

정신질환자의 자살과 의료과오책임

손 홍 수 *

I. 들어가는 말
II. 정신질환자의 자살사고에 관한 의료과오책임과 그 진료계약의 법적구성
1. 정신질환자의 자살사고에 관한 의료과오책임의 법적구성
2. 정신질환자와의 진료계약의 법적구성
III. 우리나라의 판례
1. 개방적 치료를 받던 환자가 자살한 사례
2. 폐쇄병동이나 보호실에 수용된 환자가 자살한 경우
3. 검 토
IV. 일본의 판례
1. 개방적 치료를 받던 환자가 자살한 사례
2. 폐쇄병동이나 보호실에 수용된 환자가 자살한 경우
3. 정신과 외래환자가 자살한 경우
V. 미국의 판례
1. 일반적인 원칙
2. 자살의 예견 가능성 (Requirement that suicide be foreseeable)
3. 보호의무의 내용과 정도 (the extent of the hospital's duty to protect the patient)
4. 인과관계 (Requirement of causation)
VI. 맺는말
1. 예견 가능성의 징표가 되는 구체적인 정황들
2. 보호 (주의)의무의 내용과 정도
3. 판단의 방법
4. 심리방법상 유의사항

I. 들어가는 말

(1) 필자는 최근에 우울증으로 처방된 알약을 한꺼번에 삼켜 자살을 시도하여 위세척 등 보존치료를 마치고 응급실을 거쳐 의과대학 부속병

* 전주지방법원 정읍지원 판사

원 정신과 병동에 입원한 30대 주부가 그 다음날 새벽 옆에서 돌보던 남편이 담당의사의 상담 요청에 따라 잠시 자리를 비운 사이 자신이 맞던 링거줄을 이용하여 자살한 사안에 대하여, 담당의사와 간호사의 보호의무 위반을 이유로 그 사용자인 재단법인을 상대로 민법 제756조에 의하여 손해배상 책임을 묻는 사건을 처리한 적이 있다.

정신과 진료에서의 의료과오책임에 관한 지식이 전무한 상태에서 필자가 처음 가졌던 의문은 우선 스스로 자살한 것인데 의료 측에 책임을 묻는다는 것은 가혹한 것이 아닌가, 책임이 인정된다면 과실상계는 도대체 얼마쯤 해야 적절한가, 정신병을 앓고 있어 오히려 돌보아 줄 사람이 필요한 터에 일실수익이 인정될 여지는 없고 위자료에서 고려하면 충분한 것 아닌가 하는 것이었고, 원고들 대리인도 필자의 이런 무지함을 일깨워 주지 못하였으며, 이 점에 있어서는 피고 대리인이 좀 낫긴 하였지만 특별하다고 할 수는 없는 수준이어서 의료 측의 책임이 부정된 일본의 판례를 몇 개 들었을 뿐이었다.

위 사건은 원래 필자가 조정전담 재판부에서 위자료로 2,500만원으로 강제조정을 하였으나 피고가 1,500만원 이상은 어렵다며 이의를 제기하여 본안재판에 회부된 것으로, 그 변론 종결일 무렵에 필자는 자살 방지가 바로 정신과 진료의 핵심 중의 하나인데 스스로 자살을 하였다는 이유만으로 책임을 부정할 수는 없는 것 아니냐는 생각과 대인사고에 있어 우리 판례가 차액설이 아니라 평가설을 견지하고 있는 이상 당장에 예후가 나쁘지 않다고 알려진 우울증을 앓고 있다고 하여 일실수익을 부정할 것도 아니라는 생각을 가지게 되었고, 망인이 자살을 시도하여 의과대학 부속 병원의 정신과 병동에 입원하였는데, 그 다음날 새벽 그 병실에서 자신이 맞던 링거줄을 이용하여 남편이 담당의사와 상담을 위하여 잠시 자리를 비운 사이에 자살한 점을 감안하여, 고민 끝에 동료 판사들의 조언에 힘입어 상식을 토대로 결론을 내린 적이 있다.

이같이 병원에 입원 중이거나 통원 치료를 받던 정신질환자¹⁾가 병원이나 병원 밖에서 자살하거나 자살 시도가 미수에 그친 경우 환자나 유

족들이 병원 등 의료 측을 상대로 손해배상을 청구하는 경우가 심심치 않게 보이고, 정신질환자는 그 증상의 종류와 증상의 단계에 따라 다르기는 하지만, 일반적으로 정상인이나 다른 질병의 환자에 비하여 자상(自傷)·타해(他害)의 위험이 굉장히 높아서, 환자가 그 증상으로 인하여 자살하거나 다른 사람에게 해를 끼치는 사고를 야기할 가능성이 크기 때문에 당해 증상에 대한 치료뿐 아니라 환자의 자살이나 그 밖의 사고를 방지하는 것도 정신질환자를 치료하는 병원의 보호의무(진료계약의 내용)에 속한다고 하지 않을 수 없는데²⁾, 이 경우 의료 측이 어떠한 경우에 얼마만큼의 손해배상책임을 부담하는지가 이 글의 목적이다.³⁾

(2) 정신질환자의 자살과 관련하여 의료 측의 책임을 추급함에 있어서는 환자의 자살이 예견되었거나 그 예견 가능성이 있었는지, 그에 따른 보호의무를 다하였는지 여부가 가장 중요한 요소이고⁴⁾, 그 전제로서 정신질환의 경우 환자 본인의 의사능력 등이 정상적이지 않은 경우가 많을 뿐만 아니라 스스로의 의사가 아니라 보호자나 법정대리인의 의사에 따

- 1) 정신보건법 제3조 제1호는 ‘정신질환자라 함은 정신병(기질성 정신병을 포함한다)·인격장애·알코올 및 약물중독 기타 비정신병적 정신장애를 가진 자를 말한다’고 정의하고 있다. 한국표준질병사인분류표상의 의미에 관하여는 “제4차 개정 한국표준질병·사인분류”, 통계청 고시 제2002-1호의 V. 정신 및 행동 장애(Mental and behavioural disorders)(F00-F99)항 참조 (<http://www.nso.go.kr/>, 2006. 11. 21. 방문).
- 2) 水沼 宏, “精神科(2)-入院患者の自殺”, 根本久 編 裁判實務大系17 醫療過誤訴訟法, 青林書院(1990), 732면; J.D. Lee, Barry Lindahl, Modern Tort Law: Liability and Litigation(Database Updated July 2005), § 25:131(2d ed.); White v. U. S., 244 F. Supp. 127 (E.D. Va. 1965), judgment aff'd, 359 F.2d 989 (4th Cir. 1966); Lomayestewa v. Our Lady of Mercy Hospital, 589 S.W.2d 885 (Ky. 1979) (환자가 설치가 의무화된 보호막이 설치되지 않은 창문을 통하여 뛰어내린 사안); Wees v. Creighton Memorial St. Joseph's Hospital, 194 Neb. 295, 231 N.W.2d 570 (1975); Hofflander v. St. Catherine's Hosp., Inc., 262 Wis. 2d 539, 2003 WI 77, 664 N.W.2d 545 (2003) (환자가 피해를 한 경우라 하더라도 요구되는 높은 수준의 주의 의무 때문에 기여과실 주장을 할 수 없다고 한 사안)
- 3) 정신질환자가 병원 안에서 다른 환자를 해치거나 병원을 무단으로 이탈하여 병원 밖에서 다른 사람을 해친 경우의 의료 측 책임도 문제되지만, 이 부분에 대한 논의는 辻 伸行, “精神科患者の自傷他害事故”, 太田幸夫 編 新·裁判實務大系1 醫療過誤訴訟法, 青林書院(2000), 383면 이하 및 “精神障害者による殺傷事故および自殺と損害賠償責任(1) 내지(5)”, 判例時報 1549호(1996. 2.), 判例時報 1552號(1996. 3.), 判例時報 1555號(1996. 4.), 判例時報 1558號(1996. 5.), 判例時報 1561號(1996. 6.)에 맡긴다.
- 4) Lee, Barry Lindahl, 앞의 책, 25:131(2d ed.)

라 입원한 경우도 적지 않고, 정신보건법에 따라 자의에 반하여 입원 조치되는 경우도 있어서 의료 측의 책임을 법률적으로 어떻게 구성할 것인지도 문제 된다.

(3) 또한 정신질환자의 자살사고에 관한 의료 측의 책임을 검토함에 있어서는 정신과 진료가 눈에 보이지 않는 정신영역을 그 대상으로 한다는 점과 아울러 현재의 정신과 의료에서 빼놓을 수 없는 개방화 의료로 어디까지 자상 타해 방지조치를 의료 측에 요구할 것인가 하는 점에 관하여도 유의하지 않으면 안 된다.

앞서 본 바와 같이 정신질환자를 수용하는 병원으로서는 당해 증상의 치료뿐만 아니라 환자의 자살 그 밖의 위험으로부터 환자를 보호하는 것도 진료계약의 내용에 포함되지 않을 수 없지만, 환자를 병실이나 보호실에 가두어 놓고 사회로부터 분리, 차단하거나 환자를 엄중한 감시 하에 두는 것은 정신질환 자체의 치료 목적에 반한다. 오늘날의 정신과 의료가 격리치료에 그치지 않고 환자가 사회에서 가능한 한 자립적인 생활을 할 수 있도록 하는 방향으로 치료를 하려고 하고 있는 것도 이 같은 이유에서이다.

그런데 개방화 요법이라는 것이 일반의 사회생활에 가능한 한 가까운 형태로 치료를 행하는 것이라 어느 단계에선가 어떤 형태로든 사고가 발생하는 것은 피할 수 없는 면이 있는데, 이 경우 의료 측의 책임을 쉽게 인정하게 되면, 의료 측은 사고방지에 전념하고 개방화 요법에는 소극적이 될 것이다.

다른 한편 특히 개방화 요법에 있어서는 구체적인 치료방법에 관하여 의료 측에 광범한 재량이 부여되게 될 것인데, 치료방법을 비롯하여 의료 활동의 재량의 범위를 지나치게 넓게 인정하게 되면, 의료 측의 책임 추급이 사실상 불가능하게 될 것이고, 이는 개방화 요법에 대한 비판과 오해로 이어져 종국에는 개방화 요법에 도움이 되지 못할 것이다.

의료과오책임을 추급함에 있어 이같이 상충하는 이해관계 사이에서 조화를 이루어 내는 것 특히, 개방화 요법의 이념과 자상 타해 방지조치와

의 조화를 어떻게 이루어낼 것인가 하는 것이 정신질환자의 자살 타해사고 분야에 있어서 과제라고 할 수 있다.⁵⁾

미국의 경우에도 결과적으로 나쁜 결과로 귀착되었다 하더라도 전문적인 의학적 판단에 대하여 의료 측은 책임이 없다는 것이 확립된 법 원칙인데⁶⁾, 이는 정신과 의료에도 그대로 적용된다.⁷⁾

다만 그 판단은 적절한 의학적인 근거하에 이루어진 것이어야 하는데 (A decision that is without proper medical foundation, that is, one which is not the product of a careful examination, is not to be legally insulated as a professional medical judgment)⁸⁾, 면책이 인정되는 의학적인 판단과 보호(주의)의무위반 사이에 명확하게 선을 긋는 일은 쉬운 일이 아니다.⁹⁾

정신질환자의 퇴원(석방)이나 입원 치료에서 외래치료로의 전환의 경우에 특히 적절한 의학적인 판단이었는지 여부가 문제가 되는데, 이에 관하여는 어느 정도의 정책적인 고려가 불가피하다는 점에 대한 공감대가 형성되어 있지만¹⁰⁾, 그렇다고 하여 의료 측에 완전한 면책을 부여하는 것

5) 辻 伸行, 앞의 논문, 383면 이하 참조.

6) Pike v Honsinger, 155 NY 201, 210; DuBois v Decker, 130 NY 325, 330.

7) Topel v Long Is. Jewish Med. Center, 55 NY2d 682; Centeno v City of New York, 48 AD2d 812, affd 40 NY2d 932; Cameron v State of New York, 37 AD2d 46, affd 30 NY2d 596; St. George v State of New York, 283 App Div 245, affd 308 NY 681; Fiederlein v City of New York Health & Hosps. Corp., 80 AD2d 821, affd 56 NY2d 573; Paradies v Benedictine Hosps., 77 AD2d 757; Taig v State of New York, 19 AD2d 182.

8) Larkin v State of New York, 84 AD2d 438, 445-446; Herold v State of New York, 15 AD2d 835, 836; Weatherly v State of New York, 109 Misc 2d 1024, 1029; Hirschberg v State of New York, 91 Misc 2d 590, 595; O'Neil v State of New York, 66 Misc 2d 936, 943; Whitree v State of New York, 56 Misc 2d 693, 708; Pigno v Bunim, 43 AD2d 718, affd 35 NY2d 841.

9) Topel v Long Is. Jewish Med. Center, 55 NY2d 682, 684 supra.

10) "The prediction of the future course of a mental illness is a professional judgment of high responsibility and in some instances it involves a measure of calculated risk. If a liability were imposed on the physician or the State each time the prediction of future course of mental disease was wrong, few releases would ever be made and the hope of recovery and rehabilitation of a vast number of patients would be impeded and frustrated. This is one of the medical and public risks which must be taken on balance, even though it may sometimes result in injury to the patient or others" (Taig v State of New York, 19 AD2d 182, 183, supra; see, also, Higgins v State of New York, 24 AD2d 147).

은 아니어서¹¹⁾ 역시 마찬가지이다.

(4) 아무튼 정신질환자의 자살과 관련해서는, 판례의 유형화를 중심으로 연구가 이루어지고 있을 뿐만 아니라, 구체적인 정황이 의료 측의 책임유무의 판단에 중요한 요소가 되므로, 이 글에서는 앞에서 본 정신과 의료에 있어서의 문제 상황을 염두에 둔 상태에서, 우선 그 전제가 되는 정신질환자의 자살사고에 관한 의료과오책임과 그 진료계약의 법적 구성에 관하여 살펴본 다음, 구체적으로 어떤 경우에 의료 측의 책임이 인정되는지 판례들을 유형별로 정리하여 보고, 아울러 책임인정 유무의 단서가 되는 구체적인 정황들의 추출을 시도해 보기로 하겠다.

다만 이 분야에 관한 우리나라의 판례가 아직 충분하지 않은 관계로 일본과 미국의 판례들을 함께 살펴보기로 한다.¹²⁾

Ⅱ. 정신질환자의 자살사고에 관한 의료과오책임과 그 진료계약의 법적구성

1. 정신질환자의 자살사고에 관한 의료과오책임의 법적구성¹³⁾

가. 적용 가능한 법률구성

병원 자신의 불법행위로 구성하는 경우에는 민법 제750조, 의사나 간호사 등의 치료, 간호에 있어서의 과실에 대하여 병원에 대해 사용자 책임을 묻는 경우에는 민법 제756조를 근거로 하게 될 것이고, 민법 제758조에 기하여 공작물의 설치, 관리상의 하자책임을 구하는 것도 고려할만하며¹⁴⁾, 일반 의료과오책임과 마찬가지로 계약책임(채무불이행책임)으로

11) Pike v Honsinger, 155 NY 201, 210, supra; DuBois v Decker, 130 NY 325, 330, supra; see, also, Ftuck v Hillside Hosp., 45 AD2d 708.

12) 손해배상법은 구체적인 사례 해결을 통하여 집적된 원칙이라 할 수 있으므로 대륙법과 판례법 사이의 장벽을 갖지 않고 좋은 법리를 공유할 수 있는 분야이다[이은영, 채권총론(개정판), 박영사(2001), 351면 1번 주].

13) 辻 伸行, 앞의 논문, 395면 이하를 토대로 정리한 것임.

14) 水沼 宏, 앞의 논문, 735면.

구성할 수도 있다.¹⁵⁾ 민법 제750조와 제756조 중 어느 조항을 적용할 것 인지는 의무위반 내지는 과실을 어디에서 구할 것인지에 따라서 달라지게 된다. 즉 의무위반과 과실을 병동의 구조상의 불비나 결함, 간호체계의 불비, 소화설비나 피난체계의 불비에서 구하거나 병원의 간호체계 상의 불비에서 구하는 경우에는 병원의 피용자인 의사나 간호자들 개개의 의료, 간호에 관한 의무위반이나 주의의무위반을 문제 삼는 것이 아니라 병원 자체에 있어서의 설비, 간호체계상의 불비를 문제로 삼게 되기 때문에 병원의 책임에 관하여는 민법 제756조가 아닌 민법 제750조를 적용하게 된다.

시·도지사에 의한 입원(정신보건법 제25조, 이하 조치입원이라 한다)¹⁶⁾ 중의 환자가 자살한 경우로, 시·도지사가 국가나 지방자치단체가 설립, 운영하는 정신의료기관 또는 지정병원에 입원을 의뢰하여 치료를 받게 한 경우 자치단체의 책임에 관하여는 국가배상법 제2조 제1항을 그 책임 근거로 삼을 수 있을 것이나 그 적용을 부정하는 견해도 있다. 국공립 정신병원에의 자의입원(정신보건법 제23조)의 경우에는 그 설치자인 국가나 자치단체의 책임을 국가배상법 제2조 제1항에서 구할 수는 없고, 민법 제750조나 제756조 등에 의하여야 한다.

15) 일본의 경우 예전에는 주로 불법행위로 구성하였으나, 최근에는 소멸시효 기간의 장단, 의사 등의 귀책사유에 관한 입증책임의 소재, 법률구성에 따라 청구의 가부가 논해지는 손해의 비목 등을 고려하여 채무불이행에 의한 청구 내지 불법행위와 채무불이행 책임을 선택적 혹은 예비적 병합형식으로 구하는 경우가 일반적이라고 한다. 채무불이행 책임으로 구성하는 것과 불법행위 책임으로 구성하는 것에 차이가 생기는 부분은 지연손해금의 기산일과 환자 가족 고유의 위자료 청구권의 존부로, 지연손해금 기산일의 경우 불법행위에 의한 경우 불법행위자는 불법행위 시로부터 바로 지체에 빠지는 데 반하여, 채무불이행에 의한 경우 채무자는 채권자로부터 이행의 청구를 받은 때에 지체에 빠지게 되어 지연손해금은 그 다음날부터 기산하게 되고, 환자 가족 위자료의 경우 가족은 통상 의료기관과 사이의 진료계약의 당사자가 아니기 때문에 채무불이행에 기해서는 위자료 청구권을 행사할 수 없다(最判 昭和 55. 12. 18. 民集 34卷 7號 888項). 의료법인 등과 담당의사 쌍방을 피고로 할 경우 담당의사에 대하여 채무불이행 책임을 묻는 것은 통상 생각하기 어렵기 때문에 후자에 대하여는 필연적으로 불법행위 책임으로 구성할 수밖에 없다[太田幸夫, “醫療過誤訴訟における訴訟指揮”, 太田幸夫 編 新・裁判實務大系 1 醫療過誤訴訟法, 青林書院(2000), 455, 456면].

16) 정신보건법 제26조에 의한 응급입원의 경우에도 비슷한 법리가 적용될 것이라고 생각된다.

나. 국가배상법 제2조 제1항의 적용

(1) 조치입원 환자의 자살사고 중 국가나 자치단체가 설립, 운영하는 병원인 경우, 조치입원제도는 자상 타해의 우려가 있는 정신질환자를 시·도지사의 처분에 의하여 본인의 의사에 반하여 정신병원에 입원시켜 치료, 관리토록 하는 것이어서, 조치입원 환자에 대한 치료, 관리행위는 공권력의 행사에 해당하기 때문에¹⁷⁾ 국가배상법 제2조 제1항을 적용하는데 이론이 없을 것이다.

(2) 그런데 국공립 정신병원이 아닌 지정병원에 입원시킨 경우(정신보건법 제25조 제3항, 제6항) 국가배상법 제2조 제1항을 적용할 것인지 여부에 관하여는 의견이 나뉘고 있다. 일설은, 시·도지사의 입원조치가 공권력의 행사에 해당하는 것은 맞지만, 지정병원이나 그 종업원들이 조치입원 환자에 대하여 행하는 구체적인 수용 및 진료행위는 그와 독립하여 행하여지는 것이고 환자와 지정병원 사이에 공법관계가 생길 여지도 없기 때문에 공권력의 행사에 해당하지 않는다고 하고¹⁸⁾, 반면 다른 입장 은, 조치입원은 입원조치로부터 입원조치의 해제(정신보건법 제36조)에 이르기까지 사이에 환자를 일방적으로 수용하는 것이기 때문에 그 사이의 전 과정을 통틀어 공권력의 행사에 해당한다고 보아야 하고, 따라서 조치입원 환자를 치료, 간호하는 행위도 공권력의 행사에 해당한다고 한다.¹⁹⁾ 이와 같이 의견의 대립이 있는 것은, 공권력 행사임이 분명한 입원

17) 静岡地裁 昭和 57(1982). 3. 30. 判時 1049号 91項(원외작업 요법 중 조치입원 중인 정신분열증 환자가 타인을 살해한 사건에 대하여, 원외작업 요법을 실시함에 있어서는 병력, 증상 등에 유의하고, 환자의 능력, 증상에 따라 관리, 관찰이 가능한 작업장을 골라야 하고, 작업요법 실시 후에도 증상에 따른 적절한 조치가 행하여지도록 치료적 관리 하에 두어야 할 의무가 있음에도, 주치의가 원외작업 실시에 있어서 이 같은 주의의무를 다하지 못한 잘못이 있다고 하여 국가배상법 제2조 제1항에 의한 책임을 인정한 사안. 이해의 편의를 위하여 우리 법의 해당조문을 표기하였다. 이하 같다.)

