

## 醫師의 說明義務에 관한 몇 가지 特殊問題

김민중\*

- |                             |                      |
|-----------------------------|----------------------|
| I. 序論                       | 2. 新醫藥品과 說明義務        |
| II. 擴大手術에 대한 說明義務           | 3. 플라시보(僞藥)과 說明義務    |
| 1. 問題의 提起                   | V. 診療上の 特權에 의한 無說明   |
| 2. 手術前의 段階에서의 擴大手術에 대한 說明義務 | 1. 問題의 提起            |
| 3. 手術段階에서의 擴大手術에 대한 說明義務    | 2. 診療上の 特權이 인정되는 경우  |
| 4. 結語                       | 3. 結語                |
| III. 初歩醫師의 說明義務             | VI. 醫療過誤에 대한 說明義務    |
| 1. 問題의 提起                   | 1. 問題의 提起            |
| 2. 初歩醫師의 說明範圍               | 2. 醫師의 過誤說明에 대한 法理構成 |
| IV. 醫藥品에 대한 說明義務            | 3. 結語                |
| 1. 問題의 提起                   | VII. 結論              |

### I. 序論

의료행위를 실시하기 위하여 의사는 우선 환자에게 충분한 설명을 하여야 하고, 의사의 설명에 근거한 환자의 동의에 근거하여 의료행위를 실시하여야 하는 원칙을 의료행위에서의 설명동의(informed consent)의 원칙이라고 한다. 의료행위에 적용되는 설명동의의 원칙에 의하여 의사가 환자에게 치료행위와 그 위험성에 대하여 충분한 정보를 제공하고 그 정보에 기초한 환자의 동의에 의하지 아니한 의료침습은 전단적 의료행위로서 적법한 의료행위가 되지 아니하고 위법행위가 된다. 그러므로 의료행위가 의학적으로 적절한 선택에 해당하고 치료행위가 의학수준에 일치하는 경우에도 의사의 설명과 환자의 동의가 없는 한 치료행위를 통한

\*全北大學校 法科大學 教授·法學博士

신체에 대한 침해의 위법성이 조각되지 아니하여 의사는 설명의무의 위반에 대한 책임을 부담한다.

판례<sup>1)</sup>나 학설상으로<sup>2)</sup> 이미 의사가 의료행위를 실시하기 위하여는 의사의 설명의무와 환자의 동의가 요구된다는 주장에 대하여는 - 법적으로는 물론 의학계에서도 - 더 이상 논의의 여지가 없다. 다만 의사가 부담하는 설명의무의 내용과 범위에 대하여는 아직 정리되지 아니한 사항이 많다.<sup>3)</sup> 본 논문에서는 아직 국내에서 의사의 설명의무와 관련하여 별로 논의되지 아니한 사항인 (i) 확대수술에 대한 설명의무, (ii) 초보의사의 설명의무, (iii) 의약품에 대한 설명의무, (iv) 진료상의 특권에 의한 무설명, (v) 의료과오에 대한 설명의무와 관련된 문제를 집중적으로 고찰하고자 한다.

## II. 擴大手術에 대한 說明義務

### 1. 問題의 提起

설명 의무(Aufklärungspflicht)와 관련하여 다툼이 있는 문제로서는 우선 수술확대에 대한 문제를 들 수 있다. 예를 들어 의사가 수술을 하는 도중

- 
- 1) 의사의 설명의무를 공정한 판례로서는 대법원 1987.4.28. 86 다카 1136(성형수술); 대법원 1992.4.14. 91 다 36710(자궁적출수술); 대법원 1994.4.15. 92 다 25885; 대법원 1994.4.15. 93 다 60953; 대법원 1994.11.25. 94 다 35671(마취); 대법원 1995.1.20. 94 다 3421; 대법원 1995.2.10. 93 다 52402; 대법원 1996.4.12. 95 다 56095; 대법원 1997.7.22. 95 다 49608(백내장수술); 대법원 1998.2.13. 96다7854(수혈); 대법원 1999.9.3. 99 다 10479; 대법원 2001.11.9. 2001 다 52568.
  - 2) 참고문헌으로 石熙泰, 醫師의 說明義務와 患者의 自己決定權, 延世行政論叢 제7집(연세대 1980), 287면; 李永煥, 患者의 承諾, 法學研究 제7권 제1호(부산대 1984, 65면; 李德煥, 民法上 醫師의 說明義務法理에 관한 研究, 박사학위논문(한양대 1991); 金天秀, 患者의 自己決定權과 醫師의 說明義務, 박사학위논문(서울대 1994); 朴一煥, 醫師의 說明義務와 患者의 承諾, 裁判資料 제27집(1985.8), 149면; 權五乘, 醫師의 說明義務, 判例月報 제212호(1988.5), 16면; 申殷周, 醫師의 說明義務違反과 損害賠償責任, 判例月報 제292호(1995.1), 7면; 李德煥, 美國法과 獨逸法上 醫師의 說明義務, 比較私法 제3권 제1호(1996.6), 229면; 秋昊卿, 醫師의 說明義務違反과 損害賠償責任, 法曹 제50권 제7호(2001.07), 36면
  - 3) 국내에서는 주로 의사의 설명의무와 관련하여 설명의무의 인정근거·유형·범위에 관한 일반론에 대하여는 많이 논의되고 있지만, 개별적 문제에 대하여 깊이 있는 논의가 아직 전개되지 않고 있다.

에 자신이 진찰을 잘못하고, 그 결과로 수술의 변경이나 확대가 불가피하게 된 경우에 설명의무와 관련하여 복잡한 문제가 생길 수 있다.<sup>4)</sup> 가령 의사는 흔히 일정한 진단에 따라서 환자의 동의를 얻고 수술이 개시한 후, 수술 도중에 본래 계획한 수술의 확대(Operationserweiterung) 혹은 완전한 변경을 필요로 하는 질병을 발견하게 되나, 수술의 확대나 변경에 대한 설명이나 환자의 동의를 더 이상 하고 얻기가 곤란한 상황에 직면하는 경우가 있다. 특히 의사가 본래 예상하지 않은 확대수술이나 변경된 수술을 하는 경우에는 아주 높은 수술위험을 감수하지 않으면 안되지만 수술의 확대나 변경을 위한 환자의 유효한 동의를 얻을 수 없는 때에는 특히 의료행위를 위한 설명동의의 원칙과 관련하여 대단히 곤란한 문제가 제기된다.

확대수술 혹은 수술의 변경에 대한 필요성이 있지만 환자의 동의를 얻기 곤란한 경우에 의사는 의학적으로 적응성이 있는 의료행위 혹은 생명을 구하기 위하여 응급하게 요구되는 의료침습을 감행할 수 있는 권리가 인정되는가, 혹은 필요한 의료조치의 감행이 경우에 따라서는 의사의 의무에 해당된다고 볼 수 있는가가 문제된다. 다시 표현하면 의사는 수술을 하기 위하여 절개한 상처를 다시 봉합하고 환자가 수술마취에서 깨어나기를 기다린 다음에 새로운 위험이 포함된 의료행위(수술)에 대하여 설명을 하고 환자의 설명동의를 받은 후에만 수술의 확대나 변경을 할 수 있는가, 혹은 의사가 한번 설명하여 얻은 환자의 동의는 예견불가능한, 의학적으로 적응성이 있는 수술계획의 확대·변경까지를 포함한다고 볼 수 있는가 하는 문제가 생긴다.

