

의사의 설명의무와 환자의 자기결정권

범 경 철*

I. 서 설	7. 설명의 방법
1. 연 혁	8. 설명의무의 범위
2. 설명의무의 기본이념	9. 설명의무의 면제
II. 의사의 설명의무	III. 환자의 자기결정권(환자의 동의)
1. 의 의	1. 의 의
2. 설명의무의 역사적 발전	2. 자기결정권의 인정근거
3. 설명의무의 인정근거	3. 동의의 내용과 요건
4. 설명의무의 법적 성질	4. 동의의 배제
5. 설명의 주체, 객체, 시기	5. 동의(자기결정권)의 효과
6. 설명의무의 유형	IV. 결 論

*원광대학교 법과대학 겸임부교수 / 변호사

- 1) 의사의 설명의무와 환자의 자기결정권에 관한 논문은 국내에 많이 발표되고 있으나, 주요 논문은 다음과 같다. 권오승, 의사의 설명의무, 민사판례연구 11권, 박영사 1989, 242면; 권오승, 의사의 설명의무, 판례월보 212호, 1988, 16-22면; 김민중, 의사의 설명의무, 현대민법의 과제와 전망(남송 한봉희박사화갑기념논문집, 1994), 1171면; 김종국, 의사의 설명의무와 손해배상책임, 수원지방변호사회지 7호, 1997, 15-34면; 김천수, 의료계약상 의사의 설명의무, 서울대학교, 1989; 김천수, 의료계약상 의사의 설명의무 : 서독의 학설 및 판례를 중심으로 / 대구대 법정논총 3집, 1988, 109면; 김천수, 의사의 설명의무, 민사법학 7호, 1988, 231면; 김천수, 진료과오책임의 입증 및 설명의무의 이행, 의료법학(창간호, 한국사법행정학회), 2000, 289면; 박일환, 의사의 설명의무와 그 해태에 따른 법적 책임, 민사재판의 제문제 5권, 1989, 138면; 박일환, 의사의 설명의무와 환자의 승낙(재판자료 27집, 1985), 149면; 박종권, 의사의 설명의무에 관한 소고, 법학연구 2집(부산외국어대학법학연구소), 1990, 149면; 박종원, 의사의 설명의무, 전북대학교 박사학위논문, 2002; 범경철, 미용성형수술의 후유증에 관한 의사의 설명의무, 의료법학 3권 2호, 2002, 453면; 석희태, 의사의 설명의무, 경기행정논집 11집, 1997, 81면; 석희태, 의사의 설명의무와 환자의 자기결정권, 연세대 연세행정논총 7집, 1981, 287면; 석희태, 오진과 자기결정권침해의 효과, 현대민법의 과제와 전망(남송 한봉희박사화갑기념논문집, 1994), 1189면; 이덕환, 의사의 설명의무와 법적 책임론, 행법사, 1992; 이덕환, 의사의 설명의무위반에 대한 입증문제, 한양법학 2집, 1991; 이수경, 의사가 수술 전에 환자에게 행할 설명의무 위반의 효과, 판례연구 11집, 1998; 이수경, 의사가 수술 전에 환자에게 행할 설명의무, 판례연구 9집, 1996, 181면; 임통일, 의사의 설명의무와 그 위반의 효과, 판례연구 9집, 1996, 194면; 전병남, 의사의 설명의무위반과 손해배상책임, 의료법학 3권 1호, 2002, 270면; 추호경, 의사의 설명의무위반과 손해배상책임, 법조 50권 7호, 2001, 5-36면;

I. 서 설

1. 연 혁

의료행위에 있어서 의사의 설명의무는 환자의 자기결정권을 위하여 존재한다고 볼 수 있다. 만약 의사의 설명이 없으면 환자는 의사가 자기에게 어떤 시술을 하는지 몰라 그 시술에 동의를 할 수 없는 결과를 초래하게 된다. 먼저 의사의 설명의무를 살펴보고 나중에 환자의 자기결정권을 살펴보기로 한다. 실제로 진료에 대한 환자의 동의를 문제삼아 소송을 제기한 최초의 사건은 1767년 영국의 Slater v. Baker and Stapleton 사건이다. 그 이후 본격적으로 환자의 자기결정권이라는 용어를 사용하기 시작한 사건은 1914년 미국의 Schloendorff v. Society of New York Hospitals 사건부터이다. 그리고 1960년경의 Natanson v. Kline 사건에서는 informed consent(설명된 후의 동의)의 법리와 negligence 이론이 적용되었다. 이때부터 미국에서는 의사의 설명의무에 battery 이론과 negligence 이론이 병존하여 적용되었다. 그 후에 설명의무의 범위가 더욱 확대되어 1980년대에 들어와서는 Truman v. Thomas 사건에서 진료에 대하여 환자가 동의하는 경우뿐만 아니라 거절하는 경우에도 불치료의 위험에 대하여도 의사는 설명하여야 한다고 하는 것으로 설명의무의 범위가 확대되었다.²⁾ 우리나라에서도 설명의무에 대하여 많은 논문과 판례가 형성되고 있는 실정이다.

2. 설명의무의 기본이념

의사의 설명의무는 어디에 근거를 두고 있는가에 관해서 생각할 필요가 있다. 물론 의료행위를 의료계약에 의해서 성립한다고 하면 의료계약의 당사자인 의사는 계약의 이행에 필요한 부분을 설명하여 환자로 하여금 계약내용의 확정에도움을 주는 것이 타당하겠으나, 이것만으로는 의

2) 김천수, 진료에 대한 설명과 동의의 법리, 대구대학교 출판부, 1999, 2면 참조.

사의 설명의무를 전부 설명할 수 없다.

(1) 헌법 제10조 인간의 존엄성과 행복추구권

인간은 헌법에 나와 있지 않아도 당연히 선래적으로 자기의 신체에 관한 모든 것을 결정할 권리를 가지고 있음은 당연하다. 굳이 헌법에서 그 이념을 찾는다면 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치, 행복추구권에서 찾을 수 있을 것이다. 환자 역시 본인의 의사에 반하여 신체나 정신에 다른 사람이 개입할 수 없음은 너무나 당연하다고 볼 수 있다. 그러므로 의사가 환자를 치료할 때는 치료에 관하여 충분한 설명을 하여 환자로 하여금 정당한 결정을 할 수 있도록 하여야 한다.

(2) 정신적 이익 고려

의사가 환자를 치료하는 데에 있어서 환자의 건강보다 환자의 意思를 중시하여야 한다는 것이 원칙이라고 볼 수 있다. 설명의무를 인정하고 있는 것 자체가 환자의 신체적 치료보다 환자의 정신적 이익을 고려한 것이라고 볼 수 있다. 독일의 판례에서도 “... 환자의 고유의 의사를 존중하는 것은 그의 자유와 그의 인간으로서 존엄성을 존중하는 것이다. 이러한 점에서 환자의 자기결정권의 보호를 통하여 법원은 단순한 형식을 지키는 것이 아님을 알 수 있다. 오히려 법원은 자기결정이 건강의 이익에 못지 않게 존중되어야 한다는 점을 보장하기 위하여 헌법에서 인정하고 있는 중요한 개인의 자유를 보호하고 있는 것이다...”³⁾라고 판시하여 환자의 정신적 이익을 고려하고 있다. 물론 환자의 의사가 어떠한 경우에도 환자의 건강보다 우선한다는 것은 아니다. 우리나라에서도 환자가 비합리적인 결정을 내려도 이를 존중하여야 하는가에 관해서 견해의 일치를 보지 못하고 있다. 긍정하는 견해는 의사의 설명의무를 인정하는 이유를 절대적인 판단의 자유의 보장에서 찾고, 환자의 결정이 의학적인 관점에서 타당하지 않는 경우에도 환자의 결정을 무시해서는 안 된다고 한다. 부정하는 견해는 생명·신체·건강 등을 위태롭게 하는 비합리적인 결정의 자유를 부정하여야 한다고 한다.⁴⁾

3) BGH 1958.12.9.판결 BGHZ 29.46.

4) 김천수, 앞의 책, 29면.

본 논문은 비록 의사가 보기에 환자가 비합리적인 결정을 하더라도 환자의 정상적인 정신상태에서는 설명만 하면 족하다고 하는 입장에서 생각하기로 한다. 만약 환자가 비정상적인 정신상태에 있는 경우에는 환자의 가족에게 설명하고 결정하게 하면 될 것이다. 합리적인가 비합리적인가를 판단하는 것은 극히 주관적이어서 쉽게 판단할 문제가 아니다. 그리고 인간은 자기 신체와 정신에 관해서 타인의 간섭을 받지 않을 권리는 인간의 기본권 중에 최고의 위치에 있어야 한다.

