性を確認することが可能であり、また麻酔医においてはそれまでの検査結果との照らし合わせ、患者の顔を確認するなどの形で同一性確認が可能であるが、手術開始後は患者の身体に危険が及ばない範囲でのみ同一性確認が可能である)、過失の具体的態様は各人で異なり、これらの過失が競合する事案と考えられているのである。こうしたことから、北川佳世子は、同一性確認はあくまで関係者が各単独の責任で果たすべき義務であって、過失競合とした本決定の判断は妥当であり、共同義務の共同違反と構成する過失の共同正犯は採り難いとする。²⁰⁾

これに対し、大塚裕史は「本件手術は、チーム医療として各人の役割分担を決めて行われた共同作業であり、しかも患者の同一性確認義務という同一内容の結果回避措置が問題となっている事案であるから、共同正犯として処理した方が実態に即している²¹⁾」としている。さらに甲斐克則は、本件の被告人について「チーム医療とはいえ、力関係が支配する領域で、若い医師にこれ以上の義務を要求できるのか、大いに疑問」であり、「途中で抜け出したくても抜け出せない状況にあるチーム医療による手術の場面」においては、「過失犯からの離脱」を認め、「正犯から実質的に『従犯』へと格下げして」不可罰とすることも考えるべきではないか、とする。²²⁾

19) 北川佳世子、「複数人の過失処罰をめぐる問題点—横浜市大患者取り違え事件を素材に一」『曾根威彦先生=田口守一先生古稀祝賀論文集[上巻]』(成文堂, 2014年), 629頁。

20) 北川佳世子「横浜市大患者取違え事件」甲斐克則=手島豊編『医事法判例百選 第2版』(2014年) 157頁。さらに照沼亮介「チーム医療における過失の競合」判例セレクト2007(2008年) 26頁も「『同一性確認義務』という抽象的なレベルにおける共通性さえみとめられればそれだけで共同正犯になるというのではなく、各人の置かれた状況に応じて行動準則の内容に相違が生じる余地を認めているという点に注目すべきであるように思われる。」とする。

21) 大塚裕史「横浜市大患者取違え事件」宇津木伸ほか編『医事法判例百選』(2006年) 192頁。

もし仮に、これらの論者が指摘するように、本件において、過失共同正犯、ないし共犯関係が検討されたならば、過失認定の在り方も大きく変わったものと考えられる。過失共同正犯の成立要件については、私は共同実行意思に基づく共同注意義務違反が必要と考えているが、このような観点からすると、安易な発言でXの疑問を排斥した他の医師についても、関係者が患者の同一性について十分な確信が持てないまま手術を実行することを決意するにあたって強い影響力を持ったのであるから、共同実行意思に基づく共同注意義務違反を認定し、過失共同正犯者とすることは可能であるように思われるからである。

III. 日本における今後の対応について

日本においては、横浜市立大学病院患者取り違え事件等の重大な医療過誤事件²³⁾が起きた1999年以降、医療過誤事件が社会問題化し、医療過誤に対する刑事責任追及の数が増えたとされているが、2008年に福島県立大野病院事件において無罪判決が出された影響もあり、医療関係者側からは医療過誤に関する刑事責任の追及は不当であるとの意見が出され、刑事責任の追及の見直しが求められるようになった。刑事責任の追及を限定すべきであるとの主張の主な内容は、①手術等の医療行為にはそもそもリスクが存在していること、②刑事責任の追及は、萎縮的・保身的医療をもたらすこと、③原因究明とそれを前提とした将来に向けての再発防止の実現が妨げられること等である²⁴⁾。もっとも、医療という分野そのものの特殊性を考慮する必要はあるが、医療事故であるということのみをもって、免責するというのは妥当ではないとの意見も強く主張されている。²⁵⁾

22) 甲斐克則「医療事故」法学教室395号(2013年) 26頁。

23) 医療事故の隠ぺいが問題となった都立広尾病院事件も1999年に発生している。福島地裁平成20年8月20日判決。

24) 井田良「医療事故に対する刑事責任の追及のあり方」、『三井誠先生古稀祝賀論文集』(2012年) 232頁以下、松原久利「医療の安全と刑法」同志社法学(2014年) 66巻3号578頁以下等、参照。

こうした中、厚生労働省は対策に乗り出し、2005年には医療安全対策検討会議報告書が公表され、医療事故の届け出に基づく中立的専門機関による原因分析、裁判外紛争処理制度の確立、保証制度の確立などが提案され、医療関連死調査分析モデル事業が開始された。2007年には「緊急医師確保対策」が取りまとめられ、診療行為に係る死因究明制度の構築など、医療リスクに対する支援体制を整備する方針が示され、診療行為に関連した死亡に係る死因等究明の在り方に関する検討会が設置され、2008年には医療安全調査委員会設置法案(仮称)大綱案が発表された。

この大綱においては、委員会は中立的な医療安全確保のための組織とされ、関係者の責任追及を目的としない制度が構想されているが、反面において、医療事故等の原因を究明した結果、①故意による死亡又は死産の疑いがある場合、②標準的な医療から著しく逸脱した医療に起因する死亡又は死産の疑いがある場合、③当該医療事故等に係る事実を隠蔽する目的で関係物件を隠滅し、偽造し、または変造した疑いがある場合、④その他これに準ずべき重大な非行の疑いがある場合には、警察に通知して、刑事司法の対象とするとされた。大綱案において刑事責任追及の可能性を残した点についての医療関係者側からの批判は強く²⁶⁾、結局2014年6月18日の医療法改正によって導入された医療事故調査制度にはこのような規定は設けられずに終わった。そして、同制度は「医療の安全の確保」の章に規定され、医療事故の再発防止により医療の安全を確保することを目的としていることが明確にされている。²⁷⁾

改正医療法によれば、医療事故が発生した場合、病院側は、当該医療事故の日時、場所及び状況等を医療事故調査・支援センターに報告しなければならない(医療法第6条の10)。ここでいう医療事故とは、「当該病院等に勤務する医療従事者が提供した医療に起因し、又は起因すると疑われる死亡又は死産であって、当該管理者が当該

25) 井田良(前掲注25) 233頁以下など。

26) 樋口範雄「医療安全と法の役割」ジュリスト1396号(2010年) 15頁、佐伯仁志「医療の質の向上と刑事法の役割」ジュリスト1396号(2010年) 33頁。

27) 施行は平成27年10月1日。

死亡又は死産を予期しなかつたものとして厚生労働省令で定めるもの」である。このうち、「当該死亡又は死産が予期されていなかったもの」とは、具体的には、①管理者が、当該医療の提供前に、医療従事者等により、当該患者等に対して、当該死亡又は死産が予期されていることを説明していたと管理者が認めた、②管理者が、当該医療の提供前に、医療従事者等により、当該死亡又は死産が予期されていることを診療録その他の文書等に記録していたと管理者が認めた、③管理者が、当該医療の提供に係る医療従事者等からの事情の聴取及び、医療の安全管理のための委員会からの意見の聴取を行った上で、当該医療の提供前に、当該医療の提供に係る医療従事者等により、当該死亡又は死産が予期されていると管理者が認めた、といったケースに該当しないと管理者が認めたものである。

第6条の11によれば、病院等の管理者は、医療事故が発生した場合には、厚生労働省令で定めるところにより、速やかにその原因を明らかにするために医療事故調査を行わなければならないが、調査項目については省令で、診療録その他の診療に関する記録の確認、当該医療従事者のヒアリング、その他の関係者からのヒアリング、解剖又は死亡時画像診断の実施、医薬品、医療機器、設備等の確認、血液、尿等の検査の中から、必要な範囲内で選択し、それらの事項に関し、情報の収集、整理を行うものとする、と定められている。なお、病院等の管理者は、医学医術に関する学術団体その他の厚生労働大臣が定める団体（「医療事故調査等支援団体」）に対し、医療事故調査を行うために必要な支援を求めるものとされ（第6条の11第2項）、医療事故調査等支援団体は支援を求められたときは、医療事故調査に必要な支援を行うものとする（第6条の11第3項）。支援として想定されているのは、医療事故の判断に関する相談、調査手法に関する相談、助言・報告書作成に関する相談・助言（医療事故に関する情報の収集・整理、報告書の記載方法など）、院内事故調査委員会の設置・運営に関する支援、解剖・死亡時画像診断に関する支援、院内調査に必要な専門家の派遣などである。

