

說明義務違反과 慰藉料

金 敏 圭*

<목 차>

- I. 問題의 提起
- II. 最近 判例의 檢討
 - 1. 子宮癌組織檢査 事件
 - 2. 輸血에 의한 에이즈 바이러스 感染 事件
- III. 說明義務의 構造와 醫療行爲別 特性
 - 1. 說明義務와 그 構造
 - 2. 說明義務와 侵襲性
 - 3. 說明義務와 自己決定權
 - 4. 說明義務와 慰藉料
- IV. 結 論

I. 問題의 提起

醫師의 說明義務에 관한 논의는 醫療事故責任法의 전개에 있어서 牽引車的 役割을 수행하여 왔다고 하여도 과언이 아니다. 우리나라 學說에서도 「의사의 설명과오책임이란 의사가 환자에게 그의 상태와 그에게 행하여질 의료행위에 관하여 설명을 하고 동의를 받아 의료행위를 실시

* 부산외국어대학교 법학부 부교수.

2 比較法學 (第 13 輯)

하여야 한다는 원칙을 위배함으로써, 또는 의료행위의 실시에 대한 환자측의 동의 여부에 관계없이 의사가 환자에게 그의 상태 또는 그 상태와 그에게 행하여질 의료행위에 관하여 설명을 하여 환자가 이들에 관하여 알 수 있도록 하여야 한다는 원칙에 위배함으로써, 환자가 입은 손해에 대한 의사의 배상책임을 의미한다」고 정의하고 있다.¹⁾ 이와 같은 경향에 발맞추어 판례에서도 「일반적으로 의사는 환자에게 수술 등 침습을 가하는 과정 및 그 후에 나쁜 결과 발생의 개연성이 있는 의료행위를 하는 경우 또는 사망 등의 중대한 결과발생이 예측되는 의료행위를 하는 경우에 있어서 응급환자의 경우나 그밖에 특단의 사정이 없는 한 진료계약상의 의무 내지 침습 등에 대한 승낙을 얻기 위한 전제로서 당해 환자나 그 법정대리인에게 질병의 증상, 치료방법의 내용 및 필요성, 발생이 예상되는 위험 등에 관하여 당시의 의료수준에 비추어 상당하다고 생각되는 사항을 설명하여 당해 환자가 그 필요성이나 위험성을 충분히 비교해 보고 그 의료행위를 받을 것인가의 여부를 선택할 수 있도록 할 의무가 있다」(이하, 밑줄은 필자가 붙인 것임)고 판시하고 있다.²⁾ 이와 같은 설명의무는 진료계약상의 의무 내지 침습 등에 대한 승낙을 얻기 위한 전제로서 그 의료행위를 받을 것인가의 여부를 선택하기 위한 설명의무, 즉 『자기결정권을 보호하기 위한 설명의무』라 할 수 있다.

그런데 최근 이른바 不妊手術後 妊娠事件(이하, 【사례 1 : 불임수술 후 임신사건】이라 부른다)에서 다음과 같은 사실관계에 기초하여 법원은 아래와 같이 판시한 바 있다.³⁾

즉 원고 X₁(夫)과 X₂(妻)는 슬하에 두 자녀를 두고 있는 부부이고, 원고 X₁은 원고 X₂가 둘째 아이를 임신하고 있던 중인 1997년 9월 26일

1) 金天秀, 「醫師의 說明過誤에 관한 民事法的 研究—韓國·日本의 比較法的 考察을 中心으로—」, 대구법학(대구대·법과대학), 창간호(2000. 2.), 42쪽 이하.

2) 대법원 1995. 1. 20 선고, 94다3421 판결 참조.

3) 전주지법 1997. 11. 6 선고, 97나4299 판결(확정).

대한가족보건복지협회(이하 “피고 Y협회”라 부른다) 서울시지부 가족보건의원에서 불임수술인 정관절제수술(精管切除手術, vasectomy)을 받았다. 그런데 원고 X₂는 셋째 아이를 임신하여 3개월된 1999년 5월 24일 소의 Z산부인과의원에서 임신중절수술을 받았다.

이와 관련하여, 원고 X₁은 1999년 6월 8일 소의 A병원에 내원하여 정액검사를 받은 결과 정자의 양은 2.5ml, 정자의 수는 6,850,000개로 모두 운동성이 없는 죽은 정자(*dead sperm*)임이 확인되었는 바, 통상 남성의 정자 수는 최소 20,000,000개 이상으로 운동성이 50% 이상 되어야 여성이 임신할 수 있으며, 운동성이 없는 죽은 정자는 여성의 임신을 유발할 수 없는 것으로 알려져 있다. 그리고 정관절제수술이 성공적으로 시행되었음을 확인하기 위해서는 시술 후 10회 이상 정액을 배출하여 정액검사서 2회 이상 무정자증(無精子症, *aspermatisim*)이 나타나야 한다. 위와 같은 방법을 통해 성공적인 시술로 확인되었을 경우 수술 후 정액이 검출될 수 있는 빈도는 약 2%정도이고, 수술 후 무정자증이 확인된 경우에도 약 0.1~1%정도에서 수개월 내지 수년 후에 자연적인 재개통이 이루어질 수 있다는 것이다.

이에 원고 X₁과 X₂는, 피고 Y협회 소속 의료진이 원고 X₁에게 위 정관절제수술을 시행하면서 수술을 받더라도 피임이 되지 않을 가능성에 대한 아무런 설명 없이 잘못된 시술을 함으로써, 성공적인 불임시술이 이루어진 것으로 신뢰한 원고 X₂에게 예상하지 못한 임신을 야기시키고 결국 불가피하게 임신중절수술을 받게 하였으므로 피고 Y는 원고들이 입게 된 재산적, 정신적 손해배상으로서 원고 X₁에게는 20,000,000원 그리고 원고 X₂에게는 30,206,400원의 금원을 지급할 의무가 있다고 주장하였다.

이에 (제1심)법원은 다음과 같이 판시하였다(확정).

먼저, 1999년 6월 8일 실시한 원고 X₁에 대한 정액검사 결과 운동성 없는 죽은 정자가 검출되었고, 일반적으로 정관절제술이 성공적으로 시행된 후에도 시술상의 잘못 이외의 알 수 없는 원인으로 정액이 배출되

거나 자연적인 재개통이 이루어지는 경우도 있는 이상 위 인정사실만으로는 피고 Y협회 소속 의료진에게 어떠한 의료상의 과실이 있음을 단정하기 어렵고 달리 이를 인정할만한 증거가 없다 하여, 피고 Y협회 소속 의료진의 시술상의 잘못에 대해서는 부인하였다.

그리고 환자에게 발생한 중대한 결과가 의사의 침습행위로 인한 것이 아닌 경우에는 손해배상금 지급대상으로서의 설명의무위반이 문제될 여지가 없다할 것인 바(대법원 1995. 4. 25 선고, 94다27151 등), 원고 X₂가 예상하지 못한 임신으로 임신중절수술에 이르게 된 것이 피고 Y협회 소속 의료진의 의료행위로 인한 것으로 보기 어려운 이 사건에서 설명 의무 위반이 문제될 여지는 없으므로 원고들의 주장 또한 이유없다 하여, 피고 Y협회 소속 의료진의 설명의무 불이행여부에 대하여도 부인하였다.

이 사건 판결에서는, 「원고 X₁에 대한 정액검사 결과 운동성 없는 죽은 정자가 검출되었다는 사실」과 「일반적으로 정관절제술이 성공적으로 시행된 후에도 시술상의 잘못 이외의 알 수 없는 원인으로 정액이 배출되거나 자연적인 재개통이 이루어지는 경우도 있」다는 사실을 그 근거로 하여, 피고 Y협회 소속 의료진에게 어떠한 의료상의 과실이 있음을 단정하기 어렵다고 판단하여, 피고 Y협회 소속 의료진의 진료상의 과실을 부인하였다. 또한 당해 법원은, 「환자에게 발생한 중대한 결과가 의사의 침습행위로 인한 것이 아닌 경우에는 손해배상금 지급대상으로서의 설명의무위반이 문제될 여지가 없다」고 판시한 【대법원 1995. 4. 25 선고, 94다27151 판결 등】을 근거로 제시하면서, 원고 X₂가 예상하지 못한 임신으로 임신중절수술에 이르게 된 것이 피고 Y협회 소속 의료진의 의료행위로 인한 것으로 보기 어려운 이 사건에서 설명의무 위반이 문제될 여지는 없다고 판시한 점에 주목할 필요가 있다.

그렇다면, 이 판결에서는 “피고 Y협회 소속 의료진이 원고 X₁에게 위 정관절제술을 시행하면서 수술을 받더라도 피임이 되지 않을 가능성에 대하여 아무런 설명도 없이(설명의무의 불이행) 수술을 받았고 또한

성공적으로 불임시술이 이루어진 것으로 신뢰함으로써 원고 X₂가 예상하지 못한 임신을 하여 결국 불가피한 임신중절수술을 받음으로써 입게 된 원고 X₁과 X₂의 재산적, 정신적 손해”에 대해서는 아무런 판단을 내린 바 없다.

따라서, 이 사건 판결과 관련하여 다음과 같은 의문을 제기하지 않을 수 없다. 즉 첫째, 의사의 설명의무와 의료행위의 특성을 어떻게 이해할 것인가. 둘째, 의사의 설명의무와 진료상의 과실과의 관계는 어떠한가. 셋째, 의사의 설명의무 위반을 근거로 한 위자료의 지급의무(넓게는 손해배상의무)는 의료상의 침습행위가 동반되는 경우에 한하여 인정되는가 라는 점이다. 특히 이 사건 판결에서는 셋째의 의문점과 관련하여 【대법원 1995. 4. 25 선고, 94다27151 판결 등】을 근거로 제시하고 있으므로, 위의 판결분석과 함께 설명의무위반과 위자료 인용과의 관계에 대하여 고찰할 필요가 있다.⁴⁾

II. 最近 判例의 檢討

1. 子宮癌組織檢査 事件⁵⁾

1) 事實關係

원고 X는 1996. 4. 10. 피고 Y 산하의 W대학교 의과대학 부속병원에 서 자궁암검사를 받는 과정에서 원고 X는 간단한 세포진검사만을 의뢰하였는데도 그 병원의 산부인과 전문의사인 소외 K는 ①원고의 동의도

4) 이 사건 판결은 위와 같은 연구과제 이외에도 “수술을 받지 아니한 타방 배우자에게도 손해배상청구권을 인정할 것인가”, “손해배상을 인정한다 하더라도 위자료배상에 머물 것인가 아니면 임신중절비용 또는 출산 및 양육비용까지도 배상하여야 하는가” 등의 연구과제를 안고 있다(金敏圭, 「不妊手術後 妊娠과 그 責任法理」, 오늘의 法律, 통권제132호, 현암사, 2000. 1. 15, 4196쪽 이하 참조).

5) 이하, 【사례 2 : 자궁암조직검사 사건】이라 부른다.

