

2013년 주요 의료 판결 분석

이동필* · 정혜승** · 이정선*** · 유현정****

- I. 들어가며
- II. 간병인의 과실과 의료기관의 책임
- III. 과실과 인과관계 분리 판단
- IV. 의무기록 불성실 기재로 과실 추정
- V. 설명의무 위반의 손해배상 범위
- VI. 손해배상의 범위
- VII. 진단서 등 기재에 관한 제 문제
- VIII. 원외처방 약제비
- IX. 면허종별 무면허의료행위 해당 여부
- X. 마치며

I. 들어가며

의료문제를 생각하는 변호사 모임(이하 ‘의변’이라 함)은 예년과 같이 2013년도 한 해 동안 선고된 판결들 중 의미 있다고 생각되는 의료 관련 판례를 선정하여 정리하였다. 2012년 주요판례정리까지는 대상판결 선정시 “손해배상(의)” 사건을 위주로 선정하였고 부수적으로 의료관련 언론에 보도된 판결을 검토하였지만, 2013년 손해배상(의) 사건의 경우 판결 법리에 의변에서 그동

* 논문접수: 2014. 4. 30. * 심사개시: 2014. 5. 10. * 수정일: 2014. 6. 10. * 게재확정: 2014. 6. 14.
 * 법무법인 로엠 변호사, 내과전문의.
 ** 법무법인 세승 변호사, 한양대학교 석사과정.
 *** 법률사무소 건우 변호사, 고려대학교 박사과정.
 **** 유현정 법률사무소 변호사, 고려대학교 석사과정.

안 정리해온 주요판결 분석 내용에 비추어 새로운 논점이 부각되거나 시선을 끄는 판결이 드물었다. 이에 2013년 주요 의료판결 분석에서는 “손해배상(의)” 뿐 아니라 “의료법”, “국민건강보험법”, “임의비급여” 등 손해배상(의) 사건 외에도 보건의료분야 분쟁에서 알아둘 필요가 있는 영역으로 검토 범위를 확대하였고¹⁾ 예년과 같이 의변 회원이 제공한 판례도 함께 분석하였다. 우리나라의 법원 판결문 열람 시스템의 한계로 미처 확인하지 못한 의미 있는 판결들이 많겠지만, 2013년에 선고된 판결 중 수집할 수 있었던 대법원 판결 145례, 고등법원 판결 214례, 지방법원 판결 1,323례 등 1,682건의 판결을 중심으로 의변 학술단 소속 4명의 변호사가 나누어 분석하여 5차례의 회의를 거쳐²⁾ 중요 판례를 선정하고 그 의미에 관하여 토론한 후 다음과 같이 정리하였다.

II. 간병인의 과실과 의료기관의 책임 – 간병인이 있는 병실에서 환자가 낙상하여 부상한 사건

– 서울고등법원 2013. 6. 13. 선고2013나2117 판결

1. 사건 개요

원고(1929년생, 여자)는 다발성 관절염, 퇴행성 척추염, 흉추·요추 2번 압박골절, 치매, 골다공증, 고혈압 등으로 요양병원인 피고 병원에서 입원치료를 받고 있었는데, 당시 피고 병원은 다른 단체로부터 간병인들을 소개 받아 각 입원실에 배치하여 환자들의 간병업무를 맡도록 하고 있었다.

원고는 입원 중 어느 날 22:20경 간병인에게 도움을 청하지 않고 혼자 병실 내 화장실을 가기 위해 침상에서 내려오다 넘어져 왼쪽 대퇴골 전자간 골절상을 입어 다른 병원으로 전원 되어 수술을 받았는데, 여명기간 동안 간병이 필

1) 다만, 판결검색과 분석의 시간적 한계로 손해배상(의) 사건은 대법원, 고등법원 판결만 검색하였고, 손해배상(의) 사건 이외의 나머지 판결들은 지방법원 판결까지 검색하였다.

2) 2014. 1. 8.; 1. 27.; 2. 6.; 2. 12.; 2. 19. 각 의변 학술단 2013 주요판결 정리 회의.

요한 상태가 되어 피고 병원을 상대로 손해배상소송을 제기하면서 간병인의 근무태만 과실에 대한 사용자책임을 주장하였다. 그러나 피고 병원 측이 간병인을 고용하지도, 지휘·감독을 하지도 않았다고 하며 이를 다투자, 원고는 간병인이 원고와 피고 병원 사이의 의료계약에 따른 환자 보호의무의 이행보조자라 주장하며 의료채무불이행책임 주장을 선택적으로 추가하였다.

2. 법원의 판단

1심 법원은, 원고가 안전하게 치료 및 요양을 받을 수 있도록 보호할 의무를 부담하는 피고 병원이 간병인들로 하여금 원고를 돌보게 하였고 간병인들은 피고 병원의 이행보조자로서 위와 같은 의무를 이행하고 있었다고 전제한 다음, 원고가 넘어져 골절상을 입을 위험이 높았음에도 환자보호의무의 이행보조자인 간병인들이 원고를 제대로 돌보지 않은 과실로 원고가 부상을 당하였으므로, 피고 병원은 낙상사고에 따른 손해배상책임을 부담한다고 판단하였고, 제반 사정을 감안하여 피고 병원의 책임을 40%로 제한하였다.³⁾

이에 대하여 원, 피고 쌍방이 항소하였는데, 특히 피고 병원은 당시 간병인이 독자적 사업자등록을 한 개인사업자이고, 간병인의 업무는 원고와 피고 병원 사이의 의료계약상 채무의 범위에 포함되지 않으므로 원고가 병실 내 화장실을 가는 것까지 따라다니며 원고를 보호할 의료계약상 채무가 없음을 주장하였다.