II. 의사의 설명의무

1. 의 의

의료행위에 있어서 기본적으로 환자는 의사가 자기 몸에 어떤 조치를 하는지 알 권리와 이에 따르는 자기결정권을 가진다. 환자는 비록 의학이나 의료행위는 모르더라도 자신이 어떤 상태에 있고, 의사가 어떠한 약을 투여하여 무슨 병을 치료하는지 그리고 어떠한 수술을 하는지 알 권리를 가진다. 의사는 이런 환자의 알 권리를 충족시키기 위하여 충분한 설명을 하여 환자가 최종적으로 자기 몸에 대한 치료를 할 것인지를 결정할 수 있도록 하여야 한다.⁵⁾

그러나 의료는 고도의 전문지식을 요구하는 분야이기 때문에 의사에게 상당한 재량권이 인정된다. 따라서 의사의 설명의무에 대한 논의는 의사의 재량권의 한계에서 출발하는 것이 옳을 것이다. 이러한 의견은 주로 의료행위의 특수성을 고려하고, 의사의 진료행위의 위축을 우려하여 의사에게 의료에 대한 판단·처치에 대하여 어느 정도 재량권을 인정하여야 한다고 한다.⁶⁾

5) 진료에 대한 설명과 동의는 Informed consent에서 나온 말로서, 의사로부터 환자 측이 설명을 듣고 이에 동의하는 것을 의미한다.

6) 김천수, 앞의 책, 5면.

2. 설명의무의 역사적 발전

의료행위에 있어서 진료에 대한 의사의 설명을 최초로 문제삼은 것은 앞서 본 1767년 영국의 Slater v. Baker and Stapleton⁷⁾ 사건이라고 볼 수 있다. 그 뒤에 계속해서 진료에 대한 설명과 동의에 대한 법리가 계속 논의되어 오다가 1914년 미국의 Schloendorff v. Society of New York Hospitals⁸⁾ 사건에서 Benjamin Cardozo 판사가 환자의 자기결정권(selfdetermination)이라는 용어를 본격적으로 사용하였다.⁹⁾ 그리고 그 후에 여러 판례에서 이 논리를 적용하여 오다가 1972년 미국의 Canterbury v. Spence 사건에서 설명의무설정의 기준이 의료관행에서 통상의 환자 중심으로 대체되었다. 1973년에 채택된 미국병원협회의 환자권리헌장에서는 의료행위에서의 설명과 동의에 대하여 자세히 규정하고 있다.¹⁰⁾ 그리고 1981년에 리스본에서 개최된 제34회 세계의사회총회에서도 미국병원협회의 환자권리헌장과 마찬가지로 환자의 권리에 관한 리스본선언이 채택되었다.¹¹⁾ 본래 미국에서는 의료행위에서의 설명과 동의가 의료사고를 둘러싼 소송에서 법적 개념으로 등장하였지만, 최근에는 점차 의료현장에서도 의사와 환자 사이의 신뢰관계를 확립하기 위한 원칙으로 널리 보급되고 정착되어 있다.¹²⁾

7) 95 Eng. Rep. 860, 2 Wils. K.B. 359(1767). Ruth R. Faden and Tom L. Beauchamp, A History and Theory of Informed Consent(Oxford University Press, 1986), p. 143.

8) 211 N.Y. 125, 105 N.E 92(1914).

9) 의료행위에 있어서 자기결정이란 환자 자신이 ① 의료행위를 받을 것인지 ② 받는다면 어느 범위까지 받을 것인지를 스스로 결정한다는 의미이다.

10) 미국의 환자권리헌장에서는 "환자는 의사로부터 진단·치료·경과에 관하여 필요하고도 충분한 정보를 들을 권리가 있고, 의료행위를 받기 이전에 필요한 정보를 의사로부터 듣고 이해·납득한 다음에, 자유로운 의사에 의하여 동의한 의료행위를 받을 권리가 있다"고 규정하고 있다.

11) 리스본선언에서는 "환자는 충분한 설명을 들은 이후에 의료행위를 받을 권리가 있으며, 또한 의료행위를 거절할 권리도 향유한다"고 규정하고 있다.

12) 김민중, 의료분쟁의 법률지식, 청림출판, 2000, 221면; 독일의 경우는 의료소송 중 3분의 2 이상이 설명의무위반소송이라고 한다.

3. 설명의무의 인정근거

설명 의무에 대해서는 법적으로나 윤리적으로 요구되는 의사의 의무인지에 관해서 법률가와 의사 사이의 심각한 대결과 타협을 통하여 현재는 일반적으로 인정되고 있는 원칙이라고 할 수 있다.

(1) 헌법상 근거

독일에서는 설명의무의 인정근거를 독일 기본법 제1조 제2항 및 제2조 제1항에서 인정되는 인격실현의 보장에서 찾고 있다.¹³⁾ 우리나라 헌법에서는 의사의 설명의무와 환자의 동의는 헌법 제10조에 규정된 인간으로서의 존엄과 가치에서 파생하는 자기결정권¹⁴⁾에 그 근거가 있다고 할 수 있다. 헌법 제10조에서는 설명과 동의에 대하여 직접적으로 규율하고 있지 않지만, 모든 인간은 인간으로서의 존엄과 가치를 향유한다고 볼 때, 여기에서 근거를 찾을 수 있을 것이다. 그러나 어느 범위까지 설명의무를 환자가 받을 것인가가 문제가 된다. 이에 대하여 스스로 결정할 권리가 있고, 자신에게 유익한 의료행위일지라도 설명을 받을 것을 거절할 수 있는 권리도 가지고 있다고 본다.

(2) 민법상 근거

현재 대부분의 나라에서는 의사의 설명의무를 원칙적으로 인정하고 있다. 그리고 의료행위의 법적 성질에 대하여는 의사와 환자 사이의 계약에 의하여 발생할 수도 있다.¹⁵⁾ 환자 혹은 대리인이 의사에게 의료행위를 요청하고 의사가 그 요청에 응하여 의료행위를 개시하는 경우에 의사와 환자 사이에 법적으로는 법률관계가 형성된다. 이 계약은 명시적 계약일 수도 있고 묵시적 계약일 수도 있다. 계약의 기초가 당사자의 의사의 합치에 있다고 볼 때 정보의 우월한 위치에 있는 의사가 환자에게 의료행위에 대한 필요한 설명을 환자가 이해할 수 있도록 자세하게 하여야 한다.

13) 김천수, 앞의 책, 117면 참조.

14) 권영성, 헌법학원론(신판), 박영사, 1999, 404-405면

15) 물론 특수한 경우, 즉 환자가 의식도 없고 보호자도 없을 때에는 사무관리의 법리를 적용하는 경우가 있을 수 있다. 이런 경우는 예외적으로 설명의무가 면제된다고 볼 수 있다.

따라서 환자가 이해하지 못할 정도의 설명을 한다면 이는 설명을 하지 않는 것과 마찬가지로 일 것이다. 그리고 의료계약을 위임에 유사한 것으로 보고, 수임자는 위임자의 청구가 있을 때 위임처리 상황을 보고하고, 위임이 종료되었을 때 지체없이 이를 보고하여야 한다는 수임인의 보고의무 규정에서 근거를 구하는 견해도 있다.¹⁶⁾ 그러나 설명의무는 위임 사무의 사후처리 보고가 아니라 사전 설명이며, 위임인(환자)의 청구와 관계없이 설명의무가 인정된다는 점에서 위 견해는 타당하지 않다고 생각한다.¹⁷⁾

(3) 윤리적 근거

설명과 동의를 윤리적인 진실의무·자기결정에서 그 근거를 발견할 수도 있을 것이다. 진실이 윤리적으로 요구되는 기본행위라고 말할 수 있는데, 이 윤리적 요청이 역시 의료행위에서의 의사의 설명의무에서도 예외일 수 없을 것이다. 그러나 환자에 대한 배려의 측면에서 환자가 심리적 안정과 평안을 필요로 할 때가 문제된다. 즉 진실이 오히려 환자를 해칠 우려가 있는 경우까지도 진실을 말하여야 할 윤리적 의무가 성립하는지는 매우 어려운 문제라 할 것이다. 이는 매우 위험한 처지에 처한 환자가 진실을 알게 됨으로써 병이 악화된다든지 환자가 심리적 쇼크에 의하여 투병의지를 포기할 수도 있을 것이다. 이런 경우는 어쩔 수 없는 허위설명이 진실의 자비로운 형태로 이해될 수 있다. 물론 보호자에게는 진실로 설명을 하여야 할 것이다.

4. 설명의무의 법적 성질

우리나라에서 설명의무자체에 관한 논문은 상당히 축적되었으나, 설명의무의 법적 성질에 관해서는 그리 많이 논의되고 있는 실정은 아니며, 대부분 외국의 학설을 소개하고 있다. 설명의무의 법적 성질에 관해서 일본이나 독일에서 논의되고 있는 것은 설명의무가 독립된 의사의 의무인

16) 문국진, 의료의 법이론, 고려대학출판부, 1982, 87면; 신현호 앞의 책, 211면 참조.

