

의사의 불성실한 진료행위로 인한 손해배상책임

전 병 남*

I. 서론

1. 문제의 제기
2. 구별개념
3. 본고의 목적, 대상

II. 판결의 경향

1. 판결
2. 검토 및 문제점

III. 불성실한 진료행위로 인한 손해배상책임의 인정 요건

1. 성실한 진료를 받을 이익 또는 기대
2. 성실진료의무 위반
3. 위법성
4. 변론주의와 입증책임
5. 위자료 청구권

IV. 결론

I. 서론

1. 문제의 제기

의료진의 주의의무 위반으로 인한 손해배상책임을 묻기 위해서는 의사의 주의의무위반(과실), 손해의 발생, 주의의무위반과 손해발생 사이의 인과관

* 논문접수: 2014. 11. 9. * 심사개시: 2014. 11. 10. * 수정일: 2014. 12. 10. * 게재확정: 2014. 12. 20.

* 백인합동법률사무소 변호사, 법학박사.

계가 존재한다는 점을 환자 측에서 입증하여야 한다. 그러므로 의사의 주의의무 위반이 있다고 하더라도, 인과관계가 입증되지 않는 경우에는 손해배상책임을 인정할 수 없음은 당연하다. 그런데 의사의 과실이 명백함에도 불구하고 인과관계가 인정되지 않는다는 이유로 손해배상책임을 인정할 수 없는 경우에는, 의사의 과실이 묵과되고 간혹 진료행위가 적절하였다는 오해를 유발할 수도 있으며, 일반인의 정의 관념에도 반하게 되므로, 장래 부적절한 진료행위를 억제하기 위해서라도 당해 부적절한 진료행위에 대한 의사의 과실책임을 인정할 수 있는 논리구조가 필요하다는 견해¹⁾를 경청한다면, 의사에게 과실이 인정되는 경우에 그 자체만으로도 불법행위를 구성한다고 보아 손해배상책임을 인정할 수 있는지 여부를 검토할 만하다.

나아가 의사의 진료행위가 ‘현저하게’ ‘부적절 또는 불성실’하여 통상적으로 요구되는 의료수준에도 못 미칠 뿐만 아니라, 일반인의 시각에서 보더라도 도저히 용납할 수 없는 지경에 이르렀음에도 인과관계가 인정되지 않는다는 이유로 손해배상책임을 인정하지 않는다면, 일반인의 정의 관념뿐만 아니라 법질서에도 반한다고 볼 수도 있다. 그러므로 의사가 환자의 기대에 반하여 부적절 또는 불성실한 진료행위를 한 경우에 그 자체만으로 불법행위를 구성하여 손해배상책임을 명할 수 있는지 여부에 대한 본격적인 논의가 필요하다. 다만, 이와 같이 환자의 성실한 진료를 받을 기대(권)의 침해로 인한 손해배상책임을 인정여부는 과실이 있더라도 인과관계가 없으면 손해배상책임이 인정되지 않는 불법행위법의 기본이념에 반할 수 있으므로, 의사의 과실만으로 손해배상책임을 인정할 것인지 여부는 보다 신중한 접근을 요한다.

1) 류화신, “적절한 의료를 받을 기대와 손해배상책임여부-일본 최고재판소의 최근 판결을 중심으로-”, 『의료법학』, 제13권 제1호, 2012, 제398면; 신현호·백경희, 『의료분쟁 조정·소송 총론』, 육법사, 2011, 제329면도 같은 취지이다. 이에 반대하는 견해로는 박영호, “의료소송상 기회상실 이론의 도입에 관한 소고”, 『사법논집』, 2008, 제431면.

2. 구별개념

가. 연명이익의 침해, 치료기회상실

의사의 과실은 있으나 인과관계가 인정되지 않는 경우에 먼저 논의된 것은 연명이익의 침해와 치료기회상실이다. 연명이익의 침해란 의사의 과실이 없었다면 조기에 질병을 발견하고 적절한 치료를 받음으로써 다소나마 생존을 연장할 수 있었음에도 불구하고 사망의 시기가 앞당겨짐으로써 연명이익을 침해당하였다는 것이고, 치료기회상실은 의사의 과실이 없었다면 적기에 적절한 진료를 받을 수 있었음에도 불구하고 그러한 치료기회를 상실하였다는 것이다.

그동안 연명이익의 침해 또는 치료기회상실에 관하여는 많은 논의가 있어 왔는데,²⁾ 대체적으로 연명이익의 침해 등으로 인한 손해배상책임을 긍정하고 있는 것으로 해석된다.³⁾ 또한 우리나라의 경우 하급심 판결을 중심으로 위와 같은 연명이익의 침해 또는 치료기회상실을 인정하는 것이 실무상 확립되었다고 볼 수 있을 정도로 판결이 축적되었다고 생각된다.⁴⁾

2) 김선중, 『의료사고손해배상소송』, 육법사, 2012, 제602면 이하; 신현호·백경희, 앞의 책, 제317면 이하; 박영호, 앞의 논문, 제491면 이하; 이청조, “의사의 환자에 대한 기대권침해론”, 『동아법학』, 제16호, 1993, 제197면 이하; 김상찬, 「의료사고의 민사적 책임과 분쟁해결의 법리」, 박사학위논문, 건국대학교학위논문, 1994, 제168면 이하; 박형준, “의료과오소송의 심리상 문제점”, 『실무논단』, 1997, 제255면 이하; 이충상, “의료소송에 있어서의 구체적 타당성을 위한 몇 가지 고찰”, 『법조』, 제42권 제2호, 1993, 제35면 이하. 한편 일본에서의 논의로는 石川寛俊, “治療機會の喪失による損害—期待權侵害論再考”, 『自由と正義』, 39卷 11號, 1988, 제27면 이하; “延命利益, 期待權侵害, 治療機會の喪失”, 『(新·)裁判實務大系. 1: 醫療過誤訴訟法』, 1卷, 2000, 제288면 이하 참조.

3) 연명이익상실, 치료기회상실, 적절한 진료를 받을 기대권 침해 등에 관한 논의는 미국과 일본에서 선행되었는데, 이에 대한 구체적인 소개 및 분석으로는 신현호·백경희, 앞의 책, 제317면 이하; 박영호, 제382면 이하; 류화신, 앞의 논문, 제397면 이하; 송영민, “기대권침해론에 관한 일본의 최근 동향”, 『의료법학』, 제14권 제1호, 2013, 제209면 이하.

4) 예를 들면, 서울중앙지방법원은 의사가 환자의 유방암을 조기에 진단하지 못한 과실을 인정한 후, 의사의 과실과 환자의 재산적 손해와의 인과관계를 부정하면서도, “의사의 과실이 인정되는 경우에 그 과실과 재산적 손해 사이에는 인과관계가 부정되는 경우에도 의사의 과실과 정신적 손해 사이의 인과관계가 있는 경우에는 위자료의 지급을 명할 수 있는 것인바, 비록 피고 병원 의료진의 과실과 원고의 현재 상태 사이의 인과관계가 명확히 밝혀지지는 않았지만, 피고 병원 의료진의 진단검사상의 과실이 없었다면 조기에 유방

나. 현저하게 불성실한 진료행위와의 차이점

(1) 연명가능성

연명이익의 침해는 의사의 적절한 진료행위가 있었다면 다소나마 생명을 연장할 수 있었다는 것이 인정되는 반면, 치료기회상실과 현저하게 불성실한 진료행위는 의사의 적절한 진료행위가 있었다고 하더라도 생명을 연장할 수 없었다는 점에서 차이가 있다.⁵⁾ 이 경우 연명가능성은 생명을 침해하는 정도에 이른 것은 아니고 단순히 사망 시점에 생존해 있었을 상당한 정도의 가능성만으로 족하다 할 것이다. 그러나 치료기회 상실과 연명이익의 침해가 이어져 있는 경우에는 이를 명확하게 구별하는 쉽지 않다. 각주4)에서 언급한 판결들을 포함하여 연명이익의 침해를 인정한 것으로 보이는 대부분의 하급심 판결들도 ‘의사의 과실이 없었다면 환자가 특정 질병을 좀더 빨리 발견하여 그 진행 상태에 따른 적절한 치료를 받을 수 있었고, 나아가 이로 인하여 다소나마 생존기간을 연장할 수 있는 여지도 있었을 것인데, 의사의 과실로 인하여 질병의 조기 발견 및 적절한 치료를 받아 생존기간을 연장할 기회를 상실하였다’는 취지로 판시함으로써, 연명이익의 침해와 치료기회상실을 명확하게 구별하지 않은 채 혼용하고 있다.

