



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](#)

설명의무에 대한 의사의 인식 변화 조사 연구
- 의료법 개정의 영향을 중심으로

연세대학교 보건대학원

국제보건학과 국제보건전공

김 로 사

설명의무에 대한 의사의 인식 변화 조사 연구
- 의료법 개정의 영향을 중심으로

지도 김 수 교수

이 논문을 보건학 석사학위 논문으로 제출함

2018 년 6 월

연세대학교 보건대학원
국제보건학과 국제보건전공

김 로 사

김로사의 보건학 석사 학위논문을 인준함

심사위원 개 수 인 

심사위원 석 희 태 

심사위원 徐元錫 

연세대학교 보건대학원

2018년 6월

감사의 말씀

“공부의 출발은 호기심이고, 과정은 욕망이지만, 그 끝은 의심”이라던 어느 책의 한 구절이 떠오릅니다. 지난 몇 개월을 지내고 보니 그 의미가 마음 깊은 곳을 울립니다.

막연한 호기심으로 시작한 연구였지만 진행과정에서 모두에게 인정받을만한 결과를 내고 싶다는 욕망에 사로잡힌 적도 있었고, 그러한 욕망이 정말 실현될지도 모른다는 오만한 생각을 할 때도 있었습니다. 하지만 지금의 저는 이미 알고 있었다고 생각했던 것들마저 의심하게 된, 더 날카로워진 현실과 마주하고 있습니다. 아직 어떠한 해답도 찾지 못한 채 논문을 마무리하게 되어 부끄러울 뿐입니다. 차마 완성이라는 단어를 쓸 수 없음에, 혹시라도 이 논문을 읽게 되실 분들께 미리 양해를 구합니다.

저의 부족함으로 인해 많은 분들께 폐를 끼쳤고, 크나큰 도움을 받았습니다.

갑작스러운 부탁에도 선뜻 주심을 맡아 든든한 지원군이 되어주신 김수 교수님, 어리석은 질문에도 항상 함께 고민하여주시고 무한한 인내를 보여주신 석희태 교수님, 묻지도, 따지지도 않으시고 무조건적인 믿음과 응원을 보내주신 서원석 교수님께 존경과 감사의 뜻을 올립니다.

끝없는 불평과 푸념에도 용기와 격려를 북돋아주신 동기 분들께도 늘 고마웠고 또 죄송했다는 말씀 드리고 싶습니다. 대학원 생활을 통해 여러분들을 만나고 다양한 생각을 나눌 수 있어서 정말 행복했습니다.

연구에 참여해주신 모든 분들과 참고문헌의 원저자 분들께도, 직접 찾아 뵈 수 없음에 대한 아쉬움까지 더하여 감사의 마음을 전합니다.

끝으로 항상 저의 원동력이 되어주시는 가족 분들께 모든 공을 돌립니다.

우리 모두에게 지나온 날들과 앞으로의 날들이 사랑으로 기억되길 바랍니다.

“Tempus fugit, amor manet.”

김로사 올림

차 례

국문요약	iii
I. 서론	1
1. 연구 배경 및 필요성	1
2. 연구 목적	6
II. 연구 방법	7
1. 연구 대상자	7
2. 자료 수집	8
3. 연구 도구	9
4. 분석 방법	17
III. 조사 결과	18
1. 대상자의 일반적 특성	18
2. 설명의무에 관한 경험	20
3. 설명의무에 관한 법적 판단	23
4. 의료법 개정 사실 및 설명의무 조항에 대한 인식	26
5. 설명의무에 관한 법적 판단에 영향을 미치는 요인	33
IV. 고찰	36
1. 설명의무에 관한 경험 및 법적 판단	36
2. 개정 의료법에 관한 인식	74
3. 연구의 제한점 및 제언	81
V. 결론	83
참고문헌	84
부록(설문도구)	88
Abstract	100

표 차례

표 1. 설명의무에 관한 사례 구성	12
표 2. 대상자의 일반적 특성	19
표 3. 설명의무에 관한 경험	21
표 4. 설명의무에 관한 법적 판단	24
표 5. 일반적 특성에 따른 의료법 개정 인식정도	28
표 6. 의료법 개정 인식 경로	29
표 7. 의료법 개정이 설명의무 인식 및 이행 변화에 도움이 된 정도..	30
표 8. 설명의무 조항의 취지 부합 정도 평가 근거	32
표 9. 분석에 사용한 변수 및 측정수준	33
표 10. 일반적 특성 및 의료법 개정 인식정도에 따른 법적 판단 정도..	34
표 11. 법적 판단 정도에 대한 이항 로지스틱 회귀분석 결과	35

그림 차례

그림 1. 설명의무 미이행 건수 Box plot	22
그림 2. 설명의무 미이행 건수별 응답자 수	22
그림 3. 법적 판단 점수 Box plot	25
그림 4. 법적 판단 점수별 응답자 수	25
그림 5. 의료법 개정 사실 인식정도	26
그림 6. 취지 부합 점수 Box plot	31
그림 7. 취지 부합 점수별 응답자 수	31

국 문 요 약

설명 의무에 대한 의사의 인식 변화 조사 연구

- 의료법 개정의 영향을 중심으로

2016년 12월 20일 신설된 「의료법」상 설명의무 조항과 관련하여, 시행일(2017.6.21)이 일년여가 지난 지금까지도 그 실효성을 둘러싼 논란이 끊이지 않고 있다. 본 연구에서는 의사 대상 설문조사를 실시하여 의료현장에서 의사의 설명의무 이행/미이행 경험과 그에 대한 법적 판단을 확인하고, 의료법 개정이 의사의 설명의무에 관한 법적 인식에 어떠한 영향을 주었는지를 분석하고자 하였다.

설문조사는 2018년 3월 29일부터 4월 12일까지 약 2주 동안 의료기관(지역보건 의료기관 포함)에 재직 중인 의사 109명을 대상으로 온라인 설문조사 형태로 진행되었으며, 이 중 불성실한 응답 1개를 제외한 총 108개 자료를 활용하였다.

연구도구는 기존 연구(이윤영, 2004)에서 사용한 도구를 수정·보완하여 총 41개 문항으로 구성되었으며 설명의무에 관한 경험 및 법적 판단 관련 26개 문항, 의료법 개정에 관한 인식 관련 6개 문항, 일반적 특성 9개 문항을 포함하였다.

자료 분석을 위해 SAS 9.4 통계프로그램을 이용하여 기술통계분석, 카이제곱검정 및 피셔정확검정, 이항 로지스틱 회귀분석을 실시하였으며, 주요 결과는 다음과 같다.

첫째, 설명의무를 이행해야 하는 상황에 해당하는 8건의 사례 가운데 설명의무 미이행 경험이 있는 사례는 응답자별 평균 5건(IQR, 4-6)이었으며, 모든

사례에 대한 미이행 경험이 있다고 답한 응답자는 12 명(약 11%)으로 나타난 반면 미이행 경험이 전혀 없는 응답자는 1 명(약 1%)에 불과하였다.

둘째, 설명의무 이행/생략 사례에 대한 법적 판단 점수는 13 점 만점에 평균 8 점(IQR, 7-9)이었으며, 최저 4 점(4 명)에서부터 최고 11 점(3 명)까지 분포하였다.

셋째, 의료법에 설명의무 조항이 신설된 사실을 전혀 모르고 있는 응답자는 56 명(52%)이었으며, 개정된 사실은 알고 있으나 내용은 모른다는 응답자가 27 명(25%), 대략적인 내용을 알고 있다는 응답자가 20 명(18%), 구체적인 내용을 알고 있다는 응답자는 5 명(5%)으로 나타났다. 이러한 의료법 개정 사실에 대한 인식 정도는 응답자의 성별($p < .49$), 연령대($p < .0001$), 근무경력($p < .0001$), 현재 근무형태($p < .024$), 진료특성별 주진료과목($p < .049$)에 따라 통계적으로 유의한 차이가 있었다.

넷째, 의사의 의료법 개정 사실에 대한 인식정도와 법적 판단 정도간에 통계적으로 유의한 관련성을 찾아볼 수 없었다(신설 사실만 알고 있는 집단: $p < .759$, 신설 내용을 대략적/구체적으로 알고 있는 집단: $p < .727$).

이러한 결과를 통해 의사의 설명의무에 관한 이행 및 인식 개선을 위한 노력이 필요함을 알 수 있으며, 법적 제재로는 긍정적인 효과를 기대하기 어려운 것으로 볼 수 있다. 의료기관의 특성과 의사의 조직문화를 고려할 때 의료체계 내부에서 공신력 있는 설명의무 가이드라인 마련이 필요하며, 이와 함께 설명의무와 그 취지에 대한 의사교육이 강화되어야 할 것으로 사료된다.

핵심어: 기여성 설명의무, 자기결정권, 개정 의료법, 사회의 법체계, 조직문화, 가이드라인

I. 서론

1. 연구 배경 및 필요성

2016년 12월 20일, 많은 논란 끝에 의사의 설명의무에 관한 조항이 신설된 개정 의료법이 공포되었다. 대법원이 1979년 8월 후두종양제거술 후 발생기능장애 후유증이 발생한 사안¹에 대하여 처음으로 설명의무위반 책임을 인정한지 만 37년 만이다.

의료법 상 의사 설명의무 조항의 신설은 일찍이 2007년 5월 16일 국회에 제출된 정부의 의료법 전부개정안에서도 찾아볼 수 있는데, 당시에 당해 조항의 필요성과 그 효과에 관해 전문가들간 많은 논란이 있었으나², 법안이 국회임기만료로 폐기됨에 따라 상황이 어느 정도 일단락됐었다. 의사의 설명의무가 다시 쟁점이 된 것은 2016년 7월 한 상급종합병원에서 대리수술을 시행한 사건이 사회적으로 큰 관심을 끌게 되면서부터이다. 수술 집도의로 예정되어 있던 한 의사가 해외학회 참석을 위해 후배 의사에게 당해 수술을 대신하도록 위임하면서, 그에 관해 환자에게 미리 알리지 않은 것이 문제가 된 것이었다. 보건당국은 관련법에 따라 비도덕적 진료행위로 인한 의료인의 품위손상을 이유로 당해 의사에게 1개월의 자격정지 처분을 내렸는데³, 이 또한 그 처벌수위가 너무

¹ 대법원 1979.8.14. 선고 78 다 488 판결.

² 보건복지부. 의료법 전부개정법률안 입법예고 의견(개인) 검토결과, 2007.4.23.

³ 「의료법」 제 66 조(자격정지 등) 제 1 항에 따르면 보건복지부 장관은 의료인이 의료인의 품위를 심하게 손상시키는 행위를 한 때 1년 범위에서 면허자격을 정지시킬 수 있으며, 동법 시행령 제 32 조(의료인의 품위 손상 행위의 범위) 제 1 항 제 2 호에서 비도덕적 진료행위를

약하다는 비난을 받게 되면서 설명의무에 관한 법규를 강화해야 한다는 목소리가 한층 강화되었던 것이다. 그러한 사회적 분위기에서 의사 설명의무를 의료법에 명정하는 것을 주요 내용으로 하는 두 개의 의료법 일부개정안이 국회에 제출되었으며⁴, 그에 대한 보건복지위원회의 대안가결(2016.11.7.)과 법제사법위원회의 수정가결(2016.11.29.)을 거쳐 본회 통과가 이루어짐으로써 설명의무 입법화가 실현되었다.

그러나 의사의 설명의무를 의료법 상 별도의 명문 조항으로 규정한 것에 대해 그 필요성과 효과를 두고 지금까지도 논란이 지속되고 있는 것이 사실이다. 설명의무의 법리에는 아직 추상적이거나 논의가 더 필요한 대목이 많아 공법적 제재를 가하기에는 시기상조이며, 종래 자기결정권 침해를 이유로 위자료 지급의 책임을 묻던 민사적 규율과 병존하게 됨에 따라 불필요한 소동을 야기할 수 있다⁵는 의견이 있는가 하면, 현행 법률 중 이미 의사의 설명의무의 일부를 정하고 있는 규정이 있으며, 환자의 자기결정권을 보장할 수 있도록 그러한 규정을 참고하여 의료법 상 의료인의 의무를 규정하는 조항이 필요하다⁶는 주장도 있다⁷.

의료인의 품위 손상 행위에 포함시키고 있다. 단, 비도덕적인 진료행위에 관하여는 의료관계 행정처분규칙의 행정처분기준에 따라 최대 1개월의 자격정지가 가능하다.

⁴ 2016년 8월 9일 발의된 김승희의원 안(의안번호 2001493)과 같은 해 8월 22일 발의된 윤소하의원 안(의안번호 82001728)은 설명의 주체, 범위, 처벌 등에서 그 내용에 차이가 있으나, 두 법안 모두 수술에 관한 의사의 설명의무를 주요 내용으로 하고 있다.

⁵ 김천수. “[시론] 설명의무 의료법 이해할 수 없는 조항 몇 가지”. 의협신문[웹사이트]. 2017.6.21. URL: <http://www.doctorsnews.co.kr/news/articleView.html?idxno=117381> (2018.4.14. 발췌)

⁶ 정미야. ‘대리 수술’의 문제점을 통해 본 의료서비스 개선과제. 국회입법조사처 이슈와 논점. 2015; 1043.

⁷ 이러한 양측의 주장은 2007년 의료법 전부개정법률안 입법예고 의견(개인) 검토결과와도 일치한다. 당시 설명의무 조항 신설에 관하여 제출된 의견으로는 이미 설명의무 미이행에 관해 민형사상 법적 책임을 지고 있다는 점, 의료법 상 별도 규정이 실익이 없고 조그만

이러한 논란을 이해하기 위해서는 먼저 의사의 설명의무가 무엇인지에 대한 이해가 있어야 한다. 우리는 일상에서 의사의 설명의무 위반을 이유로 하는 의료분쟁이나 의료소송을 종종 접하면서 의료수령자(환자)⁸와 의사를 의료계약을 통해 맺어진 관계로, 또 의사 설명의무를 의료계약으로부터 기인하는 것으로 생각하기 쉽다. 분명 의환(醫患)관계를 의료계약의 측면에서 접근하는 것은 의사 설명의무의 범위나 한계 등에 관해 더 명확하게 이해하는데 도움이 되는 측면이 있으며, 경우에 따라서는 그러한 접근이 필수적으로 요구되는 경우도 있다. 하지만 의사의 설명의무에 관해 ‘의료계약 상 채무자⁹의 의무’로만 접근하는 것은 의료행위의 본질적 특성, 즉 의료행위가 본질적으로 생명을 보전하고 건강을 유지·증진시키는 목적을 지닌 사회질서에 적합한 문화행태라는 점을 충분히 고려하지 않은 것이라 할 수 있다¹⁰. 의료행위가 그 자체로 이익공여성 내지 공공성을 가진다는 전제 하에 살펴보면, 의사와 환자는 일정한 계약적 접촉을 근거로 하고 있으나 그에 따른 급여의무 이행과는 별도로 당사자 상호간 신체·재산·자유·명예 등의 완전성이익을 보호하고 배려할 의무를 부담하고 있는

잘못으로도 처벌을 받을 수 있다는 점 등이 있었으며, 그에 대한 검토 결과(미반영)의 근거로는 자기결정권 보호의 필요성, 당해 조항은 선언적 규정으로서 처벌이 아닌 의사의 주의의무 부여에 그 목적이 있다는 점, 유사입법례(보건의료기본법 등)가 있다는 점 등이 있었다.

⁸ 본래 의료계약상 의료수령자는 질병이 있는 환자와 질병이 없는 자로 나뉘어지나(김천수, 주석 민법 제 3 편 채권각칙(5)-의료계약, 제 4 판, 서울: 한국사법행정학회; 2016. 279 면.), 본 연구에서는 그 의미가 크지 않아 별도의 구분을 하지 않는 것으로 한다.

⁹ 의료계약상 의료제공자를 지칭하며, 의사를 의료제공자로 볼 것인지에 관해 이견이 존재하나 (김천수, 위의 책, 266 면.), 본 연구에서는 설명의무에 관한 통상적 수준에서의 접근을 목적으로 함에 따라 의료제공자의 의미를 의료행위자인 의사에 한정하여 살펴보도록 하겠다.

¹⁰ 석희태, 주석 민법 제 3 편 채권각칙(5)-의료과오, 제 3 판, 서울: 한국사법행정학회; 2000. 568 면.; 김천수, 위의 책, 242 면.

것으로 볼 수 있으며, 따라서 의사는 그 계약에 따른 의무와 병존하는 설명의무, 즉 의료행위를 결정하는 과정에서 환자의 자기결정권 행사에 기여하기 위하여 의료의 근본적 목적을 저해하지 않는 범위 내에서 적절한 정도의 사전 설명을 행할 의무를 부담하는 것이다¹¹.

이러한 의사의 설명의무는 2000 년대에 들어서면서부터 실정법에도 편입되기 시작하였다¹². 우선 2000 년 1 월 12 일 제정된 보건의료기본법에서는 제 12 조에 보건의료서비스에 관한 환자의 자기결정권 보호와 이를 위한 설명 수령을 명문화하여 “모든 국민은 보건의료인으로부터 자신의 질병에 대한 치료 방법, 의학적 연구 대상 여부, 장기이식 여부 등에 관하여 충분한 설명을 들은 후 이에 관한 동의 여부를 결정할 권리를 가진다.”라고 규정하였으며, 동일한 날 전부개정된 응급의료에 관한 법률에서는 제 9 조에서 응급의료종사자로 하여금 원칙적으로 응급환자에게 응급의료에 관해 설명하고 동의를 받도록 규정하였다. 최근 제정된 법 가운데서는 2016 년 2 월 3 일 제정된 ‘연명의료 호스피스·완화의료 및 임종과정에 있는 환자의 연명의료결정에 관한 법률’에서 제 3 조 기본원칙에 의료인의 설명의무와 환자의 자기결정권 존중에 관해 규정하고 있다.

¹¹ 그러한 설명의무를 기여성 설명의무라 하며, 그 외에도 의료계약상 급여의무인 보고성 설명의무, 급여의무이행상 부수의무인 요양지도성 설명의무 등이 있다(석희태. 의사 설명의무의 법적 성질과 그 위반의 효과. 의료법학. 2017; 18(2): 3-46. 8 면 이하). 통상적으로 설명의무라 함은 기여성 설명의무를 의미하며, 본 연구에서도 설명의무라 함은 기여성 설명의무를 뜻한다.

¹² 인용한 책에서는 설명의무가 실정법에 편입된 것이 2010 년대부터라 하여 그 근거를 2010 년 전부개정된 보건의료기본법 상 제 12 조에서 찾고 있다(김천수. 앞의 책. 274 면.). 그러나 당해 조항은 2000 년 1 월 12 일 법 제정 시부터 규정되었으므로 의사 설명의무가 실정법에 편입된 시기는 2000 년대부터라 보는 것이 타당한 것으로 사료된다.

2016년 12월 개정된 의료법에는 환자의 안전 및 자기결정권 보장이라는 취지¹³ 하에 의사의 설명의무에 관한 내용이 신설되었으며, 설명의 대상 및 그 범위, 위반 시 과태료 부과 등의 사항이 명시되었다. 위에서 언급한 바와 같이, 당해 조항을 신설하는 과정에서 그 입법목적과 일반적 규정의 필요성을 인정할 수 있는 반면, 설명의무가 의료실무에서 매우 중요하고 민감한 문제이고, 또 기존 판례를 중심으로 설명의무에 관한 법리가 형성되어 있기 때문에 새로운 입법이 의료현실과 기존 법리에 혼란을 가져올 수 있다는 우려의 목소리가 있었다¹⁴. 더불어 2017년 6월 21일 개정의료법 시행을 앞두고는 그 실효성에 관해 “(의료법 개정으로 인한 설명의무 강화 내용은) 이전부터 모두 해야 하는 일이었고 이미 다 하고 있던 일이며 법 개정으로 인해 의료 환경에 큰 변화가 생기지는 않을 것¹⁵”이라는 부정적인 전망이 나오기도 하였다.

그러나 개정의료법이 시행된 후 일 년 여가 지난 현재까지 의료법상 설명의무 조항이 의료현장에서 의사의 설명 이행에 어떠한 영향을 미쳤는지에 관한 연구가 이루어지지 않았으며, 따라서 당해 조항의 실질적인 필요성 혹은 불필요성을 논의하기에는 그 근거가 부족하다는 한계가 있다.

¹³ 법제처에 따르면 당해 조항의 신설 취지는 의사가 사람의 생명 또는 신체에 중대한 위해를 발생하게 할 우려가 있는 수술 등을 하는 경우 환자에게 수술 등에 관한 설명 및 서면동의를 받는 방식을 개선하여 환자의 안전 및 자기 결정권을 보장하려는 데 있다(법제처, 의료법[법률 제 14438 호, 2016.12.20., 일부개정] 개정이유서, 2016.).

¹⁴ 현두륜. 개정 의료법상 설명의무에 관한 비판적 고찰. 의료법학. 2017; 18(1): 3-35.

¹⁵ 최광석. “설명의무 강화에도 의료환경에 큰 영향 없을 것”. 청년의사[웹사이트]. 2017.2.12. URL: <http://www.docdocdoc.co.kr/news/articleView.html?idxno=1038873> (2018.4.3 발췌)

2. 연구 목적

이에 본 연구에서는 설명의무의 주체인 의사들이 설명의무와 관련하여 어떠한 경험과 법적 판단을 가지고 있는지 확인하고, 의료법 상 설명의무 조항이 신설된 것이 의사의 설명의무 인식에 미친 영향을 알아보고자 하며, 나아가 의사 설명의무 준수를 강화하기 위한 방안으로서의 법률상 제재의 효과와 개선 방향을 탐색해보고자 한다. 이를 위한 세부적인 연구 목적은 다음과 같다.

첫째, 의사의 설명의무 이행 혹은 생략과 관련된 경험을 조사하여 설명의무가 적절하게 이행되지 않은 주요 사례를 파악한다.

둘째, 의사의 설명의무 이행 혹은 생략에 관한 법적 판단을 알아보고, 적절한 법적 판단을 내리는 정도를 분석한다.

셋째, 의사의 의료법 개정 사실 및 설명의무 조항에 대한 인식을 알아보고, 개정 의료법에 대한 인식정도와 설명의무에 관한 법적 판단 정도와의 관련성을 분석한다.

II. 연구 방법.

1. 연구 대상자

연구대상은 연구 당시 의료기관에 재직 중인 의사로 하였다¹⁶. 의사의 설명의무 이행 실태를 알아보기 위해 환자 비대면 진료과(병리과, 진단검사의학과, 핵의학과, 임상약리학과 등) 의사는 연구대상자에서 제외하였다. 또한 의료법 개정 전·후의 변화 양상을 측정하기 위해 의료법 개정 이전에 의사로서 근무경험이 없는 자(2017 년도 및 2018 년도 의사면허취득자 등) 역시 제외하였다. 표본 추출 방법은 편의표본 추출 및 눈덩이 표본 추출 방식을 이용하여 대상자를 모집하였다.

연구의 표본 크기는 G*Power 3.1.9.2 프로그램을 이용하여¹⁷ 로지스틱 회귀분석(Logistic regression)에 필요한 표본수를 유의수준(α) .05, 검정력($1-\beta$) .80, 오즈비(Odds ratio) 3.5 설정¹⁸ 하에 산출하였을 때 103 명의 대상자가 요구되는 것으로 나타났다. 여기에 탈락률 5%¹⁹를 고려하여 총 108 명의 대상자 수집을 목표로 하여 실제 109 명을 표집하였고, 이 중 응답이 불성실한 자료²⁰ 한 개를 제외하여 총 108 명의 자료를 본 연구에 사용하였다.

¹⁶ 여기에서 의료기관이라 함은 현행 「의료법」상 의료기관(의원·병원·요양병원·종합병원·상급종합병원)과 지역보건법에 따른 지역보건의료기관(보건소·보건의료원 등)을 지칭하며, 재직 중인 의사에는 개원의, 봉직의, 수련의, 군의관 및 공중보건의 모두를 포함한다.

¹⁷ Faul F, Erdfelder E, Buchner A, Lang A-G. Statistical power analyses using GPower 3.1: Tests for correlation and regression analyses. *Behavior Research Methods*. 2009; 41(4):1149-60. p.1157.

¹⁸ 기존연구(이윤영, 2004)에서는 설명의무에 관한 교육 이수여부와 법적 판단과의 관련성을 비교하였다. 법 지식을 습득한다는 의미에서 교육 이수여부를 의료법 개정 인식여부와 유사한 것으로 전제하고, 교육 이수여부와 법적 판단간의 오즈비를 활용하였다.

¹⁹ 조동기. 사이버공간과 사회조사: 온라인 사회조사의 쟁점과 과제. *조사연구*. 2000; 1(1): 73-108. 84 면.

²⁰ 설명의무에 관한 경험을 묻는 모든 질문에 대해 ‘관련 상황을 경험한 적이 없다’라고 답함과 동시에 법률상 책임 여부 판단을 묻는 모든 질문에 대해 ‘없다’라고 응답한 경우 불성실한 조사결과로 보았다.

2. 자료 수집

본 조사의 자료수집은 2018 년 3 월 29 일부터 4 월 12 일까지 약 2 주간 시행하였다. 더욱 타당하고 신뢰할만한 자료를 수집하기 위해서는 본 연구에 참여한 의사와 그가 속한 의료기관에 대한 철저한 정보보호가 요구됨에 따라 자료수집 과정에서 온라인 및 모바일 설문조사 방식을 적용하여 연구담당자와 대상자를 최대한 분리하였다.

연구담당자의 지인 중 의료인을 대상으로 본 연구의 목적 및 연구방법에 관해 설명을 하고, 본 연구의 홍보에 참여하기로 동의하는 자 20 인(이하 ‘홍보담당자’라 한다²¹)을 선정하였다. 연구담당자는 홍보담당자에게 이메일이나 모바일 메시지를 이용하여 연구홍보문(연구목적, 모집대상, 설문지 URL 주소 등 포함)과 함께 홍보 시 활용할 수 있도록 모바일 음료상품권을 전달하였고, 홍보담당자에게도 모바일 음료상품권 및 문구류를 지급하여 소정의 감사 표시를 하였다. 자료수집을 시작한 날로부터 4 일 간격으로 세 번에 걸쳐 홍보담당자에게 홍보를 독려하는 모바일 메시지를 보냈으며, 마지막 홍보 독려 메시지 발송 후 2 일이 지난 시점에 설문조사 참여 현황을 확인한 결과 설문지 작성을 완료한 자가 109 명이었기에 온라인 설문을 종료하였다.

온라인 설문은 연구에 관한 소개와 연구 목적 및 과정, 수집 내용, 자율적 참여, 중도 포기 가능성 등에 관한 설명을 읽고 난 후 단계적으로 설문에 참여할 수 있도록 하였으며, 응답자가 설문을 완료한 경우에는 당해 응답자가 연구 참여에 자발적으로 동의한 것으로 명시하였다. 자료수집 내용에 응답자의

²¹ 당해 20 인은 의사 5 인, 치과 의사 3 인, 간호사 12 인으로 구성되었다.

개인식별정보를 일절 포함하지 않았으며, 응답자가 본 연구나 설문에 관하여 문의가 있는 경우 연구담당자에게 이메일을 보낼 수 있도록 설문지에 안내하였다. 또한 온라인 설문의 결과는 연구담당자 외에는 접근이 불가능한 온라인 계정을 통해서만 확인할 수 있었고, 자료 수집 결과는 연구담당자의 개인용 컴퓨터에만 암호화하여 보관하였다. 이러한 모든 절차는 헬싱키 선언을 준수하였다.

