

유령수술에 대한 미국 판례의 동향

성수연*

요약

유령수술이란 용어는 주로 병원의 암묵적 동의하에 수술 적임이 아닌 의사가 적임인 외과 의사를 수술실로 불러 수술을 시행하도록 하는 것을 말한다. 그런 다음 수술하지 않은 의사가 의료기록지에 서명하고 환자에게 비용을 청구한다. 이런 관행에 대해 미국은 오래 전 판례와 미국 의학협회 등을 통해 비윤리적이라고 비난하였다. 유령수술은 환자가 마취상태에서 유령처럼 생긴 인물이 수술실로 몰래 들어오는 장면을 떠오르게 한다. 유감스럽게도 이 용어가 다른 맥락 다시 말해 동료의사나 레지던트가 수술하는 관행에 적용되었을 때 원래 그 용어의 용법에 있는 부정적인 의미들이 새로운 용법과 연관성을 띠게 되었다. 의사의 온정주의에서 환자의 자율 보장으로 관점이 바뀌면서 환자는 자신의 의료에 관한 결정에 합리적인 정보에 입각한 참여를 할 권한을 지니게 되었다. 환자의 자율권은 온전한 상태에서 수술에 대해 이해하고, 자발적으로 동의하지 않으면 어떤 시술도 받지 않으며, 환자는 시술이나 치료를 승인하고 시행하는 데 누가 책임을 지고 있는지 알 권한을 보장한다. 미국 의학협회(American Medical Association)와 미국 외과학회(American College of Surgeons)에서는, 만일 환자가 선택한 외과의사가 아닌 레지던트나 동료의사가 실제로 수술을 시행한다면, 환자는 그 사실을 알아야 하고 의사는 보조의사에 대해 동의를 받아야 한다고 말한다. 이에 대해 유령수술의 개념과 사전 동의, 유령수술이 분업적 의료에서 시행되고 있는 점을 보고 이에 대한 대책을 알아보도록 한다.

색인어

유령수술, 대리 수술, 유령의사, 의사 교체, 사전 동의, 환자의 자기결정권

I. 시작하며

사례 1: 신장 결석 제거 수술 후 합병증으로 병원에 재입원한 어느 환자는 그가 알고 있던 담당의가 아닌 그의 파트너가 수술을 하였다는 것을 알게 된다. 해당 비뇨기과 의사들은 팀으로 수술을 시행하기 때문에 특정 수술에 들어가기 직전에 어느 의사가 그 수술을 할 것인지 결정하게 된다고 주장한다[1].

사례 2: 레지던트가 경뇨도적 절제술을 수행한다. 주치의는 커피를 마시기 위해 최소 2회 수술실을 떠났고, 그 사이 출혈이 생겨 레지던트는 주치의의 불려 수술을 끝냈다. 그 환자는 수술 후 합병증에 시달린다[2].

사례 3: 주치의의 감독하에 레지던트가 난관결찰술을 수행한다. 그 주치의는 수술 전 사전 동의(informed consent) 과정에서 그 레지던트가 자신의 보조라고 소개했으며, 해당 치료의 전 과정에 참여했다. 그 레지던트는 수술 중 장기에 천공을 생기게 하여 환자로 하여금 부작용에 시달리게 하였다[3].

사례 4: 보철기구를 파는 회사의 판매원이 실제로 수술에 참여하였고, 그는 수술이 끝나기 전 수술실에서 나왔다. 이후 환자의 수술이 잘못되어 담당의는 다시 보철기구 판매원에게 연락하여 다시 수술실로 돌아와 줄 것을 요청한다. 골프를 치던 판매원은 수술실로 돌아

왔고 수술을 다시 바로 잡았다[4].

최근 몇 년간 수술실 내 의사의 역할에 관해 많은 논란이 집중되고 있다. 환자도 모르게 집도하는 의사, 오더리¹⁾수술 등 환자의 생명을 담보로 반인륜적 의료행위 사례들이 드러나면서 대중들에게 널리 알려지게 되었고, 이로 인해 누가 수술을 수행하느냐가 중요한 사안으로 떠올랐다.

명성이 높은 의사를 찾아가 불치병을 치료받기 위해 진찰을 받은 후 수술을하기로 결정하고 사전 동의서에 서명한 후 수술을 받고 아무 합병증 없이 완료되었다. 하지만 의료진은 진료했던 의사가 수술을 집도한 것이 아니라는 점을 환자에게 말해주지 않았다. 환자가 전혀 알지 못하는 다른 의사가 수술을 하였고, 이런 경우 ‘유령의사’로부터 수술을 받은 것이 된다.

비밀리에 의사를 교체하는 이러한 관행은 우리가 알고 있는 것 보다 훨씬 더 광범위하게 퍼져 있으며, 추적되거나 보고되지 않기 때문에 얼마나 자주 일어나는지 정확하게 알 수 있는 방법은 없다. 하지만 수술 예후가 좋지 않고 무엇이 잘못되었는지 알아보는 중 수술을 집도한 의사가 수술에 대해 설명하고 이에 동의한 의사가 아니라는 사실을 환자들은 알게 된다.

이러한 행위는 법률적으로나 윤리적으로 잘못된 것이다. 환자에게는 주어진 신체를 통제할 개인적 권리 및 충분한 정보에 입각한 자신의 의사를 결정할 권리를 침해하는 것이 된다. 이 같은 행위는 의사와 환자 간 신뢰관계를 파괴하며, 여러 가지 법률적 문제를 야기한다.

1) ‘오더리(orderly)’란 원래 의사의 지시(오더)를 받고 일하는 남자 간호인력을 가리키는 비공식 의료용어였다. 오더리 중 의사의 어깨 넘어 배운 수술법으로 직접 메스를 잡는 경우가 있는데, 손기술 좋아 웬만한 의사보다 수술을 잘하는 이들은 업계에서 ‘숨은 실력자’로 입소문이 나게 된다. 보통 수술 경력 10년이 넘어가면 베테랑으로까지 인정을 받게 되는데 이들을 가리켜서도 오더리라 칭하고 있다. 의료계는 이같은 오더리의 수가 전국에 최소 500~1,000명에 이르는 것으로 보고 있다. 무자격자에 의한 불법 수술은 간호조무사 뿐 아니라 수술 의료자재나 기기를 납품하는 업체의 사람에 의해서도 공공연히 이뤄지고 있다(<http://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&oid=016&aid=0000788397&sid1=001&from=mail>).

이에 환자의 동의 없이 이루어지는 수술과 관련한 사례들을 통해 유령수술을 검토한 후, 원인과 대책에 대해 모색해 보고자 한다.

II. 유령수술(ghost surgery)과 사전 동의(informed consent)

1. 유령수술²⁾의 개념

수술은 환자의 자발적 동의에 의해 무의식 환자에게 시행된다는 점에서 의학적 치료에서 특수한 분야이다. 이러한 특징으로 수술 중 환자가 마취상태에 잠들어 있는 사이 의사 교체가 가능한데 응급상황에서는 환자의 이해나 승인 없이 의사의 교체가 가능하다.³⁾ 그러나 응급수술이 아닌 경우 환자의 동의 없이 집도의가 바뀌고 이를 환자에게 알리지 않는 경우 이를 ‘유령수술(ghost surgery)’이라고 말한다.

유령수술은 역사가 오래된 비판적 의료 용어이다. 이는 일반의나 가정의가 떠돌이 의사를 고용해 수술을 시키고, 자신은 의료기록지에 서명하고 수술비를 청구한다. 깨어난 환자에게는 자신이 능숙하게 수술을 했다고 믿게 한다. 제도화된 근대 교육의 발전에 따라 이 용어의 뜻은 변화하여, 전신 마취라는 수단을 통해 환자에게 알리거나 동의를 얻지 않고 부정하게 환자의 수술 임무를 떠돌이 의사나 레지던트, 동료 의사에게 맡기고 수술비만을 챙기는 의사들을 말하게 되었다[5].

2. 유령수술의 분류

유령수술의 사례를 통해 집도의의 대체가 의사의 설명의무 즉 사전 동의 절차에 포함되는지 여부와 그 중요성에 대해 미국 법원의 입장을 살펴해보도록 하겠다.