없이 필요하지 않은 질확대경검사와 조직검사를 임의로 시행하여 장시간 소파수술시 사용하는 기구로 원고 X의 자궁을 벌리고 출혈이 생길도록 하였고, ②그러한 검사에 관한 충분한 설명을 원고에게 하지 않았을 뿐만 아니라 그로 인하여 원고 X에게 발생할 후유증을 미리 고지하지 아니하였고, ③검사 후의 주의사항을 고지하지 아니하여 후유증 예방조치를 다하지 아니하고 이로 인하여 위 검사 후 원고 X의 온몸이 시리고 기운이 없으며 다리와 허리에 통증을 느끼게 되는 등 출산 후와 같은 후유증이 발생하였으므로 피고 Y는 원고 X에게 위 K의 불법행위로 인한 후유증의 치료 등을 위하여 지출한 치료비와 위자료의 지급을 청구하였다.

이에 原審法院은 다음과 같이 판시하였다.⁶⁾ 즉 원고 X가 1996. 4. 10. 위 병원에 찾아가 자궁암검사를 의뢰하여 위 K의 상담을 받고 그로부터 자궁암 검사를 위한 질확대경검사와 조직검사를 받았으며, 그 검사 결과 원고 X의 자궁경부에 염증이 발견된 사실, 한편 자궁암검사시 사용되는 질확대경검사는 확대경을 사용하여 자궁경부를 5 내지 30배 정도로 관찰하는 것이고, 조직검사는 자궁 내의 병변이 의심스러운 부위의 조직의 일부를 떼어 검사하는 것으로 조직을 제거한 부위에 출혈 및 감염 등의 합병증이 나타날 가능성이 있는 사실을 인정할 수 있으나, ...자궁경부암의 확진을 위하여는 조직검사가 반드시 필요한 사실을 인정할 수 있고, 다음으로 의사가 수술 등에 대한 환자의 승낙을 얻기 위한 설명의무는 그 후유증이나 부작용이 당해 치료행위에 전형적으로 발생하는 위험이거나 회복할 수 없는 중대한 것인 경우에만 그 대상이 되는 것이므로 이 사건과 같이 단순한 자궁암검사를 위하여는 그 후유증에 대한 의사의 설명의무가 있다고 볼 수 없으며,...라고 판시하여 원고 X의 청구를 배척하였다. 이에 원고 X는 불복·상고하였다.

6) 전주지법 1997. 11. 6 선고, 97나4299 판결.

2) 上告審法院 判決⁷⁾

상고심법원은 위의 원심법원의 판단을 배척하고, 다음과 같이 판시하였다. 즉 …자궁암검사는 세포진검사(자궁경부의 암 발생 부위에서 떨어져 나온 세포들을 현미경으로 검사하는 방법)와 질확대경검사를 병행하는 것이 가장 이상적인 것이고, 자궁 내의 조직의 일부를 떼어내어 검사하는 조직검사는 자궁암이 의심되거나 수술이나 방사선치료 등을 시작하기 직전에 확진의 필요가 있는 경우에 시행하는 사실, 위 K는 서울 소재 다른 병원에서 정기적으로 세포진검사에 의한 자궁암검사를 받아 오다가 정기검사 시기에 맞추어 위 병원에 자궁암검사를 의뢰하기 위하여 처음 찾아온 원고 X에게 세포진검사와 이를 보완하기 위하여 질확대경검사를 실시하였을 뿐만 아니라 나아가 조직검사까지 실시한 사실, 위 K는 위 조직검사 후에 원고 X에게 ‘출혈이 있더라도 놀라지 말라’고만 이야기하였을 뿐 위 조직검사로 인하여 발생할지도 모르는 후유증에 대하여는 아무런 설명을 하지 아니한 사실 등을 알 수 있다.

따라서, 인간의 생명과 건강을 담당하는 의사는 그 업무의 성질에 비추어 치료에 앞서 실시하는 검사가 특히 신체의 손상을 가져올 우려가 있는 경우에는 불필요한 검사를 실시하지 아니할 주의의무가 있다고 할 것인 바, 원심으로서도 우선 자궁암검사의 일반적인 방법과 순서 등에 관하여 객관적인 자료를 통하여 좀더 심리하여 봄과 아울러 위 세포진검사와 질확대경검사 결과에서 원고 X에게 이상이 발견되었는지의 여부 및 나아가 조직검사의 필요성이 있는지의 여부를 밝힌 다음 원고 X의 주장의 당부를 판단하였어야 할 것임에도 불구하고, 원심이 앞서 실시한 바와 같은 이유만으로 원고 X의 위 주장을 배척하고 만 것은 과잉진료행위에 관한 법리를 오해하였거나 심리를 다하지 아니하여 판결에 영향을 미친 위법을 저지른 것이라 할 것이고, 이 점을 지적하는 취지의 주장은 이유 있다고 하여 파기환송하였다.

7) 대법원 1998. 3. 27 선고, 97다56761 판결.

2. 輸血에 의한 에이즈 바이러스 感染 事件⁸⁾

1) 事實關係

원고 X는 1989. 5. 16. 방광요도류와 자궁탈출증의 치료를 위하여 피고 학교법인 Y학원이 운영하는 K대학교 의과대학 부속 K₁병원에 입원하여 같은 달 16. 질식자궁적출술을 시술받았는데, 위 시술과정에서의 출혈로 인하여 같은 해 5. 20. 실시된 혈액검사 결과에서 헤모글로빈 수치가 8.6g/dl, 헤마토크리트 수치가 25.8%로 정상 이하로 떨어지면서 위 원고 X는 병원측에 어지럼증을 호소하게 되었고, 이에 위 병원측은 피고 대한적십자사로부터 공급받은 혈액인 농축적혈구 2단위(전혈 640cc에 해당하는 양, 혈액관리번호 11587, 47222)에 대하여 위 원고 X의 혈액과의 교차반응검사를 실시한 후 같은 날 위 원고 X에게 이를 수혈하였다.

그런데 위 원고 X에게 수혈된 혈액 중 혈액관리번호 47222호의 혈액은 혈액관리법 제4조 제2항 제2호의 규정에 따라 혈액원을 개설하여 그 업무를 수행하는 피고 대한적십자사 산하 서울특별시 N적십자혈액원이 같은 해 5. 15. 서울 관악구 S동 전철역 앞에서 행하여진 가두 헌혈행사 중 소외 B로부터 헌혈받아 그 혈액의 인간면역결핍 바이러스(Human Immunodeficiency Virus, 약칭 HIV, 이하 에이즈 바이러스라고 한다) 감염 여부를 효소면역측정법이라는 방법으로 검사하여 이상이 없는 것(음성)으로 판정되자 이를 위 병원측에 공급한 것인데, 그 혈액은 위 효소면역측정법에 의한 판정 결과와는 달리 실제로는 에이즈 바이러스에 감염(즉, 僞陰性이었음)되어 있었던 것이었다.

위 소외 B는 위의 헌혈에 이어 같은 해 11. 2.에도 가두 헌혈을 하였는 바, 피고 대한적십자사는 그 혈액에 대하여 효소면역측정법에 의한 에이즈 바이러스 감염 여부를 검사한 결과 위 소외 B가 감염자(양성)로 판명되자, 동인이 과거에 헌혈한 경력이 있는지를 조사하여, 위와 같이

8) 이하, 【사례 3 : 수혈에 의한 에이즈 바이러스 감염 사건】이라 부른다.

같은 해 5. 15.에도 헌혈하였는데 그 혈액 중 적혈구 농축액이 다음날 피고 Y학교법인 K학원 산하 K₁병원으로 출고되어 위 원고 X에게 수혈된 사실을 확인하고 위 병원에 그 사실을 통보하였으며, 위 병원은 추가적인 혈액검사를 통하여 같은 해 12. 15. 위 원고 X가 에이즈 바이러스에 감염된 사실을 확인하고 이를 관계 기관에 통보하였으며, 위 원고 X는 같은 달 16.경 대한민국 산하 보건사회부(현재의 보건복지부의 전신) 소속 공무원으로부터 자신이 위 수혈에 의하여 에이즈 바이러스에 감염되었음을 통보받았다.

이에 원고 X 등은 대한적십자사와 피고 학교법인 Y학원을 상대로 불법행위에 의한 손해배상을 청구하였다.

2) 上告審法院 判決⁹⁾

(피고 대한적십자사에 대한 과실판단에 대해서는 생략)

상고심법원은 피고 학교법인 Y학원에 대하여 다음과 같이 판시하였다.

의사는 응급환자의 경우나 그 밖의 특별한 사정이 없는 한, 환자에게 수술 등 인체에 위협을 가하는 의료행위를 함에 있어 그에 대한 승낙을 얻기 위한 전제로서, 당해 환자에 대하여 사전에 질병의 증상, 치료방법의 내용 및 필요성, 예후 및 예상되는 생명, 신체에 대한 위협과 부작용 등에 관하여 당시의 의료수준에 비추어 상당하다고 생각되는 사항을 설명함으로써 환자로 하여금 수술이나 투약에 응할 것인가의 여부를 스스로 결정할 기회를 가지도록 할 의무가 있고, 이와 같은 의사의 설명의 무는 그 예상되는 생명, 신체에 대한 위협과 부작용 등의 발생가능성이 희소하다는 사정만으로는 면제될 수 없으며, 위협과 부작용 등이 당해 치료행위에 전형적으로 발생하는 위험이거나 회복할 수 없는 중대한 경우에는 그 발생가능성의 희소성에도 불구하고 설명의 대상이 된다고 보아야 하고(당원 1995. 1. 20. 선고 94다3421 판결, 1996. 4. 12. 선고 95다56095 판결 등 참조), 이러한 설명을 하지 아니한 채 환자의 승낙 없이

9) 대법원 1998. 2. 13 선고, 96다7854 판결.

의료행위를 한 경우에는 설명 의사에게 치료상의 과실이 없는 경우에도 그 의료행위는 환자의 승낙권을 침해하는 위법한 행위가 된다 할 것이다.

…수혈에 의한 에이즈 바이러스의 감염은 수혈행위에 전형적으로 발생하는 위험이고, 그로 인하여 에이즈 바이러스에 감염되는 경우 현대 의학으로는 치료방법이 없어 결국 사망에 이르게 되는 것으로서 그 피해는 회복할 수 없는 중대한 것인 데다가 의학적으로 문외한인 환자로서는 예상할 수 없는 의외의 것이므로, 위험 발생가능성의 최소성에도 불구하고 피고 학교법인 Y학원 소속 의사들의 설명의무가 면제될 수 없다고 보아야 하고, 수술 후 수술중의 출혈로 인하여 수혈하는 경우에는 수혈로 인한 에이즈 바이러스 감염 위험은 당해 수술과는 별개의 수혈 그 자체에 특유한 위험으로서 당해 수술 자체로 인한 위험 못지 아니하게 중대한 것이라 할 것이므로 의사는 환자에게 그 수술에 대한 설명, 동의와는 별개로 수혈로 인한 위험 등을 설명하여야 한다 할 것이다.