18) 宇都宮地裁足利支判 昭和 50(1975). 12. 23. 下民集 26卷 9 = 12号 993項(입원환자의 방화로 발생한 정신병원의 화재로 인하여 환자가 사망한 사례에 관하여, 병동의 구조상의 불비, 결함, 성냥관리상의 잘못, 소화설비와 피난체계의 불비 등을 인정하여 민법 제750조의 책임을 인정한 사안.)

19) 福岡地判 昭和 55(1980). 11. 25. 判時 995号 84項(그 자세한 내용은 뒤에서 따로 언급한다).

및 입원해제 조치와 조치입원 중의 치료, 간호를 일체로 보아야 할 것인지 여부에 관하여 의견의 일치를 보지 못하고 있기 때문인데, 조치입원에 따른 환자의 치료, 간호행위도 시·도지사의 권력적 작용에 따라 강제적 관리 하에서 행해지는 것이고, 국공립병원에서의 입원과 지정병원에서의 입원을 달리 취급할 별다른 이유가 없기 때문에, 입원조치의 결정에서부터 수용 중의 치료, 간호의 전 과정을 일체로서 공권력의 작용이라고 파악하는 것이 타당하다고 생각된다.

(3) 공권력의 행사는 공무원에 의하여 행하여지지 않으면 안 되는데, 여기에서 조치입원 중의 환자가 지정병원에 수용된 경우 그곳에서 행해지는 치료, 간호가 공무원에 의하여 행해지는 공권력의 행사로 보아도 좋은가 하는 문제가 생긴다. 구체적으로 말하자면 치료, 간호를 담당하는 지정병원의 관리자나 의사, 간호인 등 직원이 공무원에 해당한다고 볼 수 있는가 하는 문제이다. 전자의 견해에 따르면 이를 부정하게 될 것이고, 후자에 따르면 국가배상법 제2조 제1항 소정의 공무원이란 국가공무원법, 지방공무원법에 의하여 공무원으로서의 신분을 부여 받은 자뿐만 아니라 국가 또는 자치단체를 위하여 공무를 위탁받아 이에 종사하는 자 또한 여기에 포함되기 때문에 시·도지사로부터 조치입원 환자의 치료, 간호를 위탁받은 지정병원의 관리자는 국가배상법 제2조 제1항 소정의 공무원에 해당하고, 그 지시하에 치료, 간호에 종사하는 직원도 공무원에 해당하게 될 것이다.²⁰⁾

(4) 국가배상법 제2조 제1항만을 적용할 것인가 그와 더불어 민법 제750조 내지 756조 등을 함께 적용할 것인지 여부는 피해자 구제의 관점에서서는 실익이 없고, 이론적인 관점에서만 논의의 실익이 있다고 주장되지만, 적어도 지정병원 사례에 있어서는 책임주체가 달라지는 점에서 논

20) 우리나라의 통설[박동희, 행정법I(제9판), 박영사(2003), 484면], 판례(대법원 2001. 1. 5. 선고 98다39060 판결, 대법원 1970. 11. 24. 선고 70다2253 판결) 모두 이 견해를 따르고 있다.

의의 실익이 있다. 즉 지정병원 사례에 있어서도 국가배상법 제2조 제1항이 적용된다고 한다면 책임 주체는 말할 필요도 없이 지방자치단체이므로 피해자는 지방자치단체를 상대로 손해배상을 구하게 될 것이지만, 그 적용을 부정하여 민법 제750조, 제756조 등이 적용될 뿐이라고 하게 되면, 피해자는 지정병원을 상대로 손해배상을 구할 수밖에 없다.

(5) 지정병원에서의 조치입원 사례에서 특히 문제되는 것이 당해 자치단체가 국가배상법 제2조 제1항에 의하여 책임을 지는 경우에 지정병원은 책임을 전혀 부담하지 않는가 하는 것이다. 우선 병원 측의 치료, 간호상 의무위반(과실)이 인정되는 경우 자의입원(정신보건법 제23조), 보호의무자에 의한 입원(정신보건법 제24조)이라면 민법 제750조, 제756조 등에 의한 책임을 면할 수 없는데, 시·도지사에 의한 입원의 경우 병원의 책임을 면하게 하는 것은 형평상으로는 다소 문제가 있지만, 자치단체가 책임을 부담하는 이상 굳이 지정병원의 책임을 따로 인정할 필요가 없다는 견해가 있다. 그렇지만 이에 대하여는 지정병원이 책임 있는 자세로 수탁업무를 하도록 하기 위하여, 지정병원의 직원을 공무원으로 보고, 그 치료, 간호행위를 공권력의 행사로 인정하는 것에 의하여 자치단체가 국가배상법상의 책임을 부담하게 되더라도, 이에 의하여 지정병원 자체의 민사책임이 생기지 않는다면, 사용자·피용자 관계가 국가배상법의 적용에 의하여 공무원과 공권력의 행사의 문제로 흡수된다고 해석할 것이 아니라, 지정병원은 민법 제750조 내지 제756조의 책임을 부담한다고 하여야 한다는 반론²¹⁾도 있다. 즉 자치단체의 책임과 지정병원의 책임은 병존한다고 보아야 하며, 지정병원의 피용자로서의 의사, 간호사 등의 치료, 간호는 한편으로는 공무원으로서 공권력의 행사에 해당함과 동시에 지정병원의 피용자로서 직무에 종사한다고 하는 양면성이 인정되어야 한다는 것이다.

21) 辻伸行, 앞의 책, 397면.

2. 정신질환자와의 진료계약의 법적구성²²⁾

가. 조치입원, 자의입원

(1) 입원형태가 조치입원인 경우 그 법률관계는 권력적 작용에 기한 것으로서 진료계약에 기한 것이 아니라는 점에 대하여는 의문이 없을 것이다.

(2) 자의입원의 경우 환자는 입원 동의에 의하여 진료계약을 체결할 의사를 명시 또는 묵시적으로 표시하는 경우가 많을 것이어서, 대부분의 경우 일반 진료계약과 마찬가지로 환자와 병원, 의사간에 진료계약이 체결된 것으로 보아도 좋을 것이다. 그러나 자의에 의한 입원동의와 진료계약 체결을 위한 의사표시를 동일시 할 수는 없기 때문에, 환자의 동의가 있다고 하더라도 항상 환자 본인이 진료계약을 체결하였다고 보기는 어렵다. 따라서 환자에게 동의에 관한 판단능력이 있다고 하더라도 계약체결에 필요한 의사능력을 결하고 있는 경우나 계약체결의 의사를 명시적으로든 묵시적으로든 파악하기 곤란한 경우에는 다른 법률구성을 고려할 필요가 있다. 가령 친권자나 후견인이 정신질환자와 함께 병원에 와서 정신질환자의 동의를 얻어 입원시킨 경우 무리하게 환자와 병원, 의사간에 계약이 체결된 것으로 구성할 필요는 없고, 친권자나 후견인이 법정대리인으로서 병원, 의사와 사이에 계약을 체결한 것으로 보거나(대리구성), 그 같은 구성이 어려운 경우에는 병원, 의사와 환자 사이에 사무관리라고 구성할 여지도 있다.

환자에게 의사능력이 있었는지 없었는지 다투어지는 경우 이는 최종적으로 법원이 판단하게 될 것인데, 환자 본인이 진료계약을 체결한 경우에도 나중에 합의 시점에 환자가 의사능력이 없었다고 주장하는 경우가 있을 수 있다. 이 경우의 법률관계로는 사무관리를 고려해 볼 수 있지만, 진료계약의 무효를 일방 당사자가 주장하는 경우 그 계약의 효력이 문제

22) 辻 伸行, 앞의 精神障害者による殺傷事故および自殺と損害賠償責任(4), 176면 이하를 토대로 정리한 것임.

된다. 이 경우 계약은 무효라고 하더라도 의사무능력자의 행위의 효력에 관한 통설에 따르면, 적어도 환자 측이 병원이나 의사를 상대로 책임을 추급하는 데 대하여 병원, 의사 측이 환자의 의사무능력을 이유로 진료 계약의 무효를 주장하여 계약책임을 면하는 것은 불가능하다고 보아도 좋을 것이다.²³⁾²⁴⁾ 또 자의입원에 있어서 진료계약의 의료 측의 당사자가 엄밀히 말하여 누구인지가 문제되지만, 일반 진료계약과 달리 볼 이유는 없으므로, 정신병원의 설립, 운영자로 보면 될 것이다. 물론 이같이 계약 책임으로 구성하게 되면, 피용자로서의 의사나 간호사의 책임을 묻는 것은 불가능하다.

나. 보호의무자에 의한 입원

보호의무자에 의한 입원의 경우 누구를 당사자로 볼 것인지 즉, 대리 로 보아야 하는지 제3자를 위한 계약으로 보아야 하는지가 문제된다. 대리 구성은 보호의무자(정신보건법 제21조)가 정신질환자의 대리인으로서 병원, 의사와 사이에 진료계약을 체결한 것으로 보는 견해이고, 제3자를 위한 계약구성은 보호의무자가 요약자로서 정신질환자(수익자)를 위하여 병원, 의사(낙약자)와 진료계약을 체결한 것으로 보는 견해이다. 보호의 무자가 친권자나 후견인인 경우에는 이들이 법정대리인이기 때문에 대리 구성에 문제가 없지만, 이들 이외의 자가 보호의무자인 경우 대리구성은 곤란한 문제를 낳게 된다. 또 제3자를 위한 계약으로 구성하는 방안의 경우 수익의 의사표시의 요건이 문제가 되는데, 환자의 동의 없이 입원시키는 제도가 보호의무자에 의한 입원제도여서 환자 본인의 동의를 얻기 어려운 경우가 있기 마련이라 제3자를 위한 계약 구성은 이 점에서 약간

23) 辻 伸行, 위의 논문, 176면; 무효의 소급효 제한을 말하는 것으로 여겨진다[김천수, “법률행위의 무효”, 한국민법이론의 발전 : 무암 이영준 박사 화갑기념 논문집I, 총직·물권편, 박영사(1999), 170면 참조].

24) 채무불이행 책임이 아니라도 불법행위 책임으로 구성하는 데 문제가 없고, 실무에서도 대부분 불법행위 책임으로 구성하여 오고 있기 때문에 이론적인 관점에서만 논의의 실익이 있다는 지적이 있을 수 있다.

문제가 있다.

그러나 이는 보호의무자의 동의에 의한 입원이 정신보건법에 의하여 인정되는 것에서 보호의무자에게 정신질환자를 정신의료기관에 입원시키는 것에 관하여 대리권이 부여되었다고 보는 것으로 법리구성을 하게 되면 해결 가능한 문제이다. 즉, 병원, 의사에 대하여 보호의무자가 정신질환자의 입원에 동의함으로써 진료계약이 성립하고, 그 효과가 정신질환자에게 미친다고 하는 것이 정신보건법 제24조의 취지라고 보는 것이다. 그렇다고 하여 정신보건법 제24조가 제3자를 위한 계약구성을 전혀 배제하는 취지라고 보기는 어렵다. 정신보건법 제24조를 수익의 의사표시를 불요로 하는 특수한 제3자를 위한 계약으로서의 진료계약을 인정하는 취지의 규정으로 파악할 수도 있기 때문이다. 그렇지만 이렇게 구성하는 것은 다음과 같은 문제가 있다. 즉 제3자를 위한 계약으로 구성을 하게 되면 보호의무자가 진료계약의 당사자로서 병원, 의사에 대하여 보수지급 채무를 부담하게 되는데, 진료비를 당연히 보호의무자가 부담하여야 할 이유는 없고, 원칙적으로는 정신질환자가 부담하여야 한다(정신보건법 제50조, 제51조). 그리고 의료비에 관한 보험급부나 생활보호법에 의한 의료부조가 이루어지는 경우에도 정신질환자를 피보험자로 하여 지급이 이루어지지, 보호의무자가 부담하는 의료비에 관하여 급부가 행해지지 않는다는 점도 부양의무자가 의료비를 부담하지 않으면 안 되는 경우라도 보호의무자는 부양의무자에 한정되어 있지 않기 때문에 보호의무자이면 당연히 의료비를 부담하여야 하는 것은 아니다. 이러한 점을 종합하여 보면, 대리에 의한 법률구성이 보다 적절하다고 생각된다.

Ⅲ. 우리나라의 판례

아직 일본이나 미국에 비하여 관련 판례가 많지 않은 편으로, 대법원 판결 중 공간된 것이 3건에 불과하여 관련 하급심 판결들을 함께 모아 보았다.²⁵⁾ 그러나 대부분의 사례가 폐쇄병동이나 보호실에 수용된 환자

가 자살한 경우이어서, 개방적 치료를 받던 환자가 자살한 사례는 2건이 발견되었을 뿐, 외래환자가 자살한 사안은 발견하지 못하였다.²⁶⁾

- 25) 그 밖에 정신질환자의 자살에 관하여는 창원지방법원 1999. 12. 29. 선고 98가단44133 판결(확정, 정신분열증으로 국립○○정신병원에서 입원 치료를 받던 환자가 세면장에서 본인의 수건, 내의를 이용하여 샤워 꼭지에 목을 매 자살한 사안에 관하여, 샤워실 감시시설을 제대로 설치하지 아니하였고, 그 직원들이 망인을 제대로 보호, 감시하지 못하였다고 하여 책임을 인정하면서 원고측 과실을 75%로 인정한 사안으로 일실수익은 청구되지 않음), 대구지방법원 안동지원 2003. 8. 20. 선고 2002가단1406 판결(확정, 정신분열증으로 여러 정신병원을 전전하던 환자가 피고 병원 신경정신과에 입원하였는데 투약을 거부하고 다른 환자들을 공격하거나 자해하려고 하는 등 증세가 악화되어 담당의사의 지시로 보호복 2벌을 걸쳐 착용시킨 상태에서 격리실에 수용되어 있던 중, 격리실의 바깥쪽 창문에 설치된 보호창살을 벌린 다음 그 틈을 이용하여 뛰어내려 사망한 사안에 관하여, 피고 병원 소속 직원 등이 환자에 대한 보호의무를 다하지 못하였음을 이유로 책임을 인정하되, 원고측 과실을 70%로 인정한 사안으로 피고가 망인이 정신분열증으로 장기간 입원 치료를 받았으므로 노동능력이 전혀 없었다고 주장하였으나, 망인의 병력, 나이 등을 감안할 때 위와 같은 사정만으로 망인이 생전에 노동능력을 완전히 상실하였다고 보기는 어렵다는 이유로 도시 일용 노임을 기준으로 일실수익 산정).

- 26) 정신질환자의 자살에 관하여 의료 측의 형사책임이 문제된 것으로는 아래의 판례들이 있다.

- (1) 대법원 1970. 12. 22. 선고 70도2304 판결집18(3)형, 145] : 업무상과실치사 부정. 피해자는 정신분열증 망상형으로 진단 끝에 피고인이 경영하는 정신병원에 입원한 중환자가 입원한 지 얼마 지나지 않은 사이에 감시가 소홀한 취침시간을 이용하여 입고 있던 작업복 상의 옷자락으로 병실 유리창의 쇠창살에 목을 매 자살한 사안에 관하여, 망상형 정신분열증 환자가 자살 내지 자살을 범하는 것이 의학상 공지의 사실에 속함을 엿볼 수 없는 반면, 조울증 환자의 경우와는 달리 망상형 정신분열증의 환자의 자살 내지 자살 등의 자학적인 행동은 의학상 이례에 속하여 이를 예측할 것은 기대하지 못하는 이상, 피해자가 스스로 창살을 이용하여 자살한 이 건에 있어서 비록 그것이 정신질환에 말미암은 것이라 하더라도 그와 같은 자살이 필연적 내지 개인적으로나마 발생하게 된다는 예측 가능성이 없는 이상, 단지 이를 저지하지 못하였다는 부작위만으로 인명에 침해를 가한 경우에 해당한다고 해석할 수도 없다 할 것이므로 사고발생에 관하여 피고인에게 그 원인이 될 과실이 있었음을 인정할 증거가 없다고 판시.
- (2) 대법원 2005. 3. 24. 선고 2004도8137 판결(공보불게재) : 업무상과실치사 긍정. 알코올중독자를 수용하는 시설인 복지원을 운영하는 피고인들이 알코올중독으로 인한 금단증상을 보이는 피해자를 병원으로 호송하지 않고 독방에 가두어 방치하는 바람에 피해자가 그곳에서 목을 매 자살한 사안에 관하여, 피고인이 복지원을 운영하면서도 알코올중독자의 금단증상에 대처할 수 있는 의사 등을 배치하지 않았고, 피해자는 복지원에 입소할 때부터 알코올중독증세가 매우 심하였고 이 사건 이전에도 여러 번 금단증상을 보이기도 하였으며 이러한 사실을 피고인들도 모두 알고 있었으며, 그럼에도 피고인들은 위와 같이 금단증상을 보이던 피해자를 병원에 호송하여 치료를 받게 하는 등의 조치를 취하지 않았고, 그러던 중 피해자가 다시 금단증상을 보이자 피고인2가 피해자를 독방으로 옮겨 그대로 방치하였고 그 다음날 피해자가 목을 매어 사망에 이른 사실 등과 같은 사실들을 인정한 다음,

1. 개방적 치료를 받던 환자가 자살한 사례

가. 부산고등법원 2004. 4. 29. 선고 2003나14621 판결²⁷⁾ (공정)

어려서부터 충동조절장애, 강박증, 우울증으로 치료를 받아 오던 소외인이 피고 대학병원 의료진의 권유로 입원 치료를 받아오다가 경과가 양호하다고 판단되어 대입학원에 다니던 가운데 담당의사의 교체로 혼란을 겪던 와중에 새벽같이 학원 간다면서 피고 병원을 나와 배회하다가 인근 혜화역에서 달리는 전동차에 뛰어들어 자살을 시도하여 우측원위대퇴골 골절 등의 상해를 입은 사안에 관하여, 사람의 생명·신체·건강을 관리하는 업무의 성질에 비추어 의사는 진찰·치료 등의 의료행위를 함에 있어서 위험방지를 위하여 환자의 구체적인 증상이나 상황에 따라 요구되는 최선의 조치를 취하여야 할 주의의무가 있다 할 것인데, 소외인은 피고 병원에 입원하기 이전부터 충동조절장애, 강박증 및 우울증 등으로 고통 받아 왔고, 위와 같은 증상으로 정신과에 입원하여 치료를 받은 경험도 있으며, 실제로 자살 시도까지 하다가 피고 병원에 입원하게 되었고, 그 후 주치의가 변경되면서 그에 아주 민감하게 반응하여 이전보다 행동제한규정을 위반하는 횟수가 늘어났을 뿐만 아니라, 실제로 자살까지 시도하고 그 이후 심각하게 또 구체적으로 자살에 관하여 언급하는 등 정서상 기복이 위험한 수준에 이르렀고 위와 같은 상황에서는 프로작의 부작용이 크게 우려되는 등의 정황으로 미루어, 그 치료를 담당하면서 언제나 자살가능성을 염두에 두고 있었던 담당의사들로서는 그 무렵

알코올중독자의 수용시설을 운영 또는 관리하던 피고인들로서는 알코올중독자의 금단증상에 대비하여 의사 등을 배치하고 금단증상을 보이는 알코올중독자를 즉시 병원으로 호송하여 치료를 받게 하는 등의 조치를 다할 주의의무가 있었음에도 피해자가 금단증상을 보일 때 위와 같은 주의의무를 다하지 아니하고 피해자를 독방에 가둔 다음 그대로 방치한 과실이 있고, 피고인들은 알코올중독증세가 심해 금단증상이 잦았던 피해자가 위와 같은 경우에 자살하는 등 위험한 행동을 할 수도 있었음을 충분히 예견할 수 있었다 할 것이므로, 피고인들의 과실과 피해자의 사망 간에는 인과관계가 인정된다고 봄이 상당하다 하여 이 사건 업무상과실치사죄가 인정된다고 판단한 원심을 인용.

27) 대법원 2004. 9. 9. 선고 2004다30460 판결로 심리불속행 기각.

현재히 자살의 위험성이 높아졌음을 알 수 있었다고 봄이 상당하므로, 그와 같이 자살을 예견할 수 있었던 담당의사 등으로서는 일시적으로 소외인이 피고 병원을 나가 직접적 관찰 및 감시가 불가능한 학원에 가는 것을 통제하여 피고 병원 내에서 공부하게 하고 간호사 등으로 하여금 소외인의 상태 및 행동을 지속적으로 주의 깊게 살피도록 하거나, 만약 그 주장과 같이 정신과치료의 중국적 목적이 사회복귀를 실현시키는 것에 있다는 전제 하에 그 일환으로 소외인을 학원에 보내기로 결정하였다면, 간호사 등에게 그 자살위험성에 대하여 주지시켜 그들로 하여금 소외인 몰래 학원에 전화를 하여 알아보거나, 귀원한 이후 소외인에게 외출 시의 행동에 관하여 물어보고 학원에서 공부한 내용을 확인하는 등 적절하고도 보다 적극적인 방법을 통하여 적어도 학원내의 출석 여부는 확인하고, 또 등원중 및 귀원중의 행동에 관하여도 더 면밀하게 관찰, 중단하게 하는 등의 조치를 취하여 그의 자살 시도를 미연에 방지함으로써 소외인을 보호하여야 할 주의의무가 있음에도 불구하고, 위와 같은 조치를 취하지 아니한 채 만연히 소외인을 학원에 보내고 간호사 등에게 귀원 이후 형식적인 물품검사만 하게 하였을 뿐, 그에 따른 소외인의 상태 및 행동 관찰, 그 보호 및 감시에 관한 적절한 조치를 취하지 않은 과실이 있고, 또 담당의사들 등의 위와 같은 과실로 인하여 소외인이 피고 병원 밖에서 자살 시도를 하여 상해를 입었으므로, 피고는 담당의사들 등의 사용자로서 손해를 배상할 책임이 있다고 판시.