1) 팀 의료에서의 유령수술

사례 1은 비뇨기과 전문의들(이하, “a, b, c”라 칭함)이 “팀”으로 운영되는 의료 집단의 일부였다. 그들의 통상적인 관행은 수술 직전에 누가 수술을 할 것인지 결정하는 것이었다. 환자는 이러한 관행에 대해 알지 못했으며, 원고는 그의 가족 주치의의 조언을 듣고 검사 및 비뇨기과 진찰을 받기 위해 병원에 입원하였다. 병원에서 환자는 a의사에게 검진을 받았고 이 의사는 이전에 환자의 방광염을 치료한 적이 있었다. a의사는 신장결석 제거 수술을 권고하였고, 환자는 a의사를 외과의사로 지명한 동의서에 서명하였다. 환자는 b와 c의사에게 수술을 받았는데 그 의사들을 알지 못했으며 동의서 상에는 a의사의 이름만 있었다. 수술 후 합병증이 발생하였고, 환자는 다시 병원에 입원을 하였고, 환자는 a의사가 아닌 b와 c의사가 수술한 것을 알게 되었다. 환자는 a의사가 수술하지 않았다는 사실을 알았다면 사전 동의를 하지 않았을 것이라고 주장하였다. 그는 수술과 관련하여 a의사가 수술할 것이라는 이해를 기반으로 a의사의 수술에만 동의를 하였다. 그러나 a의사와 그의 동료 의사들은 비뇨기

2) 유령수술, 유령의사, 대리수술 등 통일적으로 용어가 사용되고 있지 않다. 본고에서 저자는 미국 판례 등에서 표현한 ‘ghost surgery’를 통일적으로 ‘유령수술’로 표기함.

3) 응급의료에 관한 법률 제9조(응급의료의 설명·동의) ① 응급의료종사자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 제외하고는 응급환자에게 응급의료에 관하여 설명하고 그 동의를 받아야 한다.

1. 응급환자가 의사결정능력이 없는 경우

2. 설명 및 동의 절차로 인하여 응급의료가 지체되면 환자의 생명이 위험하여지거나 심신상의 중대한 장애를 가져오는 경우

과 팀의 규칙에 의거하여 팀의 특정한 의사에 대한 요청(의사 지정)이 있다면 그 의사가 시술하고 그러한 요청이 없다면 팀의 두 사람이 수술을 한다고 주장하였다.

이에 대해 대법원[1]은 “의사는 수술 동안 발생하는 응급 상황이나 예상치 못한 상황이 없을 때 수술 전 환자의 동의를 받아야 하는 책임이 있으며, 환자의 동의는 특정 수술 절차를 허가하는 목적을 만족시킬 만한 사전 동의여야 한다. 문제는 환자가 적절한 설명을 받았다면 무엇을 결정하였을지가 아니라, 합리적인 사람이 환자의 위치에서 완전한 설명을 받았다면 무엇을 결정할지이다. 부주의나 의료과실로 상해나 손해가 발생하면 증거를 통해 입증되어야 한다. 과실로 상해나 손해가 발생하지 않는다면 소송 사유가 발생하지 못하지만, a의사가 직접 수술하지 않은 의료과실을 범했고 그로 인해 상해나 손해가 근본적 원인이라면, a의사의 행위가 상해나 부상을 유발하는 중요한 요소”라고 판시하였다.

대법원은 환자의 동의 없는 의사의 대체를 유령수술로 분류하고 과실의 결과이든 그렇지 않든 불문하고 단지 수술의 수행의 결과가 주된 원인인 모든 상해에 대한 손해배상 권리를 부여한다고 판시하였다. 최소한 명목적 손해배상(nominal damage)을 받을 권리와 자신이 동의하지 않은 의사에 의한 수술에 정신적 고통에 대한 손해배상의 권리도 인정하였다. 환자의 동의로부터 고의적인 일탈은 폭행죄가 적용되며 징벌적 손해배상이 결정될 수 있다고 판시하였다.

① 소결

오늘날의 의료행태는 다수인이 팀을 이루고 그들은 분업된 의료를 전문적, 세분화하여 맡은 바 의료를 담당하고 있다. 의료분업은 전문화와 수준향상을 위해 불가피하게 받아들여지고 있으며, 신뢰의 원칙 하에 의료분업의 위험이 관리되

고 있다. 사례의 경우 의료분업 중 수평적 분업에 속하며, 의료인들의 파트너십에 입각하여 동등한 지위를 지닌다[6].

판결에서와 같이 동등한 입장의 의사이긴 하나 동의를 얻을 시 수술 집도의에 대한 설명과 실제 수술이 다른 의사에 의해 수행된 경우를 유령수술로 보아 위법한 행위로 판단하였다. 의사들이 팀의료에서 관행적으로 이루어지고 있다고 항변하고 있으나 이는 받아들이지 않았으며, 환자의 동의를 얻지 않은 행위는 환자의 자율권을 방해하는 행위로 여겨왔다.

위 사례와 유사한 우리나라에서 이슈가 되고 있는 유령수술과 관련하여 서울의 한 유명 성형외과 사례[7]를 살펴보면 안면윤곽 수술을 받은 21세 여대생이 전신마취 후 깨어나지 않고 사망하였다. 전신마취는 마취과 전문의가 환자가 깨어날 때까지 지켜봐야 하지만 병원홍보와 다르게 보따리 마취과 의사를 수술에 참여시켰고, 집도할 것으로 알고 있던 의사가 아닌 치과 전문의가 수술을 하여 환자와 보호자를 속인 유령수술을 하였다.

팀 의사인 경우나 병원 소속 의사가 아닌 경우 등 우리나라에서 다양한 형태의 유령수술이 문제되고 있다. 의사의 설명은 사전에 이루어져야 하며 환자는 수술의를 믿고 동의를 한 것이므로 사전 동의시 수술에 관한 완전한 정보와 수술의에 대해 환자에게 공개해야 한다. 수평적 관계의 의사들이라도 환자가 특정 의사로부터 수술을 받기로 사전 동의를 한 이상 집도되는 자신이 직접 수술을 진행해야 하며, 의사는 환자의 최선의 이익을 위해 환자의 의지에 반하거나 속임수를 쓰는 행위를 하여서는 안 된다.

2) 레지던트 수술에서의 유령수술

① 레지던트 수술 동의를 없는 경우

사례 2는 수술 후 요실금을 경험한 환자가 의사를 상대로 제기한 의료소송이다. 환자는 소변의 악취와 부부 관계 후 작열감으로 인해 신장 감염을 예상하고 의사 Reynolds와 상담하였다. 의사는 방광에서 요도로 가는 경로가 막혀 있기 때문에 방광을 완전히 비울 수 없다는 것을 발견하고, 환자에게 방광과 요도의 연결통로를 넓히는 TUR (경뇨도적 절제술, transurethral resection) 수술을 권했다. 수술 예정일 전날인 1973년 5월 22일 의사 Reynolds는 환자의 병실로 찾아와 레지던트 Freie를 자신의 보조라고 소개하였다. 환자는 레지던트 Freie가 수술의 일부를 맡을 것이라는 말은 전혀 듣지 못했다. 1973년 5월 23일 의사 Reynolds와 레지던트 Freie는 TUR 수술을 하였고, 이때 레지던트 Freie가 조직의 50%~70%를 제거하였다. 약 1시간의 수술에서 의사 Reynolds가 커피를 마시기 위해 최소 2회(시간은 총 30분으로 증언되었으나 재판에서는 약 10분~15분으로 명시) 수술실을 떠났다는 것은 명백히 증명되었고, 의사 Reynolds의 이러한 행동은 대부분의 의사들에서 인정되는 관행적인 행동이라고 항변하였다. 의사 Reynolds가 수술실을 나왔을 때 레지던트 Freie는 환자에게 출혈이 발생한 것을 발견하고 의사 Reynolds에게 알렸고, 의사 Reynolds는 다시 수술실로 돌아와 레지던트 Freie 수술을 도운 후 다시 수술실에서 나갔고, 이후 다시 돌아와 수술을 완료하였다. 수술 후 환자는 요실금 등 후유증으로 인해 직장에서 해고되고, 정신적인 문제까지 겪게 되었다.

BRIGHTMIRE Presiding Judge (specially concurring)는 환자가 TUR 수술을 위해 의사

Reynolds를 고용했으며, 그는 자신이 지불하는 수술에 레지던트가 수술을 하는 것에 동의하지도 권한을 위임하지도 않았고, 레지던트의 수술은 위법행위로 '사기이자 기만이며 기본적인 윤리개념의 위배'로 규정되는 유령수술의 형태로 수술되었다고 판시하였다.

의사 Reynolds가 수술 의무를 레지던트에게 불법적으로 위임한 위법한 행위를 정당화하려는 시도에서 '인정되는 또는 관습적인' 것으로 불리우는 방식은 불법적이기 때문에 이러한 항변은 법률적 실체가 없고, 기존 법률과 대치된다면 합법성에 반하는 어떠한 변호도 제공되지 않는다고 덧붙였다.

