

의료계약상 채무불이행과 위자료

봉 영 준*

- I. 서론
- II. 위자료청구권의 발생원인으로서 의료계약
 - 1. 서설
 - 2. 의료계약상 의사의 채무의 특징
 - 3. 의료계약상의 채무의 내용과 불이행
 - 4. 의료과오의 해결방법에 대한 비교법적 검토
- III. 의료계약상 채무불이행과 환자의 위자료청구권
 - 1. 서설
 - 2. 의료계약 불이행으로 인한 환자의 정신적 손해가 특별손해인가?
 - 3. 설명의무 위반과 위자료
- IV. 의료계약상 채무불이행과 가족의 위자료청구권
 - 1. 서설
 - 2. 진료의무 불이행을 근거로 한 가족의 위자료청구권
 - 3. 환자에 대한 설명의무 위반의 경우 가족의 위자료청구권
- V. 결론

I. 서론

최근 우리나라를 비롯한 각국에서는 의료계약을 민법상 전형계약으로 편입하려는 노력이 시도되고 있다. 1994년 이미 네덜란드는 민법에 의료계약을 명문으로 편입하였고,¹⁾ 계속된 논의 중에 있었던 독일도 2013년에 의료계약을

* 논문접수: 2013. 10. 27. * 심사개시: 2013. 11. 10. * 수정일: 2013. 12. 1. * 게재확정: 2013. 12. 10.

* 한양대학교 강의교수, 법학박사.

1) Article 7:446 - Article 7:468, 총22개 조문(1994년 12월 15일 제정, 1995년 4월 1일 시행).

도급편에 8개의 조문을 신설하여 명문화하였다.²⁾ 우리나라도 과거 2004년 민법개정위원회에서 논의된 바 있으며, 2011~2012년에도 민법개정위원회에서 계속하여 의료계약의 신설방안을 논의하였다. 그리고 많은 문헌³⁾에서도 의료계약에 관한 검토가 되고 있다. 그럼에도 불구하고 여전히 의료계약의 내용에 있어서 해결되지 않은 쟁점이 남아 있는 것도 현실이다.

그런데 위와 같이 외국은 물론 국내에서 의료계약에 있어서 그 성질과 내용에 대한 활발한 논의가 있음에도 불구하고 의료과오소송에서 여전히 원고측은 보통 불법행위책임과 채무불이행책임을 함께 주장하거나⁴⁾ 불법행위책임만을 주장⁵⁾하고 채무불이행책임만을 근거로 하여 의료과오책임을 묻는 경우는 거의 찾아보기 어렵다.⁶⁾ 법원도 원고측의 선택적 병합에 의한 주장에도 불

2) BGB §§630a - 630h. 이에 대한 내용은 안법영, “의료관례에서의 인과성과 책임귀속의 판단 - 독일법원 판결례와의 비교고찰-”, 『의료법학』, 제14권 제1호, 대한의료법학회, 2013. 6. 제203면 이하(번역 김상중·안법영 [외국입법자료] 참조).

3) 석희태1, “의료계약(상)(중)(하)”, 『사법행정』, 1988/1989, 11, 12; 석희태2, “의료계약의 법적 성질과 내용”, 『월간고시』, 통권242호(제21권 3호), 1994. 3; 김민중1, “의료계약”, 『사법행정』, 제32권 제1호, 1991; 강남진, 「의료계약당사자의 법률관계에 관한 연구」, 전남대박사학위논문, 1992; 김천수1, “진료계약”, 『민사법학』, 제15호, 한국민사법학회, 1997; 안귀옥, “의료계약법 제정을 제의함”, 『인천법학논총』, 2001. 12; 김병일, 「의료계약에 관한 연구」, 충남대박사학위논문, 2004; 최행식, “의료행위와 의료계약”, 『법학연구』, 제20집, 원광대학교 법학연구소, 2004. 10; 송오식, “의료과오의 계약법적 구성”, 『부산대학교 법학연구』, 제48권 제1호(통권 57호(하)), 2007. 8; 백태승, “판례상의 이른바 신중계약의 유형 및 민법에의 편입여부”, 『연세대학교 법학연구』, 제21권 제3호, 연세대학교 법학연구원, 2011; 박수곤, “의료계약의 민법편입과 과제”, 『민사법학』, 제60호, 한국민사법학회, 2012.

4) 대법원 2011. 3. 10. 선고 2010다72410 판결; 서울고등법원 2003. 4. 24. 선고 2000나60144 판결; 대전고등법원 청구 제1민사부 2011. 3. 24. 선고 2010나942 판결; 광주고등법원 1999. 3. 25. 선고 97나7010 판결; 광주고등법원 1997. 1. 10. 선고 95나459 판결; 춘천지방법원 강릉지원 1999. 12. 30. 선고 98가합454 판결; 전주지방법원 2005. 2. 18. 선고 2004가합383 판결; 울산지방법원 2000. 3. 6. 선고 99가단17165 판결; 수원지방법원 2002. 6. 7. 선고 99가합5197 판결; 수원지방법원 2000. 9. 22. 선고 97가합26381 판결; 서울지방법원 1998. 2. 18. 선고 96가합73160판결; 서울지방법원 1996. 2. 7. 선고 94가합21059 판결; 부산지방법원 2011. 11. 17. 선고 2009가합3206 판결; 최재천·박영호, 『의료과실과 의료소송』, 육법사, 2002. 제259면(양청구권의 경합여부의 논의의 발단은 독일 민법상의 불법행위 규정의 미비에 따른 계약책임의 확장을 도모하는 과정에서 비롯되었다).

5) 제주지방법원 2003. 4. 10. 선고 2001가합13 판결.

6) 서울지방법원 2003. 12. 4. 선고 2003나19700 판결(원고의 설명의무 위반 주장과 진료계약상의 의무불이행 주장은 모두 기각됨); 서울지방법원 북부지원 2002. 9. 26. 선고 99가

구하고 원고측의 주장을 인용하는 경우에 대부분 불법행위를 인정한다는 표현을 실시⁷⁾하고 있고, 두 책임 모두를 실시한 것은 매우 드물게 있을 뿐이다.⁸⁾ 이러한 이유로 첫째, 일반적인 채무와는 달리 의료계약상의 진료의무는 수단채무이므로 채무불이행책임으로 구성한다고 하더라도 환자측에서 의사가 최선의 주의의무를 다하지 않았다는 불완전이행을 입증할 수밖에 없다는 점,⁹⁾ 둘째, 변론주의를 채택하고 있는 현재의 소송구조상 법률가들이 종전의 판례에 따라 불법행위책임으로 이론구성을 하는 것을 선호한다는 점, 셋째, 학설과 이론적으로는 채무불이행에 의한 위자료청구를 긍정하는 판례에 의하더

합4584 판결(진료 계약을 근거로 하여 환자의 손해는 인정되었으나, 조부모, 부모의 위자료 청구는 부정되었고, 제2심에서 불법행위책임을 선택적으로 추가하여 원고들의 청구가 인정되었다. 서울고등법원 2004. 1. 15. 선고 2002나69909 판결, 대법원 2005. 10. 28. 선고 2004다13045 판결 확정됨).

- 7) 서울중앙지방법원 2010. 1. 12. 선고 2008나27102 판결; 서울중앙지방법원 2008. 7. 9. 선고 2007나26751 판결; 대구지방법원 2006. 1. 25. 선고 2004나15285 판결; 서울지방법원 2000. 3. 28. 선고 99나78634 판결; 서울고등법원 2001. 5. 3. 선고 98나34395 판결; 서울고등법원 2000. 5. 30. 선고 99나27318 판결; 서울고등법원 1998. 4. 30. 선고 97나43316 판결; 부산고등법원 2010. 4. 29. 선고 2009나13484 판결; 전주지방법원 군산지원 2000. 1. 20. 선고 97가합5222 판결; 송오식, 전계논문(각주3), 제869면 참조.
- 8) 대법원 1998. 2. 13. 선고 97다12778 판결(대구고등법원 1997. 2. 5. 선고 95나2167 판결); 서울고등법원 2007. 3. 15. 선고 2006나56833 판결; 서울고등법원 2000. 4. 4. 선고 98나53006 판결; 서울고등법원 1998. 8. 27. 선고 96나22633 판결; 부산고등법원 2011. 6. 2. 선고 2010나11828(본소), 2010나11835(반소) 판결; 부산고등법원 2011. 1. 13. 선고 2010나6352 판결; 부산고등법원 2010. 7. 1. 선고 2010나2091 판결 등은 원고 청구를 인용하면서 피고의 진료계약상의 채무불이행 내지 불법행위책임에 기하여 과실로 인한 손해배상 책임을 인정하였다. 서울지방법원 의정부지원 1999. 9. 15. 선고 97가합1058 판결은 진료계약상의 불완전한 채무이행만으로 판단하여 인한 모든 손해를 배상할 의무가 있다고 판시하였다.; 한편 우리나라는 1960년대와 1970년대에 의료과실소송 중 약 32%가 채무불이행으로 구성되었다고 한다(문국진 1, 『의료의 법이론』, 고려대학교 출판부, 1982, 제16면).
- 9) 대법원 2003. 11. 27. 선고 2001다20127 판결; 대법원 2004. 10. 28. 선고 2002다45185 판결 등 참조(“의료행위상의 주의의무 위반으로 인한 손해배상청구에서 피해자측에서 일련의 의료행위과정에서 있어서 저질러진 일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실 있는 행위를 입증하고 그 결과와 사이에 일련의 의료행위 외에 다른 원인이 개재될 수 없다는 점, 이를테면 환자에게 의료행위 이전에 그러한 결과의 원인이 될 만한 건강상의 결함이 없었다는 사정을 증명한 경우에는 의료상 과실과 결과 사이의 인과관계를 추정하여 손해배상 책임을 지을 수 있도록 입증책임을 완화할 것이나, 이 경우에도 일련의 의료행위 과정에 있어서 일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상 과실의 존재는 환자측에서 입증하여야 하는 결과 의료과정에서 어떠한 주의의무 위반의 잘못을 인정할 수 없다면 그 청구는 배척될 수밖에 없다고 할 것이다”).

라도 채무불이행편에서 위자료청구에 대한 규정이 없고 사실상 채무불이행에 근거한 위자료 배상이 이루어지고 있지 않다는 점이 제시되고 있다.¹⁰⁾

그러나 의료계약은 계약당사자의 의무이행을 확보하는 행위준칙의 구체화를 위한 기초뿐만 아니라, 의료과오가 있는 경우 의료계약이 있음에도 불법행위를 주된 책임의 근거로 하더라도 귀책사유의 하나인 과실, 즉 주의의무위반의 내용 특정에 명료한 기초로서 작용하므로 먼저 의료계약이 무엇인지 파악할 필요가 있다. 따라서 이하에서는 의사의 의료계약상 그 채무의 내용을 계약법적 관점에서 검토하기로 한다.

그리고 우리민법은 정신적 손해에 대한 위자료청구와 관련하여 불법행위의 경우에는 민법 제751조와 제752조에서 명문의 규정을 두어 위자료청구권을 인정하고 있으나, 채무불이행에 있어서는 이들의 규정이 없다. 실무에서는 의료과오책임을 계약책임보다는 주로 불법행위책임으로 구성하고 있다. 이는 채무불이행에 있어서 위자료청구권을 인정하는 통설의 입장에도 불구하고 법원이 위자료배상을 사실상 부정하고 있는 점에 기인한다. 따라서 의료계약 중 가장 주된 채무인 진료의무의 불이행과 독립적 부수의무인 설명의무 위반이 있는 경우, 환자의 위자료청구권과 환자 가족의 위자료청구권 인정여부에 대하여 살펴보기로 한다(다만 환자가 미성년자이거나 의사무능력자인 경우에는 계약당사자가 누구인지의 문제가 있고,¹¹⁾ 또한 설명에 대하여 그의 법정대리인이 동의를 하게 되는데,¹²⁾ 이와 같은 일반적인지 않는 의료계약관계는 여기에서는 검토하지 않고 이하에서는 통상의 능력을 갖춘 사람이 응급상황이 없이 의료를 받는 상황에서의 일반적인 환자와 의사와의 관계를 전제로 논하기로 한다).

10) 송오식, 전계논문(각주3), 제869~870면; 최재천·박영호, 전계서(각주4), 제260면 참조.

11) 의료계약 당사자에 관하여 이덕환, 『의료행위와 법』, 현문사, 2010, 제32면 이하 참조; 석희태3, “의사와 환자의 기초적 법률관계”, 『법률연구』, 제3집, 연세대학교 법학연구소, 1983, 제165면 이하 참조; 최재천·박영호, 전계서(각주4), 제172면 이하 참조; 신현호·백경희, 『의료분쟁조정·소송총론』, 육법사, 2011, 제91면 이하 참조; 주호노, 『의사법총론』, 법문사, 2012, 제339면 이하 참조.

12) 대법원 1994. 11. 25. 선고 94다35671 판결.

II. 위자료청구권의 발생원인으로서 의료계약

1. 서설

의사의 의료과실로 인한 손해배상책임을 논하기에 앞서 의료행위의 주체인 의사와 환자의 법률관계가 논의¹³⁾되는데, 보통은 환자가 의사로부터 의료계약을 체결하고 그에 따른 계약상 의무를 부담하고, 사무관리, 사실적 계약관계, 공법상 의료관계 등과 같이 의사와 환자 사이에 직접적인 계약이 없는 경우도 있다. 또한 위의 의료계약이 체결된 경우에도 의료계약의 법적 성질이 무엇이나에 따라 그 계약의 내용과 해석이 다를 수 있다. 그러나 의료계약의 법적 성질이 의사의 손해배상책임에 본질적인 차이를 가져오는 것은 아니다.

의료계약이란 의사측에서는 당시의 의학지식과 의료기술의 원칙에 따라 환자의 병상을 진찰하고 질병의 치유를 향하여 최선의 주의를 기울여 진료를 하기로 하고, 이에 대하여 환자측에서는 보수를 지급하기로 하는 쌍무계약을 말한다.¹⁴⁾ 따라서 의료계약에 의하여 의사는 주된 의무인 진료의무와 부수적 의무인 설명의무·진의의무·비밀준수의무·진료기록의무 등을, 그리고 환자는 의료비지급의무·진료협력의무 등을 부담한다.¹⁵⁾ 또한 의사와 환자가 진료계약을 체결할 때 단순히 의사와 환자관계가 요구하는 것 이상의 서비스, 보증 또는 그 결과를 위한 계약을 명시적으로 체결할 수도 있다. 이러한 경우에는 그러한 서비스나 결과가 얻어지지 않는다면 그 치료에 있어서 의사의 과실이 없어도 환자는 계약위반을 이유로 하여 의사를 상대로 소를 제기할 수 있다.¹⁶⁾

의료계약에 따른 의사의 진료의무는 질병의 진행과 환자 상태의 변화에 대

13) 최재천·박영호, 전계서(각주4), 제150면.

14) 이덕환, 전계서(각주11), 제29면.

15) 이보환, “의료과오로 인한 민사책임의 법률적 구성”, 『의료사고에 관한 제문제』, 재판자료 제27집, 법원행정처, 1985, 제20~21면; 村山淳子, “医療契約論-その実体的解明-”, The Seinan Law Review, Vol. 38, No. 2, 2005, 注76; 의료법 제15조의 진료거부금지 의무는 의사의 국가에 대한 공법상 의무로 해석된다.

