

2012년 주요 의료 판결 분석

이정선* · 이동필** · 유현정*** · 정혜승****

- I. 들어가며
- II. 연속된 의료과실을 독자적인 불법행위로 인정한 사건
- III. 의료행위상 과실 증명
- IV. 설명의무
- V. 손해배상의 범위
- VI. 분업화된 의료기관에서 각 진료과목 의사들 간의 협력의무를 인정한 사건
- VII. 인터넷 포털사이트 회원들에게 전자메일로 의료광고를 발송한 것은 환자유인행위가 아니라고 한 사건
- VIII. 의료행위
- IX. 임의비급여
- X. 마치며

I. 들어가며

의료문제를 생각하는 변호사 모임(이하 ‘의변’이라 함)은 2009년 이래 4번째로 그 전년도 한 해 동안 선고된 판결들 중 의미 있다고 생각되는 의료 관련 판례를 선정하여 소개해 왔다. 현재의 법원 판결문 열람 시스템에서는 선고된

* 논문접수: 2013. 4. 30. * 심사개시: 2013. 5. 10. * 수정일: 2013. 6. 5. * 게재확정: 2013. 6. 8.

* 법률사무소 건우 변호사, 고려대학교 박사과정.

** 법무법인 로엠 변호사, 내과전문의.

*** 유현정 법률사무소 변호사, 고려대학교 석사과정.

**** 법무법인 세승 변호사.

판결 전부를 열람하기가 매우 어렵고, 인적·물적 제약으로 미처 확인하지 못한 훌륭한 판결들이 많겠지만, 2012년에 선고된 의료관련 판결 중 대법원 판결 24례, 고등법원 판결 83례, 지방법원 판결 50례 등 157건의 판결을 중심으로 4명의 변호사가 나누어 면밀히 분석, 6차례의 회의를 거쳐 중요 판례를 선정하고 그 의미에 관하여 토론한 후 다음과 같이 정리하였다.

II. 연속된 의료과실을 독자적인 불법행위로 인정한 사건

- 서울고등법원 2012. 3. 29. 선고 2010나93402 판결¹⁾

1. 사건 개요

망인은 2006. 3. 16. 피고 병원에서 폐렴, 폐결핵으로 진단받고, 입원치료를 받던 중 2006. 4. 1.경부터 상태가 악화되어 인공 기도삽관 및 기계식 인공호흡기 치료를 받게 되었다. 피고 병원의 의료진은 인공 기도삽관 전후 망인에게 진정제인 펜토탈과 미다졸람, 모르핀을 일시에 정맥주사 하였고, 2006. 4. 2. 13:30경부터 2006. 4. 3. 10:00까지 미다졸람 용액을 5~15 μ gtt/min속도로 계속하여 정맥주입 하였으며, 망인이 급격한 저혈압 증세를 보이는 등 상태가 악화되자 망인의 상태를 집중관찰하기 위하여 중환자실로 이송하였다.

망인의 주치의는 2006. 4. 13. 피고 병원 신경과에 망인에게 이틀 전부터 우측 반신마비가 나타났다면서 협진을 의뢰하였고, 신경과에서는 망인의 왼쪽 중대뇌동맥에 뇌경색 또는 뇌출혈이 발생하였을 가능성이 있으므로 뇌CT를 촬영하라고 회신하였으나, 주치의는 망인의 일반적 전신 상태가 좋지 않아 이를 실시하지 않고 상태를 지켜보던 중, 2006. 5. 22. 망인의 뇌CT 촬영 결과 좌측 중대뇌동맥 뇌경색과 좌측 기저핵의 열공성 뇌경색이 확인되자, 이때부터 망인에게 뇌경색 치료를 위한 아스피린을 투약하였다. 그 후로도 망인은 폐렴

1) 이 판결은 쌍방이 상고하여 2013. 5. 5. 현재 상고심 계속 중이다.

의 완치와 재발을 반복하면서 만성신부전증, 심장부정맥, 혈압조절 등으로 계속 입원치료를 받았다.

2008. 10. 8. 실시한 임상병리검사 결과 망인의 CRP 수치가 정상범위를 초과한 53.2mg/dl이었음에도 피고 병원 의료진은 폐렴 재발에 대비한 조치를 취하지 아니한 채 망인의 신장상태 등을 알아보기 위한 일반화학검사만을 실시하였고, 2008. 10. 22.부터 망인에게 항생제를 투여하였다. 망인은 2008. 10. 26.부터 폐렴이 악화된 증상이 나타나 같은 달 30. 중환자실로 옮겨졌고, 같은 해 11. 3. 23:44경 패혈성 쇼크로 인한 부정맥(심실빈맥)이 발생하여, 심폐소생술을 받았으나 회복하지 못한 채 결국 같은 달 4. 08:55경 울혈성 심부전, 만성신부전, 폐렴 등으로 인한 패혈성 쇼크로 사망하였다.

유족들은 피고 병원 의료진이 망인에게 미다졸람을 과다하게 투여하여 저혈압 및 뇌경색을 일으켰고 뇌경색 치료를 지연하였으며, 2008. 10. 8. 이후 망인에 대한 폐렴치료를 하지 않고 방치하여 망인이 패혈성 쇼크로 사망하였다고 주장하며 손해배상소송을 제기하였다.

2. 법원의 판단

1심 법원에서는 미다졸람을 과다하게 투여한 과실 및 뇌경색 치료를 지연한 과실은 부정하고, 2008. 10. 8. 이후 망인에 대한 폐렴치료를 하지 않고 방치한 부분을 과실로 보아 피고 병원에 손해배상 책임을 인정하였다. 서울고등법원은 1심과 마찬가지로 미다졸람 과다 투여 주장은 배척하였으나, 2006. 4. 11. 뇌경색이 발생하였음에도 불구하고 2006. 5. 22.경에야 뇌CT촬영을 하는 등 뇌경색에 대한 진단과 치료를 지연하여 비가역적 반신마비에 이르게 한 과실과 폐렴에 대한 진단과 항생제 투여를 지연하여 사망에 이르게 한 과실을 인정하였다.

서울고등법원은 뇌경색 관련 과실로 망인이 비가역적인 반신마비에 이르게 됨에 따른 손해배상책임과 폐렴 관련 과실로 망인이 사망에 이르게 됨에 따른

손해배상책임에 대하여, 양자는 그 과실의 내용과 결과가 다르고, 비가역적인 반신마비가 망인의 사망에 기여한 바도 없는 것으로 보인다는 이유로 두 개의 독자적인 불법행위로 보아 그 책임제한의 정도 역시 별개로 결정하고 손해액도 따로 산정함이 상당하다고 판시한 다음, 피고의 책임을 비가역적 반신마비 부분에 대하여 70%, 사망부분에 대하여 30%로 제한하였으며, 각 재산상 손해액과 위자료를 개별적으로 계산하였다.

3. 판결의 의의²⁾

동일한 의료기관에서 연속된 복수(複數)의 의료과오가 경합하여 나쁜 결과가 발생한 경우, 과실 및 인과관계 인정 여부와 그에 따른 손해배상책임의 제한 여부를 전체적으로 판단하는 것이 통상적이다. 그 결과 연속된 복수의 의료과오의 성질과 내용 및 발생한 나쁜 결과에 기여한 정도 등이 다름에도 불구하고 이를 하나의 과실로 구성하는 과정에서 논리적으로 무리가 따르고, 제1과실로 염증이 발생하고 제2과실로 식물상태에 이른 경우와 같이 각 과실에 따른 손해배상의 범위가 크게 차이 나는 경우에는 손해배상액의 산정에 있어서도 정확한 판단이 어려운 문제점이 있었다. 대상판결은 과실의 내용과 결과가 다른 경우 각각을 독자적인 불법행위로 보아 그 책임제한의 정도 역시 별개로

2) 한편, 이 사건 피고가 2008. 7. 24. 망인을 상대로 퇴거 및 치료비 청구소송을 제기하여 2008. 11. 7. 치료비를 지급하라는 화해권고결정이 확정되었는데, 피고는 본 사건의 항소심에서 “피고에게 진료상 과실이 있음을 전제로 하는 이 사건 청구는 피고 병원에게 진료상의 과실이 없음을 전제로 하여 치료비지급을 명하는 화해권고결정의 기판력에 저촉되어 부적법하다”는 본안전항변을 추가하였다. 이에 항소심 재판부는 확정판결의 기판력은 소송물로 주장된 법률관계의 존부에 관한 판단의 결론에만 미치고 그 전제가 되는 법률관계의 존부까지 미치는 것이 아니므로, 치료비의 지급을 명하는 내용의 확정된 화해권고결정의 기판력은 위 결정의 소송물인 피고의 원고들에 대한 진료비채권의 존부에 관하여만 미치는 것이지, 그 전제가 될 여지가 있는 피고의 진료상의 과실 유무에까지 미치는 것이 아닐 뿐만 아니라 원고들의 이 사건 청구가 위 화해권고결정의 기판력과 모순되는 관계에 있다고 하더라도 법원으로서 전소의 기판력과 모순 없는 판단을 함으로써 청구를 기각하여야 하는 것일 뿐, 소의 이익이 없다고 각하할 것은 아니라는 이유로 피고의 본안전항변을 배척하고, 피고가 주장한 치료비 지급을 명하는 화해권고결정에 따른 상계항변을 인용하여, 진료비를 지급하라는 확정된 화해권고결정이 있는 상태에서 그 결정의 기판력의 범위와 기준을 명확히 하였다.

결정하고 손해액도 따로 산정할 수 있다는 선례를 제공함으로써 배상액 산정 방식의 합리성을 제고 하였다는 데 의의가 있다.

III. 의료행위상 과실 증명

1. 수술기록 부제출에 증명방해를 인정한 사건

- 서울고등법원 2012. 6. 14. 선고 2010나92454 판결³⁾

가. 사건 개요

원고는 2008년경 사건 외 성형외과에서 상안검성형술(쌍꺼풀 수술) 및 하안검성형술을 받은 자로서 수술 후에도 상안검 처짐이 계속되자 이 사건 성형외과에 방문하였다. 피고1은 원고에게 양쪽 쌍꺼풀 재수술과 안검하수교정수술을 시행하였다. 수술 후 피고1은 수술부위를 소독하고 항생제 및 소염진통제 등을 사용하였다. 이 사건 수술 전 원고의 안검하수는 비교적 경미하였고 양측이 대칭을 이루고 있었으나 수술 후에는 좌안 상안검이 우안보다 밑으로 처져 있는 비대칭 상태이고 안검하수도 교정되지 않았으며 좌안에 약 1mm가량의 토안이 발생하였다.

수술과 관련하여 피고1은 수술 당일 진료기록부에 ‘수술’이라고 기재하였을 뿐 다른 기재는 전혀 하지 않았고, 별도의 수술기록지, 수술 당시 촬영한 사진, 동영상 등을 소송과정에서 전혀 제출하지 아니하였다.

원고는 피고1이 수술 중 상안검 피부, 근육을 과다하게 절제하여 쌍꺼풀의 비대칭, 안검하수, 토안 등의 증상이 나타난 것이고, 피고1이 자신의 과실로 인한 결과임에도 불구하고 좋아질 것이라며 방치하여 원고가 재수술을 받을 기회를 상실하게 하였으며, 수술 전 수술에 필요한 주의사항 또는 부작용 등에

3) 이 사건 판결은 쌍방이 상고하지 아니하여 확정되었다.

관하여 전혀 설명하지 않았다고 주장하였다. 그리고 피고2는 비록 수술에 직접 관여하지는 않았으나 피고1과 의료기관의 공동개설자로서 진료계약의 당사자이므로 그 채무불이행으로 인한 손해를 배상하거나, 피고1에 대한 사용자로서 원고의 전 손해를 배상할 책임이 있다고 주장하였다.

나. 법원의 판단

우리 법원은, 의료법 제22조가 의료인이 진료기록부 등을 갖추어 두고 그 의료행위에 관한 사항과 의견을 상세히 기록하고 서명하여야 할 의무를 규정하고 있고 이는 환자의 치료에 이용하고 다른 의료 종사자들에게도 정보를 제공하여 환자가 적절한 치료를 제공받을 수 있게 하며 나아가 의료행위 종료 후에는 그 의료행위의 적정성을 판단하는 자료로 활용하기 위한 것이라는 취지를 밝힌 다음, 만일 의사가 진료기록의 불기재 내지 부실기재를 한 행위는 그 이유에 관한 상당하고 합리적인 이유를 제시하지 못하는 한 당사자 간의 공평의 원칙 또는 신의칙에 어긋나는 증명방해 행위에 해당하고, 법원은 이를 자료로 하여 자유로운 심증에 따라 의사에게 불리한 평가를 할 수 있다고 판시하여 왔다.

이 사건에서 법원은, 수술기록에도 ‘수술’이라고 기재되어 있을 뿐, 다른 아무런 기록을 전혀 제출하지 않아 피고1이 어떠한 부분에서 의료행위의 일반적 준칙에 어긋나는 과실을 저질렀는지 원고가 증명할 방법이 없다는 이유로 피고1의 증명방해 행위를 인정하였다. 여기에 원고가 특별히 안과적 치료나 수술을 받은 사실이 없고 이 사건 직후 각종 증세가 나타난 점, 상안검의 비대칭은 주로 의사의 술기 부족에서 기인한다는 점, 원고의 증상이 계속된다는 점을 더하여 피고1의 과실을 인정하였다.

그리고 피고1과 공동으로 의원을 개설한 피고2에 대하여도 피고1은 전문의가 아닌 의사일 뿐 피고2만이 성형외과 전문의인 점을 고려하여, 공동개설자들이 공동으로 처리하여야 할 이 사건 성형수술을 피고1에게 맡겨 그로 하여금

처리하도록 한 경우에 해당하므로 동업자인 피고2도 동업자인 동시에 피고1의 사용자의 지위에 있다고 보아 피고1의 과실에 대한 책임이 있다고 판시하였다.

다. 판결의 의의

의무기록의 기재는 의료사고의 과실증명에 결정적인 근거가 되지만 상당수의 개인의원은 이를 소홀히 하는 경향이 있다. 이 사건 판결은 의무기록 불기재 내지 부실기재 행위에 대하여 증명방해를 인정하여 의료기관의 의무기록 기재의 중요성을 강조하고 있다. 그리고 의무기록의 변조, 가필 혹은 미제출의 방법으로 의료인 측이 증명방해를 하더라도 법원으로서는 이를 하나의 자료로 삼아 자유로운 심증으로 방해자 측에게 불리한 평가를 할 수 있음에 그칠 뿐 증명책임이 전환되거나 곧바로 상대방의 주장사실이 증명된 것으로 보아야 하는 것은 아니므로 의료상의 과실을 추정할 수 없다는 대법원의 주류적 입장에 비추어 볼 때(대법원 1999. 4. 13. 선고 98다9915판결 등), 이 사건 판결은 피고의 수술기록 부실기재와 미제출 행위를 주요한 논거로 삼아 보다 적극적으로 피고의 과실을 인정하여 환자의 증명 곤란을 완화하였다는 점에서 의미가 있다. 의료소송에서 환자 측의 증명책임을 완화하고 인과관계를 추정하는 법리가 제시된 후(대법원 1995. 2. 10. 선고 93다52402 판결), 이러한 추정을 제한하는 법리 역시 발전하면서 이를 토대로 원고청구를 기각하는 다수의 판결이 있었던 점을 고려할 때, 환자 측 증명곤란에 대한 과실추정 법리의 의의를 다시 한 번 음미하게 하는 판결이다.

