

醫療紛爭 判例의 動向과 問題點

金 玟 中 *

—〈目 次〉—

I. 序 論	1. 醫療行爲에 요구되는 注意義務
II. 醫師와 患者의 關係, 醫療契約	2. 醫療行爲에 따른 특수한 注意義務
1. 의료의 기초는 醫師患者關係	V. 立證責任
2. 醫療契約	1. 因果關係의 主張·立證責任
3. 醫師의 裁量	2. 因果關係의 證明責任의 輕減
III. 醫療過誤	VI. 說明과 同意
1. 醫療過誤의 意義	1. 同意의 原則과 違法性의 阻却
2. 醫療過誤의 判斷基準	2. 自己決定的 說明
IV. 注意義務	VII. 結 論

I. 序 說

1) 의료법학은 민법, 형법, 공법(특히 행정법), 사회법과 밀접하게 관련되고, 또한 의료규칙이나 의료윤리와의 교류를 필요로 하는 법학분야라고 할 수 있다. 예를 들어 민법의 영역으로부터는 의사책임법, 의료계약, 치료행위, 설명과 동의, 주의의무가 문제가 되고, 역시 형법의 영역에서도 과실론, 동의·설명, 치료행위, 낙태, 안락사, 치료중단이 문제가 된다. 그리고 공법의 영역에서는 건강권, 의료자격·영업허가, 의료직업, 진료기록보호, 의료규제와 같은 문제가 있고, 사회법의 영역으로부터는

* 全北大學校 法科大學 教授

대표적으로 의료보장제도 및 의료보험이 문제된다. 또한 민법·형법¹⁾·공법·사회법과 같은 전문적 법분야의 주변에 각각의 법적 전문분야와 관련이 되는 사회의료, 직업윤리 혹은 의료윤리 및 심리학이나 법의학과 같은 문제가 있다.

2) 일단 「의료법학」을 의료를 고유한 법학의 대상으로 하는 법분야를 가리킨다고 보면 의료법학에서 전개되는 법적 과제는 아주 다양하다.²⁾ 주요한 과제로 분류될 수 있는 경우만을 예로 들어 보면 의료직업과 병원의 경영, 의사와 환자의 관계: 의료계약·입원계약, 의사와 의사의 관계, 설명·승낙·고지·자기결정, 의료과오책임, 기계·장비의 오작동이나 보조의료인의 과오에 대한 의사·병원의 책임, 약화사고,³⁾ 입증책임, 진료기록, 긴급의료: 안락사, 인공생식의료, 이식의료, 인간실험,⁴⁾ 낙태, 태어나지 못한 생명에 대한 보호, 잘못 태어난 아이에 대한 책임,⁵⁾ 생명공학·계놈분석과 유전자치료와 같은 [테마]가 있다. 그리고 지금까지 국내에서의 주된 논의를 살펴보면 형법적으로는 초기에 전개된 의료행위가 위법성조각사유로 되는 근거에 관한 논의를 비롯하여 형사책임을 위한 의료행위에서의 과실판단기준, 의사의 치료의무와 같은 문제에 대한 연구가 있고,⁶⁾ 최근의 의사법적 연구의 조류는 한편으로는 의료계약, 계약

-
- 1) 의료행위의 형사법적 문제에 관하여는 대표적으로 朴永奎, 醫療行爲에서의 生命과 身體의 保護에 관한 刑法的 研究, 박사학위논문(연세대학교 1990) 참조.
 - 2) 金天秀, 診療에 대한 說明의 相對方 - 助言으로서의 說明을 중심으로 -, 現代法學의 課題와 展望(김윤구교수 화갑기념논문집 1999), 211면은 의료행위에 관한 법률문제를 다루는 의료법학의 분야는 크게 關係論(의사와 환자 사이의 권리·의무), 責任論(환자에 대한 의사의 민사책임·형사책임), 訴訟論(인과관계의 입증), 特殊論(인체실험·인공수정·낙태·인간복제) 4부분으로 구분할 수 있다고 본다.
 - 3) 참고문헌으로 權龍雨, 藥禍事故의 責任, 법학논총(단국대학교) 제20집(1994.12), 101면.
 - 4) 金天秀, 人體實驗에 관한 法的 考察, 韓國民事法學의 現代的 展開(배경숙교수 화갑기념논문집 1991), 699면.
 - 5) 참고문헌으로 全炳南, '원치 않은 아이'(Unwanted Child)와 醫師의 損害賠償責任, 석사학위논문(고려대학교 특수법무대학원 1999); 최재천, 「원치 않은 아이」의 출생과 의사의 위자료책임, 법률신문 제2661호(1998.1), 14면. 그리고 관련판례로 대법원 1997.11.26. 선고 97다36842 판결 참조.
 - 6) 참고자료로 김명곤, 의료과오에 있어서 형사판례의 동향 - 의료마취사고의 법의학적 고찰을 중심으로 -, 검찰 96호, 236면; 추호경, 의료과오와 형사책임, 검찰 88호, 264면;

상의 의무위반 혹은 불법행위로서의 의사책임, 설명의무위반, 기술과오를 중심으로 한 책임법적 논의와 다른 한편으로는 특히 미국법의 영향을 받아 논의되고 있는 환자의 자기결정권과 인폼드 콘센트(informed consent)에 관한 법적(특히 헌법적) 위치가 보장되고 있고,⁷⁾ 특히 학문적으로도 논의가 활발하다.

3) 본 논문에서는 의료관계에 관하여 제기될 수 있는 많은 법률문제 중에서 국내에서 주로 제기되는 의료분쟁에 관한 법률문제를 의료계약, 의료과오, 주의의무, 입증책임, 설명의무를 중심으로 살펴보고, 각각의 법률문제에 관한 그 동안의 판례를 분석하여 그 문제점을 살펴보고자 한다.⁸⁾

II. 醫師와 患者의 關係, 醫療契約

1. 의료의 기초는 醫師患者關係

의료의 기본은 환자와 의사의 개별적인 관계라고 할 수 있다. 의료는 의사만으로 행할 수는 없는 행위이고, 의사와 환자와의 사이에서 행해지는 행위라고 생각할 때 의료를 위한 최초의 단위로서의 의사와 환자의 관계를 어떻게 합리적으로 확립하는가가 의료법학이론의 출발점이자 도달점이라고 볼 수 있다. 물론 의사환자관계는 시대나 사회에 따라서 다르고, 그 평가도 또한 의사에 대한 환자의 일방적 종속을 기본으로 생각한 입장에서부터 진료에서의 환자의 주체성을 승인하는 견해에 이르기까지 다양하다. 최근 학설이나 판례를 통하여 분명하게 [患者의 自己決定權]이라고 하는 권리가 승인되고 있는 사실을 생각하면 신체의 불

7) 참고문헌은 대표적으로 金天秀, 英美法上 Informed Consent法理에 관한 序論的 考察, 법정논총(대구대학교) 제4집(1990.2), 53면.

8) 같은 취지의 논의로 秋昊卿, 最近 醫療過誤裁判의 傾向 및 問題點, 인권과 정의(대한변호사협회) 제18권 제2호(1994.10), 55면; 石熙泰, 醫療過失 判斷基準에 관한 學說·判例의 動向, 韓國民法理論의 發展(이영준박사 화갑기념논문집 1999), 1109면; 梁彰洙, 最近 重要民事判例動向(III) - 醫療過誤 -, 수록: 民法研究 제4권(1996) 425면 참조.

가침성·의사결정자유에 기한 환자의 주체성에 대한 평가를 중시하는 경향이 있다. 그러므로 환자의 권리의 승인에 수반하는 환자의 의사존중의 경향이 최근 의사환자관계의 변화를 단적으로 나타내고 있다고 볼 수 있다. 특히 환자의 자기결정을 보장하는 경향과 함께 이미 의사환자관계는 단순한 사실관계가 아니고, 권리의무에 기초한 관계로 보는 현상이 양자의 관계의 다양한 측면에서 나타나고 있다.

2. 醫療契約

1) 醫療契約의 法的 性質

의료계약의 법적 성질에 관하여는 (준)위임계약설, 도급계약설, 고용계약설, 무명계약설과 같은 여러 가지 논의가 있다.⁹⁾ 의료계약을 고용계약으로 이해하는 견해는 거의 없다고 여겨지고, 무명계약설도 대부분 그 내용은 의료계약을 위임에 「가깝다」 혹은 「유사하다」고 보거나 위임과 도급의 절충으로 이해한다. 현재 국내에서는 의료계약을 (준)위임계약으로 이해하는 입장이 다수설 혹은 통설이라고 보며, 보통 도급계약과 대비하여 「의료계약은 질병의 완전한 치유(Heilerfolg) 혹은 일정한 결과의 발생을 계약내용으로 하지 않고, 의사가 선관주의를 다하여 치료행위를 한 경우에는 비록 치유가 되지 않거나 결과가 발생하지 않더라도 계약상의 채무에 대한 이행으로 인정된다」고 설명된다.

의료계약을 위임계약으로 볼 때에는 특약이 없는 한 의사는 「선량한 관리자의 주의」를 가지고 의료행위를 하여야 하고, 또한 선관주의에 따른 의료행위만 하면 충분하다. 판례를 보면 의사는 「최선의 처치를 행하여야 할 주의의무」가 있다고 하거나¹⁰⁾ 의사가 환자에게 부담하는 진료채무의 법적 성질을 결과채무가 아니라 수단채무라고 한다. 다만 의료계약을 위임계약으로 보는 경우에도 발치·보철·의치제작과 같은 치의

9) 자세한 논의는 石熙泰, 醫師와 患者間 基礎的 法律關係의 分析, 판례월보 제179호 (1985.8), 8면이하 참조.

10) 대법원 1994.4.26.선고, 93 다 59304 판결.

료행위, 미용성형의료, 수술(예컨대 맹장제거, 불임, 임신중절)은 일정한 결과의 발생을 목적으로 하는 도급계약으로 이해하며, 특히 도급의 특질인 「결과」, 즉 일의 완성을 의료행위에서는 「治癒 혹은 成功」이 아니라, 「어떤 의료행위의 완료 혹은 실시 자체」로 보아야 하여 의료계약으로 도급계약으로 파악하여야 한다고 보는 견해도 있다.

[판례] 의사가 환자에게 부담하는 진료채무의 법적 성질(대법원 1988.12.13.선고 85다카1491 판결)

의사가 환자에게 부담하는 진료채무는 질병의 치유와 같은 결과를 반드시 달성해야 할 수단채무가 아니라 환자의 치유를 위하여 선량한 관리자의 주의의무를 가지고 현재의 의학수준에 비추어 필요하고 적절한 진료조치를 다해야 할 채무, 이른바 수단채무라고 보아야 하므로 진료의 결과를 가지고 바로 진료채무불이행 사실을 추정할 수는 없으며 이러한 이치는 진료를 위한 검사행위에 있어서도 마찬가지다.

