

기대권침해론에 관한 일본의 최근 동향

송 영 민*

- I. 서론
- II. 일본 최고재판소의 '환자의 기대'보호와 '상당정도의 가능성' 이론
 - 1. 종전의 일본 최고재판소 판례
 - 2. 일본 최고재판소 2011년 판결
- III. 환자의 기대보호의 법률적 구성
 - 1. 문제해결의 두 가지 측면
 - 2. 의료행위상의 인과관계의 증명문제와 기대권침해론
 - 3. 보호법익과 기대권침해론
 - 4. 검토
- IV. 기대권 개념의 법적 지위
 - 1. '기대권'의 피침해법익으로서의 승인문제
 - 2. 기대권 개념의 위치
- V. 결론

I. 서론

최근 의료소송에서는 의료행위에 대한 과실평가 문제와는 별도로, 환자가 의사의 의료행위에 대하여 갖고 있는 주관적 기대를 어떻게 보호할 것인가 하는 관점인 기대권개념이 다양한 차원에서 논의되고 있다. 이러한 논의는 한편에서는 생존에 대한 기대라는 형태로 생명이라는 이미 인정된 보호법익의 연장으로 파악하는 경우와 다른 한편으로는 의료에 대하여 기대할 수 있는 환자

* 논문접수: 2013.4.24. * 심사개시: 2012.5.10. * 수정일: 2012.6.4. * 게재확정: 2012.6.8.

* 동아대학교 법학전문대학원 조교수. 법학박사.

* 이 논문은 동아대학교 교내연구비 지원에 의하여 연구되었음.

의 이익이라는 새로운 법익의 문제로서 파악하는 견해도 있다.

국내에서는 그 동안 민사의료소송에서 인과관계 입증문제에 대한 환자의 입증완화를 위하여 치료기회상실론이라는 모습으로 몇몇 논의가 있어왔다.¹⁾ 최근 대법원 판례에서도 ‘기회상실’을 이유로 일정한 배상을 인정하고 있다.²⁾

일본에서는 기대권침해론, 연명이익상실론, 치료기회상실론이 환자의 인과관계 입증완화라는 동일한 목적을 가지고 1977년 하급심판례에서 논의되기 시작³⁾한 이후 최고재판소의 판례에서 인용하기 시작⁴⁾하였다. 그렇지만 각각의 이론에 대한 법리구성에 대해서는 상대적으로 소홀히 하였고, 대체로 기대권침해론의 추상적이고 불명확한 모습에 대한 반성으로서 연명이익상실론으로, 그리고 치료기회상실론으로 발전하였다고 한다.⁵⁾

이러한 이론적 발전과정에서 최근 日本 最高裁判所 平成23年(2011年) 2月 25日 判決(이하, ‘최고재판소 2011년 판결’이라 함)은 기대권침해론을 재평가한 것으로 주목을 받고 있다. 본 판결은 환자가 의사에 대하여 상당정도의 가능성침해를 이유로 손해배상을 청구할 수 없다고 하더라도, 환자는 적절한 진료를 받을 ‘기대권’의 침해를 이유로 불법행위에 의한 손해배상을 청구할 수 있는가 하는 점을 논점으로 다룬 판결로서 기대권법리에 대한 구체적 평가를

1) 김민규, “수진기회상실론-일본의 판례 및 학설 발전으로부터의 시사-”, 『재산법연구』, 제 22권 제3호, 2006; 정태윤, “기회상실의 손해에 관한 연구”, 『비교사법』, 통권 제8호, 1998 등 참고.

2) 대법원 2010.5.27. 선고 2006다79520 판결; 대법원 1995.4.25. 선고 94다27151 판결

3) 福岡地方裁判所 昭和52年(1977年) 3月 29日 判決(判例時報 867号, 90面) 이 판결은 인공임신중절 수술 후 관리가 부실하여 환자가 사망하였으나 해부가 이루어지지 않아 사망과의 인과관계를 입증할 수 없었던 사안이다. 이에 대하여 법원은 “환자는 충분한 관리하에 진료가 이루어질 것이라는 기대를 갖고 있고, 그러한 기대를 배반함으로써 예상할 수 없는 결과가 발생함으로써 정신적 충격을 받았을 것이라는 것은 당연하고 이러한 환자의 기대는 진료계약에서 정당하게 보호되어야 할 법적 권리이다. 그러므로 이러한 기대를 배신한 경우에는 이를 이유로 위자료청구만이 가능하다”고 하여 의사의 채무불이행책임을 인정하여 본인 위자료 100만엔을 인정하였다.

4) 일본 最高裁判所 平成11年(1999年) 2月 25日 判決(民集 53卷 2号, 235面)이다. 이 판례는 간경변 환자에 대하여 간전문가가 간암으로의 진행을 간과하여 환자가 사망한 사례이다.

5) 송영민, “치료기회상실론에 관한 고찰 -일본에서의 논의와 우리나라에서의 시사점을 중심으로-”, 『2012년도 동아대학교 법학연구소 11월 정례학술대회 발표자료집』, 제19면 이하.

한 것이다.

기대권침해론이란 의사가 의료수준을 이탈하여 진료상의 주의의무를 위반하였음에도 불구하고, 환자에게 발생한 악결과와 인과관계를 인정할 수 없는 경우에 의사는 환자에게 발생한 악결과에 대해서는 손해배상의무가 없다고 하더라도 적절한 의료를 받을 환자의 기대를 배반하였다는 사실에 의하여 환자가 느끼는 정신적 고통에 대하여 손해배상을 해야 한다는 이론이다.⁶⁾ 이러한 기대권침해론은 넓은 의미에서는 그 내용에 따라 기대권침해론, 연명의의 상실론, 치료기회상실론으로 나눌 수 있으며, 이러한 이론은 동일한 목적을 가지고 성립한 이론이지만, 내용면에서는 독자성을 가지면서 발전하고 있다.

이하에서는 의료행위에서의 기대권개념을 어떻게 파악할 것인가 하는 문제를 일본 최고재판소의 판례와 학설의 논의를 통하여 검토하고자 한다.

II. 일본 최고재판소의 ‘환자의 기대’ 보호와 ‘상당정도의 가능성’ 이론

1. 종전의 일본 최고재판소 판례

가. 종전 판례의 동향

종전의 일본 최고재판소의 환자의 기대이익에 대한 법률구성은 인과관계론에서 전개되어 온 상당정도의 가능성 문제로 파악하였다.⁷⁾

이에 대한 최초의 사례는 日本 最高裁判所 平成11年(1999年) 判決⁸⁾이다.

6) 浦川道太郎, 民法判例レビュー(民事責任), 判例タイムズ 838号, 58面.

7) 金丸義衡, 醫療過誤における期待權侵害: 最高裁判所 平成23年 2月 25日 第2小法廷判決を契機として, 甲南法學, 53卷 2号, 2012, 169面.

8) 最高裁判所 平成11年(1999年) 2月 25日 判決(民集 53卷 2号, 235面). 이 판결에 대한 평석은 八木一洋, 時の判例, ジュリスト 1163号, 140面; 窪田充見, 醫師の不作爲と患者の死亡との間の因果關係, 民商法雜誌 121卷 4·5号 129号, 129面; 加藤新太郎, 去來法判例研究 171, NBL 688号, 64面; 新美育文, 肝細胞がん早期発見のための検査不實施と肝硬便患者死亡との間の因

이 사례는 간경변 환자에 대하여 간전문의가 간암으로의 진행을 간과하여 환자가 사망한 사례이다. 이 사례는 인과관계의 증명은 고도의 개연성으로 충분하다고 한 후 “당해 의료수준에 따른 주의의무에 따라 환자에 대하여 간암세포를 조기에 발견하여 적절한 검사를 실시하였더라면 적어도 사망 반년 전에 간암세포를 발견하여 외과적 절제수술을 실시할 수 있었고 이러한 요법의 실시가 이루어졌더라면 장기간 연명할 가능성이 높았고… (적시에 발견하였더라면) …이후 당시의 의료수준에 따른 통상의 진료를 받은 환자는 …여전히 생존하였을 것이라는 고도의 개연성이 인정된다”고 하여 검사를 해태한 의사의 주의의무위반과 사망간의 인과관계⁹⁾를 인정하여 잔존수명이 기대되는 기간은 손해액의 산정에서 참작할 사정이라고 하였다.¹⁰⁾

이 판결의 제1심¹¹⁾은 “간암에 대한 어느 정도의 연명을 기대할 수 있는 적절한 치료를 받을 기회가 주의의무위반으로 상실되어 연명의 가능성을 침해한 것이므로, 이로 인하여 정신적 고통을 받았다는 점이 인정된다”고 하여, 기회상실에 대하여 정신적 손해의 배상을 인정하였다.

