

## 손해배상(의)

[대법원 1997. 7. 22. 96다37862]



### 【판시사항】

- [1] 파기 환송판결의 기속력이 부수적으로 지적인 사항에도 미치는지 여부(소극)
- [2] 개심수술 후 발생한 뇌전색에 대한 의사의 의료상 과실을 추정한 원심판결을 파기환송한 사례

### 【판결요지】

- [1] 종전 환송판결에서 의사들의 설명의무 위반은 인정되지만 그 설명의무 위반과 수술 후에 나타난 뇌전색과의 사이에 상당인과관계가 있다고 보기는 어렵다는 이유로, 환송 전 원심판결에서 그 상당인과관계가 있다는 전제하에 소극적 손해와 적극적 손해까지의 배상을 명한 조치에는 의사의 설명의무 위반시 손해배상의 범위에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 하여 그 원심판결을 파기환송하면서, 위의 상당인과관계가 없다는 근거의 하나로서 위 의사들에게 의료상의 과실이 없었다는 점을 들고 있었으나, 종전의 환송판결에서 의료상의 과실이 없었다고 한 위 부분은 설명의무 위반과 관련한 법률적 판단에 부가하여 실시한 것에 불과하여 거기에는 기속력이 인정되지 않는다.
- [2] 개심수술 후 발생한 뇌전색에 대한 의사의 의료상 과실을 추정한 원심판결을 파기환송한 사례

### 【참조조문】

- [1] 민사소송법 제406조 제2항, 민법 제750조
- [2] 민법 제750조, 민사소송법 제261조

### 【참조판례】

- [1] 대법원 1997. 4. 25. 선고 97다904 판결(공1997상, 1588) /
- [2] 대법원 1995. 3. 10. 선고 94다39567 판결(공1995상, 1586), 대법원 1995. 12. 5. 선고 94다57701 판결(공1996상, 188), 대법원 1996. 6. 11. 선고 95다41079 판결(공1996하, 2113)

### 【전문】

#### 【원고,피상고인】

【피고,상고인】 대한민국 (소송대리인 변호사 이영수)

【환송판결】 대법원 1995. 1. 20. 선고 94다3421 판결

#### 【주문】

원심판결 중 피고 패소 부분을 파기하고 이 부분 사건을 서울고등법원에 환송한다.

#### 【이유】

상고이유를 판단한다.

1. 원심판결 이유의 요지는 다음과 같다.

가. 원심은 우선 그 채택 증거를 종합하여 다음의 사실을 인정하였다.

(1) 원고는 (생년월일 생략)의 여자로서 1986. 3. 1.부터 소외 주식회사에 신입사원으로 입사하여 은행원으로 근무하고 있었고, 소외 1은 ○○대학교 의과대학을 졸업하고 1969년부터 □□의료원에서 의사로 근무하기 시작하여 현재는 △△외과 과장으로 재직하고 있으며, 소외 2도 ○○대학교 의과대학을 졸업하고 1986. 3. 1.부터 □□의료원에서 근무하고 있으며, 피고는 서울 중구 (주소 생략) 소재 □□의료원을 설치·운영하고 있으며 □□의료원의 의사들인 위 소외 1과 소외 2의 사용자이다.

(2) 원고는 1981년부터 1990. 2. 초순경까지 부산에 있는 ☆☆병원에서 고혈압에 대한 치료를 받아 오다가 1990. 2. 7. ◇◇의료원에서 검진을 받은 결과 같은 달 9. 의사 소외 3으로부터 고혈압, 대동맥판막협착증, 폐쇄부전증, 주관상 동맥류라는 병명을 진단받고 앞으로 심전도검사와 필요하면 심장수술을 받기 위하여 1개월 정도 입원을 요한다는 진단을 받았다.

그리하여 원고는 같은 달 17. 서울에 있는 ∇∇대학교 부속 ▷▷병원에서 다시 검진을 받아본 결과 심장의 질환을 치료하기 위하여 수술을 받을 필요가 있을지도 모른다는 추정 진단을 받고, 위 ▷▷병원의 의사인 소외 4를 통하여 □□의료원 흉부외과 과장인 소외 1을 소개받았다.

그 후 원고는 같은 달 19. □□의료원에 처음으로 내원하여 피고와 사이에 피고 이하의 □□의료원에서 원고의 병증상에 대한 진단을 받아 그 검사 결과 등을 종합하여 원고의 병명 내지 병의 상태를 확정하고, 그 진단 결과에 따라서 그 증상에 따른 심장수술 등 적절한 치료를 하는 것을 내용으로 하는 진료계약을 체결한 다음 담당의사인 소외 5로부터 진단을 받음에 있어서 원고는 15년 전부터 가벼운 호흡곤란의 증세(mild exertional dyspnea)가 있었는데 약 2개월 전부터 간헐적인 심장의 통증(pains)이 있다고 호소하였다.

그리고 담당의사가 원고에게 과거와 현재의 병력 및 가족력을 물어보자 원고는 약 15년 전인 10세경에 호흡곤란이 있어 개인병원(local)에서 고혈압으로 진단받고 약 5년 동안 고혈압 치료를 위한 약을 먹었으나 호흡곤란이 개선되지 않았으며 또한 10세 때에 뇌막염을 앓았고, 가족력으로서 아버지와 형제, 자매들이 고혈압의 병력이 있다고 대답하였다.

