



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

법학석사학위논문

# 의사의 설명의무에 관한 연구

A Study on the Explanation Duty of a Doctor

지도교수 김 철 수



2012년 6월

한국해양대학교 대학원

해사법학과

조 원 제

本 論文을 趙元濟의 法學碩士學位論文으로 認准함.

위원장 金 仁 猷



위 원 丁 大



위 원 金 哲 洙



2012 년 6 월

한국해양대학교 대학원

# 목 차

Abstract .....	1
제1장 서론 .....	4
제1절 연구의 목적 .....	4
제2절 연구의 방법 및 내용 .....	6
제2장 의사의 설명의무에 대한 일반이론 .....	8
제1절 의사의 설명의무의 개관 .....	9
1. 의사의 설명의무의 의의 .....	9
2. 의료행위 .....	10
1) 의료법상의 의료행위 .....	10
2) 학설 .....	10
3) 판례 .....	12
3. 진료행위와 치료행위 .....	12
4. 의료과오 .....	14
제2절 외국법에서의 의사의 설명의무 .....	15
1. 미국법 .....	15
2. 독일법 .....	16
3. 일본법 .....	17

제3절 의사의 설명의무의 법적근거 .....	18
1. 헌법적 근거 .....	18
2. 의료법적 근거 .....	19
3. 민법적 근거 .....	20
1) 계약의 경우 .....	20
2) 계약외의 경우 .....	22
제4절 의사의 설명의무의 법적성질 .....	23
1. 학설 .....	23
1) 승낙무효설 .....	23
2) 주의의무설 .....	24
3) 위법성조각사유설 .....	25
4) 독립적 부수의무설 .....	26
5) 급부의무설 .....	27
2. 판례 .....	28
1) 주의의무로 본 판례 .....	29
2) 위법성조각사유로 본 판례 .....	29
3) 위법성조각사유 및 주의의무로 본 판례 .....	31
4) 독립적 부수의무로 본 판례 .....	32
제5절 소결 .....	33
제3장 의사의 설명의무의 내용 .....	38
제1절 의사의 설명의무의 유형 .....	38
1. 진료설명 의무 .....	38
2. 자기결정설명 의무 .....	38

제2절 의사의 설명의무의 범위 .....	41
1. 설명의무의 범위기준 .....	42
2. 판례에 나타난 설명의무의 범위 .....	45
제3절 의사의 설명의무의 이행 .....	46
1. 설명의무의 주체 .....	47
2. 설명의 상대방 .....	51
3. 설명의 시기 .....	55
4. 설명의 방법 .....	57
제4절 의사의 설명의무의 면제 .....	58
1. 환자의 자기결정권 포기 .....	59
2. 의사의 ‘치료상의 설명의무 면제 특권’ .....	60
3. 긴급의료행위 .....	61
제5절 소결 .....	62
제4장 의사의 설명의무위반과 민사책임 .....	66
제1절 채무불이행책임과 불법행위책임 .....	67
1. 채무불이행책임 .....	67
2. 불법행위책임 .....	69
3. 검토 .....	70
제2절 의사의 설명의무 위반의 입증책임 .....	72
1. 위자료청구 .....	72
2. 전손해배상 .....	72
3. 검토 .....	74

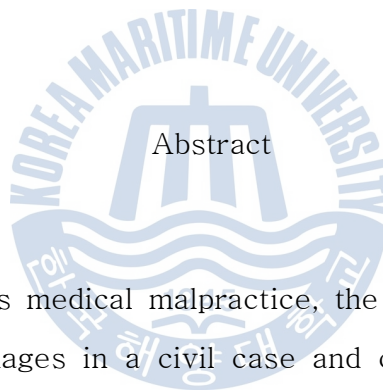
제3절 의사의 설명의무위반에 대한 손해배상의 범위 .....	75
1. 학설 .....	75
1) 정신침해설 .....	75
2) 신체침해설 .....	76
2. 판례 .....	77
1) 위자료만을 인정한 판례 .....	77
2) 전손해를 인정한 판례 .....	80
3. 검토 .....	83
제4절 소결 .....	84
제5장 결론 .....	90
참고문헌 .....	94



# A Study on the Explanation Duty of a Doctor

Cho, Won Je

Department of Maritime Law  
*Graduate School of  
Korea Maritime University*



In case of a doctor's medical malpractice, the patient can demand the compensations for damages in a civil case and charge with a crime for the doctor. In civil case are there two types, the one is the default on an obligation and the other one is the tort liability. Doctor's medical malpractice does not include only diagnosis and curing.

A doctor makes the invasion as medical acts to diagnose and cure diseases for a patient. But the invasion has to be acted after the doctor receives the agreement or approval of the patient. If not, the invasion as medical acts the doctor made is illegal.



A doctor has to give the enough explanations of the disease, symptoms, curing, etcetera, for a patient to understand so that the patient can agree or approve the medical acts to himself or herself. If the doctor acts without the agreement or approval of the patient by negligent or not-enough explanations, the doctor may be claimed on the compensations for the damages, the doctor has not faulted on the medical acts, though.

It is “Explanation Duty of a Doctor” that a doctor has to give the explanations of the important things such as disease, symptoms, curing, the needs, prognosis, riskiness, side effects, etcetera, for a patient to make a decision and a doctor has to receive the agreement or approval of the medical acts from a patient. Hence, a patient can make a decision to get the medical act or not, by the Explanation Duty of a Doctor.

It is called “Violence of Explanation Duty of a Doctor”, in case a doctor is negligent or not-enough for the explanations. In precedents, the doctor is illegal for the medical acts, because the doctor invades the patient’s right of approval, even if the doctor did not mistake in the medical acts and nothing was wrong medically.

In this way, this study describes theories and precedents of the Explanation Duty of a Doctor in some countries in chapter 2. Chapter 3 explains the types, the scope, the execution and the exemption of the Explanation Duty of a Doctor as the contents. Chapter 4 discusses the default on an obligation and an illegal act, the burden of proof for

damages and the appropriateness of the parties based on the burden of proof for damages of the Explanation Duty of a Doctor. Lastly, chapter 5 draws the conclusion of this study.



# 제1장 서론

## 제1절 연구의 목적

환자들이 의사에게 치료를 받을 때 아무런 분쟁 없이 진료가 끝나면 다행이지만, 의료과오에 대한 위험성은 항상 존재한다. 예전보다는 점점 시민의 권리 의식이 재고되어 의료사고의 분쟁을 재판을 통해 해결하려는 것을 당연하게 생각하고 의료분쟁에 대한 의료소송이 증가하고 있다.<sup>1)</sup> 의사의 의료과오로 인하여 의료사고가 발생할 경우 환자 측이 의사 측에 민사상 손해배상을 요구하거나, 형사상 처벌을 물을 수 있게 된다.

그런데 의사의 의료과오는 진단의무나 치료의무 위반에 한정되는 것이 아니다. 의료과오는 크게 치료과오와 설명과오로 나눌 수 있다. 의사가 환자의 질병을 진단, 치료하기 위해서는 환자의 신체에 의료행위를 통한 침습을 하게 되는데, 이 신체침습은 의사가 환자의 사전 동의 및 승낙을 받은 후 행해져야 한다. 그렇지 않으면 그러한 의사의 의료행위는 위법한 행위가 된다.

이 논문에서는 의사의 설명의무와 그 위반에 대해 논하고자 한다. 환자가 자신의 신체에 행해지는 의료행위에 대하여 유효한 사전 동의 내지 승낙을 하기 위해서 의사는 환자가 앓고 있는 질환의 증상과 그 치료방법, 치료내용 등 의료행위에 대하여 환자가 충분히 이해할 수 있도록 사전에 설명을 해주어야 한다. 의사가 이러한 설명의무를 게을리 하여 환자의 유효한 사전 동의 내지

---

1) 사법연감, 법원행정처, 2011. 704면 등 연도별 사법연감 민사법원 1심 접수건수 참조 - '의료과오소송 건수'를 연도별로 살펴보면 민사법원 1심에 접수된 의료사고 관련 소송은 1994년 208건에서 2005년에는 802건으로 증가해 최근 약10년 사이 5배 가까이 많아졌다. 연도별로는 95년 179, 96년 290건, 97년 399건 98년 542건, 99년 508건, 2000년 519건, 2001년 666건, 2003년 755건, 2005년 802건, 2007년 979건 등으로 매년 의료사고 소송이 꾸준히 증가하고 있는 것을 알 수 있다.

승낙 없이 의료행위를 하였다면, 의사에게 치료과오가 있을 경우는 물론이고, 없다고 하더라도 손해배상책임이 인정된다.

이와 같이 의사가 환자에게 의료행위를 통한 신체침습에 대한 사전 동의 내지 승낙을 받기 위한 전제로서 환자에게 질환의 증상, 치료방법과 필요성, 예후 및 예상되는 위험성과 부작용 등 환자의 의사결정을 위하여 중요한 사항을 설명해 주어야 하는데 이것을 의사의 설명의무라고 한다. 의사의 설명의무는 환자에게 행해질 의료행위를 통한 신체침습에 대하여 환자가 그 침습을 받을지 여부를 결정할 수 있게 해주므로 환자의 자기결정을 위한 의무라고도 할 수 있다.

우리나라의 다수설은 의사의 설명의무에 대해서 의사의 진료 및 치료의무에 대한 부수의무로 보는 독립적 부수의무설이다. 또한 승낙무효설, 주의의무설, 위법성조각사유설 등이 있다. 이 논문에서는 의사의 설명의무를 의사의 주된 급부의무로 보는 급부의무설의 입장 살펴보고 그에 대한 견해를 제시하고자 한다.

그리고 의사가 이 의무를 게을리 한 경우 설명의무위반이라고 한다. 그런데 의사가 환자에게 행한 의사의 의료행위 자체에는 아무런 과실이 없다고 하더라도 의사의 설명의무위반이 인정되고, 판례도 의사에게 치료상의 과실이 없는 경우에도 그 의료행위는 환자의 승낙권을 침해하는 위법한 행위가 된다고 한다.<sup>2)</sup> 이 때, 의사가 설명의무위반으로 환자에게 배상할 경우 손해배상의 범위에 대해서도 의사가 환자의 사전 동의 내지 승낙을 받지 아니함으로써 환자의 자기결정권을 침해한 정신적 손해인지, 아니면 더 넓게 의사의 설명의무위반으로 인한 모든 손해인지의 문제가 있다. 종래 연구에 의하면 위자료설과 전손해설이라고 나뉘는 이 부분에 대해서 입증책임 또한 입장을 달리하고 있다. 이에 대해 종래 연구의 입장을 알아보고 그에 대한 의견을 제시하고자 한다.

---

2) 대법원 1998.2.13. 96다7854; 대법원 1996.4.12. 95다56095; 대법원 1995.1.20. 94다3421.

따라서 이 논문에서는 의사의 설명의무의 법리를 각국과 우리나라에서 논의되고 있는 학설과 판례를 통해 살펴보고, 의약분업으로 인한 의사와 약사의 설명의무의 변경, 설명의무위반으로 인한 손해배상에 따른 입증책임, 급부의무설의 입장에서의 손해배상의 범위 등을 학설과 판례 등에 대한 비교분석과 비판 등을 논의하고 의견을 제시하고자 한다.

## 제2절 연구의 방법 및 내용

이 논문에서는 의사의 설명의무 법리에 대해 국내·외 문헌과 판례를 토대로 하여 의사의 설명의무와 관련된 쟁점을 우리나라에서 논의되고 있는 학설과 판례를 중심으로 연구하고자 한다.

이어지는 제2장에서는 먼저 의사의 설명의무란 무엇인가에 대해 살펴보고, 의사와 환자의 법률관계에 대해 알아본다. 이어서 의사의 설명의무에 대한 일반이론으로 외국법에서의 이론을 알아보고, 의사의 설명의무에 대한 법적근거와 법적성질에 대해 알아보고 판례를 살펴보도록 한다.

제3장에서는 의사의 설명의무의 내용으로 의사의 설명의무의 유형과 범위에 대해 차례로 알아본다. 그리고 의사가 설명의무를 이행할 때의 관계로 주체별로 그리고 상대방, 시기, 방법 등에 대해 알아보고, 의약분업에 의한 의사와 약사의 설명의무 변경 등에 대해 의견을 제시한다. 또한 어떤 경우 의사의 설명의무가 면제되는지에 대해 살펴보도록 한다.

제4장에서는 의사가 설명의무를 위반했을 때의 민사책임의 경우로 채무불이행책임과 불법행위책임의 입장에 대해 알아보고 위반했을 때의 입증책임 그리고 급부의무설의 입장에서 손해배상의 범위에 대해 학설과 판례를 통해 차례로 알아본다.

마지막으로 제5장에서는 앞에서 살펴본 내용을 정리하고 결론을 이끌어내며

논문을 마무리 하고자 한다.



## 제2장 의사의 설명의무에 대한 일반이론

질병이 생기거나 아플 때 또는 신체적인 편리나 미용을 위해 병원에 가게 되는데 치료행위나 환자의 신체상태 등의 의료지식을 대부분 의사에게 의존하게 마련이다. 의사는 환자나 보호자에게 질병의 종류와 내용 및 그 치료방법과 그에 따르는 위험 등 환자의 진료와 관계되는 중요한 사항을 설명해 주어야 한다.

의사의 설명의무는 환자의 자기결정권을 확보하기 위하여 헌법적 기본권을 보장하고, 환자에게 보다 쉽게 피해를 구제할 수 있도록 해준다. 그럼으로써 사법의 기본이념인 손해의 공평부담을 충실하게 실현시키는 기능을 한다. 또한 의사에게 환자를 단순한 진료의 객체로만 보는 시각에서 벗어나 의사와 대등한 인격체로서 대우해 달라는 요청도 포함되어 있어 의사의 설명의무는 의사의 독단적인 무단치료행위로부터 환자의 권리를 보호하는 역할을 한다.<sup>3)</sup>

대법원은 "...의사로서는 성형수술이 그 성질상 긴급을 요하지 아니하고 성형수술을 한다 하더라도 외관상 다소간의 호전이 기대될 뿐이며 다른 한편으로는 피부이식수술로 인한 피부제공처에 상당한 상처로 인한 후유증이 발생할 가능성이 있음을 고려하여 수술 전에 충분한 검사를 거쳐 환자에게 수술중 피부이식에 필요하거나 필요하게 될 피부의 부위 및 정도와 그 후유증에 대하여 구체적인 설명을 하여준 연후에 그의 사전 동의를 받아 수술에 임하였어야 할 업무상 주의의무가 있다..."<sup>4)</sup>고 하여 종래에는 설명의무를 업무상 주의의무로 이해하였다.

그러나 대법원은 "...일반적으로 의사는 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 있어서는 응급

3) 이은영, 《채권각론》, 박영사, 2005, 938면.

4) 대판 1978.8.14. 78다488; 대판 1987.4.28. 86다카1316.

환자의 경우나 그 밖에 특단의 사정이 없는 한 진료계약상의 의무 내지 위 침습 등에 대한 승낙을 얻기 위한 전제로서 당해 환자나 그 법정대리인에게 질병의 증상, 치료방법의 내용 및 필요성, 발생이 예상되는 위험 등에 관하여 당시의 의료수준에 비추어 상당하다고 생각되는 사항을 설명하여 당해 환자가 그 필요성이나 위험성을 충분히 비교해보고 그 의료행위를 받을 것인가의 여부를 선택할 수 있도록 할 의무가 있다..."고 하여 당시의 의료수준에 비추어 상당하다고 생각되는 사항은 설명하여야 한다고 보고 있으며, 의료행위를 받을지 여부는 환자가 선택할 수 있도록 할 의무가 있다고 판시<sup>5)</sup>하여 의사의 설명의무에 대한 종래의 입장을 변경하였다.

본 장에서는 먼저 의사의 설명의무에 대해 정의하고 그에 따른 용어를 정리한다. 의료행위에 대한 학설에 대한 고찰과, 외국법에서의 의사의 설명의무를 비교해 보고, 의사의 설명의무의 법적 근거와 법적 성질을 살펴보도록 한다.

## 제1절 의사의 설명의무의 개관

### 1. 의사의 설명의무의 의의

의사의 설명의무는 진단과 치료결과의 보고, 특정진료와 관련한 요양지도, 특정진료에 대한 환자의 수인여부결정에 기여하기 위한 정보제공, 진료에 갈음하여 진료를 받는 자의 의료적 욕구를 충족시키기 위해 하는 조언을 통칭하는 법적 의무를 말한다.<sup>6)</sup> 또한 의사가 환자에게 의료행위를 통한 신체침습에 대한 사전 동의 내지 승낙을 받기 위한 전제로서 환자에게 질환의 증상, 치료방법과 필요성, 예후 및 예상되는 위험성과 부작용 등 환자의 의사결정을 위하여 중요

5) 대판 1999.9.3. 99다10479; 대판 1995.1.20. 94다3421.

6) 석희태, 「의사의 설명의무」, 고시연구, 1998.5. 128면.



한 사항을 설명해 주어야 하는데 이것을 의사의 설명의무라고 한다.

의사의 설명의무는 환자에게 행해질 의료행위를 통한 신체침습에 대하여 환자가 그 침습을 받을지 여부를 결정할 수 있게 해주므로 환자의 자기결정을 위한 의무라고도 할 수 있다.

## 2. 의료행위

### 1) 의료법상의 의료행위

의료법 제12조에 의하면 의료행위란 의료인이 행하는 의료·조산·간호 등 3가지 의료기술의 시행이라고 규정되어 있다. 동법 제2조에서는 의료인을 보건복지부장관의 면허를 받은 의사·치과의사·한의사·조산사 및 간호사라고 규정하고 의사는 의료·보건지도에 치과의사는 치과의료와 구강보건지도에, 한의사는 한방의료에, 조산사는 조산과 임신부·해산부·조산부 및 신생아에 대한 보건과 교양지도에, 간호사는 상병자 또는 해산부의 요양상의 간호 또는 진료의 조산 및 대통령이 정하는 보건활동에 각 종사함을 임무로 한다고 규정하고 있다.

### 2) 학설

의료행위는 위에서 서술한 의료인들의 임무를 수행함에 있어 시행하는 의료기술적 행위라고 할 수 있겠으나 그 구체적 내용은 정리되어 있지 않아서 그에 대한 견해는 나누어질 수 있다.

이에 관한 학설을 다섯 가지 정도로 구분할 수 있는데, 첫째, 의학의 발달과 사회의 발전에 따라 의료행위의 개념이 변경될 수 있음을 전제로 사회통념에 비추어 판단하되 사람의 생명, 신체나 일반 공중위생상 위험을 초래할 염려가 있는 행위는 의료행위에 포함될 가능성을 인정하여야 한다는 견해<sup>7)</sup>, 둘째, 행

위의 실질이 아닌 의료법의 입법목적에 착안하여 의료행위에는 질병의 치료와 예방에 관한 행위에만 한정되지 않고, 그에 관계없는 것이라도 의학상의 기능과 지식을 가진 의료인이 하지 아니하면 보건위생상 위해를 가져올 우려가 있는 일체의 행위가 포함된다는 견해<sup>8)</sup>, 셋째, 의료인이 의학의 전문적 지식을 기초로 한 경험과 기능에 의하여 실시하는 진찰, 검안, 처방, 투약 또는 외과수술 등 질병의 예방이나 치료행위는 물론 임상실험, 불임술, 인공임신중절, 안사술(安死術), 유전자치료 등 소위 ‘한계적 의료’도 의료행위라고 보는 견해<sup>9)</sup>, 넷째, 의료행위의 개념은 의학의 발달과 사회구조의 복잡 다양화, 사회 및 개인의 가치관의 다양화 등을 수반하여 변화될 수 있는 것이어서 판례를 통하여 구체적 사안에 따라 정할 수밖에 없다는 견해<sup>10)</sup>, 다섯째, 단순히 보건위생상 위해를 발생시킬 우려가 있는 행위까지 의료행위에 포함시킨다면 의학의 사회적 적용 또는 의술과 관련이 없는 분야까지 그 범위가 무한히 확대될 수 있으므로 부당하고, 현대의학을 기본으로 하여 그 이론을 임상에 응용하는 행위로서 사람의 질병의 진단, 치료 혹은 예방을 목적으로 하는 행위를 의료행위로 보되, 의학의 발달과 공중보건상의 위해발생가능성과 관련하여 사회통념에 따라 그 때 그 때 그 내용이 정해지는 가변적인 것으로 봄이 상당하다는 견해<sup>11)</sup> 등이 제시되고 있다.

사건으로는 발전하는 의료기술과 변화하는 의료환경에 알맞고 사회통념에 따라 의료행위를 정하는 것이므로 다섯 번째 견해가 타당하다고 생각한다. 여기에 의견을 보태자면 의료행위에 관한 명확한 정의를 내리고 있는 법조문이

7) 이보환, 「의료과오로 인한 민사책임의 법률적 구성」, 재판자료 제27집, 1985, 12면.

8) 이용우, 「무면허의료행위에 대한 형사처벌상의 제문제」, 재판자료 제27집, 1985, 499면.

9) 김민중, 《의료분쟁의 법률지식》, 청림출판, 2000, 57면.

10) 신현호, 「의사의 설명의무의 범위와 한계」 :대상판결: 대법원 1999. 3. 26. 선고 98다45379,45386 판결, 의료법학 제2권 제1호, 2001.6.

11) 추호경, 《의료과오론》, 육법사, 1992, 23면.

없는 상황에서는 해당 사건별로 의료행위에 대해 구체적인 사안에 따라 명확하게 정하는 것이 옳다고 생각한다.

### 3) 판례

우리나라 대법원은 당초 1972.3.28. 72도342 판결에서 "...미용성형수술은 질병의 예방 또는 치료행위가 아니므로 오직 일반의사에게만 허용되는 의료법 제25조 소정의 의료행위라고 단정할 수 없다..."고 판시하였으나, 1974.11.26. 74도1114 전원합의체 판결로써 종전판결을 파기하면서, "...(구의료법 제25조의 의료행위에 대한) 개념은 의학의 발달과 사회의 발전 등에 수반하여 변화될 수 있는 것이어서 앞에서 말한 의료법의 목적 즉 의학상의 전문지식이 있는 의사가 아닌 일반사람에게 어떤 시술행위를 하게 함으로써 사람의 생명, 신체상의 위험이나 일반공중위생상의 위험이 발생할 수 있는 여부 등을 감안한 사회통념에 비추어 의료행위 내용을 판단하여야 할 것..."이라고 하였다. 그리고 이어서 "...미용성형수술이 마취약을 주입하고 코 밑을 절개하여 연골을 삽입하여 봉합하는 등의 의료기술의 시행방법으로서 행하여지고 또 코의 절개과정이나 연골의 삽입, 봉합과정에서 세균이 침입할 위험성을 내포하고 있는 것이어서 이러한 코높이기 수술의 방법 및 행위의 태양을 함께 감안하면, 외과분야에 있어서 의료행위로 이미 발생한 상처 등에 대한 외과적 처치에만 국한될 것이 아니라, 공소장 적시의 피고인의 코높이기 수술행위도 질병의 치료행위의 범주에 넣어 의료행위가 되는 것으로 해석함이 타당하다..."고 판시하였다. 이 전원합의체 판결은 의료행위의 개념이 의학의 발달과 사회의 발전에 따라 변경될 수 있음을 전제하고 사회통념에 비추어 판단하여야 한다면서 사람의 생명, 신체나 일반공중위생상 위험을 초래할 염려가 있는 행위는 진료행위에 포함될 가능성을 인정한 것으로서 다섯 번째 학설의 입장과 가장 가깝다고 볼 수 있다.

### 3. 진료행위와 치료행위

의료행위와 비슷한 개념으로 진료행위와 치료행위가 있다. 진료행위는 의료행위 중에서 의사가 환자의 병상을 진찰하여 질병을 치료하는 과정을 총칭하는 행위에 한정되는 개념이고, 치료행위는 진료행위 중에서도 질병을 낫게 하는 직·간접의 의학적 수단만을 일컫는 개념이다. 이런 점을 살펴보면 의료행위, 진료행위 그리고 치료행위는 서로 구별되는 용어라고 할 수 있다.

그러나 우리나라 판례는 의료행위와 진료행위의 개념을 혼용하여 사용하고 있고<sup>12)</sup>, 우리의 의료현장에서 또한 이러한 구별을 하며 사용하는 것도 아니고 구별이 용이한 것도 아니다.

진료행위는 의사가 환자로부터 진료의뢰를 받은 이후의 병상의 진단과 판명된 질병을 치유하는 전 과정을 총칭하는 개념이므로, 그 행위의 내용을 진단이나 치료행위 등의 의료기술적 행위에 한정하지 않고 설명행위와 같이 전문지식을 필요로 하는 진료와 관련된 일체의 행위를 포함하는 개념이라고 할 것이다.

치료행위의 개념 역시 사회 일반의 통념상 진료행위나 의료행위와 혼용되어 쓰이고 있다. 그러나 진료의 진행과정은 환자의 진료의뢰에서 의사의 병상진단, 의사의 진단과 치료에 대한 설명 및 환자의 승낙, 병상의 치료 및 재활에 이르는 단계적인 절차를 거치는 것이 일반적이라는 점에서 의사의 치료행위는 의사의 진단행위나 설명행위와 함께 진료행위에 포함되는 개념이라고 할 것이다.

대법원도 "...진찰이라 함은 환자의 용태를 듣고 관찰하여 병상 및 병명을 규명 판단하는 것으로서 그 진단 방법으로는 문진, 시진, 청진, 타진, 촉진, 기타 각종의 과학적 방법을 써서 검사하는 등 여러 가지가 있고, 위와 같은 작용에 의하여 밝혀진 질병에 적당한 약품을 처방조제, 공여하거나 시술하는 것이 치료행위에 속한다..."<sup>13)</sup>라고 판시하여 진단행위와 치료행위를 구별하고 있다.

이러한 점에서 환자의 자기결정을 위한 의사의 설명행위는 진료행위에는 포

---

12) 대판 1995.4.25. 94다27151; 대판 2002.6.28. 2001다81313.

13) 대판 1986.10.14. 86도1678; 대판 1987.11.24. 87도1942; 대판 1993.8.27. 93도153.

함되지만, 의사의 진단행위나 치료행위에는 포함되지 않아 구별되는 개념이라 하겠다.

#### 4. 의료과오

의료과오란 의사의 의료행위상의 과실이라고 할 수 있다. 앞에서 살펴보았듯이 의료행위의 의미와 연관해 보면 병상의 진단과 치료와는 무관한 행위라 하더라도 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위까지 포함하는 개념이라 할 수 있다.

여기서 의료과오와 의료과실과의 차이를 생각해 볼 수 있는데, 대법원은 "...상고이유의 주장과 같은 판결에 영향을 미친 채증법칙 위배로 인한 사실오인의 위법, 의료과실에 관한 법리오해, 이유모순이나 이유불비 등의 위법이 있다고 할 수 없다..."<sup>14)</sup>라고 판시하여 의료과실이라는 용어를 사용했고, 다른 판결에서 "...원심은 환자의 증세와 청진을 통하여 기흉을 진단하는 데 요구되는 필요한 의료전문지식의 수준과 흉관삽관술에 요구되는 의료전문지식의 수준 및 흉관삽관술에 수반되는 위험의 정도 등에 대하여 심리를 다하지 아니한 채 위 갑에게 판시와 같은 과실이 있다고 판단하였으므로 이에 분명 의료과오에 관한 법리 오해, 심리를 다하지 아니하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 하지 않을 수 없다..."<sup>15)</sup>라고 판시하여 의료과오라는 용어를 사용하여 두 용어의 개념을 구별하지 않고 사용하고 있다. 한자의 의미를 살펴보면 ‘오(誤)’와 ‘실(失)’사이에 차이가 없다. 의료과오와 의료과실에서는 동일하게 ‘잘못’을 의미한다고 볼 수 있다. 이 논문에서는 의료과오라는 용어를 사용하도록 하겠다.

