

치료기회상실로 인한 손해배상에 있어서 피침해법익

엄 복 현*

- I. 서론
- II. 치료기회상실 문제를 논의하기 위한 전제
 - 1. 법익침해와 손해의 구별문제
 - 2. 치료기회상실의 의의(의사의 과실 있는 진료행위를 전제)
 - 3. 치료기회상실로 인하여 발생할 수 있는 의료사고의 유형
 - 4. 치료기회상실의 법리가 문제되는 사안
- III. 치료기회상실과 관련된 국내 판결례 정리
 - 1. 서
 - 2. 적절한 치료를 받아 볼 기회를 상실하였음을 이유로
위자료 배상을 명한 판결(이른바 ‘제1판례’)
 - 3. 현저히 불성실한 진료행위를 하였음을 이유로
위자료 배상을 명한 판결(이른바 ‘제2판례’)
 - 4. 국내 판결의 정리
- IV. 치료기회상실로 인한 손해배상에 있어서 피침해법익
 - 1. 서
 - 2. 치유가능성
 - 3. 연명이익
 - 4. 연명할(후유장해가 남지 않을) 상당한 가능성
 - 5. 기대권
 - 6. 자기결정권
 - 7. 적절한 치료를 받을 이익
 - 8. 소결
- V. 결론

* 논문접수: 2019. 12. 11. * 심사개시: 2019. 12. 13. * 게재확정: 2019. 12. 26.

* 법학박사, 서울북부지방법원 국선전담변호사

* 이 글은 2019. 11. 16. 개최된 대한의료법학회 월례회에서 발표한 글을 수정, 보완한 것입니다. 월례회에 참석하여 귀중한 지적을 해 주신 여러 교수님, 의사선생님, 변호사님, 그리고 줄고에 대하여 유익한 심사의견을 주신 익명의 심사위원님들께 깊은 감사를 드립니다.

I. 서론

의료과오에 의한 손해배상책임의 인정은 크게 두 가지 축을 기본으로 전개되어 왔다. 첫째는 의사의 과실 있는 진료행위가 있고 이로 인하여 생명·신체 등의 법익이 침해당하고, 이로부터 발생한 재산적·비재산적 손해에 대한 배상이 문제되는 경우이다. 둘째는 의사의 과실 있는 진료행위가 있고 이로 인하여 자기결정권 및 알 권리가 침해당하고, 이로부터 발생한 비재산적 손해에 대한 배상이 문제되는 경우이다.

그러나 의료사고에 있어서는 의료과오가 있더라도 환자의 기존상태 등으로 말미암아 의사의 과실 있는 진료행위와 보호법익 사이에 인과관계 입증에 곤란하여 의사의 손해배상책임이 부정되는 경우가 있다. 예를 들어, 심한 말기암에 걸린 환자가 치료를 받지 못한 경우를 생각해 보자. 환자는 이미 심한 말기암에 걸려있어서 의사로부터 적절한 치료를 받았더라도 완치되었을 가능성이 매우 낮았다. 이 때 의사의 과실이 없더라도 환자는 사망하였을 가능성이 매우 크다는 이유로 환자에게 어떠한 손해배상도 인정하지 않는 것은 타당하지 않다. 의사의 과실 있는 진료행위로 인하여 환자에게는 최소한 정신적 고통과 같은 비재산적 손해가 발생하였기 때문이다. 위와 같은 경우에 우리 법원은 예외적으로 적절한 치료를 받을 기회를 상실했음을 이유로 하여 위자료 배상만을 인정해주고 있다¹⁾. 그러나 이론적 체계가 정교하지 못하여 어떤 것을 보호법익으로 삼는지 명확하게 밝히지 못하고 있다.

이처럼 의사의 과실 있는 진료행위와 환자의 생명·신체 침해 사이에 인과관계가 명확하지 않은 경우에도 환자에게 생명·신체 외에 다른 법익침해가 있었다고 판단하여 일정한 손해배상을 인정하는 이론이 치료기회상실의 법리이다. 치료기회상실 문제를 해결하기 위해 치유가능성침해론, 연명이익(또는 연명가능성)침해론, 기대권침해론, 자기결정권침해론, 치료기회상실론 등 다양한

1) 대법원 2001. 11. 13. 선고 2001다50623 판결, 대법원 2003. 2. 14, 선고 2002다53766 판결, 대법원 2006. 10. 13, 선고 2006다45121 판결 등.

이론이 전개되고 있다²⁾.

본 논문에서는 치료기회상실이 문제되는 의료과오소송에서 생명·신체와는 구별되는 독자적인 보호법익이 있을 수 있는지 여부를 다루고자 한다. 만약 독자적인 보호법익이 존재한다면 그 내용은 무엇인지에 대해서도 논의하고자 한다.

II. 치료기회상실 문제를 논의하기 위한 전제

1. 법익침해와 손해의 구별문제

본격적인 논의에 앞서 우선 법익침해와 손해 사이의 관계가 문제된다. 우리 민법 제750조에 의하면 ‘고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다’고 규정하고 있다. 우리 법조문만 보면 법익침해와 손해에 대한 구분이 불필요한 것처럼 보인다. 그러나 실제 불법행위책임이 운용되는 것을 보면 법익침해와 손해는 구별되고 있다. 예를 들어, 소음을 원인으로 한 불법행위 민사소송에서도 소음으로 인하여 침해받는 법익(환경권인지 생활이익인지)에 대한 검토 후에 이로부터 발생한 재산적·비재산적 손해에 대한 배상을 논의한다. 상해를 원인으로 하는 불법행위 민사소송에서도 가해행위로부터 신체침해가 생겼는지 검토 후 신체침해로부터 야기된

2) 치료기회상실이 문제되는 경우는 의사의 과실 있는 진료행위와 환자에게 발생한 생명·신체 침해라는 보호법익 사이에 인과관계가 부정되어 환자에게 어떠한 손해배상도 인정되지 않는 경우이다. 치유가능성침해론, 연명이익(또는 연명가능성)침해론도 과실 있는 진료행위와 생명·신체침해 사이에 인과관계가 부정될 경우 생명·신체와는 다르게 평가될 수 있는 무엇인가를 새로운 보호법익으로 삼아, 과실 있는 진료행위가 새로운 보호법익을 침해하였으므로 손해배상이 이루어져야 한다는 논의로 평가할 수 있다. 다만, IV.에서 후술하겠지만 기대권침해론, 자기결정권침해론, 치료기회상실론은 명백하게 생명·신체와는 다른 것을 보호법익으로 삼고 있지만, 치유가능성침해론, 연명이익(또는 연명가능성)침해론은 실질적으로 생명·신체를 보호법익으로 삼고 있는 것과 본질적으로는 동일한 것처럼 보인다. 따라서 관점에 따라 치유가능성침해론, 연명이익(또는 연명가능성)침해론은 치료기회상실 문제에 있어서 독자적인 보호법익에 대한 논의이기보다는 인과관계에 대한 논의로 평가될 수도 있을 것으로 생각된다.

재산적·비재산적 손해에 대한 배상을 논의한다.

법익침해와 손해의 구분은 독일민법 제823조 제1항을 통해서 더 확실히 구분할 수 있다. 생명·신체·명예·환경·인격권 등 법으로 보호받는 절대권에 대한 침해가 법익침해이며 이러한 법익침해로부터 발생한 재산상 또는 비재산상 부정적인 변화(비용지출, 정신적 고통 등)가 바로 손해이다.³⁾ 독일민법 제823조 제1항에 의하면 ‘고의 또는 과실로 타인의 생명, 신체, 건강, 자유, 소유권 또는 기타의 권리를 위법하게 침해한 사람은, 그 타인에 대하여 이로 인하여 발생하는 손해를 배상할 의무를 진다’고 규정하고 있다. 생명, 신체, 건강, 자유, 소유권 또는 기타의 권리와 같이 법이 보호하고 있는 이익에 대한 침해가 바로 법익침해이며, 이로부터 발생하는 비용지출, 정신적 고통 등이 바로 손해인 것이다. 의료과오 책임을 예로 든다면, 의사의 가해행위로 인하여 생명을 침해당했을 경우 생명침해가 법익침해이며, 이로부터 발생한 치료비, 장례비, 정신적 고통 등이 손해인 것이다.

구민법 제709조는 ‘고의 또는 과실로 인하여 타인의 권리를 침해한 자는 이로 인하여 생긴 손해를 배상할 책임이 있다’고 하여, ‘권리의 침해’를 불법행위의 성립요건으로 규정하였다. 그러나 일본의 학자들은 이 권리침해를 특정의 권리의 침해에만 한정하지 않고 법적으로 보호의 가치가 있는 타인의 이익을 침해한 것으로 이해하면서, ‘권리침해’는 ‘위법성’과 동격이라고 설명하고 있다⁴⁾. 현행 민법 제750조는 이 당시의 학설을 수용한 것으로서, 위법행위에 의하여 타인의 이익을 침해한 경우 모두를 포함시키자는 취지에서 ‘권리의 침해’를 ‘위법행위’로 그 표현을 바꾼 것이다.⁵⁾ 우리 민법이 독일민법처럼 생명, 신체, 건강, 자유, 소유권 또는 기타의 권리라는 표현을 사용하고 있지는 않지만, 위법성 판단 시 법익침해를 염두에 두고 있기 때문에 법익침해와 손해는 구별되어야 하는 것으로 생각된다.

3) Lange/Schiemann, Schadensersatz(3.Aufl.), Mohr Siebeck(2003), S. 67ff.

4) 末川博, 權利侵害論 : 不法行爲に關する研究の一部として, 弘文堂書房(1930), 301면 이하.

5) 김준호, 민법강의, 법문사, 2013, 1885면.

치료기회상실이 문제되는 사안들은 의사의 과실 있는 진료행위와 생명·신체 침해 사이에 인과관계를 입증하기 곤란한 사안들이다. 그러나 이 경우에도 환자는 의사로부터 적절히 치료를 받지 못하여 불안감, 정신적 고통, 상실감 등의 손해를 당하였다. 만약 법익침해 없이 손해만 발생해도 손해배상책임이 인정된다고 본다면 치료기회상실이 문제되는 사안뿐만 아니라 모든 불법행위 사안에서 법적으로 보호받는 이익에 대한 고려 없이 발생한 손해만 살피면 된다. 그러나 앞서 살펴본 바와 같이 법익침해 없이 손해만 살피는 것은 법리적으로 옳지 않다. 따라서 법익침해와 손해는 구별해서 파악해야 한다.

2. 치료기회상실의 의의(의사의 과실 있는 진료행위를 전제)

진료행위는 의료행위 중 핵심으로서 질병·부상의 치료를 목적으로 하는 것이 그 전형이다. 그 외에도 예방위생, 출산보조, 임신중절, 미용성형 등을 목적으로 하는 것도 있다.

치료행위는 질병이나 부상을 낮게 하거나 완화하기 위하여 환자의 생체에 대하여 직접적으로 투약하거나 수술 등의 방법으로 침습을 가하는 행위를 의미한다. 진료행위가 질병·부상의 치료를 목적으로 하는 행위라는 점에서 치료행위는 진료행위의 과정 중에서도 가장 핵심이고 중요한 행위이다. 치료행위의 종류와 방법으로는 주사, 투약, 수혈, 마취, 수술, 방사선치료 등이 있다.

위의 개념 정의를 통해서 치료기회상실이란 ‘의사로부터 치료를 받을 기회를 상실’하게 되는 것을 의미한다고 할 수 있다. 치료기회상실은 대부분 진단단계에서 오진으로 말미암아 발생하지만 오진뿐만 아니라 진찰·검사 시 부주의로도 발생할 수 있는 등 진료행위 전 과정에서 발생할 수 있다. 즉 진료행위 과정 중 의사의 과실로 인하여 의사로부터 치료를 받을 기회를 상실하게 되어 손해가 발생하였다면 치료기회상실이 문제될 수 있다⁶⁾.

6) 더 넓게 본다면 치료기회상실은 의사의 과실 있는 진료행위에 의해서만 발생하는 것이 아니다. 치료기회상실 문제는 환자에게 의사로부터 치료를 받을 기회를 상실하게 하면 되는 것이므로, 제3자에 의해서도 치료기회상실 문제는 발생할 수 있다(광주고등법원

3. 치료기회상실로 인하여 발생할 수 있는 의료사고의 유형

사례1) X1은 오른다리에 마비가 오는 등 뇌경색의 증상을 보여 의사 Y1을 찾아가 진료를 받았다. 그러나 의사 Y1의 과실 있는 오진으로 인해 척추디스크 진단을 받고 척추디스크 치료만 받아왔다. 추후 증상이 악화되어 재검을 받은 결과 뇌경색이 이미 상당히 악화된 것으로 판명되었고 수술을 받았으나 후유장애가 남게 되었다. X1이 의사 Y1에게 처음 진료를 받았을 때 제대로 된 뇌경색 치료를 받았다면 X1은 완치될 수 있는 것으로 판명되었다. X1은 Y1을 상대로 치료비, 간호비를 비롯한 적극적 손해와 일실회익을 상실하게 된 소극적 손해, 그리고 정신적 손해에 대한 배상을 청구하였다.

사례2) X2는 말기 간세포암 환자였다. X2는 이상 증세를 느끼고 의사 Y2를 찾아갔고, 이미 이 당시에 X2는 말기 간세포암 환자였으나 의사의 오진으로 만성간염으로 진단받고 이에 대한 치료만을 받았다. 증상이 호전되지 않자 반년 뒤 X2는 다른 병원에서 진단을 받은 결과 간세포암인 것으로 판명되어 치료를 받았으나 결국 사망하였다. X2는 말기간세포암 환자로서 처음 의사를 찾아가는 때 제대로 진단 받고 치료를 받았어도 완치할 가능성은 없는 것으로 판명되었고, 연명했을 가능성도 불분명한 것으로 판명되었다.⁷⁾

사례3) X3은 몸에 이상 증상을 느끼고 Y3으로부터 진료를 받았다. Y3은 X3의 증상과 치료 경과에 비추어 볼 때 간암을 의심할 만한 사정이었음에도 불구하고 아무런 검사 없이 X3의 증상을 혈관종으로 오진한 과실이 있었다. 반년 뒤 X3은 재검 결과 간암으로 판명되었다. X3은 간암 치료를 받았고 현재 완치되었다. 반년 뒤 발견된 X3의 간암은 악화되지 않았고 1기의 상태였기 때문에

2010. 3. 17. 선고 2008나6556 판결). 그러나 이와 같은 경우는 매우 예외적이며, 대부분의 치료기회상실 문제는 의사의 의료과오에 의해 발생하므로 본 논문에서는 의료과오책임에 있어서 치료기회상실 문제로 논의를 한정한다.

7) 대법원 2001. 11. 13. 선고 2001다50623 판결의 사안을 정리한 것이다.

반 년 전에 치료를 받았더라도 현재보다 치료비가 덜 들거나 치료기간이 짧아 질 것으로 판명되지는 않았다.⁸⁾

이상의 사례들은 모두 치료기회상실을 원인으로 하여 환자의 법익이 침해되고, 이로부터 손해가 발생한 사례들이다. 이 중 사례1)은 생명·신체 침해의 법리로 해결이 가능한 일반적인 의료과오의 경우라고 할 수 있다. 즉 의사의 과실 있는 진료행위와 환자의 생명·신체라는 침해된 법익 사이에 인과관계가 인정이 되며, 이 법익침해로부터 발생한 손해에 대하여 손해배상이 이루어지는 일반적인 의료과오책임의 사례이다.

문제는 사례2)와 3)의 경우이다. 사례2)는 의사의 가해행위도 있고 사망이라는 법익침해도 있고 재산적·비재산적 손해도 발생하였지만, 의사의 과실 있는 진료행위와 사망 사이에 인과관계가 부정되어 환자는 사망이라는 법익침해에 대해서는 어떠한 손해배상도 받을 수 없는 사안이다. 말기 간세포암이었기에 의사 Y2의 과실 없이 진단을 받고 치료를 받았더라도 사망의 결과를 피할 수 없는 것으로 판명된 것이 그 이유이다. 그러나 의사 Y2의 진료상의 과실이 없었더라면 환자 X2는 간암을 조기에 발견하여 그 진행상태에 따른 적절한 치료를 받을 수도 있었을 것이고, 삶을 마무리하기 위한 준비를 했을 수도 있었을 것이다. 의사 Y2의 진료상의 과실로 인하여 위와 같은 기회와 가능성을 상실하게 됨으로써 최소한 정신적 손해를 받았을 것은 명백하다. 그럼에도 불구하고 생명·신체라는 보호법익에 대한 침해가 없었음을 이유로 어떠한 손해배상도 인정하지 않는 것은 타당하지 않은 것으로 보인다.

우리 법원은 사례2)에서 “피고의 위와 같은 진료상의 과실이 없었더라면 소외인은 간암을 좀 더 빨리 발견하여 그 진행상태에 따른 적절한 치료를 받을 수 있고, 나아가 이로 인하여 다소나마 생존기간을 연장할 수 있는 여지도 있었을 것인데,⁹⁾ 피고의 위와 같은 과실로 인하여 간암의 조기발견 및 적절한 치료를

8) 서울중앙지방법원 2008. 6. 11. 선고 2005가단363905 판결의 사안을 토대로 만든 것이다.

