

의사에게 치료상의 과오를 설명할 의무가 있는가?

김 민 중*

I. 서론

II. 의사의 과오설명에 관한 입법적 해결: 독일민법 제630c조의 경우

1. 前史: 독일판례가 인정한 자발적 과오개시의무
2. 의사의 과오개시의무에 대한 태도
3. 독일민법 제630c조의 내용

III. 의사의 과오설명 의무를 긍정할 수 있는 근거에 대한 검토

1. 서설: Nemo tenetur - 원칙 vs 자기의 과오에 관한 일반적 개시의무
2. 치료과오와 관련하여 의사가 설명하여야 할 내용
3. 의사의 과오설명 의무를 인정할 수 있는 근거
4. 의사의 과오설명 의무의 위반에 따른 효력

IV. 결어

I. 서론

의사가 환자에 대한 의료행위를 할 때에 의료과오(Behandlungsfehler)를 범할 수 있다는 사실은 누구도 부인할 수 없다. 그리고 의사는 의료행위의 과정에서 의료과오를 범한 경우에 그 사실을 바로 알기 쉽다. 의사가 진단이나 치료의 과정에서 과오를 범한 경우에 자신의 치료상의 과오를 환자에게 고백하는 의사가 있을까? 아마도 치료상의 과오를 환자에게 솔직하게 고백한 후 용서를

* 논문접수: 2014. 11. 30. * 심사개시: 2014. 12. 3. * 수정일: 2014. 12. 8. * 게재확정: 2014. 12. 10.

* 전북대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사.

* 이 논문은 2014년도 전북대학교 연구기반 조성비 지원에 의하여 연구되었음.

구하거나, 그 해결방법을 찾는 의사는 많지 않으리라 여겨진다.

의사가 스스로 의료과오를 범한 사실을 알게 된 경우에 의사는 의료과오를 범한 사실에 대하여 침묵하여도 되는가, 아니면 환자에게 의료과오에 대하여 자발적으로 설명을 하여야 할 의무를 부담하는가?¹⁾ 도덕상·윤리상 내지 종교상²⁾으로 볼 때에는 물론 자기의 행위에 대한 과오를 솔직하게 고백하여야 옳다고 본다. 그러나 흔히 의사는 진단이나 치료행위에서 과오를 범할 수 있지만, 사후에 의료과오를 발견한 경우에 보통 의료과오를 은닉하려고 하는 태도가 일반적인 경향이라고 할 수 있고,³⁾ 자발적으로 환자에게 의료과오를 설명하는 경우는 극히 드문 예에 속한다고 하지 않을 수 없다.

아직 국내에서 의료과오에 대한 설명(과오설명)을 둘러싸고 법적 분쟁이 일어난 경우는 없다.⁴⁾ 또한 의사가 스스로 의료과오를 범하거나 타인의 의료과오를 알게 된 경우에 그 의료과오를 자발적으로 환자에게 알려야 할 일반적인 의무, 즉 의료과오자기부죄(Behandlungsfehlerselbstbeziehung)나 의료과오타인부죄(Behandlungsfehlerfremdbeziehung)에 대한 의무를 정한 규정은 없다. 그리고 아직은 의사의 과오설명에 관한 논의도 거의 없는 실정이다. 그러므로 독일⁵⁾ 등 외국에서의 논의에 비추어 의사의 과오설명 의무와 관련하여

1) 이미 1992년에 독일에서 본격적으로 의료과오설명에 관하여 문제제기를 한 논문으로 요헨 타우피츠교수가 쓴 “의료과오에 대한 설명: 환자에 대한 법적 의무인가, 의료적 명예의무인가?”(Jochen Taupitz, “Aufklärung über Behandlungsfehler: Rechtspflicht gegenüber dem Patienten oder ärztliche Ehrenpflicht?”, NJW 1992, S. 713)라는 논문이 있다.

2) 1 John 1:8~10 If we claim to be without sin, we deceive ourselves and the truth is not in us. If we confess our sins, he is faithful and just and will forgive us our sins and purify us from all unrighteousness. If we claim we have not sinned, we make him out to be a liar and his word is not in us.

3) André Tunc, 『International Encyclopedia of Comparative Law: Torts』, Vol. 11 (1983), 1-1, 1-127: “Physicians frequently make errors in their diagnosis or treatment ... When the physician discovers them, he usually does his best to hide the malpractice ...”.

4) 의사가 자기의 과오를 밝혀야 할 의무를 칭하는 통일적인 용어도 아직은 정립되어 있지 않다. 독일문헌에서는 의사의 과오설명 의무와 관련하여 설명 의무(Aufklärungspflicht), 정보 의무(Informationspflicht), 개시의 의무(Offenbarungspflicht), 지도 의무(Orientierungspflicht), 통지의 의무(Mitteilungspflicht), 신고 의무(Anzeigespflicht), 교시의 의무(Unterrichtungspflicht) 등 여러 가지 표현이 사용되고 있다.

5) 참고할 수 있는 독일문헌으로는 Jochen Taupitz, “Aufklärung über Behandlungsfehler:

여 어떤 문제가 있는가를 검토할 필요가 있다.

II. 의사의 과오설명에 관한 입법적 해결: 독일민법 제630c조의 경우

1. 前史: 독일판례가 인정한 자발적 과오개시 의무

독일에서는 오래 전부터 일정한 경우에 자신의 과오나 자기에 대한 손해배상청구권에 관하여 힌트를 주어야 할 이른바 지적의무(Hinweispflicht)가 인정되었다. 판례에 의하여 최초로 인정된 경우가 변호사에 관한 사건이며, 이미 제국법원(RG)이 변호사는 의뢰인에 대하여 자신의 변호적 과오와 그로부터 생기는 손해배상청구의 가능성 및 그 손해배상청구권의 소멸시효⁶⁾에 관하여 지적하거나 교시하여야 할 의무를 부담한다고 하였다.⁷⁾ 그 후 연방대법원(BGH)도 제국법원과 마찬가지로 변호사에 대하여 자신의 과오와 손해배상청구권의 존재 등에 관한 지적의무를 인정하고,⁸⁾ 또한 세무사(Steuerberater)와 건축사에게도 지적의무를 긍정하였다.⁹⁾ 제국법원이나 연방대법원이 변호사, 세무사 및 건축사에 대하여 자신의 과오를 개시하여야 하는 과오개시 의무(Fehleroffenbarungspflicht)를 인정할 이유에는 변호사, 세무사 및 건축사의 과오를 이유로 하는 손해배상청구권의 소멸시효와 밀접한 관련이 있다.

본래 독일변호사법(BRAO) 제51b조(폐지), 독일세무사법(StBerG) 제68

Rechtspflicht gegenüber dem Patienten oder ärztliche Ehrenpflicht?", NJW 1992, S. 713.

6) 본래 독일변호사법(Bundesrechtsanwaltsordnung) 제51b조가 변호과오에 따른 손해배상청구권에 관하여 3년의 단기소멸시효를 규정하고 있었으나, 현재는 폐지된 상태이다.

7) RGZ 158, 130, 134.

8) BGH, NJW 1994, 2822=WJ 1994, 2162 (2165); BGH NJW 1994, 1472=WJ 1994, 1114 (1116); NJW 1992, 836 (837) 등 참조. 역시 Rinsche, 『Die Haftung des Rechtsanwalts und Notars』, 6. Aufl. (1998), I 257, 266ff.; Borgmann/Haug, 『Anwaltshaftung』, 3. Aufl. (1995), § 49 Rdnr. 33.

9) 세무사에 대하여는 BGHZ 83, 17 (22)=NJW 1982, 1285; BGHZ 96, 290 (298)=NJW 1986, 1162; 건축사에 대하여는 BGHZ 71, 144 (148f.)=NJW 1978, 1311; BGHZ 92, 251 (258f.) = NJW 1985, 328; BGH, BauR 1985, 232.

조, 독일민법 제638조에 의하면 피해자의 지·부지와 관계없이, 변호사나 세무사, 건축사의 과오로 인한 손해배상청구권이 발생한 날로부터 3년 내지 5년의 소멸시효에 걸린다. 그러나 예컨대 변호사의 과오에 의한 손해배상청구권의 경우에 의뢰인이 손해배상청구권에 관하여 알기 전에 소멸시효가 완성되는 경우가 많으므로, 그 손해배상청구권의 단기소멸시효에 관한 규율의 부당한 결과를 방지 내지 회피하기 위하여 독일판례는 변호사의 과오개시의무 내지 자신의 과오에 대한 지적의무를 인정한다. 예컨대 변호사의 과오를 이유로 하는 손해배상청구권의 소멸시효가 부지불식간에 완성된 경우라고 하더라도, 만약 변호사의 과오개시의무를 인정하게 되면 변호사는 과오개시의무의 위반을 이유로 의뢰인에 대하여 손해배상의무를 부담하지 않으면 안 되므로, 본래의 1차적 손해배상청구권, 즉 「원시청구권」(Primäranspruch)과 같은 내용을 가진 2차청구권(Sekundäranspruch)이 발생하고, 그 2차청구권은 원시청구권의 소멸시효가 끝난 후 비로소 소멸시효가 진행되어 늦어도 위임관계의 종료 후 3년이 지나야 소멸시효가 완성된다. 그러므로 1차적 손해배상청구권, 변호행위의 과오에 의하여 일어난 손해에 대한 의뢰인의 최초의 손해배상청구권은 자기 자신의 과오나 그 과오로 인한 손해배상청구권을 알려주어야 할 변호사의 과오개시의무를 인정하는 방법으로 소멸시효의 기간을 연장하는 경우와 동일한 결론에 이르게 된다. 독일판례에 의하면 변호사가 과오개시의무를 부담하는 이유로 변호사는 의뢰인에 대하여 포괄적인 법적 조언을 하는 「포괄적 법적 조언자」로서의 지위에 있고, 변호사와 의뢰인과의 특별한 신뢰관계가 존재하며, 변호사가 의뢰인보다 훨씬 많은 법률지식을 가지고 있다는 사정 등을 들고 있다.¹⁰⁾

2. 의사의 과오개시의무에 대한 태도

독일법원은 변호사 및 세무사, 건축사에 대한 과오개시의무를 일찍부터 일반적으로 인정하고 있으나, 반면에 의사의 과오설명 의무에 대하여 분명한 언

10) RGZ 158, 130, 134.

