

의사과실의 판단기준

김 충 원

변호사

1. 서 설

예전부터 “의술은 인술”이라고 하여 의사와 환자 사이에는 깊은 신뢰관계가 존재하여 왔다. 그러나 1989년 전 국민의료보험의 실시와 더불어 의료수요의 증대, 국민 개인의 권리의식의 향상, 의사와 환자 사이의 관계에 대한 사회가치관의 변화등으로 의사와 환자 사이의 관계에 대한 사회가치관의 변화 등으로 의사와 환자 사이의 신뢰관계는 무너져가고, 이에 따라 의료를 둘러싼 분쟁은 꾸준히 증가하고 있다. 뿐만아니라, 의료분쟁에 대한 해결방법에 있어서도 당사자 사이의 대화보다는 소송으로 해결하려는 경향이 늘어가고 있는 추세이다. 그러다 보니 의료는 방어적 진료가 되고, 그러한 역작용의위험성으로 인해 의료분쟁은 당사자인 의사와 환자의 개인적 차원을 넘어 사회적인 문제로 부각되고 있다.

여기에서는 의료분쟁에서 의사에게 어떠한 과실이 있을 때 의사는 책임을 부담하게 되는 가에 관하여 법원 판단의 기준을 알아 보고자 한다.

의료과오(醫療過誤)로 인한 법적책임에는 의사의 과실을 요건으로 하는 데, 그 과실 판정의 기초가 되는 것은 의사에게 요구되는 주의의무(注意義務)이다. 즉 의사가 법 규범상 자기에게 부과된 주의의무를 게을리 함으로써 타인에게 손해를 입힌 경우에 과실이 인정되는 것이다.

2. 주의의무의 내용

가. 주의의무의 의미

주의의무라 함은 유해한 결과가 발생하지 않도록 의식을 집중할 의무로서 그것에 위반하여 타인의 생명 신체 등에 위해를 가한 경우에 민,형사상의 법적책임이 추구

되어지는 것을 말한다.

의사의 과실은 통상인의 과실이 아닌 전문가의 과실이라는 점에 특색이 있으며, 따라서 의사의 주의의무도 전문가에게 요구되는 높은 수준의 그것이다.

나. 주의의무의 내용

주의의무의 내용에 대하여 종래에는 ①결과예견의무라는 설, ②결과회피의무라는 설 등 견해가 나뉘었으나, 현재는 위법한 결과발생의 사실적 가능성에 대한 합리적인 예견가능성을 전제로 하는 예견의무(豫見義務)와 그 결과 발생을 저지함에 적절한 조치를 강구한 회피의무(回避義務)라는 두가지 의무의 이중구조로 되어 있다고 보는 것이 일반적이다.

종래 우리나라 의료과오 판례중에는 “주의의무 태만”이라는 표현으로써 예견의무와 회피의무를 구별하지 않고 혼합적으로 판단한 것이 많았는데 (1), 대법원 1984. 6. 12. 선고 82도3199 판결에 이르러 “의료과오사건에 있어서의 의사의 과실은 결과발생을 예견할 수 있었음에도 불구하고 그 결과발생을 예견하지 못하였고, 그 결과 발생을 회피할 수 있었음에도 불구하고 결과발생을 회피하지 못한 과실이 검토되어야 한다”고 예견의무와 회피의무를 명확히 구별하여 판시하고 있다.

3. 주의의무의 판단기준

가. 일반적 기준

주의의무는 결과예견의무와 결과회피의무의 두가지로 구성된다. 그런데 주의(注意)의 능력은 사람마다 동일하지 않으므로 어떠한 사람의 주의 능력을 표준으로 주의의무의 구체적 내용을 결정하여야 하는 가 하는 문제가 생긴다.

1) 이러한 의료과오판례의 경향에 대하여 의료과오에 있어서 과실이 기준은 교통사고의 경우와 같이 평면적으로 그 과실을 말할 것이 아니라 예견의무위반을 먼저 분명히 가리고 다음으로 회피의무위반 여부를 판단하여야 한다는 비판이 있었다. 박승서 의료과오에 대한 판례 동향, 대한변호사협회지, 1980. 1월호

이에 대하여는 ①사회일반의 주의능력을 표준으로 하여야 한다는 객관설, ②행위자 개인의 주의능력을 표준으로 하자는 주관설로 견해가 나뉜다. 원래 주의의무라는 것은 법익침해를 방지하기 위하여 사회생활 내에서 객관적으로 요구되는 정도의 의식적인 활동을 유지하는 의무를 말하는 것이므로 객관설이 타당하다고 하겠다 (2). 따라서 의료행위에 있어서도 통상의 의사에게 요구되는 주의능력을 표준으로 삼아야 할 것이다.

대법원도 “의사에게는....최선의 주의의무가 요구되고.... 이러한 주의의무의 기준은 진료당시의 이른바 임상의학(臨床醫學)의 실천에 의한 의료수준에 의하여 결정되어야 하나, 그 의료수준은 규범적으로 요구되는 수준으로 파악되어야 하고 당해 의사나 의료기관의 구체적 상황에 따라 고려되어서는 안된다”고 판시하여 (3) 객관설의 입장을 표명하고 있다.

