

영국의 의료과실책임에 관한 고찰

Liability for Medical Malpractice in the United Kingdom

김기영*
Kim, Ki-Young

목 차

- I. 서론
- II. 의료과실의 판단기준
- III. 의료과실의 유형
- IV. 영국과 우리나라의 의료책임과의 비교
- V. 전망

국문초록

의사의 책임에 대한 기준은 무엇보다 의사에게 주어진 의무들의 범위와 관련되어 있다. 영국법에서 의사의 책임범위는 우선 계약상의 맥락에서 검토할 수 있지만 먼저 1948년 영국의 무상의료시스템인 국민보건서비스(NHS) 도입 이후 영국법에서 의료책임의 문제들은 무엇보다 불법행위의 성격이라는 점을 주목해야 한다. 실무적으로 문제가 되는 것은 의사가 구체적인 업무를 이성적인 의사에게 맞는 주의의무와 전문지식들을 이행하였는지 여부이다. 의사와 환자 사이의 법적 관계를 한번 살펴보면 의사의 계약상 의무위반의 성립에 대한 문제는 개별적인 의무 혹은 일반적인 의무의 구성부분으로서 이론적인 평가의 문제에 따라 검토될 수 있다. 따라서 영국의 판례에 의한 전형적으로

논문접수일 : 2015. 03. 17.

심사완료일 : 2015. 04. 29.

게재확정일 : 2015. 04. 30.

* 법학박사·고려대학교 의료법학연구소 연구교수

해당되는 의사의 의무는 이러한 이론적인 쟁점과는 상관없이 나타날 수 있다.

본 논문에서는 영국법에 따라 의료과실에 대한 일반적인 판례의 기준들을 살펴보고 의료과실의 유형을 진단상의 과실과 진료상의 과실을 중심으로 검토한다. 또한 다른 책임요건으로서 설명의무위반에 대한 2005년의 영국판례를 계기로 논의되고 있는 기준을 여러 판례들의 동향을 중심으로 의사소통체계와 관련하여 의사와 환자 사이의 커뮤니케이션과 의사와 환자 혹은 의사와 다른 의료인 및 병원간의 커뮤니케이션의 하자에 대해서 자세하게 설명하고 있다.

주제어 : 국민보건서비스, 의료행위, 과실, 의무위반, 의료수준, 주의의무

1. 서론

영국의 보건시스템은 복지국가의 이념에 기초하고 있다. 1948년 국민보건서비스(National Health Service)가 도입되었고¹⁾ 오늘날까지 서양민주주의의 보건정책내에서 특별한 지위를 차지하고 있다. 한국의 경우와 같이 건강보험과 의료급여로 구분된 것이 아니라 모든 국민에 대해 무료로 예방의료와 사회재활서비스(rehabilitation service)를 포함하는 포괄적인 보건의료서비스를 조세를 통한 국가의 예산으로 제공하고 있다. 영국 런던위생학열대의과대학(London School of Hygiene and Tropical Medicine : LSHTM) 연구진은 영국에서 의료과실로 인한 사망자 수가 월 1천명에 이른다는 분석 결과를 발표하였는데 LSHTM 연구진이 2009년 국민보건서비스(NHS) 산하 10개 병원에서 사망한 환자 1천명을 조사한 결과 치료과정에 문제가 있는 경우가 13%이며 이 중 의료진의 과실로 인한 사망은 5.2%로 확인되었다는 점에서 연구진은 이 통계를

1) 국민보건서비스(NHS)는 백만명이상이 취업활동을 하고 있는 기관으로서 유럽내에서는 최대 고용주이다. 조사에 따르면 90%의 영국의사들이 NHS에 고용되어 있다. 그럼에도 이들은 공무원이 아니다. 조합으로 인정하고 있는 영국의 의사단체인 영국의사협회는 보건성의 대리인과 의료수가에 대해 협상한다. Harrington, Globalization and English Medical Law, : B. Bennett & G.F. Tomossy (eds.), Globalization and Health: Challenges for Health Law and Bioethics, 169-185.

영국 전체로 대입할 때 연간 1만1천859건, 월 1천건의 사망을 예방할 수 있었다는 의미가 된다고 설명하고 있다.²⁾

영국법에서 의사의 책임에 대한 기준은 우선 계약상의 맥락에서 계약당사자들이 정한 내용들을 생각할 수 있다. 하지만 영국법에서 의료책임의 문제들은 무엇보다 불법행위의 성격이라는 점을 주목해야 한다. NHS 의료시스템을 통해서 제공되는 국가의 보건진료의 범위에서 의료급부들이 이행되는 한 환자는 이러한 급부들에 대해 반대급부를 제공할 필요가 없다. 이러한 점에서 반대급부인 댓가가 존재해야 하는 약인(consideration)이 없기 때문에 영국의 개념에 따르면 의료책임의 근거가 될 수 있는 계약이 없다.³⁾ 따라서 국민보건서비스(NHS)를 상대한 한 청구권은 원칙적으로 불법행위이며 과실(Negligence)에 따라 제기할 수 있다. 물론 "Battery" 혹은 "Assault"와 관련하여 불법행위책임⁴⁾ 이외에도 민간보험의사와의 진료관계가 성립하면 통상적으로 환자와 의사 사이의 계약이 성립하고 입원진료가 필요하다면 환자와 병원사이의 계약이 성립하기 때문에 계약상의 책임이 고려된다.⁵⁾

2) Preventable deaths due to problems in care in English acute hospitals: a retrospective case record review study. Helen Hogan, Frances Healey, Graham Neale, Richard Thomson, Charles Vincent, Nick Black. *BMJ Quality & Safety* doi: 10.1136/bmjqs-2012-001159 - See more at: http://www.lshtm.ac.uk/newsevents/news/2012/study_reveals_true_picture_of_preventable_deaths_in_hospitals_.html#sthash.xKVf3UAB.dpuf.

3) *Pfizer Corporation v. Ministry of Health* (1965) AC 512, 535 f. per Lord Reid, S. 544 f. per Lord Evershed; S. 548 per Lord Pearce, S. 553 f. per Lord Upjohn, S. 571 per Lord Wilberforce; *Reynolds v. The Health First Medical Group* (2000) Lloyd's Rep. Med 240 per Simmons J. (CC, Westlaw-Summary); Jackson/Powell, *On Professional Negligence* 5th Edition 2002, § 12-005; Jones, *Medical Negligence*, 2nd Edition 1996, § 2-003; Kennedy/Grubb, *Medical Law* 3rd Edition 2000, p. 272; de Cruz, *Medical Law* 2002 p. 118.

4) 책임은 불법행위상 대부분 과실이 성립하며 이에 대한 일반적인 설명으로는 Winfield/Janowicz, *On Torts* 16th Edition 2002, §§ 5.1 ff. 동시불법행위의 원칙(concurrent liability)의 허용성은 최고법원(House of Lords)이 명시적으로 설명하고 있는 판례로는 *Henderson v. Merret Syndicates Ltd.* (1995) 2 AC 145, 184 ff., 194 per Lord Goff.; 이에 대해 Jackson/Powell, *On Professional Negligence* 5th Edition 2002, §§ 2-100 ff., 2-105; Pittaway/Hay, in : Pittaway/Hammerton, *Professional Negligence Cases* 1998, p. 533.

5) 환자와 의사(진료와 사후진료)뿐만 아니라 병원(기술적인 설비[수술실, 입원실 등] 및 간호 및 간호인력과도 분리된 계약들에 대해서는 Grubb, in : Grubb (Hrsg.), *Principles of*

영국법에서 의료책임은 변호사책임⁶⁾과 마찬가지로 적어도 계약법의 맥락에서 이론적으로 환자에 대해 일반적인 주의의무와 전문지식만을 의사에게 부과할 뿐만 아니라 계약관계로 들어감으로써 전체적인 주의의무와 전문지식이 성립한다고 본다.⁷⁾ 영국법원들은 의료급부를 추상적으로 판단하지 않고 항상 상황에 따른 각각의 개별사건에서 구체적으로 판단한다. 또 다른 중요한 과실 유형인 의사와 환자 혹은 의사와 다른 의료인 사이의 커뮤니케이션의 하자에 대해서는 본 논문에서 영국판례에 따른 의사의 의무범위와 유형을 중심으로 고찰하고자 하기 때문에 지면관계상 제외하고 의료과실에 한정하여 비교검토한다. 본 논문에서는 영국법에 따라 자신의 활동에 대한 책임을 피하거나 이러한 위험을 최소화하기 위해서 의사가 어떻게 의료조치를 취해야 하는지에 대한 일반적인 개관과 판단자료를 제공하고자 한다. 영국의 진료과실에 대한 체계적인 기존의 연구결과⁸⁾가 없고 일반적인 민사법적인 연구에서 피상적으로 산재되어 기술되어 있기 때문에 기존의 의료행위(medical treatment)와 관련한 과실(negligence)여부에 대해 일반적인 개관을 소개한 다음 의사가 부담하는 의료수준(standard of care)에 대한 판단에서 주로 진단상 과실 혹은 진료상의 과실로 인한 민사책임의 유형을 자세하게 설명한 다음 영국의 상황이

Medical Law 2 nd Edition 2004, § 5.12.

- 6) *Midland Bank Trust Co Ltd v. Hett, Stubbs & Kemp* (1979) Ch 384, 434 f. per Oliver J. (HC).
- 7) *Sidaway v. Board of Governors of The Bethlem Royal Hospital and the Maudsley Hospital* (1985) AC 871, 893 per Lord Diplock (HL); *Gold v. Haringey Health Authority* (1988) QB 481, 489 per Lloyd LJ, S. 492 per Brown LJ (CA); 같은 견해로는 *Charlesworth/Percy, On Negligence 10th Edition 2001*, § 8-94. 계약법에서 물론 의료계약에서 용어들의 시사점들에 대한 판례와는 달리 적용된다. *Eyre v. Measday* (1986) 1 All ER 488 (CA); *Thake and Another v. Maurice* (1986) QB 644 (CA); *Pittaway/Hay*, in : *Pittaway/Hammerton, Professional Negligence Cases 1998*, p. 529; 실체법적 기준에 대해서는 *Morrison, Materielle und prozessuale Voraussetzungen der Arzthaftung in England & Wales*, : Dautert, Ilse/Jorzig, Alexandra(Mitherausgeber), *Cross Border Treatment - Die Arzthaftung wird europäisch*, AG Rechtsanwälte im Medizinrecht e.V (Hrsg.), 2010, S.101-129.
- 8) 독일과 미국과의 비교연구에 대해서는 박일환, 의료소송에서의 입증책임, 민사법학 8호(1990.4), 369-391면; 박일환, 의료과오의 입증에 관한 독일법과 미국법의 비교법적 고찰, 법조 34권 2호(1985.2), 21-42면; 윤석찬, 독일에서의 의사의 민사책임의 새로운 발전, 재산법연구 21권 1호(2004.8), 221-244면.

우리에게 어떠한 시사점이 있는지에 대한 분석을 하고자 한다.

II. 의료과실의 판단기준

과실(negligence)을 인정하기 위해서는 환자가 법원에 대해 의사가 환자에 대해 주의의무(“duty of care”)를 부담한다는 점, 이러한 의무를 위반하였다는 점 그리고 이러한 위반의 결과로 손해를 입었을 것을 입증해야 한다. 이러한 기준이 성립하지 않으면 일반적으로 과실을 근거로 한 청구권은 기각된다. 내용적으로 불법행위와 계약상의 의무범위는 일반적으로 동일하게 형성된다.⁹⁾ 즉 의사는 소위 Bolam -테스트¹⁰⁾의 기준에 따라 채무를 진다. 이러한 기준에 따르면 Bolitho사건¹¹⁾의 최고법원(House of Lords)을 통해서 다른 합의가 없는 한¹²⁾ 계약적 및 불법행위상 합리적인 의사의 주의의무와 전문지식(reasonable care and skill)¹³⁾을 말한다. 따라서 진단, 커뮤니케이션과 진료¹⁴⁾

9) Hotson v. East Berkshire Area Health Authority (1987) 2 WLR 287, 295 per Sir Donaldson MR; Jones, Medical Negligence, 2nd Edition 1996, § 2-003.

10) Bolam -테스트는 유명한 의료책임판결에 따라 명명되었다. Bolam v. Friern Hospital Management Committee (1957) 1 WLR 582. 전통적으로 치료준칙은 Bolam 시험에 따라 결정되는데 진료와 관련하여 과실여부의 사건에서 이러한 테스트는 의사가 환자에게 부담하는 의료수준(standard of care)을 결정하는데 사용된다. Bolam v Friern Hospital Management Committee (1957) 1 WLR 583 사건은 의사가 의료계에서 지지되는 학설에 따라 행위를 하는 한 주의의무위반이 되지 않을 수 있다고 원칙을 확립하였다. 따라서 치료의 기준을 위반하지 않으며, 실제로 유사한 전문가 책임에 의해 지지되는 경우, 과실이 아니라는 원리에 기초한다. 나중에 의사가 의료계의 학설과는 상관없이 ‘합리적(reasonably)’ 혹은 ‘논리적으로(logically)’ 행위하도록 요구되는 경우에 이러한 테스트에 대해 문제가 제기되었다.

11) Bolitho v. City and Hackney Health Authority (1998) AC 232, 241 ff. per Lord Browne-Wilkinson.

12) 의사가 어떠한 요건에 따라 결과책임을 지는지 여부와 엄격하게 책임을 질 수 있는 문제에 대해 Thake and An-other v. Maurice (1986) QB 644 (CA); Eyre v. Measday (1986) 1 All ER 488 (CA); Samuels v. Davis (1943) 1 KB 526 (CA).

13) 13 Supply of Goods and Services Act 1982 참조.

