

# 진료과오책임의 입증 및 설명의무의 이행\*

- 대법원 1999.9.3. 선고, 99다10479 판결 -

金天秀\*\*

## 〈目 次〉

I. 서론	3. 이 사건의 경우
II. 사실관계 및 소송의 경과	IV. 설명의무의 이행
1. 사실관계	1. 설명의 주체
2. 소송의 경과	2. 설명의 상대방
III. 진료과오책임의 입증	3. 설명의 범위
1. 서설	V. 결론
2. 판례의 태도에 대한 일반론	

## I. 서론

1999년의 의료과오소송을 검토하여 보면, 역시 진료과실의 입증이 결국 승패의 관건임이 나타나며 그 입증책임은 일반 불법행위책임과 마찬가지로 손해배상을 청구하는 환자측이 부담해야 한다는 것이 대법원의 변하지 않는 태도라고 하겠다. 그러나 한편 대법원은 진료과오책임에 관한 환자측의 입증부담을 덜어주는 태도를 1995년의 교감신경절제수술 사건<sup>1)</sup> 이래 유지하고 있다. 의료과오소송에 대한 1999년 마지막 대법원

\* 이 논문은 대한의료법학회 제5회 의료판례연구회(2000. 2. 18. 가톨릭대학교)에서 발표된 것이다.

\*\* 법학박사, 대구대학교 법과대학 교수

1) 대법원 1995. 2. 10. 선고, 93다52402 판결. 이 판결에 대한 연구는 안법영, “의료사고의 불법행위책임”, 법학논집(고려대 법학연구소, 1997), 231면 이하; 김천수, “의사의 설명과오 책임에 관한 국내 판례의 분석”, 민사재판의 제문제 (상) (송천이시윤박사화갑기념,

판결<sup>2)</sup>이 진료과오와 설명해태에 관한 쟁점을 포함하고 있어서 이하에서는 이를 중심으로 살펴보기로 한다.

## II. 사실관계 및 소송의 경과

### 1. 사실관계

우측 눈꺼풀에 선천성 안검하수증(眼瞼下垂症)<sup>3)</sup>이 있어 기왕병력<sup>4)</sup> 및 안검하수 교정수술에 관련된 사전검사<sup>5)</sup>를 받은 원고 A는 1994. 7. 21. 피고 병원에 입원하여 수술에 대한 일정한 설명<sup>6)</sup>을 들은 후, 그 다음날 09:00경부터 약 30분간 피고 B<sup>7)</sup>의 집도로 안검하수 교정수술<sup>8)</sup>을 받았

1995), 494면 이하 등 참조. 이 사건은 다한증을 치료하기 위한 교감신경절제수술을 받은 환자가 사망한 사건이다. 김천수, 위 논문, 513면은 이를 '교감신경절제수술사건'이라고 하였으나, 안법영, 위 논문, 231면은 '다한증 사건'이라고 표현하고 있다. 본인은 오래 전부터 의사측의 진료거부 내지 방치 등 부작용이 문제되는 경우를 제외하고는 문제로 된 수술 등 진료의 내용을 가지고 사건명칭을 만들어 사용하여 왔으며, 이 글에서도 이에 따른다.

- 2) 대법원 1999. 9. 3. 선고 99다10479 판결. 안검하수 교정수술을 받은 환자가 시력을 상실한 사건으로 환자측이 실명에 대한 병원측의 진료과오책임 및 설명해태책임을 묻은 사건이다.
- 3) 상안검거근의 마비로 인하여 눈꺼풀이 올라가지 않는 증상.
- 4) 모 병원에서 오른쪽 안와(眼窩) 부위에 종양이 있음이 확인된 원고 A는 1991. 7. 11. 피고 병원 안과에서 피고 B의 진찰을 받은 바 있고 피고 B의 집도로 1991. 8. 2. 원고 A의 우측 안와침종양을 제거하는 수술을 받아 신경조직의 종괴를 제거하고, 안와 뒤쪽 두개강 내로 연결되어 있는 양성종양에 대하여는 위험성이 높은 뇌수술을 시행하여야 하는 부담이 있어 이를 향후 추적 관찰하기로 하여 수술을 마쳤다. 원고 A의 안와에서 떼어낸 종괴는 양성의 신경섬유종(神經纖維腫)으로 밝혀졌고, 수술부위가 정상적으로 회복되어 같은 해 8. 6. 원고 A는 피고 병원에서 퇴원하였다.
- 5) 안와침종양 제거수술 이후 정기적으로 추적관찰을 받은 원고 A는 특이한 증상이 발견되지 않았으며 1994. 2. 24. 시행한 컴퓨터 단층촬영 소견상 안와부위 종양은 재발되지 않았고 다만 원고 A의 기왕병력인 두개강 내 종양이 그대로 남아 있음이 확인되었다. 또한 안검하수 교정수술을 위해 원고 A는 1994. 6. 25.부터 방사선 검사, 혈액검사, 심전도검사 등 수술에 필요한 사전검사 그리고 시력, 안검하수의 정도 및 상안검거근의 기능에 대한 검사 등 안과적 검사를 받았다.
- 6) 처치 의사가 아닌 원고 A의 주치의 K가 원고 A에게 안검하수 교정수술의 필요성, 방법, 합병증 등에 대하여 설명하고 그로부터 수술요청서를 받았다. 안검하수 교정수술은 시신경과는 무관한 안검 부위에 대한 것이어서, 시신경염 또는 허혈성 시신경증 등으로 인한 시력상실의 가능성에 대한 설명은 없었다.
- 7) 피고 병원의 안과 외래교수.
- 8) 오른쪽 눈썹과 눈꺼풀 부위 피하에 리도카인을 주사하여 국소마취를 한 후 눈썹 위에 2

다. 그런데 원고는 수술 당일 21:00경부터 눈앞이 흐리게 보인다고 시력 감퇴를 호소하기 시작하였고, 이에 피고 병원측으로부터 각종 안과적 검사 및 처치 등을 받았지만,<sup>9)</sup> 결국 양안 모두 시신경이 위축되어 시력을 99% 상실하였다.

#### <안검하수 교정수술후 경과 일지>

7. 22. 원고 A의 주치의 K가 안과적 검사 실시함. 우안 시력 검사는 수술후 연고투여로 불가능하였고, 좌안의 시력은 수술전 0.5에서 0.4로 감퇴되었으나, 주치의 K는 이를 일시적 현상으로 판단하고 경과관찰하기로 함.
7. 23. 좌안 시력 0.1로 감퇴되었고, 경미한 동공산대가 관찰되었으며, 대광반사 안저검사 등에서는 이상증세 없었음. 원고측의 퇴원 희망에 따라 익일 내원하기로 하고 원고 A는 퇴원함.
7. 24. 좌안 시력 0.02로 감퇴, 대광반사 정상, 시신경유두부도 정상. 원고 A로부터 수술 당일 수술실로 내려가면서부터 시력이 이상하였다는 말을 듣고 주치의 K는 시신경염을 의심하고 피고 B에게 전화로 이러한 사실로 보고하였으며, 피고 B는 정밀검사를 지시함.
7. 25. 원고 A는 좌우안 모두 거의 실명상태. 시유발전위검사, 망막전위도검사 등 시행 결과 망막 기능 이상 없었고 점멸광에 대한 시신경 반응이 없어 시신경이나 뇌의 이상이 의심. 컴퓨터단층촬영 결과 두 개강 내 종양은 같은 해 2. 24. 검사결과와 별다른 변화 없었으나 우측 해면동 상안와열 등에 생긴 다발성 신경섬유종증에 의하여 우측 위쪽 눈 정맥이 늘려서 약간 부풀어 있는 것처럼 보여, 피고병원 안과 의사들은 구후시신경염으로 진단함.
7. 26. 피고 병원 신경외과에서도 진료의뢰에 대하여 다발성경화증 등 신경계질환일 가능성이 크다고 회신함. 원고 A 좌우안 모두 빛 감지가 불가능하며, 동공이 산대되고, 대광반사도 느리며, 안저검사상 시

mm 정도 길이로 3군데 절개를 하고, 속눈썹 위에도 2mm 정도 길이로 3군데 절개를 한 다음 인조근막을 절개부위 피하로 통과시켜 서로 연결하여 줌으로써 윗눈썹을 올리는 힘에 의하여 눈꺼풀을 들어올릴 수 있도록 하는 전두근걸기(frontalis sling) 방법에 의한 안검하수 교정수술이 실시되었음.

