

미용성형수술의 후유증에 관한 의사의 설명의무

- 대법원 2002. 11. 5 선고 2002다48443 판결 -

범 경 철*

I. 사실관계	지의 여부
II. 원심판결의 요지	III. 설명의무위반에 관하여
III. 상고이유의 요지	1. 서
IV. 대법원의 판단	2. 의사의 설명의무
[연 구]	IV. 설명의무위반의 효과
I. 문제제기	1. 설명흡결이 있는 경우
II. 의료행위의 개념	2. 설명의무위반에 대한 의사의 항변
1. 전통적인 의료행위의 의미	3. 입증부담
2. 의료행위 범위의 확대	V. 결 론
3. 사회상규상의 의료행위	1. 성형수술이 의료행위인지의 여부
4. 성형수술이 의료행위에 해당하는	2. 위 사건의 설명의무위반 여부

I. 사실관계

피고는 1993. 11. 17. 원고에 대한 턱과 이마 부위에 실리콘 보형물을 삽입하는 수술과 눈 쌍꺼풀 수술을 시행하였다. 그 뒤 원고는 국제미인대회에 한국대표로 출전하는 등 별 지장 없이 활동을 하다가 피고에게 재수술을 요구하여 1994. 12. 13.경 쌍꺼풀의 크기를 약간 줄이고 이마와 턱에 넣었던 보형물의 크기를 보다 얇은 것으로 교체하는 추가교정수술을 받았다. 그런데 1997. 12.경부터 원고의 턱 부위에 삽입된 실리콘이 대각선으로 이동하기 시작하여 1998. 10.경에는 실리콘 보형물이 입안 내로 일

* 변호사, 법학박사

부 돌출되었고, 실리콘을 삽입하면서 머리 부위에 생긴 5cm의 반흔¹⁾에 부분적으로 머리털이 재생되지 않고 있다.

II. 원심판결의 요지²⁾

① 피고에게 수술과정에서의 의료과실에 대하여는 이를 부정하였다. ② 설명의무 위반 여부에 관해서는 설명의무를 다하였다는 증거가 없고, 오히려 보형물이 움직일 수 있다는 점에 대하여는 충분한 설명을 하지 아니한 사실을 인정하여 위자료로 6백만원을 인정하였다(진료비, 향후치료비에 관한 원고 청구는 배척).

III. 상고이유의 요지

① 인과관계에 관한 사실오인 및 판단유탈, 석명권 불행사

보형물이 움직인 것과 수술이 잘못된 것 사이에 인과관계는 없다는 것이고, 인과관계 단절에 관한 판단유탈이 있었고 보형물이 움직인 것은 외부적 충격, 원고의 체질적 소인 기타 원인불명의 원인에 기한 것이라는 점을 피고가 주장하였으므로 이 점에 관한 석명권을 행사하였어야 할 것이더라는 주장이다.

② 설명의무 위반에 관한 법리오해

설명 의무 위반도 의사의 과실과 손해에 대한 인과관계가 있다는 점이 먼저 전제로 되어야 하는 것인데 이 사건의 경우 원고에게 상담 후 실제 수술까지 40일간의 숙려시간을 부여하였으므로, 원고로서는 충분히 자기 결정을 하였다고 볼 수 있다는 것이고 또한 원고의 재수술경험에 비추어

1) 반흔(癍痕, scar)은 외상이 치유된 후 그 자리의 피부 위에 남는 변성부분으로 진피(표피와 피하조직 사이의 부분)로부터 피하조직까지의 결손을 말한다. 즉, 창상이나 피부병이 치유된 후 그 조직결손부를 메운 육아조직(肉芽組織)의 표면을 표피가 덮어서 생긴 면이다.

2) 서울지방법원 2002. 7. 25. 선고 2000나22989 판결

수술의 장단점, 부작용, 후유증에 관한 사전 지식이 충분하였고, 피고도 이에 대하여 충분한 설명을 하였다는 주장이다.

IV. 대법원의 판단

일반적으로 의사는 환자에게 수술 등 침습을 과하는 과정 및 그 후에 나쁜 결과 발생의 개연성이 있는 의료행위를 하는 경우 또는 사망 등의 중대한 결과 발생이 예측되는 의료행위를 하는 경우에 있어서 응급환자의 경우나 그밖에 특단의 사정이 없는 한 진료계약상의 의무 내지 위 침습 등에 대한 승낙을 얻기 위한 전제로서 당해 환자나 그 법정대리인에게 질병의 증상, 치료방법의 내용 및 필요성, 발생이 예상되는 위험 등에 관하여 당시의 의료수준에 비추어 상당하다고 생각되는 사항을 설명하여 당해 환자가 그 필요성이나 위험성을 충분히 비교해 보고 그 의료행위를 받을 것인가의 여부를 선택할 수 있도록 할 의무가 있다 할 것이고, 이와 같은 의사의 설명의무는 그 의료행위에 따르는 후유증이나 부작용 등의 위험발생 가능성이 희소하다는 사정만으로 면제될 수 없으며, 그 후유증이나 부작용이 당해 치료행위에 전형적으로 발생하는 위험이거나 회복할 수 없는 중대한 것인 경우에는 그 발생가능성의 희소성에도 불구하고 설명의 대상이 된다고 보아야 할 것이고, 의사가 설명의무를 위반한 채 수술 등을 하여 환자에게 예상치 못한 피해를 입히는 등의 중대한 결과가 발생한 경우에 있어서, 그 결과로 인한 모든 손해를 청구하는 경우에는 그 중대한 결과와 의사의 설명의무위반 내지 승낙취득 과정에서의 잘못과의 사이에 상당인과관계가 존재하여야 하며, 그 경우 의사의 설명의무 위반은 환자의 자기결정권 내지 치료행위에 대한 선택의 기회를 보호하기 위한 점에 비추어 환자의 생명·신체에 대한 의료적 침습과정에서 요구되는 의사의 주의의무위반과 동일시할 정도의 것이어야 할 것이지만, 환자 측에서 선택의 기회를 잃고 자기결정권을 행사할 수 없게 된 데 대한 위자료만을 청구하는 경우에는 의사의 설명 결여 내지 부족으로 선택의 기회를 상실하였다는 사실만을 입증함으로써 족하고 설명을 받았더라

면 사망 등의 결과는 생기지 않았을 것이라는 관계까지 입증할 필요는 없다고 할 것이다. 그리고 의료행위라 함은 의학적 전문지식을 기초로 하는 경험과 기능으로 진찰·검안·처방·투약 또는 외과적 시술을 시행하여 하는 질병의 예방 또는 치료행위 및 그밖에 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위를 의미한다 할 것이고, 성형수술행위도 질병의 치료행위의 범주에 속하는 의료행위임이 분명하므로, 이러한 성형수술 과정에서 의사가 환자에게 침습을 가하는 경우에 대하여도 위와 같은 설명의무에 관한 법리가 마찬가지로 적용된다고 할 것이다.

원심판결 이유에 의하면, 원심은 그 채용증거를 종합하여, 원고가 1993. 10. 7.경 피고 운영의 병원에 찾아와 미인대회에 출전하고자 하는데 이마와 턱을 높이고 눈 쌍꺼풀 수술을 하고 싶다며 성형수술에 관하여 상담을 한 후 1993. 11. 17. 금 6,000,000원을 피고에게 지급하고 턱과 이마 부위에 실리콘 보형물을 삽입하는 수술과 눈 쌍꺼풀 수술을 받은 사실, 그 뒤 원고가 국제미인대회에 한국대표로 출전하는 등 별 지장 없이 활동을 하다가 피고에게 재수술을 요구하여 1994. 12. 13.경 쌍꺼풀의 크기를 약간 줄이고 이마와 턱에 넣었던 보형물의 크기를 보다 얇은 것으로 교체하는 추가교정수술을 받은 사실, 그런데 1997. 12.경부터 원고의 턱 부위에 삽입된 실리콘이 대각선으로 이동하기 시작하여 1998. 10.경에는 실리콘 보형물이 입안 내로 일부 돌출되었고, 실리콘을 삽입하면서 머리 부위에 생긴 5cm의 반흔에 부분적으로 머리털이 재생되지 않고 있는 사실을 인정한 다음, 성형수술의 경우 그 성질상 긴급을 요하지 않고 성형수술을 한다 하더라도 외관상 다소 간의 호전이 기대될 뿐이며 수술 후의 상태가 환자의 주관적인 기대치와 다른 경우가 있을 수 있으므로, 의사는 환자에게 치료의 방법 및 필요성, 치료 후의 개선 상태 및 부작용 등에 관하여 구체적인 설명을 하여 환자가 그 의료행위를 받을 것인가의 여부를 선택할 수 있도록 하여야 할 의무가 있다 할 것인데, 피고가 원고에게 위와 같은 정도의 설명을 하여 원고가 수술을 결정하였음을 인정할 만한 증거가 없고, 오히려 원심의 피고본인신문결과 등에 의하면 피고는 위 성

형수술 당시 원고에게 위 수술의 부작용으로서 출혈, 염증, 보형물의 크기가 본인이 원하는 것이 아닐 경우가 있을 수 있으며, 머리 절개 부위는 머리털이 자라서 회복이 되는데 일부 미세하게 안 자라는 부분이 있을 수 있다고 설명하였을 뿐 위 보형물이 움직일 수 있다는 점에 대하여는 충분한 설명이 없이 수술한 사실이 인정된다는 이유로, 피고는 위 수술을 함에 있어서 설명의무를 위반하여 원고가 수술을 할 것인지 여부를 결정할 수 있는 권리를 침해하였다 할 것이고 이로 인하여 원고에게 가한 정신적 손해를 배상할 책임이 있다.

