

의사의 설명의무위반에 따른 손해배상

-판례의 비판적 연구-

Schadenersatz wegen der Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht

-Kritische Untersuchung der Rechtsprechung-

박 영 규*
Park, Young-Kyu

목 차

- | | |
|------------|-------------------|
| I. 머리말 | III. 판례의 문제점 및 대안 |
| II. 판례의 입장 | IV. 맺음말 |

판례에 의하면 의사가 진료를 함에 있어서 요구되는 설명을 하지 않은 경우에, 환자에 대해 지는 손해배상 책임은 2가지로 구별된다고 한다. 한편으로 설명을 요하는 사항에 관하여 설명을 받지 못한 환자가, 선택기회 상실 내지 자기결정권 침해를 이유로 위자료만 청구하는 경우에는, 설명의무 위반으로 선택기회를 상실하였다는 점만 증명되면 충분하다고 한다. 그에 반해 설명을 받지 못함으로 인해 발생한 모든 손해(신체나 건강의 침해)의 배상을 청구하려면 설명의무위반과 결과 간의 인과관계가 증명되어야 한다고 한다. 즉 의사의 설명의무가 한편으로는 자기결정권을, 다른 한편으로는 신체나 건강에 관한 법익을 보호하는 것을 전제로 한다. 그리고 설명의무 위반 시 선택기회 상실로 인한 위자료와, 그 위반으로 발생한 결과로 인한 위자료는 별도의 손해항목으로 본다. 그렇지만 이러한 판례의 입장은 책임법상 근거가 분명하지 않으며, 설명의무 위반과 결과간의 인과관계라는 책임요건을 회피하여, 인격적 법익 침해를 내세워 위자료로 적당히 해결하려는 편의적인 발상에서 비롯된 것으로 판단된다. 설명의무 위반으로 인한 손해배상을 제자리로 돌려놓기 위해서는, 설명의무에 관한 전제들을 근본적으로 재검토하여야 한다. 먼저 설명의무를 위반하였다고 하여 승낙을 무효로 돌리고 의료침습 자체를 위법한 고의의 신체상해로 보는 것은 무리이다. 이는 설명을 위법성조각사유인 환자의 승낙의 유효요건으로 보는 데서 비롯

투고일 : 2015. 4. 28. / 심사의뢰일 : 2015. 5. 28. / 게재확정일 : 2015. 6. 11.

* 서울시립대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사

Professor, Dr. jur. at Law School of University of Seoul

된 것이며, 유독 의료사건에서만 등장한다. 필자는 설명의무는 진료상의 의무와 마찬가지로 환자가 신체나 건강상의 불이익을 입지 않도록 보호하기 위한 것이며, 설명을 듣고 선택에 관여할 수 있는 기회 그 자체를 보호하기 위한 것은 아니라고 본다. 오히려 설명의무 위반으로 인한 손해배상 책임은 진료상의 의무 위반의 경우와 똑같이 다루어야 한다. 즉 설명의무 위반과 결과 간의 인과관계가 존재하여야 하며, 책임요건(설명 의무위반, 손해의 발생, 인과관계 등)에 관하여는 환자측이 증명책임을 진다. 다만, 증명책임을 지지 않는 의사측에 민사소송법상 사실관계 해명에 협력할 의무가 있으며, 그 위반 시 법원이 환자측의 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있다. 그러한 요건이 증명 또는 인정이 되면, 의사측은 민법 제 393조의 범위에서 손해배상책임을 지게 될 것이다. 그러한 요건이 증명 또는 인정되지 않았음에도 불구하고, 위자료 배상책임을 지게 하는 것은 골치 아픈 의료과오소송을 적당히 위자료로 해결하려는 것으로서, 책임법상 허용되기 어렵다. 가령 금융업자가 고객에게 금융투자상품의 위험성에 관해 설명의무를 이행하지 않고 거래한 경우, 고객이 그 의무위반으로 인해 어느 정도 손해를 입었는지와 관계없이 설명의무 위반으로 선택기회를 상실하였다는 이유만으로 위자료 명목의 배상책임을 인정할 수는 없을 것이다.

[주제어] 설명의무, 환자의 승낙, 자기결정권, 위자료, 인과관계, 증명책임

I. 머리말

의사가 환자에 대해 지는 사법상의 의무는 크게 두 가지로 이루어져 있다.¹⁾ 하나는 의학상의 기준에 따라 진단과 치료를 행할 의무(‘진료상의 주의의무’)이고,²⁾ 다른 하나는 환자에게 충분한 설명을 함으로써 진단검사나 치료를 받을 것인지를 판단할 수 있게 하고, 진료과정에서 피할 수 있는 불이익을 당하지 않도록 배려할 의무(이른바 ‘설명 의무’ 내지 ‘정보제공의무’)이다.³⁾

양 의무는 의사가 환자에 대해 전문가로서의 지위를 가지는 데서 나오는 것이며,⁴⁾ 계약과 불법행위 중 어느 쪽을 책임의 근거로 삼든 차이가 없다. 의사는 전문가로서

1) 김상용, 채권각론, 화산미디어, 2014, 480쪽 이하에서는 의료계약상 의사의 의무로 ‘치료의무’, ‘설명 의무’ 외에 ‘진료기록 작성의무’, ‘비밀유지의무’를 들고, 776쪽 이하에서는 의료과오 불법행위의 두가지 구성요건으로 ‘치료상의 과오’와 ‘설명 의무 위반’을 들고 있다; S cker, Franz Jürgen/ Rixecker, Roland(Herausgeber): *M nchener Kommentar zum B rgerlichen Gesetzbuch* Band 5 Schuldrecht Besonderer Teil III, 5. Auflage, C. H. Beck, 2009, 2091쪽(Wagner 집필); Palandt, *B rgerliches Gesetzbuch*, 69. Auflage, C. H. Beck, 2010, 1317쪽 (Sprau 집필).

2) 대법원 2011. 11. 10. 선고, 2009다45146 판결; 송덕수, 채권법각론, 박영사, 2014, 557쪽 이하.

3) 대법원 2013. 6. 27. 선고, 2010다96010, 2010다96027 판결; 송덕수, 위의 책, 562쪽 이하.

4) 송덕수, 위의 책, 556쪽: ‘의료과오책임은 전문가책임의 대표적인 예이다.’

단순히 자신의 사적 경험에 입각하여 진료하여서는 안 되며, 의학적 기준(lege artis)에 따라야 한다.⁵⁾ 그리고, 의사는 진료를 함에 있어서 의학적 지식이 없는 환자로 하여금 자신의 상황과 진료방법에 관해 스스로 결정을 할 수 있도록 전문가로서 필요한 정보를 제공해 주어야 한다.⁶⁾

의사가 설명의무를 위반했다는 주장은 진료상의 과실(의무위반) 주장과 더불어 거의 모든 의사책임소송에서 등장하고 있다.⁷⁾ 의사의 설명의무에 관하여는 그동안 상당한 수의 대법원 판결이 나왔고, 많은 논문도 발표되었으나, 이를 둘러싼 문제는 - 필자의 판단으로는 - 만족할만하게 해결되지 않고 있다. 그러한 문제 중의 하나는 설명의무 위반으로 인한 손해배상의 범위와 관련된 것이다. 대법원은 1994년 이래⁸⁾ 지금까지 다음과 같은 취지의 판결을 해 오고 있으며, 학설은 보통 특별한 논평 없이 이를 소개하고 있다.⁹⁾ “의사가 설명의무를 위반한 채 수술 등을 하여 환자에게 중대한 결과가 발생한 경우에 환자측에서 선택의 기회를 잃고 자기결정권을 행사할 수 없게 된 데 대한 위자료만을 청구하는 경우에는 의사의 설명 결여 내지 부족으로 인하여 선택의 기회를 상실하였다는 점만 입증하면 족하고, 설명을 받았더라면 중대한 결과는 생기지 않았을 것이라는 관계까지 입증하여야 하는 것은 아니지만, 그 결과로 인한 모든 손해의 배상을 청구하는 경우에는 그 중대한 결과와 의사의 설명의무 위반 내지 승낙 취득 과정에서의 잘못과 사이에 상당인과관계가 존재하여야 하며, 그때의 의사의 설명의무 위반은 환자의 자기결정권 내지 치료행위에 대한 선택의 기회를 보호하기 위한 점에 비추어 환자의 생명, 신체에 대한 구체적 치료과정에서 요구되는 의사의 주의의무 위반과 동일시할 정도의 것이어야 한다.”¹⁰⁾

5) 대법원 2011. 11. 10. 선고, 2009다45146 판결.

6) 대법원 2013. 6. 27. 선고, 2010다96010, 2010다96027 판결. 그 밖의 전문가의 설명의무에 관하여는 ‘자본시장과 금융투자업에 관한 법률’ 제47조 (금융투자업자의 설명의무); 대법원 2002. 1. 11. 선고, 2001다27449 판결 (약사의 설명의무); 대법원 2002. 12. 10. 선고, 2001다56904 판결 (한약업자의 설명의무); 대법원 2012. 12. 27. 선고, 2010다57473 판결 (법무사의 설명의무); 대법원 2013. 6. 28. 선고, 2013다14903 판결 (부동산중개업자의 설명의무); 대법원 2013. 9. 26. 선고, 2012다1146, 2012다1153 전원합의체 판결 (금융기관의 설명의무) 등 참조. 이는 매매의 경우처럼 서로 대립하는 이익을 추구하는 당사자들간에는 특별한 사정이 없는 한 목적물의 시가 등에 관해 상대방에게 정직하게 고지할 의무를 인정하기 어려운 것과 대비된다. 대법원 2014. 4. 10. 선고, 2012다54997 판결 참조.

7) 예컨대 대법원 2013. 4. 26. 선고, 2011다29666 판결; 대법원 2013. 6. 13. 선고, 2012다94865 판결; 대법원 2013. 6. 27. 선고, 2010다96010, 96027 판결 등.

8) 대법원 1994. 4. 15. 선고, 93다60953 판결.

9) 예컨대, 송덕수, 앞의 책, 564쪽; 김준호, 채권법, 법문사, 2014, 902쪽 이하; 오시영, 채권각칙, 학현사, 2010, 892쪽 이하.

그런데 필자는 이에 대해 근본적인 의문을 가지고 있다.¹¹⁾ 즉 위와 같은 판례의 입장은 의료사고가 발생한 경우, 과실이나 인과관계의 증명의 어려움을 피하는 하나의 탈출구¹²⁾로 위자료라는 수단을 ‘무단 활용’하고 있는 것은 아닌지 의문이 든다.¹³⁾ 본고에서는 이러한 판례의 입장의 당부를 살펴보기 위해, 필요한 범위 내에서 의사의 설명의무의 근거와 의의, 목적 등을 밝힌 다음, 그것을 토대로 그 위반에 따르는 손해배상 책임의 요건과 효과에 관하여 살펴보고자 한다. 설명의무와 관련된 그밖의 중요한 문제들, 즉 설명의무의 범위와 시기, 설명의무의 의무자와 상대방, 설명의무의 예외 등은 본고의 고찰대상이 아니다.

II. 판례의 입장

지금까지 판례가 펼쳐 온 설명의무에 관한 입장을 간략하게 정리해 보면 다음과 같다.

1. 설명의무의 의의

설명의무의 근거 내지 의의에 관하여 대법원은 한 판결에서 다음과 같이 판시하고

-
- 10) 대법원 2013. 4. 26. 선고, 2011다29666 판결; 대법원 1995. 2. 10. 선고, 93다52402 판결; 대법원 2002. 1. 11. 선고, 2001다27449 판결; 대법원 2007. 5. 31. 선고, 2005다5867 판결 등도 같은 취지. 정기웅, “의사의 설명의무와 환자의 승낙”, 민사법학 제39권 제1호, 한국민사법학회, 2007, 463쪽 이하 참조.
- 11) 긍정적으로 평가한 견해로는 권용우/김영규, 의료과오의 민사책임, 신양사, 2005, 170쪽; 채순, “의사의 치료 전 설명의무와 환자의 동의권(자기결정권)”, 비교사법 제14권 제4호, 한국비교사법학회, 2007, 515쪽 이하, 강봉석, “의사의 설명의무”, 법학논집 제7권 제1호, 이화여자대학교 법학연구소, 2002, 67쪽에서는 “독특한 이론”이라고 한다. 박종렬/김운신, “의사의 설명의무와 손해배상 범위에 관한 연구”, 법학연구 제27권, 한국법학회, 2007, 96쪽: “위자료 배상과 진손해배상에 대하여 이중적인 기준을 적용하는 판례의 태도는 명확하지가 않다.” 함상인, “설명의무론과 자기결정권의 법적 성질”, 비교사법 제2권 제1호, 한국비교사법학회, 1995, 264쪽에는 같은 취지의 일본 판례가 인용되어 있다.
- 12) 그밖에 ‘일련의 의료행위 과정에서 저질러진 일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실 있는 행위’와 ‘그 결과와 사이에 일련의 의료행위 외의 다른 원인이 게재될 수 없다.’는 것을 증명하기만 하면 ‘의료상 과실과 결과 사이의 인과관계를 추정’하는 판례 (대법원 1995. 2. 10. 선고, 93다52402 판결; 대법원 2012. 1. 27. 선고, 2009다82275, 2009다82282 판결) 참조.
- 13) 남동현, “설명의무에 터잡은 전단적 의료행위의 법률적 효과”, 비교사법 제14권 제3호(상), 한국비교사법학회, 2007, 542쪽: “실제로 어떠한 근거에 기초하여 양자의 입증책임이 질적으로 달라야 하는지에 대한 구체적인 근거가 없다.”

있다. “일반적으로 의사는 환자에게 수술 등 침습을 가하는 과정 및 그 후에 나쁜 결과 발생의 개연성이 있는 의료행위를 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.”¹⁴⁾

이처럼 판례는 의사가 환자에 대해 설명의무를 지는 이유를 “환자가 ... 그 의료행위를 받을 것인가 여부를 선택할 수 있도록” 하기 위한 것으로 본다. 그리고 설명의무의 법적 성질을 “진료계약상의 의무” 내지 “침습에 대한 승낙을 얻기 위한 전제”라고 본다.¹⁵⁾ 전자는 계약상의 설명의무에 관한 것이고, 후자는 불법행위법상의 설명의무에 관한 것으로 보인다.