9) 주치의 K에 의해 일단 시력검사 등 안과적 검사가 시행되었고 이어서 안저검사, 경과관찰 및 각종 안과적 검사와 신경외과 의사들과의 협의진료 등을 거쳐 시신경염이라는 진단이 내려졌으며, 수술 후 4일째인 1994. 7. 26.부터 지속적으로 스테로이드 제재 등이 투여되었다. 자세한 것은 아래의 '안검하수 교정수술후 경과 일지'를 참조.

신경 유두 경계 불명확하고 창백하게 보이는 증상을 보임. 원고 A는 피고 병원 응급실에서 혈액검사, 전해질검사, 간기능검사, MRI 촬영검사 등을 받았으며, 신경외과 입원하여서는 안구통증 특히 눈동자를 움직일 때 심한 안통을 호소하였고, 뇌척수액 검사 등을 받았음. 모든 검사에서 뇌기능 이상이 없어, 신경외과에서는 원고의 증상을 시신경염으로 진단하여 스테로이드제 투여하면서 시력변화를 관찰하기 시작함. (양안의 시신경염 및 해면동의 신경섬유종이나 혈전이 혈관을 막아 생긴 것으로 의심)?

8. 1. 대광반사가 느리게 나타나기 시작함.
8. 3. 시야가 뿌옇게 보이기 시작함.
8. 4. 사람 형체 흐릿하게 보임.
8. 5. 불빛이 보다 선명하게 보임.
8. 13. 프레드니솔론 등을 투여하면서 경과관찰하기로 하고 퇴원함.
10. 7. 신경외과 외래에서 진찰 결과 1m 떨어진 곳의 손가락 개수 맞출 정도로 회복함.
11. 3. 미국 캘리포니아 샌프란시스코 베크만 안연구소에서 안와를 절개하여 안압을 떨어뜨리는 수술을 받음.

현재 원고 A는 양안 시신경 위축으로 시력 99% 상실.

## 2. 소송의 경과

### (1) 손해배상청구소송의 제기와 원고 패소의 확정

원고측은 병원과 처치의사를 상대로 불법행위로 인한 손해의 배상을 청구하는 소송을 제기하였으나,<sup>10)</sup> 제1심에서 패소하였고,<sup>11)</sup> 이에 항소하였으나 기각되었으며,<sup>12)</sup> 상고하였지만 역시 기각되었다.

### (2) 원고측 주장에 대한 법원의 판단<sup>13)</sup>

10) 원고 A 및 그의 부모, 조부 및 동생 등이 원고 A의 시력상실로 입은 재산적 및 정신적 손해의 배상을 청구한 것임.

11) 서울지방법원 1997. 7. 16. 선고 95가합25836 판결.

12) 서울고등법원 1998. 12. 29. 선고 97나40164 판결.

13) 제1심 판결과 결론을 같이 하고 있는 항소심 판결은 제1심 판결 제2항의 '나' 항과 '다' 항 사이에 제1심과 같은 취지의 판단을 추가하고 있을 뿐이고 대법원 판결은 항소심 판결 이유를 그대로 받아들이고 있으므로, 각 심급의 판결을 구분하지 않고 종합하여 요약한다. 이하에서는 진료과오와 설명해태에 관한 주된 논점의 공방만을 언급한다. 가령 진료기록부 등의 사후변작 등에 관한 원고측의 주장을 법원은 이를 인정할 증거가 없다고 하여 배척하는 등의 기타 논점들이 있지만 이들에 대한 언급을 이하에서는 생략한다.

가. 진료과오책임<sup>14)</sup>

## ① 안검하수 교정수술전 검사의 미비

[원고측 주장] 원고 A가 신경섬유종 제거수술의 병력이 있고 신경섬유종과 안검하수는 불가분의 관계에 있는데 안검하수 교정수술 시행 전에 이러한 특이한 병력에 따른 특별검사를 시행하여야 함에도 피고 B는 단지 통상적인 조사만 하고 안검하수 교정수술에 임한 잘못이 있다.

[법원의 판단] 피고 B 등 피고 병원 안과의사들은 안검하수 교정수술에 앞서 원고 A의 시력, 안검하수의 정도, 상안검거근의 기능에 대한 검사와 아울러 원고의 기왕병력인 두개강 내 종양의 변화 유무를 컴퓨터단층촬영을 통하여 관찰하였다는 점, 원고 A의 안검하수는 선천적인 것이며 이 수술은 시신경과는 무관한 부위에 관한 것이라는 점, 이 수술 후의 컴퓨터단층촬영검사상 위 신경섬유종이 변화가 없었다는 점, 신경섬유종의 악화에 상응하는 증세가 원고에서 없었다는 점이 인정되며 이에 대한 반증이 없으므로, 피고 B 등 피고 병원 의사들은 이 수술을 시행함에 있어 필요하고도 적절한 사전검사를 모두 다 시행한 것이다.

또한 시신경염이 안검하수 교정수술 당시 시작되었을 것이라고 생각되나 정확한 시기는 판단하기 어려우며, 원고 A도 수술전에는 안구통증이나 시력이상을 호소하지 않았다가 7. 24.에야 비로소 수술직전에 시력이 조금 이상하였다고 진술한 점 등에 비추어, 수술전에 시신경염을 발견할 수 있을 정도로 원고 A에게 그 증상이 있었거나 이를 의심할 만한 증상이 있었음에도 이를 발견하지 못한 것이 피고측의 과실에 기인한다고 볼 수 없다.<sup>15)</sup>

## ② 안검하수 교정수술 방법 선택의 부적절

[원고측 주장] 눈썹 아래까지만 찢어 눈썹 밑 자율신경에 인조신경

14) 본고는 진료행위와 설명행위 등 의사의 전문가로서의 행위 일체를 포괄하는 개념을 의료행위라고 표현하며 이에 따라 의사의 전문가로서 지는 책임 일체를 의료과오책임이라 할 수 있으며 진료상의 과실로 말미암아 지는 책임을 진료과오책임, 설명의무 위반으로 지는 책임을 설명해태책임이라고 표현한다.

15) 항소심의 추가 판단 부분임.

을 매다는 일반적 방법 대신 눈썹 위 이마까지 찢는 큰 수술을 선택하여 수술 도중 시신경으로 가는 혈류가 급격하게 감소하여 허혈성 시신경증에 이르게 하여 원고 A의 시력을 상실케 한 잘못이 있다.