17) 同旨: 최재천·박영호, 의료과실과 의료소송, 육법사, 2001, 637면.

가 아니면 유효한 동의를 얻기 위한 전제의 문제인가에 관한 것이다.

(1) 일본

일본에서는 의사의 설명의무를 환자의 자기결정권(동의)에 필요한 요건에 불과하다는 학설과 별도의 법적 의무로 보는 설이 대립하고 있다. 동의나 승낙에 필요한 유효요건으로 보는 견해에 의하면 의사가 설명의무를 하지 않은 경우는 환자의 신체에 대한 침습을 동의가 없는 것으로 인정하여 위법성이 조각되지 않아 불법행위책임을 진다고 한다. 이 학설은 국내에서는 동의무효설 혹은 승낙무효설로 소개되어 있다.¹⁸⁾ 그리고 의사의 설명의무를 법적 의무로 보는 견해에 의하면 설명의무위반을 불법행위나 채무불이행상의 주의의무위반으로 본다. 이 학설은 의무발생을 불법행위상의 주의의무로 보는 불법행위책임설, 계약상의 의무로 보는 계약책임설, 절충설인 양성계약설로 나뉜다.¹⁹⁾

(2) 독일

독일에서는 의사의 설명의무의 법적 성질을 일단 법적인 의무로 보고 진료의무와 병행하는 독립된 의무로 볼 것인지 아니면 진료의무로부터 생기는 부수적인 의무로 볼 것인지에 관해서 견해의 대립이 있다. 그리고 설명의무의 법적 성질을 법적 의무로 보면서 이것을 불법행위책임인지 아니면 계약책임인지에 관해서 견해의 대립이 있다.

1) 부수파생의무

의사의 설명의무를 의료법상 진료의무로부터 당연히 파생된 주의의무로 보고, 의사가 설명의무를 하지 않았을 경우에는 의사는 과실책임을 부담한다고 보는 견해이다. 그러므로 설명의무를 다하지 않은 경우에는 결과적으로 신체를 침해하는 결과를 가져왔으므로 손해배상책임을 부담한다고 한다.

2) 독립적 부수의무

의사의 진료와 관계된 부수적인 것이 아니라 의료행위에 부수된 독립된 의무로서 환자는 설명의무이행을 청구하는 권리를 가지며 별도의 설

18) 신현호, 앞의 책, 200면; 최재천·박영호, 앞의 책, 644면.

19) 新美育文, “醫師の説明義務と患者の同意”, 民法의 爭點(有斐閣, 1985), 231면.

명 의무 이행의 소를 제기할 수 있다고 한다. 의료행위를 함에 있어서 설명 의무는 시간적으로 의사의 치료행위보다 앞선다는 것과 환자의 자기결정권을 위해 필요한 독립된 의무라고 한다.

3) 불법행위법적 성질을 가진 의무, 계약법적 성질을 가진 의무, 절충적 성질을 가진 의무

① 불법행위법적인 성질을 가진 의무

불법행위법적 성질을 가진 의무로 보더라도 왜 의사가 책임을 부담하는가에 관해서는 견해가 대립하고 있다. 현재 통설과 판례는 상해에 대한 책임이라고 보고 있다.²⁰⁾ 상해설의 견해에 따르면 의사의 설명의무위반 책임을 불법행위책임으로 보고, 의사가 설명을 하지 않은 의료행위는 환자의 동의 없이 한 의료행위가 되어 곧바로 위법성을 인정하여 정신적, 재산적 피해에 대한 손해배상을 하여야 한다고 한다.

인격권 침해설에 의하면 설명의무를 다하지 않은 의료행위를 상해설과는 달리 인체의 침습을 위법한 것으로 하지 않고, 인간의 존엄과 가치로부터 유래되는 자기결정권의 침해에 중점을 두고 있는 학설이다. 즉, 환자의 동의를 얻지 않고 실시한 수술은 신체적 불가침성을 침해하는 것이 아니라 환자의 자기결정권을 침해한 것으로서 의사는 책임을 면하지 못한다고 한다. 이중침해설의 견해에 의하면 인격권침해와 신체적 불가침성을 구별하는 것이 곤란함으로 동의 없는 인체의 침습은 환자의 자기결정권을 침해하며, 환자의 자기결정권 침해는 그 배후에 있는 신체불가침성을 침해하는 결과를 가져오므로 설명을 하지 않은 의사는 책임을 면하지 못한다고 한다.

② 계약법적 의무로 보는 견해

이 학설은 설명의무는 일반적으로 존재하는 것이 아니라 어느 한 쪽의 당사자가 계약상 신의성실의 원칙에 따라 설명을 기대할 수 있는 경우만 책임을 부담한다. 이 학설의 근거는 계약체결상의 과실이론 또는 적극적 채권침해이론에 그 근거를 둔다고 한다.²¹⁾

20) 석희태, 오진과 자기결정권 침해의 효과, 판례월보 287호, 1994.8. 20면.

21) 최재천·박영호, 앞의 책, 644면 참조.

(3) 판례의 동향

여러 가지의 학설 중에서 대법원은 주의의무설(법적의무설)을 따르고 있는 것처럼 보인다.²²⁾ 주의의무설은 다시 불법행위책임설, 계약책임설, 양성책임설로 나누어지는데, 판례는 설명의무를 불법행위의 한 구성요소인 의료기술상의 과실요소와 같은 범주의 하나로 보는 경향²³⁾과 의료기술상의 과실과는 별개의 주의의무로 보는 경향으로 나누고 있다.²⁴⁾

5. 설명의 주체, 객체, 시기

(1) 설명의무자(주체)

설명 의무자라고 함은 설명의 주체로서 설명을 하지 않을 경우에 책임을 지는 자를 의미한다. 물론 설명의무자와 책임자가 꼭 일치하는 것은 아니다. 사용자책임이 바로 그것이다. 설명의무의 주체는 원칙적으로 당해 처치의사라 할 것이나 특별한 경우에는 다른 의사를 통해서도 할 수 있다.

1) 설명의무 담당자

원래 설명은 처치의사가 직접 하는 것이 원칙이지만, 결과적으로 환자가 자기결정을 할 수 있도록 의료행위에 관하여 설명하는 것이 중요하므로 경우에 따라서는 다른 의사의 설명이나 동료환자에 의한 설명도 유효한 설명이 된다는 견해도 있다.²⁵⁾ 독일에서는 의료계약의 당사자가 법인이더라도 설명은 의사가 하여야 하고 설명대화는 치료행위의 일부이므로 의료보조자에게 위탁해서는 안 되고 의사가 직접 하여야 한다는 견해가 있다. 그리고 이와 반대의 견해로서 꼭 설명의무를 의사가 직접 하여야 하는 것은 아니고 환자가 충분히 설명을 듣는 것이라면 방법과 수단에는

22) 대법원 1995.2.10. 선고 93다52402 판결.

23) 대법원 1994.11.25. 선고 94다35671 판결.

24) 대법원 1987.4.28. 선고 86다카1136 판결; 손환필, "의료에 있어서 환자의 권리와 의무", "의료과오의 민사법적 제문제", 1998, 96면 참조.

25) 김민중, 앞의 책, 260면에서는 다른 의사의 설명도 유효하나 반드시 처치의사는 이를 확인하여야 한다고 한다; 권오승, 의사의 설명의무, 현대법의 과제(송암 전창조 박사 고회 기념, 1987), 360면.

문제가 되지 않는다는 견해도 있다.²⁶⁾

2) 집단의료행위의 경우

의료행위를 함에 있어서 의사 한명이 치료를 하는 경우는 오히려 드물고 여러 의사가 동원되는 경우가 많다. 이런 경우에 누가 설명의무를 부담할 것인가가 문제될 수 있다. 즉, 처음에 치료를 담당했던 주치의가 다른 의사에게 설명의무를 전가할 수 있는가가 문제된다. 그리고 의료행위가 여러 과목의 의사가 함께 시술을 하는 경우에 과목이 다른 의사가 설명을 하는 경우에 환자가 어떻게 받아들일 것인가가 문제될 수 있다.

① 치료담당의사와 수술담당의사

의료행위를 함에 있어서 치료담당의사와 수술담당의사가 다를 경우에 누가 설명의무를 부담하는가에 관해서는 대체적으로 치료담당의사가 설명의무를 부담한다고 하고 있다. 독일에서는 치료담당의사(behandelnder Arzt)와 수술담당의사(operierender Arzt) 중 누가 설명의무를 부담할 것인가에 관하여 치료담당의사가 부담하는 것으로 하고 있는 것 같다. 즉, 수술담당의사는 치료담당의사의 지시를 받아 수술만 하는 것으로 본다.²⁷⁾ 이런 개념은 당연한 것으로 보여 진다. 설명의무의 부담자는 설명의무위반의 책임을 지는 자를 의미하고, 이는 처치의 과실책임이 아니고 환자의 자기결정권을 침해하는 것에 해당하기 때문에 수술담당자가 아닌 치료담당의사가 종합적인 설명을 하고 환자로 하여금 자기결정을 할 수 있도록 하면 된다고 생각한다. 일부 견해는 설명의무는 누가 해도 특별한 경우를 제외하면 상관없다는 입장을 피력하고 있으나, 본인 견해로는 반드시 치료담당의사가 설명의무를 부담하고 치료담당의사의 위임을 받아서 다른 의사가 하는 것은 상관없다고 생각한다. 따라서 설명의무위반의 책임은 치료담당의사가 부담하는 것이 옳을 것이다.

