

의사의 위험설명의무

- 법적 기능, 요건 및 위반에 대한 제재 -

이 동 진*

I. 서론
II. 판례와 학설
1. 판례
2. 학설
III. 위험설명의무 위반에 대한 법적 제재
1. 이원적 책임체계에 대한 비판
2. 일원적 책임체계의 재구성
IV. 위험설명의 범위와 기능, 의료법 제24조의2
1. 위험설명의 범위와 기능
2. 의료법 제24조의2
V. 결론

I. 서론

의료행위는 ‘의학적 전문지식을 기초로 하는 경험과 기능으로 진찰, 검안, 처방, 투약 또는 외과적 시술을 행하여 하는 질병의 예방 또는 치료행위’를 말한다.¹⁾ 의학적 전문지식을 기초로 한 경험과 기능에 의한 개입인 이상 일정한

* 논문접수: 2020. 6. 3. * 심사개시: 2020. 6. 12. * 게재확정: 2020. 6. 25.

* 서울대학교 법학전문대학원 교수 (frangel2@snu.ac.kr).

* 이 논문은 서울대학교 법학발전재단 출연 법학연구소의 2020년도 학술연구비의 지원을 받았다. 이 글의 초고에 대하여 유익한 논평을 해준 익명의 심사위원들에게 감사드린다.

1) 대법원 2005. 8. 19. 선고 2005도4102 판결 등. 의료행위는 ‘의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위’로도 정의되곤 하나, 이는 본래적 의미의 의료행위는 아니다. 의료행위의 여러 개념에 대하여는 우선 이상돈·김나경, 의료법강의(제3판), 2017, 2면 이하 참조.

교육과 훈련을 갖추어 자격을 취득한 의료인(만)이 합법적으로 할 수 있고, 이 점에서 의료인의 직업상 행위이지만, 그것이 동시에 누군가의 신체적·정신적 건강의 유지·개선을 위한 개입인 이상 그, 즉 환자의 인격권에도 관계할 수밖에 없다. 오늘날 의료행위가 환자의 자기결정에 근거하는 까닭이 여기에 있다.

그런데 의료행위는 의학적 전문지식을 기초로 한 경험과 기능에 의하여 이루어지므로 그러한 지식·경험·기능을 갖추지 못한 환자가 그에 관하여 실질적 자기결정을 하려면 무엇에 대하여 동의하는 것인지 먼저 이해할 필요가 있다. 보다 일반적으로 의료행위는 전문가가 남의 몸에 대하여 하는 것이므로 전문가인 의사와 몸의 주체인 환자 사이에 충분한 대화가 있어야 한다.²⁾ 오늘날 의료법에서 의사의 설명, 특히 자기결정설명 내지 위험설명(Risikoaufklärung)³⁾이 두드러진 기능을 하는 이유이다.

문제는 의료행위가 환자에게 충분히 설명하고 그의 동의를 받아 이루어져야 한다는 것과, 그것이 법적인 의무이고 그 위반에 대하여 법적 제재가 수반된다는 것은 서로 다른 말이라는 점이다. 의사가 환자에게 진단과 치료방침 및 대안, 예상되는 이익과 위험에 관하여 충분히 설명하고 환자의 이해를 파악하여 적절한 결정을 돕는 것이 바람직함은 물론이다. 그러나 그 관철을 위하여 법적 제재를 동원하여야 하는지, 동원하여야 한다면 어떤 방식으로 동원하여야 하는지는 별개의 문제이다. 보다 근본적으로 과연 현재의 설명의무의 법리가 그러한 기능을 하고 있는지도 따져볼 필요가 있다.

이 글에서는 이러한 관점에서 법적 의무로서 위험설명 의무와 그 위반에 대한 제재가 어떤 기능을 하고 있는지, 그리고 어떤 기능을 하여야 하는지를 살펴보고,

2) 이상돈·김나경(주 1), 7면도 의료의 본질이 ‘치료적 대화’라고 한다.

3) 의사의 설명의무에는 의료행위에 대한 동의 여부를 결정하기 위한 설명, 진단 및 치료경과 등에 대한 보고, 환자에 대한 요양지시가 포함되고, 논자마다 다른 용어를 쓰고 있다. 우선 김천수, 환자의 자기결정권과 의사의 설명의무, 서울대학교 법학박사학위논문, 1994, 140면 이하; 석희태, “의사의 설명의무와 환자의 자기결정권”, 연세행정논총(제7집), 1981, 294면 이하(앞의 문헌은 고지설명, 조언설명, 지도설명으로, 뒤의 문헌은 좁은 의미의 설명의무, 보고의무, 지도의무로 나누고 있는데, 이 글에서 다루는 위험설명에는 각각 조언설명, 좁은 의미의 설명의무에 해당한다).

이를 뒷받침하기 위한 법적 구성과 제재수단을 검토한다. 나아가 그로부터 법적 의무로서 설명의무의 범위와 요건에 대하여도 일정한 시사점을 도출하기로 한다.

II. 판례와 학설

1. 판례

가. 민사

우리 판례상 의사의 설명의무가 인정된 것은 대법원 1979. 8. 14. 선고 78다 488 판결에서부터이다. 당해 사건에서는 피고 병원 소속 의사들이 원고의 종양에 대한 조직학적 진단 없이 수술하여 그 종양이 회귀후두신경초종임을 예상하지 못하였고 초종 제거 과정에서 회귀 후두신경까지 절단한 것이 문제되었다. 대법원은 초종은 어차피 제거하여야 하였고 그 과정에서 후두신경도 제거할 수밖에 없었으므로 수술과오는 없으나, 그 후유증에 대하여 설명하지 아니하였으므로, “원고는 위와 같은 후유증에 대하여는 전혀 예상하지 못한 자이고 긴급을 요하는 사태도 아니었다면 그러한 후유증이 수반되는 수술을 승낙한 것으로는 볼 수 없다 함이 상당하다 할 것이니 집도의사들이 설명의무를 다하지 아니함과 동시에 동 원고의 승낙권을 침해함으로써 위법한 수술을 실시하였다”고 보아 위자료청구만 인용한 원심을 유지하였다.

이후 의사의 설명의무는 그 범위와 주체 및 상대방 등 여러 점에서 구체화되어 오늘날 의료과오책임소송에서 중요한 기능을 하고 있다. 그러나 특히 그 법적 제재와 관련하여 지도적인 기능을 하는 것은 대법원 1994. 4. 15. 선고 93다60953 판결이다. 사안은 심장마비 등의 부작용이 있다는 사실을 설명하지 아니한 채 환자의 동의를 받아 관상동맥우회술을 실시하였고 이후 환자가 심장마비로 사망한 것이었다. 대법원은 “의사는 환자에게 수술 등 침습(侵襲)을 가하는 과정 및 그 후에 나쁜 결과 발생의 개연성이 있는 의료행위를 하는 경우 또는 사망 등의 중대

한 결과 발생이 예측되는 의료행위를 하는 경우에 있어서 [...] 진료계약상의 의무 내지 위 침습(侵襲)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 생각되는 사항을 설명하여 당해 환자가 그 필요성이나 위험성을 충분히 비교하여 그 의료행위를 받을 것인가 여부를 선택할 수 있도록 하는 의무가 있”다고 하여 설명의무 일반의 존재, 범위 및 그 근거를 설시한 다음, “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 사망등의 결과는 생기지 않았을 것이라는 관계까지 입증할 필요는 없다고 할 것이”나, “그 결과로 인한 모든 손해를 청구하는 경우에는 그 중대한 결과와 의사의 설명의무위반 내지 승낙취득과정에서의 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 한다”고 하여, 그 위반에 대한 제재를 두 단계로 구분하였다.⁴⁾ 선택기회를 보호하기 위한 점에 비추어 주의의무위반과 동일시할 정도의 설명의무위반이란 설명을 하였더라면 달리 결정하였을 개연성이 매우 큰 경우를 말하는데,⁵⁾ 실제로는 극히 드물게만 인정된다.

4) 해설: 심병연, “가. 의사가 환자에게 수술 등 침습을 가함에 있어 그 승낙을 얻기 위한 전제로서 부담하는 설명의무의 내용, 나. 설명의무위반과 손해배상의 범위”, 대법원판례해설(통권 제21호), 1994, 174면 이하.

5) 대법원 1987. 4. 28. 선고 86다카1136 판결은 화상으로 인하여 생긴 두부모발결핍부분에 대한 성형수술을 위하여 두피이동술, 모발이식술 등을 하면서 피부를 떼어낸 대퇴부에 색소이상, 피부반흔 등의 후유증이 남는다는 점을 설명하지 아니한 데 대하여 “원고의 위 손해는 위와 같은 주의의무를 다하지 아니한 과실로 인한 것”이라고 하여 ‘상해’에 대한 손해배상을 인정하였고, 1992. 4. 14. 선고 91다36710 판결은 “자궁외 임신에 의한 증상이라고 볼 만한 사정이 있었고 위 정찬영 자신도 자궁외 임신의 가능성을 생각해 보기까지 하였음에도 자궁에 혹이 만져진다고 하여 자궁근종이라고 진단하고 더 이상의 보다 정밀

한편 대법원 1994. 4. 15. 선고 92다25885 판결에서는 설명이 있었다 하더라도 승낙하였을 것이라는 주장, 즉 이른바 가정적 승낙의 항변이 문제되었다. 당해 사건에서 원고는 교통사고로 두부에 심한 상처를 입은 채 피고 병원에 의식 없이 후송되었고, 피고 병원 소속 의사가 뇌압강하 및 뇌기능보호를 위하여 원고에게 솔루메드롤을 투약하였는바, 그 부작용으로 대퇴골두골저 무혈성괴사가 일어났다. 대법원은 원고가 의식을 회복하기 전에 설명 및 동의 없이 투약한 것은 적법하다면서도, 의식을 회복한 뒤에도 설명과 동의 없이 위와 같은 치료를 계속한 것은 위법하다고 하면서, “설명을 들었다더라도 위 투약에 동의하였을 것이라는 이른바 가정적(假定的) 승낙에 의한 의사의 면책은 의사측의 항변사항으로서 환자의 승낙이 명백히 예상되는 경우에만 허용”되고, “의사입장에서 달리 대체할 치료방법이 없었다는 사유만으로 환자인 원고가 위 부작용을 고려하여 여러 가지로 대처할 선택의 가능성을 모두 배제하고 그 투약을 승낙했을 것이 명백하다고 추정하여 환자의 자기결정권 침해를 부정할 수는 없다”고 판시하였다. 이 판결은 의학적으로 다른 대안이 없고 치료가 필수적이었던 경우에도 가정적 승낙의 항변을 받아들이지 아니하여 매우 엄격한 태도를 취하고 있고, 예비적 판단이지만 위자료만 인정한 사건에서 가정적 승낙의 항변을 문제 삼아 가정적 승낙에 의한 면책이 위자료에도 미칠 수 있음을 시사하고 있다. 이러한 태도는 이후 판결에서도 거듭되어 가정적 승낙이 인정되는 예

