

의료사고 사례유형 분석 및 법 적용에 관한 연구
(수직적 분업에서 의사의 주의의무를 중심으로)

국문초록

의료의 전문화와 세분화 및 병원의 효율적 운영으로 인한 의료분업은 수평적 의료분업과 수직적 의료분업으로 구분되며 수평적 의료분업에서는 업무분담과 주의의무가 법적으로 명시되어 있지는 않지만 자기 분야의 전문가로 법적인 책임을 인정하는 게 용이한 반면, 수평적 분업에서는 하위의료인의 책임영역이 상위의료인의 주의 감독의무가 법률적으로 명확하지 않다.

분업적 의료제공에 있어서의 신뢰원칙의 전제가 바탕이 된다. 수평적 분업에서는 각자의 전문성을 인정하고 업무를 수행하는 문제가 없으나 수직적 분업에서는 신뢰의 원칙에 적용에는 아직도 의견들의 대립되고 있다. 첫째, 의사와 간호사의 수직적 분업에서 신뢰원칙을 배제하는 부정적설과, 둘째, 가능한 범위 내에서 적용이 인정된다는 설이 있다. 만약 수직적 분업에서 신뢰의 원칙 적용되지 않은다면 의사의 환자에게 제공되는 모든 의료에 관여를 하여야 하며 이는 곧 의료제공에 있어서 효율적이지 못할 뿐 아니라 모든 의료제공을 함에 있어서 간호사가 제공하는 의료제공에 대하여서도 주의·감독의무를 완벽하게 기울여야 하며 간호사에 의한 의료과실 역시 의사가 형사책임을 지게 된다. 간호사가 발생시킨 의료사고에 대한 형사책임을 의사가 지게 된다면 의사는 소극적 방어적인 자세로 진료를 하게 될 것이며 이는 곧 환자의 건강회복과 질병치유라는 의사와 환자의 공동의 목표에 도달하지 못하게 되어 결국의 그 피해가 환자에게 돌아가게 될 것이다. 분업의 원리에 의해서 간호사에게 위임된 업무를 의사가 자신의 임무처럼 간호사의 임무를 전적으로 통제하는 것은 불가능한 일임에도 불구하고 신뢰의 원칙을 부정하고 의사에게 전적으로 귀속시켜 형사적 책임을 지게 하는 것은 부당하다. 의료의 현장은 개별적인 상황이 많으므로 수직적 분업에서의 간호사에 대한 의사의 신뢰의 원칙은 사안에 따라 구체적인 차등의 신뢰의 원칙이 적용됨 마땅하다. 그러므로 수직적 분업에서 의사는 간호사에게 면허 범위 내에서 위임된 업무를 수행하도록 해야 하며 필요에 따라서 간호사의 업무를 지도·감독하는 임무가 필요하다. 간호사에게 위임이 금지된 업무는 의사가 직접 제공해야 할 의무이며, 이행 가능한 업무 범위 내에서의 간호사의 의료제공 신뢰의 원칙이 상황에 따라 조정될 수 있다. 그러나 위임금지의무를 위반한 경우는 환자의 생명과

건강이 직결됨으로 매우 엄격한 기준이 적용되어야 하나 형사책임의 근거가 되는 주의의무는 구체적 내용은 불확실하다. 법률용어로 수직적 의료의 주의의무를 규정한다는 것이 가능하지 않으며 의료는 개별상황이 다르므로 주의의무 한계가 밝히기가 어렵다. 결국 형사책임의 근거가 되는 객관적 주의의무의 구체적 내용은 의료사고가 분쟁으로 이어지는 때에 법원에 의해 확정되게 되고 이로써 발전되며 형법에 기본원칙에 어긋나지 않는 범위 내에서 궁극적으로 긍정적인 결과를 도출할 수 있어야 한다. 대법원 판례에서는 환자의 상태, 의료 환경, 임무를 수행하는 간호사의 숙련도, 업무의 위험성, 의학적 전문적 지식과 판단여부 등을 객관적 주의의무를 제한하는 근거가 될 수 있으리 생각한다.

수직적 분업에서 위임된 임무 수행 중 발생한 간호사의 과실로 인해 환자가 사망 또는 상해가 발생하였을 때 의사의 주의의무 위반의 근거로 하여 어떠한 형사 책임을 물을 것인가가 판단되어야 한다. 의사에게 간호사가 무면허 의료행위를 지시 받아 환자에게 위해가 발생하였다면 위임이 금지된 의료행위임으로 무면허의료행위의 공범이 될 수 있으며, 이행감독의무 위반 시에는 간호사의 업무상 과실치사상죄의 공범이 될 수 있다. 간호사의 업무 과실이 의사의 감독의무 위반이 있었다면 의사의 주의의무 위반을 근거로 의사의 업무상 과실치사상의 공동정범이 인정될 수 있다. 그런데 부작위에 의한 의사의 감독의무 위반이라면 책임의 보증인의 지위에 있는 부작위범으로 논의 될 가능성이 있다. 수직적 분업에서 업무를 수행하는 간호사에게 보호보증인의 지위가 부여되고 의사는 간호사를 감독할 의무만이 남게 된다. 그런데 형법 제 32조 1항의 “ 타인의 범죄를 방조한 자는 중범으로 처벌한다”는 규정은 “고의”에 의한 ‘고의의 범죄행위’에 대한 방조만을 처벌 할 수 있게 한다고 한다. 따라서 ‘과실(부작위)’에 의한 과실의 정범에 대한 방조는 처벌할 수 없게 된다.

핵심어 : 수평적 의료분업, 신뢰의 원칙, 무면허 의료행위, 이행 가능한 업무, 이행감독의무, 고의의 범죄,

목 차

제1장 서 론	1
제1절 연구의 목적	1
제2절 연구의 범위 및 방법	3
제2장 의료분업과 신뢰의 원칙	6
제1절 의료분업과 신뢰의 원칙	6
I. 의료분업의 필요성	7
II. 의료분업의 위험성	8
1. 환자의 건강상 위험	8
2. 의사에 대한 위험	13
III. 신뢰의 원칙	17
제2절 의료분업의 구조	19
I. 수평적 분업의 구조	19
II. 수직적 분업의 구조	21
III. 수평적 분업과 수직적 분업에서의 주의의무	21
1. 수평적 분업에서의 주의의무	21
(1) 같은 병원 의사와의 관계	24
(2) 다른 병원 의사와의 관계	25
2. 수직적 분업에서의 주의의무	26
(1) 주치의와 전공의와의 관계	27
(2) 의사와 간호사와의 관계	28
제3절 의료분업의 신뢰의 원칙 적용의 검토	30
I. 수평적 분업의 신뢰의 원칙의 적용	34
II. 수직적 분업의 신뢰의 원칙의 적용	35
1. 부정적 측면에서의 신뢰의 원칙의 적용	36

2. 긍정적 측면에서의 신뢰의 원칙의 적용	37
3. 수직적 분업에서의 신뢰원칙의 합리적 적용	38
III. 수평적 분업과 수직적 분업의 신뢰원칙의 적용의 차이	39
제3장 수직적 의료분업과 의사의 주의 의무	41
제1절 위임 금지와 위험 관리 의무	43
I. 위임 금지 의무	44
II. 위험 관리 의무	47
1. 이행감독의 의무	49
제2절 수직적 의료분업 주의 의무 판단 기준	51
I. 주의의무 판단 기본 원리	52
1. 유연성	52
2. 이행 가능성과 기대되는 주의의무	54
3. 업무 태만과 관련된 주의의무	57
II. 주의 의무 판단의 기준	57
1. 관행적 업무	57
2. 위험 가능성 주의 업무	60
3. 의료행위 전문지식이 바탕이 되는 업무	61
4. 환자의 상태와 의료인의 숙련도의 관계	63
제3절 수직적 분업에서의 의사의 형사책임	64
I. 위임 금지 위반과 형사책임	66
II. 이행감독 의무 위반과 형사책임	68
제4절 수직적 분업에서의 간호사의 형사책임	70
I. 간호사의 임무	70
II. 진료보조 임무	72
III. 독립적 임무	72
IV. 간호사의 과실 판단	73

제4장 주의의무과실에 대한 유형별 사례에 대한 형사 판례	75
제1절 의사의 주의의무	75
I. 예견가능성	75
II. 나쁜 결과 회피	77
II. 판례에서 나타난 구체적 주의의무	78
1. 의사의 치료상 주의의무	78
(1) 대법원 판결 요지	79
가. 의사의 형사상 과실 인정	79
나. 합리적 재량 범위	79
(2) 의사의 주의의무 형법상 특성	80
(3) 의사의 객관적 주의의무	81
(4) 의료 과실의 판단 기준	82
(5) 의료행위 재량권	83
(6) 주의의무 검토	84
가. 의사의 재량성과 형사상의 과실	84
나. 엄격한 입증	85
다. 형사처벌에 대한 신중성	85
제2절 수직적 분업 주의의무	86
I. 판례에서 나타난 구체적 주의의무	86
1. 위임 금지 무면허 의료행위	87
(1) 사실 관계	87
(2) 대법원 판결	88
(3) 검토사항	89
2. 의사의 간호사 지도의무	91
(1) 사실 관계	91
(2) 대법원 판결	92
(3) 검토사항	92
제5장 결론	94

[참 고 문 헌]	98
-------------------	----

1장 서론

제1절 연구의 목적

의료의 수요가 증가함에 따라서 의료분쟁 발생은 비례적으로 증가하고 있으며 국민의 권리 의식 신장으로 인해 더 이상 의사가 의술을 베푸는 차원이 아니라 환자는 자신의 치료에 있어서 의사와 대등한 입장에서 의료에 적극적인 참여를 원하고 있다.

의료행위가 의사와 환자의 쌍방 간에 계약 행위로 간주하여 그에 따라 법률관계가 성립되고 치료에 만족을 못하거나 악결과 발생 시 환자들은 법률에 따른 처벌을 원하고 있다. 문제는 의료분쟁 시 환자가 입증책임을 지게 되는데 의료의 특수성으로 인한 치료와 악결과에 대한 인과관계 증명이 어렵다. 이런 문제로 의료분쟁 소송은 형사 소송은 매년 증가 추세에 있음에도 불구하고 승소율이 저조한 상황이다.

강기운 국회의원(새누리당, 창원시 성산구, 안정행정위원회)은 경찰청이 제출한 국정감사 자료를 분석한 결과 2009년부터 2014년 상반기까지 5년 6개월간 의료사고 형사고소 신고건수는 2785건으로 연간 약 500건씩 (또는 환자 보호자) 의료사고 분쟁으로 고소·고발되고 있는 것으로 나타났다'고 10월 13일 밝혔다. 의료사고 형사고소 신고접수는 연도별로 살펴보면 2009년 393건, 2010년 492건, 2011년 522건, 2012년 588건, 2013년 569건, 2014년 상반기까지 221건을 나타나 의료사고로 인한 환자(또는 환자보호자)와 의료인간 분쟁이 점차 증가하고 있는 것으로 집계됐다. 그러나 신고 접수된 2785건 의료사고 형사고소 건 중 경찰이 의료인이 과실 또는 혐의를 확인하고 경찰에 기소의견으로 송치한 건은 845건 (30.3%)에 불과했다. 즉 10건 중 3건만 의료사고 과실이 인정된 셈이다. 반면, 경찰 수사 결과 의료사고로 인정되지 않은 건은 전체의 60%인 1670건에 달했다. 1322건(47.8%)은 불기소(혐의 없음) 의견으로 검찰에 송치됐고 내사종결 171건 (6.1%) 각하 167건(6.0%)이었다. 나머지 270건(9.7%)은 공소권 없음 등의 의견으로 검찰에 송치된 것으로 밝혀졌다.¹⁾

의료행위의 특수성으로 인해 사건의 진실 여부를 판단하기 어렵고, 경찰 조직 내에 의료사고 사건을 담당하는 전문 인력의 부족으로 사건해결의 지연 및 사건 해결의 한계점을 가지고 있다. 최근 이런 문제점을 극복하기 위해 일부 지방청에서 의료수사를 전담할 의료수사팀²⁾을 구성하거나 의료수사 관련 전문 인력을 채용 현장에 배치하고 있는 추세이기는 하지만 아직까지 전국적으로 인력배치가 되지 못한 상황이며 비전문가인 수사관이 현장에서 활용할 수 있는 의료사고 관련 사례분석, 판례검토 및 형법 적용에 대한 연구가 필요한 실정이지만 현실적으로는 연구서나 매뉴얼이 전무한 실정이다. 계속 증가되는 의료사고 관련 고소·고발에 대해서 앞서 언급되었던 의료수사 관련 전문 인력이 수사를 전담하여 사건을 진행하는 것을 현실적으로 불가능함으로 의료분야의 비전문가도 쉽게 접근할 수 있는 의료사고 관련 사례 분석, 판례검토 및 형법 적용에 대한 연구가 절실한 상황이다.

현장에서 발생할 수 있는 다양한 사례·판례 및 형법적용에 대한 연구가 필요하겠지만 너무 광범위함으로 현장에서 발생하는 여러 의료 사고 중 수직적 분업에

1) 세이프투데이 2014. 10. 13.자 기사, '5년 6개월간 의료사고 형사고소 2785건 30.3% 송치……. 나머지 혐의 또는 공소권 없음(<http://www.safetoday.kr>)

2) 서울지방경찰청은 의료과실에 대한 수사 전문성을 높이기 위해 광역수사대에 의료사고 전담수사팀(이하 의료수사팀)을 신설한다고 1일 밝혔다. 고 신해철 사망을 계기로 최근 의료사고에 대한 국민적 우려가 커지고 있는 상황을 반영했다. 의료수사팀은 수사관 7명, 검시조사관 1명 등 8명으로 구성된다. 과학수사계에서 근무 중인 의료경력 경찰관과 검시조사관도 사안에 따라 수사지원을 할 수 있다. 경찰병원과 자문·협력체제도 갖출 예정이다. 의료수사팀은 그간 사건이 발생한 관할 경찰서나 사건을 접수한 경찰서에서 개별 처리해 온 의료과실사건 중 사망·중상해(뇌사포함) 등 결과가 중하거나 사회 이목이 집중된 주요사건을 직접 수사하게 된다. 주요사건의 경우 수사관과 검시조사관 3명으로 구성된 수사팀을 편성해 현장에서 담당경찰과 함께 초동수사를 진행하고 사안에 따라 사건을 인계해 직접 수사하거나 수사팀을 그대로 유지하며 담당형사를 현장 지원한다.

아울러 경미한 상해 등 기타사건의 경우에도 긴밀한 공조 속에 차트분석, 법리검토 등 분석지원을 하고 수사진행과정에서 필요한 경우 직접수사 또는 현장지원으로 전환할 수 있도록 했다. 서울경찰청은 "주요사건 전담수사를 통해 수사경험을 축적하고 보건복지부·대한의사협회 등 의료 관련 기관·단체와의 협력체계를 구축해 의료 관련 교육을 이수토록 하는 등 의료수사팀을 중심으로 전문화된 의료사고 수사시스템이 정착될 수 있도록 추진해 나가겠다"고 말했다. 머니 투데이 2015.03.1. 기사(<http://news.mt.co.kr>)

서의 의사의 주위의무에 대한 연구를 통해 수직적 분업에 형사책임에 대한 근거와 분업에 있어서의 주의 의무 한계의 규정을 통해서 수직적 분업의 형사책임의 한계를 규정하고자 한다.

제2절 연구의 범위 및 방법

최근 의학의 발전으로 의료제공이 점점 세분화·전문화가 되어 가고 있는 추세이다. 의료제공에 있어서 다양한 분야에 의료 인력의 수요가 증가되었고 이에 따른 환자들은 의사뿐만 아니라 전문성을 가진 의료인들에게 수평적·수직적 분업에 따라 의료를 제공받고 있다. 수직적·수평적 분업에 따른 의료제공에 있어서 유기적 협력에 따른 주의의무에 대한 다양성으로 환자의 진료 과정에서 발생할 수 있는 위험의 통제가 점점 어려워져 내재된 위험의 요소가 점점 커지고 있다. 전통적 의료에서 의료인과 환자의 관계가 의사와 환자의 “일대일 관계”³⁾를 의미하였다면, 현재는 좀 더 세분화되고 고도로 전문성을 갖춘 다양한 분야의 전문 의료인과 환자와의 관계로 발전하게 된 것이다. 특히 대형병원에서는 많은 환자들에게 질 높은 의료를 제공하게 됨으로써 의료의 생산성을 향상시키기 위해서 한명의 환자를 진료함에 있어서 각 분야별로 전문의와 전공의, 간호사 등의 의료인들의 팀을 구성하여 진료를 제공하고 있으며 이에 따른 진료과정에서 발생하는 위험요소를 통제하기가 점점 어려워지고 있다. 이런 팀을 구성하는 인력은 각기 다른 수준의 전문성을 갖고 있으며 이들 중 일부의 과실로 전체의 목표인 환자의 생명과 건강에 위협이 되는 결과가 발생할 수 있게 되는 것이다. 이는 각기 전문성을 갖고 일을 분업화 했으나 결과적으로는 분업의 실패라고 할 수 있다. 분업의 실패는 환자의 건강상 위해와 동시에 상위 의료인이 의사의 법적 책임에 문제가 발생하게 된다. 의료인간의 분업과 관련된 책임의 한계가 명확하게 설정되어 있다면 분업 간에 발생한 문제는 크지 않을 것이다. 그러나 대부분의 경우 의료기관의 구조적 문제, 진료상황, 환자의 상태, 업무분담 등의 것들이 상당히 복잡하게 있어 형사책임의 근거가 되는 개별 의료인의 주의의무 부담을 어느 범위까지

3) 윌리엄 코거햄, 의료사회학, 박호진역, 아카넷(2005), 393쪽

설정할 것인가에 대해서는 문제가 되고 있다. 의료사고가 분쟁으로 이어지고 이에 따른 책임을 논하는데 있어서 형사책임 귀속이 정당화되기 위해서는 무엇보다도 개별의료인의 주의의무부담이 한계가 명확히 구분되어야 할 것이다. 수직적·수평적 분업으로 구분되는 의료분업은 수직적 분업의 경우 수평적 분업과 다르게 주의의무의 구분이 명확하게 되지 않는다. 상위 의료인이 하위 의료인에게 업무를 이행하게 할 때, 신뢰에 따른 주의의무를 이행 감독할 의무가 남게 되는 것이다. 신뢰에 정도에 따라 감독하는 주의의무가 발생하게 된다. 따라서 수직적 분업에서 간호사의 과실로 발생한 결과에 대한 의사의 형사책임을 언급하기 위해서는 감독자로서의 의사의 주의의무를 판단해야 한다. 그런데 우리 법원은 주의의무를 해석하고 판단함에 있어 분업을 충분히 고려하지 않고 있을 뿐만 아니라 분업구조를 이해하는 것에 실패하여 의사가 행위자인 하위 의료인의 상위 의료인이라는 형식적 사실에 의하여 의사에 형법의 기본원리들에 어긋나는 ‘과도한 주의 의무’를 부과하고 이의 위반에 대한 형사책임을 묻는 경향이 있다고 생각된다.⁴⁾ 법원의 이러한 과도한 주의의무의 해석과 판단은 상위 의료인인 의사에게 중대한 법적 위험이 되면서 ‘감당하기 어려운 과잉의 책임전가’⁵⁾ 라는 불합리한 결과를 가져올 뿐 아니라 이에 대한 피해는 고스란히 환자에게 돌아갈 수밖에 없는 부작용이 발생한다.

본 논문에서는 기존의 판례와 문헌고찰을 통해서 수직적 분업에서 의사의 주의의무에서 형사책임에 대한 정당성을 검토하고자 한다. 그런데 병원의 규모에 따라 차이가 발생할 수 있으므로 분업의 비중이 높은 종합병원을 위주로 문제가 되고 있는 의사와 간호사의 수직적 분업으로 연구 범위를 한정하도록 한다.

먼저 2장에서는 의료분업의 의의와 필요성을 검토하고 의료분업의 위험성과 신뢰의 원칙에 대한 검토를 통해서 수직적분업과 수평적 분업에서의 주의의무와 신뢰의 원칙의 적용에 대해서 살펴보고 3장에서는 구체적으로 수직적 분업에서의 의사의 주의의무와 간호사의 주의의무에 적용에 대한 검토를 및 의사의 형사적 책임에 대한 판단 기준을 제시를 통해서 의사의 무면허 의료행위죄와 업무상과실치상죄의 공범으로서 형사책임을 성립여부를 알아보고자 한다. 4장에는 위임금지

4) 대법원 1994.12.22. 선고 93도 3030판결

5) 이상돈, 의료형법 - 의료행위의 법제화와 대화이론-, 법문사(1998), 102-103쪽

무면허 의료행위와 의사의 간호사에 대한 지도의무에 대해서 판례를 검토해보고
자 한다.

제2장 의료분업과 신뢰의 원칙

제1절 의료분업과 신뢰의 원칙

신뢰의 원칙은 허용된 위험의 법리보다는 구체적이어서 과실범의 객관적 주의의무를 제한하는 기능을 하며, 오늘날 고도의 분업 활동을 요구하는 여러 사회활동에까지의 그 적용이 확대되고 있다. 특히, 의료분업에서 있어서 신뢰의 원칙이 적용되는 대표적인 분야 중 하나이다.⁶⁾

이 원칙은 교통규칙을 준수한 운전자는 다른 교통 관여자가 교통 규칙을 준수할 것이라고 신뢰하면 족하고 상대방이 교통규칙을 위반하여 비이성적으로 행동할 것을 예견하고 이에 대한 방어조치를 취할 의무가 없다는 것으로 우리나라 대법원은 신뢰의 원칙을 1957년 기관차 조수 견습사건⁷⁾에 판결 후 지금까지 도로교통에 계속 적용되고 있다.⁸⁾ 의료가 전문화 세분화되어 가고 대형병원의 효율적인 인력관리 등의 문제로 의료제공에 있어서 의료분업은 현실적으로 요구되는 상황이다. 예를 들어, 수술실에서 수술을 제공할 때 마취과 의사, 수술의사, 마취간호사, 수술간호사 등의 여러명이 팀을 이루는 분업적 의료가 제공된다. 이때 각자의 전문분야별로 요구되는 주의의무는 다를 것이다. 만약 의사 단독으로 제공된 의료행위에서 환자가 건강을 위협하거나 생명을 잃게 되었다면 의사 단독의 부주의만을 판단하면 되겠지만 분업적 의료를 통해서 의료를 제공하였을 경우에는 각각의 분업적 임무에 따른 주의의무 외에 수직적 분업에 있어서의 주의·감독 의무를 고려해야 한다. 분업적 의료행위에 신뢰의 원칙이 적용하면, 각자의 주어

6) 정현미, 의료과오의 형사법적 책임, 한국형사정책 연구원(1997), 118쪽

7) 대법원 1957.2.22. 선고 4289형상 330판결

8) 대법원 1977.3.8. 선고 77도 409판결

“교통정리가 행해지고 있지 않은 교차로의 넓은 도로로부터 진입하는 통행의 우선순위를 가진 차량의 운전자는 이와 교차하는 좁은 도로에서의 진입하는 차량이 교통법규에 따라 적절한 행동을 취하리라고 신뢰하고 운전할 것이므로, 그와 같은 기대 신뢰하에 상당한 주의를 한 이상, 상대방차량의 부주의로 야기되는 충돌사고로 그 차에 탄 사람이 상해를 입은 경우에도 업무상 과실 치사상의 죄책을 물을 수 없다.”

진 주의의무를 다했다면 다른 의료인의 주의의무 다할 것이라고 신뢰하여야 좋으며, 그 결과 자기 분업에 대한 주의의무를 다한 의료인은 다른 분야의 주의의무 부담을 할 필요가 없다고 할 수 있다.

I. 의료분업의 필요성

현대 의학과 의료기술은 끊임없이 세부적인 부문으로 나뉘어 각기 독자적인 전문영역을 형성해 나가고 있다. 즉, 의료영역은 분업(Arbeitsteilung)의 원리에 지배받지 않을 수 없다. 이로 인해 한 의사가 ‘환자의 진료’에 요구되는 모든 의료행위를 할 수 없고, 또 그래서도 안 된다. 특히 종합병원의 임상현실에서 한 의사는 언제나 다른 의료전문인과 함께 팀을 이루어 자신의 전문영역에 속하는 의료 활동을 할 수 밖에 없다. 다시 말해 분업은 임상현실에서는 - 적어도 3차 의료기관인 종합병원에서는 - 이미 하나의 「규범적 원리(Nomal Prinzip)」가 되고 있다⁹⁾. 예를 들어 정신과 질환인 조증 환자에 치료제인 클로르프로마진(중추신경계 억제제)을 투여하자 환자에게 기립성저혈압이 발생하였고 건강상태가 갑자기 악화되기 시작하였다면 정신과 전문의 주치의는 이를 다룰 수 있는 내과 전문병원으로 환자를 전원조치를 하게 된다.¹⁰⁾ 자신의 전문 영역 외에는 다른 분야에 대해서는 다른 전문가에 의존할 수밖에 없는 것이다.¹¹⁾ 수명연장으로 노인 인구의 증가와 진단기술의 발달로 질병의 진단이 좀 더 복잡하고 세밀해지면서 복합 질환의 증가되고 이에 따른 의료 제공 역시 한 분야의 전문가가 의료를 제공하기 보다는 팀 의료가 필요로 되고 있다.

예를 들어, 환자가 병원을 방문 진단과정에서는 혈액검사 시 의료기사, 방사선사, 치료 및 재활 과정에서는 간호사, 물리치료사 등이 각기 역할 분담을 통한 팀 의료가 제공된다. 특히 현 시점에서 3차 의료기관인 종합병원이나 대학병원의 환자 집중현상 심화와 비인기 종목 의사의 부족을 인하여 임상에서는 분업의 필

9) 이상돈, 의료행법 - 의료행위의 법제화의 대화이론-, 법문사(1998), 101쪽

10) 대법원 1994.12.9. 선고 93도 2524판결

11) 박주현, 의료조직 과실에 관한 연구, 민사법학 제 41호(2008.6), 131쪽

“의사는 자신의 전문영역이외의 진료에서도 당해 전문분야의 전문수준으로 진료를 제공해야 하고, 그것이 불가능하다면 다른 전문가에게도 전의를 권유할 의무를 부담한다.”

요성은 더욱더 강조되고 있다. 의사에게 집중되는 과중한 업무로부터의 의료사고를 예방하기 위하여서는 업무의 위임은 현실적인 요구인 것이다. 의료기관이 비영리 단체이기는 하지만 의료 기관들 간의 경쟁에서 보다 효율적이고 생산성 증대를 위해서는 분할과 집중이라는 효율적인 업무체계가 도입될 수밖에 없다. 따라서 의사가 아닌 다른 직역으로 대체될 수 있는 가능한 많은 업무가 간호사 등의 의료인과 의료기관에 분담되게 되었고 의사는 절대적으로 의사에만 허용되는 의료행위를 제공하며 의료기관의 경제성을 높이도록 요청 받게 되었다. 그 결과 과거의 의사의 권한과 의무에 속했던 의료행위 이외의 많은 업무들, 특히 하위 의료인의 고용과 교육, 팀의 구성과 배치에 있어 상당한 권한과 의무가 의료기간 내의 조직으로 이양되게 됨에 따라 과거 상병자에 침대를 제공하는 정도의 역할만을 했던 병원이 오늘날에는 분업체계를 운용하고 의료 환경을 형성·조정하는 역할을 수행하게 되었고 의사의 직접적 행위와 통제가 투입되는 범위는 최소화되게 되었다. 이러한 의료기관의 생산성 증대를 목적으로 한 의료인간의 분업 그리고 병원 내 조직으로의 업무의 이양은 비단 경영상의 효율만이 아니라 더욱 많은 환자에 수준 높은 의료서비스를 제공하는 것을 가능케 하는 중요한 수단이 되고 있다. 요컨대 분업은, 환자의 신체에 대한 최소한의 침습 없이는 수술 자체가 불가능한 것과 같이 오늘날 의료체계의 의료의 제공을 가능케 하는 불가피한 수단이 될 것이다.¹²⁾

II. 의료분업의 위험성

그러나 의료분업은 환자에게는 새로운 생명·신체에 대한 위험을 그리고 의료인에게는 새로운 법적 위험 특히 형사처벌의 위험을 가져온다.¹³⁾

1. 환자의 건강상의 위험

12) 홍가혜, 수직적 의료분업에서의 의사의 주의의무와 형사책임에 관한 연구, 고려대학교 석사논문(2000), 26쪽

13) 이상돈, 의료형법 - 의료행위의 법제화의 대화이론-, 법문사(1998), 102쪽

환자의 진료를 목적으로 팀을 구성하고 있는 의료인 간의 상호 의존성으로 인하여 한명의 환자에게 제공되는 의료의 전 과정에서 의료인의 일부의 과실은 분업이 아니었다면 발생하지 않았을 환자의 건강과 생명에의 위협으로 이어질 수 있다.¹⁴⁾ 분업은 환자 진료에 참여하는 의료인들의 각각의 행위가 톱니바퀴처럼 유기적 관계를 맺고 있는데 이 부분 중 한 부분이 기능 훼손으로 전체의 톱니바퀴가 어긋나서 돌지 못하게 되듯이 의료제공에서 연결고리가 손상되고 있는 환자의 건강을 위협하는 상황이 발생하게 된다. 환자에게 제공되는 의료행위에 관여하는 의료인의 수가 많아질수록 분업화된 업무의 위험성은 증대된다고 할 수 있다. 다시 말해서 한명의 의사가 일대일로 모든 의료를 제공했을 때에 발생되지 않았을 위험요소들이 다른 의료인에게 업무가 분업화됨으로 인하여 환자의 상태의 악결과를 발생시키게 될 수 있다는 것이다.

의료기술의 진보는 점점 더 의료제공에 있어서 전문화 세분화를 시킴으로 진화되고 구조의 다양성과 복잡성을 증가시킨다. 그 결과 의료전달에 있어서 의료에 관여하는 모든 의료인들의 행위를 완벽하게 통제하는 일은 불가능하게 되었다. 의료의 계획과 조정 그리고 지식과 이행 사이에 부정합이 생기는 경우 ‘분업의 실패’라는 다음과 같은 전형적인 위험들¹⁵⁾이 발생하게 된다고 한다.

㉠ 한 환자의 진료에서 업무분담을 하고 있는 의료인들 상호간의 지시가 불완전하거나 불명확할 가능성(의사소통상의 하자)

㉡ 한 환자의 진료에서 업무분담을 하고 있는 의료인들이 각기 행한 의료행위가 서로 조화를 이루지 못할 가능성(조정상의 하자)

㉢ 한 환자의 진료에서 업무분담을 하고 있는 의료인들 가운데 어떤 특정 의료인이 자신의 분담한 업무를 행하는 필요한 지식과 경험을 부족할 가능성(자질상의 하자)

㉣ 한 환자의 진료에서 업무분담내용이 불분명하여 환자의 진료에 필요한 어떤 업무를 아무도 맡지 않을 가능성(분담영역설정상의 하자)

담당의사와 간호사의 ‘의사소통의 하자’에 의한 분업의 실패로, 간호사가 다른

14) 전지연, 의료사고에서 의료인의 역할분담에 따른 형사법적 책임에 관한 연구, 한림법학 FORUM 제 9권(2001.12), 210-211쪽

15) Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis, 2. Aufl., 1998, 120쪽 (이상돈, 의료형법 - 의료행위의 법제화의 대화이론-, 법문사(1998), 101쪽 재인용)

환자에게 수혈할 혈액을 당해 환자에게 잘못 수혈하여 환자가 사망하게 된 악결과를 발생시킨 사건이 있다.

【다른 환자에게 수혈 할 혈액을 당해 환자에 잘못 수혈한 사건】¹⁶⁾

피고인은 진주시 칠암동 소재 경상대학교 병원 내과 인턴으로서 간경화, 식도정맥류 출혈 등으로 치료받던 피해자 안OO(남, 57세)의 주치의인 1심 공동피고인 정OO을 보좌하여 피해자의 치료를 맡은 자인바, 1996. 5. 25. 13:00경부터 같은 병원 62병동 11호실에서 피해자에게 신선 냉동혈장 3봉지(320ml) 및 농축적혈구 1봉지(200ml)를 수혈하면서, 간호사인 1심 공동피고인 최OO으로 하여금 단독으로 수혈을 하도록 내버려 둠으로써, 최OO이 같은 날 14:40경 혈액봉지의 라벨을 확인하지 아니하여 간호 처치대 위에 놓여있던 공소외 최OO에게 수혈할 혈액봉지를 피해자에 대한 혈액봉지로 오인하고서, 혈액형이 B형인 피해자에 대하여 A형 농축적혈구 약 60ml를 수혈하여, 피해자로 하여금 같은 달 26일 11:42경 급성 용혈성 수혈부작용 등으로 사망에 이르게 하였다는 것이다.

제 1심에서는 주치의와 피고인의 자신들의 입회하여 혈액봉투를 확인하여야 할 뿐 아니라 수혈 도중에 발생할 수 있는 부작용 등 만일의 사태에 대비하여야 하고, 간호사에 대하여 의사의 입회 없이 수혈할 수 없도록 지도·교육하여야 하며, 자신들의 입회아래 간호사로 하여금 수혈하게 하더라도 수혈 받는 사람에 대한 혈액봉투를 확인하여야 할 주의의무가 있다. 주치의는 피해자가 수혈 받은 장소 직접 입회하지 않고 간호사로부터 피해자가 다량의 혈변을 보고 있다는 보고를 받고도 이에 대하여 아무런 확인을 아니 한 채 간호사로 하여금 수혈하도록 지시하고, 피고인과 간호사가 수혈을 하는데 대하여 지도·감독을 하지 아니하고 간호사로 하여금 혼자 수혈하도록 내버려 두었다. 간호사는 혈액봉투의 딱지를 확인하지 않은 채 다른 환자에게 수혈할 혈액을 수혈하여 업무상 과실을 저질렀다. 이러한 이유로 간호사에게는 벌금 2백만원, 피고인과 주치의에게는 각 벌금 1백만원을 선고하였다.¹⁷⁾

16) 창원지방법원 진주지원 1997.1.8. 96 고단 950

17) 주치의와 간호사는 항소를 포기하여 그 형이 확정되었으며, 피고인은 항소하여 2심

위 사건은 분업의 의사소통의 하자로 발생한 사건으로 수혈은 그 과정에서 부작용을 발생될 수 있는 의료행위로 수혈을 담당하는 의사는 혈액형과 수혈을 받는 환자에 대한 일치를 확인함은 물론 수혈의 시작부터 종료까지 전 과정에 있어서 환자의 반응을 주의 깊게 관찰하고 응급상황에 대비를 해야 할 필요가 있다. 의사는 전문적 지식과 기능을 가지고 환자의 전적인 신뢰하에서 환자의 생명과 건강을 보호하는 것을 업으로 하는 자로서, 그 의료행위를 시술하는 기회에 환자에게 위해가 미치는 것을 방지하기 위하여 최선의 조치를 취할 의무를 지고 있고, 간호사로 하여금 의료행위에 관여하게 하는 경우에도 그 의료행위는 의사의 책임하에 이루어지는 것이고 간호사는 그 보조자에 불과하므로, 의사는 당해 의료행위가 환자에게 위해가 미칠 위험이 있는 이상 간호사가 과오를 범하지 않도록 충분히 지도·감독을 하여 사고의 발생을 미연에 방지하여야 할 주의의무가 있고, 이를 소홀히 한 채 만연히 간호사를 신뢰하여 간호사에게 당해 의료행위를 일임함으로써 간호사의 과오로 환자에게 위해가 발생하였다며 의사는 그에 대한 과실 책임을 면할 수 없다. 피고인이 근무하는 병원에서는 인턴의 수가 부족하여 수혈의 경우 두 번째 이후의 혈액봉지는 인턴 대신 간호사가 교체하는 관행이 있었다고 하더라도, 위와 같이 혈액봉지가 바뀔 위험이 있는 상황에서 피고인이 그에 대한 아무런 조치도 취함이 없이 간호사에게 혈액봉지의 교체를 일임한 것이 관행에 따른 것이라는 이유만으로 정당화 될 수 없다. 인턴의 수가 부족하여 수혈의 경우 두 번째 이후의 혈액봉지는 인턴 대신 간호사가 교체하는 있었다 하더라도 환자의 법익을 침해할 위험을 증가시킴으로 사망까지 이르게 하였다면 이를 통제하는 의료인의 주의의무 역시 높은 수준으로 요구된다고 하겠다. 주의의무 위반으로 인해 과실범의 구성요건이 되려면 주의의무위반에 의해 구성요건적 결과가 실현되어야 한다. 업무상 과실을 처벌하기 위해서는 그 업무를 행한 자에게 기대되는 주의의무가 명확하게 확인되어야 하며 법원에서는 의료사고에 대한 각기 분야의 의료인들 사이에 업무분담의 영역에 따라 요구되는 주의의무가 조정되고 있음을 법적 판단으로 인정하여야 한다. 만약 주의의무가 조정되고 있음에 대한 법원에 판단이 없다면 의료인의 자신이 하는 의료제공뿐 아니라 다른 분야의 의료인의 제공하는 의료에 대한 과실로 인해서 발생할 수 있는 모든 위

에서 소송이 계속되었다.