이 판결은 또한 의료기관 공동개설자에게 사용자책임을 인정한 점에서 주목할 만하다. 이 사건 성형외과는 성형외과 전문의와 일반의가 동업, 공동개설한 의료기관 이었는데 이 사건 시술을 한 의사는 일반의였다. 서울고등법원은 이 판결에서, “성형외과 전문의가 아닌 자가 수술을 한 것은 공동으로 처리하여야 할 업무를 동업자 중 1인에게 맡긴 것이므로 다른 동업자에게 사용자책임

이 인정된다”고 판시하였다. 반면 같은 법원 2012. 7. 19. 선고 2011나29552 판결은 산부인과에서 산모가 사망한 사안에서 비록 피고들이 공동 사업자로 사업자등록을 하였으나 망인에 대한 진찰 및 치료를 공동으로 한 사정이 없으며 동업자 사이에 업무처리를 위임한 것이라고 보기 어렵다는 이유로 공동개설자에 대한 사용자책임을 부정하여 공동개설자의 책임 법리에 관하여 법원의 판단이 통일되어 있지 않음을 알 수 있는바, 일관된 기준의 제시가 요구된다.

2. 약품설명서 기재 내용을 위반한 경우 과실을 추정한 사건

- 서울고등법원 2012. 3. 22. 선고 2010나24017 판결⁴⁾

가. 사건 개요

환자는 알코올 의존증 환자로 알콜 질환 치료를 전문으로 하는 이 사건 병원에 2007. 12.경 처음 입원한 후 2008. 6.경 다시 입원하였고, 그 때마다 입원 당일 아티반 4mg과 할로페리돌 5mg의 혼합 정맥주사를 맞았다. 사건 발생 즈음, 환자는 술에 취한 상태에서 또 다시 피고 병원에 입원하였고 입원 당시 활력징후 및 혈당은 정상이었으나 알코올 금단증상으로 떨림과 구토·구역이 있었으며 오래된 피 찌꺼기가 구토에 섞여 나왔다. 피고 병원 의료진은 수액치료를 하며 금단증상 완화를 위하여 아티반 4mg과 할로페리돌 5mg을 혼합하여 정맥주사를 하였고, 환자는 잠이 들었다. 그로부터 4시간 정도 경과한 후 피고 병원 의료진이 환자의 얼굴이 창백한 것을 발견, 활력징후를 측정하였는데 혈압 80/50mmHg, 맥박수 56회/분, 호흡수 12회/분으로 떨어져 있었다. 이에 피고 병원 의료진은 기도 확보를 위한 기관 내 삽관 및 심폐소생술을 시행함과 아울러 혈압상승을 위한 에피네프린 1앰플을 투여하였고 그래도 혈압이 떨어지자 에피네프린 1앰플 및 도파민을 투여하였으며, 에피네프린 1앰플을 추가

4) 이 사건 판결은 쌍방이 상고하였으나 상고기각, 확정되었다.

2회 투여하였으나 결국 환자는 사망하였다.

할로페리돌은 항정신병약으로 충동조절장애 등 폭력적인 행동조절을 위하여 사용할 수 있고 주사제로서 빠른 효과를 나타낸다. 할로페리돌의 첨부문서(약품설명서)에 따르면 정맥 투여용으로는 허가되지 않았으므로⁵⁾ 분할하여 근육주사 하여야 하고 만일 정맥에 투여할 경우 심장 상태를 감시하여야 한다고 기재되어 있다. 또한 위 문서에는 과량투여하면 저혈압 등의 증상이 나타날 수 있고 이 경우 도파민 또는 노르에피네프린과 같은 승압제를 투여하여야 하며, 에피네프린을 병용할 경우 저혈압을 악화시키므로 사용하면 아니 되고, 정상 투여한 경우에도 순환기계와 관련하여 이상이 나타날 수 있으므로 관찰을 충분히 하여야 한다고 기재되어 있다.

나. 법원의 판단

원고는 피고 병원 의료진이 ① 약품설명서의 금지내용에도 불구하고 할로페리돌을 정맥주사 하여 저혈압을 동반한 응급상황에 이르게 하였고, ② 용법에 위반한 정맥주사 시에는 주기적으로 환자의 심전도를 찍는 등 경과를 관찰할 의무가 있음에도 이를 행하지 아니하였으며, ③ 할로페리돌 투여로 저혈압이 발생한 경우 병용 금기인 에피네프린을 4회에 걸쳐 투여함으로써 환자를 사망에 이르게 하였다고 주장하였다.

법원은, 의료행위상 과실은 환자 측이 밝혀야 하나 의료의 과정에 대하여 전문가인 의사가 아닌 보통인으로서도 도무지 밝혀낼 수 없는 특수성이 있어서 환자 측이 인과관계를 의학적으로 완벽하게 증명하는 것은 극히 어려우므로 일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실 행위를 증명하고 그 결과와 사이에 일련의 의료행위 외에 다른 원인이 개재될 수 없다는 점을 밝히면 의료행위를 한 측에 의료상의 과실이 아니라는 점을 증명을 하여야 한다는 대법원 판결을

5) 미국 식약청에서 부정맥 발생 위험성 때문에 정맥주사가 승인되지 않았고, 우리나라 식품의약품안전청에서도 시판 허가 시 정맥주사를 승인하지 않았다.

인용하며,⁶⁾ 의약품의 첨부문서는 당해 의약품의 위험성에 관하여 가장 고도의 정보를 보유하고 있는 제조업자 또는 수입판매업자가 환자의 안전을 확보하기 위하여 이를 사용하는 의사 등에 대하여 필요한 정보를 제공하는 것을 목적으로 기재하는 것이기 때문에 의사가 의약품을 사용할 때 첨부문서에 기재된 사용상의 주의의무사항에 따르지 않고 그로 말미암아 의료사고가 발생한 경우에는 주의사항에 따르지 아니한 점에 관하여 특단의 합리적 이유가 없는 한 의사의 과실은 추정된다고 판시하였다.

다. 판결의 의의

의료소송에서 증명책임을 완화할 필요성으로 판례는 과실 판단의 기준 자체를 완화하여 ‘일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실 있는 행위’를 증명하도록 하고, 환자가 건강상 결함이 없었다는 사실 등을 증명하면 인과관계를 추정시켜주는 법리를 채택하고 있다.

이 사안은 의약품 첨부문서의 주의사항에 따르지 아니한 채 약물을 투여한 후 나쁜 결과가 발생한 경우, 약품설명서 기재내용 위반 그 자체를 과실 추정의 강력한 근거로 삼았다는 점에서 의미가 있다. 과실 자체가 추정되므로 의료행위를 한 측은 첨부문서의 주의사항에 따르지 아니한 객관적 이유를 증명하여 과실추정을 복멸하거나, 인과관계 추정(내지 인정)을 막기 위하여 의료행위와 나쁜 결과 사이에 다른 원인이 개재되었음을 증명하여야 하나, 어느 경우 이든 쉽지 않은 증명이라는 점에서, 의료기관에서는 의약품 첨부문서의 기재사항을 더욱 철저히 숙지하여 투약에 신중을 기해야 할 것이다.

6) 대법원 1995. 2. 10. 선고 93다52402 판결. 이 사건은 다한증 환자가 증상치료를 위해 대학병원에서 제1.2흉추 안쪽에서 손으로 가는 교감신경절제술을 시행 받은 후 경련이 일어나고 뇌경색이 발생하여 사망하자 유족들이 병원을 상대로 제기한 사건으로, 위와 같은 과실 추정의 법리 외에 과실상계 여부와 그 비율 결정은 사실심 전권사항인 점 및 뒤에서 보는 바와 같은 설명의무의 기본법리를 확인한 바 있다.

IV. 설명의무

1. 외상성 전방출혈에 대한 지도설명 의무 위반을 인정한 사건

- 부산지방법원 2012. 5. 30. 선고 2010가합12657 손해배상(의) 판결

가. 사건 개요

원고는 2008. 6. 14. 친구들과 야구를 하던 중 야구방망이에 오른쪽 눈 부위를 맞아 눈썹 부위가 찢어지고 시야가 흐려지는 증상을 보여 같은 날 17:38경 피고 병원 응급실에 내원하였는데, 당시 안압이 36mmHg(정상범위: 15~25mmHg), 전방출혈이 4mm 가량 발생한 상태였다. 피고는 원고에 대한 세극등 검사를 통하여 전방출혈 및 안압상승을 확인한 다음, 안압치료를 위해 만니톨 등을 주사하고 안압약을 점안하였는데, 이후 안압이 20mmHg으로 떨어지고 전방출혈로 인해 안저가 확인되지 않았으며, 초음파촬영 결과 유리체, 망막, 맥락막 등에서 별다른 이상이 발견되지 않았다.

원고의 부모는 피고에게 원고를 입원 치료해 달라고 요청하였으나, 피고는 안압하강 점안제(Cosopt, Alphagan), 스테로이드 점안제(Vexol), 산동조절마비 점안제(Ocucyclo) 등의 약물을 처방하면서 원고를 퇴원시켰고, 원고는 같은 날 22:08경 성형외과 의원에서 찢어진 부위에 대하여 봉합치료를 받았으며, 다음 날인 2008. 6. 15. 두통과 구토 증상이 나타나자 다시 위 성형외과 의원에서 치료를 받았다.

원고는 성형외과 치료 이틀 후인 2008. 6. 17. 오른쪽 눈 부위의 극심한 통증을 호소하며 다시 피고 병원에 내원하였는데, 출혈로 인해 안압이 45mmHg까지 상승하고, 홍채해리, 외상성 백내장, 이차성 녹내장 및 각막혼탁 등까지 발생하여 다음 날 전방세척술을 받은 것을 비롯하여 그 이후 수차례에 걸쳐 전방출혈에 대한 세척술, 백내장 및 녹내장에 대한 인공수정체 삽입술 등의 수술을 받았다.

원고는 현재 오른쪽 눈 부위의 각막 혼탁으로 사실상 실명상태이고, 녹내장

치료에 별다른 효과가 없어 안구 통증이 올 경우 안구적출이 필요할 수도 있게 되자 피고를 상대로 소를 제기하였다.

나. 법원의 판단

법원은 피고의 진료과정상의 과실을 부정하였으나, 원고를 퇴원시키면서 전방출혈의 위험성과 그에 따른 주의사항으로 통증이 발생하면 즉시 내원하여 치료를 받아야 한다는 점 등을 설명하여 주지 않아 원고로 하여금 적기에 치료를 받을 수 없게 함으로써 이 사건 사고를 초래하였다는 지도설명의무 위반 주장에 대하여 다음과 같이 판시하였다.

① 의사는 수술 등 당해 의료행위의 결과로 후유 질환이 발생하거나 아니면 그 후의 요양과정에서 후유 질환이 발생할 가능성이 있으면, 비록 그 가능성이 크지 않다고 하더라도 이를 억제하기 위한 요양방법이나 후유 질환으로 인한 나쁜 결과가 초래되는 것을 막기 위해 필요한 조치가 무엇인지를 환자 스스로 판단·대처할 수 있도록 요양방법, 후유 질환의 증상, 악화 방지나 치료를 위한 대처방법 등을 환자의 연령, 교육 정도, 심신상태 등의 사정에 맞추어 구체적인 정보의 제공과 함께 설명·지도할 의무가 있고, 이러한 지도설명의무는 그 목적 및 내용상 진료행위의 본질적 구성부분이므로, 지도설명의무 위반과 상당인과관계가 있다면 그로 인한 생명·신체상의 손해에 대하여 배상책임을 면할 수 없다(대법원 2010. 7. 22. 선고 2007다70445판결).

② 외상성 전방출혈의 경우 대부분은 별다른 후유증 없이 사라지지만, 재출혈로 인하여 녹내장이 발생할 수도 있고, 그럴 경우 시력상실이라는 돌이킬 수 없는 중대한 결과를 가져올 수도 있는 점, 따라서 피고는 원고에 대하여 재출혈이나 그에 따른 합병증 발생 여부를 예측하기는 어려웠다 하더라도, 그 위험성에 비추어 향후 경과관찰이 필요하고 재출혈의 경우 수술적 치료까지 필요하다고는 판단할 수 있었던 점, 그럼에도 피고는 원고에 대한 입원치료 요청을 거절하고 ‘2일 후에나 한번 외래진료를 받으러 오라’는 정도의 설명을 한 것으

로 보이는 점, 퇴원 후 원고는 통증에 대하여 피고 병원이 아닌 봉합치료를 받은 성형외과에서 다시 진료를 받았는데, 만약 원고가 외상성 전방출혈의 위험성 및 심각성에 대하여 정확히 인식하였다면 원고는 피고 병원에서 진료를 받았을 것으로 보이는 점, 피고가 원고에 대한 진료 및 처치과정에 관하여 작성한 경과기록지에, ‘상기환자 출혈, 시력저하, 홍채손상, 망막박리, 출혈 등 합병증에 대해 설명하였고, 외래방문을 권유함’이라고 기재되어 있으나 이는 사후에 기재된 점 등을 고려할 때, 피고는 환자와 보호자에게 외상성 전방출혈의 위험성, 발생 가능한 합병증의 종류, 증상 및 심각성, 증상발생시 필요한 조치 등을 명확하게 설명하여 그 위험성 및 심각성을 정확하게 인식하고, 통증이 재발할 경우 즉시 피고 병원에 내원하여 치료를 받도록 구체적인 정보의 제공과 함께 이를 지도·설명할 의무가 있었음에도 불구하고 이를 제대로 이행하지 않았고, 그로 인하여 원고가 퇴원 후 전방출혈의 위험성을 제대로 인식하지 못한 채 재출혈이 광범위하게 발생할 때까지 적절한 치료를 받을 수 있는 기회를 상실함으로써 이 사건 사고가 발생하였다고 보이므로, 피고의 지도설명의무 위반과 이 사건 사고 사이에는 상당인과관계가 있다.

③ 다만 원고가 입은 외상성 전방출혈이 이 사건 사고의 주요한 원인이고, 피고가 실시한 진료 자체에는 어떤 과실이 있다고 보기 어려운 점, 외상성 전방출혈은 대개의 경우 별다른 합병증 없이 증상이 완화되고 재출혈이 발생할 가능성은 비교적 드문 점 등을 고려하여 피고의 책임비율을 60%로 제한하여, 총 7,000만 원 가량을 지급하여야 한다.⁷⁾

다. 판결의 의의

의료소송에서 1979년 자기결정권을 강조하는 설명의무에 관한 최초의 판결⁸⁾이 선고된 후 기본 법리가 집대성되었던 93다52402 판결⁹⁾이후에도, 의

7) 위 판결은 쌍방이 항소하지 않아 확정되었다.

