

# 정신질환자의 타해(他害)사고와 의료과오책임

손 홍 수\*

- I. 들어가는 말
- II. 우리나라의 정신질환자와 정신과 의료사고의 현황
  - 1. 우리나라의 정신질환자 현황
  - 2. 정신질환자의 살인범죄와 정신과 의료사고 현황
- III. 우리나라의 판례
  - 1. 책임을 인정한 경우
  - 2. 책임을 부정한 경우
  - 3. 검토
- IV. 일본의 판례
  - 1. 병원 내 사고
  - 2. 병원 밖 사고
  - 3. 검토
- V. 미국의 판례: 병원 밖 타해사고를 중심으로
  - 1. Tarasoff 판결 이전
  - 2. Tarasoff I 판결
  - 3. Tarasoff II 판결: Tarasoff v. Regents of the University of California
  - 4. Tarasoff 판결이론의 확대와 제한
- VI. 독일에서의 논의
- VII. 정신질환자의 타해사고에 대한 의료과오책임의 근거 등
  - 1. 책임의 근거
  - 2. 정신질환자의 폭력성에 영향을 미치는 사회적 위험요소
  - 3. 면책을 위하여 정신과 의사가 취하여야 할 구체적인 조치들
- VIII. 맺는 말

\* 논문접수: 2010. 4. 30. \* 심사개시: 2010. 5. 10. \* 게재확정: 2010. 6. 10.

\* 서울고등법원 판사

## I. 들어가는 말

(1) 지난 2009. 7. 23. 경향신문을 비롯한 주요 신문들은 2009. 7. 22. 자 뉴욕타임즈 등 현지신문의 기사를 받아 버지니아텍 총기사건의 범인인 조승희의 정신과 진료기록이 사건발생 2년여 만에 발견돼 희생자 가족들이 제기한 손해배상소송이 새로운 국면을 맞을 것으로 전망된다고 일제히 보도한 바 있다.

이는 팀 케인 버지니아 주지사가 2009. 7. 22. 기자회견을 갖고 조승희의 정신과 진료기록이 2009. 7. 18. 버지니아텍 의료센터 소장을 맡았던 로버트 밀러 박사의 집에서 다른 학생들의 진료기록과 함께 발견됐다고 밝힌데 따른 것인데, 이에 앞서 희생자인 캐슬린 프라이드(Julia Kathleen Pryde)와 에린 니콜 피터슨(Erin Nicole Peterson)의 유가족들이 총기사건 2주년을 맞아 2009. 4. 버지니아 주와 대학, 의료센터 등을 상대로 조승희가 정신과 진료과정에 자살충동을 느낀다고 털어놓았음에도 적절한 조치를 취하지 않았다고 주장하며 소송을 제기한 바 있다.

(2) 이 글은 위와 같이 조승희의 정신과 진료기록이 발견된 것이 손해배상소송에서 문제가 되는 것에 대해 답하는 것을 목적으로 하는 것이다.<sup>1)</sup>

---

1) 그밖에도 필자 나름의 개인적인 집필동기가 따로 있기도 하다. 즉 필자는 전주지방법원 정읍지원에서 의료전담(단독)을 맡고 있는 중이던 2006. 11. 18. 대법원 대회의실(401호)에서 열린 대한의료법학회, 법원의료법분야연구회 2006년도 공동학술대회에서 “정신질환자의 자살과 의료과오책임”이라는 주제로 발표를 한 적이 있다(위 글은 다소간의 수정을 거쳐 같은 제목으로, 『의료법학』, 7권 2호, 대한의료법학회, 2006. 제9면 이하에 게재되었다). 미국이나 일본 모두 정신질환자의 자살, 타해사고 문제를 분리해서 논의하는 것도 아니었지만, 당시로서는 타해사고를 둘러싼 하급심 판결도 거의 없었고, 자료의 한계도 있었던 데다가, 발표량도 조절해야 할 형편이어서, 정신질환자의 타해사고로 인한 의료책임부분을 빼고 발표하였던 것인데, 참석자들 중 일부로부터 타해사고로 인한 의료과오책임부분도 정리해 달라는 요청을 받았다. 그 후 마침 2007. 2.부터의 미국연수 과정에 두 부분 모두를 포함하여 정신의료를 둘러싼 의료과오소송에 관한 미국의 책들을 접할 기회를 가졌고(주로 정신과의사들이 방어진적인 입장에서 쓴 책들로서 법대가 아닌 의대도서관에 많았다), 이를 기초로 앞서 발표한 부분도 다시 손봐야겠다는 생각을 가지고 있었으나 차일피일 미루고 있던 차에 우선 급한 대로 후자부분부터 정리한 것이 바로 이 글이다.

(3) 그런데 정신질환자의 타해(他害)사고에 대하여 정신과의사 등 의료측을 상대로 손해배상책임을 추궁한다는 관념이 아직은 낮은 탓인지 이에 관한 국내의 논의는 아직 출발단계이고,<sup>2)</sup> 하급심 판결도 거의 찾아보기 힘든 형편이므로, 일본, 미국의 사례를 중심으로 논의를 이어갈 생각이다(IV, V, VI 항). 다만 그에 앞서 논의의 기초로서 우리나라의 정신질환자 현황과 정신질환자에 의한 타해사고와 정신질환자 관련 의료사고의 현황을 먼저 살펴보고(II, III 항), 마지막으로 일본, 미국에서 발전한 법리의 우리나라에의 적용가능성을 검토해 볼 작정이다(VII 항). 귀납적인 연구방법을 택한 셈이다.

## II. 우리나라의 정신질환자와 정신과 의료사고의 현황

### 1. 우리나라의 정신질환자 현황

#### 가. 국민건강보험공단 발표결과

국민건강보험공단이 2008. 2. 14. 배포한 보도자료에 따르면,<sup>3)</sup> 2006년 건강보험으로 진료 받은 정신질환자가 <표 1>에서 보듯이 180만 명을 넘은 것으로 나타났다. 2001년의 134만 명과 비교하면 5년 만에 35%가 증가한 수치인 셈이다. 주요 질병별로 보면 치매환자가 3만 1천명에서 8만 9천명으로 185% 증가하여 가장 높은 증가 추세를 보이고 있고, 정신발육지체는

2) 필자가 발표할 당시만 해도 이 분야에 관한 국내의 문헌으로는 신현호, 「정신과 영역에서의 의료과실」, 대한정신과학회 추계학술세미나 주제 발표문, 1997; 박권수, 「정신과영역에서의 의료과오와 민사책임에 관한 연구」, 석사학위논문, 배재대학교 법무대학원, 2002. 정도였는데, 그 이후에 이득환, 「정신의료에 대한 민사법적 고찰」, 박사학위논문, 경북대학교 대학원 법학과, 2009; 이재경, 「정신의료의 법률관계와 손해배상에 관한 연구」, 박사학위논문, 성균관대학교 대학원 법학과, 2009.이 각 발표되었다.

3) 필자가 2009년 말경 참고를 위하여 다운로드 받을 때만 해도 인터넷 상에서 쉽게 구할 수 있는 자료였는데, 최근 이 글을 쓰려고 다시 확인해 보았더니 쉽게 찾아지지 않아 국민건강보험공단 홈페이지를 뒤져보았지만 역시 찾지 못하였다.

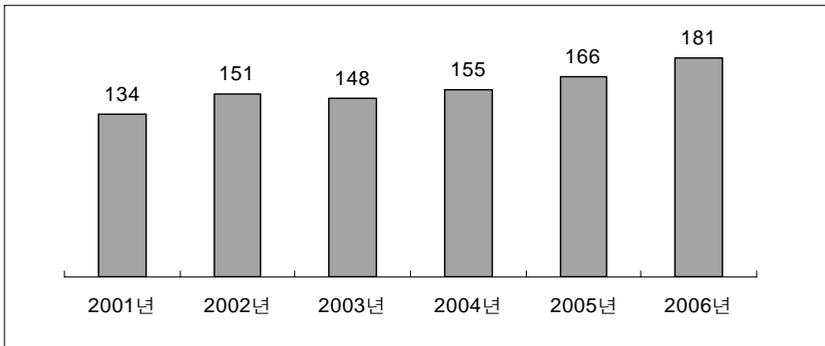
〈표 2-1〉 연도별 정신질환 진료인원 추이

(단위: 명)

구 분	2001년	2002년	2003년	2004년	2005년	2006년	증가율
정신 및 행동장애 (F00- F99)	1,343,900	1,514,506	1,482,198	1,551,008	1,655,963	1,807,762	34.5%
치매 (F00-F03)	31,158	43,272	46,543	55,555	67,220	88,804	185.0%
알코올 사용에 의한 정신 및 행동장애 (F10)	41,385	47,463	50,775	51,713	53,902	59,979	44.9%
기타 정신활성물질 사용에 의한 정신 및 행동장애 (F11-F19)	3,709	4,231	3,766	3,357	3,419	3,787	2.1%
정신분열증, 분열형 및 망 상성 장애 (F20-F29)	136,073	149,844	135,913	138,146	134,971	142,364	4.6%
기분(정동성)장애 (F30- F39)	431,507	523,436	519,115	551,785	596,187	638,115	47.6%
신경증적, 스트레스와 관련 된 장애 (F40-F48)	710,212	726,186	698,430	705,134	724,785	757,548	6.7%
정신발육 지체 (F70-F79)	9,470	12,443	12,938	14,146	15,772	17,004	79.6%
기타 정신장애 (F04-F09, F50-F59, F80-F89)	153,879	182,271	197,138	216,936	258,217	311,158	102.2%

주) 계는 중복인원 제외

〈그림 2-1〉 정신질환 환자 추이(만명)



9천명에서 1만 7천명으로 80% 증가하였으며, 우울증과 조울증 등을 포함하는 정동성(기분)장애도 43만 2천명에서 63만 8천명으로 48% 증가세를 보이고 있다. 신경증적 스트레스와 관련된 장애, 기타 정신활성 물질에 의

한 정신 및 행동장애, 정신분열증, 분열형 및 망상성 장애 환자는 위 5년간 2~7%의 소폭 증가에 그쳤다.

### 나. 2006년 정신질환실태 역학조사 결과

국립서울정신병원, 서울대학교 의과대학 등 7개 의대와 3개 국립·시립 정신병원이 참여해 전국에서 무작위로 추출한 18살 이상 64살 이하 6,114명(남자 2,685명, 여자 3,429명)을 대상으로 국가 차원에서 처음 전국 규모로 실시된 위 역학조사 결과,<sup>4)</sup> 우리나라 국민 3명 가운데 1명가량이 일생동안 한차례 이상 알코올이나 니코틴 중독, 우울증 등의 정신질환에 걸려 고통받는 것으로 조사됐다. 정신질환으로 분류될 정도의 니코틴 중독은 10명에 1명, 알코올 중독은 6명 중 1명꼴로 나타났다. 한국인은 일생을 통해 정신질환에 걸릴 확률(정신질환 평생유병률)이 31.4%이고, 성별로는 남성이 38.7%로 여성의 23.9%에 비해 1.6배가 높았다.

정신질환 유형별로는 알코올 의존 또는 남용의 평생유병률이 16.3%(남 25.8%, 여 6.6%)로 가장 높고, 니코틴 의존·금단이 10.2%(남 18.5%, 여 1.6%)를 기록했다. 또 알코올·니코틴 중독 평생유병률은 남성이 압도적으로 높은 반면, 알코올·니코틴 중독을 제외한 정신질환 평생유병률에서는 여성이 19.4%로 남성의 7.1%에 비해 2.7배나 높은 것으로 조사됐다. 평생유병률이 9.1%로 세 번째로 높은 불안 장애의 경우 여성은 13.5%로 매우 높은 데 반해 남성은 4.8%에 그쳤다. 유병률이 4.8%인 우울증 등 기분장애도 남성의 2.3%에 비해 여성은 7.5%로 높았다. 정신분열증 등 정신병적 장애는 1.1%(남 0.8%, 여 1.4%)로 조사됐다. 결혼 상태인 남녀의 평생유병률은 29.8%로 전체평균보다 낮았으나 별거·이혼·사별한 집단은 41.6%로 높게 나타났고, 지역별로는 농촌지역이 34.0%로 도시지역의 30.5%에 비해 높았다. 나이별로는 40대가 33.8%로 가장 높게 나타났다.

4) 『정신질환실태 역학조사 2006』, 보건복지부·서울대학교 의과대학, 2007, 제vi~viii면.

〈표 2-2〉 범행당시 가해자의 정신질환 등 여부 (단위: 건(%))

구 분		살인	존속살해	강도살인	계
정신질환	과거 정신질환 경험	7 (1.6)	2 (3.5)	2 (2.0)	11 (1.9)
	범행당시 정신질환	23 (5.3)	21 (36.8)		44 (7.5)
약물복용	과거 약물복용 경험	11 (2.6)	2 (3.5)	2 (2.0)	15 (2.6)
	범행당시 약물복용중	7 (1.6)			7 (1.2)
알코올중독	과거 알코올중독 경험	4 (0.9)	1 (1.8)	1 (1.0)	6 (1.0)
	범행당시 알코올중독중	5 (1.2)	1 (1.8)	1 (1.0)	7 (1.2)
자살시도	과거 자살시도 경험	12 (2.8)	3 (5.3)	1 (1.0)	16 (2.7)
	범행직후 자살시도	30 (7.0)	5 (8.8)		35 (6.0)
유효사례수		431	57	99	587

전체적으로 살펴보면, 각 질환별로 차이는 있으나 여러 외국의 정신질환 평생유병율과 비슷한 양상이고, 2001년 조사결과와 일관된 패턴을 보이고 있으나, 주요 우울 장애는 다소 증가하고, 알코올 및 니코틴 의존은 감소하는 경향을 보이고 있으며, 정신질환이 있음에도 불구하고 정신의료서비스를 이용하는 비율이 11.4%로 2001년의 8.9%보다는 높아졌으나 선진국에 비해서는 매우 낮은 수준을 보이는 것으로 나타났다.<sup>5)</sup>

5) 이는 정신질환에 대한 사회적 편견과 보험가입 제한 등 현실적인 불이익 때문이 아닌가 생각된다. 이것이 오래 전부터 문제가 되어 온 관계로, 2007. 7. 4. 대한의사협회 국민의학지식향상위원회와 신경정신의학회가 공동이 되어 '정신질환과 민간보험'이라는 주제로 공청회가 열리는 등 개선이 여러 번 시도된 모양인데, 현실은 상법 제732조(15세 미만자, 심신상실자 또는 심신박약자의 사망을 보험사고로 한 보험계약은 무효로 한다)가 근거가 되어 정신과원에서 가벼운 우울증 치료 경력만으로도 암보험에조차 가입할 수 없다고 한다. 그 시정 노력의 일환으로 국가인권위원회는 2005. 8. 22. 상법 제732조를 인권침해 조항으로 보고 법무부장관에게 등 조항의 삭제를 권고하면서, 재정경제부장관과 금융감독원장에게도 개선 정책을 권고하기 하고, 2006. 1.에는 국가인권정책계획수립 권고안을 통해서 상법과 보험업법개정을 재차 권고하기도 하여, 법무부가 2007. 8.경 상

## 2. 정신질환자의 살인범죄와 정신과 의료사고 현황

### 가. 정신질환자의 살인범죄 실태

살인범죄의 실태에 관한 한 연구결과에 의하면,<sup>6)</sup> 위 <표 2>에서 보듯이 살인범죄의 1.6%, 존속살해범죄의 3.5%, 강도살인의 2.0%가 과거에 정신질환을 경험한 자에 의한 것이고, 살인범죄의 5.3%, 존속살해범죄의 36.8%가 범행 당시 정신질환을 가지고 있던 자에 의한 것으로 나타났다.

### 나. 우리나라 정신과 의료사고 현황

한 조사결과에 의하면 미국과 마찬가지로 가장 빈번한 사고가 입원 중 자살사고로 전체의 60.6%를 차지하고, 도주(9.0%), 환자 상호 간의 구타 등 폭행(7.7%), 집단탈출(2.6%)이 그 다음을 잇고 있으며, 방화사건, 입원 환자 살해, 직원 폭행 등의 순서이고, 정신과 의료사고 중 사망원인은 자살(58%), 질병으로 인한 사망(12%), 약물부작용으로 인한 사망(12%), 타살(3.3%) 순이었다고 한다.<sup>7)8)</sup>

---

법 732조를 “15세 미만자, 심신상실자 또는 심신박약자의 사망을 보험사고로 한 보험계약은 무효로 한다. 다만, 심신박약자가 보험계약을 체결하거나 제731조에 의한 서면동의를 할 때에 의사능력이 있는 경우에는 그러하지 아니하다”로 하는 개정안을 마련하였으나, 생명보험협회 등의 강한 반대에 부딪혀(자세한 것은 김선정, “상법 제732조 개정안에 대한 검토”, 『보험학회지』, 제78집, 한국보험학회, 2007, 제116면 이하 참조), 개정이 이루어지지 못한 것으로 보인다. 이 같은 상황에서 보건복지부는 2009. 12. 8. 정신질환자에 대한 보험가입상의 불이익을 완화하는 내용을 담은 정신보건법 개정을 추진하겠다고 밝혔다.

- 6) 박형민, 『살인범죄의 실태에 관한 연구(II)』, 한국형사정책연구원, 2003, 제141~142면.  
 7) 민성길 외, 『최신 정신의학』, 제5판, 일조각, 2009, 제807면(최상섭, “한국에서의 정신과 의료사고에 관한 연구”, 1993년도 대한신경정신의학회 추계학술대회 주제 발표문 상의 통계를 인용한 것으로 보인다).  
 8) 일본 정신과병원협회회원의 보고를 기초로 작성된 통계에 의한 정신병원 의료사고 현황은 아래와 같다(2004. 9.까지의 것이고, 돌연사만 2005. 1.까지의 것이다. 松岡浩, “精神科病院における若干の事例類型に關する考察”, 『民事法と精神醫學』, 中山書店, 2005, 제203면). 같은 자료에 의한 것인지 불분명한데, 일본 정신과병원협회회원의 보고를 기초로 작성된 통계에 의하면 가장 높은 비율을 차지하는 것이 자살사고(미수, 자해포함)로 30.3%이고, 그 다음이 불측의 사고(전도, 전락, 오연, 질식)로 20.8%이며, 환자 간 상호·치사사고가 16.1%라고 하는 보고도 있다(分島徹, 佐々木龍一, “精神科醫療事故とその實

### III. 우리나라의 판례

정신질환자의 타해사고와 관련한 대법원 판결은 아직 없는 것으로 보여 지므로, 관련 하급심 판결들을 본다. 다만 모두 입원환자에 대한 것으로 외래환자에 관한 사례는 발견하지 못하였다.

#### 1. 책임을 인정한 경우

##### 가. 부산지방법원 2003. 12. 10. 선고 2002가합11079 판결(항소심에서 조정성립)

###### [사실관계]

원고는 1998. 11. 6.부터 알코올의존증 치료를 위해 피고 의료법인이 부산광역시로부터 운영을 위탁받은 부산시립정신병원 5병동 501호실에 입원해 있었다. 2000. 4. 6. 05:40경 같은 병동 502호실에 같은 이유로 입원 중이던 가해자는, 원고가 고탈을 친데 대해 조용히 하라고 나무랐다가 오히려 원고로부터 욕설을

態: 精神科醫療の立場から, 『民事法と精神醫學』, 中山書店, 2005, 제194면).

