

지도설명의무

-판례 경향을 중심으로-

이 정 선*

- I. 들어가며
- II. 지도설명의무의 개념과 주요판결례의 검토
 - 1. 지도설명의무와 조언설명의무의 구별
 - 2. 지도설명의무 관련 주요 판결례의 검토
- III. 증명책임의 문제
 - 1. 문제점
 - 2. 판결례의 검토
 - 3. 학설의 견해
 - 4. 검토
- IV. 적용범위
 - 1. 문제의 제기
 - 2. 약의 부작용이 문제된 경우
 - 3. 의료적 처치와 관련하여 지도설명의무가 문제되는 경우
 - 4. 법원 판단 경향의 고려 - 원고의 불명확한 주장을 지도설명의무와 조언설명의무로 선해(善解)하여 판단한 경우
 - 5. 소결
- V. 결 어

I. 들어가며

의료행위의 대상에 머물렀던 환자가, 의료행위의 시행여부를 결정하는 의료

* 논문집수: 2013. 11. 1. * 심사개시: 2013. 11. 10. * 수정일: 2013. 12. 8. * 게재확정: 2013. 12. 10.
 * 고려대학교 대학원 박사과정, 변호사, 의료문제를 생각하는 변호사 모임 학술이사.
 * 본 글은 2013. 9. 28. 대한의료법학회 월례학술대회에서 발표한 원고를 수정·보완하여 작성한 것이다.

행위의 주체로 승격하는데 결정적 역할을 한 설명의무는,¹⁾ 우리나라에서는 1979년 대법원 판결에 처음 등장한 이래²⁾ 최근까지 주체·대상·법적성질을 비롯하여 인과관계·배상의 범위까지 눈부신 발전을 이루어 왔다. 그런데 최근 설명의무와 유사한 지도설명 의무라는 용어를 사용하며, 의사측에서 환자의 후유증이나 부작용에 대하여 적절한 대응방법을 설명하지 않아 환자에게 장애가 발생하거나 사망한 경우 손해배상책임을 인정할 뿐만 아니라, 배상의 범위에 있어서도 통상의 설명의무³⁾ 위반에 대하여 위자료 지급을 명하는 것과 달리, 일반 의료상의 주의의무위반과 동일하게 전손해배상을 명하는 경우가 있어, 그 실체가 무엇인지에 대하여 검토해 볼 필요가 있다. 더군다나 최근 선고되고 있는 일련의 지도설명 의무 관련 판결들은, 지도설명 의무의 적용범위가 다양한 범위에 미칠 수 있는 가능성을 보여주고 있는바, 이에 대한 검토 역시 필요하다고 생각된다.

이에 본 글에서는, 지도설명 의무의 개념, 증명책임 및 그 적용범위에 관하여 판례경향을 중심으로 살펴봄으로써 지도설명 의무에 대한 기초적 이해를 꾀하고, 그 확장 가능성에 관하여 생각해 보고자 한다.

II. 지도설명 의무의 개념과 주요판결례의 검토

1. 지도설명 의무와 조언설명 의무의 구별

가. 설명 의무의 유형과 학설 분류

(1) 지도설명 의무의 개념을 파악하기 위해서는 우선 설명 의무의 분류에 대

1) 신현호, 『의료소송총론』, 육법사, 2000, 제196면. 김나경, “의사의 설명의무와 법적 이해”, 『한국의료법학회지』, 제15권 제1호, 2007. 6. 제9면 참조.

2) 대법원 1979. 8. 14. 선고 78다488 판결. 위 사건은 환자의 후두종양 제거 수술을 한 집도의 사들이 수술 후 환자의 목이 쉴 수도 있다는 말을 하였다 하더라도 발생기능장애 부분에 대한 설명의무를 다하였다고 할 수 없다고 판단한 사안으로, 재판부는 환자가 후유증이 수반되는 수술을 승낙한 것으로 볼 수 없는 경우에는 환자의 승낙권을 침해함으로써 위법한 수술을 한 것이어서 불법행위가 성립된다고 판시하였다.

3) 이하 뒤에서 보는 서울고등법원 2009나84372 판결의 분류를 따라 조언설명 의무로 칭한다.

한 검토가 필요하다. 흔히 의사의 설명의무는 진찰과 치료결과의 보고(報告), 특정진료와 관련한 요양지도(療養指導), 특정진료에 대한 환자의 수인여부 결정에 기여하기 위한 정보제공(情報提供), 진료에 갈음하여 수진자의 의료적 욕구를 충족시키기 위해 하는 조언(助言)을 통칭하는 법적의무로 정의되는데,⁴⁾ 그 유형 분류에 있어서 (i) 환자의 알권리에 기여하는 고지설명(告知說明)·자기결정권 행사와 관련되는 조언설명(助言說明)과 환자의 알 권리 또는 자기결정권과는 관계없이 환자가 질병의 치료나 부작용의 예방을 위하여 지키거나 조심하여야 할 내용을 설명하는 지도설명(指導說明)의무로 나누는 견해⁵⁾와 (ii) 환자에 의한 승낙의 유효요건으로 요구되는 협의의 설명(狹義의說明)·진료계약에 의한 진료채무자로서의 신의성실의 원칙 및 민법 제683조 위임 규정상 환자에게 진단의 결과와 장래의 처치방법 및 효과 등을 알려주어야 하는 보고(報告) 및 진료과정과 진료 후 환자가 요양을 위해 준수해야 할 사항에 관해 지시·권고해야 하는 선관주의의무의 일종인 지도(指導)로 나누는 견해⁶⁾ 등이 있다.⁷⁾

(2) 각 견해에 따라 전자의 입장에서는 지도설명의무를 종속적 부수의무로 파악하고⁸⁾ 후자의 입장에서는 선관주의 의무로 보는 점에 차이가 있지만,⁹⁾ 전자가 지도설명의무를 종속적 부수의무로 보면서도 이를 진료채무의 완전한 이행에 기여하는 것이어서 포기할 수 없을 뿐만 아니라¹⁰⁾ 그 위반시 독자적인 치료과오를 범한 것으로 이해하고 있어서,¹¹⁾ 두 견해 모두 지도설명의무위반

4) 석희태, “의사의 설명의무”, 『고시연구』, 1998, 5, 제128면.

5) 김천수, 「환자의 자기결정권과 의사의 설명의무」, 서울대학교 박사학위논문, 1994, 제140~141면.

6) 석희태, 앞의 글, 제129면 이하.

7) 설명의무의 유형론과 독일의 논의에 대한 설명은 김천수, 앞의 박사논문, 제141면 및 김천수, 의사의 설명의무에 관한 민사법적 연구, 한국·일본의 비교법적 고찰을 중심으로, 제25면 이하 참고.

8) 김천수, 앞의 박사 논문, 제151면.

9) 석희태, 앞의 글, 제295면.

10) 김천수, 앞의 박사 논문, 제151면.

의 효과에 대하여 독자적인 의료과실로 인정하는 점에서는 견해를 같이하고 있다.¹²⁾¹³⁾

(3) 한편 지도설명의무와 조언설명의무의 구별과 관련하여 후자는 보호법익이 환자의 자기결정권이지만, 전자는 환자의 건강권 및 생명권이어서 전자를 침해한 경우 이는 신체 및 생명침해로서 손해배상과 위자료 배상 책임을 발생시킨다는 점에서 차이가 있다는 점에 대해서는 의견이 모아지고 있는바,¹⁴⁾ 본 글에서도 지도설명의무와 조언설명의무의 구별을 전제로 지도설명의무에 관한 논의를 전개하고자 한다.

나. 조언설명의무와 지도설명의무를 구별한 판결

서울고등법원 2010. 9. 2. 선고 2009나84372 판결에서는, 추간판탈출증으로 인한 통증을 호소하던 환자가 피고병원에서 요추 4, 5번 사이의 추궁절제술 및 수핵제거술을 시행받은 후 마미증후군·요실금 및 배뇨곤란 등의 증상이 나타나자 수술한 의료기관을 상대로 손해배상을 청구한 사건에서, 의사의 환자에 대한 설명의무에는 침습적 의료행위에 대한 승낙을 얻기 위한 전제로서 당해 시술의 필요성과 그 위험성에 관하여 설명함으로써 환자로 하여금 그 의료행위를 받을 것인지 여부에 대한 자기결정권을 행사할 수 있도록 하기 위

11) 김천수, 앞의 박사 논문, 제152면.

