

의사 설명의무의 법적 성질과 그 위반의 효과

석 희 태*

I. 서언
II. 설명의무의 기능별 분류와 법적 성질
1. 보고성 설명의무: 의료계약상 급의무
2. 요양지도성 설명의무: 급의무이행상 부수의무
3. 기여성 설명의무: 계약관련상 보호의무
III. 설명의무 위반의 효과
1. 손해배상 일반론
2. 보고성 설명의무 위반의 효과
3. 요양지도성 설명의무 위반의 효과
4. 기여성 설명의무 위반의 효과
IV. 결론

I. 서언

의사의 설명의무는 환자에게 이미 시행한 의료행위, 시행 중인 의료행위 및 장래에 시행할 의료행위와 환자의 요양상 수칙에 관하여 적극적·체계적으로 진술함으로써 환자가 그 내용을 인식하게 할 법적 의무를 총칭한다.

이 의무는 환자의 알 권리에 대응하는 보고성 설명의무, 환자의 동의권·거절권에 대응하는 기여성 설명의무, 요양지도성 설명의무로 나뉜다.

설명의무를 분류하는 것은 각각의 기능과 법적 성질이 다르고, 법적 성질이 다름에 따라 그 위반 시의 효과, 특히 손해배상의 대상과 범위가 달라지기 때문이다.

* 논문접수: 2017. 12. 11. * 심사개시: 2017. 12. 13. * 게재확정: 2017. 12. 25.

* 법학박사, 경기대학교 명예교수 겸 연세대학교 의과대학 의료법윤리학과 객원교수.

이 주제에 관하여 우리나라에서는 지난 40년 가까운 기간 동안 많은 이론의 발전이 있었고, 그를 토대로 대법원 판결의 논리도 상당히 정치하게 전개되어 왔다. 그러나 여전히 학계와 실무계 일각에서는 용어와 개념의 혼동, 학설과 판례 논리에 대한 이해 부족을 목격하게 되고, 심지어 대법원 판결문 내의 전후 문맥에서 그리고 관련 있는 복수의 판례 사이에서 논리와 이론의 불일치를 발견하게 되는 것이 사실이다(이것은 합리적 근거와 설득력을 지닌 견해의 분립을 지적하는 것이 아니다).

위와 같은 견해와 문제의식을 기초로 해서, 아래에서 의사가 부담하는 설명의무의 기능별 분류와 법적 성질 및 그 위반 시의 효과를 우리나라 학설과 판례를 중심으로 분석 정리하고자 한다.

II. 설명의무의 기능별 분류와 법적 성질

의사의 설명의무는 그 기능에 따라서 보고성 설명의무, 요양지도성 설명의무, 기여성 설명의무로 분류된다.¹⁾²⁾³⁾ 다만 각개의 설명의무는 상황에 따라

- 1) 필자는 일찍이 논문 “의사의 설명의무와 환자의 자기결정권”, 연세행정논총(제7집), 1981. 2., 295면 이하를 통하여 의사의 설명의무를 환자의 동의와 관련된 협의의 설명의무·보고의무·(요양)지도의무로 삼분하고; 협의의 설명의무를 동의의 유효성 확보를 위한 논리적 전제나 진료채무의 부수적 의무가 아닌, 진료채무와 병존하는 법적 의무라고 하였으며, 보고의무는 진료채무와 별개로 취급하였고, 지도의무는 선관주의의무의 하나로서 그 위반이 있으면 일반의 의료과오가 된다고 하였다. 그 뒤 이 논리를 일부 진척시켜 논문 “의료계약(하)”, 사법행정(통권 제336호), 1988. 12., 66, 67면에서 위의 보고의무를 계약상의 급여의무의 하나로, 요양지도의무를 진료의무에 대한 부수적 의무의 하나로 규명하였고; 다시 이를 발전시켜 논문 “의료계약의 법적 성질과 내용”, 월간고시(통권 제242호), 1994. 3., 25면 이하에서 보고의무를 급여의무의 하나로서 ‘보고적 설명의무’로, 지도의무는 부수적 의무의 하나로서 ‘지도적 설명의무’로, 협의의 설명의무는 보호의무의 하나로서 ‘기여적 설명의무’로 정리하여 그 개념구분과 성질을 명확히 하였다. 이러한 논리구조는 논문 “의료계약”, 『주석민법 제3판 [채권각칙(5)]』, 1999. 9., 272~279면에서 그대로 유지한 바 있다.
- 2) 김천수 교수는 초기의 논문 “의사의 설명의무-서독의 학설 및 판례를 중심으로-”, 민사법학(제7호), 1988. 6., 246면에서 설명의무를 “...급여의무인 진찰 및 치료의무와 병존하는 독립적 부수적 의무라고 보아야 한다.”고 하고; 이를 진척시켜 논문 「환자의 자기결정권과 의사의 설명의무」, 서울대학교 박사학위논문, 1994, 137~153면에서 설명의무를 ‘고지설

서는 그 내용이 다중적 기능을 지니기도 한다.

1. 보고성 설명의무: 의료계약상 급여의무

환자는 의료의 전 과정 즉 의료행위 시행 전·시행 중·시행 후의 시점에서 자신의 신체와 정신의 의학적 상태, 상병의 원인과 이후의 변화, 진료의 내용과 효과, 자신의 역할 등 많은 사항에 대하여 알고 싶은 욕구를 갖는다. 일반적으로 환자가 의료계약을 체결하는 제1차적 목적은 그러한 욕구를 충족시키기 위해서라고 말할 수 있다. 그러므로 의료계약 당사자로서 환자는 의료급여(시행)청구권만이 아니라 설명청구권을 가지며, 이를 실현시키기 위해 의사는 보고성 설명의무를 부담한다.

이러한 보고성 설명은 장래에 시행될 의료행위에 대한 예고, 진행 중인 의료행위의 상황(진행 단계나 소요시간 등)과 그 영향 현상(어떤 통증이나 현기증 등)에 대한 해명, 기왕에 시행된 의료행위의 결과와 대책에 대한 보고·해명·고백 등을 포섭한다.⁴⁾

이 설명의무는 의사가 부담하는 진단·치료 등 의료급여(시행)의무와 병존하는 계약상 급여의무⁵⁾⁶⁾에 해당한다. 그러므로 후술하는 바와 같이 그 의무

명'(보고적 설명에 근사)·'조언설명'(기여적 설명에 해당)·'지도설명'의 의무로 나누면서, 전 이자는 급여의무인 진료의무에 병존하는 독립적 부수의무(보호의무에 해당)이고 후자는 종속적 부수의무(부수적 의무에 해당)라고 정리하였다. 이러한 논리구조는 논문 "의료계약," 『주석민법 제4판 [채권각칙(5)]』, 2016. 5., 267~292면에서 그대로 유지되고 있다.

3) 한편 안법영 교수와 백경희 교수는 공저논문 "설명 의무와 지도의무-설명 의무에 관한 판례의 동향-" 안암법학(통권 제40호), 2013. 2., 133면 이하에서 요양지도의 의무를 '설명 의무'의 외연에서 제외시키고 그냥 '지도의무'로 명명하여 논할 것을 피력하고 있다.

4) 김천수 교수의 '고지설명 의무' 관념은 "의료제공자는 제공하는 의료와 관련된 정보를 제공하여야 한다"는 것으로서, "의료행위가 시행되기 전에 이루어져야 함이 원칙"이며 예외적으로 '필수의료'의 경우에 사후 설명이 요구된다고 하고, 아울러 진료과실의 고백, 예상외 증상에 대한 원인 해명 등도 고지설명 의무의 내용으로 설명하고 있다(김천수, 전체 "의료계약," 『주석민법 제4판 [채권각칙(5)]』, 287~291면). 이러한 관념은 "기왕에 시행된 의료행위의 결과와 대책에 대한 보고·해명·고백 등"을 중시하는 필자의 '보고성 설명의무' 관념과 상당한 차이가 있다고 판단된다.

5) 계약론에서 채권의 목적 즉 채무자가 채권자를 위해 이행해야 하는 행위를 대다수의 학자와 세인은 '급부'로 표현하는 것이 현실이지만, 그것은 우리 민법 제정 시의 치열했던 모국

의 불이행이 있을 경우에는 의료계약 자체의 해제 내지 해지가 가능해진다(만약 이 의무를 의료계약상 의료시행의무와 병존하는 급여의무가 아니라 단지 보호의무의 성질을 갖는 것으로 본다면, 그 위법한 위반 즉 의무불이행이 있는 경우에 의료계약 전부에 대한 해제권 발생을 인정할 수 있는지는 의문이다).

한편 계약관계를 떠나서도, 의사는 의료의 본질상 설명을 통해 환자의 알권리를 실현시켜 줄 일반적인 의무를 부담한다고 할 수 있으며, 그러한 의무를 고의·과실로 위반하여 환자의 알권리를 침해하게 되면 불법행위가 성립할 수 있게 된다.

오늘날 의학·의료에 관한 수많은 지식 등 정보가 다양한 경로를 통해 일반인에게 무분별하게 전해지는 세대에서, 환자에 대한 주치의사의 정확하고 풍부한 정보 전달이 중요한 과제로 되고 있음에 따라, 의사의 보고성 설명의무의 법규범적 의미는 더욱 증대하고 있다고 할 수 있다.

어허복 이념을 땅각하는 일일 뿐만 아니라 살아 있는 현행 민법의 명문 규정을 외면하는 처사이다. 민법은 1958년 2월 제정 시에 소위 구 민법 즉 일본민법 상의 ‘給付(급부)’에 해당하는 용어를 모두 ‘給與(급여)’로 대체했는데(7개 조문에서 8차례), 그것은 ‘급부’가 일본어라는 인식에서 비롯했다고 전해진다(‘부(付)’라는 한자어는 일본어 특유의 허사인바, 그러한 허사를 부가하는 것은 한국어 한자 어휘의 조성법에는 존재하지 않는 방식이다). 오늘날 ‘급여’라고 했을 때 그것이 근로자의 봉급이나 건강보험 상의 요양급여를 지시하는 것이라고만 인식하는 경향을 접할 수 있는데, 이는 혼란한 언어 관용에 의한 국어 왜곡현상이라 평하지 않을 수 없다. 일찍이 김현태 교수는 1964년의 저서 『신채권법총론』, 34면에서 ‘급여’ 용어 채택의 배경을 설명한 바 있다.

- 6) 급여의무는 계약의 목적을 달성하기 위하여 권리자를 위해 일정한 행위(물건의 인도, 사무의 처리, 일의 완성, 단순노무의 제공, 물건의 보관, 사용의 허용 등)를 해야 할 당사자의 기본적 의무이다. 이는 계약에 의해 정해지며 계약의 종류 내지 특성을 결정짓는, 채권에 상응하는 채무자의 부담이다. ‘기본채무’라고도 한다. 주(主)된 급여의무와 종(從)된 급여의무로 나누는데, 전자는 쌍무계약에서 채권자의 채무와 상호관련관계에 설 수 있는 것으로서, 그 불이행시 손해배상청구권과 해제권(혹은 해지권)이 모두 인정된다. 한편 후자는 채권에 상응하는 것이기는 하되 채권자의 채무와 건련관계에 설 수는 없고, 따라서 그 불이행시 손해배상청구권만이 인정된다(즉, 계약해제·해지권은 불인정). 급여의무의 예로는 매매계약상 매도인의 매매목적물 소유권이전의무와 매수인의 대금지급의무(주), 매도인의 목적물사용설명서 제공의무(종)를 들 수 있다. 의료계약 상 의사의 의료시행의무(주)·진료기록부 등 자료의 열람허용 및 제공 의무(종), 환자의 진료비 지급의무(주) 등이 이에 해당한다.

2. 요양지도성 설명의무: 급여의무이행상 부수의무

의사는 주된 급여의무의 하나인 의료급여(시행)의무를 이행할 때에 그 이행이 의무의 ‘내용에 좇은 이행’(민법 제390조)이 되도록 하기 위하여 요법선택·시점선택·수술실시 등에 관하여 의학원칙에 따르는 주의의무를 부담하고; 아울러 환자에게 환자 스스로 준수해야 할 수진상 내지 요양상의 자세와 규칙을 구체적 방법으로 적절히 알리거나 설득해야 하는 요양지도성 설명의무⁷⁾를 부담한다.

이 설명의무는 본질적으로는 의료급여의무 자체 즉 그 내용 요소로서의 의미를 가진다. 그러나 요양지도 설명은, 진찰·검사·판단·요법선택·처방·수술·물리치료 등 의사의 행위로써 완결되는 요소가 아니라, 환자의 자세와 행위에 맡겨지는 의료과정 요소에 관한 것이기 때문에, 그 의무가 별도로 인식되어 법적 지위를 부여받는 것이다. 하지만 그것은 어디까지나 특정한 의료급여(시행)의무의 완전한 실현에 기여하는 기능을 지니는 의무이므로, 그 법적 지

7) 요양지도의 의무를 ‘설명’의무의 외연에서 제외시키고 그냥 ‘지도의무’로 명명하여 논하고자 하는 주장의 취지가, 양자의 ‘내용과 효과가 이질적’이며, “지도설명’의무라고 하면 환자의 자기결정권 보호를 목적으로 하는 ‘설명’의무의 하나로 오인될 수 있는 표현”이기 때문이라고 하는 바(안법영 백경희, 전제 “설명’의무와 지도’의무-설명’의무에 관한 판례의 동향-,” 안암법학(통권 제40호), 136면), 그 이유는 일응 타당하다.