한 확인 검사를 하지 아니한 잘못으로 자궁외 임신임을 알지 못함으로써 결과적으로 위 원고로 하여금 위와 같은 진단상의 각오가 없었다면 당연히 설명 받았을 판시와 같은 내용을 설명받지 못한 채 수술승낙을 하게 한 과실이 있다고 인정되므로 위 집도의사들이 설명의무를 다하지 못함으로써 원고 김경남의 승낙권을 침해한 과실이 있다”고 하였다. 그러나 앞의 판결은 예상하지 못한 부작용의 위험이 아닌 통상 발생할 침해의 직접적 결과에 대한 것이고, 뒤의 판결은 오진이라는 과실의 결과로 인한 것이라는 점에서 전형적인 위험설명의무 위반으로 인한 책임 사안과 성질을 달리 한다. 석희태, “오진과 자기결정권침해의 효과: 자궁외임신을 자궁근종으로 진단하여 자궁적출을 한 경우의 의사의 책임에 관한 판례”, 판례월보(제287호), 1994, 16면 이하. 그 이외에 대법원 1995. 2. 10. 선고 93다52402 판결은 다한증 치료를 위하여 교감신경 절제술을 받은 직후 뇌경색으로 사망에 이른 경우에, 1996. 4. 12. 선고 95다56095 판결은 미골통 치료를 위하여 전신마취 후 미골 절제술을 하던 중 마취제인 할로테인의 부작용으로 사망에 이른 경우에 전손해배상을 인정하였다. 둘 다 필수적이지 아니한, 그리하여 중대한 위험을 미리 알았다더라면 수술에 동의하지 아니하였을 가능성이 상당한 경우라는 공통점이 있다.

는 찾아보기 어려우나, 동시에 이러한 항변이 (거의) 필수적인 치료의 부작용에 대하여도 적용될 수 있음이 전제되고 있다.⁶⁾

대개의 사건에서는 설명이 있었다면 동의하지 아니하였을 것임도, 동의하였을 것임이 명백함도 증명되지 아니한다. 대법원 1994. 4. 25. 선고 94다 27151 판결은, “의사의 환자에 대한 설명의무가 소론과 같이 수술 시에만 한하지 않고, 검사, 진단, 치료 등 진료의 모든 단계에서 각각 발생한다 하더라도 위 설명의무위반에 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 위 설명을 하지 아니하여 그 기회를 상실하게 된 데에 따른 정신적 고통을 위자하는 것이므로, 이러한 의미에서의 의사의 설명은 모든 의료과정 전반을 대상으로 하는 것이 아니라 수술 등 침습(侵襲)을 가하는 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 경우만을 대상으로 하여야 할 것이고, 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 상당”하다고 하였다.⁷⁾ 위험설명이 이루어지지 아니한 위험이 실현되었을 때에 한하여 위자료배상을 인정하는 취지이다.

6) 대법원 1995. 1. 20. 선고 94다3421 판결(대동맥판막치환술의 후유증으로 뇌전색이 나타난 사건).

7) 같은 취지로, 대법원 2002. 5. 28. 선고 2000다46511 판결[해설: 민유숙, “의사의 설명의무의 범위”, 대법원판례해설(통권 제40호), 2002, 270면 이하]; 2019. 8. 30. 선고 2017다 239960 판결.

나. 형사

다른 한편 설명의무위반은 업무상과실치사상의 근거가 된다. 리딩케이스(leading case)인 대법원 1993. 7. 27. 선고 92도2345 판결은 산부인과 수련의가 전문의 지도 없이 자궁외임신을 자궁근종으로 오진하여 자궁적출을 한 사건에서⁸⁾ “진단상의 과오가 없었다면 당연히 설명받았을 자궁외 임신에 관한 내용을 설명받지 못한 피해자로부터 수술승낙을 받은 사실을 인정할 수 있으므로 위 승낙은 피고인의 부정확 또는 불충분한 설명을 근거로 이루어진 것으로서 이 사건 수술의 위법성을 조각할 유효한 승낙이라고 볼 수 없”고, “피해자가 난소의 제거로 이미 임신불능 상태에 있”다고 “자궁을 제거한 것이 신체의 완전성을 해한 것이 아니라거나 생활기능에 아무런 장애를 주는 것이 아니라거나 건강상태를 불량하게 변경한 것이 아니라고 할 수 없고 이는 업무상 과실치상죄에 있어서의 상해에 해당한다”고 한다.⁹⁾

그리고 대법원 2011. 4. 14. 선고 2010도10104 판결은 한의사인 피고인이 봉침(蜂針)시술을 하여 피해자가 아나필락시 쇼크반응으로 면역치료를 받아야 하는 상해를 입은 사건에서, 시술상의 과실을 부정한 다음, “의사가 설명의무를 위반한 채 의료행위를 하였고 피해자에게 상해가 발생하였다고 하더라도, 의사가 업무상 과실로 인한 형사책임을 지기 위해서는 피해자의 상해와 의사의 설명의무 위반 내지 승낙취득 과정에서의 잘못 사이에 상당인과관계가 존재하여야” 한다면서, “피해자는 이전에도 여러 차례 봉침시술을 받아왔었고 봉침시술로 인하여 아나필락시 쇼크 및 면역치료가 필요한 상태에 이르는 발생빈도가 낮은 점 등에 비추어 피고인이 봉침시술에 앞서 피해자에게 설명의무를 다하였다 하더라도 피해자가 반드시 봉침시술을 거부하였을 것이라고 볼 수 없으므로, 피고인의 설명의무 위반과 피해자의 상해 사이에 상당인과관계

8) 대법원 1992. 4. 14. 선고 91다36710 판결(주 5)과 같은 사건에 대한 형사판결이다.

9) 평석: 김영환, “의료행위의 형법해석학적 문제점”, 형사판례연구[2], 1994, 46면 이하. 한편 그 이전의 대법원 1974. 4. 23. 선고 74도714 판결은 “의사가 정상적인 진찰행위의 일환으로서 검사용으로 태반에서 육편을 떼어 냈다고 하여 이것이 태반기타 모체에 지장을 주는 것이 아닌 한 이것이 상해행위에 속하는 것이라고는 볼 수 없”다고 한바 있다.

를 인정하기는 어렵다”고 하였다.¹⁰⁾

2. 학설

가. 민사

의료민사법에서 위험설명의무위반에 대한 제재는 위험설명의무가 어떠한 법익을 보호하기 위한 것인가 하는 문제와 관련하여 논의되어왔다. 이른바 신체침해설은 위험설명이 환자의 (생명·)신체를 보호하기 위한 것으로 본다. 이 견해는 설명의무를 이행하지 아니한 채 받은 동의는 무효이고, 따라서 의료적 침습이 그 자체 신체침해가 되어 그로 인한 전손해를 배상할 책임을 진다고 한다.¹¹⁾ 반면 근래 유력한 견해인 자유(인격권)침해설은 설명의무는 자기결정권이라는 인격권을 보호하기 위한 것이고, 그 위반이 있다 하더라도 동의가 무효가 되지는 아니하거나 설명하지 아니한 위험에 대한 부분만 일부무효가 되어 자기결정권이라는 인격권이 침해될 뿐이라고 본다. 그러므로 그 위반에 대한 제재는 위자료배상에 그치게 된다.¹²⁾ 그러나 위자료배상과 전손해배상을 단계적·차등적으로 인정하는 이원적 이론구성은, 학설로는, 찾아보기 어렵다. 한편 이른바 가정적 승낙의 항변에 대하여는, 자유침해설의 입장에서, 이를 인정하되 구체적 환자의 입장에서 객관적 기준으로 터무니없는 주장만 배척하는 방법으로 요건을 엄격히 하여야 한다는 견해가¹³⁾ 보인다.

10) 또한 대법원 2015. 6. 24. 선고 2014도11315 판결도 참조.

11) 김민중, “의사책임 및 의사법의 발전에 관한 최근의 동향”, 민사법학(제9·10호), 1993, 339면; 박영규, “의사의 설명의무위반에 따른 손해배상 - 판례의 비판적 연구 -”, 일감법학(제31호), 2015, 109면 이하; 정광수, “의사의 설명의무위반과 책임범위에 관한 연구”, 강원법학(제11권), 1999, 192면 이하(스스로는 신체 및 자유권침해설이라고 하나, 신체침해에 대하여도 위자료가 인정되는 점을 지적한 것으로 보인다).

12) 김천수(주 3), 116면 이하, 343면 이하; 석희태(주 3), 292면; 이진성, “의사의 설명의무와 손해배상책임의 범위”, 판례월보(제353호), 2002, 20면; 전병남, “의사의 설명의무위반과 손해배상책임”, 의료법학(제3권 1호), 2002, 276면.

13) 김천수(주 3), 364-365면(자기결정권침해로 인한 위자료에 한하여 인정된다고 한다); 동, “의사의 설명 해태와 환자의 가정적 동의 - 대법원 1999. 12. 21. 선고 98다29261 판결 -”, 대구법학(제5호), 2002, 248-249면.

