

# 환자의 모를 권리와 의사의 배려의무

석 희 태\*

- I. 서론
- II. 사례와 문제 제기
  - 1. 비키의 소망(Vickie's Wish)
  - 2. 바비의 유보
  - 3. 전요행의 미련
- III. 환자의 '모를 권리'
  - 1. 무지 상태의 법의성과 모를 권리 관념의 필요성
  - 2. 제도적 수용 현황과 비판론
  - 3. 자기결정권 포기 및 설명의무 면제 논리와와의 관계
  - 4. 설명의 역기능 논리와와의 관계
  - 5. 모를 권리의 침해와 위법성 판단
- IV. 의사의 '배려의무'
  - 1. 배려의무 관념의 필요성과 기능
  - 2. 배려의무의 성질과 위상
  - 3. 배려의무 위반의 위법성 판단과 효과
- V. 결론

## I. 서론

우리나라에서 전통적으로 환자(이하에서 질병 등으로 인해 진료를 받는 환자와 건강검진 수검자, 연구를 위해 인체자원을 제공하는 자 등 널리 '의료정보주체'를 '환자'로 지칭함)의 자기결정권 내지 자율권은, 의사(의료정보주체의

\* 논문접수: 2016. 12. 4. \* 심사개시: 2016. 12. 14. \* 게재확정: 2016. 12. 28.

\* 법학박사, 연세대학교 의료법윤리학과.

경우와 같이 이하에서 널리 ‘의료정보취급자’를 ‘의사’로 지칭함)의 보고성 설명의무에 대응하는 알 권리 그리고 의사의 기여적 설명의무에 대응하는 수진 동의권 및 수진 거절권, 양자를 ‘중심’으로 해서 논의되어 왔다.<sup>1)</sup>

환자의 자율적 결정의 내용으로서 형성·피력되는, 자기 신체 및 의료 상황에 대해 알고 싶지 않은 희망과 그로 인한 이익에 관한 지위-도덕적·법적 지위-는 환자로부터의 알 권리와 동의권의 포기 또는 (의사가 부담하는) 설명의무의 면제라는 소극적 지위 차원에서 인식되었다. 그리고 설명·동의 원칙 도그마의 적용에 의한 역기능 문제는 설명·동의 원칙의 적용 배제 및 그에 따른 의사의 책임 부인이라는 역시 소극적 접근법에 의해 ‘주요’ 인식되었다.<sup>2)</sup>

- 1) 관련된 연구문헌으로는: 석희태, “의사의 설명의무와 환자의 자기결정권”, 연세행정논총(제7집), 1981, 287~306면; 동, “의료과오 민사책임에 관한 연구”, 연세대학교 대학원, 1988, 8.; 동, “오진과 자기결정권침해의 효과”, 현대민법의 과제와 전망: 남송 한봉희 박사 화갑 기념논문집, 1994, 6, 1189~1196면; 동, “의사의 설명의무”, 최송 김현태 박사 8순기념논문집 불법행위법의 특수문제, 1997, 7, 227~251면; 동, “의료과오”, 제3판 주석민법 채권각칙 7, 2000, 3, 524~584면; 동, “연명의료의 중단”, 의료법학(제10권 1호), 2009, 263~305면; 김천수, “의료계약상 의사의 설명의무: 서독의 학설 및 판례를 중심으로”, 대구대 법정논총(3집), 1988, 109~152면; 동, “의사의 설명의무”, 민사법학(제7호), 1988, 231~293면; 동, “환자의 알 권리와 자기결정권”, 대구대 법정논총(제8집), 1994, 103~170면; 동, 환자의 자기결정권과 의사의 설명의무, 서울대학교 대학원, 1994, 8.; 동, “환자의 알 권리; 의약품의 처방 및 조제와 관련하여”, 의료법학(제4권 1호), 2003, 255~282면; 동, “연명치료에 관한 계약법적 고찰”, 성균관법학(제21권 3호), 2009, 77~102면; 박일환, “의사의 설명의무와 그 해태에 따른 법적 책임”, 민사재판의 제 문제(제5권), 1989, 10, 138~147면; 추호경, 의료과오에 관한 연구, 서울대학교 보건대학원, 1992, 2.; 동, “의사의 설명의무위반과 손해배상책임”, 법조(제50권 7호 통권538호), 2001, 5~36면; 김민중, “의사의 설명의무: 해결되지 않는 법률문제”, 현대 민법의 과제와 전망: 남송 한봉희 박사 화갑기념논문집, 1994, 6, 1171~1188면; 동, “의사의 설명의무에 관한 몇 가지 특수문제”, 의료법학(제4권 2호), 2003, 249~271면; 동, “의사의 설명의무와 면제”, JURIST Plus(제412호), 2007; 안법영, “산부인과 진료와 의사의 주의의무: 대법원판례의 분석을 중심으로”, 의료법학(창간호), 2000, 49~94면; 안법영·백경희, “설명 의무와 지도 의무: 설명 의무에 관한 최근 판례의 동향”, 안암법학(제40호), 2013, 125~162면; 전병남, “의사의 설명의무위반과 손해배상책임”, 의료법학(제3권 1호), 2003, 270~288면; 범경철, “의사의 설명의무와 환자의 자기결정권”, 의료법학(제4권 2호), 2003, 348~376면; 백경희, 의료사고 민사책임의 성립과 범위에 관한 연구: 새로운 쟁점을 중심으로, 고려대학교 대학원, 2008, 2. 등. 대법원 판례로서는 관련 최초로 사료되는 1979.8.14.선고 78다488판결 이후 다수.
- 2) 각주 1)에 소개된 논저 중 대부분이 환자에 의한 자기 권리 포기과 의사 의무의 면제 및 설명의 역기능에 관해 논하고 있다. 대법원 판례로서 설명의 역기능을 언급한 것으로, 1995.1.20.선고 94다3421판결이 있다. 설명·동의 원칙의 적용 배제에 관한 이론을 체계적으로 정립한 최근의 논저로, 김천수, “의료행위에 관한 설명·동의 원칙의 제한과 법의

즉 환자의 그러한 알고 싶지 않다는 ‘무지(無知)의 희망’을 실현시켜 줄 법적 수단이 환자의 ‘모를 권리’ 및 의사의 ‘부작위 배려의무’라는 ‘적극적 지위’로 이해되고 인정되지 않았던 것이다.<sup>3)</sup>

이러한 당사자의 적극적 지위 설정이 전제되지 않으면 실제상 및 이론상 문제가 제기된다. 환자가 동의권을 포기한다고 선언하거나 의사의 설명의무를 면제한다고 표명했음에도 불구하고, 의사가 굳이 환자를 상대로 설명 내지 보고를 행하여 환자에게 큰 손해가 발생한 경우에, 의사의 그 행위를 규범적으로 어떻게 평가할 것인가가 문제인 것이다. 한편 의사가 설명의 역기능을 우려하여 설명을 행하지 않았고, 그 행태에 대해 적절한 것이란 평가가 가능한 경우에, 그 재량적 불설명의 적법성을 인정할 직접적 근거가 무엇인지를 밝히는 것 또한 문제이다.

이러한 문제를 해결하기 위해 근본적으로 환자에게 ‘모를 권리’라는 지위를, 의사에게 ‘배려의무’라는 지위를 인정할 필요가 있다.

요컨대 이 권리와 의무 개념은 환자의 자율성 관념의 충실화와 설명역기능 현상의 적정한 방지라는 법규범적 요구를 충족시키는 데에 매우 유용한 도구로서 수용할 수 있다.

아래에서 환자의 모를 권리와 의사의 배려의무를 차례로 고찰하고자 한다.

---

형량-긴급의료와 연명의료를 중심으로”, 사법(28호). 2014. 7~40면이 있음.

3) 이 표현은 사실 학설사적으로 정확한 것이 아니다. 환자의 ‘무지의 희망’을 실현시켜 줄 법적 도구 개념으로서의 의사의 적극적 지위는, 이미 김천수 교수의 전제 논문 “환자의 자기결정권과 의사의 설명의무”, 1994, 262면에서 “...의사는 설명의 역기능이 인정되는 경우에는 불설명의무를 부담한다. 따라서 그 역기능이 인정되는 설명을 행한 의사는 그로 인한 환자의 정신적·물질적 손해를 배상할 책임을 진다...”고 한 바에 의해, ‘의사의 불설명의무’ 관념으로 이론화됐기 때문이다. 다만 그 논설은 당시의 학계와 실무계의 상황에 비추어 매우 선각적인 내용으로서 그 이후 큰 주목을 받지 못했을 뿐이다.

## II. 사례와 문제 제기

### 1. 비키의 소망(Vickie's Wish)

23세의 비키는 2012년 9월에 급성 골수성 백혈병(acute myeloid leukaemia)의 진단을 받고 그해 크리스마스에 스템 셀 이식수술을 받았다. 그 이후 병세는 호전되어 2013년 4월에는 병환이 관해기에 있음이 판정되었다.

