

産婦人科 診療와 醫師의 注意義務

- 大法院判決例의 分析을 中心으로 -

安法榮*

— <目 次> —

I. 問題提起	2. 客觀的·專門職業的 注意
II. 歸責法理의 構成	IV. 說明義務
1. 過失責任의 原則	1. 意 義
2. 不法行爲責任	2. 內容과 範圍
III. 過失判斷의 規準	V. 評價와 課題
1. 診療誤謬	[참고문헌]

I. 問題提起

최근 醫療事故에 대한 관심은, 그 문제의 重要性和 深刻性에 비추어 급속도로 증가하고 있으며, 의료인들은 醫療訴訟에 대한 司法的 判斷에 깊은 관심과 우려를 보이고 있다.¹⁾ 이와 관련해서 法的 考察의 대상이 되는 醫療行爲에는 여러 특성들이 지적되고 있는 바, 인간의 생명·신

* 法學博士, 現 高麗大學校 法科大學 副教授, 民法學專攻

1) 醫療過程에서 야기되는 事故를 포괄하여 醫療事故라고 한다면, 이는 의사의 診療行爲에 誤謬가 있어 야기되는 협의의 診療事故와 진료상 의약품, 의료기기 등을 활용함에 있어 그 하자 내지 결함 또는 관리·사용 등으로 인한 診療外 事故로 대별할 수 있으며, 診療外 事故는 藥禍事故와 醫療裝備로 인한 事故로 구별할 수 있다. 醫療過誤라는 것은 의료과정에서 환자에게 발생한 부정적 결과, 즉 醫療事故에 醫療側의 過責이 있다는 것을 의미한다. 결국 醫療過誤는 醫療側의 責任있는 醫療事故를 총칭하는 것이며, 醫療過誤訴訟은 이에 관한 法的 爭訟을 표현하는 것에 불과하다. 金聖洙/金都泳, 醫療判例의 綜合的 分析 및 그 展望, 法曹(1997/1), 5면 이하 참조.

체·건강을 대상으로 하고(法益의 重要性), 고도의 專門的 知識을 필요로 하며(專門性), 의사의 재량이 광범위하게 인정되고(裁量性), 의료측의 시설내에서 이루어지며(密行性), 진료기록 등 그 과정에 관한 정보가 의료측에 폐쇄되어 있는 것(非公開性) 등을 들 수 있다. 이에 상응해서 醫療民事責任法에서는 일상의 財産的 去來行爲에 대한 規律에서와는 다른 특수한 法理들이 적용되며, 이러한 法理는 産婦人科의 診療行爲에서도 일반적으로 타당하다.

醫療事故는 의료의 각종 다양한 分野에 따라 상이하게 발생하고 있으며, 이에 대한 適正한 紛爭解決에는 해당 醫療分野의 專門的 考察이 병행될 것이 요구되고 있다. 産婦人科 分娩診療에서는 産母와 胎兒 및 新生兒의 건강과 안전이 함께 고려되어야 하는 점에서 다른 醫療分野와 구별되는 固有性이 있으며, 이로 인하여 法的 分爭에 이르는 사례들도 적지 않다. 특히 分娩中 難産에 처했을 때나 難産이 예견되는 경우에는 産母와 胎兒의 건강을 도모하기 위하여 帝王切開術(帝切術)이 시행되고 있으며,²⁾ 최근에는 醫療技術의 발달과 사회적 요인에 의해 帝切術이 증가하는 추세이다.³⁾ 그러나 帝切術에서도 産母와 胎兒에게 적지 않

2) 帝切術이란 복벽과 자궁벽의 절개를 통하여 태아를 만출시키는 방법으로 1637년 Raynaud가 처음으로 사용하였으며, 자궁의 절개 위치와 방법에 따라 자궁 체부 또는 협부의 절개, 횡절개 또는 종절개로 분류되며, 자궁 협부에 횡절개하는 방법이 가장 널리 사용되고 있다. 송재천·김현경·박만철·만주현·오원섭·정좌구, 제왕절개술에 대한 임상적 고찰, 大韓産婦會誌, 제36권·제7호(1993), 1300면 참조. 우리나라에서 제절에 의한 분만율은 1970년 4.9%, 1980년 16.3%, 1990년 30.1%, 1996년 38.4%로 급격히 증가하고 있다. 송태복, 어떻게 제왕절개수술의 빈도를 감소시킬 것인가? 대한산부회지, 제41권 제1호(1998), 1면 참조. 제왕절개분만의 구체적 통계로서 한강성심병원의 경우에는 1981년부터 1990년까지 10년간 총 분만 9,430건 중 일차 제절이 1,914건(20.3%), 반복제절이 835건(8.9%)로서 총 2,749건(29.2%)이었으며, 그 중에서 적응증의 빈도는 아두골반불균형(35.6%), 기왕절개(30.3%), 태아둔위 등 이상태위(17.8%), 전치태반(5.0%), 태아곤란증(2.0%) 순으로 나타났으며, 그밖의 통계보고도 이에 근사한 것으로 나타나고 있다. 송재천 외, 앞의 논문, 1301, 1304면 이하 참조.

3) 帝切率의 增價는 복합적인 요인에 기인한다. 최근에는 산과 마취 및 수술방법의 개선, 혈액요법 및 항생제 등의 개발로 제절로 인한 모성 사망률 및 수술 후 합병증이 감소되었고, 초음파 및 태아 감시장치의 이용이 보편화되어 산전 및 진통중 태아 건강에 대한 평가기술이 발전함으로써 태아곤란증의 예견이나 진단이 용이해지고, 또한 태아의 안전에 대한 관심이 증대되고, 가족계획에 따른 분만횟수의 감소로 인해 상대적으로 미산부

은 危險이 초래될 수 있고 自然分娩에 비해 높은 비용이 소요되는 바, 이미 醫學界에서도 의문을 제기하고 있으며,⁴⁾ 또한 醫療事故의 法的 紛爭에서도 주된 관심사의 하나가 되고 있다.⁵⁾

(nullipara)와 고령 임신부의 증가, 임부들의 분만에 대한 의식의 변화나 의료보험제도, 의료분쟁의 증가 등 사회적 제여건의 변화, 그밖에 비의료인으로서 분만 후 아이의 건강이 좋지 않을 때에는 미리 신속히 제절수술을 하였다면 아이에게 문제가 없었을 것이라고 인식하는 심리적 요인도 제절의 빈도를 증가시키고 있다. 송재천 외, 앞의 논문, 1300, 1304면: 이하 주 5) 참조.

- 4) 의학계에서는 1970년대에 전기적 태아심박 감시가 가능하게 되면서 태아의 산소공급, 산-염기대사 상태를 신속히 파악하여 제절을 시행함으로써 뇌성마비를 비롯한 신생아의 신경학적 이상을 감소시킬 수 있을 것으로 기대하였으나 전기적 태아심박 감시의 사용은 태아곤란증(fetal distress)의 진단에 확실한 기여를 하지 못하면서 제절분만을 늘린다는 비판이 제기되었고, 분만중 태아심박감시를 한 경우에서 기계분만이 더 많았고, 분만중 태아사망이나 신생아사망에서 차이가 없다는 연구 결과가 제시되었으며, 저체중아의 신경행동 발달에 대한 분만중 전기감시의 효과의 조사 결과에서도 전기감시가 간헐적 태아심음 청취에 비해 효용이 없다는 것이 지적되었다고 한다. 송태복, 앞의 논문, 1면 참조. 제절시술의 증가로 모성 및 주산기 사망률과 이환률이 어느 정도 감소하였지만 증가에 비례할 만큼 감소한 것은 아니며, 미숙아나 고위험신생아 처치의 발전 등이 이루어진 것을 고려한다면 제절이 모든 주산기 합병증의 해결책만은 아니고, 또한 태아나 산모에 미치는 정신적 영향 등을 고려한다면 제절의 남용에 대한 반성이 요구된다. 위의 註2)에서 제시한 한강성심병원 산부인과의 통계에 따르면 제절 후 주산기 사망률은 3.95%이고, 그중 자궁내 태아 사망이 1.75%, 신생아 사망률은 2.2%이었다. 같은 기간 동안 질식 분만 후 신생아 사망률은 2.9%로 제절 후 신생아 사망률 2.2%보다 약간 높았으며, 사산을 제외한 산모 사망은 총 출생 9380건 중 5건으로 모성 사망률은 53/100,000이었다. 이 중 제절 후 산모 사망은 1건으로 제절 후 모성 사망률은 36.4/100,000이었다. 모성사망의 주된 원인은 양수색전으로 인한 범발성 혈관내 응고장애(40%)와 임신성 고혈압(20%), 출혈(20%) 등으로서 제절 시술 여부와는 밀접한 관계는 없는 것으로 판단된다. 송재천 외, 앞의 논문, 1306면 참조. 제절의 빈번한 적응증으로서 이상태위, 특히 둔위인 경우에 산모의 분만력과 관계 없이 제절의 적응증이 있는 것으로 하거나, 산전 또한 진통전에 초음파 등을 이용한 검사를 통해 태아곤란증이 있는 것으로 판단되면 분만 유도 없이 곧바로 제절을 시행하는 등에는 의학계에서도 의문을 제기하고 있으며, 나아가 제절시술의 30% 이상을 차지하는 반복제절은 기존의 “once a Cesarean section, always a Cesarean section”이라는 원칙에서 “once a section, not always a section”으로 수정되어 가고 있으며, 반복제절시에 미숙아의 출산, 호흡곤란증 발생의 위험이 수반한다. 송재천 외, 앞의 논문, 1301, 1305면: 송태복, 앞의 논문, 2면 이하 참조.
- 5) 의료적 요인 외에 현재 우리나라에서 제절시술의 급격한 증가는 非合理的 醫療紛爭에 대한 防禦的 診療에 기인하는 바, 예를 들어 분만 2기가 지연될 때는 제절을 하게 되면 많은 시간이 소요되는 반면 기계분만은 단시간에 산모와 태아 모두에게 유익하다. 그러나 기계분만으로 인한 두피손상, 혈중, 저산소증 등의 합병증이 초래될 가능성이 있고, 만일 아이의 상태가 양호하지 않은 경우에는 의료분쟁의 소지가 있게 되므로 둔위를 포함한 문제분만시 질식분만보다는 제절분만을 선호하고 기계분만을 기피하게 됨으로써 제절분만의 증가에 더욱 영향을 미치고 있다. 그리고 경제적 요인도 제절률의 증가요인이 되는 바, 의료보험의 혜택으로 인한 경제적 여유가 생기면서 문제분만시 질식분만

본고에서는 産婦人科의 診療, 특히 分娩診療에서 유발되는 事故의 民事責任에 관하여 살펴보는 바, 民事責任歸屬의 핵심을 이루는 違法한 醫療行爲의 일반적 고찰과 아울러 分娩診療에서 요구되는 注意義務에 관한 規範的 評價에 관하여 大法院 判決例를 중심으로 검토한다.

이하에서는 우선 診療上 注意義務를 違反한 過失責任에 관한 一般을 살펴보고(Ⅱ), 醫療關係는 통상 환자의 診斷과 治療施術, 그리고 그 事後의 診療·管理로 전개되고 있는 바, 診療와 事後管理에서의 注意義務(Ⅲ)와 診療施術前 注意義務로서 說明義務(Ⅳ)에 관하여 언급한다.

Ⅱ. 歸責法理의 構成

1. 過失責任의 原則

醫療事故에 대한 民事責任은 責任歸屬의 基本原理에 따라 過失責任과 無過失責任(危險責任)으로 대별되고, 過失責任은 契約責任과 契約外的 責任으로 나뉘며, 후자에서는 주로 不法行爲責任이 중심을 이루고 있다.

醫師와 患者 사이의 診療關係는, 긴급한 진료상황을 예외로 한다면, 통상 契約關係가 성립한다. 그렇지만 契約責任과 마찬가지로 不法行爲 責任에 의한 法理構成에서도 過失責任의 原則에 따라 의사의 注意義務 違反이 責任歸屬의 핵심이며, 그 內容에서도 본질적인 차이는 없다. 또한 진료행위의 특성상 그 違反의 立證도 損害賠償을 訴求하는 환자측에서 부담하게 되므로 사실상 契約法과 不法行爲法の 적용상 구별은 실익이 적다. 현행 실무는 주로 不法行爲法에 의한 紛爭解決을 모색하고 있다.⁶⁾

보다는 제절분만을 더 택하는 경향이 있으며, 또한 선행 제절임부에게 질식분만의 시도나 다량의 자궁수축제 투여를 요하는 적극적 분만처치에는 산모당 한 명의 간호사가 필요하며 충분한 의료시설이 갖추어져야 하지만 낮은 의료보험수가로는 곤란하기 때문이라는 지적이 있다. 송태복, 앞의 논문, 1면 이하, 8면 참조.

6) 不法行爲法과 契約法の 적용은 消滅時效, 慰藉料, 補助者에 대한 責任, 立證負擔 등에서 차이가 있으나 판례는 양자의 적용을 명확하게 구별하지 않고 있다. 이러한 경향은 舊

大法院은 醫療契約에 의해 의사가 환자에게 부담하는 診療債務의 法的 性質에 관해⁷⁾ “의사가 환자에게 부담하는 진료채무는 질병의 치유와 같은 결과를 반드시 달성해야 할 결과채무가 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 마찬가지”라고 함으로써,⁸⁾ 診療를 수입한 醫師에게 환자의 治癒를 위해 최선을 다할

訴訟物 理論에 입각한 현행 의료사고 소송실무상 施術誤謬(Behandlungsfehler: Kunstfehler), 說明義務(Aufklärungspflicht) 등의 법리 적용상 차이가 없고, 의사의 注意義務는 동일한 基準에 의해 정해진다는 점에서 정당화될 수 있다. 吳錫洛, 立證責任論, 1996, 168면 이하; 金顯泰, 醫師의 診療過誤에 있어서의 過失의 立證責任을 中心으로 본 考察, 現代民法學의 諸問題, 晴軒金會漢博士華甲紀念(1981), 619면 이하; 任熙東, 民事上 醫療過誤 訴訟에 關하여, 裁判資料 第12輯(1982), 432면 이하; 李輔煥, 醫療過誤로 인한 民事責任의 法律的 構成, 醫療事故에 관한 諸問題, 裁判資料 第27輯(1985), 34면 이하; 梁三承, 醫療過誤로 인한 民事責任의 發生要件, 民法學論叢, 厚巖郭潤直教授華甲紀念(1985), 746, 749면; 石熙泰, 醫療契約(上), 司法行政(88/9), 35면 이하; 徐光民, 醫療過誤 責任의 法的構成, 民事法學 第8號(1990), 325면 이하; 金玟中, 醫師責任 및 醫師法의 發展에 관한 최근의 動向, 民事法學 第9·10號(1993), 325, 328면 이하; 朴泳珪, 醫師의 注意義務의 一般的 基準, 韓獨法學 第11號(1995), 484면 이하; 曹喜宗, 醫療過誤訴訟, 1996, 75면 이하; 金聖洙/金都泳, 法曹(1997/1), 10면 이하 참조. Vgl. A. Laufs, Arzt und Recht - Fortschritte und Aufgaben, NJW 1998, S.1750, 1755: “Die von Rechts wegen an den Arzt zu stellenden Anforderungen folgen regelmäßig aus dem Stand der medizinischen Wissenschaft wie Erfahrung, und die haftungsrelevanten Standards stellen nichts anderes dar als die erforderliche Sorgfalt im Rahmen des §823 BGB”. 나아가 醫療契約의 不完全履行 내지 소위 積極的 債權 侵害에서 歸責事由의 立證負擔에 관해서는 J. Esser, SchuldR I, 4.Aufl., 1970, §52 VII 4; Esser-Schmidt, SchuldR I/2, 7.Aufl., 1993, §29 III 5 b): “Risikoverteilungserwägungen”, Fn.192 f.; ders., SchuldR I, 6.Aufl., 1984, §29 III 5 b), S.455: “Abgesehen von kosmetischen Eingriffen, deren Gelingen gerade (Erfolgs-) Gegenstand der entsprechenden Abmachung ist, verspricht der Arzt i.d.R. nur auf Heilung zielende Anstrengungen, nicht jedoch jene selbst”; K. Larenz, SchuldR I, 14.Aufl., 1987, §24 I b; Esser-Weyers, SchuldR II, 7.Aufl., 1991, §55 I 1 b) 참조.

- 7) 일반적으로는 (準)委任契約에, 성형수술 등과 같은 의료관계의 유형은 都給契約 등에 포섭시킬 수 있다. 그러나 의료관계의 특수성에 비추어 醫療契約을 독자적 契約類型으로 立法化하는 정책적 검토가 필요하다. 金顯泰, 앞의 논문, 617, 622면; 任熙東, 앞의 논문, 413, 429면 이하; 李輔煥, 앞의 논문, 20면 이하; 石熙泰, 醫療契約(中), 司法行政(88/11), 56면 이하; 金玟中, 醫療行爲에서의 法律問題와 醫師의 責任(上), 法曹(1991/3), 76면 이하; 金天秀, 診療契約, 民事法學 第15號(1997), 147면 이하; 崔秉祚, 로마法上 醫師의 民事責任, 損害賠償法의 諸問題, 誠軒黃迪仁博士華甲紀念(1990), 349면 이하 참조.
- 8) 대법원 1988.12.13. 선고 85다카1491 판결(공 1989, 88); 1993.7.27. 선고 92다15031 판결(공 1993, 2381) 참조.

注意義務를 요구하고 있다.

그밖에 醫療關係에 無過失責任法理를 적용하려는 法政策的 觀點이 제시되고 있다. 그러나 의사의 診療行爲에 대해 無過失의 危險責任을 지우는 것은 人間의 生命有機體를 대상으로 하는 醫療의 本質 자체에 적합하지 않은 것으로 평가되고 있다. 따라서 診療誤謬에 의한 事故에 대한 民事責任은 원칙적으로 해당 診療行爲의 過責, 즉, 환자의 生命·身體·健康 등의 保護法益을 침해한 行爲의 違法성과 責任성이 있는 경우에 한하여 損害賠償責任을 인정하여야 한다.

2. 不法行爲責任

不法行爲責任의 성립에 관한 基本的 構成要件을 정하고 있는 현행 민법 제750조는 “故意 또는 過失로 인한 違法行爲로 他人에게 損害를 加한者는 그 損害를 賠償할 責任이 있다”고 규정하고 있다. 즉, 不法行爲責任은 過失責任原則을 責任歸屬의 基本原理로 하여 加害者의 故意 또는 過失의 違法行爲, 損害發生, 因果關係, 그리고 加害者의 責任能力을 成立要件으로 한다.