그러나 그 주장대로 ‘설명’의무와 ‘지도’의무를 구분 병치하는 것은 현대 한국어의 용법과 어감 상 문제가 있고, 논리적 부정합이 있음을 지적하지 않을 수 없다. 어떤 주관적 의사나 객관적 사실을 타인이 인식하도록 하기 위한 일체의 외부적 용태(행위)는; 그 목적이나 기능이 무엇이든 간에, 즉 그것이 단순한 알림·고지·통지·통보·전달이든, 고백·해명이든, 예고·시사이든, 충고·권유·권고·조언·설득·경고이든, 가르침·교육·지도·계몽·지시이든, 혹은 보고이든 불문하고 이른바 ‘설명’의 방식에 의해 행해지고 ‘설명’이라고 통칭된다. 그것은 ‘설명’이라는 어휘가 현대 한국 사회에서 구두 또는 문자에 의한 적극적·체계적인 정보 전달이라는 의미로 통용되기 때문이다. 그렇다면 법적 의미가 다른 ‘기여성 설명’을 그냥 ‘설명’이라고 하고, ‘요양지도성 설명’을 ‘지도’라고 하는 것에는 국어 관용상의 혼동 및 중개념과 유개념 간의 혼동이 있는 것이다. 더욱이 종래의 용어 표현이 독일어 Aufklärung과 Erklärung 양자의 관계와 차이에 대한 오해로 인한 잘못된 번역문제 때문인 것처럼 분석한 것은 말 그대로 오해에 불과하다. 학설사적으로 ‘기여적 설명’과 ‘요양지도적 설명’의 개념 인식과 용어 조성에서 그러한 오류는 있지 않았으며, 오히려 상술한 바와 같은 현대 국어에 대한 진지한 사색의 결과였음을 증명할 수 있다.

의사가 환자를 향해 “진단 결과 수술이 필요한 상병명이 밝혀졌는데, 수술을 하면 상당한 기간 거동을 삼가야 한다”고 진술 즉 설명하는 경우, 그것은 보고성·요양지도성·기여성 설명을 모두 포함하고 있음을 상고해 볼 필요가 있다.

위는 급여의무에 대한 부수적 의무⁸⁾이다.

따라서 요양지도성 설명의무의 위반이 고의·과실에 의해 빚어진 때에는 기본인 의료급여(시행)의무의 불이행 즉 의료시행상 과오가 성립하게 되고, 그로 인하여 손해배상책임이 발생하게 된다. 다만 그 위반이 있었음에도 그로 인하여 의료시행의무이행에 아무런 흠결이 발생하지 않는다면, 손해배상책임 발생의 여지는 없다.

계약관계를 떠나서도, 일반적으로 의사에게는 의료의 본질상 이러한 요양지도성설명을 해야 하는 의무가 있는데, 그 설명을 고의·과실(주의의무 위반)로 다하지 못한 때에는 불법행위가 성립할 수 있게 된다.

3. 기여성 설명의무: 계약관련상 보호의무

환자는 의료의 전 과정에서 자신에게 행해질 의료행위에 대하여 그것을 수용할 것인지 아닌지, 즉 동의할 것인지 거절할 것인지를 선택할 자유가 있으며, 그 자유의 적극적 실현을 위해 사법상 동의권과 거절권(통칭 자기결정권)을 갖는다. 그러므로 의사는 환자의 충분한 자유 향유 나아가서 자기결정권 행사에 기여하기 위하여, 의료의 근본 목적을 저해하지 않는 범위 내에서, 적절한 정도의 사전 설명을 행할 의무를 부담한다.

이 설명의무는 의료계약상 급여의무인 의료시행의무의 완전한 이행에 직접적으로 관련된 요소가 아니라, 오히려 그러한 계약적 관계 전개과정에서 환자의 선택의 자유 내지 결정권이라는 - 진료를 통한 신체의 온전성 증진(상병의

8) 부수적 의무는 급여의무의 내용을 온전히 이행하기 위해 그 급여의무에 부종·부수하여 채무자가 주의를 배풀거나 행위를 해야 할 의무이다. 급여의무 자체와 달리 계약이나 법규에 의해 결정되는 것이 아니라, 그 급여의무의 성질에 따라 신의칙상(信義則上) 당연히 요청되어 결정된다. 그 의무의 위반이 고의·과실에 의해 이루어진 때에 일반적으로는 기본인 급여의무불이행(=채무불이행: 이행불능, 이행지체, 불완전이행, 적극적 채권침해 등)이 성립하게 되고, 그로 인하여 손해배상책임이 발생하게 된다. 다만 그 위반의 결과 급여의무이행에 아무런 장애가 없으면, 손해배상책임 발생의 여지는 없다. 예로는 매매계약상 매도인의 매매목적물 현상유지의무를 들 수 있다. 의료계약상 의사의 요양지도성 설명의무·전원의무·진료기록부 등 자료의 작성 및 보존 의무 등도 이에 속한다.

치료 등)이라는 이익과는 별개의 독립된 - 이익을 배려하고 보호할 의무이다⁹⁾(다만 보호의무 위반으로 말미암아 그 피보호법익이 침해되고, 즉 자유로운 선택의 기회가 상실되고, 그로 인해 신체의 온전성 이익의 피해를 피할 수 없게 된 경우는 손해배상 범위 평가의 문제로 논의된다. 이점은 후술한다).

이 설명의무 역시 불법행위법상의 의무로서 포착하여 그 위반의 효과를 논할 수 있다.

III. 설명의무 위반의 효과

이하 설명의무 위반의 효과에 관한 논의는 그 위반행위가 위법행위로서의 성립요건을 모두 갖춘 경우에 한한 것이다.

1. 손해배상 일반론

설명의무 위반의 효과로는 주로 금전에 의한 손해배상 문제가 다투어지므로, 여기서는 손해배상 일반론 중 의료사고 분쟁 관련 주요 쟁점만을 논하기로 한다.

9) 보호의무는 금여의무와 병존적으로 또는 계약의 유효한 성립 여부와 무관하게 인정되는 의무로서, 당사자 간의 특정한 결합관계, 즉 일정한 사회적 접촉(구체적으로 여기서는 계약적 접촉)을 근거로 당해 금여의무 자체의 이행과는 별도로 당사자 상호간 신체·재산·자유·명예 등의 현상이익(現狀利益) 내지 완전성이익(完全性利益)을 배려하고 보호해야 할 의무를 말한다. 어떠한 계약적 관련, 즉 접촉은 전제로 하지만 어떤 금여의무의 존재 및 그 내용과는 무관하게 인정되므로 금여의무에 부종부수(附從附隨)하는 의무는 아니다. 그 위반이 있는 경우 금여의무불이행이 아닌 다른 법익(法益), 예컨대 인격권·채권자의 다른 재산권·신체·자유 등에 대한 침해가 발생하게 된다. 예로는 매매계약상 매도인이 채무이행 과정 및 이행 이후에 채권자의 다른 이익을 침해하지 않을 의무를 들 수 있다. 의료계약상 의사의 기여성 설명의무·이익배려 부작위의무(예컨대 의사의 불설명(의무), 환자의 정보에 관한 비밀유지의무 등이 이에 속한다).

가. 손해배상의 대상(범위)

일반적으로 급여의무불이행(채무불이행)으로 인한 손해는 재산상 손해를 통상손해로 하여 배상의 대상으로 하고, 정신상 손해는 특별손해로 하여 의무자가 그 특별한 원인사정을 알았거나 알 수 있었을 경우에 한하여 배상의 대상으로 함이 통설이다(민법 제390조 및 제393조의 해석).

한편 불법행위를 원인으로 하는 손해의 경우, 특히 신체·자유·명예에 대한 침해 기타 정신상 고통으로 인한 손해에는 재산상 손해만이 아니라 ‘재산 이외의 손해’ 즉 정신상 손해도 포함하여 당연한 배상의 대상으로 삼고 있다(민법 제750조 및 제751조 규정).

나아가서 불법행위 책임 영역에서는 생명침해의 경우 피해자의 직계존비속과 배우자의 정신상 손해를 배상의 대상으로 하는데(민법 제752조 규정); 그 외의 형제자매 등 근친의 정신상 손해와, 생명 이외의 신체침해의 경우에서 피해자 근친의 정신상 손해를 또한 배상의 대상으로 인정하는 것이 통설로 되어 있다(민법 제750조 및 제751조의 해석).

아울러 이러한 피해자 근친의 정신상 손해에 대한 배상 인정론은 급여의무불이행 책임 영역에서도 ‘특별손해’의 취급 형식으로 적용될 수 있다.

다른 한편으로 급여의무 이외의 계약관련상 보호의무불이행으로 인한 손해는 급여의무불이행으로 인한 손해와 마찬가지로 취급된다(민법 제390조의 해석).¹⁰⁾ 보호의무에 의해 지켜지는 이익에 대한 침해는 당연히 불법행위로 성립될 수 있으므로, 그로 인한 재산상 및 정신상의 손해는 배상의 대상이 될 것이다.¹¹⁾

위와 같은 손해배상의 대상 내지 범위에 관한 일반론은 의료과오(의사의 의

10) 박윤직, 『채권총론 제6판』, 박영사, 2005, 91면.

11) 박윤직, 『채권각론 신정판』, 박영사, 2005, 820면.

료시행상 과오에 의한 신체침해 및 의사의 설명의무 위반에 의한 알권리·결정권 침해)의 경우에도 그대로 적용된다.

즉 의료시행상 과오에 의한 신체침해로 인한 손해는 그것을 급여의무불이행으로 인한 손해로 보든 불법행위로 인한 손해로 보든 불문하고 재산상 손해와 정신상 손해 모두를 그 배상의 대상으로 삼는다.

또한 설명의무 위반에 의한(앞에서 논한 바와 같이 요양지도성 설명의무 위반행위는 의료시행상 과오로 인한 신체침해로 되므로, 이 부분은 제외된다) 알권리·결정권 침해로 인한 손해도 일응 재산상 손해와 정신상 손해 모두를 포괄한다. 다만 기여성 설명의무 위반으로 인한 손해는 그것이 신체침해로 인한 손해라고 해야 되는지 결정자유침해로 인한 손해라고 해야 되는지가 논쟁의 대상으로 돼 있다(뒤에 상술함).

나. 손해배상책임 구조론(손해배상청구권의 발생근거론)

초기의 학설과 판례에서는 의사의 ‘설명 의무’를 불법행위법상의 의무로 인식하고 그에 대응하는 환자의 지위를 막연히 - 법적 성질을 논하지 않은 채 - ‘승낙권’¹²⁾이라고 하였다. 그러므로 그 위반의 책임을 불법행위책임으로만 추구하였다.

즉 대법원은 회귀후두신경초종양 환자를 진료함에 있어서 의사가 그것을 철필형쇄골유돌부 근육종으로 오진하고 수술을 하였는데 실수로 회귀후두신경을 절단하였고, 그 결과 환자에게 발성기능장애 후유증이 발생한 사건에서;

12) 대법원은 최근에 이르기까지 의사의 의료행위를 수령할 것인지에 대한 환자의 결정 중 긍정적 용태를 ‘승낙’으로 칭해왔으며, 필자도 초기에 같은 용어를 사용하였다. 생각건대 이 표현은 본래 형법 제24조와 형법학 상의 ‘피해자 승낙’, 민법학 상 불법행위 위법성조각사유로서의 ‘피해자 승낙’ 개념에서 유래한 것이 아닌가 한다. 그리고 이러한 관념은 근본적으로 ‘의료행위위법성설’과 맥을 같이 하는 것이라고 본다. 오늘날 ‘의료행위적법성설’이 정착했음은 차치하고라도, 의료의 의환 협동성·공화성을 지향한다는 의미에서 ‘동의’로 그 표현을 바꾸는 것이 바람직하다고 본다. 김천수 교수는 전제 “의사의 설명의무-서독의 학설 및 판례를 중심으로-”, 민사법학(제7호), 1988. 6., 235면 이하 등에서 보이는 바와 같이 처음부터 시종 ‘동의’의 표현을 써온 바이다.

의료과실은 부인하고 다만 수술 전에 수술의 부작용으로 목검 현상이 발생할 수 있다는 점만 설명했을 뿐 그 수술의 실제 발생가능 후유증인 발생기능장애에 대해서는 설명하지 않은 사실을 들어 설명의무 위반 승낙권 침해를 인정한 원심을 지지하였는바, 그 논리는 아래 [판례 1]과 같았다(이하 인용되는 판결문은 그 원문을 인용목적에 따라 부분 부분을 생략해서 전재한 것이다. 다만 특히 강조하고자 하는 부분은 필자가 임의로 굵고 다른 서체(고딕체)로 변환하였다).

[판례 1] 대법원1979.8.14.선고 78다488판결

“...그러나 원고 1의 후두중앙 제거 수술을 한 집도의사들이 수술 후 환자의 목이 쉴 수도 있다는 말을 하였다 하더라도 그것만으로서 수술 후 동 원고에게 원심 인정과 같은 발생기능장애의 후유증을 가져다 준 이 사건에 있어서 설명의무를 다하였다고는 할 수 없고 또 집도의사들이 원심 인정과 같은 병상, 수술내용에 관하여 사전에 제대로 설명을 한 것으로 볼 수 없음은 원심의 사실인정의 내용에 의하여 분명하다.

그리고 동 원고는 위와 같은 후유증에 대하여는 전혀 예상하지 못한 자이고 긴 급을 요하는 사태도 아니었다면 그러한 후유증이 수반되는 수술을 승낙한 것으로는 볼 수 없다함이 상당하다 할 것이니 집도의사들이 설명의무를 다하지 아니함과 동시에 동 원고의 승낙권을 침해함으로써 위법한 수술을 실시하였다는 같은 취지의 원심판단은 정당하고 의료행위에 대한 설명의무와 승낙의 정도를 잘못 인정하여 불법행위에 대한 법리를 오해한 위법 있다는 논지는 이유 없다. 같은 상고이유 제3점을 판단한다.