12) 김형배, 『민법학 강의』, 신조사, 제11판, 2012, 제868~869면. 부수적 주의의무 위반의 경우, 그것 자체로서 고유한 목적을 가지고 있지 않으므로, 부수적 주의의무만의 이행을 소구(訴求)할 수 없는 것이 원칙이지만, 부수적 의무의 계속적인 위반 등으로 계약관계의 유지를 더 이상 기대할 수 없는 때에는 채권자는 계약을 해제할 수 있다고 보고 있다.

13) 김용석, “의료과실의 의미와 판단기준”, 『법관실무연수 교재』, 2013, 제52면, 각주 106에서는, “지도설명의무는 의료법에 규정된 의사의 법적 주의의무로서 의료계약상 당연히 수반되는 주된 의무로 보는 것이 지도설명의무위반을 곧바로 진료상의 과실로 평가할 수 있는 근거가 된다고 생각한다”고 하여, 중속적 부수의무라는 주장에 대하여 비판하기도 한다.

14) 김천수, 앞의 박사 논문, 제152면. 석희태, 앞의 글, 제132면. 지도설명의무 위반으로 환자에게 손해가 발생하면 그것은 곧 급여의무인 진료의무의 불완전이행으로서의 의료과오가 된다고 한다.

한 ‘조언설명 의무’와 의사가 환자에 대하여 진료의 목적을 달성하기 위하여 수술 후의 후유증 등에 대비하도록 상세하게 설명하여야 할 ‘지도설명 의무’가 있다며 양자를 구별하였다.¹⁵⁾¹⁶⁾

다. 의료법 제24조 요양방법지도 의무

의료법 제24조는 요양방법지도라는 제목 하에 “의료인은 환자나 환자의 보호자에게 요양방법이나 그 밖에 건강관리에 필요한 사항을 지도하여야 한다”고 규정하고 있다. 위 조문은 특별한 해석이 필요 없을 정도로 간단한 내용이며, 법령해석례 등이 별도로 나와 있지 않고, 위 법령을 위반한 경우에 대한 처벌규정도 마련되어 있지 않아¹⁷⁾ 의료인의 의무에 대한 선언적 규정으로 보는 것이 일반적이었으나, 대법원 2010. 7. 22. 선고 2007다70445(이하 승모 판막치환술사건이라 칭함) 판결에서 위 조문을 지도설명 의무 관련 조문으로 적시하면서, 지도설명 의무의 근거 규정으로 이해되고 있다.¹⁸⁾

- 15) 본 서울고등법원 판결보다 앞서 아래에서 살펴보는 대법원 2010. 7. 22. 선고 2007다70445판결이 선고되어 지도설명 의무의 내용을 구체화하고 있지만, 대법원 판결에서는 지도설명 의무 관련 법리에 중점을 두고 있어, 여기서는 지도설명 의무와 조언설명 의무를 명시적으로 구분하여 판시한 서울고등법원 판결을 소개한다.
- 16) 위 판결은 조언설명 의무 위반을 부정하고, 피고에게는 마미증후군이 발생한 경우 빠른 시간 내에 응급수술이 필수적임을 설명하는 등 마미증후군의 증상과 발병, 진행 속도, 치료방법 등에 관한 충분하고 상세한 설명을 하도록 할 지도설명 의무가 있는데, 피고가 이를 이행하였다고 인정할 증거가 없으면서 지도설명 의무 위반을 인정하였지만, 피고의 (지도)설명 의무 위반이 생명·신체에 대한 구체적 치료 과정에서 요구되는 의사의 주의 의무 위반과 동일시할 정도의 것이라고 볼 수 없다며 재산상 손해배상청구를 부정하고, 위자료 지급만을 인정하였다.
- 17) 본 규정은 1973. 2. 16. 의료법 전부개정 당시 제22조 ‘의료인은 환자 또는 그 보호자에 대하여 요양의 방법 기타 건강관리에 필요한 사항을 지도하여야 한다’는 문장으로 처음 도입되었다가, 2007. 4. 11. 의료법 전부개정 당시 조문만 제24조로 수정되어 지금까지 유지되고 있다.
- 18) 의료법 제24조를 지도설명 의무의 근거규정으로 볼 수 있는지 여부에 대해서는 논란이 있을 수 있으나, 지도설명 의무의 최초 판결이라고 할 수 있는 1991년의 연탄가스중독사건에서 관련 규정으로 현행 의료법 제24조와 동일한 구 의료법 22조를 표시하고 있고, 위 대법원 판결례 이후의 하급심 판결례에서도 대법원 판결의 법리부분을 원용하며 같은 조문을 표시하고 있다. 또한 안법영·백경희, 「설명 의무와 지도 의무 - 설명 의무에 관한 최근 판례의 동향」 안암법학, 2013. 1. 126면에서도 의료법 제24조를 요양방법지도 의무의 근거규정으로 보고 있는 것으로 이해되고, 김천수 앞의 박사논문 141면 각주 59)에서

라. 검토

요컨대 의료영역에서 문제되는 자기결정권적 조언설명의무와 구별되는 개념으로서, 의사가 진료의 목적을 달성하기 위해 환자에게 수술 후의 후유증 등에 대비하도록 상세하게 설명하여야 할 지도설명의무가 존재한다. 이러한 지도설명의무는 의료상의 주의의무로서 다루어지며 그 위반시에도 전손해배상이 문제되는 것이어서, 조언설명의무와 다른 취급이 필요하다.¹⁹⁾

2. 지도설명의무 관련 주요 판결례의 검토

가. 들어가며

법원 도서관 판례검색시스템을 활용하여 “지도설명의무”에 대하여 검색하면, 2013. 9. 23. 현재 총 92건의 판결이 검색되는데, 이들 중 금융관련사건에 대한 판결²⁰⁾ 및 중복 등록된 판결들을 제외하고, 개별적으로 확인되는 지도설명의무와 관련된 사건을 더한 총 69건의 판결을 분석해 보면, 지도설명의무의 법리를 구체화한 최초의 대법원 판결인 2005. 4. 29. 선고 2004다64067 (이하 에탐부톨사건이라 칭함) 판결 이후 선고된 것이 60건이고, 지도설명의무라는 용어를 최초로 사용한 2010. 7. 22. 선고 2007다70445 판결 (이하 승모판막치환술사건이라 칭함) 이후 선고된 사건 수가 38건에 이르고 있는 바, 두 차례의 대법원 판결이 지도설명의무와 관련된 판결 증가에 큰 영향을 주었음을 알 수 있다.²¹⁾

는, 구 의료법 제22조가 지도설명에 해당하는 규정으로 보고, 지도설명은 유일하게 실정법적 인정근거가 있는 설명의무의 유형이 된다고 한다.

19) 특히 서울고등법원의 위 판결은, 설명의무를 고지설명·조언설명 및 지도설명으로 나누는 김천수 교수의 견해를 받아들이고 있는 것으로 이해된다.

20) 키코 등 금융상품 판매 시 필요한 설명을 하지 않은 점에 대한 법원의 판결 등이 여기에 포함되어 있다.

21) 연도별 지도설명의무 판결례는, 2005년 7건, 2006년 4건, 2007년 6건, 2008년 2건, 2009년 0건, 2010년 10건, 2011년 8건, 2012년 14건, 2013년 9. 23. 현재 12건으로, 2010년 이후 비약적으로 증가하고 있다.

나. 연탄가스 중독 사건-지도설명의무 관련 최초의 판결

- 대법원 1991. 2. 12. 선고 90도2547 판결

(1) 본 사건은, 자기 집 안방에서 취침하다가 일산화탄소(연탄가스) 중독으로 병원 응급실에 후송되어 온 환자를 의사가 일산화탄소 중독으로 진단하고 치료하였는데, 회복된 환자가 이튿날 퇴원할 당시 자신의 병명을 문의하였음에도 불구하고 의사가 아무런 요양방법을 지도하여 주지 아니하여 환자가 일산화탄소에 중독되었던 사실을 모르고 사고가 발생한 집 안방에서 다시 취침하다 전신피부파열 등 일산화탄소 중독을 입은 사건이다.