(2) 보호법익

연명이익 침해, 치료기회상실, 불성실한 진료행위는 모두 의사의 과실과 환자에게 발생한 악결과와 인과관계가 인정되지 않는다는 점에서 환자의 생명

암을 발견하고 치료를 받아 더 좋은 예후를 보였을 가능성도 배제할 수 없을 터인데 피고 병원 의료진의 위와 같은 과실로 인하여 유방암의 조기 발견 및 그에 따른 적절한 치료를 받아볼 기회를 상실하였다 할 것이고, 이로 인하여 원고들이 정신적으로 상당한 고통을 받았을 것이 경험칙상 명백한 바, 그렇다면 피고 병원 의료진의 과실과 원고의 정신적 손해 사이의 인과관계가 인정되므로, 피고는 원고가 입은 정신적 고통으로 인한 손해를 배상할 책임이 있다”고 판시하였다. 서울중앙지방법원 2011. 1. 5. 선고 2009가합13250 판결. 그 외 서울지방법원 2000. 3. 8. 선고 98가합5468 판결, 서울지방법원 2000. 8. 23. 선고 98가합75535 판결, 서울지방법원 2001. 12. 26. 선고 2000가합87012 판결도 위와 유사한 판결 양상을 보이고 있다.

5) 연명가능성의 존부는 위자료 산정 시에 중요한 참작요소가 될 수 있으므로, 연명가능성이 존재한다면 그만큼 위자료액이 증액될 것이다.

또는 신체가 보호법익이 아니다. 연명이익의 침해는 ‘연명이익 또는 연명가능성’을 법익으로 하지만, 생존기간의 단축이라는 점에서 침해의 정도를 달리할 뿐 생명침해의 한 모습이라고 볼 여지도 있다.⁶⁾ 반면 치료기회상실은 ‘치료기회’를, 불성실한 진료행위는 ‘성실한 진료를 받을 기대’를 보호법익으로 하고 있다는 점에서 모두 ‘적절한 치료를 받을 기회 또는 기대’를 상실하였다는 점에서 차이가 없다.

(3) 위법행위의 태양

연명이익의 침해, 치료기회상실은 의사의 오진으로 인하여 치료 자체를 받지 못하게 됨에 따라 연명이익이 침해되거나 치료받을 기회를 상실하였다는 것이므로 부작용에 의한 불법행위가 성립한다. 반면 불성실한 진료행위는 진료행위 자체가 있기는 하였으나 그 진료행위가 현저하게 불성실하였다는 점에서 작위에 의한 불법행위가 성립한다.⁷⁾ 물론 성실한 진료행위가 없었다는 점에 비추어 본다면 부작용에 의한 불법행위가 성립한다고 볼 여지도 있다.

(4) 위법성의 정도

연명이익의 침해는 연명이익을 침해하였다는 점에서, 치료기회상실은 치료받을 기회 자체를 상실하게 하였다는 점에서 사법상 위법한 가해행위로 볼 수 있고, 따라서 연명이익의 침해, 치료기회상실이 인정되면 곧바로 위법성을 인정할 수 있다. 반면 불성실한 진료행위는 진료행위가 있기는 하였으나 불성실하였다는 것이므로 연명이익의 침해, 치료기회상실에 비하여 위법성의 정도가 약하다 할 것이므로, 불성실한 진료행위가 있다고 해서 곧바로 위법성을 인정할 수는 없고, 아래의 Ⅲ.3에서 살펴보는 바와 같이 그 불성실의 정도가 일반인의 수인한도를 넘어서실 만큼 현저하다고 평가될 정도에 이르러야 한다.⁸⁾

6) 김선중, 앞의 책, 제603면.

7) 박영호, 앞의 논문, 제473면도 같은 취지이다.

8) 박영호, 앞의 논문, 제475면도 같은 취지이다. 반면 ‘적절한 치료를 받을 기회’와 ‘적절한

3. 본고의 목적, 대상

위에서 살펴본 바와 같이 의사의 주의의무 위반과 환자에게 발생한 악결과 사이에 상당인과관계가 없는 경우에 연명이익의 침해, 치료기회상실, 불성실한 진료행위 등이 논의되어 왔다. 그런데 연명이익의 침해는 연명가능성이라는 측면에서 볼 때 치료기회상실, 불성실한 진료행위와 비교적 구별하기가 쉽지만, 치료기회상실과 불성실한 진료행위는 불법행위의 태양, 위법성의 정도 등의 차이에도 불구하고 적절한 치료의 기회 또는 기대를 상실하였다는 공통점으로 인해 이를 명확하게 구별하기가 쉽지는 않다. 그러므로 본고에서는 치료기회상실과 불성실한 진료행위를 단순히 비교하기 보다는 불성실한 진료행위 자체를 독자적인 불법행위로 보아 손해배상책임을 인정할 수 있는지 여부를 검토함으로써 자연스럽게 치료기회상실과의 차별화를 시도하고자 한다.

따라서 이하에서는 우리나라 판결을 중심으로 불성실한 진료행위 그 자체만으로 불법행위를 구성하여 손해배상책임을 인정할 수 있는지 여부, 손해배상책임을 인정한다면 위법성 등의 요건은 어떠한지 여부 등에 한정하여 검토하기로 한다.

II. 판결의 경향

1. 판결

가. 대법원 2006. 9. 28. 선고 2004다61402 판결

(1) 원심은, 망아가 피고 병원에서 전신마취 수술을 받은 후 기면 내지 혼미의 의식 상태에 놓여 있다가 사망한 사건에서, 피고 병원 의료진의 위와 같은 불성실한 진료행위 그 자체로 곧바로 불법행위가 성립한다고 판단하여 피고

치료를 받을 기대'를 구별하는 실익이 있는지에 대한 의문을 제기하는 견해로는 류화신, 앞의 논문, 제412면.

병원에게 그에 대한 손해배상책임으로 위자료의 지급을 명하였다.⁹⁾

이에 관하여 대법원은 “의료진의 주의의무 위반으로 인한 불법행위의 책임을 묻기 위해서는 의료행위상 주의의무의 위반, 손해의 발생 및 그 양자 사이에 인과관계가 존재한다는 점이 각 입증되어야 할 것인바, 사람의 생명·신체·건강을 관리하는 업무인 의료행위의 속성상 환자의 구체적인 증상이나 상황에 따라 위험을 방지하기 위하여 요구되는 최선의 조치를 취하여야 할 주의의무를 부담하는 의료인 및 의료종사원 등 의료진이 그와 같은 환자의 기대에 반하여 환자의 치료에 전력을 다하지 아니한 경우에는 그 업무상 주의의무를 위반한 것이라고 보아야 할 것이지만, 그러한 주의의무 위반과 환자에게 발생한 악결과 사이에 상당인과관계가 인정되지 않는 경우에는 그에 관한 손해배상을 구할 수 없다 할 것이다. 다만, 그 주의의무 위반의 정도가 일반인의 처지에서 보아 수인한도를 넘어설 만큼 현저하게 불성실한 진료를 행한 것이라고 평가될 정도에 이른 경우라면 그 자체로서 불법행위를 구성하여 그로 말미암아 환자나 그 가족이 입은 정신적 고통에 대한 위자료의 배상을 명할 수 있다고 보아야 할 것이나, 이때 그 수인한도를 넘어서는 정도로 현저하게 불성실한 진료가 있었다는 점은 불법행위의 성립을 주장하는 원고들이 이를 입증하여야 할 것이다”고 판시한 다음,

