

환자의 진료협력의무와 의사의 의료과실

백 경 희*

- I. 문제의 제기
- II. 환자의 진료협력의무의 의의와 유형
 - 1. 진료협력의무의 의의
 - 2. 유형
- III. 진료협력의무의 법적 성질과 효과
 - 1. 진료협력의무의 법적 성질
 - 2. 환자의 진료협력의무 위반과 과실상계
- IV. 환자의 진료협력의무와 의사의 의료과실의 관계
 - 1. 환자와 의사의 관계
 - 2. 의사의 보증인적 지위
 - 3. 판례의 검토
- V. 결론적 소견

I. 문제의 제기

의사와 환자는 질병의 치유를 목적으로 하여 의료계약을 통하여 관계를 맺게 된다. 의사는 환자에 대하여 환자의 질환과 상태에 적합한 의료행위를 시행하게 되므로, 환자가 의사의 의료행위에 협력하지 아니한다면 질병 치유라는 목적을 달성하기 어렵게 된다. 즉, 환자는 의사가 자신을 진료할 때에 의사에게 자신의 질환과 기왕증이나 병력, 특이체질 등을 적극적으로 고지하여야 하고, 의사가 환자에게 행하려는 의료행위에 협조하고 지시에 응하

* 논문접수: 2012.2.10. * 심사개시: 2012.5.10. * 수정일: 2012.6.4. * 게재확정: 2012.6.8.
* 인하대학교 법학전문대학원 전임강사, 변호사

여야 하는데, 만약 환자가 의사의 의료행위에 협력하지 아니하여 의료사고가 발생하거나 확대되고 이것이 의사의 의료과실과 연계될 때 어떻게 처리되는지가 문제된다. 이는 환자의 진료협력의무의 법적 성질을 의료계약상 환자의 의무로 볼 것인지, 아니면 책무에 불과한 것으로 볼 것인지에 따라 달라질 수 있다. 특히 환자의 진료협력의무는 의사의 진단·검사·수술 등의 진료의무뿐만 아니라 설득의무나 요양지도의무와 같은 설명의무와 관련하여, 의료사고가 의사의 의료과실로 인하여 야기·확대된 것인지 아니면 환자의 진료협력 거부로 인하여 야기·확대된 것인지에 관한 양측의 주장이 첨예하게 대립하게 된다.

이하에서는 환자의 진료협력의무의 의의와 유형, 법적 성질에 따른 효과를 살펴 본 후, 환자의 진료협력의무와 의사의 의무와의 관계를 의료과정의 단계별로 문제가 나타나는 국면을 판례의 태도를 통하여 검토하기로 한다.

II. 환자의 진료협력의무의 의의와 유형

1. 진료협력의무의 의의

의사는 환자와의 첫 대면에서 문진·시진·촉진·타진·청진 등을 통하여 환자가 지니고 있는 질환을 진단하고, 그 질환이 정확한지 검사를 시행하여 확인 후, 환자의 체질적 특성과 기왕력을 고려한 시술과 투약을 결정하게 된다. 그런데 이와 같은 의료행위의 과정에서, 의료가 계속하여 발전하고 있는 학문이기 때문에 지니고 있는 본질적인 한계인 불완전성으로 인해, 예견할 수도 없고 회피할 수 없는 악결과가 발생할 수도 있다. 왜냐하면 인간은 저마다 모두 다르고, 그 개체에 대한 예측이 불가능하기 때문이다.

따라서 환자는 악결과를 최소화하고 질병의 치료라는 의료의 목적을 달성하기 위해 의사와의 신뢰관계를 기반으로 의사에 대하여 기존의 병력과 치료내역, 증상과 임신 여부 등에 관하여 고지하는 등 의료행위에 협력하여야 한

다.1) 또한 환자는 자기의 신체를 대상으로 하여 의료행위가 행해지므로 결정권을 지니고 있지만 특별한 사정이 없는 한 의사의 진료행위에 수긍하고 협력할 의무를 부담한다.2) 이와 같은 환자의 진료협력의 측면은 의사와 환자의 관계를 고려할 때 의료 효과와 책임의 면에서 ‘의사와 환자의 공동책임의 분배’로 명명되기도 한다.3) 다만, 환자의 진료 협력—특히 환자의 고지의무의 경우—은 환자 측의 교육 정도, 지능 정도, 주관적인 사정과 연계되어 있다.4)

2. 유형

환자의 진료협력의무의 유형으로는 수진(受診) 협력, 문진에 대한 응답·증상 등 고지의 의무, 요양방침 준수 등이 있다.5)6)

가. 수진협력

수진협력의무는 의사가 지정한 진료일에 환자가 의사의 진료를 받고 그에 협력하는 것을 의미한다. 따라서 진료일이 지정되었음에도 환자가 그 지정일에 의사로부터 수진을 하지 않거나, 일정한 증상이 발현된 것에 대하여 진료를 받는 중에 주의를 해태하여 이에 관한 진료를 받지 못한 때, 환자가 임의로 진료받는 것을 중지하거나 거부하는 경우가 수진협력의무 위반에 해당

-
- 1) Erwin Deutsch·Andreas Spickhoff, *Medizinrecht—Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinproduktrecht und Transfusionsrecht—*, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2008, S.83.
 - 2) 박종두, “의료계약의 법적 구성”, 『법조』, 법조협회, 1992, 제65~66면.
 - 3) 松倉豊治, *医学と法律の間, 判例タイムズ社*, 1977, 58頁.
 - 4) 최재천·박영호, 『의료과실과 의료소송』, 육법사, 2001, 제220~221면.
 - 5) 村山淳子, “医療契約論 — その実体的解明—”, 『The Seinan Law Review』, vol. 38 no. 2, 2005, 제76면.
 - 6) 한편 진료협력의무를 진료할 사항의 고지, 진료행위 실시에 대한 협력, 위험 내지 위법한 의료 등의 의뢰자제, 환자보호자의 주의 등으로 분류하거나 순응의무와 고지의무로 분류하는 입장으로는 석희태, “의료과오에서의 인과관계에 관한 연구”, 『연세법학연구』, 제2집, 연세대학교 법과대학 법률문제연구소, 1992, 제307면, 유사한 분류로는 이영규, “의료계약의 특질과 구조”, 『법학총론』, 제12집, 한양대학교, 1995, 제465면.

하게 된다.

의학적으로 의사의 계속적인 치료가 필요함에도 불구하고, 환자나 그 보호자가 의사의 충고에 반하여 자의로 퇴원하고자 하는 경우(DAMA: discharge against medical advice)⁷⁾와 그와 정반대로 의사가 환자에 대하여 더 이상의 의료행위가 불필요하다고 판단하여 퇴원 지시를 내렸음에도 불구하고 환자가 그 지시를 거절하고 의사에게 추가적으로 수술 등의 진료를 요구하는 경우도 진료거부의 예이다.

나. 문진에 대한 응답과 고지의무

환자에 대한 문진 시 환자 역시 자신의 상태를 분명하게 의사에게 설명하고 고지하여야만 하므로 의사와 환자의 커뮤니케이션이 상당히 중요하고 그에 따라 양측의 과실이 문제될 수 있는 특이한 양상을 지닌다.⁸⁾ 만약 환자가 의사의 문진 시 답변을 해태하거나 적절한 정보를 고지하지 않아, 오진이나 오판단에 이르게 된 경우, 진료협력의무 위반이 된다.⁹⁾

다. 요양방침에 대한 준수

의사는 환자에 대한 치료와 아울러 환자가 제대로 회복될 수 있도록 요양방법을 설명하고 지도할 의무가 있다. 의사는 치유되는 과정에서 환자에게 정확한 정보를 제공함으로써 환자로 하여금 스스로 자기결정을 할 수 있도록 하여야 한다. 의료법 제22조에서는 ‘의료인은 환자나 환자의 보호자에게 요

7) 환자 측의 진료거부는 다시 환자 본인이 행한 진료거부와 환자의 보호자가 진료거부결정을 내린 경우로 나뉘어 지는데, 양자는 환자의 자기결정권의 실현이라는 점에서 차이가 있다. 특히 의료행위의 중지가 곧바로 환자의 사망이라는 중대한 결과를 초래하는 응급환자의 경우 응급환자의 진료거부나, 그 보호자의 진료거부는 모두 의사에게 환자의 자기결정권과, 생명존중, 진료의 의무라는 복합적인 가치판단 또는 이익형량을 강요하게 된다. 이상돈, 『의료행법』, 법문사, 1998, 제93~98면.

8) 추호경, 「의료과오에 관한 연구」, 서울대학교대학원 박사 논문, 1992, 제275~276면.

9) 이은영, 『채권각론』, 박영사, 2007, 제938면.

양방법이나 그 밖에 건강관리에 필요한 사항을 지도하여야 한다.’라고 하여 설명의무 중 유일하게 요양방법 지도의무¹⁰⁾에 관한 명시적인 조항을 두고 있다.¹¹⁾ 환자가 위와 같은 의사의 의료방침을 따르지 아니하여, 악결과가 발생한 경우도 환자의 진료협력의무 위반이 거론된다.

III. 진료협력의무의 법적 성질과 효과

1. 진료협력의무의 법적 성질

환자의 진료협력의무의 법적 성질에 관하여 의사의 진료의무 등에 대응하는 환자의 의무라고 파악하는 견해¹²⁾와 원칙적으로 책무에 해당하고, 예외적으로 부수의무¹³⁾라고 보는 견해¹⁴⁾가 있다.

10) 대법원 1991. 2. 12. 선고 90도2547 판결; 대법원은 대학병원에서 수련의로 근무하던 중 연탄가스중독증으로 응급 후송된 환자를 치료한 후 아무런 설명 없이 그대로 퇴원시키는 바람에 다시 연탄가스중독증에 걸리게 하여 업무상과실치상죄로 기소된 사건에 대하여 “이 사건에 있어서와 같이 환자가 연탄가스 중독으로 판명된 경우, 환자가 그 원인사실을 모르고 병명을 문의하는 경우에는 그 병명을 알려주고 이에 대한 주의사항인 피해 장소인 방의 수선이나 환자에 대한 요양의 방법, 기타 건강관리에 필요한 사항을 지도하여 줄 요양방법의 지도의무가 있는 것이며, 이를 태만한 것으로서 의사로서의 업무상 과실이 있는 경우라 할 것이다.”라고 하여 의료법상의 요양지도의무 위반과 업무상 과실치상의 유죄 취지로 판시한 바 있다. 또한 망인이 음식점 화장실에서 뒤로 넘어지면서 두개골이 골절되고 외상성 뇌내출혈이 발생하였음에도 피고병원 의료진이 망인에 대한 문진이나 이학적 검사를 소홀히 한 채 단순 음주상태로 속단하여 추가적인 검사와 경과관찰을 하지 않고, 이와 같은 상태에서 망인을 귀가시키면서 귀가 후의 유의사항을 고지하지 아니한 의료과실이 문제된 사안인 서울고등법원 2008. 8. 19. 선고 2007나24406 판결에서 법원은 의사의 요양방법 지도 의무와 관련하여 “피고병원 의료진으로서는 망인을 퇴원시킴에 있어서도 망인이 퇴원해도 되는 상태인지를 면밀히 살피고, 일행에게는 망인에게 의심되는 질병에 관하여 설명하고 망인의 경과를 관찰하도록 하여 만약 이상증세가 나타나면 신속한 후송조치를 취하도록 주시시켰어야 할 것이다.”라고 판단하였다.