다만, 소외인은 그 행위책임을 부담할 정도의 완전한 의사결정능력을 보유하고 있다고 볼 수 없다 하더라도, 자신의 신체에 대한 위험성 등은 판별할 수 있는 정도의 의사능력은 갖고 있었다 할 것이므로, 소외인으로서 피고 병원 밖으로 나가더라도 학원에 출석하여 검정고시를 준비하는 등으로 피고 병원의 지시에 순응하면서 자신의 병세를 호전시키도록 노력하여야 함에도 불구하고, 학원을 가지 아니하고 인근을 배회하다가 달리는 전동차에 뛰어들어 잘못이 있다고 하여, 소외인의 과실비율을 40%로 인정 (일실수익은 청구되지 않음)²⁸⁾

나. 서울지법동부지원 1989. 11. 9. 선고 87가합2124 판결 (항소기각)²⁹⁾ (부정)
15세의 학생인 환자가 6회에 걸쳐 자살을 기도하여 피고가 경영하는
신경정신과의원에 입원하여 치료를 받던 중, 증세가 호전되어 집단치료실

- 28) 그 1심 법원(부산지방법원 2003. 9. 17. 선고 2002가합1720 판결)은 정신과 치료의 최종목적은 자살 방지에 있지 않고 사회복귀에 있다고 할 것이므로, 치료의 과정에서 자살의 가능성이 명백히 인정되지 않는 한 사회생활에 대한 적응 준비가 필요한 것이지만 환자에 대한 엄중한 감호는 오히려 유해한 것이고, 또한 어떠한 치료 체계를 취할 것 인지는 치료에 임하고 있는 의료진의 임상판단을 존중하여야 하고, 그 판단이 현저히 재량을 일탈하거나 부적절한 조치라고 인정되는 등 특별한 사정이 없는 한 의료진에게 관찰, 감독상의 주의의무를 게을리 한 과실은 없다고 보아야 할 것임바, 피고 병원 의료진은 약물치료 등으로 상태가 호전되는 과정에 있던 소외인의 사회복귀에 필요하다고 판단하여 학원에 보냈고, 매일 총동성 평가 등을 하여 총동적인 행동의 위험성이 있는 경우 학원에 나가는 것을 금해 왔는데, 사고 당일에도 소외인이 밝은 모습을 보이는 등으로 이상소견을 전혀 보이지 않았으므로, 피고 병원 의료진이 학원에 보내기로 한 것에 현저한 재량일탈 등의 과실이 있다고는 할 수 없다는 피고 주장에 대하여, 정신과 치료는 인간의 추상적인 정신작용을 다루는 특성상 전문가에 의한 고도의 의학적 판단이 필요하고, 그 판단에 따른 치료방법 등의 선택에 있어서도 그 방법이 정형화된 신체적 질병 치료분야보다도 재량의 범위가 훨씬 넓은 것이 사실이고, 자살의 염려가 명백하지 않은 정신과 환자의 치료에 있어서는 자살 방지를 위하여 격리된 공간에 수용하는 등의 엄중한 감호보다는 사회복귀를 위한 외출 등 치료 프로그램이 더 적절하다는 피고의 주장도 일응 타당하다고 할 것이지만, 환자의 사회복귀는 그 환자의 생명이 보전된 이후의 문제라는 점에 비추어 볼 때, 자살 시도 가능성이 예견되는 데도 불구하고 의료진의 감시가 미치지 않는 곳으로 외출을 허락하는 것은 허용될 수 없다고 할 것이므로, 자살 방지보다 사회복귀에 중점을 둔 치료방법은 그 자체가 환자의 자살 가능성이 희박한 것을 전제로 하고 있다고 할 것이고, 이와 같은 전제에 서지 못한 사회복귀 치료는 부적절한 것이라고 할 것인데, 소외인은 피고 병원에 입원한 이후 2002. 2. 말경까지는 일정한 조건하에 퇴원을 고려할 정도로 그 상태가 호전되고 있었으나, 주치의가 변경된 2000. 3. 들어서 바뀐 의료진에 대한 부적응 등으로 폭력적 행동이 증가하고 감정의 기복이 심해졌으며, 자살을 암시하는 언행의 빈도가 부쩍 늘어 불안한 행동양상을 보이는 등 이전보다 더 악화된 상태에 있었고, 소외인이 2000. 3. 4., 같은 달 6일, 16일, 17일, 20일에 자살의 직접적인 의사를 표시하여 피고 병원의 의료진이 위 일자에 학원에 가는 것을 금하였던 바, 위와 같이 소외인이 빈번하게 자살의 의사표시를 하고, 자살 등 총동적 행동이 예견됨으로 인하여 학원에 가는 것을 금할 정도가 되고, 그와 같은 금지의 횟수가 위 사고가 발생한 시점에 가까워질수록 더 빈번해 지는 점 등의 제반정황에 비추어 볼 때, 적어도 위 사고 발생 시점에 즈음 하여서는 객관적으로 소외인이 자살을 시도할 가능성이 농후하였다고 보여지므로, 이와 같은 경우에 있어서까지 그 자살의 위험성을 감수하고 의료진의 감시 영역 밖에 있어 통제의 가능성이 희박한 학원에 보낸 것은 앞서 본 것과 같은 치료의 전제조건을 갖추지 못한 부적절한 조치였다고 볼 수밖에 없다고 판단하였는데, 이는 앞서 본 바와 같이 전문적인 의학적 판단에 따른 것이라도 그 판단은 적절한 판단근거에 기한 것이어야 함을 판시한 것으로 논여져 불만 한 부분이다.

29) 하집 1989(3), 140면.

에서 10여명의 정신질환자 및 그 보호자들과 의견을 제시하고 토론을 하는 면담치료 과정에서 자신의 아버지가 포기했다고 말을 하는 것을 듣고 충격을 받아 난동을 피워 안전요원이 그의 어깨를 오른쪽 팔로 껴안고 폐쇄병동으로 호송하던 중 안전요원의 가슴을 쳐 그를 뿌리치며 1.14미터 높이 위 비상계단옹벽을 뛰어넘어 8.1미터 아래의 지면으로 추락한 사안에 관하여, 정신병 환자를 치료하기 위하여 입원병실만을 폐쇄병동으로 설치하는 이외에는 환자들의 심리에 미치는 영향을 고려하여 환자전용통로의 병원비상계단에 높이 1.14미터 가량의 옹벽만을 설치하였을 뿐 추락방지를 위한 별도의 시설로서 철책 등을 설치하지 아니하였다 하더라도 그러한 조치가 세계적인 추세로 공인되어 있고 그 대신 환자들을 호송함에 있어 안전요원이 추락사고에 대비한 보호조치를 취하였음에도 불구하고 호송중인 환자가 갑자기 팔꿈치로 안전요원의 가슴을 쳐 뿌리치며 위 비상계단옹벽을 뛰어넘어 추락하였다면 이는 위 비상계단의 설치 또는 보존의 하자(민법 제758조)로 인한 사고에 해당되지 아니한다고 판시.

2. 폐쇄병동이나 보호실에 수용된 환자가 자살한 경우

가. 의료측 책임이 인정된 경우

(1) 대법원 1991. 5. 10. 선고 91다5396 판결³⁰⁾

원고가 정신질환으로 피고경영의 의과대학부속병원 신경정신과에서 전환장애로 진단되어 치료를 받던 중 보호병동에서 피고병원 직원의 감시가 소홀한 틈을 타서 자해행위로 부상을 당한 왼쪽 손목부위의 봉합부위를 감싸기 위하여 피고병원 직원이 감아 둔 탄력붕대를 창문 철망에 묶고 목을 매 자살을 하려다가 피고병원 직원에게 발견돼 미수에 그쳤으나 그로 인하여 저산소성 뇌손상을 입은 사안에 관하여, 원고는 위 사고 이틀 전 유리컵을 깨서 병원직원에게 행패를 부리고 주사맞기를 거부하며 플라스틱 쟁반을 입으로 물어 깨는 등 평소와는 달리 매우 공격적인 행

30) [공1991.7.1, (899), 1609]

등을 하였고, 혀를 깨물려고 하였으며 침대의 쇠붙이를 물고 바둑알을 깨서 자신의 손목에 상처를 내는 등 여러 가지 형태의 자해행위를 함과 아울러 자살을 감행할 것을 암시하는 말을 하고 위 사고 하루 전에는 보호병동에서 개방병동으로 옮겨 달라는 자신의 요구를 들어 주지 않는다는 이유로 대화와 식사를 거부하였을 뿐만 아니라 위 사고 당시까지도 위와 같은 자해적 태도를 포기하지 아니한 상태에 있었는데도 사고 당시 담당 간호사 등이 다른 환자들을 데리고 단체산책을 나가 버림으로써 원고로 하여금 자살도구로 손쉽게 사용될 수 있는 탄력붕대를 감은 채 병실에 혼자 남아 있게 하였고, 피고병원의 신경정신과 병실은 개방병동과 보호병동으로 구분되어 있는데 보호병동에는 근접관찰이 필요한 중환자를 수용하고 이들에 대하여는 외부인의 간호가 배제된 채 피고병원의 의사나 간호사 및 간호보조사 등의 직원에 의하여 그들의 책임 하에 환자의 관찰, 보호 및 감독이 이루어지며, 전환장애 환자가 자살기도를 시위하는 것은 그 증상의 하나에 해당하지만 드물게는 실제로 자살을 하는 경우도 있는 사실 등에 비추어, 원고에 대한 치료 및 간호를 담당하는 피고병원의 의사, 간호사 등으로서는 위와 같은 정황으로 미루어 자살을 감행할 수도 있을 것으로 예상되는 위험한 상태에 있는 원고의 동태를 계속 주의 깊게 관찰 감독하는 등의 조치를 취함으로써 전환장애 환자인 원고의 자살기도를 미리 방지하여야 할 주의의무가 있음에도 이를 게을리 한 과실로 인하여 위 사고가 발생하였다고 판단.

(2) 대법원 1993. 9. 14. 선고 93다21552 판결³¹⁾

피고 재단 산하 의과대학 부속병원에서 편집·피해망상 등 사회적 철퇴현상을 나타내는 편집성 정신분열증으로 진단받고 신경정신과 병동에 입원하여 치료를 받던 망인이 증세가 호전되면서 퇴원을 요청하여 오다가 저녁 배식시간을 틈타 피고 병원 10층 신경정신과 병동 출입문을 박차고 뛰어나가 비상계단을 통하여 9층으로 내려간 다음 9층에서 연결된

31) [공1993.11.1. (955), 2773]

암병동 신축공사장의 가로막힌 합판문을 발로 차서 넘어뜨리고 공사장 연결통로를 뛰어가다가 피고 병원 2층 옥상으로 떨어져 사망한 사안에 관하여, 피고 병원의 의사들은 망인이 퇴원을 시켜주지 않으면 자살하겠다는 말을 듣고 자살의 위험성이 크지 않다고 판단하였다 하더라도 총동행위나 탈출가능성에 대하여는 예견하고 있었으므로 이를 담당간호원과 출입문 경비자에게 미리 알려 망인의 탈출을 방지하여야 할 업무상 주의의무가 있다 할 것이고, 당시 출입문의 경비를 맡았던 소외인도 자신이 대리근무자로서 각 환자의 특성, 출입제한 여부 등을 담당직원이나 담당간호원에게 물어 망인이 탈출가능성이 있는 환자임을 미리 알고 그에 대비하는 등 그 직무를 충실히 수행할 의무가 있다 할 것인데, 피고 병원의 직원들인 위 담당의사들과 경비책임자 등이 이와 같은 주의의무를 게을리 한 과실로 망인이 위 병동을 탈출하여 사망하게 된 것이므로, 피고는 그 사용자로서 손해 배상책임이 있다고 판시.

나아가 원심이 망인은 그 행위책임을 부담할 정도의 완전한 의사결정능력을 보유하고 있다고 볼 수 없다 하더라도 자신의 신체에 대한 위험성 등은 판별할 수 있는 정도의 의사능력은 갖고 있었다고 할 것이므로, 망인으로서 피고 병원의 지시에 순응하여 자신의 병세를 호전시키도록 노력하여야 하고 함부로 출입이 금지된 곳으로 나가는 일이 없도록 하여야 함에도 불구하고, 피고 병원의 지시를 무시하고 위 병동을 탈출한 후 무리하게 위험한 곳으로 진행하다가 추락사한 것이라는 이유로 망인의 과실비율을 70%로 봄이 상당하다고 판단한 데 대하여, 망인은 중증의 정신질환자를 수용치료 하는 폐쇄병동에 입원하여 치료를 받아 오다가 이 사건 사고 당시 다소 증세가 호전되어 개방병동에 수용되기는 하였으나 개방병동의 환자 중에서도 비교적 증세가 심한 쪽에 속하여 병동 밖의 출입에는 반드시 병원직원을 동반하여야만 하는 출입통제대상 환자로 분류되어 있었으며, 그 당시 망인의 정신적 장애의 정도는 심신상실은 아니었을런지 몰라도 사물의 시비 또는 선악을 판별할 능력이 현저하게 감퇴된 상태에 있었다고 보여지고, 이러한 정신상태에 있는 환자의 경우

에는 자살이나 충동적 행동을 할 가능성이 항상 존재하는데, 특히 망인은 자신의 어머니에게 퇴원을 시켜주지 아니하면 자살하겠다는 말을 여러 차례 하였고 이를 전해들은 피고병원의 의사들은 망인의 충동적 행위나 탈출가능성에 대해 예견하였으면서도 이 점을 유의하도록 진료기록부상에 기재만 하였을 뿐 담당간호원이나 병동출입문의 경비자 등에게 이러한 사실을 알려 망인의 탈출가능성에 각별히 대비하도록 지시하는 등의 업무상의 주의의무를 다하지 아니하였고, 또 사고 당시 병동의 경비자는 임시 대리근무자로서 각 환자별 특성 등을 제대로 파악하지 못하여 망인의 당시의 심리상태는 물론 망인이 출입통제대상인지 조차도 몰라 사전에 망인의 탈출에 적절히 대응하지 못하고 병동출입문의 경비를 철저히 하지 못한 과실이 있을 뿐만 아니라, 위 경비자는 당시 혼자서 병동 전체 환자의 출입을 통제하는 업무를 담당하였던 관계로 다른 환자들에게 발생할지도 모를 만일의 사태에 대비하여 자리를 비울 수 없어 병동의 출입문을 박차고 뛰어나가는 망인을 쫓아가 붙잡는 등 적극적으로 사고발생을 예방하지도 못하였다는 것으로, 이는 경비책임자를 한 사람만 배치한 피고 병원의 경비체계상의 과실이라고도 볼 수 있는 바, 사고의 경위 및 사정이 위와 같고, 당시 망인의 정신적 장애의 정도가 사물의 시비 또는 선악을 판별할 능력이 현저하게 감퇴된 상태에 있었고, 이러한 정신적 장애상태에 있는 망인을 보호관리 하고 감독하며 치료할 책임이 기본적으로 피고 측에 있다는 사정에 비추어 보면, 원심이 망인의 과실의 비율을 피고 측의 과실비율의 두 배가 넘는 70%로 평가한 것은 피고 측의 과실내용에 비추어 지나치게 무겁게 평가한 것으로서 형평의 원칙에 현저하게 반하여 위법하다고 판시.

(3) 서울고등법원 1997. 4. 29. 선고 96나33732 판결 (확정)

망인이 신경정신과 등 24개과를 진료하는 피고 병원에서 알코올성 정신병, 알코올성 간장질환 등으로 치료를 받던 중 환각발작을 일으켜 피고 병원 건물 2층 베란다에서 뛰어내려 사망한 사안에 관하여, 망인은 피고 병원에 입원할 당시부터 알코올중독증에 의한 환각증세를 보이고 있었고

그 후 그 증세가 점차로 악화되어 공격적이고 피해망상적인 태도를 보이고 있어 그 치료를 담당하였던 피고 병원의 전문의들이 망인에게 알코올 금단증상과 알코올성 정신병에 의한 자해 및 타해의 위험성이나 충동적인 행동의 위험성이 있다고 판단하였으므로, 담당의사들로서는 망인을 격리병동인 정신과 병동에서 치료를 받도록 하여야 할 것이고, 망인의 보호자가 정신과 병동에의 입원을 동의하지 않는 태도를 보인다 하더라도 그녀에게 망인의 증상과 위와 같은 위험성들을 자세히 설명하여 그녀의 동의를 얻도록 적극적으로 노력하여야 하였고, 부득이하게 그녀의 동의를 얻을 수 없어 차선책으로 망인을 중환자실에 입원시키게 되었다라고 위와 같은 망인의 증상과 위험성을 중환자실 담당자들에게 충분히 알려 이에 대비하도록 하여야 하였으며, 또한 망인의 간호를 맡게 된 중환자실 담당 직원들도 그와 같은 위험성에 대비하여 망인을 24시간 근접관찰하면서 망인을 안정시키고 자해나 타해 등 만약의 돌발적인 사태의 발생에 대비하여 필요하다고 인정될 경우에는 의사의 지시에 따라 망인을 포박하여 치료하는 한편, 돌발적인 사태에 대처할 수 있는 인력을 항상 준비하여 대기하도록 하는 등 이에 대비하여야 하였음에도 망인의 담당 의사들은 보호자의 동의를 얻기 위한 적극적인 노력을 함이 없이 보호자가 반대한다는 이유로 가볍게 정신과 병동에서의 치료를 포기하고, 중환자실에서 계속 치료를 받도록 하였을 뿐 아니라 중환자실에서 치료를 받는 과정에서도 돌발적인 사태발생의 위험성에 대비한 아무런 조치 없이 만연히 3명의 여자 간호사들로만 망인을 포함한 24명의 중환자들을 간호하도록 하였다가 망인의 충동적인 행동에 제대로 대처하지 못한 잘못으로 위 사고가 발생하였다 할 것이므로 피고 병원은 위 의사들, 간호사들, 그 외 직원들의 사용자로서 책임이 있다고 판시.

다만, 망인의 처는 피고 병원 의사들이 소외인을 정신병동에 입원시킬 것을 권유하였음에도 합리적인 이유 없이 이를 거절함으로써 보다 강도 높은 간호조치를 할 수 없게 한 잘못이 있으므로 이를 참작하여 원고측 과실비율을 50%로 정함(일실수익은 청구되지 않음).

(4) 서울고등법원 1997. 7. 24. 선고 96나48987 판결 (확정)

피해망상증 등 심한 정신분열증세로 입원 치료를 받고 퇴원하였다가 재발되어 다시 피고 병원의 폐쇄병동에 입원하여 치료를 받아 오던 망인이, 입안에 1장의 빵봉지가 쭈셔 넣어져 있었고 그 위에 또 다른 1장의 빵봉지가 입과 코를 덮고 있었으며 1장의 화장실용 젖은 수건이 얼굴을 가린 채 머리 뒤로 묶여 있었고, 양다리도 수건으로 묶인 채 사망한 사안에 관하여, 망인은 정신분열증이 다소 회복단계에 이르러 충동적으로 자살을 시도한 것으로 보고, 통상 정신병원에서는 여러 종류의 정신병을 가진 환자들을 집단적으로 수용하여 치료를 하는데 그중 일부 환자들은 가끔씩 충동적으로 자살을 시도하는 경우가 흔히 있으므로 이러한 경우 정신병환자 치료를 전문으로 하는 피고 병원으로서는 수시로 병실 및 환자를 감시·감독하여야 하고 특히 폐쇄병동에 입원 중인 환자는 개방병동에 입원한 환자보다 정신장애의 정도가 심하여 일시적인 충동으로 자살을 결심하고 이를 실행하기 위해 예상하지 못한 행동을 하는 경우가 있으므로 더욱 환자들을 예의주시하여 그 동태를 감시·감독하여야 하며 또한 자살의 도구로 이용할 수도 있는 빵봉지(피고 병원이 간식으로 지급하는 빵의 곶봉지)나 수건 등을 사전에 수거하는 등으로 사고를 미리 막을 주의의무가 있음에도 불구하고 이를 소홀히 하여 폐쇄병동에 입원하고 있는 망인에 대한 감시·감독을 소홀히 하여 자살을 막지 못한 과실이 있다고 판시.

다만, 위 사고 당시 망인은 그 행위책임을 부담할 정도의 완전한 의사결정능력을 보유하고 있다고 볼 수 없다 하더라도 자신의 신체에 대한 위험성 등은 판별할 수 있는 정도의 의사능력을 갖고 있었다고 할 것이고 또한 특별히 자살을 결심하고 이를 실행할 만한 아무런 외적 요인이 없었으므로, 망인으로서의 피고 병원의 지시에 순응하여 자신의 병세를 호전시키도록 노력하여야 하는데도 불구하고 정신분열증의 회복단계에서 충동적으로 자살을 시도하여 위와 같이 사망한 것을 이유로 망인의 과실 비율을 50%로 인정.