그러나 같은 해 9월 백혈병이 재발하였으며, 그 사실이 본인과 부모에게 통보되었다. 환자는 절망하였으나 자신을 다시 추스르고자 애를 썼다. 그리고 부모에게 더 이상 부정적 이야기를 듣고 싶지 않으며, 희망을 잃고 싶지 않다고 말하면서 그게 자신의 소망이라고 하였다. 이에 부모는 담당 의사에게 환자에게 사실을 있는 대로 설명하지 말아 줄 것을 부탁하였다. 그러나 의사는 환자가 생존하게 될 희망이 그다지 많지 않은데 그 사실을 본인이 모두 알아야 하고, 그래야 자신의 죽음을 준비할 수 있다고 하면서, 부모의 요구에 동의할 수 없다고 하였다.

그해 2013년 11월 말에 환자는 몇 분간의 검사를 받은 뒤 바로 담당의사로 부터 약 30여 분에 걸쳐 그래픽 자료와 함께 자세한 예후 경과를 설명 받았다. 환자는 죽음의 공포에 휩싸였으며, 그때부터 투병자세를 포기하여 병상에서 한 번도 일어나지 않았다.

비키는 결국 2주 뒤인 2013년 12월 10일 절명하였다. 행복한 또 한 번의 크리스마스를 맞이하기 2주 전이었다.<sup>4)</sup>

비키 담당 의사의 설명행위는 정당한가?

---

4) 이 사례는 실제로 영국에서 있었던 일인데, 그 후 비키의 부모는 말기환자의 설명 받지 않을 권리 즉 모를 권리를 인정하라는 청원과 서명운동을 전개하여 영국 사회에 커다란 반향을 불러일으킨 바 있다. 그 움직임이 'Vickie's Wish'로 통칭되었다.

## 2. 바비의 유보

유방암 가족력이 있고 두 자녀를 둔 39세의 바비(가상의 인물)는 BRCA 1, 2 변이유전자 연구에 피검자로 참여하였다. 이 검사를 통해 변이유전자 존재가 판명되는 경우에 그 본인에게 유방암이 발병할 위험성은 80%인 것으로 알려져 있다.

검사를 받은 뒤 바비는 혹시 악결과를 통보 받았을 때 자신의 심리적 변화로 인해 성장 중에 있는 어린 자녀의 양육에 나쁜 영향을 미치게 될 지도 모른다는 우려를 하면서 그 시기에 검사 받은 것을 후회하기에 이르렀다.

결국 바비는 연구기관에 결과를 자신에게 알려 주지 말아달라고 요청하였다.

검사 결과 변이유전자가 존재하는 것으로 판명되었다.

연구기관은 바비의 요구를 받아들여야 하는가?

## 3. 전요행의 미련

전요행(가상의 인물)은 결혼을 앞두고 종합건강검진을 받았다. 이미 깊은 관계를 맺고 있는 약혼자의 과거 전력에 비추어 행여 HIV(인간면역결핍 바이러스)에 감염되지 않았을까 하는 걱정을 하고 있던 중이었다. 그러나 채혈 직후 전요행은 마음을 바꾸어 HIV에 대해서는 검사 결과를 자신에게 알려 주지 말아 달라고 당부하였다.

결과는 양성이었다.

건강검진 기관은 전요행에게 사실을 통보해야 할 의무가 있는가?

# III. 환자의 ‘모를 권리’

## 1. 무지 상태의 법익성과 모를 권리 관념의 필요성

사람이 어떤 사실, 특히 자기 자신의 신체적·정신적 상황에 대하여 알지 않

고 무위(無爲)의 초연한 상태를 유지하고 싶다는 의지를 가질 때, ‘무지의 상태’는 그 당사자에게 중요한 이익이라고 할 수 있다. 그리고 그 의지는 원칙적으로 선량한 풍속 기타 사회질서 내지 사회상규에 반하는 것이라고 할 수 없는 것이며, 오히려 그것은 헌법 상의 행복추구권·자율권의 내용으로서 보호되어야 할 법익이라고 할 것이다.

나아가 그 무지의 상태에서 앞으로 전개되는 어떤 불행한 혹은 불이익한 인과적 사실, 특히 설령 기지(既知)·지실(知悉)의 상태 즉 알게 된 상태라고 하더라도 예방이나 치유가 가능하지 않은 사실에 대하여, 알지 않은 채 평온한 삶을 이어간다는 것 또한 보호되어야 할 법익이다.

이러한 법익(이하에서 위의 두 가지 법익을 ‘무지법익(無知法益)’이라 지칭함) 보호의 법규범적 도구는 주지하는 바와 같이 ‘권리’ 개념이다.

환자의 적극적 지위로서의 모를 권리의 관념은 의사에게 요구되는 설명행위의 ‘의무론적 정당성’과 환자의 알고 싶지 않은 희망의 ‘인권론적 정당성’의 충돌을 법규범적으로 조화시키기 위해 필요한 개념적 출발점이다. 이미 서론에서 언급된 바와 같이 환자에 의한 알 권리·동의권 포기 논리, 환자에 의한 의사 설명의무 면제 논리 그리고 적극적 설명의 역기능 논리만으로써는 해명할 수 없는 위법 상황이 있을 수 있는 것이다.

아래에서 그 이유를 고찰하고 실익을 논하되, 먼저 제도적 수용 상황과 비판론을 소개한다.

## 2. 제도적 수용 현황과 비판론

### 가. 선언 사례와 입법례

세계의사회의 ‘환자의 권리에 관한 리스본 선언’(1981 채택 1995, 2005, 2015 각 개정) 제7조 정보제공에 관한 권리 d항은 “환자는 타인의 생명을 보호하기 위해 필요한 경우가 아닌 한, 자신의 명시적 요구에 의해 정보를 제공받지 아니할 권리(right)를 가진다”<sup>5)</sup>고 규정하고 있다.

‘인권과 생명의료에 관한 유럽 협약’(1997) 제10.2조는 “모든 사람은 자신에 대해 수집된 어떠한 정보에 관해서도 그것을 알 자격이 있다. 그러나 그 정보를 제공받지 않고자 하는 각자의 희망(wishes)은 주목되어야(observed)한다.”<sup>6)</sup>고 규정하고 있다.

유네스코의 ‘인간 게놈과 인권에 관한 보편 선언’(1997) 제5조 c항은 “유전체 검사의 결과와 그 이후 귀추에 대하여 정보 제공을 받을 지 여부를 결정할 모든 개인의 권리(right)는 존중되어야(respected) 한다.”<sup>7)</sup>

세계보건기구의 ‘의료유전학 및 유전자 서비스제공에서의 윤리적 과제에 관한 국제 방침안’(1997)에서는 “유전자 검사 결과 등 유전자 정보를 알고 싶지 않은 모든 개인과 가족의 희망(wish)은 존중되어야(respected) 한다. 다만 신생아 혹은 어린이의 치료 가능한 질병에 관련한 검사의 경우는 예외이다.”<sup>8)</sup>로 제안된 바 있다.

영국의 ‘인간 유전학 자문위원회’는 보고서(1999)에서 “유전자 구성에 관한 개인의 모를 권리(‘right not to know’)는 지지되어야(upheld) 한다.”<sup>9)</sup>고 하였다.

네덜란드는 1995년 4월에 시행된 개정 민법 제449조에서 “환자가 정보 제공 받기를 원하지 않는다는 의사를 표명한 경우에는 그 정보를 제공하지 않아

5) World Medical Association, ‘the Declaration of Lisbon on the Rights of the Patient’ Article 7. Right to information d. “The patient has the right not to be informed on his/her explicit request, unless required for the protection of another person’s life.”

6) ‘the European Convention on Human Rights and Biomedicine’(1997) Article 10.2 “Everyone is entitled to know any information collected about his or her health. However, the wishes of individuals not to be so informed shall be observed.”

7) ‘the UNESCO Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights’ (1997) Article 5c “The right of every individual to decide whether or not to be informed of the results of genetic examination and the resulting consequences should be respected.”

8) ‘the WHO Proposed International Guidelines on Ethical Issues in Medical Genetics and the Provision of Genetic Services’(1997) table 7 “The wish of individuals and families not to know genetic information, including test results, should be respected, except in testing of newborn babies or children for treatable conditions.”

9) the United Kingdom, (the former) ‘Human Genetics Advisory Commission’ (HGAC) Report(1999) “An individual’s ‘right not to know’ their genetic constitution should be upheld.”

야 한다. 다만 정보 제공의 유보로 인해 환자 본인 또는 타인에게 야기될 위험이 환자의 이익보다 클 경우에는 그러하지 아니하다.”<sup>10)</sup> 고 규정하였다.