16) 이동신, “미국의 의료과오소송에 관한 최근 판례의 동향”, 『외국사법연수논집[15]』, 재판자료 제80집, 1998, 제612~613면.

응하여 이루어지는 가변적인 의료의 성질로 인하여, 계약 당시에는 진료의 내용 및 범위가 개괄적이고 추상적이지만, 이후 질병의 확인, 환자의 상태와 자연적 변화, 진료행위에 의한 생체반응 등(이하 ‘환자의 건강상태 등’이라 한다)에 따라 제공되는 진료의 내용이 구체화되므로, 의사는 환자의 건강상태 등과 당시의 의료수준 그리고 자기의 지식경험에 따라 적절하다고 판단되는 진료방법을 선택할 수 있는 상당한 범위의 재량을 가진다.¹⁷⁾ 이러한 의사의 진료의무는 수단채무로서 진료의무의 특성상 그 불완전이행사실은 진료과정에서 의사측의 주의의무 위반의 구체적 내용을 내포 할 수밖에 없고, 불완전이행에 대해 환자측이 부담하는 구체적인 입증책임이지만, 사실상 보통의 귀책사유인 입증책임의 내용으로 취급되어야 사함도 떠맡는 결과가 되어, 그 범위 내에서 불법행위 구성에 따를 때 의사측의 과실의 입증책임을 환자측이 부담하는 것과 큰 차이가 없다.¹⁸⁾

그 밖에 채무불이행책임과 불법행위책임은 이행의 불완전성(의료계약 불이행의 대부분은 불완전이행의 형태로 나타남)과 과실, 손해배상청구권의 소멸시효, 이행보조자 또는 피용자의 고의·과실 등 양자는 본질적인 차이가 없다.¹⁹⁾ 다만 가족의 위자료청구권에 관하여는 학설과 판례가 아직 정립되어 있지 않다. 따라서 의료과오에 있어서 각국에서는 채무불이행책임과 불법행위책임 중 어느 것을 근거로 하여 해결하는지, 그리고 의료계약의 내용에 대해서 간단히 살펴보기로 한다.

2. 의료계약상 의사의 채무의 특징

의료계약과 일반계약과의 차이점은 첫째, 의료계약의 급여채무인 진료의무는 환자의 신체를 상대로 직접적인 행위를 한다는 점, 둘째, 의사의 설명의무

17) 대법원 1992. 5. 12. 선고 91다23707 판결; 대법원 2007. 5. 31. 선고 2005다5867 판결; 대법원 2009. 5. 21. 선고 2009다17417 전원합의체 판결 등.

18) 최재천·박영호, 전계서(각주4), 제246면.

19) 최재천·박영호, 전계서(각주4), 제246~262면.

는 진료의무와는 독립된 부수의무로 인정되지만, 일반계약에서의 채권자의 생명·신체·재산의 보호의무는 주된 급부에 따르는 부수적 의무의 대상이 된다. 셋째, 진료의무는 의사가 선량한 관리자의 주의를 가지고 의료행위를 실시하는 것 자체를 내용으로 하는 수단채무이므로 진료 당시의 이른바 임상의학의 실천의 의료수준을 기준으로 위험방지를 위한 실험에 필요한 최선의 주의의무를 다하면 되므로 환자측이 불안전이행 사실을 입증하여야 하고 이는 사실상 불법행위법상의 과실을 입증해야 하는 것과 같다.

3. 의료계약상의 채무의 내용과 불이행

의료계약은 시대와 사회, 또한 환자의 능력, 질병의 성질, 긴급성, 특약의 유무 등에 따라 그 모습을 달리하는데, 의사와 환자 사이의 권리·의무관계로 나타난다. 의사의 의료계약 내용의 불이행에 의한 책임의 전제로서의 의사의 의무는 견해에 따라 분류를 달리하지만 급부의무와 부수의무로 분류할 수 있다.

가. 진료의무

의료계약에 있어서 의료측의 주된 의무는 진료의무이다. 의료계약에 있어서는 계약체결시에 구체적인 채무 내용을 확정하는 것은 가능하지 않다. 계약체결당시 진료내용은 추상적이고 개괄적인 관념이지만 구체적으로는 계약체결 후의 시간 경과에 따른 협상에 의해 유동적으로 결정된다.²⁰⁾ 또한 계약체결시의 단계에서 당장 합의되는 진료의무의 내용은 일반적으로 “병적 증상의 의학적 해명과 그 치료”이다.²¹⁾ 이러한 진료의무의 불이행의 모습은 대부분 불안전이행의 모습을 띠게 된다.

20) 석희태2, 전계논문(각주3). 제21면; 東京地判, 昭和 61. 3. 24, 判例タイムズ 608号, 105頁.

21) 神戸地裁 龍野支判, 昭和 42. 1. 25, 判例時報 481号, 119頁.

나. 설명의무

(1) 설명의무 위반과 위자료

의사는 환자에 대하여 그 병상, 치료방법, 치료에 수반하는 위험, 기타를 설명해야 할 의무가 있다.²²⁾ 이러한 설명의무 위반으로 위자료의 지급대상이 되는 경우로서는 “의사의 침습행위에 의한 결과”인 경우와 “환자의 자기결정권 침해”인 경우를 들고 있다.²³⁾

설명의무 위반으로 인한 손해배상청구에 있어서 위자료만을 청구하는 경우에는 의사의 설명의무 위반으로 선택의 기회를 상실하였다는 사실의 주장·입증만으로 충분하지만, 위자료청구뿐만 아니라 모든 재산적 손해배상까지 청구하기 위해서는 의사의 설명의무 위반으로 인한 선택기회의 상실과 환자의 사망 등의 손해까지 주장·입증하여야 한다.²⁴⁾ 그런데 판례는 일관되게 설명의무로 인한 손해배상청구권이 발생하기 위해서는 환자에게 사망 등의 중대한 결과가 발생 하여야 하며(위 두 경우의 공통된 요건), 재산적 손해까지 청구하기 위해서는 설명의무 위반과 악결과 사이의 상당인과관계의 존재와 설명의무상 주의의무 위반 정도가 진료상 주의의무와 동일한 정도일 것을 요구

22) 안법영·백경희, “설명 의무와 지도의무-설명 의무에 관한 최근 판례의 동향-”, 『안암법학』, Vol. 40, 안암법학회, 2013, 제157면(“지도 설명의무” 또는 “설명 지도의무”는 환자의 자기결정권 보호가 아니라 의사가 진료 중 또는 진료 후에 환자가 진료계약의 목적인 질병의 치료를 위해 준수하여야 할 요양 및 건강관리 방법을 고지하는 진료상 요구되는 주의의무이며, 환자는 그에 대한 준수가 요구된다고 하면서 자기결정권의 보호를 목적으로 하는 설명의무와 구별되므로 표현에 있어서 “요양방법 지도의무” 내지 “지도의무”라고 사용하자고 한다. 이에 찬동한다).

23) 대법원 1995. 4. 25 선고, 94다27151 판결 등.

24) 대법원 1997. 7. 22. 선고 96다37862 판결(의사가 설명의무를 위반한 채 수술 등을 하여 환자에게 사망 등의 중대한 결과가 발생한 경우에 있어서 환자측에서 선택의 기회를 잃고 자기결정권을 행사할 수 없게 된 데 대한 위자료만을 청구하는 경우에는 의사의 설명결여 내지 부족으로 선택의 기회를 상실하였다는 사실만을 입증함으로써 족하고, 설명을 받았더라면 사망 등의 결과는 생기지 않았을 것이라는 관계까지 입증할 필요는 없다고 할 것이지만, 그 결과로 인한 모든 손해를 청구하는 경우에는 그 중대한 결과와 의사의 설명의무위반 내지 승낙취득 과정에서의 잘못과의 사이에 상당인과관계가 존재하여야 하며, 그 경우 의사의 설명의무위반은 환자의 자기결정권 내지 치료행위에 대한 선택의 기회를 보호하기 위한 점에 비추어 환자의 생명·신체에 대한 의료적 침습과정에서 요구되는 의사의 주의의무위반과 동일시할 정도의 것이어야 한다).

하고 있다.

(2) 설명의무 위반과 위자료 배상책임의 법적근거

의사의 설명에 따른 환자의 동의가 전혀 없거나, 유효한 동의가 없는 진료로서 위법으로서 손해배상책임이 성립의 법리구성은 어떻게 되는가? 이에 관한 법리 구성으로는 의료계약 위반의 채무불이행 또는 불법행위의 구성이 가능하다.

학설로는 의사의 설명의무를 과실의 판단기초가 되는 주의의무로 보는 견해²⁵⁾와 진료의무와 독립적 부수의무라는 견해²⁶⁾가 있다.²⁷⁾

판례는 설명의무 위반 책임의 근거에 대하여 계약책임인지 불법행위책임인지에 관하여 기본적으로 두 책임 모두라는 입장이다(양성적 책임). 즉 대법원은 “일반적으로 의사는 환자에게 수술 등 침습을 가하는 과정 및 그 후에 나쁜 결과 발생의 개연성이 있는 의료행위를 하는 경우 또는 사망 등의 중대한 결과 발생이 예측되는 의료행위를 하는 경우에 있어서 응급환자의 경우나 그 밖에 특단의 사정이 없는 한 진료계약상의 의무 내지 위 침습 등에 대한 승낙을 얻기 위한 전제로서 당해 환자 또는 그 가족에게 질병의 증상, 치료방법의 내용 및 필요성, 발생이 예상되는 위험 등에 관하여 당시의 의료수준에 비추어 상당하다고 생각되는 사항을 설명하여 당해 환자가 그 필요성이나 위험성을 충분히 비교하여 그 의료행위를 받을 것인가 여부를 선택할 수 있도록 하는 의무가 있다 할 것이다”²⁸⁾고 한다.

25) 권오승, “의사의 주의의무”, 『민사법학』, Vol. 8, 한국민사법학회, 1990, 제344면 이하.

26) 석희태2, 전계논문(3), 제25면 이하; 김천수1, 전계논문(각주3), 제160면.

27) 최재천·박영호, 전제서(각주4), 제640면 이하에서는 독일의 경우 불법행위법적 의무와 계약법적 의무로 구분하고 불법행위법적 의무로 보는 견해는 설명의무의 효력 범위에 관한 상해설, 인격권 침해설, 2중 침해설의 효과상 차이를 보인다고 분류하고 있는데, 이는 2002년 독일 민법 개정전의 위자료청구권의 조문위치에 기인한 것으로 보인다.

28) 대법원 1994. 4. 15. 선고 93다60953 판결; 1997. 7. 22. 선고 96다37862 판결; 대법원 1994. 4. 15. 선고 92다25885 판결; 대법원 1995. 1. 20. 선고 94다3421 판결; 대법원 2002. 10. 25. 선고 2002다48443 판결; 대법원 2007. 5. 31. 선고 2005다5867 판결 등 참조; 대법원 2007. 9. 7. 선고 2005다69540 판결; 대부분의 하급심에서도 마찬가지이다. 서울중앙지방법원 2010. 5. 4. 선고 2009나34567 판결; 부산지방법원 2008. 11. 21. 선고 2007나18734 판결; 서울중앙지방법원 2008. 7. 9. 선고 2007나26751 판결; 서울중앙지방법원

다만 일부 대법원 판결에서는 “환자가 후유증이 수반되는 수술을 승낙한 것으로는 볼 수 없는 경우에는 환자의 승낙권을 침해함으로써 위법한 수술을 한 것이어서 불법행위가 성립된다”고 하여 불법행위책임을 근거로 한 것도 보인다.²⁹⁾ 하급심에서도 불법행위가 성립함을 인정한 사례도 다수 나타나고,³⁰⁾ 매우 예외적으로 계약책임으로 보는 것도 있다.³¹⁾

이처럼 실무에서는 원고측은 의료계약상 채무불이행과 불법행위를 모두 근거로 하여 청구를 하고 있지만, 법원은 원고측의 주장을 인용할 경우 그 중 1개만을 선택적으로 판단하면 되고, 보통은 의사의 과실 내지 위법성을 인정하는 표현을 하거나 위법성과 불법행위를 인정³²⁾하여 판시함으로써 불법행위로 구성하고 있는 바, 이는 그 연혁적 발전과 보호법익인 자기결정권의 독자성의 확립이 그 주된 기반이 되고 있다.³³⁾

생각건대 의사의 설명의무는 기본적으로 의료계약에 부수하여 발생하는 부수의무이지만, 진료와는 별개의 내용을 갖는 것이므로 독립적 부수의무이다.³⁴⁾ 따라서 진단과 치료상 과실인정의 전제개념인 주의의무와는 별개의 의

2007. 3. 8. 선고 2006나7579 판결; 서울고등법원 2010. 9. 2. 선고 2009나84372 판결; 서울고등법원 2010. 6. 24. 선고 2008나74569 판결; 서울고등법원 2010. 6. 3. 선고 2009나53309 판결; 서울고등법원 2008. 8. 21. 선고 2007나111270 판결; 부산고등법원 2010. 9. 30. 선고 2009나18762 판결 등.

29) 대법원 1979. 8. 14. 선고 78다488 판결.

30) 서울고등법원 1998. 4. 30. 선고 97나43316 판결; 서울고등법원 1997. 11. 4. 선고 97나36076 판결; 부산고등법원 2010. 9. 30. 선고 2009나18762 판결; 전주지방법원 1997. 7. 4. 선고 96가단7064 판결; 서울지방법원 1999. 9. 1. 선고 98가합6997 판결; 서울고등법원 2004. 2. 3. 선고 2003나47272 판결.

31) 서울지방법원 남부지원 2001. 2. 9. 선고 99가합12339 판결(“진료 계약의 당사자인 병원 등 진료를 제공하는 자는 주된 급부의무인 진료의무에 부수되는 의무로서, 처치 의사 등의 이른바 설명의무와 같은 내용의 설명의무도 진료계약상 부담한다고 할 것이고, 이와 같은 진료계약에 따른 설명의무는 그 진료계약의 처치 의사 등이 진료의무를 이행하는 과정에서 이행되어지는 것이므로, 처치 의사 등의 설명의무위반은 바로 진료계약 당사자로서 진료를 제공하는 자의 의무위반으로 된다 할 것이다”).

32) 대법원 1979. 8. 14. 선고 78다488 판결(대구고등법원 1978. 2. 17. 선고 76나1137 판결).

33) 서광민1, 『의료과오책임의 법적구성』, 『민사법학』, 제8호, 1990, 제324면 이하; 안병영·백경희, 전계논문(각주22), 제132~133면.

34) 석희태2, 전계논문(각주3), 제26면(따라서 설명의무 위반이 중대한 경우에는 의료계약 자체를 해제할 수 있다).

무인 것이다. 이 점에서 악결과가 “발생한” 경우에만 설명의무 위반이 논의된다는 판례의 입장은 부당하다.³⁵⁾

또한 의료행위는 인체에 대한 침습을 통하여 이루어지고 있으므로 환자의 동의를 필요하며 이는 의료행위의 정당화요건으로 간주된다. 따라서 의사의 유효한 동의를 얻기 위한 전제조건이 되고 이러한 동의가 없는 한 위법한 행위가 되어 불법행위가 성립될 수 있다. 결국 설명의무 위반으로 인한 위자료 배상책임의 근거는 의료계약과 불법행위에 근거한다.