8) 김필수, 「의료단계에 따른 의사의 설명의무에 대한 실증적 연구」, 고려대학교 석사학위논문, 2009, 제2면 이하 참조, 위 논문에서는 국내에서 설명의무가 최초로 문제된 판결을

료소송에서 설명의무의 지위는 날이 갈수록 그 영향력을 확장해 왔다. 의료법에 명문 규정이 없음에도 불구하고 이렇게 그 영역을 확대해 온 것은 증거의 편재로 인한 증명책임 완화의 필요성, 사망 또는 중장해가 대부분인 의료사고 결과의 심각성 등을 고려하여, 법원이 위자료의 조절적 기능을 적극적으로 활용하여 분쟁해결을 위해 노력해 왔기 때문으로 이해된다. 법원도서관 자료에 따르면, 2013. 3. 4. 현재 검색되는 전체 판결문 1,017,827건 중 특정 영역 제한 없이 설명의무라는 용어로 검색되는 판결은 14,962건이고, 여기에 기한 제한을 두어 2012. 1. 1.~2012. 12. 31.까지 설명의무로 검색되는 사건수는 1,281건이며, 이 중 손해배상(의)라는 사건명 제한을 둘 경우 294건이다. 언뜻 보아 설명의무의 위상이 잘 느껴지지 않지만, 같은 기간 손해배상(의)라는 사건명으로 검색되는 총 수가 536건인 것에 비추어 보면, 의료사건 관련 판결 중 54.8%에서 설명의무가 언급되고 있는 것이므로, 설명의무가 의료소송에서 차지하는 위상을 짐작할 수 있다.¹⁰⁾

1979. 8. 14. 선고 78다488 사건으로 보고 있다. 위 논문에 의하면, 위 사건은 환자가 후유증이 수반되는 수술을 승낙한 것으로 볼 수 없는 경우에는 환자의 승낙권을 침해함으로써 위법한 수술을 한 것이어서 불법행위가 성립된다고 판시하였다고 한다.

9) 대법원 1995. 2. 10. 선고 93다52402 손해배상(의) 판결. 이 판결에서는 (i) 의사가 환자에게 수술 등 인체에 위협을 가하는 행위를 함에 있어 그에 대한 승낙을 얻기 위한 전제로서 환자 본인 또는 그 가족에게 그 질병의 증상, 치료방법의 내용 및 필요성, 발생이 예상되는 위험 등에 관하여 당시의 의료수준에 비추어 상당하다고 생각되는 사항을 설명하여 그 환자가 필요성이나 위험성을 충분히 비교하여 그 의료행위를 받을 것인가의 여부를 선택할 수 있도록 하여야 할 의무가 있다고 설명의무의 개념을 실시하고, (ii) 의사가 설명의무를 위반한 채 수술 등을 하여 환자에게 사망 등의 중대한 결과가 발생한 경우에 환자 측에서 선택의 기회를 잃고 자기결정권을 행사할 수 없게 된 데 대한 위자료만을 청구하는 경우에는 의사의 설명결여 내지 부족으로 선택의 기회를 상실하였다는 사실만을 증명함으로써 족하고, 설명을 받았더라면 사망 등의 결과는 생기지 않았을 것이라는 관계까지 증명할 필요는 없으나, 그 결과로 인한 모든 손해를 청구하는 경우에는 그 중대한 결과와 의사의 설명의무 위반 내지 승낙취득 과정에서의 잘못과의 사이에 상당인과관계가 존재하여야 하며, 그때의 의사의 설명의무 위반은 환자의 자기결정권 내지 치료행위에 대한 선택의 기회를 보호하기 위한 점에 비추어 환자의 생명, 신체에 대한 구체적 치료과정에서 요구되는 의사의 주의의무 위반과 동일시 할 정도의 것이어야 한다는 법리를 실시하여, 이후 설명의무 위반이 인정될 경우 배상액 산정의 기준이 되는 판결이 되었고, 설명의무 관련 판결 중에서 최근까지도 가장 많이 언급되는 판결 중의 하나이다.

10) 물론 손해배상(의)라는 사건명으로 검색되는 수가 의료관련 소송 전체를 의미하지는 않는다. 의료와 관련된 소송이 손해배상(기)나 채무부존재 소송으로 제기되기도 하고, 위

이 사건 판결은 설명의무 관련 판결 중에서도 최근 부각되고 있는 지도설명 의무¹¹⁾ 위반을 인정하여 배상을 명한 경우이다. 지도설명 의무는 결핵약 에탐부톨 복용 후 발생한 전격성 간염이 문제되었던 대표적인 사건들¹²⁾ 이후 발전을 거듭하고 있는데, 기존 지도설명 의무위반 사례에서는 전 손해 배상이 가능함을 인정하면서도 실질적 배상액 산정에서는 위자료 수준에 머물렀던 경우가 대부분이었는데, 이 사건에서는 의료행위상의 과실을 부정하고 지도설명 의무 위반을 인정하였으며 위자료 수준에 머물지 않고 일반 의료상 과실이 인정된 경우와 동일하게 일실수입, 기왕치료비, 간호비, 위자료 등을 산정하고 책임제한까지 인정하여 지도설명 의무의 독자적 지위를 확인하여 주었다는 점에서 의의가 있다¹³⁾.

사건 수에는 임의비급여나 면허자격정지처분취소, 과징금부과처분취소 등과 같은 행정소송과 업무상과실치(사)상, 의료법위반, 공단보험관련 사기 관련 형사사건의 수는 포함되어 있지 않기 때문이다. 반면 의료소송의 상당수가 설명의무 위반을 고려한 위자료 금액을 지급하는 내용으로 조정되는 점을 고려하면, 의료사건 중 설명의무 관련 부분의 비중은 더욱 크다고 볼 여지가 있다. 그러나 설명의무의 비중과 관련한 정확한 통계가 확인되지 않는 상황에서 위와 같은 수치가 설명의무의 비중을 일부나마 가늠하는데 도움이 될 수 있을 것으로 생각된다.

- 11) 지도설명 의무와 관련한 독자적 문헌은 아직 많이 나와 있지 않다. 지난 2011년 의료법학에 게재된 2010년 주요 의료 판결 분석 중 지도설명 의무와 관련된 판결을 소개하였는바, 위 논문에서는 지도설명 의무를 침습적 의료행위에 대한 승낙을 얻기 위한 조연설명 의무와 구별되는 개념으로 소개하고, 지도설명 의무 위반의 경우 전손해 배상이 가능하다는 점을 지적하고 있다. 이정선 외 2, "2010년 주요 의료 판결 분석", 『의료법학』, 제12권 제1호, 2011, 제188면 이하 참조. 한편 서울고등법원 2010. 4. 22. 선고 2009나72218 손해배상(의) 사건 판결에서는 지도설명 의무의 증명책임이 원고에게 있음을 명시적으로 확인하고 있다.
- 12) 대법원 2005. 4. 29. 선고 2004다64067 판결, 대법원 2010. 7. 22. 선고 2007다70445 판결
- 13) 창원지방법원 2011. 11. 24. 선고 2011가합733 손해배상(의) 사건에서도 결핵약 에탐부톨 복용 후 시신경염이 발생한 환자에게 의료기관에서 에탐부톨 복용 후 후유증이 발생하면 즉시 병원에 내원하여 추가로 받아야 할 진료내용 등에 대한 충분한 설명이 이루어지지 않아 환자의 실명상태에 가까운 부작용이 발생하였다며 43,550,000원과 그에 대한 이자를 지급하라는 판결이 선고되었고, 이에 대하여 원피고 양측이 모두 항소하지 않아 확정되었는바, 위 사건의 경우도 지도설명 의무를 인정하면서 손해배상의 범위를 일반 주의의무 위반과 동일하게 산정하였다.

2. 경과기록지 기재 사항의 설명의무 이행 불인정 사건

- 광주고등법원 전주부 2012. 5. 7. 선고 2011나1175 판결

가. 사건개요

원고는 2005. 7. 12. 등 통증, 하지위축, 보행 장애, 배뇨 및 배변 장애를 호소하면서 피고 병원에 내원하였는데, 같은 날 시행된 방사선촬영, 자기공명촬영, 근전도 등의 검사결과 요추 1~5번 사이 척수관내 수막 안에 약 7 cm 길이의 종양이 발견되어 같은 해 7. 14. 14:20경부터 21:10경까지 약 7시간가량이 사건 수술을 시행하여 종양의 대부분을 제거하였다. 수술 후 피고는 원고에 대하여 지속적으로 일반혈액검사, 동맥혈 가스분석검사, 전해질검사인 임상병리검사, 방사선촬영검사, 조직검사, 농양 세균 배양검사 등을 실시하고, 약물처방을 하면서 수술 부위의 지속적 관찰 및 간접파 전류치료, 단순 운동치료 등의 물리치료, 배뇨 훈련 등의 처방을 하였고, 2005. 8. 6.부터는 휠체어를 타고 거동할 것을 권장하였으며, 2005. 11. 1. 미골부분 엉덩이를 봉합하였다. 원고는 같은 해 11. 15. 피고 병원에서 퇴원하여 청주성모병원, 청주한국병원에서 양하지 마비, 배뇨 및 배변 장애에 대한 재활치료를 받았으나, 증상이 호전되지 아니하여 수술의사인 피고를 상대로 손해배상 소송을 제기하였다.

나. 법원의 판단

재판부는 원고의 장애가 수술 이후에 발생하였다는 사정만으로 종양을 무리하게 전적출하였다거나 그와 같은 적출로 신경이 손상되었다고 추인하기는 어렵다며 술기상의 과실을 부정하였다.

그러나 재판부는, (i) “7/13 해당 신경줄기가 일단은 회복될 것인가? 대, 소변 우하지의 마비증세 있음. 일단은 회복될지? 마비가 발생할 수도 있다. 영구히 회복되지 않을 수도 있다”라고 기재된 경과기록지(Doctor’s Order) 기재사항에 관하여, 경과기록지는 그 내용에 비추어 볼 때 피고가 원고에게 기재된 내용을 설명한 것인지 피고의 개인적인 판단을 메모의 형식으로 기록만 해 놓

은 것인지 불분명하고, 설령 피고가 원고에게 위 기재된 내용 그대로 설명하였다고 하더라도 위 기재된 내용만으로는 피고가 원고 질병의 증상, 치료방법의 내용 및 필요성, 피고가 시술할 수술방법의 구체적인 내용과 다른 수술방법의 존재 여부, 각 그 수술방법의 장단점, 피고가 시술할 수술방법으로 인하여 발생이 예상되는 위험이나 부작용의 종류 등에 관한 사항들을 구체적으로 설명하여 원고가 그 필요성이나 위험성을 충분히 비교해 보고 그 의료행위를 받을 것인가의 여부를 선택할 수 있도록 하였다고 인정하기에 부족하고, (ii) 원고는 수술 전 '본인은 본인에 대한 수술의 필요성, 내용, 예상되는 합병증과 후유증 등에 대하여 자세한 설명을 의사로부터 들었으며, 본 수술로써 불가항력적으로 야기될 수 있는 합병증 또는 환자의 특이체질로 우발적 사고가 일어날 수도 있다는 것을 충분히 이해하며, 수술에 협력할 것을 서약하며, 수술을 하여 줄 것을 청약합니다'라고 부동문자로 기재되어 있는 수술청약서에 서명하였으나, 위 수술청약서는 그 '병명'란 및 '수술/검사명'란 등이 모두 공란이어서, 원고가 앞서 본 바와 같은 설명의 대상들에 관하여 구체적으로 설명을 듣고 작성한 것이라고 보기에는 부족하고, 달리 피고가 원고에게 이를 설명했다고 인정할 만한 증거가 없으며, (iii) 피고의 설명의무위반으로 인해 원고의 자기결정권이 침해되었으므로 그로 인한 손해를 배상할 의무가 있으나, 나머지 가족들은 자기결정권의 행사 주체가 아닌 환자의 가족에 불과하여 위자료 청구를 인정할 근거가 없으며, 피고로 하여금 원고에게 금 3,000만원과 지연이자 지급을 명하였고, 원피고 양측 모두 상고하지 아니하여 확정되었다.

다. 판결의 의의

위 판결은 일반적 설명의무이행과 관련한 증명책임이 환자가 아닌 병원에 있음을 확인한 동시에, 경과기록지에 환자에게 관련 내용을 설명한 것으로 보이는 내용이 기재된 경우에도 경과기록지의 성격 등을 고려할 때 일정한 내용이 기재되어 있다는 사실만으로는 설명의무가 이행되었다고 볼 수 없다고 보

아 편법적 설명의무 이행 또는 그러한 사실의 증명방법에 제동을 걸었다는 점, 설명의무의 핵심이 환자의 자기결정권이며 그의 논리적 귀결로 그 이행의 상대방은 환자 본인이며 가족이 될 수 없음을 확인하였다는 점에서 의미가 있다.¹⁴⁾

3. 의료행위 과정 공개 여부에 대한 자기결정권 침해 인정 사건

- 전주지방법원 2012. 8. 29. 선고 2012나2821 판결

가. 사건 개요

원고들은 부부로, 피고가 운영하는 산부인과에서 2010. 4. 5. 14:34경 피고 지휘 하에 둘째 아이를 출산하였는데, 당시 피고 병원에서 임상실습 중이던 의학전문대학원 재학생들이 분만실에 들어와 분만과정을 참관하였고, 이후 산모가 우울성 장애 등을 앓게 되자, 원고들이 피고를 상대로 원고들의 분만과정 참여 여부에 대한 자기결정권 침해를 주장하며 손해배상 소송을 제기하여 1심에서 산모에게 5,186,700원, 산모의 배우자에게 1,000,000원이 선고되었고,¹⁵⁾ 원피고 쌍방이 항소하였다.

나. 법원의 판단

재판부는 ① 산모는 자기결정권에 따라 실습 중인 학생들을 비롯한 제3자에게 자신의 분만과정을 공개할 것인지에 대한 선택권을 가지고, 분만과정에 의료진이 아닌 제3자를 참관하게 하려는 의료진은 산모나 가족들에게서 타인의 참관에 대한 동의를 얻어야 하며, 그 전제로서 사전에 산모 등에게 참관하는 사람의 지위, 참관의 목적 및 내용 등에 대하여 설명하여 참관을 허용할 것인

14) 설명의무 이행의 상대방, 즉 자기결정권의 주체가 환자 본인이어서 그 불이행의 경우 배상을 청구할 수 있는 주체가 환자 본인으로 제한된다는 같은 취지의 판결로 서울중앙지방법원 2010가단23836 손해배상(의)사건 판결, 전주지방법원 2012.8.29. 선고 2012나2821 손해배상(기)판결 등이 있다.

15) 전주지방법원 2012. 2. 23. 선고 2011가단30330 손해배상(기) 사건 판결.

지 선택할 수 있도록 할 의무가 있고, ② 대학병원이 아닌 일반병원의 경우에는 일반원칙에 따라 산모의 명시적인 동의가 있는 경우에 한하여 학생들의 참관이 허용되며, 이 경우 산모의 동의는 일반적인 치료행위와는 다른 출산과정의 특수성을 감안하여 극심한 진통이 시작되기 이전에 산모의 의사가 분명한 상태에서 참관의 내용 등에 대하여 충분히 설명하고 명시적으로 그 의사를 확인하는 방법에 의하여 얻어진 것이어야 한다고 전제하고, ③ 이 사건에서 피고 병원 의료진이 산모의 분만과정에 학생들을 참관시키는 것에 대하여 동의를 구하지 않았거나, 동의를 구하였다 하더라도 본격적인 출산과정이 시작되기 전에 충분한 설명을 통하여 명시적으로 동의 여부를 확인하는 유효한 방식에 의하지 않은 것으로 보이므로, 병원은 산모에 대하여 자기결정권 침해에 따른 위자료 지급의무가 있고 그 금액은 300만원이 타당하며, 산모의 배우자는 자기결정권의 행사주체가 아닌 가족에 불과하므로 그에 대하여는 위자료 지급의무가 없다며 기각하였고, 위 판결에 대하여 원피고 쌍방이 상고하였으나 심리불속행 기각되어 항소심 판결이 확정되었다.¹⁶⁾

다. 판결의 의의

이 사건은 설명의무의 대상 내지 범위가 확장되고 있음을 보여 주는 예로, 의료행위의 시행 여부가 아닌, 분만과정과 같은 의료행위 과정에 대한 참관 여부를 결정함에 있어서도 설명의무의 전제인 자기결정권의 범위에 포함되는 것으로 보았다는 점 및 설명의무의 전제가 되는 자기결정권은 환자 자신이 갖는다는 점을 확인하였다는 데 의의가 있다.