급을 하지 않고 있다.¹¹⁾ 또한 의사에 관하여는 어떤 이유로 변호사나 세무사, 건축사와는 달리 판단하는지를 분명히 밝히지 않고 있다. 의사에 대한 손해배상청구권에 관하여는 독일변호사법 제51b조(폐지), 독일세무사법 제68조, 독일민법 제638조와 비교할 수 있는 소멸시효규정이 없다. 더욱이 의사에 대한 손해배상청구권은 주로 ‘생명(Leben), 신체(Körper), 건강(Gesundheit)’의 침해와 관련한 경우로서 행위시로부터 30년의 소멸시효에 걸린다(§199 II BGB). 그러므로 의사에 대한 손해배상청구권은 원칙적으로 30년 이후에나 소멸시효가 완성되므로, 소멸시효기간의 연장을 목적으로 하는 의사의 과오설명 의무는 별로 의미가 없다.

부당하게 짧은 소멸시효규정의 수정이 과오설명 의무를 인정하기 위한 전제는 아니고, 단지 자신의 과오에 대하여 설명하여야 할 의무의 법적 결과로서 변호사나 세무사 등의 손해배상청구권에 적용되는 3년이나 5년의 단기소멸시효기간이 연장되는 효력이 생길 뿐이다. 그러므로 의료과오에 따른 손해배상청구권에 관하여는 30년의 소멸시효기간이 보장된다고 하는 사실이 의사에 대하여는 과오설명 의무를 인정할 필요가 없다고 하는 근거가 되기는 어렵다.

현재는 독일민법 제630c조에 의하여 의사의 「제한적 개시의무」(begrenzte Offenbarungspflicht)가 규정되어 있으나, 전체적으로 의사에게 자신의 의료 과오(Behandlungsfehler)를 환자에 대하여 자발적으로 설명할 의무가 인정되는가 여부에 관한 문제에 대하여는 크게 견해가 나누어져 있다. 다수적 의견은 의사의 과오설명 의무를 부정하며,¹²⁾ 근래에는 의사에게 자신의 과오를 설명하여야 할 의무를 긍정하는 견해도 증가하고 있다.¹³⁾

11) 독일연방대법원이 가정의(Hausarzt)는 병원의(Krankenhausarzt)가 범한 의료과오를 발견한 경우에 환자에게 알려야 한다고 판결한 경우가 있다(BGH VersR 1989, 186).

12) OLG Hamm NJW 1985, 685. 또한 Adolf Laufs/Bernd-Rüdiger Kern/Gerhard H. Schlund, 『Handbuch des Arztrechts』, §21 Rn. 9, Jochen Taupitz, 『Die zivilrechtliche Pflicht zur unaufgeforderten Offenbarung eigenen Fehlverhaltens』, Mohr Siebeck(1989), S. 56, 59ff.; Jochen Taupitz, “Aufklärung über Behandlungsfehler: Rechtspflicht gegenüber dem Patienten oder ärztliche Ehrenpflicht?”, NJW 1992, S. 713, 715 ff.; Gabriele Gubernatis, “Zur Offenbarungspflicht bei ärztlicher Fehlbehandlung”, JZ 1982, S. 363, 364.

가. 의사의 과오설명의무를 일반적·포괄적으로 긍정하는 견해

예컨대 의사와 비교할 수 있는 변호사, 세무사, 건축사 등에게 자기의 과오를 지적하여야 할 의무가 부담되는 사실, 의료과오와 관련되는 법익은 생명·신체·건강과 같은 고차의 법익이라는 사실 등을 이유로 의사는 자신의 치료과오에 관하여 교시의무(敎示義務)를 지닌다고 보는 견해,¹⁴⁾ 치료의 과오에 대하여 합리적인 의심이 있는 경우, 또는 치료과오를 인식한 경우에는 진료계약상의 부수적 의무에 기하여 환자에 대하여 교시의무를 부담한다고 하는 견해¹⁵⁾와 같이 의사의 과오설명의무를 일반적·포괄적으로 긍정하는 견해가 있다. 또한 진료계약상의 배려의무로부터 의사의 과오설명의무를 인정하는 견해도 있다.¹⁶⁾ 그리고 계약상의 부수의무로부터 의사의 과오설명의무를 긍정하면서 이른바 자기부죄거부특권(自己負罪拒否特權, Selbstbeziehung)은 형사소추기관으로부터 의사를 보호하기 위한 제도이므로, 보호를 받아야 한 제3자로서의 환자의 이익까지를 해칠 수는 없으므로, 자기부죄거부특권을 이유로 의사의 과오설명의무를 제한할 수는 없다고 보는 견해도 있다.¹⁷⁾ 역시 의사에게 자신의 치료과오를 자발적으로 지적하여야 할 의무를 인정하면서, 과오설명의무와 관련한 의사의 의무로서 (i) 치료과오를 인식한 후에는 새로운 적절한 치료를 제안하여야 할 의무, (ii) 환자로부터의 질문에 응하여 진실을 고백하여야 하고, 손해배상청구가 인정된다는 사실을 은폐하거나 왜곡시켜서는 안 되는 의무, (iii) 환자의 손해배상청구권의 주장을 도와주는 조치로서도 자발적

13) OLG Stuttgart VersR 1989, 632. 또한 Staudinger/Hager, 『Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen』, Rn. I 30; Robert Francke/Dieter Hart, 『Ärztliche Verantwortung und Patienteninformation』, Thieme(1987), S. 60ff.; Michael Kleuser, 『Die Fehleroffenbarungspflicht des Arztes』, Verlag Versicherungswirtschaft (1995), S. 83ff.; Michael Terbille/Stephan Schmitz-Herscheidt, "Zur Offenbarungspflicht bei ärztlichen Behandlungsfehlern", NJW 2000, S. 1749, 1751ff. 참조.

14) Gert Brüggemeier, 『Deliktsrecht: Ein Hand- und Lehrbuch』, Nomos(1986), S. 405.

15) Robert Francke/Dieter Hart, 『Ärztliche Verantwortung und Patienteninformation』, Thieme (1987), S. 78f.

16) Speiser, "Einflüsse auf Rechtsposition des Patienten", ÖJZ 1988, S. 749.

17) Dieter Giesen, "Wandlung im Arzthaftungsrecht", JZ 1990, S. 1053ff., 1057.

인 지적의무 및 지도설명 의무(Orientierungspflicht)가 발생한다고 보는 견해도 있다.

나. 의사의 과오설명 의무를 제한적·예외적으로 긍정하는 견해

다수의견은 과실에 의한 치료과오에 대하여는 형법상의 형벌이 부과된다는 사실, 자기 자신에 대한 형사절차에 있어서 불이익을 강요당하지 아니한다는 사정 등을 고려하여, 예외적으로 치료과오로 야기된 환자의 생명이나 건강에 대한 중대한 위험이 오로지 새로운 적합한 수술에 의하여만 제거될 수 있는 경우에 법적으로 유효한 동의를 얻기 위하여 필요한 한도에서 환자에게 진실을 보고할 의무가 의사에게 인정된다고 하는 견해와 같이 의사의 과오설명 의무를 단지 제한적·예외적으로만 인정한다. 그러므로 의사 자신의 치료과오의 지적이나 설명이 오로지 손해배상 청구권의 주장이나 형사소추를 위하여만 이바지하는 경우에는 의사의 과오설명 의무가 부정된다고 본다.¹⁸⁾ 의사의 과오설명 의무를 굳이 인정하자면 의사의 과오설명 의무는 환자의 생명·신체의 보호라고 하는 고도의 법익으로부터 인정되고, 진료계약이나 그 진료계약으로부터 생기는 의사와 환자 사이의 긴밀한 신뢰관계로부터, 또는 의료윤리로부터 의사에게 부과된 「무엇보다도 우선 피해를 주지 마라」(primum nil nocere, 즉 first do no harm)라고 하는 일반적 의무로부터, 의사의 보증인적 지위 또는 손해경감의무로부터 생긴다고 보아야 하므로, 그 한도를 초과하는 손해배상을 위한 지적의무가 인정될 수는 없다고 본다. 그러므로 일반적으로 의사에게 스스로 자기 자신의 과오를 짚어지게끔 강요를 할 수는 없으므로, 의사 자신의 의료과오나 그로 인한 손해배상 청구권에 대하여 설명하여야 할 의무를 인정하기는 곤란하다고 보고, 다만 의료과오가 경우에 따라서는 환자에 대하여 다른 침해나 손해를 야기할 수 있으므로, 의사는 자기의 의료처치가 과오라는 사실에

18) 대표적으로 Rieger, Eisner, Uhlenbruck, Laufs, Gubernatis, Silbach 등과 같은 학자가 제한적 긍정설을 주장하고 있다.

