

# 의사의 설명의무위반과 손해배상책임

-대법원 1996.4.12. 선고 95다56095 판결-

全炳南\*

I. 사건개요 및 판시내용	4. 설명의무의 내용
1. 사건개요	5. 설명의무위반의 입증책임
2. 판시내용	6. 설명의무위반으로 인한 손해배상의 범위
II. 연구	III. 이 사건의 경우
1. 설명의무의 의의	1. 설명의무의 이행여부
2. 연혁(의료소송에 도입되게 된 동기)	2. 손해배상의 범위
3. 설명의무의 법적 성질	3. 과실여부에 대한 검토

## I. 사건개요 및 판시내용

### 1. 사건개요

소외 망 甲은 당시 18세 2개월의 여고 3년생으로 1990.4.7.경부터 발병한 미추 16전뼈(속칭 꼬리뼈 또는 엉덩이뼈)의 통증을 이유로 같은 달 12. K종합병원을 경영하는 정형외과의사인 피고 A로부터 미골통이라는 진단을 받고 주사 및 투약처방을 받은 후 귀가하였다가 통증이 계속되자 같은 해 7.9. 09:00경 다시 위 병원에서 피고의 진찰을 받았다. 그때 피고는 위 甲을 검진하여 미골통이라고 진단하고 이를 근원적으로 치료하기 위하여 미골절제술을 시행하기로 하고 같은 달 21. 그의 부모인 P1, P2의 수술동의를 받은 후 수술전 기본적인 검사인 엑스선 검사, 혈액검사, 소변검사, 간기능검사, 심전도검사 등을 하여 그 결과가 수술하는데 지장이

\* 변호사

없는 “정상”으로 판명되자 같은 날 14:10경부터 같은 날 15:25경까지 사이에 위 병원 수술실에서 마취과 의사인 피고 B의 할로테인 마취하에 미골 절제술을 시행하였다. 甲은 절제수술 후 같은 날 16:00경 위 병원 응급실로 옮겨지고 의식을 회복하였으며, 다음날부터 수술부위의 통증도 진정되는 등 경과가 좋아 같은 달 28.경에는 수술부위의 실밥을 뽑고 약 2시간 정도 외출도 하였으나, 다음날인 같은 달 29. 11:30경부터 구토를 하고 체온이 38.7°C로 상승하면서 고열과 오한증세를 보이자 같은 날 19:00경 간기능검사, 뇨검사, 위달검사(WIDAL)를 하여 이상을 발견하지 못하였으나 다음날인 30.에도 고열과 구토가 계속되자 위 병원 내과 의사인 C의 지시에 따라 혈액검사를 시행한 결과 백혈구 감소증상이 발견되어 열성질환인 의사(擬似)장티프스의 치료를 받았는데, 다음날인 같은 달 31.에도 체온이 40°C까지 상승하고 달리 호전의 기미를 보이지 않아 다시 간기능검사를 한 결과 GOT, GPT 수치가 정상수치인 40정도를 훨씬 넘는 200이상으로 판명되자 마취제에 의한 간염증세의 의심을 하고 같은 날 20:25경 J 종합병원으로 옮겨 치료를 받았으나, 같은 해 8.11. 유전적 특이체질에 의한 면역반응과 과감각현상에 따라 마취제인 할로테인에 의하여 유발된 것으로 추정되는 전격성 간염 등으로 사망하였다. 한편 甲의 이모인 소외 乙은 같은 해 7.6. 위 K종합병원에 입원하여 같은 달 9. 피고 B로부터 같은 마취제를 투여받아 마취된 상태에서 피고A로부터 우척골 골절 등의 정복수술을 받았는데, 같은 달 20.부터 고열과 오한이 있어 간기능검사, 혈액검사 등을 받았으나, 이상을 발견하지 못하고 있던 같은 달 25.부터 황달증세를 보이고 같은 달 29.에는 복수현상을 보여 다시 J종합병원으로 옮겨 치료를 받았으나 같은 해 8.7. 사망하였고, 그 사인은 할로테인에 의한 전격성 간염으로 추정되었다.

## 2. 판시내용

### 가. 원심의 판단

원심은, 甲은 대학입학시험을 준비중인 고교3년생으로서 위 미골통 이

외에는 다른 병이 없이 건강하였으며, 위 미골통은 그 자체로서는 생명에 지장을 초래하는 중대한 질환이 아니고, 甲은 위 수술을 받으러 가면서 스스로 걸어갈 정도의 상태였으며, 甲의 이모인 乙이 위 K종합병원에서 피고들로부터 위와 같은 수술을 받은 후 고열 등 이상증세를 보이기 시작한 직후였으므로, 피고들로서는 甲 또는 그의 부모인 P1, P2에게 위 미골절제술이 불가피한 수술이었는지 또는 할로테인에 의한 마취로 인하여 발생할 수 있는 부작용들에 관하여 상세한 설명을 하여 주었어야 할 의무가 있고, 甲이나 부모인 P들이 그러한 설명을 들었더라면 선뜻 위 수술이나 위 마취방법에 동의하지 않았을 수도 있었을 것인바, 피고들이 그러한 설명을 다하지 않은 과실과 위 甲의 사망과의 사이에는 상당인과관계를 인정함이 상당하다고 할 것이므로, 피고들은 공동불법행위자로서 연대하여 甲 및 P들이 입은 손해를 배상할 책임이 있다고 판시하였다.