9) 조금이라도 연명하였을 것이 확실하다면 앞의 사례1)과 마찬가지로 의사의 가해행위가

받아 볼 기회를 상실하였다고 할 것이고, 이로 인하여 소외인이나 그 가족들인 원고들이 정신적 고통을 받았을 것임은 경험칙상 명백하므로, 피고는 이를 금전으로나마 위자할 의무가 있다”고 하여 의사의 손해배상책임을 인정하였다.¹⁰⁾ 이 사례가 앞의 사례1)과 다른 점은 의사의 과실 있는 진료행위와 생명·신체 침해 사이에 인과관계가 부정되었음에도 손해배상책임을 인정되었다는 점에 있다.¹¹⁾

사례3)도 의사의 가해행위가 있지만 생명·신체라는 법익에 대한 침해가 발생하지 않음으로 인하여 기존의 논의에 의한다면 환자에게 발생한 어떠한 손해배상도 인정되지 않는 경우이다. 그러나 암 치료에 있어서 조기발견 및 치료의 중요성을 감안할 때 환자는 암의 조기 진단에 실패하여 치료가 늦어짐으로 인하여 정신적 고통(조기에 암을 발견할 수 있었음에도 불구하고 의사의 과실로 뒤늦게 발견하여 완치되지 못할지도 모른다는 두려움, 적절한 치료시기를 놓쳤다는 불안과 초조 등)을 받았을 것이 명백하다. 그럼에도 불구하고 생명·신체라는 보호법익에 대한 침해가 없다고 어떠한 손해배상도 인정되지 않는 것이 타당한지는 의문이다.

우리 법원(비록, 하급심이지만)은 사례3)에서도 “암의 치료에 있어 조기발견 및 치료의 중요성을 감안할 때 원고가 그러한 암의 조기 진단 및 치료 기회의 상실로 인하여 정신적 고통을 느꼈으리라고 점은 충분히 인정할 수 있으므로, 피고 병원의 운영자로서 피고 병원 의사들의 사용자인 피고는 그와 같은 원고의 정신적 고통으로 인한 손해를 배상할 의무가 있다”고 하여 의사의 손해배상책임을 인정하였다.¹²⁾ 생명·신체라는 보호법익에 대한 침해가 없음에도

환자의 생명이라는 보호법익을 침해한 것이 된다. 이 사안에서 ‘연장할 여지도 있었을 것’이라고 표현한 것은 ‘연장할 수도 있었을지 모른다’는 희박한 가능성의 의미이지, 연명이 확실하다는 의미는 아닌 것으로 보인다. 그렇기 때문에 사례2)에서 법원은 환자의 생명·신체라는 보호법익의 침해를 인정하지 않았다.

10) 대법원 2001. 11. 13. 선고 2001다50623 판결.

11) 다만 후술하듯이 이와 같은 우리 법원의 태도가 의료과오소송에서 생명·신체와 자기결정권 이외에 치료를 받을 이익을 독자적인 보호법익으로 인정하고 손해배상책임을 인정하는 것인지는 불분명하다.

의사의 과실 있는 진료행위에 대하여 위자료 배상을 인정한 것이다.

4. 치료기회상실의 법리가 문제되는 사안

의사의 가해행위가 있고 생명·신체라는 보호법익 침해도 발생하였고 이로 인한 손해도 발생하였지만 의사의 가해행위와 생명·신체 침해 사이에 인과관계가 인정되지 않는 경우(사례2) 또는 의사의 가해행위가 있고 생명·신체라는 보호법익에 대한 침해는 없지만 다른 손해가 발생한 경우(사례3)에, 생명·신체만을 의료과오책임의 보호법익으로 보고 의사의 가해행위와 생명·신체 침해 사이에 인과관계가 부정됨을 이유로 또는 생명·신체 침해가 발생하지 않았음을 이유로 과실 있는 진료행위를 한 의사에게 어떠한 손해배상도 인정하지 않는 것이 타당한지는 의문이다. 의사의 과실 있는 진료행위로 인하여 적시에 치료를 받게 되었다면 조금이나마 나아질 가능성이 있을 수도 있는데 그와 같은 가능성조차 가지지 못하였다는 정신적 고통, 초기에 치료를 받지 못해 완치되지 못하거나 치료가 힘들어질 수도 있다는 불안감, 불치병이라도 미리 알았더라면 삶을 정리할 시간을 갖는데 그러지 못하고 갑자기 죽음을 맞이하게 되는 데서 오는 삶의 질 침해, 환자로서는 의사로부터 치료를 받을 때 치료행위를 통하여 조금이나마 좋아질 것이라는 기대와 신뢰를 가지게 되는데 이러한 기대와 신뢰가 배신당한 것에 대한 정신적 고통 등 최소한 비재산적 손해는 발생한 것이 명백하기 때문이다.

치료기회상실의 법리가 문제되는 유형은 크게 다음의 2가지 유형으로 정리할 수 있다. 첫 번째 유형(제1유형)은 의사의 가해행위가 있고 환자에게 생명·신체 침해가 발생하였으나, 앞의 사례2)와 같이 의사의 가해행위와 환자의 생명·신체 침해 사이에 인과관계의 입증이 곤란한 경우이다. 이 때 문제해결 방법은 2가지가 있을 수 있다. 하나는 기존처럼 생명·신체 침해의 법리로 접근하는 것이다. 인과관계 입증을 완화하거나 전환하는 방법 등을 통하여 의사의

12) 서울중앙지법 2008. 6. 11. 선고 2005가단363905 판결.

가해행위와 환자의 생명·신체 침해 사이에 인과관계를 인정하고 손해배상을 해주는 방법이다. 그러나 이 법리에 의할 경우 만약 최종적으로 의사의 과실행위와 환자의 생명·신체 침해 사이에 인과관계 입증에 곤란하다면 환자는 어떠한 손해배상도 받을 수 없게 된다.

다른 하나는 생명·신체 대신 의료과오책임에서 독자적인 보호법익을 새로 상정하여 의사의 과실행위와 독자적인 보호법익 침해 사이에 인과관계를 인정하고 이로 인하여 발생한 손해에 대한 배상책임을 인정하는 방법이다.

두 번째 유형(제2유형)은 의사의 가해행위가 있었지만 환자에게 생명·신체 침해는 가져오지 않은 경우이다. 하지만 이 경우에도 환자는 정신적 고통을 겪을 수 있음은 앞의 사례3)에서 살펴보았다. 따라서 이 때 치료기회상실의 법리를 통하여 독자적인 보호법익을 인정하고 이 법익의 침해로부터 발생한 손해에 대한 배상책임을 인정할지 여부가 문제된다.

다만, 제2유형의 경우는 매우 드물고, 과연 생명·신체 침해도 없이 완치되었음에도 불구하고 단순히 치료가 지연되었다는 것 자체가 배상받을 수 있는 손해가 될 수 있는지에 대해서는 논의가 있을 수 있다. 아무리 독자적인 보호법익의 침해가 있다고 하더라도 이 법익침해로부터 손해가 발생하여야 손해배상책임을 인정된다는 점에서, 단순한 치료지연이 배상받아야 할 손해인지에 대한 논의도 있을 수 있다.¹³⁾ 따라서 이하에서는 제1유형을 중심으로 논의를 전개한다.

13) 제2유형에서 발생한 것은 현저히 불성실한 의료행위에 해당하지 않는다고 하여 손해배상책임을 부정하는 견해도 있다. 류화신, “적절한 의료를 받을 기대와 손해배상책임 여부—일본 최고재판소의 최근 판결을 중심으로—”, 의료법학(제13권 1호), 2012, 414면.

III. 치료기회상실과 관련된 국내 판결례 정리

1. 서

의사의 과실 있는 진료행위로 인하여 환자가 적시에 치료를 받지 못하여 사망하거나 중대한 후유증이 남게 된 경우에, 의사의 가해행위와 환자의 생명·신체침해 사이에 상당인과관계가 인정이 되어야 환자는 의사에게 손해배상책임을 물을 수 있다.¹⁴⁾ 그러나 아무리 인과관계 입증의 정도를 완화하더라도 앞의 사례2)처럼 가해행위와 발생한 손해 사이에 인과관계의 입증이 곤란한 경우가 있다. 사례2)의 경우에는 의사가 주의의무를 다하였어도 환자가 사망이라는 결과를 피하기 어렵기 때문이다. 이와 같이 의사의 과실 있는 진료행위가 있고 환자에게 생명·신체침해가 발생하였음에도 불구하고, 양자 사이에 인과관계가 인정되지 않는다고 하여 의사에게 어떠한 책임도 추궁할 수 없다는 것은 국민의 법감정에도 맞지 않고 환자의 보호에도 불리한 측면이 있다.¹⁵⁾ 따라서 이와 같은 경우에 생명·신체침해가 아닌 치료기회의 상실과 같은 다른 보호법익의 침해를 근거로 환자에게 손해배상을 인정해 줄 수 있는지 문제된다.

후술하겠지만 우리나라의 판결은 환자로 하여금 적절한 치료를 받을 기회를 놓치게 한 의사의 과실 있는 진료행위와 환자의 생명·신체침해 사이에 인과관계가 인정되지 않더라도, 해당 의료과오로부터 발생한 정신적 고통에 대한 위자료 배상을 인정하고 있다. 이 때 다음과 같이 두 가지의 경우로 사안을 해결하고 있다. 첫째는 의사로부터 적절한 치료를 받아 볼 기회를 상실한 것을 이유로 하여 이로부터 발생한 정신적 고통에 대한 위자료만을 인정하는 경우이다(제1판례). 둘째는 의사의 주의의무 위반의 정도가 일반인의 처지에서 보아 수인한도를 넘어설 만큼 현저하게 불성실한 진료를 행한 것이라고 평가될 정도에 이른 경우라면, 의사의 과실 있는 진료행위가 그 자체로서 불법행위를

14) 다만 의사의 설명의무 위반으로 인하여 환자의 자기결정권이 침해당하여 환자가 위자료 배상을 받게 되는 경우도 있다.

15) 류화신, 앞의 논문(주13), 398면.

구성하여 이로 말미암아 환자가 입은 정신적 고통에 대한 위자료의 배상을 명할 수 있다는 경우이다(제2판례).

의사의 과실 있는 진료행위와 환자의 생명·신체침해 사이에 인과관계를 부정하면서도 정신적 고통에 대한 위자료 배상을 명할 수 있기 위해서는 논리의 전개상 의료과오소송에서 환자의 생명·신체가 아닌 다른 독자적인 피해법익의 존재를 인정할 수 있어야 한다. 앞에서 살펴보았듯이 손해배상책임이 성립하기 위해서는 가해자의 가해행위가 법적으로 보호 받는 이익 즉, 피해자의 법익을 침해해야 하기 때문이다. 이하에서 제1, 2판례의 검토를 통하여 우리 판결이 치료기회상실이 문제되는 사안에서 어떠한 논리로 위자료 지급을 명하고 있는지 살펴본다.

2. 적절한 치료를 받아 볼 기회를 상실하였음을 이유로 위자료 배상을 명한 판결(이른바 ‘제1판례’)

제1판례와 관련된 판결로는 대법원 2001. 11. 13. 선고 2001다50623 판결, 대법원 2003. 2. 14, 선고 2002다53766 판결, 대법원 2006. 10. 13, 선고 2006다45121 판결, 서울고법 2008. 1. 24, 선고 2007나33813 판결, 서울고법 1996. 4. 16, 선고 94나27924 판결, 인천지원 2007. 1. 10, 선고 2005가합5115 판결, 서울지원 1993. 9. 22, 선고 92가합49237 판결 등이 있다. 이하에서는 대법원 2001. 11. 13. 선고 2001다50623 판결의 사실관계를 중점적으로 살펴본다.

가. 사안의 경과

소외 망 A(1957. 11. 27.생, 이하 ‘소외인’이라 한다)는 피고가 운영하는 X 내과의원(이하 ‘피고병원’이라 한다)에서 만성간염으로 치료를 받다가 Y병원으로 전원하여 간세포암으로 사망한 사람이고, 원고 B는 그의 처, 원고 C, D, E는 그의 자식들이다.

소외인은 1992년경 만성 간염이라는 진단을 받았으나 완치되지 않고 있던 중 잦은 감기몸살과 만성피로, 식욕부진, 공복시 위통증 등의 증세가 심해지자, 1995. 10. 23. 피고병원에 내원하여 피고로부터 진료를 받게 되었다. 피고는 소외인에 대한 간기능검사, 복부초음파검사, 위내시경검사, CLO검사, 소변검사를 실시한 결과, 소외인의 위와 같은 증세를 만성 바이러스 간염, 알코올성 지방간, 위궤양으로 진단하고 소외인에게 위궤양 치료제를 처방하였고, 같은 달 24일과 26일에도 같은 처방을 하였다.

이후 소외인은 피고의 병원에 1997. 3. 26.까지 수십 차례 내원하여 진료를 받았으나 피고는 소외인에게 만성간염과 위궤양 치료만 실시하였다.

소외인은 1997. 4. 7. 소외 Y병원에 입원하여 같은 달 10일 정밀진단을 받았는데, 복부 CT촬영결과 간 우엽에서 6.5cm 크기의 종괴가 발견되었고, 간경변증을 동반한 간세포암(肝細胞癌, hepatoma) 4기로 판명되었다.

이후 소외인은 위 Y병원에서 간암에 대한 치료를 받았으나 호전되지 않았고 1997. 11. 9. 사망하였다.

나. 원고의 주장

원고들은 이 사건 청구원인으로서, 피고의 위와 같은 과실이 없었더라면 소외인이 간암을 조기에 발견하여 이에 대한 적절한 치료를 받음으로써 회복될 수 있었을 터인데 피고의 오진으로 말미암아 사망에 이르게 되었으므로, 피고는 소외인 및 그 가족들인 원고들에게 일실수입, 장례비 상당의 재산상 손해를 배상하여야 한다고 주장한다.

다. 1심의 판단

(1) 의사의 과실 있는 진료행위와 환자의 사망 사이의 인과관계 부정
 소외인이 피고병원에 처음 내원할 당시부터 소외인의 만성 간염증세를 알고 있던 피고로서는 소외인에 대한 정기적인 초음파검사, 태아단백검사를 실

시하여 간암의 조기진단을 위해 노력하여야 함에도 불구하고, 비정기적으로 간기능검사, 초음파검사만을 실시하였다. 소외인은 1996. 12. 6. 우측 옆구리 통증을 호소하였고, 1997. 2. 28. 20일 동안 계속된 원인불명의 발열을 호소하면서 피고의 처방에도 불구하고 상태에 호전을 보이지 않았다. 사정이 위와 같다면 피고는 만성 간염보유자에게 높은 발생률을 보이고 있는 간암을 의심하고 그에 대한 정밀검사를 실시하거나, 피고 스스로 정확한 진단을 하기 어려울 때에는 즉시 상급 병원에 가서 정밀진단을 받아 볼 것을 권유함으로써 소외인이 적절한 진료를 받을 수 있는 기회를 갖도록 하는 조치를 취하여야 할 주의의무가 있다. 그럼에도 불구하고 피고는 이러한 조치를 취하지 아니하다가 발열 증세가 나타난 때로부터 한 달이 경과한 1997. 3. 26.에야 상급 의료기관으로 소외인을 전원시킴으로써 소외인으로 하여금 간암의 조기발견 및 적절한 치료를 받아 볼 기회를 상실하게 한 과실이 있다.

그러나 앞에서 본 바와 같이 간세포암은 수술적 절제술이 가능한 경우에도 그 평균생존율이 약 3년에 불과한 치명적인 암종으로, 소외인과 같이 간경변증이 동반된 간세포암의 경우 수술이 가능한지 여부도 불명확하고, 그 예후도 나쁘다. 따라서 소외인이 간암을 의심할 수 있는 증세가 나타난 1996. 12. 6.경부터 1997. 2. 28.경 사이에 간암 여부를 확인하여 치료를 받을 수 있었다 하더라도 생존기간을 다소 연장시킬 수 있을지언정 사망의 결과를 피하기는 어려울 것으로 보이므로, 결국 피고의 위와 같은 과실과 소외인의 간암으로 인한 사망 사이에는 상당인과관계를 인정할 수 없다. 만약 소외인의 생존기간이 다소 연장된다고 하더라도 그 기간 동안 어느 정도의 노동능력이 남아 있을지 여부도 불분명하여 그 손해액 산정도 불가능하므로, 원고들의 일실수입 및 장래비상당의 손해배상청구 부분은 이유 없다고 법원은 판시하였다.

(2) 치료기회상실에 따른 위자료 인정

피고의 위와 같은 진료상의 과실이 없었더라면 소외인은 간암을 좀 더 빨리 발견하여 그 진행상태에 따른 적절한 치료를 받을 수 있고, 나아가 이로 인하여

다소나마 생존기간을 연장할 수 있는 여지도 있었을 것인데, 피고의 위와 같은 과실로 인하여 간암의 조기발견 및 적절한 치료를 받아 볼 기회를 상실하였다고 할 것이고, 이로 인하여 소외인이나 그 가족들인 원고들이 정신적 고통을 받았을 것임은 경험칙상 명백하므로, 피고는 이를 금전으로나마 위자할 의무가 있다고 할 것이다.

(3) 위자료 액수

1심에서는 망인 2,700만원, 처 700만원, 자녀 각 200만원을 인정하였다.

라. 항소심의 판단

피고만이 항소하였기에, 항소심에서는 위자료청구에 국한하여 심판하였다. 항소심은 1심 판결의 논지를 그대로 유지하였다. 다만 위자료 액수를 망인 900만원, 처 500만원, 자녀 각 150만원으로 조정하였다.