험에 대해서 주의를 기울여야할 의무가 생기게 되며 위반된 모든 위반된 결과에 대해 책임을 지어야 한다.

의료분업에 있어서 규정된 있는 책임과 권한 의료법에 명시된 것이 없이 자체 내 규범이나 지침 등의 규범적 원리가 적용되고 있다. 의료사고 발생 시 책임귀속에 규범이 원리가 책임분배의 근거로 인정될 것이 필요할 뿐 아니라 법적이 가치판단이 필요로 된다고 하겠다. 형법의 정당한 가치를 얻기 위해서는 “법률가의 책임판단과 의사의 관점에서 내려지는 책임판단이 일치할 수 있는 의료사고에 대한”¹⁸⁾ 형법의 적용이 필요하다고 하겠다.

법원에서는 의사와 간호사의 수직적 분업에서의 책임영역의 분할을 인정하지 않는 것을 기본적으로 의료법에 근거한 것으로 의료법2조¹⁹⁾ 2항에 나에 따른 “의사, 치과 의사, 한의사의 지도하에 시행하는 진료의 보조”로 규정하고 있다. 진료의 주체는 의사이며, 간호사는 의사의 진료행위를 보조하는 역할을 담당하게 된다. 따라서 간호사가 의료행위를 하는 경우에도 그 의료행위는 의사의 주의 감독하에 이루어지는 것이고 간호사는 그 보조자에 불과하다. 만약 간호사에 의해서 실시된 의료행위가 환자에게 위해가 발생할 위험이 있다면 의사는 간호사에게 위해가 발생하지 않도록 충분한 교육 및 지도·감독을 통한 위해사고의 발생을 미연에 방지할 주의의무가 있고, 이를 소홀히 한 채 간호사에게 의료행위를 일임함으로써 간호사가 환자에게 제공된 의료행위에서 환자에게 위해한 상황이 발생하였

18) 이상돈, 의료형법 - 의료행위의 법제화의 대화이론-, 법문사(1998), 36쪽

19)제 2조 (의료인)

①이 법에서 “의료인”이란 보건복지부장관의 면허를 받은 의사·치과의사·한의사·조산사 및 간호사를 말한다. [개정 2008.2.29 제8852호([정부조직법](#)), 2010.1.18 제9932호([정부조직법](#))] [[시행일 2010.3.19]]

②의료인은 종별에 따라 다음 각 호의 임무를 수행하여 국민보건 향상을 이루고 국민의 건강한 생활 확보에 이바지할 사명을 가진다. [개정 2015.12.29] [[시행일 2017.1.1]]

5. 간호사는 다음 각 목의 업무를 임무로 한다.

가. 환자의 간호요구에 대한 관찰, 자료수집, 간호판단 및 요양을 위한 간호

나. 의사, 치과의사, 한의사의 지도하에 시행하는 진료의 보조

다. 간호 요구자에 대한 교육·상담 및 건강증진을 위한 활동의 기획과 수행, 그 밖의 대통령령으로 정하는 보건활동

라. [제80조](#)에 따른 간호조무사가 수행하는 가목부터 다목까지의 업무보조에 대한 지도

다면 의사는 그에 대한 주의의무에 대한 책임을 면할 수는 없다. 의사가 병실에 늘 상주하는 것이 아니므로 응급상황이거나 환자가 고통을 호소할 경우 전화를 통한 구두 지시에 의해서 약물투여가 이루어지는 경우 약물의 이름이나 주입방법, 주입량의 착오로 환자에게 위해가 발생할 수 있다. 더불어 의료기관의 비영리기관이긴 하지만 수익을 창출하기 위해서는 충분한 인력 확보를 하는 것이 아니라 의료인에게 과도한 업무 부담을 하거나 전문 의료 인력을 고용하지 않아 전문성 확보가 되지 않은 상태로 분업의 업무를 부담시켜 그로 인해 발생하는 피해가 환자에게 생명과 건강을 위협하는 상황이 발생할 수 있다. 이외에는 여러 가지 현실적인 상황에 의해서 의사의 분업의 임무가 간호사에게 위임되는 상황이 발생하게 되며 이에 따라 간호사뿐만 아니라 물리치료사, 임상병리사, 간호조무사 등 위임된 분업의 임무가 제대로 수행 되지 못하거나 수행 후 발생할 수 있는 환자의 건강상 위험이 발생할 수 있는 요소들이 발생할 수 있다.

2. 의사에 대한 위험

의사가 환자 진료의 처음부터 종료 시까지 제공되는 모든 의료행위에 대한 책임을 지게 된다면 이는 ‘감당하기 어려운 과잉의 책임 전가’가 이루어지질 수 있다는 위험을 의미하게 된다. 즉, 의사는 다른 의료인의 그의 지시를 완전히 이해하지 못한 경우, 다른 의료인이 행위와 자신의 의료행위가 조화되지 않는 경우, 다른 의료인의 그의 분담부분을 수행할 능력이 없는 경우, 업무분담이 불분명한 경우 등에 각각 발생하는 모든 위험을 예방하여야 하고, 그렇지 못한 경우에는 그 위험이 실현되어 발생할 모든 결과에 대하여 형사책임을 져야만하기 때문이다. 분업이 의사에게 가져오는 법적인 위험은 여기서 그치지 않는다. 분업을 현실적으로 인정하면서 규범적으로 인정하지 않는 경우, 즉, 법적책임의 구성에 분업을 의미 있는 요소로 수용하지 않는 경우에는 분업적 관계있는 다른 의료인이 행한 행위의 결과에 대해서는 의사는 책임을 져야한다.

대법원 판례²⁰⁾에 의하면 주치의 겸 정형외과의 전공의로서, 같은 과 수련의가 담당 환자에 대하여 한 처방이 적절한 것인지의 여부를 확인하고 감독하여야 할

20) 대법원 2007.2.22. 선고 2005도 9229판결

업무상 주의의무가 있음에도 이를 게을리 한 나머지, 피해자가 수련의의 잘못된 처방으로 인하여 상해를 입게 됐다. 이에 대하여 대법원은 의사가 다른 의사와 의료행위를 분담하는 경우에도 자신이 환자에 대하여 주된 의사의 지위에 있거나 다른 의사를 사실상 지휘 감독하는 지위에 있다면, 그 의료행위의 영역이 자신의 전공과목이 아니라 다른 의사의 전공과목에 전적으로 속하거나 다른 의사에게 전적으로 위임된 것이 아닌 이상, 의사는 자신이 주로 담당하는 환자에 대하여 다른 의사가 하는 의료행위의 내용이 적절한 것인지를 여부를 확인하고 감독하여야 할 업무상 주의의무가 있다고 하였다. 의료인의 신뢰의 원칙의 적용범위에 대한 판결로 직무상 수평관계에 있다면 타인의 의료행위를 신뢰하여도 되겠지만 수직 관계에 있는 의료인의 행위를 만연히 믿고 행했다면 이에 대해서는 과실 책임을 부담하여야 할 것이다. 형사책임을 판단함에 있어 “ 각기 분담한 업무를 통한 책임 영역의 분할을 인정하여 자기 귀책성의 원칙하에 형사책임제한”²¹⁾ 하지 않고 의료인 개개인별로 행위를 의사가 책임지어야 하는 전체행위로 평가한다면, 환자의 진료제공에 관계되는 모든 의료인에 업무상과실상사상죄의 공범으로서 책임을 묻게 된다. 앞서 언급되었듯이, 개인별 책임에 대한 한계가 분명히 정해져 있지 않다면 형사책임을 구분하는데 있어서 개인이 책임을 져야하는 부분임에도 분업의 관계임에도 불구하고 상위 의료인인 의사에게 과도한 주의의무가 부과되어서 의료인에 대한 위협이 발생할 수 있다. 왜냐하면 상위 의료인인 의사의 주의의무가 법제화되어 있지 않고 개별 의료인의 책임영역과 한계가 모호함으로 의료사고가 발생 시 법원의 판단에 의해서 상위의료인 의사에게 책임이 전가될 가능성이 크기 때문이다. 수평적 분업의 경우에도 수직적 분업과 같이 주의의무가 법제화되어 있지는 않지만 의사의 각 분야의 전문의²²⁾ 사이에 업무의 분담이 비교적 명확하여 분업과 주의의무가 분리되어 있음을 법원이 인정하기 때문에 분업에 따른 책임에 대한 구분을 할 수 있고 형사책임에 대한 분배가 좀 더 명확히 이루

21) 문정민·김운곤, 의료행위와 신뢰의 원칙, 법학논총제 12권 제 1호(2005), 41-42쪽

22) 전문의의 수련 및 자격 인정 등에 관한 규정 제3조 (전문의의 전공과목) 전문의의 전공과목은 내과, 신경과, 정신건강의학과, 외과, 정형외과, 신경외과, 흉부외과, 성형외과, 마취통증의학과, 산부인과, 소아청소년과, 안과, 이비인후과, 피부과, 비뇨기과, 영상의학과, 방사선종양학과, 병리과, 진단검사의학과, 결핵과, 재활의학과, 예방의학과, 가정의학과, 응급의학과, 핵의학 및 직업환경의학과로 한다. [개정 2011.11.23]

어지고 있다.

【내과진료로 인해 뇌지주막하 출혈을 발견하지 못한 사건】 23)

피고인 1은 서울 동작구에 있는 종합병원 내과 전문의로 근무하던 자이고, 피고인 2는 같은 병원 내과 레지던트로 근무하던 자인바, 같은 병원 신경과 공소외 1과 순차로 상호 공모하여, 1992. 8. 1.경 위 종합병원에서, 피해자 (43세,남)가 격심한 두통과 분출성 구토 등으로 입원을 하게 되었는바, 피해자는 같은 해 6. 23.경부터 1주일간 도끼로 머리를 찌는 듯한 격심한 두통과 분출성 구토 증세를 보였고, 같은 해 7. 12.경 같은 증세와 함께 머리를 두손으로 감싸고 "아이구, 아이구"하는 비명까지 지르는 등 분출성 구토를 동반한 심한 두통증세를 보여 같은 해 7. 20.경 위 병원 내과에서 공소외 최OO으로부터 외래진료를 받고, 고혈압이라는 진단 하에 혈압강하제를 복용하였으나, 여전히 위 병세가 낮지 아니하여, 위와 같은 두통과 구토에 관한 전문적인 진찰과 치료를 받기 위하여, 같은 해 8. 1.부터 15일간 입원을 하게 되었으면, 그 주치의인 피고인 2, 담당과장인 피고인 1으로서는 피해자에 대한 자세한 병력과 증세, 건강상태 등에 관하여 정확히 문진하여 위와 같은 증상을 파악함과 동시에, 초진 시 피해자의 측정혈압 수치가 130-110mmHg으로 최저혈압이 정상인보다 많이 높았었기 때문에, 피해자가 단순 고혈압이 아닌 뇌압 상승에 의한 2차성 고혈압, 즉 뇌동맥류 파열에 의한 뇌지주막하출혈 등 병인성 고혈압일 가능성이 충분하였으므로, 그 원인에 대한 정확한 진단을 위하여 뇌전산화단층촬영, 척수액검사 등의 정밀검사조치를 취하여, 피해자의 두뇌에 있는 뇌동맥류 파열 여부를 조기발견하고, 뇌동맥류 제거수술을 함으로써 뇌동맥류의 대파열을 사전에 방지할 수 있었음에도, 공소외 1에게 신경과 협의진료를 보내어 회신받은 내용인 "뇌신경에 이상이 없다."는 취지의 공소외 1의 소견을 경솔히 오진한 나머지, 피해자에 대한 병세를 제대로 관찰 내지 진단을 하지 아니하고, 혈압강하제만 계속 투여하면서 피해자의 위와 같은 병세 및 입원동기와는 무관한 복부전산화단층촬영, 간초음파 검사를 실시하는 등 오진을 하여, 입원기간 동안 계속적으로 진행되어 온 뇌동맥류 파열에 의한 지주막하

23) 대법원 2003.1.10. 선고 2001도 3292판결

출혈을 발견하지 못하고, 공소외 1은, 같은 해 8. 3.경 위 병원 신경과에서 피고인 2, 1의 협의진료 요청을 받았으면, 피해자의 두통과 구토증세에 관한 정확한 병력, 두통의 초발시기, 두통의 부위와 강도 및 지속성 여부, 분사성 구토의 동반 여부 등에 대한 상세하고 정확한 문진과 아울러 안구운동 및 안저검사, 대광반사, 구역반사 등을 포함한 뇌신경검사, 경부항직검사 등을 실시하여, 두통과 분사성 구토로 인하여 입원한 피해자의 뇌동맥류 파열에 의한 지주막하출혈 가능성 여부를 면밀히 검토하여 진단하여야 함에도, 형식적인 문답과 무릎을 두드려 보는 타전검사만을 한 채, 위와 같은 기본적인 필수 검사조차 실시하지도 아니함으로써, 위 증세를 발견하지 못한 채 정상인과 다름없다는 취지인 "이상소견 없다."고 오진을 하는 등 피고인들과 공소외 1의 위와 같은 순차적 업무상 과실로 인하여 피해자에게 혈압강하제만 투여하였을 뿐, 뇌지주막하 출혈에 대한 근본적 치료를 하지 못함으로써, 피해자로 하여금 입원기간 내인 같은 해 8. 10.경 뇌동맥류 소파열에 의한 1차 지주막하출혈을 야기 시키고, 같은 해 11. 10. 2차 출혈을 야기 시키고, 같은 해 11. 19.경 뇌동맥류 대파열에 의한 지주막하출혈로 인하여 같은 해 12. 4.경 연세대학교 세브란스 병원에서 뇌동맥류 결찰 수술을 받았으나, 회복되지 못하고 의식불명상태인 이른바 식물인간의 상태에 이르게 하는 상해를 입게 하였다.

의료사고에 있어서 의사의 과실을 인정하기 위해서는 의사가 결과 발생을 예견할 수 있었음에도 불구하고 그 결과 발생을 예견하지 못하였고, 그 결과 발생을 회피할 수 있었음에도 불구하고 그 결과 발생을 회피하지 못한 과실이 검토되어야 하고, 그 과실의 유무를 판단함에는 같은 업무와 직무에 종사하는 일반적 보통인의 주의 정도를 표준으로 하여야 하며, 이에는 사고 당시의 일반적인 의학의 수준과 의료 환경 및 조건, 의료행위의 특수성 등이 고려되어야 하며 내과의사가 신경과 전문의에 대한 협의진료 결과 피해자의 증세와 관련하여 신경과 영역에서 이상이 없다는 회신을 받았고, 그 회신 전후의 진료 경과에 비추어 그 회신 내용에 의문을 품을 만한 사정이 있다고 보이지 않자 그 회신을 신뢰하여 뇌혈관계 통 질환의 가능성을 염두에 두지 않고 내과 영역의 진료 행위를 계속하다가 피해자의 증세가 호전되기에 이르자 퇴원하도록 조치한 경우, 피해자의 지주막하출혈을 발견하지 못한 데 대하여 내과의사의 업무상과실을 부정한 사례이다.

III. 신뢰의 원칙

신뢰의 원칙은 다른 분업적 임무를 수행하는 임무를 가진 의료인들이 부적절한 의료제공을 예견하고 그에 따른 조치를 할 필요가 없다는 이론이므로 결과 예견과 결과회피 의무를 모두 제한하는 기능을 가진다고 할 수 있다.

이 원칙은 종래 과실의 인정기준이었던 예견가능성이라는 심리적 요소 이외에 사회적으로 상당한 주의의 결여라는 규범적 요소를 가미함으로써 예견가능성이 있는 경우에도 주의의무를 한정하는 기능을 하게 된다.²⁴⁾ 그러므로 분업적 의료 제공에 있어서 신뢰의 원칙을 적용하는 것은 주의의무 위반이 아니다 라는 결론을 내리게 된다.

신뢰의 원칙을 적용하기 위해서는 사회적 상당성의 관점에서 구체적인 경우 개별적으로 판단해야 한다. 따라서 신뢰의 원칙을 적용하기 위해서는 분업적 임무를 수행하는 각각의 개별 관계자들이 주의 깊은 행위에 대한 신뢰가 있어야 하며 사회적으로 상당한 신뢰가 있어야 한다. 문제는 신뢰의 원칙을 적용함에 있어서 범위를 어떻게 합리적으로 제한하느냐의 문제가 있다. 현재 대규모의 병원에서는 이미 제도화되어 실행하고 있는 분업적인 의료제공에 있어서 적절한 제도적으로 의사의 책임회피를 적절히 통제하고 의료인에 대한 정당한 과실 책임을 묻고, 환자의 건강향상과 생명연장에 어떻게 기여할 것인가가 중요하다. 따라서 신뢰관계를 기대할 수 없는 다음과 같은 특별한 사정이 있는 경우에는 신뢰의 원칙의 적용은 배제된다고 할 수 있다.

첫째, 스스로 주의의무를 위반한 사람에게는 신뢰의 원칙이 적용될 수 없다. 스스로 야기한 위험은 스스로 방지할 책임이 있으므로 신뢰의 원칙을 들어 그 책임을 타인에게 전가해서는 안 되기 때문이다. 신뢰의 원칙은 객관적 주의의무의 한계를 설정해 줄 뿐이며, 타인의 주의를 신뢰하여 행위자 스스로 자신의 주의의무를 위반하여 행위를 해도 좋다는 것을 의미하지 않는다.

둘째, 신뢰의 원칙은 타인의 객관적 주의의무위반에 대해 고도의 개연성이 인식될 수 있는 특별한 사정이 존재하는 경우에는 적용되지 않는다.

24) 심헌섭, 과실범의 연구, 저스티스 제10권 제 1호, 한국법학원(1972), 169쪽, 정성근, 신뢰의 원칙, 고시계(1981), 11,13쪽

셋째, 주의의무가 타인의 행위에 대한 보호·감독 등에 관한 것인 경우에는 감독에 대한 주의의무를 부담하고 있는 감독자에게 신뢰의 원칙은 적용되지 않는다. 그러나 타인의 실수를 막기 위한 지휘·감독책임을 진다는 특별한 사정이 존재하지 않은 경우에는 이 원칙이 적용된다.²⁵⁾

의료는 전문의·전공의·간호사·의료기사 등의 다양한 의료분야의 전문가가 유기적인 업무구조를 갖고 의료 서비스를 제공을 하고 있다. 의료기관이 환자에게 의료서비스를 제공한다는 것 또는 환자가 의사로부터 진료를 받는다는 것은 질병의 치료와 예방을 목적으로 다양한 직역의 의료인과 환자가 상호작용을 하는 일련의 과정이라고 할 수 있다.²⁶⁾ 의료행위가 제공되는 과정에서 의료분쟁이 발생하였을 경우 업무상과실치사상죄²⁷⁾의 형사책임을 결과를 발생시킨 의료인에게만 책임을 귀속시킬지 또는 환자 진료에 관련된 다른 의료인에도 책임을 나누게 할지가 문제가 될 수 있다. 만약 다른 의료인에게 책임을 나누게 된다면 각기 의료인의 주의의무의 한계를 어떻게 정할지 문제가 된다.

의료사고의 상황에 따라서 형사책임을 한계를 명확하게 하기 위해서는 의료 제공을 함에 있어서 각 분야의 의료인의 업무 부담이 어떻게 이루어지고 있는지 파악을 할 필요가 있다. 왜냐하면 업무상 과실치사상죄(형법 제 268조)란 업무상 요구되는 주의의무를 위반하여 구성요건 결과를 실현한 것으로, 분업의 실제에 대한 이해 없이 형사책임을 근거가 되는 주의의무와 이의 위반을 판단하는 것이 곤란하기 때문이다.²⁸⁾ 의료행위는 인간을 대상으로 제공되는 행위임으로 각기 다른 상황에서 의료인의 개인적인 능력, 직책과 권한에 따른 주의의무 부담이 다를 수 있다.

수직적 분업에서의 상위 의료인으로서의 의사의 형사책임을 명확히 하기 위하여 무엇보다도 선행되어야 할 것은 의료분업을 이해하는 것이다. 의료에서의

25) 정현미, 의료과오의 형사법적 책임, 한국형사정책 연구원(1997), 67-68쪽

26) 이상돈, 의료체계와 법, 의약분업, 의료분쟁해결의 법철학적 성찰, 고려대학교 출판부 (2000), 5쪽 “의사와 환자의 만남은 병의 치료라는 목표에 지향된 상호작용이다”

27) 형법 (제 268조)업무상 과실 또는 중대한 과실로 인하여 사람을 사상에 이르게 한 자는 5년이하의 금고 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.

28) 홍가혜, 수직적 의료분업에서의 의사의 주의의무와 형사책임에 관한 연구, 고려대학교 석사논문(2000), 13쪽

분업의 필요성과 위험을 살펴봄으로써 허용된 위험으로서 의료분업에 의의에 대하여 고찰하고, 수평적 분업과 수직적 분업의 구조를 비교·검토해 봄으로써 의료인 간의 업무의 분담이 어떠한 메커니즘에 의하여 이루어지는 알아보도록 하겠다.²⁹⁾

제2절 의료분업의 구조

의료제공에 있어서 각 분야의 전문가들의 상호 협력을 통한 의료를 제공하는 의료의 분업화는 최근 의료의 동향이며 좀 더 세분화 분업화가 되고 있는 추세이다. 단순한 외과수술을 하더라도 환자가 병원을 방문 관련과를 전문의 진단으로 수술이 결정되면 외과의사, 마취과 의사, 수술보조의사, 간호사로 이루어진 팀을 통해서 수술을 이루어지고 수술 후 회복실과 병실을 간호사, 의료기사등과 분업적 의료행위를 제공하게 된다. 의사가 한명이 환자에게 요구되는 모든 진료를 제공할 수 없으므로 의료분업을 통해 전문화된 의료를 제공할 뿐 아니라 환자에게 보다 질 높은 의료를 제공할 수 있다. 그러나 다른 한편 분업적 의료제공 시 의료인들 간에 의료제공에 대한 명확한 임무와 책임구분이 없거나 의사소통이 명확하게 이루어지지 않는다면, 분업적 의료 제공은 환자의 건강과 생명을 위협을 초래할 수 있다. 분업적 의료제공은 수술 시 외과의사와 마취과와 분업적 의료제공 또는 수술 후 발생할 수 있는 문제에 대한 다른 전문분야의 의사와 관계를 구분하는 수평적 의료 분업과 환자가 병원을 방문 진단 시 필요한 의료기사, 수술 중 수술실 간호사, 수술 후 회복실 간호사, 병실 간호사, 전공의 등의 의해서 제공되는 수직적 의료분업으로 구분될 수 있다.

I. 수평적 분업의 구조

수평적 분업이라는 것은 분업에 참가하는 사람들이 지시나 감독의 관계가 존재하지 않고 참가자들 대등한 입장에서 각자 자신의 분업 영역에 대한 독자적인

29) 홍가혜, 수직적 의료분업에서의 의사의 주의의무와 형사책임에 관한 연구, 고려대학교 석사논문(2000), 13쪽

분업영역에 대한 독자적인 의료조치를 취할 수 있는 경우를 말한다. 그 결과 자신이 분담한 의료행위를 의료의 일반원리에 합당하게 수행하는 의사는 다른 의사도 자신의 업무를 주의의무에 합당하게 수행할 것이라고 신뢰하면 충분하고 다른 의사가 주의의무를 위반하여 업무를 수행할 것이라고 예상하고 의료행위를 할 필요는 없다.³⁰⁾ 예컨대 수술시 마취과 전문의는 외과 전문의의 소견과 진단, 의료행위를 신뢰하면 될 것으로 이를 확인해야 할 의무가 없으며, 외과 전문의 역시 마취과 전문의의 의료행위를 신뢰하고 동등한 위치에서 업무를 완수하면 된다.³¹⁾

수평적 분업은 크게 ① 동일병원내의 각기 다른 전문의들, ② 환자의 전원 또는 전의에 의한 다른 병원 의사들 사이의 분업으로 나누어 볼 수 있다. 다만, ①의 경우 전형적인 수평적 분업의 형태로 의료과정이 행해진다고 할 것이나 ②는 경우에 따라 ‘이전의 의사의 진단을 그래도 신뢰할 것인가’가 문제될 수 있는 것으로 완전하게 수평적 분업의 형태라 하기 곤란하다고 할 것이다. 이에 대하여 판례(대법원 1993.7.27. 92도 2345판결)는 전원 되어 온 환자의 기록을 그대로 믿고 수술을 한 결과 초진 의사의 병명과는 달리 자궁 외 임신으로 판명되어 자궁을 적출한 의사에만 상해죄를 인정한 바 있다.³²⁾

수평적 분업은 업무의 분담이 전문성의 차이를 근거로 이루어지는 것으로 신뢰가 배제되거나 의심될 여지가 없는 것으로 다른 의사의 진단과 의료행위를 신뢰할 수 있어야 한다.³³⁾ 필요에 의하여 환자의 병증에 대한 논의가 함께 이루어지기는 하지만 의사들 사이에 서열주의³⁴⁾가 존재하지 않으며 진단과 치료방법에 있어 각 의사의 독립성과 재량성이 완전하게 인정되게 된다.³⁵⁾ 상위 의료인으로

30) 정웅석, 분업적 의료행위에 따른 형사책임관계, 의료법학 제11권 제1호(2010.6), 10쪽

31) 손명세·이인영, 의료소송의 이해, 동림사(2001), 149쪽; 이인영, 의료분업과 신뢰의 원칙, 연세법학연구 제6권 제 1호(1996.6), 201쪽

32) 홍가혜, 수직적 의료분업에서의 의사의 주의의무와 형사책임에 관한 연구, 고려대학교 석사논문(2000), 29쪽

33) 김민중 역, 수평적 분업의료에 있어서의 신뢰와 불신, 의료법학 제11권 제1호, (2010.6), 162쪽

34) 김민중 역, 수평적 분업의료에 있어서의 신뢰와 불신, 의료법학 제11권 제1호, (2010.6) 앞의 책, 161쪽

35) 이상돈, 의료형법 - 의료행위의 법제화의 대화이론-, 법문사(1998), 108쪽

감독 및 주의의무가 필요한 것이 아니라, 수평적 분업은 환자의 생명보호·건강증진을 목적으로 전문분야의 의료인들이 각각의 제공되는 의료행위에 대한 법적책임과 의무가 완전하게 분리되어 있어서 각자 스스로 자기 분야에 대한 의료제공과 그에 따른 책임을 지게 되는 것이다.

II. 수직적 분업의 구조

대등한 관계에서 자기 결정권을 갖고 환자에게 제공되는 의료의 형태가 아니라 상위 의료인이 하위 의료인에게 지시와 감독을 통해서 제공되는 의료형태로 전문의와 수련의, 의사와 간호사의 관계와 같은 수직적 분업의 형태를 말한다.

업무의 구분의 전문성을 근거로 두는 게 아니라 의료 제공에 있어서 업무상 효율성을 높이기 위한 선택으로 상위 의료인이 전문적인 판단에 의해서 하위 의료인이 상위의료인의 지시를 이행하는 것이라 말 할 수 있다. 의사와 간호사 사이의 관계는 채무자와 이행보조자의 관계로 파악하는 경우는 물론이고 수직적인 관계로 파악하는 경우에도 의사는 간호사에게 분담시킨 업무로부터 완전히 해방되는 것은 아니다.³⁶⁾ 수직적 분업에서는 하위 의료인을 상위 의료인이 감독·관리할 의무를 지게 되며, 만약 하위 의료인이 환자에게 위해를 발생시켜 과실에 구성요건적 결과가 발생하였다면 상위 의료인은 하위 의료인 지도·감독 위반 여부를 평가 하게 된다.

III. 수평적 분업과 수직적 분업에서의 주의의무

수평적 분업과 수직적 분업의 형사법적 적용에 있어서 구조적 차이를 보이고 있다. 의료법 제 2조에 의해서 각기 자신의 업무 영역에 대한 규정을 찾아 볼 수 있다. 의료법에 명시된 의료인별 업무의 범위와 한계가 명확하지 않으나 업무의 한계는 존재하고 있다.

1. 수평적 분업에서의 주의의무

36) 이상돈, 의료형법 - 의료행위의 법제화의 대화이론-, 법문사(1998), 114쪽

수평적 분업의 업무의 한계는 각 분야의 독립적이고 전문성을 근거로 의료를 제공하고 있으며 주의·감독의 의무가 아니라 스스로 제공되는 업무에 대한 전문성을 바탕으로 업무를 수행하고 수행된 업무에 대한 결과 발생에 대한 책임은 각자 스스로 지게 되어 있어 자신이 수행한 업무에 대해 주의의무에 합당하게 수행할 것이라는 신뢰하면 충분하고 다른 의사가 주의의무를 위반하여 업무를 수행할 것이라고 예상하고 의료행위를 할 필요는 없다. 즉 과실범에 있어서 객관적 주의의무위반의 제한원리로 신뢰의 원칙을 인정하는 한, 그 객관적 주의의무를 체계상 어느 위치를 설정하건, 객관적주의 의무위반의 제한원리로 작용하는 점에는 차이가 없기 때문이다.³⁷⁾

객관적 주의의무위반이란 행위자가 인식하고 예견 가능하여 회피가 가능하였던 결과를 발생시킨 경우를 말한다. 문제는 수평적 의료분업에 있어서 다른 관여자의 과실행위가 있는 경우에 객관적 주의의무를 어디서 찾을 것인가이다. 그러나 수평적 의료분업일 경우에는 신뢰의 원칙이 적용된다면, 이미 각 의료인 사이에 책임 영역이 분할된다고 볼 수 있으므로 자신의 작위행위에 ‘객관적 주의’가 있었다면 더 이상의 주의의무위반(타인의 치료행위를 감독할 주의의무위반)을 논하는 것은 곤란할 것이다. 왜냐하면 척도인물의 개별화를 통해서 의사라 하더라도 다시 내과전문의, 산부인과 전문의, 마취과 전문의 등으로 개별화된 주의의무를 구체적인 행위영역에 따라 유형화 할 수 있기 때문이다. 결국 수평적 의료분업에 있어서는 진료의무(주의의무)의 분담을 의미하고, 이는 과실의 귀속도 분리된다고 보는 것이 타당할 것이다.³⁸⁾

판례에서도 「의료사고에 있어서 의료종사원의 과실을 인정하기 위하여는 의료조사원이 결과 발생을 예견할 수 있음에도 불구하고 그 결과 발생을 예견하지 못하였고, 그 결과 발생을 회피할 수 있었음에도 불구하고 그 결과 발생을 회피하지 못한 과실을 검토되어야 하며, 의료사고에 있어서 의료 종사원의 과실은 일반적으로 보통인을 표준으로 하여 요구되는 주의의무를 결한 것으로서 여기에서 일반적 보통인이라 함은 추상적인 일반인이 아니라 그와 같은 업무와 직무에 종사하는 사람을 뜻하는 것이므로, 결국 이와 같은 사람이라면 보통 누구나 할 수

37) 정웅석, 분업적 의료행위에 따른 형사책임관계. 의료법학 제11권 제1호(2010.6), 408쪽

38) 정웅석, 분업적 의료행위에 따른 형사책임관계. 의료법학 제11권 제1호(2010.6), 409쪽

있는 주의의 정도를 표준으로 하여 과실 유무를 논하여야 하며 이에 는 사고당시의 일반적인 의학의 수준과 진료환경 및 조건, 의료행위의 특수성 등이 고려되어야한다³⁹⁾」거나 「내과 전문의가 기관지 폐렴환자로 진단한 환자에 대하여 그 요법으로 일반적으로 통용되고 있는 “엠포시린”주사액을 피부반응 검사를 거쳐 음성인 경우에 한하여 그 주사액을 시주케 한 행위에는 내과전문의로서의 과실이 있다고 보기 어렵다」⁴⁰⁾고 보다가, 그 이후 「인간의 생명과 건강을 담당하는 의사에게는 그 업무의 성질에 비추어 보아 위험방지를 위하여 필요한 최선의 주의의무가 요구되고, 따라서 의사로서는 환자의 상태에 충분히 주의하고 진료 당시의 의학적 지식에 입각하여 그 치료방법의 효과와 부작용 등 모든 사정을 고려하여 최선의 주의를 기울여 그 치료를 실시하여야 하며, 이러한 주의의무의 기준은 진료당시의 이른바 임상의학의 실천에 의한 의료수준에 의하여 결정되어야 하나, 그 의료수준은 규범적으로 요구되는 수준으로 파악되어야 하고, 당해 의사나 의료기관의 구체적 상황에 따라 고려되어서는 안 된다」⁴¹⁾고 하면서, 「의사가 진찰·치료 등의 의료행위를 함에 있어서는 사람의 생명·신체·건강을 관리하기 위하여 요구되는 최선의 조치를 취하여야 할 주의의무가 있고, 의사의 이와 같은 주의의무는 의료행위를 할 당시 의료기관 등 임상의학 분야에서 실천되고 있는 의료행위의 수준을 기준으로 삼되, 그 의료수준은 통상의 의사에게 의료 행위 당시 일반적으로 알려져 있고 또 시인되고 있는 이른바 의학상식을 뜻하므로 진료환경 및 조건, 의료행위의 특수성 등을 고려하여 규범적인 수준으로 파악되어야 한다」⁴²⁾고 판시하여, 당해 의사의 구체적인 의료수준이 아닌 일반적으로 의사들이 가지고 있어야 하는 것으로 요구되는 규범적 의료수준을 기준으로 판단하여야 하며, 여기에 진료환경 및 조건, 의료행위의 특수성 등도 함께 고려되어야 한다고 보고 있다.⁴³⁾

수평적 분업에서는 주의의무 한계를 규정하는 것이 문제가 되는데 환자 치료에

39) 대법원 1987.1.20 선고 86다카 1469판결

40) 대법원 1984.6.12. 선고 82도 3199판결

41) 대법원 1997.2.11. 선고 96다 5933판결

42) 대법원 1998.7.24. 선고 98다 12270판결; 대법원 2017.7.24. 선고 2013도 16101판결

43) 박영호, 의료소송에 있어서 주의의무 위반여부 판정기준, 사법논집 제 32집, 법원 도서관(2004.6), 506쪽

있어서 한 병원에 여러 의사가 관여하는 경우 또는 다른 병원 의사가 관여하는 경우로 구분되며, 병원의 전문 과목, 진료수준, 의사의 위계질서 등으로 나누어 볼 수 있다.