다. 비밀유지의무

정당한 이유가 없는 한 의사는 진료 중 취득한 환자의 비밀을 누설하여서는 아니 된다(의료법 제19조·형법 제317조·정신보건법 제42조·후천성면역결핍증예방법 제7조 등 참조).³⁶⁾ 이 의무는 계약관계가 종료된 후까지 존속하는 것으로서, 의료계약상의 급부의무의 이행과는 직접관련이 없는 단지 계약적 접촉에서 상대방의 완전성이익을 보호하기 위해 인정되는 하나의 보호의무이다.³⁷⁾ 이러한 형법 및 기타 특별법상의 의사의 비밀누설금지 규정은 계약상 어떠한 의미를 가지는 것인가?

보통은 형벌법규에 위반하는 행위는 불법행위법상으로도 위법하고 유책한 것으로 판단되므로, 의사가 비밀을 누설하여 환자에게 어떤 손해가 발생한 경우에는 불법행위에 근거한 손해배상청구권이 발생하게 될 것이다. 다만 형벌법규 위반이 계약책임을 발생시키는 것은 그것이 계약규범에 의해 보호되는 특수한 이익을 침해한 경우에 한한다.³⁸⁾ 潮見佳男(시오미요시오) 교수는 어

35) 또한 설명의무 위반 정도가 의료적 침습과정에서 요구되는 의사의 주의의무위반과 동일시할 정도의 것이어야 한다고 하는 판례의 태도는 설명의무 위반을 악결과와 발생과 연관시킬 의지의 표현으로 보이는데, 설명의무 위반은 자기결정의 중요한 사항에 대한 설명이 있었느냐 아니면 없었느냐(부족하였느냐)의 문제이지 과오의 내용인 주의의무와 무관하다고 보아야 하므로 위의 요건은 납득할 수 없다.

36) 네덜란드 민법 Article 7:457; 그러나 2013년 2월 20일 신설된 독일 민법 제630a-제630h에는 비밀유지의무규정을 두고 있지 않다.

37) 석희태1, 전제논문(각주3), 제67면.

는 법익이 계약구범에 의해 보호 받기 위해서는 ① 급부결과 내지 계약목적 달성을 위해 채무자에 알려질 것, ② 그 유지·관리를 위해 필요한 주의가 채무자에게 있고, ③ 급부결과 내지 계약목적 달성을 위한 행위에서 채무자에 의해서 침해될 것, ④ 그것이 급부결과 내지 계약목적 달성에 따른 특수한 위험의 실현될 것을 요건으로 하고 있다.³⁹⁾ 의사가 의료행위의 과정에서 알게 된 환자의 비밀은 적절한 치료를 하기 위하여 의사에 맡겨지고(①,②요건 충족), 그래서 특수한 위험의 실현으로서(④요건 충족), 의료행위 과정에서 침해될 수(③요건 충족) 있는 것이다. 따라서 환자의 비밀은 의료계약상 보호될 수 있는 특수한 이익이고, 환자의 비밀을 위법하고 유책하게 침해하는 행위는 의료계약상의 책임을 지게 된다. 결국 의사의 비밀유지의무 위반은 동시에 의료계약상 일종의 보호의무 위반으로서 환자에 대한 채무불이행책임을 발생시키며 정신적 고통에 대한 배상도 인정된다.⁴⁰⁾

라. 진료거부금지 의무

정당한 사유가 없는 한, 의사는 환자 측의 진료의 요구를 거절해서는 아니 되고(의료법 제15조 제1항·응급의료에 관한 법률 제6조·보건의료기본법 제5조 제2항), 위반시 벌칙이 있다(의료법 제89조·응급의료에 관한 법률 제55조 및 제60조). 이 규정의 취지는 의사직무의 공익적 성격과 의료업의 독점을 인정하는 반사적 효과에 있다고 한다.⁴¹⁾

38) 村山淳子, 前掲論文(脚註15), 71-72頁.

39) 潮見佳男, 『契約規範の構造と展開』, 有斐閣, 1991, 151頁. 독일법에서 시사되어 계약상 보호의무로서 다음의 3유형을 제시한다. 즉 첫째 주된 급부의무(예를 들어 경비계약, 기탁계약, 유아보호계약에서의 보호의무), 둘째 계약목적 달성을 위한 종된 급부의무(예를 들어 운송계약, 진료계약, 숙박계약, 재학계약, 운송시설이용계약에 있어서 보호의무), 그리고 셋째, 완전성이익보호를 위한 종된 급부의무(완전성이익보호가 계약목적달성을 위한 필요조건으로는 아니지만, “거래적 접촉”, 즉 급부 결과를 실현할 목적으로 이루어진 구체적 행위에 있어서 발생하는 완전성 이익 침해로부터 상대방의 보호를 피해야 할 보호 의무)이다. 본문에서 인용한 것은 세 번째 유형이다.

40) MacDonald v. Clinger, 84 A.D.2d 482, 446 N.Y.S.2d 801, 804(4th Dep't 1982).

41) 大谷 實, 『医療行為と法』(新版補正第2版), 弘文堂, 1997, 41頁; 신현호·백경희, 전거서

이러한 의사법상 진료거부금지의무(또는 진료의무)는 의료계약에서 어떠한 의미를 가지는가? 통설에 따르면 진료거부금지의무는 의사가 국가에 대하여 부담하는 공법상의 의무이며, 환자에 대한 사법상 직접적으로 부담하는 의무는 없다.⁴²⁾ 즉 의사법상 진료거부금지의무위반이 즉시 사법상의 효과를 발생시키는 것은 아니다. 그러면 양자는 어떤 관계가 있는가? 먼저 불법행위책임과 관련하여서는 위법한 진료거부로 인하여 환자의 사망이나 병세가 악화된다면 부작위에 의한 불법행위가 인정된다. 일본의 판례는 불법행위법상의 과실로 일응의 추정이 작동하여 정당한 사유에 대한 반증이 없는 한 의사에게 민사책임을 인정하고 있다.⁴³⁾ 다음으로 계약책임과 관련하여서는 진료거부금지의무는 어디까지나 의료계약 성립 이전의 것이므로 그 위반이 있다하여도 채무불이행책임을 발생시킬 여지는 없다. 다만 일본의 일부 학설은 진료거부금지의무를 의료계약 성립 전후에 모두 인정한 다음,⁴⁴⁾ 후자의 위반에 대해 채무불이행책임이 발생할 가능성을 인정하거나,⁴⁵⁾ 의료계약체결을 위한 교섭단계에서 의사의 계약체결상의 과실책임의 문제로 삼아야 한다는 견해도 있다.⁴⁶⁾

생각건대 통상의 진료거부금지의무는 계약체결전의 문제로 보아야 할 것이므로 채무불이행에 근거한 위자료청구는 인정된다고 볼 수 없다. 다만 의료계약 성립 후에도 인정하는 견해에 의하면 위자료청구도 발생할 수 있을 것이다.

(각주11), 제106면; 주노호, 전게서(각주11), 제94면.

42) 주노호, 전게서(각주11), 제94면; 이보환, 전계논문(각주15), 제75면; 近江幸治, 『契約法』, (民法講義 5), 成文堂, 1998, 280頁(공법상의 의무이기 때문에 의사가 이를 따르지 않더라도 민사상의 책임을 직접적으로는 발생하지 않는다. 반대로 그 의무에 기하여 진료하는 경우에도, 진료에 관한 의사와 환자 사이에 합의가 성립해야 사법상 합의로서 의료계약은 성립하게 된다. 어쨌든 진료거부금지의무와 의료계약과는 무관하다).

43) 東京地判 昭和 56. 10. 27, 判例タイムズ 460号, 142頁.

44) 즉, 아직 의료 계약이 성립하지 않은 경우 진료 의뢰에 응할 경우와 이미 의료계약이 성립하는 경우 진료의 요구에 응하는 경우로 나뉜다. 후자의 예로서 “입원 중인 환자가 회진 이외에 임시로 진료를 요구하는 경우” 등을 들 수 있다.

45) 野田 寛, 『医事法上卷(現代法律学全集58)』, 青林書院, 1984, 116~117頁(그러나 의료계약 성립 후에는 굳이 진료거부금지의무를 문제 삼을 필요는 없다고 본다).

46) 村山淳子, 前掲論文(脚註15), 74頁(前田達明, 『医療契約について』, 『京都大学法学部創立百周年記念論文集第3巻民事法』, 有斐閣, 1999, 111頁以下).

마. 수령물반환의무

의사는 진료에 있어서 환자로부터 받은 금전 기타의 물건을 환자에게 반환할 의무가 있다. 의료계약을 준위임계약으로 볼 경우 민법 제684조를 근거로 이를 의료계약상 의무가 될 수 있다. 예를 들어 선급 비용의 잔액, 수술 등에 의한 환자로부터 분리된 팔다리, 장기, 치아, 금관치아는 반환하여야 하며, 고름, 오물과 같이 환자의 의사 또는 관습에 의해 유기해야 할 것은 반환하지 않아도 좋을 것이다.⁴⁷⁾ 분리된 환자의 신체의 일부를 부당사용한 경우와 같이 일정한 경우에는 환자의 정신적 손해가 발생할 수 있을 것이다.

4. 의료과오의 해결방법에 대한 비교법적 검토

일본 판례는 채무불이행으로 인한 위자료청구권의 인정에 극히 소극적이라고 하지만, 적어도 의료과오에 대하여는 불법행위와 차이를 두고 있지 않고 있다.⁴⁸⁾ 이에 의료과오사건을 채무불이행책임(일본 민법 제415조)과 불법행위책임(일본 민법 제709조·제715조)으로 해결하고 있다. 그러나 재판실무에서는 주로 채무불이행책임으로 처리하고 있다. 이는 채무불이행책임은 조문 구조상 귀책사유의 부존재를 피고측이 부담하는 것으로 해석되기 때문에 원고인 환자측의 공평요청을 충족시키는 소송형식으로서 재판실무에 영향을 주었기 때문이다. 일본에서도 처음에는 의사와 환자 사이의 관계를 계약으로서 파악하지는 않았는데,⁴⁹⁾ 의료과오소송을 최초로 의료계약 불이행으로 구성하여 의사의 책임을 인용한 것은 1967년 1월 25일 하급심판결⁵⁰⁾에서부터

47) 村山淳子, 前掲論文(脚註15), 74頁.

48) 石垣君雄, “医療過誤に基づく責任” 実務法律大系 5巻, 1973, 41頁.

49) 村山淳子, 前掲論文(脚註15), 脚註1(무엇보다도, 민법기초위원은 이 점을 의식하고 있었다(橋口賢一, 『診療契約の構造(1)』, 同志社法学 53巻1号, 2001, 81頁 이하참조. 그리고 이때의 논의에 관하여는, 법무대신관방사법법제조사부(감) 『日本近代立法資料叢書4 法典調査会民法議事速記録4』, 상사법무연구회, 1984, 458頁 이하에 기록되어 있다).

50) 神戸地裁 龍野支判, 昭和 42. 1. 25, 判例時報 481号, 119頁(특히 昭和 40년대에는 의료계약은 준위임계약이라는 재판례가 계속되었다).

이다. 그리고 설명의무 위반이 있는 경우에는 주로 계약책임으로 구성하고 있다.⁵¹⁾ 다만 이론적으로는 불완전한 설명의무에 의한 채무불이행구성 내지 승낙의 유효성에 관한 불법행위구성이 가능하다.⁵²⁾ 이에 대하여 진료계약관계를 전제로 하지 않는 분야에서는 불법행위에 의한 청구가 기본적으로 의료과오소송의 중심적 역할을 해오고 있다.⁵³⁾

프랑스의 경우에는 1835년 6월 18일 파기원 판결부터 의료과오를 오직 불법행위책임(민법 제1382조와 1383조)에 근거하였다. 그러나 1936년 5월 20일 Mercier 판결에서부터 당시의 프랑스 민법 제1147조에 근거하여 “원칙적으로 의사와 환자 사이에 의사에게 질병을 치유하지 않더라도 예외적인 상황을 제외하고는 적어도 환자에게 과학적 지식에 따라 보잘 것 없는 것이 아닌 양심적이고 세심한 주의의 약속을 포함하는 진정한 계약(véritable contract)이 성립한다”고 판시⁵⁴⁾한 이래로 의료과오를 계약책임에 근거하여 판단하고 있다. 또한 이 판결에서 파기원은 의료상 채무는 결과채무(obligation contractuelle de résultat)가 아닌 수단채무(obligation contractuelle de moyens)라고 판시하였다. 다만 프랑스는 계약상의 채무불이행으로 인한 손해배상책임과 불법행위로 인한 손해배상책임의 경합이 원칙적으로 인정되지 않는다.⁵⁵⁾

독일에 있어서 의료과오소송의 법적구성은 불법행위책임과 계약책임구성이 모두 가능하다. 보통 양자를 병합하여 청구하지만 BGH는 청구원인을 불법행위로 하든 채무불이행과 병합하여 청구하든 압묵리에 불법행위의 시점을

51) 최재천·박영호, 전제서(각주4), 제231면; 横浜地裁 1983. 6. 24. 判例時報 1100号, 95頁; 大阪高裁 1986. 7. 16. 判例タイムズ, 624号, 202頁 以下(“의료계약에 기초한 의사의 환자에 대한 설명의무의 내용은 당해 의료행위의 종류, 내용이나 그 필요성 및 그에 수반되는 위험성의 정도, 긴급성의 유무에 따라 다른 것이고, 이와 같은 요소들을 종합적으로 고려하여 설명의무의 유무 및 그 정도를 결정하여야 하는 것으로 해석…”).

52) 稲垣 喬, 『医師責任訴訟の構造』, 有斐閣, 2002, 41頁.

53) 稲垣 喬, 上掲書(脚註52), 180頁.

54) Cass. civ., 20 mai 1936.

55) Mustapha Mekki, “Les Conditions de la Responsabilité Contractuelle”, 『채무불이행법의 국제적 동향-민법개정과 관련하여-』, 2013년 한국민사법학회 추계 국제학술대회 자료집, 2013. 10. 19, 제60-61면.