사고유형		년도										합계
		1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	
타 해	자 살	36	25	43	40	44	46	53	53	68	60	468
	자상행위		2	3	2	1	4	6	3	3	4	28
	환자간 타해행위	23	21	21	15	27	24	38	24	33	27	253
불 의 사 고	제3자 타해행위	2	1	1	2	1	5	8	4	6	3	33
	이원중 추락	2	1	1			3	2	6	8	3	26
	전도. 전락	17	22	14	24	37	37	58	43	59	30	341
합 병 증 ( <small>병원 내 감염 포함</small> )	오연질식사	6	2	6	9	11	8	14	28	8	7	99
	욕실 익사			2		1	1	1	2	3		10
	기타	2	3	5	4	8	13	15	15	7	15	87
의 료 행 위 수 반 사 고 ( <small>약물오남용 포함</small> )	돌연사	4	9	7	1	9	12	13	11	16	9	91
	돌연사	4	4	6	11	4	10	16	18	19	15	107
	기타	6	5	10	4	3	15	10	25	27	13	118
합 계	21	16	15	47	25	26	27	28	23	16	244	
합 계	123	111	134	159	171	204	261	260	280	202	1,905	

듣게 되자 격분하여 먹살을 잡아 흔들고, 주먹으로 얼굴과 목 부분을 수회 때리고, 발을 걸어 넘어뜨려, 머리 부분이 방바닥에 부딪히게 함으로써 급성경막하출혈 등의 상해를 가하여, 원고로 하여금 의식이 둔하고, 우측편마비로 보행이 불가능하며, 실어증과 대·소변 조절 장애를 입게 하였다. 부산시립정신병원 5병동은 원형구조로서 보호사실과 간호사실을 기준으로 반원형의 A동과 B동으로 나뉘어 있고, 각 동의 중앙에는 홀이 있으며, 벽면을 따라 총 16개의 입원실들이 차례로 위치하여 보호사실에서 각 입원실들을 관찰할 수 있는 구조로 되어 있는데, 야간의 경우 당직 간호사 2명이 각각 A동과 B동을, 당직 보호사 1명이 5병동 전체를 관리하면서 보호사가 매 30분마다 각 입원실들을 순찰하도록 되어 있고, 원고는 평소 간섭을 많이 하는 편이라 다른 환자들이 귀찮아하였으며, 가해자는 5병동 B동 총실장을 맡고 있어 원고에게 충고를 많이 하는 편이었는데, 위 사고 이전에도 둘 사이에 말다툼이 종종 있어 그 때마다 보호사들이 말린 사실이 있고, 가해자는 1986. 1. 20. 부산지방법원에서 폭력행위등처벌에관한법률위반으로 징역 1년을 선고받은 외에 동종전력이 5회 더 있고, 원고는 과거 1997. 7. 8.부터 1997. 10. 14.까지, 1997. 12. 22.부터 1998. 8. 12.까지 부산시립정신병원에 알코올중독으로 입원한 적이 있으며, 피고가 마련한 근무수칙(보호사용)은 보호사의 주요임무에 관하여, 보호사는 입원환자의 경력 및 개인신상을 정확히 파악하여 환자의 안전보호 및 병동 내에서 발생할 수 있는 모든 사고를 사전에 예방하고, 환자들 간의 싸움·발작·난폭행동 발생 시 즉시 제지해야 하고, 병동 순찰 시에는 별안간 발생하는 응급환자의 발견과 자해·자살 및 기타 사고 예방에 힘써야 한다고 규정하고 있다. 5병동 환자들은 매일 05:50 기상하여 침구정리를 하고 체조를 한 뒤 세면 등 개인활동을 하도록 정해져 있는데, 위 사고 직전인 05:30경 당직 보호사가 마지막으로 순찰을 돌 당시 다수의 환자들이 일어난 상태였고, 가해자는 이미 502호로부터 나와서 B동 홀에 있었으며, 원고는 501호에 그대로 누워 있었다.

## [판단요지]

부산광역시로부터 부산시립정신병원의 운영을 위탁받은 피고로서는 입원 수용 중인 환자들이 알코올중독 환자임을 충분히 감안하여 그들의 경력과 신상을 정확히 파악하여 미리 현명하게 대비함으로써 병동 내에서 발생할 수 있는 각종 사고를 사전에 예방하고, 환자들 간에 싸움이 발생할 경우 즉시 제지하여야 하며, 응급환자 발생 시에는 적절한 치료를 받을 수 있도록 최선의 조치를 다하는 등 환자들을 보호·감독하여야 할 주의의무가 있음에도 불구하고 이러한 주의의무에 위반하여, 기상시간 이전에 환자들이 지정된 입원실을 나와 자유로이 이동할 수 있도록 내버려 두고, 평소 다툼이 잦았던 환자들에 대한 감독을 소홀히 하여 원고가 폭행당하는 것을 사전에 예방 또는 제지하지 못하였으며, 머리를 다쳐 계속 의식이 없는 환자를 특별한 치료 없이 2시간 이상 방치하다가 뒤늦게 타 병원에 이송함으로써 결국 원고로 하여금 폭행을 당하여 중대한 장애를 입게 하였으므로, 피고는 그로 인해 발생한 손해를 배상할 책임이 있다(40%로 책임 제한, 일실수익 인정).

## 나. 인천지방법원 2004. 10. 6. 선고 2001가합815 판결(확정)

## [사실관계]

원고들의 피상속인인 망인은 알코올중독증(알코올의존증, Alcohol Dependence) 등의 증상을 치료하기 위해 2000. 4. 14.부터 피고 법인이 운영하는 정신병원에 입원하여 치료를 받아 왔다. 그런데 2000. 7. 19. 18:40경 망인이 위 병원 302호실에서 환자복을 가져가려고 하자 정신분열증으로 위 병원에 입원하여 치료를 받고 있던 가해자가 망인을 제지하였고, 이에 망인이 잠시 후 307호실에 앉아 있던 가해자에게 다가가 “너는 왜 텔레비전만 보고 있느냐”고 시비를 걸자 가해자가 오른손으로 망인의 가슴부위를 밀어 넘어뜨려 망인과 가해자가 멱살을 잡고 실랑이를 벌이던 중 가해자가 세게 밀어 같이 넘어지면서 밑에 깔린 망인이 우측 대퇴골 전자 간 분쇄골절의 상해를 입고, 치료를 받던 중 범발성

혈관내응고증으로 사망하였다.

[판단요지]

피고 병원의 담당 의사 및 직원들은 정신분열증으로 위 정신병원에 입원한 환자인 가해자가 다른 환자에게 상해를 가할 것을 대비하여 보호·감독할 의무가 있음에도 이를 게을리 하여 가해자가 망인과 실랑이를 하다가 망인을 넘어뜨려 우측 대퇴골 전자간 분쇄 골절상을 입게 하고 결국 사망에 이르게 한데 대하여 보호·감독상의 의무를 위반한 과실이 있다(30%로 책임제한, 일실수의 인정).

2. 책임을 부정한 경우: 대구지방법원 서부지원 2009. 3. 26. 선고 7007 가단6189 판결(항소기각으로 확정)

[사실관계]

원고는 2006. 3. 2.경 파킨슨병, 뇌경색, 치매, 우울증 등의 치료를 위해 피고가 운영하는 신경정신과외원에 입원하여 요양 및 치료를 받던 뇌병변 장애 2급의 환자로서, 2006. 5. 30. 19:00경 같은 병실에 입원 중이던 가해자로부터 원고가 가해자의 자리에 온다는 이유로 왼쪽 눈 부위를 주먹으로 맞아 좌안 전방출혈, 결막하출혈 등의 상해를 입었다.

[판단요지]

입원 치료를 받고 있는 환자에 대하여 진료를 비롯하여 간호, 보호 등 입원에 따른 포괄적인 의무를 부담하는 병원은 그 입원 치료 중에 있는 환자의 생명, 신체 등에 해를 가할 우려가 있는 자를 적절하게 감시·감독함으로써 다른 환자들을 보호하여야 할 의무가 있다고 할 것이나, 이러한 보호의무 위반을 이유로 병원에게 손해배상책임을 인정하기 위해서는 병원이 그런 자의 입원으로 인해 다른 환자들이 생명·신체 등에 어떠한 위해를 당할 수 있음을 예측하거나 충분히 예측할 수 있는 경우라야 할 것인 바, 증거들에 의하면, 가해자는 노인성 치매와

우울증 등의 치료를 위하여 2005. 11. 20.경 위 의원에 입원하였는데, 성격이 온순하고 비교적 병원 생활에 순응적이었고, 입원일 이후 위 사고 발생 일에 이르기까지 병원에서 시행하는 치료요법들에 참여하는 이외에는 주변에 관심을 두지 않은 채 자리에 누워 지내는 시간이 많았으며, 오락실에 나와 앉아 있을 때에도 주변 환자를 지켜볼 뿐 주변 환자와 잘 어울리지 않아서, 가해자는 위 기간 중 다른 환자를 폭행하거나 다른 환자와 다투는 등의 문제를 야기한 적이 없었고, 원고와 가해자가 입원하였던 위 803호 병실은 약 8평 크기의 병실로서 4명의 환자가 함께 생활하고 있었는데, 위 803호 병실은 간호사실 바로 앞에 위치하고 있었으며, 병실의 문을 항상 열어 두었기 때문에 간호사들이 병실 안을 바로 들여다 볼 수 있었고, 실제로도 위 사고 발생 직후 간호사가 바로 병실로 달려가 원고와 가해자의 싸움을 제지하고, 원고를 즉시 다른 방으로 옮기는 등의 조치를 취한 사실이 인정되는 바, 이에 비추어 보면, 피고가 원고를 포함한 위 의원의 입원환자들을 보호·감독하여야 할 의무를 게을리 한 것으로는 보이지 아니할 뿐만 아니라, 특히 위 사고는 원고가 저녁 시간에 병실 내 자신의 자리로 가지 않고 같은 병실에 있던 가해자의 자리로 오자 가해자가 원고를 제지하기 위하여 원고의 눈 부위를 폭행하게 된 것으로, 앞서 본 바와 같이 가해자가 종전에 폭력성향을 보인 적이 없었던 점 등을 참작하여 보면, 극히 우발적으로 발생하였다고 봄이 상당하다 할 것이다. 따라서 피고가 가해자를 다른 입원환자들과 격리하여 수용하지 않은 데에 어떠한 과실이 있다거나, 피고가 가해자로 인한 위 사고를 예상하였거나 충분히 예상할 수 있었음에도 불구하고 이를 예상하지 못하고 가해자에 대한 관리·감독을 소홀히 하는 등의 과실이 있었다고 보기는 어렵다.

### 3. 검토

가해자에 대한 보호, 감독의무 위반과 피해환자에 대한 보호의무 위반이 뒤섞여 있어 불분명한 면이 있기는 하지만, 우리나라의 판결들은 대체로

가해자에 대한 보호, 감독의무 위반을 이유로 정신과의사 측의 책임을 인정하고 있는 것으로 보인다. 민법 제390조의 채무불이행책임을 묻는 셈인데, 이웃 일본과 비교하여 책임제한을 심하게 하는 것으로 보인다. 정신과 의료사고에 대한 책임을 정신과의사 측에게 지나치게 부담시키는 것은 부적절하다는 정책적인 고려가 있는 것으로 짐작된다.

## IV. 일본의 판례<sup>9)</sup>

### 1. 병원 내 사고

#### 가. 책임을 긍정한 경우

(1) 神戸地判 昭和 55(1980). 2. 6. 判時 971号 91項: 지방자치단체가 운영하는 정신병원에 입원 중인 정신분열증 환자(동의입원)가 다른 입원환자를 우유병으로 구타하여 살해한 사건에 관하여, 사고발생시 간호자의 부적절한 대응 즉, 담당의사로부터 요주의 인물로 주의하라는 지시를 받았고 소란이 있었음에도 간호자가 이를 빨리 눈치 채지 못하여 사고의 발생을 저지하지 못하였다고 하여 지방자치단체에 대하여 손해배상을 인정

(2) 福岡高判 平成 3(1991). 3. 5. 判時 1387号 72項: 입원 중의 환자가 병원 관계자들 모르게 무단으로 외출하였다가 돌아오면서 가지고 들어 온 과도를 가지고 다른 입원환자를 칼로 찔러 사망케 한 사건에 관하여, 개방화 의료 하에서도 병원으로서 환자의 외출·귀원을 감시, 감독할 의무와 귀원시 위험물을 소지하고 있는지 여부를 검사할 의무가 있다고 하여 이를 다

9) 辻 伸行, “精神科患者の自傷他害事故”, 太田幸夫 編, 『新・裁判實務大系1 医療過誤訴訟法』, 青林書院, 2000, 제383면 이하와 同, “精神科医療事故と法”, 『民事法と精神醫學』, 中山書店, 2005, 제164면 이하를 토대로 법원도서관에서 온라인으로 제공하는 일본 제일법규 법률 정보에 실린 판결원문을 참고하여 정리한 것이다. 위 판결들의 구체적인 의미와 의의 등은 위 문헌들을 참고하기 바란다.

하지 못한 데 대하여 병원의 책임을 인정

(3) 大阪地判 平成 5(1994). 2. 17. 判時 1486号 96項: 정신병원 준개방병동에 입원 중인 정신분열증 환자가 야간에 다른 입원환자의 머리 부분을 폭행하여 사망케 한 사건에 관하여, 가해자가 이전에도 다른 환자를 자주 폭행한 바 있으므로, 이런 환자에 대하여 의사로서는 간호인에게 보호실 사용을 지시하거나 언동을 감시하도록 하는 일반적인 지시로는 충분하지 않고, 중점적인 간호, 감시를 행한다든지, 당해 환자의 동정에 따른 타해방지 조치(병실교체와 일시격리 등)를 즉각적으로 취하는 등 구체적인 타해방지 조치를 취할 의무가 있다고 하여 병원장과 담당의사의 책임을 인정

(4) 大阪地判 平成 10(1999). 3. 20. 判夕 984号 20項: 불특정 다수의 환자에 의한 폭행이 원인이 된 폐렴으로 환자가 사망에 이른 사건에 관하여, 폭행이 횡횡하는 정신병동에 의사나 간호사를 충분히 배치하지 않았고, 폭행 방지를 위한 주의의무도 다하지 않았을 뿐 아니라, 환자가 발열, 폐렴 증상을 보였음에도 적절한 진찰과 처치를 하지 않은 과실을 인정

(5) 宇都宮地足利支判 昭和 50(1975). 12. 23. 下民集 26卷 9~12号 993項, 判時 811호 29項, 判夕 332号 3170項 (영조물의 설치, 관리상의 하자 책임 인정): 도주목적의 방화로 17명의 환자가 불에 타 사망한 사건에 관하여, 병원으로서는 당해 병동을 방화설비가 잘 갖추어진 불연성 건물로 개축하는 것이 불가능하였다고 하더라도 개축 시까지 물적, 인적으로 그에 가까울 정도의 역량을 갖추어야 하고, 성냥 관리를 엄격하게 하여 환자들이 원천적으로 이를 소지하지 못하도록 하되, 혹 소지한 경우에는 조기에 발견될 수 있도록 충분한 주의의무를 기울이며, 문제 환자의 성격과 습벽을 정확히 파악하여 그 동정에 주의하는 한편, 만일에 화재가 발생한 경우에는 조기에 이를 발견하고 이를 본관과 다른 병동에서도 즉시 이를 알 수 있도록 자동화재경보장치 등을 설치하고, 피난능력이 없는 환자들을 위하여 야간 당직 간호자를 증원하거나, 그것이 여의치 않은 경우 비상구 숫자를 늘리거나 자동개폐장치 등의 시설을 갖추어야 하는 데 이를 제대로 이행

하지 않았다고 하여 민법 제709조(우리 민법 제750조)의 책임을 인정<sup>10)</sup>

(6) 大阪地判 平成 12(2001), 12, 22, 判タ 1073号 177項: 정신병원인  $Y_1$ 에 고용된 보안원이 취기를 띤 채로 순찰을 한다는 이유로 10명가량의 환자들로부터 집단 폭행을 당해 사망에 이른 사안에 관하여, 그 유족들이  $Y_1$ 과 그 실질적인 경영자인  $Y_2$ 를 상대로 손해배상을 구한데 대하여, 피고들은 직원들의 신체, 생명의 안전을 보호할 의무가 있고, 병원 안에서 폭행사건이 끊이지 않았음에도 안전을 위한 물적, 인적조치가 미흡하였으며,  $Y_2$ 는 이윤추구를 최우선으로 하여 입원환자와 직원들의 안전을 등한시했다고 하여 불법행위로 인한 손해배상책임을 인정(책임 70%로 제한).

#### 나. 책임을 부정한 경우

(1) 浦和地判 昭和 60(1985), 3, 29, 判時 1177号 92項: 개방적 치료 이념에 따라 관리되어 지고 있던 정신병원에 입원 중인 환자가 인접 병실의 환자로부터 야간에 폭행을 당하여 한쪽 눈이 실명된 사건에 관하여, 구체적으로 위험을 예측할 수 있는 상황이 아니었고, 야간과 아침은 환자의 정신상태가 안정되어 있어 종전에도 특별한 사고가 일어난 적이 없는 점에 비추어, 병원이 각 층간에는 차단시설을 설치하여 환자들의 통행을 제한하면서도 같은 층 안에서는 옆방의 출입을 제한하지 않았다고 하더라도, 치료방법에 관하여 의사에게 인정되는 재량권의 범위를 일탈할 것이라고 보기 어렵고 그 합리성을 인정할 수 있다고 하여 채무불이행 책임을 부정.

(2) 大阪地判 昭和 61(1986), 9, 24, 判時 1227号 99項: 개방적 치료를 목적으로 한 정신병원에 입원한 환자가 다른 환자로부터 자신의 담배를 훔친 것으로 의심을 사 폭행을 당해 사망한 사건에 관하여, 가해 환자의 부모가 병원 측을 상대로 위자료를 구한데 대해 가해환자를 보호실에서 개방병

10) 다만 위 판결은 지방자치단체가 행정상의 권한을 행사하지 않은 것은 위법하지 않다고 판단하였다.

동으로 옮긴 것은 의사의 재량 범위 내의 행위로서 부당하지 않을 뿐만 아니라, 위 사고의 발생이 예견가능한 상황이 아니었다는 이유로 의료 측의 책임을 부정(피해 환자의 유족이 병원을 상대로 제기한 손해배상소송에 관하여는 당사자 간에는 합의 성립)

(3) 東京地判 平成 6(1995). 10. 18. 判タ 894号 232項: 지방자치단체가 운영하는 정신병원의 패쇄병동(주로 처치가 곤란한 자를 수용하는 병동)에 입원 중인 환자가 같은 방 환자(이미 2차례 살인 경력이 있는 조치입원 중인 환자)에 의하여 목이 졸려 사망한 사건에 관하여, 사고 당일의 현장상황, 가해 환자의 은폐행위 등에 비추어 병원 측이 조기에 피해자를 발견하여 구급조치를 취하지 않은데 과실이 있다고 할 수 없고, 병원의 치료, 간호의 실태 및 상황에 비추어, 위 사고의 발생을 예견하고 방지하지 못한데 대하여 과실이 없다고 판단.

(4) 大阪地判 平成 6(1995). 11. 8. 判タ 895号 230項: 지방자치단체가 운영하는 정신병원의 준개방병동에 입원하여 개방적 처우를 받고 있던 환자가 다른 환자를 폭행하여 사망케 한 사건에 관하여, 준개방병동에 입원시킨 것과 위 사고와 사이에 인과관계가 없고 의사의 재량권을 이탈한 것도 아니며, 위 사고와 같이 충동적으로 일어난 사고는 예측이 불가능하다고 하여 의료측 책임을 부정(가해자는 입원 전 칼을 들고 식탁에 올라서 가족들을 향해 모두 죽여 버린다고 하면서 식칼을 들고 이웃집으로 달려가 현관문을 발로 차는 등의 행동을 한 적이 있지만, 입원 후에는 증상이 호전되어 외출, 외박 허가를 받는 등 개방적 치료를 받아 온 경우이다).