나. 구체적 기준

구체적 사건에 따라서 의료과실의 유무를 판단함에 있어서는 여러 조건들을 참작 검토하여야 할 것이다.

그런데 통상의 의사에게 요구되는 주의능력을 판정하기 위하여는 우선 자연과학인 의학을 기준으로 할 것이며, 또 자연과학인 의학이 의료에 구체화되었을 때에는 이를 일률적으로 확정할 수 없는 것이므로 당해 의사의 경력, 전문분야등 의료의 주체에 관한 조건이나, 진료지응급상황등 진료환경 조건이 고려되어야 하며 나아가 진료방법의 재량성이나 단행성이라는 의료행위의 특수성등도 참작하여야 할 것이다.

(1) 의학의 수준

의료행위가 다른 형태의 인체 침습행위와는 달리 적법한 행위로서 취급되는 것은 근본적으로 그것이 사람의 생명, 건강을 유지하기 위하여 필요하고도 상당하다는 의학적 적응성(適應性)을 지닐 뿐만아니라, 과학적으로 승인된 방법 내지 기술에 의한다는 의술적 적정성(適正性)을 지닌다는 데에 그 근거가 있다. 그러므로 의사의 의료행위의 준칙은 의학의 제원리로부터 파생한다. 따라서 의료행위의 전제인 의사의 법적 주의의무의 근원은 의학인 것이 타당하다.

의료과오는 의학이 환자에게 응용되는 과정에서 생기

는 것이기 때문에 여기서 말하는 의학은 이른바 “임상의학(臨床醫學)”을 말하고 (4), 따라서 기초의학인 병리학에서와 같은 엄밀성까지 요구되지는 않는다. 그리고 의료과오에 있어서 과실판정의 기준으로서는그 당시의 임상의학의 수준을 기준으로 삼아야 할 것이다.

또한 여기서의 임상의학은 “통상의 의사에게 그 당시 일반적으로 알려져 있는 의학”이어야 하기 때문에 예컨대 일부의 대학, 연구소, 병원등에서만 알려져 있는 의학은 원칙적으로 의사가 이를 다룰 필요는 없다.

한편, 의학은 계속 발전하므로 의사에게는 새로운 의학지식을 습득하도록 계속 연마하여 의학의 수준을 따라가야 할 의무가 있다. 과실 유무 판정의 기준이 되는 의학은 의료사고 발생당시의 수준에서 본 의학이 되겠는 데, 의학의 진보에 따라 일반수준이 높아지면 높아진 수준을 기준으로 하여 과실의 유무를 판정하여야 할 것이다.

여기서 한가지 문제가 되는 것은 의학의 수준과 관행과의 관계이다. 의사의 의료상의 과실 유무를 판정함에 있어서 의료관행(Arztpraxis)은 아주 미묘한 작용을 하고 있다.

통상의 의사에게 요구되는 주의를 그 의사가 속해있는 의료계 내에서의 기준에 따라 판단하는 경우에는 그 의료계 내에서 일반적으로 행하여지는 직업풍습(Berufethos)에 따라다면 대개 주의의무를 준수한 것이 될 것이다.

의료관행은 의료공동체에서 형성된 것이므로 의학수준에 적합한 내용을 요소로 하고 있을 가능성이 많으나 의학수준의 표현형식 그 자체라고는 할 수 없는 것이다. 주의의무의 존부는 본래 법적판단에 의하여 결정되어야 할 사항이며, 관행은 주의의무의 수준을 판단하는 일반적인 기준이 될 수 없고, 다만 과실의 경중 및 그 정도를 판정함에 있어서 참작되어야할 사항에 그치고, 그것 때문에 바로 주의의무가 부정될 수 있는 것은 아니라고 할 것이다 (5).

(2) 의료의 主體

(가) 전문의와 비전문의

우리나라는 전문의 제도를 두고 있다 전문의에게는 해당 분과에 있어서 비전문의에 비하여 보다 고도의 전문지식과 기술이 요구되므로 전문의와 비전문의의 주의의

2) 대체로 통설이라고 보여 진다.

3) 대법원 1997.2.11. 선고 96다5933 판결

4) 대법원 1994. 4. 26. 선고 93다59304 판결도 “의사의 이와같은 주의의무는 의료행위를 할 당시 의료기관등 임상의학분야에서 실천되고 있는 의료행위의 수준을 기준으로 하여 판단하여야 할 것”이라고 판시하고 있다.

5) 대법원 1998.2.27. 선고 97도2812판결 간호사가 다른환자에게 수혈할 혈액을 당해환자에게 잘못 수혈하여 환자가 사망한 사건에서 ‘피고인이 근무하는 병원에서는 인원의 수가 부족하여 수혈의 경우 두번째 이후의 혈액 봉지는 인턴 대신 간호사가 교체하는 관행이 있었다고 하더라도, 위와같이 혈액봉지가 바뀔 위험이 있는 상황에서 피고인이 그에 대한 아무런 조치도 취함이 없이 간호사에게 혈액봉지의 교체를 일임한 것이 관행에 따른 것이라는 이유만으로 정당화 될 수는 없다’고 판시한 바 있다.