한편 1993년에 대법원은 경유병원의 진단소견이 자궁근종 또는 자궁체부암인 환자에 대해 수술 전 검사를 하지 않고 시진과 촉진만으로 자궁근종으로 진단하여 자궁적출술을 시행하면서 수술단계에서도 냉동절편에 의한 조직검사를 하지 않았는데, 후에 반드시 자궁적출을 해야 하는 것은 아닌 자궁외 임신으로 판명되어, 의사가 업무상과실치상 혐의로 기소된 사건을 다루었다.¹⁶⁾ 의사는 환자로부터 수술승낙을 받았으므로 위법성이 조각된다고 주장하였으나, 대법원은 “산부인과 전문의 수련과정 2년차인 의사가 자신의 시진, 촉진결과 등을 과신한 나머지 초음파검사 등 피해자의 병증이 자궁외 임신인지, 자궁근종인지를 판별하기 위한 정밀한 진단방법을 실시하지 아니한 채 피해자의 병명을 자궁근종으로 오진하고 이에 근거하여 의학에 대한 전문지식이 없는 피해자에게 자궁적

14) 대법원 1994. 4. 15. 선고, 93다60953 판결. 한편 대법원 2010. 10. 14. 선고, 2007다3162 판결에서는 “의료행위에 앞서 환자나 그 법정대리인에게 질병의 증상, 치료방법의 내용 및 필요성, 발생이 예상되는 위험 등 당시의 의료 수준에 비추어 상당하다고 인정되는 사항을 설명하여 환자가 그 필요성이나 위험성을 충분히 비교해 보고 그 의료행위를 받을 것인지 여부를 선택할 수 있도록 할 의무”라고 표현한다.

15) 그밖에 대법원 1995. 2. 10. 선고, 93다52402 판결; 대법원 1999. 9. 3. 선고, 99다10479 판결; 대법원 2002. 1. 11. 선고, 2001다27449 판결; 대법원 2006. 11. 23. 선고, 2005다11688 판결; 대법원 2007. 9. 7. 선고, 2005다69540 판결; 대법원 2010. 6. 24. 선고, 2007다62505 판결; 대법원 2011. 3. 10. 선고, 2010다72410 판결; 대법원 2013. 6. 27. 선고, 2010다96010, 2010다96027 판결 등.

16) 대법원 1993. 7. 27. 선고, 92도2345 판결. 같은 사건에서 제기된 민사판결은 대법원 1992. 4. 14. 선고, 91다36710 판결인데, 이 판결에 인용된 항소심 판결도 충분한 설명이 없었음을 이유로 “수술의 위법성을 조각할 유효한 승낙이라고 보기 어렵다”고 보았다.

출술의 불가피성만을 강조하였을 뿐 위와 같은 진단상의 과오가 없었으면 당연히 설명 받았을 자궁외 임신에 관한 내용을 설명 받지 못한 피해자로부터 수술승낙을 받았다면 위 승낙은 부정확 또는 불충분한 설명을 근거로 이루어진 것으로서 수술의 위법성을 조각할 유효한 승낙이라고 볼 수 없다.”고 판시하였다.¹⁷⁾ 즉 수술에 대한 승낙으로 수술의 위법성이 조각되며, 그 승낙이 유효하기 위해서는 충분한 설명이 필요하다고 본 것이다.

2. 설명의무의 종류

판례에 나타난 설명의무는 크게 두 가지로 갈라 볼 수 있다. 먼저, 환자가 진료(투약, 검사 등 포함)를 받을 것인가 여부를 결정함에 있어서 필요한 환자의 질병상황이나 고려 되는 진료 및 그 위험성 등에 관하여 해야 하는 설명이 있다.¹⁸⁾ 이것은 편의상 독일의 용어¹⁹⁾를 따르면 ‘자기결정 설명(Selbstbestimmungsaufklärung)’ 내지 ‘위험 설명(Risikoaufklärung)’이라고 부를 수 있다.

그밖에 판례는 “진료목적의 달성을 위하여 ... 요양의 방법 기타 건강관리에 필요한 사항을 상세히 설명하여 후유증에 대비하도록” 하기 위한 설명의무도 인정하고 있다.²⁰⁾ 독일의 용어²¹⁾를 따른다면 이러한 설명의무를 “진료목적 설명(therapeutische Aufklärung)” 내지 “안전 설명(Sicherungsaufklärung)”이라고 부를 수 있다.

가령 1997년의 한 대법원 판결²²⁾에서는 우측 눈에 백내장 수술을 받은 환자가 수술

17) 엄밀하게 말하면 이 사건에서 의사에게는 필요한 진단검사를 하지 아니한 진료상의 과실이 있는 것이지, 그러한 검사를 하지 않아서 스스로도 ‘자궁외 임신’임을 몰랐는데, 그에 관한 설명을 하지 않은 것을 과실이라고 말할 수는 없을 것이다.

18) 예컨대 대법원 1987. 4. 28. 선고, 86다카1136 판결: (피부이식수술시) “환자에게 수술 중 피부이식에 필요하거나 필요하게 될 피부의 부위 및 정도와 그 후유증에 대하여 구체적인 설명을 하여준 연후에 그의 사전 동의를 받아 수술에 임하였어야 할 업무상 주의의무”; 대법원 1994. 4. 15. 선고, 92다25885 판결: “의사가 그 의약품의 용법과 용량에 따른 투약을 할 경우에도 그 부작용의 가능성을 미리 설명하여 환자의 승낙을 받아야 할 것”.

19) MünchKomm/Wagner, 앞의 책, 2097쪽; Laufs/Katzenmeier/Lipp, *Arztrecht*, C. H. Beck, 2009, 14쪽 등.

20) 대법원 1997. 7. 22. 선고, 95다49608 판결; 대법원 2006. 11. 23. 선고, 2005다11688 판결; 대법원 2010. 7. 22. 선고, 2007다70445 등. 설명의무와 지도의무로 구별하여 설명한 것으로 안법영/백경희, “설명의무와 지도의무”, 안암법학 제40권, 안암법학회, 2013, 125쪽 이하.

21) MünchKomm/Wagner, 앞의 책, 2096쪽; Laufs/Katzenmeier/Lipp, 앞의 책, 16쪽 등. 가령 피해야할 음식이나, 건강에 도우며 되는 음식, 피해야 할 신체활동이나 도움이 되는 활동, 처방한 약품이 다른 약품과 조화되지 않는다는 사실 등에 관한 설명이 그 예로 들어지고 있다.

도중 수정체 후낭 파열로 전부초자체 절제술을 받았는데, 그 후 망막박리 증세가 나타나 교정수술을 받았으나 망막박리가 유지되고 수차의 수술로 각막혼탁이 발생하여 현재 우측 눈에 대한 각막이식 및 망막박리 교정술이 필요한 상태로 향후 치료 후에도 상당한 시력장애가 남을 것이 예상되는 사건이 다루어졌다. 대법원은 진료상의 과실을 부인하였으나, 설명의무 위반을 인정하여 병원과 진료의사로 하여금 환자와 가족들에게 위자료를 배상하도록 하였다. 이때 진료의사가 “이 사건 수술 전(밑줄은 필자)에 ... 이 사건 백내장 수술치료와 그 치료에 따른 후유증 및 수술치료를 받지 아니할 경우 초래될 결과를 설명하지 아니하였고, 또 위 수술 전후(밑줄은 필자)에 백내장 수술도 망막박리를 일으킬 수 있다는 점과 특히 이 사건에서는 수술 도중에 수정체 후낭이 파열되어 그 가능성이 더욱 커졌을 뿐만 아니라 위 원고(=환자, 필자)와 같은 중증도 이상의 근시인 사람이 사회적으로 심한 활동을 할 경우에도 망막박리가 초래될 가능성이 있다는 점 등을 설명하여야 하는데도 이러한 설명을 하지 아니한 사실”을 인정하였다. 수술 전의 설명의무가 이른바 ‘자기결정 설명’에 해당한다면, 수술 후의 설명의무는 ‘진료목적 설명’에 해당할 것이다.

한편 판례는 상술한 바와 같이 설명의무 위반으로 인한 전 손해의 배상을 청구하기 위하여는 그 설명의무 위반이 ‘구체적 치료과정에서 요구되는 의사의 주의의무 위반과 동일시할 정도의 것’이라야 한다고 한다.²³⁾ 즉 판례에 의하면 설명의무에는 진료상의 의무와 동시할 만한 것과 거기에는 미치지 못하는 것이 있고,²⁴⁾ 각 위반에 따라 서로 다른 법률효과가 생기게 된다.²⁵⁾

3. 설명의무의 보호법익

의사에게 설명의무를 지우는 것은 환자의 어떤 법익을 보호하기 위한 것인지는 그 위반의 효과와 관련하여 중요한 문제이다. 판례는 설명의무를 위반한 경우 환자의 ‘승낙

22) 대법원 1997. 7. 22. 선고, 95다49608 판결.

23) 그리고 그 설명의무 위반행위와 결과 사이에 인과관계가 존재함이 증명되어야 한다고 한다. 대법원 2002. 1. 11. 선고, 2001다27449 판결 등 참조.

24) 이처럼 양자를 등가적으로 비교교량 하는 것에 대한 비판으로 김충원, “의사 설명의무 위반 정도와 손해배상의 범위”, 판례연구 제21집 (2), 서울지방변호사회, 152쪽 참조.

25) 참고로 독일에서는 “진료목적 설명의무” 내지 “안전 설명의무”는 “진료상의 의무”로 분류하여, “자기결정 설명의무”와는 달리 다룬다. 우리 판례의 위와 같은 구분은 독일의 이러한 분류와는 다른 것으로 보인다.

권'이 침해된 것으로 보거나,²⁶⁾ 환자의 '자기결정권'이라는 인격권이 침해된 것으로 본다.²⁷⁾ 일부 판결에서는 의사가 설명의무를 이행하지 않은 경우 환자가 '선택의 기회를 잃고 자기결정권을 행사할 수 없게 된' 데 대한 책임을 져야한다고 판시하고 있다.²⁸⁾

대법원은 1998년에 에이즈 바이러스에 감염된 혈액을 수혈 받아 에이즈에 감염된 환자가 혈액공급자와 병원을 상대로 손해배상을 청구한 사건에 관하여 판결을 하였다.²⁹⁾ 이 판결에서 대법원은 “에이즈 바이러스에 감염된 혈액을 환자가 수혈 받음으로써 에이즈에 감염될 위험을 배제할 의무 및 그와 같은 결과를 회피할 의무를 다하지 아니하여 감염된 혈액을 수혈 받은 환자로 하여금 에이즈 바이러스 감염이라는 치명적인 건강 침해를 입게 한 대한OOO사의 과실 및 위법행위는 신체상해 자체에 대한 것(밀줄은 필자)인 데 비하여, 수혈로 인한 에이즈 바이러스 감염 위험 등의 설명의무를 다하지 아니한 의사들의 과실 및 위법행위는 신체상해의 결과 발생 여부를 묻지 아니하는 수혈 여부와 수혈 혈액에 대한 환자의 자기결정권이라는 인격권의 침해에 대한 것(밀줄은 필자)”이라고 판시하였다. 이로써 대법원은 설명의무의 보호법익을 진료 상 의무의 보호법익과 명백히 구별하고 있다.

4. 설명의무의 이행에 관한 증명책임

설명 의무 위반이 문제되는 경우, 환자와 의사 중 누가 증명책임을 지는가가 문제될 수 있다. 2007년의 한 대법원 판결³⁰⁾은 다음과 같이 판시함으로써 의사측에게 설명의무를 이행하였다는 증명책임을 지우고 있다: “설명 의무는 침습적인 의료행위로 나아가는 과정에서 의사에게 필수적으로 요구되는 절차상의 조치로서, 그 의무의 중대성에 비추

26) 대법원 1979. 8. 14. 선고, 78다488 판결; 대법원 1992. 4. 14. 선고, 91다36710 판결; 대법원 1997. 7. 22. 선고, 96다37862 판결; 대법원 1998. 2. 13. 선고, 96다7854 판결; 대법원 2002. 1. 11. 선고, 2001다27449 판결 등.

27) 대법원 1998. 2. 13. 선고, 96다7854 판결; 대법원 2013. 4. 26 선고, 2011다29666 판결: “원심이 인정한 피고의 설명의무 위반으로 인한 손해배상의 범위를 전손해가 아니라 자기결정권 침해(밀줄은 필자) 위자료로 한정한 원심의 판단은 정당하 ... 다.”

28) 대법원 1995. 2. 10. 선고, 93다52402 판결. 그밖에 대법원 1995. 1. 20. 선고, 94다3421 판결: “의사의 설명의무위반은 환자의 자기결정권 내지 치료행위에 대한 선택의 기회를 보호하기 위한 점”; 대법원 2011. 3. 10. 선고, 2010다72410 판결: “의사가 이러한 설명을 하지 아니하여 환자가 의료행위를 받을 것인지 여부를 선택할 기회를 상실한 경우에는 그에 따른 위자료 등의 손해배상책임을 부담”.

29) 대법원 1998. 2. 13. 선고, 96다7854 판결.

30) 대법원 2007. 5. 31. 선고, 2005다5867 판결; 대법원 2010. 8. 19. 선고, 2007다41904 판결도 같은 취지.

어 의사로서는 적어도 환자에게 설명한 내용을 문서화하여 이를 보존할 직무수행상의 필요가 있다고 보일 뿐 아니라, 응급의료에 관한 법률 제9조, 같은 법 시행규칙 제3조 및 [서식] 1에 의하면, 통상적인 의료행위에 비해 오히려 긴급을 요하는 응급의료의 경우에도 의료행위의 필요성, 의료행위의 내용, 의료행위의 위험성 등을 설명하고 이를 문서화한 서면에 동의를 받을 법적 의무가 의료종사자에게 부과되어 있는 점, 의사가 그러한 문서에 의해 설명의무의 이행을 입증하기는 매우 용이한 반면 환자측에서 설명의무가 이행되지 않았음을 입증하기는 성질상 극히 어려운 점 등에 비추어, 특별한 사정이 없는 한 의사측에 설명의무를 이행한 데 대한 증명책임이 있다고 해석하는 것이 손해의 공평·타당한 부담을 그 지도원리로 하는 손해배상제도의 이상 및 법체계의 통일적 해석의 요구에 부합한다.”

5. 가정적 승낙의 항변

의사가 설명의무를 위반한 것으로 인정된 경우, 의사가 요구되는 설명을 했더라도 환자가 문제된 진료침습(Heileingriff)에 승낙하였을 것이라고 인정되면, 설명의무 위반에 따른 의사측의 책임을 부인할 것인가가 문제된다. 대법원은 1994년에 “환자가 의사로부터 올바른 설명을 들었더라도 위 투약에 동의하였을 것이라는 이른바 가정적 승낙에 의한 의사의 면책은 의사측의 항변사향으로서 환자의 승낙이 명백히 예상되는 경우에만 허용된다.”³¹⁾라고 판시한 이래, 이러한 ‘가정적 승낙’이 인정될 경우 의사측의 책임을 부인할 수 있다고 한다.³²⁾ 이 때 판례는 ‘가정적 승낙’을 의사측의 항변사유로 보고, 의사측에서 그에 관한 증명책임을 지도록 하면서, 그 증명의 정도를 높게 요구하고 있다.

6. 설명의무 위반의 효과

의사가 설명의무를 위반한 경우에 그로 인하여 환자측에 대하여 어떤 내용의 손해배상책임을 질 것인가가 문제된다. 우선 대법원은 설명의무 위반의 경우 위자료 뿐만 아니라 의료행위로 인한 모든 재산상의 손해의 배상을 청구할 수 있음을 전제로 하고 있다.