망인의 사망시로부터 만 60세가 되기까지 도시 일용 노동에 의한 일일 수익을 구한 데 대하여는, 망인이 앓고 있던 정신분열증은 일반적으로 중국에는 인성의 황폐화를 야기하는 심각한 만성정신병으로서, 통계적으로 환자의 3분의 1에서는 인성의 기능이 거의 상실하게 되고, 약 3분의 1에서는 질환의 장기간 악화와 완화가 반복되면서 그 기능이 상당히 상실되며, 약 3분의 1에서는 질환의 안정화 내지는 관해상태로서 어느 정도 기능을 유지하며, 드물게는 완전한 회복을 보이기도 하는 사실, 정신분열증을 앓고 있는 망인의 질환은 완치는 흔하지 아니하고 완치되었을 경우에도 단순노동직에는 복귀할 수 있으나 그 기능은 병전 수준보다 저하되는 것이 일상적이며, 완치되는 치료종료기의 장애상태에 대한 맥브라이드식 장애평가에 의하면 장애정도가 12%-100%까지 다양한 양상을 보이는 사실이 인정되고, 여기에다가 망인이 정신분열증으로 피고 병원에 입원 치료를 받고 퇴원하였다가 약 40여일 후에 다시 정신분열증이 악화되어 다시 피고 병동에 입원하여 다시 치료를 받아 그 증세가 호전되는가 싶더니 갑자기 충동적으로 위와 같이 자살을 하였던 점을 종합하여 보면, 망인의 정신분열증은 점점 더 악화되거나 또는 장기간 악화와 완화가 반복되는 상태에 있었다고 보이고 따라서 그는 이 사건 사고가 없었다고 하더라도 치료 후 완치되어 도시 일용 노동에 종사할 수 있었다고 볼 수는 없다고 판시.

(5) 대구지방법원 1999. 6. 25. 선고 98가합13321 (항소기각)

우울증 등 정신질환으로 국립 정신병원에 입원 치료를 받아 오던 환자가 면도를 위하여 다른 환자들과 함께 병실 복도에서 줄을 지어 차례를 기다리고 있던 중 그 대열을 이탈하여 병실 출입구 쪽으로 잠시 걷다가 갑자기 달려가 병실 기둥에 자신의 머리를 들이받아 뇌경막 외 혈종 등의 상해를 입은 사안에 관하여, 위 사고 당시 담당간호사들은 원고가 사고 2일 전부터 병실을 빠져나가려 하는 등 병실이나 병원을 이탈하려는 등 징후를 보였고, 매일 매일의 간호기록에 의하여 위와 같은 징후를 발견할 수 있었을 것임에도 담당의사에게 보고를 하여 원고에 대한 면도를

연기하거나 그 행동을 통제하거나 감호할 수 있는 다른 적절한 조치를 취하지도 아니한 채 만연히 통상의 경우와 마찬가지로 60여명이나 되는 환자들을 줄서게 하여 간호조무사 1인만으로 하여금 환자들의 면도를 담당하게 하고, 담당간호사 역시 원고 등 환자들의 대열 이탈 가능성을 염두에 두지 않고 간호기록을 작성하느라 원고를 감시, 감호하지 않은 잘못이 있다고 판시.

피고는, 피고병원 등 정신병원에서는 환자의 증세에 따라 그 유형별로 적절한 조치를 취하고 특히 자해, 자살, 다른 환자에 대한 상해의 우려가 있는 경우 격리보호 등의 조치를 취하는데, 원고의 경우 사고 당일 새벽에 ‘이곳이 폭파될 것 같으니 빨리 빠져나가야 된다.’라는 취지의 말을 하고는 곧 안정상태로 돌아왔기 때문에 통상의 경우와 같이 면도를 실시하게 된 것이고, 한편 위 사고는 자신의 면도 차례를 기다리던 원고가 병실로 걸어가다가 병실 기둥 가까에서 갑자기 속력을 내어 기둥으로 달려가 발생한 것이므로 이는 간호사 등이 예측하거나 제지할 수도 없었던 돌발적인 것이어서, 피고로서는 달리 피할 도리가 없었다는 취지의 면책 주장에 대하여는, 원고는 위 사고 당일뿐만이 아니라 사고 2일 전부터 병실이나 병원을 이탈하려는 징후를 보였고, 위 사고 당시 면도 차례를 기다리던 원고나 다른 환자들을 감시, 감호하는 직원은 전혀 없었으며, 간호사 역시 환자들을 예의주시하지 않고 환자들의 증상에 관한 기록을 작성하고 있어서 사고 후에야 사고 경위를 알게 되었던 사실 등을 종합하여 보면, 위 사고는 정신질환자들을 보호 내지 감호, 치료하는 정신병원으로서의 응당 그 발생을 예측할 수 있었고, 회피할 수 있었던 범위 내의 것이라 봄이 상당하다고 하여, 받아들이지 않음.

다만, 원고는 자신의 행위에 따른 책임을 부담할 정도의 완전한 의사결정능력을 보유하고 있다고는 할 수 없으나, 적어도 이 사건 사고 이전이나 그 직후 자신의 신체나 생명에 대한 위험성, 피고병원의 의사, 간호사 등이 내리는 주의사항 등은 판별할 수 있을 정도의 의사능력은 가지고 있었다고 할 것인데, 비록 원고가 심한 우울증 등의 정신질환으로 치료를

받아온 환자였다고 하더라도, 미약하나마 의사결정능력이 있는 상태에서 스스로 병실 기둥에 자신의 머리를 들이받아 자해를 입은 것으로서, 이러한 잘못 역시 위 사고 발생의 한 원인이 되었다 할 것이고, 여기에다가 위 사고 발생의 경위, 피고병원의 구조와 설비, 상해를 입은 후 처음 후송된 A대학교병원에서 그 가족들이 종교상의 이유로 수혈을 거부한 사정 등 변론에 나타난 모든 사정을 고려하여 원고측 과실을 70%로 인정.

(6) 대법원 2002. 1. 8. 선고 2001다40022 (본소), 40039 (반소) (공보불게재)

정신병을 앓던 중 농약을 먹고 자살을 시도하여 입원 치료를 받은 환자가 간호를 하던 가족들이 퇴원절차를 위하여 병실을 떠난 사이에 주사바늘을 빼고 비상계단 쪽으로 나가 4층 창문에서 투신하여 슬개골 등 다발성골절상을 입은 사안에 관하여, 원고 병원이 자살 목적으로 농약을 음독하여 내원한 소외인이 20년간 정신질환을 앓아 온 병력이 있는 환자임을 알고 있었으므로 또다시 자살을 재시도할 가능성을 예견하고, 이에 따른 적절한 보호시설 또는 환자감시를 철저히 하여 자살 시도 및 안전사고 예방에 최선을 다하여야 함에도 이를 소홀히 하여 소외인이 중환자실에서 스스로 주사바늘을 뽑고, 병실을 빠져나와 복도 끝 창문을 통하여 투신하기에 이르렀으므로, 원고 병원은 소외인이 입은 손해를 배상할 책임이 있으나, 원고 병원은 입원환자 수에 비하여 간호사의 수가 턱없이 부족한 병원이어서 실제로 환자의 보호자에게 환자의 보호를 일부 맡기는 형편이었고, 위 사고 당시 원고 병원에는 누구보다도 소외인의 정신병력을 잘 알고 있는 소외인의 어머니와 언니가 그를 보호하고 있었으나, 원고 병원의 반대에도 불구하고 소외인의 거듭된 퇴원요청에 따라 보호자인 어머니와 언니가 함께 퇴원수속을 밟으러 1층으로 내려가면서 소외인을 보호자 없이 방치하여, 그 사이 소외인이 스스로 주사바늘을 뽑고 병실을 뛰쳐나가 복도 끝 창문을 통하여 투신하기에 이르렀으므로, 소외인과 그 보호자들에게도 원고 병원의 지시에 따르지 않고, 환자의 보호를 게을리 한 과실이 있고 그 과실비율은 전체의 80%로 봄이 상당하다고 판단한 원심 판결을 인용.

(7) 창원지방법원 2002. 6. 20. 선고 2001가합2365(확정)

알코올중독증으로 알코올치료센터가 있는 피고 병원에 입원 중으로 의 무기록상 2회에 걸쳐 자살을 시도한 경력이 있는 환자가 잠긴 출입문을 열고 옥상에 올라가 탈출을 시도하다 추락하여 사망한 사안에 관하여, 피고병원의 간호사 등은 알코올중독증 치료를 위해 보호실에 입원한 망 인의 증상에 비추어 그 동태를 감시하면서 탈주를 하거나 위험한 구역으 로 가지 않도록 망인을 보호해야 할 업무상 주의의무가 있고, 피고병원 소속 시설차장은 수용중인 환자의 탈주방지 및 우발적인 사고 방지를 위 해 시건장치 등을 점검하고, 취약시설물에 대하여는 항시 보강수리를 해 야 할 업무상 주의의무가 있음에도 이를 게을리 하여 망인으로 하여금 위 사고를 당하게 하였다 할 것이므로, 피고는 위 간호사들과 시설차장 의 사용자로서 위 사고에 대하여 손해배상 책임이 있다고 판시.

다만 망인은 위 사고 당시 금단증상으로 인하여 다소 환각증상 등을 보이기는 하였으나 자신의 신체에 대한 위험성 등을 판별할 수 있는 정 도의 의사능력은 갖고 있었다고 보여지고, 출입문의 시건장치를 손괴하 고 옥상으로 올라가 추락할 경우 생명에 위험을 초래할 가능성이 있음에 도 만연히 추락할 가능성이 높은 옥상 외벽을 내려가다 사고를 당하였음 을 이유로 망인의 과실비율을 70%로 인정.

피고는 망인이 피고병원에 입원하기 수년전부터 알코올중독증세로 자 살을 기도하거나 가족들을 폭행하고 기물을 파손하는 등 음식점영업에는 전혀 도움이 되지 못하였을 뿐만 아니라 오히려 망인의 알코올중독증세 로 영업방해만 되었을 뿐 실제 노동능력은 없는 상황이었으므로 사망으 로 인한 일실수익은 없다고 주장하였으나, 망인이 사고 당시 알코올중독 증세가 있었던 것은 사실이지만 이러한 사정만으로는 망인에게 노동능력 이 없었다고 인정하기에는 부족하다고 하여 직종별임금구조기본통계조사 보고서상 조리 및 음식서비스 종사자의 평균 급여를 기준으로 대체고용 비를 기초로 일실수익을 산정.

(8) 대구지방법원 2003. 6. 10. 선고 2000가합15726 판결 (확정)

정신분열증으로 피고 병원에 입원한 환자가 다른 환자가 탈출을 시도한 바 있는 빈 병실의 창문을 통하여 병원을 나가려고 하다가 추락하여 하반신 완전마비의 상해를 입은 사안에 관하여, 원고는 피고 병원에 내원하여 정신과 진료를 받은 정신질환자로서 위와 같이 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 현저히 미약한 자로서, 피고 병원에 내원한 이래로 나가게 해달라고 소리를 지르기도 하는가 하면 나가려고 시도하기도 하는 등 피고 병원에 적응하지 못한 채 불안정한 태도를 취하였던 점, 피고 병원은 일반 병원과 달리 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 없는 정신질환자를 치료하는 병원으로서 병원의 특성상 환자들 및 시설관리에 특별한 주의가 요구되는 점, 소외인이 위와 같이 병실 창문의 쇠창살을 뜯고 피고 병원에서 탈출을 시도하는 등으로 피고 병원 및 환자들은 매우 혼란한 상태에 있었던 것으로 보이는 점, 위와 같이 특별한 주의의무가 요구되는 상황이었다면 피고 병원으로서는 비록 위와 같이 소외인의 추락사고 직후부터 창문의 쇠창살을 수리하기 시작하였다고 하나 소외인이 위 병실을 떠나기 전에 그 수리를 완료하든지, 적어도 환자들이 위 병실에 접근할 수 없도록 하는 장치를 설치하거나 다른 직원을 배치하는 등의 조치를 다하여야 함에도 불구하고 이를 다하지 않은 점 등 제반사정에 비추어 보면, 피고 병원의 직원 및 이들을 지휘 감독하는 피고 허○○은 원고가 피고 병원에서 치료를 받는 과정에서 생명, 신체, 건강을 해치는 일이 없도록 인적, 물적 환경을 정비하는 등 필요한 조치를 다할 의무가 있음에도 이를 게을리 한 채 위 병실 및 그 창문을 방치한 과실이 있다 할 것이므로, 피고 병원의 의료진 및 담당 직원의 사용자인 피고 재단과 감독의무자인 피고 허○○은 공동 불법행위자로서 연대하여 손해배상책임이 있다고 하면서³²⁾, 원고는 소외인이 위 창문 쇠

32) 아울러 피고 병원은 정신질환자를 치료하는 병원의 특성상 불가항력적으로 환자들이 자해하는 경우까지 이를 방지할 수 없어 원고가 피고 병원에 입원할 당시 원고와 사이에 원고가 피고 병원에서 자해를 하거나 자살한 경우에는 그 책임이 없다는 내용의 입원약정을 하였으므로 피고들로서는 그 책임이 없다는 피고들의 항변에 대하여는,

창살을 수리하던 중 잠시 위 병실을 비운 사이 스스로 특별한 안전장치도 없는 위 창문을 통해 피고 병원을 나오려고 하다가 이 사건 사고를 당한 점을 고려 원고측 과실을 80%로 인정.

(9) 대법원 2003. 11. 27. 선고 2003다41012 판결 (공보불개재)

군복무 중 정신질환이 발발하였으나 치료 후 정상적으로 군복무를 마치고 사회생활을 하던 망인이 증상이 악화되어 아버지를 해치려고 하여 119에 의하여 국립 정신병원에 입원하여 보호실에 격리되어 치료를 받던 중 환자복 상의를 이용하여 보호실 내의 철망에 목을 매 자살한 사안에 관하여, 정신병원을 설치·운영하는 국가는 자살가능성이 있는 환자가 보호실에 있을 때에는 병원관계자들이 항상 관찰이 가능한 구조로 보호실을 설치하여야 함에도 보호실에서 가장 가까운 거리에 있는 간호사실에서도 보호실 내부를 직접 감시할 수 없고, 다만 보호실 출입문에 있는 창문을 통하여 내부를 관찰할 수 있게끔 설치한 과실과 자살 방지를 위하여 환자의 손에 닿지 않는 곳에 철망을 설치하여야 함에도 불구하고 철망 바로 밑에 보호실 바닥으로부터 60cm 높이의 증기난방장치를 설치하여 환자가 환자복을 이용하여 용이하게 보호실 철망에 목을 매어 자살하는 결과에 이르게 한 과실이 있고, 우울증 환자의 경우 예후가 양호하다고 하더라도 언제든지 자살의 가능성이 있으며, 또한 환자 중에는 충동적인 방법으로 자살을 하는 경우도 있으므로 그러한 환자가 입원하였을 때에는 자살을 예방하기 위하여 치료자들은 환자를 늘 가까이서 보살

피고들 주장과 같은 내용의 입원약정을 한 사실은 이를 인정할 수 있으나, 원고를 대리하여 위 약정을 체결한 원고의 동생이 이를 대신 체결할 권한이 있다는 점에 관하여 아무런 주장·입증이 없을 뿐만 아니라, 위 약정이 원고와 사이에서는 유효한 것으로 보더라도 위 약정의 취지는 피고 병원에서 치료를 받은 환자들에게 발생한 사고에 대하여 피고 병원 의료진 및 직원들에게 아무런 고의나 과실이 없는 경우에 피고 병원 의료진 및 피고 재단이 면책된다는 것에 불과할 뿐 환자들에게 발생한 사고가 피고 병원 의료진 및 직원들의 불법행위로 인한 경우라고 하더라도 피고 병원 의료진 및 그 직원들과 피고 재단은 그로 인해 발생한 손해에 대하여 아무런 책임을 지지 않는다는 취지라고 보기 어렵다고 판단법원은 면책특약의 효력을 일관되게 부인하여 오고 있는데, 공정거래위원회도 1995년부터 면책약관조항을 없애도록 하였다고 한다. 최재천, 박영호, 의료과실과 의료소송, 육법사(2002), 253면.

펴야 된다는 점에 비추어 보면 환자의 자살가능성을 예견할 수 있었던 담당의사는 환자를 보호실에 격리시키는 경우 그 자살위험성에 대하여 간호사 및 간호조무사들에게 주지시켜 간호사 및 간호조무사들로 하여금 환자의 상태를 계속적으로 주의 깊게 살피도록 하는 등의 조치를 취하여 환자의 자살을 미연에 방지할 업무상 주의의무가 있음에도 불구하고 망인을 보호실에 격리시키도록 지시하면서 간호사 및 간호조무사들에게 망인의 감시 등에 관한 특별한 지시를 하지 않은 과실이 있으므로, 피고는 이 사건 보호실의 설치·관리상의 하자 및 피고 소속공무원인 차○○의 직무상 불법행위에 대하여 손해를 배상할 책임이 있다고 판시.

다만, 망인의 상태, 치료과정 등에 비추어 망인이 정상인과 같은 완전한 의사결정능력을 보유하고 있다고 볼 수는 없다 하더라도 자신의 신체에 대한 위험성 등은 스스로 판별할 수 있는 정도의 의사능력은 갖고 있었다고 할 것임에도 스스로 보호실 철망에 환자복을 이용하여 목을 매어 자살을 기도한 잘못이 있다고 하여 망인의 과실비율은 70%로 인정.

피고는 망인이 정신질환을 앓고 있어 정상인과 같은 정도의 노동에 종사할 수 없음이 명백하므로 망인의 일일수입을 산정함에 있어 정상인의 도시 일용 노임을 기준으로 산정하는 것은 부당하다고 주장하였으나, 망인이 정신질환 등으로 치료를 받았으나 군 생활에 지장이 없다고 인정되어 퇴원 후 정상적으로 군복무를 수행하다가 별 탈 없이 군복무를 마치고 전역한 점, 망인의 경우 우울증 등의 증상이 일시 발병하였다가 곧 완화되는 등 지속적인 정신질환을 보이지는 않았는데, 최종적으로 치료를 받은 1999. 6. 22. 이후 별다른 증상을 보이지 않다가 2000. 3. 28.경 갑자기 폭력적인 성향을 보이는 등 상태가 악화된 점, 일반적으로 우울증의 예후는 양호하여 정상적인 상태를 보인다는 점 등에 비추어, 망인에게 불안, 우울증 등의 증상이 있었던 점만으로는 당시 망인이 위와 같은 증상으로 인하여 정상인과 같은 정도의 도시 일용 노동에 종사할 수 없다거나 망인이 앓고 있던 질환이 평생 치유가 불가능하여 노동에 종사할 가능성이 없다는 점을 인정하기에 부족하다고 하여 도시 일용 노임을

기준으로 일실수의 산정한 원심 판결³³⁾을 인용.

나. 부정된 경우

(1) 전주지방법원 1996. 6. 12. 선고 95가합2493 판결

군복무 중 장기입원으로 말미암은 정신질환증세로 농약을 먹고 자살을 기도하여 피고학원 산하 대학병원부속병원에서 입원 치료를 받고 퇴원하였으나 상태가 호전되지 아니하자 망인의 가족 중 한 사람이 증세에 관하여 말할 경우 피고부속병원에서 입원 치료를 거부할 것으로 생각하고 담당의사에게 전에 약물중독으로 피고부속병원에서 치료를 받은 바 있는데 매우 효과가 좋았다면서 입원 치료를 부탁하면서 그 약물중독의 원인이 무엇이었는지 또 현재 망인에게 자살을 시도하려는 정신병 증세가 있는지 여부에 관하여는 일체 말하지 않은 채³⁴⁾, 망인을 피고 부속병원으로 데려와 한방치료를 하여 달라고 부탁하여, 당시 망인에게는 불안신경증과 신경쇠약 등의 증세가 있었으나 특별히 자해를 하거나 타인에게 해를 가할 수 있는 중증의 상태가 아니어서 피고부속병원 측으로부터 보호자가 계속 감호하고, 입원 중 발생하는 모든 문제들을 가족들이 책임진다는 조건하에 환자 6인이 함께 사용하는 일반병실을 사용하도록 허락받은 환자가, 정상적인 사고 아래 작성한 듯이 보이는 유서를 남긴 채 인근의 야산에서 사체로 발견된 사안에 관하여, 망인의 가족들이 피고는 망인이 정신병환자임에도 불구하고 감호시설을 갖추어 격리수용하거나 간병인이나 간호인을 붙여 감호하지도 아니하였을 뿐만 아니라 여러 환자들이 함께 사용하는 일반병실에 입원하도록 하여 망인으로 하여금 임의로 입원실에서 빠져나와 행방불명되었다가 사체로 발견되도록 하였으

33) 광주고등법원, 2003.7.2. 선고 2003나1808 판결(각공2003.9.10. (1), 7). 그 1심인 광주지방법원 2003.1.24. 선고 2002가합153 판결도 책임인정의 근거, 과실상계 비율, 일실수익 인정의 점 등에서 원심 판결과 거의 같은 입장이었다.

34) 정신질환자의 기여과실 주장이나 상대적 과실 주장에 관하여는 소극적이지만, 환자 가족의 상대적 과실이나 환자가 그 병력에 관하여 일부러 잘못된 정보를 제공한 경우에는 상대적 과실 주장에 대하여 적극적이라고 하는 다음에 보는 미국의 판례의 태도를 연상하게 하는 대목으로 흥미롭다.

니 피고는 간호조치를 소홀히 한 데 대하여 책임이 있다고 주장한 데 대하여, 망인이 위 병원에 입원할 당시 자해 등의 우려가 있어 격리수용하거나 간호시설이 설치된 병실에 입원시킬 만큼 증세가 심한 상태였다고 보여 지지 아니하고 또 사망하게 된 경위도 위 유서에 비추어 보면 망인이 정상적인 사고 하에 스스로의 의사에 기하여 인생을 비관하고 자살한 것으로 보이므로 피고가 원고들의 요청 및 승낙을 받아 망인을 일반병실에 입원시켜 치료와 간호를 받도록 한 점에 어떤 진료상의 과실이나 간호상의 과실이 있다고 할 수 없다고 판시.