우선 선택하고 있다.⁵⁶⁾ 의료과오소송의 책임구성은 재산적 손해는 계약책임을 근거로 하면서, 비재산적 손해는 불법행위책임으로 이중적으로 구성하고 있다. 이는 2002년 개정민법 전에는 비재산적 손해를 제847조에 규정하여 명문의 규정이 있는 경우에만 예외적으로 인정하였고, 계약책임에 의한 위자료 청구는 부정된 것에 기인한다. 그러나 개정민법에서는 제847조를 삭제하고, 제253조 제2항으로 편입함으로써 위자료청구권이 계약책임에까지 확대되어 인정될 수 있게 되었다. 이와 같이 오늘날 각국은 의료과오문제를 채무불이행 이론으로 취급하는 경향이이다.⁵⁷⁾

반면에 미국은 채무불이행책임과 불법행위책임을 근거로 의료과오책임을 구성할 수 있다. 1960년경에는 원고가 과오를 입증하여야 하기 때문에 불법행위에 기한 청구는 지나치게 제한되었고, 원고는 계약적 개념인 묵시적 보증을 주장하기 시작하였다. 그러나 이 역시 입증의 문제가 발생하게 되어 다시금 불법행위로 전환하게 되었다. 이때 리스테인먼트 제402A(402A of the Restatement (Second) of Torts))가 미국법률가협회(American Law Institute)에 의해 추가되었다.⁵⁸⁾ 결국 오늘날에는 의료과오는 환자의 신체에 상해를 야기하기 때문에, 계약책임에 근거하지 않고 대부분 불법행위책임을 근거로 소송이 이루어지고 있다. 이는 계약책임은 치료의 완성을 약속한 경우에 인정되며, 이러한 특별한 합의(particular or special agreement)와 과실(malpractice)은 구별되고 있기 때문이다.⁵⁹⁾ 또한 일부 법원은 진료계약체결 전에 그러한 약속이

56) 최재천·박영호, 전제서(각주4), 제231면(春日偉知郎, 医療過誤訴訟における証明責任 時事評論社, 1975, 74頁).

57) 석희태3, 전제논문(각주11), 제188면.

58) P.S. Atiyah, "Medical Malpractice and the Contract/Tort Boundary", 49 *Law and Contemporary Problems* 287, Spring 1986, pp. 288-289(보통법의 계약은 특수침해소송(trespass on the case)의 파생물인 불법행위소송인 책임소송(writ of assumpsit)으로부터 기인한다. 15세 초 법률가는 약속(promise)을 믿고 그 채무불이행이 있는 경우에는 사실상 손해를 입게 된다고 보았고 그 손해는 본래 순수한 불법행위 소송의 문제였다. 그 후 순수한 채무불이행의 경우에는 그러한 청구를 못하게 되도록 점진적으로 변질 되었고, 마침내 이러한 제약은 극복되었다. 따라서 현재 계약책임은 불법행위책임에 기인한 것이다).

59) *Monroe v. Long Island College Hosp.*, 84 A.D.2d 576, 443 N.Y.S.2d 433 (NY App. Div. 2nd Dep't 1981; *Liebler v. Our Lady of Victory Hosp.*, 43 A.D.2d 898, 351 N.Y.S.2d 480

있었는지에 관한 별도의 약인(separate consideration)을 환자가 입증하도록 하여야 하며, 정신적 손해는 보통은 채무불이행에 기하여는 인정되지 않고 있기 때문이다.⁶⁰⁾ 그리고 불법행위법적으로 구성하여야 배심원의 관여에 의해 손해 배상액에서 결정적으로 유리하기 때문이다.⁶¹⁾

III. 의료계약상 채무불이행과 환자의 위자료청구권

1. 서설

의료계약의 불이행(대부분 불완전이행)이 있는 경우 대부분 신체침습의 결과를 가져온다. 따라서 신체에 대한 권리는 인격권의 구체적인 발현형태이고, 신체침해 자체만으로 인격권의 침해에 대한 위자료배상청구를 할 수 있다(인격권 자체를 사권으로 인정할 것인지, 일반적 인격권과 개별적 인격권을 구분할 것인지에 대해서는 다루지 아니한다).

우리 민법은 제750조, 제751조 그리고 제752조를 위자료청구권의 기본 규범으로 하고 있고, 이를 불법행위법편에 규정하고 있다. 이는 일본 민법과 2003년 개정전 독일 민법이 취하고 있는 방식과 동일하다. 독일은 2003년 개정법에서 독일 민법 제847조를 삭제하고 이를 제253조 제2항으로 편입하여 위자료청구권의 청구권규범으로 규정하였고,⁶²⁾ 이로써 신체의 완전성을 침

(NY App.Div. 1974).

60) <http://www.delicarpinilaw.com/newsletters/medical-malpractice/claims-for-breach-of-contract/> (2013. 8. 30 방문).

61) 송오식, 전계논문(각주3), 제4면.

62) 윤석찬, “책임원인에 따른 비재산적 손해에 대한 배상과 위자료”, 『민사법학』, 제27호, 2005, 제542면(독일 민법의 경우에는 2003년 개정 전에는 구 독일 민법 제847조에 규정되었을 뿐 계약책임에서는 규정되어 있지 않아 위자료청구권이 배제되었다. 그러나 개정법에서는 제847조가 삭제되고 제253조 제2항으로 편입하여 계약책임에 기한 위자료청구권을 부정하는 논거로서 폐지상 이유는 더 이상 주장될 수 없게 되었다. 다만 위자료청구권의 인정요건으로 열거되었던 사항 즉, “신체의 완전성 침해” 및 “자유와 성적 자기결정권의 침해”의 경우에만 위자료청구권이 인정된다).

해하는 대표적인 사례인 의료과오소송에서도 종래에는 불법행위책임에 의해서만 인정되어 오던 위자료청구권을 이제는 채무불이행책임에 의하여 법적으로 행사할 수 있게 되었다.⁶³⁾ 다만 여전히 그 보호법익은 예전과 같이 신체, 건강, 자유 또는 성적 자기결정의 침해로 제한되어 있다. 1936년 5월 20일 Mercier 판결에서부터 의료과오를 계약책임으로 법률구성한 프랑스는 판례와 학설에서 채무불이행에서 정신적 손해의 배상을 부인할 합리적 근거가 없다고 하면서 프랑스 민법 제1148조의 손해배상개념을 포괄적으로 구성함으로써 채무불이행으로 채권자에게 정신적 손해를 발생시킨 경우 이를 배상할 의무가 있다는 일반원칙을 확립하였다.⁶⁴⁾

그런데 우리 민법은 불법행위에 의한 정신적 손해배상에 관해서만 제750조 내지 제751조에서 규정하고 있을 뿐이어서, 채무불이행에 의한 정신적 손해배상의 인정여부가 문제되고 있다. 즉 채무불이행에 의한 정신적 손해배상에 관한 민법상 명문의 규정이 없다는 점이 그 인정여부에 대한 문제의 출발점이 되고 있다. 의료계약의 경우에도 마찬가지이다.

2. 의료계약 불이행으로 인한 환자의 정신적 손해가 특별손해인가?

가. 채무불이행에 기한 위자료와 특별손해

우리 민법 채무불이행편에서는 일본과 구 독일 민법 편제를 따랐음에도 불구하고, 통설⁶⁵⁾과 판례는 위자료청구권은 계약책임을 원인으로 하여서도 인

63) 이덕환, “채무불이행과 위자료”, 『법학논총』, 제26집 제2호, 한양대학교 법학연구소, 2009, 제173면.

64) 최문기, “채무불이행에 있어서 위자료청구권에 관한 일고찰”, 『비교사법』, 제6권 제1호 (통권 10호), 1999, 6, 제332면(Carbonnier, Droit Civil, Vol. 4, 1979, p. 334).

65) 광윤직2, 『채권총론』, 제6판, 박영사, 2007, 제113면; 이은영2, 『채권총론』, 제4판, 박영사, 2009, 제309면 등; 반대 조규창, “채무불이행과 정신적 손해배상-통설에 대한 비판적 고찰-”, 『월간고시』, 146호, 1986, 제81면 이하(조문의 위치를 불법행위법에 편제한 것은 입법자의 의지이다. 또한 계약체결시 당사자는 정신적 손해는 이미 자초한 것이다 등의 이유로 부정하고 있다. 또한 제92면은 의료계약에 있어서 환자는 시술행위로 인한 육체적·정신적 고통을 당연히 감수해야 한다고 하면서, 이미 의료계약 불이행이 있을 경우 위와 같은 고통은 수반될 것이라는 것을 환자는 감내하였기 때문에 정신적 고통은 없다

정된다고 보고 있다. 다만 독일과 같이 보호법익이 한정되어 규정되지 않고 비교적 폭넓게 인정될 수 있다. 즉 통설은 정신적 손해에 관하여 채무불이행과 불법행위 간에 차이를 두어야 할 아무런 이유가 없으므로 채무불이행으로 정신적 고통을 받은 채권자에게 위자료청구권을 부인할 근거가 없다고 한다. 다만 정신적 손해는 판례와 같이 특별한 사정으로 인한 손해로 되는 경우가 많을 것이라고 한다.⁶⁶⁾ 판례도 “일반적으로 계약상 채무불이행으로 인하여 재산적 손해가 발생한 경우, 그로 인하여 계약 당사자가 받은 정신적인 고통은 재산적 손해에 대한 배상이 이루어짐으로써 회복된다고 보아야 할 것이므로, 재산적 손해의 배상만으로는 회복될 수 없는 정신적 고통을 입었다는 특별한 사정이 있고, 상대방이 이와 같은 사정을 알았거나 알 수 있었을 경우에 한하여 정신적 고통에 대한 위자료를 인정할 수 있다”고 한다.⁶⁷⁾ 다만 실무에서 채무불이행을 근거로 위자료배상을 인정한 경우는 매우 드물다.⁶⁸⁾ 그리고 계약의 주된 목적이 재산적 이익인 경우 채무불이행으로 인한 통상적인 정신적 고통이 배상되지 않는 것에 대한 설명이 없다.⁶⁹⁾

나. 의료계약 불이행에 기한 위자료가 특별손해인가?

위와 같이 통설과 판례가 채무불이행에 기한 위자료청구권을 인정함에도 불구하고 정신적 손해는 특별손해로 처리하고 있다. 그런데 의료계약의 경우에도 위와 같이 의료과오에 의한 신체침습의 결과가 나타난 경우에도 그 신체침습으로 인한 정신적 고통을 특별손해로 보는 것은 문제가 있다.

고 보고 있다).

66) 최문기, 전제논문(각주64), 제341면.

67) 대법원 1994. 12. 13. 선고 93다59779 판결; 대법원 2004. 11. 12. 선고 2002다53865 판결; 대법원 2005. 3. 24. 선고 2005다213 판결 등 참조.

68) 서울민사지방법원 1990. 2. 7. 선고 89가합54840 판결(소위 결혼식 녹화계약, 위자료 각 100만원); 서울지방법원 2002. 9. 11. 선고 2002가단41754 판결(여행사의 일방적 여행계약취소사건, 위자료 30만원) 등.

69) 이창현, “채무불이행으로 인한 위자료에 관한 비교법적 연구”, 『저스티스』, 제123권(통권), 한국법학원, 2011. 4, 제36면.

이에 대하여 의료사고를 대표적인 예로 들면서,⁷⁰⁾ 제390조나 제750조가 정신적 손해에 포함하는 일반적 규정으로 되어 있고, 손해배상 범위도 제393조가 공통적으로 적용될 수 있으므로, 생명·신체 등의 인격적 이익이 침해된 경우에는 통상적으로 정신적 고통이 수반되므로 그로 인한 정신적 손해는 통상손해로 파악하여야 한다는 견해가 있다.⁷¹⁾ 그리고 정신적 손해를 오로지 특별손해의 법리로 해결하고 있는 판례의 태도를 비판하면서, 생명, 신체, 자유, 명예는 물론 휴식, 안정, 고통으로부터의 해방, 결혼, 장례 등을 예로 들면서, 비재산적 손해의 경우에는 손해의 중대성(이는 계약의 목적, 침해법익의 내용, 침해의 경위와 당사자의 귀책사유, 재산적 손해배상의 충분성 등이 종합적으로 고려되어 판단된다)을 기준으로 하되 통상손해의 법리에 따라 해결하여야 한다는 견해가 있다.⁷²⁾ 한편 인도채무의 불이행으로 인한 재산손해의 경우에 통상 재산적 손해의 배상으로 손해가 전보되는 것이 원칙이지만, 예외적으로 행위채무의 불이행으로 인한 인체손해의 경우에는 불법행위책임에서와 같은 기준으로 위자료청구권이 인정된다⁷³⁾고 하는데 위와 같은 입장으로 보인다.⁷⁴⁾

위와 같이 생명·신체·명예 기타 정신적 작용과 밀접한 관련이 있는 계약을

70) 이덕환, 전계논문(각주63), 제189면.

71) 이덕환, 전계논문(각주63), 제184면.

72) 이창현, 전계논문(각주69), 제43면(채무불이행으로 인한 위자료는 제393조로 해결해야 하고 그 1차적 기준으로 계약의 주된 목적이 재산적 이익인 경우와 비재산적 이익인 경우로 분류하고 있다); 최문기, “채무불이행에 있어서 위자료청구권에 관한 일고찰”, 『비교사법』, 제6권 제1호(통권 10호), 1996. 6, 제360면; 서광민, “위자료에 관한 몇 가지 문제점”, 『서강법학연구』, 제2권, 제129면도 이와 같은 취지임.

73) 이은영2, 전제서(각주65), 제309면(그 밖에 독일 학설의 영향을 받아 여행계약의 중대한 침해에 대해 위자료를 긍정하는 입장도 일부 보이는데, 이러한 입장도 의료계약에 대해서도 긍정할 듯싶다. 예를 들어 강신웅, “여행계약에 관한 연구”, 『민사법학』, 제15호, 한국민사법학회, 1997, 제419면; 김윤구, “여행계약의 법적 문제”, 『비교사법』, 제9권 제1호, 한국비교사법학회, 2002. 4, 제28면; 서민, “여행계약의 법적 문제”, 『사법행정』, 제36권 제11호, 1995. 11, 제35면).

74) 이창현, 전계논문(각주69), 제12면(Karner/Koziol, Der Ersatz ideellen Schadens im österreichischen Recht und Reform, 15. ÖJT Band II/1, 2003, S. 17ff; 동인은 냉동보관중인 정자가 훼손된 것에 대한 손해배상청구를 다룬 BGHZ, 52 판결의 사안은 오스트리아에서도 원용될 수 있다고 하면서 그러한 경우를 중대한 인격적 이익이라고 보았다).

체결할 경우에는 그러한 계약위반 시 정신적 손해는 통상적으로 예견할 수 있다. 특히 의료계약은 그 중에서도 가장 중대한 법익인 생명·신체에 대한 계약이므로 계약위반의 경우 정신적 손해는 필연적으로 예견할 수밖에 없으므로 이는 통상손해인 것이다. 그리고 일본의 경우에도 판례와 통설은 모두 위자료 청구에 관하여 채무불이행과 불법행위의 구별을 하지 않고 있는데,⁷⁵⁾ 우리나라는 의료과오로 인한 신체침해가 발생하면 불법행위에 기하면 제750조, 제751조에 의해 당연히 환자의 정신적 손해가 인정될 것인데 반해 채무불이행에 기하면 정신적 손해는 특별손해가 된다는 점도 형평에 맞지 않다. 따라서 판례가 비재산적 손해를 오로지 특별손해의 법리로 해결하려는 것은 잘못이며, 계약의 목적, 법익의 중대성, 행위의 태양 등에 따라 통상손해와 특별손해의 법리를 적용하는 것이 타당하다.