14) 이에 대해서는 Dugdale/Stanton, On Professional Negligence 3rd Edition 1998, § 17.27. 정신질환자의 진료에 대해서는 언급하지 않고 있다 이에 대해서는 Jackson/Powell, On Professional Negligence 5th Edition 2002, §§ 12-233 ff.; Jones, Medical Negligence, 2nd

상의 과실에 대해 다음의 사례를 평가할 경우 항상 의사의 조치가 착오 혹은 하자가 있다고 평가함으로써 바로 계약상 의무위반(breach of contractual duty)에 대해서 판단되지는 않는다는 점을 기억해야 한다.¹⁵⁾ 오히려 문제가 되는 착오나 하자는 구체적인 상황에서 적절한 자격과 주의력을 가진 의사에게는 없는지 여부만이 문제가 된다. 즉 이것은 환자가 의사가 과실을 하고 원고의 침해가 이러한 과실에 기인한다는 것을 입증할 수 있다고 하더라도 환자는 이것이 부적절한 과실이라는 점을 항상 입증해야 한다는 것을 의미한다.

우선 의사가 과실로 혹은 적절한 시점에 진료하지 않는 경우에 계약상 혹은 불법행위상 의무위반을 인정할 수 있다. 의사의 목적은 불법행위와 마찬가지로 계약상 질병의 예방도 될 수 있으며 진료만이 아니라고 한다.¹⁶⁾ 다른 사건에서와 마찬가지로 주의의무의 기준은 구체적인 사안에 따라 달라진다. 주의의무에 영향을 주는 상황들로서 환자의 조건, 의사의 지식과 상황에 따라 다른 환자에 대한 의사의 의무도 고려된다.¹⁷⁾

의사의 과실에 대해서는 2가지 사례로 대비하여 설명할 수 있다. Kavanagh v. Abrahamson 사건을 들 수 있는데 이 사건에서 의사가 상태가 나빠 집에서 의사를 찾던 독감환자의 진료를 시행하지 않은 것이 과실로 보지 않았다.¹⁸⁾ 하지만 환자는 의사에게 환자의 새로운 주소를 알려주는 것을 잊어버렸고 의사는 잘못된 주소로 갔다. 의사가 그곳에서 머물러 있었을 때 피고는 다른 의사를 불렀으나 찾지 못하였다. 환자는 나중에 병원에서 폐렴으로 사망하였다. 이에 피고의사는 책임을 지지 않았다.¹⁹⁾ 이에 반해 Lowe v. Havering

Edition 1996, §§ 4-096 ff. National Health Service의 책임에 대한 자세한 통계적 자료는 Chief Medical Officer인 Sir Liam Donaldson in Making Amends - A consultation paper setting out proposals for reforming the approach to clinical negligence in the NHS - Juni 2003 -. <http://www.dh.gov.uk/assetRoot/04/06/09/45/04060945.pdf>. 10가지 가장 흔히 발생된 손해들이 p.38에 설명하고 있다.

15) Jackson/Powell, On Professional Negligence 5th Edition 2002, § 12-186.

16) Jackson/Powell, On Professional Negligence 5th Edition 2002, §§ 12-169 ff.

17) Jones, in : Grubb (Hrsg.), Principles of Medical Law, 2nd Edition 2004, § 6.54; Jones, Medical Negligence, 2nd Edition 1996, § 4-004.

18) Kavanagh v. Abrahamson (1964) 108 SJ 320 per Atkinson J. (Nelson-Jones/Burton, Medical Negligence Case Law 1990, p. 250에서 재인용).

19) 환자에 대해 의사의 직접적인 문진을 하지 않은 것이 과실이 아닐 수 있지만 계약상의 맥

Hospital NHS Trust 판결에서 이미 심장발작을 앓았던 환자에게서 위험하게 높고 불규칙적인 혈압을 진단한 사건을 들 수 있다. 피고는 진료와 진단예약을 8주일 후에야 비로소 하였다. 환자는 두 번째 심장발작이 일어나 영구적인 중증장애를 입게 되었고 사전에 의료적 조치가 있었다더라면 손해를 피할 수 있는 개연성이 있다는 것이다.²⁰⁾

이와 유사한 문제는 수술 후 진료시에도 제기될 수 있다.²¹⁾ 예를 들어 *Corder v. Banks* 사건에서 성형외과의사는 눈꺼풀을 수술한 환자에게 수술후 집으로 가는 것을 허락했지만 사후출혈시 48시간내에 환자를 진료할 수 있도록 하는 충분한 조치를 취하지 않았기 때문에 과실로 판결했다. 이러한 조치는 이러한 사례에서 진료가 없다면 불가역적인 손해의 위험이 성립하였기 때문에 필수적인 것이었다.²²⁾ 수술 후 당일 원고는 중대한 사후출혈을 입게 되었고 이 때문에 피고의 지시에 따라 의사의 병원에 전화를 하였다. 하지만 원고의 전화 통지는 피고에게 도달하지 못하였고 출혈에 대해 진료를 받지 못하여 원고의 흉터가 영구적으로 남게 되었다.²³⁾

락에서 극히 드물게 일어날 수 있다는 사례에 대해서는 *Barnett v. Chelsea and Kensington Hospital Management Committee* (1969) 1 QB 428, 436 f., per Nield J. (HC); 그 외에도 *Jackson/Powell, On Professional Negligence* 5th Edition 2002, § 12-173 f.

20) *Lowe v. Havering Hospital NHS Trust* (2001) 62 BMLR 69 per Crawford J..

21) 가령 중대한 심장병이 있는 17세의 환자에 대해 다음 검사약속의 필요성에 대해 설명하지 않은 경우 및 충분한 설명을 하지 않고 환자의 판단에 위임한 경우를 들 수 있다. *Ocloo v. Royal Brompton and Harefield NHS Trust* (2001) 68 BMLR 89 Tz. 38 ff. per Leveson J.; 이에 대해서는 *Jackson/Powell, On Professional Negligence* 5th Edition 2002, § 12-175.

22) *Corder v. Banks* (1960) *The Times* 9. 4., per McNair J. (Nelson-Jones/Burton, *Medical Negligence Case Law* 1990, p. 186 f.에서 재인용)

23) 뿐만 아니라 미진단 혹은 미진료로 인한 불법행위책임은 환자가 가령 잠재적인 질병을 알지 못하고 있다는 이유로 진단 혹은 진료를 전혀 후속문의를 하지 않았다면 상황에 따라 고려될 수 있다. *Stokes v. Guest, Keen and Nettlefold (Bolts and Nuts) Ltd.* (1968) 1 WLR 1776, 1795 per Swanwick J.

Ⅲ. 의료과실의 유형

위에서 언급한 사례와는 달리 의사가 적시에 방문예약을 하고 시행한다면 주로 진단상 과실 혹은 진료상의 과실로 인한 민사책임이 고려된다.

1. 진단상의 과실

진단상의 과실은 가령 불충분한 기왕증, 환자의 검사시 하자, 증상의 오진, 특정한 시험의 미 실시, 전문지식의 흠결 그리고 상황에 따라 여기서 도출되는 전문가로의 전원조치의 미 실시 및 사실상 효과없는 진료에 대한 관찰미비 등 수많은 원인들이 개입될 수 있다.²⁴⁾ 이러한 경우 의사는 물론 계약상의 의무들을 이행하기 위해서 처음부터 해당진단에 대해서는 채무를 지는 것이 아니기 때문에 여기서도 치료결과가 달성되어야 할 필요는 없다. 오히려 의사는 진단과정에서 오로지 상황에 따라 주의 깊게 처치를 해야 하고²⁵⁾ 이러한 경우 의사의 첫 번째 진단이 오진일 수 있다는 위험에 대해서 알아야 하며²⁶⁾, 이에 따라 수정 혹은 경우에 따라서는 전문가에게로의 전원이 필요할 수 있다.²⁷⁾ 진단이 오진으로 밝혀지면 다양한 의학적 견해들은 소송에서 적어도 중요하지 않다.²⁸⁾ 문제는 단지 적절한 자격을 갖추고 주의력있는 의사가 구체적인 상황에서 같은 과실을 할 수 있는지 여부이다. 이러한 경우 문제가 되는

24) Jones, Medical Negligence, 2nd Edition 1996, § 4-009; Jones, in : Grubb (Hrsg.), Principles of Medical Law, 2nd Edition 2004, § 6.56.

25) Bova v. Spring (1994) 5 Medical Law Review 120 per Sedley J.; Jones, Medical Negligence, 2nd Edition 1996, § 4-014; Lewis, Medical Negligence 4th Edition 1998, p.407.

26) Bova v. Spring (1994) 5 Medical Law Review 120 per Sedley J..

27) 이에 대해서는 Collins v. Mid-Western Health Board (2000) 2 IR 154 per Barron J. (아일랜드 대법원); Jones, in Grubb (Hrsg.), Principles of Medical Law 2nd Edition 2004, § 6.56.

28) Jackson/Powell, On Professional Negligence 5th Edition 2002, § 12-177. 이는 더욱 전문적인 자격을 갖추고, 주의 깊은 의사가 그와 같은 과실을 할 수 있는 경우 피고가 과실로부터 면책될 수 있다는 점은 변함이 없다. Jackson/Powell, On Professional Negligence 5th Edition 2002, § 12-183.

질병이 일반적일수록 혹은 명백할수록 더 과실이 있다고 볼 수 있다.²⁹⁾

1) 기왕증

자명한(*prima facie*) 진단을 하거나 전문가에게 전원조치하기 위해서는 우선 충분한 기왕증검토가 필요하다.³⁰⁾ 이러한 배경에서 *Chin Keow v. Government of Malaysia* 사건에서는 병력을 조사하지 않고 환자에게 페니실린을 주사한 의사가 주사후 알레르기 반응으로 사망한 환자에 대해 과실이 있다고 판시하였다. 피고는 치명적인 알레르기반응의 (작은) 위험을 알고 있었지만 통상적인 의료실무, 즉 이에 대한 필요성이 없어도 시행하였다. 추밀원(*Privy Council*)은 이를 명백히 과실이라고 판결하고 특히 작은 수단으로 그 위험실현을 피할 수 있었다고 판단하였다.³¹⁾

기왕증의 목적은 물론 잠재적인 알레르기의 발견뿐만 아니라 필요한 진료의 준비도 하기 위함이다. 이 때문에 현재의 질병의 증상을 직접 보는 것뿐만 아니라 환자가 그전에 같은 구토나 다른 질병의 측면에서 치료받았는지 그리고 어떻게 치료받았는지도 의사에게는 중요하다.³²⁾ 이와 관련하여 *Coles v. Reading and District Hospital Management Committee* 사건에서 주치의(*family doctor*)가 기왕증의 검사미비로 인해 책임이 있다고 판시하였다. 손가락손상을 입은 환자는 먼저 다른 일반개원의³³⁾의 진료소에서 잠정적으로 간호사에 의해 처치를 받았지만 파상풍백신주사를 맞지는 못했다. 환자는 그 후에 다른 병원

29) Jackson/Powell, *On Professional Negligence*, 5th Edition 2002, § 12-178 f.

30) *Collins v. Mid-Western Health Board* (2000) 2 IR 154 Tz. 74 per Barron J. (아일랜드 대 법원); Jones, *Medical Negligence*, 2nd Edition 1996, § 4-010; Jones, in : Grubb (Hrsg.), *Principles of Medical Law*, 2nd Edition 2004, § 6.56; 이러한 문제에 대한 다른 관례들에 대해서는 Lewis, *Medical Negligence* 4th Edition 1998, p. 407 f.

31) *Chin Keow v. Government of Malaysia* (1967) 1 WLR 813, 817 per Sir Hugh Wooding (PC).

32) Jones, *Medical Negligence*, 2nd Edition 1996, § 4-011; Jones, in : Grubb (Hrsg.), *Principles of Medical Law*, 2nd Edition 2004, § 6.58.

33) 판결문에서 사용하고 있는 개념인 “cottage hospital”은 “일반의가 진료하는 병원(a general practitioner’s hospital)”와 동일한 의미이다. Nelson-Jones/Burton, *Medical Negligence Case Law* 1990, p. 177.

에 가서 진료를 받는 대신 자신의 주치의만을 찾았다. 이 주치의는 기존의 진료에 대해 조사하지 않고 단지 손가락의 붓대만 새로 하였고 파상풍백신주사를 받지 않아 나중에 혈액오염으로 사망하였다. 기존의 진료에 대해 조사하지 않았다는 이유로 피고 주치의에게 책임이 있다고 판시하였다.³⁴⁾

이에 따른 조사의무에서 의사는 환자와의 상담시 당연히 무엇보다 실질적으로 귀를 기울여야 하고³⁵⁾ 환자의 설명을 위해 적절한 시간을 할애해야 한다.³⁶⁾ 특히 상담이 “어려운” 환자는 종종 진정성이 없는 의사를 나타내거나 당연히 진료에 영향을 줄 수 있는 것을 전혀 고려하지 않는 경우도 있다.³⁷⁾ 환자에게서 받은 정보를 의사는 적절한 범위에서 자신의 진단에 감안하여야 한다.³⁸⁾

반대로 환자는 의사에게 자신의 필요한 사항을 적절하게 정보를 제공해야 한다. 환자의 정보가 사실상 잘못되거나 오인한다면 의사는 이성적으로 그 타당성에 대해 신뢰할 수 있는 한 신뢰한 부분에 대해 책임을 지지 않는다.³⁹⁾ 그와 같은 신뢰는 특히⁴⁰⁾ 환자의 증상이 환자의 설명과 명백히 배치되거나 의사가 신뢰할 수 있는 상황 가령 환자의 가족에게서 들은 정보를 알 수 있는 경우에는 배제될 수 있다.⁴¹⁾ 즉 의사는 진단시 환자에게 진료가 필요없는 감

34) Coles v. Reading and District Hospital Management Committee (1963) 107 SJ 115 per Sachs J. (HC, Nelson-Jones/Burton, Medical Negligence Case Law 1990, p. 182에서 재인용).

35) Judge v. Huntingdon Health Authority (1994) 27 BMLR 107 per Judge Titheridge QC; Collins v. Mid-Western Health Board (2000) 2 IR 154 Tz. 17 per Barron J. (irischer Supreme Court, lexis).