프랑스는 ‘환자의 권리에 관한 법률(2002)’에 의해 개정된 ‘보건법전’ 제 1111-2조에서 “모든 사람은 자신의 건강 상태에 관하여 정보를 제공 받을 권리를 가진다. ... 진단 및 예후에 대하여 알고 싶지 않은 의지(la volonté = will)는 존중되어야 한다(doit être respectée = should be respected). 다만 제3자가 전염의 위험에 노출되는 경우에는 그러하지 아니하다.”<sup>11)</sup>라고 규정하고 있다.

독일은 2013년 2월에 시행된 개정 민법 제 630c조 제4항에서 “정보 제공이 예외적으로 특별한 사정에 근거하여 없어도 되는 경우, 특히 진료를 연기할 수 없거나 환자가 정보를 명시적으로 포기한(ausdrücklich verzichtet hat) 경우에는 그 정보 제공은 필요로 하지 않는다.”<sup>12)</sup>고 규정하고, 제630e조 제3항에서 “설명이 예외적으로 특별한 사정에 근거하여 없어도 되는 경우, 특히 처치를 연기할 수 없거나 환자가 설명을 명시적으로 포기한(ausdrücklich

10) Burgerlijk Wetboek, Boek 7 Artikel 449 “Indien de patiënt te kennen heeft gegeven geen inlichtingen te willen ontvangen, blijft het verstrekken daarvan achterwege, behoudens voor zover het belang dat de patiënt daarbij heeft niet opweegt tegen het nadeel dat daaruit voor hemzelf of anderen kan voortvloeien.” (Dutch Civil Code, Chapter 7 Article 449(Right to not know) “If the patient has expressed that he does not want to be informed, information shall not be provided, except where the interest of the patient is outweighed by the harm to himself or to others which may result from withholding the information.”) 네덜란드 현행 민법 제7편 중 의료계약 절에 관해서는, 김민중, “진료계약: 판례로 형성된 원칙에서 전형 계약으로”, 사법(28호), 2014. 참조.

11) Code de la santé publique – Article L1111-2(Versión en vigueur du 5 mars 2002) “Toute personne a le droit d’être informée sur son état de santé. ... La volonté d’une personne d’être tenue dans l’ignorance d’un diagnostic ou d’un pronostic doit être respectée, sauf lorsque des tiers sont exposés à un risque de transmission. ... ” (the French Law on Patients’ Rights’(2002) “Everyone has the right to be informed on his/her health status. ... The person’s will to remain ignorant of diagnostic and prognostic information should be respected, except when third parties are exposed to a risk of transmission. ... ” (Article 1111-2, Public Health Code)).

12) BGB Paragraph 630c “(4) Der Information des Patienten bedarf es nicht, soweit diese ausnahmsweise aufgrund besonderer Umstände entbehrlich ist, insbesondere wenn die Behandlung unaufschiebbar ist oder der Patient auf die Information ausdrücklich verzichtet hat.”



verzichtet hat) 경우에는 그 설명은 필요로 하지 않는다.”<sup>13)</sup>고 규정하였다.

이외에 리투아니아, 에스토니아, 벨기에, 헝가리 등이 네덜란드나 프랑스와 유사한 법률을 갖고 있다고 한다.<sup>14)</sup>

### 나. 모를 권리 관념에 대한 비판론

(1) 이 권리는 현실적이지 않다고 한다. 왜냐하면 어느 정도의 정보를 받지 않기 위해서는 사전에 이미 특정한 건강상 위험 보유의 가능성에 대해 정보 제공이 이루어져 있어야 하는데, 이것이 바로 본인이 피하기를 원하는 것이기 때문이라는 것이다.<sup>15)</sup>

(2) 가장 기본적이며 유구한 철학적 전통에 입각한 비판은 아래와 같다.

즉 지식은 그 자체 선이며, 따라서 ‘무지의 상태로 남아 있을 권리’란 명분한 모순으로서, ‘권리’ 관념과 양립할 수 없는 비합리적 태도라고 한다.<sup>16)</sup><sup>17)</sup>

아리스토텔레스는 “모든 인간은 천부적으로 알기를 욕망한다(All men by nature desire to know)”고 하고, 이러한 욕망이야말로 인간이 다른 동물과 구

13) BGB Paragph 630e “(3) Der Aufklärung des Patienten bedarf es nicht, soweit diese ausnahmsweise aufgrund besonderer Umstände entbehrlich ist, insbesondere wenn die Maßnahme unaufschiebbar ist oder der Patient auf die Aufklärung ausdrücklich verzichtet hat.”

14) R. Andorno, “The right not to know: an autonomy based approach”, Journal of Medical Ethics Vol.30 (2004), p.436; Patient Rights in the EU, National Patient Rights Legislation (<http://europatientrights.eu/countries/signed/netherlands/netherlands.html>).

15) D.C. Wertz, J.C. Fletcher, “Privacy and disclosure in medical genetics examined in an ethics of care”, Bioethics, No.5, (1991), pp.212-232; C.M. Romeo-Casabona, “Human rights issues in research on medical genetics”, Ethics and Human Genetics, (Strasbourg: Council of Europe Editions, 1994), pp.167-174.

16) D. Ost, “The ‘right’ not to know”, The Journal of Medicine and Philosophy, No.3(1984), pp.301-312; J. Harris, K. Keywood, “Ignorance, information and autonomy”, Theoretical Medicine and Bioethics, Vol.22(2001), pp.415-436.

17) ‘권리’를 그 자체 선 혹은 선의 실현 도구로 인식한다면 무지의 권리는 비선(非善) 즉 악의 권리가 될 것이므로, ‘무지의 권리’는 스스로 모순이 된다. 하지만 근대 이후 권리 관념은 이러한 도덕적 숙명을 벗어나 권리 주체의 이익 추구 내지 주체적 자아실현의 도구로 변신하였으며, 오늘날 공공복리 적합성이라는 내재율 조건 아래 하나의 주관적 도구로서의 존재의의를 확고히 하고 있다.

분되는 특징 중의 하나라고 하였다.<sup>18)</sup>

서양 계몽 시대 철학자들은 인류의 진보를, ‘증대하는 지식에의 접근’과 직결시켜 고찰하였던 바, 칸트가 말한 “Sapere aude(아는 데에 용감하라!)”<sup>19)</sup>는 진정 계몽주의의 표어였다.

현대의 철학자 중에서도 어떤 학자는 이러한 관점을 취해서, ‘모를 권리’에 대한 최근의 국제적 인식을 신랄하게 비판하기를 “그것은 인권 철학과 윤리학에 직접으로 반하는 것”<sup>20)</sup>이라고 하였다.

(3) 모를 권리 관념은, 환자에게 진실을 알리지 않는 것을 허용하는 ‘의료가 부장주의’를 포기하고자 하는 의사·환자관계의 진화에 반하며, 게다가 그것은 의사의 ‘위험을 알릴 의무’에 반하는 것이고, 그러므로 그 주장은 사람들로 부터 선택의 기회를 박탈하고 무지의 상태에 놓이게 하는 점에서 의료가부장주의로의 회귀를 표방하는 것이라고 비판한다.<sup>21)</sup>

또한 모를 권리 관념은, 환자의 ‘자율성(autonomy)’ 실행이 적절한 정보의 이해력에 의존하는 점에서, 그것은 자율성 관념에 반한다고 한다.<sup>22)</sup>

(4) 모를 권리의 관념은 공동체 가치와 타인에 대한 책임 관념에 반한다고 한다. 즉 한 개인이 자신의 유전자 상황을 외면하는 쪽을 선택함으로써 자기 가족에게 중대한 정보 알림을 불가능케 하는 것은 반 공동체적 행위라고 할 수 있으며, 이러한 평가는 모를 권리를 주장하여 전체 인구 차원의 조사계획 참여를 거부하는 경우에 대해서도 동일하게 적용된다고 한다.<sup>23)</sup>

18) Aristotle, *Metaphysics*, (Oxford: Clarendon Press, 1958), p.1.

19) I. Kant, “What is Enlightenment?”, L.W. Beck ed. *Kant on History*, (Indianapolis: Bobbs-Merrill Press, 1963), p.3.

20) G. Hottois, “A philosophical and critical analysis of the European Convention of Bioethics”, *Journal of Medicine and Philosophy*, No.2(2000), pp.133-146.

21) M. Canellopoulou Bottis, “Comment on a view favouring ignorance of genetic information: confidentiality, autonomy, beneficence and the right not to know”, *European Journal of Health Law*, No.2(2000), pp.185-191.

22) J. Harris, K. Keywood, a.a.O. pp. 418-419.

23) R. Chadwick, “The philosophy of the right to know and the right not to know”, R. Chadwick, M. Levitt, D. Shickle, ed. *The right to know and the right not to know*, (Aldershot: Ashgate, 1997), p.20.

### 3. 자기결정권 포기 및 설명의무 면제 논리와의 관계

환자는 실정법 상 및 의료계약 상 인정되는 자신의 의료 상황에 관한 알 권리를 포기하거나 그 권리에 상응하는 의사의 보고성 설명의무를 면제해 줄 수 있다. 또한 다음 단계의 진료에 관한 동의권과 거절권을 포기하거나 그 권리에 상응하는 의사의 기여적 설명의무를 면제해 줄 수 있다.