11) 설명의무를 의료법상 의료인의 의무로 규정하고자 여러 차례 의료법 개정안에 관련 조항을 두었지만, 아직까지 국회에 계류 중일뿐 통과되지 못하고 있는 상황이다.

12) 김민중, “의료계약”, 『사법행정』, 1991, 제41, 46면.

13) 독립적 부수의무가 되는 예로는 환자가 당해 진료 대상이 아닌 전염성 질환을 가지고 있어서 병원 내의 다른 환자의 안전을 위하여 의사에 대한 고지가 필요함에도 불구하고 이를 고지하지 않은 경우를 들고 있다. 김천수, “진료계약”, 『민사법학』, 제15호, 한국민사법학회, 1997, 제165면.

책무(責務, Obliegenheit) 또는 간접의무는 의무자가 그 이행을 하지 아니할 때 그 이행을 강제할 수 없고, 불이행의 경우에도 손해배상 청구를 할 수 없으며, 단지 책무위반이 당해 의무자에게 일정한 불이익을 야기함에 불과하다는 점에서 법적 의무와 달리 취급된다. 법이 규정한 대로 따르지 않으면 일정한 불이익을 받게 되지만 법이 규정하는 것을 소구하는 것은 허용되지 않는 점에서 의무와 다르다.¹⁵⁾

그런데, 이와 같은 견해의 대립은 진료협력의무를 위반한 유형에 따라 달라지는바, 그 실익이 있는 경우는 환자의 수진 협력 위반과 관련한 것이다.¹⁶⁾ 환자의 수진 협력 위반은 의료계약에 있어 진료의무를 부담하는 채무자인 의사가 환자에 대하여 의료행위를 제공하려 함에도 불구하고 채권자인 환자 측의 사유로 인하여 수진을 지체하거나 지체 중 거부하는 것이기 때문이다. 그러므로 수진 협력 위반에는 민법의 채권자 지체에 관련된 학설의 논의가 연계되어 적용된다. 환자의 수진 협력을 신의칙에 의한 목적물 수령의무 내지 인취의무로서의 협력의무로 파악하는 견해에서는, 환자가 수진 협력을 위반한 경우, 수령의무 위반으로서 채무불이행책임이 되므로 의사는 환자에게 손해배상을 청구할 수 있고 계약을 해제할 수도 있게 된다. 반면, 채권자는 수령의무가 원칙적으로 없고 채권자지체 규정을 둔 이유는 이행 지연으로 인해 발생하는 불이익을 채권자에 부담시키는 것이 공평의 관념과 위험분배의 원리의 측면에서 법률이 정하는 법정책임에 불과하다고 보는 견해에서는, 법에서 규정한 채권자지체로 인한 채권자의 불이익이 발생하는 것을 넘어서 의사가 환자에게 채무불이행으로 인한 손해배상을 청구할 수는 없다고 보게 된다.¹⁷⁾

그 외에 의료행위 협력 위반이나 요양방침 준수 위반, 문진 응답과 증상 등

14) Erwin Deutsch·Andreas Spickhoff, a.a.O, S.83.

15) 곽윤직, 『민법총칙』, 박영사, 2007; 이영준, 『민법총칙』, 개정증보판, 박영사, 2007, 제47면.

16) 村山淳子, 전제논문, 제76면.

17) 안법영 집필부분, 집필대표 박준서, 『주석민법』, 채권총칙(1), 제3판, 2000. 9, 제142~143면.

고지를 해태함으로써 발생한 진료상 악결과에 대하여는 환자 측에서 의사에 대하여 책임을 물을 수 없는 불이익이 발생하고, 나아가 의사의 의료과실이 개입된 채무불이행 내지 불법행위책임이 야기된 때에는 손해배상 시 환자 측의 의료행위 협력 위반 등이 과실상계나 위자료 감액의 요인이 되고, 경우에 따라 의사의 책임이 면제될 수도 있게 된다. 이와 같이 대개의 진료협력의무 위반 유형이 주로 과실상계 법리를 통한 의사 측의 책임을 감면하는 결과로 나타나기 때문에 기본적으로 채무의 양상을 띠고 있다고 본다. 즉, 환자의 진료 협력의무는 이를 위반하였을 때 의사 측으로부터 환자가 손해배상책임을 추궁 받는 것은 아니고, 의료과실책임의 발생 시 환자 측의 과실로 상계할 수 있는 사유가 된다.¹⁸⁾ 예컨대, 환자가 의료과실로 장해를 입은 뒤 그에 대한 환자 본인의 관리 소홀로 인하여 손해가 확대된 경우는 환자 본인의 태만이 라는 과책이 있기 때문에 이는 과실상계가 되는 것이다.¹⁹⁾

2. 환자의 진료협력의무 위반과 과실상계

채무불이행 및 불법행위에 관하여 피해자 측에도 과실이 있다면 손해배상의 유무나 범위에 있어 이를 참작하여 가해자 측의 책임을 감면²⁰⁾할 수 있는 과실상계의 법리가 적용되는바, 의료사고 민사책임에서도 이러한 과실상계의 법리가 적용되고, 이는 판례에서는 의료인의 책임제한의 측면으로 사용되고 있다. 즉, 의료과오소송에 있어서는 의료인에게 악결과에 대한 모든 손해의 배상을 명하는 것은 ① 의료인이 향후 의료행위를 행함에 있어 상당한 위축이 야기될 수 있다는 점에 대한 정책적 고려와 함께 ② 의료행위는 구명

18) 石黒敏洋 執筆, 損害額の減額要因, 浅井登美彦·園尾隆司 編, 現代裁判法大系 第7卷 医療過誤, 1998. 12, 제177-178면.

19) 이은영, 전거서, 제930면; 강현중, “의료사고와 피해자 측의 과실”, 『재판자료』, 제27집, 법원행정처, 1985. 8, 제123면 이하.

20) 한편, 환자의 진료협력의무 위반으로 의사의 책임을 면하게 되는 경우도 존재할 수 있을 것이나, 이는 환자의 진료협력의무 위반의 정도가 중하여 의사의 과실행위와 결과 사이의 인과관계까지 부존재한다고 인정할 정도에 이르는 경우에 한하여 인정되어야 할 것이다.

성을 지니는 것이며 그 의료과실의 발생이 의료인의 고의에 근거하지 않는다는 점과 ③ 환자의 체질적 소인과 현대임상의학의 한계에 해당하는 불가항력적인 결과가 존재한다는 점을 토대로 발생한 손해를 의료인과 환자에게 적절하게 분배시키는 것이 바람직하다는 점에서 법원의 자유재량 하에 의료인에 대한 책임 제한을 행하는 법리가 생성된 것이다.

의료과소소송에서 피해자 측에 과실이 있음을 이유로 의료인의 책임을 제한하는 경우로는 대개 환자가 종래부터 지니고 있던 기왕증이나 특이한 체질적 소인, 그리고 현대임상의학의 한계의 영역에서의 악결과, 그리고 환자의 진료협력의무 위반을 들 수 있다. 판례 역시 의료인에 대한 책임제한은 곧 환자 측의 위와 같은 사정을 고려하여 과실상계의 법리를 유추 적용한다는 점을 명시하고 있다. 대법원은 환자의 기왕증 및 체질적 소인으로 인한 의료인의 책임 제한과 관련하여 “우선 사고로 인한 피해자의 후유증이 사고와 피해자의 기왕증이 경합하여 나타난 것이라면 사고가 후유증이라는 결과 발생에 대하여 기여하였다고 인정되는 정도에 따라 상응한 배상액을 부담케 하는 것이 손해의 공평한 부담이라는 견지에서 타당하다 할 것”이라고 하면서²¹⁾ “손해배상청구사건에서 피해자에게 손해의 발생이나 확대에 관하여 과실이 있는 경우에는 배상책임의 범위를 정함에 있어서 당연히 이를 참작하여야” 한다거나²²⁾ “가해행위와 피해자 측의 요인이 경합하여 손해가 발생하거나 확대된 경우에는 그 피해자 측의 요인이 체질적인 소인 또는 질병의 위험도와 같이 피해자 측의 귀책사유와 무관한 것이라고 할지라도, 그 질환의 태양정도 등에 비추어 가해자에게 손해의 전부를 배상하게 하는 것이 공평의 이념에 반하는 경우에는, 법원은 손해배상액을 정하면서 과실상계의 법리를 유추 적용하여 그 손해의 발생 또는 확대에 기여한 피해자 측의 요인을 참작할 수 있다”고²³⁾ 판시하여 과실상계의 법리를 전개하고 있다. 또한 환자의 진료

21) 대법원 1993. 4. 9. 선고 93다180 판결; 대법원 2000. 1. 21. 선고 98다50586 판결.

22) 대법원 1991. 5. 28. 선고 90다17972 판결; 대법원 1995. 2. 10. 선고 93다52402 판결.

23) 대법원 2007. 7. 26. 선고 2005다64774 판결.

협력의무 위반과 관련하여서 “환자 측이 이러한 고지의무와 협력의무를 위반하여 질병의 치료라는 계약 목적을 달성할 수 없는 경우에는 의료인이 진료의무를 태만히 하였다거나 환자에 대한 진료과정상의 부주의로 인한 과실이 인정되지 않는 이상 의료인에게 그 책임을 물을 수 없다”고 설시하고,²⁴⁾ “불법행위의 피해자는 불법행위로 인한 손해의 확대를 방지하거나 감경하기 위하여 노력하여야 할 의무가 있으며, ... 그와 같은 수술을 거부함으로써 손해가 확대된 경우 그 손해 부분은 피해자가 부담하여야 하고, 더 나아가 그러한 수술이 필요하다는 사실을 알면서도 상당한 기간 내에 수술을 받지 않음으로 인하여 확대된 손해 부분 역시 피해자가 부담하는 것이 공평의 견지에 비추어 타당하다.”고 판시하여²⁵⁾ 같은 취지로 환자의 진료협력의무 위반 사안에서 과실상계의 법리를 적용하였다.