#### 나. 대법원의 판단

(1) 일반적으로 의사가 환자에게 수술 등 인체에 위협을 가하는 행위를 함에 있어 그에 대한 승낙을 얻기 위해서는 환자 본인 또는 그 가족에게 그 질병의 증상, 치료방법의 내용 및 필요성, 발생이 예상되는 위험 등에 관하여 당시의 의료수준에 비추어 상당하다고 생각되는 사항을 설명하여 그 환자가 필요성이나 위험성을 충분히 비교하여 그 의료행위를 받을 것인가의 여부를 선택할 수 있도록 하여야 할 의무가 있고, 이와 같은 의사의 설명의무는 그 의료행위에 따르는 후유증이나 부작용이 당해 치료행위에 전형적으로 발생하는 위험이거나 회복할 수 없는 중대한 것인 경우에는 그 발생가능성의 희소성에도 불구하고 설명의 대상이 된다.

(2) 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 설명의무위반이 구체적 치료과정에서 요구되는 의사의 주의의무위반과 동일시할 정도의 것이어야 하고 그러한 위반행위와 환자의 사망과의 사이에 인과관계가 존재함이 입증되어야 한다.

## II. 연 구

### 1. 설명의무의 의의

의사의 치료행위는 일반적으로 환자의 신체에 대한 침습을 포함하는 것이므로 이것이 정당한 행위가 되기 위해서는 기본적으로 의술적 적정성과 의학적 적응성을 갖추어야 함은 물론 환자의 유효한 동의를 얻어야 하고, 의사는 환자의 유효한 동의를 얻기 위하여 질병의 종류·내용 및 그 치료방법과 이에 따른 위험에 관하여 적절하고 충분한 설명을 하여야 할 의무를 부담한다. 이러한 설명의무는 환자는 단순히 의사로부터 치료를 받는 객체에 불과한 것이 아니라 주체적인 존재라는 인식에 근거를 두고 있다.

오늘날 의료관계에서 의사에게 요구되는 설명의무는 환자보호를 우선하는 의료직의 윤리로서 고양되고 있으며, 헌법 제10조의 기본적 인권보장에 의해 뒷받침되는 법규범적 요청이다.<sup>1)</sup>

### 2. 연혁(의료소송에 도입되게 된 동기)

의사와 환자와의 사이에 전통적인 신뢰관계가 깨짐에 따라 의료분쟁이 점점 증가하는 추세에 놓여 있으며, 그 의료분쟁의 요체는 의사가 의료과오를 범하였느냐의 여부에 달려있으나, 그 과실의 입증은 역시 의료전문가인 의사의 도움을 받아야 가능한 것인데, 의사들 사이에 흐르고 있는 동료의식(이른바 침묵의 공모현상, Conspiracy of Silence)으로 환자측에서 의사의 과실을 입증하는 것은 사실상 불가능한 것이었다. 이러한 의료현실에 직면하여 의사의 전단적 의료행위로부터 환자의 권리를 보호하고자 하는 사상이 대두하게 되었고, 이에 따라 의사의 설명의무와 환자의 승낙

1) 안법영, 의료사고의 불법행위책임 -대법원과 독일연방법원(BGH)판결의 비교 고찰-, 법학논집 제33집, 고려대학교 법학연구소(1997), 277면.

권이 각국에서 여러 측면에서 논의되기 시작하였는데,<sup>2)</sup> 각국의 판례의 태도는 다소 차이는 있으나 의사가 치료에 임하여 환자의 승낙을 필요로 한다는 점에 대하여는 이를 모두 수용하고 있다.<sup>3)</sup>

### 3. 설명의무의 법적 성질

의사의 설명의무의 법적 성질에 대하여는 위법성조각사유로 보는 견해와 하나의 법적 의무로 보는 견해로 나뉘어져 있고, 후자는 다시 독립적 부수의무로 보는 견해와 독립적 주의의무로 보는 견해로 나뉜다.

#### 가. 학 설

첫째, 위법성조각사유설은 의사의 설명을 환자의 동의의 유효요건, 또는 전제조건으로 보고, 의사의 설명에 기한 환자의 동의를 의료침습행위에 대한 위법성조각사유로 본다. 즉, 환자의 동의가 없는 전단적 의료행위는 아무리 의술적 적정성이 있고 의학적 적응성이 높다고 하더라도 위법한 것이고, 따라서 환자의 동의는 위법한 전단적 의료행위의 위법성을 조각하는 사유로 보는 것이다. 위 견해에 의하면 의료행위는 신체침해행위이므로 성공한 의료행위라고 하더라도 환자의 동의가 없으면 의사는 신체침해에 대하여 불법행위책임을 지게 되는 것이다. 그리고 설명의무는 독립한 의무가 아니고, 유효한 동의를 얻기 위한 전제에 불과하다고 한다.

둘째, 독립적 부수의무설은 채무자의 급부의무를 주된 급부 의무와 부수의무로 구분할 때 부수의무는 주된 급부 의무의 이행의 완전성에 따라 독

2) 독일에서는 1894. 5. 31. 발목뼈에 결핵성 농양이 있는 7세된 여아에 대하여 2회에 걸쳐 수술을 하고 결국 그 발을 절단한 의사에 대하여 환자의 아버지가 자연치유법의 신봉자이고 외과적 수술에 반대하였음에도 외과수술을 하였다는 이유로 "외과수술은 객관적으로 상해행위이고, 위법성조각사유로서 환자나 법정대리인의 동의가 없는 치료행위는 그것이 비록 의학적으로 정당하고, 성공하였다고 하더라도, 독일형법상 상해죄의 구성요건을 충족한다"고 판시하였다. RGSt 25,375. 박일환, 의사의 설명의무와 환자의 승낙, 의료사고에 관한 제문제, 재판자료 제27집, 법원행정처(1985), 153면에서 재인용.

3) 박일환, 전제논문, 151면 이하.