원심판결을 기록과 대조하여 살펴보면, 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 위 법리를 따른 것으로서 정당하고, 거기에 주장과 같은 채증법칙을 위반한 사실오인, 판단유탈, 석명권 불행사, 의사의 설명의무에 있어서 인과관계 등에 관한 법리오해의 위법이 없다.

그러므로 상고를 기각하고, 상고비용은 패소자의 부담으로 하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

[연 구]

I. 문제제기

현대사회에서 미용에 관한 수술이 유행하여 많은 사람이 시술받고 있는 실정이다. 이에 비례하여 이에 관한 의료사고도 빈번히 발생하고 있다. 전통적인 의료행위 관점에서 보면 신체에 아무런 이상이 없음에도 불구하고 외형을 바꾸는 것이 의료행위에 들어가는지의 여부가 문제가 된다. 의료행위에서 설명의무위반을 묻기 위해서는 먼저 단순히 미용을 위한 성형수술이 의료행위에 포함하는지를 생각해 볼 필요가 있다. 물론 외형이 손상되었을 경우 이를 복원하기 위한 수술은 의료행위임에 이론이 있을 수 없을 것이다.

그리고 의료행위를 함에 있어서 환자의 자기결정을 위한 의사의 설명의무를 성형수술에 관해서 일반 다른 의료행위와 다른 것인지 같은 것인

지를 생각해 볼 여지가 있다. 왜냐하면 성형수술 결과는 일반 의료행위와 달리 개인의 주관적인 것에 많이 좌우되고, 후유증에 관해서 환자에게 충분히 설명하기가 어려운 경우가 있을 수 있다. 의사는 환자유치를 위해서 과장하여 결과를 설명하는 경우도 있을 수 있다. 그리고 의사의 설명의무는 일반불법행위와 달리 의사의 과실을 요건으로 하지 않는 경우도 있을 수 있다. 즉, 의사는 의료행위를 하는데 과실이 없으나 환자의 자기결정권 행사에 지장을 주었기 때문에 책임을 부담하는 경우도 있을 수 있다.

그래서 의사가 성형수술의 후유증에 관한 설명의무를 부담하기 위해서는 성형수술이 의료행위에 포함되는지의 문제와 후유증의 설명의 범위를 살펴볼 필요가 있다.

II. 의료행위의 개념

1. 전통적인 의료행위의 의미

의료행위는 전통적으로 환자의 증상을 진단하여 신체의 이상과 고통을 제거하고 치료를 통하여 건강을 증진시키는 행위 또는 의학적 전문지식을 기초로 하는 경험과 기능으로 진찰, 검안, 처방, 투약 또는 외과적 시술을 시행하여 질병의 예방 또는 치료행위 이외에도 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위를 말한다.³⁾ 그러나 의료행위의 개념은 확정되어 있지 않으며, 사회의 관념과 의학의 발전에 따라 변화하는 발전적 개념이라 할 수 있다.⁴⁾ 의료행위의 의미에 관하여 판례는 다음과 같이 정의하고 있다.

3) 대법원 1987.11.24. 선고 87도1942 판결; 대법원 1999.6.25. 선고 98도4716 판결.

4) 박윤직, 채권각론(박영사, 2000), 341면; 이은영, 채권각론(박영사, 1999), 922면; 김상용, 채권각론(下)(법문사, 1998), 364면; 김민중, 의료분쟁의 법률지식(청림출판, 2000); 조희중, 의료과오소송(법원사, 1996), 25면; 최재천·박영호, 의료과실과 의료소송(육법사, 2001), 34면; 신현호, 의료소송총론(육법사, 1997), 27면; 추호경, 의료과오론(육법사, 1992), 21면 등.

[판례1] 의료법 제25조 소정의 의료행위의 의미, 활기도운동이라는 명목하에 척추디스크 등 환자들의 통증부위를 교정하는 시술의 반복행위가 의료행위에 해당하는지 여부(대법원 1987.11.24. 선고 87도1942 판결)⁵⁾

(1) 의료행위라고 함은 질병의 예방이나 치료행위를 말하는 것으로서 의학의 전문적 지식을 기초로 하는 경험과 기능으로써 진찰, 검안, 처방, 투약 또는 외과수술 등의 행위를 말하는 것이고, 여기에서 진찰이라 함은 환자의 용태를 듣고 관찰하여 병상 및 병명을 규명 판단하는 것으로서 그 진단방법으로는 문진, 시진, 청진, 타진, 촉진 기타 각종의 과학적 방법을 써서 검사하는 등 여러 가지가 있다.

(2) 피고인이 의사의 면허나 자격이 없이 활기도수련장을 만들어 척추 골반 교정에 필요한 기구를 설치하고 척추디스크, 골반 및 허리 통증환자에 대하여 활기도운동이라는 명목으로 손으로 환자의 통증이 있는 척추와 골반 등을 누르고 만지는 등 교정시술을 하고, 또 환자로부터 그 용태를 물어 그 증세를 판단하고서 (문진에 의한 진료) 척추와 골반에 나타나는 구조상의 이상상태를 도수 기타 방법으로 압박하는 등의 시술을 반복 계속하였다면 이는 사람의 생명이나 신체 또는 공중위생에 위해를 발생케 할 우려가 있는 의료행위에 해당한다고 할 것이다.

[판례2] 주사기에 의한 약물투여 등의 주사가 의료행위에 해당하는지 여부(대법원 1999.6.25. 선고, 98도4716 판결)⁶⁾

주사기에 의한 약물투여 등의 행위는 그 약물의 성분, 그 주사기의 소독상태, 주사방법 및 주사량 등에 따라 인체에 위해를 발생시킬 우려가 높고 따라서 이는 의학상의 전문지식이 있는 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위임이 명백하므로 의료행위에 포함된다고 보아야 할 것이다.

[판례3] 질병의 치료를 위한 벌침의 시술행위가 의료행위에 해당하는지 여부(대법원 1994. 4. 29. 선고 94도89 판결)⁷⁾

5) 참조판례로서는 대법원 1985.5.28. 선고 84도2135 판결; 대법원 1986. 10.14. 선고 86도 1678 판결; 대법원 1987.5.12. 선고 86도2270 판결.

6) 참조판례로는 대표적으로 대법원 1986.7.8. 선고 86도749 판결; 대법원 1987.12.8. 선고 87도2108 판결; 대법원 1993.8.27. 선고 93도153 판결; 대법원 1994.4.29. 선고 94도89 판결; 대법원 1994.5.10. 선고 93도2544 판결; 대법원 1999.3.26. 선고 98도2481 판결 등.

7) 참고판례: 대법원 1987.11.24. 선고 87도1942 판결; 대법원 1992.5.22. 선고 91도3219 판결; 대법원 1993.8.27. 선고 93도153 판결; 대법원 1992.10. 13. 선고 92도1892 판결.

관절염 등의 질병을 가지고 있는 환자에 대하여 그 질병의 치료를 위하여 신체에 벌침의 시술행위를 하였다면, 이는 의료행위를 한 것이라고 할 것이고, 따라서 의료인이 아닌 자가 영리를 목적으로 벌침의 시술행위를 업으로 하여 왔다면, 보건범죄단속에관한특별조치법 제5조 소정의 죄책을 면할 수 없다.

[판례4] 환자의 생년월일로 이른바 오행분석⁸⁾을 하여 병명을 진단한 후 한약을 처방하는 것이 의료법 제25조의 의료행위인지 여부, 오행분석에 의한 처방에 기하여, 기성 한의서에 기재된 처방에 임의로 다른 한약재를 추가하여 한약을 조제한 행위가 의약품 제조인지 여부(대법원 1997. 2. 14. 선고 96도2234 판결)⁹⁾

(1) 한약업사가 환자의 생년월일로 이른바 오행분석을 하여 병명을 진단한 후 한약을 처방하였다면, 그 오행분석은 환자의 병상과 병명을 규명하는 판단작용의 방법으로 사용된 것이어서 일종의 진찰방법이라고 할 수 있고, 오행분석에 의한 처방은 일종의 치료행위라고 할 것이어서, 이는 의료법 제25조의 의료행위에 해당한다.

(2) 한약업사는 약사법 제36조 제2항에 의하여 환자의 요구가 있을 때에 기성 한의서에 기재된 처방 또는 한의사의 처방전에 의하여 한약을 혼합 판매할 수 있으나, 한약업사가 오행분석에 의하여 병명을 진단한 후 자신의 처방에 기하여 기성 한의서에 기재된 처방(본방)에 임의로 다른 한약재를 추가하여 한약을 조제하였다면, 이는 약사법 제36조 제2항의 혼합판매가 아니라 약사법 제26조 제1항의 의약품의 제조에 해당한다.

위의 판례들에서 보는 바와 같이 의료행위 자체는 고정된 특정개념이 아니라 사회의 변화와 의학의 발전에 따라 변화하는 유동적인 개념이다. 따라서 의료행위의 개념에 관한 정의는 다양하다. 본 논문에서는 다음과 같이 정의하기로 한다. 일반적으로 의료(medical care)는 의학적인 지식과 수단방법으로 질병을 진단하고 치료하는 것이라 할 수 있다. 그리고 의료

8) 음양오행학설은 한방의학의 중요한 기초이론이다. 한방의학의 자연관과 인체의 생리·병리에 대한 원리·진단·치료·약물 등에 대한 이론은 모두가 이 음양오행으로 설명된다. 이는 한방의학의 발상지인 중국의 고대 의학자들이 음양오행학설을 응용하였기 때문인 듯 하다.