IV. 환자의 진료협력의무와 의사의 의료과실의 관계

1. 환자와 의사의 관계

의료행위의 일련의 과정은 전문적 의학지식을 지니고 있는 의료인인 의사의 주도 하에 이루어지게 되나, 기본적으로 환자가 질환으로 인하여 자신의 신체에서 발생하고 있는 주관적 현상을 의사에게 표출하여야 의사가 이를 인지하여 환자에 대한 진단이 가능하고, 개개인이 지니고 있는 특별한 소인으로 인하여 투약과 시술방법이 달라지기 때문에 이 역시 의사에게 고지하여야 하며, 의사가 환자에 대하여 시행할 의료행위에 대하여 환자가 거부하지 않고 지시·지도에 순응하여야만 질병의 치유를 위한 적절한 의료행위가 될 수 있다. 따라서 환자의 진료협력은 의사가 의료의 각 단계에서 의료과실이 없

24) 서울고등법원 2009. 8. 20. 선고 2008나83761 판결.

25) 대법원 2006. 8. 25. 선고 2006다20580 판결.

는 의료행위가 되기 위한 필수요건이라 할 수 있다.

또한, 환자의 진료협력은 환자와 의사 사이에 신뢰관계가 형성되어야만 가능하다. 환자는 신체의 완전성이나 생명보존이라는 가장 중요한 법익을 의사에게 위임하고 의사와 함께 치유를 향하여 계속적 협동 작업을 하는 것이므로 임상치료에서는 무엇보다 당사자 간의 신뢰가 필요하다.

2. 의사의 보증인적 지위

의사의 의료행위에 과실이 개재될 경우 그 태양은 작위와 부작위로 나누어 볼 수 있다.²⁶⁾ 작위의 가해행위는 법이 금지하는 행위를 가해자가 적극적으로 행하는 것에 반해, 부작위의 가해행위는 법이 요구하는 작위의무를 이행하지 아니함으로써 성립하는 것이다.²⁷⁾ 의사의 부작위가 문제되는 경우는 환자의 상태에 비추어 의료행위나 추가적인 설명이 필요함에도 불구하고 이를 해태하여 작위의무를 이행하지 아니할 경우를 들 수 있다. 환자의 진료협력의무와의 관계에서 의사의 부작위는 환자가 진료협력의무를 위반하여 수진을 거부하는 경우에도 의사가 보증인적 지위에 의하여 환자에게 작위의무로서 의료행위를 시행하여야 할 필요가 있는지에 관한 것이 문제된다.

부작위와 관련하여서는 형사상 부작위범과 관련하여 많은 논의가 이루어져 왔으나, 기본적으로 과실의 의미와 본질이 민·형사상 차이가 나는 것은 아니므로 형사상의 논의는 민사에서도 통용될 수 있다.²⁸⁾

26) 작위와 부작위의 구별에 관한 기본 형태는 고의뿐만 아니라 과실행위에서도 작용한다. 고의범에서와 마찬가지로 과실범에 있어서도 작위와 부작위 판단에 대해 결정적인 것은 적극적인 변경 내지는 체험된 외부세계의 불변경이다.; Walter Groop 저, 김성룡·김혁돈 공역, “인공호흡기의 작동중단-작위를 통한 부작위?-작위와 부작위의 구별에 있어서 규범성의 한계에 관하여”, 『법학논고』, 제20집, 2004. 6, 제141면.

27) 박영식 집필부분, 집필대표 박준서, 『주석민법』, 채권각칙(6), 제3판, 2000, 제122~123면.

28) 신현호·백경희, 『의료분쟁 조정·소송총론』, 육법사, 2011, 제405~406면.

가. 부작위에 의한 책임의 성립

부작위는 사물을 그대로 방치한 것에 불과하기 때문에, 방지행위를 하지 않은 자가 작위범과 동일한 방식으로 결과를 야기한 것은 아니므로 부작위의 인과성은 달리 판단되어야 한다. 따라서 부작위는 부작위한 행위가 가정적으로 결과를 방지하는 작용을 가진다는 ‘유사인과성(Quasi-Ursachlichkeit)’을 만들어 내는 것이므로, 이미 존재하는 경험적인 지식에 따를 때 문제되는 행위가 이루어진 경우에 고도의 개연성으로 구체적으로 발생한 손해가 지연되거나 발생하지 않는다는 것이 기대될 수 있어야만 한다. 그러므로 의사의 부작위로 의사에게 책임이 귀속되기 위하여서는 결과 발생에 상당한 확실성으로 영향을 줄 수 있어야 할 것이다.²⁹⁾

그런데, 부작위가 작위와 같이 평가될 수 있기 위하여서는 부작위인 가해행위에 의해 발생된 결과에 대하여 그러한 결과를 회피하여야 할 작위의무가 있고,³⁰⁾ 법익유지에 책임이 있는 자(zuständige Person), 즉, 보증인적 지위에 있는 자에 의한 부작위에 한하여 성립한다.³¹⁾ 보증인적 지위는 형법에서 논의되어 왔는데, 종래의 통설인 형식설에 의하면 법령, 계약, 선행행위, 조리 또는 사회상규를 근거로 인정된다고 하며, 보증인의무를 실질적 관점에서 판단하자는 실질설에 의하면 긴밀한 자연적 결합체, 밀접한 공동체, 자의에 의한 보호기능의 인수에서 비롯되는 보호의무와 위험원의 관리자, 타인의 감독자, 선행행위로 인한 안전의무가 그 근거로 인정되고 있다고 한다.³²⁾ 이 중 의사의 부작위와 관련하여 논의가 되는 것은 의료법과 응급의료

29) Ralf Kolbe 저, 김성룡 옮김, “부진정부작위범에서 객관적 귀속”, 『법학논총』, 제30집, 경북대학교 법학연구소, 2009, 제13면.

30) 박영식 집필부분, 전계서, 제122면; 이재상, 『형법총론』, 제6신판, 박영사, 2010, 제124면.

31) Ralf Kolbe 저, 김성룡 옮김, 전계논문, 제617면; 고영아, “부작위에 의한 불법행위의 성립요건에 대한 고찰-일본에서의 논의를 중심으로-”, 『비교사법』, 제16권 1호, 2009, 제130면.

32) 이재상, 전계서, 제126~132면; 신동운, 『형법총론』, 제6판, 박영사, 2011, 제142~413면; 박상기, 『형법총론』, 제8판, 박영사, 2009, 제310~316면; 김성룡·백자민, “의료계약의 치료중단에 있어서의 의사의 보증인적 지위-보라매병원 사건을 중심으로-”, 『법학논총』, 제29집, 경북대학교 법학연구소, 2008. 12, 제56~57면.

에 관한 법률에 의한 작위의무, 의료계약에 의한 작위의무, 의사의 자의에 의한 보호의무의 인수이다.

나. 의사의 보증인적 지위

(1) 의료계약에 의한 작위의무

의학은 고도로 전문화된 학문이고 의사들 각자의 능력이 천차만별이기 때문에 환자로서는 계약상대를 정확히 알고, 적절하게 계약내용을 정할 수 있는 능력 자체가 없으므로 계약체결, 계약내용의 조절시 문외한인 환자의 지위를 보호하여야 한다. 특히 일반인은 의사가 의료전문가이기 때문에 전문적인 의료행위를 제공해 달라는 계약을 체결하는 것이고, 또, 이와 같이 의사의 업무본질에 따라 의사는 일반인에게 의료계약에 따른 의료노무를 제공할 때 생명을 다루는 전문가로서 그에 상응하는 수준의 치료를 해주어야 할 의무가 있다는 묵시적 보증을 환자에게 주고 있다.

이와 같이 의사는 의료계약의 성립을 통하여 의사가 환자의 생명을 유지·보호할 의무를 부담하게 되므로 환자의 치료를 계속하여 악결과를 방지하여야 할 보증인적 의무가 발생하게 된다.³³⁾

(2) 법률에 의한 작위의무

이는 의사가 치료를 계속할 경우 생존가능성이 높음에도 불구하고 의사의 진료행위를 거부하는 환자 측의 행위에 대하여 환자 측의 거부를 방지하고 치료를 계속할 의무를 의사에게 부과하는 규정이 있는지에 관한 것이다.

의료법 제15조 제1항은 ‘의료인은 진료 또는 조산의 요구를 받은 때에는 정당한 이유 없이 이를 거부하지 못한다’고 하고 있고, 제2항에서 ‘의료인은 응급환자에게 「응급의료에 관한 법률」에서 정하는 바에 따라 최선의 처치를 하여야 한다’고 규정하여 그 범위 내에서 계약체결의 자유가 제한되어 있다. 이

33) 김성룡·백자민, 전제논문, 제65~66면.

를 의사의 진료거부 금지의무라고 부른다. 의사의 진료의무를 법적 의무로 강제하여 의사의 의료계약 체결의 자유를 제한하는 것은, 의료행위가 의사에 의하여 독점되고 있기 때문에 그 반사적 효과로 필요하다거나 의사의 직업윤리 등에 근거한다고 할 수도 있으나, 이외에도 적극적으로 생명의 존엄성, 신체의 완전성이라는 헌법상의 기본권을 보장하기 위하여 정책상의 이유도 존재한다. 특히 응급의료에 관한 법률의 제정·시행으로 응급진료의사는 생명의 위험에 처한 환자를 치료하여야 할 법적인 의무를 부담하게 되어 있다.³⁴⁾ 예를 들어 응급의료에 관한 법률 제6조는 응급의료 거부금지라는 제하에 제1항에서 ‘응급의료기관등에서 근무하는 응급의료종사자는 응급환자를 항상 진료할 수 있도록 응급의료업무에 성실히 종사하여야 한다’라고 하고, 제2항에서 ‘응급의료종사자는 업무 중에 응급의료를 요청받거나 응급환자를 발견하면 즉시 응급의료를 하여야 하며 정당한 사유 없이 이를 거부하거나 기피하지 못한다’라고 규율하고 있고, 제10조 응급의료 중단 금지라는 제하에 ‘응급의료종사자는 정당한 사유가 없으면 응급환자에 대한 응급의료를 중단하여서는 아니 된다’고 하고 있다.