(5) 大阪地判 昭和 53(1978). 7. 27. 判タ 375号 110項: 입원 당시는 물론 입원 이후에도 정신질환 증상을 전혀 보이지 않아 신장병 등으로 일반병원에 입원하여 치료를 받던 자가 같은 병실의 환자를 살해한 사건에 관하여, 일반 병원의 의사에게 입원시, 입원 중에 정신병력 유무에 관하여 문진할 의무는 원칙적으로 없다는 이유로 정신분열증을 발견하지 못한데 대해 의사들의 과실을 부정<sup>11)</sup>

## 2. 병원 밖 사고

### 가. 외출, 외박 중 타해행위

(1) 鹿兒島地判 昭和 63(1988), 8, 12, 判時 1301号 135項: 허가를 얻어 자택에서 외박한 정신분열증 환자(동의입원)가 병원에 복귀하지 않은 채 타인을 살해한 사건에 관하여, 가해의사를 나타내는 언동을 한 바 없고 가해 환자의 증상이 안정적이어서 과거 17회에 걸친 외박에서 문제를 일으킨 적이 없어 귀원방법에 관하여 종전대로 보호자로 하여금 동반하여 달라고 요청하고만 데 대해 잘못이 없다고 하여 민법 제714조 제2항과 제715조(우리 민법 제755조 2항과 제756조)에 의한 책임을 부정

(2) 東京地判 平成 10(1999), 3, 20, 判時 1669号 85項: 조치입원을 반복하다가 입원조치가 해제되어 의료보호입원 중이던 통합실조증(정신분열증) 환자가 외출 후 귀원하지 않은 상태에서 수일 후 귀가 중이던 여성을 칼로 질러 증상을 입힌 사안에 대하여, 간호사 등이 문제행동이 없는 환자에게 외출을 허락한데는 과실이 없지만, 귀원하지 않은 환자가 타해행위를 할 우려가 있었으므로, 병원으로서 경찰에 타해의 위험이 있음을 알려야 했음에도 이를 이행하지 않았다며 정신보건복지법 39조 1항<sup>12)</sup>의 통지의무위반을 이유로 손해배상책임을 인정.

11) 이는 정신과 전문병원이 아닌 일반병원의 정신질환자에 대한 주의의무 수준과 관련하여 의미 있게 살펴볼 만한 판결이라고 생각된다.

12) 精神科病院の管理者は `入院中の者で自身を傷つけ又は他人に害を及ぼすおそれのあるものが無断で退去しその行方が不明になつたときは `所轄の警察署長に次の事項を通知してその探索を求めなければならない。`

一 退去者の住所 `氏名` 性別及び生年月日

二 退去の年月日及び時刻

三 症状の概要

四 退去者を発見するために参考となるべき人相 `服装その他の事項

五 入院年月日

六 保護者又はこれに準ずる者の住所及び氏名

## 나. 원외작업, 원외외출 중 이탈 후 타해행위

(1) 靜岡地判 昭和 57(1981). 3. 30. 判時 1049号 91項: 원외 작업 요법 중에 정신분열증 환자(조치입원)가 작업장으로 향하던 중 망상, 환청으로 제3자를 살해한 사건에 관하여, 원외 작업요법을 실시함에 있어서는 병력, 증상 등에 유의하여 환자의 능력, 증상에 따른 관찰, 관리가 가능한 작업을 선택하고, 작업 요법 실시 후에도 증상에 따라 적절한 조치가 행해지도록 치료적 관리 하에 둘 의무가 있는데, 환자의 일방적인 의사에 따라 병원에서 상당히 먼 거리에 있는 금속도장공장과 고용계약을 체결하게 하여 혼자서 출퇴근하면서 일반인과 같은 작업을 하게하고, 귀원 후의 감호, 감시에도 불충분한 점이 있다고 하여 국가배상법에 따른 책임을 인정

(2) 最判 平成 8(1997). 9. 3. 判時 1594号 32項(北陽病院事件): 조치입원 중인 정신분열증 환자가 원외 산책 도중 이탈한 지 4일 만에 요코하마 시내에서 금원을 탈취할 목적으로 통행인을 칼로 찔러 사망케 한 사건에 관하여, 원장은 무단이탈과 타해행위의 우려가 큰 환자에 대한 작업요법 실시에 관하여 특단의 간호방법을 지시하지 않았고, 주치의는 간호자에게 특별한 지시를 하지 않은 과실이 있으며, 간호자는 가해자의 동정에 기울이지 않고 안이하게 행동한 과실이 있다고 하여 국가배상법에 따른 책임을 인정한 원심 판결을 인용(가해자는 혼합형 정신분열증 환자로서 사회적응능력이 떨어져 총포도검류소지등단속법위반, 절도, 공무집행방해 등 범죄를 반복하다가 복역까지 하였고, 복역 종료와 동시에 타해의 우려가 크다는 이유로 현 지사에 의하여 정신위생법에 기해 피고 병원에 조치입원 되었는데, 입원 후 개방적 작업요법 실시 도중에 병원 안에 있는 자동차를 훔쳐 무단으로 병원을 이탈해 절도행각을 벌이고 숙부를 폭행한 적이 있으며, 그 후에도 무단으로 병원을 이탈할 것임을 공언하고 다닌 관계로 피고 병원이 개방적 작업요법을 피해왔었고, 병원 안에서도 친족에 대한 원한이나 위해의사를 드러냈으며, 피해의식이 커 다른 환자의 얼굴을 구타하는 등 번번이

문제를 일으켜 왔고, 제3자에 대한 가해행위에 대해 심리적 저항감이 적은 경우였다)

#### 다. 통원치료 중 타해행위

福島地判 平成 16(2005). 5. 18. 判時 1863号 91項: 시립병원 정신과 외래에서 정신분열증으로 진료를 받던 환자가 숨기고 있던 칼로 정신과의사를 살해한 사안에 대하여, 정신과 환자들 중에는 예상 못한 행동을 하는 사람이 있을 수 있음은 당연히 예상되는 바이므로, 진료실 배치를 함에 있어서는 그 같은 경우에 대비하여 도주로 등을 확보하는 등으로 의사 등의 안전을 확보할 의무가 있음에도, 의사가 환자와 사이에 아무것도 없는 진료용 책상에 앉아 진료를 보았고, 의사 쪽으로 따로 통로나 출입구가 없었던 사실이 인정된다고 하여 민법 709조(우리민법 750조)에 의한 손해배상책임을 인정.

### 3. 검토

병원 밖 타해사고의 경우 정신과 의사 측이 책임을 부담한 경우가 드물고 (특히 개방적 치료의 경우), 책임이 인정된 경우도 자세히 들여다보면 지방자치단체가 피고인 경우가 많은데, 이는 손해의 분산이라는 정책적인 견지에서 비롯된 것으로 이해될 수도 있어 보인다. 개방적 치료의 경우에는 의사의 합리적인 재량 범위 내라고 하여 대부분 책임을 부정하고 있는 점도 주목되는 부분이다. 그리고 위 1.의 가.항 (6) 판결과 2.의 다.항의 판결은 엄밀히 말하면, 의료과오책임이 아니라 근로계약상 피용자에 대한 보호의 무책임이 문제된 경우이다.

한편 병원 밖 타해사고 중 책임이 인정되는 사안들[위 2.의 가. 항의 (1), (2), 나. 항의 (2) 판결]에서 피해자인 제3자의 특성이 문제되지 않는 것을 보고, 미국보다 일본이 책임을 엄하게 묻는 것이 아닌가 하는 생각을 가질

수도 있으나, 미국에서 고지의무가 문제되는 경우는 외래환자의 경우여서, 그같이 받아들이는 것은 적절치 않은 것 같다. 미국의 경우는 아래에서 보는 Tarasoff I 판결 이전부터 정신과의사 측이 입원환자를 잘못 풀어주었거나 도주하도록 방치한 결과 환자가 타해행위에 이른 경우 책임이 인정되어 왔기 때문이다. 요컨대 일본이 미국에 비해 책임인정의 범위가 상대적으로 좁다는 얘기이다. 일본이 미국에 비해 보험제도가 덜 발달한 때문일 것이다.

## V. 미국의 판례<sup>13)</sup>: 병원 밖 타해사고를 중심으로

### 1. Tarasoff 판결 이전

(1) 주의의무라는 말은 신성불가침한 개념이라기보다는 법이 어떤 원고로 하여금 보호를 받게 하려는 경우에 고려되는 여러 가지 정황의 총합체<sup>14)</sup>라는 말이 상징적으로 보여주듯이 정신과 의사의 제3자에 대한 보호의 무도 시대에 따라 상당한 변화를 겪어 왔다.

(2) 전통적으로 전문가책임은 계약관계 안에서만 인정되어 온 관계로 (privity of contract), 과실책임을 묻는 소송에 있어서 가장 관건이 되는 것은 원고가 피고와 사이에 계약관계가 있다고 할 수 있는지 여부였다. 두 당사자 간에 계약관계가 없는 경우 법원이 원고의 청구를 기각하여 왔기 때문이다. 그러던 것이 계약관계를 엄격히 요구하는 법리는, 과실책임을 묻는 소송에 있어서 불확실성을 제거해주는 하지만, 구체적인 사안에서 타당한 결과를 도출하지 못하거나 과실을 부추기는 면이 있다는 이유로, 수

13) Joseph T. Smith, *Medical Malpractice Psychiatric Care*, Wiley Law Publication, 1995, 제 341면 이하; Robert I. Simon, Robert I. Sadoff, *Psychiatric Malpractice: Cases and Comments for Clinicians*, American Psychiatric Press, 1992, 제192면 이하 등 참조.

14) W. Prosser, *Law of Torts*(4th ed), West Publishing Co, 1971, 제325~326면. 이 말은 아래에서 보는 Tarasoff 판결에 그대로 인용되고 있다.

정되거나 폐기되기에 이르렀다. 그 선봉에 있는 것이 이미 출발한 열차에 무리하게 올라타려 여의치 못하여 불안한 자세로 열차에 매달린 승객을 열차승무원이 당기고 지상승무원이 밀고 하는 과정에 다이너마이트를 포장한 물건(신문으로 싼 작은 포장물이어서 외견상으로는 폭발물인지 알기 어려웠다)이 떨어지면서 폭발하는 바람에 생긴 파편에 다른 열차를 기다리던 원고가 상해를 입고 철도회사인 피고를 상대로 손해배상을 구한 사안에 대한 Palsgraf v. Long Island R. Co. 판결<sup>15)</sup>이다. 위 판결은 제3자의 위해가 예측가능(foreseeable)하면 계약관계가 없는 제3자에 대하여도 과실책임을 부담한다고 하여<sup>16)</sup> 계약책임의 법리(privity doctrine)을 넘어서 전문가의 과실책임이 인정될 수 있는 길을 열은 것으로 평가받고 있다.<sup>17)</sup> 다만 위 사건에서는 철도승무원의 행위가 폭발물 소유자와의 관계에 있어서는 위법할지는 몰라도 원고와의 관계에서는 위법하다고 할 수 없다고 판단되었다.<sup>18)</sup>

(3) 아래서 보는 Tarasoff v. Regents of the University of California 판결 이전에는 의사와 환자 사이에 비밀누설금지의무가 엄격하게 적용된 관계로 전문가로서의 직업윤리일 뿐만 아니라 정신과 의사 등 정신질환 분야에 종사자들에게 있어 가장 중요한 덕목으로까지 받아들여졌다. 이는 법률에 의하여 요구되거나 개인이나 사회의 공공복리를 위하여 필요한 경우가 아닌 한 치료과정에서 알게 된 비밀이나 환자의 성격상의 결함 등을 공개하여서는 안 된다는 것으로 의사윤리장전에 그대로 투영되었다.<sup>19)</sup>

그러나 위 원칙에도 예외는 있었는데, 그 하나는 전염성 질환의 경우 제3자에게 사전에 고지를 하여야 한다는 것으로서, 전염성질환을 제대로 진단

15) 248 N.Y. 339, 1928.

16) Id at 344 (The risk reasonably to be perceived defines the duty to be obeyed, and risk imports relation; it is risk to another or to others within the range of apprehension).

17) Christopher Slobogin, Arti Rai, Ralph Reisner, Law and the Mental Health System: Civil and Criminal Aspects (4th Edition), west publishing co, 2004, 제169~170면.

18) Id at 341.

19) American Medical Assn Principles of Medical Ethics §142, 1957.

하지 못하였거나<sup>20)</sup> 진단을 하고서도 고지하지 않는 바람에<sup>21)</sup> 그 가족 등이 감염된 경우 의료측이 과실책임을 부담한다는 것으로, 이 법리는 일부 법원에 의하여 의료측은 당해 환자가 제3자를 위협에 처하지 않도록 환자를 보호, 감독할 의무를 부담한다고 하는 데까지 발전하였다.<sup>22)23)</sup> 다른 하나는 환자의 의사에 대한 의료과오소송으로 환자의 정신상태 자체가 소송의 대상이 되는 경우나, 아동학대가 의심되는 경우, 환자(자살)나 사회(폭력행위)의 복리를 위하여 필요한 경우였다. 이는 급박하고 고도의 위협으로부터 사회를 방위하여야 한다는 점에 일정부분 그 이론적인 기초를 두고 있는데, Tarasoff 판결 이전까지는 법에 의한 규율 밖에 놓여 순전히 해당의사의 재량에 맡겨져 있었던 것이다.<sup>24)</sup>

(4) 보통법상으로는 누구도 위협을 고지하거나 제3자가 다른 사람을 물리적으로 해하는 것을 막아야 할 의무는 없다는 것이 원칙이었지만,<sup>25)</sup> 시간이 지남에 따라 의사와 정신질환자 사이에 혹은 의사와 정신질환자에 의하여 피해를 입은 제3자 사이에 특별한 관계가 인정되는 경우 면책 주장을 받아들이지 않는 법원들이 나타나기 시작했다.<sup>26)</sup> 이는 정신과 의사가 정신질환자의 행동을 통제할 능력이 있다는 사고를 전제로 하고 있는 것인데, 이 같은 경향은 “(a) 행위자(정신과의사)와 제3자(정신질환자) 사이에 행위자가 제3자의 행위를 통제할 의무를 부담하는 특별한 관계가 있는 경우,

20) Hofmann v. Blackmon, 241 So.2d 752 (Fla App 1970).

21) Wojcik v. Aluminum Co. of America, 18 Misc.2d 740, 183 N.Y.S.2d 351 (1959); Davis v. Rodman, 147 Ark. 385, 227 S.W. 612 (1921).

22) Semler v. Psychiatric Institute of Washington, D.C., 538 F.2d 121 (4th Cir 1976); Vistica v. Presbyterian Hospital & Medical Center of San Francisco, Inc., 67 Cal.2d 465, 62 Cal.Rptr. 577 (1969).

23) 이들 판결들은 의사 혹은 병원과 환자의 관계로부터 의사의 제3자에 대한 보호의무가 도출된다는 견해를 주된 논거로 하고 있다(Robert I. Simon, Robert I. Sadoff, 전게서, 제194면).

24) Joseph T. Smith, 전게서, 제342면.

25) Fowler V. Harper, Posey M. Kime, “The Duty to Control the Conduct of Another”, 43 Yale L. J. 886 (1933~1934).

26) W Prosser, 전게서, 제348~350면.

(b) 행위자(정신과의사)와 제3자(피해자) 사이에 제3자가 보호받을 권리를 주장할 수 있을 만큼의 특별한 관계가 있는 경우가 아닌 한 누구도 제3자가 다른 사람에게 물리적으로 위해를 가하는 것을 막을 의무가 없다”는 것으로 불법행위법 리스테인트먼트(2) § 315에 그대로 반영되었다.<sup>27)</sup> 이에 따라 미국정신과의사협회는 비밀누설금지의무를 해소하려면 급박한 위험이 현존하여야 한다는 입장을 취하였으나,<sup>28)</sup> Slovenko 교수는 거기서 한발 더 나아가 정신질환자가 제3자에게 명백하고 급박한 위험이 되는 경우 제3자나 사법당국에 고지하는 것이 정신과 진료의 일반적인 관행이며,<sup>29)</sup> 자기제어력을 상실한 환자의 경우 그것이 신뢰의무를 저버린 것이 된다고 할 수 없다는 입장을 피력하기에 이르렀다.<sup>30)</sup>

(5) 불법행위법 리스테인트먼트(2) § 315, § 319<sup>31)</sup>와 함께 Tarasoff 판결 및 그 후속판결들의 이론적인 근거가 되어졌다고 들어지는 것이 Merchants Nat. Bank & Trust Co. of Fargo v. U. S. 판결<sup>32)</sup>이다.<sup>33)</sup> 위

27) Restatement (Second) of Torts §315 General Principle

There is no duty so to control the conduct of a third person as to prevent him from causing physical harm to another unless

(a) a special relation exists between the actor and the third person which imposes a duty upon the actor to control the third person's conduct, or

(b) a special relation exists between the actor and the other which gives to the other a right to protection.

28) The Principles of Medical Ethics with Annotations Especially Applicable to Psychiatry (1st ed 1973).

29) Ralph Slovenko, Psychotherapy and Confidentiality, 24 Clev St L Rev 375, 392~393 (1975).

30) Id at 395.

31) Restatement (Second) of Torts §319 Duty Of Those In Charge Of Person Having Dangerous Propensities

One who takes charge of a third person whom he knows or should know to be likely to cause bodily harm to others if not controlled is under a duty to exercise reasonable care to control the third person to prevent him from doing such harm(보호, 감독을 제대로 하지 않으면 타인에게 위해를 가할 염려가 있음을 알았거나 알았어야 한다고 봄이 상당한 자를 자신의 보호 하에 둔 자는 그자가 그 같은 행위를 하는 것을 막을 합리적인 주의의무를 다할 책임을 진다).

32) 272 F.Supp. 409 (D ND 1967).

33) Robert I. Simon, Robert I. Sadoff, 전게서, 제194면.

사건은 정신질환으로 강제입원조치를 당한 가해자가 여러 차례 아내에 대한 살해의사를 나타냈음에도 보훈청 소속 병원의 정신과의사가 농장 주인에게 정신질환을 앓고 있는 가해자가 땀 흘려 노동함으로써 고통을 잊고 싶어 한다는 것 이외에 가해자의 상태에 대한 정보를 제대로 제공하지 않은 채 병원 밖의 농장으로 원외작업을 나가는 것을 허용하고서 추적관리도 전혀 하지 않는 바람에 주인으로부터 외출을 허락받은 가해자가 그로부터 얼마 지나지 않아 아내를 살해한 사안에 관한 것인데, 이에 대하여 North Dakota 연방지방법원은, 의사와 환자간의 특별한 법률관계나 농장 주인이나 피해자로 지목된 아내에 대한 고지의무에 대한 언급은 없이, 정신과의사로서는 자신의 보호, 감독 하에 있는 환자로 하여금 원외작업을 하도록 허용함에 있어 합리적인 주의의무를 다할 의무가 있음에도 이를 다하지 못하였다는 이유로 피고의 책임을 인정하였다.<sup>34)</sup>

(6) 참고로 1978년 캘리포니아주 신경정신과 의사들을 상대로 한 조사결과에 따르면 Tarasoff 판결이 있기 14년 전부터 1,272명 중 632명(49%)이 비밀누설금지의무에 반하여 잠재적인 피해자나 그 가족 혹은 사법당국에 위협을 고지하여 왔다고 응답하였다고 한다.<sup>35)</sup>

(7) 요컨대 Tarasoff I 판결 이전에는 입원환자를 잘못 풀어주었거나 도주하도록 방치한 결과 환자가 타해행위에 이른 경우에 한하여 즉, 의사가 환자에 대한 물리적 지배력을 행사하고 있었던 경우에 한하여 정신과의사의 과실책임이 인정되었던 것이다.<sup>36)</sup>

---

34) 이는 정신과의사가 자신과 특별한 법률관계에 있는 환자의 행동을 보호, 감독(control)할 의무가 있고, 또 그 같은 능력도 있음을 전제로 하는 취지의 판결이었다고 이해되고 있다(Robert I. Simon, Robert I. Sadoff, 전게서, 제195면).

35) Joseph T. Smith, 전게서, 제343면.

36) Id at 356.

