경북대학교 법학연구원『법학논고』
제64집 (2019.1) 125~149면.
Kyungpook Natl. Univ. Law Journal
Vol.64 (Jan 2019) pp.125~149.

의료행위의 정당화와 면책가능성

임 상 규*

〈국문초록〉

의료계에서 의료사고에 대한 형사처벌의 배제를 강하게 요구하면서, 의료행위 내지 치료행위의 형법적 의미가 재조명되고 있다. 처음에는 의사의 치료행위도 상해에 해당하지만, 업무로 인한 행위로서 위법성이 조각된다고 보다가, 최근에는 피해자의 승낙에 의해 위법성이 조각된다는 입장과 애초부터 상해로 볼 수 없다는 입장이 대립하고 있다.

본고는 기본적으로 의료적 침습행위는 상해라는 전제에서 출발한다. 다만, 피해자의 승낙 및 그 전제인 설명의무를 강조하면서, 의료계에는 과잉설명 및 설명의무위반을 이유로 한 손쉬운 조정결정 등의 문제점이 나타나고 있다. 이에 본고에서는 의사의 설명의무가 법제화된 사실에 주목하여, 그 설명의무도 의사의 업무내용이 될 수 있다고 본다.

다만, 의사에 대한 형사처벌이 능사가 아닌 바, 의료적 침습행위는 업무로 인한 행위로 정당화되는 것을 넘어, 과감하게 면책될 수 있어야 한다. 가령, 전단적 의료행위는 시급성에 따라서는 이미 정당화될 여지도 있지만, 그렇지 않더라도 금지착오를 원용하고 또 그 착오의 정당한 이유를 넓게 인정하여 면책시킬 수 있어야 한다.

끝으로 의료적 침습행위가 정당화 내지 면책되지 않더라도 그 처벌은 업무상과실치사상죄의 법정형 수준에 머물러야 하고, 여기에 내재된 곤혹스러움은 결국 입법적으로 해결되어야 할 문제일 것이다. 아울러 의료계가 내재된 몇몇 문제들을 스스로 시정한다면, 차제에 교통사고처리특례에 준하는 의료사고처리특례도 도입할 수 있을 것으로 본다.

주제어 : 의료행위, 전단적 의료행위, 상해, 설명의무, 환자의 자기결정권

• 투고일 : 2012.12.24. / 심사일 : 2019.1.22. / 게재확정일 : 2019.1.23.

I. 머리말

오진에 의한 8세아 사망사고로 의사 3명이 법정구속[1]되자 의료계가 크게 반

* 경북대학교 법학전문대학원 교수

1) A군(당시 8세)은 복부통증을 호소하며 2013. 5. 27. 병원을 찾았고, 그 후 유사한 증상으로 세 차례 더 병원을 방문하였으나 그를 진료한 응급의학과와 소아과 과장 및 응급실 당직

발하고 있다. 대한의사협회는 12,000여명이 참석한 의사총궐기대회를 열고, “의료사고 법정구속 방어진료 조장한다”, “의료분쟁특례법 제정하라”, “진료선택권 보장하라”, “심평의학 족쇄풀고 최선진료 보장하라”, “의사면허 박탈법안 국민건강 박탈된다”는 등의 구호를 외쳤다. 의료사고에 대한 형사처벌은 방어진료를 낳게 되는데, 건강보험심사평가원에서 청구된 진료비를 과잉진료를 이유로 삭감하는 현실[2]에서는 그러한 방어진료도 어려운 형편임을 지적하며, 의사의 오진사고에 대해서는 아예 형사처벌을 배제하는 특례법을 제정하라는 것이다.

실제로 의료과오에 대해서는 처벌이 능사가 아닐 수 있다. 특히, “의학은 불확실성을 연구하는 과학이며, 불확실성 속에서 수행하는 실천”[3]이라고 할 정도로, 의사의 진단에는 일정한 오류가능성이 내재되어 있다. 일본의 오진률은 30% 정도고, 최고 수준의 의료기술을 보유한 미국에서도 1차 진료 오진률이 20% 정도라고 한다.[4] 우리의 경우에는 암의 오진률이 가장 높은데, 이 중 판독오류가 33.6%라고 한다.[5] 이러한 오진은 의사의 실수(medical mistake)에 기인하기도 하지만, 의료계의 시스템적 오류(medical error)도 무시할 수 없다. 가령, 의사의 임상선택에는 보험사나 건강보험심사평가원의 관여도 크게 영향을 미친다.

하지만 ‘유한한 개인으로서의 의사와 불완전한 과학으로서의 의학’[6]을 감안하더라도, 현실의 모든 의사들이 주어진 환경에서 최선을 다한다고 볼 수 없다. 한 연구에 따르면, 한 해에 발생하는 의료사고 사망자 43,708명 중에서 예방가능한 사망자가 19,013명이라고 한다.[7] 물론, 이 수치는 다소 과장된 추정치인 측면이 없지 않지만,[8] 적어도 ‘의료과오에 대한 전면적 처벌배제’라는 주

의사는 횡경막탈장을 변비로 오인하였고, A군은 결국 동년 6. 8. 횡경막탈장 및 혈흉으로 사망하였다. 법원은 의사들에게 각 금고 1년 내지 1년 6개월의 실형을 선고하며 법정구속하였고, 며칠 후 피해자 측이 원하는 금액에 형사합의가 이루어지자 보석으로 석방하였다.

2) 실제 삭감(조정)된 건수는 2011년 5.1%에서 2015년 4.1%로 해마다 낮아졌고, 삭감된 금액의 비율은 0.8~0.9% 수준이며, 독일이나 대만의 조정률은 3% 수준이라고 한다(머니투데이 2016. 12. 20.자).

3) 한희진, 오진(誤診): 의료윤리와 의료법에 선행하는 인식론 문제, 과학철학 제13권 제2호(2010), 71면.

4) 현대경제연구원, VIP 리포트 제709권(2017), 2면 ; 한희진, 전게논문, 76면 이하(8.4~24.4%).

5) 한국소비자원, 2017. 7. 12.자 보도자료, 2면.

6) 한희진, 전게논문, 90면.

7) 이상일, 외국의 환자안전 관련 제도 - 보고체계와 진실말하기 -, 한국의료법학회 학술대회 자료집, 2015, 29면 ; 이상일, 환자안전법 제정의 필요성과 제정방향, 의료정책포럼 제22권 제2호(2013), 대한의사협회 의료정책연구소, 38면에서는 예방가능한 사망자가 약 17,000명 정도라고 한다.

8) 가령, 미국 질병센터에 따르면, 의료과오(251,454명)는 심장질환(614,348명)과 암(591,699명)

장이 시기상조라는 느낌을 반게 만들기에 충분하다. 게다가 현실적으로는 자궁외 임신을 자궁근종으로 오신하여 자궁을 적출하고, 또 X-Ray 필름을 뒤집어 보고는 반대 부위를 절개하는 실로 납득하기 어려운 실수들도 없지 않다.

날로 증가하고 있는 의료분쟁이 시사하듯이,[9] 의료사고의 재발방지를 위한 수단들은 충분히 제 기능을 발휘하지 못하고 있다. 행정제재는 사실상 거의 형사판결에 의존하고 있고, 의료소송에서의 환자 측 승소율(0.9%)은 일반 민사소송(53.5%)에 비해 현저히 낮다.[10] 그리고 2012년 의료분쟁조정법의 시행과 더불어 한국의료분쟁조정중재원이 설립된 이후 꾸준히 조정개시율이 상승하고 있으나[11] 2017년의 평균배상액은 981만원이고, 또 500만원 미만의 배상이 57.8%를 차지한다.[12] 이는 투자비회수나 손익분기점에 집착하여 졸속진료를 행하기도 하는 의료계의 현실에 경종을 울리기에는 상당히 부족한 금액이다.

사정이 이러함에도 의료과오에 대한 형사제재를 전적으로 배제한다면, 이는 아마도 댐의 가장 중요한 기둥을 허무는 일이 될 수도 있다. 물론, 그렇다고 형사제재에 대한 과도한 기대도 바람직하지 않다. 형사처벌의 성격 자체가 최후의 보충적 수단일 뿐이고, 게다가 의료행위의 특수성, 가령 그 불확실성 및 위험경향성을 감안하자면, 의료행위에 대한 형사제재는 그야말로 필요최소한에 그쳐야 한다. 바로 이러한 맥락에서 본고에서는 의료행위의 불법성을 중심으로 한 지금까지의 논의경향을 넘어, 그에 대한 폭넓은 면책가능성이 함께 논의되어야 한다는 입장에서 그 방법과 범위를 한번 가늠해 보고자 한다.

에 이은 세 번째 사망원인이라고 한다(2014년). 이를 두고 GATO연구소는 '보험사의 관여 내지 클레임'과 '결여된 진료인센티브'가 의료과오의 주된 원인이라고 하는데, 결국 보험사의 클레임저지 및 진료인센티브 확대를 위한 분석이라는 의심이 들기도 한다. 이상일 교수도 '예방의학의 중요성'과 환자안전법의 제정필요성을 강조하기 위하여, 추산된 의료과오률(9.2%)과 의료과오사망률(7.4%) 및 의료과오예방가능성(43.5%)을 연간입원건수(6,420,118건)에 단순 대입시킨 측면이 없지 않아 보인다.

9) 한국의료분쟁조정중재원에 따르면, 의료분쟁조정법이 시행된 2012년 이후 의료분쟁 상담건수가 꾸준히 증가하고 있다고 한다. 2017년에는 54,929건이었고, 금년도 8월말을 기준으로 이미 45,283건이 접수되어 2012년을 기준으로 약 3배 증가하였다고 한다(한국의료분쟁조정중재원, 2018년 하반기 의료사고 예방업무 활성화 워크숍 자료집, 2018.10, 3면).