무의 정도가 동일할 수는 없다. 즉, 비전문의는 일반의사로서의 평균적인 주의를 하는 것으로 족하지만 전문의는 해당분과의 전문으로서의 평균적인 주의를 갖출 것이 요구되므로 비전문의의 그것보다 높을 수 밖에 없다.

그런데 비전문의라도 전문의 계통의 진료를 행할 때에는 전문의가 할 주의의무가 기준이 된다고 할 것이다. 따라서 비전문의가 전문의로서의 진료에 자신이 없을 때에는 특별한 사정(긴급성, 지역의 원거리등)이 없는 한 전문의에게 이송(移送)할 의무가 있다 (6).

(나) 이행보조자(履行補助者)

오늘날 의료행위는 의사를 중심으로 하여 간호사, 임상병리사, 방사선기사 등 다수의 의료보조자가 협력하여 이루어지는 것이 보통이다. 따라서 이들이 갖추어야 할 주의의무의 정도와 내용이 문제되는 데, 간호사등 이행보조자의 경우에는 의사의 경우와는 달라서 고도의 의학적 전문지식을 가지고 있지 않으므로 그 주의의무를 판단함에 있어서 의사와 동일시 하여서는 안되고 그들이 통상 가지고 있는 의학적 지식을 기준으로 하여 주의의무를 판단하여야 할 것이다.

그런데 간호사의 업무는 환자의 요양상의 간호와 의사진료의 보조행위로 나누어 볼 수 있는 데, 전자는 간호사가 독자적으로 할 수 있는 업무이나 후자는 독자적으로 행할 수 없는 업무이다. 간호사가 독자적으로 할 수 있는 요양상의 간호에 있어서 과실 유무가 문제 될 때에는 간호사를 기준으로 하면 되겠으나, 진료를 보조하여 본래 의사가 하여야 할 보건위생상 위해(危害)를 일으킬 우려가 있는 행위(예컨대 주사행위)를 간호사가 한 경우에는 그 주의의무는 醫師를 기준으로 판단하여야 할 것이다.

따라서 의사의 보조자에 대한 지시 또는 감독은 환자 자체에 대한 위험을 미연에 방지할 수 있을 정도로 구체적이어야 하며, 이러한 구체성이 없는 지시나 감독으로 인하여 의료사고가 발생하였을 경우에는 의사가 책임을 져야 할 것이다.

(3) 진료환경. 조건

(가) 의료기관 및 시설

의료의 適正을 기하기 위하여 국민의 건강을 보호, 증

진함을 목적으로 하는 의료기관에 대하여는 그 종별에 따라 필요한 인적, 물적 설비까지 법으로 정하고 있다 (7).

따라서 의료기관의 종별에 따라 시설기준도 다르고 진료환경과 사회적 신뢰도가 다르므로 이러한 환경적 조건의 차에 따라 주의의무의 기준도 달라지지 않을 수 없다. 즉, 병원은 의원보다 일반적으로 고도의 의료이 요구되고, 종합병원은 개인개업의원보다 그 시설, 기재, 인원 및 지식, 기술의 응용과 주의(注意) 범위의 광협(廣狹)이라는 점에서 차이가 있으므로 그 만큼 더 높은 수준의 의료이 요구될 것이다.

(나) 진료지

의사가 본래의 능력에는 차이가 없다고 하더라도 그가 벽지에서, 아니면 도시에서, 또는 최신의 시설을 갖춘 대학병원에서 진료하느냐에 따라 연구의 기회나 설비등의 차이로 인하여 현실적으로 그 의료수준에 차이가 나는 것은 어느 정도까지는 어쩔 수 없는 일이므로 의사의 주의의무의 기준을 정함에 있어서는 이와같은 사정을 고려하지 않으면 안된다.

(다) 긴급성

환자를 진료함에 있어서 시간적인 여유가 있는 경우에는 의사는 충분한 검사를 하여 확신을 가진 상태에서 치료를 할 수 있다. 그러나 긴급을 요하는 때에는 위험이 많은 불만족스러운 상태에서 치료를 하지 않으면 안되는 경우가 있을 것이다.

그런데 긴급할 치료를 할 것인가 아닌가는 그로 인한 이익과 충분한 준비를 다하지 못하고 치료를 하는 것으로부터 오는 위험과의 비교衡量(比較衡量)의 문제이지만 전자의 이익이 크다고 판단하여 긴급한 치료를 단행한 경우에 그 결과에 대하여 의사에게 책임을 묻는 것은 타당하지 않다.