(1) 같은 병원 의사와의 관계

의료의 세분화 전문화로 대형병원에서는 각기 독립된 전문분야 의사가 독립적으로 의료를 제공하고 있어 특별한 사정이 없는 한 각기 전문분야에 대해서 지시나 감독을 할 수 없다. 각각의 전문분야에 대한 상호 신뢰의 원칙이 적용된다고 할 것이다. 판례에서도 내과의사가 신경과 전문의에 대한 협의진료 결과 피해자의 증세와 관련하여 신경과 영역에서 이상이 없다는 회신을 받았고, 그 회신 전후의 진료경과에 비추어 그 회신 내용에 의문을 품을 만한 사정이 있다고 보이지 않자 그 회신을 신뢰하여 뇌혈관 계통의 질환의 가능성을 염두에 두지 않고 내과영역의 진료 행위를 계속하다가 피해자의 증세가 호전되기에 이르자 퇴원하도록 조치한 경우, 피해자의 지주막하 출혈을 발견하지 못한 데 대하여 내과의사의 업무상 과실이 있었다고 단정하기 어렵다.⁴⁴⁾ 고 적극적인 협진에 대해 판시한 바 있다.

내과의사와 신경외과 의사는 수평적 분업행위에 해당한다. 특별한 사정이 있지 않은 한 서로의 전문성의 영역을 존중해주고 지도·감독할 주의의무를 갖지 않는다. 문제는 소극적인 협진의 문제이다. 사랑니 발치 후 패혈증 사건 판례에서⁴⁵⁾ 소극적 협진의 과실을 문제 삼은 반면, 대법원은 「루드비히안기나에 대한 치료는 구강악안면외과를 제외한 타과에서는 치료가 거의 불가능한 질환이기 때문에 환자의 상태가 전신적으로 악화되기 전까지는 일반적으로 구강악안면외과에서 단독으로 치료하는 것이 대학병원 일반적인 관례이므로, 피고인이 원심이 인정한 바와 같은 단순환 대진의뢰 등 소극적 협진마저도 그 시기가 적절치 않았는지 여부와 이에 그치지 않고 내과로 전과하는 등 적극적 협진을 하였다면 그 치료 방법이 어떻게 달라져서 피해자의 생명을 구할 수 있는지 여부가 심리되어야 할

44) 대법원 2003.1.10 선고 2001도 3292판결

45) 대법원 1996.11.8. 선고 95도 2710판결

것이다。」라고 판시하여 소극적 협진으로 인한 주의의무 관련을 검토하고 있다. 적극적인 협진 이건 소극적 협진이건 이에 따른 담당의사의 진료상의 주의의무 위반이 문제되는 것이므로 인과관계의 책임제한적 기능을 고려한다면 협진의 적절성과 사망사이의 인과관계를 성급하게 결부시켜 형사 관계 과실범으로 판단하는 것은 인과관계의 지나친 확대로 보인다. 왜냐하면 과실적작위범이건 과실적진정부작위범이건 전자의 경우에 협진행위 자체로부터 위험원을 금지된 것으로 변화시켰다고 볼 수 없으며, 후자의 경우도 특별한 사정이 없는 한, 예방조치의 미실행이 허용된 위험의 범위를 넘어서게 했는지, 그리고 이러한 이미 허용되지 않게 된 위험이 직접적으로 사망의 결과를 실제로 초래했는지에 대해서 확실성에 가까운 개연성을 인정할 수 없기 때문이다. 46)

(2) 다른 병원과의 의사 관계

다른 병원 의사들 사이에서 진료가 행해지는 이른바 전의나 전원의 경우에는 원칙적으로 먼저 진료한 의사로부터 진료관계 기록을 넘겨받거나 문의하여 이상 증세라든지 병력, 기왕증 등을 확인할 의무가 나중 의사에게 있다.⁴⁷⁾ 그리고 진료로 인하여 법익침해가 발생할 때에는 우선 전공과목이 다른 병원이나 의사들 사이인 경우는 이른바 수평적 관계로서 신뢰의 원칙이 적용되어 과실 책임이 부정된다.⁴⁸⁾고 보아야 하지만, 그들 병원의 의료진이나 진료시설의 규모, 수준 등에

46) 정웅석, 분업적 의료행위에 따른 형사책임관계, 의료법학 제11권 제1호(2010.6), 413쪽

47) 정영일, 분업적 의료행위에 있어서 형법상 과실책임, 형사판례연구 6권(2004), 55쪽

48) 대법원 2011.7.14. 선고 2009다 695416판결

“甲 대학병원에서 환자 乙에 대한 유방조직 검사결과를 시행하여 암의 확정 진단을 하였는데, 乙 이 丙 대학병원에 전원하면서 甲 병원의 조직검사 결과를 기재한 조직검사 결과지를 제출하여 丙 대학병원에서 유방절제술을 받았으나, 조양조직검사 결과 암세포가 검출되지 않았고 이에 甲 병원에서 乙의 조직검사 슬라이드 등을 각 대출받아 암세포 검출 여부를 재확인하는 과정에서 甲 병원 병리과 의료진이 조직검사 슬라이드를 만들면서 다른 환자의 조직검체에 乙의 라벨을 부착한 것이 밝혀진 사안에서, 丙 병원의 의사에게 甲 병원의 조직검사 슬라이드 제작과정에서 조직검체가 뒤바뀔 가능성 등 매우 이례적인 상황에 대비하여 乙 로부터 새로이 조직을 채취하여 재검사를 실시하거나 甲 병원에서 파라핀 블록을 대출받아 조직검사 슬라이드를 다시 만들어 재검사를 시행한 이후

따라 이른바 수직적 관계에 해당시켜 나중의 큰 병원의 책임을 인정해야 할 경우도 있을 것이다. 왜냐하면 일반의나 개인병원이 환자를 상급병원으로 전원 시키는 것은 자신의 의학수준 및 의료기술, 진료시설 등을 고려하여 환자로 하여금 적절한 진료를 받게 하려는 것이므로⁴⁹⁾ 전문의나 상급병원은 인수한 환자에 대하여 독자적으로 검사 및 진단을 하고 판단하여야 할 의무가 있다고 보아야 하기 때문이다.⁵⁰⁾ 동시에 전문 이외의 지역적 사정 등에 의해 수준에 부합하는 진료를 행할 수 없는 경우에도 필요한 응급조치를 한 뒤 전문의 진료를 받을 수 있도록 권고할 의무가 있으며, 혹은 설비가 갖추어진 병원으로 적기에 환자를 전송할 의무가 있다고 할 것이다. ⁵¹⁾ 비전문의가 전문의 계통의 진료를 행할 때에는 전문의가 할 주의의무가 기준이 된다. 따라서 비전문의는 전문의로서의 진료에 자신이 없을 때에는 특별한 사정(긴급성, 지역의 원거리 등)이 없는 한 전문의에게 이송할 의무가 있다.⁵²⁾

2. 수직적 분업에서의 주의의무

수직적 의료분업에서는 상위 의료인이 하위 의료인을 지도·감독 하는 관계로 신뢰의 원칙이 적용될 수 있는지 문제가 될 수 있다. 수직적 분업이 인정되더라도, 하위 종사자가 과실을 결과를 발생시킨 경우, 상위 의료인이 의사의 형사책임을 배제시키는 어려울 수 있다. 왜냐하면 상위 의료인은 하위 의료인에 대한 지도·

에 유방절제술을 시행할 주의의무까지 있다고 보기는 어렵다.”

49) 대법원 1998.2.27 선고 97다 38442 판결

“의사에게는 만일 당해 의료기관의 설비 및 지리적 요건 기타 여러 가지 사정으로 인하여 진단에 필요한 검사를 실시할 수 없는 경우에는 특단의 사정이 없는 한 당해 환자로 하여금 그 검사를 받을 수 있도록 해당 의료기관에 전원을 권고한 의무가 있다.”

50) 전병남, 의료분업과 신뢰의 원칙, 대한의료법학 제 4권(2003.4), 제 143-144쪽

51) 대법원 1967.8.29. 선고 66도 1197판결

“임신중절을 위한 소파수술을 하였으나 자궁내에서 아무런 내용물이 나오지 않았다면 산부인과 전문의인 피고인으로서 자궁임신이 아닌가 하는 판단을 내려 자궁외 임신여부를 세밀히 진찰하던가 피고인으로서 그 진찰에 자신이 없다면 의료시설이 완비된 종합병원의 진찰을 권유할 업무상 주의의무가 있다고 할 것이다.”

52) 정웅석, 분업적 의료행위에 따른 형사책임관계, 의료법학 제11권 제1호(2010.6), 417쪽

감독을 하는 위험원 관리의무가 부과되기 때문이다.

위험원 관리의무는 의료가 제공되는 동안 내내 언제나 현실적으로 이행하여야 하는 의무는 아니다. 다만 전문성의 확신이 없어 신뢰가 허용될 수 있는 것으로 업무가 하위 의료인에게 위임되더라도 상위 의료인 주의 감독의 의무가 발생하게 되는 것이다. 간호사의 과실로 인하여 환자의 위해가 발생하였다면 과실의 책임 간호사에게 있는 것이고, 상위 의료인으로서 의사는 주의의무 위반에 대한 형사 책임만을 인정 될 수 있다. 의료의 그 특수성으로 인하여 분업구조를 단순화시키기 어렵다. 때문에 수직적 분업·수평적 분업이라는 형식 분류만을 기준으로 적절한 형사책임의 분배가 이루어질 수 없게 된다. 다만 분업의 구조를 형식적으로 비교·검토해 봄으로써 수직적 분업에서 업무의 분담이 어떠한 메커니즘에 의하여 이루어지는가를 알아보는데 의의가 있다고 할 것이다. 그러므로 사안에서 법적 책임을 논함에 있어서는 분업이 실제로 어떠한 모습으로 이루어지고 있는가를 확인해야 필요가 있다.⁵³⁾

(1) 주치의와 전공의와의 관계

보건복지부장관의 지정을 받아 전문의 자격을 취득하기 위해서 의과대학 기타 의료기관에서는 인턴과 레지턴트 전공의를 수련시킨다. 수련기관 소속의 전공의는 주치와 수직적 관계로 주치의는 전공의에 대한 지휘, 감독의 책임이 부과된다.⁵⁴⁾ 만약 전공의가 주치의 처치와 처방을 신뢰하였을 경우에는 신뢰의 원칙이 적용될 수 있다.

【대법원 1997.8.22. 선고, 96다 43164판결】

53) 홍가혜, 수직적 의료분업에서의 의사의 주의의무와 형사책임에 관한 연구, 고려대학교 석사논문(2000), 32쪽

54) 대법원 1989.5.9 88다카 21296판결

“전공의들은 병원 경영자에 대하여 그 교과과정에서 정한 환자진료 등 수련을 거치는 피교육자적 지위에 함께 병원에서 정한 진료계획에 따라 근로를 제공하고 그 대가로 임금을 지급받는 근로자로서 지위를 아울러 가지고 있고, 또 한 이들은 병원측의 지휘감독 아래 노무를 제공하므로 병원 경영자와의 사이는 실질적인 사용 존속관계가 있다”

양수과다증으로 인한 호흡곤란으로 판명되어 입원 유도분만을 통해 태아(식도협착, 무위, 항문폐쇄 등의 복합선천성 기형아를 분만시키고, 태반이 자연만출되지 않아 태반유착으로 판단하고 태반을 손으로 제거하는 용수박리를 시행하고 이어서 태반결손이 확인되자 같은날 자궁내강 소파술을 시행하여 잔류태반을 제거한 후(일부는 자궁 내 깊이 박혀 있는 감입태반 상태로서 이를 완전히 제거하지 못하였다) 마취가 완전히 깨어나지 않았으나 자극에 반응을 보이고 질 출혈이 없는 등 괜찮아 보이자 분만시술에 같이 참여한 수련의등에게 양수과다로 인한 이완성 자궁출혈, 양수색전증, 유착태반으로 인한 출혈, 감염의 가능성을 설명한 후 그 상태를 관찰한 후 항생제, 자궁수축제를 투여하라는 지시만하고 산모를 분만실에 둔 채 바로 퇴근한 경우, 담당의사에게는 환자가 신속하고 적절한 조치를 받지 못함으로써 사망에 이르게 한 과실이 인정된다.

(2) 의사와 간호사간의 관계

의료법 2조 5항에 따르면 간호사 임무는 의사, 치과의사, 한의사 지도하에 시행하는 진료의 보조의 임무가 있다. 대법원 1998.2.27. 선고 97도 2812 판결에서 “의사는 전문적 보호하는 것을 업으로 하는 자로서, 그 의료행위를 시술하는 기회에 환자에게 위해가 미치는 것을 방지하기 위하여 최선의 조치를 취할 의무를 지고 있고, 간호사로 하여금 의료행위에 관여하게 하는 경우에도 그 의료행위는 의사의 책임하에 이루어지는 것이고 간호사는 그 보조자에 불과하므로, 의사는 당해 의료행위가 환자에게 위해가 미칠 위험 있는 이상 간호사가 과오를 범하지 않도록 충분히 지도·감독을 하여 사고의 발생을 미연에 방지하여야 할 주의의무가 있고, 이를 소홀히 한 채 만연히 간호사를 신뢰하여 간호사에게 당해 의료행위를 일임함으로써 간호사의 과오로 환자에게 위해가 발생하였다면 의사는 그에 대한 과실 책임을 면할 수 없다” 판시함으로써, 의사와 간호사간에 신뢰의 원칙이 적용되지 않는다는 점을 명백히 하였다.

【대법원 2009.12.24. 선고 2005도 8980판결】

의사들의 주의의무 위반과 처방체계상의 문제점으로 인하여 수술 후 회복과정에 있는 환자에게 인공호흡 준비를 갖추지 않은 상태에서는 사용할 수 없는 약제가 잘못 처방되었고, 종합병원 간호사로서 환자에 대한 투약 과정 및 그 이후의 경과 관찰 등의 직무수행을 위하여 처방 약제의 기본적인 약효나 부작용 및 주사 투약에 다루는 주의사항 등을 미리 확인·숙지하였다면, 과실로 처방된 것임을 알 수 있었음에도 그대로 주사하여 환자가 의식불명 상태에 이르게 된 사안에서 간호사에게 업무상 과실 치상의 형사책임을 인정하였다.

의료기관에서의 최우선의 목표의 환자의 생명연장과 건강회복에 있다. 이는 병원에서 의료 분업보다 우선 고려되어야 할 최우선 순위이다. 의약품 부작용에 대하여 설명하고 이를 교육시킴으로서 환자의安危을 우선 배려해야하며 이는 약물 설명서 주의사항 기재되어 있다는 것만으로 불충분하다고 하였다.⁵⁵⁾

형사책임을 엄격한 의미에서 개별 책무를 진다고 할 수 있다. 따라서 의사와 간호사의 수직적 의료분업은 간호사에게 위임될 수 있는 업무이어야 수직적 분업이 인정된다고 할 수 있다. 주사처방은 통상적으로 의사의 지시에 따라 간호사에게 위임되는 의료행위로 특별한 사건이 없는 한 완전한 신뢰의 원칙으로 의사의 지시·감독이 필요 없다.

민사책임과 형사책임은 결합 형태에서 출발하여 근대에 이르러 양자간의 분화가 이루어졌다. 분화의 가장 큰 원인은 양자간의 기능상의 차이가 중요한 이유라고 생각된다.⁵⁶⁾ 즉 민사책임은 “ 발생한 손해의 공평, 타당한 분배 혹은 분담”⁵⁷⁾을

55) 대법원 2005.4.29. 선고 2004.다 64067판결

“ 시각이상 등 그 복용과정에 전형적으로 나타나는 중대한 부작용을 초래할 우려가 있는 약품을 투여함에 있어서 그러한 부작용의 발생 가능성 및 그 경우 증상의 악화를 막거나 원상으로 회복시키는데 필요한 조치사항에 관하여 환자에게 고지하여 이를 설명, 지도할 의무가 있고, 그 설명정도는 약품설명서에 주의사항에 기재되어 있다는 것만으로 불충분하고 환자의 부작용 증세를 자각하는 즉시 복용을 중단하고 보건소에 나와 상담하는 조치를 취할 수 있도록 구체적으로 이루어져한다.”

56) 민사책임과 형사책임의 분화원인은 크게 ① 상이한 책임인정 조건, ② 입증책임의 차이, ③ 양제도의 상이한 목표, ④ 소송성격의 차이 등에서 구하고 있다.- 박상기, 의료사고에서의 과실인정의 조건, 형사정책연구, 제 10권 제 1호(1999), 제 49-50쪽

주목적으로 하지만, 형사책임은 행위자 개인이 지킬 수 있고 또 지켜야 할 마땅한 생활세계의 기초규범을 유지하기 위해 제재적으로 부과되는 것이다. 따라서 민사상의 책임과 형사책임은 상호보완적이거나 의존적이 아니라 상호 독립적·무관계적인 특징을 나타낸다. 그러므로 민사책임에 적용되는 귀속원리를 형사책임의 귀속에 그대로 적용하여서는 안 된다.⁵⁸⁾

엄격한 의미에서 형사책임은 행위자 개인의 책임, 즉 개별책임이다. 이에 따라 이행보조자의 과실은 비록 채무불이행이라는 민사법적 책임의 귀속에서는 채무자의 과실로 인정될 수 있지만, 형사책임에 귀속에서는 오직 그 이행 보조자의 과실로 남을 뿐이다. 이행보조자의 과실행위는 채무자가 비록 이행 행위를 지시할 수 있지만 그 구체적인 이행과정에서 마치 자기의 행위처럼 지배 조정할 수는 없기 때문이다.⁵⁹⁾ 따라서 채무자와 이행보조자의 형사책임은 민사책임과 달리 각자가 부담하는 주의의무 내용과 그 위반 내용을 검토하여 따로따로 판단되어야 한다.⁶⁰⁾

제3절 의료분업의 신뢰의 원칙 적용의 검토

신뢰의 원칙은 공동으로 위험한 작업을 하는 자 상호 간에는 위험방지조치를 함에 있어서 특히 반대의 사정의 존재가 용이하게 인식될 수 있는 경우를 제외하고 동료내지 공동작업자 각자가 부담하고 있는 영역에 있어서 상당한 위험방지조치를 취하고 있다는 것을 신뢰하여, 각자가 맡은 영역에서 합리적으로 요청되는 위험방지조치를 행하면 주의의무를 다했던 것으로 된다는 취지에서 다수의 관여자를 수반하는 영역에서 과실 책임의 합리적 분배를 논하는 경우에 적용되어 온 것이다. 즉 신뢰의 원칙은 사회적으로 유익한 활동을 함에 있어서 그것이 자칫 잘못되면 공공의 이익에 중대한 위험을 미칠 가능성이 있다고 하는 경우 그

57) 대법원 1995.12.5. 선고 94다 57701판결

58) 전지연, 의료사고에서 의료인의 역할분담에 따른 형사법적 책임에 관한 연구, 한림법학 FORUM 제 9권(2001.12), 14쪽

59) 이상돈, 의료형법 - 의료행위의 법제화의 대화이론-, 법문사(1998), 109쪽

60) 전지연, 의료사고에서 의료인의 역할분담에 따른 형사법적 책임에 관한 연구, 한림법학 FORUM 제 9권(2001.12), 14쪽

위험행위 관계자에게 과중한 주의의무를 요구하게 되면 유익한 행위를 형벌에 의해 금지하는 결과가 될 뿐 아니라 사실상 결과 책임주의에 빠질 수 있음을 고려하여, 어느 정도의 위험을 무릅쓰고 행위하는 것을 허용함과 동시에 그것에 수반되는 결과방지를 위한 부담을 행위자뿐만 아니라 관여자에게 합리적인 범위로 분산한다는 사고에 기하여 고안된 것이라 할 수 있다.⁶¹⁾

‘신뢰의 원칙(Vertrauensgrundsatz)’이란 다른 사람과의 상호작용이 이루어짐에 있어 행위자에게 요구되는 행위규범을 준수하는 한, 그 상대방도 그 행위규범을 준수하여 행위 할 것으로 신뢰할 수 있다는 것으로, 이에 의하면 상대방이 행위규범을 준수할 것이라는 신뢰로 족하고 행위규범을 위반하여 행동할 것을 예견하고 그에 대한 방어조치까지 취할 의무는 없다고 한다. “이러한 명제는 인간의 원칙적인 행동의 자유를 전제로 하고 그 행동의 자유를 수행함으로써 얻어지는 사회적 유익과 그 행동의 자유에 수반되는 불가피한 위험 사이의 가치형량에서 도출된 낙관적인 결론에 해당 한다”⁶²⁾ 고 한다.

신뢰의 원칙은 1935년 독일제국법원판결에서 시작된 법리로 형법에 그 근거가 있지는 않으나 우리 대법원은 1957년 처음 기관조수견습생의 과실로 인한 사고에 신뢰의 원칙을 적용하여 기관사에 업무상과실치사상죄의 책임을 부정한 이후 분업의 원리가 작동하는 다양한 영역에 그 적용을 확대하고 있다. 도로교통에서 형성된 신뢰원칙은 도로에서 교통규칙을 준수하는 운전자는 다른 차량이나 보행자가 규칙을 준수할 것을 신뢰해도 좋고 특별한 사정이 없는 한 다른 교통참여자도 교통규칙을 위반하여 행위 할 것에 대비하여 조치를 취할 의무가 없다는 것이다.⁶³⁾ 예를 들어 서울시 소재 잠수교 노상은 자전거의 출입이 금지된 곳이므로 자동차의 운전수로서는 거기에 자전거를 탄 피해자가 갑자기 차도상에 나타나리라고는 예견할 수 없는⁶⁴⁾ 것으로 이를 대비할 조치를 취해야 할 의무는 없다

그런데 교통사고에서 과실 책임을 규정하기 위한 신뢰의 원칙을 분업적 의료행

61) 천진호, 분업적 의료영역에 있어 신뢰의 원칙의 적용, 전남대학교 법학연구소 (2015), 89쪽

62) 김일수, 한국형법Ⅱ, 박영사(1993). 486-487쪽

63) 배종대, 형법총론 체 9전정판, 홍문사(2008), 677-678쪽, 이재상, 형법총론, 박영사(2008), 190-191쪽

64) 대법원 1980.8.12. 선고 80도 1446판결

위에 그대로 적용할 수는 없다. 왜냐하면 교통사고영역에서 적용되는 신뢰의 원칙은 교통사고의 결과 발생한 교통사고 관련자에게 발생하는 것을 기본 전제로 하지만 분업적 의료행위에 있어서는 신뢰의 원칙에 적용은 의료인이 아닌 환자에게 발생하는 생명과 건강에 위협을 발생시킬 수 있는 행위임으로 그 적용에 있어서 조건과 범위가 교통사고에 과실 책임과는 다른 측면에 논의가 필요하다.

의료기관 간 전원에 수반된 의료사고나 의료인들 간의 협업에 따른 의료과실 책임과 관련하여 ‘다른 의료인의 적정한 의료행위를 신뢰한 의사의 경우에는 결과 발생에 대한 예견가능성이 없다’는 취지로 해석하고 있다.⁶⁵⁾ 판례에⁶⁶⁾ 의하면 문제되는 사안에 따라 구체적인 내용이 명확하게 규정되어야 함에도, 예견가능성 판단 기준이 추상적인 모호성을 가지고 있을 뿐 아니라 결과발생의 예측방법과 경험이 축적되어 있지 아니한 영역의 경우에는 결과발생의 예견가능성을 확정 지운다는 것이 대단히 어려울 수밖에 없다.⁶⁷⁾

현대의학이 고도의 전문화와 분업화를 전제로 의료인들 사이에서도 신뢰가 전제되지 않는다면 의료가 효율적으로 제공되기 어렵다. 각기 의료인간의 상호신뢰를 바탕으로 의료제공이 진행 되어야 만이 환자의 생명유지 및 건강증진에 기여할 수 있다.

의료분업은 신뢰가 전제되어 있음으로 다른 의료인들이 각자가 맡은 임무를 잘못 없이 잘 수행한다면 만일에 경우를 대비할 의무는 없어진다. 만약 이런 신뢰가 법에 의해서 보호가 되지 않는다면 의료에서의 분업은 불가능해 질 것이다. “의료의 본질은 치료를 목적으로 하는 의사와 환자간의 만남으로” 치료는 이러한

65) 천진호, 분업적 의료영역에 있어 신뢰의 원칙의 적용, 전남대학교 법학연구소 (2015), 90쪽

66) 대법원 2007.9.20. 선고 20026도 294판결

“야간당직 간호사가 담당환자의 심근경색 증상을 담당의사에게 제대로 보고하지 않음으로써 당직의사가 필요한 조한 조치를 못한 채 환자가 사망한 경우, 병원의 야간당직 운영체계상 당직간호사에게 환자의 사망을 예견하거나 회피하지 못한 업무상 과실이 있다. 그러나 당직의사의 경우 제반사정에 비추어 볼 때 통상의 능력을 갖춘 의사로서 심근경색 또는 폐혈증의 결과발생을 예견하고 이를 회피할 수 있었음에도 그러한 주의의무를 게을리하였다고 단정하기 어렵다”」

67) 안동준, 과실범의 불법요소로서 객관적 주의의무, 법학논총 제 34집 제 2호, 전남대학교 법학연구소.(2014,8), 269쪽, 271쪽

만남이 상호신뢰를 바탕으로 한 협동적 과정일 때 가장 성공적이고 또 극대화 될 수 있다“.⁶⁸⁾

과거에는 의료 제공하는 전 과정을 의사 혼자 완전한 통제를 하면서 가능했지만 오늘날은 의료의 전문화 세분화로 공동의 목적을 가지고 다수의 의료인이 각기 맡은 바 임무를 수행하고 이를 통한 환자의 질병치유, 건강을 유지 발전시키는 공동의 목표를 수행하고 있다. 즉 환자의 진료과정을 분담하고 있는 각각의 의료인들 간의 신뢰가 전제되어야 한다. 분업에서 신뢰란 구성원 모두가 공동의 목표를 달성하기 위해서 각자에게 주어진 업무를 완수하는 동시에 기대되는 주의 의무를 다할 것이라는 의미한다.

만약 분업에서 전제된 신뢰를 부인하거나 일방적인 신뢰만을 인정하게 된다면 각 분야의 유기적인 관계가 깨지게 되고 결국은 공동의 목적을 달성하지 될 것이다. 그 결과 행위자는 자신이 담당하고 있는 본래의 업무를 함에 있어 본인에 요구되는 주의뿐만 아니라 팀을 구성하고 있는 다른 행위자의 모든 행위에 경계를 두고 불필요한 확인을 반복하여 통제를 시도하게 된다.⁶⁹⁾ 결과적으로 의료의 효율성이 높이기 위해 구성된 의료분업의 구조는 깨지게 될 것이다. 예를 들어, 간호사에게 활력증상을 4시간마다 확인하라고 지시한 의사가 간호사가 지시 내용을 이행하는 것을 의심한 나머지 환자 곁을 떠나지 못하고 계속적으로 환자의 상태를 관찰하고 있다면 다른 환자진료나 검사가 원활하게 이루어지지 못하는 결과를 초래하게 될 것이다. 즉 신뢰가 부정됨으로써 공동의 목표 달성에 실패하거나 의료제공 후 기대되었던 긍정적인 결과에 반하는 결과를 초래함으로써 분업의 무의미해 질 수 있다.

상호 신뢰의 원칙은 신뢰가 완전하며, 상호 동일한 수준에서 인정될 수 있는지가 문제이다. 의료는 인간을 대상으로 고도의 전문지식과 숙련된 기술이 필요한 영역으로 위해 발생 시 생명과 직결되는 위험이 있다. 그러므로 신뢰는 국가에서 인정된 면허의 범위 내에서 허용될 수 있다.(의료법 제 5조, 6조, 7조) 개인별 지식과 기술의 수준차가 존재함으로 면허를 근거로 한 신뢰 한계를 설정할 수밖에 없다. 더불어 질병의 종류, 환자의 상태, 의료 환경 등에 따라 신뢰가 감소하거나

68) 이상돈·김나경, 의료법 강의 제 1판 법문사(2009), 7쪽

69) 이상돈, 의료형법 - 의료행위의 법제화의 대화이론-, 법문사(1998), 116쪽

증가될 수 있다. 감소된 신뢰는 결국 상위 의료인의 감독과 통제가 필요하다. 부주의함이나 업무태만으로 신뢰가 완전히 깨진 상태라면 철저한 감독과 통제가 이루어져야 하지만, 그렇지 않고 어느 정도 신뢰가 확보된 상태라면 부분적 감독과 통제가 이루어져야 한다. 분업에 의한 의료 결과가 환자의 생명과 직결되는 문제임으로 감독과 통제는 적절하게 이루어져야 한다. 환자의 위해가 가는 신뢰의 원칙을 적용함에 있어서는 매우 신중해야한다. 환자의 법익 보호를 위해서는 신뢰가 감소되었을 경우에는 그에 따르는 감독과 통제를 통해서 환자의 법익을 보호해야하며 만약 환자에게 구성요건적 결과가 실현되었을 때에 이를 위반이 있었다면 형사책임이 물어질 것이다.

신뢰는 의료분업에서 있어서 의료의 제공을 가능케 하는 계기가 될 뿐만 아니라 상당성 결여된 신뢰에 있어서 발생될 수 있는 의료사고의 위험을 통제하는 역할을 하여 과실 발생 시 객관적 주의의무의 제한원리로서 해석의 근거가 되고 있다.

의료분업에서 신뢰의 원칙의 적용되기 위해서는 각각의 의료 제공자가 다른 제공자의 의료제공에 대한 신뢰가 있어야 하며, 그 적용 범위는 사회적 상당성에 따른 개별적 판단이 되어야 하며 신뢰의 원칙을 적용하는 한계가 합리적이여 한다. 신뢰의 원칙을 적용함에 있어서 의료인의 정당한 과실을 찾아내고, 의료를 제공받는 환자에게는 건강과 생명연장을 할 수 있도록 해야한다.

I. 수평적 분업의 신뢰의 원칙의 적용

지도·감독의 의무가 없는 수평적 분업에서는 상호간의 완전한 신뢰의 원칙이 적용된다는 것이 판례의⁷⁰⁾ 입장이다. 수평적 분업구조에서 의료사고가 발생하였을

70) 대법원 1970.2.6. 선고 69도 2190판결 - 전문의 초빙 사건

“산부인과 전문의인 피고인이 담당의사 초빙을 받고 동인의 처리 중인 임부에게 감자 분만 수술을 마치고 약 3시간동안 수술결과를 세심하게 감사하다가 수술 후 다른 증세가 없으므로 혹시 분만수술시의 자궁구의 열상에서 오는 출혈에 대비 조치할 것까지는 담당의사에게 지시하고 임부를 인계한 이상 그 후의 환자에 대한 관리와 조치의 책임은 담당의사에게 있는 것이고, 일단 그 자리를 물러난 피고인에게 담당의사의 과실로 환자에게 발생한 결과에 대한 과실 책임이 있다고 볼 수 없다”고 판시하였다.

때 신뢰의 원칙을 적용하였다는 것을 대법원에서는 명시적으로 나타내지는 않았지만, 비뇨기와 수술 지원 요청 사건에서 의사 갑이 결석을 제거하고 난 노관의 협착 부위를 절단하여 방광 측부에 이식하는 수술을 하고 다른 의사가 봉합수술을 하는 과정에서 이형수술의 부작용으로 환자가 사망한 사건에서 갑의 행위는 이식 작업을 마치고 나옴으로써 종료된 것이고 이형수술에 대한 과실 책임을 질 수 없다고 판시하였다.⁷¹⁾

각기 자기 전문분야에서 진료를 제공하는 과정에서 공동 작업을 수행할 경우 상호 전문성과 독립성을 바탕으로 상호간의 신뢰가 인정되는 것이다. 이런 신뢰는 의료인이 가지고 있는 면허증에 의해서 자격이 인정되며 지도·감독이 요구되지 않는다.

수평적 분업에서는 자기 전문분야에서 업무를 엄격하게 구분하고 있음으로 제공한 의료가 자신의 전문영역에서 업무를 제공하고 그에 따른 주의의무를 다 하였다면 다른 분야 전문가의 과실로 인한 결과에 대해서 공동책임을 질 필요가 없다. 공동으로 진료를 제공하는 수평적 의료분업에서 다른 전문 의료인이 제공한 의료에 대해서 예외적인 상황이 없다면 다른 전문가의 주의의무 위반에 대한 의료제공에 대한 것을 대비하여야 할 의무는 없다. 수평적 분업에서는 업무의 분담에 따라 주의의무가 완전히 분리되며 신뢰의 원칙은 자신이 제공한 의료행위에 대해서만 적용하면 될 것이고 만약 환자에 대해서 위해가 발생하였다면 위해 여부를 검토하여 형사책임 여부를 판단하면 된다.

II. 수직적 분업의 신뢰의 원칙의 적용

의사와 간호사 경우 상위 의료인과 하위 의료인의 수직적 분업에서는 신뢰의 원칙이 적용됨에 있어서 부정설과 긍정설이 견해가 있다. 수직적 분업에서 업무를 수행하는 하위 의료인의 경우 전문성이 완전히 확보된 상태가 신뢰의 원칙이 독립적으로 완전하게 적용되기는 어렵다. 최근에 분업의 범위가 점차 넓어지고 있어 하위 의료인의 의료제공에 있어서 상위 의료인의 형사책임을 판단 시 신뢰의 원칙이 한계의 적용여부를 판단하여 한다. 상위 의료인과 하위의료인의 신뢰

71) 대법원 1970.1.27. 선고 67다 2829판결

원칙 적용의 부정적 요인과 긍정적 요인에 대해서 살펴보기로 하겠다.

1. 부정적 측면에서의 신뢰원칙 적용

의사와 간호사간의 신뢰의 원칙을 부정하는 입장에서조차 간호사가 하는 간호활동에 대해서는 신뢰의 원칙을 인정한다. 예를 들어 수술도구의 소독이나 수술시 바른 전달을 신뢰할 수 있는 것으로 일상의 보조와 처리에 있어서 신뢰의 원칙이 적용된다고 할 수 있다.⁷²⁾ 그러나 그 외 활동에 대해서는 의사의 신뢰의 기본 원칙이 적용되지 않는다. 판례에⁷³⁾ 의하면 「의사는 전문적 지식과 기능을 가지고 환자의 전적인 신뢰하에서 환자의 생명과 건강을 보호하는 것을 업으로 하는 자로서, 그 의료행위를 시술하는 기회에 환자에게 위해가 미치는 것을 방지하기 위하여 최선의 조치를 취할 의무를 지고 있고, 간호사로 하여금 의료행위에 관여하게 하는 경우에도 그 의료행위는 의사의 책임하에 이루어지는 것이고 간호사는 그 보조자에 불과하므로, 의사는 당해 의료행위가 환자에게 위해가 미칠 위험이 있는 이상 간호사가 과오를 범하지 않도록 충분히 지도·감독을 하여 사고의 발생을 미연에 방지하여야 할 주의의무가 있고, 이를 소홀히 한 채 만연히 간호사를 신뢰하여 간호사에게 당해 의료행위를 일임함으로써 간호사의 과오로 환자에게 위해가 발생하였다면 의사는 그에 대한 과실 책임을 면할 수 없다」라고 판시함으로써, 의사와 간호사간에 신뢰의 원칙이 적용되지 않는다는 점을 명백히 하고 있다.