3. 연구 도구

연구 도구는 총 41 개²² 문항으로 구성되어 있으며 작성에 예상되는 소요시간은 약 5-10 분이었다. 설명의무에 관한 경험 및 법적 판단 관련 26 개 문항, 의료법 개정에 관한 인식 관련 6 개 문항, 일반적 특성 9 개 문항을 순서대로 포함하였다. 질문지의 각 문항은 의료법윤리학과 교수 1 인과 보건대학원 교수 1 인으로부터 자문을 받아 완성하였다.

1) 설명의무에 관한 경험 및 법적 판단

의사의 설명의무에 관한 경험 여부와 법적 인식을 조사하기 위해 ‘의사의 설명·동의의무에 대한 인식과 실천 조사’ 연구(이운영, 2004)에서 사용한 도구를 원작자의 동의 하에 수정·보완하여 사용하였다²³. 기존의 24 가지 사례 가운데

²² 본 도구에서 사용한 모든 문항의 수를 합산한 것으로, 실제 대상자가 응답하게 되는 질문 개수는 그 응답내용에 따라 최소 36 개에서 최대 41 개이다.

²³ 설문도구는 부록으로 첨부한다.

현재의 의료상황에 적합하고 설명의무 이행 시 고려해야 하는 요소를 균형적으로 다룰 수 있는 사례를 선정하였으며²⁴, 이와 더불어 연구참여자의 질문 이해도를 높이기 위하여 기존연구의 질문 의도를 벗어나지 않는 범위 내에서 질문 형식이나 예시를 일부 수정하였다²⁵.

의사의 설명의무 이행 또는 생략과 관련하여 의료현장에서 일어날 수 있는 13 가지의 사례를 제시하고, 각각의 사례에 대하여 연구대상자의 유사경험 여부를 묻는 질문과 법적 판단을 묻는 질문으로 구성되었다. 제시된 13 가지 사례는 기존의 연구나 판례 이론을 통하여 설명의무 위반 여부를 판단하는 기준이 어느 정도 정립되어 있는 사례들이며, 의사의 설명 생략/이행이 법률상 문제되는 것으로 볼 수 있는 사례 8 가지, 설명 생략/이행이 법률상 문제가 되지 않는 사례 4 가지, 의사의 설명 입증 책임에 관한 것으로서 구두설명 효력에 관한 사례 1 가지로 분류할 수 있다(이하 각 사례 유형에 대하여 ‘부적절한 설명 사례’, ‘적절한 설명 사례’, ‘구두설명 유효 사례’라 한다).

적절한 의사 설명의무의 이행을 위해서는 설명의 주체, 설명의 상대방과 결정능력, 설명의 범위, 설명의 시기 및 방법에 관한 고려와 설명의무가 면제될 수 있는 상황 및 설득의무에 관한 이해가 요구되므로²⁶, 그러한 요소를 기준으로

²⁴ 24 개의 문항 중 선정하지 않은 문항의 예로는 ‘어떠한 책임도 묻지 않겠다.’라는 내용의 수술동의서를 받은 경우에 대한 문항이 있으며, 당해 문항은 현재 의료현장의 상황에서 그 발생 가능성이 낮다고 판단하여 설문 내용에서 제외하였다.

²⁵ 질문 형식을 수정한 예로는 각 사례의 두 번째 질문, 즉 법적 책임 판단을 묻는 질문에서 ‘법적인 문제가 있다고 생각하십니까?’라는 문구 대신 ‘의료분쟁이 발생하는 경우 법률상 책임이 있다고 생각하십니까?’라고 변경한 것을 들 수 있다. 이 외에도 조사(助詞)나 어미(語尾)의 변경, 행위 주체 명시 등에 관해 기존 도구의 질문 취지를 벗어나지 않는 범위에서 수정하였다.

²⁶ 설명의무의 이행은 그 내용에 대하여 전문성이 있는 사람에 의하여 그 결정을 할 수 있는 사람에게 결정에 필요한 내용을 적절한 고려가 가능한 시점에 상대방이 이해할 수

제시된 사례의 의미를 분류해보면 설명 주체에 관한 문항 2 개, 설명의 상대방에 관한 문항 1 개, 설명 범위에 관한 문항 3 개, 설명 방법에 관한 문항 2 개, 설명의무 면제에 관한 문항 3 개, 설득의무에 관한 문항 2 개로 나눌 수 있다(표 1).

각 질문에 대한 선택지 역시 그 의미를 더욱 명확하게 전달하기 위해 보완하였다. 기존 도구는 각 사례의 첫 번째 질문, 즉 설명을 한(하지 않은) 경험이 있는가를 묻는 질문에 대한 답으로 ‘있다’와 ‘없다’만을 제시하여, ‘없다’라고 응답한 참여자의 경우 그 의미가 ‘설명을 하지 않았다(하였다)’라는 것인지 또는 ‘당해 상황 자체를 경험한 적이 없다’라는 것인지 불분명하였다²⁷. 따라서 본 도구에서는 경험 여부를 묻는 질문에 대한 선택지에 ‘관련 상황을 경험한 적이 없다’라는 항목을 추가하여 응답 결과에 관한 오해 가능성을 줄이고자 하였다.

있는 방법으로 이루어져야 한다(김천수. 앞의 책. 275 면.; 김천수. 환자의 자기결정권과 의사의 설명의무[박사학위논문]. 서울: 서울대학교; 1994. 160~177 면, 42~93 면, 178 면, 179~223 면, 224~234 면.).

²⁷ 기존 연구(이윤영, 2004)에서는 경험 자체가 없는 참여자를 별도로 구분하지 않고, ‘없다.’라고 응답한 경우를 ‘설명을 하지 않았다(하였다)’라고만 해석하여 오해의 소지가 있다. 이는 당시 연구에서도 제한점으로 지적한 바 있다.

표 1. 설명의무에 관한 사례 구성

문항 번호	내용	쟁점요소
1	환자를 대신하여 보호자로부터만 동의를 받은 경우* (단, 환자가 결정능력이 없는 경우 제외)	설명 상대
2	주치의 이외의 의사가 주치의를 대신하여 설명한 경우**	설명 주체
3	간호사가 주치의를 대신하여 설명한 경우*	
4	구두설명을 대신하여 그에 상응하는 자료를 제공한 경우*	설명 방법
5	가정적 동의로 판단하여 추가적 설명 및 동의 과정을 생략한 경우*	설명 의무 면제
6	설명을 하는 것이 환자의 심적 부담을 증가시켜 치료에 유익하지 않다고 판단하여 설명을 생략한 경우*	
7	환자가 당연히 알고 있을 것이라 판단하여 설명을 생략한 경우**	
8	발생 가능성이 매우 낮은 합병증에 관해 설명을 생략한 경우*	설명 범위
9	시행 예정 요법 이외에 채용 가능한 요법에 관해 설명을 생략한 경우*	
10	진단과정상 과오는 없었으나 수술 도중 진단 내용이 변경되어 설명한 것과 다른 수술을 시행한 경우**	설명 의무 면제
11	환자를 설득하여 동의를 받은 경우**	설득 의무
12	의학적 필요성이 인정되는 수술·검사·처방 등을 거절하는 환자를 적극적으로 설득 않고 환자의 의사(意思)에 따른 경우*	
13	구두설명 사실은 인정되나 이를 환자 의무기록에 기록하지 못한 경우***	설명 방법

- * 부적절한 설명 사례(8 가지)
- ** 적절한 설명 사례(4 가지)
- *** 구두설명 유효 사례(1 가지)

본 연구에서는 설명의무에 관한 경험과 법적 판단 중에서도 설명의무 미이행 경험과 법적 판단 정도에 관해 조작적 정의를 내렸으며, 구체적인 측정방법은 다음과 같다.

(1) 설명의무 미이행 경험 정도

설명 의무에 관하여 제시된 13 가지 사례 중 ‘부적절한 설명 사례(8 개)’에 관하여 당해 사례와 유사한 경험이 있다고 답한 경우를 설명의무 미이행 경험으로 보았다. 설명의무 미이행 경험이 있는 경우만을 합산하여 최소 0 건에서 최대 8 건까지의 값으로 설명의무 미이행 경험 정도를 측정하였으며, 건수가 높을수록 설명의무 미이행 경험이 많음을 의미한다.

(2) 설명의무에 관한 법적 판단 정도

설명 의무에 관하여 제시된 13 가지 사례 중 ‘부적절한 설명 사례(8 가지)’에 관하여 법률상 책임이 있다고 답한 경우, ‘적절한 설명 사례(4 가지)’에 관하여 법률상 책임이 없다고 답한 경우, ‘구두설명 유효 사례(1 가지)’에 관하여 구두설명만으로도 법률상 효력이 있다고 답한 경우, 각각에 대해 법률상 옳은 판단을 내린 것으로 보고, 그에 따라 옳은 판단을 내린 경우 1 점, 그렇지 않은 경우 0 점을 부여하여 점수화하였다. 대상자별 법적 판단 점수를 합산하여 최소 0 점에서 최대 13 점까지의 값으로 법적 판단 정도를 측정하였으며, 점수가 높을수록 법적 판단 정도가 높음을 의미한다.

2) 의료법 개정 사실 및 설명의무 조항에 대한 인식

의료법 상 의사 설명의무 관련 조항²⁸이 신설된 것과 관련하여 그러한 개정 사실에 대하여 인식하고 있는 정도 및 인식 경로, 의료법 개정을 인식한 것이 설명의무에 관한 인식 및 이행 변화에 도움이 된 정도를 질문하였다. 또한 신설된 설명의무 조항과 관련해서는 당해 조항이 그 취지와 부합하는 정도를 평가하게 하고 그러한 평가를 내린 근거를 직접 기술하도록 하였다.

본 연구에서는 의료법 개정 및 설명의무 조항에 대한 인식 중에서도 의료법 개정 인식정도, 의료법 개정 인식으로 인한 설명의무 인식 및 이행 변화, 설명의무 조항과 그 취지와의 부합 정도에 관해 조작적 정의를 내렸으며, 구체적인 측정방법은 다음과 같다.

(1) 의료법 개정 사실에 대한 인식정도

2016 년 12 월 20 일 공포된 의료법에 설명의무 관련 조항이 신설된 사실을 연구대상자 개인이 어느 정도 인식하고 있는지 질문하고, 네 가지 선택지(조항 신설 사실을 전혀 모름, 조항이 신설되었다는 사실만 알고 있음, 조항의 내용을 대략적으로 알고 있음, 조항의 내용을 구체적으로 알고 있음) 중 하나를 선택하도록 하였다.

조사 결과를 바탕으로 연구대상자의 의료법 개정 인식정도를 세 개의 범주, 즉 조항 신설 사실을 전혀 모르는 집단, 조항 신설 사실을 들어본 적이 있으나 그 내용은 모르는 집단, 신설 조항의 내용을 알고 있는 집단(대략적이거나 구체적으로 알고 있는 응답자 모두 포함)으로 분류하였다.

²⁸ 현행 「의료법」 제 24 조의 2(의료행위에 관한 설명) 및 제 92 조 1 항(과태료)

(2) 설명의무에 관한 인식 변화에 도움이 된 정도

연구대상자 중 의료법이 개정된 사실을 전혀 모른다고 답한 응답자를 제외한 나머지 응답자를 대상으로, 의료법 상 설명의무 조항이 신설되었음을 인식한 것이 본인의 설명의무에 관한 인식 변화에 어느 정도 도움이 되었는지 질문하였다. 네 가지 선택지(전혀 도움이 되지 않음, 별로 도움이 되지 않음, 어느 정도 도움이 됨, 매우 도움이 됨) 중 하나를 선택하도록 하였으며, 그 결과에 따라 의료법 개정이 설명의무에 관한 인식 변화에 도움이 된 정도를 네 개 범주로 분류하였다.

(3) 설명의무에 관한 이행 변화에 도움이 된 정도

연구대상자 중 의료법이 개정된 사실을 전혀 모른다고 답한 응답자를 제외한 나머지 응답자를 대상으로, 의료법 상 설명의무 조항이 신설되었음을 인식한 것이 본인의 설명의무에 관한 이행 변화에 어느 정도 도움이 되었는지 질문하였다. 네 가지 범주(전혀 도움이 되지 않음, 별로 도움이 되지 않음, 어느 정도 도움이 됨, 매우 도움이 됨) 중 하나를 선택하도록 하였으며, 그 결과에 따라 의료법 개정이 설명의무에 관한 이행 변화에 도움이 된 정도를 네 개 범주로 분류하였다.

(4) 설명의무 조항과 그 취지와의 부합 정도

현행 의료법 상 의사의 설명의무에 관한 조항(제 24 조의 2, 제 92 조) 원문을 제시한 후, 당해 조항의 내용이 ‘환자안전과 환자의 자기결정권 보장’이라는 취지와 어느 정도 부합한다고 생각하는지를 11 점 척도로 평가하도록 하였다 (0 점 = ‘전혀 부합하지 않음’, 10 점 = ‘완전히 부합함’). 각 점수에 해당하는 11 개의

선택지를 제시하여 그 중 하나를 선택하게 하였으며, 점수가 높을수록 설명의무 조항의 내용과 그 취지와의 부합 정도에 대해 긍정적으로 평가하고 있음을 의미한다.

이와 더불어 연구대상자가 설명의무 조항의 내용을 어떠한 관점으로 바라보는 지 알아보고자 당해 조항과 그 취지와의 부합성에 대해 그러한 평가를 내린 근거를 자유기술하도록 하였다.

3) 일반적 특성

연구대상자의 일반적 특성에 관한 문항은 인구적 특성과 취업사항 관련 특성을 포함하였다. 인구적 특성으로는 성별, 연령대를 조사하였고 취업사항 관련 특성으로는 의사면허 취득연도, 전문의면허 취득여부 및 취득연도와 전문과목, 재직 중인 의료기관의 종류, 현재 근무형태(개원의, 봉직의, 수련의, 군의관/공중보건의 등), 현재 주진료과목을 포함하였다. 그 중 의사면허 취득연도 자료를 활용하여 의사면허 취득연도로부터 2017 년까지의 햇수를 의사의 근무경력으로 보았으며, 이는 본 연구에서 다루고 있는 의사 설명의무가 의사면허취득으로 인한 법적 지위 획득에 의한 것임을 근거로 하였다²⁹. 예를 들어 2016 년도에 의사면허를 취득한 대상자의 근무경력은 2 년이다.

²⁹ 의사의 근무경력을 독립변수로 하는 연구를 고찰한 결과, 연구 목적에 따라 병동근무경력 및 병원근무경력을 각각 조사하거나(강민아 외, 2005), 특정 부서에서의 근무경력(김소윤 외, 2009)을 조사하는 등 그 기준이 다양하였다.

4. 분석 방법

수집된 자료는 SAS 9.4 통계프로그램을 이용하여 다음과 같이 분석하였다.

- ◆ 대상자의 일반적 특성, 설명의무 미이행 경험 정도 및 법적 판단 정도, 의료법 개정 인식정도 및 인식 경로, 의료법 개정이 설명의무에 관한 인식 및 이행 변화에 도움이 된 정도, 설명의무 조항의 취지 부합 정도를 파악하기 위하여 기술통계를 실시하였다.
- ◆ 대상자의 일반적 특성과 의료법 개정 인식정도와의 관계를 확인하기 위해 카이제곱검정(Chi-square test)과 피셔정확검정(Fisher's exact test)을 실시하였다.
- ◆ 대상자의 일반적 특성 및 의료법 개정 인식정도에 따라 설명의무에 관한 법적 판단 정도의 차이를 확인하기 위해 먼저 카이제곱검정(Chi-square test)과 피셔정확검정(Fisher's exact test)을 실시하여 변수간 관련성을 확인한 후 이항 로지스틱 회귀분석(Binary logistic regression)을 실시하였다.

III. 조사 결과

1. 대상자의 일반적 특성

연구대상자는 총 108 명이었으며 성별, 나이, 근무경력, 전문의면허 취득여부, 현재 근무지, 현재 근무형태, 현재 주진료과목에 따른 분류 결과는 [표 2]와 같다.

각 특성별 응답자 분포를 살펴보면 남성이 여성에 비해, 또 전문의면허를 보유한 자가 그렇지 않은 자에 비해 약 3 배 가량 많았으며, 나이를 기준으로 30 대와 40 대가 전체의 약 85%를 차지하였다. 근무경력은 2년 이상 10년 미만³⁰에 해당하는 자가 약 57%로 그 중위수가 8.5년(IQR, 6-13)이었으며, 종합병원·상급종합병원에서 근무하는 자와 근무형태가 봉직의인 자가 각각 전체의 절반 이상이였다.

연구대상자의 주진료과목은 총 19 가지였으며, 이를 각각 진료특성과 의료분쟁조정 신청건수를 기준으로 분류하였다. 먼저 진료특성에 따라 외과계·내과계·지원계로 분류한 결과 외과계가 약 36%, 내과계가 약 47%로 비교적 균형적으로 분포하였다³¹. 한편 의료분쟁조정 신청건수를 기준으로는 다빈도진료과와 그 외 진료과로 나누었으며, 다빈도진료과로 분류된 4 개의 진료과가 전체의 약 33%에 해당하였다³².

³⁰ 본 연구에서는 연구대상자의 의료법 개정 전·후를 비교하기 위하여 근무경력 2년 미만인 자는 연구대상에서 제외하였다.

³¹ 대한병원협회의 분류에 따라 내과계(내과, 소아청소년과, 정신건강의학과, 신경과, 가정의학과, 피부과 등), 외과계(외과, 산부인과, 안과, 이비인후과, 흉부외과, 신경외과, 정형외과, 비뇨기과, 성형외과), 지원계(응급의학과, 재활의학과, 마취통증의학과, 영상의학과 등)로 구분하였다(Kim IH, Ko E, Kim EJ, Ban SH, Jung JJ, Lee SH, Lyoo IK, Lee JH.. Effects of Temperament and Character on the Specialty Interests of Medical Students. Korean Journal of Biological Psychiatry 2012; 19(4): 199-204.).

³² 2016년도 한국의료분쟁조정중재위원회 연보자료에 따라 2012년부터 2016년까지 5년간의 의료분쟁조정신청 건수를 검토한 결과, 총 7,394 건 중 다빈도 상위 4개 진료과(정형외과,

표 2. 대상자의 일반적 특성
(N=108)

특성	구분	응답자수(%)	
성별	남성	82 (75.9)	
	여성	26 (24.1)	
나이	만 29 세 이하	10 (9.3)	
	만 30 ~ 39 세	66 (61.1)	
	만 40 ~ 49 세	26 (24.1)	
	만 50 세 이상	6 (5.6)	
근무경력	2 년 이상 10 년 미만	62 (57.4)	
	10 년 이상 20 년 미만	35 (32.4)	
	20 년 이상	11 (10.2)	
전문의면허 취득여부	미보유	24 (22.2)	
	보유	84 (77.8)	
현재 근무지	의원	16 (14.9)	
	병원·요양병원	15 (13.9)	
	종합병원·상급종합병원	62 (57.4)	
	지역보건의료기관	15 (13.9)	
현재 근무형태	개원의	9 (8.3)	
	봉직의	58 (53.7)	
	수련의(레지던트)	23 (21.3)	
	군의원/공중보건의	18 (16.7)	
현재 주진료과목	진료특성별	외과계	39 (36.1)
		내과계	51 (47.2)
		지원계	18 (16.7)
	의료분쟁조정 신청건수별	다빈도진료과	36 (33.3)
		그 외 진료과	72 (66.7)

내과, 신경외과, 치과, 외과 순)에서 발생한 건수가 3,001 건(62.4%) 이었다. 본 연구에서는 당해 4 개 진료과 중 치과를 제외한 4 개 진료과를 의료분쟁조정신청 다빈도진료과로 분류하였다. (한국의료분쟁조정중재원, 2016 년도 의료분쟁 조정중재 통계연보, 2017)

2. 설명의무에 관한 경험

의사의 설명의무와 관련된 13 가지 사례 각각에 대하여 유사한 경험을 한 적이 있다고 답한 응답자의 비율은 평균 65.7%였으며, 13 개 사례 중 부적절한 설명 사례 8 가지에 대하여 경험이 있다고 답한 응답자의 비율은 평균 60.2%였다. 가장 많은 응답자가 경험한 사례는 ‘구두로 설명한 내용을 환자의 의무기록에 기록하지 못한 사례’이며 전체 응답자의 87%가 유사한 경험이 있다고 답하였다. 반대로 가장 적은 수의 응답자가 경험한 사례인 ‘가정적 동의로 판단하여 별도의 설명 및 동의 과정을 생략한 사례’의 경우 전체의 27.8%가 경험을 한 것으로 나타났다(표 3).

표 3. 설명의무에 관한 경험
(N=108)

문항 번호	문항 내용	경험 유무 [명(%)]		
		있음	없음	해당 없음
1	환자 대신 보호자로부터만 동의*	69 (63.9)	37 (34.3)	2 (1.9)
2	주치의 아닌 의사가 설명	90 (83.3)	18 (16.7)	0 (.0)
3	간호사가 주치의 대신 설명*	58 (53.7)	48 (44.4)	2 (1.9)
4	구두설명 대신 자료 제공*	68 (63.0)	34 (31.5)	6 (5.6)
5	가정적 동의로 판단, 설명 및 동의 과정 생략*	30 (27.8)	72 (66.7)	6 (5.6)
6	환자의 정신적부담 우려, 설명 생략*	56 (51.9)	50 (46.3)	2 (1.9)
7	환자가 알 것으로 판단, 설명 생략	90 (83.3)	17 (15.7)	1 (.9)
8	발생 가능성 최소한 합병증 설명 생략*	77 (71.3)	28 (25.9)	3 (2.8)
9	시행 예정 요법 외 대체요법 설명 생략*	71 (65.7)	29 (26.9)	8 (7.4)
10	수술 도중 진단 내용 변경, 설명과 다른 수술 시행	41 (38.0)	44 (40.7)	23 (21.3)
11	환자 설득하여 동의 받음	88 (81.5)	14 (13.0)	6 (5.6)
12	환자를 적극적으로 설득하지 않고 환자 의사(意思)에 따름*	91 (84.3)	12 (11.1)	5 (4.6)
13	구두설명 내용 미기록	94 (87.0)	14 (13.0)	0 (.0)

* 부적절한 설명 사례(8 가지)

1) 설명의무 미이행 경험 정도

부적절한 설명 사례 8 가지에 대하여 유사한 경험이 있는 건수를 합산하였다. 설명의무 미이행 경험 건수는 정규분포를 따르지 않았으며($p < .001$), 중위수는 5 건(IQR, 4-6)으로 설명의무 미이행 경험 건수가 비교적 많다고 할 수 있다(그림 1). 설명의무 미이행 경험 건수가 0 건, 즉 부적절한 설명 사례를 전혀 경험한 적이 없는 응답자는 전체 108 명 중 1 명이었으며, 설명의무 미이행 경험 건수가 8 건으로 모든 부적절한 설명 사례를 경험한 응답자는 12 명이었다(그림 2).

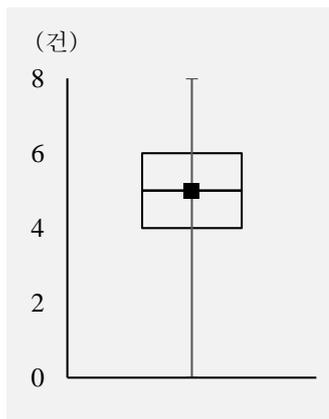


그림 1. 설명의무 미이행 건수 Box plot.

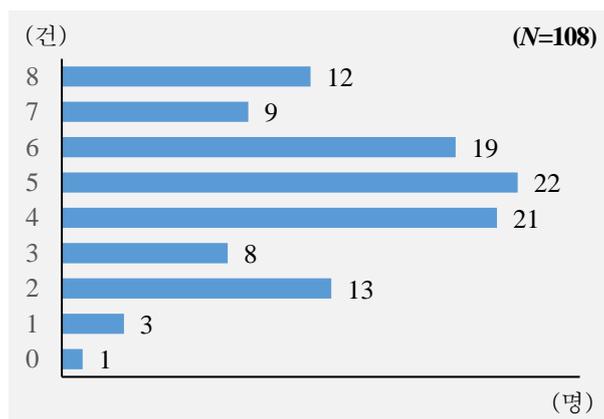


그림 2. 설명의무 미이행 건수별 응답자 수(명).

3. 설명의무에 관한 법적 판단

의사 설명의무에 관한 13 가지 사례 중 ‘부적절한 설명 사례(8 가지)’에 관하여 법률상 책임이 있다고 답한 경우, ‘적절한 설명 사례(4 가지)’에 관하여 법률상 책임이 없다고 답한 경우, ‘구두설명 유효 사례(1 가지)’에 관하여 구두설명만으로도 법률상 효력이 있다고 답한 경우, 각각에 대해 법률상 옳은 판단을 내린 것으로 보았다(표 4).

사례별로 옳은 판단을 내린 응답자의 비율은 전체 사례를 대상으로는 평균 59.5%였으며, 부적절한 설명 사례의 경우 평균 61.1%, 적절한 설명 사례의 경우 평균 55.1%였다. 즉 부적절한 설명 사례에 대하여 법률상 책임이 있다고 답한 응답자가 적절한 설명 사례에 대하여 법률상 책임이 없다고 답한 응답자보다 평균 6% 정도 많은 것으로 나타났다.

표 4. 설명의무에 관한 법적 판단

(N=108)

문항 번호	문항 내용	법적 판단	
		옳은 판단	옳지 않은 판단
1	환자 대신 보호자로부터만 동의*	69 (63.9)	39 (36.1)
2	주치의 아닌 의사가 설명**	64 (59.3)	44 (40.7)
3	간호사가 주치의 대신 설명*	80 (74.1)	28 (25.9)
4	구두설명 대신 자료 제공*	34 (31.5)	74 (68.5)
5	가정적 동의로 판단, 설명 및 동의 과정 생략*	95 (88.0)	13 (12.0)
6	환자의 정신적부담 우려, 설명 생략*	85 (78.7)	23 (21.3)
7	환자가 알 것으로 판단, 설명 생략**	54 (50.0)	54 (50.0)
8	발생 가능성 희소한 합병증 설명 생략*	79 (73.1)	29 (26.9)
9	시행 예정 요법 외 대체요법 설명 생략*	65 (60.2)	43 (39.8)
10	수술 도중 진단 내용 변경, 설명과 다른 수술 시행**	48 (44.4)	60 (55.6)
11	환자 설득하여 동의 받음**	72 (66.7)	36 (33.3)
12	환자를 적극적으로 설득하지 않고 환자 의사(意思)에 따름*	21 (19.4)	87 (80.6)
13	구두설명 내용 미기록***	70 (64.8)	38 (35.2)

* 부적절한 설명 사례(8 가지)

** 적절한 설명 사례(4 가지)

*** 구두설명 유효 사례(1 가지)

1) 설명의무에 관한 법적 판단 정도

설명의무에 관하여 제시된 13 가지 사례에 대해 옳은 판단을 내린 경우 1 점, 그렇지 않은 경우 0 점으로 점수화하고, 대상자별로 법적 판단 점수를 합산하였다 (0~13 점). 설명의무에 관한 법적 판단 점수는 정규분포를 따르지 않았으며($p < .001$), 중위수는 8 점(IQR, 7-9)으로 연구대상자의 법적 판단 정도가 높지 않음을 알 수 있다(그림 3). 0 점에서 3 점, 12 점에서 13 점에 해당하는 응답자는 없었으며, 가장 낮은 점수인 4 점에 해당하는 응답자는 4 명, 가장 높은 점수인 11 점에 해당하는 응답자는 3 명이였다.