(4) 의료행위의 특수성

(가) 의료의 침습성(侵襲性)

의료의 일차적 목표는 당해 환자의 생명 건강을 위하여 질병을 치료하는데 있다. 따라서 의료는 어떤 異常이 있는 病과 또는 기능에 대하여 치료방향으로 작용하게 되는 것이지만 그 일련의 행위는 보통 신체에 대한 침습

6) 의료법시행규칙 제10조 제2항에도 '구급환자에 대하여는 즉시 진단하고 최선의 처치를 행한 후 당해 의료기관의 능력으로는 그 환자에 대한 충분한 치료를 할 수 없다고 판단될 때에는 지체없이 구급환자처치표를 환자에게 부착하여 충분한 치료를 할 수 있다고 인정되는 다른 의료기관으로 이송하여야 한다'고 규정하고 있다. 비전문의가 자기병원에 온 난산임부(難産妊婦)를 자신의 능력이나 시설에 비추어 무리가 있었음에도 전문의나 종합병원에 이송하지 아니하여 사망하게 된 경우에는 과실이 인정된다는 취지의 판례:대법원 1969.11.25. 선고 65도816판결, 1967.8.29.선고 66도1197 판결

7) 의료법 제30조 제32조 의료법시행규칙 제28조의 2, 법정설비를 갖추지 아니하여 환자에게 악결과를 초래하였다면 일응 과실이 인정된다 할 것이다.

을 수반한다. 즉, 예컨대 장기(臟器)수술에 있어서 심부(深部)장기를 절제하기 위하여 건전한 피부근육을 절개한다든 지, 해열제 투여로 위장점막이나 간장(肝臟)에 좋지 않은 영향을 미치는 것과 같이 신체의 일부에 대한 절개, 침식 혹은 생체기능의 변화등이 필연적으로 따르는 것이다. 그리하여 의학의 수준에 반하지 않는 기술상의 완벽한 진료를 행하였음에도 때로는 “한곳의 좋은 결과와 다른 곳의 나쁜 결과”라는 이율배반에 직면하는 경우가 있는 것이다. 이것은 의료에 있어서 불가피한 본질적 “위험성”이며 의료의 “숙명”이라고 평가되기도 한다.

그러므로 의료의 결과 어떤 危害가 발생하였다는 사실만으로써 그 과오를 논하는 것은 타당하지 못하며 이익형량, 위험방지조치, 기술상 주의 등의 적절성 여부가 충분히 검토되어야 한다.

(나) 의료의 단행성(斷行性)

의료행위에는 항상 시간적제약이 따른다. 즉, 적절한 시간 이내에 일정한 처치를 착수하고 완료하는 것이 요구된다. 의료처치의 지연이나 중단은 환자에게 불이익을 초래하는 중요한 원인이 되는 것이다 (8). 이것을 의료의 단행성이라 한다. 이러한 의료의 단행성으로 말미암아 의사의 재량적 판단 및 이송의무가 강조되는 것이다.

(다) 의료의 재량성

위와 같은 의료행위의 특수성으로 인하여 진료에 관한 판단과 처치에 관하여 의사에게 어느 정도 자유로운 활동영역을 인정하는 편이 이를 회피할 수 없는 의사를 딜레마에 빠뜨리지 아니하고 환자를 위해서나 의학의 진보를 위해서나 이익이 된다고 생각된다. 여기에 의료행위에 관하여 의사에게 재량의 여지를 인정할 근거가 있다.

의사의 재량에 대하여 총론적으로 실시하고 있는 대법원 판례로는 “특히 의사의 질병 진단의 결과에 과실이 없다고 인정되는 이상 그 요법으로서 어떠한 조치를 취하여야 할 것인가는 의사 스스로 환자의 상황 기타 이에 터잡은 자기의 전문적 지식, 경험에 따라 결정하여야 할 것이고, 생각할 수 있는 몇가지의 조치가 의사로서 취할 조치로서 합리적인 것인 한 그 어떤 것을 선택할 것이냐는 당해 의사의 재량의 범위내에 속하고 반드시 그 중 어느 하나만이 정당하고 이와 다른 조치를 취한 것은 모두 과실이 있는 것이라고 할 수 없다”고 판시한 것이 있다 (9).

일본의 판례중에는 “의사의 치료는 그 성질상 상당히 고도의 전문적 지식과 기술을 필요로 하기 때문에, 그 반면에 환자에 대한 진단이나 치료방법에 대하여 각 의사 사이에 미묘한 견해차이가생기는 것은 어쩔 수 없는 일로 생각되고, 또 의사에게 환자의 치료에 대하여 다소 재량의 여지를 인정하지 않으면 시의에 적절, 타당한 처치를 기대할 수 없기 때문에 의사가 현대의학의 학리에 반하여 당연히 취해야 할 처치를 취하지 않았거나 혹은 당연히 하지 않아야 할 처치를 취하는 등 현저한 의료상의 과오를 범한 경우가 아니면 의사에 대하여 의료상의 과오를 원인으로 하는 불법행위 책임을 물을 수 없다고 해석하는 것이 상당할 것이다”라고 하여 처치의 선택에 관한 의사의 재량과 아울러 그 한계에 대하여 판시한 것이 있다 (10).