대법원은, ‘위 의사는 그 원인 사실을 모르고 병명을 문의하는 환자에게 그 병명을 알려주고 피해장소인 방의 수선이나 환자에 대한 요양의 방법 기타 건강관리에 필요한 사항을 지도하여 줄 요양방법의 지도의무가 있는데, 병명을 알려주지 않아 환자가 다시 동일한 방에서 잠을 자다가 부상을 입게 한 것은 의사가 자신의 의무를 태만히 한 것으로 의사로서의 업무상과실이 있고, 이 사실과 재차의 일산화탄소 중독과의 사이에 인과관계가 있다고 보아 업무상 과실치상죄의 유죄를 인정한 원심 판단은 타당하다’고 인정하였다.

(2) 위 사건은 형사판결이지만, 지도설명의무에 대한 판결례를 언급할 경우 가장 우선하여 거론되는 사건이라는 점에서 의미가 있다.²²⁾ 다만 본 판결에서는 구 의료법 제22조²³⁾를 원용하여 업무상 과실의 근거로 삼았지만, 지도설명의무의 구체적 정의 등에 대해서는 언급이 없어 아직 완성된 지도설명의무에 관한 판결이라고 보기에는 부족한 감이 있다.

22) 김용석, 앞의 글 제52면, 한편 위 판결은 형사사건에서의 의사의 설명의무를 인정한 사례로 다루어지기도 한다.

23) 앞에서 언급했던 현행의료법 제24조 요양방법지도의무에 관한 규정이다.

다. 백내장 사건-지도설명 의무와 조언설명 의무의 구별 - 대법원 1997. 7. 22. 선고 1995다49608 판결

(1) 본 사건은, 백내장 수술 후 시각장애가 발생한 환자가 초기 진료 당시 비문증을²⁴⁾ 호소하였음에도 불구하고, 의료진이 검진 당시 망막박리를 판단하기 위한 검사를 시행하지 아니하고 시각장애 위험성에 대하여 설명하지 아니하였음을 지적하며 손해배상을 청구한 사건이다.

(2) 법원은, 의사는 응급환자의 경우나 그 밖의 특별한 사정이 없는 한, (i) 진료계약상의 의무로서 또는 수술에 대한 승낙을 얻기 위한 전제로서 당해 환자나 법정대리인에게 질병의 증상, 치료 방법의 내용 및 필요성, 발생이 예상되는 위험 등에 관하여 당시의 의료수준에 비추어 상당하다고 생각되는 사항을 설명하여 당해 환자가 그 필요성이나 위험성을 충분히 비교해 보고 그 의료행위를 받을 것인가의 여부를 선택할 수 있도록 하여야 할 의무가 있을 뿐만 아니라, (ii) 그 진료 목적의 달성을 위하여 환자 또는 그 보호자에 대하여 요양의 방법 기타 건강관리에 필요한 사항을 상세히 설명하여 후유증 등에 대비하도록 할 의무가 있다고 판시하고, 원심에서 지도설명 의무 위반을 이유로 위자료 지급을 명한 판단을 타당하다고 보아 원피고 양측의 상고를 모두 기각하였다.

(3) 판결 이유 중 (i) 부분은 조언설명 의무 사안에서 자주 보이는 설시이나, (ii) 부분은 연탄가스 중독 사건에서 실시된 지도설명 의무 관련 내용이다. 위 판결이 의미가 있는 것은 지도설명 의무 관련 내용이 실시된 최초의 민사판결이라는 점과 지도설명 의무가 조언설명 의무와는 다른 것이라는 점을 명시하였다는 것이다.²⁵⁾

24) 비문증은 경한 망막 옆의 초자체 혼탁이 있을 경우 눈앞에 먼지 같은 물체가 보이는 증상을 의미한다. 또한 망막박리는 초자체와 맥락막 사이에 있는 망막이 여러 가지 원인에 의하여 제 위치에 있지 못하고 초자체 쪽으로 떨어져 나오는 현상을 의미한다.

25) 위 판결은 청주지방법원 2006. 5. 12. 선고 2004가합4284 판결은 물론이고, 서울고등법원 2010. 9. 2. 2009나84372 판결과 부산고등법원 2012. 8. 23. 선고 2012나3555 판결에서도

라. 에탐부톨 사건-지도설명의무 개념의 구체화

- 대법원 2005. 4. 29. 선고 2004다64067 판결

(1) 사건 개요

(가) 본 사건은 1999. 2. 24. 보건소에서 폐결핵진단을 받은 후 보건소 담당 직원으로부터 결핵약 에탐부톨 등을 처방받아 복용하던 환자가, 시신경염 등이 발생하였으나 즉시 약복용을 중단하고 의료기관에 내원하여 필요한 처치를 받지 않아 시력이 급격히 악화된 후, 보건소의 사용자인 대한민국을 상대로 손해배상을 청구한 사건으로, 원심에서는 관련 내용을 보건진료소 등에서 설명하였음을 이유로 원고 청구를 기각하였다.

(나) 그러나 대법원은, (i) 의료상의 주의의무는 의료행위를 할 당시 의료기관 등 임상의학 분야에서 실천되고 있는 의료행위의 수준을 기준으로 삼되, 그 의료수준은 통상의 의사에게 의료행위 당시 일반적으로 알려져 있고 또 시인되고 있는 의학상식을 뜻하므로 진료환경 및 조건, 의료행위의 특수성 등을 고려하여 규범적인 수준으로 파악되어야 할 것이라는 판결(대법원 1998. 7. 24. 선고 98다12270 판결 등 참조)을 거시한 후, (ii) 시각이상 등 그 복용 과정에 전형적으로 나타나는 중대한 부작용을 초래할 우려가 있는 약품을 투여함에 있어서 그러한 부작용의 발생 가능성 및 그 경우 증상의 악화를 막거나 원상으로 회복시키는 데에 필요한 조치사항에 관하여 환자에게 고지하는 것은, 약품의 투여에 따른 치료상의 위험을 예방하고 치료의 성공을 보장하기 위하여 환자에게 안전을 위한 주의로서의 행동지침의 준수를 고지하는 진료상의 설명 의무로서 진료행위의 본질적 구성부분에 해당한다 할 것이고, (iii) 이때 요구되는 설명의 내용 및 정도는, 비록 그 부작용의 발생가능성이 높지 않다 하더라도 일단 발생하면 그로 인한 중대한 결과를 미연에 방지하기 위하여 필요한 조치가 무엇인지를 환자 스스로 판단, 대처할 수 있도록 환자의 교육정도·연

원용되어, 요양방법지도의무 관련 사안에서는 꾸준히 그 영향력을 보여주고 있다.

령·심신상태 등의 사정에 맞추어 구체적인 정보의 제공과 함께 이를 설명·지도할 의무가 있다고 보아야 할 것이라고 하며 지도설명 의무의 개념을 구체적으로 제시하였다.

(다) 이어서 대법원은, 원고에 대한 위 투약업무를 담당한 보건진료원인 위소의 1 등으로서 그 투약에 즈음하여 위와 같은 부작용의 발생 가능성 및 구체적 증상과 대처방안을 설명하여 줄 의료상의 주의의무가 존재한다고 보아야 할 것이고{지도설명 의무의 존재 인정}, 나아가 이러한 설명을 함에 있어서는 원고가 위 부작용의 증세를 자각하는 즉시 복용을 중단하고 보건소에 나와 상담하는 조치를 취할 수 있도록 구체적으로 이루어져야지{지도설명 의무의 이행 정도}, 그와 달리 원심의 인정 사실처럼 (a) 막연히 “이상증세가 있으면 보건소에 나와 상담, 검진하라”라고 이야기하거나 혹은 (b) 피고들의 항변처럼 위 약품에 첨부된 제약회사의 약품설명서에 그 부작용에 관한 일반적 주의사항이 기재되어 있다는 것만으로는 필요한 설명을 다하였다고 할 수 없다고 판시하고, (c) 원고가 그 시력이 1/2 정도로 약화된 시점에서 보건소가 아닌 일반 병원의 안과에 진료차 들렀다고 하는 사실이 바로 위와 같은 주의사항의 설명이 제대로 이루어지지 않았음을 반증하는 것으로 이해하여{지도설명 의무 이행 여부의 판단 방법}, 보건진료원의 과실을 인정하고, 원심에서 이와 달리 피고의 과실을 배척하고 추가적으로 인과관계와 배상의 범위 등에 대하여 심리를 수행하지 아니한 것은, 부작용의 우려 있는 약품의 투약과정에 있어서 요구되는 의료상의 주의의무에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 판시하면서 원심을 파기환송하였다.