원심이 원고 1에 대한 중앙제거수술이 적당한 시기에 이루어졌고 또 그 수술 자체에는 어떠한 과오가 있음을 발견할 수 없다고 판시하였음은 동 원고의 지병이 화귀 후두신경초종양이었고, 그 병상으로 보아서 적기에 수술한 것이 되고 수술 자체도 과오 없는 것으로 결말지어졌다는 취지로 볼 것이고 원심은 위에서 본 바, 집도의사들이 설명의무를 다하지 아니하여 원심 인정 후유증을 무릅쓰고도 수술을 하겠

다는 말을 들음이 없이 동 원고의 승낙권을 박탈한 채 수술을 한 결과 동 원고에게 예기치 못한 후유증으로 정신적 고통을 입게 하였다는 점에서 그의 위자료청구를 인용한다는 것인즉 여기에 이유의 모순이나 불비점 있다고 할 수 없다. 불법행위의 법리를 오해한 위법도 없다 할 것이니 논지는 이유 없다.”

1980년을 전기로 하여 우리나라에서 의사의 ‘설명 의무’를 불법행위법상의 의무로서만이 아니라 의료계약상의 의무의 하나이고 그 계약 구조상의 의미와 기능이 다양한 포괄적 의무로서 인식하며; 그에 대응하는 환자의 지위도 헌법상의 기본권에서 연유하는 권리이자 계약상·신의칙상의 적극적 권리로서 다음 단계의 의료행위에 대한 ‘동의권 혹은 승낙권’에 한정되지 않고 ‘알권리’ 등을 포괄하는 ‘자기결정권 혹은 자율권’이라고 인식하는 등의 학설이 전개되었다. 그리고 이 학설은 설명의무 위반 내지 자결권 침해의 책임을 불법행위책임으로만이 아니라 계약상 의무불이행책임으로도 추구하는 입장을 채용하였다.¹³⁾

그러나 이후에도 판례는 한동안 여전히 불법행위 책임구조만을 취하였다. 즉 대법원은 두부모발결핍 환자에게 두피이동술·모발이식술·식피술(피부 이식술)을 실시하기 위해 의사가 환자의 양 대퇴부 피부를 이용하였는데, 그 결과 대퇴부에 장래 호전되기 어려운 색소이상 및 피부반흔 등의 후유증이 발생한 사건에서; 요법선택에는 과실이 없었으나 그 후유증에 대하여 구체적 설명을 해 주지 않고 수술을 한 과실이 있다고 판단한 원심을 지지하였는바 [판례 2], 그 논리도 앞의 판례와 다름이 없었다.

[판례 2] 대법원1987.4.28. 선고 86다카1136판결

“...원심은..의사인 소외 1은 원고에게 그가 유아 시 입은 화상으로 인하여 생긴

13) 학설: 석희태, 전제 「의사의 설명의무와 환자의 자기결정권」, 연세행정논총(제7집), 1981. 2., 293면; 김천수, 전제 「환자의 자기결정권과 의사의 설명의무」, 서울대학교 박사학위 논문, 1994, 343면 이외에 이영환, “의료계약과 환자의 승낙”, 고시계, 1984. 4.; 서광민, “진료계약의 법률관계”, 고시계, 1992. 9.; 이은영, 『채권각론』, 1997 등이 있음.

두부모발결핍부분에 대한 성형수술을 위하여 두피이동술, 모발이식술, 식피술(피부이식술)의 처치가 필요하다는 설명을 하여 이에 대한 수술 및 처치 동의를 받은 후... 두피이동술과 함께 결손된 부위를 메우기 위하여 원고의 양대퇴부의 피부를 이식하였는데, 이로 인하여 원고의 왼쪽 대퇴부에 ...장래 호전되기 어려운 색소이상 및 피부반흔 등의 후유증이 남게 된 사실을 인정한 다음 의사인 소외 1이나 2로서는 성형수술이 그 성질상 긴급을 요하지 아니하고, 성형수술을 한다 하더라도 외관상 다소간의 호전이 기대될 뿐이고 다른 한편으로는 피부이식수술로 인한 피부제공처에 상당한 상처로 인한 후유증이 발생할 가능성이 있음을 고려하여 ...그 후유증에 대하여 구체적인 설명을 하여준 연후에 그의 사전 동의를 받아 수술에 임하였어야 할 업무상 주의의무가 있음에도 불구하고 ... 그 후유증 등에 대하여 구체적으로 설명하여 주지 아니하고 수술에 이른 이상 원고의 위 상해는 위와 같은 주의의무를 다하지 아니한 과실로 인한 것이라고 판단하였다.

기록에 비추어 대조하여 보아도 원심의 이러한 사실인정 및 판단은 그대로 수긍할 수 있어 정당하고, 비록 모발결핍부위를 성형하기 위한 위와 같은 수술방법이 의학상 용인되어 상당한 방법이었다고 하더라도 이와 결론이 달라지는 것은 아니므로 원심이 증거의 가치의 판단을 잘못하거나 입증책임 내지 불법행위에 대한 법리를 오해한 위법이 없고 ... 논지는 모두 이유 없다..”

한편 대법원은 자궁적출이 반드시 필요하지는 않은 자궁경부 만성 경부염·자궁 내막 증식 후기상태·난소 난포낭종·만성 자궁외 임신증세(혹덩어리)의 환자에게 대해 의사가 자궁근종으로 오진하여 그 자궁근종이라는 점과 자궁적출 필요성만을 설명하고 자궁제거수술을 실시함으로써, 결국 영원히 임신이 불가능하게 만든 사건에서; 오진의 책임은 묻지 않은 채 승낙권 침해 과실을 인정하여 위자료 지급을 명한 원심을 지지하였는데 **[판례 3]**, 이 판결에서는 원심(광주고등법원1991.9.11.선고 91나1225판결)이 불법행위 책임구조를 취한 것과는 달리 책임구조에 관하여 전혀 언급을 하지 않은 변화(?)를 보였다.

[판례 3] 대법원1992.4.14.선고 91다36710판결

“...원심은 위 승낙은 위 000이 00시 소재 00병원의 첫 진단결과 및 자신의 시진, 촉진결과만을 과신한 나머지 초음파검사 등 보다 정밀한 진단방법을 택하지 아니한 채 원고 000의 병명을 자궁근종으로 잘못 판정하고 의학에 대한 전문지식이 없는 원고들에게 자궁제거수술의 불가피성만을 강조한 결과 이루어진 것으로서 이는 위 000의 부정확, 불충분한 설명을 근거로 이루어진 것이기에 이사권 수술의 위법성을 조각할 유효한 승낙이라고 보기 어렵고, 가사 원고 000의 개복 당시의 상황이 만성 자궁외 임신으로서 의학상 자궁제거가 불가피한 상황이었기 때문에 자궁제거 자체에는 과실이 없었다고 하더라도 앞서 본 바와 같이 자궁 외 임신의 경우에 자궁제거 수술 이외에 다른 치료방법의 여지가 있으므로 위 000으로서 위 원고의 정확한 병명 및 자궁 외 임신의 치료방법, 당시 위 원고의 상태 및 자궁제거수술의 불가피성 등을 알려 원고들이 스스로 자궁제거 수술 여부를 결정할 수 있도록 하여야 할 주의의무가 있다고 할 것인데 그러한 조치를 다하지 아니 한 잘못이 있다고 하여 피고의 위 주장을 배척하였다.

기록에 의하여 살펴보면 원심의 과실을 기초지우는 위와 같은 사실 인정은 그대로 수긍이 되며 이에 의거한 과실판단에 있어서 설명의무의 내용으로 자궁외 임신의 경우 수술의 필요성 여부 및 그 부위, 자궁제거수술 외 다른 치료방법이 있는지 여부를 포함시킨 것은 자궁제거수술을 시행한 위 000이 자궁 외 임신사실을 알지 못하고 있었으므로 적절하지 아니하나 이는 가정적 판단에 불과할 뿐 아니라 기록에 의하면 당시 자궁외 임신에 의한 증상이라고 불만한 사정이 있었고 위 000자신도 자궁 외 임신의 가능성을 생각해 보기까지 하였음에도 자궁에 혹이 만져진다고 하여 자궁근종이라고 진단하고 더 이상의 보다 정밀한 확인 검사를 하지 아니한 잘못으로 자궁 외 임신임을 알지 못함으로써 결과적으로 위 원고로 하여금 위와 같은 진단상의 과오가 없었다면 당연히 설명 받았을 판시와 같은 내용을 설명 받지 못한 채 수술승낙을 하게 한 과실이 있다고 인정되므로 위 집도의사들이 설명의무를 다하지 못함으로써 원고 000의 승낙권을 침해한 과실이 있다는 취지의 판단자체는 정당하고 거기에 과실을 기초지우는 사실에

대한 사실오인이나 과실판단의 잘못이 있다고 할 수 없다...”

1994년에 들어 대법원 판례의 이론구성에 획기적 변화가 일어났다. 대법원은 이 해에 비로소 학계의 인식을 수용하여 의사의 설명의무를 계약상의 지위로도 전제함과 아울러 판례평석 상 그 위반행위를 신체침해가 아닌 결정자유침해로 보는 ‘자유침해설’의 견지에서, 별도의 주장 증명이 없는 한 자기결정권 침해에 대한 위자료 배상만을 인정하는 입장을 취하게 된 것이다(이것은 후술하는 바와 같이 환자의 동의를 의료행위의 적법요건에서 제외하는, 즉 환자의 동의가 없어도 의료행위는 의학적 건강적응성과 의학적 정당성을 갖추는 한 적법하다고 하는 ‘의료관’으로의 중대한 변화를 시사하는 것이었다).

즉 대법원은 다발성 관상동맥협착증 및 협심증 환자에게 관상동맥 우회술을 실시한 결과 심장마비가 유발되고 그로 인해 환자가 뇌저산소증에 의한 뇌손상을 입고 다시 심부전이 일어나 사망한 사건에서; 의사의 요법선택·수술시기 선택·시술과정에서의 과실은 부인하되 ‘진료계약상의 의무 내지 침습 등에 대한 승낙을 얻기 위한 전제로서의 설명의무’ 위반에 의한 자기결정권 침해는 인정하여, 피고에게 환자 측이 선택의 기회를 잃고 자기결정권을 행사할 수 없게 된 데 대한 위자료만을 지급하라고 하는 취지의 판단을 하였다(아울러 이 판결에서 대법원은 자기결정권 침해로 인한 손해배상청구 시 그 배상범위에 따라 증명해야 할 인과관계의 범위에 대해서도 최초로 판시하였다) [판례 4].

[판례 4] 대법원1994.4.15.선고 93다60953판결

“...일반적으로 의사는 환자에게 수술 등 침습을 가하는 과정 및 그 후에 나쁜 결과 발생의 개연성이 있는 의료행위를 하는 경우 또는 사망 등의 중대한 결과 발생이 예측되는 의료행위를 하는 경우에 있어서 응급환자의 경우나 그 밖에 특단의 사정이 없는 한 진료계약상의 의무 내지 위 침습 등에 대한 승낙을 얻기 위한 전제로서 당해 환자 또는 그 가족에게 질병의 증상, 치료방법의 내용 및 필요성, 발생이 예상되는 위험 등에 관하여 당시의 의료수준에 비추어 상당하다고 생각

되는 사항을 설명하여 당해 환자가 그 필요성이나 위험성을 충분히 비교하여 그 의료행위를 받을 것인가 여부를 선택할 수 있도록 하는 의무가 있다 할 것이다. 또한 의사가 위 설명의무를 위반한 채 수술 등을 하여 환자에게 사망 등의 중대한 결과가 발생한 경우에 있어서 환자 측에서 선택의 기회를 잃고 자기결정권을 행사할 수 없게 된 데 대한 위자료만을 청구하는 경우에는 의사의 설명결여 내지 부족으로 선택의 기회를 상실하였다는 사실만을 입증함으로써 족하고, 설명을 받았더라면 사망 등의 결과는 생기지 않았을 것이라는 관계까지 입증할 필요는 없다고 할 것이다.

그러나 그 결과로 인한 모든 손해를 청구하는 경우에는 그 중대한 결과와 의사의 설명의무 위반 내지 승낙취득 과정에서의 잘못과의 사이에 상당인과관계가 존재하여야 하며, 그 경우 의사의 설명의무의 위반은 환자의 자기결정권 내지 치료행위에 대한 선택의 기회를 보호하기 위한 점에 비추어 환자의 생명·신체에 대한 의료적 침습(侵襲) 과정에서 요구되는 의사의 주의의무위반과 동일시할 정도의 것이어야 한다고 할 것이다...

피고 1이 위 000의 다발성 관상동맥협착증을 치료함에 있어 그 치료방법의 선택과 그 수술시기가 적절하였고, 이 사건 관상동맥우회술의 시술과정에서도 의료상의 과실이 없으며, 위 설명의무를 다하였다 하더라도 위 000로서는 심근경색 등으로 인한 불안정성 협심증을 앓으면서 언제 닥칠지 모르는 죽음을 기다리는 와에는 관상동맥 우회술을 선택할 수밖에 없었던 점에 비추어 위 설명의무의 위반과 그 수술 후에 일어난 심장마비 및 그로 인한 뇌저산소증에 의한 뇌손상과의 사이에는 상당인과관계가 없다고 봄이 상당하다고 할 것이다. 그럼에도 불구하고 피고1의 위 설명의무위반과 위 뇌손상사이에 상당인과관계가 있다고 판시하여 위 설명의무위반에 따라 예기치 못한 후유증을 앓게 된 데 대한 위자료 외에 위에서 본 바와 같은 소극적 손해 및 적극적 손해까지 배상을 명한 원심의 조치에는 의사의 설명의무와 상당인과관계에 관한 법리를 오해한 위법이 있다 할 것이고, 이러한 위법은 원심판결 중 소극적 손해 및 적극적 손해의 각 인용부분에 영향을 미쳤음이 명백하다. 이 점을 지적하는 피고들의 논지는 위 범위 내에서 이유 있다. ...”

이후의 대법원 판례는 의사의 설명의무 인정근거와 관련해서 다양한 태도를 보여 왔다.