수직적 분업에서 의사와 간호사의 신뢰원칙 적용함에 있어서 부정하는 두 가지 견해가 있다. 첫째는 환자경과관찰업무에 있어 의사와 간호사의 분업을 부정하고 있는 대법원의 “이행보조자의 논리”⁷⁴⁾이다. ⁷⁵⁾ “이행보조자의 논리”는 의사와 간

72) 이재상, 형법총론, 박영사(2009), 118쪽

73) 대법원 1998.2.27. 선고 97도 2812판결

74) 이상돈, 의사와 간호사 사이의 분업과 책임의 분할 - “대법원 1994.12.22. 93도 3030판결에 대한 평석” 판례연구 제 9권(1998), 262-263쪽

75) 대법원 2003.8.19. 선고 2001도 3667판결

“간호사가 의사의 처방에 의한 정맥주사를 의사의 입회 없이 간호실습생(간호학과 대학생)에게 실시하도록 하여 발생한 의료사고에 대해 간호사가 ‘진료보조’를 함에 있어서는

호사의 관계를 진료채무자와 이행보조자로 파악하여 진료의 주체는 언제나 의사이며 간호사는 이행보조자로서 역할만 가능하다고 해석하고 있다. 76)

의사와 간호사는 신뢰원칙이 배재되는 관계로 간호사로 하여금 진료보조행위에 관여하게 되는 경우 간호사는 보조행위자일 뿐이며 업무는 의사의 책임하에 이루어지는 것으로 의사는 간호사의 진료보조업무의 전 과정을 지도·감독하여야 하며 위험이 발생할 가능성을 의심하고 주의해야 할 의무가 있다는 것이다.⁷⁷⁾ 둘째, 수직적 분업에서 의사와 간호사의 지시·감독에 관계가 있는 부분에서는 신뢰의 원칙을 인정할 수 없으며 그 나머지 부분에 대해서 수직적 분업의 관계를 인정한다는 것이다. 의사의 자신의 지시가 잘 이행되고 있는 지도·감독을 지속적으로 시행할 의무가 있다는 것이다.

위의 두 가지 입장을 근거한 신뢰원칙은 부정되며 제공된 모든 의료행위에 대한 환자의 위해 발생 시 형사책임은 의사에 귀속된다. 반면 의사의 지시에 명백한 잘못이 있는 것이 아니라면 간호사는 의사의 지시를 원칙적으로 신뢰하고 행위를 할 수 있다고 보아 의사의 지시를 신뢰하고 행위 한 간호사에게 형사책임을 지울 수 없다고 하여⁷⁸⁾ 일방적 신뢰만을 인정하고 있다

2. 긍정적 측면에서의 신뢰원칙 적용

최근 대학병원이나 대형병원의 경우 인력의 효율적인 운영을 위해서 의사가 제공해야 할 업무 중 간호사에게 이양할 수 있는 업무는 최대한 이양을 하려는 시도가 이루어져 있다. 그런데 간호사의 업무영역은 간호사의 고유 업무, 의사에 위임받고 특별한 감독하에서 지시에 따라 하는 업무, 위임받고 스스로 하는 업무 등으로 세분할 수 있다. 의사와 간호사의 업무 분담은 ① 의사만이 해야 하는 업

모든 행위 하나하나마다 항상 의사가 현장에 입회하여 일일이 지도·감독할 필요는 없고, 간호사의 자질과 숙련도에 따라 개별적으로 결정해야한다는 판단으로 의사의 과실이 없다”고 판시함

76) 대법원판결 1998.2.7. 선고 97도 2812판결

77) 이인영, 의료분업과 신뢰의 원칙 연세법학연구 제 6권 제1호(1999.6), 202쪽 ; 정영일, 분업적 의료행위에 있어서 형법상 과실책임, 형사판례연구 제 6권(1998), 56쪽

78) 전병남, 의료분업과 신뢰의 원칙, 의료법학 제 4권 제 1호(2003.6), 146쪽

무로 간호사에게 위임해서는 안 되는 업무 ② 간호사에게 위임하되 특별감독을 하여야 하고 간호사는 의사의 지시하에 하는 업무 ③ 간호사에게 위임하되 가끔 또는 확인하지 않아도 되나 간호사는 의사의 지시하에 하여야 하는 업무 ④ 간호사에게 위임하되 특별 감독을 하여야 하고 간호사는 의사의 지시와 상관없이 스스로 하여야 하는 업무, ⑤ 간호사에게 위임하되 가끔 또는 확인하지 않아도 되나 간호사는 의사의 지시와 상관없이 스스로 하여야 하는 업무, ⑥ 간호사만이 해야 하는 업무로 구분하고 있다.⁷⁹⁾

수직적 분업을 긍정하는 입장에서는 신뢰의 원칙은 신뢰가 가능한 범위 이내에서는 신뢰의 원칙을 적용해야 한다는 입장이다. 수평적 분업에서는 인정하는 전적인 신뢰의 원칙이 아니라 업무 분담에 따른 차등적 신뢰의 원칙을 적용해야 하며 지도·감독의 업무를 같이 병행한다. 이는 “형사책임을 제한”하는 또 하나의 원칙인 동시에 “상호 신뢰에 의한 반사적인 주의의무의 범위축소”를 넘어서 주의의무의 정도를 약화시키는 기능을 하는 것이다.⁸⁰⁾ 간호사에 대한 의사의 신뢰 정도에 따라 의사의 진료업무가 간호사에 위임되면 의료분업에서 발생하는 위험을 관리할 의무로 전화되는 것이다.⁸¹⁾ 따라서 의사는 신뢰원칙에 의해 자신이 위험 관리의무를 준수하면 간호사 역시 수임된 업무에 기대되는 역할을 정상적으로 수행할 것이라 신뢰할 수 있다. ⁸²⁾

3. 수직적 의료분업과 신뢰원칙의 합리적 적용

분업은 본질적으로 업무를 분담하고 있는 행위자 상호간의 신뢰를 토대로 한 상황에서 바로서 가능한 것이다.⁸³⁾ 분담된 업무를 제대로 수행하지 못할 것이라는 의심을 품게 되면 분업체계의 균열이 발생할 것이다. 이는 업무를 수행하는

79) 김기경, 박상기, 김의숙, 간호업무에 대한 법적의무와 책임인식에 관한 연구, 한국의료법학회지 6권 제 1호(1999), 113쪽

80) 이상돈, 의사와 간호사 사이의 분업과 책임의 분할 - “대법원 1994.12.22. 93도 3030 판결에 대한 평석” 판례연구 제 9권(1998), 270쪽

81) 이상돈, 형법강의 - 일반적 귀속론- 제 1판, 법문사(2010), 164쪽

82) 이상돈, 의료형법 - 의료행위의 법제화의 대화이론-, 법문사(1998), 165쪽

83) 최재천·박영호·홍영균, 의료형법, 육문사(2003), 109쪽

자신에게만 문제가 발생하는 것이 아니라 전체 조직의 균열을 가져오게 되며 다른 업무 수행자에 대한 업무수행 능력을 떨어뜨리는 효과를 가져 올 수 있다. 더불어 불필요한 확인으로 업무수행의 부주의를 발생시키거나 환자에게 위해를 발생시킬 수 있다. 이는 의료서비스 제공함에 있어서 질 높은 서비스의 제공을 기대할 수 없으며 결국 피해는 환자에게 받게 될 것이다. 수평적 분업에서는 신뢰의 원칙이 적용되고 있지만 수직적 분업에서는 그렇지 못하다. 신뢰의 원칙은 수평적 분업 뿐 아니라 수직적 분업에서도 적용되어야 할 것을 생각된다. 앞서 언급된 것처럼 대형병원이나 대학병원에 인력의 효율적 배치를 통해 생산의 극대화를 추진하고 있는 현실에서 의사와 간호사의 신뢰의 문제는 더욱더 중요한 사항으로 대두되고 있다. 물론 수평적 분업처럼 전적으로 신뢰를 인정하는 것은 아니지만 제한적 범위 내에서 지도·감독을 전제로 한 신뢰는 인정을 필요한 것을 판단된다. 수행하는 업무에 따라서 의사의 신뢰의 정도가 조정될 수 있으며 나머지 부분에 대해서는 의사의 지도·감독을 통해서 가능할 수 있으리라 판단된다.

법원에서는 신뢰의 원칙은 의사와 간호사의 분업에서 중요한 의미를 갖게 된다. 신뢰의 원칙 적용의 정도가 의사의 책임한계를 넘어서거나 책임을 전가하게 되거나 의사의 책임회피라는 결과가 발생할 수 있을 뿐 아니라 환자의 건강회복과 생명에 위해요소로 이어지기 때문이다. 따라서 간호사에 대한 의사의 신뢰는 합리적인 범위 내에서 인정되어야 하며 그 한계를 정하는 것은 중요한 일이다.

Ⅲ. 수평적 분업과 수직적 분업의 신뢰원칙 적용의 차이

의료분업에서의 의료의 제공에 있어서 신뢰의 원칙의 적용은 기본이지만 적용에는 차이가 있다. 수평적 분업의 경우 전문가들 사이에서 서로에 대한 완전한 신뢰를 바탕으로 업무가 이루어짐으로 완전한 신뢰가 없다면 수평적 분업은 의료제공 자체를 할 수 없게 된다. 그러나 수직적 분업의 경우에는 신뢰의 원칙이 업무분담을 통해서 의료제공을 할 수 있는 정도의 신뢰만 있다면, 다시 말해서 상위 의료인이 하위 의료인을 지도·감독하에서 의료를 제공함으로써 환자에 위해가 발생하지 않을 수 있는 정도의 신뢰의 원칙만 적용되면 된다. 그러나 유의해야 할 것은 의사와 간호사의 수직적 분업에서 상위의료인으로서 의사에게 기대되는 주의의무인 위임금지의무의 경우 환자의 법익에 위험을 야기할 수 있는 것으로 현

실에서 효율성 내지는 필요성을 이유로 신뢰의 원칙을 확대 적용하여 굴절해서는 안 된다는 것이다.⁸⁴⁾

수직적 분업에서의 업무영역에의 분할이 인정되든 안 되든 상위 의료인과 하위 의료인들 사이에 신뢰의 원칙이 적용됨으로 과실 책임이 제한될 수 있다. 상위 의료인의 지도·감독의 의무를 위반하였지만 이는 또 다시 신뢰의 원칙에 의하여 위해발생에 대한 책임을 부인될 수 있다는 것을 의미한다.

일부의 견해는 수직적 분업의 경우에는 원칙적으로 ‘신뢰의 원칙’이 적용되지 않는다고 주장한다.⁸⁵⁾ 그러나 수직적 분업의 경우 모두를 일률적으로 신뢰의 원칙을 부인할 것이 아니라 수직적 분업을 세분화하여 차별적으로 적용하는 것이 가능할 것으로 보인다. 즉 수직적분업의 경우 신뢰의 원칙의 적용을 부인하는 입장에 따르면 의사는 간호사를 신뢰하여서는 안 된다. 따라서 간호사의 과실은 그대로 의사 자신의 위험관리의무위반으로 인정되어 의사의 과실이 인정된다. 수직적 분업의 경우에도 신뢰의 원칙을 적용할 수 있는 입장에서조차 마찬가지이다. 본래의 신뢰의 원칙은 무제한적으로 타당한 것은 아니며 이 원칙은 일정한 범위에서 그 적용이 제한된다.⁸⁶⁾ 첫째, 신뢰의 원칙은 위해를 발생시킨 행위자가 스스로 극복할 수 있다는 것을 전제로 하지 않는다. 상위 의료인의 주의·감독 의무를 다할 것으로 판단하여 하위 의료인인 스스로 자기에게 주어진 임무를 위반하는 행위를 허용된다는 뜻은 아니다. 둘째, 신뢰의 원칙은 정해진 규정에 따르는 행동이 어려울 경우를 예상해서는 안 된다. 정해진 임무를 행하지 않아서 발생할 수 있는 위해에 대해서는 그 적용이 제한된다. 셋째, 이미 주어진 상황에 대해서 하위 의료인이 규정을 위반한 것이 명백한 경우에 그 규정에 합당한 임무를 수행할 것을 신뢰하는 것은 정당하지 않다.

84) 이인영, 의료분업과 신뢰의 원칙, 연세법학연구 제 6집 제 1권(1999.6), 201쪽

85) 정영일, 의료과실에 있어서의 위험의 분배, 법정고시(1998), 125쪽

86) 전지연, 의사와 간호사의 분업적 의료행위에서의 형사상 과실 책임-대법원 1998.2.27. 선고 97도 2812 판결-, 의료법학 창간호(2000), 257쪽

제3장 수직적 분업과 의사의 주의의무

형법은 “죄의 성립요소인 사실을 인식하지 못한 행위는 벌하지 아니한다”라고 하여 원칙적으로 고의범만을 벌하고 있으나 “정상적인 주의를 태만함으로 인하여 죄의 성립요소인 사실을 인식하지 못한 행위는 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하여” 예외적으로 과실범으로 처벌함을 규정하고 있는데, 업무상 과실 즉 “사람이 사회생활에서 가지는 지위로서 계속적으로 종사하는 사무에서 요구되는 주의의무를”⁸⁷⁾ 태만히 하여 사람의 신체를 상하게 하거나 사망에 이르게 한 경우 업무상 과실치사상죄로 보통과실에 비해 중하게 처벌하고 있다.⁸⁸⁾ 만약 형사법적 책임을 의사에게 귀속시키는 위해서는 제공된 의료행위로 환자에게 사망 또는 상해가 발생하였다 구성요건적 결과가 나타나야만 인정될 것이다.

주의의무란 “악결과가 발생하지 않도록 의식을 집중할”⁸⁹⁾ 하위 의료인의 의무를 말하는 것으로, 만약 하위의료인의 요구되는 주의의무를 확실하게 하게 위반을 한 것을 어렵지 않게 확인할 수 있다면 분쟁이 해결이 비교적 어렵지 않을 것이다. 분업형태에서는 발생하는 의료사고에서는 ‘상위 의료인으로서 의사의 주의의무’와 이의 위반을 판단하는데 매우 복잡한 논의가 필요하다.⁹⁰⁾ 주의의무내용이 확정적이지 않기 때문이다.⁹¹⁾ 도로교통의 경우 법령에 의하여 “도로에서 일어나

87) 대법원 1989.23.29 선고 88도 1593 판결; 대법원 2007.5.31. 선고 2006도 3493판결

88) 배종대, 형법총론 제 9개정판, 홍문사(2008), 670쪽

89) 사법연수원, 의료과오 손해배상, 손해배상소송Ⅱ(1998), 46쪽

90) 다만 “규범적’ 으로 요구되는 수준“의 주의의무의 경우 사안이 ”의사나 의료기관의 구체적 상황에 따라 판단“할 것이 아닌 것으로(김천수, 의료과오책임의 이론과 판례, 대구법학제3권(2002.2), 28쪽), 이를 ”판단하는 기준은 일반적으로, “같은 업무와 직종에 종사하는 일반적 보통인(대법원 1999.12.10. 선고 99도3711판결)”이라 할 수 있는 ’통상적으로 주의 깊고 숙련된 의사(이덕환, 의료행위와 법 진정판, 현문사(2010), 45쪽) 가“의료행위를 할 당시 의료기관 등 임상의학 실천되고 있는 의료행위 수준(대법원 2008.4.10. 선고 2007다75396 판결; 대법원 2000.7.7. 선고 99다 66323판결)”에 따라 의료행위를 할 당시 의료기관 등 임상의학분야에서 실천되고 있는 의료수준(대법원 2008.4.10. 선고 20007.7 선고 99다66328판결)“에 따라 의료행위를 하면서 기울이는 주의의 정도”라고 한다. 이상돈·김나경, 의료법강의 제 1판 범문사(2009), 128-129쪽

91) 김일수교수화갑기념논문집 간행위원회, 김일수 화갑 기념 논문집 한국형법학의 새로

는 교통상의 모든 위험과 장애를 방지하고 제거하여 안전하고 원활한 교통을 확보⁹²⁾하기 위하여 운전자에 요구되는 객관적 주의의무⁹³⁾가 명확하게 서술되어 있으며 집적된 판례와 생활영역에서 형성된 보편적 질서에 의하여 그 판단이 용이할 수 있으나 의료의 경우 자연과학인 의학이 임상에 적용되는 것으로 법률언어로써 주의의무를 모두 규정한다는 것이 입법기술상 가능하지 않은 일이며 의료의 특성상 개별성이 강한 까닭으로 주의의무의 내용과 정도가 곧바로 밝혀지지 아니하게 된다.⁹⁴⁾ 결국 형사책임의 근거가 되는 객관적 주의의무는 의료사고가 분쟁으로 이어지는 때에 법원에 의해 확정되게 되는데 합리적인 범위 내의 재량성을 인정하여야 하며⁹⁵⁾ 의학적 판단을 근거로 의료인(집단) 스스로에 의해 형성된 성문의(임상진료지침 등) 또는 불문의 규범(내규)과 당해 법익침해에 회피한다는 목적에 비추어 개별 사안의 구체적 사정이 고려되어 설정·부과되어야 한다. ⁹⁶⁾⁹⁷⁾ 형법은 구체적 사정이 있는 때에 어떠한 행위를 하여야 하는가에 관해서는 명시하지 않고 있다.⁹⁸⁾ 특히 한명의 환자를 진료하는데 각각의 부여된 임무에 따라 진료에 관여되는 의료인의 수가 많아지고 있고 구조가 점점 복잡해지고 있어 각

운 지평, 박영사(2006), 155쪽

92) 도로교통법 제1조 이법은 도로에서 일어나는 교통상의 모든 위험과 장애를 방지하고 제거하여 안전하고 원활한 교통을 확보함을 목적으로 한다.

93) 도로교통법 제 3장 차마의 통행방법 등, 제 4장 운전자 및 고용주등의 의무

94) 홍가혜, 수직적 의료분업에서의 의사의 주의의무와 형사책임에 관한 연구, 고려대학교 석사논문(2000), 50쪽

95) 오영근·김재봉, 의료과실에 있어서 형사처벌 특례 인정 여부에 관한 연구, 보건복지부 (2009. 12), 17쪽

96) 심헌섭, 과실범에 관한 연구 - 도로교통과 의료행위 등에서 신뢰의 원칙에 대하여- 저스티스 제 10권 제1호(1972.12), 157쪽

97) 김용빈, 의료행위의 과실과 신뢰의 원칙, 사법연수원 논문집 제 2집(2005), 206쪽“주관적 주의의무는 행위자가 행위 시에 가지고 있던 정신적, 신체적 능력을 기준으로 하기 때문에 개개 사건에 있어서 주관적 주의의무위반 여부를 확정한다는 것을 쉬운 일이 아니다. 실무에서는 일반적으로 객관적 주의위반이 인정되면 행위자가 정신적으로 또는 신체적 능력이 평균인보다 떨어진다는 등의 특별한 사정이나 당사자의 주장이 없는 한 주관적 주의의무위반과 여부를 별도로 검토하지는 않는다.”,

98) 김일수 교수화갑기념논문집 간행위원회, 김일수 화갑 기념 논문집 한국형법학의 새로운 지평, 박영사(2006), 155쪽

각의 진료를 제공하는 의료인의 주의의무를 범위를 어디까지 인정할 것인가가 문제가 된다. 대법원은⁹⁹⁾ 수직적 분업구조에서 간호사의 과실에 의한 의료사고에 있어서 ‘주의의무 판단의 어려움’을 환자의 두터운 보호라는 목적으로 상위 의료인인 의사에게 전가시켜온 것으로 보인다. 게다가 현실적으로 필요에 의하여 불가피하게 간호사와의 분업의 확대되고 있음에도 불구하고 이러한 사정을 충분히 고려하지 아니하고 의사에 개인의 책임을 넘어선 과도한 형사책임을 지우고 있다.

의료는 가장 중요하고 근본적인 법익이라 할 수 있는 인간의 생명과 건강을 목적으로 하는 영역이다.¹⁰⁰⁾ 따라서 부당한 의료행위를 엄격히 금해야 할 것이지만 과도한 형사책임으로 의료의 기능이 위축되어서는 안 될 것으로 개인의 과실여부를 근거로 형사책임을 한계를 명확히 하여, 궁극적으로 의료의 본질에 도달할 수 있도록 하여야 한다.¹⁰¹⁾

책임의 전가는 형법의 기본원리에 반하는 것으로, 환자의 법익을 보호하는 동시에 의료인의 법익도 보호되어야 함이 마땅하다. 수직적 분업에서는 간호사에 위임된 업무에 있어서는 의사의 신뢰의 정도에 따라 의사에게 기대되는 객관적 주의의무가 제한된다. 신뢰의 원칙의 적용으로 확인된 의사 자신의 주의의무 위반에만 책임을 부담하는 것은 형법의 자기책임원칙에 비추어 당연한 것이다.¹⁰²⁾

하위의료인에 대한 상위의료인에 대한 신뢰를 어느 정도 인정해 주느냐에 따라 그것과 반비례로 주의·감독의 의무를 판단하는 것으로 형사책임을 분배가 적절히 이루어지기 위해서 신뢰의 허용의 법적인 판단을 위한 기준 정립이 중요하다. 더불어 분업으로부터 발생하는 환자의 상해 또는 사망의 위험을 주의하게 될 것이다. 의사와 간호사의 수직적 분업에서의 주의의무에 기대되는 것을 검토해 보고자 한다.

제1절 위임금지의무와 위험 관리의 의무

99) 대법원 1994.12.22. 선고 93도3030판결; 대법원 1998.2.27. 선고, 97도2812판결

100) 문정민·김운곤, 의료행위와 신뢰의 원칙, 법학논총 제 12권 제1호(2005), 39쪽

101) 문국진, 생명윤리와 안락사, 여문각(1999), 54쪽

102) 안동준, 분업적 의료행위와 과실범, 전남대학교 논문집 제 29호(1984.12), 84-85쪽

I. 위임금지 의무

‘위임금지의무’란 수직적 분업이 허용되지 않은 임무를 간호사에게 위임하지 않을 의사 의무를 말하는 것으로 수직적 분업의 한계가 된다고 한다.¹⁰³⁾ 오늘날 의료분업에서 ‘분업’이 형법에서의 ‘허용된 위험으로서 가치를 가진다 하더라도 모든 의료행위가 제한 없이 의사로부터 간호사에게 위임될 수 있는 것은 아닌 것으로 업무의 성격상 배타적으로 의사에만 귀속되어지는 업무는 의사가 직접 이행해야한다. 즉 수직적 분업이 허용되지 아니한다는 것이다.¹⁰⁴⁾ 예를 들어 환자의 병 상태를 판단하는 진단이나 수술에서 메스를 사용하여 환자의 피부나 그 하부 구조를 절개하는 등의 행위는 “사람의 생명이나 신체 또는 공중위생에 위해를 발생시킬 위험이 큰 행위”로 의사만이 할 수 있는 의료행위라 하여 간호사로 하여금 수임토록 하는 것이 금지된다.

의료법 제 27조 제 1항은 “의료인이 아니면 누구든지 의료행위를 할 수 없으며 의료인도 면허된 것 이외의 의료행위를 할 수 없다”고 하여 행위가 아닌 행위 주체의 측면에서 무면허 의료행위를 금지¹⁰⁵⁾ 하고 있다. 의사의 감독·지도를 벗어나 간호사가 법에 의해 정해진 의료행위의 이외의 무면허 의료행위를 한 경우, 의사는 그 위임 행위 자체만으로 간호사의 무면허의료행위죄의 공범으로서 형사 책임이 검토되게 된다. 이에 관하여 우리 대법원은 다음과 같이 판시하고 있다.

【대법원 2007.7.26. 선고, 2005도 5579판결】 자궁질 도말 세포병리검사 사건

103) 이상돈, 의사와 간호사 사이의 분업과 책임의 분할 대법원 1994.12.2. 93도3030판결 대한 평석, 판례연구제9권(1998), 264쪽; 전지연, 의사와 간호사의 분업적 의료행위에서의 형사상 과실책임 대법원 1998.2.27. 선고, 97도2812판결, 의료법학(2000.2), 251쪽

104) 대법원 2007.9.6. 선고 2006도2306판결

“의사가 간호사에게 진료의 보조행위를 하도록 지식하거나 위임할 수 있으나, 의사만이 할 수 있는 진료행위 자체를 지시하거나 위임하는 것은 허용될 수 없으므로, 간호사가 의사의 지시나 위임을 받고 그와 같은 행위를 하였더라도 이는 무면허 의료행위에 해당한다.”

105) 의료법 제 87조는 의료법 제 27조 제 1항을 위반한 자를 “5년 이하의 징역이나 2천만원 이하의 벌금에 처”하고 있다.

자궁질 도말세포병리검사를 위한 검체 채취는 질경으로 여자의 질을 열어 자궁경부 내부에 브러쉬를 넣고 돌려 분비물을 채취하는 것으로 의학적 전문지식이 있는 의료인이 행하지 아니하면 사람의 생명, 신체나 공중위생에 위해를 발생시킬 우려가 있고, 의료법상 간호사가 할 수 있는 요양상의 간호, 진료의 보조, 보건활동의 범위를 넘어 의사가 행해야 할 의료행위에 해당한다고 할 것이므로, 피고인 정이 더 많은 사람들을 상대로 건강검진 수입을 올리기 위하여 병원의 간호사들로 하여금 의사와 현장 감독조차 없이 단독으로 위와 같은 검체 채취를 하게 한 것은 그들에게 의료법위반죄를 교사한 것으로 인정할 수 있다.

【대법원 2007.6.28. 선고, 2005도 9317판결】

의사가 속눈썹 이식시술을 하면서 간호조무사로 하여금 피시술자의 후두부에서 채취한 모낭을 속눈썹 시술용 바늘에 일정한 각도로 끼우고 바늘을 뽑아낸 뒤 이식된 모발이 위쪽으로 향하도록 모발의 방향을 수정하도록 한 행위나, 모발이 이식시술을 하면서 간호조무사로 하여금 식모기를 피시술자의 머리부위 진피층까지 찢어 넣는 방법으로 수여부에 모낭을 삽입하도록 한 행위는 진료보조행위의 범위를 벗어난 의료행위를 하게 한 것에 해당한다.

수직적 분업에서 위임금지의무를 부과하는 것은 수직 분업에 한계를 두어 환자의 생명유지 건강증진에 관하여 신뢰가 적전으로 배재되기 때문으로 통제의 의미로서 분업은 금지된다.

의료를 제공함에 있어서 필수적인 수단인 분업이 의료의 목적을 달성하기 위해서는 의사의 위임금지의무가 반드시 지켜져야 한다. 위임금지위반은 결국 의사와 간호사의 임무의 구분을 파괴하여 환자에게 직접적으로 위해가 발생할 수 있게 한다. 다만 의료법상 의료행위에 대한 구체적으로 명시되어 있지 않아서 문제가 된다. 이에 관하여 다른 법률상의 규정이 명확하기 없기 때문에 행정부의 해석이나 병원내규, 판례의 집적 등에 의해 분업의 한계가 형성될 수밖에 없다. 106)

106) 김기경·김인숙·김대란·김모임, 간호판례법과 관리지침, 군자출판사(2001), 90쪽; 이러한 것들이 일치되지 아니하고 각기 다르게 규정 또는 해석되어 있기 때문에 오히려 혼

간호사에 주어진 업무를 실행함에 있어서는 요구되는 전문지식과 기술을 갖추도록 교육·훈련되어 있음을 대학전공과목이나 국가시험으로 객관적으로 인정되어 신뢰되지 않는다면, 의사로부터 의료행위의 위임은 하지 말아야 한다.

국가시험을 통과하여 간호사 자격을 획득하기는 하였지만 간호사로의 자격에 관련된 전문시험을 통과한 것이지 의사가 시행하는 모든 업무를 수행할 정도의 전문지식이나 기술에 대한 자격에 대한 면허를 받은 것이 아니다. 그러므로 환자의 생명과 건강이 직결되는 의료행위에 관하여 간호사의 위임 행위를 신뢰할 수가 없는 것이다. 따라서 위임금지의무를 위반한 의사의 위임행위는 의료법27조 등에 의하여 처벌을 받을 수 있다. 대법원은 “의료행위라 함은 질병의 예방과 치료행위 뿐 아니라 의학적 전문지식이 있는 의료인이 행하지 아니하면 사람의 생명·신체나 공중위생에 위해를 발생시킬 우려가 있는 행위를 말하는 것으로 의료행위는 의료인만이 할 수 있음을 원칙으로 하되, 간호사, 간호조무사, 의료기사 등에 관한 법률에 의한 임상병리사, 방사선사, 물리치료사, 작업치료사, 치과기공사, 치과위생사의 면허를 가진자, 의사, 치과의사의 지도하에 진료 또는 의학적 검사에 종사하는 행위는 허용된다 할 것이나. 그 외의 자는 의사, 치과의사의 지도하에 서도 의료행위를 할 수 없는 것이고, 나아가 의사의 전체 시술과정 중 일부의 행위라 하더라도 그 행위만으로도 의료행위에 해당하는 한 비의료인은 이를 할 없으며, 의료행위를 할 면허 또는 자격이 없는 한 비의료인의 이를 할 수 없으며, 의료행위를 할 면허 또는 자격이 없는 한 그 행위자가 실제로 그 행위에 관하여 의료인과 같은 수준의 전문지식이나 기술능력을 갖추었다고 하더라도 마찬가지이다.¹⁰⁷⁾ 라고 하여 실제로 간호사가 의사와 같은 기술과 전문지식을 갖추었다

란이 가중되고 있다. 수혈의 경우 보건복지부의 지침 (보건복지부, 의료기관에서의 수혈 착오와 투약과오를 방지하기 위한 지침, 1996)에서는 의사 또는 간호사가 수혈액의 인수·주입·부작용의 관찰을 하도록 규정하고 있으나, 대법원 판례(대법원 1998.2.27. 선고 97도 2812선고 97도 2812 판결)는 불가피한 경우를 제외하고는 원칙적으로 의사가 직접 하도록 하고 간호사에게 수혈을 위임하는 경우에도 매우 높은 수준의 의사의 지시·감독을 요구하고 있다. 행위자인 의사와 간호사가 행위규범으로 선택한 해석과 법원이 형사책임의 근거로서 선택한 해석이 상이한 경우 의사와 간호사에 중대한 법적 위험이 되게 된다.

107) 대법원 2003.9.5. 2003도 2903판결

고 하더라도 의료법에 의해 명시된 업무 외에는 업무를 수행하였다면 무면허 의료 행위에 해당됨을 명시하였다.

최근 대형병원에서는 효율적 인력배치와 생산성의 극대화를 위해서 간호사의 업무 영역이 확대되고 있지만 이는 어디까지나 법적으로 명시된 간호사의 업무를 넘어서는 안 되며 의사의 업무의 위임을 할 경우라도 매우 신중하고 엄격하게 결정되어야 한다. 분업의 필요성은 위험에 비하여 상위개념이 될 때 주의의무가 전제된 때에 한해서 분업의 가능해 지는 것이다. 특히 최근 대두되고 있는 의사 인력부족¹⁰⁸⁾ 또는 인건비 절감 등의 병원의 구조적 문제에서 발생하는 위임금지 의무의 위반은 분업의 당위성을 상실한 위임으로 금지되어야 한다.

II. 위험관리의무

신뢰의 원칙하에 허용된 분업에서 책임소재가 하위 의료인에게 이전되었다고 하더라도 상위의료인인 의사의 간호사에 대한 위험을 관리할 의무는 남아 있다. 내재된 위험이 실현되지 않도록 간호사를 관리할 의무가 있다. 즉 의사가 행위자로서 의료에 직접 참여하는 때에 요구되는 주의의무가 감독자로서 위험을 관리할 의무로 교환 되는 것이다. ¹⁰⁹⁾

의사의 위험관리의무는 일반적으로 ①자질심사 ② 위임적합성심사 ③ 지시내용 이해여부 검사 ④ 이행감독으로 분류된다. ¹¹⁰⁾ 자질심사란 “간호사가 분업의 자

108) Daily medi 2017. 03. 02.자 기사, ‘전공의 정원감축 효과보나... 확보율 상승세(흉부외과 전공의 확보율은 '15년 47.9.2%→'17년 54.3%,의 진료과에서 PA(Physician assistant)라고 불리는 간호사에게 수술 집도의를 보조하는 의사의 역할이 위임되면서 의사의 무면허 의료행위죄의 공범이 문제되고 있다. 수술을 보조할 의사인력이 부족한 상황에서 간호사의 수술 보조 없이 흉부외과 수술을 정상적으로 수행할 수 없음에도 의사에 의료법 위반으로 책임을 묻게 된다면 전공의가 부족하거나 흉부외과에서 정기적으로 진료 자체에 공황을 가져올 수 있는 것이 사실이다.

109) 이상돈, “의사와 간호사의 분업과 책임의 분할 대법원 1994.12.22. 93도 3030판결에 대한 평석, 판례연구 제 9권, 1998, 266-268쪽

110) 이상돈, “의사와 간호사의 분업과 책임의 분할 대법원 1994.12.22. 93도 3030판결에 대한 평석, 판례연구 제 9권, 1998 266-268쪽

질을 갖추고 있는가를 심사하는 것”¹¹¹⁾이며 위임적합성 심사란 “분업의 구체적 내용이 간호사가 할 수 있는 일인지 숙고”¹¹²⁾하는 것, 지시내용이해 여부 심사란 “간호사가 지시된 분업의 내용을 제대로 이해하고 있는 지를 살피는 것”¹¹³⁾ 그리고 이행감독이란 “간호사가 지시된 분업의 내용을 제대로 이행하고 있는지 감독”¹¹⁴⁾하는 것을 말한다.

환자에게 위해가 발생하지 않기 위해서는 복잡한 분업구조에서도 위험을 관리해야하지만 위에 4가지 위험관리 요소인 자질심사, 위임적합성심사, 지시내용 이해 여부 검사, 이행감독이 의사에게 요구되는 의무라고 보기 어렵다. 간호사는 간호학을 전공하고 국가시험 자격시험을 통과 후 보건복지부 장관이 인정하는 면허를 받음으로써 의료인으로 자질과 위임에 대한 적합성을 인정받게 되는 것이다. 또한 해당 병원에서 고용될 때 업무수행에 대한 충분한 심사를 거쳐 선발되어지기 때문에 개인별 차이가 있기는 하지만 의사가 개인별 차이까지 고려한 주의를 별도로 기울일 필요는 없다.

오늘날 종합병원이나 대학병원과 같은 대형의료기관에서 자질심사·위임적합성심사·지시내용이해여부심사가 더 이상 의사의 의무라고 보기 어려운 것은 면허제도 이외에도 의료팀 구성 및 간호사의 배치·선임·교육의 의사의 권한이 아닌 병원과 각과의 권한과 업무로 전환되었기 때문이라는 것이다.¹¹⁵⁾ 의사들은 의료팀 구성 및 환경에 대한 통제권을 상실하고 있다. 과거에 진료과장이나 집도의의 지위는 선택이나 선원들에 대한 총체적 권한을 가진 선장으로 비유되었다. 그러나 의료팀 구성이나 환경에 대한 권한이 의사들로부터 병원 내 행정조직으로 이전되고 있다. 즉 의료팀 구성이나 팀 환경조성이 의사가 아닌 원내 행정조직에 의해서 행해지고 있다. 즉 “병원의 시스템”에 의하여 구성되고 있다.¹¹⁶⁾ 병원에 생산성의 극대화하기 위해서 의사는 의사의 고유 업무에 집중시키고 가능한 많은 업무를 하위 의료인과 행정으로 분산시키게 된 것으로 판단된다.

