

원저

판례분석을 통한 한의사의 설명의무에 관한 법학적 고찰

이미선¹ · 김건형² · 양기영³

¹부산대학교 한의학전문대학원

²부산대학교 한방병원 침구의학과

³부산대학교 한의학전문대학원 임상의학부

Abstract

Legal Study on the Explanatory Duty for Medical Practice in Korean Medicine by Judicial Precedent Analysis

Lee Mee-sun¹, Kim Kun-hyung² and Yang Gi-young³

¹School of Korean Medicine, Pusan National University

²Department of Acupuncture & Moxibustion Medicine, Korean Medicine Hospital,
Pusan National University

³Division of Clinical Medicine, School of Korean Medicine, Pusan National University

Objectives : The purpose of this study is to set the explanatory duty on traditional Korean medical(TKM) treatment by analyzing the judicial precedents.

Methods : The study was performed by analyzing nine cases of lawsuits related to Korean medicine doctor and explanatory duty among the medical dispute cases in Korea from 1968 through 2012.

Results : Nine closed claims occurred regarding the violation of explanatory duties in the field of TKM practice. Two claims were decided by supreme court, three were decided by high court, and four were decided by district court. The causes of lawsuits were categorized as follows : bee venom pharmacopuncture, herb treatment, and an explanation for safety.

Conclusions : To perform an explanatory duty has important legal implications for the protection of patients' rights and Korean Medicine doctors' autonomy on TKM treatment.

Key words : explanatory duty, medical practice, traditional Korean medicine(TKM), judicial precedents

* 이 논문은 부산대학교 자유과제 학술연구비(2년)에 의하여 연구되었음

· 접수 : 2012. 7. 17. · 수정 : 2012. 8. 1. · 채택 : 2012. 8. 1.

· 교신저자 : 양기영, 경남 양산시 물금읍 범어리 부산대학교 한의학전문대학원 임상의학부

Tel. 055-360-5963 E-mail : ygypnu@pnu.edu

I. 서론

과거와 달리 일반 대중의 의학적 지식수준이 높아짐에 따라 의사의 설명의무이행과 관련한 일반인의 요구 또한 점차 증대되고 있다. 이러한 추세에 따라 설명의무와 관련된 연구논문들이 계속 발표되었는데 Norton¹⁾은 설명의무의 법적성격 및 배경에 관련된 연구를 수행하였고, Glantz et al²⁾은 설명의무의 주체에 관한 연구를 수행하였으며, Zimmerly³⁾는 의료단계별 의사의 설명의무와 관련된 연구를 수행하였다. 국내에서도 의사의 설명의무와 관련한 연구들이 다수 있었는데, 특히 박⁴⁾은 독일·일본 그리고 국내의 판례를 분석하여 의료행위에 있어 설명의무의 이론, 유형, 주체, 시기, 범위, 방식을 연구하였고 아울러 설명의무에 관한 입법론을 제안하였다. 최근에는 설명의무와 관련하여 환자의 동의, 자기결정권과 관련한 연구논문들이 다수 발표되고 있는데, 특히 Park⁵⁾은 의사의 설명의무위반으로 환자의 자기결정권이 침해되었을 경우 손해배상의 범위를 일본과 국내의 판례를 통하여 고찰해 보면서 아울러 위자료청구권은 환자 본인에게만 국한하여야 한다고 결론을 내렸다.

그런데 아직까지 한의사의 설명의무와 관련된 국내 연구논문은 없으며, 국외에서는 보완대체의학(complementary and alternative medicine ; CAM)을 이용할 경우에 의사가 환자에게 CAM에 관한 내용이나 치료법 등을 설명하도록 한 Gilmour et al⁶⁾·Cohen⁷⁾ 등의 연구논문들이 있다. 이러한 논문들을 살펴보면 CAM에 대한 의사의 설명의무를 크게 법적 측면과 윤리적 측면에서 고찰을 하고 있다.

이 연구에서는 한방 의료행위에 있어 한의사의 설명의무에 관해 윤리적 쟁점보다는 법학적 측면에 초점을 맞춰 관련 판례(하급심·상급심)를 분석하고 그 내용을 살펴보고자 한다. 그리하여 한의사의 설명의무위반의 구체적인 기준을 제시하고 한의사의 한방 의료행위에 있어 설명행위의 기준을 마련하는 데 이론적 틀을 제공하고자 한다.

II. 대상 및 방법

1968년부터 2012년 3월까지의 국내 의료소송 중 한방 의료행위에 있어 한의사의 설명의무에 관한 판

례 총 9건을 대상으로 하였다. 판례는 판례 검색용 CD-ROM과 판례 검색 서비스를 제공하고 있는 웹사이트(Ministry of legislation. Available from:URL: <http://www.moleg.go.kr/>(accessed at 31 March 2012), Lawnb, Inc. Available from:URL:<http://www.lawnb.com/>(accessed at 31 March 2012))^{8,9)}를 통해 “한의사”, “설명의무”를 검색어로 하여 검색하여 수집하였다. 국내 법원은 판결문을 선별적으로 공개하기 때문에, 검색할 수 없는 미공개 판례는 본 연구의 대상에서 제외하였다. 원심의 판결문을 찾을 수 있는 경우 판결문에서 동일한 사건에 대해 지방법원, 고등법원, 대법원의 각 심에서 각각 조문의 해석을 달리 한 점 등을 고려하여 이들 각각을 별도의 판례로 취급하여 본 연구 대상에 포함하였다.