그리고 이러한 환자의 행위는 일정한 요건을 갖추었을 때에는 적법 유효하며, 따라서 이 경우 의사가 설명을 하지 않더라도 위법행위로 되지 않아서 손해배상책임을 지는 일이 생기지 않는다.

그런데 이러한 환자 쪽의 권리 포기와 의무 면제 행위의 유효성과 그로 인한 의사 쪽의 설명 불시행의 적법성 보장만으로써는 그 행위를 통해 향유하고자 하는 ‘무지법익’의 확보가 언제나 실현되는 것은 아니다. 그것은 설명을 면제 받은 의사가 굳이 설명을 강행한 경우에 그 행위는 일응 적법한 설명의무의 이행행위이므로 위법하다고 평가할 수는 없기 때문이다.

이 점에서 ‘무지법익’의 적극적 보호를 가능하게 할 법적 수단으로서의 모를 권리 개념이 필요한 것이다(후술하는 바와 같이 설명을 강행한 의사의 행위를 모를 권리의 침해로 평가하고 일정한 요건을 갖추었을 때에는 의사의 손해배상 책임을 물을 수 있기 때문이다).

### 4. 설명의 역기능 논리와의 관계

의료 과정에서 의사가 환자를 향해 행하는 각종의 설명이 야기하는 악영향 즉 이른바 역기능에 대한 인식과 평가는 일찍부터 이루어져 왔다.<sup>24)</sup>

이 논리는, 주로 설명으로 인한 확장적·부가적 손해 - 환자가 다음 단계의 진료를 불합리하게 거부하게 되거나 실망과 충격으로 인해 병상이 급격히 악화되는 손해 등 - 의 발생을 막을 수 있도록 의사의 설명의무 불이행의 합법화

24) 각주 2) 참조.

(위법성 조각)를 설명하기 위한 것이었으며; 따라서 무지법익의 첫 번째 상황 즉 단지 무지의 상태를 유지하고자 하는 이익 보장과는 무관한 것이었다.

여하간 문제는 그 논리의 취지를 구현하는 ‘적절한’ 기초론이 결여된 채로 주장되어 왔다는 점이다.<sup>25)</sup> 즉 그 논리에서는 설명으로 인한 법익 침해 현상만 지적될 뿐, 그 법익의 원천인 환자 쪽 권리의 존재와 피해법익을 수호할 의사 쪽의 의무에 대해서는 인식과 지적이 없다는 것이다.<sup>26)</sup> 생각건대 그러한 논리 구조로는 과도한 설명에 대한 효과적 저지나 설명 불시행의 정당성 시인이 매우 곤란하다.

부연하면, 법적 의무로서의 설명의무 이행에 의한 역기능의 발현(평온의 파괴, 순조로운 수진과 치료 기회의 상실 등 이익 침해)이라는 결과 현상에만 착안할 일이 아니라, 그 설명의무이행으로 인해 상대방의 어떤 ‘권리라는 규범적 요소’가 침해되었는지 여부, 아울러 의무자의 ‘다른’ 어떤 ‘의무라는 규범적 요소’에 불이행 장애가 생겼는지 여부에 착안하는 논리 구성이 필요한 것이다.

그것이 법논리적으로 타당하며, 또한 그러한 적극적 지위 설정이 있으면 설명 불시행의 정당성 논증이 더욱 합리적으로 가능해질 것이다.

## 5. 모를 권리의 침해와 위법성 판단

### 가. 권리의 행사 여부와 권리의 존부

환자가 향유하는 모를 권리의 통상적인 행사는 “알고 싶지 않다”, “설명을 듣고 싶지 않다”는 표현과 같이 알 권리와 동의권의 포기로 인정할 수 있는 방식과, “알려 주지 않아도 된다”, “설명하지 말아 달라”는 것과 같이 설명의무의 면

25) 설명으로 인한 손해의 방지를 목적으로 하는 규범적 기초론이 전혀 결여되어 온 것은 아니다. 이른바 ‘의사의 치료특권(Therapeutic Privilege, therapeutisches Privileg)’이라는 관념이 원용되는 경우가 있음이다(김천수, 전제 “환자의 자기결정권과 의사의 설명의무”, 1994, 261면 참조). 그러나 이것은 어디까지나 의사의 진료제량 인정이라는 관점에서의 지위 설정으로서, 환자 이익의 적극적 보호라는 관점에서의 지위 설정이라고 하기에는 미흡하다. 그러므로 ‘적절한’ 기초론이 되지 못한다고 보는 것이다.

26) 각주 3) 참조.

제로 인정할 수 있는 방식으로 이루어질 것이다.

한편 권리의 행사인지 아닌지 확인하기가 쉽지 않은 경우(예컨대, “더 이상 절망하고 싶지 않다”든가, “평온하게 살다가 생을 마감하고 싶다”는 등의 표현을 쓴 경우)와 전혀 권리 행사의 징표가 존재하지 않는 경우 즉 설명 청구 여부에 대해 아무런 의사표명이 없는 경우가 있을 수 있다.

문제는 후자 즉 명백한 권리 행사로 볼 수 없는 경우에는 근본적으로 권리의 존재자체를 인정할 수 없는가인데, 이는 후술하는 설명의 실행으로 인해 발생한 손해의 배상책임 논의와 관련되는 것이다.

당연히 권리의 존재에 대한 인정 여부는 결코 그 권리의 행사 여부에 의해 결정되는 것이 아니다. 그러므로 모를 권리를 행사하지 않았다고 하여 근본적으로 그 권리가 부인되는 것은 아니며, 따라서 권리 침해의 가능성이 전혀 배제되는 것도 아니다(후술하는 바와 같이 침해행위의 위법성 인부가 궁극의 문제가 된다).

다만 혹자는 모를 권리는 반드시 환자 쪽의 명백한 선택에 의해 활성화되어야 하며 결코 그 행사가 추정될 수 없다고 주장하기도 하는 바,<sup>27)</sup> 이러한 견해는 한편으로 권리 불행사의 경우에도 권리 자체의 존재는 인정하되 다른 한편으로 그 경우에는 보호의 가능성이 전혀 없게 됨을 인정하여, 결국 권리의 부인에 가까운 관념을 지니는 것으로 보인다.

앞에 소개한 네덜란드 민법과 독일 민법의 관련 규정은 그 문언 상 환자의 권리 포기 내지 의사의 설명의무의 면제라는 형태를 취하고 있으나, 해석 상 이 규정들은 양자 모두 모를 권리 인정의 근거로 인용할 수도 있다고 본다. 다만 규정은 의사의 설명불시행 책임의 조각사유로 환자의 명시적 의사 표명을 요구하고 있다.<sup>28)</sup>

27) R. Andorno, a.a.O. pp.437, 438.

28) 각주 10), 12), 13) 참조.

## 나. 권리 침해의 규범상황

모를 권리에 대한 침해는 환자가 명시적으로 사실을 알고 싶지 않음을 의사에게 표시하였거나 여러 가지 정황 상 환자가 그러한 의지를 지니고 있음을 알 수 있는 경우, 나아가서 사실의 통지가 환자를 절망에 빠트릴 가능성이 높을 것으로 예견되는 경우 등의 상황에서 의사가 적극적으로 설명을 실행하는 것이다.

이는 다른 한편으로 법령상·계약상·신의칙상 부과되는 설명의무 이행이라는 일응 정당행위의 결과이다.

그러므로 모를 권리 침해의 실태는 환자의 알 권리·동의권과 모를 권리의 충돌, 의사의 설명의무와 배려의무(후술)의 충돌이 현실적으로 전개되는 규범상황인 것이다.

이 점이 모를 권리·배려의무 법률관계의 특수성이며, 그 충돌의 조화로운 해소가 중심적 과제로 된다(물론 후술하는 바와 같이 제3자의 이익 보호도 관련 과제의 하나이다).

## 다. 위법성의 판단 - 법익교량론

권리의 침해는 일반적으로 위법행위의 전형이라고 평가할 수 있다. 그러나 그것이 위법성의 실질적 요소인 ‘(선량한 풍속 기타) 사회질서 위반’ 그 자체라는 것은 아니다. 즉 구체적 권리 침해 행위의 위법성은 개별적 평가에 의해 별도로 판단된다는 뜻이다. 더욱이 그 침해가 앞에서 거론된 바와 같이 어떤 의무 이행 자체의 이면 현상인 경우에는 ‘권리 침해가 곧 위법’이라는 논리의 타당성 내지 설득력은 훨씬 저감된다.

요컨대 모를 권리의 침해는 그 자체로서 곧바로 위법행위로 되는 것이 아니라, 개별적인 평가에 의해 위법행위 여부가 판명되는 것이다.

문제는 그 평가의 기준이다.