“비록 위와 같은 수술 후 관리 소홀의 점에 관한 피고 병원 의료진의 주의의무 위반의 점이 인정된다고 하더라도, 더 나아가 그러한 주의의무 위반의 정도가 일반인의 수인 한도를 넘어설 만큼 현저하게 불성실한 진료를 행한 것으로 평가될 정도에 이르렀음이 입증되지 아니하는 한 피고 병원의 위자료 배상책임을 인정할 수 없다 할 것인데, 이 사건에 있어서 원심이 인정한 사실만으로 피고 병원에게 불법행위책임을 물을 수 있을 정도로 피고 병원 의료진이 일반인의 수인한도를 넘어서 현저하게 불성실한 진료를 행한 잘못이 있었다고 단정할 만큼 충분한 입증에 이르렀다고 볼 수 있는지 의문이 든다”고 판시하였다.

9) 서울고등법원 2004. 10. 7. 선고 2003나34498 판결.

(2) 위 판결은 충수돌기절제술 후 병실에 온 망아가 줄곧 기면 내지 혼미 정도의 정신 상태를 보임에도 인턴 및 간호사들이 단지 마취에서 덜 깬 상태로 가볍게 치부하고 그에 따른 필요한 조치도 하지 아니하였다가, 망아의 활력증후가 잡히지 아니하는 지경에 이르러서야 비로소 응급조치를 취한 것은 과실이 있다고 하더라도, 그러한 과실이 일반인의 수인한도를 넘어설 만큼 현저하게 불성실한 정도는 아니라고 판단한 것이다.

나. 대법원 2014. 2. 13. 선고 2013다77294 판결

(1) 원심은 분만 후에 망아가 미토콘드리아 질환으로 사망한 사건에서, 피고 병원의 과실과 망아의 사망과의 사이에 인과관계를 인정하지 않으면서도, 대법원 2006. 9. 28. 선고 2004다61402 판결의 법리를 그대로 인용한 다음, 원고들로서는 큰 위험성이 동반되는 태아출산과정에서 산모와 태아의 상태에 대한 염려가 상당할 것인데, 고위험군에 속하는 산모가 분만과정에서 이상 상황이 초래되었음에도 불구하고 ① 피고 병원 간호사들은 망아의 심박동수를 제대로 확인하지 않았으며, ② 분만 직전까지 의사인 피고가 병원에 도착하지 않은 것이 일반인의 처지에서 보아 수인한도를 넘어설 만큼 현저하게 불성실한 진료를 행한 것이라 보인다고 판단한 후, 피고에게 망아 및 원고들이 입은 정신적 고통에 대하여 위자료를 지급하라고 판시하였다.¹⁰⁾

이에 대하여 대법원은 2006. 9. 28. 선고 2004다61402 판결의 법리를 그대로 인용한 다음, “원고들이 소장에서 ‘피고 병원 간호사가 산도가 다 열렸다고 하면서 분만실로 산모를 이동시켰고, 태아감시장치를 부착해서 태아의 심장 소리를 들을 수 있었다’고 주장했으므로, 피고 병원 간호사들이 산모의 양막이 파열되고 양수 내 태변이 착색된 것으로 확인된 04:30경 망아의 심박동수를 확인한 이후 망아의 심박동수를 확인하지 않았다고 하더라도 이는 망아가 출산된 05:13경까지가 아니라 원고 2가 분만실로 이동될 무렵까지(05:05경보

10) 서울고등법원 2013. 9. 12. 선고 2012나87463 판결.

다도 이전임을 충분히 알 수 있다)로만 보아야 할 것이다. 한편 피고가 원고 2의 분만직전에 도착하였으나, 이는 교통사고를 수습해야만 하는 뜻밖의 사정이 있었고, 이 사건 분만이 지연되었다거나 준비 및 분만과정에 다른 문제를 일으켰음을 인정할 만한 사정은 없다. 따라서, 설령 피고 병원 의료진에게 망아의 심박동수를 제대로 확인하지 않은 과실이 인정된다고 하더라도, 더 나아가 그러한 주의의무 위반의 정도가 일반인의 수인한도를 넘어설 만큼 현저하게 불성실한 진료를 행한 것으로 평가될 정도에 이르렀음도 충분히 증명되었다고 할 수 없다”고 판시하면서, 원심판결을 파기환송하였다.¹¹⁾

(2) 위 판결은 의사가 분만이 임박한 고위험 산모에게 35분간 태아심박동수를 측정하지 않은 것은 과실이라고 하더라도, 그러한 과실이 수인한도를 넘어설 만큼 현저하게 불성실한 진료를 한 것이라고 평가될 정도는 아니라고 판단하였다.

다. 서울고등법원 2012. 10. 11. 선고 2011나78707 판결

(1) 서울고등법원은 대학병원에 입원 중이던 환자가 계속적으로 가슴 아래 쪽 통증을 호소하자 주치의가 레빈튜브 삽입을 결정하였는데, 그 후 간호사가 삽입술 시행 등을 요구하기 위하여 당직의와 주치의에게 수차례 연락하였으나 모두 응답하지 않아 환자가 약 5시간 동안 간호사로부터 진통제를 2회 투여받은 것 외에 아무런 처치를 받지 못한 채 고통을 겪었고, 이를 환자의 아들이 지켜보았으며, 이후 환자가 폐렴으로 사망한 사안에서, 피고 병원의 과실과 망인의 폐렴으로 인한 사망과의 사이에 인과관계를 인정하지 않으면서도, ‘피고 병원 의료진이 망인에게 현저하게 불성실한 진료를 하였는지 여부’에 관하여 대법원 2009. 11. 26. 선고 2008다12545 판결의 법리¹²⁾를 그대로 인용한 다음, 아래와 같이 판시하였다.¹³⁾

11) 한편 판송 후 법원(서울고등법원 2014. 4. 17. 선고 2014나13596 판결)은 위 대법원 판결의 취지에 따라 피고 병원의 손해배상책임을 인정하지 않았다.

12) 대법원 2006. 9. 28. 선고 2004다61402 판결과 같다.

“...피고 병원은 시설, 인력, 의료서비스 수준 등이 우수하다는 이유로 종합 전문요양기관으로 지정되어 다른 요양기관에 비하여 높은 요양급여비용을 수령하는 의료기관인 점, 이러한 특성상 피고 병원에는 많은 중환자와 응급환자들이 입원해 있을 것으로 보이고, 그 환자들에 의해 자주 위급상황이 발생할 것이기 때문에 피고 병원에서 5시간 가까이 당직의, 주치의가 간호사의 호출에 응하지 않는 일은 흔히 발생할 것으로 보이지 아니하는 점, 당시 주치의가 망인에 대한 배 CT 검사와 레빈튜브 삽입을 처치한 것은 당시 망인이 호소하던 가슴 아래쪽의 통증이 배의 문제일 수도 있다고 생각하였던 것으로 보이는데, 그러한 진단을 한 이상 주치의는 레빈튜브 삽입이 통증 해소에 효과적인 조치일 것이라고 생각하였던 것으로 보여 그 실시를 지연할 만한 아무런 사유가 없는 점, 그런데도 이 사건의 경우 당직의와 주치의가 어렵지 않은 시술(당직의가 나타나 망인을 처치실로 옮긴 후 레빈튜브 삽입까지는 5분도 걸리지 않았다)을 계획하고도 5시간 가까이 이를 시행하지 아니하였고, 입원환자인 망인이 통증을 호소하여 간호사가 진찰을 요구하고자 당직의, 주치의에게 연락을 하였음에도 5시간 가까이 응답이 없었는바, 이는 일반인의 처지에서는 상상하기도 어려운 일인 점, 이로써 망인은 피고 병원의 입원환자였고, 지속적으로 통증을 호소하였음에도 진통제를 2회 투여받는 외에는 5시간 가까이 아무런 조치를 받지 못한 채 방치되어 있어야 했던 점 등을 고려하면, 비록 당시가 야간이었다는 점과 우리나라의 의료현실을 참작하더라도, 당직의와 주치의의 이러한 주의의무 위반의 정도는 일반인의 처지에서 보아 수인한도를 넘어설 만큼 현저하게 불성실한 진료를 행한 것이라고 평가될 정도이다.