그러므로 이와 같은 진료거부 금지의무는 전문적 수준의 노무급부를 확보할 수 없는 경우, 즉, 해당 과목의 전문의가 아니라서 치료를 할 수 없거나, 환자가 너무 많아 의사 혼자 능력으로는 더 이상 진료를 할 수 없는 경우 이외에는 진료를 거절할 수 없다고 보아야 한다. 다만, 이러한 예외적인 경우라고 하더라도 응급진료의무는 있다고 하여야 한다.³⁵⁾

34) 응급의료의무는 입법목적에서 제시하는 것처럼 응급환자의 생명·신체에 대한 중대한 위험을 초래할 수 있는 경우에 응급의료종사자에게 적절한 응급의료조치를 긴급히 취할 의무를 부과하는 것으로 일반진료와 달리 응급상황의 경우 응급의료종사자와 환자의 관계를 일반적 계약관계가 아니라 여러 제도를 통해 어느 정도 공적인 책임을 법적으로 부과한 것으로 보고 있는 견해로, 이석배, “응급의료거부죄의 해석과 정책”, 『형사정책』, 제21권 제1호, 2009. 제266면.

35) 신현호·백경희, 전게서, 제107면, 그럼에도 불구하고 현실에서는 여전히 일반적인 의료계약의 예외사유를 이유로 응급의료에 있어서도 진료를 거부하는 사례가 발생하고 있다. 그 일례로 대구광역시에서는 2010. 11. 21.경 경북대병원 응급실로 이송된 4세의 장중첩증(intussusception) 환아가 당시 경북대병원 노동조합의 파업과 맞물려 일요일이어서 진

(3) 자의에 의한 보호의무의 인수

실질설에 의할 때 법적 보호의 책임을 원래의 의무자로부터 이어받는다든 의사표시를 통하여 법적 보호의 책임을 인수하게 되면, 다른 사람들은 그 인수자가 법적 보호의무를 잘 수행할 것이라고 믿어 더 이상 보호의 강구를 할 필요가 없게 된다. 이와 같은 타인의 신뢰를 근거로 보호의무를 인수한 자는 보증인적 지위를 지니게 된다.

환자와 의사와의 관계에 있어 의사가 환자를 사실상 인수하여 환자와 의사 사이에 보호관계가 발생한 때에는 의사에게 보증인적 지위가 인정된다고 보는데, 예를 들어 의료계약이 성립되거나 전원 내지 응급의료 등으로 환자의 인수가 발생한 경우가 대표적이다.³⁶⁾

3. 판례의 검토

의사는 환자를 가장 적절하고 보편적으로 인정된 치료방법에 따라 치료하여야 할 의무 — 의학적 적응성과 의술적 적정성에 따른 치료의무 — 가 있으며 의사에게 자의적(恣意的)인 방법으로 치료를 하는 것은 인정되지 않는다. 이를 위하여 환자의 진료협력의 전제로, 의사는 의학적 지식이 부족하고 개개 환자마다 교육정도, 지능 정도, 주관적 사정이 다를 수 있는 환자의 입장을 고려하여 진료의무뿐만 아니라 설명의무의 단계에 있어서 환자가 자신의 질환과 소인에 관한 정보를 의사에게 고지할 수 있도록 유도하고, 환자에게 발생한 질환에 관하여 의학적 설명을 하여야 하며, 환자에게 시행할 의료행위의 내용 및 그 유의사항과 함께 의료적 처치에도 불구하고 발생할 수 있는

료를 받지 못하고 이후 ‘수술인원이 부족하다’, ‘소아과 전문의가 없다’는 이유로 대구지역 응급의료센터인 계명대 동산병원, 대구 가톨릭대병원, 영남대병원, 파티마병원을 전전하다가 사망에 이르는 사고가 발발하였다.; 정경원·장정문·김지영·백숙자·송서영·강찬숙·이국종, “현재의 국내 응급의료체계에서 중증외상환자의 이송 지연”, 『대한외상학회지』, 제24권 제1호, 2011. 제26면, 「국민일보」, “장중첩증 진료 거부 대구지역 4개 병원 지원금 20%씩 삭감”, 2011. 2. 1. 기사.

36) 신동운, 전게서, 제144~145면.

부작용, 예후와 합병증 및 향후의 조치에 관하여 납득할 수 있도록 이해를 시켜야 한다.³⁷⁾

가. 의사의 진료의무와 환자의 진료협력의무 위반

(1) 양자의 관계

의료계약에 있어서 의사의 주된 급부의무는 환자에 대하여 진단을 행한 뒤 그에 따라 치료를 행하는 진료의무이며, 이러한 진료의무는 의료행위를 행할 당시의 임상의학 분야에서 실천되고 있는 의료행위의 수준을 기준으로 하여 환자의 구체적 증상이나 상황에 따라 진단, 검사, 수술, 주사, 투약, 마취, 경과관찰 및 전원 행위 등 구체적인 내용이 정하여진다.

환자의 진료협력은 진료의 각 단계마다 필요하지만, 그 중에서도 환자와 의사가 처음으로 대면하게 되는 때인 문진 등의 진단단계에서 중시된다. 왜냐하면 진단단계에서 의사와 환자 사이에 환자의 질환과 기왕력, 특이체질 등에 관한 정보 전달과정이 생략되거나 잘못 고지되어 오류가 개입될 경우에는 다음 단계인 수술이나 투약 등에 있어서도 그 오류로 인하여 악결과를 유발할 가능성이 높아져 의료행위의 목적인 질병의 치유를 달성할 수 없게 된다.³⁸⁾

예를 들어 문진이 실패할 경우 환자의 적절한 질병을 밝히지 못하고 치료

37) 최재천·박영호, 전거서, 제221면.

38) 대법원 1995. 4. 14. 선고 94다29218 판결, 대법원 1998. 2. 27. 선고 97다38442 판결 등; 대법원은 “진단은 문진·시진·촉진·청진 및 각종 임상검사 등의 결과에 터 잡아 질병여부를 감별하고 그 종류, 성질 및 진행정도 등을 밝혀내는 임상의학의 출발점으로서 이에 따라 치료법이 선택되는 중요한 의료행위이므로 진단상의 과실 유무를 판단함에 있어서는 그 과정에 있어서 비록 완전무결한 임상진단의 실시는 불가능하다고 하더라도 적어도 임상의학분야에서 실천되고 있는 진단수준의 범위 내에서 그 의사가 전문직업인으로서 요구되는 의료상의 윤리와 의학지식 및 경험에 터 잡아 신중히 환자를 진찰하고 정확히 진단함으로써 위험한 결과발생을 예견하고 그 결과 발생을 회피하는 데에 필요한 최선의 주의의무를 다하였는지 여부를 따져 보아야 하고, 진료상의 과실 여부는 그 의사가 환자의 상태에 충분히 주의하고 진료 당시의 의학적 지식에 입각하여 환자에게 발생 가능한 위험을 방지하기 위하여 최선의 주의를 기울여 진료를 실시하였는가 여부에 따라 판단되어야 한다”고 판시한 바 있다.

방침을 잘못 결정하여 구체적 치료나 검사에 대해 금기사항을 식별을 하지 못하는 결과를 가져오게 된다.³⁹⁾ 그렇다면 의사의 문진 의무에 대응하여 환자 스스로의 용태 파악 및 고지가 필요하며 의사와 환자 간의 책임은 분배될 가능성이 있게 된다.

(2) 판례의 태도

(가) 대법원 1995. 12. 5. 선고 94다57701 판결

위 사안의 원심인 서울고등법원 1994. 11. 3. 선고 93나49552 판결은 “피고 조○○이 소외 망 홍◇◇(이하 소외인이라고만 한다)에 대하여 초음파검사를 할 당시 이미 그 태아가 사망한 상태에 있었으므로 신중하게 위 검사를 하였다면 이를 발견할 수가 있었음에도 불구하고 이러한 조치를 취하지 아니하여 태아가 이미 사망한 사실을 발견하지 못하고 단순한 유산기가 있는 것으로만 판단하였으며, 더욱이 소외인과 원고 등에게는 소외인 및 태아의 정확한 상태를 상세히 설명하지 아니하고서 별 이상이 없다고 말함으로써, 소외인이나 그 보호자인 원고로 하여금 피고 문□□에게 직접 조기에 소파수술을 하도록 하여 예상되는 부작용에 대비하는 직접 조치를 취하도록 하게 하거나 혹은 시설을 제대로 갖춘 종합병원에 신속히 찾아가 소파수술 및 부작용에 대비한 치료를 받도록 결정하는 직접 필요한 조치를 취할 기회를 상실하도록 하였고, 소외인으로부터 임신 이상이 없다고 진단을 받았다는 말을 들은 △△병원 산부인과 과장인 위 문□□로 하여금 소외인의 상태에 대하여 그릇된 판단을 하게 하여 신속하고 적절한 검사와 치료를 받을 기회를 놓치게 한 찾아가 상의 과실이 있다.”고 판단하면서 “소외인으로서도 임신을 하게 되었으면 평소에 자신과 태아의 건강을 위하여 그 신체적 상태를 항상 무리 없이 유지하도록 노력함은 물론 자신의 신체적 상태의 변화를 세심하게 관찰

39) 上田文雄 執筆, 問診義務, 淺井登美彦·園尾隆司 編, 現代裁判法大系 第7卷 医療過誤, 新日本法規出版, 1998. 12, 第117~118面, 都築弘, 問診義務, 根本久 編, 医療過誤訴訟法, 青林書院, 1990. 3. 第261面.