2) 內 容

(1) 醫師의 義務

a) 의료계약이 성립하면 주된 의무로서 진료의무가 발생한다. 의사가 진료를 개시하여야 하는 「진료의 시기」는 (i) 확정기한을 정한 경우에는 그 기한의 도래시, (ii) 불확정기한을 정한 경우에는 의사가 그 기한의 도래를 안 때, (iii) 진료시기를 정하지 않은 경우에는 환자가 진료를 요구하는 때가 된다. 다만 의료계약에서는 의료의 특질이나 의료법상의 진료의무와 같은 사정에 의하여 진료시기와 관계 없이 환자의 병상에 의하여 수시 혹은 필요에 따라서 진료를 하여야 하는 경우도 있다. 「진료의 범위」는 의료계약의 체결 당초에는 보통 개괄적이라고 할 수 있으나, 진찰의 결과로 예컨대 특정의 수술이 필요하다고 판명되면 그 수술에 대한 환자의 승낙을 얻은 경우에 진료의 범위가 한정되며, 특약·승낙·긴급과 같은 특단의 사정이 없는 한 그 범위를 초과하는 수술을 행하면 채무불이행 혹은 불법행위가 된다. 다만 채무불이행이나 불법행위를 판단할 때에는 유동성을 지니고 있는 의료의 특질상 그 범위는 항상 변화의 가능성이 있다고 하는 사실을 고려하여야 한다. 「의료의 기준」은

‘학문으로서의 의학수준’이 아니고, ‘실천으로서의 의료수준’, 즉 의료 당시의 소위 임상의학에서 실천되고 있는 의료수준이다. 그러므로 실천으로서의 의료수준에 미달하는 의료는 허용되지 않고, 그 수준에 달하지 않는 의료시설 혹은 의사는 그 수준을 가지고 있는 의료시설이나 의사에게 환자를 보낸 의무, 즉 전원·전문의무를 부담한다.

b) 의료계약의 부수적 의무로서 의사는 환자에게 의료행위에 따른 정보를 제공할 의무, 즉 설명의무가 있다. 설명의무는 어떤 구체적 치료에 대한 환자의 승낙을 얻기 위한 설명의무, 즉 환자의 승낙의 유효요건으로서의 설명의무와 요양방법에 대한 지도의무나 전의권고의무를 포함하여 환자에게 닥칠 어떤 악결과의 방지·회피를 위한 설명의무, 즉 결과 회피의무로서의 설명의무가 있다.

c) 의료계약이 성립하면 의사는 민법, 의료관계법, 형법과 같은 법률이 요구하는 여러 의무를 부담한다. 여권대 의사의 적출물적정처리 의무, 진단서와 같은 각종 증명문서의 교부의무, 비밀누설금지의무, 기록열람 대응의무, 진료기록부보존의무를 들 수 있다. 또한 의사는 특수의료계약 혹은 특약에 의한 의무를 부담하기도 한다.

(2) 患者의 義務

a) 의료계약을 (준)위임으로 이해하는 한 특약이 없으면 의료계약은 무상이 원칙이다. 그러나 의료계약에 관하여는 일반적으로 유상으로 이해되며, 그 근거는 사실인 관습(민법 제106조)에서 구할 수 있다. 그러므로 의료계약이 체결되면 환자는 의사에 대하여 진료보수지급의무를 부담한다.

[판례] 의료사고와 수술비·치료비의 지급청구(대법원 1993.7.27. 선고, 92다 15031 판결)¹¹⁾

의사가 환자에게 부담하는 진료채무는 질병의 치료와 같은 결과를 반드시 달성해야 할 결과채무가 아니라, 환자의 치유를 위하여 선량한 관리자의 주의의

11) 판례평석은 裴炳日, 醫療契約上の 診療債務와 診療費債務와의 關係, 사법행정 제398호 (1994.2), 44면 참조.

무를 가지고 현재의 의학수준에 비추어 필요하고 적절한 진료조치를 다해야 할 채무, 즉 수단채무라고 보아야 할 것이므로, 위와 같은 주의의무를 다하였는데도 그 진료 결과 질병이 치료되지 아니하였다면 치료비를 청구할 수 있으나, 의사가 위와 같은 선량한 관리자의 주의의무를 다하지 아니한 탓으로 오히려 환자의 신체기능이 회복불가능하게 손상되었고, 또 위 손상 이후에는 그 후유증세의 치유 또는 더 이상의 악화를 방지하는 정도의 치료만이 계속되어 온 것뿐이라면 의사의 치료행위는 진료채무의 본지에 따른 것이 되지 못하거나 손해전보의 일환으로 행하여진 것에 불과하여 병원측으로서는 환자에 대하여 그 수술비 내지 치료비의 지급을 청구할 수 없다.

b) 환자의 협력이 없으면 보통 의료가 성립할 수 없다. 그러므로 환자는 의사의 치료행위에 협력할 의무를 부담한다. 예를 들어 환자가 진료 시기에 수진을 받지 않는 때에는 환자의 수령(채권자)지체가 된다. 환자의 수령지체의 효과로서는 일반적으로 채무자(의사)의 불이행책임의 면제나 주의의무의 경감은 인정될 수 있으나, 채권자(환자)의 손해배상책임이나 채무자(의사)의 계약해제권은 채권자의 수령의무를 인정할 수 없다는 견해에서는 부정된다. 의료의 특질상 환자의 수령의무가 소위 진료협력의무로서 인정된다고 보며, 다만 의료에서는 환자가 병상에 의하여 수진을 받을 수 없는 경우도 있고, 더욱이 그 병상의 진료가 의료계약의 목적이 되는 경우도 많다는 사정을 고려할 때 의료계약에서의 수령지체 여부는 신중히 결정하여야 할 필요가 있다.

c) 환자의 계약상의 의무로 - 위임에 비추어 - 비용선급의무(민법 제 687조), 비용 등 상환청구권(민법 제688조 제1항·제2항)이 있고, 손해배상의무(민법 제688조 제3항)가 있다. 의사가 예를 들어 전염병환자를 진료할 때에 상당한 주의를 다했음에도 불구하고 환자로부터 감염된 경우에는 민법 제688조 제3항에 의하여 환자에 대하여 손해배상을 청구할 수 있다. 다만 위임에 따른 손해배상의무는 위임인(환자)의 무과실책임이라고 해석되며, 물론 환자에게 과실이 있으면 불법행위 혹은 채무불이행의 문제로 처리될 수 있다.

3. 醫師의 裁量

1) 환자의 병상에 대한 진단이나 치료는 각각의 경우에 따라서 다양한 방법이 고려될 수 있다. 의사는 환자에 대한 다양하고 유동적인 의료 행위 중 어느 정도는 재량에 의하여 의료행위를 선택할 수 있다. 의사의 재량은 치료나 검사방법의 선택에 대하여뿐만 아니라, 진료의 개시에 선행하는 진단 혹은 의사에 의하여 선택·결정된 치료법의 시행의 한도나 시기에 관하여도 인정된다.

[판례] 치료조치의 선택과 의사의 재량의 범위(대법원 1984.6.12. 선고 83도3199 판결)

의료과오소송에 있어서의 의사의 과실은 결과발생을 예견할 수 있었음에도 불구하고 그 결과발생을 예견하지 못하였고, 그 결과발생을 회피할 수 있었음에도 그 결과발생을 회피하지 못한 과실이 검토되어야 할 것이고, 특히 의사의 질병진단의 결과에 과실이 없다고 인정되는 이상 그 요법으로서 어떠한 조치를 취하여야 할 것인가는 의사 스스로 환자의 상황 기타 이에 터잡은 자기의 전문적 지식경험에 따라 결정하여야 할 것이고, 생각할 수 있는 몇 가지의 조치가 의사로서 취할 조치로서 합리적인 것인 한 그 어떤 것을 선택할 것이냐는 당해 의사의 재량의 범위내에 속하고 반드시 그 중 어느 하나만이 정당하고 이와 다른 조치를 취한 것은 모두 과실이 있는 것이라고 할 수는 없다.

[판례] 의사로서 선택할 수 있는 재량에 속하는 행위(대법원 1987.9.8. 선고 86다카2095 판결)

생후 2년 9개월된 어린아이가 교통사고를 당하여 반흔수상태가 된 채 제주시 소재 병원에 입원하여 수혈과 지혈제 및 영양제의 주사 등의 치료를 받고 있었는데 그 당시 위 병원과 그 지역에서는 장기출혈의 정도를 확인할 수 있는 방법으로는 개복수술밖에 없었고, 환자의 경과가 수술을 할 수도 있고 관망할 수도 있는 상태에서 의사가 수술을 하지 않고 관망하던 중 환자가 그 이튿날 간손상에 의한 복강내출혈로 인한 쇼크로 사망하게 되었다면, 사후에 혹시 수술을 하였다면 살릴 수 있었을지 모르겠다는 판단이 일어났다고 하더라도 그때의 처치는 의사로서 선택할 수 있는 재량에 속하는 행위, 혹은 보통 의사로서 피하기 어려운 오류의 범위에 속하는 것이고, 손해배상책임을 져야할 과실행위라고는 할 수 없다.

2) 다만 의사의 재량범위는 당시의 의료수준에 의하여 한계가 설정되며, 당해치료(진단)방법의 보급과 확립도 혹은 다른 복수의 치료법(진단

방법)의 유무, 의사의 지식과 경험을 참작하여 의사의 재량범위는 확정된다. 예를 들어 치료법의 선택에 대하여 살펴보면 치료법 그 자체의 정착도 혹은 의료수준에 비추어 볼 때 일반적으로 시인되거나 관용의 상황에 있는 치료법의 존재와 그 치료법에 의한 치료효과와 위험성을 종합적으로 고려하여 전체적으로 치료의 효용·효율이 적극적으로 긍정되거나 그 치료효과의 달성이 구체적 상황 아래 상당한 정도로 개연성을 가지는 치료법의 선택은 정당하다고 본다.

[판례] 진료방법이나 약제의 선택 및 사후의 처법과정에 대한 의사의 재량(대법원 1986.10.28. 선고 84다카1881 판결)

한밤중인 01:10경에 수련의로서 우선 홀로 당직근무를 하다가 극심한 호흡곤란을 호소하는 환자를 진료함에 있어서 그가 가지고 있는 의학지식에 의하여 그 치료방법으로 우선 호흡곤란을 완화시키기 위한 대증요법을 쓰기로 하고 그 대증요법에 일반적으로 쓰이는 주사약제를 선택한 다음 간호원에게 지시하여 적절한 방법에 따라 주사하였다면 그 진료방법이나 약제의 선택 및 사후의 처법과정에서 명백히 합리성을 결한 것이 아닌 한 그것은 의사의 재량에 속한다 할 것이므로 그 치료중에 환자가 사망하였다 하여 의사에게 막바로 의료과오상의 책임을 물을 수는 없다.

Ⅲ. 醫療過誤

1. 醫療過誤의 意義

의료사고를 모두 의료과오라고 볼 수는 없다. 예를 들어 의료행위에 따른 위험을 그 의료행위를 할 당시 실현가능한 의학기술로 완전히 지배할 수 없다고 하면 의료사고가 생긴다고 하더라도 아직 의료과오는 아니다. [의료과오]라는 표현이 무엇을 의미하는가는 반드시 분명하지는 않다. 넓은 의미에서는 의료과오를 不治療를 비롯하여 이상적 치료, 과도한 치료, 의료행위에 따른 부수적 과오, 정보부제공, 조직결함을 포함한 의학상 부적절하게 환자에게 손해를 일으킨 일체의 행위를 의미한다고 볼 수 있지만, 보통 [의학상 일반적으로 인정된 원칙](die allgemein anerkannten Regeln der aertlichen Wissenschaft)의 위반을 의료과오라고 본

다. 결국 일반적 정의에 따르면 일반적으로 인정된 의학상의 원칙이 존재하지 않으면 원칙위반으로서의 의료과오도 생각할 수 없다.

2. 醫療過誤의 判斷基準

1) 注意義務의 基準

(1) 의사책임은 원칙적으로 과실책임이다. 그러므로 의사책임은 의사가 의료행위에 필요한 주의의무를 과실에 의하여 위반한 결과로 의료사고가 발생한 경우에 한하여 인정된다. 의료행위에 필요한 의사의 주의의무는 어떤 기준에 의하여 결정되는가? 사실 수 많은 환자에 대한 천차만별의 의료행위에서 의사에게 요구되는 주의의무를 어느 한 기준에 의하여 획일적으로 결정하기는 불가능하다. 그러므로 의료행위를 위하여 의사에게 요구되는 주의의무는 추상적 절대적으로 결정되기보다는 구체적 상황에 즉응하여 인적 물적 두 가지 기준에 의하여 결정된다.

