

의사의 오진과 관련된 법률문제

전 현 희

대외법률사무소 대표 변호사

1. 서 론

요즘 언론에서 의사의 오진에 대한 손해배상소송에서 의사들이 패소하는 판결이 가끔씩 보도되곤 한다. 그리하여 많은 환자들과 의사들은 막연히 의사가 오진하게 되는 경우에는 의사가 당연히 손해배상해야 하는 것이 아니냐 하는 오해를 하고 있는 듯하다. 그러나 일반적으로 의사의 오진이 있다고 하더라도 곧바로 의사의 과실이 있다고 연결되지는 않는다.

의사가 진단을 하기 위해서는 다양한 검사결과와 환자의 임상적 증상을 고려해야 하고 환자에 대한 병력 체크 등 여러 가지의 과정을 거쳐야 한다. 이러한 과정에서 오진은 의사의 진단에 필요한 외부 데이터가 잘못 입력된 경우, 의사의 의료수준이 정확한 진단을 하기에 부족한 경우, 혹은 의사가 부주의한 경우 등 여러 가지 원인에 의해 생길 수 있다. 과연 오진이 의사의 과실로 인한 것인가는 이러한 원인규명을 마친 이후의 문제이다. 만약 의사의 오진이 손해배상소송에 있어서의 의미 있는 과실 행위라고 판명된 이후에도, 그 다음으로 이러한 의사의 오진과 환자의 상태악화와는 어떤 관련이 있는가가 검토되어야 한다.

2. 의사의 과실의 법적 의미

1) 결과예견의무와 결과회피의무

의료과오로 인한 손해배상책임을 인정하기 위해서는 과실이라는 요건이 필요한데, 과실이란 주의의무의 위반이기 때문에 결국 과실을 논함에 있어서는 우선 그 전제가 되는 주의의무를 확정하지 않으면 안 된다. 통상 주의의무라 함은 유해한 결과가 발생하지 않도록 의식을 집중할 의무로서 그것에 위반하여 타인의 생명, 신체 등에 위해를 가한 경우에 민형사상의 법적 책임이 추구되어지는 것을 말한다 (1).

의료과오에 있어서 의사의 과실은 법규범상 자기에게 부과된 주의의무를 게을리 함으로써 타인에게 손해를 입힌 경우에 인정되는 것인 바, 과실은 그 전제로 되는 주의의무의 종류에 따라서 추상적 과실과 구체적 과실로 나누어진다. 추상적 과실이란 “선량한 관리자의 주의”를 다하지 아니한 과실이고, 구체적 과실이란 “자기의 재산에 있어서와 마찬가지로 주의”를 다하지 아니한 과실을 말한다 (2).

그런데 의료과오소송에 있어서는 손해배상책임을 채무불이행책임으로 구성하든 불법행위책임으로 구성하든 문제로 되는 과실은 추상적 과실이다 (3). 추상적 과실이란 통상인에게 요구되는 주의의무를 위반한 것을 가리키는바, 통상인이란 당해 행위자가 처한 직업 내지 지위에 있어서의 통상인을 의미하는 것이므로 (4). 결국 의료과오에 있어서 의사의 주의의무위반이 인정되기 위해서는 통상일반의 의사에게 요구되는 주의의무를 위반한 것이 증명되어야 한다.

한편 주의의무의 구체적 내용은 일반적으로 결과예견의무와 결과회피의무의 2단계로 파악된다. 또한 법은 결코 불능을 강제하는 것은 아니므로 결과예견의무와 결과회피의무 인정의 전제로서 결과예견가능성과 결과회피가능성이 필요하다.

여기서 주의할 것은 의료사고에 있어서는 비록 이러한 결과예견가능성과 결과회피가능성이 존재함에도 불구하고 의료행위를 감행하여 결국 나쁜 결과가 발생하였다 하더라도 이를 곧 주의의무위반 즉 과실로 인정하는 것은 아니라는 점이다. 예컨대 의사가 극히 어려운 수술을 기도하는 경우에는 혹시라도 발생할지 모르는 사망이란 결과의 예견가능성이 있는 것이 보통이다. 이러한 경우에 결과예견가능성이 있는 이상 반드시 결과를 회피하여야 한다는 주의의무가 철칙으로 인정된다면 의사는 대수술을 강행할 수 없게 된다. 그러므로 이른바 허용된 위험의 법리를 통해 이러한 불합리를 어느 정도 구제하고 있다. 즉 어떠한 의료행위라 하더라도 어느 정도의 위험

은 언제나 내포된다는 사회적 성격에 비추어 일정한 경우 나쁜 결과가 발생하였더라도 의사의 주의의무를 경감시키고 있다 (5).

