

의료와 법의 공존

김 연 희

법무법인 의성 대표변호사
대한의사협회 법제자문위원
weus@uisung.kr



〈편집자 주〉 의료과실로 인한 의사의 구속 사태가 연이어 발생하는 한편, 또 다른 쪽에서는 의사를 향한 묻지마식 폭행과 폭언 등 사고가 빈번해지면서, 의료계에서는 자괴감과 상실감을 토로하고 있는 상황이다. 특히 일부 의사들은 의료소송을 담당하는 법관이 의료전문가가 아니기 때문에 환자 측의 입장을 일방적으로 두둔하는 불합리한 판결을 내리는 것은 아니냐며 격분하고 있다.

무심코 사용하는 '의료사고'와 '의료과실'의 의미와 해석이 다르듯, 이제는 '법'과 '의료' 사이의 소통과 상호이해가 무척 중요해 보인다. 이에 본고를 통해 의사에게 불리해 보이는 판결이 왜 자꾸 발생하는지, 대책은 없는지 진중하게 살펴볼 필요가 있겠다.

1. 서론

의료와 법은 사회형성 과정에서 인류와 가장 밀접한 관계를 맺으며 발전해 왔으며, 서로 떼놓을 수 없는 관계이다. 오래된 역사만큼 둘 다 상식의 범주에 속한다고 인식하지만, 확실한 전문분야로 회자되는 모순의 학문이기도 하다. 그런 양면성이 때로는, 첨예한 이해관계나 사회적 파장이 큰 사안에서 대립되는 가치관을 지닌 당사자들에게 도무지 받아들여질 수 없는 결론으로 나타날 때가 있다.

의료진의 실수가 아니면 결코 발생할 수 없는 일이라고 믿어 의심치 않는 악결과가 실제로는 인과관계마저 인정되기 어렵거나, 비전문적인 지식으로 불가항력이라고 주장하는 의료사고의 상당수가 과실인 경우도 존재하며, 그 중간영역에서 법관의 지식과 양심에 따라 비슷한 사안이 다르게 결론 나는 경우도 종종 발생한다.

자연과학적으로 명쾌하게 밝히지 못하는 영역의 의료사고가 다수이기에, 그에 대한 법적판단은 논리력의 도움을 받아 판단할 수밖에 없으므로 어느 일방이 받아들이기 힘든 결론에 도달할 수 있다는 한계가 존재하지만, 한편으로는 사회질서를 유지하기 위해 우리는 잠재적인 묵인을 해야 함을 알고 있다.

2. 정의

흔히 의료기관에서 발생한 나쁜 결과를 의료사고라고 말한다. 이는 과실로 인해 발생할 수도 있고 그렇지 않을 수도 있다. 즉 의료사고는 단순히 바라지 않던 안 좋은 결과가 발생했다는 의미에 불과한 것

이다. 의학이 고도로 발달하게 되면 의료사고의 발생 건수는 줄어들 것이며, 그런 측면에서 이는 법의 영역이라기보다는 의료의 영역에 가깝다고 할 수 있다.

반면 의료과실은 법적판단이 개입된 개념이며, 의료행위의 실수를 의미하며 법적으로 비난받을 수 있는 요소이다. 통상 민법상으로는 ‘일정한 사실을 인식할 수 있었음에도 불구하고 인식하지 못한 것’을 의미하고, 형법상으로는 ‘정상의 주의를 태만히 하여 죄의 성립요소인 사실을 인식하지 못한 것’을 의미하지만 결론적으로 그 의미 자체가 다르지는 않다. 그러나, 민사와 형사는 그 법이 추구하는 목적과 법률적 효과가 다르기 때문에 접근방법이 동일할 수는 없다.

3. 민사상 의료과실

가. 민법규정

제680조(위임의 의의) 위임은 당사자 일방이 상대방에 대하여 사무의 처리를 위탁하고 상대방이 이를 승낙함으로써 그 효력이 생긴다.

제390조(채무불이행과 손해배상) 채무자가 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때에는 채권자는 손해배상을 청구할 수 있다. 그러나 채무자의 고의나 과실 없이 이행할 수 없게 된 때에는 그러하지 아니하다.

제750조(불법행위의 내용) 고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다.

진료계약의 법적 성격은 위임계약과 유사한 계약이라고 보는 것이 일반적이다. 진료계약상 의무는 질병의 치료와 같은 결과를 반드시 달성해야 할 ‘결

과채무'가 아니라 의료인으로서 환자의 질병 치료를 위하여 선량한 관리자의 주의의무를 가지고 현재의 실천의학 수준에 비추어 필요 적절한 최선의 노력을 다하여야 할 '수단채무'이면 족하다는 의미에서 그와 같이 보는 것이다. 다만, 위임계약에는 보수청구권이 없고 위임사무 처리상황에 대한 보고의무가 있으며, 진료계약의 경우 계약을 강제하는 진료거부금지의무가 있고 성형수술과 같이 질병의 치료보다 일정한 결과를 목적으로 하는 도급적 성격을 배제하기 어렵다는 차이가 있다.

