

의료행위에서 설명의무의 보호법익과 설명 의무 위반에 따른 위자료 배상

이 재 경*

I. 서론
II. 의료과오소송의 기본구조
1. 법적근거
2. 손해배상책임의 성립요건
3. 손해배상의 범위 및 배상액 산정
III. 의료행위의 위법성과 설명의무의 보호법익
1. 독일의 인격적 법익침해론과 신체적 법익침해론
2. 우리의 인격적 법익침해론과 신체적 법익침해론
3. 소결
IV. 설명의무 위반에 따른 손해배상책임의 주요쟁점
1. 설명의무의 보호법익으로서 환자의 자기결정권
2. 설명의무 위반에 따른 위자료 배상과 관련한 문제
3. 설명의무 위반에 따른 전손해 배상과 관련한 문제
V. 결론

I. 서론

의료행위로 환자에게 악결과가 발생한 경우 우리 법원은 의사의 진료상 주의의무 위반과 설명의무 위반을 별개로 판단하여 손해배상책임을 인정한다. 의사의 진료상 주의의무는 진찰·치료 등의 의료행위를 할 때에 사람의 생명·

* 논문접수: 2020. 9. 21. * 심사개시: 2020. 9. 21. * 게재확정: 2020. 9. 25.
* 법학박사, 원광대학교 법학전문대학원 부교수 (jaekyeong@wku.ac.kr).
* 이 논문은 2019학년도 원광대학교의 교비지원에 의해 수행됨.

신체·건강을 관리하는 업무의 성질에 비추어 환자의 구체적인 증상이나 상황에 따라 위험을 방지하기 위하여 요구되는 최선의 조치를 할 의무이다.¹⁾ 주의 의무를 위반하여 환자의 신체나 건강에 악결과가 발생하였다면, 신체침습에 따른 재산손해 및 위자료를 배상하여야 한다.

설명의무는 환자에게 수술 등 침습을 과하는 과정 및 그 후에 나쁜 결과 발생의 개연성이 있는 의료행위를 하는 경우 또는 사망 등의 중대한 결과 발생이 예측되는 의료행위를 하는 경우에 침습 등에 대한 승낙을 얻기 위한 전제로 질병의 증상, 치료방법의 내용 및 필요성, 발생이 예상되는 위험 등에 관하여 설명하여 환자가 그 필요성이나 위험성을 충분히 비교해보고 그 의료행위를 받을 것인지를 선택할 수 있도록 하는 의무이다.²⁾ 설명의무를 위반하면 자기결정권 침해 또는 치료행위에 대한 선택의 기회 상실에 따른 위자료를 배상하여야 한다.³⁾

우리 법원은 주의의무의 보호법익을 신체적 법익으로, 설명의무의 보호법익을 자기결정권으로 구별한다. 하나의 의료과오소송에서도 주의의무 위반에 따른 손해배상책임은 인정되면서 설명의무 위반에 따른 손해배상책임은 부정될 수 있고, 반대로 주의의무 위반에 따른 손해배상책임은 부정되지만 설명의무 위반에 따른 손해배상책임은 인정될 수 있다. 이 때문에 주의의무 위반에 따른 손해배상책임이 부정되는 경우에 설명의무 위반에 따른 손해배상책임을 “자기결정과는 관계없이 의료과오(의 의심)에 대한 책임을 추궁하는 은밀한 장치로 기능하”고 있다든가⁴⁾, “인과관계 증명 등 어려운 책임요건을 피하기 위해 위자료라는 편법을 모색한 것”⁵⁾이라고 평가하기도 한다. 이러한 비판적 입장은 결과적으로 신체침해가 아니라 선택기회 상실에 대해 위자료 배상을

1) 대법원 2018.11.29. 선고 2016다266066 판결.

2) 대법원 2019.8.30. 선고 2017다239960 판결.

3) 대법원 2013.4.26. 선고 2011다29666 판결; 대법원 2014.12.24. 선고 2013다28629 판결 등.

4) 이동진, “의사의 위험설명 의무-법적 기능, 요건 및 위반에 대한 제재-”, 의료법학(제21권 1호), 대한의료법학회, 2020, 27면.

5) 장창민, “의사의 설명의무에 대한 연구-보호법익을 중심으로-”, 아주법학(제13권 1호), 아주대학교 법학연구소, 2019, 96면; 박영규, “의사의 설명의무위반에 따른 손해배상”, 일감법학(제31호), 건국대학교 법학연구소, 2015, 124면.

인정하는 판례를 신체침해에 대한 배상으로 일원화 할 것을 주장한다.⁶⁾

신체적 법익침해론으로 분류되는 이러한 입장과 의사의 설명은 생명·신체의 보호가 아니라 자기결정권의 보호를 목적으로 한다는 인격적 법익침해론의 대립은 아직까지도 설명의무와 관련한 논의의 중심에 있다. 비교법적으로는 설명의무 위반에 따른 자기결정권 침해를 독자적인 손해배상의 대상으로 보지 않고, 동의 없는 의료행위에 따른 신체침해로 연결시키는 독일의 법리가 설명의무 위반을 자기결정권이라는 인격적 법익침해로 연결시키는 우리와 대조되는 가장 대표적인 경우로 소개되고 있다.

그런데 의료행위는 그 자체로 위법한 침습이기 때문에 신체적 법익을 침해한 것이라는 데에서 출발하는 신체적 법익침해론과 의료행위는 그 자체로 위법한 침습이 아니라는 데에서 출발하는 인격적 법익침해론의 큰 틀은 우리와 독일 모두 동일하게 적용되지만, 그 밖에 자기결정권 침해의 태양, 효과 등에 있어서는 우리와 독일의 논의가 반드시 일치하지 않는다. 이는 근본적으로 손해배상책임의 법적 구성, 실제 배상액 산정에서의 차이 등 의료과오소송 구조의 차이에서 비롯된다.

그리하여 이하에서는 독일과 우리의 의료과오소송 기본구조를 파악하고, 이를 토대로 설명의무의 보호법익에 관한 독일과 우리의 논의를 살펴본 후, 설명의무 위반을 자기결정권이라는 일반적 인격권으로 파악하는 인격적 법익침해론의 입장에서 설명의무 위반에 따른 손해배상책임의 주요쟁점에 대한 견해를 밝히고자 한다. 그 과정에서 설명의무 위반에 대한 우리 판례법리도 함께 검토하고자 한다. 신체적 법익침해론의 입장에서 판례에 대한 비판은 설명의무 위반의 효과로 위자료 배상을 인정하는 판례의 폐기 혹은 판례의 정상화에 대한 요구로까지 이어지고 있어 판례법리를 검토할 필요성은 매우 높다고 하겠다. 이상의 논의와 검토를 통하여 의사의 설명의무 위반에 따른 위자료 배상의 독자적인 의미를 확인하고, 판례법리를 보완할 수 있을 것이다.

6) 박영규, 앞의 글, 127면; 이동진, 앞의 글, 27면; 장창민, 앞의 글, 96면.

II. 의료과오소송의 기본구조

1. 법적근거

의료과오소송은 의료계약 상 의무위반에 대한 계약책임과 불법행위책임에 근거한다. 이는 우리와 독일의 경우 모두 마찬가지이다. 다만, 우리는 불법행위책임이 주로 문제되는데 반하여, 독일은 독일민법 제630조 a 이하 진료계약에 관한 규정을 신설한 이래 불법행위책임이 아닌 계약책임을 중심으로 의료과오소송이 전개되고 있다. 물론 이것이 계약책임이 불법행위책임을 배척한다는 의미는 아니다. 의사는 독일민법 제630조 a 제2항에 의하여 계약법상 치료에 관한 의무를 부담하는 것과 마찬가지로 불법행위법 상 보증인적 지위에 기초하여 의료 전문가로서 환자의 건강을 회복·유지시키기 위한 치료의무를 부담하기 때문에,⁷⁾ 독일민법 제630조 e에서 규정하고 있는 설명의무 역시 불법행위법에서도 동일하게 인정된다. 따라서 계약책임과 불법행위책임 각각의 구성요건을 충족하는 경우 각각에 근거하여 손해배상책임을 물을 수 있다. 또한 2002년 독일 채권법 개정 이후 계약법에서도 위자료 배상이 인정됨에 따라 실제로 계약책임과 불법행위책임은 큰 차이가 없어졌다.

우리의 경우 불법행위책임과 계약책임이 가장 큰 차이를 보이는 부분은 고의·과실에 대한 증명책임의 부분이다. 민법 제750조에 따르면 고의·과실에 대한 증명책임을 채권자인 환자가 부담한다. 반면 민법 제390조에 따르면 고의·과실의 부존재에 대한 증명책임은 채무자인 의사가 부담한다.

의료계약에서 의사측의 채무란 최선의 진료를 하여야 할 의무이고 그 결과를 보장하는 것이 아니기 때문에 의사측의 채무불이행에 대한 증명 자체가 최선의 주의를 다하여 진료를 하였는가라고 한다면, 채무불이행에 대한 환자측의 증명은 곧 고의·과실에 대한 증명이 된다. 그러나 채무이행인 의료행위로 나쁜 결과가 발생하였고, 그것이 의료행위의 전형적 위험이 아닌 때에는 계약

7) Wagner, Münchener Kommentar zum BGB, 8.Aufl., 2020, Vor § 630a, Rn. 26.

책임과 불법행위책임에서 고의·과실에 대한 증명은 동일하지 않다. 이에 따르면 의료행위로부터 비전형적인 위험이 발현된 때에는 의사측의 내용적합적 이행이 결여되었음이 증명된 것으로 보고, 의사측이 그에 관한 고의·과실없음을 증명하여 손해배상책임으로부터 벗어날 수 있다. 다만, 그렇다 하더라도 가해행위와 인과관계에 대한 증명책임은 여전히 환자측이 부담한다.⁸⁾

설명과오의 경우에도 진료과오와 마찬가지로 계약책임과 불법행위책임에 근거하여 손해배상책임이 발생한다. 다만 설명과오의 경우에 불법행위책임에서는 설명과오로 침해된 법익이 무엇인가, 법익을 침해한 행위는 무엇인가를 중심으로 논의가 이루어진다면, 계약책임에서는 의사의 의무위반으로부터 시작하여, 의무의 확정 즉, 설명의무의 대상과 범위를 중심으로 논의가 이루어져야 할 것이다.

2. 손해배상책임의 성립요건

설명과오 및 진료과오에 따른 손해배상책임이 성립하기 위해서는 가해행위, 위법성, 유책성의 세가지 요건이 충족되어야 한다. 가해행위는 다시 행위, 손해, 그리고 행위와 손해의 인과관계로 구성된다.⁹⁾ 진료과오에서는 인과관계의 증명이 쉽지 않기 때문에 이 부분 증명책임의 전환이나 완화에 관한 논의가 주로 이루어진다. 설명과오의 경우 소송실무에서는 위자료만을 청구하는 경우와 전손해를 청구하는 경우의 증명이 주로 문제되지만, 이론상으로는 설명의무의 보호법익이 무엇인지, 설명의무 위반에 따른 기회상실의 손해를 인정할 수 있는지가 논의의 중심에 있다.

계약책임이 문제되는 독일에서는 독일민법 제280조 제1항에 의하여 의무위반, 손해, 그리고 인과관계라는 3가지 요건이 충족된 경우에 의료인측에 계약상 의무위반에 따른 손해배상책임을 물을 수 있다. 독일은 민법 제630조 a

8) 김천수(김용담 편), 『주석민법 [채권각칙(7)]』, 한국사법행정학회, 2016, 514면.