이들 要件들에 관한 立證은 원칙적으로 損害賠償을 訴求하는 被害者側이 부담한다. 그러나 오늘날 각종의 事故分野들에서 전형적으로 부각되듯이, 醫療關係에서도 의사의 診療行爲는 완전한 지배가 불가능한 人間生命의 有機體를 대상으로 하며, 환자는 통상 醫學的 門外漢이라는 특수한 상황이 전제되어 있다.⁹⁾ 따라서 醫療事故에서 피해자인 환자측은 의사의 診療上 過失行爲와 侵害結果 사이의 因果的 過程을 쉽게 證

9) 그밖의 문제로서는 의학적 진단에 의해서도 밝혀지지 않은 환자 既往의 素因이 작용하였거나, 의료계의 신분적 情誼性으로 의료전문가의 鑑定이 객관적이고 공정하게 제시되지 않거나, 환자의 病歷 記錄의 접근 곤란, 그리고 병원 組織의 複雜性 등이 지적된다. Vgl. H. - L. Weyers, Empfiehlt es sich, im Interesse der Patienten und Ärzte ergänzende Regelungen für das ärztliche Vertrags-(Standes-) und Haftungsrecht einzuführen?, Gutachten A für den 52. Deutschen Juristentag, Bd.I, 1978, S.9, 19, 32 ff., 36 f., 46; B. Eisner, Die Aufklärungspflicht des Arztes, 1992, S.196; 梁三承, 앞의 논문, 751면; 金玟中, 醫療行爲에서의 法律問題와 醫師의 責任(下), 法曹(1991/4), 85면 참조.

明하지 못하는 立證困難에 처하게 되어, 법적 분쟁을 적정하게 해결함에 있어 적지 않은 法理的 問題點들이 제기된다.¹⁰⁾

立證에 관해서는 원칙적으로 一般法理를 適用하면서도 醫療의 特殊性을 고려하여야 하는 바, 그 負擔의 分配와 程度에 관하여, 최근 실무에서는 일정한 요건하에서 발생한 診療誤謬를 소위 '原因力있는 過失'로 하여 因果關係를 推定하는 경향을 보이고 있다. 大法院이 多汗症事件 判決에서 전신마취의 수술후 사망한 환자측의 因果關係 立證負擔을 緩和한 이후, 이와 동일한 論旨의 判決例가 지속되고 있으며, 그 適用範圍 또한 확대되고 있다.¹¹⁾

- 10) 이러한 立證困難은 오늘날 일련의 事故 분야들에서 전형적으로 나타나고 있는 바, 生産者責任, 環境汚染責任 등을 그 예로 들 수 있다. Vgl. BGHZ 51, 91("Hühnerpest-Fall"); 92, 143("Kupolofen-Fall"); H. Prütting, Beweiserleichterungen für den Geschädigten, in: KF 1989, S.3 ff. 金亨培, 生産者責任, 民法學研究(1986), 458면 이하; 安法榮, 民法上 環境汚染事故의 不法行爲責任 再照明, 한림법학 FORUM 제2권(1992), 73면 이하 참조.
- 11) "多汗症事件" 대법원 1995.2.10. 선고 93다52402 판결(공 1995, 1281). 이에 관한 비판적 분석·검토는 安法榮, 醫療事故의 不法行爲責任 - 大法院과 獨逸聯邦法院(BGH)의 判決의 比較 考察 -, 法學論集(高麗大學校 法學研究所) 第33輯(1997), 231면 이하; 金聖洙/金都泳, 法曹(1997/1), 12면 이하, 17면; 崔載千, 醫療過誤訴訟에 있어서의 立證責任의 緩和, 判例月報(1998/10), 19면 이하 등 참조. 大法院은 多汗症手術, 前方頸椎融合手術[대법원 1995.3.10. 선고 94다39567 판결(공 1995, 1586)], 脂肪腫切除手術[대법원 1996.6.11. 선고 95다41079 판결(공 1996, 2113)], 腎臟摘出手術[대법원 1996.12.10. 선고 96다28158, 28165 판결(공 1997, 313)], 니조랄(Nizoral)投藥[대법원 1999.2.12. 선고 98다10472 판결(공 1999, 517)] 등의 事件判決들에서 환자측이 "일련의 의료행위 과정에 있어서 저질러진 일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실있는 행위를 입증하고, 그 결과와 사이에 일련의 의료행위 외에 다른 원인이 개재될 수 없다는 점, 이를테면 환자에게 의료행위 이전에 그러한 결과의 원인이 될 만한 건강상의 결함이 없었다"는 사정을 證明한 경우, 의료측이 "그 결과가 의료상의 과실로 말미암은 것이 아니라 전혀 다른 원인으로 말미암은 것"이라는 것을 證明토록 하고 있다. 따라서 大法院은 因果關係의 證明에 관해 一般原則을 견지하면서도 이를 緩和하고 있다. 즉, 의사의 過失 있는 診療行爲와 損害 사이의 因果關係를 의학적으로 완벽하게 立證하는 것이 아니라, "일련의 의료행위 과정에 있어서 저질러진 일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실있는 행위와 그 결과와 사이에 일련의 의료행위 외에 다른 원인이 개재될 수 없다는 점"를 증명토록 하여 환자측의 立證負擔을 輕減시키고 있는 것이다. 대법원 1999.4.13. 선고 98다9915 판결(공 1999, 863) 참조. 이러한 판결의 태도는 危險領域에 따라 立證負擔을 分配하고, 일부 의료행위에 대한 客觀的 注意義務違反에서 진료결과 전부의 過責(Verschulden)을 推定하는 것이며, 소송상 眞僞不明의 危險(Risiko der Unaufklärbarkeit: non liquet)을 立證負擔 없는 상대방에게 轉嫁시킴으로써 實體的으로 責任危險을 歸屬시키는 것으로서, 그 正當性은 證明되어야 할 要件事實들이 醫療側 領域에서 발생하였으므로 의사에 의해 보다 잘 立證될 수 있다는 점과, 환자의 생명·신체·건강의 危害 防止를 목적으로 하는 의사의 職業義務

分娩診療事故에서도 大法院은 동일한 論旨로, 태아의 두개내출혈 등 두부손상에 대한 분만 당시 의사의 過誤를 소위 '原因力 있는 過失'로 하여, 출산 전후를 통하여 뇌성마비의 원인이 될 만한 다른 사정이 없다면 태아의 두부손상이 뇌성마비의 원인이 된 것으로 因果關係를 推定하였다.

“출산직후 발견된 비정상적으로 큰 두개혈종과 뇌부종 및 두개내출혈 등 두부손상은 위 원고의 분만 당시 위 이OO가 위 인정과 같은 주의의무를 게을리하여 심슨검자로 무리하게 태아의 머리를 집어 끌어내는 과정에서 가한 물리적 충격과 압박에 기인한 것으로 보이고, 원고 도OO와 태아가 모두 출산 직전까지 극히 정상인 것으로 진단되었을 뿐 아니라 출산 전후를 통하여 달리 뇌성마비의 원인이 될 만한 모체 또는 태아의 감염이나 이상이 있었음을 인정할 자료가 없는 이 사건에 있어서는, 위 이OO의 무리한 검자사용으로 인한 두개내출혈 등이 원고 홍OO의 뇌성마비의 원인이 된 것으로 추정”되는 것으로 判示하였다.¹²⁾

또한 첫아이를 膣式으로 正常分娩한 경산부가 둘째 아이를 임신하여 정기진찰을 받았고, 分娩 직전까지 산모와 태아 모두가 特異所見 없이

(Berufspflicht)에 근거를 두고 있다. 그렇지만 위에서 언급한 바와 같이 醫師의 診療行爲 誤謬는 過失責任原則에 의해 규율되어야 하므로 醫師의 責任(Verantwortung)이 의심스러움에도 불구하고 因果關係를 推定하여 損害賠償責任을 귀속시키는 것은 정당하지 않다. 단순히 診療行爲에 모종의 過失이 있다는 것만으로 因果關係의 立證負擔을 의사에게 전가하는 것은 일반적으로 허용될 수 없으며, 일정한 要件하에서 예외적으로 신중하게 인정하여야 한다. 특히 過責의 立證負擔을 轉換시키려는 유럽공동체(EU) 각료이사회의 勞務給付義務의 責任에 관한 指針에 대한 비판과 집행위원회의 수정에 관해서는 ABIEG 1991 C 12/8, KOM(90) 482 endg. v. 18.1.1991; DtÄrzteBl 1991, B 1180(1182) = MedR 1991, S.165; Mitteilung KOM(94) 260 endg. v. 23.6.1994; E. Deutsch, Aspekte für ein europäisches Haftungsrecht, Karlsruher Forum 1992, S. 10 f.; G. Baumgärtel, Die beweisrechtlichen Auswirkungen der vorgeschlagenen EG-Richtlinie zur Dienstleistungshaftung auf die Arzthaftung und das Baurecht, JZ 1992, S.321, 323; W.-D. Dressler, Beweisfragen im Arzthaftungsprozeß und europäisches Dienstleistungsrecht, in: M. Henssler(Hrsg.), Europäische Integration und globaler Wettbewerb, 1993, S.199, 208 ff.; R. Weber, Muß im Arzthaftungsprozeß der Arzt seine Schuldlosigkeit beweisen? NJW 1997, S.761 ff.; G. Müller, Beweislast und Beweisführung im Arzthaftungsprozeß NJW 1997, S.3049 ff. 참조.

12) “92-02-腦性麻痺事件” 대법원 1992.12.8. 선고 92다29924 판결(공 1993, 431).

정상 상태인 것으로 진단하였으나 巨大兒(체중 4.2kg, 신장 52cm)로 출산되어 분만 직후 좌상완신경총마비 증세가 발생한 사안에서도 동일한 논거에서 因果關係를 推定하고 있다.

抗訴審이 “그러한 결과가 피고의 과실로 말미암은 것이 아니라 전혀 다른 원인에 기인하는 것임을 피고 스스로 주장·입증하지 못하는 이상, 피고 의원 소속 담당 진료의 및 분만의가 정기진찰 당시 및 산전검사를 통하여 원고 임OO이 거대아인 점과 산모인 원고 김OO에 대한 골반 크기에 관하여 전혀 예측하지 못하여 제왕절개수술을 실시하여 출산하는 방법을 택하지 아니하고 간호사로 하여금 원고 김OO이 숨쉬기 곤란하다고 호소할 정도의 과격한 푸싱을 실시하게 하여 거대아인 원고 임OO을 무리하게 출산하도록 한 과실로 인하여 원고 임OO으로 하여금 거대아의 분만시 완신경총의 손상을 받을 경우 발생하기 쉬운 좌상완신경총마비를 일으키게 한 것으로 추정된다”고 판단하였는 바, 大法院도 多汗症事件 判決의 論旨를 援用하여 “분만 직전까지 산모인 원고 김OO이나 태아인 원고 임OO 모두 특이소견 없이 정상 상태이었음에도 불구하고 분만 직후 원고 임OO에게서 좌상완신경총마비 증세가 발생한 점, ... 질식분만에 의한 거대아 출산의 경우 완신경총마비 증세가 나타날 확률은 질식 분만에 의한 정상체중의 신생아 출산의 경우보다 훨씬 높은 점, 위 증세 발생에 다른 원인이 개재되었을 구체적인 가능성은 찾아볼 수 없는 점 등을 참작하여 보면, ... 결국 원고 임OO의 위 증세는 피고 의원의 담당 진료의나 분만의가 정기진찰 당시 및 산전검사를 통하여 원고 임OO이 거대아인 점과 산모인 원고 김OO에 대한 골반 크기에 관하여 예측하고 그 결과에 따라 제왕절개수술 등 적절한 대비책을 강구하지 못한 과실로 인하여 발생하였다고 추정할 수밖에 없다”고 判示하였다.¹³⁾

13) “巨大兒分娩事件” 대법원 1999.6.11. 선고 99다3709 판결(공 1999, 1381). 過失判斷에 관해 서는 이하 Ⅲ 2, 3) 참조.

Ⅲ. 過失判斷의 規準

1. 診療誤謬¹⁴⁾

醫療事故에 대한 不法行爲責任의 핵심적 要件은 醫療行爲에 대한 違法性 判斷에 있다. 違法性은 診療를 함에 있어서 醫師에게 요구되는 注意義務를 故意·過失로 違反함으로써 환자의 생명·신체·건강을 侵害하는 結果가 초래된 경우에 인정된다. 즉, 醫療事故에 대한 民事損害賠償의 責任은 醫療施術로 인한 否定的 結果가 診療에 요구되는 注意義務를 違反한 誤謬(소위 醫療過誤)에 의해 야기됨으로써 성립한다.

2. 客觀的·專門職業的 注意

1) 의사의 診療行爲에 대한 義務違反의 過失判斷에는 원칙적으로 民法 일반의 過失判斷, 즉 去來上 要求되는 客觀化된 注意가 적용된다.¹⁵⁾

14) 독일의 의료사고 법실무에서도 施術誤謬(Kunstfehler, Behandlungsfehler)의 개념이 통용되고 있다. 일반적으로 승인된 診療基準에 미달되어 부적합한(unsachgemäß) 경우, 즉 의학 수준에 합당한 조치를 결여함으로써 잘못된 진단·진료 또는 적합한 진료를 하지 않은 때에 施術誤謬를 인정할 수 있다. Vgl. E. Steffen, Neue Entwicklungslinien der BGH-Rechtsprechung zum Arzthaftungsrecht, 6.Aufl., 1995, S.49. 독일 판례상 개념은 BGHZ 8, 138; BGH NJW 1976, 2291; NJW 1987, 2291(2292) 참조. 유력한 견해들은 施術誤謬의 概念 및 法機能的 役割에 대해서는 의문을 제기하고 있다. 의사의 의료행위가 승인된 醫術(lex artis)과 불합치한다고 하여 곧바로 過失이라고는 할 수 없으며(vgl. BGHZ 8, 130, 140; BGH NJW 1961, 600). 또한 의사는 그 직업적 본질이 自由職으로서 전문적 판단에 따른 診療方法의 自由選擇(Methodenfreiheit)이 보장되어야 하는 바, 診療施術의 方法이 미리 정해져 있다는 것은 모순이다(醫療의 裁量性). 대법원 1984.6.2. 선고 82도3199 판결(공 1984, 1320); 1986.10.28. 선고 84다카1881 판결(공 1986, 3106); 1987.9.8. 선고 86다카2095 판결(공 1987, 1554); 1996.6.25. 선고 94다13046 판결(공 1996, 2293); 金先錫, 醫療過誤에 있어서 因果關係와 過失, 醫療事故에 관한 諸問題, 裁判資料 第27輯(1985), 56, 102면 이하; A. Laufs, Arztrecht, 5.Aufl., 1993, Rn.484: "Therapiefreiheit" 참조. 의사의 職業責任도 다른 직업책임의 유형에서와 다를 바 없이 過失責任의 原則이 적용되는 것에 불과하며 醫療施術의 誤謬를 달리 취급하여야 할 이유는 없다. 施術誤謬의 개념은 過失 판단의 구체화에 기여하는 한 그 의미가 있을 수 있으나, 責任歸屬 判斷에 있어서 고유한 法機能的 役割은 인정될 수 없다. Vgl. A. Laufs, Rn.269; D. Giesen, Arzthaftungsrecht, 4.Aufl., 1995, Rn.68 ff.; Esser-Weyers, §55 I 1 b).

15) 독일민법 제276조가 규정하고 있는 過失(Fahrlässigkeit)의 定義로서 "거래상 요구되는 注意(die im Verkehr erforderliche Sorgfalt)"는 첫째, 규범적으로 "요구되는" 注意로서 慣習이나 일상적 舊態와 무관하게 가능하고, 둘째, "거래상"의 注意로서 社會關聯的, 즉 기대된 行態와 관련됨을 의미한다.

특히 醫療關係에서 이루어지는 診療行爲는 환자의 생명, 신체와 건강에 危害가 수반되므로 그 保護法益의 重要性和 그 危害에 대한 認識·豫見, 그리고 結果의 回避 및 期待可能性이 고려되어야 한다.¹⁶⁾

2) 醫療事故에 대한 의사의 責任歸屬은 職業責任의 典型이다. 즉, 이에 요구되는 注意는 醫療專門的 基準에 의해 판단되는 바,¹⁷⁾ 客觀的 職業責任義務가 그 중심을 이룬다.¹⁸⁾ 그러므로 의사의 專門職業的 注意規

16) 대법원 1987.1.20. 선고 86다카1469 판결(공 1987, 364); 1984.6.12. 선고 82도3199 판결(공 1984, 1320); 金先錫, 앞의 논문, 87면 이하; 金玟中, 法曹(1991/3), 81면; 曹喜宗, 앞의 책, 117, 123면 이하; 安法榮, 營業經營의 過失侵害와 責任歸屬의 因果的 標識, 判例研究 第8輯(1996, 高麗大學校 法學研究所), 218면 이하 참조.

17) "Berufsbezogene Sorgfaltmaßstäbe". 朴東涉, 醫療過誤訴訟에 있어서의 因果關係(I), 司法論集, 第12輯(1981), 166면 이하; 金玟中, 民事法學 第9·10號(1993), 334면 이하; 李銀榮, 債權各論, 1992, 691면 이하; 崔載千, 醫師의 醫療行爲에 있어서의 注意義務의 基準, 判例月報(1997/8), 11, 14면 이하. Vgl. A. Laufs, Rn.473; D. Giesen, Rn.73 ff.; W. Frahm/W. Nixdorf, Arzthaftungsrecht, 1996, Rn.63; RGRK/ K. Nüßgens, §823 BGB, 12.Aufl., 1989, Rn.179; MünchKomm/Mertens, §823 BGB, 3.Aufl., 1997, Rn.367 ff.