9) 이에 대한 참조판례로는 대법원 1978.9.26. 선고 77도3156 판결; 대법원 1981.12.22. 선고 80도2974 판결; 대법원 1992.7.28. 선고 91누12455 판결; 대법원 1991.12.10. 선고 91도2348 판결; 대법원 1993.8.27. 선고 93도153 판결이 있다.

인이 행하지 않고 일반인이 행하면 보건상 위해가 생길 우려가 있는 행위를 의료행위라고 말할 수 있겠다.¹⁰⁾ 그러므로 보건상 위해가 가지 않은 사회상규상 인정되는 엄지손 등을 따는 행위는 의료행위에 포함시키지 않는 것이 좋을 것이다.

일본에서는 의학을 사회적으로 현실에 적용하는 것이며, 건강할 때 건강양호를 출발점으로 건강의 파탄을 예방하고 질병이 발생할 때 이에 관하여 대책을 마련하고 회복, 재생을 포함하며, 모자위생, 영유아의 영양, 학교보건, 산업보건, 생활환경의 조성 등 광범위하게 의료행위의 개념을 정의하고 있다.¹¹⁾ 그리고 우리나라 의료법 제12조 제1항에서는 의료인이 행하는 의료, 조산, 간호 등 의료기술의 시행에 대하여는 의료법 또는 다른 법령에 특별히 규정된 경우를 제외하고는 누구든지 이에 간섭하지 못한다고 규정하여 간접적으로 의료행위의 개념을 정의하고 있다고 볼 수 있다.

2. 의료행위 범위의 확대

병상의 치료행위만을 의료행위로 이해하던 전통적 의료행위의 의미가 오늘날에는 의학지식의 진보와 의료기술의 혁신, 의료행위에 대한 개인과 사회의 기대변화에 의하여 다양하게 변화하고 있다. 특히 최근에는 의학의 발달로 미용수술,¹²⁾ 성전환수술,¹³⁾ 인공수정¹⁴⁾ 등 예전에는 생각할 수

10) 이에 관한 대표적인 판례로는 대법원 1978.5.9. 선고 77도21 판결.

11) 菅野耕毅, 醫療過誤責任の理論, 信山社, 1996, 96면.

12) 대법원은 1972.3.28. 선고 72도342 판결에서 미용성형수술(곰보수술, 쌍꺼풀수술, 콧날세우기 등)은 질병의 예방 또는 치료행위가 아니므로 오직 일반의사에게만 허용되는 의료법 제25조에서 정한 의료행위라고 단정할 수 없다고 하다가 대법원 1974.11.26. 선고 74도1114 판결에서 “코 높이기 성형수술의 방법 및 행위의 태양을 함께 감안하면 코 높이기 성형수술행위도 질병의 치료행위의 범주에 넣어 의료행위가 되는 것으로 해석함이 타당하다”고 하여 의료행위의 범위를 확대하였다.

13) 성전환(sexual inversion)이란 유전적인 자웅의 성이 반대성으로 전환하는 것을 말한다. 발육 도중에 개체의 성이 수컷에서 암컷으로, 암컷에서 수컷으로 각각 역전하는 현상을 말한다.

14) 인공수정(人工授精, artificial insemination)이란 인위적으로 수컷의 정액을 채취하여 그것을 암컷의 생식기 속으로 들여보내어 수정되게 하는 일을 말한다. 같은 수정이라도 수

없었던 행위가 의료행위의 개념에 포함되게 되었다.¹⁵⁾ 이와 같이 의료행위분야는 앞으로 얼마나 변화할지 아무도 예측할 수 없게 되었다. 뿐만 아니라 최근에 인간의 유전자 지도가 완성되어 발표됨으로써, 이제 인간도 자신들의 취향에 맞는 형태나 기능을 갖춘 인간을 만들 수 있는 시대가 멀지 않았다는 이야기까지 들리고 있는 현실을 고려한다면, 의료행위의 개념은 점차 확대될 전망이다.

3. 사회상규상의 의료행위

일반적으로 사회에서 행하여지고 있는 건강증진에 관한 여러 가지 민간 치료행위를 의료행위로 볼 것인가에 관해서는 위에서 본 바와 같이 사회의 관념의 변화에 따라 변할 수도 있을 것이다. 예컨대 우리사회에서 행하여지고 있는 안수기도, 기치료, 무당의 치료행위, 수지침, 찜질, 주체에 손등을 따는 행위, 어머니가 자식의 치아갈이를 도와주는 행위 등은 민간요법으로 예전부터 치료의 한 수단으로 이용하고 있는 것이 사실이다. 이런 행위들을 의료행위에 포함시킬 것인가의 문제는 사회의 통념을 넘어선 행위인가로 구분하는 것이 옳을 것이다.

형법이나 의료법의 대상이 되려면 사회상규에 해당하지 않고 이 법들의 구성요건을 충족하는 것이라야 할 것이다. 물론 의료법이나 형법의 대상에서 제외된 경우라도 민사적 책임을 당연히 면하는 것은 아니다.

아래의 판례들은 사회상규에 위배되지 아니하는 의료행위 인지의 여부를 판단하는 아주 중요한 사례들로서 시사하는 바가 크다 하겠다.

정(受精:fertilization)은 정자와 난자가 융합하는 것을 말하며, 수정(授精:insemination)은 매정(媒精)이라든지, 조정(助精), 과종(播種)의 뜻으로도 쓰이며, 정자를 난자가 있는 곳으로 들여보내는 것, 즉 단순히 정자를 함유하는 정액을 공여한다는 뜻으로서 그 결과 반드시 수정·수태된다고는 볼 수 없다. 연어·송어 등의 어류를 제외하고는 실용되고 있는 것은 모두 人工授精이며 人工受精이 아니다.

15) 추호경, 의료과오론(육법사, 1992), 21면에 따르면 의료형태로서 질병의 치료·경감, 질병의 예방, 기형의 교정, 조산과 의술적 낙태, 치료목적을 위한 환자에 대한 시험, 의술의 진보를 위한 실험 등 여섯 가지를 들고 있다.

[판례1] 찜질이 의료행위에 해당하는지의 여부(대법원 2000.9.8. 선고 2000도 432 판결)

【사실관계】 피고인은 의사면허 없이 영리를 목적으로 1997. 8. 초순 부산 동래구에서 암치료센터라는 상호로 폐암환자에게 들 등이 들어 있는 스테인레스 용기를 가열하고 이를 천과 가죽으로 덮은 속칭 지공사십기운기(支功四十氣運機, 옥석, 산호 등이 들어 있는 스테인레스 용기를 가열하여 이를 가죽과 천으로 덮어 만든 것)라는 찜질기구를 건네주고 환자로 하여금 치료실에서 직접 환부에 대고 찜질을 하도록 하게 하고 치료비로 5만 원을 받은 것을 비롯하여 그 때부터 1998. 3. 7.경까지 하루 평균 약 15명의 환자들을 상대로 하루 평균 5만 원씩의 치료비를 받는 등 의료행위를 업으로 한 것이다.

이 사건 찜질기구의 구성 및 사용법은, 스테인레스 용기 속에 옥석, 산호 등의 소재를 넣고 이를 빈가마솥의 받침대 위에 올려 놓은 뒤 가마솥을 가열하여 간접적으로 찜질기구가 가열되면 (약 37℃ 내지 45℃) 약 1시간 동안 환자들이 수기실(受氣室)이라고 불리는 온돌방에서 옷을 입은 채로 환부(가슴, 배, 등 부위)에 가열된 찜질기구를 대도록 하며, 통상 1회 찜질기구 2개를 차례로 사용하여 2시간 동안 환부에 대도록 하는 것이다. 치료효과에 대하여, 피고인은 가열된 열 자체로 치료되는 것이 아니라 찜질기구에서 나오는 四氣(열기, 지기, 대기, 천기)가 인체에 흡수되어 인체에 내재된 기능이 향상됨으로써 암을 비롯한 각종 불치성 질환이 치유되고, 뇌수막종을 앓던 환자가 6개월 치료로 완치되기도 하였다고 주장하고, 환자들은, 류머티즘관절염으로 고생하였는데 1년 정도 치료를 받으니 많이 호전되었다거나(남자, 1935년생), 폐암으로 신문광고를 보고 가서 1997년 8월부터 한 달에 150만원을 주고 100일 정도 치료를 받았는데, 더 악화되었다고 하여(여자, 1947년생) 서로 진술이 엇갈린다.

【원심판결요지】 제1심은 의료법 제25조 제1항의 “의료행위”에 해당하지 않는다고 보아 무죄를 선고하였고, 원심은 검사의 항소를 기각하였는데, 원심판결의 요지는, 피고인의 행위가 의료행위에 해당한다는 취지의 원심의 대한방사선종양학회에 대한 사실조회회보 결과는 신빙성이 없어 믿을 수 없고, 피고인이 개발한 이 사건 찜질기구는 40℃ 내지 45℃ 정도로 가열된 것이고 천과 가죽으로 덮여 있으며 몸에 직접 접촉하는 것이 아니므로 화상의 우려가 없고, 피고인이 환자의 몸을 만지거나 약물을 투여하는 등의 일체의 진찰행위를 하지 않았으므로, 비록 피고인이 의학적 전문지식은 없으나 피고인의 이러한 행위로 환자의 생명, 신체나 공중위생에 위해를 발생시킬 우려가 있다고 보이지 아니하므로 무죄를 선고한 제1심은 정당하다는 것이다.