“미국의 모든 국민은 ‘자연권(natural right)’을 가지고 있으며 법률은 선택적으로 수술을 받거나 거부할 것인지의 여부를 결정하는 법률적 권리와 수술을 받는다면 집도의를 선택할 권리로 인정된다. 만일 환자가 특정 의사에 의한 특정 수술에 동의한다면 그는 유효한 동의 범위 내에서의 수술에 대한 자신의 권한을 위임한 의사와의 계약을 체결했다고 볼 수 있다. 환자의 동의 없이 수술을 하는 의사는 위법한 행위를 하는 것이며, 그 손상에 대한 책임을 져야 한다”라고 판시하였다.

② 레지던트 수술 동의를 있는 경우

사례 3은 세 번째 자녀의 출산을 기대하고 있던 중 의사 Glick으로부터 출산 전 케어를 받았다. 그녀는 출산 후 난관결찰 수술을 받을 계획이었고, 의사 Glick의 사무실에서 미리 외과수술 동의서에 서명하였다. ‘나는 의사 Glick이 지정한 조수 또는 보조의사에게 다음과 같은 절차들을 수행할 권한을 부여한다. 조산관리(진통 및 분만), 회음절개 및 복원, 태아감시, 필요한 경우 제왕절개, 그리고 산후 난관결찰’이라고 육필로 기재되어 있었다. 그녀는 1987년 1월 16일 이른

아침 산통으로 Englewood Hospital에 입원하였다. 그녀는 난관결찰 수술에 관한 또 다른 동의서에 서명을 하였다. ‘나는 의사 Glick이 조수 또는 보조의사로 지정할 수 있는 모든 사람에게 다음과 같은 절차 즉, 출산 후 양측난관결찰 절차를 수행하도록 권한을 부여한다’고 서명하였다.

의사 Glick이 그날 오전 10시쯤 5살 손자와 함께 병원에 도착했고, 의사는 손자를 그녀에게 소개한 후 병원 외과 레지던트인 Prezioso를 호출하여 수술실과 복도에서 자신의 조수라고 소개하였다. 수술 중 환자의 내장이 관통되어 일반의과 의사를 호출하여 응급수술을 하였다. 그녀는 난관결찰 수술 후 회복 중에 부작용을 발생하였다고 주장하였다.

간호사의 증언에서 첫 번째 절개는 레지던트 Prezioso가 수행하였고, 그 직후 내장이 관통된 사실을 증언하였다. 그러나 의사 Glick이 실제 난관결찰술을 수행했다는 사실에는 다툼이 없었다.

법원은 환자가 특정 의사와 그의 수술 보조가 수술하는 것에 대해 동의했기 때문에 유령수술이 없었다고 판시하였다. 판사는 본건을 Perna [1] 사건과 구별하면서, 단지 권한이 부여된 유일한 수술의사가 다른 권한 없는 수술 의사로 대체된 것이 아니며, 보조 의사 문제와 관련이 없음을 지적하였다. 환자는 2건의 사전 동의서를 작성하였으며, 의사 Glick과 레지던트 Prezioso의 난관결찰술을 허락했다는 사실에 관해서는 다툼이 없고, 의사 Glick의 보조는 수술에 필요한 사람이라고 소개되었다. 의사 Glick은 수술실을 이탈하지 않았으며, 실제로 환자가 수술 권한을 부여했던 난관결찰술을 수행하였기 때문에 레지던트 Prezioso가 최초 절개를 함으로서 권한 없는 수술 의사로 전환되었다는 것을 의학적

소견에 의해 입증했어야 한다고 판단하였다.

③ 소결

대다수 환자들은 레지던트가 수술에 참여하는 정도를 알지 못하며, 병원 소속 의사 및 의사의 보조자 명칭이 나온 사전 동의서에는 레지던트가 실제 절개나 봉합을 할 수 있다는 의미 있는 정보가 나와 있지 않았고, 일부 레지던트는 의사의 감독을 받지 않은 채 수술을 하며, 일부 의사는 수술이 진행 중이거나 절개를 봉합하기 전에 수술실을 떠난다는 점이 사례를 통해 확인되었다.

의사의 감독 하에 레지던트가 시행한 수술과 레지던트가 보조하고 의사가 시행한 수술을 비교하여 레지던트가 한 수술이 환자에게 감염이나 사망 등 피해를 끼치게 된다는 위험성에 대한 우려가 아닌 레지던트 수술에서의 논점은, 레지던트의 신분과 수술에 참여하는 정도를 공개하는 것이 사전 동의에 필수적인가 하는 점이다. 수술실에서의 모든 의료진의 신분, 지위, 역할을 알려줘야 하는가에 대한 모든 정보가 환자의 동의서에 담겨야 한다는 법적 요건은 없다. 하지만 의사의 이름만 나온 동의서에 환자가 동의를 하게 될 경우, 만일 레지던트가 의료과실을 실제 수행한 사람들 중 한 사람이라면 문제가 발생할 수 있다. 즉, 레지던트는 환자의 동의 없이 수술한 것에 대해 책임을 질 수 있다.

이에 대해 레지던트 프로그램 및 미래 의사들의 교육에 악영향을 미치게 될 것이며, 또한 수술 중 레지던트의 교체가 발생할 경우 환자가 깨어나기 전까지 수술을 미뤄야 하며, 의사를 도울 레지던트의 이름을 다 알기는 불가능하다는 점등을 이유로 병원이 제 기능을 못할 것이라고 반박할 수도 있다.

그러나 이러한 문제에 대해 교육 중인 레지던트가 의사의 감독 하에 수술의 전부 혹은 일부를

수행할 수 있다는 점을 사전 동의의 내용에 포함하도록 하는 것이다. 레지던트의 수술이 수행될 경우 환자가 이름을 알고 권한을 부여한 의사의 감독 하에 레지던트가 수술을 돕거나 수술을 시행하도록 하는 것은 유령수술이 아니다. 환자에게 수술의 전반적인 수행에 책임을 지는 의사의 신분을 알리는 한 환자는 완전한 정보를 얻는 것으로 완전한 정보를 제공 받은 환자의 권한은 담당 의사가 수술을 시행하는 레지던트를 감독하지 않은 경우에 유령수술⁴⁾[8]이 된다.

진실한 정보에 입각한 사전 동의에 필요한 완전한 정보를 공개할 필요성과 환자의 안전을 보장하기 위해 충분한 감독이 이루어져야 한다. 의사는 수술에 참여한 레지던트에 대한 환자의 동의를 구해야 하며, 의사가 선택한 보조자와 같은 모호한 용어의 동의는 환자가 필요로 하는 충분한 정보에 입각한 사전 동의로써 불충분하다.

3) 무면허의료행위와 유령수술

사례 4는 수술 기구 판매원이 실제로 수술에 참여한 것이 알려지면서 뉴욕주 시민들이 격노했던 사건이다. William Mackay라고 하는 보철 기구 회사의 판매부 국장이 자기 회사 보철 기구들 중 하나를 환자의 다리에 삽입하는 고관절 치환술에 대부분 동안 수술실에 있다가 수술이 끝나기 전 수술실에서 나왔다. 그가 떠나고 집도이는 고관절이 다시 탈구된 것을 확인하고 골프를 치던 Mackay를 다시 병원으로 돌아오게 하였다. 병원에 도착한 그는 이미 수술한 부위의

접합제(시멘트)를 약 3시간 반 동안 제거한 다음 보철 기구의 위치를 재조정하여 골절로 야기된 문제를 해결하였다. 그 사이 집도이는 수술실 밖으로 나간 사실도 있었다. Mackay는 고등학교나 대학에 다닌 적이 없었고, 의료기법에 관한 교육도 받지 않았다. 그의 지식은 정형외과 학회지나 교육 영화를 보거나 교육 연습으로서 사체 뼈에 보철물을 이식하는 것 밖에 없었다. 환자는 이러한 사건들 즉, 비의료인인 Mackay가 사실상 수술을 한 의사였다는 점을 인식하지 못했다. 뉴욕주 시민들은 환자의 동의나 사전 고지 없이 Smith Town 종합병원과 의료진(정형외과 의사 2명, 마취과 1명, 간호사 1명)이 당시 수행하였던 수술에 심대한 방법으로 의료기 판매원을 참여하도록 승인했다고 주장하였다.

2급 폭행죄와 1급 업무기록 위조죄로 기소된 사건으로 대배심은 의료기기 판매원이 응급이 아닌 상황에서 환자의 사전 동의도 없이 수술에 불법 참여했다고 판단하였다. 집도이는 수술실에서 외과 전문의로서의 역할을 다하지 못한 채 만연하게 문외한의 판단과 기술에 수술을 맡겨 버렸고, 의료기기 판매원의 수술 참여는 판매한 의료기기에 관한 사용 혹은 방법에 대한 안내사항을 훨씬 넘어 확대된 것으로 파악하였다. 또한 마취 상태를 유지하기 위해 긴 시간에 걸친 마취제의 지속 사용은 환자를 간헐적, 지속적으로 깨어났다 잠들게 하는 것으로 환자가 인식하거나 저항할 힘을 상실하게 하여 사전에 제공된 동의서에 의해 감안된 사실과 달라 위법하다고 판단하였다.