18) 醫師의 개별적·구체적 注意義務의 판단에 관해서는 石熙泰, 醫療過失의 判斷基準, 醫療事故處理의 法的 檢討, 大韓醫學協會, 1989, 21면 이하 참조. 의료행위에 요구되는 注意는 궁극적으로 醫療目標를 무엇으로 할 것인가에 귀착된다. 오늘날 전문적 의료기술의 발달, 분업화의 축진은 증폭되는 의료사고 분쟁에서 쉽게 알 수 있듯이 의사와 환자의 인적 관계의 심각한 변화를 초래하고 있다. 김종근, 우리나라 의료분쟁의 현황과 대책, 고려대학교 특수법무대학원 고위과정 강의안, 1997, 3면 이하 참조. 그리고 의료 과학·기술의 발달은 사회 일반의 건강생활에 대한 기대를 상승시키고 있고, 고령화 사회로의 추이 또한 향상된 醫療給付에 대한 요구를 촉진하고 있으며, 說明義務의 判決例들이 단적으로 보여 주듯이(vgl. W. Brüggemann, Widerrechtlichkeit des ärztlichen Eingriffs und Aufklärungspflicht des Arztes, NJW 1977, S.1473, 1477; 이하 IV 참조), 醫療行爲에 요구되는 의사의 注意 또한 의학과 의료기술의 발달에 따라 고도화되고 있다. 그러나 기존의 질병들이 의학적으로 완전하게 극복되지 않고 있으며, 후천성 면역결핍증(AIDS), 약물중독 등의 질병은 그 심각성이 더해 가고 있는 반면, 醫學과 醫療技術의 발달에도 불구하고 이러한 疾病豫防에 사실상 무력하며, 그 성과도 개별적으로만 가능한 것에 그치고 있어 의학의 개척적 발전이 요청되고 있다. 이를 위해서는 많은 비용과 실험적 의료의 희생이 따르므로 危險과 利益은 비교·교량되어야 한다. Vgl. A. Laufs, Medizin und Recht im Zeichen des technischen Fortschritts, 1978; E. Steffen, S.50 ff. 그럼에도 불구하고 위험을 무릅써야 할 필연성 또한 현대 의학의 지표이지만, 투자의 필요와 경쟁은 새로운 협력적 조직형태로 변화되고 있으며, 이에 따라 의사와 환자의 관계는 匿名化와 商化(Anonymisierung und Kommerzialisierung)되어 가고 있다. 이러한 시대적 상황에서도 의료 목표는 개인과 전체 사회의 건강에 이바지하는 것이므로, 환자 개인과 공동체 이익이 충돌하는 경우에 전자가 우선되어야 한다(Primat des Individuums). Vgl. §1 I BÄO; Beschluß des deutschen Ärztetages Mai 1994, L 1, 4, DtÄrzteBl 1994, Supplement zu H. 24, 3; The Declaration of Helsinki, 1964; The Declaration of Tokyo, 1975; A. Laufs, Arzt und Recht im

準은 해당 진료기술이 醫學 및 醫療水準에 상응하는지의 여부가 우선적 基準이 되며,¹⁹⁾ 해당 醫療分野에 있어 사려깊고, 양심적이고, 경험있는 醫師로서 一般醫學 내지 그 專門分野에서 可能的 것인가에 따라 판단되어야 한다(소위 臨床醫學分野).²⁰⁾

大法院은 “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 의료행위를 할 당시 의료기관 등 임상의학 분야에서 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”고 하고,²¹⁾ 또한 “의료수준은 규범적으로 요구되는 수준으로 파악되어야 하고, 당해 의사나 의료기관의 구체적

Umbruch der Zeit, NJW 1995, S.1591: 「患者權利宣言」, 의료사고가족협의회, 1990. 9. 3.; 金玟中, 患者權利와 醫師의 責任, 法律新聞, 제1977호(1990.10.25.), 10면; 民事法學 第9·10號(1993), 351면 이하; 朴泳珪, 앞의 논문, 486면 이하. 특히 生命價値의 尊嚴性에 비추어 腦死者의 臟器移植에 관한 功利主義的 傾向에 대한 비판은 沈在宇, 뇌사자 장기이식의 법적 문제, 省谷論叢(1996), 909면 이하 참조.

19) 任熙東, 앞의 논문, 425면: “一般的으로 是認되어 있는 醫學의 原則”; 朴泳珪, 앞의 논문, 490면 이하. 病理學的 嚴密性이 아니라 臨床醫學의 水準에서 판단되어야 한다는 견해는 金先錫, 앞의 논문, 93면 이하; 權五乘, 醫療過誤와 醫師의 注意義務, 民事判例研究 IV(1982), 95면 이하; 金玟中, 法曹(1991/3), 82면 이하; 印貞憲, 醫療過誤, 大韓辯護士協會誌 통권94호(1984/2), 35, 38면 참조. 醫療水準을 강조하는 견해는 文國鎭, 社會法醫學, 1991, 141면 이하; 曺喜宗, 앞의 책, 41, 185면 이하; 崔載千, 判例月報(1997/8), 15면 이하 참조. “Stand der medizinischen Wissenschaft” Vgl. M. Kriele, Stand der medizinischen Wissenschaft als Rechtsbegriff, NJW 1976, S.355 ff.; H. - L. Weyers, a.a.O., S.17 f.; A. Laufs, Medizinrecht im Wandel, NJW 1996, S.1577; §7 der Berufsordnung für deutschen Ärzte, Deutsches ÄrzteBl, 1988, S.3602.

20) Vgl. BGH NJW 1961, 600 f.; Esser-Weyers, §55 II 3 d): “... über die Frage, was ein durchschnittlicher besonnener und rechtschaffener Mensch im besonderen Berufs- und Pflichtenkreis des Betroffenen getan hätte.”; A. Laufs, Rn.474: “das Prinzip der Gruppenfahrlässigkeit”; E. Deutsch, Fahrlässigkeitstheorie und Behandlungsfehler, NJW 1993, S.1508 f.

21) 대법원 1987.1.20. 선고 86다카1469 판결(공 1987, 364); “94-腦性麻痺事件” 대법원 1994.4.26. 선고 93다59304 판결(공 1994, 1468).

상황에 따라 고려되어서는 안된다”²²⁾고 하며, 나아가 “산부인과 전문의가 아닌 일반외과 의사라고 하더라도 당직의사였다면 산부인과 전문의가 없는 상황에서 산모가 급하게 제왕절개 수술을 요하는 급박한 상태이고, 그러한 상황을 보고받기까지 한 이상 사람의 생명·신체·건강을 관리하는 의사로서의 업무의 성질에 비추어 의사로서는 환자의 구체적인 증상이나 상황에 따라 위험을 방지하기 위하여 요구되는 최선의 처치를 행하여야 할 주의의무가 있다”²³⁾고 判示하고 있다.²⁴⁾

그러므로 診療에 요구되는 注意義務는 다른 의사의 意見이나 慣行에 따른 診療를 한 것만으로는 통상의 注意를 다했다고 할 수 없으며,²⁵⁾ 그 행위 대상, 즉 患者의 生命과 健康 保護의 重要性에 비추어 專門職業人으로서 요구되는 注意程度는 高度化되어 있다.²⁶⁾ 특히 大學病院의 의료

22) “吸入分娩事件” 대법원 1997.2.11. 선고 96다5933 판결(공 1997, 730).

23) “應急處置事件” 대법원 1997.3.11. 선고 96다49667 판결(공 1997, 1066).

24) 그밖에 “藥物(pentazocine)쇼크事件”에서 대법원은[1997.5.9. 선고 97다1815 판결(공 1997, 1731)]“환자가 병원에 처음 내원하여 진료를 받을 때 이미 화농성 폐렴 증세를 보이고 있었으나 그 증상이 뚜렷하지 아니하여 이를 위염과 신경증으로 진단하여 그에 대한 처방을 하였고, 그 후 상복부 통증이라는 새로운 증상까지 나타나 다시 병원에 찾아오게 된 경우, 진료의사로서는 처음의 진단과는 다른 질환일 가능성에 대한 의심을 갖고 좀 더 정밀한 진단을 하여야 함은 물론, 과민성이 있는 환자에게는 부작용으로 인한 쇼크나 호흡억제를 일으킬 수 있는 약물을 투여할 경우에도 사후 세심한 주의와 관찰이 필요”하다고 判示하고 있다.

25) Vgl. BGHZ 8, 138(140); OGH JBl 1987, 104; 1991, 455 f., 520 f.; BGE 113 II 429; 116 II 519. 독일연방법원(BGH)은 해당 분야에서 요구하는 정도를 능가하는 의학 지식을 갖춘 경우에는 이를 환자를 위해 활용하여야 한다고 판시하고 있다. Vgl. BGH NJW 1987, 1479 m. Anm. v. E. Deutsch; JZ 1987, 877 m. Anm. v. D. Giesen, 朴泳珪, 앞의 논문, 489면 참조.

26) 朴泳珪, 앞의 논문, 494면 이하 참조. 그렇지만 의료에 專門的이고 客觀化된 注意基準를 적용하는 것이 의사에 대한 刑法的 責任非難을 의미하는 것은 아니다. 民事法的 職業責任의 歸屬은, 그 法倫理的 基礎에 있어서 비록 主觀的 非難을 완전히 배제하고 있는 것은 아니지만, 요구되는 質的 水準의 恣意를 金錢的으로 補償시키는 데 있으며, 이러한 목적은 어느 누구도 정확하게 요구되는 注意를 다할 수 없어 이미 예정된 경우에도 적용될 수 있다. 이러한 質的 水準은 人格的 非難 내지 個人的 弱點을 탓하는 것이 아니라 制度로서의 醫療(Medizin als Institution)에 주어진 信賴에 상응하는 것이다. 즉, 의료의 專門性 내지 專門家로서 醫師의 權威가 醫療行爲를 正當化한다는 관점에서 위와 같은 民事責任歸屬의 當爲性이 확보되는 것이다. Vgl. E. Steffen, Grundlagen und Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Arzthaftpflicht, ZVersWiss 1990, S.35 f. 오늘날 醫療法(Medizinrecht)은 患者保護를 목표로 하고 있는 바(Patientenschutzrecht), 醫療職의 司法的 規律(Juridifizierung des Arztberufs)도 患者保護라는 측면에서 이루어지고 있다. Vgl. A.

시설 등의 기준과 그 소속 科長醫의 注意義務가 그러하다. 그렇지만 예를 들어 大學綜合病院은 개별 전문분야의 分業的·機能的 協力組織에 의해 운영되고 있는 바,²⁷⁾ 이른바 水平的 分業²⁸⁾과 垂直的 分業²⁹⁾에 있어서 해당 분야의 전문의로서 자격을 갖추고, 이미 科長醫와 긴밀하게 직무를 수행한 경험을 갖춘 의사가 診療施術을 함으로써 患者保護를 信賴할 수 있다면,³⁰⁾ 특별한 예외적 사유가 없는 한 手術準備까지 과장 의가 직접 지휘할 것이 요구되지는 않는다. 다만, 그 과장 의가 해당 분과의 組織編成 및 管理의 權限을 갖고 있는 때에는 민법 제756조의 使用者 내지 代理監督者의 責任이 성립할 수 있다.

3) 診斷에 있어서 의사가 注意義務를 懈怠한 過失이 있는가에 관해서

Laufs, Arzt und Recht im Wandel der Zeit, MedR 1986, S.163; ders., Arzt und Recht im Umbruch der Zeit, NJW 1995, S.1591. 이와는 반대로 의사와 환자 사이의 情報隔差 (Informationsgefälle)로 인해 의료사고를 적당히 무마할 可能性 (Vertuschungsmöglichkeit)과 그로 인한 不信의 골이 깊어진다는 측면에서 의사의 法的 責任을 強化시켜야 한다는 견해는 D. Giesen, Zwischen ärztlichem Paternalismus und Selbstbestimmungsrecht des Patienten, FS für J. Skapski, 1994, S.45 ff.; ders., Aktuelle Probleme des Arzthaftungsrecht, MedR 1997, S.17. 참조. 특히 說明義務의 발전·강화는, 환자가 의료의 客體 (Objekt)인 後見的 醫療關係가 아니라, 主體 (Subjekt)로서의 지위를 갖는 대등적 醫療關係를 형성시키려는 정책적 측면이 지적되고 있다. Vgl. E. Steffen, S.123: "Einwilligung ist Gegengewicht zur medizinischen Autorität"; D. Giesen, FS für J. Skapski, 1994, S.52, 66; R. Francke, Ärztliche Berufsfreiheit und Patientenrechte, 1994, S.33 ff.

27) Vgl. D. Giesen, Rn.152 ff.: "Regelungen über die Kompetenzenverteilung"; A. Laufs/W. Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, 1992, §§88, 89; D. Wilhelm, Verantwortung und Vertrauen bei Arbeitsteilung in der Medizin, 1984, S. 85 ff., 127 ff.; W. Frahm/W. Nixdorf, Rn.80 ff., 90 ff.

28) 여기에서 水平的 分業 (horizontale Arbeitsteilung)은 상이한 협업 규율의 기능적 동등으로서 同僚의 原則 (das kollegiale Prinzip)을 의미한다. Vgl. D. Giesen, Rn.153; E. Steffen, S.107 ff.; W. Frahm/W. Nixdorf, Rn.72; BGHZ 89, 263. 따라서 다른 분과의 醫療過誤, 예를 들어 마취과의 시술 오류에 대해 당해 환자를 수술한 외과의사에게는 使用者責任이 성립하지 않는다. Vgl. D. Giesen, Rn. 158 ff.: "fachspezifische Eigenrisiken"; E. Steffen, S.38.

29) 여기에서 垂直的 分業 (vertikale Arbeitsteilung: z. B. ärztlicher Direktor - Chefarzt - Oberarzt - Assistenzarzt - nichtärztliches Personal)은 분야적 상하질서의 位階原則 (das hierarchische Prinzip)을 의미한다. 따라서 位階에 의한 役割分擔은 責任所在의 分割에 영향을 주게 되어, 민법 제756조 使用者責任成立의 기준이 된다. Vgl. D. Giesen, Rn.152; A. Laufs/W. Uhlenbruck, §101 Rn.1 ff.; E. Steffen, S.105; W. Frahm/W. Nixdorf, Rn.58 f., 70 f., 81.

30) 曹喜宗, 앞의 책, 197면 이하: "신뢰의 원칙"; 朴泳珪, 앞의 논문, 507면 이하 참조. Vgl. D. Giesen, Rn.85 ff.; E. Steffen, Der sogenannte Facharztstatus aus der Sicht der Rechtsprechung des BGH, MedR 1995, S.360; ders., ZVersWiss 1990, S.33.

는 근본적으로 두 개의 상이한 상황을 구별할 수 있다. 그 하나는 사실상 지극한 患者容態의 檢診結果(Befund)를 잘못 解釋하는 것으로서 검사 등을 수행함에 있어서 診斷所見上 誤謬가 있는 경우이며, 다른 하나는 환자의 容態를 올바르게 파악하지 못하여 뚜렷이 드러나는 病的 症勢를 규명하지 못한 檢診上 誤謬가 있는 경우이다.³¹⁾ 그렇지만 양자의 상황은 서로 연계되어 초래될 수 있음은 물론이다.

또한 疾病의 症狀은 항상 명확히 드러나는 것은 아니며, 여러가지 相異한 原因을 表徵할 수 있고, 또한 동일한 疾病이지만 患者의 體質에 따라 매우 상이한 症狀으로 나타날 수 있다. 따라서 事後에 診斷에 誤謬가 있었다는 것만으로 의사에게 過失이 있다고 할 수 없다. 이러한 관점에서 獨逸聯邦法院(BGH)도 의사가 진단에서 얻어진 환자의 容態를 단순히 잘못 解釋한 경우에는 過失을 인정하지 않고 있다.³²⁾ 大法院도 “의사가 오진을 하였다고 하여 바로 고의나 과실이 있다고 할 수 없다”고 判示하고 있다.³³⁾

大法院은 1992년 腦性麻痺事件判決에서 환자가 초산시보다 배가 훨씬 불러 거대아 출산 등 난산이 예상되어 의사에게 帝切分娩을 요구하였으나 의사는 추후 경과를 보고 결정하자고 하면서 첫아이를 膣式分娩으로 출산한 점 등을 고려하여 이번 출산의 경우도 膣式分娩으로 출산할 수 있을 것으로 판단하고 兒頭骨盤不均衡 상태 등에 해당되는지 여부에 관하여는 별다른 診斷을 하지 않은 점에 관해서는 1977년 사건 당시의 醫

31) 醫師의 不注意로 檢診을 얇은 경우에는 診療過程에서 患者에게 危險을 초래할 수 있을 뿐만 아니라 訴訟에서 患者의 立證을 곤란하게 한다. 따라서 이로 인하여 診療事故의 原因關係가 규명되지 않거나 규명이 곤란하게 될 蓋然性이 인정된다면 立證負擔이 醫師에게 전환될 수 있다. Vgl. E. Deutsch, Medizinrecht, 4.Aufl., 1999, Rn.311.

32) Vgl. E. Steffen, S.57; W. Frahm/W. Nixdorf, Arzthaftungsrecht, 1996, S.95; D. Giesen, Rn.111 ff., 114. 스위스연방법원도 동지의 판결을 하고 있다. BGE 105 II 284, 117 Ib 203 E. 3b; M. Kuhn, in H. Honsell(Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, 1994, S.86 f.

33) 대법원 1973.1.30. 선고 72다2319 판결; 대법원 1999.6.11. 선고 98다22857 판결(공 1999, 1361): “오진이 있었던 이상 의사의 과실은 당연히 인정되는 것이고 의사가 오진한 나머지 사실로 믿고 잘못된 설명을 하면 당연히 설명해태에 해당한다고 하는 상고이유의 주장은 독자적인 것에 불과하여 채용할 수 없다.”

療水準이나 分娩의 실태에 비추어 過失을 부인하였다.³⁴⁾

또한 1999년에는 임신부에 대한 상담과 각종 검사 등을 통하여 胎兒의 畸形을 의심할 만한 아무런 징후가 발견되지 아니하였고, 초음파검사로도 태아의 왼쪽 손목 이하 發育不全을 발견하는 것이 용이하지 아니한 점 등에 비추어 開業醫가 위와 같은 畸形을 발견하지 못하였다고 하여 곧바로 어떠한 注意義務違反이 있다고 단정하기 어렵다고 판단한 原審判決을 認容하고 있다.³⁵⁾

그러나 해당 분야의 專門醫로서 용이하게 인식할 수 있는 疾病, 그리고 그러한 疾病에 특유한 症狀를 認知하지 못한 경우에는, 특별한 사정이 없는 한 過失을 인정할 수 있다.³⁶⁾ 특히 基本的 檢診을 시행하였다면 당연히 지득할 것으로 기대되는 患者의 容態를 파악하지 못하거나, 患者의 症勢에 비추어 일응 요구되는 일정한 檢査를 시행하였다면 다른 診斷 結果를 얻을 수 있었던 경우에는 過失이 인정된다. 예를 들어 일차적으로 檢診한 결과에 따라 일응 시행한 診療處置가 효과를 보이지 않았으나 추후 診療過程에서 이미 행한 檢診의 結果를 再檢討하지 않은

34) “92-01-腦性麻痺事件” 대법원 1992.5.12. 선고 91다23707 판결(공 1992, 1831, 1832): “단순히 쌍생아인지 여부만 검사하고 만연히 추후 경과를 보고 결정하자고 할 것이 아니라 나아가 원고 하OO의 골반을 계측하는 등 안전하게 질식분만을 하는데 장애사유가 없는지 미리 살펴보아 그 판단결과를 설명하고 그 내용을 진료기록부에 자세히 기록해 두었으면 출산을 담당한 산부인과 전공의인 소외 이OO가 제왕절개의 방법으로 분만을 바라는 원고 하OO의 요청을 무시하지 아니하였을런지 알 수 없으나, 이는 결과적으로 그렇다는 것일 수는 있어도 이것을 가리켜 당시의 의료수준이나 분만의 실태에 비추어 보아 불법행위의 책임의 요건으로서의 의료상의 과실에까지 이른다고 하기는 어렵다”. 대법원 1986.10.28. 선고 84다카1881 판결(공 1986, 3106) 참조.

35) 대법원 1999.6.11. 선고 98다33062 판결(공 1999, 1367). 이 사건 판결에서는 診斷行爲의 過失을 부인하고 있으나, 검진기술의 발달에 비추어 긍정할 수 있는 여지가 있다고 판단된다. 過失을 긍정하는 경우에도, 태아의 기형이 出産前 治癒될 수 있는 것이 아니라면, 산모로서는 落胎를 고려하게 될 것이다. 결과적으로 의사로서는 산모로 하여금 落胎 여부를 결정할 수 있도록 診斷結果를 說明할 義務가 있으나, 이 경우에도 태아의 畸形이 母子保健法에서 정한 적법한 人工임신중절사유에 해당하지 않는다면 의사의 診斷行爲에 대한 過失 여부를 판단할 실익에 관해 의문이 제기된다. 이하 IV 2, 2) 참조.

