

미용성형시술과 의료과오의 제 문제

-대상판결. 서울지방법원 2000. 2. 17. 선고 98가단169105판결
대법원 2002. 10. 25. 선고 2002다48443판결 -

문 성 제*

I. 사실관계	3. 미용성형에 대한 판례의 입장
1. 기초사실	III. 미용성형시술과 법률문제
2. 원고의 주장(요지)	1. 미용성형의 특수문제
3. 판단	2. 미용성형에서 의사의 주의의무
4. 대법원의 판단(요지)	3. 미용성형에서의 의사의 설명의무
II. 미용성형시술에 관한 일반론	4. 대상판결의 검토
1. 문제의 소재	IV. 맺는 글
2. 의료행위의 개념	

I. 사실관계

1. 기초사실

원고는 1993년 10. 7. 경 피고가 운영하는 병원에 찾아와 미인대회에 출전하고자 하는데 이마와 턱을 높이고 눈 쌍꺼풀 수술을 하고 싶다며 성형수술에 관하여 상담한 후 1993. 11. 17. 금6,000,000원을 피고에게 지급하고 턱과 이마 부위에 실리콘 보형물을 삽입하는 수술과 눈 쌍꺼풀 수술을 받았다.

그 뒤 원고는 국제미인대회에 한국대표로 출전하는 등 별 지장 없이 활동을 하다가 피고에게 재수술을 요구하여 1994. 12. 13. 경 쌍꺼풀의 크기를 약간 줄이고 이마와 턱에 넣었던 보형물의 크기를 보다 얇은 것으로 교체하는 추가교정수술을 받았다.

*선문대학교 법학과 교수(sjmoon@sunmoon.ac.kr).

그런데 1997. 12. 경부터 원고의 턱 부위에 삽입된 실리콘이 대각선으로 이동하기 시작하여 1998. 10. 경에는 실리콘 보형물이 입안 내부로 돌출되었고, 실리콘을 삽입하면서 머리부위에 생긴 5cm의 癍痕에 부분적으로 머리털이 재생되지 않고 있다.

위 반흔 성형 및 구강 내 보형물 제거를 위한 수술비로 1,350,000원이 소요될 것으로 예상되며, 위 수술을 한다면 원고의 턱 부위가 위 성형수술 전의 모습으로 복귀 가능하고 반흔 부위도 현저히 양호해 질 것으로 예상된다.

2. 원고의 주장(요지)

원고는 이 사건 청구인으로, 원고가 1994년 겨울부터 이마 부위에 삽입된 실리콘이 제자리를 잡지 못하고 육안으로 쉽게 식별될 만큼 어긋나기 시작하고 물이 차는 등하여 피고의 처방대로 약을 사먹다가 호전되지 않아 결국 피고로부터 재수술과 1주일동안 통원치료를 받아 겨우 원상회복되었는데, 1997. 12. 경 턱 부위에 삽입된 실리콘이 대각선으로 이동함은 물론, 실리콘이 잇몸으로 돌출되어 잇몸 밖으로 튀어나오기 직전의 상태에 이르고, 이마 부위에 실리콘을 삽입하면서 생긴 5cm의 탈모된 흉터 자국에 머리털이 재생되지 않은 채 그대로 흉하게 남아 있어 앞가르마를 탈수 없는 지경에 이르는 등 부작용이 생겼고, 피고는 사전에 원고에게 수술에 대한 이러한 부작용을 설명하지 아니하여 원고가 성형수술을 받을지 여부를 선택할 의사결정권을 침해하였으며, 수술과정에서도 부작용이 발생하지 않도록 최선을 다할 의무가 있음에도 이를 게을리 하여 위와 같은 부작용이 생겼으므로, 피고는 원고에게 위 성형 수술비 금 6,000,000원의 반환 및 향후 치료비로 금 1,350,000원, 위자료로 금 15,000,000을 배상할 의무가 있다.

3. 판 단

먼저 피고에게 수술과정에서 의료상 과실이 있었는지에 관하여 보건대,

제1심 법원의 대한의사협회장에 대한 진료기록 감정축탁결과 및 변론의 전 취지에 의하면, 현재 원고의 이마에는 100mm×50mm×4mm크기, 턱에는 5mm두께의 실리콘 보형물이 삽입되어 있는 바, 그 크기나 두께가 특별히 보형물 삽입술을 시행함에 있어 비적절하다고 할 수 없고, 또한 이마에 위 보형물을 삽입할 때는 눈에 쉽게 띄는 이마의 흉을 피하기 위하여 두 피에 절개를 가하며 이 때 절개 부위의 일부 모근손상은 피할 수 없는 상황이며, 한편 이마나 턱 부위에 삽입된 보형물도 수술 후 일정기간 동안만 고정하여 주면 그 위치에 평생 고정되는 것이 보통이고, 다만 실리콘이 삽입부위의 표면에 제대로 접촉되지 못하거나 수술 후 치유기간 동안 적절히 고정되지 못하거나 치유과정에서 삽입낭의 피막이 구축되거나 수술 후 혈종이나 장액종이 지속되어 감염이 발생하면 이로 인해 실리콘이 이동되거나 돌출될 수 있고, 드물게 심한 외력의 작용이나 신체의 이물 반응으로도 이동되거나 돌출될 수 있으나, 원고의 경우는 수술 받은 뒤 상당기간 동안 별 지장없이 생활하여 왔던 점에 비추어 현재의 턱 부위 보형물의 돌출이 반드시 피고의 수술상의 과실에 의한 것이라고 단정하기 어렵고, 당심 증인 ○○○의 증언만으로는 피고에게 진료상의 과실이 있음을 인정하기에 부족하며 달리 이를 인정할 만한 아무런 증거도 없으므로, 피고에게 진료상의 과실이 있다는 원고의 위 주장은 받아들일 수 없다.

다음으로 피고에게 설명의무 위반이 있는지 보건대, 성형수술의 경우 그 성질상 긴급을 요하지 않고 성형수술을 한다 하더라도 외관상 다소간의 호전이 기대될 뿐이며 수술 후의 상태가 환자의 주관적 기대치와 다른 경우가 있을 수 있으므로, 의사는 환자에게 치료의 방법 및 필요성, 치료 후의 개선상태 및 부작용 등에 관하여 구체적인 설명을 하여 환자가 그 의료행위를 받을 것인가의 여부를 선택할 수 있도록 하여야 할 의무가 있다 할 것이다. 그런데 피고가 원고에게 위와 같은 정도의 설명을 하여 원고가 수술을 결정하였음을 인정할 만한 증거가 없으며, 오히려 당심의 피고 본인 심문결과 및 변론의 전 취지에 의하면 피고는 위 성형수술 당시 원고에게 위 수술의 부작용으로서 출혈, 염증, 보형물의 크기가 본인이 원하는 것이 아닐 경우가 있으며, 머리 절개 부위는 머리털이 자

라서 회복이 되는데 일부 미세하게 안 자라는 부분이 있을 수 있다고 설명 하였을 뿐 위 보형물이 움직일 수 있다는 점에 대하여는 충분한 설명이 없이 수술한 사실을 인정할 수 있고, 이에 어긋나는 증거가 없으므로, 피고는 위 수술을 함에 있어서 설명의무를 위반하여 원고가 수술을 할 것인지 여부를 결정할 수 있는 권리를 침해하였다 할 것이다.

4. 대법원의 판단(요지)

일반적으로 의사는 환자에게 수술 등 침습을 과하는 과정 및 그 후에 나쁜 결과 발생의 개연성이 있는 의료행위를 하는 경우 또는 사망 등의 중대한 결과 발생이 예측되는 의료행위를 하는 경우에 있어서 응급환자의 경우나 그 밖에 특단의 사정이 없는 한 진료계약상의 의무 내지 위 침습 등에 대한 승낙을 얻기 위한 전제로서 당해 환자나 그 법정대리인에게 질병의 증상, 치료방법의 내용 및 필요성, 발생이 예상되는 위험 등에 관하여 당시의 의료수준에 비추어 상당하다고 생각되는 사항을 설명하여 당해 환자가 그 필요성이나 위험성을 충분히 비교해 보고 그 의료행위를 받을 것인가의 여부를 선택할 수 있도록 할 의무가 있다 할 것이고, 이와 같은 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 것이고, 의사가 설명의무를 위반한 채 수술 등을 하여 환자에게 예상치 못한 피해를 입히는 등의 중대한 결과가 발생한 경우에 있어서, 그 결과로 인한 모든 손해를 청구하는 경우에는 그 중대한 결과와 의사의 설명의무위반 내지 승낙취득 과정에서의 잘못과의 사이에 상당인과관계가 존재하여야 하며, 그 경우 의사의 설명의무위반은 환자의 자기결정권 내지 치료행위에 대한 선택의 기회를 보호하기 위한 점에 비추어 환자의 생명·신체에 대한 의료적 침습과정에서 요구되는 의사의 주의의무위반과 동일시할 정도의 것이어야 할 것이지만, 환자 측에서 선택의 기회를 잃고 자기결정권을 행사할 수 없게 된

데 대한 위자료만을 청구하는 경우에는 의사의 설명 결여 내지 부족으로 선택의 기회를 상실하였다는 사실만을 입증함으로써 족하고, 설명을 받았더라면 사망 등의 결과는 생기지 않았을 것이라는 관계까지 입증할 필요는 없다고 할 것이다(대법원 1995. 1. 20. 선고 94다3421 판결참조).

그리고 의료행위라 함은 의학적 전문지식을 기초로 하는 경험과 기능으로 진찰·검안·처방·투약 또는 외과적 시술을 시행하여 하는 질병의 예방 또는 치료행위 및 그 밖에 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위를 의미한다 할 것이고(대법원 1974. 11. 26. 선고 74도1114전원합의체판결, 1992. 5. 22. 선고 91도3219판결, 2002. 6. 20. 선고2002도807전원합의체 판결 등 참조), 성형수술행위도 질병의 치료행위의 범주에 속하는 의료행위임이 분명하므로(대법원 1974. 11. 26. 선고 74도1114 전원합의체 판결 참조) 이러한 성형수술 과정에서 의사가 환자에게 침습을 가하는 경우에 대하여도 위와 같은 설명의무에 관한 법리가 마찬가지로 적용된다 할 것이다.