이 사례에서 제1심은 기회상실 자체를 보호법익으로 하여 정신적 손해배상을 인정한 반면에, 최고재판소는 적절한 의료행위를 받았더라면 구명할 수 있었다는 점을 전제로 환자측의 입증부담을 경감하기 위한 도구개념으로 사용한 것으로 파악할 수 있다.

다음으로 最高裁判所 平成12年(2000年) 判決¹²⁾에서는 협심증 증세를 보인

果關係, JURIST 1179号(平成11年度重要判例解説), 87面; 手嶋豊, 時の判例, 法學教室 228号, 124面; 吉田邦彦, 判例評論, 法律時報 1688号, 213面; 水野謙, 醫師の不作爲と患者の死亡との間の因果關係, JURIST 1165号, 82面 등이 있다.

9) 水野謙, 前掲論文, 84面에서는 생존가능성은 없고, 당해 시점에서의 사망과의 인과관계를 문제로 하고 있다.

10) 八木一洋, 前掲論文, 143面에서는 “어떤 환자가 적절한 진료를 받았다면 어느 정도의 생존할 수 있었을 것인가 하는 문제와 어떤 환자가 적절한 진료를 받았다면 어떤 특정시점에서 생존하고 있었다고 할 수 있는가 하는 문제”를 이론적으로 구별하여 정리하고 있다.

11) 福岡地方裁判所小倉支部 平成7年 5月 16日 判決(民集53卷 2号, 272面). 이 판단은 原審(福岡高等裁判所 平成8年 6月 27日 判決(民集 53卷 2号, 297面)에서도 그대로 유지하고 있다.

12) 最高裁判所 平成12年 9月 22日(民集 54卷7号, 257面). 이 판결에 대한 평석은 稻垣喬, 水準不適合の醫療と死亡時の生存可能性による不法行爲, 民商法雜誌 123卷 6号, 98面; 手嶋豊,

환자에 대하여 흉부질환에 대한 초기치료를 해야 할 기본적인 의무를 이행하지 않은 의사의 책임을 인정한 사례이다. 최고재판소는 구명의 고도의 개연성까지는 인정할 수 없다고 하더라도 “적절한 치료를 받을 기회를 부당하게 침해¹³⁾한” 점을 근거로 정신적 손해의 배상을 인정한 원심의 결론을 유지하였다. 최고재판소는 의사가 “환자를 치료함에 있어 의사의 의료행위가 당시의 의료수준에 적합하지 않아 의료과실이 있는 경우에 이러한 의료행위와 환자의 사망간의 인과관계의 존재는 증명할 수 없더라도 의료수준에 적합한 의료행위가 이루어졌더라면 환자가 사망한 시점에 여전히 생존할 수 있었을 상당정도의 가능성의 존재가 증명된 때에는 의사는 환자에 대하여 불법행위에 의한 손해배상책임을 진다고 해석하는 것이 상당하다. 다만 생명을 유지하는 것은 인간으로서의 가장 기본적인 이익이며, 이러한 가능성은 법에 의해 보호되어야 할 이익으로서 의사가 과실로 의료수준에 적합한 의료료를 하지 못함으로써 환자의 법익이 침해되었다고 할 수 있기 때문”이라고 이유를 설시하고 있다. 이 판결은 생명침해의 인과관계에 대한 고도의 개연성이 존재하지 않는 경우에도 생존의 상당한 가능성의 존재가 인정된다면 의사의 행위와 상당정도의 가능성의 침해사이의 인과관계를 인정함으로써 배상을 인정할 수 있다는 입장을 보이고 있다. 그러므로 이 판례는 생명침해의 확장유형으로서 생존의 상당정도의 가능성이라는 새로운 피침해법익을 제기하기 시작한 것이다.¹⁴⁾

더 나아가 이러한 피침해법익을 확장한 판단은 日本 最高裁判所 平成15年

醫師の注意義務違反と因果關係, 年報醫事法學 17号, 154面, 渡邊達徳, 醫師の過失ある醫療行為と, いわゆる「期待權」, 侵害による不法行為, 法學セミナー 555号, 104面, 新美育文, 醫療過誤による生存可能性の侵害と醫師の損害賠償責任, 私法判例リマークス 24号 59面; 窪田充見, 醫療行為に過失ある場合における因果關係の證明と不法行為の成否, ジュリスト 1202号, 69面 등이 있다.

13) 東京高等裁判所 平成8年 9月 26日 判決(民集54卷 7号 2617面)

14) 이 판결에 대한 평석은 寺澤知子, 醫師の検査義務不履行と相當程度の生存可能性への侵害, 民商法雜誌 131卷 1号, 145面; 手嶋豊, スキルス胃がんによる死亡した患者について胃の内視鏡検査を実施した醫師が適切な再検査を行っていれば患者がその死亡時点においてなお生存していた相當程度の可能性があったとして醫師に診療契約上の債務不履行責任があるとされた事例, 判例時報 1876号, 178面; 稻垣喬, スキルス胃がんで死亡した患者に対する再検査の不実施と醫師の債務不履行責任, 私法判例 30号, 26面 등이 있다.

(2003年) 判決¹⁵⁾에서도 나타나고 있다. 이 판결은 원인불명의 급성뇌병변을 앓고 있던 환자에게 중대한 후유장애가 발생한 사안이다. 이 사안은 의사의 과실, 인과관계, 상당정도의 가능성을 모두 부정한 원심¹⁶⁾판단에 대하여, 최고재판소는 상당정도의 가능성 이론을 적용하여 원심판결을 파기하였다. 즉 “환자를 진료함에 있어 의사가 과실로 환자를 적시에 적절한 의료기관으로 전송해야 할 의무를 해태한 경우에 그러한 전의의무위반과 환자의 중대한 후유증의 존재간의 인과관계의 존재는 증명할 수 없더라도 적시에 적절한 의료기관으로 전송이 이루어져 동 의료기관에서 적절한 검사, 치료 등의 진료를 받았더라면 환자에게 중대한 후유증이 남지 않았을 것이라는 상당정도의 가능성의 존재가 증명되는 때에는, 의사는 환자가 위의 가능성이 침해됨으로서 입은 손해를 배상해야 할 불법행위책임을 부담한다”고 하여 생명침해의 경우를 전제로 한 平成12年(2000年) 判決의 상당정도의 가능성이라는 고려방식을 ‘중대한 후유증’이 남는 경우까지 확장하게 된 것이다.

마지막으로 平成17年(2005年) 判決¹⁷⁾은 구치소에 구류중인 자의 뇌경색에 대한 대응 부족으로 인한 중대한 후유장애에 대하여 손해배상을 부정한 사안이다. 이 판결의 반대의견에서는 사망시점에 여전히 생존하고 있었을 상당정도의 가능성, 중대한 후유증이 남지 않을 상당정도의 가능성 이외에도, “환자가 적시에 적절한 의료기관에 전송되어 동 의료기관에서 적절한 검사, 치료 등의 의료행위를 받을 이익”이 새로운 보호법익으로 인정되어야 하고, 정신적 손해의 배상을 인정해야 한다고 하였다.¹⁸⁾

15) 最高裁判所 平成15年 11月 11日 判決(民集 57卷 10号). 이 판결에 대한 평석은 小池泰, 患者を適時に適切な医療機関へ轉送すべき開業醫の義務, 民商法雜誌 130卷 4・5号 272面; 松原孝明, 開業醫に患者を高度な醫療を施すことができる適切な医療機関へ轉送すべき義務があるとした事例, 大東法學 15卷 1号, 189面; 新美育文, 醫師の轉送義務違反と不法行爲, 私法判例リマークス 31号 46面; 大塚直, 開業醫の轉送義務違反と後遺症が残らなつた相當程度の可能性, ジュリスト 1269号, 85面 등이 있다.

16) 大阪高等裁判所 平成14年 3月 15日 判決(民集 57卷 10号 1512面).

