

의사의 설명의무의 범위와 한계

-대상판결: 대법원 1999. 3. 26. 선고 98다45379,45386 판결-

申 鉉 昊*

I. 사건개요	2. 대법원 판시
1. 사고경위	III. 평 석
2. 원피고의 주장	1. 의료기술상 과실에 대하여
II. 법원의 판지	2. 설명의무위반의 점에 대하여
1. 원심 판시	

I. 사건개요

1. 사고경위

소의 망 A는 1992. 12. 24. 18: 30경 아파트 현관 벽에 못을 박아 액자를 거는 작업을 하던 중 넘어지면서 함께 떨어진 액자 유리에 우측 손바닥 중 2군데가 약 2Cm가량씩 파열되는 상해를 입고, 같은 날 22:10경 피고가 경영하는 C대학병원에서 응급치료를 받은 후 일단 퇴원하였다. A는 다음 날인 12. 25. 10:15경 C병원에서 상해를 입은 손바닥에 대한 건봉합술과 신경봉합술을 받기 위하여 먼저 전신마취를 해도 되는지 여부를 판단하기 위한 말초혈액 전해질검사·소변검사·혈액응고검사·간기능 및 전해질 생화학검사·혈청검사·심전도검사 등의 마취전 검사를 받았고, 그 검사결과 이상소견이 발견되지 아니하자, C병원의 정형외과 전문의 Y의 집도아래 전신마취 후 위 수술을 받았다.

* 변호사

위 수술은 순조롭게 진행되었고, A는 수술을 받은 후 C병원에서 입원 치료를 받았는데, 입원 중인 1992. 12. 29. 09:30경 오른팔을 기브스한 상태로 C병원 3층 화장실 바깥 창문 부근에서 쪼그리고 앉아 담배를 피운 다음 소변기를 이용하여 소변을 보고, 출입문 쪽으로 걸어 나오다가 갑자기 발을 한 곳에 모은 상태에서 뻗뻗한 자세로 얼굴을 바닥으로 향한 채 넘어졌다.

A는 1972년경 경추손상으로 경북대학교병원에서 입원치료를 받은 병력을 가지고 있었고, 제4, 5, 6 경추유합(선천성 기형) 및 경추척추증 등의 기왕증을 가지고 있었으며, 이 사건 사고 이전까지 비교적 담배를 많이 피우는 편이었다.

A는 위 사고 이후 사지마비, 대소변장애, 경추6번 이하 부위의 감각장애 등의 증상을 보였고, 계속 C병원에서 입원치료를 받아 오다가 1994. 8. 28. 07:30경 심폐기능부전을 직접사인으로 하고, 제6,7경추골절 및 경척수 완전손상, 폐렴, 요로 감염, 신기능 부전을 중간선행사인 및 선행사인으로 하여 사망하였다.

2. 원, 피고의 주장

A의 유족인 원고들은, ① C병원은 A가 입은 손바닥의 상해에 대하여는 그 부분에 대한 부분마취만으로 충분함에도 전신마취 하에 신경봉합술 등을 시행하였고, ② 그 마취나 수술과정에 있어 의사나 간호사 등의 과실이 개입되었고, ③ 수술 후에 입원환자인 A로 하여금 담배를 피우지 못하도록 철저히 감독하여야 함에도 이를 게을리 한 과실 등으로 인하여 이 사건 사고가 발생하였으므로, A 및 그 유족인 원고들이 입은 손해를 배상할 책임이 있다고 주장하면서 약 금 160,000,000원을 청구하였다.

이에 대하여 피고는 ① 위 수술은 그 수술기간이 오래 걸릴 뿐 아니라 미세한 현미경적 시술이 요구되는 관계로 전신마취 후의 시술이 불가피하였고, ② 의료기술상 과실이 없었고, ③ 금연에 대하여 설명하였고, 금연을 수시로 확인하였으므로, 나아가 환자의 동태 등을 살펴 금연 여부를

상시 확인·감독할 의무까지 있는 것은 아니라고 항변하고, 이 건 사고는 원고의 기왕증 때문이므로 오히려 약 금 27,000,000원의 치료비를 지급하라는 반소를 제기하였다.

II. 법원의 판지

1. 원심 판시

가. 대구지법 97. 2. 13.선고 95가합8649(본소) 손해배상(기) 95가합 1928(반소)치료비

1심인 대구지법은 원고의 청구를 모두 기각하고, 원고는 피고에게 위 치료비를 지급하라고 명하였다.

법원은 우선 원고들이 마취나 수술을 잘못된 과실 또는 입원중인 환자에게 담배를 피우지 못하도록 주의를 주고, 감독하여야 할 의무를 제대로 이행하지 못한 과실 주장에 대하여 「신경봉합술의 경우 일반적으로 미세 현미경적 수술이 요구되어 전신마취를 하는 것이 일반적이며, 병원 화장실에서 넘어진 날은 이 사건 수술이 있는 후로부터 4일이 경과한 후여서 전신마취가 모두 풀린 상태였던 사실을 인정할 수 있어 위 소외인이 화장실에서 넘어진 것이 전신마취 내지 이 사건 수술과 관련되었다고 보기 어렵고, 수술이 끝난 직후인 소외인에게 담배를 피우지 못하도록 주의를 주고, 입원실 등에서 담배를 피우는 것을 감독할 주의의무가 피고에게 있다고 하더라도 화장실에서 넘어질 당시 49세 8개월 남짓 된 성인 남자인 소외인이 화장실에 들어가 담배를 피우는 것까지 감독할 주의의무가 있다고 보기는 어렵다고 할 것이다.」고 하여 원고의 청구를 기각하고, 원고에게 피고에 대한 치료비채무는 금 26,657,780원의 치료비를 지급하라고 명하였다.

나. - 대구고법 1998. 8. 19.선고 97나 2390(본소) 손해배상, 97나 2406(반소) 치료비

이에 대하여 원심인 대구고법은 다음과 같은 이유로 1심 판결을 파기·원고의 청구를 인용하면서 피고에게 약 금 32,000,000원의 손해배상금을 지급하라고 하였다.

즉, 법원은 「A가 입은 손바닥의 상해에 대한 신경봉합술 등은 그 수술시간이 오래 걸릴 뿐 아니라 미세한 현미경적 시술이 필요한 관계로 전신마취 하의 시술이 불가피하고, 마취전 검사가 적절하게 시행되었으며, 마취나 수술이 순조롭게 진행되었을 뿐만 아니라, A가 화장실 바닥에 넘어진 사고는 전신마취 후 그 마취상태에서 이미 풀렸다고 보여지는 약 4일이 경과한 시점에 일어났으므로 이를 지적하는 원고들의 위 ①, ②항의 주장들은 모두 그 이유가 없다」고 배척하였으나, 「A가 화장실 바닥에 넘어진 사고 후 사지마비 등이 오게 된 원인은 소변을 볼 때의 배뇨성 현기증, 수술 전후 수일간 금연하였다가 다시 담배를 피울 때의 혈류 내 산소부족성 현기증 등이 경합된 뇌의 허혈현상에 기인하였다고 추인된다고 할 것이고, A에게는 경추손상으로 입원치료 받은 병력 및 제4, 5, 6 경추유합(선천성 기형) 및 경추 척추증 등의 기왕증이 있었으며, 평소 비교적 흡연을 많이 하는 편이어서, 위와 같은 기왕증을 가진 A에게 전신마취 하의 수술을 시행한 후의 흡연은 치명적인 결과를 초래할 수 있을 것으로, C병원으로서는 의사나 간호사 등을 통하여 수시로 A에게 그 기왕증과 이 사건 사고발생가능성과의 관련성 등 흡연에 따른 위험성을 경고하고 반드시 금연하도록 주의를 주는 한편 입원치료기간 중 A의 동태에 특별히 관심을 갖고 담배를 피우지 않도록 감독하여야 할 것임에도, 단지 C병원 내의 몇몇 장소에 금연표지만을 설치하여 두고 의사나 간호사를 통하여 A에게 상투적이고 의례적으로 금연하도록 주의를 주었을 뿐, 그 위험성에 대하여 경고하거나 금연하도록 수시로 주의를 주고 이에 대하여 감독하는 등의 조치를 다하였다고 볼 만한 아무런 자료가 없다」는 점을 들어 금연에 대한 경고나 주의·감독조치 등을 게을리 한 잘못을 탓하였다.