원심판결에 의하면, …이 사건에 있어 수혈로 인한 에이즈 감염의 가능성이 의학계에 보편적으로 인식되어 있음에도 피고 학교법인 Y학원 소속 의사들이 원고 X에게 특별히 긴급한 상황이 아닌 상태에서 이행한 수혈조치에 즈음하여 위 원고 X에게 사전에 에이즈 감염 위험에 관하여는 아무런 설명을 하지 아니하였던 사실을 인정한 다음, 위 의사들이 수혈에 있어 설명의무를 이행하지 아니함으로써 원고 X가 수혈 여부 및 수혈 혈액에 관한 자기결정권을 상실한 상태에서 에이즈 바이러스 감염이라는 예기치 못한 치명적인 결과를 맞게 되었으므로 위 의사들의 사용자인 피고 학교법인 Y학원은 위 원고 X 및 동인의 가족들이 나머지 원고들이 입은 정신적 고통에 대한 위자료를 지급할 의무가 있다고 판단하였는바, 원심의 위와 같은 사실인정은 정당하고, 그에 기초한 원심의 판단 역시 당원의 위 견해에 부합하는 것으로서 정당하다 할 것이며, 거기에 소론과 같이 의사의 설명의무에 대한 법리를 오해한 위법이 있다 할 수 없다고 판시하였다.

위에서 두 건의 설명의무위반에 관한 상고심법원의 판결을 살펴 보았다.

먼저, **【사례 2 : 자궁암조직검사 사건】**의 경우는 「...의사가 수술 등에 대한 환자의 승낙을 얻기 위한 설명의무는 그 후유증이나 부작용이 당해 치료행위에 전형적으로 발생하는 위험이거나 회복할 수 없는 중대한 것인 경우에만 그 대상이 되는 것이므로 이 사건과 같이 단순한 자궁암검사를 위하여는 그 후유증에 대한 의사의 설명의무가 있다고 볼 수 없。」라고 판시한 원심법원의 판단을 깨뜨리고, 상고심법원은 「...인간의 생명과 건강을 담당하는 의사는 그 업무의 성질에 비추어 치료에 앞서 실시하는 검사가 특히 신체의 손상을 가져올 우려가 있는 경우에는 불필요한 검사를 실시하지 아니할 주의의무가 있다.」고 판시하였다. 이 사건 판결에서는 「...의사가 수술 등에 대한 환자의 승낙을 얻기 위한 설명의무는 그 후유증이나 부작용이 당해 치료행위에 전형적으로 발생하는 위험이거나 회복할 수 없는 중대한 것인 경우에만 그 대상이 되는 것」이라는 원심판단을 배척하였다는 점에서 중요한 의미를 가질 뿐만 아니라, '자궁내의 조직의 일부를 떼어내어 검사하는 조직검사는 자궁암이 의심되거나 수술이나 방사선치료 등을 시작하기 직전에 확진의 필요가 있는 경우에 시행하는 검사'라는 사실을 중시하여 조직검사로 인하여 발생할지도 모르는 후유증에 대하여 아무런 설명을 하지 아니한 것은, (과잉진료의 법리를 고려하더라도), 설명의무위반에 해당한다고 판단하여 원심판결을 파기환송하기에 이르렀다는 점에 주목할 필요가 있다.

아울러, **【사례 3 : 수혈에 의한 에이즈 바이러스 감염 사건】**에서는 「...수혈에 의한 에이즈 바이러스의 감염은 수혈행위에 전형적으로 발생하는 위험이고, 그로 인하여 에이즈 바이러스에 감염되는 경우 현대의 학으로는 치료방법이 없어 결국 사망에 이르게 되는 것으로서 그 피해는 회복할 수 없는 중대한 것인 데다가 의학적으로 문외한인 환자로서는 예상할 수 없는 의외의 것이므로, 위험 발생가능성의 희소성에도 불구하고 피고 학교법인 Y학원 소속 의사들의 설명의무가 면제될 수 없

다고 보아야 하고, 수술 후 수술중의 출혈로 인하여 수혈하는 경우에는 수혈로 인한 에이즈 바이러스 감염 위험은 당해 수술과는 별개의 수혈 그 자체에 특유한 위험으로서 당해 수술 자체로 인한 위험 못지 아니하게 증대한 것이라 할 것이므로 의사는 환자에게 그 수술에 대한 설명, 동의와는 별개로 수혈로 인한 위험 등을 설명하여야 한다」고 판시하였다. 이 사건 판결에서는 수혈에 의한 에이즈 감염은 수혈행위로 인한 전형적인 위험이고 위험발생가능성이 희소하다 하더라도 피침해법익이 증대한 점을 고려하여 수혈 그 자체에 대한 설명·동의를 필요하고¹⁰⁾ 이러한 수혈로 인한 위험에 대한 설명의무는 수술에 대한 설명의무와는 별개라는 점을 분명히 하였다는 점에 주목할 가치가 있다.

Ⅲ. 說明義務의 構造와 醫療行爲別 特性

1. 說明義務와 그 構造

미국의 Cardozo 판사는 일찍이 1914년 「성년자이고 정상적인 정신능력을 가진 사람은 자기 자신의 신체를 어떻게 할 것인가를 결정할 권리를 가진다」(*Every human being of adult years and sound mind has a right to determine what shall be done with his own body*) 라고 판시하였다.¹¹⁾ 이와 같은 환자의 자기결정권에 관한 법리는 醫療事故責任法上에서 진료를 받는 환자의 기본적인 권리로 이미 자기매김되었고, 그 논리적 전제로서 의사의 설명의무가 확립되었다.

또한 일본의 경우는 唄孝一 교수의 논문¹²⁾을 시작으로 학계에서도

10) 同旨 대법원 1995. 1. 20 선고, 94다3421 판결 : 대법원 1996. 4. 12 선고, 95다56095 판결 등 참조.

11) *Schloendorff v. Society of N. Y. Hosp.*, 211 N. Y. 125, 105 N. E. 92, 93.

12) 唄孝一, 「治療行爲における患者の意思と醫師の説明—西ドイツにおける判例・學說」, 契約法大系Ⅶ, 66面 以下(唄孝一, 醫事法學の歩み, 岩波書店, 1970, 3面 以下 收錄).

관심을 가지기 시작하였고, 판례에서는 1971년의 이른바 『承諾없는 乳腺摘出事件』¹³⁾(이하, 【사례 4 : 승낙없는 유선적출사건】이라 부른다)에서 다음과 같이 판시하였다. 즉 「의사가 행하는 수술은 질환의 치료 내지 건강의 유지, 증진을 목적으로 하는 것이지만, 통상 환자의 신체의 일부에 손상을 야기하는 것만이 아니고 환자에게 고통을 주는 경우도 적지 않기 때문에, 치료의 의뢰를 받았다고 하여 당연히 치료할 수 있는 것이 아니고 원칙적으로 환자(환자가 승낙능력을 결여한 경우에는 이에 대신하여 승낙할 수 있는 자, 이하 같음)의 치료 요구와는 별도로 수술실시에 대한 승낙을 얻은 후에 행하여야 한다고 이해하여야 하고, 승낙을 얻지 않고 행한 수술은 환자의 신체에 대한 위법한 침해라고 하여야 할 것이다.」 적어도 「신체의 기능상 또는 외관상 극히 중대한 결과를 야기하는 수술을 실시함에 있어서는, …환자의 생명의 위험이 급박하여 승낙을 얻을 여유가 없는 등의 특별한 사정이 있는 경우를 제외하고, 의사는 그 수술에 대하여 환자가 승낙할 것인가 어떤가를 확인하여야 하고, 승낙을 얻지 않고 수술을 실시한 때에는 당해 수술은 환자의 신체에 대한 위법한 침해라는 비난을 면할 수 없다고 하여야 할 것이다.」 이러한 논리를 이 사건에 비추어 보면, 「여성의 유방의 내부조직을 전부 剔出하는 수술은 …환자의 입장에서 대단히 중대한 결과를 초래하는 수술이라고 할 수 있기 때문에, 담당의사 또는 외과부장이 원고의 왼쪽 유방을 수술함에 있어서는 미리 원고의 승낙을 얻었어야 한다고 하지 않을 수 없다. 그리고 환자의 승낙을 얻음에 있어서는 그 전제로서 병상 및 수술의 필요성에 관한 의사의 설명이 필요한 것은 물론이지만, 이 사건의 경우와 같이 수술의 필요성 여부에 대하여 견해가 나누어져 있는 경우 …의사는 위와 같은 사정을 사전에 환자에게 충분히 설명한 후 그 승낙을 얻어 수술을 하여야 한다고 이해하는 것이 상당하다.」고 판시하였다.¹⁴⁾

13) 東京地裁 1971年 5月 19日 判決, 下級民集, 第22卷 第5・6號, 626面.

14) 이 사건 판결에 대한 평석으로서는 新美育文, 「承諾なき乳腺剔出手術」, 醫事判

우리나라에서도 최근 대법원은 의사의 진료의무의 본질과 의사의 설명의무에 대한 법적 근거를 명확히 하였다. 즉 의사의 진료채무는 “결과채무”가 아니라 “수단채무”임을 명백히 함과 동시에, 더 나아가 「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 승낙없이 침습한 경우에는, 설령 의사에게 치료상의 과실이 없는 경우에도 환자의 승낙권을 침해하는 위법한 행위가 된다」고 판시하여, 환자의 자기결정권을 보호하기 위한 전제로서의 설명의무의 법리적 근거를 명백히 제시하였다.¹⁵⁾

이와 같은 의사의 설명의무는 우리나라 판례에서도 1979년 이른바 후두종양제거수술사건¹⁶⁾에서 명확히 인정되게 되었다. 즉, 대법원은 「원고의 후두종양 제거수술을 한 집도의사들이 수술 후 환자의 목이 쉴 수도 있다는 말을 하였다 하더라도 그것만으로써는 수술 후 동 원고에게 원심 인정과 같은 발성기능장애의 후유증을 가져다 준 이 사건에 있어서 설명의무를 다하였다고는 할 수 없고 … 집도의사들이 설명의무를 다하지 아니함과 동시에 동 원고의 승낙권을 침해함으로써 위법한 수술을 실시하였다」고 판시하여 원심 판단을 지지하였다.

그렇다면, 의사의 설명의무의 이행여부를 둘러싼 의료사고 판례에서 일반적으로 요구하는 ‘설명의무’는 개별 의료행위와 관련하여 어떠한 상

例百選(別冊ジュリスト, No. 50, 1976. 4), 82面 以下 參照.

15) 대법원 1994. 4. 15 선고, 92다25885 판결 ; 대법원 1993. 7. 27 선고, 92다15031 판결 참조.

16) 대법원 1979. 8. 14. 선고, 78다488 판결.

관성을 가지는가, 또한 설명의무를 이행하였다더라면 환자의 결과적 손해에 도달하지 않았을 것이 입증되지 않는 때 이른바 독립적인 권리로서의 환자의 자기결정권의 침해의 경우에도 설명의무위반에 대한 책임이 인정되는가를 검토할 필요가 있다.