4) 담당 의사의 감독, 관찰의무를 부인한 사례로 마취과 조교수가 레지던트 과정 1주일밖에 안 되는 피고인2에게 특별한 주의 없이 마취 상태 점검을 맡기고 수술실을 나간 점이 피고인2에게 피해자의 맥박이 분당 80에서 60으로 떨어지는 것을 직접 발견하지 못하였다는 점이 문제가 될 수 있으나 종합병원에서의 마취전문의의 마취시술 과정 및 레지던트의 마취상태 점검 등의 보조 역할과 레지던트에 대한 마취교육 및 그 능력정도, 피해자의 심정지가 할로탄 과다 투여에 기인한 것이 아니므로, 전신마취에 의한 의료사고에 대하여 의사에게 마취 과정상의 시술 및 관찰에 있어서 업무상 주의의무를 위반한 과실이 없다고 본 사례: 서울형사지법 1992. 6. 3. 선고 91노7702 제1부 판결.

그러나 대법원은 마취제의 사용은 환자의 동의 하에 투여되었으며, 응급상황이 존재하였고, 의료기기 판매원이 제공한 수술은 집도의에 의해 승인된 것이고 합법적인 것으로 이는 의료과실 소송의 대상이 되며, 2급 폭행죄가 적용되지 않는다고 판결하였다.

① 소결

수술기구 판매원이 수술에 참여하는 것은 명백한 불법이다. 그것은 면허 없이는 의료를 시행하지 말라는 법⁵⁾에 위배되기 때문이다. 현재 우리나라에서 의사를 대신해 무면허 불법 수술을 하는 ‘오더리’가 전국에 약 500~1,000명 정도가 활동하고 있으며, 40대 남성 조무사가 무릎절개, 연골제거 등 총 849차례의 무면허 수술을 한 사실⁹⁾이 밝혀졌다. 이와 같이 무면허의료업자에 의한 유령수술은 명백한 범죄행위⁶⁾이므로 환자가 사전 동의를 하는 목적과도 대치된다. 사전 동의를 자격을 갖춘 의사, 관련된 모든 중대한 정보, 환자의 동의가 필요하다. 그러나 유령수술은 의학적, 법률적으로 치료의 정당성이 인정되지 않기 때문에 환자의 최선의 이익에 부합되지 않는다.

3. 유령수술과 사전 동의(informed consent)

1) 사전 동의

사전 동의(informed consent)라는 개념은 사실 매우 오래 전부터 사용되어 오고 있으며, 그 유래는 중세까지 거슬러 올라간다. 이탈리아, 프랑스, 중동지역의 14세기 고문서에서도 면책 문서가 나타나는데, 그러한 문서들은 치료 과정에서 발생하는 예기치 않은 사건들로부터 의사를 면책하기 위한 목적으로 작성된 것이었다. 이러한 개념이 의사가 절차의 위험에 관해 환자와 논의하고 동의서에 환자의 서명을 받는 행태의 오늘날의 사전 동의로 발전되어 왔다¹⁰⁾.

의료 환경에서의 동의에 대한 개념은 *Schloendorff v. Society of New York Hospital* 사건¹¹⁾을 통해 소개되었다. “성년기의 건전한 정신을 지닌 모든 인간은 자신의 신체에 대하여 어떤 것이 행해져야 하는지를 결정할 권리가 있다. 환자의 동의 없이 수술을 수행한 의사는 폭행위협(assault)죄¹²⁾를 범한 것이며, 그에 대한 손해배상 책임이 있다. 이것은 환자가 의식이 없

5) Education Law §6512 Unauthorized practice a crime, “Anyone not authorized to practice under this title who practices or offers to practice or holds himself out as being able to practice in any profession in which a license is a prerequisite to the practice of the acts, or who practices any profession as an exempt person during the time when his professional license is suspended, revoked or annulled, or who aids or abets an unlicensed person to practice a profession, or who fraudulently sells, files, furnishes, obtains, or who attempts fraudulently to sell, file, furnish or obtain any diploma, license, record or permit purporting to authorize the practice of a profession, shall be guilty of a class E felony. Anyone who knowingly aids or abets three or more unlicensed persons to practice a profession or employs or holds such unlicensed persons out as being able to practice in any profession in which a license is a prerequisite to the practice of the acts, or who knowingly aids or abets three or more persons to practice any profession as exempt persons during the time when the professional licenses of such persons are suspended, revoked or annulled, shall be guilty of a class E felony.”

6) 의료법 제27조(무면허 의료행위 등 금지) ① 의료인이 아니면 누구든지 의료행위를 할 수 없으며 의료인도 면허된 것 이외의 의료행위를 할 수 없다.

7) 미국법에서 위협죄(assault)와 폭행죄(battery), 중상해죄(mayhem)의 구분은 조금 다른 측면이 있다. 비록 표기의 편의를 위해 assault를 위협죄, battery를 폭행죄라 의역하였지만 국내에 소개된 미국법 서적들이 표기하는 것과 같이 assault를 폭행죄, battery를 상해죄라 번역하는 것도 틀리다고는 할 수 없겠다. Black Dictionary에 의하면 assault는 폭행/공격 행위 단계(우리만 ‘폭행’의 개념에 가깝다)를 가리키고 battery는 폭행에 의한 결과 발생(해롭거나 불편한 신체 접촉의 결과)까지 포함하는 개념이다. 따라서 battery는 반드시 상해의 결과를 수반하지 않는 신체에 대한 공격으로서의 우리형법 제260조의 폭행죄의 개념과 폭행치상 내지 상해죄의 개념을 모두 포함한 단어이므로 양 죄 모두를 표현하는데 사용될 수 있다. Assault는 battery의 시도(attempt)내지 수단 정도로서 흡수되어 처벌된다. 한편 jurisdiction에서는 assault를 폭행을 하겠다는 협박(신체접촉 없음)으로, battery는 실제 접촉이 있는 폭행으로 구분하는 경우도 있다.

는 경우 그리고 동의를 얻기 전에 수술이 필요한 경우와 같은 응급상황의 경우를 제외한 모든 경우에 해당한다⁸⁾”고 판결하였다.

California Civil Jury Instructions (CACI)은 사전 동의 내용에 대해 다음과 같이 기술하고 있다. “의료 절차에 대한 환자의 동의는 ‘충분한 설명이 동반된(informed)’ 동의이어야 하며, 환자는 의료실무자가 제안한 치료 또는 절차를 충분히 설명한 후에만 사전 동의를 한다. 의료 실무자는 의료 절차의 성공 가능성과 의료 절차에 대한 동의의 위험성을 환자가 이해할 수 있는 언어로 설명해야 하며, 합리적인 사람이라면 제안된 치료 또는 절차를 받기로 결정하는데 있어서 중요시할 모든 위험과 숙련된 실무자라면 동일한 상황 또는 유사한 상황에서 환자에게 공개했을 모든 다른 정보를 포함하여 환자가 사전에 결정을 하는 데 있어 필요한 충분한 정보를 환자에게 제공해야 한다[13]”고 실시하고 있다.

또한 CACI [14]는 의사가 사전 동의 얻지 않고 환자에게 수술을 수행하여 과실이라고 주장할 때 입증조건을 제시하고 있다. “의사는 환자에게 의료절차를 수행하였고, 환자는 그러한 의료 절차에 대한 사전 동의를 하지 않았다는 사실과 환자의 입장에서 합리적인 사람이라면 그러한 절차의 결과와 위험에 관하여 충분히 고지를 받았다면 의료 절차에 동의하지 않았을 것이라는 사실 및 환자는 의사가 의료 절차를 수행하기 전에 설명했어야 할 결과 또는 위험으로 인해 피해를 입었다”는 사실을 입증하도록 하였다. CACI는 Cobbs 판결[15]을 인용하며 의사의 고지 불이행과 원고의 상해 간에 인과관계가 존재해야 하며, 사전 고지가 이루어졌다면 치료

에 대한 동의를 하지 않았을 것이라는 것이 입증된 경우에만 그러한 인과관계가 발생한다고 밝히며, 객관적 기준은 환자의 입장에 처한 합리적인 사람이라면 충분히 고지를 받았을 때 동의를 거절했을 것인지 여부이고, 이에 대해 의사는 환자가 적절하게 고지를 받았더라도 동의를 했을 것이라는 사실을 입증하도록 하였다. 즉 과실의 경우 원고는 어떤 손해가 발생했는지 입증해야 하지만 사전 동의 사건의 경우 어떤 손해가 수술 자체가 아니라 권한 없는 행동으로 인한 것인지 의사가 입증해야 한다는 것이다.