대한 설명이 아니라, 의료과오로 야기된 결과, 즉 환자의 상태나 추가적으로 요구되는 의료처치에 관하여 설명하여야 한다고 본다.¹⁹⁾

3. 독일민법 제630c조의 내용

독일민법 제630c조는 설명의무(Aufklärungspflichten)를 규정한 독일민법 제630e조와 달리, 정보의무(Informationspflichten)에 관하여 규정하고 있다. 독일민법 제630c조는 정보의무를 별도로 규정하여 규정상 정보의무와 설명의무를 구분하고 있다. 독일민법 제630c조에 의하면 의사는 환자에게 진료의 개시시에 이해가능한 방법으로, 또한 필요한 경우에는 진료의 과정에서 진료를 위한 제반의 본질적 사정, 특히 진단, 예상되는 건강상의 예후, 치료, 치료 당시 또는 치료 후에 취하여야 할 처치를 안내하여 주어야 한다.²⁰⁾ 그리고 독일민법 제630c조 제2항 제2문은 의사에 대하여 자기나 다른 의사의 과오를 밝혀야 할 과오개시 의무(Fehleroffenbarungspflicht)를 규정하고 있다.²¹⁾ 다만 독일민법 제630c조 제2항 제2문은 의사에게 의료과오를 밝혀야 할 일반적인 의무까지를 인정하지는 아니하고, 단지 환자로부터의 질문(Nachfrage)이 있거나 ‘건강상의 위험을 방지하기 위하여’(zur Abwendung gesundheitlicher Gefahren)만 의사에게 의료과오에 관한 정보제공의무가 있다고 규정하여 의사의 과오설명 의무에 제한적·예외적 태도를 취하고 있다.²²⁾ 의사는 환자를 위하여 “건강상의

19) Spindler, “Aufklärungspflicht des Arztes über eigene Behandlungsfehler”, in Bamberger/Roth (Hrsg.), Beck’scher Online-Kommentar BGB (Ed. 21, November 2011), §823c, Rn 633.

20) 독일민법 제630c조 제2항 제1문이 규정한 내용을 보통 ‘치료적 설명’(therapeutische Aufklärung) 혹은 ‘안전설명’(Sicherungsaufklärung)이라고 부른다.

21) 자세한 내용은 M. Parzeller/H. Gaede/R. Dettmeyer/B. Zedler/B. Bockholdt, “Pflicht zur Offenbarung von Behandlungsfehlern nach dem Patientenrechtegesetz”, Rechtsmedizin 4·2014, S. 263.

22) § 630c Mitwirkung der Vertragsparteien: Informationspflichten.

(2) Der Behandelnde ist verpflichtet, dem Patienten in verständlicher Weise zu Beginn der Behandlung und, soweit erforderlich, in deren Verlauf sämtliche für die Behandlung wesentlichen Umstände zu erläutern, insbesondere die Diagnose, die voraussichtliche gesundheitliche Entwicklung, die Therapie und die zu und nach der Therapie zu ergreifenden Maßnahmen. Sind für den Behandelnden Umstände erkennbar, die die

배려에 대한 의무”(Pflicht zur gesundheitlichen Sorge)만을 부담하므로, 의료 과오로 야기되는 결과, 즉 환자의 상태나 의료과오로 인하여 다시 요구되는 치료에 관하여 설명할 의무를 부담할 뿐이고, 손해배상청구 등을 포함하는 “포괄적인 배려의무”(umfassende Fürsorgepflicht)를 환자에게 부담하지는 아니한다. 그리고 의사가 의료과오를 인식한 때에는 ‘진실대로’(wahrheitsgemäß) 설명하여야 하나, 만약 의사가 의료과오를 인식하지 못한 때에는 의사에게 사후조사 의무나 탐색의무까지 인정되지는 아니한다.

III. 의사의 과오설명 의무를 긍정할 수 있는 근거에 대한 검토

1. 서설: Nemo tenetur-원칙 vs 자기의 과오에 관한 일반적 개시의무

(i) 본래 “어느 누구도 자신에게 불리한 일을 하도록 강요당해서는 안 된다”. 누구도 자기 자신에게 불리한 말이나 행동을 강요받아서 안 된다고 하는 원칙은 흔히 「Nemo tenetur-원칙」이라 한다.²³⁾ Nemo tenetur-원칙은 “Nemo tenetur se ipsum accusare”(no one is bound to accuse himself, 독일어로는 Niemand ist verpflichtet, sich selbst zu belasten oder anzuklagen)라고 하는 표현에서 유래하며 본래는 중세 로마가톨릭교회에서 신도가 사제에게 죄로 고백한 사실을 형사절차에서의 증거로 삼아서는 안 된다는 의미이다. 현재는 어느 문명국가에서나, 영미법계약인가 대륙법계인가를 묻지 아니하고 문명국가의 일반적인 법원칙으로서 자기부죄(自己負罪, self-incrimination)를 강요당하지 아니하며, 자기부죄를 거부할 수 있다고 하는 Nemo tenetur-원칙이 적용되고 있다.²⁴⁾

Annahme eines Behandlungsfehlers begründen, hat er den Patienten über diese auf Nachfrage oder zur Abwendung gesundheitlicher Gefahren zu informieren.

23) Nemo tenetur-원칙을 굳이 번역하자면 「자기부죄금지의 원칙」, 「자기부죄강요금지의 원칙」, 「자기부죄거부특권」, 자기비호특권(Selbstschutzprivileg) 등으로 표현할 수 있다.

24) 자세한 내용은 홍영기, 「Nemo tenetur-원칙」, 『고려법학』, 제66호, 고려대학교 법학원구

Nemo tenetur-원칙은 주로 형사사법과 밀접하게 관련되어 있다. 가장 중요한 예로 피의자·피고인의 「진술거부권」(묵비권)을 들 수 있다. 현행법상 헌법 제12조 제2항은 “형사상 자기에 불리한 진술을 강요당하지 아니한다”고 규정하고 있다. 그리고 형사소송법 제244조의3(진술거부권 등의 고지)에 의하여 피의자는 일체의 진술을 하지 아니하거나 개개의 질문에 대하여 진술을 하지 아니할 수 있고, 진술을 하지 아니하더라도 불이익을 받지 아니한다. 또한 형사소송법 제283조의2(피고인의 진술거부권)에 의하여 피고인은 진술하지 아니하거나 개개의 질문에 대하여 진술을 거부할 수 있다. 그리고 누구든지 자기나 친족 또는 친족관계가 있었던 자에 해당하는 관계있는 자가 형사소추 또는 공소제기를 당하거나 유죄판결을 받을 사실이 발로될 염려 있는 증언을 거부할 수 있다고 하는 증언거부권을 규정한 형사소송법 제148조(근친자의 형사책임과 증언거부)는 헌법 제12조 제2항에 정한 불이익한 진술의 강요금지원칙을 구체화한 자기부죄거부특권에 관한 규정이라고 볼 수 있다.²⁵⁾

헌법 제12조 제2항은 형사책임에 관하여 자신에게 불이익한 진술을 강요당하지 아니할 권리를 국민의 기본권으로 보장하고 있고, 헌법이 진술거부권(Zeugnisverweigerungsrecht)을 기본적 권리로 보장하는 이유는 피의자나 피고인의 인권을 형사소송의 목적인 실체적 진실발견이나 구체적 사회정의의 실현이라는 국가이익보다 우선적으로 보호함으로써 인간의 존엄성과 가치를 보장하려는 데 있다.²⁶⁾ 헌법 제12조 제2항이 규정한 자기부죄금지의 원칙이 본래 형사사법과 일정한 정도의 관련이 있는 절차(일정한 범위에서의 행정절차)에 적용되므로, 물론 의료과오를 이유로 하는 의사에 대한 형사소추 등과 관련하여 의사에게 자기의 의료과오를 진술하여야 할 의무를 법적 의무로 부과할 수 없다는 사실은 자명하다. 그러나 의사의 과오설명 의무는 의사와 환자

원, 2012.9. 제305면: 홍영기, “형사사법에서 nemo tenetur-원칙의 구체화”, 『고려법학』, 제67호, 고려대학교 법학연구원, 2012.12. 제243면 참조.

25) 대법원 2011.11.24. 선고 2011도11994 판결.

26) 대법원 2004.12.24. 선고 2004도5494 판결.

사이의 사적 관계의 문제이므로, 의사의 과오설명 의무와 관련하여서는 우선 Nemo tenetur-원칙 내지 자기부죄금지의 원칙이 대사인간(對私人間)에도 적용되는가가 문제된다. 이른바 「기본권의 대사인간 효력」이라고 하는 기본적인 문제와 같은 차원에서 생각할 수 있다고 보며, Nemo tenetur-원칙이 보호하고 하는 가치가 인간의 가장 최상의 불가침적 존엄성이고, 그 가치는 국가의 개인에 대한 관계에서만 아니라 사인간에도 지켜져야 할 가치라고 보아야 하므로, Nemo tenetur-원칙은 사인간, 즉 의사와 환자 사이에서도 지켜져야 한다고 볼 수 있다.

(ii) “진실에 대하여 침묵하는 경우와 거짓을 말하는 경우는 같다”(verum tacere et falsum asserere paria sunt, 독일어로는 Die Wahrheit verschweigen und etwas Falsches versichern ist das Gleiche)고 하는 표현이 있다. 만약 Nemo tenetur-원칙 내지 자기부죄금지의 원칙을 고려하면 거짓진술은 허용되지 않지만, 경우에 따라서 진실에 대하여는 침묵할 수 있으므로, 진실에 대한 침묵이 거짓과 같다고 하는 명제는 절반만 옳다.²⁷⁾

“어떤 경우에도 환자를 해치지 아니한다”(first do no harm, 라틴어로는 primum nil nocere)고 하는 명제가 의사에게 주어진 가장 중요한 사명이다. 히포크라테스의 선서도 의사에 대하여 “환자의 건강과 생명을 첫째로 생각”하여야 한다고 선포하고 있다. 특히 의료법 제24조는 의사는 환자에게 요양방법이나 그 밖에 건강관리에 필요한 사항을 지도하여야 한다고 규정하고 있다. 그러므로 의사는 환자에 대하여 일반적 조력의무(allgemeine Hilfspflicht) 내지 포괄적 배려의무(umfassende Fürsorgepflicht)를 부담한다고 볼 수 있다. 의사의 일반적 조력의무나 포괄적으로 배려의무로부터 생각하면 의사가 치료과오를 인식한 경우라고 하면 당연히 환자의 생명과 건강을 지키기 위한 조치로서 환자가 생명이나 건강의 안전을 위하여 새로운 적절한 치료를 받을 수 있도록 자신의 의료과오를 자발적으로 적시하여야 할 의무를 부담한다고 볼 수 있다

27) Jochen Taupitz, “Aufklärung über Behandlungsfehler: Rechtspflicht gegenüber dem Patienten oder ärztliche Ehrenpflicht?”, NJW 1992, S. 713.