(2) 판결의 의의

백내장 사건 판결이 지도설명 의무가 자기결정권과 관련되는 조언설명 의무와 다른 것임을 선언하였다면, 에탐부톨 사건 판결은 (i) 지도설명 의무의 개념이 무엇인지를 설명하고, 그 과정에서 조언설명 의무와 관련된 판결이 아닌 의

료상의 과실을 판단함에 있어서 주의의무의 기준에 관하여 실시한 대법원 1998. 7. 24. 선고 98다12270 판결을 원용함으로써, 지도설명 의무가 조연 설명 의무와 다른 것임을 확인한 동시에, (ii) 지도설명 의무가 진료행위의 본질적 구성부분에 해당함을 선언하여 그 실체를 분명히 하였으며, (iii) 구체적 사실 관계 포섭에 있어서 지도설명 의무 이행의 정도와 그에 대한 판단방법을 제시 하여, 이후 지도설명 의무 관련 사건에 대한 판단 기준을 제시하였다는 점에서 의미가 있다.

특히 조연 설명 의무 사안의 기준 판결례에 의할 때 위 (1)-(다)-(a 또는 b)의 경우 설명 의무가 이행되었다고 볼 여지가 있고, 설명 의무 이행 여부에 관하여 (c)와 같은 판단 기준이 제시된 바 없었다는 점을 고려하면, 지도 설명 의무의 이행 여부에 있어 일반적인 설명 의무보다 훨씬 높은 수준의 이행을 요구하고 있음을 알 수 있다. 다만 위 판결에서는 지도 설명 의무를 “설명·지도할 의무”라고 표현하고 있어 지도 설명 의무라는 용어 자체에 대해서는 아직 법원 내부에서도 그 사용 여부에 대한 의견이 통일되어 있지 않았음을 알 수 있다.

마. 승모판막치환술 사건-“지도 설명 의무” 용어 사용과 인과관계의 요구(대법원 2010. 7. 22. 선고 2007다70445 판결)

(1) 사건 개요

(가) 본 사건은, 기계판막을 이용한 승모판막치환술을 시행받은 후 퇴원하였던 환자가 판막 기능부전으로 폐쇄부전이 발생하여 호흡곤란 및 쇼크 증세가 나타나 병원에 내원하였으나 사망하자 그 유족이 손해배상을 청구한 사건이다. 1, 2심에서는 피고병원 의료진이 환자의 INR수치를²⁶⁾ 지나치게 낮게 유지하여 기계판막에 혈전 형성을 유발시켜 망인이 사망하였다며 피고병원의 진료상 과실이 인정되었고, 피고가 상고하자 대법원은 원심과 달리 진료상 과

26) International Normalized Ratio, 국제혈액표준위원회가 1983년 경구 항응고제 요법을 위한 혈액응고시간을 국제적으로 표준화한 단위로, 그 수치의 증가는 혈액응고시간이 늘어나는 것을 의미한다.

실을 부정하였다.²⁷⁾

(나) 반면 지도설명 의무 위반 여부에 관하여는, ‘의사의 주의의무는 ... (중략) ... 그 진료 목적의 달성을 위하여 환자가 의사의 업무범위 이외의 영역에서 생활을 영위함에 있어 예견되는 위험을 회피할 수 있도록 환자에 대한 요양의 방법 기타 건강관리에 필요한 사항을 지도설명하는 데까지도 미친다 할 것 (의료법 제24조 참조)’이라고 판시하여, 지도설명 의무의 범위가 병원이라는 의사의 업무영역을 벗어난 경우에도 미친다는 점을 명시적으로 선언하였다.

(다) 특히 위 대법원 판결에서는 원심의 사실관계를 토대로 다음과 같은 판단을 부기하고 있다.

원심은, 피고¹²⁸⁾은 망인이 퇴원할 무렵 망인에게 “수술 후 몇 개월 동안 상처가 아플 수 있는데, 그 통증은 3개월 정도 지속될 수 있다. 처음에 많이 아프다가 좀 좋아지다가 또 아플 수도 있다”는 설명만 하였을 뿐, 수술 부위의 통증과 심장의 통증을 구분하여 주의사항을 말하여 주지 않았고, 피고²²⁹⁾ 역시 위와 같은 사항을 말하여 주지 않은 사실, ② 피고들이 망인에게 교부한 안내서에는 항응고제의 부작용·위험성·항응고제의 약효에 영향을 미치는 음식·복용 시 유의사항·즉시 의사를 찾아야 하는 경우 등에 관한 자세한 내용이 포함되어 있으나, 망인에게 구두로 그 내용을 설명해준 적은 없는 사실, ③ 망인은 2004. 6. 12. 19:00경 호흡 곤란 등의 통증을 느꼈음에도 피고 1이 수술 후 가슴통증이 올 수 있다고 했다면서 괜찮아질 것이라고 말하며 심각하게 생각하지 않아 즉시 피고 병원을 찾아가지 않았던 사실, ④ 망인은 같은 날 21:30경 호흡 곤란이 심해지고 전기가 튀듯 두근거린다고 하며 비로소 원고 1에게 119

27) 그 이유는 INR 유지범위는 의사의 재량으로 피고병원에서 유지한 수치를 재량의 범위를 벗어난 것이라고 보기 어렵고, INR 검사 주기 역시 당시 의료수준에 비추어 적정하였기 때문이었다.

28) 피고대학병원 소속 흉부외과 전문의임.

29) 피고대학병원 소속 흉부외과 전공의임.

구급대를 불러 달라고 하였는데 위 구급대를 기다리던 중 의식을 잃었고, 그 후 119 구급대의 도움으로 다른 병원 응급실로 갔으나 이미 소생이 불가능하게 된 사실 등을 인정하였다.

앞서 본 법리를 이러한 사실들에 비추어 보면, 피고들은 망인에게 항응고제의 효과, INR 수치를 일정하게 유지해야 하는 이유, 항응고제 부작용 및 그 위험성 등을 명확하게 설명해 줌으로써 망인으로 하여금 가슴 통증 등 안내서에 기재된 일정한 상황이 발생한 경우 그 위험성 및 심각성을 정확하게 인식하고 즉시 응급실에 내원하는 조치를 취할 수 있도록 구체적인 정보의 제공과 함께 이를 지도·설명할 의무가 있고, 이러한 지도·설명 의무는 단순하게 안내서의 교부만으로 대체할 수는 없다고 할 것인데, 피고들은 위와 같은 설명·지도 의무를 전혀 이행하지 않았고, 그로 인하여 망인이 가슴 통증의 심각성을 제대로 인식하지 못함으로써 통증을 느끼고도 약 2시간 30분이나 지체한 관계로 적절한 응급처치 등을 받지 못하여 사망에 이르렀는바, 결국 피고들의 지도·설명 의무 위반과 이 사건 사고 사이에는 상당인과관계가 인정된다고 할 것이다.

(2) 판결의 의의

위와 같은 대법원의 판단은, 첫 번째 대법원 판결이었던 예담부톨 사건과 유사한 판단방법을 유지함으로써 지도설명의무의 이행은 막연한 설명이나 안내서의 교부 정도로 족하지 아니하고, 환자가 후유증이나 부작용에 대한 경각심을 가지고 그러한 증상이 발생하였을 경우 의료기관에 내원하여 신속히 필요한 처치를 받을 수 있을 정도의 충분한 설명이 필요함을 확고히 하였다. 또한 지도설명의무의 근거규정으로 의료법 제24조를 참조하도록 명시하여, 지도설명의무가 요양방법지도의무와 깊은 관련이 있음을 확인하여 주었다.³⁰⁾

두 차례의 대법원 판결로 지도설명의무의 실체가 어느 정도 드러나고 환자측에

30) 다만 위 판결에서 의료법 제24조 “참조”라는 표현을 사용함으로써 지도설명의무와 요양방법지도의무가 완전히 같은 것인지에 대한 논란의 소지를 남겨 둠으로써 양자의 관계에 대한 검토도 필요하게 되었다.