대법원1995.1.20.선고 94다3421판결 [판례 16], 대법원2002.10.25.선고 2002다48443판결 [판례 11], 대법원2007.5.31.선고 2005다45867판결, 대법원 2015.1.29.선고 2012다41069판결 등에서는 앞의 [판례 4]와 동일하게 “진료계약상의 의무 내지 침습에 대한 승낙을 얻기 위한 전제”로 인식하는 태도를 취하였다.

그러나 대법원1994.4.15.선고 92다25885 [판례 10], 대법원1998.2.13.선고 96다7854판결, 대법원2015.2.12.선고 2012다6851판결 등에서는 단지 “침습에 대한 승낙을 얻기 위한 전제” 혹은 “수술 등 인체에 위험을 가하는 의료행위를 함에 있어 그에 대한 승낙을 얻기 위한 전제”라고만 하였다.

그리고 대법원1995.4.25.선고 94다27151판결, 대법원2010.5.27.선고 2007다25971판결, 대법원2013.4.26.선고 2011다29666판결, 대법원2016.9.23.선고 2015다66601,66618판결 [판례 12] 등에서는 설명의무의 발생근거에 대한 언급은 없이 “설명 의무 위반”이라고만 하면서 그 효과를 논하는 태도를 보였다.

2. 보고성 설명의무 위반의 효과

의사가 당해 의료기관의 시설·인원·시간 등 의료여건의 미비 혹은 실력부족·불성실 등의 이유로 환자에게 알려야 할 사항을 알리지 않았을 때, 그 행위(부작위)는 우선 보고성 설명의무의 불이행으로서의 급여의무불이행 내지 알권리 침해가 되어 그 효과로서 의사의 손해배상책임 및 환자의 계약해제권이 발생한다. 아울러 이 보고성 설명의무의 불이행이 있을 때에 많은 경우에는 요양지도성 설명의무의 위반과 기여성 설명의무의 위반이 동시에 성립함으로써 손해배상책임이 경합하게 될 것이다.

아래에서 그 효과에 대해 구체적 상황을 나누어 분석하고자 한다.

가. 건강검진 등 진단의료의 경우

환자(수검자) 자신의 건강상태 내지 병상과 원인에 대한 지득과 이해 및 대책 고려를 목적으로 하는 건강검진이라든가, 특정 질병의 발현가능성 예측 및 대책 고려를 목적으로 하는 유전자검사와 같이, 다음 단계의 의료행태가 연속되지 않는 진단의료의 경우에서; 검사결과에 대한 보고성 설명의무 위반은 그 자체 독립된 손해배상책임의 성립으로 귀결된다. 그것은 수검자 자신의 정신적 충족감 내지 안정감의 저해, 병상 악화의 저지·병상의 개선·생존기간의 연장·신변 정리 혹은 질병 발현의 예방 혹은 늦춤 등 기회의 상실·저감 등의 사실로 인한 재산상·정신상의 손해에 대한 것이다.

이러한 상황에 관련된 대법원 판례는 아직 형성된 바가 없고, 하급심 판례가 드물게 발견된다.

한 하급심 법원은 약사면허 갱신에 필요한 건강진단서를 발급 받기 위한 검진에서, 의사가 폐종양 소견의 흉부엑스레이 검사결과지를 간과하고 정상 판단을 내림으로써, 수검자가 1년이 되지 않아 폐암 말기로 진단되고 그로부터 1년 뒤 사망한 사건에서; 건강진단 상 과실과 수검자의 사망 사이에 상당인과관계의 존재는 인정할 수 없으나, 그 과실로 인해 수검자가 적기의 적절한 치료를 통한 생존기간의 연장 가능성과 신변정리의 기회 등을 상실하게 된 점을 인정하여, 그로 인한 정신적 고통에 대한 위자료 지급을 명하였다 **[판례 5]**.

이 판례는 의사의 진단 과오가 환자에게 기회상실 손해를 야기하게 되는 인과적 전개에서, 의사에게 규범적으로 요구되는 어떠한 적극적 용태가 결여되었는지에 대해서는(즉 진단과오로 말미암아 이행됐어야 할 보고성 설명의무가 이행되지 않았음 - 부작위 위법 - 에 대해서는) 지적하지 못한 논리적 미흡이 있다고 할 수 있다.

[판례 5] 서울지법1993.9.22.선고 92가합49237제15부판결

“..피고 병원에서 망 소외인의 약사면허갱신을 위한 건강진단을 하면서 방사선

과 전문의 소외 3이 엑스레이 소견상 폐암의 증후가 있으므로 조직정밀검사가 필요하다는 내용의 검사결과서를 보냈음에도 불구하고 내과과장인 의사 소외 1은 건강진단의 최종판정을 하면서 위 엑스레이검사결과서의 검토를 빠뜨린 채 엑스레이 소견 역시 아무런 이상이 없는 것으로 생각하고 모든 건강상태를 정상으로 판정함으로써 망 소외인이 이에 따른 건강진단서를 발급받게 되어 결과적으로 병원의 건강진단을 통하여 질병을 미리 발견하고 이를 치료할 수 있는 기회를 잃게 한 건강진단상의 과실책임을 면할 수 없다고 할 것이며...

망 소외인이 엑스레이검사 당시 이미 폐암 4기로서 현대의술로서는 완치불능의 상태에 있었으므로 이 사건 건강진단 당시 피고 병원에서 망인의 폐암의 여부를 확인하여 치료를 받을 수 있었다고 하더라도 생존기간을 다소 연장시킬 수는 있을지언정 사망의 결과를 피할 수 없었다고 할 것이므로 소외 1의 이 사건 건강진단상의 과실과 망인의 폐암으로 인한 사망과 사이에는 상당인과관계를 인정할 수는 없다고 할 것이다.

그러나 완치불능의 환자인 망 소외인에 대하여서도 건강진단 당시 폐암의 발병 여부를 알았다면 그 진행 상태에 따른 적절한 치료를 받을 수 있고, 나아가 이로 인하여 생존기간을 연장할 수 있는 여지도 있었을 뿐만 아니라... 본인이나 혹은 가족들이 완치불능의 질병상태에서 죽음을 앞두고 개인적으로 또는 가족적, 사회적으로 신변을 정리할 수 있는 기회를 가질 수도 있었다고 할 것인데 의사 소외 1의 건강진단상의 과실로 인하여 위와 같은 모든 기회를 상실하였다고 할 것이고 이에 대하여 망인이나 원고들이 정신적 고통을 받았을 것임은 경험칙상 명백하므로 피고는 의사 소외 1의 사용자로서 이를 위자하여줄 의무가 있다고 할 것이다...”

나. 일반의료의 경우

환자에게 진단 이후 일정한 연속된 진료가 요구되는 일반의료에서 의사가 보고 성 설명의무를 위반한 경우의 효과는 아래와 같이 나누어 고찰되어야 한다.

(1) 보고성 설명을 안 하고 필요한 치료행위를 한 경우

의사가 환자를 진단하여 상병의 원인과 그 치료방법을 판단한 뒤 적절하고 정당한 치료행위를 하였으나, 다만 상병의 원인·정도 등 진단결과에 대한 보고성 설명을 실시하지 않아서 환자가 상병의 원인을 요지하지 못 하게 되고, 그로 인하여 동일 상병의 재발로 인한 손해를 입은 경우에는 그 손해를 배상할 책임이 의사에게 있다.

대법원은 자기 집에서 일산화탄소(연탄가스) 중독으로 병원 응급실에 후송되어 온 환자를 일산화탄소 중독으로 진단·판명하여 치료한 담당의사로서 회복된 환자가 이튿날 퇴원하면서 자신의 병명을 문의하였는데도 아무런 설명을 해주지 아니하여, 그 환자가 일산화탄소 중독 사실을 모르고 퇴원 즉시 사고 난 장소에서 다시 취침하다 전신피부과열 등 일산화탄소 중독의 손해를 입은 사건에 대한 형사재판에서; 의사의 부작위에 업무상 과실이 있고 그 과실과 재차의 일산화탄소 중독 사이에 인과관계가 있다고 보아야 한다고 하여 의사의 유죄를 인정한 원심을 지지하였다 [판례 6].

다만 이 판결은 재발방지를 위한 요양지도에만 관심을 보였을 뿐, 보고성 설명에 대한 인식은 전무했음을 알 수 있다(또한 피해 장소의 수선 지도까지 의사가 부담할 의무에 해당하는지는 심히 의심스럽다).

이 사건을 민사책임으로 논한다면, 의사에 의한 보고성 설명의무 위반 내지 환자의 알권리 침해와 사고의 재발 및 신체손해 사이에 상당인과관계의 존재를 인정할 만하다고 본다(물론 환자의 과책도 고려돼야 한다).

한편 의사의 사전·사후의 보고성 설명은 적절히 이루어지지 않았으나(단, 의사의 기여성 설명은 적절히 이루어졌거나 환자의 의식불명 또는 병상의 긴급성 등으로 인하여 기여성 설명이 문제로 되지 않는 상황을 전제로 함), 필요한 치료행위가 정상적으로 완료되고, 이후 특별한 사정이 발생하지 않은 경우에 여전히 의사의 보고성 설명의무 위반 내지 알권리 침해에 대한 책임 문제는 남는다. 생각건대 그 책임 인정 여부는 위법성 유무 판단에 맡겨지게 되는데, 그것은 대개 환자에게 있어서의 '수인 한도'를 기준으로 이루어질 것이다.

[판례 6] 대법원1991.2.12.선고 90도2547판결

“...피고인이 000병원 ...근무중 피해자 000이 자기집 안방에서 취침하다가 일산화탄소(연탄가스) 중독으로 1987.1.27. 10:00경 위 병원 응급실에 후송되어 온 것을 담당의사로서 진단하여 일산화탄소 중독으로 판명하고 치료한 후 회복케 하였고, 이튿날 11:50경 위 병원에서 퇴원할 당시 위 피해자들이 피고인에게 자신의 병명을 문의하였는데도 피고인이 위 피해자들에게 아무런 요양방법을 지도하여 주지 아니하여, 위 피해자들이 일산화탄소에 중독되었던 사실을 모르고 위 병원에서 퇴원 즉시 사고난 자기 집 안방에서 다시 취침하다 전신피부과열 등 일산화탄소 중독을 입은 것이라면 피고인에게 의사로서의 업무상과실이 있다고 보아야 할 것이고, 이 과실과 재차의 일산화탄소 중독과의 사이에는 인과관계가 있다고 보아야 할 것이다.

...피고인은 의사로서 이 사건에 있어서와 같이 환자가 연탄가스 중독으로 판명된 경우, 환자가 그 원인사실을 모르고 병명을 문의하는 경우에는 그 병명을 알려주고 이에 대한 주의사항인 피해 장소인 방의 수선이나 환자에 대한 요양의 방법 기타 건강관리에 필요한 사항을 지도하여 줄 요양방법의 지도의무가 있는 것이며(의료법 제22조 참조), 이를 태만하였다면 의사로서의 업무상과실이 있는 경우라 할 것이다.

따라서 원심판결에 업무상과실이나 인과관계에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수도 없다...”

(2) 오진으로 인해 잘못된 보고성 설명을 한 경우

의료의 기초를 결정하기 위한 진단에 과오가 있으면 일반적으로 환자에 대한 보고성 설명에 과오가 있게 되고, 즉 잘못된 보고성 설명을 하게 되고(‘일반적으로’ 그렇다는 것은 진단결과에 대한 인식에 착오가 있어서 드물게 우연히 정확한 보고성 설명을 하게 되는 경우도 있을 수 있기 때문이다), 나아가서 기여성 설명이나 요법선택·시술 등 행위에 ‘일반적으로’ 과오가 연쇄하여 발생할 수 있다.

오진이 있을 때 보고성 설명과 기여성 설명 및 치료시행 등 3단계 요소의 전

개 양상은 논리적으로는 여덟 가지로 나눌 수 있는데, 그 중 현실적으로 가능성이 높은 경우는 다음 네 가지 정도라고 말할 수 있다.

첫째, 결과적으로 필요한 보고성·기여성 설명을 하고 필요한 치료행위를 한 경우(예컨대, 환자가 실제 담낭에 병인이 있는데 의사는 췌장에 문제가 있다고 오진한 후, 췌장이 쓸개라고 오해하여 쓸개 절제수술을 한다고 설명해서 동의 를 얻은 뒤, 개복한 결과 담낭에 문제가 있음을 발견하게 되고 설명대로 그 담 낭을 절제한 경우); 둘째, 결과적으로 필요한 보고성·기여성 설명을 하고 잘못된 치료행위를 한 경우(앞의 예에서 담낭 절제에 실패한 경우); 셋째, 필요한 보고성·기여성 설명을 못하고 즉 잘못된 설명을 하고는 필요한 치료행위를 한 경우; 넷째, 필요한 보고성·기여성 설명을 못하고 즉 잘못된 설명을 하고 잘못된 치료행위를 한 경우 등이다.

위의 첫째 상황에서는 오진이 있었음에도 다른 의무의 위반이나 권리의 침해가 없었으므로, 손해배상의 문제는 생기지 않는다. 한편 둘째 상황에서는 의 학원칙에 부합하는 정당한 치료에 이르지 못했으므로, 의료급여(시행)의무의 불이행 책임(의료시행상 과오책임)의 효과가 발생할 것이다. 셋째와 넷째 상 황에 대해서는 아래에 나누어 분석한다.