16) 대법원 2012. 12. 27. 선고 2012다83346 손해배상(기) 판결.

V. 손해배상의 범위

1. 하와이 주 일용노임 인정 및 손해3분설에 기초한 배상액 산정 사건 - 대법원 2012. 1. 12. 선고 2010다106320 손해배상(의) 판결

가. 사건 개요

원고는 우리나라와 미국에서 유방확대술 등을 받은 경험이 있는 환자로, 2007. 7.경 피고 병원에서 상·하안검성형술, 외안각성형술, 유방확대술, 거드랑이 앞 부위 지방흡입술, 턱끝 절제술 등을 받았는데, 성형수술 후 유방하수와 주름은 다소 개선되었으나, 턱밑, 양쪽 귀, 양쪽 눈 및 양쪽 가슴에 흉터가 남게 되었으며, 성형수술을 하더라도 현재 남아 있는 흉터의 흔적을 지울 수 없는 상태가 되고, 양쪽 눈이 잘 감기지 않아 안검외반증, 토안과 안구건조증 등이 발생하게 됨에 따라 피고를 상대로 손해배상을 청구하였다.

나. 법원의 판단

① 원고는 신체감정결과를 토대로 60%의 노동능력상실율과 본인이 거주하는 미국 하와이주 여성도시노동자의 연평균수입 및 65세까지의 가동연한이 적용되어야 한다며 총 7억 원이 넘는 금액의 배상을 요구하였으나, 제1심 재판부는 외모에 남은 흉터를 현저한 추상이라 보기 어렵다며 신체감정결과를 배척하고 15%의 노동능력상실율을 인정하는 동시에, 60세를 가동연한으로 보고 건설인부 일용노임으로 산정하여 일일수입 27,609,647원을 인정하되, 기왕치료비 2,283,568원과 안검외반증 및 인공누액 등에 관한 향후치료비 37,413,204원 및 기존 수술비용 4,100만원 및 수술 후 경위 등을 고려하여 위 자료를 3,000만원으로 하고 책임제한 없이¹⁷⁾ 총 97,306,419원의 지급을 명

17) 통상의 의료소송의 경우 환자가 병원에 내원할 당시 정상상태가 아니었던 점, 의료사고가 고의가 아니었다는 점 등을 고려하여 병원의 과실이 인정되더라도 30~50% 정도의 책임을 인정하는 것이 대부분이고, 심지어 책임제한 사유를 과실판단의 기준으로 보아 과실

하였다.

② 원심 판결에 대하여 피고가 항소하여 진행된 서울고등법원 항소심에서는, (i) 원고의 주름이 심하지 않고, 턱끝 성형술의 경우 흉터를 최소화할 수 있는 다른 수술방법이 존재하며, 지방흡입술은 안면거상술 이전에 실시해야 하는 점 등을 지적하면서, 피고가 시술 여부 및 그 시기, 방법을 선택함에 있어 충분한 검토를 하지 아니하고 수술과정상 피부의 절제, 시술의 선후 및 절제 부위 선택, 봉합 선택 등에 있어 잘못을 저질러 원고에게 통상 예상하기 어려운 과도한 흉터와 토안 등의 후유증이 발생한 것이고, (ii) 피고가 성형수술을 시술하기 이전에 시술방법과 관련 후유증 등을 충분히 설명하고, 원고가 이를 인식한 상태에서 위와 같은 성형수술을 시술받았다고 인정하기 부족하다며 설명의무 위반의 과실을 인정하되 기존 수술 경험 및 짧은 기간에 많은 성형수술을 받으려고 한 점 등을 고려하여 피고책임을 70%로 제한하였다.

구체적 배상액 산정과 관련하여 재판부는, (i) 원고가 미국 시민권자이므로, 이 사건 의료사고 당시인 2007. 7.의 미국 하와이주 여성도시일용노동자의 일용노동임단가 미화 125.98달러에 월평균 가동일수 22일을 곱한 금액을 기초로 60세가 되는 2024. 3. 9.까지의 일실수입으로 47,299,324원, 기왕 및 향후치료비로 26,138,242원 및 위자료 4,500만원을 인정하여 총 118,437,566원이 인정되어야 하나, 제1심 판결 중 소극적 손해(27,609,647원)와 위자료(3,000만원) 부분의 경우 항소심 인정 금액보다 적은 금액을, 적극적 손해(37,413,204)의 경우 더 많은 금액을 인용하였는데, 이 중 소극적 손해에 대하여는 원고가 항소를 하지 아니하고 피고만이 항소를 제기하여 불이익변경금지의 원칙에 따라 피고에게 불리하도록 제1심 판결을 변경할 수 없어, 인용

을 아예 부정하는 경우도 나타나고 있으나, 대법원 2011. 11. 10. 선고 2009다45146 손해배상(의) 판결은 책임제한 사유와 과실판단 기준이 분리되어야 한다고 하여 양자의 구별을 명확히 한 바 있고, 성형외과 사건의 경우 일반적인 환자와 달리 건강에 이상이 있었던 것이 아니라는 점 및 배상액이 인정되는 경우이더라도 소액에 그치는 점 등이 고려되어 책임제한을 하지 않는 경우가 자주 등장하고 있다. 성형외과 관련 과실인정과 배상액 산정에 대한 글로는 서영현, 「미용성형시술에 관한 판례의 동향과 분석, 주의의무, 설명의무, 노동능력상실율을 중심으로」, 고려대학교 석사학위 논문, 2011년 참조.

가능한 소극적 손해액은 1심에서 인용된 27,609,647원을 인정하고, 적극적인 손해에 대한 피고의 항소에 의해 일부 책임제한 비율을 적용하여 26,138,242원으로 수정하였으며, 위자료에 대하여는 원고의 부대항소를 일부 받아들여 4,500만원이 인정되어 원금 98,747,889원 및 사유에 따라 지연이자 기산점을 달리한 이자를 지급하도록 판결하였고, 피고가 다시 상고하였으나 기각되어 항소심 판단이 최종 확정되었다.

다. 판결의 의의

이 사건 판결은 성형외과 사건으로는 이례적인 부분이 많이 포함되어 있을 뿐만 아니라, 민사소송과 관련한 처분권주의, 불이익변경금지원칙 등의 의미를 되새기게 하는 판결이다. 우선 제목에서 표현된 바와 같이 일실수입 기준으로 미국 하와이주 여성도시노동자의 연평균수입에 기초한 일용노임이 인정되었는데¹⁸⁾, 통상의 손해배상 소송에서 원고의 일실수입 산정을 위한 믿음만한 자료가 부족한 경우 건설인부 노임단가를 적용하는 경우가 많은 점을 고려하면, 비록 충분하지 않더라도 원고의 특수성을 인정할 수 있는 자료를 최대한 제출하여 인정을 받을 수 있도록 노력해야 함을 새삼 일깨워주고 있다.¹⁹⁾ 더불어 신체감정회신에서, 안면부 흉터를 현저한 추상으로 보아 60%의 노동능력상실율을 인정한 것이나, 재판부에서 위와 같은 신체감정 결과를 배척하면

18) 앞서 소개된 서울고등법원 2012. 3. 22. 선고 2010나24017 손해배상(의) 판결에서는, 망인이 2000년에 문학박사 학위를 취득하여 대학 및 연구소의 연구교수 등으로 활동하여 왔음을 고려하여 2007년 임금구조기본통계조사보고서의 전문가 중 과학전문가로서 9년간의 경력에 따른 통계소득이 적용되어야 한다고 주장하였음에도 불구하고, 2005. 10. 이후의 소득자료가 없고, 장기간 알코올 의존증에 빠져 입, 퇴원을 반복한 점 등이 부정적 요소로 작용하여 도시보통인부 노임을 적용하여 일실수입이 산정된바 있다.

19) 2010. 5. 13. 선고 2009나17587 사건에서는, 원고가 성형수술을 받은 후 후유장해가 남아 피고의 배상책임을 인정하면서도 일실수입 산정과 관련하여, 원고가 고려대학교 법학과 재학 중이었고, 최우등생으로 분류될 정도로 성적이 우수하였다고 하더라도 그러한 사실만으로는 원고가 위 대학을 졸업한 후 대학졸업자의 경력과 연령에 따른 월평균수입을 얻을 것이 상당한 정도로 확실시된다고 할 수 없다며 도시일용노임에 기초하여 일실수입을 산정한 바 있다. 이정선 외 2, “2010년 주요 의료판결분석”, 『의료법학』, 제12권 제1호, 2011, 제212면 참고.

서 15%의 노동능력상실율을 인정한 것도 다른 사건과 구별되는 특징이다.

한편, 항소심에서 노임단가의 기준변경으로 일실수입의 기준이 대폭 상향되었음에도 불구하고 1, 2심에서 인정된 판결원금이 거의 차이가 나지 않는 이유는, 원고가 이미 50대여서 가동연한까지 남은 시간이 길지 않았던 점, 노동능력상실율이 15%에 불과한 점 및 항소심에서 피고책임이 70%로 제한되었기 때문인바, 책임제한에 있어서 법원의 재량범위를 가늠해 볼 수 있으며, 원고 측에서 항소하지 않음으로써 처분권주의와 불이익변경금지원칙에 따라 항소심 재판부가 계산한 금액이 1심 인용금액보다 증가하였음에도 판결주문에는 이를 반영할 수 없었다는 점에서 항소여부에 대한 판단을 신중히 하여야 함을 일깨워주고 있다.

2. 태아 사망 시 위자료 증액 사건

- 서울고등법원 2012. 10. 11. 선고 2011나69505 판결

가. 사건 개요

2009. 3. 산모인 원고가 자간전증을 앓고 고혈압 증상을 보였음에도 피고 병원이 신속한 조치를 취하지 않아 당시 27주의 쌍태아가 사산되어, 쌍태아의 부모가 병원을 상대로 사망한 쌍태아와 본인들의 손해를 배상하라며 소송을 제기하여 1심에서 위자료 5,500만원을 지급하라는 판결이 선고되었으나²⁰⁾ 이에 대하여 쌍방이 항소하였다.

나. 법원의 판단

위 사건의 항소심 재판부는, 2000년 이후 우리나라 학계의 보고에 의하면 1,000g 미만의 초극소 저체중 출생아도 65~83%의 출생률을 보여 예상체중이 500g 이상일 때에는 생존을 예상하고 출산을 준비하고 있으며, 원고가 임

20) 서울중앙지방법원 2011.8.9.선고 2010가합50880 손해배상(의) 판결 참조.

신하고 있던 쌍태아는 사산 당시 체중이 647g, 510g이었으므로, 피고가 원고를 마지막으로 진찰한 당시 쌍태아의 발육상황에 의하더라도 그 출생가능성이 극히 희박하다고 할 수 없으며, 피고가 원고에게 적절히 진단하고 위험을 알려줌으로써 위 원고로 하여금 안정을 취하도록 하였거나 전원조치 하여 입원치료를 받을 수 있도록 하였다면, 원고가 쌍태아의 임신을 좀 더 유지한 후 분만할 수 있었을 것이고, 그 경우 쌍태아의 출생가능성은 더욱 높아졌을 것이어서, 피고의 과실과 쌍태아의 사망 간의 인과관계가 인정된다며 원심보다 위 자료를 증액하여 총액 9,000만원의 위자료를 인정하였고, 피고 측에서 상고하였으나 심리불속행으로 상고 기각되어 항소심 판결이 확정되었다²¹⁾.

다. 판결의 의의

민법에서 자주 논의되는 사람의 시기와 관련하여, 통설과 판례가 취하고 있는 전부노출설을 취하면, 태아를 사산한 경우 태아는 법률적으로 사람이었던 적이 없었으므로 손해배상 청구의 주체가 될 수 없다. 이에 법원에서는 그 상속인인 산모나 부모의 위자료 산정시 이를 배려하는 정도였으나, 최근 그 배상액을 증액하여 실질적 배상이 이루어지게 하는 노력이 나타나고 있고²²⁾, 이 사건 판결도 그러한 예의 하나로 볼 수 있다.

3. 악성흑색종 진단 검사 결과를 간과하여 치료기회를 상실한 사건에 대하여 전손해배상을 인정한 사건

- 서울중앙지방법원 2012. 6. 13. 선고 2011가합13192 판결

망인은 피고 병원에서 좌측 발목 외측에 발생한 점을 3차례에 걸쳐 제거하고 3차 제거술 당시인 2009. 3. 4. 조직검사를 시행하여 악성 흑색종이라는 점

21) 2013. 2. 15. 선고 2012다105833 판결 참조

22) 서울고등법원 2007. 3. 15. 선고 2006나56833 손해배상(의) 판결에서는 병원 과실로 태아가 사산한 사건에서 1심에서 인정된 위자료 4,500만원보다 많은 7,500만원을 지급하라고 판결한 바 있다.

이 확인되었으나, 피고 병원 의료진이 이를 확인하지 아니하여 환자에게 통보하지 아니하였다가 2009. 9. 24. 이전 수술부위와 동일한 곳에 점이 재발한 후 진단하는 과정에서 이전 검사결과를 확인하여 고지하고, 그 다음 달 대학병원에서 종양제거술을 시행하였으나 이미 신체 여러 부위로 암이 전이되어 그 다음 해인 2010. 12. 27. 사망하였다. 유족들은 피고 병원을 상대로 손해배상 소송을 제기하여, 피고 병원의 의료진이 검사결과를 확인하여 망인에게 고지하거나 악성 흑색종에 대한 치료를 실시하지 않아 망인이 조기에 항암치료를 받을 수 있는 기회를 놓치게 한 과실이 있다고 주장하였다.

법원은, 피고 병원 의료진에게 이 사건 조직 검사결과를 확인하지 않아 망인으로 하여금 좀 더 조기에 암에 대한 치료를 받을 기회를 상실하게 한 과실이 있고, 이러한 과실이 악성 흑색종의 전이로 망인을 사망에 이르게 한 원인이 되었으므로 피고는 망인의 사망에 대한 손해를 배상할 책임이 있다고 전제하고, 다만 피고 병원에서 3차 수술 전 조직검사에서 멜라닌세포모반으로 판독된 점, 망인에게 발생한 악성흑색종이 악성도가 높았던 점 등을 고려하여 피고 책임을 20%로 제한하여 원금 기준 2,300만 원 가량의 배상을 명하였고, 이에 대하여 원고 측에서 항소하였으나 항소심에서 화해권고결정이 수용되어 종결되었다.²³⁾

이 사건 판결은, 오진 내지 진단지연으로 인한 치료기회 상실의 경우 위자료 배상에 그치는 경우가 대부분이었던 것과 달리, 오진 내지 진단지연을 일반적인 의료과실 판단에 있어서의 주의의무 위반과 같은 전손해배상을 전제로 한 일실수입과 기왕치료비 등을 산정하여 배상을 명하였다는 점에서 의미가 있다. 다만 피고 병원의 책임을 20%로 제한함으로써 실질적으로 위자료 배상에

23) 이와 유사한 사건으로 창원지방법원 2012. 1. 19. 선고 2010가합11521 손해배상(의) 판결에서는, 피고 병원 건강검진센터에서 원고가 2009. 10. 26. 우측 옆구리 통증으로 피고 병원에서 초음파검사, 흉부방사선 검사 등을 받아 우측 폐에 2cm크기의 결절이 관찰되어 외과의사가 정밀검사를 권유하였으나, 내과의사가 이를 받아들이지 않고 방치하였다가, 4개월가량 지나 폐암 4기(비소세포암, 뼈로 전이)라는 진단을 받고 항암치료를 받고 있는 환자에게, 피고 병원으로 하여금 설명의무 위반과 이로 인한 치료기회 상실 등에 대한 배상책임을 인정한 바 있다.