환자가 의료적 설명에 따라서 동의한 수술계획은 원칙적으로 예상한 치료조치의 정상적인 경과에만 해당된다고 해석된다. 그리고 환자에 대한 수술을 하기 위하여 의사는 주의깊은 정확한 진단을 통하여 완벽하고 철저한 수술계획을 수립하여야 할 주의의무를 부담한다. 그러나 현실적으로는 흔히 수술부위를 복개한 이후에 비로소 정확한 병변을 발견할 수 있

4) 확대수술에 따른 법률문제에 대하여 자세한 설명을 하고 있는 독일문헌으로 Wilhelm Uhlenbruck, Ärztliche Haftung bei Erweiterung oder Abänderung des Operationsplanes, VersR 1968, 1101 참조.

는 경우가 있다는 사실을 간과할 수 없다. 만일 불가항력적으로 외양적 진찰을 통하여는 정확한 병명을 발견할 수 없는 상황에서는 의사가 환자에게 진단설명(Diagnoseaufklärung)이나 그 진단에 의하여 고려되는 경과 설명(Verlaufsaufklärung), 위험설명(Risikoaufklärung)을 할 수 있는 처지에 있다고 할 수 없다. 그러나 의학적으로 어쩔 수 없는 사정에 의하여 의사가 정확한 진단을 하지 못한 결과로 수술의 도중에 수술을 확대·변경하여야 하는 경우에 순전히 이론적으로 생각하면 대답은 간단하다.

의사는 판례·학설에 의하여 일반적으로 인정되고 있는 의료적 설명의무의 일반원칙에 따라서 수술을 중단하고, 다시 필요한 수술에 대한 환자의 설명동의를 받은 후 확대수술을 실시하지 않으면 안된다. 그러나 한편 수술의 중단은 환자의 생명이나 건강을 심각하게 침해할 위험이 있고, 다른 한편 의사가 확대·변경된 의료조치를 계속하면 환자의 자기결정권을 침해하고 의료행위를 한 사실에 대한 비난을 면할 수 없다. 의사의 확대수술에 대한 설명의무에서는 한편으로는 환자의 생명·건강과 다른 한편으로는 환자의 자기결정권이 심각하게 대립하고, 확대수술설명에 대하여는 수술전단계의 확대수술에 대한 설명의무과 수술단계의 확대수술에 대한 설명의무로 구분하여 다음과 같이 살펴볼 수 있다.<sup>5)</sup>

## 2. 手術前의 段階에서의 擴大手術에 대한 說明義務

의사는 의료계약에 의하여 수술을 실시하기 전에 과책에 의한 오진을 가능한 한 배제하기 위하여 필요한 진찰을 최선의 주의를 다하여 하여야 할 계약상의 의무가 있다. 과책에 의한 오진이 야기된 경우에 의사는 확대·변경된 의료침습에 의한 모든 결과에 대하여 의료과오에 의한 의사 책임을 부담한다. 그리고 의사가 하자 있는 진찰이나 불충한 검사 혹은 부적절한 진단방법에 의하여 과오진단을 하고, 그 결과로 환자에게 예견 가능한 수술확대에 대하여 설명을 하지 아니한 경우에는 설명의무의 위반이 성립할 수 있다.

5) 자세한 설명은 Min-Joong Kim, Aufklärungspflicht im Arztrecht, Göttinger Diss. 1988, S.192ff. 참조.

수술확대가 예상되는 경우에 의사는 의료침습(수술)을 개시하기 이전에 수술확대에 대하여 환자에게 설명하고, 혹시 수술의 도중에 고려될 수도 있는 예견가능한 수술확대에 대한 동의도 미리 확보하여야 한다. 미리 동의를 받아야 할 예견가능한 수술확대에 해당하는지 여부는 상황에 따라서 구체적으로 결정된다. 역시 사소한 수술확대의 개연성이 있는 경우에도 예견가능한 수술확대에 포함되고, 배제할 수 없는 의료침습의 확대·변경도 미리 설명하여야 하는 설명범위에 포함된다. 진단이 불확실하고 수술에 근거하여야 비로소 정확한 진단이 가능한 경우에 의사는 환자에게 이 사실을 역시 설명하여야 한다. 만일 의사가 정확한 진단에도 불구하고 환자에게 의료침습의 완전한 범위를 설명하지 아니하거나 의학적으로 필요한 모든 의료조치에 대한 환자의 동의를 얻지 아니한 경우에는 의료적 설명의무의 직접적인 위반에 해당한다고 할 수 있다.

### 3. 手術段階에서의 擴大手術에 대한 說明義務

확실한 진찰소견을 통하여 확정된 수술계획에 의하여 수술을 진행하는 도중에 의사가 환자의 병변에 대하여 오진한 사실이 확인되고, 그 결과로 수술확대의 필요성이 대두되는 경우가 흔히 발생한다. 그리고 의사가 환자에 대한 치료행위를 본래의 의료계획과 달리 확대하거나 변경하여야 하는 경우에 의사는 환자의 자기결정권을 무시하고 수술확대·수술변경의 조치를 할 수 있는가 하는 문제가 제기된다.

수술확대에 대한 설명의무의 문제는 근본적으로 수술확대의 적응성에 의하여 결정된다: 「수술의 중단이 의학적으로 문제가 없는가, 의학적 견지에서 확대된 의료침습이 곧장 혹은 늦어도 몇 시간 이내에 실시하지 않으면 안 되는가 하는 사정에 따라서 결정된다」. 확대설명 없이 수술을 계속할 수 있는 경우에 대하여는 다음과 같은 사례유형에 따라서 구분하여 생각할 수 있다.<sup>6)</sup>

6) 역시 同旨로서 Wilhelm Uhlenbruck, Ärztliche Haftung bei Erweiterung oder Abänderung des Operationsplanes, VersR 1968, 1101, 1110.

(a) 확대수술이 급박한 치명적 적응성이 있는 때에는 환자의 반대의사가 있는 경우를 제외하고 확대설명 혹은 변경설명 없이 수술의 확대·변경이 가능하다.

(b) 중대한 건강손상의 위험을 제거하기 위한 급박한 사정이 있는 때에는 환자가 반대의사를 표시하지 아니한 한 확대설명 없이 의사는 확대수술을 할 수 있다.

(c) 급박한 치명적 적응성이 존재하지 아니하는 때에는 환자의 반대의사가 있는 경우, 또한 다른 치료가능성 있거나 혹은 수술확대가 중요한 장기를 침해하거나 중대한 위험과 결합되어 있는 경우를 제외하고 확대설명 없이 수술확대가 가능하다.

결국 수술확대가 응급한 적응성을 가지고 있지 아니한 경우에는 원칙적으로 의사는 설명을 위하여 수술을 중단하여야 할 의무를 부담한다. 특히 확대수술이 중대한 위험과 결부되어 있는 경우에는 설명의무의 준수를 위한 수술중단이 요구된다. 결국 의사가 (i) 수술의 확대에 대하여 환자의 유효한 동의를 가지고 있지 아니하고, (ii) 환자의 동의를 얻기 위하여 위험 없이 수술을 중단할 수 있고, (iii) 확대수술에 증가된 수술위험이 존재하는 경우에는 수술중단과 설명동의를 요구된다고 할 수 있다.

