



때때로 발생하는 의료사고와 관련하여 의사가 환자에게 치료 전 사고의 위험성을 설명했느냐의 문제에 대해, 그리고 그 "설명"이 의사의 법적의무인가에 대해 알아본다.

의사의 설명의무



이 준 상

의사의 설명의무라 하면 다음의 세가지를 말한다. 즉 첫째, 환자의 승락에 대응하는 것으로 그 승락의 유효요건으로 요구되는 설명의무(협의의 설명의무), 둘째, 진료계약에 의한 진료채무자로서 신의성실의 원칙상 환자에게 진단의 결과, 장래의 처치방법 및 효과 등을 알려주어야 하는 보고의무, 세째, 진료과과정중 및 진료후 환자가 요양을 위해 준수해야 할 사항에 관해 지시·권고를 해야 하는 주의의무의 하나로서의 지도의무 등이다.

그 내용으로서는 환자의 병상, 병침습의 내용정도, 수술의 전망 및 효과, 다른 치료

방법으로는 달성할 수 없는 점(보충성), 병침습의 결과 생기는 위험의 내용 정도 및 방지가능성을 들 수 있으며, 견해에 따라서는 당해시설에 있어서의 과실의 실적 등을 포함하는 경우도 있다.

이러한 의사의 설명의무와 관련된 문제는 우리나라 의료법 제22조에서 일단은 실정법적 관련을 가졌다고 볼 수 있겠으나, 직접적인 규정은 없다. 그리하여 과연 의사의 설명의무가 법적의무이나, 아니면 의사윤리로서의 의무이냐가 문제될 수 있다. 서독판례는 의사의 설명의무를 법적의무로 보고 있다

생각컨대 의사가 설명의무를 다하였다고 하더라도 그 진료상의 과실자체에 대한 책임까지 면해지는 것은 아니라는 점과 설명의무를 다하고 환자의 동의아래(승락) 행하여진 수술에서 염려했던 부차적인 장애가 발생하였을 때, 이에 대한 의사의 기술적 실수가 없는한 의사는 허용된 위험의 범리에 따라 문책되지 않는다는 점을 고려해 볼 때 의사의 설명의무는 의사의 직업으로서의 윤리의무가 아니고 법적의무라고 이해하여야 할 것이다.

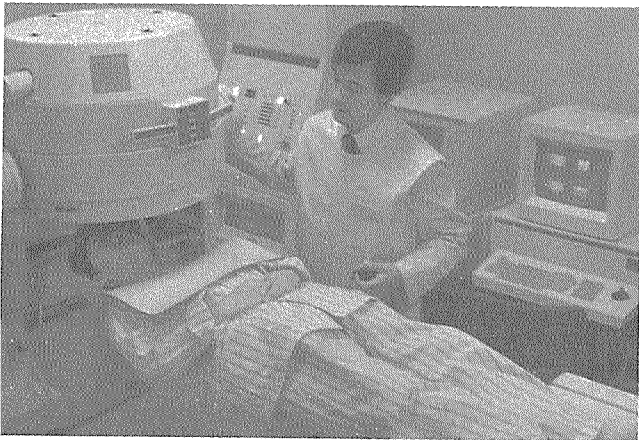
의사의 설명의무의 기준 정도는 일반적으로 병상에 대한 의학적 침해의 위험성의 정도와의 관계에서 논해진다. 왜냐하면 설명의무는 환자의 승락을 전제로 한 것이며, 승락이 유효하기 위해서는 환자가 의학적 침해의 본질 의미 및 그 범위, 특히 위험의 정도를 그 대강에 있어서 인식하고

있는 것을 요하기 때문이다.

위험의 정도는 크게 전형적 위험과 비전형적 위험으로 유형화될 수 있다.

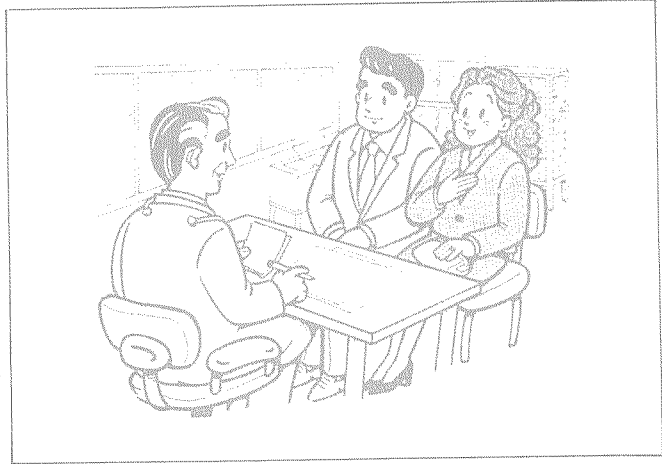
전형적 위험은 의학상 예견할 수 있으며, 통상적 의술의 범칙에 따르면 쉽게 그 결과발생을 방지할 수 있는 것과 결과발생은 예견되지만 그에 대해 확실하고 유효한 방어수단이 있다고 할 수 없는 위험의 정도를 말한다. 그리고 비전형적 위험은 쉽게 결과발생을 회피할수는 없지만 극히 드물게 발생하는 위험의 정도를 말한다.

