

# 의사의 설득의무의 한계와 환자의 자기결정권

- 대상판결: 2000. 9. 8. 선고 99다48245 -\*

文 聖 嶺\*\*

I. 事件概要	III. 判例態度에 관한 一般論
II. 法院의 判旨	1. 患者의 自己決定權에 대하여
1. 원심 판시	2. 醫師의 說得義務에 대하여
2. 대법원 판시	IV. 結 語

## I. 事件概要

亡人 A는 1995. 12. 11. 소외 망인이 과장으로 근무하던 소외 ○○전자 산업 주식회사의 정보기기 마케팅부에서 위 ○○농장의 숙박 및 운동시설을 1박 2일 일정으로 빌려 개최하는 단합대회에 참가하여 같은 날 15:00경 동료 직원들과 어울려 위 농장의 족구장에서 족구를 한 다음 같은 날 15:00경 축구를 하려고 족구장에서 약13미터 떨어진 축구장으로 이동하면서 축구장에 설치된 축구골대 뒤쪽에서 그 골대를 향하여 뛰어가 점프를 하여 골대 상단 가로대 부분을 잡고, 발로 허공을 차며 망인의 배 부위가 골대 상단부로 향하면서 차오르기를 하였다. 한편, 위 골대는 이동식으로서 이를 지면에 고정시키는 아무런 장치가 되어 있지 않고, 골대의 규모는 가로 5m×높이 2.5m인데 골대가 지면에 서 있을 수 있도록 지탱하는 밑변(골대 측면도인 L자 모양 중 밑변을 말함)의 길이가 1.13m 밖에 되지 않아 성인 남자가 손으로 밀 경우 골대가 흔들릴 정도인데, 망인의 위와 같은 행위로 골대의 무게 중심이 치우쳐 골대가 앞으로 넘어

\* 이 연구는 1999년도 선문대학교 교내연구비의 지원에 의하여 이루어졌음.

\*\* 선문대학교 법학과 교수·법학박사

지면서 골대에 매달린 채 떨어진 망인의 상복부 부위가 위 가로대 부분에 맞아 그 사고로 망인은 복강내 출혈 등의 상해를 입었다.

망인이 위와 같은 사고를 당하자 동료 직원인 소외 ○○○가 망인을 위 △△병원으로 후송하여 같은 날 15:25경 위 병원 응급실에 도착하여 위 병원 외과의사인 피고 E는 ○○○로부터 사고 경위를 들음과 동시에 망인의 혈압과 맥박을 재는 등 기초적인 검사를 하고 망인에 대하여 흉부 엑스선 촬영을 한 결과, 흉상 장파열이 일어날 경우 장안의 가스가 장 밖으로 나와 생기는 유리가스가 망인의 복강 내에 있는 것이 관찰되어 ○○○에게 장파열이 된 것 같아 수술을 해야하니 보호자에게 연락을 취해달라고 함과 아울러 다른 장기의 동반 손상 여부를 확인하기 위하여 복부 컴퓨터단층 촬영(CT촬영)을 실시하기로 하였다.

○○○는 위 병원에 도착한 후 군포시 산본동에 있는 망인의 집으로 전화하여 원고 B(망인의 처)에게 망인이 안전사고를 당하여 위 병원 응급실에 있는데 지금 엑스선 촬영중이고 촬영이 끝나면 다시 연락하겠다고 하였다. 같은 날 16:30경 위 복부 컴퓨터단층촬영결과가 나왔는데 그 컴퓨터단층촬영 소견상 망인은 복강내 공기와 소량의 복수가 있고, 비장에 가느다란 검은 선이 보여 비장손상의 가능성이 있으며, 복수 가운데 군데군데 고밀도 음영이 보여 복강내 출혈 가능성이 있고, 장간막내 혈종으로 생각되는 7×7×3cm크기의 연부조직 음영이 관찰되어, 외상에 의한 소장파열 및 장간막내 혈종의 가능성, 비장손상의 가능성이 있는 상태였고, 피고E도 위 촬영결과를 보고 비장손상 등을 의심하였다.

그 후 ○○○는 피고 E로부터 엑스선 촬영결과를 듣고 위 원고에게 전화하여 망인이 장파열로 수술을 해야 할 상태라고 이야기하자, 위 원고는 집과 가까운 병원에서 치료를 받을 수 있는지 여부를 알아봐 달라고 부탁하였다. 이에 ○○○는 피고 E에게 위 원고의 뜻을 전하자 피고 E는 위 병원에서 수술을 준비하는 데 한 시간 정도 걸리는데 보호자가 원한다면 다른 병원으로 옮겨도 좋다고 하였다.

위 원고는 장파열 수술이 가능한 병원을 수소문하여 수원시 권선구 소재 ××외과에서 망인에 대한 수술을 받기로 하고 ○○○에게 ××외과

로 이송하였으면 한다고 이야기하였고, ○○○는 피고 E에게 망인의 보호자가 수원에 있는 ××외과로 이송을 원한다고 하자 위 피고 B는 보호자가 원한다면 그렇게 하라고 하였다.

한편, 피고 E는 망인에 대한 컴퓨터 단층 촬영 결과 비장 손상이 의심되어 ○○○에게 이송 도중 망인의 상태가 나빠질 수도 있다고 하였으나 ○○○가 망인의 보호자가 이송을 원한다고 하자 당시 망인의 혈압, 맥박이 정상적인 범위 내에서 더 이상 악화되지 않도록 하고 전원 소견서에 응급수술 예정이었으나 연고지 관계상 전원 한다고 하여 △△병원의 구급차로 ××외과로 이송하게 하였다.

피고E는 망인에게 하트만 링거액(수액) 외에 혈액 1파인트(pint) 수혈 지시를 하는 한편 전원소견서에 혈압 130-70, 헤모글로빈(15.7), 혈색소(45.6) 정상, 흉부 엑스선상 유리공기가 보이며, 복부단층 촬영에서 비장 파열이 의심된다고 하면서 응급수술 예정이었으나 연고지 관계상 전원한다는 내용을 기재하여 △△병원의 구급차로 망인을 ××외과의원으로 이송하게 하였다.

그런데, 망인은 복강내 출혈 등으로 인하여 심한 통증을 느끼기는 하였으나 △△병원 응급실에 도착할 때부터 이송할 무렵까지 意思疏通이 가능할 정도로 의식이 있었고, 피고 E는 망인의 전원을 결정함에 있어서 망인이나 망인의 처인 위 원고에게 직접 그 당시 망인이 시급히 수술을 받아야 하는 응급상태에 있었음에 대하여 설명을 한 바 없으며, 망인은 ××외과의원으로 전원 된다는 것을 알게 되자 위 병원 간호 조무사인 소외○에게 통증을 호소하면서 여기서 수술을 받게 하지 어디로 데려가는 것이냐고 말하는 등, 불만을 표시하였다.

망인을 태운 구급차에는 망인 이외에 구급차의 운전기사와 직장동료 ○○○만이 승차한 후 같은 날 17:00경 △△병원을 출발하였는데 후송 도중인 18:00경 신갈인터체인지 부근에서 망인이 불편을 호소하는 등 의식이 있었으나 같은 날 18:10경 ××외과의원에 도착하여 확인한 때에는 이미 사망한 상태였으며, 사후 부검을 실시하지 아니하였고, 망인의 사망 원인은 장파열 및 복강내 출혈 등으로 인한 허혈성 쇼크로 추정하였다.

## II. 法院의 判旨

### 1. 원심 판시

가. 서울지방법원 남부지원 98. 8. 27. 선고 96가합 6111 손해배상(기)

원고들은 망인이 사망에 이르게 된 과정에 있어 피고 C는 위 골대의 소유자 겸 점유자로서 위 골대가 가로대 및 세로대의 길이와 높이에 비하여 지면에 닿는 하단 부분의 폭이 짧고 지면에 닿는 부분 중 전면의 가로대가 없는 이동식 구조물로서 그 구조가 불안하여 외부에서 힘이 가해 졌을 경우 쉽게 골대가 넘어져 사람이 다칠 가능성이 있으므로 골대가 넘어지지 않도록 골대 하단부 뒷면 가로대에 무거운 물건을 올려놓거나 골대를 이동한 후에는 고정시켜 놓아야 함에도 불구하고 이를 게을리한 과실이 있으며,

또한, 컴퓨터단층 촬영결과 망인의 비장 손상을 의심하였고, 복강내 출혈과 비장 손상의 경우 환자의 맥박 혈압이 정상이더라도 갑자기 상태가 악화되면서 저혈성 쇼크를 일으켜 사망에 이를 수도 있다는 사정을 잘 알고 있는 피고 E로서는 당시 의식이 있는 망인에게 상해 부위 및 그 상태와 그에 대한 수술 등의 처치 방법을 상세하게 설명해 주고 그의 동의를 얻어 수술을 하였어야 함에도 이를 이행하지 않은 과실과, 전원을 요청하는 원고 B에게도 직접 또는 ○○○를 통하여 망인의 상태가 응급 상황에 있음을 충분히 설명하여 위 원고가 이러한 사정을 충분히 설명 받은 상태에서 치료와 간호의 편의를 위하여 망인의 집에서 가까운 병원으로 이송 할 것인지 여부를 결정하도록 하여야 함에도 불구하고 이를 소홀히 함으로써 위 원고로 하여금 망인이 ××외과에 가서 수술을 받더라도 특별한 위험성이 없는 것으로 생각하여 이송을 요구하게 하였고 이에 따라 망인의 이송을 결정한 과실이 인정된다 하여, 피고 C와 E 는 공동불법행위자로서, 피고D는 피고 E의 사용자로서 위 사고로 인하여 망인 및 원고들이 입은 모든 손해를 배상할 책임이 있다하여, A의 유족인 원고들은 피고들은 연대하여 원고 B에게 금 107,039,266원, 원고 B', B"에게 각

금 67,692,844원. 원고 甲, 乙에게 각 금 2,000,000원을 청구하였다.

이에 대하여 제1심 법원인 서울지법은 망인으로서도 골대에 매달리기 전에 골대가 지면에 고정되어 있는지 눈으로 살피고 흔들어 보는 등으로 골대에 매달리더라도 안전한지 여부를 확인하지 아니한 잘못이 있고, 원고B도 ○○○를 통하여 망인에게 수술적 처치가 필요한 상황임을 들었음에도 피고 E에게 좀 더 철저히 망인의 상태에 대하여 확인하지 아니한 채 치료와 간호의 편의만을 우선적으로 고려하고 이송의 위험성을 과소평가하여 ××외과로 이송하여 줄 것을 요구한 잘못이 있다. 이와 같은 망인과 원고B의 과실은 이 사건 손해의 발생 및 확대에 있어 한 원인이 되었다 할 것이나 피고들의 책임을 면제할 정도는 아니므로 피고들이 배상할 손해 액 산정에 있어 이를 참작하였다. 다만, 그 과실비율의 산정은 망인 및 원고 B의 과실 내용과 피고들의 각 과실 내용을 검토하여 보면 망인과 원고 B의 피고들에 대한 과실 비율을 달리 정함이 정의의 관념이나 공평의 관념에 부합된다고 판단되므로, 이 사건 사고로 인한 피고 C의 손해배상책임을 50%, 피고D, 피고E의 손해배상책임을 60%로 각 제한함이 상당하다하여 피고D, E는 각자 원고 B에게 금 47,200,439원, 원고 B', B"에게 각 금 29,466,959원, 원고 甲, 乙에게 각 금 1,500,000원을 지급하라고 판결하였다.