② 설명의무의 위임과 병원의 책임

의료행위를 함에 있어서 주치의가 자기환자의 타과목 치료의 필요성 때문에 다른 과목 의사에게 치료를 의뢰하는 경우가 있다. 이런 경우에

26) 대법원 1999.9.3. 선고 99다10479판결; 김천수, 앞의 책, 148면 참조.

27) 김천수, 앞의 책, 156면 참조.

설명 의무를 다른 의사에게 위임할 수 있는가가 문제가 생길 수 있다.

(2) 동의권자(객체)

동의권자는 원칙적으로 환자만이 해당되므로 설명은 환자 본인이 직접 의사로부터 들어야 한다. 그러나 환자로 하여금 두려움을 갖게 하여 수술에 따른 위험도가 높아질 경우에는 전술한 바와 같이 환자 본인에 대한 설명의무가 면제되기도 한다.²⁸⁾ 제3자에게 동의권이 있는 경우에는 제3자 외에 환자에게도 설명을 할 필요가 있는 경우가 있을 수 있다. 환자의 동의능력은 의료행위에 대한 동의가 법률행위적 의사표시가 아니기 때문에 행위능력과 관계가 없으며, 단지 환자의 의사능력이나 변식능력만 관계가 있다. 그러므로 동의능력은 개별적인 경우에 의사가 환자의 능력과 성숙 정도 등을 고려하여 판단한다. 미성년자에 대한 의료행위에서는, 특히 미성년자에 대한 의료적 침습이 중대한 경우에 원칙적으로 친권자의 동의를 얻어야 한다. 친권은 부모가 공동으로 행사하기 때문에, 응급사태 및 질병이나 상처가 경미한 경우를 제외하고는 부모 모두의 동의가 필요하다.

(3) 설명시기

설명은 적기에 이루어져야 한다. 즉 설명은 의료행위를 실시하기 이전에 하여야 하며, 사후설명은 결코 허용되지 아니한다. 의사가 환자에게 병상·의료행위의 내용 및 그 위험에 대한 설명을 하는 경우에, 환자가 그 판단을 하거나 가족·친지와 상의하기 위하여 필요한 시간적 여유가 있어야 한다.²⁹⁾ 즉, 의사의 설명은 환자에게 침습의 중대성에 비례하여 환자의 의사형성을 위한 충분한 시간이 고려되어야 할 것이다. 그러나 항상 시간적인 여유가 있는 것은 아니다. 의료행위의 긴급성을 요하는 경우에는 수술직전에 설명을 하는 경우도 있다. 경우에 따라서는 설명을 하지 못하고 의료행위를 하는 경우도 있을 수 있을 것이다. 이런 경우는 긴급피난의 법리가 적용되는 상황이라고 보아야 한다.

28) 광주지방법원은 1997.8.14. 선고 96가합4048 판결에서·수술의 시행여부는 원칙적으로 수술을 받는 환자 자신이 이를 결정하여야 되나, 수술에 따르는 위험성을 환자에게 알리는 것이 그에게 심적 부담을 주어 그 위험도가 커질 수 있는 경우에는 환자의 안전을 위하여 그에 대한 설명의무가 면제된다·고 판시했다.

29) 김천수, 의사의 설명의무 -서독의 학설 및 판례를 중심으로- (민사법학 제7호: 한국사법행정학회, 1988), 253면 참조.

6. 설명의무의 유형

의사의 설명의무는 반드시 환자의 동의 여부의 대상이 되는 사항에 한하는 것은 아니다. 설명의무의 유형은 환자에게 진단의 결과와 처치방법·효과를 설명하는 고지의무(조언의무), 환자가 준수하여야 할 내용을 알려주는 지도의무, 적절한 판단자료를 제공할 기여적 설명의무로 나누는 견해가 있다.³⁰⁾ 그리고 구두에 의한 치료행위로서 진료상의 설명의무와 환자의 자기결정을 위한 진단설명·경과설명·위험설명으로 나누는 견해도 있다.³¹⁾

생각건대, 설명의무 유형을 어떻게 나누는가에 따라서 법적인 근거와 그 위반의 효과가 달라질 수도 있으나, 결국 설명의무위반에 기한 손해배상의 측면에서 보면 결과는 별로 달라지지 않는다고 본다. 설명의무를 진료상의 설명의무, 진단설명, 경과설명, 위험설명 등으로 나누어 보면 다음과 같다.

(1) 진료행위로서의 설명

진료행위로서의 설명은 달리 진료적 설명 혹은 안전설명이라고 표현된다. 진료적 설명이란 의사에게 의료상 요구되는 주의의무의 일환으로 행하는 설명을 의미한다.³²⁾ 환자의 결정에 필요한 정보를 제공하기 전에 우선 환자의 신체의 상태에 대한 설명이 필요할 것이다. 즉 진료적 설명이 의료행위에서 요구되는 이유는 의사의 진료적 설명을 통하여 환자가 자신의 건강상태를 정확히 이해하고 건강상태의 향상을 위하여 어떻게 행동하여야 하는가를 인식하여 질병의 진행을 방지하는 것보다 의료침습에 수반되는 위험을 감수하는 것이 더 환자에게 유리하다는 것을 이해시키는데 있다. 결국 진료적 설명은 의료행위의 본질적 구성부분에 해당한다고 할 수 있다.

30) 석희태, "의료과오 민사책임에 관한 연구", 연세대학교 대학원 박사학위논문, 1988, 35면; 석희태, 의사의 설명의무, 고려대 특무대학원 제9기 강의교재.

31) 김민중, 앞의 책, 233면.

32) 김민중, 위의 책, 227-228면에 의하면 진료적 설명의 개념에는 "환자의 자기결정과 관계 없는 의사의 조언의무, 안내의무, 경고의무, 지시의무, 지도의무 등이 모두 포함된다"고 한다.

(2) 동의를 얻기 위한 설명

이 설명은 환자의 자기결정권에 기여하는 설명이다.³³⁾ 자기결정적 설명은 환자가 의료행위에 대하여 동의를 하는 경우에 자기결정적 혹은 자기책임적 결정을 하기 위하여 필요한 근거를 제공하기 위한 설명을 의미한다. 즉 의사는 환자가 치료를 받을 것인지, 받는다면 어느 정도 받을 것인지에 대하여 자유의사에 따라 결정할 수 있도록 도와주어야 한다. 의사는 의료행위에 대한 환자의 유효한 동의의 전제조건으로 병상, 예상되는 의료행위 및 그 전형적 위험에 대하여 의료행위를 개시하기 이전에 자기결정적 설명을 하여 자유로운 자기책임적 인격체로서의 환자의 이익을 보호하여야 할 의무를 부담한다.

1) 진단설명

의료행위를 하는 데에 있어서 의사는 환자에게 제일 먼저 시진·문진·청진·타진·촉진 및 각종 검사를 하여 알아낸 병명 혹은 병상을 설명하여야 한다. 환자의 몸에 어떤 질병이 있다는 사실을 알도록 하고, 질병의 본질을 이해하도록 하는 진단설명은 환자의 자기결정을 위한 제일 중요한 조건이라고 할 수 있다. 진단설명은 환자가 병명과 병상을 파악하여 예상되는 의료행위를 준비하기 위하여 필요한 정도로 하면 충분하다.

2) 경과설명

의사는 자신이 시행할 의료의 침습의 종류, 내용, 범위, 경과, 결과 등에 대하여 환자가 이해할 수 있도록 설명하여야 한다. 통상의료나 치료실험의 경우 경과설명은 환자의 자기결정권의 행사에 중요한 기준이 된다. 환자는 보통 의사가 질병은 어떤 것이고 이것이 발전하면 어떤 결과를 낳고, 치료하면 위험은 수반하나 치료하지 않는 것보다는 유리한 결과를 낳는다는 설명을 듣고 치료에 동의하는 경우가 대부분이다. 그리고 만일 의사는 환자를 치료하는 데에 있어서 서로 상이한 다수의 치료방법이 존재할 경우 환자가 다양한 치료가능성 가운데 선택권을 행사할 수 있도록 각각의 장점과 단점을 설명하여야 한다.³⁴⁾

33) 자기결정을 하는데 첫째 조건은 자신의 질병의 종류나 상태를 아는 것이다.