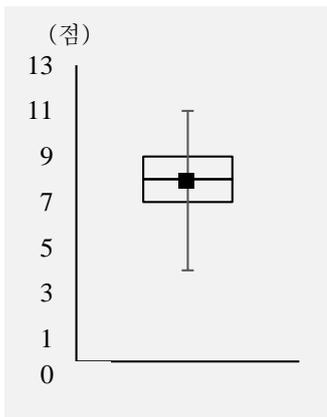


그림 3. 법적 판단 점수
 Box plot.

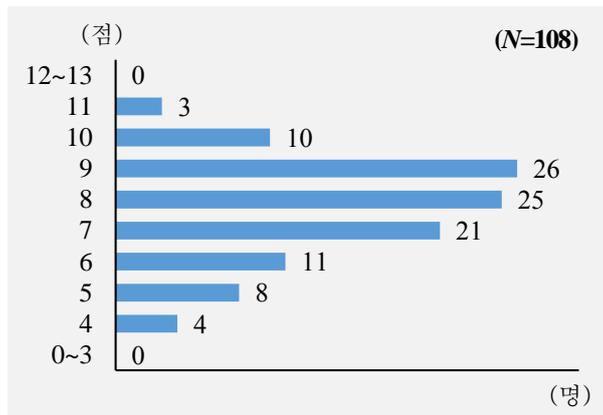


그림 4. 법적 판단 점수별 응답자 수(명).

4. 의료법 개정 사실 및 설명의무 조항에 대한 인식

1) 의료법 개정 사실에 대한 인식정도

의료법 상 ‘의료행위에 관한 설명’ 조항이 신설된 사실에 대해 어느 정도 인식하고 있는지를 조사한 결과, 전체 응답자 108명 중 절반 이상인 56명이 ‘전혀 모른다.’라고 답하였다. ‘신설되었다는 것을 들어본 적은 있으나 그 내용은 모른다.’라고 답한 응답자는 27명, ‘대략적인 내용을 알고 있다.’라거나 ‘구체적인 내용을 알고 있다.’라고 답한 응답자는 25명으로 그 뒤를 이었다(그림 5).

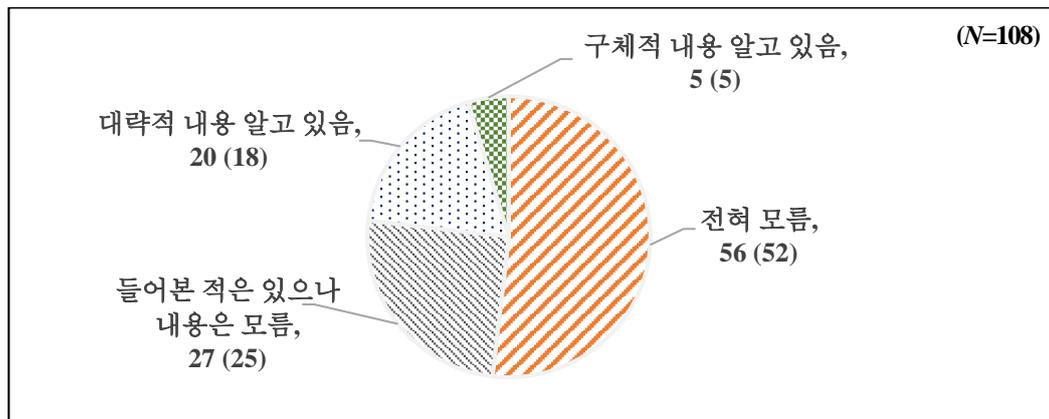


그림 5. 의료법 개정 사실 인식정도 [명(%)].

의료법 개정 사실에 대한 인식정도에 영향을 미치는 요인을 분석한 결과, 성별($p < .49$), 연령대($p < .0001$), 근무경력($p < .0001$), 현재 근무형태($p < .024$), 진료특성별 주진료과목($p < .049$)에 따라 유의수준(α) .05 하에서 통계적으로 유의한 차이가 있었다(표 5).

의료법 개정 사실을 전혀 모른다는 응답이 남성과 여성 모두에서 50% 이상이었으나 남성의 경우 내용을 알고 있다는 응답이 여성에 비해 약 3.5 배 정도 높았다. 연령대에 따라서는 30 대 이하의 경우 전혀 모른다는 응답이 60%였으며 40 대와 50 대 이상의 경우 전혀 모른다는 응답이 약 30%인데 비해 내용을 알고 있다고 답한 응답자는 과반 이상이었다. 근무경력은 그 기간이 10 년 미만, 10 년에서 19 년, 20 년 이상으로 증가할수록 전혀 모른다는 응답이 약 20%씩 감소하였고, 반면에 내용을 알고 있다는 응답은 약 20%씩 증가하고 있었다. 근무형태에 따라서는 개원의의 경우 60% 이상이 내용을 알고 있다고 답하였으나 수련의나 군의관/공중보건과의 경우는 반대로 전혀 모른다는 응답이 60% 이상이었다. 진료특성별 주진료과목에 따라서는 외과계 응답자의 60% 이상이 전혀 모른다고 답하였고 내과계 역시 약 50%에 달하는 응답자가 전혀 모른다고 답하였다.

표 5. 일반적 특성에 따른 의료법 개정 인식정도

(N=108)

구분	합계	의료법 개정 인식정도 [명(%)]			p-value	
		전혀 모름 (n=56)	들어본 적이 있음 (n=27)	내용을 알고 있음 (n=25)		
성별	남성	82(75.9)	42(51.2)	17(20.7)	23(28.1)	<.049
	여성	26(24.1)	14(53.9)	10(38.5)	2(7.7)	
나이(세) [†]	< 30	10(9.3)	6(60.0)	4(40.0)	0(.0)	<.0001
	30-39	66(61.1)	40(60.6)	19(28.8)	7(10.6)	
	40-49	26(24.1)	8(30.8)	4(15.4)	14(53.9)	
	> 50	6(5.6)	2(33.3)	0(.0)	4(66.7)	
근무경력(년) [†]	2-9	62(57.4)	38(61.3)	18(29.0)	6(9.7)	<.0001
	10-19	35(32.4)	15(42.9)	9(25.7)	11(31.4)	
	≥ 20	11(10.2)	3(27.3)	0(.0)	8(72.7)	
전문의면허 보유여부	미보유	24(22.2)	17(70.8)	5(20.8)	2(8.3)	<.071
	보유	84(77.8)	39(46.4)	22(26.2)	23(27.4)	
현재 근무지 [†]	의원	16(14.8)	8(50.0)	1(6.3)	7(43.8)	<.176
	병원·요양병원	15(13.9)	6(40.0)	6(40.0)	3(20.0)	
	종합병원· 상급종합병원	62(57.4)	32(51.6)	18(29.0)	12(19.4)	
	지역보건의료기관	15(13.9)	10(66.7)	2(13.3)	3(20.0)	
현재 근무형태 [†]	개원의	9(8.3)	3(33.3)	0(.0)	6(66.7)	<.024
	봉직의	58(53.7)	26(44.8)	18(31.0)	14(24.1)	
	수련의(레지던트)	23(21.3)	16(69.6)	5(21.7)	2(8.7)	
	군의원/공중보건의	18(16.7)	11(61.1)	4(22.2)	3(16.7)	
현재 주진료과목 (진료특성별) [†]	외과계	39(36.1)	24(61.5)	6(15.4)	9(23.1)	<.049
	내과계	51(47.2)	25(49.0)	18(35.3)	8(15.7)	
	지원계	18(16.7)	7(38.9)	3(16.7)	8(44.4)	
현재 주진료과목 (의료분쟁조정 신청건수별)	다빈도진료과	36(33.3)	17(47.2)	11(30.6)	8(22.2)	<.636
그 외 진료과	72(66.7)	39(54.2)	16(22.2)	17(23.6)		

[†] Fisher's exact test

2) 의료법 개정 인식 경로

의료법 개정 사실을 들어본 적이 있거나 그 내용을 알고 있다고 답한 응답자 52 명을 대상으로 의료법 개정에 관해 알게 된 경로를 선택하도록 하였으며, 중복 응답을 허용하였다. 그 결과 언론보도를 통하여 관련 내용을 접한 적이 있는 응답자가 22 명으로 전체의 약 39%였으며, 반면에 인터넷 검색을 활용하여 정보를 수집한 응답자는 없었다. 소속 의료기관 내부교육을 받은 자는 20 명, 외부기관 교육을 받은 자는 16 명, 수업을 받은 자는 1 명으로 40%이상의 응답자가 설명의무에 관해 정식 교육을 받은 적이 없는 것으로 나타났다.

표 6. 의료법 개정 인식 경로 (N=52)

인식 경로	건수(건)	전체응답자 대비 건수(%)
언론보도(TV, 온·오프라인 신문 등)	22	39.3
소속 의료기관 내부교육	20	35.7
외부기관교육(학회, 세미나 등)	16	28.6
지인(직장동료, 친구 등)	13	23.2
수업(대학원 등)	1	1.8
인터넷 검색	0	0.0

3) 설명의무에 관한 인식 및 이행 변화에 도움이 된 정도

의료법 개정 사실을 들어본 적이 있거나 그 내용을 알고 있다고 답한 응답자 52 명을 대상으로 의료법 상 설명의무 조항이 신설되었음을 알게 된 것이 스스로의 설명의무 인식 및 이행 변화에 어느 정도 도움이 되었는지를 질문하고, 네 개의 선택지(매우 도움이 됨, 어느 정도 도움이 됨, 별로 도움이 되지 않음, 전혀 도움이 되지 않음) 중 하나를 선택하게 하였다.

설명 의무 인식 변화에 도움이 된 정도를 묻는 질문에는 매우 도움이 되었다는 응답이 10%, 어느 정도 도움이 되었다는 응답이 59%로, 의료법 개정이 설명의무 인식에 미치는 영향을 긍정적으로 평가한 응답자가 전체의 약 69%를 차지하였다. 반면 전혀 도움이 되지 않았다는 응답은 없었으며, 별로 도움이 되지 않았다고 응답한 응답자는 31%였다.

이러한 결과는 설명의무 이행 변화에 도움이 된 정도를 묻는 질문에도 유사하게 나타났으며, 이행 변화의 경우 매우 도움이 되었다는 응답이 8%, 어느 정도 도움이 되었다는 응답이 63%로 전체 응답자의 71%가 의료법 개정이 설명의무 이행 변화에 도움이 되었다고 평가하였다.

표 7. 의료법 개정이 설명의무 인식 및 이행 변화에 도움이 된 정도 [명(%)] (N=52)

구분	매우 도움 됨	어느 정도 도움 됨	별로 도움되지 않음	전혀 도움되지 않음
인식 변화	5 (10)	31 (59)	16 (31)	0 (0)
이행 변화	4 (8)	33 (63)	15 (29)	0 (0)

4) 의료법 상 설명의무 조항과 그 취지와의 부합 정도

현행 의료법 상 의사의 설명의무 조항과 그 취지(환자안전과 환자의 자기결정권 보장)와의 부합 정도를 ‘전혀 부합하지 않는 경우’ 0 점에서부터 ‘완전히 부합하는 경우’ 10 점까지 평가한 결과, 당해 점수는 정규분포를 따르지 않았으며($p < .01$) 중위수는 7 점(IQR, 5-8)이었다(그림 6). 또한 취지 부합 점수를 0 점이나 1 점으로 평가한 응답자는 없었으며, 5 점 이상으로 평가한 응답자가 전체의 약 90%에 해당하였다(그림 7). 이러한 결과를 바탕으로 연구대상자들이 현행 의료법 상 설명의무 조항의 내용과 그 취지와의 부합정도를 긍정적으로 평가하고 있음을 알 수 있다.

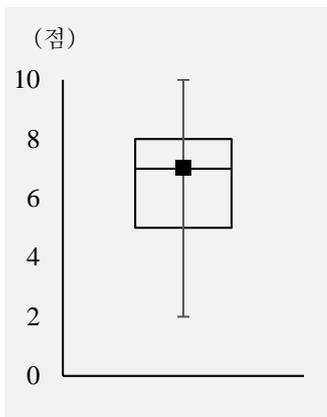


그림 6. 취지 부합 점수
Box plot.

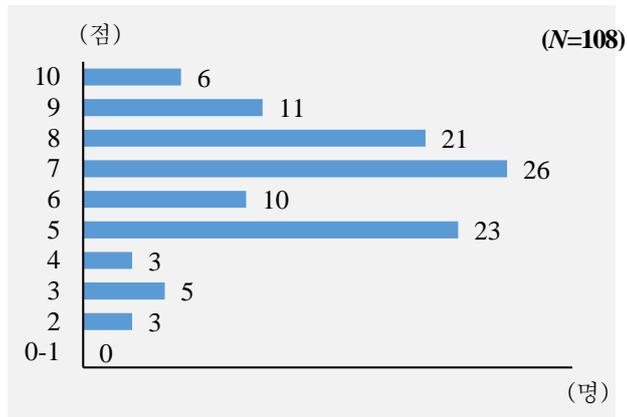


그림 7. 취지 부합 점수별 응답자 수 (명).

설명의무 조항과 그 취지와의 부합 정도에 대한 평가 근거를 자유기술하게 한 결과, 전체 응답자의 49%에 해당하는 53 명이 긍정적인 평가와 함께 그 이유로 설명의 범위를 구체적으로 제시하고 있다는 점, 수술에 참여하는 의사를 명시하도록 하는 점, 설명의무가 면제되는 예외적인 상황에 관해 다루고 있다는

점 등을 꼽았으며 기타 의견으로는 필요한 내용이 충분히 언급되어 있다는 점 등이 있었다. 반면 전체의 41%인 44 명의 응답자는 현실성 낮음, 설명 범위 판단기준이 애매함, 구두동의도 인정해야 함 등의 이유로 당해 조항의 취지 부합 정도를 부정적으로 평가하였다(표 8).

표 8. 설명의무 조항의 취지 부합 정도 평가 근거³³ (N=108)

구분	평가 근거	응답자 수(명)
긍정적 평가		53(49%)
	설명 의 주체 명시	3
	설명 의 범위 명시	8
	설명 의 방법 명시	3
	설명 의 무가 면제 되는 경우 포함함	4
	기타	37
부정적 평가		44(41%)
	설명 의 주체	3
	설명 의 상대방	3
	설명 의 범위	8
	설명 의 방법	4
	설명 의 무 면제	3
	현실성 낮음	14
	환자 안전과의 관련성 낮음	3
	의학적 판단이 우선되어야 함	2
	환자의 이해 수준 고려되지 않음	2
	실효성 낮음	1
	기타	4
모름		11(10%)

³³ 긍정적인 응답자 52명 중 2명이 각각 2가지 근거를 제시하여 근거의 개수는 총 54개이며, 부정적인 응답자 45명 중 1명이 3가지 근거를 제시하여 근거의 개수는 총 48개 이다.

5. 설명의무에 관한 법적 판단에 영향을 미치는 요인

대상자의 일반적 특성과 의료법 개정 인식정도가 설명의무에 관한 법적 판단에 미치는 영향을 파악하기 위해 이항 로지스틱 회귀분석을 실시하고자 하였으며, 이를 위해 먼저 법적 판단 정도를 법적 판단 점수의 중위수 8 을 기준으로 절단하여 두 집단으로 분류하였다(표 9). 또한 근무경력의 경우 세 개의 집단으로 분류(근무경력①)하여 법적 판단 정도와의 관계를 확인한 결과 통계적으로 유의한 차이를 보였으나, 근무경력이 20 년 이상인 집단에서 높은 법적 판단 정도에 해당하는 건수가 존재하지 않아 예측모형이 성립 불가능하였으므로 다시 두 개의 집단(근무경력②)으로 분류하여 회귀분석을 실시하였다(표 9, 10, 11).

표 9. 분석에 사용한 변수 및 측정수준

변수	측정수준
설명 의무에 관한 법적 판단 정도 (법적 판단 정도)	1. 법적 판단 점수 ≤ 8 2. 법적 판단 점수 > 8
의료법 개정에 관한 인식 정도 (개정 인식 정도)	1. 전혀 모름 2. 들어본 적은 있음(내용 모름) 3. 내용을 알고 있음(대략적/구체적 모두 포함)
일반적 특성	
성별	1. 남성 2. 여성
나이	1. < 30 2. 30-39 3. 40-49 4. ≥ 50
근무경력①	1. 2-9 2. 10-19 3. ≥ 20
근무경력②	1. 2-9 2. ≥ 10
전문의 여부	1. 미보유 2. 보유
근무지	1. 의원 2. 병원·요양병원 3. 종합병원·상급종합병원 4. 지역보건 의료기관
근무형태	1. 개원의 2. 봉직의 3. 수련의(레지던트) 4. 군의관/공중보건의
진료 특성별 진료과	1. 외과계 2. 내과계 3. 지원계
의료분쟁조정신청건수별 진료과 (의료분쟁건수별 진료과)	1. 다빈도진료과 2. 그 외 진료과

표 10. 일반적 특성 및 의료법 개정 인식정도에 따른 법적 판단 정도 (N=108)

구분	합계	법적 판단 정도 [명(%)]		p-value	
		낮음 (n=69)	높음 (n=39)		
성별	남성	82(75.9)	55(67.1)	27(32.9)	<.221
	여성	26(24.1)	14(53.9)	12(46.2)	
나이(세) [†]	< 30	10(9.3)	5(50.0)	5(50.0)	<.059
	30-39	66(61.1)	38(57.6)	28(42.4)	
	40-49	26(24.1)	20(76.9)	6(23.1)	
	> 50	6(5.6)	6(100.0)	0(0.0)	
근무경력①(년)	< 10	62(57.4)	36(58.1)	26(41.9)	<.028
	10-19	35(32.4)	22(62.9)	13(37.1)	
	≥ 20	11(10.2)	11(100.0)	0(0.0)	
전문의면허 보유여부	미보유	24(22.2)	15(62.5)	9(37.5)	<.872
	보유	84(77.8)	54(64.3)	30(35.7)	
현재 근무지	의원	16(14.8)	10(62.5)	6(37.5)	<.417
	병원·요양병원	15(13.9)	9(60.0)	6(40.0)	
	종합병원·상급종합병원	62(57.4)	43(69.4)	19(30.7)	
	지역보건의료기관	15(13.9)	7(46.7)	8(53.3)	
현재 근무형태	개원의	9(8.3)	8(88.9)	1(11.1)	<.266
	봉직의	58(53.7)	37(63.8)	21(36.2)	
	수련의(레지던트)	23(21.3)	15(65.2)	8(34.8)	
	군의원/공중보건의	18(16.7)	9(50.0)	9(50.0)	
현재 주진료과목 (진료특성별)	외과계	39(36.1)	27(69.2)	12(30.8)	<.685
	내과계	51(47.2)	31(60.8)	20(39.2)	
	지원계	18(16.7)	11(61.1)	7(38.9)	
현재 주진료과목 (의료분쟁건수별)	다빈도진료과	36(33.3)	26(72.2)	10(27.8)	<.202
	그 외 진료과	72(66.7)	43(59.7)	29(40.3)	
개정 인식정도	전혀 모름	56(51.9)	33(58.9)	23(41.1)	<.497
	들어본 적은 있음	27(25.0)	18(66.7)	9(33.3)	
	내용을 알고 있음	25(23.2)	18(72.0)	7(28.0)	

[†] Fisher's exact test

법적 판단 정도와 다른 변수들간의 관계를 확인하기 위해 카이제곱검정과 피셔정확검정을 실시한 결과 유의수준(α) .05 하에서 근무경력①만이 법적 판단 정도와 통계적으로 유의한 차이를 보였으며($p < .028$), 높은 법적 판단 정도를 보인 응답자의 비율은 근무경력이 10 년 미만인 집단에서 약 41.9%, 20 년 이상 20 년 미만인 집단에서 약 37.1%, 20 년 이상인 집단에서는 0.0%로 나타났다(표 10).

설명기무에 관한 법적 판단 정도와 다른 변수간의 관련성을 확인하기 위해 근무경력②³⁴을 독립변수로 설정하였고, 비록 단변량 분석에서 통계적으로 유의한 차이를 보이지는 않았으나 본 연구에서 주요하게 다루고 있는 변수인 의료법 개정 인식정도 역시 독립변수에 포함하여 이항 로지스틱 회귀분석을 실시하였다. 그 결과, 의료법 개정 인식정도 및 근무경력과 법적 판단 정도 간에 통계적으로 유의한 관련성을 확인할 수 없었다(표 11).

표 11. 법적 판단 정도에 대한 이항 로지스틱 회귀분석 결과

변수	β	S.E.	p-value	OR		
				Exp(β)	95%CI	
개정 인식정도	전혀 모름					
	들어본 적은 있음	.102	.331	<.759	1.392	.529 3.662
	내용을 알고 있음	.127	.364	<.727	1.427	.478 4.262
근무경력②	< 10					
	≥ 10	.264	.223	<.237	1.697	.707 4.073
Intercept	.690	.224.	<.002			

³⁴ 전술한 바와 같이 근무경력을 세 집단으로 분류(근무경력①)하는 경우 근무경력 20 년 이상이면서 법적 판단 정도가 높은 군에 해당하는 건수가 존재하지 않았으므로, 예측모형 성립을 위해 근무경력을 두 집단으로 재분류(근무경력②)하였다.

IV. 고찰

본 연구를 통해 설명의무에 관한 의사의 이행 혹은 미이행 경험과 법적 판단을 확인하여, 이를 기존연구(이윤영, 2004)³⁵와 비교해 보고, 의료법 상 설명의무 조항 신설 사실에 대한 인식정도를 조사하여, 그 조항을 알고 있는 정도의 차이에 따라 설명의무에 관한 법적 인식정도에 차이가 있는지 여부를 알아보고자 하였다.

1. 설명의무에 관한 경험 및 법적 판단

의사 설명의무에 관한 13 가지 사례 각각에 대하여 유사한 경험이 있는 응답자의 비율은 평균 65.7%였으며, 그 중 부적절한 설명 사례 8 가지만을 대상으로 유사경험자 비율을 보면 평균 60.2%로서, 전체 사례에서의 평균보다는 낮음을 알 수 있었다. 이는 기존연구³⁵와 비교하였을 때 감소한 결과이나 그 차이가 크지 않았고(각각 2%, 4% 감소), 유사경험자의 비율이 높은 사례 순서 역시 기존연구와 본 연구에서 모두 ‘구두로 설명한 내용을 환자의 의무기록에 기록하지 못한 사례’가 첫 번째였으며, ‘환자를 적극적으로 설득하지 않고 환자 의사(意思)에 따른 사례’가 그 다음으로 나타났다. 반면 ‘가정적 동의로 판단하여 설명 및 동의 과정을 생략한 사례’의 경우 기존연구에서는 50.5%의 응답자가 유사한 경험이 있다고 답한 것에 비해 본 연구에서는 27.8%만이 그와 유사한 경험이 있다고 응답하여 두 연구간 유사경험자 비율이 가장 큰 차이를 보이는 사례로 나타났다.

³⁵ 이윤영. 의사의 설명 동의의무에 대한 인식과 실천 조사[석사학위 논문]. 서울: 연세대학교 보건대학원; 2004. 이하 기존연구라 함은 동 연구를 지칭한다.

응답자 별로 부적절한 설명 사례에 대해 유사한 경험이 있다고 응답한 건수, 즉 설명의무를 이행하지 않은 적이 있는 건수를 합산하여 설명의무 미이행 경험 정도를 분석한 결과 응답자는 평균적으로 5 건(IQR, 4-6)의 설명의무 미이행 경험을 가지고 있었으며, 미이행 경험이 전혀 없는 응답자가 1 명인 것과 대조적으로 모든 사례에서 설명의무 미이행 경험이 있다고 답한 응답자는 12 명인 것으로 나타났다. 이는 기존연구³⁵에서 9 가지 사례에 대해 설명의무를 이행한 경험을 조사한 결과 그 평균이 약 3.1 건, 즉 설명의무를 이행하지 않은 경험은 약 5.9 건이었던 것과 유사한 결과로서, 지난 십여 년간 의료현장에서의 적절한 설명의무 이행을 위한 개선활동이 효과적으로 이루어지지 않았음을 의미하는 것으로 볼 수 있다³⁶.

법적 판단의 경우 옳은 판단을 내린 응답자의 비율은 전체 사례를 대상으로 사례별 평균 59.5%였으며, 법률상 책임이 있다고 볼 수 있는 사례(부적절한 설명 사례) 8 가지에 대해 ‘법률상 책임이 있다’라고 답한 응답자는 평균 61.1%, 법률상 책임을 묻기 어려운 사례(적절한 설명 사례) 4 가지에 대해 ‘법률상 책임이 없다’라고 답한 응답자는 평균 55.1%였다. 이를 기존연구³⁵ 결과와 비교해 보면 법적으로 옳은 판단을 내린 응답자가 전체 사례에서 평균 약 2% 감소(기존 61.5%)하였으며, 특히 부적절한 설명 사례만을 대상으로 하는 경우 그 비율이 14% 가량 크게 감소한 것으로 나타났다(기존 74.6%). 적절한 설명 사례에 대해서 법률상 책임이 없다고 답한 응답자의 비율은 기존연구에 비하여 약 7% 증가(기존 48.0%)하였으나 두 연구 모두에서 적절한 설명 사례에 대해 옳은 판단을 내린 응답자가 부적절한 설명 사례에 그러한 판단을 내린 응답자보다 적게 나타났다는

³⁶ 기존연구와 본 연구에서 활용한 사례들이 동일하지 않아 그 비교에 한계가 있음을 밝힌다.

사실에 비추어 볼 때, 의사들은 설명의무 이행 상황에 대하여 위반 책임이 없다는 판단을 내리는 데 더욱 신중한 태도를 취하고 있음을 알 수 있다.

법적으로 옳은 판단을 내린 응답자가 많은 사례는 ‘가정적 동의로 판단하여 설명 및 동의 과정을 생략한 사례’로서, 응답자의 88%가 법률상 책임이 있는 것으로 판단하였다. 반면 ‘환자를 적극적으로 설득하지 않고 환자 의사(意思)에 따른 사례’에 대해서는 약 19%의 응답자만이 법률상 책임이 있는 것으로 판단하여 옳은 판단을 내린 응답자가 가장 적었으며, 이러한 결과에 비추어 볼 때 의사의 설득의무에 대한 인식 강화가 필요하다고 할 수 있다.

13 가지 사례 각각에 대해 옳은 판단을 내린 경우 1 점, 그렇지 않은 경우를 0 점으로 점수화(13 점 만점)하여 응답자 별 법적 판단 정도를 분석한 결과 평균 8 점(IQR, 7-9)으로 나타났으며, 이는 기존연구³⁵에서 18 가지 사례³⁷에 대한 지식도 점수가 평균 12.1 점이었던 것에 비해 다소 감소한 수치이다. 점수 별 응답자 분포를 살펴보면 6~9 점에 해당하는 응답자 수가 전체의 약 80%(85 명)를 차지하였으며, 최소 점수는 4 점, 최대 점수는 11 점으로 모든 사례에 옳은 판단을 내린 응답자는 없었다.

설명 의무에 관한 경험과 법적 판단 정도에 대한 결과를 종합해 보면 의료현장에서의 설명의무 이행이 강화되어야 하며, 이를 위해서는 의사의 설명의무에 대한 인식 개선이 필요하다고 할 수 있으므로, 제시된 13 가지 사례를 설명의무 이행의 요소, 즉 설명의 주체, 설명의 상대방과 결정능력, 설명 범위, 설명 시기 및 방법에 관한 사례와 설명의무 면제 및 환자설득에 관한 사례로 분류하여 더 자세히 살펴보기로 한다.

