

손해배상액 산정에 관한 최근 10년간 판례의 동향(上)

박 영 호 *

I. 설명의무 위반과 손해배상액

1. 전체 손해 배상 청구 가능
2. 설명의무위반으로 인한 재산상 손해와 정신적 손해를 모두 인정한 예
3. 위자료 배상액 산정의 기준
4. 가족들의 위자료 배상청구 가능 여부

II. 기회상실과 손해배상

1. 위자료를 제외한 소극적, 적극적 손해배상 여부

III. 현저히 불성실한 진료의 위자료 배상

I. 설명의무 위반과 손해배상액

1. 전체 손해 배상 청구 가능

대법원은 1994. 4. 15. 선고, 93다60953 판결에서 “설명 의무를 위반한 채 수술 등을 하여 환자에게 사망 등의 중대한 결과가 발생한 경우에 있어서 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 받았더라면 사망 등의 결과는 생기지 않았을 것이라는 관계까지 입증할 필요는 없으나,

* 논문접수: 2009. 10. 25. * 심사개시: 2009. 11. 10. * 게재확정: 2009. 12. 10.

* 대구고등법원 판사

그 결과로 인한 모든 손해를 청구하는 경우에는 그 중대한 결과와 의사의 설명의무 위반 내지 승낙취득 과정에서의 잘못과의 사이에 상당인과관계가 존재하여야 하며, 그 경우 의사의 설명의무의 위반은 환자의 자기결정권 내지 치료행위에 대한 선택의 기회를 보호하기 위한 점에 비추어 환자의 생명 신체에 대한 의료적 침습 과정에서 요구되는 의사의 주의의무 위반과 동일시할 정도의 것이어야 한다.”고 판시하여 최초로 명시적으로 설명의무 위반을 근거로도 재산상 손해를 비롯한 전체 손해의 배상청구가 가능함을 설시하였다. 하지만, 막상 위 60953 판결에서는 피고 의사가 환자의 다발성 관상동맥협착증을 치료함에 있어 그 치료 방법의 선택과 그 수술 시기가 적정하였고, 이 사건 관상동맥 우회술의 시술과정에서도 의료상의 과실이 없으며, 위 설명의무를 다하였다 하더라도 환자로서는 심근경색 등으로 인한 불안정성 협심증을 앓으면서 언제 닥칠지 모르는 죽음을 기다리는 외에는 관상동맥 우회술을 선택할 수밖에 없었던 점에 비추어 위 설명의무의 위반과 그 수술 후에 일어난 심장마비 및 그로 인한 뇌저산소증에 의한 뇌손상과의 사이에는 상당인과관계가 없다고 봄이 상당하다고 판시하여 위자료 이외에 다른 손해배상을 부정하였다.

2. 설명의무위반으로 인한 재산상 손해와 정신적 손해를 모두 인정한 예

가. 설명의무 위반과 사망 사이에 상당인과관계를 인정한 예

대법원 1996.4.12. 선고 95다56095 판결은 미골통을 치료하기 위하여 전신마취하에 미골절제술을 시술함에 있어 마취제인 할로테인 부작용으로 사망한 사안에서 “원심이 적법하게 확정된 사실에 의하면, 망인은 대학입학 시험을 준비 중인 고교 3년생으로서 판시 미골통 이외에는 다른 병이 없이 건강하여 이 사건 수술을 받으러 가면서도 스스로 걸어서 갈 정도의 상태였고, 위 미골통은 그 자체로는 생명에 지장을 초래하는 중대한 질환이 아니며, 위 망인의 이모인 소외 망 최○○가 피고들로부터 할로테인 마취제를

사용하여 판시와 같은 수술을 받은 후 고열 등 이상증세를 보이기 시작한 직후였음에도 피고들은 위 망인이나 그 부모인 원고들에게 위 미골절제술이 불가피한 수술이었는지 여부를 설명하여 주지 않았을 뿐만 아니라 앞서 본 바와 같이 할로테인의 부작용에 대한 설명도 하여 주지 아니하였는바, 이러한 경우 위 망인이나 위 원고들로서는 피고들로부터 위와 같은 설명을 들었더라면 위 수술을 받지 않았거나 위 마취방법에 동의하지 않았을 수도 있었을 것이므로, 피고들이 위와 같은 설명을 다하지 아니한 과실과 위 망인의 사망과의 사이에는 상당인과관계가 있다고 봄이 상당하다.”고 판시하여 명시적으로 설명의무와 사망 사이에 상당인과관계를 인정하였다. 하지만, 위 판결의 재판연구관 검토 보고서에 의하면 이 사건에 있어서 피고들이 마취제로서 할로테인 사용에 따른 설명의무 위반 이외에 그 수술과정이나 수술 후 치료과정에 있어서 잘못이 있다고 할 수 없다(형사사건에서도 무혐의 불기소처분을 받았음)면서 의료과실 자체를 부인하는 듯한 설명을 하면서도, 망인의 이모 소외 최○○가 할로테인 마취제를 사용한 수술을 1990년 7월 9일 받아, 그 부작용으로 인한 오한 발열이 같은 달 20일부터 있었음에도 다음날 이 사건 수술이 이루어졌고, 위 최○○에 대한 간 기능 검사 결과 이상이 같은 달 23일 발견되었음에도 위 망인에게 위 최○○와 같은 증세인 오한 구토가 같은 달 29일 발생하였음에도 이를 의사 장티푸스증세로 보아 치료하다가 같은 달 31일에야 간염증세를 의심하였다는 것 인바, 원심은 위 인정사실을 사전병력조사의무 위반의 점으로 판단하면서 다른 한편으로는 미골절제술을 서둘러 받지 않았으리라고 하고 있으나, 또 달리 보면 사후 치료 상의 잘못(오한·구토 시 바로 간염을 의심하여 치료하였더라면 사망의 결과를 초래하지 않았으리라는 점을 배제할 수 없다는 점에서)으로 판단될 여지도 있다. 위와 같은 제반 상황에 비추어 보면, 이 사건에서의 설명의무 위반(마취제 사용뿐만 아니라 미골절제술의 필요 여부)과 위와 같이 보이지 않는 의료상의 과실의 점에서 그 상당인과관계를 인정한 원심판단은 수긍이 간다고 적고 있는바, 이러한 내용을 종합하여

보면 위 대법원 판단은 그 인과관계 판단의 간접적 근거로 보이지 않는 의료상의 과실을 전제로 삼았음을 알 수 있다. 그러나 보이지 않는 의료과실 조차 전혀 인정되지 않는 경우에 설명의무 위반만으로도 재산상 손해까지 인정할 수 있는가 여부에 대하여는 의문이 있다.