수술을 확대하지 아니하면 환자의 생명이나 건강에 위험이 존재하지만, 그 위험이 의사에게 즉각적인 조치를 요구할 정도로 응급한 경우가 아닌 때에는 문제가 된다. 수술확대를 하지 아니하면 치명적이기는 하지만 수술확대가 급박하지 아니하다면 다음과 같은 사정이 있는 경우에는 의사에게 수술확대를 중단하여야 할 의무가 있다.<sup>7)</sup>

(a) 수술전에 환자가 반대의사를 명시적으로 표시한 경우

(b) 의사가 환자가 확대수술의 동의 여부에 대한 질문을 받은 경우라고 하면 확대수술을 거절할 만한 사정이 있다고 하는 인식을 할 수 있는 경우

(c) 다른 방법에 의한 치유가능성이 있는 경우

7) 同旨의 獨逸文獻으로 Wilhelm Uhlenbruck, Ärztliche Haftung bei Erweiterung oder Abänderung des Operationsplanes, VersR 1968, 1101, 1109; Bernd-Rüdiger Kern/Adolf Lauf, Die ärztliche Aufklärungspflicht, Berlin: Springer-Verlag 1983, S. 130.

(d) 확대수술이 환자의 생명·건강에 대한 비정상적인 위험과 결부되어 있는 경우, 특히 확대수술을 통하여 중요한 기관을 제거하거나 그 기능을 침해하는 경우

한편 의료과오 없이 확대수술이 응급하게 요구되고, 또한 수술의 확대가 과묵한 수술전의 진단과오에 기인하지 아니하는 경우에는 응급적응성, 즉 환자의 생명구조를 위하여 확대침습이 응급하게 요구된다면 환자에 대한 추가적 설명과 그 동의 없이 확대수술을 실시할 수 있다. 확대수술에 대한 응급적응성이 있는 경우에는 수술의 확대가 의사의 권리에 해당할 뿐만 아니라, 필요한 의료침습을 응급하게 실시하여야 할 의사의 의무에 해당한다고 해석된다. 또한 응급한 치명적 적응성이 없는 경우에도 다음과 같은 사정이 있으면 의사에게 수술확대를 실시할 권리가 인정된다.<sup>8)</sup>

(a) 새로운 병변이 수술시기에 일반적으로 인정되는 의학적 지식에 따라서 수술계획의 변경 없이는 거의 확실하게 가까운 장래에 환자의 사망을 야기할 수 있는 경우

(b) 추가적 설명을 위한 수술의 중단이 즉각적인 확대수술을 실시하면 야기되지 않을 부수적인 위험성을 수반하는 경우

(c) 확대수술에 대한 환자의 반대의사가 새로운 병변에 의한 생명위협 때문에 기대되기 곤란한 경우

사소한 건강손상이 예상되는 응급한 위험이 존재하는 경우에는 확대수술의 위험과 그 방치의 결과를 비교형량하여 확대수술의 감행과 확대수술을 위한 설명의무의 이행을 선택적으로 결정하여야 한다. 그러나 일반적으로 의료침습을 중단하여야 할 의사의 의무는 수술의 중단이 의학적으로 적응성이 없는 경우에는 성립하지 아니한다고 해석할 수 있다.

예를 들어 복부수술과 관련하여 건강한 맹장을 제거하는 경우와 같이 확대수술로 인하여 건강한 장기를 제거하여야 한다거나 그 기능을 침해하게 된다거나 하는 경우에는 특별한 문제가 제기된다. 확대수술로 다른 장거나 그 기능을 침해하는 경우에는 우선 계약내용이나 약정한 의료침습의 목적에 따라서 결정된다. 원칙적으로 특별한 동의와 설명이 없는 한

8) 동일한 견해를 표시한 독일판례로서 OLG Frankfurt NJW 1981, 1322, 1324 참조.

의료침습과 관련하여 정상적인 장기를 수술적으로 제거하는 행위는 허용되지 아니한다. 예외적으로 계약내용과 약정한 의료침습의 내용에 따라서 건강한 장기의 제거가 허용될 수 있지만, 만일 환자가 맹장염으로 인하여 수술을 받은 경우에는 그 계약내용은 맹장염의 제거에 한정될 뿐이며, 결코 계약내용을 특별한 사정의 발생과 관계 없이 의사가 건강한 맹장돌기의 제거까지도 할 수 있다고 해석할 수 없다. 그러나 수술로 제거하여야 하는 병든 장기와 같이 비건강하고, 특히 환자에게 중요하지 않은 장기에 대하여는 다음과 같은 사정이 있는 경우에 예외적으로 다른 장기의 제거가 허용된다고 볼 수 있다.<sup>9)</sup>

(a) 건강한 장기의 제거가 약정한 수술의 실시를 위하여 불가피하게 요구되는 경우

(b) 건강한 장기가 수술로 제거하여야 할 병든 장기와 합체하여 성장하고 있고, 그 결과 두 장기를 모두 제거하여야만 치유가 가능한 경우

(c) 수술후 예상되는 인근장기의 합체성장을 고려할 때에 중요하지 장기(예컨대 맹장의 충양돌기)에 대한 후수술이 아주 비정상적인 위험을 유발할 우려가 있고, 환자에게 사후에 발생한 질병의 위험을 예방하기 위하여 계약이익에 따라서 건강한 인근장기를 제거할 필요가 있는 경우

### 3. 結 語

환자의 필요한 동의가 없는 수술의 확대·변경은 그 근거를 환자의 추정적 의사에 의한 사무관리에서 구할 수 있다.<sup>10)</sup> 확대수술 혹은 변경수술에 대한 환자의 추정적 의사는 이성적 인간이 환자의 상태에서 표시할 수 있는 치료행위에 대한 동의를 의미한다. 사무관리에 관한 민법 제734조에 따라서 우선 수술의 확대가 객관적으로 평가하여 환자의 이익에 해당하는가, 추정적으로 인정될 수 있는 환자의 주관적 의사에 일치하는가

9) 동일한 결론으로 Min-Joong Kim, *Aufklärungspflicht im Arztrecht*, Göttinger Diss. 1988, S. 199f.

10) 독일문헌으로 同旨: Erwin Deutsch, *Arztrecht und Arzneimittelrecht*, Berlin: Springer-Verlag 1997, 3. Aufl. S. 81.



를 고려하여야 한다. 일반적으로 의사가 환자가 확대수술에 대하여 동의를 하지 아니한다고 하는 사정을 알거나 알 수 있을 경우를 제외하고는 언제나 확대수술에 대한 환자의 추정적 의사를 인정할 수 있다고 본다. 그리고 환자가 확대수술에 대하여 동의하지 않을 사정으로는 환자의 연령, 수술전의 상태, 확대수술을 하지 아니하는 경우에 야기될 위험성, 확대수술의 비용 기타 의료적 요소를 고려할 수 있다.<sup>11)</sup>

결국 확대수술이 고려되는 경우에는 원칙적으로 환자의 추정적 의사 (mutmassliche Einwilligung)에 의하여 수술의 확대·변경이 가능하다고 할 수 있다. 왜냐하면 이성적 인간은 의심할 여지 없이 생명구조적, 건강증진적, 건강회복적 의료침습인 확대수술에 대부분 동의한다고 할 수 있기 때문이다. 일반적으로 볼 때 의학적으로 적응성이 있는 의료조치는 항상 환자의 객관적 이익에 해당한다고 할 수 있다. 생명을 유지하고 건강하게 살고자 하는 욕망은 일반적으로 환자의 통상적 이익에 합치한다고 볼 수 있고, 환자의 생명·건강에 대한 이익은 보통 - 특히 환자에게는 - 자기의 의사를 무시당하지 않을 이익보다 우선한다고 인정할 수 있다.

### Ⅲ. 初歩醫師의 說明義務

#### 1. 問題의 提起

의사로부터 의료행위를 받는 환자는 일반적으로 완전한 교육을 받고 적어도 평균적 능력과 경험을 갖춘 의사로부터 의료행위를 받기를 기대한다. 그러나 의료현장에서는 아직 교육중에 있는 의사가 환자에게 간단한 의료조치를 한다든가 아직 충분한 경험을 갖지 아니한 의사가 수술을 담당한다든가 하는 경우가 적지 않다. 그리고 아직 교육중이거나 경험이 별로 없는 의사에 의한 의료행위나 수술을 통하여 경험이나 능력이 있는 의사가 의료행위나 수술을 담당한 경우라고 하면 야기되지 않을 위험이 환자에게 야기되는 경우도 적지 않게 발생하고 있다.