그러므로 위와 같은 불성실한 진료를 한 당직의, 주치의의 사용자인 피고 병원은 이로 말미암아 망인과 망인이 적절한 치료를 받지 못하는 모습을 지켜보아야 했던 원고 3이 입은 손해를 배상하여야 한다(앞에서 본 바와 같이 이러한 피고 병원의 불법행위가 망인의 사망을 야기한 것은 아니어서 민법 제752조가

13) 서울고등법원 2012. 10. 11. 선고 2011나78707 판결.

적용되지 아니하므로 배우자나 직계비속이라는 이유만으로 원고 1, 2에게 위자료청구권이 당연히 인정되지는 아니하는데, 위 원고들이 위 시기에 망인이 적절한 치료를 받지 못하고 있다는 사실을 알아 정신적 고통을 겪었을 것이라고 인정할 만한 증거가 없다”.

(2) 위 판결은 의사가 통증을 호소하는 환자에게 레빈튜브를 삽입하기로 결정하였음에도 별다른 이유 없이 5시간 동안이나 이를 지체한 것은 과실이고, 그러한 과실은 수인한도를 넘어설 만큼 현저하게 불성실한 진료를 한 것이라고 평가될 정도여서 불법행위에 해당한다는 것이다.

2. 검토 및 문제점

위에서 본 바와 같이 각 판결은 의사의 부적절한 또는 불성실한 진료행위가 현저한 경우에는 그 자체만으로 불법행위를 구성하여 손해배상책임을 명할 수 있다고 인정하고 있다. 다만 위 판결들은 모두 위와 같은 불법행위책임을 인정하는 경우에 보호법익이 무엇인지 여부, 부적절하거나 불성실한 진료행위가 어느 정도 현저하여야 위법성이 있다고 판단할 수 있는지 여부에 관하여는 아무런 기준을 제시하지 않았다는 점이 문제점으로 지적될 수 있다. 그러므로 이하에서는 보호법익이 무엇인지, 부적절한 진료행위의 위법성을 판단하는 기준 또는 요건이 무엇인지 여부에 관하여 살펴보고자 한다.

III. 불성실한 진료행위로 인한 손해배상책임의 인정 요건

1. 성실한 진료를 받을 이익 또는 기대

가. 보호법익

의사가 불성실한 진료행위를 하였다고 하더라도 그로 인하여 침해되는 환

자의 이익이 없다면, 그로 인한 손해배상책임을 인정할 수 없다. 그러므로 의사의 불성실한 진료행위로 인하여 침해되는 환자의 이익이 무엇인지 검토하여야 한다.

우선 의사의 불성실한 진료행위와 환자에게 발생한 악결과 사이에 인과관계가 인정되지 않기 때문에 환자의 생명, 신체 그 자체를 보호법익이라고 볼 수는 없고, 그와는 별개의 법익이 인정되어야 한다. 이 경우에 생각할 수 있는 환자의 보호법익이란 ‘의사로부터 성실한 진료를 받을 이익 또는 기대’라고 볼 수 있다. 즉, 의사는 의료행위의 속성상 환자의 구체적 증상이나 상황에 따라 위험을 방지하기 위해 요구되는 최선의 조치를 취하여야 할 주의의무를 부담한다는 점을 고려한다면, 그 의료행위의 상대방인 환자로서는 의사로부터 ‘성실한 진료를 받을 것을 기대’하는 것은 당연하다. 그런데 이러한 이익 또는 기대는 환자라면 누구나 바라는 것이고, 또한 그러한 이익이 실현되는 것이 바람직한 것이지만, 이와 같은 주관적 이익을 곧바로 법의 보호를 받는 이익이라고 보기 어려운 측면이 있다. 그러나 환자가 바라는 것은 그 당시 의료수준에 상응하는 성실한 진료를 받는 것이라는 점을 고려한다면, 이러한 이익이 단순히 주관적이라고만 볼 수 없고, 오히려 객관성을 띤 합리적 이익 또는 기대라고 파악할 수도 있다. 즉, 의사가 당해 환자를 진료함에 있어 요구되는 주의의무가 그 의료행위 당시의 임상의학의 실천에 의한 의료수준¹⁴⁾을 통하여 객관화된 것이라면, 환자의 기대수준은 무한정 확대되는 것이 아니라 위와 같은 의료수준의 범위내로 축소된다고 보는 것이 합리적이다.¹⁵⁾ 이와 같이 환자의 주관적 이익이 객관화된 주의의무의 범위 내에 있다는 점을 고려한다면, 환자의 ‘성실한 진료를 받을 이익 또는 기대’는 생명, 신체와는 별개의 법익으로서 보호받을 수 있다.¹⁶⁾

14) 이에 관하여는 각주 22) 판결 참조.

15) 다만 아래에서 보는 바와 같이 의사의 불성실한 진료행위가 일반인의 수인한도를 넘어설 만큼 현저한 정도에 이른 경우에 비로소 위법성이 인정된다는 점을 고려한다면, 환자의 기대는 일반적인 의료수준보다 더 낮아져, 의사라면 당연히 하여야 할 최소한도의 기준으로 축소된다고 볼 수 있다. 송영민, 앞의 논문, 제228면.

나. 판례의 태도

대법원은 불성실한 진료행위 그 자체를 불법행위로 인정할 수 있다고 하면서도, 그 보호법익이 무엇인지 밝히지 않았다. 다만, 그로 인한 손해배상의 범위를 정신적 고통에 대한 위자료만 인정한 것으로 보아 환자의 생명이나 신체가 아닌 그와 별개의 ‘적절한 치료를 받을 기대’ 정도로 추정할 수 있다.¹⁷⁾

이에 관하여 서울고등법원은 환자의 경추 제4-5번 추간판탈출증을 뇌졸중으로 오진하여 상하지마비가 발생한 사건에서, “환자인 원고나 그 가족인 나머지 원고들로서는 의료를 실시하는 피고 병원에 대하여 치료라는 결과만을 구하는 것이 아니라 그 과정에서 적절한 치료를 받을 기대권을 가지는 한편, 피고 병원 의료진으로서 사람의 생명 및 건강을 관리하는 업무에 종사함에 있어서 그 업무의 성질상 위험방지를 위한 최선의 주의의무를 다할 것이 요구된다 할 것이다”고 판시함으로써¹⁸⁾ 환자의 ‘적절한 치료를 받을 기대권’을 보호법익으로 인정하고 있다.

이와 같이 불성실한 진료행위 그 자체를 불법행위로 인정하는 경우 그 보호법익은 ‘성실한 또는 적절한 치료를 받을 이익 또는 기대’로 볼 수 있다.

2. 성실진료의무 위반

가. 성실진료의무

의사는 환자의 성실한 치료를 받을 이익 또는 기대에 부응하여 성실한 또는 적절한 치료를 하여야 할 의무를 부담한다. 그런데 이러한 성실진료의무는 의료사고에 대한 민사책임을 의사에게 귀속시키기 위해 요구되는 주의의무와 동일하다. 이에 관하여 대법원은 “인간의 생명과 건강을 담당하는 의사에게는 그 업무의 성질에 비추어 보아 위험방지를 위하여 필요한 최선의 주의의무가 요

16) 박영호, 앞의 논문, 제474면; 송영민, 앞의 논문, 제231면.