34) 김민중, 위의 책, 234-235면에 의하면 경과설명에는 "① 실시할 예정의 의료행위를 통하여 기대되는 결과에 대한 설명인 '치료설명', ② 예상되는 의료행위를 당장 실시하지

3) 위험설명

의사가 의료행위를 하는데 있어서 최선을 다하였는데도 확실히 배제할 수 없는 발생 가능한 계속적·일시적 부작용에 관한 정보를 설명하는 것이다. 의사는 위험설명으로 의료행위의 부수적 효과, 즉 후유증·부작용 등 의료행위와 관련하여 발생 가능한 위험에 대하여 설명하여야 한다.³⁵⁾ 물론 의료행위의 위험이란 의료행위를 위하여 필요한 주의를 다하고, 또한 비록 과오 없이 의료행위를 실시하였을지라도 발생 가능한 모든 일시적·계속적·부수적 효과를 의미한다.³⁶⁾ 그리고 동일한 의료행위를 통하여 빈번히 야기된 의료사고가 있다면, 이 위험에 대해서도 의사는 환자에게 설명하여야 한다. 치료의 실패 자체는 위험설명에 포함되지 않는다. 즉 의사의 과실은 설명하여도 위법성이 조각되지 않는다.³⁷⁾

7. 설명의 방법

(1) 원 칙

대화를 통한 구두설명이 제일 많이 이용되고 있으나 여기에는 일정한 양식이 없다. 필요에 따라 각 학회별로 혹은 각 진료기관별로 설명동의서식을 개발하여 사용하여 왔으나 이러한 양식에 대하여 통일의 필요성이 대두되어 의료계 일각에서 양식의 표준화를 제시하기도 하고 있다.³⁸⁾ 그리고 문서식 설명은 대화식 설명을 대신할 수는 없다. 즉, 의료행위는 고도의 전문성을 요구하는 분야이기 때문에 의사는 환자에게 서류만으로 확인 받는 것으로는 부족하고, 반드시 환자가 이해할 수 있도록 자세히 대화로 설명을 하여야 한다. 또한 일방적인 강의방식은 허용되지 않으며 환자의 지능, 학력의 수준에 맞게 충분히 이해할 수 있도록 설명하여야

아니하는 경우에 환자에게 야기될 건강상태의 변화 혹은 장애예측에 대한 설명, 즉 의료행위의 거절에 따른 위험의 고지로서의 '불치료설명'이 포함된다"고 한다.

35) 김천수 교수는 위험설명과 지도설명을 분리해서 설명하고 있는 것 같다. 본 논문에서는 같은 개념으로 보기로 한다(김천수, 앞의 책, 137면).

36) 손환필, 앞의 논문, 102면; 신현호, 위의 책, 213면 참조.

37) 대법원 1997.7.22. 선고 95다49608판결 참조.

38) 대한의학회·21세기 의료법률연구소, 「수술·검사 표준설명동의서식집」, 도서출판 아카데미아, 2002. 참조.

하며 의사의 설명이 의사의 책임회피 수단으로 이용되어서는 안 될 것이다.³⁹⁾

(2) 설명의 형식⁴⁰⁾

의사가 환자에게 우선 필요한 기본적인 정보를 설명하고 구체적인 부분에 대하여는 환자의 질문에 따라 설명한다는 것이 단계적 설명이다. 즉 단계적 설명은 의사가 환자에 대한 설명을 두 단계로 구분할 수 있다. 첫째, 먼저 의사는 환자가 충분히 이해할 수 있도록 자세히 기초설명을 하여야 한다. 둘째, 환자의 질문에 따라서 개별설명을 환자가 이해할 수 있도록 설명한다. 첫째 단계에서는 의사가 보통 의학지식이나 의료기술에 문외한인 환자가 이해하기 용이한 문장으로 예상되는 의료행위와 그 위험에 대한 기본적인 정보를 그 내용으로 미리 작성된 설명서를 통하여 환자에게 설명한다. 둘째 단계에서는 환자가 기초설명을 듣고, 의심이 나거나 알고싶은 부분을 질문할 때에 문서가 아니라 설명대화를 통하여 실시된다.

의료행위에서의 설명은 본래 의사와 환자 사이의 신뢰관계에 그 근거가 있기 때문에, 반드시 문서로 실시되어야 할 필요는 없다. 형식적 설명, 즉 문서설명에 비록 문서에 의료행위의 종류·범위·위험에 대하여 대단히 자세하게 기록되어 있을지라도, 단지 설명대화를 보충할 뿐이며, 결코 설명을 위한 의사와 환자 사이의 대화를 대체할 수 없다. 그러나 병원에서 일상적으로 사용하고 있는 수술승낙서, 의료행위설명서라는 명칭으로 작성된 문서는 별반 큰 의미는 없다. 다만 분쟁이 발생하였을 때, 문서는 의사가 환자에게 의료행위의 필요성·내용·예상되는 합병증과 후유증 등 위험에 대하여 자세한 설명을 하였다는 사실을 확인하는 것에 불과하다. 오히려 문서식 설명은 잘못하면 환자에게 공포를 심어주는 역할을 하는 경우도 발생할 수 있다.⁴¹⁾

39) 즉, 환자에게 나쁜 인식이 들지 않도록 배려하는 마음으로 설명을 하여야 한다.

40) 석희태, 의사의 설명의무와 환자의 자기결정권, 연세대 연세행정논총 7집, 1981, 287면 이하.

41) 최근 설명대화의 근거로서 치료 내지는 수술 전에 서명을 위하여 환자에게 제시되는 표준침습의 실행과 위험에 대한 설명서 내지 동의서라는 양식이 자주 이용된다.

8. 설명의무의 범위

(1) 설명의무 범위의 결정기준

설명 의무의 범위는 항상 개별적 사건의 상황에 의하여 결정된다. 설명의무 범위를 결정하는 기준에 대해서는 많은 의견이 있다. 의사는 기본적인 설명만 하고 환자가 질문을 하거나 의문을 가지고 있을 때만 추가질문을 한다는 견해가 있다.⁴²⁾ 환자가 자기결정을 하기 위해서 필요한 사항을 설명하여야 한다는 견해도 있다.⁴³⁾ 그리고 절충적인 견해로 객관적인 요소와 주관적인 요소를 동시에 종합적으로 고려하여야 한다는 견해도 있다.⁴⁴⁾ 어느 경우이든 환자는 충분한 설명을 듣고, 일정한 의료행위를 받을 것인지 아닌지에 관한 결정은 환자의 권리이다. 의사는 환자에게 가치가 동일한 다양한 치료방법이 고려되는 경우에, 각각 상이한 경과·위험 및 성공가능성이 고려되면 모든 치료가능성 및 그 장점·단점을 설명하여 환자에게 선택가능성을 보장하여야 한다. 그러나 다양한 치료가능성 가운데 단순한 선택가능성만이 고려되는 경우 환자가 상세한 정보나 설명을 요구하지 아니하는 경우에는 치료방법의 단순한 선택은 의사의 자유재량에 속한다고 볼 수 있다.

(2) 설명의 대상

또한 설명의 대상은 수술에만 한하지 않고 검사, 진단, 치료 등 진료의 모든 단계에서 발생한다. 그러나 설명의무위반에 대하여 의사에게 위자료 등의 지급의무를 부담시키는 것은 의사가 환자에게 예기치 못한 중대한 결과가 발생하였을 경우에 의사가 그 행위에 앞서 환자에게 질병의 증상, 치료나 진단방법의 내용 및 필요성과 그로 인하여 발생이 예상되는 위험성 등을 설명하여 주었더라면 환자가 스스로 자기결정권을 행사하여 그 의료행위를 받을 것인지 여부를 선택함으로써 중대한 결과의 발생을 회피할 수 있었음에도 불구하고, 의사가 설명을 하지 아니하여 그 기회를 상실하게 된 데에 따른 정신적 고통을 위자하는 것이므로, 이러한 의미에

42) 권오승, 민법의 쟁점, 법원사, 1993, 529면 참조.

43) 김민중, "환자의 권리와 의사의 책임", 법률신문 제1977호, 1990.10.25, 10면.

44) 석희태, 앞의 박사학위논문, 46면 참조.