(2) 환자에 대한 의료행위를 하는 의사는 [통상의 일반적 의사 또는 표준적 평균적인 의사가 갖추고 있어야 할 그 당시의 의학지식과 의료기술에 따른 주의의무를 부담한다. 의사책임은 보통의 의사가 의료행위의 당시 의학상 일반적으로 인정된 지식과 기술에 의하여 결과발생을 예견할 수 있음에도 불구하고 그 결과발생을 예견하지 못하고, 그 결과발생을 회피할 수 있음에도 불구하고 그 결과발생을 회피하지 못한 과실이 있는 경우에 발생한다.

[판례] 의사의 환자에 대한 진료상 주의의무의 내용(대법원 1998.2.27. 선고 97다38442 판결)

의사가 진찰·치료 등의 의료행위를 함에 있어서는 사람의 생명·신체·건강을 관리하는 업무의 성질에 비추어 환자의 구체적인 증상이나 상황에 따라 위험을 방지하기 위하여 요구되는 최선의 조치를 행하여야 할 주의의무가 있고, 의사의 이와 같은 주의의무는 의료행위를 할 당시 의료기관 등 임상의학 분야에서 실천되고 있는 의료행위의 수준을 기준으로 판단하여야 하며, 특히 진단은 문진·시진·촉진·청진 및 각종 임상검사 등의 결과에 터잡아 질병 여부를 감별하고 그 종류, 성질 및 진행 전도 등을 밝혀내는 임상의학의 출발점으로서

이에 따라 치료법이 선택되는 중요한 의료행위이므로 진단상의 과실 유무를 판단함에 있어서는 그 과정에 있어서 비록 완전무결한 임상진단의 실시는 불가능하다고 할지라도 적어도 임상의학 분야에서 실천되고 있는 진단수준의 범위내에서 그 의사가 전문직업인으로서 요구되는 의료상의 윤리와 의학지식 및 경험에 터잡아 신중히 환자를 진찰하고 정확히 진단함으로써 위험한 결과발생을 예견하고 그 결과발생을 회피하는 데에 필요한 최선의 주의의무를 다하였는지 여부를 따져 보아야 하고, 아울러 의사에게는 만일 당해 의료기관의 설비 및 지리적 요인 기타 여러 가지 사정으로 인하여 진단에 필요한 검사를 실시할 수 없는 경우에는 특단의 사정이 없는 한 당해 환자로 하여금 그 검사를 받을 수 있도록 해당 의료기관에 전원을 권고할 의무가 있다.

(3) 의료사고에 기한 손해배상청구소송에서는 - 불법행위책임에 기한 경우이든 계약(채무불이행)책임에 기한 경우이든 - 원고 혹은 피고가 과실의 존부를 입증·주장하여야 한다. 그리고 의료과오소송에서 손해배상책임의 전제로 요구되는 과실은 추상적 과실을 가리킨다고 본다. 추상적 과실이란 일반적으로 정의하면 일반인(혹은 평균인·중간인·합리인·이성인·중간인)에게 요구되는 주의의무를 해태한 경우를 가리키며, [선량한 관리자의 주의의무]를 위반하면 추상적 과실이 된다. 다만 추상적 과실에서는 판단의 기초가 되는 표준인이 상정되어 있지만, 그 표준인은 순수한 일반적 평균인을 가리키지는 않고, 예컨대 특정한 직업·지위·입장에 있는 일반적 표준인과 같이 어떤 행위자가 사회적 존재자로서 갖는 특성에 차이를 두고 파악된다.

(4) [특정직업에서 일반적 표준인]이란 어느 정도 세분화·유형화할 수 있고, 예를 들어 의료적 과실 여부를 판단하기 위하여 의료행위에서 의사에게 요구되는 주의의무는 [양식을 갖춘 통상의 의사가 다하여야 할 주의]를 기준으로 결정된다고 본다. 다만 [양식을 갖춘 통상의 의사가 다하여야 할 주의]가 모든 의사에게 항상 동일하게 요구된다고 볼 수는 없고, - 추상적 과실을 결정하는 기준인 [선량한 관리자]라고 하는 관념 자체가 이미 그 직업이나 환경을 전제로 하는 이상 - 의료행위에서 의사가 지켜야 할 주의의무도 그 구체적인 의사의 전문 혹은 의료행위가 일

어나는 지역이나 시설에 따라서 차이가 있을 수 있다. 가령 도시의 의사에게는 허용되지 않는 행위가 전문외의 의사나 벽지에 근무하는 의사에게는 허용되는 경우도 있을 수 있다.

2) 醫師의 注意義務의 範圍

의사의 주의의무는 통상의 일반적인 의사, 즉 전문적 직업의료인으로 보통의 의사, 평균적 표준적인 의사가 의료행위를 하는 경우에 기울이는 정도의 주의를 기준으로 결정된다. 보통의사 또는 평균적 표준적인 의사란 동일한 처지 혹은 상황에 있는 의사 가운데 [통상적으로 주의깊고 신중하며 숙련된 의사를 의미한다.

의료행위에 필요한 의사의 주의의무를 결정하는 기준으로 작용하는 표준적인 의사는 어떤 추상적 절대적인 기준에 의하여 미리 결정되지 아니한다. 당해 의사가 의료행위를 하는 환경, 예를 들면 지역이나 시설 혹은 의료관행, 전문성 등 구체적 사정을 고려하여 의사의 주의의무가 결정된다.

(1) 醫療水準

a) 일반평균적인 의사의 주의의무의 범위는 다시 [그 당시의 의학지식 및 의료기술]에 의하여 그 한계가 결정된다.¹²⁾ 오늘날 의학은 일진월보하고 있다. 날로 새로운 의학지식이 보급되고 의료기술이 개발되고 있다. 그러나 의사에게 항상 최첨단의 의학지식과 의료기술을 갖추도록 요구할 수는 없다.

[판례] 의사의 주의의무의 기준이 되는 의료행위의 의미(대법원 1998.7.24. 선고 98다12270 판결)

의사가 진찰·치료 등의 의료행위를 함에 있어서는 사람의 생명·신체·건강을 관리하는 업무의 성질에 비추어 환자의 구체적인 증상이나 상황에 따라 위험을 방지하기 위하여 요구되는 최선의 조치를 취하여야 할 주의의무가 있고, 의사의 이와 같은 주의의무는 의료행위를 할 당시 의료기관 등 임상의학분야에서 실천되고 있는 의료행위의 수준을 기준으로 삼되, 그 의료수준은 통상의 의사에게 의료행위 당시 일반적으로 알려져 있고 또 시인되고 있는 이른바 의학

12) 權五乘, 醫療過誤와 醫師의 注意義務, 民事判例研究 IV(민사판례연구회 1982), 99면.

상식을 뜻하므로 진료환경 및 조건, 의료행위의 특수성 등을 고려하여 규범적인 수준으로 파악되어야 한다.

b) 특히 새로운 진료방법이 개발되는 경우에 이 진료방법이 유효한 방법으로 많은 의사가 인정하고, 널리 활용될 때까지는 시간의 경과가 필요하다. 또한 의사의 의학지식과 같은 정신적 측면뿐만 아니라, 필요한 의료시설이나 의료기기의 개발과 같은 물적 측면에 의한 지원이 성취될 때까지는 더 많은 시간의 경과가 요구된다.

c) 새로운 진료방법이 소개되는 경우에 초기의 단계는 실험적 단계라고 한다. 실험적 단계란 학회에 이 진료방법이 소개되고, 학회지에 게재되는 단계를 사상할 수 있다. 실험적 단계를 거쳐서 새로운 진료방법은 의학수준이 된다. 의학수준의 단계에서는 새로운 진료방법은 다만 [연구수준] 혹은 [학문적 수준]에 불과하다. 의학수준은 실험적 단계를 통하여 진료의 수준이 주관적인 상태에서부터 객관적인 상태로 이행된 단계를 의미한다. 의학수준의 단계는 전문적인 연구자 사이에서 이 진료방법에 대한 공통의 인식을 갖는 단계라고 할 수 있다.

d) 의학수준은 의료수준과 구별된다. 의학수준은 의사의 의료과오를 결정하는 주의의무의 기준으로 적용할 수 없다. 의학수준은 의학의 최고수준을 가리킨다. 의학수준에 따른 의료행위는 특수한 대학부속병원이나 의료법인에서나 가능하며, 전국 모든 병원이나 의사에게 기대하기는 곤란하다. 그러므로 의사의 주의의무를 판단하는 기준으로 의학지식과 의료기술은 의학수준을 의미하지 아니하고 의료수준을 의미한다. 의료수준은 연구수준에 있는 특수한 진료방법이 임상의학의 지식의 습득, 시설의 기능강화에 의하여 보편화되고, 이 진료방법의 유효성 합병증 부작용 등이 명확하게 된 단계를 의미한다. 의사의 과실의 유무를 판단하기 위한 전제인 법적 의무의 내용은 의료수준에 의하여 결정된다.¹³⁾의

13) 자세한 논의는 石熙泰, 醫療過失 判斷基準에 관한 學說·判例의 動向, 한국민법이론의 발전(이영준박사 화갑기념논문집 1999), 1115-1116면 참조.

료수준이 의사의 주의의무의 내용인 결과예견의무와 결과회피의무를 판단하는 기준으로 작용한다. 다만 의사는 과거에 의과대학이나 인턴 레지던트 등 교육과정과 수련의과정에서 배운 의학지식이나 의료기술에 만족하여서는 안된다. 의사는 환자에게 최선의 의료서비스를 제공하기 위하여 끊임없이 발전하는 새로운 의학지식과 의료기술을 전문서 의학잡지 학회지 등 문헌이나 임상보고례, 의료관계에 관한 법령, 각종의 보고서와 같은 자료를 통하여 수득하여 의료행위를 하여야 할 의무를 부담한다.

e) 의사가 모든 다른 의사에게 이미 보편화된 새로운 의학지식이나 의료기술에 대한 무지로 그 당시의 일반적인 의료수준 이하의 의료행위를 하면 의료과오가 된다. 의사는 자신의 무지에 의하여 환자에게 발생한 손해를 배상하여야 할 책임을 부담한다. 또한 의사가 연구에 태만한 결과로 진보하는 의료수준을 따라가지 못한 경우도 그 지식부족으로 야기한 의료과오는 주의의무의 위반이 된다.

(2) 醫療環境

가령 벽지의 보건소에서 근무하는 비전문의는 자신과 같은 처지의 다른 의사가 일반적으로 환자를 위하여 가진 정도의 주의에 의하여 의료행위를 할 의무만을 부담한다.¹⁴⁾ 만일 보건소의 의사가 전문의 혹은 필요한 의료시설을 갖춘 종합병원에 근무하는 의사에게 요구할 수 있는 주의의무를 위반한 경우는 주의의무의 위반으로 볼 수 없다.¹⁵⁾ 고도의 의료설비가 없어서 적절한 진단을 내릴 수 없거나 최신의 수술기구가 없어 수술에 성공하지 못한 경우에는 그 사실만으로 의사에게 과실이

14) 판례도 의료사고에 있어서 의료종사원의 과실은 사고 당시의 일반적인 의학의 수준과 진료환경 및 조건, 의료행위의 특수성 등이 고려되어야 한다고 본다(대법원 1987.1.20. 선고 85다카1469 판결).

15) 金先錫, 醫療過誤에 있어서 因果關係와 過失, 裁判資料(법원행정처) 제27집, 100면은 무의촌이 산재하고 있고, 특히 지방에는 전문의가 고루 분포되어 있지 않는 사정을 생각할 때 전문외의 환자를 치료하지 않으면 안되는 경우에 지역차가 의료상의 과실을 판단에 고려되어야 한다고 설명하고 있다. 역시 權五乘, 醫療過誤와 醫師의 注意義務, 민사판례연구 IV(민사판례연구회 1982), 104면 참조.