립적 부수의무와 종속적 부수의무로 구분할 수 있는데, 진료계약상 의사의 의무 중 진료의무를 주된 급부의무라고 한다면, 설명의무는 환자의 자기결정권의 실행에 기여한다는 독자적임 목적을 추구하는 의무이므로 독립적 부수의무라고 한다.<sup>4)</sup>

셋째, 독립적 주의의무설은 의사의 설명의무를 과실인정의 전제개념인 주의의무의 하나로 본다.<sup>5)</sup> 이 견해는 의사의 설명의무를 환자의 동의와는 무관계한 것으로 보고, 또 치료상의 주의의무위반으로 파악한다.

#### 나. 판례의 태도

판례는 의사의 설명의무의 법적 성질에 대하여 명확한 태도를 보이고 있지 않으나, 대체적으로 위법성조각사유 내지 독립적 부수의무로 파악하고 있는 것으로 보고 있다.

##### (1) 위법성조각사유로 본 판례

대법원은 1997.7.22. 선고 96다37862 판결에서 “비록 의사의 적절한 판단에 의한 의료행위라 하여도 환자의 승낙이 있었을 때 비로소 그 위법성이 조각되는 것이라 할 것인데, ……일반적으로 진료계약의 체결에 의하여 당연히 환자의 신체나 그 기능에 대한 침해행위에 대하여 환자의 승낙이 있었던 것이라고 간주할 수는 없으므로, 담당의사로서는…… 환자에게 설명을 하고 환자의 개별적인 승낙을 받을 의무가 있고, 환자의 신체에 대한 침해행위에 대하여 환자의 승낙이 없었던 경우에 있어서는 의사의 행위가 치료목적으로서 성공되었는지 여부에 관계없이…… 위법하다는 평가를 면할 수 없다고 봄이 상당하다”고 판시하였다.<sup>6)</sup>

##### (2) 진료계약상의 의무 내지 위법성조각사유라고 본 판례

4) 이진성, 의사의 설명의무와 손해배상책임의 범위, 판례월보(2000. 2.), 20면; 이덕환, 의료행위와 법, 행법사(1998), 97면; 김천수, 설명의무를 해태한 의사측의 책임범위, 판례월보(1990. 2.), 23면.

5) 김상용, 불법행위론, 법문사(1997), 326면.

6) 기타 대법원 1998. 2. 13. 선고 96다7854 판결; 1996. 4. 12. 선고 95다56095 판결; 1995. 2. 10. 선고 93다52402 판결; 19994. 11. 25. 선고 94다35671 판결; 1994. 4. 15. 선고 92다25885 판결; 1992. 4. 14. 선고 91다36710 판결 등도 같은 취지이다.

대법원은 1999. 9. 3. 99다10479 판결에서 “의사는 환자에게 진료계약상의 의무 내지 침습 등에 대한 승낙을 얻기 위한 전제로서 당해 환자에게 설명하여 당해 환자가 그 필요성이나 위험성을 충분히 비교해 보고 그 의료행위를 받을 것인가의 여부를 선택할 수 있도록 할 의무가 있다”고 판시하였다.<sup>7)</sup>

### (3) 독립적 주의의무로 본 판례

대법원은 1987.4.28. 선고 86다1136판결에서 “의사로서는 성형수술이 그 성질상 긴급을 요하지 아니하고 성형수술을 하더라도 외관상 다소간의 호전이 기대될 뿐이며 다른 한편으로는 피부이식수술로 인한 피부제공체에 상당한 상처로 인한 후유증이 발생할 가능성이 있음을 고려하여 수술 전에 충분한 검사를 거쳐 환자에게 수술 중 피부이식에 필요하거나 필요하게 될 피부의 부위 및 정도와 그 후유증에 대하여 구체적인 설명을 하여 준 연후에 그의 사전동의를 받아 수술에 임하였어야 할 업무상 주의의무가 있고,…… 이 사건 성형수술로 피해자가 입은 피해는 의사의 위와 같은 주의의무를 다하지 아니한 과실로 인한 것이라고 할 것이다”고 판시하였다.

### 다. 검 토

의사의 설명의무는 환자의 합리적인 자기결정에 도움을 주도록 의사에게 특별히 지워진 독자적인 기능을 가진 의무이므로, 주된 급부의무인 진료의무와 병존하는 독립적 부수의무라고 할 것이다. 따라서 설명의무의 해태가 있는 의료행위는 곧 주의의무위반으로서 과실이 있는 의료행위가 되는 것이 아니고, 설명의무의 해태에 유책성이 있어도 시술상의 과오나 기타의 주의의무의 위반여부를 검토하여야 할 것이다. 또한 의사의 설명의무위반은 현행 민법상 의료계약위반의 채무불이행 내지 불법행위의 손해배상책임이 성립된다.<sup>8)</sup>

7) 대법원 1997. 7. 22. 선고 95다49608 판결; 1995. 1. 20. 선고 94다3421 판결; 1994. 4. 15. 선고 93다60953 판결 등도 같은 취지이다.

8) 안법영, 전계논문, 278면; 석희태, 의료과오 민사책임에 관한 연구, 연세대학교 박사학위

#### 4. 설명의무의 내용

##### 가. 설명의 주체, 상대방, 시기

설명 의무의 주체는 원칙적으로 당해 처치의 의사라 할 것이고, 특별한 사정이 없는 한 처치의 의사가 아닌 주치의 또는 다른 의사를 통한 설명도 충분하지만,<sup>9)</sup> 의사가 아닌 간호사나 의료기관의 사무직원에 의한 설명은 허용되지 않는다.<sup>10)</sup>

설명 의무의 상대방은 원칙적으로 당해 의료행위를 받는 환자 자신이며, 환자가 성인으로서 판단능력이 있는 이상 그의 친족이나 다른 사람에 대하여 설명을 하고 그들로부터 승낙을 받는 것은 허용되지 않는다.<sup>11)</sup> 환자가 미성년자여서 자기결정권을 행사하는데 필요한 이해력과 판단능력이 결여되거나 부족한 경우에는 일반적으로 그 보호자를 설명시에 참여시켜야 하고 그들의 동의를 얻어야 한다. 정신질환자가 의료침습의 의미와 효과에 대해 변식력을 가지고 있다면 그 환자의 동의는 유효하나, 그러한 능력이 없는 경우에는 법정대리인에게 설명하고 동의를 얻어야 한다.<sup>12)</sup>

설명 의무의 시기는 환자에게 침습의 중대성에 상응하는 의사형성을 위한 충분한 숙고기간을 고려하여 행하여져야 한다.<sup>13)</sup> 따라서 중대한 침습의 결과에 대하여는 침습 바로 전, 특히 수술직전에 설명을 해서는 안되며, 반면 경미한 침습이나 마취의 위험에 대하여는 침습 바로 전, 또는 전날 밤의 설명으로도 충분하다.