위의 수집된 자료를 바탕으로 한방 의료행위에 있어 한의사의 설명의무에 관한 의료소송의 유형별 분포, 심급별 구성, 의료분쟁의 원인, 원고의 소송결과, 의료소송에 관련된 병원유형, 판결의 주안점을 분석하였다.

III. 결 과

대법원 판례 2건, 고등법원 판례 3건, 지방법원 판례 4건으로 총 9건의 판결문이 검색되었으나, 이를 사건별로 분류하면 대법원 판례 2건, 고등법원 판례 1건, 지방법원 판례 1건으로 총 4건이었다. 총 4건의 사건을 심급별로 분석한 결과 1심으로 종결된 경우가 1건이었고, 이에 불복하여 2, 3심으로 진행된 건수는 3건이었으며, 내용으로는 봉약침치료와 관련해서 1건, 한약치료와 관련해서 2건, 치료 중 설명의무위반과 관련해서 1건이었다. 그리고 판결에 불복하여 재심을 청구한 상소인을 구분하면 원고(환자)측에서 3건, 피고(한의사)측에서 2건이 있었으며, 판결결과에 변동사항이 있는 경우도 있었다. 한방 의료행위에 있어 한의사의 설명의무와 관련한 의료소송에서 관련된 병원유형을 사건별로 분석한 결과 한방병원과 한의원이 각각 2건을 차지하였다.

소송결과는 9건의 판결문 중에서 5건은 원고의 청구를 기각하여 과거 환송하였고, 4건의 경우는 원고가 승소하거나 일부 승소하였는데 피고 병원 또는 의사에 대하여 몇 가지 이유를 들어 책임을 제한함으로써 배상액을 조절한 경우와 실행의 경우가 있었다.

9건의 판결문에서 판결의 주안점을 살펴본 결과 설명의무 위반과 사건 사이에 인과관계가 성립하는 경우가 3건, 설명의무 위반과 사건 사이에 인과관계가 성립하지 않는 경우가 5건을 나타내었고, 1건은 설명의무 위반과 사건 사이에 인과관계를 인정할 수 없으나 민사적 책임은 있는 경우였다.

전체 9건 판례의 판시 사항을 아래에 최근의 사건부터 요약하였다. 판례만으로는 의학적으로 완전히 납득하지 못한 부분들이 있으나, 각 예마다 여기에 나타난 것 이외 더 이상의 의학적 정보는 구할 수 없었다. 다음의 판시내용은 판결문의 용어를 최대한 보존한 것이다.

1. 사건 1

1) 사건의 개요

한 의사가 목디스크 환자로 내원한 환자에게 문진하여 과거 봉약침을 맞고도 별다른 이상반응이 없었다는 답변을 듣고 알레르기 반응검사(skin test)를 생략한 채 부작용에 대한 충분한 사전 설명없이 환부인 목 부위에 약 1분 간격으로 1 : 8,000으로 희석한 봉독 약액 0.1cc씩을 4회에 걸쳐 총 0.4cc의 봉독 약액을 주입하여 봉약침 시술을 시행하였다. 시술 이후 약 10분 경과 후 구토, 발진, 협심증을 일으키는 등 아나필락시스 쇼크(anaphylactic shock)가 발생하여 약 3년 이상의 봉독에 대한 지속적 면역치료가 필요한 상태가 되었다.

2) 판시내용

(1) 사건번호 : 지방법원 2010. 2. 3. 선고 2009 고단2396 판결

한 의사인 피고인이 환자인 피해자로부터 봉약침을 맞은 전력이 있다는 이야기를 듣고 봉약침 시술 시 가려움증이 생길 수 있다는 말만 한 채 다른 부작용에 대한 설명 없이 환자에게 바로 봉약침을 시술한 것과 알레르기 반응검사도 하지 않은 채 목 부분인 경추 6·7번 사이에 봉약침을 1회 시술한 후 1분 정도의 시간이 경과하자 아무런 이상반응이 없다고 판단한 후 1분의 간격을 두고 모두 4회의 봉약침을 시술한 사실에 근거하여 봉약침 시술 시 한 의사로서의 주의의무와 설명의무를 다하지 못한 업무상 과실을 인정할 뿐만 아니라 봉약침 시술과 피해자의 상해 간에 인과관계가 있다고 판단하였다.

(2) 사건번호 : 고등법원 2010. 7. 8. 선고 2010 노246 판결

한 의사인 피고인이 환자인 피해자에게 봉약침을 시술하면서 봉약침 시술에 따라 나타날 수 있는 부작용에 대하여 자세한 설명을 하지 않았을 뿐만 아니라 알레르기 반응검사를 제대로 실시하지 않은 채 직접 피해자의 환부인 목 부위에 봉약침을 시술한 잘못은 인정되나, 다른 한편으로 피고인이 피해자에게 봉약침을 시술하기 전에 알레르기 반응검사를 제대로 실시하였다면 피해자에게 발생한 아나필락시스 쇼크를 예견할 수 있었다거나 그 발생을 회피할 수 있었다고 단정할 수 없을 뿐만 아니라(알레르기 반응검사를 위한 봉독액 주사로도 아나필락시스 쇼크가 발생할 수 있다고 보인다) 피고인이 알레르기 반응검사를 제대로 실시하지 않은 잘못으로 피해자에게 아나필락시스 쇼크가 발생하였다고 보기도 어렵고, 더군다나 피해자가 3년간의 지속적인 면역치료를 요하는 상태에 이른 것은 피해자의 체질로 보일 뿐 그것이 피고인의 봉약침 시술로 인하여 발생한 상해라고 보기도 어렵다. 이와 같은 이유로 원심의 판결을 파기하고 피고인의 무죄를 인정하였다.