있다고 인정할 수 없다. 다만 벽지의 보건소에 근무하는 의사라고 할지라도 의사로서 일반적으로 갖추어야 할 약품이나 의료기기를 갖추지 않은 경우에는 의료과실로 인정될 수 있다.

IV. 注意義務

1. 醫療行爲에 요구되는 注意義務

의료행위에 요구되는 주의의무의 위반이 있으면 법률상의 책임으로 소위 [의료과오책임]이 발생한다. 의료행위상의 주의의무란 의료행위에 따른 유해한 결과가 발생하지 않도록 의식을 집중시킬 최선의 의무를 의미한다.¹⁶⁾

의료행위를 할 때 법률상 의사에게 주어지는 주의의무는 결과에 대한 예견의무와 회피의무를 그 주축으로 한다. 다시 표현하면 주의의무는 우선 의사로서 의식을 긴장시키는 경우에 유해한 결과가 발생하는지를 알 수 있는 예견가능한 범위에서 부과되는 결과예견의무와 예견가능한 결과의 발생을 회피하여야 하는 결과회피의무를 가리킨다.¹⁷⁾

1) 豫見義務

누구나 사회생활상 예견가능한 위험에 대한 예견의무를 부담한다. 보통 예견가능성은 일반인(통상인)이라면 행위시 예측할 수 있는 결과발생의 가능성을 의미한다고 본다. 그러므로 결과예견의무를 부담하는 일반인이란 사회일반의 통상인을 지칭하지 아니하고, 행위의 성질이나 행

16) 참조: 權五乘, 醫師의 注意義務, 민사법학(한국민사법학회) 제8호(1990), 344면.

17) 의료행위에 따른 주의의무에 대한 자세한 내용으로는 김승대, 의료행위관계자의 주의의무와 책임, 검찰 제91호(1985), 217면; 차정일, 의료행위에 있어서의 주의의무, 검찰 제62호(1976), 109면; 權五乘, 醫療過誤와 醫師의 注意義務, 民事判例研究 제4호(1982), 93면; 權五乘, 醫師의 注意義務, 司法行政 제277호, 39면; 權五乘, 醫師의 注意義務, 民事法學 제8호, 344면; 石熙泰, 醫藥品에 관한 製造者와 醫療人의 注意義務, 民法學의 回顧와 展望(民法典施行三十周年紀念論文集), 689면; 石熙泰, 스트렙토마이신注射時의 注意義務判斷基準, 법률신문 제1947호(1990.6.28), 11면 참조. 그리고 결과예견의무와 결과회피의무에 관한 판례로는 대법원 1987.1.20. 선고 86다카1469 판결 참고.

위자의 지위 직업을 고려한 평상인 평균인 합리인을 의미한다.

역시 의사도 의료행위에 필요한 결과예견의무를 부담한다. 의사가 확립된 의학상의 지식으로부터 일반적으로 위험을 예견할 수 있는 가능성이 의료행위의 예견가능성이다. 의료행위에서 주의의무의 판단기준이 되는 일반인은 [통상일반의 의사]가 된다. 그리고 통상일반의 의사가 지녀야 할 능력으로는 [그 당시의 일반의학적 지식]이 요구된다. 그러므로 의료행위를 할 때 의사에게 요구되는 주의의무로서 결과예견의무는 [통상의 의사 혹은 평균적인 의사가 가져야 할 의료행위 당시의 의학상 지식과 기술에 기한 주의]를 기준으로 판단된다고 본다.¹⁸⁾

[판례] 의사의 주의의무로서의 예견의무((대법원 1971.8.31. 선고 71도1254 판결)

낙태수술을 하고 태아를 낙태시킨 순간부터 심한 하출혈을 하는 것을 보고 자궁수축제와 지혈제를 주사하고 압박담뽕을 하였으나 아무런 효험이 없이 여전이 출혈이 계속되었을 경우, 이 출혈상태로 보아 이완성자궁으로 인한 출혈이라는 것을 예견하였거나 예견할 수 있었을 것이므로 의사로서는 출혈의 근원을 제거하기 위하여 환자로 하여금 자궁절개수술을 받도록 조치를 취하여 그 출혈로 인한 사망을 예방하여야 할 주의의무가 있다.

[판례] 의료사고에서 의료종사원의 과실의 의미(대법원 1987.1.20. 선고 86다카 1469 판결)¹⁹⁾

의료사고에 있어서 의료종사원의 과실은 일반적 보통인을 표준으로 하여 요구되는 주의의무를 결한 것으로서 여기에서 일반적 보통인이라 함은 추상적인 일반인이 아니라, 그와 같은 업무와 직무에 종사하는 사람을 뜻하는 것이므로, 결국 이와 같은 사람이라면 보통 누구나 할 수 있는 주의의 정도를 표준으로 하여 과실 유무를 논하여야 하며 이에는 사고 당시의 일반적인 의학의 수준과 진료환경 및 조건, 의료행위의 특수성 등이 고려되어야 한다.

의료행위상 의료과오가 발생하는 주된 원인으로 의사의 무지를 들 수 있다. 의사가 일반적 의학지식에 대하여 무지하거나 연구를 태만한 결과로 진보하는 의료수준에 미달한 경우는 그 지식부족으로 예견하지 못

18) 同旨: 權五乘, 醫療過誤와 醫師의 注意義務, 民事判例研究 제4호, 97면.

19) 판례해설은 石熙泰, 스트렙토마이신 注射時의 注意義務 判斷基準, 법률신문 제1947호 (1990.6), 11면 참조.

하여 야기된 의료사고도 결과예견의무의 위반이 된다.

의사가 새로운 의학지식이나 의료기술을 취득하여야 하는 범위는 어느 정도인가? 의사가 이미 확립된 의료수준에 도달하여야 할 의무를 부담한다는 사실에는 의문이 없다. 그러나 의사의 결과예견의무를 실험의학의 최첨단의 지식 기술을 기준으로 판단할 수는 없다. 가령 의사의 결과예견의무를 판단하는 당시의 의료수준은 [여러 종류의 의학서 또는 의학잡지에 게재된 의학지식이나 의료기술]을 기준으로 결정된다. 그러므로 의사는 의학서 국내외의 의학잡지 학회지 등 문헌, 임상례, 의료관계에 대한 법규 각종의 보고서 등 자료를 통하여 새로운 의학지식과 의료기술을 취득하여야 할 의무를 진다.

[판례] 의사의 주의의무의 기준: 의료행위 당시 의료기관 등 임상의학분야에서, 실천되고 있는 의료행위의 수준(대법원 1994.4.26. 선고 93다59304 선고)

의사가 진찰·치료 등의 의료행위를 함에 있어서는 사람의 생명·신체·건강을 관리하는 업무의 성질에 비추어 환자의 구체적인 증상이나 상황에 따라 위험을 방지하기 위하여 요구되는 최선의 처치를 행하여야 할 주의의무가 있다고 할 것이나, 의사의 이와 같은 주의의무는 의료행위 당시 의료기관 등 임상의학분야에서 실천되고 있는 의료행위의 수준을 기준으로 판단하여야 할 것이므로, 의사가 행한 의료행위가 그 당시의 의료수준에 비추어 최선을 다한 것으로 인정되는 경우에는 의사에게 환자를 진료함에 있어서 요구되는 주의의무를 위반한 과실이 있다고 볼 수 없다.

의사의 결과예견의무는 의학상 위험의 발생의 가능성이 극히 낮은 경우에도 인정된다. 의사는 의료행위의 성질상 위험방지를 위하여 의학상 필요한 최선의 주의의무를 준수하여야 할 의무를 부담한다. 그러므로 의사는 발생가능성이 거의 없는 위험에 대하여도 그 위험에 대한 예견가능성이 일반의사에게 있는 한 결과예견의무를 부담한다.

의사가 결과예견의무를 부담하는 위험은 현대의학상 그 발생가능성이 실증되고 공개되어 의료행위를 실시하는 당시에 의사가 일반적으로 알고 있는 위험에 해당하여야 한다. 다만 과학적인 근거에 기초하여 확립된 의학지식이 아직 일반화되지 않은 단계에서도 당해 의사가 그 의학

지식을 알고 있는 경우는 결과예견의무를 부담한다. 그리고 의사는 결과예견의무를 진단이나 치료 전의 검사, 치료방법의 선택, 치료행위, 수술 후의 관리나 지도 등 의료행위의 모든 과정에서 부담한다.

[판례] 매우 드문 쇼크사에 대비하여 응급처치수단을 강구할 주의의무(대법원 1990.1.23. 선고 87다카2305 판결)

스트렙토마이신이 국가결핵관리체계에서 표준조치로 처방에 포함되어 있고 또 쇼크가 매우 드물다고 하더라도 이 사건 당시의 의학수준에 비추어 객관적인 견지에서 쇼크사에 대한 인식이 가능하였다면 결핵환자에게 스트렙토마이신을 주사하는 보건진료원으로서 만일에 일어날지 모르는 쇼크에 대비하여 응급처치수단을 강구한 후 주사하여야 하고 특히 주사후에 쇼크가 발생할 수 있는 시간 동안 환자를 안정시키고 그 용태를 관찰하여 쇼크가 나타날 경우 기도 확보, 약물투여 등의 응급조치를 취할 주의의무가 있다.

2) 結果回避義務

의료행위에서 사실상 위험이 있는 경우에도 의학상 그 위험을 발견할 수 없거나 위험의 과학적 합리성이 아직 일반적으로 알려지지 아니한 단계에서는 의학상의 예견가능성은 인정할 수 있지만, 법적 예견가능성은 존재하지 아니한다. 그리고 의료행위의 당시는 예견불가능이었으나 재판의 시점에 예견가능하게 된 경우도 주의의무의 위반이 되지 아니한다.

[판례] 예견가능한 결과발생을 회피하지 못한 과실(대법원 1987.1.20. 선고 85다카1469 판결)

의료사고에 있어서 의료종사원의 과실을 인정하기 위하여서는 의료종사원이 결과발생을 예견할 수 있음에도 불구하고 그 결과발생을 예견하지 못하였고, 그 결과발생을 회피할 수 있었음에도 불구하고 그 결과발생을 회피하지 못한 과실이 검토되어야 한다.

의료행위에 따른 위험에 대한 예견가능성을 인식한 이상 의사는 만전을 다하여 회피조치를 강구하여야 하는 결과회피의무를 부담한다. 의사의 결과회피의무란 의료행위에서 일반적으로 인식되거나 예견되는 위험의 발생을 방지하거나 회피하여야 하는 주의의무를 의미한다.

다만 의사가 위험회피를 위하여 일정한 방지조치를 강구하였으나 방지조치에도 불구하고 예기하지 아니한 유해결과가 발생하는 경우는 의사의 주의의무위반을 인정하기 곤란하다. 가령 페니실린예비시험에서 반응이 음성으로 나타났으나 쇼크사가 발생한 경우에, 역시 다른 검사방법을 병용하였더라도 위험이 100% 배제되지 아니하는 상황이라면 결과회피에 대한 주의의무의 위반으로 볼 수 없다. 의사의 결과회피의무는 현대의학의 지식이나 기술에 의하여 일응 회피할 수 있는 위험, 즉 회피가능성이 인정되는 위험에 대하여만 인정된다. 과학상 합리적 근거가 인정되고 임상상 확립된 상당한 수단을 강구하여도 위험을 해소할 수 없는 경우는 의사에게 결과회피의무가 부과되지 아니한다.