[법원의 판단] 신경섬유종증으로 인하여 정맥혈관의 울혈 또는 폐쇄가 생기고 시교차부를 압박함으로 인하여 허혈성 시신경증이 발생하였을 가능성도 배제할 수 없으나, 안검하수 교정수술의 성격상 원고 A의 양안실명 및 허혈성 시신경증이 초래되었다고 단정하기 어렵다. 두개강 내 신경섬유종의 악화 등에 기인한 혈액순환장애나 시신경압박증세가 있었다면 나타났을 증상<sup>16)</sup>이 원고 A에게 나타나지 아니하였고, 이 수술 당시 원고의 전신상태가 양호하였고 수술중 다량 출혈이 있지 않아서 저혈증으로 인한 허혈성 시신경증을 초래할 만한 요인이 없었으며, 이 수술부위는 우안 안검이나 원고 A의 시력감퇴 및 소실은 좌우안 모두에 약 3, 4일에 걸쳐 점진적으로 진행되었고 수술 후 4일째부터 시신경염의 특징인 안통을 호소하였고, 원고 A의 두개강내 신경섬유종의 변화는 없었고 수술후 검사소견상 시신경 유두부출혈 등의 증상이 나타나지 않는 등 허혈성 시신경증에 부합하는 증세가 없었다. 따라서 허혈성 시신경증이 원고 A의 실명의 원인이라고 할 수 없다. 나아가서 원고 측이 일반적 방법이라고 주장하는 것은 의학상 존재하는 정당한 방법이 아니며 피고 A가 시행한 방법이 가장 보편적으로 받아들여지는 방법이다.

### ③ 시력감퇴 대응조치의 미흡

[원고측 주장] 안검하수 교정수술 직후부터 원고 A가 시력이 감퇴하는 증상을 호소하였음에도 불구하고 피고측은 적절한 조치를 취하지 않았고 특히 안검하수 교정수술 당시 삽입된 인조근막을 제거하였다면 시력을 회복할 수 있었을 것인데도 이를 조기에 제거하지 아니한 잘못으로 원고 A의 시력을 상실케 하였다.

16) 시력감퇴, 시신경유두 및 안저 혈관의 변화, 안구운동장애, 안검부종 등.

[법원의 판단] 원고 A의 주치의 K는 원고 A가 7. 22. 시력감퇴증세를 호소하자 즉시 안저검사 등 안과적 검사를 시행하였지만 시력이 경미하게 감소한 것 외에 다른 이상증세를 발견할 수 없었고, 7. 23. 및 24. 자의 검사 및 진찰에서도 특별한 이상을 확인할 수 없었다는 점, 7. 24. 에도 원고 A의 시력이 회복되지 않았고 그때서야 비로소 원고 본인으로부터 수술 직전부터 시력이 흐릿하였다는 말을 듣고 시신경염으로 판단하여 피고 B의 지시를 받아 각종 검사를 실시하고 신경외과 의사들과의 협의진료 등을 거쳐 시신경염이라는 진단을 내리고 7. 26.부터 지속적으로 스테로이드제제를 투여하는 조치를 하였다는 점, 시신경염 치료를 위하여 일반적으로 스테로이드제제 투여가 시행되고 있기는 하나 그 치료효과는 불확실하다는 점 등에 비추어, 피고측이 원고 A에게 나타난 시력감퇴증상에 대한 진료를 만연히 방치하였다거나 그 시술 적기를 놓친 잘못이 있다고 할 수 없다. 나아가서 인조근막을 제거하면 시력이 정상으로 회복될 수 있었다는 원고측의 주장사실에 대하여는 이를 인정할 증거가 없다.

#### ④ 인과관계의 추정

[원고측 주장] 원고 A가 안검하수 수술 전에는 별다른 이상이 없었음에도 수술 직후 실명이 발생하였고, 수술과 실명 사이에 다른 원인이 개재될 수 없었으므로 별다른 반증이 없는 한 의료상의 과실과 실명이라는 결과 사이의 인과관계를 추정해야 한다.

[법원의 판단] 종래의 대법원 판례의 태도<sup>17)</sup>대로 일정한 경우에 인과관계는 추정된다. 그러나 피고 B 등 피고 병원 의사들에게 어떠한 주

17) 환자측이 의사의 의료행위상의 주의의무 위반과 손해의 발생 사이의 인과관계를 의학적으로 완벽하게 입증한다는 것은 극히 어려우므로 일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실 있는 행위를 입증하고 그 결과와 사이에 일련의 의료행위 외에 다른 원인이 개재될 수 없다는 점, 이를테면 환자에게 의료행위 이전에 그러한 결과의 원인이 될 만한 건강상의 결함이 없었다는 사정을 증명한 경우에는 의료행위를 한 측이 그 결과가 의료상의 과실이 아니라 다른 원인으로 말미암은 것이라는 입증을 하지 않는 이상 의료상 과실과 그 결과 사이에 인과관계를 추정하여 준다는 취지의 태도, 대법원 1995. 2. 10. 선고 93다52420 판결.

의의무 위반의 잘못이 있다고 볼 증거가 없다.

⑤ 설명해태책임

[원고측 주장] 안검하수 교정수술은 긴급성이나 필요성이 적고 그로 인하여 시력을 상실하는 등 원고 A의 신체상태를 중대하게 침해할 수 있으므로, 피고 B가 직접 원고 A에게 충분히 고려할 수 있는 시간적 여유를 가지고 이 수술로 인한 실명가능성에 대하여 충분한 설명을 하여 원고 A의 실질적인 승낙을 얻었어야 함에도 불구하고 피고 B가 아니라 주치의 K가 원고 A에게 수술방법과 수술시의 주의사항 및 합병증에 대하여 형식적으로만 설명함으로써 원고 A의 자기결정권을 침해하였다. 이러한 피고 B의 설명의무위반의 위법행위와 원고 A의 실명 사이에 상당인과관계가 있다.

[법원의 판단] 주치의 K가 안검하수 교정수술 전날 원고 A에게 이 수술의 필요성·방법·합병증에 대하여 자세히 설명하고 그로부터 수술요청서를 받았다는 점, 기왕병력인 신경섬유종의 변화 유무 관찰 결과 아무런 변화가 없었다는 점, 이 수술은 시신경과는 무관한 안검부위에 대한 것이어서 시신경염 또는 허혈성 시신경증 등으로 인한 시력상실은 이 수술에서 통상적으로 예견되어지는 후유증이 아니라는 점, 원고 A의 시력상실은 이 수술 전후에 걸쳐 갑자기 나타난 시신경염에 기인하는 것으로서 피고 병원 의사들도 사전에 이를 미리 예측할 수 없었던 점 등에 비추어, 피고 B 등 피고 병원 의사들이 당시 의학의 발전 정도에 비추어 구체적으로 알 수 없었거나 예견할 수 없었던 시신경염 등을 세세히 설명하지 않은 사정만으로는 설명의무위반으로 인한 자기결정권의 침해가 있다고 할 수 없다.

또한 설명의무의 주체는 원칙적으로 처치의사이지만 주치의 또는 다른 의사를 통한 설명으로도 충분하다.

### Ⅲ. 진료과오책임의 입증

#### 1. 서 설

진료과오로 인한 손해배상청구소송에서 중요한 증명 대상은 ‘진료과실’ 그리고 ‘과실행위와 손해 사이의 인과관계’이다. 이에 대하여 대법원은 다음과 같은 입장을 취하고 있다.