10) 대구 매일신문, 2018. 11. 6일자, 3면. 사법연감에 따르면, 2017년 1심에서 처리된 의료소송 900건 중 원고 승소는 11건으로 1.2% 수준이다(법원행정처, 2018 사법연감, 746면).

11) 가령, 상급병원의 조정개시율은 2012년 25%에서 2017년 66.1%로 증가하였다(한국의료분쟁조정중재원, 2018년 하반기 의료사고 예방업무 활성화 워크숍 자료집, 2018.10, 5면).

12) 한국의료분쟁조정중재원, 2018년 하반기 의료사고 예방업무 활성화 워크숍 자료집, 2018.10, 6면.

Ⅱ. 의료행위의 형법적 의미

1. 의료적 침습행위의 성격

먼저, 개복이나 다리절단과 같은 의료적 침습행위[13]를 형법이 말하는 '상해'로 볼 수 있는지와 관련하여 의견이 일치되어 있지 않다. 의사의 침습행위를 상해로 볼 수 없다는 측에서는 무엇보다 상식적 접근을 선호한다. 의사의 침습행위는 무엇보다 그 의도면에서 건강을 침해하거나 악화시키려는 것이 아니라, 오히려 그 건강을 회복 또는 증진시키기 위한 것이므로, 의사의 치료행위 내지 침습행위를 형법이 말하는 '신체에 대한 상해'에 견주는 것은 이미 일반인들의 상식과 너무 동떨어져 있다는 것이다.[14] 이를 반영하여 종종 "칼잡이의 나이프와 의사의 메스는 다르다"는 표현을 원용하기도 한다.[15]

그리고 Beling 이후에 정착된 3단계 범죄체계론에서는 구성요건해당성을 가능한 한 몰가치한 사실판단으로 이해하고자 하지만, '아무리 형법구성요건을 가치중립적으로 파악한다고 하더라도' 전체적으로 보아 건강증진을 추구하는 치료행위를 신체상해로 볼 수는 없다고 한다. 즉, 침습행위를 따로 분리하여 볼 것이 아니라, '진단과 처치를 거쳐 건강증진을 도모'하는 치료행위의 전과정을 전체적·통일적으로 파악하여야 한다는 것이다.[16] 이에 따르면, 치료가 비록 성공하지 못하였더라도 의사의 침습행위에는 상해의 고의가 없기 때문에 상해죄의 주관적 구성요건이 충족되지 않는다고 보기도 한다.[17]

실제로 형법의 결론은 가급적 일반인들의 상식에 부합하여야 한다. 하지만 그 결론에 이르는 형법의 논의 모두가 그 상식에 부합하여야 하는 것은 아니다. 이미 형법의 '고의'개념은 일반적인 용어례에서 멀리 동떨어져 있다. 일반인들은 그 고의에서 '일부러', 즉 "나쁜 짓임을 알고도 이를 범하려고 일부러"라는

---

13) 개복이나 다리절단 외에, X선 투사 및 혈관이나 근육에 주사기로 약물을 주입하는 행위 등 '생리적 기능을 훼손'할 수 있는, 즉 형법상의 상해를 초래할 수 있는 의료행위를 통칭한다.

14) 권오걸, 형법총론, 2012, 형설출판사, 248면 ; 이형국, 형법총론, 제4판(2007), 법문사, 141면.

15) Karl Binding, Lehrbuch des gemeinen deutchen Strafrechts, Besonderer Teil I, 2.Aufl., 1902, S.56 ; Eb. Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, Leipzig: T. Weicher, 1939, S.77ff. ; 김영환, 의료행위의 형법상 취급, 형사정책연구, 1998/9, 한국형사정책연구원, 18면.

16) 이재상/장영민/강동범, 형법총론, 제9판(2017), 박영사, 294면.

17) 김일수/서보학, 새로 쓴 형법총론, 제11판(2007), 박영사, 346면 ; 김영환, 전게논문, 19면 ; 성낙현, 형법총론, 2010, 동방문화사, 314면 ; 이재상/장영민/강동범, 형법총론, 294면 ; 정현미, 의료과오의 형사법적 책임, 1998, 한국형사정책연구원, 32면.

‘범의’를 읽어내지만, 형법에서 말하는 ‘구성요건적 고의’는 일찍이 그 ‘범죄의사’ 내지 ‘위법성의 인식’과 결별하였고, 단지 일정한 사실에 대한 인식·인용이 있었는지를 물을 뿐이다. 따라서 형법학은 가령 경찰의 범인체포나 변호사의 법정변론에서도 체포나 명예훼손의 고의를 읽어내는데 아주 익숙해 있다.

그리고 형법은 ‘상해’개념을 ‘자신의 필요성에’ 따라 그 진폭을 조율할 수 있다. 가령, 의족의 손괴가 산재법상의 부상에 해당하는지,[18] 문신이 병역법상의 신체손상에 해당하는지,[19] 또한 머리카락을 삭발하는 등의 ‘신체외관의 중대한 변화’가 상해에 해당하는지는 상식적으로 그리 쉽게 답할 수 있는 문제가 아니다. 그리고 가령, 누군가 고의 또는 실수로 9개월된 태아의 신체일부를 훼손한 경우, 이를 과연 태아에 대한 상해 혹은 산모에 대한 상해로 처벌할 수 있느냐는 문제는 매우 까다로운 질문이다. 일반인들은 처벌당위성을 언급할 여지가 많겠지만, 형법학자들은 오히려 그 처벌에 난색을 표한다.[20]

이처럼 형법적 논의가 모두 상식선에 머무는 것이 아니고, 더구나 일정한 사태를 세 가지 측면으로 나누어 검토하기로 한 형법의 3단계 범죄체계를 감안하자면, 그 최종결론이 상식에 부합하는지를 물어야 하고, 그 단계마다 곧바로 상식을 끌어들이는 것은 그리 바람직한 일이 아니다. 이는 형법의 도식에 꿰어 맞추려는 형법학자의 아집이 아니다. 그 3단계 중 첫 단계인 구성요건해당성에서는 무엇보다 개념의 외연을 어디까지 확장 또는 축소할 것이냐가 논의되어야 하고, 이는 가능한 한 가치중립적으로 수행되어야 한다. 이렇게 확정된 구성요건적 개념이 바로 형법의 관여세계를 보다 분명하게 구획[21]할 수 있기 때문이다.

가령, 치료목적을 가진 의사의 침습행위는 상해가 아니라고 한다면, 그 침습행위 이후에 당해 의사의 면허가 정지된 사실이 드러나는 경우는 어떠한지 물어보아야 한다. 치료목적을 가진 무면허침습행위는 또 어떠한가?[22] 면허가 정

---

18) 대법원 2014. 7. 11. 선고 2012두20991 판결에서는 의족도 재해대상인 것으로 보았다.

19) 대법원 2004. 3. 25. 선고 2003도8247 판결은 문신도 병역법상의 ‘신체손상’으로 보았다.

20) 김성돈, 형법각론, 제2판(2009), 성균관대학교출판부, 57면 이하 ; 임웅, 형법각론, 제9정판(2018), 법문사, 59면. 자세한 논의로 김종덕, 태아상해와 상해죄의 성부에 대한 해석론적 고찰, 법학연구 제30집(2008/5), 한국법학회, 282면 이하 참조.

21) 이와 관련하여 ‘구성요건의 경고적 기능’을 언급하기도 한다. 오영근, 형법총론, 제2판(2009), 박영사, 310면.

22) 김일수/서보학, 형법총론, 243면에서는 “무면허의사의 통상적인 치료행위도 환자의 건강회복을 위한 행위일 때에는 상해의 고의를 인정할 수 없다”고 한다. 이에 따르면, 의대 3학년생이 외딴섬에 고립된 맹장환자를 응급수술하더라도 상해의 고의를 인정할 수 없게 된다. 하지만 긴급성이라는 위법판단의 문제를 끌어오는 것은 구성요건의 과부하를 초래한다. 김나경, 전단적 의료행위의 형법이론 구성, 형사법연구 제31권(2007), 한국형사법학회,

지되거나 혹은 무면허인 사람의 침습행위는 이미 의료행위가 아니라고 반박할 지도 모른다. 그렇다면, 의사면허를 가진 사람이 장기이식을 목적으로 장기를 적출하는 경우, 그 장기적출도 전체적·통일적으로 보아 상해에 해당하지 않는다고 볼 수 있는가? 이를 긍정한다면, 산모를 구하기 위해 불가피하게 낙태를 하더라도 낙태죄의 구성요건해당성이 인정되지 않는다고 볼지도 모른다.

그러나 산모를 구한다는 목적과는 무관하게 낙태는 낙태이다. 또 치료목적이나 의사면허의 소지여부와는 무관하게 침습행위는 이미 그 의미 자체가 상해개념의 핵심영역에 속한다. 치료목적은 침습행위의 동기에 불과하고, 동일한 침습행위를 두고 면허의 소지여부에 따라 평가를 달리하는 것도 바람직하지 않다. 일반인의 부녀체포나 경찰의 범인체포를 모두 체포죄의 체포에, 일반인의 악의적 사실적시와 변론을 위한 변호인의 사실적시도 모두 명예훼손죄의 명예훼손에 해당하는 것으로 보는 것처럼, 치료목적이나 의사면허의 소지여부와는 무관하게 동일한 침습행위는 모두 상해죄의 상해에 해당하는 것으로 보아야 한다.

