

수술환자의 권리보호에 대한 형사법적 쟁점

- 환자의 자기결정권을 중심으로 -

유 재 근*

- I. 들어가는 말
- II. 수술환자의 권리와 전단적 의료행위
 - 1. 환자의 자기결정권
 - 2. 전단적 의료행위
- III. 환자의 자기결정권 침해에 대한 형사법적 쟁점
 - 1. 환자의 자기결정권 행사를 위한 전제조건
 - 2. 의료주체에 대한 결정권 침해
 - 3. 의료행위에 대한 결정권 침해
- IV. 수술환자의 권리보호강화를 위한 제언
- V. 맺음말

I. 들어가는 말

최근 일부 의료기관에서 발생한 일명 ‘대리수술’, ‘유령의사’ 논란이 이슈가 되고 있다. 대리수술이란 환자를 진료하고 수술하기로 약속한 의사가 아닌 다른 의사가 수술을 하는 것이다. 수술실은 철저하게 외부와 차단되어 있고, 환자는 전신마취 등으로 의식이 없는 상태이기 때문에 수술실 안에서 어떤 일이 일어나는지 환자로서는 알기가 쉽지 않다. 이런 수술실의 특성상 대리수술을 비롯하여 환자가 동의한 것과 다른 내용의 이른바 전단적 의료행위가 이뤄질 가능성이 크고, 그러한 경우 환자의 권리는 보호되기 어렵다.

* 논문접수: 2015. 12. 7. * 심사개시: 2015. 12. 9. * 수정일: 2015. 12. 20. * 게재확정: 2015. 12. 28.
* 춘천지방검찰청 원주지청 검사, 법학전문석사.

이와 관련하여 최근 정부에서 수술 전후 의사의 설명의무를 강화하고, 수술실 내 CCTV를 설치할 것을 권장하는 등의 제도개선이 이루어지고 있으며, 법원도 설명의무를 위반한 의료인에 대하여 민사상 손해배상책임을 인정하고 있을 뿐만 아니라 설명의무를 위반한 의료인에 대하여 형법상 업무상과실치사상죄의 죄책까지 인정하는 태도를 취하고 있는바, 환자의 권리가 강화되고 있는 양상이다.

따라서 수술환자의 권리보호와 관련한 의사의 전단적 의료행위에 대한 형사판례들을 검토한 후, 궁극적으로 수술환자의 권리보호를 강화할 수 있는 합리적인 방안을 형사법적 관점에서 모색해 보고자 한다.

II. 수술환자의 권리와 전단적 의료행위

1. 환자의 자기결정권

일반적으로 수술행위는 신체에 대한 침습을 포함하는 것이므로 그 행위가 정당한 행위가 되기 위해서는 일정한 요건을 갖추어 환자에게 동의를 구하지 않으면 안 되고, 환자의 동의에 의하여 의료행위가 합법적으로 인정되기 위해서 먼저 환자는 본인의 신체에 대하여 의학적으로 어떠한 상태에 있는지, 누구로부터 어떠한 처치를 받아야 하는지, 예상되는 결과는 어떤지에 대하여 알 권리가 있다. 또한, 환자의 합리적 판단에 의하여 스스로 선택하고 요구할 수 있으며, 의사는 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 진료행위를 받을 것인지의 여부를 선택하도록 함으로써 그 진료행위에 대한 동의를 받아야 한다¹⁾. 이때 환자의 동의는 헌법 제10조에서 규정한 개인의 인격권과 행복추구

1) 대법원 2002. 10. 25. 선고 2002다48443 판결 등 참조.

권에 의하여 보호되는 자기결정권을 보장하기 위한 것으로서 환자는 생명과 신체의 기능을 어떻게 유지할 것인지에 대하여 스스로 결정하고 진료행위를 선택하게 된다²⁾.

특히, 자신을 치료할 의료인을 결정할 수 있는 권리는 환자의 자기결정권 중 가장 핵심적인 내용이라고 할 수 있고, 자신을 치료할 의료행위를 결정할 수 있는 권리 또한 기존 의사후견주의적 견해에 따르면 의사의 치료의무 또는 치료 재량권에 배치되어 인정되기 어려운 권리였지만³⁾, 환자의 자기결정권이 강화 되면서 그 인정범위가 넓어지고 있다⁴⁾.

환자의 자기결정권의 법적근거로 헌법 제10조의 개인의 인격권과 행복을 추구할 수 있는 권리, 헌법 제21조 제4항 권리침해 금지 등을 들 수 있다. 또한, 의료법 제46조⁵⁾에서 환자의 진료의사 선택권을 규정하고 있고, 신체의 완전성을 보호법적으로 하는 형법 제257조 또는 제268조 규정을 환자의 자기결정권의 법적근거로 들 수 있으나, 형법 제20조의 업무로 인한 행위에 해당하거나 형법 제24조의 피해자의 승낙을 받은 경우 그 위법성이 조각되어 형사책임을 면할 수 있게 된다.

2. 진단적 의료행위

“진단적 의료행위란 의사가 의료행위를 행함에 있어서 요구되는 질병이나 의료적 개입의 방식 등에 관한 충분한 설명을 하지 않음으로써 환자의 유효한

2) 대법원 2014. 6. 26. 선고 2009도14407 판결 참조.

3) 히포크라테스의 문헌 제9장에 의하면 “환자에게 무엇이 발생할 것이고, 무엇이 환자를 위협하는가에 대하여 환자에게 설명하지 말고 침묵하라”고 되어 있다.

4) 대법원 2009. 5. 21. 선고 2009다17417 판결, 수술과 같이 환자의 신체를 침해하는 진료행위를 하는 경우에는 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 진료행위를 받을 것인지의 여부를 선택하도록 함으로써 그 진료행위에 대한 동의를 받아야 한다.

5) 환자는 특정한 의료인을 선택하여 진료를 요청할 수 있고, 이 경우 의료기관의 장은 특별한 사유가 없으면 환자가 요청한 의사가 진료하도록 하여야 한다.

승낙이 결여되었거나 혹은 의사가 환자의 명시적인 치료거부의사에도 불구하고 치료를 감행한 경우를 지칭한다.”⁶⁾

환자의 명시적인 치료거부의사에 반하여 의료행위를 하는 경우뿐만 아니라, 의사가 중대한 사항에 대한 설명의무를 위반한 채 환자의 동의 없이 의료행위를 하는 경우 전단적 의료행위에 해당한다고 볼 수 있다.