원심판결 이유에 의하면, 원심은 그 채용증거를 종합하여, 원고가 1993. 10. 7. 경 피고 운영의 병원에 찾아와 미인대회에 출전하고자 하는데 이마와 턱을 높이고 눈 쌍꺼풀 수술을 하고 싶다고 성형수술에 관하여 상담을 한 후 1993. 11. 17. 6,000,000원을 피고에게 지급하고 턱과 이마 부위에 실리콘 보형물을 삽입하는 수술과 눈 쌍꺼풀 수술을 받은 사실, 그 뒤 원고가 국제미인대회에 한국대표로 출전하는 등 별 지장 없이 활동하다가 피고에게 재수술을 요구하여 1994. 12. 13. 경 쌍꺼풀의 크기를 약간 줄이고 이마와 턱에 넣었던 보형물의 크기를 보다 얇은 것으로 교체하는 추가교정수술을 받은 사실, 그런데 1997. 12. 경부터 원고의 턱 부위에 삽입된 실리콘이 대각선으로 이동하기 시작하여 1998. 10. 경에는 실리콘 보형물이 입안내로 일부 돌출되었고, 실리콘을 삽입하면서 머리 부위에 생긴 5cm의 반흔에 부분적으로 머리털이 재생되지 않고 있는 사실을 인정한 다음, 성형수술의 경우 그 성질상 긴급을 요하지 않고 성형수술을 한다 하더라도 외관상 다소 간의 호전이 기대될 뿐이며 수술 후의 상태가 환자의 주관적인 기대치와 다른 경우가 있을 수 있으므로, 의사는 환자에게 치료방법 및 치료 후의 개선상태 및 부작용 등에 관하여 구체

적인 설명을 하여 환자가 그 의료행위를 받을 것인가의 여부를 선택할 수 있도록 하여야 할 의무가 있다 할 것인데, 피고가 원고에게 위와 같은 정도의 설명을 하여 원고가 수술을 결정하였음을 인정할 만한 증거가 없고, 오히려 원심의 피고 본인 심문결과 등에 의하면, 피고는 위 성형수술 당시 원고에게 위 수술의 부작용으로서 출혈, 염증, 보형물의 크기가 본인이 원하는 것이 아닐 경우가 있을 수 있으며, 머리 절개 부위는 머리털이 자라서 회복이 되는데 일부 미세하게 안 자라는 부분이 있을 수 있다고 설명하였을 뿐 위 보형물이 움직일 수 있다는 점에 대하여는 충분한 설명이 없이 수술한 사실이 인정된다는 이유로, 피고는 위 수술을 함에 있어서 설명의무를 위반하여 원고가 수술할 것인지 여부를 결정할 수 있는 권리를 침해하였다 할 것이고 이로 인하여 원고에게 가한 정신적 손해를 배상할 책임이 있다고 판단하였다.

원심판결을 기록과 대조하여 살펴보면, 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 위 법리를 따른 것으로서 정당하고, 거기에 주장과 같은 채증법칙을 위반한 사실오인, 판단유탈, 석명권불행사, 의사의 설명의무에 있어서 인과관계 등에 관한 법리오해의 위법이 없다.

II. 미용성형시술에 관한 일반론

1. 문제의 소재

의료의 목적은 질병으로부터 환자를 치유하거나 고통을 감소시켜 환자를 건강한 상태로 복귀하게 함을 그 목적으로 한다. 그러나 오늘날 의학의 발달은 질병 자체의 검사·치료 및 그 예방에 한하지 않고, 더 나아가 진료방법의 연구개발을 위하여 인체를 통한 실험까지 하기에 이르렀다. 이 같은 방법에 의하여 연구 개발된 의료기술의 적용은 의료와 관련하여 볼 때 다음 몇 가지의 영역으로 확대 발전하고 있다. 첫째, 타인의 신체 일부의 채취를 필요로 하는 수혈·각막이식·피부이식·인공수정·체외수정 등이 있고, 둘째, 건강한 사람들의 요구에 의하여 행하여지는 미용성형시술·성전환수술 등이 있으며, 셋째, 사람 생명의 시기와 종기에

관한 문제로서, 사람의 시기와 관련하여 나타나는 제 문제는 모성보호를 위한 불임수술(모자보건법 제2조 제6호)·태아진단·인공임신중절수술의 허용한계(모자보건법 제14조)와 관련되며, 사람의 終期에 관해서는 병의 고통으로부터 해방을 위한 안락사, 무의미한 연명을 회피하기 위한 尊嚴死·醫療辭退死 등이 그것이다.

이와 같이 현대사회에서 의료는 의학의 이론 및 기술이 적용되는 대상이 비약적으로 확대됨으로 말미암아, 과거에는 비교적 의료의 목적이 명확하였다 하겠으나, 오늘날에는 어떤 행위가 의료행위인가에 대한 명확한 개념을 정의할 수 없게 되었다. 이와 관련하여 의료법에서도 의료인(의료법 제2조) 및 의료행위(의료법 제25조)만을 언급하고 있음으로써, 의료법을 통하여 무엇이 의료행위인지에 대한 구체적이고도 명확한 개념을 도출할 수 없는 실정에 있다. 결국 과거에는 의학·의료기술 그 자체만으로도 의료의 본질을 밝힐 수 있었다고 할 수 있겠으나, 오늘날에는 의학만으로는 그것을 규정할 수 없게 되었고 따라서 법학, 윤리, 도덕 더 나아가 종교를 포함한 사회문제로서의 해결을 요구하게 되었다.

더 나아가 산업화 도시화의 발전에 따라 과거에는 예측할 수 없었던 새로운 질병이 나타나게 되었는데, 보다 나은 생활을 염원하는 사람들의 욕구와 함께, 불가피한 사고의 후유증으로 인한 정형 및 성형미용수술 등과 관련하여 나타나는 제반문제점들에 대한 연구와 검토는 의료기술과 의료의 목적을 떠나 법률적 차원에서 어떠한 문제가 발생하고 그에 대한 대책은 무엇인가를 강구하지 않으면 안 되는 시대적 요청에 직면해 있음을 부인할 수 없다. 이 같은 문제의식을 갖고 대법원 2002. 10. 25. 선고 2002다48443판결을 중심으로 고려되어야 할 몇 가지 문제점들을 언급해 보도록 하겠다. 우선 미용성형의 의료과오를 논하기 위하여, 그 전제로서 미용성형을 의료행위라 할 수 있는가 하는 문제가 있다. 왜냐하면 미용성형은 외모를 보다 아름답게 하려고하는 것이 그 목적이 되므로, 질병의 치유에 의한 환자의 생명유지와 건강의 회복 내지는 증진을 제1차적인 목적으로 하는 것이 의료 본래의 목적과는 다르기 때문이다. 즉 미용성형은 의학적 적응성 내지 의학적 필요성이 매우 적기 때문에, 반대로 이것이 본래의 의료행위가 아니라 한다면 객관적으로 정상적인

형태와 기능을 가지고 있는 건강한 신체에 대한 침습행위에 대하여 미용성형에 대한 적법성 근거를 어떻게 구할 것인가, 또 적법한 것이라면 그에 대한 범위는 어떻게 정할 것인가 하는 문제가 남는다. 예를 들어 미용성형이 의료가 아니라 하면 의사 아닌 자가 미용성형 수술 등을 하여도 의료법에 반하지 않게 되며, 진료와 비밀유지 등에 관한 법률상 각종 의무도 지지 않게 되고, 무엇보다 이 같은 문제를 의료과오의 문제로서 언급한다는 그 자체가 이미 범위를 벗어난 논의가 된다. 이 같은 문제는 과거부터 이미 논의의 대상이 되어왔으나, 그 배후는 법적 개념으로서 의료행위란 무엇인가 하는 문제와 관련된다.

이 같은 문제의식을 가지고 의료의 한계영역에 관한 제반 문제점들을 법률적 시각에서 검토함에 있어, 종합적으로 그와 관련된 모든 문제들을 검토하여야 하나 지면관계상 이 글에서는 미용성형을 의료행위에 포함시킬 것인가의 문제와 대상판결에서 이미 밝힌 비와 같이 의사의 설명의무와 관련된 문제점들을 중심으로 살펴보도록 하겠다.

2. 의료행위의 개념

일반적으로 의료행위는 질병의 예방이나 환자에 대한 치료행위로서 국민보건의 향상에 이바지함을 그 목적으로 하며, 더 나아가 국민의 건강한 생활 확보에 기여하는 행위임에는 틀림없다. 그러나 이 같은 의료행위는 고정되어 있는 개념이 아니라 사회의 변화와 발전에 따라 달라진다는데 문제가 있다. 즉 문명의 발전은 인간의 육체적인 면뿐만 아니라 정신적인 면에 이르기까지 영향을 미쳐, 한편으로 새로운 질병이 발생하게 되고, 그 이면에 새로운 의료기술의 발전과 연구로 진일보된 치료방법의 개선과 과학 기자재 등의 개발로 질병을 퇴치하게 되는데, 이를 통하여 의료행위의 개념도 유동적으로 변화 발전하게 된다.

그러나 의료행위와 관련하여 우리의 법규는 「보건범죄단속에 관한 특별조치법」제5조에서 의료법 제25조의 규정에 위반하여 영리를 목적으로 의사가 아닌 자가 의료행위를, 치과의사가 아닌 자가 치과 의료행위를, 한의사가 아닌 자가 한방 의료행위를 업으로 한 자는 무기 또는 2년 이상의 징역

에 처하도록 하고, 이 경우 100만원 이상 1천만원 이하의 벌금을 병과 한다」고 하고 있으며, 의료법 제25조 제1항에서도 「의료인이 아니면 누구든지 의료행위를 할 수 없으며 의료인도 면허된 이외의 의료행위를 할 수 없다」고 규정하고 있을 뿐, 무엇이 의료행위인지에 대한 명문의 규정이 없다.