그럼에도 의료적 침습행위는 상해가 아니라거나 적어도 상해의 고의가 없다고 보는 입장은 특히 전단적(專斷的) 혹은 실패한 치료의 사안을 일관되게 설명하는데 큰 어려움을 겪게 된다. 우선 환자의 동의가 없는 전단적 침습행위가 상해에 해당한다는 점에는 거의 견해가 일치하는데,[23] 피해자의 승낙이 없었다는 위법문제를 끌어와 '구성요건적 상해'를 인정하는 것은 바람직하지 않다.[24] 그리고 실패한 치료도 의술법칙의 준수여부 혹은 환자의 승낙여부에 따라 뒤늦게 다시 구성요건에 포섭하려고 하지만, 이 또한 구성요건단계의 사실판단과 위법성의 가치판단을 뒤섞는 것으로 그리 권장할 만한 일이 아니다.

한편, 대법원은 자궁 외 임신을 자궁근종으로 오신하여 자궁을 적출한 사안에서 업무상과실치상죄를 인정하였다.[25] 자궁적출을 상해로 보면서도 '상해고

96면.

23) 김나경, 전게논문, 100면 ; 박상기, 형법총론, 제7판(2007), 박영사, 160면 ; 임웅, 형법각론, 64면 ; 정현미, 전게서, 39면. 반대견해로는, 신동일, 형법상 의료행위와 '설명의무', 형사정책연구, 2003/3, 한국형사정책연구원, 237면.

24) 치료행위에 대한 환자의 승낙을 구성요건해당성을 배제하는 양해의 의미로 이해하는 입장도 있다. 김용희, 의료행위의 형법적 성격 고찰, 청주법학 제32권 제2호(2010), 청주대학교 법학과, 98면. ; 류부곤, 의료분쟁에 대한 형법적 대처에 있어서 새로운 논의, 법학연구 제23권 제1호(2015), 한국법학회, 30면. 그러나 절도나 주거침입은 '피해자의 의사에 반하는 것'을 전제로 하기 때문에, 절취나 주거침입에 대한 승낙은 양해가 될 수 있지만, 상해는 반드시 '피해자의 의사에 반할 것'을 전제로 하지 않는다.

25) 대법원 1993. 7. 27. 선고 92도2345 판결.

의'를 부정한 것처럼 보인다.[26] 그러나 의사는 자궁적출을 인식·인용하였고, 적어도 의도하지 않은 실수가 아니다. 오진이라는 실수를 이유로 마치 자궁적출이 실수로 초래된 것처럼 보아서는 안된다. 가령, X-Ray를 뒤집어 보고 멀쩡한 오른쪽 신장을 적출한 경우, 방치되어 질환이 심화된 왼쪽 신장에 대해서는 업무상과실을, 오른쪽 신장에 대해서는 고의상해를 논해야 하고, 전자를 후자에 포함시켜 논의할 수는 있지만, 그 반대는 의사에게 지나친 특혜를 주는 일이 된다.

'칼잡이의 나이프와 의사의 메스는 다르다'는 주장은 아마도 '치료행위는 법이 개입해서는 안되는 신성한 그 무엇'이라는 생각, 즉 어떤 진료고권(Behandlungshoheit)에서 연유하는지도 모른다. 실제로 환자는 의사를 믿고 따라야 하고, 치료행위는 다툴 수 없는 의사의 전문영역으로 인식된 때도 있었다.[27] 하지만 오늘날에는 의사와 환자의 이해관계가 서로 충돌하는 경우가 허다하고, 따라서 의사의 치료행위도 이미 법제화되어 있는 만큼, 대부분의 의료행위는 하나의 계약관계로 이해되고 있다.[28] 따라서 의사의 치료행위가 경찰의 범인체포나 변호사의 변론활동보다 더 신성하다고 볼 이유는 없다.[29]

다만, 의료적 침습행위를 상해로 파악하는 경우, 그 대부분은 상해죄(7년 이하의 징역)가 아니라 특수상해죄(1년 이상 10년 이하의 징역)에 해당할 여지가 있다. 수술용 메스는 형법 제258조의2에서 말하는 '위험한 물건'에 해당하기 때문이다. 물론, 상해도 인정하지 않으려는 입장에서는 이 특수상해라는 주장이 더욱 당혹스럽겠지만, 이처럼 문제점을 보다 극명하게 드러낼 필요가 있다. 궁극적으로 이러한 문제를 해결하기 위해서라도 의사의 치료행위를 규율하는 새로운 입법이 필요하지만, 적어도 현행법 하에서는 특수상해죄가 성립할 여지를 부정할 수 없다. 다만, 여기에 내재된 곤혹스러움을 어디에서 어떻게 해소할 것이냐가 문제되는데, 본고는 '의료적 침습행위는 상해가 아니다'는 주장보다는 그 처벌의 적정성을 양형단계에서 조율할 수밖에 없다고 보고, 이에 대해서는

---

26) 이 판결을 이유로 "대법원은 의료적 침습행위에서 상해고의를 인정하지 않는다"고 확정적으로 말할 수 없다. 법원은 업무상과실로 기소한 검사의 공소사실에 국한하여 판단하였고, 검사가 고의상해로 기소했음에도 이를 정면에서 부정한 것은 아니기 때문이다.

27) 히포크라테스선서에는 "나의 양심과 위엄으로서 의술을 베풀겠노라"는 구절이 포함되어 있는데, 이는 의료행위가 하나의 시혜적 조치라는 인상을 강하게 풍기고 있다.

28) 김민중, 의료행위에서의 법률문제와 의사의 책임(상), 법조 제40권 제3호(1993), 법조협회, 75면 이하 ; 김용한, 의료행위에 의한 책임, 법조 제32권 제6호(1983), 법조협회, 4면.

29) 김용희, 전게논문, 98면에서는 의사의 치료행위에 상해의 고의를 인정하지 않는다면, 교사의 징계행위도 훈육의사를 들어 고의를 부정하는 것이 논리적이라고 한다. 하지만 교사의 훈육은 체벌과 같은 징계행위를 통해서만 이루어지는 것은 아니다.

후술한다.

2. 의료적 침습행위의 정당화맥락

의료적 침습행위의 상해성을 인정하는 입장에서는 그 정당화맥락과 관련하여 형법 제20조의 정당행위를 언급[30]하다가 최근에는 형법 제24조 '피해자의 승낙'을 원용하는 쪽[31]으로 변화추이를 보여주고 있다. 이 변화는 크게 두 가지 이유에 기인한다. 첫째는 의료적 침습행위가 형법 제20조의 '업무로 인한 행위'로서 정당화된다고 보는 경우, 환자는 치료의 객체로 전락하고, 심지어 의사의 전단적 치료행위까지 정당화될 여지가 있다는 것이다.[32] 무엇보다 이 입장에서는 '의사가 업무상 필요한 조치를 모두 이행했는지 여부'에 초점을 맞추고, 반면에 환자가 그것에 동의했는지 여부는 묻지 않기 때문이다.

둘째는 의사가 업무상 필요한 조치를 모두 이행하였는지의 여부는 결국 동료의사들의 감정에 상당부분 의존할 수밖에 없는데, 그 감정의사들이 너무 '동료 감싸기'의 모습을 보여주는 것이 아니냐는 의구심이다.[33] 이미 언급한 것처럼, 의료소송에서 환자 측이 승소하는 비율(0.9%)은 일반 민사소송(53.5%)에 비해 현저히 낮다. 물론, 이는 오로지 그 동료 감싸기에 기인하는 것이 아닐 수도 있지만, 서로의 잘못을 탓하기를 꺼리는 의료계의 직역이기주의적 경향은 이미 잘 알려져 있다. 이러한 점 등을 의식하여 의사협회도 의사 3인의 법정구속을 계기로 차제에 의료감정원의 설립을 추진하는 것으로 알려져 있다.[34]

---

30) 대법원, 1978. 11. 14. 선고 78도2388 판결 ; 남흥우, 형법총론, 1983, 박영사, 153면 ; 배종대, 형법총론, 제9판(2008), 317면 ; 유기천, 형법학(총론강의), 제24판(1983), 일조각, 193면 ; 이동명, 의료행위사고의 형사책임, 법학연구 제46권(2012), 한국법학회, 251면 ; 천진호, 형법총론, 2016, 준커뮤니케이션즈, 434면 ; 황산덕, 형법총론, 제7전정판(1982), 170면.

31) 대법원 1993. 7. 27. 선고 92도2345 판결 ; 김나경, 전게논문, 108면 ; 김성돈, 형법총론, 2009, 성균관대학교 출판부, 322면 ; 박광민, 형법상 의사의 치료행위의 본질, 성균관법학 제12호(2000), 성균관대학교 비교법연구소, 148면 ; 박상기, 형법학, 2013, 집현재, 147면 ; 박홍식, 의사의 치료행위에 대한 형법적 이해, 법학논집 제17권 제3호(2013), 이화여자대학교 법학연구소, 146면 ; 신동운, 형법총론, 2003, 법문사, 303면 ; 오영근, 형법총론, 311면 ; 임웅, 형법총론, 제8정판(2016), 법문사, 226면 ; 정성근/박광민, 형법총론, 2012, 230면 ; 주용기, 의료행위의 본질에 관한 형법적 고찰, 법학연구 제16집 제1호(2008/8), 경상대학교 법학연구소, 148면 ; 최호진, 치료행위에 있어서 환자동의의 형법적 의의, 비교형사법연구 제10권 제2호(2008), 한국비교형사법학회, 78면.

32) 김성돈, 형법총론, 322면 ; 김혁돈, 의료행위에 있어서 환자의 동의의 의미, 법학논총 제31권 제2호(2007), 단국대학교 법학연구소, 237면 ; 박상기, 형법학, 147면.

33) 오영근, 형법총론, 311면 ; 주용기, 전게논문, 130면.