하여 조금이라도 이상이 있을 경우에는 지체 없이 전문의료인의 도움을 받아 정밀한 검사를 통하여 그 이상 유무를 확인하고 이를 바로 잡는 등의 노력을 하여야 함에도 불구하고 이러한 노력을 제대로 다 하지 아니하여 태아가 자궁 내에서 사망하고 또한 며칠간이 경과되도록 이를 감지하지 못한 잘못이 있을 뿐 아니라, 피고 문□□이 최초의 초음파검사 시 태아가 사망하였다면 서 소파수술을 권유하였으면 전문의료인의 권유를 받아들이거나 그 정확성에 의문이 가는 경우에는 다시 정확한 검사를 요구하는 등을 하여 태아의 상태를 신속히 확인하고 이에 대한 조치를 지체 없이 받도록 함으로써 만일의 경우에 발생할 수도 있는 위험으로부터 자신을 보호하였어야 할 것임에도 불구하고, 피고 조○○로부터 들은 막연한 진단만을 내세우면서 피고 문□□의 권유를 뿌리친 잘못이 있다 할 것이고, 이러한 소외인의 과실은 이 사건 의료사고의 발생 및 그 손해의 확대에 한 원인이 되었다 할 것이므로, 피고들의 배상할 손해액을 산정함에 있어 소외인의 이러한 과실도 참작하여야 할 것인바, 한편 의료행위는 본질적으로 환자의 생체를 대상으로 하여 물리적, 화학적 작용에 의한 방법으로 이루어지는 것이므로 그 과정에서 환자의 신체에 대한 침해가 필연적으로 생기게 되는 점, 환자들 개개인이 가지는 신체적, 정신적, 환경적 조건이 각각 다르므로 정확한 진료 자체가 심히 어려운 경우가 많은 점, 환자의 상태는 치료도중에도 시시각각으로 변화하는 것이므로 설사 의료인이 현대의학의 모든 기술을 다하여 진료를 한다고 할지라도 예상 외의 결과가 생기는 것을 완전히 피할 수는 없다는 점과 이 사건 사고의 경우에는 피고 조○○나 피고 문□□이 소외인의 증상을 처음부터 끝까지 일관하여 관찰하거나 치료하지 못할 사정이 있었으므로 그 증상의 신속하고 정확한 확인이나 적절한 치료 등을 함에 있어 어느 정도의 한계가 있을 수밖에 없었다고 보이는 점 및 이 사건 사고에 있어 소외인의 패혈증의 진행정도가 일반적인 경우에 비하여 상당히 빨랐다는 점 등 여러 사정을 종합하면, 손해의 공평한 부담을 목적으로 하는 과실상계의 법이념이나 신의칙에 비추어 피고들이 배상할 손해액은 이를 전체의 60퍼센트로 감액하여 인정함이 타당하다

할 것이다”라고 하여 환자의 진료협력의무 위반을 이유로 한 의료인의 책임 제한을 행하였다.

대법원은 위 원심의 판단에 대하여 “이 사건 의료사고에 있어서 피고 조○ ○의 과실이 없다거나 그 기여도가 간접적 내지 열세적이라고 할 수는 없으며, 과실상계 사유에 관한 사실인정이나 그 비율을 정하는 것은 형평의 원칙에 비추어 현저히 불합리하다고 인정되지 아니하는 한 사실심의 전권사항에 속한다고 할 것이므로, 이 사건 의료사고에 있어서 피고들이 배상할 손해액을 전체의 40%로 감액한 원심의 판단은 정당하고, 거기에 소론과 같이 피고 문□□의 과실에 대한 심리미진 및 채증법칙 위반이나 손해배상 책임에 있어서 과실상계에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.”고 하여 원심 판단을 수긍하였다.

(나) 대법원 2006. 8. 25. 선고 2006다20580 판결

위 사안은 비록 의사의 과실로 인하여 수술이 잘못되기는 하였으나, 환자가 적시에 수술을 받지 아니하고 재수술을 지연하는 등의 행위로 진료협력의무 위반으로 피해가 확대된 사안이었다. 원심인 서울고등법원 2006. 2. 16. 선고 2004나47484 판결에 대하여 대법원은 “원심은 피고 2(피고 1 의료법인 설립 병원의 의사임)는 원고의 상해부위를 정확히 진단하여 손상된 인대의 재건술을 시행하여야 할 의무가 있음에도 이를 게을리 한 채 실제 손상부위인 우측 무지 기저관절(손가락 끝에서 셋째 마디) 부분의 인대가 아닌 우측 무지 중수-수지관절(손가락 끝에서 둘째 마디) 부분의 인대에 대하여 재건술을 시행하는 잘못을 저질렀고, 이로 인하여 원고는 현재 우측 무지 기저관절이 아탈구되어 운동제한이 있는 등 손해를 입었으므로 피고 2 및 그 사용자인 피고 1 의료법인은 연대하여 원고에게 위와 같은 인대재건술상 과실로 인하여 원고가 입은 손해를 배상할 책임이 있다고 하면서도, 그로 인한 일실 수입 손해의 배상을 구하는 원고의 주장은 다음과 같은 이유로 전부 배척하였다. 즉, 환자의 상해를 치료하는 수술과정에서 의사의 과실로 상해가 치료

되지 않았으나 재수술을 하면 개선될 수 있는 경우, 의사가 배상할 일실수입 손해는 과실이 있는 수술일부터 환자가 재수술을 받는 데 필요한 상당한 기간까지의 일실수입 손해이고, 그 후의 기간에 대한 일실수입 손해는 의사가 아닌 환자의 귀책사유에 의한 손해라고 보아야 할 것인데, 이 사건에서 원고가 수술이 잘못된 것을 안 때는 1998. 11. 내지 12.경이고, 우측 무지 기저관절의 운동장애는 재수술을 받으면 개선될 수 있는 것임에도 원고가 현재까지 재수술을 받지 않고 있는 사실이 인정되므로, 원고가 구하는 2003. 11. 5.부터 가동기간 종료일까지의 일실수입 손해(위 수술 당시 미성년자였던 원고는 성인이 된 후 병역의무를 이행하는 데 필요한 기간이 경과한 날부터의 일실수입 손해를 구하고 있다.)는 원고가 재수술을 받는 데 필요한 상당한 기간이라고 여겨지는 약 5년 지난 후의 기간에 대한 것으로서 피고들의 귀책사유에 의한 손해가 아니라는 것이다. ... 따라서 원심이 인정한 바와 같이 원고가 우측 무지 기저관절 부분에 대한 재수술이 필요한 사정을 알면서도 상당한 기간 내에 재수술을 받지 않았다고 하더라도(원심의 판단은 원고에게 위와 같은 재수술을 용인할 의무가 있음을 전제로 하고 있다고 할 것인데, 이와 같은 원심의 판단은 기록에 비추어 수긍할 수 있다.) 그러한 사정만으로 그 후의 기간에 대한 일실수입 손해 전부가 원고의 귀책사유로 인한 손해라고 할 수는 없고, 만약 원고가 상당한 기간 내에 재수술을 받았더라도 그때까지 수술이 지연됨으로 인하여 추가로 발생하게 된 노동능력 상실 부분이 있다면, 즉 원고가 상당한 기간 내에 재수술을 받았을 경우에 발생하였을 노동능력 상실 부분에서 애당초 피고 2로부터 제때에 정상적인 수술을 받았더라도 발생하였을 노동능력 상실 부분을 공제한 나머지 노동능력 상실 부분이 존재한다면 그로 인한 장애 일실수입 손해는 피고들의 귀책사유로 인한 손해라고 할 것이다.”라고 판단하여 환자의 진료협력의무 위반을 이유로 의사 측 책임의 범위를 한정하였다.

(다) 대법원 2004. 6. 24. 선고 2002도995 판결

위 사안은 피해자가 1997. 12. 4. 14:30 술에 취한 채 화장실을 가다가 중심을 잃어 기둥에 머리를 부딪치고 시멘트 바닥에 넘어지면서 다시 머리를 바닥에 짚어 경막 외 출혈상을 입고 병원으로 응급후송된 후 피고인들을 포함한 의료진에 의하여 수술을 받고 중환자실로 옮겨져 의식이 회복되고 있었으나 뇌수술에 따른 뇌부종으로 자가호흡을 할 수 없는 상태에 있었으므로 호흡보조장치를 부착한 채 계속 치료를 받고 있었고 피해자는 치료를 받을 경우 생존가능성이 존재하였는데, 피해자의 처인 공동피고인이 1997. 12. 6. 14:20경과 18:00경 주치의인 피고인 2에게 도저히 더 이상의 치료비를 추가 부담할 능력이 없다는 이유로 퇴원을 요구하였다. 피고인들은 피해자를 집으로 퇴원시킬 경우 호흡이 어렵게 되어 사망하게 된다는 사실을 충분히 알고 있었는데, 피고인 2는 원심 공동피고인이 여러 차례의 설명과 만류에도 불구하고 치료비 등이 없다는 이유로 계속 퇴원을 고집하자 상사인 피고인 1에게 직접 퇴원 승낙을 받도록 하라고 하였고, 피고인 1은 1997. 12. 6. 10:00경 피고인 2로부터 공동피고인의 요구사항을 보고 받은 후, 자신을 찾아온 원심 공동피고인에게 피해자가 퇴원하면 사망한다고 설명하면서 퇴원을 만류하였으나 원심 공동피고인이 계속 퇴원을 요구하자 이를 받아들여 피고인 2에게 피해자의 퇴원을 지시하였다. 이후 피고인 3과 원심 공동피고인 등이 피해자를 중환자실에서 구급차로 옮겨 신고 피해자의 집까지 데리고 간 다음, 피고인 3이 원심 공동피고인의 동의를 받아 피해자에게 부착하여 작동 중이던 인공호흡보조장치와 기관에 삽입된 관을 제거하여 감으로써 그 무렵 피해자로 하여금 호흡정지로 사망에 이르게 하였다. 피고인 1은 병원 신경외과 전담의사, 피고인 2는 같은 과 3년차 수련의, 피고인 3은 1년차 수련의로 각 근무하던 자였다.

피해자의 처인 공동피고인은 상고를 포기함으로써 원심인 서울고등법원 2002. 2. 7. 선고 98노1310 판결을 통하여 “피해자의 처로서 그에 대한 계속적인 치료를 통하여 피해자의 생명을 보호해야 할 의무가 있음에도 불구하고

피해자를 퇴원시켜 치료중단할 경우 피해자가 사망할 위험을 예상하고도 그 위험발생을 방지하기 위한 조치를 취하지 않음으로 인하여 사망이라는 결과를 야기한 점에 있는 것”이라고 보아 부작용에 의한 살인으로 확정되었고, 대법원에서는 의사들의 죄책에 대하여만 문제가 되었는데, 대법원은 피고인 1, 2의 경우 작위에 의한 살인방조를, 피고인 3에 대하여는 무죄를 선고하였다.