다만 법원은 A에 대하여는 스스로의 병력을 잘 알고 있었을 뿐 아니라 의사와 간호사로부터 금연하라는 주의를 받았을 것임에도, 이를 어기고 화장실에까지 가서 흡연하고 배뇨한 후 그로 인하여 이 사건 사고를 당

한 과실을 인정하고 30%의 과실상계를 하였다.

2. 대법원 판시

위 판결에 대하여 원고는 과실상계에 대한 법리오해 등을 이유로, 피고는 영양방법지도의무의 불해태를 이유로 각각 상고하였는바, 대법원은 '의사가 임상의학실천당시의 의료수준에 맞는 금연지시를 하였다고 하여 대구고법으로 파기환송하였고, 아울러 원고의 상고이유는 받아들이지 않았다.

즉, 대법원은 금연여부를 상시 확인·감독할 의무가 있는지 여부에 대하여는 「일반적으로 의료행위에는 통상 진단과 치료 외에 환자에 대한 영양지도도 포함되고, 이러한 영양지도는 환자의 질병, 연령, 성별, 성격, 교양의 정도 등에 응하여 진료의 각 단계에서 적절한 시기에 환자의 상황에 따라 구체적으로 이루어져야 할 것인바, 통상 입원환자들은 환자 자신을 위해서나 다른 환자들의 보호를 위해서도 금연이 요구되고, 특히 수술환자에 있어서는 그 필요가 더욱 크다고 할 수 있으므로, 입원환자나 수술환자들의 금연에 대한 지시 혹은 지도는 의료종사자들의 영양지도의 한 구체적 내용을 이룬다고 할 것이나, 의료종사자들에게 이처럼 금연에 대한 지시 혹은 지도의무가 인정된다고 하더라도 흡연 자체가 환자에게 금기시되는 것은 굳이 의학적 지식이라고 할 것까지 없이 상식적인 사항에 해당하므로, 환자의 질병과 나이 또는 상황 등에 비추어 달리 특별한 사정이 있다고 인정되지 않는 한, 이러한 금연에 대한 지시 혹은 지도는 금연의 필요성에 대한 의학적 설명 내지 강조와 구두에 의한 금연의 수시 확인 정도로도 충분하고 나아가 환자의 동태 등을 살펴 금연 여부를 상시 확인·감독할 의무까지 있는 것은 아니다。」고 하면서 「손바닥 파열상에 대한 수술 후 입원치료를 받던 환자가 화장실에서 흡연을 한 후 나오다가 쓰러져 사망한 경우, 그 환자가 경추의 기왕증 및 병력이 있는 상태에서 평소 많은 양의 흡연을 해 왔다 하더라도 입원치료를 받게 된 것은 손바닥 파열상에 대한 봉합수술 후 영양을 위한 것으로서 환자의 기

왕증이나 병력과는 질병의 성격이나 정도 등에서 별다른 상관관계가 인정되지 않는 것이고 사고 당시 환자는 분별력에 별다른 장애가 없는 성인 남자였으므로, 의료종사자들에게 금연에 관한 일반적인 요양 지도 외에 환자의 기왕증과 관련된 흡연의 위험성을 경고하고 화장실에서의 흡연 여부까지 상시 확인·감독할 주의의무는 없다」고 하여 금연에 관한 요양방법지도의무의 범위를 명시하였다.

원고의 과실에 관한 범리오해주장에 대하여는 「의사가 치료 등의 의료행위를 함에 있어서는 사람의 생명·신체·건강을 관리하는 업무의 성질에 비추어 구체적인 증상이나 상황에 따라 위험을 방지하기 위하여 요구되는 최선의 조치를 행하여야 할 주의의무가 있다고 할 것이나, 이와 같은 주의의무는 의료행위를 할 당시 의료기관 등 임상의학분야에서 실천되고 있는 의료행위의 수준을 기준으로 판단하여야 하고, 의사가 행한 의료행위가 그 당시의 의료수준에 비추어 최선을 다한 것으로 인정되는 경우에는 의사에게 환자를 진료함에 있어서 요구되는 주의의무를 위반한 과실이 있다고 할 수 없으며, 특히 의사의 질병 진단의 결과에 과실이 없다고 인정되는 이상 그 요법으로서 어떠한 조치를 취하여야 할 것인가는 의사 스스로 환자의 상황 기타 이에 터잡은 자기의 전문적 지식·경험에 따라 결정하여야 할 것이고, 생각할 수 있는 몇 가지의 조치가 의사로서 취할 조치로서 합리적인 것인 한 그 어떤 것을 선택할 것이냐는 당해 의사의 재량의 범위 내에 속하고 반드시 그 중 어느 하나만이 정당하고 이와 다른 조치를 취한 것은 모두 과실이 있는 것이라고 할 수 없다」고 하여 치료방법에 관하여 의사의 재량을 상당히 폭넓게 인정하였다.

Ⅲ. 평 석

1. 의료기술상 과실에 대하여

가. 의료행위의 본질

의료행위는 인체의 다양성과 예측불가능성을 본질로 한다. 의료행위는

시술 당시 최고의 인적, 물적 설비를 갖춘 의료기관에서 실시한다고 하더라도 의학, 의료기술 그 자체나 치료하는 의사 개인의 지식, 경험이나 기능, 환자의 개인차, 기타 여러 가지 차원에서의 한계적 상황이 존재하는 상태 하에서 시행된다. 완벽하게, 일률적으로 실시해야 할 의료조치로서 확립된 기법이 발견된 영역은 거의 없다. 시시각각 변화하는 환자를 앞에 두고, 당해 시점에 있어서 당해 구체적 상황에 입각하여 의료지식과 임상적 경험을 바탕으로 임기응변적으로 대응해 간다. 그러한 치료 중에는 결과적으로 질병이 제대로 치료되었어도 사후에 되돌아보면 부적절하였다거나 좀더 나은 다른 방법이 있었다고 반성하는 때가 있을 수 있다. 그러나 개개의 의료행위는 결과가 나오기까지의 과정에 있어서 실시되는 것이고, 상황의 전개과정에서 의사가 행하는 것이다. 환자를 앞에 두지 않고 당해 구체적 상황이나 정황을 무시한 채 일률적인 치료 매뉴얼을 기계적으로 작성해 두고, 이것에 비추어서 구체적인 의료과정을 평가할 수는 없다.

의사의 재량성 여부는 구체적 상황하에서 의사가 파악할 수 있었던 사유 또는 인식할 수 있어야 할 사유를 전제로 치료방법의 선택이 타당하였는지를 개별적으로 판단할 수밖에 없다. 따라서 일응은 다양하고, 예측 불가능하게 변화하는 인체를 치료함에 있어서 의료에 전문적인 지식과 경험을 가지고 있는 의사에게 임기응변적으로 대응할 수 있는 재량성을 폭넓게 인정하여야 한다.

의료과실을 논하는 과정에서 가장 어려운 문제는 이러한 의사의 재량권을 어느 범위까지 인정하느냐에 있다고 해도 과언은 아니다.