原因究明などの医療事故調査を終了したときは、その結果を医療事故調査・支援センターに報告しなければならないとされている（第6条の11第4項）が、その際、当

該医療従事者等の関係者について匿名化することが省令で定められている。医療事故調査の目的は医療安全の確保であり、個人の責任を追及するためのものではないからである。

事故を起こした医療機関による院内調査のほか、医療事故が発生した病院等の管理者又は遺族から、当該医療事故について調査の依頼があったときは、医療事故調査・支援センターは必要な調査を行うことができる(第6条の17第1項)。調査にあたっては、医療事故調査・支援センターは、必要に応じて、管理者に対し、文書若しくは口頭による説明を求め、又は資料の提出その他必要な協力を求めることができ、管理者はこれを拒んではならない(第6条の17第2～4項)。そして、遺族から調査の依頼があったときは、結果を管理者及び遺族に報告することとされている(第6条の17第5項)²⁸⁾。このほか、医療事故調査・支援センターには、病院側からの報告により収集した情報の整理及び分析を行うこと、病院側に分析結果等の報告を行うこと、研修の実施、情報提供、支援等を行うなどの役割が求められている(第6条の16)²⁹⁾。

このように、医療事故については今後、医療調査制度を活用しつつ、医療事故の対

28) 厚労省から「地域における医療及び介護の総合的な確保を推進するための関係法律の整備等に関する法律の一部の施行(医療事故調査制度)について」(平成27年5月8日医政発 0508 第1号)が出されている <https://www.mhlw.go.jp/topics/bukyoku/isei/i-anzen/hourei/dl/150508-1.pdf>(最終閲覧日2018年9月25日)。「センター調査の依頼について 医療事故が発生した医療機関の管理者又は遺族は、医療機関の管理者が医療事故としてセンターに報告した事案については、センターに対して調査の依頼ができる。センター調査の実施及びセンター調査への医療機関の協力について 院内事故調査終了後にセンターが調査する場合は、院内調査の検証が中心となるが、必要に応じてセンターから調査の協力を求められることがあるので病院等の管理者は協力すること。

院内事故調査終了前にセンターが調査する場合は院内調査の進捗状況等を確認するなど、医療機関と連携し、早期に院内事故調査の結果が得られることが見込まれる場合には、院内事故調査の結果を受けてその検証を行うこと。各医療機関においては院内事故調査を着実にを行うとともに、必要に応じてセンターから連絡や調査の協力を求められることがあるので病院等の管理者は協力すること。

センター調査(・検証)は、「医療機関が行う調査の方法」で示した項目について行う。その際、当該病院等の状況等を考慮しておこなうこと。

センターは医療機関に協力を求める際は、調査に必要かつ合理的な範囲で協力依頼を行うこととする。

29) 医療事故調査制度の概要については、https://www.medsafe.or.jp/modules/about/index.php?content_id=2(最終閲覧日 2018年9月25日)、https://www.nichibenren.or.jp/library/ja/publication/booklet/data/iryoujikotyousa_pam.pdf(最終閲覧日2018年9月25日)等、参照。

応につき、遺族の感情に配慮しながら、再発防止のための対応策を、第三者機関を含めて構築していくことなどの総合的な形で対処していくことになろう。³⁰⁾ 刑事責任の追及という、厳格な制裁が必要になるのは、初歩的なミスであることが明らかでない場合や、一般に行われている医療措置から明らかに逸脱している場合などに限定されるであろうと考えられる。もっとも、ヒューマンエラーのような初歩的なミスについては、行為者個人の過失というよりも、組織的に対応すべきではないかとの異論もありうるところである。現に、医療事故にとどまらず、複数人の過失が関与する場合の過失責任の在り方についての議論が日本では活発化しており、特に、組織体の活動に伴う事故について議論がなされている。³¹⁾ 過失単独正犯における注意義務の内容の確定に関して、帰属主体の選出にあたっては、組織体の負うべき義務を確定し、その上でこの義務の履行を担う構成員である個人の責任を問うという、段階的手法によることも主張されている。³²⁾ 医療分野においてこのような発想をさらに推し進め、大規模病院においては、そもそも組織体自体にヒューマンエラーを防止する義務があると考えれば、そのような初歩的ミスを防止するためのシステムを組織体が構築しなかったことについて、組織体およびその責任者に刑事責任を問うということも、刑事責任の追及の在り方の選択肢に入れられるようになるかもしれない。³³⁾

30) 甲斐「医療事故」(前掲注22) 27頁も同旨。

31) JR福知山線脱線事件を契機として、組織に関連する活動に伴って惹起された事故に関し、組織体の構成員のみならず、組織体そのものの刑事責任を問う構成も主張されるようになった。

32) 樋口「刑事判例にみる注意義務の負担主体と法人」(前掲注14) 74頁以下等、参照。院内感染に関する民事訴訟を検討した論文においても(桑原博道・川崎志保里「MRSA、緑膿菌等に対する感染予防、感染後の対応に関する裁判例の解析」環境感染誌31巻4号(2016年) 264頁以下)、感染の予防が争点となった裁判例においては、①医療従事者個人としての清潔操作が問題となったものと、②医療機関としての感染予防策が争われるものがあるとの指摘がある。そして、①・②のいずれもが争われた事案において、裁判所は、②につき、当該医療機関の感染対策について、院内感染予防対策委員会において定期的に会議が開催されていること、院内感染予防対策マニュアルが策定されていること、CDCガイドラインに沿った標準予防対策がなされていること等の事情から、過失が否定された事案が紹介されている。

33) この点を示唆するのは、佐伯「医療の質の向上と刑事法の役割」(前掲注27) 32頁以下。佐伯が指摘する通り、この方向での議論が進むと、病院長などの管理責任者の責任が重くなっていくと考えられる。

[참고 문헌]

- 平岩敬一, “大野病院事件無罪判決と産科医療をめぐる諸問題”, 『神奈川ロージャーナル』 2호, 2009.
- 樋口亮介, “刑事判例にみる注意義務の負担主体と法人”, 『北大法学論集』 60권 4호, 2009.
- 日山恵美, 埼玉医大抗がん剤過剰投与事件, 『医事法判例百選』 第2版, 2014.
- Norio Higuchi, Should Medical Errors Be Judged by the Criminal Court?, JMAJ 55(2), 2012.
- 樋口範雄, 医療安全と法の役割, 『ジュリスト』 1396호, 2010.
- 井田良, “医療事故に対する刑事責任の追及のあり方”, 『三井誠先生古稀祝賀論文集』, 2012.
- 甲斐克則=手島豊編, 『医事法判例百選』 第2版, 2014.
- 甲斐克則 「医療事故」, 『法学教室』 395호, 2013.
- 北川佳世子, “列車脱線転覆事故について鉄道会社の歴代社長らに業務上過失致死傷罪が成立しないとされた事例”, 『平成29年度重要判例解説』, 2018.
- 北川佳世子, “複数人の過失処罰をめぐる問題点—横浜市大患者取り違え事件を素材に一”, 『曾根威彦先生=田口守一先生古稀祝賀論文集 [上巻]』 2014.
- 北川佳世子, “横浜市大患者取違え事件”, 『医事法判例百選 第2版』, 2014.
- 小林憲太郎, “刑事判例研究(第130回)主治医が抗がん剤の投与計画の立案を誤り抗がん剤を過剰投与するなどして患者を死亡させた医療事故について科長に業務上過失致死罪が成立するとされた事例[最高裁平成17.11.15第一小法廷決定]”, 『ジュリスト』 1399호, 2010.
- 松原久利, “医療の安全と刑法”, 『同志社法学』 제66권 3호, 2014.
- 水谷渉, “福島県立大野病院事件”, 『判例時報』 2295호, 2016.
- 西口元, “医療事故・医療過誤と医療関係訴訟”, 『法律のひろば』 2018年 4月号, 2018.
- 大野勝則, “1患者の同一性確認について手術に関与する医療関係者が負う義務 2患者を取り違えて手術をした医療事故において麻酔を担当した医師につき麻酔導入前に患者の同一性確認の十分な手立てを採らなかった点及び

麻酔導入後患者の同一性に関する疑いが生じた際に確実な確認措置を採らなかった点で過失があるとされた事例’, 『最高裁判所判例解説刑事篇平成19年度』, 大塚裕史, “横浜市大患者取違え事件”, 『医事法判例百選』, 2006.