의사 소외 5는 그 당시 원고의 전체적인 증상은 두통과 호흡곤란, 가슴이 두근거리는 듯한 통증(throbbing chest pain)은 있으나 그 통증이 다른 부위로 퍼지는 것은 없고 열이나 기침은 없는 상태로서 외관상은 비교적 좋은 것으로 보였고 그 진단소견으로 원고의 심장질환의 증상 정도를 뉴욕심장협회의 분류기준상의 1등급으로 추정하고, 원고의 혈압을 측정하여 본 결과 최고혈압이 150mmHg이고 최저혈압이 90mmHg로서 비교적 높은 편이었다.

이어서 담당의사가 원고에 대하여 흉부단순촬영을 시행하여 보았으나 그 진단소견으로는 별다른 이상이 없었고, 청진기를 사용한 청진(聽診)검사에서는 우측 앞가슴 늑골부위에서 심장의 잡음(혈액이 역류하는 경우 등에 나는 소리)이 청진되었고, 그 밖에 심전도검사 등의 방법으로서 검진한 진단소견을 종합하여 의사 소외 1은 같은 날 원고의 병명을 '본태성고혈압(동맥경화성)' 및 '대동맥판막폐쇄부전증'이라고 추정 진단하고, 보다 정확한 확진을 위하여 앞으로 심혈관촬영술 등의 정밀검사를 시행할 필요가 있고 그 진단소견에 따라서는 원고가 심장판막대치술 등의 개심술을 받아야 할 필요성이 있을 수 있다는 의견을 제시하고, 그러한 수술의 필요성 여부를 판단할 수 있는 정확한 병증의

확정을 위하여 원고를 입원하도록 권고하였다.

이에 따라 원고가 같은 달 21. 피고 경영의 □□의료원에 입원하였고 의사 소외 1 등은 심도자법(Cardiac Cathetriazation, '카테타'라는 줄을 심장 속에 넣어서 심장의 압력측정 등을 시행하는 검사법으로서 심실의 내막에 카테타가 닿으면 심실세동이 유발될 수 있고 그 밖에 심장천공의 위험성도 있는데 위 검사를 함에 있어서 의사 소외 1 등은 원고에게 검사 방법이나 위험성 등에 대하여 전혀 설명을 하지 않았고 원고의 승낙도 받지 않았다.

) 및 심혈관촬영술의 방법으로 원고의 심장질환의 확정을 위하여 정밀검사를 시행하여 본 결과 그 진단소견으로는 원고의 심장흉곽비율(CTR)이 0.61(정상치는 0.45 이하임)로서 좌심실이 중증도(中症度)로 비대하고, 위 추정된 진단 외에 '좌측주관상동맥협착증'이 병존하고 있는 것으로 확정 진단하고, 이를 치료하기 위하여는 수술 이외에는 다른 치료법이 없으므로 수술요법이 적절하다고 판단하고는 수술을 받으면 완치될 수 있으니 개심수술을 받도록 하라고 권유하였다.

이에 따라 원고는 □□의료원에서 수술 시행 여부의 판단에 필요한 각종 검사를 받았는데 수술 직전에 혈압은 최고혈압이 120mmHg, 최저혈압이 90mmHg, 맥박은 1분당 70 내지 90회이고, 위에서 본 본태성고혈압, 대동맥판막폐쇄부전증, 좌측주관상동맥협착증 등의 증상 이외에는 신체 상태가 정상이었으며, 의사 소외 2는 1990. 3. 5. 20:30경 □□의료원 흉부외과 의사실에서 원고의 오빠인 소외 6에게 원고의 심장질환에 대한 앞서 본 진단소견과 그 병의 상태, 그에 대한 근원적인 치료는 개심수술밖에 없으며, 앞으로 실시할 개심수술의 내용과 예상되는 성과 및 그 수술에 부수하는 합병증으로는 출혈, 부정맥, 가슴통증, 염증, 저혈압으로 인한 다장기부전증 등이 발생할 수 있다고 설명한 다음 그 수술의 실시 여부에 관하여 승낙을 구하여 위 소외 6으로부터 성년인 원고에 대한 상행대동맥확장술 등의 이 사건 심장수술을 실시하는 것에 대한 수술 승낙을 받았다.

(3) 의사 소외 1은 의사 소외 2 등의 보조를 받으면서 1990. 3. 6. 08:30경부터 같은 날 14:40경까지 사이에 원고에 대하여 위 심장질환에 대한 근치수술로서 대동맥판막치환술과 상행대동맥확장술 및 좌측주관상동맥입구확장술을 시행함에 있어서 먼저 원고를 전신마취시킨 다음 원고의 흉골 가운데를 절개하고 인공심폐기를 설치하여 가동시키면서 체온을 섭씨 22 W정도로 낮추고 심장 주위에 생리식염수로 된 얼음으로 국소냉각시킨 뒤 심근보호를 위하여 심정지액을 관상동맥으로부터 주입하고 상행대동맥 부분을 절개하여 그 대동맥의 내부에 붙어 있는 죽종(atheroma)과 좌주관상동맥 입구를 막고 있는 죽종을 제거한 후 죽종 제거시 수술 부위에 떨어진 죽종의 찌꺼기 등을 생리적 식염수(약 450cc 정도)로 깨끗이 씻어내고, 대동맥판막을 절개하여 제거하고 인공기계판막(St. Jude 23mm)으로 치환(置換)한 다음 상행대동맥의 좁아진 부위에는 인조천을 대동맥 안에 넣어서 넓혀 주었는데(이하 이 사건 심장수술이라고 한다), 그 수술소견으로 원고에게는 심한 좌심실비대와 협착으로 인한 상행대동맥이 7.5cm로 팽창되어 있고, 대동맥판 상부는 석회화된 죽종으로 구성된 막양구조를 이루고 있으며, 죽종으로 좌주관상동맥이 협착되어 있었다.