한걸음 더 나아가 적극적으로 新治療法의 채용에 관해서도 재량성이 인정되어야 하는 가가 논의되고 있다. 진료위축이나 소극적 진료에서 벗어나 의학, 의료의 진보를 위하여 필요한 것이라는 견해가 있다. 그러나, 신치료법의 적용에 엄격성이 요구되고 아래 요건이 갖추어야 한다 (11). 즉, ①새로운 치료방법의 적용에 관하여 의학적으로 근거가 제시되어야하고, 논리적, 법적으로 정당화되어야 하며, ②기존의 기술 방법으로는 치료할 수 없거나 새로운 방법에 의한 것 것만큼의 건강회복이 불가능한 경우이어야 하고, ③종래에 사용된 방법보다 더욱 위험성이 적고 적어도 동일한정도의 성공률이 있어야 하며, ④환자의 상태가 重하거나 위급한 때 제한적으로 인정해야 할 것이고, ⑤사전설명에 의하여 환자나 그 가족의 동의가 있어야 한다는 것 등이다.

그러나 의사의 처치(處置)에 관하여 광범위한 재량이 인정된다 하더라도 거기에는 스스로 합리적인 한계가 있다고 하는 것 또한 당연하다 할 것이고 따라서 이러한 재량의 한계를 벗어난 처치에 대하여는 과실책임을 묻지 않을 수 없다.

여기서 자유재량의 한계와 관련하여 문제가 되는 것은 사용하는 치료법에 따른 환자에 대한 위험과 그 치료법을 사용하지 않을 경우에 환자의 치료가 곤란하게 되는 정도와의 비교형량이다.

마지막으로 의사의 재량과 관련하여 의료보험에 가입한 환자가 그 보험금액 이상의 진료비를 부담할 능력이 없기 때문에 그 이상의 치료를 하지 않음으로서 초래된 결과에 대하여도 의사의 과실을 인정할 것인가가 문제된다.

8) 대법원 1967. 7. 11. 선고 67다848 판결은 시간지연을 과실의 결정적 내용으로 인정하고 있다.

9) 대법원 1984. 6. 12. 선고 83도3199 판결, 대법원 1992. 5. 12. 선고 91다23707 판결

10) 日 大阪地裁 昭和 39. 2. 3. 판결(판례시보 369호 22면)

11) 김선석, 의료과오에 있어서 인과관계와 과실, (재판자료 27집)

다른 견해도 있겠지만, 의사는 어느 경우에도 자신의 의학지식과 직업적 양심으로써 최선의 진료를 하여야 할 의무가 있는 것이므로 의료보험이 규정한 진료를 하였다 하여 일률적으로 과실이 없다고 할 수는 없다 할 것이다. 따라서 규격진료 이상의 양질의 진료방법이 있음을 알고서도 의사가 이를 시행하지 않음으로서 초래된 악결과에 대하여는 과실책임을 물을 수 있는 경우가 있다.

(5) 행정지도

의료행위에 대하여는 종래 예측곤란성, 전문성, 재량성 등 그 특수성을 고려하여 적어도 의료의 내용에 관하여는 법규로서 직접 규정하는 것을 피하는 방침이 취하여져 왔다. 그러나, 최근에 이르러 의료의 고도화, 복잡화되고 이를 둘러싼 요리가지 사회문제가 대두됨에 따라 국가는 어떤 형태로든 의료에 간섭하지 않을 수 없게 되었다.

의료법상으로도 보건복지부장관은 보건의료시책상 필요하다고 인정할 때 또는 국민보건에 중대한 위해가 발생하거나 발생할 우려가 있다고 인정될 때에는 의료기관이나 도는 의료인에 대하여 필요한 지도와 명령을 할 수 있도록 규정되어 있어(동법 제48조) 의사는 보건복지부의 행정지도와 감독을 받고 있는 입장에 있다.

의료법 제48조에 의한 행정지도는 유형화된 의료의 최저기준을 제시한 것으로 해석되고 그 내용이 의학적 합리성을 갖는 한 법적 구속력이 있다고 보아야 할 것이다.

물론 과실의 전제가 되는 주의의무와 지시, 예규, 단속 규정상의 요구와는 별개이지만, 특히, 의료상의 주의의무에 있어서는 이와 같은 요구도 그것이 의료행위의 내용에 관계되는 한 의학상식 형성에 기여한다는 점에 의미가 있다는 것에 유의하지 않으면 안된다.

4. 진료단계별 과실판단기준

가. 진단(진찰, 검사)상의 주의의무

진단은 임상의학의 출발점이고 건강한가, 질병이 있는가의 감별, 질병의 종류와 성질, 진행정도(병기, 중증도)를 알기 위한 의료행위이며 이에 기초하여 치료법이 선택된다. 통상 의사가 행하는 진단 방법으로서 문진, 시진, 타진, 청진, 각종 임상검사 등이 있고, 의사는 이들 진단방법에 따라 수집된 정보와 경험을 종합하여 전인격적인 판단을 하게 된다.