17) 最高裁判所 平成17年 12月 8日 判決(判例時報 1923号 25面). 이 판결에 대한 평석은 手嶋豊, 轉送義務違反による患者の法益侵害とその證明, 民商法雜誌 135卷 1号 221面이 있다.

18) 最高裁判所 平成17年 12月 8日 判決에 대한 横尾裁判官·泉裁判官의 反對意見.

이에 대하여 보충의견에서는 상호의 신뢰관계를 기초로 하여 성립한 전문가책임 일반적으로 시야를 확장하여 “검사, 치료가 현재의 의료수준에 비추어 부적절하거나 불충분한 경우에는 가령 그것에 의해 생명신체의 침해라는 결과는 발생하지 않았더라도, 혹은 결과는 발생했지만 인과관계가 입증되지 않았더라도 적절하고 충분한 검사나 치료를 받는 것 그 자체에 대한 환자의 이익이 침해된 점을 이유로 손해배상책임을 인정해야 하는 경우가 있다”¹⁹⁾는 점을 지적하고 있다. 또 다른 보충의견에서도 의료전반뿐만이 아니라 전문적이고도 독점적인 직종인 교사, 변호사 등에 대하여 “실정법에서 정하고 있지 않는 ‘기대권’이라는 추상적 권리의 침해”²⁰⁾을 인정함으로써 책임범위를 확장할 수 있다고 한다.

나. 검토

‘최고재판소 2011년 판결’ 이전까지의 최고재판소의 판례이론을 정리하면 아래와 같다.²¹⁾ 최고재판소 견해의 전제는 대체로 의료수준에 따라 적절한 의료행위가 이루어졌더라도 구명할 수 없었다는 고도의 개연성을 가지고 있었던 경우에 환자측에 어떠한 권리의 침해가 있었는가 하는 사실인식에 근거를 두고 있었다.

최고재판소는 먼저 적절한 진료를 받을 수 있었을 것이라는 ‘환자의 기대권’ 그 자체에 대하여 배상을 인정하는 것에는 부정적인 태도를 취하여 왔다. 손해배상에서 일실이익의 배상까지 인정하는가에 대해서는 명확하지 않지만, 위자료로서 배상을 인정할 수 있었던 것은 생명침해로 평가할 수 있는 가능성이 있는 경우, 즉 적절한 의료행위를 받았더라면 실제 사망시기를 넘긴 일정한 기간에 걸쳐 상당한 정도의 생존가능성이 인정되는 경우에 한정하였다. 이는 불법행위법상의 피침해법익으로서의 생명이라는 것을 연명가능성이라는 형태

19) 最高裁判所 平成17年 12月 8日 判決에 대한 島田裁判官의 補充意見.

20) 最高裁判所 平成17年 12月 8日 判決에 대한 才口裁判官 補充意見.

21) 金丸義衡, 前掲論文, 172-173面.

로 확장함으로써 성립요건의 충족을 인정한 것이라고 평가할 수 있다. 그러므로 이러한 판단에 의하면 원칙적으로 사망의 결과가 생긴 경우에만 성립하는 것이고,²²⁾ 또한 의료수준에 따른 적절한 치료행위가 이루어진 경우라면 불법행위의 성립은 인정될 수 없게 된다.²³⁾

2. 일본 최고재판소 2011년 판결

가. 사실관계

X는 昭和63年(1988年)에 右側 脛骨高原骨折傷을 입어 Y1이 경영하는 A병원에 입원하여 정형외과의사인 Y2의 집도로 수술을 받고 2개월 후에 퇴원하였다. 그 후 수술 시에 장착된 볼트를 제거하기 위하여 다시 입원할 때까지 A병원에서 통원치료를 받았던 바, 좌측발에 腫脹이 있었으나, 이를 병원 측에 이야기하지 않았다. X는 볼트제거 후에는 본인의 판단 하에 통원치료를 중단하고, 그 후 다른 질병을 치료하기 위하여 몇 차례 A병원에서 진료를 받았으나 좌측발의 종창에 대한 치료를 요청하지 않았다. 수술 9년 후(1997년), X는 Y2에 대하여 계속되는 좌측발의 종창에 대하여 병원 측에 이야기하여 진찰을 받았으나, Y2는 정형외과적 치료로서는 만족할 만한 상황이라고 판단하여 특별한 문제는 없다고 판단하여 X의 호소에 대하여 특별한 조치를 취하지 않았다. 그리고 수술 후 10년이 지난 시점(1998년)에 X는 다른 질병을 이유로 진료를 받을 당시에는 이에 대한 치료를 요청하지 않았다.

22) 最高裁判所 平成15年 11月 11日 判決에서도 볼 수 있듯이, 중대한 후유증이 생긴 경우까지 확장할 경우에는 '중대한'이라는 개념을 어떻게 파악할 것인가 하는 것이 다시 문제된다.

23) 또한 최고재판소는 상당정도의 가능성이라는 피침해법익의 성립을 인정하는 경우에는 불법행위의 성립요건은 이증적인 모습을 취하고 있다. 즉 의료수준에 적합하지 않는 의료행위에 의해 생명이나 신체가 침해되었다고 하여 종래와 같은 구성으로 배상을 인정하는 방법으로 이 경우에는 후유증의 문제는 신체침해에 의한 배상으로 해소되게 된다. 또 하나는 의료수준에 적합하지 않는 의료행위에 의해 연명가능성 또는 후유증이 발생하지 않을 가능성이 침해되었다는 법률구성이다. 후자에 의하면 연명 또는 후유증의 불법성이 확실하다고는 할 수 없더라도 그러한 가능성도 불법행위상의 보호할 가치가 있다고 평가함으로써 실제상으로는 증명부담의 완화라는 결과를 도출할 수 있다고 한다. 金丸義衛, 前掲論文, 173面.

그러나 수술 후 12년이 지난 시점(2000년)에 종창부위에 무수히 많은 김붙은 반점이 생기는 등 피부에 변색이 생기자, X는 A병원에서 진찰을 받았는데 Y2는 피부과의 진료를 권유하였고, A병원의 피부과에서 투약치료 등을 받았지만 개선이 되지 않아 수술 13년(2001년) 후에는 B대학부속병원, D대학부속병원에서 진찰을 받아 좌측 하지심부정맥혈전증과 좌측 하지정맥혈전후유증으로 진단을 받았다.

이러한 후유증은 수술 및 수술 후의 깁스에 의한 고정이 원인이 되어 좌측 하지심부동맥혈전증을 유발하고 그 결과 나타난 합병증이 원인이었다. 일본의 정형외과의사들이 이러한 사실을 일반적으로 인식하게 된 것은平成13年(2001年) 이후이며, Y2는 X의 좌측 발의 종창 등의 증상의 원인이 심부정맥혈전증에 의한 것이라는 것을 알 수 없었다. 그리고 종창을 이유로 A로부터의 최초의 요청이 있었던平成9年(1997年)에는 적절한 치료법이 없어 치료를 실시하더라도 효과를 기대할 수 없었다.

원심은 위의 사실관계하에서 Y2가 필요한 검사를 실시하지 않고 또한 혈전 질환을 다루는 전문의에게 소개할 의무를 해태함으로써 X에게 본건과 같은 후유증이 남았다고 할 수 없고 또한 X가 본건 후유증이 남지 않았을 상당정도의 가능성을 침해한 것이라고 할 수 없다고 하였다.

그러나 그 당시의 의료수준에 맞는 적절한 의료행위를 받을 기대권이 침해되었다는 취지의 X의 주장에 대해서는 위자료 300만엔을 인용하였다. 즉 “Y2는平成9年(2007年) 10月 22日 시점에서 전문의에게 전의하는 등의 의무를 해태하고, X는 이러한 이유로 약 3년간 증상의 원인을 알지 못한 상태에서 그 시점에서 할 수 있는 치료와 지도를 받지 못한 상황에 처하게 되어 정신적 고통을 입었다고 할 수 있기 때문에 Y들은 X에 대하여 위의 손해를 배상해야 할 불법행위책임을 부담한다”고 하여 기대권침해에 의한 불법행위의 성립을 인정한 것이다.