佐伯仁志, “医療の質の向上と刑事法の役割”, 『ジュリスト』 1396号, 2010.

多和田隆史, “時の判例 大学附属病院の耳鼻咽喉科に所属し患者の主治医の立場にある医師が抗がん剤の投与計画の立案を誤り抗がん剤を過剰投与するなどして患者を死亡させた医療事故について同科の科長に業務上過失致死罪が成立するとされた事例--最一小決平成17.11.15”, 『ジュリスト』 1325号, 2006.

照沼亮介, “チーム医療における過失の競合”, 『判例セレクト2007』, 2008.

安福謙二, “刑事医療事故訴訟と鑑定・医療事故調査制度”, 『判例時報』 2292号, 2016.

[국문초록]

의료사고에서의 형사책임
-원내감염사고의 해결을 향하여-

우즈미 토모코(요코하마 국립대학교 국제사회과학연구원 교수)

예전부터 일본에서 의료사고가 형사사건으로 취급되는 경우는 드물었다. 하지만 요코하마시립대학병원과 같은 중대한 의료과오가 발생한 이후 검사가 의료과오를 기소하는 태도를 보이고 있다. 의료사고는 의료관계자간 역할분담의 형태가 과실 인정에서 중요한 하나의 요소가 된다. 요코하마시립병원사건에서는 환자의 동일성확인에 관하여 의료관계자 사이에 역할분담이 확립되지 않은 경우에는 관계자 전원이 환자의 동일성을 확인하여야 할 의무가 있다고 하였다. 또 사이타마 의과대학병원사건에서는 치료에 신중할 필요가 있는 중대한 증례에 관해서는 그 증례를 담당하는 주치의 뿐 만 아니라 대학병원의 과장도 치료방침에 관하여 확인할 의무가 있다고 하였다. 현립 오오노병원사건에서 무죄판결이 내려진 이후는 형사소추에 신중을 기할 필요가 있다는 목소리가 강해지고 있다. 이러한 상황 속에서 후생노동성은 의료사고방지를 위해 의료사고조사제도를 도입하여 의료사고에 제3자기관에 의한 검증의 강화를 도모하고 있다.

주제어 : 의료사고, 의료사고조사제도, 요코하마시립대학병원사건, 환자동일성, 주의의무

The Criminal Liability of Physicians in the Case of Medical Accidents

Tomoko Utsumi

*Professor at Dept. of International Social Sciences
Yokohama National University, Ph. D. in Law*

=ABSTRACT=

Conventionally, there were few cases in which a medical accident became a criminal case in Japan. However, after the serious malpractice such as the Yokohama City University Hospital case, prosecutors came to be less hesitant to prosecute a malpractice.

In a medical accident, the attribution of the responsibilities among medical personnel becomes one important element of the proof of negligence. The Supreme Court concluded that, when the attribution of the responsibilities is not established among medical personnel to confirm the identity of the patient like the Yokohama City University Hospital case, all the personnel who were involved bear the responsibilities to identify the patient. For serious cases which require most carefulness for treatment such as the Saitama Medical University Hospital case, not only the chief physician in charge of the case concerned but also the director of the branch at the university hospital bear the responsibilities to confirm the treatment policy of the case.

After the acquittal of the Ohno Hospital case, the voice demanding more prudent prosecution of malpractices has become stronger than before. Meanwhile, Ministry of Health, Labour and Welfare introduced Medical Accidents Investigation System for the prevention of medical accident and, has reinforced the third party inspection of medical accidents.

Keyword: Medical accidents., Medical Accidents Investigation System, negligence, Yokohama City University Hospital case, Ohno Hospital case

의료사고에서의 형사책임

—원내감염사고의 해결을 향하여—

우즈미 토모코(UTSUMI Tomoko)*

번역 손여옥**

I. 들어가며
II. 일본 판례에서 의료사고의 형사책임
1. 주의의무의 내용확정시에 고려해야 할 점
2. 다수의 참여자가 있는 경우
III. 일본의 사건 발생 후 대처에 관하여

I. 들어가며

본고는 이대목동병원 신생아사망사건과 같은 원내감염사고에서 관계자들의 형사책임을 검토할 때 참고할 수 있을 만한 일본판례를 소개하고자 함을 목적으로 한다. 본론에 앞서 우선 일본 판례검토 데이터베이스(LEX/DB)에 ‘원내감염’을 키워드로 검색해 보았다. 그 결과 민사사건의 범주에서는 100건 이상의 사건이 검색되었으나 형사사건의 범주에서는 1건도 검색되지 않았다(2018년 5월 현재). 또 일본 학술논문검색 데이터베이스(Cinii)에 ‘감염’ & ‘판례’를 키워드로 검색해 보았다. 그 결과 원내감염에 관한 민사소송을 검토한 논문은 드문드문 있었지만 형사소송과 관련된 논문은 보이지 않았다. 이와 같은 경향의 주원인으로는, 이전부터 일본은 의료과오에 관한 법적책임 추급

* 논문접수: 2018. 9. 12. * 심사개시: 2018. 9. 14. * 게재확정: 2018. 9. 28.

* 요코하마 국립대학교 국제사회학연구원 교수.

** 고려대학교 법학연구원 전임연구원, 법학박사.

* 본 논문은 대한의료법학회와 검찰이 공동주최 한 2018년 춘계공동학술대회에서 발표한 원고를 다듬은 것이다.

으로 형사입건 되는 경우가 적었으며, 원내 감염사고와 관련된 중대사건이 발생하지 않았다는 점을 생각해 볼 수 있을 것이다.

그러나, 일본에서도 대규모병원 의료사고에 관한 몇몇 중요한 형사판례가 존재한다. 따라서 본고에서는 - 원내감염이외의 사고이기는 하지만 - 한국 원내감염사고에서 논란이 될 수 있는 법적문제 해결에 참고할 수 있을 만한 일본의 의료사고 판례를 소개하고자 한다.

II. 일본 판례에서 의료사고의 형사책임

1. 주의의무의 내용확정시에 고려해야 할 점

우선 ‘의료계에서 관행적이고 암묵적으로 용인되고 있는 의료행위로 인해 과실결과가 발생한 경우 그러한 행위를 주의의무위반행위라고 평가해야 할 것인가? 이 문제에 관해서는 다음과 같이 경우를 나누어 생각해 볼 필요가 있을 것이다. 우선, ①기준행위가 법령 그 외에 설정되어 있지 않은 경우에는 사회관행이 기준이 될 수 있을 것이다.¹⁾ 특히 법령 등에 규정은 없으나 고질적 관행이

1) 이 점은 의료사고는 아니지만 일본의 JR니시후쿠치야마선(JR西日本福知山線脱線事件) 탈선사고를 참고할 수 있을 것이다(철도본부장에 관한 판결 神戸地裁平成24年1月11日判決). 본 사건은 열차 운전수가 곡선선로에서 고속으로 열차를 진입시키는 바람에 열차가 탈선·전복되어 다수의 사상자가 발생한 사고이다. 이 사고에서 선로 커브를 기존의 커브보다 급한 커브로 바꾸는 공사를 담당한 철도회사 임원의 주의의무 위반의 검토시를 보면, 공사 당시 법령 등에는 곡선철로에 ATS(자동 열차 정지 장치: Automatic Train Stop) 설치의무가 규정되어 있지 않았다. 따라서 법원은 다른 철도회사가 곡선선로에 ATS의 설치를 해왔다고 할 수 있는지를 판단 시에 고려하여 ATS 설치의무를 부정하였다. 또 JR니시후쿠치야마선 사고에 관해서는 역대 사장단에게 과실 책임을 검토하였으나 부정되었다(最高裁平成29年6月12日決定·刑集71卷5号315면을 참고). 이 사건을 계기로 조직활동에서 기인하는 사고에 관하여는 조직내부의 실질적 책임자, 조직체 간부, 조직체 그 자체의 형사책임을 어떻게 물을 것인가 라는 새로운 문제가 일본이 실무와 학계에 등장하였다. 일반사고에서는 이러한 상황이 병원장 등 관리책임자의 형사책임에 관하여도 영향을 미칠 수 있을 것이라는 지적으로 佐伯仁志, 医療の質の向上と刑事法の役割, JURIST 1396号, 2010, 32면 이하, 사장단의 과실책임 재판에 관한 평석으로는 北川佳世子, 列車脱線転覆事故について鉄道会社の歴代社長らに業務上過失致死傷罪が成立しないとされた事例, 平成29年度重要判例解説, 152면 이하 참조.