서 공격방법으로 활용하게 되면서, 이후 판결에서 지도설명의무 관련 판결이 증가하였고, 판단방식에서도 비슷한 논리구조가 반복하여 나타나고 있다.³¹⁾³²⁾

바. 인과관계와 손해배상의 범위 - 전손해배상의 인정

위 대법원 판결에 이어서, (i) 결핵약 에탐부톨 복용 후 시신경염이 발생한 환자에게 의료기관에서 에탐부톨 복용 후유증이 발생하면 즉시 병원에 내원하여 추가로 받아야 할 진료내용 등에 대한 설명이 부족하여, 환자가 후유증이 나타났음에도 불구하고 의료기관에 내원하지 않아 실명상태에 가까운 부작용이 발생하였다며 위자료와 재산상 손해배상을 포함하여 43,550,000원의 지급을 명한 판결이 선고되었고,³³⁾ (ii) 친구들과 야구를 하던 중 야구방망이에 오른쪽 눈 부위를 맞아 눈썹 부위가 찢어지고 시야가 흐려지는 증상을 보여 피고병원 응급실에서 치료를 받은 환자가, 퇴원 후 집에서 안정을 취하던 중 찢어진 부위에 발생한 출혈에 대하여 피고병원이 아닌 성형외과에서 치료 후 출혈과 안압상승이 있어 피고병원에 다시 내원하여 세척술 및 인공수정체 삽입술 등을 받았으나 각막 혼탁으로 실명된 사건에서, 의사의 처치상의 과실을 부정하면서도, 피고는 환자와 보호자에게 외상성 전방출혈의 위험성·발생 가능한 합병증의 종류·증상 및 심각성·증상발생시 필요한 조치 등에 대하여 설명하지 않아 환자가 재출혈이 광범위하게 발생할 때까지 적절한 치료를 받을 수

31) 이와 같은 판단구조는 앞서 소개된 에탐부톨 사건에서도 이미 사용되었던 판단방법이고, 위 대법원 판결이 선고되기 직전인 부산고등법원 2010. 7. 8. 선고 2010나200 판결에서도 나타난 바 있으며, 위 판결 선고 이후 창원지방법원 2011. 11. 24. 선고 2011가합733 판결에서도 같은 판단 방법이 사용되었다.

32) 서영애, 앞의 글, 제470면. 위 판결은 후유 질환이 발생하거나 아니면 그 후의 요양과정에서 후유 질환이 발생할 가능성이 있는 경우에 있어서 요구되는 주의의무 내지 설명의무의 구체적 내용과 이를 위반하였을 경우 손해배상의 범위를 명백히 함으로써 그 점에 관한 실무상의 문제점 해결을 위한 의미 있는 한 걸음을 한 점에서 그 의의가 있다고 평하고 있다. 위 판결은 환송된 후 화해권고결정으로 종결되어 환송심 판결은 남아 있지 않다.

33) 창원지방법원 2011. 11. 24. 선고 2011가합733 판결. 위 판결에 대하여는 쌍방이 항소하지 않아 확정되었다.

있는 기회를 상실하였고 이러한 과실과 나쁜 결과 사이에는 인과관계가 긍정된다며 일반 의료상의 주의의무 위반과 마찬가지로 손해배상액을 계산하여 피고에게 7,000만원가량의 손해배상책임을 인정한 판결이 선고되었다.³⁴⁾³⁵⁾

사. 검토

이상 지도설명 의무와 관련된 주요한 판결을 살펴보면, 연탄가스중독 사건 당시 지도설명 의무의 개념조차 명확하지 않은 상태에서 법적인 효력을 다루었던 것에 비하여, 2차례의 대법원 판결과 서울고등법원 판결 등을 거치면서 지도설명 의무는 진료행위의 본질적 구성부분에 해당하는 주의의무로서 이를 위반한 경우 의료과정에서의 주의의무위반으로 인정되어 전손해배상이 명해질 수 있다는 점을 거듭 확인되었다.

III. 증명책임의 문제

1. 문제점

지도설명 의무의 법적성질과 관련된 논의의 연장선상에 있으면서도 독립된 쟁점 중 하나가 지도설명 의무의 증명책임에 관한 문제이다. 조연설명 의무 이행 여부에 대한 증명책임은 의사 측에 있다는 것이 판례의 입장이지만, 지도설

34) 부산지방법원 2012. 5. 30. 선고 2010가합12657 판결. 이하 전방출혈 사건이라 칭한다. 위 사건도 쌍방이 항소하지 않아 확정되었다. 위 판결에서는 원고가 입은 외상성 전방출혈이 이 사건 사고의 주요한 원인이고, 피고가 실시한 진료 자체에는 어떤 과실이 있다고 보기 어려운 점, 외상성 전방출혈은 대개의 경우 별다른 합병증 없이 증상이 완화되고 재출혈이 발생할 가능성은 비교적 드문 점 등을 고려하여 피고의 책임을 60%로 제한하였다.

35) 서울중앙지방법원 2005. 12. 28. 선고 2002가합39536 판결에서는, 부작용 발생가능성이 알려진 자이로릭에 대한 지도설명 의무 위반을 이유로 피고에게 7,600만원가량의 지급을 명하여 피고가 항소하고 원고가 부대항소하였으나, 피고가 항소를 취하함으로써 원심이 확정된바 있고, 부산지방법원 2008. 5. 28. 선고 2007가합21934 판결은, 예탐부톨 복용 후 발생한 후유증에 대하여 1억원 이상의 지급을 명한바 있다.

명의무 증명책임에 대해서는 대법원에서 명확한 입장을 제시한 바 없고, 하급심 판결의 입장도 나뉘고 있는 바, 아래에서는 판결례를 먼저 살펴보고 학설의 입장을 검토해 보기로 한다.

2. 판결례의 검토

가. 서울고등법원의 판시 내용

에탐부톨사건이나 승모판막치환술사건 판결에서는 증명책임에 대한 명시적인 판단이 없었다. 이후 서울고등법원은, 원고가 농구를 하다가 벽에 부딪혀 우측 경비골간부 골절상을 입고 피고병원에서 골수강 내 금속정을 이용한 내고정술을 받은 후 구획증후근이 나타났음에도 보존적 치료만 하다가 근육변성 및 신경마비가 발생한 사안에서, “의사가 환자 측에 증상 등에 관한 결과를 이해시키고 그에 따른 치료나 요양상의 주의사항을 설명하여야 하는 이른바 ‘지도설명 의무’는, 환자의 자기결정권을 보장하기 위한 ‘조언설명 의무’와는 달리 그 자체로 진료행위의 일부로서 신체침해를 이루는 것이어서 일반 진료행위상의 주의의무와 같이 평가되는 것이므로, 환자 측이 그 위반의 점을 증명하여야 한다”고 판시한 바 있다.³⁶⁾

나. 서울남부지방법원과 동부지방법원의 판시 내용

한편 서울남부지방법원은, 앞에서 본 지방분해주사(HPL) 실시 후 부작용이 발생한 사건에서 지도설명 의무 이행에 대한 증명책임은 의료진인 피고가 부담한다고 할 것인바, 피고가 이를 이행했다고 볼만한 아무런 증거가 없는 이상 그 자체로서 치료상 과실이 인정된다고 판시하여, 증명책임을 의사에게 부

36) 서울고등법원 2010. 4. 22. 선고 2009나72218 판결. 위 사건은 제1심에서 피고 과실이 인정되었으나, 서울고등법원 위 판결에서는 지도설명 의무 이행 여부에 대한 증명책임이 환자측에 있다며 피고의 과실이 부정되었으나, 대법원에서 파기되어 환송심에서 강제조정으로 종결되었다.

과한 바 있고,³⁷⁾ 서울동부지방법원은, 의사에게는 의료법 제24조에 따라 처치나 투약 후에 환자가 지켜야 할 주의사항 등을 알려주고 권고할 지도설명의무가 있으므로, 의사의 지도설명의무 위반 그 자체는 하나의 의료과실로서 진료상 과실과 같이 취급하여야 하고, 설명의무를 이행한 데에 대한 증명책임은 의사측에 있다³⁸⁾고 하여 지도설명의무가 조언설명의무와 다르다는 점을 지적하면서도 그 증명책임을 일반의 설명의무와 같이 이해하고 있다.