나. 서울고등법원 제9 민사부 1999. 7. 6. 판결선고 98나50977 손해배상(기)

(1) 의료사고

이에 대하여 원심인 서울고법은 의료사고를 인정하고, 피고 E는 망인에 대해 컴퓨터단층촬영 등 진찰을 한 결과 망인의 장파열, 비장손상 등을 의심하였고, 이러한 경우 위급한 상황이므로 그 당시 의식이 있었던 망인이나 병원에 동행한 동료인 ○○○ 또는 전화통화가 가능하였던 망인의 처인 원고B에게 망인의 상태가 위와 같이 조기에 수술을 하지 아니하면 생명이 위험한 상황이 될 수도 있음을 충분히 설명하여 그 동의를 얻어 즉시 응급 개복술을 시행하고 수술개시가 지연되어 생명에 위험을 초래

하는 일이 없도록 하여야 함에도 앞서 본 바와 같이 망인의 妻인 원고 B에게 망인의 상태가 위와 같이 조기에 수술하지 아니하면 생명이 위협할 수도 있는 상황임을 충분히 설명하지 아니하여 이러한 사정을 알지 못한 위 원고가 집 근처에서 수술 받기를 희망하였다는 이유만으로 만연히 위 사고를 당한지 2시간이 지난 같은 날 17:00경 망인을 위 △△병원으로부터 자동차로 1시간 정도 거리에 있는 수원시 소재 병원으로 전원 하도록 하였는바, 앞서 본 바와 같이 위와 같은 수술은 경험 있는 집도의 1인과 보조사 1인이 전신 마취 하에 실시할 수 있는 수술로서 그 준비가 크게 필요한 수술이 아닌 점, 비장 단독 손상시 수술사망률이 낮고, 망인의 엑스선검사결과가 나온 16:00경 수술준비를 지시하였고, 망인의 사망 시점은 같은 날 18:00경에서 18:10경 사이인 점 등에 비추어 앞서 본 바와 같이 장파열 및 복강내 출혈로 인한 허혈성 쇼크로 사망한 것으로 추정되는 이 사건에 있어서 다른 사망원인이나 위 피고가 즉시 개복수술을 시행하였어도 사망하였을 것이라는 점에 대한 입증이 없는 이상 위 피고가 즉시 수술을 실시하지 아니한 채 만연히 위와 같이 망인을 다른 병원으로 이송하도록 한 과실로 수술이 지연되어 망인이 사망하였다고 추정함이 상당할 것이다 하여 피고들은 각자 원고 B에게 금 18,402,676원, 원고 B', B"에게 각 금 10,435,117원, 원고 甲, 乙에게 각 금 1,000,000원을 지급하라고 판결하였다.

## (2) 책임의 면제 또는 제한

### 1) 피고 D, E의 면책주장

피고 D, E는 즉시 △△병원에서 개복수술을 시행하였어도 망인의 그 당시 상태에 비추어 사망하였을 것이므로 위 피고들은 책임이 없다는 취지의 주장하였는바, 살피건대, 앞서 본 바와 같이 피고 E가 즉시 망인에 대하여 수술을 실시하지 아니한 채 이송을 하도록 함으로써 수술이 지연되어 사망하였다고 봄이 상당하고, 달리 망인의 경우 즉시 개복수술을 준비하고 이를 시행하였어도 사망하였을 것이라는 점을 인정할 만한 증거도 없으므로 위 주장은 이유 없다 하였다.

### 2) 책임의 제한

다만 앞서 본 바와 같이 망인으로서도 축구골대에 매달리기 전에 축구골대가 매달려도 안전한지 여부를 확인하지 아니한 채 위와 같이 축구골대에 매달리다가 이견 사고를 당한 잘못이 있고, 원고 B도 ○○○를 통하여 망인에게 수술적 처치가 필요한 상황임을 들었음에도 담당의사인 피고 E에게 좀 더 철저히 망인의 상태에 대하여 확인하지 아니한 채 치료와 간호의 편의만을 우선적으로 고려하고 이송으로 인한 수술 지연의 위험성을 과소 평가하여 전원하여 줄 것을 요구한 잘못이 있다 할 것이고, 이러한 원고측의 과실은 이 사건 손해의 발생 및 확대에 있어 한 원인이 되었다 할 것이나 피고들의 책임을 면제할 정도는 아니므로 피고들이 배상할 손해액 산정에 있어 이를 참작하기로 하되, 원고측의 위와 같은 과실과 손해의 공평한 분담이라는 손해배상제도의 이념에 비추어 피고들의 이견 사고에 있어서 손해의 부담비율을 산정하면 40%로 정함이 상당하다고 있다.

## 2. 대법원 판시

대법원 2000. 9. 8. 선고 99다 48245 손해배상(기)

본 사건에 대하여 대법원은 서울고등법원 1999. 7. 6. 선고 98나 50977의 상고를 모두 기각하였는데 그 가운데 피고들의 상고 이유는 다음과 같다.

원심은 충분한 심리 없이 의료전문기관의 사실조회 및 진료기록감정 결과를 배척하여 망 A를 응급환자라고 단정함으로써 실제적 진실과 다른 사실인정을 하고 있으며, 또 망A에 대하여 즉각적인 수술을 하였으면 생존할 가능성이 있었는지의 여부는 권리발생사실로서 원고가 입증하여야 할 사항임에도 이를 간과하여 입증책임분배에 관한 법리를 오해하는 우를 범하고 있다. 원심의 판단은 의료기관에게 결과책임을 지우고 지나친 주의의무의 확대를 요구함으로써 방어 진료를 하게 하여 전체적인 의료비상승을 유도하고 있으며, 이로 인하여 醫權의 위축을 가져와 결과적으로 국민들을 피해자로 전락시키는 결과를 가져오고 있다고 주장하였다. 그의 구체적인 내용은 다음과 같다.

[피고의 주장]

가. 상고이유 제1점

- 응급환자 여부에 대한 심리미진, 이유불비 및 채증법칙위반

응급의료에 관한 법률 제2조 제1호는 응급환자를 '질병·분만·각종 사고 및 재해로 인한 부상이나 기타 응급상태에서 즉시 필요한 응급조치를 받지 아니하면 생명을 보존할 수 없거나 심신상의 중대한 위해가 초래될 것으로 판단되는 환자'로 정의하고 있는데, 망 A는 아래에서 보는 바와 같이 위 응급환자에 해당한다고 할 수 없다. 그럼에도 불구하고 원심은 아무런 근거 제시 없이 위 A가 사망하였다는 이유 하나만으로 위 A를 응급환자에 해당하는 것으로 파악하고 피고의 과실 유무를 논하고 있다.

(1) 활력증후의 안정

A는 활력증후가 안정되어 있어 즉시 수술을 강요할 수 있는 상황이 아니었다는 것은 X-선필름 감정 등 객관적인 증거에서도 여러 곳에서 나타나 있다. 즉 X-선 필름감정회신문에 의하면

『...복부 외상환자의 치료방침 결정에서 가장 중요한 것은 환자의 vital sign(활력증후)입니다. 상당히 큰 복강내 출혈이 사진상 보이더라도 수술 없이 환자가 회복하는 경우도 있는 반면 처음 사진에서 뚜렷한 출혈병소가 안보이던 환자도 추적관찰도중 다량의 지연출혈을 보이는 경우도 있기 때문입니다(Foley D. Imaging in abdominal trauma, In: Freeny PC & Stevenson G ed, Margulis and Burhenn's Alimentary tractradiology, St. Louis, Mosby, 2120-2142) 즉 지연출혈을 예측할 수 있는 객관적인 지표는 없습니다.

만일 환자의 활력증후가 정상적으로 안정적이었고 혈액 검사상 출혈량이 많지 않았다고 판단되었다면 이 환자는 장파열에 대해 빠른 시일내에 수술이 필요하지만 즉시개복은 필요하지 않다고 판단할 수 있다고 생각됩니다. 특히 환자가 수술동의를 거절하는 상황에서 강제로 개복수술을 한다는 것은 우리 실정에 맞지 않는다고 생각합니다.』 라고 회신하고 있다.



위의 회신에서 보는 바와 같이 X-선 사진만으로 지연출혈 여부를 알 수 없기 때문에 다른 지표 즉 활력증후를 측정하여 즉시 개복여부를 판단하게 된다. 그런데 망인 A에 대하여 전원할 당시의 활력증후는 정상소견이었고, 즉 전원 당시에 이미 지혈되어 있었으며, 혈압은 130/90, 맥박은 89/분으로 정상으로 나타나고 있다.

## (2) 급사징후의 不發見

A의 경우 피고병원에 있을 당시 급사의 가능성이 없었다. 위 X-선 필름 감정회신문에 의하면,

『사진만으로 출혈량을 추정하는 것은 매우 어렵습니다. 우선 복강내에 있는 액체는 혈액과 장파열에 의한 염증 두 가지 모두에 의한 것이므로 그 두 가지를 구별하는 것은 불가능합니다. 만일 모든 액체가 혈액이라고 가정한다면 현재 복강내 장간막 사이의 출혈량은 모두 합쳐서 3-500ml 정도로 추정됩니다.

사진상 현재 출혈이 진행되고 있다고 추정할 만한 소견은 없습니다.』고 한 회신에 의하여 알 수 있다.

따라서 액체가 모두 혈액이라고 하더라도 출혈량이 300~500ml정도로서, 이 정도의 출혈로 당장 사망할 정도는 아니며 출혈이 되고 있다는 증거도 찾을 수 없다. 일반적으로 출혈로 인한 쇼크는 대개 출혈량보다는 출혈속도가 더 커다란 작용을 하는데, 통상 신체에 있는 혈액의 1/3정도(약1,500ml 정도)의 출혈이 1시간이내에 대량으로 급속히 출혈될 경우에 위험한 상태에 빠지게 된다. 산모가 출산할 경우 자연분만의 경우에도 500ml 이상 출혈이 되고, 제왕절개 수술시에는 1,000ml 전후의 출혈이 있으나 일반적으로 수혈을 하지 않는다. 왜냐하면 출혈량이 많지 않고, 또한 출혈속도가 느리기 때문인데, 본 건과 같이 300~500ml 정도 출혈은 우리가 현혈시 하는 양 정도밖에는 되지 않으므로 그 자체만으로 이상이 있다는 것은 논리비약이라 할 수 있다. 그 정도의 출혈이 있고, 활력증후가 정상인 환자가 수술을 거절하고 전원을 요구할 경우 의사로서 달리 막을 근거(설득할 근거)가 없다.