그런데 설명의무 위반을 이유로 위자료의 배상을 청구하는 경우, 설명의무 위반과

31) 대법원 1994. 4. 15. 선고, 92다25885 판결.

32) 대법원 1995. 1. 20. 선고, 94다3421 판결; 대법원 2002. 1. 11. 선고, 2001다27449 판결.

손해 간의 인과관계가 요구되는지에 관하여 판례는 일관된 입장을 보이지 않고 있다. 종래 일부 판결은 그러한 인과관계가 필요함을 전제로 판결하였다. 가령 1979년의 한 대법원 판결³³⁾에서는 후두중앙 수술시 의사들이 회귀후두신경을 절단하여 발성장애가 발생한 사건을 다루어졌다. 대법원은 설명의무 위반을 인정하고, 환자의 “승낙권을 박탈한 채 수술을 한 결과 동원고 (= 환자 - 필자)에게 예기치 못한 후유증으로 정신적 고통(밀줄은 필자)을 입게 하였다는 점에서 그의 위자료 청구권을 인용”한 항소심 판결을 지지하였다. 즉 설명의무 위반 자체로 인한 위자료 배상책임을 인정한 것이 아니라, 설명의무를 위반한 진료의 결과 발생한 발성장애의 후유증으로 인한 정신적 고통 대해 위자료의 배상책임을 인정한 것이다.³⁴⁾

한편 1997년의 한 대법원 판결³⁵⁾은 “환자가 의사의 설명의무 위반으로 인하여 위자료를 청구하는 경우에도 환자에게 발생한 중대한 결과가 의사의 의료행위로 인한 것이어야 한다.”고 하면서, 백내장 수술에 따라 망막박리가 초래될 가능성에 관한 설명의무 위반을 인정하고, “그로 인하여 망막박리라는 예기치 못한 결과를 당하여 정신적 고통을 입게 하였 ... 으므로 ... 위자료를 배상할 책임이 있다”고 판시하였다.³⁶⁾ 그리고 2002년의 한 대법원 판결³⁷⁾은 환자가 월슨씨 병으로 치료받고 다-페니실라민을 처방받아 복용한 후에 신경증상이 악화된 사안을 다루었다. 대법원은 환자의 증세가 악화된 것은 다-페니실라민의 부작용 때문이 아니고, 환자가 의사의 처방을 무시하고 약을 복용하지 아니하고 지정된 날짜에 진료를 받지 아니하였기 때문으로 보고, “(의사측 - 필자)에게 월슨씨 병의 치료과정과 다-페니실라민의 투약에 관하여 상세한 설명을 하지 아니한 것을 잘못이라고 볼 수 없다”고 판시하였다.³⁸⁾

33) 대법원 1979. 8. 14. 선고, 78다488 판결.

34) 또한 1994년의 한 판결에서도 대법원은 투약에 관한 설명의무 위반을 인정하면서 “설명 의무 위반으로 투약 여부에 대한 승낙권을 침해당하였다면 그 위법행위 때문에 예기치 못한 의약품의 부작용으로 인한 정신적 고통(밀줄은 필자)을 입었다 할 것이고 가족인 나머지 원고들도 위 고통을 함께 입었다 할 것이므로 ... 신체장애 등에 의한 재산적 손해를 배상할 책임은 없다 하더라도 ... 위 정신적 고통에 대한 위자료는 지급할 책임이 있다”고 판시하였다.

35) 대법원 1997. 7. 22. 선고, 95다49608 판결.

36) 대법원 1994. 4. 15. 선고, 92다25585 판결도 같은 취지.

37) 대법원 2002. 5. 28. 선고, 2000다46511 판결.

38) 대법원은 설명의무 위반이 아니라고 판시한 듯하나, 설명의무 위반이 인정되지만, 설명의무 위반과 손해(증세 악화)간에 인과관계가 없으므로 배상의무가 없다고 하는 것이 정확할 것으로 보인다. 즉 투약에 따른 위험성 등을 설명했다면, 환자가 투약에 동의하지 않았을 것이어서, 약 복용으로 인한 손해가 발생하지 않았을 경우라면 인과관계가 인정될 것이다. 그런데 이 사안에서 환자는 약 복용을 하지 않음으로 인해 증세가 악화되었으므로, 설명의무 위반과 결과간의 인과관계가 인정되지 않을 것이다.

그에 반해 최근의 많은 판결들³⁹⁾에서는 “설명 의무를 위반한 채 수술 등을 하여 환자에 게 사망 등의 중대한 결과가 발생한 경우에 있어서 환자측에서 선택의 기회를 잃고 자기결정권을 행사할 수 없게 된 데 대한 위자료만을 청구하는 경우에는 의사의 설명결 여 내지 부족으로 선택의 기회를 상실하였다는 사실만을 입증함으로써 족하고, 설명을 받았더라면 사망 등의 결과는 생기지 않았을 것이라는 관계까지 입증할 필요는 없”다고 하고 있다.

다른 한편으로 같은 판결들은 설명의무 위반을 이유로 “그 결과로 인한 모든 손해를 청구하는 경우에는 그 중대한 결과와 의사의 설명의무 위반 내지 승낙취득과정에서의 잘못과의 사이에 상당인과관계가 존재하여야 하며, 그 경우 의사의 설명의무 위반은 환자의 자기결정권 내지 치료행위에 대한 선택의 기회를 보호하기 위한 점에 비추어 환자의 생명 신체에 대한 의료적 침습과정에서 요구되는 의사의 주의의무 위반과 동일시 할 정도의 것이어야 한다.”고 한다.⁴⁰⁾ 즉 설명의무 위반으로 재산상의 손해까지 배상받 으려면, 두 가지 요건이 더 필요하다는 것이다. 먼저, 설명의무 위반이 진료상 의무 위반 과 동등한 정도라야 하며, 나아가 설명의무 위반이 없었더라면 손해가 발생하지 않았으 리라는 사정이 존재함이 환자측에 의해 증명되어야 한다는 것이다.

위와 같은 판례의 입장을 1994년의 한 대법원 판결⁴¹⁾에서 다루어진 사건을 통해서 살펴본다. 이 사건에서 환자는 관상동맥 우회술을 시술받은 후 회복과정에서 심장마비 증세가 발생하여 흉부수술을 받았으나, 저산소성 뇌기능 장애로 의식을 회복하지 못하고 중환자실에서 치료를 받다가 심부전증 등 합병증이 겹쳐 사망하였다. 항소심은 진료상의 과실은 인정하지 않고, 시술 전에 심장마비 등 부작용이 따를 수도 있다는 점에 대하여 설명하지 아니한 잘못을 인정하여 위자료뿐만 아니라 소극적 손해 및 적극적 손해까지 배상하도록 판시하였다. 대법원도 항소심과 같이 진료상 과실은 인정하지 않고, 설명의무 위반만을 인정하였다. 그러나 대법원은 “설명 의무를 다하였다 하더라도 ... (환자·필자)로 서는 심근경색 등으로 인한 불안정성 협심증을 앓으면서 언제 닥칠지 모르는 죽음을 기다리는 외에는 관상동맥 우회술을 선택할 수밖에 없었던 점에 비추어 ... 설명의무 위반과 그 수술 후에 일어난 심장마비 및 그로 인한 뇌저산소증에 의한 뇌손상과의 사이

39) 대법원 1994. 4. 15. 선고, 93다60953 판결; 대법원 1995. 2. 10. 선고, 93다52402 판결; 대법원 2002. 1. 11. 선고, 2001다27449 판결; 대법원 2002. 10. 25. 선고, 2002다48443 판결; 대법원 2013. 4. 26. 선고, 2011다29666 판결 등.

40) 대법원 1996. 4. 12. 선고, 95다56095 판결도 같은 취지.

41) 대법원 1994. 4. 15. 선고, 93다60953 판결.

에는 상당인과관계가 없다고 봄이 상당하다”고 판시한 다음, 따라서 “위자료 외에 ... 소극적 손해 및 적극적 손해까지 배상을 명한 ... 조치에는 의사의 설명의무와 상당인과관계에 관한 법리를 오해한 위법이 있다”고 하여 그 부분 항소심 판결을 파기 환송하였다.

그에 반하여 1996년의 한 대법원 판결⁴²⁾에서는 환자가 미골절제술을 위한 할로테인 마취 후 전격성 간염 등으로 사망한 사건이 다루어졌다. 대법원은 의사들이 환자나 부모에게 “미골절제술이 불가피한 수술이었는지 여부를 설명하여 주지 아니하였을 뿐만 아니라 ... 할로테인의 부작용에 대한 설명도 하여 주지 아니하였다.”고 인정하였다. 그리고 환자측이 의사들로부터 “위와 같은 설명을 들었더라면 위 수술을 받지 않았거나 위 마취방법에 동의하지 않았을 수도 있었을 것이므로(밑줄은 필자), ... 위와 같이 설명을 다하지 아니한 과실과 ... (환자 - 필자)의 사망과의 사이에는 상당인과관계가 있다”고 보았다. 그 결과 위자료 외에 전손해에 관한 배상책임이 인정되었다.

덧붙여, 판례는 설명의무 위반으로 인한 위자료와 진료상의 과오로 인한 위자료를 별개로 보고 있다. 따라서 설명의무 위반과 진료상 과오가 인정되는 경우, 양자로부터 발생하는 위자료는 따로따로 산정하여야 한다고 한다. 예컨대, 2013년의 한 대법원 판결⁴³⁾에서는 안내렌즈 삽입수술을 받은 환자가 황반원공이 발생한 사건이 다루어졌다. 항소심에서는 진료상의 과실과 설명의무 위반을 인정하고, 위자료 및 재산상의 손해배상 책임을 인정하였다. 의사측의 상고를 받은 대법원은 항소심이 들고 있는 간접사실들은 “(환자 - 필자)의 황반원공이 (의사 - 필자)의 과실에 기한 것이라고 추정할 수 있는 정도의 개연성을 갖춘 사정들이라고 보기 어렵다”고 보아, 진료상의 과실을 인정하지 않는 한편, 설명의무 위반은 인정하였다. 항소심은 “수술상 과실과 설명의무 위반의 점을 모두 포괄하여 단일한 위자료를 산정”하였는데, 대법원이 “수술상 과실에 관한 원심 판단에 잘못이 있어 그로 인한 재산적 손해 및 위자료 부분을 파기하는 이상, (의사 - 필자)의 설명의무 위반으로 인한 위자료 부분도 그대로 유지될 수 없”다고 판시하였다. 즉 항소심이 인정한 위자료 액에는 진료상 과실로 인한 부분과 설명의무 위반으로 인한 부분이 더해진 것으로 보고, 전자가 인정되지 않을 경우 그 부분을 빼야한다고 본 것이다.

42) 대법원 1996. 4. 12. 선고, 95다56095 판결.

43) 대법원 2013. 6. 27. 선고, 2010다96010, 2010다96027 판결; 대법원 2010. 8. 19. 선고, 2007다41904 판결; 대법원 2013. 4. 26. 선고, 2011다29666 판결도 같은 취지.

Ⅲ. 판례의 문제점 및 대안

이제 위에서 정리해 본 판례의 입장의 문제점을 살펴보고, 그에 대해 필자의 대안을 제시해보고자 한다.

1. 설명의무의 의의

설명 의무의 범위나, 그 위반에 따르는 법률효과 등을 논하는 것은 설명 의무의 본질 내지 의의를 규명하는 데서 출발해야 한다. 이 점을 둘러싸고는 크게 두 가지 입장이 대립하고 있다.

종래 의사가 환자에게 진단, 투약, 수술 등 의료행위는 기본적으로 ‘신체상해(Körperverletzung)’로 파악하고, 그 행위의 위법성은 피해자인 환자의 승낙(형법 제24조 참조)에 의해 조각된다고 보았다.⁴⁴⁾ 그리고 이 피해자의 승낙이 유효하기 위해서는 의사가 환자에게 승낙을 함에 필요한 설명을 해야 한다고 보았다.⁴⁵⁾ 그리하여 의사가 설명 의무를 위반하면 환자의 승낙은 무효이고, 의료침습은 신체상해로 평가되어,⁴⁶⁾ 진료상의 과오 없이 발생한 진료행위의 불가피한 결과에 대해서까지 의사측이 책임을 져야한다. 그리고 위법성 조각사유인 환자의 승낙에 관하여는 그것을 주장하는 의사측이 증명 책임을 지며, 따라서 그 승낙의 유효요건인 충분한 설명을 하였다는 점에 관하여도 마찬가지로 된다.

이에 대하여는 다음과 같은 반론이 제기되고 있다.⁴⁷⁾ 즉 의학적 기준(lege artis)에 따라 행해진 치료행위는 의사의 의도 및 “객관적인 행위의미(objektiver Aktsinn)”에 비추어 치료(Heiling)에 이바지하고자 하는 것이지 상해를 위한 것은 아니라는 것이다. 오히

44) 대법원 1993. 7. 27. 선고, 92도2345 판결 참조. 정기웅, 앞의 논문, 443쪽 이하 참조. 독일에서는 일찍이 1894년에 독일 RG가 “의사가 적법하게 처벌을 받지 않고 신체상해를 할 수 있도록 하는 것은 의사의 직업권(Berufsrecht des Arztes)이 아니라, 1차적으로 환자의 의사(Wille des Kranken)이다.”라고 판시한 이래, (RGSt 25, 375(380)), 독일의 확고한 판례의 입장이다. Palandt/Sprau, 앞의 책, 1321쪽 이하 참조.

45) 최민수, “의료행위에 있어 환자의 진료거부와 의사의 설명의무”, 한국의료법학회지 제21권 제1호, 한국의료법학회, 2013, 132쪽. 미국에서도 기본적으로 같다. Boumil/Hattis, *Medical Liability*, West, 2011, 123쪽 이하.

46) 예컨대, 김상용, 앞의 책, 776쪽: “그리하여 의사가 이러한 설명 의무를 위반하여 환자의 신체를 침습하면, 그것은 바로 의사의 신체침해의 불법행위가 성립한다는 법리가 확립되게 되었다.”

47) 비판적 견해에 관하여는 Laufs/Katzenmeier/Lipp, 앞의 책, 105쪽; MünchKomm/Wagner, 앞의 책, 2076쪽 참조.

려, 설명의무는 신체의 불가침성(körperliche Unversehrtheit)이 아니라 자기결정권(Selbstbestimmungsrecht)을 보호하기 위한 것이라고 한다.⁴⁸⁾ 따라서 설명의무를 위반한 경우에는 자기결정권 침해로 인한 위자료의 배상책임만이 문제되고, 설명의무 위반에 관하여는 환자측이 증명책임을 진다고 한다.