마. 대법원의 판단

대법원은 원고와 피고의 상고를 모두 기각하고, 피고에게 망인에 대한 간암의 진단 및 치료의 적기를 놓치게 한 과실이 있다고 판단하여 이로 인한 정신적 손해에 관하여 위자료 지급을 명한 원심의 판단이 옳다고 판시하였다.

바. 제1판결의 분석

환자로 하여금 적절한 치료를 받을 기회를 놓치게 한 의사의 과실 있는 진료행위와 관련된 국내의 판결들을 볼 때 의사의 과실 있는 진료행위와 생명·신체침해 사이에 인과관계가 인정되지 않더라도 적절한 치료를 받을 기회를 침해받았음을 이유로 위자료 배상을 인정하고 있음을 알 수 있다. 의사의 과실 있는 진료행위와 생명·신체 침해 사이에 인과관계가 부정되어 치료기회상실이 독자적으로 문제되는 사안에서 대법원이 사안에 대한 본격적인 논지를 전개한

것은 아니다. 그렇지만 적절한 치료를 받을 기회를 상실한 것을 이유로 위자료 배상을 명한 하급심판결들을 그대로 확정하였다는 점에서¹⁶⁾ 치료기회상실 사안에 있어서 위자료배상을 인정한 하급심판결의 태도를 간접적으로 지지하고 있음을 알 수 있다.¹⁷⁾

일본 최고재판소와는 달리 우리 대법원은 치료기회상실만이 문제되고 있는 사안에 대하여 본격적으로 논의를 전개하고 있지는 않다. 제1판결과 관련하여 세 건의 대법원 판결이 있었지만 세 건 모두 미공간 판결들이었으며, 세 건 모두 적절한 치료를 받을 기회를 상실한 것을 이유로 정신적 고통에 대한 위자료만을 인정한 원심 판결을 유지하고 있는 것에 불과하기 때문이다. 그러다보니 우리나라의 판결이 치료기회상실과 관련하여 침해법익을 불투명하게 접근하고 있다는 비판도 있다. 우리나라 판결의 태도가 1) 환자의 사망과 오진 과실 사이에 사실적 인과관계를 인정하고 다만 손해배상 범위로서 상당인과관계를 따져서 재산적 손해와 사이에는 상당인과관계를 부정하고, 정신적 손해와 사이에는 상당인과관계를 인정한 것인지, 2) 아니면 오진과실과 ‘환자의 사망’ 사이의 책임성립의 인과관계를 아예 부정하고, 다만 ‘환자의 치료기회’라는 새로운 보호법익을 만들어서 의사의 오진과실과 그러한 ‘환자의 치료기회상실’이라는 새로운 보호법익과의 상당인과관계를 인정한 것인지 불투명하다는 것이다. 즉, 무엇이 보호법익인지 불명확하다는 것이다.¹⁸⁾

16) 대법원 2001.11.13. 선고 2001다50623 판결; 대법원 2003.2.14. 선고 2002다53766 판결; 대법원 2006.10.13. 선고 2006다45121 판결.

17) 박영호, “의료소송상 기회상실 이론의 도입에 대한 소고”, 사법논집(제46호), 2008, 492면.

18) 박영호, “설명의무위반 및 치료기회상실을 근거로 한 가족들의 독자적 위자료 청구권”, 법조(통권 제629호), 2009, 52-53면. 하급심판결 이유 부분을 보면 정신적 고통의 원인에 대해 ‘생존을 연장할 여지도 있었을 것인데’, ‘치료를 받아 볼 기회를 상실하였다’, ‘적합한 적정 진료를 받지 못하였다’, ‘후유장해를 다소나마 줄일 수 있는 개연성이 전혀 없다고 단정할 수 없다’ 등을 언급하고 있지만, 이런 표현만으로는 치료기회상실이 문제되는 사안에서 무엇이 보호법익인지 명확히 밝힌 것이라고 보기는 어렵다.

한편, 서울고등법원 2008. 1. 24. 선고 2007나33813 판결 이유에서 ‘환자들은 적절한 치료를 받을 기대권을 가진다’고 표현함으로써 적절한 치료를 받을 기회를 놓치게 한 의료진의 과실행위가 환자의 기대권을 침해하고 있는 것으로 설시하고 있다. 이 판결만 놓고 본다면 의료과소소송에서 기대권을 생명·신체와는 다른 독자적인 보호법익으로 본 것이라고 생각할 수도 있다. 그러나 이 판결에서도 기대권이 생명·신체와는 다른 독자적인

위와 같은 비판은 타당한 것으로 생각된다. 다만 우리나라 판결의 태도가 1) 처럼 ‘환자의 사망과 오진 과실 사이에 사실적 인과관계를 인정하고 다만 손해 배상 범위로서 상당인과관계를 따져서 재산적 손해와 사이에는 상당인과관계를 부정하고, 정신적 손해와 사이에는 상당인과관계를 인정한 것’으로 보이지는 않는다. 앞에서 살펴보았듯이 위 사안에서 의사의 과실 있는 진료행위와 환자의 사망 사이의 상당인과관계는 부정하고, 치료기회를 상실하였다는 것을 이유로 위자료 배상만을 인정하고 있기 때문이다.

그렇다고 하여 우리나라 판결이 2)처럼 ‘오진과실과 환자의 사망 사이의 책임성립의 인과관계를 아예 부정하고, 다만 환자의 치료기회라는 새로운 보호법익을 만들어서 의사의 오진과실과 환자의 치료기회상실이라는 새로운 보호법익과의 상당인과관계를 인정한 것인지’ 여부도 확실하지 않다. 우리나라 판결들은 치료기회상실이 문제된 사안에서 환자의 생명·신체 외에 다른 독자적인 피해법익의 근거를 명시하고 있지 않기 때문이다. 즉 위자료 지급의 근거인 환자가 입은 정신적 고통이 어느 법익의 침해에 의한 것인지를 명확히 드러내지 않고 있다는 문제가 있다.¹⁹⁾ 비록 민법 제750조에 의하면 손해의 발생만 있으면 불법행위가 성립한다고 규정하고 있지만, 앞에서 살펴보았듯이 논리의 전개상 손해배상책임이 인정되기 위해서는 ‘가해행위가 법익을 침해하고, 법익침해로부터 손해가 발생’하여야 한다. 치료기회상실의 법리가 문제되는 사안들은 의사의 과실 있는 진료행위와 생명·신체라는 법익침해 사이에 인과관계가 인정되지 않는 사안들이다. 따라서 환자는 생명·신체침해로부터 발생한 재산적·비재산적 손해에 대하여 배상을 받을 수가 없다. 만약 이 경우에 적절한 치료를 받을 기회를 상실하였음을 이유로 정신적 고통에 대한 위자료배상이 인정되기 위해서는 생명·신체와는 다른 어떠한 독자적인 피해법익이 침해당하였는지에 대한 검토가 필요하다.

보호법익인지에 대한 자세한 언급은 없으며, 이 판결 외에 명시적으로 기대권을 가진다고 언급한 판결은 없다.

19) 류화신, 앞의 논문(주13), 399면.

3. 현저히 불성실한 진료행위를 하였음을 이유로 위자료 배상을 명한 판결 (이른바 ‘제2판례’)

제2판례와 관련된 판결로는 대법원 2006. 9. 28. 선고 2004다61402 판결, 서울고등법원 2012. 10. 11. 선고 2011나78707 판결 등이 있다. 이하에서는 대법원 2006. 9. 28. 선고 2004다61402 판결의 사실관계를 중점적으로 살펴 본다.

가. 사안의 경과

원고들은 1999. 10. 8. 21:00경 아들인 소외 1(1989. 8. 20.생)이 하복부 통증을 호소하며 구토를 하자 다음날인 1999. 10. 9.(토) 08:30경(이하 연도 생략함) 피고 법인 경영의 병원(이하 피고 병원이라 한다)에 소외 1을 데리고 내원하여 입원시켰다.

소외 1의 주치의인 피고 병원의 일반외과 의사 소외 2는 급성 충수돌기염으로 진단하고(수술 후 병리조직검사 결과에서도 급성 화농성 충수염으로 진단되었다) 수술 전 일반검사를 마친 후 12:35경부터 전신마취 아래 충수돌기 절제술(이하 ‘이 사건 수술’이라 한다)에 들어가 13:30경 마쳤다.

한편 집도의 소외 2는 이 사건 수술이 성공한 것으로 보이자, 활력징후를 정기적으로 관찰할 것만 지시하고 직접 일반 병실로 가서 소외 1의 의식이 제대로 돌아왔는지, 상태가 어떠한지 등을 확인하지 아니한 채 14:20 무렵 그냥 퇴근하였다.

이후 피고 병원의 의료진은 전신마취의 수술을 마친 소외1이 통상적인 회복기간인 1~2시간은 물론 수술 종료 후 8시간 이상이 경과되도록 명한 상태로서 말도 제대로 못하는 등 신경학적 이상증상을 보였음에도 불구하고 만연히 마취에서 깨어나지 아니한 것이라고 믿고는 미리 뇌혈관질환 유무를 판단할 수 있는 뇌 CT, 뇌 MRI 촬영, 심전도 등을 시행하지 않았다.

그러던 소외 1은 3:00경 호흡이 정지되었다. 소외 10은 3:05경 병실에 도착

하여 혈압, 호흡 및 맥박을 측정하려 하였으나 모두 측정되지 않고 동공 확대, 동공반사가 없어진 것을 관찰하자 응급상황으로 보고 기도내 삽관을 시도하였으나 실패하였다. 이에 발관 후 앰뷰 마스크 등을 이용한 산소공급을 하면서 검사과 당직인 소외 11에게 도움을 요청하여 기도내 삽관에 성공하였다. 그러나 소외 1은 의식을 회복하지 못하고 6:35경 사망하기에 이르렀다(주치의 소외 2는 연락이 되지 아니하다가 5:30경 소외 13이 도착한 이후 중환자실에 도착했다).

소외 1에 대한 부검 결과, 소외 1은 소뇌 동정맥기형에 의한 소뇌출혈(원발성)로 인하여 사망한 것으로 판명되었고(저산소성 뇌손상은 발견되지 아니하였다), 위 부검의는 수술 전후의 혈액검사 결과와 양일간의 활력징후 변화 등에 비추어 위 뇌출혈은 수술 이후 회복과정에서 있었던 것으로 보였다.

나. 원고들의 주장

원고들에 의하면 피고 병원은 ① 원고들과의 진료계약을 체결한 당사자 또는 망아의 주치의 소외 2와 담당의 소외 10 및 소외 11 등 진료를 담당한 의료진의 사용자로서 그 의료진들의 불성실, 부적절 의료행위 및 그와 같은 불법행위로 인하여 망아 및 원고들이 입은 모든 재산적 및 정신적 손해(망아 139,371,457원, 원고 1 18,000,000원, 원고 2 15,000,000원)를 배상할 책임이 있거나, 또는 ② 피고 병원 의료진이 망아의 의식장애에 대한 원인규명을 위한 검사를 제대로 하지 아니함으로써 망아가 적절한 치료를 받을 기회를 박탈당함으로써 망아 및 원고들이 입은 정신적 고통을 동액 상당의 금전으로 위자할 책임이 있다고 주장하였다.²⁰⁾

20) 원고가 치료기회상실에 대하여 별도로 정신적 손해배상을 요구하였다는 점이 특징이다. 일반적으로 생명·신체침해가 발생한 사안에서 원고는 생명·신체침해로 인한 재산적·비재산적 손해만을 청구하는 경우가 대부분이었기 때문이다.

다. 1심의 판단

1심은 의료진의 과실을 인정하면서도 악결과의 사이에 인과관계가 인정되지 않는다고 하여 원고들의 청구를 전부 배척하였다. 치료기회상실로 인하여 발생한 손해에 대해서는 이전의 다른 판례들과 다르게 특별히 따로 검토하지 않았다.

라. 항소심의 판단

항소심은 의료진의 행위를 두 가지로 나누어 판단하였다. 먼저 호흡정지 후 기도 내 삽관에 있어서는 의료 상 과실이 없다고 판단하였다. 따라서 기도 내 삽관을 전제로 한 어떠한 손해배상도 인정되지 않는다고 하였다.

다음으로는 수술 후 관리 소홀의 과실 여부에 대해 판단하였다. 당시 10세 정도에 불과하여 의사표현능력이 부족한 망아가 전신마취 수술 종료 이후 12시간 이상 계속 외부의 신체자극이 있어야만 눈을 뜨는 등 비정상적 의식 상태였음에도 불구하고 피고 병원의 의료진 그 누구도 그 자신은 물론 외부에 있는 전문의에게 연락하는 등으로 망아의 의식 상태에 대한 세심한 점검을 하지 아니하였던 점 등 변론에 현출된 제반정황에 비추어 보면, 피고 병원 및 그 의료진들은 수술 후 망아의 의식불명 상태를 제대로 관찰하지 못하여 이를 방치한 잘못이 있다고 판단하였다.

다만 이 사건 사망사고는 망아의 뇌동정맥기형이라는 특이체질에 기한 급성 소뇌출혈로 인하여 발생한 것일 뿐, 피고 병원 및 그 의료진의 앞서 본 수술 후 환자에 대한 관리 소홀이라는 의료행위에 따른 과실과는 상당인과관계는 없다 할 것이고, 따라서 이와 반대사실을 전제로 하여 망아 및 원고들이 이 사건 사고로 인하여 입은 일체의 재산적, 정신적 손해를 구하는 원고들 주장은 이유 없다고 하였다.

그러나 의료행위를 담당한 피고 병원 및 그 의료진은 진찰·치료 등을 시행함에 있어서 사람의 생명, 신체, 건강을 관리하는 업무의 성질에 비추어 환자의

구체적인 증상이나 상황에 따라 예상되는 위험을 방지하기 위하여 최선의 주의를 다하여 조치를 하여야 할 의무가 있는 것인데, 전신마취 수술 후 통상의 마취회복 시간이 지나서도 기면 내지 혼미의 의식상태에 있는 환자에 대한 사후 관리를 함에 있어 충분하고도 최선의 조치를 다 하였다고는 볼 수 없으므로, 이로 인하여 비교적 위험성이 적은 충수돌기염 수술을 받은 망아나 그 부모인 원고들은 그와 같은 적절한 최선의 치료를 받지 못함으로 인하여 상당한 정신적 고통을 입었음은 넉넉히 추인할 수 있다고 판단하였다.

그 위자료는 제반상황을 고려하여 망아 3,000만원, 망아의 부모에게 각 1,000만원으로 정하였다.

마. 대법원의 판단

의료진의 주의의무 위반으로 인한 불법행위의 책임을 묻기 위해서는 의료행위상 주의의무의 위반, 손해의 발생 및 그 양자 사이에 인과관계가 존재한다는 점이 각 입증되어야 할 것인바, 의료행위의 속성상 환자의 구체적인 증상이나 상황에 따라 위험을 방지하기 위하여 요구되는 최선의 조치를 취하여야 할 주의의무를 부담하는 의료진이 환자의 기대에 반하여 환자의 치료에 전력을 다하지 아니한 경우에는 그 업무상 주의의무를 위반한 것이라고 보아야 할 것이지만, 그러한 주의의무 위반과 환자에게 발생한 악결과(惡結果) 사이에 상당인과관계가 인정되지 않는 경우에는 그에 관한 손해배상을 구할 수 없다. 다만, 그 주의의무 위반의 정도가 일반인의 처지에서 보아 수인한도를 넘어설 만큼 현저하게 불성실한 진료를 행한 것이라고 평가될 정도에 이른 경우라면 그 자체로서 불법행위를 구성하여 그로 말미암아 환자나 그 가족이 입은 정신적 고통에 대한 위자료의 배상을 명할 수 있으나, 이때 그 수인한도를 넘어서는 정도로 현저하게 불성실한 진료를 하였다는 점은 불법행위의 성립을 주장하는 피해자들이 이를 입증하여야 한다.

원심판결이 의료진이 전신마취 후 마취 회복 기간이 경과하도록 기면(嗜眠)

또는 혼미(昏迷)의 의식 상태에 놓인 환자에 대한 사후 관리를 함에 있어 최선의 조치를 다하지 않았다고 보아 위자료의 배상책임을 인정한 것에 대해 그 주의 의무 위반의 정도가 일반인의 수인한도를 넘어서는 것인지 여부에 관하여 심리를 제대로 하지 않았다는 이유로 파기환송하였다.

바. 제2판결의 분석

(1) 제1판결과 제2판결 사이에 실질적인 차이가 있는지 여부

제2판결을 근거로 치료 자체를 받지 못한 치료기회의 상실(제1판결)과 치료는 받았으나 적절한 치료는 받지 못한 경우(제2판결)를 구분하는 견해가 있다.²¹⁾ 이 견해에 따르면 치료조차도 못 받아 본 치료기회상실의 경우가 그나마 치료는 받았는데 그 치료나 사후관리에 과실이 있는 이 사건 사안의 경우보다 그 위법성의 정도가 훨씬 더 크다고 한다. 따라서 이 사건과 같이 치료는 받았으나 제대로 된 최선의 치료가 이루어지지 않은 경우에 있어서 그 피침해법익은 ‘환자의 적절한 치료를 받을 기대’ 정도로 생각할 수 있는데 이러한 피침해법익의 이익은 앞서 본 ‘치료기회상실’보다 훨씬 약하다고 한다. 그러므로 이러한 경우에 위법성을 인정하여 손해를 인정하기 위해서는 침해행위의 불법성이 매우 커야만 한다. 따라서 치료기회상실 사안은 의사의 진료행위가 현저히 불성실하지 않아도 손해배상을 인정해 줄 수 있지만, 치료는 받았으나 제대로 된 치료가 아닌 경우에는 의사의 진료행위가 현저히 불성실해야만 손해배상이 가능하다는 것이다.