17) 박영호, 앞의 논문, 제475면.

18) 서울고등법원 2008. 1. 24. 선고 2007나33813 판결.

구되고, 따라서 의사로서는 환자의 상태에 충분히 주의하고 진료 당시의 의학 적 지식에 입각하여 그 치료방법의 효과와 부작용 등 모든 사정을 고려하여 최 선의 주의를 기울여 그 치료를 실시하여야 하며, 이러한 주의의무의 기준은 진 료 당시의 이른바 임상의학의 실천에 의한 의료수준에 의하여 결정되어야 한 다”고 판시한 바 있다.¹⁹⁾

한편 성실진료의무는 의료계약에 의해 도출될 수도 있고, 불법행위책임의 구성요건에 의해서도 도출될 수 있다. 그런데 우리나라와 일본 판결은 모두 성 실진료의무를 불법행위책임의 구성요건으로써 파악하고 있다.²⁰⁾

나. 주의의무 위반

진료행위가 불성실하다고 평가하기 위해서는, 의사가 환자를 진료함에 있 어 주의의무를 위반하여야 한다. 진료행위가 불성실하였다고 해서 반드시 주 의의무를 위반하였다고 볼 수는 없으나, 적어도 주의의무를 위반하였다면 그 진료행위가 불성실하다고 평가할 수 있을 것이다.

한편 의사의 주의의무는 결과예견의무와 결과회피의무의 이중구조로 파악 되는데,²¹⁾ 성실진료의무 위반의 경우에는 의사의 과실과 환자의 악결과 사이 의 인과관계가 인정되지 않으므로, 결과예견의무와 결과회피의무를 검토할 필요가 없다.

의료상의 과실은 거래상 통상적으로 요구되는 주의의무를 다하지 않은 경 과실로 족하지만,²²⁾ 성실진료의무 위반의 경우에는 의사라면 당연히 하여야

19) 대법원 2013. 12. 12. 선고 2013다31144 판결.

20) 성실진료의무의 계약법적 구성에 관하여는 안법영·백경희, “의료과오소송에서의 성실진 료의무와 수인한도”, 『한국의료법학회지』, 제17권 제1호, 2009, 제106면.

21) 석희태, “의료과실 판단기준에 관한 학설·판례의 경향”, 『의료법학』, 창간호, 2000, 제330 면.

22) 대법원은 “의료사고에서 의료종사자의 과실을 인정하기 위해서는 의료종사자가 결과발 생을 예견할 수 있고 또 회피할 수 있었는데도 이를 예견하거나 회피하지 못한 과실이 인정되어야 하고, 그러한 과실 유무를 판단할 때에는 같은 업무와 직무에 종사하는 보통 인의 주의 정도를 표준으로 하여야 하며, 이에는 사고 당시의 일반적인 의학 수준과 의료 환경 및 조건, 의료행위의 특수성 등이 고려되어야 한다”라고 판시한 바 있다. 대법원

할 최소한도의 주의의무를 다하지 않은 경우로써 과실의 정도가 경과실보다는 크다고 볼 수 있다. 아래에서 살펴보는 바와 같이 불성실한 진료행위의 위법성을 인정하기 위해서는 그 주의의무 위반의 정도가 ‘일반인의 수인한도를 넘어설 만큼 현저하게 불성실한 진료를 행한 것으로 평가될 정도’에 이르러야 한다는 것을 고려한다면, 수인한도를 넘어설 만큼의 현저하게 불성실한 진료행위는 경과실보다는 중과실에 가까운 정도라고 보아도 무방할 것이다.

3. 위법성

가. 위법성 판단기준으로서 수인한도

(1) 침해행위의 불법성

위법성이란 가해행위가 법질서에 반하는 것을 말한다. 위법성은 피침해이익의 성질과 침해행위의 태양과의 상관관계로부터 판단하여야 하므로, 피침해이익이 그다지 강한 것이 아니라면 침해행위의 불법성이 크지 않는 한 가해행위의 위법성을 인정할 수 없다.²³⁾ 주의의무 위반과 환자에게 발생한 악결과 사이에 인과관계가 인정되는 경우에는 그러한 주의의무 위반이 환자의 생명, 또는 신체에 대한 침해행위로서 불법성이 크므로 위법성이 인정되지만, 인과관계가 없는 경우에는 주의의무 위반이 환자의 진료 받을 이익 또는 기대에 대한 침해행위로서 불법성이 크다고 보기 어려우므로, 곧바로 위법성이 있다고 보기는 어렵다. 즉, 환자의 성실한 진료를 받을 이익이 법적인 보호의 대상이 된다고 하더라도, 이를 침해하는 진료행위가 있다고 해서 언제나 사법상 위법한 가해행위라고 평가될 수는 없고, 침해행위의 불법성이 매우 커야만 위법성을 인정할 수 있다.

이에 관하여 대법원은 의사의 주의의무위반이 일반인의 수인한도를 넘어설

2011.09.08. 선고 2009도13959 판결.

23) 이상훈, “제750조 A. 불법행위의 요건”, 『민법주해[XVⅢ]』, 채권(11), 박영사, 2005, 제 210면.

만큼 현저하게 불성실한 진료를 한 것으로 평가될 정도에 이르러야 비로소 위법성을 인정할 수 있다고 판시하고 있다.

따라서 불성실한 진료행위가 있다고 해서 곧바로 위법하다고 볼 수 없고, 그 침해행위가 수인한도를 넘어설 만큼 현저하게 불성실한 진료를 한 것이라고 평가될 정도로 불법성이 큰 경우어야 위법성을 인정할 수 있다.

(2) 수인한도와 위법성과의 관계

한편 이와 같은 수인한도가 위법성 조각사유로 볼 것인지, 아니면 위법성 인정기준으로 볼 것인지 여부의 문제가 있다.²⁴⁾ 수인한도를 위법성 조각사유로 보는 경우에는 불성실한 진료행위가 있으면 원칙적으로 그 자체로서 위법하고, 다만 수인한도 내에 있는 경우에는 위법성이 조각된다. 이 경우에는 의사 측에서 불성실한 진료행위가 수인한도 내에 있어 위법성이 조각된다는 것을 주장, 입증하여야 한다. 반면 수인한도를 넘은 불성실한 진료행위가 있을 때에 비로소 위법성이 인정된다고 보는 경우에는 위법성의 판단은 수인한도에 의해 이루어지고, 환자 측에서 불성실한 진료행위가 수인한도를 넘었다는 것을 증명하여야 한다.

그런데 환자의 성실한 진료를 받을 이익을 더욱 강하게 보장하려는 입장에서는 수인한도를 위법성 조각사유라고 보아 입증부담을 경감하려고 할 것이나, 그렇게 되면 아무리 사소한 불성실한 진료행위라고 하더라도 일단 위법성을 인정할 수밖에 없는데, 이는 의사의 불법행위책임을 지나치게 확장하여 진료위축을 초래할 수 있다. 그리고 환자의 성실한 진료를 받을 이익을 침해하는 불성실한 진료행위가 있더라도 침해행위의 불법성이 매우 커야만 위법성을 인정할 수 있다는 점을 고려하면, 수인한도는 위법성을 판단하는 기준이라고 보는 것이 타당하다.

24) 일조권 침해에 있어서 수인한도와 위법성에 관한 논의로는 공순진, “일조권 침해에 있어서의 수인한도”, 『토지법학』, 제25권 제1호, 2009, 제189면 이하.

이에 관하여 대법원은 “그 수인한도를 넘어서는 정도로 현저하게 불성실한 진료가 있었다는 점은 불법행위의 성립을 주장하는 원고들이 이를 입증하여야 할 것”이라고 판시함으로써 수인한도를 위법성 판단기준으로 이해하고 있다.