36) Jackson/Powell, On Professional Negligence 5th Edition 2002, §§ 12-180 f.

37) 이러한 판례에 대해서는 Jones, Medical Negligence, 2nd Edition 1996, § 4-012; Jones, in : Grubb (Hrsg.), Principles of Medical Law, 2nd Edition 2004, § 6.59. 반대로, 의사는 환자의 진단기술에 대한 두려움이 합리적이지 않은 경우에는 연기할 수 없다. 이에 대해서는 Hutton v. East Dyfed Health Authority (1998) Lloyd's Rep. Med 335 per Bell J..

38) Marriott v. West Midlands Regional Health Authority (1999) Lloyd's Rep. Med 23 per Beldam LJ, Pill LJ.

39) Venner v. North East Essex Area Health Authority (1987), The Times 21. 4. per Tucker J. (환자가 임신하지 않았을 수 있다는 환자의 확실한 의사를 신뢰하여 자궁내막을 긁어내는 소파수술을 하지 않은 경우); Jones, Medical Negligence, 2nd Edition 1996, § 4-013; Jones, in : Grubb (Hrsg.), Principles of Medical Law, 2nd Edition 2004, § 6.59.

40) 의사가 침해의 잠재적인 범위에 대해 불명확하다면 의사는 이에 따라 추가질문을 해야 한다. Sa'd v. Robinson and others (1989) 4 BMLR 131 per Leggatt J.

기, 예를 들어 남편이 의사를 거의 찾아 가지 않는 경향이 있기 때문에 환자의 질병이 악화될 수 있다는 환자의 배우자로부터 걱정스러운 전화들은 고려하지 않을 수 있다.⁴²⁾ 이와 관련하여 의사는 환자가 자신의 증상을 “합리화”할 수 있다는 점, 즉 특정한 질병의 증상으로 파악할 수 있는 것으로 각색할 수 있다는 점도 고려해야 한다.⁴³⁾ 이러한 배경에서 의사는 환자의 “진단”을 무조건 따라서는 안 된다. 이와는 반대로 Djemal v. Bexley Health Authority 사건에서 법원은 “...검사의사의 의무는 ..., 진단을 하기 위해, 적절한 병력을 얻기 위한 필수적인 예비조사로서, 환자 혹은 환자의 대변인에 의해 관련된 것을 단순히 받아들이기 위한 올바른 진료행위가 아닌 것을 말한다”라고 판시하였다.⁴⁴⁾

2) 개별적인 유형

의무위반으로 그와 같은 진단이 과실이 있는지 여부⁴⁵⁾는 위에서 언급한 바와 같이 개별적인 사안에 따라 달라진다. 즉 주어진 증상과 진단기술로 인해 다른 진단을 할 수 있는 가능성에 따라 다르며, 이러한 경우 질병의 빈도나 희귀성도 고려될 수 있다.⁴⁶⁾ 그리고 이와 다른 진단과 결부된 위험들에 따라 달라진다.⁴⁷⁾

41) Jones, *Medical Negligence*, 2nd Edition 1996, § 4-013; Jones, in : Grubb (Hrsg.), *Principles of Medical Law*, 2nd Edition 2004, § 6.59.

42) *Collins v. Mid-Western Health Board* (2000) 2 IR 154 Tz. 76 f. per Barron J. (아일랜드의 Supreme Court).

43) *Bova v. Spring* (1994) 5 *Medical Law Review* 120 per Sedley J.; Jones, *Medical Negligence*, 2nd Edition 1996, § 4-013; Jones, in : Grubb (Hrsg.), *Principles of Medical Law*, 2nd Edition 2004, § 6.59.

44) “... it is the duty of an examining doctor ...; as an essential preliminary to making a diagnosis, to obtain a proper history and that it is not correct medical practice simply to accept what is related by the patient or the person speaking for him.” *Djemal v. Bexley Health Authority* (1995) 6 *Medical Law Review* 269 per Sir Haydn Tudor Evans; ebenso *Bova v. Spring* (1994) 5 *Medical Law Review* 120 per Sedley J.; Jones, in Grubb (Hrsg.), *Principles of Medical Law* 2nd Edition 2004, § 6.59.

45) 여기서도 모든 하자가 계약위반이나 불법행위상의 주의의무위반을 의미하는 것은 아니다.

46) *Jackson/Powell, On Professional Negligence* 5th Edition 2002, § 12-179.

(1) 가정적 근거에 따른 진단행위

이러한 관점에 따라 *Maynard v. West Midlands Regional Health Authority* 사건에서 원고가 피고의 고용된 의사가 적절한 주의의무를 다했다면 결핵을 진단할 수 있었고 적어도 수술전에 사전테스트의 결과를 기다려야 했다고 피고에게 과실이 있다고 주장하였다. 진료한 의사들은 이 판결에서 결핵을 개연성이 가장 높은 질병의 원인으로 진단하였지만 진단시점에 사전진료가 없다면 치명적일 수 있는 악성림프종인 호지킨림프종을 앓고 있었다는 점도 가능성이 있다고 생각하였다. 이에 따라 의사들은 결핵테스트의 결과를 기다리지 않고 종격동 내시경(mediastinoscopy)을 시행하기로 결정하였다.⁴⁸⁾ 이 수술은 오히려 시행하더라도 몇몇 위험들이 내재되어 있고(주로 내부출혈), 이러한 위험들중 하나(후두옆에 이어져 있는 신경섬유의 손상과 이에 따라 발생하는 성대침해)가 환자에게 실현되었다. 원고는 증상이 결핵을 충분히 의심할 수 있었고 최종적인 진단을 연기하여 그 수술을 한 것이 과실이라고 주장하였다.

영국 최고법원은 의사의 재량권(Bolam- test)과 관련하여 구체적인 사례에서 치명적인 질병이 잠재적으로 존재하였다는 점에서 피고의 결정은 납득할 수 있는 것이라고 판시하였다.⁴⁹⁾ 따라서 비록 잠재적으로 생명에 위협이 되지 않더라도 개연성이 더 적은 2가지 잠재적인 진단가능성이 존재한다면 의사는 “그 자체” 의도하지 않은 상해위험을 감수하고라도 다른 대안적 진단을 하게 되는 테스트의 결과를 기다리지 않고 생명에 위협이 되는 진단을 배제하고자 시도했다면 그것은 의무위반(breach of duty)이 아니라고 하였다.⁵⁰⁾

(2) 중대한 진단

이러한 관점에서 해당진단을 하는 사실상의 어려움에 대해 면책을 인정할

47) Jones, in : Grubb (Hrsg.), Principles of Medical Law, 2nd Edition 2004, § 6.60; Jones, Medical Negligence, 2nd Edition 1996, § 4-014.

48) 이는 (여기서) 림프절의 표본절제를 위해 빈공간의 형성후에 피부 절개를 통한 내시경의 삽입이다.

49) *Maynard v. West Midlands Regional Health Authority* (1984) 1 WLR 634, 639 ff. per Lord Scarman (HL).

50) Jones, in Grubb (Hrsg.), Principles of Medical Law 2nd Edition 2004, § 6.60.

수 있다.⁵¹⁾ Pudney v. Union-Castle Mail SS Ltd. 사건에서 류마티스관절염을 초기단계에서는 진단하기 어렵다는 점에서 면책을 인정한 바 있다.⁵²⁾ 이러한 관련성에서 당시 진단시점에 제시되었던 사실에 근거하여 의사의 조치에 대한 판단이 중요하다. 왜냐하면 일반원칙에 따라⁵³⁾ 의사는 진단시에도 나중의 의료지식수준과 비교하여 평가할 수 없기 때문이다.⁵⁴⁾ 이러한 배경에서 극히 드문 암질환을 진단하지 않은 것이 필연적으로 책임을 지는 것으로 아니다.⁵⁵⁾ 의사가 정확한 질환을 진단할 수 없다고 하더라도 의사는 특히 중대한 질환의 증상을 인식할 수 있는 경우⁵⁶⁾와 마찬가지로 가정적 진단을 해야 하고 환자를 확인 혹은 검증을 목적으로 전문가에게 전원조치해야 한다.⁵⁷⁾

암질환의 오진이 필연적으로 주의의무위반을 의미하는 것은 아니다. 이는 Whiteford v. Hunter판결에서 분명히 드러나는데 이 사건에서 피고는 전립선

51) Jackson/Powell, On Professional Negligence 5th Edition 2002, § 12-179.

52) Pudney v. Union-Castle Mail Steamship Company Ltd. (1953) 1 Lloyd's Rep. 73, 80 ff. per Mr. Justice Devlin (HC). 그 외에도 Walker v. Semple, CA vom 30. 3. 1993, unreported (lexis), per Russel LJ: "[The judge] was plainly entitled to find (as he did) that the defendant was mistaken, but he was likewise plainly entitled to find in my judgement that however grave the error in diagnosis, it did not amount to negligence for it was reached upon information which might well have misled the ordinary, competent doctor into the mistaken diagnosis which the judge found to be the case here".

53) Dugdale/Stanton, On Professional Negligence 3rd Edition 1998, §§ 15.04 ff.

54) Jackson/Powell, On Professional Negligence 5th Edition 2002, § 12-179.

55) Hulse v. Wilson and others (1953) 2 BMJ 890 f(젊은 남자들에서 극히 드물게 발병하는 성기의 암발병을 진단하지 않은 경우). 진단의 중요성에 대한 Finemore J.의 주석(p.891). "[t]he dangers of making a diagnosis too quickly are just as great as making a diagnosis too slowly".; Judge v. Huntingdon Health Authority (1994) 27 BMLR 107 per Judge Titheridge QC; Jones, in Grubb (Hrsg.), Principles of Medical Law 2nd Edition 2004, § 6.60; Jones, Medical Negligence, 2nd Edition 1996, § 4-015.

56) R. v. Croydon Health Authority (1998) PIQR Q26, Q27 per Kennedy LJ, S. Q35 per Chadwick LJ (CA); Jackson/Powell, On Professional Negligence 5th Edition 2002, § 12-185.

57) Langley v. Campbell (1975), The Times 6. 11. per Cusack J. (Nelson-Jones/Burton, Medical Negligence Case Law 1990, p. 255에서 재인용): 독감으로 진단한 질병의 치료에도 불구하고 상태가 개선되지 않고 있는 자신의 환자가 열대 지방에서 방금 돌아왔다는 사실을 알고 있는 의사는 열대 질환 (말라리아)일 수 있다는 것을 고려해야 한다. 또한 이 주제에 대해서는 Jackson/Powell, On Professional Negligence 5th Edition 2002, § 12-185.

제거수술에서 원고의 방광경부경화증을 치료할 수 없는 암말기로 진단하였다. 이러한 경우 방광경(Zystoskop)⁵⁸⁾를 사용하거나 검시(Biopsie)를 시행하지 않았던 피고는 원고의 배우자에게 자신의 남편이 몇 달후에 암으로 사망하게 된다는 점에 대해 알려주었다. 원고는 자신의 직업을 포기하였고 집을 팔아 다시 검사하기 위해 미국으로 이사하였다. 방광경의 사용과 이후의 병리학적 검사는 원고가 오로지 만성적인 방광염과 악성은 아닌 전립선비대를 앓고 있다는 결과가 나왔고 암의 흔적은 나타나지 않았다. 이에 따라 원고는 피고에게 소송을 제기하였다. 주된 근거로는 피고가 방광경을 사용을 하지 않았고 담석의 조직검사를 하지 않았다는 점에 있다. 영국의 모든 촉탁감정인들은 방광을 치료하는데 방광경을 사용하는 것은 영국의 의료실무와 배치될 수 있다고 하고 방광경의 사용이 방광누공이나 방광파열의 경우 매우 어렵거나 심지어 불가능하였다고 판단하였다. 그와 같은 방광경은 당시의 시점에(1942년) 영국에 존재하지 않았다. 피고도 방광경을 갖추고 있지 않았다. 또한 피고는 검사에 대해서 그가 간과한 것은 이것이 방광천공의 심각한 위험을 가져올 수 있고 암진단을 위해 조치를 하는 과정에서 또 다른 염증을 초래할 수 있기 때문이라고 항변하였다. 그와 같은 조치는 영국의 의료실무와 일치하기 때문에 최고법원(House of Lords)은 피고승소판결을 하였다.⁵⁹⁾ 이와 같은 원칙들은 다른 질환에도 적용된다.⁶⁰⁾

뿐만 아니라 많은 부분은 진단시에 인식할 수 있는 증상에 달려 있다. 이러한 배경에서 의사가 어떤 유사한 증상이 발생하지 않아서 특정한 질병을 진단하지 못한 경우 계약위반이 되는 것은 아니다.⁶¹⁾ 존재하는 증상이 특정한 질병에 대한 결론을 도출할 수 없는 경우에도 환자가 분명히 아프고 이 때문

58) 이는 광원으로 전구와 방광 내부 표면을 수직확대할 수 있는 집안렌즈시스템을 갖추고 있는 카테터와 같은 도구이다.

59) Whiteford v. Hunter (1953) 94 SJ 758 (HL, Nelson-Jones/Burton, Medical Negligence Case Law 1990, p. 340 f.에서 재인용).

60) 이에 대한 자료로는 Jones, Medical Negligence, 2nd Edition 1996, §§ 4-017 ff.

61) Sadler v. Henry (1954) 1 BMJ 1331 f. per Cassels J. (증상이 없어서 뇌수막염을 진단하지 못한 사실); Jackson/Powell, On Professional Negligence 5th Edition 2002, § 12-179; Jones, Medical Negligence, 2nd Edition 1996, § 4-016.