---

14) 대판 1999.6.11. 99다3709; 대판 2000.1.21. 98다50586; 대판 2002.8.23. 2000다37265.

15) 대판 1999.11.23. 98다21403.

## 제2절 외국법에서의 의사의 설명의무

이하에서는 의사의 설명의무에 대한 각국의 동향으로서 미국, 독일, 일본의 경우를 중심으로 법적근거에 대해 살펴보도록 한다.

### 1. 미국법

1914년 미국의 Schloendorff v. Society of New York Hospitals(병원협회) 사건에서 Cardozo 판사가 "...성년이 되고 건전한 정신을 가진 모든 사람은 자신의 신체에 대하여 무엇이 행하여 질 것인가를 결정할 권리를 가진다. 의사는 그의 환자의 동의 없이 수술을 하면 폭행죄(assault)를 범한 것이고, 이로 인하여 손해배상 책임을 진다..."<sup>16)</sup>라고 판시하여 "환자의 자기결정권"이라는 용어를 본격적으로 사용하게 된다. 그 후 다수의 판례에서 이 논리를 적용해 오다가 1972년 미국의 Canterbury v. Spence<sup>17)</sup> 사건에서 설명의무설정의 기준이 의료관행에서 통상의 환자 중심으로 대체되게 되었다. 이것은 의료행위에서 자기결정권이란 환자 자신이 의료행위를 받을 것인지, 받는다면 어느 범위까지 받을 것인지를 스스로 결정한다는 의미이다.<sup>18)</sup>

---

16) 211 New York(Reports) 125, 105 Northeastern Reporter(West Publishing Company) 92(1914).

17) 김장한, 「의사의 설명의무」, 서울대학교 법학석사학위논문, 1998, 21면; 원고는 19세의 미성년자로서 척추의 후궁절제술에 대하여 어떠한 질문을 한 적이 없으며 원고의 어머니도 심각한 수술이 아니라는 설명만을 들었다. 추궁절제술로 인하여 비뇨기계의 이상과 소변실금, 하반신에 마비가 와서 원고는 목발에 의지하여 걸어야 했다. 이에 피고가 수술에 따르는 심각한 후유증의 위험을 경고하지 아니하였다 하여 소를 제기한 사건이다.

법원은 기존의 직업관행기준의 적용을 거부하고 "...설명의무를 의료관계에 맡기는 것은 결정권을 의사에게만 편중시키는 것이다. 환자의 자기결정권을 존중하기 위하여 의사들이 자신에게 부과하는 기준이 아니라 의사들에게 법이 정하는 기준에 의하여 설명이 이루어져야 한다..."고 하였다.

18) 범경철, 「의료과오소송에 관한 연구」, 전북대학교 법학박사학위논문, 2001, 190면.



## 2. 독일법

독일에서는 1894년 5월 31일 제국법원의 판례에서 담당의사가 부골부위의 결핵성 화농이라는 적응증을 근거로 7세 소녀의 발을 절단한 사안에서 법정대리인의 명시적인 승낙이 없었다는 이유로 상해죄로 고소당한 사건에서 환자의 자기결정권을 무시한 의료의 전단적 의료행위를 신체상해의 구성요건으로 보았다.<sup>19)</sup>

독일 판례에서 의사의 설명의무 개념이 처음 등장한 것은 1912년의 일<sup>20)</sup>이고, 1930년대<sup>21)</sup>와 제2차 세계대전 이후가 되어서야 점차 그 이론의 기반을 다져가기 시작했다. 그러나 이 당시까지의 설명의무의 범위는 전적으로 의사의 재량에 따라 정해질 뿐인 것이었다.<sup>22)</sup>

설명 의무위반에 대한 민사책임은 1941년 제국법원에서 처음으로 의사의 위험에 대한 설명을 법적으로 요구하면서 나타나게 되었고<sup>23)</sup>, 그 후의 독일연방대법원의 판결은 계약상 독립된 의사의 설명의무를 인정하게 되었으며<sup>24)</sup>, 1960년대 이후 독일의 의사 책임소송에 있어서 의료과오 소송으로부터 설명의

---

19) Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen(이하 RGSt) 25, 375.

20) Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen(이하 RGZ) 78, 432 - 1912년 3월 1일의 판례는 의사의 설명의무와 관련하여 상당히 진보적인 면을 보여주고 있으나 여전히 거부적인 입장에 머물고 있었다. 왜냐하면 의사의 설명의무의 인정은 당해 법원의 입장에 의하면 의사의 주의의무에 합당한 의료업무의 이해를 근거로 한 것도 아니고 의사의 치료 목적을 감안한 내면적 근거에 기초하지도 않았기 때문이다.

21) RGJW 1932, 3369; RGJW 1932, 3328. - 1932년 2월 18일 제국법원의 판결에서 담당의사는 지나치게 많은 어느 환자의 가슴털을 제거하기 위해 방사선을 통한 가슴의 심층부위를 치료한 행위와 관련하여 그것에 상응하는 선행적인 설명을 행하지 않았다는 이유로 치료비용상당의 손해배상을 인정했다.

22) 오상원, 「환자의 승낙과 의사의 설명의무」, 연세대학교 안암법학, 1999, 153-154면.

23) Reichsgerichts(이하 RG) 168, 206.

24) 신현호, 《의료소송총론》, 육법사, 1997, 197면.

무위반에 대한 소송으로 징후적인 이동을 초래하게 되었다.<sup>25)</sup>

### 3. 일본법

일본에서는 1971년에는 의학적으로 정당한 치료행위라도 환자의 의사를 무시해서 행하면 위법하다는 판결인 ‘유선암판결’이 최초로 나오게 된다.<sup>26)</sup> 재판부는 환자인 원고의 오른쪽 유방내의 종양은 유선암인 것이 판명되어 원고는 적출수술에 동의했다. 피고는 오른쪽 유방의 수술 후, 왼쪽 유방내의 종양이 유선증(乳腺症)이어서 장래 암이 될 염려가 있는 것으로 판단하고 그 점을 동의를 받지 않고 왼쪽유방수술을 했다. 판결은 "...환자 동의가 없으므로 위법한 침해..."라고 하며, 150만엔의 위자료 지급판결을 내렸다.

그 후, 1973년의 ‘설암(舌癌)사건’을 통하여 환자의 자기결정권의 존재가 재확인 되었다.<sup>27)</sup> 진단의 결과 설암인 것이 판명된 환자에 대하여 의사는 병명을 감춘 채 혀를 절제할 것을 환자에게 권하였는데, 환자는 완강히 거부했다. 그래서 의사는 혀를 자르는 것이 아니라 종양의 부분만을 자른다고만 하여 원고가 승낙했는데 의사는 혀의 3분의 1을 잘랐고, 법원은 이에 대하여 의사의 불법행위를 긍정하였다.

1981년 최고재판소는 넘어지면서 후두부를 때려 의식불명이 된 10세 소년에게 뇌출혈·뇌손상인 것으로 생각되어 의사는 소년의 부모인 원고의 승낙을 얻고 개두수술을 했는데, 결국 과다출혈에 의한 심부전으로 사망한 사안에서 원고는 의사의 설명의무위반을 주장하였으나 1심에서 원고는 수술의 내용·위험성에 대하여 충분한 설명을 못 받았으나 충분한 설명을 받았더라도 원고는 의사에게 수술을 의뢰했을 것이라고 하고, 2심은 수술의 위험성에 대하여 의사

---

25) 이덕환, 「의사의 설명의무법리에 관한 연구」, 한양대학교 법학박사학위논문, 1991, 90면.

26) 東京地判 1971.5.19. 下民集 22卷 5·6號 26面.

27) 秋田地 大曲地判(民) 1973.3.27. 判例時報 718號, 98面.



의 설명의무의 존재를 부인하였다. 그리고 3심은 위험성에 불확정요소가 있는 경우에는 설명의무가 없다고 한 2심의 의견을 지지하였던 ‘개두수술사건’에서 최초로 의사의 설명의무의 존재를 인정하게 되었다.<sup>28)29)</sup>

### 제3절 의사의 설명의무의 법적근거

우리나라는 아직 의사의 설명의무에 대해서 규정한 법률의 규정이 없다. 그래서 헌법 제10조와 의료법 제24조, 민법상 계약의 법리 등에 의사의 설명의 의무에 대한 견해가 나뉘고 있다. 이에 대하여 차례로 살펴본다.

#### 1. 헌법적 근거

헌법 제10조는 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적인 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.”라고 인간의 존엄성 존중을 규정하고 있다. 또한 헌법 제12조 제1항에서 신체의 자유를 규정하고 있고, 제37조 제1항은 헌법에 열거되지 아니한 자유와 권리도 경시되지 아니한다고 규정한다. 이를 근거로 환자의 자기결정권을 보호하고, 환자의 동의가 유효하기 위해서 의사는 의료행위에 대하여 설명의무를 부담한다고 볼 수 있다.<sup>30)</sup>

대법원도 판례에서 일관되게 의사에게는 설명의무가 있고 환자에게는 자기 결정권이 있다고 판시하고 있다. 대법원은 "...의사가 환자에게 수술 등 인체에

---

28) 日本, 最高裁判所(民) 1981.6.19. 判例時報 1011號, 54面.

29) 황적인, 「의사의 설명의무의 성립사」, 충북대학교 법학연구, 1995.12. 217-218면.

30) 박경수, 「의사의 설명의무에 관한 연구」, 안동대학교 법학석사학위논문, 2001.12. 24면

위험을 가하는 행위를 함에 있어 그에 대한 승낙을 얻기 위한 전제로서 환자 본인 또는 그 가족에게 그 질병의 증상, 치료방법의 내용 및 필요성, 발생이 예상되는 위험 등에 관하여 당시의 의료수준에 비추어 상당하다고 생각되는 사항을 설명하여 그 환자가 필요성이나 위험성을 충분히 비교하여 그 의료행위를 받을 것인가의 여부를 선택할 수 있도록 하여야 할 의무가 있다..."<sup>31)</sup>고 판시하여 환자의 자기결정권을 전제로 의사의 설명의무를 인정하고, 환자의 자기결정권을 보호하고 있다.

## 2. 의료법적 근거

의료법 제2조에서 포괄적으로 의료인이 보건지도를 임무로 함을 규정하고 있고 동법 제24조는 “의료인은 환자 또는 그 보호자에 대하여 요양의 방법과 기타 건강관리에 필요한 사항을 지도하여야 한다.”는 규정이 있는데 이는 진료의 설명, 안전설명에 근거로 보는 견해가 있다.<sup>32)</sup>

이 견해에 의하면 진료적 설명은 환자의 건강향상을 위하여 의사에게 요구되는 설명의무로서 의사의 의료상 요구되는 주의의무의 일환으로 행하는 것이라고 한다.<sup>33)</sup> 만일 의사가 환자에게 필요한 의료적 설명을 하지 아니한 경우에는, 그로 인하여 발생한 손해에 대하여 의료과오의 책임을 지게 되는 것이다. 그러나 이 규정의 의미를 단순히 진료적 설명에 한정하여 생각할 필요는 없다고 본다.<sup>34)</sup>

의료법 시행규칙 제12조 및 제13조에서 의사가 환자에게 처방전을 교부하는 경우 처방의약품의 명칭 · 분량 · 용법 · 용량 등에 관하여 기재하도록 하고

---

31) 대판 1995.2.10. 93다52402; 대판 1994.4.15. 93다60953; 대판 1992.4.14. 91다36170 등.

32) 김민중, 앞의 책, 147면; 의료법 2011.4. 개정으로 인한 제22조에서 제24조로 조문 변경.

33) 박경수, 앞의 논문, 2001, 25면.

34) 김장한, 앞의 논문, 1998, 35면.

있는데, 이것은 의사에게 환자에 대한 처방의약품의 복용 방법에 대한 설명의무를 부과하는 것이라고 볼 수 있다.<sup>35)</sup>

### 3. 민법적 근거

오늘날 각국의 학설과 판례가 일반적으로 인정<sup>36)</sup>하고 있는 의사의 설명의무는 계약과 불법행위에 근거하고 있다. 의료과오소송에서 설명의무위반을 이유로 손해배상을 청구할 때, 불법행위를 묻는 경우에는 위법성조각사유로서 환자의 승낙의 유효요건으로서 설명의무를 물으며<sup>37)</sup>, 채무불이행책임을 묻는 경우에는 독립적인 부수의무의 불이행문제로서 설명의무를 묻는 경우가 일반적이다.<sup>38)</sup>

#### 1) 계약의 경우

의사와 환자의 법률관계는 일반적으로 의사와 환자 사이에 체결된 계약에서 시작한다. 의사와 환자 사이에 체결되는 의료계약은 진료의 청약과 승낙이라는 계약일반의 의사표시를 매개로 하여 성립한다는 것이 통설과 판례의 태도이다.<sup>39)</sup> 의료계약은 의사가 환자에게 진료의무를 부담하고<sup>40)</sup>, 환자는 이에 대한 반대급부로서 보수지급의무를 부담하게 된다.<sup>41)</sup>

---

35) 박종원, 「의사의 설명의무」, 전북대학교 법학박사학위논문, 2002, 39면; 의료법 시행규칙 2011.12.7. 개정으로 인한 제16조 및 제17조에서 제12조 및 제13조로 조문 변경.

36) 이상태, 「의사의 설명과 환자의 동의」, 고시계, 1991.6. 152면.

37) 이덕환, 《의료행위와 법》, 문영사, 1998, 97면.

38) 김병태, 「의사의 설명의무」, 광주대학교 사회과학연구 제8집, 1998.12. 147면.

39) 신현호, 앞의 책, 211면.

40) 김천수, 「환자의 자기결정권과 의사의 설명의무」, 서울대학교 법학박사학위논문, 1994, 157면.

41) 이은영, 앞의 책, 2005, 935면.

계약상 의사의 설명의무의 지위에 관해 이 논문에서는 ‘주된 급부의무’라고 보는 견해<sup>42)</sup>를 취하나, 다수설은 ‘부수적 급부의무’의 하나라고 본다.<sup>43)</sup> 다수설에 따르면 의사의 설명의무는 의료계약을 통해서 발생하는 기본적인 의무이자 주된 급부의무인 진료의무에 수반되는 신의칙상의 ‘부수적 급부의무’이다.<sup>44)</sup> 그러나 의사와 환자가 설명에 대해 명시적으로 합의를 한 경우에는 설명이 의료계약의 기본의무 내지는 주된 급부의무가 될 수도 있다.<sup>45)</sup>

따라서 다수설에서는 부수적인 의무인 의사의 설명의무가 단지 주된 급부의무에 종속하는 것인가 아니면 주된 급부의무와 병존하는 독립적 부수의무<sup>46)</sup>인가가 문제된다. 예를 들어 의사가 환자에게 합병증의 발생가능성에 대해 설명하지 않은 경우, 환자의 승낙은 무효가 되어 해당 침습은 위법한 것이 된다. 그러므로 승낙에 관계되는 설명은 독립적 부수의무에 속하게 되는 것이다. 이러한 의미에서 진단 및 예후설명은 독립적 부수의무로 간주되고 있으며, 진단설명의 필요성은 종종 침습의 의미·효과 및 위험설명과 결합하여 생긴다고 설명한다. 이와 같이 의사의 설명의무를 계약상 의사의 독립적인 부수의무로 이해하는 이유는 의사가 환자의 자기결정을 위한 설명의무를 이행하지 않고는 의료계약상 주된 급부인 진료행위를 적법하게 행할 수 없기 때문이다. 따라서 의사가 이러한 부수의무를 위반하면 계약상 불완전이행에 의한 채무불이행이 되

42) 김상용, 《채권각론》, 화신미디어, 2009, 781면.

43) 박중원, 앞의 논문, 38면.

44) 이은영, 앞의 책, 939면.

45) 이정식, 「의사의 설명의무법리에 관한 고찰」, 중앙대학교 법학연구원 법학논문집 제20집, 1995.12. 376면.

46) 이덕환, 앞의 논문, 73면; 의료계약은 의사의 진료에 대한 주된 급부의무 외에 일련의 독립적 그리고 비독립적 의무를 발생시킨다. 독립적 부수의무는 합의된 급부에 병존하고 그 이행은 독립적인 이행소송의 대상이 될 수 있으며, 이것은 주된 급부의무의 이행을 가능하게 하거나 목적에 따른 의무관계의 이행을 실현 가능하게 한다. 따라서 채무자는 이러한 채무의 이행을 청구할 권리를 가지며, 주된 급부의무와는 독립하여 그 이행을 청구할 수 있다.

이에 대하여 비독립적 부수의무는 주된 급부가 적합한 이행의 경우에만 가정한 것으로 통상의 경우 채무자는 부수의무에 기한 채무의 이행청구권을 가지지 않으며, 주된 급부의무와 독립하여 그 이행을 청구할 수 없다.

어 그에 따른 손해배상책임을 지게 된다.<sup>47)</sup>

하지만 이 논문에서는 의사의 설명의무를 주된 급부의무로 보고 있는데 그 이유에 대해서는 다음 절에서 밝히도록 하겠다.

## 2) 계약외의 경우

### (1) 신의성실의 원칙

법정대리인이 없거나 있어도 그 대리행위가 불가능한 의식불명의 환자를 긴급 치료하는 등 의료계약의 성립을 인정하기 곤란한 경우, 그 환자와 치료한 의사 측 사이에는 사무관리로서 본인과 관리자의 관계가 성립된다.<sup>48)</sup> 이때에도 의식에서 회복한 환자나 뒤늦게 도착한 법정대리인에게 의사는 설명의무를 이행하여야 한다.<sup>49)</sup> 이때의 의사의 설명의무의 발생근거 또한 신의칙이라고 해야 할 것이다.<sup>50)</sup>

### (2) 불법행위

우리 민법 제751조는 “타인의 신체, 자유 또는 명예를 해하거나 기타 정신상의 고통을 가한 자는 재산이외의 손해에 대하여도 배상할 책임이 있다.”라고 규정하고 있다. 의사가 설명의무를 위반하면 환자의 건강과 신체에 대한 자기 결정권을 침해하는 불법행위가 되어 해당 의사에게 손해배상책임을 발생한다고 할 것이다.<sup>51)</sup>

---

47) 이정식, 앞의 논문, 377면.

48) 광윤직, 《채권각론》, 박영사, 2005. 337-338면.

49) 김상용, 앞의 책, 782면.

50) 김천수, 앞의 논문, 127면.

51) 대판 2002.1.11. 2001다27449.

의사 자신의 귀책사유에 의한 경우에는 제750조에 의한 불법행위 책임이 발생하고, 담당의사 아닌 다른 의사나 간호사 등의 의료인인 피용자의 의료행위로 인하여 손해가 발생하면 제756조의 사용자로서의 책임을 지게 된다.<sup>52)</sup>

민법상 불법행위영역에서의 의료침습의 원인은 ‘신체완전성의 침해’와 ‘자기결정권의 무시인 인격권의 침해’로 나누어 살펴볼 수 있다. 신체의 완전성의 침해로 이해하는 견해는 환자의 동의를 의료침습의 정당화 근거로서 파악하여, 이러한 환자의 유효한 동의가 없는 상태에서 발생한 의료과오에 대하여 손해배상책임을 부담하여야 한다고 하며, 인격권의 침해로 이해하는 견해는 환자의 동의 없이 이루어진 의사의 전단적인 의료침습은 그것이 비록 의료기술에 맞게 이루어졌을 지라도 환자 개인의 자기결정권을 무시한 것으로 의사는 환자의 인격권 침해에 대한 손해배상책임을 부담하여야 한다고 하는 것이다.<sup>53)</sup>

## 제4절 의사의 설명의무의 법적성질

### 1. 학설

#### 1) 승낙무효설

환자의 동의는 치료행위의 위법성조각사유이며, 의사의 설명이 단지 환자의 승낙의 유효요건에 불과하다는 견해로 승낙은 의료행위의 위법성조각사유라는 입장에서, 불충분한 의사의 설명은 환자의 승낙을 무효로 하고 그리하여 치료의 위법성이 조각되지 않아 의사는 불법행위책임 또는 채무불이행책임을 진다

---

52) 임통일, 「의사의 설명의무와 그 위반의 효과」, 판례연구 제9집, 서울지방변호사회, 1996, 201면.

53) 이덕환, 앞의 논문, 77-83면.

는 것이다.<sup>54)</sup>

이 견해에 대해서는 “승낙무효설은 승낙이 무효로 되는 법적 근거를 착오 또는 사기에서 구하는 것 같으나, 여기에는 의문이 있다. 즉 거기에서 말하는 착오 또는 사기가 의사표시에 있어서의 착오 또는 사기와 어떤 관계가 있을까 하는 점이 반드시 명확히 되어 있지는 않다는 것이다. 더욱이 환자의 동의는 의사표시 내지 의사의 통지라고 할 수 있어 의사표시에 따른 착오 또는 사기를 적용하는 것은 가능하다. 그러나 그와 같이 해석한다고 하더라도 다음과 같은 의문이 남는다. 즉 환자가 자기결정권을 행사하기 위하여 필요한 정보는 거의 동기에 관한 것이고 표시되지 않은 동기의 착오는 무효의 원인으로 되지 않는다는 의사표시에 있어서의 착오에 관한 통설, 판례를 전제로 하는 한 착오무효를 기준으로 설명의 적부를 결정함은 환자의 자기결정권이 충분히 보호되지 않는 듯 사료된다.”<sup>55)</sup>라는 비판이 있다. 이에 대해 일본민법과 달리 우리 민법 제109조에 의하면 착오에 의한 의사표시는 취소사유로 규정하고 있다는 점도 승낙무효설에 대한 비판으로 생각할 수 있다.<sup>56)</sup>

## 2) 주의의무설

주의의무설은 의사의 설명의무를 치료상의 의무의 하나로 보는 견해이다. 이 견해는 의사의 설명의무를 환자의 동의와는 무관한 것이라고 하고, 치료상의 의무위반으로 보기 때문에 손해배상의 범위에 있어서 신체침해설을 취한다.<sup>57)</sup> 이 견해에 대해서는 다음과 같은 비판이 있다. 먼저 의사의 설명의무는

---

54) 안영환, 「의사의 설명의무에 관한 연구」, 서울대학교 법학석사학위논문, 1994, 32면.

55) 新美育文, 「醫師の説明義務と患者の同意」, 民法の争点II, JURIST(増刊), 有斐閣, 1985, 233면.

56) 이태섭, 「의사의 설명의무위반에 대한 민사책임」, 한양대학교 법학석사학위논문, 2011, 43면.

57) 신현호, 앞의 책, 203면.



환자의 자기결정권을 보호하기 위한 것으로서 의사에게 특별히 부과된 의무라는 점에서 독립된 목적을 인정할 수 있으며, 이는 의사의 주된 급부의무를 완전하게 이행하는데 이바지할 뿐 어떤 독립적 목적을 추구하는 것이 아닌 의사의 비독립적 주의의무와는 구별된다는 것이다. 또한 의사의 설명의무를 주의의무로 보게 되면 이러한 의사의 설명의무를 게을리 하는 것은 일반적인 진료상의 과실이 되고 그로 인하여 신체에 발생한 손해에 대하여 의사가 책임을 지는 것이므로, 이는 결국 이론상 극복된 신체침해설로의 복귀라는 것이다. 그리고 영미법상의 과실의 문제로 이러한 주의의무에 기초하고, 그 기준을 의사기준설에 의한다면 그러한 의사의 설명의무는 의사가 가지는 치료특권의 확장으로 인하여 인정의 범위가 좁아져서 결국 공허한 것이 된다는 비판이다.<sup>58)</sup> 이는 의사의 치료특권이 확장될 수 있는데 그로 인해 설명의무가 제한적으로 인정될 위험성이 있다.

### 3) 위법성조각사유설

위법성조각사유설은 의사의 설명을 환자의 동의의 유효조건 또는 전제조건으로 보고, 의사의 설명에 기한 환자의 동의를 의료침습행위에 대한 위법한 진단적 의료행위의 위법성조각사유로 보고 있다.<sup>59)</sup> 의사의 설명의무를 위반한 의료행위에 대해 상해의 고의를 인정한다. 그로 인해, 후술하는 손해배상의 범위에 대해서는 신체침해설을 취하고 있다. 다시 말해, 의사의 설명의무위반소송을 고의에 기한 신체침습의 소송으로 일반화한 것이다.

이 견해는 결과불법론<sup>60)</sup>에 기초하여, 의사의 설명과 환자의 동의 절차를 부

---

58) 안영환, 앞의 논문, 34-35면.

59) 김천수, 앞의 논문, 117면.

60) 이재상, 《형법총론》, 박영사, 1996, 69면; 결과불법론의 기초가 된 인과적행위론은 그 추상성 때문에 행위와 의미 있는 연관을 결한 결과까지도 이론상 행위에 포함된다고 보게 되어 행위론의 한계기능을 다하지 못한다.



주의하게 거치지 않는 경우, 의사의 설명의무위반이 있는 치료행위와 강도의 상해행위를 동일하게 취급하여 환자의 동의가 없으면 의료행위 자체가 위법성을 띠게 되는 것이라고 하는 것이다. 이러한 체계 하에서 불법판단의 대상인 객관적 행위는 치료행위의 자체에 대한 것이 된다. 수술을 위하여 피부를 절개하거나, 환자의 신체 부위를 적출하는 것, 또는 환자의 신체에 다른 물질을 삽입하는 것, 환자의 신체에 변경이 있는 것, 환자가 느끼는 고통 등이 그 대상이 된다. 또한 고의의 대상은 이러한 행위의 자체에 대한 것이 된다. 이러한 이론 하에서 환자의 동의가 없는 성공한 치료에 대하여 신체침해를 인정하고 있다.<sup>61)</sup> 그러나 이러한 결론이 행위불법론의 입장에서 보면 부당하다고 할 수 있다. 의료행위는 환자의 건강을 증진시키려는 목적 하에서 행하여지는 행위이므로, 강도의 상해행위와 동일시하는 것은 부당하다는 반론이 있다.<sup>62)</sup>

#### 4) 독립적 부수의무설

의사의 설명의무는 주된 급부의무와 병존하는 독립적 부수의무라고 하는 것이다. 이 견해에서는 환자는 의사에게 설명의무의 이행을 청구할 권리를 가지며, 주된 급부의무와는 독립하여 별도로 그 이행의 소를 제기할 수 있다.<sup>63)</sup> 의

61) 서광민, 「의료과오책임의 법적 구성」, 민사법학, 제8호, 1990.4. 52면, 54면; 결과불법론은 종래의 지배적 견해로서, 이에 의하면 독일민법 제823조 제1항의 위반이 있으면 이러한 결과를 야기한 행위는 위법성조각사유가 없는 한 객관적으로 위법하다고 한다. 이 견해는 형법학의 인과적행위론의 불법론과 궤를 같이 하는 것이다. 인과적행위론은 행위의 개념을 유의(有意)에 기한 신체적 동작으로 구성한다. 인과적행위론 하에서는 행위의 외부적 측면을 불법판단의 대상으로 하며, 행위의 내부적 측면을 유책성 판단대상으로 한다. 유책성 판단의 대상으로 고의와 과실을 모두 포함한다. 결과불법론의 경우 부작위로 인한 법익침해의 경우에 있어서 위법성을 설명할 수 없게 된다는 결점이 있다.