111) 이상돈·김나경, 의료법강의 제 1판 법문사, 2009, 165-166쪽

112) 이상돈·김나경, 의료법강의 제 1판 법문사, 2009, 165-166쪽

113) 이상돈·김나경, 의료법강의 제 1판 법문사, 2009, 165-166쪽

114) 이상돈·김나경, 의료법강의 제 1판 법문사, 2009, 165-166쪽

115) 박주현, 의료조직 과실에 관한 연구, 민사법학 제 41호 (2008.6), 133-134쪽

116) 박주현, 의료조직 과실에 관한 연구, 민사법학 제 41호 (2008.6) 134쪽

최근에는 한명의 환자에게 여러 분야의 전문가의 의료가 연계되는 복잡한 분업의 의료가 제공됨으로 의료의 제공이 의사에 의해서 결정되기 보다는 전체적인 것으로 종합하여 관리하는 병원의 역할의 중요성이 대두되고 있으며 의료제공이 단순히 의사에 의해서 결정되기보다는 첨단장비, 병원시설 등을 포함한 다방면에서 고려되어지고 있다. 환자의 신뢰는 사실상 의사 개인의 아닌 의료기관에 놓여 있는 것으로 이러한 신뢰에 반하는 결과가 발생한 경우 책임은 의사가 아닌 의료기관에 물어야 하는 것이다. 그러나 우리 법원은 이러한 변화를 느리게 받아들이고 환자의 두터운 보호를 의사개인의 형사책임에서 구하고자 하는 경향이 있다.¹¹⁷⁾ 미국 법원은 기관책임주의(corporate negligencedoctrine)를 도입하여 “적정한 진료가 이루어질 수 있도록 하기 위하여 일정한 자격을 갖춘 의료진을 선발하고 이를 적정하게 진료하고 있는가에 대한 ”질관리(quality improvement)의무를 병원에 부과하고 있다.¹¹⁸⁾ 병원에 의해 선발되어 배치된 간호사의 업무능력 또는 위임 적합성의 문제로 발생한 환자에 대한 위해에 대해서 법적 책임을 의사에게 전적으로 요구하는 것은 권한은 없으며 책임과 의무만을 강조하는 비합리적인 판단이라고 생각된다. 따라서 오늘날 대규모 종합병원에서 상위의료인으로서 의사에 실질적으로 요구되는 주의의무는 ‘위임금지의무’와 ‘감독의무’라 할 수 있다.

1. 이행 감독의 의무

의사로부터 간호사에 위임된 업무를 간호사가 잘 수행하고 있는 감독하는 것을 이행감독의 의무라고 한다. 의사의 신뢰는 간호사가 위임받은 임부에 동일하게 적용되는 것이 아니므로 신뢰도와 감독의 정도는 반비례 하는 것이다. 의사의 감

117) 홍가혜, 수직적 의료분업에서의 의사의 주의의무와 형사책임에 관한 연구, 고려대학교 석사논문(2000), 58쪽

118) George J. Annas, J.D., M.P.H., “The Patient’s Right to Safety –Improving the Quality of Care through Litigation against Hospitals”, N Engl J Med(2006), 2064쪽(홍가혜, 수직적 의료분업에서의 의사의 주의의무와 형사책임에 관한 연구, 고려대학교 석사논문(2000) 58쪽에서 재 인용)

독의 임무는 ① 간호사가 제공하는 의료행위 현장에서 입회하에 의료행위가 정상적으로 제공되는가를 감독하는 행위 ② 지시한 업무를 제대로 수행하고 있는 수시로 감독하는 행위 ③ 규칙적으로 일정한 간격을 두고 환자의 상태를 확인하는 행위 ④ 전화로 보고 받거나 환자의 상태를 확인하는 행위 ⑤ 응급상황에서 일정한 시간 내에 응급조치가 가능하도록 환자에게 접근할 수 있는 위치에 있는 것을 등으로 방법이나 횟수, 내용이 다르게 요구된다. 해석이 제한적이고 엄격한 위임금지의무에 비하여, 일정한 테두리 안에서는 위임금지에 비해서는 유동적이라고 할 수 있다. 의료행위 중 약물 주입하여 방법이 피하주사·피내주사·근육주사·정맥주사·동맥주사로 구분되는데 주사처방은 통상적으로 의사의 지시에 따라 간호사에게 위임되는 의료행위로 특별한 사건이 없는 한 완전한 신뢰의 원칙으로 의사의 지시·감독이 필요 없다. 그러나 심장이나 신장에 문제가 있거나 노약자의 경우 혈관으로 주입되는 정맥주사의 양이나 속도가 환자에게 위해가 발생할 수 있으므로 의사에 지시에 의해서 주입되는 속도와 양을 조절해야 한다. 이런 경우 주입되는 속도와 양을 조절하는 것까지 의사가 감독할 의무는 없다고 본다. 만약 의사에 지시한 수액의 속도와 양을 조절하지 하지 않아 환자에게 위해가 발생하였다면 의사의 주의의무 위반이 아닌 간호사에만 책임이 국한되어야 할 것이다. 대법원은 “간호사가 간호실습생에 정맥주사를 실시하도록 하여 발생한 의료사고에서” 의사에 지도·감독 의무가 없다고 보아 간호사에 정맥주사를 처방한 의사의 과실을 부정한 바 있다.¹¹⁹⁾ 반면 수직적 의료분업에 신뢰의 원칙이 적용을 부정하는 견해에서는 의사의 지시에 의해 간호사가 업무를 이행하는 경우 의사는 이를 규칙적으로 감독할 의무가 있다고 한다.¹²⁰⁾ 수직적 분업에서도 신뢰의 원칙이 적용이 될 수 있다. 다만 감독의무는 신뢰의 정도에 따라서 다르게 적용될 수 있다. 간호사가 제공하는 모든 의료행위가 지속적으로 감독을 해야 하는 것은 아니며 만약 간호사가 제공하는 의료행위 모두를 의사가 지도·감독을 해야 한다면 환자의 생명과 건강회복에 위해가 발생하였다면 의사의 지도·감독의 소홀로 의사가 책임을 져야 한다.

119) 대법원 2003.8.19. 선고 2001도 3667판결

120) 이인영, 의료분업과 신뢰의 원칙, 연세법학연구, 제 6집 제 1권(1996.6), 202쪽

제2절 수직적 의료분업 주의의무 판단기준

수직적 의료분업에서의 최대의 법적인 문제는 신뢰의 정도와 주의의무를 어떻게 설정해야 하는가에 있다. 의사에게 기대되는 위임금지와 이행감독의 의무는 구체적인 상황이 아니므로 주의의무 위반에 대한 판단 기준을 제공하고 있지는 못하다.

분업적 업무에서 신뢰의 원칙을 적용되는 주위의무 기준을 정함에 있어서 개별적인 분업 형태로 자세히 연구된 것은 아직 부족하다. 분업에 대한 개별적 주의의무의 구체화가 필요로 되며 이는 법원에 판결에 의해서 지속적인 자료를 구축 발전시켜 나아가 할 것으로 생각된다. 의료의 경우 인간을 대상으로 하여 건강회복 생명을 유지하는 자연과학으로 의료현장에서 적용되는 다양한 주의의무를 법률로 규정한 것은 입법기술상 어려우며 설사 법률로 제도화 한다고 해도 의료의 특성상 이를 모두 준수한다는 현실적으로 불가능에 가까울 것으로 생각된다.

“일상언어”¹²¹⁾로 서술되는, 사회구성원 모두에 의해 승인된 “일상규범”¹²²⁾의 위반으로 인한 결과의 형사책임을 행위주체인 개인에 귀속시키는 것은 확실성을 지니고 있다.¹²³⁾ 이를 “개인적 귀속의 확실성”¹²⁴⁾이라고 한다. 개인적 귀속성의 확실설이란 “한 개인의 소극적인 자유이익에 대한 침해를 ‘확실하게’ 다른 어느 개인의 그릇된 의사와 행동의 탓으로 돌릴 수 있음을 의미한다.”¹²⁵⁾ 그러나 고도의 전문지식을 기초로 한 “전문언어”에 의해 서술되는 의료영역의 분업구조에서 발생한 의료사고의 결과를 의사 개인에 귀속시키기 위해서는 “전문 지식과 전문 언어”¹²⁶⁾에 의존할 수밖에 없다. 그런데 “전문지식과 전문언어”는 “반증가능성·다원성·불충분성”을 특성으로 지니는 “의사소통매체”로 책임을 귀속함에 있어 불확실성을 보인다. 특히 분업이 문제되는 사안에서는 업무의 분담으로부터 야기된 “주의의무의 분할”이라는 요인이 더해져 불확실성이 뚜렷하게 존재하게 된다. 형법 제 14조의 ‘정상의 주의’는 법관의 “법적용을 위한 정위점”을 정해놓은 것에

121) 이상돈, 형법학, 박영사(1999), 315쪽

122) 이상돈, 형법학, 박영사(1999), 315쪽

123) 이상돈, 형법학, 박영사(1999), 315쪽

124) 이상돈, 형법학, 박영사(1999), 315쪽

125) 이상돈, 형법학, 박영사(1999), 315쪽

126) 이상돈, 형법학, 박영사(1999), 321쪽

불과하다는 것이다. 127) 결국 이와 같은 영역에서는 책임의 귀속이 정책적일 수밖에 없다고 한다. 128) 법원의 판단에 의해 의사의 “행동의 한계” 129)가 되는 결정은 의사, 환자, 병원의 수익성 어느 일방에만 타당해서는 안 될 것이며 결정에 의해 나타날 수 있는 부작용까지 예측되어 결정되어야 할 것이다. 의료분업 구조에서 발생하는 의료사고의 경우 의사에게 형사책임을 귀속함에 있어서 형법의 기본 원칙들에 어긋나지 않으면 궁극적으로는 합리적인 결과 도출을 위해 전제되어야 할 주의의무 판단의 기본 원리와 구체적 기준을 논의하고자 한다.

I. 주의의무 판단의 기본 원리

상위 의료인으로써의 주의의무는 일률적으로 결정될 수 없으며 개별적인 상황 같이 고려되어야 함으로 독립적으로 판단할 필요가 있음으로 고려되어야 할 기본 원리에 대해서 검토하고자 한다.

1. 유연성

일반적으로 ‘거래상 요구되는 주의의무의 위반’이라 정의되는 과실 개념은 “상황적 탄력성”과 변화하는 현실에의 “개방성”이 요구된다. 130) 사람의 신체를 대상으로 하는 의료는 동일한 진단과 치료법에도 그 반응이 개별 환자의 사정에 따라 모두 다를 수밖에 없다. 131) 투약하는 약제에 따라 과민반응 검사 명시되어 되어 있는 약물이 있지만 과민반응이 명시되어 있지 않은 약물이 있는 환자의 과

127) 심헌섭, 과실범의 관한 연구, 문교부 학술연구조성비에 의한 보고서 사회과학계 (1972.9), 159쪽

128) 이상돈, 형법학, 박영사(1999), 322쪽

129) 이상돈, 형법학, 박영사(1999), 322쪽

130) 이상돈, 형법학, 박영사(1999), 38-39쪽

131) 이덕환, 의료행위와 법 전정판, 현문사(2010), 2쪽 “사람의 신체는 기계와는 달리 유전적, 환경적 소인에 따라 사람마다 각각 예측하기 어려운 생물학적, 신체적 특성을 지니고 있기 때문에 의학의 원칙이 개인 모두에게 획일적으로 적용될 수는 없고 그 개인 간의 차이는 아직 현대의학으로도 규명할 수 없는 한계가 있다.”

거병력이나 알리지 유무를 확인 의심스러운 경우라면 사전 검사를 실시해야한다. 그러나 과거병력을 확인하지 않고 투약을 하였거나 과민 반응이 의심스러운 상황이였음에도 불구하고 사전검사를 하지 않고 투약을 하여 환자에게 위해 또는 사망하였다면 의사의 과실이 인정될 수 있다. 반면 응급실에 환자가 의식 없이 도착하여 병력을 청취할 수 없는 상태였다면 병력을 청취하여 투약 시 사전 검사를 했더라면 결과발생을 회피할 수 있었다 하더라도 의사에게 문진의무 위반에 대한 과실을 인정할 수 없다. 의료제공 대상인 사람임으로 개개인의 사정이 다르고 반응도 다르므로 이런 경우 일률적이고 일반적인 주의의무가 아니라 개별 사안에 따른 좀 더 완화된 주의의무 또는 강화된 주의의무가 요구됨으로 좀 더 유연한 주의의무에 대한 적용이 필요 된다고 하겠다.

분업적 업무에서도 의사에게 요구되는 주의의무 역시 개별적 구체적 사안에 따라 유연적으로 해석·적용되어야 한다. 간호사에게 위임된 주사행위¹³²⁾¹³³⁾의 경우 주사성분과 주입방법에 대한 의사에 기대되는 주의무가 다르다. 일반 말초정맥 주사액에 대해서는 의사의 지시내용 대로 주입방법을 선택하여 주입하였다면 간호사의 주입방법에 대하여서는 의사에게 다른 주의의무가 요구되지 않는다. 그러나 염화칼륨, 에폰톨과 같이 부작용의 위험이 예견되는 주사액이 경우 의사에 위험을 관리할 주의의무가 발생한다고 할 것이다.¹³⁴⁾ 분업화된 모든 의료행위의 의사의 주의의무가 “도식화”될 필요가 없으며 현실적으로 불가능하다. 주의의무를 도식화하게 된다면 예측하기 어려운 의료의 구체적 상황과 변화에 탄력적으로 대

132) 문국진, 간호법의학, 고려대학교 법의학 연구소(1985), 43쪽, 주사행위에 따른 간호사의 확인의무로서 ① 주사약의 확인(처방대로의 주사약인지 여부), ② 주사분량의 확인(처방대로의 분량인지 여부) ③ 주사부위 및 방법의 확인(처방된 지시방법과 주사하려는 부위가 적합한지의 여부) ④ 세균감염의 위험성의 여부의 확인(주사기, 시주자의 손가락, 환자의 주사부위 등의 소독여부 와 주사약의 혼탁, 점조도, 색깔 및 냄새의 변화여부와 주사약의 혼탁, 점조도, 색깔 및 냄새의 변화여부)등을 들고 있다.

133) 정맥주사가 간호사의 업무범위에 속하는지 여부에 대해서는 특히 일본에서 많은 논란이 있어 왔다. 우리나라에서는 과거 보사부 “간호사는 진료보조업무의 일환으로 의사의 지시에 의하여 주사행위를 할 수 있다”고 유권해석을 내린 이래(의제 1420-8753), 어떠한 종류이든 간호사에 의한 주사행위가 허용된다고 보는 것이 일반적인 견해이다.

134) 박철호, 수술과 형사책임 - 의료과실을 중심으로-, 부산대학교 석사학위논문(2008), 89-90쪽

응하지 못하게 되어 의료 본래의 목적에 부합하지 않은 결과를 가져올 수 있으며 이러한 결과로 의사에 형사책임을 귀속한다면 형평성을 상실한 것으로 충분히 정당한 법적용이라 할 수¹³⁵⁾ 없다. 의사의 주의의무해석은 결국 법관에 의해 확정되는 것으로 “법관의 주의의무해석이 형법의 기본원칙에 위배되는지를 성찰한 후 그 예상된 결과를 형법해석에 다시 반영하는 피드백의 해석 작용이 필요하다.¹³⁶⁾ 주의의무에 대한 해석은 매우 빠르게 진화, 발전하는 의료기술과 의학에 대해서 늘 문호를 개방하고 있어야 한다.

2. 이행가능성과 기대되는 주의의무

일반적으로 의사가 업무수행이 가능한 업무에 대해서 실제로 수행하지 않았다는 것이 확인되었다면 형사책임에 귀속이 가능하다. 다시 말해 의사는 상위의료인으로서 형사책임의 구속을 하려면 구체적 사건의 개별적 상황에 대한 의사의 이행이 가능한 것이어야 한다는 것이다. 이행가능성이라는 일반적으로 가능한 결과만을 기대하는 것이다. 의료의 분업화로 의료에 제공에 있어서 정밀화와 세분화가 되고 있어 그 복잡성은 날로 증가하고 있다. 이런 상황에서 의사가 간호사의 의료분업으로 맡겨진 임무에 대해서 완벽한 통제를 하는 것을 불가능한 일이며 이행 가능하지 않은 임무를 부여하는 것 역시 형법의 책임원칙에 어긋나는 것이라 할 수 있다. 법은 누구에게도 불가능한 것을 강제하지 않는다(*lex non cogit ad impossible*)는 사회를 살아가는 인간으로서 최소한의 금지와 지켜할 것들에 대해서 규정이다. 사회를 살아가면서 법을 따를 것을 기대하는 것이 가능해야 만이 법이 될 수 있으며 그에 따른 위반도 없을 것이다. Coke C.J 판사는 Dr. Bonham 사건에서 “법이 권리와 이성에 반하는 또는 모순되거나 불가능한 것을 이행하도록 한다면 관습법이 그것을 통제할 것이다.”라고 하여 ‘불가능’의 개념이 초기 관습법에 근거하였음을 명백히 하였다.

과실은 결코 “이상적인 것에서의 일탈”을 의미하는 것이 아니다. 주의의무의 위반과 즉 형사상 과실의 책임을 의사에 귀속하는 것이 정당화되기 위해서는 과실

135) 이상돈, 형법학, 박영사(1999), 31쪽

136) 이상돈, 형법학, 박영사(1999), 47-48쪽

의 본질인 주의의무 해석에 있어 ‘사건에서 의사의 이행 가능성’이 한계로 자리 잡아야 할 것이라 할 수 있다.¹³⁷⁾

상위 의료인인 의사는 하위 의료인에게 위임된 의료제공에 있어서 환자의 건강 회복과 생명의 위해가 발생하지 않도록 최선의 가능한 주의·감독의 임무를 수행하여야 하지만 가능한 모든 물리적 행위를 이행하여야 하는 것은 아니다. 결코 자신의 의무라 기대하지 못한 행위를 요구받을 수 있기 때문이다. 또한 환자의 보호라는 정책적 결정을 내리고자 형사상의 과실이 인정될 수 있는 주의의무를 발견하기 위하여 법원에 의해 노력될 수 도 있기 때문이다.¹³⁸⁾

따라서 주의의무 해석과 적용은 환자의 법익 침해를 방지하기 위하여 “사회구성 모두가 지켜줄 것을 기대하는 주의”¹³⁹⁾ 이어야 한다는 것이다.¹⁴⁰⁾ 통설과 판례는 주의의무란 구체적인 행위로부터 발생할 수 있는 보호법익에 대한 위험을 인식하고 구성요건적 결과의 발생을 방지하기 위하여 적절한 방어조치를 취하는 것으로 결과발생의 인식의무와 예견된 결과의 회피의무를 주의의무의 내용으로 이해하고 있다. ¹⁴¹⁾ 즉 같은 업무와 직종에 종사하는 일반인이라면 행위 시 발생할 수 있는 결과를 예견할 수 있는 가능성을 말한다. 일반적으로 숙련되고 주의 깊은 의사라면 의료행위를 함에 있어서 예견 가능한 위험에 대해서 예견의무가 부여된다. 그러나 예견 가능성이 없는 경우라면 예견의무도 없게 된다. 결과 발생의 가능성이 확실한 정도일 것은 없고 임상의학적으로 실증되고 공개된 것으로 판단하

137) 홍가혜, 수직적 의료분업에서의 의사의 주의의무와 형사책임에 관한 연구, 고려대학교 석사논문(2000), 66쪽

138) 홍가혜, 수직적 의료분업에서의 의사의 주의의무와 형사책임에 관한 연구, 고려대학교 석사논문(2000), 66쪽

139) 이상돈, 형법학, 박영사(1999), 153쪽

140) 이상돈·홍성수, 법사회학-M. Weber, J. Habermas, N. Luhmann의 사회학이론과 법패러다임-박영사(2000), 195~197쪽. “다만 주의를 준수하여도 결과 발생이 방지될 것이라고 보장되지는 않는다. 비록 그러한 것을 목적하기는 하지만 법체계는 주의태만행위에 대해 합법과 불법을 판정해주는 기능을 하는 것 자체에 고유한 기능이 있을 뿐이며 그런 기능을 통해 현실의 사회영역에서 기획된 목표를 달성하는 것이 보장되어 있지는 않다는 것이다”

141) 홍가혜, 수직적 의료분업에서의 의사의 주의의무와 형사책임에 관한 연구, 고려대학교 석사논문(2000), 66쪽

여 위험의 발생이 사정에 따라 있는 것으로 보이는 정도의 가능성이 있으면 충분하다고 한다. 정확한 확실성이 부족한 현실에서 예측된 위험만으로 과실에 대한 판단을 하기에는 부적절하다. 특히 각각의 다양한 반응을 미리 예측하고 예견하는 것은 다른 과실범에 비해서 낮을 수밖에 없다. 따라서 과실범의 구성요건요소를 주의의무 기준을 ‘사회생활에서 일반적으로 요구되는 주의’, 즉 ‘법익침해의 위험을 관리하기 위해 개인들의 준수가 일반적으로 기대되는 행동준칙을 말한다.¹⁴²⁾ 보는 것이 타당하다고 할 수 있다.

판례에서 “일반적으로 사람의 생명과 건강을 다루는 의사에게는 그 업무의 성질에 비추어 시술로 인하여 발생 가능한 위험의 방지를 위하여 필요한 최선의 조치를 취할 업무상의 주의의무가 요구되고, 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 사망 등의 중대한 결과를 가져올 위험성이 있으므로, 이를 담당하는 의사는 마취 시술에 앞서 마취 시술의 전 과정을 통하여 발생할 수 있는 모든 위험에 대비하여 환자의 신체구조나 상태를 면밀히 관찰하여야 할 뿐 아니라, 여러 가지 마취방법에 있어서 그 장·단점과부작용을 충분히 비교·검토하여 환자에게 가장 적절하고 안전한 방법을 선택하여야 할 주의의무가 요구된다.”고 하여 의료진이 전신마취 시술을 할 때에는 갑작스런 기관지 경련의 발생을 예상하고 이를 방지할 주의의무와 환자의 심장이 전신마취 시술에 지장이 없을 정도로 정상인지 여부를 확인할 주의의무가 있다고 하였다.¹⁴³⁾

의료라는 자체가 비정형적이기는 하지만 표준이 되는 지침이나 의학교과서가 있어서 각기 질병이나 처치에 대한 기본적인 검사기준이나, 요구되는 검사, 치료방법의 방향이 있어서 이런 기준이 될 수 있는 표준지침이나 의학서적을 바탕으로 주의의무 위반 여부를 판별 할 수 있다.

그러나 수직적 분업에 있어서는 의사에게 요구되는 일반적 주의의무의 통상적인 개념을 확인하는 게 쉽지 않다. 업무분담의 주의의무의 구분요소가 있어 상위 의료인으로 의사의 개별적 사건에서의 분업의 업무분단이 보다 명확하게 확인되어

142) 이상돈, 형법학, 박영사(1999), 153쪽

143) 대법원 2001.3.23. 선고 99다 48221판결

야 한다.

3. 업무를 태만과 관련된 주의의무

의사는 의사로서 본래의 업무를 충실히 해야 함은 기본이며 만약 기본 업무보다 감독·주의의무가 부가되었다면 본래의 분업의 목적에 맞지 않게 된다. 즉 상위 의료인으로서 하위의료인에 대한 주의의무가 본래의 자기 업무보다 과중되어서 고유의 자기 업무의 수행을 방해한다면 이는 분업의 업무를 다시 검토해야 할 것이다. 상위 의료인으로서의 주의의무는 의사로서의 업무 수행에 방해가 되지 않는 범위내에서 부과됨을 전제로 한다.

II. 주의의무 판단의 기준

분업적 업무에서 상위 의료인으로써 의사에게 요구되는 주의의무를 법제화 하기는 어려운 일이며 개별적인 상황 대해서 규정을 만들고 적용한다는 것을 불가능한 일이다. 다만 개별적인 상황에 적용 가능한 기준을 제시하는 정도는 가능한 것을 생각된다. 관행적 업무, 위험가능성 업무, 의료행위의 전문지식이 바탕이 되는 판단 필요유무 업무, 환자의 상태와 의료인의 숙련도의 관계를 고려해서 주의의무에 대한 적용 가능한 기준을 제시해 볼까 한다.

1. 관행적 업무

형법 제 268조 “업무상 과실”이란 “사람이 사회생활에서 가지는 지위로서 계속적으로 종사하는 사무(업무)¹⁴⁴⁾ 요구되는 일반적의 주의를 태만하는 것 이라고 한다. 조직을 구성하는 다양한 구성원들이 서로 모여 하나의 목표를 달성하기 위해서는 각자에게 맡겨진 업무를 성실하게 수행하여야 한다. 집단 내부에 자율적인 대화와 비판 그리고 합의를 통해 형성된 규범을 궁극적으로 형법이 보호하고자 하는 법익에 도달할 수 있기 때문이다. 따라서 이러한 규범을 위반한 경우에

144) 이상돈, 형법학, 박영사(1999), 149쪽

형법의 개입이 정당화 될 수 있는 바 이를 "하부문화(subculture)"로서 "합리적 업무관행"이라고 한다.¹⁴⁵⁾

임상현장에서 의료행위를 수행함에 있어 의사에게 요구되는 합리적 기대가 업무 관행으로 의료인 사이에서 승인되고 합의된 규범을 말한다. 예를 들어 정맥주사가 간호사의 업무범위에 속하는지 여부에 대해서는 특히 일본에서 많은 논란이 있어 왔다. 우리나라에서는 과거 보사부 "간호사는 진료보조업무의 일환으로 의사의 지시에 의하여 주사행위를 할 수 있다"고 유권해석을 내린 이래(의제 1420-8753), 어떠한 종류이든 간호사에 의한 주사행위가 허용된다고 보는 것이 일반적인 견해이다. 대법원은 "간호사가 간호실습생에 정맥주사를 실시하도록 하여 발생한 의료사고에서" 의사에 지도·감독 의무가 없다고 보아 간호사에 정맥주사를 처방한 의사의 과실을 부정한 바 있다. ¹⁴⁶⁾ 그러나 수직적 의료분업에 신뢰의 원칙이 적용을 부정하는 견해에서는 의사의 지시에 의해 간호사가 업무를 이행하는 경우 의사는 이를 규칙적으로 감독할 의무가 있다고 한다.¹⁴⁷⁾ 결국은 대법원 판례는 경우와는 달리 정맥주입의 의사임무에서 간호사에 업무로 관행적으로 위임된 업무이지만 그로 인한 환자에게 위해가 발생 되었다는 의사는 상위 의료인으로서 책임에서 자유로울 수 없을 것으로 판단된다.

대개의 경우 병원내의 업무분담과 이에 따른 의사의 주의의무는 병원 내규 또는 병원 내 교육프로그램에 의해서 합의 승인된 규범을 적용하게 된다. 문제는 이런 관행이 전체적인 통일성을 갖고 있는 것이 아니라서 보편성을 갖고 있지 못하다. 동일한 의료행위라 하더라도 병원마다 병원에 환경, 의료기기 상태, 의사와 간호사의 업무분담에 대한 규정이 달라서 의사의 주의의무가 통일성과 보편성을 갖고 적용할 수 없다. 실제로 채혈업무를 보더라도 일부 대학병원에서는 의사가 직접 수행하고 있지만 대부분의 병원에서는 관행상 간호사 또는 임상병리사가 업무를 수행하고 있다. 그러므로 의사에게 요구되는 주의의무의 법적인 적용에 있어서 사건 발생 병원의 관행이 법원 인정될 수 있느냐가 문제가 된다. 중요한 것은 관행이 환자의 건강증진진과 회복이라는 목표인자 단순히 병원 관행으로 병

145) 이상돈, 형법학, 박영사(1999), 149쪽

146) 대법원 2003.8.19. 선고 2001도 3667판결

147) 이인영, 의료분업과 신뢰의 원칙, 연세법학연구, 제 6집 제 1권(1996.6), 202쪽

원의 인력의 효율적 관리, 생산성 증대인지 판단이 필요하다고 하겠다.

주의의무의 해석 근거로서 업무관행의 중요성은 Regina. Yogasaksan(1989)사건에서 확인 된다. 마취전문의 Dr. Yogasakran은 마취제 트롤리의 오른쪽 서랍에서 도프람을 꺼내 환자에 주사하였다. 그러나 다른 누군가의 실수로 도프람이 아닌 도파민이 오른쪽 서랍에 들어있었고 환자는 결국 사망하였다. 재판에서 우리의 감정인에 해당하는 전문가 증인(expert witness)은 마취전문의는 어떠한 응급상황에서도 주사되는 약물의 라벨을 확인해야 한다고 증언하였고 법원은 이에 근거하여 Dr. Yogasakran에 과실치사죄를 인정하였다. 이 판결이 의미하는 것은 법원이 피고가 전문가 증인에 의해 확인된 주의의무를 준수하지 않았음을 이유로 피고에 과실을 인정했다는 것이다.¹⁴⁸⁾ 흔히 수술실에서는 업무의 효율성 때문에 약들을 필요시 주사기에 채는 것이 아니라 그 날 하루에 쓸 약을 미리 주사기에 준비해 놓고 서로간의 정해진 장소에 보관하고 사용하게 된다. 약을 환자에게 주입하기 전에는 약물에 이름, 약물에 용량, 주입방법, 환자의 이름을 확인하게 되어 있지만 관행적 업무 수행에 익숙해지다 보면 이런 과정들이 최소화되는 경향이 있다. 법원 판결로 전문가로서 최소한의 확인된 주의의무를 준수하지 않아 피고인의 과실을 인정한 것이다.

그러나 업무 관행이 의사의 주의의무를 법적으로 제한하는 데 유의미하게 작용하기 위해서는 분업이 환자의 생명과 건강을 위한 의료를 수행하는 데 있어 필요한 합리적인 규칙으로 확립된 것이어야 한다. 의료관행이라고 하여 제한 없이 주의의무의표준이 될 수 없다.¹⁴⁹⁾ 환자 건강증진과 생명회복을 위해서 병원의 임상적인 현실이 의미가 있다면 형사책임의 근거로서 당위성을 가질 수 있다. 수직적 분업에서 의료사고의 형사책임을 판단하는 데 있어서 근거가 되는 것은 명확하지만 의사의 분업적 임무를 간호사에 분업적 임무로 과도하게 확장시킨다면 수직적 분업에 대한 주의의무를 통제하기 어렵다.

하위 의료인에게 모든 책임을 전가 하거나 상위 의료인에게 모든 책임을 귀속시켜서는 안 된다. 의료사고에서 책임을 귀속하는데서 매우 중요한 것은 분업관

148) 홍가혜, 수직적 의료분업에서의 의사의 주의의무와 형사책임에 관한 연구, 고려대학교 석사논문(2000), 69쪽

149) 이상돈, 형법학, 박영사(1999), 136쪽

계를 바라보아야 한다는 것이다. 또한 주의해야 할 것은 행위자에 ‘기대되는 주의의무’가 만약 준수하였다면 ‘결과발생을 방지할 수 있었을 정도의 주의의무’를 기준으로 판단되어서는 안 된다는 것이다. 의료인의 주의의무가 무한대로 확대될 수 있기 때문이다. 150)

【 대법원 1997.4.8. 선고 96도 3082, 판결 】

산부인과 개업의들이 매 분만마다 수혈용 혈액을 준비한다 하더라도 이를 사용하지 아니한 경우(대부분의 분만에서 사용하지 아니한다)에는 혈액원에 반납할 수 없고 산부인과 의원에서 이를 보관하였다 다른 산모에게 사용할 수 없기 때문에 결국 사용하지 못한 혈액을 폐기하여야 하고, 헌혈 부족으로 충분한 혈액을 확보하지 못하고 있는 당시 우리나라의 실정상 만약 산부인과 개업의들이 매분만마다 수혈용 혈액을 미리 준비하고, 이를 폐기한다면 혈액부족이 심화될 우려가 있음을 알 수 있는 바, 제왕절개 수술을 시행하기 전에 미리 혈액을 준비할 주의의무가 있다고 보기 어렵다고 본 사례이다

2. 위험 가능성 업무는 주의

분업적 업무에서 간호사에게 위임되는 업무에도 업무의 난이도가 다르므로 환자의 생명과 직결되거나 위험이 발생할 가능성이 있는 업무에 대해서는 위험성의 평가가 필요하다. 위험발생 가능성의 평가에 있어서 사용되는 약물이나 의료기구의 위험성, 의료제공 과정이나 제공 후 발생할 수 있는 부작용, 의료행위 자체의 위험성 등의 그 기준으로 적용될 수 있다. 예컨대 주사업무¹⁵¹⁾의 경우 위험이 낮아 간호사에게 완전히 일임되어 의사가 주의의무를 관리할 책임이 없다고 볼 수 있지만 아미노필린(aminophylline)¹⁵²⁾는 약으로 반드시 경험 있는 의사의 감독하

150) 이상돈·홍성수, 법사회학-M. Weber, J. Habermas, N. Luhmann의 사회학이론과 법패러다임-박영사(2000), 195-197쪽

151) 보사부 “간호사는 진료보조업무의 일환으로 의사의 지시에 의하여 주사행위를 할 수 있다”고 유권해석을 내린 이래(의제 1420-8753)

152) 심장근육을 강화작용과 이뇨작용이 있어 심부전 치료에 사용하며 기관지 평활근을

에 투여하게 되어 있으므로 일반 약제에 비해서 위험성이 높다고 할 수 있다. 이런 경우 위험성에 대한 주의의무가 요구된다고 하겠다. 또한 일반 병실에 입원한 환자의 경우 통상적으로 하루 2-3회의 혈압, 맥박, 호흡, 체온을 확인하게 되어 있는데 이런 경우 위험성이 내자된 의료행위가 아니므로 이는 간호사의 임무로 귀속 책임영역을 분리하여야 한다. 만약 이를 태만히 하여 환자에게 건강상 위해가 발생하였다면 이에 대한 형사상 책임은 간호사에게 귀속되어야 할 것이다. 그러나 수술 후 출혈 확인이나 의학적인 판단이 요구되는 경우 간호사에게 위임된 임무라 하여도 의사에게 상당한 정도의 주의의무가 요구된다고 하겠다.

3. 의료행위 전문지식이 바탕이 되는 업무

의료는 아픈 사람 대상으로 제공되는 행위이고 개별적 상황과 응급상황이 많이 발생한다. 개별적 응급상황 발생하는 상황에서는 대부분의 경우 전문적인 의학적 지식에 근거한 판단에 따른 의료제공이 필요하게 된다. 수술 시 수술 전에 환자가 수술을 받을 수 있는 상태인지를 판단하기 위해서 혈액검사, 방사선 검사, 심전도 등 다양한 검사를 통해 수술에 적합한 상태인지를 판단하게 되며 이를 통해 수술을 시행하게 된다. 이때 마취과 전문의와 외과전문의는 수평적 관계로서 분업적 임무를 수행하게 된다. 만약 수술 시 응급상황으로 출혈이 심하게 진행되어 수혈이 필요한 상황이라면 마취과 의사와 외과의사는 서로 상의하여 수혈을 결정하게 된다. 만약 이런 의학적 전문 판단을 마취간호사에 의해서 위임하여 결정된다면 이는 무면허 의료행위가 될 뿐 아니라 마취의사의 주의의무 위반이 발생하게 된다.

법원에서는 자궁질 도말세포병리검사를 위한 검체 채취를 의사의 현장입회 없이 간호사가 단독으로 행할 수 없는 의사의 업무로 보아 의사의 위임행위에 대해 무면허 의료의 교사죄를 인정한 바 있다.