³⁷ 본 연구에서는 기존연구(이윤영, 2004)에서 제시한 18 개 사례 중 13 개만을 선정하여 활용하였으므로, ‘설명 의무 미이행 경험’과 마찬가지로 두 연구간 절대적인 수치 비교에는 한계가 있다.

1) 설명의 주체

설명 주체에 관하여는 그 주체가 반드시 환자의 주치의여야만 하는가에 대한 의사의 인식을 알아보려고 하였으며, 구체적으로 주치의가 아닌 다른 의사가 설명을 시행한 사례³⁸와 주치의가 아닌 간호사가 설명을 시행한 사례³⁹를 제시하였다.

먼저 주치의가 아닌 다른 의사가 설명을 제공한 사례에 대해 유사경험이 있다고 답한 응답자는 약 83%였으며, 옳은 법적 판단(법률상 책임 없음)을 내린 응답자는 약 59%였다. 주치의가 아닌 간호사가 설명을 시행한 사례에 대해서는 응답자의 약 54%가 유사한 경험을 가지고 있었으며 약 74%의 응답자가 옳은 법적 판단(법률상 책임 있음)을 내렸다. 이러한 결과를 기존연구³⁵ 결과와 비교하여 살펴보면, 전자의 사례에 대해 유사 경험이 있다고 답한 응답자는 약 7% 증가하였고 법적으로 옳은 판단을 내린 응답자 역시 9% 가량 증가하였으나, 그럼에도 불구하고 법적으로 옳지 않은 판단, 즉 설명의 주체를 다른 의사를 배제한 주치의로만 한정하는 응답자가 여전히 40% 이상임을 알 수 있다. 후자 사례의 경우 유사경험자는 약 5% 증가한 것에 반해 옳은 법적 판단을 내린

³⁸ 우리나라 대법원은 “설명 의무의 주체는 원칙적으로 당해 처치의사라 할 것이나 특별한 사정이 없는 한 처치의사가 아닌 주치의 또는 다른 의사를 통한 설명으로도 충분하다.”(대법원 1999.9.3. 선고 99 다 10479 판결)라고 판시하고 있다. 이러한 태도는 현행 의료법 제 24 조의 2 제 2 항에서 환자에게 설명을 하는 의사와 수술등에 참여하는 주된 의사를 구분하고 있음을 통해서도 확인할 수 있다.

³⁹ 우리나라 대법원은 설명 의무의 주체를 “의사”(대법원 1999.9.3. 선고 99 다 10479 판결)라고 판시하고 있으며, 현행 의료법 제 24 조의 2 제 1 항에서 설명의 주체를 의사·치과의사 또는 한의사로 한정하고 있다.

응답자는 약 13% 감소하여, 간호사가 의사의 설명의무를 대신할 수 있다는 인식을 가진 의사가 증가한 것으로 나타났다.

간호사가 설명의무의 주체가 될 수 있는가에 대한 인식의 변화는 의료현장에서 의사의 직접적인 지도·감독 없이 진행되는 간호행위⁴⁰가 늘어남에 따른 자연스러운 흐름으로 볼 수도 있으나⁴¹, 기존 판례에 비추어 볼 때 진료에 관한 설명은 원칙적으로 의사에 의해 이행되어야 한다⁴². 간호사의 (간호행위가 아닌)의료행위에 관한 설명 범위는 의사가 이행한 설명을 더욱 구체화하는 수준이어야 하는 것이다⁴³. 즉, 간호사가 의사를 대신하여 새로운 설명이나 지시를 한 것은 설명의무를 이행한 것으로 인정되기 어려우며, 따라서 적합한 설명의무 이행을 위해서는 설명의 주체에 관한 의사의 올바른 인식과, 그러한 인식을 바탕으로 하는 의사와 간호사간 명확한 업무분담이 요구된다고 할 수 있다.

⁴⁰ 우리나라 대법원은 “간호사가 진료 보조를 함에 있어 경우에 따라서는 의사가 진료보조행위 현장에 입회할 필요 없이 일반적인 지도·감독을 하는 것으로 족한 경우를 인정하고 있으며, 여기에 해당하는 보조행위인지 여부는 개별적으로 결정하여야 한다.”라고 판시하고 있다 (대법원 2003.8.19. 선고 2001도 3667 판결).

⁴¹ 범경철. 간호사의 법적 책임에 관한 연구. 의료법학. 2014; 15(2):285-316. 293 면 이하.

⁴² 각주 38 참조.

⁴³ 백경희, 안영미, 김남희, 김미란. 설명간호사의 현황과 법적 지위에 관한 고찰. 의료법학. 2013; 14(2):261-80. 276 면. 김천수 교수는 “간호사들로 하여금 간호가 아닌 진료에 관한 내용을 설명하도록 하는 것은 설명의무를 제대로 이행하는 것이 아니며, 같은 맥락에서 소위 설명간호사 제도는 잘못된 관행이다(앞의 책. 274 면.)”라고 하였다. 설명간호사는 의료기관 차원에서 환자만족도 증대 등을 위해 운영되고 있는 제도로서 의료기관별로 그 운영방식이나 설명간호사의 직무에 차이가 있으므로 설명간호사 제도 전체를 일괄하여 판단할 수는 없고, 다만 설명간호사 제도를 운영함에 있어 설명간호사가 진료에 관한 내용을 의사를 대신하여 설명할 수는 없다는 점, 즉 의사의 설명의무는 의사에 의하여 이행되어야 함을 분명히 해야 한다.

2) 설명의 상대방과 결정능력

본 연구에서는 의료현장에서 환자의 의사결정능력이 없는 경우가 아님에도 불구하고 보호자⁴⁴로부터 만 동의를 얻는 상황을 설명의 상대방에 관한 주요한 갈등사례로 제시하였으며, 그 결과, 유사한 경험이 있는 응답자가 약 64%로 그러한 경험이 없는 응답자에 비해 두 배 가량 많은 것으로 나타났다. 또한 당해 사례에 대해 법적으로 옳지 않은 판단(법률상 책임 없음)을 내린 응답자는 약 36%였으며, 이는 기존연구³⁵에 비해 약 23% 이상 증가한 수치로 ‘원칙적으로 설명의 상대방은 환자 본인’이라고 판단하는 의사가 크게 감소한 것으로 볼 수 있다. 한 연구⁴⁵에서도 이와 유사한 결과를 찾아볼 수 있는데, 의사를 대상으로 사전동의서의 법적 결정권자가 누구라고 생각하는지 질문한 결과 응답자의 62.1%가 ‘환자와 보호자 모두’, 4.8%가 ‘보호자만’이라고 답하여 약 67%의 응답자가 보호자를 의사결정의 단독 또는 공동주체로 인식하고 있었다. 당해 연구에서 보호자로부터만 동의를 얻은 적이 있는 의사를 대상으로 그 이유를 질문한 결과 응답자의 46.2%가 ‘환자에게 심적 부담감을 줄 것으로 예상’, 37.9%가 ‘의사결정을

⁴⁴ 현행 법률에 따르면 설명의무의 상대방은 환자나 그 법정대리인이며, 통상 환자의 근친을 지칭하는 의미로 사용되는 ‘보호자’의 경우 법정대리인에 해당하지 않는 경우가 대부분이다. 본 연구의 설문조사에서는 설명의무 이행에 있어 법정대리인과 보호자의 구분을 두지 않는 것이 대부분인 의료현실을 고려하여 ‘보호자’로 지칭하였다.

⁴⁵ 안명숙, 민혜숙. 사전동의에 대한 의사, 간호사 및 환자의 인식과 경험. 임상간호연구. 2008; 14(2):59-70. 63 면. 동 연구에서 환자를 대상으로 질문한 결과, 법적 결정권자에 관하여는 환자의 47.8%가 ‘환자와 보호자 모두’, 42.1%는 ‘환자’에게, 10.1%는 ‘보호자’에게 법적 결정권이 있다고 답하였고, 보호자가 대행결정을 하도록 한 경우 그 이유로는 ‘보호자와 생각이 같으므로’라는 응답자가 43.8%, ‘두려움이나 불안이 심해서’ 16.7%, ‘기타’ 22.9%였으며, 기타에는 ‘의사가 주로 보호자만 불러서 설명하므로’, ‘신경 쓰고 싶지 않아서’, ‘보호자가 병원비를 지불하므로’, ‘몸이 불편함’ 등의 이유가 포함되었다.

보호자에게 위임’, 32.4%가 ‘환자에게 비밀로 해달라는 보호자의 요청’으로 나타났다. 적합한 상대방에게 설명을 제공하였는지 여부는 설명의무 이행의 핵심적인 판단요소로서, 설명의 상대방이나 그 결정능력에 관한 오인은 곧바로 환자의 자기결정권 침해로 이어질 수 있다는 점에서 의사(醫師)의 더욱 명확한 법적 인식이 요구된다고 할 수 있다.

원칙적으로 의사는 환자가 결정능력이 있는 경우 환자 본인에게 설명을 제공하여야 한다⁴⁶. 이 때 유의할 것은 의료행위에 관한 결정은 의료행위라는 사실행위의 수용 여부에 관한 결정으로서, 동의란 그러한 결정 가운데 그 사실행위를 수용하겠다는 의사의 통지이며, 이를 의료계약의 청약에 대한 승낙과 혼동하여서는 안 된다는 점이다. 설명과 동의는 이미 의료계약의 청약과 승낙이 이루어진 상태에서 의료제공자에 의하여 행하여질 의료행위를 구체화하는 단계의 행위인 것이다. 따라서 법률행위에 관한 제한능력자(미성년자, 피한정후견인, 피성년후견인 등)라 하여 결정능력이 제한되는 것은 아니며, 다만 설명의 상대방이 결정의 대상인 의료행위의 의미를 이해하고 그것에 대한 결정이 자신의 삶에 미치는 영향을 이해할 수 있으면 결정능력이 인정된다. 제한능력자와

⁴⁶ 우리나라 대법원은 설명의무의 상대방은 원칙적으로 당해 환자 또는 그 법정대리인이며 (대법원 2007. 5. 31. 선고 2005 다 5867 판결), 의사가 환자 본인에게 설명·동의를 얻은 경우 그 보호자에 대해 설명의무를 부담하는 것은 아니라고 판시하고 있다(대법원 2014.12.24. 선고 2013 다 28629 판결). 또한 환자가 성인으로서의 판단능력을 가지고 있는 이상 친족의 승낙으로써 환자의 승낙에 갈음하는 것을 허용하지 않으며(대법원 2015.10.29. 선고 2015 다 13843 판결), 환자가 직접 의사의 설명을 듣고 동의할 수 없었던 특별한 사정이 없는 한 환자의 아들로부터 승낙을 받은 경우에도 설명의무를 다하지 않은 것으로 본다(대법원 1994.11.25. 선고 94 다 35671 판결).

친권자(또는 후견인)의 결정이 불일치하는 경우에는 의학적 합리성이 우선적 기준이 되어야 하며 양자의 결정이 모두 합리적이라면 본인의 결정이 우선한다⁴⁷.

한편 환자는 자신에 대한 의료행위에 관한 결정권을 타인에게 위임하는 것이 가능하며 그러한 결정을 환자 자신의 결정인 자기결정과 구분하여 대행결정이라 한다⁴⁸. 대행결정은 다시 환자 본인의 결정권 수여행위에 의한 대행결정(이하 ‘임의대행결정’이라 한다)과 환자의 결정능력이 없는 경우 법률규정 등에 의한 대행결정(이하 ‘법정대행결정’이라 한다)으로 나누어 볼 수 있다. 먼저 임의대행결정의 경우 타인이 환자의 결정을 대신하기 위해서는 그에 관한 환자의 명시적인 동의가 전제되어야 하며, 과거 의사결정 과정에서 환자의 태도(예를 들어, 보호자의 의견에 전적으로 따라왔음)나 행동을 맡게 될 타인 일방의 주장에 근거하여 대행결정에 대한 환자의 동의를 가정하는 것은 매우 제한적으로만 허용될 것이다⁴⁹.

⁴⁷ 민법 제 913 조의 “보호하고 교양할 권리의무”에 의료행위의 결정이 원칙적으로 포함되므로 제한능력자와 친권자의 결정이 불일치하는 경우 그 해결에는 의학적 합리성이 우선적 기준이 되어야 하고, 양자의 결정이 모두 합리적이라면 본인의 결정이 우선하며, 이는 동법 제 945 조에 따라 미성년자의 후견인에게도 동일하게 적용된다. 한편 2011 년 민법에 성년후견 제도가 도입되어 신상 결정에 관한 피후견인의 지위가 강화됨에 따라 피후견인에게 의료행위 결정능력이 인정되면 후견인의 개입이 원칙적으로 금지된다(김천수, 앞의 책, 276 면 이하).

⁴⁸ 김천수, 앞의 책, 276 면.

⁴⁹ 우리나라 대법원은 환자가 의사로부터 올바른 설명을 들었더라도 특정 의료행위에 동의하였을 것이라는 이른바 가정적 승낙에 의한 의사의 면책은 환자의 승낙이 명백히 예상되는 경우에만 허용되며, 대체할 치료방법이 없었다거나 환자가 당해 의료행위를 받기 위해 입원하였다는 사유만으로는 환자의 자기결정권 침해를 부정할 수 없다고 판시하고 있다(대법원 1995.1.20. 선고 94 다 3421 판결; 대법원 1994.4.15. 선고 92 다 25885 판결). 이러한 논리는 대행결정에 관한 환자의 동의를 추정하는 것에도 동일하게 적용된다고 봄이 타당하다.

의료행위에 관한 법정대행결정의 경우에는 누가 대행결정자가 될 수 있는지에 관하여 관련 법률과 판례들 간에 불일치가 존재한다. 대행결정자의 자격에 관하여 「의료법」⁵⁰과 「응급의료에 관한 법률」⁵¹에서는 환자가 의사결정능력이 없는 경우 법정대리인에 한하여 대행결정을 허용하고 있으나, 2016년 제정된 「호스피스·완화의료 및 임종과정에 있는 환자의 연명의료결정에 관한 법률」⁵²에서는 일정 조건 하에서 미성년자의 친권자나 환자의 가족 전원이 연명의료중단등에 관한 결정을 대행할 수 있도록 하고 있다. 우리나라 대법원은 환자가 관상동맥우회술 시술 후 후유증으로 사망한 사안⁵³에서 처음으로 의사 설명의무의 상대방을 ‘환자 또는 그 가족’으로 판시하였으며, 이 후 환자가 대동맥판막치환 수술 후 후유증으로 장애를 입게 된 사안⁵⁴에서 그 대상을 ‘환자나

⁵⁰ 「의료법」 제 24 조의 2 제 1 항에서는 사람의 생명 또는 신체에 중대한 위해를 발생하게 할 우려가 있는 수술, 수혈, 전신마취를 하는 경우 환자(환자가 의사결정능력이 없는 경우 환자의 법정대리인을 말한다.)에게 설명하고 서면동의를 받도록 규정하고 있다.

⁵¹ 「응급의료에 관한 법률」 제 9 조 제 2 항에서 응급의료종사자는 응급환자가 의사결정능력이 없는 경우 그와 동행한 사람이 법정대리인인 경우에는 설명·동의를 받도록 하고, 법정대리인이 아닌 경우에는 설명을 제공하도록 하고 있다. 따라서 법정대리인이 아닌 동행자에게 대행결정의 자격까지 인정된다고 보기는 어려우며, 그렇다면 결정권이 없는 동행자에게 환자의 건강정보에 관해 설명을 제공함으로써 얻을 수 있는 법익이 무엇인가에 관한 의문이 남는다. 본 연구의 저자가 생각하건대 당해 조항의 취지는 법정대리인이 동행하지 않는 경우가 대부분인 현실을 반영하기 위함으로 보인다. 따라서 후술을 통해 의료행위의 법정대행결정자를 법정대리인에 한정하는 것의 한계를 확인하는 것으로 그 논의를 갈음하기로 한다.

⁵² 「호스피스·완화의료 및 임종과정에 있는 환자의 연명의료결정에 관한 법률」 제 18 조 제 1 항에서는 환자의 의사를 확인할 수 없고 환자가 의사표현을 할 수 없는 의학적 상태인 경우 미성년자인 환자의 법정대리인(친권자에 한정)이 연명의료중단등결정의 의사표시를 하고 담당의사와 해당 분야 전문의 1 명이 확인한 경우나 환자가족 전원의 합의로 연명의료중단등결정의 의사표시를 하고 담당의사와 해당 분야 전문의 1 명이 확인한 경우에 해당 환자를 위한 연명의료중단등결정이 있는 것으로 본다.

⁵³ 대법원 1994.4.15. 선고 93 다 60953 판결.

⁵⁴ 대법원 1995.1.20. 선고 94 다 3421 판결.

그 법정대리인'으로 판시한 이래 최근까지도 동일한 논리를 견지하고 있다. 하지만 환자의 결정능력이 없는 경우 의사 설명의무에 관한 판결을 살펴보면 그와 같은 태도가 일관되게 적용되지 않고 있음을 알 수 있다. '치료를 받고 있던 환자가 그 처의 요청으로 타병원으로 이송되던 도중 사망한 사안'에서 대법원은 (환자의 법정대리인이 아닌)배우자가 전원결정을 대행한 부분에 관해서는 문제삼지 않았으며, 오히려 의사가 배우자에게 충분한 설명을 제공하여 동의를 얻었어야 했음을 지적하였다⁵⁵. 또한 회복불가능한 사망단계에 진입한 환자의 연명의료 중단을 구하는 사안에서 무의식 상태인 환자를 대신하여 환자의 자녀들이 대행결정을 내리는 것에 관하여 그들이 법정대리인에 해당하지 않는다는 점은 따지지 않았다⁵⁶. 이러한 환자 결정능력 부재시에 관한 판례들에 비추어 볼 때 대법원이 법정대리인이 아닌 자에 의한 법정대행결정을 묵인하고 있는 것으로 볼 수 있다.

전술한 바와 같이 의료행위에 관한 결정은 의료행위라는 사실행위의 수용여부에 관한 결정으로서, 환자의 의료행위 결정능력 존부(存否)에 관하여 판단할 때에는 그가 법률행위 제한능력자인지가 아니라, 그가 본인에게 시행될 의료행위의 의미와 본인의 결정이 스스로에게 미칠 영향을 이해할 수 있는지를 기준으로 판단하여야 한다. 이와 동일한 맥락에서 의료행위 대행결정자의 자격에 관한 판단 역시 그가 환자에게 가해질 의료행위의 의미와 본인의 대행결정이 환자에게 미칠 영향에 관해 이해할 수 있는 능력을 갖고 있는지에 근거하여야 한다고 볼 수 있다. 따라서 그 기준을 법정대리인 해당 여부에만 두고 있는 현행

⁵⁵ 대법원 2000.9.8. 선고 99 다 48245 판결.

⁵⁶ 대법원 2009.5.21. 선고 2009 다 17417 전원합의체판결.

규정은 수정되어야 하며⁵⁷, 우리나라 의료현장에서 미성년자를 제외한 대부분의 환자에게 법정대리인이 없다는 점, 환자의 의사결정능력이 없는 경우 그 ‘보호자’⁵⁸에게 설명을 제공하고 동의를 얻는 것이 통상적이라는 점 등을 고려할 때 개정작업이 조속히 진행되어야 할 필요가 있다.

한편 환자 본인의 결정능력이 없는 상태에서 타인에 의해 대행결정이 내려지는 경우라 하더라도 그 결정내용은 인간존엄과 가치에 부합해야 하며, 이를 위해 환자의 자기결정권 존중을 통한 생명권 등의 기본권 보호가 요구된다. 즉 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권은 최상위 가치이며 자기결정권, 생명권이 순차로 상위 가치에 의해 제약을 받아 그 상위 가치에 부합하는 범위 내에서 규범적 타당성을 인정받고 보장된다⁵⁹. 이러한 대전제 하에서 환자의 결정능력이 없는 경우 문제가 되는 부분은 의료행위 동의 여부에 관한 환자의 자기결정 내용, 즉 환자의 의사(意思)를 알 수가 없다는 점이다. 이 때 환자의

⁵⁷ 김천수는 전술한 바 있는 온라인 뉴스매체 기고글(2017)에서 성년자에게 법정대리인이 없는 경우가 대부분이며 그러한 성년자가 의사결정능력 없는 상태에서 수술을 받아야 하는 경우 의사는 현행 「의료법」 제 24 조의 2 에 따르면 설명해야 할 상대방이 없는 것이 되므로 설명·동의 절차 없이 수술을 결정하고 실행하여도 「의료법」에 따른 과태료의 처분을 받지 않으며 반대로 의사는 법정대리인이 아닌 그 자녀에게 설명과 동의 절차를 밟았어도 환자에게 설명·동의 절차를 밟지 않으면 과태료의 처분을 받을 수 있다고 지적하면서 환자로부터 수술에 관한 자기결정권의 행사를 위임 받은 자(의료결정의 수입자)를 설명·동의 절차의 상대방에 포함하지 않은 것은 문제라고 보았다(각주 5 참조).

⁵⁸ 보호자에 관해 정의를 내리고 있는 법률로는 아동복지법이 있으며, 제 3 조 제 3 항에서 ‘보호자란 친권자, 후견인, 아동을 보호·양육·교육하거나 그러한 의무가 있는 자 또는 업무·고용 등의 관계로 사실상 아동을 보호·감독하는 자’라고 규정하고 있다. 당해 법률의 목적이 18 세 미만 아동의 건강한 출생과 행복하고 안전한 성장을 위한 복지 보장(제 1 조)에 있고, 보호자에게 아동을 건강하고 안전하게 양육할 책무를 부과하고 있는 점(제 5 조 제 1 항) 등을 고려할 때, 의료행위 법정대행결정자에 관한 논의에서도 당해 규정을 참고할 수 있을 것으로 사료된다.

⁵⁹ 석희태. 연명의료의 중단-대법원 2009.5.21. 선고 2009 다 17417 판결과 관련하여. 의료법학 2009; 10(1): 263-305. 282 면.

의사를 추정할 수 있는가에 관해 연명의료중단에 관한 대법원 판례⁶⁰를 다시 살펴보면 “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 의사표현, 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 연명의료 중단을 선택하였을 것이라고 인정되는 경우라야 그 의사를 추정할 수 있을 것이다.”라고 판시하고 있다. 즉 환자의 의사 추정은 객관적 자료나 객관적 사정을 종합하여 환자의 의사가 인정되는 경우에 한하여 가능하다는 것이다. 당해 판례는 환자가 이미 회복불가능한 사망의 단계에 있고 또 의료행위의 부작용이 생명권 침해와 직접적으로 연결되어 있는 사안을 다루고 있다는 점에서 그 판시사항을 통상의 의료행위 전반에 동일하게 적용하는 것은 다소 무리가 있다. 하지만 의료행위는 본질적으로 침습행위를 수반하므로 모든 의료행위에는 일정 수준의 생명권 침해 가능성이 존재하며, 따라서 환자의 의사를 추정하고 그에 근거하여 대행결정 내용의 적절성을 판단하는 것은 매우 제한적인 경우에만 허용될 것이다⁶¹. 즉 환자의 결정능력이 없는 경우에는 일반적으로 환자의 의사를

⁶⁰ 대법원 2009.5.21. 선고 2009 다 17417 전원합의체판결(각주 55 참조).

⁶¹ 이는 전술한 바와 같이 우리나라 대법원이 환자의 가정적 승낙에 의한 의사의 면책을 매우 제한적으로 인정하고 있는(실상 거의 인정하고 있지 않는 것으로 볼 수 있는) 태도와 그 맥을 같이한다고 볼 수 있다(각주 48 참조).

추정할 수 없다고 보는 것이 적절하며⁶², 대행결정의 내용은 자기결정권의 차순위 가치인 생명권 내지 건강권에 부합하는 범위 내에서 허용되어야 한다. 요컨대 환자가 의료행위에 관한 결정능력이 없고 환자의 의사를 추정하는 것 역시 인정되기 어려운 상황에서 인간의 존엄과 가치를 구현하기 위해서는 환자의 생명권이 우선적으로 존중되어야 하며, 따라서 대행결정의 내용은 의학적 합리성을 넘어서지 않는 범위 내에서만 허용된다고 볼 수 있다.

실제 의료현장에서 설명의 상대방을 결정하는 때에는 환자의 이해능력이 그의 의사결정능력을 인정할만한 수준인지, 보호자의 역할 내지 권리는 어디까지인지, 환자에게 설명하는 것이 오히려 해가 되는 것은 아닌지⁶³, 환자 본인이 설명 수령을 거절하고 있지는 않은지 등 다양한 상황적·환경적 요인들과 마주하게 되며, 의사에게는 그러한 변수들과 관련 법리를 종합적으로 고려하여 ‘적합한 상대방’에게 설명을 제공할 의무가 요구되는 것으로 볼 수 있다.

⁶² 연명의료의 경우 이미 그 의료행위 자체가 사망이라는 장래 발생이 확실한 사건을 전제로 하고 있으며, 의료인이 아닌 일반인의 기준에서도 본인의 사망 과정에 관해 숙고한 경험이 있는 자라면 통상적으로 그 시행 가능성에 관해 인지·예측이 가능하다고 할 수 있을 정도로 사회적으로 널리 인식된 의료행위이다. 따라서 평소 사망이라는 사건을 가정하여 연명의료 동의여부에 관해 스스로의 견해 내지 의사를 표현할 기회가 비교적 많다고 할 수 있으며, 특히 일반적으로 사망이 가까운 시일 내에 발생할 것을 예측할 수 있는 노인 등의 경우 그러한 의사를 표현하였을 가능성이 높고 그 내용 역시 진지한 숙고를 바탕으로 한 진정한 의사결정으로 볼 여지가 있다. 이는 대부분의 의료행위가 병상의 동태 변화에 따라 그 필요성을 달리하여 미리 예측되기 어렵고 전문적인 내용인 경우가 많다는 점에 비추어 볼 때 지극히 예외적인 경우라 할 수 있다.

⁶³ 담당의사의 과도한 설명 행위로 인해 법익교량 상 배려의무 위반의 위법성이 인정되는 경우, 환자가 사망 시까지의 평온의 파괴·희망의 상실·죽음의 공포 등으로 인한 정신적 고통과 기대어명 단축으로 인한 정신적 고통을 위자 할 책임이 그 의사에게 있다(석희태, 환자의 모를 권리와 의사의 배려의무, 의료법학, 2016; 17(2):145-73, 167 면.)

3) 설명의 범위

의사가 부담하는 기여성 설명의무는 환자의 자기결정에 기여하기 위한 것이므로 설명의 대상은 환자가 합리적으로 의료행위 승낙 여부를 결정하는데 필요한 모든 요소로 확대되며 환자의 자기결정에 관련이 없는 요소는 설명의 대상에서 제외된다. 이러한 전제 하에서 설명은 그 대상에 따라 환자와 의사측 및 의학이 처한 현실적 상황에 대한 설명인 상황설명, 진료를 가하지 않고 방치하는 경우 건강상태의 자연적 변화 및 진료를 가하는 경우 그 침습의 내용·정도·방법·시기, 침습후의 개선전망, 침습시 환자의 체감 등에 대한 설명인 경과설명, 진료를 가하는 경우 그 침습이 야기할 가능성이 있는 모든 악결과에 대한 설명인 위험설명 등으로 나눌 수 있으며⁶⁴, 각각에 해당하는 설명의 대상을 얼마나 구체적으로 설명하는가의 문제는 설명 당시의 의료관행, 보호법익에 중요한 내용, 그리고 환자의 질문을 기준으로 고려할 수 있다. 이 때 앞의 두 기준의 경우 그에 포함되는 내용을 누락한 설명은 부적절한 설명이 되며, 환자의 질문의 경우 그 질문이 일반인의 기준에서 합리적인 범위를 넘어서지 않는 한 그에 대한 답변은 설명의 범위에 포함되고 비록 의학적으로 비합리적인 질문이더라도 그 답변으로 당해 의료행위의 시행이나 의사의 업무수행에 큰 지장을 초래하지 않는 한 역시 설명의 범위에 포함되어야 한다⁶⁵.