필자의 판단으로는 의사가 치료목적을 가지고 의술원칙에 따라 의료침습을 하였다고 하여, 환자의 승낙 없이 행하였더라도 신체상해가 아니라 단지 자기결정권 침해라는 반론⁴⁹⁾에 찬성하기 어렵다.⁵⁰⁾ 가령 Wagner가 든 예⁵¹⁾를 가지고 말하자면, 의사가 여자환자에게 수술 전에 가슴 중 딱딱한 곳만 절제하겠다고 말하고는 가슴 전체를 절제한 경우 - 비록 그것이 의학적으로 요청되었다 하더라도 - 단지 환자의 자기결정권만 침해한 것이라고 말할 수는 없을 것이다.⁵²⁾ 가령 담장수리를 의뢰하였는데, 수급인이 도급인의 동의 없이 - 전문가의 입장에서 수리가 필요하다고 판단하여 수리할 목적으로 - 지붕까지 뜯어 낸 경우에, 도급인의 소유권을 침해한 것이 아니라, 단지 자기결정권을 침해했다고 말할 수는 없는 것과 마찬가지다.⁵³⁾

그런데 통설이 충분한 설명을 위법성 조각사유인 승낙의 유효요건으로 파악하는 것⁵⁴⁾은 문제이다. 이는 이론적으로만 문제가 되는 것이 아니라, 실제상으로도 심각한 문제를

48) 김천수, “의사의 설명의무 - 서독의 학설 및 판례를 중심으로”, 민사법학 제7권, 한국민사법학회, 1988, 278쪽; 김재국, “채혈 및 수혈시 주의의무와 설명의무”, 비교사법 제13권 제4호, 한국비교사법학회, 2006, 393쪽 이하. 형사법상의 논의로는 김성돈, “의사의 설명의무 위반의 효과와 가정적 승낙의 법리”, 형사판례연구 21, 한국형사판례연구회, 2013, 61쪽: “신체의 완전성이라는 보호법익과 분리독립된 자기결정권이라는 보호법익을 보호하기 위한 독립된 구성요건을 만드는 방안이 가장 합리적인 방안으로 보인다.”

49) 창신연, “의사의 설명의무에 관한 연구”, 의생명과학과 법 제5권, 원광대학교 법학연구소, 2011, 149쪽에서는 “신체침습이 의료기술적 정당성과 의학적 적응성만 갖추고 있다면 그 자체로 적법하여, 환자의 승낙이 별도로 요구되지 않는 것이다.” 라고 하는데, 이는 도저히 받아들일 수 없는 견해이다.

50) Park, *Das System des Arzthaftungsrechts*, P. Lang, 1992, 37쪽 이하.

51) MünchKomm/Wagner, 앞의 책, 2077쪽.

52) 김상용, 앞의 책, 782쪽: “의사가 환자의 동의 없이 진단적으로 치료한 경우에는 신체의 침해가 된다.” 범경철, “의사의 설명의무와 환자의 자기결정권”, 의료법학 제4권 제2호, 대한의료법학회, 2003, 374쪽: “환자의 동의가 없으면 의사의 치료가 비록 환자에게 아무 해를 입히지 않았더라도 위법한 신체침해행위가 된다.”

53) MünchKomm/Wagner, 앞의 책, 2077쪽: “타인의 권리영역을 침해한 자가 단지 좋은 의도를 갖고 있었다고 하여 결코 법익침해를 부인할 수는 없으며, 의사법에서도 그래서는 안 된다.”

54) 가령, 상술한 대법원 1993. 7. 27. 선고, 92도2345 판결은 불충분 또는 부정확한 설명을 하고 받은 승낙은 “수술의 위법성을 조각할 유효한 승낙이라고 볼 수 없다”고 판시하였다. 또한 배중대, 형법총론, 홍문사, 2013, 411쪽: “의사가 불충분한 설명을 근거로 환자가 동의하더라도 피해자 승낙으로 위법성이 조각되지 않는다.”, 오영근, 형법총론, 박영사, 2014, 270쪽.

날을 수 있다.⁵⁵⁾

먼저, 위법성 조각사유로서의 승낙의 요건으로는 일반적으로 피해자의 승낙능력, 처분권한, 자유로운 의사, 사회질서에 반하지 않을 것, 가해행위 전에 행해질 것 등이 필요하다고 한다.⁵⁶⁾ 승낙이 유효하기 위해 승낙에 의해 피해자가 감수하게 될 자세한 위험을 빠짐없이 알아야 한다거나, 나아가 그러한 위험에 관하여 가해자로부터 설명을 들어야만 한다고 하지는 않는다. 그런데, 유독 의료사건에서는 그러한 요구를 하고 있는 것이다.⁵⁷⁾ 비록 비전문가인 환자에게 전문가인 의사측이 필요한 설명을 해주어야 하는 것이 의사의 의무로 인정되기는 하지만, 그러한 의무를 이행하지 않았다고 하여, 승낙을 받아서 행한 의료행위 자체의 위법성이 조각되지 않는다고 보는 것은 무리한 것으로 보인다. 그것은 마치 의사가 진료상의 과실을 저지른 경우 - 그로 인한 손해배상책임을 지는 것은 당연한 것이지만 - 환자가 한 승낙 자체가 무효가 된다고 하는 것과 같다.⁵⁸⁾

통설에 따른다면 의사가 환자로부터 승낙을 받아 수술을 하였으나, 충분한 설명을 하지 않았다면, 의사는 ‘고의’로 환자를 수술(= 상해)한 것이고, 따라서 상해죄(또는 결과에 따라 중상해죄 및 상해치사죄)(형법 제275조-제277조)에 의해 처벌받아야 할 것이다.⁵⁹⁾ 그렇지만, 환자의 승낙을 받아 그 범위 내에서 진료를 하였는데, 설명의무를 다하지 않았다는 이유로, 승낙 자체의 효력을 부인함으로써 그러한 죄책을 묻는 것은 부당한 것으로 보인다. 특히 설명의무는 진료행위에 따르는 위험성이 희소한 경우에도 면제되지 않은 점⁶⁰⁾ - 그리고 실제 의료현실에서 법적으로 요구되는 설명의무를 빠짐없이

55) 이른바 동의무효설의 난점을 지적한 것으로는 이영환, “의사의 설명의무와 환자의 승낙”, 재산법연구 제1권 제1호, 한국재산법학회, 1984, 32쪽.

56) 김상용, 앞의 책, 639쪽; 송덕수, 앞의 책, 491쪽; 이재상, 형법총론, 박영사, 2011, 268쪽 이하; 오영근, 앞의 책, 225쪽 이하.

57) 가령 범경철, “미용성형수술의 후유증에 관한 의사의 설명의무”, 의료법학 제3권 제2호, 대한의료법학회, 2002, 479쪽; “의사의 설명의무는 환자의 동의를 전체적으로 무효로 한다.”

58) 또 비유하자면 가령 투자신탁 수익증권을 판매하는 금융기관이 고객에게 그에 따른 위험 등을 명확히 설명하지 않고 판매한 경우, 그에 따른 책임을 지겠지만(대법원 2010. 11. 11. 선고, 2008다52369 판결 참조), 고객이 필요한 설명을 충분히 받지 않고 매수하였다고 하여, 그의 청약 또는 승낙의 의사표시가 효력이 없어서 매매 자체가 무효라고 하는 것과 같다.

59) 남동현, 앞의 논문, 567쪽: “환자의 동의 없는 의사의 전단적 의료행위는 환자의 신체에 대한 고의적인 불법적 침습행위”.

60) 대법원 1994. 4. 15. 선고, 92다25885 판결; 대법원 1995. 1. 20. 선고, 94다3421 판결; 대법원 1996. 4. 12. 선고, 95다56095 판결; 대법원 2002. 1. 11. 선고, 2001다27449 판결; 대법원 2002. 10. 25. 선고, 2002다48443 판결; 대법원 2004. 10. 28. 선고, 2002다45185 판결; 대법원 2007. 5. 31. 선고, 2005다5867 판결; 대법원 2007. 9. 7. 선고, 2005다69540 판결; 대법원 2013. 6. 27. 선고, 2010다96010 판결.

이행하는 것이 쉽지 않음⁶¹⁾ - 을 감안한다면, 위와 같은 통설의 입장에 따를 경우 실제 거의 대부분의 의료현장에서 상해죄가 저질러지고 있다고 보아야 할텐데, 이것이 부담한 것임은 다언을 요하지 않는다. 대법원도 설명의무를 다하지 않고 승낙을 받아 자궁적출술을 시행한 의사에게 ‘상해죄’가 아니라 ‘업무상 과실치상죄’를 적용하고 있다.⁶²⁾ 결국 의사가 진료상의 과실로 인하여 환자에게 상해결과를 야기한 경우와 다르지 않은 것이다.⁶³⁾ 그렇다면 설명의무는 위법성 조각사유인 승낙이 유효하기 위해 의사가 지는 의무가 아니라, 진료상의 의무와 더불어, 전문가인 의사가 환자의 의사결정을 돕고 환자의 치유 등을 위해 부담하는 의무라고 파악하는 것이 타당할 것이다.⁶⁴⁾ 그렇게 보면 설명의무 위반의 경우에도 - 후술하는 바와 같이 - 그 위반행위와 발생한 결과와의 사이에 인과관계가 인정되면 - 진료상의 과실의 경우와 마찬가지로 - 과실치사상의 형사책임 및 민사상 손해배상책임을 지게 될 것이다.

이를 1994년의 한 대법원 판결⁶⁵⁾에서 다루어진 사건을 통해 설명해 본다. 이 사건에서는 교통사고로 뇌부분에 심한 상처를 입고 응급 입원한 의식 없는 환자가 응급조치 후 중증 쇼크치료제로 쓰이는 루메드롤(Solumedrol)을 6일간 투약 받고, 의식이 정상회복되었는데, 그로부터 약 10일 후 다시 우측안면신경 중증도 마비를 치료하기 위해 같은 약을 6일간 투약 받은 후 퇴원하였다. 그로부터 1년 5개월 후에 환자에게 위 약품의 부작용으로 대퇴골두골저 무혈성 괴사 증상이 나타났다. 그런데 위 약품 투여 당시 담당 의사는 “원고(환자 - 필자)나 가족의 승낙이나 동의 없이 독자적 판단으로 솔루메드롤을 투약”하였다. 대법원은 환자가 의식을 회복한 후에는 부작용에 관한 설명의무가 있는데, 의사가 이 의무를 위반하였다고 보고 “이러한 설명을 아니한 채 승낙 없이(밑줄은 필자) 침습한 경우에는, 설령 의사에게 치료상의 과실이 없는 경우에도 환자의 승낙권을 침해하는 위법한 행위가 된다.”고 판시한 다음, 위자료 배상책임을 인정하였다. 대법원은 “설명을 아니한 채 승낙 없이” 투약하였다고 판시하여, 설명을 하지 않은 경우, (유효한) 승낙 자체가 없는 것처럼 판시하고 있다. 그러나 필자의 견해에 의하면 승낙 유무(또는

61) 독일에서도 의료인들은 판례가 요구하는 설명의무를 지나친 부담(überfordernde Last)으로 받아들이며, “오늘날 판례가 요구하는 바를 완전히 이행할 수 있는 의사는 아무도 없다”고 한다.

Laufs/Katzenmeier/Lipp, 앞의 책, 130쪽 이하.

62) 신현호/백경희, 의료분쟁 조정·소송 총론, 육법사, 2011, 416쪽 이하 참조.

63) 대법원 2007. 2. 22. 선고, 2005도9229 판결; 대법원 2007. 5. 31. 선고, 2007도1977 판결; 대법원 2009. 12. 24. 선고, 2005도8980 판결 등 참조.

64) Park, 앞의 책, 52쪽.

65) 대법원 1994. 4. 15. 선고, 92다25885 판결.

그 유·무효)와 설명의무 이행 여부는 별개의 문제이다. 만일 이 사건의 경우 투약에 대한 승낙 자체가 없었다면 - 판결문으로부터는 승낙이 없었던 것으로 보임- 투약으로 인한 모든 결과에 대해 책임을 져야 하는 것이 원칙이다.⁶⁶⁾ 비록 그 투약이 의학적으로 필요하였고, 그 결과가 투약에 따르는 불가피한 것이었다 하더라도 다르지 않다. 그에 반해 승낙은 하였으나, 그 부작용에 관한 충분한 설명을 받지 못하고 승낙하였다면, 승낙이 무효가 되어 그 투약 자체가 위법한 것이 아니라, 투약시 설명의무를 위반한 것이 위법한 행위로 평가될 뿐이다.

2. 설명의무의 종류⁶⁷⁾

위에서 살펴본 바와 같이 판례에서 다루어진 설명의무는 대부분 환자가 예정된 진료를 받을 것인지의 여부를 결정함에 있어서 필요한 사항을 둘러싼 것(이른바 ‘자기결정 설명(Selbstbestimmungsaufklärung)’ 또는 ‘위험 설명(Risikoaufklärung)’이다.

그밖에도 진료의 목적을 달성하고 진료에 따른 위험을 방지하기 위해 필요한 사항에 관한 설명(이른바 ‘진료목적 설명(therapeutische Aufklärung)’ 또는 ‘안전 설명(Sicherungsaufklärung)’도 있으며,⁶⁸⁾ 환자가 진료의 결과 부담하게 될 비용에 관한 설명(이른바 ‘비용 관련 설명(wirtschaftliche Aufklärung)’)(예컨대, 의료보험 비급여대상 진료로서 환자측이 상당한 비용을 스스로 부담해야 하는 진료의 경우 그에 관한 설명)도 있다.⁶⁹⁾

종래에는 일반적으로 자기결정설명은 위법성 조각사유인 피해자(환자)의 승낙의 유

66) MünchKomm/Wagner, 앞의 책, 2084쪽.

67) 논자에 따라서는 설명이 행해지는 시점이 의료행위 ‘전’, ‘중’ 또는 ‘후’인가를 기준으로 구분하기도 한다. 김나경, “의사의 설명의무와 법적 이해”, 한국의료법학회지 제15권 제1호, 한국의료법학회, 2007, 15쪽 이하. 김민규, “설명 의무 위반과 위자료”, 비교법학 제13집, 부산외국어대학교 법학연구소, 2002, 190쪽 이하에서는 ‘환자의 자기결정을 위한 설명의무’, ‘치료상 요구되는 주의의무의 하나의 내용으로서의 설명의무(결과회피를 위한 하나의 내용으로서의 설명의무’, ‘진의 또는 전술을 위한 설명의무’로 나눈다. 설명의무의 분류에 관한 다양한 견해에 관하여는 김병일, 의료계약법론, 한국학술정보, 2006, 182쪽 이하; 서영애, “의사의 지도·설명 의무의 내용과 손해배상의 범위”, 판례와 재판 제19집, 대구판례연구회, 2010, 455쪽 이하 참조.

68) 대법원 1997. 7. 22. 선고, 95다49608 판결; 대법원 2005. 4. 29. 선고, 2004다64067 판결; 대법원 2010. 7. 22. 선고, 2007다70445 판결: “지도설명 의무”. 송덕수, 앞의 책, 562쪽. 남동현, 앞의 논문, 546쪽에서는 “진료상 설명의무”라고 한다.