(가) 잘못된 보고성·기여성 설명을 하였으나 필요한 치료행위를 한 경우

앞의 대법원1979.8.14. 선고 78다488판결 **[판례 1]**에서 소개한, 회귀후두신 경초종양 환자를 진료한 의사가 그것을 철필형쇄골유돌부 근육종으로 오진하 고 수술을 하였는데 실수로 실제 필요한 회귀후두신경 절단수술을 하였고, 그 결과 환자에게 환자가 예상하지 못한, 즉 설명을 듣지 못한 발성기능장애 후유증 이 발생한 사건과 같이; 오진으로 인해 보고성 설명과 기여성 설명을 잘못된 경 우에는 그 두 가지 의무의 위반이 경합한다고 일응 말할 수 있다. 그런데 일반적 으로 양 의무가 각각 그 이행을 통해 실현·보호하고자 하는 ‘환자 자신의 인식’ 이라는 법익이 양자에 공통한 것이므로, 어느 한 쪽 의무위반의 효과로서 손해배 상책임을 묻게 되면 다른 한 쪽 의무위반의 효과도 해결되었다고 할 수 있는 것이

다. 이것은 적법한 기여성 설명의무의 이행이 있으면 보고성 설명의무의 이행이 이루어진 것으로 됨과 같은 이치이다(물론 양자의 의무이행 과정에서 일부 내용의 누락이 있을 수 있기 때문에, 양자의 이행이 항상 동시적으로 전부 완료된다고 할 수는 없다. 예컨대 수술에 앞서 의사가 그 내용과 예후에 대한 설명을 하고 적법한 동의를 얻었으므로 기여성 설명의무는 이행을 전부 완료하였다고 할 수 있는 상황에서, 그 설명 중에 상병의 원인에 대해서는 설명을 하지 않은 경우라면 보고성 설명의무의 이행에는 불완전성이 지적될 수 있는 것이다).

위의 사건에서 대법원은, 대법원1991.2.12.선고 90도2547판결 **[판례 6]**에서와 같이, 물론 보고성 설명의무의 규범적 존재나 의의에 대한 인식을 갖고 있지는 않았지만, “...집도의사들이 설명의무를 다하지 아니하여 원심 인정 후유증을 무릅쓰고도 수술을 하겠다는 말을 들음이 없이 동 원고의 승낙권을 박탈한 채 수술을 한 결과 동 원고에게 예기치 못한 후유증으로 정신적 고통을 입게 하였다는 점에서 그의 위자료 청구를 인용한다는 것인즉 여기에 이유의 모순이나 불비점 있다고 할 수 없다...”고 하여, 의료시행상 과오가 없음을 전제하면서 설명의무 위반 책임을 적극적으로 추궁하였다.

(나) 잘못된 보고성·기여성 설명을 하고 잘못된 치료행위를 한 경우

오진으로 인하여 잘못된 보고성·기여성 설명을 하고 잘못된 치료행위를 시행하는 경우에는 보고성 설명의무 위반 내지 알권리 침해 책임 및 기여성 설명의무 위반 내지 자기결정권 침해 책임, 그리고 의료급여(시행)의무의 불이행 책임(의료시행상 과오책임) 등 세 가지 책임이 경합할 것이다.

그런데 대법원 판례는 위와 같은 경우에 어떤 사건에서는 의료급여(시행)의무의 불이행책임을 인정하지 않은 채 설명의무 위반 책임 내지 자기결정권 침해 책임만을 인정하고, 또 어떤 사건에서는 의료급여(시행)의무의 불이행 책임만을 인정하기도 하였다.

먼저, 대법원은 앞에 소개한 대법원1992.4.14.선고 91다36710판결 **[판례 3]** 사건 즉, 자궁적출이 반드시 필요하지는 않은 환자에게 대해 의사가 자궁근

중으로 오진함으로써 그 자궁근종이라는 점과 자궁적출 필요성만을 설명하고 자궁제거수술을 실시함으로써 결국 영원히 임신이 불가능하게 만든 사건에서; “...진단상의 과오가 없었다면 당연히 설명 받았을 판사와 같은 내용을 설명 받지 못한 채 수술 승낙을 하게 한 과실이 있다고 인정되므로 위 집도의사들이 설명의무를 다하지 못함으로써 원고 000의 승낙권을 침해한 과실이 있다는 취지의 판단 자체는 정당하고 거기에 과실을 기초지우는 사실에 대한 사실 오인이나 과실 판단의 잘못이 있다고 할 수 없다...” 는 논리로써 오진의 책임은 묻지 않은 채, 자기결정권 침해 과오만을 인정하여 위자료 지급을 명한 원심을 지지한 것이다.¹⁴⁾

한편, 대법원은 학교에서 구르기 실기시험을 치른 뒤 외상에 의한 제4흉추 진구성 압박골절 및 제3, 4 흉추 유합으로 심한 지속적 통증과 운동장애를 호소하는 환자에 대해 복수의 의사들이 적절한 전원 조치나 정밀한 진단방법을 취하지 않고 단순한 대증요법이나 정신과적 치료 혹은 물리치료 정도만을 실시함으로써 치료 가능한 기간을 도과하게 되고, 그로 인해 흉부동통 및 척추운동 제한의 후유증을 남기게 된 사건에서; 피고들의 과실을 부인한 원심을 과기하고 후유장애 손해에 대한 배상책임을 인정하는 취지의 환송판결을 내렸는바 **[판례 7]**; 이 경우 필경 의사들은 오진에 따른 잘못된 보고성 설명을 하였을 것이나, 설명의무 위반 내지 알권리 침해에 대해서는 별도로 논하지 않았다.

[판례 7] 대법원1998.2.27.선고 97다38442판결

“...특히 진단은 문진·시진·촉진·청진 및 각종 임상검사 등의 결과에 터잡아 질병 여부를 감별하고 그 종류, 성질 및 진행 정도 등을 밝혀내는 임상의학의 출발점으로서 이에 따라 치료법이 선택되는 중요한 의료행위이므로 진단상의 과실 유무를 판단함에 있어서는 그 과정에 있어서 비록 완전무결한 임상진단의 실시는 불가능하다고 할지라도 적어도 임상의학분야에서 실천되고 있는 진단수

14) 필자는 일찍이 이 판례를 비판한 바가 있다. 석희태, “오진과 자기결정권 침해의 효과,” 「현대민법의 과제와 전망: 남송 한봉희 교수 화갑기념논문집」, 1994. 6. 참조 바람.

준의 범위 내에서 그 의사가 전문직업인으로서 요구되는 의료상의 윤리와 의학 지식 및 경험에 터잡아 신중히 환자를 진찰하고 정확히 진단함으로써 위험한 결과 발생을 예견하고 그 결과 발생을 회피하는 데에 필요한 최선의 주의의무를 다 하였는지 여부를 따져 보아야 하고,...

원심의 사실조화에 대한... 회보 결과에 의하면, ...달리 특별한 사정의 주장·입증이 없는 한 위 원고는 위 앞·뒤구르기 과정에서 제4 흉추 압박골절을 당하였던 것으로 추정함이 상당하다 할 것이므로, 위 원고를 진료한 의사로서는 진료 당시 일단 흉추골절에 대하여도 의심을 가지고 그에 관한 정밀한 진단을 실시함과 아울러 그에 합당한 치료 방법을 시행함으로써 흉추골절로 인한 후유장애의 발생을 회피하여야 할 주의의무가 있었다고 보이고, 만일 필요한 적절한 조치를 취하였을 경우 위와 같은 후유장애의 발생을 막을 수 있었음에도 그러한 조치를 취하지 아니한 채 치료 가능한 기간이 경과하였거나 취해서는 안 될 조치를 취하는 바람에 위와 같은 결과가 발생한 것이라면, ...그 의료상의 과실과 결과 사이의 인과관계는 사실상 추정되어 해당 피고들에게 그로 인한 손해배상책임을 지울 수밖에 없을 것이다..”

또한 대법원은 최근의 판결에서; 결장 천공으로 인한 극심한 복통을 지속적으로 호소하는 환자에 대해 적절한 경과관찰과 CT 검사 등 정확한 진단은 하지 않은 채 만연히 진통제 처방만 함으로써, 적기의 원인 발견과 수술 실시를 하지 않아서 결국 환자가 패혈증으로 사망한 사건에 대해; 의사의 과실을 부인한 원심을 파기하고 과실 있음을 전제로 손해배상책임을 인정하는 취지의 환송판결을 내렸는데(대법원2015.7.9.선고 2014다233190판결), 이 판결에서도 의사의 오진으로 인한 설명의무의 위반과 환자의 알권리 침해에 대해서는 언급이 되지 않았다.

생각건대, 보고성·기여성 설명의무 위반과 의료시행상 과오가 모두 성립하는 때에 각 의무위반의 관계는 상상적 경합관계로 보아, 하나의 의무위반 즉 법익침해로 처리하되, 그중 가장 중한 법익침해인 의료시행상 과오에 의한 신체

침해의 효과로서의 손해배상책임을 물으면 된다고 볼 것이다. 그러므로 그 신체침해로 인한 재산상·정신상 손해의 배상이 이루어지면, 알권리 혹은 자기결정권 침해로 인한 손해는 전보 내지 해소되는 것으로 평가되는데, 이는 손해의 공평분담이라는 손해배상법의 이상에도 부합하는 것이라고 하겠다.

3. 요양지도성 설명의무 위반의 효과

전술한 바와 같이, 요양지도성 설명의무는 의료급여(시행)의무의 완전한 이행을 위해 그에 부수하여 발생하고 이행되어야 할 의무이다. 따라서 그 의무 불이행이 있는 경우에는 곧 전체적인 의료급여의무불이행(의료시행상 과오)이 성립된다. 그것은 환자에 대한 신체침해를 의미하며, 그로 인한 모든 손해의 배상책임을 의사는 지게 된다.

그런데 많은 경우에 요양지도설명은 그 역할이 보고성 설명 및 기여성 설명을 겸하게 되기도 하는데, 따라서 이러한 경우에 요양지도설명위반의 위반이 있으면 그것은 곧 과실에 의한 의료급여의무불이행 신체침해 즉 의료시행상 과오와 설명의무 위반 내지 그로 인한 알권리 및 자기결정권 침해로 된다. 이때에도 앞의 보고성 설명의무 위반에서처럼 신체침해로 인한 모든 손해의 배상이 이루어지면, 설명의무 위반 내지 알권리 및 자기결정권 침해로 인한 손해는 전보 내지 해소되는 것으로 본다.

대법원은 에탐부틀을 결핵환자에게 처방 지급한 보건진료원이 그 약 복용에 따른 부작용 발생가능성과 구체적 증상 및 대처방안을 설명하여 지도해 주지 않아서, 결국 환자가 중대한 시력저하의 손해를 입은 사건에서; 피고에게 과실이 없다고 한 원심을 파기하고 구체적 요양지도설명을 하지 않은 것에 과실이 있다는 취지로 환송판결을 하였다 [판례 8].

[판례 8] 대법원2005.4.29.선고 2004다64067판결

“...시각 이상 등 그 복용 과정에 전형적으로 나타나는 중대한 부작용을 초래할

우려가 있는 약품을 투여함에 있어서 그러한 부작용의 발생 가능성 및 그 경우 증상의 악화를 막거나 원상으로 회복시키는 데에 필요한 조치사항에 관하여 환자에게 고지하는 것은 약품의 투여에 따른 치료상의 위험을 예방하고 치료의 성공을 보장하기 위하여 환자에게 안전을 위한 주의로서의 행동지침의 준수를 고지하는 진료상의 설명의무로서 진료행위의 본질적 구성부분에 해당한다 할 것이고, 이때 요구되는 설명의 내용 및 정도는, 비록 그 부작용의 발생가능성이 높지 않다 하더라도 일단 발생하면 그로 인한 중대한 결과를 미연에 방지하기 위하여 필요한 조치가 무엇인지를 환자 스스로 판단, 대처할 수 있도록 환자의 교육정도, 연령, 심신상태 등의 사정에 맞추어 구체적인 정보의 제공과 함께 이를 설명, 지도할 의무가 있다...

...원고에 대한 위 투약업무를 담당한 보건진료원인 위 소의 1 등으로서는 그 투약에 즈음하여 위와 같은 부작용의 발생가능성 및 구체적 증상과 대처방안을 설명하여 줄 의료상의 주의의무가 존재한다고 보아야 할 것이고, 나아가 이러한 설명을 함에 있어서는 원고가 위 부작용의 증세를 자각하는 즉시 복용을 중단하고 보건소에 나와 상담하는 조치를 취할 수 있도록 구체적으로 이루어져야지 그와 달리 원심의 인정 사실처럼 막연히 "이상증세가 있으면 보건소에 나와 상담, 검진하라."라고 이야기하거나 혹은 피고들의 항변처럼 위 약품에 첨부된 제약회사의 약품설명서에 그 부작용에 관한 일반적 주의사항이 기재되어 있다는 것만으로는 필요한 설명을 다하였다고 할 수 없고, ..."

또한 대법원은 승모관막치환수술을 받고 퇴원하는 환자에게 항응고제를 처방하는 외에 수술 부위 통증과 심장 통증을 구분하지 않고 단지 통증의 간헐적 발생가능성만을 설명했을 뿐 여타의 필요한 요양상 수칙에 대해 구두의 지도 설명을 해 주지 않았기 때문에, 심장통이 있음에도 불구하고 즉시 수술한 병원에 가지 않음으로써 환자가 사망에 이른 사건에서; 의사의 지도설명 의무 위반을 인정하고 그 사실과 환자의 사망 사이에 상당인과관계가 존재함을 인정하면서, 이때에 의사는 환자의 생명·신체상의 손해를 배상할 책임을 면할 수 없

다고 판결하였다 [판례 9].