그리고, 원고가 이 사건 심장수술을 받은 직후 곧바로 혈압이 불안정(unstable)하고, 흉관(T-drain)을 통하여 시간당 250 내지 300cc 정도의 다량의 출혈이 발생하기 시작하여 수술 후 약 6시간 경과 후부터는 출혈량이 시간당 60cc 정도로 감소하였으나 수술을 마친 뒤 약 7시간이 경과한 같은 날 21:00경에 이르러 원고의 혈압과 심박동이 떨어지면서 갑자기 쇼크가 발생하여 심장이 멈추자 의사 소외 7 등이 즉시 중환자실에서 다시 원고의 흉골을 절개하여 응급심폐소생술과 내부심장 마사지로 심장을 소생시키고 곧바로 수술실로 들어가 위 심장수술 부위를 살펴보니 우심방 부위에 혈종(hematoma)이 있어 이를 제거한 다음 생리적 식염수로 세척을 하면서 출혈부위를 찾았으나 뚜렷한 출혈점은 찾을 수가 없었으므로 심낭은 봉합하지 않고 수술 부위에 관(drain)을 설치하고 흉골을 봉합하였다.

그런데 이 사건 심장수술을 집도한 의사 소외 1은 위와 같이 원고에게 다량의 출혈이 계속되고 있었음에도 불구하고 원고를 계속 관찰하지 아니하고 같은 날 18:00경 퇴근하였다.

(4) 원고는 위에서 인정한 바와 같은 심장수술을 받은 다음 혼수 직전의 상태로서 동공반사는 있으나 우측반신불수 및 의식상태의 변화 및 언어장애의 증상이 나타나자 위 소외 1 등이 원고의 증상에 대하여 뇌전색 또는 뇌출혈로 추정 진단하고, 1990. 3. 6. 두부단층촬영을 시행한 결과 그 소견으로는 원고의 전방맥락대동맥이 폐쇄되어 있는 것으로 보였고, 신경학적 검사로도 의식장애와 실어증, 왼쪽 눈의 근육운동에 장애가 있는 등 제반 사정에 비추어, 대동맥판막 교체와 대동맥성형 수술 후의 뇌혈관의 이상이나 고혈압에 의한 수술 후의 부작용으로 판단되어 의사 소외 1 등은 수액과 전해질을 공급하고 뇌부종을 방지하기 위한 만니톨 등의 약물과 항생제를 투여하면서 튜브를 통하여 음식물을 공급하였다.

수술 후 3일째가 되는 1990. 3. 9.에 이르러 원고의 의식이 조금 회복되어 사람을 알아볼 수 있는 상태로 되었으나 여전히 혼수직전의 상태를 유지하고 있었으므로 뇌혈관 사고로 추정하고 신경외과에 그 자문을 구하였다.

신경외과에서는 원고의 위와 같은 증상의 원인을 뇌전색(embolism)으로 말미암은 초기 뇌괴사로 추정하고 앞으로 계속하여 혈전용해제를 사용하면서 추후 경과관찰이 필요한 것으로 회신하였고, 의사 소외 1 등은 원고의 전맥락총동맥이 색전(塞栓)에 의하여 막힘으로 위와 같은 뇌혈관부전증이 발생한 것으로 추정하고 있다.

(5) 일반적으로 색전증(塞栓症)이라 함은 혈관벽에서 떨어진 물질이나 혈관벽 외부에서 들어온 이물질 즉 색전이 혈류의 흐름에 따라 흐르다가 혈관내강을 완전히 또는 부분적으로 폐쇄시키는 현상을 말하는데 색전이 되는 것은 혈관벽을 떠난 혈전(혈액이 응고된 덩어리) 이외에 지방, 세포, 공기나 가스, 세균 등이 있으며 색전이 운반되는 경로는 정맥 중에서 발생한 색전은 정맥혈의 흐름에 따라서 우심을 통하여 폐동맥을 지나 폐의 모세관을 막고, 좌심의 내벽이나 판막 또는 동맥에서 발생한 색전은 동맥계로 흘러나와 뇌, 신(腎), 비(脾), 사지의 동맥이나 모세혈관을 막게 된다고 설명되고 있다.

한편, 개심술 후의 뇌손상의 원인으로는 색전증과 뇌허혈이 양대 원인을 이루고 있는데 색전증은 색전의 종류에 따라서 개심술시에 노출된 좌측심장으로 들어간 공기가 완전히 제거되지 못한 상태에서 전신순환으로 배출됨으로써 발생하는 공기색전증과 좌심방이나 좌심방부속지의 혈전, 심장의 지방구, 석회화된 판막에서 떨어져 간 석회입자, 심장수술시의 봉합사 등 기타의 원인에 의한 색전증이 있다.