살펴본 바와 같이 사전 동의는 제안된 치료를 철회할 수 있는 기회가 주어지고, 그 치료의 성격과 위험에 대해 이해한다는 전제조건 위에 이루어진다. 사전 동의의 범위를 규정하는 것은 난해한 일이다. 그러나 일반적으로 응급상황 또는 전반적인 치료에 대한 사전 동의가 이루어졌을 시 수술의 범위를 합리적 이유에 따라 의사들이 수술 범위를 확대하는 행위에 대한 정당성은 인정되어 왔다. 사전 동의는 공유된 의사결정 과정으로 인식되며, 이러한 과정에서 의사의 의무는 합리적인 환자들이 충분한 정보에 기초한 결정을 내릴 수 있도록 수술 정보를 제공하는 것이다.

2) 유령수술과 사전 동의

유령수술과 관련하여 미국 법원은 오래 전부터 수술 의사를 대체 가능한 성격의 것으로 판단하지 않았으며, 환자가 수술 의사를 선택하는 것은 수술 과정 자체에 동의하는 것만큼 중요하다. 이는 입장을 견지해 왔다. 그러나 우리나라는 최근

8) “Every human being of adult years and sound mind has a right to determine what shall be done with his own body; and a surgeon who performs an operation without his patient’s consent commits an assault, for which he is liable for damages. This is true except in cases of emergency where the patient is unconscious and where it is necessary to operate before consent can be obtained.”

방송과 언론을 통해 일부 의사들의 불법적인 행태들이 보도되어 국민들의 불안감이 높아지고 있지만 유령수술과 관련된 의료계의 지침, 판례 등은 아직 확립되지 않았다.

환자의 자기결정권⁹⁾을 보호하기 위해 의사는 진실한 정보에 입각한 사전 동의에 필요한 정보를 공개할 필요성과 환자의 안전을 보장하기 위해 충분한 감독이 제공되어야 하며, 환자는 질문하고 그에 대해 자신이 정확히 이해할 수 있는 답을 구하는 것이 중요하다. 의사에게 요구되는 공개의 범위는 절대로 단순하게 정의될 수 없다. 이에 캘리포니아 대법원은 “완전한 공개에 대해 정보에 대한 환자의 관심은 모든 가능한 합병증에 대한 장황한 설명으로 확장되지 않으며, 반드시 약식으로 제시할 필요도 없다. 환자는 사망 또는 신체에 대한 유해, 회복 문제에 관심을 가지며, 의사가 일반적 시술에 내재하는 상대적으로 가능성이 낮고 그러한 낮은 가능성이 상식일 때는 해당 위험을 이야기할 의무는 없다. 예를 들어 일반적 혈액 샘플 채취와 같은 간단한 절차에 내재하는 위험 중 혈중, 피부염, 봉와직염, 농양, 패혈증 등 있다고 하여 모든 합병증에 대해 설명할 것을 요구하는 것이 아니며, 복잡한 시술인 경우에 해당 시술에 알려진 사망이나 심각한 신체상의 유해 위험이 있는 경우에 의사는 사망이나 심각한 신체상의 유해 가능성을 환자에게 공개할 의무와 발생할 수도 있는 합병증을 일반적 용어로 설명할 의무가 있어 환자에게 공개해야 한다”고 판시하였다[15].

환자들은 자신의 의사를 완전히 신뢰하거나 달리 선택의 여지가 없다고 생각한다. 의사는 환자가 유령수술에 대해 충분히 위험하다고 인식

하기 전에 의사의 교체에 대해 공개적으로 이를 사전에 설명하여 동의를 얻어야 할 것이며, 이에 대해 만족할 수 있도록 답해야 할 것이다.

동의하지 않은 의사가 수술을 담당하는 것을 원치 않는 환자는 의사에게 거부의사를 밝히는 것도 중요하다. 수술 전 또는 수술 중의 복잡한 문제에 대한 결정은 의사에 의해 주도되는 경우가 많지만 수술을 누가 수행하는가에 대하여 환자가 명확히 아는 것은 의료의 주체로서 개시한 정보에 기하여 스스로의 가치판단에 따라 합리적으로 의료행위를 선택, 결정할 수 있을 것이다.

4. 유령수술과 법적 책임

앞서 사례를 통해 환자가 동의하지 않은 의사가 수술을 수행하게 되면 환자는 그 수술행위가 의료과실이든 불문하고 신체 침해에 대한 손해배상과 유령수술에 대한 정신적 고통에 대한 위자료 청구의 권리를 부여하였다(사례 1, 2). 레지던트에 의해 수행되는 수술의 경우 적절한 감독이 동반되었을 경우(사례 3) 또는 환자가 레지던트의 수술 집도를 허락했을 경우 일반적으로 법원은 의사에게 유리한 판결을 내렸다.

현재 우리나라는 유령수술에 대한 판례 중 무면허 의료행위에 대한 판례만 있을 뿐 의사의 교체가 설명의무에 해당하는지에 대한 판례가 확립되어 있지 않으므로 의료행위와 관련된 판례를 중심으로 법적 책임에 대해 논의해 보도록 하겠다.

9) 헌법 제10조는 인간의 존엄과 가치, 행복추구권을 보장하고 있다. 이러한 헌법상 권리에 의거하여 환자는 자신의 신체나 정신에 일어날 일에 대하여 스스로 결정할 수 있는 자기결정권을 가진다. 어느 누구도 환자의 의사에 반하여 환자의 정신이나 신체에 개입할 수 없는 것이 원칙이다.

1) 유령수술과 민사책임

오늘날 의료계약은 의사가 환자에게 베푸는 온정주의에서 환자는 의료행위와 관련된 모든 정보에 대해 알고자 하는 자기결정권의 시대로 변화하고 있어 의료관계도 계약관계로 보는데 이견이 없다.

의료 계약의 법적 성질에 대해 고용계약, 도급계약, 위임계약, 무명계약 등이라는 견해가 있으나 수술계약의 성질과 내용에 따라 계약상 책임이 달라지고, 일반적 의료행위의 경우 청약과 승낙, 당사자의 의사 합치에 의해 계약이 성립하고, 환자는 의사의 고도의 의학적 지식과 기술에 대해 신뢰하며, 의사는 “진료계약에 따라 그 진료를 위임받았다면 선량한 관리자의 주의의무를 다하여 진료를 하여야 한다”[16]고 판시하여 위임계약설이 의료계약의 성질에 대해 가장 부합하나 의료계약의 추상적, 개괄적인 특징으로 인해 모든 문제를 위임계약으로 해결하려는 것은 또한 한계가 있다[17].

판례는 의사에게 진료채무, 설명의무 등을 인정하고 있고, 이 중 설명의무는 환자의 알권리와 자기결정권을 보호하고 있으며, 위반시 청구권이 인정되며 증명은 의사가 부담한다[18]. 설명의무는 환자의 자기결정권 실현 뿐만 아니라 의사와의 신뢰관계에도 영향을 미친다. 판례는 “생명과 신체의 기능을 어떻게 유지할 것인지에 대하여 스스로 결정하고 진료행위를 선택하게 되므로 의료계약에 의하여 제공되는 진료의 내용은 의료인의 설명과 환자의 동의에 의하여 구체화 된다”[19]고 밝히고 있으며, 설명의 대상으로 “당해 환자가 그 필요성이나 위험성을 충분히 비교해 보고 그 진료행위를 받을 것인지의 여부를 선택하기 위해 질병의 증상, 치료방법의 내용 및 필요성, 발생이 예상되는 위험 등에 관하

여 당시의 의료수준에 비추어 상당하다고 생각되는 사항”[19]이라고 판시하고 있다. 또한 설명의무의 주체는 당해 처치의사나 특별한 사정이 없는 한 주치의 또는 다른 의사를 통한 설명으로도 충분하다고 밝히고 있다.

의료행위에 앞서 의사의 설명의무에 관한 법리는 모든 의료행위에 적용된다. 진료계약의 당사자인 의사는 구체적 진료계약에 필요한 사항을 환자에게 충분히 설명할 주의의무가 있다.

판례에 의하면 설명의무 위반 시 선택기회 상실 내지 자기결정권 침해로 인한 위자료 청구와 신체나 건강의 침해에 대한 전손해배상 책임으로 구별하고 있다.