먼저, 독일에서 논의되는 설명의무의 유형을 살펴보면 다음과 같다. Laufs 교수는 「치료를 위한 설명의무」(die therapeutische Aufklärungspflicht)와 「자기결정을 위한 설명의무」(die Selbstbestimmungsaufklärungspflicht)로 나누고,¹⁷⁾ Deutsch 교수는 판례에 나타난 설명의무의 내용을 바탕으로 「자기결정을 위한 설명」(die Selbstbestimmungsaufklärung), 「질병과 치료에 관한 진단상의 설명」(die Diagnoseaufklärung), 「경과에 관한 설명」(die Verlaufsaufklärung), 「위험에 관한 설명」(die Risikoaufklärung), 「거부에 관한 설명」(die Aufklärung vor Verweigerung), 「예후에 관한 설명」(die nachwirkende Aufklärung) 등으로 설명의무의 내용을 분류하고 있다.¹⁸⁾¹⁹⁾ 위와 같은 유형화에서 보면, 먼저 Laufs 교수의 견해는 설명의무를 의료행위에 대한 두 가지의 커다란 기능으로 대별한 것이라 할 수 있고, Deutsch 교수의 견해는 설명의 내용에 관한 요소들을 유형화한 것이라 할 수 있다.

더 나아가, 일본에서는 의사의 설명의무를 ① 「환자의 승낙의 유효요건으로서의 설명」과 ② 「결과회피의무의 하나의 내용으로서의 설명」으로 구별하는 것이 일반적인 경향이다.²⁰⁾ 그러나, 이와 같은 일반적인 분

17) A. Laufs, *Arztrecht*, 4. Aufl., Verlag C. H. Beck, 1988, S. 56f.

18) E. Deutsch, *Arztrecht und Arzneimittelrecht*, Springer-Verlag, 1983, S. 42ff. Deutsch 교수가 「거부에 관한 설명」을 독립적인 유형으로 들고 있는 것은 영미법상의 “informed refusal”에 상응하는 것으로 대단히 중요하다고 지적한다.

19) 위와 같은 Deutsch 교수의 견해와는 달리, Giesen 교수는 「환자의 동의 및 자기결정권을 보장하기 위한 설명」과 「설명 의무의 범위」문제로 이원화하여 설명의무를 논하고 있다—D. Giesen, *Wandlungen des Arzthaftungsrechts*, J. C. B. Mohr(Paul Siebeck), 1983, S. 47ff. 이에 대한 상세한 설명은 鄭照根 = 金敏圭, 「醫療過誤責任의 法理」(東亞法學, 제6호, 1988. 6. 30), 329쪽 이하 참조.

20) 野田寬, *醫療事故と法*(新有堂, 1982), 235面 以下(野田 교수는 「환자의 승낙의

류로서는 불충분하고 불분명하다는 입장에서 ③ 「전인권고로서의 설명의무」를 추가로 유형화하는 견해도 있다. 예를 들면, 金川琢雄 교수는 ②의 「결과회피의무의 하나의 내용으로서의 설명의무」와 ③의 「전인권고로서의 설명의무」를 통설적인 견해에서는 구별하지 않지만, ②의 설명의무에서 요구되는 주의의무는 원칙적으로 전문의로서 소위 의료수준을 달성하기 위한 것이고, 또 전문의에게 요구되는 주의의무가 아니라 一般臨床醫에게 요구되는 주의의무이고, 그 설명의 내용도 전문의의 수준을 요구하는 것은 아니라는 점에서 ③과 ②는 구별할 실익이 크다고 한다. 더 나아가 ①②③의 설명의무는 의사의 과실판단의 구조내에서 판단되어야 할 것이지만, 특히 ③에서 요구되는 주의의무의 정도는 원칙적으로 전문의의 수준을 요구하는 것은 아니라는 이유를 들고 있다.²¹⁾ 따라서 金川 교수는 「전인권고로서의 설명의무」를 ②의 「결과회피를 위한 하나의 의무」내용으로 보지 않고 있는 듯하다. 이에 비하여 통설적인 견해를 따르고 있는 稻垣 변호사는 「전의·전송」의 문제를 ① 유형의 하나로 처리하는 방법도 생각할 수 있지만, 이와 같은 의무는 ①②의 의무와 일부 겹치고 있기 때문에, 위와 같은 전송을 본래적인 진료의 보완 내지 넓게는 진료의 일환으로 이해하고, 이와 같은 전송의 설명도 진료내에 있어서 다른 진료에로의 전환으로서 그 설명의 정도·태양을 규정하고, 이와 같은 것들과 관련하여 그 의무위반에 대하여 논해야 할 것이라고 한다.²²⁾²³⁾²⁴⁾ 이와 같은 일본에 있어서의 논의는 주로

유효요건으로서의 설명의무와 「결과회피의무의 하나의 내용으로서의 설명의무」로 구별하고 있다) ; 稻垣喬, 醫療過誤訴訟の理論(日本評論社, 1985), 51面以下 參照(稻垣 변호사는 「의사의 요양지도의무」와 「의사의 설명의무」로 구별하고 있다).

21) 金川琢雄, 診療における説明と承諾の法理と實情, 多賀出版(株), 1988, 4面.

22) 稻垣喬, 앞의 주20) 책(醫療過誤訴訟の理論), 52面.

23) 독일이나 일본에서는 설명의무의 유형을 「환자의 자기결정을 위한 설명」과 「치료목적달성을 위한 설명」으로 나누어 논하는 경향이 일반적이지만, 미국에서는 설명의무를 소위 “informed consent”의 문제로 논하고 그 법률적 이론구성에 있어서는 초기에는 assault and battery rule에 의하여 처리하였으나, 후기

설명의 내용보다는 설명의무의 진료행위에 따른 기능에 대한 논의라 할 것이다.

따라서 설명에 고려되어야 할 내용이 아니라 설명의무를 의료행위에 대한 기능에 따라 체계화하기 위한 유형화에 중점을 두고 각국의 논의 상황을 정리한다면, 독일의 Laufs의 견해와 일본의 논의상황이 참고가 될 것이다. 즉 각국에서 논의되는 설명의무에 관한 기능을 참조하여 체계화한다면, 먼저 의료행위 특히 수술행위가 인체에 대한 침습을 동반하는 행위라는 점을 고려하여 ① 「환자의 자기결정을 위한 설명의무」와 ② 「치료상 요구되는 주의의무의 하나의 내용으로서의 설명의무(결과회피를 위한 하나의 내용으로서의 설명의무)」로 일단은 분류할 수 있다. 그리고 오늘날 병원의 의료시스템이 일반개업의, 중소 종합병원, 대규모 종합병원 그리고 고도의 첨단 의료설비를 갖춘 대학 부속병원 등으로 차별화 내지 계층화되어 있다는 점 그리고 오늘날 제1차 진료기관, 제2차 진료기관 그리고 제3차 진료기관 등으로 체계화되고 있다는 점 등을 고려할 때²⁵⁾ ① 또는 ②의 설명의무와는 구별하여 제3의 유형으로 ③「전의 또는 전송을 위한 설명의무」를 별도로 기능상 유형화할 필요도 있다.

필자는 의사는 환자로 하여금 좀더 기량있고 설비가 좋은 병원에서 진료받을 기회를 보장하여 주어야 할 기회보장의무가 전문가책임법의 영역에서 중시되고 있다는 점²⁶⁾ 그리고 의료수준은 예전가능성에 관한

에는 negligence rule에 따라 처리하고 있다(A. H. McCoid, A Reappraisal of Liability for Unauthorized Medical Treatment, 41 Minn. L. Rev. 381, 1957, p. 419ff).

- 24) 이상에 대한 상세한 論議는 鄭照根 = 金敏圭, 앞의 주19) 논문(醫療過誤責任의 法理), 330쪽 이하 참조.
- 25) 金敏圭, 「醫療水準論」, 法理論과 實務(嶺南民事法學會·嶺南民事訴訟法學會), 제4집(2001, 5), 63쪽 이하 참조.
- 26) 金敏圭, 「專門家責任法の 展開」(釜山外大, 外大論叢, 제13집, 1995. 2.), 490쪽 참조. 이와 같은 환자의 『기대권』보호에 관한 법리적 궁인 경향이 유력시되고 실질화하고 있는 일본의 판례경향을 중시할 필요가 있다(東京地裁 1983年 1月 24日判決, 判例時報第1082號, 79面 以下; 東京地裁 1985年 9月 17日判決, 判例

문제이고 전의·전송은 결과회피가능성에 관한 문제이기 때문에 의료 수준(예전가능성)을 지켰다고 하여 과실판단의 대상에서 면제되는 것은 아니라는 점²⁷⁾을 고려하여 ③ 「전의·전송을 위한 설명의무」를 독립적인 유형으로 논하는 것도 의미있는 체계라 생각한다. 따라서, 의사의 환자에 대한 설명의무는 ①「환자의 자기결정을 위한 설명의무」와 ②「치료상 요구되는 주의의무의 하나의 내용으로서의 설명의무」 또는 「결과회피를 위한 하나의 내용으로서의 설명의무」 그리고 ③「전의·전송을 위한 정보제공으로서의 설명의무」로 체계화하는 것이 타당할 것이다.²⁸⁾

2. 說明義務와 侵襲性

위와 같이 설명의무를 유형화한다면, 위의 【사례 1 : 불임수술 후 임신사건】 판결의 경우 「원고 X₁과 X₂는 피고 Y협회 소속 의료진은 원고 X₁에게 위 정관절제수술을 시행함에 있어 수술을 받더라도 피임이 되지 않을 가능성에 대한 아무런 설명 없이 잘못된 시술을 함으로써, 성공적인 불임시술이 이루어진 것으로 신뢰한 원고 X₂에게 예상하지 못한 임신을 야기시키고 결국 불가피한 임신중절수술을 받게 하였으므로 피고 Y는 원고들이 입게 된 재산적, 정신적 손해배상」을 청구하였음을 고려할 때, 원고들은 피고 Y협회 소속 의료진이 이른바 「환자의 자기결정권을 보호하기 위한 설명의무」를 게을리 한데 대한 손해배상책임을 묻고 있음이 분명하다 할 것이다.

그럼에도 불구하고, 당해 법원은 [대법원 1995. 4. 25 선고, 94다27151

時報第1201號, 105面 以下 ; 岐阜地裁 1985年 9月 30日判決, 判例時報第1186號, 120面 以下 ; 浦和地裁 1985年 12月 27日判決, 判例時報第1186號, 93面 以下 ; 名古屋高裁 1986年 12月 26日判決, 判例時報第1234號, 45面 以下 參照).

27) 金敏圭, 「醫師의 過失判斷構造」(釜山外大·法學研究所, 法學研究, 제6집, 1994. 12). 154쪽 이하.

28) 金敏圭, 「醫師의 說明義務와 그의 免除」, 民法의 課題와 現代法の 照明-洪天龍 교수 화갑기념논문집, 1997, 643~644쪽 참조 ; 金敏圭, 「醫師의 說明義務違反과 그 效果」, 外大論叢, 제17집, 1997. 8, 527쪽 이하 참조.