36) Vgl. E. Steffen, S.58; W. Frahm/W. Nixdorf, Rn.95 a.E.; D. Giesen, Rn.114 f.; M. Kuhn, S.87.

경우,³⁷⁾ 나아가 일차적으로 판단한 疾病에 典型的이라고 할 수 없거나 전혀 다른 疾病을 表證하는 症狀이 나타났으나 再檢診하지 않은 때에는 過失을 인정할 수 있다.³⁸⁾ 다만 이러한 경우에도 그러한 특이한 증상이 의심할 바 없이 개별 환자의 特殊한 體質에 기인한 例外的인 것이라면 初期의 診斷을 再檢討하여 규명하지 않은 過失은 부정된다.

그밖에 환자의 증상이 서로 相異한 蓋然性을 지니고 나타나서 다수의 相異한 疾病을 表徵하는 경우에 환자를 合理的으로 診療하기 위해서 확실한 판단이 요구된다면, 여러 가지 診斷的 檢査措置들을 통해 환자의 질병을 具體的으로 推論하도록 시도하여야만 한다.³⁹⁾

大法院은 위에서 살펴본 “巨大兒分娩事件” 판결에서는, 分娩方法의 選擇上 誤謬에는 過失을 곧바로 인정하지 않았으나 檢診 및 診斷에의 誤謬, 그리고 帝切分娩을 준비하지 않고 肩胛難産을 무리하게 시도한 것에 대해 過失을 인정하여 因果關係 推定의 起點으로 하고 있다.

“정상출생아의 정상분만의 경우에도 완신경총마비 증세가 나타나고 거대아라고 하여 모두 제왕절개수술을 하는 것은 아니며 원고 김OO이 1991.1.4.경 원고 임OO를 3.7kg 체중으로 질식 분만에 의하여 출산한 경험이 있는 경산부라는 점을 감안”하면서도, “거대아로 태어난 신생아에게 분만 직후부터 좌상완신경총마비 증세가 나타난 경우에 있어서는 피해자측에서 일련의 의료행위 과정에 있어서 저질러진 일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실이 있는 행위”로서 抗訴審이 인정한 바, “원고

37) 大法院은 “藥物(pentazocine)쇼크事件”[대법원 1997.5.9. 선고 97다1815 판결(공 1997, 173)]에서 환자가 원장치의 처방에도 불구하고 “증상의 개선이 없고 상복부 통증이라는 새로운 증상까지 나타나 다시 위 병원에 찾아오게 되었던 바, 다시 진료하게 된 위 병원 소속 일반의 최OO은 처음의 진단과는 다른 질환일 가능성에 대한 의심을 갖고 혈액검사, X선 촬영 등 좀 더 정밀한 진단을 하여야 함은 물론, 인턴과정을 마친 일반의사로서 경험이 부족하므로 내과전문의 등의 협조를 얻는 등으로 망인의 정확한 병명을 밝히기 위한 조치를 취하여야 할 것인데 이를 소홀히 한 과실”을 인정하였다.

38) Vgl. BGH VersR 1985, 886(= MedR 1986, 36); A. Laufs/W. Uhlenbruck, §50 Rn.16; W. Frahm/W. Nixdorf, Rn.96; D. Giesen, Rn.116.

39) Vgl. BGH VersR 1987, 1092(= NJW 1987, 2293); BGH VersR 1993, 836(= NJW 1993, 2375); W. Frahm/W. Nixdorf, Rn.96.

김OO은 임신 8개월 무렵부터 유달리 배가 불러 분만 전 피고 의원에서 정기진찰을 받을 당시 담당 의사에게 태아가 거대아가 아닌지 의심스럽다는 의견을 수차에 걸쳐 나타냈으나, 담당 진료의는 위 원고에 대하여 1992.12.15.부터 분만 1주일 전인 1993.8.8.까지 매월 1회 이상 초음파검사를 실시하였음에도 불구하고 태아인 원고 임OO의 두위가 보통의 정상 크기에 지나지 않는 것으로 판정(최종 검사시인 같은 해 8. 8.경 태아 두위를 96mm로 판정하였다)하여 이를 묵살하였고, 이로 인하여 위 원고의 분만의(정기진찰시의 담당 진료의와는 다른 의사이다)인 소외 지OO 역시 분만 직전에 산모인 원고 김OO 및 태아인 원고 임OO에 대하여 거대아의 예측을 위한 초음파검사, 골반계측검사, 자궁저부측정을 따로 이 실시하지 아니하였으며, 한편 피고 의원의 담당 진료의나 분만의는 원고 김OO의 골반 크기에 대하여는 전혀 검사를 실시하지 아니한 사실”에 비추어, “피고 의원의 담당 진료의나 분만의가 정기진찰 당시 및 산전검사를 통하여 원고 임OO이 거대아인 점과 산모인 원고 김OO에 대한 골반 크기에 관하여 예측하고 그 결과에 따라 제왕절개수술 등 적절한 대비책을 강구하지 못한 과실”이 있고, “분만 직전까지 산모인 원고 김OO이나 태아인 원고 임OO 모두 특이소견 없이 정상 상태이었음에도 불구하고 분만 직후 원고 임OO에게서 좌상완신경총마비 증세가 발생한 점”, “질식 분만에 의한 거대아 출산의 경우 완신경총마비 증세가 나타날 확률은 질식 분만에 의한 정상체중의 신생아 출산의 경우보다 훨씬 높은 점, 위 증세 발생에 다른 원인이 개재되었을 구체적인 가능성은 찾아볼 수 없는 점 등”으로부터 “원고 임OO의 위 증세는 피고 의원의 담당 진료의나 분만의가 정기진찰 당시 및 산전검사를 통하여 원고 임OO이 거대아인 점과 산모인 원고 김OO에 대한 골반 크기에 관하여 예측하고 그 결과에 따라 제왕절개수술 등 적절한 대비책을 강구하지 못한 과실로 인하여 발생하였다고 추정할 수밖에 없다”고 判示하고 있다.

大法院은 최근 判決들에서 診療上 注意義務의 內容에 관해 보다 상세

하고 명백하게 표명하고 있는 바, 診斷에 있어서도 환자의 生命·身體의 危害를 초래할 수 있는 경우에는 高度의 注意義務를 요구하고 있다.

大法院은 “진단은 문진·시진·촉진·청진 및 각종 임상검사 등의 결과에 터잡아 질병 여부를 감별하고 그 종류, 성질 및 진행 정도 등을 밝혀내는 임상의학의 출발점으로서 이에 따라 치료법이 선택되는 중요한 의료행위이므로 진단상의 과실 유무를 판단함에 있어서는 그 과정에 있어서 비록 완전무결한 임상진단의 실시는 불가능하다고 할지라도 적어도 임상의학 분야에서 실천되고 있는 진단 수준의 범위 내에서 그 의사가 전문직업인으로서 요구되는 의료상의 윤리와 의학지식 및 경험에 터잡아 신중히 환자를 진찰하고 정확히 진단함으로써 위험한 결과 발생을 예견하고 그 결과 발생을 회피하는 데에 필요한 최선의 주의의무를 다 하였는지 여부를 따져 보아야 하고, 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 의무”가 있는 바, “신생아가 조산아, 쌍태아, 저체중아라 하더라도 제반 사정에 비추어 볼 때 출생 직후부터 보육기 등에 의한 적절하고 집중적인 소생, 보육을 받았더라면 생존할 가능성이 50% 정도는 되었다고 봄이 상당하다면, 의사가 신생아의 생존가능성이 전혀 없는 것으로 속단하고 그를 살리기 위하여 산부인과에서 할 수 있는 응급조치 내지 소생술을 시행하거나 미숙아를 위한 인력과 시설을 갖추고 있는 소아과로의 전과를 시행하지 아니한 과실과 그 신생아의 사망 사이에는 인과관계를 인정함이 상당하다”고 판시하였다.⁴⁰⁾

나아가 “인간의 생명과 건강을 담당하는 의사는 그 업무의 성질에 비

40) “雙生兒事件” 대법원 1995.4.14. 선고 94다29218 판결(공 1995, 1847). 기타 대법원 1989.7.11. 선고 88다카26246 판결(공 1989, 1228); 1967.7.11. 선고 67다848 판결 등 참조: “胸椎骨折事件” 대법원 1998.2.27. 선고 97다38442 판결(공 1998, 872). 그밖에 轉院義務의 違反을 인정한 敗血症事件은 대법원 1998.7.24. 선고 98다12270 판결(공 1998, 2216) 참조.

추어 치료에 앞서 실시하는 검사가 특히 신체의 손상을 가져올 우려가 있는 경우에는 불필요한 검사를 실시하지 아니할 주의의무가 있다”⁴¹⁾고 判示하고 있다.

의사가 産前檢査에서 誤診을 하여 산모가 落胎함으로써 胎兒가 死亡한 경우에는 産母에 대한 身體侵害로써 責任이 성립할 수 있다.⁴²⁾ 그리고 산전검사에서 胎兒가 損傷을 입은 경우에는 민법 제762조에 의해 태아에게 의사에 대한 損害賠償請求權이 인정된다. 나아가 施術後에도 환자에게 발생할 수 있는 危害를 防止하기 위한 檢診의 注意義務가 인정된다.

大法院은 1980년 당시에 낙태수술후 자궁출혈이 통상보다 과도하였다 는 사실로부터 이완성자궁출혈을 미리 알아내지 못한 診療上 過失이 있는가에 관해서 “이완성자궁출혈은 급성 대출혈로서 30분 내외에서 3시간 사이에 2,000 내지 3,000시시 이상의 출혈을 하게 된다는 것인 바, 임신부가 낙태수술후 계속출혈이 된 것이 아니라 간헐적으로 3회에 걸쳐 출혈이 있는 경우에 산부인과전문의가 1차 출혈시에 이완성자궁출혈임을 미리 알아차려 조치하지 아니하여 임신부가 사망하게 된 데 대해 그 진료상 과실이 있다고 하려면 적어도 1차 출혈현상이 위와 같은 급성 대출혈임을 짐작케 할 정도의 것임이 전제되어야 할 것이므로 1차 출혈의 상황에 관하여 다만 통상보다 과도한 출혈이 있었다는 것만으로는 1차 출혈이 급성대출혈을 짐작케 할 정도의 것임을 수증할 수 없으니 진료상 과실을 인정할 수 없다”고 하였다.⁴³⁾

그러나 1995년에는 환자가 稽留流産으로 인한 소파수술을 받은 후 敗

41) “子宮癌檢査事件” 대법원 1998.3.27. 선고 97다56761 판결(공 1998, 1200).

42) 독일에서는 견해가 대립되고 있으며, 판례도 나뉘어 있다. Vgl. Bejahend OLG Koblenz NJW 1988, 2959; verneinend OLG Düsseldorf NJW 1988, 777. 그러나 刑事責任에 있어서는 의사에게 重過失이 있는 경우에도 면책된다. Vgl. A. Laufs/W. Uhlenbruck, §50 Rn.12.

43) “弛緩性子宮出血事件” 대법원 1984.7.10. 선고 84다카466 판결(공 1984, 1425). 이 사건 판결에서 대법원은 부작용유무의 확인을 거침이 없이 수술을 시행한 행위와 수술후의 이완성자궁출혈로 인한 임신부의 사망 사이의 法的 因果關係도 부인하였다.

血症으로 사망한 사안에서 “의사 J가 초음파검사를 소홀히 하여 이미 태아가 사망한 상태를 발견하지 못하였고, 환자 및 태아의 정확한 상태를 상세히 설명하지 아니하여 조기에 소파수술을 하여 예상되는 부작용에 대비하는 등의 필요한 조치를 취할 기회를 상실하도록 한 과실이 있으며, 의사 M은 환자를 검사한 결과 계류유산임을 확인하고 태아가 사망한 사실과 그에 따른 소파수술의 필요성 및 발생이 예상되는 위험 등에 관하여 설명하지 않았으며, 패혈증의 가능성을 예견하였으므로 소파수술 이전에 예방조치로서 항생제를 투여함과 아울러 혈액을 채취하여 패혈증의 감염 여부에 대한 검사를 하고, 소파수술 후에도 사체아의 상태에 따라 다시 고단위의 항생제를 투여하는 등의 조치를 취하여야 하며, 소파수술 이후 패혈증에 대비한 관찰 및 검사를 시행하면서 증세에 따라 신속한 처치를 하였어야 함에도 불구하고 이러한 조치를 일체 취하지 아니하였을 뿐 아니라, 소파수술 이후에도 환자의 상태를 점검하지도 아니하여 패혈증의 발생을 신속히 감지하지 못하고, 따라서 신속하고 적절한 조치를 취할 수 없어 환자가 패혈증 및 미만성혈액응고장애로 사망하게 한 과실이 있다”고 판단하였다.⁴⁴⁾

4) 醫療에는 專門職業人으로서의 판단에 따른 최선의 注意義務가 요구되지만 그 診療方法에 있어서는 裁量性이 인정된다.

大法院은 1992년 판결에서 “의사는 진료를 행함에 있어 환자의 상황과 당시의 의료수준 그리고 자기의 지식경험에 따라 적절하다고 판단되는 진료방법을 선택할 상당한 범위의 재량을 가진다고 할 것이고, 그것이 합리적인 범위를 벗어난 것이 아닌 한 진료의 결과를 놓고 그중 어느 하나만이 정당하고 이와 다른 조치를 취한 것은 과실이 있다고 말할 수는 없다”고 하여 診療方法의 선택에 있어서 醫師의 裁量을 인정하였으나 출산과정에서 무리하게 통상의 膣式分娩을 진행시킨 점에 관해서는 過失을 인정하고, 분만 중 뇌손상을 입고 두개강내출혈로 치유불능

44) “稽留流産事件” 대법원 1995.12.5. 선고 94다57701 판결(공 1996, 188).

의 뇌성마비가 발생한 결과 사이의 因果關係를 推定하여 환자의 立證負擔을 緩和시킴으로써 해당 의사가 소속된 의료법인의 賠償責任을 인정하였다.⁴⁵⁾

1997년 吸入分娩事件 判決에서도, 吸入分娩을 택한 것은 의사의 裁量이나 과도한 흡입분만을 시행한 것은 醫療水準에 비추어 허용된 범위를 넘은 것으로 보아 출산 직후 태아 사망에 대한 의사의 過失을 인정한 후 使用者인 醫療法人의 責任을 인정하였다.

“흡입분만을 시작한 초기까지도 위 원고와 태아가 모두 정상으로 진단되었고, 출산을 전후하여 모체나 태아에 두개내혈종이나 태변흡입증후군을 일으킬만한 어떤 이상이 있었음을 인정할 자료도 없는 점, 위 병원의 진료기록부에 신생아의 머리에 가변성 종괴가 있는 것으로 기재되어 있고 두개내혈종(추정)과 태변흡입증후군이 진단명으로 기재된 점, 출산시의 아프가스코어가 2-3-4에 불과하여 정상아에 비하여 극히 낮고, 출산시에도 태변흡입증후군을 원인으로 하는 무호흡증이 발생하였으며, 즉시 기관내 삽관술을 시행하여 태변을 제거하는 조치를 취하고 심폐소생술을 시행하였음에도 4차례의 심정지가 나타나고 출산시간으로부터 불과 6시간 정도 지난 후에 사망할 정도로 태아의 상태가 위중하였던 점, 흡입분만을 시행한 시간이 정상적인 흡입분만에 있어서의 한계치의 상한선에 이르고 있는 점, 이 사건 흡입분만은 산모의 피폐로 인하여 시작되었는데도 태아의 두부에 컵이 잘 부착되지 않거나 부착되었다가 떨어질 정도로 흡입분만의 시행에 어려움이 있었고, 흡입분만이 상당시간

45) “92-01-腦性麻痺事件” 대법원 1992.5.12. 선고 91다23707 판결(공 1992, 1831, 1832): “분만 중 태아가 뇌손상을 입고 두개강내출혈이 생겨 뇌성마비가 발생한 경우에 있어 출생을 담당한 의사에게, 통상의 주의력을 가진 산부인과 의사라면 아두골반불균형상태 또는 경계아두골반불균형상태의 가능성이 있음을 의심할 수 있다고 보이는데도 이러한 가능성을 전혀 예상하지 아니하여 이에 대한 대비를 하지 아니하였고, 분만 2기에 있어 5분마다 한번씩 측정하여야 할 태아심음측정을 4회나 하지 아니한 채 만연히 통상의 질식분만의 방법으로 분만을 진행시키다가 뒤늦게 아두골반불균형 또는 이와 유사한 상태의 경우에는 피하여야 할 시술방법인 흡입분만의 방법을 무리하게 계속하여 태아를 만출시킨 의료상의 과실이 있다”. 朴泳珪, 앞의 논문, 497면 이하 참조. Vgl. A. Laufs, Entwicklungslinien des Medizinrechts, NJW 1997, S.1609 f.

시행된 후에 태아의 심음이 지속적으로 위급한 상태로 낮아졌으며, 상당한 시간 동안 헛되이 흡입분만을 시도하다가 그러한 위급한 상황이 발생하였는데도 불구하고 흡입분만을 계속한 점 등에 비추어 볼 때, 위 신생아의 머리에 생긴 가변성 종괴나 두개내혈종은, 흡입분만에 충분한 경험이 없는 위 전공의들이 여러 차례의 흡입분만의 시도가 분만이 전혀 진전되지 아니하여 실패하였음에도 불구하고 아두골반불균형을 전혀 의심하지 못한 채 과도하게 흡입분만을 시도한데다가 흡입분만기를 서투르게 다루면서 태아의 상태를 잘 살피지도 아니한 채 장시간 무리한 힘을 가하여 흡입분만을 시도함으로 인하여 아두골반불균형인 태아의 머리가 산도에 압박되어 두개내에 출혈을 일으켰기 때문에 발생한 것으로 추정되고, 위 두개내출혈로 인한 뇌저산소증으로 태아가 태변을 다량 흡입함으로써 중증의 태변흡입증후군이 발생하였으며, 위 두개내출혈로 인한 혈종과 태변흡입증후군이 원인이 되어 태아 사망의 결과가 발생한 것이라고 추정함이 상당하다”고 하고, 醫師의 注意義務에 관해서는 기존의 判決要旨를 적시하면서, “이 사건에서 위 전공의들이 아두골반불균형이 진단되지 아니한 진료기록부에 의존하여 흡입분만을 시도하였기 때문에 그 흡입분만의 과정에서 어느 정도의 위험이 따를 수 있다고 인정되기는 하지만, 이 사건 흡입분만의 과정이나 그 결과에 비추어 보면, 앞서 추정된 바와 같은 과도하고도 무리한 흡입분만은 의사의 재량이나 의료수준에 의하여 허용된 범위를 벗어난 것으로서 흡입분만을 시도하는 의사에게 있어서 요구되는 주의의무를 위반한 정도”⁴⁶⁾라고 판단하고 있다.