에 다른 검사를 필요로 한다는 점을 의사가 알 수 있다. 이러한 경우 진단의 어려움으로 인해 의무의 이행을 위해 경우에 따라서는 추가적인 조치가 필요하게 되는 것이 분명히 나타날 수 있다. 즉 가령 관찰을 위해 어떤 병원으로 입원조치, 추가적인 검사의 시행 혹은 전문가에게 전원조치 등이 필요할 수 있다.⁶²⁾ 의사는 이러한 점에서 항상 “그의 진단에 내재해 있는 불확실성 (uncertainties attending his diagnosis)”을 알고 있어야 한다.⁶³⁾ 이 때문에 의사는 특히 가용할 수 있는⁶⁴⁾ 진단장비와 기술을 사용하지 않는다면 과실행위가 될 수 있다.⁶⁵⁾ 즉 Smith v. Salford Health Authority 사건에서 피고에 고용된 의사가 가령 척추관(vertebral canal)이 좁아지는 것(소위 척추관 협착증(spinal stenosis))을 제거하기 위한 수술전에 통상의 엑스레이검사대신에 컴퓨터단층촬영(컴퓨터를 이용한 부위에 대한 3차원적 영상촬영- 즉 2D의 - 엑스레이사진)을 시행하도록 했어야 하는 경우를 들 수 있다.⁶⁶⁾ 왜냐하면 컴퓨터단층촬영은 수술의 필요성을 보다 정확히 평가하고 수술방법의 선택을 보다 더 잘 관리할 수 있도록 훨씬 미세하고 정보가 다양한 방사선결과를 의사에게 제공할 수 있기 때문이다. 또한 이러한 점에서도 물론 다시 개별적인 사례에 따라 검토해야 한다. 즉 항소법원은 Lakey v. Merton, Sutton and Wandsworth Health Authority 사건에서 진료의사가 낙상사고로 골반통증으로 인해 문의한 환자에게 방사선검사를 하지 않았고 이에 따라 골절을 진단하지 못한 사실은 과실이 아니라고 판단하였다. 왜냐하면 구체적인 사례에서 시행한 신경검사와 임상검사서 골절에 대한 의심증상이 없었기 때문이었다.⁶⁷⁾

이와는 반대로 의사는 물론 환자에게 손해를 야기한다면 가용한 진단기술을 사용하지 않도록 주의해야 한다. 이러한 점에서 가령 산부인과 의사가 알고

62) Barnett v. Chelsea and Kensington Hospital Management Committee (1969) 1 QB 428, 437 f. per Nield J. (HC); Jones, in Grubb (Hrsg.), Principles of Medical Law 2nd Edition 2004, § 6.61 m. w. N.

63) Bova v. Springs (1994) 5 Medical Law Review 120 per Sedley J..

64) 이러한 장비의 제한성에 대해서 Whiteford v. Hunter (1953) 94 SJ 758 (HL).

65) Jones, Medical Negligence, 2nd Edition 1996, §§ 4-024 ff.

66) Smith v. Salford Health Authority (1994) 23 BMLR 137 per Potter J..

67) Lakey v. Merton, Sutton and Wandsworth Health Authority (1999) 48 BMLR 18 per Thorpe LJ.

있는 한 자신의 환자가 엑스레이를 통해서 환자의 자궁을 검사하기 전에 먼저 임신여부를 검사받도록 하고 임신부일 수 있다고 생각되는 경우에는 위험하지 않는 다른 진단기술⁶⁸⁾을 사전에 보장해야 한다.⁶⁹⁾

(3) 진단지체

그밖에도 취득한 정보는 적시에 그리고 적절한 능력을 갖춘 자, 즉 일반적으로 의사 스스로⁷⁰⁾에 의해 평가될 수 있다. 가령 캐나다의 *Holmes v. Board of Hospital Trustees of the City of London* 판결에서 엑스레이검사를 한 의사들이 5일이 지난 후에 비로소 엑스레이사진의 평가를 시작하였다면 과실로 판단하였다.⁷¹⁾ 이러한 점은 지속적인 손해들의 발생을 방지할 수 있도록 하기 위해서 정보의 처분가능성을 알았거나 알 수 있었던 경우 그리고 스스로 진단을 위해 전문적인 지식을 가지고 필요하다고 인식할 수 있는 정보를 적시에 도출하지 못한 경우에 해당하기 때문이라는 것이다. 이러한 관점은 영국법에 의해서도 다를 바가 없다고 볼 수 있다.⁷²⁾

(4) 검사, 재검사 및 이와 관련된 조치

68) 환자의 난소에 추정되는 낭종을 제거하기 위해 개복수술을 시행하기 전에 임신 여부에 대한 초음파검사를 하지 않아 유죄 판결을 받은 경우. 이에 대해서는 *Tucker v. Tees Health Authority* (1995) 6 *Medical Law Review* 54 (Jones, in : Grubb (Hrsg.), *Principles of Medical Law 2nd Edition 2004*, § 6.62 mit Fn. 287에서 재인용).

69) 고도비만자의 임신가능성을 배제한 의사의 경우 *Gardiner v. Mounfield* (1990) 1 *Medical Law Review* 205 (zitiert nach Jones, in : Grubb (Hrsg.), *Principles of Medical Law 2nd Edition 2004*, § 6.62 m. Fn. 286), 반대로, 폐색전증의 위험이 있을 수 있는 경우 의사가 이에 따른 설명을 하지 않아 환자가 착오로 X-선 검사가 태아에게 손해가 될 수 있다고 믿기 때문에 X-선 검사를 하지 않은 경우에는 의사는 책임이 있다. *Hutton v. East Dyfed Health Authority* (1998) *Lloyd's Rep. Med* 335 per Bell J..

70) *Wisniewski (a minor) v. Central Manchester Health Authority* (1998) *Lloyd's Rep. Med* 223 per Brooke LJ (진통시간동안에 태아의 심장박동측정기에 대한 평가를 담당의사대신에 간호사가 담당할 경우); 진통시간동안에 취득한 심장박동측정기의 수치에 대한 평가에 대해서는 *Simms v. Birmingham Health Authority* (2000) 58 *BMLR* 66 per Newman J..

71) *Holmes v. Board of Hospital Trustees of the City of London* (1977) 81 *DLR* (3d) 67 Tz. 90 per Robins J. (Ontario High Court).

72) Jones, in Grubb (Hrsg.), *Principles of Medical Law 2nd Edition 2004*, § 6.62.

의사는 한번 이루어진 진단에 대해 만족해서는 안 되며 최종적으로 이러한 진단을 근거로 다른 진단가능성을 배제해서는 안 된다.⁷³⁾ 오히려, 의사는 초기 진단을 항상 진료계속과정 이전에 검토를 해야 하고 필요하다면 수정해야 한다.⁷⁴⁾ 이는 대안적 진단이 올바른 것으로 판명될 경우 더욱 분명하고 더 진지한 결과가 발생할 수 있다. 이와 같은 설명은 Bova v. Spring 사건에서 들 수 있다. 이 사건에서는 의사가 가슴 통증, 감기증상, 구토증상이 있는 환자에게 근육당김, 감기와 위장염(Gastroenteritis)⁷⁵⁾으로 진단하였다. “잘못된”운동을 하였다는 환자의 설명을 근거로 진단한 “근육당김”은 사실은 폐렴이었고, 이에 따라 우측 폐에 다수의 부종이 발생했고 위장염과 함께 오진후 다음날 쓰러져 심장마비로 사망했다. 법원은 의사의 조치에 대해 의사가 “진단에 대한 불확실성(uncertainties attending his diagnosis)” 알지 못하였다고 판시했다. 왜냐하면 감기증상의 이면에 적어도 상체에 있는 환자의 고통이 폐렴을 초래할 수 있다는 생각을 했어야 했기 때문이다. 이러한 사례에서 후속검사를 당일 혹은 다음날 아침에 시행했어야 한다는 것이다. 장질환과 가슴통증에 대해 자신의 증상이 다음날 아침에 크게 개선되지 않는다면, 환자에게 또다시 병원방문을 하지 않도록 해야 한다. 의사는 이러한 방법들 중 하나만을 촬영했다면, 의사는 법원의 확신을 위해 확실히 폐렴의 증상을 확인했어야 하고 환자에게 X-선 검사는 폐의 상태를 알려줄 수 있고 생명을 구하는 조치를 취할 수 있는 병원에 직접 입원시켜야 한다. 법원은 책임관련 과실을 다음과 같이 서술하고 있다: 즉, 피고의 과실은 초기 진단에 있는 것이 아니라 적절한 전문적인 치료가 적절한 시점에 환자를 보호할 수 있는 것이 분명히 가능하다면 그 진단은 과실로 볼 수 있다는 것이다.⁷⁶⁾ 이에 따라 의사는 자신의 진

73) Jones, Medical Negligence, 2nd Edition 1996, §§ 4-021 ff.; Jones, in : Grubb (Hrsg.), Principles of Medical Law, 2nd Edition 2004, § 6.63.

74) “In short, I find that [the defendant’s] error was not in his initial diagnosis, which I think was arrived at with sufficient care, but in his being unjustifiably sanguine about it and failing to take proper professional care to verify or falsify it in time to protect the patient if, as was distinctly possible, the diagnosis should prove faulty”. Jackson/Powell, On Professional Negligence 5th Edition 2002, § 12-184.

75) 구토가 심하다면 급성 위장염을 의심해 볼 수 있는데, 급성 위장염은 감염질환으로 주요 원인으로 노로 바이러스가 지목되고 있다.

단을 검토할 수 있도록 하기 위해서 의사는 그러한 검사는 특히 우려되는 질병의 정도에 따라 필요하다면 특히 후속검사가 이루어지도록 주의를 다하여야 한다.⁷⁷⁾

(5) 전원조치

환자에게 전문가에게 전원시킬 의무는 의사가 진단이나 진료를 할 수 없는 경우에 성립한다.⁷⁸⁾ Gascoine v. Ian Sheridan & Co 사건에서는 변호사소송의 범위에서 묵시적으로 의료소송에서의 원고의 승소가능성도 검토되었다. 피고 의사는 원고에 자궁적출술을 시행했고, 제거된 조직에 대한 조직학적 검사 후에 예기치 않은 암을 진단하게 되었다. 그는 자궁암의 치료 경험이 없었기 때문에, 의사는 광범위한 방사선치료를 지시하기 전에 전문가의 조언을 구해야 했다.⁷⁹⁾

2. 진료상의 과실

진료상의 과실은 서로 다른 다양한 형태들로 나타날 수 있다.⁸⁰⁾ 진료상의

76) Bova v. Spring (1994) 5 Medical Law Review 120 per Sedley J.; Hutton v. East Dyfed Health Authority (1998) Lloyd's Rep. Med 335 per Bell J..

77) Judge v. Huntingdon Health Authority (1994) 27 BMLR per Judge Titheridge QC (유방 암의심에도 불구하고 추후검사를 하지 않은 경우); Loftus v. Wray Castle Ltd. (1999) Lloyd's Rep. Med 159 per Bell J.. 이와는 달리 임신중절수술후 성공여부검사를 실시하지 않은 경우에 과실로 판단하지 않은 사건으로는 Chissell v. Poole Hospital NHS Trust (1998) Lloyd's Rep. Med 357 per Bonvin J. (CC, Westlaw-Summary); 그외에도 Jackson/Powell, On Professional Negligence 5th Edition 2002, § 12-176.

78) Jackson/Powell, On Professional Negligence 5th Edition 2002, § 12-185; Jones, in Grubb (Hrsg.), Principles of Medical Law 2nd Edition 2004, § 6.64; Jones, Medical Negligence, 2nd Edition 1996, § 4-027.

79) "Faced as he was with a problem he had never previously encountered namely the unexpected finding of an invasive carcinoma following the performance of a simple hysterectomy he clearly had an obligation to seek advice. All the more so, because (i) he had no specific postgraduate specialist training in the field of gynaecological cancer; and (ii) none of the consultants at the North Middlesex (including himself) "had any particular interest in gynaecological cancer - each of us undertook our own share of the work". Gascoine v. Ian Sheridan & Co (1994) 5 Medical Law Review 437 per Mitchell J..

과실은 가령 무지, 경험부족 또는 일시적 부주의 및 알려진 검증된 경로를 신
뢰하는 의사의 판단⁸¹⁾ 때문에 나타날 수 있다.

1) 수술과정

이러한 배경에서, 수술 중 뭔가 있다는 단순한 사실에서 수술의사나 팀의료
의 일원이 그 자체로 과실을 추정할 수는 없다고 판례에서 오랫동안 인정되
고 있다.⁸²⁾ 가령 수술의사가 매우 작은 공간에서 시행해야 하고 수술의 접근
방식은 적절하였기 때문에 안과수술과정에 각막을 비의도적으로 적절한 경우
과실로 파악하지 않았다.⁸³⁾ 반대로, 단순한 편도선수술과정에서 실수로 4개의
이빨을 발치한 것은 분명 과실이다.⁸⁴⁾ 지금까지 항상 개별 사례가 문제가 된
다고 하더라도, 수술방법이 복잡할수록 그리고 의료수준에 덜 미칠수록 의료
과실을 쉽게 정당화시킬 수 있다고 말할 수 있다.⁸⁵⁾

또한, 수술이 시간적인 압박하에서 이루어지는지도 고려해야 한다.⁸⁶⁾ 특정
한 결과들이 발생할 경우 어느 정도의 유형화는 가능한데⁸⁷⁾, 가령 수술실에서

80) Jackson/Powell, On Professional Negligence 5th Edition 2002, § 12-186.

81) 이에 대해 자세한 것은 Lewis, Medical Negligence 4th Edition 1998, p. 413 f.

82) Jones, in Grubb (Hrsg.), Principles of Medical Law 2nd Edition 2004, § 6.72; Jones, Medical Negligence, 2nd Edition 1996, § 4-059; Jackson/Powell, On Professional Negligence 5th Edition 2002, § 12-193; Nelson-Jones/Burton, Medical Negligence Case Law 1990, p. 76.

83) White v. Board of Governors of Westminster Hospital and Another (1961), The Times 26. 10., per Thompson J. (Nelson-Jones/Burton, Medical Negligence Case Law 1990, p. 340에서 재인용); Ashcroft v. Mersey Regional Health Authority (1983) 2 All ER 245, 247 f. per Kilner Brown J. (HC).