나. 의료행위의 재량성 인정

판례는 의사의 의료행위에 대하여는 폭넓은 재량을 인정하고 있다.¹⁾

1) 대법원은 의료기술적인 면 뿐만 아니라 「진료기록부의 작성방법에 관하여 의료행위의 내용과 치료의 경과 등에 비추어 효과적이라고 판단하는 방법에 의하여 진료기록부를 작성할 수 있다. 의사는 문제중심의무기록 작성방법, 단기의무기록 작성방법, 또는 기타의 다른 방법 중에서 재량에 따른 선택에 의하여 진료기록부를 작성할 수 있을 것이다」라고 하여 진료기록작성방법에 있어서도 재량을 인정하고 있다(대법원 1997. 1. 23. 선고 97도2124 판결, 대법원 1997. 8. 29. 선고 97도1234 판결 등)

대법원 1996. 6. 25. 선고 94다13046 판결은 교통사고로 좌멸창손상을 입은 환자가 의사를 상대로 치료방법상의 잘못이 있다고 하면서 제소한 사건에 대하여 「무릇 의사는 진료를 행함에 있어 환자의 상황과 당시의 의료 수준 그리고 자기의 전문적인 지식과 경험에 따라 생각할 수 있는 몇가지의 조치 중에서 적절하다고 판단되는 진료방법을 선택할 수 있고, 그것이 합리적인 재량의 범위를 벗어난 것이 아닌 한 진료의 결과를 놓고 그 중 어느 하나만이 정당하고 그와 다른 조치를 취한 것에 과실이 있다고 말할 수는 없다.」고 하여 의사의 치료방법이 합리성을 벗어나지 않는 과실이라고 할 수 없다고 판시하고 있다.²⁾ 대법원 1992. 5. 12. 선고 91다23707판결도 산전 진찰시 아두골반 불균형상태에 있어 제왕절개수술을 하였어야 함에도 불구하고 이에 대한 검사를 하지 않아 자연분만방법으로 분만을 유도하여 분만지체로 인한 뇌손상을 입게 한 사건에 대하여 「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 판시한 바 있다.

서울지법³⁾은 6살 무렵에 결핵성 척추염을 앓은 경험이 있는 27세의 여자가 척추후만증으로 진단되어, 피고병원 의사들로부터 늑골을 절개하고 척추뼈를 노출시켜 손상된 흉추와 요추 사이에 골반의 장골 및 금속편을 삽입하는 수술을 받아 53도까지 휘었던 척추 후만각이 35도로 교정되어 증상이 개선되었는데도 불구하고 통증을 호소하면서 비수술적인 방법을 선택하지 아니한 과실을 들며 제소한 사건에 대하여 「원고의 위 척추후만증에 대하여 피고 병원 정형외과 의사들이 위와 같은 비수술적 치료방법을 배제하고 외과적 수술방법을 선택한 것이나, 그 치료과정에 있어서

2) 同旨 (1992.5.12. 제1부 판결 91다23707)대법원 1999. 2. 12. 선고 98다10472 판결, 대법원 1995. 12. 5. 선고 94다57701판결, 대법원 1995. 3. 10. 선고 94다39567판결, 대법원 1995. 2. 10. 선고 93다52402판결 등

3) 서울지법 1995. 10. 4. 선고 92가합27367호판결

행한 시술내용은 모두 적절한 것으로 인정되고 위 피고 병원 정형외과 의사들에게 그 치료방법 선택이나 그 시술상 어떠한 과실이 있음을 인정하기에 부족하며 달리 이를 인정할 아무런 증거가 없으므로 원고의 위 주장은 이유 없다」고 하여 청구를 기각한 바 있다.

일본 판례 중에는 질식분만과정에서 상완마비의 상해를 입고 출생하여 원고측에서 제왕절개수술등을 선택하지 않은 과실을 들어 제소한 사건이 있었다. 1심 법원⁴⁾은 「질식분만이냐 제왕절개분만이냐를 결정할 때 모체와 태아의 상태를 충분히 파악하여 단지 분만이 가능한가 여부라는 관점에서뿐만 아니라, 모자쌍방의 예후를 포함하여 이들 장애에 이르게 된 경우의 위험 등에 대해서 비교 검토할 의무가 있는데, 이것을 충분히 고려하지 않고 질식분만을 하도록 시킨 결과, 아두의 만출에 즈음하여 강한 견인을 어쩔 수 없이 하게 되어 원고의 상완 신경총의 과도한 신전, 단열로부터 위와 같은 장애를 입히게 된 것이며, 더구나 이들의 점을 고려하여 질식분만을 시행하였다면 그 선택의 근거로 되는 합리적 이유가 설명되어야 마땅할 것임에도 불구하고 이것이 없는 것으로 보아, 위 이유가 명확하게 주장·입증되지 않는 한, 피고의사가 원고를 무사히 분만할 수 있다고 속단한 점에 과실책임이 있다」고 하여 분만방식선택상의 과실책임을 인정하였으나 항소심인 東京高裁⁵⁾에서는 「피고의사가 산모의 골반과 아두의 차에서 질식분만이 가능하다고 판단하여 그 이상 이 계측에 의한 아두골반 불균형의 유무의 확인조치를 취하지 않은 것이 진료상의 의무위반이라고 할 수 없고, 질식분만을 완료할 수 있었으므로 피고의사로서는 제왕절개의 방법을 취하지 않았다는 점에 주의의무위반에 의한 채무불이행 또는 불법행위의 책임을 문책할 수는 없다」고 하면서 분만방식선택을 의사의 재량으로 인정하였다.

이에 반하여 다른 사례에서는 의사의 치료방법 선택상 과실을 인정하고 있다.

4) 東京地裁 昭和 59. 4. 24.判決(判時 1147號 114頁)

5) 東京高裁 昭和 60. 1. 30.판결(昭和59年(ネ)第1334號・同 2253號, 判時 1149號 112頁)

간장장애가 있는 환자에 대하여 위X선 검사에서 胃角部에 재발성의 거대 위궤양이 발견되어 그 치료를 받았으나 치유경향이 확인되지 않고, 환자는 외과수진을 희망하여 외과전문의인 피고를 소개받았다. 피고는 외과적 치료가 필요하다고 생각하고 환자에게 胃亞全摘術을 실시하였으나 수술 후 2일만에 간부전으로 사망하였다. 환자의 처는 피고에 대하여 의사의 치료방법의 선택에 대하여 과실이 있다고 주장하였다. 법원⁶⁾은 「환자는 1976. 7. 5. 당시 중간정도의 간경변에 이환되고 있었다. 피고는 7. 6. 경 실시된 동인에 대한 각종의 술전 검사 결과로부터 동인이 간경변에 이환되고 있는 것을 이 건 수술당시 인식하고 있었다. 동인과 같은 정도의 간경변에 이환되어 있는 자에 대하여 이 건 수술을 실시하는 것은 커다란 부하를 간장에 주어서 최악의 경우에는 간부전에 빠져서 죽음에 이르는 일도 드물지 않으므로 금기 내지 위험한 행위이라고 되어 있는 것을 생각하면 피고는 의사로서 동인의 생명을 구제하기 위하여 위와 같은 위험을 무릅쓰고까지 이 건 수술을 실시할 긴급, 부득이 한 필요가 있는 경우를 빼고는 이 건 수술을 회피해야 할 주의의무를 지고 있다고 해석하는 것이 타당하다」고 하여 원고청구를 인용하였다.