나. 형사

의료형사법에서는 의료적 침습이 상해(형법 제257조) 또는 업무상과실치상(형법 제268조)의 의미에서 「상해」에 해당하는지 여부가 다투어지고 있다. 다수설은 의료적 침습 자체는 상해가 아니고, 따라서 상해 또는 업무상과실치상의 구성요건에도 해당하지 아니한다고 하나,¹⁴⁾ 상해 등의 구성요건에는 해당하고 피해자의 승낙(형법 제24조)에 의하여 위법성이 조각될 뿐이라는 견해도 있다.¹⁵⁾ 다른 한편, 가정적 승낙은 고려할 수 없다는 견해가¹⁶⁾ 일반적인데, 때문에 이를 상당인과관계의 문제처럼 다른 판례에 대하여 학설은 대체로 비판적이다.

III. 위험설명의무 위반에 대한 법적 제재

1. 이원적 책임체계에 대한 비판

가. 위험설명의무 위반에 대한 책임귀속의 특수성

위험설명의무 위반이 있다 하더라도 그로 인하여 환자가 동의를 하였다는,

14) 비교적 상세한 것으로 김영환, “의사의 치료행위에 관한 형법적 고찰”, 계산 성시탁 교수 화갑기념 형사법학의 과제와 전망, 1993, 291면 이하(본질적 신체침해가 없고 치료의 결과가 성공한 경우에는 상해에서 제외하여야 한다고 한다). 비슷한 취지로, 하태훈, “의사의 치료행위”, 고시계(통권 제534호), 2001. 8., 37면(자궁적출, 다리절단, 성형수술, 장기적출, 불임수술 등은 생리적 기능훼손이 있어 구성요건해당성을 긍정하고 피해자의 승낙으로 해결하여야 한다고 한다).

15) 김나경, “전단적 의료행위의 형법이론 구성”, 형사법연구(제19권 2호), 2007, 103면 이하; 이용식, “형사판례법리로서 가정적 승낙의 논리구조 비판”, 형사판례연구[25], 2017, 161-162면. 나아가 치료행위의 의학적 정당성과 환자의 동의가 모두 갖추어져야 형법적으로 정당화될 수 있다는 것으로, 최호진, “의사의 치료행위에 대한 형법적 의의”, 단국대 법학논총(제30권 2호), 2006, 221면 이하.

16) 김성돈, “의사의 설명의무위반의 효과와 가정적 승낙의 법리”, 형사판례연구[21], 2013, 27면 이하; 이용식(주 15), 163면 이하; 조기영, “구성요건과 위법성의 구분 - 객관적 귀속 이론의 관점에서 -”, 형사법연구(제22권 3호), 2010, 127면 이하. 또한 신양균, “의사의 치료행위와 가정적 승낙”, 비교형사법연구(제12권 1호), 2010, 99-100면도 참조.

즉 위험설명 의무 위반이 없었다면 동의하지 아니하였을 것이라는 점도, 그럼에도 불구하고 환자가 동의를 할 것임이 명백하다는 점도 증명되지 아니한 경우에는 민사상 위자료지급책임만 진다. 반면 위험설명 의무 위반이 없었다면 동의하지 아니하였을 것임이 인정된다면 민사상으로는 발생한 위험에 대하여 전손해배상책임을 지고, 형사책임도 진다(주 5 참조). 위험설명 의무 위반으로 인한 책임을 이처럼 두 단계로 나누는 것은 우리 판례의 큰 특징이다.

이러한 구분은 위험설명 의무 위반에 대한 책임귀속이 자기결정을 매개한다는 특수성과 관계하는 것으로 보인다. 위험설명 의무는 환자가 동의 여부를 결정하는 것을 돕기 위한 것이다. 그러므로 위험설명 의무 위반과 발생한 손해, 대표적으로 실현된 위험 사이에는, 위험설명 의무를 이행하지 아니하여 환자가 그러한 위험을 포함한 시술 등에 동의하였다는 판단, 즉 환자의 자기결정이 개입한다. 문제는 이미 위험설명 없이 시술 등이 이루어지고, 위험이 실현되어 악(惡)결과가 발생한 뒤, 사후적으로 위험 설명이 있었다라면 환자가 동의하였을지 여부를 재구성하는 데서 생긴다. 이러한 사후적 재구성은 대개의 경우 가능하지 아니하므로 불분명한 경우 일응 책임을 인정할지, 부정할지를 정하여야 한다. 어느 경우든 의사와 환자 중 일방에게는 가혹하다고 보일 수 있다.

나. 두 책임 유형의 연속성

여기에서 판례는 결과귀속의 요건을 단계적으로 구분하는 전략을 취하였다고 보인다. 결과가 위험설명 의무 위반에 구체적으로 귀속될 수 있는 경우에는 민사상 전손해배상을 인정하고 형사책임도 인정하는 반면, 그러한 구체적 귀속을 확정할 수 없는 경우에는, 구체적 비귀속 또한 확정되지 아니하는 것을 조건으로, 민사상 위자료책임만을 인정하는 것이다.

그런데 여기에는 배상의 대상이 되는 손해와 관련하여 중대한 이론적 문제가 있다. 판례는 위험의 실현으로 인한 결과, 즉 생명·신체침해를 배상대상으로 삼지 아니하고 위자료의 배상만 인정한다. 그러나(생명·신체에 대한 또는

의료적 침습에 대한) 자기결정권이라는 인격권 침해 자체를 보호법익으로 보고 위자료지급책임을 그로 인한 비재산적 손해의 배상으로 보는 경우, 판례가 악(惡)결과가 실제로 발생하고, 그것이 설명하지 아니한 위험이 실현된 것이어야 한다는 요건을 고수하는 것을 설명할 수 없다. 자기결정권의 침해는 설명 없이 동의를 받았을 때에 완성되었고, 그 뒤의 악결과 발생 여부와는 무관하기 때문이다.¹⁷⁾ 그렇다 하여 나아가 악결과가 없거나 설명의무와 무관한 위험이 실현된 경우에까지, 자기결정권 침해만을 근거로, 위자료를 인정하는 것은 부당하다. 자기결정권은 결정의 대상인, 권리주체에게 할당된 법익과 독립하여 존재하는 별개의 권리가 아니라 그 권리의 행사 여부가 자신의 뜻에 맡겨져 있다는 의미의 한 권능에 불과하다. 의료적 침습의 경우 생명·신체·건강에 대한 권리가, 그 행사 여부와 그 방법을 포함하여, 그 권리주체에게 맡겨져 있음을 뜻하는 것이다. 그러므로 생명·신체·건강침해 없이 그에 관한 자기결정권 침해만으로 독자적인 손해를 인정할 수는 없다.¹⁸⁾

결국 판례가 인정하는 위자료책임을 축소된 전손해배상에 불과하고 숨은 생명·신체·건강침해에 대한 배상이라고 보인다. 그렇다면 두 책임유형은 연속선상에 있다 할 것이다. 실무상 위자료액이 악결과의 경중에 연동되곤 하는 것을 이러한 관점에서 이해할 수 있다.

17) 논문심사과정에서 한 심사위원은 악결과가 발생하지 아니한 이상 손해로서 정신적 고통이 없어 배상이 부정되는 것 아닌가 하는 의문을 제기하였다. 그러나 자유침해설로 구성하는 한 실제 정신적 고통이 있는지에 따라 손해의 존부가 갈린다고 하기 어렵다. 판례와 학설도 비재산손해의 배상을 위하여 구체적 정신적 고통의 존부를 일반적으로 따지지 아니한다. 나아가 이 경우의 손해배상에서는 구체적 정신적 고통이 요구된다고 보더라도, 악결과 발생 여부와 무관한 정신적 고통도 있을 수 있는 이상 손해의 존부는 개별 사안에서 그때그때 판단되어야 하고 그것이 책임 성부의 일반적인 요건이 될 수는 없다. 그러나 판례가 그러한 취지로 보이지는 아니한다. 자유침해설에서는 악결과의 발생을 요구하지 아니하는 것이 더 일관된다. 가령 김천수(주 3), 317-318면 참조.

18) Deutsch, "Schutzbereich und Tatbestand des unerlaubten Heileingriffs im Zivilrecht", NJW 1965, 1985, 1989. 비슷한 취지로, 박영규(주 11), 109면 이하. 또한 의료행위가 「상해」의 구성요건에 해당하는 이유 중 하나로 신체의 완전성과 자기결정이 분리될 수 없다는 점을 드는 것으로, 이용식(주 15), 161면.

다. 비교법적 고찰

비교법적으로도 엄격한 또는 완화된 결과귀속을 전제한 생명·신체침해에 대한 손해배상은 나타나고 있으나, 악결과와는 무관한 자기결정권 침해 자체에 대한 손해배상책임은 찾아보기 어렵고, 이원화된 책임체제도 찾아보기 어렵다.

독일에서는 의사의 설명의무가 의료행위예의 동의의 요건으로 이해된다. 제국법원은 1894년 의료적 침습(ärztliche Heileingriff)이 상해(Körperverletzung)의 구성요건에 해당한다면 위법성조각을 위하여 환자의 동의를 요구하였고,¹⁹⁾ 1912년 환자의 동의의 요건으로 설명을 덧붙였다.²⁰⁾ 설명의무 위반에 대한 민사 및 형사책임은 이러한 구성에서부터 도출되었다. 즉, 판례는 설명이 이루어지지 아니한 경우 동의가 무효이므로 실제로 실현된 결과 전부가, 설명하지 아니한 위험이 실현된 것인지 여부와 관계없이, 설명의무 위반에 귀속한다고 하여, 결과적으로 발생한 전손해의 배상을 인정하였다(독일민법 제823조 제1항, 제253조 제2항).²¹⁾ 대신 설명의무를 이행하였더라도 동의하였으리라는 적법한 대체행위의 항변도 다소 너그럽게 인정한다. 즉, 합리적 환자가 아닌 구체적 환자의 동의 여부를 기준으로 하는 것이다. 다만 환자가 그 상황에서 높은 확률로 동의하곤 한다는 점에 터 잡아 가정적 승낙을 인정할 수 있고, 환자는 단지 설명을 들었다면 동의하지 아니하였을 것이라고 주장하는 것으로는 부족하며 근거를 구체적으로 주장(Substantierung)하여야 한다.²²⁾ 그러나 악(惡)결과가 발생하지 아니하였다면 손해배상이 인정되지 아니한다. 그밖

19) RGSt 25, 375. 독일민법 제823조 제1항의 적용('신체침해')과 관련하여서도 같다. 이에 대한 논란은, Katzenmeier, Arzthaftungsrecht, 2002, S. 111 ff. 참조.