(3) 사건번호 : 대법원 2011. 4. 14. 선고 2010도 10104 판결

한 의사인 피고인에게 과거 알레르기 반응검사 및 약 12일 전 봉약침 시술에서도 이상반응이 없었던 피해자를 상대로 다시 알레르기 반응검사를 실시할 의무가 있다고 보기는 어렵고, 설령 그러한 의무가 있다고 하더라도 제반 사정에 비추어 알레르기 반응검사를 하지 않은 과실과 피해자의 상해 사이에 상당인과 관계를 인정하기 어렵다는 이유로, 같은 취지의 원심 판단을 수긍하였다.

2. 사건 2

1) 사건의 개요

환자는 비의존성 당뇨병으로 진단받아 식사요법 및 생활습관 조절의 교육만을 받아오다가, A병원에서 당뇨병 치료제로 처방한 경구용 혈당 강하제, 혈관계통 합병증의 예방약, 콜레스테롤 수치를 조절하기 위한 약을 추가하여 복용하여 왔다. 환자는 골프연습장에서 알게 된 한 의사로부터 한약을 복용해 볼 것을 권유받고, 한 의사가 처방한 한약(이하 '이 사건 한약'

이라고 한다)을 1일 2팩씩 복용하였다. 이후 소변 색깔이 진해지고 몸 상태가 좋지 않다가, 얼굴과 눈에 황달 증세가 나타나 B병원에서 뇌부종을 동반한 전격성 간부전이라는 진단을 받고, C병원에서 간 이식 수술을 받았다. 퇴원 후 간 이식 거부증상 및 합병증으로 현재까지 치료를 받고 있다.

2) 판시내용

(1) 사건번호 : 지방법원 2008. 7. 17. 선고 2006가합2993 판결

한의사인 피고가 처방한 한약은 熱多寒少湯 加減方으로 잘못된 처방을 하였거나 이 사건 한약에 처방한 약재 이외의 다른 약재가 들어 갔다고 단정하기에는 부족하다. 熱多寒少湯에 사용되는 葛根·黃芩·蘘本·蘿菥子·桔梗·升麻·白芷와 피고가 추가 처방한 竹茹·皂角刺·浮萍草·大黃은 일반적으로 간손상을 일으키는 약재가 아니다. 따라서 추정만으로는 이 사건 한약에 의하여 원고의 전격성 간부전이 발생하였다고 인정하기에 부족하다. 또한 문진이나 진맥 외에 혈액검사를 할 수 없는 한의사로서는 그 당시 원고에 대하여 즉각적인 양방 내원의 필요성이 있었음을 알았거나 알 수 있었다고 보기 어려우므로 전원의무 위반으로 볼 수도 없다. 다음으로 피고가 간독성이 거의 없는 이 사건 한약을 처방하면서 한약 복용에 따른 일반적인 설명 외에 한약으로 인하여 전격성 간부전이 발생할 수 있음을 설명하여야 할 의무가 있다고 보기 어렵다. 그러므로 피고에게 어떠한 과실이 있다고 보기 어렵고 달리 이를 인정할 만한 증거가 없으므로, 원고(환자)의 청구를 기각하였다.

(2) 사건번호 : 고등법원 2009. 9. 3. 선고 2008나74156 판결

이 사건 한약의 복용 또는 한약과 양약의 복합작용으로 인해 원고에게 전격성 간부전이 발생하였다고 단정하거나 추정하기 어렵고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다. 또한 한의원에서 혈액검사를 하는 것은 법으로 금지되어 있어 문진이나 진맥 외에 혈액검사를 할 수 없는 피고로서는 그 당시 원고에 대하여 즉각적인 양방 내원의 필요성이 있었음을 알았거나 알 수 있었다고 보기 어렵다. 다만 피고가 원고에게 이 사건 한약을 처방할 당시 원고는 간 손상을 야기할 수 있는 양약을 비교적 장기간 복용하고 있는 상태였고, 이 사건 한약에는 간 손상을 야기할 수 있는 黃芩이 포함되어 있었으며, 이 사건 한약인 熱多寒少湯을

포함한 한약 또는 한약과 양약의 복합작용에 의한 간손상 보고가 있어 왔으므로, 한의사인 피고로서는 한약을 처방할 당시 원고가 복용하고 있는 양약이 어떤 것인지를 확인하여 한약 또는 한약과 당시 원고가 복용 중이던 양약의 복합작용에 의해 간 손상이 일어날 수 있음을 설명하여 줄 의무가 있을 뿐만 아니라, 원고로 하여금 양방병원에서 간 기능 검사를 받게 하여 간 기능의 이상 유무를 살펴 한약을 복용하도록 지도할 의무가 있다. 그러함에도, 피고가 위와 같은 설명 및 지도의무를 이행하지 아니하여 원고가 이 사건 한약의 복용 여부를 선택할 기회를 잃고 자기결정권을 행사할 수 없게 한 위법이 있으므로, 피고는 원고에게 설명의무위반으로 인한 손해를 배상할 책임이 있다.