3. 설명의무 위반과 위자료

가. 설명의무 위반과 위자료

의료과오는 진료의무 불이행에 있어서도 발생하지만 설명의무 위반의 경우에도 발생하며, 따라서 설명의무 위반의 경우에도 손해배상청구권이 발생한다. 즉 진료의무상 주의의무 위반으로 환자의 생명·신체의 침해가 있다면 그에 대한 재산적 손해배상은 물론 정신적 손해배상도 청구할 수 있다. 그러나 의사의 진료상 과실은 없지만 설명의무위반만이 있는 경우에는 설명의무 위반으로 인한 자기결정권 침해를 이유로 위자료청구권이 인정된다. 다만 진료상 과오는 없지만 설명의무 위반으로 악결과가 발생한 경우 그 손해배상범위에 관하여 자유침해설(정신적 손해배상에 한정하는 견해, 또는 인격침해설)⁷⁶⁾과 신체침해설(손해전부의 배상을 인정하는 견해)⁷⁷⁾로 나누어져 있지

75) 石垣君雄, 前掲書(脚註48), 41頁.

76) 자유침해설을 취하는 입장으로는 석희태4, “의사의 설명의무”, 『고시연구』, 1998. 5. 제 147~148면, 김천수2, “의사의 설명의무”, 『민사법학』, Vol. 7, 한국민사법학회, 1988, 제278면.

만, 다수설과 판례⁷⁸⁾는 일정한 요건 하에 신체침해설을 취하고 있다.⁷⁹⁾ 그런데 판례에 따르면 설명의무 위반으로 인하여 지급할 의무가 있는 위자료에는, 설명의무 위반이 인정되지 않은 부분과 관련된 자기결정권 상실에 따른 정신적 고통을 위자하는 금액 또는 약결과의 발생 자체에 따른 정신적 고통을 위자하는 금액 등은 포함되지 아니한다.⁸⁰⁾ 그러나 약결과의 발생 자체에 따른 정신적 고통은 설명의무 위반이 있으면 상당인과관계가 인정되고 따라서 위자료에 포함시켜서 해석해야 한다(후술함). 이하에서는 신체침해 위자료와 자기결정권침해 위자료와의 관계에 대하여 검토하기로 한다.

77) 김민중2, 『의사책임 및 의사법의 발전에 관한 최근의 동향』, 『민사법학』, 제910호, 한국민사법학회, 1993, 제344면 이하, 최재천·박영호, 전계서(각주4), 제689면; 이정현, “의료과오”, 『대한변협회지』, 제94호, 1984, 제11면; 문국진2, 『의료법학』, 청림출판사, 1989, 제58면.

78) 설명의무위반과 약결과 사이에 상당인과관계를 인정하여 전제손해배상을 인정한 사례로는 인천지방법원 1986. 10. 30. 선고 85가합1100 제3민사부 판결(갑상선절제수술 후유증 사건, 동법원은 “수술을 시급하게 할 필요성이 인정되지 안 될 긴박한 사정이 있었다고 보여지지 않”았다고 판시함), 부산지방법원 1997. 10. 28. 선고 96가합12729 판결(양쪽 무릎 전관절 치환술 사망 사건, 동법원은 “설명무무를 다하였다면 무릎의 퇴행성 관절염으로 10여 년 동안 생활해 온 망인으로서 위 수술을 받지 아니하였을 것으로 보이므로, 설명을 하지 아니한 과실과 망인의 사망과는 상당인과관계가 있다”고 판시함), 대법원 1996. 4. 12. 선고 95다56095 판결(미골통 사건, 동법원은 “설명을 들었더라면 위 수술을 받지 않았거나 위 마취방법에 동의하지 않았을 수도 있었을 것이므로, 피고들이 위와 같은 설명을 다하지 아니한 과실과 위 유○영의 사망과의 사이에는 상당인과관계가 있다고 봄이 상당하다”고 판시함), 서울고등법원 2011. 8. 30. 선고 2010나82334 판결(종아리 근육퇴축술 후유증 사건, 동법원은 “시술 전에 시술의 내용과 그 위험성, 부작용 등에 관하여 전혀 설명을 하지 않았는바, 만약 피고로부터 제대로 된 설명을 들었더라면 원고가 이 사건 시술을 받지 않았을 것이 분명”하다고 판시함).

79) 다만 박영호, “설명무위반 및 치료기회상실을 근거로 한 가족들의 독자적 위자료 청구권”, 『법조』, 통권 629호, 2009. 2, 제18~19면은 판례가 미골통 사건(대법원 1996. 4. 12. 선고 95다56095 판결)에서만 전제손해를 인정한 예를 들어 사실상 인격침해설을 취하고, 예외적으로 신체침해설을 채택한 것이라고 하여 판례의 입장에 대한 자신의 견해의 변경을 나타내고 있다(저자도 이에 찬동한다. 그리고 최근에는 종아리퇴축술 사건에서도 전제손해를 인정한 바 있다. 서울고등법원 2011. 8. 30. 선고 2010나82334 판결).

80) 대법원 2013. 4. 26. 선고 2011다29666 판결.

나. 신체침해 위자료와 자기결정권침해 위자료와의 관계

(1) 의사의 과실로 인한 신체침해상의 위자료가 인정되면 설명의무 위반에 대한 위자료는 별도로 청구하지 못하는가?

이에 대하여 설명의무 위반에 대한 위자료청구를 부정하는 견해는 의사의 진료과실로 인해 다친 부분(신체침해)에 대한 위자료가 인정됐다면, 의사가 설명을 부실하게 해 환자가 치료에 대한 선택을 하는 데 지장이 있었더라도 그 부분(설명 의무 위반)에 대한 위자료를 별도로 청구할 수 없다고 본다.⁸¹⁾ 그 이유로 “의사의 설명의무는 1차적으로 환자의 자기결정권의 보장을 지향하고 있으나 궁극적으로는 환자의 생명과 신체보호에 있”고 “대법원이 설명의무의 증명정도에 따라 위자료뿐만 아니라 전손해배상도 가능하다고 한 것은 이를 반영한 것이”기 때문이다.⁸²⁾ 그리고 우리나라 하급심 실무경향도 “대부분의 원고들은 진료상 과실과 설명의무위반 과실을 주장하면서 손해는 동일하게 주장하고 있”고, “하급심도 진료상 과실이 인정될 경우 설명의무 위반을 별도로 판단하지 않는 경우가 대부분이며 당사자들도 진료상 과실로 인한 손해가 인정되는 경우 설명의무 위반 손해를 추가로 인정해 달라고 문제 삼은 경우는 이제까지 없었다”고 한다. 또한 미국·일본에서도 그러한 것으로 보인다고 한다.⁸³⁾

위의 견해는 자기결정권과 생명·신체는 별개의 인격권이지만 의료행위에 있어서 설명의무의 보호법익인 자기결정권은 궁극적으로는 생명·신체라는 인격권을 보호하기 위한 것이므로 생명·신체라는 큰 인격권의 침해에 대한 청구는 자기결정권 보호라는 작은 인격권의 침해에 대한 청구를 포함한다는 측면에서 일견 타당하게 보인다. 그러나 설명의무는 주된 급부인 진료의무와는 독립된 의무이고, 설명의무 위반의 경우 생명·신체라는 개별적 인격권과

81) 동지 문현호, [2010-06-04] 법률신문 기사(대법원 산하 전문분야 연구회인 의료법커뮤니티 5월 29일 대법원 16층 대회의실 세미나 발표에서).

82) 문현호, 상계기사(각주81).

83) 문현호, 상계기사(각주81).

는 별개의 자기결정권이라는 개별적 인격권의 침해가 발생한다. 또한 설명의무의 위반이 있고 진료상 과오로 생명·신체의 침해까지 있는 경우와 단순히 진료과오로 생명·신체의 침해만 있는 경우는 전자의 경우에 환자의 감정의 손상이나 분노는 더 클 것이다. 따라서 이론적으로 급부채무불이행이 있더라도 부수의무 위반이 있는 경우 그 부수의무 위반에 대한 위자료청구는 인정될 수 있다고 본다(독립된 부수의무는 더욱 그러하다). 그리고 위 청구는 경합하여 인정된다. 따라서 위자료 배상 금액에 참작될 수 있다고 할 것이다.

(2) 설명의무 위반은 있지만 해당 설명의무 위반과 관련된 의료행위로 인해 악결과가 발생하지 않고 치료된 경우에 위자료 청구는 인정되지 않는가?

이에 대하여 설명의무 위반이 있더라도 악결과가 발생하지 않는 경우에는 위자료를 인정하는 것은 부당하다고 하는 견해⁸⁴⁾가 있다. 그 이유로 들고 있는 것은 “신체침해라는 나쁜 결과가 의료행위로 인해 발생했어야 설명의무 위반이 비로소 문제가 되는 것”이라며 “대법원이 여러 판례에서 나쁜 결과의 발생 및 나쁜 결과와 의료행위의 인과관계를 요구하고 있는 것은 자기결정권 뿐만 아니라 중대한 결과의 발생까지 고려한 것”이며, “설명의무위반은 전통적으로 진료상 과실이 인정되지 않을 경우 그 절차상 과실이 인정되면 손해의 일부라도 전보해 주기 위해 만들어진 이론이지, 별도의 손해를 상정해 배상하는 이론이 아니다”라고 하고 있다. 이 견해는 우리 판례⁸⁵⁾가 일관되게 신체침해

84) 문현호, 상계기사(각주81).

85) 대법원 2007.5.31. 선고 2005다5867 판결(일반적으로 의사는 환자에게 수술 등 침습을 가하는 과정 및 그 후에 나쁜 결과 발생의 개연성이 있는 의료행위를 하는 경우 또는 사망 등의 중대한 결과 발생이 예측되는 의료행위를 하는 경우에 있어서 응급환자의 경우나 그 밖에 특단의 사정이 없는 한 진료계약상의 의무 내지 침습 등에 대한 승낙을 얻기 위한 전제로서 당해 환자나 그 법정대리인에게 질병의 증상, 치료방법의 내용 및 필요성, 발생이 예상되는 위험 등에 관하여 당시의 의료수준에 비추어 상당하다고 생각되는 사항을 설명하여 당해 환자가 그 필요성이나 위험성을 충분히 비교해 보고 그 의료행위를 받을 것인가의 여부를 선택할 수 있도록 할 의무가 있고, 의사의 설명의무는 그 의료행위에 따르는 후유증이나 부작용 등의 위험 발생 가능성이 희소하다는 사정만으로

라는 악결과의 발생과 관련될 때 설명의무가 문제된다고 한 점을 고려한 것으로 보인다.

그러나 이 견해는 첫째, 설명의무의 진료의무와 독립적인 채무의 성격을 부정한 점에서 타당하지 않다. 물론 설명의무가 궁극적으로는 환자의 생명과 신체를 보호하기 위한 것 일지라도 1차적으로는 환자의 자기결정권이라는 독립된 개별적 인격적 이익을 보호하는 것이다. 둘째, 만약 위와 같다면 진료상 과실은 없지만 의사의 설명 없이 진단적인 치료만 있게 되어 환자가 의료행위의 당사자가 아닌 객체의 지위로 전락하게 된다. 극단적으로는 의사가 진단적으로 설명도 하지 않고, 치료만 성공한 경우에는 정신적 손해의 배상을 하지 않아도 된다는 부당한 결과가 발생하게 된다. 셋째, 자기결정권이 생명·신체의 보호라는 개별적 인격권과는 별개의 개별적 인격권임을 간과한 것이다. 이러한 개별적 인격적 이익을 간과하고 있는 판례의 “중대한 결과 발생의 개연성” 내지 “중대한 결과 발생이 예측”이라는 관련성을 요건으로 하는 것은 여전히 의사의 설명의무 인정에 소극적인 판례의 태도를 보이는 것으로서 부당하다. 넷째, 비록 주된 급부의무가 충족되었다고 하더라도 부수의무의 위반이 있다면 이에 대하여 손해배상청구권이 가능하다.⁸⁶⁾ 다만 이는 특별손해가 될 가능성이 클 것이다. 다섯째, 판례가 현재 취하고 있는 논리대로 설명의무 위반이 있고, 악결과가 발생하였지만 설명의무 위반과 악결과 사이에 상당인과관계가 인정되지 않는 경우에는 자기결정권 침해가 되고 이에 대한 정신적 손해를 인정하고 있다는 점⁸⁷⁾은 설명의무 위반 자체에 고유한 권리의 침해를 인정할 것임을 알 수 있고, 이는 치료가 성공했다고 하여 이미 자기결정권이 침해

면제될 수 없으며, 그 후유증이나 부작용이 당해 치료행위에 전형적으로 발생하는 위험이거나 회복할 수 없는 중대한 것인 경우에는 그 발생가능성의 희소성에도 불구하고 설명의 대상이 된다).

86) 송덕수, 『민법강의』, (하), 박영사, 2007, 제41면 참조.

87) 대법원 1997. 7. 22. 선고 95다49608 판결; 대법원 2004. 10. 28. 선고 2002다45185 판결(진료과실과 상당인과관계를 부정하고 설명의무 위반으로 인한 위자료청구를 긍정); 대법원 2007. 9. 7. 선고 2005다69540 판결(설명의무 위반행위와 부작용 사이에 상당인과관계를 부정하고, 설명의무 위반에 대한 위자료청구를 긍정).

되었다는 것을 부인 할 수는 없는 것이다. 따라서 설명의무 위반이 있고 치료가 성공하여 악결과가 발생하지 않는 경우에 자기결정권의 침해를 인정하여야 한다. 그러나 이론적으로는 위와 같다고 할지라도 신의칙에 기반을 두고 인정되는(설령 그것이 법률에 규정되었다고 하더라도) 부수의무인 설명의무의 위반을 이유로 한 위자료청구는 오히려 신의칙에 반할 수 있기 때문에 원칙적으로 그 행사는 부정되어야 할 것이다.

IV. 의료계약상 채무불이행과 가족의 위자료청구권

1. 서설

민법 제752조는 “타인의 생명을 해한 자는 피해자의 직계존속, 직계비속 및 배우자에 대하여는 재산상의 손해 없는 경우에도 손해배상의 책임이 있다”라고 규정하고 있는데 의료과오가 있는 경우 불법행위에 기하여 민법 제752조를 적용하는 데는 의문이 없다. 다만 제752조의 해석에 있어서 “사망” 이외에 “상해”에 대해서도 적용되는가 또한 “상해”에 대하여도 적용되는 것으로 해석하더라도 “사망”과 마찬가지로 근친자 자신의 고유한 정신적 손해가 발생한 것으로 보아 동 규정을 적용할 수 있는가에 대하여는 견해의 대립이 있다.

그런데 이는 모두 불법행위를 근거로 위자료배상청구의 경우에 논의되고 있는 것이다. 따라서 계약위반의 경우 특히 의료계약의 경우에도 위의 논의가 가능할 것인가? 즉 첫째, 의료계약(진료의무) 불이행의 경우에도 민법 제752조를 유추적용하여 환자 가족이 자신들의 고유한 정신적 손해에 대하여 배상을 청구할 수 있는가? 둘째, 부수의무인 설명의무의 위반이 있는 경우에도 가족의 위자료청구권이 발생하는가에 대하여도 검토하기로 한다(판례의 일관된 기준인 설명의무 위반과 악결과 사이에 인과관계의 존재와 진료상 주의의무와 동일한 정도의 주의의무 위반이 있는 경우에는 위의 첫째 문제와 결합하

고 첫째 문제의 결과와 동일하게 될 것이다. 여기서는 설명의무 위반만 인정되는 경우로 제한하여 논한다).