만연한 결과 사고가 발생한 경우,²⁾ 적극적으로 주의의무위반을 인정하여 사회의 고질적 관행을 정정하는 역할을 법원에게 인정하여야 할 것인지에 관해서는 다름이 있다. 개인적으로는 인정되어도 좋다고 생각하지만 이에 대한 이론이 있으리라 생각한다.

다음으로, ②기준행위가 법령이나 그 외에 규정되어 있는 경우라면 사회관행이 아니라 법령 그 외를 기준으로 삼아야 할 것이다. 의료분야는 많은 사항들이 법령 등에 규정되어있고 또 각종 가이드라인에 표준적인 행위기준이 규정되어있다. 이번에 한국에서 문제가 된 이대목동병원 사건의 경우에 각 관계자의 행위가 그러한 행위를 통해 의료사고가 발생하지 않도록 행정측면에서 가이드라인을 제시하였거나 지도가 있었다면 이 기준을 준수하였는지의 여부가 주의의무 판단의 중요한 요소가 될 것이다. 만약 그러한 표준행위준칙을 준수하지 않은 경우에는 그러한 대처를 한 것에 대한 합리적인 이유가 요구될 것이다.³⁾ 또한 의료사고대책에 관한 상세한 책정자체를 의료기관이 도맡아 하는 경우도 생각할 수 있을 것인바, 그러한 경우에는 의료기관내의 규정 등이 주의의무 내용에 반영될 것이다.

더욱이 원내감염방지대책과 같은 의료기관내에서 일상적으로 반복·계속하여 행해지는 비교적 단순한 위험방지에 관한 행위준칙과는 달리, 수술처럼 환자의 생명신체에 대한 침습의 정도가 높고 불확정적요소가 많으며 결과를 정확하게 예측하기 곤란한 의료행위는 별도의 고려가 필요하다고 생각한다. 이

2) 西口元, 医療事故・医療過誤と医療関係訴訟, 法律のひろば, 2018년 4호, 2018, 10면은 -민사소송에 관한 것이기는 하지만- 고질적 관행과 좋은 의료관행을 구별이 향후 과제라고 지적하고 있다.

3) 원내감염에 관하여 일본의 경우 의료법시행규칙(후생성령 제50호) 제1조의 11 제1항에 안전관리를 위한 체제에 관한 규정이 있다. 의료에 관련된 안전관리를 위한 지침의 정비, '안전관리위원회'의 설치 등이 규정되어 있다. 제2항에서는 안전관리체계에 관한 원내감염을 방지하기 위해 ①원내감염대책을 위한 지침의 책정, ②원내감염대책을 위한 위원회 개최, ③종사자에 대한 원내감염대책을 위한 연구실시를 요구하고 있다. 또 의약품에 관한 안전관리를 위한 체제 확보에 관한 조치로 ①종사자에게 의약품안전사용을 위한 연수 실시, ②의약품안전사용을 위한 업무 절차표 작성 및 해당 절차에 기한 업무 실시를 요구하고 있다. 의료법시행규칙 조문은 http://elaws.e-gov.go.jp/search/elawsSearch/elaws_search/lsg0500/detail?lawId=323M40000100050&openerCode=1 (최종방문일 2018년 9월25일).

러한 경우 행위준칙은 의학문헌에 따르는 것 이상으로 임상인들이 -타당하다고 생각하여- 일반적으로 행하고 있는 의학적 조치행위가 존중되어야 할 것이다.⁴⁾ 이에 관해 현립(県立) 오오노병원(大野病院)의료사고에 관한 후쿠시마지방병원 판결에서는⁵⁾ ‘임상의에게 의료조치상 행위의무를 지우고 그 의무에 반한 자에게는 형벌을 과하는 기준이 될 수 있는 의학적 준칙은 해당과목의 임상이가 해당경우에 직면했을 때 대부분의 의사가 그러한 기준에 따라 의료조치를 강구한다고 할 수 있을 정도의 일반성 혹은 통유성(通有性)을 갖춘 것 이어야 한다. 왜냐하면 이렇게 해석하지 않을 경우, 임상현장에서 일어나는 의료조치와 일부 의학문헌에 게재 되어있는 내용이 상이한 경우 임상이가 의사가 용이하고 신속한 치료법을 선택할 수 없게 돼 의료현장에 혼란을 가져올 수 있으며 형벌을 과하는 기준이 불명확해져 명확성의 원칙에 반할 수 있기 때문이다’고 한다.⁶⁾

2. 다수의 참여자가 있는 경우

다음으로 경험이나 능력, 역할이 다른 다수 의료관계자가 연계하면서 환자 치료에 임할 때 직무상 상위자가 하위자의 과실을 간과한 경우 어떻게 형사책임을 판단할 것인지를 검토하고자 한다. 최근 일본에서는 이와 관련하여 주목할 만한 최고재판소판결 2개가 내려졌다.

4) 민사판결에서는 의사의 과실판단기준이 되는 ‘의료수준’을 진찰당시의 임상의학상의 의료 수준으로 본다. 西口 앞의 논문 9면 이하 참조.

5) 福島地裁 平成20年8月20日 判時2295号 6면. 현립 오오노병원사고에 관한 사안의 개요와 무죄판결이 내려지기까지의 경위에 관해서는 平岩敬一, 大野病院事件無罪判決と産科医療をめぐる諸問題, 神奈川ロージャーナル2号, 2009, 9면 이하, 安福謙二, 刑事医療事故訴訟と鑑定・医療事故調査制度, 判例時報2292号, 2016, 12면 이하 참조.

6) 의료사고에 관해서는 결과회피가능성에 관한 문제가 발생할 수 있다. 만약 적절히 여겨지는 조치를 취한 경우라 하더라도 환자가 사망할 가능성이 있다면 결과회피가능성이 부정되기 때문이다. 이에 관해 후쿠시마 법원은 실제로 취한 의료조치가 구체적으로 위험한 것이 분명히 밝힌 뒤 보다 적절한 다른 방법이 있었음을 입증하여야 한다고 하고 있다. (水谷渉, 福島県立大野病院事件, 判例時報, 2295号, 2016, 4면 이하)를 참조.

가. 사이타마의과대학사건(最高裁平成17年11月15日決定·刑集59
 卷9号1558頁)

[사안]

피고인은 사이타마대학통합의료센터 이비인후과 과장으로 동과 의료행위 전반을 통괄하고 동과 의사들을 지도 감독하여 진찰, 치료, 수술 등에 종사하도록 하면서 본인도 진찰, 치료, 수술 등의 업무에 종사하고 있었다. A는 사이타마의과 대학 조수로⁷⁾ 피고인의 지도 감독 하에 이비인후과 의료팀 리더(지도의)로 동 팀에 속한 의사를 지도 감독하여 진료, 수술 등에 종사하도록 하면서 본인도 진료, 수술 등의 업무에 종사하고 있었다. B는 본건 당시에 본 센터병원 조수로⁸⁾ 피고인 및 A의 지도 감독 하에 이비인후과 진찰, 치료, 수술 등의 업무에 종사하고 있었다.

본센터 이비인후과에서는 지도의, 주치의, 연수의 각1명씩 3명이 팀을 이루어 지도의 지도하에 주치의가 치료방침을 세우고 지도의가 이를 승인한 뒤, 과(科)의 치료방침 등에 관한 최종결정권을 지닌 과장에게 보고하여 승낙을 얻는 체제를 취하고 있었다. 어려운 증례, 드문 증례, 위중한 증례 등은 팀에서 치료방침을 검토한 후 그 결과를 의국회의에서 검토하여 과장이 최종판단을 내리고 있었다.