(라) 대법원 2010. 1. 14. 2009마2055 판결

의사의 퇴원지시와 환자의 지시 불이행이 문제되고 환자 측이 병원에 대하여 퇴원지시를 철회하라는 취지의 가처분신청에 관한 것이다. 동 사안은 교통사고로 입원 중인 환자의 기왕증과 체질적 소인으로 인해 추가적인 수술 등이 필요하지 않아 의사가 퇴원 지시를 내렸음에도 불구하고, 환자가 이에 불응하고 계속하여 의사 측에 대하여 수술과 입원을 요구하였는데, 의사의 의료법상 진료 거부 금지 의무와 환자의 의사의 지시 이행이 쟁점이 되었다. 대법원은 의학적으로 환자가 요구하는 수술이 불필요하므로 환자는 의사의 지시에 순응할 것이 요구된다는 취지의 원심의 판단이 타당하다고 보아 환자가 병원에 대하여 제기한 강제퇴원에 대한 무효가처분신청이 부당하다고 판시하였다.

(마) 大阪高判 昭和 53. 7. 11. 判決⁴⁰⁾

위 사안은 환자의 진료 협력 책무 위반의 정도가 중하다고 판단하여 피고 의사의 책임을 부정하였다. 동 판결은 대퇴골두무혈성괴사증 수술을 받은 환자가 위 수술 중 악성과 고열이 발현하여 사망한 사안인데 “마취의가 환자의 가족 중 하나인 A가 전신마취 중 사망한 사실을 문진에 의하여 확실히 알았더라면, 악성과 고열의 발생, 나아가서는 사망이라는 위험을 예상할 수 있으며, 전신마취 혹은 수술자체를 회피함으로써, 이견 사망을 회피할 수 있었

40) 判時 917號 71頁, 判タ 364號 163頁.

다. ... (이러한 결과는) 대답 과정에서 가족의 사망을 알리지 않음으로써 문답의 발전을 회피하여 버린 환자에게 있는 것이지, 질문이 불충분한 데 기인한 것은 아니라는 것이 명백하다.”고 하여 환자 측의 진료 협력 책무 위반을 이유로 하여 의사의 문진상의 과실책임까지 부인하였다.

(바) 平成2年 3月 6日 最高裁 第三小法廷 昭63(オ)960号 判決

위 사안은 단식 요법을 받음에 있어 주치의와 당뇨와 관련된 일련의 상담을 하지 아니한 환자의 과실이 문제되었다. 망인은 피고가 의사가 아닌 것을 알고 있으면서 피고가 말하는 단식 요법으로 당뇨병이 낫는다고 하는 것에 적지 않게 의문을 품었지만, 일련의 소망으로 동요법을 받음에 있어서는 실제로 인슐린의 주사 등을 지시하고 있던 주치의에게 인슐린 주사 등을 중지해도 위험이 있는지 없는지, 단식 도장에 의한 요법을 받아도 건강상 이상이 있는지 없는지 등을 사전에 상담받았어야 하나, 주치의와 상의를 하지 아니한 채 지시에 반하여 그 주사를 임의로 중지하여 사망에 이르게 된 것에 망인의 과실도 기여하였기 때문에 그 과실은 손해배상액의 산정에서 고려되어야 함을 설시한 바 있다.

나. 설명의무와 진료협력의무 위반

(1) 양자의 관계

환자의 유효한 동의 없이 이루어진 검사·수술 등의 의료행위로 인하여 환자의 자기결정권이 침해되고 이로 인하여 환자에게 생명·신체·건강상의 피해가 야기된 경우 이 역시 의사의 과실로 볼 수 있고, 이것이 설명의무 위반의 국면이다.⁴¹⁾ 설명의무가 전제로서 이행되어야 자기결정권의 행사가 가능

41) 설명의무는 환자의 자기결정권의 침해와 연계되어 주로 논의되고 있는데, 특이한 영역, 예를 들어 확대수술에 대한 설명의무, 초보의사의 설명의무, 의약품에 대한 설명의무, 진료상의 특권에 의한 무설명, 의료과실에 대한 설명의무에 관하여 소개하고 있는 논문이 있다.; 김민중, “의사의 설명의무에 관한 몇 가지 특수문제”, 『의료법학』, 제4권 제2호,

해지기 때문에⁴²⁾ 실질적인 승낙⁴³⁾이 필요하다. 설명의무는 원칙적으로 의사가 의식이 있는 성인 환자 본인에게 의료행위가 지니고 있는 중대한 위험성으로 악결과 발생이 예견되는 경우 수행하여야 하며, 응급상황 등 예외적 사유가 없는 한 해당 의료행위로 인한 후유장애 및 합병증의 발생가능성이 희소하다는 사정만으로 면제되지 아니한다.⁴⁴⁾

설명 의무의 유형으로는 환자에 대하여 질병 유무와 종류에 대한 진단 결과, 질병의 예후와 경과, 치료방법과 대체수단, 합병증과 부작용 등을 설명해 주어야 하는 정보제공의무, 정보의 중요성을 감별하여 여러 가지 검사와 치료 방법 중 가장 효과적인 방안을 제시하여 주는 조언의무, 진료를 하지 않을 경우에 대한 설명과 환자가 의사의 지시를 거부할 경우 치료에 응할 수 있도록 설득하여야 할 의무,⁴⁵⁾ 환자의 회복·치유 단계에서 환자가 행하여야 할 요양방법 지도의무가 있다. 이 중 환자의 진료협력의무와 밀접한 관련이 있는 것은 설득의무와 요양방법 지도의무이다. 의료계약에 있어서 의사의 주된 급부의무는 환자에 대하여 진단을 행한 뒤 그에 따라 치료를 행하는 진료의무이며, 이러한 진료의무는 의료행위를 행할 당시의 임상의학 분야에서

대한의료법학회, 2003, 제249면 이하 참조; 김민중, “의사의 설명의무: 해결되지 않은 법률문제”, 「현대 민법의 과제와 전망: 남송 한봉희 교수 화갑기념」, 남송 한봉희 박사 화갑기념 논문집 간행위원회, 1994. 제1171면 이하 참조.

42) Erwin Deutsch·Andreas Spickhoff, a.a.O., S.163.

43) 이는 영미법계에서는 「informed consent」로, 독법계에서는 「informierte Einwilligung」로 표현된다.; 신현호·백경희, 전거서, 제268면, Erwin Deutsch·Andreas Spickhoff, a.a.O., SS. 165~167.

44) 대법원은 “의사는 반드시 병을 완치시켜야 할 의무를 부담하는 것은 아니라 할지라도 최선의 주의로써 병을 치료하기 위한 충분한 조치를 다할 의무가 있고, 환자에 대한 수술은 물론, 치료를 위한 의약품의 투여도 신체에 대한 침습을 포함하는 것이므로, 의사는 긴급한 경우 기타의 특별한 사정이 없는 한, 그 침습에 대한 승낙을 얻기 위한 전제로서 환자에 대하여 질환의 증상, 치료방법 및 내용, 그 필요성, 예후 및 예상되는 생명, 신체에 대한 위험성과 부작용 등, 환자의 의사결정을 위하여 중요한 사항에 관하여 사전에 설명함으로써 환자로 하여금 수술이나 투약에 응할 것인가의 여부를 스스로 결정할 기회를 가지도록 할 의무가 있고, 이러한 설명을 아니한 채 승낙 없이 침습한 경우에는, 설령 의사에게 치료상의 과실이 없는 경우에도 환자의 승낙권을 침해하는 위법한 행위가 된다.”고 판시하였다.; 대법원 1995. 4. 25. 선고 94다27151 판결.

45) Erwin Deutsch·Andreas Spickhoff, a.a.O., S.180.

실천되고 있는 의료행위의 수준을 기준으로 하여 환자의 구체적 증상이나 상황에 따라 진단, 검사, 수술, 주사, 투약, 마취, 경과관찰 및 전원 행위 등 구체적인 내용이 정하여진다.

만약 진료를 하지 않을 경우에 대한 설명을 하였음에도 불구하고 환자가 진료를 거부하는 결정을 하게 된 경우, 설명을 적절히 이행하였다는 점에 대한 입증책임은 의사가 부담하게 된다.⁴⁶⁾ 그러나 의사가 설명의무를 적절히 이행하였음을 입증할 경우, 환자의 진정한 거부 의사(意思)가 확인된 것이므로 의사는 책임을 면하게 된다.⁴⁷⁾

(2) 판례의 태도

(가) 대법원 2000. 9. 8. 선고 99다48245 판결

대법원은 복부손상을 입은 환자가 일반외과전문의의 수술권유를 적극적으로 거부하면서 집 근처로 전원을 고집하여 수술을 하지 못하고 구급차에 태워 보냈으나 도착 전 비장손상으로 인하여 실혈사한 사건에서 “원심은, 망인은 장파열, 복강내출혈로 보였고 비장 손상의 가능성이 있었으며 이러한 경우 위급한 상황이므로 피고 권□□로서는 그 당시 의식이 있었던 망인이나 병원에 동행한 동료인 지○○, 또는 전화통화가 가능하였던 망인의 처인 원고에게 망인의 상태가 조기에 수술을 하지 아니하면 생명이 위험한 상황이 될 수도 있음을 충분히 설명하여 그 동의를 얻어 즉시 응급개복술을 시행하고 수술개시가 지연되어 생명에 위험을 초래하는 일이 없도록 하여야 함에도

46) 의사는 적절한 설명을 하였음에도 불구하고, 환자가 잘못된 자기결정권을 행사하면서 의사의 지시나 치료방법에 따르지 아니할 경우에도 생명을 다루는 전문가의 입장에서 환자를 적극적으로 능동적으로 설득하여야 할 의무가 있다. 왜냐하면 환자는 의료에 있어서 문외한이고, 생명이나 신체가 위협을 받는 경우 이성적인 판단을 제대로 하기 어렵기 때문에 환자가 올바른 자기결정을 할 수 있도록 도와주어야 하기 때문이다.; 신현호·백경희, 전거서, 제280면.

47) 정기웅, “의사의 설명의무와 환자의 승낙”, 『민사법학』, 제39권 제1호, 한국민사법학회, 2007. 12, 제454~455면; 박일환, “의사의 설명의무와 환자의 승낙”, 『재판자료』, 제27집, 1985, 제167면.

위와 같은 상황임을 충분히 설명하지 아니하여 이러한 사정을 알지 못한 위 원고가 집근처에서 수술받기를 희망하였다는 이유만으로 만연히 위 사고를 당한 지 2시간이 지난 같은 날 17:00경 망인을 위 △△병원으로부터 자동차로 1시간 정도 거리에 있는 수원시 소재 의원으로 전원하도록 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.”고 하면서 응급개복술의 필요성에 대한 설득의무를 위반한 점에 대한 책임을 물은 바 있다.