20) RGZ 78, 432. 그 전개과정에 대하여는 우선, Laufs, "Der Arzt im Recht - historische Perspektiven und Zukunftsfragen: eine Skizze", Festschrift für Lange, 1992, S. 175.

21) BGHZ 106, 39; BGH NJW 1991, 2346; 2001, 2798. 그러므로 위자료 이외에 재산손해도 배상의 대상이 되고, 오히려 그것이 주가 된다. 다만, 독일에서도 학설상 인격권침해로 구성하는 견해가 있고 그중에는 위자료배상만 인정하는 견해도, 소수 주장되고 있다. 문헌개관은 우선, Deutsch/Spickhof, Medizinrecht. Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinprodukte recht und Transfusionsrecht, 6. Aufl., 2008, Rn. 342.

22) BGH NJW 90, 103; BGH NJW 1991, 1543; 1991, 2344; 1992, 2351.

에 설명 없이 동의를 받은 경우 수술 등은 상해(독일형법 제223조 제1항)에 해당하나, 설명의무의 대상임을 알지 못한 채 설명 없이 동의를 받은 경우 허용구성요건적 착오가 인정될 수 있고, 과실치상(독일형법 제229조)의 성부와 관련하여서도 “설명 의무 위반은 환자가 충분한 설명이 있었다면 침습에 동의하지 아니하였을 때에 한하여 의사의 가벌성을 근거 지운다”는 점이 고려되어야 한다고 한다.²³⁾

반면 미국에서는 동의가 없으면 의료행위가 신체상해(assault and battery)가 되나,²⁴⁾ 설명의무 위반으로 인한 책임은 일반적인 과실불법행위(negligence)이다. 즉, 동의가 있었던 이상 설명의무 위반이 있다 하더라도 동의가 무효가 되지는 아니하는 것이다.²⁵⁾ 설명의무 위반 이외에 그 위험이 실현될 것(materialization of that risk)과²⁶⁾ 설명하였더라면 동의하지 아니하였을 것(decision causation)이 요구된다. 배상대상이 되는 손해는 실현된 위험에 한하나 그 범위에서는 생명·신체침해, 즉 전손해이다.²⁷⁾ 설명하였다면 동의하지 아니하였을지 여부는 합리적 환자 관점에서 객관적으로 판단되어야 한다는 것이 다수의 주(州)의 입장이나, 구체적 환자 입장에서 주관적으로 판단되어야 한다는 입장도 있다.²⁸⁾

23) BGH MedR 1996, 22.

24) Mohr v. Williams, 104 N.W. 129 (Sup. Ct. Minn., 1905).

25) Natanson v. Kline, 350 P.2d 1093, 1100 (Kan, 1960); Trogan v. Fruchtma, 207 N.W.2d 297, 311 (Wis., 1973); Faden and Beauchamp, A History and Theory of Informed Consent, 1986, pp. 129 ff. 그러나 몇몇 주(州, 가령 펜실베이니아와 테네시)에서는 설명의무 위반이 있으면 동의가 무효가 되어 assault and battery가 된다고 본다. Sagala v. Tavares, 533 A.2d 165 (Pa.Super., 1987); Ray v. Scheibert, 484 S.W.2d 63, 70 (1972); Cardwell v. Bechtol, 724 S.W.2d 739, 750 (1987).

26) Hall, Bobinski and Orentlicher, Health Care Law and Ethics, 8th ed., 2013, p. 215. 물론 이에 반대하고 설명의무 자체에 대하여 위자료를 인정하여야 한다는 주장도 제기되고 있다. 가령 Twerski and Cohen, “Informed Decision-Making and the Law of Torts: The Myth of Justiciable Causation”, 1988 U.Ill.L.Rev. 607, 655; Weisbard, “Informed Consent: The Law’s Uneasy Compromise with Ethical Theory”, 65 Neb.L.Rev. 749, 763 ff. (1986).

27) 가령 Howard v. University of Medicine & Dentistry of N.J., 800 A.2d 73 (N.J. 2002).

28) Canterbury v. Spence, 464 F.2d 778, 791 (D.C. Cir. 1972). Greenwood, “Physician Conflicts of Interest in Court: Beyond the “Independent Physician” Litigation Heuristic”, 30 Ga.St.U.L.Rev. 759, 777 (2014); Hall, Bobinski and Orentlicher(주 26), pp. 215 f.

프랑스의 판례도 위험설명 의무 위반으로 인한 책임은 설명하지 아니한 위험이 실현된 경우에 한하여 인정한다.²⁹⁾ 설명 의무 위반이 있더라도 실제로 위험이 실현되지 아니한 경우에는, 가령 악(惡) 결과가 없거나 설명 의무와 무관한 위험이 실현된 경우에는 책임이 없다. 다만 기회상실(perte de chance)이 널리 배상되므로, 설명 의무를 이행하였더라면 동의하지 아니하였을 것이라는 점은 요구되지 아니하는 대신 손해배상도 실현된 위험(전손해)을 위험도로 할 인한 일부에 그친다.³⁰⁾ 설명 의무 위반이 있으나 어차피 다른 대안이 없었던 경우, 설명하지 아니한 데 대한 위자료가 인정되는가 하는 점이 오랫동안 논란거리였는데, 파기원은 최근 이를 인정하였다.³¹⁾

2. 일원적 책임체계의 재구성

가. 위험설명과 동의

사람의 생명·신체는 그 자신의 것이므로, 의료적 목적으로 하는 침습이라 하더라도 객관적 행위태양이 침습인 이상 동의 없이는 위법하고, 때에 따라서는 「상해」에 해당할 수도 있다.³²⁾ 따라서 설명 의무 위반이 동의 자체를 무효

29) Cass. civ. 1^{er}, 14 nov. 2018, n° 17-27.980.

30) Penneau, Médecine : réparation des conséquences des risques sanitaires (Rép.dr.civ., 2013), n^{os} 76 et 208-209; Mémeteu, Cours de droit médical, 4^e éd., 2010, n^{os} 535 et suiv.

31) Cass. civ. 1^{er}, 3 juin 2010, n° 09-13.591, D. 2010, 1522. 또한 Penneau(주 30), n° 210.

32) 형법상 상해죄 및 업무상과실치상죄의 구성요건으로서 「상해」 개념을 적절히 제한할 필요가 있음은 물론이나, 적어도 의료적 침습의 목적이 건강유지·개선이거나 그 시행이 의료적으로 적절하였다는 점이 「상해」의 구성요건해당성을 배제할 근거가 되기는 어렵다. 가령 의료적 목적의 자궁적출과 폭력으로서 자궁적출을 행위 자체로 구분할 수는 없는 것이다. 신체의 중대한 손상이나 기능훼손을 늘 한 사람의 생명·신체·건강의 총체로 평가하여 상해의 성부를 가릴 수는 없으므로 일정한, 더 중요한 기능을 유지·보전하는 대신 다른 일부를 희생하는 것도 일용 상해의 구성요건에 해당함이 분명하고, 바로 그러한 경우에 환자의 자기결정이 의미를 갖는 것이기 때문이다[이용식(주 15), 161면 이하도 비슷한 취지]. 의료행위가 해하는 기능과 회복하려는 기능이 일체성을 갖고 있다고 할 수 있는 경우에 한하여 의료행위는 위험을 감소하는 행위로 상해의 구성요건에서 제외된다고 보아야 한다. 나아가 불법평가는 위법성조각 여부까지 고려하여야 완성되는 것이므로, 상해의 구성요건해당성을 긍정하는 것이 의료행위에 대한 부당한 낙인이라는 지적도 과도한 점이 있다. 비슷한 취지로, Wiesner, Die hypothetische Einwilligung im Medizinstrafrecht, 2010, S. 64 ff.

로 한다면 제대로 설명하지 아니한 채 동의를 받은 경우 의료적 침습 자체가 위법해진다. 위험설명 의무 위반에 대한 법적 제재에 대한 논의가, 법도그마틱적으로는, 그것이 동의의 효력에 어떤 영향을 주는지에 대한 검토에서 출발하여야 하는 이유가 여기에 있다.

설명 의무 이행을 동의의 요건으로 볼지 여부는 환자의 동의가 설명 의무 위반에 귀속되는지 구체적으로 심사하여야 하는지 여부와 관계한다. 설명 의무 위반을 동의의 요건으로 보는 경우 설명 의무 위반만으로, 즉 그것과 동의 사이의 인과관계를 묻지 아니하고, 동의가 무효가 되어 의료적 침습이 위법해지고 당해 의료행위와 인과관계 있는 악결과가 의사에게 귀속된다. 책임을 근거지우는 위법요소가 동의 없는 의료적 침습이므로 위반한 설명 의무의 내용이 무엇인지는 물론 치료의 성과도 고려할 여지없이 전손해배상이 인정된다. 이러한 해결이 지나친 것임은 다언(多言)을 요하지 아니한다. 비교법적으로도 설명 의무 위반과 동의 사이의 인과관계는, 그 정도는 별론, 고려함이 일반적이다. 설명 의무 위반은, 그 결과 동의가 왜곡되었을 때에 한하여, 즉 설명 의무 위반과 동의 사이에 인과관계가 있을 때에 한하여, 달리 말하면 설명 의무 위반이 구체적으로 그 환자의 동의 여부에 중요하였을 때에 한하여 동의를 무효로 한다고 봄이 적절할 것이다.³³⁾

이러한 구성은 의료형사법적으로도 부당하지 아니하다. 설명 의무를 동의의 요건으로 보면 동의하에 한 의료적 침습도 설명 의무 위반이 있으면 일응 상해 등 고의범의 구성요건을 충족하게 된다. 이때 의사가 적법한 동의를 받았다고 믿었다면 어차피 위법성조각사실의 전제사실의 착오가 있어 고의범으로서의 불법 또는 책임이 조각되고, 또 이러한 경우 고의범으로 처벌하는 것이 정당하

33) 의료민사법에 관하여 비슷한 취지로, Ohly, "Volenti non fit iniuria" Die Einwilligung im Privatrecht, 2002, S. 372 ff.(같은 문헌은 의사의 위험 설명이 동의의 유효요건이라는 독일 판례·통설의 전제가 그다지 검증되지 아니한 채 자기동학을 전개하여 확고하게 굳어졌으나 이것이 비교법적으로나 이론적으로 타당하지 아니하다고 주장한다). 의료형사법에 관하여 비슷한 취지로, 이용식(주 15), 180면 이하(다만 인과관계 대신 주관적·객관적 중요성이라는 표현을 쓴다).