나. 수인한도의 고려요소

(1) 일반적 고려요소

위에서 본 바와 같이 대법원은 수인한도를 위법성 판단기준으로 설정하고 있으나, 수인한도를 판단함에 있어 고려하여야 할 사항에 관하여 아무런 언급이 없으므로,²⁵⁾ 여러 가지 사정을 참작하여 판단할 수밖에 없다. 불성실한 진료행위가 수인한도를 넘어섰는지 여부를 판단함에 있어 고려할 요소로는 의료기관의 수준(인적, 물적 시설의 구비여부), 병원의 특성 및 진료체계, 진료 당시 병원의 사정(환자수 대비 의료인수 등), 환자의 상태 및 긴급성, 요구되는 진료의 난이도, 진료에 소요되는 시간, 진료행위가 지체된 시간, 진료행위가 지체된 사유 등을 들 수 있다.

앞에서 언급한 대법원 2006. 9. 28. 선고 2004다61402 판결에서는 다소 응급처치가 지연되었다고 하더라도 수인한도를 넘어섰다고 평가할 정도는 아니라고 판단하였고, 대법원 2014. 2. 13. 선고 2013다77294 판결은 분만이 임박한 고위험 산모에게 35분간 태아심박동수를 측정하지 않았다고 하더라도 수

25) 반면 대법원은 조망이익의 침해행위가 사회통념상 수인한도를 넘었는지 여부에 관한 사건에서, “조망이익이 법적인 보호의 대상이 되는 경우에 이를 침해하는 행위가 사법상 위법한 가해행위로 평가되기 위해서는 조망이익의 침해 정도가 사회통념상 일반적으로 인용하는 수인한도를 넘어야 하고, 그 수인한도를 넘었는지 여부는 조망의 대상이 되는 경관의 내용과 피해건물이 입지하고 있는 지역에 있어서 건조물의 전체적 상황 등의 사정을 포함할 넓은 의미에서의 지역성, 피해건물의 위치 및 구조와 조망상황, 특히 조망과의 관계에서의 건물의 건축·사용목적 등 피해건물의 상황, 주관적 성격이 강한 것인지 여부와 여관·식당 등의 영업과 같이 경제적 이익과 밀접하게 결부되어 있는지 여부 등 당해 조망이익의 내용, 가해건물의 위치 및 구조와 조망방해의 상황 및 건축·사용목적 등 가해건물의 상황, 가해건물 건축의 경위, 조망방해를 회피할 수 있는 가능성의 유무, 조망방해에 관하여 가해자 측이 해의(해의)를 가졌는지의 유무, 조망이익이 피해이익으로서 보호가 필요한 정도 등 모든 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다”라고 판시한 바 있다. 대법원 2004. 09. 13. 선고 2003다64602 판결.

인한도를 넘어설 정도는 아니라고 판단하는데, 이는 응급처치의 시간, 태아심 박동수 측정 시간이 상당부분 지연될 경우에는 수인한도를 넘어선 것이라고 판단할 여지가 있다는 것을 의미한다.

반면 서울고등법원 2012. 10. 11. 선고 2011나78707 판결은 ① 의료기관의 수준(피고 병원이 시설, 인력, 의료서비스 수준 등이 우수하다는 이유로 종합 전문요양기관으로 지정되어 다른 요양기관에 비하여 높은 요양급여비용을 수령하는 의료기관인 점), ② 의료기관의 특성 및 진료체계(병원의 특성상 많은 중환자와 응급환자들이 입원해 있을 것으로 보이고, 그 환자들에 의해 자주 위 급상황이 발생할 것이기 때문에 당직의, 주치의가 간호사의 호출에 즉시 응할 것으로 보이는 점), ③ 시술의 난이도(레빈튜브를 삽입하기까지는 5분이 걸리지 않는 점), ④ 진료행위가 지체된 시간(레빈튜브를 삽입하기로 계획하고서도 5시간이나 지체한 점), ⑤ 진료행위가 지체된 사유(간호사가 진찰을 위해 의사에게 연락하였음에도 5시간 가까이 응답하지 않아 레빈튜브 삽관이 늦어진 점) 등을 고려요소로 참작하여, 의사의 진료행위가 수인한도를 넘어 현저하게 불성실하였다고 판단하였다.

(2) 약결과 발생도 고려요소인지 여부

한편 수인한도를 판단함에 있어 환자의 생명 또는 신체의 침해 등 약결과 발생도 고려하여야 하는지 여부도 고려해봐야 한다. 물론 환자의 적절한 진료를 받을 이익 또는 기대의 침해는 주의의무 위반과 약결과 사이의 인과관계가 인정되지 않으므로, 수인한도를 판단함에 있어 반드시 약결과 발생여부를 고려할 필요는 없다. 그러나 대법원이 수인한도를 위법성 판단기준으로 설정한 목적이 불성실 진료행위로 인한 손해배상책임의 무분별한 확장을 막아 의사의 책임이 지나치게 가중되는 것을 방지하는 것에 있다는 점을 고려할 때,²⁶⁾ 환자에게 생명 또는 신체에 중대한 약결과가 발생하였다면, 적어도 불성실한 진

26) 안법영·백경희, 앞의 논문, 제111면.

료행위가 일반인의 수인한도를 넘었다고 평가하더라도 의사의 책임을 확장하였다는 사회적 비난을 받지는 않을 것이다.²⁷⁾

4. 변론주의와 입증책임

가. 주장책임

변론주의하에서는 권리의 발생·소멸이라는 법률효과의 판단에 직접 필요한 요건사실 내지 주요사실은 당사자가 변론에서 현출하지 않는 한, 법원은 이를 판결의 기초로 할 수 없다.²⁸⁾ 따라서 현저하게 불성실한 진료행위 자체가 독자적인 불법행위를 구성하는 이상, 환자 측은 변론에서 불성실한 진료행위가 있었다는 점, 그 진료행위가 수인한도를 넘어서 현저하게 불성실하여 독자적인 불법행위를 구성한다는 점에 관하여 주장해야만 법원이 이를 판결의 기초로 할 수 있다.

환자 측이 변론과정에서 그러한 주장을 하지 않았음에도 법원이 의사의 주의의무 위반이 수인한도를 넘어 현저하게 불성실하다는 이유로 손해배상책임을 인정한다면, 변론주의에 위배된다고 볼 소지가 있다. 이는 환자 측이 의료진의 주의의무 위반으로 인한 불법행위책임을 물었으나, 법원이 그러한 주의의무위반과 악결과 사이에 인과관계가 인정되지 않는다는 이유로 손해배상청구를 기각하면서, 환자가 명시적 또는 묵시적으로도 주장하지 않았음에도 의사의 주의의무위반의 정도가 일반인의 수인한도를 넘어 불법행위가 성립한다는 이유로 손해배상책임을 인정하는 경우에 발생한다.²⁹⁾

27) 위에서 언급한 판결들은 모두 환자의 생명 또는 신체에 중대한 악결과가 발생한 사례들에 관한 것이다. 아직까지 생명 또는 신체에 중대한 악결과가 발생하지 않은 경우에 불성실한 진료행위로 인한 손해배상책임이 문제된 사례는 찾아볼 수 없다.

28) 이시운, 『신민사소송법』, 박영사, 2014, 제539면.

29) 불성실한 진료행위로 인한 손해배상책임을 인정한 일부 하급심 판결은 환자 측이 단순히 생명 또는 신체침해를 이유로 한 손해배상책임만을 물었음에도 불성실한 진료행위가 인정된다고 하면서 위자료를 인정하였다. 앞에서 언급한 대법원 2014. 2. 13. 선고 2013다 77294 판결의 1심인 서울서부지방법원 2012. 9. 21. 선고 2011가합1880 판결과 2심인 서울고등법원 2013. 9. 12. 선고 2012나87463 판결, 그 이외에 서울서부지방법원 2011.