(나) 대법원 2011. 11. 24. 선고 2009다70906 판결

대법원은 임신 29주 무렵 호흡곤란 등으로 피고병원에 내원하여 진료받게 된 산모인 원고가 진료를 받으면서 흉부 방사선 촬영과 분만실 입원을 거부하였는데, 호흡부전으로 인한 심정지 발생 후 응급제왕절개술을 받아 신생아 가사 상태의 여아와 사망한 상태의 남아를 출산하였으나 여아도 치료를 받던 중 사망한 사안에서, “환자는 헌법 제10조에서 규정한 개인의 인격권과 행복추구권에 의하여, 생명과 신체의 기능을 어떻게 유지할 것인지에 대하여 스스로 결정하고 의료행위를 선택할 권리를 보유하고 있다. 따라서 환자는 스스로의 결정에 따라 의료진이 권유하는 진료를 동의 또는 거절할 권리가 있지만 의학지식이 미비한 상태에서는 실질적인 자기결정을 하기 어려우므로, 의료진은 환자의 증상, 진료의 내용 및 필요성, 예상되는 위험성과 함께 진료를 받지 않을 경우 예상되는 위험성 등 합리적인 사람이 진료의 동의 또는 거절 여부를 판단하는 데 중요하다고 생각되는 사항을 설명할 의무가 있다. 한편 이러한 의료진의 설명은 의학지식의 미비 등을 보완하여 실질적인 자기결정권을 보장하기 위한 것이므로, 환자가 이미 알고 있거나 상식적인 내용까지 설명할 필요는 없고, 환자가 위험성을 알면서도 스스로의 결정에 따라 진료를 거부한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 위와 같은 설명을 하지 아니한 데 대하여 의료진의 책임을 물을 수는 없다. 그리고 이 경우 환자가 이미

알고 있는 내용인지는 해당 의학지식의 전문성, 환자의 기존 경험, 환자의 교육수준 등을 종합하여 판단할 수 있다.”고 하여 설명의무와 진료거부와의 관계를 설시한 후, “제반 사정상 원고가 피고병원 의료진이 권유한 흉부 방사선촬영 등을 거부할 경우 발생할 수 있는 위험성을 알았거나 피고병원 의료진으로부터 설명을 들었음에도 흉부 방사선촬영이 태아에 미칠 위험성 등을 고려하여 스스로의 결정에 따라 진료를 거부하였다고 보이는데, 환자가 의료진이 권유하는 진료의 필요성과 진료 또는 진료거절의 위험성을 인식하면서 스스로의 결정에 따라 진료를 거절한 경우 의료진으로서는 환자의 선택권을 존중할 수밖에 없고, 환자가 임신부여서 진료거절로 태아에게 위험이 발생할 우려가 있다고 해도 마찬가지이며, 피고병원 의료진이 원고에 대한 흉부 방사선촬영 등 기초적인 검사를 하지 못한 상태에서 폐부종을 정확히 진단하지 못하였거나 이뇨제를 투여하지 않았더라도 이를 잘못이라고 보기는 어려우므로, 피고병원 의료진에게 설명의무 위반, 진료상 과실이 있다고 볼 수 없다”고 하고, 원심의 협력의무에 관한 내용⁴⁸⁾을 설명의무에 포섭되는 범위⁴⁹⁾로 파악하였다.⁵⁰⁾

48) 원심인 서울고등법원 2009. 8. 20. 선고 2008나83761 판결에서는 “환자 및 그 보호자(이하 ‘환자 측’이라 한다)가 의사 또는 의료기관(이하 ‘의료인’이라 한다)에게 진료를 의뢰하고 의료인이 그 요청에 응하여 치료행위를 개시하는 경우에 의료인과 환자 측 사이에는 질병의 치료를 목적으로 하는 의료계약이 성립하고, 그 계약 목적의 달성을 위하여 의료인은 환자에 대하여 자신이 가진 모든 의료지식과 의료기술을 동원하여 환자를 진료할 의무 등을 부담하는 반면, 환자 측은 의사에게 자기의 질병, 증세, 병력, 체질 등 당해 진료에 필요한 사항을 숨김없이 사실대로 알려야 하는 고지의무와 함께 전문가인 의사의 의견을 존중하여 정밀검사의 실시, 약제의 복용 등과 같이 의사가 진료상 행하는 지시를 충실히 따라야 하는 협력의무를 진다 할 것인바, 환자 측이 이러한 고지의무와 협력의무를 위반하여 질병의 치료라는 계약 목적을 달성할 수 없는 경우에는 의료인이 진료의무를 태만히 하였다거나 환자에 대한 진료과정상의 부주의로 인한 과실이 인정되지 않는 이상 의료인에게 그 책임을 물을 수 없다 할 것이다.”고 하여 의사의 진료의무와 환자의 진료협력의무의무 사이의 관계를 정면으로 다루었다.

49) 대법원은 “원심이 원고 1의 협력의무 위반 등을 이유로 피고 병원 의료진의 폐부종 진단 및 치료 지연 등 과실 주장을 배척한 판단에는 설명의무 위반 주장을 배척한 판단도 포함되어 있다고 볼 수 있으므로...”라고 판시하였다.

50) 그러나 이 건의 1심인 서울중앙지방법원 2008. 8. 19. 선고 2007가합20636 판결은 대법원 및 원심의 판단과 달리 피고병원의 진료기록 상의 필체와 기재 정도에 비추어 피고병원 측에서 진료기록을 위·변조하였을 가능성을 언급하고, 동시에 원고가 임신기간 중에도

(다) 대법원 1999. 3. 26. 선고 98다45379 판결

위 사안의 원심인 대구고등법원 1998. 8. 19. 선고 97나2390 판결에서는 “피고 병원 의사들이 1992. 12. 25. 망인의 손바닥 파열상에 대한 이 사건 수술을 시행하기 전에 필요한 검사를 모두 마쳐 망인이 아무런 이상소견을 보이지 아니하였고, 망인이 이 사건 수술을 받은 날로부터 4일째 되는 같은 달 29. 피고 병원 화장실에서 담배를 피우고 소변을 본 다음 출입문 쪽으로 걸어 나오다가 갑자기 바닥에 쓰러져 사지마비 등에 빠지는 이 사건 사고를 당하였으며, 이 사건 사고는 소변을 볼 때의 배뇨성 현기증과 수술 전, 후 수일간 금연하였다가 다시 담배를 피울 때의 혈류 내 산소부족성 현기증 등이 경합된 허혈 현상에 기인하였다고 추인되고, 망인에게는 경추의 기왕증으로 입원치료를 받은 병력이 있으며, 망인이 평소 비교적 많은 양의 흡연을 하여 왔음이 인정되므로, 피고 병원은 그 의사나 간호사 등을 통하여 수시로 망인에게 망인과 같은 기왕증이 있을 경우 전신마취 상태에서 수술을 받은 후 흡

방사선 촬영을 행하였던 경력이 있었다는 점을 이유로 하여 피고병원이 설명의무를 제대로 이행하지 아니하였다고 보았다. 즉, 1심 법원은 “설령, 원고가 흉부 방사선 촬영을 거부하였다고 하더라도, 피고 병원의 의료진으로서의 흉부 방사선 검사를 받지 아니하면 어떠한 위험이 발생할 수 있는지를 설명하여 거부에 대한 위험에 대하여 명백한 주의를 환기시켜 주어야 할 의무가 있다 할 것인데, 피고가 위와 같은 주의의무를 다하여 설명하였는데도 원고가 이를 거부하였다는 점에 부합하는 듯한 갑 제17호증의 5의 기재, 갑 제30호증의 1 내지 4의 각 영상에 의하면, 피고 병원의 산과 의사 고□□이 원고에 대하여 작성한 경과기록지(갑 제17호증의 5)에는 2004. 11. 14. 17:25에 「환자, 보호자 분만실 입원 거절함. 태아심음모니터링, 진통억제위해 분만실 입원 권유했으나 일반병실 입원 아니면 자의퇴원하겠다고 함. 모체사망, 응급수술가능성 및 자궁파열의 위험이 있을 수 있다는 설명을 하였으나 입원 거부함」이라는 기재 옆에 「chest X-ray refuse함」이라고 기재되어 있으나, 위 「chest X-ray refuse함」은 위 경과기록지의 다른 부분과는 굵기가 현저히 다른 펜으로 기재되어 있으며, 분만실 입원의 필요성에 대한 설명과 원고의 입원 거부과정에 대해서는 비교적 자세히 기재되어 있는 반면에, 흉부 방사선 촬영의 필요성의 설명과 거부과정에 대하여는 전혀 기재가 되어 있지 아니한 점 등에 비추어 피고가 내세운 위 증거들은 믿기 어렵고, 달리 피고 병원의 의료진이 원고에 대하여 흉부 방사선 촬영의 필요성 등을 설명하고 이를 시행하고자 하였는데도 원고가 이를 거부한 사실을 인정할 증거가 없으며, 오히려 앞서 본 바와 같이 원고는 임신 15주였던 2004. 8. 8.에도 배를 가리고 방사선 촬영을 한 적이 있는 점, 같은 해 11. 14. 20:05경에는 저산소증 등의 상태가 상당히 악화되어 거부할 상태가 아닌 것으로 보이는 점 등에 비추어 피고 병원의 의료진이 그 당시 흉부 방사선 촬영의 필요성 등에 관한 설명을 하였다면 이를 거부하지 아니하였을 것으로 봄이 상당하므로, 피고의 위 주장은 이유 없다.”고 판단하였다.

연을 하면 치명적인 결과가 초래될 수 있다 치명을 경고하고 반드시 금연하도록 주의를 주고 입원기간 동안 망인의 동태에 특별한 관심을 갖고 망인이 담배를 피우지 않도록 감독하여야 할 것임에도, 피고 병원은 몇 군데에 금연 표지만 설치하고, 의사나 간호사를 통하여 상투적이고 의례적으로 금연에 관한 주의를 주었을 뿐이므로, 이 사건 사고는 피고 병원이 위와 같은 경고나 주의, 감독조치 등을 게을리 한 과실이 그 한 원인이 되었다고 판단”하면서, “망인으로서도 스스로의 병력을 잘 알고 있었을 뿐 아니라 의사와 간호사로부터 금연하라는 주의를 받았을 것임에도, 이를 어기고 화장실에까지 가서 흡연하고 배뇨한 후 그로 인하여 이 사건 사고를 당한 과실이 있는바, 이러한 망인의 과실이 피고의 책임을 면제할 정도에는 이르지 아니하므로, 이를 피고가 배상하여야 할 손해액의 산정에 있어서 참작하기로 하되, 그 비율은 위 사실관계에 비추어 70% 정도로 봄이 상당하므로, 피고의 책임을 위 과실비율을 제외한 나머지 비율부분으로 제한한다.”라고 하여 망인의 사망으로 인한 손해의 배상을 구하는 원고들의 이 사건 본소 청구를 그 판시와 같은 비율에 의한 과실상계를 한 범위 내에서 인용하였다.