34) 의협신문, 2018.11.22.자, http://www.doctorsnews.co.kr/news/articleView.html?idxno=1265

이러한 이유에서 의료적 침습행위는 이제 형법 제24조 '피해자의 승낙'에 의해 정당화될 수 있다는 견해가 강하게 대두되고, 그 전제인 의사의 설명의무도 중시되기 시작하였다. 1997년에 제정된 의사윤리강령은 "환자의 자기결정권을 존중한다"고 선언하고, 2000년에는 응급의료와 관련하여 그 '설명과 동의'가 처음 법제화되었다(응급의료법 제9조). 그 후 2010년의 보건의료기본법 제12조는 그 '설명과 동의'를 모든 질병으로 일반화하였고, 2016년의 개정의료법 제24조의2는 수술, 수혈 및 전신마취와 관련하여 그 설명의무의 내용을 자세히 열거하기에 이르렀다. 설명의무는 의료윤리를 넘어 이제 완전한 법적 의무가 된 것이다.

그러나 설명의무의 이러한 법제화는 의료실무에 상당한 부담으로 작용할 수 있다. 심신상의 중대한 장애를 가져오는 경우에는 설명의무가 면제되지만(의료법 제24조의2 제1항 단서), 그 판단은 모호할 수 있다. 따라서 의사들은 차라리 발생가능한 모든 위험을 고지하는 방향으로 나아가게 되고, 웬만한 수술에서는 아예 사망의 위험을 고지한다. 물론, 그 후 많은 임상경험을 언급하며 '너무 걱정하지는 말라'고도 하지만, '도대체 어쩌라는 것이냐'는 의문이 들기에 충분하다. 환자의 선택이나 자기결정권을 존중하기 위한 설명이 아니라, 현실적으로는 그저 면피를 위한 과도한 위험고지가 횡행하는 셈이다.

그리고 법제화된 설명의무는 이제 '적당한 타협'의 통로역할을 수행하기도 하는 것으로 보인다. 가령, 의료분쟁조정중재원에서는 진단 및 처치상의 무과실을 인정하면서도 '충분하지 않은 설명'을 이유로 곧잘 배상책임을 언급하고,[35] 의료소송을 꺼리는[36] 의사나 환자는 그것을 비교적 쉽게 (혹은 어쩔 수 없이) 받아들인다. 그리고 이미 언급한 것처럼 의사입장에서는 조정액도 그리 많지 않기 때문에, 의료분쟁조정법에 대한 반감과는 별개로,[37] 실제의 분쟁사

05<2018.11.25. 최종검색>

35) 한국의료분쟁조정중재원의 홈페이지(https://www.k-medi.or.kr/Index.do)에 올라있는 조정중재사례 중, 설명의무위반을 이유로 한 배상책임의 인정은 특히 치과치료분야에서 자주 목격된다.

36) 의료소송은 일반 민사소송(평균 206일)보다 두 배 이상이 걸리고(평균 550.5일), 일반적인 소송비용 외에 의무기록감정(2~300만원)과 신체감정(6~70만원)에 추가비용이 소요된다. 따라서 의사협회에서 실시한 설문조사(의사 3,000명)에서, 의료분쟁의 해소방안을 묻는 질문에 39.3%는 자체합의, 35.3%는 의협공제를 이용하겠다고 하고, 법원을 찾겠다는 응답은 8.3%에 불과했다. 의협신문, 2018. 11. 8.자, http://www.doctorsnews.co.kr/news/articleView. html?idxno=126246&sc_word=설문조사&sc_word2= <2018.11.25. 최종검색>

37) 의료분쟁조정법에 자동조정개시조항이 들어가자(이른바 신해철법), 이는 의료분쟁조장법이라며 강하게 반발하였고, 의료분쟁조정원에 대한 불만도 매우 크다. 의학신문, 2018. 2. 2.자, http://www.bosa.co.kr/news/ articleView.html?idxno=2077490 <2018.11.25. 최종검색>

건에서는 그 조정에 적극 응하는 것으로 보인다.[38] 법제화된 설명의무가 조정과정에서 하나의 '우는 아이 달래기' 수단으로 활용되고 있다는 인상을 풍기는 것이다.

의료분쟁조정중재원에서는 주로 '불충분한 설명'을 문제삼고 있지만, 실은 '과도한 설명'도 설명의무위반으로 보아야 한다. 의사에 의해 고지된 과도한 위험을 환자가 수인하더라도 이는 유효한 승낙으로 볼 수 없고, 반대로 수인하지 아니하여 기왕의 질병이 심화된 경우에는 '부작위에 의한 고의상해'가 문제될 여지도 있기 때문이다.[39] 따라서 의사의 설명은 늘 적정하여야 한다. 다시 말하면, 의사는 자신의 진단과 처치뿐만 아니라, 그 과정상의 설명에 있어서도 늘 의료법의 요구를 충족하여야 한다. 의료행위는 '진단 + 처치'에서 이제 '진단 + 설명 + 동의 + 처치' 쪽으로 그 모습이 확연히 변모된 것이다.

이처럼 '적정한 설명과 동의에 기초한 처치' 전체가 의사의 업무라고 본다면, 적정한 의료적 침습행위는 형법 제20조 정당행위에 의해 정당화된다고 보아도 무방하다.[40] 물론, 진단과 처치상의 잘못이 있는 경우에는 이미 그릇된 설명이 문제되고 동시에 유효한 승낙이 있었다고 할 수 없기 때문에, 형법 제24조 피해자의 승낙에 의해 정당화된다고 볼 수도 있다. 적어도 양자 사이에는 구별의 실익이 그리 크지 않게 된 셈이다.[41] 다만, 피해자의 승낙 및 그 전제인 설명의무를 강조하면서 빚어진 의료계의 부정적 파급효과(가령, 과잉설명 등)를 줄이고, 또 설명의무의 이행도 적정하여야 한다는 점을 강조하고자, 본고에서는 의료적 침습행위가 형법 제20조의 '업무로 인한 행위'로서 정당화될 수 있다고 본다.

3. 의료과오의 판단기준과 그 정당화가능성

지금까지는 의료행위(진단, 설명, 동의 및 처치)가 모두 적정하게 수행되어 환자의 건강이 증진된 경우,[42] 그 중간에 게재된 침습행위가 도대체 어떻게

38) 각주 11) 참조.

39) 과도한 위험을 고지하는 방법으로 진료를 기피하는 것은 의료법 제15조의 진료거부에도 해당할 수 있고, 동법 제89조에 따라 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처해질 수 있다.

40) 유사한 견해로는 신동일, 전게논문, 225면 이하. 다만, 본고와 달리, 여기에서는 제20조의 정당행위를 구성요건배제사유로 보고 있다.

41) 배종대, 형법총론, 317면.

42) 혹자는 의료적 침습행위의 상해성 및 상해고의를 인정하면서도 성공한 치료의 경우에는 행위자의 탓으로 돌릴 결과가 없으므로 상해죄의 구성요건해당성이 없다고 한다(박흥식,

정당화되느냐는 형법특유의 이론적 관심이 주로 논의되었다. 물론, 그렇다고 이것이 부질없는 이론적 논의에 그치는 것은 아니다. 형법이 실제로 관심을 갖는 영역, 즉 "의료행위에 잘못이 게재되어 환자의 건강이 악화되거나 사망한 경우"를 논의함에 있어, 그 중간에 게재된 침습행위의 성격을 어떻게 보느냐는 논의가 상당한 영향을 미칠 수 있기 때문이다. 실제로 형법적으로 문제되는 대부분의 의료행위에는 고의와 과실이 혼재되어 있는 경우가 허다하다.

논의의 편의를 위해, X-Ray를 뒤집어 보고는 왼쪽 신장을 적출하여 오른쪽 신장의 질환이 심화된 사례(이하에서는 'X-Ray사례'로 칭한다), 정밀함을 요하는 수술을 시행하다가 실수로 옆 장기를 훼손한 사례(이하에서는 '장기훼손사례'로 칭한다), 자궁 외 임신을 자궁근종으로 오신하여 자궁을 적출한 사례(이하에서는 '자궁적출사례'로 칭한다) 및 횡경막탈장을 변비로 오인하여 무해한 변비처방[43]만 하다가 환자가 사망한 사례(이하에서는 '횡경막탈장사례'로 칭한다)를 예로 들어보자. 고의와 과실이 경합된 경우와 그렇지 않은 경우 및 기왕의 병증이 심화된 경우와 그렇지 않은 경우를 나눈 것이다.

X-Ray사례와 장기훼손사례에서는 고의상해죄(혹은 특수상해)와 업무상과실치사상죄의 구성요건이 충족되고, 환자동의에 의해 어디까지 정당화 또는 면책되느냐의 문제가 남는다. 물론, X-Ray사례에서는 업무상과실을 고의상해에 아예 포함시킬 수도 있고, 또 장기훼손사례에서는 환자동의가 고의상해부분을 정당화시키는 것이 분명하므로 그 동의가 업무상과실에도 영향을 미치느냐는 문제만 남게 된다. 그리고 자궁적출사례는 고의상해죄, 횡경막탈장사례에서는 업무상과실치사상죄의 구성요건이 충족되는데, 여기에서도 환자동의에 의해 어디까지 정당화 내지 면책될 수 있느냐는 문제가 검토되어야 한다.

이 정당화 내지 면책가능성을 검토할 때에는 우선 의원과 병원, 종합병원 및 상급종합병원으로 나누어진 의료계의 현실을 감안하여야 한다. 각급 병원에서 수행할 수 있는 진료의 범위 내지 능력이 각기 다르고, 또 각급병원에 근무하는 의사들의 주의능력에도 차이가 있을 수 있다. 그리고 상급병원으로 갈수록 진료비가 비싸지고, 진료의뢰서가 없이 상급병원을 찾았다가는 의료보험의 혜택을 받을 수 없는 경우도 있기 때문에,[44] 무턱대고 상급병원을 찾거나 혹

전게논문 137면 이하). 하지만 치료성공을 논하기에 앞서, 이는 이미 발생한 상해 자체는 행위자의 탓이다.