이에 대하여 과거 대법원의 입장은 “곰보수술, 쌍꺼풀수술, 콧날 세우기 등의 미용성형수술은 의료의 기초적이고 초보적인 행위이기 때문에 일반 의사든지, 치과의사든지 간에 메스를 넣고 치료를 할 수 있는 기술을 가진 사람이라면 누구나 할 수 있는 행위이기는 하지만 질병의 예방 또는 치료행위가 아니므로 의학상 의료행위에 속하는 것이라 할 수 없으므로, 따라서 치과의사는 물론 일반의사도 위와 같은 미용성형 수술을 그들 본래의 의료행위로서 실시하는 것이 아님이 명백하다 할 것인즉, 이와 같이 의료행위에 속하지 않는 미용성형수술을 행한 자에 대하여는 의료법 제19조 제2항의 품위손상 행위로서 치과의사나 일반의사의 업무의 정지등 행정조치를 함은 별론 이거니와 이 사건 미용성형수술은 오직 일반의사에게만 허용되는 의료법 제25조 소정의 의료행위에 속하는 것이라 단정할 수는 없다” …고 판단하고 있다. 그러나 이 같은 법원의 판단에도 변화를 가져왔다. 즉 “의료행위라 함은 질병의 예방이나 치료행위를 하는 것을 말하는 것으로서 풀이하여 보면 의학의 전문적 지식을 기초로 하는 경험과 기능으로써, 진찰, 검안, 처방, 투약 또는 외과수술 등의 행위를 말하는 것”이라 정의하고, 구체적인 행위가 의료행위에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서, “의료행위의 내용에 관하여는 이에 관한 정의를 내리고 있는 법조문이 없으므로 결국은 구체적 사안에 따라 이를 정할 수밖에 없는 것인바, 이 개념은 의학의 발달과 사회의 발전 등에 수반하여 변화될 수 있는 것이어서, 의학상의 전문지식이 있는 의사가 아닌 일반사람에게 어떤 시술행위를 하게 함으로써 사람의 생명, 신체상의 위험이나 일반 공중위생상의 위험이 발생할 수 있는 여부 등을 감안한 사회통념에 비추어 의료행위 내용을 판단하여야 한다³⁾”고 하여 의료행위의 구체적

1) 대법원 1972. 3. 28선고, 72도342판결.

2) 대법원 1974. 11. 26. 전원합의부 판결 74도 1114.

3) 대법원 1974. 11. 26. 전원합의부 판결 74도 1114.

판단에 대한 유동적인 입장을 제시하고 있다.

그리하여 전술한 72도 342판결과는 달리, “코 높이기 수술인 미용성형 수술이 의료기술의 시행방법으로 행하여지고, 또 코의 절개과정이나 연골의 삽입봉합과정에서 미균이 침입할 위험성을 내포하고 있는 것이어서 이러한 코 높이기 수술의 방법 및 행위의 태양을 함께 감안하면 코 높이기 성형수술 행위도 질병의 치료행위의 범주에 넣어 의료행위가 되는 것으로 해석함이 타당하다”하여 코 높이기 미용성형수술행위가 의료행위임을 밝히고 있다. 이 같은 의료행위의 개념정의는 오늘날에도 그대로 유지되고 있다. 최근의 판례도 의료법 제25조 제1항의 의료행위라 함은 의학 적 전문지식을 기초로 하는 경험과 기능으로 진찰, 검안, 처방, 특약 또는 외과적 시술을 시행하여 하는 질병의 예방 또는 치료행위 이외에도 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위를 의미하며,⁴⁾ 더 나아가 질병의 예방과 치료행위 뿐만 아니라 의학적 전문지식이 있는 의료인이 행하지 아니하면 사람의 생명, 신체나 공중위생에 위해를 발생시킬 우려가 있는 행위를 포함한다⁵⁾ 하고 있는데, 개념정의를 위하여 몇 가지의 판례를 살펴보도록 하겠다.

3. 미용성형에 대한 판례의 입장

(1) 의료행위라고 인정한 사례

1) 코 높이기 미용성형수술

코 높이기 수술인 미용성형수술이 의료기술의 시행방법으로 행하여지고 또 코의 절개과정이나 연골의 삽입봉합과정에서 미균이 침입할 위험성을 내포하고 있는 것이어서 이러한 코 높이기 수술의 방법 및 행위의 태양을 함께 감안하면 코 높이기 성형수술 행위도 질병의 치료행위의 범주에 넣어 의료행위가 되는 것으로 해석함이 타당하다.⁶⁾

2) 눈썹 등 부위의 피부에 행한 미용문신

4) 대법원 2000.2. 25. 선고 99다4542판결 ; 대법원 1999. 6. 25. 선고 98도4716판결.

5) 서울고등법원 1989. 9. 29. 선고 88도 2190 ; 1992. 5. 22, 선고 91도 3219.

6) 대법원 1974. 11. 26. 전원합의부 판결 74도 1114.

의료행위라 함은 질병의 예방과 치료행위 뿐만 아니라 의료인이 행하지 아니하면 보건 위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위를 말한다.

고객들의 눈썹 또는 속눈썹 부위의 피부에 자동문신용 기계로 색소를 주입하는 방법으로 눈썹 또는 속눈썹 모양의 문신을 하여 준 행위는 그 시술방법이 표피에 색소를 주입함으로써 통증도 없고 출혈이나 그 부작용도 생기지 않으므로 의료인이 행하지 아니하면 사람의 생명, 신체 또는 일반 공중위생에 밀접하고 중대한 위험이 발생할 염려가 있는 행위라고 볼 수 없어 의료행위가 아니라고 본 원심판결은 과연 표피에만 색소를 주입하여 영구적인 문신을 하는 것이 가능한지 및 그 시술방법이 어떤 것인지를 가려보지 않았고 작업자의 실수 등으로 진피를 건드리거나 진피에 색소가 주입될 가능성이 있으며 문신용 침으로 인하여 질병의 전염 우려도 있다는 점을 간과함으로써 범리오해, 채증법칙 위배, 심리미진 등의 위법이 있다.”

3) 피부박피술과 의료행위

프로페셔널 필링 포뮬러(Professional Feeling Formula)뉴욕의 피부과 전문의가 피부의 얇은 주름, 햇볕에 그을은 피부 등을 치료하기 위한 피부박피술을 시행함에 있어 사용하는 치료약물로서 전문가를 위한 제품임을 명시하고 있고, 만일 사용으로 인하여 중독 등의 부작용이 생기면 의사에게 진찰을 받을 것을 경고하고 있는 점에 비추어보면, 위 프로페셔널 필링 포뮬러는 의약품이라고 봄이 상당하고, 의료행위라 함은 질병의 예방과 치료행위 뿐만 아니라 의학적 전문지식이 있는 의료인이 행하지 아니하면 사람의 생명, 신체나 공중위생에 위해를 포함하므로, 피부미용을 위하여 화장품으로 분류되는 필링크림 등을 사용하여 얼굴 마사지를 하는 행위는 그로 인하여 피부의 상태에 따라 피부가 다소 벗겨지는 증상이 나타난다 하더라도 이를 들어 의료행위라고 할 수 없을 것임은 소론과 같다고 하겠으나, 피고인은 의약품인 위 프로페셔널 필링 포뮬러를 사용하여 얼굴의 표피 전부를 벗겨내는 박피술을 시행한 사실이 인정되는 바, 인체의 생리구조에 대한 전문지식이 없는 피고인이 그와 같은 행위를

7) 서울고등법원 1991. 8. 23. 91노 1777[공1992 2057].

하는 것은 사람의 생명, 신체나 공중위생상 위해를 발생시킬 우려가 있는 것이므로, 이는 단순한 미용술이 아니라 의료행위에 해당한다고 보아야 한다.⁸⁾

4) 미용업자의 얼굴 마사지와 의료행위

미용업자가 미용실안에 피부 관리실을 운영하면서 고객들을 상대로 살구씨, 울무 등의 가루와 달걀흰자 또는 녹두, 감초, 고령토, 맥반석을 혼합하여 얼굴에 바르고 마사지 하는 등의 방법으로 기미, 주근깨, 여드름 등의 제거시술을 하는 등의 행위는 보건위생상 위험이 있으므로 자격을 갖춘 의사가 완벽한 임상병리시설을 갖추어진 의료기관에서만 시술이 가능한 의료법 제25조 제1항 소정의 의료행위에 해당 한다.⁹⁾

5) 안마·지압과 의료행위¹⁰⁾

의료행위라 함은 의학적 전문지식을 기초로 하는 경험과 기능으로 진찰, 검안, 처방, 투약 또는 외과적 시술을 시행하여 하는 질병의 예방 또는 치료행위 및 그 밖에 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위를 의미한다 할 것이고, 안마나 지압이 의료행위에 해당하는지에 대해서는 그것이 단순한 피로회복을 위하여 시술하는데 그치는 것이 아니라 신체에 대하여 상당한 물리적 충격을 가하는 방법으로 어떤 질병의 치료행위에까지 이른다면 이는 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위, 즉 의료행위에 해당 한다.¹¹⁾

(2) 의료행위라고 보지 않은 사례

1) 건강식품의 권유

피고인이 평소 건강식품과 식음료 방법에 관한 연구를 하여 오던 중 그에 관심을 가지고 찾아온 환자들에게 그간의 치료경위와 상태들에 관하여 상담을 한 다음 시중에서 판매되고 있는 소위 건강식품의 복용을 권유하였다면, 위 환자들은 이미 자신의 병명을 알고 있었던 사람들로써

8) 대법원 1994. 5. 10. 선고 93도2544판결 [공 1944. 6. 15. (970), 1745].

9) 광주고등법원 1991. 11. 22. 선고 90노867 형사부판결 : 확정 [하집 1991(3), 390].

10) 대법원 2000. 2. 25. 선고 99도 4542판결.

11) 대법원 2002. 6. 20 선고 2002 도807 전원합의체판결 [공2002. 8. 1. (159), 1750].