의사측의 진료과오책임이 성립하려면 “의료행위상의 주의의무의 위반, 손해의 발생 및 주의의무의 위반과 손해의 발생과의 사이의 인과관계의 존재가 전제되어야 한다고 할 것이다. 그러나 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 의료기법은 의사의 재량에 달려 있기 때문에 손해발생의 직접적인 원인이 의료상의 과실로 말미암은 것인지 여부는 전문가인 의사가 아닌 보통인으로서로는 도저히 밝혀낼 수 없는 특수성이 있어서 환자측이 의사의 의료행위상의 주의의무위반과 손해의 발생과 사이의 인과관계를 의학적으로 완벽하게 입증한다는 것은 극히 어려우므로, 이 사건에 있어서와 같이 환자가 치료도중에 사망한 경우에 있어서는<sup>18)</sup> 피해자측에서 일련의 의료행위 과정에 있어서 저질러진 일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실 있는 행위를 입증하고 그 결과와 사이에 일련의 의료행위 외에 다른 원인이 개재될 수 없다는 점, 이를테면 환자에게 의료행위 이전에 그러한 결과의 원인이 될 만한 건강상의 결함이 없었다는 사정을 증명한 경우에 있어서는, 의료행위를 한 측이 그 결과가 의료상의 과실로 말미암은 것이 아니라 전혀 다른 원인으로 말미암은 것이라는 입증을 하지 아니하는 이상, 의료상 과실과 결과 사이의 인과관계를 추정하여 손해배상책임을 지울 수 있도록 입증책임을 완화하는 것이 손해의 공평·타당한 부담을 그 지도원리로 하는 손해배상제도의 이상에 맞는다고 하지 않을 수 없다.”<sup>19)</sup>

18) 이 판결을 따르는 후속 판결들의 사안이 사망사건에 한하지 않음은 뒤에서 언급되는 바와 같으며 그러함에도 불구하고 사망사건이 아님에도 이 부분이 계속 언급됨은 바람직하지 못하다. 이 판결에서는 인과관계 추정의 타당성을 더 강조하기 위하여 삽입된 언급이었다고 생각되나 후속 판결들을 볼 때 사족이 아니었나 여겨진다.

19) 이러한 대법원의 태도는 교감신경절제수술사건에 관한 대법원 1995. 2. 10. 선고 93다 52420 판결에서 시작되어 그 이후에 많은 판례가 이를 따르고 있고 이 논문에서 검토하고 있는 판결도 마찬가지이다.

교감신경절제수술을 받은 환자가 사망한 사건에 관한 위 판결은 전방 경추융합술을 받은 환자가 치료 도중에 하반신완전마비 등 사지부전마비 증상이 발생한 경우,<sup>20)</sup> 환자가 소파수술을 받은 후 패혈증으로 사망한 경우,<sup>21)</sup> 전신마취 후 수술 도중에 심정지가 발생하여 뇌손상으로 인한 전신마비 증세가 초래된 경우,<sup>22)</sup> 신결핵에 따른 신장 적출수술 중 하대정맥 열상으로 인한 과다출혈이 있었고 수술 후 저산소성 뇌손상에 기한 기질성 장애 등의 후유장애가 발생한 경우,<sup>23)</sup> 간질환의 치료를 받던 중 진균증 감염이 확인된 환자가 항진균제를 복용한 후 사망한 사건,<sup>24)</sup> 척수검사 시술을 받은 환자가 하반신이 마비된 사건<sup>25)</sup> 등에 원용되어 환자가 사망한 사고에 한하지 않고 의료사고 일반에 적용될 수 있는 확립된 판례라고 하겠다. 나아가서 흉근염좌의 치료를 받은 환자가 흉추골절로 인한 후유장해가 남은 사건,<sup>26)</sup> 정상분만에 의하여 거대아로 출생한 신생아가 좌상완신경총마비 증세가 나타난 사건<sup>27)</sup> 등 소극적으로 일정한 조치를 취하지 않은 경우에도 같은 태도를 취하고 있다.

이하에서는 이러한 대법원의 태도를 중심으로 진료과실과 인과관계의 입증문제를 살펴보고 위 안검하수 교정수술 사건을 검토하기로 한다.

20) 대법원 1995. 3. 10. 선고 94다39567 판결. 이 판결을 중심으로 한 연구는 손용근, “의료과 오소송의 증명책임에 관한 대법원 최근판례 소고”, 민사재판의 제문제 (하) (송천이시운 박사화갑기념, 1995), 167면 이하가 있다.

21) 대법원 1995. 12. 5. 선고 94다57701 판결.

22) 대법원 1996. 6. 11. 선고 95다41079 판결. 이 판결에서 인과관계에 대한 입증책임 전환의 이유로서 “이 사건 사고는 전적으로 피고측의 지배하에서 발생한 것이고 진료기록 등도 피고측이 전문적인 견지에서 작성한 것으로서 원고측에서 수술상황을 파악하기 극히 곤란하다는 점”을 제시하여 의료행위의 밀실성을 그 전환의 한 논거로 삼고 있다.

23) 대법원 1996. 12. 10. 선고 96다28158, 28165 판결.

24) 대법원 1999. 2. 12. 선고 98다10472 판결.

25) 대법원 1999. 4. 13. 선고 98다9915 판결. 이 사건에서는 의사의 진료과실이 부인되었다.

26) 대법원 1998. 2. 27. 선고 97다38442 판결. 이 판결에서는 후유장해의 발생을 막을 수 있는 조치를 취하지 않은 경우에 진료에 관여한 의사들이 “자신이 처한 의료환경, 위 원고의 특이체질 기타 구체적 상태 등으로 인하여 그러한 조치를 취하지 아니한 특별한 사정에 관하여 납득할 만한 이유를 제시하고 이를 입증하지 않는 한, 그 의료상의 과실과 결과 사이의 인과관계는 사실상 추정”된다고 한다.

27) 대법원 1999. 6. 11. 선고 99다3709 판결.

## 2. 판례의 태도에 대한 일반론

### (1) 진료과실의 입증

전술한 바와 같이 대법원은 환자측이 “일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실 있는 행위를 입증”할 것을 요구한다. 이를 비판적으로 분석한 견해<sup>28)</sup>는 “일반인의 상식”이 진료과실 판단기준으로 설정된 것이라는 이해를 전제로 한다. 그러나 이는 입증책임의 완화 내지 경감으로서의 증명정도의 문제로 이해함이 판결문의 전체문맥상 타당하다고 하겠다.<sup>29)</sup> 이 견해는 전문직업적 주의기준에 의해 설정되어야 한다는 비판을 가하고 있는 것이다. 이는 당연한 지적이며,<sup>30)</sup> 대법원이 이에 상반된 태도를 취하고 있다고 여겨지지는 않는다.

나아가 이 견해는 이러한 대법원의 태도를 “의학 비전문의 일반인 상식에 비추어서도 의료상 과실 있는 행위로 판단할 수 있는 의사의 의료행위는 의사에게 요구되는 주의를 현저히 결한 중과실 행위를 의미하는 것으로 해석”한다.<sup>31)</sup> 그러나 이러한 태도를 환자측이 진료과실을 증명함에 있어서 의학적 엄밀성을 요구하지 않겠다는 의미로 이해하는 것이 타당하다. “일반인의 상식...”은 바로 진료과오책입의 성립 요건에 대한 포괄적 언급에서 나온 것이지 단지 인과관계의 추정을 위한 언급이 아니라고 보아야 문맥상 타당하며, 그렇다면 중과실에 한하여 진료과오책입이 성립하는 것이 아님은 자명하고 따라서 이 언급은 역시 진료과실

28) 안법영, 전제논문, 271면 이하.