다고 할 수도 없다. 실익은 의사가 알면서도 적절한 설명 없이 동의를 받고 의료행위를 한 경우, 그러나 적절한 설명이 있었다 하여도 동의하였을 경우 상해 등의 고의범을 인정할지 여부에 있을 뿐이다. 그러나 이러한 경우에는 상해 등의 고의범을 인정하여야 할 필요성과 정당성은 의문이다. 제대로 설명을 하지 아니하였으나 동의를 받고 의료행위를 한 경우에 대하여 업무상과실치상만을 인정하고, 설명의무를 이행하였더라면 동의하였을지 여부를 묻는 판례의 태도를 이러한 관점에서 이해할 수 있다.³⁴⁾

나. 위험설명 의무 위반과 인과관계, 책임범위

위험설명 의무 위반과 환자의 동의 사이의 인과관계 및 책임범위는 좀 더 미묘하다. 비교법적으로는 서로 다른 태도가 관찰된다. 독일에서는 설명하지 아니한 위험이 실현되었는지 여부와 관계없이 발생한 악결과 전부를 귀속시키는 반면, 미국, 프랑스에서는 문제된 위험이 실현된 것인지를 묻고, 그 범위에서 책임을 인정한다.

이 점과 관련하여서는 위험설명 의무 위반이 있는 경우 동의를 매개하지 아니하고 의무 위반에 실현된 위험을 귀속시킬 수는 없다는 사실에 유의하여야 한다. 실현된 위험의 직접원인은 당해 의료행위 자체이지 위험설명이 아니다. 실현된 위험은 오직 환자의 동의를 매개해서만 위험설명 의무 위반에 귀속될 수 있는 것이다. 그렇다면 위험설명 의무 위반으로 인한 동의의 흠은 악결과와 어

34) 의료형사법에서 동의를 받기는 하였으나 위험설명이 적절하게 이루어지지 아니하였던 경우 가정적 승낙의 항변을 허용할 실천적 필요성은 부정하기 어렵다. 특히 위험설명 의무 범위가 개관하기 어려울 정도라는 점과 관련하여 이를 강조하는 것으로, Deutsch/Spickhof(주 21), Rn. 480; Ulsenheimer, *Arztstrafrecht in der Praxis*, 4. Aufl., 2007, Rn. 132 ff. 그럼에도 불구하고 그 (이론적) 당부가 계속 논란이 되어온 이유는 위법성조각사유로서 피해자의 승낙에서 설명의무 위반과 승낙의 효력 사이에 구체적 귀속관련을 고려하지 아니하면서 이후 가정적 승낙으로 구체적 귀속관련의 고려를, 말하자면 뒷문으로 들여오려 하기 때문이다. 각 학설과 그에 대한 비판은, 신양균(주 16), 88면 이하; 이용식(주 15), 169면 이하; Wiesner(주 32), S. 96 ff. 물론 (판례처럼) 설명의무 위반을 과실의 일종으로 보고 발생한 결과와 사이에 인과관계를 검토하는 것은, 설명의무 위반과 결과 사이에 인과관계가 없다는 점에서 문제이다. 김성돈(주 16), 34면 이하; 이용식(주 15), 163-169면.

떻게 관계하는가. 이와 관련하여 독일에서는 전손해의 배상을 인정하는 판례가 의무 위반과 손해 사이의 위법성관련(Rechtswidrigkeitszusammenhang)을 고려하지 아니하였다는 비판이 유력하다. 설명하지 아니한 위험이 실현된 경우에 한하여 위법성관련이 인정되고 그 결과도 귀속시킬 수 있다는 것이다.³⁵⁾ 우리 학설 중에도 동의의 전부무효사유가 아닌 일부무효사유, 즉 설명하지 아니한 위험에 관한 부분의 무효사유로 보는 것이 있다.³⁶⁾ 그러나 이에 대하여는, 의료행위에 동의할 때 환자는 당해 행위에 따르는 개별 위험을 인수할 의사가 아니라 포괄적으로 위험과 필요를 평가하여 의료행위 자체에 동의하는 것이므로, 동의를 개개의 위험으로 분할할 수 없고, 독일연방대법원도 위법성관련을 고려하지 아니하는 것이 아니라 이러한 사정에 비추어 넓게 인정할 뿐이라는 반론도 유력하다.³⁷⁾

환자가 특정 의료행위에 따르는 위험을 전체적으로 평가하지 아니하고 특정 종류의 위험을 개별적으로 고려하는 경우가 없지 아니하다. 성악가나 임신을 계획하고 있는 여성은 후두손상의 위험이 있거나 임신가능성에 영향을 주는 시술 등에 대하여 개별적으로 결정하고자 할 수 있다. 이러한 경우에 바로 그 위험에 대하여 제대로 설명하지 아니한 채 환자로부터 동의를 받았다면 동의에 중대한 흠이 있다고 할 수 있다. 이때의 위험설명의무는 바로 이러한 위험을 인수할지 여부에 관한 자기결정을 실질적으로 보장하기 위한 것이므로, 그러한 위험이 실현된 경우에 한하여 위법성관련이 인정된다고 봄이 옳다. 그러나 위험설명의 대상이 되는 위험 중 상당수는 환자가 당해 의료행위의 위험을

35) Deutsch, "Schutzbereich und Beweislast der ärztlichen Aufklärungspflicht", NJW 1984, 1802; Laufs, "Die ärztliche Aufklärungspflicht - Grund, Inhalt und Grenzen", RPG 1997, 3, 11.

36) 김천수(주 3), 98면 이하.

37) Steffen, "Haftung des Arztes für Fehler bei der Risikoaufklärung - Zurechnungsbeschränkungen oder versari in re illicita?", Festschrift für Medicus, 1999, S. 641 ff. 이와 관련하여서는 설명의무 이행을 동의의 유효요건으로 보는 독일 판례가 이질적 위험(aluid)이 실현된 경우에만 보호범위 밖으로 놓아 책임을 부정하고 동질적 위험이 실현된 경우에는 그 정도를 묻지 아니하고 책임을 긍정하는 (부당한) 결과에 이른다는 지적도 참조. Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II/2 Besonderer Teil, 13. Aufl., 1994, S. 384.

총체적으로 평가함에 있어 고려되는 개개의 요소에 불과하고, 환자의 특정 선호와 무관하다. 그러므로 이러한 경우 개개의 위험이 적절하게 설명되지 아니하였다 하더라도 총체적으로, 즉 적절하게 설명한 사항과 환자의 상황을 함께 고려할 때 환자의 동의 여부 판단에 영향을 미칠 만하지 아니한 때에는 인과관계를 부정함이 논리적이고, 자기결정의 실제·실질과도 부합한다.³⁸⁾ 반면 설명하지 아니한 사항으로 인하여 환자의 동의 여부 결정이 왜곡되었다고 인정되는 경우에는, 발생한 악결과는 그것이 의료행위에 귀속되는 한, 원칙적으로 넓게 귀속되어야 한다. 즉, 이때에는 위법성관련이 넓게 인정되어야 하는 것이다. 이 경우 중요한 것은 환자의 자기결정의 총체적 질(質)이지 개별적인 세부 사항이 아니기 때문이다. 설명의무 위반을 동의의 무효사유로 보지 아니하고 설명의무 위반과 동의 사이에 인과관계를 요구하므로, 가정적 승낙(동의)은 동의를 (부분적으로) 받지 아니한 경우에만 항변이 된다.³⁹⁾ 동의는 받았으며 설명의무를 이행하지 아니한 채 받은 경우에는, 미국에서 그러한 것처럼, 동의와 사이의 인과관계(decision causation) 문제에 흡수되어 독자적인 항변을 구성하지 아니한다. 이때 인과관계의 인정은 구체적 환자의 주관적 관점이 기준이 되어야 한다.⁴⁰⁾ 환자에게 실현된 위험과 관계된 특정 선호가 있었거나, 환자가 인식한 위험과 효과가 실제와 큰 차이가 있고, 그러한 사정이 통상 또는 당해 환자의 성향상 동의 여부에 영향을 줄 만한 것이었을 때에는 일응 인과관계를 추정할 수 있을 것이다.

38) Katzenmeier(주 19), S. 346 f. 참조.

39) 의료형사법에서는 이러한 문제를 가정적 승낙이 아닌 추정적 승낙(mutmaßliche Einwilligung)으로 구분한다. 이는 승낙이 없었음에도 불구하고 승낙을 한 것과 같이 다룰 수 있는가 하는 문제로, 동의를 받을 수 없었을 때에 한하여 허용된다는 것이 일반적인 이해이다.

40) 미국에서는 이와 관련하여 주관적 기준과 객관적 기준이 갈린다(앞의 주 28). 그러나 이는 한편으로는 환자 본인의 증언이 필요한지 아니면 환자 본인의 증언 없이도 인과관계를 인정할 수 있는지와, 다른 한편으로는 배심재판을 하는 미국 민사소송절차의 특성상 배심원이 사후편향(hindsight bias)에 휘둘려 지나치게 쉽게 인과관계를 인정하지는 않을지에 대한 우려와 관계되어 있다. Wilson, "The Promise of Informed Consent", Cohen et al (eds) The Oxford Handbook of U.S. Health Law, 2017, p. 221. 이러한 사정은 우리와는 별 관계가 없다.