앞에서 소개한 바와 같이 일찍부터 우리 학설과 판례는 의료관계에서의 설명의 역기능 현상을 인지하면서 그 문제 해결의 논리 구성을 법익형량 내지 손

익교량 이론으로 추구하였다.<sup>29)</sup> 즉 설명을 한 경우에 환자가 겪게 될 불이익이 설명을 하지 않았을 경우에 환자에게 발생할 불이익보다 큰 상황(혹은 설명을 한 경우에 환자가 얻게 될 이익이 설명을 하지 않았을 경우에 환자에게 발생할 이익보다 작은 상황), 달리 말하자면 설명을 한 경우에 환자가 겪게 될 불이익이 얻게 될 이익보다 큰 상황(혹은 설명을 하지 않은 경우에 환자가 겪게 될 불이익이 얻게 될 이익보다 작은 상황)에서는 의사의 설명 불시행이 정당화된다는 이론이다.

이러한 이론은 환자의 모를 권리 침해의 위법성 평가에 그대로 적용되는 것이 바람직하다고 본다(모를 권리와 설명의 역기능 논리와와의 관계는 앞의 4.에서 논함).

즉 의사의 적극적 설명으로 인해 침해될 환자의 무지법익, 예컨대 정신적은둔<sup>30)</sup>·일상생활의 평온·순조로운 수진과 치유 기대·기대여명 등의 이익이 그 설명으로 인해 실현될 알 권리와 동의권·거절권의 이익보다 더 큰 상황에서는, 모를 권리의 침해가 위법 평가를 받게 된다.

환자가 모를 권리를 명시적으로 행사한 경우 그것은 존중되어야 하고 따라서 그 침해는 법익교량 상 원칙적으로 위법하다고 할 것이다(의사는 이 때 환자를 향한 직접의 설명은 피하되 가족 등 다른 적절한 사람에게 사실을 설명하는 것은 그것이 비밀준수의무를 위반하는 것이 아닌 한에서 허용된다고 하겠다). 그러나 이 경우에도 의료 상황이 질병 발현 혹은 악화의 방지가 가능한 것이고, 설명이 환자로 하여금 치명적인 좌절에 빠트릴 가능성이 없다고 볼만한 때에는, 그 설명이 법익교량 상 위법하지 않다고 해야 할 것이다. 사례 중의 바비의 상황은 어떠한가?<sup>31)</sup>

29) 각주 2) 참조.

30) 서양 학자 중에는 이와 유사한 관념으로 'psychological spatial privacy' 혹은 'separateness of the individual's psyche' 라는 표현을 쓰기도 한다. G. Laurie, "In defence of ignorance: genetic information and the right not to know", *European Journal of Health Law*, NO.6(1999), pp.119-32. 참조.

31) 미국의료유전학회(ACMG: American College of Medical Genetics and Genomics)에서는 2013년 57개 유전자 목록을 발표하면서 다음과 같이 권고하였다. 즉 의사로부터 유전체 배열분석

환자의 모를 권리 행사에 따라 설명을 하지 않게 되면 타인에게 위해가 발생할 가능성이 있는 경우에는 어떠한가? 즉 앞에 소개된 ‘진요행의 미련’ 사례에서와 같이 HIV(인간면역결핍 바이러스) 감염 여부 검사결과를 통보받기를 거부한 수검자에게 그 양성 반응 사실을 통보 설명하는 것은 위법하다고 평가되는가? 환자의 무지가 다수 선량한 타인의 이익을 침해할 가능성이 높은 이상 경우에는 환자의 무지법익과 제3자의 보호 가능한 법익도 교량의 대상이 된다고 함이 옳다. 사실 엄밀하게 분석해 보면 환자에게는 장차 타인에게 피해를 주었다거나 타인의 불이익 방지에 협조하지 않았다는 원망이 따르게 될 가능성이 있고, 그것은 곧 환자 자신의 불이익이 될 것이므로 자신의 이익·불이익에 대한 교량이라고도 할 수 있는 것이다. 요컨대 이런 경우 의사의 설명은 위법한, 모를 권리의 침해로 평가되지 않는다고 해야 한다.

앞에 소개된 바와 같이 네덜란드 민법과 프랑스 민법은 제3자 법익과의 교량을 인정하고 있다.<sup>32)</sup>

인구통계학적 연구에 참여한 일 개인의 의료 상황 예컨대 유전정보가 가족과 공통인 경우는 흔히 있을 수 있겠는데, 사례 중의 바비와 같이 혈족 공통의 가능성이 높은 유전자 변이가 우연히 발견된 경우에 그 사실을 혈족에게 알리는 것이 허용되는가? 이 점에 관해 현하 학계는 진지한 논쟁을 진행하고 있는 중이다.<sup>33)</sup>

한편 무지법익이라는 것은 대개 매우 주관적 성격이 강해서 개인마다 추구

요구가 있을 때에는 언제나 목록에 제시된 57개 유전자가 모두 평가되어야 하고, 그 결과는 비록 환자가 알고 싶지 않다고 명시한 경우라고 해도 알려야 한다는 것이다. 학회는 우연한 발견에 대해 환자와 그 가족에게 알리고 경고함으로써 손해를 예방하는 것은 임상 의사와 실험실 연구원의 사명('a fiduciary duty')이라고 밝혔다(Meredith Salisbury, "Should You Have The Right Not To Know Genetic Information?" [www.forbes.com/sites/teconomy/2013/11/05/...](http://www.forbes.com/sites/teconomy/2013/11/05/); "ACMG Recommendations for Reporting of Incidental Findings in Clinical Exome and Genome Sequencing", [https://www.acmg.net/docs/acmg\\_releases\\_highly-anticipated\\_recommendations\\_on\\_incidental\\_findings\\_in\\_clinical\\_exome\\_and\\_genome\\_sequencing.pdf](https://www.acmg.net/docs/acmg_releases_highly-anticipated_recommendations_on_incidental_findings_in_clinical_exome_and_genome_sequencing.pdf) 참조함).

32) 각주 10), 11) 참조.

33) 각주 31) 참조.



하는 정도가 다르고 전개되는 의료의 상황에 따라 달라지기 때문에 타인 즉 의사가 인지하는 것이 용이하지 않다고 하지 않을 수 없다. 따라서 환자의 표명된 의사(意思)가 명확하지 않은 경우에서 무지법익의 내용과 정도 및 그 침해 사실을 인정함에는 더욱 신중을 기하지 않으면 안 된다.

환자가 어떤 의사도 표명하지 않은 경우는 어떠한가? 이 경우 환자의 무지법익은 전혀 고려의 대상이 되지 않는다고 할 바는 아니라고 본다. 역시 그 법익은 인정되고 존중되어야 할 가치 있는 요소라고 할 것이다. 다만 의사의 입장에서 인지가 어렵고 설명과 알림의 사명·필요·의무가 있으므로 설명 실행의 위법성을 인정하는 것은 일반적으로 타당하지 않다고 할 것이다. 그러나 앞에 소개된 ‘비키의 소망’ 사례에서와 같이, 환자의 평소 언행이나 알려진 가치관·인생관 및 투병자세 등을 통해 환자 본인이 추구하는 무지법익을 인식할 수 있고 의료 상황이 매우 엄중하며 악화를 방지할 가능성이 없는 때에는 설명이 법익 교량 상 위법하다고 평가할 만할 것이다.

이때에 의사 쪽에게 강조되는 행위 양태는 배려의무의 진지한 고찰이다.

모를 권리 침해의 효과는 피침해법익에 대한 배상책임의 발생이 되는 바, 이는 배려의무 위반의 효과 편에서 논하고자 한다.

## IV. 의사의 배려의무

### 1. 배려의무 개념의 필요성과 기능

사회적 접촉에서 사람이 타인의 신체·정신·재산이 본질적으로 갖는 현상 이익(現狀利益) 내지 완전성이익(完全性利益, Integritätsinteresse)을 보호하고 배려해야 할 의무는, 사회생활의 일반적 규범인 ‘신의성실의 원칙’이 모든 사회구성원에게 부과하는 법적 지위이다. 이것은 계약관계에서든 비계약관계에서든 공통적인 지위설정이며, 따라서 의료관계에서도 동일하다. 그런데 일

반적으로 판단해 보건대, 이 의무 관념은 계약적 혹은 계약관련적으로 인식할 때에 그 내용 및 다른 의무와의 관계가 더욱 명료해지므로, 흔히 그에 관한 논의는 계약론에서 더욱 풍부하게 이루어져 왔다(물론 더 기본적으로 이 의무가 불법행위법 상의 지위인가 계약법 상의 지위인가의 논쟁이 학계에서 오랫동안 지속돼 왔으며, 아직도 그 논쟁이 종식되었다고는 말할 수 없는 상황이다<sup>34)</sup>).