그러나 이와 같은 구별이 타당한지는 의문이다.²²⁾ 치료기회 자체를 상실하

21) 박영호, 앞의 논문(주17), 474-475면.

22) 류화신, 앞의 논문(주13), 412면에서도 이와 같은 구별이 실익이 있는가에 대하여 의문을 준다고 언급하고 있다. 하지만 그러한 구별이 왜 실익이 없는지에 대해서는 설시가 없다. 다만 413면에서 치료기회의 상실 사안이든지 불성실한 진료를 받은 사안이든지 간에 모두 ‘적시에 적절한 의료를 받을 기회를 피침해이익’으로 볼 수 있다고 하며 양자를 구별할 필요가 없음에 대하여 간접적으로 설시하고 있다. 그 내용은 다음과 같다. “이미 언급한 우리나라 대법원 2004다61402 판결이 비록 질환을 간과한 경우가 아니라 사후 관리에서의 현저히 불성실한 진료 여부를 검토한 것이라고 하더라도 이 또한 환자의 증상을

게 된 것이나 치료를 받았으나 부적절한 치료를 받게 되어 제대로 된 치료를 받지 못하게 된 것이나, 의사의 과실 있는 진료행위가 적시에 제대로 된 치료를 받을 기회를 놓치게 하였다는 점에서는 크게 다르지 않기 때문이다. 그렇기 때문에 ‘치료기회의 상실’과 ‘치료는 받았으나 부적절한 치료를 받은 것’을 구분하여야 한다는 견해도²³⁾ 그 견해를 언급한 논문의 결말 부분에서 양자는 거의 유사한 개념이라고 보고 있다.²⁴⁾

또한 치료기회상실론은 의사가 무엇을 잘못하여 그 처치의 수행상 예상하지 못한 결과를 발생시키거나 혹은 판단상의 과실이 있다는 구체적인 의료과실을 문제 삼지 않고, 의사가 환자와 체결한 계약이나 기타 사정에 기한 환자에 대한 기본채무 내지 추상채무를 위반하여 환자에 대한 진단을 제대로 하지 않아 치료의 기회조차 부여하지 않은 것을 문제 삼는다는 견해도 있다. 이에 따르면 통상의 의료사고에서는 적어도 의사는 환자의 건강회복을 위하여 적극적인 작위행위로서 진료나 치료행위를 하였는데 그러한 진료나 치료행위에 잘못이 있다는 것을 문제로 삼는다고 한다. 반면에 치료기회상실론은 아무 것도 하지 않는 부작위로서의 기본적 채무불이행을 문제로 삼는다는 점에서 통상의 의료과실과는 그 비난의 대상을 달리한다고 한다.²⁵⁾

그러나 환자로 하여금 적합한 치료를 받을 기회를 놓치게 한 의사의 과실은 오진뿐만 아니라 검사실시 후 사후관리 미흡 등에서도 충분히 나타날 수 있다. 따라서 치료기회상실의 법리가 부작위로서의 기본적 채무불이행만을 문제로 삼는다는 견해도 찬동하기 어렵다.

뿐만 아니라 의사의 주의의무 위반의 정도가 수인한도를 넘어설 만큼 현저하게 불성실한 진료를 행한 것이라고 평가될 정도에 이른 경우라면 ‘그 자체로

간과한 것으로서 적시에 적절한 치료를 받을 기회를 피침해이익으로 볼 수 있을 것이다.”(류화신, 위의 논문, 413-414면).

23) 박영호, 위의 논문(주17), 474-475면.

24) 위의 논문, 496면.

25) 김상찬, 「의료사고의 민사적 책임과 분쟁해결의 법리」, 건국대학교 대학원 박사학위논문, 1994, 174면; 송영민, “치료기회상실론에 관한 고찰”, 동아법학(제58호), 2013, 594면.

서 불법행위'를 구성하여 손해배상책임을 부담한다는 표현도 적절하지 않다는 비판이 있다. 이 표현대로라면 손해가 발생하지 않아도 주의의무 위반의 정도만 크다면 손해배상이 가능하다는 의미가 되기 때문이다.²⁶⁾

이러한 점에 비추어 볼 때, 오히려 제2판결의 의의는 적절한 치료를 받을 기회를 놓치게 한 의료진의 과실행위와 발생한 생명·신체 침해 사이에 인과관계가 부정되더라도, 적절한 치료를 받을 기회를 의사의 과실 있는 진료행위로 인하여 침해당하는 법익으로 보고 이로 인한 정신적 고통에 대한 위자료 배상을 명하는 경우에 있어서,²⁷⁾ 즉 치료기회상실에 있어서 피침해법익은 생명·신체와는 전혀 다른 것이어서 의사의 과실의 위법성의 정도가 수인한도를 초과하여 현저히 불성실하다는 정도까지 입증되어야 하는지에 있는 것으로 보는 것이 타당하다.²⁸⁾

(2) 의료과오소송에서 생명·신체침해 이외에 다른 이유를 근거로 손해배상책임을 인정할 경우 의사의 과실 있는 진료행위가 현저히 불성실한 정도에 이르러야 하는지 여부

의사의 과실 있는 진료행위와 생명·신체 침해 사이에 인과관계가 입증되지 않아도 적절한 치료를 받을 기회의 상실을 이유로 위자료배상을 인정할 경우 의사의 손해배상책임을 무분별하게 확장될 수 있다는 우려가 있을 수 있다.²⁹⁾ 이렇게 되면 지나치게 피해자 구제만을 강조하게 되어 그 부작용으로 방어진료나 과잉진료 등의 폐해를 초래하여 결국은 의학과 의료기술의 발전을 기대할 수 없게 되고, 그 피해는 다시 국민 모두에게 되돌아가게 된다는 것이다.³⁰⁾

26) 이동진, 위자료 산정의 적정성에 관한 사법정책연구, 서울대학교 산학협력단(2013), 21면.

27) 물론 이 판결에서도 적절한 치료를 받을 기회가 피침해법익인지에 관하여 명확히 언급하지는 않았다. 현저하게 불성실한 진료를 행한 경우에 한정하여 의사 측의 불법행위책임을 인정할 수 있다고만 실시할 뿐 그 근거에 대해서 별다른 설시가 없다. 양창수, “2006년도 민사판례 관건”, 서울대학교 법학(제48권 2호), 2007, 168면.

28) 박영호, 앞의 논문(주17), 497면; 신현호·백경희, 의료분쟁조정·소송 총론, 육법사, 2011, 329면; 안법영·백경희, “의료과오소송에서의 성실진료의무와 수인한도”, 한국의료법학회지(제17권 1호), 2009, 111면 이하.

29) 안법영·백경희, 위의 논문, 111면.

따라서 ‘현저히 불성실한 진료행위’를 근거로 의사의 책임이 지나치게 가중되는 것을 방지하여야 한다는 것이다. 피침해법익이 기대권이든 의료수준에 적합한 치료를 받을 이익이든 간에 이것은 생명·신체와 같이 절대적으로 보호되어야 할 보호법익이 아니므로 침해행위의 태양을 통하여 그 외연을 확정하여야 한다. 따라서 일반적인 의사라면 통상 실시할 것이 기대되는 의료수준조차 만족하지 못한 경우에만 치료기회상실로 인한 손해배상책임이 문제된다는 것이다.³¹⁾

위법성을 피침해이익의 성질과 침해행위의 태양과의 상관관계로부터 판단하여야 한다고 볼 경우, 피침해이익이 강한 것이면 침해행위의 불법성이 적더라도 가해행위에 위법성이 있는 것이 되지만, 피침해이익이 그다지 강한 것이 아니면 침해행위의 불법성이 크지 않는 한 가해행위에 위법성이 없는 것으로 볼 수 있다. 따라서 일반적인 의료과오소송에서 문제가 되는 생명·신체 침해의 경우에는 생명이 가지는 최고의 가치성으로 인하여 피침해이익이 크기 때문에 가해행위의 불법성이 적더라도 가해행위가 위법한 것으로 인정될 수 있다. 그런데 치료기회상실 사안과 같이 의료과실과 생명·신체 침해 사이의 인과관계가 존재하지 않는 경우에도 손해배상이 인정되는 경우에, 그 피침해이익이 무엇이든 간에 이것은 생명·신체보다 훨씬 약하다고 볼 수 있다. 결국 이러한 경우에 위법성을 인정하여 손해를 인정하기 위해서는 침해행위의 불법성이 매우 커야만 한다는 것이다.³²⁾

이와 같은 태도는 일본 최고재판소 판례의 입장이기도 하다. 일본 최고재판소는 적절한 치료기회를 놓치게 한 의료진의 과실 행위와 생명·신체 침해 사이에 인과관계가 인정되지 않더라도, 의료진의 과실 행위가 연명할 상당한 정도의 가능성을 침해한 것으로 판명되면 위자료 배상을 인정하고 있다.³³⁾ 그러

30) 김선중, 의료사고손해배상소송, 육법사, 2012, 50면.

31) 金丸義衡, “医療過誤における期待権侵害”, 甲南法学 53卷2号(2012), 194면.

32) 박영호, 앞의 논문(주17), 474면.

33) 最高裁第二小法廷 平成12(2000)年 9月22日 平9(オ)42号 판결(民集 54卷 7号 2574면) 등.

나 연명할 상당한 정도의 가능성을 침해하였는지 여부도 불분명한 경우에는, 즉 의료진의 과실행위가 생명·신체를 침해하였는지에 대한 가능성조차도 입증하기 어려운 경우에는, 적절한 치료를 받을 기대를 침해하였음을 이유로 위자료 배상을 인정하고 있다. 다만 이 경우에는 의사의 의료행위가 현저하게 부적절한 경우에만 위자료 배상이 인정될 수 있다고 보았다.³⁴⁾ 즉 의료과오소송에서 생명·신체 외에 기대권이 독자적인 보호법익이 될 수 있음을 인정하고, 생명·신체와는 다른 것이 피침해법익이 될 경우에는 의사의 의료행위가 현저하게 부적절하여야 한다는 것이다.

그러나 이와 같은 판결의 태도가 타당한지는 의문이다. 치료기회상실의 법리가 논의되게 된 배경은 의료과오 소송에서 의료과실과 발생한 생명·신체 침해 사이에 인과관계를 입증하기 곤란한 경우가 다수 발생하며, 이와 같은 경우에도 실질적으로 환자를 보호해 주기 위함이다. 그러나 위와 같이 환자 측인 원고가 의료진의 주의의무 위반의 정도가 일반인의 수인한도를 넘어설 만큼 현저하게 불성실한 진료를 행한 것으로 평가될 정도에 이르렀음을 입증하여야만 위자료배상을 인정받을 수 있다면, 오히려 요건에 관한 입증부담이 가중되어 실질적으로 환자측을 구제하기에 공허한 법리가 될 수 있다.³⁵⁾

특히 의료행위의 특수성, 의료과오에서 의료진 과실의 입증곤란성, 생명을 다루는 의료행위의 중요성, 치료기회상실의 법리도 의사의 과실 있는 진료행위를 전제로 한다는 점 등을 고려할 때,³⁶⁾ 의사의 과실 있는 진료행위가 있고 환자의 보호법익이 침해당하여 손해가 발생하였다면 그 보호법익이 생명·신체이든 치료를 받을 기회이든 간에 과실 있는 진료행위가 현저히 불성실하였는지 여부와 상관 없이 손해배상이 이루어지는 것이 타당하다고 생각된다.

34) 最高裁第二小法廷 平成23(2011)年 2月25日 平21(受)65号 판결(裁判集民 236号 183면).

35) 신현호·백경희, 앞의 책(주28), 330면.

36) 의료행위의 특수성과 이로 인한 의료과오소송의 특수성에 대해서는 筋立明·中井美雄, 医療過誤法, 靑林書院(1994), 35-40면; 김병일, 의료계약법론, 한국학술정보, 2006, 231-235면 참조.

4. 국내 판결의 정리

의료행위의 특수성으로 인하여 적절한 치료를 받을 기회를 놓치게 한 의료진의 과실행위와 환자의 생명·신체 침해 사이에 인과관계 입증에 곤란한 경우가 드물게 발생하는 경우가 있다. 이 때 우리 판결은 적절한 치료를 받을 기회를 놓치게 한 의료진의 과실행위와 생명·신체침해 사이에 인과관계를 부정하면서, 다만 적절한 치료를 받을 기회를 상실하게 하였음을 이유로 정신적 고통에 대한 위자료 배상만을 인정하고 있다.³⁷⁾ 우리 판결이 의료과오소송에서 의료진의 과실 있는 진료행위와 생명·신체 침해와의 인과관계 입증에 곤란한 경우에도 환자의 보호를 위해 손해배상책임을 인정하고 있다는 점에서는 매우 의의가 있다.

의사의 과실 있는 진료행위와 생명·신체 침해 사이에 인과관계를 부정하면서도 정신적 고통에 대한 위자료 배상을 인정하기 위해서는 논리의 전개상 환자의 생명·신체 외에 다른 독자적인 피해법익의 존재를 인정할 수 있어야 한다. 그러나 우리 판결들은 적절한 치료를 받을 기회를 상실하였기 때문에 정신적 고통에 대한 위자료 지급을 명할 수 있다고 판시하면서, 어떠한 법익이 피해를 입었는지에 대하여 명확하게 밝히고 있지 않다는 문제점이 있다.³⁸⁾ 논리의 전개상 가해행위가 법익을 침해하고 이로부터 발생한 손해에 대하여 손해배상책임이 이루어지는 것이기 때문에,³⁹⁾ 단순히 정신적 고통만이 발생했다는 이유로는 손해배상책임을 인정할 수가 없다. 정신적 고통이 어느 법익의 침해로부터 나타났는지가 명확히 드러나야 하는데 우리나라 판결은 이에 대한 명확한 언급이 없다.⁴⁰⁾ 또한 위법성의 판단을 위해서도 피침해법익이 확정되어야

37) 대법원 2001. 11. 13. 선고 2001다50623 판결; 대법원 2003. 2. 14, 선고 2002다53766 판결; 대법원 2006. 10. 13, 선고 2006다45121 판결 등.

38) 류화신, 앞의 논문(주13), 399면.

39) 의사의 과실 있는 진료행위가 생명·신체라는 법익을 침해하고 이로부터 발생한 재산적·비재산적 손해에 대하여 손해배상책임이 이루어지는 것이다.

40) 하급심판결 이유 부분을 보면 정신적 고통의 원인에 대해 '생존을 연장할 여지도 있었을 것인데', '치료를 받아 볼 기회를 상실하였다', '적합한 적정 진료를 받지 못하였다', '후유장해를 다소나마 줄일 수 있는 개연성이 전혀 없다고 단정할 수 없다' 등을 언급하고

한다. 그러나 우리나라 판결은 이에 대한 언급 없이 단순히 치료를 받아 볼 기회를 상실함으로써 인하여 정신적 고통을 받았을 것이라고만 하고 있다.

우리나라 판결은 또 다른 대법원 판결(제2판결)에서 적절한 치료를 받을 기회를 놓치게 한 의료진의 과실행위와 생명·신체 침해 사이에 인과관계를 부정하면서, 다만 그 주의의무 위반의 정도가 수인한도를 넘어설 만큼 현저하게 불성실한 진료를 행한 것이라고 평가될 정도에 이른다면, 그 자체로서 불법행위를 구성하여 환자가 입은 정신적 고통에 대한 위자료의 배상을 인정하였다.⁴¹⁾ 이 판결에서도 피침해법익이 무엇인지는 명확하게 밝히고 있지는 않다. 다만 의사의 과실행위와 생명·신체와의 인과관계가 부정되었음에도 손해배상책임을 인정할 수 있다는 점에서 생명·신체와는 다른 적절하게 치료를 받을 기회나 기대 정도가 피침해법익이 될 수 있다는 견해가 있다. 이 견해에 따르면 적절하게 치료를 받을 기회나 기대는 생명·신체와는 전혀 다른 것이어서 의사의 과실의 위법성의 정도가 수인한도를 초과하여 현저히 불성실할 정도에 이르러야 한다고 한 것이라고 해석할 수도 있다고 한다.⁴²⁾ 그러나 치료기회상실의 법리가 의사의 과실 있는 진료행위와 생명·신체 침해 사이에 인과관계가 입증되지 않더라도 적절히 치료를 받을 기회를 상실하였음을 이유로 손해배상책임을 인정하여 환자를 실질적으로 보호하려는 법리임을 고려할 때, 위와 같은 제한은 오히려 환자에게 입증부담만 가중시키는 것으로 타당하지 않다.⁴³⁾

아직 우리 대법원은 일본 최고재판소와 달리 치료기회상실의 법리에 대하여 적극적인 논리전개를 펴고 있지 않다. 살펴보았듯이 원심의 판결을 유지한 정도에 불과할 뿐이다. 따라서 앞으로 치료기회상실 법리에 대한 대법원의 판단은 향후 그 추이를 지켜봐야 할 것으로 생각된다.⁴⁴⁾

있지만, 이런 표현만으로는 치료기회상실이 문제되는 사안에서 무엇이 보호법익인지 명확히 밝힌 것이라고 보기는 어렵다. 박영호, 앞의 논문(주18), 52-53면; 류화신, 앞의 논문(주13), 399면 등도 같은 비판을 제기하고 있다.

41) 대법원 2006. 9. 28, 선고 2004다61402 판결 등.