일반적으로 전단적 의료행위는 환자의 동의가 없는데도 불구하고 의사의 독단적 판단에 기초하여 의료행위를 감행함으로써 환자의 신체를 침습하는 것을 의미하는바, 의식이 없는 환자가 입원하였으나 보호자를 찾을 수 없는 경우, 보호자에게 연락할 시간적 여유가 없거나 보호자가 환자를 방치하여 동의 없이 수술을 할 수 밖에 없는 경우, 환자가 종교적인 이유 등으로 치료를 거부하였으나 생명이 위급한 상태에 이르러 부득이 수술을 하여야 하는 경우 등과 같은 사례에서 문제가 되어 왔고, 최근 이슈가 되고 있는 이른바 ‘대리수술’ 즉 환자가 동의한 적 없는 의사에 의한 수술행위도, 환자의 유효한 승낙이 없다는 점에서 전단적 의료행위로 보아야 할 것이다.

의사의 설명의무란, 의료주체가 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 비교해보고 그 의료행위를 받을 것인가의 여부를 선택할 수 있도록 할 의무를 말한다. 이와 같은 내용의 설명의무는 의사가 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 전제’로서의 의미가 있다⁷⁾.

6) 김나경, “전단적 의료행위의 형법이론구성”, 『형사법연구』, 제19권 제2호, 2007, 87면 이하.
7) 김성돈, “의사의 설명의무위반의 효과와 가정적 승낙의 법리”, 『형사판례연구21』, 2013, 35면 이하.

최근 설명의무를 위반한 진단적 치료행위를 신체의 자유를 침해하는 범죄로 볼 수 있다는 견해가 등장하였고, 위와 같은 견해의 등장은 의료행위에 대한 사회적 관념의 변화를 보여주는 것이라고 할 수 있다. 설명의무부여로 인하여 보장되는 환자의 자기결정권은 의료행위에 대한 환자의 독립적 결정권을 의미한다. 그렇기 때문에 설명의무는 오늘날 의사 ‘업무’의 일부분을 차지한다고 봐야 할 것이고, 설명의무를 위반한 진단적 의료행위는 피해자의 승낙이 배제되는 사유 내지 위법성조각의 결격사유의 하나로 평가하여야 할 것이다.

III. 환자의 자기결정권 침해에 대한 형사법적 쟁점

1. 환자의 자기결정권 행사를 위한 전제조건

가. 환자의 의사결정능력 및 결정의 자발성

환자가 자기결정권을 행사하기 위해서는 당연히 의사결정능력이 전제되어야 한다. “환자의 의사결정능력은 치료의 내용, 의미, 과정을 이해할 수 있고, 그와 관련된 효과 또는 위험을 판단할 수 있으며 그에 따라 의사결정을 할 수 있으면 충분하다.”⁸⁾ 또한, 폭행 등의 유형력·협박·부적절한 암시 등에 의한 결정이 아닌 타인의 통제를 받지 아니한 자발적인 결정이어야 한다.

나. 의사의 충분한 정보제공

“의사는 환자에 대하여 의료주체, 의료행위에 대한 충분한 정보를 제공하여야 하고, 정보제공의 요소는 의사의 설명의무의 내용을 이루는 것으로 볼 수 있다. 의사는 환자에게 현재 환자의 상태, 치료의 목적, 방법, 과정, 치료로 인해 나타날 수 있는 효과와 위험, 예후, 다른 치료방법 등을 설명해야 하며, 환자가

8) 이석배, “의료후견주의와 환자의 자기결정권”, 『고려법학』, 제49권, 2007, 939면.

언제나 자신의 승낙의사표시를 철회할 수 있다는 점을 고지해야 한다. 또한 의사가 최선이라고 생각하는 치료방법을 추천해야 하며, 다른 치료방법이 존재하는 경우 그 대안에 대하여도 그 방법, 위험, 예후 등을 설명하고, 이러한 내용을 환자에게 이해시켜야 한다.”⁹⁾

설명의 범위에 관하여 환자에게 어느 범위 안에서 그리고 어느 정도 설명을 해야 되는가에 대하여, 의료준칙에 의하여 관행적으로 제공되는 정보 즉, 환자의 질문에 답하면 되는 것인지, 의사는 기본적인 설명만하고 환자가 질문을 하거나 의문을 가지고 있을 때 추가 질문을 해야 하는 것인지, 환자가 질문하지 않은 내용까지 설명할 필요는 없고 의료행위의 중대성 예후의 후유증에 대하여 환자가 인식할 수 있고 올바른 결정을 할 수 있는 정도면 족한 것인지 다툼이 있을 수 있으나 일률적으로 정한 기준이 없으므로 구체적인 사안에 따라 그 설명의 범위를 결정할 수 있을 것이다. “판례¹⁰⁾도 설명의 범위에 관하여 ‘의사의 설명의무는 그 의료행위에 따르는 후유증이나 부작용의 발생가능성이 희소하다는 사정만으로 면제될 수 없고, 그 후유증이나 부작용이 당해 치료행위에 전형적으로 발생하는 위험이거나 회복할 수 없는 중대한 것인 경우에는 그 발생가능성의 희소성에도 불구하고 설명의 대상이 된다.’고 그 범위를 밝히고 있다.”¹¹⁾

2. 의료주체에 대한 결정권 침해

가. 의의

의료주체에 대한 환자의 자기결정권 침해는 환자의 결정에 반하는 의료주체에 의하여 의료행위가 이루어질 때 발생한다. 환자가 동의하지 않은 의사가 수술을 시행하는 대리수술(ghost surgery)이 대표적인 사례이다.

9) 이석배, “의료후견주의와 환자의 자기결정권”, 『고려법학』, 제49권, 2007, 942면.

10) 대법원 1995. 1. 20. 선고 94다3421 판결.

11) 채순, “의사의 치료 전 설명의무와 환자의 동의권”, 『비교사법』, 통권 제39호, 2007, 498면 이하.

의료주체에 대한 결정권은 환자의 자기결정권 중 가장 핵심적인 것이고, 응급상황 등 결정권 행사가 불가한 특별한 사정이 없는 한 의료주체를 결정할 권한은 언제나 환자에게 있다고 보아야 하며, 의료주체를 결정할 환자의 권리를 제한할 수 있는 의사의 치료고권의 존재는 인정되기 어려울 것이다.