(물론 새로운 치료행위에 의하여 그 과오를 치유할 수 없는 경우라면 과오설명 의무가 인정되지 않는가 하는 문제가 생긴다).

2. 치료과오와 관련하여 의사가 설명하여야 할 내용

만약 의사의 과오설명 의무가 인정된다고 하면 의료과오를 범한 의사는 환자에게 어떤 내용을 설명하여야 하는가를 일률적으로 설명하기는 곤란하다. 사정에 따라서 의사가 치료과오와 관련하여 설명하여야 할 내용을 차이가 있을 수 있으나, 일반적으로 아래와 같은 내용을 생각할 수 있다.²⁸⁾

(i) 의사는 현재 환자의 건강상태가 어떤지에 관한 정보, 즉 「사실에 대한 정보」(Tatsacheninformation) 또는 「상태에 대한 정보」(Zustandsinformation)를 제공하여야 한다.

(ii) 의사는 의료과오로 야기된 환자의 병상의 향후 전개에 관하여, 의사의 치료행위나 환자 자신의 행동에 의하여 어떤 결과가 생길지에 관하여 의학적인 관점으로부터의 예측과 필요한 조언을 하여야 한다.

(iii) 과거에 대한 평가가 필요하다. 의사 자신이 과거에 행한 의료행위의 경과와 그 평가를 포함한 「의료과오에 대한 설명」(Behandlungsfehleraufklärung)을 하여야 한다.

(iv) 의사는 자신이 범한 객관적 의무위반의 개시를 넘어 의사 개인의 책임의 근거가 되는 「과실에 대한 설명」(Verschuldungsaufklärung)을 하여야 한다.

(v) 의사는 자신의 의료과오에 대한 법률적 평가(예컨대 손해배상청구권의 성립이나 그 소멸시효 등에 대한 교시, 즉 「책임에 대한 설명」(Haftungsaufklärung)을 하여야 한다.

28) Jochen Taupitz, "Aufklärung über Behandlungsfehler: Rechtspflicht gegenüber dem Patienten oder ärztliche Ehrenpflicht?", NJW 1992, S. 713, 715ff. 참조.

3. 의사의 과오설명 의무를 인정할 수 있는 근거

가. 의료과오에 대한 환자의 구체적 질문에 대한 진실대로의 대답

환자가 구체적으로 의료과오에 대하여 물은 때에는 의사는 어떤 경우에도 환자를 속여서는 안 된다. 의사의 속일 권리를 인정한다면 의사에 대한 환자의 무한한 신뢰를 본질로 하는 진료계약의 성질에 반하다. 다만 환자가 진료과오 여부에 대하여 구체적인 질문을 한 경우에 의사가 진료과오를 침묵할 수 있는가, 또는 진실에 따른 대답을 할 의무를 부담하는가 하는 문제가 제기된다. 의사에게 속이지 않을 의무나 거짓을 말하지 않을 의무를 부담시킬 수 있는 있지만, 속이지 않거나 거짓을 말하지 않을 의무를 넘어 환자의 구체적 질문에 대하여 진실대로의 진술을 할 법적 의무까지 인정되는가에 관하여는 명백한 규정이 있지 않다. 다만 민법 제2조에 의한 신의칙상의 의무로서 환자의 구체적 질문에 대하여 진실대로 대답할 의무가 인정된다고 볼 여지가 있다²⁹⁾. 예컨대 계약당사자 간의 정보나 전문적 지식이 크게 불균형하고, 그 계약당사자 간의 긴밀한 신뢰관계가 바탕이 되는 계약에서는 계약체결과정에서는 물론이고, 계약의 이행 등 모든 과정에서 당사자 한쪽이 상대방에 대하여 신의칙상의 안내의무(Auskunftspflicht) 내지 정보제공의무 등을 부담한다고 본다. 역시 의사와 환자간의 진료계약에서는 의사가 정보가 전문적 지식 일체를 가지고 있으므로, 환자는 의료적 문외한으로서 어쩔 수 없이 손해배상청구권의 발생이나 그 범위에 대하여 무지하며, 반면에 의사는 어렵지 않게 환자에게 필요한 안내를 할 수 있는 위치에 있다. 그러므로 민법 제2조에 의한 신의칙상의 안내의무가 의사와 환자간의 의료계약에도 그대로 타당하다고 보며, 특히 환자의 구체적 질문에 대하여 의사는 진실을 진술할 의무가 성립한다. 환자의 질문에 대

29) 독일에서는 독일민법 제242조가 채무자는 거래관계를 고려하여 신의와 성실의 요구에 따라서 급부를 실현하여야 한다고 규정하고 있으므로, 독일민법 제242조에 의하여 인정되는 계약상의 부수적 의무로서 질문에 대한 진실진술의무가 인정될 수 있다고 본다 (Michael Terbille/Stephan Schmitz-Herscheidt, "Zur Offenbarungspflicht bei ärztlichen Behandlungsfehlern", NJW 2000, S. 1749, 1752).

응하여 진실대로 진술한 의무에는 예컨대 환자의 상태나 의료처치의 경과 등에 관한 설명이 포함되므로, 환자의 상태나 진료경과에 대한 설명은 환자에 의한 진료기록의 열람·교부와 그 내용이 다르지 않다. 의료법상 명문으로 진료기록에 관한 환자의 열람·교부청구가 인정되므로(의료법 제21조), 환자의 질문에 대하여 진료경과(진료기록의 내용이라고 할 수 있다)를 개인적으로 구두로 환자에게 진실대로 명시할 의무도 당연히 인정될 수 있다.

물론 진료경과의 명시만으로는 의료적 문외한으로서의 환자로서는 아직 자기에게 실시된 의료처치가 ‘의료행위를 할 당시 의료기관 등 임상의학분야에서 실천되고 있는 의료행위의 수준’³⁰⁾을 충족시킨 경우인지, 혹은 진료과오가 있는지 여부를 알 수 없다. 또한 의사가 의료행위 당시 요구되는 주의의무를 위반한 경우인지 여부는 환자의 의사에 대한 손해배상청구에 결정적인 의미를 가진다. 그러므로 환자가 의사에게 주의의무의 위반 여부에 대하여 질문한 때에는 진실을 숨겨서는 안 될 뿐만 아니라, 진료처치가 잘못 실시된 경우에는 의료과오의 사실을 진실대로 명시할 의무가 있다고 보아야 한다.³¹⁾

나. 치료적 조언의 일부로서의 과오설명

(i) 의사는 환자에게 요양방법이나 그 밖에 병상의 회복을 위하여 필요한 사항을 지도하고 지시하여야 하는 진료행위로서의 설명의무를 부담한다. 진료행위로서의 설명은 달리 「진료적 설명」 혹은 안전설명(Sicherungsaufklärung)이라고 표현된다. 진료적 설명이란 의사에게 의료상 요구되는 주의의무의 일환으로 행하는 설명이라고 할 수 있다. 진료적 설명의 개념에는 환자의 자기결정과 관계없는 의사의 조언의무·안내의무·경고의무·지시의무·지도의무 등이 모두 포함된다.

흔히 진료적 설명(therapeutische Aufklärung)은 치료적 조언의 일부로서

30) 대법원 2013.11.28. 선고 2013다44300 판결.

31) 독일민법 제630c조는 명시적으로 환자의 「질문」(Nachfrage)에 대하여는 진료과오를 범한 사실을 환자에게 개시하여야 한다고 규정하고 있다.

의 의미를 가진다. 특히 의사가 환자에게 의료행위를 위하여 요구되는 치료방법이나 요양방법을 지시·권고하고, 치료 중 혹은 치료 후에 그 치료의 효과를 유지하거나 증진시키기 위하여 일정한 주의사항을 전달하여야 하는 의무는 의료계약상 의사에게 요구되는 선관주의의무의 일종이라고 할 수 있다.³²⁾ 구체적으로 (i) 환자에게 정확한 진료상의 정보를 제공하고, (ii) 환자에게 정신적 안정을 갖도록 하고, (iii) 치료에 대한 환자의 협력이나 노력을 촉진하고, (iv) 환자와 의사 사이의 신뢰관계의 수립을 도모하기 위하여 진료적 설명이 요구된다. 의사의 진료적 설명을 통하여 환자가 자신의 건강상태를 정확히 이해하여야 하는 한편, 건강상태의 향상을 위하여 어떤 행동을 하여야 하는가, 어떤 비치료적 행동(예컨대 음주, 흡연, 과도한 운동 등)을 하지 않아야 하는가를 인식하게 하여야 한다.³³⁾ 의사는 진료적 설명을 통하여 만일 환자가 ‘비이성적(非理性的)으로’ 생활하는 경우에 어떤 위험이 발생할 우려가 있는가 하는 정보도 제공하여야 한다. 그러므로 진료적 설명은 의료행위의 본질적 구성부분에 해당하며, 달리 표현하면 「구두에 의한 치료」라고 할 수 있다.³⁴⁾

(ii) 의사의 과오설명은 경우에 따라서는 진료적 설명 또는 치료적 조언의 일부가 될 수 있다.³⁵⁾ 치료적 조언(안전설명)은 의료행위를 위하여 필요한 사항을 준비하고 보조하기 위하여 요구되는 설명으로서 회피가능한 다른 손해로부터 환자를 보호하기 위하여 실시된다.

의사는 의학적 견지에서 요구되는 치료적 조언의 범위에서 환자의 건강상태

32) 의료법 제24조에 의하여 의사는 환자(혹은 그 보호자)에게 요양방법이나 그 밖에 건강관리에 필요한 사항을 지도하여야 한다.