2) 최선의 주의의무

한편 의사는 의료행위의 성질상 위험방지를 위하여 의학상 필요한 최선의 주의의무를 다하여야 한다. 이와 관련하여 대법원은 “의사는 의료와 보건지도에 종사하는 임무를 수행함으로써 국민보건의 향상을 도모하고 국민의 건강한 생활 확보에 기여함을 사명으로 하는 의료인으로서(의료법 제2조 제2항), 진찰 치료 등의 의료행위를 함에 있어서는 사람의 생명 신체 건강을 관리하는 업무의 성질에 비추어 환자의 구체적인 증상이나 상황에 따라 위험을 방지하기 위하여 요구되는 최선의 처치를 행하여야 할 주의의무가 있다고 할 것이다. 그러나 의사의 이와 같은 주의의무는 의료행위를 할 당시 의료기관 등 임상의학분야에서 실천되고 있는 의료행위의 수준을 기준으로 판단하여야 할 것이므로, 의사가 행한 의료행위가 그 당시의 위와 같은 의료수준에 비추어 최선을 다한 것으로 인정되는 경우에는 그 의사에게 환자를 진료함에 있어서 요구되는 주의의무를 위반한 과실이 있다고 볼 수 없는 것이다”라고 판시하여6 의사에게 최선의 주의의무를 부과하고 있다.

의사의 주의의무의 정도에 관하여 일본의 판례는 의사에게 그 성질상 고도의 주의의무를 부과하는 것이 상당히 많으며, “만전(萬全)의 주의를 다할 의무”, “최선의 주의의무”, “고도의 주의의무” 등의 표현이 사용되고 있다.

3. 의사의 오진과 법적 책임

1) 오진이 있다고 무조건 과실은 아니다.

일반적으로 의사가 오진을 하였다고 해서 바로 의사의 과실이 성립되는 것은 아니며, 오진에 의해 손해가 발생했다는 입증이 있어야 한다. 오진이 있었다고 하더라도 치료효과가 있었거나, 환자에게 무해한 경우에는 법적으로 오진에 해당하지 않으며, 오진으로 인해 법률적으로 문제가 되기 위해서는 오진이 과실에 기인된 것이라야만 한다.

즉, 당시 통상의 의학수준에 비추어 정확하게 진단을 할 수 있는 사항을 기준으로 하여, 이에 못 미쳐 오진을 하거나 혹은 부주의로 진단을 잘못된 경우를 의사의 과실에서 기인한 오진이라 할 수 있을 것이나, 오진이라고 하더라도 현재 의료기준으로 보아 정확한 진단이 불가능한 경우이기 때문에 오진이 불가피한 경우라든지 혹은 통상 의사에게 요구되는 진단방법과 그 증상에 대한 통

상의 치료방법을 사용하였다면 오진이라고 하더라도 과실이 있다고 단정하기는 어렵다.

2) 과실이 인정되지 않는 오진

- ① 의사로서 선택할 수 있는 재량에 속하는 행위
- ② 보통 의사로서 피하기 어려운 오진의 범위에 속하는 경우
- ③ 진료방법이 결과적으로 효과적인 경우 또는 환자에게 무해한 경우