29) 同旨: 석희태, “의료과실 판단기준에 관한 학설·판례의 동향”, 한국민법이론의 발전(무암이영준박사화갑기념, 1999), 1123면.

30) 왜냐하면 주의의무의 설정은 객관적으로 범주화가 가능한 징표를 고려하여 형성된 집단의 평균인을 그 기준으로 하여 이루어지는 것이기 때문이다. 따라서 의사의 업무상 주의의무란 바로 생활인의 삶이 아닌 의료행위라는 전문가로서의 행위상 요구되는 것이며 그러한 주의의무란 의사(물론 객관적 징표로 더 세분될 수 있음)라는 징표로 형성된 집단의 평균인의 주의능력과 그에 대한 기대를 기준으로 설정되는 것이다. 여기서 기대의 정도는 업무의 성질에 따라 가변적임도 물론이다. 환자의 건강 생명의 위험이 수반하는 의사의 업무는 기대의 정도가 비교적 높다고 할 것이다. 이러한 주의의무에 대한 일반론적 언급은 의사의 주의의무에도 다를 것이 없다.

31) 안법영, 전제논문, 272면.

입증의 정도를 완화하겠다는 의도에서 비롯된 것이라고 하겠다.

문제는 크게 두가지이다. 즉 “일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실 있는 행위를 입증”을 어떻게 하여야 하는가, 그리고 환자측이 진료과실에 대한 입증책임을 부담해야 하는가의 문제이다.

앞의 것은 결국 證明度의 문제이다. 환자측이 의사측의 진료과실을 입증함에 있어서 상대적 진실을 추구하는 민사소송에서 요구하는 진실의 고도 개연성을 증명해야 하는가 아니면 낮은 정도의 개연성만의 입증으로 일단 진료과실이 입증된 것으로 보아 의사측이 적극적으로 진료과실 없음을 반증하지 못하면 의사측의 진료과실이 인정되는 것으로 할 것인가의 문제이다. 이러한 증명도 완화의 방법으로는 사실상의 추정, 표현 증명 등의 방법이 논의되고 있고<sup>32)</sup> 위 판례의 태도도 이러한 증명도 완화를 위한 입장을 취한 것이라고 하겠다. 물론 판례는 아래에서 보는 바와 같이 인과관계의 입증 완화에 역점을 두고 그를 위해 진료과실의 입증 부분도 그 정도를 비교적 완화한 것이라고 하겠다. 원론적으로 접근한다면 진료과실을 입증하기 위하여 환자측은 의사가 행한 진료행위를 의학적으로 정확하게 적시해야 하며 그 행위에 설정된 주의의무의 내용과 기준을 의학적으로 정확하게 제시하여 적시된 진료행위에 의학적으로 정확하게 조명하여야 평가해야 하는 것이다. 그러나 판례는 이러한 의학적 문외한인 환자측이 행하는 진료과실 입증에 의학적 엄밀성을 요구하는 것을 포기한 것이다. 즉 거칠게 의사의 진료상의 행태 가운데 문외한 즉 일반인의 상식에 입각하여 납득할 수 없는 점을 주장 입증함으로써 의사측의 진료과실이 일단 인정되도록 한 것이 판례의 태도라고 하겠다. 물론 모든 본증에 반증이 허용되어 본증으로 인한 법관의 심증이 동요되도록 의사측이 반증할 수 있음은 물론이다.

32) 이에 관하여 상세한 것은 양삼승, “의료과오로 인한 민사책임의 발생요건”, 민법학논총(후암곽윤직교수화갑기념, 1985), 755면 이하; 김천수, “의사책임소송에 있어서의 입증문제에 관한 고찰 -독일의 의사책임이론을 중심으로-”, 법정논총 제7집(대구대학교 법정연구소, 1992), 118면 이하 참조.

나아가서 진료과실의 입증책임을 환자측이 부담하여야 하는 것이 현행법상 과연 불가피한 것인가를 본다. 진료과오책임의 근거를 不法行爲로 구성하는 경우뿐만 아니라 債務不履行으로 구성하는 경우에도, 진료채무가 수단채무이므로 진료과실에 관한 입증책임을 환자측이 부담한다는 것이 일반적으로 받아들여지고 있다. 심지어는 불완전이행의 경우에 확대손해부분에 관하여는 불법행위에서와 같이 채권자측에서 그 확대손해에 관한 채무자의 귀책사유를 입증해야 한다는 견해를 취하는 견해<sup>33)</sup>도 있다. 이에 따르면, 진료과오책임에서 문제되는 부작용으로 인한 손해란 확대손해에 해당하여 그 귀책사유도 채권자인 환자 측에서 입증하여야 한다는 결론에 이른다. 그러나 위 견해는 채무자의 각종 의무가 유기적으로 결합하여 일체를 구성한다는 점을 간과한 것이 아닌가 생각된다. 아무튼 진료계약상 주의의무 위반에 대한 입증책임 귀속의 문제는, 진료과오책임이 대부분 診療契約의 성립이 인정될 수 있는 상황에서 문제된다는 점에서 중요한 논점이다. 이에 대하여는 다음과 같이 試論으로서의 사건을 피력한 바 있다.

환자측이 채무자가 그 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니하였다(內容適合的 履行의 不存在)는 사실을 증명해야 함은 이론이 있을 수 없다. 특정 결과의 발생을 목적으로 하는 結果債務의 경우에는 그 결과의 발생이 내용 적합적 이행의 증거가 되며 반대로 그러한 결과의 불발생이 내용 적합적 이행의 부존재의 증거가 되는 것이다. 한편 특정 결과 발생을 목적으로 하지 않고 그를 위하여 최선을 다하는 것 자체를 목적으로 하는 수단채무의 경우에도, 통상 예견되는 일정 범위 내의 결과가 발생하면 내용 적합적 이행이 있던 것이 된다. 통상의 진료채무의 경우에 그 내용 및 범위가 특정하기 어려워서 예견범위를 확정하는 것이 매우 곤란하고 따라서 내용 적합적 이행의 유무를 판단하는 것이 쉽지 않지만, 달리 내용 적합적 이행여부를 판단하는 보다 명쾌한 기준 없으므로

33) 김중환·김학동, 채권총론(박영사, 1998), 91면; 이은영, 채권총론(박영사, 1999), 261면.

로, 그 판단기준을 당해 이행 결과가 '通常 豫見이 可能한 結果의 範圍'에 해당하는지의 여부에 구하는 것이 바람직하다고 할 것이다. 이러한 관점에서 환자측은 당해 이행 결과가 객관적으로 그 범위 밖임을 입증함으로써 일단 채무불이행 사실을 입증한 것으로 하고, 이에 대하여 의사측이 채무이행시의 평균적 의학수준에서 볼 때 주의의무를 다하였음을 입증하여 책임을 면할 수 있게 하는 것이 타당할 것이다. 진료채무 이행의 결과에 대한 通常 豫見이 可能한 範圍는 축적된 임상 결과 및 이를 토대로 한 의학이론 그리고 기타 자연과학적 이론 등으로 설정될 수 있다. 가령 피부 절개후 발생하는 화농과 같은 부작용의 결과도 이렇게 설정된 예견 범위에 포함되면 달리 환자가 의사의 과실을 적극적으로 입증하지 못하는 한 내용 적합적 이행이 있는 것으로 될 것이고, 그러한 부작용이 예견 범위의 결과에 포함되지 않는 경우에는 內容適合的 履行이 없는 것으로 인정하자는 것이다.<sup>34)</sup>

한편 후술하는 바와 같이 진료행위와 나쁜 결과 사이에 外觀上 一連性이 인정되는 경우에 인과관계와 함께 진료과실의 입증책임을 의사측에 전환하는 방법도 검토할만하다고 하겠다. 자세한 언급은 아래에서 한다.