더욱이 당시는 비장이 손상되지도 않은 상태였으며, 이점에 대하여 피

고 병원의 방사선필름을 감정한 서울대 진단방사선과의 교수도 '비장손상의 경우 비장손상의 가능성은 의심되지만 화질이 선명치 못하여 artifact(인공물)일 가능성도 있다'는 소견을 밝히고 있다. 또한 기타 비장손상 의심 외에는 폐, 간, 양측 신장은 모두 정상소견이라고 밝히고 있다.

### (3) 소 결

이와 같이 망 A의 활력증후가 안정적이고, 급사징후가 발견되지 않고 있는 상황, 즉 결과예견이 불가능한 상황에서 피고에게 망 A의 사망에 대한 결과회피의무를 부과하는 것은 잘못이다. 즉시 수술을 하자는 피고의 수술동의를 거절하는 원고측에 피고의 과실을 탓하는 것은 피고에게 지나치게 엄격한 주의의무를 요구하는 것이 될 것이며, 결과책임주의를 인정하는 것이라 할 수 있다.

더욱이 원심의 판단대로 피고가 망 A를 강제로 마취하여 개복 하였다면 피고는 형법상 피해자 승낙을 결하였다 하여 傷害罪나 殺人未遂罪로 기소되게 된다. 또 치료비청구시 진료계약이 체결된바 없다는 이유로 치료비지급이 거절되게 된다.

결국 원심은 망A가 응급환자에 해당하는지에 대하여 충분한 심리 없이 위 A를 응급환자로 단정함으로써 심리미진의 위법을 범하고 있고, 망A가 응급환자가 아니라는 사실조회회신 및 진료기록감정회신을 아무런 근거 제시 없이 배척함으로써 이유불비 및 채증법칙 위반의 위법을 범하였다 할 수 있다.

#### 나. 상고이유 제2점

- 생존가능성(인과관계)에 대한 입증책임의 법리오해

입증책임에 관하여 판례 및 통설은 법률요건사실분류설을 따르고 있다.

##### (1) 법률요건분류설상 과실입증책임

우선 원고가 피고의 과실을 밝혀야 하는바, 원고는 결과예견 의무나 결과회피 의무에 대한 아무런 입증도 하지 못하고 있다. 결과적으로 본다면 피고가 오진을 한 것은 맞으나 ○○○의 임상증세(활력증후, 검사지의 소견 등)와 X선 필름 등의 소견에서 이러한 결과에 대한 예견가능성이 없

였기 때문에 이에 대한 비난을 하여서는 아니 되며, 특히 우리 대법원의 확고한 태도가 오진 그 자체만으로 의사의 과실로 볼 수 없다고 하는 입장이다. 진찰·검사→진단→치료→경과관찰→진단·검사→진단→치료→경과관찰 등의 순서를 반복하면서 확진에 이르는 것이 의료인데, 이 건에서 A에 대하여 피고 병원에서는 임상의학실천당시의 의료기준에 벗어나 치료를 한 사실은 없다.

(2) 수술과 사망사이의 인과관계(연명가능성)에 대한 입증책임

이 건에서 A에 대하여 즉각적인 수술을 하였다면 생존할 수 있었다는 것, 즉 연명가능성은 권리발생사실(권리 근거규정의 요건사실)로서 이는 당연히 원고가 입증하여야 한다.

대법원 1999. 5. 11. 선고 99다 2171판결은 ‘...피고가 원고 주장의 후유 장애가 기왕증에 의한 것으로 다투는 경우 피고의 위 주장은 소송법상의 인과관계부인이고, 따라서 원고가 적극적으로 그 인과관계의 존재, 즉 당해 사고와 상해사이에 인과관계가 있다거나 소극적으로 기왕증에 의한 후유 장애가 없었음을 입증하여야 한다...’고 하였는바, 이 건에서 즉시 수술하였어도 생존 가능성이 없었다는 것은 인과관계의 부인에 해당하므로 생존가능성의 입증책임은 원고에게 있다고 아니할 수 없다.

같은 취지로 서울지법 1991. 4. 3. 선고 90 가합42898호 판결은 위암으로 사망한 사건에 대하여 ‘...조기수술을 시행하였더라면 위 환자의 생명을 구할 수 있었다거나 연명의 가능성이 있다는 등의 입증이 없는 한 위 의사의 과실과 위 환자의 사망 내지 연명가능성과 치료기회상실 사이에 상당인과관계가 있다고 할 수 없다...’고 하여 환자 측의 청구를 기각하였다.

그럼에도 불구하고 원심은 A를 당장 수술하였다고 하더라도 사망할 수밖에 없었다는 점을 피고가 입증하여야 한다고 판단하여 입증책임에 관한 법리, 즉 소송상의 부인에 대한 법리를 오해하고 있다. 즉, 원심은 법적인 근거 없이 입증책임전환을 확대하는 잘못을 범하였다 할 것이다.

다. 상고 이유 제3점

-설득의무의 한계에 대한 법리오해 및 심리미진

(1) 說明義務와 說得義務

醫師의 說明義務란 의사가 환자에게 진단결과나 치료방법, 예후, 부작용 등을 충분히 설명하여 주고 환자는 이를 제대로 이해한 후에 자율적인 자기결정으로 자신에 대한 침습행위를 허용한 경우에만 당해 의료행위가 위법성을 조각하고, 정당성을 갖을 수 있다는 이론으로서 독일의 Aufklärungspflicht를 직역한 것이다. 설명의무에는 조언의무, 설득의무 등이 포함되어야 하는데, 만약 이를 위반한 경우 오스트리아에서는 전단적 의료행위 죄로 처벌하고 있다

설명 의무의 내용은 환자에게 진단명을 알려주고, 치료방법, 시기, 부작용, 위험성 등을 설명하고 이에 따라 환자 스스로 자기결정을 하도록 하여야 한다는 것이다. 환자가 의사의 위험설명에도 따르지 않을 경우, 예를 들어 여호와 증인의 신자가 위험설명을 들었음에도 불구하고 수혈을 거절할 경우에 의사는 수혈을 할 수도 없고, 하여서도 아니 되며, 이 때 의사에게 아무런 책임을 지우지 않는다.

대법원 1996. 6. 25. 선고 94다13046 판결은 설명의무 중 설득의무의 한계에 대하여 판시 하고 있는데, 즉 “의사가 환자 내지 그 가족에게 상처 부위의 조직괴사에 대응하기 위하여 필요한 검사 내지 치료를 할 수 있는 병원으로는 종합병원밖에 없다고 설명하면서 종합병원으로 전원 할 것을 권유하였다면 그것으로서 의사로서의 진료상의 의무를 다 하였다고 할 것이고, 거기서 나아가 그 환자나 가족들이 개인의원으로 전원 하는 것을 만류, 제지하거나 그 환자를 직접 종합병원으로 전원 하여야 할 의무까지 있다고 할 수 없다”고 판시 하고 있다. 위 판결은 환자가 의사의 권유에 따르지 아니하여 증세가 악화된 데 대한 의사의 과실을 부정한 것이라 할 것이다.

(2) 본 건의 사실관계

피고는 A 및 그의 직장 동료, 원고 등에게 설명의무를 다 하였다. 피고 E는 “병실을 잡지 못해 길거리에서 죽는 사람의 언론보도도 들어보지 못하였으나, 지금까지도 이미 다친 후 2시간이 경과하였는데 병원을 옮기다가 사망할 수도 있다. 현재 혈압, 맥박, 호흡은 정상이나 이후 후송도중에

어떻게 될지는 예측이 불가능하다”고 적극적으로 이야기하며, 즉각적인 개복수술을 권하였으나, 원고는 위 〇〇〇를 통하여 “××의원에 아는 사람이 있으니 그곳으로 전원 시켜달라”는 말을 되풀이하였다. 그리하여 피고는 “우리 병원을 믿지 못하겠다면 의원급으로 가지 말고, 위 A와 같은 그룹계열인 병원으로 가서 수술을 받으라”고 충고한 점으로 보아 이를 알 수 있다.

### (3) 원심판단의 잘못

원심은 피고가 망인의 가족인 원고 B에게 충분한 설명을 하였음에도 망인 측에서 수술을 거부하고 특정병원으로만 전원 하여 줄 것을 요구하였다는 피고측의 항변에 대하여, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다며 배척하였다.

하지만 망 A가 응급환자에 해당하여 설명을 하지 않고 강제로 수술할 수 있는 상황이었다면 피고로서는 전원 시켜야 할 이유가 없었을 것이며, 피고로서는 A를 수술하여 경제적인 이득까지 얻을 수 있는데 굳이 전원 시켜야 할 필요가 없었기 때문이다. 또한 당시 직장동료 및 원고 B등에게 수 차례 전화를 하고 연락을 취하였던 사정 등을 종합해 볼 때, 원고 측에서 피고의 설득을 거절하고 특정병원으로 전원시켜 줄 것을 요구하였다는 점은 경험칙에 비추어 쉽게 인정할 수 없다. 원심은 이점에 대하여 충분한 심리를 하였어야 한다.

따라서 원심은 설명의무, 그 중 설득의무의 한계를 간과하고 피고에게 현행법 하에서 기대 불가능한 주의의무를 과하고 있다 할 것이다.