【대법원판결요지】 이에 대하여 대법원은 다음과 같이 판단하고 있다. 의료법

제25조 제1항에서 말하는 의료행위라 함은 의학적 전문지식을 기초로 하는 경험과 기능으로 진찰, 검안, 처방, 투약 또는 외과적 시술을 시행하여 하는 질병의 예방 또는 치료행위와 그밖에 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위를 의미하는바, 돌 등이 들어있는 스테인레스 용기를 천과 가죽으로 덮은 꺾질기구를 가열하여 압 등 난치성 질환을 앓는 환자들에게 건네주어 환부에 갖다 대도록 한 행위는 명백히 압 등 난치성 질환이라는 특정 질병에 대한 치료를 목적으로 한 것이고, 이를 장기간 사용할 경우 피부 등에 화상을 입거나 압 등 난치성 질환을 앓고 있는 환자의 신체에 다른 부작용이 일어날 가능성을 배제할 수 없으므로, 이러한 치료행위는 의학상 전문지식이 있는 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위, 즉 의료행위에 해당한다고 보아야 할 것이고, 비록 꺾질기구의 가열 후 온도나 사용방법에 비추어 화상의 우려가 적다거나, 직접 환자의 몸에 손을 대지 않거나, 약물을 투여하는 등의 진찰행위가 없다고 하여 결론을 달리 할 것은 아니다.

[판례2] 사회상규상 의료행위에 해당하는지 여부(대법원 2000.4.25. 선고 98도 2389 판결)

【판결요지】 [1] 형법 제20조 소정의 '사회상규에 위배되지 아니하는 행위'라 함은 법질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여 있는 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위를 말하고, 어떠한 행위가 사회상규에 위배되지 아니하는 정당한 행위로서 위법성이 조각되는 것인지는 구체적인 사정 아래서 합목적적, 합리적으로 고찰하여 개별적으로 판단되어야 할 것인바, 이와 같은 정당행위를 인정하려면 첫째 그 행위의 동기나 목적의 정당성, 둘째 행위의 수단이나 방법의 상당성, 셋째 보호이익과 침해이익과의 법익권형성, 넷째 긴급성, 다섯째 그 행위 외에 다른 수단이나 방법이 없다는 보충성 등의 요건을 갖추어야 한다.

[2] 일반적으로 면허 또는 자격 없이 침술행위를 하는 것은 의료법 제25조의 무면허 의료행위(한방의료행위)에 해당되어 같은 법 제66조에 의하여 처벌되어야 하고, 수지침 시술행위도 위와 같은 침술행위의 일종으로서 의료법에서 금지하고 있는 의료행위에 해당하며, 이러한 수지침 시술행위가 광범위하고 보편화된 민간요법이고, 그 시술로 인한 위험성이 적다는 사정만으로 그것이 바로 사회상규에 위배되지 아니하는 행위에 해당한다고 보기는 어렵다고 할 것이다. 수지침은 시술부위나 시술방법 등에 있어서 예로부터 동양의학으로 전래되어 내려오는 체침의 경우와 현저한 차이가 있고, 일반인들의 인식도 이에 대

한 관용의 입장에 기울어져 있으므로, 이러한 사정과 함께 시술자의 시술의 동기, 목적, 방법, 횟수, 시술에 대한 지식수준, 시술경력, 피시술자의 나이, 체질, 건강상태, 시술행위로 인한 부작용 내지 위험발생 가능성 등을 종합적으로 고려하여 구체적인 경우에 있어서 개별적으로 보아 법질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여 있는 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위에 해당한다고 인정되는 경우에는 형법 제20조 소정의 사회상규에 위배되지 아니하는 행위로서 위법성이 조각된다고 할 것이다.

4. 성형수술이 의료행위에 해당하는지의 여부

전통적 의미의 의료행위의 개념에 의하면 성형수술이 의료행위에 해당하는지의 여부가 문제되나 현대적 의미에서는 미용수술이 의료행위임에 대체로 의견이 일치하고 있다. 그리고 미용성형은 정상범위의 용모를 보다 아름답게 하려는 것을 목적으로 하는 의료행위를 말한다. 외관상의 추형, 기형 등 병적인 변형, 결손의 교정, 재건을 하는 협의의 성형외과나 골격, 관절의 형태이상이나 기능장애의 교정, 예방을 하는 정형외과 등과 구별하는 것으로서 그 의료행위성이 논의될 여지가 있다.¹⁶⁾ 미용성형의 적법요건에 관하여 일본에서 종래의 통설에 의하면 미용성형은 질병의 치료, 예방 등을 목적으로 하는 것은 아니기 때문에 의료행위라고 할 수 없고 따라서 그 적법성은 피해자의 승낙의 법리에 따라 판단되어야 한다고 한다.¹⁷⁾ 이에 대하여 미용성형도 의료행위로 보는 긍정설에 의하면 피해자 승낙의 법리를 원용할 것도 없이 그 자체로 사회적 존재의의를 긍정하여 적법성을 인정해 주되, 다만 의료행위로서의 기술적 기준에의 합치를 엄격하게 요구하여야 한다는 견해가 유력하게 주장되었다. 성형수술과 의료과오, 설명의무 위반 및 성형수술이 의료행위에 해당되는지 여부에 관한 대법원 판례를 살펴보면 성형수술을 의료과오로 인정한 사례로서 “의사로서는 성형수술이 그 성질상 긴급을 요하지 아니하고 성형수술을 한다 하더라도 외관상 다소간의 호전이 기대될 뿐이며 다른 한편으로

16) 菅野耕毅, 앞의 책, 97면.

17) 최재천·박영호, 앞의 책, 35면.

는 피부이식수술로 인한 피부제공처에 상당한 상처로 인한 후유증이 발생할 가능성이 있음을 고려하여 수술 전에 충분한 검사를 거쳐 환자에게 수술 중 피부이식에 필요하거나 필요하게 될 피부의 부위 및 정도와 그 후유증에 대하여 구체적인 설명을 하여준 연후에 그의 사전 동의를 받아 수술에 임하였어야 할 업무상 주의의무가 있음에도 불구하고 이에 이르지 아니한 채 막연한 두피이동술 및 식피술 등의 수술에 관한 동의만 받았을 뿐 양대퇴부의 피부이식에 대한 내용 및 그 후유증 등에 대하여 구체적으로 설명하여 주지 아니하고 수술에 이르렀다면 이 사건 성형수술로 피해자가 입은 손해는 의사의 위와 같은 주의의무를 다하지 아니한 과실로 인한 것이라고 할 것이다¹⁸⁾ 또한 최근에 대법원은 “의료행위라 함은 의학적 전문지식을 기초로 하는 경험과 기능으로 진찰·검안·처방·투약 또는 외과적 시술을 시행하여 하는 질병의 예방 또는 치료행위 및 그밖에 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위를 의미한다 할 것이고, 안마나 지압이 의료행위에 해당하느냐에 대해서는 그것이 단순한 피로회복을 위하여 시술하는 데 그치는 것이 아니라, 신체에 대하여 상당한 물리적인 충격을 가하는 방법으로 어떤 질병의 치료행위에까지 이른다면 이는 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위, 즉 의료행위에 해당한다고 보아야 한다”라고 하여 의료행위의 개념을 확장하여 미용에 관한 신체의 침습도 의료행위에 해당한다고 판시하였다.¹⁹⁾

Ⅲ. 설명의무위반에 관하여

1. 서

(1) 기본이념

의사의 설명의무는 어디에 근거를 두고 있는가에 관해서 생각할 필요

18) 대법원 1987. 4. 28. 선고 86다카1136 판결

19) 대법원 2002. 6. 20. 선고 2002도807 전원합의체 판결

가 있다. 물론 의료행위를 의료계약에 의해서 성립한다고 하면 의료계약의 당사자인 의사는 계약의 이행에 필요한 부분을 설명하여 환자로 하여금 계약의 내용의 확정에도움을 주는 것이 타당하겠으나, 이것만으로는 의사의 설명의무를 전부 설명할 수 없다.

1) 헌법 제10조 인간의 존엄성과 행복추구권

인간은 헌법에 나와 있지 않아도 당연히 선래적으로 자기의 신체에 관한 모든 것을 결정할 권리를 가지고 있음은 당연하다. 굳이 헌법에서 그 이념을 찾는다면 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치, 행복추구권에서 찾을 수 있을 것이다. 환자 역시 본인의 의사에 반하여 신체나 정신에 다른 사람이 개입할 수 없음은 너무나 당연하다고 볼 수 있다. 그러므로 의사가 환자를 치료할 때는 치료에 관하여 충분한 설명을 하여 환자로 하여금 정당한 결정을 할 수 있도록 하여야 한다.

2) 정신적 이익 고려

의사가 환자를 치료하는 데에 있어서 환자의 건강보다 환자의 의사를 중시하여야 한다는 것이 원칙이라고 볼 수 있다. 설명의무를 인정하고 있는 것 자체가 환자의 신체적 치료보다 환자의 정신적 이익을 고려한 것이라고 볼 수 있다. 독일의 판례에서도 “..... 환자의 고유의 의사를 존중하는 것은 그의 자유와 그의 인간으로서 존엄성을 존중하는 것이다. 이러한 점에서 환자의 자기결정권의 보호를 통하여 법원은 단순한 형식을 지키는 것이 아님을 알 수 있다. 오히려 법원은 자기결정이 건강의 이익에 못지않게 존중되어야 한다는 점을 보장하기 위하여 헌법에서 인정하고 있는 중요한 개인의 자유를 보호하고 있는 것이다”²⁰⁾라고 판시하여 환자의 정신적 이익을 고려하고 있다. 물론 환자의 정신적 결정이 어떠한 경우에도 신체에 우선한다는 것은 아니다. 우리나라에서도 환자가 비합리적인 결정을 내려도 이를 존중하여야 하는가에 관해서 견해의 일치를 보지 못하고 있다. 긍정하는 견해는 의사의 설명의무를 인정하는 이유를 절대적인 판단의 자유의 보장에서 찾고, 환자의 결정이 의학적인 관점에서

20) BGB 1958.12.9.판결 BGHZ 29.46.