그치게 하였다는 점에서는 아쉬움이 남는다.

VI. 분업화된 의료기관에서 각 진료과목 의사들간의 협력 의무를 인정한 사건

-부산지방법원 2012. 5. 21. 선고 2010고합507 판결

1. 사건 개요

피해자는 2009. 8. 29. 06:30경 승용차를 운전하던 중 가드레일을 충격하는 교통사고가 발생하여 A대학교병원에서 CT 촬영 검사 결과 하악골절로 진단 받고 양악고정술 등 임시치료를 받은 다음 B대학교병원 응급실로 전원되었다. B대학교병원 이비인후과 전공의 1년차인 피고인1과 흉부외과 전공의 3년차인 피고인2가 피해자의 진료를 담당하게 되었는데, 피고인들은 피해자에게 경추 앞쪽과 종격동 상부에 기종이 있고, 후두개골 혈종과 인두 후방의 부종과 발적이 있음을 확인하였음에도 혈종 크기 증가로 인한 기도 폐쇄 가능성과 관련된 의견을 제시한 것 외에는 ‘피해자에게 이비인후과와 흉부외과적으로 특이 소견이 없고, 수술 금기 사항이 없으므로 성형외과 수술이 우선’이라는 의견을 제시하였고, 염증 발생 가능성이나 그와 관련하여 관찰해야 하는 사항 등에 대해서는 따로 주의를 주지 않았다.

이에 성형외과 병동으로 입원한 피해자가 계속하여 목 부위 이물감, 흉부와 경부의 통증, 호흡곤란 등의 증상을 호소하였고 피해자의 활력징후가 불안정함에도 성형외과 의사들은 감염에 대비한 적절한 협진을 요청하지 못한 채 수술에 필요한 정도의 항생제만 투여하였다. 또한 피고인2는 2009. 9. 2. 3:30경 피해자를 직접 진료하고 피해자의 흉부 CT를 새로 촬영하였음에도 ‘(종격동에) 공기량이 많지 않고 특별한 감염 소견도 보이지 않으므로 다른 과에 문의하라.’라는 의견만 제시하였고 피고인1 역시 피해자의 상태가 급속하게 나빠

지기 시작한 후인 2009. 9. 2. 21:30경 피해자를 진료하면서도 기관절개 필요성에 대해서만 판단하고 인후부 손상이나 염증 가능성에 대해서는 알려주지 않았는데, 피해자는 결국 2009. 9. 3. 하방 인두파열에 의한 경추부와 흉추부의 화농성 염증 및 패혈증으로 사망하였다. 이에 검찰은 위 피고인1, 2 및 성형외과 전공의 4명, 성형외과 부교수 1명 등 총 7명을 업무상과실치사죄로 기소하였다.

2. 법원의 판단

법원은 “복합적인 증상을 가진 환자의 치료를 분담한 의사들 사이의 과실을 판단함에 있어서는, 개개 의사가 자신이 분담한 영역에서 진료상 요구되는 주의의무를 다하였는지 뿐만 아니라, 분업화된 의료행위에 있어 필수적으로 요구되는 의사소통과 협력 의무를 다하였는지도 충분히 고려하여야 한다. 따라서 피고인들의 과실을 판단함에 있어서는, 피고인들이 각자 맡은 분야에서 의사로서 요구되는 주의의무를 다하여 환자를 진료하였는지 뿐만 아니라, 그와 같은 진료 결과, 의심되는 증상, 치료 방법, 주의 깊게 관찰해야 할 사항 등에 관한 정보를 치료에 참여한 다른 의사들에게 충분히 제공하고 협력을 요청했는지 여부나 다른 의사들의 협력 요청에 적절하게 응했는지 여부 등을 종합적으로 고려하여야 한다.”고 판시하였다.

법원은 이어서 ① 피고인1, 2에 대하여 피해자에 대한 진료과정 상의 직접적인 주의의무 위반과 아울러 ② 피고인1의 경우 흉부외과 의사 등 진료에 참여한 다른 의사들과 피해자에 대한 진찰결과를 공유하고, 성형외과에 인후부 손상이나 감염의 징후가 나타날 경우 피고인1에게 통보하도록 주의를 줌으로써, 흉부외과 의사들이 종격동 기종에 대해 적정한 진단을 하는데 필요한 정보를 제공함과 동시에 성형외과 의사 등과 협력하여 인후부 손상이나 감염 가능성에 대해 적절하게 대처하도록 해야 할 업무상 주의의무를 위반하였음을 인정하였고, ③ 피고인2의 경우 이비인후과 의사들에게 경부 기종의 원인과 인

후부 손상 가능성을 문의하는 방법으로 종격동 기종의 원인이 무엇인지, 그것이 경부에서 기인한 것이 아닌지 등을 확인하고 성형외과 의사들에게 종격동염 증상이 나타날 경우 즉시 피고인2에게 알려달라고 하고, 경과기록지에 인후부 부종과 발적에 관한 기재가 있었으므로 이비인후과에 인후부 손상과 감염 가능성에 대해 문의하는 것은 물론 종격동염과 관련된 사항을 알려주어 이비인후과 의사들로 하여금 인두 손상이나 염증 가능성을 조금 더 면밀하게 검사하도록 하였어야 하고, 3년차 전공의로서 지식과 경험이 부족하므로 선배 전공의나 전문의에게 진료내용을 보고하고 자문을 구했어야 하나 이를 게을리한 주의의무 위반을 인정하여 모두 유죄판결을 선고하였다.²⁴⁾

3. 판결의 의의

오늘날 의학지식과 의료기술 발전에 따라 의학은 점점 더 전문화, 분업화, 세분화하고 있고, 그 결과 종전보다 효율적이고 수준 높은 의료서비스를 제공하는 것이 가능하게 된 반면, 진료를 분담한 의료인들 사이에 긴밀하고 효율적인 의사소통과 협력이 이루어지지 않을 경우 지식과 정보, 책임이 분산됨으로써 오히려 분업화되지 않은 의료에서는 경험할 수 없었던 새로운 위험을 환자에게 초래할 우려가 있다. 이번 판결은 다수의 전문과목 의료진이 협진하는 경우 자신의 영역 이외의 전문과목에 대한 지식이 부족한 다른 과목의 의사를 전적으로 신뢰하여서는 아니 되며, 협진을 하는 경우 다른 과목의 의사들에 대해서 적극적으로 정보를 제공하고 협력을 요청해야 할 주의의무를 인정하는 취지의 판결로서, 신뢰의 원칙의 적용 범위를 제한하고 의사의 주의의무를 전문화, 세분화 되는 임상의학 현실에 맞게 확대하여 환자 보호에 소홀함이 없도록

24) 성형외과 전공의 4명과 성형외과 부교수 1명에 대해서는 성형외과 영역에서의 진료상 과실이 없고 다른 과목의 의사에 대한 협진요청을 소홀히 한 사실이 없으며 다른 전문과목 의사의 의견에 따라 진료한 부분에 과실이 없다는 취지로 모두 무죄판결을 하였다. 한편, 1심 판결에 대하여 검찰, 피고인 1, 2 모두 항소하였으나, 검찰 항소는 모두 기각되었고, 피고인 1, 2는 감액된 벌금의 유죄판결이 확정되었다.

한 점에 의의가 있다.

한편, 환자가 A병원에서 유방 혹에 대한 조직검사 후 침윤성유방암으로 진단받고 유방절제술을 권유받았으나 환자가 이를 믿지 못하여 B대학병원을 방문하였는데, B대학병원에서 A병원의 진단결과를 믿고 유방절제술을 시행한 후 시행한 조직검사서 암세포가 검출되지 않아 확인한 결과 A병원에서 검체가 뒤바뀐 사실이 확인된 유방암 오진 사건에서, 대법원은 A병원의 손해배상 책임을 인정하면서도 같은 병원 소속 주치의가 병리과 전문의의 판단을 신뢰한 것은 과실로 볼 수 없다며 주치의의 책임을 부정하였다.²⁵⁾ 위 유방암 오진 사건은 전문의의 최종판단을 신뢰한 것에 과실을 인정할 수 없다고 판시하였는바, 신뢰의 원칙이 적용된 결과라 판단된다. 반면 본 사건 판결에서는 여러 과목의 협진이 필요하고 환자의 질병 진행 추이에 따라 각 진료과목 사이의 진료결과를 서로 공유하여 종합적인 진료가 필요한 경우에는 각 과목별 의사 상호간에 적극적인 의사소통, 정보제공과 협력요청의 중요성을 강조한 점에 차이가 있다.

VII. 인터넷 포털사이트 회원들에게 전자메일로 의료광고를 발송한 것은 환자유인행위가 아니라고 한 사건 - 대법원 2012. 9. 13. 선고 2010도1763 판결

1. 사건 개요

안과의원 원장인 갑은 을이 운영하는 병 주식회사의 A 인터넷 포털사이트 홈페이지의 행사·이벤트 창에 이벤트에 당첨되면 강남 유명 안과에서 90만 원에 시력교정술을 받을 수 있다는 내용의 광고를 하고, 위 인터넷 포털사이트

25) 대법원 2011. 7. 4. 선고 2009다65416 손해배상(의) 판결 참조. 위 유방암 오진 사건 판결에 대한 평석으로는 유현정 외 3, “2011년 주요 의료판결 분석”, 『의료법학』, 제13권 제1호, 2012, 제201면 이하 참조.

의 30만 회원들에게 “A와 함께하는 라식/라섹 90만 원 체험단 모집”이라는 제목으로 “응모만 해도 강남 유명 안과에서 라식/라섹 수술이 양안 90만원 OK, 응모하신 분 중 단 1명에게는 무조건 라식/라섹 체험의 기회를 드립니다.”라는 내용의 이벤트광고를 이메일로 2회 발송하여 그 응모신청자 300여 명 중 20명이 이벤트 광고내용대로 90만 원에 라식·라섹수술 등을 받도록 하였다. 이에 대하여 검사는 갑·을·병이 영리를 목적으로 환자를 소개·알선·유인하는 행위를 하였다는 의료법 위반 혐의로 기소하였다.

2. 법원의 판단

가. 1심 법원²⁶⁾

1심 법원은, 갑과 을이 광고계약을 체결하여 이벤트 광고를 게시하고 이메일을 발송하여 광고한 행위는 구 의료법 제27조 제3항이 정하는 영리를 목적으로 환자를 소개·알선·유인하는 행위 및 이를 사주하는 행위에 해당하고, 병 주식회사는 영리를 목적으로 환자를 의료기관이나 의료인에게 소개·알선·유인하는 행위를 하였다고 인정하여 각 벌금형을 선고하였고, 이에 대하여 피고인들이 항소하였다.

나. 2심 법원²⁷⁾

2심 법원은, 인터넷 포털사이트 홈페이지에 광고를 게시한 행위는 ① 시력교정술은 비급여대상이기 때문에 90만 원에 시력교정술을 실시하여 주겠다고 한 것이 의료법 제27조 제3항의 본인부담금 할인 내지 면제에 해당한다고 할 수 없는 점, ② 광고계약에 따른 대금 지불을 위 조항의 금품제공에 해당한다고 할 수 없는 점, ③ 당해 홈페이지 광고에는 병원의 이름이나 약도 등이 직접 게재되어 있지 아니하고 문언상 90만 원에 시력교정술을 받을 수 있는 기

26) 서울중앙지방법원 2009. 7. 22. 선고 2009고단1757 판결.

27) 서울중앙지방법원 2010. 1. 20. 선고 2009노2495 판결.

회를 준다고만 되어 있을 뿐 통상의 가격보다 할인된 금액인지 및 부당할 정도로 염가에 해당하는지를 문언 자체로 확인할 수 없는 상태인 점, ④ 갑은 병원을 운영하면서 해당 보건소에 시력교정술에 대한 진료비를 90만 원으로 신고하여 그 정도의 진료비를 받아왔는바, 위 이벤트 광고의 내용에 어떠한 허위나 기망이 있다고 보기 어려운 점, 시술에 사용되는 기기의 가격, 유지보수비 등을 고려해 보더라도 90만 원이 비합리적인 가격으로서 불필요한 가격경쟁을 불러와 시력교정술에 관한 의료수준의 저하를 불러올 정도에 해당한다고 보기는 어려운 점, ⑤ 이벤트 광고를 특정 사이트에 게재하기만 한 경우에는 이에 관심이 있는 사람들이 인터넷 검색 등을 통하여 여러 가지 정보를 확인하고 스스로의 판단 하에 접근하게 될 수밖에 없는바, 그 유인성이 과당경쟁을 발생시킬 정도로 크다고 할 수 없는 점 등을 종합하여 갑의 행위가 의료시장의 질서를 근본적으로 해하는 것으로 볼 수 없다며 무죄를 선고하였다.

그러나 인터넷 포털사이트 회원들에 대한 전자메일 발송행위에 대하여는, 특정 사이트에 환자를 유인하는 광고를 한 경우와 달리 ① 그 방법이 진료를 원하는 사람들이 스스로 정보를 검색하여 접근하도록 하는 소극적인 유인이 아니라 일방적으로 잠재적 환자들에게 정보를 제공하여 적극적으로 환자를 유인하는 것이며, 전자메일은 특정 개인들에 대한 서신과 동일한 수단으로서 그 직접성이나 대면성이 매우 크다고 할 것이고, 그러한 유인수단은 전자메일 수신자들이 진료 및 수술 선택에 대한 의사결정에 있어 훨씬 강한 영향을 줄 수 있으므로 그 유인력이 인터넷 포털사이트의 홈페이지 광고보다 훨씬 강하다고 할 것인 점, ② 광고의 내용이 결국 환자들이 찾는 가장 중요한 정보인 진료비와 시술의 안정성을 암시하는 ‘강남 유명 안과’라는 문구를 포함하고 있고, 응모자를 모집하는 이벤트 광고이기는 하지만 사실상 응모자 전원에게 동일가격의 수술을 보장하려는 의도를 가지고 다만 위 전자메일 발송만을 수신 대상자의 정보를 보유하고 있는 병 주식회사가 담당하도록 하였으며, 병 주식회사도 응모자들 중 아무런 자격이나 조건에 대한 심사절차 없이 갑이 운영하는 안과를 소개해 주었는바, 위와 같은 전자메일의 내용, 중개매체의 역할과

소개의 직접성 등을 종합하면, 위와 같은 방식의 유인수단을 그대로 방치할 경우 같은 업종에 종사하는 의료인들로서도 동일한 방법으로 환자 유치를 할 것이라는 점을 충분히 예상할 수 있으며, 또한 그에 따른 가격, 수술방식, 효과 등 환자들이 쉽게 판단할 수 없는 내용을 내세워 환자유치 경쟁 역시 심해질 수밖에 없다고 할 것이고, ③ 과도한 방식과 내용, 매체이용방법 등을 이용한 과당 경쟁을 방지할 경우 단순한 저가 마케팅에 의하여 적절한 의료수준을 보장하지 못하게 되어 잘못된 치료에 따른 불필요한 국민 총 의료비의 증가만 불러온다고 할 것인 점 등을 종합하여 약 30만 명에게 전자메일을 발송하여 이벤트 광고를 한 것은 의료시장의 질서를 근본적으로 해할 위험과 우려가 있다고 할 것이므로 구 의료법 제27조 제3항이 정하는 유인에 해당한다 하여 피고인들에게 벌금형을 선고하였다.