하지만 이 사건에서 환자는 문제된 증상 이외에는 다른 병이 없어 건강에 아무런 문제가 없었고, 위 증상 또한 그 자체로는 생명에 지장을 초래하는 중대한 질환이 아님에도 수술 도중 또는 수술의 부작용으로 사망이라는 중한 결과에 이르렀기 때문에, 만약 의사가 환자에게 수술 전에 그 수술로 인하여 그와 같이 중한 부작용이 발생할 수 있다는 점을 설명하였다면, 환자는 그 수술에 동의하지 아니하고, 따라서 중한 결과를 피할 수 있었으리라 보고 있기 때문에 그 자체로 사망과 상당인과관계를 인정할 수 있다고 보이고, 위 대법원 판결의 주된 설시 또한 그와 같은 취지로 보인다.

나. 의료과실+설명 의무 위반과 사망 사이에 상당인과관계 인정한 예

대법원 1995.2.10. 선고 93다52402 판결은 손바닥과 발바닥에 땀이 많이 나는 증상을 치료하기 위하여 제1흉추 및 제2흉추 안쪽에서 손으로 가는 교감신경 절제수술을 받았는데 수술 직후 뇌경색으로 사망에 이르게 된 사안에서, “위자료만이 아닌 전 손해의 배상을 구하는 이 사건의 경우에는 피고 1의 설명의무의 위반이 구체적 치료과정에서 요구되는 의사의 주의의무의 위반과 동일시할 정도의 것이어야 하고 그러한 위반행위와 위 전○○의 사망과의 사이에 인과관계가 존재함이 입증되어야 할 것이지만, 원심은 그 판결 이유에서 보는 바와 같이 이러한 설명의무 위반만이 위 전○○가 사망한 유일한 원인이 되었다고 판단한 것이 아니라 수술에 이르게 된 과정에 그러한 잘못도 있다는 취지이므로, 이를 소외 망 전○○의 사망 원인의 하나로 보았다고 하여 이를 잘못이라고 할 수 없고, 위에서 본 바와 같이 소외 망인의 사망이 피고 측의 의료상의 과실로 말미암은 것으로 추정되는 이상 원심의 판단은 결국 정당하다고 하겠다.”고 판시하여 의료과실 및 설명

의무 위반을 토대로 전체 손해 배상을 명한 원심 판결을 긍정하였다. 하지만, 위 판결의 재판 연구관 검토보고서 등에 의하면 설명의무위반과 사망과의 인과관계를 인정하기 어렵다고 되어 있는 점과 위 판결의 밑줄 친 부분의 설시를 종합하여 보면 위 판결은 결국 의료상의 과실과 망인의 사망 사이의 인과관계만을 인정한 것으로 봄이 더 타당하다고 생각된다.

다. 설명의무 위반과 재산상 손해 사이의 인과관계 부정한 예

(1) 대법원 2002.1.11. 선고 2001다27449 판결

이 사건의 경우, 원심이 인용한 제1심판결 이유 및 기록에 의하면, 피고가 위 감기약을 조제함에 있어 그 용법이나 용량을 지키지 아니하였음을 인정할 자료는 없고, 소외 1로서는 다른 약국에서 조제한 감기약이 잘 듣지 아니하였으며 다음날이 대학면접시험일이라 감기약을 복용하여야 할 필요성은 있었다고 인정되는데다가, 스티븐스-존슨 증후군은 특이체질자에게만 발생하는 것인데 그러한 특이체질자인지 여부를 사전에 검사하는 방법이 없고 그 발생빈도가 극히 낮은 점 등에 비추어 보면, 피고의 설명의무 위반이 구체적 치료과정에서 요구되는 의사의 주의의무의 위반과 동일시할 정도의 것이라거나, 설명의무 위반행위와 소외 1의 사망 사이에 상당인과관계가 있다고 보기는 어렵다 할 것이다.

(2) 대법원 2004.10.28. 선고 2002다45185 판결(설명의무 위반으로 전체 손해 배상 명한 원심 파기)

의사가 설명의무를 위반한 채 수술을 시행하여 환자에게 중대한 결과가 발생하였다는 것을 이유로 결과로 인한 모든 손해를 청구하는 경우에는 그 중대한 결과와 의사의 설명의무 위반 내지 승낙취득 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 의사

의 주의의무 위반과 동일시할 정도의 것이어야 하는데, 기록에 의하더라도 중증 뇌경색으로 입원하여 정확한 치료방법을 찾기 위하여 뇌혈관조영술을 받게 된 망인에게 있어서 설명의무 위반과 중한 결과 사이의 인과관계를 인정할 만한 사정은 엿보이지 아니하는데도, 위자료를 넘어서 설명의무 위반으로 인하여 망인 및 원고들의 모든 손해를 배상하여야 한다고 판단하였으니 이러한 원심의 판단에는 설명의무에 관한 법리 오해로 판결에 영향을 미친 위법이 있다면서 원심을 파기하였다.

(3) 대법원 2009.1.15. 선고 2008다60162 판결(설명 의무 위반으로 전체 손해 배상 명한 원심 파기)

위 판결은 2004년 2월 16일 당시의 추정 가능한 위 원고의 최상의 병기는 2기에 해당하는데 그 당시 악성종양의 가능성을 설명하고, 확진을 위한 추가적인 검사방법으로 조직검사를 적극적으로 권유하고 유방암의 발병 및 전이속도, 치료방법, 요양방법 등에 관한 충분한 설명을 하지 않음으로써 그로부터 4개월 이후인 2004년 6월 29일에 이르러서야 유방암을 확진하게 한 이상 전체 손해를 배상하여야 한다고 인정한 원심에 대하여 2004년 2월 16일 당시 원고가 유방암 2기에 머물러 있었다고 인정할 증거가 부족하고, 2004년 2월 16일 당시의 병기가 2기였을 가능성이 있다는 이유만으로 피고의 위 설명의무위반으로 인하여 유방암의 병기가 2기에서 3기로 진행하였다고 평가할 수는 없음에도 설명의무 위반과 전체 손해 사이의 상당인과 관계를 인정한 원심을 파기하였다.

(4) 기타

그 외에 대법원 1997.7.22. 선고 95다49608 판결, 대법원 2007.5.31. 선고 2005다5867 판결 등에서 설명의무 위반과 재산상 손해와의 상당인과 관계를 부정하였다.