서의 의사의 설명은 모든 의료과정 전반을 대상으로 하는 것이 아니라 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 경우 등과 같이 환자에게 자기결정에 의한 선택이 요구되는 경우만을 대상으로 하여야 한다. 따라서 환자에게 발생한 중대한 결과가 의사의 침습행위로 인한 것이 아니거나 또는 환자의 자기결정권이 문제되지 아니하는 사항에 관한 것은 위자료 지급대상으로서의 설명의무 위반이 아니라고 보아야 한다. 판례도 같은 견해이다.⁴⁵⁾

(3) 의료행위가 변경된 경우

환자의 동의는 보통 미리 설명을 받은 구체적 의료행위에 제한된다. 그러므로 만일 의료행위가 변경된 경우는 원칙상 의료적 침습을 중단하고, 변경된 의료행위에 대해서 다시 설명하여 환자의 동의를 받아야 한다. 그러나 환자의 동의를 얻기 위한 의료행위의 중단은 간혹 적당하지 아니한 경우도 있으므로, 의료적 침습의 전단적인 변경 또는 확장이 응급히 필요한 경우에는 환자의 이익에 따른 추정적 동의에 의하여 적법한 의료행위로 인정될 수도 있다. 물론 의료행위의 중단이 환자에 대한 치료기회에 별로 영향을 미치지 아니하고, 큰 어려움이 없이 환자의 동의를 얻을 수 있는 경우에는 추정적 의사에 의한 의료행위의 적법성이 인정되지 아니하기 때문에 새로운 의료행위에 대한 환자의 동의가 필요하다고 본다.⁴⁶⁾

9. 설명의무의 면제

1) 의 의

의사가 환자에게 진료방법 등을 설명하는 것은 환자의 자기결정권을 보장하기 위한 것인데, 이러한 설명이 환자의 치료시기를 놓쳐 하나뿐인 생명을 잃게 되거나, 환자의 불안·긴장으로 역효과를 가져오는 경우에는 환자에게 설명을 하지 않는 것이 오히려 환자에게 득이 될 수도 있다. 이

45) 대법원 1995.4.25. 선고 94다27151 판결; 대법원 2002.6.28. 선고 2001다81313 판결; 대법원 2002.5.28. 선고 2000다46511 판결 참조.

46) 대법원 1998.2.13. 선고 96다7854 판결 참조.

에 관하여 대부분의 대법원 판례들이 “긴급한 경우 기타 특별한 사정이 없는 한” 설명의무가 있다고 판시하고 있는데, 이는 긴급한 경우나 특별한 사정이 있는 경우에는 설명의무가 면제될 수도 있다는 것을 암시하고 있다. 이와 같이 설명동의원칙을 준수함으로써 진료가 지체되어 생명의 상실이나 건강에 중대한 손상의 위험이 있는 경우에 환자의 동의 없이 진료를 실시할 수 있는가의 긴급진료문제가 생길 수 있다.

2) 예외인정의 법적 성질

의사가 의료행위를 함에 있어서 환자의 동의를 얻어서 하는 것이 원칙이다. 그러나 특별한 경우에는 환자의 동의 없이 의사가 의료행위를 할 수 있는 경우가 있을 수 있는데, 이때 언급되는 주요이론은 다음과 같다.

(1) 긴급피난이론

긴급피난이라고 함은 생명·신체·자유·명예·기타의 법익에 대하여 달리 피할 방법이 없는 현재의 위난으로부터 자기 또는 타인을 구하기 위하여 행하는 행위로 위법성이 부인되는 것을 말한다. 의료행위에 있어서 긴급피난의 이론을 도입할 수 있는 경우는 환자의 병상이 급박하거나 중대하여 즉각적인 의료행위가 필요한 경우가 있을 수 있다. 이런 경우에는 의사에게 평상시와 같은 정도의 주의를 요한다면 의료행위를 위축시켜 환자에게 피해가 올 수 있다. 때문에 응급의료의 경우에는 환자에게 최소한의 판단능력이나 시간적 여유가 없는 경우에는 최초의 시술이나 확대 시술 등에 있어서 설명의무가 면제된다는 이론이다.

(2) 동의추정이론

동의추정이론이라고 함은 일정한 경우에 환자나 그 법정대리인의 동의가 추정된다는 이론이다. 이 이론은 독일에서 논의되고 있는 이론으로서 우리나라의 학계나 판례에서는 아직 볼 수가 없다. 이 이론의 적용은 엄격한 제한을 요구하며, 모든 상황과 의료행위 등의 성질을 고려하여 환자의 추정 의사를 친지나 가족 등 가까운 사람으로부터 탐구하여야 한다고 한다.⁴⁷⁾

(3) 사무관리이론

47) Münchener/Mertens, § 823, Rdnr. 439(김천수, 앞의 책, 217면 참조).

우리 민법에는 사무관리를 인정하고 있다. 민법 제735조(긴급사무관리)에서 “관리자가 타인의 생명, 신체, 명예 또는 재산에 대한 급박한 위해를 면하게 하기 위하여 그 사무를 관리한 때에는 고의나 중대한 과실이 없으면 이로 인한 손해를 배상할 책임이 없다”라고 규정하고 있다. 이러한 사무관리이론을 의사의 설명의무의 면제에 적용하려면 의사의 진료행위가 사무관리에 해당하는가의 문제, 환자의 상태가 긴급을 요하는가의 문제가 고려되어야 할 것이다.

3) 설명의무면제의 유형

(1) 자기결정권행사의 포기, 설명의 역기능

설명 의무를 인정하는 이유는 원칙적으로 환자의 자기결정을 돕기 위해서이다. 때문에 환자의 입장에서 보면 특정의 의료행위에 대해서 의사의 설명을 포기할 수 있을 것이다. 이미 알고 있는 경우나 알고 싶지 않은 경우 등 여러 경우가 있을 수 있다. 환자가 설명의 청취를 포기하는 것이 자기결정권을 포기하는 것은 아니다. 그리고 어느 특정의 사안에 한정해서 설명의 청취의 포기를 인정하는 것이지 포괄적으로 설명의 청취를 포기하는 것이라고 볼 수 없다. 원칙적으로 의사가 환자에게 반진실이나 부드러운 설명 등의 설명은 설명의무위반의 책임을 면할 수가 없을 것이다. 그러나 의료현장의 경험에 의하면 간혹 의사의 정확한 설명은 환자의 투병의지와 절망을 가져와 환자에게 삶에 의지를 상실케 하는 경우가 있을 수 있다고 한다. 심한 경우에는 “수술이 잘못되면 죽을 수도 있다”고 설명하면 바로 쇼크사하는 경우도 있을 수 있다고 한다. 이러한 경우는 의사가 설명을 할 때 방법의 문제이지 제한의 문제는 아니라고 생각한다. 이러한 설명의 역기능을 고려하여 “환자에게 지나친 심리적 부담, 위협의 증대, 제3자에의 위협, 환자에게 절대적으로 필요한 의료행위의 중단우려 등”이 있는 경우에는 의사에게 설명의무를 제한하거나 하지 않을 수도 있다고 한다.⁴⁸⁾

그러나 이러한 경우에도 의사는 환자에게나 그 보호자에게 그 상황을 보다 완곡하게 설명하여 본인으로 하여금 자기결정권을 행사하도록 하는

48) 김민중, 앞의 책, 255면.

것이 인간의 존엄과 가치에 부합할 것이다.

(2) 필수의료

일정한 상황에서 환자의 생명을 유지하기 위해서 반드시 필요한 의료 행위를 필수의료라고 한다. 이러한 경우에 환자의 신조나 가치관에 반하여 환자가 의료행위를 거절할 것이 명백한 경우에 의사가 설명을 생략하거나 거짓설명을 하여 의료행위를 하는 것이 가능한 것인가가 문제이다. 특히 종교적인 신념으로 인한 수혈 거부의 문제가 각국에서 발생하고 있다. 미국에서도 이것이 사회적으로 문제가 되어 미국병원연합회에서 1978. 11. 21.에 다음과 같은 선언을 채택하였다. ① 환자가 성인인 경우에는 수혈하지 않은 것에 대한 병원, 의사 기타 보조의료인 등의 책임에 대비하여 서면으로 거부 의사를 받아 들 것을 권고한다. ② 환자가 법적으로 독자적 결정능력이 없는 경우에는 가능한 한 부모의 서면거부를 받아두어야 한다. ③ 응급의 경우에 미성년자의 부모의 승낙을 얻을 수 없는 경우에 환자의 의식이 있거나 부모가 현장에 있다면 수혈을 거부하였을 명백하고 설득력 있는 증거가 현존하지 않는 한 의학적으로 필요성이 인정되는 수혈을 실시하도록 한다. ④ 여호와의 증인은 혈액추출물은 거부하나 혈액대체물의 사용은 인정한다. ⑤ 수혈을 거부하는 환자와 수혈실시를 꺼리는 의료진들에 대비하여 병원내규를 마련하는 것이 바람직하다. 필수의료의 경우에는 결국 환자의 결정과 관계없이 의사가 의료행위를 할 수 있는가가 의사의 설명의무 면제와 직접적인 관계가 있다고 말할 수 있다. 생각건대 필수의료의 경우에는 환자의 결정이 확실하지 않은 상태에서는 시술 후에 설명하면 족하다고 볼 수 있다. 물론 환자 본인이 충분히 상태를 인식할 수 있는 상황이라면 본인의 의사에 따르는 것이 타당할 것이다.