나. 의료과실 : 채무불이행책임과 불법행위책임

민사상 의료분쟁(의료소송)에서 환자 측이 의료인 측에게 손해배상청구를 할 때 적용하는 법조문은 민법 제390조 또는 제750조이다.

법리적으로 보면 채무불이행으로 구성하는 경우 채무자인 의료인 측에 채무자의 귀책사유 부존재에 관한 입증책임이 있는 반면, 불법행위의 경우 피해자(채권자)인 환자 측에 입증책임이 있으므로 환자로서는 채무불이행책임을 묻는 것이 유리할 것으로 보인다. 그러나 진료계약은 '수단채무'이므로 결국 당해 진료가 의학적 지식, 기술에 비추어 미흡한 진료라거나 의료인이 선량한 관리자로서의 주의의무를 다하지 아니하였다는 것, 즉 채무의 불완전이행을 입증해야 하는 결과, 불법행위책임에서의 입증책임과 대동소이하게 되어 위자료 청구가 상대적으로 용이한 불법행위책임으로 이론구성 하는 것이 일반적이다.

법원은 과실판단 관련하여 "진료의 결과가 만족스럽지 못하다고 하여 바로 진료채무의 불이행으로 추정할 수는 없다. 그리고 의료행위의 결과 후유장

해가 발생한 경우, 그 후유장해가 당시 의료수준에서 최선의 조치를 다하더라도 당해 의료행위 과정의 합병증으로 나타날 수 있는 것이거나 또는 그 합병증으로 인하여 2차적으로 발생할 수 있는 것이라면, 의료행위의 내용이나 시술 과정, 합병증의 발생 부위와 정도, 당시의 의료수준과 담당 의료진의 숙련도 등을 종합하여 볼 때 그 증상이 일반적으로 인정되는 합병증의 범위를 벗어났다고 볼 수 있는 사정이 없는 한, 그 후유장해가 발생하였다는 사실만으로 의료행위 과정에 과실이 있었다고 추정할 수 없다(대법원 2008. 3. 27. 선고 2007다76290 판결 등 참조)."라고 하였고, 인과관계 판단에 관하여는 "의료행위는 고도의 전문지식을 필요로 하는 분야에서 이루어지는 것으로서 전문가가 아닌 일반인이 의사의 의료행위의 과정에 주의의무 위반이 있는지, 그 주의의무 위반과 손해의 발생 사이에 인과관계가 있는지를 밝혀내는 것이 매우 어려운 특수성이 있으므로, 수술 도중이나 수술 후 환자에게 중한 결과의 원인이 된 증상이 발생한 경우 그 증상의 발생에 관하여 의료상의 과실 이외의 다른 원인이 있다고 보기 어려운 간접사실들이 증명되면 그러한 증상이 의료상의 과실에 기한 것이라고 추정할 수 있다. 다만 그 경우에도 의사의 과실로 인한 결과 발생을 추정할 수 있을 정도의 개연성이 담보되지 않는 사정들을 가지고 막연하게 중한 결과에 대하여 의사의 과실과 인과관계를 추정함으로써 결과적으로 의사에게 무과실의 증명책임을 지우는 것까지 허용되는 것은 아니다(대법원 2012. 10. 11. 선고 2011다100138 판결 등)."라고 일관되게 판단하고 있다.

다. 소결론

위와 같이 법원은 입증책임에 입각하여 민사상 의료과실을 판단하나, 한편 “피해자 측에서 일련의 의료행위 과정에 있어서 저질러진 일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실 있는 행위를 입증하고 그 결과와 사이에 일련의 의료행위 외에 다른 원인이 개재될 수 없다는 점을 증명한 경우에 있어서는, 의료행위를 한 측이 그 결과가 의료상의 과실로 말미암은 것이 아니라 전혀 다른 원인으로 말미암은 것이라는 입증은 하지 아니 하는 이상, 의료상 과실과 결과 사이의 인과관계를 추정하여 손해배상 책임을 지울 수 있도록 「입증책임을 완화」하는 것이 손해의 공평, 타당한 부담을 그 지도 원리로 하는 손해배상 제도의 이상에 맞는다(대법원 1995. 12. 5. 선고 94다57701).”고 하여 일반 불법행위 판단보다는 입증책임을 훨씬 완화하여 판단하고 있다.