타당하지 않는 경우에도 환자의 결정을 무시해서는 안 된다고 한다.²¹⁾ 부정하는 견해는 생명·신체·건강 등을 위태롭게 하는 비합리적인 결정의 자유를 부정하여야 한다고 한다.²²⁾

본 논문은 비록 의사가 보기에 환자가 비합리적인 결정을 하더라도 환자의 정상적인 정신상태에서는 설명만 하면 족하다고 하는 입장에서 생각하기로 한다. 만약 환자가 비정상적인 정신상태에 있는 경우는 환자의 가족에게 설명하고 결정하게 하면 될 것이다. 합리적인가 비합리적인가를 판단하는 것은 극히 주관적이어서 쉽게 판단할 문제가 아니다. 그리고 인간은 자기 신체와 정신에 관해서 타인의 간섭을 받지 않을 권리는 인간의 기본권 중에 최고의 위치에 있어야 한다.

2. 의사의 설명의무

(1) 의 의

의료행위에 있어서 기본적으로 환자는 의사가 자기 몸에 어떤 조치를 하는지 알 권리와 이에 따르는 자기 결정권을 가진다. 환자는 비록 의학이나 의료행위는 모르더라도 자신이 어떤 상태에 있고, 의사가 어떠한 약을 투여하여 무슨 병을 치료하는지 그리고 어떠한 수술을 하는지 알 권리를 가진다. 의사는 이런 환자의 알 권리를 충족시키기 위하여 충분한 설명을 하여 환자가 최종적으로 자기 몸에 대한 치료를 할 것인지를 결정할 수 있도록 설명을 하여야 한다.²³⁾

그러나 의료는 고도의 전문지식을 요구하는 분야이기 때문에 의사에게 상당한 재량권이 인정된다. 따라서 의사의 설명의무에 대한 논의는 의사의 재량권의 한계에서 출발하는 경향도 있다. 이러한 경향들은 주로 의료행위의 특수성을 고려하고, 의사의 진료행위의 위축을 우려하여 의사에게

21) 권오승, 민법의 쟁점(법원사, 1993), 528면 참조.

22) 김천수, 앞의 책, 29면.

23) 진료에 대한 설명과 동의는 Informed consent에서 나온 말로서, 의사로부터 환자 측이 설명을 듣고 이에 동의하는 것을 의미한다.

의료에 대한 판단·처치에 대하여 어느 정도 재량권을 인정하여야 한다고 한다.²⁴⁾

(2) 설명의무의 역사적 발전

의료행위에 있어서 진료에 대한 의사의 설명을 쟁점으로 최초로 문제 삼은 것은 1767년 영국의 Slater v. Baker and Stapleton²⁵⁾이라고 볼 수 있다. 그 뒤에 계속해서 진료에 대한 설명과 동의에 대한 법리가 계속 논의 되어오다가 1914년 미국의 Schloendorff v. Society of New York Hospitals²⁶⁾ 사건에서 Benjamin Cardozo 판사가 환자의 자기결정권(selfdetermination)이라는 용어를 본격적으로 사용하였다.²⁷⁾ 그리고 그 후에 여러 판례에서 이 논리를 적용하여 오다가 1972년 미국의 Canterbury v. Spence 사건에서 설명의무설정의 기준이 의료관행에서 통상의 환자 중심으로 대체되었다. 1973년에 채택된 미국병원협회의 환자권리헌장에서는 의료행위에서의 설명과 동의에 대하여 자세히 규정하고 있다.²⁸⁾ 그리고 1981년에 리스본에서 개최된 제34회 세계의사회총회에서도 미국병원협회의 환자권리헌장과 마찬가지로 환자의 권리에 관한 리스본선언이 채택되었다.²⁹⁾ 본래 미국에서는 의료행위에서의 설명과 동의가 의료사고를 둘러싼 소송에서 법적 개념으로 등장하였지만, 최근은 점차 의료현장에서도 의사와 환자 사이의 신뢰관계를 확립하기 위한 원칙으로 널리 보급되고 정착되는 경향이 있다.³⁰⁾

24) 김천수, 앞의 책, 5면.

25) 95Eng. Rep. 860, 2 Wils. K.B. 359(1767). Ruth R. Faden and Tom L. Beauchamp, A History and Theory of Informed Consent(Oxford University Press, 1986), p. 143.

26) 211 N.Y. 125, 105 N.E 92(1914).

27) 의료행위에 있어서 자기결정이란 환자 자신이 ① 의료행위를 받을 것인지 ② 받는다 면 어느 범위까지 받을 것인지를 스스로 결정한다는 의미이다.

28) 미국의 환자권리헌장에서는 “환자는 의사로부터 진단·치료·경과에 관하여 필요하고도 충분한 정보를 들을 권리가 있고, 의료행위를 받기 이전에 필요한 정보를 의사로부터 듣고 이해·납득한 다음에, 자유로운 의사에 의하여 동의한 의료행위를 받을 권리가 있다”고 규정하고 있다.

29) 리스본선언에서는 “환자는 충분한 설명을 들은 이후에 의료행위를 받을 권리가 있으며, 또한 의료행위를 거절할 권리도 향유한다”고 규정하고 있다.

30) 김민중, 앞의 책, 221면: 독일의 경우는 의료소송 중 3분의 2 이상이 설명의무위반소송이라고 한다.

(3) 설명의무의 인정근거와 법적 성질

설명 의무에 대해서는 법적으로나 윤리적으로 요구되는 의사의 의무인지에 관해서 법률가와 의사 사이의 심각한 대결과 타협을 통하여 현재는 일반적으로 인정되고 있는 원칙이라 볼 수 있다. 설명 의무의 법적 성질에 관하여 독일은 환자에게 헌법에서 보장된 자기결정권을 행사하는 기회를 주는 것으로 보는 것이 일반적 견해이다.³¹⁾ 그리고 일본에서의 경우에는 설명 의무의 법적 성질에 대하여 동의무효설과 주의의무설로 나뉘어³²⁾ 종래 동의무효설³³⁾이 다수설이었으나,³⁴⁾ 최근에는 주의의무설(법적의무설)³⁵⁾이 우세한 것으로 보여진다.³⁶⁾

1) 헌법상 근거

독일에서는 설명 의무의 인정근거를 기본법 제1조 제2항 및 제2조 제1항에서 인정되는 인격실현의 보장에서 찾고 있다.³⁷⁾ 우리 나라 헌법에서는 의사의 설명 의무와 환자의 동의는 헌법 제10조에 규정된 인간으로서의 존엄과 가치에서 파생하는 자기결정권³⁸⁾에 그 근거가 있다고 할 수 있다. 헌법 제10조에서는 설명과 동의에 대하여 직접적으로 규율하고 있지 않지만, 모든 인간은 인간으로서의 존엄과 가치를 향유한다고 볼 때, 여기에서 근거를 찾을 수 있을 것이다. 그러나 어느 범위까지 설명 의무를

31) 김철수, 의료분쟁해결에 있어서 의사의 민사책임(경희대학교 대학원 박사학위논문, 2000), 26면.

32) 김익환, "의사의 설명의무위반과 손해배상의 범위", 의료과오의 민사법적 제문제, 1998, 491면; 신현호, 앞의 책, 201-202면 참조.

33) 환자의 동의는 치료행위의 위법성조각사유라고 하는 종래 정설의 연장으로 의사의 설명은 환자의 동의의 유효요건이라고 보는 견해이다. 따라서 의사의 불충분한 설명은 환자의 동의를 무효로 하여 의사는 불법행위 내지 채무불이행책임을 부담한다는 견해이다.

34) 이영환, "의료과오에 있어서의 이론의 재정립과 제도개혁에 관한 일시론", 법학연구 제30권 제1호, 부산대학연구소, 1988, 93면.

35) 의사의 설명 의무를 긍정하는 견해로서, 이는 다시 설명 의무를 불법행위상의 주의의무라고 하는 불법행위책임설과 의료계약상의 주의의무라고 하는 계약책임설, 그리고 불법행위상의 주의의무이면서 계약상의 주의의무이기도 하다는 양성책임설로 나뉜다.

36) 新美育文, "醫師の説明義務と患者の同意", JURIST[民法の争点II] 3-II, 1985, 231-232면.

37) 김천수, 앞의 책, 117면 참조.

38) 권영성, 헌법학원론(신판)(박영사, 1999), 404-405면.