3. 학설의 견해

이와 관련하여 환자는 지도설명의무가 이행되지 않았음을 입증하여야 하며, 환자는 그 이행여부가 불명한 경우에 그 입증위험을 부담한다는 견해가 있고,³⁹⁾ 위 서울고등법원 판결을 원용하며 지도설명의무와 관련한 증명책임은 환자측이 그 위반의 점을 입증하여야 한다는 견해가 있으며,⁴⁰⁾ 승모판막치환술사건 판결에서 “피고들은 … 안내서에 기재된 일정한 상황이 발생한 경우 그 위험성 및 심각성을 정확하게 인식하고 즉시 병원에 오는 조치를 취할 수 있도록 구체적인 정보의 제공과 함께 이를 지도·설명할 의무가 있고, 이러한 지도설명의무는 단순하게 안내서의 교부만으로 대체할 수는 없다”는 부분을 근거로, 대법원이 지도설명의무 이행의 증명책임이 의사측에 있다는 견해에 입각한 것으로 볼 수 있는데, 그와 같이 보더라도 지도설명을 받지 못하였기 때문에 이를 이행하지 못하였다는 점에 대하여는 환자가 입증하여야 하므로, 의사측에 과도한 증명책임을 지우는 것은 아니라는 견해가 있다.⁴¹⁾

37) 서울남부지방법원 2012. 9. 11. 선고 2012가합1857 판결.

38) 서울동부지방법원 2012. 11. 29. 선고 2011가합11786 판결.

39) 김천수, 앞의 책, 제152면. 설명의무를 다루는 다수의 논문에서 김천수 교수의 이론을 소개하는 정도에 그치고 증명책임에 관하여 논의하고 있는 글은 소수에 그치는데, 김천수교수의 의견을 다수설로 보아도 좋을 것으로 생각된다.

40) 안법영·백경희, 앞의 글, 제153면.

41) 서영애, 앞의 글, 제465~466면.

4. 검토

지도설명 의무가 일반 의료상의 주의의무의 일종이라는 점을 고려할 때, 서울고등법원 판결에 나타난 바와 같이 지도설명 의무 이행 여부에 대한 증명 책임은 일반의 주의의무와 마찬가지로 환자측에서 부담하는 것으로 보는 것이 이론의 일관성이 있는 것이 사실이다. 그러나 (i) 서울남부지방법원의 HPL 시술 후 부작용 발생 사안에서는 지도설명 의무를 논하면서도 조인설명 의무의 증명책임 전환 판결을 원용하고 있고, (ii) 지도설명 의무 위반에 대하여 환자측에 증명 책임을 부담시킬 경우 의료소송에서 증명 책임의 부분적 전환 내지 완화를 인정하고 있는 취지를 몰각시켜 지나치게 지도설명 의무 위반에 대한 입증 부담이 과도해질 수 있다는 점 및 (iii) 특히 의료행위를 시행한 것이 아니고 일정한 사항을 설명하였다는 점을 의사가 진료기록에 남겨 두었다가 그 시행 여부를 입증하는 것은 가능할 수 있지만, 반대로 설명을 하지 않았다는 부작위를 환자측에서 입증하라고 할 경우 구체적인 입증 방법을 상정하기 어려워 입증 자체가 불가능해질 수 있다는 점을 고려할 때, 지도설명 의무 이행 여부에 대한 증명 책임은 의사에게 있다고 보는 것이 타당하다.

서울고등법원 2010. 4. 22. 선고 2009나72218 판결에서 지도설명 의무의 입증 책임이 환자에게 있다고 설시한 것은 지도설명 의무가 일반 의료상의 주의의무와 동일시되어야 한다는 점에 치중한 판결로 볼 수 있으나 앞에서 본 바와 같이 지도설명 의무의 증명 책임을 환자에게 부과할 경우 불가능한 입증을 요구하는 것이어서 부당하다는 문제점이 있고, 비록 하급심 판결이기는 하나 서울남부지방법원과 동부지방법원 판결의 입장이 타당하다고 할 것이며, 앞으로 증명 책임과 관련한 구체적인 설시를 담은 대법원 판결이 선고될 필요가 있다.

IV. 적용범위

1. 문제의 제기

지도설명 의무는 의료상 주의의무의 하나이기 때문에, 진단·검사·투약·수술·요양과정의 전부분에서 모두 문제가 될 수 있는 것은 어쩌면 당연한 귀결이다. 그러나 지도설명 의무 관련 판결의 대다수가 환자가 가정에서 지내다 발생하는 약의 부작용 관련 사례가 다수를 차지하고, 의료법 제24조도 요양방법 지도라는 제목을 가지고 있다는 점에서, 지도설명 의무의 적용범위가 제한적이라고 생각할 여지가 있다.

그렇지만, 실무에서 문제되었던 다양한 지도설명 의무 관련 사례를 살펴보면, 아직 초기이기는 하지만, 조연설명 의무가 자기결정권이라는 전제를 기초로 다양한 분야로 그 적용범위를 넓혀 왔던 것과 유사하게, 지도설명 의무 역시 그 적용범위를 확장하고 있음을 알 수 있는바, 약의 부작용이 문제된 경우와 기타의 경우로 나누어 판례에서 문제된 경우들을 살펴보고자 한다.

2. 약의 부작용이 문제된 경우

가. 에탐부톨 관련 사건례

지도설명 의무의 발전에 결핵약 에탐부톨을 빼 놓고는 논의를 진행할 수 없다. 앞에서 소개한 에탐부톨 사건 판결이 대표적인 사례이고, 부산지방법원 2008. 5. 28. 선고 2007가합21934 판결에서도 에탐부톨 부작용에 대하여 1억원 이상의 지급을 명한 바 있고, 수원지방법원 2010. 5. 27. 선고 2008가합17246 판결에서도 에탐부톨 부작용에 대한 지도설명 의무 위반을 이유로 8,600만원 가량의 지급을 명하였으며, 창원지방법원 2011. 11. 24. 선고 2011가합733 판결 역시 에탐부톨 부작용이 문제된 사안이었다. 한편 서울중앙지방법원 2005. 12. 28. 선고 2002가합39536 사건(이하 자이로릭사건으로 칭함)은 급성신부전 등의 원인이 될 수 있는 자이로릭 투여 후 발생한 부작용

용 및 부작용 발생시 행동지침에 대하여 지도설명의무를 이행하지 않은 것으로 보아 7,600만원의 지급을 명하였는바, 에탐부톨 사건과 유사한 구조를 가진 사건으로 이해된다.

나. 약사의 복약지도의무와의 관계

(1) 위에서 살펴본 대부분의 사건이 의사의 지도설명의무를 문제삼고 있지만, 퇴원 후 복용하는 약의 부작용이 문제된다는 점에서, 약사의 복약지도의무가 문제될 수 있다. 실제로 창원지방법원 에탐부톨 관련 사건에서는, 환자가 의사를 상대로 손해배상을 청구하자, 의사는 약의 부작용 등에 대하여 설명하였음을 주장하는 동시에, 약의 부작용에 대하여 설명하지 않은 것은 약을 조제하여 판매한 약사의 잘못이라는 취지의 주장을 제기하였다.

(2) 즉 위 사건에서 피고는, 원고가 결핵치료약을 약국에서 구입하면서 복약지도를 충분히 받은 점 등에 비추어 피고 병원의 설명의무위반과 원고의 손해발생 사이에 인과관계가 없다는 취지로 주장하고, 원고가 약을 구입한 약국에 복약지도의무를 충실히 이행하였는지 여부에 대한 사실조회 절차를 거쳤으나, 각 약국 약사는 복약지도의무를 충실히 이행하였다는 취지의 회신을 보내왔고, 피고는 그러한 회신을 근거로 본인에게 지도설명의무 위반이 있다고 하더라도 나쁜 결과와의 사이에 인과관계가 없다고 주장하였다.

재판부는 ‘각 약국들에 대한 사실조회 결과에 의하면, 그 약사들이 부작용에 관하여 복약지도를 하였다든 것이나, 그 사실조회 결과를 그대로 믿기는 어렵고, 달리 인과관계가 없다는 점을 입증할 증거가 없으며, 피고 의사의 배상책임을 인정하였다.’⁴²⁾

42) 창원지방법원 2011. 11. 24. 선고 2011가합733 판결 참조

다. 검토

위 사건은 피고로 약사들이 포함되어 있지 않아 사실조회 방법으로 약사의 복약지도의무 위반 여부를 확인하고자 시도하였으나, 약사들이 복약지도의무를 충실히 이행하였다는 취지의 회신을 통해 본인들을 보호함으로써 더 이상 약사의 책임이 문제되지 않았지만, 소(訴) 제기 당시부터 약사를 피고에 포함시켰다면, 최근 문제되었던 처방전 2매 및 복약지도서 발행의무화 논의와 관련하여⁴³⁾ 복약지도서를 발행하지 아니한 것을 약사의 과실로 인정할 경우, 의사의 지도설명 의무와 약사의 복약지도의무가 중첩적으로 인정될 수 있는 가능성이 있었던 사건이다⁴⁴⁾.