2. 진료의무 불이행을 근거로 한 가족의 위자료청구권

다수설⁸⁸⁾과 판례⁸⁹⁾에 의하면 불법행위를 근거로 하여 의료과오로 인하여 환자의 생명·신체에 손해가 발생한 경우에 직계존속, 직계비속 및 배우자 등에게 피해자와 별도로 고유의 위자료청구권이 인정된다. 즉 의료과오로 환자가 생명침해는 물론 신체침해⁹⁰⁾를 입은 경우에도 직접 피해를 입은 환자가 아니더라도 의료과오에 의한 정신적 손해의 배상을 청구할 수 있다. 다수설⁹¹⁾과 판례⁹²⁾는 이 조문의 입법취지는 이 규정에 열거된 자의 정신적 손해의 존재를 추정하여 근친자의 입증책임을 경감하는데 있다고 한다. 그리고 이 규정에 열거되지 않은 형제·자매와 같은 친족들은 자신들의 정신적 고통을 입증함으로써 위자료배상을 받을 수 있다고 한다.⁹³⁾ 의료과실로 인한 위자료배상

88) 곽윤직, 『채권각론』, 제6판, 박영사, 2007, 제455면; 이은영, 『채권각론』, 제5판, 박영사, 2007, 제769면; 반대 박우동, “민법 제752조의 의의”, 『인신사고소송』, 1981, 제232면.

89) 대법원 1965. 5. 25. 선고 65다292 판결(“민법 제752조의 규정은 타인의 생명을 해하는 경우에 한하여 위 조문에 열거한 신분관계에 있는 사람에 한하여 정신상 손해에 대한 손해배상책임을 인정하고 있는 취지가 아니고 타인의 생명침해의 경우에 위자료 청구권이 있는 사람과 피해법익을 예시적으로 규정한 것으로 해석하여야 하므로 자기의 생명침해 이외의 경우에도 직접의 피해자가 아닌 부모 또는 배우자는 그의 아들이나 배우자의 신체의 상해에 대하여도 손해배상에 관한 원칙규정인 민법 제750조의 규정에 의하여 정신적 손해에 대한 배상을 청구할 수 있다”고 판시한 이래 일관되게 인정하고 있다; 대법원 2001. 3. 23. 선고 2000다29356 판결; 대법원 2002. 11. 26. 선고 2002다43165 판결; 대법원 2003. 7. 11. 선고 99다24218 판결; 대법원 2004. 10. 28. 선고 2003다65438 판결; 대법원 2005. 6. 23. 선고 2004다66001 판결; 대법원 2005. 8. 19. 선고 2004다4942 판결; 대법원 2006. 1. 26. 선고 2005다47014 판결; 대법원 2006. 5. 11. 선고 2003다8503 판결; 대법원 2008. 2. 28. 선고 2007다52287 판결)

90) 곽윤직(대표편집), 『민법주해[XVIII]』, 박영사, 2008, 제459면(그 이유로 부모는 자녀가 사망한 경우뿐만 아니라 유괴당한 경우에도 심각한 정신적 손해를 받을 수 있는 것이고 자가 불구자가 되어서 일생을 불행하게 보내지 않으면 안 되게 된 경우에는 자가 사망한 때 이상으로 부모의 정신적 손해가 크다고 할 것을 예로 들면서 실질적 타당성을 근거로 하고 있으며, 또한 본조의 “생명”은 예시에 불과하다는 것을 근거로 하고 있다); 대법원 1967. 6. 27. 선고 66다1592 선고; 대법원 1967. 9. 19. 선고 67다1445 판결.

91) 곽윤직2, 전제서(각주88), 제452면; 반대 송덕수1, 전제서(각주86), 제712면.

92) 대법원 1963. 10. 31. 선고 62다558 판결.

에 대한 예를 들면 상해를 입은 피해자의 부모,⁹⁴⁾ 배우자,⁹⁵⁾ 자,⁹⁶⁾ 미성년자인 자,⁹⁷⁾ 형제자매⁹⁸⁾ 등에게 위자료청구권이 인정된다.

그런데 민법 제752조에 기재된 친족 및 그 이외의 친족(예를 들어 형제·자매 등)에게 불법행위가 아닌 채무불이행 즉 진료의무 불이행을 근거로 위자료 청구권이 발생하는가가 문제된다.

가. 판례

대법원은 일반계약에 있어서 제752조의 유추적용이 문제된 사안에서 가족은 계약상 당사자가 아님을 이유로 일관되게 부정적인 입장을 보이고 있다.⁹⁹⁾ 의료사건에 대해서는 제752조 적용여부가 문제된 것은 거의 보이지 않는다. 다만 의료사건 중 하급심에서 분만계약상 채무불이행으로 인하여 아들 내지 손자의 경직성 사지마비형 뇌성마비라는 신체장애를 영구히 가지게 되는 손해에 대한 위자료청구에 대해서 제1심법원은 “원고들은 이 사건 분만계약의 당사자로 볼 수 없으므로 위 분만계약에 근거하여 채무불이행으로 인한 손해

93) 대법원 1967. 9. 5. 선고 67다1307 판결; 반대 송덕수1, 전제서(각주86), 제1581면.

94) 부산지방법원 2006. 4. 5. 선고 2004가합813 판결; 서울서부지방법원 2006. 2. 3. 선고 2004가단27412 판결; 서울서부지방법원 2006. 7. 19. 선고 2005가합6013 판결; 대법원 1998. 2. 13. 선고 97다12778 판결(대구고등법원 1997. 2. 5. 선고 95나2167 판결).

95) 부산지방법원 동부지원 2001. 2. 8. 선고 98가합1026 판결.

96) 서울지방법원 1997. 4. 9. 선고 95가합72832 판결(진료상 과실로 인한 시아버지의 사망에 대한 며느리의 위자료배상은 부정됨).

97) 부산지방법원 동부지원 2001. 2. 8. 선고 98가합1026 판결.

98) 서울중앙지방법원 2010. 12. 29. 선고 2009가합109359 판결; 대법원 1998. 2. 13. 선고 97다12778 판결(대구고등법원 1997. 2. 5. 선고 95나2167 판결).

99) 대법원 1974.11.12. 선고 74다997 판결(“여객운송계약의 당사자 아닌 사람(운송계약의 당사자의 상속인)이 여객운송계약을 이유로 하는 위자료청구를 아무런 근거 없이 인용한 것은 위법이다”); 대법원 1982. 7. 13. 선고 82다카278 판결(“승객이 객차의 승강구에서 추락, 사망한 경우 승객 아닌 그 망인의 처, 자녀들은 그로 인하여 정신적 고통을 받았다 하더라도 상법 제148조 제1항에 의하여 여객운송자에게 손해배상책임이 있음을 이유로 하여 그들의 위자료를 청구할 수는 없다”); 대법원 2000. 11. 24. 선고 2000다38718·38725 판결(“숙박업자가 숙박계약상의 고객 보호의무를 다하지 못하여 투숙객이 사망한 경우, 숙박계약의 당사자가 아닌 그 투숙객의 근친자가 그 사고로 인하여 정신적 고통을 받았다 하더라도 숙박업자의 그 망인에 대한 숙박계약상의 채무불이행을 이유로 위자료를 청구할 수는 없다”).

배상의 일종으로서 위자료의 지급을 구하는 위 원고들의 청구는 더 나아가 살필 것 없이 이유 없다”고 판시함으로써 가족의 위자료청구권을 부정하였다(원고는 당초 제1심에서 피고의 채무불이행을 원인으로 한 손해배상청구를 하다가 제2심에서 불법행위를 원인으로 한 손해배상청구를 선택적으로 추가하였고, 결국 법원은 불법행위를 근거로 환자인 태아 2천만원, 부모 각 500만원, 조부모 각 50만원의 위자료 배상을 인정하였다).¹⁰⁰⁾

결국 판례는 채무불이행에 의하여 가족의 위자료청구권은 가족이 계약당사자가 아님을 이유로 부정하고 있다.

나. 학설

(1) 긍정설

우리 민법상의 손해배상법리는 채무불이행에 의하든 불법행위에 의하든 발생한 손해만큼 배상하는 것이며, 여기에는 재산적·정신적 손해 모두가 포함된다고 할 것이라고 하면서, 민법 제390조의 손해배상에는 정신적 손해배상도 포함된 것으로 보아야 하고, 제751조·제752조를 이에 유추적용하여 채무불이행으로 인한 정신적 손해배상으로서의 위자료는 인정하여야 한다고 한다.¹⁰¹⁾ 특히 의료사고와 같이 피해법익이 생명·신체 등의 인격적 법익인 경우를 예로 들면서 외국법처럼 판례의 유형화 내지 법리형성이 필요하다고 보고 있다. 그리고 불임수술시 그 배우자 내지 파트너에 대해 불임수술계약 당사자 아닌 그 배우자 내지 파트너에게도 제3자를 위한 계약 또는 제3자 보호효 있는 계약을 들어 가족의 위자료청구권을 인정하는 견해도 있다.¹⁰²⁾ 한편 직

100) 서울지방법원 북부지원 2002. 9. 26. 선고 99가합4584 판결(서울고등법원 2004. 1. 15. 선고 2002나69909 판결; 대법원 2005. 10. 28. 선고 2004다13045 판결에서 확정)(제1심에서 분만계약 당사자인 모는 제3자를 위한 계약상 요약자이므로 수의자에게 손해배상을 해 줄 것을 요구할 수 있을 뿐이라고 하였는데 분만계약을 제3자를 위한 계약으로 판단한 점은 의문이다).

101) 이덕환, 전제논문(각주63), 제190면.

102) 이은영, 「원치 않은 아이에 따른 손해배상에 관한 연구」, 중앙대학교 박사학위논문, 2008, 제141면.

접적으로 의료계약에 관하여 논의하고는 있지 않지만 다수설¹⁰³⁾에 의하면 채무불이행에 있어서도 불법행위에 관한 규정을 유추할 것을 인정하면서, 양자는 동일한 제도적 기능을 가지고 있으므로 정신적 손해에 관하여 채무불이행과 불법행위 간에 차이를 두어야 할 아무런 이유가 없다고 하면서 민법 제751조·제752조가 적용된다는 가족들의 위자료청구권도 인정될 수 있다.

(2) 부정설

의료과오에 있어서 불법행위와는 달리 채무불이행에 기한 손해배상청구를 하는 경우에는 아무리 피해자에게 생명, 신체에 대한 침해가 있더라도 배우자 등에게는 그 고유한 위자료청구권이 인정될 수 없다고 보는 견해이다.¹⁰⁴⁾ 다만 그 이유는 제시하고 있지 않지만 명문의 규정이 없는 것을 근거로 하는 것 같다. 그리고 채무불이행의 경우 위자료배상청구권을 부정하는 견해¹⁰⁵⁾에 의하면 민법 제752조도 적용되지 않는다.

다. 검토

민법 제752조는 근친자와 같은 간접적 피해자는 원칙적으로 가해자의 행위로 인하여 손해가 직접 발생한 것이 아니기 때문에 손해배상의 무한한 확장을 방지하기 위하여 법률의 규정이 있는 경우에만 예외적으로 특별규정으로서 근친자의 위자료청구권을 인정한 것이다. 이와 같은 특별규정으로서 명문의 규정이 없는 채무불이행에 있어서도 간접적 피해자의 손해를 배상을 인정하

103) 곽윤직1, 전계서(각주65), 제113면; 지원림, 『민법강의』, 제11판, 홍문사, 2013, 제1057면 참조; 다만 이은영, 『채권총론』, 제4판, 박영사, 2009, 제309면은 인도채무의 불이행과는 달리 행위채무의 불이행으로 인한 인체손해의 경우에는 불법행위책임에서와 같은 기준으로 위자료청구권이 인정된다고 하고 있는데 제752조가 적용되는지에 대해서는 명확하지 않다.

104) 최재천·박영호, 전계서(각주4), 제252면(最高法院判例 昭和 55. 12. 18. 判例時報 992号 44頁; 判例タイムズ 435号 87頁도 고용계약에 부수한 안전배려의무위반에 기한 손해배상청구의 사안에서 이를 부정적으로 판시하고 있다).

105) 조규창, 전계논문(각주65), 제81면 이하.

는 것은 문제가 될 수 있다.

그러나 첫째, 동일한 원인에 의하여 발생한 정신적 고통에 대하여 피해자가 불법행위책임을 근거로 정신적 손해배상을 청구하는 경우에만 제752조를 적용하여 간접피해자를 보호한다는 것은 형평에 맞지 않다. 채무불이행이든 불법행위이든 법익침해로 인해 손해를 입게 되었다면 그 손해는 전보되어야 한다. 둘째, 의료행위는 본질적으로 사람의 생명·신체·건강과 밀접한 관련이 있고 의료계약 불이행의 경우 그 법익 침해가 되며 결국 정신적 고통의 발생은 당연히 예상될 수 있다. 이로 인하여 의료계약 당사자인 환자 자신은 물론 간접적 피해자인 환자의 근친자의 정신적 손해의 발생도 수반되는 것이 보통이다. 이러한 구조는 불법행위로 인한 근친자의 정신적 손해의 발생이 예상되는 것을 가정하여 민법 제752조의 규정이 있는 것과 마찬가지로이다. 결국 법익의 종류와 행위태양에 따라 계약당사자의 정신적 손해를 통상손해로 볼 수 있으며, 마찬가지로 가족의 정신적 손해도 그러하다. 셋째, 제3자도 계약법상 보호 의무의 당사자가 될 수 있어야 한다.¹⁰⁶⁾ 즉 계약당사자 사이에서만 계약의 내용과 효력을 고수하는 것은 오늘날의 실제 생활관계의 실상에 부합되지 않으므로, 계약체결 당시의 당사자의 의사뿐만 아니라 그 배후에 있는 사회관계 내지 신뢰관계를 고려하여 계약의 구속력을 인정하여야 한다.¹⁰⁷⁾ 이른바 “제3자 보호효력 있는 계약”(Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte)이 그것이다.¹⁰⁸⁾ 따라서 계약의 구속력에 의하여 의료계약, 주택도급계약, 여행계약과

106) 김민중3, “사후효적 계약의무”, 『채권법에 있어서 자유와 책임(김형배교수화갑기념논문집)』, 1994, 제434면 이하 참조.

107) 홍성재, “계약상 의무위반과 구제법리”, 『재산법연구』, 제27권 제2호, 한국재산법학회, 2010. 10, 제166-167면.

108) 송덕수, “제3자보호 효력있는 계약”, 『민법학논총(후암관윤직교수화갑기념논문집)』, 1985, 제455면 이하; 김상중, “간접피해자의 보호-제3자 보호효를 가진 계약과 제3자 손해청산 제도의 필요 여부-”, 『민사법학』, 제36호, 한국민사법학회, 2007. 5, 제461면 이하 참조; 박희호, “제3자에 대한 책임-제3자보호효 있는 계약의 도입을 지지하며-”, 『민사법학』, 제30호, 한국민사법학회, 2005, 제385면 이하; 송호영, “새로운 독일 채무불이행법의 체계”, 『민사법학』, 제23호, 한국민사법학회, 2003. 3, 제232면; 임진면, “제3자손해청산과 제3자보호효를 가진 계약-독일 민법상의 문제점을 중심으로”, 『재산법연구』, 15권 제1호, 한국재산법학회, 1998, 제106면 이하.