42) 박영호, 앞의 논문(주17), 496-497면.

43) 신현호·백경희, 앞의 책(주28), 330면.

44) 박영호, 앞의 논문(주17), 476면.

IV. 치료기회상실로 인한 손해배상에 있어서 피침해법익

1. 서

우리나라 판결들은 앞에서 살펴보았듯이 적절한 치료를 받을 기회를 놓치게 한 의료진의 과실과 환자의 생명·신체 침해 간에 인과관계를 부정하면서도 정신적 고통에 대한 위자료 지급을 명하고 있다. 그러나 우리나라 판결들은 치료기회상실이 문제되는 사안에서 피침해법익이 무엇인지에 대해 정확하게 언급하지 않고 있다는 문제점을 지니고 있다. 적절한 치료를 받을 기회를 놓치게 한 의료진의 과실과 환자의 생명·신체 침해 간에 인과관계를 부정하면서도 발생한 정신적 고통에 대한 위자료 지급을 명할 수 있기 위해서는, 의사의 과실행위가 환자의 생명·신체 외에 다른 독자적인 보호법익을 침해하였음을 밝혀야 한다. 앞에서 살펴보았듯이 손해배상책임이 성립하기 위해서는 가해자의 가해행위가 법적으로 보호 받는 이익 즉, 피해자의 법익을 침해해야 하기 때문이다.

이것이 치료기회상실의 법리이며, 생명·신체와는 다른 그 보호법익에 대하여 치유가능성, 연명할(또는 후유장해가 남지 않을) 상당한 정도의 가능성, 기대권, 적절한 치료를 받을 이익 등이 다양하게 제시되고 있다. 한편, 각 견해에서 언급하고 있는 보호법익의 내용은 크게 생명·신체와 어느 정도 관련이 있는 것을 보호법익으로 삼는 견해(치유가능성, 연명이익, 연명가능성)와 생명·신체와는 무관한 것을 보호법익으로 삼는 견해(기대권, 자기결정권, 적절한 치료를 받을 이익)로 크게 구분될 수 있다. 이하에서는 치료기회상실이 문제되는 사안에서 각 견해별로 생명·신체와 구별되는 독자적인 보호법익이 무엇인지에 대하여 논의하고자 한다.

2. 치유가능성

가. 의의

‘치유가능성’을 의료과오소송에 있어서 독자적인 보호법익으로 파악하여

이에 대한 손해배상을 인정하는 것이다. 의료과실로 인하여 치료의 기회를 박탈당하여 회복가능성이 감소하였다면 그 감소분에 상응한 배상을 해 주자는 입장이다.⁴⁵⁾ 우리나라 판례는 손해의 공평·타당한 분담이라는 원칙 아래 과실상계 등을 유추적용하는 입장으로 손해의 비율적 배상을 인정하고 있을 뿐⁴⁶⁾ 치유가능성론에 의하여 치료기회상실의 문제를 다루고 있지는 않다.⁴⁷⁾

치유가능성론은 프랑스 과기원과 기회상실을 받아들이는 미국의 주법원⁴⁸⁾이 취하고 있는 입장이며, 독일 연방재판소와 영국 귀족원은 이 이론을 받아들이지 않았지만 독일과 영국의 일부 학자들이 치유가능성 이론에 의해 기회상실 문제를 해결할 것을 주장하고 있다.⁴⁹⁾

치유가능성을 보호법익으로 파악하게 될 경우 감소된 치유가능성 비율 자체가 손해가 된다. 따라서 일실이익을 포함한 재산적·정신적 전 손해에 감소된 치유가능성 비율을 곱해서 손해배상액을 산정하게 된다.

나. 문제점

치유가능성을 손해로 파악하는 것은 치료기회상실 문제 해결에 있어서 장점이 있다. 그러나 치유가능성이 의료과오책임에서 생명·신체와 구분되는 독자적인 보호법익이 될 수 있는지에 대해서 다음과 같은 비판이 있다.

첫째, 치유가능성이라는 것은 악결과가 발생하지 않을 가능성의 다른 측면

45) 배성호, “의료과오소송과 기회상실론”, 인권과 정의(제310호), 대한변호사협회, 2002, 55-58면; 이종태, “의료과오소송과 기회상실이론”, 법률신문, 2001.10.22., 14-15면; 정태운, “기회상실의 손해에 관한 연구”, 비교사법(제5권 1호), 1998, 206-214면.

46) 대법원 1998. 7. 24. 선고 98다12270 판결; 대법원 2007. 5. 10. 선고 2006다72680 판결 등.

47) 다만 이와 같은 우리 판결의 태도에 대하여 특정 질병의 치사율이 높다는 것이 환자의 과실이 될 수 없으므로 과실상계보다는 미국식 기회상실론(치유가능성론)을 적용했으면 좋았을 판결이라는 견해도 있다. 배성호, “의료과오소송에 있어서 기회상실”, 법이론과 실무(제5집), 2002, 196-198면; 이종태, 앞의 기사(주45), 14-15면.

48) *Matsuyama v. Birnbaum*, 890 N.E.2d 819 (Mass. 2008) 등 다수.

49) 독일의 경우는 *Mäsch, Chance und Schaden*, Mohr Siebeck(2004), S. 143ff. 영국의 경우는 *Stapleton, The Gist of Negligence: Part 2 the relationship between ‘damage’ and causation*, 104 LQR(1988), pp. 389-400 참조.

을 의미하는 것으로서, 결국 치유가능성은 생명·신체라는 법익과 거의 유사하다. 치유가능성은 생명·신체라는 질적으로 동일한 법익에 대한 양적인 정도의 차이에 불과한 것이다. 따라서 생존가능성이 10% 상실되는 경우에는 기회상실에 의해 보호되고, 생존가능성이 100% 상실되는 경우에는 생명침해에 의해 보호된다는 것은 보호법익과 그 보호법익에 대한 가능성의 관계에 대한 이해가 잘못된 것이다. 치유가능성의 감소란 결국 악결과 발생가능성의 증가와 동일한 의미이다. 악결과 발생가능성이라는 것은 바로 악결과의 발생에 대한 인과관계와 마찬가지로, 결국 치유가능성 상실이라는 것은 생명·신체침해라는 악결과의 이음동의어에 불과한 것이다. 양자가 같은 의미이기 때문에 의사의 과실 있는 진료행위와 생명·신체침해 사이에 인과관계를 인정하지 않으면서 의사의 과실 있는 진료행위와 치유가능성 사이에는 인과관계를 인정한다고 하는 것은 결국 인과관계를 교묘하게 우회하고 있는 것과 다름없다. 치료기회상실 사안에 있어서 치유가능성은 위와 같은 이유에서 생명·신체와 구분되는 독자적인 보호법익이 될 수 없다.⁵⁰⁾

둘째, 의료과실이 발생했을 때 치유가능성의 비율확정이 현실적으로 어렵다. 치유가능성은 이미 첫째와 같은 이유로 독자적인 손해항목으로 볼 수 없다. 만약 독자적인 보호법익으로 볼 수 있다고 하더라도 치유가능성에 의한 손해배상방법론이 유효하기 위해서는 의료과실이 발생했을 당시의 치유가능성 비율이 정확히 몇 %인지 통계수치로 판명해낼 수 있어야 한다. 그러나 의료행위의 특수성으로 인하여 치유가능성을 정확히 밝히는 것은 매우 어렵다. 아무리 현대의학이 발전하고 있지만 치유가능성의 정도를 정확히 가려낸다는 것은 쉽지 않다.⁵¹⁾ 더욱이 우리나라의 경우 전문가 증인의 확보가 쉽지 않으며, 의사의 과실 자체의 입증을 위한 감정에서도 원고 측에 유리한 감정을 확보하기가

50) 신동현, 「민법상 손해의 개념: 불법행위를 중심으로」, 서울대학교 박사학위논문(2010), 243-246면.

51) 앞서 검토한 판결들을 살펴볼 때 단순히 과실 있는 진료행위와 생명·신체 침해 사이에 인과관계 인정도 쉽지 않다는 점에서 치유가능성의 정도를 % 단위로 파악하기란 더욱 어렵다는 것을 짐작할 수 있다.

어려워서 과실과 인과관계에 대한 입증책임을 다른 유형의 소송에 비하여 대폭 감경하고 있는 현실을 감안할 때, 정확한 치유가능성의 판단은 매우 요원하다고 할 수 있다.⁵²⁾

셋째, 만약 기회상실론의 입장에 의하면 의사의 과실에 의하여 감소된 환자의 치유가능성에 따라 손해를 배상하여야 하니 기회감소를 당하는 환자는 모두 승소할 수 있어 제소율이 증대될 것은 명백하다. 또한 의사에게 증명책임에 있어서 막대한 부담을 지우며 이러한 문제점은 미국의 실무에서도 자주 문제되고 있기 때문에 신중한 접근이 필요하다고 한다.⁵³⁾ 치유가능성론에 따라 손해배상을 인정하게 되면 과잉진료 등이 행해지게 되고 의료비용이 막대하게 증가될 것이라고 염려를 표하기도 한다.⁵⁴⁾

3. 연명이익

가. 의의

연명이익이란 의료수준에 맞는 적절한 의료행위가 행해지면 사망의 결과를 회피할 수는 없다고 하여도 상당기간 연명을 할 수 있는 가능성이 인정되는 경우, 그 연명가능성을 말한다. 그리고 연명이익의 ‘침해’란 의사가 적절한 의료행위를 하지 않은 결과 사망시기가 예상보다 앞당겨져 그 연명가능성을 상실하게 되는 것을 말한다.⁵⁵⁾ 연명이 가능한 기간을 확정하기 어렵고, 또한 생존기간이 다소 연장된다고 하더라도 그 기간 동안 어느 정도의 노동능력이 남아 있을지 여부도 불분명하여 손해액 산정이 불가능한 경우가 많으므로 일실수익이 인정되기는 어렵다고 한다. 다만 위자료 산정에 있어서 연명가능기간 등을

52) 박영호, 앞의 논문(주17), 486면.

53) Deakin/Johnston/Marquesnis, Marquesnis and Deakin's Tort Law(7th ed.), Oxford University Press(2007), p.241.

54) Hall/Bobinski/Orentlicher, Medical Liability and Treatment Relationships(7th ed.), Aspen Publishers(2008), p.416.

55) 김선중, 앞의 책(주30), 602면.

고려할 수 있다고 한다.⁵⁶⁾

연명이익침해론은 일본에서도 주장되었다. 후술하는 기대권침해론에서 언급하는 기대권이 환자의 주관적인 개념에 불과하고 독자적인 손해의 개념이나 권리 보호의 대상이 되는 권리로 보기 어렵다는 비판을 받게 되자 일본에서 등장한 것이 바로 연명이익의 침해이다. 일본 최고재판소는 最高裁第一小法廷平成11(1999)年 2月25日 平8(オ)2043号 판결에서 연명이익을 근거로 손해배상책임을 인정하고 있다. 연명 즉, 생명을 보호법익으로 보았기 때문에 손해배상의 범위에 있어서 위자료뿐만 아니라 일실회의역역 역시 배상이 가능하다고 보았으며, 환자본인의 위자료뿐만 아니라 가족의 위자료도 인정하였다.

나. 문제점

연명이익을 치료기회상실 사안에 있어서 생명·신체와 구별되는 독자적인 보호법익으로 볼 수 있는지에 관하여 다음과 같은 비판이 제기된다.

치유가능성과 마찬가지로 연명이익의 가치라는 것도 생명과 별개의 손해항목이라고 볼 수 없다는 점이다. 사람은 어차피 언젠가는 죽는 것이고 손해배상법에 있어서 사망이라 함은 본래의 여명이 단축되었다는 것일 뿐이어서 그 여명의 단축이 증명되지 않는 이상 손해는 증명되지 않은 것이 된다.⁵⁷⁾ 단 하루의 여명을 단축시키는 것도, 본래의 여명을 단축시키는 것도 모두 가해행위에 의해 생명을 침해하는 모습인 것이다. 생명이 법에 의해 보호되어야 할 정당한 이익인 것은 의심할 나위가 없으므로, 연명이익도 법익으로서 보호되어야 하는 것은 당연하지만 그것은 연명이익으로서가 아니라 생명이라는 보호법익을 침해하는 모습으로 인정되어 생명의 보호에 의해 보호되어야 하는 것이다. 즉 연명이익은 생명과 구분되는 독자적인 보호법익인 것이 아니라 생명의 한 모습인 것이다.

하급심판결이지만 우리 법원은 연명이익 침해를 생명·신체와 구별되는 독

56) 위의 책, 606-607면.

57) 窪田充見, “損害概念の変遷と民法の役割—刑法と民法の対話の形とともに”, 刑法雑誌 44卷 2号(2005), 241면.

자적인 보호법익의 침해가 아닌 생명침해의 한 모습으로 파악한다.⁵⁸⁾ 따라서 생명침해로 인한 재산적·비재산적 손해에 대한 배상을 전부 인정하였다.⁵⁹⁾

4. 연명할(후유장해가 남지 않을) 상당한 가능성

가. 의의

연명할(후유장해가 남지 않을) 상당한 가능성 침해론은 일본에서 제기되고 있는 견해이다. 치료기회상실 사안에 있어서 보호법익을 연명이익이라고 파악하자 손해배상이 이루어지는 경우가 매우 제한되었다. 연명할 것이 확실하여야 손해배상이 가능하기 때문이다. 이에 따라 치료기회상실 사안에 있어서 보호법익을 연명할 상당한 정도의 가능성이라고 하여 보호받을 수 있는 범위를 확대하였다. 일본 최고재판소 판례에 의하면 연명할 상당한 정도의 가능성은 초기에는 ‘연명할 상당한 정도의 가능성’에만 국한되었지만⁶⁰⁾ 나중에는 ‘중대한 후유장애가 남지 않을 상당한 정도의 가능성’까지 포함하게 되어 생명침해뿐만 아니라 신체침해까지 그 범위가 확대되었다.⁶¹⁾ 즉 종래에는 생명·신체만 보호법익으로 삼았지만 1차적으로 연명이익 즉, 일정한 기간 동안의 생명의 존속에 대한 고도의 개연성이 인정되는 경우까지 보호법익의 범위가 확대되었고, 2차적으로는 일정한 기간 동안 생명을 유지하였을 것이라는 또는 중대한 후유장애가 남지 않았을 것이라는 ‘가능성’에 대해서까지 보호법익의 범위를 확장하였다.⁶²⁾

연명할(후유장해가 남지 않을) 상당한 정도의 가능성을 치료기회상실 사안에 있어서 독자적인 보호법익으로 삼자는 견해들은 그 안에서도 재산적 손해

58) 서울동부지원 2007. 11. 22. 선고 2004가합8720 판결.

59) 다만 일실이익은 연명기간 확정, 곤란함과 잔존노동능력 확정의 곤란함으로 인하여 부정되었고, 환자의 기존의 증상에 따라 손해배상의 범위 역시 제한되었다.

60) 最高裁第二小法廷 平成12(2000)年 9月22日 平9(オ)42号 판결(民集 54卷 7号 2574면).

61) 最高裁第三小法廷 平成15(2003)年11月11日 平14(受)1257号 판결(民集 57卷 10号 1466면).

62) 野澤正充, 債權法Ⅲ, 日本評論社(2011), 37면 이하.

배상이 가능한지, 보호의 대상은 무엇인지, ‘상당’의 의미는 무엇인지 등에 대해서 견해가 대립되고 있다.

나. 문제점

연명할(후유장해가 남지 않을) 상당한 정도의 가능성을 치료기회상실 사안에 있어서 보호법익으로 파악한 것은 생명·신체와는 연관된 것으로 보호법익을 찾으려는 노력의 산물이다. 그러나 생명·신체와 연관된 것을 독자적인 보호법익으로 인정함에 따라 다음과 같은 비판이 제기된다.

첫째, 연명할 상당한 정도의 가능성이라는 것도 결국은 연명이익을 가능성화한 것으로 생명을 가능성화 한 치유가능성과 크게 다르지 않다. 또한 후유장해가 남지 않을 상당한 정도의 가능성은 신체를 가능성의 수치로 환산한 것과 크게 다르지 않다. 연명할(후유장해가 남지 않을) 상당한 정도의 가능성은 앞서 치유가능성에 대한 비판에서도 살펴보았듯이 생명·신체라는 결과의 일부라 할 것이어서 생명·신체와 구별되는 독자적인 손해항목으로 인정받을 수 없다.⁶³⁾

둘째, 연명할(후유장해가 남지 않을) 상당한 정도의 가능성이 박탈된 것에 대하여 손해배상을 청구하기 위해서는 우선 연명의(후유장해가 남지 않을) 가능성을 그리고 더 나아가서는 그것이 의사의 과실에 의하여 박탈되었다고 하는 것을 입증하여야 한다. 그러나 치유율이 본래 높지 않은 질병의 경우 또는 치유율조차 불명인 경우에는 연명의 가능성을 입증하기란 쉽지 않으며, 의사의 적절한 치료가 있었다더라면 그 환자는 연명할 수 있었을 것이라는 점을 입증하기란 더욱 어렵다. 일본의 최고재판소 판례⁶⁴⁾나 일부 하급심 판례⁶⁵⁾에서도 의사의 과실 있는 진료행위가 인정되면서도 의사의 과실행위와 연명할 상당한

63) 신동현, 앞의 논문(주50), 248면.

64) 最高裁第一小法廷 平成17(2005)年12月 8日 平17(受)715号 판결(裁判集民 218号 1075면).