** 판례를 통해 본 의사의 오진에 대한 과실 책임 부정에 대한 실제사례

- 환자가 복부에 계란크기의 종양이 생겨 복통을 호소하자 특별한 병리검사 없이 촉진으로 진료하여 개복수술을 하였는데, 그 결과 장부위의 종양은 투약에 의해 치료가 가능한 대장결핵성임파선염 질환으로 판명된 경우에 시험적 개복수술이 하나의 검사적 수단으로 확진방법이 된 것이기 때문에 환자에게 무슨 손해가 발생했다고 할 수 없다고 한 사례 (78다1184 판결)
- 의사가 X-ray영상에 나타난 우전 두골선상골절, 전구와기저부복잡골절 등을 발견하지 못하고 오진하여 18일간 치료하다가 다른 병원으로 옮긴지 6개월 뒤에 합병증으로 사망한 경우(86다카2780 판결)
- 외상성 장파열로 인한 범발성 복막염을 바로 진단하지 못하고 급성 위확장 및 마비성 장폐색증으로 오진하여 대증요법을 시행하면서 확진을 위해 외과적 진찰을 한 경우 업무상과실치사로서의 의료과실 부정(82도 1882 판결)
- 위암환자를 담석증으로 오진하여 수술을 시행하였으나 환자가 이후 사망한 경우 오진은 과실이나 오진으로 인한 치료기회상실이 있다거나 오진과 환자의 사망과 인과관계가 있다고 볼 수 없다고 한 사례(90가합42898 판결)
- 소파수술을 받은 환자가 8일 후에 다시 복통을 호소하여 병원에 내원하자, 그 복통이 소파수술로 인한 후유증이라고 판단하고 2차 수술을 시행한 경우 자궁외 임신을 오진했다고 하더라도 사회적 상당성이 인정되는 의사의 통상적인 진료행위로 볼 수 있으므로 업무상과실치사의 의료과실 부정(85도2133 판결)

3) 과실이 인정되는 오진

오진에 있어서 의사가 업무상 주의의무를 다하지 못하여 오진이 야기된 경우

*** 판례를 통해 본 의사의 오진에 대한 과실 책임 인정에 대한 실제사례

- 자전거를 타다 다친 환자에 대해 신경 외과적 진찰과 두개골 X-ray촬영을 시행하였는데 검사결과 15cm가량의 선상골절을 발견하지 못해 뇌실질내출혈을 예상하지 못하여 뇌부종과 뇌좌상 치료를 받던 중 환자가 뇌실질내 출혈로 사망한 경우(88다카26246 판결)
- 쌍태아를 임신하여 체중 1.1kg의 여아와 1kg의 남아를 분만한 산모에게 신생하는 조산아, 쌍태아, 저체중이라서 산소 호흡기나 보육기 등에 의한 치료를 하더라도 생존할 가능성이 없고 곧 사망할 것이라고 판단하여 신생아를 라면상자에 넣어 보호자에게 집으로 데려가라고 독촉하였는데, 이후 집에서 남아는 사망하고 여아는 아직 사망하지 않아 여아를 타병원 보육기에 넣어 치료한 결과 생존한 경우(94다29218 판결)
- 뇌종양을 단순한 인두염과 신경성위염으로 오진한 경우 위자료청구 인정한 사례(88가합44525 판결)
- 기왕의 증세와 다른 새로운 증상을 호소한 환자에게 정밀검사와 진단 없이 부작용이 있는 의약품을 투여하여 약품쇼크로 사망한 경우(97다1815 판결)
- 갑상선 비대증이나 심장병 환자에 대해서는 편도선 절제수술이 금기사항으로 되어 있음에도 이에 대한 사전 정밀검사를 시행하지 않고 편도선 수술을 시행하여 수술 후 환자가 사망한 사건(85도1789 판결)
- 산부인과 수련의가 초음파 검사 등의 정밀검사 없이 시진과 촉진만으로 환자의 병증이 자궁외 임신인지, 자궁근종인지 판별하지 않은 채 자궁적출술의 불가피성만을 강조하여 자궁적출을 한 경우(92도2345 판결)

4. 검진과 관련된 구체적 사례검토

1) 방사선 판독상의 오진 - 책임부정

(1) 사건의 개요

의사 갑은 머리에 상처를 입고 내원한 환자 을을 진찰하면서 X-레이 사진상에 나타나 있는 두부 복잡골절을

발견하지 못하고 전두부 좌창 등의 상처만 있는 것으로 오진하였다. 그리하여 의사 갑은 좌창 등의 상처에 대한 치료로서만 항생제와 소염제 등을 투여하다가 이후 비강 내 뇌척수액 누출증이 있다는 것을 의심하여 을을 종합병원으로 전원 시켰다. 환자는 종합병원에서 고식적 치료를 받은 약 20일이 경과한 시점에서 뇌막염이 병발하여 11차례나 수술을 받았으나 결국 뇌막염, 뇌수두증, 횡격막하 농양 등의 합병증으로 인한 패혈증으로 사망하였고 환자 을의 보호자는 의사 갑의 과실을 물어 손해배상 청구소송을 제기하였다.