서울고등법원은 의료법 제2조 제2항의 규정에 따른 의료인의 업무범위를 해석하면서 위 규정의 문리적 해석상 환자의 일상생활을 돌보는 간병인의 업무가 의사의 의료와 보건지도, 간호사의 진료보조행위에 해당한다고 보기 어렵다고 판시하였고, 나아가 간호사는 환자가 질병의 치료를 받는 동안 발생할 수 있는 위험을 방지하기 위해 필요한 경우 환자를 감시·관찰하고 환자에게 발생할 위험을 막기 위한 도움을 줄 의무가 있지만, 의료행위와 직접적인 관련

3) 제1심에서 인정된 판결원금은 5,200만원 상당이었다.

이 없는 입원환자의 일상생활에 관한 모든 영역에까지 그러한 의무를 부담한다고 볼 수는 없고, 그 의무 범위는 간호사 1인이 다수의 환자를 간호하는 의료 현실과 환자의 상태 등을 종합적으로 고려하여 규범적 수준에서 결정되어야 하는데, 이 사건에서 1인의 간호사가 수인의 환자를 담당하는 의료 현실을 감안할 때 원고의 상태가 악화되어 감시·관찰의 정도가 특별히 증가하는 등의 특별한 사정이 없는 한 피고 병원 간호사에게 진료에 부수적으로 수반되어야 하는 간호 내지 주기적인 환자 관찰 의무를 넘어서 지속적인 관찰의무와 그에 따른 거동 보조 등의 의무까지 있다고 볼 수 없으므로 간병인의 업무는 피고 병원의 의료계약상 채무에 포함되지 않는다고 판시하였다.

다만, 피고 병원은 각 병실을 간병인당 환자수로 나누어 구분하고 환자의 필요에 따라 병실을 선택하게 하였으며, 병실에 따라 간병료에 차등을 둔 점, 환자 내지 환자의 보호자는 환자를 돌볼 간병인을 지정하거나 간병인의 근무형태, 조건 등을 개별적으로 협의할 수는 없었던 것으로 보이는 점, 피고 병원은 간병료를 진료비에 포함시켜 환자에게 청구하였으며 환자는 간병료를 피고 병원에 지급하였던 점, 환자와 간병인 사이에 별도의 간병계약관계가 존재하지 않았던 점 등을 종합하면, 원고와 피고 병원 사이에서는 의료계약 뿐만 아니라 원고가 피고 병원으로부터 간병서비스를 제공받기로 하는 내용의 계약이 체결되었다고 봄이 상당하다고 판시하고, 간병인은 간병서비스 계약의 이행보조자이므로 이행보조자의 과실에 따른 피고 병원의 손해배상책임을 인정하였다.⁴⁾

3. 판결의 의의

1999. 4.부터 2006. 7.까지 한국소비자원에 접수된 병원의 안전관리 관련

4) 서울고등법원은 원심이 실시한 피고 병원과 간병인 측이 원고 및 원고 보호자에게 여러 차례에 걸쳐 혼자 움직이는 경우 넘어져 골절상이 발생할 수 있음을 주지시켰음에도 원고가 간병인을 호출하지 않고 혼자 화장실 가려고 하던 중 사고가 발생한 점, 간병인 숫자에 따른 병실을 원고가 선택한 점, 간병인 역시 잠시도 눈을 떼지 않고 원고를 감시하는 것은 한계가 있는 점 등의 논거를 그대로 수용하면서 피고 병원의 책임을 30%로 제한하였고, 기왕증의 기여도를 제1심(30%)과 달리 50%로 인정하여 최종 판결원금을 2,895만원 상당으로 감액하였고 그대로 확정되었다.

의료사고 피해구제 사례 중 낙상사고가 43.9%로 가장 많았고,⁵⁾ 우리나라 인구의 고령화로 고령 환자가 늘어나면서 낙상과 관련한 환자 측과 의료기관 사이의 분쟁이 증가할 것이 분명하다. 의료기관 소속 직원의 과실로 낙상사고가 발생한 경우 의료기관은 당연히 의료계약상 채무불이행책임을 부담하게 될 것이나,⁶⁾ 낙상사고에 간병인의 주의의무 위반이 개입된 경우 의료기관의 책임 여부가 문제된다. 의료기관 소속 간병인이라면 간병인의 과실에 대하여 의료기관의 손해배상책임이 비교적 쉽게 인정될 수 있으나, 의료기관 소속이 아닌 다른 기관에서 파견된 간병인의 경우 의료기관의 책임유무와 범위에 대하여 논란이 있다.