물론 대는 소를 포함한다는 논리에 입각하여 의사에게 통상적인 주의의무 위반이 있다는 주장 속에는 그 주의의무위반의 정도, 즉 주의의무 위반이 단순히 경과실에 그치는 것이 아니라 현저하게 불성실하였다는 내용이 포괄적으로 내포되어 있다고 선해한다면, 법원이 불성실한 진료행위를 이유로 손해배상 책임을 인정한다고 하더라도 변론주의에 위배되지는 않는다.

그러나 주의의무위반의 정도가 단순한 경과실에 그치는 정도인지, 아니면 수인한도를 넘어선 현저하게 불성실한 것인지 여부에 따라 의사의 손해배상책임여부가 달라진다는 점을 고려한다면, 환자 측이 그와 같은 주장을 하지 않았음에도 불성실한 진료행위를 이유로 한 손해배상책임을 인정한다면 변론주의에 위배된다고 보아야 할 것이다. 가사 변론주의에 위배되지 않는다고 하더라도, 법원으로서서는 적어도 환자 측에게 그에 관한 주장을 정리하도록 석명을 하거나, 의사 측에게 주의의무 위반이 수인한도 내에 있다는 점에 관하여 방어할 기회를 줌으로써 의사 측이 불의의 타격을 받지 않도록 하여야 할 것이다.³⁰⁾

이에 관하여 대법원은 명시적으로 언급하고 있지는 않으나, 수인한도를 넘어서는 정도로 현저하게 불성실한 진료가 있었다는 점은 “불법행위의 성립을 주장하는” 원고들이 이를 입증하여야 할 것이라고 판시함으로써, 주장책임은 환자에게 있다는 것을 인정할 것이라고 해석할 여지가 있다.

반면 서울고등법원 2012. 10. 11. 선고 2011나78707 판결은 “그런데 담당 의사가 없었다는 원고들의 주장 부분에는 그로 인하여 망인이 사망하게 되었다는 인과관계에 관한 내용이 없고, 단지 담당의사가 없었다는 내용만 있을 뿐

6. 10. 선고 2009가합9546 판결, 서울서부지방법원 2011. 11. 11. 선고 2009가합16568 판결.

30) 환자 측의 위와 같은 주장이 없었음에도 불구하고 법원이 불성실한 진료행위로 인한 손해배상책임을 인정하는 것은 소송경제에도 반한다. 즉, 의사로서는 판결문을 받아 본 이후에야 비로소 손해배상책임의 근거가 불성실한 진료행위 그 자체를 이유로 한 불법행위책임이라는 것을 확인하게 되고, 그에 대한 항변을 하기 위해서는 부득이 항소를 하여야만 한다. 특히 항소심에서 이와 같은 판단을 하는 경우에는 의사는 상고를 제기하여야 하고, 상고심에서 불성실한 진료행위가 수인한도를 넘지 않았다는 이유로 원심판결을 취소하고 다시 항소심으로 환송하였다면, 환송 후 법원에서 이와 같은 판단을 하게 됨에 따라 의사뿐만 아니라 환자 측에서도 상당한 시간과 비용을 낭비하게 될 수밖에 없다.

이로서 이는 망인의 사망이라는 결과와는 인과관계가 없더라도 그 자체로 독자적인 불법행위가 된다는 주장이라고 볼 수 있으므로 이를 그와 같이 보아주기로 하여 그 당부를 살펴본다(원고들이 당시에 이르러 이러한 주장을 추가한 것은, 망인을 사망에 이르게 한 의료상 과실에 기한 종래의 손해배상청구에 부가하여 이 부분 독자적 불법행위에 기한 손해배상청구를 추가로 청구하는 취지로 이해한다)”라고 판시함으로써, 간접적으로나마 환자 측이 생명침해를 이유로 한 손해배상청구와는 별개로 불성실한 진료행위를 이유로 한 손해배상청구에 대한 주장책임이 있음을 인정하고 있는 것으로 이해된다.

나. 입증책임

의료진의 주의의무 위반이 수인한도를 넘어서는 정도로 현저하게 불성실하였다는 점은 불법행위의 성립을 주장하는 원고들이 이를 입증하여야 할 것이다. 즉, 입증책임분배의 원칙상 환자 측에서 불성실한 진료행위가 있었을 것, 그 불성실한 진료행위가 수인한도를 넘어설 만큼 현저하였을 것 등을 입증하여야 한다. 대법원도 “그 수인한도를 넘어서는 정도로 현저하게 불성실한 진료 가 있었다는 점은 불법행위의 성립을 주장하는 원고들이 이를 입증하여야 할 것이다”고 판시함으로써 입증책임이 환자 측에게 있음을 인정하고 있다.

이 경우 환자 측은 주의의무 위반이 의료행위 당시의 임상의학의 실천에 의한 의료수준에 미달한다는 정도에 그쳐서는 안 되고, 의료기관의 수준, 의료기관의 특성 및 진료행위 당시의 사정, 환자의 상태 및 긴급성, 요구되는 진료의 난이도, 진료에 소요되는 시간, 진료행위가 지체된 시간 등을 고려하여 수인한도를 넘어서는 정도로 현저하게 불성실하였다는 것을 증명하여야 한다.

한편 수인한도를 넘어섰는지 여부는 입증부담을 경감하지 않더라도 어느 정도 입증이 가능하다고 보인다. 즉, 의료진에게 주의의무위반이 있는지 여부에 관하여는 상식적 과실의 입증 또는 개연성 있는 간접사실에 의한 추정 등 입증부담의 경감을 통하여 입증할 수 있지만,³¹⁾ 그러한 주의의무 위반이 수인한

도를 넘어설 만큼 현저하게 불성실하였는지 여부는 위에서 언급한 여러 가지의 객관적 정황을 통하여 입증 가능성이 있으므로,³²⁾ 그만큼 입증책임의 완화가 적용할 여지는 줄어든다고 볼 수 있다.

5. 위자료 청구권

가. 위자료 청구권의 인정

현저하게 불성실한 진료행위 그 자체가 불법행위를 구성하는 경우에는 환자에게 위자료 청구권이 인정되는데, 이 경우 위자료는 불성실한 진료행위로 인하여 받은 정신적 고통을 위자하기 위한 것이다. 위와 같은 위자료 청구권은 환자 이외의 가족에게도 인정될 수 있다. 이에 관하여 대법원도 “그 자체로서 불법행위를 구성하여 그로 말미암아 환자나 그 가족이 입은 정신적 고통에 대한 위자료의 배상을 명할 수 있다고 보아야 할 것이다”고 판시함으로써 가족의 위자료 청구권도 인정하였다.

나. 위자료 청구권자의 범위

문제는 위자료 청구권이 인정되는 가족의 범위이다. 우리 민법 제752조는 생명 침해가 있는 경우에는 피해자의 직계존속, 직계비속 및 배우자에게 위자료 청구권을 인정하고 있으나, 불성실한 진료행위로 인한 위자료청구가 인정되는 경우에는 환자의 생명 침해를 이유로 하는 것이 아니기 때문에 민법 제752조가 적용될 여지가 없고, 따라서 불성실한 진료행위가 있다고 해서 곧바로 환자의 직계존속, 직계비속 및 배우자에게 위자료 청구권을 인정할 수는 없다.

31) 입증부담의 경감에 관하여는 석희태, “의료과오소송 원고의 증명부담 경감: 대법원 판례상 ‘일반인의 상식’ 문언을 중심으로”, 『의료법학』, 제8권 제2호, 2007, 제195면 이하.

32) 예를 들어 앞에서 살펴본 바와 같이 서울고등법원 2012. 10. 11. 선고 2011나78707 판결은 ① 의료기관의 수준, ② 의료기관의 특성 및 진료체계, ③ 시술의 난이도, ④ 진료행위가 지체된 시간, ⑤ 진료행위가 지체된 사유 등을 고려요소로 참작하여, 의사의 진료행위가 수인한도를 넘어 현저하게 불성실하였다고 판단하였는데, 이와 같은 요소는 입증부담을 경감하지 않더라도 입증이 가능하다.