다. 이 건의 타당성여부

원고는 ① C병원이 A가 입은 손바닥의 상해에 대하여는 그 부분에 대한 부분마취만으로도 충분함에도 전신마취 하에 신경봉합술 등을 시행하였고, ② 그 마취나 수술과정에 있어 의사나 간호사 등의 과실이 개입되었다고 하는 상고이유에 대하여 「피고 병원 의사들이 이 사건 수술 당시 A에 대하여 전신마취를 한 것 자체가 의료상의 과실에 해당하고 그 외 이 사건 수술 및 마취 과정에서 피고 병원 의사나 간호사 등의 과실이 개입되었다는 원고들의 주장을 배척한 원심의 조치는 정당」하다고 하면서 앞서 살핀 판시와 같이 의사의 치료행위가 「합리적인 것인 한 그 어떤 것을 선택할 것이냐는 당해 의사의 재량의 범위 내에 속한다」고 판시

6) 東京地裁 昭和 58. 10. 17.判決(判時 1120號 62頁)

한 바, 이러한 대법원의 견해는 의료행위의 특성상 당연하다.

즉, 손바닥 파열상을 입은 환자를 수술함에 있어 전신마취를 한 경우, 그 행위 자체가 의료상의 과실에 해당한다고는 볼 수 없다고 한 견해는 옳다고 본다.

2. 설명의무위반의 점에 대하여

가. 설명의무위반의 개념

설명 의무란 의사가 환자에게 진단결과나 치료방법, 예후, 부작용 등을 충분히 설명을 해 주고, 환자는 이를 제대로 이해한 후에 자율적인 자기 결정으로 자신에 대한 침습행위를 허용한 경우에만 당해 의료행위가 정당성을 가질 수 있다는 이론이다. 즉, 의사의 치료행위가 폭력배의 상해 행위와 구별되는 이유는 피해자의 승낙이 있었는지 여부에 있다.

설명 의무의 범위와 한계는 환자에 대한 정보제공의무, 조건의무, 설득 의무, 요양방법지도의무 등이 있다.⁷⁾

나. 설명의무의 범위와 한계

(1) 환자에 대한 정보제공의무⁸⁾

의사는 첫째 환자의 질병 유무와 그 종류에 대한 진단 결과를 설명해 주어야 한다. 왜냐하면 환자가 자신의 질병의 종류나 상태를 알아야 자기 결정을 할 수 있기 때문이다. 이때 진단에 대한 대체적인 고지로 충분하나, 다만 예후가 극히 불분명한 경우와 같이 확진이 아닐 경우에 그 불확실한 진단도 알려야 할 의무가 있다.

7) 석희태는 승낙의 유효요건으로서의 설명의무, 보고의무, 지도의무 등으로 나누고 있고 (석희태, 의료과오 민사책임에 관한 논문, 연세대 대학원 박사학위논문, 1988, 34쪽 참조), 김천수는 광의의 설명의무를 고지의무, 조건의무, 지도설명 의무 등으로 분류하고 있다(김천수, 환자의 자기결정권과 의사의 설명의무, 서울대 대학원 박사학위논문, 1994, 142쪽 참조).

8) 신현호, 의료소송총론, 육법사, 1997, 212쪽 이하

둘째 환자가 침습에 동의하지 않으면 자신에게 어떤 상황이 일어나고 그 질병이 앞으로 어떻게 진행될 것인가 등 질병의 예후, 방치할 경우의 상태, 치료방법, 치료수단 등 질병의 예후, 경과에 대한 설명을 해 주어야 한다.

셋째 치료경과 중 부수적으로 나타날 수 있는 위험에 대한 설명 등이 있어야 한다. 위험설명이란 의사로서 최선의 주의의무를 다하여 침습에 성공한다고 하더라도 확실히 배제할 수 없는 발생 가능한 계속적, 일시적인 부작용에 관한 정보를 설명하는 것을 의미한다. 이 설명은 의료기술을 통하여 확실히 피할 수 없는 결과에 관한 것에 한하며 의사의 과실 있는 치료로 인하여 발생할 수 있는 위험에 대한 설명은 제외된다. 위험설명의 유일한 목적은 치료중 환자에게 발생할 수 있는 -환자가 모르고 있는- 합병증에 대하여 설명해 주는데 있으므로 그 의료행위에 따르는 후유증이나 부작용 등의 위험발생 가능성이 희소하다는 사정만으로 면제될 수 없으며, 그 후유증이나 부작용이 당해 치료행위에 전형적으로 발생하는 위험이거나 회복할 수 없는 중대한 것인 경우에는 그 발생 가능성의 희소성에도 불구하고 설명의 대상이 된다.⁹⁾ 판례는 조직검사 후 자궁경부에 염증이 발생한 사건에 대하여 「정기검사 시기에 맞추어 자궁암검사를 의뢰하기 위하여 처음 찾아온 의뢰인에게 세포진 검사와 질확대경 검사를 실시하였을 뿐 아니라 조직검사로 인하여 발생할지도 모르는 후유증에 대하여 아무런 설명도 없이 조직검사까지 실시한 의사의 행위가 과잉진료 내지 설명의무 위반의 불법행위에 해당할 여지가 있다」고 한 바 있다.¹⁰⁾

그러나 당해 의료행위로 인하여 예상되는 위험이 아니거나 당시의 의료수준에 비추어 예견할 수 없는 위험에 대한 설명의무까지 부담하게 할 수는 없다.¹¹⁾

9) 대법원 1996. 4. 12. 선고 95다56095판결

10) 대법원 1998. 3. 27. 선고 97다56761판결

11) 대법원 1999. 3. 선고 99다10479판결, 이 판결은 나아가 설명의무의 주체에 관하여 「원칙적으로 당해 처치의사라 할 것이나 특별한 사정이 없는 한 처치의사가 아닌 주치의 또는 다른 의사를 통한 설명으로 충분하다」고 하고 있다.

(2) 조언의무

의사는 환자에 대한 정보제공만을 백화점식으로 나열하여 설명하여서는 아니된다. 제공된 정보의 중요성을 감안하여 환자가 적절한 자기결정을 할 수 있도록 조언을 해 줄 의무가 있다.

첫째 의사가 수술결과를 확신할 수 없음에도 불구하고 과신에 찬 설명을 하여 자기결정권을 잘못 행사한 경우에는 손해배상책임이 있다. 독일 제국법원¹²⁾은 환자가 자궁의 좌측 종양수술후 생식능력의 상실을 두려워 하면서 우려를 표명하였음에도 의사가 아무 걱정하지 말라고 하여 수술 승낙을 하였으나 생식능력을 상실하게 되자 설명의무위반을 이유로 제소한 사건에 대하여 「의사의 입장에서 수술결과를 완전히 예견할 수 없음에도 불구하고, 그 결과에 대하여 단호한 자세로서 표명하는 의사는 -환자가 있을 수도 있는 결과를 중시하고 수술을 받을 것인가 아닌가의 결심을 의사의 설명에의 신뢰에 맡긴 것을 인식할 수 있는 경우에는- 사정에 따라서는 과실이 있는 것이 된다」고 하면서 이러한 경우에는 수술 전에 환자에게 「그 침습은 무조건적으로 바람직한 결과를 약속하는 것은 아니고, 어떤 종류의 부작용은 배제할 수 없다는 것까지 알려 주는 것이 양심적인 의사의 의무」라고 하여 일반적 조언의무의 침해에 과실을 인정하였다.

둘째 여러 가지의 검사나 치료방법이 있다면 전문가의 입장에서 어느 방법이 환자에게 가장 효과적이고 부작용이 적을 것인지를 알려주어야 한다.