이 판결은 의료기관 소속 직원이 아닌 간병인의 의무위반으로 발생한 낙상사고에 대하여 의료계약이 아닌 별도의 간병계약에 따른 의료기관의 책임을 인정한 것으로, 의료계약에 따른 의사와 간호사 의무의 범위를 명확히 해석하여 간호사는 환자가 질병의 치료를 받는 동안 발생할 수 있는 위해를 방지하기 위한 환자 감시·관찰과 환자에게 발생할 위험을 막기 위한 도움을 줄 의무가 있지만, 간호사 1인이 다수의 환자를 간호하는 의료현실을 감안할 때 의료행위와 직접적인 관련이 없는 입원환자의 일상생활에 관한 모든 영역에까지 그러한 의무를 부담한다고 볼 수는 없고, 환자의 상태 악화 등의 특별한 사정이 없는 한 간병업무는 간호사의 업무범위에 포함되지 않는다고 판시하여, 의료계약에 따른 간호업무의 범위를 정하고, 의료계약과 간병계약이 구별되는 것임을 확인하였다.

한편 간병인의 과실로 인한 의료기관의 책임이 인정되려면 의료기관이 간병서비스 제공의 주체가 되는지, 간병인에 대한 지휘감독을 하였는지 등이 문제가 되는데, 이 사건에서는 환자에게 간병인 선택권이 없고 환자와 간병인 사

5) 한국소비자원, 병원의 안전관리 관련 의료분쟁 실태조사 보고서(2006).

6) 환자와 검사담당자만 있던 검사실에서 낙상사고가 발생한 사건에서 서울고등법원은 진료계약상 채무불이행으로 인한 의료기관의 손해배상책임을 인정하고, 그 경위에 비추어 피고 병원의 책임을 40%로 제한하였다(서울고등법원 2013. 11. 14. 선고 2013나17300 판결 참조).

이에 별도의 간병계약 등 법률행위가 존재하지 않는 점, 병원이 간병비를 진료비와 함께 일괄 수납 받아 간병인들에게 지급한 점 등을 근거로 요양병원과 환자 사이에 간병서비스까지 제공하기로 하는 묵시적 계약이 있었다고 해석하고, 다른 업체로부터 파견된 간병인을 간병서비스계약의 이행보조자로 보아 요양병원의 책임을 인정함으로써, 구체적 상황을 종합하여 의료기관과 환자 사이의 간병서비스 계약이 체결된 것으로 보고 간병인이 의료기관의 이행보조자가 될 수 있음을 확인하였다.

우리나라에서 노인요양병원들의 급속한 증가와 함께 간병인 관련 사고가 증가하고 있는 시점에서 대상 판결은 간병인 관련 사고에 대한 병원의 책임유무를 판단할 수 있는 기준을 제공한 의미 있는 판결이다.

Ⅲ. 과실과 인과관계 분리 판단

– 서울고등법원 2013. 9. 5. 선고 2012나64613(본소), 2012나64620(반소) 판결⁷⁾

1. 사건 개요

원고는 2006. 12. 20. 피고 병원에 내원하여 종합건강검진을 받았는데, 당시 촬영한 뇌 MRI 영상에 좌측 소뇌-교뇌각 뇌수조 부위에서 약 1.6cm×1.7cm 크기의 종괴가 관찰되었음에도 피고 병원은 정상소견으로 통지하였다. 원고는 그 후 좌측 귀의 난청 증상이 심해져 2009. 3. 13.경 피고 병원 이비인후과에서 측두골 부위 MRI 검사 결과 좌측 소뇌-교뇌각 뇌수조 부위에서 2.1cm×2.1cm×2.7cm 크기의 종괴가 확인되었고, 청신경초종(聽神經鞘腫, acoustic neuroma) 진단이 내려졌다.

원고는 2009. 3. 25. 09:00경부터 같은 날 16:55까지 피고 병원 의료진으로

7) 이 판결은 쌍방이 상고하였으나, 심리불속행 기각되어 확정되었다(대법원 2014. 1. 16. 선고 2013다77300 판결).

부터 청신경초종 제거수술을 받았다. 수술 전 피고 병원 의료진은 피고 병원 응급의학과 교수였던 원고의 딸에게 주로 설명을 하였을 뿐 원고에게 수술동의서를 받지 않았다. 피고 병원 의료진은 수술 직후인 17:15경 원고가 혈압 155/90 mmHg로 반혼수상태에 빠지자 원고에게 혈압강하제를 투여하고 17:35경 응급으로 뇌 CT 촬영을 시행하여 좌측 뇌교와 중소뇌각을 중심으로 약 3.8cm×2.6cm×2.1cm 정도 크기의 혈종이 발견되고, 뇌교(pons) 부분에서 출혈이 관찰되자 18:30경 원고에게 응급수술을 시행하여 혈종을 완전히 제거하였다.

원고는 뇌교부 출혈에 따른 뇌손상으로 인한 사지마비 증세로 독립적 보행, 일상생활의 동작 등이 불가능하고 스스로 식사나 배변 활동을 할 수 없으며 말하기가 어눌하여 앞으로도 계속적인 재활치료가 필요한 상태가 되자, 피고 병원을 상대로 손해배상소송을 제기하였다.