5) 위와 같이 診療行爲의 誤謬에 의사의 過失이 있었는가를 판단하기 위해서는 해당 分野의 專門的 醫學知識과 診療實態를 良知하고 있어야

46) “吸入分娩事件” 대법원 1997.2.11. 선고 96다5933 판결(공 1997, 730). Vgl. “Geburtshilfe-Fall”: BGH, Ur. v. 1996. 10. 1 - VI ZR 10/96(NJW 1997, 796 ff.); 安法榮, 앞의 논문, 254면 이하 참조. 기타 산부인과 분만사고에 관한 독일의 판결례는 AHRS I, Kza 2480 ff.; II, Kza 2485 ff. 참조.

한다. 따라서 해당 醫療分野의 專門家가 아닌 法官으로서는 醫療의 專門的 鑑定을 신중히 고려하여야 한다.⁴⁷⁾ 그러나 過失의 존부에 관한 法官의 規範的 判斷이 이에 종속되는 것은 아니다.⁴⁸⁾

大法院도 “제1심 법원의 감정촉탁에 대한 K대학교 의과대학 S병원장의 회보결과 및 원심의 사실조회에 대한 대한의사협회장의 회보결과는, 사실인정에 관하여 특별한 지식과 경험을 요하는 경우에 법관이 그 특별한 지식, 경험을 이용하는데 불과한 것이며, 의료과오가 있었는지 여부는 궁극적으로는 그 당시 제반 사정을 참작하여 경험칙에 비추어 규범적으로 판단할 수밖에 없으므로, 위 각 회보 결과에 의료과오의 유무에 관한 견해가 포함되어 있다고 하더라도 법원이 의사에게 과실이 있는지 여부를 판단함에 있어서 그 견해에 기속되지 아니한다”고 하며,⁴⁹⁾ “동일한 감정인이 동일한 감정사항에 대하여 서로 모순되거나 매우 불명료한 감정의견을 내놓고 있는 경우에, 법원이 그 감정서를 직접증거로 채용하여 사실인정을 하기 위하여는 특별히 다른 증거자료가 뒷받침되지 않는 한, 감정인에 대하여 감정서의 보완을 명하거나 감정증인으로의 신문방법 등을 통하여 정확한 감정의견을 밝히도록 하는 등의 적극적인 조치를 강구하여야 한다”고 判示하고 있다.⁵⁰⁾

47) 獨逸聯邦法院(BGH)은 의사의 專門職業的 注意義務는 의료전문가의 의견을 참작하지 않고 法官의 판단만으로 확정할 수 없다고 판시하고 있다. Vgl. BGH NJW 1995, 776; NJW 1997, 1638; A. Laufs, NJW 1996, S.1571, 1575 ff.; ders., NJW 1997, S.1610 f.; ders., NJW 1998, S.1757.

48) 대법원 1999.7.13. 선고 97다57979 판결(공 1999, 1609): 감정의견이 소송법상 감정인 신문이나 감정의 촉탁방법에 의한 것이 아니고 소송 외에서 전문적인 학식 경험이 있는 자가 작성한 감정의견을 기재한 서면이라 하더라도 그 서면이 서증으로 제출되었을 때 법원이 이를 합리적이라고 인정하면 이를 사실인정의 자료로 할 수 있으며(대법원 1992.4.10. 선고 91다44674 판결; 1965.10.26. 선고 65다1660 판결 등 참조), 동일한 사항에 관하여 상이한 수개의 감정 결과가 있을 때 그 중 하나에 의거하여 사실을 인정하였다면 그것이 경험칙이나 논리법칙에 위배되지 않는 한 적법하다(대법원 1997.12.12. 선고 97다36507 판결; 1995.8.25. 선고 94다34562 판결; 1992.10.27. 선고 91다39368 판결; 1992.4.10. 선고 91다44674 판결; 1991.8.13. 선고 91다16075 판결 등 참조).

49) “敗血症事件” 대법원 1998.7.24. 선고 98다12270(공 1998, 2216).

50) 대법원 1999.5.11. 선고 99다2171 판결(공 1999, 1135).

6) 환자의 健康과 安全에 대한 診療上 注意義務는 직접적인 진료 후 事後的 管理·保護에서도 요구된다.

大法院은 분만수술 후 환자의 상태로 보아 합병증인 산후출혈 등을 예견할 수 있었음에도 불구하고 담당 의사가 수술 직후 바로 퇴근한 사안에서 “수술 후의 상태로 보아 분만수술 후 산후출혈 등 합병증의 가능성을 예견하였거나 예견할 수 있었음에도 불구하고, 그에 대비하여 신선한 혈액을 준비하여 두거나 수술 후 위 오OO의 경과 및 혹시 발생할지도 모르는 합병증에 대비한 관찰과 검사를 태만히 한 채 수술 직후 수련의 등에게 위 오OO에게 이완성자궁출혈 등의 합병증이 일어날 가능성이 있다는 점과 그에 대비하라는 말만 하고서 그 합병증에 대비한 구체적인 지시도 없이 수술 직후 바로 퇴근하여 버림으로써 그 결과 위 오OO의 산후출혈이 신속히 감지되지 못하고, 따라서 위 오OO이 신속하고 적절한 조치 또한 받지 못하여 결국 사망에 이르게 한 과실이 있다”고 한 원심판단을 인용하였다.⁵¹⁾

大學綜合病院은 당직의, 간호사 등을 상시 근무토록 하여 입원 환자들을 돌보고, 필요한 조치를 강구하도록 組織·構成되어야 한다.⁵²⁾ 따라서 환자의 긴급한 건강상태의 악화에 대해 병실 당직의나 담당 간호사가 조치를 게을리한 過失이 인정된다면, 당직의나 간호사에 대해 해당 분과의 科長醫師로서 病院所屬 法人의 代理監督者責任(민법 제756조 제2항)의 성립이 검토될 수 있다.⁵³⁾ 다만, 병원조직이 정상적으로 구성·운영

51) “産後出血事件” 대법원 1997.8.22. 선고 96다43164 판결(공 1997, 2791).

52) 病院의 組織·構成義務에 대해서는 D. Giesen, Rn.142 ff.; A. Laufs, Rn.532 ff. 참조. 특히 대학종합병원의 組織構成義務에 대해서는 BGH NJW 1994, 1596; H. - D. Lippert, Das Organisationsverschulden in Hochschulklinika - zivilrechtliche Aspekte, NJW 1984, S.2606 ff.; E. Steffen, ZVers Wiss 1990, S.36 f.; W. Groß Die Entwicklung der höchstrichterlichen Rechtsprechung im Haftungs- und Schadensrecht, VersR 1996, S.664; A. Laufs/W. Uhlenbruck, §98, Rn.17, §102, Rn.19; 曹喜宗, 앞의 책, 191면 참조.

53) 그밖에 대학종합병원의 조직·구성상 科長醫師는 해당 分科의 인적·물적 조직을 사실상 자주적으로 구성·관리하고 있는바, 소속 병원의 機關責任(Organhaftung)도 고려할 수 있다. Vgl. “Nierenspende-Fall”: BGH JZ 1988, 150 ff.; BGHZ 77, 74 ff.; 95, 63, 70; H. - L. Weyers, a.a.O., S.28; A. Laufs/W. Uhlenbruck, §104, Rn.2, 12 ff.; E. Steffen, S.35, 37 f.; ders., ZVersWiss 1990, S.33; W. Frahm/W. Nixdorf, Rn.42 ff., 44: “Fiktionshaftung”. 피고 의사가 해

되고 있는 한, 회복실에서는 환자가 마취에서 완전히 깨어나 의식 및 활력 증후가 정상상태를 보일 때에 일반 병실로 보내게 되므로, 일반 병실에서도 환자의 상태가 정상이 아니라면 회복실로부터 인수받지 않는 병원의 日常的 管理·運營 組織을 신뢰할 수 있다.

7) 過失判斷의 時點은 診療行爲時를 基準으로 하여야 하며, 시술 후 의학적 인식 및 향상은 고려되지 않는다.⁵⁴⁾ 나아가 다수의 의료시술 방법이 일반적으로 승인되어 있거나, 이와는 반대로 승인된 의료시술 방법이 전혀 없는 경우에도 學術的 論爭으로 인해 의사가 法的 責任에 犧牲되어서는 안 된다.⁵⁵⁾

8) 나아가 診療는 일응 최신 醫療技術에 의할 것이 요구된다. 그러나 적정한 人的 要員과 物的 施設을 확충할 수 있는 財政可能性 (Finanzierbarkeit)을 고려하여야 한다.⁵⁶⁾

大法院도 의료시술의 전문성, 난이도 등의 차이와 의료기관의 인적 구성, 물적 시설 및 제공하는 의료서비스의 질에 따른 醫療酬價의 差等,⁵⁷⁾ 그리고 치료계약에 이르게 된 경위, 수술·처치 등 治療經過와 難易度, 기타 제반 사정에 상응한 醫療保險酬價의 差等⁵⁸⁾을 인정하고 있다.

당 分科의 科長醫로서 의료에 관한 독자적 지위를 갖고 있어도 소속 병원의 使用者責任을 곧바로 부인할 수 없다. Vgl. A. Laufs/W. Uhlenbruck, §98, Rn.18; E. Steffen, ZVersWiss 1990, S.34; W. Frahm/W. Nixdorf, Rn.140 ff.; 曹喜宗, 앞의 책, 197면 이하.

54) 특히 소송상 事實審 辯論終結時에 遡及的 判斷은 허용되지 않는다. 대법원 1987.1.20. 선고 86다카1469 판결(공 1987, 364); 金先錫, 앞의 논문, 96면; 朴泳珪, 앞의 논문, 500면 이하 참조. Vgl. BGH, Urt. v. 3. 5. 1962 - 1 StR 18/62(= NJW 1962, 1780 ff.); BGH NJW 1983, 2080; A. Laufs, Rn.476; A. Laufs/W. Uhlenbruck, §99, Rn.7; W. Frahm/W. Nixdorf, Rn.64.

55) 權五乘, 앞의 논문, 104면 이하; 朴泳珪, 앞의 논문, 498면 참조. Vgl. BGH VersR 1955, 573; E. Deutsch, Medizinische Fahrlässigkeiten, NJW 1976, S.2291.

56) 朴泳珪, 앞의 논문, 512면 이하 참조. Vgl. H. - L. Weyers, a.a.O. S.17 f.; E. Steffen, ZVersWiss 1990, S.36 f.; W. Uhlenbruck, Rechtliche Grenzen einer Rationierung in der Medizin, MedR 1995, S.427 ff., 437; D. Hart, Rechtliche Grenzen der Ökonomisierung, MedR 1996, S.60 ff. 71; H. - J. Rieger, Honorarbegrenzungsmaßnahmen und Sorgfaltsmaßstab, MedR 1996, S.147; A. Laufs, NJW 1996, S.1575; ders., NJW 1997, S.1610.

57) 대법원 1995.12.8. 선고 95카기16 결정(공 1996, 333) 참조.

58) 대법원 1995.12.8. 선고 95다3282 판결(공 1996, 336) 참조. 독일의 醫療保險모델과 過失責任의 原則에 관해서는 A. Laufs, NJW 1998, S.1750, 1755; P. A. Köhler/B. Baron v. Maydell(Hrsg.), Arzthaftung - Patientenversicherung - Versicherungsschutz im Gesundheitssektor, 1997 참조.

9) 그밖에 診療에 緊急을 요하는 상황에서의 注意義務判斷에는 醫療的 特殊性을 고려하여야 한다.⁵⁹⁾

産婦人科分野에서도 醫療 一般의 緊急性이 적용되는 것은 물론이지만, 出産에 있어서는 산모 뿐만 아니라 출산되는 태아의 생명과 건강을 함께 고려하여 시술하여야 하는 특수한 사정이 있으며, 더욱이 出産施術에서는 시간적으로 연기하거나 차후로 유보할 수 없는 一回的 緊急性이 있다. 그러므로 촉박한 出産狀況에서는, 다른 의료분야에서보다도 시술상 醫師의 裁量을 폭넓게 인정하여야 할 것이다.⁶⁰⁾ 그렇지만 이러한 出産의 特殊性은 통상적으로 미리 豫見할 수 있는 것이므로, 施術前에 필요하고도 충분한 준비를 갖추어야 할 注意義務는 보다 高度化되고 加重될 수 있다.

10) 그밖에 달리 醫師의 力量에 비추어 치료할 수 없음에도 불구하고 診療行爲를 하는 경우에는 引受過責(bernahmeverschulden)이 인정된다.⁶¹⁾

일찍이 1960대에 大法院은 “일반적인 개업의사가 감당하기 어려운 이상분만환자가 자궁출혈이 심하고 일반적인 조산술로는 분만이 어려웠다

59) 大法院은 교통사고 환자가 복통을 호소하는 외에 다른 외상이 없는데도 혈압이 극히 낮아, 내출혈을 의심하고 특수검사 등을 실시하던 중 환자가 갑자기 호흡곤란 증세를 일으키기 시작하여 급히 개복수술을 하여 본 결과, 하대정맥 및 총장골동맥 파열로 인한 과다출혈로 결국 사망한 사건[대법원 1995.4.25. 선고 94다27151 판결(공 1995, 1939)]에서 “위 병원의 의사들로서는 수혈을 통하여 위 K의 혈압을 정상으로 끌어 올림으로써 위급한 상황을 넘겨 어느 정도 시간을 확보하게 된 상태에서 그 출혈원인을 규명하기 위하여 한밤중에 자택에 있던 비뇨기과 과장까지 병원으로 나와 복강천자와 방광 및 신장에 대한 특수검사를 실시하고, 그래도 이상이 발견되지 아니하자 정밀검사를 위하여 초음파검사를 하려 하였던 것이므로, 이는 그와 같은 상황에서 통상 의사들에게 요구되는 극히 정상적인 진료활동이라 아니할 수 없을 것이고, 이와 달리 위 의사들에게 환자가 외형상 위독한 상태가 아닌데도 각종 검사기법을 통한 원인규명을 생략한 채 내출혈의 원인을 밝혀내기 위하여 환자나 가족의 동의도 없이 새벽 2시 30분경부터 5시 30분경 사이의 인적, 물적 조건 아래에서 개복수술부터 시행하도록 요구하거나 기대할 수는 없다”고 하여 過失을 부인하였다.

60) 出産方法의 變更에 관한 說明義務에 관해서는 이하 IV 24) 참조.

61) Vgl. E. Steffen, S.63, 67 ff.; A. Laufs, Rn.483; D. Giesen, Rn.93; RGRK/K, Nüßgens, Rn.190; E. v. Caemmerer, Die absoluten Rechte in §823 Abs.1 BGB, Ges. Schr. Bd.I, 1968, S.554, 579. 朴泳珪, 앞의 논문, 494면 참조.

면 시설이 좋은 종합병원에 이송해야 할 것인데 장시간에 걸쳐 일반적인 조산술로 분만시키려다 산모가 기진하고 다량의 출혈로 산모를 사망에 이르게 하였다면 의사에게 치료상의 과실로 환자를 사망케 한 위법이 있다”고 判示한 바 있다.⁶²⁾

그러나 夜間應急室에서 당직근무를 하는 일반의가 야간에 응급환자를 진료하는 경우에게 그 緊急性에 비추어 환자의 질병에 해당하는 專門醫의 注意義務가 적용될 수 없는 바,⁶³⁾ 원칙적으로 引受過責은 적용되지 않는다.

IV. 說明義務

1. 意 義

환자의 有效한 同意 없이 이루어진 진료행위에 의해 발생한 환자의 생명·신체·건강상의 피해에 대해서 醫師의 損害賠償責任이 성립한다.⁶⁴⁾ 大法院은 1979년 최초로 後頭腫瘍除去手術事件判決⁶⁵⁾에서 환자의 “후두종양 제거 수술을 한 집도의사들이 수술후 환자의 목이 쉴 수도 있다는 말을 하였다 하더라도 그것만으로서 수술후” 발생한 발성기능 장애에 대해, 환자는 “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 실시하였다는 같은 취지의 원심판단은 정당”하다고 하여 不法行

62) 대법원 1967.7.11. 선고 67다848 판결(집 15(2민), 170).

63) 대법원 1999.11.23. 선고 98다21403 판결.

64) 대법원 1995.4.25. 선고 94다27151 판결(공 1995, 1939); 1995.1.20. 선고 94다4321 판결(공 1995, 885); 1994.4.15. 선고 92다25885 판결(공 1994, 1434); 1994.4.15. 선고 93다60953 판결(공 1994, 1440); 1992.2.14. 선고 91다36710 판결(공 1992, 1573); 1987.4.28. 선고 86다카 1136 판결(공 1987, 873); 1979.8.14. 선고 78다488 판결(공 1979, 12135) 등 참조.

65) 대법원 1979. 8. 14. 선고 78다488 판결(공 1979, 12153).

爲責任을 인정하였다. 이후 醫療事故訴訟에서 의사의 진료행위상 過失 외에 이른바 의사의 說明義務違反이 責任歸屬要件으로 확립되었고,⁶⁶⁾ 그 범위와 정도는 급속도로 확장·고도화되고 있다.⁶⁷⁾

診療施術에 대해 환자로부터 事前的 同意를 얻기 위해 의사에게 說明義務를 부과하는 法規範的 基礎는 의사의 專斷的 醫療行爲(eigenmächtige Heilbehandlung)로부터 환자를 보호하려는 데 있다. 즉, 診療行爲를 함에 있어서 환자로부터 사전에 有效한 同意(Einwilligung)를 받지 않으면 환자의 自由侵害 내지 自己決定(Selbstbestimmung)을 무시하는 것이다.⁶⁸⁾

오늘날 醫療關係에서 說明義務는 患者保護를 우선하는 醫療職의 倫理로서 高揚되어 있으며, 憲法 제10조의 基本的人權 保障에 의해 뒷받침되는 法規範的 要請이다.⁶⁹⁾ 患者의 同意는 의사가 同意를 받기 전에 의

66) 石熙泰, 醫師의 說明義務와 患者의 自己決定權, 延世行政論叢 第7輯(1980), 287면 이하; 金天秀, 醫師의 說明義務, 民事法學 第7號(1988), 231면 이하; 患者의 自己決定權과 醫師의 說明義務, 1994; 醫師의 說明過誤責任에 관한 國內 判例의 分析, 民事裁判의 諸問題(上), 松泉李時潤博士華甲紀念(1995), 494면 이하; 金聖洙/金都泳, 法曹(1997/1), 23면 이하 참조.

67) 독일에서는 1987년 현재 의료사고 소송의 약 2/3에서 說明義務違反이 다투어졌으며, 1995년 현재에는 의료사건 판결의 1/3이 說明義務違反에 의해 근거지워지고 있다고 한다. Vgl. W. Hempfing, Aufklärungspflicht und Arzthaftung, 1995, S.17; A. Laufs, NJW 1996, S.1577: "Eine Stärkung der Einwilligungsrechte erscheint als Gebot der Zeit." 그러나 독일 帝國法院(RG)에서 說明義務違反을 다룬 사건은 불과 14건에 불과하였다. Vgl. W. Brüggemann, NJW 1977, S.1476 f. 제2차 세계대전 이후에 급속한 자연과학의 발달과 더불어 說明義務違反을 다룬 판결례 또한 증폭되어 오늘날 일별하기 어려운 실정이며, 또한 그 기준도 고도화되어 있다. Vgl. AHRS, 4100 ff.