이에 대하여 대법원은 “일반적으로 의료행위에는 통상 진단과 치료 외에 환자에 대한 영양지도도 포함되고, 이러한 영양지도는 환자의 질병, 연령, 성별, 성격, 교양의 정도 등에 응하여 진료의 각 단계에서 적절한 시기에 환자의 상황에 따라 구체적으로 이루어져야 할 것이다. 그런데 통상 입원환자들은 환자 자신을 위해서나 다른 환자들의 보호를 위해서도 금연이 요구되고, 특히 수술환자에 있어서는 그 필요가 더욱 크다고 할 수 있으므로, 입원환자나 수술환자들의 금연에 대한 지시 혹은 지도는 의료종사자들의 영양지도의 한 구체적 내용을 이룬다고 할 것이다.”라고 하여 의료종사자에게 일반적인 영양지도의무가 있다는 점을 실시한 후, “의료종사자들에게 이처럼 금연에 대한 지시 혹은 지도의무가 인정된다고 하더라도 흡연 자체가 환자에게 금기시되는 것은 굳이 의학적 지식이라고 할 것까지 없이 상식적인 사항에 해당하므로, 환자의 질병과 나이 또는 상황 등에 비추어 달리 특별한 사정이

있다고 인정되지 않는 한, 이러한 금연에 대한 지시 혹은 지도는 금연의 필요성에 대한 의학적 설명 내지 강조와 구두에 의한 금연의 수시 확인 정도로도 충분하고, 나아가 환자의 동태 등을 살펴 금연 여부를 상시 확인·감독할 의무까지 있는 것은 아니라고 할 것이다. ... 피고 병원 의료종사자들은 망인에 대한 일반적인 요양지도로서의 금연에 관한 지시 내지 지도조치는 이를 이행하였다고 볼 수가 있으므로, 결국 피고 병원 의료종사자들에게 이 사건 사고의 발생과 관련하여 요양지도의 한 내용으로서의 금연에 관한 지시 및 지도 의무를 게을리 한 과실이 있다고 하기 어렵다.”고 하여 피고 병원의 요양지도 의무 위반이 없다고 보아 원심을 파기 환송하였다.

V. 결론적 소견

환자의 진료협력의무는 의료행위에 있어 환자 측의 일련의 행동이 치료의 효과에 큰 영향을 미치고 있기 때문에, 이를 위반한 경우 환자 스스로 행하여야 할 책무를 하지 아니한 것이므로 환자 측의 과실로 인정되고 그 기여한 바가 과실로서 상계될 수 있다.⁵¹⁾ 더구나 환자는 단순한 진료의 객체라기보다는 의사에게 적극적으로 의료행위를 요구하고 그 시행 여부를 결정하는 주체로서의 권리가 점차 강조되고 있기 때문에 이러한 관점에서 환자의 능동적인 진료협력이 요구되는 측면이 존재한다. 그러므로 환자가 의사의 의료행위에 대하여 무조건적으로 수용하는 것이 아니라 스스로의 결정에 따라 진료를 거절할 수도 있을 것이나, 이는 의사와의 커뮤니케이션을 통하여 충분한 정보와 자신의 증상에 대한 이해가 이루어진 연후에야 비로소 결정될 수 있는 것이다. 또한 의료는 전문성이라는 특성을 지니고 있어 의료행위에 대한 지식이 의사와 환자 사이에 현격히 차이가 나기 때문에, 환자의 입장에서 의사에

51) 石黒敏洋, 損害額の減額要因, 第181~184面.

대하여 적극적으로 정확한 치료방법을 요구하는 것은 불가능하므로, 환자의 진료협력의무 위반이 있다고 하여 곧바로 환자 측 과실로 직결된다고 할 수는 없다.

따라서 환자의 진료협력의무 위반이 환자 측의 과실이 되어 의사의 책임을 제한하는 경우는, ① 의사와의 신뢰관계가 형성되어 의사가 환자에게 충분한 의학적 정보를 제공하고 환자의 대응을 유도하였다는 것이 그 전제요건으로 충족된 상태에서, ② 환자가 의사에 대하여 진료협력을 이행하지 아니하는 것에 불합리한 점이 존재하는 것이 명백한 경우로 한정해야 한다. 또한 환자의 진료협력의무 위반이 의사의 과실행위와 결과 사이의 인과관계의 부존재를 인정할 정도에 이르는 경우에는 의사에게 면책을 인정할 수 있지만, 그 밖의 경우에는 과실상계를 통하여 배상액을 감경하는 사유로 참작하는 것이 타당하다.⁵²⁾

주제어 : 진료협력의무, 의료과실, 의료행위, 주의의무 위반

52) 이은영, 전게서, 제930면; 석희태, “의료계약(하)”, 『사법행정』, 한국사법행정학회, 1988, 제67면.

[참 고 문 헌]

1. 국내문헌

강현중, “의료사고와 피해자 측의 과실”, 『재판자료』, 제27집, 법원행정처, 1985.

8.

고영아, “부작위에 의한 불법행위의 성립요건에 대한 고찰-일본에서의 논의를 중심으로-”, 『비교사법』, 제16권 1호, 2009.

곽윤직, 『민법총칙』, 박영사, 2007.

김민중, “의사의 설명의무 : 해결되지 않은 법률문제”, 「현대 민법의 과제와 전망: 남송 한봉희 교수 화갑기념」, 남송 한봉희 박사 화갑기념 논문집 간행위원회, 1994.

김민중, “의사의 설명의무에 관한 몇 가지 특수문제”, 『의료법학』, 제4권 제2호, 대한의료법학회, 2003.

김민중, 『의료계약』, 사법행정, 1991.

김성룡·백자민, “의료계약의 치료중단에 있어서의 의사의 보증인적 지위-보라매 병원 사건을 중심으로-”, 『법학논총』, 제29집, 경북대학교 법학연구소, 2008. 12.

김천수, “진료계약”, 『민사법학』, 제15호, 한국민사법학회, 1997.

박상기, 『형법총론』, 제8판, 박영사, 2009.

박일환, “의사의 설명의무와 환자의 승낙”, 『재판자료』, 제27집, 1985.

박종두, “의료계약의 법적 구성”, 『법조』, 법조협회, 1992.

백경희, 「의료사고 민사책임의 성립과 범위에 관한 연구-새로운 쟁점을 중심으로-」, 고려대학교 대학원 박사학위 논문, 2008.

석희태, “의료계약(하)”, 『사법행정』, 한국사법행정학회, 1988.

석희태, “의료과오에서의 인과관계에 관한 연구”, 『연세법학연구』, 제2집, 연세대학교 법과대학 법률문제연구소, 1992.

신동운, 『형법총론』, 제6판, 박영사, 2011.

신현호·백경희, 『의료분쟁 조정·소송총론』, 육법사, 2011.

이상돈, 『의료형법』, 법문사, 1998.

이석배, “응급의료거부죄의 해석과 정책”, 『형사정책』, 제21권 제1호, 2009.

- 이영규, “의료계약의 특질과 구조”, 『법학총론』, 제12집, 한양대학교, 1995.
- 이영준, 『민법총칙』, 개정증보판, 박영사, 2007.
- 이은영, 『채권각론』, 박영사, 2007.
- 이재상, 『형법총론』, 제6신판, 박영사, 2010.
- 정경원·장정문·김지영·백숙자·송서영·강찬숙·이국종, “현재의 국내 응급의료 체계에서 중증외상환자의 이송 지연”, 『대한외상학회지』, 제24권 제1호, 2011.
- 정기웅, “의사의 설명의무와 환자의 승낙”, 『민사법학』, 제39권 제1호, 한국민사법학회, 2007. 12.
- 집필대표 박준서, 『주석민법』, 채권각칙(6), 제3판, 한국사법행정학회, 2000.
- 집필대표 박준서, 『주석민법』, 채권총칙(1), 제3판, 한국사법행정학회, 2000.
- 최재천·박영호, 『의료과실과 의료소송』, 육법사, 2001.
- 추호경, 「의료과오에 관한 연구」, 서울대학교 대학원 박사 논문, 1992.

2. 외국 문헌

- Erwin Deutsch·Andreas Spickhoff, *Medizinrecht–Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinproduktrecht und Transfusionsrecht–*, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2008.
- Ralf Kolbe 저, 김성룡 옮김, “부진정부작위범에서 객관적 귀속”, 『법학논총』, 제30집, 경북대학교 법학연구소, 2009. 6.
- Walter Groop 저, 김성룡·김혁돈 공역, “인공호흡기의 작동중단–작위를 통한 부작위?–작위와 부작위의 구별에 있어서 규범성의 한계에 관하여”, 『법학논고』, 제20집, 2004. 6.
- 根本久 編, 『医療過誤訴訟法』, 青林書院, 1990. 3.
- 松倉豊治, 『医学と法律の間』, 判例タイムズ社, 1977.
- 村山淳子, “医療契約論 -その実体的解明-”, 『The Seinan Law Review』, vol. 38, no. 2, 2005.
- 浅井登美彦·園尾隆司 編, 現代裁判法大系, 第7卷 医療過誤, 新日本法規出版, 1998. 12.

A Study on Patient'S Obligation in Medical Cooperation and Doctor'S Medical Malpractice

Kyoung Hee, Baek

Law School, Inha University, Professor

=ABSTRACT=

Doctors and patients for the purpose of healing and treatment of disease through the contract will make a relationship. Doctors perform the medical practice for the state and illness of patient. Given that the patient did not cooperate in the doctor's medical practice, it is difficult to achieve the goal of disease healing.

If the patient don't cooperate the medical care, and it is linked with a doctor's medical malpractice, patient's violation of obligation in medical cooperation is considered with negligence on the part of patients. However, this negligence should be limited to obvious cases that the patient's behavior is unreasonable although the doctor provides medical information to patients and induced the patient's response. Also, patient's violation of obligation in medical cooperation must result in adjusting the indemnification via a setoff of fault except the cases having causal relationship between doctor's fault and malpractice.

Keyword : Obligation in medical cooperation, Medical malpractice, Medical care, Negligence