4. 형사상 의료과실

가. 형법규정

제14조(과실) 정상의 주의를 태만함으로 인하여 죄의 성립요 소인 사실을 인식하지 못한 행위는 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하여 처벌한다.

제268조(업무상과실·중과실 치사상) 업무상 과실 또는 중대한 과실로 인하여 사람을 사상에 이르게 한 자는 5년 이하의 금고 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처한다.

업무상 과실은 보통과실에 대하여 예견의무가 다르기 때문에 책임이 가중되어 가중처벌 한다는 것이

통설이다. 이때 업무란 사람의 사회생활면에 있어서의 하나의 지위로서 계속적으로 종사하는 사무를 말하고, 여기에는 수행하는 직무 자체가 위험성을 갖기 때문에 안전배려를 의무의 내용으로 하는 경우는 물론 사람의 생명·신체의 위험 방지하는 것을 의무내용으로 하는 업무도 포함된다. 따라서 의료과실의 경우 형사상으로는 업무상 과실로 판단하게 된다.

나. 업무상 과실치사상

사적자치의 영역이 지배하는 민법과 달리 형법은 신체의 자유를 제한하는 등 가장 가혹한 제재를 그 수단으로 하고 있고, 최후수단성과 예측가능성의 특성을 가지고 있어, 형법이 의료영역에 광범위하게 관여하는 것은 바람직하지 않다. 국가의 형벌권의 행사는 의사와 환자라는 대립되는 양당사자의 각기 다른 입장을 이해하고 가별적인 의료과실의 본질과 그 한계를 명확히 파악하여 적절히 이를 조화시켜야 한다는 것이다.

그런데 형사책임의 경우 민사와는 달리 개인적 법익에 관한 사건이라도 사회적 법익 측면에서 접근하는 시각이 혼재¹⁾되어 있고 그런 시각은 법원이 자신들의 개인적 가치관에 부합하는 판단을 해주기 바라는 기대심리를 표출하는 현상을 보이기 때문에, 최근에는 판사의 법에 입각한 양심적 판단이 더욱 필요한 상황이 된 것 같다.

법원은 형사상 과실판단 관련하여 “의료사고에서 의사에게 과실이 있다고 하기 위하여는 의사가 결과발생을 예견할 수 있고 또 회피할 수 있었는데도 이를 예견하지 못하거나 회피하지 못하였음이 인정되어야 하며, 과실의 유무를 판단할 때에는 같

1) 최근 각종 형사사건에 관한 인터넷 댓글을 보면 당사자가 아님에도 분노하거나 의견을 개진하는 이들을 상당수 접할 수 있다.

은 업무와 직종에 종사하는 일반적 보통인의 주의 정도를 표준으로 하고, 사고 당시의 일반적인 의학의 수준과 의료환경 및 조건, 의료행위의 특수성 등을 고려하여야 한다(대법원 2011. 9. 8. 선고 2009도13959 판결 등 참조).”고 하였고, 입증책임에 관하여는 “형사재판에서 공소가 제기된 범죄사실은 검사가 입증하여야 하고, 법원은 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 증거를 가지고 유죄를 인정하여야 하므로, 그와 같은 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다고 하더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없다(대법원 2002. 12. 24. 선고 2002도5662 판결 등 참조).”고 보았다. 즉, 민사상 의료과실과 형사상 의료과실은 그 내용이 다를 바 없지만 입증책임에서는 상당한 차이를 보이며 이는 앞서 언급한 손해의 공평, 타당한 부담을 그 지도 원리로 하는 손해배상 제도의 이상을 실현하고자 하는 민사사건인지, 아니면 엄격한 죄형법정주의가 적용되는 형사사건인지 여부에 따른 차이이다.

따라서 형사상 업무상과실치사상죄가 성립하기 위해서는 구성요건적 결과가 적어도 행위자의 객관적 주의의무위반행위를 원인으로 하여 야기된 것이어야 하고, 인과관계의 준부가 불분명한 때에는 ‘의심스러운 때에는 피고인의 이익으로’라는 원칙에 따라 무죄의 추정이 이루어져야 한다. 적어도 이론적으로는 그러하다.

다. 소결론

여러 가지 원인이 복합적으로 작용한 결과겠지만, 실무상으로 최근 법원의 판결은 민사와 형사의 입증

책임에서의 차이가 점차 없어지고 있는 추세인 것 같다. 그리고 이는 의료사고의 형사사건화 경향과도 맞물리는 현상이다. 2011년 업무상과실치사상죄로 접수된 사건은 4,950건이었지만 2017년도에는 8,221건에 이르는 등 가파른 상승률을 보이고 있다.