68) 대법원 1995.4.25. 선고 94다27151 판결(공 1995, 1939) 참조. 金天秀, 醫療에 대한 說明과 同意의 法理, 1999, 21면 이하 참조. Vgl. BGHZ 29, 176, 181: "Das Recht der Selbstbestimmung, die den einzelnen zukommende Entschließungsfreiheit und die Menschenwürde verlangen gebieterisch nach einer Unterrichtung des Patienten"; R. Wiethölter, Arzt und Patient als Rechtsgenossen, in: Die Aufklärungspflicht des Arztes, 1962, S.71 ff.; H. - L. Weyers, a.a.O., S.23 ff.; A. Laufs, Rn.168 ff.; D. Giesen, Rn.200.

69) 朴一煥, 醫師의 說明義務와 患者의 承諾, 裁判資料, 第27輯(1985), 149, 152면 이하; 金攻中, 民事法學 第9·10號(1993), 339면 참조. 의사의 說明義務의 확충에는 의료관계에서 환자의 主體性과 의사와의 對等的 地位를 보장하려는 政策이 고려되어 있다. 독일에서는 환자의 有效한 同意는 독일기본법 제1조와 제2조에서 도출되는 개인의 포기할 수 없는 自己決定權(unverzichtbare Selbstbestimmungsrecht)의 表출로서 實체적 正當性을 확보하고 있다.

도하는 해당 진료행위에 관해 충분히 이해할 수 있도록 說明한 경우에 만 有效하다. 다시 말하면, 환자의 診療施術에 대한 유효한 동의는 의사의 진료행위가 이루어지기 전 그에 관한 적절한 說明을 통해 “良知된 同意”이어야 하며,⁷⁰⁾ 환자의 同意가 없거나 또는 有效한 同意 없는 진료시술은 違法한 行爲로서 현행 민법상 醫療契約違反의 債務不履行 내지 不法行爲의 損害賠償責任이 성립한다.⁷¹⁾

2. 內容과 範圍

1) 說明義務의 대상은 診療施術의 方法과 危險이며, 診斷에 관한 說明이 그 전제를 이룬다.⁷²⁾ 그 내용은 단순히 醫學知識을 전달하는데 그치는 것이 아니라, 환자로 하여금 合理的 較量에 따른 自己決定이 실질적으로 가능하도록 당시의 醫療水準에 상응하는 事項,⁷³⁾ 특히 해당 진료시술이 해당 환자의 個人的 狀況에서 의미하는 바를 說明하여야 하므로, 合理的 判斷力을 갖춘 患者 一般이 아니라 구체적인 개별 진료관계의 해당 患者를 기준으로 하며, 해당 환자의 決定이 不合理하고 옳지 않을 지라도 決定의 自由는 존중되어야 한다.⁷⁴⁾ 특히 해당 환자의 主觀的 必

70) Vgl. Esser-Schmidt, §29 III 5 b); Esser-Weyers, §55 I 1 a); D. Medicus, SchuldR II, 7.Aufl., 1995, §§98 I 1 c, 136 II 4 b); D. Giesen, Rn.201; RGRK/Nüßgens, Rn.199 ff. “informed consent”; 朴一煥, 앞의 논문, 156면 이하 참조.

71) 대법원 1992.4.14. 선고 91다36710 판결(공 1992, 1573); 1994.4.15. 선고 92다25885(공 1994, 1434); 1994.4.15. 선고 93다60953(공 1994, 1440). Vgl. BGHZ 29, 46(53 f.); BGHZ 67, 48(49 f.); BGH JZ 1959, 773 ff.; BGHSt 11, 111(114); D. Giesen, Rn.211; W. Frahm/W. Nixdorf, Rn.161 f. 의사의 說明義務는 의료관계의 구조적 본질에 비추어 본다면 法理的으로는 醫療契約義務로 구성하는 것이 보다 합리적이라고 할 수 있다. 그러나 실무는 說明義務違反을 不法行爲法의 過失로 취급하고 있다. Vgl. H. -L. Weyers, a.a.O., S.23. 진료계약상 설명의무의 구성적 분류는 金天秀, 民事法學 第15號(1997), 159면 이하; 醫療에 대한 說明과 同意의 法理, 1999, 274면 이하 참조.

72) Vgl. H. -L. Weyers, a.a.O., S.18 f.: “Umgang mit dem Risiko”; D. Giesen, Rn.256 ff.

73) 대법원 1995.1.20. 선고 94다3421 판결(공 1995, 885) 참조.

74) Vgl. “Schilddrüsenmalignom-Fall”: BGH NJW 1980, 1333; “Querschnittlähmung-Fall”: BGHZ 90, 103(105 ff.); BVerfGE 52, 131, 160, 176 ff., 184; E. Steffen, a.a.O., S.130: “patientenbezogene Aufklärung”; A. Laufs, NJW 1997, S.1613; W. Frahm/W. Nixdorf, Rn.173: “über den zu erwartenden Zustand des Patienten nach dem Eingriff”. Vgl. BGH NJW 1974, 1422 f.; 李永煥, 患者의 承諾, 釜山大學校 法學研究 제27권 제1호(1984/12), 65, 67면 참조.

要件이 중심이 되며, 危害後遺症 발생의 통계 확률에 따라 결정되는 것은 아니다. 즉, 說明되어야 할 진료시술의 危險性은 그 의학적 統計가 아니라, 비록 非蓋然的일지라도 해당 診療狀況, 醫師와의 關係, 돌발적인 事故發生의 頻度와 典型性에 비추어 환자의 同意가 의미가 있는지에 따라 판단되어야 하므로,⁷⁵⁾ 종국적으로 개별 의료관계에서 의사에게 요구되는 說明義務는 위와 같은 一般條項的 基準에 비추어 구체화되어야 할 것이다.⁷⁶⁾

大法院은 일련의 판결들에서 說明義務의 基準으로서 生命侵害의 重要性和 환자의 질병 정도의 比例性, 수술을 받아야 할 緊急性, 그리고 危險發生의 近接性 등을 고려하고 있다.⁷⁷⁾

産婦人科의 子宮摘出手術事件에서는 “자궁적출수술에 있어 진찰 당시 자궁외 임신에 의한 증상이라고 볼만한 사정이 있었고, 진찰의사 자신도 자궁외 임신의 가능성을 생각해 보기까지 하였음에도 흑이 만져진다

75) 朴一煥, 앞의 논문, 157면 참조. Vgl. BGH NJW 1980, 1905; D. Giesen, Rn.272 ff., 275, 307. Vgl. E. Steffen, S.130; D. Giesen, Rn.269; E. Deutsch, a.a.O., S.64; A. Laufs, NJW 1996, S.1578; W. Frahm/W. Nixdorf, Rn.175; MünchKomm/Mertens, Rn.431.

76) Vgl. D. Giesen, Rn.257: “nicht ohne generalklauselartige Maßstäbe und Kriterienvorgaben”; BGH, LM BGB §823(Aa)Nr.139(A. Laufs/E. Reiling); JZ 1993, S.312(313). 1979년 독일연방법원 결정에서 일부 견해는 憲法의 基本的 價値決定에 합치하는 開放的 解釋·適用을 강조하고 있다. Vgl. BVerfGE 52, 131, 171 ff. 독일 학설은 그 대상에 따라 시술 또는 비시술시의 질병의 경과, 진단, 시술 위험으로 나누어 각각 經過說明(Verlaufserklärung), 診斷說明(Diagnoseaufklärung), 危險說明(Risikoaufklärung) 등으로 나누고 있다. Vgl. B. R. Kern/A. Laufs, Die ärztliche Aufklärungspflicht, 1983, S.53 ff. E. Deutsch는 경과설명과 위험설명은 의사의 설명의무의 필수불가결의 것으로, 진단설명은 환자가 희망하는 경우에만 설명할 의무가 있는 것으로 파악한다. Vgl. E. Deutsch, Neue Aufklärungsprobleme im Arztrecht, NJW 1982, S.2585 ff.; ders., Schutzbereich und Beweislast der ärztlichen Aufklärungspflicht, NJW 1984, S.1802 f. 그밖에 朴一煥, 앞의 논문, 166면 이하; 金天秀, 民事法學 第7號(1988), 258면 이하; 民事法學 第15號(1997), 160면 이하; 金玟中, 法曹(1991/4), 78면 이하 참조.

77) “술루메드를注射事件” 대법원 1994.4.15. 선고 92다25885 판결(공 1994, 1434); “粉碎骨折手術事件” 대법원 1994.11.25. 선고 94다35671 판결(공 1995, 99); “開心手術事件” 대법원 1995.1.20. 선고 94다3421 판결(공 1995, 885); “多汗症事件” 1995.2.10. 선고 93다52402 판결(공 1995, 1281); “尾骨切除手術事件” 대법원 1996.4.12. 선고 95다56095 판결(공 1996, 1526); “網膜剝離事件” 대법원 1997.7.22. 선고 95다49608 판결(공 1997, 2608); “視神經炎事件” 대법원 1999.9.3. 선고 99다10479 판결(공 1999, 2032) 판결 등 참조.

고 하여 자궁근종이라고 진단하고 더 이상의 보다 정밀한 확인검사를 하지 아니한 잘못으로 자궁의 임신임을 알지 못함으로써 결과적으로 환자로 하여금 위와 같은 진단상의 과오가 없었다면 당연히 설명받았을 내용을 설명받지 못한 채 수술 승낙을 하게 하였다면 의사가 설명의무를 다하지 못함으로써 환자의 승낙권을 침해한 과실이 있다”고 判示하였다.⁷⁸⁾

2) 說明義務는 치료시술뿐만 아니라 診斷施術에서도 인정된다. 大法院은 ‘子宮癌檢査事件 判決’⁷⁹⁾에서 정기적으로 세포진검사에 의한 자궁암검사를 받아 오다가 정기검사 시기에 맞추어 위 병원에 자궁암검사를 의뢰하기 위하여 처음 찾아온 환자에게 세포진검사와 이를 보완하기 위하여 질확대경검사를 실시하였을 뿐만 아니라, 나아가 조직검사까지 실시하고 의사가 조직검사 후에 환자에게 “출혈이 있더라도 놀라지 말라”고만 이야기 하였을 뿐 조직검사로 인하여 발생할지도 모르는 후유증에 대해 아무런 설명을 하지 아니한 경우에는 說明義務違反의 不法行爲가 성립될 여지가 있다는 논지로 破棄·還送하고 있다. 나아가 醫藥品을 투여하는 경우에도 환자의 생명, 신체, 건강에 否定的 影響을 미칠 수 있는 한 說明義務가 부과된다.⁸⁰⁾

78) “子宮摘出手術事件” 대법원 1992.4.14. 선고 91다36710 판결(공 1992, 1573).

79) “子宮癌檢査事件” 대법원 1998.3.27. 선고 97다56761 판결(공 1998, 1200).

80) “솔루메드롤注射事件” 대법원 1994.4.15. 선고 92다25885 판결(공 1994, 1434): 大法院은 교통사고로 뇌부분에 심한 상처를 입은 직후 응급입원한 환자가 당시 두부손상으로 의식이 없고 생명이 위험한 상황에서 일단 산소공급과 급성 뇌압강하제인 만니톨을 주사하는 등의 응급조치를 취하고 중증 쇼크치료제로 쓰이는 부신피질호르몬제제인 솔루메드롤(Solumedrol)을 주사함으로써 위급한 고비를 넘겨서 투약을 중단하였다가, 그 후 환자나 가족의 승낙이나 동의 없이 솔루메드롤을 계속 투여하여 뇌부종 및 안면신경마비 증세를 성공적으로 치료하고 퇴원하였으나 1년 5개월 이후에 위 약품투여에 의한 부작용으로 환자에게 대퇴골두골저 무혈성괴사의 증상이 나타난 사안에서 “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 의무”가 있다고 판시하고 있다. Vgl. A. Laufs, NJW 1997, S.1614; ders., NJW 1998, S.1756 f.

産婦人科의 分娩診斷에서는 산모 외에 胎兒의 건강과 관련된 說明義務가 문제로 제기된다. 특히 母子保健法에서 규정하고 있는 優生學的 또는 遺傳學的 精神障礙나 身體疾患이 있어 胎兒를 적법하게 落胎할 수 있는 사유⁸¹⁾가 진단결과 밝혀진다면 이를 說明하여 産母로 하여금 人工 妊娠中絶手術을 받을 것인가의 여부를 決定하도록 하여야 한다.⁸²⁾

3) 獨逸聯邦法院(BGH)에 따르면 醫師의 說明은 診療施術의 危害에 대해 精確한 또는 근사치의 發生率을 알려 주어야 할 필요는 없으나, 환자가 시술과 결부된 危險 範圍와 程度에 關係 一般的 表象을 갖도록「總括的으로」(im großen und ganzen) 이루어져야 하며,⁸³⁾ 危害가 수술 일반

81) 모자보건법 제14조 제1항 제1호는 인공임신중절수술을 할 수 있는 경우로 임신부 본인 또는 배우자가 대통령령이 정하는 우생학적 또는 유전학적 정신장애나 신체질환이 있는 경우를 규정하고 있고, 동법시행령 제15조 제2항은 인공임신중절수술을 할 수 있는 우생학적 또는 유전학적 정신장애나 신체질환으로 혈우병과 각종 유전성 질환을 규정하고 있다.

82) 대법원 1999.6.11. 선고 98다22857 판결(공 1999, 1361) 참조. 이 판결사건은 산모가 자신이 임신한 태아가 정상아인지에 대하여 특별한 관심을 가지고 정기진찰을 받으면서 기형아 검사를 해줄 것을 부탁하였고, 의사는 초음파검사에 의하여 태아가 정상이라고 판단하였고 서울에 있는 기형아 전문검사기관인 이원임상검사센터에 기형아검사를 의뢰한 결과 AFP검사(모체혈청 단백질 검사)에서도 정상으로 검진되었으나, 결국 태아는 다운증후군의 기형아로 태어났는 바, 기형아 판별확률이 비교적 높은 검사법(양수천자와 융모세포 검사는 태아손상, 유산, 모체감염 등의 위험이 있기는 하지만 간접적 검사 방법보다 훨씬 확실한 진단결과를 얻을 수 있다)에 대하여 아무런 설명을 하지 아니하여, 산모로 하여금 확실한 검사 방법을 택하여 태아가 기형아인지의 여부를 확인하고 만일 그 태아가 기형아라면 낙태할 수 있는 기회를 상실하게 함으로써, 기형아(다운증후군)인 원고 자신을 태어나게 하였다고 주장하면서, 원고 자신의 향후 치료비 및 양육비 상당의 손해 중 일부를 청구하였다. 대법원은 이미 이 사건과 관련하여 산모의 손해배상청구에 대해 1997.11.26. 선고 97다36842 판결에서, 산부인과의사는 기형아 출산을 우려하는 임신부의 산전검사에 관하여 그 필요성, 위험성 및 경제성 등 제반사정에 관하여 설명할 의무가 있고, 이를 위반한 경우에 태아의 출생에 관한 부모의 자기결정권을 침해한 것이므로 정신적 손해를 배상할 책임이 있다고 판단하였으나, 1999.6.11. 선고 98다22857 판결에서는 다운증후군은 모자보건법과 동시행령의 소정 규정의 인공임신중절사유에 해당하지 않으므로 태아가 다운증후군에 걸려 있음을 알았다고 하더라도 산모가 적법하게 낙태할 결정권을 가지고 있었다고 보기 어렵다는 논거로써 산모의 적법한 낙태결정권이 침해되었음을 전제로 하는 위 청구를 기각하였다. 崔載千, '원치 않는 아이'와 損害賠償責任, 人權과 正義(1997, 12), 81면 이하; 원치 않는 아이의 출생과 의사의 위자료책임, 法律新聞(1998.1.12.), 14면; 全炳南, '원치 않는 아이(Unwanted Child)'와 醫師의 損害賠償責任, 高麗大學校 法務大學院(1999, 6.); 大法院 比較法實務研究會 1999.4.27. 세미나 자료 등 참조.

83) Vgl. Vgl. BGH VersR 1984, 682(683); BGH JZ 1993, 312(314 R); BGHZ 29, 46(53); 29, 176(181); BGH NJW 1971, 1887; NJW 1974, 1422; "Querschnittlähmung-Fall": BGHZ 90, 103, 106 ff.(= JR 1985, 65 ff. m. Anm. v. D. Giesen = NJW 1984, 1397 ff. mit. Anm. v. E. Deutsch); BGH JZ 1993, 312(314 R) usw.

에 수반되는 것이라면 환자의 注意를 환기시키는 정도로 언급함으로써 족하다고 한다.⁸⁴⁾

의사는 통상 患者 일반의 基礎知識, 예를 들어 전신마취하의 수술에 수반되는 창상감염, 상처파열, 혈액손실 등에 관해서는 患者가 이미 알고 있는 것으로 信賴할 수 있다.⁸⁵⁾ 그리고 기술상 야기될 수 있는 誤謬로부터 환자를 보호할 수 있는 충분한 조치를 취하고 있다면 그로 인한 危害에 관해서까지 설명할 필요는 없다.⁸⁶⁾

4) 통상의 外科手術에 있어서는 施術範圍를 擴張하거나 그 方法을 변경할 가능성이 고려되는 경우에도 手術前에 그에 관한 說明을 하여야 한다.⁸⁷⁾ 手術前에는 설명하지 않았으나 手術中 기술범위의 확대가 불가피하게 된 경우에는, 긴박한 상황이 아니라면, 수술을 중단하고 마취에서 깨어난 후 그에 관한 說明을 하고 환자의 同意를 얻어 재차 追加的 施術을 계속하여야 한다.⁸⁸⁾

이 원칙은 産婦人科에서 分娩施術方法을 選擇함에 있어서 적용되는 代案的 施術에 관한 說明義務의 문제로 제기되는 바, 産前診斷은 추후의 分娩診療와 밀접한 관계를 갖고 영향을 미치게 되며, 胎兒 檢診의 技術發達과 첨단과학 裝備의 普遍化와 더불어 醫師의 診斷에 대한 信賴要

84) 예를 들어, 독일의 판례와 학설에서 살펴볼 수 있는 바와 같이, 통상 발생할 수 있는 手術部位의 感染(Wundinfektion: vgl. BGHZ 116, 379, 382 f.), 血栓症(Thrombosen: BGH NJW 1965, 2005 f.), 단순 盲腸手術(unkomplizierte Blinddarmoperationen: BGH NJW 1978, 2337 R; NJW 1980, 633, 635: "eine Operation sei eben eine Operation usw."), 수술 후 癍痕症(Narbenbruch) 등을 들 수 있다. Vgl. B. R. Kern/A. Laufs, a.a.O., S.96; D. Giesen, Rn.263; 權五乘, 醫師의 注意義務, 民事法學 第8號(1990), 351면.