9) 김천수, 위의 책(각주 8), 508면.

이하에서 의료계약상 의무를 정하고 있지만, 그렇다고 해서 계약상 의무위반이 곧바로 손해배상책임으로 연결되는 것은 아니다.¹⁰⁾ 의무위반에 따른 손해배상책임이 인정되기 위해서는 의무위반으로 환자에게 신체·건강상 손해가 발생하여야 한다. 이는 설명의무 위반을 이유로 손해배상을 청구하는 경우에도 마찬가지이다.¹¹⁾ 결국 진료과오 및 설명과오에 따른 손해배상책임의 구성요건으로서 의무위반은 계약법상 진료계약에 관한 규정들의 의무가 아니라 불법행위법상의 진료과오와 설명과오의 카테고리에서 판단된다.

진료과오 및 설명과오에서 과오는 독일민법 제276조 제2항의 사회생활상 요구되는 주의 즉, 객관적 주의를 다하지 않은 것을 의미한다. 이러한 주의의무를 위반한 경우에도 독일민법 제280조 제1항 제2문에 의하여 고의·과실이 없으면 채무자는 면책되지만, 진료계약 그리고 그 상위계약인 고용계약과 같이 결과가 아니라 업무 수행과정에서 최선을 다할 것이 채무의 내용이 되는 때에는 제280조 제1항 제2문이 적용될 여지가 없다.¹²⁾ 또한 진료과정에서 주의의무 위반이 인정되는 때에도, 주의의무를 위반한 의료행위와 건강손해와의 사이에 인과관계가 부정되면 손해배상책임은 성립하지 않는다.

3. 손해배상의 범위 및 배상액 산정

우리는 진료과오의 경우 신체손해에 대한 재산적, 비재산적 손해 일체를 배상한다. 설명의무 위반의 경우 자기결정권 침해에 따른 선택기회 상실로 신체손해가 발생하였다는 상당인과관계가 인정되면 그에 따른 재산적, 비재산적 손해를 배상하여야 하고, 신체손해와의 상당인과관계가 인정되지 않는 경우에도 자기결정권 침해 그 자체로 선택기회상실에 대한 위자료 배상을 인정한다.

진료과오 및 설명의무 위반에 따른 배상책임을 인정하여도 민법 제393조에

10) 예컨대 독일민법 제630조 c 정보제공의무, 제630조 e 설명의무, 제630조 f 진료기록부 작성의무를 위반하였다고 하여 곧장 손해배상책임이 인정되는 것은 아니다.

11) Wagner, a.a.O., Vor § 630 a, Rn. 20.

12) Wagner, a.a.O., Vor § 630 a, Rn. 22.

의하여 환자측의 특별한 사정으로 인한 손해는 의사가 그것을 알았거나 알 수 있었을 때에만 특별손해로 배상할 수 있고, 배상액을 산정할 때에 환자의 귀책 사유와 무관한 피해자측의 체질적 소인, 질병의 위험도 등을 참작하여 손해배상책임을 제한한다.¹³⁾ 그리하여 실제로 의료과오소송에서 환자가 전부승소하는 경우는 거의 없고, 의사의 손해배상책임을 인정되어도 실제 환자가 받는 배상액은 매우 제한적이다. 이러한 법현실에서 설명의무 위반에 따른 위자료 배상은 매우 제한적으로만 인정되는 진료과실에 따른 손해배상을 보완하는 기능을 한다.¹⁴⁾ 다만 설명의무 위반에 따른 손해배상 역시 환자측의 책임없는 사유를 고려하여 상당부분 감축된 범위에서 배상액이 산정된다.

독일에서는 진료의무든 설명의무든 의무위반에 따른 손해배상책임을 인정되면 신체의 완전성이 침해됨으로써 발생한 재산적·비재산적 손해 일체를 배상하여야 한다. 그러나 독일은 선택기회 상실에 따른 위자료 배상을 인정하지 않는다. 독일 민법은 기회상실손해에 대한 근거규정이 없고, 독일 민법 제823조는 기회상실손해를 전혀 포섭하지 못하기 때문이다.¹⁵⁾ 또한 독일은 손해배상책임을 범위와 관련하여 통상손해와 특별손해의 구별을 두지 않고, 완전배상을 지향하며, 과실상계에 있어서도 매우 엄격한 태도를 취한다.

독일에서도 손해발생에 피해자의 과책이 공동으로 작용한 때에는 독일민법 제254조에 의하여 배상범위가 제한된다. 또한 가해자는 독일민법 제242조에 따라 피해자에 대한 신뢰와 믿음에 근거하여 자신의 행동에 대해 책임이 인정되는 범위에서만 피해자에게 발생한 손해를 배상한다. 그리하여 구체적인 의사의 책임제한 사유를 보면, 의사의 적극적인 질문에 불구하고 환자가 치료에 의미있는 특정사실을 감추었거나, 진료에 관한 의사의 지시를 무시하였거

13) 대법원 1998. 7. 24. 선고 98다12270 판결; 대법원 2000.1.21. 98다50586 판결.

14) 진료과실이든 설명의무 위반이든 어느 하나가 인정되면 신체손해에 대한 재산적 손해와 위자료를 배상하도록 하는 독일의 경우에는 설명의무 위반의 효과로 위자료 배상을 도모하는 것은 신체손해에 대한 전손해 배상을 축소시키는 결과를 가져올 수 있다.

15) 윤석찬, “사용이익 상실에 대한 손해배상법리”, 재산법연구(제33권 1호), 한국재산법학회, 2016, 178면.

나,¹⁶⁾ 손해를 경감시키기 위해 노력해야 할 의무¹⁷⁾가 있음에도 이를 다하지 않은 경우와 같이 환자의 책임있는 사유로 한정된다. 우리가 손해배상책임을 제한하는 사유로 가장 많이 고려하는 환자의 체질적 소인이나 질병의 위험도 등은 공동과책의 고려대상이 아니다. 환자가 그러한 체질적 소인을 가지고 있었다 하더라도 의사의 행위가 개입하지 않았다면 손해는 발생하지 않았을 것이기 때문이다.

예를 들어보자. 정신질환으로 상당기간 입원치료를 받고 있는 정신질환자가 진정제 투약 후 병원 밖으로 나가 추락사 하였고, 환자에 대한 보호의무와 감독의무를 위반한 의료기관의 손해배상책임이 인정되는 경우에 책임제한에서는 우리와 독일이 매우 다른 태도를 취하게 될 것임을 쉽게 예상할 수 있다. 의사측은 정신질환자가 병원 밖으로 나가지 않도록 그를 감독하고, 보호해야 할 의무가 있고, 그가 의무를 이행했다라면 환자가 병원 밖으로 나가지 않았을 것이며, 그 이후의 추락사고도 일어나지 않았을 것이라면 독일에서는 공동과책을 부정할 것이다. 설사 환자가 진정제를 과잉복용하였다고 하더라도 이를 이유로 의사측의 책임이 제한되지 않는다.¹⁸⁾ 그러나 우리의 경우에는 환자가 가지고 있던 정신질환이라는 체질적 소인, 그리고 환자 스스로 진정제를 과잉섭취하였다는 점 등이 과실상계의 유추적용 내지는 책임제한 사유로 작용하게 될 것이다.¹⁹⁾ 요컨대 독일은 어떤 체질적 소인을 가지고 있었다 하더라도

16) 환자가 특정사실을 숨기거나 지시를 무시하였다는 점이 인정되기 위해서는 의사와 충분한 치료상담이 이루어졌어야 하고, 충분한 상담에 대해서는 의사측이 증명책임을 진다(Geiß/Greiner, *Arzthaftpflichtrecht*, 7.Aufl., 2014, A. Behandlungsverhältnisse, Rn. 98.)

17) 예컨대 환자가 지시된 약을 먹지 않았거나, 담배를 끊지 않고 필요한 다이어트를 하지 않는 등 건강하지 않은 생활방식을 고수하는 경우 등이 이에 해당한다(Janda, *Medizinrecht*, 2010, S. 334 f.)

18) BGH, Urteil vom 8. 4. 2003 - VI ZR 265/ 02(Frankfurt a. M.) - NJW 2003, 2309 = VerSR 2003, 1126.

19) 정신분열증으로 정신병원에 입원한 환자가 퇴원을 요구하였으나 거부되었고, 병원 경과기록에 환자의 탈출 또는 충동행동에 유의하라고 기재되어 있었던 경우에 환자가 배식시간에 병동 출입문을 박차고 뛰어나가 비상계단을 통해 뛰어내려가다가 병원 2층 옥상으로 떨어져 뇌좌상 등으로 사망한 사안에서, 환자가 정신질환으로 완전한 의사결정능력을 갖고 있지 않아 위와 같은 행위를 망인의 과실로 보기 어렵다고 하면서도 형평의 원칙상 손해 부담 일부를 환자에게 부담시키는 것이 정당하다고 하여 의사측의 책임을 70%로

의사의 행위가 개입하지 않았다면 손해가 발생하지 않았을 경우에 공동과책에 따른 책임제한을 부정하지만,²⁰⁾ 우리는 체질적 소인, 질병의 난이도 등과 같이 환자의 귀책사유가 아닌 것도 책임제한 사유로 고려하기 때문에 사실상 의료과오소송에서 환자가 의료행위로 발생한 손해 전부를 배상받는 경우는 거의 없다.

III. 의료행위의 위법성과 설명의무의 보호법익

의료과오소송에서 설명의무의 보호법익이 무엇인가 하는 논의는 설명의무 위반으로 환자의 신체법익이 침해된 것인가, 자기결정권이라는 일반적 인격권이 침해된 것인가에 관한 것이다. 근본적으로는 신체침습을 동반하는 의료행위는 의학적 적응성과 상관없이 그 자체로 위법한가 하는 문제이다. 효과면에서는 배상의 대상 내지는 배상의 범위에 관한 문제로 신체손해와는 별개로 선택기회 상실에 대한 위자료 배상을 인정할 것인가, 신체손해에 대한 배상을 인정하는 경우에 실현된 위험 일체를 배상하도록 할 것인가, 그 중 설명의무의 대상이 된 위험만을 배상하도록 할 것인가의 문제이다.

1. 독일의 인격적 법익침해론과 신체적 법익침해론

가. 인격적 법익침해론

설명의무 위반으로 일반적 인격권인 자기결정권이 침해되었다고 하는 인격적 법익침해론에서는 신체침습이 수반되는 의료행위는 곧 위법한 신체침해라는 프레임을 거부한다. 인격적 법익침해론에 따르면 의료행위는 환자 치료를 목적으로 하기 때문에 신체침습이 수반된다고 하더라도 증명된 의학지식에 기

제한하였다(대법원 1993.9.14. 선고 93다21552 판결).

20) 의사의 행위가 없었더라도 환자의 체질적 소인으로 손해가 발생하는 경우라면 애초에 의사의 행위와 손해 사이의 인과관계가 부정되어 손해배상책임이 부정될 것이다.

초하여 의료 전문법칙에 따라 의료행위가 실시되었다면 손해배상책임의 구성 요건인 위법한 신체침해에 해당하지 않는다. 의료행위가 신체기능 회복이나 유지를 위하여 실시되었고, 실제로 치료목적을 달성하였거나 적어도 신체 고통을 경감시켰다면, 그것은 신체 온전성이라는 신체적 법익을 침해한 행위가 아니고, 오히려 건강을 증진시킨 행위라는 것이다.