본건 피해자인 V는 본 센터에서 종양적출수술을 받았으나 재발위험이 있었고 V가 앓고 있는 병은 사망에 이를 수 있는 난병으로 확립된 치료방법이 없었다. A가 지도의 B가 주치의로 여기에 연수의가 더해진 3명이 V를 치료를 담당하게 되었다. B는 VAC치료라 불리는 항암제치료를 실시하고자 하였는데 프로토콜(약제투약계획서)의 ‘week’라는 단어를 보지 못하여 주(週)단위로 기재되어있는 것을 일(日)단위로 착각하였다. B는 실수를 눈치 채지 못한 채 치료계획을 A에게 설명하고 승낙을 구하였다. A도 실수를 눈치 채지 못한 채 B

7) 의료면허 취득 9년차 의사였다.

8) 의료면허 취득 5년차 의사였다.

의 치료계획을 승낙하였다. B는 피고인에게 V에게 VAC치료를 실시하고자 하는 취지의 보고를 하였는데 피고인은 B에게 VAC치료의 구체적인 내용이나 그 주의점 등에 관한 설명을 따로 요구하지 않고 이를 승낙하였다. V는 약제 과잉 투여로 인한 다발성장기부전으로 사망하였다.

[판결요지]

최고재판소는 ‘치료방침 등의 최종결정권을 지닌 동 과장에게는 상기 항암제에 따른 치료의 적부와 그 용법·용량·부작용 등에 관하여 파악한 뒤에 투여 계획안의 내용을 구체적으로 검토하여 오류가 있으면 정정하여야 할 주의의무를 해태한 과실과, 주치의 등에게 상기 항암제의 부작용에 관한 지식을 확인하여 적절히 대응할 수 있도록 사전에 지도함과 함께 우려되는 부작용이 발현된 경우에는 즉시 보고하도록 구체적으로 지도하여야 할 주의의무를 해태한 과실이 있다고 하여 업무상과실치사죄가 성립한다.’고 하였다.⁹⁾

[학설의 논의상황]

본건 이전에도 간호사에 대한 의사의 감독의무가 문제가 된 판례는 존재하였지만 대학병원 과장과 주치의간 치료방침결정을 둘러싼 감독의무가 문제가 된 것은 본건이 처음이었다.¹⁰⁾ 본건은 지도의, 주치의, 연수의 라는 입장과 경험의 다른 3명의 의사가 치료에 임하여 주치의가 치료방침을 정하고, 지도의와 과장이 이를 승인하는 팀 의료 형태의 치료가 이루어지고 있었다. 이러한 팀 의료의 장점은 고도의 능력을 지닌자가 고도의 판단을 요하는 작업을 하고 그 외의 작업은 다른 이들에게 맡김으로 보다 효율적인 의료행위를 실현할 수 있다는 점이다. 예컨대 의료팀으로 외과적 침습행위를 할 때 집도의에게 간호사

9) A와 B에게는 이미 유죄가 확정된 상태였다.

10) 多和田隆史, 時の判例 大学附属病院の耳鼻咽喉科に所属し患者の主治医の立場にある医師が抗がん剤の投与計画の立案を誤り抗がん剤を過剰投与するなどして患者を死亡させた医療事故について同科の科長に業務上過失致死罪が成立するとされた事例—最一小決平成17.11.15, JURIST, 1325号, 2006, 228면 이하.

의 일거수일투족을 모두 감시할 주의의무를 부과한다면 오히려 자신의 일에 집중할 수 없게 되어 반대로 사고를 일으키게 될 위험이 있다. 본건에서도 의학 적 식견과 의국원 코디네이터 능력이 가장 높은 과장에게 지휘·명령·감독 전 반에 걸친 과도한 주의의무를 요구한다면 본래의 기능을 다할 수 없게 될 것이다.¹¹⁾ 그러므로 경우에 따라서는 과장은 전적으로 치료방침 선택에 관한 승인 만을 담당하도록 하고 치료내용이나 그 구체적인 실시는 주치의 판단에 맡기 도록 하는 것도 허용될 수 있을 것이다.¹²⁾

그러나 본건의 경우 환자의 질환이 죽음에 이를 수 있는 난병이었으며 확립 된 치료방법이 없는 어려운 증례였다는 점, 나아가 해당병원에서 전례가 없었 던 증례를 치료해야 했다는 점 등에 비추어 보면 과장에게도 항암제 치료의 적 부와 그 용법·용량·부작용 등을 파악하고 투여계획안의 내용을 구체적으로 검토하여야 했다고 할 수 있을 것이다.

이러한 과실판단이 이루어진 배경은 사실상 과장인 피고인이 지도의A와 주 치의 B를 신뢰함이 허용되지 않았던 것에 기인한다. 본사안을 신뢰의 원칙의 적용이 부정된 예로 분석하는 견해가 있다. 그 이유로 카이 카츠노리(甲斐克 則)교수는 ‘역할분담이 불명확한 상황이었고 3명의사 상호간에 실질적 신뢰 관계가 없었다고 볼 수밖에 없어 ‘신뢰의 원칙’을 적용할 수 없다’¹³⁾고 하였다. 하지만 A·B와 피고인의 역할분담은 일부 중첩적으로 동일한 역할을 담당한 측면이 있다 하더라도 비교적 명확하게 이를 분담하고 있었다고 할 것이다. 오 히려 ‘피해자의 종양은 매우 희귀한 증상으로 동 과에 소속된 의사중 이를 취급 한 경험이 없고 치료법도 실시한 경험이 없으며 약품에 관한 지식도 결하였음 이 인정되므로’¹⁴⁾ 신뢰가 허용되지 않는 예외적 사정이 있었던 사안으로 보아

11) 小林 憲太郎, 刑事判例研究(第130回)主治医が抗がん剤の投与計画の立案を誤り抗がん剤を過剰投与するなどして患者を死亡させた医療事故について科長に業務上過失致死罪が成立するとされた事例[最高裁平成17.11.15第一小法廷決定], *ジュリスト*, 1399号, 2010, 163면 이하.

12) 多和田隆史, 앞의 논문, 267면.

13) 甲斐克則, 注意義務の存否·内容(4), 甲斐克則=手島豊編, *医事法判例百選* 第2版, 2014, 117면; 동 「医療事故」 *法学教室* 395号, 2013, 27면 등을 참조.

14) 樋口亮介, *刑事判例にみる注意義務の負担主体と法人*, *北大法学論集* 60卷 4号, 2009, 87면.

야 할 것이다.

무엇보다 피해자에게 VAC치료로 불리는 항암제 치료를 행하는 자체가 의료행위로 부적절한 것이 아니라 한다면 과장으로써는 VAC치료의 선택이라는 치료방법이 적절한지의 여부를 판단하는 것으로 족하며 프로토콜의 오독이라는 초보적 실수까지 구체적으로 검토할 필요가 없지 않을까 라는 의문이 남을 지도 모른다. 이러한 점에서 본 결정은 ‘투약계획안의 내용을 구체적으로 검토하여 실수가 있다면 정정하여야 할 주의의무’가 아닌, ‘주치의들의 위 항암제의 부작용에 관한 지식을 확인하고 적절히 대응할 수 있도록 사전에 지도할 주의의무’ 및 ‘우려되는 부작용이 발현된 경우에는 즉시 보고하도록 주체적으로 지시하여야 할 주의의무’를 인정하였다. 즉 항암제요법의 고도의 위험성 및 주치의들이 그러한 치료법의 경험이 없었다는 점에 비추어 볼 때 부작용의 대응에 관하여 유념한 대응을 하여야 할 주의의무가 있었다는 것으로¹⁵⁾ 본건 사정 하에서는 앞서 언급한 의문은 처음부터 이에 해당하지 않음이 명확하다.