나. 최고재판소의 판단(파기자판)

그러나 최고재판소는 환자의 요청과 의사의 진료경과를 검토한 후, 의료수준에 비추어 현저하게 부적절한 것은 아니라고 한 후 기대권침해에 대하여 아래와 같이 판단하였다. “사실관계에 의하면 X는 본건 수술 후의 입원시 및 동수술시에 장착된 볼트의 제거를 위한 재입원시까지의 통일치료시에는 Y2에게 좌측 발의 종창에 대한 어떠한 진료요청도 없었고, 볼트 제거 후인 본건 수술 후 약 9년이 경과한 平成9年(1997年) 10月 22日에서야 A병원의 Y2에게 진료를 요청하였으나 특별한 치료가 이루어지지 않았다. 그 후 平成12年(2000年) 2月 이후 및 平成13年(2001년) 1月 4日 A병원에서 진료를 받을 당시 비로소 Y2에게 좌측 발의 종창과 피부의 반점 및 변색 등을 호소한 것이다. 이에 대하여 Y2는 위의 각각의 진료시에 엑스선검사 등을 실시하여 피부과의 진료를 권유하였고, 위의 각 진료당시에 하지의 수술에 따르는 심부동맥혈전증의 발증의 빈도가 높은 것에 대하여 우리나라(필자주: 일본)의 정형외과의 사에게 일반적으로 인식되고 있었던 것도 아니다. 그렇다면 Y2가 X의 좌측 발의 붓기 등의 원인이 심부정맥혈전증에 있다는 것은 의심할 수는 없었고 전문의에게 소개하는 등의 행위를 하지 않았다고 하더라도 Y2의 위의 의료행위가 현저히 부적절한 것이라고 할 수는 없다. 환자가 적절한 의료행위를 받을 수 없었던 경우에 의사가 환자에 대하여 적절한 의료행위를 받을 기대권의 침해만을 이유로 한 불법행위책임을 부담하는가에 대한 문제는 당해 의료행위가 현저히 부적절한 사안에서 검토할 수 있는 것이므로 본건은 그러한 사안이라고 할 수 없다. 그러므로 Y들에 대하여 위와 같은 불법행위책임을 유무를 검토할 여지는 없고 Y들은 X에 대하여 불법행위책임을 부담하지 않는다고 해야 한다”고 하여, X가 주장하는 기대권침해에 의한 불법행위책임을 성립을 부정하였다.

앞에서도 설명한 바와 같이, 본 판결의 의의는 ‘상당정도의 가능성침해 범리’에 의한 손해배상이 인정될 수 없는 경우에 적절한 의료행위를 받을 ‘기대

권의 침해'는 불법행위를 성립시키는가 하는 점이다. 즉 의료수준에 이르지 못한 의료행위가 이루어진 경우에 생명이나 신체라는 환자의 법익에 대한 직접적이면서도 구체적인 침해가 없더라도 기대권이 독립적인 법적 보호를 받을 이익이 되는가 하는 점이다.

III. 환자의 기대보호의 법률적 구성

1. 문제해결의 두 가지 측면

일본에서 지금까지 학설상 환자의 기대를 보호하려는 시도에 대해서는 환자측의 '피침해법익'의 문제로서의 판단방법과 입증책임의 완화라는 형태로써 '인과관계론'에서 어떻게 논의해야 할 것인가 하는 두 가지 측면에서 검토되었다.²⁴⁾ 이하에서는 인과관계론에서의 현재까지의 논의를 개략적으로 살펴본 후, 피침해법익의 관점을 중심으로 기대권침해의 법적 지위에 대하여 검토하고자 한다.

2. 의료행위상의 인과관계의 증명문제와 기대권침해론

일련의 의료과오소송에서 문제된 것은 의사의 과실있는 행위와 결과 발생간의 인과관계를 인정할 수 있는가 하는 문제가 전제가 된다. 이 점에 대해서는 민법과 민사소송법상 인과관계의 증명의 문제로서 다루어 왔다.

환자가 의사를 상대로 손해배상책임을 추궁하기 위해서는 입증분배의 원칙에 따라 채무불이행의 경우에는 ① 고의 또는 과실로 인한 불완전한 채무의 이행, ② 위법성, ③ 손해발생, ④ 의료행위와 손해간의 인과관계 등을, 불법행위 책임의 경우에는 ① 의사측의 과실, ② 권리의 침해, ③ 손해의 발생, ④ 의료행위와 손해간의 인과관계 등을 입증하여야 한다.

24) 金丸義衡, 前掲論文, 179面.

이러한 입증분배의 원칙에 의할 경우에 특히 본 논문과의 관계에서 문제되는 것은 의료행위와 손해간의 인과관계의 문제이다. 현실적으로 환자측이 의사의 의료행위상의 주의의무위반과 손해발생간의 인과관계를 의학적으로 완벽하게 입증하는 것이 거의 불가능하다. 이러한 이유에 의해 환자의 입증책임 완화라는 목적에서 입증책임경감론(개연성설, 표현증명론, 사실상 추정론), 입증책임전환론, 입증방해론 등의 이론이 제기되고 있다.²⁵⁾²⁶⁾

의료사고에서는 적절한 의료행위가 적시에 이루어졌다면 생명이나 신체침해의 결과는 발생하지 않았다는 즉 적절한 의료행위가 이루어지지 않았기 때문에 법익침해가 생겼다는 부작위인과관계의 문제로서 나타나게 되었다.

그러나 ‘기대권’이 문제가 되는 사안은 말기암 환자의 경우와 같이, 적절한 의료행위가 이루어졌더라도 사망이라는 결과는 발생할 수밖에 없다는 상황이 전제가 되고,²⁷⁾ 구체적인 법익침해가 인정되지 않기 때문에 인과관계의 증명도를 완화하였다고 하더라도 곧바로 불법행위에 기한 손해배상책임을 인정할 수 없다는 경우에 문제가 된다.

25) 전병남, “의료소송에 있어서의 입증책임의 완화”, 『의료법학』, 제2권 제2호, 2001, 제341~342면.

26) 일본 민사소송법상의 통설에 의하면 불법행위상의 인과관계요건의 입증책임은 원고측, 즉 환자측에 있다. 여기서 인과관계를 어느 범위까지 증명해야 하는가가 중요한 문제가 되었다. 이 점에 대하여 증거의 우월정도로서 충분하다는 개연성설도 유력하지만, 日本最高裁判所 昭和50年 10月 24日 判決 [(最高裁判所 昭和50年 10月 24日 判決(民集 29卷 9号, 1422面))] 에서도 판시하고 있듯이, 법적 인과관계는 100%의 자연과학적 인과관계의 증명까지 요구하는 것은 아니라고 하여 현재는 통상인이 의심을 하지 않을 정도로 진실성을 확신할 수 있는 정도의 고도의 개연성을 요구한다는 것이 통설과 판례의 입장이다. 이러한 상황에서 여전히 환자에게 인과관계의 입증을 요구하는 것이 가혹한 경우에는 사실상의 추정 등의 방법으로 인과관계입증의 부담을 경감하거나 확률적 심증이론, 인과관계의 합합적 인정, 역학적 인과관계 등의 이론도 피해자측의 구제를 위하여 주장되고 있다.

27) 서울민사지방법원 1993.9.22. 선고 92가합49237 판결 참조.

3. 보호법익과 기대권침해론

가. 문제의 소재

다음으로 보호법익²⁸⁾의 문제를 검토한다. 부작용에 의한 의료과오에 의해 환자의 생존에 대한 기대가 침해된 사례에서는 이러한 기대를 어떻게 보호할 것인가 하는 점이 문제가 되고, 특히 그러한 주관적이며 지금까지 보호법익의 유형으로 제기되지 않았던 불명확한 이익과의 인과관계를 어떻게 고려해야 할 것인가 하는 형태로서 문제가 제기되었다.²⁹⁾

이는 의사의 과실있는 의료행위와 환자의 사망간의 인과관계가 없는 점, 즉 의사가 어떠한 의료행위를 하더라도 환자가 사망하였을 것이라는 것을 전제로 하고 있기 때문에 생긴 문제이다. 환언하면 사망이 확실하더라도 환자측에 생명 또는 신체, 더 나아가 상당정도의 가능성 이외의 어떠한 보호되어야 할 법익이 있어야 하는가 하는 형태로 문제가 제기되었다.³⁰⁾

나. 법률구성

새로운 보호법익을 창설함으로써 환자를 구제하려는 견해는 이를 기대권으로 구성하는 견해와 생명침해의 확장유형으로서 ‘상당정도의 가능성’이라는 법익을 창설하려는 견해로 나눌 수 있다.