인격적 법익침해론에서 설명은 의료행위의 객체이면서 동시에 주체인 환자의 자율을 보호하고, 환자와 의사의 협력관계를 보장한다는 의미를 갖는다. 의사는 후견적 지위에서 환자의 자기결정을 돕기 위하여 환자와 소통하고 환자에게 설명하여야 하는 것이지 단지 위법한 신체침습의 위법성을 조각시키기 위하여 설명하는 것이 아니라는 것이다. 위법한 신체침습의 위법성 조각을 위해 설명을 하여야 한다고 하면, 설명이라는 의사의 역할은 오히려 축소되고,²¹⁾ 환자를 의료행위의 주체가 아닌 객체로 취급하게 된다는 것이다.²²⁾

독일의 인격적 법익침해론도 그 효과면에서는 다양한 견해가 존재하지만, 의료행위로 환자에게 악결과가 발생한 경우, 즉 실패한 의료의 경우 설명의무 위반에 따른 신체침해에 대하여 재산적·비재산적 손해를 배상하여야 한다는 것이 인격적 법익침해론의 다수 견해이다. 이에 따르면 설명의무는 생명·신체의 온전성에 대하여 환자 스스로 결정할 수 있는 기회를 보장하기 위한 것이라고 하더라도 의료행위를 매개로 하기 때문이라고 한다.²³⁾ 또한 환자의 자기결정은 신체온전성에 관한 결정을 의미하기 때문에 자기결정권이 침해된 결과 역시 결정의 기회를 상실했다는 것에 그치지 않고, 결정할 기회를 상실하여 신

21) Katzenmeier, V. Aufklärungspflicht und Einwilligung in: Laufs/ Katzenmeier/ Lipp(Hrsg.), *Arztrecht*, 7.Aufl., 2015, Rn. 83.

22) Steffen, Haftung des Arztes für Fehler bei der Risikoauflärungs-Zurechnungsbeschränkungen oder *versari in re illicita?*, in *Festschrift für Medicus*, 1999, S. 637; Rumler-Detzel, Die Aufklärungspflichtverletzung als klagegrundlage. Häufigkeit, Inhalts, Prozeßerfolg in der Prozeßentwicklung eines Oberlangesgerichts, in: *Festschrift für Erwin Deutsch*, 1999, S. 699.

23) Deutsch, Schutzbereich und Tatbestand des unerlaubten Heileingriff im Zivilrecht, *NJW* 1965, 1985.

체온전성 침해의 결과가 초래된 데까지 미친다는 것이다. 이처럼 전단적 의료 행위를 한 의사에게 그로 인한 재산적·비재산적 손해 일체에 대해 책임을 지도록 하는 한, 가정적 동의 항변은 인정된다. 다만 가정적 동의와 관련하여서는 환자에게 충분히 설명했다면 환자가 동의하였을 것이라고 하더라도 실제로 의료행위가 환자의 동의 없이 이루어졌다는 사실이 바뀌지는 않기 때문에 적어도 이론적으로는 환자의 자기결정권 침해에 따른 위자료 배상이 인정된다고 한다.²⁴⁾

반대로 설명의무를 위반한 의료행위가 결과적으로 환자에게 이익을 가져온 경우, 소위 성공한 의료행위의 경우에는 신체온전성 침해에 따른 손해배상을 청구하지 못한다. 이는 신체적 법익침해론이든 인격적 법익침해론이든 동일한 태도를 취한다. 신체적 법익침해론의 경우에는 환자의 동의 없는 의료행위는 인정되지만, 환자의 건강손해가 없기 때문에, 인격적 법익침해론의 경우에도 환자의 자기결정은 신체온전성을 위한 결정이기 때문에 신체온전성이 지켜진 이상 자기결정권 침해가 신체손해로 연결되지 않는다는 점에서 신체침습 그 자체에 대한 위자료를 포함한 일체의 손해배상청구권을 부정한다. 다만 이 때에도 인격권 침해에 따른 만족기능으로서 위자료 배상은 인정할 수 있다고 한다.²⁵⁾

마지막으로 의료행위로 악결과가 발생하기는 하였지만, 그것이 설명의무의 대상이면서 설명이 결여된 위험이 실현된 것이 아니라 설명할 의무가 없어서 설명되지 않은 위험이 실현된 경우에 그러한 위험실현에 대하여 손해배상책임이 인정되는가 하는 점이 문제된다. 이 부분이 독일에서 인격적 법익침해론과 신체적 법익침해론이 차이를 보이는 부분이다.

인격적 법익침해론은 설명의무를 위반한 때에 설명의무의 대상이 아닌 위험이 실현된 경우에까지 모든 손해를 배상하도록 하는 것은 의료행위의 피할

24) Katzenmeier, a.a.O., V. Aufklärungspflicht und Einwilligung, Rn. 100.

25) Katzenmeier, a.a.O., V. Aufklärungspflicht und Einwilligung, Rn. 98.; Kern, in: Laufs/ Kern/ Rehbörn(Hrsg.), Handbuch des Arztrecht, 7. Aufl., 2015, 11. Kapitel § 71, Rn. 2.

수 없는 위험을 의사에게 전가시키는 것으로 너무 과하고, 그렇다고 결정기회 상실을 이유로 위자료 배상만을 인정하는 것은 너무 과소하다고 한다.²⁶⁾ 그리하여 독일의 인격적 법익침해론은 인격권 침해로서 전단적 의료행위를 두고, 그로 인한 재산적·비재산적 손해 일체를 배상하도록 하되, 배상의 대상은 설명의무의 대상인 위험이 실현된 경우로 한정한다.

나. 신체적 법익침해론

신체적 법익침해론은 설명과오가 있는 경우에 환자의 유효한 동의 없이 이루어진 의료행위로 환자의 신체완전성이라고 하는 신체적 법익이 침해되었다고 하는 입장이다. 독일의 판례²⁷⁾와 다수설²⁸⁾²⁹⁾이 이러한 입장을 취한다. 신체적 법익침해론은 신체침습이 수반되는 의료행위는 의사가 치료목적 내지는 치료의지를 가지고 했든, 의료행위가 성공했든 상관없이 신체에 대한 침습이 이루어지는 시점에 신체온전성을 침해한 위법행위라는 데에서 출발한다. 신체침습을 동반하는 의료행위의 위법성은 환자의 동의를 통하여 조각되는데, 환자의 동의는 의사로부터 결정을 위하여 반드시 필요로 하는 사항들에 대한 설명이 이루어진 경우에 비로소 유효하다는 것이다.³⁰⁾

그런데 독일의 판례와 신체적 법익침해론도 환자의 자기결정권 자체를 부정하지는 않는다. 다만 이들은 자기결정권을 환자가 신체의 완전성에 관하여 결정할 수 있는 자유를 보호하기 위한 것이라고 한다. 따라서 의료행위를 할 때에 의사의 행위의무는 치료상 주의의무 뿐만 아니라 환자로부터 유효한 동의

26) Katzenmeier, a.a.O., V. Aufklärungspflicht und Einwilligung, Rn. 98.

27) BGHZ 106, 391 (397 f.) = NJW 1989, 1533 (1535) = MedR 1989, 188 (191).

28) Greiner, in: Spickhoff, Medizinrecht, 3.Aufl., 2018, BGB §823-839, Rn. 202; Wagner, a.a.O., §630e, Rn. 71.

29) 편의상 독일의 다수설이라고 소개하였으나, 최근에는 판례에서도 언젠가부터 신체침해라는 용어를 직접적으로 사용하지 않고 단지 건강손해라고 표현하고 있다고 하면서 설명의무 위반에 따른 손해배상책임에서도 의료행위를 위법한 신체침해라고 보는 구성요건에 변화가 필요하다는 인격적 법익침해론이 오히려 다수설이라고 평가되기도 한다.

30) BGHZ 106, 391 (397 f.) = NJW 1989, 1533 (1535) = MedR 1989, 188 (191).

를 얻기 위하여 환자의 결정에 필요한 사항들을 설명하여야 할 의무를 포함한다고 한다. 요컨대 신체적 법익침해론은 진료상 주의의무든, 설명의무든 그 목적은 환자의 신체법익보호에 있고, 환자의 자기결정권이라는 것도 결국에는 환자의 신체법익 보호로 포섭된다는 것이다.³¹⁾

신체적 법익침해론에 따르면 설명과오에 따른 손해배상책임의 성립요건인 행위는 동의없이 이루어진 의료행위이다. 그리고 여기서 동의는 의료침습 그 자체가 아니라 의료침습에 수반되는 부작용, 발생가능한 합병증 등의 위험으로부터 신체의 완벽한 보호를 포기한다는 의미를 갖는다.³²⁾ 예컨대 수술의 경우에 설명과오가 문제되는 것은 수술에 수반되는 피부절제 그 자체가 아니라 피부절제가 수반되는 수술행위로부터 야기되는 부작용, 합병증 등의 위험을 승낙한다는 의미를 갖는 것이다. 따라서 환자가 그러한 위험에 대해 충분한 설명을 듣고 동의하였다면 그러한 위험실현은 환자가 부담하여야 한다. 반대로 환자가 그러한 위험에 대해 동의하지 않았다면 의사가 치료목적에서 의료행위를 하였다고 하더라도 그러한 위험실현을 의사가 부담하여야 한다.³³⁾ 그리하여 설명과오가 있는 경우 신체적 법익 침해에 따른 재산적, 비재산적 손해를 배상하여야 하지만, 신체침습이 수반되는 의료행위로 건강손해가 발생하지 않았다면 침습 그 자체에 대한 위자료 배상을 포함한 일체의 손해배상청구권이 부정된다.

앞서 언급한 바와 같이 독일에서 신체적 법익침해론과 인격적 법익침해론이 구별되는 부분은 설명의 대상이면서 설명이 되지 않은 위험이 아닌, 설명의 대상이 아니었고 그리하여 설명되지 않은 위험이 실현된 경우이다. 독일 판례는 의료행위로 인한 악결과가 설명의무의 대상이면서 설명되지 않은 위험이 아니라, 애초에 설명의무의 대상이 아닌 위험이 실현된 경우에도 마찬가지로 신체침습에 따른 전체손해를 배상하도록 하였다.³⁴⁾ 왜냐하면 독일판례의 이

31) Wagner, a.a.O., §630e, Rn. 73.

32) BGHZ 106, 391 (397 f.) = NJW 1989, 1533 (1535) = MedR 1989, 188 (191).

33) Wagner, a.a.O., §630e, Rn. 73.