62) 서광민, 앞의 논문, 41면, 57면; 행위불법론은 독일민법 제823조 제1항의 침해가 비교의에 의한 경우는 법익침해와 함께 특정행위규범이나 주의의무를 위반한 경우에만 위법하다는 것이다. 이 견해는 형법학에 있어서 목적적행위론의 입장을 받은 것이다. 목적적행위론은 인간의 행동을 목적적 조정의 산물로 본다. 고의의 경우 이러한 목적과 분리할 수 없는 것으로 본다. 과실에 대하여는 결과발생의 회피를 위하여 요구되는 목적적 조정을 하지 아니한 것으로 본다.

사의 설명의무는 의사 측의 치료를 보다 완전하게 하는데 이바지하는 것은 아니라고 본다. 의사의 설명은 진찰치료행위의 여부를 결정하는데 필수적인 것으로 시간과 순서상 진찰치료행위에 선행한다는 것이며, 또한 환자의 자기결정권이라는 독립된 목적을 위한 독립적 부수의무라는 것이다.<sup>64)</sup>

의사의 설명의무의 독립적 목적은 환자의 자기결정권이며, 의사의 치료의무를 더욱 완전하게 하는 것은 아니다. 그러므로 의사의 진료상의 주의의무와는 구별된다. 따라서 의사의 설명의무를 게을리 하였다고 해서 곧바로 진료행위에 과실이 있는 것으로 판단하여 이것을 근거로 신체상의 손해에 대한 배상책임은 의사에게 귀속시키는 것은 무리이기 때문에, 손해배상의 범위는 정신침해설을 취한다.<sup>65)</sup> 또한 청구권경합설을 택하여 환자는 의사의 설명의무위반소송에서 채무불이행책임과 불법행위 책임 가운데 택일하여 추궁할 수 있다고 한다.<sup>66)</sup> 또한 환자는 주된 급부의무와는 독립된 이행의 소를 제기하여 설명의무의 이행만을 청구할 수 있다고 하기도 한다.<sup>67)</sup>

##### 5) 급부의무설

의사의 설명의무는 환자의 알권리와 자기결정권 실현에 기여하는 데 목적을 둔 중요한 의무중의 하나이다. 의사의 설명의무에 대해 의사의 주된 급부의무인 진료와 치료의무 등의 주된 급부의무와 독립적으로 존재하는 또 다른 하나의 주된 급부의무로 판단하는 것을 급부의무설이라고 한다.

독일에서는 의사의 진료 및 치료행위와 마찬가지로 의사의 설명의무를 의료계약의 주된 급부의무로 파악하고 있다.<sup>68)</sup> 김상용 교수 또한 의사의 설명의무

---

63) 이호연, 《채권법 총론》, 한국방송통신대학출판부, 1991, 10면.

64) 김천수, 앞의 논문, 343면; 안영환, 앞의 논문, 36면.

65) 김천수, 앞의 논문, 137면; 김장한, 앞의 논문, 40면.

66) 김천수, 앞의 논문, 133면.

67) 안영환, 앞의 논문, 36면; 이호연, 앞의 책, 10면.

를 부수의무가 아닌 주된 급부의무의 하나로 이해된다고 하고 있다.<sup>69)</sup>

의사의 설명의무의 발생근거는 의료계약 체결시 설명계약을 따로 하는 경우는 당연히 주된 급부의무가 되겠지만, 설명계약을 따로 하지 않더라도 묵시적인 합의에 의해서 주된 급부의무로서 성립하게 된다.

의사의 설명의무위반에 대한 의료과오소송을 제기할 때 주된 급부의무와는 독립된 이행의 소를 제기할 수 있게 되는데, 이것은 의사의 설명의무위반 또한 의료과오 소송으로 판단하는 것이고<sup>70)</sup>, 의사의 설명의무를 의사의 주된 급부의무인 진료와 치료의무 등과 같은 주된 급부의무로 판단하고 있다고 생각한다.

의사의 설명이 환자의 신체를 침습하기 전, 동의를 받기 위해 이행되어야 하고 의사가 설명을 제대로 이행하지 않고 치료를 하는 것은 환자의 자기 신체의 침습에 대한 동의 없이 이루어진 의료행위이기 때문에 위법하다는 점과 설명의무는 단지 진료를 위한 봉사가 아니라 환자의 자기 신체의 침습에 대한 동의를 받기 위해 이행되어야 하는 점 때문에 의사의 설명의무를 주요 급부로 볼 수 있는 것이다. 따라서 손해배상의 범위는 신체침해설을 따르게 된다고 본다.

다수설의 독립적 부수의무설의 견해는 진료 및 치료의무에 중점을 두어 자기 신체에 대한 침습에 대한 동의를 너무 가볍게 생각하는 게 아닌가 하는 생각이 든다.

그러므로 의사의 설명의무를 의사의 주된 급부의무인 진료와 치료의무와 같은 주된 급부의무로 보아야 할 것으로 생각한다.

## 2. 판례

---

68) Erwin Deutsch, *Artzrecht und Arzneimittelrecht*, 2. Aufl.(1991) S. 36; Karlmann Geiß, *Arzthaftspflicht*, 2. Aufl.(1993), S. 17.

69) 김상용, 앞의 책, 781면.

70) 대판 1994.4.15. 92다25885; 대판 1995.4.25. 94다27151; 서울지법 1994.8.24. 93가합80648.

## 1) 주의의무로 본 판례

대법원은 "...의사로서는 성형수술이 그 성질상 긴급을 요하지 아니하고 성형수술을 한다하더라도 외관상 다소간의 호전이 기대될 뿐이며 다른 한편으로는 피부이식수술로 인한 피부 제공처에 상당한 상처로 인한 후유증이 발생할 가능성이 있음을 고려하여 수술 전에 충분한 검사를 거쳐 환자에게 수술중 피부이식에 필요하거나 필요하게 될 피부의 부위 및 정도와 그 후유증에 대하여 구체적인 설명을 해준 연후에 그의 사전 동의를 받아 수술에 임하였어야 할 업무상 주의의무가 있음에도 불구하고 이에 이르지 아니한 채 막연한 두피이동술 및 식피술 등의 수술에 관한 동의만 받았을 뿐 양대퇴부의 피부이식에 대한 내용 및 그 후유증 등에 대하여 구체적으로 설명하여 주지 아니하고 수술에 이르렀다면 이 사건 성형수술로 피해자가 입은 손해는 의사의 위와 같은 주의의무를 다하지 아니한 과실로 인한 것이라고 할 것이다..."라고 판시함으로써 의사의 설명의무를 주의의무로 보고 있다.<sup>71)</sup>

## 2) 위법성조각사유로 본 판례

판례는 환자의 승낙이 위법성조각사유임을 명확히 밝히고 있는데, "...비록 의사가 적절한 판단에 의한 의료행위라 하여도 환자의 승낙이 있었을 때 비로소 그 위법성이 조각되는 것이라 할 것인데, 일반적으로 진료계약의 체결에 의하여 당연히 환자의 신체나 그 기능에 대한 침해행위에 대하여 환자의 승낙이 있었던 것이라고 간주할 수는 없으므로 진료계약으로부터 당연히 예측되는 위험성이 경미한 침해행위를 제외하고는 긴급한 사태로서 환자의 승낙을 받을 시간적인 여유가 없거나 설명에 의하여 환자에게 악영향을 미치거나 의료상 악영

---

71) 대판 1987.4.28. 86다카1136.

향을 가져오는 경우 등 특별한 사정이 없는 한 담당의사로서는 원칙적으로 환자의 병상, 의사가 필요하다고 생각하는 의료행위와 그 내용, 그것에 의하여 생길 것으로 기대되는 결과 및 그것에 수반되는 위험성, 당해 의료행위를 실시하지 않을 경우에 생길 것으로 예견되는 결과와 대체가능한 다른 치료방법 등에 관하여 환자에게 설명을 하고 환자의 개별적인 승낙을 받을 의무가 있고 환자의 신체에 대한 침해행위에 대하여 환자의 승낙이 없었던 경우에 있어서는 의사의 행위가 치료목적으로 성공되었는지 여부에 관계없이 앞서 본 특단의 사정이 없는 한 위법하다는 평가를 면할 수 없다고 봄이 상당하다...<sup>72)</sup>라고 판시하고 있다.

또한 "...의사의 의료행위는 의료계약에 터 잡아 행하여지는 것이 보통이지만, 의사가 선량한 관리자의 주의의무를 다하여 적합한 의료행위를 행하는 한 그 내용에 관하여는 상당히 광범위하게 의사의 재량에 맡겨진 측면이 존재하는 것을 부정할 수는 없으나, 한편으로 의사의 진단 또는 치료를 위한 의료행위가 환자의 신체나 그 기능에 대한 침해행위의 측면도 가지고 있는 이상 환자도 자기의 생명과 신체의 기능을 어떻게 유지하는가에 대하여 스스로 결정하는 권능을 가지는 것이라 할 것이니, 비록 의사의 적절한 판단에 의한 의료행위라 하여도 환자의 승낙이 있었을 때 비로소 그 위법성이 조각된다 할 것인데 일반적으로 진료계약의 체결에 의하여 당연히 환자의 신체나 그 기능에 대한 침해행위에 대하여 환자의 승낙이 있었던 것이라고 간주할 수는 없으므로, 진료계약으로부터 당연히 예측되는 위험성이 경미한 침해행위를 제외하고는 긴급한 사태로서 환자의 승낙을 받을 시간적 여유가 없거나 설명에 의하여 환자에 악영향을 미치거나 의료상 악영향을 가져오는 경우 등 특별한 사정이 없는 한, 담당의사로서는 원칙적으로 환자의 병상, 의사가 필요하다고 생각되는 의료행위와 그 내용, 그것에 의하여 생길 것으로 기대되는 결과 및 그것에 수반하는 위험성, 당해 의료행위를 실시하지 않을 경우에 생길 것으로 예견되는 특별한 사

---

72) 서울고법, 1996.7.24. 95나8403.

정에 대하여, 개별적인 승낙을 받을 의무가 있고 환자의 신체에 대한 침해행위에 대하여 환자의 승낙이 없었던 경우에 있어서는 의사의 행위가 치료목적으로 성공되었는지 여부에 관계없이 앞서 본 특단의 사정이 없는 한 위법하다는 평가를 면할 수 없다..."라고 판시함으로써 환자의 동의를 위법성조각사유로 보고 있다.<sup>73)</sup>

### 3) 위법성조각사유 및 주의의무로 본 판례

대법원은 "...의사가 부정확, 불충분한 설명을 근거로 이루어진 것이기에 이 사건 수술의 위법성을 조각할 유효한 승낙이라고 보기 어렵고 가사 원고의 개복 당시의 상황이 만성 자궁외 임신으로서 의학상 자궁제거가 불가피한 상황이었기 때문에 자궁제거 자체에는 과실이 없었다고 하더라도 앞서 본 바와 같이 자궁외 임신의 경우에 자궁제거 수술이외에 다른 치료방법의 여지가 있으므로 위 피고들로서는 위 원고의 정확한 병명 및 자궁외 임신의 치료방법, 당시 위 원고의 상태 및 자궁제거수술의 불가피성 등을 알려 원고들이 스스로 자궁제거 수술 여부를 결정할 수 있도록 하여야 할 주의의무가 있다고 할 것인데 그러한 조치를 다하지 아니한 잘못이 있다..."<sup>74)</sup>라고 판시하였다. 의사가 자궁외 임신을 자궁근종으로 오진하여 환자에게 자궁의 일부만을 절제할 것으로 설명하고, 동의를 얻은 후 자궁을 제거하고 치료를 완성한 경우이다.

판결은 의사의 책임을 인정하면서 판결이유에 환자의 동의를 위법성조각사유로 보면서, "...부정확, 불충분한 설명을 근거로 이루어진 것이기에 이 사건 수술의 위법성을 조각할 유효한 승낙이라 보기 어렵고..."라고 판시하고 있다. 그러나 판결 이유에서 "...위 원고의 정확한 병명 및 자궁외 임신의 치료방법, 당시 위 원고의 상태 및 자궁제거 수술의 불가피성을 알려 원고들이 스스로 자

---

73) 서울지법, 1992.3.13. 90가합45545.

74) 대판 1992.4.14. 91다36710.



공제거수술 여부를 결정할 수 있도록 하여야 할 주의의무가 있다고 할 것이다..."라고 밝혀 위법성조각사유 및 주의의무로 보고 있다.

#### 4) 독립적 부수의무로 본 판례

대법원은 "...응급환자의 경우나 그 밖의 특별한 사정이 없는 한 환자에게 수술 등 인체에 위험을 가하는 의료행위를 함에 있어 그에 대한 승낙을 얻기 위한 전제로서 당해 환자에 대하여 사전에 질병의 증상, 치료 방법의 내용 및 필요성, 예후 및 예상되는 생명·신체에 대한 위험과 부작용 등 당시의 의료수준에 비추어 환자의 의사결정을 위하여 중요하다고 생각되는 사항을 구체적으로 설명함으로써 환자로 하여금 수술 등의 의료행위에 응할 것인가의 여부를 스스로 결정할 기회를 가지도록 할 의무가 있고, 이러한 설명을 하지 아니한 채 환자의 승낙 없이 의료행위를 한 경우에는 설령 의사에게 치료상의 과실이 없는 경우에도 그 의료행위는 환자의 승낙권을 침해하는 위법한 행위가 된다. 의사는 응급환자의 경우나 그 밖의 특별한 사정이 없는 한 환자에게 수술 등 인체에 위험을 가하는 의료행위를 함에 있어 그에 대한 승낙을 얻기 위한 전제로서 당해 환자에 대하여 사전에 질병의 증상, 치료 방법의 내용 및 필요성, 예후 및 예상되는 생명·신체에 대한 위험과 부작용 등 당시의 의료수준에 비추어 환자의 의사결정을 위하여 중요하다고 생각되는 사항을 구체적으로 설명함으로써 환자로 하여금 수술 등의 의료행위에 응할 것인가의 여부를 스스로 결정할 기회를 가지도록 할 의무가 있고, 이러한 설명을 하지 아니한 채 환자의 승낙 없이 의료행위를 한 경우에는 설령 의사에게 치료상의 과실이 없는 경우에도 그 의료행위는 환자의 승낙권을 침해하는 위법한 행위가 된다..."<sup>75)</sup>고 판시하여 의사의 설명의무가 치료상의 주의의무와는 별개의 독립된 주의의무로서 동일한 가치를 가짐을 밝히고 있다.

---

75) 대판 1999.12.21. 98다29261.

## 제5절 소결

먼저 의사의 설명의무에 대한 의의를 알아보고 그에 따라 의료행위에 대하여 살펴보았는데 그 학설을 다섯 가지 정도 소개를 하였다.

첫 번째로 소개한 학설은 의학의 발달과 사회의 발전에 따라 의료행위의 개념이 변경될 수 있음을 전제로 사회통념에 비추어 판단하되 사람의 생명, 신체나 일반공중위생상 위험을 초래할 염려가 있는 행위는 의료행위에 포함될 가능성을 인정하여야 한다는 견해인데, 이 견해는 사람의 생명, 신체나 일반공중위생상 위험을 초래할 염려가 없는 행위라도 의료행위가 될 수 있다는 면에서 타당하지 않다고 생각한다. 이 논문이 의사의 설명의무를 주요하게 다루고 있는데 의사의 설명의무 또한 의료행위를 전제하고 있고 있다. 그런데 의사의 설명이 신체나 일반공중위생상 위험을 초래하지는 않기 때문이다.

두 번째로 소개한 학설이 행위의 실질이 아닌 의료법의 입법목적에 착안하여 의료행위에는 질병의 치료와 예방에 관한 행위에만 한정되지 않고, 그에 관계없는 것이라도 의학상의 기능과 지식을 가진 의료인이 하지 아니하면 보건위생상 위해를 가져올 우려가 있는 일체의 행위가 포함된다는 견해이다. 이 견해는 실질적인 의료행위에 대해 너무 포괄적이고 광범위하다. 의료행위를 질병의 치료와 예방에 관한 행위에만 한정하지 않는다고 하며 그에 관계없는 것도 포함한다는 것은 기본적인 기준조차 제시되어 있지 않은 것이고, 의학상의 기능과 지식을 가진 의료인이 하지 아니하면 보건위생상 위해를 가져올 우려가 있는 일체의 행위가 포함된다는 것에 대해서도 그 기준이 제시되지 않으며 막연하다. 첫 번째, 두 번째 의견 모두 단순히 보건위생상 위해를 발생시킬 우려가 있는 행위까지 의료행위에 포함시킨다면 의학의 사회적 적용 또는 의술과 관련이 없는 분야까지 그 범위가 무한히 확대될 수 있으므로 부당하다고 생각한다.



세 번째로 소개한 학설이 의료인이 의학의 전문적 지식을 기초로 한 경험과 기능에 의하여 실시하는 진찰, 검안, 처방, 투약 또는 외과수술 등 질병의 예방이나 치료행위는 물론 임상실험, 불임술, 인공임신중절, 안사술, 유전자치료 등 소위 ‘한계적 의료’도 의료행위라고 보는 견해인데 이 견해는 의료행위에 대한 기준은 명확하나 그 폭이 너무 좁아서 확장할 필요가 있고 빠르게 변화하는 의료기술과 의료환경에 적합한 견해라고는 볼 수 없다고 생각한다.

네 번째로 소개한 견해는 의료행위의 개념은 의학의 발달과 사회구조의 복잡다양화, 사회 및 개인의 가치관의 다양화 등을 수반하여 변화될 수 있는 것이어서 판례를 통하여 구체적 사안에 따라 정할 수밖에 없다는 견해인데 이 견해는 너무 판례에 치중하며 의존하고 있기에 타당하지 않다고 본다.

다섯 번째로 소개한 견해는 현대의학을 기본으로 하여 그 이론을 임상에 응용하는 행위로서 사람의 질병의 진단, 치료 혹은 예방을 목적으로 하는 행위를 의료행위로 보되, 의학의 발달과 공중보건상의 위해발생가능성과 관련하여 사회통념에 따라 그 때 그 때 그 내용이 정해지는 가변적인 것으로 봄이 상당하다는 견해인데 이 견해는 발전하는 의료기술과 변화하는 의료환경에 알맞고 사회통념에 따라 의료행위를 정하는 것이므로 타당하다고 생각한다. 여기에 의견을 보태자면 의료행위에 관한 명확한 정의를 내리고 있는 법조문이 없는 상황에서는 해당 사건별로 의료행위에 대해 구체적인 사안에 따라 명확하게 정하는 것이 옳다고 생각한다.

대법원 1974.11.26. 선고 74도1114 전원합의체 판결에서 보면 “...그러나 의료행위의 내용에 관하여는 이에 관한 정의를 내리고 있는 법조문이 없으므로 결국 구체적 사안에 따라 이를 정할 수밖에 없는 것인 바, 위의 개념은 의학의 발달과 사회의 발전 등에 수반하여 변화될 수 있는 것이어서 앞에서 말한 의료법의 목적, 즉 의학상의 전문지식이 있는 의사가 아닌 일반사람에게 어떤 시술행위를 하게 함으로써 사람의 생명, 신체상의 위험이나 일반공중위생상의 위험이 발생할 수 있는 여부 등을 감안한 사회통념에 비추어 의료행위 내용을 판단하여야 할 것...”이라고 판결한 내용과 서울지방법원 2000.2.1. 선고 99노6870

의 판결내용을 보면 "... '의료행위'에 관한 적극적인 정의규정을 두고 있지 않지만, 의료법 제1조는 '이 법은 국민의료에 관하여 필요한 사항을 규정함으로써 의료의 적정을 기하여 국민의 보건을 보호증진함을 목적으로 한다.'고 규정하고 있고, 같은 법 제2조 제2항은 '의료인은 그 종별에 따라 다음 각 호의 임무를 수행함으로써 국민 보건의 향상을 도모하고 국민의 건강한 생활 확보에 기여함을 사명으로 한다.'고 규정하고 있는 점에 비추어 보면 의료행위는 의학적 전문지식으로 질병이 진찰, 검안, 처방, 투약 및 외과적 시술을 시행하여 질병의 예방이나 치료행위를 하는 것을 의미한다고 말할 수 있고..."라고 판결하고 있는데 이는 상황에 따라 그리고 구체적인 사건에 따라 의료행위가 정의되어진다고 할 수 있겠다.

이어서 의사의 설명의무에 대한 미국법, 독일법, 일본법에 대해 살펴보았다. 미국법에서는 환자의 동의 없이 수술을 하면 불법행위를 범한 것이고, 이로 인하여 손해배상책임을 지게 하여 환자의 동의로서 의사의 재량권을 제한한 것으로 보인다. 독일법에서는 환자의 의사에 반하거나 동의 없이 행하여진 의료행위는 고의에 의한 신체상해로 간주하여 환자의 유효한 승낙을 받지 않은 경우는 불법행위가 됨으로 손해배상을 시키고 있다. 이는 의료행위의 위법성 여부를 환자의 동의와 자기결정권에 중점을 둔 것으로 해석될 수 있다. 일본의 판례는 독일 등 외국의 영향을 받아 환자의 자기결정권이 충분히 보호되어야 하기 때문에 의사의 설명의무를 무겁게 부담시키고 있다.

의사의 설명의무에 대해 학계에서 승낙무효설, 주의의무설, 위법성조각사유설, 독립적 부수의무설 등의 학설들이 주장되고 있고 각 학설들에 대한 평가와 비판에 대해서도 언급을 하였다. 그리고 급부의무설 내용과 그에 대한 견해도 제시하였다.

사회적으로 의사의 주된 업무는 진료, 치료 등 의료활동이다. 거기에 보태어 의사의 주된 급부의무에 설명의무까지 포함된다고 생각한다. 의료행위는 어떠한 형태로든지 의사가 환자에게 침습한다는 것을 전제하고 있는데 그에 대한 완전하고 효력 있는 환자의 승낙을 받기 위해서는 의사의 설명이 필요하다.

이러한 기준에 따르면 승낙무효설의 의사의 설명이 단지 환자의 승낙의 유효요건에 불과하다는 것은 의료행위 중의 의사의 설명의무에 대한 중요성을 아주 낮게 판단하는 게 아닌가 하는 생각이 든다. 또한 주의의무설은 의사의 설명의무를 치료상의 의무의 하나로 보고 환자의 동의와는 무관한 것으로 보는데, 이것은 의사의 주된 급부의무인 진료와 치료 등의 급부에 의사의 설명의무를 종된 급부로 여기는 것으로 의사의 설명의무를 독립된 의무로서 인정하는 관점에서 본다면 부당하다고 판단된다. 또한 의사의 설명의무와 환자의 동의는 의료행위에 대한 원만한 합의점을 이끌어내고 의사의 설명의무를 이행함과 동시에 환자의 자기결정권 존중과 의료분쟁 방지 측면에서 본다면 서로 유기적으로 연결되어 있다고 볼 수 있다. 따라서 의사의 설명의무는 환자의 동의와 밀접한 관련이 있는 것이다. 위법성조각사유설에 대해서는 의료행위가 환자의 건강과 신체생활의 질을 높이는 목적으로 행하여지는 행위이므로 강도 등의 상해행위와 동일시하는 것은 부당하고 본다.

독립적 부수의무설은 의사의 설명의무를 의사가 행하는 진료와 치료 등의 급부의무를 주된 급부의무로 보고 거기에 병존하는 독립적 부수의무라고 한다.<sup>76)</sup> 의사의 설명의무를 다른 의무들과 독립적이라는 것에는 동의하지만, 부수적으로 행하여진다는 의견에는 동의하지 않는다. 의료행위를 할 때는 의사가 어떤 형태로든지 환자에게 침습을 가하게 된다. 침습을 하기 전에 그러한 침습에 대한 설명을 하고 동의를 구하는 행위는 침습에 해당하는 행위를 하는 것과 비교해 볼 때 동등하거나 오히려 더욱 중요한 것이라고 판단된다. 의사의 침습에 대한 설명으로서 환자가 의료행위를 받을지 받지 않을지에 대한 판단을 하게 되고 결정을 하게 되는데, 의사가 설명을 전혀 하지 않았거나, 의사의 설명이 불충분하거나 부정확했을 경우는 환자의 무지 내지 판단을 흐리게 하는 등의 이유로 환자에게 결정기회이익을 박탈하기 때문이다.

의사의 설명의무는 환자의 알권리와 자기결정권 실현에 기여하는 데 목적을

---

76) 김친수, 앞의 논문, 343면; 안영환, 앞의 논문, 36면.

둔 중요한 의무중의 하나이다. 의사의 설명의무에 대해 의사의 주된 급부의무인 진료와 치료 의무 등의 주된 급부의무와 독립적으로 존재하는 또 다른 하나의 주된 급부의무로 판단하는 것을 급부의무설이라고 한다고 언급하였다.

의사의 설명의무위반에 대한 의료과오소송을 제기할 때 주된 급부의무와는 독립된 이행의 소를 제기할 수 있게 되는데, 이것은 의사의 설명의무위반 또한 의료과오 소송으로 판단하는 것이고<sup>77)</sup>, 의사의 설명의무를 의사의 주된 급부의무인 진료 및 치료의무 등과는 같은 주된 급부의무로 판단하고 있다고 생각한다.

의사의 설명이 환자의 신체를 침습하기 전, 동의를 받기 위해 이행되어야 하고 의사가 설명을 제대로 이행하지 않고 치료를 하는 것은 환자의 자기 신체의 침습에 대한 동의 없이 이루어진 의료행위는 위법하다는 점, 설명의무는 단지 진료를 위한 봉사가 아니라 환자의 자기 신체의 침습에 대한 동의를 받기 위해 이행되어야 하기 때문에 의사의 설명의무를 주요 급부의무로 볼 수 있는 것이다.

다수설의 독립적 부수의무설의 견해는 진료 및 치료의무에 중점을 두어 자기 신체에 대한 침습에 대한 동의를 너무 가볍게 생각하는 게 아닌가 하는 생각이 든다.

그러므로 의사의 설명의무는 의사의 주된 급부의무인 진료와 치료의무와 같은 주된 급부의무로 보아야 할 것으로 생각한다.

---

77) 대판 1994.4.15. 92다25885; 대판 1995.4.25. 94다27151; 서울지법 1994.8.24. 93가합80648.

## 제3장 의사의 설명의무의 내용

### 제1절 의사의 설명의무의 유형

제2장에서 살펴보았듯이 의사는 환자의 자기결정권의 실현을 위한 전제로서 설명의무를 부담하고 환자는 자기결정권을 가지고 있다. 먼저 의사의 설명의무의 유형에 대해 진료설명 의무와 자기결정설명 의무로 나누고, 자기결정설명 의무에서는 진단설명 · 경과설명 · 위험설명으로 나누어 다음에서 차례로 살펴본다.