(2) 부산지방법원 2000. 6. 20. 선고 99가합7650 판결(확정)

부정망상증상이 심해져 피고 대학병원 신경정신과 의사의 권유에 따라 입원한 환자가 화장실의 양변기 위에 올라가 자신의 환자복 상의를 벗어 화장실 문틀에 소매부분을 묶은 다음 목을 매 자살한 사안에 관하여, 피고 병원이 망인을 폐쇄병동에 입원시켜 치료를 함에 있어서 자살 내지 자해하는 데 사용될 우려가 있는 소지물품 등을 전부 수거하고 폐쇄병동에 갖추어진 의료관계진 및 물적설비를 통하여 망인을 일상적으로 계호하고 있는 사정 아래에서 위와 같은 정도를 넘어서 망인의 자살가능성에 대비하여야 할 주의의무를 부담하기 위해서는 제반사정에 비추어 망인이 자살할 위험이 상당한 정도로 추지되어야 할 것인데, 정신분열증 환자의 약 10% 정도가 자살을 시도하는데 자살성공률은 발병 초기 및 퇴원초기에 높고, 임상가가 주의해야 할 자살위험성이 있는 환자의 특성은 환자가 자살을 기도한 적이 있는 과거의 기왕력, 환자가 사랑하는 사람의 최근의 죽음, 약물중독과 알코올중독 및 자살의 가족력, 심각한 신체질환의 존재, 실직과 경제적 어려움을 가진 경우 등이고 이와 더불어 정신상태 검사상 우울증, 자살에 대한 강박적인 의지, 심한 불면증, 명령환청이 있으면 특히 주의해야 하는 것으로 알려져 있는 사실을 인정할 수 있을 뿐 이므로 망인에게 망상성 장애 및 정신분열증이 있다거나 단순히 남편으로부터 자살할 우려가 있으니 특별히 관심을 써 달라는 말을 들었다는 사유만으로 피고 병원이 일상의 계호를 넘어서 자살에 대비한 고도의 주

의의무를 부담한다고 할 수 없을 뿐더러 망인이 비록 정신질환을 갖고 있기는 하나 이전에 자살을 시도하거나 자살에 대한 관념을 갖고 있는 등 위에서 본 바와 같은 자살의 위험을 증가시켜 줄 아무런 사정을 발견할 수 없는 이상, 피고 병원의 주의의무에 관한 위 판단은 그대로 유지되어야 할 것이므로, 피고 병원에게 망인의 자살위험에 대비한 고도의 주의의무가 있음을 전제로 하는 원고들의 위 주장은 더 나아가 살펴볼 필요 없이 이유 없고, 망인이 화장실의 구조, 형태, 제원, 위치 등에 비추어 볼 때 위 화장실이 폐쇄병동에 입원한 환자들의 자살을 용이하게 하도록 시설되었다고는 보이지 아니하고 오히려 그러한 곳에 있는 화장실로서의 통상모습을 갖춘 것으로 보이며 망인의 자살 시도는 위와 같은 화장실의 모습과는 관계없이 그의 의지에 의하여 주위 상황을 최대한으로 이용하여 행하여진 것일 뿐이므로 여자화장실의 문틀 윗부분을 환자복 등으로 끈을 만들어 목을 매기 용이하게 하였고, 그 높이도 목을 매달고 다리만 약간 들면 목이 조이도록 하는 등 시설을 잘못하였다는 원고들의 위 주장도 이유 없다고 판시.

(3) 서울고등법원 2006. 2. 14. 선고 2004나81828 판결 (확정)

만성 정신분열증 등으로 피고 병원의 정신과 폐쇄병동에 입원하였다가 다른 환자와 다투어 흥분한 나머지 침대에 결박끈으로 묶여있던 환자가 그 결박끈을 풀어 이를 가지고 목을 매 자살한 사안에 관하여, 유족들이 피고 병원이 법률상 요구하는 정신요양시설을 갖추지 못했고, 전문적인 자격을 갖추지 아니한 용역직원인 보호사들로 하여금 병동을 관리하게 한 잘못이 있을 뿐만 아니라 이건 사고 당시 93병동을 관리하고 있던 보호사들은 잠을 자고 제대로 업무를 수행하지 않는 등 망인에 대한 관리, 감독을 소홀하였고, 피고 병원이 신축성이 용이한 광목으로 된 결박끈을 사용함으로써 망인으로 하여금 이를 쉽게 풀도록 한 잘못이 있으며, 정신질환자들이 입원하고 있는 병동의 격리실은 정신질환자가 문제를 일으킬 수 있는 위험한 시설이나 물건은 철거했어야 하는데, 피고 병원은 망인이 격리된 302호실의 문 안쪽 천정에 설치된 쇠파이프를 방치함으로써

망인이 쉽게 이곳에 결박끈을 걸어 목을 맬 수 있게 한 과실이 있다는 이유로 불법행위 또는 진료계약상의 채무불이행을 원인으로 한 손해배상을 구한 데 대하여, 피고 병원은 정신보건법상의 시설기준을 충족하였고, 피고병원은 근로자 파견계약을 체결하여 위 회사로부터 근로자들을 파견 받아 정신병동에서 환자 억제 등의 보조적인 업무를 수행하기 위한 보호사로 채용하여 왔고, 채용된 보호사들이 전문의료자격을 취득한 자가 아닌 사실은 인정되나, 피고 병원이 관련 법령에서 요구하는 수준 이상의 의료 인력을 갖추고 있는 이상, 정신병동의 특수성 때문에 의사와 간호사 등의 의료진들을 도와 환자 억제 등의 비전문적 업무를 수행할 인력이 필요하다고 판단하여 보호사들을 채용하여 환자 관리 등의 보조적인 업무를 맡긴 것이라면, 피고 병원의 이러한 조치에 어떠한 잘못이 있다고 보기는 어렵고, 이건 사고 당시 93병실의 담당 보호사인 최○○은 망인과 소외인 사이의 싸움을 제지하는 과정에서 이빨을 다쳐 1. 13. 22:00 경부터 알코올교육실에서 자고 있었고, 이○○는 다음날 00:30경 마지막으로 망인의 상태를 확인한 후 면회실 소파에서 잠이 들어 있었던 것은 사실이나, 간호사 김○○은 망인을 302호실에 결박하여 격리 수용한 후 30분 간격으로 상태를 확인하였고, 간호사 전○○은 망인에게 안정제를 주사하고 최○○와 대화하면서 심리적 안정을 찾을 수 있도록 노력하였으며, 망인이 계속 결박끈을 풀려고 하자 1. 13. 23:30부터는 10분 간격으로 상태를 주의 깊게 관찰하고 있었던 사실은 앞서 인정한 바와 같고, 최○○가 피고 병원에 입원한 이래 자살을 시도한 적이 없었고, 이건 사고가 발생하기 전까지 자살을 암시할 수 있는 어떠한 징후도 발견할 수 없었는데, 이러한 사정에서라면, 위와 같은 조치를 한 피고 병원에게 망인에 대한 관리, 감독 소홀의 책임을 묻기 어렵고, 환자들을 결박하는 수단에 표준 규격이 없는 이상 피고 병원이 가죽끈과 광목으로 된 끈의 장단점을 비교하여 다른 병원에서도 사용하고 있던 이건 결박끈을 사용한 것이고, 결박을 함에 있어서도 너무 심하게 조일 경우 혈액순환장애가 일어날 수 있으며, 이렇게 할 경우 흥분 상태에 있던 망인을 더욱 자극

할 위험성이 있어서 약간 여유를 두고 결박끈을 뺐던 것으로 보이므로, 이러한 피고 병원의 결박행위에 잘못이 있었다고 보기도 어려우며, 302호실 문 안쪽 천정에는 유족들을 주장하는 쇠파이프가 없었고, 망인은 302호실 창틀과 새시 사이의 5mm 정도의 틈새에 결박끈을 이용하여 목을 맨 사실이 인정되는 바, 창틀은 창문을 열고 외부로 나가는 것을 방지하기 위해 필요한 시설로 통상 위와 같은 틈새에 끈을 걸어 목을 맨다는 것은 예측하기 어려웠다고 하여 피고의 책임을 부정.

3. 검 토

우선 다음에 보는 일본이나 미국의 경우와 달리 책임이 인정된 경우와 부정된 경우 간에 인정사실에 있어 명확하게 차이가 드러나지 않고, 책임이 인정된 경우라도 책임 인정의 근거가 된 구체적인 정황들에 대한 실사가 부족하며, 개방화 진료와 폐쇄병동이나 보호실 수용환자에 대한 의료 측의 주의의무의 정도에 관하여 뚜렷한 차이가 없는 점이 눈에 띄는데, 이는 이 분야가 아무래도 새로운 영역으로서 선례가 될 만한 판례가 충분하지 않았기 때문이라 생각이 된다.

이 같은 점을 염두에 두고 그동안의 판례들을 개관하여 보면, 청구원인으로는 계약책임으로 구성하는 경우는 드물고, 민법 제750조나 756조가 다수이나, 민법 제758조를 그 책임근거로 한 것도 보이고 (1의 나 판결), 국가배상법 제2조 제1항과 제5조 제1항을 책임근거로 삼은 것도 있으며 [2의 가의 (9)판결], 피용자 개인을 상대로 의료과오책임을 물은 경우 [2의 가의 (8)판결]도 발견된다. 의료 측의 책임이 인정된 경우가 상대적으로 많은 것은 폐쇄병동이나 보호실 수용환자가 자살한 사안이 많은 데서 비롯된 것이라고 해석된다.

한편 예견 가능성의 징표들로는 자살 시도 병력, 자살 망상의 표현, 과거의 정신병력, 공격적 성향 및 자해행위 등 평소와 다른 일탈행위 등이 들어지고 있고, 책임인정 여부에 관하여는 당해 사건의 구체적인 정황들이 결정적인 요소이어서 일반화하여 말하기는 어렵지만 아무래도 법관

개인의 의료행위에 대한 시각이 결론에 상당한 영향을 미치고 있음을 부인하기는 어렵다고 생각된다 [가령 긍정된 2의 가의 (4), (5)판결과 부정된 2의 나의 (3)판결 비교].

의료 측의 책임이 부인된 경우로는 예견 가능성이 부정된 것이 주류지만, 법령상의 시설, 인력 기준을 충족하였고, 진료계약상의 주의의무를 게을리 한 바가 없거나 [2의 나의 (3)판결] 회피가능성이 없다는 이유로 (1의 나 판결) 책임이 부인된 경우도 있다. 받아들여진 경우는 없지만 그 밖에 의료 측의 주장으로는 전문적인 의학적 판단에 따른 의료행위라는 주장, 자살면책약정 체결의 주장들이 눈에 띈다.

다음으로 대다수의 사건에서 일실수익이 아예 청구되지 않은 것을 볼 수 있으나 노동능력이 없어 일실수익이 있을 수 없다는 의료 측의 주장을 인정한 경우도 있지만 [2의 가의 (4)판결] 이를 배척하고 일실이익을 인정한 경우도 적지 않으며 [2의 가의 (7), (9)], 피해자 측 과실상계사유로는 심신의 상실의 상태가 아님에도 스스로 자신을 해치는 행위를 하였다는 것이 주로 들어지고 있고 그 비율은 최소 40% (1의 가 판결)에서 최대 80% [2의 가의 (6), (8)]까지 편차가 큰 편이지만, 일실수익이 청구되지 않은 경우의 그 비율이 상대적으로 낮기 때문에 빚어진 것으로, 대체적으로 보면 70% [2의 가의 (5), (7), (9)]를 인정하는 것이 대세인 것 같아 보인다. 대법원이 과실상계의 사유에 관한 사실인정이나 비율의 결정은 원칙적으로 사실심의 전권에 속한다고 하는 입장을 견지해 온 가운데³⁵⁾ 앞의 대법원 1993. 9. 14. 선고 93다21552 판결로 피해자 측 과실을 70%로 인정한 원심판결을 파기 환송하였음에도 이와 같은 현상이 나타나는 것은 일실수익을 아예 청구되지 않는 경우가 많은 것과 마찬가지로 아무래도 법원이 자살사건에 관하여 일실수익이 커지는 것을 염려한 데서 비롯된 것이라고 하지 않을 수 없다.

35) 대법원 1999. 8. 20. 선고 97다15746 판결 등.

IV. 일본의 판례³⁶⁾

정신과 환자의 자살에 관하여 그 유족들이 의료 측의 책임을 추궁하는 판례는 공표되고 있는 것 이외에도 많지만 책임을 부정하는 사례가 많은데, 개방적 처지를 받는 환자, 폐쇄병동이나 보호실 입원 환자, 외래치료를 받는 환자 사이에 의료 측의 주의의무의 내용, 정도에 차이가 있는 것으로 여겨지므로 이를 나누어 살펴본다.

1. 개방적 치료를 받던 환자가 자살한 사례

가. 의료 측의 책임이 인정된 경우

(1) 福岡地小倉支判 昭和 49(1974). 10. 22. 判時 780号 90項 : 정신과 전문 병원에 입원하여 개방치료를 받던 초로기 우울증 환자가 침대에 사용하는 띠를 가지고 목을 매어 자살한 사건에 관하여, 자살 염려가 있고 자살위험이 높았음에도 불구하고 자살 방지 조치를 제대로 하지 않고 충분한 감시를 게을리 한 잘못이 있으므로, 병원경영의사는 진료계약상의 간호의무불이행 책임을 면할 수 없다고 하여 책임을 인정한 다음, 망인이 사망 시 만 51세 10월의 남자로서, 초로기의 우울증 환자의 치료기간이 평균 9.6개월이므로 경과 후의 예후기간을 고려하여 볼 때 종전 직장에 복귀하기 위해서는 적어도 1년여의 기간이 필요할 것으로 추인되므로 노동가능기간은 53세부터 63세 무렵까지 11년간이라고 인정하되, 피해자 측 과실을 60%로 인정³⁷⁾

(2) 大阪高判 昭和 57(1982). 10. 27. 判タ 486号 161項 : 원의 레크리에이션을 마치고 귀원하던 도중 환자가 역 부근에서 일행으로부터 이탈하여 플랫폼으로 뛰어들어 자살한 사례에 관하여, 이탈, 자살을 방지하기 위하여 환자의 동정을 확실히 살펴야 할 의무가 있음에도 이를 다하지 못하였다는 이유로 정신병원의 채무불이행책임을 인정하면서도 망인의

36) 辻 伸行, 앞의 精神科患者の自傷他害事故, 390면 이하를 토대로 법원도서관에서 온라인으로 제공하는 일본 제일법규법률정보에 실린 판결원문을 참고하여 정리한 것임.

37) 뒤에서 보듯이 그 항소가 인용되어 결과적으로 의료 측 책임이 부정되었다.

병이 사춘기혼란의 증증으로 예후가 좋을 것이라고 낙관할 수 없어 통상인으로 회복하여 직업을 얻어 수익을 올릴 가능성이 없다고 하여 일실수의 손해는 인정하지 않음.

나. 의료 측의 책임이 부정된 경우

(1) 福岡高判 昭和 54 (1989). 3. 27. 判タ 388号 143項 : 앞의 福岡地小倉支判 昭和 49 (1974). 10. 22.의 항소심 판결로 개방화 요법 내지 간호, 감시방법의 선택은 정신과 의사의 재량에 속하므로, 간호, 감시에 있어서 현저하게 부적절한 조치가 없었던 이상 병원, 의사에게 의무위반 책임은 없다며 자살의 구체적인 위험성을 예측하는 것이 곤란하였기 때문에 의사에게 의무위반, 과실은 없다고 하여 그 원심 판결을 취소.

(2) 大阪地判 昭和 50 (1975). 6. 17. 判時 803号 103項 : 정신병원에 수용되어 있는 환자가 정신장애자일 경우에는, 일반적으로, 그 치료를 담당하는 의사나 간호사 등은, 환자의 동정에 주의해서 사망사고가 발생하는 일이 없도록 배려할 의무가 있지만, 그 필요로 하는 주의 배려의 정도, 방법 등은 환자의 증상 등에 따라서 다르다고 하면서, 정신병원 개방병동에 입원 중의 정신 질환환자가 무단외출 중에 익사한 사고가 자살로 인정되지 않는다고 하여 책임을 부정.

(3) 東京地判 昭和 53 (1978). 2. 7. 判タ 366号 331項 : 개방병원에 입원 중인 환자의 산책을 위한 외출 중의 철도건널목 자살사고에 관하여, 위 환자에게 외출을 허가해 준 정신병원 진료소 의사의 자살예견 또는 방지 의무를 부정.

(4) 福岡地判 昭和 57 (1982). 1. 26. 下民集 33권 1=4号 10項 : 우울증환자가 허리끈으로 병실 내에서 한 목을 매 자살을 시도한 사건에 관하여, 우울증환자의 자살 방지에 관한 정신과의사의 주의의무를 인정함에 있어서는 자살 방지를 위한 감시와 이것이 정신 질환환자에게 주는 유해한 영향과를 비교 형량에 따른 의사의 합리적 재량을 기준으로 하여야 한다

고 하여 자살기도의 적발함이 인정되지 않는 우울증환자에 대해서 자살 방지를 위한 조치를 취하지 않은 의사에 합리적 재량의 범위를 일탈한 과실이 있다고는 할 수 없다고 하여 책임 부정.

(5) 東京地判 昭和 62(1987). 11. 30. 判時 1267号 82項 : 우울증으로 국립정신병원 폐쇄병동에 입원 중인 환자가 단독 외출·외박 허가를 얻어 외출 중 자살한 사안에 대하여, 어느 정도의 개방적 치료를 할 것인가는 의사의 넓은 재량에 맡겨져 있으므로 의학상의 불합리가 없는 한 의사에게 과실책임을 물을 수 없으므로, 간호기록으로부터 인정되는 상황에 비추어 외출허가를 취소하거나 보호자를 붙여야 할 만한 정신상태라고 추측할 만한 사정이 엿보이지 않는 이상, 외출허가의 취소 등의 조치를 취하지 않은 담당의사의 과실을 인정할 수 없다며 책임 부정.

(6) 東京地判 平成 2(1990). 2. 27. 判時 1369号 120項 : 개방치료를 받던 우울증환자가 허가를 얻어 외출 중에 빌딩에서 뛰어 내려 자살한 사안에 관하여, 어떤 치료법을 시행할 것인가는 담당의사가 전문적 지식과 경험을 토대로 판단하여야 할 것이기 때문에 직접적인 자살 방지를 위한 조치를 취하지 않았다고 하더라도 그것이 의학적인 견지에서 불합리한 것이 아니라면 과실은 없고, 외출허가에 대한 간호사의 과실도 인정되지 않는다며 책임 부정.

(7) 東京地判 平成 3(1991). 10. 29. 判タ 789号 208項 : 조울증으로 입원 중인 자살원망이 있던 환자가 병실을 나가 실종된 후 1년 4개월여 만에 병원 옥상 흡연실 내부에서 시신이 발견된 사안에 관하여, 위 환자에게 자살을 예견할 만한 적발한 사정이 없었던 이상, 자살 예방을 위한 구체적인 조치를 취하지 않은 병원 측에 과실은 없다며 책임 부정.

(8) 廣島高判 平成 4(1992). 3. 26. 判タ 794号 142項 : 의사 등으로서는 환자의 증상으로부터 자살기도에 관한 구체적인 위험을 예견할 수 없었거나 불가능하다고 보여 지므로, 자살 방지 조치 등을 취하지 않은 의사 등의 조치에 위법은 없고, 본 건 자살은 정신분열증의 증상이 다소 호전

된 후에 퇴원이 불가능하게 된 것에 절망하여 이루어진 동기 있는 자살(이해 가능한 자살)이라고 추인되기 때문에 자살과 입원 내지 입원 계속 사이에 상당인과관계가 없다며 책임 부정.

다. 검토

나의 (4), (5), (6), (7)판결은 이전까지 많이 보아왔던 판결들처럼 정신과 의료에 있어서는 광범위한 재량이 부여된다는 것을 지적하면서 정신과 의료의 특수성, 특질을 강조하면서 치료방법의 선택과 판단은 정신과 의사의 재량에 속하며, 합리성을 결한 판단이 아닌 한 원칙적으로 주의 의무 위반이나 과실은 없다는 입장을 취하고 있다. 즉 나의 (1), (3), (4), (5), (6)의 각 판결은 자살의 위험의 예견 가능성을 상당히 엄격히 판단하여 환자가 자살하고 싶다는 의사를 몇 번 의사 등에게 말하였음에도 불구하고 자살의 위험은 예견하기 어려웠다고 하고 있는 것이다. 절박한 자살의 위험을 보이는 상황이 아닌 이상, 자살의 구체적인 위험의 예견 가능성은 없다고 하는 것으로, 이는 개방적 치료를 받는 환자에 관한 판례의 일반적인 경향이 되고 있다.³⁸⁾ 가의 (2)항 판결이 일실수익을 부정하는 이유를 아울러 눈여겨 볼 필요가 있다.

2. 폐쇄병동이나 보호실에 수용된 환자가 자살한 경우

가. 의료 측의 책임이 인정된 경우

(1) 福岡地判 昭和 55(1980). 11. 25. 判時 995号 84項 : 보호실에 수용되어 상당히 엄중한 자살 방지 조치가 취해지고 있던 조치입원 중의 환자가 보호실 내에 방치된 수건으로 목을 매 자살한 사안에 관하여, 간호인에 의한 자살 방지 조치가 불충분하고, 수건을 발견하지 못한 데 대하여 과실이 있다고 하여 국가배상법에 따라 조치입원명령을 한 자치단체의 책임을 인정하면서 정신분열증의 재발로 조치입원 되어 자살한 자의 일실수익을 산정함에 있어서는, 입원 이전의 임금을 기초로 증상이 호전

38) 辻 伸行, 앞의 논문, 391, 392면.