(1) 기대권으로 구성하는 견해

기대권으로 구성하는 견해는 의사와 환자사이에는 신뢰관계를 기초로 하고 있고, 이러한 신뢰관계를 기초로 환자는 의사가 적절한 치료를 할 것을 기대하

28) 石川寛俊, 「延命利益, 期待權侵害, 治療機會の喪失」, 太田幸夫 編, 『新裁判實務大系1 醫療過誤訴訟法』, 青林書院, 2000, 288面; 手嶋豊, 『醫事法入門 第3版』, 有斐閣, 2011, 203面은 인과관계 또는 손해 중 어느 것으로 파악할 것인가 하는 문제는 평가하지 않은 채 구제를 인정해야 한다고 서술하고 있다.

29) 大塚直, 不作爲醫療過誤による患者の死亡と損害・因果關係論, 『ジュリスト』 1199号, 9面.

30) 金丸義衡, 前掲論文, 181面.

고 치료에 참여하므로, 이러한 환자의 기대는 보호되어야 한다는 견해이다.

이러한 견해는 적절한 치료를 조기에 받을 기회를 상실하였다는 사실, 적절한 설명³¹⁾ 또는 지시를 받지 못했다는 사실에 의해 본래 받아야 할 ‘치료기회의 상실’을 피침해법익으로 하는 것이다. 이러한 견해에 의하면 일정한 의료행위가 이루어지는 것을 전제로 하기 때문에 의료수준에 적합한 구체적 의료행위의 존재를 염두에 두고 있다. 구체적 상황에서 그러한 의료행위를 받을 수 있음에도 불구하고, 그것을 향유하지 못한 점이 환자측의 불이익이라고 한다.³²⁾

기대권으로 구성하는 견해는 너 나아가 환자의 적절한 진료를 받을 기대라는 보다 주관성을 중시한 기대이익³³⁾의 단계까지 보호하려는 견해³⁴⁾도 있다. 이러한 단계까지 보호해야 한다는 견해는 의료수준에 있는 구체적인 의료행위가 상정될 수 없는 경우에도 예컨대 일부 의료기관에서만 이루어지고 있

31) 의사의 설명의무위반을 이유로 손해배상책임을 인정하는 판례이론이 확립되어 있다. 특히 일본의 유방온존요법 사례와 같이 의료수준에 도달하지 않은 경우에도 설명의무위반에 의한 인격권침해를 인정하여 위자료 배상을 인정한 법률구성을 인정하고 있는 상황에 비추어 보면, ‘최고재판소 2011년 판결’이 현저히 부적절한 의료행위를 한 경우에만 기대권침해를 인정한 입장을 취하는 것과 어떠한 관계에 있는가 하는 점을 검토할 필요가 있다. 즉 설명의무위반이 상정하고 있듯이, 요법선택에서의 자기결정의 기회에 대해서는 의료수준에 도달하였더라도 책임이 인정되고 있음에 반하여, 기대권침해의 문제는 현저히 부적절한 의료행위의 경우에 한정하여 인격적 이익의 보호가 이루어진다는 문제가 생긴다. 설명의무위반의 문제는 당해 설명에 의해 치료를 받을 것인가에 대한 선택이 문제가 되고, 그것에 의하여 환자의 자기결정권이 보호됨으로서 결론적으로는 의사의 자율을 보호하는 경우임에 반하여, 기대권이 문제되는 사례는 진행 중인 의료행위에 대하여 당해 의료행위가 적절한가 하는 객관화된 기대의 보호, 즉 통상적인 환자라면 통상의 의사에 대하여 기대할 수 있는 객관적인 신뢰의 보호가 문제가 된다. 즉 보호법익의 차이에 따라 행위의무기준이 다르게 된다는 결론에 도달하게 된다.

32) 이에 대하여 연명기회의 상실로서 이해하는 입장에서는 구체적인 연명가능성의 존재가 전제가 되므로 치료행위의 적부는 과실판단의 단계에서만 평가하게 된다.

33) 그뿐만 아니라 특정한 의사의 수술을 받기 위하여 특정한 의료기관과 진료계약을 체결한 경우처럼 의료에 대한 기대가 체결된 진료계약의 내용으로 구체화되어 있는 경우에는 손해액산정의 문제는 남더라도 계약위반으로 본다면 손해배상청구권의 성립요건으로서 충분하다. 즉 계약에 의해 높아진 의료행위의 수준은 한편으로는 높아진 최선의 주의 의무를 요구하는 기능을 하지만, 다른 한편에서는 계약에 의해 약속된 이익으로서 피침해법익의 설정에도 고려된다.

34) 潮見佳男, 不法行爲法 I 第2版, 有斐閣, 2009, 382面 以下.

는 첨단의료로 받을 기회가 있는 것에 불과한 경우에도 당해 환자가 수진한 의 료기관에서도 기대권침해라는 법익침해가 성립할 가능성이 있게 된다.

이와 같은 견해는 모두 환자의 의료에 대한 기대를 보호대상으로 하는 것이 므로, 기대권을 부정하는 견해에서는 이는 주관적 이익에 불과하므로 손해배 상요건을 부당하게 완화시키는 것이 되고, 더 나아가서는 의료의 위축을 초래 할 것이라는 비판³⁵⁾도 있다. 다른 한편 이를 긍정하는 입장에서조차 주관적 이 익에 대한 침해이기 때문에 불법행위소송에서는 순수하게 정신적 손해의 배 상으로 구체화된다고 한다.

(2) 생명침해의 확장유형으로서 ‘상당정도의 가능성’이라는 법익을 창 설하려는 견해³⁶⁾

이에 대하여 상당정도의 가능성이라는 개념을 사용하여 설명하려는 견해도 있다. 이러한 견해는 종래에는 원칙적으로는 ‘연명가능성’으로 좁게 해석하였 지만, 그후 일본 최고재판소는 경우에 따라서는 중대한 후유장애까지 포함하 게 되어 생명침해에 한정하지 않고 ‘상당정도의 가능성’으로 논의가 전개되고 있다. 이 견해³⁷⁾는 종래에는 연명가능성, 즉 일정한 기간 동안의 생명의 존속 에 대한 고도의 개연성이 인정되는 경우에만 인정되었지만, 생명·신체라는 불법행위법의 기본적 보호법익에서 더 나아가 일정한 기간 동안 생명을 유지 할 수 있었을 것이라는 ‘가능성’에 대해서까지 보호를 확장하고 있다. 그러나 그 중에서도 몇 가지의 차이가 있으므로 아래와 같이 분석하고자 한다.

첫째, 연명가능성을 보호법익으로 하는 점에서 이것이 생명침해의 경우에 인정되는 일실이익과 같은 재산적 이익으로서의 성질까지 가지는가 하는 점

35) 桜井節夫, 醫師の診療上の懈怠と患者の死亡との間に因果關係が認められないときでも, その 蓋然性があるときは, 患者は期待權の侵害を理由に債務不履行に基づく慰藉料の請求ができ るとして事例, 判例時報 883号, 140面 以下.

36) 永野堅彦・伊藤孝至, 相當程度の可能性に關する一考察・分析と展望, 判例タイムズ 1287号 63面, 志村由貴, 相當程度の可能性をめぐる實務的論點, ジュリスト 1344号 65面.

37) 野澤正充, セカンドステージ債權法Ⅲ 事務管理・不當利得・不法行爲, 日本評論社1, 2011, 37面 以下.

에 대해서는 견해가 나누어지고 있다. 일본의 현재 다수설은 산정방법에 대해서는 명확한 근거를 제시하고 있지는 않지만 재산적 손해로서의 성질을 배제하는 것은 아니라는 견해³⁸⁾이다.

이에 대하여 상당정도의 가능성에 대한 배상에 대해서는 단순한 가능성에 불과하므로 구체적인 일실이익까지는 인정할 수 없고 위자료만으로 평가해야 한다는 한다.³⁹⁾ 다만 이러한 견해에 의하더라도 어느 정도의 기간동안 연명할 수 있었는가 하는 부분의 평가에 대해서는 위자료액수에 반영시켜야 한다고 설명하고 있다.