### [대법원의 입장]

#### (1) 피고 E, D의 상고이유 제 1. 3점에 대하여

원심판결 이유에 의하면 원심은, 망인은 장파열, 복강내출혈로 보였고 비장손상의 가능성이 있었으며 이러한 경우 위급한 상황이므로 피고 E로서는 그 당시의 의식이 있었던 망인이나 병원에 동행한 동료 〇〇〇 또는 전화통화가 가능하였던 망인의 처인 원고 B에게 망인의 상태가 조기에

수술을 하지 아니하면 생명이 위험한 상황이 될 수도 있음을 충분히 설명하여 그 동의를 얻어 즉시 응급개복수술을 시행하고 수술 개시가 지연되어 생명에 위험을 초래하는 일이 없도록 하여야 함에도 위와 같은 상황을 충분히 설명하지 아니하여 이러한 사정을 알지 못한 위 원고가 집 근처에서 수술 받기를 희망하였다는 이유만으로 만연히 위 사고를 당한지 2시간이 지난 같은 날 17:00경 망인을 △△병원으로부터 자동차로 1시간 정도 거리에 있는 수원시 소재 의원으로 전원 하도록 한 과실이 있다고 판단하였는바, 원심의 이와 같은 사실인정과 판단은 기록에 비추어 수긍할 수 있고 거기에 사실오인이나 이유불비, 의사의 설명의무 내지 설득의무에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

(2) 피고 E, D의 상고이유 제2점에 대하여

원래 의료행위에 있어서 주의의무위반으로 인한 불법행위 또는 채무불이행으로 인한 책임이 있다고 하기 위하여는 의료행위상의 주의의무의 위반과 손해의 발생과의 사이의 인과관계의 존재가 전제되어야 하나, 의료행위가 고도의 전문적 지식을 필요로 하는 분야이고, 그 의료의 과정은 대개의 경우 환자 본인이 그 일부를 알 수 있는 외에 의사만이 이를 알 수 있을 뿐이며, 치료의 결과를 달성하기 위한 의료기법은 의사의 재량에 달려 있기 때문에 손해발생의 직접적인 원인이 의료상의 과실로 말미암은 것인지 여부는 전문가인 의사가 아닌 보통인으로서는 도저히 밝혀낼 수 없는 특수성이 있어서 환자 측이 의사의 의료행위상의 주의의무 위반과 손해의 발생과의 사이에 인과관계를 의학적으로 완벽하게 입증한다는 것은 극히 어려우므로, 환자가 치료 도중에 사망한 경우에 있어서는 피해자 측에서 일련의 의료행위 과정에 있어서 저질러진 일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실 있는 행위를 입증하고 그 결과와 사이에 일련의 의료행위 외에 다른 원인이 개재될 수 없다는 점, 즉 환자에게 의료행위 이전에 그러한 결과의 원인이 될 만한 건강상의 缺陷이 없었다는 사정을 증명한 경우에 있어서는, 의료행위를 한 측이 그 결과가 의료상의 과실로 말미암은 것이 아니라 전혀 다른 원인으로 말미암은 것이라는 입증을 하지 아니하는 이상, 의료상 과실과 결과 사이의 인과관계를 추정하여 손해

배상책임을 지울 수 있도록 立證責任을 緩和하는 것이 손해의 공평·타당한 부담을 그 지도원리로 하는 손해배상제도의 이상에 맞는다고 하지 않을 수 없다.<sup>1)</sup>

원심판결 이유에 의하면 원심은, 망인에 대한 수술은 경험 있는 집도의 1인과 보조사1인이 전신 마취 하에 실시할 수 있는 수술로서 그 준비가 크게 필요한 수술이 아닌 점, 비장 단독 손상시 수술사망률이 낮고, 망인의 엑스선검사 결과가 나온 16:00경 수술준비를 지시하였고, 망인의 사망 시각은 같은 날 18:00 경에서 18:10경 사이인 점등에 비추어 장파열 및 복강내출혈로 인한 허혈성 쇼크로 사망한 것으로 추정되는 이 사건에 있어서 다른 사망원인이나 위 피고가 즉시 개복수술을 시행하였어도 사망하였을 것이라는 점에 대한 입증이 없는 이상 위 피고가 즉시 수술을 실시하지 아니한 채 만연히 위와 같이 망인을 다른 병원으로 이송하도록 한 과실로 수술이 지연되어 망인이 사망하였다고 추정함이 상당하다고 판단하였는바, 이는 위와 같은 의료소송에 있어서의 인과관계에 관한 法理에 부합하는 것으로서 정당하고, 거기에 인과관계의 입증책임을 전도한 위법이 있다고 할 수 없다.

### Ⅲ. 判例態度에 관한 一般論

#### 1. 患者의 自己決定權에 대하여

##### (1) 自己決定權의 意義

患者의 同意에 의하지 아니한 身體 일부의 切斷 및 기타의 手術은 원칙적으로 不法이다. 따라서 醫師의 患者에 대한 治療行爲에는 患者의 승낙을 필요로 한다.<sup>2)</sup> 왜냐하면 일정한 치료행위에는 患者의 인체에 대한

1) 대법원 2000. 1. 21. 선고 98다50586 판결 등 참조

2) 대구고등법원 1990. 5. 11. 宣告, 86나1574判決: 의사의 치료행위가 환자의 신체에 중요한 위험이 따르는 경우에는 긴급을 요하는 등의 특단의 사정이 없는 한 의사는 미리 환자측의 승낙이 없이는 의료를 시행할 수 없고, 이 경우 환자측은 스스로의 의사에 따른

侵襲을 포함하며 이와 관련된 위험을 받아들일 것인가의 여부를 결정할 수 있는 者는 患者 自身이기 때문이다. 환자가 일정한 치료행위에 대하여 동의 내지 승낙의 의사결정 여부는 그 치료행위의 내용과 치료후의 효과 및 그에 따른 위험성, 치료중의 실패의 가능성과 病狀의 악화 등의 부작용에 대한 충분한 인식이 전제되어야 하며, 따라서 의사로서는 환자에게 충분한 설명을 해야 할 의무를 부담한다는 것은, 의사가 기도하고 있는 치료행위의 내용이나 효과 및 그에 따른 위험이나 부작용 등에 대하여 환자가 충분히 인식할 수 있어야 한다는 것을 의미한다. 여기에서 의사가 환자에 대하여 설명해야 할 의무 내지 지위를 說明義務(Aufklärungspflicht)라 하며, 이러한 사실에 대한 認識을 기초로 하여 患者에게 절대적인 판단을 보장해 주어야 한다는 입장에서 환자가 구체적인 진료행위에 대하여 갖는 自律的 權利 즉, 同意 내지 承諾할 수 있는 地位를 自己決定權(Selbstbestimmungsrecht)이라 한다. 의사의 설명에 대한 환자의 承諾은 개인의 자기결정권의 표현이므로 충분한 설명을 듣지 못한 상태에서 이루어진 환자의 승낙은 무효이며 그 치료행위는 위법이 되는 것이다.<sup>3)</sup> 대법원은 「... 환자 측에서 선택의 기회를 잃고 자기결정권을 행사할 수 없게 되는데 대해서 위자료만이 아닌 전 손해의 배상을 구하는 경우에...」<sup>4)</sup>라고 하고 있다.

또, 의료행위와 관련하여 환자는 반드시 합리적인 判斷만을 기대 할 수 없으며, 특히 위급한 상황일수록 의학적 내지 객관적인 관점에서 비합리적인 판단을 내릴 수도 있다. 따라서 의사의 설명을 통한 질병과 치료방

---

承諾權을 행사하기 위하여 그 때까지의 진단결과, 앞으로 시행할 의료방법과 의료수단, 의료를 시행하지 않을 경우의 위험성, 그 의료방법에 부수되는 위험성과 합병증 및 후유증 등을 알 권리가 있고 의사는 이에 대응하여 설명의무를 가지게 되므로, 위와 같은 설명의무에 위반하여 구체적 설명 없이 부동문자로 인쇄된 서약서에 환자측의 형식적인 승낙을 득하고 의료행위를 하였으나 후유증이 발생한 사고의 경우, 그 승낙은 무효로 되어 치료행위는 불법행위를 구성한다고 하여 의사와 위와 같은 형식적인 승낙에 협조한 환자측의 과실비율을 70:30으로 인정하였다.

3) 洪天龍·文聖晞, “醫療過誤로 인한 被害의 私法的 救濟”, 慶南法學 第15輯, 慶南大學校 法學研究所, 1999, 36면 以下參照.

4) 대법원 1994 4. 15. 93다60953; 대법원 1995. 2. 10. 93다52402.



법에 대한 정확한 인식을 기초로 하여, 환자가 일정한 치료를 받거나 또는 받지 않기로 결정하는 경우, 의사는 이와 같은 환자의 의사를 존중해 주어야 하며, 객관적 내지 의학적인 관점에서 보아 타당하지 않거나 비합리적이라 하여 이를 무시해서는 아니 된다.<sup>5)</sup> 만약 의사는 환자의 결정에 대하여 비합리적이라는 이유로 이를 무시할 수 있게 된다면, 의사는 환자의 의사와는 관계없이 자기의 판단에 따라 환자를 치료하게 될 것이며, 그 결과 환자의 自己決定權이 크게 침해될 우려가 있다.<sup>6)</sup> 따라서 의사는 정확하고 성실한 설명을 통하여 환자가 합리적인 결정을 할 수 있도록 도와주는 데 그쳐야 하며 환자에게 합리적인 판단을 강요하거나 비합리적이라 하여 환자의 결정을 침해해서는 아니 된다.

## (2) 本 事件에서 患者의 自己決定權의 範圍

### 1) 承諾의 對象

患者의 承諾은 醫療行爲에서의 手術·注射·痲醉 등의 醫療侵襲 그 자체를 대상으로 하여야 하며, 診察·檢査에 따른 苦痛 내지 人體에 영향을 수반하는 것과, 侵襲後 人體에 대하여 나타나는 영향 더 나아가 앞으로 나타날지도 모르는 신체적인 변화 등도 承諾의 대상이다. 즉 手術後의 言語障碍, 聽覺喪失, 身體的 機能의 變化, 신체일부의 마취 또는 전신마취에 따른 위험에 관하여도 承諾을 받아야 한다.<sup>7)</sup>

患者의 承諾은 侵襲이 있기 前, 承諾의 撤回·制限 내지 擴大는 患者의 재량권에 속한다.

### 2) 承諾의 要件

#### 가. 承諾能力

醫療行爲에서의 侵襲에 대한 承諾은 일반 法律行爲에서의 意思表示와는 달리, 承諾者의 權利範圍를 侵襲하는 事實상의 行爲를 하기 위한 許

5) BGH, 28. 11. 1972, VersR 1973, 244, 246.

6) BGH, 25. 11. 1975, VersR 1976, 369, 370; BGH, 24. 6. 1980, NJW 1980, 2751, 2753.

7) 大谷 實, 「醫療行爲と法」, 東京, 弘文堂, 1980, 83面.

可, 내지 授權이므로 承諾의 能力을 일반적 法律行爲能力과 동일시하면 아니 된다. 즉 精神的·肉體的 苦痛과 損傷 및 위험을 受忍할 것을 결정할 수 있을 정도의 능력이면 되고, 자신의 상태, 당해 醫療行爲의 意義·內容 및 結果 그리고 그에 수반하는 위험성의 내용과 정도를 認識할 수 있는 判斷 能力이면 족하다 할 수 있다.<sup>8)</sup> 따라서 未成年者·心神喪失者라 하더라도 이러한 능력을 갖는 한 단독으로 유효하게 承諾을 할 수 있다 할 것이다.<sup>9)</sup>

그러나 우리와 같이 이에 관하여 名文의 規定이 없는 法制 下에서의 承諾能力의 有無의 判斷은 구체적인 경우에 따라 개별적으로 행하여져야 하며, 또한 그것은 어디까지나 法律문제이므로 이는 法官이 判斷할 수 밖에 없다.