다. 대법원

대법원은 “의료광고는 그 성질상 기본적으로 환자를 유인하는 성격을 지니는데, 이를 구 의료법 제27조 제3항에서 금지하는 환자유인행위에 해당한다고 하면, 이는 의료인의 직업수행의 자유 및 표현의 자유는 물론이고 의료소비자의 ‘알 권리’를 지나치게 제약하고, 나아가 새로운 의료인이 의료시장에 진입하는 것을 제한함으로써 의료인 사이의 경쟁을 통한 건전한 발전을 저해할 우려가 적지 아니하므로, 의료광고에 대한 관계에서는 위 법규정에서 금지하는 환자유인행위를 제한적으로 해석할 필요가 있다고 전제한 다음, 환자유인행위에 관한 조항의 입법취지와 관련 법익, 의료광고에 관해서는 의료법에서 별도의 규정을 두어 규율하고 있는 점 등을 고려하면, 의료광고행위는 그것이 구 의료법 제27조 제3항 본문에서 명문으로 금지하는 개별적 행위유형에 준하는 것으로 평가될 수 있거나 또는 의료시장의 질서를 현저하게 해치는 것인 등의 특별한 사정이 없는 한 구 의료법 제27조 제3항에서 정하는 환자의 ‘유인’에 해당하지 아니하고, 그러한 광고행위가 의료인의 직원 또는 의료인의 부탁을 받은 제3자를 통하여 행하여졌다고 하더라도 이를 환자의 ‘소개·알선’

또는 그 ‘사주’에 해당하지 아니한다고 봄이 상당하다”고 판시하고, “갑이 인터넷 포털사이트 회원들에 대한 전자메일을 발송한 행위는 불특정 다수인을 상대로 한 의료광고에 해당하므로 특별한 사정이 없는 한 구 의료법 제27조 제3항의 환자의 ‘유인’이라고 볼 수 없고, 위와 같은 광고 등 행위가 갑의 부탁을 받은 병 주식회사 등을 통하여 이루어졌더라도 환자의 ‘소개·알선’ 또는 그 ‘사주’에 해당하지 아니 한다”며 원심 판결을 파기하였다.

3. 판결의 의의

이 사건 판결은 전자메일 발송행위를 의료광고행위로 인정하고, 의료광고행위는 그것이 구 의료법 제27조 제3항 본문에서 명문으로 금지하는 개별적 행위유형에 준하는 것으로 평가될 수 있거나 또는 의료시장의 질서를 현저하게 해치는 것인 경우 등 특별한 사정이 없는 한 구 의료법 제27조 제3항에서 정하는 환자의 ‘유인’에 해당하지 아니한다는 점을 확인한 데 의의가 있다.

한편, 의료광고가 환자의 유인에 해당되는지 여부를 판단함에 있어, 1심은 인터넷 포털사이트 홈페이지광고와 전자메일 발송행위를 모두 금지되는 환자유인행위로 판단함에 반하여 2심은 인터넷 포털사이트 홈페이지광고는 의료시장의 질서를 현저하게 해치는 것으로 보기 어렵다며 전자메일 발송행위만 환자의 유인으로 인정하였고, 대법원은 두 가지 행위 모두 환자의 유인에 해당하지 않는다고 판단하여 상급심으로 갈수록 ‘유인’의 범위를 좁게 해석하고 있는바, 이는 의료인의 직업수행의 자유 및 표현의 자유, 의료소비자의 알권리, 의료인 사이의 경쟁을 통한 건전한 발전을 위해 의료광고에 대한 관계에서는 의료법에서 금지하는 환자유인행위를 제한적으로 해석할 필요가 있다는 점, 의료법상 의료광고에 관한 별도의 규율이 이루어지고 있는 점, 금지되지 아니하는 광고에 대하여 별도로 유인행위 등의 명목으로 처벌하는 입법례를 찾아보기 어렵다는 점에서 비롯된 것으로 이해된다. 그러나 이 사건에서 문제된 홈페이지 광고와 전자메일로 발송된 광고는 모두 의료서비스의 가격에 관한 내용이 포함된 광고였고, 가격 광고는 태생적으로 의료시장의 질서를 현저하게

해치는 환자의 유인에 해당될 소지가 있으므로 가격 광고의 환자유인성 여부에 대한 판단이 함께 이루어졌으면 하는 아쉬움이 있다.²⁸⁾

4. 참고판결 - 서울행정법원 2012. 6. 8. 선고 2011구합41458 판결

이 사건은, 병원 홈페이지의 고객체험기 란에 환자의 치료경험담을 게재하고 불특정 다수인이 로그인 없이 검색할 수 있게 하여 소비자를 현혹할 우려가 있는 내용의 의료광고를 하였다라는 이유로 내려진 의사면허자격정지처분에 대한 취소를 구한 사건으로, 법원은 “의료법 시행령 제23조 제1항 제2호에서는 환자의 치료경험담을 일률적으로 금지하고 있으나, 이는 모법인 의료법 제56조 제2항 제2호의 위임범위를 일탈한 것으로 헌법에 위반되는바, 소비자를 현혹할 우려가 있는 환자의 치료경험담 광고만이 의료법에서 금지하는 의료광고에 해당한다”고 제한 해석 하면서도, 당해 사건의 치료경험담 대부분이 원고 병원의 치료과정·수준·효과가 우수하다는 것이고, 불특정 다수인이 제한 없이 검색을 할 수 있도록 하였으며, 게재된 치료경험담이 치료효과에 관하여 오인할 수 있는 정도인 점, 원고가 우수체험기를 선정하고 주를 삽입한 점 등에 비추어 소비자를 현혹할 우려가 있다고 인정하였다.

이 판결은 환자의 치료경험담을 일률적으로 금지한 의료법시행령 규정의 의미를 한정적으로 해석하여 위헌의 소지를 제거하고 소비자를 현혹할 우려에 대한 구체적인 평가를 시행하였다는 데 의의가 있다.

28) 이 사건 2심 판결은 전자메일을 발송한 이벤트 광고행위에 대하여 대법원이 제시한 판단 기준에 따라 그 광고의 내용이 의료시장의 질서를 근본적으로 해할 위험과 우려가 있다고 판단하여 ‘유인’에 해당한다고 하였다. 그러나 대법원 판결은 원심에서 환자유인성 여부에 관해 상세하게 판단하였음에도 불구하고 마치 원심이 이에 대한 판단을 누락한 것처럼 판시하고 원심판결을 파기하였다.

VIII. 의료행위

1. 의료행위 개념을 실시한 판결

- 서울북부지방법원 2012. 4. 20. 선고 2011고단1354 판결²⁹⁾

가. 사건 개요

침사자격을 가진 피고인은 침뜸연구원을 설립하고 전국에 지부를 설립한 후, 침뜸연구원에서 발간한 월간지 등 책이나 인터넷 사이트 등을 보고 찾아온 불특정 다수의 수강생을 상대로 기본과정 3개월, 본과정 3개월, 전문과정 6개월로 구성된 침뜸 정규과정을 강의하였다. 피고인은 강의 과정에서 총 5~8회에 걸쳐 강사들이 직접 자신의 신체에 침이나 뜸을 시연하거나 수강생들이 강의 내용에 따라 제대로 경혈을 하는지 지시 감독하였고, 수강생들로 하여금 서로 조를 이루어 길이 7센티미터 또는 15센티미터에 해당하는 침 또는 뜸을 이용하여 자신 또는 상대방의 신체 부위에 뜸을 놓거나 침을 찌르게 하는 실습교육을 하였다. 그리고 위 수강생들 중 전문과정 수강생들은 각 지부 봉사실을 찾아오는 65세 이상 고령의 환자 등을 대상으로 의료봉사 명분으로 신체 365개 경혈 중에서 필요한 8개의 경혈을 선택하여 그곳에 수십 개의 뜸과 침을 놓게 하는 등 총 30회의 침뜸 임상실습과정을 거치게 하는 방법으로 침뜸 교육을 한 후 수강생 1인당 교육비 명목으로 기본과정 55만원, 본과정 65만원, 전문과정 120만원을 지급받는 등 수강료 명목으로 합계 143억 상당을 교부받았다. 결국 피고인은 영리를 목적으로 무면허 한방의료행위를 업으로 하였다는 공소사실로 기소되었다.

나. 법원의 판단

법원은, 의료법 상의 “의료행위”란 ‘의료인이 하지 아니하면 보건위생상 위

29) 이 사건에 대하여 서울북부지방법원 2012. 7. 26. 선고 2012노561 항소심 판결을 거쳐 2013. 3. 현재 대법원 상고심(2012도9992)이 진행 중이다.

해를 가져올 우려가 있는 일체의 행위'를 모두 뜻하는 것은 아니고 그 중에서도 국민의 보건위생과 직접 관련이 있는 “질병의 예방이나 치료행위 및 이를 위하여 필수적으로 필요한 행위”(예컨대 진찰, 검안행위 등) 만을 말한다고 판시하였다. 즉, 의료행위를 정의내릴 때에는 위험한 모든 행위를 포함시킬 것이 아니며 “의료행위”라는 문언적 의미를 벗어날 정도가 되어서는 아니 된다고 판시하였다.

법원은, 피고인의 행위 중 의료 관련 교육을 시행한 것 자체와 교육행위 과정에서 수강생들끼리 침뜸 시술을 하거나 65세 이상 고령의 환자들에게 시술을 한 것을 분리하여, 전자의 경우는 교육행위 또는 질병예방 및 치료의 준비행위일 뿐 질병의 예방이나 치료행위 또는 그에 필수적으로 필요한 행위라고 볼 수 없으므로 보건위생상 위해를 가져올 행위는 아니라고 판단하였다. 그러나 후자는 명백히 의학의 전문적 지식을 기초로 질병의 예방이나 치료행위 또는 이에 필수적으로 필요한 행위로서 의료인이 하지 아니하면 보건위생상 위해를 가져올 행위라고 보아 이러한 시술이 피고인의 지시와 감독 하에 그 교육과정 내에서 이루어진 이상 피고인의 무면허 의료행위에 해당한다고 판시하였다.³⁰⁾³¹⁾

다. 판결의 의의

의료행위는 국민건강보호 및 증진에 매우 중대한 영향을 미치기 때문에, 국가의 무면허 의료행위를 하는 사람을 형벌에 처하고 영리 목적 무면허 의료행위를 업으로 하는 경우 보건범죄단속에 관한 특별조치법에 의하여 가중처벌한다. 또한 의료인만이 ‘의료’에 관한 광고를 시행할 수 있도록 의료법이 규정하고 있고 이에 위반하는 행위를 한 경우에는 형사상, 행정상 처분을 받게 된

30) 보건범죄단속에 관한 특별조치법 적용에 관하여도 무면허 의료행위에 해당하는 실습행위 및 그 교육비도 수강료에 당연히 포함되므로 수강료 상당의 이득을 취득, 영리성도 인정된다고 판시하였다.

31) 이 판결의 항소심에서도 1심과 같은 판단이 유지되었다.

다.³²⁾ 이와 같이 의료 또는 의료행위라는 개념에 따라 국민의 입장에서는 건강이 좌우될 수 있고 행위자의 입장에서는 형사처벌 여부가 결정됨에도 의료행위에 대한 명쾌한 정의가 의료법에 존재하지 않는다.

위 판결은, 판례에 의하여 형성되고 있는 의료행위의 개념을 확인하는 동시에 그 판결의 의미를 더욱 구체화하였다는 데 의미가 있다. 의료행위란 보건위생상 위해를 가져올 우려가 있는 행위임은 당연하지만, 그러한 모든 행위가 의료행위는 아니고 ‘질병의 예방이나 치료 및 그에 필수적인 행위’라는 전제에 해당하여야 의료행위라는 것이다. 위 판결은 일정한 전제를 예정하여 보건위생상 위해를 끼칠 수 있는 행위 중 어떠한 것이 의료행위인지 판단할 수 있는 기준을 제시하려 한 점에서는 높이 평가할 만하다.³³⁾ 그러나 본 판례의 견해에 따르면 질병의 예방 및 치료와 직접 연관은 없으나 국민의 보건위생 및 안전을 위하여 의료행위로 취급하여야 하는 행위들을 의료행위로 인정할 수 없게 되는 문제점이 있다.³⁴⁾

32) 의료인이 아닌 자가 ‘키 성장 맞춤 운동법과 그 보조기구’에 대한 광고를 시행한 것은 의료인이 아닌 자가 의료에 관한 광고를 한 경우에 해당하므로 의료법에 위반된다는 취지로 기소된 사건에서 대법원은 동 광고의 내용에 비추어 질환자에 대한 진단, 치료 등을 내용으로 하는 광고라기보다는 체육 혹은 운동생리학적 관점에서 운동 및 자세교정을 통한 성장촉진에 관한 광고이므로 의료법 제56조가 금지하는 ‘의료에 관한 광고’가 아니라고 판시하였다(대법원 2009.11.12. 선고 2009도7455 판결).

33) 극단적인 예로 재료에 이상이 있을 경우 식중독을 일으킬 수 있는 요리행위도 국민의 보건위생을 위해를 끼칠 수 있으나 이러한 행위는 의료행위가 아닌바, 이는 질병의 예방이나 치료가 전제되는 행위가 아니기 때문이다.

34) 위 판결의 견해에 따르면 미용성형의 경우 질병의 예방 및 치료행위가 아니므로 이를 전제로 하는 경우 의료행위에 해당하지 않게 된다. 서울지방법원은 위와 같은 이유로 미용성형은 의학상 의료행위라고 단정할 수 없다고 판시한바 있으나(서울지방법원 1974. 3. 6. 선고 73노3246 판결), 동 서울지방법원 판결에 대하여 대법원은 “의료법의 목적 즉 의학상의 전문지식이 있는 의사가 아닌 일반사람에게 어떤 시술행위를 하게 함으로써 사람의 생명, 신체상의 위험이나 일반공중위생상의 위험이 발생할 수 있는 여부 등을 감안한 사회통념에 비추어 의료행위 내용을 판단하여야 할 것이다.”라고 판시하며 미용성형수술이 의료기술의 시행방법으로 행하여지고 시술과정에서 미균이 침입할 가능성을 내포하고 있는 것이므로 성형수술행위도 의료행위에 해당한다고 판단하였다(대법원 1974. 11. 26. 선고 74도1114 전원합의체 판결). 이러한 논지는 계속되어 최근에도 대법원은 질병의 치료와 관계없는 미용성형술도 사람의 생명, 신체나 공중위생에 위해를 발생시킬 우려가 있는 행위에 해당하는 때에는 의료행위에 해당한다고 판시하고 있다(대법원 2007. 6. 28. 선고 2005도8317 판결).