[판례] 불의의 위험에 대한 임기응변의 조치를 취할 준비를 갖추는 주의의무(대법원 1964.6.2. 선고 63다804 판결)

의사가 환자에게 일반적으로 널리 사용되는 투약 또는 치료방법을 사용할 때와는 달라서 흔히 부작용을 일으키는 수가 있는 수혈을 함에 있어서는 혈액형의 일치 여부는 물론 수혈용혈액의 완전성 여부를 확인하고 수혈 도중에 있어서도 처음에는 의사가 직접 입회하여 극소량으로부터 서서히 시용하는 등 세심한 주의를 하여 환자의 반응을 감시하여 부작용이 있는가 여부를 확인하는 등 조치를 하고 불의의 위험에 대한 임기응변의 조치를 취할 준비를 갖추는 등의 업무상의 주의의무가 있다.

결과회피의무를 부담하는 의사는 의료행위에 따른 회피가능한 위험을 방지하기 위하여 적절한 회피조치를 취할 주의의무가 있다. 결과회피행위의 적절성 여부는 醫療行爲의 特質(예컨대 단행성 재량성), 의료의 진보와 발전에 대한 기여, 업무상의 재산, 의사의 능력, 人的 物的 設備의 限界 등을 고려하여 위험의 대소와의 상관관계에서 판단하여야 한다.

[판례] 산후출혈로 인한 양측성폐부종증상을 그대로 방치하여 환자를 사망케 한 과실(대법원 1974.12.10. 선고 73다1405 판결)

환자가 산후출혈로 인한 양측성폐부종증상이 있어 수혈이 절대로 필요하다고 의사가 확인하고도 수혈을 해 주던가, 그런 조치를 밟겠끔 조언을 하지 않고, 산후빈혈증으로 진단한 후 무자격간호원으로 하여금 산후빈혈증치료를 주사케 하여 병세를 악화케 하고, 병세가 가라앉기는 커녕 더욱 악화한다는 호소에 귀

를 기울이지 않고 그대로 방치하여 사망케 하였다면 의사로서의 업무상의 과실로 인한 손해배상책임을 면할 수 없다.

의료행위에 필요한 의사의 결과회피행위는 대부분 의학이나 임상에 의한 경험에 의하여 객관화 혹은 특정되어 있다. 의사가 객관화되어 있는 結果回避義務를 이행하지 아니하여 의료사고를 야기한 경우는 의사 책임을 부담한다. 그러나 객관화된 회피수단을 구사하였음에도 불구하고 의료사고가 야기된 경우는 注意義務의 違反에 의한 過失責任이 성립하지 아니한다. 다만 의피수단이 객관화된 경우에 진료환경에 기인하여 특이체질 등 위험의 기초가 되는 사실을 예견하지 못한 때에는 결과회피의무가 면제되지 아니한다.

[판례] 주사부작용으로 인한 심장마비로 환자를 사망케 한 과실(대법원 1981. 6.23. 선고 81다413 판결)

염화카리를 주사하기 전에 환자의 혈액검사를 하여 보충되어야 할 염화카리의 양을 측정하지 않고, 점적형식의 주사방법에 의하지 않고, 의사가 주사하거나 입회하지도 않고 간호원으로 하여금 주사케 하고, 간호원의 주사 중 부작용 반응이 나타났음에도 주사를 중단하지 아니하는 등의 과실로 그 주사부작용으로 인한 심장마비로 환자를 사망케 하였다고 인정된다.

2. 醫療行爲에 따른 특수한 注意義務

1) 轉醫(轉院)義務

(1) 전의(전원)의무는 의사가 의료수준에 따른 의료행위를 할 수 없는 경우, 예를 들어 의료행위에 대하여 일반적으로 적용되는 의학지식이나 의료기술 혹은 의료설비를 구비하고 있지 아니한 경우에 환자에게 다른 적절한 의사나 필요한 물적 설비와 의료인을 갖춘 병원으로부터 의료행위를 받도록 하여야 하는 의무를 의미한다. 의사의 전의(전원)의무는 법적으로 의사의 설명의무의 일종으로 파악할 수도 있고, 전의(전원)권고의무를 의사의 진료상의 의무로 파악할 수도 있다. 만일 다른 의사나 병원에 환자를 전의하거나 전원하지 아니하고 자신의 능력의 한계

를 넘는 의료행위를 하다가 환자에게 위험 혹은 손해를 발생하게 한 경우는 의사는 발생한 손해에 대한 모든 책임을 부담한다.

[판례] 읍에서 근거리에 있는 시의 종합병원이나 전문의에게 이송하지 아니한 과실(대법원 1967.7.11. 선고 67다848 판결)

만연히 아무 효험도 없는 동맥압박담뽕, 에루코크링주사 등으로 시간을 끌다가 결국 태반이 나온지 2시간 30분만에 출혈 끝에 실혈로 인하여 사망하게 한 점, 피고의 능력과 시설에 비추어 환자를 피고의 병원에서 다루는 것이 무리였다면 읍에서 근거리에 있는 광주시의 종합병원이나 전문의에게 이송하지 아니한 점이 피고의 과실에 해당한다.

[판례] 개인의원으로의 전원을 만류·제지하거나 직접 환자를 종합병원으로 전원하여야 할 의무(대법원 1996.6.25. 선고 94다13046 판결)

의사가 환자 내지 그 가족에게 상처부위의 조직괴사에 대응하기 위하여 필요한 검사 내지 치료를 할 수 있는 병원으로는 종합병원밖에 없다고 설명하면서 종합병원으로 전원할 것을 권유하였다면 그것으로 의사로서의 진료상의 의무를 다하였다 할 것이고, 거기서 나아가 그 환자나 가족들이 개인의원으로 전원하는 것을 만류, 제지하거나 그 환자를 직접 종합병원으로 전원하여야 할 의무까지 있다고 할 수는 없다고 하여, 환자가 그 권유에 따르지 아니하여 증세가 악화된 데 대한 의사의 과실은 부정된다.

(2) 의사의 전의(전원)의무는 구체적인 상황에 따라서 결정되어야 하여 일반적으로 그 요건을 제시하기는 곤란하다. 다만 전의(전원)의무와 관련하여 고려할 수 있는 사정으로는 ㉠ 환자의 질병이 전문외에 해당하거나 임상경험이 없는 경우 혹은 환자의 질병치유를 위하여 필요한 의료설비를 보유하지 아니하고 있는 경우, ㉡ 환자의 상태가 전의를 할 수 있는 경우, ㉢ 지리적으로 환자의 병상과 관련하여 인근에 적절한 의료시설과 전문의를 갖춘 의료기관이 있는 경우, ㉣ 전의에 의하여 환자의 질병치유가 예측되는 경우를 들 수 있다.

(3) 의사가 다른 의사나 병원에 환자를 전의 혹은 전원하지 아니하고 자신의 능력의 한계를 넘는 의료행위를 하다가 환자에게 위험을 내지 손해를 발생하게 한 경우는 손해배상책임을 부담한다.²⁰⁾ 다만 전의(전

20) 예컨대 일반적인 개업의사가 감당하기 어려운 이상분만환자가 자궁출혈이 심하고 일반적인 조산술로는 분만이 어려웠다면 시설이 좋은 종합병원에 이송해야 할 것인데 장시

원)의무위반에 의한 의사의 손해배상책임은 의사의 전의(전원)의무위반과 그 결과 사이에 인과관계가 있는 경우에 한하여 인정된다. 그리고 환자가 의사의 의무위반의 사실, 손해의 발생 그리고 전의의무위반과 손해 사이의 인과관계를 증명하여야 한다.

2) 診療上의 說明義務

의사는 환자에게 요양방법 기타 병상의 회복을 위하여 필요한 사항을 지도하고 지시하여야 하는 진료행위로서의 설명의무를 부담한다. 진료행위로서의 설명은 달리 진료적 설명 혹은 안전설명이라고 표현된다. 진료적 설명이란 의사에게 의료상 요구되는 주의의무의 일환으로 행하는 설명이라고 할 수 있다. 진료적 설명의 개념에는 환자의 자기결정과 관계없는 의사의 조언의무·안내의무·경고의무·지시의무·지도의무 등이 모두 포함된다.

흔히 진료적 설명 혹은 안전설명은 ① 환자에게 정확한 진료상의 정보를 제공하고, ② 환자에게 정신적 안정을 갖도록 하며, ③ 치료에 대한 환자의 협력이나 노력을 촉진하며, ④ 환자와 의사 사이의 신뢰관계의 수립을 도모하기 위하여 요구된다고 본다. 안전설명이 의료행위에서 요청되는 이유는 의사의 진료적 설명을 통하여 환자가 자신의 건강상태를 정확히 이해하여야 하는 한편, 건강상태의 향상을 위하여 어떻게 행동하여야 하는가를 인식하도록 하여야 할 필요가 있기 때문이라고 할 수 있다. 또한 의사는 진료설명을 통하여 환자에게 만일 [비이성적으로] 생활하는 경우에 어떤 위험이 자신에게 발생할 우려가 있는가 하는 정보를 제공하여야 한다.

진료적 설명은 환자의 건강향상을 위하여 의료행위상 당연히 의사에게 요구되는 설명이다. 그러므로 의료적 설명은 의료행위의 본질적 구성부분에 해당하며, 달리 표현하면 [구두에 의한 치료]라고 할 수 있다.

간에 걸쳐 일반적인 조산술로 분만시키려다 산모가 기진하고 다량의 출혈로 산모를 사망에 이르게 하였다면 의사에게 치료상의 과실로 환자를 사망케 한 위법이 인정되어 손해배상책임을 진다(대법원 1967.7.11.선고 67 다 848 판결).

특히 의사가 환자에게 의료행위를 위하여 요구되는 치료방법이나 요양 방법을 지시 권고하고, 치료중 혹은 치료후에 그 치료의 효과를 유지하거나 증진시키기 위하여 일정한 주의사항을 전달하여야 하는 의무는 의료계약상 의사에게 요구되는 선관주의의무라고 할 수 있고, 또한 의료법상 의사에게 부여된 의무라고 할 수 있다(의료법 제22조). 만일 의사가 환자에게 필요한 의료적 설명을 하지 아니하여 손해를 야기한 경우에는 의료과오가 된다.

V. 立證責任

1. 因果關係의 主張 · 立證責任

최근 의사의 의료과오를 이유로 손해배상을 구하는 소송이 증가하는 경향을 보이고 있다. 의료과오소송에서 가장 쟁점이 되는 문제는 의사의 과실 및 그 과실과 손해 사이의 인과관계에 관한 증명이라고 할 수 있다. 인과관계의 증명을 흔히 입증이라고 부르며, 입증책임을 누가 부담하는가 하는 문제는 의료과오소송에서 승패를 좌우할 수 있을 정도로 소송상 중요한 문제라고 생각되고 있다.²¹⁾

의료과오소송에서도 역시 입증책임의 분배에 관한 일반원칙에 따라서 당사자가 각각 자기에게 유리한 상황을 주장하고 필요한 경우에는 입증하여야 한다. 원칙적으로 의료과오소송에서는 원고로서 손해배상청구권을 주장하는 환자가 의료과오의 존재, 손해의 발생, 그 의료과오와 발생한 손해 사이의 인과관계 등을 입증하여야 의사책임이 인정된다.

그러나 의료과오소송은 일반적으로 의료행위라고 하는 극히 전문적 분야에 관한 분쟁인 관계로 환자는 의학에 대한 비전문가로서 증거방법

21) 의료과오소송의 입증책임에 관한 판례를 다룬 관련문헌으로 특히 孫容根, 醫療事故訴訟의 證明責任에 관한 大法院 最近判例의 小考, 民事裁判의 諸問題(하)(이시윤박사 화갑기념논문집 1995), 167면; 金尙永, 醫療過誤訴訟에 있어서의 因果關係 · 過失의 立證責任, 법학연구(부산대학교) 제37권 제1호(1996.12), 191면 참조.