#### 나. 承諾의 代理

患者가 承諾能力을 缺如하고 있는 경우에는 法定代理人의 承諾이 있어야 한다. 문제는 법정대리인이 비합리적인 이유로 承諾을 拒否하는 경우, 이에 대한 각국의 태도는 상이하다. 독일의 판례는 이러한 경우에도 法定代理人의 意思를 무시해서는 아니 되고 법원에 청구하여 그 審判·후견 권을 법원이 임명하는 후견인에게 이전케 한 뒤, 그 者로부터 승낙을 얻어야 하고,<sup>10)</sup> 미국 연방법원의 태도는 의사는 자유로이 그 대리인의 의사를 무시해서는 아니 되고 법원의 명령에 따라 診療與否를 결정하여야 한다고 하고 있다.

즉 법정대리인은 그 子 또는 被後見人에 대해 監護義務를 負擔하므로 代理人의 承諾與否는 自己自身の 生命·身體에 관한 것이 아니라 被保護者의 生命·身體에 관한 것이다. 따라서 이 경우 法定代理人의 不合理한 承諾拒否는 保護監護權의 濫用이 된다. 이 때에는 법원에 의해 친권 및

8) 大谷 實, 上掲書, 84 面.

9) 영국은 일찍이 이러한 관점을 명문화하였는데, 1969년의 개정 가족법(Family Law Reform Act)에서 醫療에 관한 승낙능력은 成年보다 2세 아래인 16세에 달하면 족하다고 하고 있다.

10) 町野 朔, “患者の自己決定權”, 「ジュリスト」第568號 (1974. 8), 48面.

대리권 상실 및 후견인 해임을 신청하고 법정대리인의 改任을 기대할 수 있으나, 응급환자의 경우 이러한 법정절차를 밟을 시간적 여유가 없기 마련인데, 이 때 患者의 生命·健康을 보호하기 위하여 法定代理人의 承諾 없이 診療를 행하여도 自己決定權의 侵害로 되지 않는다고 하는 見解<sup>11)</sup>가 있는데, 이 경우에는 緊急狀態의 法理를 적용함이 妥當하다고 본다.

#### 다. 承諾의 方式

승낙의 방식과 관련하여 승낙이 있다고 볼 것인가를 판단하는 기준에 관하여는 두 가지의 견해가 대립한다. 즉 의사경향설(Willensrichtungstheorie)과 다른 하나는 의사표시설(Willenserklärungstheorie)이 그것이다. 의사경향설은 醫療侵襲이 환자의 내면적 의사의 경향에 합치하고 있으면 승낙이 있는 것으로 되고 특히 의사가 외형적으로 표시되지 않아도 좋다는 견해이며, 의사표시설은 환자의 承諾意思의 表示가 있어야 承諾이 있는 것으로 된다는 견해이다. 이러한 견해의 분립은 患者의 承諾原則의 法的 趣旨와 관련하여 중요한 문제인데, 의사경향설은 가급적 환자의 적극적인 진료 거부 의사가 표시되지 않는 한 승낙이 있었던 것으로 해석하는 입장이며,<sup>12)</sup> 意思表示說의 표준으로 되는 것은 內心の 意思가 아니고 表示된 意思,<sup>13)</sup> 즉 명확하게 밖으로 표출된 의사표시를 말한다. 이에 대하여 自己決定權을 인정하는 사상적·사회적 배경에 비추어 환자의 說明聽取權 및 그 決定權을 확보한다는 견지에서도 意思表示說이 타당하다고 본다.<sup>14)</sup>

#### 3) 本 事件에서의 患者의 自己決定權의 問題

사건의 개요에서 이미 밝힌 바와 같이 「원고는 장파열 수술이 가능한 병원을 수소문하여 수원시 소재 ××외과의원으로 이송하였으면 한다고 이야기하였고, ○○○는 피고 E에게 망인의 보호자가 수원에 있는 ××외과의원으로 원한다고 하자 위 피고 E는 보호자가 원한다면 그렇게 하라고 하였다」. 첫째 원심의 요지는 피고가 응급환자였음에도 즉시 수술하지

11) 大谷 實, 前掲書, 86面.

12) 大谷 實, 前掲書, 87面.

13) BGH 1954, 7, 10, NJW 1956, 1106.

14) 石熙泰, 의료과오 민사책임에 관한 연구, 연세대학교 대학원 박사학위논문, 1988, 40면.

아니한 채 만연히 망인을 다른 병원으로 이송한 과실로 수술이 지연되어 사망한 것으로 추정하고 있다. 그러나 망인이 피고가 근무하는 병원에 도착하였을 당시의 상황으로 보아 응급상태는 아니었다 사료되는데 즉 망인은 복강내 출혈 등으로 인하여 심한 통증을 느끼기는 하였으나 △△병원 응급실에 도착할 때부터 이송할 무렵까지 의사소통이 가능할 정도로 의식이 있었고, X선 필립감정회신문 및 전원소견서 에서와 같이 혈압 130-70, 헤모글로빈 (15.7), 혈색소(45.6) 등으로 나타났다. 또 응급의료에 관한 법률 제2조 제1호는 응급환자를 '질병·분만·각종 사고 및 재해로 인한 부상이나 기타 응급상태에서 즉시 필요한 응급조치를 받지 아니하면 생명을 보존할 수 없거나 심신상의 중대한 위해가 초래될 것으로 판단되는 환자'로 정의하고 있는바, 주지한 바와 같이 망인은 위의 응급환자에 해당하지 않는다고 생각된다. 또 망인이 △△병원 응급실에 도착하였을 때 응급상태 이었다면 의사로서는 구호의무가 부과되어 환자의 사전동의가 요구되지 않는바, 바로 이에 대하여 응급개복시술에 들어갈 수 있음에도 불구하고 원고의 전원요구에 의하여 시간이 지체되었음을 알 수 있다.

둘째, 만약 전원의 결정에 대하여 원고의 동의가 없는 상태에서 시술이 개시되었을 경우에 발생하는 문제점은, 원심 판단대로 피고가 망인을 강제로 마취하여 개복 하였다면 피고는 형법상 피해자의 승낙을 결하여 상해죄나 살인미수죄로 기소될 수 있으며, 더 나아가 시술이 성공하였다 하더라도 치료비 청구시 진료계약이 체결된바 없으므로 그 이유로 치료비 지급이 거절될 수도 있다.

따라서 이 사건은 충분한 심리가 이루어 졌다고 볼 수 없으며 또 망인을 응급환자로 단정함으로써 심리미진의 위법적인 요소들을 찾을 수 있다.

## 2. 醫師의 說得義務에 대하여

### (1) 說得義務의 意義

醫師의 說得義務은 의사의 설명의무가 그 전제로 되며, 醫師로서 患者에 대하여 適切한 說明을 하였음에도 불구하고, 患者가 잘못된 自己決定權을 행사하여 醫師의 지시나 치료방법에 따르지 아니할 경우에 의사로서는 적극적이고 능동적으로 患者를 說得하여 올바른 自己決定을 할 수 있도록 하여야 할 義務가 있다. 그러나 說得義務의 範圍에 관하여 명확한 기준이 제시되어 있지 않은 현실에서, 이를 판단함에 있어 많은 어려움이 따른다. 더 나아가 환자로서는 그 상황에 따라 많은 차이가 있지만 긴급 상태에서는 적절한 자기결정권의 행사를 기대하기란 사실상 불가능하다. 따라서 환자의 자기결정권과 관련하여 어느 범위에서 어느 정도까지 說得해야 하는가는 매우 어려운 문제이다.

이와 관련하여 대하여 大法院의 “一般的으로 醫師는 患者에게 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, 치료방법의 내용 및 필요성, 발생이 예상되는 위험 등에 관하여 당시 의료수준에 비추어 상당하다고 생각되는 사항을 설명하여 환자가 그 필요성이나 위험성을 충분히 비교해 보고 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 및 기타 건강관리에 필요한 사항을 상세히 설명하여 후유증 등에 대비하도록 하여야 할 의무가 있다<sup>15)</sup>”고 밝힘으로서 의사의 설명의무의 범위를 제시하고 있다.

더 나아가 원고로 하여금 뇌의 이상 유무를 확인하기 위하여 뇌컴퓨터 단층촬영(Computerised Tomography:CT)을 받도록 醫師가 지시하였으나, 원고가 이를 거부하고 뇌자기공명영상촬영(Magnetic Resonance Imaging :MRI)을 요구함에 따라 뇌CT검사 거부로 인한 위험성 등에 대하여 충분한 설명 없이 CT검사를 취소하고 그 다음날 뇌MRI 검사를 실시하기로 결

15) 대법원 1997. 7. 22. 선고 95다49608.

정한 사안에, 법원은 그 원인이 뇌혈관 질환일 경우 그 예후가 매우 나쁘므로 뇌혈관 질환의 유무를 확인하기 위하여 원고에 대하여 뇌CT를 실시하고, 그 결과 뇌혈관으로 확인된 경우 원고를 입원시키고 그 질환에 대한 적절한 치료계획을 세워 원고를 치료하였어야 함에도, 의학의 문외한인 원고로부터 뇌CT 대신 MRI를 요구받았다는 이유만으로 응급으로 CT를 실시하여야 하는 이유, 이를 받지 아니할 경우의 위험성 등에 대하여 충분한 설명 없이 뇌CT 검사를 하지 아니하고 그 다음날 뇌MRI 검사만을 실시함으로써 뇌동맥류 파열에 의한 지주막하 출혈을 조기에 발견하지 못한 과실이 있다」고 하여 CT 검사를 받아야만 하는 필요성에 대한 설명, 즉 설득을 이행하지 않은 책임을 묻고 있다.<sup>16)</sup>

또 대법원은<sup>17)</sup> 축구골대에 점프하여 그 하중을 못이기고 축구골대가 넘어지면서 복부손상을 입고 2차 의료기관에 후송된 환자가 외과전문의인 피고의 수술권유를 거부하면서 원고 집 근처의 1차 의료기관으로 전원을 고집하는 바람에 수술을 하지 못하고 구급차에 태워 보냈으나 도착 전에 비장파열로 인한 실혈사 사건에서 「망인은 장파열, 복강내 출혈로 보였고 비장손상의 가능성이 있었으며 이러한 경우 위급한 상황이므로 피고로서는 그 당시의 의식이 있었던 망인이나 병원에 동행한 동료나 전화통화가 가능하였던 망인의 처에게 망인의 상태가 조기에 수술하지 아니하면 생명이 위험한 상황이 될 수도 있음을 충분히 설명하여 그 동의를 얻어 즉시 응급개복술을 시행하고 수술 개시가 지연되어 생명에 위험을 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 동 일 17:00 경 망인을 피고 병원으로부터 자동차로 1시간 정도 거리에 있는 수원시 소재 ××의원으로 전원한 과실이 있다」고 하여 응급개복술의 필요성에 대한 설득의무 불이행책임을 묻고 있다.