43) 변비처방을 위한 약물투여가 실제로 무해한가라는 의문을 제기할 여지도 있으나 여기에서는 이 점을 논외로 하고, 무해한 것으로 가정한다.

44) 응급의료, 분만, 치과진료 등의 몇 가지 예외를 제외하면, 1차 요양기관의 진료의뢰서 없이 상급종합병원을 이용할 수 없다(국민건강보험 요양급여의 기준에 관한 규칙 제2조).

은 그곳으로 전원조치하는 것이 능사가 아니다. 당해 의사가 '업무상 필요한 조치를 다했는가'를 물을 때에는 이러한 의료현실도 함께 고려되어야 한다.

그리고 당시의 의학수준도 결정적인 의미를 갖는다. 통상 당해 진료과에 '일반적으로 알려진 임상의학'이 판단의 기준이 된다.[45] 의학상 필요한 주의를 다했는가는 평균인을 기준으로 판단한다고 할 때의 평균인은 그 임상의학에 익숙한 '임상적 평균인'을 의미한다. 그러나 위험한 의료행위를 허용한 형법은 그 대가로 최대한의 주의의무를 요구하고, 따라서 특정 대학병원이나 연구소에서 밝혀낸 의학지식도 실은 판단의 준거가 될 수 있다. 임상의학을 넘어 이 특별한 의학지식까지 모두 숙지한 우수한 의료인을 가리켜 '양심적 평균인'이라 할 수 있는데, 과실여부는 바로 이 우수자, 즉 양심적 평균인을 기준으로 판단된다(우수자표준설).[46]

예컨대, 위에서 언급한 네 가지 사례에서는 모두 형법이 요구하는 최대한의 주의, 즉 양심적 평균인의 주의를 다하지 못했다는 점에서, 이미 고의상해(혹은 특수상해) 내지 업무상과실치사상죄의 구성요건은 충족된다. 하지만 그 양심적 평균인에는 미치지 못하였더라도 적어도 임상적 평균인의 주의의무를 다한 의료행위는 형법 제20조에 의해 정당화된다. 그 제20조에서 말하는 '업무'의 내용이 바로 '당해 진료과에 일반적으로 알려진 임상의학'에 의해 결정되기 때문이다. 다시 말하면, 의사가 '사회생활상의 지위에 기하여 계속적으로 행하는 사무'가 바로 그 일반적 임상의학이라는 것이다.

임상적 평균인의 주의를 다했다는 것은 진단이나 처치가 적정했음은 물론이고, 또한 적정한 설명으로 환자의 유효한 승낙도 받았다는 의미이다. 따라서 가령, 장기훼손사례에서 임상적 평균인의 주의를 다했다면, 다시 말해 사전에 옆 장기의 훼손위험이 있음을 고지하고 환자가 이 위험을 감수했다면, 개복행위와 같은 의사의 고의상해는 물론이고 수술과정에서 옆 장기를 훼손한 그의 과실행위도 정당화된다.[47] 물론, 이 정당화는 고지된 위험이 당해 수술에 수반되는 전형적인 위험인 경우에 국한되고, 통상 '그럴 수도 있다'는 수준의 개괄적 위험고지로는 부족하다. 이미 유효한 승낙을 인정할 수 없기 때문이다.

이에 반하여 X-Ray사례와 자궁적출사례에서는 양심적 평균인의 주의는 물론이고 임상적 평균인의 주의도 다하지 못하였다고 볼 수 있다. 따라서 환자가

45) 박종원, 의사의 주의의무와 의료과오책임의 근거에 관한 고찰, 전북법학논집 제1권(2000), 전북대학교 법학연구소, 195면.
46) 오영근, 형법총론, 210면.
47) 인식있는 과실에 대한 피해자의 승낙이다(임웅, 형법총론, 226면 이하).

신장 및 자궁의 적출에 동의했다고 하더라도 이는 유효한 승낙이 될 수 없다. 즉, 자궁적출사례는 고의상해(혹은 특수상해)죄의 구성요건해당성 및 위법성이 긍정되고, X-Ray사례에서는 그 고의상해 외에 질환이 심화된 오른쪽 신장에 대한 업무상과실 및 그 위법성이 부정되지 않는다. 한편, 횡경막탈장사례에서는 양심적 평균인에 주목하는 법원과 임상적 평균인의 주의를 다했다는 의료계의 주장[48]이 첨예하게 대립되어 있는 바, 그 최종판단이 어떻게 나올지 한번 지켜볼 일이다.

Ⅲ. 의료행위의 면책가능성과 그 처벌의 적정성 문제

1. 의료계의 현실과 면책판단의 기준

양심적 평균인 및 임상적 평균인의 주의를 다하지 못한 의료행위가 상해죄 또는 업무상과실치사상죄의 구성요건에 해당하고 위법하다면, 이제는 그 면책가능성을 검토해 보아야 한다. 하지만 이 면책문제와 관련하여 형법에서는 타행위가능성이나 기대가능성 혹은 위법성착오에 있어서의 정당한 이유 등을 논의하여 왔으나 실제로 면책을 인정하는 데에는 너무나 인색한 모습을 보여 왔다. 혹자는 기대가능성의 판단과 관련하여 양심적 평균인을 언급하며, 가령 우연히 시험의 정답을 미리 알게 되었더라도 실제의 시험에서는 그 정답을 답안지에 기재하지 않을 것이 기대가능하기 때문에 업무방해죄가 성립한다고 한다.[49]

그러나 법의 요구에 충실한 양심적 평균인은 구성요건해당성을 판단할 때 기준이 되는 인물이고, 면책여부를 판단할 때에는 경험적 평균인, 즉 당해 피고인과 경험 및 고통을 공유할 수 있는 보다 현실적인 인물을 등장시켜야 한다. 위에서 언급한 임상적 평균인이 모든 병원을 통틀어 같은 진료과에 근무하는 의사들의 평균치를 의미한다면, 여기에서 말하는 경험적 평균인은 각급병원의 같은 진료과에 근무하는 의사들의 평균치를 의미한다. 즉, 의원과 병원, 종합병원 및 상급종합병원을 구분하여, 그 레벨이 동일한 병원의 같은 진료과에

48) 의료계에서는 '어린이 횡경막탈장은 드문 질환이고, 그 진단은 신의 영역'이라는 취지로 반발하고 있다. http://www.medical-tribune.co.kr/news/articleView.html?idxno=82040 <2018.11.27. 최종검색>

49) 임웅, 형법총론, 348면. 하지만 대법원은 같은 사안에서 기대가능성이 없다는 이유로 업무방해죄의 성립을 부정하였다(대법원 1966. 3. 22. 선고 65도1164 판결).

근무하는 의사들의 평균치를 말한다. 이들이 서로의 경험을 더 깊이 공유하기 때문이다.

물론, 임상적 평균인과 경험적 평균인을 엄밀히 구분한다는 것은 거의 불가하거나 무의미할 수 있다. 그럼에도 면책판단의 기준으로 경험적 평균인을 언급하는 것은 '피고인이 처한 딱한 사정들을 두루 참작하여 면책을 가급적 넓게 인정하자'는 취지이다. 양심적 평균인이 그러하듯이 경험적 평균인도 일정한 취지를 관철하기 위한 도구개념인 셈이다. 즉, 우연히 미리 알게 된 정답을 답안지에 기재하는 것은 통상인의 일반적 경험인 바, 피고인에게 다른 것을 기대할 수 없다는 점에서 보다 넓게 면책시키자는 취지를 담으려는 것이다.

면책판단의 기준이 경험적 평균인이라면, 그 판단자료에는 당해 피고인의 개인적 사정들과 더불어 그가 처한 현실여건들, 가령 그의 의료행위에 영향을 미칠 수 있는 병원의 내·외적 요인들도 두루 포함되어야 한다. 당해 피고인의 처지와 근무상황 외에도, 그가 근무하는 병원의 설비와 의료수준, 환자의 상태와 요구수준 및 보험사나 건강보험심사평가원의 개입정도와 같은 외적 요인도 고려하여야 한다는 것이다. 가령, 건강보험심사평가원의 진료비 삭감을 의식하여 추가검사를 주저하였고, 이로 인해 진단과오가 빚어진 경우, 이를 오로지 피고인의 탓으로 돌리는 것은 온당하지 않을 수 있기 때문이다.

실제로 의료사고의 상당 부분은 시스템의 결함에 기인하는 측면도 있다. 유명한 보라매병원사건[50]의 경우에도 당시에 이미 연명의료결정법 제14조의 의료기관윤리위원회가 설치되어 있었더라면, 아마도 당해 피고인이 처벌되는 일은 없었을 것이다. 2017년 이른바 전공의법이 시행되었음에도 전공의들의 주당 근무시간은 100시간을 넘기는 경우가 허다하고, 또 우리나라 의사의 평균진료량은 OECD 국가 중 가장 많으며,[51] 종합병원 및 대학병원 급을 선호하는 국민정서로 인해 대형병원에 근무하는 의사들의 진료량이 가중되고 있다고 한다.[52] 뭔가 대책이 필요한 것은 분명해 보인다.

하지만 그렇다고 모든 의료사고가 시스템의 결함에 기인하는 것은 아니다.

---

50) 대법원 2004. 6. 24. 선고 2002도995 판결.

51) 강민아 외 4인, 환자안전 문화와 의료과오 보고에 대한 의사의 인식과 태도, 보건행정학회지 제15권 제4호(2005), 한국보건행정학회, 117면에 따르면, 의사들의 73.7%는 "너무 많은 업무 때문에 위기상황에서 일한다"고 생각한다고 한다.