을 수중에 가지고 있지 못하며, 의사의 과실 여부를 감정하는 감정인이 동료의사인 관계로 [초록은 동색] 혹은 [팔은 안으로 굽는다는 속담과 같이 동료의사인 감정인에 의한 동료의식에 의하여 유리한 감정결과를 기대하기 어려운 입장에 있으므로 입증이 극도로 곤란한 상태에 있다. 헌법재판소도 역시 환자의 입증곤란에 대한 헌법적 문제를 인식하고 [의료관계사건은 의료라고 하는 극히 전문직분야에 관한 분쟁인데 일방 당사자인 의사는 자신의 모든 지식·경험을 동원하여 면책의 방법을 강구하는데 반하여 상대당사자인 환자나 가족은 의료의 문외한이기 때문에 그들이 의사와 정면으로 대결하여 자신의 주장을 조리있게 전개하고 증거를 제시한다는 것은 매우 기대하기 어려운 것이다]고 보고 있다(헌재 1990.11.19, 89헌마116).

다른 한편 의료과오소송에서는 의료사고 중 현대의학으로도 해명이 불가능한 불가항력적인 경우도 있다고 하는 사정을 고려하면 의사에게 모든 입증책임을 부담시키기도 곤란하며, 역시 법관으로서도 의학전문가가 아닐 뿐만 아니라 끊임없이 발전하는 의학의 속성과 의료행위의 다양성으로 인하여 과실의 고정적인 판단기준을 발견하기 곤란하다고 하는 특징이 있다.

민사소송법상 인정되는 입증책임분배의 일반원칙에 의하면 의료과오소송에서는 원고인 환자가 의사의 진료상의 과실과 손해, 그 과실과 손해 사이의 인과관계의 존재를 입증하여야 하기 때문에 피해자인 환자의 구제는 극히 어렵게 된다. 그러므로 의료과오소송에서는 소송당사자 사이의 [무기평등의 원칙]에 입각하여 입증책임의 문제를 다시 조정하기 위하여 의사에게 부당한 피해를 입히지 아니하는 범위에서 환자의 입증부담을 경감하거나 완화하는 제도를 마련하여야 필요하다고 할 수 있다.²²⁾

22) 자세한 논의는 金玟中, 醫療過誤訴訟上の 過失과 因果關係立證, 民事法學의 諸問題(엄영진교수 화갑기념논문집 1997), 720면 이하 참조.

[판례] 의료상 과실과 결과 사이의 인과관계의 추정(대법원 1996.6.11. 선고 95다41079 판결)

환자가 전신마취 및 수술 도중에 심정지가 발생하여 뇌손상으로 인한 전신마비 등의 증세에 이른 경우에는, 피해자측에서 일련의 의료행위 과정에 있어서 저질러진 일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실 있는 행위를 입증하고 그 결과와의 사이에 일련의 의료행위 외에 다른 원인이 개재될 수 없다는 점, 이를 테면 환자에게 의료행위 이전에 그러한 결과의 원인이 될 만한 건강상의 결함이 없었다는 사정을 증명한 경우, 의료행위를 한 측이 그 결과가 의료상의 과실로 말미암은 것이 아니라 환자의 특이체질 등 전혀 다른 원인으로 말미암은 것이라는 입증을 하지 아니하는 이상, 의료상 과실과 결과 사이의 인과관계를 추정하여 손해배상책임을 지울 수 있도록 입증책임을 완화하는 것이 손해의 공평·타당한 부담을 그 지도원리로 하는 손해배상제도의 이상에 맞는다.

2. 因果關係의 證明責任의 輕減

1) 事實上的 推定

사실상의 추정은 당사자의 일방이 입증책임을 지는 요건사실을 입증하지 않고 그 사실의 전제가 되는 간접사실을 증명한 경우에 법원이 그 증명된 간접사실에 경험법칙을 적용하여 주요사실을 추인하는 입증방법이다. 사실상의 추정이 인정되는 경우에 상대방은 구체적·특정적인 특별한 사정의 증명, 즉 간접반증에 의하여 추상적·불특정적인 과실추인을 방해·저지할 수 있다.²³⁾

[판례] 의료상 과실과 결과 사이의 인과관계추정(대법원 1995.2.10. 선고 93다52402 판결)

원래 의료행위에 있어서 주의의무위반으로 인한 불법행위 또는 채무불이행으로 인한 책임이 있다고 하기 위하여는 의료행위상의 주의의무의 위반과 손해의 발생과의 사이의 인과관계의 존재가 전제되어야 하나, 의료행위가 고도의 전문적 지식을 필요로 하는 분야이고, 그 의료의 과정은 대개의 경우 환자 본인이

23) 예컨대 전방경추융합술의 시행 이후에 환자에게 사지부전마비증세가 발생한 「전방경추융합수술사건」(대법원 1995.3.10. 선고 94다39567 판결); 피해자가 계류유산으로 인한 소파수술을 받은 후 패혈증으로 사망한 「계류유산사건」(대법원 1995.12.5. 선고 94다57701 판결); 환자가 전신마취 및 수술 도중에 심정지가 발생하여 뇌손상으로 인한 전신마비의 증세를 일으킨 「지방종절제수술사건」(대법원 1996.6.11. 선고 95다41079 판결)에서도 같은 논지로 의료과오상의 인과관계를 추정하고 있다.

그 일부를 알 수 있는 외에 의사만이 알 수 있을 뿐이며, 치료의 결과를 달성하기 위한 의료기법은 의사의 재량에 달려 있기 때문에 손해발생의 직접적인 원인이 의료상의 과실로 말미암은 것인지 여부는 전문가인 의사가 아닌 보통인으로서 도저히 밝혀낼 수 없는 특수성이 있어서 환자측이 의사의 의료행위상의 주의의무위반과 손해의 발생과 사이의 인과관계를 의학적으로 완벽하게 입증한다는 것은 극히 어려우므로, 환자가 치료 도중에 사망한 경우에 있어서는 피해자측에서 일련의 의료행위과정에 있어서 저질러진 일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실 있는 행위를 입증하고 그 결과와 사이에 일련의 의료행위외에 다른 원인이 개재될 수 없다는 점, 이를테면 환자에게 의료행위 이전에 그러한 결과의 원인이 될 만한 건강상의 결함이 없었다는 사정을 증명한 경우에 있어서는, 의료행위를 한 측이 그 결과가 의료상의 과실로 말미암은 것이 아니라 전혀 다른 원인으로 말미암은 것이라는 입증을 하지 아니하는 이상, 의료상 과실과 결과 사이의 인과관계를 추정하여 손해배상책임을 지울 수 있도록 입증책임을 완화하는 것이 손해의 공평, 타당한 부담을 그 지도원리로 하는 손해배상제도의 이상에 맞는다고 하지 않을 수 없다.²⁴⁾

[판례] 구멍율이 50%인 경우에 의사의 전원조치를 하지 않은 과실과 환자의 사망과의 사이의 인과관계(대법원 1989.7.11. 선고 88다카26246 판결²⁵⁾)

일반외과전문의인 의사가 환자를 침료함에 있어 방사선사진상에 나타나 있는 선상골절상이나 이에 따른 뇌실질내출혈 등을 발견 내지 예견하지 못하여 환자를 제때에 신경외과전문의가 있는 병원에 전원시켜 확정적인 진단을 하지 아니한 경우 그러한 조치를 취했을 경우의 구멍율이 50%라면 특별한 사정이 없는 한 의사의 과실과 환자의 사망과의 사이에는 인과관계를 인정함이 상당하다.

[판례] 수술을 위해 전신마취를 받던 환자의 급성심부전증으로 인한 사망에 대한 마취전문의사의 의료과실(대법원 1994.11.25. 선고 94다35671 판결)

마취전문의가 좌측 상완골 간부 분쇄골절에 대한 수술을 위한 전신마취를 시행함에 있어, 환자의 신체가 비대하고 특히 목이 짧고 후두개가 돌출하여 삼관에 장애가 될 수도 있으므로 상기도검사를 실시하여 삼관경로의 상태를 관찰하고 여러 가지 삼관법의 장단점과 부작용을 충분히 비교·검토하여 환자에게 가장 적절하고 안전한 삼관법을 선택하여야 하는데도 이를 소홀히 하고 전신마취 후 삼관을 시작하였다가 도중에 후두경을 통하여 후두개의 이상을 발견하고 곡날형후두경을 통하여 삼관을 시도하다가 실패하자 마침내 삼관튜브를 삼관을

24) 이 판례는 다한증(손바닥과 발바닥에 땀이 많이 나는 증상)을 치료하기 위하여 입원한 환자가 수술 후 사망한 사건에 대하여 의료상 과실과 결과 사이의 인과관계를 추정한 판례로서, 그 자세한 내용은 안법영, 醫療事故의 不法行爲責任 - 大法院과 獨逸聯邦法院(BGH) 判決의 比較 考察 -, 法學論集(고려대) 제33집(1997), 231면 참조.

25) 판례해석은 朴一煥, 醫療訴訟에서의 因果關係의 證明, 대법원판례해설 제12호(1990.11), 135면 참조.

시행하였고 그 과정에서 많은 시간이 소요됨으로써 자력으로 호흡이 불가능한 환자에게 산소공급이 일시 중단되거나 정상적인 호흡상태보다 적은 양의 산소가 공급되게 한 잘못이 있다면 이러한 의사의 과실이 지방심으로 심폐기능이 원활하지 못한 환자에게 작용함으로써 급성심부전증을 불러 일으켜 환자를 사망하게 한 사실을 추인할 수 있다.

2) 表見證明

표현증명이란 경험칙을 적용하여 증명된 어떤 사실이 있으면 어떤 다른 사실이 생기게 되는 정형적인 관계가 인정되는 경우에 그 전제사실로부터 증명하여야 할 다른 요증사실을 추정하는 증명방법을 가리킨다. 표현증명은 예를 들어 경험칙상 A라는 사실이 있으면 B라는 생기게 되는 정형적인 사상경과가 인정되는 경우에 A라는 사실로부터 B라는 사실을 추정하는 입증방법이다.

표현증명은 강한 개연성을 갖는 경험칙에 의한 사실추정이라는 사실에서 간접증거의 일종이라고 할 수 있지만, 입증책임을 전환시키는 입증방법은 아니다. 표현증명에 의한 입증사실의 추정을 상대방이 번복시키기 위하여는 경험칙 또는 그 전제사실의 부존재 혹은 특별한 사정의 존재를 입증하여 법관의 심증을 흔들어야 한다. 그러나 추정이 번복되지 않는 한 입증책임을 부담하는 당사자인 환자는 간접사실의 증명을 통하여 입증할 수 있으므로 표현증명은 입증경감에 해당한다고 할 수 있다.

의료과오소송에서 표현증명에 의하여 인과관계를 인정할 수 있는 경우로는 ① 성홍열환자나 결핵환자를 충분히 격리하지 아니하여 다른 환자에게 성홍열이나 결핵이 감염된 경우, ② 수술부위에 動脈鉗子를 잔유시킨 경우, ③ 근유주사후 즉시 근육마비현상이 야기된 경우, ④ 매독환자로부터 수혈을 받은 환자가 후에 매독이 걸린 경우, ⑤ 腹腔鏡에 의한 난관불임수술을 받은 부인이 다시 임신한 경우²⁶⁾를 들 수 있다.²⁷⁾

26) 대법원 1980.5.13. 선고 79다1390 판결을 참고.

27) 의료과오소송에서 표현증명에 의하여 인과관계를 인정한 독일판례에 관한 자세한 설명은 康鳳洙, 醫療訴訟에 있어서의 證明責任, 裁判資料(법원행정처) 제27집, 315면 이하 참조.