2. 법원의 판단

1심 법원은 2006년 피고 병원에서 촬영한 MRI에 좌측 소뇌교각부의 종양이 관찰됨에도 이에 대한 판독을 소홀히 하여 종괴를 발견하지 못한 진단 상 과실 및 손해 사이의 인과관계와 설명의무 위반을 인정하고 피고 병원의 책임을 30%로 제한하였다.

서울고등법원은 진단 상 과실과 설명의무 위반을 인정하였으나, 1심 판결과는 달리 2006년경과 2009. 3. 13.경 종양 크기에 비추어 2006년에도 수술적 치료방법이 우선적으로 고려되었을 것으로 판단되는 점, 무엇보다 이 사건 수술 후 원고에게 주로 출혈이 발생한 뇌교 부위는 청신경초종이 자리 잡은 수술 부위와는 해부학적으로 직접 관련이 없고 오히려 구조상 자발성 뇌출혈이 호발하는 부위여서 출혈의 원인이 원고에게 내재된 기왕력에 기인하였을 가능성을 배제할 수 없는 점, 이 사건 수술시행과정에서 피고 병원의 의료 상 과실을 찾기 어려운 점 등에 비추어 진단 상 과실과 원고의 뇌출혈 사이에 인과관계를 부정하였다.

다만, 피고 병원의 위와 같은 진단 상 과실로 인하여 원고가 청신경초종을 조기에 발견하여 그 진행 상태에 비추어 보다 적절한 치료를 받을 수 있는 기회를 상실한 데 대한 정신적 고통을 인정하고 2006년 MRI 진단 상 과실 및 이 사건 수술에 대한 설명의무 위반에 따른 위자료로 1심 판결보다 10,000,000원이 증액된 30,000,000원을 인정하였다.

3. 판결의 의의

의료사고 발생 시 손해배상 책임을 인정하기 위해서는 의료행위상 과실 및 당해 과실과 발생한 손해 사이에 인과관계가 인정되어야 한다. 이 사건에서 1심과 항소심은 과실 판단에 있어서 동일한 결론을 내렸으나, 인과관계 판단은 반대로 하였다. 1심 판결에서는 출혈 발생 부위가 이 사건 수술 부위를 포함하여 청신경초종이 있었던 부위에 인접하여 있는 뇌교 부분이고, 특히 뇌교부의 출혈양상이 이 사건 수술 부위에 치우쳐 있음을 근거로 피고 병원의 진단 상 과실로 인하여 원고의 청신경초종이 커짐에 따라 주변조직 및 혈관과의 유착 정도가 더욱 심해진 것인 이상 피고 병원의 진단 상 과실과 원고의 뇌출혈 사이에는 인과관계가 있다고 판단한데 반해, 항소심에서는 오히려 출혈이 발생한 뇌교 부분이 수술부위와 해부학적으로 직접 관련이 없고 자발성 뇌출혈이 호발하는 부위라는 이유로 1심 판결을 취소하고 진단 상 과실과 이 사건 수술 후 발생한 원고의 뇌출혈 사이에 상당인과관계를 부정하였다.

의료행위는 고도의 전문적 지식을 필요로 하는 분야로, 전문가가 아닌 일반인으로서의 의료행위 과정에 주의의무 위반이 있는지 여부나 그 주의의무 위반과 손해발생 사이에 인과관계가 있는지 여부를 밝혀내기 극히 어려운 특수성이 있으므로, 우리 법원은 일정한 요건을 충족한 경우 과실과 인과관계를 추정함으로써 환자 측의 증명 부담을 완화하여 주고 있다. 의료소송 판결에서 통상적으로 과실이 추정되면 인과관계를 함께 추정하거나 인과관계에 대한 자세한 설시 없이 손해배상 책임을 인정하고 있는 데 반하여 대상 판결은 과실과 인과관

계를 구분하여 실시하고, 특히 과실을 인정하였음에도 불구하고 인과관계를 부정함으로써 피고 병원의 진료 상 과실에 따른 손해배상 책임을 부정하였다.

의료과실로 인한 책임 여부의 법리적 판단을 위해서는 과실과 인과관계를 명확히 구분하여 판단하여야 할 것이나, 각 판단에 있어 지나치게 엄격한 증거를 요구할 경우 증명부담 완화의 취지, 즉 일정한 요건 하에 과실과 인과관계를 추정하여 환자 측의 증명부담을 완화함으로써 의료사고 발생 시 피해자를 보호한다는 취지가 물각될 수 있음은 주의해야 한다. 대상 판결의 1심에서는 출혈부위가 이 사건 수술부위와 가깝다는 이유로 인과관계가 인정된 데 반하여 항소심에서는 보다 세밀한 해부학적 근거에 따라 인과관계가 부정되었는바, 판결의 논리적 구성에 어떠한 문제를 제기하기는 어려우나 의료소송에 있어 의료기관의 책임을 상당히 제한하는 현실에서 피해자에 대한 권리구제의 범위가 더욱 좁아질 우려가 있음은 부정하기 어려운 것으로 보인다.