논문(1988), 35면; 대법원이 1999. 9. 3. 99다10479 판결 등에서 “의사는 환자에게 진료계약상의 의무 내지 침습 등에 대한 승낙을 얻기 위한 전제로서…… 설명할 의무가 있다”고 판시한 것은 의사의 설명의무가 계약법상 의무와 불법행위법상 의무라는 두 가지 성질이 있다는 취지로 보인다.

9) 대법원 1999. 9. 3. 선고 99다10479 판결.

10) 박일환, 전제논문 164면; 김성수·김도형, 의료판례의 종합적 분석 및 그 전망, 법조(1997.1.), 25-26면.

11) 대법원은 1994. 11. 25. 선고 94다35671 판결에서 “환자가 성인으로서 판단능력이 있는 이상 인척에 불과한 시숙의 승낙으로서 환자의 승낙에 갈음하는 것은 허용되지 않는다”고 판시하고 있다.

12) 이덕환, 전제서, 121면.

13) 안법영, 전제논문, 291면; 이덕환, 전제서, 122면.



## 나. 설명의 범위·기준

의사의 설명의무는 수술시에만 한하지 아니하고 검사·진단·처치 등 진료의 모든 단계에서 각각 발생한다 할 것이나, 모든 의료과정 전반을 대상으로 하는 것이 아니라 수술 등 침습을 과하는 과정 및 그 후에 나쁜 결과발생의 개연성이 있는 의료행위를 하는 경우 등과 같이 환자에게 자기결정권에 의한 선택이 요구되는 경우만을 대상으로 한다.<sup>14)</sup>

의사가 환자에게 하여야 할 설명의무의 대상은 환자의 증상, 침습의 내용, 정도, 수술 등 처치의 전망(효과·증상개선의 정도), 침습의 필요성, 및 수술 등 처치를 하지 않는 경우의 증상의 정도, 다른 치료방법으로는 목적을 충분히 달성할 수 없다는 점(보충성), 침습의 결과로 생기는 위험의 내용·정도 및 방지가능성, 당해 시설에 있어서 과거의 실적 등이다.<sup>15)</sup>

의사의 설명의무는 그 의료행위에 따르는 후유증이나 부작용의 발생가능성이 희소하다는 사정만으로 면제될 수 없고, 그 후유증이나 부작용이 당해 치료행위에 전형적으로 발생하는 위험이거나 회복할 수 없는 중대한 것인 경우에는 그 발생가능성의 희소성에도 불구하고 설명의 대상이 된다.<sup>16)</sup> 그러나 당해 의료행위로 인하여 예상되는 위험이 아니거나 당시의 의료수준에 비추어 예견할 수 없는 위험에 대하여는 설명할 필요가 없다.<sup>17)</sup>

한편 어느 정도의 설명을 다하면 의무를 이행한 것인가 하는 일반적인 기준에 대하여는, 평균적인 의사라면 설명할 수 있는 정보의 정도를 기준으로 하는 합리적 의사설, 평균적인 환자라면 필요로 하는 정보의 정도를 기준으로 하는 합리적 환자설, 당해 환자가 판단하기에 필요로 하는 정보의 정도를 기준으로 하는 개별적 환자설, 평균적인 의사가 당해 환자가 판단을 위하여 필요로 할 것으로 생각되는 정보의 정도를 기준으로 하는

14) 대법원 1995. 4. 25. 선고 94다27151 판결.

15) 석희태, 전제논문, 46면: 대법원은 1999.9.3. 선고 99다10479판결에서 “의사는 환자에게 …… 질병의 증상, 치료 방법의 내용 및 필요성, 발생이 예상되는 위험 등에 관하여 …… 설명할 의무가 있다”고 판시하였다.

16) 대법원 1995. 1. 20. 선고 94다3421 판결.

17) 대법원 1999. 9. 3. 선고 99다10479판결.

이중기준설 등이 제기된다.<sup>18)</sup> 이것은 객관적, 주관적 요소를 종합적으로 고려하여 정해져야 할 것으로서 보통은 ‘분별력있는 환자’ 또는 ‘당해 환자의 지위에 있는 합리적인 사람’이 자기결정을 위하여 필요할 것으로 여겨지는 사정에 대하여 개괄적으로 설명하면 충분하다 할 것이고,<sup>19)</sup> 구체적인 사정에 따라서는 이와 아울러 당해 환자의 특별한 사정 즉, 교육정도·연령·신조·심신상태 및 의사와의 관계 그리고 특히 환자가 중요시하는 사항도 함께 고려할 필요도 있다.

## 5. 설명의무위반의 입증책임

민법상 불법행위책임은 가해자의 고의·과실에 대하여는 피해자가 이를 입증하게 되어 있으므로, 의사의 진료상의 과실에 대한 입증책임은 환자가 부담하는 것이 원칙이다. 그런데 설명의무위반에 대한 입증책임에 대하여는 설명의무의 법적 성질에 근거하여 의사입증설과 환자입증설, 수정적 분배설로 나뉘어 진다.