33) 예컨대 의사는 수술의 결과로 후유질환이 발생하거나 아니면 그 후의 요양과정에서 후유질환이 발생할 가능성이 있으면, 비록 그 가능성이 크지 않다고 하더라도 그 후유질환을 억제하기 위한 요양의 방법이나 일단 발생한 후유질환으로 인하여 중대한 결과가 초래되는 경우를 막기 위하여 필요한 조치가 무엇인지를 환자 스스로 판단·대처할 수 있도록 그 요양방법, 후유질환의 증상과 그 악화방지나 치료를 위한 대처방법 등을 환자의 연령, 교육정도, 심신상태 등의 사정에 맞추어 구체적인 정보의 제공과 함께 설명·지도할 의무가 있다(대법원 2005.4.29. 선고 2004다64067 판결 참조).

34) 김민중, 『의료의 법률학』, 제338면.

35) Philip Schelling/Maximilian Warntjen, "Die Pflicht des Arztes zur Offenbarung von Behandlungsfehlern", MedR 30(2012), S. 506, 507.

에 대하여 진실에 따른 사실정보를 제공하고, 계속되는 적절한 치료행위를 위한 진단적, 치료적 조언을 하여야 할 의무를 부담한다.³⁶⁾ 그리고 환자에게 야기된 의료과오가 다른 치료행위를 선택한 경우라고 하면 회피할 수 있을 경우에 의사는 그 사실에 대하여 환자의 특별한 요구가 없는 때에도 자발적으로 설명하여야 한다. 의사가 의료과오를 범한 경우나 의료행위의 성공에 의심이 있는 경우에는 환자 혹은 환자를 계속하여 치료하는 다른 의사에게 의료과오나 자기가 실시한 의료행위에 대한 의심을 설명하여 계속하여 환자를 치료하는 다른 의사에게 적절한 진단과 치료방법을 선택할 수 있도록 안내하여야 한다.³⁷⁾

다. ‘경제적’ 조언의 일부로서의 과오설명

(i) 의사의 정보제공의무에 경제적 내용도 포함되는가 하는 문제가 있다. 비록 보험환자라고 할지라도 의료처치에는 의료보험에 해당하는 부분도 있고, 의료보험에 포함되지 아니하는 부분이 있을 뿐만 아니라,³⁸⁾ 의료보험에 의하여 커버되지 아니하는 이른바 비급여진료도 있다. 그러므로 의사는 고려되는 의료처치가 보험급여진료에 해당되는지 비급여진료인지, 보험급여진료라고 하면 환자 본인이 부담하여야 하는 비율이 어느 정도인지, 또는 선택진료가 포함되는지 등에 대하여 정보제공을 하여야 한다.³⁹⁾ 예컨대 독일민법 제630c조 제3항은 제3자(예컨대 의료보험회사)에 의한 의료비용의 전부 인수가 보장되지 않거나 전부 인수되지 않을 충분한 근거가 있음을 안 때에는 의사는 환자에게

36) 예컨대 수술시 환자의 신체에 이물(부러진 주사침 등)을 잘못하여 남겨놓은 경우에는 필요한 치료에 의하여 그 이물을 제거할 수 있도록 그 이물의 존재를 설명하여야 한다(大木満, “自己の治療上の過誤に関する医師の自発的開示義務について——ドイツにおける最近の研究動向 自己の治療上の過誤に関する医師の自発的開示義務について”, 早稲田法学会誌, 44, 1994, p. 106).

37) 예컨대 암제거수술을 하면서 암세포를 모두 제거하지 않은 경우에는 환자에게 이 사실을 설명하여야 한다.

38) 국민건강보험법 제41조에 의하여 보험환자도 이른바 「본인일부부담금」을 부담한다.

39) 김민중, 『의료의 법률학』, 제486면; 이덕환, 「민법상 의사의 설명의무법리에 관한 연구」, 박사학위논문, 한양대학교학원, 1991, 제95면; 이수경, “의사의 설명의무위반으로 인한 손해배상책임”, 『판례연구』, 제24집(1), 서울지방변호사회, 2010.9, 제95면 참조.

‘진료의 개시 전에’(vor Beginn der Behandlung) 예상되는 진료의 비용에 관하여 ‘서면으로’(im Textform) 정보제공을 하여야 한다고 규정하고 있다.⁴⁰⁾

(ii) 경제적 조언의 영역에서 진료과오에 대한 설명이 인정될 수 있는가 하는 문제가 있다. 치료과오의 설명이 손해배상청구권의 주장을 가능하게 한다는 측면에서 환자에 대한 의사의 경제적 조언의무나 경제적 설명의무(wirtschaftliche Aufklärungspflicht)로부터 과오설명 의무까지 인정되어야 한다고 한편 생각할 수 있다.⁴¹⁾ 그러나 의사가 환자의 모든 재산적 이익을 포괄적으로 지켜주어야 할 의무까지 부담하지는 아니한다. 보통 의사의 재산배려의무(Vermögensfürsorgepflicht) 내지 경제적 설명의무의 사례로서는 흔히 의료보험에 의하여 의료비 전체가 커버되는가 아닌가, 고려되는 수술이나 치료를 받게 되면 치료비가 얼마나 되는가 등에 관한 경우이다. 그러므로 의사는 예상하지 않은 치료에 의한 자기의 재산적 지출 등과 같이 환자로서 기대하지 못한 경제적 사정을 알게 된 경우에 그 사정을 환자에게 알려 환자가 고려되는 치료를 받을지 아닌지를 결정할 수 있게 하여야 한다(물론 의료보험과 관계되는 법률조항이나 세부적 요금표까지 환자에게 알릴 필요는 없다). 그러므로 일반적으로 승인되는 의사의 재산배려의무 내지 경제적 설명의무에는 요구되는 치료나 수술에 대한 환자의 결정과 관계되는 사항만이 해당할 뿐이고, 의료과오로 생기는 손해배상청구권까지를 의사의 재산배려의무나 경제적 설명의무에 포함시켜 이해하기는 곤란하다. 다만 경제적 설명의무로부터 아주 제한된 범위에서는 의사의 과오개시의무(Fehleroffenbarungspflicht)가 인정될 수 있다고 보며, 예컨대 의사가 의료과오로 야기된 병상에 대한 치료행위를 위하여 환자가 스스로 후속치료 내지 추가치료에 대한 비용을 부담하여야 한다는

40) 독일에서는 이른바 「경제적 설명」(wirtschaftliche Aufklärung)이라고 하는 주제로 독일판례를 통하여 오래 전부터 진료비에 대한 정보제공의무가 인정되고 있다(예컨대 Adolf Laufs/Christian Katzenmeier/Volker Lipp, 『Arztrecht』, Beck(6.Aufl., 2009), S. 107f.; BGH NJW 1983, 2630; BGH NJW 2000, 3429, 3431f. 등 참조).

41) 大木満, “自己の治療上の過誤に関する医師の自発的開示義務について——ドイツにおける最近の研究動向 自己の治療上の過誤に関する医師の自発的開示義務について”, 早稲田法学会誌, 44, 1994, p. 107.

사정을 안 경우에는 그 비용부담의 문제에 관하여 설명하여야 한다.

라. 자기결정적 설명의 구성부분으로서의 과오설명

(i) 의료행위는 의사의 상당한 주의 및 의학적 지식과 기술에 따라서 행하여져야 할 뿐만 아니라, 환자에게 헌법 제10조에 보장되어 있는 의료적 자기결정권(medizinische Selbstbestimmungsrecht)에 근거하여 실시되어야 한다.⁴²⁾ 환자에 대한 모든 의료행위는 신체에 대한 침습을 포함하므로(민법 제750조 및 형법 제257조 참조), 그 침습행위는 단지 환자의 승낙 내지 동의가 있는 경우에만 정당화된다.⁴³⁾ 그리고 의료행위에 대한 환자의 승낙 내지 동의는 먼저 의사가 환자에게 병명이나 의료행위의 내용 및 위험을 설명한 경우에만 가능하므로, 의사는 미리 환자에 대하여 예상되는 의료행위와 관련한 제반사항을 설명하여야 한다. 바로 환자의 승낙 내지 동의를 얻기 위한 의사의 설명의무를 자기결정을 위한 설명의무(selbstbestimmende Aufklärungspflicht)라고 한다.⁴⁴⁾

(ii) 환자가 의료과오로 일어난 나쁜 결과에 대한 새로운 치료를 받을지 아닌지를 자기결정하기 위한 판단자료로서 이전에 일어난 의료과오에 대하여 알지 않으면 안 되는 경우도 있다. 그러므로 의사의 의료과오에 대한 과오설명은 환자의 계속적인 치료행위를 위하여 대단히 중요한 의미를 가질 수 있다.

계속적인 치료행위를 위한 환자의 자기결정을 위한 과오설명은 치료적 조건의 일부로서의 과오설명과 같이 순수한 의료적 관점에 의하여 고려되는 의사설명이 아니고, 계속적인 치료를 위하여 요구되는 환자의사의 관점에서 요

42) 설명을 아니한 채 승낙 없이 침습한 경우에는, 설명 의사에게 치료상의 과실이 없는 경우에도 환자의 승낙권을 침해하는 위법한 행위가 된다(대법원 2002.1.11. 선고 2001다27449 판결; 대법원 1994.4.15. 선고 92다25885 판결 등 참조).

43) 석희태, “의사의 설명의무와 환자의 자기결정권”, 『연세행정논총』, 제7집, 연세대학교 행정대학원, 1981, 제287면; 김천수, 「환자의 자기결정권과 의사의 설명의무」, 박사학위논문, 서울대대학원, 1994; 이재석, “의료행위의 형법적 평가”, 『대구법학』, 제4호, 대구구대학교 법학연구소, 2001, 제65면.

44) 자기결정적 설명의무는 다시 진단설명, 경과설명, 위험설명 등으로 구분할 수 있다(김민중, 『의료의 법률학』, 신론사, 2011, 제481면 이하 등 참조).