IV. 의무기록 불성실 기재로 과실 추정

-서울고등법원 2013. 7. 25. 선고 2012나10784 판결⁸⁾

1. 사건 개요

원고는 피고 의원에 내원하여 상안검수술, 앞트임매직수술, 하안검주름수술 및 애교살 수술, 코 수술, 코 옆 용비술 등에 대한 상담 후 수술을 받았다. 피고는 리도카인과 에피네프린을 사용한 국소 마취 후 눈 부위 수술을 하였고, 이어서 코 부위 성형수술을 위하여 리도카인 및 통증감소를 위한 프로포폴을 투여하기 시작하였는데, 원고에게 서맥 등 이상증세가 나타나 심폐소생술을 시행한 다음 상급병원에 전원하였다.

피고는 수술 당일 14:50경 프로포폴 2cc 정도를 원고에게 투여하던 중 빈맥

8) 이 판결은 피고가 상고하였으나, 심리불속행 기각되어 확정되었다(대법원 2013. 11. 28. 선고 2013다67006 판결).

이 발생하였고, 바로 이어서 서맥으로 바뀌면서 산소포화도가 60% 이하로 저하되었으며, 청색증이 발생하였다고 진술하였다. 피고가 작성한 진료기록에는 “14:50 프로포폴 5cc, 리도카인 투여, 14:50 서맥 발생 → 심폐소생술(CPR) 시작, 119 연락, 탄산수소나트륨(NaHCO₃), 에피네프린 투여, 기관삽관, 심폐소생술 시행, 15:00 119 도착, 심장제세동기 2회 → 무반응, 15:05 이송 시작, 15:15 서울성모병원 도착”이라 기재되어 있었다.

원고는 상급병원에 전원되어 치료를 받았으나, 후두엽 시피질 병변으로 인한 피질맹으로 양안이 안전수동 상태로 교정이 불가능하고, 양측 후두엽 부위에 뇌위축 소견 및 관류저하, 광범위한 뇌 이상 소견을 보임에 따라 피고를 상대로 손해배상 소송을 제기하였다.

2. 법원의 판단

1심 법원과 항소심 법원은 동일하게 마취과정상 과실과 전원조치 상 과실은 부정하였으나, ‘수술 후 진정상태를 유지하고 있던 환자에게 뇌로 공급되는 산소의 전반적인 감소로 인한 저산소성 뇌손상이 발생하였으나 의무기록에는 이에 관한 아무런 기재가 없는 경우’에 관한 대법원 2008. 7. 24. 선고 2007다 80657 판결을 원용하여, 프로포폴 주입 중 원고에게 심정지 증상이 나타났는 바, 산소포화도의 감소 등 원고에게 뇌로 공급되는 산소의 전반적인 감소를 시사하는 임상상태가 현실적으로 있었다고 보이는데 반하여 의무기록에는 서맥이라는 기재 외에는 환자의 상태에 대한 별다른 기재가 없고, 심혈관계 증상이 외에 피고가 주장하는 프로포폴의 과민반응을 인정할 만한 다른 증상(피부반응 등)이 나타났다는 자료를 찾을 수 없는 점 등에 비추어 보면, 피고가 다른 원인에 의하여 원고에게 갑작스럽게 저산소성 뇌손상이 발생할 수 있음을 입증하지 못하는 한, 피고가 원고에 대한 임상경과 관찰을 소홀히 하여 원고의 상태를 적시에 제대로 발견하지 못한 과실을 추정할 수 있다고 판시하였다.

또한, 성형수술을 받던 중 원고에게 심정지가 발생하여 피고 의원 의료진이

원고에게 산소공급, 기관 내 삽관 및 에피네프린 투여 등 응급조치를 실시한 사실은 인정되나, 진료기록지에는 부작용이 발생하고 응급조치가 이루어진 시각, 그 과정에서 원고의 혈압, 맥박수, 심박동수 등 활력징후의 변화가 제대로 기재되어 있지 않은 사실, 기관 내 삽관을 한 이후 산소포화도에 관한 기재가 없는 사실, 119 구급대가 15:02경 피고 의원내 도착한 이후 피고가 기재한 진료기록지에 의하더라도 원고가 심장제세동기에도 아무런 반응을 하지 아니하였다고 기재되어 있어 이미 저산소성 뇌손상 상태에 있었던 사실 등을 근거로 원고에게 프로포폴의 부작용으로 중추신경계 심정지 등이 발생하였음에도 피고가 신속하게 환기(기도유지와 산소공급)를 시키지 못하였거나, 변화하는 활력징후(혈압 등)에 적절히 대응하지 못하여 그 임상상태에 대응한 적절한 치료를 하지 못하였다고 추정하고, 피고의 책임을 30%로 제한하였다.

3. 판결의 의의

의료소송을 진행함에 있어 의무기록에서 과실을 증명할 수 있는 명백한 근거를 발견하기 어려운 경우 과실 및 인과관계의 증명책임을 부담하는 원고로서는 난관에 봉착하기 마련이다. 대상판결은 프로포폴 주입 후 뇌손상이 발생한 사건에서, 의무기록에 부작용이 발생하고 응급조치가 이루어진 시각, 그 과정에서 원고의 혈압, 맥박수, 심박동수 등 활력징후의 변화가 제대로 기재되어 있지 않고, 기관 내 삽관을 한 이후 산소포화도에 관한 기재 역시 없는 반면, 119 구급대가 도착한 이후 원고가 심장제세동기에도 아무런 반응을 하지 아니하였다고 기재되어 있음을 근거로 프로포폴 투여 후 발생한 응급상황에 대한 피고의 경과관찰 및 응급조치 상 과실을 추정하였다.