최근 의료인에 의해서 환자의 의료주체에 대한 결정권이 침해되는 사례들이 종종 발생하고 있는바, 의료인에 대한 형사책임의 성립여부를 ‘대리수술’ 사례를 중심으로 검토하도록 하겠다.

나. 대리수술 사례검토

(1) 폭행을 인정한 미국사례¹²⁾

비뇨기와 전문의가 환자를 진료하고 신장결석 제거수술을 실시하기로 하였으나, 환자의 동의 없이 다른 의사들로 하여금 수술을 하게 하여 수술합병증이 발생한 경우, 수술의사 변경에 대한 동의를 받지 않고 타인에게 수술을 맡긴 의사는 의료과오에 따른 손해배상책임을 부담하며, 환자로부터 동의를 전혀 받지 아니하고 수술을 실시한 의사의 폭행(battery¹³⁾)이 인정된다고 판시한 사례

신장결석 증상을 호소하는 환자를 진료한 비뇨기과 전문의가 신장결석 제거 수술을 실시하기로 하였고 환자가 이에 동의하였으나, 위 비뇨기과 전문의는 다른 의사 2명으로 하여금 함께 수술팀을 구성하여 환자의 동의없이 환자 정보를 공유하고 팀원이 진료한 환자에 대한 수술을 함께 실시해왔고, 환자가 수술을 집도할 의사를 특정하지 아니하는 경우 수술 직전에 집도할 의사를 결정하여 왔다는 이유로 실제 수술은 다른 의사 2명에 의하여 이루어진 사례이다. 위 환자는 수술의 예후가 좋지 않아 1달 정도 후에 다시 합병증으로 위 병원에 입원하게 되었고, 나중에 진료기록부를 통하여 다른 의사에 의하여 수술이 이루어졌다는

12) Perna v. Pirozzi, 92 N.J. 446, 457 A.2d 431, 39 A.L.R.4th 1018 (1983).

13) 물리적인 접촉이 있는 폭행.

사실을 알게 되어, 환자를 진단한 비뇨기과 전문의를 상대로 의료과오에 따른 손해배상을 청구하고, 실제 수술을 한 의사들을 상대로 폭행에 대한 책임을 물었다. 이에 뉴저지주 대법원은 환자의 동의 없이 수술의사가 변경되는 것을 포괄적으로 유령수술(ghost surgery)이라 정의하며, 위 비뇨기과 전문의는 의료과오에 따른 손해배상책임을 부담하고 또한 환자로부터 동의를 전혀 받지 아니하고 수술을 실시한 의사들의 폭행(battery)이 인정된다고 판시하였다.

이에 따르면, 환자는 응급 상황이 아니라면 자신에게 어떤 수술이 행해질 것인가 뿐만 아니라 누가 그 수술을 행할 것인가를 결정할 권리가 있다는 점을 명확히 밝히고 있다. 그에 따라 환자의 동의 없이 수술을 시행한 의사가 환자의 몸에 승낙 없이 접촉하는 것은 폭행에 해당한다고 보았다¹⁴⁾.

위 판례에 따르면 의사는 ① 환자가 동의한 수술의 권한범위 안에서 ② 계약 내용에 따라, ③ 수술시행 및 수술필요성과 관련된 모든 사실을 완전히 설명하고, ④ 최선을 다하여 수술을 시행할 의무가 있다고 하면서, 환자는 그가 계약한 특정한 의사로부터 의료행위를 받을 자격이 있고, 수술의사는 환자가 동의한 범위 안에서 수술을 시행할 의무가 있으며, 임의로 다른 의사에게 그러한 의무를 위임할 수 없다고 판시하고 있다.

환자의 자기결정권을 침해하여 승낙 없이 환자의 신체에 해를 가하는 행위는 그것이 설사 ‘치료’의 목적으로 ‘의사의 업무’에 의한 행위라고 하더라도 폭행이 인정될 수 있다고 판단한 점에서 의미가 있다.

(2) 사기를 인정한 사례¹⁵⁾

대학병원 교수인 정형외과 전문의가 환자로부터 지정진료의사로 신청받은 후, 실제 수술에 참여하지 않았음에도 마치 자신이 직접 집도한 것처럼 수술기록지에 서명하여 이에 속은 환자들로부터 지정진료비를 납부받은 경우 사기죄가 인정된다고 판시한 사례

14) 미국법상 폭행(Battery)은 일반 고의 범죄(general intent crime)로서 ‘행위’의 의도만으로 성립되며, 자신의 행위가 범죄에 해당한다는 인식이나 의도가 필요한 것은 아니다.

15) 대법원 2000. 11. 14. 선고 2000도3786 판결.

위 사안에서 법원은 지정진료의사가 수술환자들로부터 지정진료비(일명 특진수술비)를 받고도 수술에 참여하지 않고 동료의사나 수련의가 대신 수술 하도록 한 경우 사기죄가 인정된다고 판시하였다.

위 판례에 따르면 지정진료에 관한 규칙¹⁶⁾상 지정진료의사가 마취과나 방사선과와 같은 진료지원과에 의뢰해 진료지원이 이뤄지는 경우 외에는 지정진료의사가 직접 진료하는 경우만 지정진료행위로 봐야한다고 판시하였다. 비록 대학병원과 같이 교육적인 기능을 함께 수행하는 의료기관이라 하더라도 지정의사는 적어도 수술현장에 직접 참석해 집도 의사에게 실수가 없도록 필요한 지시를 하고 혹시 실수가 있는 경우에는 이를 즉시 시정할 수 있는 만반의 준비를 갖추면서 수술을 주재한 경우에 한해 지정진료행위가 있었다고 볼 수 있고, 진료의사로 지정된 의사에게는 신의성실의 원칙상 직접 수술에 참여하지 못할 경우 수술 전·후에 보호자에게 그 사실을 알려 환자나 보호자가 지정진료비를 납부하지 않도록 해야 할 의무가 있으며, 이와 같은 사실을 알리지 않아 환자나 보호자들이 지정진료비를 납부했다면 고지의무위반과 환자나 보호자들의 지정진료비 납부사이에 는 상당인과관계가 있다고 할 것이므로 사기죄가 성립한다고 판시하였다.