3. 위자료 배상액 산정의 기준

가. 의료과실이 있는 경우

의료과실이 인정되어 위자료를 인정하는 경우에, 통상적으로는 교통사고나 산재사고에서와 마찬가지로 6,000만원 내지는 최근에 서울중앙지방법원에서 증액된 기준액(2008년 6월 1일 이후 발생한 교통, 산재 사고 적용)인 8,000만원을 기준으로 하여 아래와 같은 산식에 따라 위자료를 산정하거나, 엑셀표의 자동계산 프로그램을 이용하여 위자료를 계산한 후 적절히 가족 구성원별로 분배하고 있다.

$$\text{위자료 액수} = 6,000\text{만원(또는 } 8,000\text{만원)} \times \text{노동능력 상실률} \times (1 - \text{피해자 측 과실} \times 60\%)$$

나. 기회상실이나 설명의무 위반만을 근거로 위자료를 인정하는 경우

설명 의무 위반만을 근거로 위자료를 인정하거나 기회상실을 근거로 위자료를 인정하는 경우에는 위 6,000만원이나 8,000만원의 기준을 적용하지 않고, 위 기준액보다 훨씬 적은 금액을 사안에 따라서 위자료로 인정하고 있는 듯하다. 통상 설명의무 위반과 기회상실의 경우에 주로 2,000만원 내지 3,000만원을 넘지 않는 금액을 위자료로 인정하고 있다(① 3,000만원: 서울동부지방법원 2008.9.25. 선고 2006가합15982판결, 대구지방법원 2009.8.18. 선고 2006가합5257 판결, ② 2000만원: 서울고등법원 2009.9.3. 2008나74156 판결, 울산지방법원 2008.6.11. 선고 2004가합6029 판결¹⁾, ③ 1,200만원: 대법원 2009.7.23. 선고 2009다31901 판결, ④ 700만원: 전주지방법원 2009.9.23. 선고 2009가합1435 판결 등²⁾ 참조, 이외에도 아래

1) 부산고등법원 2009.10.15. 선고 2009나8260 판결은 본인 900만원, 모 500만원, 형제 3명 각 200만원 합계 2,000만원을 인정함.

2) 서울고등법원 2008.5.1. 선고 2007나26143 판결은 망아에게는 1,500만원, 부모 2명에게

의 설명의무위반을 근거로 한 가족들의 위자료 청구권 및 기회상실로 인한 위자료 청구에서 보는 몇 가지 사례에서의 구체적인 위자료 액 참조).

언론사건의 경우에는 인격권 침해나 초상권 침해만을 근거로 고액의 위자료 배상을 명하는 사건들이 많음에 비추어 보면, 의료과실로 인한 피해의 객체는 인격권이나 초상권보다 더 피해법익이 큰 사람의 생명이라는 점을 고려하여 보면 설명의무위반이나 기회상실만을 근거로 위자료 배상을 명하는 경우에 있어서도 아주 고액의 손해배상이 충분히 가능하다 할 것임에도 실무에서는 대체적으로 그리 많지 않은 위자료를 인정하고 있다.

4. 가족들의 위자료 배상청구 가능 여부

가. 문제의 제기

설명 의무는 '자기결정권'에 기하여 발생하는 것으로 환자 본인에 대하여 (예외적으로 환자가 의식불명인 경우에는 가족들을 대상) 의료행위에 대하여 설명할 것이 요구되는 것으로서, 환자가 의식이 있는 상태에서 환자를 제외한 채 그의 친족이나 다른 사람들에게 질병 및 의료처치에 대하여 설명하고, 그들로부터 동의 받을 권리가 없음을 전제로, 대법원 1994.11.25. 선고 94다35671 판결, 대법원 1997.7.22. 선고 96다37862 판결, 대법원 2002.9.4. 선고 2002다16781, 16798 판결은 환자가 아닌 가족에게 설명을 한 사안에서, 가족들에게 위와 같은 설명을 한 것만으로는 원고에 대한 설명의무를 이행하였다고 볼 수 없다고 판시하고 있다.

이와 같이 설명의무는 환자 본인에 대한 것이고, 환자 본인의 자기결정권을 보호하기 위한 것일 뿐만 아니라 의료행위상의 과실과는 독립된 것이고 특별한 경우를 제외하고는 상해나 사망과는 인과관계가 성립되지 않는 경우가 많아 대부분의 사례에서 일실수입이나 기타 손해와는 인과관계가 부정되

는 각자 500만원씩 인정함.

고, 이러한 설명의무위반을 이유로 하여서는 정신적 손해에 대한 위자료만이 인정되는 것이 보편적임에도 하급심에서는 통상적으로 자기결정권도 없는 가족들의 설명의무 위반을 근거로 하여 위자료 청구권을 인용하고 있는데, 과연 그러한 위자료 청구가 허용되는지에 대한 의문이 발생한다.

나. 가족들의 위자료 청구권 인정할 수 있는지 여부

(1) 설명의무위반과 악결과 사이에 상당인과관계 있는 경우

설명 의무 위반과 악결과 사이에 상당인과관계가 있어서 전체 손해의 배상을 구할 수 있는 경우, 즉 설명의무 위반으로 인하여 악결과가 발생한 경우에는 민법 제752조에 따라서 가족들로서는 사망 내지는 상해에 대하여 자신들이 입은 정신적 손해에 대한 배상으로 위자료의 지급을 구할 수 있을 것이고, 이에 대하여는 별 다른 논의가 있을 수 없다.

(2) 설명의무위반과 악 결과 사이에 상당인과관계 없는 경우

위와 같은 경우에 환자 본인이나 자기결정권 침해만을 이유로 위자료 청구를 인정할 수 있겠지만, 특별한 사정이 없는 한 자기결정권과는 아무런 관련이 없는 가족들에게 위자료 청구를 인정할 수 있는지는 여러 가지 측면에서 문제가 될 수 있다.

(가) 설명의무 위반을 근거로 가족들 고유의 위자료 청구를 인정한 대법원 판례

1) 대법원 1994.4.15. 선고 92다25885 판결

위 판결은 “원고 홍○○는 외 의사의 치료상의 과실이 없더라도 그의 설명의무위반으로 투약 여부에 대한 승낙권을 침해당하였다면 그 위법행위 때문에 예기치 못한 의약품의 부작용으로 인한 정신적 고통을 입었다 할 것이고, 가족인 나머지 원고들도 위 고통을 함께 입었다 할 것이므로, 이러한 경우 피고 법인은 위 원고 홍○○에게 신체장해 등에 의한 재산적 손해를 배상할 책

임은 없다 하더라도 원고들에게 위 정신적 고통에 대한 위자료는 지급할 책임이 있다.”고 판시하여 가족들의 위자료를 인정하는 판시를 하였다.