#### 1. 진료설명 의무

진료설명 의무에서의 설명은 기본적으로 환자의 자기결정에는 관계없는 내용으로 치료행위에 관계가 깊은 자기결정설명 외의 환자의 현재 건강상태에 대한 설명, 환자의 건강향상을 위한 방법에 대한 설명, 환자가 건강향상을 위한 방법에 따르지 않을 경우 발생할 수 있는 의학적 소견 및 손해 등 개인적인 판단 등을 진료설명 의무의 설명내용으로 볼 수 있다. 진료설명 의무의 설명은 환자의 자기결정권에 영향을 미치지 않아야 하며, 의사의 조언 의무, 안내 의무, 경고 의무, 지시 의무, 지도 의무 등이 포함된다고 볼 수 있다.<sup>78)</sup>

#### 2. 자기결정설명 의무

환자의 자기결정권에 기여하는 설명으로 환자가 의료행위에 대하여 동의하는 경우에 자기결정을 하기 위하여 필요한 근거를 제공하기 위한 설명을 의미

---

78) 김민중, 「의료행위에서의 설명과 동의」, 대한병원협회지(통권 제202호), 1993. 3. 33면 이하; 문국진, 《의료법학》, 청림출판, 1991, 63면.

한다. 즉 의사는 환자가 치료를 받을 것인지 받는다면 어느 정도 받을 것인지에 대하여 자유의사에 따라 합리적인 결정을 할 수 있도록 도와주어야 할 의무를 부담한다.<sup>79)</sup> 자기결정설명의무에는 진단설명, 경과설명, 위험설명 등이 있다.

먼저 진단설명으로 의사는 환자에게 진료 및 검진, 검사 등을 통해 환자의 질병, 환자에게 가해질 침습 전의 환자의 상태 및 환자의 건강상태에 대한 전반적인 설명과 현재의 의학수준에 비추어 질병의 치료가능성을 설명하고 치료방법의 선택 및 대체 가능한 치료방법 등을 설명해야 하는데 이를 진단설명이라 한다.<sup>80)</sup> 환자가 질병을 알고 있는지 그리고 어떤 질병을 앓고 있는지에 대하여 설명해야 하고, 자신이 질병이 있다는 사실을 듣고 알도록 하는 것이 환자의 자기결정을 보호하기 위한 설명의무이며 환자의 자기결정을 위한 전제조건이라는 것이다.<sup>81)</sup> 이 진단설명의무는 순수한 진단 계약 시에는 주된 급부의무이며 또한 의사에게 조언이 요청되는 경우 우선 의사의 진단을 확인하여야만 한다.<sup>82)</sup>

의사가 환자에게 실시할 의료행위의 내용을 설명하는 것을 경과설명이라고 한다. 이러한 경과설명은 의사가 시행할 의료행위와 그 내용인 필요한 의료침습의 종류와 방법 및 범위에 대하여 환자에게 설명을 하여야 할 의무가 있다는 것이다.<sup>83)</sup>

경과설명에서는 의료행위에 의하여 기대되는 성과와 필요한 의료행위를 당장 받지 아니하는 경우, 환자의 건강상태가 어떻게 진행될 것인지에 대한 장래예측에 대해 설명하는 것이다. 환자가 특정진료 및 치료를 거부하는 상황에서 의사가 경과설명을 다하지 않았고 그로 인하여 환자가 치료를 받지 않아서 좋

---

79) 범경철, 앞의 논문, 196면.

80) 박경수, 앞의 논문, 61면.

81) 박경수, 앞의 논문, 61면.

82) 이덕환, 앞의 책, 85면.

83) 박일환, 「의사의 설명의무와 환자의 승낙」, 재판자료 제27집, 법원행정처, 1985, 166면; 이를 ‘질병의 예후에 대한 설명’으로 표현하고 있다.



지 않은 결과가 발생했을 때에 의사는 그 설명의무위반의 책임을 면할 수 없게 된다.<sup>84)</sup> 따라서 환자가 치료를 거부하는 경우에 중요한 의미를 갖는다고 하겠다.

서울민사지방법원은 "...미숙아를 보육기 내에서 보육하면서 산소를 투여하는 경우 미숙아 망막증의 발병이 예상되므로 의사로서는 퇴원 당시 위 질환의 진행 여부를 확인하고 부모에게 그 발병가능성과 정기적인 안전검사의 필요성 등을 설명하여 주어야 함에도 이를 게을리 하여 미숙아가 실명하게 되었다고 보아 병원 측에 손해배상책임이 있다..."라고 판시하여 경과설명을 게을리 한 의사에게 손해배상책임을 인정하고 있다.<sup>85)</sup>

또한 의사는 의료행위의 부수적 효과인 후유증 · 부작용 등 필요한 의료행위에 따른 위험성에 대하여 설명할 의무를 부담한다. 의사는 동일한 의료행위에 있어서 자주 야기되는 의료사고가 있다면 이 위험에 대해서 환자에게 반드시 설명해야 한다. 예로 의약품의 부작용, 정신적 · 육체적 불완전성, 계속적 질병, 합병증 등에서 초래되는 기능과 제3자에게 초래될 위험성과 더 나아가 수술의 실패율 등에 관한 설명을 하여야 한다.<sup>86)</sup>

여기서는 어떤 위험이 나타날 수 있는지에 관한 정보가 제공되어야 하며, 이러한 위험설명을 함으로써 위험이 결부된 치료에 대한 동의를 유효하게 하여 환자로 하여금 헌법상 보장된 자기결정권을 실현하게 하는 것이다.<sup>87)</sup> 이러한 위험설명은 의료행위를 수용할 경우에 나타날 수 있는 위험성에 대한 설명이며 일반적 경과설명에서 다루는 위험보다 좁은 의미의 위험에 대한 설명이다.<sup>88)</sup> 관례에 의하면 의사는 자신이 예상하지 못한 수술상의 과오로 발생할 부작용에 대해서까지 설명해야 할 의무를 부담하는 것은 아니다.<sup>89)</sup>

---

84) 박종원, 앞의 논문, 70면.

85) 서울지법, 1993.2.2. 90가합96452.

86) 박태신, 「의료소송에 있어서 설명의무의 기능」, 연세법학연구 제5집 1권, 1998.5. 579면.

87) 김천수, 앞의 논문, 147면.

88) 김장한, 앞의 논문, 79면.



대법원은 "...일반적으로 의사는 환자에게 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 경우에 있어서 진료계약상의 의무 내지 침습 등에 대한 승낙을 얻기 위한 전제로서 당해 환자나 그 법정대리인에게 질병의 증상, 치료 방법의 내용 및 필요성, 발생이 예상되는 위험 등에 관하여 당시의 의료수준에 비추어 상당하다고 생각되는 사항을 설명하여 당해 환자가 그 필요성이나 위험성을 충분히 비교해 보고 그 의료행위를 받을 것인가의 여부를 선택할 수 있도록 할 의무가 있다..."<sup>90)</sup>라고 위험설명에 대해 판시하고 있다.

## 제2절 의사의 설명의무의 범위

설명의 범위는 의사가 환자에게 의료행위를 할 때 설명의 대상이 되는 사항에 대한 것이다. 이은영 교수에 따르면 설명의 대상은 진단의 결과, 질병을 방지하는 경우 예상되는 결과 및 치료하는 경우 예상되는 치유 결과, 여러 개의 처치수단의 선택가능성, 치료에 따르는 위험 등의 부수적 효과 등이다.<sup>91)</sup> 의사가 환자에게 의료행위를 하는데 있어서 설명을 어느 정도로 어디까지 해야 하는지를 일률적으로 정해놓고, 따르게 하는 데는 현실적으로 무리가 있다. 개별적 의료행위와 각각의 의사와 개개인의 환자마다 상황이 다르기 때문이다. 하지만 각각 다른 상황마다 다른 기준을 적용한다면 법적안정성이 문제가 될 수도 있고, 이는 의사에게 의료과오유무와는 관계없이 설명의무에 따르는 무한책임을 지우는 결과를 초래할 수도 있어 바람직하지 않다.<sup>92)</sup>

---

89) 박종원, 앞의 논문, 76면.

90) 대판 2002.10.25. 2002다48443.

91) 이은영, 앞의 책, 939면.

92) 김천수, 앞의 논문, 180-182면.

의사의 설명의무의 범위를 어떻게 정할 것인가에 대한 논의가 활발하며, 미국, 독일, 일본 등에서도 다양한 의견<sup>93)</sup>이 제시되고 있다.

## 1. 설명의무의 범위기준

### 1) 주관적 기준

설명 대상에 대하여 의사가 환자에게 어떤 범위 안에서 어느 정도로 설명하여야 하는지를 결정하는 것은 쉽지 않다. 일반적으로 의사의 “충분한 설명”을 전제로 한 환자의 동의만이 유효하다고 하는데, 과연 어떤 기준으로, 그리고 의사와 환자 중 누구를 기준으로 충분한 설명이라고 할 것인가에 대해 견해가 나누어진다.

첫째, ‘합리적 의사 기준설’로 선량한 관리자로서의 의사 또는 합리적인 의사이면 설명할 것으로 기대되는 정보를 설명하여야 한다는 견해, 둘째, ‘합리적 환자 기준설’로 평균적이거나 합리적인 환자라면 중요시 할 것으로 기대되는 정보를 설명하여야 한다는 견해, 셋째, ‘구체적 환자 기준설’로 당해 구체적 환자가 중요시 하는 정보를 설명하여야 한다는 견해, 넷째, ‘이중기준설’로 당해 구체적 환자가 중요시하는 정보이고, 동시에 그것을 합리적인 의사이면 인식할 것으로 기대되는 정보를 설명하여야 한다는 견해 등이 있다.<sup>94)</sup>

사건으로는 환자와 의사를 모두 고려하는 이중기준설이 타당하다고 생각한다.

### 2) 객관적 기준

---

93) 岩志 和一郎, 「의료에 있어서 환자의 자기결정과 의사의 책임」, 의료기술의 발달에 따른 의료법의 대응/한일법학회, 세창출판사, 1999, 119면.

94) 김천수, 앞의 논문, 180면 이하.

의사의 환자에 대한 설명의무는 의료행위의 모든 단계에서 발생한다.<sup>95)</sup> 이러한 설명의무의 기준과 정도는 일반적으로 병상에 대한 의료적 침해의 위험성의 정도와의 관계에서 규정되어지게 된다.<sup>96)</sup> 위험의 정도나 침습의 긴급성, 치료수단의 선택성 등으로 나누어 설명한다.

먼저 위험의 정도로서 일반적으로 침습이 위험할수록 설명의무의 범위는 확대되며, 합병증의 발생가능성이 적다고 하더라도 환자의 생명·신체에 중대한 위해를 가할 수 있는 경우에는 설명의 정도가 높아야 할 것이다.<sup>97)</sup> 수술이 긴급하거나 중대한 위험을 방지하기 위하여 필수적인 것이 아니라면 의사의 설명의무가 비교적 엄격히 요구된다. 또한 위험이 더 적은 진료대안이 있는 경우에도 그에 대한 설명이 있어야 한다. 결국 치료에 대하여 동의 또는 거부하는 환자의 자기결정권에 대하여 발생가능한 모든 개연성의 범위 내에 있는 위험의 정도가 설명의무의 범위를 결정짓는데 중요한 역할을 하게 된다.<sup>98)</sup>

그러나 대법원은 “...의사에게 당해 의료행위로 인하여 예상되는 위험이 아 니거나 당시의 의료수준에 비추어 예견할 수 없는 위험에 대한 설명의무까지 부담하게 할 수는 없으며...” 라고 판시하여, 예견할 수 없는 위험은 설명의무에서 배제하고 있다.<sup>99)</sup> 하지만, 예견가능성이 낮더라도 가능성이 있거나 중대한 결과를 발생시킬 수 있으면 설명의무를 부담해야 한다고 생각한다.

다음으로 의료행위의 긴급성을 살펴보면, 일반적으로 침습이 긴급하고 필요할수록 설명의무의 범위는 축소되며 침습이 긴급하지 않거나 필요성이 낮을수록 그 범위는 확대되게 된다. 결국 설명의무의 범위는 침습의 긴급성에 반비례한다고 할 수 있다.<sup>100)</sup>

---

95) 대판, 1995.4.25. 94다27151.

96) 김천수, 앞의 논문, 33면.

97) 이덕환, 앞의 논문, 주)83.

98) 이덕환, 앞의 책, 114면.

99) 대판, 1999.9.3. 99다10479.

100) 이덕환, 앞의 논문, 115면.

앞서 살펴본 판례 대법원 1992.4.14.선고 91다36710판결에서 자궁외임신을 자궁근종으로 오진하여 환자의 동의 없이 자궁을 적출한 사건에서 수술의 긴급성이 없다는 이유로 설명의무위반책임을 물었다. 또한 대법원은 "...미용성형수술의 경우 그 성질상 긴급을 요하지 아니하므로 수술부위 및 정도와 그 후유증에 대하여 구체적인 설명을 하여 준 연후에 환자의 사전동의를 받아 수술에 임하였어야 할 업무상 주의의무가 있음에도 불구하고, 설명과 동의 없이 수술한 결과, 피해가 발생하였다면 손해를 배상하여야 한다..."<sup>101)</sup>고 판시하였다.

그러나 이와는 다르게 응급환자의 경우에는 침습의 긴급성이나 필요성이 증가하게 되므로 설명의무의 범위는 상대적으로 아주 줄어들게 된다.<sup>102)</sup>

그리고 치료수단의 선택성을 살펴보도록 하겠다. 올바른 치료방법의 선택은 원칙적으로 의사가 결정해야 할 사안이다.<sup>103)</sup> 그러나 환자는 여러 가지 진료방법 중에서 자신에게 알맞은 또는 자신이 원하는 진료 및 치료방법을 선택할 때, 합리적으로 결정권을 행사할 수 있고 그 결정권은 의사에 의해 박탈되던 안 된다.<sup>104)</sup> 의사는 자신의 환자를 대신해서 결정할 수 없고, 해서도 안 되며, 환자에게 다양한 선택의 가능성을 제시하고 알려주어야 한다. 치료효과가 동등한 여러 가지 진료방법이나 치료방법에 대해 그것들의 상이한 위험과 실패 그리고 성공에 대해 구체적으로 의사는 환자에게 설명해야 한다. 아울러 새로운 종류의 진료방법과 치료방법을 사용하는 경우에는 의사가 간과할 수 없는 위험에 대하여 특히 자세한 설명이 필요하다. 다시 말해, 치료방법이 새로우면 새로운수록 그리고 그 효과에 대한 검증도가 낮으면 낮을수록 설명의무의 범위는 더욱 확대되고 강조된다.<sup>105)</sup> 성형수술에서 신체 내에 삽입되는 보형물이나 자

---

101) 대판 1987.4.28. 86다카1136.

102) 서울지법 북부지원 1993.2.11. 92가합5007 - 심장통증을 호소하는 응급환자에게 약물 부작용에 관한 설명 없이 투약한 것에 대해 설명의무위반이 아니라고 판시하였다.

103) 이덕환, 위의 논문, 120면. 주134).

104) 신현호, 앞의 책, 218면.

105) 조동원, 「의사와 환자의 법률관계」, 현대민법의 전망(범주 서영배 박사 화갑기

기신체를 이용한 수술, 치과미용치료에서 치아의 모양과 색깔을 위해 자연치아를 삭제하고 도제기공물을 만든 후 레진접착체로 붙이는 라미네이트 등 새로운 치료수단이 개발되고 발전됨에 따라 그런 정보가 거의 없는 환자에게 시술을 할 경우에는 의사의 설명의무가 더욱 중요시된다 하겠다.

## 2. 판례에 나타난 설명의무의 범위

대법원이 의사가 환자에 대하여 설명하여야 할 내용으로 인정하고 있는 것은 환자의 당시의 병상·병원의 시설 내용·수술의 필요성 여부·수술부위·수술외 다른 치료방법의 유무 등을 들고 있다.<sup>106)</sup> 한 예로 원고가 방광요도류와 자궁탈출증의 치료를 위해 피고의 병원에 1989.5.16. 입원하여 같은 달 16일 질식자궁적출술을 시술 받았는데, 위 시술 과정에서의 출혈로 인하여 피고 병원측은 피고 대한적십자사로부터 공급받은 혈액인 농축적혈구 2단위<sup>107)</sup>에 대하여 위 원고의 혈액과의 교차반응검사를 실시한 후 같은 날 위 원고에게 이를 수혈하였다. 그런데 수혈로 인하여 원고가 에이즈바이러스에 감염된 사실이 판명되자 이에 소를 제기하였다.

대법원은 "...의사는 응급환자의 경우나 그 밖의 특별한 사정이 없는 한, 환자에게 수술 등 인체에 위험을 가하는 의료행위를 함에 있어 그에 대한 승낙을 얻기 위한 전제로서, 당해 환자에 대하여 사전에 질병의 증상, 치료의 방법의 내용 및 필요성, 예후 및 예상되는 생명, 신체에 대한 위험과 부작용 등에 관하여 당시의 의료수준에 비추어 상당하다고 생각되는 사항을 설명함으로써 환자로 하여금 수술이나 투약에 응할 것인가의 여부를 스스로 결정할 기회를 가지도록 할 의무가 있고, 이와 같은 의사의 설명의무는 그 예상되는 생명 신체에

---

넘논문집), 1995, 538면.

106) 대판 1992.4.14. 91다36710; 대판 1995.1.20. 94다3421; 대판 1996.4.12. 95다56095.

107) 전혈 640cc에 해당하는 양, 혈액관리번호 11587, 47222.

대한 위험과 부작용 등의 발생가능성이 희소함에도 불구하고 설명의 대상이 된다고 보아야 하고, 이러한 설명을 하지 아니한 채 환자의 승낙 없이 의료행위를 한 경우에는 설령 의사에게 치료상의 과실이 없는 경우에도 그 의료행위는 환자의 승낙권을 침해하는 위법한 행위가 된다..."<sup>108)</sup>라고 판시하여 질병의 증상, 치료방법의 내용 및 필요성, 예후 및 예상되는 생명, 신체에 대한 위험과 부작용 등에 관하여 설명의무의 범위를 실시하고 있다.

그리고 일본 최고재판소<sup>109)</sup>는 의사가 설명해야할 사항으로 당해 질환의 진단, 실시예정수술의 내용, 수술에 부수하는 위험성 등을 들고 있고,<sup>110)</sup> 긴급성이 낮은 경우에는 환자의 현증상과 원인, 실시예정수술의 효과, 개선의 정도, 수술을 하지 않을 경우 구체적 예후내용, 수술에 수반되는 위험성에 관하여 불확정요소가 있는 경우에 그 기초로 되는 증상과약의 정도, 그 불확정요소가 발현된 경우의 대처할 준비상황 등을 설명하여야 할 경우도 있다고 한다.<sup>111)</sup>

### 제3절 의사의 설명의무의 이행

의사의 설명의무의 이행에서의 설명은 현실에서 환자가 의사와의 상담 내지 면담이라고 생각되어지고 있지만, 환자의 의료행위 중 치료를 받을 것인지 받지 않을 것인지를 결정하는 중요한 사안이므로 치료행위의 한 부분으로 인식되어야 한다. 따라서 해당 진료 내지 치료를 하는 의사에게는 설명의무가 있으며, 또한 의료행위를 하는 의사는 필요시마다 설명의무를 다해야 한다.

의사의 설명의무의 이행에서 설명의무자의 주체, 설명의 상대방, 이행시기,

108) 대판 1998.2.13. 96다7854.

109) 日本 最高裁判所 1981.6.19, 判例月報 第1011號 54面.

110) 김병태, 앞의 논문, 159면.

111) 이진성, 「의사의 설명의무와 손해배상의 범위」, 판례월보 제353호, 2000.2. 21면.



방법에 대해 살펴본다.

## 1. 설명의무의 주체

의료법 제2조<sup>112)</sup>에서는 “의사·치과의사·한의사·조산사 및 간호사”를 의료인으로 규정하고 있다. 의료행위는 주로 의사를 중심으로 이루어지지만 반드시 의사에 의해서만 행해지는 것이 아니고 여러 주체에 의해 행하여진다. 그렇다면 의료행위에 대한 설명은 누가 해야 하는지가 중요한 문제이다.

원칙적으로 설명의무는 의료행위에 속하므로 의료행위를 하는 의사가 의료행위를 할 때마다 설명의무를 부담해야 한다. 앞에서 살펴본 바와 같이 의사의 설명은 의료행위에 속하고, 따라서 의료행위를 하는 의사는 그때마다 책임법상 설명의무가 있다.<sup>113)</sup>

의사의 설명의무를 이행하는데 있어서 진료하는 의사와 설명하는 의사가 동일할 필요는 없다. 따라서 진료 및 수술을 시행한 의사의 동료가 환자에게 정보를 제공하는 설명을 할 수 있으므로, 반드시 진료하는 의사일 필요는 없다. 즉 자기결정설명 의무의 이행은 다른 의사에게 위임될 수 있으며 위임을 받은 의사는 설명의무의 인수에 따라 불법행위에 기하여 정규적으로 의무위반에 대하여 책임을 진다. 또한 진료를 하는 자가 개업의인 경우, 그가 환자에게 대학병원에 갈 것을 지시할 경우 대학병원에서 예상되는 처치에 대하여 그 의사는 원칙적으로 설명의무가 없다.<sup>114)</sup>

여러 명의 의사가 협진을 하는 경우에는 각 분야의 전문의 자신이 담당한 분야에 속하는 부분에서 발생 가능한 위험 등에 대해 원칙적으로 설명해야 한다. 예를 들면, 내과 의사가 위내시경 검사를 위해 일반외과의사에게 이송한 경

---

112) 의료법 제2조(의료인) ① 이 법에서 "의료인"이란 보건복지부장관의 면허를 받은 의사·치과의사·한의사·조산사 및 간호사를 말한다. <개정 2008.2.29, 2010.1.18>

113) 이덕환, 앞의 논문, 164면.

114) 이덕환, 위의 논문, 164-165면.



우, 위내시경의 검사의 내용과 경과 및 위험에 대해서는 위내시경 검사를 이행하는 일반외과의사가 설명의무를 이행하여야 한다. 그리고 의료에 참여한 의사가 여러 명 있을 때에는 배려의무가 있는 의사, 즉 환자와 의료계약을 체결한 의사 또는 환자의 주치의사가 설명하여야 한다.<sup>115)</sup>

다양한 분야의 전문의들이 협진하고 있는 종합병원은 설명의무의 관할을 의무적으로 규정해야 할 것이다. 설명의무의 주체는 원칙적으로 당해 처치의사라 할 것이나 특별한 사정이 없는 한 처치의사가 아닌 주치의 또는 다른 의사를 통한 설명으로도 충분하다.<sup>116)</sup> 그러나 수술에는 참여하지 아니하고 설명만 한 의사라 할지라도 설명이 불충분한 경우에는 그 범위 내에서 환자에게 책임이 있다.<sup>117)</sup>

설명 의무의 이행과 관련하여 병원장의 지도의무와 감독의무를 독일에서도 인정하였다. 병원장은 병원에 근무하는 의사 및 의료진들이 의사의 설명의무를 준수하는지, 꼭 필요한 설명이 배제되고 있지는 않는지를 적절한 방법으로 확인할 의무가 있다.<sup>118)</sup>

과장의사는 자신이 속한 과에서 행해지는 의료행위에 대한 설명의무에 책임이 있다. 과장의사는 일반의사에 대한 적절한 지도와 감독의무를 위반할 때에

---

115) 대판 1999.9.3. 99다10479 - "...일반적으로 의사는 환자에게 수술 등 침습을 가하는 과정 및 그 후에 악결과 발생의 개연성이 있는 의료행위를 하는 경우 또는 사망 등의 중대한 결과 발생이 예측되는 의료행위를 하는 경우에 있어서 진료계약상의 의무 내지 침습 등에 대한 승낙을 얻기 위한 전제로서 당해 환자나 그 법정대리인에게 질병의 증상, 치료 방법의 내용 및 필요성, 발생이 예상되는 위험 등에 관하여 당시의 의료수준에 비추어 상당하다고 생각되는 사항을 설명하여 당해 환자가 그 필요성이나 위험성을 충분히 비교해 보고 그 의료행위를 받을 것인가의 여부를 선택할 수 있도록 할 의무가 있는 것이지만, 의사에게 당해 의료행위로 인하여 예상되는 위험이 아니거나 당시의 의료수준에 비추어 예견할 수 없는 위험에 대한 설명의무까지 부담하게 할 수는 없으며, 설명의무의 주체는 원칙적으로 당해 처치의사라 할 것이나 특별한 사정이 없는 한 처치의사가 아닌 주치의 또는 다른 의사를 통한 설명으로도 충분하다..."라고 판시하면서 그 예외를 인정하고 있다.

116) 이덕환, 《채권각론》, 율곡미디어, 2010, 757면; 대판 1999.9.3. 99다10479.

117) Bundesgerichtshof(이하 BGH) Neue Juristische Wochenschrift(이하 NJW) 1980. 1905면.

118) BGH NJW 1956, 1106면, BGH NJW 1963, 393면.

일반의사의 설명의무위반행위에 대해서 불법행위법상 책임을 지게 된다.<sup>119)</sup>

병원운영자는 설명의무에 대한 이행채무자로서 계약상으로 진료를 담당하는 병원소속의사를 통해 설명의무를 이행해야 한다. 병원운영자가 이와 같은 설명의무를 위반할 때에는 자신의 의료기관인 병원에 대하여 불법행위법상 책임을 져야 하며, 해당 병원 의사들에 대하여도 책임을 져야 한다.<sup>120)</sup>

이와 더불어 병원운영자에게는 설명의무와 관련하여 그 자신의 고유한 의무가 있는 바, 병원운영자가 부담하는 조직의무의 내용은 병원환자에게 행하여지는 설명에 대한 일반적인 준칙의 확립을 우선하고, 불법행위법상의 설명에 대한 세부적인 지침, 정보 그리고 감독을 통하여 환자에게 필요한 설명을 조직적으로 보장해야 한다.<sup>121)</sup> 병원의 운영자는 그 병원에 근무 중인 의사에게 환자에 대한 완전하고도 포괄적인 설명의무를 다하도록 지도·감독할 의무를 부담하며, 단지 각과의 과장 등에게 일반적인 설명의무에 대한 지시를 하는 것만으로는 이러한 경영자의 의무를 다하였다고 할 수는 없다.<sup>122)</sup>

자주 교대하는 병동의사나 보조의사 또는 간호사 등 보조의료인은 설명할 자격이 없으며<sup>123)</sup>, 이들에 대한 설명의 위임은 허용되지 아니한다.<sup>124)</sup> 간호사 등의 의료보조인은 설명할 자격이 없으며, 또한 설명해야할 의무도 없다. 그러나 다른 비교적 최근 판례에서는 "...환자에 대한 수술은 물론, 치료를 위한 의약품의 투여도 신체에 대한 침습을 포함하는 것이므로, 의사는 긴급한 경우 기타의 특별한 사정이 없는 한, 그 침습에 대한 승낙을 얻기 위한 전제로서 환자에 대하여 질환의 증상, 치료방법 및 내용, 그 필요성, 예후 및 예상되는 생명

---

119) 이태섭, 앞의 논문, 61면.

120) 이덕환, 앞의 논문, 167면.

121) 이덕환, 앞의 논문, 167면.

122) 박일환, 앞의 논문, 164면.

123) 대구고법 1990.5.11. 86나1574 (대법원의 상고허가신청기각으로 확정) - "...뇌혈관조영술의 부작용 등 위험성에 관한 담당의사의 구체적 설명 없이 간호사가 그 검사가 있다는 사실을 알린 데 불과한 정도의 설명을 가지고 의사의 설명의무를 다하였다고 할 수 없다..."고 판시하였다.

124) 이덕환, 앞의 책, 《의료행위와 법》, 119-120면.