대상판결은 저산소성 뇌손상이 발생한 사건에서 의무기록이 불성실하게 기재되어 있다는 점을 하나의 근거로 삼아 경과관찰 상 과실을 추정한 점에 의미가 있다. 그러나 의료법 제22조 제1항, 같은 법 시행규칙 제14조 제1항 제1호에 규정된 진료기록부 기재사항을 기재하였다면 일응 진료기록 작성의무는 이

행한 것으로 볼 수 있고, 대상판결의 의무기록 기재는 그 기준에 부합될 여지가 있는 점 및 의료인의 수가 한정되어 있는 개인의원에서 심정지와 같은 응급상황 발생 시 수분 내에 응급조치를 하면서 각 응급조치가 이루어진 시각 및 환자의 상태 변화를 정확하게 확인하여 기재를 하는 것은 사실상 기대하기 어렵다는 점에서 대상 판결의 과실 추정은 개인의원 의료진에게 가혹한 측면이 없지 않다. 미용성형수술과정에서 프로포폴 사용 후 뇌손상이 발생한 사건에서 의료인의 책임이 60% 이상 인정되는 사례가 적지 않음에도 불구하고 이 사건에서 피고의 책임을 30%로 제한한 것은 그와 같은 점이 반영된 것으로 분석된다.

4. 기타 의무기록 관련 쟁점 : 의무기록 허위작성 관련 판결 소개

최근 의료소송에서는 의무기록 허위작성 내지 조작 주장이 드물지 않게 이루어지고 있으나, 의무기록 조작을 의심할 만한 정황이 있다 하여 그와 같은 주장이 인정되는 사례는 거의 찾아보기 어렵다.

한편, 전자의무기록 허위기재시 변조죄 성립 여부와 관련하여 대법원 2013. 12. 12. 선고 2011도9538 판결에서는 내원 후 지연성 뇌출혈이 발생한 환자에 대하여 의사와 간호사가 전자진료기록부 내용란에 사실과 다르게 ‘지연성 뇌출혈에 대한 가능성 설명하고 의식상태 변화나 오심, 구토 증상 있을시 대학병원에 가보시라 함’이라는 취지의 내용을 가필한 후 자신의 전자서명을 한 사안에서, 의료법 제23조 제3항⁹⁾의 개인정보는 개인식별정보에 한정된다는 취지의 2심 판결과는 달리 전자의무기록에 저장된 ‘개인정보’에는 환자에 대한 진단·치료·처방 등과 같이 공개로 인하여 개인의 건강과 관련된 내밀한 사항 등이 알려지게 되고, 그 결과 인격적·정신적 내면생활에 지장을 초래하거나 자유로운 사생활을 영위할 수 없게 될 위험성이 있는 의료내용에 관한 정보도 포함된다고 새기는 것이 타당하다 하여 의무기록의 내용이 개인정보에 해당함을 인

9) 누구든지 정당한 사유 없이 전자의무기록에 저장된 개인정보를 탐지하거나 누출·변조 또는 훼손하여서는 아니 된다.

정하였다.¹⁰⁾ 그러나 위 판결은 “전자의무기록을 작성한 당해 의료인이 그 전자의무기록에 기재된 의료내용 중 일부를 추가, 수정하였다 하더라도 그 의료인은 위 규정이 정한 변조 행위의 주체가 될 수 없다.”¹¹⁾고 판단하여 검사의 상고를 기각하였다.

V. 설명의무 위반의 손해배상 범위

– 대법원 2013. 4. 26. 선고 2011다29666 판결

1. 사건 개요

원고는 인터넷 홈페이지 이메일을 통하여 비뇨기과 전문의인 피고에게 조루증 수술치료에 대해 상담한 후 2006. 4.경 피고 병원에 내원하여 피고로부터 포경수술과 함께 음경배부신경 부분절제시술을 받았는데 수술직후 발생한 음

10) 이와 관련하여 대법원은 “법령 자체에 법령에서 사용하는 용어의 정의나 포섭의 구체적 인 범위가 명확히 규정되어 있지 아니한 경우, 그 용어가 사용된 법령 조항의 해석은 그 법령의 전반적인 체계와 취지·목적, 당해 조항의 규정 형식과 내용 및 관련 법령을 종합적으로 고려하여 해석하여야 한다. 이러한 법리를 의료법의 개정 연혁, 내용 및 취지, 의료법 제22조 제1항, 제3항, 제23조 제1항, 제3항, 구 의료법(2011. 4. 7. 법률 제10565호로 개정되기 전의 것) 제66조 제1항 제3호, 의료법 시행규칙 제14조 제1항 제1호, 제3호의 규정, 의무기록에 기재된 정보와 사생활의 비밀 및 자유와의 관계 등에 비추어 보면, 의료법 제23조 제3항의 적용 대상이 되는 전자의무기록에 저장된 ‘개인정보’에는 환자의 이름·주소·주민등록번호 등과 같은 ‘개인식별정보’뿐만 아니라 환자에 대한 진단·치료·처방 등과 같이 공개로 인하여 개인의 건강과 관련된 내밀한 사항 등이 알려지게 되고, 그 결과 인격적·정신적 내면생활에 지장을 초래하거나 자유로운 사생활을 영위할 수 없게 될 위험성이 있는 의료내용에 관한 정보도 포함된다고 새기는 것이 타당하다.”라 판시하였다.