둘째, 보호의 대상에 대한 문제이다. 보호의 대상을 연명가능성만으로 한정할 것인가 하는 문제이다. 이 문제에 대해서는 연명의 가능성만을 고려해야 한다는 견해,⁴⁰⁾ 사망에 준하는 정도의 중대한 후유증이 남지 않을 가능성에 대해서도 인정해야 한다는 견해,⁴¹⁾ 후유증이 있으면 경미한 것이라도 고려해야 한다는 견해⁴²⁾까지 다양하다. 최고재판소는 중대한 후유증의 경우에도 인정하고 있지만, 어떠한 후유증이 중대한 것인지에 대한 구체적인 기준을 제시하지 않고 있다.⁴³⁾

또한 상당정도의 가능성의 논의에서는, 연명여부에 대한 판단에서 ‘상당’이라는 것은 인과관계의 증명에서의 고도의 개연성까지는 요구하지 않는다는 점에서는 어느 정도 견해가 일치하고 있다.⁴⁴⁾ 다만 판례에서는 어느 정도의 확률이 인정되면 ‘상당한 정도’라고 할 수 있는가에 대한 기준을 제시하지 않

38) 窪田充見, 前掲 醫師の不作爲と患者の死亡との間の因果關係, 269面; 最高裁判所 平成11年(1999年)2月25日 判決에서도 법익침해문제와 손해액산정은 별개로 파악하고 있다.

39) 松原孝明, 前掲 開業醫に患者を高度な醫療を施すことができる適切な醫療機關へ轉送すべき義務があるとされた事例, 210面.

40) 寺澤知子, 前掲 醫師の検査義務不履行と相當程度の生存可能性への侵害, 81面.

41) 大塚直, 前掲 開業醫の轉送義務違反と後遺症が残らなつた相當程度の可能性, 86面.

42) 新美育文, 前掲 肝細胞がん早期発見のための検査不實施と肝硬便患者死亡との間の因果關係, 49面.

43) 하나의 고려방법으로서 배상액이 사망한 경우와 같거나 많은 경우에는 중대한 것으로 평가할 수 있을 것이다.

44) 澤野和博, 死亡または後遺障礙を回避する可能性を喪失させたことに基づく損害賠償, 年報醫事法學 20号, 139面.

고 있지만, 적더라도 가능성이 있다는 것이 주장되면 사실상 반증의 여지없이 인정된다고 한다.⁴⁵⁾ 더 나아가 1%의 가능성이라도 있다면 상당정도의 가능성이 있다고 하는 견해⁴⁶⁾도 주장되고 있다. 이러한 견해에 의하면 기대권을 인정하는 것과 거의 동일한 결론에 이르게 된다.

셋째, 상당정도의 가능성과 의사의 과실있는 의료행위와의 인과관계에 대해서는 통상의 인과관계의 증명과 같은 정도의 고도의 개연성이 필요하다는 입장이 다수견해⁴⁷⁾이지만, 더 나아가 환자측의 증명부담의 경감의 취지에서 상당정도의 개연성이 증명되면 충분하다는 견해도 있다.⁴⁸⁾

4. 검토

위에서 살펴본 내용을 크게 두 가지 모습으로 검토하면 아래와 같다.

가. 기대권으로 구성하는 것에 대한 문제

기대권을 고유의 보호법익으로 보는 견해에 의하면 이는 다시 이것을 환자의 주관적인 기대를 보호대상으로 하는 경우와 일정한 의료행위를 받을 기회의 상실로 파악하는 경우로 나눌 수 있다.

주관적 기대를 일반적으로 보호하는 경우에는 그러한 외연이 불명확하다는 문제가 있다. 전문가책임에 한정하더라도 불법행위법상으로 주관적인 감정을 보호법익으로 하려는 시도⁴⁹⁾는 아직 성숙한 논의는 이루어지지 않았다. 그러나 전문가책임 중에서도 의료사고에서의 기대권이라는 유형에 한정하면 객관적인 유형을 상정하는 것도 가능하다. 기대권이라는 주관적 이익을 객관화함으로써 의사에 대하여 객관적으로 기대할 수 있는 의료행위로서 기대의 내용

45) 金丸義衡, 前掲論文, 184面.

46) 平沼高明, シリーズ醫療過誤, 重要裁判例紹介 事例45, 民事法情報, 220号, 67面.

47) 平沼高明, 上掲書, 102面.

48) 加藤新太郎, 前掲論文, 115面.

49) 能見善久, 新しい法益と不法行為法の課題總論, NBL 936号, 8面 以下.

을 구체화하는 것도 가능하다.

다른 한편, 일정한 치료를 받을 기회의 상실이라고 한 경우에는 의료수준론에 의한 적절한 수준적 의료를 받지 못했다는 과실의 기준과의 차이가 문제된다. 즉 의료수준에 도달하지 못한 경우에는 항상 치료기회의 상실이 있고, 더 나아가 기대권의 침해가 발생한다고 할 수 있으므로, 이러한 논의에서는 일반적인 의료수준이 아니라, 현저하게 부적절한 의료행위가 이루어진 경우에 한정하게 되어 의사측의 행위를 평가하여 보호법익의 모습을 파악하게 된다.⁵⁰⁾

나. 확장된 상당정도의 가능성의 문제

다음으로 기대권의 개념을 상당정도의 가능성의 확장으로 파악하려고 하는 경우에는 중국적으로는 극히 희박한 경우라고 하더라도 생존가능성이 있는 때에는 실제로 이루어진 의료행위가 의료수준에 도달하지 않은 한 배상이 이루어져야 한다는 결론에 도달하게 된다. 그리고 생명이라는 법익을 보호하기 위한 논리라는 점에서 보면 적어도 이론상으로는 극히 희박한 가능성이 있더라도 정신적 손해의 배상뿐만 아니라 일실회의 배상가능성도 존재하게 된다. 이러한 점을 현대 의료수준과의 관계에서 보면 즉사의 경우 이외에는 모든 경우에 배상이 인정될 수 있다는 결론에 도달하게 되어 너무 광범위한 배상을 인정하게 되는 문제점이 있다.

50) 이러한 견해는 행위평가를 판단기준에 편입시켜 행위불법적인 관점에서 객관적인 기준을 정립하려는 시도로 평가되지만 적어도 불법행위 성립의 전제로서 일정하게 보호되어야 할 정신적 이익의 존재를 전제로 하고 있다고 할 수밖에 없으므로 정당화 사유가 더욱 필요하다(金丸義衡, 前掲論文, 186面).

IV. 기대권 개념의 법적 지위

1. ‘기대권’의 피침해법익으로서의 승인문제

위에서 살펴본 바와 같이, 의사의 과실있는 의료행위와 생명침해사이의 인과관계를 인정할 수 없는 경우에도 ‘기대권침해론’과 ‘상당정도 가능성 법리’는 피침해법익이 다르기 때문에 아래와 같은 두 가지의 법률구성이 가능하다.

하나는 의료수준에 도달하지 못한 의료행위를 함으로서 상당정도의 가능성이 침해된 경우와 다른 하나는 의료수준을 전혀 만족하지 못했기 때문에 기대권이 침해된 경우이다. 인과관계부존재로부터 상당정도의 가능성으로의 논리의 발전은 같은 종류의 법익을 기초로 두고 입증책임의 경감이라는 관점에서 설명할 수 있다. 그러나 기대권으로의 전개를 위해서는 생명이나 신체와는 달리, 추상적인 인격적 이익의 보호를 향한 새로운 보호법익의 유형이 창설되는 것으로 파악할 수 있다. 즉 의료과오소송에서 보면, 의료수준에 도달하지 못한 의료행위에 의해 과실요건을, 생명 또는 상당정도의 가능성 침해에 의해 권리침해요건을 인정한 것이다. 이에 대하여 기대권침해의 경우에는 현저하게 부적절한 의료행위를 한 점에서 기대권침해의 성립여하에 행위자의 행위평가가 포함됨으로서 생명침해의 확장유형이라기 보다는 오히려 인격권침해의 유형으로 파악할 수 있다.⁵¹⁾

2. 기대권 개념의 위치

기대권 개념은 적절한 의료를 받을 환자의 의료에 대한 ‘기대’를 보호대상으로 하기 때문에, 생명, 신체 및 그 연장선상에 있는 ‘상당정도의 가능성’의 침해와는 다른 별개의 인격권에 기한 새로운 보호법익으로 파악해야 한다. 물론 적절한 의료에 대한 일반적 기대는 의료수준에서도 논의되어 왔듯이, 생명, 신체를 보호법익으로 한 경우에도 귀책평가의 단계에서 당연히 보호의 대상으로

51) 金丸義衡, 前掲論文, 192面.