위 사안은 처음부터 환자들을 기망하여 특진수술비를 편취한 사기죄로 공소 제기되었고, 대리수술로 인한 환자의 생명·신체에 대한 침해의 점은 쟁점이 되지 아니하였다. 환자의 의료주체에 대한 자기결정권을 인정하였다는 점에서 의미가 있는 판례이다.

다. 대리수술의 형사법적 쟁점

(1) 상해죄 성립여부

의료행위가 형법상 상해죄의 구성요건에 해당한다고 보는 것은 의료행위의 목적이 ‘신체에 대한 손상’이 아닌 ‘신체에 대한 치료’라는 점에 비추어 상식에

16) 선택진료에 관한 규칙[보건복지부령 제283호, 2015. 1. 5.]

부합하지 않는 면이 있다. 의료행위는 기본적으로 고통이나 신체장애를 제거하거나 적어도 신체에 발생할 위험을 방어하는 것이지, 신체에 고통을 주고 장애를 일으키는 행위가 아니기 때문이다. 따라서 ‘치료’를 목적으로 하는 ‘적절한’ 의료행위의 경우, 의사에게 환자에 대한 적대적인 신체손상을 인식하고 의도하는 것을 내용으로 하는 위법성의 인식 즉 상해의 고의¹⁷⁾를 인정하기 어렵다.

또한, 의사의 환자에 대한 침습행위가 상해죄의 구성요건에 해당한다고 하더라도 의사는 ‘의사’라는 신분을 가지고 계속적인 의료업무에 종사한다는 점에서, 의사의 의료행위는 형법 제20조의 업무로 인한 행위에 해당하느냐, 정당행위로서 그 위법성이 조각된다고 볼 가능성도 있다.

따라서 환자의 동의 없이 수술을 시행한 의사가 ‘치료’를 목적으로 하는 ‘적절한’ 의료행위를 한 경우¹⁸⁾, 그로 인하여 신체손상의 결과가 발생하였다고 하더라도 상해죄로 처벌하기는 어려운 면이 있다.

다만, 환자가 수술동의서에 ‘수술참여의사’를 명시하는 등 특정 의사를 배타적으로 선택하고 그에 대해서만 수술행위에 대한 승낙을 하였음에도 다른 의사가 수술을 한 경우는 달리 보아야 할 것이다.

환자의 명시적인 의사에 반한다는 사실을 알면서도 동의를 받지 않은 의사가 수술을 시행하는 경우는 - 의료행위의 긴급성 등이 인정되지 않는다는 전제 하에서 - 환자가 해당 의사의 신체손상행위를 사후에 승낙할 가능성이 전혀 없으므로, 사실상 환자에 대한 ‘적대적인’ 그리고 ‘위법한’ 신체손상을 인식하고 의도하였다고 볼 수 있어 위법성의 인식 즉 상해의 고의가 인정된다고 보아야 할 것이다. 또한, 위와 같이 특별한 사유 없이 환자의 명시적인 의사에 반하여 수술을 강행하는 행위는 특별한 사정이 없는 이상 사회통념상 용인될 수 없는 사회상규에 위배되는 행위로서, 정당행위에 해당한다고 보기도 어려운

17) 위법성의 인식의 체계적 지위에 대하여 고의설과 책임설이 대립하고 있고, 고의설에 따르면 위법성의 인식은 구성요건적 고의(행위상황의 인식)와 함께 ‘고의’의 구성요소가 되나, 책임설에 따르면 고의와 분리된 독립한 책임요소에 해당한다.

18) ‘적절한’ 의료행위인지 여부는 일반적인 의학 수준과 의료 환경 및 조건, 의료행위의 특수성 등을 고려하여 같은 업무에 종사하는 일반인의 기준으로 판단하여야 할 것이다.

바, 상해죄의 죄책을 인정함이 상당하다.

(2) 업무상과실치사상죄 성립여부

앞서 살펴본 바와 같이 환자가 명시적으로 특정한 의료주체를 결정한 것이 아닌 경우에는, 환자의 명시적인 의사에 반한다는 사실을 알면서도 수술을 시행한다는 의사 즉 위법성의 인식이 없어 고의가 조각되고 상해죄로 처벌하기 어렵게 된다.

다만, 환자가 동의하지 아니한 의료주체에 의하여 의료행위가 이루어지고 그로 인해 사상의 결과가 발생하게 되었다면 과실범인 업무상과실치사상죄의 성립여부를 검토할 필요가 있다. 특히, 환자의 직접적인 동의를 받지 못한 채 수술을 시행한 의사에게 다른 업무상 과실은 인정되지 않고, 단지 환자의 동의를 받지 않은 '과실'만 인정되는 경우, 수술을 시행한 의사를 업무상 과실치사상죄로 처벌할 수 있는지가 문제된다.

의사가 환자에게 '누가 어떤 행위를 행할지'를 구체적으로 알리지 아니한 채 수술을 시행하는 행위는 원칙적으로 환자에게 충분한 정보를 제공한 후 환자의 동의를 받아 의료행위에 나아가야 하는 업무상 주의의무에 위반한 것으로 볼 수 있다. 이른바 의사의 '설명 의무' 위반이라는 업무상과실은 인정될 수 있으나, 위와 같은 과실과 사상의 결과 사이에 상당인과관계가 인정될 수 있는지가 문제된다. 이는 환자의 의료행위에 대한 결정권 침해와도 관련된 쟁점인바, 다음 장에서 의료행위에 대한 결정권 침해 사례들을 살펴본 후, 자세히 검토하도록 하겠다.

(3) 기타

환자가 선택한 의사가 다른 의사에게 수술을 집도하게 한 후 이를 알리지 않고 특진비 등을 교부받는 경우에는 사기죄가 성립하고, 기망의 수단으로 진료 기록부등을 거짓으로 작성하는 경우는 의료법위반¹⁹⁾ 죄가 성립하나, 이는 의

료주체에 대한 환자의 자기결정권 침해에 대한 직접적인 형사책임이라고 보기 어려운바, 이에 대한 구체적인 검토는 생략하도록 하겠다.

3. 의료행위에 대한 결정권 침해

가. 의의

의료행위에 대한 환자의 자기결정권 침해는 환자의 유효한 승낙이 없는 의료행위가 행하여질 때 발생하고, 의료행위에 대한 환자의 유효한 승낙은 의료주체의 의료행위에 대한 충분한 설명을 전제로 성립한다.