론적 기초가 되는 신체적 법익침해론은 의료행위를 위법한 침습행위라는 데서 출발하기 때문이다. 설명의무의 대상인 위험이든, 그렇지 않은 위험이든, 환자에게 발생한 건강손해의 원인은 어찌되었든 의료행위에 있고, 의료행위는 그 자체로 위법한 신체침습이기 때문에 설명의무를 전제로 하는 환자의 동의를 통하여 위법성이 조각되지 않는 한 환자에게 발현된 위험은 의사의 위법한 신체침습행위로 인한 손해이기 때문이다. 또한 이때 발현된 위험은 설명의무의 대상인 위험과 전혀 다른 별개의 것이 아니라 설명의무를 위반한 채 행해진 의료행위로 발생할 수 있는 위험의 여러 유형들 중 하나에 불과하다는 것이다.³⁵⁾

어깨관절에 코티솔 주사를 하는 경우에 주사에 따른 감염으로 어깨관절이 강직될 가능성이 있다는 점을 설명할 의무가 있음에도 이를 설명하지 않은 사안을 예로 들어본다. 환자에게 수술 후 어깨관절 강직의 부작용이 발현되지는 않았다. 그러나 환자는 정작 주사로 감염되어 패혈증으로 사망하였다. 그런데 사망으로까지 이를 수 있는 주사에 의한 감염으로 인한 패혈증은 거의 발생하지도 않고, 잘 알려져 있지도 않아 설명의 대상이 아니었다. 이때 의사는 설명의무 위반을 이유로 환자의 사망에 대한 손해배상책임을 지는가? 독일 연방대법원은 이 경우 설명의무를 위반한 의사에게 환자의 건강 및 신체손해 일체에 대한 배상책임을 인정하였다.³⁶⁾ 설명의무를 위반하여 실시된 의료행위는 위법한 신체침습이고, 신체침습으로 환자가 사망하였기 때문이다.

독일의 신체적 법익침해론에 따르면 설명과오의 경우에도 손해배상의 대상이 위자료로 축소되지 않는다. 또한 진료과오의 경우에는 의료과실을 환자측이 증명하여야 하지만, 설명과오의 경우에는 의료행위의 유효한 동의, 즉 설명의무 이행을 의사측이 증명하여야 한다.³⁷⁾ 이 때문에 의료행위 후 환자에게 건강손해가 발생한 경우, 진단과오에 따른 손해배상을 청구하는 이외에 진단

34) BGH NJW 1996, 777.

35) Steffen, a.a.O., 637 ff.

36) BGHZ 106, 391 = NJW 1989, 1355.

37) Haag, in: Geigel, Haftpflichtprozess, 28. Aufl., 2020, Kap. 14, Rn. 214.

과오를 증명하지 못하는 때를 대비하여 진단과오와는 별개로 설명과오에 따른 손해배상을 청구하는 것이 독일에서도 의료과오소송의 일상적인 모습이다. 그리하여 신체적 법익침해론을 따르는 독일 판례에 대하여 진료과오에서 증명의 곤란으로부터 도망치기 위하여 설명과오를 문제삼는 것이라거나, 진료과오가 증명되지 않는 때에 보완적으로, 그리고 추가적으로 설명의무 위반을 청구하면서 설명의무 위반이 원고측의 소송전략으로 남용되고 있다는 비판이 존재한다.³⁸⁾

2. 우리의 인격적 법익침해론과 신체적 법익침해론

가. 인격적 법익침해론

의사의 설명의무를 진료를 통한 신체의 온전성 증진이라는 이익과는 별개로 환자의 선택의 자유 내지 결정권이라는 이익을 배려하고 보호하기 위한 것으로 이해한다는 점³⁹⁾에서는 독일의 인격적 법익침해론이나 우리의 경우나 차이가 없다. 그러나 설명의무 위반으로 자기결정권을 침해하는 과정에 있어서는 독일의 인격적 법익침해론과 우리의 인격적 법익침해론이 동일하지 않고, 그것은 효과면에서도 위자료 배상의 인정여부에 대한 중요한 차이를 만든다.

독일의 자기결정권 침해론에서 설명의무는 의료행위를 매개로 한다. 설명의무의 대상이면서 설명되지 않은 위험이 의료행위를 통하여 실현되어 환자에게 건강상 악결과를 발생시킨 때에 설명의무 위반의 효과로 환자에게 발생한 건강손해에 대하여 손해배상책임이 인정된다. 의료행위를 매개로 하여 자기결정권 침해가 이루어지기 때문에 의료행위의 매개 없이 설명의무 위반 그 자체로 위자료 배상을 인정할 여지가 없다.

이에 반하여 우리는 설명의무를 위반한 의료행위를 매개로 하지 않고 설명

38) Katzenmeier, a.a.O., V. Aufklärungspflicht und Einwilligung, Rn. 84.

39) 석희태, “의사의 설명의무의 법적 성질과 그 위반의 효과”, 의료법학(제18권 2호), 대한의료법학회, 2017, 9면; 김천수, “의사의 설명의무”, 민사법학(제7호), 1988.6, 278면.

의무를 위반한 부작용 그 자체를 손해배상책임을 성립시키는 행위로 본다.⁴⁰⁾ 설명의무 위반이라는 부작용과 인과관계가 인정되는 법익침해는 환자의 신체적 법익이 아니라 환자의 자기결정권이고, 설명하였다면 환자의 자기결정권 침해가 발생하지 않음은 명백하기 때문에 자기결정권 침해 그 자체에 대한 정신적 손해로 위자료 배상을 인정하는 것이다.⁴¹⁾

그렇다고 우리의 인격적 법익침해론이 설명의무 위반에 따른 신체손해의 배상을 부정하는 것은 아니다. 다만 그 논리전개에 있어 손해배상의 범위에 관한 문제로 파악하여 설명의무 위반에 따른 자기결정권 침해로 자유로운 선택의 기회가 상실되었고, 그것이 신체 온전성 이익의 피해와 상당인과관계가 인정되면 신체상 침해로 배상범위가 확대된다고 하거나⁴²⁾ 충분한 설명이 이루어졌다면 환자가 다른 선택을 했을 것이라는 가정적 거절을 증명하여, 의료행위가 없었다면 발생하지 않았을 법익침해의 구체적 손해로 신체적 법익침해의 손해도 배상범위에 들어온다는 견해⁴³⁾로 구분된다. 전자는 신체침해를 자기결정권 침해에 따른 손해의 범위로 파악하지만, 후자는 신체침해를 가정적 거절로 인해 인정된 신체적 인격법익의 침해로 본다는 점에서 차이가 있다.⁴⁴⁾

나. 신체적 법익침해론

우리의 논의에서도 신체적 법익침해론은 침습을 동반하는 의료행위를 위법행위라고 평가하는 데에서 시작한다. 객관적 행위태양이 침습인 이상 의료목적이라고 하더라도 그 행위는 위법하고, 환자의 동의를 통해서만 위법성이 조

40) 김천수, 진료에 대한 설명과 동의의 법리, 대구대학교출판부, 1999, 291면.

41) 김천수, 앞의 책(각주 40), 292면.

42) 석희태, 앞의 글, 36면.

43) 김천수, 앞의 책(각주 8), 539면.

44) 그런데 두 견해는 모두 설명의무 위반으로 신체손해에 대한 배상을 인정한다는 것 이외에 더 이상의 구체적 논의를 진행하지 않고 있다. 그리하여 효과면에서 자기결정권 침해에 따른 위자료 배상과 신체침해에 따른 위자료 배상이 별도로 인정되는지, 발생한 악결과 일체에 대하여 신체손해에 따른 배상책임이 인정되는지 아니면 그 중 설명의무의 대상인 위험이 실현된 때에만 신체손해에 따른 배상책임이 인정되는지 등에 관하여 두 견해가 어떠한 태도를 취하는지는 분명하지 않다.

각된다는 것이다.⁴⁵⁾ 그렇기 때문에 의사의 설명의무는 진료상 의무와 마찬가지로 환자가 예기치 못한 신체 또는 건강상 손해를 입지 않도록 보호하기 위해 지워지는 의무이지, 환자가 필요한 정보를 제공받아 의료과정을 스스로 결정하도록 하는 것, 그 자체를 위한 것은 아니라고 한다.⁴⁶⁾ 환자의 자기결정권 역시 생명·신체보호를 위한 것이고, 설명의무를 인정하기 위한 하나의 수단에 불과하다고 한다.⁴⁷⁾

신체적 법익침해론도 설명의무와 동의의 관계에 대해서는 설명의무를 동의의 유효요건으로 보는 견해⁴⁸⁾와 설명의무는 동의의 유효요건이 아니라는 견해⁴⁹⁾로 나뉘어진다. 설명의무를 동의의 유효요건으로 보는 견해에 따르면, 설명의무를 위반한 의료행위는 그 자체로 위법한 신체침습이기 때문에 그로 인하여 환자에게 발생한 모든 위험이 의사의 책임으로 귀속된다.⁵⁰⁾ 환자에게 실현된 위험이 설명의무의 대상인 위험인지 환자의 결정이 문제되지 않는 불가피한 위험인지는 문제되지 않는다. 그 근거로 근본적으로 환자의 동의는 분리될 수 없다는 점을 든다.⁵¹⁾

그러나 설명의무를 동의의 유효요건으로 보지 않는 견해에 따르면, 의료행위에 대한 환자의 동의가 있는 한은 의사가 설명의무를 이행하지 않았다 하더라도 의료행위로 인한 모든 위험을 의사가 부담하지 않는다. 환자에게 위험을 실현시킨 직접 원인이 의료행위라고 하더라도 설명의무를 위반한 의사가 책임을 부담하는 부분은 설명의무 위반과 인과관계가 있는 위험에 한정된다는 것이다.⁵²⁾ 이에 따르면 환자의 동의 자체가 없는 경우에는 그 자체로 위법한 신

45) 박영규, 앞의 글, 113면; 이동진, 앞의 글, 16면.

46) 장창민, 앞의 글, 96면.

47) 장창민, 위의 글, 94면; 이동진, 위의 글, 13면.

48) 김민중, “의사책임 및 의사법의 발전에 관한 최근의 동향”, 민사법학(제9·10호), 한국사법행정학회, 1993, 339면.

49) 박영규, 위의 글, 113면; 이동진, 위의 글, 18면; 장창민, 위의 글, 96면.

50) 김민중, 위의 글, 344면.

51) 김민중, 위의 글, 344면.

52) 박영규, 위의 글, 112면 이하; 이동진, 위의 글, 18면 이하.

체침습이 되어 의료행위로 실현된 위험이 설명의무의 대상인 위험인지 아닌지를 구별하지 않고 실현된 위험 일체에 대해 손해배상책임을 인정한다.⁵³⁾

그러나 설명의무를 동의의 유효요건으로 보지 않는 견해도, 동의는 있었으나 설명이 불충분한 경우 신체손해에 대해서는 설명의무의 대상이 된 위험이 실현된 경우에만 손해배상책임을 인정하는 입장과⁵⁴⁾ 설명되지 아니한 사항으로 인하여 환자의 동의 여부 결정이 왜곡되었다면 환자의 동의가 있었다 하더라도 의료행위에 귀속되는 악결과에 대해 넓게 책임을 인정하는 입장⁵⁵⁾으로 구분된다.

어쨌든 이들 견해가 동의가 없는 의료행위와 동의는 있지만 설명이 결여된 경우를 구별하는 근거는 첫째, 의료행위에 동의하였지만 설명이 불충분하다고 하여 동의 자체를 무효로 만들고 의료행위 일체를 위법한 신체침습으로 보게 되면, 실제 거의 대부분의 의료현장에서 상해죄가 저질러지는 부당한 결과가 초래된다는 점에 있다.⁵⁶⁾ 우리 판례 역시 설명의무를 다하지 않고 환자의 동의하에 자궁적출술을 시행한 의사에게 상해죄가 아니라 업무상 과실치상죄를 적용하고 있다는 점 역시 설명의무 이행 여부와 동의를 구별하는 태도에 기초한다는 것이다.⁵⁷⁾ 이에 따르면 설명의무를 위반하였더라도 환자의 동의가 있는 경우, 의료행위 자체가 위법한 침습은 아니기 때문에 의료행위를 위법한 침습으로 보고 설명의무를 이행하였더라도 환자는 똑같은 결정을 내렸을 것이므로 위험을 피할 수 없었다는 가정적 승낙의 항변이 아니라, 설명의무 위반과 실현된 위험 사이의 인과관계의 문제라는 것이다.⁵⁸⁾

또한 설명의무 위반에 따른 손해배상의 범위는 민법 제393조의 범위에서 인정하면 되므로, 환자가 입은 불이익이 진료상 과실 없이 발생하였다 하더라도,

53) 박영규, 앞의 글, 113면.