인정하여 왔다. 그러나 종래부터 고려되어 왔던 구조에서는 어떠한 구체적인 법익침해, 즉 의료과오의 경우에는 생명, 신체침해가 있어야 비로소 보호대상으로서 인정된 것에 불과하였다. 이 점에 대해서는 상당정도의 가능성의 논의에 의해 어느 정도까지 보완되고 있지만, 여전히 환자에게 어떤 구체적인 이익의 상실이 있었다고 인정할 수 없는 문제가 있어 이를 보호할 수 없는 문제가 있었다. 여기서 기대권이라는 새로운 보호법익을 상정함으로써 충분한 치료를 받을 수 있었을 것이라는 환자의 정신적 이익이 인정되게 된 것이다.⁵²⁾

다음으로 환자의 의료에 대한 기대를 어떻게 설정해야 할 것인가에 대해서는 제1차적으로는 특정한 의료기관마다 유형화된 의료수준에 따른 의료행위를 기준으로 해야 한다. 이러한 내용의 의료는 환자가 통상적으로 기대할 수 있는 범위 내에 있기 때문이다. 다른 한편 ‘최고재판소 2011년 판결’에서도 ‘현저히 부적절한 의료행위’로 한정하고 있듯이, 기대라는 주관적 사정을 대상으로 하기 위해서는 정신적 이익으로 구성되는 것은 물론이고, 생명과 신체라는 절대적으로 보호되어야 할 보호법익과는 달리, 침해행위의 태양도 기대권의 외연을 확장하기 위해서는 동시에 고려의 대상으로 넣어야 한다. 그러므로 일반적인 의사라면 통상 실시할 것이 기대되는 의료수준⁵³⁾ 조차 만족하지 못한 경우에 기대권침해가 문제가 된다고 생각한다. 이는 환자의 기대라는 주관적인 내용을 일반화된 추상적인 의사에게 기대가능한 의료행위라는 형태로 객관화한 기대권개념이다. 이러한 기준은 의사로서 해야 할 기준을 결정하는 의료수준론과는 달리 의사라면 당연히 해야 할 최소한도의 기준을 말한다.⁵⁴⁾

더 나아가 독립된 정신적 이익으로서 기대권을 파악하는 경우에는, 상당한 의료에 대한 기대를 배반한 행위는 완전하게 기대권침해를 구성하는 것이 되

52) 金丸義衡, 前掲論文, 194面.

53) 일반적인 의사에 대하여 일반적인 환자가 기대할 수 있는 의료행위의 수준의 하나로서 의료관행의 수준이 문제된다. 다만 의료수준과 달리 법적 평가를 받지 않는 의료관행이 곧바로 기대권의 한계를 확장하는 기준으로서의 역할을 할 수 있는 것은 아니므로 구체적인 기준의 정립에는 사례의 집적과 검토가 필요하다.

54) 金丸義衡, 前掲論文, 194面.

지만, 기존의 구조에서 생명과 신체침해, 또는 그것의 연장으로서의 상당정도의 가능성 침해로 파악하는 경우에는 기대권침해의 평가는 생명, 신체침해의 평가에 내포되고, 기대된 진료를 받지 못한 것에 대한 정신적 손해의 평가는 사망위자료⁵⁵⁾의 고려요소가 된다. 그러므로 구체적인 법익침해가 존재하지 않는 경우에 한정하여, 사망위자료 속에서 한정된 기대권침해가 표출되는 것이다. 그러므로 의료과오사례에서는 의료수준에 이르지 못한 의료행위가 이루어져 직접적으로 생명, 신체가 침해되었다는 제1유형, 의료수준에 이르지 못한 의료행위가 이루어진 경우에 고도의 개연성을 갖고 구명가능성을 인정할 수는 없지만 상당정도의 생존가능성이 인정되는 제2유형, 의료수준에 따른 의료행위가 이루어졌더라도 구명가능성은 없지만 통상적인 의사라면 기대할 수 있는 의료행위조차 이루어지지 않았다는 제3유형까지가 책임을 긍정하게 된다. 다만 제2유형에서는 연명의 상당정도의 가능성을 재산적으로 평가하는 것이 불가능하다는 점에서,⁵⁶⁾ 제3유형에서는 개인의 존엄이라는 인격적 이익의 침해가 되므로 정신적 손해의 배상만이 인정된다.⁵⁷⁾

V. 결 론

넓은 의미의 기대권침해론은 환자가 의사를 상대로 기대하는 일정한 수준의 의료를 받지 못한 것에 대하여 의사에게 일정한 책임을 인정하는 것으로 연명이익상실론, 치료기회상실론을 포함하는 개념이다. 그러나 이들 각각의 이론은 이론상의 문제점을 이유로 기대권침해론에서 연명이익상실론으로, 다시 치료기회상실론으로 발전하면서 나름대로의 법적 의의를 가지며 발전하고 있다.

55) 이 점에서 생명침해와 비견할 수 있는 후유장애의 경우에도 상당정도의 가능성침해를 인정하는 입장에 의하면 후유장애위자료도 인정될 수 있다.

56) 연명이 고도의 개연성을 갖는 것은 아니지만, 상당한 정도의 개연성을 갖는 때에는 재산상의 일실이익을 평가대상으로 포함할 수 있는 여지가 있다.

57) 金丸義衡, 前掲論文, 195面.

국내에서는 이러한 이론중 치료기회상실론을 중심으로 조금의 논의가 이루어지고 있으며, 좁은 의미의 기대권침해론에 대해서는 거의 논의가 이루어지지 않고 있다. 이러한 상황에서 각각의 이론에 대한 관련성을 평가한 ‘최고재판소 2011년 판결’은 그 의의를 인정할 수 있다.

즉, 종전의 일본 판례이론에 의하면 환자측에서 적절한 의료를 받을 주관적 기대는 만약 적절한 의료행위를 받았더라면 환자는 사망하지 않았을 것이라는 인과관계의 문맥에서 상당정도의 연명가능성으로 전개되어 왔다. 이러한 배경에는 이러한 의료행위를 하면 환자는 일정한 연명이 가능했을 것이라는 전제에서 출발하여 환자본인이 치료거부의 의사를 명확히 표시하지 않는 한 의사 측에서는 치료를 실시해야 할 의무가 있다는 인식을 근거로 하고 있다. 그러므로 생명이라는 피침해법익의 존재를 전제로 하여 연명가능성이 있는 경우나 사망에 준하는 정도의 중대한 후유장애가 문제되는 경우에 한정하여 적용되어 왔다. ‘최고재판소 2011년 판결’도 경미한 후유증이 있는 경우이므로 상당정도의 연명가능성에 대한 손해배상은 문제가 되지 않는다고 하였다.

더 나아가, ‘최고재판소 2011년 판결’은 연명가능성과 중대한 후유증이 남지 않을 가능성이 인정되지 않더라도, 적절한 진료를 받을 수 있는 기대권 침해에 의한 불법행위의 성립가능성을 인정한 점에서 의의가 있다. 즉 본 판결은 심부정맥혈전증이라는 진료당시의 정형외과 의사의 의료수준에 도달하지 않는 사실에 대하여 정형외과 의사에게 의료행위상의 직접적인 의무인 설명의무와 전의의무를 부정하였다. 그렇지만 의사는 여전히 환자에게 적절한 치료를 받을 수 있도록 배려할 의무가 있는가에 대하여, 일본 최고재판소는 환자는 의료수준에 적합한 치료를 받을 기대권이 존재하고, 이러한 기대권의 침해가 문제되는 경우는 환자의 기대를 배신하였다고 볼 수 있는 정도로 현저하게 부적절한 의료행위가 이루어진 경우에 한정해야 한다고 하였다.⁵⁸⁾

58) 즉, 통상적인 의사라면 당연히 시행해야 할 의료행위, 어떠한 질병을 의심하고 검사를 받게 하거나 전문의를 소개해야 하는 경우에 의사가 그러한 행위를 하지 않은 경우, 즉 요컨대 의료수준을 크게 미달된 의료조차 제공하지 않은 경우에 한정하여 현저히 부적절

기대권개념은 적절한 의료를 받을 환자의 의료에 대한 ‘기대’를 보호법적으로 하기 때문에, 생명·신체 및 그 연장선상에 있는 ‘상당정도의 가능성 법리’와는 다른 별개의 인격권에 기한 보호법익이다.