같이 계약당사자가 아닌 자 즉 간접적 피해자¹⁰⁹⁾에게도 계약의 효력을 인정할 수 있다. 독일은 일찍이 초창기의 제국최고법원¹¹⁰⁾부터 독자적인 제도로 인정되어 왔으며, 현재는 민법 제311조 제3항으로 명문화하고 학설과 판례¹¹¹⁾가 인정하고 있고, 일본도 학설과 판례¹¹²⁾에서 이 제도를 인정되고 있다. 따라서 계약당사자만이 채무불이행으로 인한 손해배상청구권을 행사할 수 있다는 원칙이 고수되고 있는 우리 실무의 현실을 고려해 볼 때, 의료계약의 경우에는 다른 계약과 달리 더욱 “제3자보호효 있는 계약”제도에 의해 가족의 보호가 필요하다고 본다. 우리 민법 제390조의 손해를 재산적 손해는 물론 정신적 손해도 포함한다고 하더라도 이는 계약당사자에게 적용하는데 아무런 문제가 없으나, 그 손해에 계약의 당사자가 아닌 간접적 피해자인 가족의 정신적 손해가 포함되는데 불법행위와 같은 규정(제751조·제752조)이 없는 한 무리일 수 있기 때문이다.

3. 환자에 대한 설명의무 위반의 경우 가족의 위자료청구권

의사는 의료계약상 설명의무가 있으며 설명과 동의 없이 행하여 환자의 신체에 침습을 가한 경우는 위법한 행위로서 설명의무 위반이 된다. 따라서 환자가 의식불명인 경우와 같이 일정한 경우를 제외하고는 원칙적으로 환자 본인에게 질병 및 의료처치 등에 대하여 설명하고 환자로부터 동의를 받아야 하며 이를 위반한 경우에는 설명의무를 이행하였다고 볼 수 없다.¹¹³⁾ 이와 같이 설명의무는 환자 본인에 대한 것이고, 환자 본인의 자기결정권을 보호하기 위한 것이다. 따라서 설명의무 위반의 경우에도 민법 제752조가 적용되어 환자 가

109) 박윤직(대표편집), 전계서(각주90), 제189면 참조.

110) RGZ 91, 21, 24; RGZ 102, 231, 232(임건면, 전계논문(각주108), 각주65 참조).

111) BGH NJW 2007, 989(피임시술계약 당사자의 결혼하지 않은 파트너도 위 계약의 보호범위의 범위 내에 있다고 판시하였다).

112) 山口地裁 岩國支部, 1996. 10. 31. 判決, 判例時報 1628号, 83頁.

113) 대법원 1994. 11. 25. 선고 94다35671 판결; 대법원 1997. 7. 22. 선고 96다37862 판결; 대법원 2002. 9. 4. 선고 2002다16781·16798 판결.

족에게 위자료청구권이 발생하는가에 대해서도 문제가 된다.

가. 판례

의료과오로 환자의 생명·신체침해가 있는 경우 의사에게 계약책임 내지 불법행위책임이 인정되고,¹¹⁴⁾ 환자 가족의 위자료 청구의 인정여부는 위에서 논의한 바와 같다. 따라서 설명의무 위반과 악결과 사이에 상당인과관계가 없는 사건으로서(사실 이점에 있어서 우리 판례는 설명의무 위반 법리를 오해하고 있다고 할 것이다. 이에 관하여는 검토에서 살펴보기로 한다) 법원이 환자의 자기결정권침해를 인정하면서 동시에 가족의 정신적 고통도 인정한 사건과 부정한 사건을 살펴보기로 한다.

(1) 설명의무 위반을 근거로 가족들 고유의 위자료 청구를 인정한 예

대법원과 하급심에서 설명의무 위반(악결과에 대한 의사의 책임을 부정하면서)만을 이유로 하면서 환자 가족의 고유의 위자료청구권을 인정한 예가 적지 않다. 판례에 나타난 그 이유로 “예기치 못한 치명적인 결과에 대하여 상당한 정신적 고통을 받았을 것임은 경험칙상 넉넉히(또는 충분히) 인정...”¹¹⁵⁾이라거나, “원고의 가족에게 선택의 기회를 상실한 사실이 넉넉히 추인된다”,¹¹⁶⁾ “부모의 결정권도 침해되었다”¹¹⁷⁾, 또는 구체적 이유도 전혀 없이 환자에 대

114) 대법원 1994. 4. 15. 선고 93다60953 판결 등.

115) 대법원 1994. 4. 15. 선고 93다60953 판결(서울고등법원 1993. 10. 29. 선고 92나38678 판결); 대법원 1992. 4. 14. 선고 91다36710 판결(광주고등법원 1991. 9. 11. 선고 91나1225 판결 ;“자궁이 제거되어 신체적으로 중대한 변화가 초래됨은 물론 향후 임신이 불가능하게 되어 자식을 가질 수 없게 됨으로써 가정생활에 있어 자식을 소중히 여기고 자식의 출생 및 양육, 성장 등을 통하여 행복을 찾으며 노후에 정신적 및 정O적으로 의지하는 우리나라 전통적인 가족관계의 가치관 등에 비추어 볼 때 위 원고는 물론이고 그의 사실상 남편인 원고 신OO가 상당한 정신적 고통을 받았을 것임은 경험칙상 넉넉히 인정할 수 있으므로...”); 서울고등법원 1998. 7. 30. 선고 97나12138 판결; 서울고등법원 1998. 4. 30. 선고 97나43316 판결; 부산고등법원 2008. 9. 11. 선고 2007나21122 판결; 청주지방법원 2001. 6. 13. 선고 99가합4594 판결.

116) 서울고등법원 2010. 5. 6. 선고 2009나85429 판결.

117) 수원지방법원 2009. 10. 20. 선고 2008나28523 판결.

한 자기결정권 침해로 환자는 물론 “가족인 나머지 원고들도 위 고통을 함께 입었다 할 것이므로...”¹¹⁸⁾가 실시되고 있다.

(2) 설명의무 위반을 근거로 가족들 고유의 위자료 청구를 부정한 예
환자 가족의 고유의 위자료 청구권이 부정된 예는 인정된 예보다는 많지 않아 보이지만 몇몇 사건에서 나타난다. 예를 들면 쌍꺼풀 재수술 등을 받은 후 토안 증상이 발생한 사건에서 “원고의 어머니는 진료계약의 당사자거나 자기 결정권의 행사 주체가 아닌 환자의 가족에 불과하여 위자료 청구를 인정할 근거가 없다”¹¹⁹⁾고 하거나, 양수과소증의 경우 유도분만을 할 때 위험성이 존재한다는 점에 관한 설명의무의 위반을 인정한 사건에서 “원고의 남편은 피고의 설명의무 위반으로 인하여 자기결정권이 침해당하였다고 볼 수 없으므로...”¹²⁰⁾라고 하거나, 또한 자연질식분만 도중 흡입분만을 실시하여 분만한 신생아가 분만 후 경막하출혈, 골막하출혈 등으로 사망한 사건에서 “설명 의무 위반은 환자의 자기결정권의 침해에 그치는 이상 진료계약의 당사자나 자기 결정권의 행사 주체가 아닌 남편의 청구는 이를 받아들이지 않는다”¹²¹⁾고 하면서, 환자 자신이 아닌 가족들까지 자기결정권이 침해되었다고 보지 않아 가족의 고유의 위자료청구권은 배척되었다.¹²²⁾

118) 대법원 1994. 4. 15. 선고 92다25885 판결; 대구고등법원 1978. 2. 17. 선고 76나1137 판결(대법원 1979. 8. 14. 선고 78다488 판결 확정: 원심에서 원고측은 의료계약 불이행 책임 및 불법행위책임을 주장하였으나 고등법원과 대법원은 의사의 불법행위만을 인정하였다); 수원지방법원 2010. 12. 2. 선고 2009가합27950 판결; 서울고등법원 2010. 9. 2. 선고 2009나84372 판결; 서울고등법원 2000. 5. 30. 선고 99나27318 판결; 서울고등법원 1997. 11. 4. 선고 97나36076 판결; 전주지방법원 군산지원 2002. 2. 7. 선고 98가합1661 판결; 수원지방법원 2010. 12. 2. 선고 2009가합27950 판결.

119) 서울고등법원 2011. 5. 12. 선고 2010나79765 판결.

120) 서울고등법원 2010. 6. 3. 선고 2009나53309 판결.

121) 서울고등법원 2010. 8. 19. 선고 2008나100536 판결. 단 이 사건은 대법원 2011. 3. 10. 선고 2010다72410 판결에서 환자 본인에 대한 설명의무도 위반하지 않았다고 판결하고 원심으로 환송하였다.

122) 그 밖에도 대전지방법원 2008. 10. 7. 선고 2007가단60193 판결; 서울동부지방법원 2008. 9. 25. 선고 2006가합15982 판결도 가족의 고유의 위자료청구권이 부정되었다.

나. 학설

(1) 긍정설

첫 번째 견해는 대법원 92다25885 판결과 93다60953 판결을 예로 들면서 환자 가족도 환자 본인에 대하여 나타난 생명·신체의 현실적 훼손 또는 위험 발생에 의하여 정신적 고통을 입는다고 보는 것이 현실에 맞고, 설명의무 위반의 결과 발생한 환자의 후유증과 부작용에 의하여 가족에게 정신적 고통이 없다고 하는 것은 무리한 의제에 불과하다고 보면서, 가족들의 정신적 고통은 결국 설명의무 위반 자체에 연유하는 것이라기보다는 “환자의 후유증과 부작용 및 정신적 고통”에서 비롯되는 것이라고 한다(이 점에서 판례의 입장을 찬동하고 있다). 따라서 이 경우 가족들의 무슨 권리가 침해되었는가에 대한 성찰은 불필요하고, 위자료 보충적 기능에 비추어 가족의 위자료를 인정하는 것이 손해의 적절한 전보와 공평분담의 이상에도 합치된다고 한다.¹²³⁾ 그리고 두 번째 견해는 원칙적으로는 환자 개인의 자기결정권을 침해하였으므로 가족들은 그로 인한 정신적 고통을 입었다고 볼 수 없지만, 설명의무 위반의 정도가 과중하고 그 결과가 중할 경우에는 가족들의 정신적 고통도 설명의무 위반과 상당인과관계 있는 손해로 보고 판례의 견해에 찬동하는 견해이다.¹²⁴⁾

(2) 부정설

의사의 설명의무 위반의 경우에는 환자 본인에 대한 위자료청구권이 발생할 뿐이고, 가족에게는 위자료청구권이 발생하지 않는다는 견해이다.¹²⁵⁾(물

123) 전하은, “의사의 설명의무위반과 가정적 승낙, 손해배상책임의 범위”, 『재판과 판례』, 제4집, 대구판례연구회, 1995, 제230면.

124) 김종기, “환자의 자기결정권 침해로 인한 손해배상 책임”, 『판례연구』, 제6집, 부산판례연구회, 1996, 제406면.

125) 박영호1, 전계논문(각주79), 제20면; 김천수3, “의사의 설명과오책임에 관한 국내 판례의 분석 민사재판의 제문제”, 『송천이시윤박사회갑기념논문집(상)』, 김천수 민사실무연구회·한국민사소송법학회·한국민사법학회, 1995, 제507~508면; 김재형, “한약업사의 설명의무-의사의 설명의무 법리의 연장선상에 있는가?”, 연구대상판결: 대법원 2002. 12. 10 선고 2001다56904 판결(공 2003, 327)”, 『인권과 정의』, 제334호, 2004,

론 채무불이행에 기한 위자료청구권을 부정하고 있는 견해는 환자 가족의 위자료 청구권은 부정될 것이다).

다. 검토

대법원에서는 아직 설명의무 위반을 근거로 한 가족들의 위자료청구권 자체에 대해 쟁점이 되지는 않았다.¹²⁶⁾ 생각건대 가족의 위자료청구권을 인정하게 되면 첫째, 악결과 즉 환자의 후유증과 부작용 및 정신적 고통에서 가족의 정신적 고통을 찾게 되고 이는 환자 본인에게 조차 인과관계를 단절시킨 악결과를 가족에게 확장하게 된다. 또한 중한 결과가 있다는 사정으로 가족들의 정신적 고통을 설명의무 위반과 상당인과관계 있는 손해로 의제하게 되어 자기책임원리에 반할 수 있다. 둘째, 민법 제752조가 직접피해자가 아닌 간접피해자에게 예외적으로 위자료청구권을 인정한 것은 직접피해자의 생명신체와 같은 매우 중대한 법익의 침해가 있는 것으로 한정되어야 하는데, 자기결정권은 이에 포함되어 해석되지 않는다. 만약 이에 포함된다고 하면 다른 인격적 이익 즉 초상권, 성명권 등과 같은 법익의 침해가 있는 경우도 인정하여야 하는 문제가 발생한다.

다만 주의할 것은 지금까지 우리나라 대부분의 판례¹²⁷⁾가 설명의무 위반과 악결과 사이에 상당인과관계가 없다고 판시하고 있는 것은 문제가 있다. 환자는 의사로부터 설명을 들었더라면 수술에 응하지 않았을 것이고, 수술을 하지 않았더라면 환자에게 악결과가 초래되지 않을 것이다. 따라서 설명의무위반과 악결과 사이에는 상당인과관계가 존재하고, 그로 인하여 발생한 악결과에 대하여 재산적·정신적 손해 모두를 배상하여야 한다. 즉 악결과는 의사의 설

제211면: 이덕환, 지정토론문 - 박영호2, “손해배상액 산정에 관한 최근 10년간 판례의 동향(상)”, 『의료법학』, 제10권 제2호, 대한의료법학회, 2009. 12, 제33면.

126) 박영호, 상계논문(각주125), 제24면.

127) 서울중앙지방법원 2007. 3. 8. 선고 2006나7579 판결(의료행위의 내용과 과정, 설명의무 위반의 구체적 내용, 원고가 수술을 하게 된 동기 및 그 후의 경과에 비추어 상당인과관계를 부정); 서울중앙지방법원 2010. 5. 4. 선고 2009나34567 판결(증거부족).

명의무위반으로 야기된 것이다. 또한 판례에서 상당인과관계를 부정하고 있는 사례¹²⁸⁾를 살펴보면 가정적 인과관계의 예로서 인과관계의 상당성을 부정하는 것을 볼 수 있다. 그러나 가정적 승낙에 의한 의사의 면책은 의사측의 항변사항으로서 환자의 승낙이 명백히 예상되는 경우에만 허용된다. 의사입장에서 달리 대체할 치료방법이 없었다는 사유만으로 환자가 위 부작용을 고려하여 여러 가지로 대처할 선택의 가능성을 모두 배제하고 그 수술을 승낙했을 것이 명백하다고 추정하여 환자의 자기결정권 침해를 부정할 수는 없다고 할 것이다.¹²⁹⁾ 독일 판례도 이 점에 관하여서는 엄격한 입증을 요구하고 있다.¹³⁰⁾ 결국 설명의무 위반이 있게 되면 대부분 악결과에 대한 책임을 의사는 피할 수 없는 것이다. 이 점에서 우리 판례가 대부분의 사례에서 상당인과관계의 존재를 부정하여 사실상 재산적 손해배상을 하지 않고 있는 점은 잘못이다. 따라서 치료상 과실이 없다 하더라도 원칙적으로 설명의무 위반이 있다면 악결과 사이에 상당인과관계가 인정되고 환자의 가족에게 환자의 생명·신체 침해를 근거로 위자료 청구권이 인정될 것이다. 다만 환자에 대한 설명의무 위반을 근거로 하여서는 가족의 위자료 청구권이 부정될 것이다.