위 상담으로 새로운 병상이나 병명이 규명, 판단되었다고 보기 어렵고 시중 식품점에서 유통되고 있는 건강식품의 복용을 권유한 것이 질병의 치료를 위한 처방이나 투약행위라 볼 수 없다.¹²⁾

2) 지압

의료법 제25조 제1항 소정의 '의료행위'라 함은 의학적 전문지식을 기초로 하는 경험과 기능으로 진찰, 검안, 처방, 투약 또는 외과적 시술을 시행하여 하는 질병의 예방 또는 치료행위 및 그 밖에 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위를 의미한다고 전제하고, 피고인이 자신이 운영하는 지압서비스업소에서 근육통을 호소하는 손님들에게 엄지손가락과 팔꿈치 등을 사용하여 근육이 뭉쳐진 허리와 어깨 등의 부위를 누르는 방법으로 근육통을 완화시켜 준 사실을 인정한다음, 피고인의 위와 같은 행위는 그 내용과 수준으로 보아 의료인이 행하지 아니하면 사람의 생명이나 신체 또는 일반 보건위생에 위험을 초래할 우려가 있는 행위가 아니므로 '의료행위'에 해당한다고 볼 수 없고, 달리 피고인이 '의료행위'에 해당하는 행위를 하였다고 볼 증거도 없다고 하였다.¹³⁾

(3) 검토

의료법 제25조 제1항에서 '의료인이 아니면 누구든지 의료행위를 할 수 없으며 의료인도 면허된 이외의 의료행위를 할 수 없다'고 하여 무엇이 의료행위인지에 대하여는 명문의 규정이 없다. 따라서 본 규정에서의 의료인은 누구이며, 또 어떤 행위가 의료인지를 밝힘으로써 의료행위에 대한 개념정의를 할 수 있을 것 같다. 즉 의료법 제25조와 관련하여 판례에서 나타난 의료행위라 함은, "의학적 전문지식을 기초로 하는 경험과 기능으로 진찰, 검안, 처방, 투약 또는 외과적 시술을 시행하여 행하는 질병의 예방 또는 치료행위 및 그 밖에 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위"로써 이 같은 행위의 주체는 당연히 의사가 된다. 이 때 의사란, 예비시험과 국가시험에 합격한 후 보건복지

12) 서울고등법원 1989. 3. 24. 선고 87노3625판결.

13) 대법원 2000. 2. 22. 선고 99도4541판결.

부장관의 면허를 받은 자(의료법 제4조)를 말한다. 그러나 의료행위의 개념은 사회의 변화와 발전에 따라서 달라지게 되는데, 치료행위 당시에 있어서의 신체 및 생명의 안전도와 환자의 성향에 따라 그때그때 사회의 통념에 따라 정해지게 된다. 그 결과 성형미용수술 등에서와 같은 불분명한 개념들이 나타나게 되었다.

의료법 제2조 제1항에서 “의료인”이라 함은 보건복지부장관의 면허를 받은 의사·치과의사·한의사·조산사 및 간호사를 말한다하고, 제1호에서 제6호까지 그에 대한 임무를 밝히고 있다. 그러나 앞에서 이미 살펴본 바와 같이 의료행위의 개념은 고정적인 것이 아닌 유동적인 것임을 감안할 때, 더 나아가 대부분의 미용성형수술도 의료행위로 보고 있는 현실에서 향후 의료행위의 개념은 보다 넓은 의미로 받아들여질 것으로 쉽게 예측할 수 있다. 이 같은 내용을 종합한다 하더라도 무엇이 의료행위인지를 단적으로 정의하기는 쉽지 않다. 따라서 종래 많은 학설은 의사가 의사로서 할 수 있는 모든 행위를 「넓은 의미의 의료행위」라 하고, 그 가운데 전문가로서 교육 및 실습 등을 통하여 터득한 의사의 의학적 지식과 능력 등을 활용하여 행하지 않으면 위해가 나타날 수 있는, 반드시 의사에 의하여 행함이 사회적으로 요청되는 것을 「좁은 의미의 의료행위」로 파악하여 왔다. 그러나 일반적으로 신체에 대한 침습이 있을 경우 상해죄 등의 성립이 문제가 되나, 사람에 대한 질병의 진찰·치료·예방을 목적으로 필요하고 유효 타당한 방법으로 행하는 것에 대하여 의사로서는 여기에 당연히 주의의무가 요구되며, 이 같은 의료행위와 같은 정당한 업무행위는 위법성이 조각되게 되는 것이다.

그러나 의사의 의학적전문지식과 기능으로 행하지 않으면 위해가 생길 우려가 있는 행위란, 반드시 환자를 대상으로 하여야 하는 것, 즉 질병의 치료 등을 목적으로 하는 것에 한하지 않고, 질병의 치료·예방 등을 목적으로 의사 이외의 자도 이 같은 행위를 할 수 있다는 점을 고려할 때, 이미 살펴 본 바의 「넓은 의미」 「좁은 의미」로 구분하는 단순한 방법론에는 의문이 있다. 또 행위의 대상 내지 목적의 관점과, 더 나아가 의사 아닌 자가 의료행위를 함으로써 발생하는 위험과 폐해를 방지하기 위한 무면허의료행위의 금지를 포함하여 의료행위의 개념을 정의하려는

견해¹⁴⁾도 있다. 이 견해에 의하면 광의의 의료행위와 협의의 의료행위가 중복되는 영역이 바로 진찰·치료·요양방법의 지도 등, 고유의 의료행위로서, 종래 이후 정당행위로서 위법성이 조각되는 의료행위의 대부분이 이 영역이 된다. 그리고 이 양자가 중복되지 않는 영역 가운데, 협의의 의료행위에서 분류되는 영역, 즉 장기이식을 위한 장기의 적출과 혈액의 공급을 위한 채혈, 성전환수술 등 환자의 질병의 진찰·치료·예방 등을 목적으로 하는 것은 아니지만 의학적 방법으로 행하는 것으로, 의사의 의학적 전문지식과 기능을 활용하여 행하지 않으면 신체·생명에 위험을 야기할 우려가 있는 행위도 「의료행위(방법상의 의료행위)」라 하고, 이 같은 것은 그 대상·목적(의학적 적응성 내지 의학적 필요성)으로서가 아니라 「피해자의 동의」의 법리에 의하여 적법성이 인정되는 것이며, 미용성형도 이에 포함한다고 할 수 있다. 더 나아가 당 견해에 의하면 전자의 관점에서 분류되는 영역인 안마·마사지·조산 등의 행위는 「의료유사행위 등」으로 부르게 된다.

Ⅲ. 미용성형시술과 법률문제

1. 미용성형의 특수문제

(1) 미용성형의 의료성

미용성형(Cosmetic Surgery)이란 정상적인 사람이 자신의 용모를 보다 더 아름답게 보이기 위한 목적으로 행하는 시술로서, 신체의 일부가 기형이거나, 질병 기타 사고 등으로 인하여 변형된 신체의 일부를 교정 내지 재건을 목적으로 하는 성형외과(Plastic, Reconstructive Surgery)와 뼈·관절의 형태이상과 기능장애의 교정·예방을 주 임무로 하는 정형외과(Orthopedic Surgery)와 구별 된다.

질병 등에 의하여 변형된 모습을 교정하는 성형외과와 정형외과가 의료행위에 포함된다는 것에 대한 반론은 문제되지 않으나, 건강하고 정상

14) 菅野耕毅·高江洲義矩, 醫師法學概論, 医齒藥出版社, 110面 以下.

적인 사람이 자신의 외모에 변경을 가하는 미용성형에 대하여는 논란의 소지가 있을 수 있다. 이 같은 미용성형 시술을 의료행위로 볼 것인가의 여부는 앞에서 살펴본 것과 같이 의료행위의 개념을 어떻게 파악할 것인가와 관련된 문제이다. 의료행위를 치료목적에 중점을 두는 경우, 정상적인 모습을 아름답게 보이기 위한 시술은 의료라 할 수 없기 때문에 미용성형수술은 의료행위라고 할 수 없게 된다. 그러나 이 경우 의학의 전문적 지식을 기초로 하여 경험과 기술에 의하지 않으면 위험을 초래할 수 있는 위험한 행위라 하여, 그 방법적인 면을 중시한다면, 기타 의료행위와 구별할 필요가 없이 의사에 의하여 행하여지는 의료행위가 된다. 이 같은 시각에서 행정적인 해석을 하면, 수술용 칼, 봉합 바늘 등을 사용하여 피부이식, 여드름, 피부의 반점 주근깨의 제거 등을 행하는 행위, 귀걸이 등을 착용하기 위하여 귀에 구멍을 뚫는 것 등도 의료행위가 되며, 따라서 의사 아닌 자가 이 같은 행위를 하게 되면 의료법위반이 된다.

그러나 미용성형수술로 눈, 코, 피부 등의 모습에 기인하는 정신적부담의 감소 내지는 제거, 더 나아가 개인의 정신적 열등감을 제거할 수 있고, 또 삶의 기쁨을 가져올 수 있다고 하는 정신적인 면에서의 개선 등의 효과를 강조하게 되면 이 또한 적극적 醫療行爲라고 주장할 수도 있다. 이 같은 주장은 일본에서 유방확대수술과 관련하여 나타나고 있는데 즉, 「사람들이 가진 정신적 불만을 해결하기 위한 목적으로 행하는 것이고, 사회적으로 유용한 것으로써 그의 존재가치를 인정해야 할 광의의 의료행위에 속한다」¹⁵⁾고 하여 이 같은 미용성형수술은 의료행위에 속한다는 입장이다. 그러나 이에 대하여 종래 개인의료에서 사회의료로 이행하고 있는 시기에, 의료관념의 확대를 정책적으로 결정한 것으로 적극적으로 평가하는 입장과, 일반적으로 의료행위에는 외과적 침습뿐만 아니라 내과적 약물복용에도 위험이 내포되어 있는 것이기 때문에, 시술시 일어날

15) 東京地判 昭和 四七・五・一九, 刑裁月報 四卷 五號 一〇〇 七頁, 判例タイムズ二 八〇 號 三五五頁; 피고 Y는 의사로서 H성형외과의원에 의사로 종사하는 자인데, 昭和 四二年 二月 A女(26세)에 대하여 유방확대시술을 위하여 동녀 좌우 흉부에 통상의 주사기로 바세린이라는 보전액을 약 130cc를 주입하고 약 1개월 후 두 번째로 동 바세린을 각각 60cc주입한 직후 A는 기분이 불쾌하고 구토를 호소하여, 약 7시간 후 좌우 양 폐의 栓塞症으로 사망한 사건이다.