위 판결에 대하여 김천수 교수³⁾, 김재형 교수⁴⁾는 설명의무는 환자의 자기결정권이 보호법익이므로 가족들에게 자기결정권을 인정할 수 없기에 환자 본인에게만 위자료 청구권이 인정되고, 가족에 대하여는 설명의무 위반으로 인한 위자료 청구권을 인정할 수 없다는 비판을 가하고 있다.

2) 대법원 1997.7.22. 선고 95다49608 판결

위 판결은 다만 위 인정과 같은 피고 김○○의 설명의무 위반은 결과적으로 위 원고로 하여금 백내장 수술에 따른 후유증인 망막박리의 증상과 그 예방방법 및 진단방법, 치료방법, 치료가 지연되는 경우 초래될 결과 등에 대비할 기회를 상실하게 하였고, 그로 인하여 망막박리라는 예기치 못한 결과를 당하여 정신적 고통을 입게 하였으며, 그 가족인 나머지 원고들에게도 정신적 고통을 함께 입혔으므로 피고들은 각자 원고들에게 위 정신적 고통에 대한 위자료를 배상할 책임이 있다고 판단하여 가족들의 설명의무 위반으로 인한 위자료 청구를 인정한 원심 판단을 그대로 인정하였다.

3) 대법원 2002.12.10. 선고 2001다56904 판결

초오의 위험성을 일반인보다는 더 잘 지득할 수 있는 전문가적 지위에 있었던 피고가 이를 일반인인 원고 김○○에게 판매함에 있어서 그 효능 내지 위험성과 안전한 용법을 설명하지 아니함으로써 원고 김○○가 치사량 이상의 초오 농축액을 망 소외인에게 복용하게 하여 그를 사망에 이르게 한 것은 한약업사인 피고에게 주어진 설명의무를 다하지 아니하여 위 망인의 자기결정권을 침해하는 위법한 행위를 한 것이라고 볼 것이므로, 피고는

3) 김천수, “의사의 설명과오책임에 관한 국내 판례의 분석 민사재판의 제문제”, 『송천이시윤박사화갑기념논문집(상)』, 김천수 민사실무연구회·한국민사소송법학회·한국민사법학회, 제507~508면.

4) 김재형, “한약업사의 설명의무-의사의 설명의무 법리의 연장선상에 있는가?», 연구대상 판결: 대법원 2002.12.10. 선고 2001다56904 판결(공 2003, 327)”, 『인권과 정의』, 제334호, 2004년, 제211면.

그로 인하여 위 망인 및 그의 가족들인 원고들이 입은 정신적 손해를 배상할 의무가 있다고 할 것이다.

(나) 설명의무 위반을 근거로 한 가족들 고유의 위자료 청구에 대한 하급심 판결의 태도

1) 가족들 고유의 위자료 청구를 배척한 사례

가) 대전지방법원 2008.10.7. 선고 2007가단60193 판결

피고가 설명의무를 다하지 못해 환자 본인의 자기결정권이 침해된 것은 맞지만, 환자 가족들의 위자료 청구에 대하여는 환자 자신이 아닌 가족들까지 자기결정권이 침해되었다고 볼 수 없으며, 환자가 자기결정권을 침해받음으로써 환자 가족이 겪는 정신적 고통은 환자에 대한 위자료 배상에 의하여 위자되는 것으로 볼 것이므로, 이와 다른 전제에 선 환자 가족들의 위자료 청구는 받아들일 수 없다.

나) 서울동부지방법원 2008.9.25. 선고 2006가합15982 판결

피고들의 설명의무 위반이 환자의 생명, 신체에 대한 구체적 치료과정에서 요구되는 의료진의 주의의무와 동일시되어 나쁜 결과로 인한 모든 손해에 대한 책임을 부담하는 경우가 아니라, 앞서 본 바와 같이 환자의 자기결정권의 침해에 그치는 이상 진료계약의 당사자나 자기결정권의 행사 주체가 아닌 환자의 가족에 불과한 원고들에 대하여는 위자료 청구를 인정할 근거가 없으므로 원고들의 독자적인 위자료 청구는 이유 없다.

다) 서울고등법원 2003.1.16. 선고 2002나21686 판결(대법원 2003.6.10. 선고 2003다13178 판결로 확정)

피고 조○○는 앞서 본 바와 같이 설명의무를 위반하여 환자 본인이 예방적 난소제거술을 받을 것인지 여부를 결정할 수 있는 권리를 침해하여 상당한 정신적 고통을 가하였다고 할 것이므로, 피고들은 이로 인하여 위 원고가 입은 정신적 손해를 배상할 의무가 있다고 할 것이다.

나머지 환자의 가족들은 피고 조○○의 의료상 과실로 환자가 상해를 입

있음을 전제로 그 정신적 고통에 대한 위자료로 피고들은 각자 원고 송○○에게 500만원, 원고 송□□, 송△△에게 각 300만원을 지급할 의무가 있다고 주장하나, 피고 조○○가 시행한 환자에 대한 예방적 난소제거술 자체에는 아무런 진료 상 과실이 없고, 환자의 자기결정권이 침해됨으로써 환자가 정신적 고통을 당하였다 하여 자기결정권이 문제될 수 없는 나머지 환자 가족들이 그로 인하여 무슨 정신적 고통을 당하였음을 인정할 아무런 증거가 없으므로 위 환자 가족들의 주장은 이유 없다.

2) 가족들 고유의 위자료 청구를 인정한 사례

가) 대전고등법원 2008.9.18. 선고 2008나3488 판결(대법원 2008다75041로 심리 불속행 기각 확정)

피고 황○○가 설명의무를 위반한 채 이 사건 수술을 시행한 이 사건에서 있어서는 원고인 환자 본인이 선택의 기회를 잃고 자기결정권을 행사할 수 없게 된 데 따른 원고인 환자 본인과 나머지 가족들인 원고들에 대한 위자료 배상책임만을 인정함이 상당하다. 한편, 원고들의 나이, 가족관계, 재산 및 교육 정도, 사고의 경위와 결과, 설명의무 위반의 정도, 그밖에 이 사건 변론에 나타난 제반 사정 등을 고려하면, 설명의무위반으로 인한 원고들의 위자료 액수는 원고 김○○, 300만원, 나머지 원고들은 각 50만원으로 정함이 상당하다.