대법원[20]은 “의사가 설명의무를 위반한 채 수술 등을 하여 환자에게 중대한 결과가 발생한 경우에 환자측에서 선택의 기회를 잃고 자기결정권을 행사할 수 없게 된 데 대한 위자료만을 청구하는 경우에는 의사의 설명 결여 내지 부족으로 인하여 선택의 기회를 상실하였다는 점만 입증하면 족하고, 설명을 받았더라면 중대한 결과는 생기지 않았을 것이라는 관계까지 입증하여야 하는 것은 아니지만, 그 결과로 인한 모든 손해의 배상을 청구하는 경우에는 그 중대한 결과와 의사의 설명의무 위반 내지 승낙 취득 과정에서의 잘못과 사이에 상당인과관계가 존재하여야 하며, 그 때의 의사의 설명의무 위반은 환자의 생명, 신체에 대한 구체적 치료과정에서 요구되는 의사의 주의의무 위반과 동일시할 정도의 것이어야 한다”. 판례는 설명의무 위반으로 인한 환자의 입증 책임 부담을 경감시키기 위한 방법으로 정신적 손해배상인 위자료의 인정을 전 손해에 비해 쉽게 인정하고 있다.

최근 판례의 입장으로 본 환자의 자기결정권의 침해인 유령수술은 설명의무 위반으로 인한 정신적 위자료의 청구가 가능하며, 유령수술로

인한 신체침해에 대한 손해배상에 미국의 판례 또한 사례에 따라 나뉘어지고 있다. 유령수술로 인한 수술이 성공적이었을 경우 유령수술은 폭력행위로 간주되어 신체 침해에 대한 손해배상과 위자료 모두 인정되어야 한다는 판례[1]와 유령수술과 결과 사이 인과관계가 증명되어야 손해배상이 인정될 수 있고 다만 위자료만 인정되는 판례[15]도 있었다. 미국 판례를 통해 설명의 무결여 내지 부족으로 인한 정신적 손해배상의 책임은 분명하나, 수술결과의 성공여부와 유령수술과의 관계에서의 손해배상 청구에 대해서는 의견의 차이를 보일 듯 하다.

유령수술의 민사법적 문제는 수술 주체 즉 수술의에 대한 고의이든 과실이든 환자의 생명·신체와 직접적 관련이 있는 문제로서 환자가 수술을 결정하는데 있어 매우 중요한 요소이므로 의사의 설명의무 대상에 기본적·필수적 요건이 된다.

의료법 제46조는 환자가 의사를 선택할 수 있는 권리가 인정되고 있다. 이는 환자의 자기결정권에 대한 법적 권리를 갖는 것을 의미한다. 의사는 이전 온정주의 즉 치료의 결과에만 치중한 사고에서 벗어나 환자가 수술 결정에서 중요하게 생각하는 집도의와 보조의사의 참여도 등에 대한 설명도 환자의 권리보호를 위해 중요하다는 것을 인식하여야 하며, 판례는 설명의무 위반시 손해배상과 위자료를 인정하고 있으므로 유령수술에 대한 수술 주체의 설명 결여는 분명 법적 책임을 부담하게 된다.

2) 유령수술과 형사책임

유령수술과 관련하여 먼저 의료행위에 대한 형법적 시각에 대해 논의가 필요할 것이다. 현재 의료행위에 대한 학계나 판례는 의견이 정립되

어 있지 않다. 의사의 치료행위는 환자의 건강을 회복, 유지시키려는 목적을 가지므로 상해의 고의가 없고, 의사의 의료행위는 형법 제20조 업무로 인한 행위에 해당하여 정당행위로서 위법성이 조각된다는 의견이 있다. 이에 대부분의 판례 또한 의료과실과 관련하여 업무상과실치사상죄로 판결되고 있다. 그러나 독일의 경우 의료행위는 상해죄의 구성요건에 해당하고, 오로지 피해자의 승낙에 의해서만이 위법성을 조각시킬 수 있다고 봄으로써 환자의 자기결정권을 정당화의 실질적 요건으로 파악하고 있다[21].

유령수술과 관련하여 환자가 명시적으로 특정의사의 수술에 동의한 경우 고의적 의사의 교체를 업무상과실치사상죄로 물을 수 있는가가 문제된다. 즉 유령수술을 한 경우는 달리 보아야 할 것이다. 성형수술 등 긴급성 등이 요구되지 않는 상황이나 응급상황 등이 아닌 특별한 사유가 없는 한 유령수술은 의사의 교체를 인식하고 의도하였다고 볼 수 있으므로 고의가 인정되고 상해죄가 인정된다고 보아야 할 것이다. 또한 상담의사와 유령의사 사이에 의료행위의 분담을 통한 기능적 행위지배가 있었다면 공동정범의 책임과 교사범, 방조범의 책임을 물을 수 있다.

유령수술로 인한 환자의 재산상 손해로 인해 사기죄를 물을 수 있는지에 대해 살펴보면 의사의 설명 부재가 기망행위로 볼 수 있는가이다. 기망행위란 상대방을 착오에 빠지게 하는 일체의 행위를 말하며, 대법원은 “사기죄의 요건으로서의 기망은 널리 재산상의 거래 관계에 있어서 지켜야 할 신의와 성실의 의무를 저버리는 모든 적극적 또는 소극적 행위”[22]라고 밝히고 있다. 고의적 의사의 교체는 환자와의 신의와 성실의무에 반하는 행위이므로 사기죄의 요건에 해당할 수 있다. 또한 사기죄의 성립에 있어서 재산상의 손해발생이 있는지에 대해 판례는

현실적인 손해가 발생하였는지와 관계없이 사기 죄를 인정[23]하므로 유령수술로 인한 재산상의 손해발생과 관계없이 사기죄가 인정됨이 상당할 것으로 보인다.

오더리 또는 진료보조 인력에 의한 유령수술은 의료법 및 보건범죄단속에관한특별조치법 위반에 해당한다. 유령수술을 지시한 의사에 대해 공동정범을 인정한 판례[24]를 살펴보면 “의원의 원장이자 유일한 의사인 피고인이 의사면허 없는 공동피고인 중 무면허자에게 자신이 수술한 환자들에 대해 재수술을 맡아 하고 있다는 사실을 알면서도 월 1,000만 원이라는 급여를 안정적으로 지급받으며 원장으로 계속 근무함으로써 공동피고인 중 무면허의료행위가 가능하도록 한 이상, 위 의원을 실질적으로 운영한 피고인과 공동피고인 중 묵시적인 의사연결 아래 그 무면허의료행위에 가담하였다고 보아 피고인에게 위 무면허의료행위에 대한 공동정범으로서의 죄책이 있다고 판단한 조치는 옳고, 공동정범에 관한 법리를 오해하거나 채증법칙을 위반하여 사실을 오인한 위법이 없다”고 판시하여 무면허의료업자에게 유령수술을 지시한 의사에게 보건범죄단속에관한특별조치법위반에 대한 공동정범을 인정하였다.

진료보조 인력에 대한 판례[25]는 “의사가 간호사에게 의료행위의 실시를 개별적으로 지시하거나 위임한 적이 없음에도 간호사가 주도하여 전반적인 의료행위의 실시 여부를 결정하고 간호사에 의한 의료행위의 실시과정에 의사가 지시·관여하지 아니한 경우라면, 이는 의료법 제27조 제1항이 금지하는 무면허의료행위에 해당한다고 보아야 한다. 그리고 의사가 이러한 방식으로 의료행위가 실시되는 데 간호사와 함께 공모하여 그 공동의사에 의한 기능적 행위지배가 있었다면, 의사도 무면허의료행위의 공동정범으

로서의 죄책을 진다”고 판시하였다.

미국의 판례를 통해 본 유령수술은 무면허의료 뿐만이 아닌 의료행위자간 유령수술이 인정되고 있다. 우리의 의료현실은 선택진료를 행하는 경우 이외에 의사의 설명의무에 수술 집도의에 대한 설명이 부족함에도 이에 대해 크게 문제시 되고 있지 않은 것이 현실이다. 이러한 사정으로서 수술실 내 의사의 참여도, 수술 주체에 대한 환자와 의사의 의식 부재는 특정한 의사를 선택한 것이 아닌 경우 유령수술이 되지 않는다고 생각할 수 있다. 그러나 의료전반에 만연한 의사의 교체가 환자의 신체와 건강에 지대한 영향을 미친다는 것에 대해 국민적 의식 전환이 이루어져야 할 것이며, 의료진 또한 유령수술이 윤리적·법적으로 문제시 된다는 것에 대해 다시금 생각해 보아야 할 것이다.

III. 유령수술의 발생 원인과 대책

1. 유령수술의 원인

1) 의료행위의 특징과 유령수술

의료행위는 사람의 생명을 구하고 신체의 완전성을 확보해야 하는 구명성과 환자를 치료하여 사회에 복귀시키는 사회적 소명감도 가지고 있다. 그러나 현실적으로 의료가 전문화·세분화되어 일반인은 이해하기 어렵고, 비공개적 특성으로 유령수술이 암암리에 독버섯처럼 퍼져나갔다. 또한 의료정보에 대해 환자가 쉽게 접근할 수 없으며, 의료기록이 위·변조되어 누가 수술을 하였는지 진실을 알 수 없게 된다. 그리고 의료의 폐쇄성으로 인해 의료현장에서 무엇이 발생하였는지 누가 수술을 하였는지에 대해 탐구하게 된다.