【대법원 판결 2010.3.25. 선고 2008도590】

이완시켜 기관지 질환의 호흡곤란 증상을 완화시켜 주는 약

피해자는 초진결과 감돈성 치핵을 진단받고 치질수술을 위해서 검사 상 특이 소견이 없던 자로 담당 외과의사가 마취하에 수술을 하였다. 첫 번째 치핵을 떼어낸 후, 두 번째 치핵 절제 중 환자가 엉덩이를 빼고 통증을 호소하면서 흥분상태가 되자 옆방에서 전신마취 수술을 담당하는 마취 전문간호사에게 조치를 부탁하여 마취전문간호사는 신경안정제와, 혈압강하제를 정맥으로 투여하였다. 투여 후 환자가 고통을 호소하자 외과의사는 남자직원을 불러 팔다리를 붙잡고 고정시킨 후 수술을 계속 진행하였다. 수술 중 맥박이 180회 상승 하였으며, 수술 후 심한 경련과 혈압 맥박이 상승 기관 삽관 후 산소 공급하였으나 상태 회복이 되지 않아 다른 병원으로 전원하였으나 사망한 사건이다.

이 사건은 외과의사와 마취전문간호사가 마취시술과 치핵 제거술을 하는 과정에 환자가 통증호소하고 출혈이 발생했음에도 수술을 중단하거나 응급조치를 취하지 않고 지혈제를 투여하면서 수술을 진행하다 혈관에 잘못 주입된 리도카인의 전신성 독성 반응에 의한 혈압상승으로 인해¹⁵³⁾ 심박동이 정지된 후에도 적절한 대처 없이 뒤늦게 심폐소생술과 후송하여 환자를 사망하게 했다. 마취전문간호사인 피고인은 마취시술과 같은 의료행위는 마취전문의를 포함한 의사만이 시행할 수 있고 마취전문간호사는 마취시술과 관련된 보조행위만을 할 수 있음에도 척추마취시술을 함으로써 면허된 의외의 의료행위를 하였다.

위의 판결에서 ¹⁵⁴⁾ “특히 수술 도중 혹은 수술 후 마취와 관련한 의료사고가 빈번한 것이 현실이고 보면, 마취과 전문의는 직접 수술 집도의와 함께 마취를 제대로 시행할 수 있는 환자인지 여부를 살펴본 다음에 적절한 마취제 및 마취 방법을 선택하여 시술 후 환자의 회복과정을 면밀히 살펴 만일 발생할지도 모를 마취사고에 대비해야 할 주의의무가 있으므로 마취 전문의 자신이 직접 마취시술을 하여야 함이 원칙이”라고 하였다. 또 다른 판결¹⁵⁵⁾에 의하면 위임이 금지되는 업무는 “ 의학적 전문지식이 있는 의료인의 행하지 아니하면 사람의 생명, 신체

153) 마취전문간호사가 항소심에서 극소마취제 리도카인을 주사한 사실을 부인하고, 지혈제 보스민을 과다 투여한 후 극도로 상태가 악화됐음에도 수술을 진행하였다고 주장, 2심에서 공소장 변경신청을 통해 리도카인을 치핵부근에 투약하여 혈액으로 침투하였다고 내용을 변경하였다.

154) 대법원 2010.3.25. 선고 2008도590판결

155) 대법원 2007.7.26. 선고 2005도5579판결

나 공중위생에 위해가 발생시킬 우려가 있고, 의료법상 간호사가 할 수 있는 요양상의 간호, 진료의 보조, 보건활동의 범위를 넘어 의사가 행하여야 할 의료행위”로 정의된다. 앞의 판결은 의료사고 가능성이 높은 마취방법과 마취제를 선택함에 있어 전문의의 전문가적 판단이 필요하며 어느 경우라도 위임이 될 수 없는 의학적 상황에 대한 판단 기준이 될 것이며 두 번째 판결은 신체침습에 대한 위임금지 범위를 확인하는 기준이 될 것으로 보여진다.

4. 환자의 상태와 의료인의 숙련도의 관계

의료행위의 개별적 특수한 상황이 대부분임으로 간호사에게 위임된 의료행위라도 환자의 상태에 따라 의사의 주의·감독 의무가 발생한다. 환자의 질병상태가 갑자기 악화되었거나 고령 또는 소아 임신부 등은 일반인보다 건강상 취약함으로 의사의 주의의무가 요구된다고 하겠다. 일반적인 상황이더라도 건강상황은 항상 돌변하여 응급상황이 발생될 수 있으며 이런 환자의 상태변화에 대해서 무엇보다 간호사들은 빠른 관찰과 의사에게 보고를 할 수 있어야 하며, 의사의 경우도 이런 상황에 대한 충분한 간호사들에 대한 지시와 감독의 필요로 한다고 하겠다.

【대법원 판결 1994.12.22. 93도 3030】

주치의 피고인은 피해자를 위해 응급처치 기구를 병실에 준비해 둘 것과 피해자를 2시가마다 활력 체크할 것을 간호사에게 지시하고, 피해자에게 2시간마다 활력 체크할 것을 간호사에게 지시하고, 피해자에게 이상한 징후가 나타나면 급히 연락을 하도록 간호사와 피해자에게 지시하였다. 그러나 간호사는 활력체크를 처음1회만 실시하고 이를 실시하지 아니하였으며, 피해자가 호흡곤란으로 고통스러워한다고 보호자가 2차례 의사를 불러달라고 간호사에게 요청하였으나 간호사는 피해자의 상태를 확인하거나 의사에게 연락을 취하지 않았다. 피고인은 당직실에서 수면을 취하다가 간호사가 전화를 한 기회에 피해자의 상태를 물어보기만 하고 자신이 직접 피해자를 관찰하지 아니 하였다. 다시 피해자가 호흡곤란을 호소하고, 고통으로 몸부림치자 보호자는 간호사에게 의사를 불러 달라고 요청하였으나 간호사는 이를 확인하지 않고 이에 응하지도 아니한 결과 피해자가 고통을

이기 못하고 복도로 뛰쳐나와 쓰러져서 식물인간 상태로 빠졌다. 여기서 피고인인 주치의는 직접 피해자의 경과를 살펴 필요한 처치를 시행하여야 함에도 불구하고 이를 시행하지 아니하였다는 과실을 인정하였다.

수술 후 환자의 상태 변화와 혈압, 맥박, 체온, 호흡 확인은 고도의 전문성이 필요한 임무는 아니므로 간호사에 위임되어진 임무이지만, 모든 의료행위는 인체를 대상으로 하고 있기 때문에 응급상황이 발생할 가능성을 내재되어 있다. 이 사례처럼 간호사가 의사가 지시한대로 156) 간호사가 정확히 혈압, 호흡, 맥박, 체온을 확인하여 기록하고 환자의 상태가 변화에 대해서 의사에게 보고를 하였다면 간호사의 위임된 업무는 완벽하게 수행되었다고 할 수 있다. 위임된 임무를 수행한 간호사가 좀 더 숙련된 간호사로 업무 태만 없이 수술 후 출혈증상의 관찰은 모든 수술환자에게 가장 기본이 되는 확인사항이라는 것을 알고 있었다면 다른 결과가 발생할 수도 있었을 것을 판단된다. 결국 급변할 수 있는 환자의 상태 변화에 대한 빠른 확인과 보고는 간호사 개개인에 업무숙련도에 의해서 결정된다고 하겠다.

제3절 수직적 분업에서의 의사의 형사 책임

최근 들어 병원에서 사망 또는 사고의 원인을 병원에서 발생되었다는 이유만으로 의료사고로 바라보는 경향이 확산되고 있으며 이를 해결하는 방법으로 형법이 대두되고 있다. 의료가 개입된 상황에서 발생한 환자의 상해 또는 사망을 불가피한 사고라고 이야기 하는 의사와 의사의 안일함 또는 태만에 의한 결과라고 주장하는 환자와 그 가족의 상반된 태도에 의해 “공적인 대화를 통한”¹⁵⁷⁾ “시민사회의 자율적 문제해결”¹⁵⁸⁾ 대신 사회적 약자이며 의료사고의 피해자로 인식되어 온 환자와 그 가족의 불만의 해소 역할을 형법으로 하게 된 것이다. 그러나 형법이 단순히 환자가족의 의사에 대한 분노 표출방법이나 높은 배상금을 유도한다면

156) 의사의 감독행위 횡수에도 문제가 있다.

157) 이상돈, 형법학, 박영사(1999), 52쪽

158) 이상돈, 형법학, 박영사(1999), 51쪽

형법의 궁극적인 환자의 생명과 건강보호라는 법의 목적에 도달할 수 없을뿐더러 의사와 환자 및 신뢰관계를 회복하기 어렵게 만든다. 형사사상의 타율적 규제에 의한 일시적인 불만의 표출이나 감정적 위안이 아니 의료사고의 원인을 발견하고 예방하기 위해서는 오히려 행위자인 의료인간의 “공적대화 마당¹⁵⁹⁾을 성장시켜야 한다.¹⁶⁰⁾” 공적대화 마당¹⁶¹⁾을 통해 형법이라는 강제적 수단이 아닌 의료인 스스로 자율적인 규범을 형성하고 이를 지키는 노력이 필요하며 이를 통한 환자에게 위해 없이 질병치유와 건강회복을 통한 국민 건강증진과 질적으로 우수한 의료 제공될 수 있어야 한다. 질 높은 의료의 제공의 진료를 제공하는 의료인이나 진료를 제공받은 환자에게 공동의 목표이다. 이를 달성하기 위해서는 의료사고 시 형법에 의한 갈등 해결은 최후의 방법으로 선택되어야 하며 행정규제나 민사상 책임으로 해결이 가능해야 한다. 형법에 의한 문제해결은 결국 환자에게 질적 의료제공을 받기 어려운 결과로 돌아오게 된다. 의료의 분업은 현실적 요구인 동시에 의료제공에 있어서 효율성의 극대화시켜 전문가가 제공할 수 있는 임무와 전문가가 분업을 통한 지도·감독을 통해서 제공될 수 있는 업무를 나눔으로써 환자에게 보다 전문적이고 세분화된 의료를 최적의 의료를 제공하려는 본래의 목적이 사라지고 의사는 의료제공에 있어서 효율적인 의료제공이 불가능해지며 분업적 의료제공에서의 주의·감독임무에 대해서도 형사상 책임으로 인해 방어적 진료와 주의·감독임무에 대한 강화를 함으로 직접적인 의료제공에 있어서도 직접적 또는 간접적 영향을 미치게 될 것이다.

의료영역에서 형법에 의한 극단적 갈등해결과 환자의 두터운 보호는 궁극적으로 형법이 보호하고자 하는 환자의 법익을 실제로 보호하지 못하게 한다. 국가의 가장 강력한 수단으로 법익보호를 위한 법익침해라 말해지는 형법은 다른 규범에 의하여 법익보호가 가능하지 않을 때 보충적 수단이자 최후의 수단으로서 법공동체가 보호하고자 하는 법익을 실제로 보호할 수 있을 때 투입되어야 한다. ¹⁶²⁾ 그럼에도 불구하고 최신 동향은 형사고발에 의한 의료분쟁이 늘어나는 추세이다.

159) 이상돈, 형법학, 박영사(1999), 51-61쪽

160) 이상돈, 형법학, 박영사(1999), 51-61쪽

161) 이상돈, 형법학, 박영사(1999), 51-61쪽

162) 홍가혜, 수직적 의료분업에서의 의사의 주의의무와 형사책임에 관한 연구, 고려대학교 석사논문(2000), 77쪽

형사고발에 의한 의료사고의 해결은 의료의 자율적 규제에 의한 의료사고를 예방을 어렵게 한다. 의료사고에 있어서 의사의 형사책임을 판단할 때는 형법의 최후의 수단으로 위에 같은 전제하에서 논의되어야 할 것이다.

더불어 판례¹⁶³⁾의사의 주의·감독의무에 대한 소홀로 발생된 간호사의 과실로 발생된 환자의 사망이 상해의 경우 간호사에게 위임금지 업무로 인한 무면허 의료행위에 대한 공범이 될 수 있으며 이행감독의무 위반이 있는 경우 업무상 과실치사상죄의 공범이 될 수 있을 것이다.

I. 위임 금지 위반과 형사책임

간호사가 면허된 이외의 의료행위를 하였다면 간호사는 무면허 의료행위에 대한 공범이 될 수 있다. 이에 대해 대법원은 위임이 허용되지 않은 수직적 분업의 한계를 넘어서 제공된 간호사의 의료행위에 대해서는 교사범¹⁶⁴⁾과 중범¹⁶⁵⁾을 인정

163) 대법원 2012.5.10. 선고 2010도 5964 판결

“의사가 간호사로 하여금 의료행위에 관여하게 하는 경우에도 그 의료행위는 의사의 책임아래 이루어지는 것이고 간호사는 그 보조자에 불과하다. 간호사가 ‘진료의 보조’를 하는 경우 모든 행위 하나하나마다 항상 의사가 현장에 입회하여 일일일 지도·감독하여야 한다고 할 수 없고, 경우에 따라서는 의사가 진료의 보조행위 현장에 입회할 필요 없이 일반적인 지도·감독을 하는 것으로 충분한 경우도 있을 수 있는, 이는 어디까지나 의사가 그의 주도로 의료행위를 실시하면서 그 의료행위의 성질과 위험성 등을 고려하여 그 중 일부를 간호사로 하여금 보조하도록 지시 내지 위임할 수 있다는 것을 의미하는 것에 그친다. 이와 달리 의사가 간호사에게 의료행위의 실시를 개별적으로 지시하거나 위임한 적이 없음에도 간호사가 그의 주도 아래 전반적인 의료행위의 실시 여부를 결정하고 간호사에 의한 의료행위의 실시과정에도 의사가 지시·관여하지 아니한 경우라면, 이는 구의료법(2009.1.30. 법률 제 9386호 개정되기 전의 것) 제 27조 제 1항이 금지하는 무면허의료행위에 해당한다고 볼 것이다. 그리고 의사가 이러한 방식으로 의료행위가 실시되는데 간호사가 함께 공모하여 그 공동의사에 의한 기능적 행위지배가 있었다면, 의사도 무면허의료행위의 공동정범으로서의 죄책을 진다.

164) 대법원 2007.7.26. 선고 2005도 5579판결

“의료법인 이사장이 간호사들로 하여금 병원 검진센터에서 의사의 현장감독 없이 단독으로 자궁질도말세포병리검사를 위한 검체를 하게 하였다면 이는 무면허의료행위를 하도록 교사한 행위에 해당한다”.

한 바가 있다.

의료행위는 인체에 침습을 동반하는 행위로 사람의 생명이나 신체에 위해를 발생시킬 수 있는 행위로 국가에서 일정한 면허를 취득한 의료인만이 행할 수 있는 행위이다. 그러나 의료인이라고 해서 다 같은 의료행위를 제공할 수 있는 것이 아니라 의료법에 의해서 면허된 의료행위를 규정하고 있다. 의료법으로 의료인과 비의료인을 구분하고 면허로 각기 직능에서 허용되는 의료행위에 대한 규제를 하는 것은 인체에 위해를 발생시킬 수 있으므로 구분한 것으로 생각된다. 판례는 간호보조원이 치과환자의 엑스레이를 대신 촬영하고 이를 관독하는 등의 초진 하고 발치, 주사, 투약 등의 독자적 의료행위¹⁶⁶⁾를 한 경우, 의사가 속눈썹이식시술 하면서 간호조무사로 하여금 피시술자의 후부두에서 채취한 모발을 속눈썹시술 시술용 바늘에 일정한 각도로 끼우고 바늘을 뽑아낸 뒤 이식된 모발을 위쪽으로 향하도록 모발의 방향을 수정한 행위¹⁶⁷⁾, 보험회사에서 의사의 지도·감독없이 문진, 신체계측 등을 하게 한 뒤 건강검진결과서를 작성하여 보험회사에 통보하게 한 행위¹⁶⁸⁾, 프로포폴에 의한 수면마취 시 의사는 반드시 마취 전에 환자를 문진 또는 진찰하고 환자마다 개별적으로 마취제의 투여 여부와 그 용량을 결정해야하며 구체적인 지시·감독을 해야 할 의무를 부담하여야 함에도 이를 위반하고 간호사에게 프로포폴 주사를 위임한 경우¹⁶⁹⁾, 의료법상 간호사가 면허에 허용된 범위 이외의 의료행위를 하는 경우 의사의 지시나 위임이 있었다고 하더라도 무면허 의료행위에 해당하게 된다고 하겠다. 만약 영리를 목적으로 무면허 의료행위를 제공하였다면 보건범죄단속에 관한 특별조치법에 의하여 가중 처벌받게 된다.

한편 간호사에게 면허된 범위외에 업무를 지시한 경우라면 무면허를 의료행위의

165) 대법원 1982.4.27. 선고, 82도 122판결

“진료부는 환자의 계소적인 진료에 참고로 공하여지는 진료 상황부이므로 간호보조원의 무면허행위가 있는 후에 이를 의사가 진료부에다 기재하는 행위는 실행행위 종료 후의 단순한 사후행위에 불과하다고 볼 수 없고 무면허 의료행위의 방조에 해당한다”

166) 대법원 1986.7.8. 선고 86도 749판결

167) 대법원 2007.6.28. 선고 2005도 8317판결

168) 대법원 2012.5.10. 선고 2010도 5964판결

169) 대법원 2014.9.4. 선고 2012도 16119판결

공범이 될 수 있다. 형법 제 33조 “신분관계로 인하여 성립될 범죄에 가공한 행위는 신분관계가 없는 자에게도 전 3조의 규정을 적용한다”고 공범과 신분을 규정하고 있다. 의료법 제 27조 1항에의 “의료인 또는 면허에 의하여 허용된 범위”라는 “일정한 신분의 ‘부존재’가 불법의 구성하는 요소¹⁷⁰⁾가 되는 것으로 의사가 위임이 금지된 업무를 간호사에게 지시하여 수행하게 하였다면 간호사의 무면허 의료행위의 공범이 성립될 수 있을 것이다. 형법 제 33조의 “신분관계로 인하여 성립될 범죄”를 ‘신분의 존재’로 이해하는 경우 신분에 의해 범죄 성립이나 형벌이 배제되는 ‘소극적 신분’¹⁷¹⁾에는 제 33조가 적용되지 않는다. 그러나 이러한 이해에 따르면 입법에 흠결¹⁷²⁾이 발생하는 것으로 “신분관계”에는 소극적 신분이 포함된다고 해석하는 것이 타당하다. 33조의 전조 3은 30조 공동정범·31조 교사범·32조 중범을 뜻하는 것으로 ‘가공’이란 공동실행·교사행위·방조행위를 말한다.¹⁷³⁾ 따라서 의사가 간호사에게 위임 금지된 업무를 지시 수행하도록 하였다면 간호사의 무면허의료행위의 교사범, 방조행위는 무면허 의료행위의 중범, 의료행위를 공모하여 가공하였다면 무면허 의료행위 공동정범이 인정될 것이다.

II. 이행감독의무 위반과 형사책임

형법은 일인의 행위자가 범죄의 구성요건을 실현할 것을 전제로 하고 있으나 수인이 구성요건을 실현한 경우 다수의 행위자를 (광의의)공범이라고 한다.¹⁷⁴⁾

형법 제 268조는 “업무상 과실 또는 중대한 과실로 인하여 사람을 사상에 이르게 한자” 업무상과실치사상죄로 처벌하고 있다. 수직적 분업에서 의사 감독의무 위반으로 간호사에 의해 제공된 분업적 임무에서 환자의 법익을 침해하는 경우가 발생되었다면 업무상 과실치상의 공동정범이 인정될 수 있는가 하는 문제가 발생

170) 이상돈, 형법강의 - 일반적 귀속론- 제 1판, 법문사(2010), 624쪽

171) 배종대, 형법총론 제 9전정판, 홍문사(2008), 650쪽

172) 이상돈, 형법강의 - 일반적 귀속론- 제 1판, 법문사(2010), 626쪽

173) 홍가혜, 수직적 의료분업에서의 의사의 주의의무와 형사책임에 관한 연구, 고려대학교 석사논문(2000) 80쪽

174) 신동운, 형법총론 제 2판, 법문사(2006), 546쪽

한다. 고의가 아닌 과실범의 경우 통설은 과실범의 공동정범을 부정하고 있으나 공동의 과실로 과실범의 구성요건이 실현되었을 때 공동정범을 검토할 수 있다. 제 30조가 “공동하여 죄를 범한 때”라 하는 것은 공동의 ‘의사’를 요구하는 것이 아니므로 공동의 주관적 요소는 “범죄 실현에 대한 내적참여”의 공동¹⁷⁵⁾이라 해석할 수 있기 때문이다. 수직적 분업에서 의사의 감독위반과 간호사의 과실행위가 “기능적으로 통합됨으로써 구성요건을 완전하게 실현”¹⁷⁶⁾ 하였다면 의사의 주의의무 위반을 근거로 의사에 업무상 과실치사상의 공동정범이 인정될 수 있다고 할 수 있다.¹⁷⁷⁾ 그런데 감독을 하지 않음으로써 이행감독 위반을 한 경우 공동정범이 인정될 것인가는 논의가 필요하다.

환자의 법익침해가 의사의 감독의무 위반으로 발생되었거나 간호사의 과실행위로 인하여 발생되었다면 결과는 간호사에게만 귀속될 수 있으며 의사의 감독과 환자의 법익 침해 간에는 인과관계가 부정된다고 할 수 있다. 따라서 환자의 상해나 사망이라는 결과를 귀속시킬 수 있는 업무상 과실에 해당하지 않는다.¹⁷⁸⁾ 다만 의사의 부작위에 의한 감독의무 위반의 경우 형법 제 18조 “위험 발생을 방지할 의무가 있”는 자가 “그 위험발생을 방지하지 아니한 때에는 그 발생된 결과에 의하여 처벌”함을 규정하고 있는데, ‘위험발생 방지할 의무’라 함은 해당 결과의 발생을 방지하여야 할 ‘보증인의 의무’를 말한다.¹⁷⁹⁾ 따라서 부작위에 의한 감독의무 위반의 경우 규정에 의해서 부작위범이 성립될 수 있다.

수직적 분업에서의 ‘과실에 의한 부작위범’이 성립되기 위해서는 결과방지행위를 하여야 하는 의사의 ‘보증적 지위’가 인정되어야 하며 직접적으로 결과발생을 방지하기 위한 ‘하위 의료인을 감독할 의무’에 해당되어야 한다. 수직적 분업의 원

175) 이상돈, 형법강의 - 일반적 귀속론- 제 1판, 법문사(2010), 564쪽

176) 이상돈, 형법강의 - 일반적 귀속론- 제 1판, 법문사(2010), 565쪽

177) 이상돈, 형법강의 - 일반적 귀속론- 제 1판, 법문사(2010), 565쪽

과실범의 공동정범에서 ‘기능적 범행지배’는 “① 주의의무를 함께 부담하는 자들이(주의 의무공동) ② 모두 그 의무를 위반하고(위반의 공동) ③ 각장의 의무위반 중 어느 하나라도 없었다면 결과가 발생하지 않았을 경우(결과 발생의 기능적 상호연관성의 소극적 의미)이거나 각자의 의무위반이 단독으로 결과를 초래하지 못해도 함께 축적적으로 결과를 초래한 것이 확실한 경우(결과발생의 기능적 상호연관성의 적극적 의미)에 인정된다”

178) 이상돈, 의료형법, 법문사(1998), 123쪽

179) 조상제, 현행부작위범 규정(형법 제 18조)의 개정방안“, 안암법학 제 25권(2007), 1쪽

리에 의하면 의사로부터 위임된 간호사의 임무는 간호사가 결과 발생 방지에 대한 직접적인 의무를 지게 된다. 의사는 단지 감독자로서의 간호사를 감독할 의무만이 있게 되는 것으로 부작위 정범이 되지 않는다.

결론적으로 수직적 분업에서는 의사의 감독의무 위반은 ‘과실 부작위에 의한 방조’ 책임만이 있게 된다. 형법 제 32조 제 1항의 “타인의 범죄를 방조한 자는 중범으로 처벌한다.

제4절 수직적 분업에서의 간호사의 형사 책임

과거에는 의사의 진료 보조행위를 담당했던 간호사의 의료행위가, 현재는 점점 더 전문성 증대가 되고 있어 단순히 업무이행을 하는 이행보조자로서가 아니라 환자의 건강보호, 유지, 증진을 위해서 중심적인 위치에서 활동하고 있으며 환자의 권리 보호 측면에서도 중요한 위치에 있는 의료인으로 자리잡아 가고 있다.¹⁸⁰⁾

이제까지 의료분쟁에서 있어서 책임문제는 주로 의사의 문제가 되었고, 의사에 대한 연구가 주로 이루어졌지만, 최근 들어 간호사의 책임을 묻는 사례가 증가하고 있다.¹⁸¹⁾

I. 간호사의 업무

병원에서 제공되는 의료행위 중에서 간호사에 의해서 제공되는 의료행위가 있음에도 간호사의 업무에 대한 명확한 규정의 정의를 찾기가 어렵다. 간호사의 업무에 대한 명확한 규정이 없는 것은 전통적으로 의사의 진료행위를 보조하는 역할로 간호사의 역할이어서 명확한 간호사의 업무영역에 규정하기는 모호한 상태였으며 대법원 판례에서도 “ 의료행위라 함은 질병의 예방과 치료행위뿐만 아니라 의학적 전문지식이 있는 의료인이 행하지 아니하면 사람과 생명, 신체나 공중위

180) 양경희·황종훈·김여희, 간호업무와 관련된 법적 의무 및 책임에 대한 조사연구, 지역사회간호학회지, 제9권, 2호, 지역사회간호학(1999), 303쪽

181) 장미희, 간호사의 의료과오 책임에 관한 연구, 의료법학회(2014), 197쪽

생에 위해를 발생시킬 우려가 있는 행위를 포함한다”¹⁸²⁾라고 판시하고 있어 의료인의 개인 임무에 대한 내용이 명확하지 않다.

그러므로 간호사의 업무에 대한 문헌이나 법률 규정에 대한 검토가 필요하다. 대한간호협회는 간호를 “ 모든 개인, 가정, 지역사회를 대상으로 하여 건강의 회복, 질병예방, 건강유지와 증진에 필요한 지식, 기력, 의지와 자원을 갖추도록 직접 도와주는 활동이다.”¹⁸³⁾라고 정의하고 있다. 이와 같은 대한간호사협회 간호에 대한 정의에서 특별히 주의하여야 할 부분은 “직접 도와주는”이라는 부분이다. 의사의 의료행위가 인간이 질병으로 인하여 고통당하지 않도록 예방, 진료 및 치료에 주된 목적을 둠으로써 인간의 건강에 대하여 직접적으로 대응하는 것에 초점을 두는 것이라는 점에서 간호 업무의 상당부분을 포섭하고 있는 반면에, 대한간호협회의 간호에 대한 정의에 의하면 직접 질병에 대응하기 보다는 개인, 가정, 지역사회가 건강을 유지하는 것을 도와주는 측면이 강하다고 여겨진다.¹⁸⁴⁾ 의사의 진료행위는 질병에 대한 진료, 치료 및 예방과 관련된 직접적인 질병에 대응이지만 간호는 건강을 유지 증진 시키는 것을 도와주는 조력자의 측면이 강하다고 할 수 있다. 의료법 제 2조 제 2항 5호에 의하면 간호사 업무에 대한 직접적인 규정을 두고 있다. 간호사의 업무는 의사의 진료를 보조하는 측면으로 의사의 보조자로서의 법적 지위를 가지면 이러한 법적 지위에 상응하는 법적 책임을 지는 것으로 여겨졌다. 그러나 최근에는 간호도 의료행위에 중요한 분야로 전문적 의료인으로 교육을 받고 독립된 면허체계를 가지고 있다. 또한 일부의 업무는 독립적으로 수행되기도 한다. 따라서 간호사의 업무 중 일부는 독립적인 업무라 파악할 수 있으며, 현실적으로 그러하다 생각된다. 간호행위의 범위에 대해서는 병원별 간호실무표준이나 지침을 고려해야하면 간호대학의 교육과정이 고려되어야 할 것이다.¹⁸⁵⁾ 개별적 간호행위에는 입실 중의 기본간호, 투약간호, 수혈간호, 감염간호, 물품 및 약품관리 간호, 환자이송 시 이송간호 등의 환자의

182) 대법원 1994.5.10. 선고 93도 2544판결

183) 홍양자·김옥수·조미숙·김명, 건강과학의 이해, 이화여자대학교출판부(2008), 43쪽

184) 정규원, 간호사의 과실 - 분업적간호행위의 형사책임 중심으로- 법학논총 제 31권 제 2호 한양대학교 출판부(2012), 209쪽

185) 정규원, 간호사의 과실 - 분업적간호행위의 형사책임 중심으로- 한양대학교 출판부(2012), 210쪽

경과관찰 및 감시감독 등이 기본적 간호활동이라고 파악된다.¹⁸⁶⁾ 전통적인 간호 업무에 대한 법적 성질이 의사의 진료행위 보조업무의 성격을 강했지만 간호업무에 독립성에 대한 판단도 의료행위에 대한 상황을 고려하여 판단되어야 한다고 생각된다. 예를 들어 주사행위의 경우 주사방법과 주사약의 위험성, 환자의 질병에 따라 개별적으로 판단되어야 한다.¹⁸⁷⁾

II. 진료보조 업무

의사와 간호사의 수직적 분업에서 간호사의 과실행위로 인하여 환자에게 악결과 발생하였다 해서 언제나 의사가 형사책임을 지는 것은 아니다. 수직적 분업에서 의사는 간호사에 대하여 지휘·감독에 대한 주의의무를 위반한 경우 과실에 대한 책임을 지게 되지만 간호사의 과실로 인하여 환자에게 악결과가 발생되었을 경우라면 간호사의 과실에 대한 예견의무와 결과회피의무에 대한 위반성이 인정되어야만 과실 책임을 물을 수가 있는 것이다.

III. 독립적인 업무

간호사의 업무를 의사의 진료행위에 대한 보조 행위로만 파악을 한다면 간호사는 의사의 지시와 명령에 복종할 의무를 지게 된다. 즉 간호사에게는 복종과 명령준수(obedience and submission)가 미덕으로 간주되게 된다.¹⁸⁸⁾ 이러한 사고에 따르면 간호사는 의사의 지시를 거부하거나 의사의 지시에 대해서 검토할 권

186) 신국미, 간호과오의 유형별 분석과 법적, 한양법학 제 21권 제 4집, 한양대학교 법학연구소(2010), 240쪽

187) 주사약의 종류·주사부위·방법에 따라 달리 판단되어야 하면서도, 근육주사와 정맥주사의 경우에는 간호사의 어부로, 동맥주사와 마취주사의 경우에는 의사의 업무로 구분하여야 한다는 견해가 있다(신국미, 간호과오의 유형별 분석과 법적, 한양법학 제 21권 제 4집, 한양대학교 법학연구소(2010), 252쪽)

188) Tom L. Beauchamp/James F. Childress Principles of Biomedical Ethics 7th ed., Oxford University Press(2013) 34쪽(정규원, 간호사의 과실 - 분업적 간호행위의 형사책임 중심으로-법학논총 제 31권 제 2호 한양대학교 출판부(2012), 215쪽 재임용)

한이나 의무를 인정할 수 없게 된다. 하지만, 간호사라는 직업군이 독립된 면허 제도의 의해서 업무수행이 허가된 직업군이고, 면허제도에 의하여 보호받고 있다는 점, 간호행위가 이루어지는 실제 상황 등을 고려할 때 간호업무 중 일정부분은 독립적 영역으로 인정하는 것이 타당하다는 생각이 든다.¹⁸⁹⁾ 의료법에서도 제 2조 1항의 5항의 규정에 의할 때 ① 상병자 또는 해산부의 요양상의 간호와 ② 대통령령이 정하는 보건활동은 간호사의 독립적 행위라고 해석될 여지가 있다. 간호사가 상병자 또는 해산부의 요양에 있어서 독립적으로 할 수 있는 일상적 생활을 돕는 활동 등을 들 수 있을 것이다. 대통령이 정하는 보건활동은 “의료법 시행령” 제 2조가 규정하고 있다.¹⁹⁰⁾ 환자의 경과관찰 업무에 대하여 과거 관례는 의사의 고유업무로서 간호사에게 위임 가능한 것으로 파악하거나 위임 불가능한 것으로 파악하다가 최근에는 간호사의 고유업무로 파악하는 경향을 보인다는 견해¹⁹¹⁾가 있다. 환자의 경과 관찰은 의사가 질병을 치료하는 과정에서 필수적인 요소로 진료행위의 일부라고 할 수 있지만 간호일지의 기록은 환자의 경과관찰 및 질병에 대한 교육 업무를 수행하는 업무임으로 독립적인 업무라고 할 수 있을 것이다. 또한 진료의 연속성을 위한 업무의 인수·인계의 경우 역시 독립적인 업무영역이라고 할 수 있다.

IV. 간호사의 과실 판단

간호사의 과실로 인하여 의료사과가 발생하는 이유는 통상적인 의료사고의 원인과 유사하다. 일반적으로 간호사의 지식부족, 간호사의 기술부족, 간호사의 부주의, 간호윤리의 문제, 관리의 문제 등이 그 원인이라고 주장하고 있다.¹⁹²⁾

189) Tom L. Beauchamp/James F. Chilress Principles of Biomedical Ethics 7th ed., Oxford University Press(2013) 34쪽(정규원, 간호사의 과실 - 분업적간호행위의 형사책임 중심으로- 한양대학교 출판부(2012), 215쪽 재임용)

190) 정규원, 간호사의 과실 - 분업적간호행위의 형사책임 중심으로- 법학논총 제 31권 제 2호 한양대학교 출판부(2012), 215쪽

191) 신국미, 간호과오의 유형별 분석과 법적, 한양법학 제 21권 제 4집, 한양대학교 법학연구소(2010), 244-246쪽

192) 문성제, 간호사고의 원인과 예방, 의료법학 제 5권 제 1집, 대한의료법학회(2004)

간호사의 과실여부, 즉 주의의무 위반 여부에 대한 판단도 통상적인 주의의무위반에 대한 판단과 동일한 기준에 의하여 이루어지게 주의의무 위반은 정상의 주의태만임, 이는 악결과의 예견의무나 악결과의 회피의무를 다하지 아니한 것으로 정의된다.¹⁹³⁾ 또한 주의의무 위반 여부의 판단에 대한 통설과 판례의 입장인 평균인설에 의하면 “행위 당시의 구체적 상황과 행위자가 속한 사회생활권에 처하였을 경우에 준수하여야 할 주의의무”¹⁹⁴⁾가 그 판단기준이 된다. 평균인설에 의하면 업무상 과실에 있어서의 주의의무 위반여부에 대한 판단은 “행위자가 속한 업무상의 생활권에서 주의깊은 업무자에 객관적으로 요구되는 주의의무¹⁹⁵⁾를 기준으로 이루어지게 된다. 따라서 간호사의 주의의무 위반여부에 대한 판단은 ”당해 간호사가 행위 당시에 근무하던 의료기관과 동일한 정도의 의료기관에 동일한 업무에 종사하는 주의깊은 간호사들이 하여야할 주의의무“가 기준이 될 것이다. 이에 의하면 당해 간호사가 근무하였던 근무환경이 어떠하였는가, 당해 간호사가 근무하고 있는 직종이 어떠한 것인가 등이 주의의무 위반 여부를 판단하는 데에 고려되게 될 것이다. ¹⁹⁶⁾

625-327쪽

193) 정규원 ,간호사의 과실 - 분업적간호행위의 형사책임 중심으로- 법학논총 제 31권 제 2호 한양대학교 출판부(2012), 218쪽

194) 임웅, 형법총론(제 5정판), 법문사(2013), 525쪽

195) 임웅, 형법총론(제 5정판), 법문사(2013), 525쪽

196) 정규원 ,간호사의 과실 - 분업적간호행위의 형사책임 중심으로- 법학논총 제 31권 제 2호 한양대학교 출판부(2012), 218쪽

제4장 주의의무과실에 대한 형사판례

제1절 의사의 주의의무

의료행위에서의 의료인이 당연히 지켜야 할 윤리적 의무가 곧 법적의무로 연결되어 법적 책임의 발생 근거가 된다.¹⁹⁷⁾

의사의 선량한 관리자로서의 주의의무는 환자가 의뢰하지 않은 의료라고 하더라도 의료에 필요하다고 인정되는 경우에는 이를 방치하여서도 안 되며, 환자가 요구 하는대로 행하면 부당한 결과가 초래되겠다고 판단되면 환자를 설득하여 적절한 의료를 할 의무가 있다.¹⁹⁸⁾

대법원은 의사의 주의의무에 대해 “의료사고에서 의사에게 과실이 있다고 하기 위하여는 의사가 결과 발생을 예견할 수 있고 또 회피할 수 있었는데도 이를 예견하지 못하거나 회피하지 못하였음이 인정되어야 하며, 과실의 유무를 판단할 때에는 같은 업무와 직종에 종사하는 일반적 의학의 수준과 의료 환경 및 조건, 의료행위의 특수성 등을 고려하여야 한다.¹⁹⁹⁾하여 의료과실의 판단기준으로 나쁜 결과에 대한 예견가능성과 회피가능성을 제시하고 있다.