IV. 위험설명의 범위와 기능, 의료법 제24조의2

1. 위험설명의 범위와 기능

가. 위험설명의 범위

이와 같은 위험설명의무 위반에 대한 법적 제재의 재구성은 위험설명의무의 범위에도 시사하는 바가 있다. 판례는 위험설명의 범위와 관련하여 “질병의 증상, 치료방법의 내용 및 필요성, 발생이 예상되는 위험 등에 관하여 당시의 의료수준에 비추어 상당하다고 생각되는 사항을 설명하여 당해 환자가 그 필요성이나 위험성을 충분히 비교해보고 그 의료행위를 받을 것인가의 여부를 선택할 수 있도록 하여야” 한다면서,⁴¹⁾ 이러한 위험설명의무는 “그 의료행위에 따르는 후유증이나 부작용 등의 위험발생 가능성이 희소하다는 사정만으로 면제될 수 없으며, 그 후유증이나 부작용이 치료행위에 전형적으로 발생하는 위험이거나 회복할 수 없는 중대한 것인 경우에는 발생가능성의 희소성에도 불구하고 설명의 대상이 되며, 이 경우 의사가 시술 전 환자의 상태 및 시술로 인한 합병증으로 사망할 가능성의 정도와 예방가능성 등에 관하여 구체적인 설명을 하여 주지 아니하였다면 설명의무를 다하였다고 할 수 없다”고 한다.⁴²⁾ 전형적인 위험인 이상 극히 희소한 위험도 설명의 대상이 되고 책임의 근거가 된다는 것이다.

그러나 위험설명의 목적이 “환자가 그 필요성이나 위험성을 충분히 비교해보고 그 의료행위를 받을 것인가의 여부를 선택”하게 하는 데 있다면, 위험설명의 범위와 정도도 환자의 선택에 필요하고 도움이 되도록 구성되어야 한다. 이러한 관점에서 그 이해에 의학적 전문지식을 요하는, 그리고 총체적인 생명

41) 대법원 1995. 1. 20. 선고 94다3421 판결.

42) 대법원 2004. 10. 28. 선고 2002다45185 판결. 해설: 민유숙, “의료과오로 인한 손해배상소송에 있어서 인과관계·과실의 추정과 설명의무”, 대법원판례해설(통권 제51호), 2005, 299면 이하. 발생확률이 극히 낮더라도 결과가 중한 전형적 위험에 대하여는 널리 설명의무를 인정하는 셈인데, 그 결과 자기결정에 있어서 중요성과 무관하게 예상된 위험이 실현되면 널리 위자료배상이 인정되게 된다.

· 신체·건강위험을 구성하는 개별 요소에 불과하여 환자에게 그 상세가 특별한 의미를 갖지 아니하는, 발생위험이 낮은 개개의 위험을 일일이 설명하는 것이 반드시 필요하거나 도움이 된다고 할 수는 없을 것이다. 오히려 구체적 환자 특유의 선호와 필요가 있는지, 구체적 환자에게 통상적이지 아니한 위험선호 또는 위험기피성향을 갖고 있는지 등을 파악하고, 그 환자에게 의미 있는 구체적 위험 또는 총 위험수준을 이해시키는 것이 중요하다.⁴³⁾ 그러므로 개개의 위험을 빠짐없이 나열하였다 하여 위험설명 의무를 충실히 이행하였다고 할 수 없고, 반대로 개개의 위험 중 누락한 위험이 있었고 이후 그 위험이 실현되었다 하여 반드시 위험설명 의무 위반이라고 할 수도 없는 것이다.

나. 위험설명 의무의 기능

판례는 위험설명 의무의 대상을 극히 희소한 위험에까지 확대하고, 사실상 대안이 없는 경우에도 위험설명 의무의 대상인 위험이 실현된 경우 위험설명 의무 위반을 원인으로 하는 위자료지급 책임을 인정한다. 그러나 이러한 경우 실현된 위험이 의사의 위험설명 의무 위반에 귀속될 수 있는지는 매우 의문스럽다. 사실상 대안이 없거나 압도적으로 우선되는 치료법의 경우 위험 설명이 이루어졌다 하더라도 대개는 동의하였을 것이기 때문이다. 그렇다면 판례는 왜, 환자의 자기결정에 관건적이지 아니하였을 개개의 위험에 대한 설명을 그르친 경우 그 위험이 실현되면 책임을 지웠던 것일까? 이는 증명곤란에 대한 숨은 제재였다고 보인다.⁴⁴⁾ 위험 설명 의무의 대상이 되지 아니하는 극히 비전형적인 위험의 경

43) 미국에서는 설명 의무의 인정 여부와 관련하여 합리적 환자 기준과 합리적 의사 기준이 대립한다. *Culbertson v. Mernitz*, 602 N.E.2d 98 (Ind. 1992, 합리적 의사 기준); *Canterbury v. Spence*(주 28, 합리적 환자 기준). 미국에서 이는 우선은 설명 의무 인정에 동료 의사의 증언이 필요한지 여부와 관련하여 발전된 법리로서 [Wilson(주 40), pp. 218 ff.], 우리 법의 맥락과는 다소 거리가 있다. 다만, 미국에서 합리적 환자 기준에 대하여 합리적 의사 기준이 더 낫다고 주장하는 이들은, 의사가 합리적 환자에게 중요한 사항을 파악하는 부담을 피하고 의사의 신뢰를 보호할 수 있다는 점을 지적하는데, 이러한 점은 참고할 가치가 있다. 동의를 받는 상황에 비추어 합리적으로 기대되는 노력을 기울여도 구체적 환자 특유의 선호를 파악할 수 없었던 경우에는 과실을 부정하여야 할 것이다.

44) 박태신, “의료소송에 있어서 설명 의무의 기능”, 연세법학연구(제5권 1호), 1998, 596면.

우, 의료과오를 증명할 수 있거나 당해 의료행위에 귀속시킬 수 없는 것일 가능성이 높다. 반면 위험설명의 대상이 되는 전형적 위험이 실제로 발생한 경우, 그 중에는 의료과오가 개입하지 아니하였으나 부득이하게 발생한 부작용도 있지만 의료과오가 개입한 경우도 있을 것이다. 전형적 위험이 반드시 의사에게 과실이 없을 경우에만 실현되는 것은 아니기 때문이다. 이때 환자는 그것이 의료과오로 인한 것임을 증명하기 곤란할 수 있는데, 마침 설명의무 위반이 있다면 설명의무 위반을 이유로 축소된 책임을 인정함으로써 증명곤란에도 불구하고 약간의 배상을 받을 수 있다. 다른 나라에서도 위험설명의무 위반으로 인한 책임에 이러한 (사실상의) 기능이 있다는 지적이 이루어지곤 한다.⁴⁵⁾

그러나 이러한 접근은 방법론적으로 정직하지 못할 뿐 아니라 장기적으로는 자기배반적인 결과를 낳는다. 중대한 위험이 실현되곤 하는 분야에 종사하는 의사는 위험설명의무 위반으로 인한 책임을 피하기 위하여 점점 더 자세한 설명을 하곤 한다. 이러한 설명은 개개의 위험을 단조롭게, 그러나 빠른 속도로 열거하는 식이 된다. 전문적인 의학지식을 충분히 이해시키기가 쉽지 아니하고, 그럼에도 불구하고 의학적으로 합리적인 시술 등에 대하여는 환자의 동의를 받을 필요가 있는데 그 위험의 중대성과 확률을 하나하나 이해시킨다면 그 과정이 더 오래 걸릴 수도 있기 때문이다. 그 결과 구체적 환자의 특별한 선호와 성향을 파악하고 그의 결정에 필요한 정보를 제공하며 그의 결정을 돕는 본래의 의미의 설명대화를, 위험의무 위반으로 인한 법적 책임을 피하기 위한 다소 형식적인 절차가 대신하게 된다.⁴⁶⁾ 오늘날 의료현장에서 자연스러운 설명

45) 가령 Esser/Weyers, Schuldrecht Besonderer Teil II. Die gesetzlichen Schuldverhältnisse, 1984, S. 459.

46) 이러한 비판은 외국에서도, 특히 의료인들에 의하여, 그러나 종종 법학자로부터도 제기되곤 한다. Katzenmeier(주 19), S. 350 ff.; Schuck, "Rethinking Informed Consent", 103 Yale L.J. 899, 920 ff. (1994). 특히 오늘날 보건의료재정부담의 급증으로 인하여 발생하는 임상현장의 재정적 제약(cost containment)을 고려할 때 실현 불가능한 목표일 수 있다는 점을 지적한다. 그 이외에 의사의 위험설명은 그 성질상 사법(司法)적, 입법적 또는 행정적 제재로 촉진하기 어렵다는 주장으로, President's Commission for the Study of Ethical Problems in Medicine and Biomedical and Behavioral Research, Making Health Care Decisions: A Report on the Ethical and Legal Implications of Informed Consent in the

대화는 오히려 중대한 위험이 결부되어 있지 아니하여 법적 위험이 거의 없는 영역에서 원활하게 이루어지는 것처럼 보인다. 다른 한편, 오늘날 의료과오를 이른바 증거의 편재로 인하여 증명하지 못하는 경우는 크게 줄었을 것으로 추측된다. 진료기록의무가 지속적으로 강화되고, 진료기록감정도 크게 개선되었기 때문이다. 환자도, 그의 특별한 선호를 고려하지 아니한 채 동의를 받은 경우가 아닌 한, 의료과오를 의심하고 문제 삼고자 하는 것이지 의료과오가 없음에도 불구하고 또는 없음을 전제로 설명을 제대로 해주지 아니하였다는 이유의 책임을 묻고자 하는 것은 아니리라고 여겨진다. 위험설명 의무는 그 본래의 기능인 환자의 자기결정의 실질화에 지향하여야 하고, 그 위반에 대한 책임도 그러한 관점에서 인정되어야 한다. 묻고자 하는 것이 의료과오에 대한 책임이라면, 위험설명 의무 위반이 아닌 의료과오에 대한 책임으로 추궁함이 옳다.