보호·배려의무의 개념은 독일 민법학 계약론에서 채무불이행의 한 형태인 ‘적극적 계약침해(positive Vertragsverletzung)’ 내지 ‘적극적 채권침해(positive Vorderungsverletzung)’의 해명을 위해 1904년에 헤르만 슈타우프(Hermann Staub)가 처음 주장한 이래, 장기간의 심도 깊은 논쟁을 거쳐 학설·판례에 의해 정립돼 왔으며 2002년의 민법 개정(제241조 제2항의 신설)<sup>35)</sup>을 통해 비로소 실정법적 제도로 수용된 바 있다. 다만 그 용어는 학자에 따라 매우 다양하게 표현되어 왔는데, 민법 개정 이후에도 여전히 용어 통일은 이루어지지 않고 있는 바이다.<sup>36)</sup> 민법 규정은 ‘Rücksichtspflichten’을 시사하고 있

34) 이에 관한 일반론은 많은 문헌에서 언급되고 있는데, 특히 독일에서의 이론적 체계화 과정을 종합하여 잘 정리한 근년의 논저로서; 長坂 純, “ドイツ法における「統一法定保護義務關係」論の展開”, 明治大学 法律研究所 編, 法律論叢(第77卷 第1號), 2004, 69~125면이 있음.

35) § 241 Pflichten aus dem Schuldverhältnis

(1) Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. Die Leistung kann auch in einem Unterlassen bestehen.

(2) Das Schuldverhältnis kann nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten.

36) J. von Staudingers, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse Einleitung zum Schuldrecht: §§ 241-243 (Treu und Glauben), Neubearbeitung 2015 von Dirk Looschelders, Dirk Olzen, Gottfried Schiemann(2015), S.186, Rn.155.

민법 개정 전의 용어 표현과 학자는 다음과 같다.

‘Schutzpflichten’: JAUERNIG/MANSEL Rn 10; SOERGEL/TEICHMANN §242 Rn 178 ff; THIELE JZ 1967, 649 ff; GERHARDT JZ 1970, 535 ff; KRESS, Schuldrecht § 1, 1 u § 23, 578, 580; FROST, Schutzpflichten 13; MEDICUS, Probleme um das Schuldverhältnis 15 ff; STOLL, Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung, AcP 136[1932] 257 ff; vgl für die Zeit des Ntaionalsozialismus SCHUBERT, Protokolle: Schuldrecht [1990] 207, 295/297 WESTERMANN/BYDLINSKI/WEBER, Schuldrecht AT Rn 11/6), ‘Sorgfaltspflichten’: LORENZ, Die Einbeziehung Dritter in vertragliche Schuldverhältnisse - Grenzen zwischen vertraglicher und deliktischer Haftung, JZ 1960, 108, 111; STÜRNER

다.<sup>37)</sup>

그동안 의료관계에서 의사가 기본적 급여의무(보고성 설명의무와 의료시행의무) 이외로 환자의 '완전성이익'을 보호하기 위해 베풀어야 할 의무로서는 주로 환자의 유효한 동의권·거절권 행사에 기여하는 설명의무와 비밀준수의무(개인정보보호의무) 등이 인식·논의되어 왔다.<sup>38)</sup>

즉 상술한 바와 같이, 종래의 이론에서는 환자의 '무지법익'이라는 완전성이익의 보장을 위한 논리로서 이익 침해 결과 포착 중심의 설명 역기능론만이 원용되어 왔을 뿐, 기초로서의 권리·의무에 관해서는 인식이 결여되었던 탓에, 의사의 적극적 의무 지위로서의 부작위 '배려의무'(물론 일반적으로 배려의무가 부작위 의무로만 구성되는 것은 아니다) 관념이 확립되지 못했던 것이다.

이 배려의무는 의사의 보호의무의 하나(보호의무 중의 하위 유개념)로서 환자의 모를 권리에 대응한다. 즉 환자의 수진과 투병 과정에서 사적 고립성 내지 정신적 은둔·일상생활의 평온·순조로운 수진과 치유 기대·기대여명 등

JZ 1976, 384 ff; EVANS-VKRBEK, Nichterfüllungsregeln auch bei weiteren Verhaltens- und Sorgfaltspflichtverletzungen?, AcP 179 [1979] 85 ff. 'Verhaltenspflichten' 내지 'weitere Verhaltenspflichten': GERNHUBER, Schuldverhältnis §2 IV 2 [hierin bilden die Schutzpflichten eine abgeschlossene Gruppe]; LARENZ, Schuldrecht I § 2 I [unterteilt die weiteren Verhaltenspflichten in 'Schutzpflichten' und 'Loyalitätspflichten']; zust EMMERICH, Leistungsstörungen §22 Rn16. 'Wohlverhaltenspflichten': FIKENTSCHER, Schuldrecht [9.Aufl.] Rn 15. 'Nebenpflichten': ERMAN/BÖTTCHER/HOHOLOCH § 242 Rn 64; MünchKomm/BACHMANN Rn 33 [teilw auch „Schutzpflichten“]; ESSER/SCHMIDT, Schuldrecht I § 6 IV ERMAN/ BÖTTCHER/HOHOLOCH § 242 Rn 64; MünchKomm/BACHMANN Rn 33 [teilw auch „Schutzpflichten“]; ESSER/SCHMIDT, Schuldrecht I § 6 IV [unterteilt weiter in Rücksichts-, Treu-, Warn-, Fürsorge-, Obhuts- und sonstige Schutzpflichten]; ENNECCERUS/LEHMANN, Schuldrecht § 4 II 2; CANARIS JZ 1965, 475; HENCKEL AcP 174 [1974] 111; V BAR AcP 179 [1979] 467.

민법 개정 후의 용어 표현과 학자는 다음과 같다.

'Schutzpflichten': Hk-BGB/SCHULZE Rn 4; HKK/DORN Rn 85, 93; NK-BGB/KREBS Rn 4; KREBS, Sonderverbindung 485 ff; MünchKomm/BACHMANN/ROTH Rn 109; GRIGOLEIT, in: FS Canaris [2007] 275 ff; WITT NJW 2012, 3130. 'weitere Verhaltenspflichten': LARENZ, Schuldrecht I § 2 I.

37) 상계 J. von Staudingers, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse Einleitung zum Schuldrecht: §§ 241-243 (Treu und Glauben), S.186, Rn.155.

38) 각주 1) 참조.

(물론 이 이익들은 반드시 모를 권리의 실현을 통해서만이 향유 가능한 것은 아니다)이라는 개인의 완전성이익을 보호하기 위해 설명의 불시행을 비롯한 다양한 배려를 해 주어야 할 의무이다.

이 의무는 모를 권리 침해의 위법성을 평가하는 데에 적극적으로 참작·고려될 요소이며, 특히 환자가 모를 권리를 명시적으로 행사하지 않은 상황에서 그 기능이 더욱 중요해진다. 물론 가정해서, 설령 환자 쪽 모를 권리의 성립을 부인하는 입장을 취한다고 하더라도 이 배려보호의무의 존재는 부인할 수 없을 것이라고 생각한다.

네덜란드 민법은 제448조 제3항에서 “의료제공자는 상기한 정보설명이 명백히 환자에게 위해를 야기하는 경우에는 그 설명을 유보할 수 있다. 환자의 이익이 그것을 요구한다면 의료제공자는 그 정보설명을 환자 이외의 타인에게 하여야 한다. 위의 위해를 야기할 위험이 더 이상 존재하지 않을 때에는 정보설명을 하여야 한다. 의료제공자는 제1문에서 말하는 설명 유보의 권한을 다른 의료제공자와 상의함이 없이 행사해서는 안된다.”<sup>39)</sup>고 규정하여 배려의무의 관념을 명시하고 있다.

한편 독일 민법은 제630e조에서 “제630d조 제1항 제2문의 경우<sup>40)</sup>에는 환자

---

39) Burgerlijk Wetboek Boek 7. Artikel 448 “3. De hulpverlener mag de patiënt bedoelde inlichtingen slechts onthouden voor zover het verstrekken ervan kennelijk ernstig nadeel voor de patiënt zou opleveren. Indien het belang van de patiënt dit vereist, dient de hulpverlener de desbetreffende inlichtingen aan een ander dan de patiënt te verstrekken. De inlichtingen worden de patiënt alsnog gegeven, zodra bedoeld nadeel niet meer te duchten is. De hulpverlener maakt geen gebruik van zijn in de eerste volzin bedoelde bevoegdheid dan nadat hij daarover een andere hulpverlener heeft geraadpleegd.”

(Chapter 7. Article 448 Information duty “3. The care provider may only withhold the above mentioned information from the patient as far as providing it would clearly cause serious harm to the patient. If the interest of the patient requires so, the care provider must give the information to a person other than the patient. The information shall be provided to the patient when there is no longer any danger of causing the harm referred to above. The care provider shall not use the authority referred to in the first sentence without having consulted another care provider on the matter.”)