나. 요코하마시립대학병원 환자오인사건(最高裁平成19年3月26日
決定刑集61卷2号131면)

[사안]

피고인(이하 X라고 한다)은 대학부속병원 마취과 의사로 수술예정환자의 마취 관리 등의 업무에 종사하는 자이다. 동 병원 제1외과수술은 제1외과에 소속된 의사가 집도 및 그 조수를 담당하고 마취과에 소속된 의사가 마취를 담당하며 간호부의 수술부에 소속된 간호사가 수술을 돕는 일 등을 담당하고 있었다. 동 제1외과에서는 사건당일 같은 시간에 A에게는 승모판이탈로 인한 혈액 역류를 막기 위한 심장수술이, B는 개흉하여 폐암의 의심이 가는 종양을 검사하여 암으로 판명된 경우 이를 절개하는 폐 수술이 예정되어 있었다. A와 B는

15) 본 결정에서 과실의 구체적 내용에 관해서는, 日山恵美, 埼玉医大抗がん剤過剰投与事件, 甲斐克則=手島豊編 『医事法判例百選 第2版』, 2014, 117면을 참조.

키는 비슷하였지만 외형은 상당히 달랐다. 수술에 관여하는 의사와 간호사들은 동일 시간대에 여러 명의 환자수술이 이루어지는 것을 알고 있었다.

병동 간호사인 C는 혼자서 병동 7층 병실에서 A와 B를 각각 침대차에 옮긴 후 2대의 침대차를 끌고 가 수술실입구 교환 홀에서 수술실 간호사 D는 A를 인도하였다. C는 D에게 두 환자의 이름을 한꺼번에 전달하였다. C가 A를 먼저 인도하려 할 때에 D가 애매하게 환자의 이름을 물어보자 C는 D가 다음 환자의 이름을 묻는 거라고 오해하여 B라고 대답하였다. 때문에 D는 A를 B라고 착각한 채 폐 수술실담당 간호사에게 A를 인도하였다. C는 A를 인도하면서 A의 진료기록을 건네려 하였으나 D의 지시로 A의 진료기록을 건네지 않고 이어서 B를 인도하였다. 이때에는 C와 D 모두 환자의 이름을 확인하지 않았기에 D는 B를 A로 오인하고 심장수술실 담당 간호사에게 B를 인도하였다. 이후 A와 B의 진료기록을 한꺼번에 건네받았기 때문에 두 환자가 바뀐 것을 눈치채지 못하였다.

X가 B에게 ‘A씨 좋은 아침입니다’ 라고 말을 걸자 B가 끄덕였기에 X는 환자가 A인지를 다시 확인하지 않았다. 심장수술에 앞서 X가 각종 검사를 시행한 결과 환자가 수술할 필요가 없음이 명확해졌다. X는 의치 유무, 머리색, 검사결과 등의 현저한 차이 등에서 눈앞의 환자가 A가 아닌 것이 아닐까라는 의문을 품게 되었다. X는 다른 의사들에게 이를 전하고 확인을 재촉하였지만 보조 담당 간호사에게 병동간호사에게 전화를 하게 한 결과 A가 수술실로 내려갔다는 것이 확인되었기에 그 이상의 확인은 하지 않았다. 수술개시 후 집도의 E도 A의 소견에 현저한 변화가 생겼음에 의문을 가졌으나 수술을 계속 진행하여 혈액순환을 인공심폐장치로 바꾸고 이탈되지 않은 승모판을 봉합하였다.

한편, 폐의 수술이 예정되어 있던 수술실에서는 마취의 F가 A에게 ‘B씨 좋은 아침입니다’라고 말을 걸자 A가 ‘좋은 아침입니다’라고 대답하였다. F는 환자가 바뀌었음을 눈치채지 못한 채 마취를 하였고, 집도의 G 역시 환자동일성을 확인하지 않고 개흉하였다. 사전검사와 다른 상태였음에도 환자가 바뀌었다는 것을 눈치채지 못하고 우선 종양을 발견해야 한다는 생각에 촉진 등을 실

시하였으나 종양을 발견하지 못한 채 폐의 안쪽에 있던 낭종을 절개하는 것으로 수술을 마쳤다.

본 건으로 환자의 침대차를 잘못 끌고 온 간호사 C와 D, 마취의 X와 F, 집도의 E와 G, 총 6명이 기소되었다. 제1심판결은 'X에 대해 환자에게 말을 거는 행위는 동일성 확인방법으로 불충분하다 할 수 없다. 한편 X가 동일성에 의문을 가지게 된 이후 병동에 전화를 걸었다는 것만으로는 오인방지책으로 불충분하다 할 것이지만 X가 마취과 집도의사들에게 이러한 의심상황을 제기하였음에도 선배의사들이 안이한 발언으로 X의 의문을 배척시켰는데도 선배의사들은 그러한 죄를 추궁당하지 않고 정당한 문제제기와 이에 상응하는 노력을 한 X에게 이러한 의무를 과하는 것은 매우 가혹하다' 고 하여 X가 주의의무를 다하였다고 하여 무죄를 선고하였다. 수술실간호사 D는 금고 1년 집행유예 3년을, 그 외의 4명에게는 벌금(병동간호사 C: 30만엔, 폐수술실 마취의 F: 40만엔, 심장수술실 집도의 E: 50만엔, 폐수술실 집도의 G: 30만엔)이 내려졌다. 항소심에서는 X만이 벌금 25만엔을 선고받았고 그 외 5명에게는 벌금 50만엔이 내려졌다. 이후 X만 상고하였다.¹⁶⁾

[판결요지]

최고재판소는 다음과 같이 직권판단 하여 상고를 기각하였다

'의료행위의 대상이 되는 환자의 동일성을 확인하는 것은 해당 의료행위를 정당화 하는 대전제이며 의료기관의 초보적이고 기본적인 주의의무로, 병원 전체가 조직적 시스템을 구축하여 의료를 담당하는 의사와 간호사간에 역할분담을 정해 주지(周知)를 철저히 하고, 환자의 동일성 확인을 철저히 할 것이 요청되는 바, 이러한 상황을 결여한 본건 사실관계를 전제로 하면 수술에 관여하는 의사, 간호사 등의 관계자는 다른 관계자가 상기 확인을 하였다고 신뢰해 스스로 상기 확인을 할 필요가 없다고 판단함은 허용될 수 없으며 각자의 직책이

16) 본건에 관한 영문판 자료로는 Norio Higuchi, Should Medical Errors Be Judged by the Criminal Court?, JMAJ 55(2), 2012, p 132.

나 담당부서에 따라 중첩적으로 서로 책임을 지고 환자의 동일성을 확인할 의무가 있다고 할 것이다. 이 확인은 늦어도 환자의 신체에 대한 침습행위인 마취 도입 전에 이루어져야 한다고 할 것이며 마취도입 후라 하더라도 환자동일성에 관한 의문이 생기는 사정이 발생한 때에는, 수술을 중지 또는 중단하는 것이 곤란한 단계에 이른 경우가 아닌 이상 수술을 멈추고 관계자 각자가 다시 동일성을 확인할 의무가 있다고 해야 할 것이다'라고 하였다. 피고인에 관하여 이를 살펴보면, '다른 관계자가 피고인의 의문을 진지하게 받아들이지 않았기에 확실한 동일성 확인조치가 취해지지 않았다는 사정이 인정되기에 피고인으로써는 오인방지를 위한 노력을 기울였다고 평가할 수 있다. 하지만 환자의 동일성이라는 무엇보다 기본적인 사항에 관하여 상당한 근거로 의심이 생긴 이상, 비록 위와 같은 사정이 있다 하더라도 피고인이 주의의무를 다하지 못하였다고 할 수 밖에 없을 것이다.

[학설의 상]

본건의 특징은 환자를 오인한 간호사 2명 뿐 만 아니라 수술에 관여한 의사 등에게도 환자의 동일성을 확인할 의무를 요구하였다는 점이다. 이미 언급한 바와 같이 팀 의료의 장점은 고도의 능력을 지닌 자가 고도의 판단을 요하는 작업을 하고 그 외의 작업은 다른 이들에게 맡김으로 보다 효율적인 의료행위를 실현할 수 있다는 점이다. 따라서 환자의 동일성확인이라는 가장 단순한 작업은 간호사에게 일임하면 될 것이라고 여겨짐에도¹⁷⁾ 왜 의사에게도 주의의무 위반을 인정한 것일까?

이에 관해서 본건 조사관해설은 해당병원에서 환자의 동일성확인을 수술 전에 행하는 체제가 확립되어 있지 않았다는 점을 지적하다.¹⁸⁾ 만약 환자의

17) 간호사가 전기메스기구 케이블 접속을 잘못하여 상해사고가 발생한 사안에서 삿포로 지방법원은 베테랑 간호사를 신뢰하여 접속의 정확성을 다시 확인하지 않은 집도의의 주의의무를 부정하였다(札幌高裁 昭和51年3月18日判決 判時 820号 36면).