## (2) 인과관계의 입증

아무튼 이상과 같이 진료과실이 인정되면 대법원은 “피해자측에서 ... 그 결과와 사이에 일련의 의료행위 외에 다른 원인이 개재될 수 없다는 점, 이를테면 환자에게 의료행위 이전에 그러한 결과의 원인이 될 만한 건강상의 결함이 없었다는 사정을 증명한 경우에 있어서는, 의료행위를 한 측이 그 결과가 의료상의 과실로 말미암은 것이 아니라 전혀 다른 원인으로 말미암은 것이라는 입증을 하지 아니하는 이상, 의료상 과실과 결과 사이의 인과관계를 추정”한다.

34) 김천수, “의료과오책임의 이론과 판례”, 사회과학연구 제6집 2호 (대구대학교 사회과학연구소, 1999. 1), 65면 이하.

이러한 대법원의 태도는 인과관계의 증명에 관해 일반원칙을 견지하면서도 이를 완화하고 있다는 평가도 있다.<sup>35)</sup> 또한 이 견해의 앞 뒤 문맥을 살펴보면 수술전 검사를 시행하여 수술을 받기에 적합한 건강상태라는 진단을 전제로 하여 수술을 시행하는 것이 일반적이며, 그러한 경우에 환자측이 “의료행위 이전에 그러한 결과의 원인이 될 만한 건강상의 결함이 없었다”는 것을 입증하면 인과관계를 추정한다고 함은 결국 모든 수술상 돌발사고를 의사의 진료과실로 인함이라는 추정을 하는 것이 되어 부당하다는 비판을 한다.<sup>36)</sup> 그러나 수술에 적합한 건강상태와 문제가 된 부작용의 원인 내지 소인이 없었을 정도의 건강상태가 구분되어야 하며, 판례의 태도가 후자임은 다언을 요하지 않는다. 한편 인과관계에 대한 대법원 판례의 태도는 책임의 성립에 필요한 인과관계인 자연적 인과관계와 책임의 범위에 관한 인과관계인 법적 인과관계를 명시적으로 구분하는 표현을 사용하지 않는다는 점이 유의되어야 할 것이다. 다시 말하면 과실행위와 결과 사이에 인과관계가 인정된다는 것이 판례에 의하면 곧 손해배상책임이 성립되면서 동시에 그 손해에 대한 민법 제393조의 배상책임이 인정된다는 것이다. 다시 말하면 과실 있는 진료가가 그 결과를 야기하였을 상당성이 인정된다면 이는 곧 손해배상책임이 성립되었음을 의미하며 동시에 그러한 결과의 손해배상책임을 민법 제393조에 따라 그어지는 범위에서 진다는 것이다. 물론 특히 의료소송에서 먼저 부딪히는 것은 바로 사실적 인과관계이며<sup>37)</sup> 판례도 이 부분에 대한 고민을 하고 있는 것이다.

우선 이는 어느 정도 요구할 것인가의 문제 즉 證明度의 문제에서 접근될 수 있다. 통상 민사사건의 인과관계의 증명의 정도는 형사사건의 경우에 요구되는 정도인 ‘합리적 의심의 여지가 없는 정도’ 보다는 낮고

35) 안법영, 전제논문, 243면.

36) 안법영, 전제논문, 247면.

37) 양삼승, 전제논문, 751면.

민사소송법 제271조의 '疎明' 보다는 높은 정도이다.<sup>38)</sup> 그러나 양자 사이에는 넓은 공간이 있어 위 인과관계를 어느 정도에서 요구할 것인가는 결국 법관의 재량에 속한다고 할 수밖에 없을 것이며 이는 결국 사안의 내용에 따라 다를 것이고 입증이 곤란한 진료과오책임의 경우에 그 정도가 낮게 요구되는 것은 수용되어야 할 것이다.<sup>39)</sup> 이러한 증명도를 낮추는 방법으로 여러 가지가 논의되고 있으나<sup>40)</sup> 이 방법들은 서로 배척 관계에 있는 것은 아니라고 하겠다.

이처럼 원고인 환자측에게 입증을 요구하면서 그 정도만 낮추는 立證責任 輕減의 경우에 유의할 것은 여전히 입증책임이 환자측이며 결국 낮아진 증명도에도 불구하고 그 정도의 증명도 이루어지지 아니한 경우에 그러한 解明不能의 危險은 여전히 환자가 진다는 점이다. 한편 낮게 요구된 정도의 입증을 환자측이 한 경우에 상대방에게 요구되는 반증의 정도는 역시 본증에 대한 법관의 심증을 동요시키는 정도이면 될 것이다.<sup>41)</sup> 이러한 반증이 이루어진 경우에 환자측은 여전히 그 반증보다 높은 정도의 재반증을 하여야 할 것이다.

위와 같은 환자측의 입증책임을 輕減하는 경우와는 달리 입증책임을 의사측으로 轉換하는 논의가 또한 있음도 주지하는 바와 같다.<sup>42)</sup> 이 경우에 의사측은 어느 정도의 입증을 하여야 하는가의 문제가 발생할 수 있겠다. 여기서의 입증이 환자측의 입증책임을 경감에서 논의된 정도의 낮은 정도이어서는 입증책임을 전환한 의미가 사라질 우려가 있다. 그러나 진료행위와 결과 사이의 인과관계의 존부에 대한 증명이 의사측이라고 하여 쉬운 일이 아님은 물론이다. 많은 경우에는 의사측도 역시 입

38) 김완섭, "민사재판에 있어서의 증명도", 민사증거법(상)(법원행정처, 1985), 404면 이하.

39) 양삼승, 전계논문, 756면.

40) 이에 관하여 상세한 것은 양삼승, 전계논문, 755면 이하; 김천수, "의사책임소송에 있어서의 입증문제에 관한 고찰 -독일의 의사책임이론을 중심으로-", 118면 이하 참조.

41) 직접심증과 추정심증에 대한 반증의 정도에 대하여 견해가 일치하지는 않는다. 김영일, "「일응의 추정」의 법리", 민사증거법(상)(법원행정처, 1985), 365~366면.

42) 이에 관하여 상세한 것은 양삼승, 전계논문, 758면 이하; 김천수, "의사책임소송에 있어서의 입증문제에 관한 고찰 -독일의 의사책임이론을 중심으로-", 119면 이하 등 참조.

증곤란을 겪을 것이다. 그러한 경우에 통상의 민사사건에서 요구되는 정도로 증명할 책임을 의사측에 전환할 것을 주장함은 의사측에 위험책임을 부과함과 같다고 할 것이다. 그렇다면 입증책임을 전환하는 경우에 후술하는 바와 같이 의사측의 입증의 정도를 통상의 경우보다는 낮추어 주는 것을 고려할 수 있다고 하겠다.