의료행위의 특성상 대상이 되는 환자의 상태와 치료반응이 다양하여 치료과정을 정확히 예측하기 어렵기 때문에 모든 의료행위에 대해서 환자의 승낙을 받은 후 의료행위를 행하는 것은 현실적으로 불가능한 면이 있어 치료방법의 선택 등 구체적인 의료행위를 결정함에 있어서는 의사의 재량이 인정되어야 할 필요는 있다. 그러나 의사는 환자에게 의료행위의 내용 및 필요성, 발생이 예상되는 부작용 등에 관하여 당시의 의료수준에 비추어 상당하다고 생각되는 사항을 설명하여 환자가 그 필요성이나 위험성을 충분히 비교해보고 그 의료행위를 받을 것인가의 여부를 선택할 수 있도록 할 의무가 있으므로, 의료행위에 대한 환자의 자기결정권 침해는 대부분 의료인이 설명의무를 위반하여 의료행위에 대한 충분한 설명을 하지 않는 경우에 발생하게 되는바, 의료인에 대한 형사책임 성립여부를 ‘설명 의무위반’ 사례들을 중심으로 검토하도록 하겠다.

19) 의료법 제88조, 제22조 제3항.

나. 설명의무위반 사례검토

(1) 업무상과실치사상죄 인정 사례

(가) 자궁적출사건²⁰⁾

산부인과 전문의 수련과정 2년차인 의사가 자신의 시진, 촉진결과 등을 과신한 나머지 초음파검사 등 피해자의 병증이 자궁외 임신인지, 자궁근종인지를 판별하기 위한 정밀한 진단법을 실시하지 아니한 채 피해자의 병명을 자궁근종으로 오진하고 이에 근거하여 의학에 대한 전문지식이 없는 피해자에게 자궁적출술의 불가피성만을 강조하였을 뿐 위와 같은 진단상 과오가 없었으면 당연히 설명받았을 자궁외 임신에 관한 내용을 설명 받지 못한 피해자로부터 수술 승낙을 받았다면 위 승낙은 부정확 또는 불충분한 설명을 근거로 이루어진 것으로서 수술의 위법성을 조각할 유효한 승낙이라고 볼 수 없다고 한 사례

위 사안에서 의사가 정확한 진단에 의한 충분한 설명의무를 다하여야 피해자의 승낙에 의하여 위법성이 조각될 수 있음을 명백히 하였다.

판례에 따르면 ‘설명무위반’을 업무상 과실 즉 독자적인 주의의무위반으로 평가하지는 않았고, 수술 전 초음파검사 등을 전혀 실시하지 않은 ‘진단상의 과오’를 피고인의 업무상 과실로 보았으며, 설명의무를 단순히 수술행위의 위법성을 조각할 수 있는 피해자의 승낙을 얻기 위한 전제사실로 파악한 것으로 볼 수 있다²¹⁾. 다만, 의사의 불충분한 설명에 기초한 피해자의 승낙은 수술행위의 위법성을 조각하지 않는다고 판시하였다는 점에서 의미가 있다.

의료행위의 위법성 판단을 ‘환자의 자기결정’과 관련하여 판단했다는 것은 기존판례와 구분되는 점이고, 기존 판례가 의사의 입장에 서서 환자를 단순히 의료행위의 객체로 파악하여 온 것과는 달리, 의사의 충실한 설명의무와 이에 근거한 환자의 유효한 승낙을 거론한 것은 수술환자의 자기결정권 침해에 대한 형사적 책임의 성립가능성을 인정한 것으로 평가할 수 있다.

20) 대법원 1993. 7. 27. 선고 92도2345 판결.

21) 대법원이 피해자의 승낙에 의해 위법성이 조각된다는 변호인의 상고이유를 검토한 것에 불과하다고 볼 수도 있다.

(나) 유방축소사건²²⁾

성형외과 의사가 큰 유방으로 인한 불편을 호소하는 피해자에게 모유수유가 불가능할 수도 있다는 등의 수술 부작용에 대하여 설명하지 아니한 채 유방축소수술을 하고 수술과정에서 제대로 지혈하지 아니하는 등의 과실로 피해자에게 통상이 아닌 반흔, 추형, 모유수유불가 등의 상해를 입게 한 경우, 업무상과실치상죄가 성립한다고 한 사례

위 사안에서 피고인은 수술의 필요성이나 긴급성이 상대적으로 적은 미용성형수술인 유방축소술을 피해자에게 시행하였으나, 수술 전에 통상이 아닌 반흔이나 추상이 남을 수 있고, 모유수유가 불가능할 수도 있다는 등의 수술 부작용에 대하여 자세히 설명하지 아니하였고, 이는 피해자가 수술 여부를 결정하는데 실질적인 영향을 미칠 수 있는 사유라고 보아 피고인에 대한 업무상과실치상죄가 성립된다고 판단하였다.

판례에 따르면 일반적으로 의사는 환자에게 수술 등 침습을 가하는 과정 및 그 후에 나쁜 결과 발생의 개연성이 있는 의료행위를 하는 경우에 있어서 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 있다고 판시하였는바, ‘설명 의무 위반’을 독자적인 주의의무 위반으로 평가한 판례로 보인다.

본건 유방축소수술은 미용성형수술의 일종으로 구명성 및 긴급성의 부재, 강한 영리성을 그 특징으로 하는바, 미용성형수술 의사에게는 고도의 전문적 지식에 입각하여 수술여부, 수술의 시기, 방법, 범위 등을 충분히 검토한 후 그 수술의 의뢰자에게 통상적으로 수인하여야 하는 범위를 초과하는 생리적, 기

22) 대전지방법원 2010. 8. 13. 선고 2010노970 판결.

능직 장애가 남지 않도록 신중을 기하여야 할 뿐 아니라, 회복이 어려운 후유증이 발생할 개연성이 높은 경우 환자에게 치료의 방법 및 필요성, 치료 후의 개선상태 및 부작용 등에 관하여 구체적인 설명을 하여 환자가 그 의료행위를 받을 것인지 여부를 정상적인 상태에서 선택할 수 있도록 하여야 하는 등 다른 의료적 수술에 비하여 가중된 설명의무가 있다는 점을 고려한 것으로 볼 수 있다.