판결 등](이하, 【사례 5 : 1995년 대법원 판결】이라 한다)을 그 근거로 들면서 「환자에게 발생한 중대한 결과가 의사의 침습행위로 인한 것이 아닌 경우에는 손해배상금 지급대상으로서의 설명의무위반이 문제될 여지가 없다 할 것」이라 하여 원고의 주장을 배척하였다. 이 사건 【사례 5 : 1995년 대법원 판결】은 교통사고 환자가 복통을 호소하였음에도 불구하고 즉시 개복수술을 실시하여 출혈과다의 원인을 밝히지 못한데 대한 설명의무위반여부를 묻은 사건인 바, 대법원은 다음과 같이 판시하였다. 즉, 「...설명 의무반에 대하여 의사에게 위자료 등의 지급의무를 부과시키는 것은 의사가 환자에게 제대로 설명하지 아니한 채 수술 등을 시행하여 환자에게 예기치 못한 중대한 결과가 발생하였을 경우에 의사가 그 행위에 앞서 환자에게 질병의 증상, 치료나 진단방법의 내용 및 필요성과 그로 인하여 발생이 예상되는 위험성 등을 설명하여 주었더라면 환자가 스스로 자기결정권을 행사하여 그 의료행위를 받을 것인지 여부를 선택함으로써 중대한 결과의 발생을 회피할 수 있었음에도 불구하고, 의사가 설명을 하지 아니하여 그 기회를 상실하게 된 데에 따른 정신적 고통을 위자하는 것이므로, ...따라서 환자에게 발생한 중대한 결과가 의사의 침습행위로 인한 것이 아니거나 또는 환자의 자기결정권이 문제되지 아니하는 사항에 관한 것은 위자료 지급대상으로서의 설명의무위반이 문제될 여지는 없다고 봄이 상당하다.」라고 판시하였다.

따라서, 위의 【사례 5 : 1995년 대법원 판결】은 위자료 지급대상이 되지 않는 설명의무위반의 예로서 「환자에게 발생한 중대한 결과가 의사의 침습행위로 인한 것이 아닌」 경우와 「환자의 자기결정권이 문제되지 아니하는」 경우를 들고 있다. 그런데 앞에서 살펴본 바와 같이 【사례 1 : 불임수술 후 임신사건】에서는 원고들이 피고 Y협회 소속 의료진이 이른바 『환자의 자기결정권을 보호하기 위한 설명의무』를 게을리한데 대한 손해배상책임을 묻고 있음에도 불구하고 당해 상고심법원 판

결에서는 『환자에게 발생한 중대한 결과가 의사의 침습행위로 인한 것이 아닌 경우에는 손해배상금 지급대상으로서의 설명의무위반이 문제될 여지가 없다』라고 판시하여 피고 Y협회의 이른바 『환자의 자기결정권 보호를 위한 설명의무』 위반여부에 대한 판단을 비껴나가 논리의 혼란을 초래하고 있음을 간과할 수 없다.

더욱이, 불임수술의 경우는 수술하지 아니하면 생명이나 신체에 지장을 초래할 수 있는 긴급한 의료행위도 아닐 뿐만 아니라 피임방법으로서 정관절제수술이 유일한 방법도 아니라는 점에 착안한다면, 원고 X₁이 정관절제수술을 받을 것인지 아니면 다른 피임방법을 선택할 것인지를 결정하기 위해서는 전문의사의 설명의무가 더욱더 중시되는 의료영역이라는 점을 고려할 필요가 있다. 따라서 피임방법 중의 하나인 정관절제수술의 경우는 의사의 재량적 판단보다 환자 본인의 선택이 중요하다는 점에서 성형수술의 경우와 유사한 특성을 지니고 있다.

따라서, 참고로 성형수술로 인한 손해배상청구 사건에 대한 대법원 판례를 살펴보기로 한다.²⁹⁾(이하 **【사례 6 : 성형수술 사건】**이라 부른다) 피고 Y법인이 경영하는 K병원의 의사인 소외 C는 원고 X에게 그가 유아시 입은 화상으로 인하여 생긴 두부모발결핍부분에 대한 성형수술을 위하여 두피이동술, 모발이식술, 식피술(피부이식술)의 처치가 필요하다는 설명을 하여 이에 대한 수술 및 처치동의를 받은 후 당해 병원 성형외과 의사 K의 집도하에 원고 X에 대한 두피이동술과 함께 결손된 부위를 메우기 위하여 원고 X의 양 대퇴부의 피부를 이식하였는데, 이로 인하여 원고 X의 왼쪽 대퇴부에 약 18×10센티미터, 오른쪽 대퇴부에 약 26×10센티미터 정도의 상처가 발생하여 수술 후 상당기간 통증을 겪음과 동시에 장래 호전되기 어려운 색소이상 및 피부반흔 등의 후유증이 남게 된 사안에서 원심법원³⁰⁾은 다음과 같이 판시하였다.

29) 대법원 1987. 4. 28 선고, 86다카1136 판결.

30) 서울민사지법 1986. 3. 25 선고, 84나2980 판결.

즉 의사인 K나 C로서는 성형수술이 그 성질상 긴급을 요하지 아니하고, 성형수술을 한다 하더라도 외관상 다소간의 호전이 기대될 뿐이고 다른 한편으로는 피부이식수술로 인한 피부제공처에 상당한 상처로 인한 후유증이 발생할 가능성이 있음을 고려하여 수술 전에 충분한 검사를 거쳐 환자인 원고 X에게 수술 중 피부이식에 필요하거나 필요하게 될 피부의 부위 및 정도와 그 후유증에 대하여 구체적인 설명을 하여준 후에도 그의 사전동의를 받아 수술에 임하였어야 할 업무상 주의의무가 있음에도 불구하고 이에 이르지 아니한 채 막연한 두피이동술 및 식피술 등의 수술에 관한 동의만 받았을 뿐 양 대퇴부의 피부이식에 대한 내용 및 그 후유증 등에 대하여 구체적으로 설명하여 주지 아니하고 수술에 이른 이상 원고 X의 위 상해는 위와 같은 주의의무를 다하지 아니한 과실로 인한 것이라고 판단하였다. 이에 상고심법원은 원심법원의 판단을 지지하였다.

위의 원심법원 및 상고심법원 판결의 경우는, 성형수술의 특성 즉 긴급을 요하는 수술이 아니라는 점을 고려하여 후유증 등에 대하여 구체적으로 충분히 설명한 후 동의를 받아야 할 의사의 주의의무를 명백히 천명하였다는 점에 주목할 필요가 있다. 이러한 성형수술의 특성은 가정의 생활계획을 전제로 한 정관절제수술의 경우에도 유사한 것으로 생각하여도 좋을 것이다.

그뿐만 아니라 위에서 살펴본 각종 사례들의 특성을 함께 분석하여 보면 다음과 같다. 먼저 **【사례 1 : 불임수술 후 임신사건】**에서는 **【사례 5 : 1995년 대법원 판결】**을 근거로 제시하면서 정관절제수술을 시행하면서 피임이 되지 않을 가능성에 대하여 아무런 설명을 하지 아니한 의사에게 「환자에게 발생한 중대한 결과가 의사의 침습행위로 인한 것이 아닌 경우에는 손해배상금 지급대상으로서의 설명의무위반이 문제될 여지가 없다」고 판시하였고, **【사례 2 : 자궁암조직검사 사건】**에서는 자궁암이 의심되거나 수술이나 방사선치료 등을 시작하기 직전에

확진의 필요가 있는 경우에 조직검사를 시행한다는 사실을 인정하면서 「치료에 앞서 실시하는 검사가 특히 신체의 손상을 가져올 우려가 있는 경우에는 불필요한 검사를 실시하지 아니할 주의의무가 있다」고 하여 아무런 설명 없이 조직검사를 실시한 것은 설명의무위반이라고 판단하였다. 또한 【사례 3 : 수혈에 의한 에이즈 바이러스 감염 사건】에서는 「수혈에 의한 에이즈 바이러스의 감염은 수혈행위에 전형적으로 발생하는 위험이고, ...위험 발생가능성의 희소성에도 불구하고, ...의사들의 설명의무가 면제될 수 없다」고 보아야 한다고 판시하여, 의사는 그 위험이 전형적이고 발생가능성이 희소하다 하더라도 수술에 대한 설명, 동의와는 별개로 수혈로 인한 위험 등에 대하여도 설명하여야 한다고 천명하였다. 또한 【사례 5 : 1995년 대법원 판결】에서는 위자료 지급대상으로서의 설명의무위반은 「환자에게 발생한 중대한 결과가 의사의 침습행위로 인한 것이 아니거나 또는 환자의 자기결정권이 문제되지 아니하는 사항」이라고 명시한 것이 하나의 특징이라고 할 수 있다. 더 나아가 【사례 6 : 성형수술 사건】에서는 「피부이식수술로 인한 피부제공처에 상당한 상처로 인한 후유증이 발생할 가능성이 있음을 고려하여 ...수술 중 피부이식에 필요하거나 필요하게 될 피부의 부위 및 정도와 그 후유증에 대하여 구체적인 설명을 하여준 연후에 그의 사전동의를 받아 수술에 임하였어야 할 업무상 주의의무가 있음에도 불구하고 ...양대퇴부의 피부이식에 대한 내용 및 그 후유증 등에 대하여 구체적으로 설명하여 주지 아니하고 수술에 이른 이상」 주의의무를 다하였다고 할 수 없다고 판시하여, 설명불충분을 설명의무위반으로 판단하였다.

따라서 【사례 1 : 불임수술 후 임신사건】에서는 【사례 5 : 1995년 대법원 판결】을 근거로 제시하면서 “환자에게 발생한 중대한 결과가 의사의 침습행위로 인한 것이 아닌 경우”에는 손해배상금 지급대상으로서의 설명의무위반이 문제될 여지가 없다고 판시하였으나, 【사례 5 : 1995년 대법원 판결】에서도 「의사의 침습행위로 인한 경우」와 「환자의 자기결정권의 침해」라는 두 가지의 유형을 들고 있고, 【사례 2 : 자궁

『**암조직검사 사건**』에서는 「신체의 손상을 가져올 우려가 있는 경우」 그리고 『**사례 6 : 성형수술 사건**』에서도 「구체적인 설명을 하여준 연후에 그의 사전동의를 받아 수술에 임하였어야 할 업무상 주의의무」가 있음을 분명히 하였다. 더 나아가 『**사례 3 : 수혈에 의한 에이즈 바이러스 감염 사건**』에서는 「수혈행위에 전형적으로 발생하는 위험이고, ... 위험 발생가능성의 회소성에도 불구하고, ...의사들의 설명의무가 면제될 수 없다」고 하여 의사의 설명의무를 엄격하게 이해하고 있다.

따라서 판례상에서는 『발생한 결과가 의사의 침습행위에 의한 경우』(사례 2, 5)뿐만 아니라 환자의 선택여지가 높은 경우(사례 1, 5, 6)에는 『환자의 자기결정을 위한 의사의 설명의무』를 인정함과 동시에, 결과발생의 중대성에 따라서는 전형적인 위험이거나 발생가능성의 회소하다 하더라도 『환자의 자기결정을 위한 설명의무』를 인정하는 것이 판례의 지배적인 경향이라는 점에 주목할 가치가 있다.

3. 說明義務와 自己決定權

위에서 고찰한 사례분석결과를 고려한다면, 『**사례 1 : 불임수술 후 임신사건**』의 경우는 「의료행위의 침습성」의 관점에서 설명의무의 논거를 찾을 것이 아니라 성형수술의 경우와 비교하여 보더라도 피임방법으로서의 정관절제수술이라는 의료행위의 특성을 고려하여 『환자의 자기결정권 보호를 위한 전제로서의 설명의무』 위반여부를 논하여야 할 것이다.