구되는 설명의무에 해당한다. 자기결정적 설명의 일부로서의 과오설명은 의료과오의 결과로 새로운 동의가 요구되는 의료침습이 고려되거나 지속적인 치료행위가 문제가 되는 경우에 요구된다. 특히 자기결정적 과오설명은 의료과오를 치유하기 위한 재의료행위가 필요하고, 그 재의료행위를 위하여 설명·동의(informed consent)가 필요한 경우, 즉 이전에 잘못 행하여진 치료가 원상회복(restitutio ad integrum)의 형태로 치유될 수 있는 경우에 고려된다. 반대로 의료과오를 범한 의사를 통한 재차적 의료침습이 고려되지 않는 경우, 특히 의료과오의 결과를 제거하기 위한 재의료행위가 불가능한 경우(예를 들어 사망, 치료가 더 이상 불필요한 장애의 고착화 등) 또는 의료과오가 지속적 손해를 야기하지 아니하는 경우에는 자기결정적 의미에서 요구되는 의료과오설명 의무는 문제가 되지 아니한다.

마. 치료 후의 설명으로서의 과오설명

치료처치의 과정에서 의사가 환자에게 한 설명이 부정확하거나 과도한 사실이 밝혀지는 경우가 있다. 만약 의료행위 당시 환자에게 한 설명이 부정확하거나 과도한 사실이 밝혀지면 의사는 그 과오를 바로 잡아야 하는가 하는 문제가 있다. 의사는 의료처치의 과정에서 과오를 발견한 때에는 지체 없이 변경사항을 환자에게 고지하여야 한다. 예를 들어 암을 진단한 의사가 의료처치의 과정에서 암이 아니라는 사실을 안 경우에는 암과 같이 생명을 위협하는 질병의 공포로부터 환자를 벗어나게 하기 위하여 암이 아니라는 사실을 환자에게 바로 알려야 한다.⁴⁵⁾

의사는 역시 치료가 종료된 후에도 의료계약관계의 사후효(事後效)로부터 여전히 일정한 의무를 부담할 수 있다. 의사의 사후효적 설명의무는 환자에게 야기될 손해를 가능한 한 최소화하기 위하여 최선을 다할 의무의 일종이라고 할 수 있다. 의사가 사후효적 설명의무를 다하지 아니하면 이른바 「계약종료

45) 김민중, 『의료의 법률학』, 제487면.

후의 과실」(culpa post contractum finitum)이 되어 일종의 계약책임으로서 의료과오책임을 부담한다.⁴⁶⁾ 치료과오설명과 관련하여서도 치료 후의 설명 의무로서 의료과오설명을 이해할 수 있다. 예컨대 의사가 질병을 치료하는 과정에서 환자에게 치유가 가능한 다른 건강손상을 야기한 경우에는 그 건강손상에 대하여 환자에게 설명하여야 할 의무가 의료계약의 사후효로서 인정될 수 있다고 본다.

바. 의료윤리 내지 의료법에 의한 과오설명 의무

(i) 의료행위에서의 「설명」은 윤리적으로도 진실의무에서 그 근거를 찾을 수 있다. 누구에게나 「진실」이 윤리적으로 요구되는 기본행위라고 하는 사실에 대하여는 의문의 여지가 없다. 윤리적으로 누구든지, 특히 환자도 거짓이 아니라 진실을 알 권리가 있다고 보아야 하므로, 진실에 대한 윤리적 요청이 역시 의료행위에 관한 의사의 설명에 대하여 적용되어야 한다는 사실에 대하여는 이견(異見)이 있을 수 없다.

물론 의료과오로 야기된 질병에 대하여 큰 곤란 없이 치료가 가능한 경우에는 진실을 말한다는 사실이 간단하다. 그러나 의료과오로 희망 없는 질병이 발생한 경우, 즉 진실이 오히려 환자를 해칠 우려가 있는 경우까지도 진실을 말하여야 할 윤리적 의무가 성립하는지는 단언하기가 곤란하다. 여하튼 「환자를 해치지 말라」(nihil nocere), 「어떤 경우에도 환자를 해쳐서는 안 된다」(first do no harm)는 명령도 역시 의료행위에서 의사에게 요구되는 윤리적 명령이라고 할 수 있으므로, 진실을 통하여 환자의 병상이 악화된다든지, 환자가 심리적 쇼크에 의하여 투병의지를 포기하게 된다든지, 혹은 극단적으로 진실이 환자의 사망으로 연결될 가능성이 있다든지 하는 경우에는 어쩔 수 없이 침묵이 「진실의 자비로운 형태」로 이해될 필요도 있다.⁴⁷⁾

46) 계약의 사후적 효력과 관련한 일반적인 내용은 김민중, 「사후효적 계약의무」, 『채권법에 있어서 자유와 책임』(김형배교수화갑기념논문집), 1994, 제431면 참조.

47) 김민중, 『의료의 법률학』, 제467~468면 참조.

(ii) 의사는 의료법에 의하여 일반적으로 민법에 의하여 부담하여야 할 의무보다 과중한 의무를 부담한다. 특히 인간의 일상적 사회관계에서 요구되는 의무보다 의료적 직업영역에서는 윤리와 법률의 결합을 통하여 더 많은 의무가 요구된다. 다만 의료적 행위 의무의 영역에서 법적 의무와 윤리적 의무를 구분하기는 곤란하고, 윤리적 의무로서 자기의 과오에 대한 모든 인간, 특히 의사의 자발적 설명이 인정될 수 있는가 하는 문제에 대하여 단적으로 대답하기는 곤란하다.⁴⁸⁾ 현재 의사나 의료행위에 대하여 적용되는 의료법에 의하면 과오 설명을 직접적으로 강제하는 규정은 존재하지 아니한다. 그러므로 현행법의 해석에 의하면 자기의 의료과오에 대한 의사의 의료법적 설명의무는 성립하지 아니한다고 할 수 있다. 다만 의사는 환자와의 법적 관계에서 「일반적 성실의무」(allgemeine Treuepflicht)를 부담한다.⁴⁹⁾ 가령 의료법상으로도 의사는 환자에게 요양방법이나 그 밖에 건강관리에 필요한 사항을 지도하여야 하고(의료법 제24조), 진료기록 등을 거짓으로 작성하거나 고의로 사실과 다르게 추가 기재·수정하여서는 안 되는 의무를 부담시켜 의사의 일반적 성실의무를 강조하고 있다. 그러므로 의사가 환자에 대한 관계에서 법적 의무로서 부담하는 일반적 성실의무로부터 어느 정도 제한된 범위(예컨대 중대한 의무위반에 기한 의료과오)에서는 과오 설명의무를 부담시킬 수 있다고 생각된다.

4. 의사의 과오 설명의무의 위반에 따른 효력

가. 소멸시효회피의 효력

독일에서 본래 변호사나 세무사 등과 같은 자유업의 경우에 관하여는 단기의 소멸시효를 회피하기 위한 수단으로서 자기에 대한 손해배상 청구의 가능성

48) 大木満, “自己の治療上の過誤に関する医師の自発的開示義務について——ドイツにおける最近の研究動向 自己の治療上の過誤に関する医師の自発的開示義務について”, 早稲田法学会誌, 44, 1994, p. 108-109; Jochen Taupitz, “Aufklärung über Behandlungsfehler: Rechtspflicht gegenüber dem Patienten oder ärztliche Ehrenpflicht?”, NJW 1992, S. 719.

49) Philip Schelling/Maximilian Warntjen, “Die Pflicht des Arztes zur Offenbarung von Behandlungsfehlern”, MedR 30(2012), S. 506, 510.

과 직전에 입박한 소멸시효의 완성에 대하여 지적할 의무가 있다고 본다. 그러나 독일에서도 의사의 경우에는 소멸시효와의 관계에서 자발적인 의료과오설명의무를 인정하기는 어렵다고 보는 견해가 많다. 독일민법 제199조 제2항에 의하여 ‘생명(Leben), 신체(Körper), 건강(Gesundheit)’의 침해와 관련한 경우로서 행위시나 의무위반시로부터 30년의 소멸시효에 걸리므로, 특별히 변호사나 세무사 등에 적용되는 단기소멸시효의 문제를 해결하기 위한 방편으로 인정되는 자기과오개시의무를 그대로 의사에게 적용하기는 어렵다. 다만 어떤 의료과오로 인한 손해의 발생이 아주 오랜 동안 지체되어 생기는 경우에 소멸시효의 문제가 생길 수 있다고 생각되나, 현실적으로는 거의 불가능하다고 여겨진다. 그리고 환자가 의료과오로 인한 손해배상청구권을 가지게 된 후에도 의사에 대한 신뢰로 인하여 손해배상청구권의 행사를 하지 않고 있는 상황에서 갑자기 어떤 사유로 의사와의 신뢰관계가 깨어져 뒤늦게 손해배상청구권을 행사하고자 하나, 이미 소멸시효기간이 끝난 경우도 있을 수 있으나, 현실상으로는 희소한 케이스라고 하지 않을 수 없다.