진단단계에서의 과실은 치료방법의 필요성, 선택 등 치료상의 과실과 직결되므로, 의사로서는 진단단계에서 진

찰과 검사를 충실히 하여 오진을 하지 않도록 신중을 기하여야 한다. 진단상의 주의의무에 관하여 대법원은 (12) “진단은 문진, 시진, 촉진, 청진 및 각종 임상검사 등의 결과에 터잡아 질병 여부를 감별하고 그 종류, 성질 및 진행정도 등을 밝혀내는 임상의학의 출발점으로서 이에 따라 치료법이 선택되는 중요한 의료행위이므로, 진단상의 과실유무를 판단함에 있어서는 그 과정에 있어서 비록 완전무결한 임상진단의 실시는 불가능하다고 할지라도, 적어도 임상의학 분야에서 실천되고 있는 진단 수준의 범위 내에서 그 의사가 전문 직업인으로서 요구되는 의료상의 윤리와 의학지식 및 경험에 터잡아 신중히 환자를 진찰하고 정확히 진단함으로써 위험한 결과 발생을 예견하고 그 결과 발생을 회피하는 데에 필요한 최선의 주의의무를 다하였는지 여부를 따져보아야 하고, 아울러 의사에게는 만일 다해 의료기관의 설비 및 지리적 요인 기타 여러 가지 사정으로 인하여 진단에 필요한 검사를 실시할 수 없는 경우에는 당해 환자로 하여금 그 검사를 받을 수 있도록 해당 의료기관에 전원을 권고할 의무가 있다.”라고 판단하고 있다.

나. 치료상의 주의의무

(1) 투약

투약이란 인체에 의약품을 투여하는 의료행위로서, 약물의 투여경로에 따라서 경구투여, 주사, 흡입투여, 국소투여로 나눌 수 있다.

투약상의 의료과실이 문제되는 것은 주로 의사가 의약품 사용함에 있어 그 선택(투여의 필요성), 투여량, 방법 등 의약품 사용상의 주의사항을 위반한 경우이다.

의사는 의약품투여를 계속할 때에는 경과를 관찰하고 필요에 따라 문진, 혈액검사 등의 검사를 하여 부작용의 발현상황을 정확하게 파악하고, 부작용의 발현이 의심된 때에는 의약품의 투여를 중지하고 이에 적절하게 대처하여야 할 주의의무가 있다. 그리고 의약품을 처방, 투여함에 있어서도 당해 의약품이 중대한 부작용을 수반할 위험성이 있는 경우에는 환자 또는 법정 대리인에 대하여 의약품의 효능, 효과와 부작용의 위험성을 설명할 의무가 있다. 대법원은 (13) “간질환으로 치료받던 환자에게 진균증 감염 사실이 발견되어 항진균제인 니조랄을 투약한 후 반복적인 흥통, 발작, 일시적인 혼수상태 등의 현상이 나타났으나, 그것이 니조랄과 관련된 것인지 여부를 판단하여 투약을 중단시키거나 심장계통 등의 이상을 의심하여 이에 적절히 대처하는 등의 조치를 취하지 아니하고 방치한 의사에게 과실을 인정하였다.

12) 대법원 1998. 2. 27. 선고 97다38442 판결

13) 대법원 1999. 2. 12. 선고 98다10472 판결

(2) 주사

주사는 경구투여에 비하여 약효가 신속하고 확실하므로, 경구투여보다 신속한 약효를 원할 때, 또는 환자의 위장계 질환 때문에 경구투여가 곤란할 때 사용되는 치료방법이다.

주사의 필요성이나 주사시기에 대한 판단은 일종의 가치판단의 문제이므로, 과실을 인정하기는 쉽지 않을 것이다. 대법원은 (14) “한밤중에 수련의로서 홀로 당직근무를 하다가 극심한 호흡곤란을 호소하는 환자를 진료함에 있어서 그가 가지고 있는 의학지식에 의하여 그 치료방법으로 우선 호흡곤란을 완화시키기 위한 대증요법을 쓰기로 하고, 그 대증요법에 일반적으로 쓰이는 주사약을 선택한 다음 간호원에게 지시하여 적절한 방법에 따라 주사하였다면, 그 진료방법이나 약제의 선택 및 사후의 처치과정에서 명백히 합리성을 결한 것이 아닌 한 그것은 의사의 재량에 속한다 할 것이므로, 그 치료 중에 환자가 사망하였다고 하여 의사에게 막바로 의료과오상의 책임을 물을 수는 없다”고 판단하였다.