약화사고와 관련한 약사의 주의의무에 대해서는 아직 문제되는 사례가 많지 않고, 문제가 되더라도 대부분 제약회사의 제조물 책임이 함께 문제되는데, 환자에게 처방되는 약의 경우 임상시험 등을 모두 거쳐 판매되는 것이어서 제조물 책임이 부정되고 그와 함께 약사의 책임도 부정되는 경우가 많았다.⁴⁵⁾ 그런데 최근 나타나고 있는 지도설명 의무 이행 여부에 대한 법원의 판단 방법 등을 고려하여, 지도설명 의무와 복약지도의무를 함께 주장할 경우 의사와 약사의 책임이 중첩적으로 인정될 가능성이 더 높아질 수 있다는 점에서, 지도설명 의무의 적용 범위는 약사의 배상 책임 부분까지도 확장될 수 있을 것으로 예상된다.

43) 「헬스조선」 기사, 2013. 1. 16.자 환자단체 “환자보관용 처방전 - 서면 복약지도서 의무 발행해야”라는 제목의 기사, 「메디컬투데이」, 2013. 8. 28. 자 환자들 “복약지도형 조제 내역서 의무발행 원한다”는 제목의 기사 참조.

44) 의약품사고로 인한 의사·약사의 과실책임에 대해서는 전병남, 「의약품사고의 민사책임에 관한 연구」, 연세대학교 박사학위 논문, 2005, 제168면 이하 참조.

45) 서울중앙지방법원 2013. 5. 29. 선고 2011가합109314 판결의 경우, 약의 부작용과 관련하여 10억원이 넘는 손해배상을 청구하였으나 제약회사의 책임이 부정되고, 피고 약사에게도 ‘일반의약품을 판매하면서 매우 예외적인 부작용까지 설명할 의무는 없다’면서 원고의 청구를 모두 기각한 바 있다.

3. 의료적 처치와 관련하여 지도설명의무가 문제되는 경우

가. 수유 후 주사쇼크 사건

(1) 위 사건은, 6개월 가량된 영아에게 수유 직후의 정맥주사는 매우 위험하다는 점을 피고병원 의료진이 모두 알고 있고, 간호조무사가 영아의 모친에게 입원시 주의사항 등을 설명하면서 곧 주사를 놓을 것이니 수유를 하지 말라고 고지하였으나 의사는 이러한 점에 대하여 설명하지 아니하였는데, 영아의 모친이 수유사실을 간호조무사에게 알리지 않아 간호조무사가 주사를 놓았고 이후 영아에게 쇼크 증상이 발생하여 위 내용물이 기도를 막아 영아를 질식사하게 한 사건이다. 법원은, 피고 병원 의료진이 원고에게 정맥주사 전에 수유를 하면 안 된다고 직접 설명하거나 간호사에게 특히 주의하도록 지시하였어야 함에도 이를 게을리 한 잘못이 있다며 지도설명의무 위반으로 포섭하여 피고병원의 책임을 인정한 바 있다.⁴⁶⁾

(2) 수유 후 쇼크사건은 그 결과가 영아의 뇌성마비나 사망으로 이어지는 경우가 많고, 이런 경우 의료기관의 과실이 명백하고 개호가 인정되기 때문에 고액배상이 많았음에 비하여, 의료기관의 과실을 어떠한 주의의무 위반으로 특정하는 것이 타당한지 불명확하였던바, 본 사건 판결에서 지도설명의무 위반으로 판단함에 따라 추후 관련 사건이 다시 발생한다면 지도설명의무의 범주에서 다루어지는 계기가 되었다. 지도설명의무의 적용범위가 넓어진 또 하나의 예로 볼 수 있다.

나. 폐색전증에 대한 지도설명의무 위반 인정 사건

(1) 본 사건은, 피고병원에서 하지정맥류 수술을 받은 후 통원치료를 받던 환자가, 약을 받아 귀가한 상태에서 의식을 잃고 쓰러져 병원응급실로 이송되

46) 춘천지방법원 강릉지원 2010. 5. 27. 선고 2009가합1132 판결.

었으나 사망하였는데, 부검결과 폐색전증인 것으로 확인된 사건이다. 재판부는, 의리지식이 없는 일반인들에게 수술 후 조기보행과 운동의 실시를 기대하기는 어려운 점 등에 비추어, 피고는 이 사건 하지정맥류 제거수술 후 그로 인하여 발생할 수 있는 후유증 및 합병증, 특히 장시간의 전신마취수술로 인한 폐색전증 발생 가능성에 관하여 설명할 의무 및 혈전 또는 폐색전증을 방지하기 위하여 적절한 운동을 하도록 환자와 가족들에게 지도설명할 의무가 있었음에도 이를 이행하지 아니하였다며, 피고에게 배상책임을 인정하였다.⁴⁷⁾

(2) 초기 의료소송 발전과정에서 가장 많이 소송상대방이 되었던 산부인과 사건에서도, 양수색전증 또는 폐색전증이 의심되거나, 특히 부검결과에서 이와 같은 사실이 확인될 경우, 환자측에서 소송을 포기하는 경우가 많았다. 본건은 산부인과 사안은 아니지만, 환자가 폐색전증으로 사망한 경우이어서 일반적인 경우라면 소송을 포기하기 쉬운 사안이지만, 재판부가 폐색전증의 발생가능성이 희소하더라도 발생가능성과 그 방지를 위한 방법 등을 설명할 지도설명의무가 있다고 선언함으로써, 앞으로 폐색전증 등 그 발생 여부를 예상하기 어렵고, 발생시 신속한 처치가 이루어지더라도 예후가 불량하여 불가항력으로 인정되던 질병이나 증상에 대해서도 이전보다 많은 소송이 제기될 수 있는 계기를 마련한 판결로, 그 중심에는 지도설명의무의 역할이 있었음을 알 수 있다.

4. 법원 판단 경향의 고려 - 원고의 불명확한 주장을 지도설명의무와 조언설명의무로 선해(善解)하여 판단한 경우

가. 사건개요와 법원의 판단

(1) 본 사건은, 간판철거작업 중 무릎에 통증이 발생하여 피고로부터 MRI 촬영 후 변연절제술만 실시하였는데, 1년 2개월 후 문제가 있음이 확인되어

47) 인천지방법원 2007. 6. 13. 선고 2004가합13515 판결.

인대재건술을 시행하게 되어 피고를 상대로 손해배상을 청구한 사건이다.

(2) 법원은, (i) 치료상의 과실이 없고, (ii) 원고에 대하여 지속적이고 보존적인 치료와 정기적인 검사를 받아야 함과 아울러 추후 슬관절의 불안정이 있을 때에는 수술적 처치를 하여야 한다는 내용을 구체적인 정보의 제공과 함께 지도·설명할 의무가 있지만, 이를 이행하지 않아 인대재건술이 늦었더라도, 환자에게 새로운 상해가 발생한 것은 아니므로 원고들에게 손해가 발생하였다고 인정할 수 없다며 손해배상책임을 부정하고, (iii) 조인설명의무에 관하여, 침습행위를 대상으로 하는 것이 아니어서 설명의무의 대상이 아니라며, 원고 청구를 모두 기각하였다.

나. 검토

이러한 법원의 판단은, 의료에 문외한인 환자가 병원을 상대로 제기한 소송에서, 유명한 법언(法言)인 “너는 사실을 말하라, 내가 법을 주마”라는 명제에 입각한 판단으로, 설명의무와 관련된 내용일 경우, 비록 주장 내용이 명확하지 않은 경우에도 법원의 판단을 받을 수 있다는 희망을 줌으로써 의료소송의 가능성을 확장한 것으로 볼 수 있고, 여기서 그 매개체(媒介體)는 지도설명 의무였다.

5. 소결

이상에서 검토한 판결들은, 에탐부톨 사건과 유사한 전형적인 지도설명 의무 사건 이외에도 과거에 소송의 대상이 되었더라도 명확한 주의의무 기준의 설정이 어려웠거나(수유 후 주사 쇼크 사건), 소 제기 자체를 금기시 하던 사건(폐색전증 사건), 소송제기의 대상이라고 생각하기 어려웠던 사건(정신과 사건) 내지는 변호사의 선임 없이는 소송을 제기하기 어려웠던 사건(원고 주장 선행 사건)들인바, 지도설명 의무의 발전과 더불어 원고의 목적을 달성할 수 있는 방

법이 새로이 추가 내지 강화되고 있음을 보여주는 반면, 임상에서 의료사고 발생방지를 위한 의료진의 주의수준이 더욱 높아져야 함을 알 수 있다.