40) 이것은 환자에게 사전 동의능력이 없어서 권한 있는 타인으로부터 진료 동의를 받는 경우

가 자신의 예후와 이해 가능성에 의해 해명을 수용할 수 있는 상태에 있고, 그 해명이 환자의 안녕에 반하지 않는 한, 제1항에 따라 환자에게도 그 이해력에 상응하여 본질적 사정을 해명하여야 한다.”<sup>41)</sup>고 규정함으로써, 해석상 의사의 해명 내지 설명이 환자의 안녕을 해치게 되는 경우에는 그것이 허용되지 않는다고 하는, 의사의 부작위 배려의무 관점의 입법 태도를 보여주고 있다.<sup>42)</sup>

## 2. 배려의무의 성질과 위상

의료관계에서 당사자인 환자와 의사는 다양한 권리와 의무를 지니며, 그 권리·의무는 상호간에 전적으로 고립적·병렬적 관계에 있는 것이 아니라 주종적 혹은 등위적으로 견련하여 입체 구조를 형성한다. 그것은 각 권리 의무의 존립 요건과 그 침해 혹은 위반 시의 법률효과가 서로 다르다는 것을 뜻한다.

의료관계에서 의사가 부담하는 의무는 채무라고 불리는 기본적인 급여의무(보고성 설명의무, 의료시행의무, 진료기록부 등 자료의 열람허용 및 제공 의무), 급여의무의 내용을 온전히 이행하기 위해 그 급여의무에 종속 부종하여 신의칙상 파생하는 부수적 의무(의료시행 상의 기술적 주의의무, 요양지도성 설명의무 -요양상 지도설명 의무-, 전원의무 및 전원시의 정보제공의무, 경고 의무 -설득의무-, 진료기록부 등 자료의 작성 및 보존 의무) 그리고 급여의무와 독립적·병존적으로 또는 계약관계의 존립과 무관하게 인정되어 급여의무 자체의 이행과는 별도로 당사자 상호 간 신체·인격·기존 재산의 현상이익(現狀利益) 내지 완전성이익(完全性利益)을 수호해야 할 보호의무(의사결정 기

입.

41) BGB Paragraph 630e Aufklärungspflichten “(5) Im Fall des § 630d Absatz 1 Satz 2 sind die wesentlichen Umstände nach Absatz 1 auch dem Patienten entsprechend seinem Verständnis zu erläutern, soweit dieser aufgrund seines Entwicklungsstandes und seiner Verständnismöglichkeiten in der Lage ist, die Erläuterung aufzunehmen, und soweit dies seinem Wohl nicht zuwiderläuft. Absatz 3 gilt entsprechend.”

42) 김민중, 전제 “진료계약: 판례로 형성된 원칙에서 전형계약으로”, 79면에서는 “독일 민법의 진료계약에 관한 규정에서는 치료 상의 이유로 인한 설명의무의 제한을 명문으로 규정하고 있지 않다”고 소개하고 있다.

여적 설명의무 -유효한 동의·거절을 위한 기여적 설명의무-, 비밀준수의무 -개인정보보호의무-)로 구분된다.

의사의 배려의무는 환자의 수진이익 이외인 무지법익의 수호를 목적으로 하는 보호의무에 속한다.

급여의무군의 불이행이 있으면 그 의무 이행에 갈음하는 손해배상채권 및 계약해제권 발생의 효과가 있을 수 있다. 부수적 의무의 불이행이 있으면 일응 기본인 급여의무 불이행이 성립하게 되고, 따라서 역시 손해배상채권 및 계약해제권 발생의 효과가 있을 수 있다. 다만 그 위반의 결과 급여의무 이행에 아무런 장애가 없으면, 그 효과 발생의 여지는 없다.

한편 보호의무의 불이행이 있으면 그것은 급여의무 불이행이 아닌 다른 법익, 즉 예컨대 동의권(내용: 선택법익) 또는 모를 권리(내용: 무지법익) 등 침해에 따른, 기본적 급여이익 이외의 이익 침해가 있게 되므로, 그 손해를 위자 받을 손해배상채권 발생의 효과가 있을 수 있다.

### 3. 배려의무 위반의 위법성 판단과 효과

배려의무의 준수 여부가 문제되는 경우 혹은 그 의무 위반을 평가하고자 하는 경우의 규범상황은, 모를 권리 편에서 언급한 바와 같이, 작위 설명의무와 부작위 배려의무가 충돌하는 상황이다.

이러한 상황에서 의사에게 제시되는 선택의 판단 근거 및 의사의 설명 실행 혹은 불시행의 적법성 판단 근거는 역시 법익교량이다. 이 점에 관하여는 이미 모를 권리 편에서 논술했었다(III. 5. 다. 위법성의 판단 - 법익교량론 참조 바람).

부작위 배려의무 위반이 위법 평가를 받는 경우에, 그로써 의료시행 상 주의 의무 위반과 동일한 효과가 발생한다고 할 수는 없고, 만약 무지하였다면 향유할 수 있었던 일상생활의 평은·순조로운 수진과 치유의 기대·기대여명 등 인격적 법익 침해의 효과를 인정할 수 있을 것이다.

비키의 사례에서 담당 의사의 과도한 설명 행위에 대하여 법익교량 상 배려의무 위반의 위법성을 인정할 수 있고, 따라서 사망 시까지의 평온의 파괴·희망의 상실·죽음의 공포 등으로 인한 정신적 고통과 기대여명 단축으로 인한 정신적 고통을 위자할 책임이 그 의사에게 있다고 평가할 수 있겠다.

## V. 결론

환자의 모를 권리와 의사의 배려의무를 규범적으로 인정하는 것은, 한편으로 환자 쪽의 자율권을 확장하고, 다른 한편으로 경우에 따라서는 과도하게 부과되는 의사의 설명의무를 감면함으로써 의사와 환자 관계를 재조정하고 새로운 조화를 추구하는 바에 그 근본적 목적이 있다.

의사의 입장에서는 이로 말미암아 임상에서 고려해야 할 요소가 한층 더 복잡해지는 결과가 되는 것이 사실이다. 현실에서 의사에게 요구되는; 알 권리와 모를 권리의 동시 고려, 설명의무와 배려의무의 동시 고려 노력은 ‘천사의 외줄타기’와 같이 철저히 이타적이고도 난해한 역할이라고 하지 않을 수 없다.

학계 차원에서 일정한 판단기준을 설정해 두는 것이 필요하고, 아울러 의료현장에서의 구체적 판단을 지원하기 위한 의료기관 별(경우에 따라서는 지역별) 법·윤리규범위원회의 역동적 활동이 요망된다.

[ 참 고 문 헌 ]

- 석희태, “의사의 설명의무와 환자의 자기결정권”, 『연세행정논총』 제7집, 1981. 2.
- \_\_\_\_\_, 「의료과오 민사책임에 관한 연구」, 연세대학교 대학원, 1988. 8.
- \_\_\_\_\_, “오진과 자기결정권침해의 효과”, 『현대민법의 과제와 전망: 남송 한봉희 박사 화갑 기념논문집』, 1994. 6.
- \_\_\_\_\_, “의사의 설명의무”, 『취송 김현태 박사 8순 기념논문집 불법행위법의 특수문제』, 1997. 7.
- \_\_\_\_\_, “의료과오”, 『주석민법 채권각칙 7』 제3판, 2000. 3.
- \_\_\_\_\_, “연명의료의 중단”, 『의료법학』 제10권 1호, 2009. 6.
- 김천수, “의료계약상 의사의 설명의무: 서독의 학설 및 판례를 중심으로”, 『대구대 법정논총』 3집, 1988. 2.
- \_\_\_\_\_, “의사의 설명의무”, 『민사법학』 제7호, 1988. 6.
- \_\_\_\_\_, “환자의 알 권리와 자기결정권”, 『대구대 법정논총』 제8집, 1994. 2.
- \_\_\_\_\_, 「환자의 자기결정권과 의사의 설명의무」, 서울대학교 대학원, 1994. 8.
- \_\_\_\_\_, “환자의 알 권리; 의약품의 처방 및 조제와 관련하여”, 『의료법학』 제4권 1호, 2003. 6.
- \_\_\_\_\_, “연명치료에 관한 계약법적 고찰”, 『성균관법학』 제21권 3호, 2009. 12.
- \_\_\_\_\_, “의료행위에 관한 설명·동의 원칙의 제한과 범익의 형량 - 긴급의료와 연명의료를 중심으로”, 『사법』 28호, 2014. 6.
- 박일환, “의사의 설명의무와 그 해태에 따른 법적 책임”, 『민사재판의 제 문제』 제5권, 1989. 10.
- 추호경, 「의료과오에 관한 연구」, 서울대학교 보건대학원, 1992. 2.
- \_\_\_\_\_, “의사의 설명의무위반과 손해배상책임”, 『법조』 50권 7호(통권 538호), 2001. 7.
- 김민중, “의사의 설명의무: 해결되지 않는 법률문제”, 『현대 민법의 과제와 전망: 남송 한봉희 박사 화갑기념논문집』, 1994. 6.
- \_\_\_\_\_, “의사의 설명의무에 관한 몇 가지 특수문제”, 『의료법학』 제4권 2호, 2003. 12.
- \_\_\_\_\_, “의사의 설명의무와 면제”, 『JURIST Plus』 제412호, 2007. 1.