52) 2017. 12. 23. 시행된 '전공의의 수련환경 개선 및 지위향상을 위한 법률' 제7조 제1항은 전공의의 주당 근무시간을 최대 88시간까지 허용한다. 이를 근거로 의사협회에서는 준법진료에 돌입한다고 선언하기도 하였다. http://www.docdocdoc.co.kr/news/articleView.html?idxno=1062728 <2018.11.30. 최종검색>

혹시 골프를 치러 가면서도 학회에 참석한다며 특정 진료시간을 비워두고 환자를 몰아서 진료하고, 투자비용을 조기에 회수하려는 이욕적 동기에서 너무 많은 환자를 진료하며 '그렇게 치료해 드리겠다'는 말 대신에 '이렇게 치료해야 한다'고 환자를 슬쩍 위협하는 것은 아닌지 되짚어 보아야 한다. 실손보험에 가입된 환자와 비급여항목의 진료에 집중하는 대신에, 그 외의 경우에는 다소의 소홀함을 보이는 것은 아닌가? 물론, 대부분의 의사는 맡은 바 소임에 묵묵히 최선을 다하고 있고, 그렇지 않은 나쁜 의사들은 극히 소수일 것이다.

형법은 바로 이 극소수의 나쁜 의사들에 초점을 맞추어야 한다. 즉, 같은 레벨의 병원 같은 진료과에 근무하는 동료들의 평균치에 미치지 못하는 주의로 환자에게 死傷의 결과를 일으킨 경우를 말한다. 게다가 이러한 부주의가 이욕적인 동기와 결부되어 있다면, 사실상 면책의 여지는 없다고 보아야 한다. 혹자는 의료과오 중에서는 중과실만 문제삼자고 하는데,[53] 본고와 그 결론을 같이하는 주장이다. 즉, 본고에서는 중과실이든 경과실이든 업무자의 과실은 다른 특별한 사정이 없는 한 업무상과실치사상죄의 불법성을 인정하지만, 그러한 중대한 하자가 엿보이지 않는 한 가급적 면책을 넓게 허용하자는 취지이기 때문이다.

2. 전단적 의료행위의 면책여지

책임단계에서는 '면책을 가급적 넓게 허용하자'는 주장 외에 다른 구체적 설명을 덧붙이기가 용이하지 않다. 그 면책판단은 결국 구체적·개별적 사정들에 매우 의존적이기 때문이다. 다만, 의료행위에 관련된 면책유형의 하나로 전단적 의료행위를 거론해 볼 수 있다. 비록 환자의 동의를 받지 않았지만, 의술에 합치하는 의료행위를 수행한 경우를 말한다. 피해자의 승낙이 있는 것으로 오인한 오상승낙의 경우와 환자의 명시적 거부에도 불구하고 의료행위를 수행한 경우를 포함한다. 다만, 오상승낙은 오상방위의 사례와 마찬가지로 '착오의 정당한 이유'를 넓게 인정하는 방법으로 쉽게 면책시킬 수 있을 것이다.[54]

문제는 환자가 명시적으로 거부하는 경우이다. 이에 대한 별도의 규정을 두

53) 김영환, 의료행위의 형법해석학적 문제점, 형사판례연구 제2권, 54면 이하 ; Virchow, Kunstfehler der Ärzte, in: Eser(hrsg.), Recht und Medizin, S.44ff. ; 松原 久利/오정용, 일본의 의료사고현상을 통해 본 '의료안전과 형법', 법학연구 제51권(2013), 한국법학회, 41면.

54) 엄격책임설의 입장이다. 물론, 법률효과를 과실범으로 제한하자는 제한책임설에서도 착오를 회피할 수 없었을 때, 즉 착오에 정당한 이유가 있는 때에는 무죄라고 본다(임웅, 형법총론, 343면).

지 아니한 우리의 경우,[55] 그 처리가 그리 단순하지가 않다. 먼저, 의료적 침습행위가 피해자의 승낙에 의해 정당화된다는 입장에서는 전단적 침습행위의 위법성을 부정할 길이 없다. 다만, 생명을 구할 수 있음에도 환자가 스스로 포기하거나 혹은 치료지연이 생명의 위험을 초래하는 경우에는 동의없이 침습행위를 하더라도 이는 긴급피난이나 사회상규에 반하지 않는 행위로서 정당화될 수 있다고 한다. 전단적 침습행위로 침해된 환자의 자기결정권보다 의사의 이타적 행위로 구한 환자의 생명이라는 가치가 더 중하다는 것이다.[56]

이에 반해 의료적 침습행위를 상해로 볼 수 없다는 측에서는 더 깊은 고민을 드러내 보인다. 즉, 신체의 절단이나 기능상실과 같은 본질적인 신체침해가 없는 경우의 전단적 의료행위는 모욕죄나 강요죄, 감금죄 등과 같이 자유 및 명예를 침해하는 범죄로 다루고, 본질적인 신체 혹은 건강침해가 있는 경우의 전단적 의료행위는 상해죄의 구성요건에 해당하며, 긴급피난이나 추정적 승낙이 없으면 위법하다고 한다. 다만, 이 경우 의사는 피해자의 승낙이 있었다는 점을 원용해서, 즉 오상 피해자의 승낙을 이유로 업무상과실치사상죄의 책임여부를 가리게 될 것이라고 한다.[57]

그러나 의료적 침습행위의 상해성을 부정하면서, 본질적 신체침해가 있는 경우의 전단적 의료행위는 상해에 해당한다고 보는 것은 우선 일관성에 문제가 있다. 이러한 해석론은 '당분간 불가피하다'고 하지만,[58] 침습행위의 상해성을 부정할 때 밀어낸 곤혹스러움이 마지막 단추를 끼울 때 그 모습을 드러낸 것으로 보인다. 오히려 침습행위의 상해성을 인정하면서 '이는 당분간 불가피하다'하고, 그 후의 단추를 순조롭게 끼우려는 본고의 입장과 곤혹스러움에서는 그리 큰 차이가 없는 셈이다. 상해를 인정하면서도 의사는 오상승낙을 이유로 '업무상과실치사상죄의 책임여부를 가리게 될 것'이라는 표현도 선뜻 이해되지 않는다.[59]

본질적 신체침해가 없는 전단적 의료행위는 상해가 아니라 강요나 감금으로 다룰 수 있다는 표현도 오해의 소지가 있다. 가령, '야구 방망이 대신에 회초리

55) 오스트리아 형법은 이 전단적 치료를 강요나 협박과 함께 '자유에 관한 죄'로 분류하고 있다. 다만, 환자가 위중하게 될 것이라고 오판하여 동의를 받지 못한 때에는 그 오판이 너무 경솔했던 경우에만 처벌한다(동법 제110조).

56) 김혁돈, 의료행위의 형사법적 의의, 법학논고 제30집(2009), 경북대학교 법학연구원, 176면.

57) 김영환, 전게논문, 23면 이하. 성낙현, 형법총론, 315면 ; 이재상/장영민/강동범, 형법총론, 294면에서도 전단적 의료행위는 강요죄 또는 감금죄에 해당한다고 한다.

58) 김영환, 전게논문, 25면, 각주 56.

59) 승낙이 있는 것으로 오인한 경우와 환자가 명시적으로 거부하는 경우는 서로 구분하여야 한다.

로 맞아라'는 인상을 풍기기 때문이다. 그러나 처벌수위를 언급하기에 앞서 범죄론에서는 전단적 의료행위의 위법성과 유책성을 더욱 면밀히 검토하여야 한다. 이와 관련하여서는 ① 농약을 마시고 응급실에 후송되어 온 환자가 위세척과 같은 일체의 의료행위를 거부하는 사안처럼 매우 급박한 사정이 있는 경우와 ② 고지혈증과 당뇨합병증으로 괴사가 일어난 다리의 절단을 거부하는 사안처럼 치료지연이 생명의 위험을 초래할 수 있는 경우로 나누어 보아야 한다.

먼저, ②의 경우에 의사가 "다리를 절단하여야 한다"고 하더라도 그렇게 아니할 경우에 생기는 증상은 통상 확률적이다. 따라서 그 다리를 언제 어디서 절단할 것인지는 늘 환자의 선택에 맡겨야 한다. 소신에 가득찬 의사가 환자의 비합리적 판단을 이유로 동의 또는 추정적 동의도 없이 그의 다리를 절단한다는 것은 용납될 수 없는 일이다. 그럼에도 다리를 절단하지 않으면 '마치 바로 죽을 사람을 살린 것'처럼, 사람의 생명을 구하는 의학적 이로움이 있었다는 이유로 긴급피난이나 사회상규에 반하지 않는 행위를 원용하는 것은 실은 너무 비현실적인 가정에 기초하고 있다고 보아야 할 것이다.

이와는 달리 ①의 경우와 관련하여, 응급의료법 제9조 제1항 제2호는 "설명 및 동의절차로 인하여 응급의료가 지체되면 환자의 생명이 위험하여지거나 심신상의 중대한 장애를 가져오는 경우"에는 동의없이 응급의료를 할 수 있도록 하고 있다. 다만, 환자의 명시적 거부와 같은 정당한 이유가 있는 때에는 응급의료의 의무가 없으므로(동법 제6조 제2항), 그 명시적 거부에도 불구하고 응급조치를 할 수 있는지는 여전히 논란의 소지가 있다. 하지만 이 논란과는 별개로 그 응급조치를 이행한 의사의 처벌에는 신중하여야 한다. 그 응급조치는 - 환자의 동의를 받지 아니하여 형법 제20조 내지 제23조에 의해 정당화 되지 않더라도 - 긴급피난이거나 적어도 사회상규에 반하지 않는 행위일 것이기 때문이다.[60]

다만, ①의 응급성을 조금씩 완화하면 점차 ②의 상황에 근접하게 되고, 그 어느 지점에서는 환자의 동의가 필요하다고 하여야 한다. 그러나 이 지점이 어디냐는 것은 구체적 상황에서 상당히 모호할 수 있다. 이 모호한 가운데 의사가 전단적 의료행위를 한 경우에는 그 정당성이 의문시될 수 있다. 다만, 이 정당성이 인정되지 않는 경우에는 여전히 면책가능성이 검토되어야 한다. 의사는 응급조치가 필요하다고 오인한 만큼, 금지착오의 정당한 이유를 넓게 인정할 수 있을 것이다. 물론, 이는 ②의 상황에도 원용될 여지가 있다. 환자의 다

60) 이처럼 위법하지 않다고 본다면, 설령 그 전단적 의료행위가 강요나 감금죄의 구성요건을 충족한다고 하더라도 위법성의 결여로 처벌할 수 없다고 보아야 한다.