우리나라 대법원은 일반적으로 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 경우 등과 같이 환자에게

⁶⁴ 석희태. 앞의 책. 556 면 이하.

⁶⁵ 김천수. 앞의 책. 281 면.

자기결정에 의한 선택이 요구되는 경우만을 설명의무의 대상으로 인정하며, 의료행위의 종류에 있어서는 수술뿐만 아니라 검사, 진단, 치료 등 모든 진료단계를 포함하는 것으로 보고 있다⁶⁶. 또한 설명에 포함되어야 하는 내용에 관하여는 “합리적인 사람이 진료의 동의 또는 거부 여부를 판단하는 데 중요하다고 생각되는 사항” 이라고 판시하였으며⁶⁷, 구체적 항목으로는 “환자의 병상(病狀), 의사가 필요하다고 생각하는 의료행위와 그 내용, 그것에 의하여 생길 것으로 기대되는 결과 및 그것에 수반하는 위험성, 당해 의료행위를 실시하지 않을 경우에 생길 것으로 예견되는 결과와 대체가능한 다른 치료 방법 등”이 포함되는 것으로 보고 있다⁶⁸.

본 연구에서는 설명의무 범위에 관하여 총 세 가지의 구체적 사례를 제시하고 이에 대한 의사의 경험과 법적 판단을 알아보았다.

먼저, 환자가 당연히 알고 있을 것이라 판단한 내용에 관하여 설명을 생략한 사례(예를 들어 좌약 처방사실에 관해 설명하면서 좌약이 항문에 삽입하는 약임을 설명하지 않은 경우)에 대해 유사한 경험이 있는 응답자는 약 83%, 법적으로 옳은 판단 (법률상 책임 없음)을 내린 응답자는 50%였으며 이는 기존연구³⁵에 비해

⁶⁶ 우리나라 대법원은 ‘교통사고환자가 정밀검사를 받기 위해 대기하던 중 병상이 악화되어 사망한 사안’에서 “의사의 환자에 대한 설명의무가 소론과 같이 수술시에만 한하지 않고, 검사, 진단, 치료 등 진료의 모든 단계에서 각각 발생한다 하더라도 (중략) 의사의 설명은 모든 의료과정 전반을 대상으로 하는 것이 아니라 수술등 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 할 것이고, 따라서 환자에게 발생한 중대한 결과가 의사의 침습행위로 인한 것이 아니거나 또는 환자의 자기결정권이 문제되지 아니하는 사항에 관한 것은 위자료 지급대상으로서의 설명의무 위반이 문제될 여지는 없다고 봄이 상당할 것이다.”라고 판시하였다(대법원 1995.4.25. 선고 94 다 27151 판결).

⁶⁷ 대법원 2011.11.24. 선고 2009 다 70906 판결.

⁶⁸ 대법원 1997.7.22. 선고 96 다 37862 판결.

각각 5%, 13% 가량 증가한 결과이다. 이에 관하여 우리나라 대법원은 “의료진의 설명은 의학지식의 미비 등을 보완하여 실질적인 자기결정권을 보장하기 위한 것이므로, 환자가 이미 알고 있거나 상식적인 내용까지 설명할 필요는 없고, (중략) 이 경우 환자가 이미 알고 있는 내용인지는 해당 의학지식의 전문성, 환자의 기존 경험, 환자의 교육수준 등을 종합하여 판단할 수 있다.”⁶⁹ 라고 하여 의사 설명의무의 범위에서 환자가 이미 알고 있는 내용을 제외하는 한편 의사에게 ‘환자가 이미 알고 있는 내용’ 내지 ‘상식적인 내용’에 관한 판단 책임을 부과하고 있다고 볼 수 있다⁷⁰. 그러한 태도는 의사의 설명의무를 단순히 환자에게 의료행위에 관한 정보를 전달하는 것에 그치는 것이 아니라 환자가 그 내용을 인식하게 할 법적 의무를 총칭⁷¹한다는 점에서 일견 타당하다고 할 수 있으며, 결국 의사는 적절한 설명 범위를 판단하기 위해 의료인이 아닌 일반인, 나아가 개별 환자의 의료행위 인식 능력 내지 이해 수준을 고려해야 하는 것이다. 하지만

⁶⁹ 우리나라 대법원은 임신 중 호흡곤란 등이 발생하였으나 검사 및 입원치료를 거절하다가 호흡부전으로 인한 심정지 발생 후 응급제왕절개술을 받아 쌍태아 각각을 사망상태 및 가사상태로 출산한 사안에서 산모가 경력 10 년의 간호사였던 점 등을 이유로 의료행위 거절의 위험성을 이미 알고 있었던 것으로 보았으며 따라서 의료진의 설명의무 위반 책임을 물을 수 없다고 판단하였다(대법원 2011.11.24. 선고 2009 다 70906 판결). 즉 설명의무 위반을 판단하는데 있어 의료행위에 관한 환자의 이해가 충분하였다면 그러한 이해가 의사의 설명에 의한 것인지 기존에 알고 있었던 것인지 여부는 구분하지 않는 것으로 볼 수 있다.

⁷⁰ 환자가 이미 알고 있는 내용이라 하여 설명의무의 면제의 대상으로 보는 것은 적절치 않다. 환자가 알고 있는 내용에 대하여 설명을 생략하기 위해서는 의사가 환자가 알고 있는 내용의 범위와 수준, 나아가 그 의학적 타당성에 관해 확인하는 과정이 필요하며, 그러한 과정 역시 설명으로 볼 수 있기 때문이다. 따라서 환자가 이미 알고 있는 내용이라고 하면 의사가 동일한 내용을 반복하여 설명할 필요가 없다고 보는 것이 적합하다. 엄밀한 의미에서 설명의 본질적 특성상 ‘상대방이 이미 알고 있는 내용을 설명’한다는 것 자체가 불가능한 일인데 이에 관하여는 후술하겠다.

⁷¹ 의사의 설명의무는 환자에게 이미 시행한 의료행위, 시행 중인 의료행위 및 장래에 시행할 의료행위와 환자의 요양상 수칙에 관하여 적극적·체계적으로 진술함으로써 환자가 그 내용을 인식하게 할 법적 의무를 총칭한다(석희태, 앞의 논문(2017), 3 면.).

그러한 요구, 즉 의사에게 의사로서가 아닌 환자의 관점에서 의료행위에 접근하도록 요구하는 것은 비록 의사가 비의료인으로서의 경험을 가지고 있고 또 타인의 입장을 헤아릴만한 충분한 사고능력을 지니고 있다고 하더라도 본질적으로 ‘가정적(假定的)’ 접근에 따른 한계를 수반한다. 따라서 의료행위에 관하여 의사가 생각하는 일반적인 이해수준과 실제 일반인의 이해수준 간에는 차이가 존재할 수밖에 없으며⁷², 의사는 그러한 본질적 한계에도 불구하고 적절한 설명 범위를 판단해야 하는 책임을 맡게 되므로 ‘모든 환자의 의학지식 수준을 무지(無知)의 상태로 간주하여 설명을 제공해야만 법률상 문제의 소지가 없다.’라는 과도한 부담감을 느끼게 되는 것이다⁷³. 물론 의사가 환자의 질문에 답변함으로써 추가적인 설명을 제공할 수 있으나 이는 어디까지나 부연의 의미인 것으로 설명과 관련하여 환자에게 질문의무를 부과할 수 없고⁷⁴, 위계적이고 수직적인 의환관계에서 환자의 자유로운 의사표현을 기대하기 어렵다는 점⁷⁵ 등을

⁷² 의사-환자간 커뮤니케이션 행위에 대한 대화분석 연구에서는 의사가 환자의 언어(일상적 언어)로 쉽게 설명해주는 사례가 많지 않으며, 환자의 수준에 맞게 설명하려는 몇몇 의사들도 대부분 환자가 알아들을 수 있는 쉬운 말로 설명하기 보다는 먼저 의학용어를 말하고 대략 그 뜻을 유추적으로 설명해 주고 있음을 지적하였다(이두원, 2000). 전문가와 일반인 사이의 대화는 지식의 불균형 속에서 이루어지므로 권위적이고 지시적인 경우가 많고 의료인과 환자의 관계에서는 이러한 현상이 더욱 두드러지는데, 환자는 자신의 질병을 주관적이고 일상적인 언어로 표현하는 반면에 의료인은 이를 제도적이고 객관적으로 인지된 정보로 처리하는 과정에서 의료적으로 중요하지 않다고 판단되는 정보는 체계적으로 배제하게 된다 (이명선, 이봉숙, 2006).

⁷³ 이윤영(2004)은 환자가 이미 알고 있는 내용에 대해 설명을 생략하는 것에 관하여 “환자의 수준 또는 상황을 고려할 때 설명이 생략될 수 있음은 법원이 판단할 수 있는 문제로 의사 측의 입장에서는 항상 환자에게 쉽고 충분한 설명을 시행하는 것이 이후 법적 불이익을 당하지 않을 수 있는 현실적 태도”임을 지적하였다(위의 논문, 43면).

⁷⁴ 김천수. 앞의 책, 281면.

⁷⁵ 환자는 의사와 의사소통을 할 때 다양한 측면의 많은 장애를 느끼게 된다. 이러한 의사소통 장애는 의사-환자의 위계적이고 수직적인 커뮤니케이션 구조(이병혜, 2011; 김찬원, 2007)에서 나타나는 경우가 많다. 의료문화 속에 존재하는 의사에 대한 경외감이나

고려하면 환자의 질문과 그에 대한 답변만으로 양자간 설명 범위에 관한 인식을 줄이기는 어려울 것이라 사료된다.

다음으로 제시한 사례는 발생 가능성이 매우 낮은 합병증에 대해 설명을 생략한 경우에 관한 것이었으며, 이에 대해 유사한 경험이 있는 응답자는 약 71%로 기존연구³⁵ 결과에 비해 약 9% 증가한 반면, 법적으로 옳은 판단(법률상 책임 있음)을 내린 응답자는 약 73%로 기존연구 결과에 14%가량 감소한 것으로 나타났다.

우리나라 대법원은 전술한 바 있는 ‘환자가 대동맥판막치환 수술 후 후유증으로 장해를 입게 된 사안’⁷⁶에서 “의사의 설명의무는 그 의료행위에 따르는 후유증이나 부작용 등의 위험발생 가능성이 희소하다는 사정만으로 면제될 수 없으며, 그 후유증이나 부작용이 당해 치료행위에 전형적으로 발생하는 위험이거나 회복할 수 없는 중대한 것인 경우에는 그 발생가능성의 희소성에도 불구하고 설명의 대상이 된다고 보아야 할 것이다.”라고 판시하여 ‘전형적이거나 중대한’ 후유증이나 부작용이 설명의 범위에 포함되는 것으로 보았다. 즉 치료행위에 따르는 위험에 있어 그 발생희소성과 전형성(典型性)을 구분하여 병존 가능한 개념으로 접근하고 있음을 알 수 있는데, 이에 관하여는 먼저 ‘전형성’의 의미를 살펴볼 필요가 있다. 전형성이란 ‘같은 부류의 것들 가운데 가장 일반적이고 본질적인 특성’을 뜻하며 일반적이라 함은 ‘일부에 한정되지 아니하고 전체에 걸치는. 또는 그런 것’, 본질적이라 함은 ‘본디부터 가지고 있는 사물 자체의 성질이나 모습에 관한. 또는 그런 것’을 뜻한다⁷⁷. 즉 ‘전형성’이라는

두려움은 의사-환자 간의 효율적인 의사표현 및 의견교환을 저해하는 요인으로 작용한다(이병혜, 2011; 이두원, 2000).

⁷⁶ 대법원 1995.1.20. 선고 94 다 3421 판결(각주 53 참조).

⁷⁷ 국립국어원. 표준국어대사전[웹사이트]. URL: <http://stdweb2.korean.go.kr/main.jsp> (2018.5.22. 발췌)

단어는 그 자체에 ‘다빈도 발생’의 의미를 내포하고 있으며, 동일한 대상에 있어 발생희소성과 전형성이 양립할 수는 없는 것이다. 따라서 당해 판시사항에서 발생희소성과 전형성의 대상을 더욱 명확히 구분해야 하며, 생각하건대 전형성의 대상을 ‘당해 치료행위에 따른 위험들 가운데 전형적으로 발생하는 위험’으로 구체화하는 것이 판결의 취지를 이해하는데 도움이 될 것으로 보인다.

한편 설명의무에 포함되어야 할 부작용이나 후유증을 판단함에 있어 그 위험이 전형적이지는 않더라도⁷⁸ 회복될 수 없는 중대한 것인 경우 이를 설명의무에 포함해야 한다고 가정한다면, 설명의 범위는 ‘해당 의료행위에 관해 당시 의학계에 알려진 바 있는 모든 위험들 가운데 중대한 것’으로 확장되며, 아무리 단순한 의료행위일지라도 그 결과로 사망 등 중대한 후유증이 발생한 사례가 있다면 설명에 이를 포함하여야 한다고 보아야 하는 것이다⁷⁹. 이와 같은 수준의 설명의무 이행은 현실적으로 불가능할 뿐만 아니라 그러한 설명이 환자의 자기결정에 기여한다고 보기도 어려운데, 의사가 시행예정인 의료행위의 위험성에 대해 의학적 합리성에 근거하여 예측하고 설명하였다 하더라도 치료결과에 따라서 그 타당성이 부정될 수 있다고 한다면 결과적으로 의사 설명의 초점이 환자에게 모든 발생가능한 위험을 알려 법적 책임을 회피하는데 맞춰질 것이기 때문이다⁸⁰. 따라서 설명의무에 포함되어야 할 부작용이나 후유증 등의 위험은 ‘전형적이거나 중대한’ 것이라기 보다는 ‘전형적’인 것이 되어야 하며 다만 전형적

⁷⁸ 전술한 바와 같이 전형적이라는 단어는 발생 빈도가 높다는 의미를 내포하고 있다.

⁷⁹ 우리나라 대법원은 “의사에게 당해 의료행위로 인하여 예상되는 위험이 아니거나 당시의 의료수준에 비추어 예견할 수 없는 위험에 대한 설명의무까지 부담하게 할 수는 없다.”라고 판시하고 있으며(대법원 1999.9.3. 선고99다10479 판결), 이를 달리 해석하면 예견할 수 있었던 사실에 관하여는 설명의무를 부담한다는 것으로 볼 수 있다.

⁸⁰ 전술한 바 있는 안명숙(2008)의 연구에서 의사의 상당수가 사전동의서 작성의 의의가 사고 발생 시를 대비한 방어적 수단으로 인식하고 있었으며 절반 이상의 환자들 역시 사전동의서가 ‘의사의 방어수단’의 목적으로 작성되고 있다고 인식하고 있었다.

위험의 의미를 ‘그 당시 의료수준에서 그 발생이 합리적으로 예측가능한 위험’으로 분명히 할 필요가 있다.

요컨대 의료행위에 따른 위험 그 자체가 발생가능성이 희소하다는 이유로 설명대상에서 배제되어서는 안될 것이나, 발생가능한 수많은 위험들 가운데서는 그 당시 의료수준에서 합리적으로 예측 가능한 위험만을 설명의 대상에 포함시키고 회복불가능한 중대한 위험이 그 범위 안에 포함되는 경우 반드시 그에 관해 설명하도록 한다면 설명의무의 이행이 그 취지에 더욱 부합하는 방향으로 이루어질 것이라 생각한다.

설명무의 범위에 관하여 마지막으로 제시한 사례는 시행예정인 요법 이외의 대체 가능한 요법에 관해 설명을 생략한 경우에 대한 것이었으며, 유사한 경험이 있다고 답한 응답자는 약 66%, 법적으로 옳은 판단(법률상 책임 있음)을 한 응답자는 약 60%로 기존연구³⁵에 비하여 각각 9%, 2%가량 감소하였다.

전술한 바와 같이 우리나라 대법원은 설명의 내용에 “당해 의료행위를 실시하지 않을 경우에 생길 것으로 예견되는 결과와 대체 가능한 다른 치료 방법”이 포함되는 것으로 보고 있으며⁸¹ 대체요법의 존재 유무는 따지고 있지 않는 바, 비록 현재 의료수준에서 대체할 수 있는 방법이 없는 단일한 요법을 설명하는 경우라 하더라도 환자에게 ‘대안 없음’에 관한 정보를 제공함으로써 자기결정에 기여해야 한다고 볼 수 있다⁸². 또한 대체 가능한 요법에 관해 설명하는 경우 환자가 시행예정인 의료요법의 수령을 거절하고 대체요법을 선택할 것을

⁸¹ 대법원 1997.7.22. 선고 96 다 37862 판결(각주 66 참조).

⁸² 우리나라 대법원은 ‘환자가 전신마취하 미골절제술을 받은 후 후유증으로 사망한 사안’에서 의사의 설명의무 위반 책임을 인정하면서 그 근거 중 하나로 “의사가 미골절제술이 불가피한 수술이었는지 여부를 설명하여 주지 않았”음을 들었다(대법원 1996.4.12. 선고 95 다 56095 판결.).

우려하여 그에 관한 설명을 생략하는 경우 그 이유가 시행예정요법의 효과가 대체요법에 비해 더 좋다고 하는 일종의 의학적 판단에 의한 것이든 단순히 환자 유치를 위한 것이든 관계 없이 환자의 자기결정권을 침해한 것으로 볼 수 있다⁸³.

한편 대체요법에 관한 설명은 환자가 의료행위 수령을 거절하는 경우 특히 중요한 의미를 갖는다. 의사는 환자에게 의료행위 거절이 의학적으로 어떠한 의미를 갖는지, 또 당해 의료행위를 대체할만한 다른 요법이나 차선택은 없는지 등에 관해 진지하고 자세하게 설명을 제공해야 하며⁸⁴, 환자가 그 내용을 충분히 이해한 상태임에도 불구하고 의료행위 거절 결정을 내리는 경우야 비로소 설명의무 책임을 다한 것으로 인정받을 수 있다. 이에 관하여 대법원은 ‘환자가 종교적 신념을 이유로 수혈을 거부한 상태에서 수술 도중 수혈을 하지 않아 응급상태에 이르고 그 후유증으로 사망한 사안’에 대한 판결에서⁸⁵ 환자의 생명과 자기결정권을 비교형량하기 어려운 경우 의사가 직업적 양심에 따라 어느 하나를 존중하는 방향으로 행위하였다면 그 행위를 처벌할 수 없다고 하였으며, 다만 의사가 그러한 판단을 내리기 위해서는 환자가 수혈의 필요성 내지 수혈을 하지 아니할 경우에 야기될 수 있는 생명 등에 대한 위험성, 수혈을 대체할 수 있는

⁸³ 환자의 가정적 거절을 추정하여 설명을 생략한 경우에 관하여는 전술한 ‘가정적 동의’에 관한 법리를 동일하게 적용할 수 있을 것으로 사료되며, “의사의 설명이 환자로 하여금 의학지식 및 기술상 합리적인 진료행위를 비합리적인 근거로 거부하게 하는 결과를 초래할 염려가 있다는 사정만으로는 의사의 설명의무가 면제된다고 할 수 없다”라고 한 대법원 판결(대법원 1995.1.20. 선고 94 다 3421 판결.)을 통해서도 유추할 수 있다.

⁸⁴ 전술한 바 있는 ‘환자가 대동맥판막치환 수술 후 후유증으로 장애를 입게 된 사안’에서 대법원은 “후유증 발생의 위험은 그 수술을 받지 않을 경우에 생길 것으로 예견되는 결과와 대체 가능한 차선의 치료방법 등과 함께 환자인 원고 본인에게 진지하고 자세하게 설명해 주었어야 할 사항이라고 보지 않을 수 없다.”라고 판시하였다(대법원 1995.1.20. 선고 94 다 3421 판결.). 여기에서 ‘진지하고 자세하게’는 지속적·반복적이라는 의미로 이해할 수 있다.

⁸⁵ 대법원 2014.6.26. 선고 2009 도 14407 판결.

의료 방법의 효용성 및 한계 등에 관하여 의사로부터 충분한 설명을 듣고, 이러한 의사의 설명을 이해한 후 진지한 의사결정을 내렸다는 사실이 전제되어야 한다고 판시하였다. 이러한 판결을 통해 대법원은 의사 설명의무의 목적을 환자로부터 의학적으로 가장 합리적인 결과를 도출하는 데 있는 것이 아니라, 환자가 의료행위 결정과정에서 고려하게 되는 다양한 사정 가운데 의학적인 부분에 관하여는 전문가로부터 신뢰할만하고 충분한 양의 정보를 습득할 수 있게 하여 환자가 선택의 자유를 향유하고 나아가 자기결정권을 행사하는데 기여하도록 하는 것임을 분명히 하고 있다고 볼 수 있다⁸⁶.

이상 설명의무의 범위에 관하여 살펴본 바, 그 대상을 판단함에 있어 구체적 항목을 명정하여 한계를 정하는 것은 현실적으로 어려울 뿐만 아니라 설명의무의 취지에도 부합하지 않는다. 즉 설명의 대상에는 환자가 의료행위 동의 여부를 결정하는데 필요한 의학지식 일체가 포함된다고 봄이 타당하며, 여기에는 일반적으로 포함되어야 할 사항(의료행위의 필요성과 그 내용, 발생가능한 위험, 예상되는 결과, 의료행위 거절 시 예견되는 결과와 대체요법 등)과 더불어 환자가 추가적으로 알고 싶어하는 내용 및 환자 사정상 필요하다고 판단되는 내용 역시 포함된다고 할 수 있다. 대개 후 이자의 경우 일반적으로 포함되어야 할 사항과 그 범주를 달리하는 내용이라기 보다는 깊이를 달리하는 내용이 될 것이며, ‘진지하고 자세한’ 설명을 제공하기 위해서는 설명내용의 범주와 함께 그 깊이가 고려되어야 한다. 요컨대 설명에 포함되는 내용은 일률적으로 경계를 지을 수

⁸⁶ 환자는 의료의 전 과정에서 자신에게 행해질 의료행위에 대하여 그것을 수용할 것인지 아닌지, 즉 동의할 것인지 거절할 것인지를 선택할 자유가 있으며 그 자유의 적극적인 실현을 위해 사법상 동의권과 거절권(통칭 자기결정권)을 갖는다. 그러므로 의사는 환자의 충분한 자유 향유 나아가서 자기결정권 행사에 기여하기 위하여, 의료의 근본 목적을 저해하지 않는 범위 내에서, 적절한 정도의 사전 설명을 행할 의무를 부담한다 (석희태, 앞의 논문(2017), 8면.).

있는 것이 아니라 환자의 자기결정에 필요한 내용과 불필요한 내용으로 구분할 수 있을 따름이며 따라서 설명의 범위는 환자마다, 의료행위의 내용마다 달라질 수밖에 없다. 따라서 의사는 설명의무를 이행할 때마다 환자의 자기결정에 기여할 수 있는 내용인지 여부를 기준으로 적절한 설명 범위를 판단하여야 하며, 이를 위해서는 무엇보다도 설명의무와 그 취지에 관한 의사의 명확한 인식이 전제되어야 한다.

4) 설명의 시기와 방법

먼저 설명의 시기에 관하여 살펴보면 의사의 설명은 향후 시행될 의료행위에 관한 환자의 선택에 기여하기 위함이므로 해당 의료행위를 시행하기 전에 제공되어야 함이 마땅하다⁸⁷. 이 때 중요한 것은 환자에게 설명이 제공된 시점으로부터 결정을 내리기까지 자신이 신뢰하는 사람과 의논하고 충분히 숙고할 수 있는 일정 시간이 주어져야 한다는 점이며⁸⁸, 의사는 환자의 상태를 고려하여 그

⁸⁷ 설명 및 동의 절차로 인하여 수술등이 지체되면 환자의 생명이 위협하여지거나 심신상의 중대한 장애를 가져오는 경우(현행 「의료법」 제 24 조의 2)에는 설명의무 이행 시기가 연기되는 것이 아니라 설명의무가 면제되는 것으로 보아야 한다. 단 본 연구에서 설명의무를 기여성 설명의무에 한하고 있음을 제차 강조하는 바이다. 기여성 설명의무가 면제되는 경우 통상적으로 기왕에 시행된 의료행위의 결과와 대책에 대한 보고·해명·고백 등 보고성 설명(석희태, 앞의 논문(2017), 5 면)이 더욱 충실하게 제공되어야 할 것임을 유의해야 한다.

⁸⁸ 우리나라 법원은 ‘두개골 절개에 의한 중양제거수술을 받은 환자가 그 후유증으로 인해 사망한 사안’에서 사망가능성이 비교적 큰 두개골 절개에 의한 중양제거수술은 환자에게 수술 여부를 결정할 충분한 시간이 주어져야 할 것인데도, 의사가 실질적으로 수술에 관한 모든 준비가 완료된 후인 수술 전날 21:00 경에야 비로소 수술의 내용 및 위험성 등에 관한 구체적인 설명을 하고 그로부터 11 시간 후인 다음 날 오전 08:00 경 수술을 시행한 것은 의사의 설명의무 위반에 해당한다고 인정하면서, 환자의 선택권을 실질적으로 보장하기 위해서는 환자에게 수술의 필요성이나 위험성을 비교해 보고,

상태가 허용하는 한 환자에게 숙고할 충분한 시간적 여유를 줄 수 있는 시점에 미리 설명하여야 한다⁸⁹. 하지만 통상 의료현장에서 환자에게 숙고를 위해 주어지는 시간은 환자의 상태뿐 아니라 다양한 현실적 제약에 의해 결정되기 마련이며 특히 입원환자의 숙고기간이 길어지는 경우, 즉 예를 들어 환자가 수술을 받기 위하여 입원하였으나 막상 입원한 후에 수술 동의 여부를 재고하는 경우에 그 기간이 길어지면 길어질수록 의사(의료제공자)의 경제적 이익이 감소하는 것이 사실이다⁹⁰. 본 연구에서 현행 의료법상 설명의무 조항과 그 취지와의 부합 정도를 판단하게 하고 그 근거를 자유기술하도록 하여 얻은 답변 가운데 “의료현장에서 고령의 환자에게 상세히 설명을 하였는데 보호자 의견을 물어야 한다며 의사결정이 지연되는 경우가 있다”라는 진술에서 환자의 숙고기간이 의사에게는 결정 지연기간으로 인식될 수 있음을 포착할 수 있으며, 한 연구⁹¹에서 환자와 보호자를 대상으로 ‘수술을 거절한 경우 의사가 보인

후유증 등의 나쁜 결과가 발생할 경우를 대비하기에 충분한 시간, 즉 원칙적으로 자신이 신뢰하는 사람과 의논하고 충분히 숙고한 후 결정할 시간이 주어져야 하며, 그 시간은 응급상황이거나 질병 자체가 중대할수록 짧아진다고 봄이 상당하다고 판시하였다(서울동부지방법원 2008.9.25. 선고 2006 가합 15982 판결:확정).

⁸⁹ 김천수. 앞의 책. 283 면.

⁹⁰ 이러한 경우 거시적으로는 국가 의료자원이 낭비되는 측면도 있다 할 것이나 논지의 흐름상 의료제공자와 환자와의 관계에 국한하고자 한다.