### 가. 학 설

첫째로, 설명의무의 법적 성질을 위법성조각사유설에 기초로 하고 있는 견해에 따르면 설명의무이행에 대한 입증책임은 의사가 부담하여야 한다고 한다. 즉, 환자의 유효한 동의를 받지 않고 행한 모든 신체침습은 위법한 것이어서 불법행위의 구성요건에 해당하며 예외적으로 환자의 유효

18) 岩志和一郎, 醫療における患者の自己決定と醫師の責任, 韓일법학 18집(1999), 119면; 한삼인, 설명의무의 판단기준, 인권과 정의(1995.2), 82면 이하; 대법원은 1999. 9. 3. 선고 99다10479 판결에서 “의사는 당시의 의료수준에 비추어 상당하다고 생각되는 사항을 설명하여야 한다”고 판시하고 있으나, 이 판시만으로 설명의무의 기준이 명백하게 밝혀진 것이 아니다. 이에 대하여 신은주는 같은 취지의 판결(대법원 1994.4.15. 선고 93다60953 판결)에 대하여 대법원이 의사를 기준으로 설명의 범위를 판단하고 있다고 비판하고 있다. 의사의 설명의무위반과 손해배상책임, 판례월보(1995. 1.), 9면. 그러나 이는 주체에 대한 기준보다는 설명시에 요구되는 의료수준에 대한 판단으로 보인다.

19) 김민중, 의료계약, 사법행정(1991. 1.), 44면; 이덕환, 전게서, 112면; 이진성, 전게논문, 22면.

한 동의는 위법성조각사유가 되므로, 의사가 위법성조각사유인 설명과 동의의 존재에 대한 입증책임을 부담하여야 한다는 것이다.<sup>20)</sup>

둘째로, 설명의무의 법적 성질을 법적 의무, 즉 독립적 부수의무설과 독립적 주의의무설에 기초로 하고 있는 견해에 따르면 설명의무위반에 대한 입증책임은 환자가 부담하여야 한다고 한다. 즉, 불법행위의 존재는 원고가 부담하여야 하는 것이므로, 설명의무위반의 입증책임은 환자가 부담한다는 것이다.<sup>21)</sup>

셋째로, 설명의무위반의 입증분배는 의료사고 책임법적 기능과 본질에 비추어 환자가 충분한 설명을 들었더라면 수술 여부에 대해 진지한 갈등을 하였을 것이라는 것을 실증적으로 주장하고, 이를 사실심 법관이 자유심증에 의해 인정되는 경우에 의사측이 이를 반증하도록 한다는 것이다.<sup>22)</sup>

#### 나. 판례

대법원은 1994.4.15. 선고 93다52042판결에서 “위자료만을 청구하는 경우에는 의사의 설명결여 내지 부족으로 선택의 기회를 상실하였다는 사실만을 입증함으로써 족하고, 설명을 받았더라면 사망 등의 결과는 생기지 않았을 것이라는 관계까지 입증할 필요는 없으나,…… 위자료만이 아닌 전 손해의 배상을 구하는 이 사건의 경우에는…… 그러한 위반행위와 위 환자의 사망과의 사이에 인과관계가 존재함이 입증되어야 한다……”고 판시함으로써, 설명의무위반에 대한 입증은 환자에게 부담시키고 있다.<sup>23)</sup>

20) 신은주, 의사의 설명의무위반과 손해배상책임, 판례월보(1995. 1.), 9면; 이덕환, 전게서, 126면.

21) 김장환, 의사의 설명의무, 서울대학교 대학원 석사논문(1998. 2), 108면.

22) 안법영, 전계논문, 300면.

23) 그러나 대법원은 이 사건에서 “의사가 환자에게 수술 등 인체에 위협을 가하는 행위를 함에 있어 그에 대한 승낙을 얻기 위한 전제로서 환자에게…… 설명하여야 한다”고 판시함으로써 설명의무의 법적 성질을 위법성조각사유로 보고 있으면서도, 위법성조각사유인 설명의무이행에 대한 입증책임을 의사에게 부담시키는 것이 아니라 오히려 환자에게 설명의무위반에 대한 입증을 부담시키는 것은 논리가 맞지 않는다.

#### 다. 검 토

설명 의무란 이론 자체가 의료소송에 있어서 환자측의 입증곤란을 해소하기 위한 일종의 정책적 배경에서 대두되었다는 점을 고려하고, 또 설명 의무의 법적 성질이 독립적 부수의무라고 파악하는 이상 설명의무불이행에 대한 입증책임은 환자측이 부담하여야 한다. 더욱 설명의무의 이행여부에 대한 입증은 현대의학으로도 규명하기 어려운 과실이나 인과관계의 입증과는 달리 입증상에 어려움이 있는 것도 아니므로 입증책임을 전환하여야 할 특별한 이유도 없다.

### 6. 설명의무위반으로 인한 손해배상의 범위

설명 의무를 위반한 경우에 의사가 배상하여야 할 책임의 범위는 환자에게 발생한 전손해, 즉 재산적 손해와 정신적 손해 모두 포함시키는 것으로 볼 것인가, 아니면 정신적 손해로 한정하여야 할 것인가 하는 문제가 제기된다. 이는 의사에게 설명의무를 부과하고 환자에게 자기결정권을 인정하는 규범이 보호하고자 하는 법익이 무엇인가에 관한 관점에 따라 전손해설과 위자료설로 나뉜다.

#### 가. 학 설

첫째, 전손해설(신체침해설)에 의하면 의료침습은 그 자체로 위법하고 환자의 승낙이 있어야만 위법성이 조각되므로, 의학적 기준에 적합한 치료행위를 하였더라도 설명의무위반이 있으면 구성요건상 신체침해에 해당하여 전손해를 배상하여야 한다고 한다.<sup>24)</sup> 이 견해는 환자의 자기결정권의 보호법익에는 신체의 온전성도 포함된다는 것이다.