위 대법원 판결의 태도는 인과관계의 입증책임을 환자측에 그대로 두면서 그 증명도를 낮게 요구한 것으로 보여진다. 그러한 입증책임을 경감하는 방법 가운데 표현증명의 이론을 적용한 것은 아니라고 하겠다. 표현증명의 경우라면 고도의 개연성이 있는 경험칙이 있어야 하며 전제 사실에 대한 증명이 이루어져야 하는데,<sup>43)</sup> “결과와 사이에 일련의 의료 행위 외에 다른 원인이 개재될 수 없다는 점, 이를테면 환자에게 의료행위 이전에 그러한 결과의 원인이 될 만한 건강상의 결함이 없었다는 사실”의 증명을 요구할 뿐이다. 이는 낮은 정도의 진실 개연성, 즉 ‘결과 발생의 개연성’<sup>44)</sup>을 증명하는 것에 불과한 것으로서 사실상의 추정이라고 하겠다.

생각건대, 인과관계에 대한 환자측의 입증책임을 경감하는 이러한 판례의 경향에는 찬성한다. 그러나 낮은 정도의 개연성을 입증하는 것조차도 환자로서는 어려운 상황에서는 판례의 취지는 몰각될 수 있다. 이러한 점에서 試論으로 주장한다면, 진료행위와 나쁜 결과가 모두 동일한 사태의 일련의 과정에 있다는 外觀<sup>45)</sup>만 인정된다면 다른 조건 없이<sup>46)</sup> 인과관계의 입증책임을 전환하여 의사측이 진료과실이 없었다거나 진료

43) 김영일, 전계논문, 368면 이하.

44) 양삼승, 전계논문, 756면.

45) 가령 이 사건과 같이 시력에 이상 없이 입원하여 진료를 받은 직후 급격히 시력이 상실된 경우, 손발에 땀이 날 정도인 사람이 진료를 받은 직후 급격히 건강이 악화되어 사망에 이른 경우 등에 이러한 외관이 인정된다고 하겠다.

46) 가령 독일 연방법원은 의사측의 중대한 치료과실이 인정되는 경우에 인과관계의 입증책임을 의사측으로 전환한다. 이 입증책임의 전환은 의사의 중대한 치료과실이 인정되고 그것이 같은 종류의 손해를 야기하기에 적합한 것임이 입증될 것을 조건으로 한다. 김천수, “의사책임소송에 있어서의 입증문제에 관한 고찰 -독일의 의사책임이론을 중심으로-”, 119면 참조.

행위와 그 결과 사이에 사실적 인과관계가 존재하지 않는다는 입증을 하여 면책하도록 하고, 의사측의 입증의 정도를 개연성이론에서 환자측의 입증 정도를 경감하는 것보다는 높게 그러나 통상의 민사사건의 경우보다는 낮게 요구하는 방법을 모색할 필요가 있다고 하겠다.<sup>47)</sup>

### 3. 이 사건의 경우

원고측과 병원측은 진료계약<sup>48)</sup>이 성립되었을 것이다. 따라서 위에서 본 것처럼 진료채무의 수단채무성이라는 개념에 얽매이지 않고 진료과실의 입증을 의사측에 요구할 수도 있을 수 있는 사안이라고 하겠다. 그러나 이하에서는 진료과실에 관한 이러한 사전 그리고 또한 인과관계의 입증에 대한 위의 사건을 적용하지 않고 다만 판례의 태도에 입각하여 살펴본다.

원고측은 B의 진료과실을 다양하게 주장하였다. 하지만 다음과 같은 주장을 추가할 수 있을 것이다. 만일 시신경염증을 보유하고 있을 가능성이 원고 A에게 있었다면 수술을 통한 정신적 및 육체적 긴장이 이 염증의 급격한 악화를 초래할 가능성이 있는지에 대한 의학적 검토가 필요하다. 만일 그러한 가능성이 있다면 안와의 신경섬유종의 제거수술을 받은 바 있고 안와에서 두개강으로 연결되는 종양(신경섬유종)을 가지고 있는 원고 A와 같은 경우에 시신경염증을 보유할 가능성이 얼마나 있는지에 대한 의학적 검토가 필요하다. 만일 그러한 가능성이 인정된다면 그 가능성의 정도에 따라서 시신경염증의 보유 여부에 대한 검사를 하지 않음에 대한 과실이 인정될 수 있다. 한편 원고 A의 주치의 K가 원고가 시력감퇴증세를 호소하자 즉시 안저검사 등 안과적 검사를 시행하였지만 시력이 경미하게 감소한 것 외에 다른 이상증세를 발견할

47) 이 사건의 경우에 피고측의 반증 활동은 이 정도의 입증책임이 전환된 경우에도 일견 성공적일 수 있다고 여겨진다.

48) 정확하게는 입원 및 진료약정 및 기타 부수적인 내용을 포함하는 포괄적인 의료계약이 원고 A와 피고 병원 사이에 체결된 것이라고 하겠다. 심지어는 종된 계약으로 가령 원고 A의 입원진료비채무보증계약도 수반하였을 것이다.

수 없어 이를 일시적인 시력감퇴로 판단한 점에 관하여 보다 정밀 검사를 하였다면 시신경염을 발견할 수 있었는지, 발견하였다면 이에 응하는 적절한 처치방법이 있고 이를 실시하였다면 시력상실의 정도를 줄일 수 있었는지에 대한 판단이 필요하다고 하겠다.

한편 인과관계 입증에 관한 판례의 태도를 따른다면, 원고측은 원고 A가 시력을 상실할 만한 건강상의 결함이 없었음을 주장 입증했어야 했는데 이러한 주장을 하지 않았다. 그런데 공교롭게도 위 판례는 이 사건(안검하수 교정수술 사건)의 제1심 소송제기 시점인 1995. 2. 10.자로 선고된 교감신경절제수술 판결에서 시작된 것이므로, 소송대리인이 이를 모른 상태에서 소장 기타 준비서면을 작성하였을 가능성이 있으나 선고는 위 판례가 선고된 지 2년 후인 1997년 7월 16일이다.

#### IV. 설명의무의 이행

설명 의무의 경우에 책임론에 못지 않게 이행론과 예외론이 매우 중요하다. 설명 의무의 이행 및 예외와 관련된 행위기준을 사전에 명확하게 제시함이 없이 의사측에 불의의 일격을 가하는 일은 없어야 한다. 이행론은 설명의 주체, 상대방, 범위, 시기, 방법 등이다. 이하에서는 설명의 주체, 상대방, 범위에 대하여 간략하게 언급한다.<sup>49)</sup>

##### 1. 설명의 주체

계약관계에서 설명 의무의 주체는 계약의 당사자이다. 그런데 의사측 당사자가 법인 또는 의사 아닌 자연인인 경우에 그 이행은 그 당사자의 이행보조자인 의사에 의하여 이행되어야 한다. 즉 설명의 이행은 설명 의무의 직접 부담자에 한하여 이행되어야 하는 것이 아니다. 설명 의무

49) 설명 의무의 이행론에 대한 상세한 언급은 김천수, "환자의 자기결정권과 의사의 설명의무", 서울대학교 대학원 박사학위논문(1994), 42-93면 및 160-234면; 김천수, 「진료에 대한 설명과 동의의 법리」(대구대학교 출판부, 1999), 41-87면 및 147-215면 등 참조.