(2) 업무상과실치사상죄 부정 사례: 봉침사건²³⁾

한 의사가 피해자에게 문진하여 과거 봉침을 맞고도 별다른 이상반응이 없었다는 답변을 듣고, 부작용에 대한 충분한 사전 설명 없이, 알레르기 반응검사(skin test)를 생략한 채 목 부위에 봉침시술을 하였는데, 피해자가 아나필락시쇼크 등 상해를 입은 사안에서, 과거 알레르기 반응검사 및 12일 전 봉침시술에서도 이상반응이 없었던 피해자를 상대로 다시 알레르기 반응검사를 실시할 의무가 있다고 보기 어렵고, 알레르기 반응검사를 하지 않은 과실과 상해 사이 상당인과관계를 인정하기 어려우며, 봉침시술에 앞서 설명의무를 다하였더라도 피해자가 반드시 봉침시술을 거부하였을 것이라고 볼 수 없어, 피고인의 설명의무 위반과 피해자의 상해 사이에 상당인과관계를 인정하기 어렵다고 한 사례

위 사안에서 피고인은 봉침시술을 하기 전 알레르기 반응검사를 하지 않고, 시술과정에서 발생할 수 있는 부작용을 사전에 충분히 설명하지 아니한 채 봉침시술을 시행하였으나, 봉침시술 전 알레르기 반응검사를 제대로 실시하였다면 피해자에게 발생한 아나필락시 쇼크를 예견할 수 있었다거나 회피할 수 있었다고 보기 어렵고, 피해자가 이전에도 여러 차례 봉침시술을 받아왔으며 봉침시술로 인하여 아나필락시 쇼크 및 면역치료가 필요한 상태에 이르는 발생빈도가 낮은 점 등에 비추어 피고인이 피해자에게 설명의무를 다하였다 하더라도 피해자가 반드시 봉침시술을 거부하였을 것이라고 볼 수 없으므로 피고인의 과실과 피해자의 상해 사이에 상당인과관계를 인정하기 어렵다는 취지

23) 대법원 2011. 4. 14. 선고 2010도10104 판결, (유사 판례: 대법원 2014. 8. 28. 선고 2013도 15413 판결).

로 업무상과실치상죄가 성립하지 않는다고 판단하였다.

판례에 따르면 한의사도 환자에게 봉침시술 등 침습을 가하는 과정 및 그 후에 나쁜 결과 발생의 개연성이 있는 의료행위를 하는 경우에 있어서 침습 등에 대한 승낙을 얻기 위한 전제로서 당해 환자에게 발생이 예상되는 부작용 등에 관하여 자세히 설명하여 당해 환자가 그 의료행위를 받을 것인가의 여부를 선택할 수 있도록 할 의무가 있다는 점은 인정하였으나, 의사가 설명의무를 위반한 채 의료행위를 하였고 피해자에게 상해가 발생하였다고 하더라도, 의사가 업무상 과실로 인한 형사책임을 지기 위해서는 피해자의 상해와 의사의 설명의무위반 내지 승낙취득 과정에서의 잘못 사이에 상당인과관계가 존재하여야 한다고 판시하면서, 환자에게 설명의무를 다하였다 하더라도 피해자가 반드시 수술을 거부하였을 것이라고 볼 수 없는 경우 상당인과관계를 부정하였는 바, ‘가정적 승낙’의 법리를 도입한 판례로 보인다.

형법상 과실범의 결과는 그것이 주의의무위반으로 발생한 때에만 행위자에게 객관적으로 귀속될 수 있고, 행위자가 주의의무에 위반하였고 그것으로 인하여 구성요건적 결과가 발생되었다 할지라도 주의의무를 다했을 경우와 같은 결과가 발생할 것이라고 인정될 때에는 객관적 귀속이 부정된다고 봄이 상당하며, 판례는 상당인과관계설의 입장에서 행위자가 주의의무를 다하였더라도 동일한 결과가 발생하였을 것이라면 인과관계를 부정한다²⁴⁾.

이에 따라 설명의무위반과 결과간의 ‘상당인과관계’ 요건을 살펴보면, 의사가 설명을 하지 않았거나 충분한 설명을 다하지 못한 경우라도 사후적으로 평가하여 ‘의사가 설명을 하였더라도 환자가 승낙을 하였을 가능성’만이라도 인정된다면, 의사의 치료행위에 대해 형사책임을 인정할 수 없게 된다.

24) 인과관계가 행위와 결과 사이의 자연적 사실적 연관의 문제임에 반하여, 주의의무위반 관련성은 현실세계에 일어난 사실의 존재가 아닌 가상의 세계에서 전개되는 추정에 불과하여 사실판단이 아닌 가치판단 내지 규범적 판단이므로 자연적 사실적 인과관계와 규범적 평가적 귀속문제는 구별해야 하고, 대법원이 주의의무위반 관련성을 인과관계 또는 상당인과관계로 본 것은 문제가 있다는 견해도 있다. (이재상, “과실범의 결과귀속”, 『형법기본판례 총론』, 2011, 123면 이하.)

이에 따르면 의사가 설명의무를 다하였더라도 환자가 문제의 치료를 거부하지 않고 승낙하였을 가능성이 인정되면, 그 치료행위로 인한 부작용을 의사의 설명의무위반과 무관한 것으로 볼 수 있으므로 - 그리고 환자의 자기결정권도 전적으로 무시된 것은 아니라고 할 수 있으므로 - 의사를 그 발생된 결과에 대한 형사책임으로부터 벗어나게 할 수 있다는 것이다²⁵⁾.

다. 형사법적 쟁점: 업무상과실치사상죄의 성립여부

설명 의무위반에 따른 형사법적 쟁점은, 설명의무를 의료인의 업무상 주의 의무의 일종²⁶⁾으로 보아, 설명의무를 위반한 의료인에게 업무상과실치사상죄가 성립하는지가 주로 문제된다.

일반적으로 의사의 설명의무위반에 따른 민사책임은 이미 설명의무 자체의 흠결로 인정되고 있으나 형사책임은 실질적으로 행위자에 대한 비난가능성을 판단해야 하므로 의사의 설명의무위반행위가 실질적으로 비난받을 행위로 규범적으로 확정되어 있어야 한다. 설명의무가 아무리 독자적인 지위를 획득하더라도 규범적으로 확정되지 않는다면 이른바 포괄적 구성요건에 해당하여 '설명 의무위반'에 대한 독자적인 형사책임을 묻기는 어려울 것이다.