85) 환자 개인의 지식, 교육 정도 등의 주관적 상황의 고려에 관해서는 B. R. Kern/A. Laufs, a.a.O., S.112 ff. 참조. 독일연방법원은 환자 자신은 手術過程에서 輸血을 요하는 상황 발생을 예측할 수 없으므로, 輸血로 인한 肝炎이나 AIDS 感染의 危險을 說明하고, 대안으로서 자가수혈에 의한 예방을 제시하여야 한다고 판시하였다. Vgl. BGHZ 116, 379(383). 大法院도 自家輸血의 方法을 說明하여야 한다고 판시하고 있다. 대법원 1998.2.13. 선고 96다7854 판결(공 1998, 702) 참조.

86) Vgl. BGH NJW 1985, 2193; NJW 1992, 108.

87) BGH VersR 1985, 1187 ff.(= AHRS I, 4750/4); NJW 1989, 1541(= AHRS I, 4300/6).

88) Vgl. OLG Hamm, Urt. v. 10.12.1990 - 3 U 103/90; BGH AHRS 1030/20.

請은 고도화되고 있다.⁸⁹⁾

分娩方法을 選擇함에 있어서 産母는 자신의 生命·健康과 출생하는 新生兒의 生命·健康 중에 어느 것을 우선할 것인가에 관해 근본적인 決定을 내려야 한다. 따라서 그에 관해 産母의 自己決定權은 가능한 한 包括적으로 保障되어야 하고, 分娩中 이에 관한 決定을 내려야 하는 부담이 지워지거나 그에 관해 결정할 것을 모르고 分娩方法을 選擇하게 하는 것은 허용되지 않는다.⁹⁰⁾ 그러나 분만시술중에는 산모로부터 이러한 追加的 施術에 대한 同意를 얻기 위한 수술 중단은 사실상 불가능하다. 따라서 분만을 유도하는 의사로서는 출산중 산모의 同意를 받아야 할 상황이 발생할 수 있을 때에는 事前에 그에 관한 說明을 하고 同意를 얻어야 할 注意義務가 부과되는 바, 통상의 외과수술에서보다도 說明義務는 엄격하게 인정되며 고도화된다.⁹¹⁾

이러한 관점에서 分娩施術方法에 관해 요구되는 說明義務에 관한 獨逸聯邦法院의 判決을 참고로 일별하면 다음과 같다. 診療方法의 選擇에 관한 한, 이미 우리 大法院도 명확히 지적하고 있는 바와 같이, 우선 의사의 裁量에 속하므로 의료상 적정한 것인 한 별도로 설명할 필요는 없다.⁹²⁾ 따라서 의사로서는 모든 分娩施術에서 초래될 수 있는 상이한 각종 危險을 모두 說明할 義務는 없다. 그렇지만 分娩方法에 관한 說明은 具體的인 것이어야 한다. 예를 들어 일부 병원에서 시행하고 있듯이, 장차 출산을 앞둔 산모에게 미리 産室을 見學시키고 각종 分娩方法들에 관해 說明하여야 하는 것은 아니며, 장래의 출산과정에서 막연히 이론적으로 발생가능할 상황을 상정하여 帝切施術이 필요할지도 모른다는

89) "Vakuum-Extraktion-Fall" BGH NJW 1993, 2372, 2374(= AHRS II Kza 5000/103, 5400/101). Vgl. A. Laufs, Rn.195 ff.; ders., NJW 1998, S.1756; D. Giesen, Rn.113.

90) A. Laufs/H. D. Hiersche, Anmerkung, NJW 1993, S.2375.

91) "Vakuum-Extraktion-Fall" BGH NJW 1993, 2374. Vgl. Th. P. Stähler, Ärztliche Aufklärungspflicht bei Geburtsmethoden, NJW 1997, S.2440. 위 판결에 대해 비판적인 견해는 A. Laufs/H. D. Hiersche, NJW 1993, S.2375.

92) 위 주 45) 참조. Vgl. E. Steffen, S.141; A. Laufs/H. D. Hiersche, NJW 1993, 2375.

것만으로도 의사에게 說明義務가 부과되지 않는다.

그러나 新生兒의 利益을 위해서 分娩方法이 중요하거나, 구체적 해당 상황에서 산모의 건강상태에 비추어 醫學的 代案으로 또는 건강한 신생아 출산을 위한 唯一한 方法으로 帝切分娩이 고려되는 때에는 그에 관한 說明義務가 부과된다.⁹³⁾ 그리고 산모가 帝切分娩을 원하는데 膣式分娩을 하도록 강요할 수는 없으며, 그 반대의 경우에도 마찬가지이다. 다만, 산모가 선택한 分娩方法에 따르면 危害가 초래되는 때에는 그 危害를 說明하여 인식시켜야 한다.⁹⁴⁾ 특히 吸入 및 膣式分娩이 新生兒에게 危害를 초래할 수 있는 경우에는 그 代案으로서 帝切手術을 할 수 있다는 것을 說明해 주어야 한다.⁹⁵⁾

5) 의사의 說明은 適時에 이루어져야 한다. 즉, 환자의 自己決定權의 保障이라는 관점에서 의사의 說明은 환자가 診療手術의 여부를 고려할 수 있을 때에만 합당하다.⁹⁶⁾ 獨逸聯邦法院에 따르면, 설명의 시점은 개

93) Vgl. BGH NJW 1993, 2373.

94) BGH, NJW 1992, 741. Vgl. A. Laufs, NJW 1997, S.1613 f. 그리고 이미 산모와 帝切手術을 하기로 약속한 후에 膣式分娩의 시술을 하려는 경우에는 산모의 同意를 받아야 한다. Vgl. BGHZ 106, 153, 156 ff.(= AHRS 5000/30).

95) "Vakuum-Extraktion-Fall" BGH NJW 1993, 2372 ff.(= AHRS II Kza 4490/101, 5400/102). 이 판결은 독일연방법원이 分娩手術方法의 說明義務에 관해 판단한 주요 판결례의 하나이다. 이 판결사건에서 산모는 1979.9.18. 새벽 4시에 당해 시립병원에 입원하였으나 난산으로서 20시경에는 출산이 정지되는 사태에 이르렀으며, 출생 후 신생아는 호흡이 결핍되어 소아과에서 치료받았고 결국 뇌손상과 선천성 좌측마비, 그리고 좌측상박의 골절이 발생하여 장애자가 되었다. 항소심은 당시에 의료 상황에 비추어 진단 및 흡입분만 시술을 행한 것에는 오류가 없다고 판단하였고 연방법원도 이를 인용하였다. 항소심은 또한 흡입분만의 시술에 대한 산모의 同意가 없었다는 점에 관해서도, 출산정지 상태가 발생하기 전까지 질식분만으로 인한 위험이 급박하게 나타나지 않았는 바, 이 때에는 산모가 심리적 육체적 부담으로 지쳐있었으며, 통증과 그 완화제로 인해 자주적으로 중요한 판단을 할 수 있는 상태에 있지 않았다고 판단하였다. 그러나 聯邦法院은, 위와 같은 사실적 상황에 관한 항소심의 판단을 인용하면서도(BGH NJW 1987, 2291 = AHRS 4590/8), 전문가의 감정의견에서 밝히고 있듯이 향상·발전된 출산에서도 산모는 그러한 상황에 처하게 되는 바, 膣式分娩과 帝切分娩의 선택에 관한 說明義務의 違反을 인정하지 않을 수 없다고 하여 파기·환송하였다. Vgl. BGHZ 106, 153, 156 ff.(= AHRS 5000/30).

96) BGH JZ, a.a.O., S.313 L.; BGHZ 106, 153(162); BGH NJW 1974, 1422(1423); NJW 1985, 1399(= JZ 1986, 241). Vgl. H. Franzki, Verh. des 52. DJT, Sitzungsbericht I, Bd.II, 1978, S.121 f.; B. R. Kem/A. Laufs, a.a.O., S.41; D. Giesen, JZ 1986, S.244 ff.

별 사건의 사정을 고려하지만, 法益保護를 위해 가능한 한 조속히(so frühzeitig wie möglich) 이루어져야 하며,⁹⁷⁾ 사전에 계획된 수술을 하는 경우에는 원칙적으로 手術日程을 確定하는 때라고 한다.⁹⁸⁾

위에서 지적한 바와 같이 특히 분만시술 과정에서는 수술을 중단하고 유예할 수 없는 긴박한 사정이 전개되므로 그 適時성이 문제될 수 있다. 특히 難産인 경우에, 膣式分娩의 대안으로서 帝切分娩이 불가피하거나 또는 실제 출산과정에서 帝切手術의 適應症이 나타날 것이 구체적으로 예견되고 産母에게 그에 관한 문제점을 이야기할 수 있을 때에는 膣式分娩에 따른 危險을 說明하여야 한다.⁹⁹⁾ 즉, 환자에게 하나의 수술방법을 선택하고 다른 방법을 거부할 판단이 급박하지 않을 때, 특히 산모의 判斷能力을 저해할 수 있는 醫藥品이 부가적으로 處置되기 전에 代案으로 고려되는 帝切術에 관해 산모에게 說明하고 同意를 받아야 한다.¹⁰⁰⁾

97) Vgl. D. Giesen, Anmerkung, JZ 1993, S.315 f.; E. Deutsch, Der Zeitpunkt der ärztlichen Aufklärung und die antezipierte Einwilligung des Patienten, NJW 1979, S.1905, 1907; OLG Celle, NJW 1979, 1251 m. Anm. v. W. Wachsmuth; B. R. Kern/A. Laufs, a.a.O., S.42 f.; A. Laufs, Rn.218 f. Vgl. J. Wertenbruch, Der Zeitpunkt der Patientenaufklärung, MedR 1995, S.306, 308 ff. 최근 독일연방법원은 第2次 수술에 관한 危險도 第1次 수술 전에 說明하여야 한다고 판결하고 있다. Vgl. "Nierenbeckenplastik-Fall": BGH MedR 1997, 28 f.; W. Frahm/W. Nixdorf, Rn.194.

98) Vgl. BGH NJW 1992, 2351 (= AHRS I, 5400/14).

99) Vgl. "Vakuum-Extraktion-Fall" BGH NJW 1993, 2374(위 주 95 참조): 이 사건에서 독일연방법원은, 항소심이 병원측의 책임에 관해 판단하고 있는 바, 흡입분만이 문제없이 진행되었고, 신생아에게 발생한 피해에 원인을 이루지 않았다는 것은 중요하지 않으며, 오히려 帝切術을 시행하였더라면 손해가 발생하지 않았을 수 있는가의 여부가 관건이 되며, 선천성 마비에 관해서는 특히 그러하다는 논지로 파기·환송하였다.

100) "Schilddrüsenresektion-Fall": BGH, Ur. v. 7. 4. 1992 - VI ZR 192/91(NJW 1992, 2351 f. = VersR 1992, 960 = MedR 1992, 277 = JZ 1993, 312 ff.): "수술의 불가피성을 설득하고 환자의 사전 결정을 요구한 시점에서부터 수술의로서 피고 의사의 책임은 시작된다. 환자가 중요한 검사 소견을 제시받는 것과는 무관하게 일정이 정해진 근간에 수술을 받으려는 자신의 준비를 의사에게 확정적으로(definitiv) 표시하여야 한다면, 이러한 사정은 설명을 통해 환자의 自己決定權을 保障해야 할 의사의 법적 의무에도 영향을 미친다. 이렇게 함으로써 많은 환자는 이미 心理的 防柵(psychische Barrieren)을 형성하게 되는 바, 그 후, 예를 들어 수술전 당일에 비로소 이루어진 危險說明이 있는 후(nach einer erst am Tag vor der Operation erfolgenden Risikoaufklärung) 수술 동의를 철회하는 것"은 어렵다는 사실을 지적하고, 환자의 自己決定權을 보호하기 위해서 "환자에게 수술을 감내하는 결정을 요구하고 그 시술의 일정까지 정한 의사로서는 환자에게 시술 않는 경우 또는 기

6) 診療施術에 수반되는 危險은 근본적으로 그 시술로써 환자가 희망하는 健康回復利益에 의해 정당화되므로 比例性的의 原則이 적용된다.¹⁰¹⁾ 특히 成形手術이나, 治療가 아니라 단지 診斷만을 위한 施術에 대해서는 보다 엄격한 說明義務가 부과된다.¹⁰²⁾

또한 患者의 教育과 知識 程度에 따라 說明의 範圍와 程度를 相對的으로 判斷하여야 한다.¹⁰³⁾ 그러므로 의사가 說明義務를 적정하게 履行하

존의 시술방법의 이점 내지 고려되는 다른 수술 방법에 관해 알려 주어야 할 뿐만 아니라, 해당 시술과 결부된 위험에 대해서도 지적해 주어야 하고, “입원 후에 위험을 설명하고 얻은 환자의 手術同意의 有效性은, 애당초 그의 질병으로 인해 가능성이 제한되어 있을지라도 개별 상황에서 환자가 내심으로 자유롭게 결정할 수 있는 형편이 여전히 충분했는가에 달려 있다”고 판시하고 있다. 물론 환자가 이미 手術臺에 놓여져 있거나, 이미 手術準備가 이루어져 藥物을 투여받고 있는 시점에서는 환자의 자유로운 自己決定은 더 이상 보장될 수 없으므로 원칙적으로 수술 동의를 사후 追認은 허용될 수 없다. 그렇지만 “예외적으로 긴급수술이나 수술 여부를 판단하는 사전 검사가 조속히 이루어질 수 없어 사전 설명이 불가능한 경우, 또는 간단한 수술로서 심각한 위험이 없는 수술은 일반적으로 수술 전날에 施術危險을 설명하는 것으로” 충분하며, “수술에 임박하여 그 시행 여부에 대해 재고할 수 없는 환자의 심리적 장벽 형성은 그가 스스로 내심적으로 극복해야 하므로, 이로써만 決定의 自由가 박탈되었다고는 할 수 없으며, 다른 구체적 근거, 예를 들어 그에게 알려진 위험의 특별한 양태나 환자에게 결정력이 제한된 특별한 사유가 있어야 한다”고 판시하고 있다.

- 101) Vgl. BVerfGE 52, 131, 150: “eine wechselseitige Beziehung”, 175: “die Verfassungsgrundsätze der Verhältnismäßigkeit und des Übermaßverbots”; BGH NJW 1971, 1887(1888); OGH SZ 59/18; BGE 108 II 59; H. - L. Weyers, a.a.O., S.24; B. R. Kem, Problemstellung, MedR 1995, S.370: “Güterabwägung zwischen Risiko und Nutzen des Eingriffs”; D. Giesen, Rn.286; W. Frahm/W. Nixdorf, Rn.174: “spezifisches Risiko”. 朴一煥, 앞의 논문, 169면 이하 참조. 대법원은 喉頭腫瘍手術 事件[대법원 1979. 8. 14. 선고 78다488 판결(공 1979, 12135)]에서 환자의 지병인 후두신경초종양은 수술로써 적출하지 않을 경우에는 종양이 성장하여 기도압박으로 인한 호흡곤란으로 1년이 지나면 어느 때 질식할 급박한 위험사태가 닥쳐 올지 모르며, 따라서 위 종양적출을 한다면 발성기능장애는 불가피하므로 생명을 유지하기 위해서는 위 후유증은 감내할 수밖에 없다는 원심 판단을 인용하면서도 후두종양 제거 수술을 한 집도의사들이 환자에게 수술 후 목이 쉴 수도 있다는 말을 하였다 하더라도 그것만으로는 환자로서는 수술 후 발성기능 장애의 후유증을 전혀 예상하지 못하였으며 긴급을 요하는 사태도 아니었다면 수술을 승낙한 것으로 볼 수 없다고 판결하였다.
- 102) 朴一煥, 앞의 논문, 154, 169면 참조; vgl. BGH NJW 1972, 335; NJW 1991, 2349; BGHZ 29, 176(182); BGH NJW 1971, 1887(1888); BGHSt 12, 379; BGH NJW 1978, 1206.
- 103) Vgl. BGH NJW 1980, 633; NJW 1979, 1933; NJW 1976, 363; NJW 1980, 1903; H. - L. Weyers, a.a.O., S.25, Fn.46 ff.; 朴一煥, 앞의 논문, 169, 172면; 權五乘, 醫師의 說明義務, 判例月報 제212호(1988/5), 16(20)면 이하. 나아가 환자에게 언어 이해능력이 결여된 경우에는 通譯에 의해 설명하여야 한다는 판결은 OLG Frankfurt/M., VersR 1994, 986; OLG München, VersR 1995, 95; MünchKomm/Mertens, Rn.443 참조. 기타 위 주 85) 참조.

였는가의 여부는, 信賴할 수 있는 直接的 對話를 통해 해당 患者에게 具體적으로 要求되는 바가 무엇이였는가에 따라 결정되어야 한다. 이 때에 適정한 說明方法의 選擇은 근본적으로 醫師의 裁量에 속한다.

說明義務의 主體도 患者의 自律的 決定이 保障될 수 있도록 信賴할 수 있는 對話를 할 수 있는 의사가 되어야 한다. 따라서 원칙적으로 해당 診療施術을 담당하는 處置醫師가 說明을 하여야 한다. 그러나 위와 같은 信賴가 保障될 수 있다면 예외적으로 主治醫 또는 다른 醫師를 통한 說明도 가능할 것이다.¹⁰⁴⁾

7) 의사의 說明義務가 客觀的 事由, 소위 醫學的 禁忌症(medizinische Kontraindikation)에 의해 制限 내지 免除될 수 있는가, 나아가 의사의 診療特權(therapeutische Privileg)에 관해서 논의가 있다.¹⁰⁵⁾

大法院은, 患者에게 수술을 시행하는 과정 및 그 후에 나쁜 결과가 발생할 蓋然性이 있는 醫療行爲를 하는 醫師는, “응급환자의 경우나 그 밖의 특별한 사정이 없는 한”이라고 함으로써 說明義務가 免除될 수 있는 상황을 예외적으로 유보하고 있으나,¹⁰⁶⁾ “의사의 설명이 환자로 하여금 의학지식 및 기술상 합리적인 진료행위를 비합리적인 근거로 거부하게

104) 대법원 1999.9.3. 선고 99다10479 판결(공 1999, 2032): 설명의무의 주체는 원칙적으로 당해 처치의사라 할 것이나 특별한 사정이 없는 한 처치의사가 아닌 주치의 또는 다른 의사의 설명으로도 충분하다.

105) 朴一煥, 앞의 논문, 164면 이하; B. R. Kem/A. Laufs, a.a.O., S.105 ff: “Konkrete Aufklärung” 참조. 미국의 실무는 진료적 고려에서 환자에게 중대한 위해를 초래하는 경우에는 설명의무의 제한을 인정하고 있다. Vgl. D. Giesen, International Medical Malpractice Law(IMML), 1988, Rn.755 f. 독일연방법원은 소극적인 입장을 취하고 있으며, 아주 제한적으로만 인정하고 있다. Vgl. BGHZ 85, 327(333); 90, 103(109); 106, 146(148 f.); 107, 222(226); E. Steffen, a.a.O., S.148 f.; 金先錫, 앞의 논문, 104면 이하; 朴一煥, 앞의 논문, 173면 이하; 金天秀, 民事法學 第7號(1988), 266면 이하; 金政中, 民事法學 第9·10號(1993), 344면 참조.