되어 퇴원한 후의 재발증상의 악화가가능성을 고려하여 (자동차손해배상보장법 시행령 2조 별표의 9급의 10소정의 ‘정신에 장애가 남아 복무할 수 있는 노무가 상당한 정도로 제한된 경우’와 같은 정도의 정신장애에 해당), 노동능력상실률을 35%로 계산함이 상당하다고 판시.

(2) 東京地判 平成 7(1995). 2. 17. 判時 1535号 95項 : 여러 차례 자살을 시도하여 보호실에 수용된 환자를 진정제를 투여하고 양손과 발에 억제대를 하여 재웠는데 환자가 나중에 억제대를 풀어 이를 창문에 걸어 목을 매 자살한 사안에 관하여, 억제방법에 과실이 있다고 하여 담당간호사와 병원관리자의 과실을 인정하여 민법 제756조에 의한 사용자 책임을 인정하고, 다만 망인은 어려서부터 정신질환을 앓아왔고 망인이 사고 당시 앓고 있던 자살 염려증이 증중에 해당하며, 예후에 관하여도 통상인으로 복귀하여 수익을 얻을 수 있을 것이라는 증거가 충분하지 않아 그 가능성은 의문이라고 하여 망인의 일실수익은 산정 불능이라는 이유로 일실수익을 인정하지 않음.

(3) 宮崎地判 昭和 50(1975). 4. 28. 判時 789号 83項 : 보호실에 수용된 환자가 담배와 성냥을 소지하고 있다가 담뱃불로 인한 화재로 소사한 사안에 관하여, 간호사가 소지품검사를 하지 않은 잘못이 있다고 하여, 민법 제756조에 의한 사용자 책임을 인정하면서 망인(만 50세)이 증중의 폐결핵, 만성알코올중독 증상을 보이고 있는 상황에서 산재보험법상의 장애보상연금을 받고 있으므로 동인의 일실수익을 여명연수를 평균여명의 절반으로 보고 위 연금액을 기준으로 산정하되, 피해자 과실을 70%로 인정.

(4) 검토

개방적 치료를 행하는 경우에는 그 치료효과의 감쇄를 막기 위해 어느 정도의 자살 방지 조치를 취하여야 할 것인지 여부가 문제가 되지만, 폐쇄병동이나 보호실 환자의 경우는 이런 문제가 생기지는 않으므로, 자살 방지 조치의 적부를 판단함에 있어서는 개방적 치료가 채택된 환자의 자살의 경우와는 다른 고려가 필요하게 된다. 앞의 사례에서 보는 것처럼

보호실 내의 환자에 대하여 엄중한 자살 방지 조치가 취해진 경우 그 적부에 관하여는 개방화 요법의 경우보다 중한 작위의무 내지는 주의의무가 부과된다고 보아도 좋을 것이다. 개방화 요법 아래서의 자살사례와의 이같은 차이점이 앞의 福岡高判 昭和 54 (1989). 3. 27.에서는 침대에 사용되는 띠를 가지고 자살을 한 것에 대하여 과실이 없다고 한 데 반하여, 위의 福岡地判 昭和 55 (1980). 11. 25.에서는 보호실 내에 수건을 발견하지 못한 것에 대하여 중대한 과실이 있다고 판단하게 하는 것이다.³⁹⁾

나. 책임이 부정된 경우

(1) 福岡地判 昭和 51 (1976). 11. 25. 判時 859号 84項 : 자살 시도를 반복하여 보호실에 수용된 환자가 허리 부위의 화상을 치료하기 위한 피부과치료를 받고 돌아오던 도중에 7층의 피부과 병실에서 뛰어 내려 자살한 사안에 관하여, 피부과 진료에 꼭 필요하였고, 의사, 간호사가 상시 감시 의무를 소홀히 한 바가 없다며 과실 부정.

(2) 名古屋地判 昭和 58 (1983). 12. 16. 判時 1116号 95項 : 폐쇄병동 입원환자가 병원 운동장을 통하여 무단이탈하는 것을 알고 간호인 여러 명이 미행하였으나 도주 환자가 고속도로에 뛰어들어 사망한 사안에 관하여, 무단이탈을 바로 발견할 수 있는 태세가 취하여 졌기 때문에 운동장 문을 항상 잠그지 않았더라도 의료 측의 과실은 없다며 책임 부정.

(3) 검토

보호실 내에 수용된 환자에 대하여는 자살 타해의 구체적인 위험이 소멸될 때까지 자살 타해 방지를 주목적으로 하는 간호, 감시가 행하여져야 하기 때문에 엄격한 자살 방지책을 확실히 실시하여 실질적인 간호, 감시 하에서 자살 타해의 방지에 주의를 기울이지 않으면 안 되는데, (1)의 사례에서는 자살 방지를 위한 배려가 충분히 이루어졌다고 하고 있다. 또한 폐쇄병동에 수용된 환자라고 하더라도 완전히 폐쇄된 환경에서 폐쇄적 처

39) 辻 伸行, 앞의 논문, 393면.

지를 하는 것은 불가능하고 바람직하지도 않으며, 따라서 병원 전체를 완전히 폐쇄적인 환경에 두는 것은 피하지 않으면 안 되는데, (2)의 판결은 이 같은 견지에서 폐쇄병동 입원환자에 대하여도 그 자살 방지책에는 한계가 있음을 판시하고 있는 것으로 볼 수도 있을 것이다.⁴⁰⁾ 다만 이들 판례는 자살의 예견 가능성이 없어서라기보다는 워낙 돌발적인 사태여서 그 회피가능성이 없었거나 합리적으로 보아 그 회피가 사실상 불가능하기 때문에 그 같은 결론에 이른 것으로 새기는 것이 마땅하다고 생각된다.

3. 정신과 외래환자가 자살한 경우

이에 관하여 병원과 의사의 책임이 재판상 다투어진 사례가 상대적으로 흔하지 않다. 그나마 모두 의료 측의 책임을 부정한 것들이다. 공히 계속적 통원치료를 받고 있던 환자가 자살한 경우가 아니라 한 차례 외래 진료를 받은 다소 특이한 경우로 마지막 사안은 병명을 고지한 것이 자살의 원인이라고 주장된 것으로 상당히 이례적인 사안이다.

(1) 東京地判 昭和 55(1980). 10. 13. 判タ 433号 134項 : 외래환자에게 통원을 권했는데 그 후 통원하지 않고 자택에서 목을 매 자살한 사안에 관하여, 망인의 증상이 중증도 아니고 과거에 자살을 시도한 적이 없는 이상, 망인에게 우선 안정제를 투여하고 그 효과를 보아가면서 통원치료를 받는 것으로 충분하다고 의사가 판단한 것에 대하여 책임이 없다고 판시.

(2) 大阪地判 昭和 61(1986). 3. 12. 判タ 599号 61項 : 입원설비가 갖추어지지 않은 진료소의 의사가 급성 정신분열증 환자를 진찰한 후 즉시 입원할 것을 지시하였으나 환자의 부모들이 바로 환자를 입원시키지 않고 집으로 돌아간 다음에 환자가 뛰어내려 자살한 사안에 관하여, 진료를 한 의사에게 자살의 위험을 예견하지 못한 점에 과실이 있다고 할 수 없고, 환자의 부모가 동승한 승용차로 전원하는 쪽이 적절하다고 판단하

40) 辻 伸行, 앞의 논문, 393, 394면.

여 그 같은 지시를 한 것은 자살의 위험을 예견하는 것이 곤란하였던 사정에 비추어 보면 과실이라고 할 수 없으며, 의사가 자살의 위험이 높다고 설명하지 않은데 대하여도 과실이 없다고 판시.

3) 鹿兒島地判 平成 9(1997). 10. 24. 判例自治 173号 84項 : 다른 병원에서 3년여 동안 통원치료를 받았으나 차도가 없어 자치단체가 설립한 병원에 외래환자로 진료를 받은 환자를 진찰하는 과정에 의사가 정신분열증일 수도 있다고 말한 것을 들은 환자가 절망하여 자살에 이른 사안에 관하여, 자살 염려가 전혀 없는 경우는 아니지만 환자의 병력, 태도에 비추어 당장의 자살우려는 없다고 한 의사의 판단에 잘못이 없는 이상, 그가 정신분열증일 가능성도 있다고 언급한 것은 환자 측으로부터 관련 정보를 수집하고 환자의 자살을 방지하고 입원을 설득하는 과정에 환자 측의 질문에 대하여 답하는 도중에 수동적으로 이루어진 것이므로, 의사의 행위는 상당한 것으로서 진료계약상 주의의무위반의 과실은 없다고 하여 사용자인 자치단체의 사용자 책임 부정.

V. 미국의 판례⁴¹⁾

1. 일반적인 원칙

(1) 과실에 의한 불법행위가 성립하기 위한 요건은 일반적으로, 원고를

41) 일반적인 원칙, 특별한 법률관계, 예견 가능성, 인과관계 부분은 Patricia C. Kussmann, J.D., "Liability of doctor, psychiatrist, or psychologist for failure to take steps to prevent patient's suicide", American Law Reports ALR5th (Originally published in 2000, made current by the weekly addition of relevant new cases), §3, 4, 5 참조, 나머지 부분은 Jonathan M. Purver, LL.B., "Hospital's Failure to Protect Patient from Self-inflicted Harm", American Jurisprudence Proof of Facts 2d (Database updated July 2006), §2 내지 §7을 주로 참고하였다. 그 밖에 James L. Rigelhaupt, Jr., J.D., "Liability of mental care facility for suicide of patient or former patient", 19 A.L.R.4th 7 (Originally published in 1983)와 Ronald A. Case, J.D., "Liability of hospital, other than mental institution, for suicide of patient", 60 A.L.R.3d 880 (Originally published in 1974)를 참고하였는데 판례의 분류방법이 다소 다르지만 그 대체적인 내용은 대동소이하다.

불합리한 피해의 위험으로부터 보호하기 위하여 특정한 행위기준 (specific standard of conduct)을 준수해야 하는 피고의 의무의 존재 즉, duty of due care의 존재, 피고에 의한 이러한 의무의 위반, 피고의 의무 위반이 원고의 손해에 실질적이고 밀접한 원인 (actual and proximate cause)이어야 한다는 인과관계의 존재, 원고의 신체나 물건에 대한 손해의 발생이라는 4가지 요건이 필요하다.⁴²⁾

따라서 정신질환 환자의 자살 방지 조치를 제대로 취하지 아니하거나 환자의 자살을 막지 못한 데 대하여 의료 측에 책임을 묻기 위해서는, 불법행위법이 일반인 모두에게 다른 사람을 자살로부터 방지할 의무를 부과하는 것은 아니기 때문에 우선 환자와 의료 측 사이에 이 같은 의무를 발생시키는 특별한 법률관계 (special relationship)가 존재하여야 하고, 환자의 자살이 합리적으로 예견 가능한 경우이어야 하며 (the doctor should have or could reasonably have foreseen the patient's suicide), 의료 측의 주의 의무 위반과 자살 사이에 상당한 인과관계 (the doctor's negligence actually caused the suicide)가 있어야 한다.

(2) 어떤 행위나 잘못이 책임을 수반하게 되는지 여부는 구체적인 사안에 있어서 그 사실관계와 정황에 따라 다르다. 환자의 자살 성향을 제대로 파악하지 못한 경우⁴³⁾, 환자에 대한 적절한 정보를 제공하지 않았거나 부모들에게 환자의 상태에 대하여 제대로 알리지 못한 경우⁴⁴⁾, 적절한 투약을 하지 않은 경우⁴⁵⁾, 환자에 대한 억제조치를 제대로 하지 않은 경우⁴⁶⁾에 있어서 의료 측의 책임이 인정되는지 여부는 그야말로 구체적인 사안에 따라 환자의 병력과 그에 따른 합리적인 치료가 행하여졌는지에 달려있다. 치료를 위한 입원을 권유받고 이를 거절한 경우⁴⁷⁾ 의료 측은 책임이 없다.

42) 서철원, 미국 불법행위법, 법원사(2005), 59면.

43) Patricia C. Kussmann, 앞의 논문, §6

44) Patricia C. Kussmann, 위의 논문, §7

45) Patricia C. Kussmann, 위의 논문, §8

46) Patricia C. Kussmann, 위의 논문, §9

47) Patricia C. Kussmann, 위의 논문, §10

(3) 위험의 수락 주장 (the defense of assumption of risk)⁴⁸⁾은 환자가 부적절한 치료도 용인하겠다고 한 것은 아니기 때문에 법원의 판결에서는 일관되게 부인되고 있고, 비록 환자의 감쇄된 능력 때문에 정신질환자의 자살과 관련된 의료과오 사안에 있어서 법원이 기여과실⁴⁹⁾의 주장이나 상대적 과실⁵⁰⁾의 주장 (the defenses of contributory negligence or comparative fault)에 대하여 일반적으로 소극적이기는 하지만⁵¹⁾, 법원은 환자가족의 상대적 과실이나 환자가 그 병력에 관하여 일부러 잘못된 정보를 제공한 경우에는 상대적 과실 주장에 대하여 적극적이다.⁵²⁾

환자의 자살이 독립한 개재 조건이라는 주장 (the defense of independent intervening act)⁵³⁾은 자살이라는 예견 가능한 행위가 일반적으로 환자에 의하여 이성적으로 선택된 행위가 아니기 때문에 일관되게 받아들여지지 않고 있고, 합리적인 의료관행에서 벗어나지 않는 한 전문적인 판단에 있어서의 결과적인 과실에 대하여는 의사가 의료과오를 범한 것이라고 할 수는 없기 때문에 의료 측의 책임은 부정된다.⁵⁴⁾

정부에 고용된 의사는 과실 (negligence)이 헌법위반행위가 아니기 때문에 42 U.S.C.A. §183에 의하여 민사책임이 면제된다.⁵⁵⁾ 또한 몇몇 주 법

48) Patricia C. Kussmann, 위의 논문, §11

49) 원고의 과실이 불법행위의 발생에 기여한 경우 피고의 책임을 부정하는 것이 전통적인 보통법의 원칙인데 그 이론적인 근거로는 과실 있는 원고에게 법의 도움을 줄 수 없다는 clean hand 법리나 원고의 과실에 의하여 인과관계가 단절된다는 법리 등이 제시되고 있으나 그 실질적인 이유는 배상액 결정에 대하여 배심원에게 지나친 재량을 주면 배상액을 너무 높게 결정해 그 당시의 산업성장에 장애가 될 것이라는 우려에 있다고 한다. 기여과실이 인정되면 원고의 청구가 완전히 부인되는 가혹한 결과를 막기 위하여 기여과실이 항변으로 인정되지 않는 경우들이 있고, 다음에 보는 상대적 과실의 법리가 출현하게 되었다고 한다(서철원, 앞의 책, 116면 이하 참조).

50) 위에서 본 문제점 때문에 상당수 주에서는 기여과실의 법리 대신 상대적 과실의 법리를 채용하고 있는데, 이 제도 하에서는 전부 아니면 전무라는 방법이 아니라 원고의 과실 정도에 따라 피고의 배상액수를 제한하는 방법으로 원고의 과실을 고려하게 된다고 한다(서철원, 앞의 책, 121면 이하).

51) Patricia C. Kussmann, 앞의 논문, §12[a]

52) Patricia C. Kussmann, 위의 논문, §12[b]

53) Patricia C. Kussmann, 위의 논문, §13

54) Patricia C. Kussmann, 위의 논문, §14

55) Patricia C. Kussmann, 위의 논문, §15

원은 주를 위한 의료행위를 공공적 혹은 재량적인 행위 (official or discretionary act)로 보아 정부면책을 인정하는 반면⁵⁶⁾, 이를 인정하지 않는 주 법원들도 있다.⁵⁷⁾ 몇몇 주는 의사의 완전과실 (grossly negligence)을 예외로 하여⁵⁸⁾, 과실에 대한 의사의 면책을 인정하고 있다.⁵⁹⁾

(4) 정신질환자의 자살사고에 대한 의료 측 책임은 주로 그 피용자를 제대로 교육, 훈련시키거나 관리, 감독하지 못하였거나 위험한 상황을 그대로 방치한 데서 구해지고,⁶⁰⁾ 손해배상의 범위에 관하여는 일반적인 의료과오소송에서 적용되는 논의가 그대로 유효하게 적용된다.⁶¹⁾ 따라서 일실수익에 대한 입증에 있는 한 장래의 수익상실에 대하여도 배상을 받을 수 있지만, 그에 관한 입증책임이 원고 측에게 있기 때문에 이를 입증하지 못하면 장래비 이외의 손해배상을 받지 못한다.⁶²⁾

(5) 당사자들 사이에 특별한 법률관계가 존재하지 않는 이상 다른 사람을 자상, 자살행위로부터 보호하여야 할 의료 측의 적극적인 의무는 인정되지 않아 특별한 법률관계가 청구의 원인 중의 하나이기는 하지만⁶³⁾, 의료 측의 책임을 인정하는 결정적인 요소는 아니므로, 아래에서는

56) Patricia C. Kussmann, 위의 논문, §16[a]

57) Patricia C. Kussmann, 위의 논문, §16[b]

58) Patricia C. Kussmann, 위의 논문, §17[b]

59) Patricia C. Kussmann, 위의 논문, §17[a]

60) H. Davidson, *Forensic Psychiatry* 311 (1952), Jonathan M. Purver, 앞의 논문, §1에서 재인용.

61) Jonathan M. Purver, 앞의 논문, §8

62) *Dimitroff v. State*, 171 Misc. 635, 13 N.Y.S.2d 458 (조발성 치매증상이 있는 환자가 주립병원 입원 치료 중 자살한 사고에 관하여, 일실수익에 관한 입증에 없다고 하여 장래비 이외의 손해배상을 부정한 사안).

63) 특별한 법률관계 (Prerequisite of special relationship before duty to prevent suicide attaches)가 인정된 경우: *DeMontiney v. Desert Manor Convalescent Center Inc.*, 144 Ariz. 6, 695 P.2d 255 (1985) (환자가 자살을 시도하여 정신질환자 수용을 위해 주와 계약을 체결한 시설 병원에 입원조치 되었는데 그 다음날 침대 시트를 이용하여 욕실 천정을 지나는 파이프에 목을 매 자살한 사안에 관하여, 자의에 의하여 타인을 자신의 보호 하에 둠으로써 다른 사람이 그를 보호할 기회를 박탈한 자는 물건 운송인이 승객에 대하여 부담하는 것과 비슷한 주의의무를 부담한다고 하면서 자살 성향이 있는 환자의 보호를 맡은 자는 이를 방지하지 위하여 합리적인 주의의무를 하여야 한다고 판시); *Bellah v. Greenson*, 81 Cal. App. 3d 614, 146 Cal. Rptr. 535, 17 A.L.R.4th 1118 (1st Dist. 1978)

이를 제외한 나머지 쟁점들을 중심으로 살펴본다.

2. 자살의 예견 가능성 (Requirement that suicide be foreseeable)

의료 측이 환자가 자살할지도 모른다는 사실을 알았거나 감지하였음에도 불구하고 이를 막기 위한 상당한 조치를 취하지 않았을 것이 의료 측이 합리적인 주의의무를 위반하였는지 여부를 가름하는 결정적인 요소이다.⁶⁴⁾ 자살의 가능성이 합리적으로 예견 가능한 한 정신질환자가 구체적으로 어떤 수단을 사용할 것인지 여부는 문제가 되지 않지만⁶⁵⁾, 환자가 자살을 시도한 적이 있어 병원 측이 환자의 자살 망상과 자살 수단에 대하여 예견할 수 있었던 경우 의료 측의 보호의무의 수준은 그에 수반하여 높아지게 되고⁶⁶⁾, 정신질환 전문병원은 한정된 시설과 전문인력의 부족으로 자살의 예견 가능성에 관한 판단이 어려운 일반병원에 비하여 환

(부모와 정신과 의사와의 계약에 따라 정신과 치료를 받던 환자가 자살을 한 사안에 관하여, 부모가 자살을 방지할 합리적인 보호의무와 정신질환자와 환자 간의 긴밀한 관계를 유지하여 주기로 한 묵시적인 약정이 있었다며 의료과오책임을 주장한 데 대하여, 진료계약상 특별한 법률관계가 있다고 판시); *Kockelman v. Segal*, 61 Cal. App. 4th 491, 71 Cal. Rptr. 2d 552, 81 A.L.R. 5th 725 (6th Dist. 1998) (우울증으로 치료받던 정신과 외래환자가 자살한 사안에 관하여, 의사로서는 환자가 병원에 있던 아니던 그 지역의 의료수준에 따른 치료를 하여야 할 의무가 있다고 하여, 외래 환자와 정신과 의사 사이에 의료과오책임을 위한 특별한 법률관계가 있다고 판시).

특별한 법률관계가 부정된 경우 : *King v. Smith*, 539 So. 2d 262 (Ala. 1989) [비자발적 의료행위 (정신보건 관련 법규에 따른 조치에 기한 것으로 보인다; 필자 주)시 외래의 환자에 대하여 정신과 의사가 알코올중독과 가벼운 정신질환이 있다고 진단하고 그에 따른 처방을 하여 준 적이 있는데 그가 상당기간 후에 가족을 살해하고 자신도 자살한 사안에 관하여, 의사와 환자의 개인적인 접촉의 정도가 미미한 점 특히 외래환자이었던 점에 비추어 의료과오책임을 부담할 특별한 관계를 부정]; *Pingtella v. Jones*, 758 N.Y.S.2d 717 (App. Div. 4th Dep't 2003) (심한 우울증으로 치료를 받던 환자가 자녀를 살해하고 나서 자살한 사안에 관하여, 정신과 의사가 그 자녀의 안전을 위하여 환자의 행동을 통제할 특별한 법률관계가 있다고 할 수 없다고 판시).