69) 김상용, 앞의 책, 784쪽 이하. 이러한 설명의무는 판례에 등장하지 않고 있으나, 특히 앞으로 ‘영리병원’ 등이 등장하게 되면, 그 중요성이 더욱 커지리라 생각된다. 독일의 경우에 관하여는 Laufs/Katzenmeier/Lipp, 앞의 책, 106쪽 이하; MünchKomm/Wagner, 앞의 책, 2095쪽 이하 참조.

효요건으로 파악하는 반면, 진료목적 설명은 진료상의 과실(Behandlungsfehler)의 하나로 다루었다.⁷⁰⁾ 그리하여 후자에 관하여는 환자측이 증명책임을 지고,⁷¹⁾ 그로 인하여 발생한 손해에 대하여는 재산상의 손해까지 배상해야 한다고 한다. 대법원도 2010년의 한 판결⁷²⁾에서 기계판막을 이용한 승모판막 치환술을 받고 퇴원한 환자가 사망한 사건을 다루었는데, 의사들이 퇴원하는 환자에게 수술 후 가슴 통증의 종류 및 그에 대한 대처방법 등을 정확하게 지도·설명하지 않고 단지 “수술 후 몇 개월 동안 상처가 아플 수 있는데, 그 통증은 3개월 정도 지속될 수 있다. 처음에 많이 아프다가 좀 좋아지다가 또 아플 수도 있다”고만 말하여, 가슴통증이 나타났으나 그 심각성을 제대로 인식하지 못함으로써 통증을 느끼고도 약 2시간 30분이나 지체한 관계로 적절한 응급처치 등을 받지 못하고 사망에 이르렀다고 판단하고, 의사들의 “지도·설명 의무 위반과 이 사건 사고 사이에는 상당인과관계가 인정된다.”고 하여, 생명·신체상의 손해에 대하여 배상 책임을 인정하였다.

그런데 필자의 견해로는 자기결정 설명과 진료목적 설명은 그 내용과 취지는 다르지만, 결국 환자가 신체상 건강상 손해를 입지 않도록 하기 위한 점에서는 같다. 따라서 그 위반에 따른 손해배상책임의 요건과 효과에 있어서 이를 달리 다루어야 할 근거는 없어 보인다. 양자 모두 그 위반으로 인해 손해배상책임이 발생하기 위해서는 그 위반과 손해 간에 인과관계가 존재해야 하며, 그 위반 자체만으로 손해배상책임이 발생하지는 않는다.

한편 위(II. 2.)에서 본 바와 같이 판례는 설명의무를 진료상의 의무와 동등시 할 정도인 가 아닌가를 기준으로 구별하여 달리 취급하고 있다. 가령 2002년의 한 대법원 판결⁷³⁾에서는 약국에서 조제한 감기약을 복용한 환자가 후에 스티븐스-존슨 증후군으로 사망한 사건이 다루어졌다. 대법원은 위 부작용에 관한 설명의무 위반을 인정하면서도, “위 감기약을 조제함에 있어서 그 용법이나 용량을 지키지 아니하였음을 인정할 자료는 없고, 소위 I[= 환자 - 필자]로서는 다른 약국에서 조제한 감기약이 잘 듣지 아니하였으며 다음 날이 대학면접시험일이라 감기약을 복용하여야 할 필요성은 있었다고 인정 되는데다가, 스티븐스-존슨 증후군은 특이체질환자에게만 발생하는 것인데 그러한 특이체질인지 여부를 사전에 검사하는 방법이 없고 그 발생빈도가 극히 낮은 점 등에 비추어 보면, 피고[=

70) Laufs/Katzenmeier/Lipp, 앞의 책, 107쪽; MünchKomm/Wagner, 앞의 책, 2096쪽; Spickhoff/Wellner, *Medizinrecht*, C. H. Beck, 2011, 423쪽 참조.

71) Laufs/Katzenmeier/Lipp, 앞의 책, 384쪽.

72) 대법원 2010. 7. 22. 선고, 2007다70445 판결.

73) 대법원 2002. 1. 11. 선고, 2001다27449 판결.

의사 - 환자]의 설명의무 위반이 구체적 치료과정에서 요구되는 의사의 주의의무 위반과 동일시 할 정도의 것이라거나, 설명의무 위반행위와 소위 I[= 환자 - 환자]의 사망 사이에 상당인과관계가 있다고 보기는 어렵다”고 판시한 다음, “그럼에도 불구하고, 위자료 외에 재산상 손해의 배상까지 명한 원심의 조치에 약사의 설명의무 위반으로 인한 손해배상의 범위에 관한 법리를 오해한 위법이 있다”고 하였다. 그렇지만, “그 부작용은 회복할 수 없을 정도로 중대”하다고 인정하면서, 그에 관한 설명의무 위반이 진료상의 의무 위반에 미치지 못한다고 보는 것은 설득력이 없다. 오히려 그러한 중대한 위험은 진료나 투약을 받을 것인지를 결정하는 데 필요한 정보이므로, 진료를 의학적 기준에 부합하게 하는 것 못지않게 중요한 것이며, 그 위반 시에는 그와 인과관계 있는 모든 손해 - 정확하게는 제393조(제763조)의 요건을 갖춘 손해 - 에 대한 책임을 져야 할 것이다. 결국 판례가 설명의무 위반을 그 정도에 따라 진료상의 의무 위반과 같거나 달리 취급하는 것은 그 근거를 발견하기 어렵고, 실질적으로도 타당하지 않다고 보여 진다.

3. 설명의무의 보호범위

설명의무가 환자의 어떤 법익을 보호하기 위한 것인지에 관하여는 견해가 대립하고 있다. 먼저 방금 언급한 설명의무 중 ‘비용관련 설명의무’는 환자측이 예측할 수 없는 진료비용을 부담하게 되는 것을 방지하기 위한 것, 즉 재산적 법익을 보호하기 위한 것으로서, 다른 설명의무와는 일단 구별된다.

그런데, 상술한 바와 같이 판례는 (자기결정) 설명의무가 ‘승낙권’, ‘자기결정권’을 보호하기 위한 것이라고 본다.⁷⁴⁾ 그에 반해 ‘지도·설명’의무(‘진료목적 설명의무’)에 관하여 2010년의 한 대법원 판결⁷⁵⁾은 다음과 같이 판시함으로써 진료상의 의무와 마찬가지로 환자의 생명, 신체, 건강 등의 법익을 보호하기 위한 것으로 본다: “의사가 진찰·치료 등의 의료행위를 함에 있어서는 사람의 생명·신체·건강을 관리하는 업무의 성질에 비추

74) 이와 같은 견해로는 송영민, “의사의 설명의무에 관한 최근 판례의 동향과 그 비판적 고찰”, 재산법연구 제23권 제3호, 한국재산법학회, 2007, 247쪽 이하; 송영민, “설명의무 위반의 판단구조”, 민사법의 이론과 실무 제17권 제1호, 민사법의 이론과 실무 학회, 2014, 125쪽 이하; 봉영준, “의료계약상 채무불이행과 위자료”, 의료법학 제14권 제2호, 대한의료법학회, 2013, 239쪽 이하: “설명의무 위반의 경우 생명·신체라는 개별적 인격권과는 별개의 자기결정권이라는 개별적 인격권의 침해가 발생한다.”; 박상엽, “의사의 설명의무”, 단국법학 제7권, 단국대학교 법학대학, 1999, 52쪽: “의사의 고지 및 조언설명무는 환자의 알 권리와 자기결정권의 실현에 기여함을 목적으로 하는 의무”.

75) 대법원 2010. 7. 22. 선고, 2007다70445 판결. 대법원 2005. 4. 29. 선고, 2004다64067 판결도 참조.

어 환자의 구체적인 증상이나 상황에 따라 위험을 방지하기 위하여 요구되는 최선의 조치를 취하여야 할 주의의무가 있고, 이와 같은 주의의무는 환자에 대한 수술 등 침습행위가 종료함으로써 끝나는 것이 아니라, 그 진료 목적의 달성을 위하여 환자가 의사의 업무범위 이외의 영역에서 생활을 영위함에 있어 예견되는 위험을 회피할 수 있도록 환자에 대한 요양의 방법 기타 건강관리에 필요한 사항을 지도·설명하는 데까지도 미친다 할 것이므로(의료법 제24조 참조), 의사는 수술 등의 당해 의료행위의 결과로 후유 질환이 발생하거나 아니면 그 후의 요양과정에서 후유 질환이 발생할 가능성이 있으면, 비록 그 가능성이 크지 않다고 하더라도 이를 억제하기 위한 요양의 방법이나 일단 발생한 후유 질환으로 인해 중대한 결과가 초래되는 것을 막기 위하여 필요한 조치가 무엇인지를 환자 스스로 판단·대처할 수 있도록, 그와 같은 요양방법, 후유 질환의 증상과 그 악화 방지나 치료를 위한 대처방법 등을 환자의 연령, 교육 정도, 심신상태 등의 사정에 맞추어 구체적인 정보의 제공과 함께 설명·지도할 의무가 있다 ... 그리고 이러한 지도설명의무는 그 목적 및 내용상 진료행위의 본질적 구성부분이므로, 지도설명의무 위반과 상당인과관계가 있다면 그로 인한 생명·신체상의 손해에 대하여 배상할 책임을 면할 수 없다.”

그렇지만 자기결정 설명의무와 진료목적 설명의무 간에, 그리고 나아가 이 두 가지 설명의무와 진료상의 주의의무 간에 보호법익에 있어서 차이를 인정할 근거를 발견하기는 어렵다. 우리나라의 판례 - 및 독일의 통설·판례에 반대하는 일부 견해 - 가 자기결정 설명의무 위반의 보호법익을 ‘정신적’인 것으로 보는 까닭은, 설명의무 위반 시 - 위법성 조각사유인 승낙 자체가 무효가 되어 - 진료행위에 따르는 모든 책임을 지게 되는 것을 피하여, 의사측의 책임을 위자료에 국한시키려고 한 것으로 보인다.⁷⁶⁾ 또한 우리의 판례는 설명의무 위반 시 결과와의 인과관계의 존재라는 어려운 요건을 증명을 요구하지 않고 위자료 명목으로 편의한 배상을 피하려는 목적도 있는 것으로 보인다.⁷⁷⁾

그러나 이러한 이론은 납득하기 어렵다. 첫째, 설명의무 (또는 정보제공의무)는 상대방으로 하여금 정보를 가지고 판단함으로써 불측의 손해를 피하도록 하기 위한 것이지, 정보를 제공받는 그 자체를 위한 것으로 보기는 어렵다. 가령, 부동산 중개업자가 중개물건에 관한 설명의무(공인중개사의 업무 및 부동산 거래신고에 관한 법률 제25조 참조)를 다하지 않은 경우에, 의뢰인이 그로 인하여 입은 손해에 관하여 배상책임이 인정되는

76) Laufs/Katzenmeier/Lipp, 앞의 책, 134쪽 이하 참조.

77) 박태신, “의료소송에 있어서 설명의무의 기능”, 연세법학연구 제5권 제1호, 연세법학회, 1998, 596쪽: ‘설명의무의 개념은 결국 손해의 적정한 배상과 공평을 기하기 위한 형평적 도구’.

것이지,⁷⁸⁾ 그러한 손해 발생 여부와 관계없이 의뢰인의 ‘자기결정권’이 침해되었다는 이유로 위자료를 배상하도록 할 수는 없을 것이다(위 법률 제30조 제1항 참조).⁷⁹⁾ Wagner가 타당하게 지적하는 바⁸⁰⁾와 같이 법익보호(Rechtsgüterschutz)는 자율보호(Autonomieschutz)를 포함하고 있으며, 신체침해를 당하지 않을 권리와는 독립한 자기결정권을 인정할 필요는 없다.⁸¹⁾ 즉 권리나 법익의 주체의 승낙을 받지 않고 권리나 법익을 침해한 경우, 그 권리나 법익과 분리된 자기결정권이 침해되는 것은 아니라는 것이다.⁸²⁾ 자기결정권이란 설명의무(정보제공의무)를 인정하기 위한 매개체일 뿐이다. 그리고 의사에게 임상의학 기준에 따른 진료의무 이외에 설명의무를 지우는 이유는, 진료에는 의학적 기준에 따라 진료를 하더라도 불가피한 위험이 수반될 수 있으며, 그러한 위험을 감수할 것인지를 환자로 하여금 결정하게 하기 위한 것이다. 즉 설명의무도 진료상의 의무와 마찬가지로, 환자가 신체나 건강상 예상하지 못한 불이익을 입지 않도록 하기 위한 것으로서, 양 의무는 동일한 목적에 이바지하는 것이다.⁸³⁾

둘째, 무엇보다 우리 판례처럼 설명의무 위반 시 손해와의 인과관계를 증명할 필요 없이 위자료의 배상을 받을 수 있게 하는 것은 달리 그 유례가 없을 뿐만 아니라, 실제로

78) 대법원 2012. 1. 26. 선고, 2011다63857 판결 참조.

79) 김종국, “설명의무의 법적 지위”, 경희법학 제42권 제2호, 경희대학교 법학연구소, 2007, 211쪽에서도 설명의무 위반에 따른 불법행위 책임의 근거를 “환자의 자기결정권에 근거한 승낙권에서 도출하는 것은 이론적인 체계에 있어서 혼란이 올 수 있다”고 지적한다.

80) MünchKomm/Wagner, 앞의 책, 2077쪽.

81) Geiß/Greiner, *Arzthaftpflichtrecht*, C. H. Beck, 1999, 189쪽에서도 침해와의 인과관계 없는 경우에도 인격권 침해를 이유로 한 위자료 책임을 지우는 데 반대하면서 “위험설명=자기목적(Selbstzweck)(적인 것)이 아니다. 이는 신체의 불가침성에 대한 침습으로부터 환자를 보호하기 위한 것이다.”라고 한다. 반대 견해로는 Laufs/Katzenmeier/Lipp, 앞의 책, 136쪽.

82) 참고로 김상용, 앞의 책, 787쪽에서는 “설명의무의 위반은 자기결정권의 침해가 되며, 동시에 환자의 신체침해가 된다.”고 하면서도, “설명의무를 불이행하고 치료과오가 전혀 없는 경우에는 자기결정권의 침해와 신체의 침해가 발생하나 신체침해로 인하여는 손해가 전혀 발생하지 아니하므로 환자는 자기결정권의 침해로 인한 위자료배상만을 청구할 수 있다”고 한다. 그러나 설명의무를 이행했더라도 진료를 받지 않았을 것이고, 진료를 받지 않았더라면 진료과정에서 ‘치료과오’ 없이 발생한 불이익도 입지 않았을 것이라면, 그 신체적 결과에 대해서도 배상책임이 발생한다고 보아야 할 것이다. 박종원, “의사의 설명의무의 범위와 그 위반의 효과”, 민사법연구 제10집 제1호, 대한민사법학회, 2002, 122쪽에서는 “의사의 설명의무위반은 자기결정권 침해인 동시에 위법한 신체침해가 되며 결과 된 모든 손해를 배상해야 한다.”고 한다.