## 2. Tarasoff I 판결<sup>37)</sup>

### 가. 사실관계

Prosenjit Poddar는 대학생으로 댄스파티에서 만난 Tatiana Tarasoff에 대한 지나친 집착(일례로 Poddar는 Tarasoff가 자신을 어떻게 생각하는지 알아보기 위하여 그녀와의 대화들을 녹음한 다음 방친구와 함께 그 테이프를 반복하여 들곤 하였다)으로 인하여 친한 친구의 강한 권유에 따라 캘리포니아주립대(버클리) 병원에서 자발적으로 정신과 외래치료를 받아왔다. Poddar는 위 병원의사인 Gold로부터 상당한 정도의 정신장애 증상이 있다는 진단을 받고 신경안정제를 처방받음과 동시에 매주 정기적으로 내원토록 처방받았다. 그런데 Gold는 원래 입원환자 담당의사인테다 입원이 필요한 정도는 아니라고 판단되었던 관계로 Poddar는 외래환자담당인 Moore에게 인계되었다. Moore는 진료 도중 Poddar에게 망상증상이 있으며 Tatiana에 대한 위해나 살해충동이 있다는 사실을 알게 되었고, 그 친구로부터 Poddar가 총을 구입하려 한다는 사실도 전해 들었다. 상태가 심각하게 진행되고 있다고 생각하고 있던 즈음 Poddar가 더 이상 치료를 받으려 오지 않자 Moore는 Gold 등과 상의한 결과 입원이 필요하다는 결론을 내리고 대학경찰에 Poddar가 앓고 있는 질병의 내용과 그 상태가 캘리포니아 민사구금법상 구금요건에 해당한다는 내용의 서신을 보내는 한편 경찰서장에게도 구금을 위한 경찰의 협조를 요청하였다.<sup>38)</sup> 이에 대학경찰

37) 13 Cal.3d 177, 118 Cal.Rptr. 129 (1974). Tarasoff 판결에 대한 평석은 헤아릴 수 없을 정도인데, westlaw에서 손쉽게 구할 수 있는 것으로 Mitchell L. Posin, "Psychotherapist's Liability For Failure To Protect Third Person", 2 AMJUR POF 3d 327(Database updated August 2009)가 있다. 그 §20을 보면 참고문헌들이 잘 정리되어 있다. 일단은 로스쿨 교재인 Christopher Slobogin, Arti Rai, Ralph Reisner, Law and the Mental Health System: Civil and Criminal Aspects(4th Edition), West Publishing Co (2004), 169면 이하를 참고할 것을 권한다.

38) 참고로 당시는 캘리포니아 민사구금법이 시행된 지 2개월 밖에 경과되지 않은 터라 정신과의사들뿐 아니라 대학경찰도 어떤 절차를 거쳐 환자를 구금하여야 하는지 제대로 이해하지 못한 상황이었다. 위 법률에 의하면 대학경찰이 아닌 거주지 인근의 경찰이 위와 같은 통보의 상대방이 되어 정신질환의 진단과 치료를 위하여 Poddar를 자치단체

이 Poddar를 일시 구금한 채 Tatiana를 해할 의사가 있는지 물었으나, 그가 이를 부인하며 자신은 아무런 문제가 없다고 하자 당시 브라질에 나가있던 Tatiana에게 접근하지 말 것을 명하였을 뿐 별다른 조치를 취하지 않고 그를 풀어 주었다. 2달 후 Poddar는 대학경찰과의 접촉 직후 구입한 총기를 소지하고 있기는 하였지만, 이를 사용하지는 않고 대신 가지고 있던 칼로 Tatiana를 찔러 살해하였다.

### 나. 경과와 판결요지

그 후 Poddar는 1급 살인죄로 기소되었는데, 그와는 별도로 Tatiana의 부모들이 대학, 대학경찰, Gold와 Moore를 상대로, 의사들이 Tatiana에게 Poddar로부터의 위협을 고지하지 않고, Poddar로 하여금 입원치료를 받도록 하지 않았으며, 위험한 정신질환자를 구금하지 않은 점 등을 문제 삼아 손해배상소송을 제기하였고, 대학측은 원고들의 주장이 사실이라도 의사들이나 대학측에 법률적으로 그 같은 의무가 없다며 다투었다.

이에 대하여 캘리포니아 주대법원은 정신과의사가 환자를 치료하는 과정에 그 환자가 특정한 피해자(a specific victim)를 해할 의사가 있음을 알게 되었거나 알았어야 했다고 봄이 상당한(reasonably) 경우 정신과 의사는 그 상대방에게 이를 고지(warn)할 의무가 있다고 판시하면서,<sup>39)</sup> 다만 법률의 규정 때문에 Poddar를 민사상 구금절차에 따라 구금하지 않은데 대하여는 책임이 없고, 대학경찰이 Poddar를 구금하지 않고 풀어 준 것도 캘리포니아 민사구금법상의 면책규정들 때문에 문제될 것이 없다고 판단하였

---

가 지정한 시설에 구금하는 것이 맞았다고 한다(Joseph T. Smith, 전제서, 345면).

39) 13 Cal.3d at 135, 118 Cal.Rptr. at 559(We conclude that a doctor or a psychotherapist treating a mentally ill patient, just as a doctor treating physical illness, bears a duty to use reasonable care to give threatened persons such warnings as are essential to avert foreseeable danger arising from his patient's condition or treatment. As we stated previously, a duty to warn may also arise from a voluntary act or undertaking by a defendant. Once the defendant has commenced to render service, he must employ reasonable care; if reasonable care requires the giving of warnings, he must do so.).

다. 입원환자 뿐만 아니라 외래환자의 경우에 대해서도 정신과의사의 보호 의무가 인정되기에 이른 것이다.<sup>40)</sup>

### 3. Tarasoff II 판결: Tarasoff v. Regents of the University of California<sup>41)</sup>

#### 가. 경과

Tarasoff I 판결 직후 미국정신과의사협회(APA, American Psychiatric Association) 등은 실제 위해행위로 나가는 경우는 극히 드문 상황에서 고지의무를 이행하게 되면 그 상대방에게 불필요한 불안감만을 심어 줄 뿐이어서 고지의무가 건설적인 역할을 할 수 없다고 주장하였고, 일부 정신과 의사들은 이렇게 되면 미리 정신질환자에게 비밀이 지켜지지 않을 수도 있음을 고지하여야 하는데 그렇게 되면 전통적으로 비밀이 엄수되는 것을 전제로 하는 정신과진료에 지대한 영향을 미칠 것이라며 문제를 제기하기도 하였다.<sup>42)</sup> 이 같은 강한 반발과 사안의 중대성을 고려하여 캘리포니아 주 대법원이 이례적으로 바로 Tarasoff I 판결을 취소하고, 재심리절차에 들어가 Tarasoff II 판결이라고 불리는 위 판결을 선고한 것인데, 정신과 의사들의 기대와 달리, Tarasoff I 판결이 내포하고 있던 불분명함은 해소하지 않은 채 당초의 제3자(피해자)에 대한 고지(warn)의무를 보호(protect)의 무로 오히려 강화하는 내용이었다.

#### 나. 판결의 요지

의사가 전염질환을 제대로 진단하지 못하였거나 진단하였음에도 이를 그

40) Joseph T. Smith, 전게서, 제356~357면.

41) 17 Cal.3d 425, 551 P.2d 334 (1976). 지면관계상 상세한 이유를 기재하지 못하였는데, 불법행위법과 관련비교법적인 견지에서도 흥미로운 점들이 많이 있으므로, 원문을 한번 검토하여 볼 것을 권한다. 충돌하는 이익간의 비교형량의 장면을 생생히 목격할 수 있을 것이다.

42) Robert I. Simon, Robert I. Sadoff, 전게서, 197면; Joseph T. Smith, 전게서, 제346면.

환자의 가족 등에게 제대로 고지하지 않은 경우, 그 환자로 인하여 전염질 환을 앓게 된 사람에 대하여 책임을 부담하는 것과 마찬가지로,<sup>43)</sup> 정신과 의사가 자신의 환자가 다른 사람을 위해할 가능성이 있는 것으로 진단하였거나 합리적인 의사라면 그와 같이 진단하였을 것이라고 인정되는 경우, 그 피해자에 대하여 합리적인 보호의무를 다할 책임을 부담한다. 어떤 경우에 그 무를 다하였다고 볼 것인지는 사안의 성격에 따라 달라지겠지만, 당해 피해자나 경찰에게 고지하는 것 그 밖에 사안의 성격에 비추어 합리적으로 요구되는 조치를 취하면 되는 것이고,<sup>44)</sup> 이는 전통적인 과실책임의 법리에 따라 구체적인 정황을 종합하여 판단될 것이다.<sup>45)</sup> 법률상의 의무라는 것은 사실의 발견의 문제가 아니라, 특정한 경우에 이미 발생한 손해에 대하여 책임을 부과함에 필요한 요소들의 단순한 총합체이다. 타인의 신체나 재산을 해할 우려가 있는 자를 스스로의 보호 하에 둔 자는 그 같은 위험을 방지하기 위하여 합리적인 보호의무를 다할 의무가 있다. 이익형량이 요구되는 다양한 요소들 즉, 피해자에 대한 위해위험의 예견가능성(foresseeability), 피고의 행위와 원고가 입은 손해간의 거리, 피고의 행위에 대한 도덕적 비난가능성, 장래의 해악의 예방을 위한 정책적인 고려, 정신과 의사의 입증부담의 정도와 고지의무위반 책임을 부과하는 것이 공동체에 미칠 영향력, 이 같은 위험을 부보하는 보험의 이용가능성과 그 비용 등 가운데 가장 중요한 것은 예견가능성이다. 누구도 다른 사람의 행위에 대

43) 17 Cal.3d at 436, 551 P.2d at 343 n7.

44) 17 Cal.3d at 431, 551 P.2d at 340(When a therapist determines, or pursuant to the standards of his profession should determine, that his patient presents a serious danger of violence to another, he incurs an obligation to use reasonable care to protect the intended victim against such danger. The discharge of this duty may require the therapist to take one or more of various steps, depending upon the nature of the case. Thus it may call for him to warn the intended victim or others likely to apprise the victim of the danger, to notify the police, or to take whatever other steps are reasonably necessary under the circumstances. 밑줄은 필자에 의한 것으로 이하 같다.)

45) 17 Cal.3d at 439, 551 P.2d at 345(in each instance the adequacy of the therapist's conduct must be measured against the traditional negligence standard of the rendition of reasonable care under the circumstances).

해 책임을 지지 않으며, 위험에 처한 제3자에 대한 고지의무를 부담하지 않는다는 원칙은, 감독이 필요한 사람과 특별한 관계에 있거나 그 행위로 인한 예측가능한 피해자와 사이에 특별한 관계가 있는 경우에는 더 이상 적용되지 않는다는 이론을 이 사건에 적용하여 보면, 정신과의사인 피고와 Tatiana 혹은 Poddar와의 관계는 불법행위법 리스테이트먼트(2) § 315가 말하는 보호의무를 피고가 부담한다고 하기에 충분하다. Tatiana가 정신과의사인 피고와 직접 진료계약관계에 있지는 않지만, 피고는 Poddar와의 진료계약에 기하여 제3자를 보호할 적극적인 의무를 부담하게 된다. 즉 정신과의사로서는 타인을 해할 염려가 있는 정신질환자를 보호, 감독(control)함에 있어 합리적인 주의의무를 다하여야 한다는 것이다.<sup>46)</sup>.<sup>47)</sup>

46) 17 Cal.3d at 433-35, 131 Cal.Rptr. at 22-23(Plaintiffs can state a cause of action against defendant therapists for negligent failure to protect Tatiana. The second cause of action can be amended to allege that Tatiana's death proximately resulted from defendants' negligent failure to warn Tatiana or others likely to apprise her of her danger. Plaintiffs contend that as amended, such allegations of negligence and proximate causation, with resulting damages, establish a cause of action. Defendants, however, contend that in the circumstances of the present case they owed no duty of care to Tatiana or her parents and that, in the absence of such duty, they were free to act in careless disregard of Tatiana's life and safety.

In analyzing this issue, we bear in mind that legal duties are not discoverable facts of nature, but merely conclusory expressions that, in cases of a particular type, liability should be imposed for damage done. As stated in *Dillon v. Legg* (1968) 68 Cal.2d 728, 734 [69 Cal.Rptr. 72, 441 P.2d 912, 29 A.L.R.3d 1316]: "The assertion that liability must ... be denied because defendant bears no 'duty' to plaintiff 'begs the essential question - whether the plaintiff's interests are entitled to legal protection against the defendant's conduct. ... [Duty] is not sacrosanct in itself, but only an expression of the sum total of those considerations of policy which lead the law to say that the particular plaintiff is entitled to protection.'" (Prosser, *Law of Torts* [3d ed. 1964] at pp. 332-333.)"

In the landmark case of *Rowland v. Christian* (1968) 69 Cal.2d 108 [70 Cal.Rptr. 97, 443 P.2d 561, 32 A.L.R.3d 496], Justice Peters recognized that liability should be imposed "for injury occasioned to another by his want of ordinary care or skill" as expressed in section 1714 of the Civil Code. Thus, Justice Peters, quoting from *Heaven v. Pender* (1883) 11 Q.B.D. 503, 509 stated: "whenever one person is by circumstances placed in such a position with regard to another ... that if he did not use ordinary care and skill in his own conduct ... he would cause danger of injury to the person or property of the other, a duty arises to use ordinary care and skill to avoid such danger."

We depart from "this fundamental principle" only upon the "balancing of a number of considerations"; major ones "are the foreseeability of harm to the plaintiff, the degree of

certainty that the plaintiff suffered injury, the closeness of the connection between the defendant's conduct and the injury suffered, the moral blame attached to the defendant's conduct, the policy of preventing future harm, the extent of the burden to the defendant and consequences to the community of imposing a duty to exercise care with resulting liability for breach, and the availability, cost and prevalence of insurance for the risk involved. See *Merrill v. Buck* (1962) 58 Cal.2d 552, 562 [25 Cal.Rptr. 456, 375 P.2d 304]; *Biakanja v. Irving* (1958) 49 Cal.2d 647, 650 [320 P.2d 16, 65 A.L.R.2d 1358]; *Walnut Creek Aggregates Co. v. Testing Engineers Inc.* (1967) 248 Cal.App.2d 690, 695 [56 Cal.Rptr. 700].

The most important of these considerations in establishing duty is foreseeability. As a general principle, a "defendant owes a duty of care to all persons who are foreseeably endangered by his conduct, with respect to all risks which make the conduct unreasonably dangerous." (*Rodriguez v. Bethlehem Steel Corp.* (1974) 12 Cal.3d 382, 399 [115 Cal.Rptr. 765, 525 P.2d 669]; *Dillon v. Legg*, *supra*, 68 Cal.2d 728, 739; *Weirum v. RKO General, Inc.* (1975) 15 Cal.3d 40 [123 Cal.Rptr. 468, 539 P.2d 36]; see Civ. Code, § 1714.) As we shall explain, however, when the avoidance of foreseeable harm requires a defendant to control the conduct of another person, or to warn of such conduct, the common law has traditionally imposed liability only if the defendant bears some special relationship to the dangerous person or to the potential victim. Since the relationship between a therapist and his patient satisfies this requirement, we need not here decide whether foreseeability alone is sufficient to create a duty to exercise reasonable care to protect a potential victim of another's conduct.

Although, as we have stated above, under the common law, as a general rule, one person owed no duty to control the conduct of another [This rule derives from the common law's distinction between misfeasance and nonfeasance, and its reluctance to impose liability for the latter. (See *Harper & Kime, The Duty to Control the Conduct of Another* (1934) 43 *Yale L.J.* 886, 887.) Morally questionable, the rule owes its survival to "the difficulties of setting any standards of unselfish service to fellow men, and of making any workable rule to cover possible situations where fifty people might fail to rescue ..." (Prosser, *Torts* (4th ed. 1971) § 56, p. 341.) Because of these practical difficulties, the courts have increased the number of instances in which affirmative duties are imposed not by direct rejection of the common law rule, but by expanding the list of special relationships which will justify departure from that rule. (See Prosser, *supra*, § 56, at pp. 348-350.) (*Richards v. Stanley* (1954) 43 Cal.2d 60, 65 [271 P.2d 23]; *Wright v. Arcade School Dist.* (1964) 230 Cal.App.2d 272, 277 [40 Cal.Rptr. 812]; *Rest.2d Torts* (1965) § 315), nor to warn those endangered by such conduct (*Rest.2d Torts*, *supra*, § 314, com. c.; Prosser, *Law of Torts* (4th ed. 1971) § 56, p. 341), the courts have carved out an exception to this rule in cases in which the defendant stands in some special relationship to either the person whose conduct needs to be controlled or in a relationship to the foreseeable victim of that conduct (see *Rest.2d Torts*, *supra*, §§ 315-320). Applying this exception to the present case, we note that a relationship of defendant therapists to either Tatiana or Poddar will suffice to establish a duty of care; as explained in section 315 of the Restatement Second of Torts, a duty of care may arise from either "(a) a special relation ... between the actor and the third person which imposes a duty upon the actor to control the third

## 다. Tarasoff II 판결의 의의

앞서 본 대로 고지의무라고 하였던 것을 보호의무로 규정한 점이 가장 두드러지는 부분이지만, 피해자나 경찰 혹은 양쪽 모두에게 고지함으로써 책임을 면할 수 있다고 명시적으로 판단하여 면책의 방법에 관하여 구체적으로 언급하고 있는 점도 주목할 점이다. 구체적인 상황에 따른 합리적인 조치의 가능성을 열어 둔 관계로 정신과 의사가 약물치료나 입원치료를 받도록 함으로써도 보호의무 위반 책임을 면할 수 있다고 판단한 점에서도 의미를 찾을 수 있다.<sup>48)</sup>

다만 보호의무를 다하기 위하여 이행하여야 하는 합리적인 조치는 구체적으로 어느 정도인지, 보호의무를 부담하는 정신과 의사들이란 구체적으로 어디까지인지, 그리고 가장 중요하게는 보호의무를 부담하는 피해자에 대한 위협을 정신과 의사가 어떻게 진단해 내야 하는지(정신질환자가 나타내는 위협의사 중 그냥 장난삼아 그러는 것과 진정으로 그러는 것은 어떻게 구분하여야 하는지), 정신과 의사가 책임을 지는 시적한계는 언제까지인지 등에 대해서는 구체적인 언급이 없다는 점 등이 문제점으로 지적되고 있다.<sup>49)</sup>

person's conduct, or (b) a special relation ... between the actor and the other which gives to the other a right of protection.

Although plaintiffs' pleadings assert no special relation between Tatiana and defendant therapists, they establish as between Poddar and defendant therapists the special relation that arises between a patient and his doctor or psychotherapist. Such a relationship may support affirmative duties for the benefit of third persons. Thus, for example, a hospital must exercise reasonable care to control the behavior of a patient which may endanger other persons. A doctor must also warn a patient if the patient's condition or medication renders certain conduct, such as driving a car, dangerous to others.

47) 이 같은 다수의견에 대하여, 피해자가 특정된 경우만 고지의무가 인정되는 것으로 보아야 한다는 MOSK대법관의 일부 반대의견(17 Cal.3d at 451, 551 P.2d at 354)과 환자의 타해행위 가능성을 객관적으로 예측하는 것은 불가능하고, 고지의무를 인정하게 되면 비밀엄수를 전제로 한 정신과진료에 심대한 부정적인 영향을 미칠 것이어서 희생되는 이익이 더 큰 상황에서 비밀누설금지의를무를 우선에 둔 입법자의 의사를 무시하고 법원이 피해자의 이득을 우선하는 것으로 해석하는 것은 바람직하지 않다는 CLARK대법관의 반대의견(17 Cal.3d at 452, 551 P.2d at 354)과 이에 대한 McCOMB대법관의 동조의견이 있다. 찬성 4명, 일부찬성 및 일부반대 1명, 반대 1명이었다.

48) Joseph T. Smith, 전게서, 제347~348면.

49) Joseph T. Smith, 전게서, 제348면; Robert I. Simon, Robert I. Sadoff, 전게서, 제195면.