65) 東京地裁 平成 7(1995)年11月30日, 平2(ワ)10439号 판결(判タ 911号 200면); 大阪地裁 昭和62(1987)年 9月28日, 昭59(ワ)573号 판결(判タ 667号 202면); 東京地裁 昭和59(1984)年12月18日, 昭57(ワ)12810号 판결(判時 1166号 115면) 등 다수.

정도의 가능성과의 인과관계를 부정한 경우가 있다. 이 경우 환자는 의사로부터 손해배상을 받을 수가 없다. 이렇게 볼 때 연명할(후유장해가 남지 않을) 상당한 정도의 가능성을 주장하여 배상을 청구하는 방법은 매우 제한된 경우에 만 유효하게 된다는 약점이 있다.⁶⁶⁾

5. 기대권

가. 의의

기대권침해론은 치료기회상실 사안에 있어서 환자의 기대를 독자적인 보호법익으로 파악하는 견해이다. 의사와 환자 사이에는 신뢰관계를 기초로 하고 있고 이러한 신뢰관계를 기초로 환자는 의사가 적절한 진료를 할 것을 기대하고 치료에 참여하므로, 이러한 환자의 기대는 보호되어야 한다. 환자는 의료수준에 적합한 구체적 의료행위의 존재를 염두에 두고 있기 때문에 구체적 상황에서 그러한 의료행위를 받을 수 있음에도 불구하고 그것을 향유하지 못한 점은 환자 측의 불이익이 된다.⁶⁷⁾ 우리나라 판결에서는 고등법원판결⁶⁸⁾ 이유에서 “환자나 그 가족은 의료를 실시하는 병원에 대하여 치료라는 결과만을 구하는 것이 아니라 그 과정에서 적절한 치료를 받을 기대권을 가진다”라고 하며 진료상의 과오로 치료를 받을 기회를 상실하였고 이로 인하여 정신적 고통을 받았음을 근거로 위자료 배상을 인정한 판결이 있다. 그러나 이 판결 외에는 기대권을 언급한 판결은 보이지 않는다.

기대권침해론은 우리나라보다 일본에서 활발하게 논의되고 있는 이론이다. 적절한 치료를 받을 기회를 놓치게 한 의료진의 과실 있는 진료행위와 발생한 생명·신체 침해 사이에 인과관계의 입증에 곤란하더라도 무엇인가 다른 독자적인 보호법익의 침해를 근거로 손해배상을 인정하고자 등장한 이론이 바로

66) 松浦以津子, “損害論の‘新たな’展開”, 不法行為法の現代的課題と展開: 森島昭夫教授還暦記念論文集, 日本評論社(1995), 93면.

67) 송영민, “기대권침해론에 관한 일본의 최근 동향”, 의료법학(제14권 1호), 2013, 221-222면.

68) 서울고법 2008. 1. 24. 선고 2007나33813 판결.

치료기회상실의 법리이며, 기대권침해론은 그 독자적인 보호법익을 적절한 의료를 받을 환자의 기대라고 파악하는 이론이다. 의사가 진료의무를 위반하여 환자에게 손해를 입혔음에도 불구하고 인과관계가 인정되기 어렵다는 이유로 아무런 손해배상의무를 부담하지 않는다는 것은 불합리하다는 전제하에, 하나의 독립된 새로운 권리개념으로 적절한 의료를 받을 기대권을 설정하여 환자는 의사로부터 적절한 의료를 받을 기대권을 가진다고 본다. 기대권을 보호법익으로 볼 경우 의사의 의료과실이 있게 되면 환자의 기대권을 침해한 것으로 보아, 그와 같은 기대를 배반당하여 느끼는 정신적 고통에 대하여 의사는 환자에게 위자료를 배상하여야 한다.⁶⁹⁾ 일본 하급심 판결에서 주장되었고,⁷⁰⁾ 일본 최고재판소는 2011년 판결⁷¹⁾에서 처음 기대권침해라는 단어를 판결이유에서 언급하였다.

기대권침해론은 적절한 치료를 받을 기회를 놓치게 한 의료진의 과실행위와 발생한 생명·신체 침해 사이에 인과관계의 입증에 곤란하더라도, 환자에게 정신적 법익에 대한 침해를 이유로 위자료 배상을 받을 수 있도록 하는 길을 열어 두었다는 점에 큰 의의가 있다. 기대권이라는 독자적인 보호법익을 상징함으로써 충분한 치료를 받을 수 있었을 것이라는 환자의 정신적 이익이 하나의 보호법익으로 인정될 수 있게 되었다. 따라서 환자는 이와 같은 정신적 법익에 대한 침해로 발생한 정신적 고통에 대한 위자료 배상을 받을 수 있게 되었다.⁷²⁾

나. 문제점

치료기회상실 사안에 있어서 기대권을 독자적인 보호법익으로 삼았다는 것

69) 浦川道太郎, “いわゆる期待権侵害による損害”, 判例タイムズ 838号(1994), 58면.

70) 기대권이라는 용어를 직접 사용하지는 않았지만 기대권침해론에 근거한 최초의 하급심 판결은 東京地裁 昭和51(1976)年 2月 9日, 昭47(ワ)2633号 판결(下民 31卷 9~12号 1011면)이며, 기대권이라는 용어를 최초로 사용한 판결은 福岡地裁 昭和52(1977)年 3月 29日, 昭48(ワ)1020号 판결(判時 867号 90면)이다.

71) 最高裁第二小法廷 平成23(2011)年 2月25日 平21(受)65号 판결(裁判集民 236号 183면).

72) 金丸義衡, 앞의 논문(주31), 194면.

은 치유가능성과 달리 생명·신체의 확장유형이 아니라 자기결정권과 같은 정신적 인격법익으로 나아갔다는 점에 의의가 있다. 그러나 기대권침해론은 일본에서 처음 논의되었을 때부터 다음과 같은 비판을 받아 왔다.

첫째, 의사에 대한 환자의 기대가 독자적인 보호법익으로서 보호받을 가치가 있는 것인가 하는 점이였다. 굳이 기대권이라는 표현을 사용할 필요 없이 의사와 환자 사이에 의료계약이 체결되는 경우 그 계약내용의 하나로서 의사는 충분한 주의의무를 가지고 환자를 진찰·진료해야 한다는 조항이 묵시적으로 당연히 포함되어 있다. 따라서 기대권침해란 채무불이행 그 자체이기 때문에 보호법익으로서의 객관성을 결여한다는 것이다.⁷³⁾

둘째, 보호법익으로서 환자의 기대는 주관적 이익에 불과하므로 손해배상요건을 부당하게 완화시키는 것이 되고, 더 나아가서는 의료의 위축을 초래하게 된다는 비판도 있다.⁷⁴⁾

셋째, 의료과실과 악결과와의 상당인과관계를 부정하면서, 다른 한편으로는 위자료 배상을 명하고 있는 것은 논리모순이고 무인과관계론을 주장하는 것이라는 비판이 있다. 기대권침해는 채무불이행 그 자체이기 때문에 기대권이 침해되었다고 해서 그 자체로 어떤 법익침해를 의미하는 것은 아니며, 법익침해가 없으면 위자료의 배상도 인정할 수 없는데, 기대권침해를 이유로 위자료 배상을 인정하는 것은 모순이라는 것이다.⁷⁵⁾

넷째, 주관적인 기대를 일반적으로 보호하는 경우에는 그 외연이 불명확하다는 비판도 있다. 전문가책임에 한정하더라도 불법행위법상 주관적인 감정을 보호법익으로 하려는 시도는 아직 성숙한 논의가 이루어지지 않고 있다고 한다.⁷⁶⁾

73) 石川寛俊, “期待権の展開と証明責任のあり方”, 判例タイムズ 686号(1989), 27면; 畔柳正義, “損害の発生(2)”, 裁判実務大系(17), 青林書院(1990), 316면.

74) 石川寛俊, 위의 논문, 27면.

75) 渡邊了造, “過失あるも因果関係がない場合の慰藉料”, 判例タイムズ 686号(1989), 66면.

76) 能見善久, “総論—本シンポジウムの目的と視点(日本私法学会シンポジウム資料 新しい法益と不法行為法の課題)”, NBL 936号(2010), 8면.

다섯째, 우리가 일상생활에서 사용하는 ‘기대’의 의미와 법에서 언급하는 ‘기대권’의 의미가 다르다. 법에서 기대권은 ‘장래 일정 사실이 발생한다면 일정 법률상의 이익을 받을 수 있을 것이라는 기대를 가질 수 있는 지위’를 의미하며, 조건이 붙는 권리나 상속권을 기대권의 예로 들 수 있다. 기대권을 이와 같이 정의한다면 이미 발생한 과거의 사건이 문제되는 치료기회상실 사안에 있어서는 적절하지 않은 사용례가 된다.⁷⁷⁾ 기대권이라는 표현의 사용은 종래의 의미에서의 기대권과 혼동을 초래할 우려가 있기 때문에 적절하지 않은 사용으로 생각된다.

6. 자기결정권

가. 의의

최근 유럽에서 언급되고 있는 견해로서 치료기회상실 문제도 설명의무 위반과 같은 자기결정권 침해로 보는 견해이다.⁷⁸⁾ 치료기회상실 사안에 있어서 보호법익을 자기결정권으로 보는 것이다. 치료기회상실은 의사의 과실 있는 진료행위로 인하여 적절한 치료를 받지 못하게 된 사안을 의미한다. 즉 의사의 과실 있는 진료행위로 인하여 오진이 발생하였고, 이로 인하여 치료방법에 대하여 환자가 제대로 된 결정을 내리지 못한 것이므로 설명의무 위반에 의한 자기결정권 침해와 크게 다르지 않다는 것이다.⁷⁹⁾

국내에서도 이와 같은 입장을 취하는 견해가 있으며, 이에 따르면 정확한 진단에 기하여 진료에 대한 선택을 할 수 있는 기회는 환자의 자기결정권의 한 내용으로 보호받아야 한다고 한다. 또한 여기서의 인격적 이익은 치료를 받아 완

77) 류화신, 앞의 논문(주13), 411면.

78) Koch ed.(Carval/Sefton-Green), “France”, Medical Liability in Europe, De Gruyter(2011), Rn. 19; Herring, Medical Law and Ethics(3rd ed.), Oxford University Press(2010), pp. 116-119.

79) Herring, *ibid.*, pp. 116-119. Herring에 의하면 치료기회상실 사안과 설명의무 사안을 같이 다루고 있으며, 양자를 구분하는 것이 부당하다고 한다.

치할 수 있는 기회뿐만 아니라 치료를 거부하고 인생을 마감하고 신변을 정리할 기회도 포함하는 것이며, 오진으로 인한 불확정한 상태로 인한 불안도 그 보호내용으로 한다고 한다.⁸⁰⁾

자기결정권을 치료기회상실 사안에 있어서 독자적인 보호법익으로 판단하게 되면, 위자료 배상을 인정하기 위한 논리적인 근거는 쉽게 마련될 수 있다는 장점이 있을 것으로 생각된다. 자기결정권 침해는 지금까지 많은 논의가 있어 왔고 현재 의료과오소송에서 생명·신체 침해와는 구별되는 독자적인 법익침해로 인정되고 있기 때문이다.

나. 문제점

언뜻 보면 의사의 과실 있는 진료행위로 인하여 적절한 치료를 놓치게 된 것은 결국 의사의 과실 있는 진료행위로 인하여 적절한 치료를 선택할 환자의 권리가 박탈된 것과 유사하므로, 치료기회상실에 있어서 자기결정권을 독자적인 보호법익으로 보는 것도 타당하게 보인다. 그러나 다음과 같은 이유에서 자기결정권은 치료기회상실의 사안에 있어서 독자적인 보호법익이 되기 어렵다.

치료기회상실이 문제되는 사안은 의사의 설명의무 위반이 문제되는 사안보다 범위가 넓다. 의사의 설명의무는 수술 등 침습을 가하는 과정 및 그 후에 나쁜 결과 발생의 개연성이 있는 의료행위를 하는 경우 또는 사망 등의 중대한 결과발생이 예측되는 의료행위를 하는 경우에만 요구된다.⁸¹⁾ 국내 판결의 검토에서 살펴보았듯이 치료기회상실의 문제는 오진에 의해 적절한 치료를 받지 못하는 경우뿐만 아니라 의료관계자의 처치 등에 과실이 있어서 적절한 치료를 받지 못하는 경우까지 매우 범위가 넓다. 단순히 진단과오만 치료기회상실의 문제를 야기한다면 자기결정권과 유사한 측면이 있지만⁸²⁾, 치료기회상실

80) 이창현, 위자료에 관한 연구, 경인문화사, 2011, 334면. 다만 이 책에서도 치료기회가 왜 자기결정권의 한 내용이 되어야 하는지에 대해 자세하게 언급하고 있지는 않다.

81) 대법원 2013. 2. 28. 선고 2011다36848 판결; 대법원 1995. 4. 25. 선고 94다27151 판결 등 참조.

의 문제는 진단뿐만 아니라 치료, 관리 등 의료과실 전반에서 나타난다는 점에서 양자는 차이가 있다.

7. 적절한 치료를 받을 이익

가. 의의

의료수준에 적합한 치료를 받을 이익을 치료기회상실 사안에 있어서 독자적인 보호법익으로 보는 것이다.⁸³⁾ 따라서 의사의 과실 있는 진료행위로 인하여 치료를 받을 이익이 침해되었다면 생명·신체침해와는 무관하게 손해배상이 이루어져야 한다는 것이다. 국내 판결의 분석에서 살펴보았듯이 치료기회를 놓치게 한 의사의 과실행위가 있고 생명·신체침해가 발생한 사안들에서, 의사의 과실과 환자의 사망 사이에 인과관계가 부정되더라도 ‘적절한 치료를 받을 기회’를 상실하였다는 이유로 위자료 배상을 명하고 있다. 우리 판결은 보호법익에 대하여 명확하게 언급하고 있지는 않지만, 의사의 과실행위와 환자의 사망 사이에 인과관계가 부정된 경우에도 손해배상을 인정하고 있는 것으로 미루어 보아 생명·신체 외에 적절한 치료를 받을 이익을 의료과오소송에서 독자적인 보호법익으로 보고 있는 것으로 보인다.

치료기회상실론은 우리나라에서보다는 일본에서 적극적으로 논의된 이론이다. 일본에서 적절한 치료를 받을 이익이 의료과오소송에서 독자적인 보호법익으로 등장하게 된 이유는 다음과 같다. 환자가 과실 없는 진료를 받았더라면 사망 시점에 있어서 생존하고 있을 것이라는 상당한 정도의 가능성조차 입증하지 못하여 환자에게 연명가능성 침해를 이유로 하는 위자료 배상도 부정되는 판결들이 선고되었다.⁸⁴⁾ 이에 따라 일본에서는 연명가능성의 입증 없더라

82) 의사의 과실 있는 진료행위로 인하여 제대로 된 병명을 알지 못하여 적절한 치료방법을 결정하지 못하였기 때문이다.

83) 김민규, “수진기회상실론”, *재산법연구*(제22권 3호), 2006, 323면; 송영민, 앞의 논문(주 25), 595면.

84) 東京地裁 平成 7(1995)年11月30日, 平2(ワ)10439号 판결(判タ 911号 200면); 大阪地裁 昭

도 의사의 과실이 있다면 환자에게 손해를 배상해 줄 수 있는 다른 법적 근거가 필요하였다. 종래 언급되었지만 비판을 받고 있는 기대권침해론과 다르며, 연명가능성 입증의 곤란 문제도 뛰어넘는 새로운 이론이 필요하였던 것이다.

이에 따라 일본 하급심 판결에서는 1980년대 중후반부터 연명의 가능성이 명백하지 않은 경우에도 의사의 과실에 기하여 환자가 적절한 치료를 받을 기회를 박탈당한 경우에는 ‘환자가 의료기관으로부터 적절한 검사 및 치료 등의 의료행위를 받을 이익’을 침해받았다는 이유로 위자료 배상이 이루어지게 되었다.⁸⁵⁾ 적절한 치료를 받을 이익 그 자체를 보호법익으로 본 것이다. 일본 최고재판소 역시 기존까지는 연명할 상당한 정도의 가능성에 주목하고 있었으나 2011년 판결⁸⁶⁾에서는 적절한 의료행위를 받을 환자의 기대권이 침해되었다고 하여 연명가능성과 무관한 것을 치료기회상실 사안에서 보호법익으로 보고 있다.⁸⁷⁾

이러한 이른바 적절한 치료를 받을 이익은 종전의 기대권과 다음과 같은 점에서 구별된다.⁸⁸⁾ 기대권을 ‘장래 일정한 사실이 발생하면 일정한 법률상의 이익을 얻을 것이라는 기대를 가질 수 있는 지위’라고 정의하는 한, 의료과오의 국면에서 이 개념을 사용하는 것은 적절하지 않다. 이에 반해 ‘치료기회의 상

和62(1987)年 9月28日, 昭59(ワ)573号 판결(ウエストロー・ジャパン); 東京地裁 昭和59(1984)年12月18日, 昭57(ワ)12810号 판결(判時 1166号 115면) 등 다수.

85) 東京地裁 昭和60(1985)年 9月17日 昭56(ワ)5942号 판결(判タ 572号 75면); 東京高裁 平成10(1998)年 9月30日 平9(ネ)619号 판결(判タ 1004号 214면); 東京高裁 平成 9(1997)年12月26日 平6(ネ)3325号 판결(判時 1637号 27면); 大阪地裁 平成 8(1996)年11月20日 平3(ワ) 8782号 판결(判タ 947号 253면); 東京地裁 平成 8(1996)年10月31日 平7(ワ)5023号 판결(判時 1610号 101면) 등 다수.