· 신체에 대한 위험성과 부작용 등 환자의 의사결정을 위하여 중요한 사항에 관하여 사전에 설명함으로써 환자로 하여금 투약에 응할 것인가의 여부를 스스로 결정할 기회를 가지도록 할 의무가 있고, 이러한 설명을 아니 한 채 승낙 없이 침습한 경우에는, 설령 의사에게 치료상의 과실이 없는 경우도 환자의 승낙권을 침해하는 위법한 행위가 된다고 할 것이고, 투약에 있어서 요구되는 의사의 이러한 설명의무는 약사가 의약품을 조제하여 판매함으로써 환자로 하여금 복용하도록 하는 경우에도 원칙적으로 적용된다고 봄이 상당하다..."<sup>125)</sup>고 판시하여, 치료를 위한 의약품투여에 관여하는 약사에게 설명의무를 인정하고 있다.

여기에서 의약분업에 따른 의사와 약사 사이의 설명의무 주체에 대해 살펴보고자 한다. 의약분업은 의사가 치료의 수단으로 환자로 하여금 약을 사용하게 하려고 할 때, 의사는 환자에게 처방전만을 교부하고, 약사는 처방전에 따라 약을 조제·투약하는 제도를 말한다. 즉 환자의 치료에 사용되는 의약품, 전문 의료인인 의사가 환자의 증상을 진단해 가장 적합하게 처방한 후 약사 역시 처방전에 따라 전문적으로 의 pharmaceutics를 조제·판매하는 것으로, 질 높은 의료 서비스를 제공하고 의약의 합리화와 약품의 남용을 방지하기 위해 도입한 제도이다. 의약분업 이전에는 병원에서 진료와 치료를 받고 당해 병원에서 지어주는 약을 받고 비용을 지불하였기 때문에 약에 대한 설명의무를 의사가 부담하는 것은 당연하였다. 그러나 1998년 의약분업이 시행된 후로는 의사는 환자에게 처방전만을 교부하고 약사가 처방전에 따라 약을 조제·투약하게 되었는데, 약에 대한 설명의무를 누가 부담할 것인가에 대해 의문의 여지가 있다. 약을 처방한 의사가 설명의무를 부담할 것인가, 아니면 약을 조제·투약하는 약사가 부담하는 것인가에 대한 것이다.

병원에서 진료를 받고 약을 살 때까지 복용 방법, 복용 횟수 등에 대한 설명은 받지만 약에 대한 작용 그리고 부작용, 다른 약에 대한 선택사항 등 환자

---

125) 대판 2002.1.11. 2001다27449.

가 자기결정을 할 수 있는 권리가 무시되고 있는 것이 현실이다. 위의 판례가 의약분업이후 가까운 시점에서 약사에게 설명의무를 인정하는 내려진 판결이므로 의미가 있다고 할 수 있다.

사건으로는 의사와 약사 모두 설명의무를 부담하는 것이 옳다고 생각한다. 그럼으로써 설명이 부족할 수도 있는 부분을 보완할 수 있고, 지적 의료서비스의 질도 향상되며, 환자도 자기결정권을 보다 더 용이하게 발현할 수 있을 것이라 생각한다.

## 2. 설명의 상대방

의사가 설명을 해야 할 상대방은 당해 의료행위에 대하여 동의할 자로서 원칙적으로 환자 본인이며,<sup>126)</sup> 따라서 의사는 환자 본인과 의논하지 아니하고 그의 친족이나 다른 사람들에게만 질병 및 의료처치에 대하여 설명하고 그들로부터 동의를 기대하거나 그들에게 동의를 위임받도록 할 수는 없다. 대법원은 환자가 성인으로서의 판단능력을 가지고 있는 이상 인척에 불과한 시숙이나 친족인 오빠의 승낙으로써 환자의 승낙에 갈음하는 것은 허용되지 아니한다고 판시하여 특별한 사정이 없는 한 본인에게 설명을 하고 승낙을 받을 것을 실시하고 있다.<sup>127)</sup> 동의권이 없는 친족에 대한 설명은 의사의 침묵의무상 환자와의 합의 또는 환자의 추정적 동의하에서만 원칙적으로 허용될 것이다.<sup>128)</sup>

미성년자의 경우 미성년자인 환자가 충분한 판단능력이 있는 경우에는 원칙적으로 그 환자에게 설명을 하여야 하며, 미성년자인 환자가 자기결정권을 행사하는데 필요한 이해력과 판단능력이 부족한 경우, 일반적으로 그 보호자를 설명 시에 참여시켜야 하고 예견되는 진료에 대하여 보호자의 동의를 얻어야 한다.<sup>129)</sup> 이때 원칙적으로 부모 모두가 동의해야 한다. 그러나 어느 쪽의 부모

126) 범경철, 앞의 논문, 203면.

127) 대판 1994.11.25. 94다35671; 대판 1997.7.22. 96다37682.

128) 김천수, 앞의 논문, 178면.

도 타방에게 자신의 행위에 대한 전권을 위임할 수 있다. 그렇지만 복잡하고 광범위한 사안을 결정할 때에는 부모중의 일방이 결정권을 조건 없이 광범위하게 포기하지 않는 한 의사는 나타나지 않은 부모 중 타방을 원칙적으로 결정에 참여시켜야 한다. 이것은 부모의 사회적 감독권과 공동대리의 원칙에 부합한다.<sup>130)</sup>

미성년자인 환자가 충분한 판단능력이 있는 경우에는 자신의 미래의 생활영위에 발생가능한 중요한 결과를 초래할 수 있지만, 절대적인 처치를 요하지 아니하는 침습이 문제시 된 경우에는 부모의 동의에 반대할 수 있다. 이 경우에는 미성년자에게도 설명이 행해져야 한다. 왜냐하면 진료동의를 경우에는 일신전속권인 법익에 대한 처분에 관계되기 때문에 동의권능은 민법상 행위능력에 달려있는 것이 아니라 환자의 실제적인 이해력과 판단능력에 좌우되는 것이므로 미성년자가 청소년인 경우에도 실제적인 이해력과 판단능력만 있으면 동의권자가 될 수 있기 때문이다.<sup>131)</sup>

정신질환자도 기본권을 가지고 있으며 의사는 이와 같은 환자의 경우에도 자기결정권, 신체와 건강이라는 법익에 대한 독자적인 처분권을 인정해야 한다. 따라서 이 경우도 환자 본인에 대한 동의의 필요성은 소멸되지 않는다. 다시 말해, 정신질환자가 의료행위에 대한 의미와 효과에 대해 변식능력을 가지고 있다면 그 환자의 동의는 유효하지만, 변식능력이 없는 경우에는 의사는 법정대리인에게 설명을 하고 동의를 얻어야 한다.<sup>132)</sup>

사고 등의 이유로 의식이 없는 환자 또는 오랜 기간 동안의 질병의 진행이나 약품의 장기간의 투여로 의식이 약화된 환자인 경우, 의사의 의료행위에 동의할 수 있는 의식능력이 결여되어 있을 수 있다. 그러나 이로 인해 동의의 필요성이 소멸되는 것은 아니다. 적절한 설명 후, 환자를 대리하여 결정해야 하는

---

129) 추호경, 「의사의 설명의무위반과 손해배상책임」, 법조 제538호, 2001.7, 15면.

130) 이덕환, 앞의 논문, 171면.

131) 이덕환, 앞의 논문, 171-172면.

132) 이덕환, 앞의 논문, 173면.

자로부터 동의를 얻을 수 있는 데, 이때 환자의 가까운 가족이 당연히 동의권자가 되는 것은 아니며, 결정권이 위임되지 않는 한, 침습 등의 의료행위에 대한 동의를 내릴 수 없다. 지체할 수 없는 위험이 존재하지 않는 한 민법의 규정에 따라 보호자가 선임되어야 한다.<sup>133)</sup>

어떠한 친족도 연락이 되지 않거나, 그들의 보고가 어떤 해명을 주지도 못할 경우에는 의사가 사무관리의 관점에서 불가피하게 요청되는 의료행위를 이행할 권리가 있다.<sup>134)</sup>

의료계에서는 사망 등의 중대한 결과 발생이 예측되는 의료행위를 하는 경우에 환자의 법정대리인이 아닌 환자의 배우자, 자녀 등 이른바 환자의 보호자에게 설명하는 경향이 있어 논란의 여지가 있다. 그렇지만 환자가 의식불명의 상태에 있거나, 환자가 설명을 직접 들으면 받게 될 정신적 충격이 너무 커서 질병이 급속히 악화될 가능성이 있다는 것과 같은 특별한 사정이 인정된다면 법정대리인이 아니더라도 최근친 가족 내지 친족이 설명의 상대방이 되는 것이 타당할 것이다.<sup>135)</sup>

의학적으로 환자가 의식의 회복가능성이 없고 생명과 관련된 중요한 생체기능의 상실을 회복할 수 없으며 환자의 신체상태에 비추어 짧은 시간 내에 사망에 이를 수 있음이 명백한 경우에 이루어지는 진료행위를 연명치료라고 한다.<sup>136)</sup>

판례는 환자가 회복불가능한 상태가 사망의 단계에 이를 경우를 대비하여 미리 의료인에게 자신의 연명치료 거부 내지 중단에 대한 의사를 밝힌 경우<sup>137)</sup>, 그것이 진료 중단시점에서 명확하게 입증될 수 있으면 유효하다고 한다. 그리고 이러한 사전지시서가 없는 경우에는 환자의 평소 가치관이나 신념

---

133) 이덕환, 앞의 논문, 174면.

134) 이덕환, 앞의 논문, 174면.

135) 이진성, 앞의 논문, 21면.

136) 대판 2009.5.21. 2009다17417 전원합의체.

137) 이하 사전의사지시서라 한다.



등에 비추어 연명치료를 중단하는 것이 객관적으로 환자의 최선의 이익에 부합한다고 인정되어 환자에게 자기결정권을 행사할 수 있는 기회가 주어지더라도 연명치료의 중단을 선택하였을 것이라고 볼 수 있는 경우에는 그 연명치료중단에 관한 환자의 의사를 추정할 수 있다고 한다.<sup>138)</sup>

판례에서는 의사를 상대로 한 사전지시서에 한해서만 유효하다고 하였으나, 교통사고 등에 의하여 갑자기 의식불명으로 되는 경우가 있으므로 가족 등을 상대로 사전지시서도 인정하여야 한다. 그리고 연명치료중지에 대한 환자의 추정적 의사(意思)는 그 사정을 가장 잘 알 수 있는 가족 등이 판단하여야만 할 것이다.<sup>139)</sup>

---

138) 대판 2009.5.21. 2009다17417 전원합의체.

139) 대판 2009.5.21. 2009다17417 전원합의체; (가) 의학적으로 환자가 의식의 회복가능성이 없고 생명과 관련된 중요한 생체기능의 상실을 회복할 수 없으며 환자의 신체상태에 비추어 짧은 시간 내에 사망에 이를 수 있음이 명백한 경우(이하 ‘회복불가능한 사망의 단계’라 한다)에 이루어지는 진료행위(이하 ‘연명치료’라 한다)는, 원인이 되는 질병의 호전을 목적으로 하는 것이 아니라 질병의 호전을 사실상 포기한 상태에서 오로지 현 상태를 유지하기 위하여 이루어지는 치료에 불과하므로, 그에 이르지 아니한 경우와는 다른 기준으로 진료중단 허용가능성을 판단하여야 한다. 이미 의식의 회복가능성을 상실하여 더 이상 인격체로서의 활동을 기대할 수 없고 자연적으로는 이미 죽음의 과정이 시작되었다고 볼 수 있는 회복불가능한 사망의 단계에 이른 후에는, 의학적으로 무의미한 신체침해행위에 해당하는 연명치료를 환자에게 강요하는 것이 오히려 인간의 존엄과 가치를 해하게 되므로, 이와 같은 예외적인 상황에서 죽음을 맞이하려는 환자의 의사결정을 존중하여 환자의 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권을 보호하는 것이 사회상규에 부합되고 헌법정신에도 어긋나지 아니한다. 그러므로 회복불가능한 사망의 단계에 이른 후에 환자가 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권에 기초하여 자기결정권을 행사하는 것으로 인정되는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 연명치료의 중단이 허용될 수 있다. 한편, 환자가 회복불가능한 사망의 단계에 이르렀는지 여부는 주치의의 소견뿐 아니라 사실조회, 진료기록 감정 등에 나타난 다른 전문의사의 의학적 소견을 종합하여 신중하게 판단하여야 한다.

(나) 환자가 회복불가능한 사망의 단계에 이르렀을 경우에 대비하여 미리 의료인에게 자신의 연명치료 거부 내지 중단에 관한 의사를 밝힌 경우(이하 ‘사전의료지시’라 한다)에는, 비록 진료 중단 시점에서 자기결정권을 행사한 것은 아니지만 사전의료지시를 한 후 환자의 의사가 바뀌었다고 볼 만한 특별한 사정이 없는 한 사전의료지시에 의하여 자기결정권을 행사한 것으로 인정할 수 있다. 다만, 이러한 사전의료지시는 진정한 자기결정권 행사로 볼 수 있을 정도의 요건을 갖추어야 하므로 의사결정능력이 있는 환자가 의료인으로부터 직접 충분한 의학적 정보를 제공받은 후 그 의학적 정보를 바탕으로 자신의 고유한 가치관에 따라 진지하게 구체적인 진료



### 3. 설명의 시기

설명은 환자에게 의료행위의 중대성에 상응하는 의사형성을 위한 충분한 숙고기간을 고려하여 행하여져야 한다. 즉 설명은 동의의 유효요건이므로 동의 전에 설명이 이루어져야 한다.<sup>140)</sup> 환자가 자신의 인식능력과 결정능력을 가지고 있고, 환자에게 행해지는 의료행위 시까지 일정한 고려기간이 남아 있어 충분히 의료행위의 의미를 이해하고 그 위험성과 비교형량을 할 수 있는 시점에서 이루어져야 할 것이다. 예를 들어 생명을 잃을 수 있는 심장 수술을 함에 있어 수술 전날 또는 당일 아침에 설명을 행하는 것은 고려기간을 충분히 두지 않아 위법이라고 할 수 있다.<sup>141)</sup> 독일에서는 수술의 경우 위급한 상황 또는 긴

---

행위에 관한 의사를 결정하여야 하며, 이와 같은 의사결정 과정이 환자 자신이 직접 의료인을 상대방으로 하여 작성한 서면이나 의료인이 환자를 진료하는 과정에서 위와 같은 의사결정 내용을 기재한 진료기록 등에 의하여 진료 중단 시점에서 명확하게 입증될 수 있어야 비로소 사전의료지시로서의 효력을 인정할 수 있다.

- (다) 한편, 환자의 사전의료지시가 없는 상태에서 회복불가능한 사망의 단계에 진입한 경우에는 환자에게 의식의 회복가능성이 없으므로 더 이상 환자 자신이 자기결정권을 행사하여 진료행위의 내용 변경이나 중단을 요구하는 의사를 표시할 것을 기대할 수 없다. 그러나 환자의 평소 가치관이나 신념 등에 비추어 연명치료를 중단하는 것이 객관적으로 환자의 최선의 이익에 부합한다고 인정되어 환자에게 자기결정권을 행사할 수 있는 기회가 주어지더라도 연명치료의 중단을 선택하였을 것이라고 볼 수 있는 경우에는, 그 연명치료 중단에 관한 환자의 의사를 추정할 수 있다고 인정하는 것이 합리적이고 사회상규에 부합된다. 이러한 환자의 의사 추정은 객관적으로 이루어져야 한다. 따라서 환자의 의사를 확인할 수 있는 객관적인 자료가 있는 경우에는 반드시 이를 참고하여야 하고, 환자가 평소 일상생활을 통하여 가족, 친구 등에 대하여 한 의사(意思)표현, 타인에 대한 치료를 보고 환자가 보인 반응, 환자의 종교, 평소의 생활 태도 등을 환자의 나이, 치료의 부작용, 환자가 고통을 겪을 가능성, 회복불가능한 사망의 단계에 이르기까지의 치료 과정, 질병의 정도, 현재의 환자 상태 등 객관적인 사정과 종합하여, 환자가 현재의 신체상태에서 의학적으로 충분한 정보를 제공받는 경우 연명치료 중단을 선택하였을 것이라고 인정되는 경우라야 그 의사를 추정할 수 있다.
- (라) 환자 측이 직접 법원에 소를 제기한 경우가 아니라면, 환자가 회복불가능한 사망의 단계에 이르렀는지 여부에 관하여는 전문의사 등으로 구성된 위원회 등의 판단을 거치는 것이 바람직하다.

140) 김천수, 앞의 논문, 24면.

급 상황이 아니면 늦어도 수술 전날까지는 설명이 이루어져야 한다고 한다.<sup>142)</sup>

설명 시기가 언제쯤이 적절한지는 구체적인 경우와 다양한 상황에 따라 다르며 이를 일률적으로 확정한다는 것은 어려운 일이다. 원칙적으로 대안적인 경과예후를 형량하여 자신이 신뢰하는 사람과 의논하고 충분히 숙고한 후 결정할 시간이 환자에게 주어져야 한다.<sup>143)</sup> 그리고 의사의 설명과 진료간의 시간적 간격은 시간과 질병의 실질적인 적응증에 의하여 본질적으로 함께 결정된다. 즉 시간적으로 긴급하거나 질병 자체가 긴급할 경우에는 시간적 간격이 적어지는 것이다.<sup>144)</sup>

수술 등의 중대한 치료를 할 때는 충동적인 판단에 의해 하지 않도록 사전에 충분한 시간을 두고 의사는 환자에게 충분한 설명을 해 주어 이성적인 판단을 할 수 있도록 해 주어야 할 것이다.

---

141) 서울지법, 1992.3.13. 90가합45545.

142) 김상용, 앞의 책, 782면; Geiß, a.a.O., S. 211; Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Schuldrecht: Besibderer Teil, 2. Halbband 2. Aufl (1986), Rn 442 zum §823, BGB.

143) Oberlandesgericht(이하 OLG) Düsseldorf NJW 1963, 1679면. - 의사가 환자의 둔부에서 피부를 V자로 떼 내어 가슴에 이식하는 유방확대성형수술을 시행하였다. 그러나 이식된 조직의 유착(癒着)이 좋지 않아 가슴에 화농이 발생하였고, 둔부에는 기형적인 흉터와 굳은살이 형성되었다. 의사는 환자와 배우자에게 둔부주름의 수평절단이 가능하다고 설명하였고, 환자는 이에 동의하였다. 그러나 의사는 수술 직전에 비로소 V절단을 하여야 한다고 설명한 사안에서, "...수술대 위에서 모든 준비를 끝내고 누워있는 상황에서 주변에 대하여 무감각하게 만드는 주사의 영향 하에 있는 시점에서는 더 이상 존중될 만한 동의를 환자는 할 수 없었다. 주입된 약물의 영향을 고려할 때, 환자의 저항력과 판단력이 현저히 저하된 상태였다. 환자는 사태를 더 이상 거절할 수도, 개관할 수도 그리고 적절히 판단할 수도 없었다. 환자는 이러한 상황에서는 자신의 수술을 맡긴 의사의 뜻을 미리 저지할 수 없었다. 동의 여부를 여유 있게 고려할 기회와 시간이 더 이상 없었다..." 라고 하면서 의사는 환자에게 충분한 숙고의 시간을 제공해야 한다는 것을 밝혔다.

144) 이덕환, 앞의 책, 122면; BGH NJW 1992, 2351면 - "설명의 시점은 일반적이지 아니라 개별 사건의 사정을 고려하여서만 결정되어야 하며, 설명은 요구되는 법익의 보호를 위하여 가능한 한 조속히 이루어져야 한다."고 하면서, 피고의사가 원고에게 시행할 수술을 권유하고 수술일정을 약정한 면담일에 갑상선종절제수술의 위협에 관하여 설명할 의무가 있다고 판시하였다.

#### 4. 설명의 방법

의사의 설명의무는 주로 환자의 나이, 교육의 정도 등의 구체적인 사정에 따라 환자가 이해할 수 있도록 설명을 적절히 대화의 방식으로 하여야 하며, 의학교과서의 내용을 읽어 주는 것과 같이 형식적이거나 일방적인 설명을 하여서는 안 된다.<sup>145)</sup> 설명은 의학적 상세한 지식의 전달을 목적으로 하는 것이 아니므로 환자로 하여금 자기결정을 적절하게 할 수 있도록 그에 관련된 판단내용을 설명하면 된다. 또한 의사는 환자의 질문에 충분하고 적절히 설명을 하여야 한다.

따라서 의사는 환자의 이해능력에 맞는 진술방법이 의사가 설명대화를 ‘위로대화’로 파악하여 미사여구로써 표현한다든지 의사가 대화를 계속해 나가지 않거나 사실에 맞지 않는 대화를 하려 해서는 안 된다.<sup>146)</sup>

병원에서는 설명대화의 근거로서 치료내지 수술 전에 서명을 위하여 의료행위의 실행과 위험에 대한 이미 제작되어 인쇄된 설명양식이 자주 사용된다. 그런데 의사의 설명은 설명소책자나 설명양식만으로 대체될 수 없다.<sup>147)</sup> 의료실무상 ‘수술동의서’, ‘수술서약서’ 혹은 ‘의사설명서’ 등의 명칭으로 작성된 문서를 환자 본인에게 행하여질 의료행위의 필요성, 내용, 예상되는 합병증과 후유증 등 위험에 대하여 자세한 설명을 의사로부터 들었다는 사실을 확인하는 데에 일반적으로 이용되고 있다.<sup>148)</sup> 일반적으로 취하여진 설명서 또는 동의서에 대한 서명은 환자가 그것을 읽고 이해했다는 것을 입증하는 것이 아니며, 또한 그 내용이 환자와 함께 적절히 논의되었다는 것을 입증하는 것이 될 수는 없다. 그것은 단지 서명에 앞서 치료내지는 수술과 그것의 발생 가능한 결과에 대한 대화가 나누어졌다는 사실에 대한 정황이 될 수 있을 뿐이다.<sup>149)</sup>

---

145) 김천수, 앞의 논문, 230면.

146) 이덕환, 앞의 논문, 180면.

147) 이덕환, 앞의 책, 124면.

148) 박경수, 앞의 논문, 106면.

대법원은 "...‘수술을 함에 있어 의사의 병에 대한 내용 설명을 숙지하고 자유의사로 승낙하며 수술 중 및 수술 후 경과에 대하여 의사와 병원 당국에 하등 민·형사상 책임을 묻지 아니하기로 하고 수술 시행을 승인한다.’는 내용의 부동문자로 인쇄된 수술승인서 용지에 서명 날인을 받은 것만으로는 전신마취로 초래될 수 있는 위험성과 부작용에 대하여 설명의무를 다한 것이라고 볼 수 없다..."<sup>150)</sup>라고 하여 의사의 설명의무를 인쇄된 수술승인서 등의 용지에 서명 날인한 것으로 대체될 수 없다는 취지의 판시를 하고 있다.

#### 제4절 의사의 설명의무의 면제

앞에서 의사가 환자에게 의료행위를 함에 있어서 설명의무를 부담한다는 것을 살펴보았다. 그러나 이러한 설명의무가 언제나 요구되지는 않는다. 경우에 따라서는 의사의 설명의무가 제한되거나 생략되기도 한다. 일반적으로 의사의 환자에 대한 설명의무가 제한 내지 생략되는 경우는 환자의 사정에 의하는 경우와 의학적인 이유에 의한 경우로 나눌 수 있다. 환자가 설명받기를 포기하거나 환자가 무의식상태인 경우는 설명의무가 제한 또는 배제될 수 있다.

또한 의사의 설명의무중의 하나는 환자의 복지에 위해가 되는 설명을 피해야 한다. 의사가 의료행위를 하는 과정에서 인정되는 치료특권과 관련하여 의사는 일정한 경우에 환자의 복지를 위해 불설명<sup>151)</sup>이라고도 하는 ‘치료상의 특권’으로 의무로서의 부담 또는 특권으로서의 권리도 갖게 된다.

그리고 환자의 생명이 위급한 상태에서 병원으로 수송되는 긴급한 경우는 환자에게 설명을 하고 승낙을 받는 것은 환자의 생명·신체에 심각한 위해를 초

---

149) 추호경, 앞의 논문, 19면.

150) 대판 1994.11.25. 94다35671.

151) 김천수, 앞의 논문, 124면.

래할 수 있기 때문에 이때도 설명이 배제될 수 있다.

### 1. 환자의 자기결정권 포기

명시적 또는 묵시적으로 환자가 의사의 설명을 받을 것을 스스로 포기한 경우 의사는 환자의 의사(意思)를 존중하여 환자의 자기결정권 포기가 사회질서에 반하지 않는 범위 내에서 설명을 생략할 수 있다.<sup>152)</sup> 그리고 환자가 자기결정을 할 만한 충분한 사전지식을 갖고 있는 경우에는 그 범위 내에서는 설명의 무가 발생하지 않는다.

환자가 의사로부터 올바른 설명을 들었더라도 수술이나 투약에 동의하였을 것이라는 이른바 ‘가정적 승낙’이 임상에서 종종 문제가 되는데, 이러한 가정적 승낙은 환자의 승낙이 명백히 예상되는 경우에만 허용된다 할 것이다.<sup>153)</sup> 예컨대 환자의 심장질환에 대한 근원적인 치료를 위하여 가까운 장래에 대동맥판막치환, 상행대동맥확장 및 좌측주관상동맥입구확장 등의 개심수술을 시행할 수 밖에 없고 또 환자가 그러한 개심수술을 받기 위해 입원하였다는 사유만으로는 환자가 수술에 수반될지도 모르는 부작용까지 고려하여 여러 가지로 대처할 선택의 가능성을 모두 배제하고 그 수술을 승낙했을 것이 명백하다고 추정할 수는 없다고 할 것이다.<sup>154)</sup>

또한 의사가 자신이 적절한 설명을 하지는 않았지만, 만일 환자 역시 완전하고도 충분한 설명을 들었더라도 그 구체적 의료행위에 동의하였을 것이라는 이른바 ‘적법한 대체적 행위의 항변’은 단지 추상적으로 이성적 환자가 아닌 구

---

152) 김천수, 앞의 논문, 240면.

153) 최상호, 「판례상의 의료과오」, 계명법학 제4집, 2000.2. 104면; 대판 1994.4.15. 92다25885 - 만약 환자가 부작용이나 위험성 등에 대한 설명을 들었다고 하더라도 그 투약을 승낙했을 것이 명백하다는 의사의 주장에 대하여 "...환자가 의사로부터 올바른 설명을 들었더라도 위 투약에 동의하였을 것이라는 이른바 가정적 승낙에 의한 의사의 면책은 의사 측의 항변사항으로서 환자의 승낙이 명백히 예상되는 경우에만 허용된다..."하여 가정적 승낙의 요건을 엄격히 해석하였다.

154) 대판 1995.1.20. 94다3421.

체적인 환자가 비록 설명을 듣지 않고 의료행위를 동의하기는 했지만 그 구체적 사정에서 역시 필요한 설명을 들었더라도 그 의료행위를 동의하였을 경우에만 허용되는 것이다.<sup>155)</sup>

## 2. 의사의 ‘치료상의 설명의무 면제 특권’

의사가 환자에게 하는 설명은 환자의 자기결정권을 보호하기 위하여 필요하지만 경우에 따라서는 의사의 설명이 환자의 치유에 더욱 위해적인 경우가 있다. 이런 경우 의사는 환자에게 설명을 생략하거나 제한할 수 있는 권리가 있는데 이를 ‘치료상의 설명의무 면제 특권’ 내지 간단히 ‘치료상의 특권’ 이라고 한다.<sup>156)</sup> 예를 들면 암환자에 대한 진단설명이 환자에게 회복할 수 없는 진정한 건강손상을 야기할 가능성이 높은 경우에는 암이라는 진단결과를 반드시 진실대로 환자에게 설명할 의무가 없어진다.<sup>157)</sup>

환자의 자기결정권이 침해되는 불이익과 설명에 의한 부작용 내지 역작용이 주는 불이익을 비교하여 후자가 크다면 설명의무를 면제 또는 배제하는 것이 바람직하며, 완전한 설명이 환자의 건강을 현저히 손상케 하거나 환자에게 무거운 부담을 주어 치료효과에 나쁘게 작용할 것이 예상되는 경우에는 부분설명<sup>158)</sup> 내지 축소설명을 할 수 있을 것이다.