국내에서는 의료과오에 기한 손해배상청구권의 소멸시효는 불법행위에 기한 경우인가, 채무불이행에 기한 경우인가에 따라서 다르다. 불법행위에 의한 손해배상청구권은 「피해자나 그 법정대리인이 그 손해 및 가해자를 안 날로부터」 3년 동안 행사하지 아니하면 소멸하고, 또한 「불법행위를 한 날로부터」 10년이 경과하면 소멸한다(민법 제766조). 민법 제766조에서 3년의 기간은 소멸시효기간이고, 10년의 기간은 제척기간이다. 그리고 채무불이행책임에 기한 손해배상청구권은 민법 제162조 제1항에 의하여 10년의 소멸시효에 걸린다. 우선 의료과오가 채무불이행인 경우에 그 손해배상청구권은 10년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성하고(민법 제162조 제1항). 그 손해배상청구권의 소멸시효는 권리를 행사할 수 있는 때로부터 진행하나(민법 제166조), 의료과오로 인한 신체침해의 경우에는 일반적인 계약상의 채무불이행에 의한 손해와 달라서 그 손해의 내용, 태양 등을 미리부터 예상하기 어려울 뿐만 아니라, 채무불이행의 시점과 손해발생의 시점 사이에 시간적 간격이 있는 경우가

많으므로, 그 경우에 민법 제166조의 ‘권리를 행사 할 수 있는 때’란 객관적, 구체적으로 손해가 발생된 때라고 보아야 하며, 예컨대 환자가 부상을 입은 때로부터 상당한 기간이 지난 뒤에 후유증이 나타나고, 그로 인하여 채무불이행시에는 의학적으로도 예상치 아니한 치료방법을 필요로 하고, 의외의 비용이 불가피하게 지출되어야 한다면 그 치료에 든 비용에 해당하는 손해에 대하여는 그 사태가 판명된 시점까지 손해배상청구권의 시효가 진행하지 아니하고, 후유장해의 발생으로 인한 손해배상청구권에 대한 소멸시효는 후유장해로 인한 손해가 발생한 때로부터 진행된다.⁵⁰⁾ 그리고 불법행위에 기한 손해배상청구권에 대한 10년의 제척기간은 의사가 의료과오를 범한 날로부터 기산하나, 의료과오와 현실적인 손해의 발생 사이에 시간적 간격이 있는 의료과오에 기한 손해배상채권의 경우에 ‘불법행위를 한 날’의 의미는 단지 관념적이고 부동적인 상태에서 잠재적으로만 존재하고 있는 손해가 그 후 현실화되어 있다고 볼 수 있는 때, 다시 말하자면 손해의 결과발생이 현실적인 경우로 되어 있다고 할 수 있는 때로 보아야 한다고 해석한다.⁵¹⁾ 또한 불법행위로 인한 손해배상청구권에 3년의 단기소멸시효기간이 적용되나, 그 소멸시효는 「손해 및 가해자」양자를 안 때로부터 진행하고(민법 제766조 제1항), 민법 제766조 제1항에서 말하는 「손해」란 의료과오로 인한 손해발생의 사실, 「가해자」란 손해배상청구의 상대방이 될 사람을 의미하므로 의사나 병원을 가리키고, 「안 날」이란 환자나 그 법정대리인이 손해 및 의료과오를 범한 의사(가해자)를 현실적이고도 구체적으로 인식함을 뜻한다(특히 「손해를 안 날」이란 불법행위의 요건사실에 대한 인식으로서 의료과오의 존재, 의료과오(가해행위)와 손해의 발생 사이에 상당인과관계 등이 있다는 사실까지 환자가 안 경우를 가리키고, 「손해를 안다」는 의미는 손해의 발생뿐만 아니라 그 의료과오가 불법행위인 사실까지도 알아야 하며, 「가해자를 안다」는 의미는 의료과오를 한 의사가 누구인가를

50) 후유장해의 발생 시기는 소멸시효를 주장하는 의사가 입증하여야 한다(대법원 1992.5.22. 선고 91다41880 판결).

51) 대법원 1998.5.8. 선고 97다36613 판결; 대법원 1992.12.8. 선고 92다29924 판결.

안 경우를 가리킨다⁵²⁾). 그러므로 민법상으로도 의사에 대한 손해배상청구권과 관련하여서는 의사의 과오설명의무가 별로 의미가 없다고 판단된다.

나. 소송상의 효력

(1) 증명책임의 문제

의료과오소송에서도 역시 입증책임의 분배에 관한 일반원칙에 따라서 당사자가 각각 자기에게 유리한 상황을 주장하고 필요한 경우에는 입증하여야 한다. 원칙적으로 의료과오소송에서는 원고로서 손해배상청구권을 주장하는 환자가 의료과오의 존재, 손해의 발생, 그 의료과오와 발생한 손해 사이의 인과관계 등을 입증하여야 의사책임이 인정된다. 그러나 의료과오소송에서 환자가 의사의 치료상의 과오를 증명하기는 극히 곤란하다. 의료과오소송은 일반적으로 의료행위라고 하는 극히 전문적 분야에 관한 분쟁인 관계로 환자는 의학에 대한 비전문가로서 증거방법이나 정보를 수중에 가지고 있지 못할 뿐만 아니라,⁵³⁾ 의학상의 전문지식에 관하여 문외한에 불과하고,⁵⁴⁾ 또한 의료과오는 진찰실이나 수술실 등과 같은 밀실에서 이루어진다는 사정도 환자의 증명곤란에 영향을 미친다. 그리고 치료행위는 통상 살아있는 환자를 대상으로 하나, 환자는 사람마다 신체의 구조 및 기능에 차이가 있으므로, 환자의 '개별차'(어떤 환자는 정상인에게는 전혀 부작용을 일으키지 않는 의료행위에 대하여 이상하게 반응하는 과민성체질 혹은 특이체질을 가지고 있는 경우도 있고, 의학적으로 아직 구명되지 아니한 특이체질도 적지 않다) 내지 환자에 따라서 생길 수 있는 불확정적

52) 대법원 1997.12.26. 선고 97다28780 판결.

53) 대법원 2003.1.24. 선고 2002다3822 판결은 '의료행위가 고도의 전문적 지식을 필요로 하는 분야이고, 그 의료의 과정은 대개의 경우 환자 본인이 그 일부를 알 수 있는 외에 의사만이 알 수 있을 뿐'이라고 하여 의료의 밀실성을 인정하고 있다.

54) 헌법재판소 1990.11.19. 선고 89헌마116 전원재판부도 환자의 증명곤란을 의료관계소송은 의료라고 하는 극히 전문적 분야에 관한 분쟁인데 일방당사자인 의사는 자신의 모든 지식·경험을 동원하여 면책의 방법을 강구하는데 반하여 상대방사인 환자나 가족은 의료의 문외한이므로, 환자나 그 가족이 의사와 정면으로 대결하여 자신의 주장을 조리 있게 전개하고 증거를 제시하기는 매우 기대하기 어렵다고 판단하고 있다.

요소로 인하여 어떤 환자에게 기대하는 결과가 생기지 아니한 경우라고 하더라도 그 사실만을 가지고 바로 치료과오(의료과실)라고 확정하기가 어렵다.

환자가 의사의 치료과오에 대하여 의심만을 가지고 있을 뿐이고, 제대로 증명을 하지 못하고 있는 상황에서 만약 의사의 과오개시의무가 인정된다고 하면 환자의 증명곤란을 개선하는 효과를 가져오는가 하는 문제가 있다. 물론 의사 자신의 치료상의 과오를 자발적으로 개시할 의무가 어느 정도는 증명책임의 전환과 같은 효과를 가져올 수 있다.⁵⁵⁾ 과오개시의무가 의사에 의하여 임의로 이행되는 경우에는 문제가 없으나, 만약 의사가 임의로 자기의 치료과오를 개시하지 아니한다고 하면 환자는 의사의 과오개시의무의 위반을 주장하기 위하여는 그 과오개시의무의 전제조건이 되는 의료과오, 즉 이전의 객관적 의무위반을 증명하지 않으면 안 되므로, 증명책임의 전환의 결과가 생길 수 없다.⁵⁶⁾

(2) 증명수단을 자발적으로 제공할 의무

의사 자신의 치료상의 과오에 관한 자발적 개시의무와 관련되는 소송법상의 문제로 의사는 환자에게 증명수단을 자발적으로 제공할 의무가 있는가 하는 문제가 있다. 예컨대 병원이나 의사가 수중에 가지고 있는 자료가 있으면 치료상의 과오가 증명되는 경우에 의사는 그 자료를 자발적으로 환자에게 제공하거나 적어도 알려줄 의무가 있는가, 또는 의료과오를 증명할 수 있는 진료기록⁵⁷⁾ 등 자료를 거짓으로 작성하거나 고의로 사실과 다르게 추가·삭제·수정한 사정이나 무단히 폐기한 사정 등을 자발적으로 환자에게 알려야 하는가 하는

55) 예컨대 타인간의 민사소송에서 증인이 자기의 범죄사실에 대하여 시인하는 증언을 한 경우는 특별한 사정이 없는 한 그를 믿는 태도가 경험칙에 합당하므로(대법원 1984.06.12. 선고 83다카1927 판결), 만약 의사가 의료과오소송에서 자기의 의료과오를 개시하면 그 의료과오의 존재가 증명될 수 있다.

56) 만약 의사의 과오설명 의무가 인정된다면 환자가 자기에게 발생한 약결과와 원인이 어디에 있는가를 의사에게 질문하게 되므로, 결과적으로는 과오설명 의무의 위반에서는 증명책임이 전환되는 결과가 생길 수 있다고 하는 의견도 있을 수 있다.

57) 의료법 제22조 제1항에 의하여 의사는 진료기록부를 갖추어 두고 환자의 주된 증상, 진단 및 치료의 내용 등 의료행위에 관한 사항과 의견을 상세히 기록하고 서명하여야 한다.

문제가 제기된다.

일반적으로 의사가 자발적으로 자기가 가지는 증명수단을 환자에게 제공하거나 알릴 의무까지는 인정하기는 곤란하다(의사는 환자가 알지 못하는 사실을 자발적으로 환자에게 제공하여야 할 의무가 일반적으로 인정되지 아니하나, 다만 의사 자신을 난처하게 하는 사실의 자발적인 통지만이 부정될 뿐이고, 자기를 곤란하게 하지 않는 사실에 대하여는 자발적인 지적의무를 긍정하여야 한다고 보는 견해는 있을 수 있다).⁵⁸⁾ 특히 의료법 제21조는 환자에 대한 진료기록의 열람이나 교부를 인정하고 있을 뿐이고, 의사에 대하여 진료기록의 열람·교부 자체를 넘어 증명수단의 제공을 자발적으로 할 의무까지를 규정하고 있지는 않다.