(2) 법원의 판단

사례에서 X-레이 상에 나타난 환자의 두부골절을 발견하지 못한 것은 의사의 과실이 있는 오진이라고 판단하였다. 그러나 의사 갑이 환자 을을 치료하는 동안 계속 항생제 투여 등 실제증상인 뇌기저부 복잡골절 등에 대한 현대의학상 취할 수 있는 조치를 결과적으로 하였고, 뇌척수액 누출증이 의심되는 즉시 합당한 치료를 받을 수 있는 병원으로 전원 하였고, 환자의 직접 사인인 뇌막염 등이 다른 병원에 전원한지 20여일이 경과한 이후에 발생하였기 때문에 의사 갑의 오진과 을의 사망과는 법률상 인과관계를 인정하기가 어렵다. 따라서 오진의 과실은 인정되어도 오진과 환자의 사망과는 상당 인과관계가 없다는 이유로 의사 갑의 손해배상책임을 부정하였다.

2) 개복 수술 후 종양이 아닌 것으로 밝혀진 경우 - 책임부정

(1) 사건의 개요

환자 갑은 복부에 계란크기 모양의 종양이 생겨 복통을 호소하며 의사 을에게 치료를 요청하였다. 의사 을은 환자에게 조직검사를 시행하지 않고 촉진에 의해 종양을 감지한 후 바로 개복수술을 시행하였다. 개복수술을 한 결과 장부위에 있던 종양은 개복수술이 필요 없는 투약만으로도 치료가 가능한 대장결핵성 임파선염(복강내 결핵) 질환으로 판명되었다. 이에 환자 갑은 의사 을을 상대로 손해배상청구소송을 제기하였다.

(2) 원고측 주장

환자측은 의사가 환자의 질환에 대해 CT나 내시경검사, 조직검사 등의 병리학적 방법에 의한 정밀진단을 시행하지 않고, 문진과 청진 및 촉진 그리고 흉곽촬영, 소변, 혈액검사 등의 기본적인 검사만 시행하여 환자의 질병에 대해 위종양이나 위궤양으로 오진을 하여 개복수술

을 시행하였으므로 이에 대해 손해배상 책임이 있다고 주장하였다.

(3) 의사측 주장

피고인 의사측은 다음과 같이 항변하였다. 환자의 질환을 위종양이나 위궤양으로 단정하여 개복수술을 했고 개복수술결과 환자의 질병이 투약만으로도 치료가 가능한 대장결핵성 임파선염으로 판명되어 조직검사에 필요한 부분을 떼어낸 후 그대로 봉합수술을 한 것은 사실이다. 그러나 대장결핵성 임파선염은 그 증상 및 증후가 다양하여 복강경 검사나 방사선상 소견 등 여러 가지 보조적 방법으로 확진하기가 곤란하여 이에 대한 오진율이 70 - 95%에 달하며, 이의 확진방법으로는 시험적 개복수술이 널리 행해지고 있다. 또한 그 시험적 개복수술은 그 시술이 비교적 간단하며, 환자에게 미치는 영향도 경미하므로 환자에게 손해가 발생했다고 볼 수 없다.

(4) 법원의 판단

의사 을이 환자 갑에 대해 세밀한 검사를 하지 않고 청진, 촉진, 흉곽촬영 만으로 환자 갑의 질환을 위종양이나 위궤양으로 속단하여 개복수술을 한 것은 경솔한 처사라고 할 것이나 의사 을의 개복수술에 의하여 환자의 질환이 확진하기 어려운 대장결핵성 임파선염으로 판명된 이상 위 개복수술로 인해 원고에게 어떠한 손해가 발생했다고 볼 수는 없다고 판시하면서 의사측의 항변을 받아들여 환자의 손해배상청구를 배척하였다.