84) 그와 같은 전문가감정의 의견과 법원의 판결에 대해서는 Munro v. United Oxford Hospitals and another (1958) 1 BMJ 167 (CC).

85) Jackson/Powell, On Professional Negligence 5th Edition 2002, § 12-193. 수술을 계약에 따라 시행할 수 있도록 하기 위해서는 수술지가 이에 따른 전문지식을 갖추어야 한다는 사실은 이러한 경우 특별히 강조할 필요가 없다.

86) Cooper v. Nevill and another (1961), The Times 10. 3. (Nelson-Jones/Burton, Medical Negligence Case Law 1990, p. 186에서 재인용); Capital and Counties plc v. Hampshire County Council (1997) QB 1004, 1012 (CA).

87) Jackson/Powell, On Professional Negligence 5th Edition 2002, § 12-193.

입은 화상은 전형적인 과실을 의미할 수 있는 반면에⁸⁸⁾ 소파수술시 자궁천공이 특이하지 않고 이 때문에 그 자체로는 부적절한 의료조치로 추정되지 않는 점⁸⁹⁾을 들 수 있다. 이와는 달리 자궁뿐만 아니라 직장천공이 된 경우에는 소파수술이 적절한 주의의무에 따라 시행될 가능성이 전혀 없기 때문에 과실을 추정할 수 있다.⁹⁰⁾ 이와 유사한 상황으로는 나팔관손상시 적용된다. 이러한 점에서 Jowett J.는 자궁적출의 범위에서 환자의 나팔관손상을 입은 Hendy v. Milton Keynes Health Authority 사건(No. 2)에서 비록 해부학상 인정된 기술에 따라 적용하였음에도 불구하고 요관손상이 일어날 수 있다고 확정하였지만 입증책임의 문제는 과실없이 요관손상이 발생할 수 있는 가능성은 극히 드물다⁹¹⁾고 하였다. Jowett J.는 여기서 “unlikely”가 아니라 “likely”로 추정하여, 즉 나팔관손상을 통상적인 해부학상 환자에게 주의위반으로 야기하지 않았다는 개연성이 1:2000 미만이라고 생각하였다⁹²⁾.

분만의 경우에서도 결과를 회피할 수 있는 인간의 실수도 종종 있다.⁹³⁾ 이러한 점에서 격자분만의 시도가 너무 오래 걸리기 때문⁹⁴⁾이거나 난산⁹⁵⁾ 및

88) Clark and Another v. Worboys and Others (1952), The Times 18. 3. (Nelson-Jones/Burton, Medical Negligence Case Law 1990, p. 181에서 재인용); Jones, in Grubb (Hrsg.), Principles of Medical Law 2nd Edition 2004, § 6.72; Jones, Medical Negligence, 2nd Edition 1996, § 4-063.

89) Jones, in Grubb (Hrsg.), Principles of Medical Law 2nd Edition 2004, § 6.72.

90) Bovenzi v. Kettering Health Authority (1991) 2 Medical Law Review 293 (Jones, Medical Negligence, 2nd Edition 1996, § 4-059에서 재인용); Re L (a minor) , 22. 1. 1998, unreported, per Auld LJ.

91) “the incidence of non-culpable ureteric damage in normal cases is exceedingly rare and unlikely to be not greater than one case in several thousand”. Hendy v. Milton Keynes Health Authority (No. 2) (1992) 3 Medical Law Review 119, 122 per Jowitt J. (HC); Hooper v. Young (1998) Lloyd’s Rep. Med 61 per Stuart-Smith LJ.

92) Jones, in Grubb (Hrsg.), Principles of Medical Law 2nd Edition 2004, § 6.73.

93) 통계자료의 평가에 대해서는 Ennis/Vincent (1990) 300 BMJ 1365 ff.; 개괄적인 내용은 Hanson, Delivery by Caesarean Section: the Difference Between a National Standard and Negligence, Medical Law Review (2005) 13, p.268 ff.; 더 자세한 것은 Jones, in Grubb (Hrsg.), Principles of Medical Law 2nd Edition 2004, § 6.74; Lewis, Medical Negligence 4th Edition 1998, p. 411 f.

94) 과실은 물론 부인되었다. 이에 대한 사례로는 Whitehouse v. Jordan (1981) 1 WLR 246 (HL); Knight v. West Kent Health Authority (1997) 40 BMLR 61 per Kennedy LJ.

95) Dowdie v. Camberwell Health Authority (1997) 8 Medical Law Review 368 per Kay J.;

진통개시후 분만단계의 통상적인 검사의 미실시⁹⁶⁾로 인해 제왕절개의 늦은 시행을 들 수 있다. 주의의무위반의 과실은 종종 수술(제왕절개)을 적시에 시행하지 않았다는 점에 있는 반면에 보존적인 수술방법을 고려하지 않고 이루어지기 때문에 수술의 시행이 과실로 판단되는 것도 가능하다.⁹⁷⁾

물론 이것도 항상 과실이 되는 것은 아니다. 대안적 기술보다 이익이 없거나 더 큰 손해를 야기할 수 있는 특정한 방법기술을 선호하는 것이 모든 인식할 수 있는 위험을 고려하고 “합리적”으로 그와 같은 과정을 비교형량하여⁹⁸⁾ 이러한 비교형량의 결과로 적절한 능력을 갖추고 주의의무를 다하는 의사가 이러한 기술의 방법을 선택할 필요성이 있다고 판단된 경우에는 과실로 볼 수 없기 때문이다.⁹⁹⁾ 기대되는 결과가 발생하지 않는다는 점 그 자체로는 과실

Gaughan v. Bedfordshire Health Authority (1997) 8 Medical Law Review 182 per Preville J. (HC, Westlaw-Summary); Sutcliffe v. Countess of Chester Hospital NHS Trust (2002) Lloyd’s Rep. Med 449 Per Thomas J. (HC, Westlaw-Summary). 구체적인 사례에서 종종 임신성당뇨와 관련하여 발생하는 상완신경총마비는 과실이 아니라는 판례로는 Hallatt v. North West Anglia Health Authority (1998) Lloyd’s Rep. Med. 197 per Hobhouse LJ.

96) Reynolds v. North Tyneside Health Authority (2002) Lloyd’s Rep. Med 459 per Gross J.; 분만중의 과실에 대한 또 다른 사례에서는 Simms v. Birmingham Health Authority (2000) 58 BMLR 66 per Newman J. (CT-결과의 평가); Briody v. St. Helen’s and Knowsley Health Authority (1999) Lloyd’s Rep. Med 185 per Ward LJ (제대 탈출); Wisniewski (a minor) v. Central Manchester Health Authority (1998) Lloyd’s Rep. Med 223 per Brooke LJ (CT-결과의 평가와 전달); Hill v. West Lancashire Health Authority (1997) 8 Medical Law Review 196 per Hooper J. (verspäteter Kaiserschnitt bei Platzen der Fruchtblase ohne echte Wehen); De Martell v. Merton and Sutton Health Authority (1995) 6 Medical Law Review 234 per Judge Simpson QC (머리와 골반의 발견되지 않은 잘못된 위치 때문에 분만전개에 대해 오판하여 제왕절개의 부주의로 하지 못한 사례).

97) Doughty v. North Staffordshire Health Authority (1992) 3 Medical Law Review 81 per Henry J. (HC, Westlaw-Summary). 하지만 피고의사가 꼬인 신경에 대한 임상적, 방사선학적 확증이 없음에도 불구하고 척추수술을 시행한 경우 항소법원(Court of Appeal)이 - Bolam 원칙을 고려하여- 과실이 아니라고 한 사례로는 De Freitas v. O’Brien (1955-95) PNLR 680.

98) Bolitho v. City and Hackney Health Authority (1998) AC 232, 241 f. per Lord Browne-Wilkinson mit Anm. von Grubb, Medical Law Review, (1998) 6 Medical Law Review, 378, 380 ff.

99) Newbury v. Bath District Health Authority (1998) 47 BMLR 138 (= WL 1045004) per Ebsworth J. (HC, 수술방법의 선택이 “unwise”하다고 하였지만 과실은 아니라고 함). McCafferty v. Merton Sutton and Wandsworth Health Authority (1997) 8 Medical

행위에 대한 추정적 징표가 아니며¹⁰⁰⁾, 특히 의사는 결과보장에 대해 엄격하게 책임을 지는 것이 아니기 때문이다.

(1) 신체내 수술도구를 남겨둔 경우

실무에서 소위 swab cases, 즉 외과의사가 수술시 사용한 면봉을 환자의 체내에서 두고 잊어 버린 경우 “방어할 수 없는 것(indefensible)”로 본다.¹⁰¹⁾ 이러한 사건들은 대부분은 피고의사의 패소로 종결된다.¹⁰²⁾ 비록 간단하게 수술도구의 수를 세어보고 수술용면봉을 사용하고 다시 제거하였는지 잊어 버린 면봉에 대한 결과가 일반적으로 매우 심각한 경우라 할지라도 그 자체가 절대적인 책임기준은 아니다. 오히려 의사는 적절한 주의의무를 다해 면봉이 간과되지 않도록 보장할 의무를 질뿐이다.¹⁰³⁾ 간과한 면봉이 생명과 건강에 중요한 위험이 있는지 여부와 간단하게 수술도구의 개수를 확인함으로써 상대적으로 단순한 위험회피가능성의 측면에서 주의의무기준은 항상 비교적 높게 설정된다.¹⁰⁴⁾

위험회피와 의무의 이행에 대한 조치로서 이러한 경우(구체적인 사정에 따라 중복되는 경우¹⁰⁵⁾에도) 고려되는 것은 밴드에서 사용하는 면봉의 표시, 특

Law Review 387 per Viscount Colville of Culross QC (HC, Westlaw-Summary); Smith v. Salford Health Authority (1994) 23 BMLR 137 per Potter J.

100) Jackson/Powell, On Professional Negligence 5th Edition 2002, § 12-187.

101) Jones, in Grubb (Hrsg.), Principles of Medical Law 2nd Edition 2004, § 6.77; Jackson/Powell, On Professional Negligence 5th Edition 2002, § 12-194; Lewis, Medical Negligence 4th Edition 1998, p. 414 ff.

102) James v. Dunlop (1931) 1 BMJ 730, 731 f. per Scrutton LJ (CA); Dryden v. Surrey County Council (1936) 2 All ER 535, 538, 541 per Finlay J (HC); Urry v. Bierer and Another (1955), The Times 15. 7. (CA); Cooper v. Nevill and Another (1961), The Times 9. 3. (PC) Nelson-Jones/Burton, Medical Negligence Case Law 1990, p. 330 f., p. 186에서 재인용).

103) Mahon v. Osborne (1939) 2 KB, 14, 31 f. per Scott LJ (CA); Jones, Medical Negligence, 2nd Edition 1996, § 4-064; Jones, in : Grubb (Hrsg.), Principles of Medical Law, 2nd Edition 2004, § 6.77.

104) Jones, Medical Negligence, 2nd Edition 1996, § 4-064; Jones, in : Grubb (Hrsg.), Principles of Medical Law, 2nd Edition 2004, § 6.77.

105) 간호사의 계산을 혼자서 신뢰한 것은 통상적인 수술에서 과실로 파악한 사례로는 Urry v. Bierer and Another (1955), The Times 15. 7., (Nelson-Jones/Burton, Medical Negligence

히 이에 대해 준비하는 수술간호사에 의해 사용한 개수확인 및 “잊어버린” 면봉에 대해 수술의에 의한 적절한 범위에서 철저한 수색 등을 들 수 있다.¹⁰⁶⁾ 환자의 신체내 다른 대상물을 두는 것(가령 수술용도구)에 대해 이러한 원칙들을 준용할 수 있다.¹⁰⁷⁾

(2) 감염의 발생

이와 대조적으로 감염의 발생은 주의의무위반과 명백하게 비교할 수 없다. 가령 수술후감염의 경우, 누구도 확실하게 방지할 수 없다.¹⁰⁸⁾ 그러나 다른 감염은 적절한 소독¹⁰⁹⁾이나 감염원인의 격리를 통해서 방지할 수 있다.¹¹⁰⁾ 그러나, 감염의 주요원인은 감염된 물질 혹은 신체장기의 사용이다.¹¹¹⁾

Case Law 1990, p. 330 f.에서 재인용) und James v. Dunlop (1931) 1 BMJ 730, 732 per Scrutton LJ und Greer LJ (CA).

106) Jones, Medical Negligence, 2nd Edition 1996, §§ 4-064 ff.; Jackson/Powell, On Professional Negligence 5th Edition 2002, § 12-194.

107) Vgl. Hocking v. Bell (1948) WN 21 (Zurücklassen des Teils eines Drainageschlauchs nach einer Schilddrüsenentfernung; Nelson-Jones/Burton, Medical Negligence Case Law 1990, p. 234에서 재인용); Flechter v. Bench (1973) 4 BMJ 118 per Megaw LJ, Lord Denning MR dissenting (환자의 턱부위내에 부러진 드릴부품을 둔 사례); Jones, Medical Negligence, 2nd Edition 1996, § 4-068; Jackson/Powell, On Professional Negligence 5th Edition 2002, § 12-194.

108) Jones, Medical Negligence, 2nd Edition 1996, § 4-073; Jones, in : Grubb (Hrsg.), Principles of Medical Law, 2nd Edition 2004, § 6.78; Jackson/Powell, On Professional Negligence 5th Edition 2002, § 12-193; 의료적 관점에서 Sanderson (1995) 310 BMJ 1452 f.

109) Voller v. Portsmouth Corporation (1947) 203 LTJ 264 per Birkett J. (zitiert nach Nelson-Jones/Burton, Medical Negligence Case Law 1990, p. 334. (환자의 피부가 척추에 주사하는 경우 충분히 소독했기 때문에 불충분한 인력 또는 사용된 장비에 의해 발생했을 수 있는 경우에만 감염되는 수막염).