원고와 같이 개심술을 받은 후 위와 같은 뇌색전증이 발생할 원인으로 추정할 수 있는 색전으로는 첫째 수술시 수술 부위의 죽종 등이 떨어져 나간 경우, 둘째 수술과정에서 공기가 들어간 경우, 셋째 수술과정에서 또는 수술 후에 혈전이 발생한 경우, 넷째 수술 전에 수술 부위에 있던 죽종 등이 떨어져 나간 경우, 다섯째 고혈압으로 인한 동맥경화증과 같은 전신적인 혈관장애가 악화되어 뇌혈관이 좁아진 경우 등으로 추단할 수 있으나, 원고의 고혈압은 정상보다 약간 높은 정도로서 동맥경화증으로 인한 뇌전색을 일으키는 원인으로 보기 어렵고, 수술 전에 수술 부위에 있던 죽종이 자연적으로 떨어져 나간 경우라면 수술 전에 뇌전색이 발생하는 것이 보통일 것인데 이 사건의 경우 위 심장수술을 받기 전에는 뇌전색의 증상이 발견되지 아니하였으므로 위 넷째와 다섯째의 경우는 가능성이 희박하고 첫째 내지 셋째의 경우 중에서 어느 경우인지는 확실히 단정할 수 없으나, 이 사건 심장수술 이외에 뇌전색을 일으킬 만한 다른 원인이 개재되었을 가능성은 특별히 발견할 수 없다.

이 사건과 같은 심장수술을 함에 있어서는 위 첫째 경우의 색전을 막기 위해 수술시에 찌꺼기가 떨어져 숨어버리지 않도록 주의하고 수술 후 수술 부위를 생리식염수로 여러 번 안심할 수 있을 때까지 세척하여야 하고, 둘째 경우의 색전을 막기 위해 수술을 마치고 전에 주사바늘로 공기를 완전히 빼 주어야 하며, 셋째 원인을 예방하기 위해 수술 전에 충분한 헤파린(항응고제) 주사를 놓아주어야 하는데 위 소외 1은 수술 전에 헤파린 주사를 놓았고 수술을 마치고 전에 주사바늘로 공기를 빼 주었다.

그런데 이 사건 심장수술 후 원고에게 뇌전색이 발생하자 의사 소외 1, 소외 2 등은 원고의 오빠 소외 6에게 죽종 등 찌꺼기가 날아가 뇌전색이 되었을 가능성이 가장 크다고 하면서 다만 위 소외 1로서는 그와 같은 가능성을 예방하기 위해 수술 부위를 생리식염수로 여러 차례 세척하여 주었으며 그럼에도 불구하고 눈에 보이지 않을 정도의 미세한 찌꺼기가 날아간 경우는 불가항력이라는 취지의 말을 하였다.

(6) 심장수술은 ① 구명(救命)이나 근치(根治), ② 증상의 개선, ③ 합병증 발생의 예방 등의 목적으로 행하여지고 있는데 심장수술에는 고식적 수술(姑息的手術, conservative surgery)과 근치수술이 있고, 한편 개심(開心) 여부에 따라서 개심술(open heart surgery)과 비개심술(closed heart surgery)로 나눌 수 있는데, 고식적 수술의 대부분은 비개심수술이며 동맥간개존증이나 폐동맥협착증 등의 질환을 제외하고는 심장질환의 근치수술로서는 통상 개심술이 행하여진다.

그리고, 개심술 후에 나타나는 합병증의 하나인 뇌손상은 대부분 뇌의 기질적인 손상에 기인하는데 뇌손상이 생기면 임상적으로는 객관적으로 인지하기 어려운 경미한 상태에서부터 혼수와 죽음에까지 이르는 치명적인 상태 등 다양한 양상을 보이고, 그 발현 시기도 수술 직후에서부터 수술 몇 시간 또는 수술 며칠 후에 뒤늦게 나타나는 경우까지 다양하며, 개심술 후의 뇌손상의 빈도는 명백한 신경학적 장애가 있는 경우만을 생각한다면 약 0.5 내지 1%의 빈도이나 혼돈이나 지적 기능의 장애 등을 포함하면 8 내지 10%까지의 빈도로 보고되어 있다.

위 □□의료원 흉부외과에서는 1976년 개흉적 승모판교련절개술을 시행한 이후 1986. 9.까지 278례(그 중 6례는 대동맥판 교체)의 인공판막치환술을 시행하였으며 그 중 인공판막 실패는 15례(그 중 6례는 대동맥판 교체)로서 5.4%의 실패율을 보였던 사실, 위와 같은 판막 실패의 원인으로는 판막 자체가 문제가 된 원발성 판막 실패가 15례 중 12례로 가장 많았는데 내원 당시의 주증상으로는 모두 운동성 호흡곤란을 호소하였고 뉴욕심장병협회의 심장기능분류상 Ⅱ도가 2례, Ⅲ도가 4례, IV도가 6례이었으며, 수술 후 합병증으로 사망한 2례의 경우를 제외한 13례에서 미국심장학회의 심장기능분류상 I도가 4례, Ⅱ도 6례, Ⅲ도 1례, IV도 2례이었고, 한편 의사 소외 1은 1986년부터 1991. 9.까지 사이에 위 □□의료원 흉부외과에서 이 사건 수술과 유사한 심장질환의 근치수술로서 시행된 319건의 수술 중 162건을 직접 집도하였는데 그 가운데 13명이 사망하여 약 8%의 사망률을 보였다.

또한 고려대학교 의과대학 흉부외과 교실에서도 1976. 9.부터 1981. 7.까지 심장판막질환에 대하여 시행한 개심수술례는 46례인데 그 환자들의 수술 전의 심기능을 미국심장학회의 분류에 따라 나누면 I도가 1례, Ⅱ도 9례, Ⅲ도 26례, IV도 10례이었고, 수술 후 조기 사망은 4례로 판전색과 출혈로 2례가 수술대에서 사망했고, 급성신부전증과 뇌전색으로 수술 후 1주일 이내 2명이 사망하여 조기 사망률은 8.7%에 이른다고 보고하고 있다.