54) 박영규, 위의 글, 113면.

55) 이동진, 앞의 글, 20면.

56) 이동진, 위의 글, 17면.

57) 박영규, 위의 글, 112면.

58) 박영규, 위의 글, 123면; 이동진, 위의 글, 20면.

설명 의무를 이행하였더라면 당해 진료를 받지 않았을 것이어서, 그 불이익을 피할 수 있었음이 인정될 경우에도, 단지 정신적 손해배상만을 받도록 할 근거는 없다고 한다.⁵⁹⁾ 결과적으로 이들은 설명의무 위반에 대한 손해배상으로 위자료만을 인정하는 것은 현행법상 근거가 없는 것으로, 인과관계 증명 등 어려운 책임요건을 피하기 위한 편법이라고 비판한다.⁶⁰⁾

판례에 대한 비판을 좀 더 살펴본다. 이에 따르면 판례가 설명의무 위반에 따른 위자료 배상을 택한 배경에는 환자가 의료과오를 증명하는 것이 어렵기 때문에 설명의무 위반을 통해 환자가 약간의 배상이나마 받을 수 있도록 하려는 의도가 숨어있다고 한다.⁶¹⁾ 이 때문에 실제로 의료현장에서도 설명의무는 많은 것을 빠르게 설명하는 형식적인 방법으로 이행되고 있고, 환자의 자기결정을 돕는데 기여하지 못하고 있다고 지적한다. 또한 의료과오소송에서도 환자는 의료과오를 의심하고 문제삼고자 하는 것이지 의료과오가 없음에도 불구하고 또는 없음을 전제로 설명을 제대로 하지 않았다는 이유의 책임을 묻고자 하는 것은 아닐 것이라고 하면서, 현재 의료과오의 증거편재로 인한 증명곤란의 문제 역시 상당부분 해결되었기 때문에 설명의무위반에 따른 위자료 배상으로 의료과오의 증명곤란 문제를 회피하여야 할 필요는 없다고 한다.⁶²⁾ 그리하여 인과관계 증명의 어려운 책임요건을 피하기 위한 편법으로 위자료 배상을 인정하는 판례의 태도변화가 필요하다고 한다.⁶³⁾

3. 소결

설명 의무 위반에 따른 의사의 손해배상책임을 인정한 이래 지금까지 논쟁의 대상이 되고 있는 부분은 설명의무가 환자의 자기결정권을 보호하기 위한

59) 박영규, 앞의 글, 124면.

60) 박영규, 위의 글, 124면; 이동진, 앞의 글, 22면; 장창민, 앞의 글, 96면.

61) 이동진, 위의 글, 23면.

62) 이동진, 위의 글, 24면.

63) 장창민, 위의 글, 96면; 박영규, 위의 글, 124면 이하.

것인가, 자기결정권을 통해 환자의 생명·신체를 보호하기 위한 것인가 하는 점이다. 우리의 통설 및 판례, 그리고 이제는 독일의 다수설이라고 까지 평가되는 인격적 법익침해론은 환자의 자기결정권을 생명·신체에 대한 권리와는 별개의 독립된 권리로 인정한다. 이들은 기본적으로 환자의 건강증진 내지는 유지를 위해 실시되는 의료행위는 그 자체로 위법성을 띠지 않는다는 점에서 출발한다. 그러나 우리의 인격적 법익침해론과 독일의 인격적 법익침해론이 논리구조 및 설명의무 위반에 따른 효과에 있어서도 동일한 태도를 취하는 것은 아니다.

우리의 인격적 법익침해론은 기본적으로 설명을 결여하거나 불충분한 설명을 한 설명부작위와 자기결정권 침해를 연결시킨다. 그러나 독일의 인격적 법익침해론은 자기결정권을 독립된 권리로 인정하면서도, 설명부작위가 아니라 충분한 설명을 하지 않은 채 실시된 의료행위와 건강손해를 연결시킨다. 설명의무 위반은 의료행위를 매개로 한다는 것이다. 그리하여 설명의무 위반의 효과로 선택기회 상실에 따른 위자료 배상이 원칙이 아니라 건강손해에 대한 배상을 원칙으로 한다. 그 범위에 있어서는 의료행위로 인한 모든 건강손해가 아니라 설명의 대상이면서 설명되지 않은 위험이 실현된 건강손해만을 대상으로 한다.

한편 우리의 인격적 법익침해론도 설명의무 위반의 효과로 신체손해에 대한 배상을 부정하지는 않는다. 그렇다면 적어도 설명의무 위반의 효과로 신체손해를 배상할 수 있는가 하는 점에서는 우리와 독일의 인격적 법익침해론, 신체적 법익침해론이 모두 이를 긍정하는 공통된 결론에 이른다고 할 것이다.

물론 그러한 결론에 이르는 논리구조나 배상범위 등에 있어서는 차이가 있다. 그럼에도 신체손해에 대한 배상범위의 문제에서 설명의무 위반과 위법성 관련이 인정되는 신체손해를 배상한다는 독일의 인격적 법익침해론과 신체침습 행위에서 환자의 동의에 결정적 요소로 작용한 설명과의 관련성이 인정되는 신체손해를 배상한다는 우리의 신체적 법익침해론 중 일부견해는 그 논리 전개방식이 상당히 유사하다.⁶⁴⁾ 또 우리의 인격적 법익침해론 중에서 가정적

거절을 통해 신체적 법익침해를 인정한다는 견해는 우리의 신체적 법익침해론 중에서 동의는 있지만 충분한 설명이 없는 경우를 동의 자체가 없는 경우와 구별하여 의사의 항변이 아닌 인과관계의 문제로 보는 일부견해와 유사하다.

그렇다면 결국 설명의무 위반에 따른 손해배상책임에서 문제가 되는 것은 자기결정권 침해로 생명·신체침해에 따른 손해배상을 인정할 것인가가 아니라 생명·신체침해와는 별개로 자기결정권 침해에 따른 위자료 배상을 인정할 것인가 하는 점에 있다고 할 것이다. 그리고 이를 긍정하는 것이 독일판례, 독일과 우리의 신체적 법익침해론, 그리고 독일의 인격적 법익침해론과도 구별되는 우리판례와 우리의 인격적 법익침해론이 갖는 특징이라고 할 것이다.

IV. 설명의무 위반에 따른 손해배상책임의 주요쟁점

1. 설명의무의 보호법익으로서 환자의 자기결정권

인격적 법익침해론이든 신체적 법익침해론이든 설명의무가 환자의 자기결정권을 보호하기 위한 것임은 부정하지 않는다. 다만 인격적 법익침해론은 자기결정권 그 자체를, 신체적 법익침해론은 자기결정권을 통한 신체적 법익 보호를 목적으로 한다는 점에서 차이가 있다.

설명의무 위반에 대하여 자기결정권 침해 그 자체에 대한 위자료 배상을 인정하는 우리 판례⁶⁴⁾는 기본적으로 인격적 법익침해론의 입장에 있다고 평가된다. 그런데 우리 판례는 설명의무 위반에 따른 위자료를 “의사가 환자에게 제대로 설명하지 아니한 채 수술 등을 시행하여 환자에게 예기치 못한 중대한

64) 독일의 인격적 법익침해론은 설명의무를 위반한 경우 자기결정권은 의료행위를 매개로 침해된다고 하는데 반하여, 우리의 신체적 법익침해론은 의료행위로 침해된 생명·건강은 환자의 동의를 매개해서만 설명의무 위반에 귀속된다고 한다.

65) 대법원 2010.5.27. 선고 2007다25971 판결; 대법원 2013. 4. 26. 선고 2011다29666 판결; 대법원 2002. 10. 25. 선고 2002다48443 판결; 대법원 1995. 1. 20. 선고 94다3421 판결 등 다수.

결과가 발생하였을 경우에 의사가 그 행위에 앞서 환자에게 질병의 증상 치료나 진단방법의 내용 및 필요성과 그로 인하여 발생이 예상되는 위험성 등을 설명하여 주었다라면 환자가 스스로 자기결정권을 행사하여 그 의료행위를 받을 것인지 여부를 선택함으로써 중대한 결과의 발생을 회피할 수 있었음에도, 의사가 설명을 하지 아니하여 그 기회를 상실하게 된 데에 따른 정신적 고통을 위자하는 것”이라고 한다.⁶⁶⁾ 또한 판례는 “환자에게 발생한 중대한 결과가 의사의 침습행위로 인한 것이 아니거나 또는 환자의 자기결정권이 문제되지 아니하는 사항에 관한 것은 위자료 지급대상으로서의 설명의무 위반이 문제되지 않는다”고 하여 설명의무 위반에 따른 위자료 배상의 근거를 선택의 기회 상실이 아닌 중대한 결과 발생을 회피할 수 있는 기회상실에 둔다.

그럼에도 불구하고 위자료만을 청구하는 때에는 설명의무를 위반한 의료행위와 건강손해 사이의 인과관계에 대한 증명없이 의사의 설명 결여 내지 부족으로 인한 선택기회 상실만을 증명하면 족하다고 하여 증명에 있어서는 설명의무를 위반한 의료행위와 중대한 결과발생을 회피할 수 있는 기회의 인과관계가 아니라 설명부작위와 선택기회 상실의 인과관계의 증명을 요구한다. 바로 이 부분에서 설명의무 위반에 따른 손해배상이 인과관계에 대한 증명곤란의 문제를 회피하는 도구로 사용되고 있다고 비판이 가능하다.

그런데 설명의무가 진료과오에서 증명곤란의 문제를 회피하려고 하는 것이라는 지적은 설명의무 위반으로 자기결정권 그 자체가 침해되었다고 하는 경우에만 적용되는 것이 아니다. 설명의무를 진료상 주의의무와 독립된 의무로 인정하여 손해배상책임을 인정한 이래, 의료과오소송에서 설명의무 위반에 따른 손해배상이 진료상 주의의무 위반과 손해 사이의 인과관계에 대한 증명곤란을 회피하기 위하여, 혹은 진료과오에 따른 손해배상책임을 인정되지 않는 경우를 대비하여 예비적으로 청구되고 있다는 지적은 계속 있어 왔다. 신체적 법익침해론을 따르는 독일 판례 역시 이러한 지적에서 자유롭지 않다. 그렇

66) 대법원 2010. 5. 27. 선고 2007다25971 판결.

다면 증명곤란 회피는 인격적 법익침해론에 적용되는 것이 아니라 의료과오책임에서 설명의무 위반에 따른 손해배상책임을 인정하는 그 자체에서 문제되는 것이라고 할 것이다.

물론 우리 판례에 대해서는 설명의무를 위반한 채 실시된 의료행위와 손해 사이의 인과관계에 대한 증명곤란까지도 설명의무 위반에 따른 위자료로 해결하려고 한다는 지적이 있을 수 있다. 실제로 진료과실과 손해 사이의 인과관계 증명이 곤란한 때에 설명의무 위반으로 이를 보완하는 기능을 넘어 진료과실에 따른 의사의 손해배상책임이 부정된 때에 환자의 억울한 심정, 그가 처한 상황의 어려움 등을 조금이라도 해결해 주고자 하는 측은지심의 발현으로 설명의무에 따른 위자료 배상을 인정한다는 의심까지 받고 있는 것도 사실이다. 그러나 이러한 운용상의 부작용이 의료행위에서 자기결정권의 독자적 지위를 부정하는 근거가 될 수는 없다.