일본의 경우에도 정관절제수술 후의 임신가능성에 대하여 충분히 설명하지 아니한 사안에서 신의칙상의 의무위반이라 판단하여 병원의 채무불이행책임을 인정한 사례³¹⁾가 있는가 하면, 남편이 불임수술을 받은 후 부인이 다시 임신한 사안에서 의사의 설명의무위반을 이유로 채무불

31) 横浜地裁 1983年 6月 24日 判決(判例タイムズ, 第507號, 250面 以下).

이행책임을 인정하여 위자료의 지급을 명한 사례³²⁾도 있다. 그런데 일본에서는 부인이 卵管結紮手術을 받았음에도 불구하고 胞胎하여 중절수술을 받음으로써 손해배상을 청구한 사건이 있다. 즉 1977년 이미 2남 1녀를 둔 원고 X(부인, 당시 30세)는 네 번째 子를 포태하여, 남편과 상담한 후 그 이상 子를 갖지 않기로 하고 같은 해 11월 12일 네 번째 子를 피고 Y의원에서 출산한 후 수일이 지나 피고 Y로부터 난관결찰수술을 받았다. 난관결찰수술이라 함은 난관중양부를 묶고 구부려서 난관공을 폐쇄하여 정자가 난관을 통과하지 못하도록 하여 임신을 방지하는 방법이다. 그러나 이와 같은 수술 후에도 임신가능성은 약 1~2%이고, 분만직후 수술한 경우에는 난관이 이완하기 때문에 결찰이 불완전하게 되고 난관이 소통성을 회복하여 임신할 가능성이 5~6%로 높아지게 된다. 피고 Y의원에서 난관결찰수술을 실시한 실적은 수년에 한번 정도이지만 수술 후 재임신한 예는 없었다. 그런데 1979년 4월경 원고 X는 식욕이 없고 속이 울컥거리는 등 신체의 변화를 느껴 소외 A병원에서 진찰을 받은 결과, 임신으로 진단받아 같은 해 12월 2일 소외 A병원에서 다섯 번째 子를 출산하였다. 그 후에도 원고 X는 1983~1984년경에도 임신한 적이 있지만, 그때는 중절수술을 받았다. 이에 원고 X는, 피고 Y가 난관결찰수술을 행한 의료계약시에 수술 후 임신가능성에 대하여 설명할 의무를 해태하였다는 이유로 피고 Y에 대하여 손해배상청구의 소를 제기하여 위자료 200만엔과 변호사비용 100만엔을 청구하였다. 제1심 법원³³⁾은 피고 Y에게 설명의무를 태만히 한 채무불이행책임을 인정하여 2주간의 입원, 40일정도의 통원, 이 사건 수술 자체, 복부의 수술 흔적, 신체의 변화에 따른 불안, 비용의 지출에 의한 정신적 고통에 대한 위자료로서 100만엔의 지급을 명하고, 변호사비용에 대해서는 배척하였다. 그러나 피고 Y는 설명의무위반 인정에 대하여 불복하여 항소

32) 大津地裁 1985年 3月 14日 判決.

33) 大津地裁水口支部 1984年 6月 1日判決.

하였다.

이에 항소심 법원은 다음과 같이 판시하여 항소를 기각하였다. 즉 「의료계약에 기초한 의사의 환자에 대한 설명의무의 내용은 당해 의료행위의 종류, 내용이나 그 필요성 및 그에 수반되는 위험성의 정도, 긴급성의 유무에 따라 다른 것이고, 이와 같은 요소들을 종합적으로 고려하여 설명의무의 유무 및 그 정도를 결정하여야 하는 것으로 해석되지만, 이 사건과 같은 난관결찰수술의 경우는 그와 같은 수술을 시술하지 아니하면 환자의 건강에 지장을 초래하는 성질의 것은 아니고, 다만 환자 및 그 가족의 생활설계를 위하여 피임이라는 목적을 달성하는 데에 필요한 한도에서 행하여지는 것이므로 환자가 이 사건 수술을 희망한 경우에는 전문가인 의사로서는 환자에게 현재로서는 100% 완전한 피임방법이란 없다는 점, 이 사건 수술 외에도 피임방법은 있을 수 있다는 점 및 이 사건 수술과 다른 피임방법과의 이해득실 등을 충분히 설명하고, 환자가 이러한 점을 고려한 후 이 사건 수술의 실시를 받을 것인가 아닌가를 결정할 수 있도록 할 의무가 있다고 해석하는 것이 상당하다. 특히 이 사건 수술과 같이 분만후 바로 이 사건 수술을 실시할 때에는 수술 후 재임신할 가능성이 평소보다 높기 때문에, 의사가 이 사건 수술을 하여도 임신할 가능성이 있고, 더 나아가 분만직후의 수술에서는 그 가능성이 한층 더 높다는 점을 충분히 설명하지 아니한 채 이 사건 수술을 실시한 때에는 위와 같은 설명의무에 위반한 것으로서 이로 인하여 환자가 입은 손해를 배상할 의무가 있다고 하여야 할 것이다.」³⁴⁾(이하

【사례 7 : 난관결찰수술 사건】 이라 부른다)

이 사건 판결은 의료상의 과실은 처음부터 문제삼지 않고 불임수술의 완전성여부에 관한 설명 및 그 수술시기에 관한 성공률의 차이에 대하여 설명하지 아니한데 대한 이른바 『자기결정권의 전제로서의 설명의무』가 본질적인 문제점으로 대두된 사건에 대한 판결이라는 점과 특히

34) 大阪高裁 1986年 7月 16日 判決, 判例タイムズ, 第624號, 1987, 202面 以下 參照.

수술의 목적이 생명이나 신체에 중대한 영향을 끼치는 긴급한 수술이 아니기 때문에 설명에 기초한 환자의 선택이 매우 중요시되는 사안이라는 의료행위의 특성을 고려하여 설명의무의 위반여부를 판단하여야 한다는 점을 강조하였다는 점에 주목할 가치가 있다.

또한 이 사건 판결에서는 「난관결찰수술의 경우는 …환자가 이 사건 수술을 회망한 경우에는 전문가인 의사로서는 환자에게 …이 사건 수술의 실시를 받을 것인가 아닌가를 결정할 수 있도록 할 의무가 있다고 해석하는 것이 상당하다」고 하여 이 사건의 경우 의사의 설명의무는 환자의 자기결정권을 보장하기 위한 것이라는 점을 분명히 하였다는 점에 그 의의가 더욱 크다.

우리나라의 경우에도, 당뇨증세와 심한 흉통을 느껴 피고 재단법인의 S병원에 입원하여 진료를 받은 결과 불안정성 협심증, 다발성 관상동맥 협착증이 있는 사실이 확인되어 위 병원 흉부외과 의사인 피고 Y₁과 상의한 끝에 3개의 관상동맥 우회술을 시술받고 그 회복과정에서 심장마비증세가 발생하여 심폐소생술을 실시하였으나 혈압이 회복되지 아니하여 재개흉하여 그 심장우측전방에 존재하는 약 100cc정도의 혈종을 제거하고 출혈이 의심되는 부위를 봉합하는 수술을 시행하여 심장기능은 완전히 회복되었으나 위 혈종의 압박으로 인하여 심장마비증세가 초래되어 대뇌에 산소공급이 중단됨으로써 의식을 회복하지 못하고 전신마비가 되어 사망한 사안에서, 원고측은 피고 Y₁이 망 환자로부터 수술 승낙을 받기 전에 위 망 환자가 관상동맥 우회술의 내용과 효과, 그 위험 및 그에 따르는 부작용을 정확히 인식하고 수술을 받을 때 생길 수 있는 위험과 수술을 받지 아니할 때의 위험을 비교, 교량하여 합리적인 판단을 할 수 있도록 위 망 환자의 질병의 상태, 수술의 내용과 효과, 그 부작용에 대하여 자세히 설명하여야 할 의무가 있다고 주장하였다.

이에, 상고심법원은 「일반적으로 의사는 환자에게 수술 등 침습(侵襲)을 가하는 과정 및 그 후에 나쁜 결과 발생의 개연성이 있는 의료행

위를 하는 경우 또는 사망 등의 중대한 결과 발생이 예측되는 의료행위를 하는 경우에 있어서 응급환자의 경우나 그밖에 특단의 사정이 없는 한 진료계약상의 의무 내지 위 침습 등에 대한 승낙을 얻기 위한 전제로서 당해 환자 또는 그 가족에게 질병의 증상, 치료방법의 내용 및 필요성, 발생이 예상되는 위험 등에 관하여 당시의 의료수준에 비추어 상당하다고 생각되는 사항을 설명하여 당해 환자가 그 필요성이나 위험성을 충분히 비교하여 그 의료행위를 받을 것인가 여부를 선택할 수 있도록 하는 의무가 있다」고 천명하였다.³⁵⁾ 따라서 우리나라의 대법원도 위의 일본 난관결찰수술 사건 판결과 같은 입장을 취하고 있음을 알 수 있다.

또한 자궁근종으로 진단하였으나 실제로는 자궁외 임신으로 밝혀졌음에도 불구하고 자궁적출수술을 단행한 사안에서, 상고심법원은 「...여성의 자궁을 적출하는 수술은 일반적으로 환자에게 중대한 결과를 야기하는 수술로서 특히 원고들은 위 수술당시 아직 자식이 없어 원고의 자궁을 적출한다면 향후 자식을 가질 수 없게 되는 결과를 야기할 수 있었고 당시 위 원고에게 생명에 대한 긴박한 위험이 박두하여 승낙을 구할 시간적 여유가 없었다는 등의 특별한 사정이 있었다고 인정할 증거가 없는 이상 위 L, J는 개복후 위 원고의 병명을 확진할 수 없었고 자궁외 임신이라고 불만한 사정이 있었으면 응급처치 후 조직검사를 실시하여 확실한 병명을 알아보거나 당시 위 피고 병원에 조직검사시설이 없어 수술도중에 그 검사가 불가능하였다면 위 원고 또는 그 보호자에게 당시의 증상 및 위 병원의 시설 내용, 자궁외 임신의 경우 수술의 필요성 여부 및 그 부위, 수술 외 다른 치료방법이 있는지 유무 등을 자세히 설명하여 그와 같은 시설이 있는 병원으로 옮기는 등의 방법을 취함으로써 확실한 병명을 알아본 후 자궁적출수술 실시여부를 위 원고가

35) 대법원 1994. 4. 15 선고, 93다60953 판결 ; 同旨 대법원 1995. 1. 20 선고, 94다 3421 판결 등.