나. 다음으로 원심은 원고가 주장하는 의사 소외 1, 소외 2의 귀책사유에 대하여 다음과 같이 판단하였다.

- (1) 첫째로, 원고는 의사 소외 1 등으로부터 이 사건 심장수술을 받을 당시에 원고의 심장질환의 증상 정도가 뉴욕심장협회의 기능분류상 I 등급으로서 약물과 식이요법으로서 충분히 치료가 가능한 상태로써 반드시 심장수술이 필요한 정도가 아니었음에도 불구하고 의사 소외 1 등이 수술의 필요성 여부에 관하여 판단을 그르쳐 불필요하게 이 사건 수술을 실시한 잘못이 있다고 주장한다.

그러므로 과연 원고에 대하여 이 사건 심장수술을 실시할 필요성이 있었는지 여부에 관하여 보건대, 의사는 수술 실시 당시의 의료수준에 따라 먼저 환자의 질환에 대하여 수집한 치료에 관한 정보를 종합하여 검토하고 그 다음으로 당해 수술을 실시함으로써 얻어지는 치료 효과 내지는 부작용의 발생 가능성과 그 수술을 실시하지 않거나 또는 다른 치료 방법을 실시하는 경우에 얻어지는 치료가능성을 서로 비교衡量하여 수술의 필요성 여부를 판단하여야 할 것 인바, 갑 제20호증, 갑 제30호증의 1, 2의 각 기재와 제1심법원의 대한의학협회에 대한 사실조회 결과에 변론의 전 취지를 종합하면, 일반적으로 심장판막의 병변은 어떠한 원인에서든 결과적으로 협착 또는 폐쇄부전의 상태에 도달하여 혈액학적으로 정상 혈류를 유지하지 못하는 상태가 되므로 혈액학의 이상변화를 정상화하기 위하여 판막질환에 대하여 근치수술로서 판막치환술 등과 같은 개심수술치료법이 일반적으로 시행되고 있는 사실, 그러나 판막치환술은 수술 그 자체로서도 판막치환 후에 올 수 있는 합병증으로 혈전증이나 항응고제의 장기 복용에 따른 뇌출혈 등 새로운 병태로 이행되는 부작용을 가지고 있는 위험한 수술인 사실, 이러한 개심수술의 필요성을 확정하기 위하여는 환자의 병력과 이학적 검사 및 검사실 소견을 토대로 심도자 검사와 심혈관조영술 등의 충분한 사전 검사를 필요로 하고 있는 사실, 또한 심장질환에 관한 의학 문헌상으로는 좌주관상동맥 직경의 50% 이상이 중대한 협착이 있는 경우에 외과적인 치료를 받지 않았을 경우에 있어 5년간 생존율은 환자들의 2/3 내지 1/2 정도라고 설명되고 있고, 또한 증상이 있는 대동맥판 역류가 있는 환자가 수술적 치료를 받지 않았을 경우 협심증이 있는 경우에는 5년 이내, 심부전이 있는 경우에는 2년 이내 사망하는 것으로 보고되어 있는 사실, 한편 심장질환 환자의 전반적인 기능 평가에 의한 분류에 있어서 뉴욕심장협회의 기준(NYHA)이 일반적으로 사용되고 있고, 뉴욕심장협회의 심장질환의 분류는 I 등급에서 IV등급까지의 4개의 등급으로 나누어 지는데, I 등급의 증세는 심장질환은 있으나 운동의 제한이 없고 일상활동으로 심계항진, 호흡곤란, 흉통 등의 증상이 없는 상태를 말하고 있는 사실, 통상적으로 위 분류상 I 등급의 경우에는 반드시 개심적 수술이 필요한 것은 아니지만 동맥관개존증, 심방중격결손증 등이 있는 경우에 있어서는 환자의 자각증상이 없어도 반드시 개심술을 시행하여야 하는 경우도 있는 사실, 뉴욕심장협회 I 등급의 대동맥판막 폐쇄부전증, 대동맥판막상부협착증, 좌측주관상동맥구폐쇄증의 환자에 대하여는 약물치료로서는 어느 정도 수술 시기를 늦추거나 증상을 호전시킬 수는 있어도 근원적인 치료가 되지 못하고 그 병증의 진행을 근원적으로 치료할 수는 없는 사실을 인정할 수 있고 달리 반증이 없다.

위 인정 사실에 아울러 앞에서 인정한 심장수술에 대한 임상의학의 실태와 원고의 심장질환에 대한 제반 진단소견을 종합하여 보면, 비록 의사 소외 5가 원고의 심장질환의 증상 정도를 뉴욕심장협회 기준상 I 등급으로 추정 진단하였다고 하더라도 당시에 원고가 주된 증상으로 흉통을 호소하고 있는 사정에 비추어, 의사 소외 1 등이 원고에 대하여 그 수술의 필요성을 확인하기 위하여 심전도 검사, 심도자검사 등의 충분한 사전 검사를 실시한 다음 그 결과를 종합하여 당시의 원고의 심장질환의 증상 정도가 근치수술로서 개심수술이 필요한 상태라고 판단하고 원고의 본태성고혈압(동맥경화성)과 대동맥판막폐쇄부전증, 좌측주관상동맥협착증에 대한 치료 방법으로서 개심수술을 시행한

것은 원고의 구체적인 증상이나 당시의 임상의학의 실천으로서의 의료수준에 비추어 보더라도 상당하다고 인정되고 달리 원고의 신체 상태가 위 개심수술에 적응할 수 없는 상태에 있었다고 볼 만한 자료가 없으므로, 위 주장은 받아들이지 아니한다.