산모에게 태아가 기형아일 수도 있다는 의심을 하여 판별확률이 비교적 높은 위 트리플마커 검사법이나 양수천자검사를 실시하거나 적어도 이러한 검사법이 있음을 설명하여 산모로 하여금 위와 같은 검사를 받아 원고가 기형아임을 알 수 있게 할 주의의무가 있음에도 불구하고, 이를 게을리 하여 판별확률이 낮은 초음파 검사와 AFP(α -태아성단백) 검사만을 실시하여 태아가 정상이라고 판단한 채, 산모에게 위와 같이 비교적

12) RG 1931, 5. 19.판결 JW 32, 3328

판별확률이 높은 검사법에 대하여는 아무런 설명을 하지 아니하여 산모로 하여금 확실한 검사방법을 택하여 태아가 기형아인지의 여부를 확인하고, 만일 그 태아가 기형아라면 낙태할 수 있는 기회를 박탈하여 기형아인 원고가 태어나게 하여 원고로 하여금 향후치료비 및 부양료를 부담하게 하는 손해를 가하였다는 주장하는 원고의 청구에 대하여 대법원¹³⁾은 「피고의사는 산모가 기형아 검사에 대하여 집착하면서 태아의 기형아 검사를 부탁하였으므로 산모에게 기형아 검사를 위한 산전진단방법으로 앞에서 본 바와 같은 여러 가지 검사방법의 필요성 및 위험성, 그 비용 등에 관하여 상세히 설명하여 산모로 하여금 검사를 받을지 여부를 판단할 기회를 주어서 원고의 부모가 스스로 확실한 검사방법을 택하여 태아가 기형아인지 여부를 확인하고, 만일 기형아라면 출산하여 키울 것인지 여부를 선택하고 이에 대한 대비를 할 수 있는 자기결정권을 행사할 수 있도록 하여야 하였음에도 그와 같이 하지 아니한 잘못이 있다 할 것이다.」라고 하여 부모에 대한 조언의무위반이 있음을 시사하였다.¹⁴⁾

독일 연방대법원은 피임방법에 관한 조언의무를 다하지 아니한 점에 대하여 과실책임을 인정한 바 있다.¹⁵⁾ 즉, 산부인과 의사인 피고는 원고의 처로부터 불임수술을 의뢰받자 자궁척출방법을 권하였으나 원고의 처는 난관 경화법을 희망하였기 때문에 후자의 방법으로 시술하였다. 그후 원고와 처는 이혼을 하였는데 불임시술의 실패로 이혼 전에 임신되어 딸을

13) 대법원 1999. 6. 11. 선고 98다22857판결, 다만 이 판결은 「원고의 위와 같은 장애 자체가 피고의사의 과실로 인하여 생긴 것이 아님은 명백하므로 결국 원고의 청구는 원고 자신이 태어나지 않았어야 함에도 장애를 가지고 태어난 것이 손해라는 점을 근거로 하고 있다 할 것이다. 그러나 인간 생명의 존엄성과 그 가치의 무한함을 생각해 볼 때 원고가 장애를 갖고 출생한 것과 출생 전 인공임신중절로 출생하지 않는 것과 비교해서 손해의 유무를 판단할 수는 없는 것이다. 물론 원고가 기형아로 태어남으로써 정상인에 비하여 치료비와 양육비가 더 소요될 것임은 능히 짐작이 되나 이것이 피고의사의 의료상의 과실로 인한 원고의 손해라고 볼 수는 없어 그 사이에 상당인과관계를 인정할 수는 없다.」고 하면서 원고의 청구를 기각하였다.

14) BGH 1983. 11. 22. 판결에서도 양수검사가 필요한지를 묻는 고령임산부에 대하여 불필요하다고 답하였는데 결국 다운증후군신생아가 태어난 사건에서 조언의무위반을 인정한 바 있다.

15) BGH 1980. 12. 2. 판결

출산하여 원고가 부양료를 지급하게 되었다. 이에 원고는 피고를 상대로 자궁적출방법을 선택하도록 적절한 조언의무를 다하지 아니한 점을 들어 제소한 바, 대법원은 「『의사의 설명의무』하에서 이해되는 것인 것. 즉 침습의 의의에 관한 정보가 일반적으로 동일시되지 않는다. …… 2가지의 의무가 다른 것은 ……여기서는 전문지식이 결여된 처에게 의사가 권한 불임수술의 효과확률에 관하여 상세한 설명이 중요하다. 왜냐하면 그 설명에 의한 것만으로 처는 보다 확실한 방법을 선택할 것인가 아닌가 판단하는 지위에 있다. 처가 스스로 희망하는 효과확률에 만족하는가, 특별히 부수적 처치의 적용을 바라는가의 판단에 자료가 되는 정보도 처와 원고에 대해 부여되지 않았다. 당법정의 견해에 의하면, 이와 같은 계약상의 조언의무는 의사가 구체적인 실패율을 처에 인식시킬 때에 처음으로 이루어졌다는 것이 된다. 조언의무가 문제가 되는 경우에는 침해의 위험에 관한 설명의 경우와는 다르며, 설명을 제한하거나 설명의 방법을 변경하거나 하는 어떤 치료상의 배려도 통상 전혀 고려되지 않는다. 이점으로부터도 조언의 필요성이 명백하다. 따라서 본 건에서와 같은 상황에서는 처의 결정 내지 행동에 관계된 중요한 의의를 가지는 정보를 처에게 부당하게 주지 않은 것에는 합리적 이유가 존재하지 않는다.」고 하면서 조언의무위반을 지적하였다.

셋째 환자에게 입원의 필요성과 의료보험의 혜택여부에 대한 조언의무를 다하지 아니한 과실책임을 인정하고 있다. 즉, 내과 의사인 피고는 원고가 관절염과 보행곤란을 호소하자 변형성 관절염증으로 진단하고 입원 치료를 하였는데, 그 후 원고가 의료보험회사에 비용의 배상을 청구하였으나, 의료보험회사는 입원치료가 불필요하였다면서 보험금부를 거절하였고, 보험료지급청구소송에서도 패소하였다. 이에 원고는 피고를 상대로 입원이 불필요하다는 점과 그러한 경우 의료보험료가 지급되지 않는다는 점을 조언하지 않았다는 점을 들어 입원비용의 환불과 의료보험회사와의 소송비용의 배상을 청구하였다. 독일 연방대법원은 「피고는 계약의 범위 내에서 원고에게 포괄적으로 진료처치에 관한 조언을 하고, 진료처치에 관한 원고의 이해를 얻고, 진료를 행하는 것을 의무로 하고 있다. 입원치

료의 필요성이 의심되는 경우에 있어서는 이러한 조언은 입원치료의 이해도 또한 포괄되는 것은 의심할 여지가 없다. 의사가 현재의 의학지식에 따라서 입원을 필요로 한다고 생각한다면 입원을 권유하여 환자를 입원시키는 것이 타당하다. 이에 대해 통원치료도 또한 의학상 적절하고 가능한 경우에는, 의사는 환자에 대해 통원치료도 가능하다는 것에 관하여, 또한 환자에게 극단적으로 부담되지 않는 모든 치료방법에 대해 설명하여야 한다. 그 설명은 입원처치를 수용하던가, 통원치료를 우선으로 하는가의 결정을 환자에게 가능하게 하는 것이기 때문에 필요하다. 그 결정시에 환자에게는 치료방법의 비용도 일정의 역할을 할 수 있는 것은 분명하며, 양당사자에게는 인식되어야 할 것이다. 치료방법의 비용이 고려되는 한에 있어서는, 또한 의사는 환자에게 도움을 주어야 하며, 주어야 할 전문가이기 때문이다. 환자와는 달리 의사는 경제적 위험을 인식할 수 있으며, 다른 방법으로도 목적을 달성할 수 있는 것을 알 수 있으므로, 비용의 차이를 언급하지 않고 입원치료를 권해서는 안된다. 그렇지 않으면 의사는 잘 알지 못하는 의사를 신뢰하는 환자에 대해 의사의 지식이 있다면 거절할 수 있는 비용을 법적으로 부당한 방법으로 부담시키는 것이 될 것이다. 항소심이 피고에 불필요하게 된 진료비용의 배상만 아니라 의료보험회사와의 소송비용의 지불을 명하는 것은 정당하다. 피고는 원고의 확대손해를 방지하기 위해서 입원치료가 보험약관의 의의에 있어서는 의학상 필요하지 않았다는 것을 원고에게 고지하지 않았다. 그 고지의무는 당사자간에 존재하는 진료계약과 그 사후효과로써 생기는 것이다」고 하면서 원고의 청구를 모두 받아들였다.