의료행위에 의하여 인체에 손해가 야기된 경우에는 인체의 생물학적·생리학적 현상이 대단히 복잡하고 미묘하여 고도의 개연성이 있는 경험칙을 발견하기 매우 곤란하다. 그러므로 의료과오소송에서는 表見證明에 의한 推定이 별로 인정되지 않는 경향이 있고, 또한 표현증명에 의하여 얻어진 추정도 의사가 주장하는 다른 원인의 가능성에 의하여 용이하게 번복될 수 있는 한계가 있다. 특히 피해자인 환자의 보호만을 내세워 모든 의료사고에 대하여 용이하게 표현증명에 의한 의사의 책임을 인정한다면 방어진료나 위축진료와 같은 현상이 일어날 염려가 있다고 하지 않을 수 없다. 그러므로 表見證明에 의한 立證責任의 輕減은 한편으로는 환자의 증명곤란을 제거하고, 다른 한편으로는 의사책임이 과실책임에서 결과책임으로 발전하여 위축진료나 방어진료가 야기되는 현상이 발생하지 아니하도록 주의하여야 할 필요가 있다.

3) 立證責任의 轉換

(1) 의료과오소송에서는 일반적으로 입증책임을 원고인 환자측이 부담한다. 그러나 의료과오소송에서는 일반손해배상소송과 달리 의료과오를 야기한 객관적 사실 자체의 재현이 곤란하고 그 객관적 사실의 존재에 관한 입증이 곤란한 특징이 있다. 그러므로 외국의 판례를 살펴보면 진료상의 [중대한 과실]이 있고 그 과실이 손해를 야기한 사실을 일으킬 성질을 가진 경우에는 인과관계의 증명책임을 피고인 의사에게 전환하는 태도를 보이고 있다. 의사에게 의료과오에 대하여 [고의 또는 경솔로 위한 과실], [중대하게 경솔하고 유책한 치료상의 과오] 혹은 [경솔한 행동 또는 중대한 치료상의 과오를 유책하게 범한 행위]가 있거나 [의식적 경솔 또는 의료기술에 대한 중대한 위반]으로 환자에게 위험을 초래한 경우 혹은 입증방해가 있는 경우²⁸⁾에는 의료과오소송의 입증책임이 환자로부터 의사에게 전환된다고 본다.²⁹⁾

28) 입증방해이론에 관하여는 丁孝聲, 醫療紛爭解決의 法制化에 관한 研究, 석사학위논문(고려대학교 특수법무대학원 1998), 58면 이하 참조.

29) 자세한 논의는 申殷周, 醫療過誤訴訟에 있어서 因果關係에 관한 立證責任의 轉換, 법조 제41권 제6호(1992.6), 101면 이하 참조.

(2) 입증책임의 전환에 관한 이론에 의하면 의사가 잘못된 치료행위를 통하여 의식적으로 또는 경솔한 무관심에 의하여 환자를 위험에 처하게 한 경우는 잘못된 치료행위와 손해 사이에 인과관계가 존재하지 아니한다는 사실을 의사가 입증하여야 한다. 가령 의사가 자기가 치료하던 환자로부터 이상이 생겼다는 연락을 받고도 즉시 왕진하지 아니하고 환자에게 전화로만 힘든 지시를 한 결과로 병세가 더욱 악화되거나 이미 한쪽 눈이 실명된 환자의 남은 눈에 대한 백태제거수술을 하는 경우에 환자를 입원시키지 않고 통원하게 한 과실과 남은 눈마저 실명된 사안에 대하여 의사에게 입증책임을 전환할 수 있다고 본다. 또한 의사가 진료기록변조행위를 하여 입증방해행위를 한 경우에는 법원이 의사에게 불리한 평가를 하는 자료로 삼을 수 있고, 의사는 그 변조이유에 대하여 상당하고도 합리적인 이유를 제시하지 못하는 한 책임을 면할 수 없다.

[판례] 입증방해행위에 의한 의사에게의 불리한 평가(대법원 1995.3.10. 선고 94다39567 판결)³⁰⁾

의료분쟁에 있어서 의사측이 가지고 있는 진료기록 등의 기재가 사실인정이나 법적 판단을 함에 있어 중요한 역할을 차지하고 있는 점을 고려하여 볼 때, 의사측이 진료기록을 변조한 행위는 그 변조이유에 대하여 상당하고도 합리적인 이유를 제시하지 못하는 한, 당사자간의 공평의 원칙 또는 신의칙에 어긋나는 입증방해행위에 해당한다 할 것이고, 법원으로서 이를 하나의 자료로 하여 자유로운 심증에 따라 의사측에게 불리한 평가를 할 수 있다.

4) 疫學的 證明

역학적 증명이란 집단적인 의학적 현상을 통계학적 방법에 의하여 대량관찰하여 과오발생의 원인을 해명하는 방법으로 원인과 결과의 인과관계를 파악하는 입증수법이다. 예를 들어 어떤 의료과오에 의하여 동종의 피해가 다수의 환자에게 생기면 被害發生集團과 被害不發生集團을

30) 판례평석으로 申殷周, 醫療過誤事件에 있어서 過失의 立證 및 立證妨害, 판례월보 제305호(1996.2), 29면 참조.

통계학적으로 대조·비교하여 원인의 가설을 세우고 (i) 原因因子가 피해에 선행하여 존재하고, (ii) 兩者 사이에 높은 관련성이 있고, (iii) 그 관련성이 의학적 이론과 모순되지 않고, (iv) 作用의 量이 크면 역시 반응도 크다고 하는 관계가 성립하면 역학적으로 인과관계가 인정된다고 본다.

VI. 說明과 同意

1. 同意의 原則과 違法性的의 阻却

의료행위는 환자의 건강증진 및 질병의 진단 치료 예방을 목적으로 실시되는 유익한 행위이므로 비록 의료행위로 인하여 인체에 어떤 침해가 야기된다고 하더라도 위법하다고 할 수 없다. 형법상으로도 의료행위는 업무로 인한 행위로서 정당행위로 보장되고 있다(형법 제20조).³¹⁾ 그러나 의료행위가 모두 정당행위라고 할 수는 없다. 의료행위는 본질적으로 인체에 대한 침습이 수반되므로 원칙적으로 신체침습의 위법성을 조각하는 적법화사유로 환자의 동의를 필요로 한다.

신체에 대한 침습을 수반하는 의료행위에 적용되는 동의원칙이란 환자가 의사로부터 치료행위에 따른 위험성에 대하여 충분한 정보를 받은 후에 동의를 하지 아니한 한 의료적 침습은 전단적 의료행위로서 적법한 의료행위가 되지 아니한다는 원칙을 의미한다.³²⁾ 외과적 수술을 예로 들어보면, 의사가 행하는 수술이라고 하는 의료행위는 ㉠ 의학적으로 볼 때 적절한 선택에 해당하고, ㉡ 치료행위가 의학수준에 일치한다고

31) 의료행위에 관한 형법상의 논의에 대한 자세한 설명은 李相暎, 醫療行爲의 法制化와 刑法 - 醫療紛爭調整法案의 基本構想에 대한 法社會學的 批判 -, 형사정책연구 제8권(1997) 제1호, 153면 참조.

32) 의료행위에 대한 동의원칙과 동의의 유효요건으로 요구되는 적절한 설명에 관한 풍부한 논의는 金天秀, 患者의 自己決定權과 醫師의 說明義務, 박사학위논문(서울대) 1994, 특히 41면 이하; 金天秀, 診療에 대한 說明과 同意의 法理(대구대학교 출판부 1999), 26면 이하 참조.

할지라도, ㉔ 환자의 동의가 있는 경우에 한하여 소위 [허락된 위험]으로 인체에 대한 상해의 위법성이 조각되고 형사책임이나 민사책임이 발생하지 아니한다. 특히 의사가 수술전에 환자에게 하여야 할 설명사항으로는 ㉑ 수술의 필요성, ㉒ 수술의 내용, ㉓ 예정한 마취약 및 그 방법, ㉔ 수술의 대상장기 또는 부위, ㉕ 수술에 소요되는 예정시간, ㉖ 예상되는 합병증 또는 후유증의 빈도 및 정도 등을 들 수 있다.

2. 自己決定的 說明

1) 환자가 의료행위에 대하여 동의를 하기 위해서는 먼저 [무엇]에 대하여 자신이 동의하는가를 알지 않으면 안된다. 환자의 동의란 [그저 방임해 두는 경우] 혹은 [피동적으로 참는 경우] 이상으로 의료행위의 의미를 알고 그 의료행위에 찬동하는 경우를 의미한다. 그러므로 의사는 환자에게 환자의 동의를 얻기 위하여 먼저 의료행위의 내용에 대하여 설명하여야 한다.³³⁾ 환자의 동의를 얻기 위한 의사의 설명을 自己決定的 說明이라고 한다.

자기결정적 설명은 환자가 의료행위에 대하여 동의를 하는 경우에 자기결정적 혹은 자기책임적 결정을 하기 위하여 필요한 근거를 제공하기 위한 설명을 의미한다.³⁴⁾ 그러므로 자기결정적 설명에서는 환자의 질병을 치료하기 위하여 요구되는 이해관계보다는 환자의 인격적 자치 혹은 인간존엄·자기결정권 등에서 발생하는 이해관계가 중심이 된다. 의사는 의료행위에 대한 환자의 유효한 동의의 전제조건으로 병상, 예상되

33) 의사의 설명의무에 관한 논의로는 李德煥, 醫師의 說明義務와 法的 責任論, 行법사 1992; 權五乘, 醫師의 說明義務, 민사판례연구 XI(1989), 242면; 金天秀, 醫療契約上 醫師의 說明義務 - 서독의 학설 및 판례를 중심으로 -, 법정논총(대구대학교) 제3집, 109면; 金天秀, 醫師의 說明義務, 민사법학(한국민사법학회 1988) 제7호, 231면; 朴一煥, 醫師의 說明義務와 患者의 承諾, 재판자료 제27집(1985), 149면; 朴一煥, 醫師의 說明義務와 그 懈怠에 따른 法的 責任, 민사재판의 제문제 제5권(1989.10), 138면; 金玟中, 醫師의 說明義務: 해결되지 않은 법률문제, 現代民法의 課題와 展望(한봉희교수 화갑기념논문집 1994), 1171면 참조.

34) 참조: 金天秀, 患者의 알 權利와 自己決定權, 법정논총(대구대학교) 제8집(1994.2), 103면.

는 의료행위 및 그 전형적 위험에 대하여 의료행위를 개시하기 이전에 설명하여 자유로운 자기책임적 인격체인 환자의 이익을 보호하여야 할 의무를 부담한다.

[판례] 설명의무의 위반에 의한 환자의 승낙권침해(대법원 1979.8.14. 선고 78다 488 판결)

후두종양수술을 한 집도의사가 수술후 환자의 목이 쉴 수 있다는 말을 하였다 하더라도, 그것만으로는 수술후 환자에게 방성기능장애의 후유증을 가져온 경우에 설명의무를 다했다고 할 수 없고, 또한 집도의사가 병상, 수술내용에 관하여 사전에 제대로 설명을 한 것으로 볼 수 없음은 명백하다. 그리고 환자는 이 후유증에 대하여 전혀 예상하지 못한 자이고 긴급을 요하는 사례도 아니었다면 그러한 후유증이 수반되는 수술을 승락한 것으로 볼 수 없다 함이 상당하다 할 것이니, 집도의사가 설명의무를 다하지 아니함과 동시에 환자의 승낙권을 침해함으로써 위법한 수술을 실시하였다고 할 수 있다.