⁹¹ 당해 연구에서 무작위로 추출한 환자와 보호자 119 명을 대상으로 환자를 대상으로 ‘수술권유에 동의할 수 없었던 경우 그 이유’에 관해 질문한 결과 총 22 명이 응답하였으며 ‘동의서 내용이 일방적으로 의사가 책임이 없다는 내용이어서’라고 답한 응답자가 9 명, ‘수술이나 검사 후에 발생할 지도 모르는 후유증이 상태를 악화시킬 수 있어서’ 6 명, ‘의사의 설명내용이 전혀 이해가 가지 않아서’ 5 명, ‘담당의사에 대한 신뢰부족’과 ‘다른 검사방법이나 치료대안이 있어서’ 각각 1 명이었다. 이어서 ‘수술동의를 거절한 경우 의사가 어떻게 반응하였는가’라는 질문에 ‘환자의 상태가 위독하여 수술을 받지 않으면 생명이 위험하니 수술을 해야 한다며 동의서에 서명할 때까지 설득하였다.’ 8 명, ‘담당의사뿐 아니라 다른 의사(지위가 높은)까지 와서 동의서 내용을 설명하고 수술 받을 것을 설득하였다.’ 5 명, ‘가족을 설득해서 수술동의서에 서명하도록 종용하여 어쩔 수 없이 동의했다.’와 ‘동의서에 서명하지 않으면 수술할 수

반응'을 질문한 결과 총 22 명의 응답자 중 4 명이 '동의서에 서명하지 않으면 수술을 할 수 없다면서 다른 병원으로 가보라며 퇴원할 것을 요구하였다.'라고 답한 것을 통해서도 일부 의사는 환자의 숙고 기간을 의료행위에 대한 동의를 전제로 하지 않는 한 무의미하게 소모되는 시간으로 인식하고 있음을 알 수 있다. 그러나 원칙적으로 환자의 상태가 문제되지 않는 한 환자에게 의료행위에 관한 결정, 특히 동의를 재촉하는 것은 환자의 자기결정 과정을 방해하는 것으로 볼 수 있으며 만약 그러한 재촉의 결과로 동의를 얻었다 하더라도 의사 설명의무가 적절히 이행되었다고 볼 수 없다는 점을 유의해야 한다⁹².

한편 본 연구에서 설명의 방법에 관하여 환자에게 구두설명을 대신하여 자료를 제공한 사례를 제시한 결과, 유사한 경험이 있다고 답한 응답자는 약 63%로 기존연구³⁵의 65.6%와 큰 차이가 없었으나 법적으로 옳은 판단(법률상 책임 있음)을 내린 응답자는 약 32%에 그치면서 기존에 비해 약 24%가량 크게 감소한 것으로 나타났다. 이는 설명의무 이행을 의사와 환자간 상호정보교환이 아닌 일방적 의학지식 통보 과정으로 인식하는 의사가 증가한 결과로 볼 수 있는데, 의사의 설명은 환자에게 의학정보를 제공하는 행위 그 자체가 아니라 환자가 제공된 정보를 충분히 이해할 수 있도록 돕는 과정에 의미가 있음을

없다면서 퇴원(전원)할 것을 요구하였다.'가 각각 4 명이었다 (안귀옥. 설명동의서식의 표준화연구[석사학위 논문]. 서울: 연세대학교 보건대학원; 2003. 14 면).

⁹² '단순한 자궁경부염을 직장암으로 오인한 의사의 의료과오를 인정한 사례(부산고등법원 1996.7.18. 선고 95 나 7345 판결:확정.)에서 수술에 대한 환자나 그 보호자들의 동의가 있는 경우라 하더라도 의사가 설명의무에 위반하여 단순히 위 원고에게 출혈의 재발 방지를 위하여는 자궁을 절제하는 수술이 필요하고, 그 수술로 인한 후유증은 전혀 없다는 간단한 설명만 하였고, 이 때문에 위 원고 등이 충분히 검토해 볼 시간적, 정신적 여유도 없이 자궁적출술의 시행에 동의하지 않을 수 없게 하였다고 판시하였다. 한편 신속한 결정을 강요하는 행위는 정당한 설득행위와 구분되어야 하는데, 환자 설득에 관하여는 후술하겠다.

고려할 때 의사의 설명의무에 관한 인식 개선이 요구된다 할 수 있다. 구두설명을 배제한 채 관련 자료만을 제공하는 것은 그 내용이 아무리 방대하고 구두설명에 상응하는 모든 내용을 포함하고 있다 할지라도 환자의 이해 정도나 정보요구도를 고려하지 않은 의사 일방의 의학지식 전달이라는 점에서, 또 그에 대한 환자의 수령여부나 이해 정도를 확인할 수 없다는 점에서 설명행위 자체가 실행된 것으로 보기 어렵기 때문이다⁹³.

한편 구두로 설명한 사실이 인정되나 환자의 의무기록에 기록하지 못한 사례에 관하여 유사한 경험이 있다는 응답자는 87%로 본 연구에서 제시한 13가지 사례 중 그 비율이 가장 높았으며, 이는 기존연구³⁵에서도 92.5%로 가장 많은 유사경험자를 기록했던 것과 같은 결과였다. 다만 긍정적인 것은 법적으로 옳은 판단(법률상 효력 있음)을 내린 응답자가 기존 약 11%였던 것에 비해 50%이상 증가한 약 65%를 기록했다는 점이다. 그럼에도 불구하고 ‘설명 의무 이행은 의무기록에 기록되어야만 유효하다.’고 인식하는 의사가 35%가량이라는 점은 전술한 ‘자료제공으로 구두설명을 대체할 수 있다.’라고 인식하는 의사가 약 31%였다는 점과 동일한 맥락에서 그렇게 인식하게 된 이유를 살펴볼 수 있는데, 바로 설명의무 이행과 설명의무 이행 사실의 증명을 혼동하고 있기 때문이라 생각한다. 우리나라 대법원이 의사측에 설명의무를 이행한 데 대한 증명책임을 부과하고 있고⁹⁴, 관련 법에 의해서도 의사에게 환자로부터 서면동의를 받을 법적 의무가 있는 것이 사실이나⁹⁵, 이를 설명 및 동의가 서면으로 이루어지지 아니하면

⁹³ 물론 문서 기타 자료는 구두 설명의 보조적 자료로서 유용하다(김천수, 앞의 책, 283면.).

⁹⁴ 대법원 2007.5.31. 선고 2005 다 5867 판결.

⁹⁵ 「응급의료에 관한 법률 시행규칙」 제 3 조 제 2 항에서는 “(전략) 설명·동의를 별지 제 1 호서식의 응급의료에 관한 설명·동의서에 의한다.”라고 규정하고 있다. 한편 현행 「의료법」 제 24 조의 2 제 1 항에서는 “(전략) 환자에게 설명하고 서면(전자문서 포함)으로

무효라고 해석하여서는 안 되며⁹⁶, 의사는 이에 대한 명확한 인식을 바탕으로 문서화라는 형식상 절차에 앞서 충실한 설명 실행을 우선시하여야 할 것이다⁹⁷.

5) 설명의무의 면제

전술한 바와 같이 환자의 의사를 추정하는 것은 환자가 의사결정능력이 없고 객관적 자료나 객관적 사정을 종합하여 그 의사가 인정되는 경우에만 가능한 것으로 보아야 한다. 그러한 전제하에 설명의무가 면제되는 경우는 크게 환자의 의사결정능력이 인정되는 경우와 그렇지 않은 경우로 나누어 생각해볼 수 있다⁹⁸.

그 동의를 받아야 한다.”라고 규정하고 동법 제 92 조 제 1 항 제 1 의 1 호에서 “환자에게 설명을 하지 아니하거나 서면동의를 받지 아니한 자”에게 과태료를 부과하도록 하고 있는데, 이는 설명을 하였어도 서면동의를 받지 않으면 무효라고 보는 태도로서 설명의무의 취지에 부합하지 않는 것으로 볼 수 있다.

⁹⁶ 「응급의료에 관한 법률」 제 9 조 제 3 항에 따른 시행규칙 제 3 조 제 2 항은 “제 1 항의 규정에 의한 설명·동의서에 의한다.”고 하여 서면에 의한 설명과 동의를 요구한다. 이는 의료제공자의 편의를 위한 것으로서 조언설명 의무(기여성 설명의무에 해당) 이행 사실의 증명이라는 관점에서는 의미가 있다. 그렇지만 위 조항으로 인하여 설명 및 동의가 서면으로 이루어지지 아니하면 무효라 해석하여서는 안 된다(김천수, 앞의 책, 283 면.).

⁹⁷ 본 연구를 위해 몇몇 의료인들로부터 의견을 청취한 바에 따르면 설명·동의를 받기 전 미리 동의서에 밑줄과 그림을 그려놓은 뒤 막상 환자에게는 별도의 구체적 설명 없이 그 동의서만을 제공하는 경우가 있다고 한다. 어떤 온라인 뉴스기사에서는 그러한 ‘밑줄치기’와 ‘그림그리기’를 일종의 동의서 작성요령으로 다루기도 하였다. 의사 설명의무 이행을 입증하는 측면에서 서면동의서의 유용성을 부인하는 것은 아니나 서면동의서에 무수한 밑줄이나 그림이 그려져 있다는 것 만으로 ‘동의서 내용을 환자가 충분히 이해하였다.’라거나 ‘환자가 의료행위에 관한 충분한 이해를 바탕으로 결정을 내렸다.’라고 볼 수 없음은 당연하다 하겠다.

⁹⁸ 설명의무의 면제라 함은 설명의무를 이행하지 않았다 하더라도 그 위반 책임을 물을 수 없는 경우(김천수, 앞의 책, 283 면.)를 의미하며, 설명의무가 부과되지 않는 경우(환자의 자기결정권이 문제되지 아니하는 사항, 당시 의료수준에서 예견할 수 없는 사항 등)와는 구분되어야 한다.

환자의 의사결정능력이 있는 경우에는 환자가 설명 청취를 거부하거나 포기하는 의사표시를 할 때에 한하여 의사 설명의무가 면제된다고 보아야 한다. 예를 들어 환자에게 설명을 제공하는 것이 환자의 정신적 부담을 가중하여 치료상 유익하지 않을 것이라는 판단 하에 설명을 생략한 채 의료행위를 시행하는 것은⁹⁹ 의사 설명의무의 목적을 ‘의학적으로 최선의 결과를 도출하는 것’으로 오인한 결과로 볼 수 있으며, 그러한 의료행위가 ‘환자 역시 설명 청취를 원하지 않을 것이다’라는 판단에 근거하였다 하더라도 이는 의사결정능력이 있는 환자의 의사를 가정적으로 추정한 것이므로 설명의무가 면제된다고 볼 수 없다. 다만 그러한 상황에서 의사가 환자로부터 설명 청취 거절의사를 확인한 경우에는 의사 설명의무가 면제된다고 할 것이므로¹⁰⁰, 설명으로 인한 부작용이 우려되는 경우 의사는 의료행위에 관한 설명에 앞서 설명청취 여부에 대한 환자 의사(意思)를 확인하는 것이 바람직할 것으로 사료된다¹⁰¹.

한편 환자의 의사결정능력이 없는 경우에는 ‘의료행위에 관해 환자측의 결정이 요구되는 시점’에서 대행결정권자가 존재하지 않거나 그 존재유무 내지

⁹⁹ 의사의 설명, 특히 의료행위의 부작용을 설명함으로써 오히려 의료행위의 수용을 거부하거나 의학적으로 역효과를 야기하는 경우를 의료의 역기능이라 하며(김천수. 앞의 책. 284 면.), 이에 대한 판단은 의학적 합리성에 근거한 의사의 재량에 속한다고 볼 수 있다.

¹⁰⁰ 물론 환자가 설명청취를 거부하여도 설명을 듣도록 설득하는 노력이 상황에 맞게 합리적으로 이루어져야 하며, 의사에게 그러한 설득을 지나치게 요구하는 것은 잘못이나 상대방이 설명 듣기를 싫어한다고 하여 바로 설명을 중단하는 것도 잘못이다(김천수. 앞의 책. 284 면.).

¹⁰¹ 환자가 설명불요의 의사를 표시한 때에 의사 설명의무는 면제될 수 있으나, 설명의무 면제의 대상이 되는 것은 그러한 의사표시 당시 환자가 인식할 수 있었던 의료행위에 한정하는 것으로 범위를 한정하지 않은 포괄적 포기는 무효이다(석희태. 醫師의 說明義務. 고시연구. 1998; 290:128-149. 141 면.). 따라서 설명의 대상이 되는 의료행위나 설명의 시기가 달라지는 경우 기존에 확인하였던 환자의 설명청취 의사를 동일하게 적용할 수는 없고 청취의사를 확인하는 과정이 새롭게 요구된다고 볼 수 있다.

행방을 확인하기 어려운 상황인 경우에 한하여 설명 상대방이 없음을 이유로 의사 설명의무가 면제된다고 할 수 있다¹⁰². 현행 「의료법」에 따르면 법정대리인(대행결정권자)이 없는 환자가 의사결정능력을 상실한 상태에서 의료행위를 받아야 하는 경우 의사는 설명 상대방이 없음을 이유로 설명의무를 면제받을 수 있는 것이다¹⁰³.

환자의 병상이 급박하거나 중대하여 즉각적으로 일정 진료를 실행하지 않으면 환자에게 사망 또는 심각한 건강손상의 결과를 초래하게 되는 경우에 행해질 긴급의료¹⁰⁴의 경우라 하더라도 위와 동일한 논리를 적용할 수 있다. 긴급의료를 요하는 환자의 의사결정능력이 있거나¹⁰⁵ 그 대행결정권자의 행방이 확인되어 설명수령이 가능한 경우¹⁰⁶ 라면 설명의무가 면제된다고 볼 수 없고 다만 긴급상황임을 참작하여 그에 따른 설명 범위의 축소, 결정에 필요한 숙고기간의 단축 등이 인정되어야 하는 것으로 볼 수 있다¹⁰⁷. 반면 긴급의료가 요구되는

¹⁰² 조연설명은 의료수령자 등이 의료행위 수령 여부를 결정하는 경우에 의미가 있으며 그러한 결정권자가 없는 경우 조연설명은 무의미하다(김천수, 앞의 책, 283면 이하).

¹⁰³ 이와 같은 이유로 현행 「의료법」 제 24 조의 2 제 1 항에서 환자가 의사결정능력이 없는 경우 그 법정대리인에게 설명하고 동의를 받도록 한 규정이 개정될 필요가 있음은 전술한 바와 같다.

¹⁰⁴ 석희태, 위의 논문(1998), 141면.

¹⁰⁵ 이론적으로는 긴급의료를 요하는 환자의 결정능력 여부를 구분할 수 있을 것이나 실질적으로 긴급의료의 경우 환자의 결정능력이 인정될 수 있는지, 반대로 환자의 결정능력이 있는 경우를 긴급의료로 볼 수 있을 것인지에 관하여는 회의적인 바이다.

¹⁰⁶ 통상 대행결정권자의 대행결정 내용이 의학적 합리성에 근거한 경우에 한하여 인정될 수 있음은 전술한 바와 같으며, 응급의료에 관한 법률 시행규칙 제 3 조 제 3 항 “응급의료 중사자가 의사결정능력이 없는 응급환자의 법정대리인으로부터 제 1 항에 따른 동의를 얻지 못하였으나 응급환자에게 반드시 응급의료가 필요하다고 판단되는 때에는 의료인 1 명 이상의 동의를 얻어 응급의료를 할 수 있다.” 역시 그와 같은 취지로 이해될 수 있다.

¹⁰⁷ 응급의료에 관한 법률 시행규칙 제 3 조 제 1 항에서 응급환자 또는 그 법정대리인에게 응급의료에 관하여 설명하고 동의를 얻어야 할 내용으로 ‘환자에게 발생하거나 발생가능한 증상의 진단명, 응급검사의 내용, 응급처치의 내용, 응급의료를 받지

시점에서 환자의 의사결정능력이 없고 대행결정자가 존재하지 않거나 대행결정자의 존재유무 내지 행방을 확인할 수 없는 상황인 경우¹⁰⁸에는 설명 상대방이 존재하지 않으므로 의사 설명의무가 면제된다고 볼 수 있다. 요컨대 환자의 결정능력 유무를 기준으로 의료행위에 관한 설명의무가 면제되는 상황을 포착하였을 때 긴급의료를 별도로 구분할 필요는 없을 것으로 보이며, 다만 긴급의료의 경우 의료행위 필요에 대한 의사측의 결정 직후 그 수용여부에 관한 대행결정자의 결정이 즉각적으로 요구되므로 ‘의료행위에 관해 환자측의 결정이 요구되는 시점’이 매우 짧은 기간 동안 특정된다는 점에서 차이가 있는 것으로 볼 수 있다.

생각하건대 일정한 상황에서의 수혈·신체부위절단·예방접종 등 생명을 유지하기 위하여 반드시 실시되어야 하는 의료를 지칭하는 필수의료¹⁰⁹에 관한 설명의무의 면제 역시 위와 동일한 논리를 적용할 수 있을 것이다. 환자의 생명 보호와 자기결정권이 충돌할 수 있다는 이유에서 필수의료에 별도의 설명의무 법리를 적용하여 환자의 가정적 거절 추정과 그에 의한 설명의무의 면제를 허용한다면 과연 그 한계를 명확히 할 수 있을 것인지, 즉 필수의료와 아닌 의료행위를 어떠한 기준으로 구분할 것인지에 관한 문제가 남게 되며¹¹⁰, 그에 대한 판단을 의사의 재량에 맡긴다면 설명의무 면제에 관한 의사의 재량 범위가

아니하는 경우의 예상결과 또는 예후, 그 밖에 응급환자가 설명을 요구하는 사항’이라 규정하고 있다.

¹⁰⁸ 환자의 대행결정자가 존재한다고 하더라도 즉각성을 요하는 긴급의료의 특성상 긴급의료가 요구되는 바로 그 시점에 대행결정자가 부재하여 설명을 시행할 방법이 없는 경우도 이에 해당한다고 볼 수 있다.

¹⁰⁹ 석희태. 앞의 논문(1998). 141 면.

¹¹⁰ 생명을 유지하기 위하여 반드시 실시되어야 하는 필수의료는 환자의 병상에 따라 기본적인 의료행위(시주 등)부터 고도의 전문화된 의료행위(심폐체외순환 등)까지 그 범위를 달리할 것이므로 의료행위의 종류에 따라 필수의료 여부를 판단하기는 어려운 것으로 사료된다.

지나치게 확대될 우려가 있기 때문이다. 또한 필수의료라고 하여 그 요법의 단일성이 수반되는 것은 아니므로 환자의 선택이 반드시 환자의 신체법익과 인격법익의 충돌로 이어진다고 볼 수 없으며, 긴급한 필수의료의 경우 긴급의료의 법리로 풀어나갈 수 있다는 점 등을 고려하면 설명의무 면제에 관하여 필수의료를 별도로 구분할 것은 아니라 사료된다.

한편 법률상 근거에 기초하여 환자의 의료행위 거부권이 배제되는 강제진료의 경우¹¹¹ 법률상 강제되는 의료행위의 요법이 단일한지 여부에 따라 기여성 설명의무 면제 여부가 달라진다고 할 수 있다. 강제되는 의료행위의 요법이 단일한 경우라면 환자에게는 의료행위에 관한 선택권이 전혀 존재하지 않으므로 그 선택권을 보호법익으로 하는 기여성 설명의무 역시 면제된다고 할 수 있다. 그러나 법률상 강제되는 의료행위의 요법이 단일하지 않은 경우, 예컨대 질병에 대한 진단행위가 강제되나 그 검사방법이 다양한 경우라면 환자는 어떠한

¹¹¹ 의료행위 시행을 강제하고 있는 법률로는 「감염병의 예방 및 관리에 관한 법률」 제 42 조(감염병에 관한 강제처분), 「후천성면역결핍증 예방법」 제 15 조(치료 및 보호조치 등), 「결핵예방법」 제 15 조(입원명령), 「검역법」 제 16 조(검역감염병 환자등의 격리) 등이 있다. 한편 김천수 교수는 의료행위 시행을 강제하는 법률상 근거에 기초하여 의료행위에 대한 결정권이 제한되는 것을 법률상 유보라 정의하면서 의료계약이 성립된 상황에서 진단결과가 이들 법률 조항에서 허용하는 강제진료의 대상인 경우 해당 조항에 따라 이루어지는 의료제공의 법률관계는 계약관계에서 해당 조항에 의하여 규율되는 공법적 관계로 전환된다고 보았다. 단 강제진료의 상황을 계약이 강제되는 경우로 오해하여서는 안되며 계약이 강제되는 경우는 체결이 강제될 뿐 쌍방이 대가적 급부의무를 부담하게 되는 그 법률효과는 임의계약과 다를 바 없다고 하였다(김천수, 앞의 책, 287 면). 생각하건대 강제진료의 경우라 하더라도 의료계약상 급의무와 부수의무가 면제된다고 할 수는 없고 다만 의사와 환자의 법률관계에 있어 계약관계와 공법적 관계가 병존하는 것으로 볼 수 있다. 법률 조항에 의해 의사와 환자간 사회적 접촉이 강제로 이루어졌다고 하여, 즉 의료계약 체결 동기가 타의에 의한 것이라 하여 의료계약 성립 자체가 부정되어서는 안되며, 이미 의료계약이 체결된 이후의 환자가 어떤 사정으로 인하여 강제진료의 대상이 된 경우와 마찬가지로 의환간 계약관계와 공법적 관계가 병존하는 것으로 보아야 한다.

요법을 수용할 것인지에 관해 결정권을 가지며 의사는 환자의 결정에 기여하기 위해 충분한 설명을 제공해야 하는 것이다. 따라서 공법상 의료행위가 강제되는 경우라 하여 무조건 의사의 설명의무가 면제된다고 할 수는 없으며, 환자의 자기결정이 가능한 상황에서는 그에 관한 의사의 충분한 설명 이행이 요구된다고 볼 수 있다.

본 연구에서는 설명의무 면제에 관한 사례로 환자의 가정적 동의를 추정하여 설명 및 동의를 생략한 사례¹¹², 의료의 역기능이 우려되어 설명을 생략한 사례, 진단과정상 과오는 없으나 수술 도중 진단내용이 변경되어 설명한 것과 다른 수술을 시행한 사례¹¹³를 제시하였다. 각각에 대해 그 결과를 살펴보면 첫 번째 사례의 경우 유사한 경험이 있다고 답한 응답자는 약 28%로 전체 13가지 사례 중 유사경험자 비율이 가장 낮았으며, 법적으로 옳은 판단(법률상 책임 있음)을 내린 비율은 88%로 13 가지 사례 중 가장 높았다. 두 번째 사례에서는 유사경험이 있는 응답자와 법적으로 옳은 판단(법률상 책임 있음)을 내린 응답자가 각각 52%, 79% 정도였으며 세 번째 사례의 경우 유사경험자는 38%, 법적으로 옳은 판단(법률상 책임 없음)을 내린 응답자는 약 44%였다. 이를 기존연구³⁵ 결과와 비교하면 유사경험자의 비율은 첫 번째 사례에서 약 23%가량 크게 감소하였고, 법적으로 옳은 판단을 내린 비율은 두 번째 사례에서 약 13%가량 감소하였으며 이 두 가지 항목을 제외하고는 5% 내외의 차이를 보였다. 이러한 결과를 종합해보면 의사는 가정적 동의 추정으로 환자 동의를 갈음하는 것에 관하여는 비교적 분명한 문제의식을 가지고 있으나, 의사 설명의무 부과 취지가 환자의 자기결정을

¹¹² 이와 같은 경우에 기여성 설명의무가 면제되는 것으로 볼 수 없음은 누차 강조한 바이다.

¹¹³ 통상 당해 사례를 환자의 의사결정능력이 없고 대행결정권자의 존재유무 내지 행방을 확인하기 어려운 경우로 볼 수 있으며, 의사에게 당시의 의료수준으로 예견할 수 없는 부분에 관하여는 설명의무를 부과할 수 없음을 전제로 하고 있다.

답는데 있으며 이는 의학적으로 최선의 결과를 도출하는 것보다 우선시된다는 점에 대한 인식이 미흡한 것으로 볼 수 있으며, 따라서 의사들의 설명의무 및 그 취지에 관한 명확한 인식이 요구된다고 하겠다.

6) 설득의무

의료행위에 관한 설명과 설득은 그 목적과 제공 내용에 있어 차이가 있다고 할 수 있다. 설명의 경우 의료행위 동의여부를 판단하는데 필요한 의학지식들 가운데 모르고 있는 부분을 보완해줌으로써 환자가 선택의 자유를 충분히 향유할 수 있도록 하기 위한 것이므로 그 내용은 환자가 아직 모르고 있는 의학지식이라 할 수 있으며, 적합한 설명을 위해서는 환자에게 의료행위에 대한 동의와 거절 각각의 경우에 관한 의학적 정보가 균형 있게 제공되어야 한다. 반면 설득은 의사가 환자로부터 의학적 합리성에 부합하는 결정(혹은 그 가운데 의사측이 선호하는 결정)을 취득하기 위하여 환자가 이미 알고 있는 내용들 중 원하는 정보를 선정하여 강조하는 것이므로 그 정보의 내용이 동의 내지 거절 중 한 쪽으로 편향되는 것이 당연하다고 할 수 있다. 실제 의료현장에서는 의료행위에 관한 설명과 설득이 함께 이루어지는 경우가 대부분인데, 환자에게 편향된 정보만을 제공하는 것은 설명의무의 적합한 이행으로 인정될 수 없다는 점을 유의해야 한다¹¹⁴.

의사의 설명 내지 설득은 통상 환자의 결정이 의학적 합리성에 반하는 내용인 경우, 특히 환자의 자기결정이 환자 생명가치의 침해로 이어지는 경우 더욱 중시된다고 볼 수 있다. 우리나라 대법원은 전술한 바 있는 ‘환자가 종교적

¹¹⁴ 각주 81 참조.

신념을 이유로 수혈을 거부한 상태에서 수술 도중 수혈을 하지 않아 응급상태에 이르고 그 후유증으로 사망한 사안¹¹⁵에서 의사가 직업적 양심에 따라 환자의 의사를 존중하였다면 이를 처벌할 수 없다고 하면서, 단 그러한 판단의 전제로 환자가 거부하는 치료방법 및 이를 대체할 수 있는 치료방법의 가능성과 안정성 등에 관한 의사의 설명의무 이행과 이에 따른 환자의 자기결정권 행사에 어떠한 하자도 개입되지 않을 것을 요구하였다. 즉 환자가 의학적 합리성에 반하는 경정을 내리는 경우에서 의사는 환자가 거절하고 있는 의료행위의 내용과 채용 가능한 대체요법의 내용, 의료행위 거절 내지 대체요법 채용에 따라 예견되는 건강상태 등에 관하여 자세하게 설명함으로써 환자가 그에 관한 충분한 이해를 바탕으로 자기결정을 내릴 수 있도록 해야 하는 것이다.

한편 대법원은 ‘의사가 피부조직괴사에 대한 치료를 위하여 종합병원으로 전원할 것을 권유하였으나 환자가 이를 듣지 아니하여 증세가 악화된 사안’¹¹⁶에서 만약 의사가 설명의무를 충실히 이행하였고 환자에게 의학적으로 합리적인 결정을 내리도록 권유하였다면 그것으로 의사로서의 진료상의 의무를 다하였다고 할 수 있다고 하면서, 거기서 나아가 그 환자나 가족들의 결정내용 이행을 만류, 제지하거나 환자의 의사에 반하여 의료행위를 시행할 의무까지 있다고 할 수는 없다고 판시하였으며 이는 환자 설득의 이론적 범위를 ‘권유’에서부터 ‘만류, 제지’ 전까지로 보는 것이라 할 수 있다. 다만 ‘치료를 받고 있던 환자가 그 처의 요청으로 타병원으로 이송되던 도중 사망한 사안’¹¹⁷에 관한 대법원 판례에서 “망인의 상태가 조기에 수술을 하지 아니하면 생명이 위험한 상황이 될 수도

¹¹⁵ 대법원 2014. 6. 26. 선고 2009 도 14407 판결(각주 83 참조).