16) 서울지방법원 제15 민사부 판결 2000. 8. 30. 99가합22040.

17) 서울고법 민사 제9부 1999. 7. 6 판결. 98나 50977; 대법원, 2000. 9. 8. 99다48245.

그러나 대법원<sup>18)</sup>은 자궁근종환자에 대하여 자궁근종 제거 수술을 하고 그 경과를 살펴보며 치료하던 중 환자측이 고집을 부려 부득이 퇴원을 시켰으나 퇴원 후 환자의 상태가 악화되어 환자가 다른 병원에서 자궁전적출 수술 및 양측 부속기의 제거수술을 받았으나 그 수술시에 상복부에 잔루되어 있던膿瘍에 의해 패혈증을 유발하여 사망하게 된 사례에서 자궁근종환자에 대하여 자궁근종제거술 및 그에 따른 치료를 한 의사에게 과실이 없고 그 의사의 치료행위와 사고와의 인과관계로 인정할 수 없다고 판시한 바 이 판결은 의사가 환자에게 퇴원하면 안된다고 적극 만류 하였으면 의사로서의 의무를 다한 것이므로 환자가 고집을 부려 퇴원한 결과, 예후가 악화되어 중한 결과가 나왔다고 하여 의사에게 과실책임을 물을 수 없다는 관점에서 판결한 것으로서 일견 타당성이 인정된다.

## (2) 說明義務의 問題點

의사의 환자에 대한 설명의무의 근본적인 고려는 의사로부터 치료를 받는 환자는 단순히 치료를 받는 객체에 불과한 것이 아니라 주체적인 존재라는 데서 출발한다.<sup>19)</sup> 따라서 의사의 환자에 대한 설명의무는 치료행위의 내용이나 효과 및 그에 따른 위험이나 부작용 등이 포함되며, 일반적으로 환자의 유효한 동의 없이 이루어진 진료행위에 의하여 발생한 患者의 生命·身體·건강상의 被害에 대하여는 醫師의 損害賠償責任이 성립한다.<sup>20)</sup> 따라서 의사의 설명의무는 진찰과 치료결과의 보고, 특정 진료와 관련한 療養指導, 특정진료에 대한 환자의 수인여부 결정에 기여하기 위한 정보제공, 진료에 갈음하여 수진자의 의료적 욕구를 충족시키기

18) 대법원 1988. 6. 28 선고 87도679호.

19) 洪天龍·文聖嶺, 醫療過誤로 인한 被害의 私法的 救濟, 31면.

20) 대상판결, 대법원1999. 3. 26선고 98다 45379, 45386; 대법원 2000. 9.8판결 99다48245; 대법원 1995. 4. 25. 선고 94다 27151 판결(공 1995, 1939); 1995. 1. 20. 선고 94다 4321판결(공1995, 885); 1994. 4.15. 선고 92다25885판결(공 1994, 1434); 1994. 4.15. 선고 93다 60953 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 78다 488판결(공 1979, 12135)참조

위해 하는 助言을 통칭하는 법적 의무이다.<sup>21)</sup> 즉 「일반적으로 의사는 환자를 치료하는 과정 및 그 후에 나쁜 결과가 발생할 개연성이 있는 의료행위를 하는 경우에 있어서는, 응급환자의 경우나 그 밖의 특별한 사정이 없는 한, 진료계약상의 의무로서 또는 치료에 대한 승낙을 얻기 위한 전제로서 당해 환자나 법정대리인이 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 義務가 있으며, 더 나아가 그 진료의 목적의 달성을 위하여 환자 또는 그 보호자에 대하여 療養의 방법 기타 건강관리에 필요한 사항을 상세히 설명하여 後遺症 등에 대비하도록 할 義務가 있다」<sup>22)</sup>하고 있으며, 또 「의사의 환자에 대한 설명의무가 수술 시에만 한하지 않고, 검사, 진단, 치료 등 진료의 모든 단계에서 각각 발생한다 하더라도 위 설명의무 위반에 대하여 의사에게 위자료 등의 지급의무를 부담시키는 것은, 의사가 환자에게 제대로 설명하지 아니한 채 수술 등을 시행하여 환자에게 예기치 못한 중대한 결과가 발생하였을 경우에 의사가 그 행위에 앞서 환자에게 질병의 증상, 치료나 진단방법의 내용 및 필요성과 그로 인하여 발생이 예상되는 위험성 등을 설명하여 주었더라면 患者가 스스로 자기결정권을 행사하여 그 의료행위를 받을 것인지 여부를 선택함으로써 중대한 결과의 발생을 회피할 수 있었음에도 불구하고, 의사가 설명을 하지 아니하여 그 기회를 상실하게 된 데에 따른 정신적 고통을 慰藉하는 것이므로, 이러한 의미에서의 의사의 설명은 모든 의료과정 전반을 대상으로 하는 것이 아니라 수술 등 侵襲을 과하는 과정 및 그 후에 나쁜 결과 발생의 개연성이 있는 의료행위를 하는 경우 또는 사망 등의 중대한 결과발생이 예측되는 의료행위를 하는 경우 등과 같이 환자에게 자기결정에 의한 선택이 요구되는 경우만을 대상으로 하여야 하고, 따라

21) 石熙泰, “醫療過誤”, 註釋民法, 債權各則(7), 韓國司法行政學會, 2000, 549면.

22) 대판, 1997. 7. 22. 95다49608판결 손해배상(의)공97. 9. 15.[42], 2608



서 환자에게 발생한 중대한 결과가 의사의 侵襲行爲로 인한 것이 아니거나 또는 환자의 자기결정권이 문제되지 아니하는 사항에 관한 것은 慰藉料 지급대상으로서의 설명의무 위반이 문제될 여지는 없다고 봄이 상당하다」<sup>23)</sup>하고 있다. 따라서 본 판결로 인하여 의사의 설명의무의 범위에 대한 윤곽을 잡을 수 있을 것 같다.

### (3) 說明義務의 範圍

환자는 일정한 治療를 받을 것 인지의 여부와, 받는다면 어느 정도로 받을 것인가에 관하여 스스로 결정할 수 있는 권리를 가지며, 이를 위하여 치료행위의 내용과 효과에 대하여 알 권리를 가진다. 따라서 의사가 患者에게 하여야 하는 說明의 對象을 내용별로 분류하면, 診療後 患者의 病狀, 當該 病狀에 있어서의 侵襲의 內容과 程度, 侵襲 혹은 治療 後의 展望, 侵襲의 必要性 有無, 緊急性 및 侵襲을 하지 않을 경우의 豫見 可能性, 다른 치료방법을 택했을 경우의 目的達成의 有無, 侵襲의 결과 발생할 수 있는 危險의 內容·程度 및 防止可能性, 當該 施設에서의 當該 病狀에 대한 실적 등이 될 것이다.

이러한 의료기술에 있어서 환자로부터 사전적 동의를 얻기 위해 의사에게 설명의무를 부과하는 法規範的 기초는 醫師의 專斷的 醫療行爲 (eigenmächtige Heilbehandlung)로부터 환자를 보호하기 위한 것으로서 診療行爲를 하기에 앞서 환자로부터 유효한 동의(Einwilligung)를 받지 않은 경우에는 환자의 自由侵害 또는 自己決定權을 侵害하게 된다.<sup>24)</sup> 그러나 어느 정도의 설명을 해주어야 충분한 설명이 되었다고 할 수 있는가에 대해서는 일률적인 규정이 없으므로, 따라서 구체적인 사안에 따라 개별적으로 판단하여야 한다.<sup>25)</sup> 판례<sup>26)</sup>는 「환자측은 스스로의 의사에 따른 승

23) 大判, 1995. 4. 25, 94다27151.

24) 대법원 1995. 4.25. 선고 94다27151판결(공 1995, 1939), 金天秀, 醫療에 대한 說明과 同意의 法理, 1999, 21면 以下.

25) 洪天龍·文聖嶺, “醫療過誤로 인한 被害의 私法的 救濟”, 33면 ; BGH, 22. 4. 1980, VersR 1981, ss,456-458.

26) 대구고법 1990. 5. 11. 선고 86나1574판결

낙권을 행사하기 위하여 환자의 상태에 관하여 지금까지의 진단결과, 앞으로의 시행할 의료방법과 의료수단, 그러한 의료를 시행하지 않고 방치하는 경우의 위험성, 그 의료방법에 부수되는 위험성과 합병증 및 후유증 등에 대하여 알 권리가 있고, 그 반면 의료를 시행하는 醫師는 그에 대응하는 설명을 하여야 할 의무가 있으며, 특히 부작용과 합병증, 후유증 등의 위험성이 있는 때에는 이를 무릎 쓰고라도 치료를 받을 것인 가에 대하여 환자 스스로 결정할 수 있게끔 의사는 이에 대한 상당한 정도의 설명을 할 의무가 있다.」고 밝히고 있다.

따라서 說明義務의 대상은, 환자 내지 수진자의 현실적 상황에서의 진료기술의 방법과 그에 따른 위험이며, 수진자의 病狀 내지 수진을 위한 환자의 건강, 당해 의료기관 및 의사 자신의 경험·성공률·물적 시설상황·그리고 현재의 의학 수준에 비추어, 당해 치료의 적절성·부적절성 등을 포함하고, 환자로 하여금 합리적인 결정이 가능하도록 당시 의료수준에 상응하는 사항<sup>27)</sup> 등을 포함하며, 이에 따른 환자의 결정이 불합리하다 하더라도 결정의 자유는 존중되어야 한다.<sup>28)</sup> 그러나 설명되어야 할 진료기술의 위험성은 그 의학적인 통계가 아니며, 비록 非蓋然的일지라도 해당 診療狀況, 의사와의 관계, 돌발적인 사고발생의 頻度와 典型性에 비추어 환자의 동의가 의미가 있는지에 따라 판단되어야 하므로,<sup>29)</sup> 결국은 개별 의료관계에서 의사에게 요구되는 설명의무는 위와 같은 일반 조항적 기준에 비추어 구체화 되어야 할 것이다.<sup>30)</sup>

27) 대법원1995.1.20.선고 94다3421판결(공1995, 885).

28) 李永煥, “患者의 承諾”, 釜山大學校 法學研究 제27권 제1호, 1084, 12, 65-6면.; 安法榮, “産婦人科 診療와 醫師의 注意義務”, 의료법학, 대한의료법학회(창간호), 78-9면;

Vgl. “Schilddrüsenmalignom-Fall” :BGH NJW 1980, 1333; “Querschnittlähmung-Fall” :BGHZ 90, 103(105 ff.); BVerfGE 52, 131, 160, 176ff., 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, 1422f.

29) 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.

30) 朴一煥, 上揭論文, 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.