이중에서 의사가 설명해야 할 것은 바로 전형적 위험에 대해서이다. 즉 의사의 설명의무는 모든 가능한 위험을 다 설명해야 하는 것은 아니고 의사로서의 경험과 의학적 지식에 따라 발생할 수 있는 것을 계산에 넣어두지 않으면 안되는 정도의 위험에 관하여 설명하면 족하다고 본다.



우리나라
의료법에는 의사의
설명의무에 대한
직접적인 규정이
없어, 과연 이것이
법적의무냐, 의사
윤리로서의
의무이냐가
문제될 수 있다.

의사의 설명의무는,
 의사로서의 경험과
 의학적 지식에 의거,
 발생할 수 있는
 위험에 관하여
 설명해야 하는
 것이다.



그리고 명백한 위험이나 의학적 경험으로도 알 수 없는 불측의 사정이 겹쳐서 불가항력적으로 생기는 비전형적 위험 등을 설명할 필요는 없다고 본다.

그러나 경우에 따라서는, 다시 말하면 그 질병의 중한 정도, 치료의 긴급성, 당해 치료의 목적, 치료가능성, 의사와 환자의 특별한 신뢰관계, 환자의 일신상의 문제, 특히 환자가 설명을 요하는가의 여부 등의 제반사정을 고려하여 비전형적 위험도 설명해야 할 것이라고 생각된다.

의사의 설명의무는 환자의 승락, 즉 자기결정권에 의한 환자 스스로의 운명의 선택이라는 점에서 의사의 의료행위에 있어서의 재량은 하나의 한계에 봉착한다고 할 수 있으며, 의사와 환자의 각자의 자유의 균형을 조화시키는 곳에서 의사와 환자간의 새로운 관계 내지 의료과실의 모호한

문제를 해결할 수 있는 요소를 지니고 있다고 생각한다.

때문에 의사의 설명의무에 대해서는 의료과실과 관련하여 많은 견해가 대립되어 왔는데 이를 크게 의사의 설명의무를 의료과실로서 이해하는 입장과 의료과실로 이해하면서도, 그 법적 평가는 다르게 하여야 한다는 견해로 구분할 수 있다.

후자의 견해는 [의사가 설명의무를 위반한 경우, 그 법적처리는 중전의 의료과실로서 이해되어 온 것과는 그 취지를 달리하여야 할 것이고 진료 그 자체에 관한 책임의 문제로서가 아니라 환자의 결정권 침해에 의한 전단적치료라는 점에서 그 행위의 위법과 의사의 과실을 문책한다는 형태를 취한다고 해석하여야 할 것이다]라고 하고 있다.

그러나 의사의 설명의무를 의료과실로

66

환자에게 필요한 설명을 한 후 승락을 받지 않고 한 수술 등 의료행위는 설명 의학상 객관적으로 그것이 적절한 처치였더라도 원칙적으로는 위법이다.

99

이해하든 안하든 간에 결과에 있어서는 별 차이가 없고, 다만 법적평가를 어떻게 하느냐의 차이밖에 없다고 본다.

왜냐하면 환자가 자기자체의 침습에 따른 치료를 받느냐 어쩌냐 하는 결정권이 있는 이상 의사는 그 자기 결정권의 행사를 가능하게 할 설명의무를 갖기 때문이다.

따라서 환자에게 필요한 설명을 한 후 승락을 받지 않고 한 수술 등 의료행위는 설명 의학상 객관적으로 보아 그것이 적절한 처치라 하더라도 원칙적으로 위법이라 할 것이다.

대법원 판례도,

[의사는 위 사건의 경우 후유증에 대한 설명의무가 있고, 그 설명에 따른 환자의 승락이 있어야 할 터인데, 위와 같은 후유증에 대한 설명의무불이행과 그러한 후유증도 불구하고 수술을 하겠다는 승락을 받

지 아니한 것은 위법이니……]라고 하여 의사의 설명의무위반을 위법 즉 의료과실로 이해하였다.

물론 본 판결에 대해서 아직 구체적인 연구는 없는 상태이고 보면 의사의 설명의무위반을 의료과실로 이해할 것인가에 대하여는 여러가지 견해가 나올 수 있겠으나, 의사가 설명을 하고 환자가 승락한 후 행해진 처치에 대하여, 그것이 오진으로 인한 과실의 형태로 나타났다면 설명 설명의무를 이행하였다고 하더라도 면책될 수 없는 법리구조와, 의사가 설명의무를 행하였다면 환자 자신이 결과를 방지할 수 있었을 경우 의사의 치료가 정당한 것일지라도 설명의무를 위반했기 때문에 나타난 그 결과에 대해서는 의사의 책임을 면할 수 없는 법리구조로 볼 수 있는 것이다. ㉔

〈필자=고려의대교수·법학박사〉