128) 대법원 1994. 4. 15. 선고 93다60953 판결(“위 설명의무를 다하였다 하더라도 위 박00로서는 심근경색 등으로 인한 불안정성 협심증을 앓으면서 언제 닥칠지 모르는 죽음을 기다리는 외에는 관상동맥우회술을 선택할 수밖에 없었던 점에 비추어 위 설명의무의 위반과 그 수술 후에 일어난 심장마비 및 그로인한 뇌저산소증에 의한 뇌손상과의 사이에는 상당인과관계가 없다고 봄이 상당하다고 할 것이다”); 대법원 1995. 1. 20. 선고 94다3421 판결(원고의 심장질환에 대한 근원적인 치료를 위하여는 가까운 장래에 위와 같은 개심수술을 시행할 수밖에 없었던 점, 또 원고로서도 그와 같은 개심수술을 받을 생각으로 피고 병원에 입원하였다는 점, 그리고 이러한 사정들에 다가 앞서 본 바와 같이 원고에게 나타난 뇌전색의 후유증은 개심수술에 따르는 전형적인 부작용의 하나 이기는 하나 그 발생빈도가 크지는 아니한 점 등에 비추어 의사 이0호 등이 위 개심수술에 앞서 원고에게 설명의무를 다하였다 하더라도 원고가 반드시 그 수술을 거부하였을 것이라고 단정할 수도 없는 점을 더하여 보면, 의사 이0호 등의 위 설명의무 위반과 그 수술 후에 나타난 뇌전색과의 사이에는 상당인과관계가 있다고 보기는 어렵다); 광주지방법원 1997. 2. 6. 선고 95가합14734 판결(“...설명의무를 다하였다고 하더라도 원고 박0화가 반드시 그 수술을 거부하였을 것이라고 단정할 수도 없는 점...”) 등.

129) 박종원, “의사의 설명의무의 범위와 그 위반의 효과”, 『민사법연구』, 제10집 제1호, 대한민사법학회, 2002, 제104면.

130) 이보환, 전계논문(각주15), 제183면.

V. 결 론

구체적인 계약규범이 있음에도 그 규범의 효력이 제한되어 적용이 되지 않는다면 그 규범은 과연 구속력이 있는가? 법률의 규정이 불완전하다면 그 규범을 확대해석하거나 입법을 고려하여야 할 것이다. 의료계약 불이행의 경우 이미 독일, 프랑스 일본은 채무불이행책임에 근거하여 환자에게 위자료 청구권을 인정하고 있고, “제3자 보호효력 있는 계약”에 의하여 계약 당사자가 아닌, 간접적 피해자에게 손해가 있는 경우에도 그 손해를 배상하게 함으로써 구체적 타당성을 꾀하고 있다. 그럼에도 불구하고 우리 실무는 여전히 채무불이행책임에 근거하여 계약 당사자인 환자의 위자료청구권도 사실상 인정하지 않고 있다. 그 결과 민법 제752조를 유추적용하여 환자 가족 고유의 정신적 손해에 대한 위자료청구권을 주장하여 인정받기는 더욱 더 어려운 실정이다.

의료계약은 의사의 진료를 주된 채무로 하고, 이의 불완전이행은 생명·신체·건강의 침해가 되어 결국 환자의 인격적 이익의 침해로 나타난다. 이러한 손해는 비단 불법행위책임에 근거하는 것뿐만 아니라 채무불이행책임에 근거하여서도 당연히 인정되어야 할 것이다. 이는 독일 개정민법 제253조를 통하여 알 수 있으며, 미국·일본의 학설과 판례가 의료사고의 경우 계약책임에 의해서도 위자료를 인정하고 있는 것을 통해서도 알 수 있다. 그리고 의료계약은 가장 중대한 법익인 생명·신체에 대한 계약이므로 그 불이행의 경우 정신적 손해는 필연적으로 예견할 수밖에 없으므로 이는 통상손해로 보아야 할 것이다. 또한 의사가 환자의 생명·신체의 인격적 이익을 침해한 경우 환자 가족에게도 민법 제752조를 유추적용하여 환자 가족의 위자료청구권도 인정하여야 한다. 즉 독일·일본과 같이 계약 당사자 아닌 그 배우자 내지 파트너에게도 제3자를 위한 계약 또는 제3자 보호효력 있는 계약에 의하여 가족의 고유한 위자료청구권을 인정할 수 있어야 한다.

한편 진료의무와 독립적 부수의무인 설명의무의 위반이 있는 경우에는 의료계약 불이행뿐만 아니라 인격권침해라는 불법행위책임도 경합하여 인정된

다. 따라서 의사의 설명의무 위반이 있는 경우 환자는 자기결정권 침해를 이유로 정신적 손해배상을 청구할 수 있다. 그리고 의사의 과실로 인한 신체침해를 이유로 위자료가 인정되면 설명의무 위반에 대한 위자료는 경합하여 인정된다. 또한 설명의무 위반은 있지만 치료가 성공하면 이론적으로는 인정되지만 신의칙상 위자료청구는 제한된다고 보는 것이 옳다.

구체적 규범인 의료계약이 있음에도 불구하고 일반규정인 불법행위법에 의존하여 분쟁을 해결하고 있는 사정은 계약당사자의 위자료청구권 그리고 가족의 위자료청구권 인정여부가 그 문제의 중심에 있다. 더욱이 설명의무의 인격적 법익을 가족에게 확장하여야 하는 문제는 더욱 의료계약 책임법으로 해결하는데 장애요소가 되고 있다. 네덜란드, 독일과 같이 의료계약을 전형계약에 편입하고자 하는 우리나라에서도 계약법적 해결에 연구와 노력이 필요하다고 본다.

주제어 : 의료계약, 채무불이행책임, 불법행위책임, 진료의무, 설명의무, 침습, 자기결정권, 위자료청구권

[참고 문헌]

- 권오승, “의사의 주의의무”, 『민사법학』, Vol. 8, 한국민사법학회, 1990.
- 김민중, “의료계약”, 『사법행정』, 제32권 제1호, 1991.
- _____, “의사책임 및 의사법의 발전에 관한 최근의 동향”, 『민사법학』, 제9호 제10호, 한국민사법학회, 1993.
- _____, “사후효적 계약의무”, 『채권법에 있어서 자유와 책임(김형배교수화갑기념논문집)』, 1994.
- 김병일, 「의료계약에 관한 연구」, 충남대박사학위논문, 2004.
- 김병태, 「의료과오에 대한 의사의 민사책임」, 전남대학교 박사학위논문, 1995, 65면.
- 김상중, “간접피해자의 보호-제3자 보호효를 가진 계약과 제3자 손해청산 제도의 필요 여부”, 『민사법학』, 제36호, 2007.
- 김윤구, “여행계약의 법적 문제”, 『비교사법』, 제9권 제1호, 2002.
- 김재형, “한약업사의 설명의무-의사의 설명의무 법리의 연장선상에 있는가?, 연구대상판결: 대법원 2002. 12. 10 선고 2001다56904 판결(공 2003, 327)”, 『인권과정의』, 제334호, 2004.
- 김종기, “환자의 자기결정권 침해로 인한 손해배상 책임”, 『판례연구』, 제6집, 부산판례연구회, 1996.
- 김천수, “의사의 설명의무”, 『민사법학』, 제7호, 한국민사법학회, 1988.
- _____, “의사의 설명과오책임에 관한 국내 판례의 분석 민사재판의 제문제”, 『송천이시윤 박사 화갑기념 논문집(상)』, 민사실무연구회·한국민사소송법학회·한국민사법학회, 1995.
- _____, “진료계약”, 『민사법학』, 제15호, 한국민사법학회, 1997.
- 문국진, 『의료의 법이론』, 고려대학교 출판부, 1982.
- _____, 『의료법학』, 청림출판사, 1989.
- 문현호, 「법률신문」, 기사, [2010-06-04].
- 박수근, “의료계약의 민법편입과 과제”, 『민사법학』, 제60호, 한국민사법학회, 2012.
- 박영호, “설명 의무위반 및 치료기회상실을 근거로 한 가족들의 독자적 위자료 청구권”, 『법조』, 통권 629호, 2009.

- _____, “손해배상액 산정에 관한 최근 10년간 판례의 동향(상)”, 『의료법학』, 제10권 제2호, 대한의료법학회, 2009.
- 박종원, “의사의 설명의무의 범위와 그 위반의 효과”, 『민사법연구』, 제10집 제1호, 대한민사법학회, 2002.
- 서 민, “여행계약의 법적 문제”, 『사법행정』, 제36권 제11호, 1995.
- 서광민, “위자료에 관한 몇 가지 문제점”, 『서강법학연구』, 제2권, 2000.
- _____, “의료과오책임의 법적구성”, 『민사법학』, Vol. 8, 한국민사법학회 1990, 2005.
- 석희태, “의사와 환자의 기초적 법률관계”, 『법률연구』, 제3집, 연세대학교 법학연구소, 1983.
- _____, “의료계약(상)(중)(하)”, 『사법행정』, 1988/1989.
- _____, “의료계약의 법적 성질과 내용”, 『월간고시』, 통권 242호(제21권 3호), 1994.
- _____, “의사의 설명의무”, 『고시연구』, 1998. 5.
- 송덕수, “제3자보호 효력있는 계약”, 『민법학논총(후암곽윤직교수학갑기념논문집)』, 1985.
- _____, 『민법강의』, 하, 박영사, 2007.
- _____, 『신민법강의』, 제3판, 박영사, 2010.
- 송오식, “의료과오의 계약법적 구성”, 『부산대학교 법학연구』, 제48권 제1호(통권 57호(하)), 2007.
- 신현호·백경희, 『의료분쟁조정·소송총론』, 육법사, 2011.
- 안법영, “의료판례에서의 인과성과 책임귀속의 판단-독일법원 판결례와의 비교 고찰-”, 『의료법학』, 제14권 제1호, 대한의료법학회, 2013.
- 안법영·백경희, “설명 의무와 지도의무 설명의무에 관한 최근 판례의 동향”, 『안암법학』, Vol. 40, 안암법학회, 2013.
- 윤석찬, “책임원인에 따른 비재산적 손해에 대한 배상과 위자료”, 『민사법학』, 제27호, 한국민사법학회, 2005.
- 이덕환, “채무불이행과 위자료”, 『법학논총』, 제26집 제2호, 한양대학교 법학연구소, 2009.
- _____, 『의료행위와 법』, 현문사, 2010.

- 이동신, “미국의 의료과오소송에 관한 최근 판례의 동향”, 『외국사법연수논집 [15]』, 재판자료 제80집, 1998.
- 이보환, “의료과오로 인한 민사책임의 법률적 구성”, 『의료사고에 관한 제문제』, 재판자료 제27집, 법원행정처, 1985.
- 이은영, 『채권각론』, 제5판, 박영사, 2007.
- _____, 『채권총론』, 제4판, 박영사, 2009.
- 이창현, “채무불이행으로 인한 위자료에 관한 비교법적 연구”, 『저스티스』, 123권(통권), 한국법학원, 2011.
- 인정현, “의료과오”, 『대한변협회지』, 제94호, 1984.
- 임건면, “제3자 손해청산과 제3자 보호효를 가진 계약-독일 민법상의 문제점을 중심으로”, 『재산법연구』, 15권 제1호, 한국재산법학회, 1998.
- 전하은, “의사의 설명의무위반과 가정적 승낙, 손해배상책임의 범위”, 『재판과 판례』, 제4집, 대구판례연구회, 1995.
- 조규창, “채무불이행과 정신적 손해배상-통설에 대한 비판적 고찰-”, 『월간고시』, 제146호, 1986.
- 주호노, 『의사법총론』, 법문사, 2012.
- 최문기, “채무불이행에 있어서 위자료청구권에 관한 일고찰”, 『비교사법』, 제6권 제1호(통권 10호), 한국비교사법학회, 1999.
- 최재천·박영호, 『의료과실과 의료소송』, 육법사, 2002.
- 최행식, “의료행위와 의료계약”, 『법학연구』, 제20집, 원광대학교 법학연구소, 2004.
- 홍성재, “계약상 의무위반과 구제법리”, 『재산법연구』, 제27권 제2호, 한국재산법학회, 2010.
- 石垣君雄, “医療過誤に基づく責任”, 『実務法律大系 5巻』, 1973.
- 潮見佳男, 『契約規範の構造と展開』, 有斐閣, 1991.
- 近江幸治, 『契約法』, (民法講義5), 成文堂, 1998.
- 大谷 實, 『医療行為と法』, (新版補正第2版), 弘文堂, 1997.
- 野田 寛, 『民事法上卷(現代法律学全集58)』, 青林書院, 1984.
- 稲垣 喬, 『医師責任訴訟の構造』, 有斐閣, 2002.
- 村山淳子, “医療契約論-その実体的解明-”, *The Seinan Law Review*, Vol. 38, No. 2, 2005.

神戸地裁 龍野支判, 1967. 1. 25. 判例時報 481号.

東京地判 1981. 10. 27. 判例タイムズ 460号.

横浜地裁 1983. 6. 24. 判例時報 1100号.

東京地判 1986. 3. 24, 判例タイムズ 608号.

大阪高裁 1986. 7. 16. 判例タイムズ, 624号.

山口地裁 岩國支部 1996. 10. 31. 判例時報 1628号.

P.S. Atiyah, "Medical Malpractice and the Contract/Tort Boundary", 49 *Law and Contemporary Problems* 287, Spring 1986.

<http://www.dutchcivillaw.com/civilcodebook077.htm>(2013. 8. 25. 방문).

<http://www.delicarpinilaw.com/newsletters/medical-malpractice/claims-for-breach-of-contract/>(2013. 8. 30. 방문).

A Breach of Medical Contract and Consolation Money

Bong, Youngjun

Lecturer of Hanyang University / Ph. D. in Law

=ABSTRACT=

In connection to the civil liability of the medical malpractice, plaintiff and courts are solving the medical disputes with theory of the liability based on tort law. because contract law does not enact the right of claim of solatium and a plaintiff's lawyer and courts hesitate to use contract law.

Medical treatment of doctor is main debt in medical contract and its incomplete performance gives rise to the violations of human's life, body and health. Consequently a breach of medical contract leads to violations of personal rights. These violations spring from liability of contract as well as tort and damages from them are recognized based on medical contract law.

A duty of explanation of doctor is a independent and appendant debt to the treatment debt. However its breach provokes violations of human's life, body and health as well as a right self-determination. Therefore consolation money claim should be recognized.

In case of the violation of patient's life, body and health, patient's family also can demand consolation money due to the violation of their's own mental pain. However in case of the violation of only patient's self-determination without informed consent, they can not demand it by reason of the violation of patient's self-determination. But by reason of the violation of patient's life, body and health that were recognized by proximate causal relation between violation of duty of explanation and abd execution, they can do.

Keyword: Medical treatment duty, Duty of explanation, Infringement, Self Determination, Informed Consent, Consolation money claim