주사약의 종류, 분량에 관하여는 이를 그릇한 경우에 원칙적으로 과실이 있다고 할 것이다 (15). 의사로서는 문진 및 검사결과를 토대로 사전에 환자의 체질, 특성을 파악하고, 주사를 실시할 때나 주사를 실시한 후에도 환자의 용태관찰에 소홀함이 없도록 주의하여야 한다. 대법원은 (16) “스트렙토마이신이 국가결핵관리체계에서 표준조치로 처방에 포함되어 있고 또 쇼크가 매우 드물다고 하더라도 이 사건 당시의 의학수준에 비추어 객관적인 견지에서 쇼크사에 대한 인식이 가능하였다면, 결핵환자에게 스트렙토마이신을 주사하는 보건진료원으로서 만일에 일어날지 모르는 쇼크에 대비하여 응급처치수단을 강구한 후 주사하여야 하고, 특히 주사 후에 쇼크가 발생할 수 있는 시간동안 환자를 안정시키고 그 용태를 관찰하여 쇼크가 나타날 경우 기도확보, 약물투여 등의 응급처치를 취할 주의의무가 있다.”고 판단하였다. 또한 의사로서는 유효기간이 지난 주사약은 물론이고, 유효기간이 지나지 않은 것이라도 변질되었다고 인정되는 경우에는 주사해서는 안된다. 그리고, 주사의 부위를 그릇한 경우에도 원칙적으로 과실이 있다고 할 것이다.

(3) 수혈

수혈에 앞서 의사는 먼저 수혈을 할 필요가 있는지 여부를 신중하게 판단하여 불필요한 수혈을 하여서는 아니

된다. 또한 당해 혈액의 동일성을 인함은 물론, 혈액에 응고, 변색, 현저한 용혈 등의 이상이 없는지 세심하게 관찰하여야 한다. 그리고 공급혈액과 환자의 혈액과의 적합성을 판정하여, 부적합 수혈을 하지 않도록 하여야 할 주의의무가 있다.

대법원은 (17) 수혈상주의의무에 관하여 “의사가 흔히 부작용을 일으킬 수 있는 수혈을 함에 있어서는 혈액형의 일치여부는 물론 수혈의 완성여부를 확인하고, 수혈도중에 있어도 처음에는 의사가 직접 입회하여 소극량으로부터 서서히 사용하는 등 세심한 주의를 하여 환자의 반응을 감시하여 부작용이 있는가여부를 확인하는 등 조치를 하고, 불의의 위험에 대한 임기응변의 조치를 취할 준비를 갖추는 등 업무상 주의의무가 있다”고 판단하였다.

(4) 마취

마취는 전신마취와 국소마취로 대별된다. 전신마취는 의식의 소실을 수반하는 통증의 제거를 말하며 각종 마취약을 중추신경계에 작용시키는데, 그 투여법에 따라 흡입마취법, 정맥마취법, 직장마취법으로 구분된다.

마취관리가 적절하였는지 여부를 판단하기 위해서는 마취의 종류에 따른 각각의 특성을 이해할 필요가 있다. 마취단계에서의 의료과실로서는 마취의 적합성여부의 판단에 있어서의 과실, 마취제 및 마취방법 선택상의 과실, 마취시술상의 과실, 마취시술 후 관리상의 과실 등이 문제된다.

의사는 마취를 할 때 부작용이 발생할 것에 대비하여 응급처치를 할 수 있는 준비를 갖추어야 하고, 마취로 인한 수술이 종료한 후에도 환자에 따라 각성의 속도와 정도, 약리적 영향등에 차이가 많으므로, 환자의 용태를 세밀히 관찰하여 부작용이 나타나는지 여부를 확인하고, 부작용이 나타날 경우 즉시 응급처치를 하여야 할 주의의무가 있다. 대법원은 (18) 전신마취 시술 담당의사의 주의의무의 내용에 관하여, “특히 전신마취는 환자의 중추신경계, 호흡기계 또는 순환기계 등에 큰 영향을 미치는 것으로서 환자의 건강상태에 따라 마취방법이나 마취제 등에 의한 심각한 부작용이 올 수 있고, 그 시술상의 과오가 환자의 사망등의 중대한 결과를 가져올 위험성이 있으므로, 이를 담당하는 의사는 마취 시술에 앞서 마취시술의 전과정을 통하여 발생할 수 있는 모든 위험에 대비하여 환자의 신체구조나 상태를 면밀히 관찰하여야 할

14) 대법원 1989. 10. 28. 선고 84다카1881 판결

15) 대법원 1981. 6. 23. 선고 81다413 판결, 혈액주사량 과다주입 사건

16) 대법원 1990. 1. 23. 선고 87다카2305 판결

17) 대법원 1964. 6. 2. 선고 63다804 판결

18) 대법원 2001. 3. 23. 선고다48221 판결

뿐만 아니라, 여러 가지 마취방법에 있어서 그 장단점과 부작용을 충분히 비교, 검토하여 환자에게 가장 적절하고 안전한 방법을 선택하여야 할 주의의무가 요구된다”고 판단하였다.

(5) 수술

수술은 의사가 수술용 도구를 사용하여 환부를 절개하고 필요한 처치를 하는 행위로서, 인체의 여러 부위에 걸쳐 다양하게 발생한 질병과 상해 등을 치료하기 위하여 여러 가지 수술이 시행되고 있기 때문에, 수술상의 의료 과실로 서는 주로, 수술의 필요성 및 수술시기 결정의 잘못, 수술방법 선택상의 잘못, 수술기법이나 수술과정상의 잘못, 수술용구의 유류, 수술 후 환자관리의 소홀 등이 문제가 된다. 의사는 수술 전에 환자에 대한 수술의 적응증을 정확하게 판단하여 수술의 필요성 여부를 검토하여야 할 주의의무가 있다.