또한 민사사건에서의 설명의무는 계약법상의 원칙이 그대로 적용되어 의사의 설명의무의 준부 및 내용을 검토된 후, 설명이 부존재하거나 범위를 초과 또는 미달한 경우 의사가 설명의무를 위반한 사실이 바로 확정되나, 형사사건에서는 의사의 의료행위가 갖는 불법성 내지 주의의무위반성과 사상의 결과와의 상당인과관계까지 검토되어야 하므로²⁷⁾, 의사의 설명의무위반과 사상의 결과 사이에 상당인과관계가 인정되지 않는다면 형사책임을 범위는 제한될 수밖에

25) 김성돈, “의사의 설명의무위반의 효과와 가정적 승낙의 법리”, 『형사판례연구21』, 2013, 41면 이하.

26) 환자의 유효한 동의를 얻기 위한 논리적 전제라는 견해, 진료의무로부터 생기는 부수적 파생의무라고 하는 견해, 진료의무와 병행하는 독자적 의무라고 하는 견해 등이 대립한다.

27) 신동일, “형법상 의료행위와 설명의무”, 『형사정책연구』, 통권 제53호, 2003, 238면 이하.

에 없다.

게다가 봉침사건 판례처럼 하자 있는 의사의 설명이나 설명을 하지 않은 경우에도 이에 대한 환자의 ‘가정적 승낙’을 폭넓게 인정하게 되면, 사실상 환자의 자기결정권이 형해화되는 결과가 되고, 특히 형사사건에서 ‘의심스러울 때에는 피고인에게 유리하게’라는 원칙이 적용되므로 검사는 ‘환자가 충분한 설명을 들었더라면 치료행위에 동의하지 않았을 것이 확실함’을 입증해야 하나, 이는 자연법칙에 의해 결정되는 것이 아닌 개인 환자의 자유로운 결단의 표현이므로 확정적으로 확인될 수 없는 성질의 것이기에 사실상 환자의 자기결정권을 형법적으로 보호하기 어렵게 된다는 문제점이 있다.

따라서 환자의 자기결정권을 실질적으로 보호하기 위해서는, 수술의사가 누구인지 또는 발생가능한 중대한 부작용이 어떤 것이 있는지 등에 대한 설명을 충분히 하지 아니한 채 수술을 하다가 사상의 결과가 발생한 경우 가정적 승낙의 법리를 제한적으로 적용하고 상당인과관계를 폭넓게 인정하여 업무상과실치사상죄의 성립을 인정함이 상당하다.

다만, 판례와 같이 설명의무위반에 따른 업무상과실치사상죄의 성립을 제한적으로 인정하는 견해에 따르면, 수술필요성이나 긴급성이 상대적으로 적고, 영리성이 강한 미용성형수술과 같이 환자의 자기결정권을 보호할 필요성이 크며, 환자가 충분한 설명을 들었더라면 수술에 동의하지 않았을 것이 명백한 경우, 수술의사가 누구인지 또는 발생가능한 부작용이 어떤 것이 있는지 등에 대한 설명을 하지 아니한 채 수술을 시행하여 사상의 결과가 발생한 때에는 의사에 대한 업무상과실치사상죄가 성립할 수 있다.

IV. 수술환자의 권리보호강화를 위한 제언

수술환자의 권리보호강화를 위해서 ‘전단적 의료행위’에 대한 의사의 형사 책임을 폭넓게 인정하는 것이 효과적인 방법이 될 수 있다. 하지만 앞서 살펴본

바와 같이 환자의 자기결정권을 침해하는 ‘대리수술’이나 그 밖에 ‘설명 의무 위반’ 사안에서 의료인의 형사책임을 입증하기란 쉽지 않다.

특히 의사의 설명의무는 환자의 자기결정권을 보호하기 위한 ‘계약상의 의무’로 발전되어 온 것이므로 설명의무위반은 형법상 과실과 그 성질이 같다고 볼 수 없으므로, 단순히 설명의무만 위반한 경우 손해나 사망의 결과에 대한 인식가능성을 전제로 하여 그 결과를 예견하고 회피할 것을 요구하는 업무상 주의의무위반을 구성요건으로 하는 업무상과실치사상죄의 죄책을 인정하기는 어려운 측면이 있다.

또한 의사가 시행한 수술이 초래하는 모든 부작용에 대한 설명이 없었다는 이유로 환자에게 발생한 손해 또는 사망의 결과를 설명의무위반의 탓으로 평가한다면 의사에게 과도한 책임을 지우는 것이라고 볼 수 있다.

그러나 최근 환자의 자기결정권 등 권리보호에 대한 사회적 관심이 커지고 있고, 국민의 법감정이 의사후견주의에서 환자의 자율성을 강조하는 방향으로 변화되고 있으므로, 대리수술이나 중대한 부작용에 대한 설명의무를 위반한 경우 등에는 환자의 자기결정권을 보호하기 위하여 의사에 대한 형사책임을 강화할 필요가 있다.

특히 환자에 대한 손해의 결과를 충분히 예견할 수 있는 의료행위인 수술의 경우는 환자의 자기결정권을 더욱 강화하여야 하고, 미용성형수술과 같이 수술의 필요성이나 긴급성이 상대적으로 적은 수술에서는 수술의사, 수술방법, 수술부작용 등에 대한 충분한 설명이 없는 경우, 수술로 인해 발생한 손해의 결과에 대한 환자의 승낙이 전혀 없었다고 보아야 하므로 의사의 형사법적 책임을 폭넓게 인정해야 할 것이다.

또한 수술 전 수술을 시행할 의사, 수술부위 및 방법, 일반적으로 알려진 수술부작용 등에 대하여 환자에게 충분히 설명하도록 의사의 설명의무를 의료법 등에 구체적으로 명문화할 필요가 있으며²⁸⁾, 대리수술을 비롯한 전단적 의료

28) 설명의무위반 그 자체에 대해서만 일정한 법적효과(예컨대 설명의무위반에 따른 벌금 또는 그 밖의 제재수단)를 별도로 부여하는 방안이 보다 합리적일 수 있다. 이러한 방안

행위에 대한 별도의 처벌규정을 입법화할 필요가 있다²⁹⁾.

V. 맺음말

수술환자의 권리보호와 관련하여 의사의 형사책임을 강화하는 방안은 환자의 권리를 보호한다는 측면에서 긍정적이나, 의사의 형사책임이 강화되면 의사의 치료권이 제한될 가능성이 있어 형사책임의 범위를 명확히 할 필요성이 있다.