#### 4. Tarasoff 판결이론의 확대와 제한

##### 가. 피해자 특정을 엄격하게 요구하지 않는 판결들

아래의 일련의 판결들은 피해자가 특정되지 않았더라도 타해행위의 위험이 합리적으로 예측 가능한 경우라면 정신과의사는 피해자와 사이에 진료계약 등 계약관계가 없다고 하더라도 고지의무나 보호의무를 부담하므로 그 위반으로 인한 책임을 면할 수 없다는 입장의 것들이다.

##### (1) McIntosh v. Milano 판결<sup>50)</sup>

###### (가) 사실관계

정신과의사인 피고는 외래환자인 가해자를 진료하는 과정에 가해자가 예전의 여자친구였던 망인(Kimberlerly McIntosh)에 대한 공격성향이 있으며, 그것이 시간의 경과에 따라 단순한 질투심에서 분노와 공격성을 밖으로 적극적으로 표출하는 단계로 발전하고 있음을 감지하였다. 피고는 당초 위 증상이 성인들에게서 흔히 볼 수 있는 단순한 질투심 정도로 생각하였으나, 망인에 대한 집착정도의 심각성에 비추어 그 보다는 심한 정도라고 파악하기에 이르렀고, 진료도중 가해자로부터 자신을 위협하는 사람을 쫓아 버리려고 칼을 가지고 왔다는 얘기를 듣기도 하였으며, 망인과 그 남자 친구의 차에 대고 비비총을 쏜 적이 있다는 얘기도 들었다. 이 같이 불안하고 폭력적인 증상을 보였지만 가해자는 망인을 해할 의사를 직접 나타낸 적은 없었다. 가해자는 피고의 처방전을 위조하여 30알의 진정제를 확보하려다 실패한 뒤 집에 숨겨둔 권총을 소지한 채로 어떤 방법으로 인지 망인을 설득하여 집 근처의 공원으로 데려간 다음 권총으로 살해하였다. 이에 망인의 부모들이 피고를 상대로 환자의 폭력성과 심각한 위해가 발생할 가능성이 있음을 망인과 부모들, 그리고 경찰에 고지하지 않았음을 이유로 손해

50) 168 N.J.Super. 466, 403 A.2d 500 (1979).

배상을 구하였고, 이에 대하여 피고는 Tarasoff II 판결이 정신과의사에게 불가능한 부담을 지우는 것으로서 정신과 진료에 심대한 지장을 주는 잘못된 판결이라며 다투었다.

#### (나) 판단요지

정신과의사는 자신의 환자가 다른 사람을 해할 의사가 있다고 판단하였거나 임상의학 수준에서 그와 같이 판단하였어야 하는 경우 특정된 피해자나 잠재적인 피해자를 보호하기 위하여 합리적으로 요구되는 조치를 취할 의무가 있다. 이는 정신과의사와 환자와의 관계, 나아가서는 공익을 보호할 의무에 기한 것으로서, 전염성 질환의 경우 제3자에게 고지의무를 부담하는 것과 같은 이치이다.<sup>51)52)</sup>

#### (2) Lipari v. Sears, Roebuck & Co. 판결<sup>53)</sup>

보훈청 소속의 병원에서 정신과 외래치료를 받던 가해자가 Sears스토어에서 총을 구입한 다음 치료를 시작한지 한 달이 채 지나지 않았음에도 스스로 치료받기를 중단한 후 한 달이 지나지 않은 사이에 사람들로 붐비는 식당에 들어가 총기를 난사하여 여러 사람이 다쳤는데, 그 과정에 원고 자신은 상처를 입고, 남편을 잃었다. 원고는 위 병원이 가해자가 그 자신과

---

51) Id at 489, 403 A.2d at 511~512(a psychiatrist or therapist may have a duty to take whatever steps are reasonably necessary to protect an intended or potential victim of his patient when he determines, or should determine, in the appropriate factual setting and in accordance with the standards of his profession established at trial, that the patient is or may present a probability of danger to that person. The relationship giving rise to that duty may be found either in that existing between the therapist and the patient, as was alluded to in Tarasoff II, or in the more broadly based obligation a practitioner may have to protect the welfare of the community, which is analogous to the obligation a physician has to warn third persons of infectious or contagious disease).

52) 위 판결은 불법행위법 리스테이드먼트 §315(a)뿐만 아니라 §315(b)도 보호의무의 근거가 되며, 피해자가 특정되지 않은 경우에도 보호의무를 인정한 점에서 의미가 있다고 한다(Joseph T. Smith, 전게서, 제350~351면).

53) 497 F.Supp. 185 (D Neb 1980).

다른 사람들에 대하여 위해를 가할 위험이 있음을 알았거나 알았어야 했음에도 제대로 진료를 하지 않았을 뿐만 아니라 그를 구급하지 않았음을 이유로 손해배상을 제기하였다.

이에 대하여 Nebraska 연방지방법원은 Tarasoff 판결과 McIntosh 판결에 기하여 “정신과 의사는 자신과 환자와의 관계에 기하여 제3자에 이익을 보호할 적극적인 의무를 부담한다. 이 의무에 기하여 의사는 자신의 환자에 의한 잠재적인 피해자를 보호하기 위하여 합리적으로 요구되는 조치를 취할 의무를 부담한다. 이 의무는 임상의학의 수준에 비추어 당해 의사가 자신의 환자의 타인에 대한 폭력성향이 상당한 수준을 초과하였음을 알았거나 알 수 있었을 경우에 생긴다.”고 판단하였다.

즉 Tarasoff 판결처럼 피해자가 특정되거나 McIntosh 판결처럼 합리적으로 특정가능한 경우에 비로소 보호의무가 발생한다는 주장을 배척한 것으로,<sup>54)</sup> 관건은 피해자 특정여부가 아니라 위험이 합리적으로 예측가능하였는지 여부임을 분명히 한 셈이다.<sup>55)56)</sup>

### (3) 그 밖에 피해자의 특징이 요구되지 않는다는 입장의 판결들<sup>57)</sup>

Davis v. Lhim 판결<sup>58)</sup> [불면증, 우울증, 망상증상으로 피고가 소속된 주

54) Joseph T. Smith, 전게서, 제351면.

55) Robert I. Simon, Robert I. Sadoff, 전게서, 제195면. 사실 McIntosh v. Milano 사건의 경우 관점에 따라서는 피해자가 특정되었다고 볼 소지도 있었으나, 이 사건은 그냥 아무 식당에나 들어가 총기를 난사한 경우로 피해자가 일반 공중이라고 할 수 있어 피해자 특징의 점에 있어서는 문제가 있었다.

56) 같은 취지의 판결로 Petersen v. State, 100 Wash.2d 421, 671 P.2d 230, 237 (1983) (정신 질환자가 마약에 취해 신호를 위반한 채 운전하다가 원고가 운전 중이던 다른 차를 들이받아 상해를 입은 사안에서, “protect anyone who might foreseeably be endangered”라고 하여 의료 측의 책임을 인정한 사례); Schuster v. Altenberg, 144 Wis.2d 223, 424 N.W.2d 159 (1988) (조울증환자가 정신과 의사인 피고로부터 처방받은 약을 먹고 운전 중 그 부작용으로 사고를 내 옆에 타고 있던 딸이 사망한 사안에서, 과실로 인한 예측불가능한 결과나 예측이 가능하지 않았던 피해자에 대하여도 책임을 부담한다고 한 사례).

57) Joseph T. Smith, 전게서, 제420면 이하는 피해자가 특정되었을 것을 요구하지 않는 일련의 판결들이 최근 제조물책임, 자동차보험 등 분야에서의 엄격책임이론(Stricter Liability)과 같은 맥락에서 비롯된 것이라고 이해한다.

립병원에서 여러 차례 자발적으로 입원치료를 받던 위험한 상태의 가해자를 본인의 의사에 따라 퇴원시켜준 뒤 가해자의 어머니가 충을 쏘며 소란을 피우는 것을 말리던 중 가해자의 충에 맞아 사망한 사안에 관하여, 가해자가 돈을 달라며 어머니를 협박한 적이 있다는 고모의 진술이 기재된 10여 년 전의 진료기록만을 근거로 망인이 예측 가능한 피해자였다고 가해자를 풀어준 데 대한 피고의 책임을 인정(미시간 항소법원), *Williams v. U.S.* 판결<sup>59)</sup> [보훈청 소속의 병원에서 피해대상, 정신분열증 등으로 입원치료를 받던 환자인 가해자가 퇴원 다음날 행인을 총격하여 사망에 이르게 한 사안에 관하여, 환자의 진료기록에 나타난 가해자의 강한 폭력성향에 비추어 가해자를 석방할 경우 누군가를 해칠 수 있다는 점이 충분히 예측 가능하였다고 석방 사실을 관할경찰서에 알려 대응조치를 취하도록 하지 않은 데 대한 피고의 책임을 인정(South Dakota 연방지방법원)], *Jablonski by Pahls v. U.S.* 판결<sup>60)</sup> [가해자가 전처를 강간하고 살해의사를 보이는 등 폭력적인 행위를 반복해 왔고, 진료기록에 의하면 가해자가 가까운 사람들에게 대하여 비슷한 행동양태를 보일 것임이 충분히 예측되는 경우였으며, 가해자가 장모에 대한 강간을 기도한 적이 있었을 뿐만 아니라 여러 차례 망인을 위협한 적이 있었던 관계로, 수차에 걸쳐 여러 경로로 위험하니 가해자로부터 떨어져 있으라는 충고를 받았음에도 남편을 사랑한다며 10여년 이상을 같이 살아오다가 끝내 살해된 사안에 관하여, *Thompson* 사건의 경우와 달리 피해자가 특정되었다고 봄이 상당하거나 *Thompson* 사건보다 특징에 더 근접하였다고 할 수 있고, 피해자가 피고에게 가해자에 대한 공포감을 여러 차례 피력한 적이 있어 피고로서는 *Thompson* 사건과 달리 피해자에게 연락하는데 별다른 어려움이 있었던 것도 아니어서, 피고로서는 피해자 불특정을 이유로 책임을 면할 수 없다고 판단(연방 제7항소법원)<sup>61)</sup>], *Hedlund v. Superior*

58) 124 Mich.App. 291, 335 N.W.2d 481 (1983), remanded on other grounds.

59) 450 F.Supp. 1040 (DSD 1978).

60) 712 F.2d 391 (9th Cir 1983).

61) Id at 398 (Kimball was specifically identified or "targeted" to a much greater extent than

Court 판결<sup>62)</sup> [피해자가 차를 몰고 가다가 피고로부터 정신과 치료를 받던 피해자의 전 남자친구였던 가해자의 충격으로 언덕으로 굴러 중상을 입고, 옆 좌석에 타고 있던 피해자의 어린 아들이 그 장면을 목격하고 정신적인 충격을 받았으며 고지의무위반을 이유로 정신과의사인 피고를 상대로 손해배상을 구한데 대하여, 피해자에 대한 고지의무위반 책임에서 더 나아가 피해자에 대한 고지의무위반이 인정되는 이상, 피해자와 늘 함께 있을 그녀의 어린 아들에 대한 보호의무도 인정된다고 보아 그가 받은 정신적인 충격에 대한 손해배상 책임도 아울러 인정(캘리포니아 주대법원)<sup>63)</sup>] 등이 여기에 속한다.

### 나. 피해자의 특징을 요구하는 판결들

다른 일련의 판결들은 Tarasoff II 판결을 좀 엄격하게 해석하여 피해자가 이미 특정되었거나 실제로 피해자를 위협한 적이 있었던 경우에만 보호의무가 발생한다는 입장을 견지하고 있다. 특정 직군이나 일정 집단에 대한 위해의사만으로는 부족하다는 것이다.

---

were the neighborhood children in Thompson. Moreover, the difficulties in giving a warning that were present in Thompson are not present here. Warning Kimball would have posed no difficulty for the doctors, especially since she twice expressed her fear of Jablonski directly to them. Neither can it be said, as was the case in Thompson, that direct and precise warnings would have had little effect).

62) 34 Cal.3d 695, 194 Cal.Rptr. 805 (1983).

63) Id at 706 (It is equally foreseeable when a therapist negligently fails to warn a mother of a patient's threat of injury to her, and she is injured as a proximate result, that her young child will not be far distant and may be injured or, upon witnessing the incident, suffer emotional trauma. Nor is it unreasonable to recognize the existence of a duty to persons in close relationship to the object of a patient's threat, for the therapist must consider the existence of such persons both in evaluating the seriousness of the danger posed by the patient and in determining the appropriate steps to be taken to protect the named victim).

(1) Thompson v. County of Alameda 판결<sup>64)</sup>

아동에 대한 (성)폭력성향을 가지고 있고, 피해자가 특정되지는 않았지만 석방되면 자신의 집 근처에 사는 어린이를 살해할 의사를 나타냈던 가해자가 24시간의 외출(가정방문)을 허락받아 자신의 어머니 집에 들렀다가 바로 이웃에 사는 5살의 어린이를 살해함으로써 피고가 가해자의 어머니나 경찰당국 또는 바로 이웃에 사는 망인의 부모들에게 가해자의 폭력성향이나 아동살해충동 등을 알려주었어야 하는지가 쟁점이 된 사안에서, 4년 전 Tarasoff II 판결을 하였던 바로 그 캘리포니아 주대법원은, 특정한 피해자에 대하여 사전에 위협을 한 적이 없는 한 고지의무 없다(for policy reasons the duty to warn depends upon and arises from the existence of a prior threat to a specific identifiable victim)<sup>65)</sup>고 하여 가해자에게 24시간의 가정방문을 위한 외출을 허락한 데 대한 피고의 과실책임 인정하지 않았다.<sup>66)</sup> 공중일반에 대한 고지의무는 가능하지도 않을 뿐만 아니라 실효성도 없다는 이유에서였다.

(2) Brady v. Hopper 판결<sup>67)</sup>

가해자(John W. Hinckley)가 레이건 대통령을 살해하려 한 현장에 있었

---

64) 27 Cal.3d 741, 614 P.2d 728 (1980).

65) Id at 758, 614 P.2d at 738.

66) Id at 755 (Unlike members of the general public, in Tarasoff and Johnson the potential victims were specifically known and designated individuals. The warnings which we therein required were directed at making those individuals aware of the danger to which they were uniquely exposed. The threatened targets were precise. In such cases, it is fair to conclude that warnings given discreetly and to a limited number of persons would have a greater effect because they would alert those particular targeted individuals of the possibility of a specific threat pointed at them. In contrast, the warnings sought by plaintiffs would of necessity have to be made to a broad segment of the population and would be only general in nature. In addition to the likelihood that such generalized warnings when frequently repeated would do little as a practical matter to stimulate increased safety measures, as we develop below, such extensive warnings would be difficult to give).

67) 570 F.Supp. 1333 (D Colo 1983).

다가 증상을 입은 원고들이 그 정신병을 치료했던 피고를 상대로 진단, 치료상의 과실과 고지의무위반을 이유로 손해배상을 구한 사안에 관하여, Colorado 연방법원 판사인 John P. Moore는, 피고의 진단, 치료행위가 임상수준에 미치지 못하는 것은 사실이지만, 가해자가 여배우나 영화에 대한 집착을 나타내었을 뿐 레이건 대통령이나 원고들에 대한 살해의사를 표출한 바 없는 이상, 가해자가 대통령이나 암살에 관한 책을 사 모으고, 사격 연습을 한 사실만으로는 피고의 책임을 인정하기 어렵다. 즉 원고들이 특정된 피해자가 아닌 이상 피고와 원고들 사이에 보호 의무를 발생시키는 특별한 관계가 성립되지 않는다.<sup>68)</sup> 중요한 것은 정신과의사와 환자간의 계약에 기하여 정신과의사와 피해자간에 특별한 관계가 성립하였느냐가 아니라, 위협과 그 피해가 예견 가능하여 보호의무가 발생하였느냐 하는데 있다는 이유에서였다.

### (3) 그 밖에 피해자의 특징이 요구된다는 입장의 판결들

Doyle v. U.S. 판결<sup>69)</sup> [환자가 피해자에 대한 살해의사를 정신과의사에게 드러낸 적이 없는 이상 정신과의사는 피해자에 대한 고지의무를 부담하지 않는다고 판시(캘리포니아 연방지방법원)<sup>70)</sup>], Hasenei v. U.S. 판결<sup>71)</sup> [망인이 운전하던 차량이 알코올중독으로 외래치료를 받던 가해자가 만취

---

68) Id at 1338 (In my opinion, the main issue raised by the pleadings and briefs is not simply whether the therapist-outpatient relationship is a "special relationship" which gives rise to a legal duty on the part of the therapist; rather the key issue is to what extent was Dr. Hopper obligated to protect these particular plaintiffs from this particular harm? It is implicit in the majority of cases in this area that the therapist-patient relationship is one which under certain circumstances will give rise to a duty on the part of the therapist to protect third persons from harm. Tarasoff v. Regents of University of California. However, the existence of a special relationship does not necessarily mean that the duties created by that relationship are owed to the world at large. It is fundamental that the duty owed be measured by the foreseeability of the risk and whether the danger created is sufficiently large to embrace the specific harm.)

69) 530 F.Supp. 1278 (CD cal 1982).

70) Id at 1287.

71) 541 F.Supp. 999 (D Md 1982).

한 상태로 운전한 차량과 정면충돌하여 망인이 사망한 사안에 관하여, 특정되지 않는 피해자임을 이유로 책임을 부정(메릴랜드 연방지방법원<sup>72)</sup>), *Furr v. Spring Grove State Hosp.* 판결<sup>73)</sup> [병원에서 도망쳤다 다시 복귀한 환자에 대한 재입원절차가 지연되는 사이에 그 환자가 잘 모르는 어린 애를 목 졸라 살해한 사건에 관하여, 환자가 특정인에 대한 살해의사를 표출한 바 없다는 이유로 피해자가 특정불가 하였다며 피고의 책임을 부정(메릴랜드 특별항소법원<sup>74)</sup>], *Holmes v. Wampler* 판결<sup>75)</sup> [정신질환으로 주립병원에서 입원치료를 받던 환자가 퇴원한 지 5주 후에 어린이를 칼로 찔러 상해를 입힌 사안에 관하여, 피해자 불특정을 이유로 책임을 부정(버지니아 연방지방법원)], *Cairl v. State* 판결<sup>76)</sup> [정신지체로 방화습벽이 있는 환자가 주 소속시설에서 치료를 받아 오던 가해자가 주말 가정방문 휴가를 나왔다가 다시금 불을 질러 동생이 사망한 사안에 관하여, 피해자 불특정을 이유로 고지의무나 보호의무 책임을 부정(미네소타 주대법원<sup>77)</sup>] 과 *Rogers v. South Carolina Dept. of Mental Health* 판결<sup>78)</sup> [언니에 대한 적대감을 나타내 1980. 7.경 주립병원에 입원했다가 5개월 후에 퇴원하였는데 1982. 8.경까지는 상태가 좋던 가해자가 피해망상증상이 재발하여 언니가 자신을 독살하려 한다며 소란을 피우다가 그로부터 2주 후에 언니를 총으로 살해한 사안에 대하여, 망인이 가해자의 증상과 자신에 대한 적대감 등을 잘 알고 있었고, 가해자가 망인을 구체적으로 특정하여 적대감을 나타냈다고 볼 증거가 없다는 이유로 의료 측의 책임을 부정(South Carolina 항소법원<sup>79)</sup>] 등이 이에 속한다.

72) Id at 1011~12.

73) 53 Md.App. 474, 454 A.2d 414 (1983).

74) Id at 482~3.

75) 546 F.Supp. 500 (ED Va 1982).

76) 323 N.W.2d 20 (Minn 1982).

77) Id at 26.

78) 297 S.C. 363, 377 S.E.2d 125 (1989).

79) Id at 366, 377 S.E.2d 126 (there is no evidence that Corley made specific threats against Harrison or any other family member while she was being treated by the two doctors.