위험이 현재 환자가 가지고 있는 질환의 진전에 의하여 발생할 수 있다고 예상되는 위험보다 적은 것이 아니면 안 되는데, 정상적인 보통의 유방에 대하여 단지 크게 만들기 위해 이 같이 위험한 시술을 하는 것은 의료라 하기에는 좀 거북한 면도 없지 않아 있다.

그러나 의료행위라 함은 2002다48443판결에서 밝힌 바와 같이 의학적 전문지식을 기초로 하는 경험과 기능으로 진찰·검안·처방·투약 또는 외과적 시술을 시행하여 하는 질병의 예방 또는 치료행위 및 그 밖에 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위를 의미한다고 하면서, 성형수술행위도 질병의 치료행위의 범주에 속하는 의료행위라고 대법판결에서 밝히고 있다.¹⁶⁾

그러나 이에 대하여 몇 가지 고려하여야 할 사항이 있다. 즉 형법에서는 의학적적응성(의학적 필요성)과 긴급성을 들어 혼수상태 및 승낙능력이 없는 환자의 생명·건강을 유지·회복하기 위하여 당해 환자 본인과 代諾權者의 승낙이 없이 행한 치료행위에 대하여 정당행위로 간주하여 위법성이 조각되며, 미용성형의 경우에는 의뢰자의 승낙(피해자의 승낙의 법리)에 의하여 위법성이 조각될 수 있으나, 생명에 위험이 있는 미용성형수술은 승낙이 있었다 하더라도 허용되어서는 안 된다는 점이다. 더 나아가 그 이외의 것이라도 승낙을 넘은 침습은 위법성을 인정하여야 할 것이다. 또 현행 의료보험법¹⁷⁾ 제1조에서 「국민의 질병·부상·분만 또는 사망 등에 대하여 보험급여를 실시」한다고 규정하고, 동 법률 제29조(요양급여)에서 피보험자 및 피부양자의 질병 또는 부상에 대하여는 다음 각호의 요양급여를 실시한다 하여 진찰, 약제 또는 치료재료의 지급, 처치, 수술 기타의 치료, 의료시설에의 수용, 간호, 이송 등으로 규정함으로써 미용성형은 적용대상에 제외하고 있음으로써 고유의 의료와 미용성형의 차이를 여기에서도 찾을 수 있다.

또 의사는 환자에 대하여 의료행위를 행함에 있어 환자가 당 의료를

16) 대법원 2002. 10. 25. 선고 2002다48443판결.

17) 전문개정 1994. 1. 7 법률 제4728호, 일부개정 1994. 12. 31 법률 제4856호(독립유공자 대우에 관한 법률), 일부개정 1995. 8. 4 법률 제4972호, 일부개정 1997. 1. 13 법률 제5291호(국가유공자등예우및지원에 관한 법률), 일부개정 1997. 12. 31 법률 제5489호, 일부개정 1998. 6. 3 법률 제5548호.

받을 것인지에 대한 동의를 받아야 하는가의 판단을 위하여 당 의료행위의 내용과 이에 따른 위험 등에 대하여 환자에게 설명하여야 할 의무가 있다고 하는, 소위 환자의 승낙과 의사의 설명의무이론이 판례를 통하여 정립되었다. 뿐만 아니라 민사에서도 환자의 생명이 위급한 상황에 처했을 경우, 즉 긴급을 요하는 시간적 여유가 없을 때에, 본래 불법행위의 성부의 문제가 되는 신체에 대한 침습을 가하는 의료행위라도, 예외적으로 이 경우에는 동의와 설명의무가 필요없게 되며, 이는 사무관리로써 위법성이 조각된다. 그러나 미용성형수술의 경우는 의뢰자 본인의 주관적인 미적 감각에 의하여 실시, 내지 검토되는 것으로 그 생명·건강의 유지·회복을 위하여 행하는 것이 아니고, 미용성형에서 행하는 수술 등은 이와 같이 긴급성이 없기 때문에 의뢰자의 승낙에 의하여 당해 승낙의 범위 내에서만 위법성을 조각한다고 이해하여야 할 것이다. 그러나 의학 적 적응성 및 긴급성의 결핍으로 고유의 의료행위와 미용성형의 차이를 구할 수 있다는 점에서 형법상의 통설에 따르는 것 또한 쉽지 않을 것 같다. 그럼에도 불구하고 민사상으로 볼 때, 비교적 오래 전부터 미용성형도 의사의 판단에 의하여 의학적 전문지식과 의술로 행하는 환자 신체에 대한 침습행위임을 고려할 때 이것 또한 고유의 의료행위와 다를 바 없으며 따라서 이에 준하여 다루어도 그다지 문제는 없겠으나 다만 미용성형이 가지는 특수성을 감안한다면 앞에서 설명한 의료행위의 개념을 둘러싼 논의는 해결될 것으로 본다.

또 형법상으로도 미용성형시술은 의사의 전문적 의학적 판단과 기능을 필요로 하고, 사전적 설명과 동의, 그 효과·부작용·시술 후 의뢰자에 대한 충분한 배려와 더 나아가 상해 기타 사망 가능성에 대하여 본래 의료행위와 같은 주의의무가 요구된다. 그럼에도 우리 의료법에서는 아직 미용성형외과에 대한 규정은 찾아볼 수 없다. 자신의 용모가 「협오」스럽기 때문에 그가 가지고 있는 열등감으로부터의 해방과 아름답고 싶다는 마음의 욕구를 충족시킴으로써 적극적 사회참여를 도모할 수 있기 위한 정신적 불만의 해소와 자신의 회복은, 다소 그들이 가지는 주관적인 원망이라 할지라도 미용성형에 의하여 이 같은 심리적 해방은 사회적으로도 인용될 것으로 보며, 의뢰자 신체의 개선·교정을 위한 미용성형은 이런

점에서 사회 의학적 적응성을 인정할 수 있다는 점에서, 넓은 의미에서의 의료행위라 할 수 있을 것 같다.

생각하건데 미용성형시술에서의 과오라는 관점에서 논할 때, 당 행위의 목적여하가 아니라 미용성형의 이름으로 행하여지는 대부분이 신체(때로는 생명)의 침습을 다소 동반하는 것이므로, 따라서 의뢰자의 신체·생명의 안전이라는 이익보호를 위하여 의료인으로서의 의사의 책임을 묻는 것이다. 또 의료에 있어서 의사는 환부의 조직과 장기의 일부에 그 초점을 맞추는 것이 아니라 종합적인 인간으로서의 환자로 대하여야 한다는 시각에서 「사회 의학적 적응성」이라는 개념으로 받아들이지 않으면 안 된다. 실제 눈 쌍꺼풀, 언청이 시술, 콧날 세우기 시술, 癍痕剝離, 植皮, 植毛 더 나아가 여드름, 모반, 검버섯 등의 제거를 위하여 약품을 도포하는 등의 행위는 모두 당 행위를 행할 때 의사의 의학적 판단과 기술이 아니면 신체에 위해를 가져올 우려가 있는 행위이며, 기구를 사용하여 귀에 구멍을 뚫어 귀걸이를 장착하는 행위, 모근에 침을 삽입하여 전기를 통하게 하여 모근부를 파손하는 방법에 의한 탈모술등은 위생상 위험성이 있으므로 이는 의료행위라 할 수 있다. 또 미용성형은 사람들의 이름 다워지고 싶어하는 아름다움에 대한 憧憬과 醜惡함에 대한 근심이라는 사람들의 정신적 고통의 해소를 그 목적으로 하는 소극적 의미의 의료행위로서 사회적으로 유용한 것으로 그 가치를 인정하여야 할 넓은 의미에서의 의료행위의 범위에 속한다고 하여야 한다. 또 얼마전 병역기피의 한 방법으로 악용하여왔던 신체 부위에 문신을 하는 것 역시 이 같은 시각에서 의료행위의 범주에서 파악하여야 한다. 그러나 사회의학적적응성이 라도 의뢰자 본인의 주관을 근거로 하는 이상 앞에서 언급한 위법성조각 사유의 시각에서 보더라도 미용성형은 질병의 치유와 목적으로 하는 객관적인 의학적 적응성이 있는 고유의 의료행위와 똑같이 취급함에 있어서는 무리가 있는 듯하다. 따라서 미용성형은 고유의 의료행위에 준하는 것으로 보면서 비긴급성과, 건강한 신체에 대한 의학적 적응성이 부족한 침습행위, 더 나아가 당 시술의 적법성을 담보로 본인의 주관적인 미적감각에 의한 의사라고 하는 애매함과 동시에 불확실한 특이성을 고려하여, 의사의 주의의무와 설명의무를 논하여야 한다. 이에 대하여는 대상판결

을 중심으로 뒤에서 논하겠다.

(2) 미용성형의 적법요건

1) 피해자의 승낙

미용성형수술에 관한 초기 판례의 입장은 '질병의 예방 또는 치료행위가 아니므로 의학상 의료행위에 속하는 것이라 할 수 없으므로 따라서 치과의사는 물론 일반의사도 위와 같은 미용성형수술을 그들의 본래의 의료행위로서 실시하는 것이 아님이 명백하다 할 것인 즉, 이와 같이 의료행위에 속하지 않는 미용성형수술을 행한 자에 대하여는 의료법 제19조 제2항의 품위손상 행위로서 치과의사나 일반의사의 업무의 정지등 행정조치를 함은 별론이거니와 이 사건 미용성형수술이 오직 일반의사에게만이 허용되는 의료법 제25조 소정의 의료행위에 속하는 것이라고 단정할 수 없다는 취지에서'¹⁸⁾라고 하여 미용성형수술은 의료법제25조의 소정의 의료행위가 아니라는 입장이었다. 이 같이 미용성형수술이 의료행위라고 볼 수 없는 입장에서의 적법성은 피해자의 승낙(consent of the victim)에 대한 법리가 적용된다. 즉 범죄로서 위법한 법익침해라 하더라도 승낙능력이 있는 피해자가 승낙했을 경우에는 범죄의 구성요건에 해당하지 않거나, 해당한다 하더라도 위법성이 조각되는 법리이다. 이는 로마법의 Volenti non fit injuria(동의하는 자에 불법은 없다)에 淵源한다. 승낙은 법익의 주체가 부여하는 것을 필요로 하기 때문에, 실제 개인이 법익의 주체인 경우에 한하게 되는 것이 보통이다.