18) 大野勝則, '1. 환자의 동일성 확인에 관하여 수술에 관여하는 의료관계자가 지는 의무, 2. 환자를 오인하여 수술을 한 의료사고에서 마취를 담당하는 의사에게 마취도입 전에 환자

팔에 이름을 기재한 밴드 등을 부착해서 환자의 동일성을 확인하는 등 환자를 착각할 위험을 방지하기 위한 안전체제가 병원 내에 확립되어 있었다면 집도의 등은 환자의 동일성을 확인을 마쳤다는 것을 신뢰함이 허용될 것이다. 따라서 특별한 사정이 없는 한 스스로 재차 이를 확인할 필요 없이 수술에 전념해도 되었을 것이다. 하지만 본건에서는 이러한 안전체제가 확립되어 있지 않았기 때문에 관계자 각자가 책임지고 자신의 위치에서 환자의 동일성을 확인할 의무를 지며 중첩적으로 확인하여야 할 의무가 요구되었던 것이다. 이는 조직 내 안전대책에 따라 개인에게 부여되는 주의의무의 내용과 범위가 달라질 수 있음을 나타낸 것이라 할 수 있다.¹⁹⁾

본 결정은 관계자 전원의 과실을 과실경합관계로 해석하고 있다. 즉, 동일성 확인의무라는 추상적 의무는 각자의 직책이나 주어진 자리에 따라 중첩적으로 각자가 지는 것으로, 동일성 확인의 방법이나 시기는 각자의 직책에 따라 다르므로(예컨대 간호사의 경우 환자를 이송해서 넘겨줄 때 환자와 진료기록서를 동시에 확인하는 방법 등으로 확인함이 가능할 것이다. 또 마취의의 경우 그때까지의 검사결과에 비추어 환자의 얼굴을 확인하는 등의 형식으로 동일성 확인이 가능할 것이나 수술개시 후에는 환자의 신체에 위험이 미치지 않는 범위에만 동일성 확인이 가능할 것이다) 과실의 구체적 태양은 각자가 다르며 그러한 과실이 경합한 사안이라고 본 것이다. 이에 대해 키타카와 카요코(北川佳世子) 교수는 ‘동일성 확인은 어디까지나 관계자가 각자 단독으로 책임을 다해야 할 의무로써 이를 과실경합으로 본 본 결정은 타당하며 공동의무의 공동위반으로 구성하는 과실공동정범은 채용하기 어렵다²⁰⁾고 하였다. 이에 대해 오오

의 동일성을 충분히 하지 않은 점 및 마취도입 후 환자동일성에 관한 의심이 발생한 때에 확실한 확인조치를 취하지 않았다는 점에서 과실이 있었다고 여겨지는 사례’ 最高裁判所判例解説刑事篇平成19年度 89면 이하.

19) 北川佳世子, 複数人の過失処罰をめぐる問題点——横浜市大患者取り違え事件を素材に——, 曾根威彦先生=田口守一先生古稀祝賀論文集 [上巻], 成文堂, 2014, 629면.

20) 北川佳世子, 横浜市大患者取違え事件, 医事法判例百選 第2版, 2014, 157면. 또한 照沼亮介, チーム医療における過失の競合, 判例セレクト 2007, 2008, 26면에서도 『동일성 확인의무』라는 추상적 수준에서 공동성만 인정된다면 그것만으로 공동정범이 성립되는 것이 아니

츠카히로시(大塚裕史) 교수는 ‘본건 수술은 팀의료로 각자의 역할분담을 정해서 실시하는 공동작업이며 나아가 환자의 동일성 확인의무라는 동일한 내용의 결과회피가 문제가 된 것이므로 공동정범으로 처리하는 편이 본 상황에 적합하다’²¹⁾고 하였다.

만약 본 판결에서 위의 논자들이 지적하는 바와 같이 본건에서 공동정범 내지 공범관계가 검토되었다면 과실인정의 방법도 크게 바뀌었으리라 생각된다. 과실공동정범의 성립요건에 관해서 나는 공동실행의사에 기초한 공동주의의무가 필요하다고 생각한다. 이러한 관점에서 본다면 무책임한 발언으로 X의 의문을 배척해버린 다른 의사에 관해서도 관계자가 환자 동일성에 관한 충분한 확신을 가지지 못한 채 수술을 실행할 것을 결의하는데 강한 영향력을 행사하였기 때문에 공동주의의무위반을 인정하여 과실공동정범자로 보는 것도 가능하리라 생각한다.

III. 일본의 사건 발생 후 대처에 관하여

일본은 요코하마시립대학병원 환자오인사건 등 중대한 의료과실사건이 발생한 1997년 이후, 의료과오사건이 사회적으로 문제화 되었다. 이에 따라 의료과오에 대한 형사책임추급 건수가 증가하였으나 2008년 후쿠시마현립 오노노병원사건에서 무죄판결이 내려진 영향 등으로 인해 의료과실에 대한 형사추급의 재검토가 이루어졌다. 한편 의료과 한편 의료관계자 측에서는 의료과오에 관한 형사책임 추급이 부당하다는 의견도 나타났다. 형사책임 추급을 한정하여야 한다는 주장의 내용은 ① 수술 등의 의료행위에는 당초부터 위험이 존재한다는 점, ②형사책임 추급은 위축적·방어적 의료행위로 이어질 수 있다

며 각자가 놓인 상황에 따라 행동준칙의 내용에 차이가 발생할 여지가 있다는 점에 주목할 필요가 있다고 하였다.

21) 甲斐克則, 医療事故, 法学教室 395号, 2013, 26면.

는 점, ③ 원인규명과 이를 전제로 한 장래의 재발방지 실현에 방해가 될 수 있다는 점 등이다.²²⁾ 이처럼 의료라는 분야의 특수성을 고려할 필요가 있다는 주장에 대해서 의료사고라는 것만으로 면책이 되는 것은 타당하지 않다는 의견도 강하게 주장되었다.²³⁾

이러한 상황 속에서 후생노동성(厚生労働省)은 다음과 같은 대책을 세웠다. 우선 의료관련사(醫療關聯死) 조사 분석 모델사업²⁴⁾이 개시되었다. 또 2014년 6월18일에는 의료법이 개정되어 의료사고조사제도가 도입되었다.²⁵⁾ 2007년에는 ‘긴급의사확보대책’이 마련되어 진료행위에 관한 사인규명제도가 구축되는 등 의료 위험에 대한 지원체제를 정리하는 방침을 밝혔다. 또 진료행위와 관련된 사망에 관한 사인 등 규명의 바람직한 자세에 관한 검토회가 설치되었다. 2008년에는 의료안전조사위원회설치법안(가칭)의 골자가 발표되었다.

동 골자에서는 위원회는 중립적 의료안전확보를 위한 조직으로 관계자의 책임추급을 목적으로 하지 않는다고 제도를 구상하고 있다. 하지만 한편으로는 의료사고 등의 원인을 규명한 결과 ①고의로 사망 또는 사산했다는 의심이 있는 경우, ②표준의료에서 현저히 벗어난 의료가 원인이 되어 사망 또는 사산하였다는 의심이 있는 경우, ③해당 의료사고 등에 관한 사실을 은폐하려는 목적으로 관계물건을 은닉, 위조, 변조하였다는 의심이 있는 경우, ④그 외에 이에 준하는 중대한 비행의 의심이 있는 경우에는 경찰에 통지하고 형사사범의 대상으로 삼는다. 골자에서 형사책임 추급가능성을 남겨두었다는 점에 대한 의료관계자들의 강한 비판으로²⁶⁾ 결국 2014년 6월 18일 의료법 개정으로 도

22) 井田良, 医療事故に対する刑事責任の追及のあり方, 三井誠先生古稀祝賀論文集, 2012, 232면 이하, 松原久利, 医療の安全と刑法, 同志社法学, 66卷 3号, 2014, 578면 이하 참조.

23) 井田良, 앞의 논문, 233면 이하.

24) 의료사고의 신고에 근거하여 중립적 전문기관에 의한 원인분석, 판결외 분쟁처리제도의 확립, 보증제도의 확립 등을 그 내용으로 한다.