¹¹⁶ 대법원 1996. 6. 25. 선고 94 다 13046 판결.

¹¹⁷ 각주 54 참조(대법원 2000.9.8. 선고 99 다 48245 판결.).

있음을 충분히 설명하여 그 동의를 얻어 즉시 응급개복술을 시행하고 수술개시가 지연되어 생명에 위험을 초래하는 일이 없도록 하여야 함에도……”라고 판시한 것에 비추어 보았을 때, 의사는 환자가 의학적 합리성에 반하지 않는 결정을 내리도록 함에 있어 강제성을 띠지 않는 범위 내에서 단순한 권유 이상의 적극적인 설득 내지 경고를 할 필요가 있는 것으로 볼 수 있다.

본 연구에서는 환자 설득과 관련하여 ‘환자가 의료행위에 관한 결정을 내리지 못하는 상황에서 설득하여 동의를 받은 사례’와 ‘환자가 의학적 합리성에 반하는 결정을 내린 경우에 적극적으로 설득하지 않고 환자의 결정에 따른 사례’를 제시하였으며 이에 대한 유사경험자의 비율은 각각 81.5%, 84.3%로 두 사례 모두 기존연구³⁵ 결과에 비해 약 1% 정도 감소하였다. 법적으로 옳은 판단을 내린 비율을 보면 전자의 사례의 경우 법률상 책임이 없다고 답한 응답자가 약 67%로 기존연구와 큰 차이가 없었으나(기존 61.3%), 후자의 경우 법적으로 옳은 판단(법률상 책임 있음)을 내린 응답자가 약 19%에 불과하여 본 연구에서 제시한 13 가지 사례들 중 가장 낮았으며 기존연구에 비해서도 13%가량 감소한 것으로 나타났다. 이러한 결과는 일명 ‘보라매병원 사건’ 판결¹¹⁸의 양형 이유를 살펴봄으로써 그 이해에 도움이 될 수 있으리라 본다.

「오늘날 의료현실의 변화에 따라 의료행위에 있어서 의사가 환자의 생명과 건강을 위한 주재자의 위치에서 환자에게 자기결정을 위한 정보를 제공하고 동의를 받아 적절한 치료를 해야 하는 계약관계적 측면이 강조되어 가고 있고, (중략), 또한 종합병원에 있어서도 윤리위원회의 구성이나 가동이 정상적으로 이루어지지

¹¹⁸ 서울고등법원 2002. 2. 7. 선고 98 노 1310 판결.

못하고, 한계상황에서 치료방법의 선택이나 치료행위의 계속 여부를 결정해야 하는 의료인 개인의 판단의 적정성을 검증하거나 양심적 결단에 따른 합리적인 판단을 할 수 있도록 뒷받침하는 제도적 장치가 미비하고, 의료비용의 문제에 있어서도 경제적인 이유로 퇴원을 원하는 환자나 가족들을 위한 의료보험 및 공적 부조 등의 제도적 정비가 충분하지 못하고, 응급환자의 미지급치료비의 대불을 청구할 수 있는 응급의료기금이 현실화되어 있지 않는 등 의료인 개인에게 무한정한 책임만을 강조할 수 없는 측면이 있는 것은 부정할 수 없다.

하지만 인간의 생명은 법익 중 최고의 가치를 가진 법익이고, 개인의 생활감정이나 생활상의 이해와 관계없이 또한 국가나 사회가 개인의 생명을 어떻게 평가하는가에 관계없이 보호되어야 하는 것이고, 국가는 그 생명을 보호해야 할 책무가 있는 것이고, 또한 인간의 생명은 개인이 임의로 처분할 수 없는 것으로 인간의 생명과 결부된 의료행위에 있어서도 이러한 원칙 자체는 포기될 수 없는 것이며, (중략).

만약 담당의사들이 피해자의 생존가능성 및 더 이상의 치료행위가 의미 있는지 여부를 판단할 수 있는 시점까지 피해자에 대한 치료를 다하고, 동료 및 선후배의사와 의논하거나 병원윤리위원회에 회부하는 등 여러 가지 검증절차를 통하여 더 이상의 치료가 무의미하다고 판단하여 한계상황에서의 환자 자신의 이익과 의사를 고려한 양심적 결단에 의해 퇴원시킨 것이었다면 법원으로서도 그러한 의료인의 결정을 존중할 여지가 있다고 할 것이나, (후략).」

요컨대 위 사건을 의사 설명의무 측면에서 살펴본다면 두 가지 중요한 의미를 도출할 수 있다. 첫째는 환자의 의사결정능력이 없는 경우에서 환자의 추정적 의사가 인정되지 않는 한 의학적 합리성에 반하는 대행결정이 허용될 수 없다는 것, 둘째는 오늘날 의료현실에서 의사가 환자로부터 동의를 받아야 적절한 치료를 시행할 수 있는 계약관계적 측면이 강조되고 있다 하더라도 의학적 합리성에 반하는 의료행위는 의사의 ‘한계상황’에서의 양심적 결단에 의하여야 한다는 것이다. 비록 위 사안에서 환자측이 거절한 의료행위가 인간의 생명과 직결되는 치료행위였다는 점에서 통상적인 의료행위 거절상황 전반에 그 기준을 동일하게 적용하기는 무리가 있다고 할 수 있겠으나, 의학적으로 필요하다고 판단되는 의료행위를 시행하지 않음으로 인한 생명 가치 손상은 그 가능성이 언제나 상존하고 있다는 점을 고려할 때, 의사가 의학적 합리성에 반하는 것임에도 불구하고 환자의 의사에 따라 의료행위를 시행하지 않기 위해서는 그 상황이 일정 한계상황, 즉 환자의 거절 결정의 가치가 그의 생명가치와 우열을 가릴 수 없는 정도의 상황이어야만 할 것이다. 따라서 의사가 환자에게 의료행위 거절 결정의 의미를 설명함에 있어 그 내용에는 이러한 결정의 가치에 관한 내용이 포함되어야 할 것이며, 이에 앞서 의사는 환자 기본권간 갈등상황이 발생하지 않을 수 있도록 환자를 적극적으로 설득해야 할 것이다.

다만 생각하건대 의사의 설득만으로 그러한 상황이 해결될 수 있다거나 환자의 의료행위 거부 결정을 의사의 설득 부족으로 여기는 태도는 옳지 않다. 환자가 의학적 합리성에 반하는 의료행위 결정을 내리지 않도록 설득하는 데는

의학적 판단에 근거한 설득만으로는 분명한 한계가 있으며¹¹⁹ 환자의 사회경제적 상황 등에 대한 총체적인 접근이 필요하다고 볼 수 있는데, 의사에게 그러한 환자의 전반적 사정에 관한 고려까지 일임하는 것은 적절치 않기 때문이다. 위의 ‘보라매병원 사건’ 판결문에서 언급된 바와 같이, 환자의 자기결정권과 생명 가치가 진정한 조화를 이루기 위해서는 환자의 결정에 대해 합리적 판단을 하기 위한 의사의 노력과 함께, 그를 뒷받침하는 제도적 장치와 의료비용¹²⁰에 관한 제도적 정비 등 사회구조적 측면에서의 개선이 요구된다 하겠다.

¹¹⁹ 의학적 판단에 근거한 설득만으로도 환자 의사결정이 변경되었다고 한다면 그러한 상황은 의사의 설명의무 이행이 미흡했던 상황으로 이해하면 될 것이고, 이는 여기에서 다루고 있는 인간의 기본권간 갈등상황에 해당되지는 않는다고 할 수 있다.

¹²⁰ 우리나라의 의료비 본인부담비중(spending by out-of-pocket payments)은 37%로 OECD 국가 평균인 20%를 크게 상회하며, 이는 35 개 OECD 국가 중 세 번째로 높은 수준이다. 존엄사를 합법화한 국가들의 경우 네덜란드 12%, 벨기에 18%, 프랑스 7%(장기요양환자 미포함), 영국 15%, 독일 13% 등 의료서비스 이용에 따른 경제적 부담이 낮다는 점을 참고할 필요가 있다(Organisation for Economic C-o, Development. Health at a Glance 2017: OECD Indicators. London;Paris: Organization for Economic Cooperation & Development; 2017. p.137. ‘Health expenditure by type of financing’.).

2. 개정 의료법에 관한 인식

1) 의료법 개정 사실에 대한 인식

의료법에 의사 설명의무 조항이 신설된 사실 자체를 모르고 있다고 답한 응답자가 전체 108 명 중 56 명으로 과반 이상이었으며¹²¹, 신설된 내용을 구체적으로 알고 있다고 답한 응답자는 5 명에 불과하였다. 또한 신설된 사실 내지 그 내용을 알고 있다고 답한 응답자 가운데 40% 이상이 설명의무에 관해 내·외부기관 교육이나 학교수업 등을 받은 적이 없는 것으로 나타나, 여기에 설명의무 조항 신설을 모르고 있는 응답자까지 합하면 대부분의 의사가 의료법상 설명의무 조항에 대해 정식교육을 받지 못하였음을 알 수 있다. 그럼에도 불구하고 의료법 개정 사실이나 그 내용을 알고 있다고 답한 응답자들의 약 70% 가량은 개정 사실을 인식한 것이 본인의 설명의무에 관한 인식변화나 이행변화에 도움이 되었다는 긍정적인 평가를 내렸으며, 전혀 도움이 되지 않았다는 응답자는 존재하지 않았다.

한편 의료법상 설명의무 조항을 제시하고 그 내용이 환자안전과 환자의 자기결정권 보장이라는 취지¹²²에 어느 정도 부합한다고 생각하는지 질문한 결과 10 점 만점에 평균 7 점(IQR, 5-8)이었으며 0 점(전혀 부합하지 않음)이나 1 점으로 답한 응답자는 없었던 반면 10 점(완전히 부합함)이라 답한 응답자는 6 명으로,

¹²¹ 의료법 개정 사실을 모르고 있는 의사가 절반이 넘는 것에 관해 본 연구에 참여하지 않은 한 의사의 의견을 청취한 바에 따르면, 본인 역시 의료법에 설명의무 조항이 신설된 사실은 알지 못하였으나 소속되어 있는 의료기관측에서 사용하는 동의서양식이 일괄 변경된 사실을 인지하고 있었다고 하였다. 이러한 의견을 바탕으로 생각하건대 의사 개인이 의료법 개정 사실을 모르고 있다고 하여 의료법상 설명의무 조항을 준수하지 않고 있다고 보는 것은 적절하지 않다.

¹²² 각주 13 참조.

응답자들은 당해 설명의무 조항과 그 취지와 부합 정도를 상대적으로 높게 평가하고 있음을 알 수 있다. 나아가 취지와 부합 정도를 평가한 근거를 자유기술하도록 한 결과를 살펴보면 중립적인 의견(잘 모름 등)을 제외하고는 긍정적인 내용으로 볼 수 있는 응답이 부정적인 응답보다 6%가량 많았는데, 주목할만한 점은 조항 상의 동일한 내용으로부터 긍정적인 평가와 부정적인 평가가 동시에 나오는 경우가 많았다는 점이다. 예를 들어 설명에 포함되어야 하는 내용을 나열한 것에 대해 구체적인 내용들이 명시되어 있어 설명의 수준이 향상될 수 있을 것이라는 긍정적이라는 의견이 있는 반면, 각 항목별 구체성이 떨어진다거나 대체가능요법 등에 관한 내용이 포함되어 있지 않아 부족하다는 등의 부정적인 의견도 존재하였으며, 서면동의를 의무화한 것에 관하여는 환자의 이해를 도울 수 있고 의사의 설명의무 입증에 도움이 될 것이라는 평가와 현실적으로 서면동의를 받기 어려운 상황(보호자 부재 등)에 대한 고려가 부족하였다는 평가가 병존하였다. 의사마다 설명의무에 관해 명정되기를 바라는 내용이나 그 수준에 차이가 있으며, 현실적으로 고려해야 하는 상황 역시 다양한 것이다. 생각하건대 의료현장에서 설명의무의 적합한 이행을 위해서는 그 주체인 의사의 그러한 요구를 존중할 필요가 있으며¹²³, 따라서 설명의무를 규정하는 것은 의료현장에서 설명이 실행되는 여러 상황을 고려하여 구체적이고 세부적인 수준에서 이루어져야 하는 바, 그에 관한 명정 방법이 법률상 명문화일 필요는 없으며 그러한 방식은 적합하지도 않다고 할 수 있다¹²⁴.

¹²³ 법원칙에 충실한 법률의 해석 및 적용은 법적 안정성에는 기여할 수 있을지 모르나 전문가책임이라고 하는 현대적 책임영역에 대해 그 태도를 여과 없이 관철시키는 것은 자칫 우리의 법감정에 반하는 판단을 강요할 수 있고, 필연적으로 구체적 타당성을 결하는 결과를 초래한다(김보현, 신뢰관계법리와 의사의 책임 - 의사와 환자의 관계변화, 의생명과학과 법, 2009; 1:75-100, 98 면).

¹²⁴ 의사 설명의무를 국민의 사회권 내지 생존배려의 측면에서 접근할 때, 사회권을 법제화하는 것에 따른 여러 가지 부작용을 예상할 수 있다. 홍성수(일반논문: 법에 의한

2) 설명의무에 대한 공법적 제제의 한계와 개선방안

의사의 설명의무에 관한 법적 판단 정도는 근무경력을 제외하고는 그 성별, 나이, 전문의 여부, 근무하는 의료기관의 종류, 근무형태, 소속진료과와 관련성을 보이지 않았으며 이는 기존연구³⁵에서 의사의 법적 판단 점수와 근무형태 및 소속진료과¹²⁵간 통계적으로 유의한 연관성이 없었다는 결과와도 일치하는 것이다. 근무경력의 경우 경력이 10년 미만인 집단에서 높은 법적 판단 정도(법적 판단 점수>8)를 보인 응답자가 41.9%였던 것에 비해 10년 이상 20년 미만인 집단에서는 37.1%, 20년 이상 집단에서는 0%로 근무경력이 증가할수록 법적 판단 정도가 감소하는 양상을 나타냈으나, 법적 판단 정도에 영향을 미치는 변수로 의료법 개정 사실에 대한 인식정도와 함께 투입하여 이항 로지스틱 회귀분석을 실시한 결과 유의한 영향을 미치지 않는 것으로 나타났다.

한편 의료법 개정 사실에 대한 인식정도, 즉 의료법상 설명의무에 관한 조항을 어느 정도 알고 있는지가 실제 설명의무 관련 상황에 대한 법적 판단을

인권 보호의 한계와 국가인권기구의 존립근거-“정규 국가기구”로서의 인권위의 기능과 위상. 고려법학. 2010; 58(0): 151-194. 160 면)에 따르면 국가가 사회보장의 법적 기준을 정하는 과정에 관료주의적인 절차가 주도권을 행사하는데, 관료적 집행은 공정한 법적 기준을 정하는 과정에서 무엇이 평등이고 불평등한 것인지에 대해 ‘과도하게 일반화시킨 분류 (überverallgemeinernde Klaassifikation)’를 그 기준으로 삼는 경향이 있다. 만약 이 기준이 너무 세부적으로 정해지면 기준에 정확하게 부합하지 않는 당사자들의 개별적이고 구체적인 사정에 탄력적으로 대응할 수 없게 되고, 반대로 이 기준이 너무 일반적으로 규정되면 집행과정에서 행정관료들의 재량이 지나치게 커진다는 부작용이 생긴다. 어떤 경우에서나 시민들의 생활세계에서 나오는 다원적이고 복잡한 요구들을 국가기구가 관료적으로 수용하기에 국가는 충분한 지식을 가지고 있지도 못하고, 법은 그것을 담기에 충분히 민감하지 못한 도구라고 할 수 있다.

¹²⁵ 기존연구(이윤영, 2004)에서는 대상자의 소속진료과를 의료분쟁 다발과(내과, 외과, 정형외과, 산부인과, 신경외과, 소아과)와 비다발과로 나누어 분석하였다.

내리는데 영향을 미치지 않는 것으로 나타났는데, 이러한 결과를 이해하기 위해서는 먼저 현대사회에서 법의 사회적 기능 내지 역할을 살펴볼 필요가 있다.

우리나라 헌법의 기본원리인 법치주의의 가장 본질적인 내용은 기본권의 보장으로, 법치국가의 모든 통치질서는 직간접적으로 기본권의 보장에 지향되어 있다. 하지만 국가가 법을 이용하여 인권을 보호·증진시키는 것에는 많은 한계와 문제점이 지적되어 왔는데, 독일의 사회학자인 니클라스 루만(Niklas Luhmann)에 따르면 기능적으로 분화된 현대사회에서 국가가 중심이 되어서 다른 체계를 조종하려는 것 자체가 바람직하지 않을 뿐만 아니라 불가능하며, 기능적으로 분화된 사회에서 문제가 발생하면 각 부분체계는 자신의 고유의 논리에 따라 그 문제를 독립적으로 판단하고 대처하므로 문제를 해결하는 중앙기관은 존재하지 않는다¹²⁶. 이러한 맥락에서 볼 때 의사 설명의무에 관한 문제는 국가가 중심이 되는 법적인 측면이 아니라 의료체계 고유의 논리에 따라 독립적으로 해결해야 하는 것으로 볼 수 있으며, 설명의무에 관한 의료체계 고유의 논리를 파악하기 위해서는 의료기관의 특성과 의사의 조직문화¹²⁷를 종합적으로 고려할 필요가 있다.

먼저 의료기관 차원에서의 특성은 크게 네 가지를 들 수 있는데, 첫째는 의료기관의 목적에는 인간 생명이라는 절대적 가치가 내포되어 있어 구성원의

¹²⁶ 다만 사회의 기능체계들이 하위체계이긴 하지만 역시 범사회체계라는 점을 확인해둘 필요가 있다. 즉 세계사회의 체계이지 상호행위나 조직처럼 국한되어 있는 소통 체계가 아니며, 기능체계들은 그 기능적 분화에 맞추어 다른 사회적 체계들을 재구축하면서 전체사회를 실행시킨다(정성훈, 인간적 사회와의 작별-니클라스 루만의 사회관을 통한 새로운 사회 비판의 출발점 모색, 시대와 철학, 2007; 18(2):81-116, 110면).

¹²⁷ 현대 사회를 기능적으로 분화시키고 높은 수행실적을 갖게 한 데는 조직이라는 사회적 체계의 기여가 크다(정성훈, 위의 논문, 103 면.). 조직문화란 한 조직의 구성원들이 공유하고 있는 가치관과 신념, 이념, 규범, 행동양식을 포함하는 종합적인 개념으로 조직의 구성원과 조직 전체의 행동에 영향을 미치는 기본 요소를 말한다(강홍구, 조직문화가 의료사회 사업서비스의 질에 미치는 영향에 관한 연구, 보건행정학회지, 2002; 12(4):34-55, 35 면.).

행동 지침으로서의 명확한 목표 설정이 용이하지 않다는 점, 둘째는 대부분의 진료행위가 그와 관계된 다양한 활동이 융합되어 하나의 결과로 나타나는 것이므로 업무와 책임에 대한 한계 설정이나 표준화가 어렵다는 점, 셋째는 일반적으로 전문가에 의한 지배체제와 일반 관리 지배체제가 공존하여 단일의 권한 체계가 부재한다는 점, 마지막으로 업무내용상 전문적 분야와 협동작업 분야가 함께 요구됨에 따라 조직 단위가 고도로 분화되고 전문화되어야 하는 동시에 계층적인 업무질서와 경직적인 절차, 규제에 의존하게 되는 관료적·권위적 조직일 수밖에 없다는 점이다¹²⁸.

의사조직의 경우 그 조직문화가 위계문화에 해당하는 것으로 볼 수 있는데¹²⁹, 위계문화에서는 구성원들이 공식조직과 절차에 의한 안전하고 확실한 업무처리, 조직의 장기적인 존속을 위한 운영의 지속성을 강조하면서 환경변화에 적극적으로 대처하기보다는 현상유지에 더 많은 노력을 기울이며, 명확한 공시절차와 규정, 관습화된 업무처리, 직권과 서열의식과 같은 특성이 강하게 나타나고, 고도로 일상적이고 표준화된 활동을 수행한다¹³⁰.

이러한 의료기관의 특성과 의사조직의 특성을 종합해보면 의사조직은 명확하고 표준화된 업무절차를 필요로 하나 의료기관 차원에서는 내부적으로

¹²⁸ 허갑수. 연구논문: 병원조직의 직무특성과 조직몰입에 관한 실증적 연구. 인적자원관리연구. 2005; 12(1):21-45. 24 면.

¹²⁹ 이해용. 병원 조직 내 의사 간 커뮤니케이션 실태와 개선 방안 -위계적 의사소통 체험을 중심으로. 언어와 언어학. 2014; 65(0):133-162. 134 면.

¹³⁰ 조직문화를 조직관리의 측면에서 융통성과 통제, 조직관점의 측면에서 내부지향과 외부지향으로 각각 분류하여 총 네 가지 집단으로 파악하는 Kimberly&Quinn(1984)의 모형에 따르면 융통성이 있으며 외부지향적인 ‘개발문화’, 융통성이 있으며 내부지향적인 ‘집단문화’, 통제적이며 외부지향적인 ‘합리문화’, 통제적이며 내부지향적인 ‘위계문화’가 있다(강홍구. 앞의 논문. 37 면 이하).

그러한 단일하고 명확한 의사결정이나 업무의 표준화를 이루기가 어려우므로¹³¹ 결국 의사는 불확실한 업무¹³²를 지속하면서 느끼는 불안감을 해소하기 위해 의료기관 외부로부터라도 공신력 있는 업무규정 내지 업무지침을 기대하게 될 수밖에 없으며, 설명의무에 관하여는 특히 법체계에 의존하게 되는 것이다¹³³. 그러나 전문한 바와 같이 그 기능이 고도로 전문화되어 있는 의료체계 내의 문제를 국가중심의 법체계로 해결하려고 하는 것은 근본적인 해결책이 될 수 없으며¹³⁴, 국가가 규제대상에 대한 충분한 정보와 지식을 갖지 못하며 ‘법’이라는 규제도구 역시 규제대상의 복잡성에 유연하게 반응하기 어렵다는 점에서 사실상

¹³¹ 병원조직은 사회화, 조정, 의사소통, 리더십개발, 조직학습 등 이제까지 효과적인 것으로 밝혀진 많은 조직 관리 기법들을 활용하는 데 소극적이며, 진료과정에 대한 조직적 관점의 결여로 진료프로세스를 관리·개선시키는 데에도 어려움을 겪고 있다(장희은. 루틴 변화의 선행요인 탐구. 서울: 연세대학교 대학원; 2017. 43면.; Cohen D et al., 2004).

¹³² 의료행위는 기본적으로 환자의 상태에 관한 정보부족, 진료행위와 결과 사이의 모호한 인과관계, 복합적인 질환들간의 상호작용, 다양한 예후 인자 등으로 인해 높은 수준의 불확실성을 지닌다(장희은. 위의 논문. 49면.; Prætorius T., 2016).

¹³³ 각 기능체계는 하나의 기능을 전담하게 된다는 의미에서 자율적이라 할 수 있는 동시에 하나의 기능밖에 갖지 못하기 때문에 그 사회내부적 환경에 있는 다른 기능체계들에 의존할 수밖에 없는데, 이 때 법은 사회의 문제를 해결하기 위한 규범적 기대들의 안정화 기능을 전담하는 소통체계이다(정성훈. 논문: 법의 침식과 현대성의 위기-루만(N. Luhmann)의 체계이론을 통한 진단. 법철학연구. 2009; 12(2):331-56. 335면 이하.).

¹³⁴ 법체계에서 불법 행위에 대한 복잡한 규정이 있다고 할 때, 이러한 규정들 모두가 그대로 심리적 체계로 옮겨지지 않는다. 어떤 사람은 곤란에 처한다 해도 이 모든 규정들을 무시하고 아갈 수도 있고, 대부분의 사람은 자신이 행할 것 같은 규정만 염두에 두고 살아갈 것인데 이는 각자 다르다. 전자와 같은 사람들이 매우 많아서 불법 행위가 난무한다고 법체계가 판단하면 그 법규정을 없애버릴 수도 있고, 행정에게 집행을 엄격히 하라고 요구할 수도 있다. 이러한 상호침투는 서로 침투하는 각 체계들의 고유한 선택과 자기준거적 작동을 중단시키지 않는다. 상호침투는 인과작용이 아니며 지배-피지배 관계도 아니며 어떤 공동적 실체를 만들어내는 것도 아니다. 따라서 심리적 체계들 사이에 아무리 상호침투가 빈번하게 이루어진다고 해서 ‘상호주관성’은 형성될 수 없으며, 심리적 체계와 사회적 체계 사이의 상호침투가 사회를 ‘인간 공동체’로 만들 수는 없다(정성훈. 위의 논문(2007). 99면 이하.)

실패로 돌아가거나 규제자(법체계)가 규제대상자(의료체계)에게 포섭되는 등의 문제가 발생할 가능성이 높다¹³⁵.

위에서 살펴본 법의 사회적 기능 내지 그 한계를 바탕으로 본 연구의 결과를 해석해보면, 의사의 설명의무 조항에 대한 인식 정도가 저조하였다는 점, 설명의무 조항에 대한 평가에 있어 그 내용이 현실적이지 못하다거나 불충분하다는 부정적 의견과 함께 수행해야 하는 내용이 명시되어 있어 도움이 된다는 긍정적 의견이 공존하였다는 점, 「의료법」상 설명의무 조항 신설이 의료인의 법적 판단에 영향을 미치지 않은 것으로 나타난 점 등은 의료체계 내의 문제를 법체제로써 해결하려는 시도의 한계가 드러난 것으로 볼 수 있다. 이러한 상황에서 설명의무 이행을 온전히 의사 개인의 재량에 맡기고 있는 의료현실은 그 자체로 의사와 환자 모두에게 불안감을 불러일으킬 수밖에 없고, 의사조직의 위계적인 조직문화 특성을 고려할 때 설명업무에 관한 명확하고 표준화된 업무지침을 마련할 필요가 있다는 점 역시 분명하다고 할 수 있다¹³⁶.

¹³⁵ 홍성수. 위의 논문. 159 면.

¹³⁶ 수혈가이드라인(질병관리본부. 수혈가이드라인 제 4 판, 2016.) 등 특정 의료행위에 대한 가이드라인에서 설명 및 동의에 관한 업무지침을 다루고 있으므로 이를 참고할 수 있겠으나, 그 내용이 동의서 수령을 위한 행정적 절차에 편중되지 않도록 주의해야 한다.

3. 연구의 제한점 및 제언

본 연구는 의사의 설명의무 이행을 강화하기 위한 방안으로 진료환경 개선 등 기존의 장애요인으로 지적되어 왔던 사항들 외에 법적 체제 내지 법적 인식의 효과를 살펴보고자 하였다는 데 그 의의가 있다고 할 수 있을 것이나, 설문조사 결과를 바탕으로 한 연구라는 점에서 그 결과해석에 다음과 같은 제한이 있다.