서울지방법원은 "...시티촬영을 위한 조영제를 주사하기에 앞서 환자가 이에 응할 것인가 여부를 올바르게 결정하도록 하기 위하여 부담하는 설명의무의 내용은 시행방법, 그로 인하여 통상적으로 야기될 수 있는 후유증에 국한되고, 설명을 하는 것이 심적 부담을 주어 위험도가 커질 수 있는 경우에는 설명의무가

---

155) 김민중, 「의사책임 및 의사법의 발전에 관한 최근의 동향」, 민사법학 제9·10호, 1993. 341면.

156) 김민중, 「의사의 설명의무 : 해결되지 않은 법률문제」, 현대민법의 과제와 전망, 남송 한봉렬 박사 화갑기념논문집, 1994, 182-184면; 이덕환, 앞의 책, 117면.

157) 김천수, 앞의 논문, 256면.

158) 추호경, 앞의 논문, 24면.



면제된다고 할 것인바, 망인과 같은 암환자가 조영제주사에 대하여 공포감을 일으켜 흥분하면 부작용이 심하게 될 수 있으므로 구토 등의 부작용 이외에 조영제로 인하여 사망에 이를 수도 있다고 설명하지 아니한 점을 들어 설명의무 위반이라고 할 수 없다..."<sup>159)</sup>라고 판시하여 의사의 설명의무를 특별한 경우에 면제하고 있다.

의사의 치료상의 설명의무 면제특권은<sup>160)</sup> 일반적으로 의사의 이익을 실현하는 수단으로 활용되고 있기 때문에 설명의무 면제특권을 폭 넓게 인정하게 되면 의사의 재량이 크게 확대되는 반면 환자의 자기결정권은 지나치게 제한될 수 있다. 따라서 이런 경우 의사는 의료상의 이유로 ‘하얀 거짓말’, ‘자비의 거짓말’ 내지 ‘선의의 거짓말’을 할 수 있겠지만, 신중을 기해 제한된 범위 내에서만 인정하는 것이 바람직하다.

### 3. 긴급의료

긴급의료는 환자의 병상이 급박하거나 중대한 위험의 발생이 예상되어, 즉시 일정한 의료행위를 실행하지 않으면 환자의 사망 또는 심각한 건강손상 등의 결과가 발생할 가능성이 아주 높은 경우 행해지는 의료행위를 말한다. 환자에 대한 의료행위시 위와 같은 긴급사태가 발생하는 경우에는 환자의 승낙 없이 의료행위를 시행할 수 있고 그에 따른 설명이 불필요하다는 것이 일반적인 견해이다.<sup>161)</sup> 긴급의료의 경우 환자의 추정적 동의에 의한 것이므로 적법한 의료행위가 된다고 보는 견해<sup>162)</sup>와 사무관리에 해당한다고 보는 견해<sup>163)</sup> 등이

---

159) 서울지법 1993.2.5. 90가합55122.

160) 이덕환, 앞의 논문, 135-140면 - 독일의 판례와 일부학설은 환자의 자기결정권을 너무 강조하여 의사의 치료상의 설명의무 면제특권을 부인한다. 그러나 미국, 프랑스 등 대부분의 국가에서 의사의 치료상의 설명의무 면제특권을 인정하고 있다.

161) 긴급의료 상황으로 판단하고 설명의무를 면제한 판례 - 서울고법 1994.2.23. 93나15214; 서울지법 1992.3.13. 90가합45545; 대구지법 1993.10.20. 92고단4790 · 93고단2(병합).



있다.<sup>164)</sup>

의식불명이고 중태인 환자에게 긴급하게 치료 또는 수술이 요청되는 경우나 전신마취상태에서 수술 중에 그 연관 부위를 방치하면 중대한 위험이 발생할 가능성이 큰 부위를 발견하는 경우에는 긴급한 경우로서 환자의 동의가 필요하지 않으며 따라서 의사의 설명의무도 배제되는 것이다.<sup>165)</sup>

대법원도 "...의사는 긴급한 경우나 다른 특별한 사정이 없는 한, ...설명함으로써 환자로 하여금 투약에 의할 것인가의 여부를 스스로 결정할 기회를 가질 수 있도록 하여야..."<sup>166)</sup>라고 판시하여 긴급한 경우 의사의 설명의무가 면제되는 것을 인정하고 있다.

## 제5절 소결

의료행위에서 환자의 승낙은 의사가 환자에게 제안한 치료방법과 효과 및 위험요소에 대한 설명이 이행되어야 유효하다. 그러므로 의사는 환자에게 일어날 수 있는 치료 및 수술시 발생할 수 있는 위험의 발생가능성에 대해 알려주어야 한다.

진료방법의 선택은 의사가 환자에게 제시하기 이전에 의사가 먼저 결정하는데, 환자도 다양한 진료방법 중에서 자신에게 알맞은 진료방법을 선택할 수 있도록 진단설명, 경과설명, 위험설명 등으로 환자의 결정권이 보장되어야 한다.

의사가 환자에게 설명하여야 할 범위는, 특정한 범위의 경우 적당한 기준에

---

162) 문국진, 앞의 책, 105면.

163) 이영환, 「의료과오에 있어서의 의사의 민사책임에 관한 연구」, 동아대학교 법학박사학위논문, 1984, 57면.

164) 김천수, 앞의 논문, 281면.

165) 강봉석, 「의사의 설명의무」, 이화여자대학교 법학논집 제7권 제1호, 2002.8. 63면.

166) 대판 1998.2.13. 96다7854; 대판 2002.5.8. 2000다46511.

따라 규정될 수도 있지만, 현재로서는 개개 환자의 질병의 정도, 치료수단, 긴급성 등에 의하여 결정되는데, 그것은 구체적이고 개별적인 사안에 따라 결정된다고 할 수 있다. 주관적인 기준은 의사 또는 환자, 한쪽만을 기준으로 하여 설명의무를 정하게 되므로 타당하지 못한 결론으로 도달할 수 있다. ‘합리적 의사 기준설’이 선량한 관리자로서의 의사 또는 합리적인 의사이면 설명할 것으로 기대되는 정보를 설명하여야 한다고 하고, ‘합리적 환자 기준설’이 평균적이거나 합리적인 환자라면 중요시 할 것으로 기대되는 정보를 설명하여야 한다는 것이 그것이다. 그리고 ‘구체적 환자 기준설’은 당해 구체적 환자가 중요시 하는 정보를 설명하여야 한다는 견해인데 이 또한 환자 중심으로 한쪽만을 기준으로 하고 있기에 타당하지 못하다고 할 수 있다. ‘이중기준설’은 당해 구체적 환자가 중요시하는 정보이고, 동시에 그것을 합리적인 의사이면 인식할 것으로 기대되는 정보를 설명하여야 한다는 것으로 설명의무가 의사의 행위규범임을 승인하면서도 설명의 목적달성을 위해서는 구체적으로 환자가 중요시하는 정보가 설명되어야 한다는 기본적 인식하에서 개별적·구체적 환자의 주관을 가급적 최대한 탐구할 의무를 의사에게 지우고 있는 이중기준설<sup>167)</sup>이 타당하다고 생각하는 의견에 동의한다.

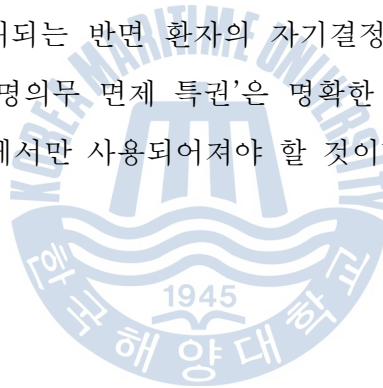
설명주체의 대해서는 의사, 협진 의사, 그리고 병원장, 과장 의사 등의 감독 의사, 병원 운영자 그리고 약사까지 모두 설명의무를 부담하는 것을 살펴 보았는데, 특히 의약분업 전·후의 의사와 약사의 설명의무 부담에 대해서 의약분업 이전에는 병원에서 진료와 치료를 받은 후, 당해 병원에서 지어주는 약을 받고 비용을 지불하였기 때문에 약에 대한 설명의무를 의사가 부담하는 것은 당연하였지만, 의약분업이 시행된 후 설명이 부족할 수도 있는 부분을 보완할 수 있고, 지적 의료서비스의 질도 향상되며, 환자도 자기결정권을 보다 더 용이하게 발현할 수 있도록 의사와 약사 모두 설명의무를 부담하는 것이 옳다고 생각한다.

---

167) 김친수, 앞의 논문, 180면 이하.

의사의 설명의무 상대방도 기본적으로 환자 본인을 중심으로 이루어져야 하며, 법정대리인 등 환자 본인이 아닌 경우, 환자 본인의 의견을 존중하고 권리가 침해되지 않도록 최대한 노력해야 할 것이며, 설명의 시기에 있어서도 환자가 충분히 생각할 시간을 가질 수 있도록 배려하여 설명의무를 이행하여야 한다. 설명의 방법 또한 구두 설명을 원칙으로 환자가 잘 이해할 수 있도록 하며, 미리 인쇄되어 의료행위 설명확인서, 동의서 등의 이름으로 사용되는 서류에 의존하지 않고 환자가 자기 신체에 대한 침습에 대한 자기결정권을 실현할 수 있도록 최대한 배려해야 할 것이다.

의사의 설명의무 면제에 대한 문제에 있어서도 의사가 ‘치료상의 특권’이라는 이름으로 설명의무를 성실히 이행하지 않는다면, 의사의 이익을 실현하는 수단으로 활용될 수 있고, 또한 설명의무 면제특권을 폭 넓게 인정하게 되면 의사의 재량이 크게 확대되는 반면 환자의 자기결정권은 지나치게 제한될 수 있다. 또한 ‘치료상의 설명의무 면제 특권’은 명확한 기준이 없기 때문에 신중을 기해 제한된 범위 내에서만 사용되어야 할 것이다.





## 제4장 의사의 설명의무위반과 민사책임

대부분의 의료행위가 환자의 신체에 대한 침습을 행하기 때문에 사전에 의사가 환자에게 동의 내지 승낙을 받아야만 하고 그것을 받는 것은 의무가 된다.

그런데 의사가 의료행위에 대한 설명을 환자에게 해주지 않아 환자의 승낙을 받지 않았거나, 의사가 환자에게 설명을 하고 승낙을 받았다 하더라도 그 설명이 불충분하거나 부정확한 것이어서 유효한 사전승낙이라고 볼 수 없는 상태에서 환자에게 의료행위를 하였다면 그와 같은 의사의 설명의무를 이행하지 않았거나 불충분하거나 부정확한 설명은 설명의무의 위반이 된다. 또한 해당 의료행위는 의사의 진단적 의료행위가 되고 이는 의사의 의료과오가 되어 환자에게 손해배상청구권이 발생하는 등 법적책임을 부담하게 된다.

의사의 설명의무위반으로 손해배상청구가 인정될 경우 손해배상책임이 채무불이행책임인지 불법행위책임인지에 대한 문제가 제기된다. 종래의 의료과오소송은 주로 불법행위책임으로 구성하였으나, 근래에는 채무불이행책임으로 구성하는 경향이 비교적 많다. 의료과오소송의 청구권에 따라서 소송의 형태도 달라지는데, 다수의 의료과오소송에서 원고들이 행사하는 청구권이 어느 것인지 명백하게 밝히지 않는 경향도 나타나고 있고, 심지어 의사의 설명의무위반을 이유로 위자료의 지급을 명하는 판결에 있어서도 설명의무위반이 채무불이행인지 불법행위인지 밝히지 않는 경우도 있다.<sup>168)</sup>

이하에서는 채무불이행책임과 불법행위책임이 의사의 설명의무위반을 해결하기 위하여 이론구성과 타당한 해결책은 무엇인지 살펴본다.

더 나아가 의사의 설명의무위반의 손해배상에서 위자료청구와 전손해배상사이의 입증책임에 관한 문제에 대해 살펴보도록 한다. 종래 견해에 의하면 위

---

168) 전하은, 「의사의 설명의무위반과 가정적 승낙, 손해배상책임의 범위」, 재판과판례 제4집, 대구판례연구회, 1995, 229-230면.

자료청구와 전손해배상의 입증책임의 부담 주체를 다르게 보고 있는데 그것이 타당한지, 특히 전손해배상에서 입증책임의 주체를 환자에게 부담시키고 있는데 그에 대한 검토와 견해를 제시하고자 한다.

## 제1절 채무불이행책임과 불법행위책임

### 1. 채무불이행책임

앞에서 이론을 전개한 것과 같이 의사의 설명의무는 계약상 의사의 주된 급부의무인 진료 및 치료의무와 병립하는 주된 급부의무이다. 따라서 의사가 환자에게 설명을 하지 않거나 충분한 설명을 하지 않거나 또는 부정확한 설명을 하는 경우 그것은 하나의 독자적인 계약상의 의무를 위반한 것이 된다. 의사의 설명의무의 발생근거는 의료계약 체결시 설명계약을 따로 하는 경우는 당연히 주된 급부의무가 되겠지만, 설명계약을 따로 하지 않더라도 묵시적인 합의에 의해서 주된 급부의무로서 성립하게 된다. 의사의 설명의무는 의료계약으로부터 발생하기 때문에 계약체결상의 과실은 적용되지 않는다.

의사의 설명의무위반의 법적 효과는 민법 제390조를 근거로 하여 손해배상 청구 또는 계약해제가 인정된다. 하지만 계약의 해제의 경우 이미 시행된 의료행위는 원상복구가 불가능하기 때문에 환자에게 실질적 도움이 되지 못하고, 실질적으로는 손해배상청구가 손해전보의 역할을 하게 된다. 환자가 의사에게 설명의무위반을 이유로 손해배상청구를 하려면 의사에게 귀책사유가 있어야 하며, 설명의무위반과 그로 인하여 발생한 손해 사이에 인과관계가 있어야 한다.<sup>169)</sup>

의사의 설명의무위반으로 인한 손해배상청구를 채무불이행책임으로 볼 경우

---

169) 이덕환, 앞의 책, 132-134면.

몇 가지 문제점이 제기된다. 첫째, 민법상의 채무불이행책임은 재산적 손해에 대해서만 배상을 규정하고 있어 의료과오와 같은 정신적·신체적 침해에 따른 손해배상에 적용하기 곤란하다.<sup>170)</sup> 둘째, 의료계약상의 채무는 결과채무가 아닌 수단채무의 성격을 지닌 불명확한 채무이므로 이러한 채무의 특성상 이에 대한 채무불이행 사실을 밝히는 것이 매우 어렵다.<sup>171)</sup> 셋째, 채무불이행책임으로 볼 경우, 특별손해가 되어 배상을 받기 어렵다. 그래서 이런 문제점들로 인한 종래의 설명의무위반소송의 경우, 일반적으로 불법행위책임을 물어왔다.<sup>172)</sup>

그러나 이런 문제점들을 급부의무설에 의하면 첫째, 민법상의 채무불이행책임은 재산적 손해에 대해서만 배상을 규정하고 있어 의료과오와 같은 정신적·신체적 침해에 따른 손해배상에 적용하기 곤란하다고 한 점에 대해서는 의사의 설명의무가 의사의 주된 급부의무인 진료 및 치료의무 외에 독립적으로 존재하는 주된 급부의무로 존재하기 때문에 의사가 설명의무를 이행하지 않았거나 불충분하거나 부정확한 설명을 하였을 경우 의료과오로 인한 정신적·신체적 침해에 따른 손해배상을 하는 것이 아니라 환자가 지불한 비용에 대한 주된 급부로서 의사에게 계약 위반으로 인한 채무불이행책임을 물을 수 있다. 둘째, 의료계약상의 채무는 결과채무가 아닌 수단채무의 성격을 지닌 불명확한 채무이므로 이러한 채무의 특성상 이에 대한 채무불이행 사실을 밝히는 것이 매우 어렵다고 한 점은 의사의 설명의무는 그 자체로서 결과채무이고 급부의무설에 의하면 주된 급부의무로서 의료계약 전반에 대해서는 수단채무의 성격을 지니므로 의사의 설명의무위반에 대한 채무불이행 사실을 밝히는 것이 비교적 용이해진다. 셋째, 채무불이행책임으로 볼 경우, 특별손해가 되어 배상을 받기 어렵다고 한 점에 대해서는 의사의 설명의무위반은 채무불이행책임으로 볼 경우 급부의무설에 따라 특별손해가 아닌 주된 급부채무에 대한 통상손해가 되는 것이다.

---

170) 김형태, 「의사의 설명의무에 관한 연구」, 청주대학교대학원 법학석사학위논문, 2002, 44면.

171) 오석락, 《입증책임론》, 박영사, 1996, 170면.

172) 박경수, 앞의 논문, 123면.



## 2. 불법행위책임

민법상 불법행위에서 의사의 의료행위는 환자의 신체적 완전성의 침해로 파악되며, 그 보호법익은 신체 및 건강의 완전성이다. 이러한 의료행위로 인한 침습의 정당화 근거로서 환자의 유효한 동의 내지 승낙이 필요하며, 그에 대한 전제는 의사의 설명이다. 그런데 의사가 설명의무를 다하지 않아 이를 위반하고 필요한 동의 내지 승낙을 얻지 않고 의료행위를 시행한다면 그 의료행위로 인한 침습은 위법한 행위가 된다. 따라서 불법행위의 구성요건을 충족하게 되고, 행위의 위법성이 인정되며 과실이 있는 경우에는 민법 제750조 이하의 불법행위와 관련된 규정에 따라 의사에게 불법행위책임이 발생하게 된다.<sup>173)174)</sup>

그런데 의사가 의료행위를 당시의 의학수준에 맞게 성공적으로 이행하였으나 법적으로 유효한 환자의 동의 내지 승낙을 얻지 않았을 때, 해당 의료행위로 인한 침습을 신체침해로 판단해야 하는지 자기결정권의 침해로 판단해야 하는지가 문제된다. 이런 경우에 대해 두 가지의 견해가 대립되고 있다. 첫째, 의료행위는 신체침해의 구성요건에 해당하지 않는다고 하는 견해와 둘째, 침습행위는 신체적 불가침성의 개념이 명백히 존재하기 때문에 신체침해에 해당한다고 하는 견해이다.<sup>175)</sup> 신체에 대한 의료행위의 결정권은 환자 자신이 가지고 있다. 경우에 따라서는 환자 본인이 가지고 있는 질병의 치료 또는 의료행위를 원하지 않을 수 있다. 그러므로 환자에게 의료행위로 인한 침습행위를 수용할지, 수용하지 않을지의 결정권을 박탈한 의사에게 손해배상 책임을 부담하는 것이 당연하다고 생각한다.

---

173) 김태봉, 「의사의 치료방법에 관한 연구」, 민사법연구 제4집, 1996, 76면 - 우리나라, 독일, 일본의 판례는 불법행위로 구성하는 태도를 취하고 있으며, 미국에서의 Battery 이론에 입각한 판례도 이 견해에 가깝다고 할 수 있다.

174) 이덕환, 앞의 책, 135면.

175) 이덕환, 앞의 논문, 217면.

### 3. 검토

채무불이행에 의한 손해배상책임과 불법행위로 인한 책임은 모두 위법적 행위에 의한 것이라는 점에서 다르지 않다. 이들의 차이점은 채무불이행책임은 사전에 성립된 특정 당사자인 채권자와 채무자간의 문제인데 반하여, 불법행위 책임은 사전의 특수관계가 없는 경우에도 성립될 수 있다는 것이다.

채무불이행책임과 불법행위책임 모두 고의·과실의 입증책임에 대해 차이를 보이고 있다. 불법행위책임은 가해자의 고의·과실, 즉 의사의 설명의무위반의 입증책임을 피해자인 환자가 부담해야 한다. 그러나 채무불이행책임은 이와 반대로 채무자인 의사 측의 고의·과실이 추정되고 의사는 자신에게 과실이 없음을 입증하여야 한다.<sup>176)</sup>

종래에는 불법행위책임으로 해결되었는데, 그럴 경우 피해에 대한 입증책임을 피해자인 환자가 부담하게 된다. 그럴 경우, 일반인인 환자가 전문적인 의료행위에 대한 입증책임을 부담하여 의료과오로 인한 손해를 입증한다는 것은 현실적으로 불가능한 경우가 대부분이고 제대로 배상을 받는 경우도 드물었다. 그래서 환자 측의 소송상의 입증경감 등을 위하여 채무불이행책임으로의 법적 구성이 주장된 것이다.

불법행위책임은 가해자의 고의·과실, 즉 의사의 설명의무위반의 입증책임을 피해자인 환자가 부담해야 한다. 그러나 채무불이행책임은 이와 반대로 채무자인 의사 측의 고의·과실이 추정되고 의사는 자신에게 과실이 없음을 입증하여야 한다.<sup>177)</sup> 그러나 급부의무설에 의하면 의사의 설명의무는 의사의 주된 급부의무인 진료 및 치료의무 외에 독립적으로 존재하는 주된 급부의무로

---

176) 조희중, 의료과오소송, 법원사, 1996, 81-83면.

177) 조희중, 앞의 책, 81-83면.

존재하기 때문에 의사가 설명의무를 하지 않았거나 불충분하거나 부정확한 설명을 하였을 경우 이를 채무불이행책임을 물어 전손해배상의 고의·과실의 입증책임이 의사가 고의·과실 없음을 입증하는 것이 되는데 이는 다수설인 독립적 부수의무설과 결과적으로 같아지게 된다.

손해액 산정과 과실상계의 입장을 살펴보면 채무불이행책임의 경우는 민법 제396조에 의하고, 불법행위책임의 경우는 민법 제765조에 의하여 과실상계를 할 수 있으므로 큰 차이를 나타내고 있지 않다.

병·의원 또는 의사는 의료행위를 위하여 의사, 간호사, 의료기사 등의 의료인을 이행보조자로 사용할 수 있는데, 이러한 경우 민법 제756조의 사용자책임 또는 민법 제391조의 이행보조자의 고의·과실에 대한 책임이 문제된다. 병·의원 또는 의사가 사용자로서 불법행위에 의한 의사책임을 부담하는 경우에는 면책가능성이 인정되지만, 계약적 의사책임에서는 이행보조자의 고의·과실이 채무자인 병·의원 또는 의사의 고의·과실로 된다면, 그에 대한 책임은 부담해야 할 것이다.<sup>178)</sup>

소멸시효에 대해서도 차이를 보이는 데, 민법 제766조 제1항에 따르면 불법행위의 소멸시효는 3년이지만, 민법 제162조 제1항의 채무불이행의 소멸시효는 10년으로 규정되어 있다. 따라서 의료과오의 원인이 3년 후에 발견되었다면 그 소인을 불법행위로는 책임을 물을 수 없고, 채무불이행책임은 물을 수 있다.

불법행위의 소멸시효인 3년을 적용할 것이 아니라 의료사고의 특성상 의료과오의 원인이 늦게 발견 될 수도 있는데 이를 채무불이행으로서 소멸시효 10년에 적용할 수 있고, 거기서 더 나아가 병·의원 또는 의사가 의료행위를 위하여 이행보조자를 사용하는 경우에 있어서도 의사의 설명의무에 대해 계약적 의사책임을 물어 이행보조자의 고의·과실이 채무자인 병·의원 또는 의사의 고의·과실로 되어 그 책임을 부담하게 되면 불의의 사고로 인한 환자의 손해

---

178) 김민중, 「의사책임의 민사법적 근본원칙에 관한 연구」, 전북대학교 사대논문집 1993.12. 22-24면.



회복에 도움이 될 것이라고 생각한다.

## 제2절 의사의 설명의무위반의 입증책임

### 1. 위자료청구

의사의 설명의무위반을 이유로 위자료만을 청구하는 경우 그 입증책임에 대하여 대법원은 환자 측의 입증책임을 경감하는 태도를 보이고 있다. "...환자 측에서 선택의 기회를 잃고 자기결정권을 행사할 수 없게 된 데 대한 위자료만을 청구하는 경우에는 의사의 설명 결여 내지 부족으로 선택의 기회를 상실하였다는 사실만을 입증함으로써 족하고, 설명을 받았더라면 사망 등의 결과는 생기지 않았을 것이라는 관계까지 입증할 필요는 없다..."<sup>179)</sup>고 판시하고 있다. 이는 환자 측의 입증책임을 경감하고 있는 태도이다.

또한 대법원은 "...의사가 설명의무를 위반한 채 수술 등을 하여 환자에게 사망 등의 중대한 결과가 발생한 경우에 있어서 환자 측에서 선택의 기회를 잃고 자기결정권을 행사할 수 없게 된 데 대한 위자료만을 청구하는 경우에는 의사의 설명결여 내지 부족으로 선택의 기회를 상실하였다는 사실만을 입증함으로써 족하고, 설명을 받았더라면 사망 등의 결과는 생기지 않았을 것이라는 관계까지 입증할 필요는 없다..."<sup>180)</sup>라고 판시하여 의사의 설명의무위반으로 인한 위자료만을 청구하는 경우, 설명의무위반과 결과 사이의 상당인과관계의 입증까지 할 필요는 없다고 실시하고 있다.

### 2. 전손해배상

---

179) 대판 2002.10.25. 2002다48443.

180) 대판 1994.4.15. 93다60953.

의사의 설명의무위반을 이유로 전(全)손해를 청구하는 경우의 입증정도에 대해 대법원은 "...의사가 설명의무를 위반한 채 수술 등을 하여 환자에게 예상치 못한 피해를 입히는 등의 중대한 결과가 발생한 경우에 있어서 그 결과로 인한 모든 손해를 청구하는 경우에는 그 중대한 결과와 의사의 설명의무위반 내지 승낙취득 과정에서의 잘못과의 사이에 상당인과관계가 존재하여야 하며, 그 경우 의사의 설명의무위반은 환자의 자기결정권 내지 치료행위에 대한 선택의 기회를 보호하기 위한 점에 비추어 환자의 생명·신체에 대한 의료적 침습 과정에서 요구되는 의사의 주의의무위반과 동일시 할 정도의 것이어야 할 것이다..."<sup>181)</sup>라고 판시하여 의사의 설명의무위반과 환자의 피해 사이에 상당인과관계의 존재를 요구하며 환자 측의 입증책임을 무겁게 하고 있다.

또한 대법원은 "...그 결과로 인한 모든 손해를 청구하는 경우에는 그 중대한 결과와 의사의 설명의무위반 내지 승낙취득과정에서의 잘못과의 사이에 상당인과관계가 존재하여야 하며, 그 경우 의사의 설명의무의 위반은 환자의 자기결정권 내지 치료행위에 대한 선택의 기회를 보호하기 위한 점에 비추어 환자의 생명 신체에 대한 의료적 침습과정에서 요구되는 의사의 주의의무 위반과 동일시 할 정도의 것이어야 한다..."<sup>182)</sup>고 판시하여 상당인과관계의 존재에 대한 입증책임을 지우고 있다.