그렇지만 환자의 ‘기대’라는 모호한 개념은 하나의 보호법적으로 하기 위해서는 환자의 의료에 대한 기대를 어떻게 설정한 것인가 하는 문제점이 여전히 남는다. 이에 대해서는 1차적으로는 특정한 의료기관마다 유형화된 의료수준에 따른 의료행위를 기준으로 해야 할 것이다. 이러한 내용의 의료는 환자가 통상적으로 기대할 수 있는 범위 내에 있기 때문이다.

그리고 ‘환자의 기대’라는 주관적 사정을 대상으로 하기 위해서는 정신적 이익으로 구성되는 것은 물론이고, 생명과 신체라는 절대적으로 보호되어야 할 보호법익과는 달리, 침해행위의 태양도 기대권의 외연을 확장하기 위해서는 동시에 고려의 대상으로 넣어야 한다. 그러므로 일반적인 의사라면 통상 실시할 것이 기대되는 의료수준조차 만족하지 못한 경우에 기대권침해가 문제가 된다. 이는 환자의 기대라는 주관적인 내용을 일반화된 추상적인 의사에게 기대가능한 의료행위라는 형태로 객관화한 기대권개념이다. 이러한 기준은 의사로서 해야 할 기준을 결정하는 의료수준론과는 달리, 의사라면 당연히 해야 할 최소한도의 기준을 말한다.

주제어 : 기대권침해론, 상당정도의 가능성, 의료행위, 인격권,
의료수준, 보호법익

한 의료행위에 의한 기대권침해라는 불법행위의 성립을 인정하는 방식을 취하고 있으므로 학술상 지금까지 논의되어 온 전형적인 기대권침해의 경우와는 달리 상당히 한정적인 경우가 된다고 생각한다.

[참 고 문 헌]

송영민, “치료기회상실론에 관한 고찰 -일본에서의 논의와 우리나라에서의 시사점을 중심으로”, 『2012년도 동아대학교 법학연구소 11월 정례학술대회 발표자료집』.

전병남, “의료소송에 있어서의 입증책임의 완화”, 『의료법학』, 제2권 제2호, 2001.

정태윤, “기회상실의 손해에 관한 연구”, 『비교사법』, 통권 제8호, 1998.

加藤新太郎, 去來法判例研究 171, NBL 688号.

吉田邦彦, 判例評論, 法律時報 1688号, 213面; 水野謙, 醫師の不作爲と患者の死亡との間の因果關係, ジュリスト 1165号.

金丸義衡, 醫療過誤における期待權侵害: 最高裁判所 平成23年 2月 25日 第2小法廷判決を契機として, 甲南法學, 53卷 2号, 2012.

能見善久, 新しい法益と不法行爲法の課題總論, NBL 936号.

大塚直, 開業醫の轉送義務違反と後遺症が残らなつた相當程度の可能性, ジュリスト 1269号.

大塚直, 不作爲醫療過誤による患者の死亡と損害・因果關係論, ジュリスト 1199号.

稻垣喬, 水準不適合の醫療と死亡時の生存可能性による不法行爲, 民商法雜誌 123卷 6号.

稻垣喬, スキルス胃がんで死亡した患者に對する再検査の不實施と醫師の債務不履行責任, 私法判例 30号.

渡邊達德, 醫師の過失ある醫療行爲と, いわゆる「期待權」侵害による不法行爲, 法學セミナー 555号.

寺澤知子, 醫師の検査義務不履行と相當程度の生存可能性への侵害, 民商法雜誌 131卷 1号.

石川寛俊, 「延命利益, 期待權侵害, 治療機會の喪失」, 太田幸夫 編, 『新裁判實務大系1 醫療過誤訴訟法』, 青林書院, 2000.

手嶋豊, 時の判例, 法學教室 228号.

手嶋豊, 醫師の注意義務違反と因果關係, 年報醫事法學 17号.

手嶋豊, 醫事法入門 第3版, 有斐閣, 2011.

手嶋豊, スキルス胃がんによる死亡した患者について胃の内視鏡検査を実施した医師が適切な再検査を行っていれば患者がその死亡時点においてなお生存していた相当程度の可能性があったとして医師に診療契約上の債務不履行責任があるとされた事例, 判例時報 1876号.

手嶋豊, 轉送義務違反による患者の法益侵害とその證明, 民商法雑誌 135卷 1号.

小池泰, 患者を適時に適切な醫療機關へ轉送すべき開業醫の義務, 民商法雑誌 130卷 4・5号.

松原孝明, 開業醫に患者を高度な醫療を施すことができる適切な醫療機關へ轉送すべき義務があるとされた事例, 大東法學 15卷 1号.

新美育文, 肝細胞がん早期発見のための検査不実施と肝硬便患者死亡との間の因果關係, ジュリスト 1179号(平成11年度重要判例解説).

新美育文, 醫師の轉送義務違反と不法行爲, 私法判例リマークス 31号.

新美育文, 醫療過誤による生存可能性の侵害と醫師の損害賠償責任, 私法判例リマークス 24号.

野澤正充, セカンドステージ債權法Ⅲ 事務管理・不當利得・不法行爲, 日本評論社1, 2011.

潮見佳男, 不法行爲法Ⅰ 第2版, 有斐閣, 2009.

志村由貴, 相當程度の可能性をめぐる實務的論點, ジュリスト 1344号.

永野壱彦・伊藤孝至, 相當程度の可能性に関する一考察・分析と展望, 判例タイムズ 1287号.

窪田充見, 醫療行爲に過失ある場合における因果關係の證明と不法行爲の成否, ジュリスト 1202号.

窪田充見, 醫師の不作爲と患者の死亡との間の因果關係, 民商法雑誌 121卷 4・5号 129号.

桜井節夫, 醫師の診療上の懈怠と患者の死亡との間に因果關係が認められないときでも, その蓋然性があるときは, 患者は期待權の侵害を理由に債務不履行に基づく慰藉料の請求ができるとして事例, 判例時報 883号

潮見佳男, 不法行爲法Ⅰ 第2版, 有斐閣, 2009.

八木一洋, 時の判例, ジュリスト 1163号.

澤野和博, 死亡または後遺障害を回避する可能性を喪失させたことに基づく損害

賠償, 年報醫事法學 20号.

平沼高明, シリーズ醫療過誤, 重要裁判例紹介 事例45, 民事法情報, 220号.

浦川道太郎, 民法判例レビュー(民事責任), 判例タイムズ 838号.

Recent Trends in the Theory of Expectation Rights Violations in Japan

Song, Young Min

Professor of Law, Donga University

=ABSTRACT=

The concept of expectation rights considers 'the expectation' that the patient should be given proper medical treatment as the benefit and protection of the law, so it would be the benefit and protection of the law due to personal rights different from 'the legal principle that has the possibility to a considerable extent' being in an extension of life and body.

However, the problem how the patient's expectation of medical service sets up in order to make it the benefit and protection of the law would be still left in the vague concept of the patient's 'expectation', thus, in the first place, the medical practice following formed medical standard in every particular medical institutes should be the standard because these medical services are normally within a range of the patients' expectations.

In addition, it should be naturally constituted as mental profit to get the subjective circumstances such as 'the patient's expectation' to be an object, and also, different from the profit and protection of the law such as life and body that should be absolutely protected, the origin of violation behavior should be regarded simultaneously to define the denotation of expectation rights.

Therefore, the expectation rights violations would be problematic in case it fails to reach the medical standard that is expected for common doctors to practice properly. This is the concept of expectation rights that gets subjective matters such as the patient's expectation to be objectivity as medical practices

that can be expected by generalized abstract doctors. This standard should be defined as the minimum standard that is naturally expected for doctors to practice, different from medical standard that decides the level of doctors.

Keyword: Theory of Expectation Rights Violations, Possibility to a Considerable Extent, Medical Practice, Personal Rights, Medical Standard, Benefit and Protection of Law, Loss of Chance in Medical Treatment