[판례 9] 대법원2010.7.22.선고 2007다70445판결

“...의사가 진찰·치료 등의 의료행위를 함에 있어서는 사람의 생명·신체·건강을 관리하는 업무의 성질에 비추어 환자의 구체적인 증상이나 상황에 따라 위험을 방지하기 위하여 요구되는 최선의 조치를 취하여야 할 주의의무가 있고, 이와 같은 주의의무는 환자에 대한 수술 등 침습행위가 종료함으로써 끝나는 것이 아니라, 그 진료 목적의 달성을 위하여 환자가 의사의 업무범위 이외의 영역에서 생활을 영위함에 있어 예견되는 위험을 회피할 수 있도록 환자에 대한 요양의 방법 기타 건강관리에 필요한 사항을 지도·설명하는 데까지도 미친다... 이러한 지도·설명 의무는 그 목적 및 내용상 진료행위의 본질적 구성부분이므로, 지도·설명 의무 위반과 상당인과관계가 있다면 그로 인한 생명·신체상의 손해에 대하여 배상할 책임을 면할 수 없다.

...피고들은 망인에게 항응고제의 효과, INR 수치를 일정하게 유지해야 하는 이유, 항응고제 부작용 및 그 위험성 등을 명확하게 설명해 줌으로써 망인으로 하여금 가슴 통증 등 안내서에 기재된 일정한 상황이 발생한 경우 그 위험성 및 심각성을 정확하게 인식하고 즉시 응급실에 내원하는 조치를 취할 수 있도록 구체적인 정보의 제공과 함께 이를 지도·설명할 의무가 있고, 이러한 지도·설명 의무는 단순하게 안내서의 교부만으로 대체할 수는 없다고 할 것인데, 피고들은 위와 같은 설명·지도의무를 전혀 이행하지 않았고, 그로 인하여 망인이 가슴 통증의 심각성을 제대로 인식하지 못함으로써 통증을 느끼고도 약 2시간 30분이나 지체한 관계로 적절한 응급처치 등을 받지 못하여 사망에 이르렀는바, 결국 피고들의 지도·설명 의무 위반과 이 사건 사고 사이에는 상당인과관계가 인정된다고 할 것이다...”

4. 기여성 설명의무 위반의 효과

가. 의료행위의 적법성요건론 내지 의료관과의 관계

의료행위의 적법성 요건요소로 거론되는 것은 의학적 적응성, 의학적 정당성 그리고 환자의 승낙 내지 동의이다. 이 중에서 일부 학자는 앞의 두 가지만을 적법요건으로 인정하여 환자의 동의를 요건에서 제외하고; 일부 학자는 세 가지 모두를 적법요건으로 요구한다.

필자는 일찍부터 전자의 견해를 취해왔다.¹⁵⁾

전자의 견해에 따르면, 환자의 동의가 없어도 의료행위가 의학적 적응성과 정당성을 갖추는 한, 즉 의료시행 상의 과실이 인정되지 않는 한, 그 행위는 적법하고, 따라서 직접의 신체침해라는 결과를 인정할 수 없으며 단지 동의권 침해(실질적 내용상으로는 결정자유 침해)에 불과한 효과를 발생시킨다고 한다.¹⁶⁾ 이 견해를 ‘의료행위적법성설’이라고 하며, 이는 나아가 기여성 설명의무 위반의 효과에 관한 ‘자유침해설’ 내지 ‘정신침해설’¹⁷⁾로 이어지는 것이다.

한편 후자는, 비록 의료행위가 의학적 적응성과 정당성을 갖추었어도, 즉

15) 석희태, 전제 “의사의 설명의무와 환자의 자기결정권”, 연세행정논총(제7집), 1981. 2., 293면.

16) 대표적인 학설: 김천수, 전제 “의사의 설명의무-서독의 학설 및 판례를 중심으로-”, 민사법학(제7호), 1988. 6., 278~279면; 동 「환자의 자기결정권과 의사의 설명의무」, 서울대학교 박사학위논문, 1994. 2., 343~345면.

17) 필자는 기여성 설명의무 위반의 효과에 관한 기본적 관점을, 논문 “의사의 설명의무와 환자의 자기결정권”, 연세행정논총(제7집), 1981. 2., 293면에서 ‘신체침해’와 ‘자유 의사권 자기결정권의 침해’ 내지 ‘권리침해’로 구분했다가, 논문 “오진과 자기결정권 침해의 효과”, 「현대민법의 과제와 전망: 남송 한봉희 교수 화갑기념논문집」, 1994. 6., 1193~1196면으로부터 ‘신체침해설’과 ‘자유침해설’로 명명하여 구분해왔다. 신체침해라고 할 때 그것은 육체침해(신체 내외부의 물리적 침습)와 정신침해(고통 등)를 포섭하는 것이기도 하므로, ‘신체침해’에 대응하여 구분되는 것을 ‘정신침해’가 아니라 ‘자유침해’라는 용어로 표현했던 것이다. 물론 자유침해의 경우에 그것도 일반적으로는 육체침해(감금 등)와 정신침해(의사결정의 방해 또는 강요 등)를 포섭하는 것이기는 하나, ‘자유침해’라는 말이 ‘결정자유 침해’ 혹은 ‘선택자유 침해’를 더 신속하게 지시하는 표현도구라고 판단한 것이다. 김천수 교수는 ‘정신침해설’의 용어를 사용한다(「환자의 자기결정권과 의사의 설명의무」, 서울대학교 박사학위논문, 1994. 2., 322면 이하; 「의료과오」, 『주석민법 제4판 [채명각칙(7)]』, 2016. 5., 539면 이하). 다만 ‘정신침해설’은 의사의 보고성 설명의무 위반에 의한 환자의 알권리 침해 효과까지 포함하는 개념으로 이해된다.

의료시행상의 과오가 인정되지 않더라도 환자의 동의가 없었으면 전체적으로 그 행위는 위법행위로서 신체침해의 결과가 된다고 한다. 이 견해를 ‘의료행위 위법성설’이라고 하며, 이는 나아가 기여성 설명의무 위반의 효과에 관한 ‘신체침해설’¹⁸⁾로 이어지는 것이다.

대법원은 앞에 소개한 대법원1979.8.14.선고 78다488판결 **[판례 1]**에서와 같이, 1979년 처음 설명의무 위반에 의한 승낙권 침해를 불법행위로 인정하되, 그 상황을 “승낙권을 침해함으로써 위법한 수술을 실시하였다”, “승낙권을 박탈한 채 수술을 한 결과 동 원고에게 예기치 못한 후유증으로 정신적 고통을 입게 하였다”고 함으로써; 의료행위위법성설 및 신체침해설의 입장을 시사하였다. 대법원1987.4.28.선고 86다카1136판결 **[판례 2]**에서 “...후유증 등에 대하여 구체적으로 설명하여 주지 아니하고 수술에 이른 이상 원고의 위상해는 위와 같은 주의의무를 다하지 아니한 과실로 인한 것...”이라고 판단한 것이거나, 대법원1992.4.14.선고 91다36710판결 **[판례 3]**에서 “... 이는 위 000의 부정확, 불충분한 설명을 근거로 이루어진 것이기에 이 사건 수술의 위법성을 조각할 유효한 승낙이라고 보기 어렵고...”라고 판단한 것은 모두 위와 같은 관념의 표현이었다.

이후 대법원은 1994년의 대법원1994.4.15.선고 93다60953판결 **[판례 4]**로부터 설명의무 위반 손해배상청구소송에서, “환자 측에서 선택의 기회를 잃고 자기결정권을 행사할 수 없게 된 데 대한 위자료만을 청구하는 경우에는 의사의 설명 결여 내지 부족으로 선택의 기회를 상실하였다는 사실만을 입증함으로써 족하고 설명을 받았더라면 사망 등의 결과는 생기지 않았을 것이라는 관계까지 입증할 필요는 없다...”라고 함으로써; 의료행위적법성설 및 자유침

18) 대표적인 학설: 김현태, 『불법행위론』, 1979, 301면; 김민중, “의사책임 및 의사법의 발전에 관한 최근의 동향,” 민사법학(제9,10합병호), 1993, 339면; 권오승, 『민법의 쟁점』, 1993, 527면 등.

해설의 입장을 취하게 되었다.

물론 이 판례와 같은 날에 선고되고 이 판례를 참조한 것으로 기록되어 있는 또 다른 대법원 판례에서는 “치료상의 과실이 없더라도 그의 설명의무위반으로 투약 여부에 대한 승낙권을 침해당하였다면 그 위법행위 때문에 예기치 못한 의약품의 부작용으로 인한 정신적 고통을 입었다 할 것” 이라고 하여, 여전히 종전 입장을 유지하는 경우도 있는 바이다 [판례 10]. 즉 대법원은 교통사고에 의한 두부손상으로 생명이 위독했던 환자에게 솔루메드롤을 투여하여 의식회복을 시킨 뒤 속발된 안면신경마비증세를 치료하기 위해 다시 환자의 동의 없이 솔루메드롤을 투여함으로써 치료에 성공하여 퇴원을 시켰는데, 그 후 환자에게 솔루메드롤 부작용인 대퇴골두골저 무혈성괴사의 후유증이 발현된 사건에서; 위와 같이 [판례 4]의 변화된 논리와는 다른 종전 입장을 유지한 것이다. 그리고 [판례 4] 직후에 나온 대법원1995.1.20.선고 94다3421판결 [판례 16]에서도 문장 표현상으로는 여전히 신체침해설적 논리가 잔존해 있음을 발견할 수 있다.

[판례 10] 대법원1994.4.15.선고 92다25885판결

“... 환자에 대한 수술은 물론, 치료를 위한 의약품의 투여도 신체에 대한 침습(침습)을 포함하는 것이므로, 의사는 긴급한 경우 기타의 특별한 사정이 없는 한, 그 침습에 대한 승낙을 얻기 위한 전제로서 환자에 대하여 질환의 증상, 치료방법 및 내용, 그 필요성, 예후 및 예상되는 생명, 신체에 대한 위험성과 부작용 등, 환자의 의사결정을 위하여 중요한 사항에 관하여 사전에 설명함으로써 환자로 하여금 수술이나 투약에 응할 것인가의 여부를 스스로 결정할 기회를 가지도록 할 의무가 있고, 이러한 설명을 아니한 채 승낙 없이 침습한 경우에는, 설령 의사에게 치료상의 과실이 없는 경우에도 환자의 승낙권을 침해하는 위법한 행위가 된다 할 것이다...”

...위에서 본 부작용은 회복할 수 없는 중대한 것일 뿐만 아니라 위 원고에게는 의외의 것이라 할 것인 점 등에 비추어 보면, 위 부작용이 비전형적인 것이라고

단정할 수 없고, 그 발생가능성의 최소성만으로 설명의무가 면제된다고도 할 수 없으며, ...환자가 의사로부터 올바른 설명을 들었더라도 위 투약에 동의하였을 것이라는 이른바 가정적(假定的) 승낙에 의한 의사의 면책은 의사 측의 항변사항으로서 환자의 승낙이 명백히 예상되는 경우에만 허용된다 할 것인 바, ...원심 판시와 같이 의사입장에서 달리 대체할 치료방법이 없었다는 사유만으로 환자인 원고 1이 위 부작용을 고려하여 여러 가지로 대처할 선택의 가능성을 모두 배제하고 그 투약을 승낙했을 것이 명백하다고 추정하여 환자의 자기결정권 침해를 부정할 수는 없다 할 것이다.

...결국 위 원고 1은 소외 1의 치료상의 과실이 없더라도 그의 설명의무위반으로 투약 여부에 대한 승낙권을 침해당하였다면 그 위법행위 때문에 예기치 못한 의약품의 부작용으로 인한 정신적 고통을 입었다 할 것이고 가족인 나머지 원고들도 위 고통을 함께 입었다 할 것이므로, 이러한 경우 피고 범인은 위 원고 1에게 신체장애 등에 의한 재산적 손해를 배상할 책임은 없다 하더라도 원고들에게 위 정신적 고통에 대한 위자료는 지급할 책임이 있다 할 것이다...”

그러나 그 이후의 판례는 대법원1995.4.25.선고 94다27151판결, 대법원 2002.10.25.선고 2002다48443판결 **[판례 11]**, 대법원2007.5.31.선고 2005다5867판결, 대법원2010.5.27.선고 2007다25971판결, 대법원2013.4.26.선고 2011다29666판결 **[판례 13]**, 대법원2016.9.23.선고 2015다66601, 66618판결 **[판례 12]** 등에서와 같이; 모두 그 문맥상 의료행위적법성설로 이어지는 자유침해설의 입장을 유지하고 있다.

대법원은 환자가 턱과 이마 부위에 실리콘 보형물을 삽입하는 수술과 눈 쌍꺼풀 수술을 받았는데, 그 뒤 턱 부위에 삽입된 실리콘이 대각선으로 이동하기 시작하여 실리콘 보형물이 입안 내로 일부 돌출되었고, 실리콘을 삽입하면서 머리 부위에 생긴 반흔에 부분적으로 머리털이 재생되지 않은 사건에서; 성형수술이란 성질상 긴급을 요하지 않으며 수술 결과가 외관상 다소의 호전 정도

이고 그 또한 환자의 주관적 기대치와 다른 경우가 있을 수 있음을 전제로 하면서, 환자에게 치료의 방법 및 필요성, 치료 후의 개선 상태 및 부작용 등에 관하여 구체적인 설명을 하지 않음으로써 환자의 결정권을 침해하였으므로 그로 인한 정신적 손해를 배상해야 한다고 한 원심의 서울지방법원2002.7.25.선고 2000나22989판결을 지지하였다(원심은 원고 환자가 기왕에 지급한 진료비와 향후 치료비는 그 손해로 인정하지 않았으며, 이 부분에 대하여 원고는 상고를 하지 않았음) [판례 11].

이 판결은 [판례 4]와 같은 자유침해설의 견지에 서 있는 것이다.