같은 맥락에서 의사의 설명의무위반을 원인으로 위자료만이 아닌 전손해의 배상을 청구하는 경우, 요구되는 설명의무위반의 정도 및 피해 결과에 대한 인과관계의 여부에 대하여, 대법원은 "...의사가 설명의무를 위반한 채 수술 등을 하여 환자에게 사망 등의 중대한 결과가 발생한 경우에 환자 측에서 선택의 기회를 잃고 자기결정권을 행사할 수 없게 된 데 대하여 위자료만이 아닌 전손해의 배상을 구하는 경우에는, 그 설명의무의 위반이 구체적 치료과정에서 요구

---

181) 대판 2002.10.25. 2002다48443.

182) 대판 1994.4.15. 93다60953.

되는 의사의 주의의무의 위반과 동일시 할 정도의 것이어야 하고 그러한 위반 행위와 환자의 사망과의 사이에 인과관계가 존재함이 입증되어야 한다..."<sup>183)</sup>라고 판시하여 환자에게 입증책임을 부담하게 하고 있다.

### 3. 검토

의사의 설명의무위반으로 손해배상을 청구하는 경우 위자료만을 청구하는 경우와 전손해배상을 청구하는 경우로 나눌 수 있다. 그 입증책임에 대해 위자료만을 청구할 때는 의사의 설명 결여 내지 부족으로 선택의 기회를 상실하였다는 사실만을 입증하면 되고, 전손해배상을 청구하는 경우 중대한 결과와 의사의 설명의무 불이행 내지 승낙과정에서의 잘못과의 사이에 상당인과관계가 존재한다는 것을 환자가 입증을 해야 한다. 이는 의학적으로 비전문가인 대부분의 환자와 그 가족들에게 그 입증책임을 전가하는 것은 의사의 설명의무에 대해 의사들을 보호 내지 손해배상의 경감의 효과를 초래할 뿐이라고 생각한다.

의사의 설명의무위반으로 인한 손해배상청구 시, 대개 위자료청구일 경우 채무불이행책임을 성격을 띠고, 전손해청구일 경우 불법행위책임을 성격을 띤다. 따라서 보통 위자료청구일 경우에는 중대한 결과와 의사의 설명의무위반 사이에 상당인과관계가 존재한다는 것을 환자가 입증하지 않고 의사가 상당인과관계가 존재하지 않는다는 것을 입증하면 되고, 전손해배상을 청구하는 경우에는 환자가 입증책임을 부담하게 된다.

하지만 전손해배상을 청구하는 경우 의사의 설명의무위반과 진료 및 치료의 무위반을 모두 채무불이행책임으로 몰어 손해배상을 청구할 수 있다. 설명의무 위반일 경우 진료 및 치료가 성공적이었을 경우는 진료 및 치료의 손해가 없기

---

183) 대판 1996.4.12. 95다56095; 대판 1995.1.20. 94다3421; 대판 1994.4.15. 93다60953.

때문에 설명의무위반에 대해서만 손해배상을 청구하게 되고, 이것은 위자료청구라고 볼 수도 있다. 이때에는 의사가 입증책임을 부담한다. 하지만 설명의무위반이 있고 진료 및 치료의무의 위반이 있을 경우에도 의사가 채무불이행 책임을 부담하기 때문에 의사가 입증책임을 부담하는 것으로 된다.

### 제3절 의사의 설명의무위반에 대한 손해배상의 범위

#### 1. 학설

의사의 설명의무위반으로 인한 손해배상책임의 요건이 모두 갖추어진 경우 손해배상범위에 대해 학설 간 다툼이 있다. 정신적 손해로 한정하는 정신침해설과 환자에게 발생한 재산적 손해와 정신적 손해 모두 배상해야 한다는 신체침해설 사이의 대립이다. 두 학설간의 대립은 의사에게 설명의무를 부과하고 환자에게 자기결정권을 인정하는 규범이 보호하고자 하는 법익이 무엇인가에 따라 그 입장을 달리한다.<sup>184)</sup>

##### 1) 정신침해설

의사가 의료행위를 할 때 의료과오나 기타의 주의의무위반이 없이 적법하였지만 설명의무위반이 있는 경우가 있다. 그것은 신체침해행위가 아니라 일반적 인격권의 침해에 불과하므로 위자료청구권만이 인정될 뿐이라고 한다.<sup>185)</sup> 이 견해는 의료행위에 의한 침습이 의료기술적 정당성과 의학적 적응성을 갖추고 있으면 그 의료행위는 적법하며, 환자의 동의 내지 승낙은 별도로 적법성요건

184) 추호경, 앞의 논문, 28면.

185) 범경철, 앞의 논문, 314면.



을 요구하지 않는다고 한다. 우리나라 및 독일의 소수설로서 의학의 과학적 기준에 따라 행하여진 의료행위는 그것 자체로서 치료행위이지 신체침해는 아니라고 한다.<sup>186)187)</sup>

의사의 설명의무위반에 대한 손해배상의 범위에 대해서는 정신침해설이 신체침해행위가 아니라 일반적 인격권의 침해에 불과하므로 위자료청구권만이 인정될 뿐이라고 하는데 사건으로는 의사의 설명의무위반이 환자의 자기결정권 등의 인격권을 침해함과 동시에 그와 유기적으로 연결되어 있는 신체침해행위가 자연적으로 발생하게 되는 것이기 때문에 타당하지 않다고 생각한다.

## 2) 신체침해설

우리나라와 독일판례 및 다수설의 입장으로 의료행위로 인한 침습이 결부된 치료행위를 일단 신체침해로 본다. 환자의 자기결정권에 대한 침해가 있는 경우, 의사의 의료행위가 의학적 적응성이 있고 의학적 기준에 맞게 실행되었다고 하더라도 그러한 의료행위로 인하여 발생된 생명·신체상의 모든 손해에 대하여 의사의 배상책임이 인정되어야 한다는 견해이다.<sup>188)</sup>

신체침해설은 환자의 자기결정권에 대한 침해가 있는 경우, 의사의 의료행위가 의학적 적응성이 있고 의학적 기준에 맞게 실행되었다고 하더라도 그러한 의료행위로 인하여 발생된 생명·신체상의 모든 손해에 대하여 의사의 배상책임이 인정되어야 한다는 견해인데 여기에 동의한다.

신체침해의 구성요건해당성을 갖는 의료행위는 외과 수술뿐만 아니라 의약품의 처방, 주사 그리고 방사선 치료도 포함된다. 독일법원은 환자의 손해로 실현

---

186) 석희태, 앞의 논문, 146면; 김천수, 앞의 논문, 341면; Laufs, “Zur deliktsrechtlichen Problematik ärztliche Eigenmacht”, NJW 1969. 529.

187) 정광수, 「의사의 설명의무위반과 책임범위에 관한 연구」, 강원법학 제11권, 1999, 123면.

188) 석희태, 앞의 논문, 144면.

된 그 위험에 대한 설명이 있었음이 입증되지 않은 경우에 설명의무위반으로 인한 청구권을 부여한다.<sup>189)</sup>

대법원은 의사의 설명의무를 ‘과실인정의 전제로서의 주의의무’로 파악하여 신체적 손해에 대한 배상책임을 의사의 설명의무위반책임에 포함시키고 있다.<sup>190)</sup> 이에 따르면, 신체침해설은 신체 자체에 대한 손해가 그 피해법익인 인격권에서 발생한 것은 아니지만 이에 귀속이 가능하고 위법성 관련성이 인정되어 그 책임이 가해자에게 귀속된다는 것이다.

## 2. 판례의 태도

### 1) 위자료만을 인정한 판례

대법원은 병원에서 불안정성협심증 · 다발성관상동맥협착증으로 진단받고 세 곳의 관상동맥우회술을 시술 받았으나 회복과정에서 심장마비증세가 발생하여 저산소성뇌기능장애로 환자가 사망한 사안에서 "...수술의 필요성, 수술방법 및 시기의 선택 등에 있어서 의료상의 과실은 없다고 전제하고, 의사가 환자에게 수술 후에 심장마비 등 부작용이 다를 수도 있다는 것을 설명하지 아니한 점은 위자료를 배상하는데 그친다..."<sup>191)</sup>라고 판시하여 위자료만을 인정하였다.

또한 대법원은 "...피해자가 의사의 치료상의 과실이 없더라도 그의 설명의무위반으로 투약 여부에 대한 승낙권을 침해당하였다면 그 위법행위 때문에 예기치 못한 의약품의 부작용으로 인한 정신적 고통을 입었다 할 것이고 가족들도 위 고통을 함께 입었다 할 것이므로, 이러한 경우 병원을 경영하는 법인은 위 피해자에게 신체장애 등에 의한 재산적 손해를 배상할 책임은 없다 하더라

---

189) 김천수, 앞의 논문, 327-329면.

190) 대판 1987.4.28. 86다카1136.

191) 대판 1994.4.15. 93다60953.

도 위 피해자와 그의 가족들에게 위 정신적 고통에 대한 위자료는 지급할 책임이 있다..."<sup>192)</sup> 라고 판시하여 위자료에 대한 배상을 인정하였다.

그리고 서울지방법원 1994.8.24.선고 93가합80648판결 사건을 살펴보면 "...건강진단검사의 일환으로 자궁암 검사를 담당한 의사 또는 간호사로서는 피검사자의 처녀성 여부를 확인하고 자궁암 검사의 시행방법, 이로 인한 처녀막의 손상 가능성 등을 설명하여 피검사자가 검사를 받을 것인가의 여부를 선택할 수 있도록 할 주의의무가 있음에도 이를 게을리 한 채 처녀에 대하여 위와 같은 설명 없이 자궁암 검사를 실시하여 처녀막을 파열시킨 경우 설명의무위반으로 피검사자의 승낙권을 침해한 것이다..."<sup>193)</sup>라고 판시하여 위자료 청구를 인정하였다.

또한 대법원은 "...의사의 환자에 대한 설명의무가 수술시에만 한하지 않고, 검사, 진단, 치료 등 진료의 모든 단계에서 각각 발생한다 하더라도 설명의무위반에 대하여 의사에게 위자료 등의 지급의무를 부담시키는 것은 의사가 환자에게 제대로 설명하지 아니한 채 수술 등을 시행하여 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 위자(慰藉)하는 것이므로, 이러한 의미에서의 의사의 설명은 모든 의료과정 전반을 대상으로 하는 것이 아니라 수술 등 침습을 과하는 과정 및 그 후에 나쁜 결과 발생의 개연성이 있는 의료행위를 하는 경우 또는 사망 등의 중대한 결과발생이 예측되는 의료행위를 하는 경우 등과 같이 환자에게 자기결정에 의한 선택이 요구되는 경우만을 대상으로 하여야 하고, 따라서 환자

---

192) 대판 1994.4.15. 92다25885.

193) 서울지법 1994.8.24. 93가합80648.

에게 발생한 중대한 결과가 의사의 침습행위로 인한 것이 아니거나 또는 환자의 자기결정권이 문제되지 아니하는 사항에 관한 것은 위자료 지급대상으로서의 설명의무위반이 문제될 여지는 없다고 봄이 상당하다..."<sup>194)</sup>라고 판시하여 자기결정권에 대한 위자료 인정기준을 실시하고 있다.

그리고 대법원은 "...일반적으로 의사는 환자에게 수술을 시행하는 과정 및 그 후에 나쁜 결과가 발생할 개연성이 있는 의료행위를 하는 경우에 있어서는, 응급환자의 경우나 그 밖의 특별한 사정이 없는 한, 진료계약상의 의무로서 또는 수술에 대한 승낙을 얻기 위한 전제로서 당해 환자나 법정대리인에게 질병의 증상, 치료 방법의 내용 및 필요성, 발생이 예상되는 위험 등에 관하여 당시의 의료수준에 비추어 상당하다고 생각되는 사항을 설명하여 당해 환자가 그 필요성이나 위험성을 충분히 비교해 보고 그 의료행위를 받을 것인가의 여부를 선택할 수 있도록 하여야 할 의무가 있을 뿐만 아니라, 그 진료 목적의 달성을 위하여 환자 또는 그 보호자에 대하여 요양의 방법 기타 건강관리에 필요한 사항을 상세히 설명하여 후유증 등에 대비하도록 할 의무가 있으며, 한편 의료행위로 인하여 중대한 결과가 발생하여 환자가 의사의 설명의무위반으로 인한 위자료를 청구하는 경우에도 환자에게 발생한 중대한 결과가 의사의 의료행위로 인한 것이어야 한다..."<sup>195)</sup>라고 판시하여 백내장 수술에 따른 후유증인 망막박리의 발생 가능성에 대한 의사의 설명의무위반을 이유로 위자료 청구를 인정하였다.

따라서 판례는 위자료청구의 경우 의사의 설명의무위반에 대해 비교적 쉽게 인정하고 있으며 진료 및 치료의 방법이 적절했을 경우는 단지 위자료를 배상하는데 그치고 있다. 또한 위자료배상의 기준에 대해 의사의 설명은 모든 의료과정 전반을 대상으로 하는 것이 아니라 수술 등 침습을 과하는 과정 및 그 후에 나쁜 결과 발생의 개연성이 있는 의료행위를 하는 경우 또는 사망 등의 중

---

194) 대판 1995.4.25. 94다27151.

195) 대판 1997.7.22. 95다49608.

대한 결과발생이 예측되는 의료행위를 하는 경우 등과 같이 환자에게 자기결정에 의한 선택이 요구되는 경우만을 대상으로 하는 것이라고 기준을 제시하고 있다.

사건으로는 의사의 설명이 “...의료행위를 받을 것인가의 여부를 선택할 수 있도록 하여야 할 의무가 있을 뿐만 아니라...”라고 판시한 부분에서 의사의 설명의무가 치료의 존부를 결정하는 것이라고 인정한 것이므로 의사의 설명의무가 진료 및 치료의무보다 더 중요한 것이라고 할 수 있다 하겠다.

## 2) 전손해를 인정한 판례

대법원은 “...의사가 설명의무를 위반한 채 수술 등을 하여 환자에게 사망 등의 중대한 결과가 발생한 경우에 있어서 환자 측에서 선택의 기회를 잃고 자기결정권을 행사할 수 없게 된 데 대한 위자료만을 청구하는 경우에는 의사의 설명 결여 내지 부족으로 선택의 기회를 상실하였다는 사실만을 입증함으로써 족하고, 설명을 받았더라면 사망 등의 결과는 생기지 않았을 것이라는 관계까지 입증할 필요는 없다고 할 것이지만, 그 결과로 인한 모든 손해를 청구하는 경우에는 그 중대한 결과와 의사의 설명의무위반 내지 승낙취득 과정에서의 잘못과의 사이에 상당인과관계가 존재하여야 하며, 그 경우 의사의 설명의무위반은 환자의 자기결정권 내지 치료행위에 대한 선택의 기회를 보호하기 위한 점에 비추어 환자의 생명·신체에 대한 의료적 침습과정에서 요구되는 의사의 주의의무위반과 동일시할 정도의 것이어야 한다...”<sup>196)</sup>라고 판시하면서, 본 사건의 환자의 개심수술은 환자에 대한 설명의무를 다하지 않고 원고인 환자의 승낙권을 침해하여 이루어진 위법한 수술이라 할 것이므로 피고는 피고가 설치·운영하는 국립의료원의 흉곽외과 과장인 의사 갑 등의 사용자로서 그들의 업무집행으로 말미암아 발생한 이 사건 의료사고로 인하여 원고가 입은 손해를

---

196) 대판 1995.1.20. 94다3421.

배상할 책임이 있고, 그 손해배상의 범위에 대하여는, 원고가 입은 소극적 손해로서 정년시까지 은행원으로, 60세가 될 때까지는 도시 일용직에 종사하여 얻을 수 있었던 수입과 일실퇴직금을, 그 적극적 손해로서 향후치료비와 간호비를 위자료와 함께 배상할 의무가 있다고 판시하였다.

대법원은 1995.2.10.선고 93다52402판결 사건에서 소외 망 갑이 손바닥과 발바닥에 땀이 많이 나는 증상을 치료하기 위해 피고 을 대학교 산하 병 병원에 입원하여 교감신경 절제수술을 받았는데, 수술 후 급작스럽게 사망하여 그 유가족이 손해배상청구를 한 사안에서 대법원은 "...의사가 설명의무를 위반한 채 수술 등을 하여 환자에게 사망 등의 중대한 결과가 발생한 경우에 환자 측에서 선택의 기회를 잃고 자기결정권을 행사할 수 없게 된 데 대한 위자료만을 청구하는 경우에는 의사의 설명결여 내지 부족으로 선택의 기회를 상실하였다는 사실만을 입증함으로써 족하고, 설명을 받았더라면 사망 등의 결과는 생기지 않았을 것이라는 관계까지 입증할 필요는 없으나, 그 결과로 인한 모든 손해를 청구하는 경우에는 그 중대한 결과와 의사의 설명의무위반 내지 승낙취득 과정에서의 잘못과의 사이에 상당인과관계가 존재하여야 하며, 그때의 의사의 설명의무위반은 환자의 자기결정권 내지 치료행위에 대한 선택의 기회를 보호하기 위한 점에 비추어 환자의 생명, 신체에 대한 구체적 치료과정에서 요구되는 의사의 주의의무 위반과 동일시 할 정도의 것이어야 한다..."<sup>197)</sup>라고 전손해청구에 대해 실시하고 있다.

또한 대법원은 피고들이 소외 망 갑을 전신마취시켜 이 사건 미골절제술 이외에 다른 치료법이 있는지 또는 수술이 불가피한 것인지 여부에 대하여 아무런 설명이 없었다는 점 및 수술 전에 간기능검사 등의 기본검사만을 하고 할로테인 마취제를 사용할 수 없는 경우에 대비하여 조사하였어야 할 위 갑의 병력 등에 대하여는 사전 조사를 하지 아니한 채 수술실에서 문진을 하고서 바로 수술을 시행하여, 위 갑을 사망으로 이르게 한 사안에서 "...의사가 설명의무를

---

197) 대판 1995.2.10. 93다52402.



위반한 채 수술 등을 하여 환자에게 사망 등의 중대한 결과가 발생한 경우에 환자 측에서 선택의 기회를 잃고 자기결정권을 행사할 수 없게 된 데 대하여 위자료만이 아닌 전 손해의 배상을 구하는 경우에는, 그 설명의무의 위반이 구체적 치료과정에서 요구되는 의사의 주의의무의 위반과 동일시할 정도의 것이어야 하고 그러한 위반행위와 환자의 사망과의 사이에 인과관계가 존재함이 입증되어야 한다..."<sup>198)</sup>라고 판시하여 역시 전손해청구에 대해 실시하고 있다.

그리고 대법원은 설명의무위반을 이유로 재산상 손해의 배상을 청구하기 위한 요건을 "...설명의무를 위반한 채 수술이나 투약을 하여 환자에게 사망 등의 중대한 결과가 발생한 경우에 환자 측에서 선택의 기회를 잃고 자기결정권을 행사할 수 없게 된 데 대하여 위자료만을 청구하는 경우에는 설명결여 내지 부족으로 선택의 기회를 상실하였다는 사실만을 입증함으로써 족하나, 위자료만이 아닌 전 손해의 배상을 구하는 경우에는 그 설명의무의 위반이 구체적 치료과정에서 요구되는 의사의 주의의무의 위반과 동일시할 정도의 것이어야 하고 그러한 위반행위와 환자의 사망과의 사이에 인과관계가 존재함이 입증되어야 한다..."<sup>199)</sup>라고 판시하여 인과관계의 존재를 요건으로 삼고 있다.

위자료를 청구하는 경우에는 설명결여 내지 부족으로 선택의 기회를 상실하였다는 사실만을 입증하게 하고 있는데 반해, 전손해의 배상을 청구하는 경우 판례는 그 설명의무의 위반이 구체적 치료과정에서 요구되는 의사의 주의의무의 위반과 동일시할 정도의 것이어야 하고 그러한 위반행위와 환자의 사망과의 사이에 인과관계가 존재하는 것을 입증할 것을 요구하여 상대적으로 위자료 청구보다 입증책임을 무겁게 하고 있다.

사건으로는 의사의 설명의무도 주된 급부의무이므로 환자의 중대한 결과와 설명의무를 하지 않은 채무불이행 사이에 인과관계 없음을 의사가 입증하면 된다고 생각한다.

---

198) 대판 1996.4.12. 95다56095.

199) 대판 2002.1.11. 2001다27449.



### 3. 검토

의사의 설명의무위반에 대한 손해배상의 범위에 대해서는 정신침해설이 신체침해행위가 아니라 일반적 인격권의 침해에 불과하므로 위자료청구권만이 인정될 뿐이라고 하고 또한 의료행위에 의한 침습이 의료기술적 정당성과 의학적 적응성을 갖추고 있으면 그 의료행위는 적법하며, 환자의 동의 내지 승낙은 별도로 적법성요건을 요구하지 않는다고 한다. 하지만 이 견해는 환자의 자기결정권 등의 인격권을 침해함과 동시에 그와 유기적인 신체침해행위가 자연적으로 발생하게 되는 것이기 때문에 타당하지 않다고 하였다.

신체침해설은 환자의 자기결정권에 대한 침해가 있는 경우, 의사의 의료행위가 의학적 적응성이 있고 의학적 기준에 맞게 실행되었다고 하더라도 그러한 의료행위로 인하여 발생한 생명·신체상의 모든 손해에 대하여 의사의 배상책임이 인정되어야 한다는 견해인데 여기에 동의한다.

대법원은 의사의 설명의무를 ‘과실인정의 전제로서의 주의의무’로 파악하여 신체적 손해에 대한 배상책임을 의사의 설명의무위반책임에 포함시키고 있다.<sup>200)</sup> 이에 따르면, 신체침해설은 신체 자체에 대한 손해가 그 피해법익인 인격권에서 발생한 것은 아니지만 이에 귀속이 가능하고 위법성 관련성이 인정되어 그 책임이 가해자에게 귀속된다는 것이다.

의사의 설명의무위반이 없었을 경우 치료가 잘 되었다면 아무런 문제가 없을 것이다. 치료가 잘 되지 않았을 경우라도 의사의 설명의무위반이 없었기 때문에 손해배상범위는 치료비와 그와 관련 있는 손해라고 할 수 있다. 의사의 설명의무위반이 있고 치료가 잘 되지 않았을 경우는 치료비 전액과 그와 관련 있는 손해라고 할 수 있다. 그러나 의사의 설명의무위반이 있고 치료가 잘 되었을 경우는 환자가 치료에 대해 손해를 입게 된 것은 없기에 설명의무위반에

---

200) 대판 1987.4.28. 86다카1136.

대한 손해배상청구는 가능하다고 본다. 하지만 이 경우에도 정신침해설을 취하는 것이 아니라 신체에 대한 치료행위와 유기적으로 관련 있는 설명의무에 대한 위반이 있었으므로 신체침해설을 취한다고 하겠다.

또한 일반적인 건강상의 치료에서는 앞의 설명과 같이 이해가 되겠지만, 치아교정이나 성형수술, 불임수술 등의 미용 또는 특수목적을 가진 건강이외의 치료에 대해서는 의사의 설명이 치료와 치료의 결과에 밀접한 연관성을 가지기 때문에 치료상의 중대한 결과가 발생한 경우 의사의 설명의무위반으로 인한 손해배상의 범위는 비교적 넓어진다고 할 수 있겠으며, 특히 환자의 건강상에는 아무런 의학적 문제는 없으나, 의사가 설명하는 과정에서 환자의 승낙 또는 동의를 받은 것과 다른 결과가 나온 건강이외의 치료에 대해서는 손해배상의 범위가 환자의 건강상의 치료가 잘 되지 않았을 경우와 같다고 볼 수 있겠다.

#### 제4절 소결

종래에는 불법행위책임으로 해결하려던 의료과오사건에서 최근 채무불이행을 이유로 하는 손해배상청구가 늘고 있다.

의사의 설명의무위반으로 인한 손해배상청구를 채무불이행책임으로 볼 경우 몇 가지 문제점이 제기된다고 앞서 언급하였다. 그러나 이런 문제점들을 급부 의무설에 의하면 이해할 수 있다. 민법상의 채무불이행책임은 재산적 손해에 대해서만 배상을 규정하고 있어 의료과오와 같은 정신적·신체적 침해에 따른 손해배상에 적용하기 곤란하다고 하였다. 이 점에 대해서는 의사의 설명의무가 의사의 주된 급부의무인 진료 및 치료의무 외에 독립적으로 존재하는 주된 급부의무로 존재하기 때문에 의사가 설명의무를 위반한 경우 의료과오로 인한 정신적·신체적 침해에 따른 손해배상을 하는 것이 아니라 환자가 지불한 비용에 대한 주된 급부로서 의사에게 계약 위반으로 인한 채무불이행책임을 물을

수 있게 된다. 그리고 의료계약상의 채무는 결과채무가 아닌 수단채무의 성격을 지닌 불명확한 채무이므로 이러한 채무의 특성상 이에 대한 채무불이행 사실을 밝히는 것이 매우 어렵다고 한 점은 의사의 설명의무를 수단채무로 보고 있는 것에 대해 급부의무설에 의하면 주된 급부의무로서 수단채무의 성격을 지니므로 의사의 설명의무위반에 대한 채무불이행 사실을 밝히는 것이 용이해진다. 그리고 채무불이행책임으로 볼 경우, 특별손해가 되어 배상을 받기 어렵다고 한 점에 대해서는 의사의 설명의무위반은 채무불이행책임으로 볼 경우 급부의무설에 따라 특별손해가 아닌 주된 급부채무에 대한 통상손해가 된다.

의사의 설명의무위반의 입증책임에 대해 살펴보면 채무불이행책임과 불법행위책임 모두 고의·과실의 입증책임에 대해 차이를 보이고 있다.

종래에는 불법행위책임으로 해결되었는데, 그럴 경우 피해에 대한 입증책임을 피해자인 환자가 부담하게 된다. 그럴 경우, 일반인인 환자가 전문적인 의료행위에 대한 입증책임을 부담하여 의료과오로 인한 손해를 입증한다는 것은 현실적으로 불가능한 경우가 대부분이고 제대로 배상을 받는 경우도 드물었다. 그래서 환자 측의 소송상의 입증경감 등을 위하여 채무불이행책임으로의 법적 구성이 주장된 것이다.

불법행위책임은 가해자의 고의·과실, 즉 의사의 설명의무위반의 입증책임을 피해자인 환자가 부담해야 한다. 그러나 채무불이행책임은 이와 반대로 채무자인 의사 측의 고의·과실이 추정되고 의사는 자신에게 과실이 없음을 입증하여야 한다. 그러나 급부의무설에 의하더라도 의사의 설명의무는 의사의 주된 급부의무인 진료 및 치료의무 외에 독립적으로 존재하는 주된 급부의무로 존재하기 때문에 의사가 설명의무를 하지 않았거나 불충분하거나 부정확한 설명을 하였을 경우 이를 채무불이행책임을 물어 전손해배상의 고의·과실의 입증책임을 의사가 고의·과실 없음을 입증하는 것이 된다.

의사의 설명의무위반으로 위자료만을 청구하는 경우와 전손해배상을 청구하는 경우 그 입증책임을 위자료만을 청구할 때는 의사의 설명 결여 내지 부족으로 선택의 기회를 상실하였다는 사실만을 입증하면 되고, 전손해배상을 청구하

는 경우 중대한 결과와 의사의 설명의무 불이행 내지 승낙과정에서의 잘못과의 사이에 상당인과관계가 존재한다는 것을 환자가 입증을 해야 하는데, 이는 의학적으로 비전문가인 대부분의 환자와 그 가족들에게 그 입증책임을 전가하는 것이고 의사의 설명의무에 대해 의사들을 보호 내지 손해배상의 경감의 효과를 초래할 뿐이라고 생각한다.