11) 독일의 문헌과 관련판례에 대한 소개는 Bernd-Rüdiger/Adolf Laufs, Die ärztliche Aufklärungspflicht, Berlin: Springer-Verlag 1983, S. 134 참조.

물론 의료발전 혹은 의료계의 후세에 대한 교육을 가능하게 하기 위하여는 무경험의사의 진료행위나 초보자수술이 불가피하게 요구된다고 하지 않을 수 없다. 현재 능력과 경험을 갖추고 명의라고 불리는 의사도 과거에 한번은 모두 거친 초보의사는 직업초년생으로 병원에서 숙련의사로부터 전문지식을 습득하고 단계적으로 후에 자립적 의료행위를 하기 위하여 필요한 의료기술에 대한 전수를 받는다.

물론 초보의사가 숙련의사로부터 의학지식이나 의료기술을 전수받는 과정은 일정한 조직적 전제조건 아래 전개되지 않으면 안된다. 초보의사는 필수적 지시사항을 준수하여야 하고, 지시사항의 준수 여부는 항상 책임 있는 전문의사에 의하여 감독되어야 한다. 초보의사에 대한 책임의사의 전문적 감독은 특히 무경험의사에 대하여는 전공의사가 입회하여야 하고, 필요한 경우에는 언제든지 전문의사가 의료행위를 인수할 수 있는 준비상태가 되어야 한다.

아직 초보의사에 따른 법률문제가 본격적으로 논의되고 있지 않는 형편이지만, 초보의사와 관련하여 제기될 수 있는 법률문제로 가장 심각한 문제는 초보의사의 설명의무에 관한 문제라고 할 수 있다. 물론 초보의사에 의한 의료행위와 관련하여 의료과오에서 초보의사의 과실을 결정하기 위한 주의의무의 기준이나 사용자책임 혹은 감독의사의 책임에 관한 문제가 제기되기도 하지만, 우선 초보의사의 설명범위, 특히 초보의사가 의료행위를 하는 경우에 환자에게 자신이 '초보자' (Anfänger)라는 사실을 설명하여야 하는가 하는 문제에 대하여 고찰하고자 한다.<sup>12)</sup>

## 2. 初歩醫師의 說明範圍

교육중에 있는 비경험의사는 단계적 과정을 통하여 수술을 자립적, 자기책임적으로 실시할 수 있는 능력과 경험을 습득한다. 그러나 분명 환자는 무경험의사가 의학지식이나 의료기술을 습득하기 위한 실험대상이 될

12) 관련문헌으로는 대표적으로 Erwin Deutsch, Die Anfängeroperation: Aufklärung, Organisation, Haftung und Beweislastumkehr, NJW 1984, 650. 역시 Min-Joong Kim, Aufklärungspflicht im Arztrecht, Göttinger Diss. 1988, S. 204ff. 참조.

의무는 없다. 그러므로 무경험의사나 초보의사의 의료조치에 대하여는 무경험의사·초보의사가 필요한 의료침습에 대한 의학지식이나 의료기술을 완전히 습득할 때까지 전문의사 혹은 경험의사에 의하여 주의 깊게 감독되어야 한다. 그러므로 근본적으로 초보의사는 환자에게 누가 치료행위를 담당하는가, 담당의사가 의사로서 어느 정도의 직업경험을 가지고 있는가 하는 사정에 대하여 자발적으로 설명하여야 할 의무가 없다고 본다.

구체적으로는 정확한 감독 아래 초보자수술(Anfängeroperation)이 실시된 경우와 감독이 없는 상태에서 의료침습이 감행된 경우로 구분하여 생각할 필요가 있다.<sup>13)</sup>

초보자수술에 대한 치밀한 준비와 정확한 감독이 있는 경우에는 환자에 대하여 모든 준비를 완벽하게 갖춘 상태에서 초보의사가 경형 많은 의사의 감독 아래 의료행위를 한다는 사실을 설명하여야 할 필요는 없다고 본다. 사실 수술의사가 초보의사라는 사실에 대한 침묵은 비경험의사의 교육을 위하여 필연적으로 요구되고, 또한 경우에 따라서는 오랜 경험을 가진 의사가 항상 경험이 적은 의사보다 양호하고 주의 깊은 의료행위를 한다고 보장할 수 없는 경우도 있을 수 있다는 사실을 부정할 수 없다. 그러므로 초보자수술에서 초보의사는 원칙적으로 일반적인 침습설명 이외에 특별한 위험설명을 하여야 할 의무를 부담하지 아니한다.<sup>14)</sup> 그러나 사전준비를 충분히 하지 않고 감독이 없는 상태에서 초보의사가 의료행위를 하는 경우에는 - 응급사태를 제외하고 - 수술의사는 초보의사라는 사실을 환자에게 고지하여야 할 의무를 부담한다고 해석된다.

특히 초보의사는 수술이 자신의 전문영역이 아니라든지, 다른 경험의사에 의한 의료행위가 위험이 보다 적게 발생할 가능성이 구체적으로 존재한다든지, 환자가 초보의사의 경험이나 능력에 대하여 착각을 하고 있을 가능성이 있다든지 하는 경우에는 스스로 자신이 수련의라는 사실 혹은 「해당 의료행위를 이전에 실시한 경험이 없다거나 유사한 의료행위도 불과 몇번 밖에 해본 적이 없다」는 사실을 설명할 필요가 있다고 할 수 있

13) Erwin Deutsch, Neue Aufklärungsprobleme im Arztrecht, NJW 1982, 2585, 2587.

14) 同旨: P.-C. Müller-Graff, Berufshaftung und Organisationshaftung bei der ärztlichen Anfängeroperation - BGHZ 88, 248, JuS 1985, 352, 353.

다.<sup>15)</sup> 또한 초보의사는 환자에게 경험의사로부터 더 좋은 의료행위를 받을 수 있는 가능성이 의학적으로나 시간적으로 보장될 수 있는 경우에는 환자가 의료행위를 전문지식과 경험이 많은 다른 숙련의사를 통하여 받을 수 있도록 정보를 제공하는 설명의무를 부담하여야 한다.

#### IV. 醫藥品에 대한 說明義務

##### 1. 問題의 提起

환자의 치료를 위하여 조제되는 의약품도 인간의 기관이나 장기에 중대한 영향을 미치고, 경우에 따라서는 환자에게 심각한 위험·부작용을 야기할 수도 있다. 그러므로 의약품의 투약에 대하여도 의료침습과 같이 의사의 설명의무를 필요로 한다고 할 수 있다. 우선 의사는 의약품을 처방하기 이전에 그 특성, 효과와 부수효과를 파악하여야 하고, 환자에게 필요한 사항을 설명하여야 할 의무를 부담한다.<sup>16)</sup> 특히 의사는 환자에게 매우 효력이 강한 의약품을 투약하는 경우에는 그 의약품의 부작용에 대하여 주의 깊게 설명하여야 할 의무를 부담하고, 의약품의 사용설명서나 약사에게 설명에 대한 책임을 전가할 수 없다.