83) 이태섭, “의사의 설명의무 위반에 대한 민사책임”, 한양대학교 석사학위논문, 2011, 101쪽 이하: “의사의 설명의무 위반 시의 보호법익은 환자의 신체적·정신적 완전성에 대한 자기결정권이다. 그리고 이 법익은 한편으로는 개인의 자율성, 다른 한편으로는 신체적·정신적 완전성이라는 이중적 측면을 가지고 있는 것이다. 따라서 의사의 설명의무 위반으로 인하여 자기결정권이 침해되면 자동적으로 신체와 건강도 침해하는 것으로 되며, 그로 인하여 발생한 비재산적 손해뿐만 아니라 재산적 손해도 배상하여야 한다.”

도 심각한 문제를 낳을 수 있다. 즉 판례에 따를 경우, 진료상의 과실 없이 진료가 마쳐졌더라도 진료의 결과에 불만을 가진 환자가 진료행위의 위험성에 관해 설명을 충분히 듣지 못했다고 주장하면서, 위자료의 배상을 청구하면 - 설명의무위반과 결과간의 인과관계는 증명할 필요가 없으므로 - 실제로는 설명의무의 대상이 되는 위험이 실현되지 않은 경우 또는 설명의무의 대상이 아닌 위험이 실현된 경우까지 원칙적으로 배상을 해야 할 것이다. 이는 - 설명의무의 범위가 매우 광범위하고, 법적으로 요구되는 설명을 빠짐없이 하는 것이 현실적으로 쉽지 않다는 것을 고려하면 - 대부분의 진료행위에는 위자료 책임이 따르게 하는 불합리한 결과를 가져올 것이다.

위와 같은 불합리함을 피하는 길은 자기결정 설명의무와 진료목적 설명의무 모두 환자의 생명, 신체 및 건강상의 법익을 보호하기 위한 것으로 보고, 그러한 의무 위반과 발생한 손해 간에 인과관계가 있는 경우에 배상책임을 지도록 하는 것, 즉 원칙으로 돌아가는 것이다. 그러면 설명의무 위반으로 인한 손해배상책임의 요건과 효과는, 진료상의 의무를 위반한 경우와 다르지 않게 된다. 그리고 설명의무 위반과 진료의무 위반이 병존하고, 발생한 결과(손해)에 대해 양자 모두 인과관계를 가지는 경우, 양 의무위반으로 동일한 법익이 침해된 것이므로, 그 침해로부터 발생한 손해 중 제393조의 요건 하에서 배상책임이 발생하게 된다. 판례는 자기결정권 침해로 인한 위자료와, 신체나 건강 침해로 인한 위자료를 구별하고 있는데, ‘자기결정권’을 독자적 보호법익으로 보지 않는 필자로서는 받아들일 수 없다.

4. 설명의무의 이행에 관한 증명책임

위(II. 4.)에서 살펴본 바와 같이 판례는 의사측이 설명의무의 이행에 관하여 증명책임을 진다고 한다.⁸⁴⁾

그러나 필자의 견해에 의하면 위법성 조각사유로서의 승낙이 있었다는 점은 그것을 주장하는 의사측에서 증명책임을 져야 하지만,⁸⁵⁾ 설명의무를 위반하였다는 점은 - 진료

84) 이에 동조하는 학설로는 전병익/박상호, “의료과오의 민사법적 책임에 관한 연구”, 동의법정 제14집, 동의대학교 법학연구소, 1998, 109쪽 이하; 조재진, “의료과오소송에 있어서의 입증책임”, 민사법연구 제8집, 대한민사법학회, 2000, 321쪽; 김충원, 앞의 논문, 141쪽; 윤석찬, “의료과실과 설명의무의 면제”, 재산법연구 제29권 제1호, 한국재산법학회, 2012, 195쪽 이하; 송덕수, 앞의 책, 563쪽 등 참조. 이수경, “의사의 설명의무 위반으로 인한 손해배상책임”, 판례연구 제24집(1), 서울지방변호사회, 2010, 101쪽 이하에서는 “이는 입증책임전환의 일종”이라고 하면서, 근거는 제시하지 않고 있다. 참고로 독일에서는 자기결정설명에 관하여 의사측에 증명책임이 있다고 한다. Spickhoff/Wellner, 앞의 책, 423쪽.

상의 과실에 있어서와 마찬가지로,⁸⁶⁾ 그리고 자기결정 설명과 진료목적 설명을 가리지 않고 - 환자측에서 주장, 증명하여야 한다.⁸⁷⁾ 이것은 주의의무 위반 사실에 관한 증명책임은 피해자가 져야 하는 일반원칙에 따른 것이다.⁸⁸⁾ 그에 반해 판례에 의할 경우 환자는 ‘어떤’ 설명을 듣지 못해 손해를 입었는지를 주장하지 않고, 막연하게 충분한 설명을 듣지 못했다는 주장만 하면 되고(더구나 위자료만 청구하는 경우에는 손해와의 인과관계를 주장, 증명할 필요도 없다고 함!), 의사측이 필요한 설명을 모두 했다는 증명을 해야 한다.⁸⁹⁾ 이러한 사정은 의사책임소송에서 진료상의 과실보다 설명의무 위반을 주장하는 것이 환자측에 유리하므로 의사책임소송에서 주된 쟁점이 되도록 하였다. 이에 관한 증명을 하려면 의사측은 상세한 설명을 했다는 기록이나 영상을 확보하여야만 할 것이고, 이것은 의료현장에서 바람직하지 않은 결과를 가져올 것이다.⁹⁰⁾

한편 판례⁹¹⁾가 의사측에 설명의무 이행에 관한 증명책임이 있다고 판시하면서 제시한 사정들, 특히 의사측이 환자측에 비해 증명이 용이하다는 점을 이유로 환자 측의 증명책임을 의사측으로 전가할 수는 없다.⁹²⁾ 다만, 이러한 사정은 의사 측에 비록 증명책임은 없지만 민사소송법상의 신의성실의 원칙(민사소송법 제1조 제2항 참조)에 비추어 설명의무 이행여부의 해명에 협력할 의무를 발생시킬 수 있고⁹³⁾ 이 의무를 불이행하면 법원

85) MünchKomm/Wagner, 앞의 책, 2078쪽.

86) 대법원 1995. 2. 10. 선고, 93다52402 판결: “원래 의료행위에 있어서 주의의무 위반으로 인한 불법행위 또는 채무불이행으로 인한 책임이 있다고 하기 위하여는 다른 경우와 마찬가지로 의료행위상의 주의의무의 위반, 손해의 발생 및 주의의무의 위반과 손해의 발생과의 사이의 인과관계의 존재가 전제되어야 한다.”; 김상용, 앞의 책, 779쪽; 송덕수, 앞의 책, 559쪽; MünchKomm/Wagner, 앞의 책, 2112쪽.

87) Park, 앞의 책, 68쪽 이하.

88) 의사측의 계약책임이 문제되는 경우에도 ‘객관적 계약위반 사실’은 환자측이 증명해야 한다. 김상용, 앞의 책, 484쪽; 대법원 2000. 11. 24. 선고, 2000다38718, 2000다38725 판결 참조. MünchKomm/Wagner, 앞의 책, 2121쪽.

89) 참고로 Geiß/Greiner, 앞의 책, 180쪽 이하에서는 환자측에서 먼저 어떤 위험이 설명되었어야 하는지를 주장해야 하고, 의사측의 증명에 지나친 요구를 해서는 안된다고 한다.

90) 독일의 상황에 관하여는 Laufs/Katzenmeier/Lipp, 앞의 책, 135쪽 참조.

91) 대법원 2007. 5. 31. 선고, 2005다5867 판결; 대법원 2010. 8. 19. 선고, 2007다41904 판결.

92) 이정선, “지도설명 의무 - 판례 경향을 중심으로”, 의료법학 제14권 제2호, 대한의료법학회, 2013, 160쪽에서는 ‘지도설명 의무’에 관하여 “이행 여부에 대한 증명책임은 일반의 주의의무와 마찬가지로 환자측에서 부담하는 것으로 보는 것이 이론의 일관성이 있는 것이 사실”이라고 하면서도, 환자측의 증명곤란 등을 이유로 “증명책임은 의사에게 있다고 보는 것이 타당하다”고 한다. 송영민, “의사의 설명의무에 관한 최근 판례의 동향과 그 비판적 고찰”, 재산법연구 제23권 제3호, 한국재산법학회, 2007, 247쪽에서는 의사 측의 지식, 자료 독점 외에 의료기술과오(진료상의 과실-필자)를 증명하지 못하는 경우 설명의무 위반을 주장하는 경우가 대부분이라는 이유로 의사에게 설명의무에 대한 증명책임을 지우는 것이 논리적으로 타당하다고 한다.

이 환자측의 주장을 받아들일 수 있다고(민사소송법 제349조, 제350조 참조) 보는 것이 보다 타당할 것이다.⁹⁴⁾

5. 설명의무 위반과 손해 간의 인과관계

위(I. 및 II. 7.)에서 살펴본 바와 같이 판례는 의사측이 설명의무를 위반한 경우, 환자측의 청구 내용에 따라 책임의 요건을 달리 요구한다. 즉 설명의무 위반을 이유로 위자료만 청구하는 경우에는 설명의무 위반과 손해결과간의 인과관계가 요구되지 않으며, 재산상의 손해배상까지 청구하는 경우에 비로소 그 인과관계가 요구된다고 한다. 그런데, 필자는 설명의무(비용관련 설명의무⁹⁵⁾는 제외)의 보호법익을 - 자기결정 설명의무와 진료목적 설명의 경우 모두 - 환자의 생명, 신체 및 건강을 보호하기 위한 것으로 보며, 따라서 설명의무 위반으로 손해배상 책임을 지기 위해서는 - 진료관련 의무 위반의 경우와 마찬가지로 - 설명의무 위반과 손해 간에 인과관계가 존재해야 한다.⁹⁶⁾ 따라서 설명의무를 위반하지 않고 필요한 설명을 다 했더라도, 환자가 당해 진료에 승낙을 하였을 것이 인정되면, 설명의무 위반과 손해 간에는 인과관계가 존재하지 않으므로, 손해배상책임은 발생하지 않는다.⁹⁷⁾

한 대법원 판결의 예를 가지고 살펴본다. 2013년의 한 판결⁹⁸⁾에서 대법원은 음경배부 신경 차단술을 받은 환자에게 복합부위통증 증후군 및 다른 부작용이 발생하여 자살충동, 우울증 등 정신과적 문제로 확대된 사안을 다루었는데 - 항소심과 마찬가지로 - 진료 상 과실을 부인하고, 설명의무에 관하여는 복합부위통증 증후군(A)은 예견할 수 없었다는 이유로 그에 관한 설명의무 위반을 부인하는 한편, 그 밖의 부작용 및 수술방법(B)에 관한 설명의무 위반을 인정하였다. 그리고 이 “설명의무 위반으로 인한 손해배상의 범위를 전 손해가 아니라 자기결정권 침해 위자료로 한정”하였다. 이 사건에서 항소심은 7천만원의 위자료를 지급하라고 판결하였다. 그렇지만 대법원은 이 사건에서 위자료

93) 김홍엽, 민사소송법, 박영사, 2014, 676쪽 이하. 반대 취지의 판결로는 대법원 1996. 4. 23. 선고, 95다23835 판결.

94) Park, 앞의 책, 70쪽.

95) 비용관련 설명의무를 위반한 경우, 의사측에게 그로 인한 손해배상책임을 묻기 위해서는 그 의무 위반과 환자 측이 입은 ‘경제적 손실(비용부담)’과의 인과관계가 필요할 것이다.

96) 미국의 경우에도 그러하다. Boumil/Hattis, 앞의 책, 140쪽 이하.

97) Geiß/Greiner, 앞의 책, 179쪽.

98) 대법원 2013. 4. 26. 선고, 2011다29666 판결.

액은 “음경배부신경차단술을 받을 것인지 여부를 선택할 기회를 상실하게 된 데에 따른 정신적 고통을 위자하는 금액에 한정되어야” 한다고 하면서, 항소심이 인정한 위자료에는 “설명 의무 위반을 인정하지 않은 복합부위 통증증후군[A - 필자]과 관련된 자기결정권 상실에 따른 정신적 고통을 위자하는 금액 또는 복합부위통증증후군[A - 필자]의 발생 자체에 따른 정신적 고통을 위자하는 금액 등을 포함하였거나 원심이 인정한 설명 의무 위반으로 인한 위자료에서 참작해서는 안 되는 사정을 참작하여 위자료를 과다하게 산정하였다”고 보아 항소심 판결을 파기환송 하였다.

그런데 본고의 입장에 의하면 B에 관한 설명의무 위반이 인정될 경우, 그로 인한 손해배상책임이 발생하기 위해서는 손해(결과)와의 인과관계가 존재하여야만 한다.⁹⁹⁾ 만일 B에 관한 설명의무를 이행하였더라면 환자가 당해 시술을 거절하였으리라고 인정된다면, 설명의무 위반과 복합부위통증 증후군(A) 간의 인과관계는 존재하며, 따라서 그 증후군으로 인한 정신적 고통에 관하여도 배상을 해야 한다(민법 제751조 제1항). 이때 ‘자기결정권 침해 위자료’는 별도로 고려되지 않는다. 반대로 B에 관한 설명을 하였더라도 환자가 당해 시술에 승낙하였을 것으로 인정된다면, 그 설명의무 위반과 A 간에는 인과관계가 존재하지 않는 것이다. 그렇다면 위자료 등 손해배상책임은 발생하지 않으며, ‘자기결정권 침해 위자료’를 지급할 필요도 없다.¹⁰⁰⁾

설명 의무 위반과 손해결과 간에 인과관계가 존재하는지 여부를 밝히기 위해서는 설명 의무를 위반하지 않았다면 - 즉 요구되는 설명을 하였더라면 - 어떤 결과가 발생했을 것인지를 판단해야 한다. 문제된 설명을 하였더라면 당해 진료에 승낙하지 않았을 것이고, 따라서 발생한 손해를 입지 않았을 경우라면 설명의무 위반과 손해 간에 인과관계가 존재하는 것이다.¹⁰¹⁾ 그런데 위(II. 5.)에서 본 바와 같이 판례는 이를 ‘가정적 승낙’의

99) 참고로 대법원 1995. 2. 10. 선고, 93다52402 판결도 “원래 의료행위에 있어서 주의의무 위반으로 인한 불법행위 또는 채무불이행으로 인한 책임이 있다고 하기 위하여는 의료행위상의 주의의무의 위반과 손해의 발생과의 사이의 인과관계의 존재가 전제되어야” 한다고 하며, 설명의무의 경우에도 달라지지 않는다. 이수경, 앞의 논문, 117쪽.