또한 향후에도 대리수술이나 의사의 설명의무위반을 이유로 의사를 고발하는 사건이 다수 발생할 것이 예상되는 상황인 바, 의료법 등에 형사책임의 대상이 될 수 있는 전단적 의료행위 및 중요한 설명의무의 범위를 구체적으로 제시하고 이를 위반할 경우 별도의 처벌규정을 두어 형사책임을 지게 하는 것이 의사에 대한 형사책임의 불확실성을 줄임과 동시에 수술환자의 권리를 보호할 수 있는 합리적인 방안이 될 것이다.

은 예컨대 제한속도를 위반한 운전자가 도로를 무단횡단하는 보행자를 치어 상해를 입혔지만 제한속도위반이라는 과실과 상해의 결과사이에 인과관계가 부정되어 업무상과실치상죄라는 형사책임을 부정해야 할 경우에는 운전자에게 신호위반에 대한 법효과만 따로 부과할 수 있는 것과 같은 이치이다(김성돈, “의사의 설명의무위반의 효과와 가정적 승낙의 범리”, 『형사판례연구21』, 2013, 37면 이하).

- 29) 오스트리아 형법 제110조(전단적 치료) ① 환자의 동의 없이 치료한 자는 치료가 의술에 합치한 경우에도 6월 이하의 자유형 또는 360일수 이하의 벌금형에 처한다. ② 치료가 지연될 경우 환자의 생명 또는 건강이 심각하게 침해될 것이라는 판단에서 환자의 동의를 받지 않은 자는 그 위험이 존재하지 않았고 행위자가 필요한 주의를 기울였다면 이를 인식할 수 있었을 때에 한하여 제1항으로 처벌한다. ③ 전단적 치료를 받은 자의 요구가 있어야 공소를 제기할 수 있다.

[참 고 문 헌]

- 김나경, “전단적 의료행위의 형법이론구성”, 『형사법연구』, 제19권 제2호, 2007.
- 김성돈, “의사의 설명의무위반의 효과와 가정적 승낙의 법리”, 『형사판례연구 21』, 2013.
- 김영환, “의료행위의 형법해석적 문제점”, 『형사판례연구 2』, 1994.
- 신동일, “형법상 의료행위와 설명의무”, 『형사정책연구』, 통권 제53호, 2003.
- 안법영·백경희, “설명 의무와 지도 의무 - 설명 의무에 관한 최근 판례의 동향”, 『안암법학』, 제40권, 2013.
- 이석배, “의료후견주의와 환자의 자기결정권”, 『고려법학』, 제49권, 2007.
- 이재상, “과실범의 결과귀속”, 『형법기본판례 총론』, 2011.
- 채 순, “의사의 치료 전 설명의무와 환자의 동의권”, 『비교사법』, 통권 제39호, 2007.
- 대검찰청, 『의약사범 수사실무』, 2007.

[국문초록]

수술환자의 권리보호에 대한 형사법적 쟁점 - 환자의 자기결정권을 중심으로 -

유재근(춘천지방검찰청 원주지청 검사, 법학전문석사)

수술행위는 신체에 대한 침습을 포함하는 것이므로 의료인은 수술주체와 수술행위의 내용을 충분히 설명하여 환자가 그 수술을 받을 것인지의 여부를 선택하도록 하여야 하고, 이는 헌법 제10조에서 규정한 개인의 인격권과 행복추구권에 의하여 보호되는 환자의 자기결정권에 해당한다. 미국에서는 ‘대리수술’의 경우 폭행에 해당한다고 판단한 사례가 있으나, 국내에서는 아직까지 수술의사에 대한 상해죄 등을 인정한 사례가 없고, 수술행위는 환자의 신체에 대한 적대적인 손상행위가 아니므로 상해죄로 처벌하기 어려운 면이 있다. 또한 환자의 ‘가정적 승낙’을 폭넓게 인정하는 판례의 입장에 따르면 의사의 진단적 의료행위에 대하여 업무상과실치사상죄로 처벌하기도 어려우므로, 환자의 자기결정권 강화를 위하여 의사의 설명의무를 의료법 등에 명문화하고, 대리수술 등 진단적 의료행위에 대하여 별도의 처벌규정을 입법화할 필요가 있다.

주제어 : 환자의 자기결정권, 진단적 의료행위, 대리수술, 설명의무위반

**A Criminal Legal Study in the Protecting
the Right of Surgical Patients
- Self-Determination of Patients -**

Yoo, Jae Geun

Prosecutor, Wonju branch of Chuncheon District Prosecutor's Office

=ABSTRACT=

Recently, Practicing of ghost surgery and duty of informed consent of doctors have become a big issue in the medical dispute and lawsuits. The ground of admitting the informed consent and the agreement(self-determination of patients) can be based on the dignity of man and the right to pursue his happiness guaranteed under Article 10 of the constitution in theory.

However there are no explicit legal regulations on the duty of the informed consent and there is no substantive legal enactment on the informed consent, but there is a collision between self-determination of patients and the discretionary power of doctors. If the discretionary power on the duty of the informed consent was extended it may result in the infringement of the right of surgical patients, so called arbitrary medical treatment.

Relating to this issue, New Jersey Supreme Court held that a patient has the right to determine not only whether surgery is to be performed on him, but also who shall perform it. Moreover it held that a surgeon who operates without the patient's consent engages in the unauthorized touching of another and, thus, commits a battery'. But there are no ghost surgery cases adopting battery theory in Korea, and professional negligence has been considered rather than the battery, regarding an absence of hostile intent to injure patient. Supreme Court of Korea held that a doctor who operates a medical procedure without the patient's valid prior consent based on wrong diagnosis commits professional negligence resulting

in injury, and the patient's invalid consent do not preclude wrongfulness'.

However, if a health care provider conducts a completely non-consensual treatment or substitute surgeon without consent, the action should be plead in battery, not negligence, but if a health care provider violate his duty of care in obtaining the consent of the patient by failing to disclosure all relevant information (risks) that a reasonable person would deem significant in making a decision to have the procedure, the action should be plead in negligence, not battery.

Therefore, the scope of patients' self-determination can be protected by stating clearly the scope of the duty of the informed consent and the exemption of the informed consent legislatively, it is considered that it is valid to legislate the limitation of the discretionary power.

Keyword: Patients' self-determination, Arbitrary medical treatment,
Ghost surgery, Violation of duty to explain