86) 最高裁第二小法廷 平成23(2011)年 2月25日 平21(受)65号 판결(裁判集民 236号 183면).

87) 다만 ‘기대권’이라고 표현하여 치료기회상실론이 아닌 기대권침해론에 관련된 판례라고 볼 수도 있지만, 다수의 일본학자들은 여기서의 기대권은 하급심의 표현을 그대로 사용한 것에 불과하며, 본 판결의 의의는 생명·신체와 무관한 그 무언가(기대권이든 치료 받을 이익이든지 간에)가 의료과오소송에서 독자적인 보호법익으로 인정되었다는 점, 그 보호법익이 생명·신체와 무관한 것이기에 위법성 판단에 있어서 수인한도를 초과해야 하는지 여부에 관한 점에 있다고 한다. 平野哲郎, “適切な医療行為を受ける期待権侵害の不法行為の成否”, 民商法雑誌 145卷2号(2011), 253면.

88) 石川寛俊, 앞의 논문(주73), 27-28면.

실'은 적시에 적절한 의료를 제공받을 환자로서의 지위의 침해이다. 이 견해에 의하면 하급심에서 치료기회상실론을 채택하기 시작하자 판례의 흐름이 '환자의 주관적 인식에서 치료기회의 상실이라는 객관적 사실로 이동'하고 있으며, 기대권침해의 구성에서 치료기회상실의 구성으로 변화되고 있다고 지적한다.⁸⁹⁾

적절한 치료를 받을 이익은 연명가능성과 다음과 같은 점에서 구별된다. 연명가능성이 없는 경우라도 또는 연명가능성을 입증하기 곤란한 경우라도 환자에게 위자료를 인정해 줄 근거가 생겼으며, 연명이익이 아닌 후유장애 등에도 적용될 수 있다. 뿐만 아니라 검사 및 치료가 현재의 의료수준에 비추어 부적절하거나 불충분한 경우에는 생명·신체 침해와 부적절한 치료 사이에 인과관계가 인정되지 않더라도, 적절하고 충분한 검사나 치료를 받는 것 그 자체에 대한 환자의 이익이 침해된 점을 이유로 손해배상책임을 인정할 수 있다.⁹⁰⁾

나. 문제점

적절한 치료를 받을 이익을 독자적인 보호법익으로 인정할 때의 문제점은 의료과실과 생명·신체 침해와의 인과관계의 입증 없이 손해배상책임을 인정되어 의사의 책임이 부당하게 확대될 수 있다는 것이다. 적시에 적절한 의료행위를 받을 것은 누구라도 원하는 기본적인 이익이고, 이것의 실현이 바람직한 것은 당연하다. 그러나 의사·의료기관이라고 하더라도 모든 것이 완벽하지는 않으며, 다양한 현실적 제약으로 인해 환자가 적절하고 충분한 의료의 혜택을 입는 것은 어렵다. 더욱이 이 문제는 의료영역뿐만 아니라 전문적이고 독점적인 직종인 교사, 경찰, 변호사 등에 대해서도 적절한 교육, 수사, 변호를 받을 권리의 침해 등을 이유로 손해배상책임을 인정할 수 있는 논리로 연결될 수 있

89) 명시적으로 기회상실론을 채용한 판례로서 東京地裁 平成5(1993)年1月28日 昭63(ワ)16452号·昭63(ワ)5442号 판결(判タ 824号 210면) 등을 들 수 있다.

90) 最高裁第一小法廷 平成17(2005)年12月 8日 平17(受)715号 판결(裁判集民 218号 1075면)의 보충의견 및 반대의견.

다. 상호 신뢰관계를 기반으로 성립하는 교사, 경찰, 변호사, 세무사 등의 업무에서 적절하고 충분한 변호, 지도 등을 받을 학생, 의뢰자 등의 이익을 어느 정도까지 보호하여야 할 것인지, 어느 정도까지 부적절하고 불충분하였을 때 환자의 이익이 불법적으로 침해된 것으로 보아 법적으로 보호하여야 할 것인지는 매우 미묘하고 어려운 문제라는 비판이 있다.⁹¹⁾

8. 소결

가. 보호법익의 내용으로서 ‘적절한 치료를 받을 이익’

의료과오소송은 의료행위의 중요성과 특수성 때문에 일반 민사사건과는 다른 특별한 고려가 필요하다. 즉 의료과오소송은 일반적인 손해배상소송과는 달리 증거가 의료인 쪽에 편중되어 있고, 의료행위는 고도의 전문적 지식을 필요로 하는 분야이며, 의료행위의 과정은 대개의 경우 환자 본인이 그 일부를 알 수 있는 외에 의사만이 알 수 있을 뿐이다. 또한, 치료의 결과를 달성하기 위한 의료기법은 의사의 재량에 달려 있기 때문에 손해발생의 직접적인 원인이 의료상의 과실로 말미암은 것인지 여부는 전문가인 의사가 아닌 일반인으로서는 도저히 밝혀낼 수 없는 특수성이 있다.⁹²⁾

따라서 의료과오소송에 있어서 전문가인 의료인과 비전문가인 환자 사이에 실질적인 평등을 보장하기 위하여 환자 쪽 입증책임을 완화하는 이론이 대두되는 한편, 환자 쪽의 치료내용에 대한 알 권리와 치료방법의 선택 등에 관한 자기결정권을 실질적으로 보장하기 위하여 의료인의 설명의무와 환자 쪽 승낙권의 이론이 나오게 되었다.⁹³⁾ 이와 같은 추세에 비추어 볼 때 치료기회상실의 사안에 있어서도 별도의 독자적인 보호법익을 인정하여 환자를 보호할 수 있어야 환자와 의사 사이에 실질적 평등을 보장할 수 있게 된다.

91) 류화신, 앞의 논문(주13), 407면.

92) 대법원 2000. 1. 21. 선고 98다50586 판결

93) 김선중, 앞의 책(주30), 49면.

우리나라 판결의 경우 의료과오소송에서 인과관계의 입증완화 등을 위하여 환자 보호를 위한 영역을 넓히고 있고, 치유가능성이 일부 상실된 경우에도 의사의 손해배상책임을 인정하고 있기 때문에⁹⁴⁾ 치료기회상실에 대하여 독자적인 보호법익을 인정할 실익이 크지 않다고 여겨질 수도 있다.⁹⁵⁾ 그러나 앞서 살펴본 것처럼 최종적으로 의사의 과실 있는 진료행위와 사망 사이에 인과관계를 입증할 수 없어서 발생한 손해에 대하여 보호받기 어려운 경우가 있으므로, 결국에는 의료과오소송에서 생명·신체 외에 다른 독자적인 보호법익을 고려해보아야 한다.

치유가능성론, 연명이익론, 연명할(후유장해가 남지 않을) 상당한 가능성 침해론에서 언급하는 보호법익들(치유가능성, 연명이익, 연명가능성 등)은 본질적으로 생명·신체와 다르지 않기 때문에 치료기회상실 문제에 있어서 생명·신체와는 다른 독자적인 보호법익이 될 수 없다. 특히 위 3가지 견해는 결국 생명·신체와 본질적으로 동일한 것을 보호법익으로 보고 있기 때문에 관점에 따라서는 치료기회상실 문제에서 보호법익에 대한 논의보다 인과관계에 대한 논의로 비취질 우려도 있다.

기대권침해론은 환자의 주관적인 기대권이 보호법익이 될 수 있는지에 관한 중대한 문제점이 있으며, 자기결정권침해론은 치료기회상실의 문제가 의료사고 전반에서 나타날 수 있다는 점에서 치료기회상실 문제에 있어서 바람직한 해결책이 되지 못한다. 따라서 치료기회상실 사안에서 생명·신체와는 다른 독자적인 보호법익은 ‘의료수준에 비추어 적절한 치료를 받을 이익’으로 보는 것이 가장 타당하다고 생각된다.⁹⁶⁾ 즉 ‘의료수준에 비추어 적절한 치료를

94) 물론 손해배상책임의 범위는 치유가능성 및 제반사정을 고려하여 조정하고 있다.

95) 강신웅, “미국 기회상실론의 수용 여부 검토”, 비교사법(제9권 제4호, 통권 제19호), 한국 비교사법학회, 2002, 298면에서는 우리 판례가 환자의 기존상태나 기여율에 따라 과실상계를 유추적용하는 등의 방법을 통하여 손해배상을 비율적으로 인정하고 있기 때문에, 당사자 간의 손해의 비율적 분담을 위해서라면 굳이 기회상실론을 차용하지 않아도 된다고 한다.

96) 김민규, 앞의 논문(주83), 323면과 송영민, 앞의 논문(주25), 595면에서도 치료기회상실론의 치료기회상실은 손해의 일종이 아니라, 의료수준에 비추어 적합한 치료를 받을 기

받을 이익'은 본질적으로는 의료의 장에서 인간으로서 존중될 권리, 즉 인간으로의 존엄 그 자체이며, 헌법에 규정된 행복추구권에 기초한 이익이라고 할 수 있다.⁹⁷⁾

세계의사회에서 1984년에 선언한 환자의 권리에 관한 선언⁹⁸⁾을 보아도 환자에게는 양질의 의료서비스를 받을 권리가 있다. 환자의 권리에 관한 리스본 선언의 제1원칙은 '양질의 의료서비스를 받을 환자의 권리'(Right to medical care of good quality)라는 표제로 구성되어 있다. 세부적인 내용으로 제1원칙 c에서 '환자는 항상 환자의 최선의 이익에 따른 치료를 받아야만 한다. 이 때 적용되는 치료는 일반적으로 승인된 의료 원칙에 따라야한다'⁹⁹⁾고 규정되어 있다. 이를 통해 환자에게는 '일반적으로 승인된 의료원칙'(generally approved medical principles)에 따라 환자에게 최선의 이익이 되는 치료를 받을 수 있는 권리가 있음을 알 수 있다.

의료수준에 비추어 적절한 치료를 받을 이익을 보호법익으로 삼게 될 경우 의사의 책임이 부당하게 확대될 수 있다는 비판이 있다.¹⁰⁰⁾ 그러나 의료수준에 비추어 적절한 치료를 받을 이익을 침해받아 손해배상이 이루어지게 되는 경우에도 의사의 치료행위에 과실이 있을 것이 전제된다는 점에서 의사의 책임이 부당하게 확대되는 것은 아니라고 할 수 있다. 단순히 최선의 진료를 하지 못하였다거나 여러 치료 방법 중 하나를 선택하였다고 하여 치료기회상실이 문제가 되는 것은 아니다. 의사의 치료행위에 있어서 과실이 존재하지 않는다면 그 어떤 악결과가 발생하더라도 의사에게 책임을 물을 수 없는 것은 당연하다. 또한 본 논문에서 자세히 언급하지는 않았지만 의료수준에 비추어 적절한

회의 보장이라는 의사의 행위의무를 창출하기 위한 보호법익이라고 보고 있다.

97) 平野哲郎, 앞의 논문(주87), 254-255면.

98) Adopted by the 34th World Medical Assembly, Lisbon, Portugal, September/October 1981 and amended by the 47th WMA General Assembly, Bali, Indonesia, September 1995 and editorially revised by the 171st WMA Council Session, Santiago, Chile, October 2005.

99) The patient shall always be treated in accordance with his/her best interests. The treatment applied shall be in accordance with generally approved medical principles.

100) 류화신, 앞의 논문(주13), 407면.

치료를 받을 이익을 침해받아 손해배상이 이루어지게 되는 경우 대부분은 위자료 배상에 그치게 되므로 역시 의사의 책임이 부당하게 확대되는 것은 아니라고 보인다.

나. 생명·신체라는 보호법익과 의료수준에 비추어 적절한 치료를 받을 이익이라는 보호법익 사이의 관계

위자료 산정은 피해자의 상태, 조기치료의 중요성 등 다양한 항목을 고려하여 이루어지기 때문에 의료수준에 비추어 적합한 치료를 받을 이익은 생명·신체를 보호법익으로 하는 경우에도 손해배상액 산정의 단계에서 고려요소로서 인정되어 왔었다. 다만 종래의 의료과오소송 구조에서는 치료를 받을 이익은 어떠한 구체적인 법익침해 즉 생명·신체침해가 있었을 때 그 안에 내포되어 있는 하나의 요소로서 평가되고 보호받아왔던 것에 불과하였다. 하지만 이제 의료수준에 비추어 적합한 치료를 받을 이익을 생명·신체와는 다른 독자적인 보호법익으로 도출함으로써 의사의 과실행위와 환자의 생명·신체침해 사이에 인과관계 입증에 곤란한 경우라도 환자를 보호할 수 있게 되었다. 의료수준에 비추어 적절한 치료를 받을 이익이라는 새로운 보호법익을 상정함으로써 충분한 치료를 받을 수 있었을 것이라는 환자의 정신적 법익이 독자적으로 인정되었기 때문이다.¹⁰¹⁾

그렇다면 치료를 받을 기회를 놓치게 한 의사의 과실 있는 진료행위로 인하여 생명·신체침해가 발생한 경우 기존의 보호법익인 생명·신체와 이번 논의를 통하여 새롭게 부각된 의료수준에 비추어 적절한 치료를 받을 이익 사이의 관계가 문제된다. 양자의 관계는 다음과 같이 파악할 수 있다. 의료과오책임은 의사의 과실 있는 진료행위가 이루어졌고 이로 인하여 생명·신체침해라는 법익침해가 발생하였으며 양자 사이에 인과관계가 인정되어 ‘생명·신체’ 및 ‘의료수준에 비추어 적절한 치료를 받을 이익’ 모두를 침해당한 제1유형과, 의사의 과실 있는

101) 金丸義衡, 앞의 논문(주31), 194면.

진료행위가 이루어졌고 생명·신체 침해라는 악결과가 발생하였으나 양자 사이에 인과관계가 인정되지 않은 상태에서 단순히 ‘의료수준에 비추어 적절한 치료를 받을 이익’만 침해당한 제2유형으로 구분할 수 있다.¹⁰²⁾ 제1유형과 같은 경우 치료를 받을 이익은 생명·신체라는 법익과 함께 위자료 산정시 고려되는 한 요소에 불과하였으나, 제2유형처럼 의사의 가해행위와 생명·신체침해 사이에 인과관계가 인정되지 않는 경우에는 치료를 받을 이익 침해로 말미암아 발생한 정신적 고통에 대한 위자료 배상의 근거로 활용될 수 있다.

의료수준에 비추어 적절한 치료를 받을 이익의 지위는 의료과오소송에 있어서 생명·신체와는 다른 독자적인 보호법익인 자기결정권의 경우와 비슷하다고 할 수 있다. 의사의 설명의무 위반과 생명·신체 침해 사이에 인과관계를 입증하지 못하여도 환자는 독자적인 보호법익인 자기결정권 침해를 이유로 위자료 배상을 받을 수 있다. 설명의무 위반과 생명·신체 침해 사이에 인과관계가 인정된다면 환자는 발생한 재산적·비재산적 손해를 모두 배상받을 수 있으며, 이 때 자기결정권 침해로 인한 손해는 위자료 산정시에 고려될 뿐 특별히 언급되지 않는다.¹⁰³⁾ 치료를 받을 이익의 침해도 정신적 고통을 가져오는 법

102) 일본에서는 제1유형과 제2유형 사이에 ‘의사의 과실 있는 진료행위가 이루어졌고 이로 인하여 생명·신체 침해라는 악결과가 발생하였으나 그것이 연명가능성 정도에 그친 제3의 유형’도 언급하고 있다. 金丸義衡, 위의 논문, 194-195면; 橋口賢一, “法益としての「相当程度の可能性」”, 富大經濟論集 52卷 2号(2006), 163-164면. 그러나 제3유형은 결국 생명·신체 침해와 의사의 과실 있는 진료행위 사이에 인과관계가 인정되는 사안이므로 제1유형과 동일하다고 볼 수 있다. 연명가능성은 결국 생명·신체와 같은 의미임을 앞에서 살펴보았기 때문이다. 다만 연명이익이 침해된 경우는 손해배상액 산정에서 일실소득이 부정될 가능성이 클 뿐이다.

103) 대법원 1995. 2. 10. 선고 93다52402 판결은 의사의 설명의무 위반과 환자의 사망 사이에 상당인과관계가 인정이 되어 위자료만이 아닌 전손해의 배상이 이루어진 사안이다. 이 사안의 원심판결에서 손해배상액 산정 부분을 살펴보면, 의사의 설명의무 위반이 생명도 침해하고 자기결정권도 침해하는 등 두 가지 법익을 침해하였지만, 생명·신체 침해로 인한 손해배상액과 자기결정권 침해로 인한 손해배상액을 별도로 산정하지는 않았다. 사망으로 인한 손해배상액을 산정하면서 위자료 산정 부분에서 설명의무 위반을 비롯한 제반 사정을 고려하여 위자료를 산정하고 있을 뿐이다. 하급심 판결이지만 의사의 설명의무 위반과 환자의 현재 장애 사이에 상당인과관계가 인정되어 자기결정권 침해뿐만 아니라 신체침해로 인한 재산상 손해까지 배상하여야 되는 사안에서도 위자료 산정시 신체라는 법익과 자기결정권이라는 두 가지 법익이 침해되었지만 포괄하여 하나의 위자료를 산정하고 있다. 서울고등법원 2011. 8. 30. 선고 2010나82334 판결.