##### 2. 新醫藥品과 說明義務

특히 의사가 환자에게 새로운 종류의 의약품을 투약하는 경우에는 일반적으로 환자에게 아직 검증되지 않은 의약품의 효과에 의하여 중대한 위험이 야기될 우려가 있다. 의사가 일반적으로 효과가 알려지지 않은 새로운 종류의 의약품을 시험적으로 적용에 경우에는 의사가 기대하지 아

15) 金玟中, 의료행위에서의 「說明」과 「同意」, 대한병원협회지 제22권 제3호(대한병원협회 1993), 36면.

16) 의약품의 투약에 따른 법률문제에 대한 독일문헌으로 Wilhelm Uhlenbruck, Haftungsfragen bei fehlerhafter Anwendung von Arzneimittel, Med.Klinik 69/1974, 445. 역시 의사가 환자에게 藥을 처방해 준 경우에 그 藥의 效果와 副作用에 대한 說明義務를 肯定하는 견해로 權五乘, 醫師의 說明義務, 現代法の 課題(全昌祚教授 紀念論文集 1987), 352면 참조.

니한 효과가 환자에게 발생할 수 있는 위험이 존재한다고 하지 않을 수 없다. 그러므로 의약품의 적용한 기간이 짧으면 짧을수록, 경험이 적으면 적을수록, 그리고 부작용이 불확실하면 불확실할수록 의사가 의약품에 대하여 부담하는 설명의무의 범위는 더욱 강화된다고 할 수 있다.<sup>17)</sup> 만일 효력과 부작용이 아직 정확하게 밝혀지지 아니한 새로운 종류의 의약품 투약하는 경우에 의사는 환자에게 모든 가능한 부작용, 혹은 지금까지 알려지지 않은 부작용의 가능성에 대하여도 '세밀하게' 설명하여야 한다.

새로 개발된 의약품에 의한 치료 이외에 달리 의료적 치료가능성(예컨대 수술)이 고려되는 경우에는 의약품에 대한 설명의무가 더욱 엄격하게 적용된다.<sup>18)</sup> 만일 의학적으로 이미 치유의 효과를 보장하는 다른 치료방법이 존재하는 경우에는 새로운 종류의 의약품에 의한 치료방법이 전적으로 환자의 이익에 합치한다고 볼 수 없다. 그러므로 환자에게 고려되는 다수의 치료방법, 즉 이미 그 위험이 충분히 알려진 의료적 치료와 강한 효력을 가진 치료방법이지만 아직 그 위험이 불분명한 약품치료 가운데 진정한 선택가능성을 보장하기 위하여 의사는 새로운 의약품의 투약에 따른 치료가능성·부작용·위험에 대한 정확한 정보를 제공하여야 할 의무를 부담한다.

### 3. 플라시보(偽藥)과 說明義務

의약품에 대한 의사의 설명의무와 관련하여 특별한 문제가 의사가 환자를 치료하기 위하여 '플라시보' (Placebo), 즉 偽藥을 투여하는 경우에 야기된다.<sup>19)</sup> 플라시보는 생물학적-화학적 효력의 부재에도 불과하고 개별적으로 치료적 효과가 발생할 수도 있고, 그 발생을 미리 예견할 수 없는 원하지 않는 부수작용이 야기될 우려도 있다. 플라시보의 투여도 그 자체 의료행위에 해당한다고 할 수 있다. 그러므로 만일 환자의 설명동의 없는

17) 權五乘, 醫師의 說明義務, 現代法の 課題(全昌祚教授 紀念論文集 1987) 359면.

18) 환자에게 치료적 선택권을 보장하기 위한 의사의 설명의무에 대하여는 이미 金玟中, 醫師責任의 民事法的 根本原則에 관한 研究, 全北大論文集(전북대 1993) 제36집, 26면.

19) 플라시보에 따른 법률문제에 대한 비교적 자세한 설명은 Min-Joong Kim, Aufklärungspflicht im Arztrecht, Göttinger Diss, 1988, S. 215ff.

플라시보의 투여는 엄밀한 법적 의미에서 파악하면 신체침해에 해당한다. 원칙적으로 환자에게 플라시보를 투여하기 위하여는 의료행위에 일반적으로 인정되는 설명동의의 원칙에 따라서 먼저 플라시보환자에게 플라시보의 투여에 대하여 설명하고, 의사설명에 근거하여 환자의 동의를 받은 후 플라시보를 투여하지 않으면 안된다.

플라시보의 시도에서는 의사의 설명의무와 관련하여 대단히 어려운 문제가 발생한다. 의사가 환자에게 플라시보를 투여한다는 설명을 하면 환자에게 소기의 성과를 발생하게 하는 유효한 플라시보의 시도는 불가능하다. 그러므로 플라시보치료는 환자에게 은밀하게, 다시 법적으로 표현하면 의료행위에 일반적으로 인정되는 설명동의의 원칙을 위반하지 않고는 실시될 수 없는 특징이 있다고 할 수 있다.

플라시보치료에서는 필연적으로 의사의 환자에 대한 기만이 개입하고, 이 기만은 일반적으로 환자의 이익에 합치한다고 볼 수 없다. 그러므로 원칙적으로 플라시보의 투여는 두통이나 불면과 같은 사소한 질병에 한하여 적용되고, 만일 이미 의학상 표준치료방법이 존재하는 경우와 같이 시험적인 성질을 가지고 있는 플라시보의 투여에 대한 환자의 설명동의를 기대할 수 없는 때에는 허용되지 아니한다고 본다.<sup>20)</sup> 특히 특정한 환자에 대한 명확한 치료적 목적을 수반하지 아니하는 시험적 플라시보는 금지되어야 한다. 다만 예컨대 플라시보치료가 의학적으로 적응성이 있는 경우와 같이 예외적으로 플라시보의 투여가 허용될 수 있는 경우도 있을 수 있다.

구체적으로 플라시보치료와 진정한 의약품에 의한 치료가 경합하는 경우에 환자는 원칙적으로 두 치료가능성 가운데 선택권을 행사할 수 있어야 한다. 그러나 환자가 플라시보치료에 대하여 설명을 받지 않으면 환자는 플라시보치료에 대하여 알 수 없기 때문에 선택가능성을 가질 수 없다. 또한 만일 환자가 플라시보치료에 대하여 설명을 받으면 플라시보의 가능성이 소멸한다. 그러므로 의학적으로 플라시보치료와 다른 약품치료에 대한 진정한 선택가능성이 성립하는 경우에는 플라시보설명이 결코 환자의 자기결정권을 보호한다고 할 수 없고, 오직 경우에 따라서는 더

20) Erwin Deutsch, *Arztrecht und Arzneimittelrecht*, Berlin: Springer-Verlag 1997, S. 386f.

의미가 있는 치료방법을 선택을 불가능하게 하는 작용만을 한다고 할 수 있다. 그리고 환자가 명시적·묵시적으로 치료방법에 대한 설명을 포기한 경우에는 의학적으로 적응성이 있는 플라시보의 투여가 문제 없이 가능하고, 극히 예외적으로, 가령 설명이 치유를 진정으로 위협하게 할 우려가 있는 경우에는 의사에게 인정되는 치료상의 특권 혹은 설명역기능의 법리에 의하여 설명동의 없이 플라시보의 투여를 인정할 수 있는 경우도 있을 수 있다.

## V. 診療上の 特權에 의한 無說明

### 1. 問題의 提起

의사는 원칙적으로 진단결과를 포함하여 치료행위와 그 방법·경과·위험에 대하여 환자에게 설명할 의무를 부담한다. 그러나 경우에 따라서는 의사설명이 환자에게 정신적·심리적 부담을 야기한다든지 혹은 제3자에게 손해를 발생하게 한다든지, 응급하게 필요한 치료행위를 실시하여야 한다든지 하는 상황에서는 설명의 역기능이 발생할 우려도 있다는 사실을 간과할 수 없다.