大法院도 일련의 判決을 통하여 醫師의 說明義務의 基準으로서 生命侵害의 重要性和 患者의 疾病 程度의 比例性, 수술을 받아야 할 緊急性, 그리고 危險發生의 接近性 등을 考慮하고 있는데,<sup>31)</sup> 의사의 설명의무는 일반적으로 다음과 같이 설명되어지고 있다.

### 1) 告知義務

i) 醫師가 診斷에 대한 所見을 患者에게 알리는 것을 말한다. 이러한 醫師의 患者에 대한 고지는 助言說明의 전제가 되며, 환자의 결정에 필요한 정보를 제공하기 전에 우선 그가 決定하여야 할 자신의 상태에 대한 說明이 선행되어야 한다(즉 질병의 진행을 방치하는 것 보다 의료 침습과 결부된 위험을 인수하는 것이 좋다는 사실을 고지하는 것).

ii) 患者는 자신이 받게 될 치료가 무엇인지에 대하여 알 권리가 있다. 따라서 조언설명이 면제되는 경우에도 환자는 자신의 身體에 발생할 바가 무엇인지 모르고 의사에게 자신의 신체를 방치하도록 강요하여서는 아니 된다.<sup>32)</sup> 이 설명의 이행시기는 환자가 그 설명을 듣고 자신의 입장을 결정하여야 하는 단계는 아니므로 조언설명의 경우처럼 엄격하게 다를 필요는 없고 그 수령능력 또한 동의능력보다 낮은 기준에서 인정하여야 할 것이다.

### 2) 助言義務

조언의무는 환자의 자기결정권에 기여하기 위한 설명이다. 즉 의사는 환자가 치료를 받음에 있어서 합리적으로 고려하여 자유의사에 따라 결정할 수 있도록 도와주워야 한다. 여기에서 환자의 동의는 그가 무엇에 대하여 동의를 하는 것인지를 대체로 인식하고 있음을 전제로 하며,<sup>33)</sup> 이를 위한 의사의 책임이 助言說明義務이다. 醫療過誤에서의 說明義務에 대

31) 대법원 1994. 4. 15. 선고 92다25885 판결(공 1994, 1434); 대법원 1994. 11.25. 선고 94다 35671 판결(공 1995, 99); 대법원 1995. 1. 20. 선고 94다3421 판결(공1995, 885); 대법원 1996. 4. 12. 선고 95다56095 판결(공 1996, 1526); 대법원 1997. 7. 22. 선고 95다49608 판결(공1997, 2608); 대법원 1999. 9.3. 선고 99다10479 판결(공 1999, 2032)판결 등.

32) 金天秀, “환자의 자기결정권과 의사의 설명의무”, 서울대학교 대학원 박사학위논문, 1994, 143면.

33) BGH NJW 1963, 339(393).

한 論議의 中心이 바로 이 助言義務이며, 그 핵심은 치료에서 있을 수 있는 부작용이다. 따라서 患者는 治療時의 危險의 정도와 放置時의 결과 정도를 비교하여 決定權을 행사하게 된다.<sup>34)</sup>

i) 經過說明<sup>35)</sup>

經過說明은 治療를 받을 경우와 治療를 患者가 거부했을 경우의 설명을 포함하는 개념이다. 따라서 患者가 侵襲(治療)을 받을 경우에 대하여 의사가 그 經過에 대하여 설명하는 것으로서 侵襲의 種類, 內容, 範圍, 方法 등에 대한 說明 및 患者가 일정한 治療를 받을 경우의 患者의 健康狀態의 進展 등에 관한 정보를 患者에게 제공함으로써 患者가 치료를 받을 것인지의 與否를 合理的으로 判斷하도록 도와주는 說明이다. 뿐만 아니라, 患者가 受診을 拒否하였을 경우 역시 의사는 그로 인한 症狀 내지 위험성, 진료를 가하지 않고 방치했을 때의 증상 내지 患者의 건강에 야기되는 상태 등에 대하여 說明할 義務가 있다. 따라서 患者가 特定 診療의 受忍을 拒否하는 경우에 의사가 이러한 설명의무를 다하지 않았고 그로 인하여 加療가 실현되지 않았으므로 인하여 患者에게 惡結果를 야기하였을 경우에 醫師는 說明義務違反의 責任을 免할 수 없게 된다.<sup>36)</sup>

34) BGH NJW 1963, 394.

35) 石熙泰教授는 이를 自然經過說明, 加療經過說明으로 區分하여 설명하고 있다.(석희태, 「의료과오」, 註釋民法, 555면) ; 金天秀教授는 說明義務의 類型을 經過說明과 危險說明으로 나누고, 前者를 다시 治療經過說明과 拒絶經過說明으로 구분하여 설명하고 있다(김천수, "환자의 자기결정권과 의사의 설득의무", 서울대학교 박사학위논문, 144-48면.)

36) Truman v. Thomas 611 P. 2d 902 (California 1980); O'Neil, The rise of informed refusal, 81 Pepperding LR 1067. Deuch, Neuere internationale Entwicklung des Arztrechts und der Arzthaftung, S. 714, Anm. 12 and 金天秀 前掲論文에서 재인용: 본 사건은 한 여자 患者가 다년간 치료를 받던 중 의사에게 여러번에 걸쳐서 암검사의 비용이 너무 비싸다는 이유로 검사 받기를 거절하였다. 그런데 당 의사는 검사를 받지 않으면 어떤 위험이 진행되는지에 대하여 그녀에게 설명하지 않았다. 그 여자 患者의 상태는 결국 경부암(Cervix-Karzinion)으로 발전되었고, 이미 발견 되었을 때에는 더 이상 수술을 받을 수 없었고 그 후 곧 사망하였다. 시기적으로 적절한 진단과 그에 이은 수술이 있었다면, 그녀의 생명은 아마 보호될 수 있었을 것이다. 이에 대하여 하급법원의 기각판결을 캘리포니아 州 大法院은 이를 파기하여 醫師가 그 여자 患者에게 그녀의 거절에 결부된 위험에 대하여 명백히 注意를 환기시키지 않은 점에서 醫師의 說明義務違反을 인정하였다.

## ii) 危險說明

醫療行爲를 收用할 경우에 나타날 수 있는 危險에 대한 說明으로 당해 侵襲이 야기할 수 있는 모든 惡結果에 대하여 환자에게 說明하여야 하는 것이다. 즉 의사로서 당해 侵襲에 대하여 의사로서의 注意義務를 다하여도 나타날 수 있는 危險性에 대한 說明으로 즉, 醫藥品의 부작용, 身體的·精神的 不完全性 등에 관한 說明이다. 이러한 위험설명은 위험한 치료에 대한 환자의 동의를 일단 유효하게 하며, 치료의 가능한 위험에 대한 정보를 환자에게 줌으로서 환자는 헌법상 보장된 자기결정권을 실현할 수 있게 된다.<sup>37)</sup>

그러나 의사의 失敗·失手에 대한 위험 설명은 이에 포함되지 않으며,<sup>38)</sup> 설명되지 아니한 治療過失이 발생한 경우에, 이는 治療過失의 문제이지 說明義務의 문제는 아니다.<sup>39)</sup>

그러면 여기에서 요구되는 醫師의 危險說明의 範圍는 어떠한가? 일반적으로 侵襲에 따른 위험은 근본적으로 그 시술의 결과 환자가 원하였던 회복에 의하여 정당화된다. 대법원<sup>40)</sup>은 喉頭腫瘍手術 事件에서 환자의 지병인 후두신경초종양은 수술로써 적출하지 않을 경우에는 종양이 성장하여 기도압박으로 인한 호흡곤란으로 1년이 지나면 어느 때 질식할 급박한 위험사태가 닥쳐올지 모르며, 따라서 위 종양적출을 한다면 발생기장은 불가피하므로 생명을 유지하기 위해서는 위 후유증을 감내할 수밖에 없다는 원심 판단을 인용하면서도 후두종양 제거 수술을 한 집도 의사들이 환자에게 수술 후 목이 쉴 수도 있다는 말을 하였다 하더라도 그것 만으로서는 환자로서는 수술 후 발생기능 장애의 후유증을 전혀 예상하지 못하였으며 긴급을 요하는 사태도 아니었다면 수술을 승낙한 것으로

37) BVerfGE NJW 1979, 1925. Deutsch, Das therapeutische Privilege des Arztrechtes, NJW 1980, 1305, Anm. 8에서 재인용: Deutsch, Schutzbereich und Tatbestand des unerlaubten Heileingriffs im Zivilrecht, NJW 1965, 1985.

38) Louisell/William, Medical Malpractice, 594, 52: Mull v. Emory University 114 Ga. App. 63, 150 S.E 2d 276(Ct. App. 1966). Linzbach, S. 77, Anm, 260.

39) 金天秀, 前掲論文, 147-8면.

40) 대법원 1979. 8.14. 선고 78다 488판결(공1979, 12135).

로 볼 수 없다고 판단하고 있다.

특히 주의를 요하는 것은 成形·美容手術의 경우와 같이 치료가 아니라 단지 진단만을 위한 施術에 대해서는 보다 엄격한 설명의무가 부과된다.<sup>41)</sup> 이러한 의사의 위험설명의 범위와 정도는 상대적으로 판단하여야 하므로 환자의 敎育과 지식의 정도 등을 고려하여야 한다. 그러므로 교육 수준이 낮은 환자에게 전문적인 醫學用語를 사용함으로써 환자로서 이에 대한 이해를 잘 못하여 발생한 문제에 대하여도 의사의 설명의무를 다하였다고 보기 어려울 것이다. 따라서 의사가 환자에 대하여 적정하게 설명의무를 다하였는가의 여부는 직접적인 대화를 통하여 당해 환자에게 구체적으로 요구된 바가 무엇이었는가에 따라서 결정된다. 그러므로 이에 따른 적절한 설명방법의 선택은 의사의 재량권에 속하며, 원칙적으로는 해당 진료시술을 담당하는 처치의사가 설명을 하여야 하나 위와 같은 신뢰가 보장될 수 있다면 예외적으로 主治醫 또는 다른 醫師를 통한 說明도 무난하다고 본다.<sup>42)</sup>

의사의 설명의무가 객관적인 사유, 즉 醫學的 禁忌症(medizinische Kontraindikation)에 의해 제한 내지 면제될 수 있는가 등의 의사의 診療特權에 대한 論議가 있다.<sup>43)</sup> 이는 즉 환자가 설명 不要의 의사를 표시하면 의사의 說明義務는 免除되며,<sup>44)</sup> 단 포기의 대상은 의사표시 당시 환자가 인식할 수 있었던 의료행위에 한정하며, 범위를 한정치 않은 포괄적 포기는 인정하지 않으며,<sup>45)</sup> 그렇다고 그것이 환자의 자기결정권의 포기로 당연히 이어진다고는 할 수 없다.<sup>46)</sup>

또, 大法院은 환자에게 수술을 시행하는 과정 및 그 후에 나쁜 결과가 발생할 개연성이 있는 의료행위를 하는 의사는, "응급환자의 경우나 그

41) 朴一煥, 前揭論文, 154, 169면.; BGH NJW 1972, 335; NJW 1991, 2349; BGHZ 29, 176(182); BGH NJW 1971, 1887(1888); BGH NJW 1978, 1206.