2. 의료법 제24조의2

의사는 의료행위와 관계된 위험을 환자에게 설명할 의무가 있다. 그러나 충실한 설명대화는 종종 상당한 시간과 노력을 요하는 일이다. 판례처럼 설명의무 위반이 있는 경우 결과귀속을 크게 문제 삼지 아니하고 위자료배상을 인정하는 경우와 달리, 이 글에서 제안한 바와 같이 결과귀속을 엄밀하게 따져 책임을 인정하는 경우 설명의무 위반이 있더라도 책임이 인정되지 아니하는 일이 생기기 쉽다. 종래 판례가 사실상 설명의무 위반 사실만으로 위자료지급 책임을 지운 것은, 그러한 관점에서 행위의무로서 위험설명 의무 위반에 대하여, 그 결과와 독립적인 제재를 가함으로써 설명이 의료문화와 의료현실에 정착하게 하는 데 일정한 기여를 하였을 수 있다. 이미 2007년 의료법 개정안 제3조 제2항은, “의료인은 환자나 환자의 보호자에게 질병 및 그 치료방법 등을 설명해야 한다”고 규정하고,⁴⁷⁾ 제91조 제1항 제8호로 “그밖에 이 법 또는 이 법에 따

Patient-Practitioner Relationship, 1982, pp. 30, 204, 252. 설명의무가 실제로 환자의 자기 결정을 촉진하는 데 기여하지 아니한다는 지적으로, Katz, “Informed Consent - Must It Remain a Fairy Tale?”, 10 J.Contemp. Health L.&Pol’y 69 (1993).

른 명령을 위반할 때”를 자격정지사유로 추가하여 설명의무 위반에 대하여, 악결과 발생 또는 위험실현 여부와 관계없이, 행정제재를 할 수 있게 한 바 있다.

이 규정은 당시 여러 논란 끝에 입법되지 아니하였다.⁴⁸⁾ 그러나 설명의무 위반 자체에 대한 제재는 결과적으로 우리 법에 들어왔다. 즉, 2016년 개정 의료법 제24조의2는 의사 등에게 사람의 생명 또는 신체에 중대한 위해를 발생하게 할 우려가 있는 수술, 수혈, 전신마취 등을 하는 경우 진단명, 수술 등의 필요성, 방법 및 내용, 참여하는 의사의 성명, 전형적으로 발생이 예상되는 후유증 또는 부작용, 수술 후 준수하여야 할 사항 등을 설명하고 서면으로 동의를 받아야 하며, 그 위반이 있으면 과태료에 처하도록 하고 있는 것이다.⁴⁹⁾

의사의 설명의무 위반이 구체적인 악결과를 낳은 경우 그에 대하여 책임이 인정되어야 함은 분명하다. 그러나 구체적인 악결과가 없는 행위의무로서 의사의 설명의무 위반에 대하여 독립적인 법적 제재를 규정하는 데는 매우 신중하여야 한다. 위험설명의무는 환자와 설명대화를 촉진하기 위한 것인데, 본래 대화는 법적 제재로 강제하기 어려운 것이기 때문이다. 설명의무 위반 자체에 법적 제재가 부과되는 경우, 설명대화가 형식화될 우려가 크다. 2016년 개정은 본래 이른바 대리수술(ghost surgery)이 사회적으로 문제되면서 그에 대한 대응으로 입법된 것이었다. 이러한 개별 문제에 대하여는 미국에서도 구체적 악결과 발생과 무관하게 제정법으로 법적 제재를 가하고 구체적 악결과 발생 여부를 묻지 아니하고 민사책임도 인정한다.⁵⁰⁾ 의료법 제24조의2도 그와

47) 보건의료기본법 제12조도 ‘보건의료서비스에 관한 자기결정권’이라는 표제 아래 “모든 국민은 보건의료인으로부터 자신의 질병에 대한 치료 방법, 의학적 연구 대상 여부, 장기 이식(臟器移植) 여부 등에 관하여 충분한 설명을 들은 후 이에 관한 동의 여부를 결정할 권리를 가진다”고 규정한다. 그중 “등”에 위험성에 대한 설명이 포함된다는 데는 별 의문이 없을 것이다.

48) 그 경위에 대하여는 우선 김나경, “의사의 설명의무의 법적 이해”, 한국의료법학회지(제15권 1호), 2007, 8면 이하.

49) 그 경위와 내용에 대하여는 우선, 현두륜, “개정 의료법상 설명의무에 관한 비판적 고찰”, 의료법학(제18권 1호), 2017, 8면 이하.

50) 주(州)제정법(statute) 입법 이전에도 이미 Perna v. Pirozzi, 457 A.2d 431 (1983)이 이를 ‘battery’로 구성한바 있다. 미국에서 이처럼 설명의무의 법제화가 논의되는 또 다른 영역으로, 정치적으로 매우 논란이 많은, (임부로 하여금 낙태를 재고하도록 유인할 목적의)

같이 해석·운용되어야 한다. 앞서 본 위험설명의 범위에 대한 완화된 또는 유연한 해석은 이러한, 이 규정의 합리적 운용에도 필수적이다. 의료법 제24조의 2는 결과귀속과 관계없이 행위위무 위반을 제재하므로, 개개의 위험에 대하여 빠뜨리지 아니하고 설명할 ‘의무’를 인정하는 한 귀속단계에서 책임을 배제할 방법이 없기 때문이다. 결과적으로 특정된 참여의사가 아닌 다른 사람이 참여한 경우 이외에 위험설명을 그르쳤다는 이유로 이 규정에 의하여 제재될 위험이 현실화되지 아니하게 할 필요가 있다. 물론 이 규정의 운용이 어떠한 의사에게는 일종의 냉각효과(chilling effect)가 생길 가능성이 있다. 입법론적으로는 이 규정을 이른바 대리수술을 제재하는 규정으로 축소, 순화하고, 설명의무 일반을 특정 법적 제재와 결부시켜 법제화하는 것은 포기함이 옳을 것이다. 의사의 설명의무는 자발적이고 유연하게 이행되어야 비로소 기능할 수 있는 것이어서 엄격하고 형식적인 요건·효과와 잘 맞지 아니할 뿐 아니라 그 실효성과 집행력을 높이기 위하여 엄격하고 형식적인 효과에 결부시키는 경우 설명의무 자체를 형식화하곤 하는 것이다.

V. 결론

오늘날 의료의사가 우월한 권위를 가지고 일방적으로 하는 시혜일 수 없음은 분명하다. 의료행위는 환자에 대하여, 그와 분리할 수 없는 그의 몸(과 마음)에 대하여 하는 것이므로, 원칙적으로 환자의 결정에 의거하여야 한다. 그리고 이러한 자기결정은 그 심중함과 의료의 전문성으로 인하여 위험에 대한 설명을 요구한다.

그러나 위험설명의무가 자기결정과 관계없이 의료과오(의 의심)에 대한

낙태 관련 설명이 있다. Wilson(주 40), pp. 234 ff. 우리 형(사)법상 이에 대한 대응방안에 관하여는, 황만성, “유령수술행위의 형사책임 - 미용성형수술을 중심으로 -”, 의료법학(제16권 2호), 2015, 36면 이하. 이미 현행법상 유령수술행위의 형사처벌이 가능하다고 해석되는 이상, 의료법 제24조의2와 형사책임 사이의 관계가 문제될 것이다.

책임을 추궁하는 은밀한 장치로 기능하여서는 안 된다. 이러한 접근은, 증거의 편재와 증명곤란이 심하고 설명의무가 잘 의식되지도 이행되지도 아니할 때에는 구체적 정의를 실현하기 위한 거친 대안이 될지 몰라도, 증거의 편재와 증명곤란이 개선되고 무엇보다도 의사가 설명의무를 상당한 정도 의식하고 이행하는 경우에는 매우 우연적으로만 실현되는 정의(正義)와 무수한 왜곡을 낳는다.

우리 판례는 위험설명의무 위반과 동의 사이에 인과관계가 구체적으로 인정되는 경우에는 전손해에 대하여 민·형사책임을 인정하나, 그렇지 아니한 경우에는 민사상 위자료책임만을 인정한다. 그러나 두 책임유형은 실은 연속선상에 있는, 실현된 위험에 대한 배상이다. 구체적 악결과 없이, 즉 생명·신체·건강침해 없이 그에 부착된 권능에 불과한 자기결정권 침해에 대하여 독자적인 위자료를 인정하는 것이 옳다고 할 수도 없다. 이처럼 실현된 위험에 대한 배상인 이상 결과와 사이에 구체적 인과관계를 거의 문제 삼지 아니한 채 배상을 인정하는 것은 부당하다. 이러한 판례는 폐기되어야 하고, 위험설명의무의 범위도 구체적 환자의 특별한 선호와 전반적인 위험감수성향을 고려하여 설정되어야 한다. 악결과의 발생 여부와 무관하게 행위의무로서 설명의무 위반을 제재하는 의료법 제24조의2의 위험설명도 같다.

위험설명의무를 부과하는 목적은 구체적 환자가 동의 여부를 잘 결정할 수 있게 해주는 데 있다. 이는 극히 확률이 낮은 위험을 일방적으로 열거하는 방식이 아닌, 환자가 동의 여부를 결정함에 있어 중요한 사항을 개별·구체적으로 파악하고 적절한 조언을 하는 방식으로 달성될 수 있을 뿐이다. 우리나라에서 설명의무가 인정된 때로부터도 수십 년이 흘렀다. 설명의무는 어느 정도는 우리 의료문화의 일부가 되었다고 보인다. 위험설명의무 위반에 대한 제재의 가장 큰 목적이 그것이었을 것이다. 그렇다면 이제는 설명의무 중 자기결정 및 악결과와 실질적으로 관계된 부분으로 그 위반에 대한 (민·형사)책임을 제한하고, (입법론적으로는) 특히 문제되는 설명의무 위반 유형과 관련하여 행정제재 등으로 강제되는 행위의무를 부과하는 외에는, 의료인과 의료기관이 직면하는 경쟁압력과 의료소비자의 대응, 그리고 의료윤리에 맡겨도 좋지 않을까 생각한다.