는 이행의 대행이 허용된다고 하겠다. 물론 그 대행자는 설명의 내용을 숙지하고 있는 자이어야 할 것이다. 나아가서 설명자와 진료자는 일치하여야 할 필요는 없다. 이러한 점에서 판례의 태도는 타당하다. 다만 “설명 의무의 주체”라는 표현은 불법행위책임의 경우에는 타당하나 계약책임의 경우에는 타당하지 않는 경우가 있음에 유의해야 할 것이다. 설명의 주체와 관련하여서는 일정한 수술의 필요성을 설명하고 시설이 나은 병원으로 환자를 보낸 轉院 등의 경우에 입원지시 의사와 치료담당 의사이의 문제, 집중치료 또는 특정 전문과목내의 다수 의사의 집단진료 등 조직의료의 경우 등의 문제가 있다.<sup>50)</sup>

## 2. 설명의 상대방

설명은 동의를 전제로 하는 경우<sup>51)</sup>에는 동의능력이 있는 환자와 그 법정대리인인 부모나 후견인에게 이루어져야 한다. 한편 동의를 받지 않아도 되는 예외적인 경우에도 환자의 알 권리를 위한 설명이 이루어져야 하는 경우가 있으며<sup>52)</sup> 이러한 경우에는 동의능력이 없어도 일정한 지각능력이 인정되는 환자에게도 설명이 이루어져야 한다.<sup>53)</sup>

50) 이에 대한 상세한 논의는 김천수, 「진료에 대한 설명과 동의의 법리」, 147-163면; 김천수, 「환자의 자기결정권과 의사의 설명의무」, 160-177면 등 참조.

51) 이러한 설명은 동의권자가 동의여부를 결정하는 데 도움을 주는 조언으로서의 설명이라는 점에서 助言說明이라고 하겠다. 김천수, 「진료에 대한 설명과 동의의 법리」, 129면 이하.

52) 가령 법률에 의한 강제치료가 행해지는 경우라고 하여도 환자는 자신의 건강상태가 어떠한지 그에게 어떠한 내용과 위험을 가진 진료가 행해진다고 하는 것에 대하여 알 권리가 있으며 이를 위한 설명이 이루어져야 할 것이다. 이러한 설명은 동의여부를 결정하기 위한 조언이 아니라 단순히 위와 같은 사실을 알리는 설명이므로 告知說明이라고 한다. 김천수, 「진료에 대한 설명과 동의의 법리」, 129면 이하. 고지설명과 조언설명은 특히 설명의무가 면제되는 경우에 있어서 어느 설명의무가 면제되는가를 구분하여 고지설명을 하여야 하는 경우가 있고 이러한 경우에 고지설명을 하지 않은 경우에는 독자적인 설명해태책임이 발생한다. 같은 책, 216-273면 참조. 그런데 이러한 고지설명을 조언설명에 의한 자기결정의 전단계로 인식하여 이러한 구분이 “인위적”이고 “설명 의무위반에 대한 법적 책임귀속 판단에 있어서 실질적 가능성이 있는가에 의문”을 표하는 견해도 있다. 안법영, 전제논문, 331면, 각주221 참조.

53) 물론 이러한 설명은 동의를 받기 위한 설명과 그 범위가 항상 일치하지는 않는다.

원고 A는 동의능력이 있는 행위능력자로 보인다. 그렇다면 의사측은 원고 A에게 설명을 하여 그의 동의를 받아야 한다.

### 3. 설명의 범위

설명 범위는 세 개의 동심원으로 단계적으로 그을 수 있다. 가장 가운데 오는 것은 의료계의 관행상 제공되는 정보이다. 그 다음의 것이 동의권자의 결정에 중요한 정보이다. 그리고 가장 바깥 원이 환자의 질문이다. 설명에서 빠뜨린 정보가 의료관행상 제공되는 것이라면 다음 단계에 있는 동의 결정에 중요한 정보인가의 판단을 할 필요 없다. 한편 관행상 제공되는 정보를 다 제공하였다도 평균인이 결정에 중요하다고 생각하는 정보와 구체적 환자가 중요하다고 생각되는 정보<sup>54)</sup>가 설명에서 빠졌다면 다른 요건이 구비된 경우 역시 설명해태책임이 인정된다. 나아가서 설명의 범위는 환자의 질문에 의하여 추가된다. 환자의 질문에 의학적 정확성이 요구되는 것은 아니다. 유의할 것은 환자의 질문 이전에 충분히 의료계의 관행 및 결정에의 중요성이라는 기준에 의하여 설명의 범위가 일단 그어진다는 것이다. 다시 말하면 기초적인 설명을 한 뒤에 환자의 질문을 기다린다는 소극적인 설명의 자세는 금지되어야 할 것이다.

이 사건에서 위의 진료과오 부분에서 언급한 시신경염증과 관련된 가능성들<sup>55)</sup>이 인정된다면, 이들에 대한 설명은 환자측의 결정에 중요한 정보가 되어 설명의무 위반이 인정된다고 할 것이다.

54) 구체적인 동의권자가 그 결정에 중요하다고 생각하는지의 판단은 우선 평균의 의사를 기준으로 하되 구체적인 의사가 실제로 알게된 동의권자의 특성이 포함되어 고려된다.

55) 안검하수 교정수술을 통한 정신적 및 육체적 긴장이 시신경염증의 급격한 악화를 초래할 가능성, 안와의 신경섬유종의 제거수술을 받았고 안와에서 두 개강으로 연결되는 신경섬유종을 가지고 있는 환자의 경우에 시신경염증을 보유할 가능성, 그러한 시신경염증의 악화로 시력이 손상될 가능성 등.

## V. 결 론

진료과오책임과 설명해태책임은 의료법학에서 비중이 가장 큰 주제이다. 이를 판례평석에서 깊게 다룬다는 것은 불가능하다. 1995년 교감신경절제수술사건에 관한 대법원판결<sup>56)</sup> 이래 우리 대법원의 판례로 정착된 진료과실과 인과관계의 입증 문제는 논리적으로 거친 면이 있지만 역시 입증책임의 부분이 구체적 사실을 놓고 명쾌할 수 없다는 한계를 감안해야 할 것이다. 한편 과실책임의 원칙이 근대민법 이래 민사책임의 원칙으로 정착되었지만 이 원칙이 시대를 초월하는 절대무오의 원칙이 아니라는 점은 부인할 수 없을 것이다. 더구나 불법행위영역에서 과실책임의 요건사실에 대한 입증책임이 반드시 원고에게 부과되어야 한다는 것이 절대 불변의 철칙은 아니며 또한 입법 또는 판례상 해석을 통하여 여러 경우에서 그러한 원칙이 무너지고 있다고 하겠다. 이러한 관점에서 위 판례가 취한 태도를 긍정적으로 본다. 나아가서 채무불이행책임에서의 진료과실의 입증책임을 채무자인 의사측에 지우자는 試論, 나아가서 진료행위와 나쁜 결과가 일련의 과정에 있다는 외관만 인정되면 진료과실 및 인과관계에 대한 입증책임을 의사측으로 전환시키고 그 의사측에 입증의 정도를 완화하여 요구하자는 試論은 앞으로 계속 검토하여 가기로 한다. 특히 내용적합적 이행의 판단 기준에 대한 고찰, 입증책임전환의 전제조건 및 전환된 입증책임에 요구되는 증명도 등에 대한 연구가 필요하다고 하겠다.

56) 대법원 1995. 2. 10. 선고 93다52402 판결.