스스로 결정할 수 있도록 하고 만일 자궁제거가 불가피하였으면 그 승낙을 받은 후 자궁제거수술을 하여야 함에도 그러한 조치를 취하지 아니하고 일방적으로 자궁을 적출한 잘못이 있다」고 전제하고, 이어 원심법원이 「...과실판단에 있어서 설명의무의 내용으로 자궁의 임신의 경우 수술의 필요성 여부 및 그 부위, 자궁제거수술 외 다른 치료방법이 있는지 여부를 포함시킨 것은 자궁제거수술을 시행한 위 J, L이 자궁의 임신사실을 알지 못하고 있었으므로 적절하지 아니하나 이는 가정적 판단에 불과할 뿐 아니라 기록에 의하면 당시 자궁의 임신에 의한 증상이라고 볼만한 사정이 있었고 위 J 자신도 자궁의 임신의 가능성을 생각해 보기까지 하였음에도 자궁에 혹이 만져진다고 하여 자궁근종이라고 진단하고 더 이상의 보다 정밀한 확인 검사를 하지 아니한 잘못으로 자궁의 임신임을 알지 못함으로써 결과적으로 위 원고로 하여금 위와 같은 진단상의 과오가 없었다면 당연히 설명 받았을 판시와 같은 내용을 설명받지 못한 채 수술승낙을 하게 한 과실이 있다고 인정되므로 위 집도의사들이 설명의무를 다하지 못함으로써 원고의 승낙권을 침해한 과실이 있다는 취지의 판단 자체는 정당하고 거기에 과실을 기초치우는 사실에 대한 사실오인이나 과실판단의 잘못이 있다고 할 수 없다」고 판시하여, 원심법원의 판단을 지지하였다.³⁶⁾³⁷⁾ 이 판결 역시 긴급성이 없는 사안임에도 불구하고 여성의 자궁을 적출하는 것은 중대한 결과를 야기하는 수술이라는 점을 고려하여 피고 병원 의사의 설명의무위반을 인정한 것은 『환자의 자기결정권보호를 위한 설명의무』위반으로 판단하였고, 이러한 判旨內容은 위의 【사례 7 : 난관결찰수술 사건】 판결과 그 논리를 함께 하는 것이라 할 것이다.

따라서, 위의 【사례 1 : 불임수술 후 임신사건】 판결의 경우 불임수술 후의 임신가능성에 대한 설명의무위반을 『환자의 자기결정권을 보호

36) 대법원 1992. 4. 14 선고, 91다36710 판결.

37) 申鉉昊, 의료소송총론(육법사, 1997), 214쪽 이하.

하기 위한 설명의무』 위반으로 파악하지 않고, 『치료상 요구되는 주의의무의 하나의 내용으로서의 설명의무』 위반으로 이해하여 의료상의 과실이 없다는 이유만으로 위자료청구 배척의 논거로 삼았다는 점에서 재검토할 필요가 있다.

4. 說明義務와 慰籍料

한국민법에서는 제750조에서 불법행위에 의한 일반적 손해배상책임을 규정하고, 이어 제751조에서는 재산 이외의 손해에 대한 배상책임을 규정하고 있다. 따라서 민법에서는 일반적 손해배상책임과 정신적 손해배상책임에 관하여 최소한 법규형식에 있어서는 이원적으로 규정하고 있다고 일단 이해할 수 있다.

그러나 학설에서는 민법 제750조에서 규정하고 있는 「손해」에는 「재산적 손해」뿐만 아니라 「정신적 손해」도 포함하는 것으로 새겨야 하고, 민법 제751조는 「비재산적 손해」 즉 「정신적 손해」에 관하여 주의적으로 규정한 것에 지나지 않는 것으로 이해하는 것이 일반적인 견해이다.³⁸⁾ 그렇다면 「재산적 손해」이건 「비재산적 손해」(정신적 손해)이건 법규상의 책임근거는 민법 제750조에 의하는 것으로 해석하고 있기 때문에 「손해」의 근거에 대해서는 포괄적으로 규정하고 있는 것으로 해석하고 있다.

그런데, 정신적 손해 즉 위자료가 지니는 책임법상의 기능에 대해서는 여러 가지 견해가 대립되고 있다. 학설상에서 논의되는 위자료의 기능에 대하여, 위자료는 손해에 대한 전보로 기능한다는 점을 강조하는 견해(이른바 損害填補說)가 있는가 하면, 위법행위에 대한 사적 제재로 파악하는 견해(이른바 私的 制裁說)도 있고, 또한 손해에 대한 전보적 기능뿐만 아니라 제재기능을 함께 내포하고 있다고 새기는 견해(填補機

38) 郭潤直, 債權各論, 博英社, 1995, 726쪽 ; 金疇洙, 債權各論, 博英社, 1992, 655쪽 ; 金錫宇, 債權法各論, 博英社, 1978, 518쪽 등.

能+制裁機能), 그리고 위자료는 고통에 대한 감수성이 없는 유아나 심신상실자에게도 인정된다는 점과 위자료가 정액화하는 경향을 보이고 있다는 점을 들어 위자료는 금전으로 평가하기 어려운 무형의 손해에 대하여 재판관의 재량에 맡겨진 배상이고 오늘날 무형의 이익침해에 대하여 사람들이 보편적으로 인식하고 있는 감정에 사회가 부여하는 가치를 사회의 대변자로서의 재판관이 그의 자유로운 판단에 따라 일정한 금액으로 표상화한 것이라고 새기는 견해(感情價值表象說), 그 외에도 전보적 기능 이외에 제재적 기능뿐만 아니라 만족적 기능도 함께 지니고 있는 것으로 새기는 견해(填補機能+制裁機能+滿足機能)도 있다. 더 나아가 오늘날 특히 실무계에서는 재산적 손해에 대한 손해액증명의 곤란성 때문에 재산적 손해의 배상을 위자료라는 형태로 보완하여 해결하려고 하는 경향이 농후하게 나타나고 있다는 지적도 있다(이른바 慰藉料의 補完的, 調整的 機能).³⁹⁾

전통적인 책임법론에서는 「재산 이외의 손해」에 대해서도 「손해배상」으로 파악하고 있다는 점을 고려한다면, 위자료의 법리적 기능을 손해에 대한 전보적 기능으로 이해하는 것이 논리적일 것이다.⁴⁰⁾ 그러나 한국에서도 李命甲 변호사는, 영미법상의 징벌적 손해배상제도에 대하여 그 의미를 고찰한 후 「영미법상의 소위 *exemplary damages* 제도는 행위억제의 성질을 강화하여 가고 있다는 사실, 또한 그와 같은 경향을 요청하는 사회적 실정을 뒤쫓고 있는 우리나라에서도 손해배상제도에 加害行爲抑制的 性質을 요청하지 않을 수 없는 사회적 기초가 있다는 사실과 사건의 성질에 따라서는 그러한 사회적 요청에 적용하여 制裁的 慰藉料制度를 수용하여야 하는 것이 판례상으로도 조문상으로도 가능할 것이고, 더욱 그 필요성이 절실하다」고 주장하여 영미법의 사정은

39) 四宮和夫, 不法行爲, 青林書院, 1987, 594面 以下 參照: 森島昭夫, 不法行爲法講義, 有斐閣, 1987, 364面 以下; 乾昭三, 「慰藉料의 性質」(ジュリスト增刊, 民法의 爭點II, 有斐閣, 1985), 178面 以下 參照 等.

40) 四宮和夫, 위의 注39) 冊, 595面.

위와 같은 관점에서 중요한 시사를 주고 있다 하여 慰藉料의 制裁的 機能을 강조하고 있다.⁴¹⁾ 이와 같은 견해는 다분히 법사회학적 관점이라는 점을 떨칠 수 없으나, 경청할 가치는 충분히 있다 할 것이다. 그러나 이와 같은 경향에 대하여 실무계에서 재산적 손해에 대하여 높은 증명도를 요구하고 있다는 이유와 위자료의 보완적 기능을 인정하려고 하는 실무의 동향과의 상호 모순을 지적하면서, 이와 같은 논의는 미봉책에 불과하고 오히려 재산적 손해의 증명 자체를 용이화하여야 한다는 비판도 만만치 않다.⁴²⁾⁴³⁾

위와 같이 위자료의 損害填補的 機能외에도 制裁的 機能, 補完的 내지 調整的 機能 등이 강조되고 있는 현실에 비추어 볼 때, 위자료의 기능적 변모 현상도 배척할 수만은 없다 할 것이다. 더욱이 오늘날 재판 실무에서는 위자료가 정액화하고 있는 현실에 비추어, 법관 사이에 위자료산정에 관하여 불균형과 자의를 배제하면서 위자료가 지닌 현대적 의의를 살리는 방향으로 대책을 연구하는 것은 우리 사법부가 당면한 중요한 과제⁴⁴⁾라고 지적하면서 실무상의 고뇌를 노골적으로 표현하기도 한다.

그런데 우리나라 의료사고 판례상에서는 의사의 설명의무위반과 손해배상 및 그 인과관계에 대하여 대법원은 다음과 같은 입장을 취하고 있다. 즉 「의사가 설명의무를 위반한 채 수술 등을 하여 환자에게 사망

41) 李命甲, 「制裁的 慰藉料의 立論(Ⅲ)」, (司法行政, 제317호, 1987. 5), 30쪽.
 42) 楠木安雄, 「損害賠償請求訴訟의 訴訟物」, (新實務民事訴訟法講座4 收錄), 126면 이하.
 43) 四宮和夫 교수는 「사실상 손해가 발생하지 아니한 경우에 극히 소액의 손해배상을 선고 하는 『名目的 損害賠償』이나 악의가 강한 가해자에게 제재를 과할 것을 직접적인 목적으로 하는 『懲罰的 損害賠償』·『二培三培賠償』과 같은 『손해전보를 넘은 제재』는 일본 불법행위법상에서는 인정되지 않는다고 해석하는 것이 통설적 견해이다. 따라서 현행법에서는 『손해』없는 곳에 배상책임을 인정할 수 없다」고 주장한다(앞의 注39) 冊, 267면).
 44) 李時潤, 「損害賠償訴訟에 있어서 慰藉料算定에 관한 統計的 分析」, (民事損害賠償算定·刑事量刑基準의 調査分析, 裁判資料, 제5집, 法院行政處, 1980), 10쪽.

등의 중대한 결과가 발생한 경우에 있어서 환자측에서 선택의 기회를 잃고 자기결정권을 행사할 수 없게 된 데 대한 위자료만을 청구하는 경우에는 의사의 설명결여 내지 부족으로 선택의 기회를 상실하였다는 사실만을 입증함으로써 족하고, 설명을 받았더라면 사망 등의 결과는 생기지 않았을 것이라는 관계까지 입증할 필요는 없다고 할 것이다. 그러나 그 결과로 인한 모든 손해를 청구하는 경우에는 그 중대한 결과와 의사의 설명의무위반 내지 승낙취득과정에서의 잘못과의 사이에 상당인과관계가 존재하여야 하며, 그 경우 의사의 설명의무의 위반은 환자의 자기결정권 내지 치료행위에 대한 선택의 기회를 보호하기 위한 점에 비추어 환자의 생명, 신체에 대한 의료적 침습과정에서 요구되는 의사의 주의의무위반과 동일시 할 정도의 것이어야 한다고 할 것이다.⁴⁵⁾ 이와 같은 대법원의 입장은 지속되고 있다.⁴⁶⁾

결국 대법원은 설명의무위반으로 인한 손해배상청구에 있어서 위자료만을 청구하는 경우에는 의사의 설명의무위반으로 선택의 기회를 상실하였다는 사실의 주장·입증만으로 충분하지만, 위자료청구뿐만 아니라 모든 재산적 손해배상까지 청구하기 위해서는 의사의 설명의무위반으로 인한 선택기회의 상실과 환자의 사망 등의 손해까지 주장·입증하여야 한다는 입장을 취하고 있음을 알 수 있다.