- \_\_\_\_\_, “진료계약: 관례로 형성된 원칙에서 전형계약으로”, 『사법』 28호, 2014. 6.
- 안법영, “산부인과 진료와 의사의 주의의무: 대법원판결례의 분석을 중심으로”, 『의료법학』 창간호, 2000. 5.
- 안법영·백경희, “설명의무와 지도의무: 설명의무에 관한 최근 관례의 동향”, 『안법학』 제40호, 2013. 6.
- 전병남, “의사의 설명의무위반과 손해배상책임”, 『의료법학』 제3권 1호, 2003. 6.
- 범경철, “의사의 설명의무와 환자의 자기결정권”, 『의료법학』 제4권 2호, 2003. 12.
- 백경희, 「의료사고 민사책임의 성립과 범위에 관한 연구: 새로운 쟁점을 중심으로」, 고려대학교대학원, 2008. 2.
- 長坂 純, “ドイツ法における「統一的法定保護義務關係」論の展開”, 明治大学 法律研究所 編 「法律論叢」 第77卷 第1號, 2004. 9.
- D.C. Wertz, J.C. Fletcher, “Privacy and disclosure in medical genetics examined in an ethics of care”, *Bioethics* No.5, 1991.
- C.M. Romeo-Casabona, “Human rights issues in research on medical genetics”, *Ethics and Human Genetics*, Strasbourg: Council of Europe Editions, 1994.
- R. Andorno, “The right not to know: an autonomy based approach”, *Journal of Medical Ethics* Vol.30, 2004.
- D. Ost, “The ‘right’ not to know”, *The Journal of Medicine and Philosophy* No.3 1984.
- J. Harris, K. Keywood, “Ignorance, information and autonomy”, *Theoretical Medicine and Bioethics* Vol.22, 2001.
- G. Hottois, “A philosophical and critical analysis of the European Convention of Bioethics”, *Journal of Medicine and Philosophy* No.2, 2000.
- M. Canellopoulou Bottis, “Comment on a view favouring ignorance of genetic information: confidentiality, autonomy, beneficence and the right not to know”, *European Journal of Health Law* No.2, 2000.
- R. Chadwick, “The philosophy of the right to know and the right not to know”  
R. Chadwick, M. Levitt, D. Shickle, ed., *The right to know and the right not to know*, Aldershot: Ashgate, 1997.
- G. Laurie, “In defence of ignorance: genetic information and the right not to

know”, European Journal of Health Law NO.6, 1999.

M. Salisbury, “Should You Have The Right Not To Know Genetic Information?”, [www.forbes.com/sites/teconomy/2013/11/05/...](http://www.forbes.com/sites/teconomy/2013/11/05/...)

J. von Staudingers, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse Einleitung zum Schuldrecht; §§ 241-243 (Treu und Glauben) Neubearbeitung 2015 von Dirk Looschelders, Dirk Olzen, Gottfried Schiemann, 2015.

R.C. Green, J.S. Berg, W.W. Grody, S.S. Kalia, B. Korf, C.L. Martin, A. McGuire, R.L. Nussbaum, J.M. O’Daniel, K.E. Ormond, H.L. Rehm, M.S. Watson,

M.S. Williams, L.G. Biesecker, “ACMG Recommendations for Reporting of Incidental Findings in Clinical Exome and Genome Sequencing”,  
[https://www.acmg.net/docs/acmg\\_releases\\_highly-anticipated\\_recommendations\\_on\\_incidental\\_findings\\_in\\_clinical\\_exome\\_and\\_genome\\_sequencing.pdf](https://www.acmg.net/docs/acmg_releases_highly-anticipated_recommendations_on_incidental_findings_in_clinical_exome_and_genome_sequencing.pdf)

## [국문초록]

## 환자의 모를 권리와 의사의 배려의무

석희태(법학박사, 연세대학교 의료법윤리학과)

우리나라에서 전통적으로 환자의 자기결정권 내지 자율권은, 의사의 보고성 설명의 무에 대응하는 알 권리 그리고 의사의 기여적 설명의무에 대응하는 수진 동의권 및 수진 거절권, 양자를 ‘중심’으로 해서 논의되어 왔다.

환자의 자율적 결정의 내용으로서 형성·피력되는, 자기 신체 및 의료 상황에 대해 알고 싶지 않은 희망과 그로 인한 이익에 관한 지위- 도덕적·법적 지위 - 는 환자로부터의 알 권리와 동의권의 포기 또는 (의사가 부담하는) 설명의무의 면제라는 소극적 지위 차원에서 인식되었다. 그리고 설명·동의 원칙 도그마의 적용에 의한 역기능 문제는 설명·동의 원칙의 적용 배제 및 그에 따른 의사의 책임 부인이라는 역시 소극적 접근법에 의해 ‘주로’ 인식되었다.

즉 환자의 그러한 알고 싶지 않다는 ‘무지(無知)의 희망’을 실현시켜 줄 법적 수단이 환자의 ‘모를 권리’ 및 의사의 ‘부작위 배려의무’라는 ‘적극적 지위’로 이해되고 인정되지 않았던 것이다.

이러한 당사자의 적극적 지위 설정이 전제되지 않으면 실제상 및 이론상 문제가 제기 된다. 환자가 동의권을 포기한다고 선언하거나 의사의 설명의무를 면제한다고 표명했음에도 불구하고, 의사가 굳이 환자를 상대로 설명 내지 보고를 행하여 환자에게 큰 손해가 발생한 경우에, 의사의 그 행위를 규범적으로 어떻게 평가할 것인가가 문제인 것이다. 한편 의사가 설명의 역기능을 우려하여 설명을 행하지 않았고, 그 행태에 대해 적절한 것이란 평가가 가능한 경우에, 그 재량적 불설명적 적법성을 인정할 직접적 근거가 무엇 인지를 밝히는 것 또한 문제이다.

이러한 문제를 해결하기 위해 근본적으로 환자에게 ‘모를 권리’라는 지위를, 의사에게 ‘배려의무’라는 지위를 인정할 필요가 있다.

요컨대 이 권리와 의무 개념은 환자의 자율성 관념의 충실화와 설명역기능 현상의 적정한 방지라는 법규범적 요구를 충족시키는 데에 매우 유용한 도구로서 수용할 수 있다.

주제어 : 환자의 모를 권리, 의사의 배려의무, 동의권의 포기, 설명의무의 면제, 불설명 의무, 설명의 역기능, 무지법익, 법익교량

## Patient's 'Right Not to Know' and Physician's 'Duty to Consideration'

HeeTae Suk

*P.h. D. In Law, Invited Chair Professor*

*Dept. of Medical Law and Bioethics, College of Medicine, Yonsei University*

### =ABSTRACT=

A patient's Right to Self-Determination or his/her Right of Autonomy in the Republic of Korea has traditionally been understood as being composed of two elements. The first, is the patient's Right to Know as it pertains to the physician's Duty to Report [the Medical Situation] to the patient; the second, is the patient's Right to Consent and Right of Refusal as it pertains to the physician's Duty to Inform [for Patient's Consent].

The legal and ethical positions pertaining to the patient's autonomous decision, particularly those in the interest of the patient's not wanting to know about his/her own body or medical condition, were therefore acknowledged as passively expressed entities borne from the patient's forfeiture of the Right to Know and Right to Consent, and exempting the physician from the Duty to Inform. The potential risk of adverse effects rising as a result of applying the Informed Consent Dogma to situations described above were only passively recognized, seen merely as a preclusion of the Informed Consent Dogma or a denial of liability on part of the physician.

In short, the legal measures that guarantee a patient's 'Wish for Ignorance' are not currently being understood and acknowledged under the active positions of the patient's 'Right Not to Know' and the physician's 'Duty to Consideration' (such as the duty not to inform).

Practical and theoretical issues arise absent the recognition of these active positions of the involved parties. The question of normative evaluation of cases where a sizable amount of harm has come up on the patient as a result of the physician explaining to or informing the patient of his/her medical condition despite the pa-

tient previously waiving the Right to Consent or exempting the physician from the Duty to Inform, is one that is yet to be addressed; that of ascertaining direct evidence/legal basis that can cement legality to situations where the physician foregoes the informing process under consideration that doing so may cause harm to the patient, is another.

Therefore it is the position of this paper that the Right [Not to Know] and the Duty [to Consideration] play critical roles both in meeting the legal normative requirements pertaining to the enrichment of the patient's Right to Self-Determination and the prevention of adverse effects as it pertains to the provision of [unwanted] medical information.

Keyword: Right to Self-Determination, Right of Autonomy, Right to Know, Duty to Report, Right to Consent, Duty to Inform, Informed Consent Dogma, Right Not to Know, Duty to Consideration, medical information