110) 이에 대한 어린이발열 사례들로는 County Council of the Parts of Lindsey, Lincolnshire v. Marshall (1937) AC 97 (HL); Heafield v. Crane and Another (1937), The Times 31. 7., per Singleton J. (Nelson-Jones/Burton, Medical Negligence Case Law 1990, p. 231에서 재인용). Vancouver General Hospital v. McDaniel and Another (1934) 152 LT 56 (Nelson-Jones/Burton, Medical Negligence Case Law 1990, p. 331에서 재인용). 이 사건에서는 추밀원(Privy Council)은 해당 관행을 고려하여 천연두 환자의 격리대신에 소독한 경우에는 과실로 인정하지 않았다.

111) 자세한 것은 Jones, Medical Negligence, 2nd Edition 1996, §§ 4-074 ff.; Jones, in : Grubb (Hrsg.), Principles of Medical Law, 2nd Edition 2004, §§ 6.80 ff.

과실판단은 common law에 따라 다시 위험의 인식가능성, 정도와 개연성 및 회피가능성과 이에 필요한 비용에 따라 기준으로 정해된다.¹¹²⁾ 이 때문에 과실은 가령 코수술과정에서 환자의 혈액형을 확인하지 않고 수혈을 하게 되는 경우 성립한다. 즉 Morgan v. Gwent Health Authority 사건에서 RH-형 환자가 과실로 -사전 테스트 없이- RH+형 수혈을 받은 경우 항체수가 증가하고 이를 통해 장래의 임신에 대해 중요한 위험이 성립하였다고 판시하였다.¹¹³⁾

2) 의약품

과실책임에 대한 자주 있는 원인은 하자있는 의약품의 사례를 들 수 있다.¹¹⁴⁾ 이러한 원인은 아래에서 설명할 커뮤니케이션의 하자에 기인하지만, 의사에 의한 잘못된 처방(부적절한 약물 또는 잘못된 복용량)도 원인이 된다. 의약품을 처방하는 경우, 의사는 제조자의 표시사항과 알려진 약제의 부작용을 고려해야 한다. 그러나 의사는 제조사의 정보를 맹목적으로 신뢰해서는 안 되며¹¹⁵⁾, 각각의 약제의 장단점에 대해 설명해야 하고 이와 아울러 자신의 정보를 기준으로 환자와 의약품에 대해 독자적인 판단을 해야 한다.¹¹⁶⁾ 1968년 의약품법(Medicine Act 1968)을 근거로 의사에 대한 제조사의 정보제공의무들에 대해 일련의 규제들이 제정되었음에도 불구하고¹¹⁷⁾ 영국의사들이 자신들이 처방한 의약품에 대해 충분한 설명을 하지 않는 것으로 보인다.¹¹⁸⁾

의사가 제조자의 지시 및 경고를 무시하면, 의사는 환자의 부작용발생에 대

112) 책임은 common law에 따라 지금까지 주의의무에 따라 기준으로 정해진다, Supply of Goods and Services Act 1982의 도입후 법적 상황에 대해서는 Bell (1984) 4 LS 175 ff.

113) Morgan v. Gwent Health Authority (1987), The Independent 14. 12., 피고에게 책임근거로 인정되었다. 판결에서 손해배상의 내용과 범위가 문제가 되었다.

114) 통계치에 대해서는 Sir Donaldson aaO (Fn. 10) S. 34.

115) Jones, in Grubb (Hrsg.), Principles of Medical Law 2nd Edition 2004, § 6.84.

116) Jones, Medical Negligence, 2nd Edition 1996, § 8-034; Jackson/Powell, On Professional Negligence 5th Edition 2002, § 12-191.

117) 이에 대해서는 Jones, Medical Negligence, 2nd Edition 1996, § 8-034 mit Fn. 93.

118) Vgl. Teff (1984) 47 MLR 303, 314 f.; Jones, Medical Negligence, 2nd Edition 1996, § 8-034 mit Fn. 93.

해 책임을 진다.¹¹⁹⁾ 그러나 제조업체의 권장 복용량을 초과하는 결정이 반드시 과실은 아니다.¹²⁰⁾ 오히려 모든 상황을 고려하여 적절한 주의의무와 전문 지식에 따라 진료에 대한 결정이 이루어지는지를 기준으로 한다. 이러한 경우 3가지 잠재적인 사례유형들이 고려된다.¹²¹⁾ : 우선 의사가 부작용을 합리적으로 인식했다하더라도 의사가 알려진 의약품의 부작용을 고려하지 않는다면 의사의 의무위반이 인정된다.¹²²⁾ 또한 주의의무위반은 의사가 일반적으로 기존의 위험에 대해 알고 있지만 부주의로 인해 잘못된 약물 또는 잘못된 복용량을 처방한 형태로 가능하다.¹²³⁾ 마지막으로, 의사가 비록 위험을 의식하고 있지만, 그 위험을 감수하는 것이 적절하다고 생각할 수 있는 사례들도 생각할 수 있다. 이것이 Bolam 테스트를 기준으로 타당하다고 인정되면¹²⁴⁾, 의사의 의무위반이 인정되지 않는다.

다른 사례에서는 의사가 책임을 진다.¹²⁵⁾ 이러한 맥락에서 물론 과다복용뿐

119) Newman v. Hounslow & Spelthorne Health Authority vom 17. 4. 1985, unreported, per Judge Thomas QC (조영제의 부작용[Myodil]); King v. King (1987) 2 The Lancet 991 per Croom-Johnson LJ (CA: 콜레라-장티푸스 예방접종의 의 경우 이에 따른 제조사의 경고에도 불구하고 의학적 부작용을 간과한 경우[Lewis, Medical Negligence 4th Edition 1998, p.415]); 제조사의 책임한계에 대해서도 Jones, in Grubb (Hrsg.), Principles of Medical Law 2nd Edition 2004, § 6.84; 혈액저장물에 대한 판례로는 A and Others v. National Blood Authority (2001) 3 All ER 289 per Burton J (HC)과 Goldberg (2002) 10 Medical Law Review, 165 ff.; Melnitchouk/Pearl (2004) 6 Med Law Int 87 ff.

120) Vernon v. Bloomsbury Health Authority (1986) 3 MLJ 190 per Tucker J. (zitiert nach Nelson-Jones/Burton, Medical Negligence Case Law 1990, p. 333).

121) Jones, Medical Negligence, 2nd Edition 1996, § 4-079.

122) Jones, in Grubb (Hrsg.), Principles of Medical Law 2nd Edition 2004, § 6.85.

123) Dwyer v. Roderick (1983), The Times 12. 11. (Nelson-Jones/Burton, Medical Negligence Case Law 1990, p. 202에서 재인용), 의사가 환자에게 편두통에 대해 처방했었던 Migril을 과다 복용하여 여러 가지 심각한 손상을 야기한 경우. 약사는 잘못된 투여량은 없었지만 약사도 마찬가지로 책임을 진 사례.; Kay v. Ayrshire and Arran Health Board (1987) 2 All ER 417 (HL), 의사가 과실로 소정의 용량의 30배의 페니실린을 주사하였던 사례에서 과실은 인정되었고 다만 인과관계에서 환자가 난청발생에 대한 잘못된 용량의 인과관계를 증명할 수 없다는 점에서 책임이 인정되지 않았다.

124) Bolam-테스트는 진료상의 과실에 대한 책임의 사례에서 실무적으로 중요하지 않고 오히려 이와 관련하여 커뮤니케이션의무위반에 대해 의사에게 부과된다. Jackson/Powell, On Professional Negligence 5th Edition 2002, § 12-191.

125) 호주 및 캐나다 판례의 예시들에 대해서는 Jones, Medical Negligence, 2nd Edition 1996, § 4-080; Jones, in : Grubb (Hrsg.), Principles of Medical Law, 2nd Edition 2004, §

만 아니라, 과소복용도 가능하다. 가령 환자가 마취의사의 과실로 인해 극히 적은 마취제를 받아 수술중에 다시 깨어나 의식이 돌아오게 되는 사례들이 종종 발생하며, 이러한 경우 대부분 이완작용으로 인해 움직일 수 없어 이에 따른 삽관으로 인해 알려줄 수 없는 상황이 발생할 수 있다.¹²⁶⁾ 이러한 유형은 의약품이 갑자기 중단되는 경우와 같다고 할 수 있다. 예를 들어 정신과의사가 정신질환자에게 진정제를 갑자기 중단하여 과다한 경련으로 간질쇼크를 입고 이를 통해 턱골절을 입게 된 경우에 과실로 평가할 수 있다.¹²⁷⁾

3) 수술봉합과 주사

전형적인 과실행위에 대한 또 다른 유형으로는 하자있는 주사사례를 들 수 있다. 이러한 점에서¹²⁸⁾ 잘못된 장소, 잘못된 물질, 잘못된 시간¹²⁹⁾ 또는 알레르기 테스트의 하자¹³⁰⁾뿐만 아니라 주사바늘이 부러져 부상을 입은 경우도 생각할 수 있다. 지금까지 표준화된 절차이지만 일반적으로 여기서도 주의의무에 대해서만 부담한다.¹³¹⁾ 주사바늘이 부러진 사실자체로는 여전히 과실의 징표가 아니다.¹³²⁾ *Brazier v. Ministry of Defence* 사건에서 *McNair J.*가 인

6.85.

126) *Ratcliffe v. Plymouth and Torbay Health Authority* (1998) *Lloyd's Rep. Med* 168 per Brooke LJ 그리고 인용된 고등법원의 판결들에 대해서는 *Ludlow v. Swindon Health Authority* (1989) 1 *Medical Law Review* 104 per Hutchinson J.; *Taylor v. Worcester and District Health Authority* (1991) 2 *Medical Law Review* 215 per McKinnon J.; 그 외에도 Jones, in Grubb (Hrsg.), *Principles of Medical Law* 2nd Edition 2004, § 6.86; Jones, *Medical Negligence*, 2nd Edition 1996, § 4-081.

127) *Hatwell v. South-West Metropolitan Regional Hospital Board* vom 5. 11. 1976, unreported (Nelson-Jones/Burton, *Medical Negligence Case Law* 1990, p. 230에서 재인용).

128) Jones, *Medical Negligence*, 2nd Edition 1996, § 4-082; Jones, in : Grubb (Hrsg.), *Principles of Medical Law*, 2nd Edition 2004, § 6.87.

129) *King v. King* (1987) 2 *The Lancet* 991 per Croom-Johnson LJ (CA).

130) *Robinson v. Post Office* (1974) 1 *WLR* 1176, 1188 per Orr LJ (CA).

131) Jackson/Powell, *On Professional Negligence* 5th Edition 2002, § 12-292.

132) *Gerber v. Pines* (1935) 79 *SJ* 13 per Du Parq J. (Nelson-Jones/Burton, *Medical Negligence Case Law* 1990, p. 216에서 재인용); *Corner v. Murray* (1954) 2 *BMJ* 1555, 1556 per Judge Tudor Rees (CC); *Galloway v. Hanley* (1956) 1 *BMJ* 580 per Lord Strachan; Nelson-Jones/Burton, *Medical Negligence Case Law* 1990, p.. 78; Jackson/Powell, *On*

정한 바와 같이 설명이 필요로 한다. 하지만 이러한 설명은 진료자의 과실(부적절한 삽입, 부적절한 바늘강도)에 있어야 할뿐만 아니라 위에서 언급한 사례와 같이 바늘의 잠재적 결함¹³³⁾ 또는 환자의 예상치 못한 반응에서도 찾을 수 있다.¹³⁴⁾ 중요한 것은 주사바늘이 부러진 경우에 대한 적절한 조치이다. 예를 들어 환자의 목에서 수술바늘이 부러진 후 의사가 약 1시간동안 손가락으로 깨진 부분을 빼기 위해 메스를 가지고 시도한 경우에 주의의무위반으로 볼 수 있다.¹³⁵⁾

잘못된 장소에서 시행될 때 가령 예를 들어 정맥주사대신 근육내주사를 한 경우¹³⁶⁾ 과실입증이 쉽지 않다. *Caldeira v. Gray* 사건에서 환자가 자신의 엉덩이에 주사한 후 자신의 오른쪽 다리를 움직일 수 없게 된 경우에 과실이 인정되었다. 피고의사는 안전한 주사부분을 신뢰하고 좌골신경에 부상을 입혔다는 것이다.¹³⁷⁾ *Daly v. Wolverhampton Health Authority* 사건에서 원고환자는 주사에 의해 신경손상이나 정맥 손상의 결과로 보기 흉한 흉터를 입은 경우 피고의사에게 과실이 인정되었다.¹³⁸⁾

그럼에도 객관적으로 실패한 주사가 항상 과실이 인정되는 것은 아니다.¹³⁹⁾ *Prout v. Crowley* 사건에서 비록 진료의사가 정맥에 구멍을 내거나 신체조직에 약물의 일부를 주사함으로써 농양이 발생하였다 하더라도 적절하게 주의의무를 다해 조치를 하였다는 점, 즉 이러한 과실은 적절한 주의의무를 다하

Professional Negligence 5th Edition 2002, § 12-192; Jones, *Medical Negligence*, 2nd Edition 1996, § 4-084.

133) *Brazier v. Ministry of Defence* (1965) 1 Lloyd's Rep. 26, 30 f. 문제가 되는 제조물책임에 대해서는 Jones, *Medical Negligence*, 2nd Edition 1996, § 4-085.

134) *Marchant v. East Ham Borough Council and Another* (1955) 2 The Lancet 973 f. per Pearson J.

135) *Henderson v. Henderson* (1955) 1 BMJ 672 per Lord Guthrie (스코틀랜드 Court of Session).

136) Nelson-Jones/Burton, *Medical Negligence Case Law* 1990, p. 79.

137) *Caldeira v. Gray* (1936) 1 All ER 540 per Lord Alness (PC).

138) *Daly v. Wolverhampton Health Authority* (1986) CLY 1050 per Deputy Judge Patrick Bennett QC (Nelson-Jones/Burton, *Medical Negligence Case Law* 1990, p. 79, 193에서 재인용).