그러나 현대국가에서는 개인의 법익에 대하여 국가가 관여를 하게 되는데, 피해자의 승낙이 있었다하더라도 그 피해를 위법시하는 경향이 많다. 즉 최근 사회적으로 많은 문제가 되었던 신체에 문신을 하여 병역을 기피하려는 자해행위에 대하여 국가가 그에 대한 처벌을 하는 것이 그 예이다. 그러나 환자가 수혈을 위해 건강한 사람으로부터 수혈을 받는다거나, 화상환자의 피부이식을 위하여 건강한 사람의 피부의 일부를 절개하는 등, 그것으로부터 얻을 수 있는 이익이 보다 큰 경우에만 예외적으

18) 대법원 1972. 3. 28선고 72도342판결.

로 위법성 조각이 인정된다. 자살의 방조, 결투로 인한 상해, 채무불이행에서 違約罰로 가슴의 살을 도려내는 것 등의 방법은 공서양속에 반하는 행위임은 말할 필요도 없다. 공서양속에 반하는 동의 상해인가가 문제가 되는 경우는 조직폭력배로부터 단지를 의뢰받은 의사가 단절수술을 하는 경우 혹은 성전환수술을 하는 경우 등이 이에 해당한다. 전자는 의사 윤리의 문제로 국한되겠지만, 후자의 경우 이 같은 시술도 미용성형수술이라고 해야 할 것인가는 우리 사회의 정서와도 관련되어 나타나는 문제가 된다.

그러나 대법원은 그 입장을 바꾸어 ‘피고인의 코 높이기 수술인 미용성형수술이 의료기술의 시행방법으로 행하여지고 또 코의 절개과정이나 연골의 삽입봉합과정에서 미균이 침입할 위험성을 내포하고 있는 것이어서 이러한 코 높이기 수술의 방법 및 행위의 태양을 함께 감안하면 코 높이기 성형수술 행위도 질병의 치료행위의 범주에 넣어 의료행위가 되는 것으로 해석’¹⁹⁾하여야 한다는 태도를 취함으로써 의료행위를 보다 넓은 의미로 파악하고 있다.

2) 미용성형의 의료성

최근 대법원 판례의 입장은 미용성형수술을 의료행위로서 이해하고 있다. 그러나 미용성형수술을 의료행위가 아니라고 가정한다면, 피해자의 승낙의 법리와 침습과의 관계를 어떻게 이해 할 것인가 하는 문제로 귀결된다. 즉 의뢰자의 승낙에 의한 침습이므로 의료과오의 경우에 과실상계를 인정하여야 하는가의 문제가 제기될 것으로 본다. 미용성형의 적법성이 문제가 되는 경우는 수술이 실패한 경우이며, 그 실패는 위험성 있는 수술의 감행으로 인한 경우가 되는데, 피해자의 승낙의 법리에 따르면, 피해자의 승낙만이 위법성이 조각되므로 그 승낙의 범위를 넘은 결과는 당연히 위법성이 존재하게 된다.

반대로 미용성형시술이 의료행위라고 한다면 피해자의 승낙의 법리를 적용할 필요 없이, 그 같은 행위는 적법한 행위가 된다. 또 미용성형이 본래의 치료행위에 해당하는 것인가는 별론으로 하더라도, 미용성형의 가치가

19) 대법원 1974. 11. 26. 전원합의부판결 74도1114.

사회적으로 인정되고 있는 실정을 감안하면, 피해자의 승낙의 법리에 의하지 않더라도 이를 의료행위로서 적극적으로 존재의의를 긍정하면서, 한편으로는 의료행위로서의 기술적인 기준의 합치가 엄격히 요구된다. 의료행위이기 때문에 이것이 적법이라 하더라도 피해자의 승낙의 법리에 의하여 위법성이 조각되어 적법이기 때문에, 실질적으로 차이가 없을 것 같지만 이에 대하여 다음과 같은 차이점을 찾을 수도 있다. 미용성형을 의료로 이해할 때, i. 의사가 아닌 자에 의한 미용성형수술은 의료법위반이 되며, ii. 의료법상의 각종의 의무의 책임을 지게 되며, iii. 의사의 재량권이 인정되고, iv. 시술할 때 의료행위로서의 기술적 수준의 합치가 요구된다.

따라서 수술용 칼과 봉합 침 등의 기구를 사용하여 쌍꺼풀, 언칭이, 코 높이기, 피부이식, 여드름, 검버섯, 주근깨 등의 제거를 행하는 행위는 의료행위로서, 의사의 자격이 없는 자에 의한 시술은 의료법 제25조에 의한 의료법 위반이 된다. 더 나아가 눈썹 등 부위의 피부에 자동문신용 기계로 색소를 주입하여 문신을 하여 준 행위에 대하여 작업자의 실수 등으로 진피를 건드리거나 진피에 색소가 주입될 가능성이 있으며 문신용 침으로 인하여 질병의 전염 우려도 있다고 하여 이를 의료행위라고 한 판례²⁰⁾도 있다. 이렇게 본다면 기구를 사용하여 귀에 구멍을 뚫어 귀걸이를 장착시키는 행위도 의료법 위반이 되는가 하는 문제가 제기될 수 있다. 의료에서 침습이 적법성을 갖는 것은 의료의 목적으로, 의학상 일반적으로 승인된 방법에 의하고, 환자의 승낙이 그 요건이다. 이 가운데 환자의 승낙은 의사의 재량권과의 관계에서 문제가 되며, 더욱이 미용성형과 같은 영역에서는 이를 어떻게 취급할 것인가 하는 문제가 남는다. 단지 미용에만 목적이 있으며, 반드시 수술을 필요로 하지 않는 경우, 의사의 진료거부와 관련하여, 진료행위의 긴급성과 설명·승낙의 필요성과의 관계를 어떻게 이해할 것인가도 문제가 된다.

이에 대하여, 대법원은 미용성형시술에 대하여 「의료행위라 함은 의학적 전문지식을 기초로 하는 경험과 기능으로 진찰, 검안, 처방, 투약 또는 외과적 시술을 시행하여 하는 질병의 예방 또는 치료행위 이외에도 의료

20) 대법원 1992. 5. 22선고 91도 3219판결.

인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위를 의미한다」고 밝힘으로써 이에 대한 해석을 둘러싼 논란의 소지를 안고 있다.

(3) 미용성형의 특이성

미용성형은 질병의 치료 및 예방을 목적으로 한다고 하는 의료행위와 비교할 때 몇 가지 특성을 갖는다. 그에 따라 미용성형시술을 담당하는 의사에게 요구되는 진료의무, 검사의무, 설명·승낙의무, 경과관찰의무 및 기타 주의의무 정도에 대하여 다양한 영향을 미친다. 특히 미용성형의 특이성은 의학적 필요성이 적은 것과, 긴급성이 거의 인정되지 않는다는 2가지로 요약할 수 있다.

1) 미용성형의 의학적 필요성

성형수술에는 복구성형, 교정성형 이외에 소위 미용성형이 포함된다. 즉 미용성형은 정상적인 외모를 가진 피시술자 독자의 이익을 위하여 미화하는 시술로서, 이와 관련된 성형외과(기형 등의 병적인 변형 등의 재건 및 교정 등)와 정형외과(뼈, 관절의 형태 이상과 기능장애의 교정 및 예방)의 시술과는 다르며, 따라서 의학적 필요성은 매우 적다. 즉 아름다워지고 싶어 하는 美에 대한 동경과 보기에 흥한 외형에 대한 근심에 대한 사람들의 정신적 불만의 해소를 목적으로 사회적 유용성이 인정되더라도, 질병 치료에서, 병상에 따라서는 생명의 위험이 고려될 수도 있을 것이다. 이 경우 의사가 환자가 요구하는 미용성형시술을 거부한다 하더라도 이는 진료거부가 되지 않으며, 또 그 같은 시술에 의하여 신체상의 기능을 해할 위험이 있을 경우 그 자체가 시술을 거부하는 정당한 사유가 될 수 있을 것이다. 이와 관련된 판례는 찾아볼 수 없으나, 미용성형시술을 할 때에는 성질상 신체, 생명 안전의 확보가 제일먼저 고려되어야 함은 물론, 환자에 대하여 생리적 기능적 장애가 남지 않도록 유의하여야 함과 동시에 시술로 인한 부작용 내지 장애를 피할 수 없을 경우에는 그 시술의 목적인 미용내지 정형의 가치와 균형을 고려하는 한도 내지 범위를 넘지 않도록 주의해야 한다.

이 같은 성형시술은 이전부터 의사들이 시술하여 오다가 1965년 대한성형외과 협회가 창설되었고, 1973년 10월 17일 보건사회부령 제426호로

서 의료법시행규칙 개정령을 공포하기 전까지는 성형외과는 의사가 표방할 수 있는 전문과목이 되지 못하였으나, 보건사회부령 제426호가 공포되면서 의사가 성형외과를 전문과목으로 표방하면서 진료과목으로 택해지게 되었다.

2) 진료의 긴급성

미용성형의 대상이 되는 被術者는 정형외과 기타 진료각과의 환자에서 볼 수 있는 것과 같이 방치하면 악화될 수 있는 질환이 아니기 때문에 그 시술에 있어 긴급성은 거의 없다. 질병의 치료를 목적으로 하는 고유의 의료행위에 있어서는 정도의 차이는 있으나, 긴급피난적 성질을 갖고 있으므로 *Necessitas non habet legem*의 법원칙의 사고방식에 비추어, 상당히 위험한 의료침습도 법의 형평성을 잃지 않는 한 적법화 될 수 있으며, 긴급성이 없는 미용성형은 긴급피난에 의한 위법성조각도 사무관리에 의한 민사책임의 감경도 있을 수 없다. 오직 피술자의 승낙으로 의료침습의 적법성을 확보할 수밖에 없으며, 승낙에 의하지 않은 의료침습은 모두 위법이 된다.