1. 예견 가능성

의료계약은 당시의 의학지식과 의료기술원칙에 따라 병상을 진찰하고 질병을 치유하기 위해 최선의 주의를 기울여 치료하기로 하고, 환자는 이에 대한 보수를

197) 문국진, 의료법학, 청림출판, 1989, 115쪽

198) 대법원 2011.11.24. 선고 2009다 70906판결

“환자는 헌법 제 10조에서 규정한 개인의 인격권과 행복추구권의 의하여, 생명과 신체의 기능의 어떻게 유지할 것인지에 대하여 스스로 결정하고 의료행위를 선택할 권리를 보유한다.··· 환자가 위험성을 알면서도 스스로의 결정에 따라 진료를 거부한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 위와 같은 설명을 하지 아니한 데 대하여 의료진이 책임을 물을 수 없다.

199) 대법원 2017.7.24. 선고 2013도16101판결

지급하기로 하는 것을 내용으로 하는 쌍무계약이다. 따라서 의료계약은 그 성격상 의사는 치유의 성공을 책임지지 않으며, 책임질 수 없고, 치료를 위한 전문분야에서의 적절한 노력이 계약의 내용이 된다.²⁰⁰⁾

의사의 의료제공은 환자의 질병 치유를 목적으로 가능한 치료를 하는 것은 의사의 권리이며 의무이긴 하지만 의사가 제공하는 치료는 꼭 회복을 보장하는게 아니므로 치료를 위한 의료를 제공하는 것으로 의무가 제한된다.

이러한 의료계약의 본질에 따라 의료행위는 그 내용과 범위가 개괄적이고 추상적인 상황에서 출발하지만, 이후 질병의 확인, 환자의 상태와 자연적 변화, 진료행위에 의한 생체반응 등에 따라 제공되는 진료의 내용이 구체화되기 때문에 의료인의 환자의 건강상태 등과 당시의 의료수준 그리고 자기의 지식경험에 따라 적절하다고 판단되는 진료방법을 선택할 수 있는 상당한 범위의 재량을 가진다. 다만, 수술과 같이 신체를 침해하는 진료행위를 하는 경우에는 질병의 증상, 치료방법의 내용 및 필요성, 발생이 예상되는 위험 등에 관하여 당시의 의료수준에 비추어 상당하다고 생각되는 사항을 설명하여, 당해 환자가 그 필요성이나 위험성을 충분히 비교해 보고 그 진료행위를 받을 것인지 여부를 선택하도록 함으로써 그 진료행위에 대한 동의를 받아야하기 때문에 의사는 환자에 대해 설명의무를 부담하게 된다.²⁰¹⁾

의료행위에서는 주의의무는 통상적인 일반 의료인의 주의의무를 말하며, 그 능력의 정도는 그 당시의 의료인으로서의 일반적인 지식을 말한다.²⁰²⁾ 따라서 의료인이 지식 부족으로 위험을 예견할 수 없었다면 주의의무 위반이 된다.²⁰³⁾ 발생가능성이 매우 낮은 것이라도 일반 의료인에게 알려진 상태의 것이라면 예견의무가 있다.²⁰⁴⁾ 일반 의료인에게 알려져 있지 않은 단계라 할지라도 그 의료인이

200) 대법원 2009.5.21. 선고 2009다 17417 전원합의체 판결

201) 대법원 2009.5.21. 선고 2009다 17417 전원합의체 판결

202) 대법원 1987.1.20. 선고 86다가 1469판결 등

203) 문국진, 의료법학, 청림출판, 1989, 116쪽

204) 대법원 1998.2.13. 선고 96다7854판결

“에이즈 바이러스에 감염된 혈액을 수혈 받은 환자가 에이즈 바이러스에 감염된 사건에서 대법원의 의사의 설명의무는 그 예상되는 생명, 신체에 대한 위험과 부작용들의 발생가능성이 희소하다는 사정만으로 면제될 수 없다고 하였다.”

이를 알 수 있는 위치에 있는 경우라면 예견의무가 있다.²⁰⁵⁾ 또한 하여야 할 행위를 하지 않은 것도 주의의무 위반이라고 할 수 있다. 관행이라도 하더라도 위험이 내재되었을 때 예견의무를 다하지 않은 것은 비록 그것이 널리 알려진 현실적인 실정이라고 하더라도 의무위반이 된다.²⁰⁶⁾

II. 나쁜결과 회피의무

의사가 환자에게 의료를 제공시에는 생명과 건강에 침해 위험성을 예견한다면 이 위험성을 방지하는 데 필요한 행위의무를 가지게 된다. 질병의 치료에 따르는 위험을 방지하기 위하여 각종 검사를 시행하며, 그 중 가장 적합한 치료방법을 선택한다. 결과적으로 의사는 예견 가능한 위험이 발생한 경우에는 이를 회피할 수 있는 수단을 강구하여야 할 의무가 있으며, 결과발생을 회피하여 환자에게 아무런 손해가 발생하지 않았다면 법적 책임대상에서 제외된다.²⁰⁷⁾

위험을 예견하였으나 의료인의 사정으로 이를 회피할 수 없었던 경우와, 실제로 위험을 회피하기 위하여 조치를 취하였으나 예견하지 못한 유해한 결과가 발생했을 경우나, 회피하는 조치를 취할 없었거나 불완전하였던 경우가 문제가 된다. 판례에서는 “일반적으로 사람의 생명과 건강을 다루는 의사에게는 그 업무의 성질에 비추어 시술로 인하여 발생할 가능한 위험과 방지를 위하여 필요한 최선의 조치를 취할 업무상 주의의무가 요구되고, 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 사망 등의 중대한 결과를 가져올 수 있으므로, 그 시술상의 과오

205) 문국진, 의료법학, 청림출판, 1989, 117쪽

206) 대법원 1998.2.27. 선고 97도 2812판결

“수혈용 혈액봉지를 간호사가 교체하여 온 관행에 대해 대법원은 인턴의 수가 부족하여 수혈의 경우 두 번째 이후의 혈액봉지는 인턴 대신 간호사가 교체하는 관행이 있었다고 하더라도, 혈액봉지가 바뀔 위험이 있는 상황에서 그에 대한 아무런 조치도 취함이 없이 간호사에게 혈액봉지의 교체를 일임한 것이 관행에 따른 것이라는 이유만으로 정당화 될 수 없다고 하였다”.

207) 류기환, 의료행위에서 감독과실에 관한 연구, 한국법학회 제 60권(2015), 394쪽

가 환자의 사망 등의 중대한 결과를 가져올 위험성이 있으므로, 이를 담당하는 의사는 마취 시술에 앞서 마취 시술의 전 과정을 통하여 발생할 수 있는 모든 위험을 대비하여 환자의 신체구조나 상태를 면밀히 관찰하여야 할 뿐 아니라, 여러 가지 마취방법에 있어서 그 장단점과 부작용을 충분히 비교·검토하여 환자에게 가장 적절하고 안전한 방법을 선택하여야 할 주의의무가 요구된다.”²⁰⁸⁾고 하여 의료진이 전신마취 시술을 할 때에는 갑작스런 기관지경련의 발생을 예상하고 이를 방지할 주의의무와 환자의 심장이 전신마취 시술에 지장이 없을 정도를 정상인지 여부를 확인할 주의의무가 있다고 하였다.

Ⅲ. 판례에 나타난 구체적 주의의무

1. 의사의 치료상의 주위의무²⁰⁹⁾

피고인은 00대학교 병원 소아외과 전문의인바, 2005.12.12. 08:55경부터 10:20경 까지 위 병원 중앙 수술실에서, 위 병원 소아과로부터 신장, 간, 비장등으로 전이가 의심되는급성 림프구성 백혈병을 진단을 받은 피해자 공소외 1(여,5세)을 상대로 계속적인 항암치료를 위하여 전신마취를 하고 “카테터(catheter)“에 연결된 ”케모포트(chemoport)“ 피해자의 우측 쇄골하 중심정맥 및 우측 흉부에 삽입하는 수술(이하”이 사건 수술“이라 한다)을 함께 있어서, 피해자는 백혈병 환자로서 혈소판 수치가 지극히 낮아 수술을 위하여서는 수혈을 통하여 인위적으로 혈소판 수치를 끌어 올려야 하는 등 지혈이 어려운 상태에서 주사바늘로 피해자의 우측 쇄골하 중심정맥을 찾는 과정에서 이를 정확히 찾지 못한 채 피해자의 우측 쇄골하 부위를 10여 차례에 걸쳐 지나치게 빈번하게 찔러, 주사바늘로 피해자의 우측 쇄골하 혈관과 흉막을 관통하여 혈흉을 발생시켜, 같은 날 10:45경 위 병원 흉부외과 전공의 공소외 2가 피해자를 상태로 흉강 삽관술 등 지혈조치를 시행하였음에도 불구하고, 피해자로 하여금 같은 날 14:20경 위 병원 중앙수술실에서 심폐소생술을 받던 중 우측 쇄골하혈관 및 흉막 관통상에 기인한 외상성 혈흉으

208) 대법원 2001.3.23 선고 99다 48221판결

209) 대법원 2008.8.11. 선고 2008도 8090판결

로 인한 순환혈액량을 감소성 쇼크로 사망에 이르게 하였다.

(1) 대법원판결 요지

가. 의사의 형사상의 과실을 인정하기 위한 요건

의료과오사건에 있어서 의사의 과실을 인정하려면 결과 발생을 예견할 수 있고 또 회피할 수 있었음에도 이를 하지 못한 점을 인정할 수 있어야 하고, 위 과실의 유무를 판단함에 같은 업무와 직무에 종사하는 일반적 보통인의 주의 정도를 표준으로 하여야 하며, 이 때 사고 당시의 일반적인 의학수준과 의료 환경 및 조건, 의료행위의 특수성 등을 고려하여야 한다.(대법원 2006.10.26. 선고 2004도 486 판결 등 참조) 또한, 의사는 진료를 행함에 있어 환자의 상황과 당시의 의료수준 그리고 자기의 지식경험에 따라 적절하다고 판단되는 진료방법을 선택한 범위의 재량을 가진다고 할 것이고, 그것이 합리적인 범위를 벗어난 것이 아닌 한 진료의 결과를 놓고 그중 어느 하나만이 정당하고 이와 다른 조치를 취한 과실이 있다고 말할 수 없다(대법원 2007.5.31. 선고 2005다 5867판결 등 참조)

나. 합리적 재량 범위

피해자는 전신상태가 매우 좋지 아니하였고, 간수치가 높아 전신마취로 인한 간 기능 저하 및 경우에 따라서 간 괴사가 발생할 가능성이 있어 수술을 중단 후에 다시 전신마취를 하여 수술을 시도하는 것이 매우 어려운 상태였음을 알 수 있고, 한편 이 사건 수술 외에 달리 피하혈관을 확보할 수 있는 방법이 있다고 볼 자료를 기록상 찾아볼 수 없고, 쇄골하정맥에 중심정맥도관을 삽입하기 위하여 쇄골하 부위에 과연 몇 번 주사바늘을 찔러야 하는지에 대하여 의학적 기준이 확립되어 있지 아니하며, 수술을 중단 시 항암치료를 지속하기 어려워 결국 피해자에게 백혈병 악화로 인한 중대한 위험을 예상된다면, 피고인이 이 사건 수술을 중단하지 아니하고 중심정맥을 찾기 위하여 10회정도 쇄골하 부위를 주사바늘로 찔렀고 이 과정에서 수술시간이 다소 지연되었다고 하여, 피고인의 그와 같은 진료방법의 선택이 합리적인 재량의 범위를 벗어난 것이라 단정할 수 없다.

쇄골하정맥·동맥 및 흉맥은 해부학적으로 매우 근접 육안으로 확인이 어려워 이 사건 수술 합병증으로 동맥손상, 기흉, 혈흉을 들 수 있으므로, 혈흉이 발생되었다는 사실만으로 수술과정에 과실을 있다고 추정할 수 없다. 수술 직후 카테터가 정상 삽입됨을 확인하고(x선 촬영 : 10:14) 혈흉이 의심되어 10:40 흉부외과에 연락을 취하였고, 혈흉 제거를 위하여 11:45 흉관삽입술을 시행하였다는 것인데, 종합병원 특성상 x선 촬영 후 그 필름을 현상하여 판독하는 데에도 어느 정도 시간이 필요한 것으로 보이는 바, 피고인이 혈흉을 발견하고서도 그에 자료를 기록상 그에 대해 처치를 20분 이상 지연했다는 단정할 수 없다.

그렇다면 피고인이 이 사건 수술을 중단하지 않았거나 주사바늘로 쇄골하 부위를 10회 정도 찔렀다는 점을 들어 피고인에게 과실이 있다고 할 수 없고, 이 사건 수술을 시행 중 혈관 및 흉맥이 손상을 가하여 혈흉을 발생시켰다는 사실만으로 의료행위 과정에 과실 있다고 할 수 없으며, 혈흉의 치료를 위한 조치를 게을리 하였다고 볼 만한 사정도 보이지 않는다

(2) 의사의 주의의무의 형법적 특성

의료형사사건에서 문제되는 의사의 주의의무 과실에 법적이 책임에 판단은 환자의 건강과 생명의 보호, 환자 개개인의 개별적 특성, 현재 의학 수준, 의사의 진료에 대한 재량성 및 의료사고의 형사법적 처리가 사회에 미치는 영향 등을 고려하여야하기 때문에 형사상 과실의 판단은 어렵다. 형법상으로 제 14조 “정상의 주의를 태만” 과실범의 규정과, 제 268조 “업무상 과실 또는 중대한 과실로 사람을 사상에 이르게 한” 업무상과실치사상죄에 규정되어 있기는 하지만 의료사고에 대한 형사상 귀속을 판단하는 것은 매우 어려우며 의료사고 현장에서 형사들이 곤혹스러워 하는 상황이다.

의사의 주의의무 위반에 따른 형법적 특성은 ① 환자의 질병의 태양 및 생체의 반응은 매우 복잡 다양한 뿐더러 미해명된 영역이 다수 존재하므로 진료 자체가 심히 어려운 경우가 많은 진료의 곤란성, ② 현대의학 수준의 발달에 따라 진료 방법이 여러 가지가 있어 의사의 재량에 의해 선택되는 경우가 많은 진료행위 재량성, ③ 의사가 치료 도중에도时时각각으로 변화하는 사태에 따라 적절한 판단에 의하여 임기의 조치를 취하여야 할 경우가 많은 긴급성·단행성(진행성), ④

의사의 치료행위 자체가 바로 인체에 위험을 주는 침해가 될 수 있으므로 실험성, ⑤ 의료행위 자체가 의사의 일방적 행위만으로 이루어지는 것이 아니라 환자측의 협력행위까지 포함되는 공동성, ⑥ 현대의 의료구조가 분업적 형태를 갖추는 경우가 많은데 의사는 환자의 진료 전체에 대하여 형사책임을 지는 것이 아니라 그 진료 가운데 의학적·임상적으로 자신이 분담한 의료영역에 대해서만 형사책임을 지는 개별책임성, ⑦ 의료라는 직업은 흔히 의사와 환자만이 있는 밀실에서 이루어지는 경우가 대부분인 밀행성, ⑧ 의료사과의 형사 법적처리에 있어서는 그것이 사회현실에 어떠한 영향을 주는가 하는 사회현실성이 있다. 210)211)212)

(3) 의사의 객관적 주의의무 위반

의료과실에 관한 분석을 위해서는 형법상의 일반적인 과실이론이 기본토대가 되

210) 한경구, 의료과오에 있어서 인과관계와 과실, 재판자료 제 27집 의료사고에 관한 재문제)1985) 467-469쪽, 480쪽

211) 대법원 2003.1.10. 선고 2001도 3292판결

“내과 의사와 신경과 의사가 팀 진료의 경우에 ‘내과 의사로서는 경미한 뇌동맥류 파열에 의한 소량의 지주막하 출혈을 발견하기 어려운 점, 특히 피고인들이 신경과 전문의에 대한 협의 진료결과 피해자의 증세와 관련하여 신경과 영역에서 이상이 없다는 회신을 받았고, 그 회신 전후의 진료경과에 비추어 그 회신내용에 의문을 품을 만한 사정이 보이지 않자 그 회신을 신뢰하여 뇌혈관 계통의 질환의 가능성을 염두에 두지 않고 내과 영역의 진료행위를 계속하다가 피해자의 증세가 호전되기에 이르자 퇴원하도록 조치한 점 등에 비추어 볼 때, 내과 의사인 피고인들이 피해자를 진료함에 있어서 지주막하 출혈을 발견하지 못한 데 대하여 업무상 과실이 있었다고 단정하기 어렵다”

212) 대법원 1970.2.10. 선고 69도 2190판결

“협력 진료의 경우에 초빙의사의 지위에 관하여 “산부인과 전문의인 피고인이 의사 김모의 초빙을 받고, 동인이 처리중인 임부 심모에게 감자분만 수술을 마치고 약 3시간동안 수술결과를 세심 감시하다가, 수술 후의 다른 증세가 없으므로 혹시 분만수술시의 자궁구의 열상에서 오는 출혈에 대비할 것까지를 담당의사인 김모에게 지시하고 임부를 인계한 이상, 그 후의 환자에 대한 관리와 조치의 책임을 김모에게 있는 것이고, 일단 그 자리를 물러남 피고인에게 담당의사의 과실로 환자에게 발생한 결과에 대한 과실 책임이 있었다고” 판시하였다

어야 하므로, 과실범의 객관적 구성요소인 의사가 객관적 주의의무 위반이 있어야 하고, 의사의 객관적 주의의무는 사회공동생활상 요구되는 주의의무를 다하지 아니한 것으로 과실범의 행위 반가치를 말하며, 의료 당시 의술의 일반적 수준에서 그 의료인이 통상적으로 기울여야 하는 결과발생 예견의무와 결과발생 회피의무를 내용으로 한다.²¹³⁾

일반적으로 인과관계의 의학적 해명도 및 개연성이 높을수록 그를 전제로 하는 주의의무도 보다 높게 요구된다 할 것이므로 그 위반으로 되는 과실의 추인도 보다 쉽게 되고, 인과관계의 개연도가 낮을수록 주의의무도 약화되고 따라서 그에 위반할지라도 과실을 인정하기 어렵게 된다. 과실범은 과실 행위에 의하여 결과발생이 야기된 것만으로 인정될 수 없으며, 구성요건적 결과는 과실 행위자의 작품으로 그에게 객관적으로 귀속될 수 있는 것이어야 한다. 따라서 과실범에서 객관적 귀속을 인정하는 한 ‘허용되지 아니한 위험의 창출’을 의미하는 객관적 인 주의의무위반이 있어야 하고, 또한 ‘허용되지 아니한 위험의 실현’을 의미하는 주의의무위반의 결과 관련성이 있어야 한다. 의료사과 결과는 주의의무 근거규범(예컨대 의료법 규범)의 보호목적의 범위 내에서 발생해야 한다.²¹⁴⁾

(4) 의료과실의 판단 기준

의료과실에 있어서의 단지 위법·유책한 행위 이외에 사회방어를 위하여 필요한 요건이 있어야 된다고 보므로, 의료과실이 유무를 판단하는 기준은 ① 의료당시의 평균적인 의사가 가지고 있는 의술의 일반적인 수준과 의사의 고유한 재량등이 일반적 기준이 되고, ② 새로운 진료기술이 개발되어 행해지는 경우에는 그 보급도를 일반 수준으로서 평가할 것인가 하는 문제는 구체적 사안의 해결에 있

213) 김일수, 형법총론, 박영사(1999) 대법원 1996.11.8. 선고 95도 2710판결

“업무상과실치사 사건에서 ‘의료사고에 있어서 의료종사원의 과실을 인정하기 위하여서는 의료종사원이 결과 발생을 예견할 수 있음에도 불구하고 그 결과 발생을 예견하지 못하였고, 그 결과 발생을 회피할 수 있음에도 불구하고 그 결과 발생을 회피하지 못한 과실이 검토되어야 한다’라고 판시하였다.

214) 이수경, 의료과오사건에서 의사의 형사상의 과실을 인정하기 위한 요건 및 판단기준, 판례연구 제203권(1)(2009)

어 그 당시 당해 의료기관에 소속된 의사로서 새로운 치료방법을 알고 적용할 것인가에 대해 일반의 진료기관에서 실시 가능 하였는가 판단에 중요한 의의가 주어지고 있고, ③ 의사의 일반수준은 구체적 적용시에 당해 의사가 처한 진료조건 즉 전문성, 지역성, 의료시설 수준, 병환의 긴급성의 정도, 환자의 특이체질 등의 요인이 개별적·구체적인 판단기준이 된다.²¹⁵⁾

의료행위에 임하는 의사가 지켜야 할 행동기준이 과학적인 합리성에 근거하여 일반적으로 인정되어지는 ‘의학준칙’인데, 이 의학 준칙 자체가 의사라는 전문가 집단에 의한 고도의 전문지식에 의해 자주적으로 형성되어 유지되고 있는 점에 특색이 있고, 법적인 주의의무도 이 의학 준칙에 충실해야 한다는 것이 요구된다. 그러나 의학준칙은 전문가 내부의 이론과 실천에 의거한 것이고, 의학의 발달에 따라 변화되고, 이것이 구체적으로 적용될 경우에도 주체적 및 객체적인 상황에 의한 개별화가 예상된다. 따라서 통상 일반의 의사가 그 당시 지득하고 있는 의료의 ‘일반수준’을 기준으로 해야한다.²¹⁶⁾

(5) 의료행위 재량권

의료현상은 인체의 질병의 태양이나 생체의 반응 등이 매우 복잡 다양하고 미해명된 영역이 다수 존재하는 동시에 의료행위 자체가 고도의 전문지식과 의술을 요하여 의학상의 준칙에도 복수의 치료방법이 있으므로, 의사에게 자신의 판단에 따라 소신껏 의료행위를 하도록 의사의 판단에 일정한 범위 내에서 재량성을 인정하여야 하고, 법적판단을 유보하는 것이 진료기피 및 위축의료의 현상을 막아 의료의 본래 목적을 도모하는데 기여할 것이다.²¹⁷⁾

215) 이재상, 형법총론, 박영사(2001), 184쪽, 임웅 형법총론, 법문사(2007), 495명, 이준상, 의료과오에 관한 판례분석, 고려대학교 출판부(1997), 204-206쪽, 대법원 1999.12.10. 선고 99도 3711판결

“의료사고에 있어서의 ‘의사의 과실의 유무를 판단함에는 같은 업무와 직무에 종사하는 일반적 보통인의 주의정도를 표준으로 하여야 하며, 이에는 사고 당시 일반적 의학의 수준, 의료환경 및 조건, 의료행위의 특수성 등이 고려되어야 한다”라고 판시하였다.

216) 김선석, 의료과오에 있어서 인과관계와 과실, 재판자료 제27집 의료사고에 관한 제문제(1985), 53쪽

만일 의사의 재량성을 부정한다면 발생한 결과에 대하여 획일적인 평가와 함께 의사의 절대책임을 인정하게 되어, 의사는 이러한 평가로부터 책임을 회피하기 위하여 현실 상황에 따른 적절한 진료를 회피하게 한다.²¹⁸⁾

의료행위에 있어 재량의 합리성은 당해 분야에서의 의학 및 의료수준이 그 범위를 확정하는 것이다. 다만 의술의 수준은 의학의 발전에 따라 변하므로 의사에게는 발전하는 의학의 수준을 따라가도록 늘 노력해야 할 의무가 부여되고, 치료수단의 선택에 있어서도 의사는 일반적으로 인정된 여러 가지의 치료방법들 중에서 환자의 질병상태를 고려하여 가장 위험성이 적은 방법을 취하여야 하고, 분업적 의료행위에 있어서는 관여된 개체의 의료인들에게 특수한 의무가 더 부여되고 동료 의료인의 선택이나 감독, 그들과의 협력, 정보교환 등의 의무가 더 부과된다는 점에서 의사의 재량권이 제한된다.²¹⁹⁾

(6) 주의의무 검토

가. 의사의 재량성과 형사상의 과실

의료과오 사건에서 형사상 과실을 인정하기 위해서는 의사의 주의의무가 같은 업종에 종사하는 일반적 보통의 중의 정도를 표준으로 하여야 하고, 결과발생을

217) 대법원 1984.6.12. 선고 82도 3199판결

“의사의 질병 진단의 결과에 과실이 없다고 인정되는 이상 그 요법으로 어떠한 조치를 취하여야 할 것인가는 의사 스스로 환자의 상황 기타 이에 더 잡은 자기의 전문적 지식 경험에 따라 결정하여야 할 것이고 생각할 수 있는 몇 가지 조치가 의사로서 취할 조치로서 합리적인 것인 한 그 어떤 것을 선택할 것이냐는 당해 의사의 재량 범위 내에 속하고 반드시 그 중 어느 하나 만이 정당하고 이와 다른 조치를 취한 것은 모두 과실이 있는 것이라 할 수 없다”.

218) 대법원 2004.6.24. 선고 2002도 995판결

“치료중단과 의사의 형사책임에 관하여 ‘보호자의 강청에 따라 치료중단 및 퇴원을 허용하는 조치를 취함으로써 환자를 사망에 이르게 한 담당 전문의와 주치의에게 살인방조죄가 성립한다.’ 라고 판시한 이후에 실제로 의사들의 불만이 많아졌음을 볼 수 있다”.

219) 정영일, 분업적 의료행위에 있어서의 형법상 과실 책임, 형사판례연구(6)(2004). 44쪽

예견할 수 있고 및 회피할 수 있었음에도 불구하고 이를 시행하지 못한 점이 인정되어야 하며, 사고 당시 현재의 일반적 의학수준과 의료 환경의 및 조건, 의료행위의 개별성과 특수성을 고려하며, 환자의 개별적 상황에 맞는 적절한 진료를 의사의 지식과 경험을 바탕으로 합리적 범위에서 선택할 상당한 재량권을 가진다고 판시하여 의사의 주의의무에 대한 과실판단 기준과 요건, 진료 시 의사의 재량권의 범위 및 과실유무 판단 기준과 ‘허용되는 위험’의 법리가 적용되는 의사의 전문영역에 요구되는 의사의 재량권을 강조한 점에서 타당하다는 생각이 든다.

나. 엄격한 입증

피해자는 항암치료를 위해 피하혈관 확보를 위한 수술이 필수적이었지만 피해자의 전신상태가 나쁘고 특히 간수치가 좋지 않아서 재 수술시 간괴사가 발생할 위험이 있어 수술을 중단할 수 없었고, 쇄골하 정맥에 중심정맥도관을 삽입하기 위하여 쇄골하 부위에 몇 번의 주사바늘을 삽입하여야 하는 지에 대한 의학적 기준이 확립되지 아니하여, 피고인의 여러번의 삽입시도의 선택이 합리적인 재량의 범위를 벗어난 것이라 단정할 수 없고, 발생한 혈흉이 일반적으로 인정되는 합병증의 범위를 벗어났다고 볼 수 있는 사정이 없고, 수술 직후 x선 촬영을 통해 정확한 삽입여부와 합병증 여부를 파악 혈흉 발생을 인지하고, 이에 따라 흉부외과 의사에게 연락하여 혈흉제거를 위한 흉곽삽입술을 시행하였다는 점을 들어 과실 책임을 부정하여, 의사에게 업무상 과실치상의 책임을 묻기 위해서는 엄격한 입증이 필요하다고 판시한 점은 타당하고 생각된다

다. 형사 처벌의 신중성

의료법 제 16조 1항 ‘의료인은 진료 또는 조산의 요구를 받은 때에는 정당한 이유 없이 이를 거부하지 못한다.’라고 규정하고 있으며, 의료법 제 68조는 ‘제 16조 제 1항의 규정을 위반한 자는 1년 이하의 징역 또는 300만원 이하의 벌금에 처한다’, 라고 규정하고 있고. 응급의료에 관한 법률 제 6조는 ‘응급의료종사자는 업무 중에 응급의료를 요청받거나 응급환자를 발견한 때에는 즉시 응급의료를 행하여야 하며, 정당한 사유 없이 이를 거부하거나 기피하지 못한다.’라고 규

정하고 있고, 동법 제 60조 제 2항 제 1호는 ‘제 6조의 규정에 위반하여 응급진료를 거부 또는 기피한 응급의료종사자는 3년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.’라고 벌칙규정을 두고 있고, 의사는 전문적 직업인이며 의료는 기본적으로 ‘허용된 위험’의 법리가 적용되는 영역인 의사의 사회적 기능과 요청에 비추어 볼 때에 의료과실을 결과만 갖고 판단하여서는 안 되며 과실이 인정되는 경우라도 형사처벌로 대처는 바람직하지 않은 듯하다. ‘허용된 위험’의 의료행위를 교통사고와 같이 처벌한다면 의사들은 소극적 진료나 진료기피를 하게 될 것이다. 의사의 주의의무 과실로 인한 형사처벌이 합당한지 검토할 필요가 있을 것을 판단된다.

제2절 수직적 분업 주의의무

1. 판례에서 나타난 구체적 주의의무

의료법 제 27조 1항은 “의료인도 면허된 것 이외의 의료행위를 할 수 없다”라는 규정에 의해서 수직적 분업에서는 의사와 간호사의 업무의 한계를 분명히 규정하고 있다. 만약 수직적 분업에서 업무가 의료법에서 정해진 면허된 것 이외의 위임을 업무를 수행하였다면 이는 무면허 의료 행위가 발생하게 되며 이를 지시한 의사와 간호사에게는 교사범²²⁰⁾과 중범²²¹⁾의 대법원 판시가 있었다.

220) 대법원 2007.7.26. 선고 2005도5579판결

의료법인 이사장이 간호사들로 하여금 병원 검진센터에서 의사의 현장 감독 없이 단독으로 자궁질 도말 세포병리 검사를 위한 검체를 하게 했다면 무면허 의료행위를 하도록 교사한 행위에 해당한다

221) 대법원 1982.4.27. 선고, 82도 122판결

“진료부는 환자의 계속적인 진료에 참고로 공하여지는 진료 상황부이므로 간호보조원의 무면허 진료행위가 있는 후에 이를 의사가 진료부에다 기재하는 행위는 정범의 실행행위 종료 후의 단순한 사후행위 불과하다고 볼 수 없고 무면허 의료행위의 방조에 해당한다.”

1. 위임금지에 무면허 의료행위(대법원 2010.3.25. 선고 2008도 590판결)

(1) 사실 관계

환자(34세, 남)는 병원에서 외과과장(집도의, 이하에서는 ‘A’로 칭함)에게 2004.5.10. 13:30경 글리세린 관장을 하고 치질수술을 기다렸다. 병원은 수술실이 1개밖에 없는데 다른 환자가 전신마취를 통한 척추고정수술을 받고 있는 중이어서, 16:00경, A는 전신마취를 담당하고 있는 마취전문간호사(이하에서 ‘B’로 칭함)에게 치질 수술을 위해 마취를 부탁하고, 수술실 옆 수술준비실에서 수술하기로 결정하고 A는 1층 응급실에 있던 수술대를 2층 수술준비실로 옮겨왔다.

18:30경 환자가 입실하고 18:40경 테트라카인 20mg을 4ml 포도당액과 섞은 다음 그중 8mg을 환자 요추 4번 5번 사이에 주사침을 찔러 주사하였는데 19:00경 환자가 항문이 조여지지 않는다고 말하자, A는 내치핵 한 개를 떼어내고, 두 번째 치핵을 절제하던 중 19:10-15경 갑자기 환자가 엉덩이를 뒤로 빼고 통증을 호소하면서 흥분 상태가 되자 A가 옆방에서 전신마취를 담당하고 있던 B를 불러 조치를 부탁한, B는 신경 안정제 디아제팜 1앰플(10mg)과 혈압강하제 하이드랄라진 8mg 정맥으로 주사했다. A는 치핵절제술 당시 증류수 9.9cc에 보스민 0.1cc희석액 3-4cc를 환부에 뿌려 지혈하였다.

이후 다시 A가 수술을 재개하자 환자는 ‘하지마, 하지마, 아파, 거기가 아니잖아, 몸을 돌려줘’라고 고함을 지르고 욕설을 하면서 심하게 통증을 호소하고 몸을 요동치자 A는 남자직원 2명을 불러 팔다리를 붙잡고 고정시킨 후 두 번째 치핵 절제하고 19:40 - 50경 수술을 종료하였다.

수술 시작 19:00경 환자 혈압은 120/80mmhg로 정상이었으나 10분 후 145/90, 수술도중 수축기혈압이 230mmhg를 넘는 등 심한 고혈압이 지속되다 수술 종료 후 20:00경 이후에도 80/40mmhg까지 저혈압상태가 지속되었으며, 수술 중 맥박은 180회/분(정상 60-80)으로 심한 빈맥상태였다(19:37경 심전도상 심박동은 138회/분 호흡수 23회/분 혈압 228/167/118mmg)

19:50경 환자가 심한 경련을 하면서 혈압고과 맥박이 불규칙해지자 A와 B는 환자를 수술실로 옮기고 산소마스크로 산소를 공급하고 소변줄을 연결, 20:10경

이후 청색증이 나타나자 기도 내 삽관을 한 후 앰브랙으로 산소를 공급하면서 21:30경 에프네프린, 아트로핀, 텍사메타존 등의 약물을 투여하면서 심폐소생술을 실시하였으나 별다른 호전이 없자, 21:35경 병원으로 전원 하였다. 전원당시 환자는 자발호흡과 맥박이 정지되어 뇌기능 손상 및 심정지 상태였고 21:35- 22:20경 심폐소생술을 실시하였으나 회복되지 않고 22:35경 사망하였다. 검사는 집도의사, 전문마취간호사를 업무상 과실치사죄로 기소하였다.