100) 예컨대 1994년의 한 판결(대법원 1994. 4. 15. 선고, 93다60953 판결)에서 대법원은 관상동맥 우회술 실시전에 심장마비 등 부작용이 따를 수도 있다는 점에 대하여 설명하지 않은 설명의무위반을 인정하고, “설명 의무를 다하였다 하더라도 ... (환자가 - 필자) 관상동맥 우회술을 선택할 수 밖에 없었다.” 고 하면서도 위자료의 배상책임이 있다고 판시하였다. 그러나 필자의 견해로는 이러한 경우에는 설명의무 위반과 결과 간에 인과관계가 없으므로 손해배상 책임이 없다. 대법원 2007. 5. 31. 선고, 2005다5867 판결도 참고.

101) 이덕환, “미국법과 독일법상 의사의 설명의무”, 비교사법 제3권 제1호, 한국비교사법학회, 1996, 245쪽; 전병남, “의사의 설명의무 위반과 손해배상책임”, 의료법학 제3권 제1호, 대한의료법학회, 2002, 287쪽

항변으로 파악하고, 이에 관하여는 의사측에서 주장, 증명해야 한다고 한다.¹⁰²⁾ 그러나, 이는 인과관계 판단 문제로서¹⁰³⁾ 이에 관하여는 - 다른 경우와 마찬가지로 - 원칙적으로 환자측이 증명책임을 진다고 해야 한다.

참고로 독일의 통설도 ‘가정적 승낙(hypothetische Einwilligung)’, 즉 설명을 했더라도 역시 진료에 승낙하였으리라는 주장에 관하여 의사측이 증명책임을 지는 것으로 본다.¹⁰⁴⁾ 이때 기준이 되는 것은 합리적 환자가 아니라, 당해 환자이며, 따라서 객관적으로 합리적 진료라도 위험성에 관해 설명을 받았을 경우 어떤 사정으로 당해 환자가 거절하였으리라고 인정되면, 의사가 면책될 수 없다고 한다. 그러나 다른 한편으로 환자가 설명의무 위반을 주장하면서 주관적인 사정을 내세울 경우 의사측에서 가정적 승낙을 증명하기 곤란한 점 때문에, 설명의무 위반 주장이 남용되는 것을 막기 위해 독일 판례는 환자로 하여금 설명을 받았더라면 당해 진료에 승낙할 것인지에 관해 ‘진정한 결정갈등(echter Entscheidungskonflikt)’에 처했으리라는 사정에 관하여 소명할(plausibel machen) 것을 요구한다. 그러나 필자의 판단으로는 이것은 증명책임을 부당하게 의사측에게 지움으로써 발생하는 불합리한 결과를 피하기 위한 것에 지나지 않는다. 이러한 문제의 해결책은 원칙으로 돌아가는 데서 찾을 수 있다. 즉 설명의무 위반과 손해결과 간의 인과관계에 관하여는 - 진료상의 의무 위반, 나아가 일반적인 경우와 마찬가지로 - 환자측이 증명하도록 해야 한다. 이때 주관적인 사정도 고려될 수 있음은 물론이지만,¹⁰⁵⁾ 환자는 당시 상황에 비추어 의학적으로 객관적으로 필요하고 합리적인 진료이더라도 의사로부터 필요한 설명을 받았더라면 어떤 이유로 거절했을 것인지를 설득력 있게 증명하지 않으면 안 된다. 이때 환자측에 증명의 정도를 과도하게 요구하면 결국 환자의 주관적 자기결정의 여지를 질식시키는 결과가 될 것이므로, 비록 주관적 사정이더라도

참조.

102) 이러한 항변(‘합법적 대체행위의 항변(rechtm. Biges Alternativverhalten)’을 면책적으로 고려해서는 안 된다는 견해도 있다(김상용, 앞의 책, 787쪽 이하). 그러나, 필자의 견해로는 이는 인과관계가 존재하지 않아도 책임을 지게 하는 결과가 되어 부당하다.

103) 김준호, 앞의 책, 450쪽.

104) 이하 Palandt/Sprau, 앞의 책, 1324쪽; Laufs/Katzenmeier/Lipp, 앞의 책, 127쪽 이하; Geiß/Greiner, 앞의 책, 183쪽 이하 참조.

105) 예컨대 피아니스트로서 시술시 손가락 마비가 올 위험성이 있다는 설명을 들었다면, 다른 환자들이라면 통상 받아들였을 시술이라도, 당해 환자는 직업상 또는 앞두고 있는 연주 등을 이유로 거절하였을 수 있다. 김성돈, 앞의 논문, 50쪽: ‘환자가 승낙을 하였을 것인가 승낙하지 않았을 것인가의 문제는 자연법칙에 의해 결정되는 것이 아니라, 개인 환자의 자유로운 결단의 표현이므로 확정적으로 확인될 수 없는 성질의 물음이기 때문이다.’.

상당한 설득력이 있으면 그의 주장을 받아들여야 할 것이다.

참고로 독일의 판례가 취하는 견해에 의하면, 즉 충분한 설명을 위법성 조각사유인 승낙의 유효요건으로 보면, 설명의무의 대상이 되는 위험(A)에 관하여 설명하지 않았다면, 실제로는 설명의무의 대상이 되지 않은 위험(B)이 실현된 경우에도 손해배상책임이 발생할 수 있다.¹⁰⁶⁾ 즉 위험(A)에 관하여 설명의무를 이행하였더라면, 당해 진료를 거부함으로써, 위험(B)의 실현으로 인한 불이익도 입지 않았을 것이라고 인정되는 경우에 그러하다. 그런데 독일 판례는 이른바 ‘기본설명(Grundaufklärung)’을 하였다면, 위와 같은 경우에 책임을 지지 않도록 하며,¹⁰⁷⁾ 이를 위해 위반된 설명의무의 ‘보호목적(Schutzzweck)’이론을 펼치고 있다.¹⁰⁸⁾ 그렇지만, 필자의 판단으로는 우선 ‘기본설명’과 ‘비기본설명’을 갈라 달리 취급할 법적 근거를 찾기 힘들다. 그리고 설명의무의 대상이 되는 A 위험에 관해 설명을 하였더라면 당해 진료를 거부하였을 것이 인정되면, 그 진료 결과 그 자체 설명의무의 대상이 아닌 B 위험이 실현되었더라도 책임을 저야 함은 당연하다.¹⁰⁹⁾ 문제의 핵심은 A 위험에 관한 설명을 했더라면 당해 진료를 거부함으로써 B 위험 실현으로 인한 손해를 입지 않았을 것인가, 즉 인과관계의 존부이다. 이를 ‘가정적 승낙’의 항변으로 둔갑시켜 의사측에게 증명하게 해 놓고, 그로 인한 과도한 책임결과를 수정하기 위해 다시 ‘보호목적’을 들이대는 것은 잘못된 전제에서 초래된 부당한 결과를 수습해 보려는 궁여지책일 뿐이다.

6. 설명의무 위반의 효과

의사가 설명의무를 위반하면 어떤 법률효과가 생기는데 관한 필자의 입장은 위에서 이미 밝혀졌다. 즉, 다른 경우와 마찬가지로, 설명의무 위반과 인과관계가 있는 손해 중 제393조(제393조)의 범위에서 배상책임이 발생하게 된다.¹¹⁰⁾ 이 점에 있어서는 설명

106) 범경철, 앞의 논문, 479쪽.

107) 독일 연방대법원이 다른 사건(BGHZ 90,96=NJW 1984,1395)을 예로 들면, 직장경 검사를 하기 전에 상당한 통증이 따른 다른 것을 설명했어야 하는데 하지 않았고, 그런데 수술과정에서 진료 상 잘못 없이 - 그리고, 설명의무의 대상도 아닌 - 장천공이 발생한 경우 의사의 책임을 부인하였다. MünchKomm/Wagner, 앞의 책, 2110쪽에서 인용. Spickhoff/Wellner, 앞의 책, 438쪽 참조.

108) 이에 관하여는 MünchKomm/Wagner, 앞의 책, 2110쪽 이하.

109) Geiß/Greiner, 앞의 책, 190쪽.

110) 강봉석, 앞의 논문, 67쪽: “환자의 자기결정권은 그 자체가 목적이 아니라 있을 수 있는 물질적 손해를 피하기 위한 목적으로 환자에게 허용된 것이라고 할 수 있기 때문에 설명의무 위반으로 신체침해의

의무가 어떤 목적을 위한 것인가에 따라 차이가 생기지 않는다. 즉 ‘자기결정 설명’이든 ‘진료목적 설명’이든, 나아가 ‘비용관련 설명’이든 다를 바 없다. 그리고 오로지 환자의 ‘자기결정권’이나 ‘선택의 기회’를 침해¹¹¹⁾한 데 대한 별도의 책임은 근거가 없다. 설명 의무 위반으로 인적 법익(‘자기결정 설명의무’ 또는 ‘진료목적 설명의무’ 위반 시)이나 재산적 법익(‘비용관련 설명의무’ 위반 시)이 침해된 경우 제393조(제761조)의 범위에서 배상책임이 발생한다.¹¹²⁾ 환자가 입은 불이익이 진료상의 과실 없이 발생하였다 하더라도, 설명의무를 이행하였더라면 당해 진료를 받지 않았을 것이어서, 그 불이익을 피할 수 있었음이 인정될 경우에도, 단지 정신적 손해배상만을 받도록 할 근거는 없다.¹¹³⁾ 또한 설명의무 위반 사실만으로 위자료의 배상책임이 발생한다는 판례 이론은 현행법상 근거를 발견하기 어렵고, 인과관계 증명 등 어려운 책임요건을 피하기 위해 위자료라는 편법을 모색한 것으로 판단된다.¹¹⁴⁾

위(II. 6.)에서 살펴 본 한 대법원 판결¹¹⁵⁾의 예를 통해 설명해 본다. 이 판결에서는 안내 렌즈삽입수술을 받은 환자에게 황반원공이라는 후유증이 생긴 사건이 다루어졌다. 항소심은 진료상의 과실과 설명의무 위반을 인정하고, 재산적 손해배상 외에 위자료를 배상할 것을 판결하였다. 그러나 대법원은 항소심과 달리 진료상의 과실을 인정하기에 부족하다고 보는 한편, 항소심과 같이 설명의무 위반을 인정하였다. 그리고 항소심 판결 중 재산상의 손해에 관한 부분뿐만 아니라, 위자료 부분도 파기하였다. 그 이유로는 “원심은 원고의 수술 상 과실과 설명의무 위반의 점을 모두 포괄하여 단일한 위자료를 산정하였음이 분명하고, ... 수술 상 과실에 관한 원심판단에 잘못이 있어 그로 인한 재산적 손해 및 위자료 부분을 파기하는 이상, ... 설명의무 위반으로 인한 위자료 부분도 그대로 유지될 수 없기” 때문이라고 하였다. 대법원은 진료상의 과실로 인한 손해와 설명의무 위반으로 인한 손해의 구별에서 출발하고 있다. 그러나 위(III. 3.)에서 본 바와

결과가 발생한 경우에는 정신적 손해의 배상뿐만 아니라 전손해의 배상을 명하는 것이 타당할 것이다.”

111) 이에 관하여는 신현호/백경희, 앞의 책, 317쪽 이하 참조.

112) 박종렬/김운신, 앞의 논문, 97쪽: “원칙적으로 설명의무위반을 하여 나쁜 결과를 초래한 경우에는 그 의도는 치료를 위한 목적이었다 하더라도 환자는 나쁜 결과로 인해 재산적 손해를 입었기 때문에 의사는 이러한 재산적 손해를 배상하여야 할 것이다.”

113) 설명의무 위반 시 위자료 배상에 책임을 국한시키려는 견해로는 김충원, 앞의 논문, 152쪽.

114) 설사 위자료에 배상가능 외에 보완적 기능을 인정한다고 하더라도, 다른 책임요건을 대체하는 기능까지 인정할 수는 없다. 의료사고에서 위자료의 기능과 산정에 관하여는 김경례/안법영, “의료사고의 손해배상과 위자료 산정”, 의료법학 제13권 제2호, 대한의료법학회, 2012, 179쪽 이하 참조.

115) 대법원 2013. 6. 27. 선고, 2010다96010,96027 판결.

같이 필자는 진료상의 의무와 설명의무는 모두 환자가 신체나 건강상 부당하거나 예측하지 못한 손해를 입지 않도록 보호하기 위한 것으로서, 그 위반에 따른 효과에 있어서도 차이가 없다고 본다. 그렇다면 설사 진료상의 의무 위반이 인정되지 않더라도, 설명의무를 위반하였다면, 그것과 인과관계 있는 손해를 배상해야 한다. 그런데, 대법원은 “안내 렌즈삽입수술의 위험성으로 황반원공이 발생할 가능성을 설명할 의무가 있음에도 이를 이행하지 아니하였다.”고 하면서, 이 경우 오직 위자료의 배상책임만을 발생하는 것을 전제로 하고 있다. 그렇지만, 만일 설명의무를 제대로 이행하였을 경우, 환자가 시술을 받지 않았을 것으로 인정되면 시술에 따른 황반원공이 비록 진료상의 과실로 인한 것이 아니라 하더라도, 그로 인한 재산상의 손해 및 정신상 고통에 대한 배상도 해야 한다. 그에 반해 황반원공의 발생 가능성에 대해 설명을 했더라도, 환자가 시술에 승낙을 하였을 것으로 인정되면 - 즉, 설명의무 위반과 손해 간에 인과관계가 없다면 - 의사에게는 손해배상 책임을 지워서는 안되며, ‘자기결정권 침해 위자료’의 배상책임도 지워서는 안 된다. 그런데 대법원은 설명의무 위반과 황반원공(으로 인한 손해) 간의 인과관계에 관해 전혀 판단을 하지 않은 채, 단지 결과와는 무관한 - ‘자기결정권 침해’에 대한 - 위자료의 책임을 지우고 있는 것이다. 이는 마치 가령 금융투자업자가 고객에게 금융투자상품에 관한 설명의무를 위반한 경우, 그로 인해 고객이 입은 손해와의 인과관계를 따져 배상할 손해를 산정¹¹⁶⁾하지 않고, 그 손해와의 인과관계 무관하게 자기결정권 침해로 인한 위자료를 배상하라는 것과 같이 현행법과 부합하기 어려운 것이다.

IV. 맺음말

위에서 의사의 설명의무 위반을 둘러싸고 판례가 펼치고 있는 이론을 정리해 보고, 그 문제점을 살펴본 다음 필자의 대안을 제시해 보았다. 이를 간략히 정리해 본다.

① 의료침습은 의학적 필요성에 의해서가 아니라 환자의 승낙에 의해 위법성이 조각된다. 환자의 승낙 없이 이루어진 의료침습은 신체상해이며, 단지 환자의 자기결정권 침해에 불과한 것이 아니다. 자기결정권은 그 자체가 보호법익이 아니라, 환자의 생명이나 신체가 예상하지 않았던 위험에 직면하지 않도록 보호하기 위한 것이다. 위법성 조각

116) 대법원 2015. 1. 29. 선고, 2013다217498 판결; 대법원 2010. 11. 11. 선고, 2008다52369 판결 등 참조.