첫째, 설명의무 이행/생략에 관한 경험을 묻는 문항에서 경험 시기를 전제하지 않아 의료법 개정 전후의 설명의무 이행 변화를 확인할 수 없었다는 점이다. 이에 대하여는 추후 후속연구가 필요하리라 생각한다.

둘째, 설문도구에서 법적 판단을 요구하는 문항 수가 대상자의 법적 판단 정도를 구체적으로 분류하거나 연속변수로 설정하기에는 부족하였다는 점이다. 법적 판단 점수의 중위수를 기준으로 두 개의 집단으로 분류하였으나 집단간 법적 판단 점수의 차이가 크지 않아 이를 법적 판단 정도의 높고 낮음으로 해석하는데 다소 무리가 있다고 볼 수 있다. 다만 설문조사 특성상 문항수를 늘리는 것에는 제약이 있으므로, 면담조사 등 연구방법의 변경을 통해 더욱 심층적인 연구가 가능할 것이라 사료된다.

셋째, 설문조사를 시행하기 전 대부분의 의사가 의료법 개정 사실을 인식하고 있을 것으로 가정하였으나 결과적으로 절반 이상의 응답자가 그에 대해 전혀 모르는 상태였으며, 구체적인 내용을 알고 있는 응답자 역시 많지 않아 의료법 개정 인식 정도를 세분화하여 분석하는 데 한계가 있었다. 이후의 연구에서는 관련 법 내지 판례에 관한 인식 정도를 기준으로 대상자 수를 할당하여 연구를 진행한다면 더 의미 있는 결과를 도출할 수 있을 것으로 본다.

의사 설명의무에 관한 후속 연구로는 의사의 설명의무 이행과 조직문화와의 관련성을 확인할 것을 제언하는 바이다. 본 연구에서는 결과를 분석하는 데 있어 의사의 조직문화를 의사집단 수준에서 파악하여 위계문화로 일반화하였으나, 의사 개인 혹은 진료과나 의료기관 수준에서의 조직문화는 저마다 차이가 있을 것이므로 그에 대한 구체적인 접근이 필요하며, 나아가 그러한 차이가 설명의무 이행에 미치는 영향에 관해서도 연구할 필요가 있다.

V. 결론

의사의 설명의무에 관한 경험과 법적 판단을 확인하고 현행 「의료법」 상에 설명의무 조항이 신설된 것이 의사의 설명의무에 관한 인식 변화에 어떠한 영향을 미쳤는지 알아보기 위하여 총 109 명의 의사를 대상으로 설문조사를 진행하였으며, 이 중 불성실한 응답 1 개를 제외한 108 개의 설문결과를 분석하였다.

그 결과, 설명의무를 이행해야 하는 상황에서 이행하지 않은 경험은 평균 62.5%(8 건 중 5 건)였으며 대부분의 의사가 설명의무 미이행 경험이 있는 것으로 나타났다. 설명의무 이행/생략 사례에 대한 법률상 책임 유무 판단 점수는 13 점 만점에 평균 8 점이었으며 12 점이나 13 점을 기록한 응답자는 존재하지 않아 설명의무에 관한 법적 인식에 개선이 필요한 것으로 볼 수 있으며, 대부분의 의사가 현행 의료법상 설명의무 조항에 대해 정식 교육을 받은 적이 없는 것으로 미루어 보건대 의사를 대상으로 설명의무와 그 취지에 대한 교육을 강화하는 것이 그 효과적인 방안이 될 수 있을 것이라 생각한다.

한편 설명의무에 관한 법적 인식은 의료법 개정 사실에 대한 인식정도에 영향을 받지 않는 것으로 나타났다. 이러한 결과는 의사의 설명의무 이행을 강화하기 위한 수단으로 법적 체제를 가하는 것이 실효성을 거두기 어려움을 보여주는 것이라 할 수 있으며, 이를 개선하기 위해서는 명확한 공시절차와 규정을 필요로 하는 의사(醫師)조직의 특성을 고려하여 설명의무에 관한 표준화된 업무지침 마련이 필요하다. 요컨대 의료체계 내부에서 공신력 있는 집단으로부터 의료단계별·진료분야별 실질적인 접근을 바탕으로 한 설명의무 가이드라인이 마련되어야 하며, 다만 그러한 가이드라인으로 인해 오히려 의환관계가 경직되는 역설적인 상황이 발생하지 않도록 주의해야 할 것이다.

참고문헌

- 강민아, 김정은, 안경애, 김윤, 김석화. 환자안전문화와 의료과오 보고에 대한 의사의 인식과 태도. 보건행정학회지. 2005; 15(4):110-135.
- 강흥구. 조직문화가 의료사회 사업서비스의 질에 미치는 영향에 관한 연구. 보건행정학회지. 2002; 12(4):34-55.
- 김보현. 신뢰관계법리와 의사의 책임-의사와 환자의 관계변화. 의생명과학과 법. 2009; 1:75-100.
- 김소윤, 강현희, 고윤석, 고신옥. 연명치료중단과 유보 결정에 대한 한국 중환자 전담의사 인식과 실행. 한국의료윤리학회지. 2009; 12(1):15-28.
- 김찬원. 인터넷을 통한 헬스커뮤니케이션에 관한 연구[박사학위 논문]. 서울: 중앙대학교 대학원; 2007.
- 김천수. 주석 민법 제3편 채권각칙(5)-의료계약. 제4판. 서울: 한국사법행정학회; 2016.
- 김천수. 환자의 자기결정권과 의사의 설명의무[박사학위논문]. 서울: 서울대학교; 1994.
- 김천수. “[시론] 설명의무 의료법 이해할 수 없는 조항 몇 가지”. 의협신문[웹사이트]. 2017.6.21. URL: <http://www.doctorsnews.co.kr/news/articleView.html?idxno=117381> (2018.4.14. 발췌)
- 백경희, 안영미, 김남희, 김미란. 설명간호사의 현황과 법적 지위에 관한 고찰. 의료법학. 2013; 14(2):261-80.
- 범경철. 간호사의 법적 책임에 관한 연구. 의료법학. 2014; 15(2):285-316.
- 석희태. 연명의료의 중단-대법원 2009.5.21. 선고 2009 다 17417 판결과 관련하여. 의료법학 2009; 10(1): 263-305.
- 석희태. 의사 설명의무의 법적 성질과 그 위반의 효과. 의료법학. 2017; 18(2): 3-46.

- 석희태. 醫師의 說明義務. 고시연구. 1998; 290:128-149.
- 석희태. 주식 민법 제3편 채권각칙(5)-의료과오. 제3판. 서울: 한국사법행정학회; 2000.
- 석희태. 환자의 모를 권리와 의사의 배려의무. 의료법학. 2016; 17(2):145-73.
- 안귀옥. 설명동의서식의 표준화연구[석사학위 논문]. 서울: 연세대학교 보건대학원; 2003.
- 안명숙, 민혜숙. 사전동의에 대한 의사, 간호사 및 환자의 인식과 경험. 임상간호연구. 2008; 14(2):59-70.
- 이두원. 의사-환자간 커뮤니케이션 행위에 대한 대화분석 연구. 한국언론학보. 2000; 45(1):232-265.
- 이명선, 이봉숙. 치매 환자와 간호사의 의사소통에 관한 대화분석. 대한간호학회지. 2006; 36(7):1253-1264.
- 이병혜. 의사-환자 간의 의사소통 장애요인 인식 차이와 인식 차이와 소통만족도에 미치는 영향. 커뮤니케이션학 연구. 2011; 19(1):35-54.
- 이윤영. 의사의 설명 동의의무에 대한 인식과 실천 조사[석사학위 논문]. 서울: 연세대학교 보건대학원; 2004.
- 이혜용. 병원 조직 내 의사 간 커뮤니케이션 실태와 개선 방안 -위계적 의사소통 체험을 중심으로. 언어와 언어학. 2014; 65(0):133-162.
- 장희은. 루틴 변화의 선행요인 탐구[박사학위 논문]. 서울: 연세대학교 대학원; 2017.
- 정미야. ‘대리 수술’의 문제점을 통해 본 의료서비스 개선과제. 국회입법조사처 이슈와 논점. 2015; 1043.
- 정성훈. 논문: 법의 침식과 현대성의 위기-루만(N. Luhmann)의 체계이론을 통한 진단. 법철학연구. 2009; 12(2):331-56.
- 정성훈. 인간적 사회와의 작별 - 니클라스 루만의 사회관을 통한 새로운 사회 비판의 출발점 모색. 시대와 철학. 2007; 18(2):81-116.

- 조동기. 사이버공간과 사회조사: 온라인 사회조사의 쟁점과 과제. *조사연구*. 2000; 1(1): 73-108.
- 최광석. “설명의무 강화해도 의료환경에 큰 영향 없을 것”. *청년의사*[웹사이트]. 2017.2.12. URL: <http://www.docdocdoc.co.kr/news/articleView.html?idxno=1038873> (2018.4.3 발췌)
- 허갑수. 연구논문: 병원조직의 직무특성과 조직몰입에 관한 실증적 연구. *인적자원관리연구*. 2005; 12(1):21-45.
- 현두륜. 개정 의료법상 설명의무에 관한 비판적 고찰. *의료법학*. 2017; 18(1): 3-35.
- 홍성수. 일반논문: 법에 의한 인권 보호의 한계와 국가인권기구의 존립근거-“정규 국가기구”로서의 인권위의 기능과 위상. *고려법학*. 2010; 58(0): 151-194.
- Cohen D, McDaniel Jr RR, Crabtree BF, Ruhe MC, Weyer SM, Tallia A, et al. A practice change model for quality improvement in primary care practice. *Journal of Healthcare Management*. 2004; 49(3):155-68.
- Faul F, Erdfelder E, Buchner A, Lang A-G. Statistical power analyses using GPower 3.1: Tests for correlation and regression analyses. *Behavior Research Methods*. 2009; 41(4):1149-60. doi: 10.3758/BRM.41.4.1149.
- Kim IH, Ko E, Kim EJ, Ban SH, Jung JJ, Lee SH, Lyoo IK, Lee JH. Effects of Temperament and Character on the Specialty Interests of Medical Students. *Korean Journal of Biological Psychiatry* 2012; 19(4): 199-204.
- Kimberly JR, Quinn RE. *Managing organizational transitions*. Homewood, Ill.: R. D. Irwin; 1984.
- Luhmann N, 윤재왕. *사회의 법*. 서울: 새물결; 2014.
- Organisation for Economic C-o, Development. *Health at a Glance 2017: OECD Indicators*. London;Paris: Organization for Economic Cooperation & Development; 2017.
- Prætorius T. Improving care coordination using organisational routines. *Journal of Health Organization and Management*. 2016; 30(1):85-108. doi: 10.1108/JHOM-07-2013-0141.

국립국어원. 표준국어대사전[웹사이트]. URL: <http://stdweb2.korean.go.kr/main.jsp>

(2018.5.22. 발췌)

법제처. 의료법[법률 제 14438 호, 2016.12.20., 일부개정] 개정이유서, 2016.

보건복지부. 의료법 전부개정법률안 입법예고 의견(개인) 검토결과, 2007.4.23.

질병관리본부. 수혈가이드라인 제 4 판, 2016.

한국의료분쟁조정중재원. 2016 년도 의료분쟁 조정중재 통계연보, 2017.

부록(온라인 설문도구)

설명의무와 관련된 의사의 법적 지식 내지 판단 및 그 이행 실태에 관한 조사를 위한 설문

안녕하십니까. 연세대학교 보건대학원 석사과정에 있는 김로사입니다.

연구자는 본 설문조사를 통해 의사의 설명의무와 관련된 경험과 법적 판단, 개정 의료법에 관한 인식 정도를 알아보고, 나아가 개정 의료법 인식 정도가 설명의무에 관한 법적 판단에 미치는 영향을 알아보고자 합니다.

설문지 작성 예상소요시간은 약 5~10분입니다.

본 연구 참여에 동의하시는 경우에만 설문지 작성을 부탁드립니다,
설문지 작성을 완료하는 것은 곧 본 연구에 대한 자발적 참여에 동의하는 것임을 알려드립니다.
설문지 작성 도중 언제든지 중단하실 수 있습니다.

작성해주신 내용은 연구목적 외의 용도로는 활용되지 않을 것입니다.
개정의료법의 의의와 나아갈 방향을 제안하는 근거가 될 수 있도록 소중하게 사용하겠습니다.
다시 한 번, 바쁘신 중에도 질문에 응해주셔서 감사합니다.
항상 좋은 일만 가득하시기를 기원합니다.

본 연구와 관련하여 궁금하신 사항은 언제든지 연구담당자(김로사, lovewin3@naver.com)에게 문의 바랍니다

설명의무와 관련된 의사의 법적 지식 내지 판단 및 그 이행 실태에 관한 조사를 위한 설문

▶ 설명의무에 대한 인식 및 이행 관련 문항

다음의 내용은 의사가 환자에게 설명을 하는 과정에서 생길 수 있는 상황에 관련된 사례입니다.
질문을 읽고 답해 주십시오.

각 문항별 첫 번째 질문은 당해 상황을 경험한 적이 있는지 묻는 것입니다.
각 문항별 두 번째 질문은 당해 상황에 대한 법적 지식 내지 판단을 묻는 것입니다.

첫 번째 질문에서 경험이 '없다'라고 답한 경우에도 두 번째 질문에 대하여 답하여 주십시오.

1-1. 환자 대신 보호자로부터만 수술(검사·처방 등 포함)에 대한 동의를 받은 적이 있습니까? (단, 환자가 의식이 없는 경우 및 소아인 경우와 같이 의사결정능력이 없는 경우는 제외) *

예> 환자가 자리를 비운 사이 보호자로부터만 동의를 받고 검사를 시행한 경우

- 있다
- 없다
- 관련 상황을 경험한 적이 없음

1-2. 의료분쟁이 발생하는 경우, 환자를 대신하여 보호자로부터만 동의를 받은 것에 대해 법률상 책임이 있다고 생각하십니까? *

- 있다
- 없다

2-1. 본인이 담당하고 있는 환자에 대해 사정상 다른 의사가 설명을 대신하도록 한 적이 있습니까? 혹은 다른 의사가 담당하고 있는 환자에 대한 설명을 본인이 대신한 적이 있습니까? *

예> 담당의사가 퇴근한 상태에서 당직의사에게 설명을 대신하도록 한 경우

- 있다
- 없다
- 관련 상황을 경험한 적이 없음

2-2. 의료분쟁이 발생하는 경우, 담당의사가 아닌 다른 의사가 설명을 대신하도록 한 것에 대해 법률상 책임이 있다고 생각하십니까? *

- 있다
- 없다

3-1. 본인이 담당하고 있는 환자에 대해 사정상 간호사가 설명을 대신하도록 한 적이 있습니까? *

예> 담당의사가 환자 진료로 바빠서 간호사에게 투약 설명을 대신하도록 한 경우

- 있다
- 없다
- 관련 상황을 경험한 적이 없음

3-2. 의료분쟁이 발생하는 경우, 담당의사가 아닌 간호사가 설명을 대신하도록 한 것에 대해 법률상 책임이 있다고 생각하십니까? *

- 있다
- 없다

4-1. 환자에게 구두로 설명하는 대신 미리 만들어 놓은 자료를 제공한 적이 있습니까? *

예> 약 복용 시 주의사항에 대하여 구두설명 대신 자료를 준 후 '잘 읽어 보시고 쓰여 있는 방법대로 복용하세요'라고 일러준 경우

- 있다
- 없다
- 관련 상황을 경험한 적이 없음

4-2. 의료분쟁이 발생하는 경우, 구두로 설명하는 대신 그에 상응하는 내용의 자료를 제공한 것에 대해 법률상 책임이 있다고 생각하십니까? *

- 있다
- 없다

5-1. 환자가 이미 수술(검사·처방 등 포함)을 받기로 결심한 경우, 환자가 이에 대하여 승낙한 것으로 판단하여 별도의 설명 및 동의 과정 없이 수술(검사·처방 등 포함)을 시행한 적이 있습니까? *
 예> "선생님, 속이 계속 쓰러서 내시경 검사 받으러 왔습니다."라고 말하는 환자에게 내시경 시술에 대한 별도의 설명 및 동의의 과정을 생략하고 시술한 경우

있다
 없다
 관련 상황을 경험한 적이 없음

5-2. 의료분쟁이 발생하는 경우, 환자가 설명을 듣더라도 당연히 동의할 것으로 간주하고 수술(검사·처방 등 포함)에 대해 별도의 설명 및 동의 과정을 생략한 것에 대해 법률상 책임이 있다고 생각하십니까? *

있다
 없다

6-1. 환자에게 설명을 하는 것이 환자의 정신적 부담을 가중하고 치료에 유익하지 않다고 판단하여, 환자에게 자세한 설명을 생략한 적이 있습니까? *
 예> 조영제 부작용은 환자가 심하게 걱정하는 경우 더욱 흔하게 나타날 수 있으므로 조영제 투약 예정 환자에게 그 부작용에 대해 설명하지 않은 경우

있다
 없다
 관련 상황을 경험한 적이 없음

6-2. 의료분쟁이 발생하는 경우, 환자의 정신적 부담 등을 고려하여 환자에게 설명을 생략한 것에 대해 법률상 책임이 있다고 생각하십니까? *

있다
 없다

7-1. 환자가 당연히 알고 있는 내용일 것이라 생각하여 설명을 생략한 적이 있습니까? *

예> "이 약은 좌약입니다."라고 설명하며, "좌약은 항문에 넣는 약입니다."라는 설명은 하지 않은 경우

- 있다
- 없다
- 관련 상황을 경험한 적이 없음

7-2. 의료분쟁이 발생하는 경우, 일반 수준의 환자라면 당연히 알고 있을 것이라 생각하여 설명을 생략한 것에 대해 법률상 책임이 있다고 생각하십니까? *

- 있다
- 없다

8-1. 수술(검사 등 포함)의 합병증이 비록 심각한 것이기는 하지만 그 발생 빈도가 매우 낮아 환자에게 설명을 생략한 적이 있습니까? *

예> 수술(검사 등 포함) 합병증으로 인한 사망률이 1만 분의 1로 매우 낮고, 실제로 경험한 적도 없어 환자에게 설명하지 않는 경우

- 있다
- 없다
- 관련 상황을 경험한 적이 없음

8-2. 의료분쟁이 발생하는 경우, 발생 가능성이 매우 낮은 수술(검사 등 포함) 합병증을 환자에게 설명하지 않은 것에 대해 법률상 책임이 있다고 생각하십니까? *

- 있다
- 없다

9-1. 수술(검사·처방 등 포함) 전 동의 과정에서 본인이 시행할 요법 이외에 채용 가능한 다른 요법에 대하여 설명하지 않는 적이 있습니까? *

예1> 수술 동의를 받을 때 자가수혈요법 등도 가능함을 설명하지 않은 경우 / 예2> 수술 요법 설명 시 타 의사는 본인과 다른 요법을 채용하기도 한다는 것은 설명하지 않은 경우

- 있다
- 없다
- 관련 상황을 경험한 적이 없음

9-2. 의료분쟁이 발생하는 경우, 당해 의사가 시행하는 요법 이외의 요법이 있음을 설명하지 않은 것에 대해 법률상 책임이 있다고 생각하십니까? *

- 있다
- 없다

10-1. 환자에게 병의 진단과 그에 따른 수술(검사 등 포함)을 설명하였으나, 수술(검사 등 포함) 중 진단 내용이 변경되어 설명한 것과 다른 수술(검사 등 포함)을 시행한 적이 있습니까? *

예> 급성중수술기염이 의심된 환자에게 중수술기절제술에 대해 설명하고 수술을 시행하던 중 장의 다른 부위에 문제가 발견되어 그 부분의 절제술을 시행한 경우

- 있다
- 없다
- 관련 상황을 경험한 적이 없음

10-2. 의료분쟁이 발생하는 경우, 수술(검사 등 포함) 도중 진단 내용이 변경되어 환자에게 설명한 것과 다른 수술(검사 등 포함)을 한 것에 대해 법률상 책임이 있다고 생각하십니까? *

[단, 수술(검사 등 포함) 전 진단 상의 과실은 없음]

- 있다
- 없다

11-1. 환자가 수술(검사 등 포함) 설명을 들은 후 발생 가능성이 낮은 합병증을 두려워하여 결정을 내리지 못하는 경우, 환자를 설득하여 안심시킨 후 수술(검사 등 포함) 동의를 받은 적이 있습니까?

*

예> 신장 생검 합병증에 대한 설명을 들은 환자가 출혈로 인한 사망 가능성을 우려하여 결정을 내리지 못하는 상황에서 "지금까지 그런 일이 없었고, 잘 될 것이다."라고 설득하여 동의를 받은 경우

- 있다
- 없다
- 관련 상황을 경험한 적이 없음

11-2. 의료분쟁이 발생하는 경우, 수술(검사 등 포함) 동의 과정에서 의사가 환자를 설득하여 동의를 받은 것에 대해 법률상 책임이 있다고 생각하십니까? *

- 있다
- 없다

12-1. 수술(검사·처방 등 포함) 동의 과정에서 환자가 그 필요성은 이해하였으나 사정상 동의를 거부하는 경우, 환자를 적극적으로 설득하지 않고 그의 뜻에 따라 수술(검사·처방 등 포함)을 시행하지 않은 적이 있습니까? *

예> 치료비의 문제, 종교적 신념, 기타 의사가 알 수 없는 사유로 인해 거부하는 경우

- 있다
- 없다
- 관련 상황을 경험한 적이 없음

12-2. 의료분쟁이 발생하는 경우, 의학적으로 그 필요성이 인정되는 수술(검사·처방 등 포함)을 거부하는 환자를 적극적으로 설득하지 않은 것에 대해 법률상 책임이 있다고 생각하십니까? *

- 있다
- 없다

13-1. 환자에게 구두로 설명한 내용을 환자의 의무기록에 남기지 못한 적이 있습니까? *

- 있다
- 없다
- 관련 상황을 경험한 적이 없음

13-2. 환자의 의무기록에는 기록되어 있지 않으나 환자에게 구두로 설명한 사실이 있는 경우 법률상 효력이 있다고 생각하십니까? *

- 있다
- 없다

설명 의무와 관련된 의사의 법적 지식 내지 판단 및 그 이행 실태에 관한 조사를 위한 설문

▶ 현행 「의료법」 상 '의료행위에 관한 설명' 조항에 대한 인식 관련 문항

현행 「의료법」 상 '의료행위에 관한 설명' 조항 및 그 취지에 대한 인식 정도에 대한 질문입니다. 질문을 읽고 답해 주십시오.

1. 『의료법』 상 ‘의료행위에 관한 설명’ 조항(2016.12.20. 신설)에 대해 알고 계십니까? *

- 당해 조항이 신설되었다는 사실을 전혀 모른다.
- 당해 조항이 신설되었다는 것을 들어본 적은 있으나 그 내용은 모른다.
- 당해 조항의 내용을 대략적으로 알고 있다.
- 당해 조항의 내용을 구체적으로 알고 있다

1-1. 당해 조항에 대해 듣거나 알게 된 경로는 무엇입니까? (복수 응답 가능) *

- 소속 의료기관 내부교육
- 외부기관 교육(학회, 세미나 등)
- 수업(대학원 등)
- 언론보도(TV, 온·오프라인 신문 등)
- 지인(동료, 친구 등)
- 인터넷 검색
- 기타: _____

1-2. 당해 조항에 대해 듣거나 알게 된 것이 기존의 설명의무에 대한 귀하의 인식 변화에 도움이 되었다고 생각하십니까? *

- 전혀 도움이 되지 않았다
- 별로 도움이 되지 않았다
- 어느 정도 도움이 되었다
- 매우 도움이 되었다

1-3. 당해 조항에 대해 듣거나 알게 된 것이 기존의 설명의무에 대한 귀하의 이행 변화에 도움이 되었다고 생각하십니까? *

- 전혀 도움이 되지 않았다
- 별로 도움이 되지 않았다
- 어느 정도 도움이 되었다
- 매우 도움이 되었다

▶ 일반적 사항

1. 성별 *

남성

여성

2. 나이 *

만 25 ~ 29 세

만 30 ~ 39 세

만 40 ~ 49 세

만 50 ~ 59 세

만 60 세 이상

3. 의사면허 취득연도 *

내 답변 _____

4. 전문의면허 취득여부 *

취득

미취득

4-1. 전문의면허 취득연도 *

내 답변 _____

4-2. 전문의면허 취득과목(전문과목) *

선택 ▼

5. 현재 근무지 *

- 상급종합병원
- 종합병원
- 병원
- 의원
- 요양병원
- 비의료기관(보건의료원, 보건소 등)

6. 현재 근무형태 *

- 개원의
- 봉직의
- 수련의(레지던트)
- 군의관/공중보건의

7. 현재 주진료과목 *

선택 ▼

설문에 응해주셔서 감사합니다!

본 연구와 관련하여 궁금하신 사항이 있으신 경우,
연구담당자(연세대학교 보건대학원 김로사, lovewin3@naver.com)에게 문의 바랍니다.

뒤로

제출

ABSTRACT

A Study on the Perception Changes of Physicians toward Duty to Inform - Focusing on the Influence of the Revised Medical Law

Rosa Kim
Graduate School of
Public Health
Yonsei University

The Medical law stipulates regulations about the physician's duty to inform to contribute to patient's self-determination. This law was most recently revised on December 20, 2016, and came into effect on June 21, 2017. There has been much controversy about this, and it has been questioned whether or not it will be effective for physicians to comply with the duty to inform. Therefore, this study investigated perceptions of physicians of whether they observed the duty to inform and their legal judgment about that duty, and analyzed how the revision of the medical law may have affected the legal cognition of physician's duty to inform.

This study was conducted through an online questionnaire survey involving 109 physicians over 2 weeks from March 29 to April 12, 2018, and 108 of the collected data were used for analysis.

The questionnaire was developed by revising and supplementing the previous research (Lee, 2004). It consisted of 41 items, including 26 items related to the experience of and legal judgment about the duty to inform, 6 items related to awareness of revised medical law, and 9 items on general characteristics.

The data were analyzed using SAS 9.4 program and descriptive statistics, Chi-square test, Fisher's exact test and Binary logistic regression were performed. The results are as follows.

- ◆ Out of eight situations, the median number of situations that did not fulfill the duty to inform was 5 (IQR, 4-6). In addition, 12 respondents (11%) answered that they did not fulfill the duty to inform in all eight cases, while only one (1%) responded that he/she performed explanation obligations in all cases.
- ◆ The median number of the legal judgment score on the duty to inform was 8 out of 13 (IQR, 7-9), and the scores ranged from a minimum of 4 (4 respondents) to a maximum of 11 (3 respondents).
- ◆ More than half of the respondents (n=26, 52%) were unaware of the revision of the medical law, 27 (25%) were aware of the fact that the medical law had been revised, 20(18%) had a rough knowledge of the contents of the law, and only 5(5%) said they knew the contents of the law in detail. The level of awareness of the revised medical law was statistically significant difference according to respondents' sex ($p < .49$), age ($p < .0001$), career ($p < .0001$), working type ($p < .024$), and department($p < .049$).
- ◆ There was no statistically significant relationship between the level of awareness of the revised medical law and the level of legal judgment on the duty to inform.

These results suggest that efforts to improve the implementation and cognition of physician's duty to inform are needed, and it is difficult to expect a direct positive effect from the legal regulations per se. Considering the distinct characteristics of medical institutions and hierarchical organizational culture of physicians, it is necessary to develop a credible guideline on the duty to inform within the medical system, and to strengthen the education of physicians about their duty to inform and its purpose.

Key words: duty to inform, patient's self-determination, Medical law revision, society's legal system, hierarchical culture, guideline