45) 대법원 1994. 4. 15 선고, 93다60953 판결.

46) 대법원 1996. 4. 12 선고, 95다56095 판결(의사가 설명의무를 위반한 채 수술 등을 하여 환자에게 사망 등의 중대한 결과가 발생한 경우에 환자측에서 선택의 기회를 잃고 자기결정권을 행사할 수 없게 된 데 대하여 위자료만이 아닌 전 손해의 배상을 구하는 경우에는 그 설명의무의 위반이 구체적 치료과정에서 요구되는 의사의 주의의무의 위반과 동일시할 정도의 것이어야 하고 그러한 위반행위와 환자의 사망과의 사이에 인과관계가 존재함이 입증되어야 한다(대법원 1995. 2. 10 선고, 93다52402 판결 등도 참조).

IV. 結 論

의료사고책임법은 전문가책임법 영역에 속하는 사고법의 대표적인 유형임과 동시에 의학의 실천의 場에서 발생하는 사고에 대한 책임법리를 전개한다는 점에서 의학에 문외한인 피해자의 입장에서는 대단히 至難한 일이다. 그럼에도 불구하고 의료사고책임법에서 의사의 설명의무를 정립하고 환자의 자기결정권을 확립함으로써 의사에 대한 환자의 관계를 단순한 치료의 대상이 아니라 진료를 받는 주체로 그 위상을 제고한 것은 의료사고책임법 발전의 桴楫할 만한 성과라 하여도 과언이 아닐 것이다. 그러나 최근 각종 설명의무의 유형이 각 진료단계에서 다양하게 논의됨으로써 책임법리의 전개에 복잡한 혼선을 빚고 있는 것도 부인할 수 없는 사실이다. 예컨대 설명의무도 언제나 환자의 자기결정권을 보호하는 기능에 한정하여 논의되는 것이 아니고, 치료상 요구되는 설명의무 또는 전의·전송을 위한 설명의무 등으로 기능하는 경우도 많다.

이 논문에서는 특히 다음과 같은 세 가지 관점에 초점을 맞추어 설명의무에 대하여 고찰하였다. 즉 첫째, 의사의 설명의무와 의료행위의 특성을 어떻게 이해할 것인가. 둘째, 의사의 설명의무와 진료상의 과실과의 관계는 어떠한가. 셋째, 의사의 설명의무 위반을 근거로 한 위자료의 지급의무는 의료상의 침습행위가 동반되는 경우에 한하여 인정되는가라는 점이다. 그 연구결과는 다음과 같다.

첫째, 설명의무는 의사가 검사 또는 수술 등 환자에 대하여 필요한 수단을 결정하거나 침습을 가함에 있어서 환자 내지는 그 법정대리인으로부터 사전에 승낙을 얻기 위한 전제로서 행하여야 할 의사의 의무를 말한다. 그런데 이와 같은 설명의무는 어느 정도의 범위내에서 행하여야 하는가 라는 범위가 항상 문제된다. 판례상에서는 일반적으로 「질병의 증상, 치료방법의 내용 및 필요성, 발생이 예상되는 위험 등에 관하

여 당시의 의료수준에 비추어 상당하다고 생각되는 사항」을 설명하여 당해 환자가 그 필요성이나 위험성을 충분히 비교해 보고 그 의료행위를 받을 것인가의 여부를 선택할 수 있도록 설명하여야 한다고 판시하고 있다. 이와 같은 설명의무의 범위는 모든 의료행위에 일률적으로 적용할 수 있는 기준이 있는 것이 아니고, 개별적 의료행위의 특성에 따라 설명의 범위도 달라진다는 점을 알 수 있다. 즉 일반적인 진료행위의 경우에는 환자의 성격이나 요구 그리고 기타 사정을 고려하여 의사의 합목적적인 판단에 맡겨진다고 해석하여야 할 것이지만, 불임수술이나 성형수술과 같이 반드시 처치를 받아야 할 필요성이나 긴급성이 없는 의료행위의 경우에는 의사의 설명의무 또한 확대되어 그 의료행위를 받을 것인가의 여부를 선택할 수 있도록 충분히 설명하여야 한다고 이해하는 것이 판례의 입장임을 알 수 있다. 이러한 관점에서 우리나라의 **【사례 6 : 성형수술 사건】** 판결과 일본의 **【사례 7 : 난관결찰수술 사건】** 판결을 참고할 필요가 있다.

둘째, 의사의 설명의무와 진료상의 과실과의 관계에 대해서는 설명의무의 유형에 따라 달라질 수 있다. 즉 ①「환자의 자기결정을 위한 설명의무」에 해당하는 경우에는 진료상의 과실과는 무관하게 독립적인 의사의 주의의무로 평가할 수 있을 것이지만, ②「치료상 요구되는 주의의무의 하나의 내용으로서의 설명의무」에 위반하였을 때에는 전체적인 진료과정에서 의사의 과실여부를 판단하기 위한 하나의 주의의무 요소로 존재할 것이다. 또한 ③「전의·전송을 위한 정보제공으로서의 설명의무」에 위반하였을 때에는 경우에 따라 ①「환자의 자기결정을 위한 설명의무」 위반여부로 구성할 수도 있을 것이고 ②「치료상 요구되는 주의의무의 하나의 내용으로서의 설명의무」 위반여부로 구성할 수도 있을 것이다. 그러나 「전의·전송을 위한 정보제공으로서의 설명의무」는 그 성격으로 보아 ①과 ②유형과는 별도로 독립적인 유형으로 자리매김하여도 좋을 것이다.

셋째, 의사의 설명의무 위반을 근거로 한 위자료의 지급의무는 의료상의 침습행위가 동반되는 경우에 한하여 인정되는가. 이 문제에 대해서는 위에서 살펴본 **【사례 5 : 1995년 대법원 판결】**에서는 「...설명 의무반에 대하여 의사에게 위자료 등의 지급의무를 부과시키는 것은 의사가 환자에게 제대로 설명하지 아니한 채 수술 등을 시행하여 환자에게 예기치 못한 중대한 결과가 발생하였을 경우에 의사가 그 행위에 앞서 환자에게 질병의 증상, 치료나 진단방법의 내용 및 필요성과 그로 인하여 발생이 예상되는 위험성 등을 설명하여 주었더라면 환자가 스스로 자기결정권을 행사하여 그 의료행위를 받을 것인지 여부를 선택함으로써 중대한 결과의 발생을 회피할 수 있었음에도 불구하고, 의사가 설명을 하지 아니하여 그 기회를 상실하게 된 데에 따른 정신적 고통을 위자하는 것이므로, ...따라서 환자에게 발생한 중대한 결과가 의사의 침습행위로 인한 것이 아니거나 또는 환자의 자기결정권이 문제되지 아니하는 사항에 관한 것은 위자료 지급대상으로서의 설명의무위반이 문제될 여지는 없다고 봄이 상당하다.」라고 판시하였다. 즉 설명의무위반으로 위자료의 지급대상이 되는 경우로서는 ‘의사의 침습행위에 의한 결과’인 경우와 ‘환자의 자기결정권 침해’인 경우를 들고 있다. 물론 타당한 論旨라 할 것이다. 이와 같은 論旨에 따르면, 「환자에게 발생한 중대한 결과가 의사의 침습행위로 인한 것이 아닌 경우에는 손해배상금 지급대상으로서의 설명의무위반이 문제될 여지가 없다」라고 전제하고 「원고 X₂의 예상하지 못한 임신으로 임신중절수술에 이르게 된 것이 피고 Y협회 소속 의료진의 의료행위로 인한 것으로 보기 어려운 이 사건에서 설명의무 위반이 문제될 여지는 없.」다고 판시한 위의 **【사례 1 : 불임수술 후 임신사건】**의 判旨는 재고할 필요가 있다.

또한 우리나라 대법원 판례에서는 설명의무위반과 손해배상(위자료 포함)과의 관계에 대하여 「의사가 설명의무를 위반한 채 수술 등을 하여 환자에게 사망 등의 중대한 결과가 발생한 경우에 있어서 환자측에

서 선택의 기회를 잃고 자기결정권을 행사할 수 없게 된 데 대한 위자료를 청구하는 경우에는 의사의 설명결여 내지 부족으로 선택의 기회를 상실하였다는 사실만을 입증함으로써 족하고, 설명을 받았더라면 사망 등의 결과는 생기지 않았을 것이라는 관계까지 입증할 필요는 없다고 할 것이다. 그러나 그 결과로 인한 모든 손해를 청구하는 경우에는 그 중대한 결과와 의사의 설명의무위반 내지 승낙취득과정에서의 잘못과의 사이에 상당인과관계가 존재하여야 하며, 그 경우 의사의 설명의무의 위반은 환자의 자기결정권 내지 치료행위에 대한 선택의 기회를 보호하기 위한 점에 비추어 환자의 생명, 신체에 대한 의료적 침습과정에서 요구되는 의사의 주의의무위반과 동일시 할 정도의 것이어야 한다」(대법원 1994. 4. 15 선고, 93다60953 판결 참조) 라고 판시하고 있고, 이와 같은 대법원의 입장은 지속적으로 유지되고 있다. 따라서 이러한 대법원 판례의 경향을 존중하는 한 의료상의 과실이 없다는 이유만으로 『환자의 자기결정권보호를 위한 설명의무』 위반여부에 대한 판단을 무시한 채, 재산적 손해배상뿐만 아니라 정신적 손해배상(위자료)의 지급대상 유무에 대한 판단까지 遺脫한 【사례 1 : 불임수술 후 임신사건】 판결은 재검토하여야 마땅할 것이다.

논문주제검색키워드 : 의료사고, 설명의무, 위자료, 자기결정권, 손해배상, informed Consent, 정신적 손해배상, 전보기능, 제재기능, 만족기능, 자궁암조직검사, 에이즈바이러스

<Abstract>

Breach of duty to disclose information

Kim, Min Kyu

In a case of unplanned pregnancy after vasectomy-sterilization surgery, a plaintiff husband claimed that a physician was negligent in adequately informing the plaintiff of the possibility of pregnancy.

Citing the Supreme Court's prior decision that there is no breach of duty when a serious harm to the plaintiff patient did not result from a physician's injurious act [Daebubwon 1995. 4. 25 Sungo, 94da27151 etc.), the court ruled that since the unexpected pregnancy which ultimately led to an abortion cannot be attributable to the defendant physician's medical treatment, there is no breach of duty of informed consent. [JunjuJiBub 1997. 11. 6 Sungo, 97na4299 -*affirmed*]

In another case of [Daebubwon 1995. 4. 25 Sungo, 94da27151], the court ruled that there is no breach of duty requiring the monetary damage when a serious result to the plaintiff patient did not come from a doctor's injurious act, or there was no harm to patient's right of self-determination. Therefore, reverse interpreting the ruling, it can be construed that liability for breach of duty to informed consent occurs only when harm comes from doctor's injurious act or violation of patient's right of self-determination.

Therefore, the rule of law in [JunjuJiBub 1997. 11. 6 Sungo, 97na4299] should be reexamined if the doctor's duty of disclosure is predicate on protecting a patient's right of self-determination.