139) Jones, in Grubb (Hrsg.), *Principles of Medical Law* 2nd Edition 2004, § 6.87.

였다고 하더라도 확실히 회피할 수는 없다는 것이다.¹⁴⁰⁾ 유사한 사례에서도 항소법원은 여기서 “과체중(exceedingly fat)”으로 기술된 환자의 팔에서 정맥을 찾기가 어려웠던 경우¹⁴¹⁾ 마찬가지로 판결하였다. 의도한 것과 다른 성분이 주사된 경우 대부분 커뮤니케이션하자의 문제이거나 준비행위의 시행에 대한 검사에서 주의의무위반 사례를 들 수 있다. 이러한 기준은 과다복용에도 적용된다.¹⁴²⁾

4) 진료의 감독과 추후진료

의사는 진료 및 진료의 진행을 주의깊게 감독할 의무가 있다.¹⁴³⁾ 이는 진료가 환자의 부작용에 대한 상당한 위험을 발생하는 경우¹⁴⁴⁾에도 적용될 뿐만 아니라 경우에 따라서는 진료결과와 관련하여 테스트의 시도를 포함한다.¹⁴⁵⁾ 감독의무는 이러한 경우 수술 후 환자건강상태의 악화에까지 확대된다.¹⁴⁶⁾ 예를 들어 Bayliss v. Blagg 사건에서 5세의 여자아이의 정신적 및 육체적 상태의 분명한 악화의 측면에서 걱정하는 아버지의 설명에도 불구하고 어떤 조치(가령 갑스의 고정상태에 따라 적절하게 보완하는 조치)를 전혀 시도하지 않았던 경우 과실이 인정되었다.¹⁴⁷⁾

140) Prout v. Crowley (1956) 1 BMJ 580 per Judge Blackledge QC.

141) Williams v. North Liverpool Hospital Management Committee and Others (1959), The Times 17. 1. (Nelson-Jones/Burton, Medical Negligence Case Law 1990, p. 342 f.에서 재인용). 책임사례에 대해 다른 사건으로는 Walker v. South West Surrey District Health Authority (1982) 17. 6., (Nelson-Jones/Burton, Medical Negligence Case Law 1990, p. 336에서 재인용).

142) Strangeways-Lesmere v. Clayton (1936) 2 KB 11, 14 f. per Horridge J. (HC); Smith v. Brighton and Lewes Hospital Management Committee (1958), The Times 2. 5., per Streatfield J. (zitiert nach Nelson-Jones/Burton, Medical Negligence Case Law 1990, p. 318 f.).

143) Wilsher v. Essex Area Health Authority (1987) QB 730 (CA).

144) Jones, Medical Negligence, 2nd Edition 1996, § 4-086; Jones, in : Grubb (Hrsg.), Principles of Medical Law, 2nd Edition 2004, § 6.88.

145) Jackson/Powell, On Professional Negligence 5th Edition 2002, § 12-195.

146) Jones, Medical Negligence, 2nd Edition 1996, § 4-086; Jones, in : Grubb (Hrsg.), Principles of Medical Law, 2nd Edition 2004, § 6.88.

사후관리의무 및 감독의무는 결국 과실이 아닌 수술상의 과실에 대한 의사의 책임을 도출함으로써 의사의 책임도 결과적으로 확대될 수 있다.¹⁴⁸⁾ Newbury v. Bath District Health Authority 사건에서 비록 의사는 특정한 수술 후의 증상들이 야기되었던 수술방법의 선택으로 책임을 지는 것이 아니었지만 이러한 방법은 비록 "비현명한 것"이었고 하자있는 것이지만 과실은 아니었기 때문이다. 그러나 의사는 수술방법에 의해 야기된 환자의 증상들의 측면에서 수술 후의 신경테스트를 과실로 시행하였기 때문에 책임을 지게 되었다. 따라서 의사는 수술 후 합병증에 조치를 취하고 이러한 경우 환자의 호소를 고려하는 것이 중요하다.¹⁴⁹⁾

전신마취에서 환자의 회복단계에 대한 감독에 대해서도 마찬가지로 적용된다. 즉 Coyne v. Wigan Health Authority 사건에서 전신마취하에 수술 후 회복실에 있던 동안에 원고는 4분내지 5분의 저산소증으로 뇌손상을 입었다. 피고는 이러한 상황에서 사실상추정(Res ipsa loquitur)의 원칙을 적용해야 하는 점을 인정하고, 이러한 사실에 대해 부족한 산소포화도가 소리로 인지할 수 없는 원고의 구토를 통해서 야기되었다고 반박을 시도하였다. 법원은 이러한 피고의 주장을 믿기 어려운 것으로 가부하고 피고의 과실을 인정하였다.¹⁵⁰⁾ 합병증에 대한 조치의무는 필요한 정보들을 적절하게 소통하는 시스템을 요건으로 한다.¹⁵¹⁾ 이 때문에 과실행위도 환자의 상태에 대한 정보들을 후속진료의사에게 전달되지 못한 경우에도 성립할 수 있다.¹⁵²⁾

147) Bayliss v. Blagg and Another (1954) 1 BMJ 709, 710 per Stable J.; 깁스부목에 대해서 Harrington v. Essex Area Health Authority (1984), The Times 14. 11., per Bedlam J. (책임은 물론 인과관계 때문에 인정되지 않았다); Cavanagh v. Bristol and West Health Authority (1992) 3 Medical Law Review 49 per MacPherson J. (HC, Westlaw-Summary).

148) Newbury v. Bath District Health Authority (1998) 47 BMLR 138 per Ebsworth J.

149) Jackson/Powell, On Professional Negligence 5th Edition 2002, § 12-195.

150) Coyne v. Wigan Health Authority (1991) 2 Medical Law Review 301 per Rose J. (HC, Westlaw-Summary).

151) 이에 대해서는 Lewis, Medical Negligence 4th Edition 1998, p. 416 f.

152) Bell v. Secretary of State for Defence (1986) QB 322, 330 per Sir Donaldson MR S. 332 per Neill LJ; Chapman v. Rix (1994) 5 Medical Law Review 239 (HC, Lewis, Medical Negligence 4th Edition 1998, p. 416에서재인용, 항소법원에 의해 사실관계의 오

IV. 영국과 우리나라의 의료책임과의 비교

1. 의료과실에 대한 근거와 판단기준에 대한 판례의 논거

영국에서는 의료책임을 통해서도 일반적으로 불법행위를 근거로 하고 있으며, 법원에 의해 도출된 과실의 개념은 우리나라의 개념과 매우 유사하다. 과실에 관한 유럽의 법리에 대한 이러한 고찰은 의사의 책임이 과실, 즉 부주의 혹은 능력이 없는 행위(careless or incompetent conduct)에 기초하고 있다는 점을 보여 주고 있으며, 오로지 합리적인 주의의무의 수준을 준수하지 못한 것을 말하며, 이는 통상적으로 평균적인 신중하고 성실한 의사가 환자에게 부담하는 그러한 기준을 의미한다. 하지만 영국의 판례들은 구체적인 사례에서 우리나라의 판례와 비교하여 볼 때 의사와 환자의 이해관계의 조정이나 과실 판단에서 환자의 보호가 미흡하다는 인상을 주고 있다.

우선 영국 보통법에서 의료과실소송은 원고는 불법행위의 과실의 네 요소를 입증해야 한다.: (1) 주의의무(duty of care): 병원이나 의료 제공자가 환자의 치료 또는 치료를 시도할 때마다 법적 의무가 존재한다, (2) 의무의 위반(breach of a duty) : 의료제공자가 관련 표준진료에 부합하는 데 실패할 것, (3) 인과관계(causation) (사실적 인과관계(factual causation) 및 법적 인과관계(legal causation) 또는 멀리 떨어져 있음(remoteness)) : 의무의 위반이 부상의 근접 원인, 그리고 (4) 손해나 피해 : 손해(금전적, 신체적, 정서적 손실)가 없다면 의료 공급자가 과실 여부와 관계없이 주장에 대한 근거가 존재하지 않는다.¹⁵³⁾ 우리나라에서도 의료책임에 대한 특별한 규정은 없기 때문에 오히려 계약법과 불법행위법의 일반 규범들이 유연성을 가지고 판례가 의료수준과 사회의 가치관에 따라 의료책임을 계속적으로 정립하여 왔다.¹⁵⁴⁾ 따

류로 파기되었다).

153) 유럽의 유럽책임에 대한 비교법적인 개관에 대해서는 Frati, Paola (et al.), European Legislative and Juridical Overview, :Ferrara, Santo Davide, Boscolo-Berto, Rafael, Viel, Guido (Eds.)(eds.), Malpractice and Medical Liability European State of the Art and Guidelines, Berlin Heidelberg 2013, p.69.

라서 의료소송에서 환자 측의 손해배상청구권이 인용되기 위해서는 불법행위에 기한책임이든, 혹은 채무불이행에 기한 책임이든 그 어느 것이나, ① 의사 측의 과실 즉 주의의무위반, ② 위법성 또는 불완전이행, ③ 손해의 발생, ④ 의료행위와 손해와의 사이에 인과관계가 존재할 것이 요구되고 있다.

전통적으로 영국법원은 의사가 특별한 기술을 가지고 있는 치료행위와 전문적인 지식을 가지고 있는 평균인(ordinary man)이 부담하는 주의의무와 기술에 따른 행위를 하지 못한 경우 의사에게 책임이 있다고 판시하였다.¹⁵⁴⁾ 여기서도 의료수준은 추상적이고 객관적인 기준이다. 즉 법원들은 과실이 존재하는지 여부를 결정하기 위해 사건의 사실적 상황들의 실제 의사와 합리적으로 기술이 있는 의사를 비교한다. 따라서 과실을 찾는 과정은 다른 나라에서와 같이 우리나라 대법원 판례와 동일하다고 볼 수 있다. 면봉이나 수술도구가 환자의 몸에 두는 경우 *res ipsa loquitur* 법리가 적용되는데 이러한 법리는 “calculated risk”이나 “poor result” 이론들에 의해 제한되며, 의사가 합리적인 주의의무(reasonable care)를 다하였다고 하더라도 동일한 유형의 상해가 발생할 수 있는 경우 결과가 좋지 않다는 사실만으로 과실의 추론을 인정하는데 충분하지 않다는 점을 언급하고 있다. 이러한 법리는 common knowledge의 문제로서 의사가 주의의무를 다했다면 어떤 특정한 상해가 발생하지 않았다는 점을 어떤 문외한이 추론할 수 있는 경우에 적용된다. 특히 일반인의 상식에 바탕을 둔 과실 있는 행위의 개념을 도입한 과거 우리나라 대법원 판례에도 영향을 주었다.¹⁵⁵⁾

그럼에도 영국법에서는 몇몇 법원들에서 과실과 중과실의 법적 구별이 없다고 판결한 이후 과실의 정도에 따른 구별이 없다는 점을 유의해야 한다.¹⁵⁶⁾ 여전히 경향적으로 임상적 판단의 실수는 과실로 파악해서는 안 된다고 하는 데닝 경(Lord Denning)의 강력한 견해에서 설명한 바와 같이 어느 정도의 차

154) 김기영, “새로운 약제의 사용과 의사의 민사책임의 근거”, 『법조』 제59권 제5호 (2010.5), 77면.

155) *Whitehouse v. Jordan*, [1981] 1 W.L.R. 246, 258.

156) 대법원 1995.2.10. 선고 93다52402 판결.

157) Lord Denning, *The Discipline of Law* (London: Butterworths, 1979), 237 - 245.

이점을 도출할 수 있다.¹⁵⁸⁾ 그러나 이러한 관점은 2005년 개혁 전에 영국 최고법원의 기능을 수행했던 입법부인 상원(House of Lords)에 의해 명백히 거부되었다.¹⁵⁹⁾ 반면 우리나라에서는 과실과 중과실에 대한 차이를 인정하지 않고 있으며, 진료측면에서 기왕증, 검사, 진단, 적응성, 사후관리 및 감독과 관련될 뿐만 아니라 진료경과의 조직, 환자의 설명과 진료기록의무와 관련된 병원진료의 모든 단계에서 엄격한 주의의무가 적용된다.¹⁶⁰⁾ 개별적인 의무들은 판례에 의해서 강화되어 왔다.

2. 의사의 재량권과 주의의무의 비교

또한 위에서 살펴본 바와 같이 영국 최고법원은 의사의 재량권과 관련하여 가정적 근거에 따른 진단행위¹⁶¹⁾와 관련하여 의사의 의무위반성에 대해 매우 관대하게 판단하고 있다. 물론 우리나라 대법원¹⁶²⁾은 이미 오랫동안 의료소송에서 “원래 의료행위에 있어서 주의의무 위반으로 인한 불법행위 또는 채무 불이행으로 인한 책임이 있다고 하기 위해서는 의료행위상의 주의의무의 위반과 손해의 발생과의 사이의 인과관계의 존재가 전제되어야 하나, 의료행위가 고도의 전문적 지식을 필요로 하는 분야이고, 그 의료의 과정은 대개의 경우 환자 본인이 그 일부를 알 수 있는 외에 의사만이 알 수 있을 뿐이며, 치료의 결과를 달성하기 위한 의료 기법은 의사의 재량에 달려 있다”는 점에서 진료방법선택의 자유와 관련하여 진료방법에 대한 과실판단에 있어서 재량권을 광범위하게 인정하여 왔다.

진단상의 과실로는 주로 진단 과정에서 필요한 검사를 하지 않은 경우, 진

158) Whitehouse v. Jordan, [1980] 1 All E.R. 650, 658;.

159) Whitehouse v. Jordan, [1981] W.L.R. 246, 258 (Lord Edmund-Davies).

160) 최근 대법원의 판결로 그 중요성이 강조된다. 대법원 2012.6.18. 선고 2010두27639,27646 전원합의체 판결; 예로 들면 산전진단의 착오시 책임범위에 관한 판례로는 대법원 2001. 6. 15. 선고 2000다17896 판결(기형아임을 발견하지 못한 산부인과 의사에게 책임이 있는지 여부).