나) 부산고등법원 2008.9.11. 선고 2007나21122 판결(대법원 2008다77061호로 심리 불속행 기각 확정)

환자의 가족들인 원고들의 위 주장 속에는 설명의무위반으로 인하여 위 자료의 배상을 구하는 취지도 포함되어 있다고 보이므로 그에 관하여 살피건대, 위와 같이 피고 우○○가 설명의무를 위반하여 원고 환자 본인인 최○○가 자기결정권을 행사하지 못한 상태에서 뇌경색이라는 예기치 못한 결과를 맞게 된 이상, 이로 인하여 원고 최○○ 및 그 가족이 정신적 고통을

입었을 것임은 경험칙 상 충분히 인정되므로, 피고 병원은 피고 우○○의 사용자로서 피고 우○○와 연대하여 원고 최○○와 가족의 위와 같은 정신적 고통을 금전적으로나마 위자할 의무가 있다. 그러나 원고 최○○의 아들인 원고 최□□는 피고 우○○로부터 관상동맥우회로수술의 부작용 및 후유증 등에 관한 설명을 듣고 수술동의서를 작성·교부하고도 이러한 내용을 원고 최○○에게 충실히 전달하지 않은 것으로 판단되는 이상, 원고 최○○의 위자료 청구는 받아들일 수 없다.

위자료의 액수에 관하여 보건대, 원고 최○○의 나이, 가족관계, 재산 및 교육 정도, 이 사건 진료의 과정 및 결과, 원고 최○○와 고 김○○와의 관계 기타 이 사건 변론에 나타난 여러 사정을 참작하면 원고 최○○의 위자료를 1,000만원으로, 원고 김○○의 위자료를 200만원으로 각 정함이 상당하다.

다) 분석⁵⁾

① 대법원 판결 중 일부는 지도 설명 의무 위반을 근거로 환자 가족들에게 위자료 청구권을 인정함.

설명 의무 위반을 근거로 환자 가족들에게 위자료 배상을 인정한 대법원 판결 중 대법원 2002.12.10. 선고 2001다56904 판결 및 대법원 1997.7.22. 선고 95다49608 판결은 설명의무 위반을 근거로 환자 가족들에게 위자료 청구를 인정하고 있기는 하지만, 위 판결들이 문제 삼은 설명의무는 일반적으로 자기결정권과 관련하여 설명의무로 거론되고 있는 조연설명 의무가 아니라 지도설명 의무이다. 따라서 대법원 판결들 중 대법원 2002.12.10. 선고 2001다56904 판결 및 대법원 1997.7.22. 선고 95다49608 판결은 이러한 자기결정권 침해를 따지는 전형적인 조연설명 의무가 아니라 신체침해를 따지는 독자적인 주의의무인 지도설명 의무 위반으로 인하여 발

5) 박영호, “설명 의무 위반 및 치료 기회 상실을 근거로 한 가족들의 독자적 위자료 청구권”, 『법조』, 제58권 제2호(통권 제629호), 2009. 참조.

생한 환자의 부작용에 대하여 환자 가족들의 독자적인 위자료 청구권을 인정하고 있다고 봄이 상당하다.

㉔ 대법원 판결 중 일부는 환자 가족들의 독자적인 위자료 청구를 긍정한 하급심 판결을 심리불속행 기각하거나, 환자 가족들의 독자적인 위자료 청구를 배척한 하급심을 그대로 확정하여 상호 모순되는 하급심 판결을 그대로 확정함.

㉕ 대법원 2003.6.10. 선고 2003다13178 판결은 환자 가족들의 독자적인 위자료 청구를 배척한 하급심을 그대로 확정하였고, ㉖ 이에 반하여 대법원 2009.1.15. 선고 2008다77061호 판결 및 대법원 2008.12.24. 선고 2008다75041호 판결은 환자 가족들의 독자적인 위자료 청구를 긍정한 하급심 판결을 심리불속행 기각하여 확정하였다.

3) 분석

환자 가족들의 위자료 액수가 소액이기 때문에 환자 가족들의 독자적인 위자료 청구권 자체가 명시적인 쟁점이 되어 상고된 사례가 없기 때문에 설명의무 위반을 근거로 한 가족들의 독자적 위자료 청구권 자체가 법률적인 쟁점이 되어 이에 대하여 명시적인 입장을 밝힌 대법원 판결은 아직 없다. 다만, 하급심 판결례는 이를 긍정하는 태도와 이를 부정하는 태도로 명백하게 나뉘어 입장이 대립하고 있다. 또한 현재 상당수의 하급심 판결들은 이러한 하급심 판례들의 상반되는 태도에 따른 법리적 판단상의 어려움을 회피하기 위하여 사전에 설명의무 위반에 대한 위자료는 환자 본인만 청구하는 것으로 청구 취지를 정리하고 있다.

II. 기회상실과 손해배상

1. 위자료를 제외한 소극적, 적극적 손해배상 여부

가. 미국

미국에서는 인과관계 입증완화 접근 방법과 King 교수의 기회상실론을 따르는 접근 방법 양자 모두 소극적 손해, 적극적 손해, 위자료 모두를 배상받는 것을 목적으로 하여 기회상실론의 논의가 진행되고 있다.⁶⁾ 인과관계 입증완화 방법의 경우에는 그러한 완화를 통하여 인과관계가 입증된 것으로 보는 경우에는 완전 배상의 원칙에 따라 기왕증은 배심원(배심재판을 포기하여 판사가 재판하는 bench trial의 경우에는 판사)이 손해배상액을 정하는 여러 가지 요소 중 하나의 요소로만 참작할 뿐 전체 손해를 배상하도록 하고 있고, King 교수의 기회상실론의 경우에는 상실된 생존 가능성 비율 자체를 노동능력상실 비율과 같이 봐서 소극적 손해를 산정하고, 나머지 적극적 손해액 및 위자료도 지급한다.

나. 우리나라

대법원 2006.10.13. 선고 2006다45121 판결(원심 서울고등법원 2006.6.8. 선고 2004나42151 판결, 1심 서울중앙지법 2004.5.19. 선고 2002가합48691 판결)은 입원을 하기 위한 목적만으로 다른 병원에서 전원하여 왔는데 그러한 전원을 받은 병원에서 환자의 증상에 비추어 실시하였어야 할 신경학적 검진을 생략한 과실과 헤르페스성 뇌염으로 인한 양안 실명이 발생한 사안에서 검진과실과 악 결과 사이의 인과관계는 부정하면서도, 경련을 일으키는 환아가 전원 후 제대로 검진조차 받지 못하여 환자가 그 상태에 적합한 적정 진료를 받지 못하였다는 점에 대한 정신적 고통을 입혔다고

6) 박영호, “의료소송상 기회상실 이론의 도입에 관한 소고”, 『사법논집』, 제46집, 제385면 이하 참고.

인정하여 위자료(환자 본인에게 1천만원, 부모에게 합계 400만원) 지급을 명한 원심판결들을 무변론으로 상고 기각하여 확정하였다.