위자료 청구일 경우에는 중대한 결과와 의사의 설명의무 불이행 내지 승낙과정에서의 잘못과의 사이에 상당인과관계가 존재한다는 것을 입증을 해야 하는 것을 환자가 입증하지 않아도 되고 전손해배상을 청구하는 경우는 입증책임을 환자가 부담하는 것은 위자료 청구일 경우 채무불이행책임으로, 전손해배상은 불법행위책임으로 묻기 때문인데, 급부의무설에 따를 경우 위자료 청구일 경우 의사의 설명의무 불이행에 대해서, 전손해배상을 청구하는 경우에는 의사의 설명의무 불이행과 의사의 진료 및 치료의무 불완전 이행에 대해 동일하게 채무불이행책임을 부담하기에 두 경우 모두 의사가 입증책임을 부담해야 한다고 할 수 있다.

특히 환자나 그 가족들의 입증책임을 어려운 의료소송의 특수한 사정을 고려할 때 전손해배상을 청구하는 경우는 의사가 의사의 설명의무 불이행과 환자의 중대한 결과 사이에 상당인과관계가 없다는 것을 입증하는 것이 진실관계를 더욱 명백하게 할 것이라고 생각한다. 또는 의료사고와 의료관련소송이 많아지고 그 증가율도 높은 가운데 공무원 지위를 가지는 제3의 의사, 의학전공 내지 의료소송 전문 법률가, 소비자보호단체 의료서비스 전문가 등으로 구성된 제3의 기관에서 의사의 설명의무 불이행과 환자의 중대한 결과 사이에 상당인과관계가 없다는 것을 입증하게 된다면 분쟁 당사자 모두 입증결과에 수긍할 것이라 생각된다.

하지만 채무불이행책임과 불법행위책임 중 어느 쪽이 틀리고 옳다고 판단할 문제는 아니다. 그 중 어느 한 쪽만을 인정하여 환자의 실질적이고 현실적인 권리보호를 저해할 것이 아니고, 다수의 견해가지지 하듯이 두 청구권의 경합을 인정하여 사회적으로 그리고 의료과오소송에서 절대적 약자인 환자의 실

질적인 권익을 보호해야 할 것이다.

소멸시효에 있어서도 불법행위의 소멸시효인 3년을 적용할 것이 아니라 의료사고의 특성상 의료과오의 원인이 늦게 발견 될 수도 있는데 이를 채무불이행으로서 소멸시효 10년에 적용해야하고, 거기서 더 나아가 병·의원 또는 의사가 의료행위를 위하여 이행보조자를 사용하는 경우에 있어서도 의사의 설명의무에 대해 계약적 의사책임을 물어 이행보조자의 고의·과실이 채무자인 병·의원 또는 의사의 고의·과실로 되어 그 책임을 부담하게 되면 불의의 사고로 인한 환자의 손해회복에 도움이 될 것이라고 생각한다.

의사의 설명의무위반에 있어서 환자의 자기결정권 침해에 대한 우리나라 대법원의 판례는 크게 위자료 배상과 신체침해에 대한 전손해 배상으로 나누어지고 있는데 원칙적으로 의사가 부담해야 할 책임의 범위는 전손해로 보고 있다. 환자들의 사망이나 장애의 결과가 있는 중대한 의료과오에 대한 판결에서는 전손해배상으로 판결이 되고, 심각한 결과가 없는 사건에 대해서는 위자료 배상의 판결이 나오는 경향이 있다. 이것은 의사의 설명의무에 대해 적용기준이 명확하지 않은 것으로, 의사의 설명의무의 법적지위확립이 필요하다고 생각한다.

앞서 판례로 살펴본 바와 같이 전손해의 배상을 인정하기 위하여 상당인과 관계의 존재 여부와 의사의 치료상의 주의의무위반과 동일시 할 정도의 설명의무위반을 요구하고 있다.<sup>201)</sup> 대법원이 그 적용 요건을 엄격히 판시하고 있는데 전손해의 배상을 쉽게 인정하면 의사의 소극진료 내지 진료의 위축을 초래할 염려가 있기 때문이다. 그러나 대법원은 ‘치료상의 주의의무위반과 동일시 할 정도’라는 애매한 표현을 사용하여 해석상의 문제의 여지를 남겼는데, 명확한 기준을 제시해야 할 것으로 생각된다.

의사의 설명의무위반에 대한 손해배상의 범위에 대해서는 정신침해설이 신체침해행위가 아니라 일반적 인격권의 침해에 불과하므로 위자료청구권만이 인정될 뿐이라고 하고 또한 의료행위에 의한 침습이 의료기술적 정당성과 의학적

---

201) 대판 1994.4.15. 93다60953.

적응성을 갖추고 있으면 그 의료행위는 적법하며, 환자의 동의 내지 승낙은 별도로 적법성요건을 요구하지 않는다고 한다. 하지만 이 견해는 환자의 자기결정권 등의 인격권을 침해함과 동시에 그와 유기적인 신체침해행위가 자연적으로 발생하게 되는 것이기 때문에 타당하지 않다고 하였다.

신체침해설은 환자의 자기결정권에 대한 침해가 있는 경우, 의사의 의료행위가 의학적 적응성이 있고 의학적 기준에 맞게 실행되었다고 하더라도 그러한 의료행위로 인하여 발생된 생명·신체상의 모든 손해에 대하여 의사의 배상책임이 인정되어야 한다는 견해인데 여기에 동의한다.

대법원은 의사의 설명의무를 ‘과실인정의 전제로서의 주의의무’로 파악하여 신체적 손해에 대한 배상책임을 의사의 설명의무위반책임에 포함시키고 있다.<sup>202)</sup> 이에 따르면, 신체침해설은 신체 자체에 대한 손해가 그 피해법익인 인격권에서 발생한 것은 아니지만 이에 귀속이 가능하고 위법성 관련성이 인정되어 그 책임이 가해자에게 귀속된다는 것이다.

의사의 설명의무위반이 없었을 경우 치료가 잘 되었다면 아무런 문제가 없을 것이다. 치료가 잘 되지 않았을 경우라도 의사의 설명의무위반이 없었기 때문에 손해배상범위는 치료비와 그와 관련 있는 손해라고 할 수 있다. 의사의 설명의무위반이 있고 치료가 잘 되지 않았을 경우는 치료비 전액과 그와 관련 있는 손해라고 할 수 있다. 그러나 의사의 설명의무위반이 있고 치료가 잘 되었을 경우는 환자가 치료에 대해 손해를 입게 된 것은 없기에 설명의무위반에 대한 손해배상청구는 가능하다고 본다. 하지만 이 경우에도 정신침해설을 취하는 것이 아니라 신체에 대한 치료행위와 유기적으로 관련 있는 설명의무에 대한 위반이 있었으므로 신체침해설을 취한다고 하겠다.

또한 일반적인 건강상의 치료에서는 앞의 설명과 같이 이해가 되겠지만, 치아교정이나 성형수술, 불임수술 등의 미용 또는 특수목적을 가진 건강이외의 치료에 대해서는 의사의 설명이 치료와 치료의 결과에 밀접한 연관성을 가지기

---

202) 대판 1987.4.28. 86다카1136.



때문에 치료상의 중대한 결과가 발생한 경우 의사의 설명의무위반으로 인한 손해배상의 범위는 비교적 넓어진다고 할 수 있겠으며, 특히 환자의 건강상에는 아무런 의학적 문제는 없으나, 의사가 설명하는 과정에서 환자의 승낙 또는 동의를 받은 것과 다른 결과가 나온 건강이외의 치료에 대해서는 손해배상의 범위가 환자의 건강상의 치료가 잘 되지 않았을 경우와 같다고 볼 수 있겠다.

환자의 자기결정권만 본다면 의사의 설명의무위반으로 발생한 손해배상의 범위는 자기결정권인 인격권 침해에 따른 위자료배상에 한하는 것이 타당하다고 생각될 수 있다. 하지만, 결과적으로는 의사의 설명의무위반으로 환자는 신체 및 생명상의 손해가 발생한다. 의사의 설명의무가 오늘날 중요하게 다루어지는 이유는 사회적으로 그리고 의학적으로 불리한 환자 측의 입장을 더욱 확실히 보장하는 데 있다. 그러므로 손해배상의 범위를 위자료배상에만 한정할 것이 아니라 전손해에 대한 배상을 인정하여 환자 측의 실질적인 권익이 보장될 수 있도록 해야 할 것이다.





## 제5장 결론

사람이 살아가는 동안 질병 없이 아프지 않고 일생을 마치게 된다면 더 없이 좋은 일이겠지만, 그것은 사실상 불가능하다. 그래서 보통 아프거나 질병이 생기거나 또는 더 나은 신체적인 편리나 미용을 위해서 사람들은 병원에 가서 해당 처치를 받게 된다.

하지만 그러한 처치가 이루어질 때 환자의 동의 내지 합의를 포함하는 설명 없이 의사에게 의료행위를 하게 된다면 의사의 재량권이 필요 없이 커질 수 있으며, 치료라는 이름으로 새로운 처치 등에 환자들이 실험대상이 될 수 있는 등의 상황이 있을 수도 있다. 의료사고가 발생하더라도 대부분의 환자들은 의료사고였다는 것을 밝혀내는 것뿐만 아니라 알게 되는 것 자체가 어렵고 현재의 판례가 입증책임을 환자에게 부담시키고 있기 때문에 의학적 전문 지식이 거의 없는 대부분의 환자 측에서 의료사고를 밝혀내기란 여간 어려운 일이 아니며 앞서 언급한 상황 속에서는 의료사고가 발생할 확률도 높아지게 된다. 또한 의사는 대부분의 환자가 의학적 전문지식이 없기에 의료사고가 발생하게 되면 책임회피를 위해 의료사고를 은폐하려고 할 가능성도 높다.

따라서 의사는 환자를 진료할 때는 기본적으로 진료 및 치료 등 환자가 받을 의료행위에 대해 환자에게 충분하고 성실하게 설명을 해 주어야 한다. 충분하고 성실한 설명을 하면서 또는 한 후 환자에게 의료행위에 대한 사전 동의 내지 승낙을 받아야 한다. 그리고 의사가 설명의무를 위반하여 임의로 환자에게 의료행위를 하였다면 손해배상책임을 부담하는 것은 당연한 것이 되는 것이다.

우리나라의 다수설에서는 의사의 설명의무를 부수적의무로 보고 있는데 이는 의료행위를 진료 및 치료행위에만 중점을 두어 자기신체침습에 대한 설명과 그에 대한 동의 등을 너무 가볍게 여기는 게 아닌가 하는 생각이 든다. 의료행위를 할 때는 의사가 어떤 형태로든지 환자에게 침습을 가하게 된다. 침습을

하기 전에 그러한 침습에 대한 설명을 하고 동의를 구하는 행위는 침습에 해당하는 행위를 하는 것과 비교해 볼 때 동등하거나 오히려 환자에게 그러한 신체에 대한 침습에 대해 생각하고 판단할 기회와 그 판단을 토대로 치료행위로 행해지는 침습이 일어나지 않을 수도 있게 할 수도 있게 하는 치료계약의 존부를 결정하는 것이기에 사람의 이성과 인격을 사람의 신체 못지않게 중요시하는 현대사회에서는 의사의 설명의무는 더욱 중요한 것이라고 할 것이다. 또한, 의사의 침습에 대한 설명으로서 환자가 의료행위를 받을지 받지 않을지에 대한 판단을 하게 되고 결정을 하게 되는데, 의사가 설명을 전혀 하지 않았거나, 의사의 설명이 불충분하거나 부정확했을 경우는 환자의 무지상태 또는 판단을 흐리게 하는 등의 이유로 환자에게 치료행위를 받을지 받지 않을지에 대한 결정기회이익을 박탈하게 된다. 이것은 의사의 재량권을 넘어선 아주 부당한 것이며 위법한 것이라고 판단된다.

의사의 설명의무는 환자의 알권리와 자기결정권 실현에 기여하는 데 목적을 둔 중요한 의무 중의 하나이다. 따라서 의사의 설명의무에 대해 의사의 주된 급부의무인 진료 및 치료 의무 등의 주된 급부의무와 독립적으로 존재하는 또 다른 하나의 주된 급부의무로 판단해야 하는 것이다.

설명 의무의 주체에 대해서는 의사, 협진 의사 그리고 병원장, 과장 의사 등의 감독 의사, 병원 운영자 그리고 약사까지 모두 설명의무를 부담한다. 특히 의약분업 전·후의 의사와 약사의 설명의무 부담에 대해서 의약분업 이전에는 병원에서 진료와 치료를 받은 후, 당해 병원에서 지어주는 약을 받고 비용을 지불하였기 때문에 약에 대한 설명의무를 의사가 부담하는 것은 당연하였지만, 1998년 의약분업이 시행된 후로는 의사는 환자에게 처방전만을 교부하고 약사가 처방전에 따라 약을 조제·투약하게 되었는데, 약에 대한 설명의무를 누가 부담할 것인가에 대해 의문의 여지가 있었다. 의약분업으로 인해 약에 대한 기본적인 설명의무는 약사라고 하겠으나, 조제는 약사가 하는 것일지라도 약에 대해서 처방은 의사가 내리는 것이고, 의사나 약사 한 쪽이 설명을 하게 되면 부족할 수도 있는 부분을 서로 보완할 수 있고, 지적 의료서비스의 질도 향상되며, 환

자도 자기결정권을 보다 더 용이하게 발현할 수 있도록 의사와 약사 모두 설명 의무를 부담하는 것이 옳다고 생각한다.

의사의 설명의무위반으로 인한 손해배상청구를 채무불이행책임으로 볼 경우 몇 가지 제기되는 문제점들은 급부의무설에 의하면 해결될 수 있다. 민법상의 채무불이행책임은 재산적 손해에 대해서만 배상을 규정하고 있어 의료과오와 같은 정신적·신체적 침해에 따른 손해배상에 적용하기 곤란하다고 한 점에 대해서는 의사의 설명의무가 의사의 주된 급부의무인 진료 및 치료의무 외에 독립적으로 존재하는 주된 급부의무로 존재하기 때문에 의사가 설명의무를 하지 않았거나 불충분하거나 부정확한 설명을 하였을 경우 의료과오로 인한 정신적·신체적 침해에 따른 손해배상을 하는 것이 아니라 환자가 지불한 비용에 대한 주된 급부로서 의사에게 계약 위반으로 인한 채무불이행책임을 물을 수 있다. 또한, 의료계약상의 채무는 결과채무가 아닌 수단채무의 성격을 지닌 불명확한 채무이므로 이러한 채무의 특성상 이에 대한 채무불이행 사실을 밝히는 것이 매우 어렵다고 한 점은 의사의 설명의무를 수단채무로 보고 있는 것에 대해 급부의무설에 의하면 주된 급부의무로서 수단채무의 성격을 지니므로 의사의 설명의무위반에 대한 채무불이행 사실을 밝히는 것이 용이해진다. 그리고 채무불이행책임으로 볼 경우, 특별손해가 되어 배상을 받기 어렵다고 한 점에 대해서는 의사의 설명의무위반은 채무불이행책임으로 볼 경우 급부의무설에 따라 특별손해가 아닌 주된 급부채무에 대한 통상손해가 되는 것이다.

의사의 설명의무위반에 대한 입증책임의 문제의 면에서는 위자료 청구일 경우에는 중대한 결과와 의사의 설명의무 불이행 내지 승낙과정에서의 잘못과의 사이에 상당인과관계가 존재한다는 것을 입증해야 하는 것을 환자가 입증하지 않아도 되고 전손해배상을 청구하는 경우는 입증책임을 환자가 부담하는 것은 위자료 청구일 경우 채무불이행책임으로, 전손해배상은 불법행위책임으로 묻기 때문인데, 급부의무설에 따를 경우 위자료 청구일 경우 의사의 설명의무 불이행에 대해서, 전손해배상을 청구하는 경우에는 의사의 설명의무 불이행과 의사의 진료 및 치료의무 불완전 이행에 대해 동일하게 채무불이행책임을 부담

하기에 두 경우 모두 의사가 입증책임을 부담해야 한다고 할 수 있다.

특히 환자나 그 가족들의 입증책임이 어려운 의료소송의 특수한 사정을 고려할 때 전손해배상을 청구하는 경우는 의사가 의사의 설명의무 불이행과 환자의 중대한 결과 사이에 상당인과관계가 없다는 것을 입증하는 것이 진실관계를 더욱 명백하게 할 것이라고 생각한다. 또는 의료사고와 의료관련소송이 많아지고 그 증가율도 높은 가운데 공무원 지위를 가지는 제3의 의사, 의학전공 내지 의료소송 전문 법률가, 소비자보호단체 의료서비스 전문가 등으로 구성된 제3의 기관에서 의사의 설명의무 불이행과 환자의 중대한 결과 사이에 상당인과관계가 없다는 것을 입증하게 된다면 분쟁 당사자 모두 입증결과에 수긍할 것이라 생각된다.

독일법원은 환자의 손해로 실현된 그 위험에 대한 의사의 설명이 있었음이 입증되지 않은 경우에 설명의무위반으로 인한 손해배상청구권을 부여하고 있는데, 급부의무설에 따라 우리나라에서도 의사의 설명의무위반으로 인한 손해배상청구권을 부여해야한다고 생각한다. 더 나아가 의사의 설명의무에 대해 의사의 설명사항을 필수설명사항, 환자 요구에 의한 설명사항, 재량설명사항 등으로 세분화하고 명시적으로 구별하여 입법화하면 의사의 설명의무에 대해 분쟁의 여지도 많이 줄어들고 의사의 주된 급부의무로서 자리매김 할 것이라 생각한다.

# 참고문헌

## 1. 국내문헌

### 1) 단행본

- 곽윤직, 《채권각론》, 박영사, 2005.
- 김민중, 《의료분쟁의 법률지식》, 청림출판사, 2000.
- 김상용, 《채권각론》, 화산미디어, 2009.
- 문국진, 《의료법학》, 청림출판, 1991.
- 신현호, 《의료소송총론》, 육법사, 1997.
- 오석락, 《입증책임론》, 박영사, 1996.
- 이덕환, 《의료행위와 법》, 문영사, 1998.
- 이덕환, 《채권각론》, 율곡미디어, 2010.
- 이은영, 《채권각론》, 박영사, 2005.
- 이재상, 《형법총론》, 박영사, 1996.
- 이호연, 《채권법 총론》, 한국방송통신대학출판부, 1991.
- 조희종, 《의료과오소송》, 법원사, 1996.
- 추호경, 《의료과오론》, 육법사, 1992.

### 2) 연속간행본

- 법원행정처, 《사법연감》, 1994-2011.

### 3) 논문

강봉석, 「의사의 설명의무」, 이화여자대학교 법학논집 제7권 제1호, 2002.8.

김문균, 「의사의 설명의무위반책임」, 서강대학교 법학석사학위논문, 2002.

김민중, 「의료행위에서의 설명과 동의」, 대한병원협회지(통권 제202호), 1993.3.

김민중, 「의사책임 및 의사법의 발전에 관한 최근의 동향」, 민사법학 제 9·10호, 1993.

김민중, 「의사의 설명의무 : 해결되지 않은 법률문제」, 현대민법의 과제와 전망, 남송 한봉렬 박사 화갑기념논문집, 1994.

김민중, 「의사책임의 민사법적 근본원칙에 관한 연구」, 전북대학교 사대논문집, 1993.12.

김병태, 「의사의 설명의무」, 광주대학교 사회과학연구 제8집, 1998.12.

김장한, 「의사의 설명의무」, 서울대학교 법학석사학위논문, 1998.

김중수, 「의사의 설명의무에 관한 연구」, 청주대학교 법학석사학위논문, 2004.

김천수, 「환자의 자기결정권과 의사의 설명의무」, 서울대학교 법학박사학위논문, 1994.

김태봉, 「의사의 치료방법에 관한 연구」, 민사법연구 제4집, 1996.

김필수, 「의료단계에 따른 의사의 설명의무에 대한 실증적 연구」, 고려대학교 법학석사학위논문, 2008.

김형태, 「의사의 설명의무에 관한 연구」, 청주대학교 법학석사학위논문, 2002.

문국진, 「의료의 법이론」, 고려대학교 출판부, 1982.

박경수, 「의사의 설명의무에 관한 연구」, 안동대학교 법학석사학위논문, 2001.12.

박일환, 「의사의 설명의무와 환자의 승낙」, 의료사고에 관한 문제점(재판자료 제27집), 법원행정처, 1985.

박종원, 「의사의 설명의무」, 전북대학교 법학박사학위논문, 2002.

박태신, 「의료소송에 있어서 설명의무의 기능」, 연세법학연구 제5집 1권, 1998.5.

범경철, 「의료과오소송에 관한 연구」, 전북대학교 법학박사학위논문, 2001.

서광민, 「의료과오책임의 법적 구성」, 민사법학, 제8호, 1990.4.

석희태, 「진료과오에 관한 민사책임구조」, 판례월보, 1986.9.

석희태, 「의사와 환자의 기초적 법률관계」, 법률연구(연세대 법률문제연구소) 제3집, 1983.7.

석희태, 「의사와 환자간 기초적 법률관계 분석」, 판례월보, 1985.8.

석희태, 「의사의 설명의무」, 고시연구, 1998.5.

신현호, 「의사의 설명의무의 범위와 한계」:대상판결: 대법원 1999.3.26.선고 98다45379,45386 판결, 의료법학 제2권 제1호, 2001.6.

안영환, 「의사의 설명의무에 관한 연구」, 서울대학교 법학석사학위논문, 1994.

오상원, 「환자의 승낙과 의사의 설명의무」, 연세대학교 안암법학, 1999.

유영석, 「의료과오에 따른 의사의 민사책임」, 연세대학교 법학석사학위논문, 2000.

윤지성, 「의사의 설명의무와 환자의 자기결정권」, 중앙대학교 법학석사학위논문, 2004.

이덕환, 「의사의 설명의무법리에 관한 연구」, 한양대학교 법학박사학위논문, 1991.

이보환, 「의료과오로 인한 민사책임의 법률적 구성」. 의료사고에 관한 제문제(재판자료 제27집), 법원행정처, 1985.

이상태, 「의사의 설명과 환자의 동의」, 고시계, 1991.6.



이영환, 「의료과오에 있어서의 의사의 민사책임에 관한 연구」, 동아대학교 법학박사학위논문, 1984.

이용우, 「무면허의료행위에 대한 형사처벌상의 제문제」, 재판자료 제27집, 법원행정처, 1985.

이정식, 「의사의 설명의무법리에 관한 고찰」, 중앙대학교 법학연구원 법학 논문집 제20집, 1995.12.

이종원, 「의료과오와 의사의 설명의무에 관한 연구」, 경성대학교 법학석사학위논문, 2001.

이진성, 「의사의 설명의무와 손해배상의 범위」, 판례월보 제353호, 2000.2.

이태섭, 「의사의 설명의무위반에 대한 민사책임」, 한양대학교 법학석사학위논문, 2011.

이해근, 「의료과오에 관한 연구」, 연세대학교 법학석사학위논문, 2008.

임통일, 「의사의 설명의무와 그 위반의 효과」, 판례연구 제9집, 서울지방변호사회, 1996.

전하은, 「의사의 설명의무위반과 가정적 승낙, 손해배상책임의 범위」, 재판과 판례 제4집, 대구판례연구회, 1995.

정광수, 「의사의 설명의무위반과 책임범위에 관한 연구」, 강원법학 제11권, 1999.

조동원, 「의사와 환자의 법률관계」, 현대민법의 전망(범주 서영배 박사 화갑기념논문집), 1995.

최상호, 「판례상의 의료과오」, 계명법학 제4집, 2000.2.

추호경, 「의사의 설명의무위반과 손해배상책임」, 법조 제538호, 2001.7.

황적인, 「의사의 설명의무의 성립사」, 충북대학교 법학연구, 1995.12.

岩志 和一郎, 「의료에 있어서 환자의 자기결정과 의사의 책임」, 의료기술의 발달에 따른 의료법의 대응/한일법학회, 세창출판사, 1999.

## 2. 외국문헌

Deutsch, Erwin, Medizinrecht, 4.auflage, Springer Verlag, 1999.

Deutsch, Erwin, Artzrecht und Arzneimittelrecht, 2. Aufl, 1991.

Geiß, Karlmann, Artzhaftspflicht, 2. Aufl, 1993.

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Schuldrecht:  
Besibderer Teil, 2. Halbband 2. Aufl, 1986.

Bundesgerichtshof Neue Juristische Wochenschrift 1956, 1963, 1980.

Laufs, 「Zur deliktsrechtlichen Problematikärztliche Eigenmacht」, NJW  
1969.

Oberlandesgericht Düsseldorf NJW 1963.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen 25.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen 78.

RGJW 1932.

Reichsgerichts 168.

東京地判 1971.5.19. 下民集 22卷 5・6號.

秋田地 大曲地判(民) 1973.3.27. 判例時報 718號.

日本, 最高裁判所(民) 1981.6.19. 判例時報 1011號.

新美育文, 「醫師の説明義務と患者の同意」, 民法の争点II, ジュリスト(増刊),  
有斐閣, 1985.

### 3. 참고판례

- 대법원 1972.3.28.선고 72도342판결  
대법원 1974.11.26.선고 74도1114판결  
대법원 1978.8.14.선고 78다488판결  
대법원 1986.10.14.선고 86도1678판결  
대법원 1987.4.28.선고 86다카1136판결  
대법원 1987.11.24.선고 87도1942판결  
대법원 1988.12.13.선고 85다카1491판결  
대법원 1992.4.14.선고 91다36710판결  
대법원 1993.8.27.선고 93도153판결  
대법원 1994.4.15.선고 92다25885판결  
대법원 1994.4.15.선고 93다60953판결  
대법원 1994.11.25.선고 94다35671판결  
대법원 1995.1.20.선고 94다3421판결  
대법원 1995.2.10.선고 93다52402판결  
대법원 1995.4.25.선고 94다27151판결  
대법원 1996.4.12.선고 95다56095판결  
대법원 1997.7.22.선고 95다49608판결  
대법원 1998.2.13.선고 96다7854판결  
대법원 1999.6.11.선고 99다3709판결

대법원 1999.9.3.선고 99다10479판결  
대법원 1999.11.23.선고 98다21403판결  
대법원 1999.12.21.선고 98다29261판결  
대법원 2000.1.21.선고 98다50586판결  
대법원 2002.1.11.선고 2001다27449판결  
대법원 2002.8.23.선고 2000다37265판결  
대법원 2002.6.28.선고 2001다81313판결  
대법원 2002.10.25.선고 2002다48443판결  
대법원 2007.7.13.선고 2007다20235판결  
대법원 2009.5.21.선고 2009다17417 전원합의체판결  
대법원 2010.4.8.선고 2009므3652판결  
서울고등법원 1996.7.24.선고 95나8403판결  
서울지방법원 1992.3.13.선고 90가합45545판결  
서울지방법원 1993.2.5.선고 90가합55122판결  
서울지방법원 1994.8.24.선고 93가합80648판결  
서울지방법원 북부지원 1993.2.11.선고 92가합5007판결  
대구고등법원 1990.5.11.선고 86나1574판결  
대구고등법원 2006.8.18.선고 2005나6212판결