- (2) 둘째로, 원고는 의사 소외 1 등이 이 사건 심장수술을 실시한 다음에 원고의 심장을 싸고 있는 심낭을 닫지 않고 봉합하는 바람에 수술 후 곧바로 출혈이 심하게 발생하여 같은 날 21:20경부터 23:15경까지 닫지 않은 심낭을 봉합하는 2차 수술을 하면서 이 과정에서 공기, 혈전, 지방구 기타 불순물이 혈관을 타고 뇌에 들어가 뇌혈관을 막게된 수술상의 과오가 있다고 주장한다.

그러므로 보건대, 갑 제9호증의 기재 의하면 의사 소외 7이 실시한 원고에 대한 2차 수술에 관한 수술일지에 "Pericardium was not closed"라고 기재된 사실을 인정할 수 있으나, 이는 위 소외 7이 원고에 대한 2차 수술을 시행한 다음 원고의 심낭을 닫지 않았다는 내용으로서 위 소외 1이 수술상의 과오로 심낭을 닫지 않은 것을 말하는 것은 아니라 할 것이고 달리 의사 소외 1이 원고에 대한 이 사건 심장수술을 시행함에 있어서 심낭을 닫지 않고 봉합하였다는 점에 관하여는 이를 인정할 증거가 없으며, 나아가 2차 수술을 실시함에 있어서 그 담당의사들에게 귀책사유가 있었다는 점에 대하여 아무런 주장과 입증이 없으므로, 위 주장은 받아들이지 않는다.

- (3) 원고는 위 소외 1에게 수술 후 환자에 대한 사후 관찰 및 적절한 대처를 소홀히 한 과실이 있다고 주장하므로 살피건대, 원고는 1990. 3. 6. 이 사건 심장수술을 받은 직후부터 시간당 250 내지 300cc 정도의 많은 출혈이 시작되어 계속되고 있었는데도 위 김정호는 직접 원고의 상태를 관찰하지 않고 같은 날 18:00경 퇴근하였고 그 후 같은 날 21:00경 혈압과 심박동이 떨어지면서 갑자기 쇼크가 발생하여 위 소외 7 등이 다시 2차 수술을 한 사실은 위에서 본 바와 같은바, 이 사건 심장수술의 집도의인 위 소외 1로서는 위와 같은 경우 원고를 직접 조심스럽게 관찰하면서 필요한 경우 적절한 조치를 취하지 아니한 점에 과실이 있다고 할 것이다.

- (4) 원고는 의사 소외 1 등이 이 사건 심장수술을 함에 있어 설명의무를 위반하였다고 주장하므로 살펴본다.

의사의 의료행위는 진료계약에 터잡아 행하여지는 것이 보통이지만 의사가 선택한 관리자의 주의의무를 다하여 적절한 의료행위를 행하는 한 그 내용에 관하여는 상당히 광범위하게 의사의 재량에 맡겨진 측면이 존재하는 것을 부정할 수는 없으나, 한편으로 의사의 진단 또는 치료를 위한 의료행위가 환자의 신체나 그 기능에 대한 침해행위의 측면도 가지고 있는 이상 환자도 자기의 생명과 신체의 기능을 어떻게 유지하는가에 대하여 스스로 결정하는 권능을 가지는 것이라 할 것이니, 비록 의사의 적절한 판단에 의한 의료행위라 하여도 환자의 승낙이 있었을 때 비로소 그 위법성이 조각되는 것이라 할 것인데, 일반적으로 진료계약의 체결에 의하여 당연히 환자의 신체나 그 기능에 대한 침해행위에 대하여 환자의 승낙이 있었던 것이라고 간주할 수는 없으므로 진료계약으로부터 당연히 예측되는 위험성이 경미한 침해행위를 제외하고는 긴급한 사태로서 환자의 승낙을 받을 시간적인 여유가 없거나 설명에 의하여 환자에게 악영향을 미치거나 의료상 악영향을 가져오는 경우 등 특별한 사정이 없는 한 담당의사로서는 원칙적으로 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 등에 관하여 환자에게 설명을 하고 환자의 개별적인 승낙을 받을 의무가 있고 환자의 신체에 대한 침해행위에 대하여 환자의 승낙이 없었던 경우에 있어서는 의사의 행위가 치료목적으로서 성공되었는지 여부에 관

계없이 앞서 본 특단의 사정이 없는 한 위법하다는 평가를 면할 수 없다고 봄이 상당하다.