대법원 2003.2.14. 선고 2002다53766 판결, 대법원 2001.11.13. 선고 2001다50623 판결 또한 의사들의 과실과 환자의 사망 사이의 인과관계를 부정하면서 소극적, 적극적 손해배상 청구는 배척하면서도 의사들의 과실이 없었더라면 적절한 치료를 받을 수 있었고 나아가 그 치료를 통해 다소나마 생존기간을 연장할 수 있는 여지도 있었을 것인데 피고 병원 의사들의 위와 같은 과실로 인하여 그 치료를 받아볼 기회를 상실하였다면서 망인과 그 가족들이 입원 정신적 고통에 대하여 위자료 배상을 명한 1, 2심 판결을 그대로 확정하였다(위 53766사건: 망인 700만원, 가족들 300만원 또는 100만원: 위 50623 사건: 망인 900만원, 가족들 500만원 또는 100만원).

위 두 판례에서 알 수 있듯이 우리 대법원 판례는 치료기회상실과 관련하여 위자료 배상만 인정하고 있고, 소극적·적극적 손해의 배상은 인정하지 않고 있다.

III. 현저히 불성실한 진료의 위자료 배상

대법원 2006.9.28. 선고 2004다61402 판결은 “의료진의 주의의무 위반으로 인한 불법행위의 책임을 묻기 위해서는 의료행위상 주의의무의 위반, 손해의 발생 및 그 양자 사이에 인과관계가 존재한다는 점이 각 입증되어야 할 것인바, 의료행위의 속성상 환자의 구체적인 증상이나 상황에 따라 위험을 방지하기 위하여 요구되는 최선의 조치를 취하여야 할 주의의무를 부담하는 의료진이 환자의 기대에 반하여 환자의 치료에 전력을 다하지 아니한 경우에는 그 업무상 주의의무를 위반한 것이라고 보아야 할 것이지만, 그러한 주의의무 위반과 환자에게 발생한 악 결과(惡 結果) 사이에 상당인과관계가 인정되지 않는 경우에는 그에 관한 손해배상을 구할 수 없다. 다

만, 그 주의의무 위반의 정도가 일반인의 처지에서 보아 수인한도를 넘어 설 만큼 현저하게 불성실한 진료를 행한 것이라고 평가될 정도에 이른 경우라면 그 자체로서 불법행위를 구성하여 그로 말미암아 환자나 그 가족이 입은 정신적 고통에 대한 위자료의 배상을 명할 수 있으나, 이때 그 수인한도를 넘어서는 정도로 현저하게 불성실한 진료를 하였다든 점은 불법행위의 성립을 주장하는 피해자들이 이를 입증하여야 한다.”고 판시하여, 의료과실과 악 결과 사이에 상당인과관계가 인정되지 않는 경우에 손해배상은 부인되어야 하지만, 의료과실의 정도가 수인한도를 초과할 정도인 경우에는 위자료 배상의 청구는 구할 수 있다고 판시하였다. 하지만, 위 판결은 망아(亡兒)가 피고 병원에서 전신마취 수술을 받은 후 기면 내지 혼미의 의식 상태에 놓여 있다가 사망한 사건에서, 망아의 사망은 뇌동 정맥기형이라는 망아의 특이체질에 기한 급성 소뇌출혈로 인하여 발생한 것으로서 피고 병원 의료진에게 망아의 사망과 상당인과관계가 있는 과실이 있다고 인정할 수 없지만, 피고 병원 의료진이 망아의 기면 내지 혼미의 의식 상태에 따른 환기 및 산소공급 조치를 제대로 취하지 아니하고 마취과 전문의 혹은 수술 집도의에게 적절한 보고 조치를 취하지 아니하는 등, 전신마취 수술 후 마취 회복 기간이 경과하도록 기면 내지 혼미의 의식 상태에 놓인 환자에 대한 사후 관리를 함에 있어 충분하고도 최선의 조치를 다한 것으로 볼 수 없지만, 이러한 사실만으로 피고 병원에 불법행위책임을 물을 수 있을 정도로 피고 병원 의료진이 일반인의 수인한도를 넘어서 현저하게 불성실한 진료를 행한 잘못이 있었다고 단정할 만큼 충분한 입증에 이르렀다고 볼 수 있는지 의문이 든다고 판시하면서, 비교적 위험성이 적은 충수돌기염 수술을 받은 망아나 그 부모인 원고들은 그와 같은 적절한 최선의 치료를 받지 못함으로 인하여 상당한 정신적 고통을 입었음은 넉넉히 추인할 수 있다면서 피고 측에게 망아에게 3,000만원, 부모에게 각 1,000만원의 위자료 배상을 명한 원심판결을 파기환송하였다.

그 후 파기환송 된 사건인 서울고등법원 2006나98134 사건에서는 강제

조정이 성립되었다.

주제어 : 손해배상 범위, 설명의무, 위자료, 기회상실, 조연설명, 지도설명, 자기 결정권, 위자료 산정 기준, 책임제한, 과실상계, 치료비, 병실료, 간호비

[참 고 문 헌]

김재형, “한약업사의 설명의무- 의사의 설명의무 법리의 연장선상에 있는가? 연
구대상판결: 대법원 2002.12.10. 선고 2001다56904 판결(공 2003, 327)”,
『인권과 정의』, 제334호, 2004.

김천수, “의사의 설명과오책임에 관한 국내 판례의 분석 민사재판의 제문제”, 『송
천이시운박사화갑기념논문집(상)』 김천수 민사실무연구회·한국민사소
송법학회, 1995.

박영호, “설명 의무 위반 및 치료기회상실을 근거로 한 가족들의 독자적 위자료 청
구권”, 『법조』, 제58권 제2호, 2009.

_____, “의료소송상 기회상실 이론의 도입에 관한 소고”, 『사법논집』, 제46집,
2008.

임준호, “의료과오소송에서 기여도에 의한 배상액의 비율적 인정: 체질적 소인·
기왕증의 참작”, 『민사판례연구』, XXI XXI, 1999.

The Trend of Precedents about Calculation of Damage Compensation for Last Decade

Young ho Park

Daegu District Court of Korean Supreme Court

=ABSTRACT=

This thesis introduces the trends of Korean courts' ruling on damages in medical malpractice cases for past 10 years.

First of all, Korean courts' ruling have had a tendency to pay only non-economic damages for not taking the informed consent.

If a doctor cannot get the informed consent from a patient, he compensate only non-economic damages for the infringement of self-determination rights of patient. It's enough for the plaintiff to prove the infringement of self-determination rights, if the plaintiff just want to get non-economic damages.