[판례 11] 대법원2002.10.25.선고 2002다48443판결

“...성형수술의 경우 그 성질상 긴급을 요하지 않고 성형수술을 한다 하더라도 외관상 다소 간의 호전이 기대될 뿐이며 수술 후의 상태가 환자의 주관적인 기대치와 다른 경우가 있을 수 있으므로, 의사는 환자에게 치료의 방법 및 필요성, 치료 후의 개선 상태 및 부작용 등에 관하여 구체적인 설명을 하여 환자가 그 의료행위를 받을 것인가의 여부를 선택할 수 있도록 하여야 할 의무가 있다 할 것인데, 피고가 원고에게 위와 같은 정도의 설명을 하여 원고가 수술을 결정하였음을 인정할 만한 증거가 없고, 오히려 원심의 피고 본인신문 결과 등에 의하면, 피고는 위 성형수술 당시 원고에게 위 수술의 부작용으로서 출혈, 염증, 보형물의 크기가 본인이 원하는 것이 아닐 경우가 있을 수 있으며, 머리 절개 부위는 머리털이 자라서 회복이 되는데 일부 미세하게 안 자라는 부분이 있을 수 있다고 설명하였을 뿐 위 보형물이 움직일 수 있다는 점에 대하여는 충분한 설명이 없이 수술한 사실이 인정된다는 이유로, 피고는 위 수술을 함에 있어서 설명의무를 위반하여 원고가 수술을 할 것인지 여부를 결정할 수 있는 권리를 침해하였다 할 것이고 이로 인하여 원고에게 가한 정신적 손해를 배상할 책임이 있다고 판단하였다...”

또한 최근에도 대법원은 교통사고를 당한 환자가 좌측 제5요추-제1척추간 추간판탈출증 증세를 보여 병원에서 좌측 후궁절제술 및 추간판 제거술을

받았는데, 그 뒤 환자에게 마미신경총 마비 등 마미증후군의 후유증이 지속되는 사건에서; 의사의 시술상의 치료과실과 설명의무 위반을 모두 부인하되, 다만 일반론으로서 기여성 설명의무 위반의 효과에 대해 역시 **[판례 4]**와 같은 입장을 피력하였다 **[판례 12]**.

[판례 12] 대법원2016.9.23. 선고 2015다66601,66618판결

“...의사의 환자에 대한 설명의무는 수술 시에만 한하지 않고 검사·진단·치료 등 진료의 모든 단계에서 발생한다고 하겠으나, 이러한 설명의무 위반에 대하여 의사에게 위자료 등의 지급의무를 부담시키는 것은 의사가 환자에게 제대로 설명하지 아니한 채 수술 등을 시행하여 환자에게 예기치 못한 중대한 결과가 발생하였을 경우에 의사가 그 행위에 앞서 환자에게 질병의 증상, 치료나 진단방법의 내용 및 필요성과 그로 인하여 발생이 예상되는 위험성 등을 설명하여 주었다더라면 환자가 스스로 자기결정권을 행사하여 그 의료행위를 받을 것인지 여부를 선택함으로써 중대한 결과의 발생을 회피할 수 있었음에도 불구하고, 의사가 설명을 하지 아니하여 그 기회를 상실하게 된 데에 따른 정신적 고통을 위자하는 것이므로, 이러한 의미에서의 설명의무는 모든 의료과정 전반을 대상으로 하는 것이 아니라 수술 등 침습을 과하는 과정 및 그 후에 나쁜 결과 발생의 개연성이 있는 의료행위를 하는 경우 또는 사망 등의 중대한 결과발생이 예측되는 의료행위를 하는 경우 등과 같이 환자에게 자기결정에 의한 선택이 요구되는 경우를 대상으로 하는 것이다. 따라서 환자에게 발생한 중대한 결과가 의사의 침습행위로 인한 것이 아니거나 또는 환자의 자기결정권이 문제되지 아니하는 사항에 관한 것은 위자료 지급대상으로서의 설명의무 위반이 문제될 여지는 없다고 봄이 상당하다(대법원 2010. 5. 27. 선고 2007다25971 판결 등 참조)...”

나. 손해배상 대상과 범위의 문제

(1) 직접의 피침해법의 - 자유침해설과 신체침해설의 차이

의료행위의 정당성 요건을 갖추었음, 즉 의료시행 상 과오가 인정되지 않음을 대전제로 해서 기여성 설명의무의 위반만이 인정되는 경우의 직접의 피침해법의 즉 손해배상 대상에 대한 판단논리는 앞의 설명에서 시사된 바와 같이 그 의무위반 위법용태의 성질에 관한 관점에 따라 달라진다.

즉 전술한 자유침해설의 관점에서는 기본적으로 환자의 결정권침해 자체로 인한 직접의 손해만이 배상의 대상이 되는 바, 그 손해는 정신상 손해와 재산상 손해 양자이다. 여기서 재산상 손해로는 환자가 선택의 기회를 상실함으로써 불필요한 혹은 과도한 의료비를 지출한 것을 예로 들 수 있다. 한편 결정권이 침해됨으로 인해 (그 결정권이 침해되지 않았더라면) 피할 수 있었던 신체상 침해가 야기되었음을 인정할 수 있는 경우, 즉 기여성 설명의무 위반 내지 결정권침해 사실과 신체상 침해 사실 사이에 상당인과관계를 인정할 수 있는 경우에는 그 신체상 침해로 인한 정신상 손해와 재산상 손해가 배상의 대상이 되어 그 범위가 확대된다.

그러나 다른 한편으로 전술한 신체침해설의 관점에서는 기여성 설명의무의 위반은 의료시행상의 과오가 없음에도 곧바로 직접의 위법한 신체침해로 인정되므로, 그 신체침해로 인한 손해가 배상의 대상이 된다. 다만 그러한 관점을 지니던 대법원 관례에서도 배상 대상인 손해를 기본적으로 신체침해로 인한 정신상 손해에 한정하고 재산상 손해는 제외하였었다. 앞에 소개한 대법원 1994.4.15.선고 92다25885판결 **[관례 10]**에서 “...결국 위 원고 1은 소외 1의 치료상의 과실이 없더라도 그의 설명의무위반으로 투약 여부에 대한 승낙권을 침해당하였다면 그 위법행위 때문에 예기치 못한 의약품의 부작용으로 인한 정신적 고통을 입었다 할 것이고 가족인 나머지 원고들도 위 고통을 함께 입었다 할 것이므로, 이러한 경우 피고 법인은 위 원고 1에게 신체장애 등에 의한 재산적 손해를 배상할 책임은 없다 하더라도 원고들에게 위 정신적 고통에 대한

위자료는 지급할 책임이 있다 할 것이다...” 라고 한 것이 그 예이다. 물론 논리적으로는 신체침해설의 관점에서도 상당인과관계가 인정되는 한, 결정권침해로 인한 재산상 손해를 배상의 범위에 당연히 포함하게 될 것이다.

대법원은 조루증 치료를 위해 음경배부신경차단술을 시행 받은 환자가 후에 복합부위통증증후군을 앓게 된 사건에서; 의사에게 요법선택이나 시술상의 과실 및 당시의 의료수준에 비추어 예견이 불가능한 복합부위통증증후군 부작용에 대한 설명의무 위반은 없으나, 그외의 부작용 및 수술방법에 대한 설명의무 위반은 있다고 한 원심을 지지하여 위자료 지급 책임을 인정하되, 다만 의사에게 책임 없는 부작용 및 후유증 등(이는 신체침해를 의미함)까지 참작하여 위자료 액수를 정함으로써 결국 재산상 손해의 전보를 피하는 것(원심은 위자료로 통상 금액의 3.5 배에 달하는 액수를 산정함)은 설명의무 위반으로 인한 위자료의 범위 등에 관한 법리 오해였다고 설시하였다 [판례 13].

이 판결은 기여성 설명의무 위반은 신체침해가 아닌 자유침해라는 관점을 분명히 개진한 판례로 평가된다.

[판례 13] 대법원2013.4.26. 선고 2011다29666판결

“...설명 의무 위반에 대하여 의사에게 위자료 등의 지급의무를 부담시키는 것은... 환자가 스스로 자기결정권을 행사하여 그 의료행위를 받을 것인지 여부를 선택함으로써 중대한 결과의 발생을 회피할 수 있었음에도 불구하고 의사가 설명을 하지 아니하여 그 기회를 상실하게 된 데에 따른 정신적 고통을 위자하는 것이므로, 설명의무 위반으로 인하여 지급할 의무가 있는 위자료에는, 설명의무 위반이 인정되지 않은 부분과 관련된 자기결정권 상실에 따른 정신적 고통을 위자하는 금액 또는 중대한 결과의 발생 자체에 따른 정신적 고통을 위자하는 금액 등은 포함되지 아니한다고 보아야 한다. 그리고 의료행위로 인하여 환자에게 나쁜 결과가 발생하였는데 의사의 진료상 과실은 인정되지 않고 설명의무 위반만 인정되는 경우, 설명의무 위반에 대한 위자료의 명목 아래 사실상 재산적 손해의 전보를 피하

여서는 아니 된다.

...원심이 설명의무 위반을 인정하지 않은 복합부위통증증후군과 관련된 자기 결정권 상실에 따른 정신적 고통을 위자하는 금액 또는 복합부위통증증후군의 발생 자체에 따른 정신적 고통을 위자하는 금액 등을 포함하였거나 원심이 인정한 설명의무 위반으로 인한 위자료에서 참작해서는 안 되는 사정을 참작하여 위자료를 과다하게 산정하였다고 볼 수밖에 없다.

결국 원심판결에는 설명의무 위반으로 인한 위자료의 범위 또는 설명의무 위반으로 인한 위자료 액수를 정함에 있어서 참작할 사정에 관한 법리를 오해하여 그 재량권을 현저히 잘못 행사한 위법이 있다.”

(2) 배상 범위 결정의 기준 - ‘자기결정가정론’

대법원은 자유침해설의 견지에서; 배상의 범위를 환자의 결정권침해 자체로 인한 직접의 손해만으로 한정할 것인지, 아니면 나아가 신체상 침해로의 확대를 인정하여 그로 인한 정신상 손해와 재산상 손해까지 배상범위에 포함할 것인지를; 상술한 바와 같이 설명의무 위반 내지 결정권침해와 손해 발생 사이의 상당인과관계 존부에 의해 결정하는 논리를 유지하고 있다. 그리고 그 상당인과관계 존부의 판단에서 결정적으로 참작하는 요소사실을 ‘환자로부터의 가정적 동의’ 인정 여부 및 ‘환자로부터의 가정적 거절’ 인정 여부로 삼고 있다. 즉 환자에게 그가 예기치 못한 중대한 결과가 발생하였고, 의사가 그 점에 관하여 기여성 설명의무를 다하지 않은 상황에서; 설령 그 설명이 있었다라도 환자가 동의했을 것이라는 점이 인정되는 경우-가정적 동의가 인정되는 경우-에는 신체상 침해에까지 미치는 상당인과관계의 존재를 부인하여 결정권침해 자체로 인한 직접의 손해만을 배상의 범위로 판단하고; 반대로 만약 그 설명이 있었다면 환자가 거절했을 것이라는 점이 인정되는 경우-가정적 거절이 인정되는 경우-에는 신체상 침해에까지 미치는 상당인과관계의 존재를 시인하여 신체상 침해로 인한 모든 손해를 배상의 범위로 판단하는 것이다(이러한 이론을 이하에서 ‘자기결정가정론’으로 칭함).

아래에서 대법원 판결을 통해 정립된 자기결정가정론의 구체적 적용 사례를 나누어 살펴본다.

(가) 가정적 동의가 인정되는 경우

대법원은 앞에 소개한 심장관상동맥우회술 후 환자가 사망한 사건에 대한 대법원1994.4.15. 선고 93다60953판결 **[판례 4]**에서, “...자기결정권을 행사할 수 없게 된 데 대한 위자료만을 청구하는 경우에는 의사의 설명결여 내지 부족으로 선택의 기회를 상실하였다는 사실만을 입증함으로써 족하고, ...그 결과로 인한 모든 손해를 청구하는 경우에는 그 중대한 결과와 의사의 설명의무 위반 내지 승낙취득 과정에서의 잘못과의 사이에 상당인과관계가 존재하여야 하며, ...위 설명의무를 다하였다 하더라도 위 000로서는 심근경색 등으로 인한 불안정성 협심증을 앓으면서 언제 닥칠지 모르는 죽음을 기다리는 외에는 관상동맥 우회술을 선택할 수밖에 없었던 점에 비추어 위 설명의무의 위반과 그 수술 후에 일어난 심장마비 및 그로 인한 뇌저산소증에 의한 뇌손상과의 사이에는 상당인과관계가 없다고 봄이 상당하다고 할 것이다. ...” 라고 하여; 환자의 수술 전 상황에 비추어 가정적 동의의 가능성을 인정하면서, 결정권 침해로 인한 손해 중 정신상 손해 부분에 대한 위자료만의 지급을 명하였다.

(나) 가정적 거절이 인정되는 경우

대법원은 미골신경통 환자에 대한 미골절제술을 시행한 의사가 그 수술의 불가피성 여부와 할로테인 마취제의 부작용인 전격성 간염 야기 등에 대하여 설명하지 않았고, 수술 후 그러한 부작용으로 환자가 사망한 사건에서; 환자의 거절을 가정할 수 있었으므로 의사의 설명의무 위반과 환자의 사망 사이에 상당인과관계 존재를 인정할 수 있다고 하여, 사망으로 인한 전 손해의 배상을 명한 원심 판단을 지지하였다 **[판례 14]**.

[판례 14] 대법원1996.4.12. 선고 95다56095판결

“...원심이 적법하게 확정된 사실에 의하면, 소의 망 000은 대학입학시험을 준비 중인 고교 3년생으로서 판시 미골통 이외에는 다른 병이 없이 건강하여 이 사건 수술을 받으러 가면서도 스스로 걸어서 갈 정도의 상태이었고, 위 미골통은 그 자체로는 생명에 지장을 초래하는 중대한 질환이 아니며, ...피고들은 위 000이나 그 부모인 원고 000에게 위 미골절제술이 불가피한 수술이었던지 여부를 설명하여 주지 않았을 뿐만 아니라 앞서 본 바와 같이 할로테인의 부작용에 대한 설명도 하여 주지 아니하였는바, 이러한 경우 위 000이나 위 원고들로서는 피고들로부터 위와 같은 설명을 들었다라면 위 수술을 받지 않았거나 위 마취방법에 동의하지 않았을 수도 있었을 것이므로, 피고들이 위와 같은 설명을 다하지 아니한 과실과 위 000의 사망과의 사이에는 상당인과관계가 있다고 봄이 상당하다...”