64) Lee, Barry Lindahl, 앞의 책, § 25:131 (2d ed.) 등.

Wood v Samaritan Institution, Inc. 26 Cal 2d 847, 161 P2d 556; *Edwards v Grace Hospital Soc.*, 130 Conn 568, 36 A2d 273; *Marshall v. Klebanov*, 378 N.J. Super. 371, 875 A.2d 1035 (App. Div. 2005).

65) *Condran v Park & Tilford*, 213 NY 341, 107 NE 565; *Spivey v St. Thomas Hospital*, 31 Tenn App 12, 211 SW2d 450.

66) *Paulen v Shinnick*, 291 Mich 288, 289 NW 162.

자의 상태를 확인할 더 고도의 의무를 부담한다.⁶⁷⁾

의료 측이 구체적인 사안에서 합리적인 보호의무를 다하였는지 여부를 결정함에 있어 가장 중요한 요소는, 입원 전의 자살 시도 경력과 자살 성향의 표현을 통하여 의료 측이 어떤 정보를 획득했는지이다. 왜냐하면 그 정보가 바로 의료 측의 보호의무 수준을 결정하게 되기 때문이다.⁶⁸⁾

이 같은 이유에서 정신질환자의 과거 자살 시도 병력을 가지고⁶⁹⁾ 혹은 입원 전후의 자살 성향 표명을 통하여⁷⁰⁾ 자살을 합리적으로 예견 가능하였던 경우 의료 측의 책임이 인정되고, 환자가 자살을 시도한 것 때문에 입원한 직후 자살한 경우도 의료 측의 책임이 인정된다.⁷¹⁾

다만 예견 가능성 여부를 판단함에 있어 의료 측이 의료행위 전반에 관하여 종합적인 전문지식을 갖추었을 것까지는 요구되지 않으며, 판단의 기준이 되는 것은 어디까지나 사고 당시의 일반적인 의사의 의료행위 수준이다.⁷²⁾

가. 예견 가능성이 인정된 경우

(1) *Foster v. Charter Medical Corp.*, 601 So. 2d 435 (Ala. 1992), reh'g denied, (July 10, 1992) : 망인이 자살병력을 가지고 있고, 의료진 앞에서 그 같은 성향을 나타낸 바 있거나 자살 시도 때문에 피고 병원에 입원한 것이 입증되면 자살의 예견 가능성에 대한 입증은 충분하다 (the foreseeability of a decedent's suicide was legally sufficient if the decedent had a history of suicidal proclivities, manifested such proclivities in the presence of the defendant, or was admitted to the defendant's facility because of a suicide attempt)고 하면서 이 같은 3가지 청구원인에 대한 입증이 충분하다고 판시.

67) *Clements v Swedish Hospital*, 252 Minn 1, 89 NW2d 162.

68) *Gooch v Buford* (CA6 Tenn) 262 F 894; *United States v Gray* (CA10 Colo) 199 F2d 239; *Kent v Whitaker*, 58 Wash 2d 569, 364 P2d 556.

69) *Gries v Long Island Homes, Ltd.*, 274 App Div 938, 83 NYS2d 728.

70) *United States v Gray* (CA10 Colo) 199 F 2d 239.

71) *Kent v Whitaker*, 58 Wash 2d 569, 364 P2d 556.

72) *Schuster v. Altenberg* 144 Wis.2d 223, 424 N.W.2d 159.

(2) *Dinnerstein v. U. S.*, 486 F.2d 34 (2d Cir. 1973) (applying Connecticut law) : 우울증이 아주 심하고, 6년 동안의 우울증 병력이 있으며, 전에 자살을 시도한 적이 있고, 자살 망상을 가지고 있다고 정신과 의사에게 말한 점에 비추어, 의사가 감시를 소홀히 하거나 항우울증 치료를 중단하는 경우 자살할지도 모른다는 점에 예견 가능성이 있다고 판시.

(3) *Edwards v. Tardif*, 240 Conn. 610, 692 A.2d 1266 (1977) : 보호조치를 제대로 취하지 않으면 자살을 할지도 모른다는 점에 대한 합리적인 예견 가능성이 인정되는 상황에서 통상의 의료 수준 이하의 처지를 한 의사에게 의료과오책임이 있다고 판시 (the physician knows or reasonably should know of the risk of suicide and fails to render adequate care).

(4) *Winger v. Franciscan Medical Center*, 299 Ill. App. 3d 364, 233 Ill. Dec. 748, 701 N.E.2d 813 (3d Dist. 1998)⁷³, reh'g denied, (Nov. 18, 1998) and appeal denied, 183 Ill. 2d 598, 238 Ill. Dec. 721, 712 N.E.2d 825 (1999) : 심한 우울증으로 입원 치료 중이던 환자가 자살한 사안에 관하여, 환자가 정신 질환으로 자살할지도 모른다는 점에 대한 합리적인 예견 가능성이 인정되는 경우 환자의 보호를 책임지고 있는 자는 환자를 그 같은 위험으로부터 보호할 책임이 있다고 판시.

(5) In *Cowan v. Doering*, 215 N.J. Super. 484, 522 A.2d 444 (App. Div. 1987), certification granted, 107 N.J. 634, 527 A.2d 457 (1987) and certification granted, 107 N.J. 634, 527 A.2d 457 (1987) and certification granted, 107 N.J. 635, 527 A.2d 458 (1987) and judgment aff'd on other grounds, 111 N.J. 451, 545 A.2d 159 (1988) : 정신적, 심리적인 질병으로 인하여 자살을 시도할지도 모른다는 사실이 합리적으로 예측 가능한 경우 환자를 보호하고 있는 자는, 그 손해가 의도적

73) *Cowan v. Doering*, 215 N.J. Super. 484, 522 A.2d 444 (App. Div. 1987), certification granted, 107 N.J. 634, 527 A.2d 457 (1987) and certification granted, 107 N.J. 634, 527 A.2d 457 (1987) and certification granted, 107 N.J. 635, 527 A.2d 458 (1987) and judgment aff'd, 111 N.J. 451, 545 A.2d 159 (1988)도 같은 취지.

인 것이든 과실에 의한 것이든 관계없이 환자를 자해행위로부터 보호할 의무를 부담한다고 판시.

(6) *Kerker by Kerker v. Hurwitz*, 163 A.D.2d 859, 558 N.Y.S.2d 388 (4th Dep't 1990), amended on reargument, 166 A.D.2d 931, 562 N.Y.S.2d 954 (4th Dep't 1990)

: 자살 성향이 있는 정신질환자를 전에 그가 스프링클러 파이프에 목을 매 자살을 시도한 적이 있는 방에 혼자 두어 자살에 이르게 한 사안에 관하여, 의사가 자해가능성을 알고 있었음에도 이를 막기 위한 조치를 취하지 않은 잘못이 있다고 판시.

(7) *Koren v. Weihs*, 201 A.D.2d 268, 607 N.Y.S.2d 257 (1st Dep't 1994) : 정신과 의사가 망인의 병력에 대하여 자세히 알고 있었고, 정신과 의사가 환자와 성관계를 가졌다고 의심을 사고 있는 점에 비추어, 망인의 자살가능성이 예측 불가능한 것이 아니었다고 판시.

(8) *Smith v. New York City Health and Hospitals Corp.*, 211 A.D.2d 483, 621 N.Y.S.2d 319 (1st Dep't 1995) : 정신병력에 비추어 망인이 제대로 치료를 받지 못하게 되면 자살을 시도할 것이라는 점이 예측 가능하였다고 판시.

(9) *Husted v. Echols*, 919 S.W.2d 43 (Tenn. Ct. App. 1995) : 재소자의 정신과 치료를 맡고 있던 의사가, 병원의 심리치료를 통하여 심리치료사로서 정신질환을 앓고 있는 재소자의 어머니로부터, 재소자의 자살 시도 경력에 대하여 자세히 들었음에도 재소자를 직접 면담하거나 그 병력기록을 확인하지 않은 채 투약 등 처치지시를 하였는데 재소자가 자살에 이른 사안에 관하여, 합리적인 사람이라면 그 같은 상황에서 자살가능성을 예측하였을 것이라고 판시.

(10) *McDonald v. State*, 393 S.W.2d 914 (Tex. Crim. App. 1965) : 알코올과 약물중독으로 투신 자살위험이 있어 가족들에 의하여 병원 밖 외출이 금지되고 15분마다 감시가 이루어지는 수준에 의한 치료를 받기로 하고 정

신병원에 입원한 환자가 증상이 호전되었다고 판단되어 치료단계가 낮추어져 레크리에이션 치료사와 함께 차를 타고 외부시설에 가던 중 토할 것 같다고 하여 차를 길가에 세우게 한 다음 고속도로에 뛰어들어 자살한 사안에 관하여, 병원 밖 외출을 허용하고 자살 방지 조치를 제대로 하지 않은데 대하여 정신과 의사와 관련자들의 과실을 인정.

나. 예견 가능성이 부정된 경우

(1) *Trapnell v. U.S.*, 131 F.3d 136 (4th Cir. 1997) : 종합병원 외래환자가 자신은 술을 마시지만 망상, 우울증, 자살 염려는 없다고 하였고, 다른 사람 누구로부터 환자가 자살 성향을 가지고 있다고 들은 바 없는데 환자가 병원을 떠난 직후 자살한 사안에 관하여, 자살의 예견 가능성이 없었다고 판시.

(2) *Keebler v. Winfield Carraway Hosp.*, 531 So. 2d 841 (Ala. 1988) : 자살 병력도 없고 자살의사를 나타낸 바도 없으며 자살을 시도하여 입원한 환자도 아닌 상황에서, 환자가 응급실을 나간 직후 자살을 할 것이라고 예견하기 어려웠으므로, 응급실 의사에게 환자를 계속 감시할 의무도, 자살에 대한 책임도 없다고 판시.

(3) *Smith v. King*, 615 So. 2d 69 (Ala. 1993) : 정신질환 전문병원 입원환자가 파자마 단추를 이용하여 자살한 사안에 대하여, 환자의 자살 시도가 의료 측에 합리적으로 예견 가능한 것이 아니었다 (there is no evidence in record that defendants should have or could have foreseen that patient would take his own life)는 이유로 의료 측의 책임이 없다고 판시.

(4) *Chauvin v. West Jefferson Mental Health Center, a Div. of Louisiana Dept. of Health and Human Resources*, 597 So. 2d 134 (La. Ct. App. 5th Cir. 1992) : 지나치게 많은 양의 약을 처방하여 환자가 이것을 한꺼번에 먹고 자살을 시도하였더라도 의사가 환자를 진찰하고 그 같은 처방을 할 당시 환자에게서 자살정황을 발견하기 어려웠다면 의사에게 과실책임이 없다고 판시.

(5) *Garby v. George Washington University Hosp.*, 886 A.2d 510 (D.C. 2005)
: 응급실 의사가 환자에게 당장에는 자살, 타해의 위험이 크지 않다고 하여 자살 망상 증상에 관하여 말하지 않은 채 환자를 보호자에게 넘겼는데 그 6시간 후 자살한 사안에 관하여, 자살의 예견 가능성을 부인.

3. 보호의무의 내용과 정도 (the extent of the hospital's duty to protect the patient)

다음으로 중요한 것이 환자의 자살을 막기 위하여 의료 측이 보호(주의)의무를 다하였는지 여부인데⁷⁴⁾, 이 점과 관련해서는 아래에서 보는 것들을 비롯한 여러 가지 요소가 종합적으로 고려되지만, 그 수준은 구체적 인 사안에 따라 다르다.⁷⁵⁾ 일반적으로 말하자면, 보호의무의 수준은 의료 측에 알려진 환자 능력의 감쇄정도에 비례하므로⁷⁶⁾, 환자의 상태가 좋지 않으면 앓을수록 의료 측의 보호의무 수준은 높아지게 된다.⁷⁷⁾

가. 의료수준 (Care prevailing in other hospitals)

요구되는 의료행위의 수준은 당해지역⁷⁸⁾, 인근지역⁷⁹⁾, 또는 비슷한 지역⁸⁰⁾의 다른 병원들에 의하여 행해지는 수준을 의미한다. 그러나 지역차를 인정하는 것이 바람직하지 않다는 견지에서, 판례 중에는 전국의 의료수준에 관하여 긍정적인 입장에 선 것도 있고⁸¹⁾, 의료수준에 관하여는

74) J.D. Lee, Barry Lindahl, 앞의 책, § 25:131 등.

75) *Breese v. State*, 449 N.E.2d 1098 (Ind.App., 1983).

76) *Vistica v. Presbyterian Hospital & Medical Center of San Francisco, Inc.*, 67 Cal.2d 465, 62 Cal.Rptr. 577 (Cal. 1967.); *Brown v. State*, 84 A.D.2d 644, 444 N.Y.S.2d 304 (N.Y.A.D.,1981.); *Weglarz v. State*, 31 A.D.2d 595, 295 N.Y.S.2d 152 (N.Y.A.D. 1968.); *Davitt v. State*, 157 A.D.2d 703, 549 N.Y.S.2d 803 (N.Y.A.D. 2 Dept.,1990).

77) *Champagne v. U.S.*, 513 N.W.2d 75 (N.D.,1994.).

78) *Avey v St. Francis Hospital & School of Nursing, Inc.*, 201 Kan 687, 442 P2d 1013; 36 A.L.R. 3d 440 § 3(b).

79) *Schwartz v United States* (DC Dist Col) 226 F Supp 84; 36 A.L.R. 3d 440 § 3(c).

80) *Carrigan v Roman Catholic Bishop*, 104 NH 73, 178 A2d 502; 36 A.L.R. 3d 440 § 3(d).

81) *Darling v Charleston Community Memorial Hospital*, 50 Ill App 2d 253, 200 NE2d 149, affd 33 Ill 2d 326, 211 NE2d 253, 14 ALR3d 860, cert den 383 US 946, 16 L Ed 2d 209, 86 S Ct 1204.

지역차를 고려할 것이 아니라는 입장에 선 것도 있으며,⁸²⁾ 병원의 의료행위가 전문적인 성질의 것이 아니라면 보호의무의 수준을 결정함에 있어 지역차는 고려되어서는 안 된다는 입장에 선 것도 있다.⁸³⁾

수많은 사례에 있어 법원은 의료 측이 보호의무를 다하였는지 여부를 결정함에 있어 똑같은 상황이라면 다른 병원이 어떻게 하였을 것인지를 고려한다.⁸⁴⁾ 일반적으로 병원의 의료행위는 같은 지역의 다른 병원의 의료행위와 비견하여 평가된다.⁸⁵⁾ 같은 시내의 다른 병원의 의료행위 수준은, 비록 결정적인 것이라고 하기는 어렵더라도, 의료 측의 주의의무위반 여부를 결정하는 데 상당히 중요한 요소로 작용한다.⁸⁶⁾

의료과오책임을 판단함에 있어 또 다른 중요한 요소가 병원 규모와 크기이다.⁸⁷⁾

나. 담당의사의 지시준수(Compliance with instructions of physicians)

환자의 자해 가능성이 예견되지 않는 상황에서는 담당의사의 지시에 따라 환자에게 감시나 억제조치를 전혀 취하지 않았더라도 병원에는 책임이 없다.⁸⁸⁾ 환자가 입원 기간 중 자살을 시도한 적이 있어 담당의사가 지시한 것보다 더 엄격한 보호조치가 취해졌어야 적절한 경우라 하더라도 담당의사의 지시에 충실히 따랐다면 환자의 자살에 대하여 병원은 책

82) Pederson v Dumouchel, 72 Wash 2d 73, 431 P2d 973, 31 ALR3d 1100.

83) Hayhurst v Boyd Hospital, 43 Idaho 661, 254 P 528; Hogan v Clarksburg Hospital Co., 63 Va 84, 59 SE 943.

84) Wood v Samaritan Institution, Inc., 26 Cal 2d 847, 161 P2d 556; Liebrecht v Gotham Sanitarium, Inc., 284 App Div 781, 134 NYS2d 762; Gooch v Buford (CA6 Tenn) 262 F 894.

85) Marks v St. Francis Hospital & School of Nursing, Inc., 179 Kan 268, 294 P2d 258; Frederic v United States (DC La) 246 F Supp 368 (applying Louisiana law).

86) Liebrecht v Gotham Sanitarium, Inc., 284 App Div 781, 134 NYS2d 762.

87) Gooch v Buford (CA6 Tenn) 262 F 894.

88) Mesezahl v St. Luke's Hospital Ass'n., 194 Minn 198, 259 NW 819; Palermo v NME Hospitals, Inc. (1990, La App 4th Cir) 558 So 2d 1342; Clements v Swedish Hospital, 252 Minn 1, 89 NW2d 162 (담당의사가 환자의 보호의무자이므로 응급상황 같이 특별한 경우가 아닌 한 병원으로서 담당의사의 지시에 따른 것으로서 그 의무를 다한 것이라고 한 사안).

임이 없지만⁸⁹⁾, 담당의사의 지시를 충실히 따랐다 하더라도, 환자 보호를 위한 합리적인 주의의무를 다하지 않은 경우에는 환자의 자살에 대하여 병원 측에 책임이 있다.⁹⁰⁾

다. 의료역량 (Purported treatment capabilities)

병원이 정신질환자를 입원시킴에 있어서 자신들에게는 정신질환 치료에 필요한 인력이나 장비가 갖추어져 있지 않다는 뜻을 표현한 사정은 의료과오책임 유무를 결정함에 있어 의료 측에 상당히 유리한 요소로 작용한다.⁹¹⁾ 설령 시설이나 인력이 갖추어져 있지 않은 일반병원이라도 정신질환자임을 알면서 그 치료를 위하여 입원을 시킨 경우 그에 상응하는 주의의무를 부담하는 것이지만⁹²⁾, 일반적으로 정신질환 전문병원의 경우 정신질환 치료에 필요한 인력이나 장비가 충분히 갖추어져 있는 반면 일반병원의 경우는 그렇지 못한 상황에서 똑같은 기준을 적용하는 것은 일반병원에 지나친 부담이 되기 때문에 일반병원의 경우 정신질환 전문병원 보다 요구되는 보호의무 수준이 더 낮다고 할 수 있다.⁹³⁾ 팀 의료의 발전에 따라 관련 전문가들의 의견이 충분히 고려되었는지도 판단의 요소가 된다.⁹⁴⁾

89) Johnson v Grant Hospital, 32 Ohio St 2d 169, 61 Ohio Ops 2d 413, 291 NE2d 440, 60 ALR3d 871[환자가 9층에서 뛰어 내려 자살한 사래에 관하여, 환자가 정신분열증 진단을 위하여 입원하였고 입원 중 두 차례나 자살을 시도한 적이 있다고 하더라도, 담당의사가 병실의 창문을 잠그거나 환자에 대한 억제조치를 따르 지시하지 않은 이상, 담당의사의 지시를 충실히 따랐다면 환자의 자살에 대하여 일반병원(a general hospital) 으로서는 책임이 없다고 한 사안].

90) Broz v Omaha Maternity & General Hospital Ass'n., 96 Neb 648, 148 NW 575[담당의사가 병원직원들에게 환자로 하여금 병실과 병원 내 공간을 자유롭게 이용하도록 허용하게 하였는데, 환자가 싱크룸(sinkroom)에 보관 중인 독약을 가져다가 자살한 사안에 관하여, 담당의사의 지시사항은 환자에게 상당한 보호와 감시를 하여야 할 병원의 의무와 함께 받아들여야 하는 것이어서, 담당의사가 정신질환을 앓고 있는 환자의 싱크룸 출입도 허용하는 취지의 지시를 한 것은 아니라고 보아야 한다는 이유로 병원의 책임을 인정한 사안]; Rural Education Ass'n. v Anderson, 37 Tenn App 209, 261 SW2d 151.

91) Mesedahl v St. Luke's Hospital Ass'n., 194 Minn 198, 259 NW 819; Johnson v Grant Hospital, 32 Ohio St 2d 169, 61 Ohio Ops 2d 413, 291 NE2d 440, 60 ALR3d 871; Google v United States (DC NY) 101 F Supp 830 (applying New York law).

92) U. S. v. Gray, 199 F.2d 239 (10th Cir. 1952).; In re K. K. B., 609 P.2d 747 (Okla. 1980).

93) Clements v Swedish Hospital, 252 Minn 1, 89 NW2d 162.

(1) *Mesedahl v St. Luke's Hospital Ass'n.*, 194 Minn 198, 259 NW 819. : 환자가 불안해하고, 의사소통이 잘 되지 않으며, 눈빛이 이상하기는 하였지만, 가족이나 담당의사가 병원직원들에게 환자의 질병에 관한 정보를 전혀 제공한 바가 없는데, 환자가 제대로 닫혀있지 않은 창문을 통하여 뛰어 내려 자살한 사안에 관하여, 정신질환에 대하여 전문적인 지식을 갖추지 못한 사람들에게 자살 예견 가능성을 기대하기 어렵다고 하여 간호사들의 주의의무 위반 책임을 부정.