사유로서 승낙은 승낙능력, 법익의 처분가능성 등 일반적인 요건을 갖추는 것으로 충분하며, 의사측의 설명이 그 유효요건인 것은 아니다. 설명의무를 위반하였다고 하여, 의료침습 자체가 위법하게 되고, 의사측이 고의의 상해에 따른 책임을 져야 하는 것은 아니다. 의사의 설명의무는 진료상의 의무와 마찬가지로 환자가 예기치 못한 신체 또는 건강상의 손해를 입지 않도록 보호하기 위해 지워지는 의무이다.

② 설명의무는 그 목적에 따라 크게 세 가지로 나누어 볼 수 있다. 먼저 환자가 의료침습을 받을 것인지를 판단함에 있어서 필요한 정보, 특히 문제된 의료침습의 위험성에 관한 정보를 제공하기 위한 ‘자기결정 설명’(또는 ‘위험설명’)이 있다. 다음으로 환자의 치료성과를 달성하기 위해 필요한 정보 - 예컨대, 삼가야 할 행동이나 음식 등 - 를 제공하는 ‘진료목적 설명’(또는 ‘안전설명’)이 있다. 끝으로 특히 고가의 진료비가 소요되거나 자기부담액이 많은 진료 등을 함에 있어서 해야 하는 ‘비용(관련) 설명’이 있다.

③ 설명의무는 환자가 필요한 정보를 제공받아 의료과정을 스스로 결정하도록 하는 것, 그 자체를 위한 것은 아니다. 환자로 하여금 스스로 예상하고 감수하지 않은 손해를 입지 않도록 보호하기 위한 것이다. 진료상의 의무는 의학상의 원칙으로부터 벗어난 진료행위의 위험으로부터 환자를 보호하기 위한 것이라면, 설명의무는 예상치 못한 불이익에 직면하지 않도록 하는 방법으로 환자를 보호하기 위한 것이다. 위에서 말한 세 가지 설명의무도 내용과 세부목적은 다르지만 이 점에 있어서는 다르지 않다. 자기결정 설명도 환자로 하여금 설명 받음으로 인한 만족감이나 스스로 선택하여 의료과정에 참여하였다는 자존감을 느끼게 하기 위한 것이 아니다.

④ 의료침습의 위법성 조각사유인 환자측의 승낙에 관하여는 의사측에서 증명책임을 지지만, 설명의무 위반 여부가 다투어지는 경우에는 손해배상을 청구하는 환자측에서 필요한 설명을 받지 못했음을 증명하여야 한다. 이는 진료상의 의무위반의 경우와 다르지 않다. 다만 의사나 병원측에는 설명의무 이행 여부의 해명에 협력할 소송법상의 의무를 인정할 수 있을 뿐이다.

⑤ 설명의무 위반으로 인한 손해의 배상을 청구하기 위하여는, 그 위반과 주장된 손해(불이익)간의 인과관계가 존재하여야 한다. 이는 자기결정설명, 진료목적 설명과 비용관련 설명에 있어서 다르지 않다. 자기결정설명의 경우, 필요한 설명을 하였다면, 당해 진료를 받지 않았을 것이고, 따라서 불이익을 입지 않았을 것임이 증명되어야 한다. 이에 관하여는 환자측에서 증명책임을 진다. 이때 환자측의 주관적 사정이 고려되어야 함은 물론이다.

⑥ 설명의무 위반 사실 및 그것과 생명, 신체나 건강상 또는 경제적 불이익과의 인과관계가 증명되면, 의사측은 제393조(제763조)의 범위에서 손해배상을 하여야 한다. 설명의무를 위반하였더라도, 결과와의 인과관계가 증명되지 않으면 손해배상 책임이 발생하지 않으며, 위자료만의 배상책임도 없다.

결론적으로 의사책임법의 영역에서 판례가 전개해 온 여러 가지 특수한 이론들은 현행법상 근거를 찾기 어려운 것으로서, 판례를 통해 왜곡되어 온 책임법은 상술한 바와 같이 ‘정상화’되어야 할 것이다.

참고문헌

1. 단행본

- 권용우/김영규, 의료과오의 민사책임, 신양사, 2005.
- 김병일, 의료계약법론, 한국학술정보, 2006.
- 김상용, 채권각론 제2판, 화산미디어, 2014.
- 김준호, 채권법 이론·사례·판례 제5판, 법문사, 2014.
- 김홍엽, 민사소송법 제5판, 박영사, 2014.
- 배종대, 형법총론 제11판, 홍문사, 2013.
- 송덕수, 채권법각론, 박영사, 2014.
- 신현호/백경희, 의료분쟁 조정·소송 총론, 육법사, 2011.
- 오시영, 채권각칙, 학현사, 2010.
- 오영근, 형법총론 제3판, 박영사, 2014.
- 이재상, 형법총론 제7판, 박영사, 2011.
- Boumil, Marcia M./ Hattis, Paul A.: *Medical Liability (in a nutshell)*, 3rd. edition, West, 2011.
- Deutsch, Erwin/ Spickhoff, Andreas: *Medizinrecht. Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinprodukte-recht und Transfusionsrecht*, 6. Auflage, Springer, 2008.
- Geiß, Karlmann/ Greiner, Hans-Peter: *Arzthaftpflichtrecht*, 3. Auflage, C. H. Beck, 1999.
- Laufs, Adolf/Katzenmeier, Christian/ Lipp, Volker: *Arztrecht*, 6. Auflage, C. H. Beck, 2009.
- Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 69. Auflage, C. H. Beck, 2010.
- Park, Young-Kyu: *Das System des Arzthaftungsrechts. Zur dogmatischen Klarstellung und sachgerechten Verteilung des Haftungsrisikos*, Recht & Medizin Bd. 26, P. Lang, 1992.
- Säcker, Franz Jürgen/ Rixecker, Roland(Herausgeber): *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* Band 5 Schuldrecht Besonderer Teil III, 5. Auflage, C. H. Beck, 2009.
- Spickhoff, Andreas(Herausgeber), *Medizinrecht*, C. H. Beck, 2011.

2. 학술지

- 강봉석, “의사의 설명의무”, 법학논집 제7권 제1호, 이화여자대학교 법학연구소, 2002, 51-67쪽.
- 김경례/안법영, “의료사고의 손해배상과 위자료 산정 - 한국소비자원 의료피해구제 사례들의 일별”, 의료법학 제13권 제2호, 대한의료법학회, 2012, 179-214쪽.
- 김나경, “의사의 설명의무와 법적 이해”, 한국의료법학회지 제15권 제1호, 한국의료법학회, 2007, 7-28쪽.
- 김민규, “설명 의무 위반과 위자료”, 비교법학 제13집, 부산외국어대학교 법학연구소, 2002, 175-211쪽.
- 김성돈, “의사의 설명의무위반의 효과와 가정적 승낙의 법리”, 형사판례연구 21, 한국형사판례연구회, 2013, 27-63쪽.
- 김재국, “채혈 및 수혈시 주의의무와 설명의무”, 비교사법 제13권 제4호, 한국비교사법학회, 2006, 371-402쪽.
- 김종국, “설명 의무의 법적 지위”, 경희법학 제42권 제2호, 경희대학교 법학연구소, 2007, 189-216쪽.
- 김천수, “의사의 설명의무 - 서독의 학설 및 판례를 중심으로”, 민사법학 제7권, 한국민사법학회, 1988, 231-293쪽.
- 김충원, “의사 설명의무 위반 정도와 손해배상의 범위”, 판례연구 제21집 (2), 서울지방변호사회, 2007, 129-155쪽.
- 남동현, “설명 의무에 터잡은 진단적 의료행위의 법률적 효과”, 비교사법 제14권 제3호 (상), 한국비교사법학회, 2007, 541-575쪽.
- 박상엽, “의사의 설명의무”, 단국법학 제7권, 단국대학교 법학대학, 1999, 47-87쪽.
- 박종렬/김운신, “의사의 설명의무와 손해배상 범위에 관한 연구”, 법학연구 제27권, 한국법학회, 2007, 73-101쪽.
- 박종원, “의사의 설명의무의 범위와 그 위반의 효과”, 민사법연구 제10집 제1호, 대한민사법학회, 2002, 81-128쪽.
- 박태신, “의료소송에 있어서 설명의무의 기능”, 연세법학연구 제5권 제1호, 연세법학회, 1998, 555-603쪽.
- 범정철, “미용성형수술의 후유증에 관한 의사의 설명의무”, 의료법학 제3권 제2호, 대한

- 의료법학회, 2002, 453-482쪽.
- 범정철, “의사의 설명의무와 환자의 자기결정권”, 의료법학 제4권 제2호, 대한의료법학회, 2003, 348-376쪽.
- 봉영준, “의료계약상 채무불이행과 위자료”, 의료법학 제14권 제2호, 대한의료법학회, 2013, 217-260쪽.
- 서영애, “의사의 지도·설명 의무의 내용과 손해배상책임의 범위 (대법원 2010. 7. 22. 선고 2007다70445 판결)”, 판례와 재판 제19집, 대구판례연구회, 443-471쪽.
- 송영민, “의사의 설명의무에 관한 최근 판례의 동향과 그 비판적 고찰”, 재산법연구 제23권 제3호, 한국재산법학회, 2007, 229-259쪽.
- 송영민, “설명 의무 위반의 판단구조”, 민사법의 이론과 실무 제17권 제1호, 민사법의 이론과 실무 학회, 2014, 125-158쪽.
- 안법영/백경희, “설명 의무와 지도 의무 - 설명 의무에 관한 최근 판례의 동향”, 안암법학 제40권, 안암법학회, 2013, 125-161쪽.
- 윤석찬, “의료과실과 설명 의무의 면제 - 대법원 2010. 6. 24. 선고 2007다62505 판결”, 재산법연구 제29권 제1호, 한국재산법학회, 2012, 181-203쪽.
- 이덕환, “미국법과 독일법상 의사의 설명 의무”, 비교사법 제3권 제1호, 한국비교사법학회, 1996, 229-250쪽.
- 이수경, “의사의 설명 의무 위반으로 인한 손해배상 책임”, 판례연구 제24집 (1), 서울지방 변호사협회, 2010, 72-120쪽.
- 이영환, “의사의 설명 의무와 환자의 승낙”, 재산법연구 제1권 제1호, 한국재산법학회, 1984, 19-70쪽.
- 이정선, “지도·설명 의무 - 판례 경향을 중심으로”, 의료법학 제14권 제2호, 대한의료법학회, 2013, 143-172쪽.
- 이태섭, 의사의 설명 의무 위반에 대한 민사 책임, 한양대학교 대학원 석사학위 논문, 2011.
- 전병남, “의사의 설명 의무 위반과 손해배상 책임”, 의료법학 제3권 제1호, 대한의료법학회, 2002, 270-288쪽.
- 전병익/박상호, “의료과오의 민사법적 책임에 관한 연구 - 의사의 설명 의무와 입증 책임을 중심으로”, 동의법정 제14집, 동의대학교 법학연구소, 1998, 91-114쪽.
- 정기웅, “의사의 설명 의무와 환자의 승낙”, 민사법학 제39권 제1호, 한국민사법학회, 2007, 439-478쪽.

- 조재건, “의료과오소송에 있어서의 입증책임”, 민사법연구 제8집, 대한민사법학회, 2000, 295-323쪽.
- 창신연, “의사의 설명의무에 관한 연구”, 의생명과학과 법 제5권, 원광대학교 법학연구소, 2011, 131-154쪽.
- 채 순, “의사의 치료 전 설명의무와 환자의 동의권(자기결정권)”, 비교사법 제14권 제4호, 한국비교사법학회, 2007, 477-521쪽.
- 최민수, “의료행위에 있어 환자의 진료거부와 의사의 설명의무 (이른바 informed refusal) - 대법원 2011. 11. 24. 선고 2009다70906 판결”, 한국의료법학회지 제21권 제1호, 한국 의료법학회, 2013, 127-152쪽.
- 한삼인, “설명 의무론과 자기결정권의 법적 평가”, 비교사법 제2권 제1호, 한국비교사법 학회, 1995, 247-267쪽.

[Abstract]

Schadensersatz wegen der Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht -Kritische Untersuchung der Rechtsprechung-

Park, Young-Kyu*

Nach der koreanishchen Rechtsprechung unterliegt die Haftpflicht des Arztes besonderen Regeln, die in keinem anderen Rechtsgebiet Anwendung finden. Hier werden diese Sonderregeln kritisch analysiert und richtige Lösungen zu finden versucht. Nach der nun ständigen Rechtsprechung sollte der Arzt, der die Aufklärungspflicht verletzt hat, für den Schaden haften, den der Patient dadurch erlitt hat, daß er das Selbstbesitimmingsrecht nicht wahrnehmen könnte. Der Patient könne das Schmerzensgeld auch dann verlangen, wenn der Kausalzusammenhang zwischen der Aufklärungspflichtverletzung und dem körperlichen bzw. gesundheitlichen Schadenserfolg nicht bewiesen ist. Er könne den Ersatz des gesamten Schaden (Vermögensschden und Schmerzensgeld) aber nur verlangen, wenn er diesen Kausalität beweisen kann. Diese Haftungsform ist jedoch schwerlich dem geltenden Haftungsrecht zu vertragen. Das Selbstbestimmungsrecht ist nicht für das selbst, sondern dafür eingeführt, daß der Patient dadurch vor den von ihm nicht voraussehbaren Schaden geschützt weren kann. Außerdem läßt es sich kaum rechtfertigen, daß der Arzt auch dann das Schmerzensgeld zu bezahlen hat, wenn der Schadenserfolg auch ohne die Aufklärungspflichtverletzung entstanden hätte. Dies kann dazu führen, daß die Behandlungsseite in meisten Fällen für das Schmerzendgeld haftbar gemacht werden kann, da die rechtlich erforderlichen Aufklärung in der Wirklichkeit schwer voll zu erfüllen ist.

Diese Probleme ergeben sich m. E. daraus, daß die Praxis die Arzthaftungsfälle nicht streng nach den geltenden Recht, sondern leichthin willkürlich zu lösen versucht hat. Wir müssen aber auch in schwierigen Fällen an den Prinzipien festhalten. Wenn der Arzt die erforderliche

* Professor, Dr. jur. at Law School of University of Seoul

Aufklärung des Patient vernachlässigt, haftet er für den dadurch entstandenen Schaden (Vermögens- und Nichtvermögensschaden) nach Maßgabe des § 393 KBGB, wenn der Kausalzusammenhang zwischen der Pflichtverletzung und den Schadenserfolg nachweisbar besteht. Wenn diese Kausalität nicht nachweisbar besteht, braucht der Arzt das Schmerzensgeld nicht zu bezahlen. In diesem Aufsatz werden die richtigen Wege zu befriedigenden und dem geltenden Recht verträglichen Lösungen zu finden versucht.

[Key Words] Aufklärungspflicht, Einwilligung des Patienten, Selbstbestimmungsrecht, Schmerzensgeld, Kausalzusammenhang, Beweislast