(3) 설득의무

나아가 의사는 적절한 설명을 하였음에도 불구하고, 환자가 잘못된 자기결정권을 행사하면서 지시나 치료방법에 따르지 아니할 경우에도 생명을 다루는 전문가의 입장에서 환자를 적극적이고 능동적으로 설득하여야 할 의무가 있다. 왜냐하면 환자는 의료에는 문외한이고, 생명이나 신체가 위협을 받는 경우에는 이성적인 판단을 제대로 하기 어렵기 때문에 환자가 올바른 자기결정을 할 수 있도록 도와주어야 하기 때문이다.

대법원은¹⁶⁾ 축구골대를 안고 넘어지면서 복부손상을 입고 2차 의료기관에 후송된 환자가 일반외과 전문의 L의 수술권유를 적극적으로 거부하면서 집 근처의 1차 의료기관으로 전원을 고집하는 바람에 수술을 하지 못하고 구급차에 태워보냈으나 도착 전에 비장손상으로 인한 실혈사 사건에 대하여 「망인은 장파열, 복강내출혈로 보였고 비장손상의 가능성이 있었으며 이러한 경우 위급한 상황이므로 피고로서는 그 당시 의식이 있었던 망인이나 병원에 동행한 동료나 전화통화가 가능하였던 망인의 처에게 망인의 상태가 조기에 수술을 하지 아니하면 생명이 위협한 상황이 될 수도 있음을 충분히 설명하여 그 동의를 얻어 즉시 응급개복술을 시행하고 수술 개시가 지연되어 생명에 위협을 초래하는 일이 없도록 하여야 함에도 위와 같은 상황임을 충분히 설명하지 아니하여 이러한 사정을 알지 못한 처가 집 근처에서 수술 받기를 희망하였다는 이유만으로 만연이 위 사고를 당한지 2시간이 지난 같은 날 17:00경 망인을 피고병원으로부터 자동차로 1시간 정도 거리에 있는 수원시 소재 00의원으로 전원하도록 한 과실이 있다」고 하면서 응급개복술의 필요성에 대한 설득의무 불이행책임을 묻고 있다.

독일판례¹⁷⁾도 환자가 의사의 지시를 어기고, 치료를 거절하는 경우에 의사가 단순히 그 거절을 받아들임으로서 책임이 면제되지 않는다고 하면서 「절박한 건강손상을 피하기 위하여서는 특정의 의료조치가 필요하다는 사실을 인식한 경우에 환자가 거절을 포기하고, 동의를 하도록 매우 적극적으로 치료의 필요성을 언급하고, 상황에 따라 필요한 모든 시도를 하여야 하는 것은 모든 의사의 직업의무로서 특별한 의미를 갖는다」라고 하여 의사의 설득의무를 강조하고 있다.

(4) 요양방법지도의무

의사는 환자에 대한 치료와 아울러 환자가 제대로 회복될 수 있도록 요양방법을 설명하고, 지도할 의무가 있다. 의사는 치유되는 과정에서 환

16) 대법원 2000. 9. 8. 선고 99다48245판결

17) BGH VersR 1954, s.98ff

자에게 정확한 정보를 제공함으로써 환자로 하여금 스스로 자기결정을 할 수 있도록 하여야 한다.¹⁸⁾¹⁹⁾

예를 들어 미숙아를 퇴원시키면서 일정기간 안과 의원에 와서 주기적으로 안저검사를 실시하여 미숙아망막증에 이환 되었는지를 살펴 광응고법 등의 치료를 하여야 한다는 설명을 하지 않은 경우 혹은 파열된 수지 굴곡건의 접합수술후 일정기간 운동요법 및 물리치료를 하여야 함에도 이에 대한 설명을 게을리 하여 수지굴곡수축변형이 발생한 경우 등은 요양방법지도의무를 다하지 않은 것이다. 이 때는 의료침습에 준하는 주의의무위반이 있었다고 하여야 할 것이다.

대법원²⁰⁾은 대학병원에서 수련의로 근무 중 연탄가스중독증으로 응급 후송된 환자를 치료한 후 아무런 설명 없이 그대로 퇴원시키는 바람에 다시 연탄가스중독증에 걸리게 하여 업무상과실치상죄로 기소된 사건에 대하여 「담당의사로서 일산화탄소 중독으로 판명하고 치료한 후 회복케 하였고, 이튿날 11:50경 위 병원에서 퇴원할 당시 위 피해자들이 피고인에게 자신의 병명을 문의하였는데도 피고인이 위 피해자들에게 아무런 요양방법을 지도하여 주지 아니하여, 위 피해자들이 일산화탄소에 중독되었던 사실을 모르고 퇴원 즉시 사고난 자기 집 안방에서 다시 취침하다 전신피부파열 등 일산화탄소 중독을 입은 것이라면, 피고인에게 의사로서의 업무상과실이 있다고 보아야 할 것이고, 이 과실과 재차의 일산화탄소 중독과의 사이에는 인과관계가 있다고 보아야 할 것이다.....환자가 연탄가스 중독으로 판명된 경우, 환자가 그 원인사실을 모르고 병명을 문의하는 경우에는 그 병명을 알려주고 이에 대한 주의사항인 피해장소인 방의

18) 김천수는 이러한 의무를 지도의무라고 하면서 「직접 환자의 건강상의 이익을 위하여 이루어지는 것이지, 환자의 자기결정을 보장하기 위한 것은 아닌 점」에서 고지·조언의무와 구별된다고 한다.(김천수, 전제논문 151쪽 참조)

19) 이덕환은 이와 같은 개념으로 안전설명을 들면서 「적절한 사후치료의 적시적인 준비 내지는 보장을 위하여 이미 밝혀진 소견과 발생된 돌발사고에 대하여 차후에 진료를 담당할 의사 내지는 환자에게 설명하는 것이다.」라고 개념을 설명하고 있다.(이덕환, 의사의 설명의무와 법적 책임론, 행법사, 1992, 127쪽 참조)

20) 대법원 1991. 2. 12. 선고 90도2547판결

수선이나 환자에 대한 요양의 방법 기타 건강관리에 필요한 사항을 지도하여 줄 요양방법의 지도의무가 있는 것이며(의료법 제22조 참조). 이를 태만하였다면 의사로서의 업무상과실이 있는 경우라 할 것이다」고 하여 요양방법지도의무를 다하지 아니한 형사책임을 인정하였다.