The Korean Supreme court have ruled that if plaintiffs want to get economic damages for the infringement of self-determination rights or informed consent, plaintiffs must prove that the infringement of self-determination rights is the proximate cause of the economic damages of patient.

There is another tendency for the Korean Supreme court to limit the damages in medical malpractice cases on the ground of patient's diseases' dangerousness or patient's idiosyncrasy.

In the past courts often limit the damages only to 70~80% of total damages, but now a days courts mostly limit the damages to 20~30%.

This thesis also introduce the Korean courts' trends about Valuing damages in personal injury actions awarded for gratuitously rendered nursing and medical care.

Keyword : informed consent, pain and suffering, loss of chance, family, damage, limitation of damage, comparative damage, Selbstbestimmungsrecht, Diagnoseaufklärung, erlaufsaufklärung

지정토론문

의료소송에 있어 손해배상액 산정에 관한 최근 10년간 판례의 동향에 대한 토론문

이 덕 환*

I. 설명의무위반과 손해배상의 범위

최근 대법원 93다60953판결 등에서는 의사의 설명의무위반에 따른 손해 배상의 범위에 정신적 손해의 배상으로 위자료 및 재산적 손해의 배상도 포함시키고 있다. 그러나 지금까지 실제로 재산적 손해의 배상을 인정한 대법원 판례는 하나도 없다. 이에 관한 대법원 판례는 「설명 의무위반의 결과로 인한 모든 손해를 청구하는 경우에는 그 중대한 결과와 의사의 설명의무 위반 내지 승낙취득 과정에서의 잘못과의 사이에 상당인과관계가 존재하여야 하며, 그 경우 의사의 설명의무위반은 환자의 자기결정권 내지 치료행위에 대한 선택의 기회를 보호하기 위한 점에 비추어 환자의 생명·신체에 대한 의료적 침습과정에서 요구되는 의사의 주의의무 위반과 동일시할 정도의 것이어야 한다」고 판시하고 있다. 이러한 대법원의 판결요지는 납득이 가지 않는다. 첫째, 대법원은 의사의 진료의무와 설명의무를 명확히 구별하지 않고 있다. 즉 의사의 설명의무는 의료계약상의 독립적 부수의무로서 주된 의무인 진료의무의 위반과 별도의 의무이다. 대법원에서는 설명의무위반으로 인한 재산적·정신적 손해 모두를 청구하는 경우에는 설명의무위반의 정도가 의료과실에서 요구되는 주의의무위반의 그것과 동일시되어야 한다고 판시하고 있는 바, 이는 설명의무위반을 주된 의무인 진료의무위반에서 요구되는 과실의 전제 개념인 주의의무위반으로 오해를 하고 있

* 한양대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사

는 것이다. 의사가 설명의무를 위반한 경우의 책임문제에 관하여 생각할 수 있다. 즉 의사가 설명의무를 위반한 때 ① 의료기술에도 맞고 침습(수술)도 성공한 경우, ② 의료기술에는 맞으나 침습은 실패한 경우, ③ 의료기술에는 맞지 않으나 침습은 성공한 경우, ④ 의료기술에도 맞지 않고 침습도 실패한 경우로 나눌 수 있다. ①과 ③은 침습이 성공하였으므로 재산적 손해는 발생하지 않았으며, 단지 자기결정권 침해로 인한 정신적 손해 배상은 청구할 수 있다. ④의 경우는 진료과실과 설명의무위반이 경합하여 어느 것을 원인으로 하여 재산적·정신적 손해의 배상을 청구할 수 있다. 문제는 의료기술에는 맞으나 침습은 실패한 ②의 경우이다. 이 경우에는 설명의무위반이 원인이 되어 결과적으로 신체의 완전성이 침해된 것이다.

따라서 이는 의료계약상의 독립적 부수의무인 설명의무의 위반으로 환자의 자기결정권을 침해하여 의료침습에 대한 선택권이 박탈되어 결국은 신체침해를 당하였으므로 환자는 의사에게 채무불이행책임을 물어 발생한 재산적·정신적 손해배상 모두를 청구할 수 있다.

한편 의사는 환자의 자기결정권을 박탈한 결과 신체의 완전성을 침해한 불법행위를 구성하게 되므로 환자는 불법행위책임을 물어 발생한 전 손해를 배상받을 수 있다. 결국 침습의 실패는 의사의 설명의무위반을 원인으로 하여 야기되었으므로 발생한 악결과와 설명의무위반 사이에는 상당인과관계가 성립한다고 할 것이다. 즉 의사로부터 설명을 들었더라면 수술에 응하지 않았을 것이고, 수술을 하지 않았더라면 환자가 상해 내지 사망하는 악결과를 초래하지 않았을 것이다. 따라서 설명의무위반과 악결과 사이에는 상광인과관계가 존재하고, 그로 인하여 발생한 재산적·정신적 손해 모두를 배상하여야 한다. 대법원 판례는 수술은 의료기술에 맞게 행하여졌으므로 의사에게 과실이 없다고 하여 설명의무위반과 발생한 악결과 사이에 상당인과관계가 없다고 하여 위자료만을 인정하고 치료비 등의 재산적 손해의 배상을 부정하고 있다. 위의 ②의 경우에서 살펴보았듯이 침습이 의료기술에 맞게 행하여져도 침습이 실패한 경우에는 설명의무위반으로 인한

의사의 전 손해의 배상책임은 면할 수 없는 것이다. 상당인과관계를 부정하는 대법원판례는 진료과실의 전제가 되는 주의의무위반과 설명의무위반을 동일한 것으로 보는 데서 비롯된 것이다.

II. 설명의무위반에 대한 가족들의 위자료청구

대법원판례는 의사의 설명의무위반을 근거로 가족들의 위자료청구를 인정하고 있다. 그런데 그 인정근거가 불명확하다. 우리 민법 제752조에서는 생명침해의 경우에 특별히 피해자 이외의 그 가족들 고유의 위자료 청구를 할 수 있는 것으로 규정하고 있다. 따라서 설명의무위반과 그로 인한 환자의 사망 사이에 상당인과관계를 인정한다면 제752조에 의하여 가족 고유의 위자료는 인정할 수 있다. 그러나 설명의무위반으로 인한 환자의 신체상해 사이에 상당인과관계가 있는 경우에는 가족고유의 위자료를 인정할 수 있는가? 이에 관하여 통설과 판례는 제752조를 예시규정으로 이해하여 신체침해에도 유추적용하고 있다. 생각건대 제752조는 생명침해의 경우에만 간접피해자인 가족에게도 위자료 청구를 인정하는 특별규정이라 할 것이다. 따라서 생명침해에 관한 제752조를 신체침해의 경우에까지 확대 적용하는 것은 타당하다고 할 수 없다.