42) 朴一煥, 上揭論文, 164면 이하.

43) 朴一煥, 前揭論文, 164면 이하.

44) 石熙泰, 註釋民法, 561면.

45) 金天秀, 前揭學位論文, 241면.

46) 石熙泰, 註釋民法, 561면.

밖의 특별한 사정이 없는 한“이라고 함으로써 설명의무가 면제될 수 있는 상황을 예외적으로 유보하고 있는데,<sup>47)</sup> ”의사의 설명이 환자로 하여금 의학지식 및 기술상 합리적인 진료행위를 비합리적인 근거로 거부하게 하는 결과를 초래할 염려가 있다는 사정만으로는 의사의 說明義務가 면제될 수 없으며,<sup>48)</sup> 환자가 의사로부터 올바른 설명을 들었더라도 위 투약에 동의하였을 것이라는 이른바 가정적 승낙에 의한 의사의 면책은 醫師側의 항변사항으로서 환자의 승낙이 明白히 예상되는 경우에만 허용된다.<sup>49)</sup>

또 의사의 설명의무는 그 醫療行爲에 따르는 후유증이나 副作用 등의 위험발생 가능성이 희소하다는 사정만으로 면제될 수 없으며, 그 후유증이나 副作用이 당해 치료행위에 전형적으로 발생하는 위험이거나 회복할 수 없는 중대한 것인 경우에는 그 발생가능성의 희소성에도 불구하고 설명의 대상이 된다<sup>50)</sup>고 보아야 한다.

예외적으로 환자의 事前同意가 要求되지 않는 경우는 患者의 病狀이 急迫하거나 중대하여 즉각적으로 진료를 실행하지 않으면 患者에게 死亡 또는 심각한 健康損傷의 결과를 초래하게 되는 경우에는 의사에게 救護義務가 부과되어 患者의 事前同意가 요구되지 않는다.

#### (4) 本 事件에서 醫師의 說得과 說明義務

위 인정사실에 의하면, 피고 E는 망인에 대한 컴퓨터단층촬영 등 진찰을 한 결과 망인의 장과열, 비장손상 등을 의심하였고, 이러한 경우 위급한 상황임으로 그 당시에 의식이 있었던 망인이나 병원에 동행한 직장 동료인 ○○○ 또는 망인의 처인 원고에게 망인의 상태가 위와 같이 조기에 수술하지 아니하면 생명이 위협한 상황이 될 수도 있음을 충분히 설명하여 그의 동의를 구하여 즉시 응급 개복술을 시행하고 수술개시가

47) 1994. 4. 15. 선고 95다49608 판결(공 1997, 2608).

48) 대법원 1995. 1.20. 선고 94다 3421 판결(공 1995, 887)

49) 대법원 1994. 4.15. 선고 92다 25885판결(공1994, 1434).

50) 대법원 1995. 1. 20. 94다3421판결 손해배상(의)공1995,885.

지연되어 생명에 위협을 초래하는 일이 없도록 하여야 함에도 망인의 처인 원고에게 망인의 상태가 위와 같이 조기에 수술을 하지 아니하면 생명이 위협할 수도 있는 상황임을 충분히 설명하지 아니하여 이러한 사실을 알지 못한 위 원고가 집 근처에서 수술 받기를 희망하였다는 이유만으로 만연히 위 사고를 당한지 2시간이 지난 같은 날 17:00 경 망인을 당병원으로부터 자동차로 1시간정도의 거리에 있는 수원시 소재 ××의원으로 전원 하도록 한 과실을 인정하고 있다.

의사의 說明義務의 내용은 환자에게 診斷名을 알려주고, 치료방법, 시기, 부작용, 위험성 등을 설명하고 이에 따라 환자 스스로 자기결정을 하도록 하여야 함을 그 내용으로 하는데, 환자가 의사의 위험설명에 따르지 않을 경우 의사는 무엇을 기준으로 환자에게 설명하여야 할 의무를 다했다고 할 수 있는가의 문제가 있다. 이에 대하여 대법원<sup>51)</sup>은 「의사가 환자 내지 그 가족에게 상처 부위의 조직괴사에 대응하기 위하여 필요한 검사 내지 치료를 할 수 있는 병원으로는 종합병원밖에 없다고 설명하면서 종합병원으로 전원할 것을 권유하였다면 그것으로서 의사로서의 진료상의 의무를 다했다고 할 것이고, 거기서 나아가 그 환자나 가족들이 개인의 원으로 전원하는 것을 만류, 제지하거나 그 환자를 직접 종합병원으로 전원하여야 할 의무까지 있다고 할 수 없다」하여 說明義務중 說得義務의 한계에 대하여 밝히고 있다. 그러나 의사의 설득의무는 의사가 환자를 치료함에 있어서 100% 완치를 확신할 수 있다고 하는 전제하에서 의사의 설득의무를 생각할 수 있겠는데, 일반적으로 加療라 함은 환자의 상태에 대하여 완쾌를 보장할 수 없는 상태에서 이루어진다는 점에서 볼 때 많은 차이가 있음을 알 수 있다.

#### IV. 結 語

##### - 本 事件의 妥當性 檢討

지금까지 살펴본 바와 같이 本 事案에서 醫師의 說得義務는 醫師의 說

51) 대법원 1996. 6. 25. 선고 94다 13046 판결.



明義務가 그 전제로 되며, 의사의 설명은 患者에게 있어서 自己決定權을 侵害하지 않는 범위 내에서 이루어 져야 한다. 따라서 “의사는 환자에게 수술을 시행 과정 및 그 후에 나쁜 결과가 발생할 개연성이 있는 의료행위를 하는 경우에 있어서는, 應急患者의 경우나 그 밖의 특별한 사정이 없는 한, 진료계약상의 의무로서 또는 수술에 대한 承諾을 얻기 위한 전제로서 당해 환자나 법정대리인에게 질병의 증상, 치료방법의 내용 및 필요성, 발생이 예상되는 위험 등에 관하여 당시 醫療水準에 비추어 상당하다고 생각되는 사항을 설명하여 환자가 그 필요성이나 위험성을 충분히 비교해 보고 그 의료행위를 받을 것인가의 여부를 선택할 수 있도록 하여야 할 義務가 있을 뿐만 아니라, 그 진료 목적의 달성을 위하여 患者 또는 그 保護者에 대하여 療養의 방법 및 기타 健康管理에 필요한 사항을 상세히 설명하여 後遺症 등에 대비하도록 하여야 할 義務가 있다”<sup>52)</sup> 고 함으로써 醫師의 說明義務의 範圍에 대하여 언급하고 있다.

즉, 醫師의 설명은 환자가 일정한 치료행위에 대한 危險性, 치료중의 실패의 가능성과 病狀의 惡化등의 부작용에 대한 충분한 認識 등이 전제되어야 하며, 환자 스스로의 판단을 도와주어야 한다는 입장에서 醫師는 정확하고 誠實한 설명을 통하여 환자가 합리적인 결정을 할 수 있도록 도와주는 데 그쳐야 하고 환자에게 합리적인 판단을 強要하거나 非合理的이라 하여 환자의 결정을 침해하여서는 아니 된다. 그러므로 환자는 일정한 診療를 받을 것인지의 여부와 侵襲을 받는다면 어느 정도를 받을 것인지에 대하여 스스로 결정할 수 있는 自己決定權을 가지며, 이는 患者의 고유한 권리이므로 患者가 診療를 拒否할 경우, 이러한 拒否가 患者의 正常的인 情神狀態 하에서 明示的이고 진지하게 이루어진 것인 한, 醫師는 이를 존중하여야 한다. 그러나 의료행위와 관련하여 환자는 반드시 합리적인 판단만을 기대 할 수 없으며, 특히 위급한 상황일수록 의학적 내지 객관적인 관점에서 비합리적인 결정을 할 수도 있는데, 醫師는 객관적 내지 의학적인 관점에서 보아 타당하지 않거나 비합리적이라 하여 이를

52) 대법원 1997. 7. 22. 선고 95다49608.

무시하여서는 아니 된다.

문제는 본 事案에서 「...被告로서는 그 당시의 意識이 있었던 亡人이나 병원에 동행한 동료나 전화통화가 가능하였던 망인의 처에게 망인의 상태가 조기에 수술하지 아니하면 생명이 위험한 상황이 될 수도 있음을 충분히 설명하여 그 동의를 얻어 즉시 응급 개복술을 시행하고 수술개시가 지연되어 생명에 위험을 초래하는 일이 없도록 하여야 함에도 위와 같은 상황임을 충분히 설명하지 아니하여 이러한 사정을 알지 못한 처가 집 근처에서 수술 받기를 희망하였다는 이유만으로 ... ××의원으로 전원시킨 과실이 있다」하여 응급 개복술에 대한 說得義務 不履行責任을 묻고 있다.

본 사건의 판결을 분석하면, 사고 후 망인은 피고 E가 근무하는 병원에 후송하여 기본적인 검사를 마친 뒤 피고 E는 수술을 위한 동의를 얻기 위하여 직장 동료를 통하여 위 원고에게 전화하여 망인이 장파열로 수술을 해야 할 상태라고 이야기하였고, 망인의 직장동료는 망인의 妻에게 전화하여 이 사실을 고지하였고 전원 할 수 있는지에 대한 의견을 물어 피고 E는 보호자가 원한다면 그렇게 하라고 하였다. 따라서 전원결정에 대한 반대 즉 의사의 설득의무를 묻는 결과가 발생한다. 그렇다면 前者는 醫師에게 있어서 第1次的 說明義務가 되며(즉, 엑스선 촬영결과 장파열등의 설명), 後者 즉 患者의 非合理的인 결정에 대한 醫師의 說得은 넓은 의미에서 第2次的인 醫師의 說明義務가 된다.<sup>53)</sup> 그러나 第2次的인 醫師의 說明義務(비합리적인 자기결정권에 대한 의사의 설득)는 환자의 자기결정권과도 충돌되는 모순된 논리라고 할 수 있으며, 또 환자에 대하여 100% 완치를 보장할 수 있는 상황에서는 의사의 설득의무를 거론 할 수 있겠으나, 일반적으로 환자의 상태란 예측하기 어려운데, 본 사건에서와 같이 의사에게 설득의무까지 인정하여 그 책임을 묻는다는 것은 의사에게 있어서 너무나 가혹한 처사가 아닐 수 없다.

53) 왜냐하면 說明義務의 내용에는 助言義務, 說得義務 등이 포함되기 때문이다.