그리고 대법원은 말기 간경화증 환자와 말기 다발성 경화증 환자 등에게 유효성이 확인되지 않은 중간엽 줄기세포를 그 연구 개발 상황과 효과에 대하여 정확한 설명을 해 주지 않고 시술한 결과, 기존 병세의 악화나 부작용 발생은 없었지만(따라서 신체침해로 인한 손해는 인정할 여지가 없었음), 병상의 호전 내지 병상 진행속도의 완화 등 긍정적 효과가 전무했던 사건에서; 올바른 정보의 제공이 있었을 경우 환자가 고액의 비용을 들인 시술에 동의하지 않았을 것으로 가정하여, 환자의 손해 중 재산상 손해인 줄기세포 구입비와 입원비·시술비 등 치료비(교통비와 식비 해당금은 기각됨), 그리고 정신상 손해 위자료를 모두 배상할 것을 명한 원심(서울고등법원2006.12.14. 선고 2006나15474판결)을 지지하였다 [판례 15].

[판례 15] 대법원2010.10.14. 선고 2007다3162판결

“...피고 2 등이 이 사건 줄기세포 이식술의 치료효과에 관하여 그릇된 정보를 제공하지 않았다면, 원고 등이 고액을 지불하면서까지 임상시험 단계에 있는 이 사건 줄기세포를 구입하여 이식술을 받지는 않았을 것이므로, 원고 등이 지출한 줄기세

포 구입비, 치료비 등의 재산상 손해와 피고 2 등의 공동불법행위 사이에 상당인
과관계가 있다고 본 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 피고
...주장과 같은 손해배상책임의 범위에 관한 법리오해 등의 잘못이 없다..”

한편 대법원은 앞에 소개된 대법원2002.10.25.선고 2002다48443판결
[판례 11]에서 의사에게 설명의무 위반에 의한 결정권 침해 자체로 인한 환자
의 손해, 그중에서도 정신상 손해에 대해서만 배상책임이 있다고 한 원심을 지
지했는데; 만약 원고가 원심 논리에 불복하여 전 손해의 배상을 요구하는 취지
의 상고를 하였다면, 환자 본인과 성형의료의 정황에 비추어 환자의 가정적 거
절이 인정될 여지가 충분했고, 따라서 설명의무 위반 결정권 침해와 부작용 결
과 사이에 상당인과관계의 존재를 인정할 만하다는 판단을 받았을 가능성이
크다고 본다.

(다) 가정적 동의도 가정적 거절도 인정되지 않는 경우

대법원은 본태성고혈압(동맥경화증)·대동맥판막폐쇄 및 부전증·좌측주
관상동맥협착 등의 환자에게 대동맥판막치환·상행대동맥확장 및 좌측주관상
동맥입구확장 등의 개심수술을 시행한 결과, 환자에게 사전에 설명되지 않은
뇌전색에 따르는 우측상하지 불완전마비·실어증·지능저하·성격변화 등의
개선불가능한 장애가 발생한 사건에서; 환자의 상황과 선택된 수술요법의 내
용에 비추어, 환자의 묵시적·가정적 동의와 설명의 역기능 우려 내지 치료특
권 시인에 따르는 설명의무 면제를 인정해 주지 않았을 뿐만 아니라, 또한 환자
의 가정적 거절도 인정해 줄 수 없다고 하면서, 결론적으로 설명의무 위반으로
인한 정신상 손해에 대한 위자료 배상청구만을 인용하는 취지의 판결을 하였
다 [판례 16].

[판례 16] 대법원1995.1.20.선고 94다3421판결

“..환자가 의사로부터 올바른 설명을 들었다더라도 수술에 동의하였을 것이라는

이른바 가정적 승낙에 의한 의사의 면책은 의사측의 항변사항으로서 환자의 승낙이 명백히 예상되는 경우에만 허용된다 할 것인데(당원 1994.4.15. 선고 92다 25885 판결 참조), 원심 판사와 같이 원고의 심장질환에 대한 근원적인 치료를 위하여는 가까운 장래에 대동맥판막치환, 상행대동맥확장 및 좌측주관상동맥 입구확장 등의 개심수술을 시행할 수밖에 없고 또 원고가 그와 같은 개심수술을 받을 생각으로 위 00의료원에 입원하였다는 사유만으로는 원고가 위 개심수술에 수반될지도 모르는 부작용까지 고려하여 여러 가지로 대처할 선택의 가능성을 모두 배제하고 그수술을 승낙했을 것이 명백하다고 추정하여 환자의 자기결정권의 침해를 부정할 수는 없다 할 것이다...

그런데 ...원고의 심장질환에 대한 근원적인 치료를 위하여는 가까운 장래에 위와 같은 개심수술을 시행할 수밖에 없었고, 또 원고로서도 그와 같은 개심수술을 받을 생각으로 위 00의료원에 입원하였다는 것인바, 이러한 사정들에다가 앞서 본 바와 같이 원고에게 나타난 뇌전색의 후유증은 개심수술에 따르는 전형적인 부작용의 하나이기는 하나 그 발생빈도가 크지는 아니한 점 등에 비추어 의사 소외인 등이 위 개심수술에 앞서 원고에게 설명의무를 다하였다 하더라도 원고가 반드시 그수술을 거부하였을 것이라고 단정할 수도 없는 점을 더하여 보면, 의사 소외인 등의 위 설명의무 위반과 그 수술 후에 나타난 뇌전색과의 사이에는 상당인과관계가 있다고 보기는 어렵다 할 것이다.

그럼에도 불구하고 원심이 이와 달리 의사 소외인 등의 위 설명의무 위반과 위 뇌전색과의 사이에 상당인과관계가 있다는 전제 하에 위 설명의무 위반에 따라 예기치 못한 후유증을 앓게 된 데 대한 위자료 외에 위에서 본 바와 같이 소극적 손해와 적극적 손해까지 배상을 명한 조치에는 의사의 설명의무 위반시 손해배상의 범위에 관한 법리를 오해한 위법이 있다..”

(3) 의료시행상 과오가 인정되는 경우 - 법익침해의 상상적 경합
 기여성 설명의무의 위반과 의료시행상 과오가 모두 인정되는 경우에; 그것은 사실상 두 가지 법익침해를 구성하지만, 그 법적 효과는, 앞의 "보고성 설명

의무 위반의 효과"에서 설명한 바와 같이, 양자를 상상적 경합관계로 보아 처리하는 것이 타당하다. 즉 양자 중 중한 법익침해인 의료시행상 과오에 의한 신체침해로 인한 재산상·정신상 손해의 배상을 명하면 되고, 설명의무 위반의 효과는 별도로 논할 필요가 없다. 그것이 손해배상규범의 이상에 부합하는 공평한 해결이라고 보기 때문이다.

IV. 결론

이상에서 살펴본 바와 같이 우리나라에서 의사의 설명의무에 관련된 많은 쟁점 요소 중, 그 성질과 의무위반 시의 법적 효과에 관한 이론은 상당히 발전되고 정비되어 왔다. 그러한 이론 진보의 성과는 의사·환자 관계의 공화성을 진전시키고, 사법정의의 구현을 확대하였으며 나아가 사회일반의 국가사법작용과 의료행위 및 의료인에 대한 관념을 더욱 긍정적인 것으로 향상시키는 데에 상당한 영향을 미쳤다.

다만 여전히 해소되지 않은 쟁점이 상존하고, 논리의 정치성과 정합성이 미흡한 부분이 숨어 있음을 부인할 수 없다. 더욱이 현하 의과학과 의료기술이 급속도로 진화하는 환경에서, 의료법학 이론의 사명은 그 어느 때보다도 엄중함을 감지할 수 있다.

논리의 정밀한 체계화·용어의 정비와 통일 등 기존의 문제점에 대한 진솔한 성찰과 함께 미래에 봉착할 과제에 대한 선제적 연구가 요망됨을 자각해 본다.

[참고 문 헌]

- 김현태, 『신채권법총론』, 일조각, 1964.
- _____, 『불법행위론』, 일조각, 1979.
- 곽윤직, 『채권총론 제6판』, 박영사, 2005.
- _____, 『채권각론 신정판』, 박영사, 2005.
- 권오승, 『민법의 쟁점』, 박영사, 1993.
- 이은영, 『채권각론』, 법문사, 1997.
- 김민중, “의사책임 및 의사법의 발전에 관한 최근의 동향”, 『민사법학』 제9,10합
병호, 1993.
- 김천수, “의사의 설명의무-서독의 학설 및 판례를 중심으로-”, 『민사법학』 제7호,
1988.
- _____, 「환자의 자기결정권과 의사의 설명의무」, 서울대학교 박사학위논문, 1994.
- _____, “진료계약”, 『민사법학』 제15호, 1997.
- _____, “의료계약”, 『주석민법 제4판 [채권각칙(5)]』, 2016. 5.
- _____, “의료과오”, 『주석민법 제4판 [채권각칙(7)]』, 2016. 5.
- 서광민, “진료계약의 법률관계”, 『고시계』, 1992. 9.
- 석희태, “의사의 설명의무와 환자의 자기결정권”, 『연세행정논총』 제7집, 1981. 2.
- _____, “의사와 환자의 기초적 법률관계”, 『법률연구』 제3집, 1983. 6.
- _____, “의료계약(하)”, 『사법행정』 통권 제336호, 1988. 12.
- _____, “의료계약의 법적 성질과 내용”, 『월간고시』 통권 제242호, 1994. 3.
- _____, “오진과 자기결정권 침해의 효과”, 「현대민법의 과제와 전망: 남송한봉
회교수 화갑기념논문집」, 1994. 6.
- _____, “의료계약”, 『주석민법 제3판 [채권각칙(5)]』, 1999. 9.
- _____, “의료과오”, 『주석민법 제3판 [채권각칙(7)]』, 1999. 9.
- 안법영·백경희, “설명 의무와 지도 의무-설명 의무에 관한 판례의 동향-”, 『안암법
학』 통권 제40호, 2013. 2.
- 이영환, “의료계약과 환자의 승낙”, 『고시계』, 1984. 4.

[국문초록]

의사 설명의무의 법적 성질과 그 위반의 효과

석희태(경기대학교 명예교수 겸 연세대학교 의과대학 의료법윤리학과 객원교수, 법학박사)

의사의 설명의무는 의사가 환자에게 이미 시행한 의료행위, 시행 중인 의료행위 및 장래에 시행할 의료행위와 환자의 영양상 수칙에 관하여 적극적·체계적으로 진술함으로써 환자가 그 내용을 인식하게 할 법적 의무를 총칭한다.

이 의무는 환자의 알 권리에 대응하는 보고성 설명의무, 환자의 동의권·거절권에 대응하는 기여성 설명의무, 영양지도성 설명의무로 나뉜다.

설명 의무를 분류하는 것은 각각의 기능과 법적 성질이 다르고, 법적 성질이 다름에 따라 그 위반 시의 효과, 특히 손해배상책임의 대상과 범위가 달라지기 때문이다.

이 주제에 관하여 우리나라에서는 지난 40년 가까운 기간 동안 많은 이론의 발전이 있었고, 그를 토대로 대법원 판결의 논리도 상당히 정치하게 전개되어 왔다. 그러나 여전히 학계와 실무계 일각에서는 용어와 개념의 혼동, 학설과 관례 논리에 대한 이해 부족을 목격하게 되고, 심지어 대법원 판결문 내의 전후 문맥에서 그리고 관련 있는 복수의 관례 사이에서 논리와 이론의 불일치를 발견하게 되는 것이 사실이다(이것은 합리적 근거와 설득력을 지닌 견해의 분립을 지적하는 것이 아니다).

위와 같은 견해와 문제의식을 기초로 해서, 의사가 부담하는 설명의무의 기능별 분류와 법적 성질 및 그 위반 시의 효과를 우리나라 학설과 관례를 중심으로 분석 정리한다.

주제어: 보고성 설명의무, 영양지도성 설명의무, 기여성 설명의무, 설명의무 위반, 자유침해, 신체침해, 가정적 동의, 가정적 거절, 자기결정가정론

The Functional Classification of Physician's Duty of Information and Liability for Violation of the Duty

HeeTae Suk Ph. D. in Law

*Invited Chair Professor at Dept. of Medical Law and Bioethics,
College of Medicine, Yonsei University,
Professor Emeritus at Kyonggi University*

=ABSTRACT=

Physician's Duty of Information is classified into three categories by legal function: 'Duty of Information to Report' to fulfill the patient's right to know; 'Duty of Information to Guide' patient's convalescing and staying healthy; 'Duty of Information to Contribute' to patient's self-determination.

We classify the physician's duty of information because the legal effect from the breach of duty varies accordingly. The legal effect is focused on damage compensation responsibility for breach of duty. When a physician violates 'Duty of Information to Report', he subjects himself to liability of compensation for infringing on the patient's 'Right to Know'.

When a physician violates 'Duty of Information to Guide', she subjects herself to liability for general medical malpractice.

Finally, when a physician violates 'Duty of Information to Contribute', the physician is basically liable for violation of the patient's 'Right to Self-Determination' which refers to infringement on freedom of choice. However, in the case of situation that patient's refusal to the medical treatment would be presumed, the physician bears all liability for the patient's damage which includes both of property and mental damage.

Keyword: functional classification of physician's duty of information, duty of information to report, duty of information to guide, duty of information to contribute, patient's right to know, patient's self-determination, informed consent, legal effects due to the violation of the duty of information