환자가 받을 것인가가 문제가 된다. 이에 대하여 스스로 결정할 권리가 있고, 자신에게 유익한 의료행위일지라도 설명을 받을 것을 거절할 수 있는 권리도 가지고 있다고 본다.³⁹⁾

2) 민법상 근거

현재 대부분의 나라에서는 의사의 설명의무를 원칙적으로 인정하고 있다. 그리고 의료행위의 법적 성질에 대하여는 의사와 환자 사이의 계약에 의하여 발생할 수도 있다.⁴⁰⁾ 환자 혹은 대리인이 의사에게 의료행위를 요청하고 의사가 그 요청에 응하여 의료행위를 개시하는 경우에 의사와 환자 사이에 법적으로는 법률관계가 형성된다.⁴¹⁾ 이 계약은 명시적 계약일 수도 있고 묵시적 계약일 수도 있다. 계약의 기초가 당사자의 의사의 합치에 있다고 볼 때 정보의 우월한 위치에 있는 의사가 환자에게 의료행위에 대한 필요한 설명을 환자가 이해할 수 있도록 자세하게 하여야 한다. 따라서 환자가 이해하지 못할 정도의 설명을 한다면 이는 설명을 하지 않는 것과 마찬가지로 일 것이다. 그리고 의료계약을 위임에 유사한 것으로 보고, 수임자는 위임자의 청구가 있을 때 위임처리 상황을 보고하고, 위임이 종료되었을 때 지체 없이 이를 보고하여야 한다는 수임인의 보고 의무 규정에서 근거를 구하는 견해도 있다.⁴²⁾ 그러나 설명의무는 위임 사무의 사후처리 보고가 아니라 사전 설명이며, 위임인(환자)의 청구와 관계없이 설명의무가 인정된다는 점에서 위 견해는 타당하지 않다고 사료된다.⁴³⁾

3) 윤리적 근거

설명과 동의를 윤리적인 진실의무·자기결정에서 그 근거를 발견할 수도 있을 것이다. 진실이 윤리적으로 요구되는 기본행위라고 말할 수 있는

39) 김민중, 앞의 책, 223면.

40) 물론 특수한 경우, 즉 환자가 의식도 없고 보호자도 없을 때에는 사무관리의 법리를 적용하는 경우가 있을 수 있다. 이런 경우는 예외적으로 설명의무가 면제된다고 볼 수 있다.

41) 김익환, 앞의 논문, 485면 참조.

42) 문국진, 의료의 법이론(고려대학교출판부, 1982), 87면; 신현호, 앞의 책, 211면.

43) 同旨, 최재천·박영호, 앞의 책, 637면.

데, 이 윤리적 요청이 역시 의료행위에서의 의사의 설명의무에서도 예외일 수 없을 것이다. 그러나 환자에 대한 배려의 측면에서 환자가 심리적 안정과 평안을 필요로 할 때가 문제된다. 즉 진실이 오히려 환자를 해칠 우려가 있는 경우까지도 진실을 말하여야 할 윤리적 의무가 성립하는지는 매우 어려운 문제라 할 것이다. 이는 매우 위험한 처지에 처한 환자가 진실을 알게 됨으로써 병이 악화된다든지 환자가 심리적 쇼크에 의하여 투병의지를 포기할 수도 있을 것이다. 이런 경우는 어쩔 수 없는 허위설명이 진실의 자비로운 형태로 이해될 수 있다.⁴⁴⁾ 물론 보호자에게는 진실로 설명을 하여야 할 것이다.

4) 판례의 동향

여러 가지의 학설 중에서 대법원은 주의의무설(법적의무설)을 따르고 있는 것처럼 보인다. 주의의무설은 다시 불법행위책임설, 계약책임설, 양성책임설로 나누어지는데, 판례는 설명의무를 불법행위의 한 구성요소인 의료기술상의 과실요소와 같은 범주의 하나로 보는 경향과 의료기술상의 과실과는 별개의 주의의무로 보는 경향으로 나누고 있다.⁴⁵⁾

[판례1] 주의의무설(법적의무설)의 경향을 보인 경우(대법원 1995.2.10. 선고 93다52402 판결)

의사가 환자에게 수술 등 인체에 위험을 가하는 행위를 함에 있어 그에 대한 승낙을 얻기 위한 전제로서 환자 본인 또는 그 가족에게 그 질병의 증상, 치료방법의 내용 및 필요성, 발생이 예상되는 위험 등에 관하여 당시의 의료수준에 비추어 상당하다고 생각되는 사항을 설명하여 그 환자가 필요성이나 위험성을 충분히 비교하여 그 의료행위를 받을 것인가의 여부를 선택할 수 있도록 하여야 할 의무가 있다. 의사가 설명의무를 위반한 채 수술 등을 하여 환자에게 사망 등의 중대한 결과가 발생한 경우에 환자측에서 선택의 기회를 잃고 자기결정권을 행사할 수 없게 된 데 대한 위자료만을 청구하는 경우에는 의사의 설명결여 내지 부족으로 선택의 기회를 상실하였다는 사실만을 입증함으로써 족하고, 설명을 받았더라면 사망 등의 결과는 생기지 않았을 것이라는 관계까지 입증할 필요는 없으나, 그 결과로 인한 모든 손해를 청구하는 경우에는

44) 김민중, 앞의 책, 224면.

45) 손환필, "의료에 있어서 환자의 권리와 의무", 의료과오의 민사법적 제문제, 1998, 96면.

그 중대한 결과와 의사의 설명의무 위반 내지 승낙 취득 과정에서의 잘못과의 사이에 상당인과관계가 존재하여야 하며, 그때의 의사의 설명의무 위반은 환자의 자기결정권 내지 치료행위에 대한 선택의 기회를 보호하기 위한 점에 비추어 환자의 생명, 신체에 대한 구체적 치료과정에서 요구되는 의사의 주의의무 위반과 동일시 할 정도의 것이어야 한다.

[판례2] 의료기술상의 과실요소와 같은 범주의 하나로 본 경우(대법원 1994.11.25. 선고 94다35671 판결)

수술 전날에 환자의 시숙이 '수술을 함에 있어 의사의 병내용 설명을 숙지하고 자유의사로 승낙하며 수술 중 및 수술 후 경과에 대하여 의사와 병원 당국에 하등 민·형사상의 책임을 묻지 아니하기로 하고 수술시행을 승인한다'는 내용의 부동산자로 인쇄된 수술승인서 용지에 서명날인한 사실만으로는, 환자에 대한 수술 및 그 준비로서의 마취를 함에 있어서 병원의 의료팀이나 마취담당 의사가 환자나 그 가족에게 전신마취가 초래할 수 있는 위험성이나 부작용에 대하여 설명의무를 다하였다고 볼 수 없으며, 환자가 성인으로서의 판단능력을 가지고 있는 이상 인척에 불과한 시숙의 승낙으로써 환자의 승낙에 갈음하는 것은 허용되지 아니한다고 할 것이므로, 환자에 대한 치료행위로서 마취담당 의사의 마취는 환자에 대한 설명의무를 다하지 아니함과 아울러 환자의 승낙권을 침해하여 이루어진 위법한 행위이다.

위 판례에서 나타나 있는 바와 같이 의료는 건강의 증진, 병상의 제거라는 치료효과를 거두는 것만으로는 충분하지 않고, 개인의 결정에 기한 치료의 실시, 특히 그 결정이 자유롭게 이루어지도록 하여야 함을 본질로 하는 면이 있기 때문에 환자의 승낙능력을 전제로 하는 한 환자 자신에게 병명 내지 처치의 위험 등을 고지하여 그 선택 결단을 기다리는 것이 의료측에서도 불가결한 태도라고 하지 않으면 안 되기 때문이다.

[판례3] 독립된 주의의무로 본 경우(대법원 1987.4.28. 선고 86다카1136 판결)

의사로서는 성형수술이 그 성질상 긴급을 요하지 아니하고 성형수술을 한다 하더라도 외관상 다소간의 호전이 기대될 뿐이며 다른 한편으로는 피부이식수술로 인한 피부제공처에 상당한 상처로 인한 후유증이 발생할 가능성이 있음을 고려하여 수술전에 충분한 검사를 거쳐 환자에게 수술 중 피부이식에 필요하거나 필요하게 될 피부의 부위 및 정도와 그 후유증에 대하여 구체적인 설명을 하여준 연후에 그의 사전동의를 받아 수술에 임하였어야 할 업무상 주의

의무가 있음에도 불구하고 이에 이르지 아니한 채 막연한 두피이동술 및 식피술 등의 수술에 관한 동의만 받았을 뿐 양 대퇴부의 피부이식에 대한 내용 및 그 후유증 등에 대하여 구체적으로 설명하여 주지 아니하고 수술에 이르렀다면 이 사건 성형수술로 피해자가 입은 상해는 의사의 위와 같은 주의의무를 다하지 아니한 과실로 인한 것이라고 할 것이다.

설명 의무위반을 위 판례처럼 독립적인 부수의무로 본다면 의사의 기술상 과실책임이 인정된 이상, 설명의무위반까지 판단할 이유는 없는 것처럼 보인다. 설명의무의 장점은 의학에 문외한인 환자가 입증시에 부담을 덜어 준다고 볼 때 위 판례는 환자측 보호에는 미진한 점이 없지 않아 보인다.

(4) 설명의무의 유형

의사의 설명의무는 반드시 환자의 동의 여부의 대상이 되는 사항에 한하는 것은 아니다.⁴⁶⁾ 설명의무의 유형은 환자에게 진단의 결과와 처치방법·효과를 설명하는 고지의무, 환자가 준수하여야 할 내용을 알려주는 지도의무로 나누는 견해가 있다.⁴⁷⁾ 그리고 구두에 의한 치료행위로서 진료상의 설명의무와 환자의 자기결정을 위한 진단설명·경과설명·위험설명으로 나누는 견해도 있다.⁴⁸⁾

생각건대, 설명의무 유형을 어떻게 나누는가에 따라서 법적인 근거와 그 위반의 효과가 달라질 수도 있으나, 결국 설명의무위반에 기한 손해배상의 측면에서 보면 결과는 별로 달라지지 않는다고 본다. 설명의무를 진료상의 설명의무, 진단설명, 경과설명, 위험설명, 등으로 나누어 설명하면 다음과 같다.⁴⁹⁾

1) 진료행위로서의 설명

진료행위로서의 설명은 달리 진료적 설명 혹은 안전설명이라고 표현된

46) 김익환, 앞의 논문, 487면 참조.