둘째, 위자료설(정신침해설)에 의하면 의사가 의술의 준칙에 부합하는 의료행위를 하였지만 설명의무를 위반하였다면, 그가 침해한 것은 환자의 신체를 침해한 것이 아니라 환자의 자기결정권이라는 일반적인 인격권을

24) 김민중, 전계논문, 43면; 이진성, 전계논문, 23면도 같은 취지로 보인다.

침해한 것이기 때문에 배상하여야 할 손해배상의 범위는 인격권의 침해에 따른 정신적 손해에 한정하여야 한다고 한다.<sup>25)</sup>

#### 나. 판례

대법원은 위 1994.4.15. 선고 93다60953 판결에서 “……환자가 자기결정권을 행사할 수 없게 된 데 대한 위자료만을 청구하는 경우에는 의사의 설명 결여 내지 부족으로 선택의 기회를 상실하였다는 사실만을 입증하면 족하나, 그 결과로 인한 모든 손해를 청구하는 경우에는 그 중대한 결과와 의사의 설명의 위반 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 동일시할 정도의 것이어야 한다”고 판시함으로써 설명의무위반으로 인한 손해배상의 범위는 위자료만의 청구와 전손해의 청구가 모두 가능하다고 보고 있다.

##### (1) 위자료만 인정한 판례

대법원 1995.1.20. 선고 94다3421 판결

개심수술후 뇌전색증으로 사망한 사건에서 “……원고의 심장질환의 증상정도가 개심수술이 필요한 상태였고……, 원고의 심장질환에 대한 근원적인 치료를 위해서는 가까운 장래에 위와 같은 개심수술을 할 수밖에 없었고, 또 원고로서도 그와 같은 개심수술을 받을 생각으로 위 국립의료원에 입원하였다는 것이므로…… 원고에게 설명의무를 다하였다 하더라도 원고가 반드시 그 수술을 거부하였을 것이라고 단정할 수도 없었던 점을 더하여 보면, 의사의 설명의무위반과 수술후에 나타난 뇌전색과의 사이에 상당인과관계가 있다고 보기 어렵다”고 판시하였다

대법원 1994.4.15. 선고 93다60953 판결

관상동맥우회술후 회복과정에서 심장마비증세가 발생하여 사망한 사건에서 “위 환자와 같이 관상동맥이 다발적으로 협착이 온 경우에는 약의 복용만으로

25) 김천수, 의사의 설명의무, 민사법학, 제7호(1988. 6), 278면; 신은주, 전제논문, 11면.

는 그 치료에 한계가 있고, 이 사건 관상동맥 우회술 당시의 피티씨에이공법은 내과에서 시술하는 치료방법으로써 동맥 1개부위가 좁아졌을 때에만 치료할 수 있을 뿐이어서, 위 환자와 같이 4군데에 협착이 있는 경우에는 심장마비의 우려가 있어 시술하기 곤란하여 결국 흉부외과에서 시행하는 우회술을 시술할 수밖에 없었으며, 위 환자가 당시 당뇨병환자였으나 심근경색등으로 인한 심한 흉통을 호소하고 있어 언제 심장마비가 올지도 모르는 상황이었다는 사실,…… 의사가 위 설명의무를 다하였다 하더라도 위 환자로서는 심근경색 등으로 인한 불안정성 협심증을 앓으면서 언제 닥칠지 모르는 죽음을 기다리는 외에는 관상동맥 우회술을 선택할 수밖에 없었던 점에 비추어 위 설명의무의 위반과 그 수술후에 일어난 심장마비 및 그로 인한 뇌저산소증에 의한 뇌손상과의 사이에는 상당인과관계가 없다고 봄이 상당하다고 할 것이다”고 판시하였다.

서울고등법원 1995.10.11. 선고 95나5433 판결

백내장 초음파 유화흡인술 후 망막박리가 발생한 사건에서 “백내장은 이를 그대로 방치하면 녹내장 등 더욱 큰 질병을 일으키게 되므로 이를 반드시 치료하여야 하고, 그 치료방법으로는 수술이 가장 일반적이고 보편적일 뿐 아니라 그 수술의 후유증도 적은 편에 속하며 원고도 인척관계에 있는 안과의사로 부터 백내장이라는 진단과 함께 수술을 하는 것이 좋다는 권유를 받고…… 피고에게 찾아가 백내장수술을 받게 되었으며, 그 후 후유증없이 정상으로 회복되었던 사실에 비추어 보면 설명의무위반은 위 원고에 대한 백내장 수술과 그 후의 치료과정에서 요구되는 의사의 주의의무위반과 동일시할 정도의 것이라고 인정하기 어렵다”고 판시하였다.

서울지방법원 서부지원 1996.6.7 선고 94가합13800 판결

간동맥조영술 후 뇌출혈로 사망한 사건에서 “……간동맥조영술은 간암의 확진은 물론 간암조직의 위치와 크기, 혈관의 해부학적 구조를 알 수 있어 간암 수술 등의 외과적 처치를 함에 있어 필수적이고 항암제의 투여, 간동맥색전술을 함께 시행하여 치료의 효과도 도모할 수 있는 시술로서 널리 사용되어 왔고, 망인에 대한 간조직검사 결과 동인의 간우엽부분의 종괴는 암세포로 밝혀진 사실……을 보면, 위 설명의무위반이 의료행위에서 의사로서의 주의의무위반과 동일시할 정도의 것이라고 할 수 없다”고 판시하였다.