11) 이와 관련하여 대법원은 “환자를 진료한 당해 의료인은 의무기록 작성권자로서 보다 정확하고 상세한 기재를 위하여 사후에 자신이 작성한 의무기록을 가필·정정할 권한이 있다고 보이는 점, 2011. 4. 7. 법률 제10565호로 의료법을 개정하면서 허위작성 금지규정(제22조 제3항)을 신설함에 따라 의료인이 고의로 사실과 다르게 자신이 작성한 진료기록부 등을 추가·수정하는 행위가 금지되었는데, 이때의 진료기록부 등은 의무기록을 가리키는 것으로 봄이 타당한 점, 문서변조죄에 있어서 통상적인 변조의 개념 등을 종합하여 보면, 전자의무기록을 작성한 당해 의료인이 그 전자의무기록에 기재된 의료내용 중 일부를 추가·수정하였다 하더라도 그 의료인은 의료법 제23조 제3항에서 정한 변조행위의 주체가 될 수 없다고 보아야 한다.”라 판시하였다.

경의 붓기와 멍은 점차 호전되었으나 약 3주 후부터 음경에 감각이상 증상이 나타나면서 귀두 및 음경 부위가 속옷에 스치거나 샤워물이 닿는 등 가벼운 접촉에도 심한 통증이 발생하였다. 이후 원고는 여러 병원에서 진료를 받다가 결국 2007. 3.경 대학병원에서 복합부위통증증후군 제2형으로 진단 받고 영구적 척수신경자극기 삽입시술을 받았으나 귀두 및 음경에 이질통, 감각저하 등으로 주기적인 치료와 극심한 통증이 있는 경우 응급진료를 받게 되자 피고를 상대로 손해배상소송을 제기하였고, 신체감정 결과 우울, 불안, 심한 자존감 저하 등으로 정신과 치료도 필요한 상태임이 확인되었다.

2. 법원의 판단

1심 법원은 다른 치료법을 강구하지 않고 수술적 치료를 실시한 과실, 수술 후 발생한 통증에 대하여 조기에 적절한 조치를 취하지 않은 과실 등의 원고 주장을 모두 배척하였고, 나아가 조루증 수술 후 복합부위통증증후군이 발생할 수 있다는 점에 대해서는 의학적 예견가능성이 없다고 하여 이에 대한 설명의 무위반 주장도 배척하였다. 다만, 배부신경 부분차단술의 수술방법 및 일반적인 부작용을 충분히 설명하지 않고 장점만 강조한 점을 인정하여 2,000만원의 위자료 배상판결을 하였다.

원, 피고 쌍방이 항소한 항소심은 과실 및 설명의무 위반의 점에 관하여 1심과 동일한 판단을 하였으나, 위자료 판단에서는 1심과 달리 수술로 인해 복합부위통증증후군이 발생하였고 자살충동, 우울증 등 정신과적 문제로 피해가 확대된 점을 참작하여 위자료 액수를 제1심 인정 금액의 3.5배인 7,000만원으로 증액하였다.

이에 대하여 대법원은, “설명 의무 위반으로 인하여 지급할 의무가 있는 위자료에는, 설명의무 위반이 인정되지 않은 부분과 관련된 자기결정권 상실에 따른 정신적 고통을 위자하는 금액 또는 중대한 결과의 발생 자체에 따른 정신적 고통을 위자하는 금액 등은 포함되지 아니한다고 보아야 한다.”고 전제하고,

“의료행위로 인하여 환자에게 나쁜 결과가 발생하였는데 의사의 진료 상 과실은 인정되지 않고 설명의무 위반만 인정되는 경우, 설명의무 위반에 대한 위자료 명목 아래 사실상 재산적 손해의 전보를 피하여서는 아니 된다.”고 하여 2심 판결을 파기, 환송하였다. 파기환송심은 대법원의 판결취지를 반영하여 위자료 액수를 3,000만원으로 정하였고, 그대로 확정되었다.¹²⁾

3. 판결의 의의

설명 의무위반에 따른 손해배상의 범위에 대하여 법원은 중대한 결과와 의사의 설명의무 위반 내지 승낙 취득과정에서의 잘못과의 사이에 상당인과관계가 존재하고 이 때 설명의무위반의 정도가 환자의 생명, 신체에 대한 구체적 치료과정에서 요구되는 의사의 주의의무 위반과 동일시할 정도의 것일 때에는 중대한 결과에 대한 전손해배상의무가 발생하지만, 그렇지 않은 경우에는 환자가 선택의 기회를 잃고 자기결정권을 행사할 수 없게 된 데에 대한 위자료 배상만을 인정하고 있다. 대상판결은 복합부위통증증후군 발생 가능성에 대한 설명의무 위반은 인정되지 않고, 수술방법 및 일반적 부작용에 대한 설명의무 위반과 관련된 자기결정권 침해만 문제된 경우, 침해된 자기결정권에 대한 합당한 위자료의 범위를 넘어서 복합부위통증증후군 발생에 따른 현재의 손해까지 전보할 목적으로 위자료를 산정해서는 안 된다는 점을 분명히 하여, 설명의무위반에 있어 인과관계에 따른 위자료산정의 기준을 다시 확인한 점에 의미가 있다.