47) 석희태, "의료과오 민사책임에 관한 연구", 연세대학교 대학원 박사학위논문, 1988, 35면.

48) 김민중, "의료계약", 사법행정 361, 1991.1, 42면.

49) 조희중, 앞의 책, 67면 참조.

다.⁵⁰⁾ 진료적 설명이란 의사에게 의료상 요구되는 주의의무의 일환으로 행하는 설명을 의미한다.⁵¹⁾ 환자의 결정에 필요한 정보를 제공하기 전에 우선 환자의 신체의 상태에 대한 설명이 필요할 것이다. 즉 진료적 설명이 의료행위에서 요구되는 이유는 의사의 진료적 설명을 통하여 환자가 자신의 건강상태를 정확히 이해하고 건강상태의 향상을 위하여 어떻게 행동하여야 하는가를 인식하여 질병의 진행을 방지하는 것보다 의료침습에 수반되는 위험을 감수하는 것이 더 환자에게 유리하다는 것을 이해시키는데 있다. 결국 진료적 설명은 의료행위의 본질적 구성부분에 해당한다고 할 수 있다.

2) 동의를 얻기 위한 설명

이 설명은 환자의 자기결정권에 기여하는 설명이다.⁵²⁾ 자기결정적 설명은 환자가 의료행위에 대하여 동의를 하는 경우에 자기결정적 혹은 자기책임적 결정을 하기 위하여 필요한 근거를 제공하기 위한 설명을 의미한다. 즉 의사는 환자가 치료를 받을 것인지 받는다면 어느 정도 받을 것인지에 대하여 자유의사에 따라 결정할 수 있도록 도와주어야 한다. 의사는 의료행위에 대한 환자의 유효한 동의의 전제조건으로 병상, 예상되는 의료행위 및 그 전형적 위험에 대하여 의료행위를 개시하기 이전에 자기결정적 설명을 하여 자유로운 자기책임적 인격체로서의 환자의 이익을 보호하여야 할 의무를 부담한다.⁵³⁾

① 진단설명

의료행위를 하는 데에 있어서 의사는 환자에게 제일 먼저 시진·문진·청진·타진·촉진 및 각종 검사를 하여 알아낸 병명 혹은 병상을 설명하여야 한다. 환자의 몸에 어떤 질병이 있다는 사실을 알도록 하고, 질병의 본질을 이해하도록 하는 진단설명은 환자의 자기결정을 위한 제일

50) 김민중, 앞의 책, 233-235면 참조.

51) 김민중, 위의 책, 227-228면에 의하면 진료적 설명의 개념에는 “환자의 자기결정과 관계없는 의사의 조언의무, 안내의무, 경고의무, 지시의무, 지도의무 등이 모두 포함된다”고 한다.

52) 자기결정을 하는데 첫째 조건은 자신의 질병의 종류나 상태를 아는 것이다.

53) 김민중, 앞의 책, 230면.

중요한 조건이라고 할 수 있다. 진단설명은 환자가 병명과 병상을 파악하여 예상되는 의료행위를 준비하기 위하여 필요한 정도로 하면 충분하다.

② 경과설명

의사는 자신이 시행할 의료의 침습의 종류, 내용, 범위, 경과, 결과 등에 대하여 환자가 이해할 수 있도록 설명하여야 한다.⁵⁴⁾ 통상의료나 치료실험의 경우 경과설명은 환자의 자기결정권의 행사에 중요한 기준이 된다. 환자는 보통 의사가 질병은 어떤 것이고 이것이 발전하면 어떤 결과를 낳고, 치료하면 위험은 수반하나 치료하지 않는 것보다는 유리한 결과를 낳는다는 설명을 듣고 치료에 동의하는 경우가 대부분이다. 그리고 만일 의사는 환자를 치료하는 데에 있어서 서로 상이한 다수의 치료방법이 존재할 경우 환자가 다양한 치료가능성 가운데 선택권을 행사할 수 있도록 각각의 장점과 단점을 설명하여야 한다.⁵⁵⁾

[미국판례] 경과설명 의무위반의 과실을 인정한 사례(Truman v. Thomas 611 p. 902: Califorminie 1980)

한 여자 환자가 다년간 치료를 받던 중에 의사에게 여러번 간단한 암검사를 받기를 거절하였다. 그녀는 그 검사비용이 자기에게는 너무 비싸다고 진술하였다. 그런데 의사는 그 검사를 받지 않으면 어떤 위험이 진행되는지 그녀에게 설명하지 않았다. 그 여자는 결국 경부암으로 발전하였고, 그 때에는 더 이상 수술을 받을 수 없었고 곧 사망하였다.

위의 판례는 시기적절한 진단과 수술이 있었다면 그녀의 생명을 보호 받을 수 있는 가능성이 있었던 사례로서 의사가 자기의 환자에 대하여 자신이 시행할 의료의 경과설명을 게을리 한 것에 대하여 과실을 인정하였다.

③ 위험설명

의사가 의료행위를 하는데 있어서 최선을 다하였는데도 확실히 배제할

54) 신현호, 앞의 책, 212면 참조.

55) 김민중, 위의 책, 234-235면에 의하면 경과설명에는 “① 실시할 예정의 의료행위를 통하여 기대되는 결과에 대한 설명인 ‘치료설명’, ② 예상되는 의료행위를 당장 실시하지 아니하는 경우에 환자에게 야기될 건강상태의 변화 혹은 장래예측에 대한 설명, 즉 의료행위의 거절에 따른 위험의 고지로서의 ‘불치료설명’이 포함된다”고 한다.

수 없는 발생 가능한 계속적·일시적 부작용에 관한 정보를 설명하는 것이다.⁵⁶⁾ 의사는 위험설명으로 의료행위의 부수적 효과, 즉 후유증·부작용 등 의료행위와 관련하여 발생 가능한 위험에 대하여 설명하여야 한다. 물론 의료행위의 위험이란 의료행위를 위하여 필요한 주의를 다하고, 또한 비록 과오없이 의료행위를 실시하였을지라도 발생 가능한 모든 일시적·계속적·부수적 효과를 의미한다.⁵⁷⁾ 그리고 동일한 의료행위를 통하여 빈번히 야기된 의료사고가 있다면, 이 위험에 대해서도 의사는 환자에게 설명하여야 한다. 치료의 실패 자체는 위험설명에 포함되지 않는다. 즉 의사의 과실은 설명하여도 위법성이 조각되지 않는다.

(5) 설명의 방법

대화를 통한 구두설명이 제일 많이 이용되나 이에는 일정한 양식이 없으며 대화식 설명양식은 무방하다. 그러나 이 대화식 문서양식은 대화식 설명을 대신할 수는 없다. 그리고 일방적인 강의방식은 허용되지 않으며 환자의 지능, 학력의 수준에 맞게 충분히 이해할 수 있도록 설명하여야 한다.⁵⁸⁾ 또한 의사의 설명이 의사의 책임회피 수단으로 이용되어서는 안 될 것이다.

의사가 환자에게 우선 필요한 기본적인 정보를 설명하고 구체적인 부분에 대하여는 환자의 질문에 따라 설명한다는 것이 단계적 설명이다. 즉 단계적 설명은 의사가 환자에 대한 설명을 두 단계로 구분할 수 있다.

첫째, 먼저 의사는 환자가 충분히 이해할 수 있도록 자세히 기초설명을 하여야 한다. 둘째, 환자의 질문에 따라서 개별설명을 환자가 이해할 수 있도록 설명하는 방법이다. 첫째 단계에서는 의사가 보통 의학지식이나 의료기술에 문외한인 환자가 이해하기 용이한 문장으로 예상되는 의료행위와 그 위험에 대한 기본적인 정보를 그 내용으로 미리 작성된 설명서를 통하여 환자에게 설명한다. 둘째 단계에서는 환자가 기초설명을 듣고,

56) 신현호, 앞의 책, 213면 참조.

57) 손환필, 앞의 논문, 102면; 신현호, 위의 책, 213면 참조.

58) 김민중, 앞의 책, 269-273 면 참조.

의심이 나거나 알고 싶은 부분을 질문할 때에 문서가 아니라 설명대화를 통하여 실시된다.

의료행위에서의 설명은 본래 의사와 환자 사이의 신뢰관계에 그 근거가 있기 때문에, 반드시 문서로 실시되어야 할 필요는 없다. 형식적 설명, 즉 문서설명은 비록 문서에 의료행위의 종류·범위·위험에 대하여 대단히 자세하게 기록되어 있을지라도, 단지 설명대화를 보충할 뿐이며, 결코 설명을 위한 의사와 환자 사이의 대화를 대체할 수 없다. 그러나 병원에서 일상적으로 사용하고 있는 수술승낙서, 의료행위설명서라는 명칭으로 작성된 문서는 별반 큰 의미는 없다. 다만 분쟁이 발생하였을 때, 문서는 의사가 환자에게 의료행위의 필요성·내용·예상되는 합병증과 후유증 등 위험에 대하여 자세한 설명을 하였다는 사실을 확인하는 것에 불과하다. 오히려 문서식 설명은 잘못하면 환자에게 공포를 심어주는 역할을 하는 경우도 발생할 수 있다.⁵⁹⁾

(6) 설명의무의 범위

설명 의무의 범위는 항상 개별적 사건의 상황에 의하여 결정된다. 설명의무 범위를 결정하는 기준에 대해서는 많은 의견이 있다. 의사는 기본적인 설명만 하고 환자가 질문을 하거나 의문을 가지고 있을 때만 추가질문을 한다는 견해가 있다.⁶⁰⁾ 환자가 자기결정을 하기 위해서 필요한 사항을 설명하여야 한다는 견해도 있다.⁶¹⁾ 그리고 절충적인 견해로 객관적인 요소와 주관적인 요소를 동시에 종합적으로 고려하여야 한다는 견해도 있다.⁶²⁾

어느 경우이든 환자는 충분한 설명을 듣고, 일정한 의료행위를 받을 것인지 아닌지에 관한 결정은 환자의 권리이다. 의사는 환자에게 가치가 동일한 다양한 치료방법이 고려되는 경우에, 각각 상이한 경과·위험 및 성

59) 최근 설명대화를 근거로서 치료 내지는 수술전에 서명을 위하여 환자에게 제시되는 표준침습의 실행과 위험에 대한 설명서 내지 동의서라는 양식이 자주 이용된다.