V. 결 어

최근 의료소송 판결에서 새로운 테마로 등장하고 있는 지도설명 의무 관련 판결을 중심으로 그 개념과 위반시 효과, 증명책임의 문제 및 그 적용범위에 대하여 검토해 보았다. 지도설명 의무는 일반의 의료상의 주의의무의 하나로써, 조인설명 의무가 자기결정권을 중심으로 그 외연을 넓힌 것처럼, (결핵)약 복용 후 발생하는 부작용과 관련된 사고에서 발전하여 그 이외의 영역으로 점차 그 적용범위를 넓히고 있는 점에 주목할 필요가 있다.

지도설명 의무의 발전 내지는 적용범위의 확장이 환자의 권리보장을 강화한다는 면에서는 긍정적이라고 할 수 있지만, 극단적으로 그 범위가 넓혀질 경우 의사의 무과실책임을 인정하는 정도에 이를 수 있다는 점에서, 이제 그 이론의 체계화와 적용범위의 한계는 어디까지인지에 관하여 이론적·실무적 검토가 필요하다고 할 것이다.

주제어 : 지도설명 의무, 조인설명 의무, 자기결정권, 증명책임

[참 고 문 헌]

- 김기영, “의약품의 사용설명서와 부작용에 대한 의사의 설명의무”, 『법조』, 제 635호, 2009. 8.
- 김나경, “의사의 설명의무의 법적 이해”, 『한국의료법학회지』, 제15권 제1호, 2007. 6.
- 김민중, “의료사고와 의료분쟁”, 『JURIST plus』, 통권 제412호, 청림출판, 2007. 1.
- 김천수, 「환자의 자기결정권과 의사의 설명의무(Selbstbestimmungsrecht des Patienten und Aufklärungspflicht des Arztes)」, 서울대학교 대학원 박사학위 논문, 1994.
- _____, “의사의 설명과오에 관한 민사법적 연구-한국·일본의 비교법적 고찰을 중심으로”, 『사회과학연구』, 1995.
- _____, “의사의 설명의무: 서독의 학설 및 판례를 중심으로”, 『민사법학』, 1998.
- _____, “진료과오책임의 입증 및 설명의무의 이행-대법원 1999. 9.3. 선고 99다 10479”, 『의료법학』, 2000.
- _____, “投藥에 관한 藥師의 法的 地位 - 藥師의 說明義務와 服藥指導義務, 그리고 그 違反으로 인한 民事責任을 중심으로”, 『의료법학』, 2003. 12.
- _____, “의사·환자 관계의 성립과 진료상 주의의무-미국 논의를 중심으로-”, 『의료법학』, 2006.
- _____, “후유장해를 둘러싼 민사책임의 쟁점들-2008.3.27. 선고 2007다76290 판결을 중심으로”, 『의료법학』, 2009.
- 김필수, 「의료단계에 따른 의사의 설명의무에 대한 실증적 연구」, 고려대학교 대학원 석사학위 논문, 2009.
- 김형배, 『민법학 강의』, 신조사, 제11판, 2012.
- 박상화, “의사의 설명의무”, 『단국법학』, 1999.
- 박영호, “손해배상액 산정에 관한 최근 10년간 판례의 동향”, 『의료법학』, 2009.
- 박종렬·김운신 “의사의 설명의무와 손해배상 범위에 관한 연구”, 『법학연구』, 2007. 8.
- 박종원, “의사의 설명의무의 범위와 그 위반의 효과”, 『민사법 연구』, 2002.
- 백경희, 「의료사고 민사책임의 성립과 범위에 관한 연구-새로운 쟁점을 중심으로

- 로」, 고려대학교 대학원 박사학위 논문, 2008.
- 서영애, “의사의 지도, 설명의무의 내용과 손해배상책임의 범위”, 『재판과 판례』, 19집, 대구판례연구회, 2010. 12.
- 석희태, “의사의 설명의무”, 『고시연구』, 1998.
- 안법영·백경희 “설명 의무와 지도 의무-설명 의무에 관한 최근 판례의 동향”, 『안암법학』, 2013. 1.
- 이경환, “2005년 분야별 중요판례분석(17)의료분쟁”, 『법률신문』, 2006. 6. 29.자 기사.
- _____, “의료소송의 과실 관련 쟁점”, 『한중의료법학심포지엄』, 연세대학교 의료법윤리학연구소, 2006.
- 이수경, “의사의 설명의무 위반으로 인한 손해배상 책임”, 『판례연구』, 제24집 제1호, 2010. 서울지방변호사회.
- 전병남, 「의약품사고의 민사책임에 관한 연구」, 연세대학교 대학원 박사학위 논문, 2005.
- 사법연수원, 2013년 의료소송실무 법관 연수 교재.

<판결>

- 대법원 1979. 8. 14. 선고 78다488 판결.
- 대법원 1991. 2. 12. 선고 90도2547 판결.
- 대법원 1997. 7. 22. 선고 1995다49608 판결.
- 대법원 2005. 4. 29. 선고 2004다64067 판결.
- 대법원 2010. 7. 22. 선고 2007다70445 판결.
- 서울고등법원 2010. 4. 22. 선고 2009나72218 판결.
- 서울고등법원 2010. 9. 2. 선고 2009나84372 판결.
- 부산고등법원 2010. 7. 8. 선고 2010나200판결.
- 부산고등법원 2012. 8. 23. 선고 2012나3555 판결.
- 부산지방법원 2008. 5. 28. 선고 2007가합21934 판결.
- 부산지방법원 2012. 5. 30. 선고 2010가합12657 판결.
- 서울남부지방법원 2012. 9. 11. 선고 2012가합1857 판결.
- 서울남부지방법원 2013. 4. 23. 선고 2012가합14594 판결.

서울동부지방법원 2012. 11. 29. 선고 2011가합11786 판결.
서울중앙지방법원 2005. 12. 28. 선고 2002가합39536 판결.
서울중앙지방법원 2011. 6. 14. 선고 2010가단305057 판결.
서울중앙지방법원 2013. 5. 29. 선고 2011가합109314 판결.
인천지방법원 2007. 6. 13. 선고 2004가합13515 판결.
창원지방법원 2011. 11. 24. 선고 2011가합733 판결.
청주지방법원 2006. 5. 12. 선고 204가합4284 판결.
춘천지방법원 강릉지원 2010. 5. 27. 선고 2009가합1132 판결.

<기타>

환자단체 “환자보관용 처방전-서면 복약지도서 의무 발행해야”, 「헬스조선」,
2013. 1. 16.자 기사.
환자들 “복약지도형 조제 내역서 의무발행 원한다”, 「메디컬투데이」, 2013. 8.
28.자 기사.

The Instruction Explanation Obligation - Focusing on Cases -

Lee, Jung Sun

Law office Gunwoo, Lawyer

=ABSTRACT=

In order to achieve the purpose of treatment for patients by a doctor, the instruction explanation obligation, which means that he should give patients the description in more details to prepare for postoperative sequelae or complications, is common with the advice explanation obligation as a doctor should explain some information to patients. Since the advice explanation obligation is the benefit and protection of the law for self determination right, but the instruction explanation obligation is one for the integrity of body and life, one can be distinct from the other. Judgments giving the instruction on the concept of instruction explanation obligation, specific methods of implementation and a range of compensation for damage are recently being made by courts at all levels including the Supreme Court. It is the time to systematize them. The contents which have been mainly discussed so far include the essence of above mentioned instruction explanation obligation. However, when the tendency of practice is considered, the efforts are required to admit the organic relevance between instruction explanation obligation and advice explanation obligation and to explain the relationship without any contradiction. For whereabouts of liability of proof, patients theoretically demonstrate the failure to implement it. However, when the theoretical consistency is maintained, it is likely to fail the intent to recognize the instruction explanation obligation and it may ask patients to prove something impossible to be proven. Thus, these things should be considered. Moreover, as the instruction explanation obligation is associated with medicine instruction obligation of a pharmacist and the coverage is being

extended, it is the time to require the systematic study on the theoretical limit.

Keyword: Instruction Explanation Obligation, Advice Explanation Obligation,
Self Determination Right, Liability of Proof