106) 大法院은 “생명이 위독한 상태에서 의식이 회복되기 전까지의 투약에 관한 한, 사전의 설명이 불가능하여 긴급한 경우에 해당한다 할 것이므로, 같은 취지에서 그때까지 유OO의 설명의무를 부인한 원심판단은 옳다”고 인용하였다. “솔루메드롤注射事件” 대법원 1994.4.15. 선고 92다25885 판결(공 1994, 1434). 기타 “網膜剝離事件” 대법원 1997.7.22. 선고 95다49608 판결(공 1997, 2608) 등 참조. 說明義務가 輕減 내지 免除되는 緊急性은 단지 時的인 것만이 아니라 豫見不能性을 함께 고려하여야 한다. 朴泳珪, 앞의 논문, 506면 이하 참조.

하는 결과를 초래할 염려가 있다는 사정만으로는 의사의 설명의무가 면제된다고 할 수 없는 것”이며,¹⁰⁷⁾ “... 환자가 의사로부터 올바른 설명을 들었더라도 위 투약에 동의하였을 것이라는 이른바 가정적 승낙에 의한 의사의 면책은 의사측의 항변사항으로서 환자의 승낙이 명백히 예상되는 경우에만 허용된다”고 判示하고 있다.¹⁰⁸⁾

8) 예외적으로 환자의 事前同意가 요구되지 않는 緊急狀況, 특히 의식 불명이나 자살기도 등의 경우에는 의사에게 救護義務가 부과되기도 하며, 그밖에 緊急救護(醫療法 제16조) 또는 事務管理(民法 제734조 이하)에 의해 의사의 專制的 診療가 정당하게 허용될 여지가 있다.¹⁰⁹⁾

V. 評價와 課題

이상에서 醫療關係에서 醫師에게 要求되는 診療上 注意義務와 說明義務에 관해서, 産婦人科의 分娩診療를 중심으로 살펴보았다.

이미 앞에서 지적하였듯이 帝切에 의한 分娩은 급속히 증가하고 있으며, 이러한 현상에는 醫療的 要因은 물론, 그밖의 여러가지 社會經濟的 要因들이 복합적으로 작용하고 있다. 産母와 胎兒의 健康保護를 위해서는 적극적인 醫療的 措置가 당연히 요청되며, 이와 더불어 불합리한 法的 紛爭으로 인한 過剩診斷, 소극적인 防禦的 醫療에서 파생되는 불필요한 帝切分娩의 被害를 감소시켜야 할 政策的 課題도 또한 절실하다. 이를 위하여는 分娩診療에서 야기되는 法的 紛爭에 診療上 注意基準에 따른 適正한 解決을 도모하는 것이 일응 그 기반이 될 수 있을 것이다. 이상에서 살펴본 判決例들에서 나타나듯이 醫療 일반에 있어서 뿐만 아니라 産婦人科 診療, 나아가 기타 분야에서도 원칙적으로 완결된 劃一

107) 대법원 1995.1.20. 선고 94다3421 판결(공 1995, 887) 참조.

108) “솔루메드롤注射事件” 대법원 1994.4.15. 선고 92다25885 판결(공 1994, 1434).

109) 金先錫, 앞의 논문, 101면 이하 참조. Vgl. H. -L. Weyers, a.a.O., S.24; A. Laufs, Rn.130 ff., 148 ff.; E. Steffen, a.a.O., S.140.

的 診療規則은 적용될 수 없는 것이며, 구체적 개별 醫療狀況에 즉응한 診療·施術이 이루어져야만 한다. 따라서 醫師에게는 해당 診療에 관한 專門的 判斷과 決定을 내릴 수 있는 裁量性이 확보되어야 하며, 고도화되는 診療上 注意義務에 의한 法的 責任에 대해서도 최대한 保障되어야 할 것이다.

나아가 分娩診療關係에서 야기되는 의사의 注意義務違反에 대한 規範的 判斷은 醫療事故로 인한 民事分爭解決의 일차적 關건이지만, 실제 소송과정에서는 이에 전제되는 진료사실로부터 해당 責任要件을 立證하는 것이 보다 중대한 문제로 부각된다. 그러나 醫學의 門外漢인 患者로서 立證을 한다는 것은 사실상 不可能하여 매우 곤란한 상황에 놓이게 된다. 또한 法官 역시 醫療專門家가 아닌 한, 診療의 否定的 結果의 原因이 명확히 밝혀지지 않은 사건들에서 분쟁 당사자들은 그 判決結果의 適正性을 신뢰할 수 없을 것이다. 최근 대법원의 “多汗症事件” 판결 이후로 진료상 소위 '原因力 있는 過失'로부터 因果關係를 推定함으로써, 나아가 의사의 診療上 過失도 사실상 推定하는 것과 다를 바 없는 法理가 형성되어 가고 있다.¹¹⁰⁾ 이러한 실무 판결례의 경향은 일응 환자측의 立證困難을 해소할 수는 있으나, 다른 한편으로는 醫療關係의 本質에 적합하지 않은 法的 責任判斷을 초래할 수 있다. 나아가 醫師도 자신의 說明義務履行을 증명함에 있어 立證困難에 처하게 되므로, 그 立證의 分배 및 정도에 관해서도 說明義務의 本質에 상응한 法理的 研究가 필요하다.¹¹¹⁾ 그밖에 注意義務를 違反한 의사측의 過失은 損害賠償의 範圍를 결정함에 있어서도 결정적인 역할을 하게 된다. 判例와 지배적인 學說은 소위 相當因果關係說에 따르고 있으나, 그 法理的 問題와 아울러 최근 의료기술의 발달에 따라 빈번히 야기되는 原因不明의 醫療事故에 있어서는 그 適用의 當爲性에 대해 의문을 제기하지 않을 수 없다.

110) 위 주 11) 참조. 安法榮, 앞의 논문, 法學論集 제33집(1997), 242면 이하.

111) 安法榮, 앞의 논문, 法學論集 제33집(1997), 295면 이하 참조.

결론적으로 醫療事故에 대한 適정한 民事責任의 歸屬을 실현하기 위해서는 醫療生活關係 자체의 본질에 상응한 法理形成을 도모하여야 할 것이다. 그렇지만 오늘날 醫療는 醫學發展과 함께 고도로 전문화되고 있는 바, 보다 세분화된 産婦人科分野에 관한 洞察은 다른 분야에 종사하는 局外者에게는 사실상 불가능하다. 따라서 이에 관한 規範的 判斷의 一般的 規準을 설정하려는 위에서의 같은 시도에는 적지 않게 合理性이 결여될 수 있다. 그러므로 患者保護라는 궁극의 목적하에서 患者와 醫師의 信賴回復, 醫療分爭의 適正한 規律을 보장하려는 法學界의 研究, 그리고 이를 위한 해당 醫療專門分野의 批判的 協力이 적극적으로 요청된다.

[참고문헌]

국내문헌

- 權五乘, 醫療過誤와 醫師의 注意義務, 民事判例研究 IV(1982), 93면 이하
 權五乘, 醫師의 說明義務, 判例月報 제212호(1988. 5), 16면 이하
 權五乘, 醫師의 注意義務, 民事法學 제8호, 1990, 344면 이하
 金玟中, 醫療行爲에서의 法律問題와 醫師의 責任(上), 法曹(1991. 3), 72면 이하
 金玟中, 醫療行爲에서의 法律問題와 醫師의 責任(下), 法曹(1991. 4), 76면 이하
 金玟中, 醫師責任 및 醫師法の 發展에 관한 최근의 動向, 民事法學 第9·10號(1993), 325면 이하
 金玟中, 患者權利와 醫師의 責任, 法律新聞, 제1977호(1990. 10. 25.), 10면
 金先錫, 醫療過誤에 있어서 因果關係와 過失, 醫療事故에 관한 諸問題, 裁判資料 第27輯(1985), 49면 이하
 金聖洙/金都泳, 醫療判例의 綜合的 分析 및 그 展望, 法曹 통권 제484호(1997. 1.), 5면 이하
 김종근, 우리나라 의료분쟁의 현황과 대책(고려대법대 특수법무대학원 고위과정 강의안), 1997
 金天秀, 診療契約, 民事法學 第15號(1997), 147면 이하
 金天秀, 醫師의 說明義務, 民事法學 第7號(1988), 231면 이하

- 金天秀, 患者의 自己決定權과 醫師의 說明義務, 서울대박사학위논문, 1994
- 金天秀, 醫師의 說明過誤責任에 관한 國內 判例의 分析, 民事裁判의 諸問題(上), 松
泉李時潤博士華甲紀念, 1995, 494면 이하
- 金天秀, 醫療에 대한 說明과 同意의 法理, 大邱大學校出版部, 1999
- 金顯泰, 醫師의 診療過誤에 있어서의 過失의 立證責任을 中心으로 본 考察, 現代民
法學의 諸問題, 晴軒金會漢博士華甲紀念, 1981, 617면 이하
- 金亨培, 生産者責任, 民法學研究, 1986, 458면 이하
- 文國鎮, 社會法醫學, 1991
- 朴泳珪, 醫師의 注意義務의 一般的 基準, 韓獨法學 第11號, 1995, 484면 이하
- 李輔煥, 醫療過誤로 인한 民事責任의 法律的 構成, 醫療事故에 관한 諸問題, 裁判資
料 第27輯(1985), 5면 이하
- 任熙東, 民事上 醫療過誤 訴訟에 關하여, 裁判資料 第12輯(1982), 413면 이하
- 朴東涉, 醫療過誤訴訟에 있어서 因果關係(I), 司法論集, 第12輯(1981), 155면 이하
- 朴東涉, 醫療過誤訴訟에 있어서의 因果關係(II), 司法論集, 第20輯(1989), 249면 이하
- 朴一煥, 醫師의 說明義務와 患者의 承諾, 醫療事故에 관한 諸問題, 裁判資料, 제27집
(1985), 149면 이하
- 徐光民, 醫療過誤責任의 法的構成, 民事法學 第8號(1990), 324면 이하
- 石熙泰, 醫療契約(上), 司法行政(88. 9), 35면 이하
- 石熙泰, 醫療契約(中), 司法行政(88. 11), 56면 이하
- 石熙泰, 醫療過失의 判斷基準, 醫療事故處理의 法的 檢討, 大韓醫學協會, 1989, 21면
이하
- 石熙泰, 醫師의 說明義務와 患者의 自己決定權, 延世行政論叢 第7輯(1981), 287면 이
하
- 沈在宇, 뇌사자 장기이식의 법적 문제, 省谷論叢(1996), 909면 이하
- 安法榮, 民法上 環境汚染事故의 不法行爲責任 再照明, 한림법학 FORUM 제2권(1992),
73면 이하
- 安法榮, 醫療事故의 不法行爲責任 - 大法院과 獨逸聯邦法院(BGH)의 判決의 比較 考
察 -, 法學論集 第33집(高麗大學校 法科大學 法學研究所), 1997, 231면 이하
- 安法榮, 營業經營의 過失侵害와 責任歸屬의 因果的 標識, 判例研究 第8집(1996, 高麗
大學校 法學研究所), 175면 이하
- 梁三承, 醫療過誤로 인한 民事責任의 發生要件, 民法學論叢, 厚巖郭潤直教授華甲紀念
(1985), 746면 이하
- 吳錫洛, 立證責任論, 1996
- 李永煥, 患者의 承諾, 釜山大學校 法學研究, 제27권 제1호(1984, 12.), 65면 이하

李銀榮, 債權各論, 1992

印貞憲, 醫療過誤, 大韓辯護士協會誌 통권 제94호(1984. 2), 35면 이하

曹喜宗, 醫療過誤訴訟, 1996

崔秉祚, 로마法上 醫師의 民事責任, 損害賠償法の 諸問題, 誠軒黃迪仁博士華甲記念 (1990), 349면 이하

崔載千, 醫師의 醫療行爲에 있어서의 注意義務의 基準, 判例月報(1997. 8.), 11면 이하

崔載千, 醫療過誤訴訟에 있어서의 立證責任의 緩和, 判例月報(1998. 10.), 19면 이하

외국문헌

G. Baumgärtel, Die beweisrechtlichen Auswirkungen der vorgeschlagenen EG-Richtlinie zur Dienstleistungshaftung auf die Arzthaftung und das Baurecht, JZ 1992, S.321 ff.

W. Brüggemann, Widerrechtlichkeit des ärztlichen Eingriffs und Aufklärungspflicht des Arztes, NJW 1977, S.1473 ff.

E. v. Caemmerer, Die absoluten Rechte in 823 Abs.1 BGB, Ges. Schr. Bd.I, 1968, S.554 ff.

E. Deutsch, Medizinrecht, 4.Aufl., 1999

E. Deutsch, Medizinische Fahrlässigkeiten, NJW 1976, S.2289 ff.

E. Deutsch, Fahrlässigkeitstheorie und Behandlungsfehler, NJW 1993, S.1506 ff.

E. Deutsch, Aspekte für ein europäisches Haftungsrecht, Karlsruher Forum 1992

E. Deutsch, Neue Aufklärungsprobleme im Arztrecht, NJW 1982, S.2585 ff.

E. Deutsch, Schutzbereich und Beweislast der ärztlichen Aufklärungspflicht, NJW 1984, S.1802 f.

E. Deutsch, Der Zeitpunkt der ärztlichen Aufklärung und die antezipierte Einwilligung des Patienten, NJW 1979, S.1905

W.-D. Dressler, Beweisfragen im Arzthaftungsprozeß und europäisches Dienstleistungsrecht, in: M. Henssler(Hrsg.), Europäische Integration und globaler Wettbewerb, 1993, S.199 ff.

B. Eisner, Die Aufklärungspflicht des Arztes, 1992

J. Esser, SchuldR I, 4.Aufl., 1970

Esser-Schmidt, SchuldR I, 6.Aufl., 1984

Esser-Schmidt, SchuldR I/2, 7.Aufl., 1993

Esser-Weyers, Schuldrecht II, 7.Aufl., 1991

W. Frahm/W. Nixdorf, Arzthaftungsrecht, 1996

- R. Francke, Ärztliche Berufsfreiheit und Patientenrechte, 1994
- H. Franzki, Verh. des 52. DJT, Sitzungsbericht I, Bd. II, 1978, S.121 f.
- D. Giesen, Anmerkung, JZ 1985, S.238 ff.
- D. Giesen, Anmerkung, JZ 1986, S.244 ff.
- D. Giesen, International Medical Malpractice Law(IMML), 1988
- D. Giesen, Anmerkung, JZ 1993, S.315 f.
- D. Giesen, Zwischen ärztlichem Paternalismus und Selbstbestimmungsrecht des Patienten, in:
FS für J. Skapski, 1994, S.45 ff.
- D. Giesen, Arzthaftungsrecht, 4.Aufl., 1995
- D. Giesen, Aktuelle Probleme des Arzthaftungsrecht, MedR 1997, S.17 ff.
- W. Groß, Die Entwicklung der höchstrichterlichen Rechtsprechung im Haftungs- und
Schadensrecht, VersR 1996, S.657, 663 ff.
- D. Hart, Rechtliche Grenzen der Ökonomisierung, MedR 1996, S.60 ff.
- W. Hempfing, Aufklärungspflicht und Arzthaftung, 1995
- H. Honsell(Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, 1994
- B. R. Kem/A. Laufs, Die ärztliche Aufklärungspflicht, 1983
- B. R. Kem, Problemstellung, MedR 1995, S.370 ff.
- P. A. Köhler/B. Baron v. Maydell(Hrsg.), Arzthaftung - Patientenversicherung -
"Versicherungsschutz im Gesundheitssektor", 1997
- M. Kriele, Stand der medizinischen Wissenschaft als Rechtsbegriff, NJW 1976, S.355 ff.
- K. Larenz, SchuldR I, 14.Aufl., 1987
- A. Laufs, Arztrecht, 5.Aufl., 1993
- A. Laufs, Medizin und Recht im Zeichen des technischen Fortschritts, 1978
- A. Laufs, Arzt und Recht im Wandel der Zeit, MedR 1986, S.163 ff.
- A. Laufs/H. D. Hiersche, Anmerkung, NJW 1993, S.2375
- A. Laufs, Arzt und Recht im Umbruch der Zeit, NJW 1995, S.1590 ff.
- A. Laufs, Medizinrecht im Wandel, NJW 1996, S.1571 ff.
- A. Laufs, Entwicklungslinien des Medizinrechts, NJW 1997, S.1609 ff.
- A. Laufs, Arzt und Recht - Fortschritte und Aufgaben, NJW1998, S.1750 ff.
- A. Laufs/W. Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, 1992
- H. - D. Lippert, Das Organisationsverschulden in Hochschulklinika - zivilrechtliche Aspekte,
NJW 1984, S.2606 ff.
- D. Medicus, SchuldR II, 7.Aufl., 1995
- G. Müller, Beweislast und Beweisführung im Arzthaftungsprozeß, NJW 1997, S.3049 ff.

- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd.5, 3.Aufl., 1997
- H. Prütting, Beweiserleichterungen für den Geschädigten, in: KF 1989, S.3 ff.
- BGB-RGRK, Bd. II, 5.Teil, Anhang nach §823 BGB, II. Arzthaftungsrecht, 1989
- H. - J. Rieger, Honorarbegrenzungsmaßnahmen und Sorgfaltsmaßstab, MedR 1996, S.147 ff.
- Th. P. Stähler, Ärztliche Aufklärungspflicht bei Geburtsmethoden, NJW 1997, S.2440 f.
- E. Steffen, Neue Entwicklungslinien der BGH-Rechtsprechung zum Arzthaftungsrecht, 6.Aufl., 1995
- E. Steffen, Der sogenannte Facharztstatus aus der Sicht der Rechtsprechung des BGH, MedR 1995, S.360 ff.
- E. Steffen, Grundlagen und Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Arzthaftpflicht, ZVersWiss 1990, S.31 ff.
- W. Uhlenbruck, Rechtliche Grenzen einer Rationierung in der Medizin, MedR 1995, S.427 ff.
- R. Weber, Muß im Arzthaftungsprozeß der Arzt seine Schuldlosigkeit beweisen? NJW 1997, S.761 ff.
- J. Wertenbruch, Der Zeitpunkt der Patientenaufklärung, MedR 1995, S.306 ff.
- H. - L. Weyers, Empfiehlt es sich, im Interesse der Patienten und Ärzte ergänzende Regelungen für das ärztliche Vertrags-(Standes-) und Haftungsrecht einzuführen? Gutachten A für den 52. Deutschen Juristentag, Bd.I, 1978
- R. Wiethölter, Arzt und Patient als Rechtsgenossen, in: Die Aufklärungspflicht des Arztes, 1962, S.71 ff.
- D. Wilhelm, Verantwortung und Vertrauen bei Arbeitsteilung in der Medizin, 1984 §7 der Berufsordnung für deutschen Ärzte, Deutsches ÄrzteBl. 1988, S.3602
- DtÄrzteBl 1991, B 1180(1182) = MedR 1991, S.165