허용된 위험의 법리가 적용되는 영역인 의사의 사회적 기능과 요청에 비추어 볼 때에 의료과실을 결론으로 접근하거나 민사와 형사를 동일하게 논해서는 안 되고 만일 일부 과실이 인정되는 사안이라고 하더라도 형사처벌은 신중하게 결론지어야 할 것이다.

5. 의료법상 설명의무

가. 의료법규정

제24조(요양방법 지도) 의료인은 환자나 환자의 보호자에게 요양방법이나 그 밖에 건강관리에 필요한 사항을 지도하여야 한다.

제24조의2(의료행위에 관한 설명) ① 의사·치과의사 또는 한의사는 사람의 생명 또는 신체에 중대한 위해를 발생하게 할 우려가 있는 수술, 수혈, 전신마취(이하 이 조에서 “수술 등”이라 한다)를 하는 경우 제2항에 따른 사항을 환자(환자가 의사결정능력이 없는 경우 환자의 법정 대리인을 말한다. 이하 이 조에서 같다)에게 설명하고서 면(전자문서를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)으로 그 동의를 받아야 한다. 다만, 설명 및 동의 절차로 인하여 수술 등이 지체되면 환자의 생명이 위험하여지거나 심신상의 중대한 장애를 가져오는 경우에는 그러하지 아니하다.

나. 위반시의 효과

의료법상 설명의무는 그동안 판례를 통해 발전해 온 설명의무의 내용과는 약간 다른 측면이 있다. 동

의서의 경우 작성하지 않았다고 하여 곧바로 설명을 하지 않았다고 보는 것은 아니지만, 설명의무를 이행하였다는 점에 대한 입증책임이 의료인에게 있으므로 이를 입증하기 어려워지게 되는 결과 설명의무 위반에 따른 위자료 배상책임을 지게 된다는 식이다.

한편, 설명의무는 환자의 자기결정권이 문제되는 영역에서의 의료행위 전반에 미치므로 동의서를 작성하였다고 하더라도 수술이나 수혈, 전신마취가 아닌 영역에서 설명의무 위반으로 인한 책임을 지게 되는 경우가 있다.

6. 최근 판결의 추이

그동안 민형사상 의료과실의 의미자체는 변화하지 않았지만, 최근 의무기록 부실기재로 인한 과실 추정과 설명의무위반에 따른 위자료 인정이 증가하는 추세이며, 의료과실로 인한 손상 이후의 치료에 관해 후유증세의 치유 또는 더 이상의 악화를 방지하는 정도의 치료만이 계속되어 온 것뿐이라면 수술비와 치료비의 지급을 전액 청구할 수 없다는 대법원 판결까지 등장한 상황이다. 이는 모두 의료적 판단의 영역이 아닌 법적 판단영역에서의 변화이다. 의무기록과 설명의무를 충실히 하지 않으면 불이익하게 판단하겠다는 의미로 받아들일 수 있을 것이다. 한편, 의료과실이 인정되기만 하면 과실비율에 상관없이 향후 치료비를 병원 측이 부담하게 될 것이라는 추이를 더 살펴볼 필요가 있을 것으로 보인다.

7. 결론

대립되는 양당사자의 주장을 경험칙과 논리에 따라 판단하는 것은 법관의 영역이지만, 법관은 의료를 잘 알지 못한다. 때문에 의료전문가의 도움이 필요할 수밖에 없다. 그 과정에서 의사들의 역할은 매우 중요하다. 설사 그것이 소송의 당사자라고 하더라도 말이다.

의료사고가 발생하면 의사들은 누구나 “그때로 돌아가더라도 동일하게 할 수밖에 없을 것인가, 아니면 다른 선택지를 찾았을 것인가.”를 돌이켜보게 된다. 그 과정에서 만일 다른 방법이 없었을 것이라는 확신이 든다면 그 다음단계로 “내가 아닌 동일 조건의 다른 의사라도 그렇게 했을 것인가, 아니면 달라질 수 있었을 것인가.”를 생각해본다. 이번에도 확신이 든다면, 판사가 올바른 판단을 할 수 있도록 적극 도움을 줄 수 있는 태도가 필요하다.

점차 의사들에게 불리한 판결이 늘어가고 있지만, 이는 하루아침에 벌어진 현상은 아니다. 이제 더 이상 법 없이도 살 수 있는 사람이 환영받는 세상도 아니고, 사회현상에 대한 방관자적 태도와 무관심은 더더욱 덕목이 될 수 없음을 인지하자. 만일 법이 의료의 전문성을 인정해주지 않는다면 이는 누구의 탓인가? 권리 위에 잠자는 자는 보호받지 못한다.