치료기회상실에 관한 언급이긴 하지만 단순한 치료기회상실과 환자 가족들의 정신적 충격 사이에 상당인과관계를 인정하기는 어려우므로 가족들의 독자적인 위자료청구권을 부정하여야 할 것이라는 견해가 있으나,³³⁾ 불성실한 진료행위와 가족들의 정신적 고통과의 사이에 상당인과관계를 인정할 수 있으면, 가족들의 독자적인 위자료 청구권을 인정하여야 할 것이다. 예를 들어 망인이 적절한 치료를 받지 못하는 것을 지켜보았던 가족이 정신적 고통을 당하였다면, 불성실한 진료행위와 그 가족의 정신적 고통과의 사이에는 상당인과관계가 있다고 보아야 할 것이다.

이에 관하여 서울고등법원 2012. 10. 11. 선고 2011나78707 판결은 “위와 같은 불성실한 진료를 한 당직의, 주치의의 사용자인 피고 병원은 이로 말미암아 망인과 망인이 적절한 치료를 받지 못하는 모습을 지켜보아야 했던 원고 3이 입은 손해를 배상하여야 한다(앞에서 본 바와 같이 이러한 피고 병원의 불법행위가 망인의 사망을 야기한 것은 아니라서 민법 제752조가 적용되지 아니하므로 배우자나 직계비속이라는 이유만으로 원 고 1, 2에게 위자료청구권이 당연히 인정되지는 아니하는데, 위 원고들이 위 시기에 망인이 적절한 치료를 받지 못하고 있다는 사실을 알아 정신적 고통을 겪었을 것이라고 인정할 만한 증거가 없다)”라고 판시함으로써, 망인과 망인이 적절한 치료를 받지 못하는 것을 목격한 아들에 대하여만 위자료를 인정하였다.

IV. 결 론

이상에서는 판결들을 중심으로 불성실한 진료행위 그 자체를 불법행위로 보아 손해배상책임을 인정할 수 있는지 여부 및 그 요건에 관하여 살펴보았다. 그런데 의사의 주의의무 위반이 일반인의 수인한도를 넘어설 만큼 현저하게

33) 박영호, “설명의무위반 및 치료기회상실을 근거로 한 가족들의 독자적 위자료 청구권”, 『법조』, 제58권 제2호, 2009, 제55면.

불성실한 진료를 하였다고 평가할 정도에 이르렀을 경우에는 그 자체로 불법 행위를 구성하여 손해배상책임을 인정한다고 하더라도 일반인의 정의 관념이나 법질서에 반하지는 않을 것으로 생각된다. 다만, 대법원이 수인한도의 고려 요소에 관하여 아무런 기준을 제시하지 않아 불성실한 진료행위가 수인한도를 넘었는지 여부에 관하여는 논란이 있을 수밖에 없으나, 추후 판결의 축적을 통하여 일응의 기준을 설정해 나가야 할 것이다. 그런데 수인한도를 설정함에 있어서는, 그 범위가 너무 좁으면 환자의 성실한 진료를 받을 이익이 부당하게 침해될 수 있고, 반대로 너무 넓으면 손해배상책임의 확장으로 인한 의사의 진료 위축이 초래될 수 있으므로, 환자의 진료 받을 이익과 의사의 진료권이 보장될 수 있도록 합리적인 조화가 필요하다. 그에 앞서 의사가 환자의 구체적 증상이나 상황에 따라 위험을 방지하기 위하여 요구되는 최선의 조치를 다한다면, 환자의 진료 받을 이익 또는 기대는 자연스럽게 충족될 것이다.

주제어 : 의료행위, 불성실한 진료행위, 현저하게 불성실한 진료행위, 진료 받을 이익 또는 기대, 성실진료의무, 주의의무 위반, 수인한도

[참고 문 헌]

<국내문헌>

- 공순진, “일조권 침해에 있어서의 수인한도”, 『토지법학』, 25권 1호, 2009.
- 곽윤직(집필대표), 『민법주해[XVIII]』, 채권(11), 박영사, 2005.
- 김상찬, 「의료사고의 민사적 책임과 분쟁해결의 법리」, 박사학위논문, 건국대학교
원, 1994.
- 김선중, 『의료사고손해배상소송』, 육법사, 2012.
- 류화신, “적절한 의료를 받을 기대와 손해배상책임여부-일본 최고재판소의 최근
판결을 중심으로-”, 『의료법학』, 제13권 제1호, 2012.
- 박영호, “의료소송상 기회상실 이론의 도입에 관한 소고”, 『사법논집』, 2008.
- _____, “설명 의무 위반 및 치료기회상실을 근거로 한 가족들의 독자적 위자료 청구
권”, 『법조』, 제58권 제2호, 2009.
- 박형준, “의료과오소송의 심리상 문제점”, 『실무논단』, 1997.
- 석희태, “의료과실 판단기준에 관한 학설·판례의 경향”, 『의료법학』, 창간호, 2000.
- _____, “의료과오소송 원고의 증명부담 경감: 대법원 판례상 ‘일반인의 상식’ 문언
을 중심으로”, 『의료법학』, 제8권 제2호, 2007.
- 송영민, “기대권침해론에 관한 일본의 최근 동향”, 『의료법학』, 제14권 제1호, 2013.
- 신현호·백경희, 『의료분쟁 조정·소송 총론』, 육법사, 2011.
- 안법영·백경희, “의료과오소송에서의 성실진료의무와 수인한도”, 『한국의료법학
회지』, 제17권 제1호, 2009.
- 이시윤, 『신민사소송법』, 박영사, 2014.
- 이청조, “의사의 환자에 대한 기대권침해론”, 『동아법학』, 제16호, 1993.
- 이충상, “의료소송에 있어서의 구체적 타당성을 위한 몇 가지 고찰”, 『법조』, 제42권
제2호, 1993.

<외국문헌>

- 橋口賢一, “「適切な醫療行爲を受ける期待權」の内実”, 『民法學の現在と近未來』,
法律文化社, 2012
- 石川寛俊, “治療機會の喪失による損害-期待權侵害論再考”, 『自由と正義』, 39卷 11

號, 1988.

_____, “延命利益, 期待權侵害, 治療機會の喪失”, 『(新)裁判實務大系・1: 醫療過誤訴訟法』, 1卷, 2000.

平野哲郎, “適切な醫療行爲を受ける期待權侵害の不法行爲の成否”, 『民商法雜誌』, 145卷 2號, 有斐閣, 2011.

Liability for Damage due to Doctors' Unfaithful Medical Practice

Jeon, Byeon-nam

Attorney/Doctor of law

=ABSTRACT=

In order to account for whether a doctor should indemnify damages resulted from violation of duty of care, the fact that a doctor violated duty of care, that damages were incurred, and the link between violation of duty of care and damages incurred, respectively, should be verified. So even though a doctor violated duty of care to patients, he or she will not bear the responsibility to indemnify damages unless it is not verified.

If a doctor's negligence in medical practices is assessed that obviously unfaithful medical practice far exceeds the limit of admission of a patient, it will not go against people's general perception of justice or law and order to constitute a medical malpractice itself as an illegal action that will require liability for damage.

However, when the limit of admission is set too low, a patient's benefit and expectation of proper medical treatment can be violated. In contrast, if the limit of admission is set high, it can leave too little room for doctors' discretion for treatments due to a bigger risk of indemnification for damages. Thus, a reasonable balance that can satisfy both benefit and expectation of patients and doctors' right to treatment is needed.

Keyword: Medical practice, Unfaithful medical practice, Obviously unfaithful medical practice, Benefit and expectation of proper medical treatment, Faithful medical responsibility, Violation of duty of care, The limit of admission