의사가 수술을 실시하기로 하였을 때에는 환자의 상태와 의료수준에 따라 적절한 수술방법도 아울러 선택하여야 할 주의의무가 있다. 구체적으로 어떠한 경우에 어떠한 수술방법을 채택할 것인가 결정하는 것은 담당의사의 합리적인 재량에 맡겨져 있다고 할 것이나, 그 재량권의 한계를 벗어난 경우가 문제이다.

대법원은 (19) 분만방법의 선택에 관하여, “의사는 진료를 행함에 있어 환자의 상황과 당시의 의료수준 그리고 자기의 지식경험에 따라 적절하다고 판단되는 진료방법을 선택할 상당한 범위의 재량을 가진다고 할 것이고, 그것이 합리적인 범위를 벗어난 것이 아닌 한 진료의 결과를 놓고 그중 어느 하나만이 정당하고 이와 다른 조치를 취한 것은 과실이 있다고 말할 수는 없다.”고 하면서도, 분만중 태아가 뇌손상을 입고 두 개강내출혈이 생겨 뇌성마비가 발생한 경우에 있어 출산을 담당한 의사에게, “통상의 주의력을 가진 산부인과 의사라면 아두골반 불균형상태 또는 경계아두골반불균형상태의 가능성이 있음을 의심할 수 있다고 보이는데도 이러한 가능성을 전혀 예상하지 아니하여 이에 대한 대비를 하지 아니하였고, 분만 2기에 있어 5분마다 한번씩 측정하여야 할 태아심음측정을 4회나 하지 아니한 채 만연히 통상의 질식분만의 방법으로 분만을 진행시키다가 뒤늦게 아두골반불균형 또는 이와 유사한 상태의 경우에는 피하여야 할 시술방법인 흡인분만의 방법을 무리하게 계속하여 태아를 만들시킨 의료상의 과실이 있다”고 판단하였다.

수술 후의 관리에 관하여는 수술부위, 침습정도, 수술 후 환자상태, 마취각성의 정도, 긴급사태에 대비한 병원

측의 대응태세 등을 종합적으로 고려하여 의사의 주의의무를 판단하여야 할 것이다.

5. 결 어

의료분쟁의 양상이 과격화, 대형화, 장기화되면서 의사들에게 병원폐업등의 피해가 발생되고, 진료에 대한 소신이나 사명감이 현저하게 저하되게 된다. 그리하여 방어진료의 경향이 보인다. 또한 의료분쟁으로 의료비용이 상승하고 진료환경이 갖추어진 개인의원에서는 응급진료를 기피하고 있으며 의료분쟁이 심화되면서 의료인력이 “내, 외, 산, 소” 4과를 기피하는 경향까지 나타나 의료인력 수급에도 심각한 불균형 현상이 나타나고 있다.

따라서, 의료분쟁의 해결을 의사와 환자 개인의 책임으로 방치하지 말고 국가와 사회적 제도로 뒷받침하여야 한다.

현재, 의사의 입장에서 의료분쟁이 날로 심화되고 있고 그 결과 손해배상 액수도 크게 늘어난 만큼 의료분쟁을 예방하기 위한 철저한 대책을 마련하여야 한다.

대한의사협회에서도 의료분쟁을 예방하는 첫 번째 대책으로 환자와의 돈독한 관계유지를 들고 있다. 환자를 자기 가족처럼 생각하여 성실하게 진료에 임하고, 친절하고 자상한 설명으로 평소환자로부터 신뢰를 받을 수 있게 행동함으로써 불의의 사고 후 문제해결에 많은 도움이 될 뿐만아니라 분쟁을 미리 예방하는 효과도 있다.

그리고, 의학은 나날이 발전하므로 최신의 의학지식 습득을 게을리 하지 말아야 할 것이고, 환자를 대함에 있어 사소한 부주의와 습관적 무관심이 화를 자초할 수 있다. 한편, 진료기록부는 의료분쟁 발생시 사건의 진상규명과 자신의 진료행위가 정당하였음을 증명할 가장 중요한 증거자료가 되므로, 세심하고 철저하게 기록하여야 한다. 특히 소홀하기 쉬운 문진, 시진, 촉진 등의 결과를 기록하고 진단결과나 후유증에 대해 설명한 경우 설명대상자 및 시간 등에 대하여 기록하여 두는 것이 필요하다.

우리법원은 설명, 동의 의무의 위반에 대한 손해배상 책임을 확대하여 인정하는 추세에 있으므로, 환자 및 보호자에게 진단결과, 치료방법, 예후 및 부작용 등을 자세하게 설명하고 환자의 동의를 얻어야 한다. 상해진단서는 수사기관이나 법원에서 상해의 부위 및 정도를 평가하는 자료가 되므로 진단서를 발급할 때는 분쟁의 소지가 발생하지 않도록 신중을 기해야 한다. 상해진단서를 작성할 때는 특히 상해일자와 진단일자 및 치료기간의 산정에 주의를 요한다.