한편 설명의무위반으로 인한 환자의 사망·상해 사이에 상당인과관계가 없는 경우에는 인격권인 환자의 자기결정권의 침해로 인한 위자료를 인정할 수 있을 것이다. 그런데 이 경우에는 피침해법익이 환자의 생명이나 신체침해가 아니라 오로지 인격권에 불과한 자기결정권을 침해한 것이 되어 제752조가 적용될 여지가 없게 되는 것이다. 이 경우에는 자기결정권이라는 법익을 직접 침해당한 환자만이 위자료를 청구할 수 있을 뿐 간접피해자인 가족은 그 고유의 위자료 청구를 할 수 없는 것이다. 대법원이 이 경우에도 가족고유의 위자료를 인정한다면 생명침해 이외만 특별히 적용되는

제752조를 남용하는 것이 된다고 할 것이다. 그런데 대법원 92다25885 판결에서 「의사의 치료 상의 과실이 없더라도 그의 설명의무위반으로 투약 여부에 대한 승낙권을 침해당하였다면 그 위법행위 때문에 예기치 못한 의약품의 부작용으로 인한 정신적 고통을 입었다 할 것이고, 가족인 나머지 원고들도 위 고통을 입었다고 할 것이므로 이러한 경우 피고 법인은 위 원고 홍○○에게 신체장해 등에 의한 재산적 작용으로 인한 책임은 없다고 하더라도 원고들에게 위 정신적 고통에 대한 위자료는 지급할 책임이 있다」고 판시하고 있다. 이 판결에서는 설명의무위반과 의약품 부작용에 의한 신체장해 사이의 상당인과관계를 인정하여 제752조를 유추 적용한 것으로 보인다. 신체장해 등에 의한 재산적 손해의 배상은 부정하였으나 위자료 배상은 인정한 것이다. 즉 의료기술에는 맞으나 침습에 실패한 경우이다. 앞에서 살펴보았듯이 이 경우에는 설명의무위반을 원인으로 하여 의약품 부작용에 의한 신체장해라는 결과가 초래된 바, 이들 사이에는 상당인과관계가 존재하게 되므로 발생한 재산적·정신적 손해 모두를 배상하여야 할 것이다. 그런데 이 판결에서는 치료 상의 과실이 없었으므로 설명의무위반과 의약품 부작용 사이의 상당인과관계를 부정하여 오로지 자기결정권만을 침해한 것으로 볼 것인가가 분명하지 않다.

III. 자기결정설명과 치료 상의 설명

의사의 설명에는 환자로 하여금 치료에 대한 동의 여부를 결정할 수 있도록 하는 자기결정설명과 환자의 치료를 돕기 위한 치료 상의 설명이 있다. 자기결정설명은 독립적인 부수의무이지만 치료 상의 설명은 주된 의무인 진료의무에 내포되어 이를 위반한 경우에는 설명의무위반이 아니라 진료과실이 된다. 대법원판례에서는 이 두 설명을 명확히 구별하지 못하고 있다. 즉 대법원 95다49068 판결을 발표자는 이를 지도설명 의무, 즉 치료

상의 설명의무로 보았으나 「초래될 결과 등에 대비할 기회를 상실하게 하였고, 그로 인하여 망막박리라는 예기치 못한 결과를 당하여 정신적 고통을 입게 하였으며」라는 문언에 비추어 볼 때 치료에 대한 자기결정권을 상실한 것으로 해석된다. 따라서 이는 자기결정설명이라고 할 것이다.

그러나 대법원 2001다56904판결은 의약품 복용 시의 안전설명, 즉 치료상의 설명을 하지 않은 것으로, 이는 치료여부에 대한 자기결정설명이 아니다. 이 판결에서는 한약업사의 약품복용에 대한 설명의무를 자기결정권을 침해하는 위법한 행위로 오해하고 있다.

IV. 치료기회상실과 손해배상

대법원 2002다53766 판결에서는 의사들의 과실과 환자의 사망 사이의 인과관계는 부정하면서 의사들의 과실로 인하여 치료를 받아볼 기회를 상실하였다고 하면서 망인과 그 가족들이 입은 정신적 고통에 대하여 위자료 배상을 명한 1·2심 판결을 그대로 확정하였다. 우선 치료기회상실에 의한 손해배상은 우리나라에서는 생소한 개념이며, 그 인정여부가 문제된다. 이는 넓은 의미의 진료과실에 포섭될 수 있으므로 별도의 손해배상 항목에 편입시키지 않아도 될 것으로 생각한다. 그런데 위 대법원 판결은 의사들의 과실과 환자의 사망 사이의 인과관계를 부정하면서 제752조를 적용하여 망인의 가족고유의 위자료청구를 인정하고 있다. 따라서 이는 치료기회의 상실로 인한 환자의 사망, 즉 생명침해에 대한 위자료의 배상은 아니고, 단지 치료기회의 상실로 입은 가족들의 정신적 고통에 대한 것이다. 그렇다면 판례가 이 경우에도 생명침해에 관한 제752조를 적용하여 간접피해자인 가족들에 위자료배상을 명한 것은 잘못된 것이 아닐까? 대법원은 그 밖에도 2004다61402 판결에서 수인한도를 넘은 불성실한 진료로 환자나 그 가족에게 정신적 고통에 대한 위자료의 배상을 명하고 있는 바, 제752조의 적

용범위가 전면 재검토되어야 할 것으로 생각된다.

V. 과실상계

의료과오소송에서 판례가 다양한 과실상계 사유를 들어 의사의 책임을 제한하고 있다. 그러나 과실상계 사유로 적절하지 못한 것도 있다. 대법원 93다52402 판결은 환자가 의사로부터 부족한 설명만을 듣고 수술을 받다가 의료사고를 당한 것을 환자의 과실로 보아 과실상계사유로 삼고 있다. 생각건대 환자는 의사의 설명을 들을 권리는 있지만 설명을 들을 의무는 없는 것이다. 의학에 문외한인 환자가 의사의 설명에 관하여 무엇이 부족한지 판단하기 어려울 것이다. 모름지기 의사는 환자가 자신의 질병을 정확하게 파악하고 그 치료 여부에 대한 결정을 할 수 있도록 충분히 설명하여야 할 의무가 있다. 그럼에도 불구하고 환자에게 충분한 설명을 요구하지 않았다는 사실을 과실로 인정하는 것은 부당하다고 할 것이다.