## (2) 전손해를 인정한 판례

대법원 1996.4.12. 선고 95다56095 판결- 이 사건 대상판결임

인천지법 1986.10.30. 선고 86가합1100 판결

갑상선수술 후 성대마비와 부갑상선기능저하증이 발생한 사건에서 “수술당시의 환자의 자각증상이나 집도의사의 초진소견 등으로 미루어 그 수술을 그 시점에서 시급히 하지 않으면 안될 긴급한 사정이 있었다고는 보여지지 않는 경우 그 수술은 그에 따른 설명의무를 위반한 수술이라 할 것이니, 피고는…… 원고가 입은 모든 손해를 배상할 책임이 있다”고 판시하였다.

서울지법 서부지원 1999.3.26. 결정 99머3649 조정

관상동맥조영술검사후 아낙필락시스성 쇼크로 사망한 사건에서 “망인이 약간의 심장통증 이외에는 다른 병이 없이 건강하여 이 사건 수술을 받으러 가면서도 스스로 걸어서 갈 정도의 상태였고, 위 질환 그 자체만으로는 당장 생명에 지장을 초래한 중대한 질환이 아니므로…… 설명의무위반과 사망과의 사이에는 상당인과관계가 있다”고 전제한 다음 피고의 전손해배상을 전제로 하는 조정을 하였다.

### (3) 판례의 태도

이러한 판례들을 검토해보면 설명의무위반으로 인한 손해배상책임의 범위에 있어 전손해의 배상을 구할 수 있다는 전제하에 있는 것이므로, 대법원이 신체침해설(전손해설)의 입장을 취한 것으로 볼 여지도 있으나,<sup>26)</sup> 그보다는 판례는 설명의무의 위반정도에 따라 정신침해와 신체침해에 대하여 이중적인 기준을 적용하면서 두 가지 모두를 인정함으로써 절충설적 견해를 취하고 있다. 그리고 판례가 인정하고 있는 설명의무의 위반정도의 기준은 대체적으로 수술의 긴급성 또는 불가피성에 근거하고 있다(즉, 수술의 긴급성, 불가피성이 없음에도 불구하고 설명의무를 위반하였다면, 이는 진료상 주의의무위반과 동일시할 정도의 설명의무위반으로 보아 전손해 배상을 명하고 있다).

### 다. 검토

의사의 적정한 설명은 일차적으로 환자의 자기결정권의 보장을 지향하

26) 이진성, 전제논문, 23면.

고 있으나 궁극적으로는 환자의 생명과 신체의 보호에 있다고 할 수 있다.<sup>27)</sup> 따라서 설명의무를 환자의 자기결정권 내지 알권리의 보장, 즉 인격권의 보호에 국한하여 정신적 손해배상에 한정하거나, 이와 반대로 의사의 진료행위 전부를 위법한 것으로 평가하여 모든 손해의 배상을 인정하려는 견해도 타당하지 않다. 따라서 설명의무위반으로 인한 손해배상의 범위는 법원이 취하고 있는 것처럼 설명의무의 위반 정도를 고려하여 정하여야 한다.

더욱 진료상의 과실이 없는 의사에 대하여 설명의무를 위반하였다는 이유만으로 전손해 배상을 너무 쉽게 인정하게 되면 진료위축을 초래할 우려가 있으므로 신중을 기하여야 할 것이다. 법원이 전손해배상을 명함에 있어서는 ① 환자의 생명, 신체에 대한 의료적 침습과정에서 요구되는 의사의 주의의무위반과 동일시할 정도의 설명의무위반과, ② 위 설명의무위반과 결과와의 사이에 상당인과관계를 요구하고 있는 것도 이러한 맥락에서 파악할 수 있다.

그러나 법원이 전손해배상을 명하는 경우는 의료상 주의의무위반과 동일시할 정도의 설명의무위반이 있는 때라고 판시하고 있으나, 이러한 비교적 판단기준은 양자가 본질적으로 다른 입증대상, 즉 전자는 전문직업적 의료수준의 주의기준에 따른 객관적인 판단인 반면,<sup>28)</sup> 후자는 환자 개인의 심정적 정황에 대한 주관적 가정적 판단이라는 것을 혼동하고 있다.<sup>29)</sup> 따라서 상이한 기준에 의해 판단되어야 할 것임에도 불구하고 양자를 동일한 차원에서 등가적으로 비교·교량하는 것은 모순이다.

또한 법원은 「의료상 주의의무와 동일시할 정도의 설명의무위반」에 대하여는 대체로 수술의 긴급성 또는 불가피성 여부를 그 판단기준의 하나로 제시하고 있으나, 여전히 그 의미는 모호하다.<sup>30)</sup> 따라서 이러한 기준의 설정은 판례의 축적으로 해결할 수밖에 없을 것이다.

27) 안법영, 전계논문, 314면.

28) 대법원 1998. 7. 24. 선고 98다12270 판결.

29) 안법영, 전계논문, 297면.

30) 신은주, 전계논문, 10면.



### Ⅲ. 이 사건의 경우

#### 1. 설명의무의 이행여부

법원이 이 사건에서 의사가 환자에게 설명하여야 할 사항으로 확정한 것은 미골절제술 자체에 관한 것과 마취제의 사용에 따른 부작용에 대한 것이다.

##### 가. 미골절제술에 대한 설명

위에서 살펴본 바와 같이 의사가 환자에게 하여야 할 설명의무의 대상에는 환자의 증상을 비롯하여, 침습의 필요성, 다른 치료방법으로는 목적을 충분히 달성할 수 없다는 점(보충성) 등이므로, 피고들이 소외 망 甲에 대하여 이 사건 미골절제술을 시행함에 있어 수술 이외에 다른 치료법이 있는지 또는 수술이 불가피한 것 인지의 여부에 설명을 하지 않았다면, 이는 미골절제술에 대한 설명의무를 위반한 것으로 보아야 한다.