(3) 사건번호 : 대법원 2011. 10. 13. 선고 2009다102209 판결

이 사건 한약에 간손상의 원인이 될 만한 물질이 포함되어 있는 점, 이 사건 한약 투여 후 증상 발현시점이 일반적인 약물성 간손상 발현시점에 부합하는 점, 원고에게는 약물 이외에 바이러스 등 간손상 원인이 없는 점, 기존에 투여받던 양약의 경우 오랜 시간 투여받았지만 간손상 징후가 없었던 점, 이와 같은 간접정황으로 인해 의학적으로 매우 유용하다고 평가되는 '독성 간손상 진단척도(RUCAM score)'¹⁰⁾에서 7점 내지 8점('가능성 높음')으로 나온 점을 종합하면, 원고의 간손상이 전격성 간부전에 이를 정도로 원고의 특이체질에 기인할 가능성이 높다고 하더라도, 이 사건 한약 투여 또는 이 사건 한약과 양약의 상호작용 역시 원고의 간 손상 발생의 원인이 되었다고 추단할 수 있다. 따라서 원고의 간 손상이 한약 투여로 인하여 발생한 것으로 볼 수 없다는 취지의 원심판단은 잘못이라고 할 것이나, 원심이 같은 취지에서 한의사인 피고가 원고에게 이 사건 한약을 처방 및 투여하면서 간 손상 위험성에 대한 설명의무를 이행하지 아니한 잘못이 있다고 판단한 것은 정당하다.

3. 사건 3

1) 사건의 개요

환자는 우측 하지 무력감, 구음장애 등의 증세가 나타나 양·한방 치료를 함께 하는 한방병원에 입원하여 고혈압으로 인한 좌측기저핵 뇌경색으로 진단받고 치료를 받았다. 양의사는 항응고제인 헤파린과 그 외 아스피린, 소화제를 처방하였고, 한의사는 疎風湯

(중풍환자에게 쓰는 한약재)과 牛黃清心丸을 복용하도록 처방하였다. 이후 의식이 명료(alert)한 상태에서 구토 증상을 보여 야간당직을 하고 있던 병원 소속 한의사는 한방응급조치로 十宣穴을 침으로 찔러 피를 약간 빼내었다. 이후에도 계속해서 구토 증상을 보이면서 의식이 혼미(stupor)해졌고 혈압도 상승하자, 이에 위 한의사는 十宣穴 瀉血을 하면서 간호사로 하여금 혈압강화제인 아달라트(adalat, 약의 성분명: 니페디핀(nifedipine))를 환자의 설하에 투여하도록 하여, 혈압은 회복되었으나, 여전히 의식이 혼미한 상태에서 구토 증상을 보였고, 대소변 실금 증상까지 보여 D병원으로 전원 시켰다. 전원 후 환자는 D병원에서 좌측 시상부 출혈(크기 1×2×2cm) 및 뇌실내 출혈로 진단받아 뇌실의 배액술을 시술 받았고, 그 후 경증의 구음장애, 우측편마비로 인한 보행장애, 연하장애가 남은 상태에서 약물 및 재활치료를 받아오던 중 사망하였다.

2) 판시내용

(1) 사건번호 : 지방법원 2004. 4. 30. 선고 2003가합7706 판결

원고들이 주장하는, 전원만류 및 입원치료 중용, 설명의무위반, 혈전용해제 투여, 헤파린 투여로 인한 뇌출혈 발생, 니페디핀 투여상의 과실, 혈압조절치료 미흡, 뇌출혈에 대한 응급조치상의 과실, 양의사 대기의 무위반에 대해 판단해 보면, 이들과 뇌출혈 사이에 어떤 인과관계가 있는 것인지에 대한 주장과 입증도 없으므로 원고(환자가족)의 청구를 기각하였다.

(2) 사건번호 : 고등법원 2005. 5. 31. 선고 2004나39056 판결

원심이 확정한 바와 같이 판결하여 원고의 상고를 기각하였다.

4. 사건 4

1) 사건의 개요

한의사는, 접촉성 피부염과 오른손 중지와 약지에 붓기가 생기는 증세의 류마티스성 관절염으로 E대학교병원에서 입원 치료 중 완쾌되지 않은 환자를 문진하였다. 환자의 맥을 진단한 결과 및 환자와 환자의 부모로부터 증세에 관한 진술을 토대로 환자의 상태를 '소화기 장애로 인한 면역체계 이상'이라는 진단을 내리고 양방 치료 및 약 복용을 중단할 것과 1년간 한

약을 복용시켜 환자의 체질을 개선하여 완치시킬 것이라고 설명하고 한약을 처방하여 복용하게 하였다. 환자는 한약을 복용 중 갑자기 황달이 나타나고 고열과 두통도 호소하였으며, 이에 한의사는 황달과 고열, 두통이 변비로 인한 독성 때문이라고만 진단한 채 환자의 부모와 가족들이 전원조치 여부 등을 계속 문의함에도 환자를 검사기구를 갖춘 다른 의료기관으로 옮기게 하지 않고 계속 한약을 복용하게 하면서 침과 뜸을 시술하고, 환자가 한기(寒氣)를 느낀다는 이유로 온열치료를 시행하기도 하였다. 이로 인해 환자는 고열과 함께 황달 증세가 더욱 심해져 간성혼수상태에 이르러 E대학교병원 응급실로 옮겨졌으나 이미 간의 일부만 남은 상태에서 F병원으로 후송되어 전격성 급성독성 간염 진단을 받고 피해자의 부모로부터 간 이식 수술을 받았으나 소생하지 못하고 F병원에서 전격 간기능 상실에 의한 패혈증, 이식편대숙주반응 등으로 사망하였다.