[판례] 승낙을 얻기 위한 전제로 하는 치료의 필요성이나 위험성에 대한 설명(대법원 1994.4.15. 선고 93다60953 판결)³⁵⁾

일반적으로 의사는 환자에게 수술 등 침습을 가하는 과정 및 그 후에 나쁜 결과발생의 개연성이 있는 의료행위를 하는 경우 또는 사망 등의 중대한 결과발생이 예측되는 의료행위를 하는 경우에 있어서 응급환자의 경우나 그밖에 특단의 사정이 없는 한 진료계약상의 의무 내지 위 침습 등에 대한 승낙을 얻기 위한 전제로서 당해 환자 또는 그 가족에게 질병의 증상, 치료방법의 내용 및 필요성, 발생이 예상되는 위험 등에 관하여 당시의 의료수준에 비추어 상당하다고 생각되는 사항을 설명하여 당해 환자가 그 필요성이나 위험성을 충분히 비교하여 그 의료행위를 받을 것인가 여부를 선택할 수 있도록 하는 의무가 있다.

[판례] 의사의 설명의무위반을 원인으로 한 전손해의 배상을 위한 요건(대법원 1996.4.12. 선고 95다 56095 판결)

의사가 설명의무를 위반한 채 수술 등을 하여 환자에게 사망 등의 중대한 결과가 발생한 경우에 환자측에서 선택의 기회를 잃고 자기결정권을 행사할 수 없게 된 데 대하여 위자료만이 아닌 전손해의 배상을 구하는 경우에는, 그 설명의무의 위반이 구체적 치료과정에서 요구되는 의사의 주의의무의 위반과 동일시할 정도의 것이어야 하고 그러한 위반행위와 환자의 사망과의 사이에 인과관계가 존재함이 입증되어야 한다.

35) 이 판례에 대한 자세한 연구는 申殷周, 醫師의 說明義務違反과 損害賠償責任, 판례월보 제292호, 7면 참조.

[판례] 진단상의 과오에 의한 환자의 승낙권침해(대법원 1992.4.14. 선고 91다 36710 판결)³⁶⁾

자궁적출수술에 있어 진찰 당시 자궁외임신에 의한 증상이라고 불만한 사정이 있었고, 진찰의사 자신도 자궁외임신의 가능성을 생각해 보기까지 하였음에도 흑이 만져진다고 하여 자궁근종이라고 진단하고 더 이상의 보다 정밀한 확인검사를 하지 아니한 잘못으로 자궁외임신임을 알지 못함으로써 결과적으로 환자로 하여금 위와 같은 진단상의 과오가 없었다면 당연히 설명받았을 내용을 설명받지 못한 채 수술승낙을 하게 하였다면 의사가 설명의무를 다하지 못함으로써 환자의 승낙권을 침해한 과실이 있다.

2) 의사가 설명하여야 할 내용이나 정도는 원칙적으로 환자가 자기의 자유의사에 기한 판단·동의 혹은 자기결정을 하기 위하여 필요한 범위로 제한되며, 의료행위가 고도한 의학적 판단에 기한 의사의 재량행위라는 점을 고려할 때 역시 의사가 부담하여야 할 설명의 내용과 정도에 관하여도 의사의 재량을 인정할 수 있다. 그러므로 의사의 설명이 합리적인 재량의 범위를 일탈하지 않는 한 의사는 어디까지 설명하여야 할 것인지를 자유재량에 의하여 결정할 수 있고, 설명하여야 할 내용이나 범위는 의료행위의 종류·내용, 긴급성이나 위험성의 존재 여부나 경중에 따라서 차이가 있을 수 있다.

[판례] 성형수술을 하기 전에 환자에게 하여야 할 의사로서의 구체적인 설명의무(대법원 1987.4.28. 선고 86다카1136 판결)³⁷⁾

의사로서는 성형수술이 그 성질상 긴급을 요하지 아니하고 성형수술을 한다고 하더라도 외관상 다소간의 호전이 기대될 뿐이며, 다른 한편으로는 피부이식수술로 인한 피부제공처에 상당한 상처로 인한 후유증이 발생할 가능성이 있음을 고려하여 수술전에 충분한 검사를 거쳐 환자에게 수술 중 피부이식에 필요하거나 필요하게 될 피부의 부위 및 정도와 그 후유증에 대하여 구체적인 설명을 하여준 연후에 그의 사전동의를 받아 수술에 임하였어야 할 업무상 주의의무가 있음에도 불구하고 이에 이르지 아니한채 막연한 두피이동술 및 식피술

36) 판례해설은 石熙泰, 誤診과 自己決定權侵害의 效果: 자궁외임신을 자궁근종으로 진단하여 자궁적출을 한 경우의 醫師의 責任에 관한 判例, 판례월보 제287호(1994.8), 16면 이하 참조.

37) 판례평석은 權五乘, 醫師의 說明義務, 판례월보 제212호(1988.5), 16면; 金天秀, 說明義務를 懈怠한 醫師側의 責任範, 판례월보 제233호(1990.2), 19면 이하 참조.

등의 수술에 관한 동의만 받았을 뿐, 양대퇴부의 피부이식에 대한 내용 및 그 후유증 등에 대하여 구체적으로 설명하여 주지 아니하고 수술에 이르렀다면 이 사건 성형수술로 피해자가 입은 손해는 의사의 위와 같은 주의의무를 다하지 아니한 과실로 인한 것이라고 할 것이다.

3) 의사의 설명의무의 범위는 흔히 진단설명·경과설명·위험설명으로 구분하며, 의사의 설명의무는 의료와 관련되는 대단히 광범한 범위에 미친다. 진단설명에서는 시진·문진·청진·타진·촉진 및 기타 임상실험을 통하여 알아낸 병명 혹은 병상을 설명하여야 하고, 경과설명으로는 환자에게 요구되는 의료행위의 종류·방법·범위 및 그 의료행위의 필요성(역시 의료행위의 거절에 다른 위험의 고지로서의 불치료에 대한 위험도 포함)에 관하여 설명한다. 그리고 위험설명으로는 의료행위의 부수적 효과, 즉 후유증·부작용 등 그 의료행위와 관련하여 예상되는 위험을 설명하여야 한다.

[판례] 치료를 위한 의약품의 투여와 설명의무(대법원 1994.4.15. 선고 92다 25885 판결)

의사는 반드시 병을 완치시켜야 할 의무를 부담하는 것은 아니라 할지라도 최선의 주의로써 병을 치료하기 위한 충분한 조치를 다할 의무가 있고, 환자에 대한 수술은 물론, 치료를 위한 의약품의 투여도 신체에 대한 침습을 포함하는 것이므로, 의사는 긴급한 경우 기타의 특별한 사정이 없는 한, 그 침습에 대한 승낙을 얻기 위한 전제로서 환자에 대하여 질환의 증상, 치료방법 및 내용 그 필요성, 예후 및 예상되는 생명, 신체에 대한 위험성과 부작용 등, 환자의 의사결정을 위하여 중요한 사항에 관하여 사전에 설명함으로써 환자로 하여금 수술이나 투약에 응할 것인가의 여부를 스스로 결정할 기회를 가지도록 할 의무가 있고, 이러한 설명을 아니한채 승낙 없이 침습한 경우에는 설령 의사에게 치료상의 과실이 없는 경우에도 환자의 승낙권을 침해하는 위법한 행위가 된다.

[판례] 발생가능성이 희소한 후유증이나 부작용에 대한 설명의무(대법원 1996.4.12. 선고 95다56095 판결)

의사가 수술 등에 대한 환자의 승낙을 얻기 위한 설명의무는 그 의료행위에 따르는 후유증이나 부작용 등의 위험발생가능성이 희소하다는 사정만으로 면제될 수 없으며, 그 후유증이나 부작용이 당해 치료행위에 전형적으로 발생하는 위험이거나 회복할 수 없는 중대한 것인 경우에는 그 발생가능성의 희소성에도 불구하고 설명의 대상이 된다.

[판례] 의료행위에서의 의사의 설명의무의 내용·대상 및 위반의 효과(대법원 1998.2.13. 선고 96 다 7854 판결)

의사는 응급환자의 경우나 그밖의 특별한 사정이 없는 한, 환자에게 수술 등 인체에 위험을 가하는 의료행위를 함에 있어 그에 대한 승낙을 얻기 위한 전제로서, 당해 환자에 대하여 사전에 질병의 증상, 치료 방법의 내용 및 필요성, 예후 및 예상되는 생명, 신체에 대한 위험과 부작용 등에 관하여 당시의 의료수준에 비추어 상당하다고 생각되는 사항을 설명함으로써 환자로 하여금 수술이나 투약에 응할 것인가의 여부를 스스로 결정할 기회를 가지도록 할 의무가 있고, 이와 같은 의사의 설명의무는 그 예상되는 생명, 신체에 대한 위험과 부작용 등의 발생가능성이 희소하다는 사정만으로는 면제될 수 없으며, 위험과 부작용 등이 당해 치료행위에 전형적으로 발생하는 위험이거나 회복할 수 없는 중대한 경우에는 그 발생가능성의 희소성에도 불구하고 설명의 대상이 된다고 보아야 하고, 이러한 설명을 하지 아니한 채 환자의 승낙 없이 의료행위를 한 경우에는, 설령 의사에게 치료상의 과실이 없는 경우에도 그 의료행위는 환자의 승낙권을 침해하는 위법한 행위가 된다.

VII. 結 論

최근 다른 어떤 분야보다 의료분쟁분야에 관한 판례가 증가하는 경향을 보이고 있다. 아직 국내에서의 「의료분쟁에 관한 이론(학설·판례)은 그 양과 질에서 상대적으로 미흡함을 부인할 수 없는 실정이다」고 하는 평가도 있으나,³⁸⁾ 그 동안 학설적으로나 재판적 결정으로나 의료법학이 많은 성장과 발전을 해온 사실을 부인할 수 없다.

특히 큰 발전을 이룬 분야는 의사의 설명의무에 관한 분야라고 할 수 있다.³⁹⁾ 의사의 설명의무에 관한 판례를 살펴보면 1979년에 대법원이 의사가 수술 후 환자의 목이 쉴 수도 있다는 말을 하지 않고 후두종양제

38) 石熙泰, 醫療過失 判斷基準에 관한 學說·判例의 動向, 韓國民法理論의 發展(이영준박사 화갑기념논문집 1999), 1126면.

39) 설명의무에 관하여는 이미 단행본 저서로 李德煥, 醫師의 說明義務와 法的 責任論(행법사 1992); 金天秀, 診療에 대한 說明과 同意의 法理(대구대학교 출판부 1999)가 출간된 바 있다.

거수술을 한 사건에서 수술후 발성기능장애의 후유증을 가져온 환자에게 「설명의무를 다하였다고 할 수 없고 환자가 수술 후의 후유증에 대하여 전혀 예상하지 못하였고 수술이 긴급을 요하는 사태도 아니었다면 환자로서도 그러한 후유증이 수반되는 수술을 승낙한 것으로는 볼 수 없다」⁴⁰⁾고 판시하여 처음으로 의사의 설명의무위반에 따른 책임을 인정한 이후, 지금까지 의사의 설명의무에 관한 판례가 많이 증가하였고, 다루고 있는 분야도 다양화되고 있다. 또한 아직 의료과오에 따른 의사책임을 무과실책임으로 전환할 수 없는 단계에서 환자의 입증부담을 완화하는 이론이 다각도로 모색되고 있는 상황에서 판례도 역시 환자의 입증책임을 완화하는 방향으로 발전하고 있다. 그리고 의료과오책임을 과실책임으로 인정되는 한, 주의의무의 판단기준도 지금까지 판례를 통하여 확립된 이론을 중심으로 계속 발전할 것으로 여겨진다.

40) 대법원 1979.8.14. 선고 78다488 판결.