의료행위에서 환자의 자기결정은 의료행위의 객체가 아니라 주체로서 자신의 신체에 대해, 그리고 자신의 신체에 행해질 행위에 대해 스스로 결정한다는 의미를 갖는다. 그것은 생명·신체에 대한 위험발생을 피하기 위한 혹은 생명·신체에 대한 위법한 침습을 허용하는 의미의 결정이 아니다. 그렇기 때문에 의료행위에 대한 동의, 동의를 위한 설명의무가 의료행위의 위법성을 조각시키기 위한 것이 아님은 분명하다.⁶⁷⁾ 의사의 설명의무는 환자의 결정을 돕기 위한 것이다. 이 때 환자의 결정이 생명·신체적 법익을 보호하기 위한 결정만을 의미하는 것도 아니다. 따라서 환자의 자기결정권을 침해한 것은 그 자체로 위법하고, 그러한 침해상태는 비재산적 손해로 위자료 배상이 인정되어야 한다.

67) 환자의 자기결정권을 신체적 법익과 분리시키는 경우 형사책임에서는 자기결정권 침해를 이유로 진단적 의료행위를 처벌할 수 있는 규정이 없어 오히려 환자의 자기결정권을 약화시키는 결과가 초래될 수 있다. 이 때문에 형사책임에서는 기본적으로 의료행위를 신체침습이라는 상해죄로 구성하는 데에서 출발할 수 밖에 없다. 그러나 민사책임에서는 환자의 자기결정권을 신체적 법익과 분리시킨다고 하더라도 손해배상책임을 부정되는 것은 아니며, 위법한 신체침습이 반드시 전제되어야 하는 것도 아니다. 오히려 자기결정권 침해, 선택의 기회 상실에 대하여 신체손해와는 별개의 손해배상책임을 인정하는 것이 환자의 자기결정권 보장에 기여하는 것이라고 할 것이다.

신체적 법익침해론에서 비판하는 것처럼 실제 의료현장에서 설명이 개개 위험을 단조롭게 빠른 속도로 열거한다는 문제는⁶⁸⁾ 판례가 인격적 법익침해론을 따르고 있기 때문도, 설명의무 위반에 대해 자기결정권 침해 그 자체를 이유로 위자료 배상을 인정하고 있기 때문도 아니다. 오히려 의료행위를 그 자체로 위법한 침습으로 보는 신체적 법익침해론에 따르는 경우에 동의가 유효하지 않아 의료행위의 위법성이 조각되지 않으면 모든 손해를 배상하여야 하므로 의사는 손해배상책임으로부터 벗어나고자 모든 사항을 빠짐없이 주루룩 설명할 수밖에 없을 것이다. 그러나 인격적 법익침해론에서처럼 의사의 설명은 신체침습과는 상관없이 환자의 결정을 돕기 위한 것이라고 한다면, 많은 사항을 나열하는 식의 설명보다 무엇이 환자의 결정을 돕기 위하여 필요한 설명인지가 문제되어야 한다. 그럼에도 실제로 현장에서 설명이 형식적으로 이루어지게 된다는 문제는, 인격적 법익침해론에서 비롯된 것이 아니다. 그것은 실제 소송과정에서 법원이 무엇이 환자의 결정을 돕기 위하여 설명되었어야 하느냐가 아니라 실현된 위험을 의사가 설명했느냐 아니냐를 중요한 판단기준으로 고려하기 때문에 발생한 문제이다.⁶⁹⁾ 그러나 설명의무 위반이라는 부작위의 위법성은 사후에 발생한 결과를 가지고 평가되는 것이 아니라 설명의무를 위반한 그 시점에 이미 확정되는 것이다. 따라서 설명의무 위반에 따른 손해배상책임은 발생한 위험에 대해 의사가 설명하였는지가 아니라, 발생한 위험이 설명의무의 대상이었던지에 대한 평가로부터 시작되어야 한다.

2. 설명의무 위반에 따른 위자료 배상과 관련한 문제

가. 설명의무 위반에 따른 위자료 배상의 근거

설명의무 위반에 따른 손해배상책임에서 의무위반행위는 설명의무를 불이

68) 이동진, 앞의 글, 22~23면.

69) 법원이 자기결정에 관건적이지 아니하였을 개개 위험에 대한 설명을 그르친 경우에 그 위험이 실현되면 책임을 지우고 있다는 것은 신체적 법익침해론에서도 똑같이 지적하고 있는 부분이다: 이동진, 위의 글, 22면.

행한 채 실시된 의료행위가 아니라 설명부작위이기 때문에,⁷⁰⁾ 그에 따른 손해 역시 환자의 생명·신체에 대한 불이익이 아니라 환자의 선택기회 박탈이 될 것이다. 의사의 설명의무 위반을 신체적 법익침해와 연결시키는 독일은 불법행위에 따른 손해배상책임 성립요건으로 독일민법 제823조에서 생명, 신체, 건강, 자유, 소유권 또는 기타 권리를 위법하게 침해할 것을 요구하고 있어 자기결정권이 기타의 권리로서 지위를 갖기 전에는 생명, 신체침해의 문제로 접근할 수 밖에 없었다고 생각된다. 또한 재산손해가 아닌 손해는 독일민법 제253조 제1항 의하여 법률로 정하여진 경우에만 금전배상의 대상이 되는데, 동조 제2항은 신체, 건강, 자유 또는 성적 자기결정의 침해를 금전배상의 대상으로 정하고 있기 때문에 신체, 건강의 침해없이 자기결정권 침해만을 이유로 위자료 배상을 인정하기 곤란한 점도 있다. 물론 이를 일반적 인격권 침해로 보고 독일 기본법 제1조, 제2조 제1항으로부터 도출되는 국가의 보호의무의 직접적 결과로 위자료 배상을 인정할 수도 있지만, 그렇게 되면 생명, 신체에 대한 법익침해에 따른 재산적, 비재산적 손해배상을 인정하는 경우보다 의사의 손해배상책임이 축소되는 결과에 이르게 된다.

그러나 우리민법 제750조는 포괄적 일반조항으로 자기결정권 침해에 따른 선택기회 상실을 비재산적 손해로 파악하여 위자료를 인정하는 데에 무리가 없다.⁷¹⁾ 설명의무 위반의 경우에 독일처럼 의료행위를 매개로 그로 인한 건강손해를 배상하여야 한다고 하면, 진료과실이 인정되는 경우 설명의무 위반은 문제되지 않는다. 왜냐하면 둘다 동일한 의료행위로부터 건강손해가 발생한 것이기 때문에 진료과실로 그러한 손해의 배상이 인정되는데 동일한 행위와 동일한 손해에 대해 설명의무 위반을 판단할 필요가 없기 때문이다. 그러나 환자의 자기결정권을 독립된 권리로 두고, 설명의무를 해태한 부작용을 위법행위로 보면, 환자에게 발생한 선택기회상실의 손해와 진료과실에 따른 건강손

70) 김천수, 앞의 책(각주 40), 322면.

71) 기회상실 그 자체를 민법 제750조의 손해로 인정할 수 있다는 견해로 이창현, “수익기회의 상실과 손해배상”, 법학논총(제31집 1호), 378면; 윤석찬, 앞의 글, 178-179면.

해는 완전히 분리된다.

진료과실에 따른 손해배상책임이 인정되는 경우에도 우리는 환자의 체질적 소인이나 질병의 정도, 의료행위의 난이도 등 과실상계 내지는 의사의 책임제한 사유를 넓게 인정하기 때문에 실제로 환자가 받는 배상액의 측면에서 보면 의사의 손해배상책임은 이미 상당부분 축소된다. 그렇기 때문에 과실상계 내지는 공동과책에 엄격한 독일과 비교할 때 설명의무 위반의 효과로 위자료 배상을 인정한다고 하여 의사의 손해배상책임이 더 확장되는 것도 아니다. 오히려 우리는 진료과실이 인정되는 때에도 그 배상액의 측면에서는 환자측이 사실상 온전한 배상을 받고 있다고 보기 어려운 경우가 많아 설명의무 위반에 따른 위자료 배상으로 이를 보완하는 것이 공평의 관념에 크게 반하는 것으로 여겨지지 않는다. 어찌되었든 의사가 의무를 위반하였음은 분명하기 때문이다.⁷²⁾

나. 악결과 발생이 설명의무 위반에 따른 손해배상의 요건인지 여부

설명 의무는 환자가 자신의 생명·신체에 대해 스스로 선택할 수 있는 기회를 보장하기 위한 것이기 때문에 의료행위의 악결과를 전제로 할 필요도 없고, 의료행위의 악결과를 피할 수 있는 가능성이 있었는지도 문제되지 않는다.⁷³⁾ 의료행위의 위법성 여부와는 상관없이 의사는 환자의 자기결정을 돕기 위하여 설명을 다하여야 하고, 의사가 그러한 설명을 다하지 않아 환자가 자신의 생명·신체에 대한 주체로 스스로 결정할 수 있는 기회를 상실했다면 그 자체로 손해배상책임은 인정되어야 하는 것이다. 선택기회 상실이 신체손해로까지 이어졌다면 설명의무 위반에 따른 배상범위의 문제로 넘어가는 것이지, 신체손해가 설명의무 위반의 필수요건은 아닌 것이다.

물론 환자가 자신의 생명·신체에 대해 스스로 결정할 수 있다고 하여 의료

72) 의사의 설명의무 위반을 계약상 의무 위반의 문제로 접근하면, 손해배상책임의 근거가 법익침해인가 의무위반인가 하는 점도 논의의 대상이 될 것이다.

73) 그러나 우리 판례는 설명의무 위반에 따른 위자료 배상에 대해서도 악결과를 전제로 하고 있어, 이 부분 악결과를 전제로 하는 것은 인격적 법익침해론과 맞지 않는다는 지적(이동진, 앞의 글, 13면)은 타당하다.

행위의 전반을 환자가 주도적으로 끌고 나갈 수는 없다. 환자는 의료의 전문가가 아니기 때문이다. 이 때문에 환자의 자기결정은 의료 전반에 걸쳐 이루어지는 것이 아니라 환자의 결정이 필요한 사항, 즉 의사의 재량범위를 넘어서는 사항에서 작동하게 된다. 예컨대 임상시험 단계에 있는 약물을 투여하는 경우, 아직 안전성이 완전히 검증되지 않은 의료행위를 실시하는 경우에 그 결과가 성공적이었다고 하여 환자의 자기결정권을 침해하지 않은 것이 아니다. 또한 본래 수술을 담당하기로 한 의사가 아닌 소위 유명의사가 혹은 의사의 지시로 숙련된 간호조무사나 의료기기 담당자가 의료행위를 하였고, 그 결과가 성공적이었다고 해서 환자가 이를 당연히 용인하여야 하는 것도 아니다. 이러한 경우 신체손해와는 별개로 자기결정권 침해를 이유로 하는 위자료 배상이 인정되어야 한다.

그러나 의료행위 그 자체를 위법한 행위로 보고, 동의가 없기 때문에 위법성이 조각되지 않는다고 하는 신체적 법익침해론에 따르면, 비록 위법한 신체침습이라고 하더라도 그로 인한 건강손해가 없기 때문에 환자는 의사에게 아무런 손해배상책임을 물을 수 없게 된다.