2) 판시내용

(1) 사건번호 : 지방법원 2011. 2. 22. 선고 2010고단1681 판결

한의사인 피고인이 피해자에게 간기능 이상 징후인 황달 증세가 있었는데도 한약의 계속 복용을 지시하면서 피고인의 병원에서만 진료받도록 하였을 뿐, 간 기능 이상의 원인과 상태를 확인하고 그에 따른 위험을 방지하기 위한 적절한 전원조치를 다하지 않은 과실을 인정할 수 있고, 제반 사정을 종합할 때 피해자의 간 기능 손상 시기를 진후하여 한약을 제외하고는 달리 그 원인을 찾을 수 없는 점에 비추어 부작용이 있었던 시점에 한약 복용을 중단시키고 피해자를 신속하게 간기능 검사와 간기능 회복을 위한 치료를 시행할 수 있는 병원으로 전원조치 하였다면 적어도 피해자의 사망이라는 극단적인 결과는 막을 수 있었을 것으로 보이므로, 위 과실과 피해자의 사망 사이의 인과관계를 인정할 수 있다는 이유로, 피고인에게 업무상과실치사죄를 인정하였다. 한의사가 한약을 처방하면서 한약의 복용으로 인하여 발생할 수 있는 여러 부작용을 설명하지 않은 설명의무 위반 부분은 피해자의 사망 사이에 인과관계를 인정할 수는 없으므로 이로 인한 업무상과실치사죄는 성립하지 않으나, 치료의 방법을 선택할 수 있는 환자의 자기결정권을 침해한 것으로 이로 인한 민사적 책임을 면할 수는 없다고 밝혔다.

IV. 고찰

설명 의무란 의사가 환자에 대하여 그 병상, 치료방법, 치료에 따르는 위험 등을 설명하여야 할 의무를 말한다. 의사는 의료행위를 실시하기 전에 우선 환자에게 충분한 설명을 하여야 하고, 의사의 설명에 근거한 환자의 동의를 받아 의료행위를 실시하여야 하는 원칙을 '설명동의의 원칙'이라고 한다. 이때 의사가 환자의 동의를 얻기 위해서 진료행위에 대한 설명을 함에 있어서는 치료행위의 내용과 효과 및 그에 따른 위험과 부작용에 대하여 환자가 이해할 수 있도록 포괄적인 설명을 해줌으로써 환자가 무엇에 관하여 동의하고 있는지를 정확히 알도록 해 주어야 한다. 따라서 환자가 충분한 설명을 받지 못한 상태에서 승낙을 하였다면 이는 무효이며, 그에 기초한 치료행위는 위법하게 된다고 본다.¹¹⁾ 의료인의 입장에서는 환자에게 가해지는 각 단계의 의료행위를 어떠한 내용으로 어떠한 범위까지 설명을 하여야 설명의무를 다하지 않았다는 법적인 비난을 받지 않는가가 주된 관심사가 된다. 이러한 의료환경의 현실을 반영하듯이 법원에서도 환자의 알 권리를 보장해 주기 위한 방법으로 의사로 하여금 환자에게 가해지는 진료행위에 대하여 구체적인 설명을 하여 줄 의무가 있다는 것을 거듭 확인시켜주고 있다(대법원 2007. 5. 31. 선고 2005다5867 판결, 대법원 2006. 11. 23. 선고 2005다11688 판결, 대법원 2005. 4. 29. 선고 2004다64067판결 등). 이처럼 의사의 설명의무는 법률에 특별한 규정이 있는 것은 아니지만, 의사가 환자와 접촉을 개시하게 되면 발생하는 직업상의 의무이며, 손해배상책임의 발생에 있어서 의사의 설명의무가 갖는 법적 위치로 인하여 상당한 논의와 함께 많은 판례가 축적되어 있다. 하지만 상대적으로 한의사의 설명의무와 관련한 논의나 판례는 그리 많지 않은 상태이다. 그런데 최근 대법원(대법원 2011. 4. 14. 선고 2010도10104 판결)에서는 한의사에 의한 한방의료 사고에 대해서도 그동안 축적된 의사의 의료과실 판단에 관한 법리가 동일하게 적용된다는 점을 명확히 하면서, "의사가 설명의무를 위반한 채 의료행위를 하여 피해자에게 손해가 발생하였다고 하더라도, 업무상 과실로 인한 형사책임을 지기 위해서는 피해자의 손해와 의사의 설명의무 위반 내지 승낙취득 과정의 잘못 사이에 상당인과관계가 존재하여야 한다. 이들은 모두 '한의사의 경우'에도 동일한 법리가 적용된다"고 판시하였다. 따라서 원칙

적으로 한의사의 설명의무는 의사의 설명의무와 동일하고 이로 인해 발생한 의료과실 또한 관련 판례의 내용을 그대로 활용하면 된다. 그러나 한의학과 의학은 학문적 특수성에 기인한 이원적 면허체계에 따라 한의사와 의사 모두 의료행위를 할 수 있는 영역이 있는 반면에 그렇지 않은 영역도 있으므로 이러한 원칙에 추가적으로 고려해야 할 사항이 있다. 즉 현재 의료법 제2조 제2항에 의한 의료행위는 협의의 의료행위인 일반의료행위, 치과의료행위 및 한방 의료행위 등으로 나뉘는데,¹²⁾ 공통적인 광의의 의료행위 이외에 각자 다른 범주에 있어 의료행위에 대해 그 차이를 고려할 필요가 있다.

본 연구에서는 대상 판례들을 분석해 본 결과, 침 치료와 한약치료, 그리고 이와 관련한 처치에 있어서 한의사의 설명의무에 대해 강조하고 있어서 이에 대한 법학적 의미를 검토해 보았다.