최근 의사의 설명의무에 대한 한계와 관련하여 소위 '진료상의 특권'(therapeutisches Privileg)이라는 문제가 어려운 문제로 등장하고 있다.<sup>21)</sup> 예외적인 경우에 진료상의 특권을 이유로 의사는 환자에게 필요한 설명을 하지 아니하고 의료행위를 할 수 있는가 하는 문제이다. 진료상의 특권에 의한 무설명을 인정하는 견해에 의하면 설명으로 인한 환자의 자기결정권이나 알 권리의 보호리익보다는 설명으로 인한 환자의 불이익이 크다고 판단되는 경우에는 설명의 역기능을 이유로 의사의 설명의무에 대한 제한이 인정된다고 본다.<sup>22)</sup>

21) 이미 논의된 진료상의 특권에 관한 자세한 설명에 대하여는 權五乘, 醫師의 說明義務, 現代法の 課題(全昌祚教授 紀念論文集 1987), 363면 이하; 朴一煥, 醫師의 說明義務와 患者의 承諾, 「醫療事故에 관한 諸問題」(裁判資料 第27輯: 법원행정처 1985), 173면 이하; 金天秀, 醫師의 說明義務 - 西獨의 學說과 判例를 中心으로 -, 民事法學 第7號(한국민사법학회 1988), 266면 이하 참조.

물론 진료상의 특권에 의하여 무설명(Nichtaufklärung)을 인정하는 경우에는 의사의 배려의무가 우선하여 환자의 자기결정권이 침해되는 위험이 있다. 특히 심리적·정신적으로 불안정한 치명적 불치병에 걸린 환자에 대한 무설명에서는 '여생의 정신적 평화의 보장'<sup>22)</sup>과 '신변정리기회의 보장'<sup>24)</sup>이라는 두 명제가 대립한다.

일반적으로 진료상의 특권에 의한 무설명은 인정된다고 본다. 판례는 「의사의 설명이 환자로 하여금 의학지식 및 기술상 합리적인 진료행위를 비합리적인 근거로 거부하게 하는 결과를 초래할 염려가 있다는 사정만으로는 의사의 설명의무가 면제된다고 할 수 없다」고 본다.<sup>23)</sup> 다만 의사의 무설명은 일정한 예외적인 경우에 한하여 인정되고, 근본적으로는 의사의 설명의무가 인정된다고 하는 사실에 주의하지 않으면 안된다. 일정한 예외적인 경우에 환자에게 충분한 설명을 하지 아니한 경우에도 의사는 의료행위를 실시할 수 있다. 설명을 듣지 아니한 환자가 의료행위에 대하여 한 '하자 있는 동의'라고 하더라도 유효하고, 그 하자는 추정적 동의를 통하여 치유될 수 있다고 볼 수 있다. 다만 충분한 설명을 듣지 아니한 환자의 추정적 동의는 치료행위가 환자의 이익과 추정적 의사에 합치하여야 한다.

## 2. 診療上의 特權이 인정되는 경우

### 1) 과도한 心理的 負擔

22) 金天秀, 患者의 自己決定權과 醫師의 說明義務, 박사학위논문(서울대 1994), 243면.

23) 서울고등법원 1993.12.3. 92 나 24938은 「의사의 설명이 오히려 환자에게 중대하고 회복할 수 없는 건강손상을 일으킬 수 있다고 판단할 상당한 이유가 있는 특수한 경우에는 그 설명의 유보가 정당하다」고 하여 의사의 치료특권에 의한 무설명을 인정하고 있다. 그리고 원심판결인 서울민사지법 1992.3.13. 90 가합 45545 참조.

24) 서울민사지법 1993.9.22. 92 가합 49237는 '발병여부를 알았다면 적절한 치료로 생존기간을 연장할 수 있는 여지도 있었을 뿐만 아니라 본인 및 가족이 죽음에 앞두고 신변을 정리할 기회도 가질 수 있었다'고 하여 설명에 의한 환자의 신변정리기회를 강조한 판결도 있다.

25) 판례는 「의사의 설명이 환자로 하여금 의학지식 및 기술상 합리적인 진료행위를 비합리적인 근거로 거부하게 하는 결과를 초래할 염려가 있다는 사정만으로는 의사의 설명의무가 면제된다고 할 수 없다」고 본다(대법원 1995.1.20. 94 다 3421).



심각한 질병, 특히 회생이 불가능한 불치의 질병에 대한 진단설명은 흔히 환자에게 과도한 심리적 부담(psychische Belastung)을 야기할 수 있다.<sup>26)</sup> 예컨대 암환자에 대한 진단설명이 환자에게 회복할 수 없는 진정한 건강손상을 야기할 우려가 있는 경우에는 「암」이라는 진단결과를 반드시 진실대로 환자에게 설명하여야 할 의사의무는 없고, '자비로운 기만'이 허용된다고 본다.<sup>27)</sup>

### 2) 說明을 통한 危險의 增加

특히 심리적으로 불안정하고 감수성이 예민한 환자에게는 부드러운 위험설명을 통하여 경고의 내용을 달성할 수 있다고 본다. 정서적으로 심히 불안정한 환자에 대한 지나친 설명은 극단적인 경우에 '스스로 실현되는 예언'으로 작용을 할 수 있다.<sup>28)</sup> 예컨대 환자에게 수술의 내용에 대하여 설명하는 경우에 근소하기는 하지만 수술의 부작용에 의하여 사망할 개연성이 있다는 사실을 설명하면 환자의 정서적 불안정에 의하여 흥분에 의한 심장발작이 발생하여 환자가 수술을 받기도 전에 설명에 의한 쇼크를 통하여 이미 사망하는 경우가 있을 수 있다. 그러므로 숨김 없는 위험설명에 의하여 환자가 사색이 될 정도로 충격을 받을 우려가 있는 경우에는 의사에게 진료상의 특권에 의하여 경고 혹은 위험설명을 하지 않을 수 있다.<sup>29)</sup>

### 3) 제3자에 대한 危險

진단이나 질병의 경과가 제3자, 즉 일정한 타인 혹은 가족으로부터 유래하는 사유에 기인하고 환자를 통하여 제3자에 대한 침해가 야기될 위

26) 판례로서 의사의 후유증위험에 대한 설명이 환자를 직접적으로 위태롭게 하는 신체적, 정신적 반응 또는 치료목적에 좌절시키는 반응을 일으킬 염려가 있다고 인정할 만한 증거를 찾아볼 수 없다고 하는 이유로 이른바 의사의 치료특권의 차원에서 설명의무가 면제되어야 한다는 주장은 받아들일 수 없다고 한 사례가 있다(대법원 1995.1.20. 94 다 3421 참조).

27) 암고지에 대한 자세한 논의는 姜南鎭, 醫療契約當事者の 法律關係에 관한 研究, 박사학위논문(전남대 1992), 51면 이하. 특히 독일시인 Theodor Strom에 대한 癌告知와 관련한 사건에 관하여는 金天秀, 患者의 自己決定權과 醫師의 說明義務, 박사학위논문(서울대 1994), 256면 주 78 참조.

28) Erwin Deutsch, *Arztrecht und Arzneimittelrecht*, Berlin: Springer-Verlag 1997, S. 100f.

29) 朴一煥, 醫師의 說明義務와 患者의 承諾, 醫療事故에 관한 諸問題(裁判資料 第27輯: 법원행정처 1985), 174면; Erwin Deutsch, *Arztrecht und Arzneimittelrecht*, Berlin: Springer-Verlag 1997, 3. Aufl., S. 100.