따라서 미용성형에 있어서는 다른 진료보다 피술자의 승낙이 한층 더 중요성을 갖는다. 즉 쌍꺼풀 미용수술의 결과 그 수술이 피술자의 의뢰에 의한 경우, 수술에 따른 당연한 부작용은 의뢰자가 受忍하여야 한다. 또 사시교정수술을 행할 경우, 사시교정수술로서 일정 기간 안에 없어져야 할 사시증상에 대하여, 환자가 재수술을 위탁하지 않는 한 복시증상완화의 재수술을 하지 않아도 의사의 과실이라 할 수 없으며, 이 같은 것은 모두 피술자의 의사를 중요시하고, 그 범위에서 처치를 행한 의사의 과실을 인정할 수 없는 것이다. 다만 여기에서 피술자의 의사는 사태를 인식한 상태에서의 의사여야 하며, 따라서 '장해의 발생을 피할 수 없다면 환자에 대하여 이 같은 사정을 설명' 하고 그의 승낙을 얻지 않으면 안 된다. 또 그에 따른 책임을 면하기 위해서 의사는 환자에게 그에 따른 합병증 등에 관하여 충분한 설명을 하지 않으면 안 된다.

또 미용성형수술은 긴급성이 없기 때문에, 사전에 각종의 진단을 신중히 행하지 않으면 안 되며, 수술에 있어서도 그의 진행에 따른 예측 가능한 부작용의 가능성과 그 정도를 충분히 고려하고, 최대의 신중함과 이에 기한 주위의무가 있으며, 일정한 장해에 대하여 중지하고, 그 장해를 제

거한 후에 다시 시료를 진행하는 등의 분할방식 등을 고려하여야 한다. 미용성형은 다른 의료에 비하여 이 같은 것이 가능하고, 또 용이하기 때문에, 이에 요구되는 주의의무의 정도는 상대적으로 높아진다.

3) 진료의 감행성

질병의 치료를 목적으로 하는 고유의 의료에서 일반적으로 승인된 요법을 실시해도 효과가 없고 다른 방법이 없는 경우, 승인되지 않은 방법과 아직 확립되어 있지 않은 기술을 적용하더라도 그의 위험성은 긍정될 수 있으며, 환자의 생명을 유지하기 위하여 꼭 필요한 경우, 만약 수술결과 사망할 가능성이 높다 하더라도 허용될 수 있다. 즉 뇌종양과 만성중이염에 걸린 진주종과 같은 치료의 경우, 기존의 요법에 의하여 죽음을 기다리기보다는 결과로서 약간의 뇌신경마비의 후유증이 나타날 위험성이 있더라도 수술을 감행하여 그 생명을 구할 수 있다.

2. 미용성형에서 의사의 주의의무

주지한 바와 같이 미용성형을 준의료행위로 이해하더라도 본래 의료행위와 비교하여 볼 때 일반적으로 긴급성과 의학적 적응성이 부족한 경우가 많고, 때로는 긴급성과 의학적 적응성이 결하는 경우도 있는데, 미용성형을 시술할 때 의사에게 요구되는 주의의무는 고도의 주의의무가 요구된다. 따라서 의사는 환자를 진단함에 있어 고도의 주의가 요구되며, 의사로서 고도의 전문적 지식에 입각하여 시술 여부 등을 신중히 판단하고 시기·방법·범위 등을 충분히 검토한 후 당해 미용성형 시술에 있어서 그 진행에 따라 점차 예측 가능한 결과 가능성과 정도 등을 충분히 고려하여 의뢰자에게 생리적·기능적 장애가 남지 않도록 신중함과 동시에 시술 후에도 충분한 배려를 하여야 할 의무가 있다.²¹⁾ 또 본인의 승낙은 신체에 대한 침습이 되는 미용성형을 적법시하는 근거가 되나, 수술의 여부는 어디까지나 의사 직무의 일환으로서 고도의 전문적 지식에 의하여 판단·결정하여야 하고, 만약 본인의 강한 요구와 지시가 있다 하더라

21) 대판 1994. 4. 26선고 93다59304판결.

도 이에 따른 시술을 행하면 안 된다. 이는 치료불가능 내지 곤란한 예후 증상에 빠지는 결과를 피하기 위하여 당 시술을 거부하는 것이 타당하며, 더 나아가 의사는 당해 성형시술을 거부할 의무가 있다 할 것이다.

이미 살펴 본 바와 같이 “의사로서는 성형수술이 그 성질상 긴급을 요하지 않고 성형수술을 한다 하더라도 외관상 다소간의 호전이 기대될 뿐이며 다른 한편으로는 피부이식수술로 인한 피부제공처에 상당한 상처로 인한 휴유증이 발생할 가능성이 있음을 고려하여 수술전에 충분한 검사를 거쳐 환자에게 수술 중 피부이식에 필요하거나 필요하게 될 피부의 부위 및 그 정도와 그 후유증에 대하여 구체적인 설명을 하여준 연후에 그의 사전 동의를 받아 수술에 임하였어야 할 업무상 주의의무가 있으므로, 이에 이르지 아니한 채 막연한 두피이동술 및 식피술 등의 수술에 관한 동의만을 받았을 뿐 양 대퇴부의 피부이식에 내용 및 그 후유증에 대하여 구체적으로 설명하여 주지 아니하고 수술에 이르렀다면 이 사건 성형수술로 피해자가 입은 손해는 의사의 위와 같은 주의의무를 다하지 아니한 과실로 인한 것이라는 법원의 판결이 있다.”²²⁾

이 때 주의의무의 정도는 결과예견의무와 위험회피의무가 포함되며, 특히 의료에서 의사의 주의의무는 단순히 심리적인 것뿐만 아니라, 일정한 지식과 기술이 요구된다. 즉 환자를 치료하는 의사가 부담하는 주의의무는 통상의 의사 또는 평균적인 의사가 가져야 할 의학상의 지식과 기술에 기한 주의가 된다. 이 같은 주의의무의 구체적인 기준은 의학의 수준에서 찾아야 한다. 그리고 이에 영향을 미치는 제반사정으로는 의사의 경력, 신분, 지위, 전문분야 등의 개인적 조건과 진료지, 진료시각, 응급상황 등의 진료환경조건, 진료방법의 재량성이나 단행성, 의료행위의 특수성 및 의료과정에서의 의사의 성의 유무와 같은 정신적인 조건 등도 고려되어야 한다.

3. 미용성형에서의 의사의 설명의무²³⁾

의료행위라 함은 의학적 전문지식을 기초로 하는 경험과 기능으로 진

22) 대법원 1987. 4. 28 선고 86다카 1136판결, 「집35(1) 민, 331 ; 공987.6.15(802), 873」.

23) 대법원 2002. 10. 25. 선고 2002다48443판결 [공2002. 12. 15. (168), 2867].

찰·검안·처방·투약 또는 외과적 시술을 시행하여 하는 질병의 예방 또는 치료행위 및 그 밖에 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위를 의미한다.²⁴⁾ 따라서 성형수술도 질병의 치료행위의 범주에 속하는 의료행위임이 분명하므로²⁵⁾ 이러한 성형수술 과정에서 의사가 환자에게 침습을 가하는 경우에도 위와 같은 설명의무에 관한 법리가 마찬가지로 적용된다고 할 것이다. 즉 환자를 위한 의료의 성공적인 실현을 위하여 환자 자신의 최종결정권(자기결정권)을 존중해 주어야 하고, 환자의 동의 없는 의료행위는 불법행위를 구성한다. 환자의 동의를 이끌어 내기위한 의사의 충분한 설명 없이 행하는 의료행위도 위법성을 갖는다. 일반적으로 의사는 환자에 대하여 의료행위를 행함에 있어, 환자가 당해 의료행위를 받을 것인가 여부의 판단내지 결정을 하기 위한 전제로 i. 질병의 종류·정도와 그 원인, ii. 당해 의료행위를 택하게 될 이유와 그 구체적인 내용, iii. 당해 의료행위에 의한 치유 가능성, iv. 당해 의료행위에 부수하여 나타나는 위험, v. 당해 의료행위 이외의 대체 의료행위의 존부 및 당해 의료행위에 의하여 나타날 수 있는 결과, vi. 당해 의료행위 및 대체 의료행위를 수용하지 않았을 경우의 예후 등에 관하여 당시의 의료수준에 의하여 가능한 한 구체적으로 설명해야 할 의무가 있으며, 긴급성과 의학적 적응성이 부족하고, 위법성의 조각을 위하여, 의뢰자 본인의 주관에 근거로 하는 미용성형일 때에는, 의뢰자 자기 자신의 자기결정에 필요하고 또 충분하게 판단할 수 있도록 그 자료를 제공하여야 하며, 그 승낙을 유효한 것으로 하기 위하여 의사에게 설명의무의 내용·정도가 부과된다. 특히 낙관적인 미용성형의 광고 기사 등으로 의뢰자가 이미 알고 있는 오해와 과도의 기대를 해소하기 위한 설명도 매우 중요하다. 따라서 의사가 환자에게 당해 수술의 한도와 수술 후에 일어날 수 있는 합병증 및 그 위험성에 관하여 기재한 서면 등을 제시하는 것도 하나의 방법이 될 수 있고, 이 때 자간·행간·문자 크기 등도 의뢰인의 입장에서 고려하여 명확하고 이해하기 쉽도록 기재하여야 한다. 또 의뢰인이 이해

24) 대법원 1974. 11. 26. 선고 74도1114 전원합의체 판결, 1992. 5. 22. 선고 91도3219 판결, 2002. 6. 20. 선고 2002도807 전원합의체 판결 등 참조.

25) 대법원 1974. 11. 26. 선고 74도1114 전원합의체 판결 참조.

하지 못할 때에는 구두로 충분한 설명을 고려하지 않으면 안 된다.