그러므로 위 인정 사실에 비추어 보면, 원고의 심장질환으로 본태성고혈압(동맥경화성)과 대동맥판막폐쇄부전증, 좌측 주관상동맥협착증 등이 병존하고 있는 것으로 판명되어 그에 대한 근치수술로서 시행된 위에서 본바와 같은 개심 수술이 이 사건 진료계약으로부터 당연히 예측되는 위험성이 적은 경미한 침해라고는 볼 수 없고, 원고의 심장질환에 대한 자각증상의 정도가 비교적 경미하며 의사 소외 1 등의 진료소견에 미루어 보아도 위와 같은 시점에서 긴급하게 개심수술을 요하는 경우도 아니므로 원고의 승낙을 받는 것이 가능하였다 할 것이므로 의사 소외 1 등이 원고에 대한 이 사건 개심수술을 실시함에 있어 원고의 승낙을 요하지 않는 특별한 사정이 있는 경우에는 해당하지 아니한다 할 것이니 원고가 성인으로서 판단능력을 가지고 있는 이상 친족인 원고의 오빠 소외 6의 승낙으로써 원고의 승낙에 갈음하는 것은 허용되지 아니한다고 보아야 할 것이므로 의사 소외 1 등은 이 사건 수술의 집도의사로서 수술환자인 원고에게 그 수술 전에 위와 같은 합병증이 생길 수도 있다는 점에 대하여 충분히 설명을 하고 원고로부터 위와 같은 합병증을 무릅쓰고서라도 수술을 받겠다는 승낙을 받은 다음에 이 사건 심장수술을 시행하였어야 함에도 불구하고 원고에 대하여 사전에 수술에 대하여 아무런 설명을 하지 않았을 뿐만 아니라 원고로부터 승낙을 받지 않고서 이 사건 심장수술을 실시한 것은 수술이 필요하였다고 하더라도 의사 소외 1 등의 이 사건 개심수술은 환자에 대한 설명의무를 다하지 아니함과 아울러 원고의 승낙권을 침해하여 이루어진 위법한 수술이라 할 것이다.

다.

그리고 나서 마지막으로 원심은 다음과 같이 판단하였다.

위에서 본 바와 같이 심장수술 직후에 원고에게 뇌전색이 발생한 이 사건에 있어서 원고에게 이 사건 심장수술 이전에 특별히 뇌전색을 발생시킬 원인이 없었고 이 사건 심장수술과 위 뇌전색 사이에 다른 원인이 개재되었을 가능성을 찾아볼 수 없는 점, 의사 소외 1 등은 이 사건 심장수술 전 원고에 대하여 심도자법 검사를 함에 있어서 원고에게 검사 방법이나 위험성 등에 대하여 전혀 설명을 하지 않았고 원고의 승낙도 받지 않았으며 이 사건 심장수술을 함에 있어서도 설명의무를 위반하였고 수술 후 환자를 관찰하는 등의 사후조치도 소홀히 하였던 점, 뇌전색이 발생한 후 위 소외 1 등이 수술 찢꺼기가 날아간 것이 그 원인이 되었을 가능성이 가장 크다고 말한 점 등 이 사건 심장수술의 경과와 수술 전후의 제반 정황에 비추어 보면, 원고의 뇌전색은 위 소외 1, 소외 2 등의 과실로 인한 것으로 추정된다.

피고는 위 소외 1 등이 이 사건 심장수술을 함에 있어서 수술 찢꺼기를 제거하기 위하여 생리식염수로 수술 부위를 충분히 세척하였고 그 밖에 의사로서의 주의의무를 다하였으므로 원고의 뇌전색은 위 소외 1 등의 과실로 인하여 발생한 것이 아니라고 주장하나, 을 제1 내지 3호증의 각 기재와 위 증인 소외 1의 증언만으로는 위 추정을 뒤집기에 부족하고 그 밖에 위 추정을 뒤집을 증거가 없으므로, 위 주장은 받아들이지 아니한다.

## 2. 상고이유에 대한 이 법원의 판단

가. 이 사건의 종전 환송판결에서 대법원은 의사 이정호 등의 설명의무 위반은 인정되지만 그 설명의무 위반과 수술 후에 나타난 뇌전색과의 사이에 상당인과관계가 있다고 보기는 어렵다는 이유로, 환송 전 원심판결에서 그 상당인과관계가 있다는 전제하에 소극적 손해와 적극적 손해까지의 배상을 명한 조치에는 의사의 설명의무 위반시 손해배상의 범위에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 하여 그 원심판결을 파기환송하면서, 위의 상당인과관계가 없



다는 근거의 하나로서 위 의사 이정호 등에게 의료상의 과실이 없었다는 점을 들고 있었으나, 종전의 환송판결에서 의료상의 과실이 없었다고 한 위 부분은 위에서 보듯이 설명의무 위반과 관련한 법률적 판단에 부가하여 실시한 것에 불과하여 거기에는 기속력이 인정되지 않는다 할 것이다.

따라서 원심판결에 환송판결의 기속력에 어긋나는 사실인정을 한 위법이 있다는 주장은 받아들일 수 없다.

나. 그러나 원심이 그 판시와 같은 이유로 원고의 뇌전색이 의사 소외 1 등의 의료상 과실로 인한 것으로 추정된다고 판단한 부분은 납득하기 어렵다.

(1) 우선 원심은 위와 같이 추정하는 근거 사실의 하나로 뇌전색이 발생한 후 의사 소외 1 등이 수술 찌꺼기가 날아간 것이 그 원인이 되었을 가능성이 가장 크다고 말한 점을 들고 있다.