(2) *Clements v Swedish Hospital*, 252 Minn 1, 89 NW2d 162. : 환자의 비이성적인 행동양태가 자살 전날 갑자기 사라진 경우, 심리치료사도 없고 전문인력이나 장비가 부족한 일반병원에 비하여, 정신질환 전문병원 쪽에 높은 수준의 주의의무가 부과될 것이라고 판시.

(3) *Google v United States* (DC NY) 101 F Supp 830 (applying New York law) : 폐결핵 환자로 미연방이 운영하는 병원에 입원한 환자가 알코올중독 증상으로 인하여 병원 창문을 통하여 뛰어 내려 자살을 시도한 사안에 관하여, 환자가 알코올증상의 치료를 위하여 병원에 입원한 것이 아니기 때문에 그 증상 치료에 요구되는 주의의무를 병원 측에 대하여 요구할 수 없다고 판시.

라. 특별간호인 약정을 한 경우 (Ordering of special attendants)

환자를 위하여 특별간호인을 두기로 약정한 경우, 병원은 일반적인 주의의무위반 책임이외에 특별간호 계약과 관련하여도 책임을 부담한다.⁹⁵⁾ 특별간호인의 간호의 수준이나 범위에 상관없이 병원은 환자의 자살을 방지할 일반적인 보호의무를 부담한다.⁹⁶⁾ 환자가 개인적으로 따로 개호

94) Michael J. Powers, Nigel H. Harris, *Medical negligence* (2nd ed), Butterworths (1994), §31.50

95) *Emory University v Shadburn*, 47 Ga App 643, 171 SE 192, *affid* 180 Ga 595, 180 SE 137 (개호인을 병원이 알선하여 주었고, 병원을 통하여 그 보수가 지급된 사안에서 개호인을 병원의 기관이라고 파악한 사안); *Gooch v Buford* (CA6 Tenn) 262 F 894; *Richardson v Dumas*, 106 Miss 664, 64 So 459; *Richardson v Dumas*, 106 Miss 664, 64 So 459.

인을 두고 있었다고 하더라도 마찬가지이다.⁹⁷⁾ 특별간호 약정을 하고도 이를 이행하지 못한 경우에는, 설령 일반적인 보호의무수준에 따른 의료 행위를 다하였다고 하더라도 병원은 특별 간호약정의무를 이행하지 않은 데 대하여 책임을 부담한다.⁹⁸⁾

4. 인과관계 (Requirement of causation)

일반적인 경우와 마찬가지로 정신질환자의 자살의 경우에도 상당인과관계 원칙이 그대로 적용되지만, 사안의 특성상 구체적인 적용에 있어 특별한 고려가 허용되기도 한다. 정신질환에 대한 지식의 한계가 특정한 정신과적 진료행위와 자살 간에 상당인과관계가 있는지 여부를 결정하는데 어려움을 주기는 하지만, 자살이 의료 측에 의하여 합리적으로 예측 가능한 경우 환자의 사망은 의료 측의 주의의무 위반과 상당인과관계가 있는 것으로 추정된다.⁹⁹⁾

가. 인과관계가 인정된 경우

(1) *Meier v. Ross General Hospital*, 69 Cal. 2d 420, 71 Cal. Rptr. 903, 445 P.2d 519 (1968) : 손목을 베 자살을 시도하여 치료를 위하여 병원의 정신 병동 2층에 입원한 환자가 병실 창문으로 뛰어 내려 자살한 사안에 관하여, 비록 환자가 사고의 직접 원인이 된 행사에 자발적으로 참석하였다고 하더라도 원고 측으로서는 사실추정원칙 (*res ipsa loquitur*)¹⁰⁰⁾을 원용할 수 있다고 하여, 의료 측의 보호의무위반과 자살 간의 인과관계 인정.

96) *Emory University v Shadburn*, 47 Ga App 643, 171 SE 192, *affd* 180 Ga 595, 180 SE 137. *supra*

97) *Emory University v Shadburn*, 47 Ga App 643, 171 SE 192, *affd* 180 Ga 595, 180 SE 137. *supra*

98) *Gooch v Buford* (CA6 Tenn) 262 F 894.

99) *Egan v. Palmer*, 221 Mo.App. 823, 293 S.W. 460 (Mo.App. 1926).

100) 사실 그 자신이 증명하고 있는 이라는 의미로 사고 또는 손해발생의 원인이 피고 또는 그 피용자가 관리하는 상황 하에서 발생하였다는 점과 피고 또는 그 피용자가 통상의 주의의무를 다하였다면, 사물의 성질상 문제의 사고 또는 손해는 발생하지 않았을 것이라는 점 이 두 가지가 입증되면, 사고 또는 손해는 피고의 과실에 기인하는 것으로 추정된다는 것이다.

(2) *Weatherly v. State*, 109 Misc. 2d 1024, 441 N.Y.S.2d 319 (Ct. Cl. 1981) : 치료단계가 한 단계 낮아진 것에 불안해하는 정신질환자를 원래의 자살감시가 필요한 단계로 되돌려 두지 않은 점에 대하여는 담당 정신과 의사의 주의의무위반이 인정되나 이와 자살 사이에 인과관계가 있다고 하기 어렵지만, 환자가 자살할 우려가 있는 상황들에 대하여 전해 들었음에도 그 방지를 위한 조치를 취하지 않은 점은 주의의무위반으로서 그와 자살 사이에 인과관계도 있다고 판시.

나. 인과관계가 부정된 경우

(1) *Vinchiarello v. Kathuria*, 18 Conn. App. 377, 558 A.2d 262 (1989) : 정신과 의사가 자살 성향이 있는 환자를 5년 여간 치료해 오다가 자살 1년여 전부터 특정약품을 입원환자 기준 혹은 외래환자 기준으로 처방하여 왔는데 환자가 나중에 입원환자 기준으로 처방된 약을 한꺼번에 삼켜 자살한 사안에 관하여, 그 약이 입원환자에게만 처방되어야 한다거나 의사가 환자를 더 세심하게 살피지 않은 것과 자살 사이의 인과관계 부정.

(2) *Farwell v. Un*, 902 F.2d 282 (4th Cir. 1990), reh'g denied, (May 31, 1990) (applying Delaware law) : 자살 망상에 대하여 5개월여 간 항우울제를 처방하여 온 의사가 그 아내로부터 전화를 받고 입원을 권유하여 그에 따르겠다는 말을 들었는데 환자 측에서 즉시 입원을 하지 않고 다른 사정으로 입원이 미뤄지던 도중에 자살한 사안에 관하여, 자살 10일 전의 의사의 진료행위가 과실에 해당하기는 하지만, 그것과 자살 사이에 인과관계는 인정되지 않는다고 판시 (the link between the care and the suicide was too tenuous).

(3) *Scheidt v. Denney*, 644 So. 2d 813 (La. Ct. App. 1st Cir. 1994), writ denied, 648 So. 2d 927 (La. 1995) : 자살 망상을 가진 환자가 정신병원에 입원하여 항우울증 치료를 받고 증상이 호전되어 병원에서 운영하는 몇몇 프로그램 참여, 항우울제 복용, 정기적인 외래진료를 약속하고 퇴원하였는데, 첫 의

래진료 약속을 취소한 후 총으로 자살한 사안에 관하여, 의사가 의료수준에 맞는 진료의무를 다하지 못한 것은 맞지만, 의무위반이 자살의 중요한 원인이 된 것은 아니라고 판시.

(4) *Bailey v. State Through Dept. of Health and Human Resources*, 695 So. 2d 557 (La. Ct. App. 4th Cir. 1997) : 망인의 죽음이 자살에 의한 것이거나 리듬수치가 낮은 것과 직접 관련된 것이라는 점에 대한 원고 측의 입증이 부족하다고 판시.

(5) *Clement v. U.S.*, 772 F. Supp. 20 (D. Me. 1991), judgment aff'd on other grounds, 980 F.2d 48 (1st Cir. 1992) (applying Maine law) : 음주가 심한 월남 전 참전 용사가 등의 통증이 심하여 약물 치료를 받았으나 치료에 진척이 없어 종합병원 정신병동에 입원하여 진단한 결과 외상 후 스트레스 증후군과 알코올중독임이 판명되었는데 등의 통증이 악화되자 정신과 치료를 일단 뒤로 미루고 통증치료를 받던 중 퇴원한 뒤 외래진료에서 악몽과 통증이 더 심해졌다고 호소하여 입원을 권유 받았으나 응하지 않고 자살한 사안에 관하여, 의사가 통증치료제 처방과 알코올중독 증상을 정확히 진단하지 못한 데 대하여는 과실이 있지만, 이것이 자살의 직접적인 원인이라고 할 수 없고 (the inappropriate medication was the sole, immediate, or nearest cause of the man's suicide to sufficiently satisfy the proximate causation element of liability), 오히려 등의 심한 통증, 이혼, 베트남 전 참전 후의 외상후 스트레스증후군, 열악한 생활환경이 자살의 원인이라고 판시.

(6) *Moon v. U. S.*, 512 F. Supp. 140 (D. Nev. 1981) (applying Nevada law) : 정신분열증으로 종합병원에서 치료를 받고 있었는데 담당 정신과 의사는 환자의 자살 망상이나 이탈성향에 대하여 대꾸하지 않는 것이 적절한 방법이라고 판단. 도중에 다른 환자들과 함께 밖에 놀러 나갔는데 이탈하여 혼자서 재미있고 힘차게 수영하고 있는 모습이 발견되었는데 갑자

기 물속으로 사라지더니 후에 시신으로 발견된 사안에 관하여, 망인의 죽음이 자살에 의한 것이라는 입증이 없는 한, 정신과 의사나 관여자들의 감시 소홀과 사망과의 인과관계 부정

(7) *Gaido v. Weiser*, 227 N.J. Super. 175, 545 A.2d 1350 (App. Div. 1988), judgment aff'd on other grounds, 115 N.J. 310, 558 A.2d 845 (1989) : 우울증으로 입원 치료를 받던 환자가 증세의 호전으로 퇴원한 후 그 아내가 남편의 상태가 좋지 않다고 판단 담당의사에게 외래 진료일을 앞당겨 줄 것을 요청하였으나 의사가 약속일을 변경하지는 않고 진정제만 처방하고 환자의 진료기록을 가져다 살펴보지도 않았는데 환자가 나중에 알코올수치가 높은 익사체로 발견된 사안에 관하여, 의사의 주의의무위반과 사망의 사이에 상당인과관계 (proximate cause) 부정.

VI. 맺는말

1. 예견 가능성의 징표가 되는 구체적인 정황들

정신질환자의 자살사고에 있어 의료과실 책임의 유무를 결정하는 가장 중요한 요소는 의료 측이 환자의 자살을 예견하였거나 예견 가능하였는지 여부와 그에 따른 적절한 보호의무가 이행되었는지 여부라 할 수 있는데, 보호의무의 내용과 수준도 의료 측이 예견한 내용에 따라 결정되는 것이어서 결국은 예견 가능성이 책임유무를 결정하게 된다. 중국적으로 재판을 맡은 법원이 증상의 종류, 환자의 개인차 등과 그 밖의 주변 상황 등을 종합하여 개개의 사안에 따라 구체적으로 판단하지 않으면 안 될 것이지만, 자살의 예견 가능성을 추인하게 하여 주는 구체적인 정황들로서는 자살 염려나 망상의 표현, 자살 시도 병력의 유무 및 빈도, 자살 시도를 이유로 한 입원인지 여부, 우울증 환자의 경우 그 초기이거나 회복기인지 여부, 공격적 성향 및 자해행위 등 평소와 다른 일탈행위 유무, 병에 관한 자기인식의 유무, 치료에 대한 희망의 유무나 강약 등을

들 수 있다.¹⁰¹⁾

2. 보호 (주의)의무의 내용과 정도

의료 측의 보호 (주의)의무의 수준을 결정하는 가장 중요한 요소는 앞서 본 바와 같이 의료 측이 환자의 자살을 예견하였는지 여부와 그 정도이고, 여기에 영향을 미치는 것이 의료 측이 정신질환 전문병원인지 일반병원(응급의료기관 포함)인지 여부, 환자가 정신질환을 이유로 입원하였는지 여부, 폐쇄병동이나 보호실에 수용된 환자인지 여부 등이다. 즉 자살의 예견 가능성과 그 수단에 대한 예측 가능성이 높으면 높을수록 의료 측의 보호의무의 수준은 그에 비례하여 높아지게 마련이고, 환자가 정신질환이 아닌 다른 병으로 입원하였고, 의료 측도 정신질환에 관한 높은 수준의 의료를 제공할 것을 명시적, 묵시적인 전제로 진료계약을 맺은 것이 아니라는 사정 등은 요구되는 의료수준 결정에 있어 의료 측에 유리한 요소로 작용할 것이다. 그리고 정신질환 전문병원이 일반병원이나 응급실에 비하여, 폐쇄병동이나 보호실 수용환자의 경우가 개방치료나 외래치료를 받는 환자의 경우에 비하여 의료 측이 더 높은 수준의 보호의무를 요구받게 될 것이다.

3. 판단의 방법

예견 가능성이 의료과오책임 유무의 가장 중요한 요소이므로 판결문 설시에 있어서도 이 점에 유의할 필요가 있다. 즉, 진료기록부 등 의료 측의 자료를 토대로 예견하고 있었다고 설시하거나, 예견 가능하다고 인정하게 된 구체적인 정황들을 가능한 자세히 열거하여 주는 것이 판결의 설득력을 높이는 길이 될 것이라는 것이다.

의료 측의 보호 (주의)의무위반에 대한 판단의 방법으로서, 주의의무의 내용을 구체적으로 적시한 다음에 의료 측의 행위가 그에 반한 것인

101) 水沼 宏, 앞의 논문, 732면.

지 아닌지 판단하는 방법과 의사의 재량적 판단을 인정한 다음 당해 조치가 그 범위 내에 있는 것인지 아닌지 판단하는 방법을 생각해 볼 수 있고, 일본의 판례들은 두 가지 방법을 혼용하고 있는 데 반하여¹⁰²⁾ 앞서 본 바와 같이 우리 판례들은 전자의 방법을 주로 따르고 있는데, 개방적 치료를 받는 환자의 경우로서 의료 측 책임을 부정하는 경우라면 후자의 방법을 택하는 쪽이 이유 설시를 더 편하게 하지 않을까 생각된다.

4. 심리방법상 유의사항

예견 가능성과 관련하여서는 환자가 입원하면서 작성한 의무기록지나 진료기록 등을 제출받아 환자의 병력, 자살 시도 병력에 관하여 의료 측이 알았는지, 환자가 자살 염려나 자살 망상 등의 증상을 의료 측에 표현하였는지 등을 확인하여야 할 필요가 있다. 통상의 경우 환자가 정상적이지 않은 경우가 많아 의료 측에서 환자의 보호자를 통하여 과거병력 등 증상에 관련된 정보를 수집하는 경우가 많을 것이므로, 보호자를 통하여 제공된 정보의 내용을 확인할 필요도 있을 것이다. 다만 이 경우 보호자는 대개 원고이거나 원고 측인 경우가 대부분일 것이므로 그 선택은 진료기록으로의 입증이 불가능할 경우에 차선적인 방법으로 사용하는 것이 적절하지 않을까 생각된다.

보호의무의 수준(진료행위의 적부, 의료수준)과 관련하여서는 꼭 필요한 것은 아니라고 하더라도 가능하면 관련 분야 전문의나 간호사 등을 통하여 환자의 증상에 따라 통상 행해지는 의료행위가 어떤 것인지 입증할 수 있으면 좋을 것이지만, 우리나라의 의료현실에 비추어 쉬운 일이 아니다. 그리고 증인신문을 위한 변론기일을 지정함에 있어서는 증인신문사항이 전문적인 분야에 관한 것으로서 통상의 민사사건에 비하여 긴

102) 飯塚和之, “精神患者の自殺と醫療側の責任”, 醫療法學 4(1987. 7.), 115면.
전자의 방법을 따른 경우: 앞의 福岡地小倉支判 昭和 49(1974). 10. 22., 福岡地判 昭和 55(1980). 11. 25.
후자의 방법을 따른 경우: 앞의 福岡高判 昭和 54(1989). 3. 27., 福岡地判 昭和 57(1982). 1. 26., 東京地判 昭和 62(1987). 11. 30.

것이 보통이고, 기록에 편철된 진료기록을 제시하며 신문이 진행되는 데다가 쌍방 간의 공방이 혼한 관계로 긴 시간이 요구되는 점을 염두에 두어야 한다. 따라서 증인신문 시간을 따로 지정하고, 신문사항을 미리 제출받아 상대방에게 반대신문을 준비할 시간을 충분히 주고 재판부도 미리 검토하고 들어가는 것이 바람직하다고 생각되며, 주신문사항을 인증진술서로 제출하게 한 다음 법정에서는 주된 쟁점에 관련된 부분만 신문을 하게하고 반대신문 위주로 신문기일을 진행하는 것도 고려해 볼 만한 방안이다. 가장 이상적인 반대신문방법은 반대신문을 하는 당사자 측에 의료전문가가 보좌인으로서 함께 참여하여 대리인에게 전문분야에 관하여 조언을 하여 주는 것일 것이다.¹⁰³⁾

한편 의료 측의 간호사를 법원을 통하여 소환하는 것이 어렵다면, 관련 분야에 관한 의학 교과서, 참고서나 전문잡지에 실린 논문 등을 제출받아 예견된 증상에 따른 적절한 의료행위가 어떤 것인지 확인하는 방법이 차선책일 것인데, 이 경우 당해문헌의 발행연월일, 서명 등이 기재된 면을 함께 사본하여 제출토록 하는 것이 바람직하다.

103) 太田幸夫, 앞의 논문, 461면.

[참 고 문 헌]

- 김천수(1999). “법률행위의 무효”, 『한국민법이론의 발전 : 무암 이영준 박사 화갑기념 논문집 I』, 총직·물권편, 박영사
- 박동희(2003). 『행정법 I』(제9판). 박영사
- 서철원(2005). 『미국 불법행위법』. 법원사
- 飯塚和之(1987.), “精神疾患者の自殺と醫療側の責任”. 『醫療法學 4』
- 水沼 宏(1990). “精神科(2)-入院患者の自殺”. 根本久 編 裁判實務大系 17 『醫療過誤訴訟法』. 青林書院
- 辻 伸行(2000). “精神科患者の自傷他害事故”. 太田幸夫 編 新·裁判實務大系 1 『醫療過誤訴訟法』. 青林書院
- “精神障害者による殺傷事故および自殺と損害賠償責任(1) 내지(5)”. 『判例時報』 1549호(1996.2.), 『判例時報』 1552號(1996.3.), 『判例時報』 1555號(1996.4.), 『判例時報』 1558號(1996.5.), 『判例時報』 1561號(1996.6.)
- 太田幸夫(2000), “醫療過誤訴訟における訴訟指揮”, 太田幸夫 編 新·裁判實務大系 1 『醫療過誤訴訟法』. 青林書院
- James L. Rigelhaupt & Jr., J.D.(1983). “Liability of mental care facility for suicide of patient or former patient”. 19 A.L.R. 4th 7.
- J.D. Lee & Barry Lindahl(2005). Modern Tort Law: Liability and Litigation 2d ed.
- Jonathan M. & Purver, LL.B.(2006). “Hospital’s Failure to Protect Patient from Self-inflicted Harm”. American Jurisprudence Proof of Facts 2d.
- Patricia C. & Kussmann, J.D.(2000). “Liability of doctor, psychiatrist, or psychologist for failure to take steps to prevent patient’s suicide”, American Law Reports ALR 5th(made current by the weekly addition of relevant new cases)
- Ronald A. & Case, J.D.(1974). “Liability of hospital, other than mental institution, for suicide of patient”, 60A.L.R. 3d 880.

Negligence liability of hospitals for suicide of patient

Heungsoo Son, judge

Jeonju District Court

=ABSTRACT=

Due to the awareness of their rights for medical liability and the advancement of legal principles, it becomes also not hard to find those who seek damages against hospitals, doctors and nurses for the suicide committed under the protection of psychiatric institute in Korea these days.

Judgements on these kinds of cases are not enough yet, so that it may be too early to try to find principles used in these cases, however it is hardly wrong to read following things from above cases. That is, to gain the case, plaintiffs should show (1) there exists an obligation of “due care” (there is a special relation between patients and hospitals), (2) the duty is violated on the basis of the applicable standard of care, (3) whatever injures or damages are sustained are proximately caused by the breach of duty and (4) the plaintiff suffers compensable damages.

To specific, whether a psychiatric institute was liable for wrong death or not depends upon the patients conditions, circumstances and the extent of the danger the patients poses to himself or herself; in short, the foreseeability of self-inflicted harm(the doctor should have or could reasonably have foreseen the patient's suicide and the doctor's negligence actually caused the suicide). In this context if a patient exhibit strong suicidal tendencies, constant observation should be required. Negligence has been found not exist, however, when a patient abruptly and unexpectedly dashes from an attendant and jumps out a window or otherwise attempts to injure himself or herself. And the standard of conduct that is required to meet the obligation of “due care” is based on what the “reasonable practitioner” would do in like circumstances. The standard is not one of excellence or superior practice; it only re-

quires that the physician exercise that degree of skill and care that would be expected of the average qualified practitioner practicing under like circumstances. Most of these principles have been established at cases of the U.S.A and Japan.

In this article you can also find the legal organizations of medical liability and medical contacts on the suicide of patients who have psychiatric diseases under Korean negligence law.

Key Words : Hospital's Failure to Protect Patient from Self-inflicted Harm, special relationship, duty of due care, suicide be foreseeable, the doctor should have or could reasonably have foreseen the patient's suicide), the extent of the hospital's duty to protect the patient, Requirement of causation, legal organizations of medical liability and medical contacts