우선 한의사들에게 요구되는 설명의무의 측면에서 볼 때 봉약침 시술과 관련한 한의사의 설명의무에 대해 살펴보겠다. 현재 임상에서 사용되는 봉약침은 시술 후 알레르기 반응이나 아나필락시스 쇼크 등과 같은 강한 부작용을 유발할 수 있는데, 아나필락시스 쇼크는 혈압이 떨어지고 전신무력감, 안면 창백, 피부발진, 오심, 구토, 복통, 빈맥, 오한, 빈호흡, 실신 등의 증상이 있고, 심한 경우 사망에 이를 수 있다.¹³⁾ 이에 봉약침 시술 시 상당한 주의가 필요한데, 봉약침 시술을 하려면 우선 시술자는 치료를 시작하기 전에 환자의 질병 상태, 체력, 시간 등의 종합적 상황을 충분히 고려하여 봉약침 시술이 적절한지를 판단하여야 하고, 치료과정이나 알레르기 반응에 관하여 환자나 보호자 등에게 충분히 설명한 후 그 동의하에 시술하여야 하며, 시술 후 발생할 수 있는 알레르기 반응이나 아나필락시스 쇼크 등에 대하여 이를 예측하고 준비하여야 한다¹⁴⁾. 이와 같은 한의사의 설명이 이루어진 경우, 판례(2010도10104, 2010노246)도 과실과 환자의 손해 사이에 상당인과관계를 인정하기 어렵다는 입장을 취하고 있다. 최근 봉독에서 항원성분을 원천적으로 제거한 효소제거봉독(sweet bee venom)의 경우 아나필락시스뿐만 아니라 모든 알레르기 반응을 유의하게 감소시킨다고 보고되었다.¹⁵⁾ 하지만 대법원 1995. 1. 20선고 94다3421 판결에 의하면 "의사의 설명의무는 그 의료행위에 따르는 후유증이나 부작용의 발생가능성이 희소하다는 사정만으로 면제될 수 없고 그 후유증이나 부작용이 당해 치료행위에 전형적으로 발생하는 위험이거나 회복할 수 없는 중대한 것인 경우에는

그 발생가능성의 희소성에도 불구하고 설명의 대상이 된다”고 판시하고 있어, 효소제거봉독 약침의 부작용 발생 가능성이 낮다고 하여도 환자에게 이상반응이 발생할 수 있는 부분에 대해서 반드시 언급하여 설명하는 것이 중요하다.

다음으로 한약의 복용법과 부작용과 관련하여 한의사의 설명의무를 살펴보겠다. 판례(대법원 2002.5.28. 선고 2000다46511 판결)에 따르면, “의사는 긴급한 경우나 다른 특별한 사정이 없는 한 의약품을 투여하기 전에 환자에게 질병의 증상, 치료방법의 내용과 필요성, 예상되는 생명·신체에 대한 위험성과 부작용 등 환자의 의사결정을 위하여 중요한 사항을 설명함으로써 환자로 하여금 투약에 응할 것인가의 여부를 스스로 결정할 기회를 가질 수 있도록 하여야 한다. 그러나 환자에게 발생한 중대한 결과가 투약으로 인한 것이 아니거나 또는 환자 스스로의 결정이 관련되지 아니하는 사항에 관한 것일 때에는 설명의무 위반이 문제되지 않는다”고 밝히고 있다. 그리고 “의약품의 위험성의 구체적인 발현기전이 밝혀지지 않은 단계에서도 의사로서는 환자에게 해당 의약품에 위험성이 있다는 점을 설명할 필요가 있고, 이는 한의사가 한약을 투여하는 경우에도 마찬가지다”라고 국내 법정(대법원 2011.10.13. 선고 2009다102209 판결 등 참조)은 보고 있다.

그런데 한약의 위험성은 한약의 단독작용으로 발생할 수도 있지만 환자가 복용하던 양약과의 상호작용에 의하여 발생할 수도 있고, 한약과 양약의 상호작용 및 그에 따른 위험성에 관한 의학지식은 필연적으로 한약과 양약에 관한 연구를 모두 필요로 할 뿐만 아니라 그 연구결과도 한약과 양약에 관한 지식에 모두 반영된다. 한의학과 서양의학으로 이원화되어 있는 면허체계에서 ‘상대영역에서 요구되는 의료수준(지식과 경험 등)을 갖추어야 하는지’ 확인할 필요가 있는데 이에 대해 대법원(2009다102209)은 “한약의 위험성이 한약의 단독작용에 의하여 발생할 가능성뿐만 아니라 한약과 양약의 상호작용에 의하여 발생할 가능성이 있더라도, 한의사가 환자에게 양약과의 상호작용으로 발생할 수 있는 한약의 위험성에 대하여 설명하는 행위는 한의사에게 면허된 것 이외의 의료행위라고 할 수 없고, 한의사는 한약을 투여하기 전에 환자에게 해당 한약으로 인하여 발생할 수 있는 위와 같은 위험성을 설명하여야 할 것이다”라고 판시하였다. 이 법리에 비추어 판례(2008나74156, 2009다102209)는, 한의사가 설명 및 지도의무를 이행하지 않

아서 환자가 한약의 복용 여부를 선택할 기회를 잃고 자기결정권을 행사할 수 없게 한 것은 위법으로 판단하고, 한의사는 환자에게 설명의무위반으로 인한 정신적 손해를 배상할 책임이 있다고 판결하였다.

또한 2010고단1681 판결은 좀더 구체적으로 “한약의 복용으로 인하여 부작용이 발생하였을 경우 그 작용기전을 명확하게 설명할 수는 없다고 하더라도, 환자가 이러한 부작용이 발생할 수도 있다는 점을 명확히 인식하고 한약의 복용 여부를 결정할 수 있도록, 의사가 한약의 복용으로 인한 간 기능 손상의 가능성을 사전에 환자에게 고지할 의무가 있다”고 밝혔다.