힘이 있는 경우에는 진료상의 특권에 의하여 의사설명을 하지 않을 수 있다.<sup>30)</sup> 예컨대 의사가 정신분열증환자와 같이 심리적 증상을 가진 환자를 진단하여 그 증상의 원인을 환자의 유아기에서 발견한 경우에 의사는 부모 등 가족구성원의 보호를 위하여 정보제공을 유보할 수 있다.

#### 4) 응급하게 필요한 醫療措置의 拒絶

의사설명은 환자에게 간혹 '자살의 방아쇠' 혹은 '설명을 통한 살인'(Tötung durch Aufklärung)과 같은 결과를 야기할 위험이 있다. 수술의 내용이나 그 부작용에 대한 경과설명·위험설명을 통하여 특히 심리적·정서적으로 불안정하고 감성적인 환자에게 응급하게 요구되는 의료행위가 거절되는 경우가 있다.<sup>31)</sup> 그러므로 특히 걱정을 많이 하거나 심사숙고하는 환자에 대한 의사설명을 통하여 환자에게 정서적 불안을 유발하고, 그 결과로 응급의료를 거절한 우려가 있는 경우에는 진료상의 특권에 의하여 의사의 설명의무가 유보될 수 있다.

### 3. 結 語

진실을 알 권리는 사회생활에서 항상 요구되는 윤리적 요청이라고 할 수 있고, 또한 환자에게도 진실을 알 권리가 보장된다고 할 수 있다. 의사가 환자에게 '반진실'로 설명을 하거나 '부드러운 대답'을 한 경우는 불충분한 설명에 대한 책임을 면할 수가 없다. 그리고 의사의 진실에 반하는 설명에 입각한 의료행위에 대한 환자의 동의는 무효가 된다.

간혹 의사설명은 환자에게 심리적 부담을 주거나 정신적 의기소침 혹은 투병의지의 포기·절망을 야기하는 경우가 있을 수 있다. 극단적으로 정신상태가 불안정한 환자에게는 병상이나 장차의 예측곤란한 수술에 대한 의사설명이 치명적인 심정지를 일으킬 수도 있으므로, 가령 의사가 「수술이 잘못되면 죽을 수도 있다」는 설명을 듣고 바로 쇼크를 일으켜 사망하는 경우와 같이 설명이 환자에게 '저절로 실현되는 예언'이 되는 경우도 있다.

30) Erwin Deutsch, *Arztrecht und Arzneimittelrecht*, Berlin: Springer-Verlag 1997, S. 101.

31) Erwin Deutsch, *Arztrecht und Arzneimittelrecht*, Berlin: Springer-Verlag 1997, S. 101.

결국 극히 예외적으로 설명을 통하여 ① 환자의 지나친 심리적 부담, ② 위험의 증대, ③ 제3자에 대한 위험, ④ 환자에게 절대적으로 필요한 의료행위의 중단과 같은 결과가 야기될 우려가 있는 경우에는 의사는 '치료상' 설명을 제한하거나 하지 아니할 수 있는 진료상의 특권이 인정된다고 할 수 있다. 환자에게 암이라는 정직한 진단설명을 하는 경우와 같이 병명설명을 통하여 그 환자를 심리적·정신적 의기소침에 빠지게 하여 건강상태를 악화시킬 우려가 있는 경우에는 의료상의 이유에 의한 의사의 '자비의 거짓말'이 인정될 수 있고, 경우에 따라서는 전부설명이 아닌 '부분설명'에 만족하여야 할 수도 있다.

다만 치료상의 고려에 의하여 설명의무가 제한되거나 수정될 수는 있지만, 설명의무 자체가 부인될 수는 없다. 진료상의 특권에 의한 설명의무의 제한을 의사의 이익을 실현하기 위한 수단으로 널리 인정하는 경우에는 의사의 재량의 여지는 크게 확대되는 반면에 환자의 자기결정권이 크게 위축되며, 경우에 따라서는 환자의 자기결정권이 공동화될 우려가 있다고 하지 않을 수 없다. 그러므로 환자에 대한 의사의 설명이 항상 원칙이고, 설명의무에 대한 일반적 제한이나 무설명은 극히 한정된 범위에서 예외적으로만 인정될 수 있을 뿐이다.

## VI. 醫療過誤에 대한 說明義務

### 1. 問題의 提起

의사가 환자에 대한 의료행위에서 의료과오(Behandlungsfehler)를 범한 경우에 의사는 의료과오를 범한 사실에 대하여 침묵할 수 있는가, 아니면 환자에게 의료과오에 대하여 설명을 하여야 할 의무를 부담하는가 하는 문제가 제기된다. 흔히 의사는 진단이나 치료행위에서 과오를 범할 수 있지만, 사후에 의료과오를 발견한 의사는 보통 의료과오를 은닉하려고 하는 태도가 일반적인 경향이라고 할 수 있고, 자발적으로 환자에게 의료과오를 설명하는 경우는 드문 예에 속한다고 하지 않을 수 없다. 아직 의료과오에 대한 의사설명(과오설명)을 둘러싸고 법률문제가 제기된 사건은

없지만, 장차 과오설명이 문제가 될 경우를 대비하여 과오설명에 대한 법률문제를 고찰하고자 한다.<sup>32)</sup>

## 2. 醫師의 過誤說明에 대한 法理構成

### 1) 治療的 助言의 一部로서의 過誤說明

의사의 과오설명은 경우에 따라서는 치료적 조언의 일부가 될 수 있다. 치료적 조언(안전설명)은 의료행위를 위하여 필요한 사항을 준비하고 보조하기 위하여 요구되는 설명으로 회피가능한 다른 손해로부터 환자를 보호하기 위하여 실시된다.

의사는 의학적 견지에서 요구되는 치료적 조언의 범위에서 환자의 건강상태에 대하여 진실에 따른 사실정보를 제공하고, 계속되는 적절한 치료행위를 위한 진단적, 치료적 조언을 하여야 할 의무를 부담한다. 그리고 환자에게 야기된 의료과오가 다른 치료행위를 선택한 경우라고 하면 회피할 수 있을 경우에 의사는 이 사실에 대하여 환자의 특별한 요구가 없는 때에도 자발적으로 설명하여야 한다. 의사가 의료과오를 범한 경우나 의료행위의 성공에 의심이 있는 경우에는 환자 혹은 환자를 계속하여 치료하는 다른 의사에게 의료과오나 자기가 실시한 의료행위에 대한 의심을 설명하여 계속하여 환자를 치료하는 다른 의사에게 적절한 진단과 치료방법을 선택할 수 있도록 안내하여야 한다.<sup>33)</sup>

### 2) 自己決定的 說明의 一部로서의 過誤說明

의사의 의료과오에 대한 과오설명은 환자의 계속적인 치료행위를 위하여 대단히 중요한 의미를 가질 수 있다. 계속적인 치료행위를 위한 환자의 자기결정을 위한 과오설명은 치료적 조언의 일부로서의 과오설명과 같이 순수한 의료적 관점에 의하여 고려되는 의사설명이 아니고, 계속적인 치료를 위하여 요구되는 환자의사의 관점에서 요구되는 설명의무에 해당한다.

32) 참고할 수 있는 독일문헌으로는 Jochen Taupitz, Aufklärung über Behandlungsfehler: Rechtspflicht gegenüber dem Patienten oder ärztliche Ehrenpflicht ·, NJW 1992, 713.

33) 예컨대 암제거수술을 하면서 암세포를 모두 제거하지 않은 경우에는 환자에게 이 사실을 설명하여야 한다.