25) 시행일은 2015년 10월 1일.

26) 樋口範雄, 医療安全と法の役割, JURIST 1396호, 2010, 15면. 佐伯仁志, 医療の質の向上と刑事法の役割, JURIST 1396호, 2010, 33면.

입된 의료사고조사제도에는 이러한 규정은 채택되지 못하였다. 그리고 동 제도는 ‘의료 안전 확보’의 장에 규정되어 의료사고의 재발방지보다는 의료의 안전을 확보하는 것이 목적임을 명확히 하고 있다.

개정의료법에 의하면 의료사고가 발생한 경우 병원 측에서는 해당 의료사고의 일시, 장소 및 상황 등을 의료사고조사·지원센터에 보고하여야 한다(제6조의10). 여기서 말하는 의료사고는 ‘해당병원 등에 근무하는 의료종사자가 제공한 의료의 원인이 되거나 혹은 원인이 되었다고 의심되는 사망 또는 사산으로 해당관리자가 이러한 사망 또는 사산이 예기되지 않은 것이라고 후생노동성령으로 규정한 것’이다. 이 중 ‘해당사망 또는 사산이 예기되지 않은 것’이란 구체적으로 ①관리자가 해당의료의 제공 전에 의료종사자 등이 환자에 대해서 해당사망 또는 사산이 예기 된다는 것을 설명했다고 관리자가 인정하였다, ②관리자가 해당의료 제공전에 의료종사자로 하여금 해당사망 또는 사산이 예기되었다는 것을 진료기록 그 외의 문서 등에 기록하였다고 관리자가 인정하였다, ③관리자가 해당의료제공에 관여한 의료종사자 등으로부터 사정을 청취 및 의료 안전관리를 위한 의위원회로부터 의견청취를 행한 뒤 해당의료 제공전에 의료의 제공에 관여하는 의료종사자 등에게 해당 사망 또는 사산이 예기되었다고 관리자가 인정하였다. 라는 사례에 해당하지 않는다고 관리자가 인정한 것이다.

제6조11에 의하면 병원 등의 관리자는 의료사고가 발생한 경우에는 후생노동성령에 정함에 따라 신속히 그 원인을 밝히기 위해서 의료사고조사를 행하여야 한다. 성령에서는 조사항목에 관해 진료기록 그 외 진료에 관한 기록의 확인 해당의료종사자의 청취조사, 그 외 관계자의 청취조사 해부 또는 사망 시의 영상진단의 실시, 의약품, 의료기계, 설 등의 확인, 혈액, 뇨 등의 검사 중에서 필요한 범위 내에서 선택하며 이러한 사항에 관하여 정보의 수집, 정리를 해야 한다고 규정하고 있다. 또 병원 등의 관리자는 의학의술에 관한 학술단체 그 외 후생노동대신이 지정한 단체(의료사고조사등 지원단체)에 의료사고조사를 실시하기 위해 필요한 지원을 요청하는 자로(제6조11 제2항), 의료사고조사

등 지원단체는 지원을 요청받은 때에는 의료사고조사에 필요한 지원을 실시하도록 하고 있다(제6조 11 제3항). 지원으로 상정해 볼 수 있는 것은 의료사고의 판단에 관한 상담, 조사수법에 관한 상담, 조안 보고서작성에 관한 상담과 조언(의료사고에 관한 정보의 수집, 정리, 보고서의 기술방법 등), 원내 사고조사위원회의 설치·운영에 관한 지원, 해부·사망시영상상관독에 관한 지원, 원내조사에 필요한 전문가 파견 등이 있다.

원인규명 등 의료사고조사를 종료한 때에는 그 결과를 의료사고조사·지원센터에 보고하여야 한다(제6조 11 제4항). 이때에는 해당 의료종사자 등 관계자를 익명화 할 것이 성령으로 규정되어 있다. 의료사고조사의 목적은 의료안전 확보를 위한 것으로 개인의 책임을 추궁하기 위한 것이 아니기 때문이다. 사고를 일으킨 의료기관에 의한 원내조사 외에도 의료사고가 발생한 병원 등 관리자 또는 유족으로부터 해당 의료사고에 관한 조사 외에도 의료사고조사·지원센터는 필요한 조사를 할 수 있다(제6조의 17 제1항). 의료사고조사·지원센터는 필요에 따라 관리자에 대해 문서 혹은 구두설명을 요구하거나 자료의 제출 그 외에 필요한 협력을 구할 수 있으며, 관리자는 이를 거부할 수 없다(제6조의 17 제2-4항). 그리고 유족으로부터 의료가 있는 때에는 결과를 관리자 및 유족에게 보고하여야 한다(제6조의 17 제5항).²⁷⁾ 이 외에 의료사고조사·지원센터는 병원 측의 보고로 수집한 정보의 정리 및 분석을 할 것, 병원 측에 분석결과를 보고할 것, 연수의 실시, 정보제공, 지원 등을 실시하도록 하고 있다(제6조의 16).²⁸⁾

이처럼 의료사고에 관해 향후 의료사고조사제도를 활용하면서 의료사고의 대응에 관하여 유족감정을 배려하면서 재발방지 대응책을 제3기관을 포함하

27) 후생성으로부터 ‘지역 의료 및 개호의 통합적 확보를 유지하기 위한 관련 법률의 정비 등에 관한 법률의 일부시행(의료사고조사제도)에 관하여’(2015년 5월8일 医政発 0508 제1호)가 공개되었다. <https://www.mhlw.go.jp/topics/bukyoku/isei/i-anzen/hourei/dl/150508-1.pdf> (최종방문일 2018년 9월 25일).

28) 의료조사제도의 개요에 관해서는 https://www.medsafe.or.jp/modules/about/index.php?content_id=2 (최종방문일 2018년 9월 25일), https://www.nichibenren.or.jp/library/ja/publication/booklet/data/iryoujikotyousa_pam.pdf (최종방문일 2018년 9월 25일) 등을 참조.

여 구축하도록 하는 등 통합적 형태로 대처해 나갈 것이다.²⁹⁾ 형사책임의 추급이라는 엄격한 제재가 필요한 경우는 초보적 실수였음이 명확한 경우거나 일반적으로 실시되는 의료조치에서 비추어 볼 때 명백히 이를 벗어난 경우에 한정되어야 할 것이다.

인적오류와 같은 초보적 실수에 관해서는 행위자 개인의 과실보다 조직적 대응을 해야 할 것이라는 이론이 있을 수 있다. 지금의 의료사고에 그치는 것이 아니라 복수의 과실이 관여하는 경우 과실 책임의 바람직한 방향에 관한 논의가 일본에서는 활발히 이루어지고 있다. 특히, 조직체 활동에 따른 사고에 관한 논의가 활발하다.³⁰⁾ 과실단독정범의 주의의무 내용의 확정에 관해 귀속주체의 선출에 관해 조직체가 지어야 할 의무를 확정된 후 그 의무수행을 담당하는 구성원인 개인의 책임을 묻는다는 단계적 절차에 관한 이론구성도 주장되고 있다.³¹⁾ 의료분야에 이러한 발상을 발전시켜 대규모 병원에서는 처음부터 조직체 자체의 인적오류를 방지할 의무가 있다고 생각할 수 있다면 그러한 초보적 실수를 방지하기 위한 시스템을 조직체가 구축하지 못하였다는 점에 관하여 조직체 및 그 책임자에게 형사책임을 묻는 것도 형사책임의 추급의 선택지 중 하나로 둘 수 있을 것이다.³²⁾

29) 같은 취지로 甲斐, 앞의 논문, 27면.

30) JR후쿠치야마선 탈선사고를 계기로 조직 활동을 하는 중에 야기된 사고에 관하여 조직체의 구성원뿐만 아니라 조직체 그 자체에 형사책임을 물어야 한다는 주장 등이 나타나고 있다.

31) 樋口, 앞의 논문, 74면 이하.

32) 이러한 점을 지적하는 것은 佐伯, 앞의 논문, 32면 이하. 사사키 교수가 지적하는 바와 같이 이러한 방향으로 논의를 발전시킨다면 병원장 등 관리 책임자의 책임이 무거워진다고 할 것이다.