(3) 긴급의료, 자살기도자

1) 긴급의료

필수의료와 상통하는 의미도 있지만, 긴급의료는 환자에게 치료의 긴급을 요하는 모든 의료행위를 말한다. 긴급의료의 경우에 의사의 설명의무가 면제되는가에 관해서 국내에서는 대체로 인정하고 있는 것으로 보인

다. 수술확대의 경우에는 의사의 설명의무 면제의 요건을 중단의 의학적 역적응에서 보고 정당화 근거를 의사의 생명구조의무에서 찾는 견해가 있다.⁴⁹⁾ 또 다른 견해는 수술확대의 경우에 원칙적으로 환자에게 설명을 하여야 하고 예외적으로 응급의 경우에는 설명의 의무가 면제된다고 한다. 다만 그 근거로서 환자의 추정적 동의를 제시하고 있다.⁵⁰⁾ 그밖에 여러 견해가 있으나 응급의료의 경우에는 의사의 설명의무가 면제된다고 하고 다만 사무관리이론, 추정적 동의, 생명구조의 의무, 추정적 이익 존중론 등 인정하는 근거가 다를 뿐이다.

미국에서는 환자의 동의가 가능한 상황이라면 동의하였을 것이라는 동의추정이론이 있고, 긴급한 상황에서는 의사는 환자의 대리인이 된다는 New Jersey주의 대법원판결도 있다.⁵¹⁾

독일에서도 미국과 마찬가지로 추정적 의사를 기초로 하는 사무관리의 원칙을 적용한다. 긴급의료에서도 긴급정도에 따라 몇 가지로 나누어 볼 수 있다. 우선 긴급치료라고 할지라도 짧은 시간이 있는 경우에는 보호인의 임명을 기다려야 한다. 보호인은 친구나 동거인보다는 친족을 우선한다. 그리고 추정적 의사의 탐구가 필요 없는 경우가 있다. 첫째, 친척이 전혀 없거나 그들이 환자의 추정적 의사의 추정에 도움이 되지 않는 경우 둘째, 치료를 연기할 시간적 여유가 없는 경우에는 환자의 동의가 없어도 비교형량상 시술이 필요하다고 인정되는 경우이다.⁵²⁾

2) 자살기도자

자살을 하려고 시도를 하여 아직 죽지 않고 극히 위험한 상태에 있는 환자를 치료하는데, 본인에게 설명을 하고 그 환자 본인의 결정에 따라 시술을 할 수 없는 상태에서 환자의 추정적 의사를 어떻게 볼 것인가가 문제된다. 환자가 자살시도 시에는 죽기를 희망하였지만, 마음이 바뀌었을 수도 있고, 상당수의 사람은 자살미수 후에 삶의 희망을 보이기도 한

49) 권오승, 민법의 쟁점, 529면.

50) 김민중, 앞의 책, 253면.

51) Prosser, The Law of Torts(St. Paul, 1971), p. 101; Bennan v. Parsonnet 83 N. J. L. 20, 83 A. 948.(김천수, 앞의 책, 259면에서 재인용)

52) Kleinewefers, Zur Aufklärung des Patienten, VersR 1981, 103 f.

다. 때문에 자살이전의 의도로 후의 의도를 추정하는 것에는 무리가 따른다고 말할 수 있다.

국내에서는 이 문제를 다음과 같이 처리할 수 있다. 자살을 시도한 환자가 의식불명일 때에는 긴급의료의 법리를 적용하고, 의식이 있는 때에는 그 의사에 따라 결정하면 될 것이다. 그리고 자살은 민법 제103조의 반사회질서의 행위이고, 자살 또는 수진거부의 의사결정은 온전한 정신상태에서 오는 경우로 보기 힘든 경우가 대부분이므로 그 의사결정은 무효로 한다고 하는 견해도 있다.⁵³⁾

독일에서는 자살시도자도 본인의 의사와 관계없이 치료해야하기 때문에 설명의무가 면제된다고 볼 수 있다. 그 이유로 독일 판례는 자살도 형법 제330조에 따라 사고로 인정되기 때문이다. 독일 판례는 “어느 누구도 자신의 생명을 단독으로 처분할 수 없으며 자신에게 죽음을 부여할 수 없다. 따라서 제3자의 구조의무보다 자살자의 자신의 죽음에 대한 반도덕적 의사가 우선한다는 것은 법률상 인정할 수 없다”라고 판시하고 있다.⁵⁴⁾

의사의 설명의무가 환자의 자기결정권을 돕기 위해서 필요한 것은 이론의 여지가 있을 수 없다. 그러므로 환자가 자기결정을 할 수 없을 때는 설명도 필요 없을 것이다. 또한 환자가 자기 생명과 같은 것을 포기하는 것은 자기결정 혹은 선택하고 관계없는 사안이므로 대상이 되지 않는다고 보아야 한다.

(4) 추정적 승낙

의사가 의료행위를 함에 있어서 환자에게 설명을 명시적으로 꼭 하여야만 하는가 아니면 의사가 설명을 하면 환자는 틀림없이 동의를 하였을 것이라는 가정적 동의를 인정할 수 있는가가 문제된다. 이에 대하여 우리나라 판례는 “환자가 의사로부터 올바른 설명을 들었더라도 위 투약에 동의하였을 것이라는 이른바 가정적 승낙에 의한 의사의 면책은 의사측의 항변사항으로서 환자의 승낙이 명백히 예상되는 경우에만 허용된다”라고 판시하고 있다.⁵⁵⁾

53) 석희태, “의사의 설명의무와 환자의 자기결정권”, 연세행정논총 1981, 303면.

54) 김천수, 앞의 책, 243면 참조.

55) 대법원 1994.4.15. 선고 92다25885판결.

그러나 가정적 승낙을 인정할 필요는 없을 것이다. 왜냐하면 얼마든지 위에서 예시한 방법이 있음에도 불구하고, 환자의 의사(意思)와 관계없이 의사(醫師)의 판단으로 가정적 추정을 인정하는 것은 입증 자체가 불가능하기 때문이다.

4) 판례

설명 의무의 면제에 관한 판례는 상당히 많이 축적되어 있는 것 같다. 우리나라에서 설명 의무의 면제를 인정한 사례를 살펴보면 후유증·부작용 등의 위험발생 가능성이 희소한 경우, 의사의 설명 의무가 면제될 수 있는지 여부에 대해서 대법원은 “의사의 설명 의무는 그 의료행위에 따르는 후유증이나 부작용 등의 위험발생 가능성이 희소하다는 사정만으로 면제될 수 없으며, 그 후유증이나 부작용이 당해 치료행위에 전형적으로 발생하는 위험이거나 회복할 수 없는 중대한 것인 경우에는 그 발생가능성의 희소성에도 불구하고 설명의 대상이 된다.”라고 판시하고 있다.⁵⁶⁾

Ⅲ. 환자의 자기결정권(환자의 동의)⁵⁷⁾

1. 의의

(1) 알권리와 자기결정권

환자의 동의라 함은 의사가 실시하려고 하는 치료행위 내지 방법에 대하여 환자가 이해·납득·승낙하는 것을 말한다. 독일에서는 신체에 대한 침습을 상해죄의 구성요건에 해당하는 것으로 보기 때문에 환자의 승낙이 없는 경우에 의사는 상해죄를 범한 것이 된다. 따라서 승낙 없는 의료적 침습행위는 불법행위를 구성하며, 독일의 학설과 판례에 따라 의료행위가 정당성을 갖기 위해서는 의료처치가 합리적이고 유효한 치료행위 이외에 환자의 승낙 및 의사의 설명의무를 불가결한 요소로 삼고 있

56) 대법원 1995.1.20. 선고 94다3421판결; 대법원 2002.10.25. 선고 2002다48443 판결.

57) 김철수, 의료분쟁해결에 있어서 의사의 민사적 책임, 경희대학교 대학원 박사학위논문, 2002, 38-42면 참조.

다.⁵⁸⁾⁵⁹⁾ 환자는 기본적으로 자신의 정신과 신체에 발생한 사실과 그에 관하여 알 권리가 있다.

(2) 의료계약의 체결과 진료에 대한 동의

환자의 자기결정권은 넓게 보면 의료계약의 체결권도 포함한다고 볼 수 있다. 의료계약의 체결은 법률행위이지만 자기결정권의 행사인 동시에 어떤 경우에는 계약이 아닌 사실행위인 경우도 있다. 그러므로 법률행위일 경우는 행위능력을 필요로 하고, 사실행위인 경우에는 일정한 판단능력만 있으면 된다.⁶⁰⁾

2. 자기결정권의 인정근거

우리나라에는 자기결정권을 직접 규정한 규정은 볼 수 없지만 외국에는 그 예가 있다. 오스트리아에서는 형법 제 110조에서 “의학적 원칙에 따른 경우라 하더라도 타인을 그 동의없이 진료한 자는 6월이하의 자유형 또는 360일이하의 일수벌금형에 처한다”라고 명문으로 규정하여 환자의 동의권을 침해한 의사에 대하여 처벌규정을 두고 있다. 독일의 경우에는 환자의 자기결정권을 독일 기본법 제2조 제1항에서 보호되는 일반적 인격권에서 파생된 것으로서 인정한다. 우리나라에서는 자기결정권에 관해서 헌법 제10조의 “인간의 존엄과 가치”에서 찾고 있으며, 의료행위를 일종의 계약으로 본다면 계약자유 원칙에서 찾고 있다.