다른 대법원판결²¹⁾은 피고병원의 안과의사가 백내장환자에 대하여 백내장을 유화 흡인시키는 방법으로 수술을 진행하던 과정에서 수정체의 후낭이 파열되자 전부초자체절제술을 시행한 후 인공수정체를 삽입하였는데, 그후 환자에게 비문증세가 나타나 검사한 결과 견인성망막박리로 진단되어 치료를 하였으나 각막이식 및 망막박리 교정술이 필요한 상태로 시력장애가 남을 것으로 예상되어 제소된 사건에 대하여 백내장 수술 후 일단 시력이 정상으로 회복된 점에 비추어 수술상의 과실이 있거나 위 검진 당시 망막박리를 판단하기 위한 검사를 시행하지 아니한 것이 과실이라고 단정하기 어렵고, 나아가 그러한 진단 결과나 망막박리를 판단하기 위한 검사를 하지 아니한 것이 환자의 시각장애를 초래한 직접적인 원인이 되었다고 단정할 수도 없다고 하여 의료기술상의 과실책임은 인정하지 않았으나, 「일반적으로 의사는 환자에게 수술을 시행하는 과정 및 그 후에 나쁜 결과가 발생할 개연성이 있는 의료행위를 하는 경우에 있어서는, 응급환자의 경우나 그 밖의 특별한 사정이 없는 한, 진료계약상의 의무로서 또는 수술에 대한 승낙을 얻기 위한 전제로서 당해 환자나 법정대리인에게 질병의 증상, 치료 방법의 내용 및 필요성, 발생이 예상되는 위험 등에 관하여 당시의 의료수준에 비추어 상당하다고 생각되는 사항을 설명하여 당해 환자가 그 필요성이나 위험성을 충분히 비교해보고 그 의료행위를 받을 것인가의 여부를 선택할 수 있도록 하여야 할 의무가 있을 뿐만 아니라, 그 진료 목적의 달성을 위하여 환자 또는 그 보호자에 대하여 요양의 방법 기타 건강관리에 필요한 사항을 상세히 설명하여 후유증 등에 대비하도록 할 의무가 있다」고 하면서 요양방법지도의무를 게을리 한 책임을 묻고 위자료배상을 명하였다.

21) 대법원 1997. 7. 22. 선고 95다49608판결

한편 일본 판례²²⁾는 정신과위원의 의사가 초진시 정신분열증으로 진단한 환자에 대하여 입원치료가 가능한 상급의료기관으로 전원을 의뢰하면서 직접 전원을 하지 않고 환자가족에게 수행하도록 한 바, 환자가 일단 귀가하여 그 직후에 자살한 사건에 대하여 「가족들에게 환자의 진단명, 병의 중증정도, 자살의 개연성, 기타 진찰당시의 상황에 대한 설명하지 않음으로서 자살의 위험이 절박하다는 점을 예견하지 못하도록 하였다」는 점도 청구원인 중 하나로 제기하였으나, 법원은 그러한 설명을 하지 않았다고 하여 과실이 없다」고 하여 전원방법이나 집에서 환자감시방법에 대한 설명의무(요양방법지도의무)를 다하지 아니한 것에 잘못이 없다고 판시하였다.

다. 설명의무의 기준

의사는 환자가 충분히 이해하여 자기결정을 할 수 있도록 설명하여줄 의무가 있다. 판례²³⁾는 「환자측은 스스로의 의사에 따른 승낙권을 행사하기 위하여 환자의 상태에 관하여 지금까지의 진단결과, 앞으로 시행할 의료방법과 의료수단, 그러한 의료를 시행하지 않고 방치하는 경우의 위험성, 그 의료방법에 부수되는 위험성과 합병증 및 후유증 등을 알 권리가 있고, 그 반면 의료를 시행하는 의사는 그에 대응하는 설명을 하여야 할 의무가 있으며, 특히 부작용과 합병증, 후유증 등의 위험성이 있는 때에는 이를 무릅쓰고라도 치료를 받을 것인가에 대하여 환자 스스로 결정할 수 있게끔 의사는 이에 대한 상당한 정도의 설명을 할 의무가 있다」고 한 이유도 여기에 있다.

이 때 의사는 무엇을 기준으로 환자에게 설명하여야 그 의무를 다했다고 볼 수 있는가?

이에 대하여는 첫째 당해 구체적 상황에 있어서 합리적 의사이라면 어떠한 설명을 하였을 것인가를 기준으로 하여야 한다는 합리적 의사기준

22) 大阪地裁 昭61. 3. 12.판결(判夕599·61)

23) 대구고등법원 1990. 5. 11.선고 86나 1574판결

설,²⁴⁾ 둘째 당해 구체적 상황에 있어서 합리적인 환자라면 자기결정권의 행사를 위하여 어떠한 설명을 필요로 하였을 것인가를 기준으로 하여야 한다는 합리적 환자기준설, 셋째 당해 환자가 그 자기결정권의 행사에 있어서 중요시하는 정보의 설명이 되었는가를 기준으로 하여야 한다는 구체적 환자기준설,²⁵⁾ 넷째 합리적인 환자를 기준으로 하되 의사가 환자와의 상호 교통을 통해서 알았거나 또는 알 수 있었던 특별한 사정이 있었다면 구체적 환자기준설에 의한 설명을 하여야 한다는 이중 기준설²⁶⁾ 등의 학설이 있다.

생각건대 의사의 설명의무는 법리적으로나 연혁적으로 개개의 구체적 환자의 자기결정권을 행사할 수 있도록 도와주는 것이고, 설명의무이론의 등장배경이 환자의 개별적인 권리구제에 있는 만큼 그 판단기준은 구체적인 환자를 기준으로 하여야 한다고 본다.

라. 설명의무위반과 손해배상의 범위

우리 판례는 설명의무위반에 따른 손해배상의 범위에 관하여 2분론적인 분류법을 취하고 있다.²⁷⁾

24) 신은주는 「의사의 설명의무위반과 손해배상책임(판례월보 95년 1월 통권 292호, 9쪽)」에서 대법원 1994. 4. 15. 선고 93다60953판결을 평석하면서 「의사는 환자에게.....위험 등에 관하여 당시의 의료수준에 비추어 상당하다고 생각되는 사항을 설명.....」하여야 한다는 판결내용을 볼 때 대법원이 합리적인 의사이준설을 취하고 있다고 보고, 이를 비판하고 있다. 그러나 위 판결의 이어진 문장에는 「당해 환자가 그 필요성이나 위험성을 충분히 비교하여 그 의료행위를 받을 것인지의 여부를 선택할 의무가 있다.」고 하고 있는바, 판결의 전 취지는 구체적 환자를 기준으로 하여 당해 환자의 자기결정권을 보장하여야 한다는 의미로 보인다.

25) 신은주는 「설명범위 및 설명의 요부에 대해 확일적이고, 객관적인 기준은 적절하지 않으며 개별적이고 구체적으로 판단해야 한다.」고 한다.(신은주, 전계 평석문, 9쪽 참조)

26) 이상태, 의사의 설명과 환자의 동의, 고시계 91년 6월호, 155쪽 참조: 정규원은 「장기공여자의 의사표시(대한법의학회지 1999. 10. 183쪽)」에서 「합리적인 의사가 구체적인 환자를 대하면서 파악한 사실에 비추어 설명의 정도를 파악하는 것이 타당한 것으로 생각된다.」고 하고 있다.

27) 독일에서는 신체침해설과 정신침해설이 대립되고, 전자가 판례 및 다수설의 입장이다.(김천수, 전계논문 327쪽), 미국에서도 정신적인 손해뿐 아니라 물질적인 손해도 배상하였다.(1960년 Kansas주 대법원에서 유방암에 의한 유방적출술 후 암의 재발방지를 위하여 코발트에 의한 방사선치료가 행해졌으나 의사가 그에 따른 위험을 설명하지 않아 상해를 입은 사건을 다룬 Natason v. Kline사건)

신체침해설²⁸⁾은 의료행위가 의학적 적응성과 의술적 적절성을 가졌다고 하여도 설명의무를 위반한 경우 일응 신체침해라는 구성요건에 해당한다고 본다. 환자의 자기결정권침해는 거의 신체 및 건강이라는 법익에로 이어지기 때문이다. 즉, 동의받지 아니한 치료에 있어서는 결정의 자유 뿐 만 아니라 신체도 침해되었다. 환자의 자기결정은 그 자체가 목적이 아니라 있을 수 있는 물질적인 손해를 줄이기 위한 목적으로 환자에게 허용되는 것이기 때문이다. 피해법익인 인격권에서 신체자체에 대한 손해가 발생하는 것은 아니지만 인과관계 및 위법성관련성의 귀속은 가능하다. 자기결정권의 보호영역에는 신체의 온전성(Körperintegrität)과 같은 물질적인 손해도 포함된다. 오스트리아에서는 이를 침해한 경우 전단적 의료행위죄(Die Eigenmächtige Heilbehandlung)로 처벌하고 있다.