161) Maynard v. West Midlands Regional Health Authority (1984) 1 WLR 634, 639 ff. per Lord Scarman (HL).

162) 대법원 1995.2.10. 선고 93다52402 판결 참조.

단 방법의 잘못으로 상해가 발생한 경우, 또는 어떤 질병을 다른 질병으로 잘못 판단하는 오진 등을 들 수 있다. 그러나 실제로 정확한 진단을 내린다는 것은 대단히 어려운 일이기 때문에, 단순한 오진이 있다고 하여 바로 과실을 인정할 수는 없다는 점은 전체적으로 영국의 의료책임의 동향과 유사한 점이 있다. 다만 만일 당해 의료기관의 설비 및 지리적 요인 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 권고할 의무가 있는데 진단의 경우에는 상당한 재량범위를 인정하고 있다.

하지만 분만의 경우에서도 영국에서는 사실상 환자안전을 위해 회피할 수 있는 의료사고가 많이 있는 것으로 조사되었지만 격자분만이나 난산 및 진통 개시후 분만단계의 통상적인 검사의 미실시로 인해 제왕절개가 지체된 경우 일부 과실이 없다는 판결이 있는 반면, 이와는 달리 우리나라 판례는 당뇨가 있는 경우에 거대아를 임신할 가능성이 높고, 특히 당뇨가 있는 임신부의 경우에는 불균형하게 복부와 어깨가 큰 거대아를 임신할 가능성이 높아 견갑난산이 발생할 가능성이 일반적인 경우보다 높으므로, 산부인과 전문의로서는 일단 환자에게 당뇨의 증상이 있으면 그에 따른 견갑난산의 발생가능성을 예측하여 질식분만이 아닌 제왕절개술에 의한 분만도 고려하였어야 주장을 인정할 바 있다.¹⁶³⁾

3. 입증책임

영국과 마찬가지로 common law 국가들과 민법을 가지고 있는 대륙법계국가들에서는 소송이 계약법 이든 불법행위든 상관없이 원고들은 의사의 과실, 손해 및 이들간에 인과관계를 주장하고 입증해야 한다. 여러 가지 이유 때문에 과실의 직접적인 증거와 인과관계는 입증하기 어려울 수 있다. 각국의 법시스

163) 대법원 2003. 1. 24. 선고 2002다3822 판결(산모가 산전 소변검사 결과 요당 약양성 반응을 보이는 등의 사정이 있었는데 이에 대해 별다른 조치를 취하지 않은 채 질식분만 방식으로 분만을 유도하던 중 태아가 거대아인 관계로 견갑난산을 하게 되어 태아에게 상완신경총 손상이 발생한 경우, 산부인과 의사에게 손해배상책임을 인정한 사례).

템에서 판사들은 의료행위를 평가하는데 필요한 과학적 지식이 부족하기 때문에 전문가의 감정(expert testimony)은 일반적으로 과실결정에 기초로 이용된다. 하지만 의사들이 서로 단결하는 소위 침묵의 공모(conspiracy of silence)경향¹⁶⁴⁾이 있기 때문에 의료팀원들이 문제에 대해 논의하지 않고 의료기록들이 항상 쉽게 손에 넣을 수 있지 않는 상황에서 실제로 무엇이 일어났는지 알기는 전문직에 속하지 않는 사람들에게는 매우 어렵다. 따라서 법원들은 의료과실에 대해 의사를 상대로 소송하는 환자에게 부담되어 있는 입증부담을 완화하고자 하였다. 환자 측에서 의료과실과 손해 사이의 인과관계를 입증하는 것이 사실상 불가능하다는 점에 착안하여 우리나라에서도 대법원 판례에 의하여 상당한 정도로 입증 정도가 완화되어 있는 것은 사실이지만, 그 근거 및 범위에 관한 명문의 규정이 없고, 따라서 그 적용범위가 항상 문제된다.

비록 과실의 정도에 따라 책임의 근거를 구별하고 있지는 않지만 입증책임의 부담을 위해 의사가 중대하게 과실이 있는 경우 입증책임의 전환을 인정하고 있는 독일 법원이나 영국법원들은 어떤 상황들하에서는 실제로 입증책임을 과실없이 행위하였다는 점을 입증함으로써 면책해야 하는 피고인 의사에게 부담시킬 수 있는 사실상추정원칙(res ipsa loquitur doctrine) 등은 결론적으로 여러 국가들에 적용되는 증거원칙들은 의사와 환자의 이해관계의 조정을 나타내고 있다고 할 수 있다. 적어도 영국이나 우리나라에서는 치료의 실패나 나쁜 결과의 단순한 사실만으로 과실을 인정하지는 않는다는 점을 알 수 있다. 또한 원칙의 문제로서 원고인 환자가 의사의 과실과 인과관계에 대한 입증책임을 부담하고 있다. 하지만 우리나라는 일응추정(prima facie evidence rule)이나 표현증명과 동일한 것으로는 환자가 부담해야 하는 입증책임을 완화하는 경향이 있다.¹⁶⁵⁾ 영국도 이러한 경향에서 예외가 아니다.

164) 신현호, “최근 의료민사소송의 현황과 절차적 제문제”, 「한국의료법학회지」 제18권 제2호(2010.12), 7면(32면).

165) Id. at 27-31.

V. 전망

의사의 임무는 국가의 법적인 범주와는 다르기 때문에 영국의 의사가 진단, 설명과 진료의 경우 우리나라 의사들과 같은 문제에 직면해 있다는 점은 당연한 것인지 모른다. 최근 Chester v. Afshar 사건¹⁶⁶)에서 최고법원(House of Lords)의 판결로 환자의 설명의무에 대한 문제에서 영국법은 다른 나라의 입장과 근접하고 있다는 것을 보여주고 있다. 한편으로는 합의할 수 있는 문제의 해결이라는 점과 다른 한편으로 이것은 최근 국가별 의료책임법의 동시적 발전에서 검토해야 한다는 것을 의미할 수 있다.

의료책임에 대한 청구권의 근거에 대해서는 영국은 계약법이든 불법행위법이든 그와 같은 선택을 허용하고 있고, 의료책임이 전적으로 또는 주로 계약인 경우에도, 의료책임의 원칙은 계약책임의 일반 원칙을 배제하고 불법행위책임의 일반적인 분석의 틀에서 어느 정도를 빌려올 수 있다. 이러한 계약책임의 배제는 입증책임과 관련하여 특히 명백하며, 계약의 경우 일반적인 규칙과 반대로 의료과실 사건의 원고는 의사의 과실을 입증해야 한다는 점을 대체로 우리나라와 동일하다는 점을 도출하였다.

결국, 의료소송의 법적성질이 무엇이든간에 의료책임은 의사의 행위가 의료수준에 미달하는 경우를 근거로 하고 있다. “주의의무(legal duty of care)”는 그 유래와 상관없이 동일하다. 이러한 의무는 의사의 주의의무가 구체적으로 무엇인지에 대해서는 우리나라에서 명문규정이 없지만 판례와 학설이 의사의 주의의무의 판단시 고려하는 요소로는 전문성의 기준 (의학적 수준), 시간적 기준 (의학적 수준의 시점) 및 장소적 기준 (진료환경 및 조건의 기준)을 들 수 있다는 점에서 유사점을 살펴보았다. 영국의 진단상의 과실과 진료상의 과실의 서로 다른 다양한 형태들은 영국의 보건시스템에 기인하는 경우가 많고 의사의 중대한 과실, 즉 의료수준의 기초적인 위반에 기인하여 입증책임의 완화에도 기여하는 점에서 중요한 비교법적인 시사점을 도출할 수 있다.

166) Chester v. Afshar (2005) 1 AC 134 (HL).

또한 현재 서비스지침뿐만 아니라 오히려 유럽집행위원회에 의해 현재의 유럽연합법의 흠결을 고려하여 2001년 7월 11일 유럽계약법선언¹⁶⁷⁾을 통해 시작하고 있는 조화과정은 이러한 발전을 고려하는 서로간의 정보와 각각의 문제들의 해결을 위해 나타나는 국가간의 유럽사법들 - 의료책임의 분야에서- 을 위한 계기를 제공하고 있다.¹⁶⁸⁾ 2004년 10월 11일 “Europäisches Vertragsrecht und Überarbeitung des gemeinschaftlichen Besitzstands - weiteres Vorgehen” 선언에서¹⁶⁹⁾ 유럽집행위원회가 무엇보다 공동의 회담범위의 아이디어, 즉 공식적이지만 구속력있는 텍스트를 아이디어를 발전시키고 있기 때문이다. 이는 “법률용어의 명확한 정의, 기본원칙 및 계약법의 일관된 계약법의 모델규정을 규정하고 있으며, 이러한 규정은 유럽내의 상황과 회원국의 법질서에서 유지되는 문제해결을 근거로 하고 있다”.¹⁷⁰⁾ 이러한 배경에서 각각의 건강보험시스템을 고려하여 의료책임법에서 유럽국가들의 해결책들도 세심하게 검토해야 할 것이다.¹⁷¹⁾

참고문헌

- 김기영, “새로운 약제의 사용과 의사의 민사책임의 근거”, 「법조」 제59권 제5호 (2010.5), 77면.
- 신현호, “최근 의료민사소송의 현황과 절차적 제문제”, 「한국의료법학회지」 제18권 제2호(2010.12), 7면.
- 박일환, 의료소송에서의 입증책임, 민사법학 8호(1990.4), 369면.
- 박일환, “의료과오의 입증에 관한 독일법과 미국법의 비교법적 고찰”, 「법조」

167) KOM (2001) 398 endg.

168) 그와 같은 상황에 대해서는 KOM (2005) 456 endg.

169) KOM (2004) 651 endg.

170) KOM (2004) 651 endg. S. 3, S. 12.

171) 이러한 유럽법적 맥락에서 Principles on European Law of Service Contracts을 고려해야 하고 의료서비스에 대해 Art. 7:101 ff.에서 규정하고 있을 뿐만 아니라 Study Group on a European Civil Code를 발전시키고 있다.

- 34권 2호(1985.2), 21면.
- 윤석찬, “독일에서의 의사의 민사책임의 새로운 발전”, 『재산법연구』 21권 1호 (2004.8), 221면.
- de Cruz, Peter, *Medical Law* 2002, London, Sweet & Maxwell (31. Dezember 2002).
- Deutsch, Neues zur ärztlichen Aufklärung im Ausland - Englische und französische Gerichte positionieren sich neu, *MedR* 2005, 464.
- Dugdale/Stanton, *On Professional Negligence* 3rd Edition, London, 1998.
- Grubb (Hrsg.), *Principles of Medical Law* 2nd Edition, London, 2004.
- Hanson, Timothy, Delivery by Caesarean Section: the Difference Between a National Standard and Negligence, *Medical Law Review* (2005) 13, p.268.
- Harrington, John, Globalization and English Medical Law, : B. Bennett & G.F. Tomossy (eds.), *Globalization and Health: Challenges for Health Law and Bioethics*, 169-185.
- Jackson/Powell, *On Professional Negligence* 5th Edition 2002, London.
- Jones, M., 'Informed consent and other fairy stories', *Medical Law Review*, 1999, vol 7, pp 103.
- Jones, M., *Medical Negligence*, 2nd Edition 1996, London.
- Kennedy, Ian/Grubb, Andrew, *Medical Law*, 3rd Edition, Oxford University Press, 2000.
- Lewis, Charles J., *Medical Negligence* 4th Edition, London, 1998.
- Maclean, Alasdair, Giving the reasonable patient a voice: information disclosure and the relevance of empirical evidence, in: (2005) 7 *Medical Law International*, p.1.
- Mason, J. Kenyon/Brodie, Douglas, 'Bolam, Bolam - wherefore art thou Bolam?' (2005), *Edinburgh Law Review* 9, 298.
- Morrison, Iain, Materielle und prozessuale Voraussetzungen der Arzthaftung in England & Wales, : Dautert, Ilse/Jorzig, Alexandra(Mitherausgeber),

Cross Border Treatment - Die Arzthaftung wird europäisch, AG
Rechtsanwälte im Medizinrecht e.V (Hrsg.), 2010, S.101-129.

Nelson-Jones, Rodney/Burton, Frank, *Medical Negligence Case Law* 1990.

Pittaway, David/Hammerton, Alastair, *Professional Negligence Cases*,
Butterworths Tolley, 1998.

Winfield/Jolowicz, *On Torts*, 16th Edition Sweet & Maxwell, London, 2002.

[Abstract]

Liability for Medical Malpractice in the United Kingdom

Kim, Ki-Young

Research Prof. Dr.jur. · Institute of Medical Law, Korea Univ.

The reference to the responsibility of the physician is related above all to the doctor and the scope of a given obligation. Responsibility of physicians in the United Kingdom law can be reviewed in the context of contractual priority, but problems of medical liability law are the characteristics of tort after the introduction of first free public health care system to the National Health Service (NHS) in the UK in 1948. It should be in practice noted that it is an issue whether the doctor whether the specific work to fulfill the duty of care and expertise that are right for rationally doctor. Problems with the establishment of a contractual breach of a doctor will be looked at once the legal relationship between the patient and doctor may be reviewed in accordance with the problem of the theoretical evaluation as part of the individual or the general duty obligations. So those are typically the duty of the physician regardless theoretical issues and is based on case law in the

UK.

In this paper, general medical liability on the medical diagnostic errors and the types of medical malpractice will be showed firstly and then reviewed the type of negligence and malpractice on the diagnosis and treatment in accordance with English law. In addition, the communication between the doctor and the doctor-patient will be discussed since the British precedent in 2005 with respect to any defect of communication between physicians and hospitals, the criteria in relation to responsibilities has been described in detail about the defects of communication between doctors and patients or other health professionals and hospital.

Key words : NHS, medical treatment, negligence, breach of duty, standard of care, duty of care