결국 의료행위는 의학적 적응성이 인정되는 한 위법한 행위가 아니라는 점에서 출발하여, 의사는 신체적 법익과는 독립된 자기결정권을 보장하기 위하여 설명의무를 이행하여야 한다. 따라서 설명 당시 그것이 환자의 자기결정을 돕기에 충분한 것이었는지를 근거로 설명의무의 위반여부를 판단하여야지 이후 의료행위의 결과에 따라 설명의무의 위반여부를 판단하는 것은 옳지 않다. 환자의 결정을 돕기에 충분한 설명을 하지 않은 부작위불법이 환자에게 아무런 건강손해가 없다고 해서 적법한 것으로 바뀔 수 없고, 의료행위의 이익과 위험을 비교할 때 환자의 결정을 돕는데에 필요치 않았던 설명이 그 위험이 실현되었다고 해서 필요한 설명이었던 것으로 바뀔 수도 없다. 환자의 자기결정은 건강손해를 피하기 위한 결정으로 제한되지 않으며, 생명·신체의 주체로 그에 관한 사항을 스스로 정하는 것을 의미한다. 의사의 설명 역시 이러한 환자의 자기결정을 돕기 위한 것이고 이를 위반한 때에는 스스로 정하여 선택할 수 있는

기회를 박탈하였음을 이유로 위자료 배상이 인정되어야 할 것이다.

다. 가정적 동의와 가정적 거절의 문제

설명의무 위반에 따른 선택기회 상실을 인정하는 경우에 의사는 충분한 설명을 하였더라도 환자가 동의하였을 것이라는 가정적 동의의 항변을 할 수 있는지 살펴본다. 환자의 자기결정이 문제되는 경우에 의사가 환자의 자기결정을 돕기 위한 충분한 설명을 하지 않은 채 의료행위를 하였다면, 이미 그 자체로 자기결정권 침해는 확정된다. 충분한 설명을 하였더라도 환자가 동의하였을 것이라는 가정적 동의의 항변으로 의사의 책임이 면해질 수 없다. 충분한 설명을 하였더라도 환자가 동의하였을 것이므로 설명의무를 위반한 경우와 동일한 결과에 이르게 될 것이기 때문에 손해와의 사이에 인과관계가 없다고 할 수도 없다. 설명의무 위반은 환자가 선택한 결과가 아니라 선택할 수 있었던 가능성이 박탈된 그 자체를 배상하는 것이고, 환자가 동일한 선택을 할 것이라도 그러한 선택의 기회가 박탈되었음은 분명한 사실이기 때문이다. 다만, 애초에 환자의 선택이 문제되지 않는 사항이었음을 주장하여 설명의무 위반의 성립 자체를 부인하거나, 불설명과 선택기회 상실과의 인과관계를 부인할 수는 있을 것이다. 요컨대 환자가 적절한 설명을 들었어도 동의하였을 것이라는 점은 의사의 항변사유가 아니라 설명의무 위반의 구성요건에 관한 문제인 것이다.⁷⁴⁾⁷⁵⁾

74) 김천수, 앞의 책(각주 40), 322면.

75) 자연질식분만에 따르는 위험을 설명하지 않은 경우에, 자연분만질식은 가장 자연스럽고 원칙적인 분만방법이고, 제왕절개수술은 질식분만을 하게 되면 산모 또는 태아의 생명·신체 등에 중대한 위험을 초래할 개연성이 있는 경우에 실시하는 것이 원칙이기 때문에 설명의무 위반에 따른 손해배상책임이 부정된다고 한 판례(대법원 2011. 3. 10. 선고 2010다72410 판결), 즉시 추가검사 등 의료행위를 시행하지 않고 경과관찰을 선택한 것이 의사의 합리적 판단범위 내에 있다면 환자의 상태가 당시의 의료수준에서 예상할 수 있는 통상의 예후와는 달리 갑자기 악화될 예외적 가능성까지 고려하여 환자의 상태가 갑자기 악화될 수 있다거나 그에 대비한 추가검사를 받을 것인지에 관한 설명을 하지 않았더라도 설명의무를 위반에 따른 손해배상책임이 부정된다고 한 판례(대법원 2013. 2. 28. 선고 2011다36848 판결) 등에서 법원은 설명을 하였더라도 질식분만을 택했을 것이라

3. 설명의무 위반에 따른 전손해 배상과 관련한 문제

의사의 설명의무가 환자의 자기결정권을 보호하기 위한 것이고, 설명의무 위반이 기회상실의 손해를 배상하는 것이라고 하더라도 선택기회상실과 건강손해 사이의 인과관계가 인정되는 한 건강손해에 대한 배상을 부정할 이유는 없다.⁷⁶⁾ 이 때 건강손해는 설명의무 위반에 따른 신체법익침해가 아니라 자기결정권 침해에 따른 특별손해이다. 설명의무를 위반하여 환자의 자기결정권을 침해한 경우에 결정권이 침해되지 않았더라면 피할 수 있었던 신체손해가 인정된다면, 그로 인한 정신적 손해와 재산적 손해로 배상의 범위가 확대된다.⁷⁷⁾

우리 판례는 기본적으로 설명의무 위반의 경우에도 중대한 결과 발생에 따른 재산적, 비재산적 손해의 배상을 부정하지 않는다. 선택기회 그 자체, 혹은 중대한 결과발생을 회피할 수 있었던 추상적 가능성으로서 기회상실을 넘어 그러한 가능성의 실현이 구체화 된 경우에 그것이 실현되지 못하여 발생한 중대한 결과에 대한 배상을 인정하는 것이다.

판례는 이를 증명의 문제로 다룬다. 판례는 “의사가 설명의무를 위반한 채 수술 등을 하여 환자에게 사망 등의 중대한 결과가 발생한 경우에, 그 결과로 인한 모든 손해를 청구하는 때에는 그 중대한 결과와 의사의 설명의무 위반 내지 승낙 취득 과정에서의 잘못과의 사이에 상당인과관계가 존재하여야 하며, 그 때의 의사의 설명의무 위반은 환자의 자기결정권 내지 치료행위에 대한 선택의 기회를 보호하기 위한 점에 비추어 환자의 생명, 신체에 대한 구체적 치료 과정에서 요구되는 의사의 주의의무 위반과 동일시할 정도의 것이어야 한다.”고 하여 위자료만을 청구하는 때와는 증명에서 차이가 있다고 한다. 판례가 실제로 설명의무 위반에 따른 전손해 배상을 부정하고 있는 근거를 보면, 의료상 과실이 없다는 점, 설명의무를 위반한 채 실시된 의료행위의 전형적 부작용이

거나, 추가검사를 받지 않았을 것이라는 항변이 아니라 설명의무의 성립 내지는 설명의무와 자기결정권 침해의 인과관계 자체를 부인하여 손해배상책임의 성립을 부정하고 있다.

76) 석희태, 앞의 글, 11면.

77) 석희태, 위의 글, 36면.

실현된 것임에도 그 발생빈도가 높지 않다는 점, 설명을 다하였더라도 다른 선택을 했을 것이라고 단정할 수 없다는 점을 든다.⁷⁸⁾ 설명의무 위반으로 건강 침해에 대한 치료비까지 인용한 판결에서는 설명을 제대로 들었다면 시술을 받지 않았을 것으로 인정할 수 있음을 근거로 제시하고 있다.⁷⁹⁾

의료상 과실이 없든가 부작용의 발생빈도가 높지 않다는 것이 선택기회 상실과 설명의무 위반의 인과관계 내지는 선택기회 상실로 인한 건강손해와의 인과관계를 부정하는 근거가 될 수는 없다. 그러나 그 외에 설명을 들었다면 시술을 받지 않았을 것, 혹은 설명을 들었다더라도 다른 선택을 했을 것이라고 단정할 수 없다는 것을 판단근거로 삼고 있는 것을 보면, 판례는 전손해 배상에 대한 상당인과관계의 문제를 가정적 거절의 문제로 다루고 있는 것으로 보인다. 그리고 이러한 가정적 거절은 환자가 증명하여야 하고, 증명의 정도도 단순한 거절의 가능성이 아니라 거절했을 것이라고 단정할 수 있는 정도까지 증명하여야 한다.⁸⁰⁾

설명 의무 위반의 효과로 전손해 배상이 인정되는 경우에도 환자에게 발생한 건강손해 중 설명의무의 대상이었던 위험이 실현된 경우에만 그에 대한 재산적·비재산적 손해 배상이 인정되어야 할 것이다. 전손해 배상을 위한 상당인과관계의 증명문제가 위법성관련의 문제라면, 설명의무 위반과 동의 사이의 인과관계가 인정되는 한 유효한 동의없이 실시된 의료행위로 실현된 위험 일체를 배상하여야 할 것이다. 그러나 이는 손해배상의 범위에 관한 문제로, 설명의무의 대상이었던 위험의 경우에만 예견가능성이 인정될 것이기 때문에 손해배상의 대상 역시 그러한 위험으로 한정되어야 한다.

78) 대법원 2007. 5. 31. 선고 2005다5867 판결.

79) 대법원 2015. 10. 29. 선고 2013다89662 판결.

80) 기회상실로 인한 재산적 손해배상과 관련하여 단순한 가능성에 따라 비율적으로 배상하는 것은 손해의 확실성의 측면에서 맞지 않기 때문에 확정적이지 않은 가능성에 대해 손해배상책임을 인정할 수 없다는 지적(이연갑(김용담 편), 주석민법(채권각칙 (6), 한국사법행정학회, 2016, 247면)이 있으나, 바로 이 부분 단정할 수 있는 정도까지의 요건으로 손해발생의 불확실성은 제거된다.

V. 결론

우리의 인격적 법익침해론은 설명의무위반에 따른 손해배상책임에서 위법 행위를 설명의무를 위반한 채 실시된 의료행위가 아니라 설명불이행이라는 부작위로 본다. 설명부작위의 경우에 자기결정권이 침해됨은 분명하며, 자기결정권 침해는 선택기회 상실이라는 손해를 발생시킨다. 이는 생명·신체손해와는 별개의 것으로, 자기결정권 침해 그 자체에 대해 위자료 배상이 인정된다. 자기결정권 침해에 따른 위자료 배상은 설명의무 위반으로 환자의 신체적 법익이 침해되었다는 신체적 법익침해설이나 설명의무 위반으로 자기결정권이 침해되었다고 하면서도 그러한 침해는 의료행위를 매개로 한다고 하여 의료행위에 따른 생명·신체손해를 배상의 대상으로 하는 독일의 인격적 법익침해론과도 구별되는 우리의 인격적 법익침해론과 우리판례가 갖는 특징이다.

판례가 신체적 법익침해론을 따르고 있는 독일은 기회상실의 손해를 포섭하지 못하고, 비재산적 손해배상이 제한적으로 인정된다는 특징이 있다. 그러나 우리의 불법행위법은 포괄조항으로 자기결정권 침해와 그에 따른 기회상실의 손해를 포섭하기에 문제가 없다. 물론 설명의무 위반에 따른 위자료 배상이 진료과오에서 증명곤란의 문제를 회피하려고 하는 것이라는 비판도 있지만, 증명곤란 회피에 대한 비판은 비단 인격적 법익침해론에 한정되지 않는다. 설명의무 위반에 따른 손해배상책임을 인정하는 그 자체로 진료과실의 증명곤란에 대한 회피라는 비판은 늘 있어 왔다. 또 우리판례가 설명의무 위반에 대해 위자료 배상을 인정하는 것이 의사의 책임을 확장하는 것도, 반대로 전손해 배상의 책임을 축소하는 것도 아니다.