### 다. Tarasoff 판결이론의 적용한계

#### (1) Bradley Center, Inc. v. Wessner 판결<sup>80)</sup>: 전통적인 과실책임 이론에 따른 책임 인정

아내의 불륜으로 정신질환에까지 이르러 Bradley Center에 입원하였다가 퇴원한 2달 뒤 자살을 시도하는 등 증상이 있어 자의로 입원한 가해자가 진료과정에 기회가 되면 아내를 살해하고 싶다는 의사를 나타냈음에도 병원이 아무런 제약 없이 주말휴가를 허용하여 그 휴가기간 중에 가해자가 아내와 그녀의 애인을 총기로 살해한 사안에 관하여, 조지아주 대법원은 Tarasoff 판결이론을 원용함이 없이, 전통적인 과실책임이론에 따라 불법행위법 리스테인먼트(2) § 282(1965)<sup>81)</sup>에 기하여, 타인을 해할 의사가 있는(알 수 있었을 경우를 포함하여) 정신질환자를 보호, 감독하는 정신과 의사는 그 관계에 터잡아 자신의 환자가 타인을 해하지 못하도록 보호, 감독할 의무를 진다고 판단.<sup>82)</sup>

#### (2) 가해자의 타해의사를 피해자가 이미 알고 있는 경우에도 고지의무를 이행하여야 하는지

Jablonski by Pahls v. U.S. 판결이 피해자가 남편인 가해환자의 전처, 장모 그리고 자신에 대한 폭력적인 행위에 대하여 잘 알고 있었고, 주변으

---

Moreover, the family knew about her mental illness and its manifestations. They knew she could be violent towards them when she was suffering delusions of persecution. Thus, even if we were to recognize a duty to warn when a specific individual is threatened with a known danger, the rule would not apply to these facts).

80) 250 Ga. 199, 296 S.E.2d 693 (1982).

81) § 282. Negligence Defined

In the Restatement of this Subject, negligence is conduct which falls below the standard established by law for the protection of others against unreasonable risk of harm. It does not include conduct recklessly disregarding of an interest of others.

82) 250 Ga. 201 (One who takes charge of a third person whom he knows or should know to be likely to cause bodily harm to others if not controlled is under a duty to exercise reasonable care to control the third person to prevent him from doing such harm).

로부터도 위험하다고 가해환자와 떨어져 있어야 한다고 누차에 걸쳐 충고를 받았음에도 남편을 사랑한다며 10여년을 함께 지내다 끝내 사망에 이른 사안에 대해서 고지의무위반 책임을 면할 수 없다고 판시하였음은 앞서 본 바와 같다.

그런데 *Rotman v. Mirin* 판결<sup>83)</sup>도 피고가 상태가 호전되었다고 보아 지속적으로 연락을 취하되 악화되면 바로 재입원하기로 하여 오랫동안 망상형 정신분열증을 앓으면서 여기저기 병원에서 치료를 받는 과정에 유대인을 구하기 위하여 자신의 여자 친구인 피해자를 죽여야 한다고 말해온 가해자를 퇴원시켰는데 그가 망인을 칼로 난자해 살해한 사안에 대하여, 피해자나 그녀의 부모들이 가해자의 이 같은 상태를 잘 알고 있었음에도 불구하고, 고지의무 위반의 책임을 인정하였다.<sup>84)</sup>

### (3) *Bellah v. Greenson* 판결<sup>85)</sup>: 자살이나 재산에 대한 위협의 위험에 대한 고지의무 부정

정신질환자인 딸의 자살에 대하여 유족인 부모들이 정신과의사인 피고가 자신들에게 딸에게 자살의 위험이 있음을 고지하지 않았다고 손해배상을 구한 사안에 관하여, 캘리포니아 제1항소법원이 위해행위로부터의 안전이라는 더 큰 공공의 이익을 지키기 위한 경우가 아닌 한 정신과의사는 진료상 알게 된 비밀을 엄수할 의무가 있다며, 자살의 경우나 재산에 대한 위해 가능성을 알게 된 경우까지 *Tarasoff* 판결에 따른 고지의무가 확장되는 것은 아니라고 판단<sup>86)</sup>

83) Robert I. Simon, Robert I. Sadoff, 전게서, 제222면.

84) 이 같은 판결들에 대하여 정신과의사들은 고지하여 봤자 달라질 것이 없는 상황에서 아무런 소용없는 의무를 지워 책임을 부담케 한다고 문제를 삼고 있는데(Robert I. Simon, Robert I. Sadoff, 전게서, 제221~222면), 법원은 정신과의사의 '직접적인' 고지 의무로 상황이 달라질 수 있었을 것으로 판단하는 것으로 여겨지고, 이 같은 입장에는 충분히 이해가 가는 부분이 있다. 주변의 충고들과 가해자를 치료하고 있는 정신과의사의 고지는 그 정확성이나 객관성, 진지함 등의 견지에서 그 무게가 같다고 할 수 없을 것이고, 따라서 피해자로서도 달리 행동했을 가능성이 크기 때문이다.

85) 81 Cal.App.3d 614, 146 Cal.Rptr. 535 (1978).

## (4) 제4자에 대한 책임여부

정신질환자가 정신과 의사에게 자신의 여자 친구가 헤어진 예전의 친구를 살해하려고 한다는 말을 하였고, 그 진술이 믿을 만한 경우에도 정신과 의사는 고지의무를 부담하는가. 미국의 법원들이 기본적으로 정신과 의사와 정신질환자간의 특별한 법률관계 즉 진료계약관계의 성립에 터 잡아 제3자에 대한 고지 혹은 보호의무가 생긴다고 판단해 왔으므로, 여자 친구는 정신과 의사와 진료관계가 없어 고지의무 위반이 문제되지 않는 가능성이 크다.<sup>87)</sup>

그런데 미네소타주는 특이하게 환자 혹은 제3자가 특정인이나 쉽게 특정 가능한 사람에 대한 심각한 위해의 의사를 나타낸 경우 정신과 의사가 고지의무를 부담한다는 규정을 두었다고 한다.<sup>88)</sup>

## (5) 고지의무 이행이 비밀누설금지의무 위반행위에 해당하는지

MacDonald v. Clinger 판결<sup>89)</sup>에서 뉴욕주대법원은 정당한 이유 없이 진료 중에 알게 된 비밀을 고지하는 것은 비밀누설금지의무위반에 해당하지만, 환자 자신, 배우자나 그 밖의 제3자에 대한 위해의 가능성이 있는 경우에 고지의무를 이행한 것은 정당하고, 다만 어떤 경우에 그러한지는 구체적인 정황과 충돌하는 이익의 형량을 통하여 결정된다고 판시하고 있고, Hopewell v. Adebimpe 판결<sup>90)</sup>에서 펜실베이니아 1심 법원은 정신질환자의 동료 직원에 대한 위해의 가능성을 당사자의 동의 없이 직장의 상사에게 알

86) Id at 622 (We conclude that *Tarasoff v. Regents of University of California*, 17 Cal.3d 425, requires only that a therapist disclose the contents of a confidential communication, where the risk to be prevented thereby is the danger of violent assault, and not where the risk of harm is self-inflicted harm or mere property damage. We decline to further extend the holding of *Tarasoff*.)

87) Robert I. Simon, Robert I. Sadoff, 전계서, 제219면.

88) Id at 219.

89) 84 A.D.2d 482, 446 N.Y.S.2d 801 (1982).

90) Robert I. Simon, Robert I. Sadoff, 전계서, 제216면.

린 것은 비밀누설금지의무위반행위에 해당한다고 판단하였다.<sup>91)</sup>

#### (6) 정신과 의사가 책임을 부담하는 기간의 한계

정신질환자의 폭력성(타해가능성) 평가는 영원한 것이 아니라 어디까지나 일시적인 것이다. 바꾸어 말하면 정신과의사의 평가의 정확성은 시간이 경과함에 따라 감소할 수밖에 없다.<sup>92)</sup> 법원도 정확한 예측이 어렵다는 점은 인정하고 있다.<sup>93)</sup>

그 동안 이 점에 관하여 정면으로 판단한 사례는 없지만, 법원들은 정신과의사로부터 진료를 받은 때로부터 얼마나 경과한 후에 타해사고가 발생하였는지 보다는 가해환자의 위험성에 대한 정신과의사의 진단의 객관적 합리성을 더 고려하였던 것으로 보인다. 즉 중요한 것은 기간이 아니라 위험이 있고 그 위험으로 인한 피해가 예측가능 하였느냐 여부라는 것이다.<sup>94)</sup> 때문에 진료 후 특별한 조치를 취하지 않은지 5주 혹은 5개월 후 사고에 대하여도 책임을 묻는 경우가 있는 반면, 한 달 혹은 두 달 이후의 사고에 대해서도 책임을 묻지 않은 경우가 있었던 것이다.<sup>95)</sup> 구체적으로 살펴보면, 정신과의사와 마지막 접촉일과 사고일 간의 간격이 Tarasoff 사건의 경우 10주였고,<sup>96)</sup> Lipari 사건이 6주이며, Davis 사건이 2달이었다.<sup>97)</sup>

그런 와중에 이 문제를 정면으로 다룬 Naidu v. Laird 판결<sup>98)</sup>이 선고되

91) 필자라면 이 같은 경우 비밀누설금지의무 위반이라고 판단하였을 것으로 생각된다. 사용자로서도 다른 근로자에 대한 근로계약상의 보호의무를 부담하고 하기 때문이다. 비밀누설금지의무위반 책임이 없다고 한 판결들은 Robert I. Simon, Robert I. Sadoff, 전계서, 제217면의 주 110 참조.

92) Robert I. Simon, *Clinical Psychiatry and the Law* (2d Edition), American Psychiatric Press (1991), Chapter13.

93) 17 Cal.3d 425 at 439 (professional inaccuracy in predicting violence cannot negate the therapist's duty to protect the threatened victim).

94) Robert I. Simon, Robert I. Sadoff, 전계서, 제215면.

95) Joseph T. Smith, 전계서, 제429면.

96) 17 Cal.3d 430, 551 P.2d 339, 131 Cal.Rptr. 19.

97) 124 Mich.App. 291, 335 N.W.2d 481.

98) 539 A.2d 1064 (Del 1988).

었다. 이 사건은 가해자가 피해자의 차량을 의도적으로 충격함으로써 피해자가 사망한 사안에 대한 것인데, 가해자는 오랜 정신병력을 지닌 상태로 사고 전 5개월 반 전까지 피고의 텔라웨어 주립병원에서 7번째로 치료를 받았다. 피고는 1심에서 패소하고 상소하면서 가해자를 구금할 수 있는 요건이 충족되지 않았고, 피고의 진료행위와 사고 간에 거리가 너무 멀어 상당한 인과관계가 없다고 주로 다투었는데, 텔라웨어 주대법원은 가해자를 구금할 수 있는 상황이 아닌 것은 맞지만, 가해자의 타해행위는 예측가능하였다고 하면서, 진료와 사고 사이에 6개월여 간의 간격이 있다는 이유만으로 피고가 책임을 면할 수 있는 것은 아니며, 이는 배심원들이 책임인정 여부를 결정함에 있어 고려하여야 할 하나의 요소에 불과할 뿐이라고 판단하였다.<sup>99)</sup>

## VI. 독일에서의 논의<sup>100)</sup>

정신질환자를 치료하는 의사는 정신질환자에 대한 의무를 부담하는 한편, 정신질환자의 불안정한 심리상태로 인하여 제3자에게 발생할 수 있는 위험을 예방하여야 할 의무를 부담한다. 예컨대 정신질환자로 인하여 가까운 가족이 살해를 당하는 등의 위험한 상황에 처해질 가능성이 있는 경우에 의사는 그와 같은 사실을 위험한 상황에 처해질 가능성이 있는 사람에게 알리거나 혹은 환자의 그와 같은 상태가 개선될 때까지 입원치료를 받도록 하는 등의 조치를 취하여야 한다. 이러한 조치를 취하여야 할 의무는 정신질

99) Id at 1075 (Remoteness in time and remoteness in space are important considerations in determining whether a defendant's actions or omissions have been a substantial factor in causing the harm. Prosser & Keaton on Torts § 43, at 282~83. But, as in this case, when the trier of fact has made a factual determination as to proximate cause, the Court is not in a position to rule, as a matter of law, that physical or temporal remoteness should, of itself, bar recovery).

100) Erwin Deutsch, Medizinrecht, 4.Auflage, Springer, 1999, S.472f.

환자가 제3자에게 손해를 입히지 않도록 감독해야 할 의무가 있다는 것에 근거하여 인정된다. 이 때 정신질환자에 대한 의사나 정신의료기관의 감독 의무는 독일 민법 제832조 제2항<sup>101)</sup> 또는 독일 민법 제839조<sup>102)</sup> 및 국가 배상법에 기한 것이다. 독일 민법 제832조와 제839조의 적용과 관련하여 독일의 대법원 판례는 국공립의료기관의 경우에도 독일 민법 제839조가 아닌 독일 민법 제832조의 감독자책임에 근거하여 의료기관의 손해배상책임을 인정하여,<sup>103)</sup> 의료기관의 개설주체에 따라 독일 민법 제832조 내지는 제839조의 적용여부를 결정하지 않는다.

## VII. 정신질환자의 타해사고에 대한 의료과오책임의 근거 등

### 1. 책임의 근거

(1) 진료계약의 내용에 정신질환자에 대한 보호의무가 포함되어 있다고 보는데 별다른 이견이 있을 수 없으므로,<sup>104)</sup> 입원 중인 정신질환자의 다른 입원 정신질환자에 대한 타해사고에 대하여 의료과오책임을 인정하는 데는

101) 민법 제832조 (감독의무자의 책임)

① 미성년으로 인하여 또는 정신적으로나 신체적인 상태로 인하여 감독을 필요로 하는 사람을 감독할 의무를 법률에 의하여 부담하는 사람은 피감독자가 제3자에게 위법하게 가한 손해를 배상할 의무를 진다. 그가 감독의무를 다한 때 또는 적절한 감독수행을 하였어도 손해가 발생하였을 것인 때에는 배상의무가 발생하지 않는다.

② 계약에 의하여 감독의 수행을 인수한 자도 동일한 책임이 있다.

102) 제839조 (공무상 의무의 위반에 대한 책임)

① 공무원이 고의 또는 과실로 제3자에 대하여 부담하는 직무상 의무에 위반한 때에는 그는 제3자에게 이로 인하여 발생하는 손해를 배상하여야 한다. 공무원이 과실을 범한 데 그치는 경우에는, 피해자가 다른 방법으로 배상을 받을 수 없을 때에만 공무원에 대하여 배상이 청구될 수 있다.

103) BGH NJW 1985, 제677~678면.

104) 이재경, 전계논문, 제43면: 飯塚和之, “精神醫療と法”, 『법학연구』, 7권 1호, 충북대학교, 1995. 제251면은 정신질환자의 타해의 위험이 실현되는 것을 예방하여야 할 의무도 정신과진료계약상의 의무에 속한다고 한다. 박권수, 전계논문, 제69면도 같은 견해로 보인다.

특별히 문제가 없다(민법 390조 채무불이행 책임). 문제는 병원 밖에서의 제3자에 대한 타해사고의 경우이다.

(2) 과실이란 어떤 결과의 발생이 예견가능 하였음에도 불구하고 그 결과의 발생을 방지할 조치를 취하지 않은 것을 말한다.<sup>105)</sup> 바꾸어 말하면 예견 가능한 결과에 대한 회피의무를 위반하였다는 것이므로, 여기서 문제로 되는 것은 어떠한 경우에 어떤 내용의 결과예견 및 회피의무가 인정되는가 하는 점이며,<sup>106)</sup><sup>107)</sup> 과실의 표지는 주의의무 위반이다.<sup>108)</sup> 그런데 주의의무라는 말은 신실불가침한 개념이라기보다는 법이 어떤 원고로 하여금 보호를 받게 하려는 경우에 고려되는 여러 가지 정황의 총합체라는 앞서 본 Pross의 언명에서 보듯이 거기에 무슨 명시적인 한계가 있는 것은 아니다. 이는 시대의 사회적, 법경제학적인 상황 등에 따른 변화의 가능성을 염두에 둔 열려있는 개념인 것이다.<sup>109)</sup> 뿐만 아니라 우리나라의 경우 불법행위의 피해자와 가해자간에 특별한 법률관계가 있을 것을 요구하는 것도 아니며, 미국의 경우처럼 복잡하게 우회하여야 하는 불편함도 없다.<sup>110)</sup>

105) 편집대표 곽윤직, 『민법주해[XVIII] 채권(11)』, 박영사, 2005, 제134면(서광민 집필).

106) 소성규, 「책임법상 과실법리에 관한 연구」, 박사학위논문, 한양대학교 대학원 법학과, 1995, 제52면.

107) 종래 진료계약상 주의의무의 내용에 대하여 결과예견의무설과 결과회피의무설 간에 견해대립이 있었으나, 현재는 위법한 결과발생의 사실적 가능성에 대한 합리적인 예견가능성을 전제로 하는 예견의무와 그 결과 발생을 저지함에 적절한 조치를 강구할 회피의무라는 두 가지 의무의 이중구조로 되어 있다고 보는 것이 일반적이고(박권수, 전제논문, 제60면; 석희태, “의료과실 판단 기준에 관한 최근 학설·판례의 동향”, 『의료법학』, 창간호, 대한의료법학회, 2000, 제330면; 최재천·박영호, 『의료과실과 의료소송』, 육법사, 2002, 제266면; 吉村良一, 『不法行爲法』, 第3版, 有斐閣, 2005, 제66면), 대법원 1984.6.12. 선고 82도3199 판결 이래 대법원이 일관되게 적용하여 온 의료과오 소송에 있어서의 주의의무 내용이기도 하다. 다만, 의료과오소송의 경우 대부분은 규범적으로 요구되는 행위패턴에 위반하였다는 점이 바로 과실로 평가된다(吉村良一, 전제서, 제66면; 澤井裕, 『テキストブック 事務管理·不當利得·不法行爲』, 第3版, 有斐閣, 2001, 제176면).

108) 임광주, “과실은 주의의무위반?”, 『저스티스』, 통권80호, 2004, 제59면.

109) Tarasoff 판결 전후의 전개과정도 어찌 보면 당초 입원환자 타해사고에 대하여만 인정되던 정신과 의료과오책임을 병원 밖 제3자에게로 확장해 가는 긴 여정이었다고 보인다.

110) 고의 없는 행위를 한 가해자에게 책임을 지우기 위해서는 과실 뿐만 아니라 그 피해자에 대한 특별한 주의의무를 요구하는 점은 영미법만이 가지는 독특한 특색이다(자

다음으로 위법성의 문제가 있기는 하지만, 위법에는 실정법 위반만이 아니라 실질적인 의미에서의 위법 즉 법질서 위반행위(법규에 직접 위반하지는 않더라도 사회적으로 보아 허용되지 않는 행위)도 포함되는 것이고,<sup>111)</sup> 실제 주의의무 위반 여부의 판단에 있어 위법성 요건이 함께 고려하여 주의의무위반이 있는 경우 위법성은 따로 문제 삼고 있지 않으므로,<sup>112)</sup> 별도로 문제될 것이 없다.<sup>113)</sup> 즉, 진료계약에 정신질환자가 타해행위를 막을 의무가 포함되어 있는 것이고, 이를 지키는 것이 지금의 우리 사회가 요구하는 규범수준이라고 보아도 무리가 없다는 것이다.

직접적인 근거규정이라고 하기는 어렵지만, 책임인정의 단서가 될 만한 실정법상의 규정들은 여럿 있다. 즉, 감염병의 관리 및 예방에 관한 법률 제11조 (의사 등의 신고) 제1항은 “감염병환자 등을 진단한 의사나 한의사는 소속 의료기관의 장에게 보고하여야 하고, 해당 환자와 그 동거인에게

세한 것은 콘라드 츠바이게르트·하인 쿠퍼(양창수 역), 『비교사법제도론』, 대광문화사, 1994, 제493~511면 참조].