(2) 대법원 판결

의료법에 비추어 보면 의사가 간호사에게 진료보조 행위를 하도록 지시하거나 위임할 수 있으나 고도의 지식 기술을 요하는 반드시 의사만이 할 수 있는 의료 행위를 자체를 하도록 지시하거나 위임하는 것은 허용될 수 없으므로 간호사가 의사의 지시나 위임을 받고 그와 같은 행위를 했더라도 의료법에서 금지하는 무면허 의료행위에 해당(2006도 2306판결 참조)한다. 일정한 자격을 가지고 자격시험에 합격하여 자격인정을 받은 마취 전문간호사로 하더라도 마취분야 전문성을 가지는 간호사인 자격을 인정받은 것뿐이며, 비록 의사의 지시가 있더라도 의사만이 할 수 있는 의료행위를 직접 할 수 없는 것은 다른 간호사와 마찬가지로 마취액을 직접 주사하여 척추마취를 시행하는 행위는 약제의 선택이나 용법, 투약부위, 환자의 체질이나 투약당시의 신체상태, 응급상황이 발생할 경우 대처 능력등에 따라 환자의 생명이나 신체에 중대한 영향을 미칠 수 있는 행위로서, 고도의 전문적인 지식과 경험을 요하므로 의사만이 할 수 있는 의료행위이고 마취 전문간호사가 할 수 있는 진료보조 행위의 범위를 넘어서는 것이므로 무면허 의료행위에 해당한다.

형법 제 16조는 “자기가 행한 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 아니한 것으로 오인한 행위는 그 오인에 정당한 이유가 있을 때에 한하여 벌하지 아니한다.”라고 규정하고 있는 바, 정당한 이유 없는 행위자가 자기 행위의 위법 가능성에 대해 심사숙고 하거나 조회할 수 있는 계기가 있어 자신의 지적능력을 다하여 이를 회피하기 위한 진진한 노력을 다하였더라면 자기행위에 대해 위법성을 인식할 가능성이 있었음에도 이를 다하지 못한 결과 자기 행위에 위법성을 인식하지 못한 것인지 여부를 따라 판단되어야 하고, 이러한 위법성 인식에 필요한 노력의

정도는 구체적 행위 정황과 행위자 개인의 인식능력은 물론 행위자 속한 사회집단에 따라 달리 평가되어야 한다(대법원 2005도 3717, 2007도1915판결 참고)

피고인이 의사의 지시하에 마취행위를 하는 것이 무면허 의료행위에 해당하지 않는다고 믿는 데에 정당한 사유가 있다고 주장하면서 근거로 제시한 유권해석 등의 자료의 기재내용에 의하더라도 마취간호사는 의사의 구체적 지시가 있어야 마취 시술에서의 진료보조행위를 할 수 있다는 것뿐이므로, 피고인이 집도의의 구체적 지식없이 독자적으로 마취약제와 양을 결정하여 피해자에게 직접 마취시술을 시행한 이상 피고인이 자신의 행위가 법령에 의하여 허용되는 행위라고 믿는 데에 정당한 사유가 없다.

(3) 검토사항

의료행위는 인체의 생명을 다루는 행위로서 침습을 동반하며 위해를 발생시킬 수 있다. 그러므로 일정한 국가에 주는 면허를 취득한 “의료인”만이 의료를 제공하게 된다. 모든 의료인이 동일한 면허를 받는 것이 아니므로 자신의 직능에 따라 면허받은 범위 내에서 의료를 제공하게 된다.

판결에서²²²⁾ “특히 수술 도중 혹은 수술 후 마취와 관련한 의료사고가 빈번한 것이 현실이고 보면, 마취과 전문의는 직접 수술 집도의와 함께 마취를 제대로 시행할 수 있는 환자인지 여부를 살펴본 다음에 적절한 마취제 및 마취 방법을 선택하여 시술 후 환자의 회복과정을 면밀히 살펴 만일 발생할지도 모를 마취사고에 대비해야 할 주의의무가 있으므로 마취 전문의 자신이 직접 마취시술을 하여야 함이 원칙이”라고 하였다

의료인과 비의료인의 경계가 면허로써 구분되며 의학적인 전문성과 객관성의 확보가 가능하다. 분업적 의료제공에 있어서 의사가 간호사에 위임하는 임무 예를 들어 일상의 정맥주사 주입²²³⁾, 혈압, 맥박, 체온, 호흡 측정, 섭취량 및 배설량 확인 등의 신체의 침습을 하지 않는 경우는 간호가 위임을 받아서 의료를 제공할 수 있지만 위에 사례처럼 의료법상 의사만 할 수 있는 의료행위는 의사의 지

222) 대법원 2010.3.25. 선고 2008도590판결

223) 보사부 “간호사는 진료보조업무의 일환으로 의사의 지시에 의하여 주사행위를 할 수 있다”고 유권해석을 내린 이래(의제 1420-8753)

시나 위임으로 허용될 수 없는 것이므로 간호사가 의사²²⁴⁾의 지시나 위임을 받고 행위를 했더라도 무면허 의료행위에 해당하는 것이다.

이 사건의 경우 수술 준비실에서 무리하게 수술을 시도, 충분하지 못한 마취, 환자의 통증 호소를 무시하고, 환자의 기왕력인 고혈압상태를 정확히 파악하지 않아 적절한 투약이 이루어지지 않은 상태로 수술을 강행하였고, 응급조치와 전원조치가 늦어져 결국 환자를 사망하게 하였다. 의료분업에서 형사책임 귀속은 해당 주의의무를 분담하고 있는 의료인에게 귀속되어야 하는데, 이 사건의 경우 주의 감독의 의무가 있는 의사가 수직적 분업 업무를 담당하고 있는 간호사에게 “환자 옆에 상주하여 환자의 활력징후를 체크하고 응급상황에 발생할 경우 집도 의와 협동하여 심폐소생술 등을 시행할 일차적 책임이 있음에도 현장을 이탈하는 등, 통증을 호소하는 초기에 적절한 조치를 취하여 활력징후 변화 등을 감시하면서 수술 가능 여부를 결정해야 함에도 안정제나 혈압강하제만 정주한 채 수술을 강행하도록 하고, 부적절한 심폐소생술을 그대로 방치하였고 뒤늦게 전원한 과실을 있다고 업무상 과실 인정했는데, 수술진행과 심폐소생술 부분은 간호사보다는 집도의에게 귀속될 책임으로 판단된다. 업무상 과실 인정했는데, 수술진행과 심폐소생술 부분은 간호사보다는 집도의에게 귀속될 책임으로 판단된다.

의료법 2조 제 2항 제 5호²²⁵⁾ 간호사의 임무는 의사의 진료행위를 보조하며 의사의 지시·감독하에 진료행위를 관여한다. 따라서 진료의 주체는 의사이며 의료법 제 27조 1항²²⁶⁾ 정하는 의료행위라 함은 의학적 전문지식을 기초로 하는 경험과 기능으로 진찰, 검안, 처방, 투약 또는 외과적 시술을 시행하여 하는 질병의 예방 또는 치료행위 및 그 밖에 의료인이 행하지 아니하면 보건 위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위는 의사의 책임아래 이루어지는 것이고 간호사는 그 보조자에 불과하다.²²⁷⁾ 따라서 간호사가 의사의 진료를 보조하는 모든 경우 의사가

224) 의사는 금고 10월 및 벌금 500,000원(판결 확정일로부터 2년간 위 금고형 집행을 유예)

225) 간호사는 상병자나 해산부의 요양을 위한 간호 또는 진료 보조 및 대통령령으로 정하는 보건활동을 임무로 한다.

226) 의료인이 아니면 누구든지 의료행위를 할 수 없으며 의료인도 면허된 것 이외의 의료행위를 할 수 없다

227) 대법원 2010.1.28. 선고 2008 도8606판결

입회 지도·감독 할 수 없으나 이 사건의 경우 의사의 전문적인 지식과 경험을 바탕으로 의사의 주도로 실시되어야 하는 인체에 침습을 동반하는 투약에 관련되는 의료행위임으로 간호사에 위임할 수 없는 의료행위였던 것으로 판단된다. 한 의사와 간호사에게는 교사범²²⁸⁾과 종범²²⁹⁾의 대법원 판시가 있었다.

2. 의사의 간호사 지도의무(대법원 2003.8.19. 2001도 3667)

(1) 사실 관계

피해자(여, 70세)는 1999.12.3. 뇌출혈 증세로 입원하여 뇌실외배액술 등의 수술을 받은 다음 중환자실에서 치료를 받다가 같은 달 9, 일반병실로 옮겨졌는데, 피해자의 몸에는 수술 직후부터 대퇴부 정맥에 주사침을 통하여 수액을 공급하기 위한 튜브가 연결되어 있었고 머리에는 뇌실 삼출액을 배출하기 위한 튜브(뇌실외배액관)가 연결되어 있었다.

신경외과 전공의인 피고인은 수술 직후 피해자의 주치의로 선정되었고, 간호사들은 피고인의 처방 및 지시에 따라 계속하여 대퇴부 정맥에 연결된 튜브를 통하여 항생제, 소염진통제 등의 주사액을 투여하였지만 별다른 부작용이 없었다.

피고인은 1999.12.10. 종전 처방과 마찬가지로 피해자에게 항생제, 소염제 등을 정맥으로 투여할 것을 당직 간호사에 지시하였다.

책임 간호사인 원심 공동피고인 1(경력 7년)은 신경외과 간호실습을 하고 있던 원심 공동피고인2(간호학과 3학년)를 병실에 대동하고 가서 그에게 주사기를 주면서 피해자의 정맥에 주사하라고 지시하고 자신은 그 병실에 다른 환자에게 주

228) 대법원 2007.7.26. 선고 2005도5579판결

의료법인 이사장이 간호사들로 하여금 병원 검진센터에서 의사의 현장 감독없이 단독으로 자궁질 도말 세포병리 검사를 위한 검체를 하게 했다면 무면허 의료행위를 하도록 교사한 행위에 해당한다

229) 대법원 1982.4.27. 선고, 82도 122판결

“진료부는 환자의 계속적인 진료에 참고로 공하여지는 진료 상황부이므로 간호보조원의 무면허 진료행위가 있는 후에 이를 의사가 진료부에다 기재하는 행위는 정범의 실행행위 종료 후의 단순한 사후행위 불과하다고 볼 수 없고 무면허 의료행위의 방조에 해당한다.”

사를 하는 사이에, 원심 공동 피고인 2가 뇌실외배액관을 대퇴부 정맥에 연결된 튜브로 착각하여 그 곳에 주사액을 주입하는 것을 뒤늦게 발견하고 즉시 이를 제지하고 나머지 주사액을 대퇴부 정맥에 연결된 튜브에 주입하였지만 피해자는 뇌압상승에 의한 호흡중추마비로 같은 날 사망하였다.

(2) 대법원 판결

간호사가 “진료를 보조”를 함에 있어서는 모든 행위 하나하나마다 항상 의사가 현장에 입회하여 일일이 지도·감독하여야 한다고 할 수 없고, 경우에 따라서는 의사가 진료의 보조행위 현장에 필요 없이 일반적인 지도·감독을 하는 것으로 족한 경우도 있을 수 있다 할 것인데, 여기에 해당하는 보조행위인지 여부는 보조행위가 유행에 따라 일률적으로 결정할 수 없고 구체적인 경우에 있어서 그 행위의 객관적인 특성상 위험이 따르거나 부작용 혹은 휴유증이 있을 수 있는지, 당시의 환자 상태가 어떠한지, 간호사의 자질과 숙련도는 어느 정도인지 등의 여러 사정이 참작하여 개별적으로 결정하여야 한다. 간호사가 의사의 처방에 의한 정맥주사를 의사의 입회없이 간호실습생(간호과 대학생)에게 실시하여 발생한 의료사고에 대한 의사의 과실을 부정한 사례

(3) 검토사항

대상판결은 의료사고로 인한 형사사건에서 수직적 분업에 의한 의료행위에 형사 책임에 대해서 종전과 다른 태도를 취하고 있다. 이전의 판례는 의사와 간호사 사이의 수직적 분업에서 의료행위는 간호사의 과실에 의해 사망하거나 상해가 발생 시 일반적으로 의사의 과실을 긍정하여 왔다. 즉 의사는 간호사에게 수직적 분업에 의해서 위임된 업무를 수행하였다 하여도 그 의료행위는 의사의 책임하에 이루어지는 것이고 간호사는 그 보조자에 불과하므로, 의사는 위임된 의료행위가 환자에게 상해나 사망으로 이어지는 사고를 미연해 방지할 주의의무와 지도·감독 의무가 있고, 이를 소홀히 하여 간호사를 전적으로 신뢰하여 의료행위를 전체를 일임함으로써 발생한 위해에 대해서는 의사는 그에 대한 과실 책임을 면할 수 없다는 것이다. 그 결과 간호사의 과실은 곧 의사의 지도·감독 의무의 소홀로 이

어졌다. 그러나 대상 판결은 환자의 사망이 의사의 지도·감독 주의의무 소홀이 아니라 간호사 직접의 과실로 판단하였다는 것이다. 의사의 과실을 다시 여러 사정을 참작하여 개별적으로 다만 구체적으로 어느 기준에서 의해 의사의 과실이 인정될 수 있는가에 대하여는 불명확한 입장이다. 다만 진료를 보조함에 있어서 모든 진료제공에 있어서 간호사에 임무를 수행함을 의사가 매번 입회할 수 없으므로 일반적인 지도·감독하는 것으로 족한 업무인지를 판단하는 것이 중요하며 이 사건의 경우 신체에 직접 주사하는 것이 아니라 대퇴부정맥에 연결된 튜브를 통하여 주사액을 주입하는 행위로 간호사의 경력과 그가 취한 행동으로 보아 환자에 대한 주사방법이나 주사부위를 정확히 이해하고 있었으며 수직적 분업에서는 신뢰의 원칙을 바탕으로 의사로서 자신의 지시를 받은 간호사가 자신의 기대와 상관없이 간호실습생에게 단독으로 주사를 주입시킬 것에 대비하여 발생할 수 있는 주의업무를 예상해서 그것에 맞는 지도·감독 업무를 수행할 수 는 없다

제5장 결 론

I. 의료의 전문화와 세분화 및 병원의 효율적 운영으로 인한 의료분업은 수평적 의료분업과 수직적 의료분업으로 구분된다. 수평적 의료분업에서는 업무분담과 주의의무가 법적으로 명시되어 있지는 않지만 각 분야의 전문가로서 업무분담이 비교적 명확하여 의료제공과 함께 주의의무가 분리됨으로 제공된 의료행위에 대해서 환자에게 위해가 발생하였다면 의료분업에 따른 책임의 구분이 명확하여 법적인 책임을 인정하는게 비교적 용이하다. 그러나 수직적 분업에서는 상위의료인과 하위의료인의 업무분담이 법률적으로 명시되어 있지 않고 위임범위가 명확하지 않아 수직적 의료분업으로 의료를 제공하여 의료를 제공받은 환자에게 상해 또는 사망을 위해가 발생되었다면 책임영역의 명확하지 않아 구분이 어려워진다. 위임이 인정된 법률상 임무라 하여도 상위 의료인에게는 주의 감독의 의무가 요구되며 이에 대한 책임영역에 대한 법률적인 임무역시 명확하지 않다.

2. 분업적 의료제공에 있어서의 전제는 신뢰의 원칙이다. 수평적 의료분업에 있어서의 신뢰의 원칙에 적용에는 각자의 전문성을 인정하여 제공되는 의료에 있어서 확실한 업무수행에 문제가 없어 보인다. 그러나 수직적 분업에 있어서 신뢰의 원칙의 적용에는 아직도 의견들이 대립된다. 의료의 특성상 의사 혼자서 환자에게 필요한 의료를 제공할 없기 때문에 수직적 의료 분업에 있어서 신뢰의 원칙 없이는 의료의 제공이 불가능해 진다. 수직적 의료분업에 있어서 의료제공 시에는 각자에게 분담되어진 업무를 정상적으로 수행할 것이라는 신뢰를 바탕으로 한다면 만일의 일어날 수 있는 상황을 대비해야 할 의무는 없는 것이다. 의사와 간호사의 수직적 분업에서는 신뢰의 원칙을 배제하는 부정적 설도 있지만, 수직적 분업에서의 신뢰의 원칙은 가능한 범위 내에서는 적용이 인정될 수 있다고 생각한다. 만약 수직적 분업에서 신뢰의 원칙 적용되지 않는다면 의사의 환자에게 제공되는 모든 의료에 관여를 하여야 하며 이는 곧 의료제공에 있어서 효율적이지 못할 뿐 아니라 모든 의료제공을 함에 있어서 간호사가 제공하는 의료제공에 대하여서도 주의·감독의무를 완벽하게 기울여야 하며 간호사에 의한 의료과실 역시 의사가 형사책임을 지게 된다. 간호사가 발생시킨 의료사고에 대한 형사책임을

의사가 지게 된다면 의사는 소극적 방어적인 자세로 진료를 하게 될 것이며 이는 곧 환자의 건강회복과 질병치유라는 의사와 환자의 공동의 목표에 도달하지 못하게 되어 결국의 그 피해가 환자에게 돌아가게 될 것이다. 더불어 개인의 책임을 전제로 하는 형법의 기본원칙에 어긋나는 것으로, 의료의 분업화가 새로운 추진 방향이 아니며 이미 기존 병원에서 병원 경영의 효율화와 전문화를 추진하고 있는 상황에서 임상의 현실을 고려하지 않고 “보편화 가능성”²³⁰⁾을 부정하는 논리라고 하겠다.

분업의 원리에 의해서 간호사에게 위임된 업무를 의사가 자신의 임무처럼 간호사의 임무를 전적으로 통제하는 것은 불가능한 일임에도 불구하고 신뢰의 원칙을 부정하고 의사에게 전적으로 귀속시켜 형사적 책임을 지게하는 것은 부당하다. 의료의 현장은 개별적인 상황이 많으므로 수직적 분업에서의 간호사에 대한 의사의 신뢰의 원칙은 사안에 따라 구체적인 차등의 신뢰의 원칙이 적용될 마땅하다.

3. 그러므로 수직적 분업에서 의사는 간호사에게 면허 범위내에서 위임된 업무를 수행하도록 해야 하며 필요에 따라서 간호사의 업무를 지도·감독하는 임무가 필요하다. 간호사에게 위임이 금지된 업무는 의사가 직접 제공해야 할 의무이며, 이행 가능한 업무 범위내에서의 간호사의 의료제공 신뢰의 원칙이 상황에 따라 조정될 수 있다. 그러나 위임금지의무를 위반한 경우는 환자의 생명과 건강이 직결됨으로 매우 엄격한 기준이 적용되어야 하나 형사책임의 근거가 되는 주의의무는 구체적 내용은 불확실하다. 법률용어로 수직적 의료의 주의의무를 규정한다는 것이 가능하지 않으며 의료는 개별상황이 다르므로 주의의무 한계가 밝히기가 어렵다. 결국 형사책임의 근거가 되는 객관적 주의의무의 구체적 내용은 의료사고가 분쟁으로 이어지는 때에 법원에 의해 확정되게 되고 이로써 발전되게 되는데, 합리적인 범위내의 재량성을 인정하여야 하며 ²³¹⁾ 의학적 판단을 근거로 의료인(집단) 스스로에 의해 형성된 성문의(임상진료지침 등) 또는 불문의 규범(내규)과 당해 법익침해를 회피한다는 목적에 비추어 개별 사안의 구체적 사정을 고

230) 이상돈, 의료형법, 법문사(1998), 113쪽

231) 오영근·김재봉, 의료과실에 있어 형사처벌 특례 인정 여부에 관한 연구, 보건복지부, (2009,12), 17쪽

려되어 설정·부과되어야 한다.²³²⁾ ²³³⁾ 간과해서는 안 되는 것은 과도한 형사책임이 인정은 의료인의 법익에 침해가 됨을 고려해야한다. 객관적 주의의무는 법원의 의해 의사의 “행동의 한계²³⁴⁾가 될 과실범의 형사책임의 근거로 부작용까지 예측하여 형법에 기본원칙에 어긋나지 않는 범위내에서 궁극적으로 긍정적인 결과를 도출할 수 있어야 한다. 대법원 판례에서는 환자의 상태, 의료 환경, 임무를 수행하는 간호사의 숙련도, 업무의 위험성, 의학적 전문적 지식과 판단여부 등을 객관적 주의의무를 제한하는 근거가 될 수 있으리 생각한다.

4. 수직적 분업에서 위임된 임무 수행 중 발생한 간호사의 과실로 인해 환자가 사망 또는 상해가 발생하였을 때 의사의 주의의무 위반의 근거로 하여 어떠한 형사책임을 물을 것인가가 판단되어야 한다. 의사에게 간호사가 무면허 의료행위를 지시 받아 환자에게 위해가 발생하였다면 위임이 금지된 의료행위임으로 무면허의료행위의 공범이 될 수 있으며, 이행감독의무 위반 시에는 간호사의 업무상 과실치사상죄의 공범이 될 수 있다.

간호사의 업무 과실과 의사의 감독의무 위반이 “기능적으로 통합됨으로써 구성요건을 완전하게 실현”²³⁵⁾하였다면 의사의 주위의무 위반을 근거로 의사의 업무상 과실치사상의 공동정범이 인정될 수 있다. 그런데 부작용에 의한 의사의 감독의무 위반이라면 책임의 보증인의 지위에 있는 부작용범으로 논의 될 가능성이 있다. 수직적 분업에서 업무를 수행하는 간호사에게 보호보증인의 지위가 부여되고 의사는 간호사를 감독할 의무만이 남게 된다. 요컨대 부작용에 의한 감독 의무위반은 ‘과실 부작용에 의한 방조’의 책임만이 있게 된다. 그런데 형법 제 32조 1항

232) 심헌섭, 과실범에 관한연구 - 도로교통과 의료행위 등에서의 신뢰의 원칙에 대하여 - 저스티스 제 10권 제 1호(1972), 157쪽

233) 김용빈, 의료행위의 과실과 신뢰의 원칙” 사법연수원논문집 제 2집, 2005, 206쪽

“ 주관적 주의의무는 행위자가 행위시에 가지고 있던 정신적, 신체적 능력을 기준으로 하기 때문에 개개 사건에 있어서 주관적 주의의무위반 여부를 확정한다는 것은 쉬운 일이 아니다. 실무에서는 일반적으로 객관적 주의의무위반이 인정되면 행위자가 정신적 또는 신체적인 능력이 평균인 보다 떨어진다는 등의 특별한 사정이나 당사자의 주장이 없는 한 주관적 주의의무위반 여부를 별도로 검토하지 않는다”

234) 이상돈, 형법학 - 형법이론과 형법정책- 법문사(1999), 323쪽

235) 이상돈, 형법강의 - 일반적 귀속론 - 제 1판, 법문사(2010), 565쪽

의 “ 타인의 범죄를 방조한 자는 종범으로 처벌한다”는 규정은 “‘고의’에 의한 ‘고의의 범죄행위’”에 대한 방조만을 처벌 할 수 있게 한다고 한다. 따라서 ‘과실 (부작위)’에 의한 과실의 정범에 대한 방조는 처벌할 수 없게 된다.

[참 고 문 헌]

1. 단행본

김선중, 최신실무 의료과오소송법 신정판, 박영사(2008)

김일수, 한국형법 II, 박영사(1993)

김일수·배종대편, 법치국가와 형법 - 심재우 선생의 형법사상에 대한 재조명-,
세창출판사(1998)

김일수·서보학, 새로 쓴 형법총론, 박영사(2008)

김일수 교수화갑기념논문집 간행위원회, 김일수교수화갑기념논문집 한국형 법의
학의 새로운 지평, 박영사(2006)

김재윤 , 로스쿨 의료형법, 전남대학교출판부(2013)

문국진, 생명윤리와 안락사, 여문각(1999)

배종대, 형법총론 제 9전정판, 홍문사(2008)

신동운, 형법총론 제 2판, 법문사(2006), 546쪽

신현호, 의료소송총론, 육법사(2011)

심재우, 형법총론 제 2판, 법문사(2006)

손명세·이인영, 의료소송의 이해, 동림사(2001)

이덕환, 의료행위와 법 전정판, 현문사(2010)

이상돈, 의료체계와 법 - 의료보험, 의약분업, 의료분쟁해결의 법철학적 성찰-
고려대학교 출판부(2000)

이상돈, 의료형법 - 의료행위의 법제화와 대화이론 - 법문사(1998)

이상돈·홍성수, 법사회학 - M.Weber,J.Habermas,N.Luhmann의 사회학 이론과
법패러다임, 박영사(2000)

이상돈, 로스쿨을 위한 법학입문, 법문사(2009)

이상돈·김나경, 의료법가야의 제 1판 , 법문사(2008)

이재상, 형법총론, 박영사(2009)

이형국, 형법총론 제 4판, 법문사(2007)

임웅, 형법총론 개정판 보정, 법문사(2007)

정성근, 신뢰의 원칙, 고시계(1981), 11,13쪽

채순, 의료과실과 법, 신진서원(2008)

최재천·박영호·홍영균, 의료형법, 육법사(2003)

최재천·박영호 , 의료과실과 의료소송, 육법사(2001)

추호경, 의료과오론, 육법사(1992)

2. 논문 및 보고서 등

강선주, 의료과오시 간호사의 주의의무에 관한 연구, 간호행정학회지 제 5권 제1호(1999.2)

권오승, 의사의 주의의무, 고려대 법의학연구소(1996)

김기경, 간호업무에 대한 법적의무인식에 관한 연구-간호 관련 판례와 간호사의 태도 비교분석- 간호행정학회지 제 5권 제 1호(1999)

김기경, 수평적 의료분업과 의료기관간의 신뢰의 원칙과 한계 - 대법원 2011.7.14. 선고 2009다 65416판결을 중심으로- 외법논집 제 36권 제 2호 (2012.5)

김경례, 전문간호사 제도와 무면허 의료행위 - 대법원 2010.3.25. 선고, 2008도 590판결 중심으로 - 대한의료법학회(2010.5)

김나경, 전단적 의료행위의 형법이론 구성, 형사법연구 제 19권 제 2호, 2007

김민중 역, 수평적 분업의료에 있어서의 신뢰와 불신, 의료법학 제11권 제 1호, (2010.6)

김영환, 의료행위의 형법해석적 문제점, 형사판례연구 2, (1994)

김인숙·김기경·김대란, “간호사의 경과관찰업무에 대한 판례분석 및 관리 지침개발”, 간호행정학회지, 제 8권 제 22호(2002)

김일수교수화갑기념논문집 간행위원회, 김일수화갑 기념논문집 한국형법의 새로운 지평, 박영사(2006)

김상중, 분업적 의료행위의 민사책임, 민사법학 (2010.11)

김선석, 의료과오에 있어서 인과관계와 과실, 재판자료 제 27집 의료사과에 관한 제문제 (1985)

김창렬, 한국과 일본에서 의료형법판례의 동향, 법학연구 제 23권 제1호(2015.1)

김천수, 의료과오 책임의 이론과 판례, 대구법학 제 3권(2000)

김천수, 진료과오책임의 입증 및 설명의무의 이행 - 대법원 1999.9.3. 선고, 99다 10479판결-, 대한의료법학회 제 5회(2000.2)

김현선, 분업적 의료행위에 대한 민사책임제한으로서 신뢰원칙의 적용여부, 한국 의료법학 제 21호2권(2013.12)

대한간호협회 대한간호정책연구소, 국민건강권 보장을 위한 간호법제정(2004)

류기환, 의료행위에서 감독과실에 관한 연구, 한국법학회 제 60권, (2015.11)

문성제, 간호사고의 원인과 그 예방, 의료법학 제 5권제 1호(2000)

문성제·이경환·원선애, 의료과오와 간호사책임, 한국의료법학회지 제 12권 제 1호 (2004.12)

문정민·김운곤, 의료행위와 신뢰의 원칙, 법학논총 제 12권 제 1호(2005)

박경수, 환자의 자기결정권을 위한 의사의 설명의무에 관한 연구-의료유형별 설명의무 중심으로- 안동대학교 대학원, 박사학위 논문(2014)

- 박영규, 의료행위에 있어서의 허용된 위험과 신뢰의 원칙, 경기행정논총 제 8권, (1994)
- 박영규, 의사의 설명의무위반에 따른 손해배상-판례의 비판적 연구-, 일감법학 제31호, 건국대학교 법학 연구소, (2015.6)
- 박종렬, 의료계약상 환자치료에 있어서의 의사의 민사책임에 관한 연구, 법이론실문연구 제 3권 3, 한국법학이론실무학회(2015.10)
- 박주현, 의료조작 과실에 관한 연구, 민사법학 제 41호 (2008)
- 박철호, 수술과 형사책임 - 의료과실을 중심으로-, 부산대학교 석사학위 논문 (2008)
- 백상진, 해상교통에 있어서 신뢰의 원칙을 통한 형사책임의 제한 여부, 해사법연구 제 21권 제 2호, 2009
- 사법연수원, 의료과오 손해배상, 손해배상소송Ⅱ(1998)
- 신국미, 간호과오의 유형별 분석과 법적, 한양법학 제 21권 제 4집, 한양대학교 법학연구소(2010), 240쪽
- 신동일, 형법상 의료행위와 ‘설명 의무’ 형사정책연구(2003.3)
- 신은주, 의료과오소송에서 있어서 과실입증 - 일반인의 상식에 바탕을 둔 과실행위 입증과 미국의 일반상식원칙을 중심으로- 한국의료법학회지 24권 2,(2016.12)
- 신현호, 의사의 설명의무의 범위와 한계, 의료법학 제 2권 제 1호 (2001.6)
- 신현호, 최근의료민사소송의 현황과 절차적 제문제, 한국의료법학회지 제 18권2호(2010.12)
- 심재우, 죄형법정주의의 현대적 의의, 형사정책연구 제 18권 제 3호 (2007)
- 심현섭, 과실범에 관한 연구 -도로교통과 의료행위 등에서의 신뢰의 원칙에 대하여-, 저스티스 제 10권 제1호(1972)

심헌섭, 과실범의 연구, 문교부 학술연구조성비에 의한 연구보고서, 사회과학계 제 9권 (1972)

안동준, 분업적 의료행위와 과실범, 전남대학교 논문집 제 29호(1984)

안동준, 과실범의 불법요소로서 객관적 주의의무, 법학논의 제 34권 제 2호 (2014.7)

안법영·백경희, 의료과오소송에서 성실진료의무와 수인한도, 한국의료법학회지 제 17권 제 1호(2009)

양영진, 허버트 스펜서의 사회학 - 분업이론을 중심으로 - 한국사회학, 한국사회학회 제 35집 5호 (2001)

양재모, 간호사의 의료과오와 민사상 책임, 한양법학 제 23집(2008.6)

양경희·황종훈·김여희, 간호업무와 관련된 법적 의무 및 책임에 대한 조사연구, 지역사회 간호학회지, 제 9권 제2호, 지역사회간호학(1999)

오영근·김재봉, 의료과실에 있어 형사처벌 특례 인정여부에 관한 연구, 보건복지부(2009)

이다 마코토, 일본형법에서의 조직과실과 감독과실, 청주법학 제 32권 제 1호 (2010.5)

이동명, 의료행위 사고의 형사책임, 법학연구 제 46권 (2012.5)

이상돈, 의사와 간호사 사이의 분업과 책임의 분할 -대법원 1994.12.22. 선고 93도 3030판결에 대한평석- 판례연구 제 9권 (1998)

이수경, 의료과오 사건에서 의사의 형사상의 과실을 인정하기 위한 요건 및 판단 기준, 판례연구 제203권(1)(2009)

이상돈, 분업과 신뢰의 원칙 및 형사책임의 제한, 고시계 통권 제 191호(1998)

이승준, 수술동의서의 형사법적 제문제, 법학연구(2009)

이인영, 의료분업과 신뢰의 원칙, 연세법학연구 제 6권 제 1호 (1999)

- 이재경, 의료과오책임에서 설명의무 위반과 증명에 관한 연구, 법학연구 제 23권 제 1호(2015.01)
- 이재석, 의료과오와 위험증대이론, 사회과학연구 제 11집 제 1호(2003)
- 이재석, 의료안전과 형사법 역할, 법학연구 제 53권 (2014.2)
- 이재석, 의료행위에 있어 과실범의 성립요건 -대법원 1996.11.8. 95도 2710 업무상 과실치사-
- 이정선·서영현·유현정, 2010년 주요의료판결 분석, 의료법학 제 12권 제 1호, 대한의료법학회,(2011.6)
- 이준상 , 의료과오에 대한 판례분석, 고려대학교 출판부(1997)
- 이정환, 의료과오소송에서의 의사의 설명의 의무, 의생명과학과법 제 12권, 원광대학교 법학 연구소(2014.12)
- 유재근, 수술환자의 권리보호에 대한 형사법적 쟁점 - 환자의 자기결정권을 중심으로 - 대한의료법학회(2015)
- 윤종행, 의료과실범죄에 관한 쟁점과 최근 판례 동향, 법학연구 제 23권 2충남대학교 법학연구소,(2012.12)
- 윤종행, 과실범에서의 객관적 주의의무위반과 예견가능성, 회피가능성, 법학연구, 제 18권 제 3호 연대법학연구소(2008)
- 장미희, 간호사의 업무범위와 주의의무판단 기준에 관한 연구, 일갑법학 제 22호
- 장미희, 간호사의 의료과오 책임에 관한 연구, 의료법학회(2014) 제 22호
- 전병남, 의료분업과 신뢰의 원칙, 연세법학연구 제6권 제 1호(2003)
- 전지연, 의사와 간호사의 분업적의료행위에서의 형사상 과실책임 -대법원 1998.2.27. 선고 97도2812 판결- 의료법학 창간호(2000)
- 전지연, 의료사고에서 의료인의 역할분담에 따른 형사법적 책임에 관한 연구, 한림법학 FORUM 제 9권 (2000.12)

- 정규원, 간호사의 과실; 분업적 간호행위의 형사책임을 중심으로, 법학논총, 제 31집 제 2호, 한양대학교 법학연구소, 2014
- 정영일, 분업적 의료행위에 있어서 형법상과실책임, 형사판례연구 제 6권, 2004
- 정웅석, 의료사고에 따른 의료종사자 사이의 형사책임관계 -수평적·수직적 의료종사자 사이의 신뢰의 원칙을 중심으로-, 의료법학 제 5권 제 2호 (2004.12)
- 정웅석, 분업적 의료행위에 따른 형사책임관계, 의료법학 제 4권 제 2호(2004.12)
- 정웅석, 의료사고에 의사의 주의의무위반 관련성, 의료법학 제 5권(2004.5)
- 정현미, 의료과오의 형사법적 책임, 한국형사정책연구원(1998)
- 정현미, 치료중단의 한계와 형사책임, 한국형사정책연구원(2004.12)
- 조국, 원인에 있어 자유로운 행위와 수직적 분업관계에서 신뢰의 원칙, 고시연구 통원 제 370호(2005)
- 조상제, 현형부작위범 규정(형법 제 18조)의 개정방안, 안암법학 제 25권(2007), 1쪽
- 최호진, 분업적 의료행위 따른 형사책임을 분배- 특히 수직적 의료분업을 중심으로 - 형사법연구 제 19 권 제 1호(2007)
- 최호진, 분업적 의료행위에 따른 형사책임을 분배 - 특히 수직적 의료분업을 중심으로-, 형사법연구 제 19권 제1호(2007.4)
- 천진호, 분업적 의료영역에 있어 신뢰의 원칙의 적용, 법학논총 제35권 제 2호 (2015.12)
- 한경우, 의료과오에 있어서 인과관계와 과실, 재판자료 제 27집 의료사고에 관한 재문제(1985)
- 홍가혜, 수직적의료분업에서 의사의 주의의무와 형사책임에 관한 연구, 고려대학교 대학원 법학과 석사 논문, (2010)
- 홍승희, 의료과오소송에서 형사법적 입증책임, 원광법학 제24권 제 2호 (2008.5)

홍양자·김옥수·조미숙·김명, 건강과학의 이해, 이화여자대학교 출판부(2008)

황호원, 항공형법에서의 과실 책임에 관한 연구, 한국항공운항학회지 제 13권 제 2호 (2005)

황호원·함세훈, 항공사고에서의 과실이론 - 일본항공 사고 판례를 중심으로 -
항공우주법학회지 제 23권 제 2호(2008)