[참 고 문 헌]

- 김나경, “의사의 설명의무의 법적 이해”, 『한국의료법학회지』 제15권 1호, 2007.
- _____, “전단적 의료행위의 형법이론 구성”, 『형사법연구』 제19권 2호, 2007.
- 김민중, “의사책임 및 의사법의 발전에 관한 최근의 동향”, 『민사법학』 제9·10호, 1993.
- 김성돈, “의사의 설명의무위반의 효과와 가정적 승낙의 법리”, 『형사판례연구 [21]』, 박영사, 2013.
- 김영환, “의료행위의 형법해석학적 문제점”, 『형사판례연구[2]』, 박영사, 1994.
- _____, “의사의 치료행위에 관한 형법적 고찰”, 『계산 성시탁 교수 화갑기념 형사법학의 과제와 전망』, 1993.
- 김천수, “의사의 설명 해태와 환자의 가정적 동의 - 대법원 1999. 12. 21. 선고 98다29261 판결-”, 『대구법학』 제5호, 2002.
- _____, 「환자의 자기결정권과 의사의 설명의무」, 서울대학교 법학박사학위논문, 1994.
- 민유숙, “의사의 설명의무의 범위”, 『대법원판례해설』 통권 제40호, 2002.
- _____, “의료과오로 인한 손해배상소송에 있어서 인과관계·과실의 추정과 설명의무”, 『대법원판례해설』 통권 제51호, 2005.
- 박영규, “의사의 설명의무위반에 따른 손해배상-판례의 비판적 연구-”, 『일감법학』 제31호, 2015.
- 박태신, “의료소송에 있어서 설명의무의 기능”, 『연세법학연구』 제5권 1호, 1998.
- 석희태, “오진과 자기결정권침해의 효과: 자궁외임신을 자궁근종으로 진단하여 자궁적출을 한 경우의 의사의 책임에 관한 판례”, 『판례월보』 제287호, 1994.
- _____, “의사의 설명의무와 환자의 자기결정권”, 『연세행정논총』 제7집, 1981.
- 신양균, “의사의 치료행위와 가정적 승낙”, 『비교형사법연구』 제12권 1호, 2010.
- 심병연, “가. 의사가 환자에게 수술등 침습을 가함에 있어 그 승낙을 얻기 위한 전제로서 부담하는 설명의무의 내용, 나. 설명의무위반과 손해배상의 범위”, 『대법원판례해설』 통권 제21호, 1994.

- 이상돈·김나경, 『의료법강의』 제3판, 2017.
- 이용식, “형사판례법리로서 가정적 승낙의 논리구조 비판”, 『형사판례연구[25]』, 2017.
- 이진성, “의사의 설명의무와 손해배상책임의 범위”, 『판례월보』 제353호, 2002.
- 전병남, “의사의 설명의무위반과 손해배상책임”, 『의료법학』 제3권 1호, 2002.
- 정광수, “의사의 설명의무위반과 책임범위에 관한 연구”, 『강원법학』 제11권, 1999.
- 조기영, “구성요건과 위법성의 구분-객관적 귀속이론의 관점에서-”, 『형사법연구』 제22권 3호, 2010.
- 최호진, “의사의 치료행위에 대한 형법적 의의”, 『단국대 법학논총』 제30권 2호, 2006.
- 하태훈, “의사의 치료행위”, 『고시계』 통권 제534호, 2001.
- 현두륜, “개정 의료법상 설명의무에 관한 비판적 고찰”, 『의료법학』 제18권 1호, 2017.
- 황만성, “유령수술행위의 형사책임-미용성형수술을 중심으로-”, 『의료법학』 제16권 2호, 2015.
- Deutsch, “Schutzbereich und Beweislast der ärztlichen Aufklärungspflicht”, NJW 1984, 1802.
- ders, “Schutzbereich und Tatbestand des unerlaubten Heileingriffs im Zivilrecht”, NJW 1965, 1985.
- Deutsch/Spickhof, Medizinrecht. Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinproduktrecht und Transfusionsrecht, 6. Aufl., 2008.
- Esser/Weyers, Schuldrecht Besonderer Teil II. Die gesetzlichen Schuldverhältnisse, 1984.
- Faden and Beauchamp, A History and Theory of Informed Consent, 1986.
- Greendwood, “Physician Conflicts of Interest in Court: Beyond the “Independent Physician” Litigation Heuristic”, 30 Ga.St.U.L.Rev. 759 (2014).
- Hall, Bobinski and Orentlicher, Health Care Law and Ethics, 8th ed., 2013.
- Katz, “Informed Consent – Must It Remain a Fairy Tale?”, 10 J.Contemp. Health L.&Pol’y 69 (1993).

- Katzenmeier, *Arzthaftung*, 2002.
- Larenz/Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II/2 Besonderer Teil*, 13. Aufl., 1994.
- Laufs, “Der Arzt im Recht – historische Perspektiven und Zukunftsfragen: eine Skizze”, *Festschrift für Lange*, 1992.
- ders, “Die ärztliche Aufklärungspflicht – Grund, Inhalt und Grenzen”, *RPG* 1997, 3.
- Mémeteu, *Cours de droit médical*, 4^e éd., 2010.
- Ohly, “Volenti non fit iniuria” *Die Einwilligung im Privatrecht*, 2002.
- Penneau, *Médecine: réparation des conséquences des risques sanitaires (Rép.dr.civ., 2013)*.
- President’s Commission for the Study of Ethical Problems in Medicine and Biomedical and Behavioral Research, *Making Health Care Decisions: A Report on the Ethical and Legal Implications of Informed Consent in the Patient-Practitioner Relationship*, 1982.
- Schuck, “Rethinking Informed Consent”, 103 *Yale L.J.* 899 (1994).
- Steffen, “Haftung des Arztes für Fehler bei der Risikoaufklärung-Zurechnungsbeschränkungen oder versari in re illicita?”, *Festschrift für Medicus*, 1999.
- Twerski and Cohen, “Informed Decision-Making and the Law of Torts: The Myth of Justiciable Causation”, 1988 *U.Ill.L.Rev.* 607.
- Ulsenheimer, *Arztstrafrecht in der Praxis*, 4. Aufl., 2007.
- Weisbard, “Informed Consent: The Law’s Uneasy Compromise with Ethical Theory”, 65 *Neb.L.Rev.* 749 (1986).
- Wiesner, *Die hypothetische Einwilligung im Medizinstrafrecht*, 2010.
- Wilson, “The Promise of Informed Consent”, Cohen et al (eds) *The Oxford Handbook of U.S. Health Law*, 2017.

[국문초록]

의사의 위험설명의무
-법적 기능, 요건 및 위반에 대한 제재-

이동진(서울대학교 법학전문대학원 교수)

판례는 의사의 위험설명의무 위반에 대하여 그것과 환자의 동의 사이의 인과관계가 불분명한 때에는 위자료를 지급할 의무를 지우고, 인과관계가 증명되는 경우에는 민사상 전손해배상, 형사상 업무상과실치사상의 책임을 묻는다. 그러나 어느 경우든 설명하지 아니한 위험이 실현될 것을 요구한다. 그 결과 대부분의 사안에서 위자료책임이 인정되었는데, 이는 위험설명의 대상이 되는 위험을 매우 넓게 인정하는 또 다른 판례와 결합하여 의료과오가 증명되지 아니할 때 우회적·간접적으로 일정 부분 배상을 확보하는 사실상의 기능을 갖는다. 그러나 의사의 설명의무가 의료문화로 정착해가면 갈수록 설명의무 위반이 줄어들고 그 결과 어쩌다 우연적으로 약간의 배상을 제공하는 외에는 오히려 설명대화를 위험의 형식적 나열로 변질시키는 부작용이 두드러지게 된다. 본래 설명의무는 환자의 자기결정을 돕기 위한 것이므로 발생한 악결과가 설명의무 위반에 귀속되는지 여부도 환자의 구체적 자기결정과정을 고려하여 가려야 한다. 즉, 환자가 특정 위험에 대하여 특별한 선호를 갖고 있는 경우에는 그 위험이 제대로 설명되었는지, 그리고 제대로 설명되지 아니한 바로 그 위험이 실현되었는지를 보아 그것이 인정되는 경우 전손해배상을 인정함이 옳고, 그 이외의 경우, 특히 환자가 전체적으로 자신이 감수하는 수준의 위험과 기대효과에 노출된 것인지에만 관심을 갖는 경우에는 개개의 위험의 설명 여부나 그 실현 여부를 문제 삼지 아니하는 것이 옳다. 뒤의 경우 세부사항을 설명하지 아니하였는데 그 위험이 실현되었다 하여 인과관계와 귀속관련을 고려하지 아니한 채 위자료 상당의 책임을 인정하는 것은 정당화되기 어렵다. 이러한 점은 형사법에서 피해자 승낙에 의한 위법성조각에도 타당하다. 이 경우 이른바 가정적 승낙은 위법성조각사유로서 동의의 요건 자체에 흡수되고 독자적인 항변이 되지 아니하는 것이다.

주제어 : 의사책임, 위험설명, 자기결정, 가정적 승낙, 인과관계

Physician's Duty to Inform Treatment Risk: Function, Requirements and Sanctions

Dongjin Lee

Professor, Seoul National University School of Law

=ABSTRACT=

Under the Korean case law, physicians are obliged to disclose or inform the risk associated with a specific treatment to their patients before they perform the treatment. If they fail to do this, they are liable to compensate pain and sufferings. If the patient can establish that he or she would not have consented at all to the treatment had he or she been informed, the physicians are liable to compensate all the loss incurred by the treatment. In this article, the author examines the legitimacy of this case law from the perspective of legal doctrine as well as its practical affect on the medical practice and the furtherance of self-determination of the patient. The fundamental findings are as follows: The case law that has physicians who failed to inform treatment risk compensate pain and sufferings for the infringement of the right of self-determination seems to be a disguised and reduced compensation of all the loss based on the possible malpractice, which cannot be justified in view of the general principles of tort liability. It is necessary to adhere to the requirements of causation and imputation between the failure to inform treatment risk and the specific patient's consent to the treatment. If this causation and imputation is established, all the loss should be compensated. Otherwise, there shall be no liability. The so-called hypothetical consent defence shall be regarded as a part of causation between the failure to inform and the consent. The suggested approach can preserve the essence of physician-patient relationship and fit for the very logic of informed consent better.

Keyword : Medical liability, Duty to inform treatment risk, Self-determination, Hypothetical consent, Causation