(3) 위자료의 산정시 고려

비록 의사의 과오설명의무를 긍정한다고 하더라도 환자에게 야기된 손해는 의료과오로 인하여 발생한 경우로 되므로, 과오설명의무의 위반이 별도로 책임성립적 행위로서 독자적인 의미를 가지지는 아니한다. 만약 의료과오의 존재를 미리 안 경우라고 하면 방지할 수 있는 손해를 과오설명을 하지 아니하여 막지 못한 경우를 생각할 수 있으나, 그 손해도 본래의 의료과오로 인한 손해로 파악하면 충분하다. 그리고 손해의 방지를 제때에 하지 못하여 환자가 입은 정신적 고통을 위자료로 반영하면 충분하다. 그러므로 의사가 과오설명의무를 부담한다고 볼 때에는 그 위반이 경우에 따라서 위자료의 증액을 가져올 수 있다고 본다.

IV. 결 어

의사를 무조건 “과오가 있으면서도 자신의 과오를 숨기려는 자”로 매도하여

58) 大木満, “自己の治療上の過誤に関する医師の自発的開示義務について——ドイツにおける最近の研究動向 自己の治療上の過誤に関する医師の自発的開示義務について”, 早稲田法学会誌, 44, 1994, p. 120-121.

서는 안 된다. 또한 어떤 경우에도 진실을 털어놓으라고 칸트식의 도덕명령을 의사에게 무조건적으로 강요할 수도 없다. 판례가 아직은 의사의 일반적·포괄적인 과오설명 의무를 인정하지 아니하고, 법률상으로도 의사의 과오설명 의무를 인정하기 위한 뚜렷한 근거규정이 없다. 다만 의사의 과오설명 의무가 인정될 필요가 있는지, 또는 어느 범위에서 인정될 수 있는지 등에 관한 다양한 논의는 필요하다고 본다.

민사법적 손해배상 청구권의 실현을 위하여 자발적으로 자기 자신의 진료과오를 설명하여야 할 법적 의무를 당장 의사에게 부담시키기는 무리라고 생각된다. 진료적 조언(therapeutische Beratung)에는 진단, 치료행위의 종류와 그 예후, 치료행위의 경과 등에 대한 진실적합적 교시나 설명을 요구하고 있으나, 원칙적으로 의사가 자신이 이전에 한 의료처치가 의무적합적인지(pflichtgemäß) 또는 의무위반적인지(pflichtwidrig)를 환자에게 평가하여 줄 의무는 의사설명 의무의 범위에 포함되지 아니한다. 그러므로 과오설명 의무의 위반을 이유로 원칙적으로 의사에게 어떤 제재를 가하거나 책임을 물을 수는 없다. 다만 자기결정적 설명의 일환으로서 의료과오로 인하여 추가로 요청되는 의료침습에 대한 유효한 환자동의를 얻기 위하여는 중대한 의료과오의 개시에 대한 의무가 긍정될 수 있다고 본다. 또한 환자가 구체적인 질문을 한 경우에는 의사에게 침묵의 권리나 거짓이 허용될 수 없고, 진실을 대답하여야 할 의무가 인정된다. 환자가 의료과오에 대한 의심을 가지고 분명하게 의사에게 의료과오 여부에 관한 질문이나 문의를 한 경우에 의사는 자기나 다른 의사의 의료과오에 관한 정보제공을 피할 수 없다. 그리고 자기의 의료과오에 대한 임의적이고 자발적인 개시는 의사의 도덕적 의무라고 할 수 있다.

주제어 : 진료계약, 진료과오, 설명의무, 과오설명, 자기부죄금지, 독일민법 제 630c조

[참 고 문 헌]

- 김민중, 『의료의 법률학』, 신론사, 2011.
- _____, “사후효적 계약의무, 채권법에 있어서 자유와 책임”, 『김형배교수화갑기념논문집』, 1994.
- _____, “진료계약: 판례로 형성된 원칙에서 전형계약으로”, 『사법』, 제28호, 사법발전재단, 2014. 6.
- 김천수, 「환자의 자기결정권과 의사의 설명의무」, 박사학위논문, 서울대학교 대학원, 1994.
- 석희태, “의사의 설명의무와 환자의 자기결정권”, 『연세행정논총』, 제7집, 연세대학교 행정대학원, 1981.
- 이덕환, 「민법상 의사의 설명의무범리에 관한 연구」, 박사학위논문, 한양대학교 대학원, 1991.
- 이수경, “의사의 설명의무위반으로 인한 손해배상책임”, 『판례연구』, 제24집(1), 서울지방변호사회, 2010. 9.
- 이재석, “의료행위의 형법적 평가”, 『대구법학』, 제4호, 대구대학교 법학연구소, 2001.
- 홍영기, “Nemo tenetur-원칙”, 『고려법학』, 제66호, 고려대학교 법학연구원, 2012. 9.
- _____, “형사사법에서 nemo tenetur-원칙의 구체화”, 『고려법학』, 제67호, 고려대학교 법학연구원, 2012. 12.
- Bahner, Beate, “Das Patientenrechtgesetz: Der Behandlungsvertrag endlich im BGB verankert”, MPR 2013.
- Borgmann/Haug, 『Anwaltshaftung』, 3. Aufl., 1995.
- Brüggemeier, Gert, 『Deliktsrecht: Ein Hand- und Lehrbuch』, Nomos, 1986.
- Deutsch/Geiger, “Der medizinische Behandlungsvertrag. Empfiehlt sich eine besondere Regelung der zivilrechtlichen Beziehung zwischen dem Patienten und dem Arzt im BGB?”, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, BMJ 1981.
- Francke, Robert/Hart, Dieter, 『Ärztliche Verantwortung und Patienteninformation』, Thieme, 1987.
- Giesen, Dieter, “Wandlung im Arzthaftungsrecht”, JZ 1990.

- Gubernatis, Gabriele, “Zur Offenbarungspflicht bei ärztlicher Fehlbehandlung”, JZ 1982.
- Katzenmeier, Christian, “Der Behandlungsvertrag – Neuer Vertragstypus im BGB”, NJW 2013.
- Kleuser, Michael, 『Die Fehleroffenbarungspflicht des Arztes』, Verlag Versicherungswirtschaft, 1995.
- Laufs, Adolf/Katzenmeier, Christian/Lipp, Volker, 『Arztrecht』, Beck, 6.Aufl., 2009.
- Laufs, Adolf/Kern, Bernd-Rüdiger/Schlund, Gerhard H., 『Handbuch des Arztrechts』, Beck, 2010.
- Parzeller, M./Gaede, H./Dettmeyer, R./Zedler, B./Bockholdt, B., “Pflicht zur Offenbarung von Behandlungsfehlern nach dem Patientenrechtgesetz”, Rechtsmedizin 4, 2014.
- Rinsche, 『Die Haftung des Rechtsanwalts und Notars』, 6. Aufl., 1998.
- Schelling, Philip/Warntjen, Maximilian, “Die Pflicht des Arztes zur Offenbarung von Behandlungsfehlern”, MedR 30, 2012.
- Schneider, Angie, “Der Behandlungsvertrag”, JuS 2013.
- Spindler, “Aufklärungspflicht des Arztes über eigene Behandlungsfehler”, in Bamberger/Roth (Hrsg), Beck’scher Online-Kommentar BGB, Ed. 21, November 2011.
- Staudinger/Hager, 『Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen』, Sellier-de Gruyter, 2011.
- Taupitz, Jochen, 『Die zivilrechtliche Pflicht zur unaufgeforderten Offenbarung eigenen Fehlverhaltens』, Mohr Siebeck, 1989.
- Taupitz, Jochen, “Aufklärung über Behandlungsfehler: Rechtspflicht gegenüber dem Patienten oder ärztliche Ehrenpflicht?”, NJW 1992.
- Terbille, Michael/Schmitz-Herscheidt, Stephan, “Zur Offenbarungspflicht bei ärztlichen Behandlungsfehlern”, NJW 2000.
- Tunc, André, 『International Encyclopedia of Comparative Law: Torts』. Vol. 11, 1983.
- 大木満, “自己の治療上の過誤に関する医師の自発的開示義務について——ドイツにおける最近の研究動向 自己の治療上の過誤に関する医師の自発的開示義務について”, 早稲田法学会誌 44, 1994.

Besteht die Pflicht des Arztes, den Patienten über einen eigenen Behandlungsfehler zu informieren?

Kim, Min Joong

Chonbuk National University Law School

=Zusammenfassung=

Der Vertrag zwischen dem Arzt und seinem Patienten wird als Auftrag im Sinne des §680 KBGB qualifiziert. Dem Arzt erwachsen innerhalb dieses Behandlungsvertrages zahlreiche Pflichten, von denen ein großer Teil durch Richterrecht geschaffen wurde. Den Arzt treffen z.B. Behandlungspflicht, Informationspflicht über die Behandlung, Aufklärungspflicht über einwilligungspflichtige Umstände, Dokumentationspflicht, Schweigepflicht.

Der Arzt ist nach Rechtsprechung und Literatur verpflichtet, den Patienten über sämtliche für die Einwilligung wesentlichen Umstände aufzuklären, insbesondere über Art, Umfang, Durchführung, zu erwartende Folgen und spezifische Risiken der Maßnahme, die Notwendigkeit, Dringlichkeit und Eignung der Maßnahme zur Diagnose oder zur Therapie und über die Erfolgsaussichten der Maßnahme im Hinblick auf die Diagnose oder Therapie. Muß der Arzt den Patienten auf einen eigenen Behandlungsfehler hinweisen, wenn für ihnen Umstände erkennbar sind, die die Annahme eines Behandlungsfehlers begründen. Allgemeine Offenbarungspflicht bei ärztlichen Behandlungsfehlern wird bisher nicht diskutiert. Nach derzeitigem Recht besteht keine allgemeine Offenbarungspflicht des Arztes, den Patienten unaufgefordert über einen eigenen Behandlungsfehler hinzuweisen. Aber wie im §630c BGB, sind für den Behandelnden Umstände erkennbar, die die Annahme eines Behandlungsfehlers begründen, hat er den Patienten über diese auf Nachfrage oder zur Abwendung gesundheitlicher Gefahren zu informieren.

Keyword: Arzt, Patient, Behandlungsvertrag, Behandlungsfehler, Aufklärungspflicht, Offenbarungspflicht, §630c BGB