익침해라는 점에서 자기결정권 침해의 경우와 유사하게 파악할 수 있을 것으로 생각된다.

다. 인격권의 구체적 내용으로서 치료를 받을 이익

인격권은 일반적 인격권과 개별적 인격권으로 나눌 수 있다. 일반적 인격권이란 권리주체와 분리할 수 없는 인격적 이익을 총칭하며, 개별적 인격권은 성명권·초상권·명예권 등과 같이 일반적 인격권이 구체화되어진 권리를 의미한다. 일반적 인격권은 그 침해가 이익형량에 의해 위법한 것으로 되는 포괄적 권리인데 비하여, 개별적 인격권은 그의 침해가 언제나 위법성을 갖는 절대권이라고 할 수 있다.¹⁰⁴⁾ 일반적 인격권은 개별적 인격권에 대한 원천적 권리이므로 일반적 인격권 내에서 구체적인 보호범위가 형성됨으로써 인격권보호의 내용과 그 한계가 정해진다.¹⁰⁵⁾ 또한 일반적 인격권이란 인간의 존엄과 개인의 인격을 자유로이 전개할 권리로서 국가에 대해서 뿐만 아니라, 사인 간의 거래에서 누구에게나 주장할 수 있는 배타적 권리이며, 인간이 그 자신과 분리할 수 없는 인격적 이익의 향유를 그 내용으로 한다.¹⁰⁶⁾ 오늘날 이와 같이 일반적 인격권이 인정되는 점에는 의문이 없으며 이러한 일반적 인격권을 일종의 모권(母權)으로 하여 성명권, 명예권, 사생활권(프라이버시권) 등 개별적 인격권이 파생된다.¹⁰⁷⁾

104) Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht(10. Aufl.), De Gruyter(2006), S. 755.

105) 임건면, “개인정보의 의의와 귀속관계”, 중앙법학(제7집 4호), 2005, 236면.

106) 김상용, “인격권침해에 대한 사법적 구제방법의 비교고찰”, 사법행정(통권322호), 1987, 70면.

107) 이러한 분류방법에 대하여 다음과 같은 반론도 있다. “우리나라에서는 성명권·초상권 등에 관한 명문의 규정이 없는데도 이들을 개별적 인격권에 포함시키고 있고, 그 의미도 명확하지 않으며, 오히려 개별적 인격권은 인격권의 개개의 종류와 같은 의미로 있다. 이러한 의미로 사용하려면 일반적 인격권이나 개별적 인격권이라는 용어는 사용할 필요가 없고, 단순히 인격권이라는 용어를 사용하는 것으로 충분하다.” 김재형, “인격권 일반”, 민사판례연구 21, 박영사, 1999, 638-639면. 독일에서도 일반적 인격권과 개별적 인격권을 구분하는 것이 부적절하다는 견해가 있다. Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrecht, 2. Band.(13. Aufl.), C.H. Beck Verlag(1994), S. 518.

물론 우리나라의 경우에는 개별적 인격권을 독일과는 다르게 해석하고 있다. 그러나 인격권 가운데 명예권, 성명권 등과 같이 그 개념이 학설이나 판례를 통하여 어느 정도 명확해진 것도 있고, 현실적으로 이러한 법익이 침해된 경우 막연히 인격권이 침해되었다고 하는 것보다는 명예권, 성명권 등이 침해되었다는 표현을 사용한다. 따라서 보호되어야 할 인격적 이익의 내용과 한계를 명확히 하는 의미에서 개별적 인격권과 일반적 인격권을 구분하는 것이 타당하다.¹⁰⁸⁾

우리 민법상 인격권에 관한 직접적인 규정은 없지만 민법 제751조 등을 통해 간접적으로 인격권을 인정하고 있고, 헌법 제10조에서 인격권이라는 개념을 인정하는 규정을 두고 있으므로 헌법의 하위규범인 민법에서 인격권이라는 개념을 인정할 수 있다. 인격권은 일반적 인격권과 개별적 인격권으로 구분되며, 개별적 인격권은 성명권·초상권·명예권 등과 같이 구체성을 갖는 개개의 권리이고, 일반적 인격권은 이들 개별적 인격권의 총체를 의미한다.¹⁰⁹⁾

앞서 논의한 의료수준에 비추어 적합한 치료를 받을 이익이 생명·신체와는 구별되는 독자적인 보호법익이 될 수 있다면 정신적 법익에 관련된 일반적 인격권이 될 것으로 생각된다. 아직 성명권·초상권·명예권 등과 같이 개별적 인격권이 될 정도로 구체화되지 않았기 때문이다. 의사로부터 치료를 받을 이익의 중요성을 감안할 때 해당 이익은 권리주체와 분리할 수 없는 인격적 이익임은 명백하다. 따라서 일반적 인격권의 한 측면으로 볼 수 있다.

V. 결론

지금까지 치료기회상실로 인한 손해배상에 있어서 피침해법익의 내용이 무엇인지에 대해 살펴보았다. 현재의 불법행위법 체계 아래에서 의료과실과 생

108) 광윤직 편집대표(이동명 집필부분), 민법주해[XVIII], 박영사, 2012, 355면.

109) 광윤직 편집대표(이재홍 집필부분), 민법주해[XIX], 박영사, 2012, 418면.

명·신체침해 사이에 인과관계가 입증되지 않아도 환자에게 손해배상을 인정해 주기 위해서는 생명·신체와는 다른 독자적인 보호법익의 설정이 필요하다. 이 보호법익의 내용이 무엇인지에 관하여 치유가능성론, 연명할 상당한 정도의 가능성 침해론, 기대권침해론, 자기결정권침해론, 치료기회상실론 등이 주장되고 있지만, 이 보호법익의 내용은 ‘의료수준에 비추어 적절한 치료를 받을 이익’으로 보는 것이 타당하다. 치유가능성이나 연명할 상당한 정도의 가능성은 모두 생명·신체와 연관 있는 것이기 때문에 의사의 과실행위와 생명·신체침해 사이에 인과관계가 부정되는 치료기회상실 사안에서 독자적인 보호법익으로 볼 수 없으며, 기대권은 현재의 법제 하에서 인정되기 어렵기 때문이다.

환자가 의사로부터 검사, 진단, 처치, 수술 및 전송 등을 통하여 의료수준에 비추어 적합한 치료를 받을 수 있는 이익은 어느 누구로부터 침해받거나 방해받아서 안 되는 인간의 존엄한 가치임과 동시에, 생명에 관한 근원적인 욕구이며 법적으로 보호받아야 할 가치 있는 이익이라고 할 수 있다. 이런 측면에서 의료수준에 적절한 치료를 받을 이익은 정신적 법익에 관한 일반적 인격권의 하나로써 구체화될 수 있다.

[참 고 문 헌]

- 강신웅, “미국 기회상실론의 수용 여부 검토”, 『비교사법』 제9권 4호(통권 제19호), 한국비교사법학회, 2002.
- 곽윤직 편집대표(이동명 집필부분), 『민법주해[XVIII]』, 박영사, 2012.
- 곽윤직 편집대표(이재홍 집필부분), 『민법주해[XIX]』, 박영사, 2012.
- 김민규, “수진기회상실론”, 『재산법연구』 제22권 3호, 2006.
- 김병일, 『의료계약법론』, 한국학술정보, 2006.
- 김상용, “인격권침해에 대한 사법적 구제방법의 비교고찰”, 『사법행정』 통권 제322호, 1987.
- 김상찬, 「의료사고의 민사적 책임과 분쟁해결의 법리」, 건국대학교 대학원 박사학위논문, 1994.
- 김선중, 『의료사고손해배상소송』, 육법사, 2012.
- 김재형, “인격권 일반”, 『민사판례연구 21』, 박영사, 1999.
- 김준호, 『민법강의』, 법문사, 2013.
- 류화신, “적절한 의료를 받을 기대와 손해배상책임 여부-일본 최고재판소의 최근 판결을 중심으로-”, 『의료법학』 제13권 1호, 2012.
- 박영호, “설명 의무위반 및 치료기회상실을 근거로 한 가족들의 독자적 위자료 청구권”, 『법조』 통권 제629호, 2009.
- _____, “의료소송상 기회상실 이론의 도입에 대한 소고”, 『사법논집』 제46호, 2008.
- 배성호, “의료과오소송과 기회상실론”, 『인권과 정의』 제310호, 대한변호사협회, 2002.
- _____, “의료과오소송에 있어서 기회상실”, 『법이론과 실무』 제5집, 2002.
- 송영민, “기대권침해론에 관한 일본의 최근 동향”, 『의료법학』 제14권 1호, 2013.
- _____, “치료기회상실론에 관한 고찰”, 『동아법학』 제58호, 2013.
- 신동현, 「민법상 손해의 개념: 불법행위를 중심으로」, 서울대학교 박사학위논문, 2010.
- 신현호·백경희, 『의료분쟁조정·소송 총론』, 육법사, 2011.

- 안법영·백경희, “의료과오소송에서의 성실진료의무와 수인한도”, 『한국의료법학 회지』 제17권 1호, 2009.
- 양창수, “2006년도 민사판례 관건”, 『서울대학교 법학』 제48권 2호, 2007.
- 이동진, 「위자료 산정의 적정성에 관한 사법정책연구」, 서울대학교 산학협력단, 2013.
- 이종태, “의료과오소송과 기회상실이론”, 『법률신문』, 2001.10.22.
- 이창현, 『위자료에 관한 연구』, 경인문화사, 2011.
- 임건면, “개인정보의 의의와 귀속관계”, 『중앙법학』 제7집 4호, 2005.
- 정태운, “기회상실의 손해에 관한 연구”, 『비교사법』 제5권 1호, 1998.
- Deakin/Johnston/Marquesnis, 『Marquesnis and Deakin’s Tort Law(7th ed.)』, Oxford University Press, 2007.
- Fikentscher/Heinemann, 『Schuldrecht(10. Aufl.)』, De Gruyter, 2006.
- Hall/Bobinski/Orentlicher, 『Medical Liability and Treatment Relationships(7th ed.)』, Aspen Publishers, 2008.
- Herring, 『Medical Law and Ethics(3rd ed.)』, Oxford University Press, 2010.
- Koch ed.(Carval/Sefton-Green), “France”, Medical Liability in Europe, De Gruyter, 2011.
- Lange/Schiemann, 『Schadensersatz(3.Aufl.)』, Mohr Siebeck, 2003.
- Larenz/Canaris, 『Lehrbuch des Schuldrecht, 2. Band.(13. Aufl.)』, C.H. Beck Verlag, 1994.
- Mäsch, 『Chance und Schaden』, Mohr Siebeck, 2004.
- Stapleton, “The Gist of Negligence: Part 2 the relationship between ‘damage’ and causation”, 104 LQR, 1988.
- 橋口賢一, “法益としての「相当程度の可能性」”, 富大經濟論集 52卷 2号, 2006.
- 金丸義衡, “医療過誤における期待権侵害”, 甲南法学 53卷2号, 2012.
- 能見善久, “総論--本シンポジウムの目的と視点(日本私法学会シンポジウム資料 新しい法益と不法行為法の課題)”, NBL 936号, 2010.
- 渡邊了造, “過失あるも因果関係がない場合の慰藉料”, 判例タイムズ 686号, 1989.
- 末川博, 『權利侵害論: 不法行為に關する研究の一部として』, 弘文堂書房, 1930.
- 畔柳正義, “損害の発生(2)”, 裁判実務大系(17), 青林書院, 1990.

石川寛俊, “期待権の展開と証明責任のあり方”, 判例タイムズ 686号, 1989.

松浦以津子, “損害論の‘新たな’展開”, 不法行為法の現代的課題と展開:森島昭夫教授還暦記念論文集, 日本評論社, 1995.

野澤正充, 『債權法III』, 日本評論社, 2011.

窪田充見, “損害概念の変遷と民法の役割-刑法と民法の対話の形とともに”, 刑法雑誌 44巻2号, 2005.

舩立明・中井美雄, 『医療過誤法』, 青林書院, 1994.

平野哲郎, “適切な医療行為を受ける期待権侵害の不法行為の成否”, 民商法雑誌 145巻 2号, 2011.

浦川道太郎, “いわゆる期待権侵害による損害”, 判例タイムズ 838号, 1994.

[국문초록]

치료기회상실로 인한 손해배상에 있어서 피침해법익

엄복현(법학박사, 국선전담변호사)

의료과오에 의한 손해배상책임의 인정은 크게 두 가지 축을 기본으로 하여 전개되어 왔다. 첫째는 의사의 과실 있는 진료행위가 있고 이로 인하여 생명·신체 등의 법익이 침해당하고, 생명·신체 침해로부터 발생한 재산적·비재산적 손해에 대한 배상이 문제되는 경우이다. 둘째는 의사의 설명의무 위반이 있고 이로 인하여 자기결정권이 침해당하고, 자기결정권 침해로부터 발생한 비재산적 손해에 대한 배상이 문제되는 경우이다.

그러나 의료과오가 있더라도 환자의 기존상태 등으로 말미암아 의사의 과실 있는 진료행위와 법익침해 사이에 인과관계 증명이 곤란하여 의사의 손해배상책임이 부정되는 경우가 있다. 예를 들어, 환자가 이미 심한 말기암에 걸려있어서 의사로부터 적절한 치료를 받았더라도 완치되었을 가능성이 매우 낮은 경우를 생각해 보자. 이 때 의사의 과실이 없더라도 환자는 사망하였을 가능성이 매우 크다는 이유로 환자에게 어떠한 손해배상도 인정하지 않는 것은 타당하지 않다. 의사의 과실 있는 진료행위로 인하여 환자에게는 최소한 정신적 고통과 같은 비재산적 손해가 발생하였기 때문이다. 위와 같은 경우에 우리 법원은 예외적으로 적절한 치료를 받을 기회를 상실했음을 이유로 하여 위자료 배상을 인정해주고 있다. 그러나 이론적 체계가 정교하지 못하여 어떤 것을 보호법익으로 삼는지 명확하게 밝히지 못하고 있다.

의사의 과실 있는 진료행위와 생명·신체라는 법익의 침해 사이에 인과관계가 부정되더라도 새로운 보호법익을 설정하여 환자에게 발생한 손해를 배상해주려는 최근의 논의가 바로 ‘치료기회상실의 법리’이다. 이 보호법익의 내용이 무엇인지에 관하여 치유가능성론, 기대권침해론, 연명할 상당한 정도의 가능성 침해론, 치료기회상실론 등이 주장되고 있다. 이 보호법익의 내용은 치료기회상실론에 따라 ‘의료수준에 비추어 적절한 치료를 받을 이익’으로 보는 것이 타당하다. 환자의 위와 같은 이익은 어느 누구로부터 침해받거나 방해받아서는 안 되는 인간의 존엄한 가치임과 동시에, 생명에 관한 근원적인 욕구이며 법적으로 보호받아야 할 가치 있는 이익이라고 할 수 있다. 이런 측면에서 ‘의료수준에 적절한 치료를 받을 이익’은 정신적 법익에 관한 일반적 인격권의 하나로써 구체화될 수 있다.

주제어 : 의료과오, 치료기회상실, 피침해법익, 인격권, 손해배상, 의료수준에 비추어 적절한 치료를 받을 이익

Legal Interest in Damages Regarding Loss of Treatment Chance

Eom, Bokhyun

Ph.D. in Law, Court-Appointed Attorney

=ABSTRACT=

Recognition of liability for damages due to medical malpractice has been developed largely on the basis of two paths. First is the case where there is an error in a physician's medical practice and this infringes upon the legal interests of life and body, and the compensation for monetary and non-monetary damages incurred from such infringement on life and body becomes an issue. Second is the case where there is a breach of a physician's duty of explanation that results in a infringement on the patient's right of autonomous decision, and the compensation for non-monetary damages incurred from such infringement becomes an issue.

However, even if there is a medical error, since it is difficult to prove the causation between the medical error of a physician and the infringement upon legal interests, the physician's responsibility for damage compensation is denied in some cases. Consider, for example, a case where a patient is already in the final stage of cancer and has a very low possibility of a complete recovery even if proper treatment is received from the physician. Here, it is not appropriate to refuse recognition of any damage compensation based on the reason that the possibility of the patient dying is very high even in the absence of a medical error. This is so because, at minimum, non-monetary damage such as psychological suffering is incurred due to the physician's medical error. In such a case, our courts recognize on an exceptional basis consolation money compensation for losing the chance to receive proper treatment. However, since the theoretical system has not been established in minutiae, what comes under the benefit and protection of the law is not clearly explicated.

The recent discourse on compensating for damages incurred by patients, even

when the causation between the physician's medical error and infringement upon the legal interests of life and body is denied, by establishing a new legal interest is based on the "legal principle of loss of opportunity for treatment." On what should be the substance of the new legal interest, treatment possibility argument, expectation infringement argument, considerable degree of survival possibility infringement argument and loss of opportunity for treatment argument are being put forth. It is reasonable to see the substance of this protected legal interest as "the benefit of receiving treatment appropriate to the medical standard" according to the loss of opportunity for treatment argument. The above benefit to the patient is a value inherent to human dignity that should not be infringed upon or obstructed by anyone, and at the same time, it is a basic desire regarding life and a benefit worthy of protection by law. In this regard, "the benefit of receiving treatment appropriate to the medical standard" can be made concrete as one of the general personal rights related to psychological legal interest.

Keyword : Medical malpractice, Loss of treatment chance, Legal interest, Personal rights, Damages, The benefit of receiving treatment appropriate to the medical standard