법률이 어느 정도 추상성과 일반성을 띠는 것은 불가피하고 의료와 같이 장래 변화될 수 있는 생활관계에서 발생할 수 있는 다양한 개념에 법률을 적용시키기 위하여 개방적인 개념도 사용되어야 한다. 그러나 형벌을 예정하고 있는 규정은 그렇지 아니한 법률보다 명확성의 정도가 더욱 강하게 요구된다고 보아야 하고 최소한 수범자인 국민이 그 법을 통하여 장래의 행동을 결정할 수 있는 정도는 되어야 할 것이다.³⁵⁾³⁶⁾

2. 의료행위 해당 여부에 관하여 방문간호사들이 의사의 지도, 감독 없이 신체계측, 문진 등을 한 후 건강진단서를 작성, 통보하는 행위를 무면허 의료행위로 인정한 사건 - 대법원 2012. 5. 10. 선고 2010도5964 판결

가. 사건 개요

특정 의료기관이 보험회사와 방문검진위탁계약을 체결하고 보험회사로부터 방문검진 의뢰가 오면 해당 의원에서 고용한 전국 각지의 방문간호사들에게 연락하여 방문검진을 하도록 하고, 연락을 받은 간호사들은 의사의 지시, 감독 없이 보험가입자들의 주거에 방문, 그들을 상대로 신체계측, 채뇨, 채혈, 혈당검사, 혈압 및 맥박의 측정 등을 함과 동시에 문진행위를 하고 채취한 소변과 혈액 등을 동 의원에 송부하였다. 해당 의원의 임상병리사는 성분 등의 검사를 시행하고 검사결과를 바탕으로 간호사들이 건강검진결과서를 작성하며 위 결과서에 피검진자의 건강 이상 유무, 의심되는 질병·건강에 주의하여

35) 김경제, “의료법 제27조 제1항의 의료행위와 명확성의 원칙”, 『공법학연구』, 제13권 제1호, 2012.

36) 2012. 4. 8.부터 시행된 의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률 제2조 제1호에서 “의료사고”란 보건의료인(「의료법」 제27조제1항 단서 또는 「약사법」 제23조 제1항 단서에 따라 그 행위가 허용되는 자를 포함한다)이 환자에 대하여 실시하는 진단·검사·치료·의약품의 처방 및 조제 등의 행위(이하 “의료행위 등”이라 한다)로 인하여 사람의 생명·신체 및 재산에 대하여 피해가 발생한 경우를 말한다.”라고 규정하여 의료행위에 대한 간접적 정의를 내리고 있으나, 이는 위 판례들에서 검토한 개념규정을 포괄하지 못하고 있다. 의료에 관한 기본법적 의의를 가진 의료법에서 정의조항을 두는 것이 바람직할 것이다.

야 할 권고사항, 문진에 따른 과거 병력, 현재 건강상태 등 의학적 소견을 기재하기도 하였으며, 해당 의원의 의사는 이 과정에 관여하지 아니하였다. 피고인들은 위와 같은 건강검진결과서를 작성한 간호사 및 해당 의원에 근무하던 의사로서, 검사는 간호사들과 의사를 보건범죄단속에 관한 특별조치법위반(부정의료업자)죄로 기소하였다.

원심은 위와 같은 방문 채혈, 검체 채취, 문진행위와 이를 바탕으로 한 건강진단서 작성 등 행위는 보험회사가 보험가입희망지들과 보험계약을 체결할 것인지 여부 등의 판단을 위한 건강검진을 목적으로 한 것으로서 질병의 예방이나 치료행위에 해당한다고 볼 수 없고, 이러한 행위로 사람의 생명, 신체나 공중위생에 위해를 발생시킬 우려가 없다고 보아 위 일련의 행위는 의료행위에 해당하지 아니한다고 판시하였다.

나. 법원의 판단

대법원은 위 일련의 건강검진 및 검진결과서 작성 및 통보행위에 대하여 다음과 같이 판시하였다. 문진, 각종 신체계측, 채뇨, 채혈 등을 행한 후 채취한 소변과 혈액 등을 가지고 과학적 방법으로 검사, 분석한 후 검사수치와 정상수치를 대비시켜 신체부위의 이상 내지 건강상태를 알 수 있도록 결과서를 작성하거나 의학적 소견을 기재하여 통보서를 작성하고 이 통보서는 보험회사뿐 아니라 피검진자도 받게 되어 있다. 그리고 이러한 결과에 기초하여 보험회사가 보험가입을 승낙할 경우 피검진자는 자신의 신체부위 내지 건강상태에 이상이 없다고 인식할 것이고, 보험가입을 거절할 경우에는 이상이 있다고 인식할 것이므로 피검진자의 건강생활에 일정한 영향을 미치게 된다. 이러한 사정을 종합하면 위 일련의 행위로 인하여 질병의 예방 및 조기발견이 가능하게 될 뿐만 아니라 의학적 전문지식을 기초로 하는 경험과 기능을 가진 의사가 행하지 아니하여 결과에 오류가 발생할 경우 이를 신뢰한 피검진자의 보건위생상 위해가 생길 우려가 있으므로 위 행위는 의료행위에 해당한다.

다만, 문진, 각종 신체계측 및 이를 바탕으로 한 건강검진결과서 등의 작성, 통보 행위가 의료행위인 건강검진을 구성하는 일련의 행위이므로 이들은 포괄하여 보건범죄단속에관한특별조치법 위반으로 처벌되므로 그 개개의 행위를 분리하여 의료행위에 해당하는지 여부를 따진 후 개개 행위별로 보건범죄단속에관한특별조치법 위반 여부를 판단할 것은 아니라고 판시하였다.

다. 판결의 의의

위 판결은 건강검진 및 그 결과통보행위도 피검진자의 보건위생과 관련된 행위이며, 설사 그 건강검진이 보험계약의 체결을 위하여 이루어졌더라도 피검진자의 건강과 관련된 자료를 제공하므로 의료행위에 해당한다고 판시한 점에 의의가 있다. 예방의학의 강조로 건강검진 수요가 늘어나고 건강검진 관리의 편의성을 높이기 위하여 대형 마케팅회사, 보험회사 등에서 건강검진 관련 업무를 대행하여 주는 일도 늘어나고 있다. 또 헬스케어 산업의 발달로 관련 회사 및 보험회사에서 고객관리의 방편으로 고객이 병원 등을 찾을 때 예약을 대행하여 주거나 고객의 정보를 수집하여 건강상의 조언을 하여주는 서비스까지 등장하고 있다. 이 과정에서 고객의 건강관련 정보 수집, 정보 취합, 간단한 문진서비스 등도 고려될 수 있는바 위 판결의 취지를 고려하여 서비스를 제공하는 입장에서는 각 개인의 건강상태를 선불리 판단하거나 진단, 진찰에 이르지 않도록 주의하여야 할 것이고 서비스를 선택하는 입장에서도 적절한 의료진에 의한 의로서비스가 제공되는지를 주의 깊게 살펴야 할 것이다.

IX. 임의비급여

- 대법원 2012. 6. 18. 선고 2010두27639, 27646 전원합의체 판결

1. 사건 개요

원고 병원은 6개월 동안 백혈병 등 혈액질환 환자 등에 대한 진료과정에서

① 식품의약품안전청장³⁷⁾의 허가사항(효능, 효과, 용법, 용량 등) 등 요양급여기준을 위반³⁸⁾하여 네오플라틴, 부셀펙스, 벨케이드, 카디옥산 등의 항암의약품을 사용하고 환자들로부터 그 비용으로 합계 624,654,440원을 지급 받고, ② 요양급여비용 산정기준에 따르면 골수천자검사, 중심정맥관 삽입수술 등을 시술할 때 사용한 치료재료의 비용 등은 위 요양급여 행위의 급여비용에 포함되어 이를 별도 산정할 수 없음에도 이를 별도로 산정하여 환자들로부터 합계 76,501,780원을 지급 받았으며, ③ 환자들로부터 주진료과에 관해서만 선택진료를 신청 받고, 그 외 진료지원과에 관하여는 주진료과의 선택의사에게 포괄위임을 하도록 한 다음, 주진료과 뿐만 아니라 진료지원과에 대해서도 선택진료비용 합계 622,096,256원을 본인부담금으로 징수하고, ④ 요양급여사항으로 요양급여비용 청구대상임에도 종전 진료비 심사과정에서의 삭감사례를 토대로 진료비 심사과정에서 삭감될 것을 우려하여 피고 국민건강보험공단(이하 피고 공단이라 함)에는 요양급여비용을 전혀 청구하지 아니 하고, 환자들로부터 피고 국민건강보험공단에 청구하여야 할 요양비용을 포함한 요양급여비용 합계 614,848,913원을 징수하였다.³⁹⁾ 위와 같이 원고 병원이 환

37) 현 식품의약품안전청장

38) 네오플라틴주(150mg 또는 450mg)은 허가사항이 진행성 상피성 난소암, 소세포폐암으로 정해져 있으나, 원고 병원은 비호지킨립프종에 2차 이상으로 사용 하거나 골수이식 전 처치요법에 사용하고 그 비용을 본인 부담으로 처리하고, 부셀펙스주 60mg/10ml/A는 허가사항에 급성 백혈병 등에 대하여 Cy와 병용하여 조혈모세포 이식시 전 처치요법으로 사용하되, 병용요법으로 사용한다고 정하고, 급여기준고시에는 3제 병용요법을 정하고 있는데, 원고 병원은 3제 병용요법이 아닌 2제 병용요법으로 사용하고 그 비용을 본인 부담으로 처리하고, 벨케이드주 3.5mg은 허가사항이 한 가지 이상의 치료를 받은 다발성 골수종으로 정해져 있는데, 원고 병원은 이를 2차 치료제가 아닌 1차 치료제로 사용하고 그 비용을 본인 부담으로 처리하고, 카디옥산주 500mg은 허가사항이 진행성 유방암 환자의 안트리사이클린 치료시 독소루비신이나 에피루비신으로 인한 심장독성 방지로 정해져 있는데, 원고 병원은 이를 급성 백혈병 항암치료를 위한 항암제 투여시 또는 조혈모세포이식 전 고용량 항암제 투여시에 심장독성을 예방하기 위해 사용하고 그 비용을 본인 부담으로 처리하였다.

39) ③번 사안의 경우 법원은 환자가 주진료과 의사에게 진료지원과에서의 선택진료비용에 관하여 포괄위임 한 것은 신속하고 효율적인 진료를 위한 현실적 필요성이 있다는 등의 사정을 들어 1심부터 3심까지 일관되게 사위 기타 부당한 방법으로 요양급여비용을 받은 것이 아니라는 취지의 판결을 하였으며 임의비급여와 논점이 다르고, ④번 사안의 경우 1, 2심 모두 그 부당성(즉, 공단 삭감처분의 정당성)을 인정하였고 피고들만 상고함으로

자들로부터 요양급여비용으로 지급 받은 것은 모두 사위 기타 부당한 방법으로 요양급여비용을 받은 것에 해당한다고 보아 피고 보건복지부장관은 원고 병원에 대하여 업무정지처분 및 과징금부과의 기준에 따라 80일의 요양기관 업무정지처분에 갈음하는 과징금 9,690,443,950원을 부과하였고, 피고 공단은 국민건강보험법 제52조에 따라 부당징수액으로 판단한 1,938,088,790원의 요양급여비용에 대해 부당이득 환수처분을 하였다.

2. 법원의 판단

가. 1, 2심의 판단

이 사건 1심은, 환자의 생명을 구하기 위한 치료를 위하여 필요한 경우에 한하여 투약이 이루어졌고, 급여기준이나 허가사항이 위 병원이 치료방법으로 택한 범위대로 변경되는 등 의학적으로 타당성이 인정된다는 등의 이유로 예외적으로 국민건강보험법 제52조 제4항 및 제85조 제1항 제1호에 정한 부당징수에 해당하지 않아 피고들의 처분이 위법하다고 판단하였으며,⁴⁰⁾ 항소심 역시 의료인이 환자의 상태 등과 당시의 의료수준 그리고 자기의 전문적 지식 경험에 따라 적절하다고 판단되는 의료행위·약제·치료재료를 택하였고, 그와 같은 의료행위·약제·치료재료를 택하는 경우 요양급여 사항 및 비급여 사항 어디에도 해당하지 아니하여 환자가 이를 부담하여야 한다는 사정을 환자 및 보호자에게 충분히 설명하고, 그들로부터 이에 대한 동의를 받았다면, 환자로부터 그에 따른 비용을 받았다 하여 국민건강보험법 제52조 제1항의 ‘사위 기타 부당한 방법으로 보험급여비용을 받은 경우’에 해당한다고 볼 수는 없다고 판시하면서 피고들의 항소를 기각하였다.⁴¹⁾

씨 상고심의 판단 대상이 되지 아니하였으므로 이하에서 별도로 언급하지 않는다.

40) 서울행법 2009. 10. 29. 선고 2008구합9522, 14807 판결.

41) 서울고등법원 2010.11.11. 선고 2009누38239, 38246 판결.

나. 대법원의 판단

요양기관이 국민건강보험의 틀 밖에서 임의로 비급여 진료행위를 하고 비용을 가입자 등으로부터 지급받은 경우라도 ① 진료행위 당시 시행되는 관계 법령상 이를 국민건강보험 틀 내의 요양급여대상 또는 비급여대상으로 편입 시키거나 관련 요양급여비용을 합리적으로 조정할 수 있는 등의 절차가 마련 되어 있지 않은 상황에서, 또는 그 절차가 마련되어 있다고 하더라도 비급여 진료행위의 내용 및 지급성과 함께 절차의 내용과 이에 소요되는 기간, 절차의 진행 과정 등 구체적 사정을 고려해 볼 때 이를 회피하였다고 보기 어려운 상황에서, ② 진료행위가 의학적 안전성과 유효성뿐 아니라 요양급여 인정기준 등을 벗어나 진료해야 할 의학적 필요성을 갖추었고, ③ 가입자 등에게 미리 내용과 비용을 충분히 설명하여 본인 부담으로 진료 받는 데 대하여 동의를 받았다면, 이러한 경우까지 ‘사위 기타 부당한 방법으로 가입자 등으로부터 요양 급여비용을 받거나 가입자 등에게 이를 부담하게 한 때’에 해당한다고 볼 수는 없다. 다만 요양기관이 임의로 비급여 진료행위를 하고 비용을 가입자 등으로 부터 지급받더라도 그것을 부당하다고 볼 수 없는 사정은 이를 주장하는 측인 요양기관이 증명해야 한다고 판시하였다.

3. 판결의 의의

가. 논의의 배경

국민건강보험법령에는 건강보험이 적용되는 요양급여대상 진료행위와 건강보험이 적용되지 않아 요양기관이 임의로 비용을 받을 수 있도록 허용한 비급여 진료행위(이른바 법정 비급여)를 규정하고 있다. 그런데 의학이 발전하면서 새로운 의료기술이나 의약품이 속속 개발되는 것에 반해 그러한 새로운 진료방법이나 의약품 등이 국민건강보험법령상의 건강보험 급여대상, 비급여 대상으로 등재되는 것은 의학 발전의 현실을 따라가지 못함으로써 건강보험 요양급여대상은 물론 비급여대상으로 분류되지 않은 의학기술이나 의약품 등

에 대해서는 해당 환자나 요양기관이 어떠한 방법으로 이를 적용하고 그 비용을 부담할 것인지에 대하여 그동안 계속 논란이 되어 왔다.⁴²⁾ 환자 입장에서는 어떠한 비용을 감수하더라도 암과 같은 난치병을 극복하는 새로운 치료방법 적용을 원하고 의료인으로서도 환자를 위해 최선의 치료를 제공하기를 원하지만, 이를 허용하면 국민건강보험의 급여, 비급여 규정을 잠탈하는 새로운 비정상적인 의료비용의 증가로 국민건강보험제도 자체의 근간이 위태로우므로 이를 금지해야 한다는 원칙론이 맞서왔다.

현행 국민건강보험법령은 요양기관으로 하여금 법정 비급여를 벗어나는 비급여 진료행위를 하고 그 비용을 환자로부터 지급 받는 것(임의비급여)을 명시적으로 금지하는 규정을 두고 있지 않다. 따라서 현행 국민건강보험법령의 해석상 임의비급여가 허용될 수 있을 것인지 여부에 관하여 논란이 있어 왔고 그동안 대법원은 국민건강보험법 상 명시적인 법 규정이 없더라도 국민건강보험법의 법체계 해석 상 임의비급여를 사위 기타 부당한 방법으로 보험급여를 받은 것으로 판단하여왔다.