일반적으로 의사의 생명·신체·건강에 대한 치료권한은 헌법적으로 보장된 자기결정권(Selbstbestimmungsrecht)에서 그 근거를 찾고 있다. 생명·신체·건강과 같은 법익에 대한 자기결정권은 헌법이 특별한 보호를 하고 있고(헌법 제10조), 의료행위에 필요한 환자의 자기결정권을 구현하기 위하여 의사의 설명의무가 인정되고 있다.<sup>34)</sup> 왜냐하면 환자가 의료행위에 대한 자기결정권을 행사하기 위하여는 병명·치료행위의 내용이나 그 결과 및 위험(부작용)에 대한 의사의 설명이 필요하기 때문이다. 그러므로 의사는 자기결정적 설명의 범위에서 혹은 자기결정적 설명을 통하여 환자에게 계속하여 예상되는 의료침습에 대한 동의를 얻기 위하여 역시 의료과오에 대하여도 설명을 하지 않으면 안된다.

자기결정적 설명(sebstbestimmende Aufklärung)의 일부로서의 과오설명 은 의료과오의 결과로 새로운 동의가 요구되는 의료침습이 고려되거나 지속적인 치료행위가 문제가 되는 경우에 요구된다. 특히 자기결정적 과오설명 은 의료과오를 치유하기 위한 재의료행위가 필요한 경우에 고려된다. 반대로 해당의사에 의한 지속적인 치료행위가 고려되지 않는 경우 또는 의료과오가 지속적 손해를 야기하지 아니하거나 의료과오를 결코 제거할 수 없는 경우에는 자기결정적 의미에서 요구되는 의료과오에 대한 의사설명 은 고려되지 아니한다.

### 3) 醫療法에 의한 過誤說明義務

의사는 의료법에 의하여 일반적으로 민법에 의하여 부담하여야 할 의무보다 과중한 의무를 부담한다. 특히 인간의 일상적 사회관계에서 요구되는 의무보다 의료적 직업영역에서는 윤리와 법률의 결합을 통하여 더 많은 의무가 요구된다. 다만 의료적 행위 의무의 영역에서 법적 의무와 윤리적 의무를 구분하기는 곤란하고, 윤리적 의무로서 자기의 과오에 대한 모든 인간, 특히 의사의 자발적 설명이 인정될 수 있는가 하는 문제에 대하여 단적으로 대답하기는 곤란하다. 현재 의사나 의료행위에 대하여 적용되는 의료법에 의하면 과오설명을 직접적으로 강제하는 규정은 존재하

34) 환자의 자기결정권에 관한 헌법상의 인정근거에 대하여는 金天秀, 患者의 自己決定權과 醫師의 說明義務, 박사학위논문(서울대 1994), 34·35면; 金玟中, 의료행위에서의 「說明」과 「同意」, 대한병원협회지 제22권 제3호(대한병원협회 1993), 33면 참조.

지 아니한다. 그러므로 현행법의 해석에 의하면 자기의 의료과오에 대한 의사의 의료법적 설명의무는 성립하지 아니한다고 할 수 있다.

### 3. 結 語

진료적 조언은 진단, 치료행위의 종류와 그 결과, 치료행위의 경과에 대한 설명을 요구하고, 다만 원칙적으로 의사가 의무에 적합하게 혹은 의무를 위반하여 행한 의료행위에 대한 평가는 의사설명 범위에 포함되지 아니한다. 다만 과오설명이 진료적 조언으로 계속되는 치료행위를 위하여 요구되는 경우에는 예외적으로 의사에게 의료과오에 대한 설명의무가 성립할 수 있다. 그리고 현행법에 의하면 환자에게 민사법적 손해배상 청구권을 청구하도록 하기 위하여 의사가 자신의 의료과오에 대하여 자발적으로 설명하여야 하는 의무는 인정되지 아니한다. 그러나 자기결정 설명 범위에서 계속되는 필요한 의료침습에 대한 유효한 환자동의를 얻기 위하여는 의료과오에 대한 설명의무가 긍정된다. 또한 의료법적으로 의사에게 과오설명을 강제하는 직접적 규정은 없지만, 의사의 자기과오에 대한 자발적 설명은 의료윤리적 의무에 합치한다고 할 수 있다.

## Ⅶ. 結 論

1) 의사의 설명의무와 관련하여 국내에서 별로 논의되지 아니한 (i) 확대수술에 대한 설명의무, (ii) 초보의사의 설명의무, (iii) 의약품에 대한 설명의무, (iv) 진료상의 특권에 의한 무설명, (v) 의료과오에 대한 설명의무에 관한 논의를 통하여 다음과 같은 결론을 제시한다.

2) 확대수술에 대하여도 근본적으로는 의료행위에 적용되는 일반원칙에 따라서 의사설명에 의한 환자의 동의가 요구된다. 물론 계획된 수술의 도중에 수술확대가 예상되는 경우에는 의료침습을 개시하기 이전에 의사는 고려되는 수술확대의 내용에 대하여 환자에게 설명하여 환자동의를 미리 확보하여야 한다. 그리고 수술의 도중에 예견불가능한 수술확대가 고려되는 경우에는 일반적으로 설명동의의 원칙에 따라서 수술중단과 필

요한 수술확대에 대한 의사설명·환자동의를 요구되고, 다만 환자의 반대 의사가 없는 한 수술의 확대가 응급하게 요구되는 급박한 사정이 있는 경우에는 설명동의 없이 확대수술을 실시할 수 있다.

3) 근본적으로 초보의사는 환자에게 의사로서 어느 정도의 의학지식과 의료능력, 직업경험을 가지고 있는가를 자발적으로 설명하여야 할 의무를 부담하지 아니한다. 다만 초보의사는 의료행위(수술)가 전문분야 이외에 해당하거나, 다른 경험의사에 의한 의료행위가 위험이 보다 적게 발생할 가능성이 구체적으로 존재하거나 혹은 환자가 담당의사의 능력·경험에 대하여 착각하고 있거나 하는 경우에는 초보의사라는 사실을 설명하여야 한다. 특히 전문의사 혹은 경험의사의 감독이 없는 상태에서 경험이 없는 초보의사가 의료행위를 하는 경우에는 응급사태를 제외하고 초보의사라는 사실을 환자에게 고지하여야 할 의무를 부담한다.

4) 의약품에 대하여도 원칙적으로 의사의 설명의무가 적용된다. 특히 아직 검증이 되지 아니한 새로운 의약품을 환자에 대하여 투여하는 경우에는 의사의 설명의무가 더욱 가중된다. 그리고 플라시보의 시도는 원칙적으로 사소한 질병에 한하여 인정되고, 특정한 환자에 대한 명확한 치료 목적을 수반하지 않는 시험적인 경우에는 허용되지 아니한다.

5) 의사는 설명의 역기능이 야기될 우려가 있는 경우에는 진료상의 특권에 의하여 환자에 대한 의료설명을 제한하거나 하지 아니할 수 있다. 다만 진료상의 특권에 의한 의료설명 의무의 제한은 (i) 환자의 고도의 심리적 부담, (ii) 설명을 통한 위험의 증가, (iii) 제3자에 대한 위험, (iv) 응급하게 필요한 의료조치의 거절위험이 구체적으로 존재하는 경우에 한하여 인정되고, 의사의 설명의무에 대한 일반적 제한이나 무설명 허용되지 아니한다.

6) 의사는 치료상의 조언(안전설명) 혹은 자기결정적 설명으로 의료과오에 대한 설명의무를 부담한다. 다만 계속적인 치료나 계속적 치료행위를 위한 환자의 자기결정을 위하여 의료과오에 대한 설명이 요구되는 않는 한 의사는 자발적으로 의료과오를 환자에게 '고백'하여야 할 직업법적 의무는 부담하지 아니한다.