60) 권오승, 민법의 쟁점(법원사, 1993), 529면 참조.

61) 김민중, "환자의 권리와 의사의 책임", 법률신문 제1977호, 1990.10.25, 10면.

62) 석희태, 앞의 논문, 46면 참조.

공가능성이 고려되면 모든 치료가능성 및 그 장점·단점을 설명하여 환자에게 선택가능성을 보장하여야 한다. 그러나 다양한 치료가능성 가운데 단순한 선택가능성만이 고려되는 경우 환자가 상세한 정보나 설명을 요구하지 아니하는 경우에는 치료방법의 단순한 선택은 의사의 자유재량에 속한다고 볼 수 있다.

IV. 설명의무위반의 효과

설명의무의 해태가 있는 의료행위는 곧 주의의무위반으로서 과실이 있는 의료행위가 되는 것이 아니고, 설명의무의 해태에 유책성이 있어도 시술상의 과오나 기타의 주의의무의 위반여부를 검토하여야 할 것이다. 그리고 의사의 설명의무위반은 현행 민법상 의료계약위반의 채무불이행 내지 불법행위의 손해배상책임이 성립된다.⁶³⁾

1. 설명흡결이 있는 경우

의료행위에 대한 환자의 동의는 의사의 설명을 전제로 한다. 만일 의사의 설명흡결은 환자의 동의를 전체적으로 무효로 한다. 다만 무설명 혹은 불충분한 설명 등 설명의무의 위반에 의한 의사의 책임이 인정되기 위해서는 책임법의 일반적 원칙에 따라서 그 구성요건으로서 위법성과 귀책사유가 요구된다. 의사의 설명이 불충분한 경우에 설명이 필요하지 아니한 위험이 현실화된 결과로 손해가 발생되면, 원칙적으로 설명이 불충분한 한, 설명이 필요 없는 모든 위험에 대해서도 귀책관계가 인정된다. 만일 설명이 불충분하다면 역시 적절한 설명을 한 위험의 현실화에 대해서도 귀책사유가 인정된다. 그리고 피해자는 의사의 치료상의 과실이 없더라도 설명의무 위반으로 승낙권을 침해당해 정신적 고통을 받았다면 정신적 고통에 대한 위자료를 청구할 수 있다.

63) 전병남, “의사의 설명의무위반과 손해배상책임”, 의료법학 제3권 제1호(대한의료법학회, 2002), 276면.

2. 설명의무위반에 대한 의사의 항변

설명흡결 또는 설명의무의 위반에 대하여 의사는 적법한 대체적 행위를 이유로 항변할 수 있는가? 구체적 사정에서 역시 필요한 설명을 들었더라도 그 의료행위를 동의하였을 경우에는 허용될 수 있다. 다만 입증책임은 의사가 부담하며, 환자는 적절한 설명이 있었다라면 그 의료적 침습에 동의하지 않았을 것이라는 사실을 주장하면 된다.⁶⁴⁾

3. 입증부담

설명의무의 위반을 이유로 하는 의료소송에서는 원칙적으로 의사가 입증책임을 부담한다. 그 근거로는 먼저 환자의 동의를 의료행위의 위법성 조각사유로 보는 입장이 있다.⁶⁵⁾ 의사는 설명의무의 위반이 적법한 대체적 행위라는 사실을 입증하여 손해에 대한 책임을 면할 수 있다. 그러나 적법한 대체적 행위의 항변은 허용되기는 하지만, 성공적으로 입증하기가 불가능한 것으로 평가되고 있다. 설명의무의 위반에 의한 의사책임을 인정하기 위해서는 환자가 만일 의사의 적절한 설명을 들었더라면 종교적 혹은 기타 확고한 주관적 동기로 말미암아 심리적으로 진정한 결정갈등이 생겨서 결국은 치료를 받지 아니하고 의사의 의료행위를 거절하였거나, 다른 의료적 조치를 요구하였거나 요구하였을 것이라는 사실을 입증하여야 한다고 입증부담을 분배하고 있다.⁶⁶⁾

판례도 설명의무에 대한 입증책임은 피고의 위치에 있는 의사가 부담

64) 다음과 같은 경우에는 의사는 설명의무위반에 대하여 항변할 수 있다. ① 미리 설명하여 환자의 동의를 얻은 경우, ② 설명이 불필요 또는 불가능한 경우, ③ 미리 설명을 하였더라면 환자의 절망 혹은 자포자기 등에 따른 투병의지의 저해에 의하여 환자에게 더 중대한 위험이 발생할 우려가 있는 경우, ④ 환자가 미리 설명을 받기를 포기한 경우, ⑤ 진단적 의료행위에 의하여 환자에게 아무런 손해가 발생하지 않는 경우(김민중, 앞의 책, 265면)

65) 김익환, 앞의 논문, 519면 참조.

66) 김민중, 앞의 책, 279-281면 참조.

한다고 하고 있고,⁶⁷⁾ 가정적 동의의 존재나 적법한 대체행위라는 점에 대한 입증책임도 역시 의사에게 있다.

V. 결 론

1. 성형수술이 의료행위인지의 여부

앞에서 보았듯이 미용수술에 해당하는 성형수술이 의료행위인가에 관해서는 많은 논쟁을 거쳐 현재는 의료행위임을 인정하고 있다. 특히 성형수술이 의료행위에 해당하는가에 관하여는 일본에서의 복잡한 논의와는 달리 우리나라의 경우 대법원 1974.11.26. 선고 74도1114 전원합의체 판결로써 의료행위 긍정설이 확립된 이후 별 이견이 없다.

2. 위 사건의 설명의무위반 여부

피고는 원고에 대하여 이 사건 성형수술을 해 줌에 있어서, 수술과 관련한 부작용 가능성을 자세히 설명하여 준 바는 없었던 점을 알 수 있다. 그리고 피고는 법정에서의 본인신문에서 “문제가 있을 경우 재수술을 해 준다는 설명만으로 끝난다”고 답을 하였고 이어 부작용으로 ‘출혈, 염증, 보형물의 크기의 상이’ 등을 설명해 준다고 하며 “머리털 절개부분에 일부 미세하게 털이 자라지 않는 부분이 있을 수 있다는 설명을 하였다”고 한다. 이 정도의 설명은 환자에게 충분한 설명이라고 볼 수 없을 것이다.

보형물이 위 사건처럼 체내에서 원인불명으로 움직일 수 있다는 부작용에 대하여는 피고가 원고에게 설명을 해 주지 아니하였던 점에 관해서 그 당시 의료수준과 실재를 보고 판단하는 것이 옳을 것이다. 당시 실리콘으로 한 성형수술이 사회적으로 반향을 일으키고 있었던 점에 비추어 성형수술의 후유증에 관한 설명을 당연히 하였을 것이 요구된다. 그 당시

67) 대법원 1987.4.28. 선고, 86다카1136 판결.

몇 년에 걸쳐서 미국에서는 실리콘삽입수술의 부작용에 관한 소송이 진행 중이어서 사회적으로 많은 관심이 고조되어 있었다. 1994. 4. 28.에 미국 버밍햄 지방법원은 실리콘 제조업체 다우 코닝사에 대해 피해여성과 가족에 총 42억5천만 달러를 피해배상금으로 지불할 것과 아울러 외국인 소비자에게도 배상하라는 결정을 내렸다. 그래서 미국 다우 코닝사 제품 실리콘삽입수술을 받은 사람 중에서 질병 피해배상금을 청구할 수 있는 길이 마련됐다. 이런 상황을 종합하여 볼 때 실리콘 기타 이물질을 이용한 성형수술은 충분히 원고와 같은 부작용이 있을 수 있음을 알 수 있고 의사는 환자에게 설명하여 원고에게 자기결정을 할 수 있는 기회를 부여하였어야 하였다. 따라서 본 사례에 관한 대법원의 견해는 성형수술의 후유증에 관한 의사의 설명의무위반을 인정한 면에서 진일보한 태도이지만 손해배상액에 있어서 미진한 점을 지적하지 않을 수 없다.

현재는 성형수술이 일반화되어 많은 병원이 성업 중이고 이에 따른 부작용도 발생하고 있다. 특히 성형수술은 일반 의료행위와 달라 의뢰인의 심리적 상태와 깊은 관계가 있고, 모든 사람이 수술 후에 만족을 얻기는 힘든 특성이 있어 앞으로도 많은 분쟁이 발생할 우려가 있다. 이런 분쟁을 미연에 방지하기 위해서는 의사와 환자는 상호간에 귀를 기울여야 하고, 의견교환을 하여야만 할 것이다.