리절단이 필요하다는 의학적 판단에서 이루어진 전단적 조치라면, 비록 그것이 위법하다고 하더라도 이를 착오한 것에 정당한 이유를 인정할 여지가 있을 것이기 때문이다.

3. 의료사고에 대한 처벌의 적정성

진단, 설명과 동의 및 처치의 전과정에 업무상 필요한 주의, 즉 본고에서 말하는 임상적 평균인의 주의를 다하였다면, 그 과정에 침습행위가 게재되어 있더라도 정당화되고, 이는 설령 건강이 악화되었다고 하더라도 마찬가지이다.[61] 다만, 그러한 주의를 다하지 못한 경우, 즉 과실이 개입된 경우가 형법적으로 문제가 되는데, - 이미 언급한 바와 같이 - X-Ray사례와 자궁적출사례처럼 그 과실이 고의상해와 혼재된 경우, 장기훼손사례처럼 고의상해는 정당화되고 나아가 과실까지 정당화될 수 있느냐가 논의될 수 있는 경우 및 횡경막탈장사례처럼 의료적 침습행위가 게재되지 아니하여 애초부터 과실만 문제되는 경우로 나누어 볼 수 있다.

횡경막탈장사례에서는 양심적 및 임상적 평균인의 주의를 다하지 못하여 업무상과실치사상죄의 구성요건 및 위법성이 시인되더라도 적어도 경험적 평균인의 주의를 다한 것으로 판단될 여지가 있으면, 과감하게 면책시키자는 것이 본고의 입장이다. 또 장기훼손사례에서도 수술의 난이도 및 설명과 동의의 내용에 따라서는 고의상해 부분과 더불어 이미 과실부분도 정당화되지만, 그렇지 않더라도 면책의 여지를 넓게 열어두어야 한다. 이렇게 본다면, 마지막으로 남는 것이 바로 상해(또는 특수상해)부분이 정당화되지 않는 X-Ray사례와 자궁적출사례인데, 이 경우에도 물론 면책의 여지는 그냥 쉽게 간과해서는 안된다.

다만, 최종적으로 면책도 인정되지 않을 경우, X-Ray사례와 자궁적출사례는 7년 이하의 징역에 해당하는 상해죄로 처벌하여야 하는데, 이것이 적절하냐는 의문이 남게 된다. 게다가 이 사례들에 게재된 침습행위는 이미 언급한 것처럼 일반상해가 아니라 특수상해에 해당된다고 본다면, 의사들을 1년 이상 10년 이하의 징역을 예고한 특수상해죄로 처벌하여야 한다는 점에서 의문이 배가될 수 있다. 하지만 이를 이유로 자궁적출사례의 상해부분에 애써 눈을 감는다든가 혹은 X-Ray사례의 왼쪽 신장에 대한 고의를 아예 오른쪽 신장에 대한 과실에 포함시키려고 한다면, 이는 본고의 논의를 처음으로 돌려놓는 일이 된다.

61) 이재상/장영민/강동범, 형법총론, 294면에서는 아예 구성요건해당성을 부정한다.

따라서 위의 의문이나 곤혹스러움은 당분간, 즉 의료범죄에 대한 독립된 처벌규정이 마련되기 전까지는 불가피하게 양형단계에서 해소되어야 한다. 의사에게는 수술용 메스로 인체를 절개한다는, 즉 위험한 물건으로 상해를 한다는 점에 대한 인식·인용이 있었지만, 무엇보다 그에게는 위법성에 대한 인식이 없다. 즉, 자신의 행위가 위법하다는 것을 알고도 감히 이를 수행하려는 범의 혹은 일부에서 거론하는 책임고의 내지 심정반가치[62]가 결여되어 있는 것이다. 바로 이 점에서 "의사의 메스와 칼잡이의 나이프는 확연히 다르다"고 할 수 있고, 또한 이 다른 것은 양형에서 당연히 다르게 다루어져야 한다.

현행 양형기준표에는 업무상과실치상 및 업무상과실치사죄의 양형기준 아래에 산업안전보건법위반의 양형기준이 적시되어 있는데,[63] 여기에 의료관련사고의 양형기준을 덧붙이는 방안을 떠올려 볼 수 있다. 아니면 아예 업무상과실치상 및 업무상과실치사의 양형기준을 원용하는 방안도 가능할 것이다. 위법성의 인식과 결별한 고의가 논의되는 범죄론과는 달리, 양형에서는 위법성의 인식여부, 즉 범의의 존부가 보다 중요한 의미를 갖기 때문에, 이것이 결여된 의료행위를 과실범에 준하여 처벌하자는 것이다. 물론, 그렇다고 '의료적 침습행위는 상해(또는 특수상해)'라고 한 범죄론의 곤혹스러움이 말끔하게 해소되지는 않지만, 그래도 양형단계는 고의범을 과실범으로 처벌하자고 하는 '하나의 논리꺾기'를 비교적 쉽게 허용한다는 점은 다행스러운 일이다. 궁극적으로 이러한 곤혹스러움이나 논리꺾기는 이미 언급한 것처럼 입법적으로 해결되어야 할 문제일 것이다.

Ⅳ. 결 어

본고에서는 의료적 침습행위의 상해성을 인정하면서도, 의료사고에 대한 형법적 대응은 필요최소한에 그쳐야 한다는 점에서 의료행위의 정당화 내지 면책가능성을 가급적 넓게 인정하는 방안을 모색하였다. 형벌에 대한 의사들의 감수성이 매우 크기 때문에,[64] 그들에 대한 처벌은 분명 방어진료를 초래하

62) 박상기, 형법학, 175면 ; 이재상/장영민/강동범, 형법총론, 348면 ; 임웅, 형법총론, 342면.

63) https://www.scourt.go.kr/sc/krsc/criterion/criterion_38/accidental_homicide_01.jsp <2018. 12. 5. 최종검색>

64) 한경국, 의료과실에 대한 형사법적 고찰, 「의료사고에 관한 제문제」, 재판자료 제27집(1985), 법원행정처, 493면에서는 극히 예외적인 경우를 제외하고는 벌금형만으로도 처벌목적을 달성할 수 있을 것이라고 한다.

고,[65] 또 이는 국민들의 부담증가로 이어질 수 있다. 게다가 상당수의 의료사고는 의료계의 시스템적 결함에 기인하는 측면도 있다. 그럼에도 의사 개인의 잘못에 초점을 맞추는 형사처벌은 바로 그 시스템적 결함을 보완하려는 노력 또는 그에 대한 논의를 애초에 봉쇄해 버릴 위험도 없지 않다.

따라서 우선 의료계 내에서 의료사고 내지 의료분쟁을 줄여갈 수 있는 방안을 적극 모색하여야 한다. '심평의학 족쇄풀고 최선진료 보장하라'며 시위한다고 문제가 해결되지 않는다. '또, 기승전~수가?'라는 의심을 받을 수도 있다. 오히려 조용히 일부 나쁜 의사들의 직업윤리를 제고할 수 있는 방안 및 만연한 직역이기주의를 극복할 수 있는 방안부터 찾아야 한다.[66] 아울러 '의료사고에 대한 자기보고의 활성화'[67] 및 의료사고 피해자에게 먼저 공감과 사과를 표할 수 있도록 하는 제도[68]를 보다 전향적으로 도입하고, 또 의무기록을 보다 완전하게 유지·관리·열람할 수 있는 시스템도 적극 구축하여야 한다.

그리고 형사재판에 의존하는 실무경향도 이제 변화를 모색해 보아야 한다. 의무기록의 확보가 쉽지 않기 때문에 피해자 측에서도 형사고소부터 하고 보고, 민사재판부나 행정청도 은연중에 형사재판의 확정을 기다리는 경향이 없지 않다.[69] 서두에 언급한 의사 3인의 법정구속은 이 실무의 경향이 뒤바뀌었기 때문에 일어난 일인지도 모른다. 즉, 1억 4,000만원의 민사배상이 앞서가자 형사합의가 어려워졌고, 판결선고를 2개월 미루어준 형사재판부는 그때까지도 형사합의가 이루어지지 않자 그 3인을 법정구속한 것이다. 다만, 순서가 뒤바뀐 점을 감안하더라도 실형선고를 넘어서는 법정구속은 다소 너무 나간 느낌이 없지 않다.

앞서가는 형사재판부는 상당한 부담을 떠안게 된다. 형법과 민법 및 행정법이 각기 그 지도원리를 달리한다고 하더라도, 무죄선고는 현실적으로 민사재판

---

65) 의사 3인이 법정구속된 후 의사 3,000명을 대상으로 실시한 설문조사에서 97.3%는 '이상소견을 보인 환자에게 불필요하더라도 추가검사를 해야겠다는 부담이 커졌다'고 하고, 97.9%는 '환자가 이상 소견을 보이면 상급병원으로 전원조치하겠다'고 답했다고 한다(의협신문, 2018. 11. 8일자).