독일은 의료행위로 인하여 발생한 신체손해에 대해 진료과실이 인정되면 설명의무 위반을 인정할 실익이 없다. 진료과실이 부정되면 그때서야 비로소 설명의무 위반이 문제된다. 그러나 우리는 진료과실과 설명과실은 별개의 것으로 진료과실에 따른 손해배상책임과 설명과실에 따른 손해배상책임이 함께 인정될 수도 있고, 그 중 하나만 인정될 수도 있다. 한편 의사의 배상책임이 일단 인정되

면 환자측의 과실상계를 환자측에 책임있는 사유로 매우 엄격하게 제한하는 독일과 달리 우리는 의사의 배상책임이 인정되는 경우에도 거의 대부분의 경우에 환자의 체질적 소인, 질병의 중증도, 의료의 난이도 등 환자측의 책임없는 사유를 통해 의사의 책임을 제한한다. 그렇기 때문에 설명의무에 따른 위자료 배상으로 증명곤란을 회피한다는 비판은 한편으로는 그것이 진료과오의 증명, 진료과오와 신체손해와의 인과관계에 대한 증명이 곤란한 경우에도 의무를 위반한 의사에게 위자료 배상을 인정하여 환자를 구제하는 기능을 수행한다는 논거가 될 수도 있다. 또한 설명의무 위반에 따른 위자료 배상을 통해 매우 관대하게 책임이 제한되고 있는 진료과오의 손해배상액이 보완되기도 한다. 요컨대 설명의무 위반에 따른 위자료 배상은 독일에서와 같이 의사의 책임을 축소시키는 것이 아니라, 오히려 축소된 의사의 책임을 보완하는 역할을 수행하는 것이다.

한편 설명의무 위반에 따른 위자료 배상에 의료행위의 악결과가 요건일 필요는 없다. 의사의 설명은 환자의 자기결정을 돕기 위한 것이지, 환자의 생명·신체를 보호하기 위한 것이 아니다. 임상시험 단계의 의료행위, 슈도우 닥터에 의한 의료행위와 같이 환자의 생명·신체에 악결과를 가져오지 않은 때에도 자신의 신체에 대한 주체로서 스스로 결정할 수 있는 권리가 침해되는 경우가 있다. 이러한 때에도 환자의 자기결정권 침해에 따른 위자료 배상은 인정되며, 의료행위로 인한 악결과는 설명의무 위반에 따른 손해배상책임의 성립요건이 아니다.

그 밖에 환자의 자기결정권이 침해된 때에 자기결정권 침해에 따른 특별손해로 신체손해에 대한 배상을 인정할 수 있다. 환자는 의사가 설명의무를 다하였다면 환자가 다른 결정을 함으로써 신체손해를 피할 수 있었다는 점을 의사가 예견할 수 있었음을 증명하여 신체손해에 대해서도 배상을 청구할 수 있다.

그리하여 인격적 법익침해론에 따라 환자의 자기결정권을 독립된 권리로 파악하고, 그 침해의 효과로 비재산적 손해의 위자료배상을 인정하는 우리판례는 그대로 유지되기에 충분하며, 다만 구체적 내용에 있어서 정리가 필요한 부분이 일부 있다고 할 것이다.

[참 고 문 헌]

<국내문헌>

- 김민중, “의사책임 및 의사법의 발전에 관한 최근의 동향”, 『민사법학』 제9·10호, 한국사법행정학회, 1993.
- 김천수(김용담 편), 『주석민법 [채권각칙(7)]』, 한국사법행정학회, 2016.
- 김천수, “의사의 설명의무-독일의 학설 및 판례를 중심으로-”, 『민사법학』 제7호, 1988.
- _____, 『진료에 대한 설명과 동의의 법리』, 대구대학교출판부, 1999.
- 박영규, “의사의 설명의무위반에 따른 손해배상”, 『일감법학』 제31호, 건국대학교 법학연구소, 2015.
- 석희태, “의사의 설명의무의 법적 성질과 그 위반의 효과”, 『의료법학』 제18권 2호, 대한의료법학회, 2017.
- 윤석찬, “사용이익 상실에 대한 손해배상법리”, 『재산법연구』 제33권 1호, 한국재산법학회, 2016.
- 이동진, “의사의 위험설명 의무-법적 기능, 요건 및 위반에 대한 제재-”, 『의료법학』 제21권 1호, 대한의료법학회, 2020.
- 이연갑(김용담 편), 『주석민법 [채권각칙(6)]』, 한국사법행정학회, 2016.
- 이창현, “수익기회의 상실과 손해배상”, 『법학논총』 제31집 1호, 한양대학교 법학연구소, 2014.
- 장창민, “의사의 설명의무에 대한 연구-보호법익을 중심으로-”, 『아주법학』 제13권 1호, 아주대학교 법학연구소, 2019.

<외국문헌>

- Deutsch, Schutzbereich und Tatbestand des unerlaubten Heileingriffs im Zivilrecht, NJW 1965, 1985.
- Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, 7.Aufl., 2014.
- Greiner, 70. Bürgerliches Gesetzbuch Titel 27. Unerlaubte Handlungen, in: Spickhoff, Medizinrecht, 3.Aufl., 2018.
- Haag, § 823 I BGB, Schadensersatzpflicht, in: Geigel, Haftpflichtprozess, 28. 2020.

Janda, Medizinrecht, 2010.

Katzenmeier, Aufklärungspflicht und Einwilligung, Rn. 83, in:

Laufs/Katzenmeier/Lipp (Hrsg.), Arztrecht, 7.Aufl., 2015.

Kern, § 71 Rechtsfolgen unzulänglicher Aufklärung, in:

Laufs/Kern/Rehborn(Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, 5. Aufl., 2019.

Rumler-Detzel, Die Aufklärungspflichtverletzung als Klagegrundlage. Häufigkeit, Inhalt, Prozeßerfolg in der Prozeßentwicklung eines Oberlandesgerichts, in: Festschrift für Erwin Deutsch, 1999.

Steffen, Haftung des Arztes für Fehler bei der Risikoaufklärung -

Zurechnungsbeschränkungen oder versari in re illicita?, in: Festschrift für Medicus, 1999.

Steffen, Patientenaufklärung: Zurechnungszusammenhang und Schadensberechnung, RPG 1997.

Wagner, Münchener Kommentar zum BGB, 8.Aufl., 2020.

[국문초록]

의료행위에서 설명의무의 보호법익과 설명의무 위반에 따른 위자료 배상

이재경(원광대학교 법학전문대학원 부교수)

우리 법원은 의료과오소송에서 진료상 주의의무 위반의 경우 신체적 법익침해에 따른 재산적·비재산적 손해배상을 인정하고, 설명의무 위반의 경우 신체적 법익침해와 상관 없이 자기결정권 침해에 따른 위자료 배상을 인정한다. 이러한 판례의 태도에 대하여 설명의무 위반에 따른 위자료 배상이 진료과오의 책임요건을 회피하는 수단으로 활용되고 있다는 비판이 있다. 이들은 결과적으로 신체침해가 아니라 선택기회 상실에 대해 위자료 배상을 인정하는 우리 판례를 신체침해에 대한 배상으로 일원화할 것을 주장한다.

이에 본 논문에서는 판례가 신체적 법익침해론을 따르는 독일과 우리의 의료과오소송의 차이를 검토하고, 독일에서의 설명의무 위반에 대한 논의를 소개하였다. 그리하여 우리와 독일의 인격적 법익침해론과 신체적 법익침해론, 그리고 설명의무 위반에 따른 손해배상 논의의 차이를 확인하였다. 이를 바탕으로 우리의 판례법리 및 인격적 법익침해론의 입장에서 설명의무 위반에 따른 손해배상책임의 주요쟁점을 검토하였다.

의료행위는 의학적 적응성이 인정되는 한 위법한 신체침습이 아니다. 의료행위에 대한 동의 역시 의료행위의 위법성을 조각시키기 위한 것이 아니다. 의료행위에 대한 환자의 동의는 자기결정권의 실행이고, 환자의 자기결정권은 의사의 설명을 통해 구체화된다.

의사가 설명의무를 위반한 경우, 불설명 혹은 설명부족은 그 자체로 부작용에 위한 위법행위를 구성한다. 그로 인하여 침해되는 법익은 자기결정권이다. 환자는 생명·신체에 대한 이익으로 연결되지 않는 때에도 신체에 대한 주체로 자신의 신체에 행해질 행위에 대해 알고, 스스로 결정할 수 있는 권리가 있다. 이러한 권리가 침해되어 선택의 기회가 상실되었다면, 그 자체로 비재산적 손해상태가 인정되어 위자료를 배상하여야 한다.

따라서 의료행위에 악결과가 없어도, 성공한 의료행위였다고 하더라도, 의사의 설명의무 위반으로 환자의 자기결정권이 침해되었다면 위자료 배상은 인정된다. 자기결정권 침해에 따른 위자료 배상에 의료행위로 인한 악결과는 요구되지 않는다.

한편 설명의무 위반의 경우에도 신체손해에 대한 배상이 부정되는 것은 아니다. 설명의무 위반으로 침해된 법익을 자기결정권이고, 선택기회상실이 통상손해로 인정된다. 그러나 자기결정권 침해로 선택기회가 상실되었고, 의사가 설명하여 환자가 선택기회를

있지 않았다면 다른 선택을 했을 것임이 분명하고, 다른 선택을 했다면 악결과를 피할 수 있었음을 증명하면 악결과에 대해서도 배상을 받을 수 있다. 다만 이때 신체손해는 자기결정권 침해에 따른 특별손해로 의사의 예견가능성이 문제되는 것이기 때문에 의사가 예견할 수 없었던 불가항력적 손해는 배상의 대상이 되지 않는다.

주제어: 설명의무, 신체손해, 선택기회상실, 자기결정권, 위자료

The Legal Interest of Doctor's Duty to Inform and the Compensation to Damages for Non-pecuniary Loss

Yi, Jaekyeong

Wonkwang University School of Law, Associate Professor

=ABSTRACT=

Medical practice with medical adaptability is not illegal. Consent to medical practice is also not intended to exclude causes of Illegality. The patient's consent to medical practice is the exercise of the right to self-determination, and the patient's right to self-determination is take shape through the doctor's information. If a doctor violates his duty to inform, failure to inform or lack of inform constitutes an act of illegality of omission in itself. As a result, the legal interest of self-determination is violated. The patient has the right to know and make decisions on his or her own, even when it is not connected to the benefit of life and body as the subject of the body. If that infringed and lost, the non-property damage shall be recognized and the immaterial damage must be compensated.

On the other hand, the violation of the duty of information does not belong to deny the compensation for physical damage. Which the legal interest violated by violation of the obligation to inform is the self-determination, and loss of opportunity of choice is recognized as ordinary damage.

However, if the opportunity of choice was lost because of the infringement of the right to self-determination and the patient could not choice the better way, that dose not occur plainly bad results, under the prove of these causal relationship, that bad results could be compensated. But the unexpectable damage could not be compensated, because the physical damage is considered as the special damage due to the violation of the right of the self-determination.

Keyword : Duty of information, The physical damage, The loss of opportunity, The right of self-determination, Compensation to damages for non- pecuniary loss