이렇게 한약의 복용법과 부작용에 관해 한의사가 설명하면서 규범적으로 요구되는 한방의료 수준에 서양의학에 관한 임상지식까지 갖추어야 하는지, 나아가 한의사의 과실 판단 시 서양의학 수준을 고려할 것인지 문제가 된다. 즉 특정 상황에서 통상의 한의사에게 서양의학적 의료지식을 갖추도록 요구하는 것이 합리적으로 기대할 수 있는지에 관한 문제이다. 반대로 의사의 의료과실을 판단함에 있어 한의학적 의료 지식 수준을 고려해야 하는지에 대해서도 동일하게 논의될 수 있다. 호주(Australia)의 경우 의사들이 치료에 CAM을 사용한다면 적어도 사용하는 부분에 관한 지식은 갖추어야 하고 이로 인한 문제가 발생하였을 경우에 법적 책임을 지도록 하고 있다¹⁶⁾. 물론 우리나라의 경우 이러한 부분들에 대해서는 앞으로 추가적인 논의가 필요하다.

마지막으로 본 논문의 대상이 된 판례들을 검토해 본 결과, 치료 중 주의사항에 관한 한의사의 설명의무에 관해 고려해 볼 수 있다. 고혈압으로 인한 좌측기저핵 뇌경색으로 치료 중 뇌실내 출혈이 발생한 사건(2003가합7706, 2004나39056)에 대하여 환자 가족들은 뇌경색으로 입원하였기 때문에 병세악화방지를 위해서는 금식 내지 절대안정이 필요함에도, 의료진들은 이러한 주의사항에 대하여 아무런 설명을 해주지 않은 과실이 있다고 주장하였는데 이는 안전설명 의무반에 대한 사안으로 볼 수 있다. 안전설명 의무 성공을 보장하기 위하여 비적응성 위험과 과대평가로 인한 불이익으로부터 환자를 보호하기 위하여 부합하는 행동에 대하여 환자에게 설명하는 것으로 진료적 설명이라고도 한다. 진료적 설명이란 의사에게 의료상 요구되는 주의의무의 일환으로 행하는 설명을 의미한다. 환자의 자기결정과 관계없는 의사의 조언의무·안내의무·경고의무·지시의무·지도의무 등이 모두 포함된다. 따라서 안전설명 의무는 환자의 건강향상

을 위하여 의료행위상 요구되는 설명을 의미하며, 결국 안전설명은 의료행위의 본질적 구성부분에 해당한다고 할 수 있다. 안전설명의 범위는 자기결정설명의 범위보다 더 넓기 때문에 극히 드문 돌발사고의 경우에도 환자의 건강상의 이익을 위하여 설명의무가 존재할 수 있다¹⁷⁾.

이 논문의 대상 판례들을 보면 상당수가 ‘의사의 설명의무 위반으로 인하여 위자료만이 아닌 모든 손해를 청구하려면, 설명의무 위반과 그 나쁜 결과 사이에 상당인과관계가 존재하여야 한다’는 문언을 반복함으로써, 설명의무 위반으로 인한 위자료청구의 경우 상당인과관계 없이도 가능하다고 보고 있거나, 위자료의 대상에 생명침해와 같은 자기결정권 침해 이외의 사유는 고려하지 않고 있음을 보여주고 있다. 그런데 의사의 설명의무위반과 의사의 생명침해에 따른 환자의 고통은 서로 직접적인 관련이 없으며 간접적으로만 관련되어 있기 때문에, 양자 간에 상당인과관계 없이도 위자료책임을 인정한다는 것은 논란의 여지가 있다. 현재 판례는 설명의무 위반에 따른 위자료 청구권을 환자의 자기결정권 침해에 대해서만 인정하고 있을 뿐, 생명침해에 관한 위자료청구권은 사실상 인정하지 않고 있다. 아울러 설명의무 위반에 대한 민법적 책임에 대한 부분은 각 판결들을 통해 구체화되어 있다.

결론적으로 한방 의료행위를 수행함에 있어 법률적인 측면에서 한의사에게 요구되는 설명의무를 다음과 같이 요약해 볼 수 있다. 봉약침 시술 시, 치료 전에 환자의 상황을 충분히 고려하여 봉약침 시술이 적절함을 판단하고, 치료과정이나 알레르기 반응에 관하여 환자나 보호자 등에게 충분히 설명한 후 그 동의하에 시술하여야 하며, 시술 후 발생할 수 있는 알레르기 반응이나 아나필락시스 쇼크 등에 대하여 이를 예측하고 설명하여야 한다. 한약 치료 시, 치료방법의 내용과 필요성, 예상되는 한약의 위험성과 부작용 등을 설명하여 환자가 스스로 의사결정을 하도록 한다. 또한 위험성이 있다는 것만 밝혀지고 위험성의 구체적인 발현기전이 밝혀지지 않은 단계에서도 환자에게 해당 한약의 위험성이 있다는 점을 설명하도록 한다. 만약 환자가 복용하고 있는 양약이 있다면 이를 확인하여 한약 또는 한약과 복용 중이던 양약의 상호작용에 의하여 발생할 수 있는 한약의 위험성에 대하여 설명하도록 한다. 마지막으로 치료 중에는 주 의사항에 관한 안전설명을 하도록 한다.