66) 이재석, 의료안전과 형사법의 역할, 법학연구 제53권(2014), 한국법학회, 22면에서는 "의료인들이 진료과정의 은폐본질을 완전하게 불식하지 않으면 영원히 의료과오소송에서 헤어나지 못한다는 것을 자각할 필요가 있다"고 일갈하고 있다.

67) 환자에게 경미한 해를 끼친 과오의 보고률은 '항상' 10.9%. '대부분' 43.4%, '가끔' 23.3%, '아주 가끔' 16.3%, '전혀' 6.2%라고 한다(강민아외 4인, 전게논문, 122면).

68) 미국 35개 주는 의료사고에 대한 공감(sympathy) 또는 사과(apology) 표명을 민형사상의 증거로 사용하지 못하도록 하는 법률을 제정하였고, 이로 인해 의료분쟁 및 그 해소비용과 기간이 대폭 줄었다고 한다(이상일, 전게발표문, 52면 이하).

69) 이러한 사정은 일본도 마찬가지라고 한다. 松原 久利/오정용, 전게논문, 30면.

과 행정조치에도 영향을 미칠 수 있기 때문이다. 이에 형사재판부는 일부인용이나 조정에 눈을 돌리고, 또 형사합의를 중시하기도 한다. 차제에 의료사고에 대한 형사합의는 그 성격을 재고해 보아야 한다. 돈이 없다며 버티는 상당수 일반 형사범의 경우와는 달리, 의료사고의 금전지급은 민사배상으로 일원화할 필요가 있다. 시급한 피해구조가 필요하여 형사합의가 요구되더라도 그 합의금은 손해배상의 일종[70]이 아니라, 아예 그 손해배상금 일부의 선지급으로 보자는 것이다.

그리고 위에 언급한 의료계의 자정노력이 선행된다면, 좀 더 과감한 제도도입도 생각해 볼 수 있다. 의료적 침습행위를 현행법상의 상해로 보지 않는 새로운 입법을 전제로, 가령 교통사고처리특례처럼 의료사고에 대한 처리특례를 인정하는 방안이 하나의 예일 것이다.[71] 보험이나 공제가입을 조건으로 업무상과실치상에 대한 공소제기를 제한하자는 것이다. 도로교통이나 의료행위는 '허용된 위험'의 전형이라는 공통점을 가지고 있기도 하다. 다만, 특정 사건을 계기로 대규모 시위부터 벌이며, 거의 박탈되지도 않는 의사면허[72]를 더욱 공고히 하려는 의도를 슬쩍 끼어 넣는 등의 모습은 문제해결에 도움이 되지 않는다. 의료계가 스스로 내부문제를 해소하지 않는 한, 법적 통제는 오히려 더 강화될 수도 있음을 경계하여야 할 것이다.

---

70) 대법원 2001. 2. 23. 선고 2000다46894 판결. '손해배상과는 별도로'라는 특약을 맺을 수 있기 때문에, 형사합의금이 반드시 손해배상금의 일부가 되는 것은 아니다.

71) 자세한 논의로는 이백휴, 의료분쟁에 있어 형사처벌특례제도의 확대필요성과 방안, 한국의료법학회지 제19권 제1호(2011/6), 한국의료법학회, 113면 이하 참조.

72) 의료법과 형법 일부규정 및 일부 특별법위반으로 '금고이상의 형의 선고를 받은 때'에는 의사면허를 취소할 수 있도록 했던 의료법규정은 2000. 1. 12. 삭제되었다. 그리고 면허가 취소되더라도 '개전의 정이 뚜렷'하다는 이유로 97% 면허가 재교부되고 있다(세계일보 2018. 11. 29자, 사회면 ; 2018. 11. 9.자 KBS 추적 60분 '불멸의 의사면허').

[참고문헌]

강민아/김정은/안경애/김윤/김석화, 환자안전 문화와 의료과오 보고에 대한 의사의 인식과 태도, 보건행정학회지 제15권 제4호(2005), 한국보건행정학회.
권오걸, 형법총론, 2012, 형설출판사.
김나경, 전단적 의료행위의 형법이론 구성, 형사법연구 제31권(2007), 한국형사법학회.
김민중, 의료행위에서의 법률문제와 의사의 책임(상), 법조 제40권 제3호(1993), 법조협회.
김성돈, 형법총론, 2009, 성균관대학교 출판부.
김영환, 의료행위의 형법상 취급, 형사정책연구, 1998/9, 한국형사정책연구원.
김영환, 의료행위의 형법해석학적 문제점, 형사판례연구 제2권.
김용한, 의료행위에 의한 책임, 법조 제32권 제6호(1983), 법조협회.
김용희, 의료행위의 형법적 성격 고찰, 청주법학 제32권 제2호(2010), 청주대학교 법학과.
김일수/서보학, 새로 쓴 형법총론, 제11판(2007), 박영사 .
김종덕, 태아상해와 상해죄의 성부에 대한 해석론적 고찰, 법학연구 제30집(2008/5), 한국법학회.
김혁돈, 의료행위에 있어서 환자의 동의의 의미, 법학논총 제31권 제2호(2007), 단국대학교 법학연구소.
김혁돈, 의료행위의 형사법적 의의, 법학논고 제30집(2009), 경북대학교 법학연구원.
남흥우, 형법총론, 1983, 박영사.
류부곤, 의료분쟁에 대한 형법적 대처에 있어서 새로운 논의, 법학연구 제23권 제1호(2015), 한국법학회.
박광민, 형법상 의사의 치료행위의 본질, 성균관법학 제12호(2000), 성균관대학교 비교법연구소.
박상기, 형법학, 2013, 집현재.
박종원, 의사의 주의의무와 의료과오책임의 근거에 관한 고찰, 전북법학논집 제1권(2000), 전북대학교 법학연구소.
박흥식, 의사의 치료행위에 대한 형법적 이해, 법학논집 제17권 제3호(2013), 이화여자대학교 법학연구소.
배종대, 형법총론, 제9판(2008), 홍문사.
성낙현, 형법총론, 2010, 동방문화사.

신동운, 형법총론, 2003, 법문사.
신동일, 형법상 의료행위와 '설명의무', 형사정책연구, 2003/3, 한국형사정책연구원.
오영근, 형법총론, 제2판(2009), 박영사.
유기천, 형법학(총론강의), 제24판(1983), 일조각.
이동명, 의료행위사고의 형사책임, 법학연구 제46권(2012), 한국법학회.
이상일, 외국의 환자안전 관련 제도 - 보고체계와 진실말하기 -, 한국의료법학회 학술대회 자료집, 2015.
이상일, 환자안전법 제정의 필요성과 제정방향, 의료정책포럼 제22권 제2호(2013), 대한의사협회 의료정책연구소.
이재상/장영민/강동범, 형법총론, 제9판(2017), 박영사.
이재석, 의료안전과 형사법의 역할, 법학연구 제53권(2014), 한국법학회.
이형국, 형법총론, 제4판(2007), 법문사.
임 웅, 형법총론, 제8정판(2016), 법문사.
임 웅, 형법각론, 제9정판(2018), 법문사.
정성근/박광민, 형법총론, 2012.
정현미, 의료과오의 형사법적 책임, 1998, 한국형사정책연구원.
주용기, 의료행위의 본질에 관한 형법적 고찰, 법학연구 제16집 제1호(2008/8), 경상대학교 법학연구소.
천진호, 형법총론, 2016, 준커뮤니케이션즈.
최호진, 치료행위에 있어서 환자동의의 형법적 의의, 비교형사법연구 제10권 제2호(2008), 한국비교형사법학회.
한경국, 의료과실에 대한 형사법적 고찰, 「의료사고에 관한 제문제」, 재판자료 제27집(1985), 법원행정처.
한희진, 오진: 의료윤리와 의료법에 선행하는 인식론 문제, 과학철학 제13권 제2호(2010).
황산덕, 형법총론, 제7전정판(1982).
松原 久利/오정용, 일본의 의료사고현상을 통해 본 '의료안전과 형법', 법학연구 제51권(2013), 한국법학회.

[Abstract]

The Justification and the Possibility of Exemption of Medical Treatment

Im, Sang-Gyu*

The meanings of 'medical practice' or 'act of medical treatment' in the aspect of criminal law are in the spotlight again, since the medical community strongly demands the exemption from criminal punishment for medical malpractice. At first, it was considered that act of medical treatment falls under a category of 'personal injury', but it is justified as the act of work, However, these days, there is a conflict of opinions between one that act of medical treatment is justified by the consent of the victim, and the other that the act does not constitute the crime from the beginning.

This paper starts from the premise that basically, the act of medical invasion itself is personal injury. However, with emphasis on the consent of the victim, and its premise-liability of explanation, there are problems such as excessive explanation or decision on light compensation for violation of liability for explanation. Therefore, this paper focuses on the fact that doctor's liability for explanation is legislated, and considers that the liability of explanation could be the part of the contents of the work of doctors.

However, as the punishment of the doctor is not the best, so the act of medical invasion should be boldly exempted from the punishment, beyond being justified as the act of work. For instance, in the case of arbitrary medical treatment, there is already some possibility to be justified depending on urgency, but even if not, there are ways for justification, by applying error of prohibition, and broadening the justifiable reasons of the error.

Last but not least, I want to make a point that even if the act of

* Professor, Law School of Kyungpook National University.

medical invasion is not justified or exempted, the punishment should be in the range of the statutory punishment of 'professional negligence resulting in injury', and the awkwardness in it should be ultimately solved by legislation. Also, if the medical community do their best to reform themselves, as requested, then we can employ an exceptional clause for medical malpractice, in accordance with Act on Special Cases concerning the Settlement of Traffic Accidents.

Keywords : medical act, arbitrary medical treatment, personal injury, the liability of explanation, the right of self-determination of the patients