이에 대하여 정신침해설²⁹⁾은 의료행위는 객관적 의미에서 침해(Verletzung)가 아니라 정반대로 환자의 치료(Heilung)을 목표로 한다는 의료행위의 목적의 관점에서 주장한다. 즉, 의사의 치료행위는 폭력배의 상해행위와는 목적이 다르다는 것이다. 그렇지 않을 경우 의사와 환자사이의 신뢰관계가 파괴되고 그 피해는 환자에게 돌아가게 된다고 한다. 과실 있는 침해행위만을 전손해배상하게 하고, 환자의 동의 없이 행해졌지만 적절히 행해진 의료침습은 일반적인 인격권침해로 보아야 한다. 즉, 설명의무위반은 환자의 신체를 침해한 것이 아니라 일반적 인격권, 즉 환자가 입은 손해는 오직 그가 스스로 결정할 수 없었다는 점 뿐이다. 의학적으로 적응성이 있고, 의학규준에 따라 시행된 치료행위는 과거시점에서 판단할 때 환자의 건강기회를 악화시킨 것이 아니다. 의학적으로 적합한 치료란 그 위험이 이미 존재하는 질병 자체의 위험에 비하여 크지 않기 때문이다. 의학원칙에 따라 치료받은 환자는 의사로부터 건강상 최상의 배려를 받은 것이다. 설명을 듣지 않음으로서 환자가 알지 못했다는 것 그 자체가 환자의 건강기회를 악화시키지 않는 것이 보통이고, 오히려 환

28) Münchener/Mertens, Larenz, Deutsch 등

29) Laufs, Eberhardt 등

자가 자신을 맡긴 의사가 독단적 치료를 하는 이유는 종종 환자에 대한 의학적 배려가 있기 때문이다.³⁰⁾ 이 때 설명의무불이행의 입증책임은 환자가 져야 한다.

대법원³¹⁾은 병원에서 불안정성 협심증, 다발성 관상동맥협착증으로 관상동맥 우회술을 시술 받고 회복과정에서 심장마비증세가 발생하여 저산소성 뇌기능장애로 사망한 사건에 대하여 「의사가 위 설명의무를 위반한 채 수술 등을 하여 환자에게 사망 등의 중대한 결과가 발생한 경우에 있어서 환자측에서 선택의 기회를 잃고 자기결정권을 행사할 수 없게 된 데 대한 위자료만을 청구하는 경우에는 의사의 설명 결여 내지 부족으로 선택의 기회를 상실하였다는 사실만을 입증함으로써 족하고, 설명을 받았더라면 사망 등의 결과는 생기지 않았을 것이라는 관계까지 입증할 필요는 없다고 할 것이다. 그러나 그 결과로 인한 모든 손해를 청구하는 경우에는 그 중대한 결과와 의사의 설명의무위반 내지 승낙취득 과정에서의 잘못과의 사이에 상당인과관계가 존재하여야 하며, 그 경우 의사의 설명의무의 위반은 환자의 자기결정권 내지 치료행위에 대한 선택의 기회를 보호하기 위한 점에 비추어 환자의 생명·신체에 대한 의료적 침습과정에서 요구되는 의사의 주의의무위반과 동일시할 정도의 것이어야 한다고 할 것이다」라고 한 바 있다.

마. 이 건의 타당성 여부

의사에게 흡연과 이에 따른 위험성에 대한 고지는 의사의 설명의무의 범위 내에 당연히 포함된다. 나아가 의사에게는 금연하도록 적극적으로 지시하고, 감시하여야 할 의무가 있다.

이 건에서 대법원도 의료행위에는 「요양지도의무」도 포함되며, 요양지도에는 「입원환자나 수술환자들의 금연에 대한 지시 혹은 지도」가 의료종사자들의 요양지도의 한 구체적 내용을 이룬다고 하고 있다.

30) Kern/Laufes Arztliche Aufklärungspflicht(1983)

31) 대법원 1994. 4. 15. 선고 93다60953판결

설명의무의 기준에 대하여 「환자의 질병, 연령, 성별, 성격, 교양의 정도 등에 응하여 진료의 각 단계에서 적절한 시기에 환자의 상황에 따라 구체적으로 이루어져야 할 것」이라고 하여 구체적 환자설을 취하고 있다. 종래 대법원³²⁾은 「의사가 환자에게 승인을 얻기 위한 전제로서 환자 본인 또는 그 가족에게 그 질병의 병상, 치료방법의 내용 및 필요성, 발생이 예상되는 위험 등에 관하여 당시의 의료수준에 비추어 상당하다고 생각되는 사항을 설명」하여야 한다고 하여 설명하여야 할 범위만을 제시하였을 뿐, 이 건 판결을 통하여 누구를 기준으로 하여야 할 것인가에 대하여 구체적으로 적시하였는바, 이는 설명의무의 법리적 입장에서 볼 때 당연하다고 본다.

요양지도를 어느 정도까지 하여야 하는가의 정도에 관하여 대법원은 상식적인 지식은 설명의 정도를 적게 하여도 된다고 하고, 상식적으로 알려져 있지는 않지만 의학적으로 심각한 부작용이 있는 사실은 비록 발생 확률이 적다고 하여도 반드시 설명해주어야 한다고 판시하고 있다. 예를 들어 대동맥판막치환 등의 개심수술 후 후유증로 나타나는 뇌손상의 빈도는 명백한 신경학적 장애가 있는 경우는 0.5~1%이나, 혼돈이나 지적기능의 장애까지 포함되면 8~10%에 이르는 부작용이 나타날 위험이 있다면 그 부작용이 회복하기 어려운 중대한 것이므로 비록 확률이 적다고 하여도 환자에게 반드시 설명해 주고, 수술승낙을 받으라고 한다.³³⁾

이 건에서 대법원은 이미 상식화되어 있는 흡연의 위험성에 대하여는 「금연에 대한 지시 혹은 지도는 금연의 필요성에 대한 의학적 설명 내지 강조와 구두에 의한 금연의 수시 확인 정도로도 충분하고 나아가 환자의 동태 등을 살펴 금연 여부를 상시 확인·감독할 의무까지 있는 것은 아니다. 사고 당시 환자는 분별력에 별다른 장애가 없는 성인 남자였으므로, 의료종사자들에게 금연에 관한 일반적인 요양 지도 외에 환자의 기왕증과 관련된 흡연의 위험성을 경고하고 화장실에서의 흡연 여부까지 상

32) 대법원 1995. 2. 10. 선고 93다52402판결, 대법원 1994. 4. 15. 선고 93다60953판결 등

33) 대법원 1995. 1. 20. 선고 94다3421판결

시 확인·감독할 주의의무는 없다」고 판시 함으로써 의사의 요양지도의 무가 무제한으로 확장되는 것에 대한 한계를 설정하였는바, 이러한 대법원의 태도는 설명의무의 본질에 비추어 옳다고 본다.

이 건은 요양지도가 의료행위 중의 하나라고 판시하고, 요양지도의 기준을 구체적 환자로 보고 있다는 점에 의의가 있다고 생각된다.