그러나 한방 의료행위에 있어 한의사의 설명의무

의 진가는 단순히 법학적 측면의 평가를 위해서만은 아니다. 이러한 법원의 요구는 의료소비자로서 환자가 요구하는 것을 대변한 것으로 볼 수 있기 때문이다. 한방 의료행위에 대한 설명의무를 다함으로써 얻을 수 있는 효과는 여러 가지가 있을 수 있다. 대부분의 일반인은 텔레비전이나 인터넷 등의 매체를 통하여 한의학을 접하게 되며 상당수 잘못되거나 편협한 정보를 받아들일 수 있는데, 각각의 진료단계에서 한방 의료행위의 정도 및 내용이 정확하게 환자에게 제공되면 환자의 알 권리를 충족시켜주는 것은 물론이고, 한의학에 대한 바른 이해를 하도록 도와 한방 의료행위에 대한 신뢰를 회복시켜 줄 수 있다. 이러한 결과로써 향후에 발생할 의료분쟁을 최소화시킬 수 있고, 또한 의료인은 안심하고 최선의 치료방법을 연구하고 수행함으로써 의료기술을 발전시킬 수 있다. 따라서 법리를 떠나서 한방 의료행위 특히 침구치료나 한약치료와 관련하여 환자를 이해시키고 치료효과를 거두는 설명의무는 한의사측에서 먼저 검토하여야 할 문제이다.

V. 결 론

본 연구는 1968년부터 2012년 3월까지의 국내 의료소송 중 한방 의료행위에 있어 한의사의 설명의무에 관한 판례 총 9건(하급심 7건, 대법원 2건)을 분석하였다. 법적 측면에서 볼 때, 원칙적으로 한의사의 설명의무는 의사의 설명의무와 동일하나, 한의사에 의한 한방 의료행위와 관련한 설명의무는 원칙에서 추가적으로 고려되어야 할 부분이고, 환자와의 의료면담 시 한의사는 해당 사항을 충분히 전달하여 설명의무를 다해야 할 것이다.

이 논문에서는 연구 대상 판례들을 분석해 본 결과에 따라 한방 의료행위에 있어 설명의무위반과 관련된 판례에 한정하여 한의사의 설명의무의 내용을 살펴보기 때문에 일반적으로 한방 의료행위의 범주인 뜸 치료, 추나 치료, 한방물리치료 등에 있어서 설명행위의 기준은 제시하지 않았다. 그리고 판례 분석에 있어 법률의 이론에 기초하여 체계적이고 심층적인 분석보다는 판례의 내용에 초점을 맞추었다. 이러한 제한점에도 불구하고 이 연구는 여러 의의를 지니고 있다. 한방 의료행위에 있어 한의사의 설명의무와 관련한 판례의 분석은 사례 자체를 소개하여 그에 대한

이해를 돕는다는 일차적인 측면도 있지만, 향후 한방 의료행위 전반에서 설명행위의 기준을 제시하는 지침에 대한 기초자료로서의 역할을 할 수 있을 것으로 기대한다.

VI. 참고문헌

1. Norton ML. Ethics in medicine and law. Legal Medicine Annual. 1977.
2. Glantz LH, Katz BF. The rights of doctors, nurse and allied health professionals. Ballinger Publishing Co. 1981.
3. Zimmerly JG. Informed consent to clinical investigation. Legal Medicine Annual. 1973.
4. 박종권. 醫師의 說明義務에 관한 小考. 비교법학. 1990 ; 2 : 149-73.
5. Park YH. Family's own right to recover pain and sufferings on the ground of Lack of informed consent and Loss of chance. Lawyers Association journal. 2009 ; 58(2) : 5-57.
6. Gilmour J, Harrison C, Asadi L, Cohen MH, Vohra S. Informed consent : advising patients and parents about complementary and alternative medicine therapies. Pediatrics. 2011 ; 128(4) : 187-92.
7. Cohen MH. Legal Issues in Complementary and Integrative Medicine : A Guide for the Clinician. The Medical clinics of North America. 2002 ; 86(1) : 185-96.
8. Ministry of legislation. Available from : URL : [http:// www.moleg.go.kr/](http://www.moleg.go.kr/)(accessed 31 March 2012)
9. Lawnb, Inc. Available from : URL : <http://www.lawnb.com/>(accessed 31 March 2012)
10. Danan G, Benichou C. Causality assessment of adverse reactions to drugs-1. A novel method based on the conclusions of international consensus meetings : application to drug-induced liver injuries. Journal of Clinical Epidemiology. 1993 ; 46 : 1323-30.
11. 권오승. 의사의 주의의무. 민사법학. 1990 ; 8 : 344-55.
12. Lee MS, Kwon YK. A Study on the Legal Aspect of the Concept for Medical Practice in Korean Medicine through Cases Analysis. Korean Journal of Oriental Medicine. 2009 ; 15(3) : 19-10.
13. Korean Acupuncture and Moxibustion Society. The Acupuncture and Moxibustion Medicine. 3rd rev. ed. Seoul : Jipmoon. 2012.
14. Korean Pharmacopuncture Institute. Pharmacopunctureology. 2nd rev. ed. Seoul : Elsevier Korea. 2011.
15. Lee JS. Study on Allergic responses Between Bee Venom and Sweet Bee Venom Pharmacopuncture. PhD thesis. Department of Oriental Medicine. Sangji University. 2007.
16. Kerridge IH, McPhee JR. Ethical and legal issues at the interface of complementary and conventional medicine. The Medical Journal of Australia. 2004 ; 181(3) : 164-6.
17. Kim HM. The Legal understandings on the obligatory explanation of medical practice. Korean Journal of Obstetrics and Gynecology. 2007 ; 50(12) : 1607-14.