2) 유령수술의 사회적 배경

유령수술은 다양한 사회적 배경을 요인으로 발생한다. 현대 의료가 상업화되어 가면서 병원 수익 증대에 대한 압박은 의사의 윤리의식을 저하시켰고, 직업적 자부심도 떨어져 의사와 환자의 신뢰관계는 불신으로 변해갔다. 한편 낮은 수가 등 의료제도상의 모순으로 의사는 의료의 질보다는 진료의 양에 더 치우치게 되었다. 또한 의사 수의 증가로 인해 의료기관의 무한 경쟁은 허위 과대광고로 이어지고 환자의 경제적 사정에 맞추어 수술을 하는 공장으로 변하여 많은 환자를 수술하는데 유명의사는 필수적 요건이 되어버렸다. 방송 등 언론매체에 노출이 되어 인지도가 높은 의사를 내세워 환자와 상담하게 하고 수술은 환자와 일면식도 없는 수술 기법, 수술 숙련도 등 아무런 정보가 제공되지 않은 의사, 병원관계자, 오더리 등에게 생명과 신체를 맡기게 되는 것이다.

2. 유령수술에 대한 대책

1) 공개

적절한 공개에 대한 판단기준은 첫째, 합리적인 의사를 기준으로 무엇이 환자가 결정을 하는데 중요한 것인가이다. 둘째는 환자의 입장에서 합리적인 사람이라면 결정을 하기 위해 알고자 했을 것을 공개했는지의 여부이다. 후자가 채택되는 이유는 전문가 모두 의사이므로 환자에게 정보를 누락하거나 전문가의 증언을 얻지 못한다는 우려에서 나온 것이다.

합리적 의사 기준은 관련된 위험의 종류 및 확률과는 무관하게 수용 가능한 것에 대한 결정에서 환자의 자율성 개념을 간과하는 경향이 있다.

합리적 환자 기준은 환자의 선택권을 강조한다. 하지만 이 기준은 가설상의 합리적 환자의 판단에 영향을 미치는 요인들에 대한 추정을 필요로 한다는 점에서 그리고 특정 환자들이 가지는 정보 필요성은 자신의 기준에서만 합리적일 수 있다는 점을 간과한다는 점에서 비판을 받는다.

모든 위험을 공개해야 하는 것일까? 합리적으로 예측 가능한 실질적 위험의 공개만을 요구하며 가능성이 매우 낮은 위험에 대한 공개까지는 요구하지 않는다. 백만분의 일의 발생 확률, 일반인들도 분명히 알 수 없는 위험, 공개한다고 해도 분명히 치료 거부로는 이어지지 않을 내용은 기타 예외에 속한다. 또한 그 공개가 환자에게 정서적으로 해로울 것이라는 의사의 판단에 대한 문제가 있다.

의사의 기술과 경험에 대한 공개여부는 치료 자체의 위험에 대한 이해와 무관하거나 실질적 위험 요인으로 생각될 수 있다. 전신 마취의 경우 위험에 대해 의사가 환자에게 고지해야 하는 것이다. 마취의 위험이 가지는 결과가 매우 중대하다는 것은 부정할 수 없다고 하더라도, 일반적 건강이 우수한 환자도 사망할 수 있다는 점은 예측가능성의 범위에 대한 고려를 필요하게 만들지만 합리적 환자는 그 점에 대해 분명히 알기를 원할 것이다. 하지만 공개로 인해 최상의 치료 대안인 것에 대한 환자의 거부 문제가 제기된다.

적절한 사전 동의 대화가 성립하기 위해서는 환자가 자신이 사용하는 언어와 일상적 단어로 정보를 전달 받아야 한다. 강압 없이 결정할 기회가 있어야 하지만 의사가 경험과 판단을 바탕으로 권고 하는 것은 강압으로 간주되지 않는다. 공개에는 항상 치료를 하지 않을 가능성 및 그 결과가 포함되어야 한다. 치료 대안 또는 치료를 하지 않을 선택권의 미공개는 환자의 결정권에 의사가 영향을 미친 것으로 간주된다.

2) 문서화 (Documentation)

사전 동의는 병원에서 일상적으로 일어나는 일이므로 의료과실 소송의 발생 원인이 될 수 있다고 생각하는 의사는 거의 없다. 그러나 사전 동의를 획득하는 과정은 아래의 이유로 인해 잠재적 위험요소가 될 수 있다. 첫째, 환자에게 고지했다고 생각하지만 환자들은 사전에 고지를 받았다고 느끼지 않는다. 환자는 의사들이 생각하는 것과는 달리 정보를 인식하며, 실제로 40%의 환자만 자신이 서명한 사전 동의가 절차와 위험 및 이익에 대해 이해하고 있다고 한다. 둘째, 환자에 의한 사전 동의 소송은 전통적인 의료과실 소송보다 소송제기 및 승소가 더 쉽다. 의료과실 사건의 경우 의사가 정상적인 의료 표준을 이탈하여 환자에게 손상이 발생하였다는 것을 원고가 입증해야 하나 사전 동의 소송은 과실에 근거한 것이 아니므로 어떤 손해가 수술 자체가 아니라 권한 없는 행동으로 인한 것인지 아닌지에 대해 의사가 입증해야 한다. 대부분의 의사는 결국 적절한 치료를 실천한다면 안전할 것이라고 믿는다. 그러나 정확하게 절차를 수행하고 올바른 약을 처방하는 것은 사전 동의 소송에 대한 방어가 되지 못한다[10].

현재의 사전 동의 과정은 진정으로 환자에게 정보를 제공하여 자기결정권에 의해 의학적 결정을 할 수 있도록 하는 것보다 의사의 법률적 책임 회피[26]에 더욱 초점이 맞추어져 있다는 비판을 받는다. 이러한 주장에 대해 동의서 양식을 들 수 있다. 서면 동의서는 법적 분쟁시 유력한 증거자료로 활용하기 위해 의료기관에서 작성되고 있으며, 규정된 형식과 내용은 없으나 수술내용, 합병증, 후유증, 위험발생의 불가항력적 사태, 수술 이후 경과 등에 대하여 환자에게 설명하고 판단할 수 있는 기회를 제공한다는 점에

서는 긍정적 평가를 받으나, 강압적, 형식적 작성으로 환자의 권리를 침해한다는 부정적 측면도 있다[27].

이러한 비판에 대해 환자는 의사로부터 지속적으로 지식을 습득함으로써 동의 과정을 모두 숙지하여야 하며, 단순한 동의 보다는 의사들이 수술에 참여한 각 개인에 대한 환자의 동의를 구해야 한다. Buie의 사례를 통해 '의사가 선택한 보조자와 같은 모호한 용어는 지양되어야 하며, 수술 참여 의사를 명시하는 등 수술에 참여한 주요 의료진의 역할, 지위, 신분에 대해 환자에게 공개하여야 하며, 그런 정보가 동의서에 포함되어야 할 것이다. 예를 들어 레지던트가 수술 중 중요한 부분을 시행할 경우 환자에게 알리고, 레지던트의 참여에 동의하거나 반대하도록 환자에게 권한이 부여되어야 할 것이다. 만일 동의서에 이름이 없는 어떤 의사가 자신의 지시 없이 또는 담당 의사의 감독을 받지 아니하고 레지던트가 수술을 시행한 경우 이는 명백한 유령수술로서 위법행위가 된다.

치료의 성공을 위해 의사와 환자 간 원활한 의사소통과 상호작용이 중요하다. 치료 결정과 관련하여 지속적인 대화를 통해 점차 자신의 치료에 대해 이해하고, 환자의 자유의지에 따른 결정이 바람직한 의사결정이 된다. 환자의 자기결정권 보호와 의료진의 법적 책임 등 조화로운 균형을 위해 동의서는 중요한 역할을 하며, 수술 의사의 신분 및 수술에 참여 정도를 공개하는 것은 윤리적, 법적으로 중요한 역할을 하며 필수적 사항이다.