4. 대상판결의 검토

지금까지 미용성형시술을 중심으로 한 일반론을 살펴보았다. 이 같은 내용을 중심으로 하여 대법원 2002. 10. 25. 선고 2002다48443판결을 검토해 보도록 하겠다. 원심에서 “원심의 피고 본인 심문결과 등에 의하면, 피고는 위 성형수술 당시 원고에게 위 수술의 부작용으로서 출혈, 염증, 보형물의 크기가 본인이 원하는 것이 아닐 경우가 있을 수 있으며, 머리 절개 부위는 머리털이 자라서 회복이 되는데 일부 미세하게 안 자라는 부분이 있을 수 있다고 설명하였을 뿐 위 보형물이 움직일 수 있다는 점에 대하여는 충분한 설명이 없이 수술한 사실이 인정된다는 이유로, 피고는 위 수술을 함에 있어서 설명의무를 위반하여 원고가 수술할 것인지 여부를 결정할 수 있는 권리를 침해하였다 할 것이고, 이로 인하여 원고에게 가한 정신적 손해를 배상할 책임이 있다고”하여 의사의 설명의무위반을 들고 있다. 그러나 이미 앞에서 살펴 본 바와 같이 의사의 설명의무란 환자가 당해 의료행위를 받을 것인가 여부의 판단내지 결정을 하기 위한 전제로서 질병의 종류와 그 정도 및 원인, 당해 의료행위를 택하게 될 이유와 그 구체적인 내용, 당해 의료행위에 의한 치유 가능성, 당해 의료행위에 부수하여 나타날 수 있는 위험, 당해 의료행위 이외의 대체 의료행위의 존부 및 당해 선택한 의료행위에 의하여 나타날 수 있는 결과, 당해 의료행위 및 대체 의료행위를 수용하지 않았을 경우의 예후 등에 관하여 당시의 의료수준에 의하여 가능한 한 구체적으로 환자에게 설명할 의무를 말하는 것임에도, 대상판결 사건개요에서 나타난 바와 같이, 원고의 이마에는 100mm×50mm×4mm크기, 턱에는 5mm두께의 실리콘 보형물이 삽입되어 있는 바, 그 크기나 두께가 특별히 보형물 삽입술을 시행함에 있어 비적절하다고 할 수 없고, 또한 이마에 위 보형물을 삽입할 때는 눈에 쉽게 띄는 이마의 흉을 피하기 위하여 두피에 절개를 가하며 이때 절개 부위의 일부 모근손상은 피할 수 없는 상황이며, 한편 이마나 턱 부위에 삽입된 보형물도 수술 후 일정기간 동안만 고정하여 주면 그 위

치에 평생 고정되는 것이 보통이고, 다만 실리콘이 삼입부위의 표면에 제대로 접촉되지 못하거나 수술 후 치유기간 동안 적절히 고정되지 못하거나 치유과정에서 삼입낭의 피막이 구축되거나 수술 후 혈종이나 장액종이 지속되어 감염이 발생하면 이로 인해 실리콘이 이동되거나 돌출될 수 있고, 드물게 심한 외력의 작용이나 신체의 이물 반응으로도 이동되거나 돌출될 수 있으나, 원고의 경우는 수술 받은 뒤 상당기간 동안 별 지장없이 생활하여 왔던 점에 비추어 현재의 턱 부위 보형물의 돌출이 반드시 피고의 수술상의 과실에 의한 것이라고 단정하기 어렵고, 당심 증인 ○○○의 증언만으로는 피고에게 진료상의 과실이 있음을 인정하기에 부족하며 달리 이를 인정할 만한 아무런 증거도 없으므로, 피고에게 진료상의 과실이 있다는 원고의 위 주장은 받아들일 수 없다”하고 있다.

그러나 의사로서는 성형수술이 그 성질상 긴급을 요하지 않고 성형수술을 한다 하더라도 외관상 다소간의 호전이 기대될 뿐이며 다른 한편으로는 피부이식수술로 인한 피부제공처에 상당한 상처로 인한 후유증이 발생할 가능성이 있음을 고려하여 수술전에 충분한 검사를 거쳐 환자에게 수술 중 피부이식에 필요하거나 필요하게 될 피부의 부위 및 그 정도와 그 후유증에 대하여 구체적인 설명을 하여준 연후에 그의 사전 동의를 받아 수술에 임하였어야 할 업무상 주의의무가 요구되는 사안임에도 불구하고²⁶⁾ 이를 의사의 설명의무위반으로 판단함은 다소 의사의 설명의무에 있어서 인과관계 등에 관한 법리 오해 및 법리해석상의 오해가 있다 하지 않을 수 없다.

IV. 맺는 글

대법원 1987. 4. 28 선고 86다카 1136판결을 중심으로 하여 미용성형시술에서의 의료과오에 대한 예측가능한 문제점들을 중심으로 하여 살펴보았다. 이미 앞에서 언급한 바와 같이 의료의 목적은 질병으로부터 환자를 치유하거나 고통을 감소시켜 환자를 건강한 상태로 복귀하게 함을 그 목적으로 하나, 미용성형은 의학적 적응성 내지 의학적 필요성이 매우 적기

26) 대법원 1987. 4. 28 선고 86다카 1136판결, 「집35(1) 민, 331;공987. 6. 15(802), 873」.

때문에 질병의 치유에 의한 환자의 생명 유지와 건강의 회복 내지는 증진을 1차적인 목적으로 하는 의료 본래의 목적과는 다른 특수성이 존재한다. 그렇다고 이것이 또 의료본래의 행위가 아니라고 한다면 객관적으로 정상적인 형태와 기능을 가지고 있는 건강한 신체에 대한 침습행위에 대하여 미용성형을 적법한 것으로 하는 근거를 어떻게 구할 것인가 하는 문제가 남는다.

그 결과 초기 법원의 판단도 “곰보수술, 쌍꺼풀수술, 콧날 세우기 등의 미용성형수술은 의료의 기초적이고 초보적인 행위이기 때문에 일반 의사든지, 치과의사든지 간에 메스를 넣고 치료를 할 수 있는 기술을 가진 사람이라면 누구나 할 수 있는 행위이기는 하지만 질병의 예방 또는 치료 행위가 아니므로 의학상 의료행위에 속하는 것이라 할 수 없으므로, 따라서 치과의사는 물론 일반의사도 위와 같은 미용성형 수술을 그들의 본래의 의료행위로서 실시하는 것이 아님이 명백하다 할 것인즉, 이와 같이 의료행위에 속하지 않는 미용성형수술을 행한 자에 대하여는 의료법 제 19조 제2항의 품위손상 행위로서 치과의사나 일반의사의 업무의 정지등 행정조치를 함은 별론 이거니와 이 사건 미용성형수술은 오직 일반의사에게만 허용되는 의료법 제25조 소정의 의료행위에 속하는 것이라 단정할 수는 없다”²⁷⁾는 입장을 취하다가, “코 높이기 수술인 미용성형수술이 의료기술의 시행방법으로 행하여지고 또 코의 절개과정이나 연골의 삼입 봉합과정에서 미균이 침입할 위험성을 내포하고 있는 것이어서 이러한 코 높이기 수술의 방법 및 행위의 태양을 함께 감안하면 코 높이기 성형수술 행위도 질병의 치료행위의 범주에 넣어 의료행위가 되는 것으로 해석함이 타당하다²⁸⁾”하여 코 높이기 미용성형수술행위도 의료행위임을 밝히고 있다. 그러나 이 같은 미용성형 기술을 의료행위로 볼 것인가의 여부는 앞에서 살펴본 것과 같이 의료행위의 개념을 어떻게 파악할 것인가와 관련된 문제이며, 의료행위를 치료목적에 중점을 두는 경우, 정상적인 모습을 아름답게 보이기 위한 기술은 의료라 할 수 없기 때문에 미용성형수술은 의료행위라고 할 수 없게 된다. 반대로 성형기술은 의학 전문적

27) 대법원 1972. 3. 28선고, 72도342판결.

28) 대법원 2000. 2. 25. 선고 99다4542판결 ; 대법원 1999. 6. 25. 선고 98도4716판결.

지식을 기초로 하여 경험과 기술에 의하지 않으면 위험을 초래할 수 있는 위험한 행위이기 때문에, 그 방법적인 면을 중시한다면, 기타 의료행위와 구별할 필요 없이 의사에 의하여 행하여지는 의료행위가 된다.

그러나 미용성형시술에서의 과오라는 관점에서 논할 때, 당 행위의 목적여부가 아니라 미용성형의 이름으로 행하여지는 대부분이 신체(때로는 생명)의 침습을 다소 동반하는 것이기 때문에, 의뢰자의 신체·생명의 안전이라는 이익보호를 위하여 의료인으로서의 의사의 책임을 묻는 것으로 이해하여야 하며, 또 의료에 있어서 의사는 환부의 조직과 장기의 일부에 그 초점을 맞추는 것이 아니라 종합적인 인간으로서의 환자로 대하여야 한다는 시각에서 「사회 의학적 적응성」이라는 개념을 받아들이지 않으면 안 된다. 실제 눈 쌍꺼풀, 언청이 시술, 콧날 세우기 시술, 癍痕剝離, 植皮, 植毛 더 나아가 여드름, 모반, 검버섯 등의 제거를 위하여 약품을 도포하는 등의 행위는 모두 당 행위를 행할 때 의사의 의학적 판단과 기술이 아니면 신체에 위해를 가져올 우려가 있는 행위가 되며, 기구를 사용하여 귀에 구멍을 뚫어 귀걸이를 장착하는 행위, 모근에 침을 삽입하여 전기를 통하게 하여 모근부를 파손하는 방법에 의한 탈모술등은 위생상 위험성이 있으므로 이것 또한 의료행위라 할 수 있다. 또 미용성형은 사람들의 이름다워지고 싶어하는 아름다움에 대한 憧憬과 醜惡함에 대한 근심이라는 사람들의 정신적 고통의 해소를 그 목적으로 하는 소극적 의미의 의료행위로서 사회적으로 유용한 것으로 그 가치를 인정하여야 할 넓은 의미에서의 의료행위의 범위에 속한다고 본다.

이런 시각으로 볼 때, 대상판결 대법원 2002. 10. 25. 선고 2002다48443 판결의 해석도 쉽게 해결될 수 있을 것으로 본다. 즉 성형을 시술할 때 의사에게 요구되는 주의의무는 고도의 주의의무이며, 의사로서 고도의 전문적 지식에 입각하여 시술 여부 등을 신중히 판단하고 시기·방법·범위 등을 충분히 검토한 후 당해 미용성형 시술에 있어서 그 진행에 따라 점차 예측 가능한 결과 가능성과 정도 등을 충분히 고려하여 의뢰자에게 생리적·기능적 장애가 남지 않도록 신중함과 동시에 시술 후에도 충분한 배려를 하여야 할 주의의무가 있음에도 이를 위반하여 의뢰자에게 피해를 야기한 사건으로 볼 수 있는 것이다.