물론 인과관계를 한없이 확장해 나갈 수는 없는 것이기 때문에 손해와 정신과의사의 거리가 멀수록 책임추급이 어려워 질 것임은 두말할 나위가 없다. 미국 판결들은 이 문제를 정신과의사와 제3자와 사이에 계약관계 혹은 계약관계에 비견할 만한 특별한 법률관계가 있는지 문제의 국면과 손해가 주의의무위반과 상당인과관계에 있는지 여부에 있어 피해자의 가해자로부터 위격의 정도(remoteness)를 고려하는 국면에서 이중으로 고려하는 것이 아닌가 생각된다.

앞서 본 우리나라 하급심 판결들은 진료계약 속에 정신과의사의 피해환자에 대한 보호의무가 포함되어 있는 것으로 판단하고 있는데, 병원 밖의 제3자와의 관계에 있어서는 어떤 식으로 이론구성을 할 것인지 앞으로 추이를 지켜봐야 할 것 같다.

- 111) 곽윤직, 『채권각론』, 재전정판, 박영사, 1992, 제649면 이하; 편집대표 곽윤직, 『민법주해(XVIII) 채권(11)』, 박영사, 2005, 제206면 이하(이상훈 집필); 편집대표 박준서, 『주석민법 채권각칙(8)』, 제3판, 한국사법행정학회, 2000, 122면(박영식 집필).
- 112) 이은영, “불법행위법에서의 주의의무(상)”, 『판례월보』, 제190호, 1986, 제17면 이하; 이은영, “불법행위법에서의 주의의무(하)”, 『판례월보』, 제191호, 1986, 제33면 이하. 일본의 판결들도 양 요건을 따로 판단하기 보다는 일방의 요건만을 가지고 배상책임 유무를 판단하는 경우가 많다고 한다(吉村良一, 전게서, 제80면).
- 113) 원래 과실은 행위의 위법성을 전제로 하는 것이어서 과실과 위법성의 범주는 서로 중첩되기 마련인데, 이를 구분하는 것은 19세기 독일 법학의 역사적인 소산이라고 한다(박주현, “의료과오소송에 있어서 과실과 인과관계의 인정에 관하여”, 『의료법학』, 제7권 2호, 2007, 제181면). 근자에는 양자의 근접, 교차를 인정하여 양 요건을 통합하여 이해하려는 견해가 힘을 얻어가는 가운데, 그럼에도 불구하고 양 요건의 구분을 유지하여야 한다는 견해도 상당한 모양이다(吉村良一, 전게서, 제80면).

보건복지가족부장관이 정하는 감염 방지 방법 등을 지도하여야 한다”고 규정하고 있고, 후천성면역결핍증예방법 제5조 (의사 또는 의료기관등의 신고) 제1항도 “감염인을 진단하거나 감염인의 사체를 검안한 의사 또는 의료기관은 보건복지부령으로 정하는 바에 따라 즉시 진단·검안사실을 관할 보건소장에게 신고하고, 감염인과 그 배우자(사실혼 포함) 및 성 접촉자에게 후천성면역결핍증의 전파방지에 관하여 필요한 사항을 알리고 이를 준수하도록 지도하여야 한다”고 규정하고 있으며, 가축전염병예방법 제11조 (죽거나 병든 가축의 신고) 제1항도 “가축의 전염성질병에 걸렸거나 걸렸다고 믿을 만한 역학조사·정밀검사 결과나 임상증상이 있는 가축을 검안한 수의사에게 사체의 소재지를 관할하는 특별자치도지사·시장·구청장·읍장 또는 면장에게 신고하여야 한다”고 규정하고 있으며, 정신보건법 제38조 (무단으로 퇴원 등을 한 자에 대한 조치) 제1항은 “정신의료기관 등의 장은 입원 등을 하고 있는 정신질환자로서 자신 또는 타인을 해할 위험이 있는 자가 무단으로 퇴원 등을 하여 그 행방을 알 수 없는 때에는 관할경찰서장 또는 자치경찰기구를 설치한 제주특별자치도지사에게 다음의 사항을 통지하여 탐색을 요청할 수 있다”고 규정하고 있는 것이다.

따라서 정신과의사에게 주의의무위반이 있는 한 즉, 타해행위를 예견하였거나 혹은 예견가능한 상황이었고 그 손해가 회피가능한 것이었다면, 피해자로서는 민법 제750조(혹은 제756조)에 기하여 정신질환자의 타해사고에 대해 정신과의사를 상대로 책임을 추궁하는데 특별한 문제는 없다<sup>114)</sup>고 생각한다.<sup>115)</sup> 이는 정신과의사의 감독의무위반과 환자의 가해행위 사이에 인

114) 다만 이득환, 전계논문, 제135면의 주 376은 일본의 정신보건복지법 39조 1항이 소정의 사항을 통지하고 수색을 요청해야 한다고 하여 강행규정으로 한 것과 달리, 우리 정신보건법 제38조가 임의규정인 것을 이유로(일본과 달리 임의규정으로 한 이유를 확인할 수 있는 입법자료를 찾아 볼 수 없어 불분명하기는 하지만, 처음 도입하면서 바로 강행규정으로 할 경우 예측 못한 문제가 생길지 모른다고 하여 일단 임의규정 형태로 도입한 것이 아닐까 추측된다), 이러한 사례의 경우 정신의료기관의 책임을 인정할 수 없다고 하는데, 단순히 고지의무위반의 책임을 물을 수 없다는 것인지 손해배상 책임을 부담할 여지가 전혀 없다는 것인지는 분명하지 않다.

115) 이재경, 전계논문, 제237면은, 민법 750조의 일반불법행위책임을 인정하는 경우 민법

과관계가 인정되는 경우에 한해 민법 제750조의 일반불법행위책임을 물을 수 있다고 보는 접근방법이다.<sup>116)</sup> 즉, 진료계약에 의해 타해의 위험이 있는 정신질환자에 대한 의료 및 보호를 인수함으로써, 일반 제3자와의 관계에 있어서 정신질환자에 대한 감독의무가 생긴다고 보는 것이다.<sup>117)</sup> 감독의무자에 갈음하여 무능력자를 감독하는 자에 대하여 무능력자가 제3자에게 가한 손해에 대한 배상책임을 규정한 민법 제755조 제2항을 근거로 할 수도 있음은 물론이다.<sup>118)119)</sup> 우리 민법과 크게 다르지 않은 손해배상법 규정을 가지

755조 2항에 의하여 대리감독자로서 정신의료기관의 책임을 인정하는 경우와 달리 책임능력 유무와 상관없이 정신의료기관의 책임을 물을 수 있어서 피해자보호의 측면에서 바람직하고, 감독의무가 적용되는 범위가 비교적 넓게 인정되는 관계로 정신의료기관 내부에서 가해행위를 한 경우뿐만 아니라 외부에서 가해행위를 한 경우에도 정신의료기관의 책임을 폭넓게 인정할 수 있는 장점이 있다고 한다.

116) 아마 이쯤에서 가해자의 과실과 손해사이의 거리가 책임을 인정하기에는 너무 먼 것이 아니냐는 반론이 있을 수 있다. 타당한 주장이다. 미국의 경우도 그랬었고(콘라드 츠바이게르트·하인 쾨츠(양창수 역), 『비교사법제도론』, 대광문화사, 1994, 제502면 이하), 예링조차도 계약외적인 관계에서 누군가에 대하여 고의와 같이 중과실을 이유로 해서도 책임이 부과될 수 있다면 선의일지라도 중과실이 있으면 그로 인하여 야기된 손해를 배상할 책임을 부담하게 된다는 말이 되어 사회생활과 거래에 채찍이 될 것이라며 강력이 반대하였었기 때문이다(콘라드 츠바이게르트·하인 쾨츠(양창수 역), 전게서, 제482~483면). 그럼에도 불구하고 오로지 이성에 기초한 법의 이념에 의한 영향으로 입법자가 역사적으로 인정되어 온 특별구성요건들과 완전히 결별한 곳에서 불법행위법상의 일반조항이 널리 인정되기에 이르렀고, 그것이 우리가 보는 민법 750조인 점을 감안하여 보면, 이 같은 이론구성에 무슨 문제가 없음도 인정하게 될 것이다. 불법행위법의 기능은 셀 수 없을 정도로 많은 손해사건들 중에서 피해자가 자신에게 발생한 손해를 타인에게 전가시킬 수 있는 경우들을 추출해 내는데 있는 것이고, 지금까지 사건이 되지 못했던 경우에도 손해배상의무를 인정함으로써 불법행위법을 경제적 그리고 사회적 상황의 변화에 적응시키는 법원의 권능에 대해서는 특별히 이견이 없을 것이기 때문이다(콘라드 츠바이게르트·하인 쾨츠(양창수 역), 전게서, 제485, 491면). 바꾸어 말하면 손해의 확정 및 그 범위에 관한 법관의 법형성의 재량영역이 상대적으로 굉장히 크다는 것이다.

117) 飯塚和之, 전게논문, 제251면은 정신질환자에 대한 감독의무와 피해자인 제3자에 대한 보호의무가 같은 것으로 이해한다.

118) 편집대표 곽윤직, 『민법주해(XVIII) 채권(11)』, 박영사, 2005, 제474면(유원규 집필); 편집대표 박준서, 『주석민법 채권각칙(8)』, 제3판, 한국사법행정학회, 2000, 제397면(김오수 집필); 飯塚和之, “精神患者の自殺と醫療側の責任”, 『醫療法學』, 4, 1987, 제164면.

이에 대하여 辻 伸行, 전게논문, 제174면은 본래 일본 민법 714조 2항(우리민법 755조 2항)의 감독의무자·대리감독자 책임의 취지는 가장이 가족공동체 구성원의 불법행위에 대해 절대적 책임을 지는 게르만법의 단체주의적 책임에서 유래한 것이었으나, 감독의무 위반이 없었다는 점을 증명하는 경우 면책을 인정함으로써 근대법의 자기책임

고 있는 앞서 본 일본의 판례들의 태도도 마찬가지로 보인다.<sup>120)121)</sup>

나아가 고지의무를 이행한 경우에는 비밀누설금지 의무(의료법 제19조) 위반책임을 부담하지 않음은 다언을 요하지 않는다. 참고로 민사소송법 제315조는 의료인이거나 의료인이었던 사람이 직무상 비밀에 속하는 사항에 대하여 신문을 받을 때에 해당하면 증언을 거부할 수 있으나, 비밀을 지킬 의무가 면제된 경우에는 그렇지 않다고 규정하고 있고, 형사소송법 제149조도 본인의 승낙이 있는 경우뿐만 아니라 중대한 공익상의 필요가 있을 경우 의사로 하여금 업무상 알게 된 타인의 비밀에 관하여 증언할 수 있도록 하고 있다.<sup>122)</sup>

### (3) 정신질환자의 병원 밖 타해행위에 대하여 정신과의사의 책임을 인정

주 의와 조화를 이루게 된 것이고, 따라서 이 같은 감독자책임의 취지에 비추어 의료기관과 의사는 대리감독자가 아니라고 한다. 한편 정신과의사를 민법 755조 2항의 대리감독자에 해당한다고 보는 국내의 견해들은 아마도 我妻榮의 사실상 감독자론(同, 『債權各論』, 中卷 二, 岩波書店, 1962, 제447면)의 영향을 받은 것이 아닌가 싶은데, 飯塚和之는 이를 전쟁 전의 가족제도 하에서 가족단체의 책임을 묻기 위해 고안된 것으로 이해한다(同, 『精神患者の自殺と醫療側の責任』, 『醫療法學』, 4, 1987, 제148면).

119) 이 경우 학교장의 대리감독자 책임에 관한 대법원 1993. 2. 12. 선고 92다13646 판결 등의 이론 즉, “학교의 교장이나 교사의 학생에 대한 보호감독의무는 교육법에 따라 학생을 친권자 등 법정 감독의무자에 대신하여 감독을 하여야 하는 의무로서 학교 내에서의 학생의 전 생활관계에 미치는 것이 아니고 학교에서의 교육활동 및 이와 밀접 불가분의 관계에 있는 생활관계에 한하며, 그 의무 범위 내의 생활관계라고 하더라도 사고가 학교생활에서 통상 발생할 수 있다고 하는 것이 예측되거나 또는 예견가능성(사고발생의 구체적 위험성)이 있는 경우에 한하여 교장이나 교사는 보호감독의무위반에 대한 책임을 진다”는 이론이 상당부분 도움이 될 것으로 생각된다.

120) 일본의 실무는 민법 714조 2항(우리민법 755조 2항)보다 민법 709조(우리민법 750조)나 민법 715조(우리민법 756조)를 주로 적용한다고 한다(辻 伸行, “精神障害者による殺傷事故および自殺と損害賠償責任(4)”, 『判例時報』, 1558號, 1996, 제174~175면). 辻 伸行, 전계논문, 제166면은 민법 714조 2항에 의하게 되면 가해자인 환자에게 책임능력이 없다는 점을 원고가 입증하여야 하는데 원고로서는 이를 피하고 싶어 할 것이라는 점, 대리감독자가 담당 정신과의사를 가리키는지 병원을 가리키는 것인지 불분명한 점, 민법 714조 2항에 의하여 과실 없음 입증할 책임이 피고에게 넘어가지는 하지만 정신과의사에게는 진료에 관한 광범한 재량이 인정되는 관계로 원고로서는 유리한 결과를 기대하기 곤란하다는 점 등이 그 이유가 되었을 것으로 추측한다.

121) 타해사고에 대한 책임구성에 관한 자세한 논의는, 이재경, 전계논문, 제216면 이하 참조.

122) 민성길 외, 전계서, 제806면도 환자가 타인을 해치려는 위험이 있을 때 즉, 잠재적 피해자에게 경고하여야 할 때는 보호의무에 비추어 비밀을 지키지 않아도 된다고 서술하고 있다. 그 밖에 이와 관련한 자세한 논의는 신현호, 『의료소송론』, 육법사, 1997, 제184면 이하; 최재천·박영호, 전계서, 제200면 이하 참조.

한다고 하여 특별히 문제가 되는 것도 물론 아니다. Tarasoff 판결 때문에 책임회피적 진료행위(문제될 만한 질문을 아예 처음부터 하지 않는다거나 입원치료를 선호하고, 퇴원을 꺼리며, 개방적 치료방법 적용에 소극적인 것 등), 잦은 불필요한 검사로 인한 의료비 상승, 진료기록 부실 기재 등 방어적 진료 행태가 나타나고 있다는 문제제기도 있고,<sup>123)</sup> 정신과의사들 쪽에서는 “법원이 정신질환자의 위험성이 상당히 정확하게 예측가능하다, 대부분의 정신과의사들이 보험에 가입하였음을 이유로 손해가 발생하였기만 하면 정신과의사의 과실유무에 상관없이 책임을 인정하려 든다, 정신질환자의 퇴원에 소극적인 태도를 보이고 입원치료를 선호하게 만들어 정신과 진료에 지대한 영향을 미칠 것이다”라고 주장하며 강하게 반발하였지만,<sup>124)</sup> 그 후의 상황을 보면 당초 정신과의사들이 우려했던 바와 다르게, 타해방지의무 위반사건이 자살, 정신질환자에 대한 성폭행, 약물 관련사고, 퇴원 조치상의 과실사고에 비하여 훨씬 적은 수를 나타내고 있고, 그간의 논란과는 상관없이 타해방지를 위한 고지의무는 이제 정신과의사들 사이에서도 당연한 것으로 받아들여지고 있으며, 판결이나 법령들(가령 인디애나,<sup>125)</sup> 켄터키<sup>126)</sup>)도 피해자가 특정되었거나 합리적으로 예측 가능한 경

123) Richard J. Bonnie, “Professional Liability and the Quality of Mental Health Care”, 16 Law, Medicine and Health Care 229(1988), 234.

124) Joseph T. Smith, 전계서, 제360~361면.

125) IC 34-30-16-1

Sec. 1. A mental health service provider is immune from civil liability to persons other than the patient for failing to:

(1) predict; or

(2) warn or take precautions to protect from;

a patient's violent behavior unless the patient has communicated to the provider of mental health services an actual threat of physical violence or other means of harm against a reasonably identifiable victim or victims, or evidences conduct or makes statements indicating an imminent danger that the patient will use physical violence or use other means to cause serious personal injury or death to others.

126) KRS § 202A.400

(1) No monetary liability and no cause of action shall arise against any mental health professional for failing to predict, warn of or take precautions to provide protection from a patient's violent behavior, unless the patient has communicated to the mental health

우에 한하여 책임을 인정하는 쪽으로 가닥을 잡아가고 있다고 한다.<sup>127)</sup>

professional an actual threat of physical violence against a clearly identified or reasonably identifiable victim, or unless the patient has communicated to the mental health professional an actual threat of some specific violent act. (고지의무의 발생)

- (2) The duty to warn of or to take reasonable precautions to provide protection from violent behavior arises only under the limited circumstances specified in subsection (1) of this section. The duty to warn a clearly or reasonably identifiable victim shall be discharged by the mental health professional if reasonable efforts are made to communicate the threat to the victim, and to notify the police department closest to the patient's and the victim's residence of the threat of violence. When the patient has communicated to the mental health professional an actual threat of some specific violent act and no particular victim is identifiable, the duty to warn has been discharged if reasonable efforts are made to communicate the threat to law enforcement authorities. The duty to take reasonable precaution to provide protection from violent behavior shall be satisfied if reasonable efforts are made to seek civil commitment of the patient under this chapter. (고지의무위반에 대한 면책)
- (3) No monetary liability and no cause of action shall arise against any mental health professional for confidences disclosed to third parties in an effort to discharge a duty arising under subsection (1) of this section according to the provisions of subsection (2) of this section. (비밀누설금지위반에 대한 면책)
- (4) For purposes of this section, "mental health professional" means:
- (a) A physician licensed under the laws of Kentucky to practice medicine or osteopathy, or a medical officer of the government of the United States while engaged in conducting mental health services;
  - (b) A psychiatrist licensed under the laws of Kentucky to practice medicine or osteopathy, or a medical officer of the government of the United States engaged in conducting mental health services;
  - (c) A psychologist, a psychological practitioner, a certified psychologist, or a psychological associate, licensed under the provisions of KRS Chapter 319;
  - (d) A registered nurse licensed under the provisions of KRS Chapter 314 engaged in providing mental health services;
  - (e) A licensed clinical social worker licensed under the provisions of KRS 335.100, or a certified social worker licensed under the provisions of KRS 335.080 engaged in providing mental health services;
  - (f) A marriage and family therapist licensed under the provisions of KRS 335.300 to 335.399 engaged in providing mental health services;
  - (g) A professional counselor credentialed under the provisions of KRS Chapter 335.500 to 335.599 engaged in providing mental health services;
  - (h) An art therapist certified under KRS 309.130 engaged in providing mental health services; or
  - (i) A fee-based pastoral counselor certified under the provisions of KRS 335.600 to 335.699 engaged in providing mental health services (고지의무위반책임을 지는 정신과의사의 범위).

127) Robert I. Simon, Robert I. Sadoff, 전계서, 제211면.

그리고 실제로 아직은 입원환자의 경우에 한한 것이기는 하지만, 우리나라에도 정신질환자의 타해행위로 인한 손해배상소송이 제기되고 있는 것이 현실이다. 앞서 본 대구지방법원 서부지원 2009. 3. 26. 선고 2007가단 6189 판결의 이유를 들여다 보면, 위에서 본 일본, 미국, 독일에서의 논의의 결과를 그대로 고스란히 남아 놓은 것 같아 그저 놀라울 따름이다.