3) 윤리적 함의

의료윤리는 의사의 양심과 환자의 신뢰에 바탕을 둔 만남으로 모든 인간에 대한 최대한의 존

중에 기초하여 객체인 질병이 아닌 주체인 환자에 초점을 맞추어야 한다. 의학은 과학뿐만 아니라 기술이기 때문에 의료윤리는 의사의 지식뿐만 아니라 행동과도 관계가 있다. 의사의 지식이 증가함에 따라 의무와 책임도 증가하며, 의사와 환자는 서로 필요한 존재이다. 의사와 환자와의 관계는 경쟁적 관계가 아니며 질병 자체에 대한 대항하는 연합 세력을 형성하려고 노력하는 파트너이다. 냉정한 이성을 유지한다는 것은 얼음 같은 냉담한 병상 예절을 의미하는 것이 아니다. 의사의 따뜻한 손은 환자의 복부에 올려놓으려고 노력하는 것이 더 좋은 결과와 평가를 가져다 준다. 환자에게 공유하는 모든 기간 동안 환자에 대한 최대한의 배려와 환자의 이익을 위한 의사의 최대의 관심을 기울여야 할 것이다[28].

의료윤리에서 제시하는 중요한 교훈은 결과만 가지고 행위를 도덕적으로 판단할 수 없다는 것이다. 행위를 실행하는 의도를 포함해서 행위가 실행되는 조건이 행위를 도덕적으로 평가하는 중요한 것임을 의미한다. 행위에서 진정한 의도를 찾아내는 것은 어려운 일이지만 의도를 아는 것인 행위를 도덕적으로 평가하는 데 큰 차이를 만든다는 것이다[29].

유령수술과 관련하여 수술 결과에만 치중하여 불법적 행위를 정당화할 수 없음을 의료윤리에서도 지적하고 있다. 잘못으로부터 배워나가는 것은 미래의 더 나은 의료서비스를 제공하는 데 방책이 될 수 있다. 환자의 자율권 보장을 위해 의사의 책임과 설명의무에 대해 다시금 돌아보아야 할 것이다.

IV. 맺으며

환자의 의사와는 관계없이 치료를 강제하는 것은 환자를 칼로 공격하는 것과 다를 바가 없

다. 환자가 사전 동의한 외과의사가 공인되지 않은 다른 의사로 대체되거나, 적절한 감독 없이 공인되지 않은 의사로 하여금 수술을 수행하도록 허용하는 것은 유령수술에 해당한다. 이러한 행위들은 법률적·윤리적 뿐만 아니라 환자와의 신뢰에서도 문제시 된다. 유령수술은 환자에게 주어진 신체를 통제할 개인적 권리 및 충분한 정보에 입각한 자신의 의사를 결정한 권리를 침해하는 것이다. 이 같은 위법한 의료행위들은 의사-환자간 신뢰관계를 파괴하고, 민사법, 형사법, 의료법, 보건범죄단속법 등 위반으로 인해 처벌될 수 있다.

환자에게 수술에 관련된 정보를 모두 사실적으로 공개하고, 사전 동의를 실제적으로 이뤄진 이후 적절한 감독아래 레지던트 및 동료의사의 보조에 의한 수술이 이루어져야 할 것이다. 적절한 감독이란 의미는 참관하는 의사가 수술의 중요 과정에 적극적으로 참여한다는 전제를 수반한다.

유령 수술은 어느 병원에서나 가능하다.

이를 피하기 위해 서면동의서에 수술의사와 그 참여도 등 의료진의 역할, 지위, 신분 등에 대해 공개되어야 하며, 의사의 설명의무 내용에 필수적으로 포함되어야 할 것이다. 또한 환자는 수술에 대한 질문을 하고 그 질문에 대해 자신이 정확히 이해할 수 있는 답을 구하는 것이 중요하다.

치료의 성공을 위하여 의사와 환자 간 원활한 의사소통과 상호작용은 매우 중요하다. 의사는 환자를 기망하여 의사를 대체하거나 수술실이나 환자의 곁을 벗어나지 않아야 한다는 점을 포함해 수술 전체에서 환자의 안녕을 책임져야 한다. ㉞

REFERENCES

- 1) Perna v. Pirozzi, 92 N.J. 446, 457 A.2d 431

- (N.J. 1983).
- 2) Buie v. Reynold, 571 P.2d 1230 (Okla. Civ. App. 1977).
- 3) Monturi v. Englewood Hospital, 246 N.J. Super, 547, 588 A.2d 408 (1991).
- 4) The People of the state of New York, Plaintiff v. Smithtown General Hospital, 93 Misc. 2d 736; 402 N.Y.S. 2d 318 (N.Y. 1978).
- 5) Jones J, McCullough L, Richman B. "Whodunit? Ghost surgery and ethical billing". J Vasc Surg 2005 ; 42(6) : 1239.
- 6) 이상돈, 김나경. 의료법강의(개정판). 파주 : 법문사, 2013 : 164-165.
- 7) 시사저널. 유명외과가 당신 얼굴에 칼 들이댄다. 2015. 1. 8. Available from: <http://www.sisapress.com/news/articleView.html?idxno=63840> [cited 2015 Aug 1]
- 8) 서울형사지법 1992.6.3., 선고, 91노7702, 제1부 판결.
- 9) 헤럴드경제. 얼굴없는 수술...내 얼굴도 '오더리'가 시술? 2015. 7. 14. Available from : <http://biz.heraldcorp.com/view.php?ud=20150714000580> [cited 2015 Aug 3]
- 10) Sohn DH. Informed consent: a "new" form of medical liability? Available from: <http://www.aaos.org/news/aaosnow/may13/managing4.asp>
- 11) Schloendorff v. Society of New York Hospital, 105 N.E. 92, 93 (N.Y. 1914).
- 12) 정하늘. 미국법 해설. 서울 : 박영사, 2011 : 84-85.
- 13) California Civil Jury Instructions(CACI), 532. Informed Consent-Definition.
- 14) California Civil Jury Instructions(CACI), 533. Failure to Obtain Informed Consent-Essential Factual Elements.
- 15) Cobbs v. Grant 8 Cal.3d 245 (Cal. 1972).
- 16) 서울민사지법 1992.3.13., 선고, 90가합45545.
- 17) 이재경. 환자의 권리보호와 의료계약의 입법에 관한 검토. 법학연구 2014 ; 53 : 98-99.
- 18) 대법원 2007.5.31., 선고, 2005다567, 판결.
- 19) 대법원 2009.5.21., 선고, 2009다17417, 전원합의체 판결.
- 20) 대법원 2013.4.26., 선고, 2011다29666, 판결.
- 21) 김나경. 진단적 의료행위의 형법이론 구성. 형사법연구 2007 ; 19(2) : 89-90.
- 22) 대법원 2000.1.28., 선고, 99도284, 판결.
- 23) 대법원 2010.12.9., 선고, 2010도12928, 판결.
- 24) 대법원 2007.5.31., 선고, 2007도1977, 판결.
- 25) 대법원 2014.9.4., 선고, 2012도16119, 판결.
- 26) 안명숙. 사전 동의에 대한 의사, 간호사 및 환자의 인식과 경험. 석사학위논문. 동아대학교 대학원 간호학, 2007 : 28.
- 27) 이승준. 수술동의서의 형사법적 제 문제. 법학연구 2009 ; 19(1) : 221.
- 28) Michèle Lachowsky. Medical ethics. The patient--doctor relationship, European Journal of Obstetrics & Gynecology and Reproductive Biology 1999 ; 85 : 81-83.
- 29) 래난 길론. 의료윤리. 파주 : 아카넷, 2005 : 232-233.

Trends of United States Court Cases on Ghost Surgery

SUNG Soo-Yeon*

Abstract

Substituting other unauthorized doctor for a surgeon given prior permission by the patient, or allowing an unauthorized doctor to perform surgery without proper supervision corresponds to ghost surgery. Ghost surgery constitutes an infringement on a patient's inherent personal right to control his/her own body and a right to well-informed decision on his/her intention. Such illegal medical practices destroy trust relationships between a doctor and a patient, and may be punished for violating criminal laws, the Medical Service Act, and the Act on Special Measures for the Control of Public Health Crimes. Assistance provided by a resident or a fellow surgeon under proper supervision after disclosing all substantial information related to surgery to a patient and obtaining informed consent does not fall under ghost surgery. The ghost surgery may happen in any hospital. To avoid this, the role, position and identification of the surgeon, including the surgeon's participation, should be disclosed on the written consent form, as well as in the obligatory explanation of the surgeon. The smooth communication and interaction between physicians and patients are essential for the success of treatment. It is important for a patient to ask questions about surgery in order to avoid ghost surgery and to get clear and comprehensible answers to the questions. The doctor should take responsibility for the patients well-being in the whole process of surgery as well as the doctor should not substitute a surgeon, practicing a deception on the patient, nor leave the operating room or the patient.

Keywords

ghost surgery, surgery by a substitute surgeon, shadow doctor, doctor substitution, informed consent, patient right to self-determination

* Department of Criminal Law, Korea University Graduate School, Department of Public Health Administration, Suwon Women's University: *Corresponding Author*