(5) 사례에 대한 법률적 검토

가끔씩 환자측과의 상담을 통해 정밀검사를 통해 위암으로 진단 받고 개복수술을 하였는데, 암이 아닌 위궤양이나 위염으로 결과가 나왔다고 하면서 병원측을 상대로 손해배상청구가 가능한지를 묻는 경우가 있다. 개복수술결과 암이 아닌 위궤양이나 위염으로 진단이 난 경우라면 무엇보다 환자에게 있어서는 축하할 일이겠지만, 약물로도 치료가 가능한데 개복수술을 받은 환자로서는 수술 받은 게 억울하기도 하고 수술비용을 지급하는 게 부담스럽기도 할지 모른다.

그러나 의료행위에 있어서 수술은 단지 치료를 목적으로 하는 경우도 있지만, 조직검사 등 진단적 목적도 있을 수 있다. 그러므로 본 건과 같이 수술 이전에 여러 가지 검사결과상 암이 의심되는 상황이었다면 의사로서는 신이 아닌 이상 다른 질환을 의심하기란 어려웠을 것이

며 개복수술을 당연히 시행할 수밖에 없었을 것으로 이에 대한 책임을 의사만이 지라고 하는 것은 부당하다. 따라서 위 판례의 경우에도 법원은 의사가 정밀검사를 시행하지 않고 경솔하게 진단을 한 후 개복수술을 하였지만 수술이 치료가 아닌 진단의 목적으로도 가능하다는 점을 고려한다면 위 환자에게 개복수술을 시행한 것이 손해라고 볼 수는 없다고 판시한 것이다.

3) 폐암오진 - 책임인정

(1) 사건의 개요

흉부 X-ray 검사상 폐암의 가능성을 시사하는 소견이 있었는데, 병원측의 과실로 검사결과를 누락시켜 환자에게 이를 알리지 못했고 이후 2년 뒤에 환자가 사망을 하여 그 유가족들이 병원측을 상대로 소송을 제기한 사례

(2) 법원의 판단

이 사례의 경우에는 법원은 일차적으로 의사의 오진이고 과실이라고 인정하였으나 오진과 환자의 손해(사망)와의 인과관계를 검토하였을 때 암치료비와 암 치료로 인한 일실소득의 손해 등은 오진으로 인해 발생한 손해가 아닌 환자의 기왕증인 암과 관련된 치료비이므로 오진과 인과관계가 없어 병원측에서 부담해야 할 비용이 아니라고 판단하였다. 그러나 의사의 과실에서 기인한 오진이 환자의 치료기회 상실, 신변정리기회의 박탈 등으로 인한 정신적 손해부분에 대한 인과관계가 있음을 인정하여 위자료 천만원에 대한 배상책임을 인정하였다.

참 고 문 헌

1. 大谷 實, 醫療行為と法, 弘文堂(1980), 115-116면.
2. 加藤一郎, “不法行為の一般的成立要件”, 註釋民法(19), 23면.
3. 加藤一郎, “醫師の責任”, 損害賠償責任の研究(我妻先生 還暦記念), 510면 대법원1978. 5. 23. 선고 78다436 판결.
4. 대법원 1967. 7. 16. 선고 66다1938 판결은 “일반적 보통인이라 함은 추상적인 일반인을 말함이 아니고 그와 같은 업무와 직무에 종사하는 보통인을 말하는 것이므로 그와 같은 직업과 직무에 종사하는 사람으로서는 보통 누구나 할 수 있는 주의의 정도를 표준으로 하여 그 과실유무를 논하고”라고 판시하고 있다.
5. 김용한, “의료과오의 서론적 고찰”, 건국대사회과학 제8권(1984), 56면.
6. 대법원 1994. 4. 26. 선고 93다59304 판결 대법원 1994. 4. 15. 선고 92다25885 판결도 “의사는 반드시 병을 완치시켜야 할 의무를 부담하는 것은 아니라 할지라도 최선의 주의로써 병을 치료하기 위한 충분한 조치를 다할 의무가 있고...”라고 판시하여 같은 취지로 판결하고 있다.