##### 나. 마취의 부작용에 대한 설명

의사의 설명의무는 그 의료행위에 따르는 후유증이나 부작용의 발생가능성이 희소하다는 사정만으로 면제될 수 없고, 그 후유증이나 부작용이 당해 치료행위에 전형적으로 발생하는 위험이거나 회복할 수 없는 중대한 것인 경우에는 그 발생가능성의 희소성에도 불구하고 설명의 대상이 된다 할 것이므로, 할로테인의 사용에 따른 부작용의 발생가능성이 1/10,000 정도로 희소하기는 하지만, 일단 그 전형적인 부작용인 전격성 간염을 일으키는 경우에는 그 사망률이 50-100%정도에 이른다는 점을 감안한다면, 피고들이 망 甲과 그의 부모들에게 이러한 설명을 하지 않았다면, 이 역시 마취제의 부작용에 대한 설명의무를 위반한 것으로 보아야 한다.

## 2. 손해배상의 범위

가. 위에서 본바와 같이 피고들이 망 甲 및 그의 부모들에게 수술의 필요성, 마취제의 부작용 등에 대하여 설명을 하지 않은 것은 사실이다. 그러나 이러한 설명의무위반으로 인하여 피고에게 전손해를 명하기 위해서는 피고들에게 진료상의 주의의무위반과 동일시할 정도의 설명의무위반이 있었는지 즉, 이 사건 미골절제술이 긴급하였는지 또는 불가피하였는지의 여부를 살펴보고, 그러한 설명의무위반과 사망이라는 결과 사이에 상당인과관계가 있는지 여부를 검토한 후 결정하여야 한다.

그런데 판시에 따르면 피고들은 망 甲에게 위 미골절제술이 불가피한 수술이었던지의 여부에 대하여 설명을 하지 않았다는 것이므로, 법원이 인정한 사실만을 가지고는 과연 망 甲에게 미골절제술이 불가피한 수술이었던지의 여부를 확정할 수 없다(다만 법원은 망인이 다른 병이 없이 건강하여 이 사건 수술을 받으러 가면서도 스스로 걸어서 갈 정도였고, 미골통 자체로는 생명에 지장을 초래하는 중대한 질환이 아니라고 한 취지로 보아 이 사건 미골절제술이 불가피한 수술이 아니라고 판단한 것으로 보이나, 이러한 점만 가지고 수술의 불가피성 여부를 판단하기는 곤란하다).

따라서 법원이 설명의무위반으로 인한 전손해를 명하기 위해서는 우선 미골절제술이 불가피한 수술이었던지의 여부를 먼저 확정하였어야 하고, 그런 연후에 위 수술의 불가피성이 인정되지 않는 경우에 한하여 전손해 배상을 명하였어야 함에도 불구하고 법원은 이러한 점을 간과하고 전손해 배상을 명한 잘못이 있다.

나. 또한 법원은 설명의무위반과 결과 사이에 상당인과관계를 요구하고 있는데, 그 인과관계의 인정기준은 환자의 가정적 동의이다. 즉, 환자가 의사의 설명을 들었더라면 수술에 동의하지 않았을 것이라는 것이 인정되면 상당인과관계를 인정할 수 있다는 것이다.

그런데 법원은 이 사건에서 “망 甲이 할로테인에 대한 부작용을 들었더라면 위 마취방법에 동의하지 않았을 수도 있었을 것”이라고 판시하고

있으나, 할로테인의 부작용이 중대한 것이기는 하지만 그 발생가능성이 0.01%(1/10,000)에 불과하다면 과연 환자들이 0.01%의 부작용 발생가능성을 우려하여 마취방법에 동의를 하지 않았을 것인지, 아니면 나머지 99.99%의 안전성을 신뢰하여 마취방법에 동의하였을 것인지의 여부에 대하여는 강한 의문이 제기된다.<sup>31)</sup> (“망 甲이 수술에 대한 설명을 들었더라면 위 수술에 동의하지 않았을 것”인지의 여부는 위에서 본 바와 같이 수술의 불가피성에 대한 판단이 모호하기 때문에 판단을 유보한다).

### 3. 과실여부에 대한 검토

법원이 확정된 사실에 의하면, 피고들은 망 甲에 대한 미골절제술 전에 간기능검사 등의 기본검사만을 하고 할로테인 마취제를 사용할 수 없는 경우에 대비하여 조사하였어야 할 위 망 甲의 병력 등에 대하여는 사전 조사를 하지 아니한 채 수술실에서 문진을 하고서 곧바로 수술을 시행하였다는 것이다(더욱 위 수술 직전에 甲의 이모가 피고들로부터 할로테인 마취제를 사용하여 수술을 받은 후 고열 등 이상증세를 보이기 시작하였음에도 불구하고). 그렇다면 피고들로서는 할로테인 마취 전 망 甲에 대한 병력 등에 대한 사전조사를 하지 않은 과실이 있고, 이러한 과실에 의하여 망인이 사망하였다고 볼 여지도 있으므로, 피고의 설명의무위반에 앞서, 또는 이와 병행하여 피고의 과실여부에 대한 판단이 이루어졌어야 하는 것이 아닌지 의문이다.

31) 대법원 19924. 4. 15. 선고 92다25885 판결에 의하면 “환자가 의사로부터 올바른 설명을 들었더라도 위 투약에 동의하였을 것이라는 이른바 가정적(假定的) 승낙에 의한 의사의 면책은 의사측의 항변사항으로서 환자의 승낙이 명백히 예상되는 경우에만 허용된다 할 것이다”고 판시한 바 있는데, 이 사건에서도 의사가 이러한 항변을 하는 경우에 환자의 승낙이 명백히 예상되는 경우에 해당한다고 하여 면책이 될지의 여부는 별도로 고려해보아야 할 것이다.