나. 임의비급여의 예외적 허용

이 사건에서 대법원은 전원합의체판결로 종전의 태도를 변경하여 임의비급여 진료행위는 원칙적으로 위법하다는 것을 전제하면서도 임의비급여 진료행위라도 엄격히 제한된 기준 아래 요양기관 측이 그 증명을 다한 경우에는 예외적으로 부당하지 아니하다고 볼 수 있음을 인정함으로써 현행 국민건강보험법령의 허점을 해석으로 보완하여 임의비급여가 인정될 수 있는 새로운 기준을 마련하여 국민건강권 보장의 사각지대에 놓인 절박한 상황에 있는 환자들의 건강권이 보호받을 수 있는 길을 열었다는 데 의의가 있다.

42) 이 부분이 이른바 임의비급여 영역으로, 구체적으로는 ①가입자 등에게 요양급여기준을 벗어난 진료행위를 하고 그 진료비를 가입자 등으로부터 받는 경우, ②요양급여 진료행위를 하고 해당 요양급여비용 산정기준을 벗어나 치료재료 비용을 가입자 등으로부터 받는 경우, ③신의료기술 등의 결정 절차를 거치지 아니하고 새로운 진료행위를 하거나 약제, 치료재료 등을 사용하고 그 비용을 가입자 등으로부터 지급 받는 경우 등이 있다.

다. 소수의견의 검토

하지만, 이러한 논란은 결국 국민건강보험법령 자체의 문제에서 비롯된 바가 크고, 이번 판결이 예외적인 임의비급여를 허용함으로써 국민건강보험제도의 근간이 흔들릴 위험이 발생할 것이라는 우려의 목소리가 있는 반면, 임의비급여를 금지하고 이에 대하여 환수처분 및 업무정지처분까지의 침익적 행정처분을 할 수 있는 근거 법 규정이 분명히 존재하지 않음에도 불구하고 현행 건강보험제도의 근간 유지를 위해 소극적이고 엄격한 법령해석에 안주하면서 행정처분에 대한 쟁송에서 피처분자에게 증명책임까지 부담시킨 것이라는 비판도 제기되고 있다.

이와 관련하여 전수안 대법관의 “환자가 요양급여로 제공되는 기본진료를 넘어선 최선의 진료를 받기 원하는 경우에 그 진료가 보험제정의 한계를 이유로 국민건강보험에서 제공할 수 없는 것이라면, 국민건강보험의 틀 밖에서라도 요양기관과 환자 사이의 진료계약에 의하여 원하는 진료를 받을 수 있도록 하는 것이 옳고, 이와 달리 환자에게 이러한 진료를 받을 기회를 제한하는 것은 오히려 국민건강보험법의 취지에 반한다. 구 요양급여기준규칙 제9조 [별표 2]는 비급여 사항을 열거하고 있는데, 이를 한정적으로 열거한 것으로 해석한다면 환자가 사적 진료계약을 통하여 최선의 진료를 받는 것을 제한하는 규정이 되어 모법의 위임 범위를 벗어나게 된다. 구 국민건강보험법 제52조 제1항, 제4항, 제85조 제1항 제1호는 ‘요양기관이 사위 기타 부당한 방법으로 가입자 등으로부터 요양급여비용을 받거나 가입자 등에게 이를 부담하게 한 때’ 부당이득으로 환수하거나 업무정지를 명할 수 있다고 규정하고 있으나, 여기서 요양급여비용이란 국민건강보험에 의하여 요양급여가 행하여진 경우 그 급여에 대한 대가로서 국민건강보험공단 이사장과 의약계를 대표하는 자의 계약에 따라 정해진 비용을 말하는 것이지, 사적 진료계약에 따른 진료비와는 다른 개념이다. 따라서 법정의 비급여 진료비는 위 각 법조문의 적용대상이 아니며, ‘요양급여비용’에 법정의 비급여 진료비가 포함된다고 해석하는 것은 법

령의 근거 없이 국민의 권리를 제한하는 것과 다름없는 것이어서 허용될 수 없다.”는 소수의견이 오히려 현행 국민건강보험법령을 법리에 맞게 해석한 것으로 볼 수 있으며, “의료인은 질병의 치료를 위하여 모든 의료지식과 의료기술을 동원하여 환자를 진찰하고 치료할 의무를 부담하고, 의료인은 환자의 건강상태 등의 사정과 당시의 의료수준 그리고 자기의 지식경험에 따라 적절하다고 판단되는 진료방법을 선택할 수 있는 상당한 재량을 가진다. 그럼에도 불구하고 의료적으로 환자에게 이루어져야 함이 상당한 최선의 진료행위가 요양급여 또는 법정 비급여 진료행위로 정하여지지 아니하였다는 이유만으로 진료행위의 정당성을 부정하고 이익의 환수뿐 아니라 업무정지나 과징금의 제재까지 가한다면 이는 오히려 국민보건을 향상시키려는 구 국민건강보험법의 취지에 반하게 될 것이므로, 이와 같은 사정을 고려하여 과연 문제된 법정의 진료행위가 사위 기타 부당한 방법에 의한 진료행위인지 여부를 판단하여야 할 것이다. 따라서 의료인으로서 자신이 한 법정의 진료행위의 정당성이 증명될 수 있는 자료를 제출하여야 할 것이지만, 이는 이른바 증명의 필요를 의미하며, 이를 두고 의료인이 ‘사위 기타 부당한 방법’에 해당하지 아니함에 대한 증명책임을 부담한다고 할 수 없음은 일반적인 요양급여의 경우와 마찬가지로 지이다. 다수의견은 항고소송에서의 적법성에 상반되는 예외적인 사정에 대한 주장과 증명은 상대방에게 그 책임이 돌아간다고 봄이 상당하다는 대법원 판결들을 들고 있으나, 그 대법원판결들은 적법성에 대한 증명책임이 처분청에게 있음을 전제로 하여 예외적인 사정에 대한 주장 및 증명의 필요성을 밝힌 것으로 볼 수 있을 뿐 이를 넘어서서 처분청의 적법성에 대한 증명책임이 부정된다고 판시한 것으로 보이지는 아니하므로, 위와 같은 해석에 저촉되지 아니한다. 오히려 처분청으로서 문제된 법정의 진료행위가 요양급여 인정기준 및 법정 비급여 진료행위에서 배제된 사유 및 경위를 살펴보고, 이와 아울러 의료인이 제출한 자료들에 의하여 인정되는 진료행위의 의학적 안정성, 유효성, 필요성과 관련 절차 준수 및 가입자 등의 동의 등 사정에 의하여 인정될 수 있는 진료행위의 정당성의 정도 등을 고려하여 볼 때에 ‘사위 기타 부당한 방

법으로 요양급여비용을 받거나 이를 부담하게 한 때'의 요건에 해당하는지에 대하여 규범적인 평가를 하여야 한다. 결국 처분청이 위 요건에 대한 증명책임을 부담하며, 이와 같은 규범적인 평가의 결과 '사위 기타 부당한 방법'에 이르고 보기 부족한 경우에는 위 요건을 제대로 갖추지 못한 것으로 보아 부당이득 징수처분이나 업무정지 또는 이에 갈음하는 과징금 부과처분을 할 수 없다고 봄이 상당하다"고 판시한 소수의견이 설득력이 있어 보인다. 결국 현행 국민건강보험제도의 근간 유지를 위해 최선의 진료를 받을 개인의 권리를 제한할 것인지에 대한 국민적 합의를 통하여 국민건강보험법령의 허점이 입법으로써 해결되어야 할 필요가 있다⁴³⁾.

라. 관련 판결

위 판결이 선고된 이후에도 대법원에서 임의비급여 관련 판결들이 수차례 선고되었으나 이후의 판결들은 기본적으로 위 대법원 판결의 취지를 따르되, 위 판결에서 언급한 예외에 해당하는지 여부가 하급심에서 심리되지 않은 점을 고려하여 파기 환송하는 경우가 대부분이었다.⁴⁴⁾ 한편, C병원에서 급성골수구성백혈병으로 진료 받은 수진자가 입원진료비 본인부담금 확인 및 환불 요청을 하자 건강보험심사평가원이 C병원에 대하여 1,800여만 원의 진료비를 환불하는 것으로 결정한 처분에 대하여 C병원이 제소하여 진행된 소송에 대하여 최근 서울고등법원 판결이 선고 되었는데,⁴⁵⁾ 백혈병 진료 당시 건강

43) 위 판결이 선고된 이후 법원의료법연구회와 대한의료법학회의 공동 학술대회가 대법원에서 개최대회 당시 재판연구관이 사건 판결의 배경 등에 대하여 설명한 바 있고, 한국의료법학회에서도 위 판결과 임의비급여의 해결방안에 대한 논의가 다루어진 바 있으며, 대한변호사협회에서도 2012. 11. 22. 건강보험제도의 문제점 및 개선방향이라는 주제로 임의비급여제도에 대한 발표와 평가가 이루어졌는바, 대부분의 법률 실무가나 법학자들은 현행 법령이 임의비급여 현상을 규율하기에 부족하고, 입법에 의하여 해결되어야 한다는 의견이었으나 건강보험공단이나 건강보험심사평가원에서는 현행 관례입장이 타당하다는 입장을 제시하였다.

44) 대법원 2012. 9. 27. 선고 2011두11068, 2011두 25708 과다본인부담금확인처분등취소 사건 판결 참조.

45) 1심: 서울행정법원 2009. 7. 23. 선고 2007구합19614판결, 2심: 2012. 11. 29. 선고 서울고

보험수가에 포함되어 별도 산정이 불가함에도 환자가 별도로 비용을 부담하고(골수천자바늘 비용 등), C병원이 식품의약품안전청의 허가사항 기준을 위반하여 환자에게 항암제 등의 의약품을 사용하고 그 진료비를 받은 것 등 위 대법원 전원합의체판결과 거의 유사한 내용의 임의비급여를 받은 것에 대하여 서울고등법원은 위 대법원 전원합의체판결에서 제시한 임의비급여 허용기준을 그대로 적용하면서, C병원이 요양급여대상 또는 비급여대상으로 편입시키거나 요양급여비용을 합리적으로 조정할 수 있는 절차를 회피한 것이 아니고, 임의비급여의 의학적 안정성, 유효성, 필요성이 모두 인정된다고 하여 C병원의 주장 대부분을 인정하면서도 환자로부터 사전동의서를 받긴 하였으나, 임의비급여에 해당하는 개별 진료행위의 내역, 그 진료행위의 불가피성, 의학적 우월성, 소요비용 등에 관하여 충분한 설명을 하고 환자로부터 동의를 얻어야 하는 과정이 있어야 함에도 그러한 동의절차를 거쳤다는 점이 부족하였다는 것을 이유로 C병원의 주장을 배척하는 내용이었고, 산전 비자극 검사(NST)가 문제된 사안에서는 의학적 필요성이 인정되지 않아 위 대법원 판결의 예외 인정 사유에 해당하지 않는다는 취지로 선고된바 있다.⁴⁶⁾

X. 마치며

집필진이 찾은 2012년에 선고된 의료 관련 판결들 중에서는 임의비급여 관련 전원합의체판결이 가장 주목할 만한 판결이었다. 주요판례로 선정되지 않은 판결들 중에도 소위 사무장병원 관련 판결⁴⁷⁾ 등 의미 있는 사건들이 있었

등법원 2009누24919 판결.

46) 서울고등법원 2013. 2. 8. 선고 2011누20620 과다본인부담금 확인 처분 취소 판결.

47) 이 중 서울중앙지방법원 2012고합845 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(조세) 판결에서는, 개설행의자인 의료인이 아닌 병원 운영을 통해 이익을 본 사무장에게 종합소득세를 탈루한 점에 대하여 기소되어 징역 3년 및 벌금 20억 원이 선고되었고, 항소심에서도 일부 세금액이 조정되면서 징역 2년에 20억 원의 세금이 부과되었는데, 피고인의 상고포기로 확정되었는데, 사무장 병원의 법률문제와 관련하여 의미가 있는 판결로 이해된다.

으나 지면 관계상 아쉽게 소개하지 못한 판결도 있으며, 항소심이 계속 중이어서 항소심 판단 결과를 확인한 후 평가를 하는 것이 적절하다고 보아 배제된 판결도 있었다. 반면 대부분의 판결들은 사건의 증명 정도에 따라 개별적으로 판단된 사례이어서 주요판례로 선정하기에는 적절하지 않았다. 법리적 발전 가능성이 많은 의료 관련 분쟁 영역에서, 의변이 매년 시행하는 주요판례 소개 및 평가가 의료 관련 사건의 합리적 판단에 도움이 될 수 있기를 희망하고, 아울러 의료계에서도 타산지석이 되어 국민건강보호에 도움이 될 수 있기를 희망한다.

주제어 : 임의비급여, 신뢰의 원칙, 설명의무, 지도설명 의무, 의료행위, 의료 광고

[참 고 문 헌]

- 김경제, 의료법 제27조 제1항의 의료행위와 명확성의 원칙, 『공법학연구』, 제13권 제1호, 2012.
- 김필수, 「의료단계에 따른 의사의 설명의무에 대한 실증적 연구」, 고려대학교 석사학위 논문, 2009.
- 서영현, 「미용성형시술에 관한 판례의 동향과 분석, 주의의무, 설명의무, 노동능력상실율을 중심으로」, 고려대학교 석사학위 논문, 2011.
- 유현정 외 3, 2011년 주요 의료 판결 분석, 『의료법학』, 제13권 제1호, 2012.
- 이정선 외 2, 2010년 주요 의료 판결 분석, 『의료법학』, 제12권 제1호, 2011.

Review of 2012 Major Medical Decisions

Lee Jung Sun, Lee Dong Pil, Yoo Hyun Jung, Jeong Hye Seung

Gunwoo, LawM, Law Office of Yoo Hyunjung, Kim&Hyun,

=ABSTRACT=

In 2012, the major jurisdictions regarding medical cases caused the controversial issues towards medical and legal fields by getting the judgments from the Supreme Court, which admitted the exceptional admissibility on discretionary grant. By regarding the serial negligence of medical organizations as a separate tort, the sentences which made up irrationality, were spoken by the court.

As a result, if the treatment was made, which did not follow the entered matters in medical documents attached, the court announced the jurisdiction that presumes the negligence, which provided the evidence of negligence; on the other hand, this gave had the burden to medical branch to take great care for medicinal treatment.

To be applicable for the Principle of Trust, the doctors have to give and take the necessary information for the treatment process and symptom decisions, which also commented in the court. Thus, this case made it difficult to apply the Principle of Trust and considered all the conditions as tough ones, which eventually induced lesser faults for patients' care.

Moreover, the court confirmed that the medical ads sending the emails to the members belong to the internet portal sites, are not the inducing behavior by considering that the actions are only medical ads. Furthermore, in the case of Namsu Kim, the court's interpretation was rather limited the definition for medical practice that announced limited Erweiterung der Strafbarkeit cases by lower courts.

As a consequence, it is very interesting whether the Supreme Court may change their position and concerning the duty of explanation, the trend to expand the contents and scopes for the duty of explanation continues by admitting instruction explanation obligation and all the compensations and so on.

Keyword: Exceptional admissibility on discretionary grant, The Principle of Trust, Medical ads, Explanation obligation