3. 동의의 내용과 요건

동의의 내용은 신체에 대한 침습이 중심이 되므로 진료와 검사가 고통

58) 野田 寬, “最近の醫療過誤訴訟의 動向”, *ジュリスト* 第724號, 有斐閣, 1980, 10면.

59) 의사가 환자에게 설명하여야 할 내용으로는 ① 환자의 증상, ② 침습의 내용·정도, ③ 수술의 전망·효과, ④ 침습의 필요성·긴급성 및 수술을 하지 않는 경우의 병상의 정도, ⑤ 다른 치료방법으로는 목적을 달성하기 어렵다는 점(보충성), ⑥ 침습의 결과로 생기는 위험의 내용·정도 및 부작용, ⑦ 과거의 실적 등을 들 수 있다(추호경, 앞의 책, 76면).

60) 김천수, 앞의 책, 23면.

내지 인체에 영향을 미치는 경우에도 환자의 동의는 필요하다. 다만 그것이 경미하거나 환자가 그 의료행위의 의미를 인식하고 있거나 당연히 인식이 가능한 경우에는 동의가 필요하지 않는다고 본다. 그리고 동의가 유효하기 위해서는 환자에게 동의할 수 있는 능력이 있어야 한다. 환자에게 사실상의 동의능력이 없는 때, 예컨대 유아나 정신장애, 기타 이유로 의사능력이 없는 때에는 그 법정대리인의 동의가 있어야 한다. 또한 환자의 승낙은 사기 또는 강박에 의한 승낙이 아니어야 한다.

한편 환자의 동의가 유효하기 위해서는 의사의 설명이 충분해야 한다. 미국 교육·후생성은 “설명된 후의 동의(Informed Consent)”의 개념을 부당한 유인 또는 강제적 요소, 사기, 속임수, 강박, 또는 다른 형태의 속박이라던가 강제가 없이 자유롭게 선택권을 행사할 수 있는 상황에서 그 개인 또는 법적으로 정당한 대리인을 알면서 행한 동의를 말한다고 정의하였다.⁶¹⁾ 그리고 이러한 동의에 필요한 정보의 기본적 요소로는 첫째 발생할 수 있는 과정들, 그 목적, 그리고 시험적인 과정에 있는 검증 등을 포함하는 일체의 완전한 설명, 둘째 일반적으로 예상되는 불안과 위험의 고지, 셋째 일반적으로 예상되는 어떤 이익의 고지, 넷째 그 주내용(치료)에 이익이 되는 적절한 여러 선택의 여지가 있음을 고지, 다섯째 치료 과정에 관계되는 질문에 대답, 여섯째 환자의 동의를 취소할 권리와 그 주내용(치료)에 불이익이 없이 언제라도 그 치료과정에서의 참여를 그만둘 권리가 있음을 고지하는 것을 들 수 있다.⁶²⁾

4. 동의의 배제

의사의 의료행위는 환자에 대한 치료뿐만 아니라 공중위생의 향상과 증진이라는 공익을 확보하기 위해서 국가적으로도 인정되고 있다. 따라서 공익상 필요할 경우 환자의 동의원칙은 때에 따라 제한될 수 있다. 이에 해당하는 경우로서 첫째, 공익상 법률의 규정에 의한 배제로 전염병예방

61) 39Fed. Reg. 18917(1974)[Informed Consent and the Dying Patient], The Yale Law Journal, Vol. 83, NO. 8, 1974.7, p.1633.

62) 김철수, 앞의 논문, 40-41면.

법 제8조(건강진단), 제9조(건강진단등의 명령), 제29조(격리환자) 등과 같이 강제로 의사가 치료에 개입할 의무의 규정을 들 수 있는데, 이러한 경우에는 환자의 승낙이나 의사의 설명의무가 필요 없다. 둘째, 긴급사태로 인하여 환자의 동의가 배제되는 경우로 환자의 생명과 건강에 관한 절박한 위험이 있어서 시간을 지체함이 없이 즉각 일정한 의료를 가하지 않으면 안되는 상태에서는 환자 본인 또는 법정대리인의 유효한 승낙을 받지 않더라도 그 의료상의 신체침습은 위법이라고 볼 수 없다.

5. 동의(자기결정권)의 효과

환자의 유효한 동의가 있을 때 의사는 비로소 의료행위를 할 수 있게 된다. 그리고 환자는 의사의 진료에 협조할 의무와 보수지급의무가 생긴다. 그러나 의사의 과실까지 동의하는 것은 아니다. 환자의 동의가 없으면 의사의 치료가 비록 환자에게 아무 해를 입히지 않았더라도 위법한 신체침해행위가 된다. 대법원은 의료행위의 위법성과 환자의 동의에 대하여 의사의 설명의무를 업무상 주의의무로 파악하다가 근래에 환자의 유효한 동의를 의료행위의 위법성조각사유로 보고 있다.

대법원은 자궁적출수술에 있어 환자로 하여금 의사의 진단상의 과오가 없었다면 당연히 설명받았을 내용을 설명받지 못한 채 수술승낙을 하게 하였다면 의사가 설명의무를 다하지 못함으로써 환자의 승낙권을 침해한 과실이 있다고 한 사례에서 “자궁적출수술에 있어 진찰 당시 자궁외 임신에 의한 증상이라고 볼 만한 사정이 있었고 진찰의사 자신도 자궁외 임신의 가능성을 생각해 보기까지 하였음에도 자궁에 혹이 만져진다고 하여 자궁근종이라고 진단하고 더 이상의 보다 정밀한 확인검사를 하지 아니한 잘못으로 자궁외 임신임을 알지 못함으로써 결과적으로 환자로 하여금 위와 같은 진단상의 과오가 없었다면 당연히 설명받았을 내용을 설명받지 못한 채 수술승낙을 하게 하였다면 의사가 설명의무를 다하지 못함으로써 환자의 승낙권을 침해한 과실이 있다고 한다.”⁶³⁾라고 판시하

63) 대법원 1992.4.14. 선고 91다36710판결.

고 있다.

IV. 結 論

의료행위에 있어서 의사의 설명의무는 법적 성질이 무엇이고, 설명을 어디까지 어떻게 하여야 하는지가 문제된다고 볼 수 있다. 환자에게 아무런 해가 없는데 너무 많은 설명을 하여 환자의 심리적 압박을 가져올 수 있고, 의사는 많은 시간을 낭비하는 것을 종종 볼 수 있다. 그러므로 의사의 설명의무를 적절히 명시하여 환자의 자기결정권과의 조화를 꾀하도록 하여야 할 것이다. 환자가 유효한 자기결정을 하는 데에는 행위능력이 문제될 수도 있다. 미성년자는 민법상의 행위능력이 없으므로 자기결정권을 행사할 수 없다면 불합리한 결과를 가져올 수도 있을 것이다. 따라서 의사능력이 있는 미성년자는 자기결정권이 있다고 보아야한다. 그러므로 법정대리인과 의사능력이 있는 미성년자간에 의견이 불일치하면 합리적인 판단이 필요하고, 본인의 의견이 중시된다고 볼 수 있다.

물론 처치방법의 선택문제와 선택으로 인한 예후 등에 있어서도 환자나 그 법정대리인에게 설명하여 유효한 동의를 하도록 하는 것은 헌법 제10조에 비추어 당연하다. 만약 의사가 설명의무를 위반하여 환자의 자기결정권의 행사를 방해하였다면 의사는 불법행위책임을 면할 수 없을 것이다. 그러나 의학에 문외한인 환자에게 유효한 설명을 한다는 것이 쉬운 일은 아닐 것이다. 그러므로 설명하는데 합리적인 방법과 기준을 정하는 것이 필요하다고 볼 수 있다.

그리고 의료행위에 있어서 의사의 설명의무와 환자의 자기결정권이 문제되었을 때 누가 입증책임을 부담하는가에 따라서 많은 차이를 가져올 수 있다. 설명의무위반을 불법행위책임을 보는 경우에는 입증책임이 환자에게 있으므로 의료행위의 문외한인 환자의 입증은 어려워 질 수 있다. 이런 경우는 환자의 알권리와 자기결정권의 실현이 곤란하게 될 것이다. 그러므로 의사에게 설명과 유효한 동의를 귀속시켜 환자의 권익을 보호하는 것이 필요할 것이다. 실제에 있어서도 의사책임을 어떻게 보든지 설

명 의무는 의사가 하는 것으로 하고 있다.

위의 여러 문제를 해결하기 위해서는 새로운 법을 제정하든지 의료법에 의사의 설명 의무의 범위와 기준 규정을 두어 해결하는 것이 가장 바람직하다고 본다.