(3) 일본과 미국의 사례를 종합하여 개략적으로 보면, 입원환자의 입원환자에 대한 타해사고의 경우 가까운 거리에 있는 관계로 예견가능성과 회피가능성이 높아 상대적으로 정신과의료 측의 책임인정이 쉬울 것 같고, 외래환자의 경우는 타해의사가 명백하고 피해자가 특정되었거나 쉽게 특정할 수 있는 경우처럼 명백하고 현존하는 위험이 있지 않는 한 책임인정이 쉽지는 않을 것이라고 생각된다. 즉 입원환자와 외래환자 사이에 다소 다른 법리를 적용하는 쪽으로 판례가 발달할 것이라는 것이다. 미국의 일부 판결들처럼 공중일반에 대한 고지의무까지 부과하는 것은 거의 결과책임을 지우는 것으로서 법익균형상 지나치기 때문이다. 외래치료를 선택한 것이 개방화치료가 치료에 합당하다는 판단 등 정신과의사의 합리적인 재량의 범위 내인 경우는 그것이 명백히 합리성을 결한 것이 아닌 한 더욱 그러할 것이다.<sup>128)</sup> 여기에는 눈에 보이지 않는 정신영역이 치료의 대상인 점을 더하여 보면 책임추급이 만만치 않을 것임은 쉽게 짐작하여 볼 수 있다.<sup>129)</sup>

한편 타해의 위험이 명백하고 클수록 예견가능성은 높아질 것이고, 피해자가 특정되었거나 쉽게 특정할 수 있을수록 회피가능성은 높아질 것이라고 얘기할 수 있을 것이므로 입증에 있어 이 점을 충분히 감안해야 할 것이

128) 가장 논란의 대상이 될 만한 부분이 외래치료 중의 정신질환자가 타해행위를 한 경우일 것이다. 정신과의사의 책임이 문제가 되는 경우는 정신질환자를 퇴원시키지 않아야 했음에도 퇴원시키고 외래치료를 받도록 한 경우와 입원치료를 받아야 마땅한 경우임에도 외래치료방법을 선택한 경우일 것인데, 치료방법의 선택은 의사의 재량에 맡겨진 것이기 때문에 그 재량의 범위를 현저하게 일탈한 경우가 아닌 한 실제로 정신과의사의 과실을 인정하기는 쉽지 않을 것이다(辻 伸行, 『精神科醫療事故と法』, 『民事法と精神醫學』, 中山書店, 2005, 제171~172면).

129) 미국에 비해 일본이 책임 인정에 다소 엄격하다는 느낌이 드는데, 이는 아마도 미국의 경우 상대적으로 보험제도가 잘 발달해 있기 때문일 것이다.

다. 따라서 예견가능성이 높았다는 점에 대한 객관적인 자료가 있다면 회피가능성에 대한 입증을 지나치게 요구할 것은 아니라고 본다.

## 2. 정신질환자의 폭력성에 영향을 미치는 사회적 위험요소

### 가. 정신질환과 폭력성

정신질환자는 일반인보다 폭력의 빈도가 높는데, 특히 망상형 정신분열, 긴장성 흥분, 경계형 인격장애, 반사회적 인격장애, 섬망, 치매 등에서 폭력의 빈도가 높다고 한다. 폭력 또는 공격성이 흔히 관련되는 정신과적 장애는 아래와 같다.<sup>130)</sup>

#### 【공격성과 관련된 DSM-IV-TR진단】

- 정신지체
- 주의력결핍·과다활동장애
- 행실장애
- 인지장애
- 섬망
- 치매
- 정신병적장애
- 정신분열병
- 특별히 분류되지 않는 정신병적 장애
- 기분장애
- 일반적·의학적 상태에 의한 기분장애
- 물질로 유발된 기분장애
- 간헐적 폭발성 장애
- 적응장애, 행실장애가 있는 것
- 인격장애
- 편집성 인격장애
- 반사회적 인격장애
- 경계성 인격장애
- 자기애성 인격장애

130) 민성길 외, 전계서, 제779~780면.

## 나. 정신질환자의 폭력성에 영향을 미치는 사회적 위험요소

Robert I. Simon, Robert I. Sadoff는 정신질환자의 타해행위 관련된 사회적 위험요소로 아래의 것들을 들고 있는데,<sup>131)</sup> 실제로 자살을 시도하였거나 자상, 타해행위를 한 적이 있는지, 그 횟수는 어느 정도인지 등이 가장 무겁게 고려되어야 할 요소가 아닐까 싶다.<sup>132)</sup>

〈표 7-1〉 정신질환자의 폭력성에 영향을 미치는 사회적 위험요소

요 소	폭력성과의 관련성
폭력 전과	과거의 폭력전과와 횟수는 장래의 폭력성과 직결
나이	젊음과 폭력행위와는 직접적인 연관관계가 있음
처음 폭력성향을 나타낸 나이	젊은 나이에 폭력성향이 나타나기 시작한 경우 폭력행위로 나갈 가능성이 커짐
성별	남자가 여자보다 높음
인종	흑인이 다른 인종에 비해 높음(논란 있음)
사회경제적 지위와 고용안정성	낮을수록 위험은 커짐
마약, 알코올중독	상관관계 있음
가정환경	안정적일수록 낮아짐
친구관계	나쁠수록 높아짐
피해자와의 거리	과거 피해를 가하였던 피해자가 가까운 곳에 있을 경우 위해의 가능성이 더 커짐
알코올, 무기와의 접근성	알코올중독의 정도가 심할수록, 무기와의 접근성이 좋을수록 위험은 커짐

131) Robert I. Simon, Robert I. Sadoff, 전계서, 제202면. 생물학적으로는 테스토스테론 등 일부 호르몬과 신경전달물질이, 정신사회적으로는 좌절, 소외, 차별, 학대, 멸시, 공해 등이 폭력성의 원인이라고 지적되고 있다고 한다(민성길 외, 전계서, 제779면 참조).

132) 자살의 예견가능성을 추인하게 하여 주는 구체적인 정황들로서는 자살 염려나 망상의 표현, 자살 시도 병력의 유무 및 빈도, 자살 시도를 이유로 한 입원인지 여부, 우울 증 환자의 경우 그 초기이거나 회복기인지 여부, 공격적 성향 및 자해행위 등 평소와 다른 일탈행위 유무, 병에 관한 자기인식의 유무, 치료에 대한 희망의 유무나 강약 등을 들 수 있는데(손홍수, 전계논문, 제68~69면), 이는 타해행위의 예견가능성을 추인하게 해 주는 정황으로서도 유효할 것이다. 폭력성이 안으로 향한 것이 자살이라면, 밖으로 향한 것이 타해행위이기 때문이다.

### 3. 면책을 위하여 정신과 의사가 취하여야 할 구체적인 조치들

기본적으로 잠재적으로 위험에 처할 수도 있는 제3자를 포함한 공공의 이익과 그것이 정신과 진료에 미치는 영향, 위험이 절박한 정도, 피해자의 특정과 접촉 가능성 등을 종합적으로 고려하여 구체적인 사안에 따라 과연 그 조치가 임상치료의 수준에서 객관적으로 봤을 때 합리적인지 사후에 개별적으로 판단될 것이어서, 논자에 따라 민사구금절차, 가족 등 가까운 지인들과의 협의 등 다양한 방안이 제시되고 있으나, Robert I. Simon, Robert I. Sadoff가 제시하는 다음의 방안들이 참고할 만하다.

즉 (1) 환자의 병력 확인을 철저히 하고, 환자의 현 상태를 확인할 수 있도록 중간 중간에 검사를 실시하며, 기존의 진료방법에 얽매이지 않는다, (2) 전화를 포함하여 환자와의 접촉을 늘린다, (3) 적절한 투약을 실시하고, 만약 복약 중이라면 환자의 증상에 비추어 복용량이 적정한지도 검토한다, (4) 정신질환자와 타해행위를 하였을 경우의 결과에 대하여 허심탄회하게 얘기하고, 위해사고의 저변에 깔린 동기를 찾아내 치료한다, (4) 폭력성이 음주 등 특정원인과 관련이 있는 경우 그 부분에 대한 치료를 병행한다, (5) 입원치료가 타해행위 방지에 가장 적절한 방안임을 설명하여 자발적인 입원치료를 받도록 유도한다, (6) 무기류 등을 경찰 등에게 맡기도록 요청한다, (7) 정신과 의사로서 책임을 면하려면 비밀을 끝까지 지키지 못할 수도 있음을 솔직하게 털어 놓는다, (8) 잠재적인 피해자를 치료과정에 끌어들여 문제를 해결하는 방안을 모색한다(단 이 방법은 미묘한 부분이 있으므로 주의를 요한다). (9) 환자가 자발적인 입원을 거부하고 병원으로서도 더 이상 붙들어 둘 수 없는 상황이면 민사구금절차를 이용한다, (10) 위험이 급박하고 민사구금절차로 구금하는 것이 곤란할 경우 피해자와 가장 가까운 경찰관서에 연락한다, (11) 경찰관서와의 연락이 실효가 없을 것으로 판단되고 피해자가 특정되며 연락이 가능하면 피해자에게 직접 연락한다는 것이다.

다만 이들 방안은 상호배타적인 것은 아니고, 동시에 고려되어야 할 것들이다.<sup>133)</sup> 위험이 급박할수록 더 강압적이고 공격적인 조치가 취하여야 하고, 피해자가 특정되면 그를 보호하는데 중점이 두어져야 함은 당연하다. 현실적으로 가장 곤혹스러운 때는 위험은 큰데 피해자가 특정 안 되는 경우일 것이다.

## VIII. 맺는 말

인터넷YTN 2009. 8. 20.자는 전날 공개된 조승희의 교내 정신과 진료기록에 2005년 두 차례 정신과치료사와 상담하면서 자살의사를 표명했지만 하룻밤을 정신병원에서 보낸 후 자신의 발언은 농담이었다고 하면서 자신을 해할 이유가 전혀 없고 절대 그렇게 하지 않을 것이라고 말한 것으로 기록돼 있다고 보도하고 있고, Findlaw.com에 실린 기사는 2005. 12. 13. 조승희가 정신질환으로 자신을 해할 위험이 커 Virginia Special Justice인 Paul Barnett로부터 정신과 외래치료 등 법원이 명하는 치료를 받을 것을 명받아 이를 성실히 이행하였다고 하고 있으며, 인터넷 ABA Journal 2010. 1. 13.자는 순회판사(Circuit Judge)인 William Alexander가 피고들의 정부면책이론(sovereign immunity doctrine)에 기한 주장을 받아들이지 않고 고지의무위반여부가 문제된 앞서 본 손해배상청구사건의 심리절차를 계속 진행할 것을 명하였다고 보도하고 있다.<sup>134)</sup>

필자는 이제까지 알려진 것 이외에 특별히 의미 있는 다른 증거가 나타나지 않는다면 피고들이 적어도 고지(보호)의무위반의 책임을 부담하지는

133) Robert I. Simon, Robert I. Sadoff, 전게서, 제195~196면.

134) 이상의 자료는 2010. 3. 6. 인터넷 검색을 한 결과다. 미국에서는 원래 가해자가 자국민이 아님을 분명하게 하기 위해 한국식인 'Cho Seung-Hui'라고 표기하여 오다가 최근 인종차별적인 요소가 있다고 하여 미국식인 'Seung-Hui Cho'로 표기하기로 하였다 고 한다. 검색어 입력 시 참고하기 바란다.

않을 것이라고 생각한다. 앞서 본 대로 자살의사를 표명하였을 뿐인 경우에는 고지의무를 부담하지 않는다고 하는 것이고, 진료와 타해사고와의 간격도 2년여 상당이어서 상당히 긴 편이며, 진료기록상 특정된 피해자가 있었던 것도 아니고, 타해행위의 예견가능성을 인정할 만한 내용도 없기 때문이다. 관심을 가지고 결과를 지켜 볼 일이다.

**주제어** : 정신질환, 타해사고, 의료과오책임, 손해배상, 피해자 특정, 예견가능성, 정신질환 현황, 정신과 의료사고 현황, 정신과 의사, 고지의무, 보호의무, 책임근거, 면책

[ 참 고 문 헌 ]

1. 국내문헌

- 곽윤직(편집대표), 『민법주해[XVIII] 채권(11)』, 박영사, 2005.
- 곽윤직, 『채권각론』, 재진정판, 박영사, 1992.
- 김선정, “상법 제732조 개정안에 대한 검토”, 『보험학회지』, 제78집, 한국보험학회, 2007.
- 민성길 외, 『최신 정신의학』, 제5판, 일조각, 2009.
- 박권수, 「정신과영역에서의 의료과오와 민사책임에 관한 연구」, 석사학위논문, 배재대학교 법무대학원, 2002.
- 박주현, “의료과오소송에 있어서 과실과 인과관계의 인정에 관하여”, 『의료법학』, 7권 2호, 2007.
- 박준서(편집대표), 『주석민법 채권각칙(6)』, 제3판, 한국사법행정학회, 2000.
- 박준서(편집대표), 『주석민법 채권각칙(8)』, 제3판, 한국사법행정학회, 2000.
- 박형민, 『살인범죄의 실태에 관한 연구(II)』, 한국형사정책연구원, 2003.
- 석희태, “의료과실 판단 기준에 관한 최근 학설·판례의 동향”, 『의료법학』, 창간호, 대한의료법학회, 2000.
- 소성규, 「책임법상 과실법리에 관한 연구」, 박사학위논문, 한양대학교 대학원 법학과, 1995.
- 손홍수, “정신질환자의 자살과 의료과오책임”, 『의료법학』, 7권 2호, 대한의료법학회, 2006.
- 신현호, 『의료소송총론』, 육법사, 1997.
- 양창수 譯(콘라드 츠바이게르트·하인 쿨츠), 『비교사법제도론』, 대광문화사, 1994.
- 이득환, 「정신의료에 대한 민사법적 고찰」, 박사학위논문, 경북대학교 대학원 법학과, 2009.
- 이은영, “불법행위법에서의 주의의무(상)”, 『판례월보』, 190호, 1986.
- \_\_\_\_\_, “불법행위법에서의 주의의무(하)”, 『판례월보』, 191호, 1986.
- \_\_\_\_\_, 『채권각론』, 제3판, 박영사, 2001.
- 이재경, 「정신의료의 법률관계와 손해배상에 관한 연구」, 박사학위논문, 성균관대학교 대학원 법학과, 2009.

임광주, “과실은 주의의무위반?”, 『저스티스』, 통권 80호, 한국법학원, 2004.  
최재천·박영호, 『의료과실과 의료소송』, 육법사, 2002.

## 2. 외국문헌

- 吉村良一, 『不法行爲法』, 第3版, 有斐閣, 2005.
- 飯塚和之, “精神醫療と法”, 『법학연구』, 7권 1호, 충북대학교, 1995.
- \_\_\_\_\_, “精神疾患者の自殺と醫療側の責任”, 『醫療法學』, 4, 1987.
- 分島徹, 佐々木龍一, “精神科醫療事故とその實態: 精神科醫療の立場から”, 『民事法と精神醫學』, 中山書店, 2005.
- 松岡浩, “精神科病院における若干の事例類型に関する考察”, 『民事法と精神醫學』, 中山書店, 2005.
- 辻伸行, “精神科醫療事故と法”, 『民事法と精神醫學』, 中山書店, 2005.
- \_\_\_\_\_, “精神科患者の自傷他害事故”, 太田幸夫 編, 『新·裁判實務大系1 醫療過誤訴訟法』, 青林書院, 2000.
- \_\_\_\_\_, “精神障害者による殺傷事故および自殺と損害賠償責任(4)”, 『判例時報』, 1558號, 1996.
- 我妻榮, 『債權各論』, 中卷 二, 岩波書店, 1962.
- 澤井裕, 『テキストブック 事務管理·不當利得·不法行爲』, 第3版, 有斐閣, 2001.
- Bongar Bruce. The Suicidal Patient: Clinical And Legal Standards Of Care, American Psychiatric Press, 1991.
- Christopher Slobogin, Arti Rai, Ralph Reisner. Law and the Mental Health System: Civil and Criminal Aspects (4th Edition), west publishing co, 2004.
- Erwin Deutsch. Medizinrecht, 4.Auflage, Springer, 1999.
- Fowler V. Harper, Posey M. Kime. “The Duty to Control the Conduct of Another”, 43 Yale L. J. 886, 1933-1934.
- Joseph T. Smith. Medical Malpractice Psychiatric Care, Wiley Law Publication, 1995.
- Lawrence E. Lifson, Robert I. Simon. The Mental Health Practitioner and the Law: A Comprehensive Handbook, Harvard University Press, 1998.

- Michael D. McCafferty. Medical malpractice: bases of liability, SHEPARD'S/McGRAW-HILL, 1985 & supplement 1989.
- Mitchell L. Posin. "Psychotherapist's Liability For Failure To Protect Third Person", 2 AMJUR POF 3d 327 (Database updated August 2009)
- Ralph Slovenko, Psychotherapy and Confidentiality, 24 Clev St L Rev 375, 392~393, 1975.
- Richard J. Bonnie. "Professional Liability and the Quality of Mental Health Care", 16 Law, Medicine and Health Care 229, 1988.
- Robert I. Simon. Clinical Psychiatry and the Law (2d Edition), American Psychiatric Press, 1991.
- Robert I. Simon, Robert I. Sadoff. Psychiatric Malpractice: Cases and Comments for Clinicians, American Psychiatric Press, 1992.
- W. Prosser. Law of Torts (4th ed), West Publishing Co, 1971.

## Psychotherapist's Liability for Failure to Protect Third Person

Heungsoo Son, judge

*Seoul High Court*

### =ABSTRACT=

Psychiatrists who treat violent or potentially violent patients may be sue for failure to control aggressive outpatients and for the discharge of violent inpatients. Psychiatrists may be sued for failing to protect society from the violent acts of their patients if it was reasonable for the psychiatrists to have known or should have known about the patient's violent tendencies and if the psychiatrists could have done something that could have safeguarded in public.

The courts of a number of jurisdictions have imposed a duty to protect the potential victims of a third party on persons or institutions with a special relationship to that party. In the landmark case of *Tarasoff v Regents of University of California*, the California Supreme Court held that the special relationship between a psychotherapist and a patient imposes on the therapist a duty to act reasonably to protect the foreseeable victims of the patient. Under *Tarasoff*, when a therapist has determined, or under applicable professional standards should determine, that a patient poses a serious threat of violence to another, he incurs an obligation to use reasonable care to protect the intended victim against such danger.

In addition to a *Tarasoff* type of action based on a duty to warn or protect foreseeable victims of psychiatric outpatients, courts have also imposed liability on mental health care providers based on their custody of patients known to have violent propensities. The legal duty in such a case has been stated to be that where the course of treatment of a mental patient involves an exercise of "control" over him by a physician who knows or should know that the patient is likely to cause bodily harm to others, an independent duty arises from that relationship and falls

on the physician to exercise that control with such reasonable care as to prevent harm to others at the hands of the patient.

After going through a period of transition, from McIntosh, Thompson and Brady case, finally, the narrow rule of requiring a specific or foreseeable threat of violence against a specific or identifiable victim is the standard threshold or trigger element in the majority of states.

Judgements on these kinds of cases are not enough yet in Korea, so that it may be too early to try find principles in these cases, however it is hardly wrong to read the same reasons of Tarasoff in the judgements of Korea district courts.

To specific, whether a psychiatric institute was liable for violent behavior toward others depends upon the patients conditions, circumstances and the extent of the danger the patients poses to others; in short, the foreseeability of a specific or identifiable victim. In this context if a patient exhibit strong violent behavior toward others, constant observation should be required. Negligence has been found not exist, however, when a patient abruptly and unexpectedly attack others or unidentifiable victim. And the standard of conduct that is required to meet the obligation of “due care” is based on what the “reasonable practitioner” would do in like circumstances. The standard is not one of excellence or superior practice; it only requires that the physician exercise that degree of skill and care that would be expected of the average qualified practitioner practicing under like circumstances. All these principles have been established in cases of the U.S.A and Japan.

In this article you can find the reasons which you can use for psychotherapist’s liability for failure to protect third person in Korea as practitioner.

Keyword : Psychotherapist’s liability for failure to protect third person, Tarasoff, Psychiatrists, Outpatients, Inpatients, Duty to warn, Duty to protect, Specific or identifiable victim, Foreseeability, Special relationship, Liability, Control, Negligence, Japan, Korea