그러나 원심은 이미 본 바와 같이 이와 같은 판단에 앞서 의사 소외 1 등은 이 사건 심장수술시 상행대동맥 부분을 절개하여 그 대동맥의 내부에 붙어 있는 죽종과 좌주관상동맥 입구를 막고 있는 죽종을 제거한 후 죽종 제거시 수술 부위에 떨어진 죽종의 찌꺼기 등을 생리적 식염수(약 450cc 정도)로 깨끗이 씻어낸 사실을 인정하였을 뿐 아니라, 나아가 의사 소외 1 등이 이 사건 심장수술을 실시한 다음에 원고의 심장을 싸고 있는 심낭을 단지 않고 봉합하는 바람에 수술 후 곧바로 출혈이 심하게 발생하여 같은 날 21:20경부터 23:15경까지 단지 않은 심낭을 봉합하는 2차 수술을 하면서 이 과정에서 공기, 혈전, 지방구 기타 불순물이 혈관을 타고 뇌에 들어가 뇌혈관을 막게 된 수술상의 과오가 있다는 등의 원고의 주장 또한 이를 모두 배척하였으며, 그 밖에 달리 이 점에 관한 의사의 과실을 인정한 바가 없다.

그리고 의사 소외 1 등이 뇌전색이 발생한 후 수술 찌꺼기가 들어간 것이 원인이 되었을 가능성이 크다고 말한 것은, 위에서 보듯이, 원심판결 이유 자체에서도 그 과실을 인정하는 취지에서가 아니라 불가항력이라는 취지에서 말한 것으로 인정하고 있는 터이다.

결국 원심의 위 판시만으로는 위 소외 1이 수술 부위를 생리적 식염수로 깨끗이 씻어내기는 하였지만 충분히 세척하지는 않았다는 것인지, 아니면 충분히 세척했다고 하더라도 미세한 찌꺼기까지 막지 못한 이상 과실이 있다는 것인지 분명하지 아니하나, 원심으로서도 적어도 이 사건과 같은 심장수술에 있어서 눈에 보이지 않는 미세한 찌꺼기가 생리적 식염수에 씻기지 아니하고 들어갈 가능성이 있는지, 이러한 미세한 찌꺼기조차 들어가지 못하도록 하는 것이 가능한지, 그리고 위 소외 1 등이 어느 정도로 깨끗이 찌꺼기를 씻어냈는지 등에 관하여 좀더 자세하게 심리해 본 다음에 위와 같은 추정을 하는 것은 몰라도, 그 책임을 부정하는 취지에서 한 의사의 위와 같은 말만을 근거로 곧바로 이러한 추정을 하는 것은 곤란하다고 할 것이다.

(2) 다음으로 원심은 위 소외 1 등이 수술 후 환자에 대한 사후 관찰이나 적절한 대처를 소홀히 한 점을 위와 같은 추정 근거의 하나로 들고 있다.

살피건대, 원고가 1990. 3. 6. 이 사건 심장수술을 받은 직후부터 시간당 250 내지 300cc 정도의 많은 출혈이 시작되어 계속되고 있었는데도 위 소외 1은 직접 원고의 상태를 관찰하지 않고 같은 날 18:00경 퇴근하였고, 그 후 같은 날 21:00경 혈압과 심박동이 떨어지면서 갑자기 쇼크가 발생하여 위 소외 7 등이 다시 2차 수술을 한 사실은 원심이 인정한 바와 같다.

그러나 위 1차 수술 자체나 수술 후의 경과를 좋았다는 것이고(기록 제103, 760, 905쪽 등 참조), 다른 한편 원심이 인정하는 바와 같이 위 1차 수술 후 출혈이 시작되다가 시간이 지나면서 출혈은 상당히 감소하였다는 것인 데다가, 가사 출혈에 문제가 있었다고 하더라도 그 출혈이 이 사건 뇌전색과 무슨 관계가 있는 것인지조차 밝혀지지도 않은 이 사건과 같은 경우에 있어서 1차 수술을 담당한 의사 소외 1이 반드시 퇴근시각 후에까지 병원에서 대기할 의무가 있는 것인지 의문이 가지 않을 수 없다.

그리고 원심이 인정하는 바와 같이 1차 수술 후 부작용이 나타나자 의사 소외 7 등이 즉시 응급조치를 취한 다음 2차 수술을 하였으며 그 수술에는 아무런 잘못이 없다는 것이므로, 위 소외 1이 퇴근함으로써 수술 후의 처치나 2차 수술에 어떤 지장을 초래하였다는 것이 밝혀지지 아니한 이상 1차 수술을 담당한 위 의사 소외 1이 퇴근하였다는 사실만으로 이 사건 뇌전색의 결과에 대하여 상당인과관계가 있다고 할 수 있는 것인지는 의심스럽다.

(3) 한편, 원심이 인정한 바와 같은 설명의무 위반과 원고의 뇌전색과의 사이에 상당인과관계 있음을 인정하기 어려우므로 위의 설명의무 위반만을 원인으로 원심 인정과 같은 소극적 손해와 적극적 손해의 배상을 명할 수 없는 것은 종전의 환송판결에서 실시한 바와 같다.

(4) 그럼에도 불구하고 원심이 위 설시와 같은 이유만으로 원고의 뇌전색이 의사 소외 1 등의 과실로 인한 것이라고 추정하여 소극적 손해와 적극적 손해의 배상을 명하고 말았음은 필경 채증법칙을 위반하여 사실을 잘못 인정하였거나 의료상 과실과 인과관계의 입증책임 등에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법을 저지른 것이라고 아니할 수 없다.

3. 그러므로 나머지 상고이유를 살필 것 없이 원심판결 중 피고 패소 부분을 파기하고 이 부분 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 이임수(재판장) 최종영 정귀호(주심) 이돈희