참고로, 설명의무 위반과 현재의 손해 사이에 인과관계가 인정되나 손해의 확정이 불가능한 경우에는 그와 같은 사정을 위자료 산정에 참작하고 있는바, 대상포진 치료를 위해 입원한 환자에게 기본적으로 실시한 흉부 X-선 검사에서 약 2 cm 크기의 폐결절이 발견되고 영상의학과 전문의는 이에 대하여 흉부 CT 검사를 실시할 것을 권유하는 내용의 판독을 하였으나 주치의가 이를 간과

12) 서울고등법원 2013. 9. 12. 선고 2013나28980 판결.

하고 환자에게 알리지 않음으로써 환자(51세, 남)는 약 1년 8개월 후에 폐암 4기로 진행되어 항암치료를 받던 중 손해배상소송을 제기한 사건에서, 환자가 폐암의 완치가 불가능하고 향후 2년 내 암이 재발하여 이후 6개월 후 사망이 예견된다고 주장하며 일실소득, 간호비 등을 계산하여 청구하였으나 법원은 사망이 예견된다는 점만으로 예상 생존기간을 확정할 수 없어 향후 손해금액을 명확히 특정할 수 없다고 하여 일실소득과 간호비 등의 청구를 배척하였다. 하지만 법원은 재산상 손해의 발생이 인정되는 데에도 입증곤란 등의 이유로 그 손해액의 확정이 불가능하여 그 배상을 받을 수 없는 경우에는 이러한 사정을 위자료 증액사유로 참작할 수 있다고 전제하고 6,500만원의 위자료 배상판결을 선고하였다.¹³⁾ 위 참고판결은 설명의무 위반과 현재의 손해 사이에 상당인과관계가 있지만 손해배상의 범위를 특정하기 어려운 경우 위자료를 증액함으로써 어느 정도 손해를 전보하는 것을 인정한 사례로, 대상판결과 구별하여 음미해 볼 필요가 있다.

VI. 손해배상의 범위

1. 부제소 합의의 효력 부정

-서울고등법원 2013. 6. 27. 선고 2012나49348 판결

가. 사건 개요 및 법원의 판단

위 사건은 2009. 1. 16. 환자가 개인성형외과에서 코젤백을 삽입하는 방식의 유방확대술을 시행 받은 후 출혈·통증 등을 호소하여 재수술을 시행하였음에도 불구하고 수술부위가 괴사되면서 우측 유방을 거의 소실하게 됨에 따라 환자 측에서 소송을 제기한 사건이다.

13) 서울고등법원 2013. 6. 13. 선고 2012나106227 판결.

환자는 2009. 3. 27.과 같은 해 4. 3. “이 사건 수술 및 이 사건 수술 부위에서의 코젤백 제거 수술로 인한 후유증 등에 대하여 향후 피고에 대하여 일체의 민·형사상 책임을 묻지 않겠다.” 및 “흡연으로 발생한 피부 괴사 부위의 염증이 남아 있으니 코젤백을 제거해 주기를 요청한다. 코젤백 제거 후 유방형태의 변형이나 내부 조직의 변형 등 어떠한 결과에 대해서도 민·형사상 이의를 제기하지 않겠다.”는 내용의 확인증을 작성하여 주고 후유증에 대한 치료를 받았다.

이후 환자가 소송을 제기하자, 피고는 위와 같은 부제소 합의가 존재한다고 항변하였으나, 법원은 ㉠원고는 의학적 지식이 전무하였던 관계로 이 사건 수술 후 발생한 염증 및 피부 괴사에 대한 치료를 위하여 의료전문가인 피고에게 전적으로 의지할 수밖에 없었고, ㉡이 사건 수술 부위의 염증 및 피부 괴사 등은 피고의 수술 중 및 수술 후 처치상의 과실에 의하여 발생한 것임에도 불구하고, 피고는 그 모든 책임이 원고의 흡연으로 인해 생겼다고 하면서 원고가 이 사건 1, 2차 확인증에 서명을 하여야만 이 사건 수술 부위의 염증 및 피부 괴사에 대한 치료를 하여 주겠다고 하여 그 밑에 서명할 것을 강요하여 원고가 서명하였으며, ㉢이 사건 1, 2차 확인증에 의해 원고는 이 사건 수술 부위의 염증 및 피부 괴사에 대한 치료비 상당액의 이익을 얻을 수 있을 뿐임에 반하여 피고의 과실로 인해 원고에게 모든 손해배상채권을 포기하게 되는 결과를 초래하게 되는 점 등을 거론하며, 위 인정사실 및 제반 사정에 비추어 보면 이 사건 1, 2차 확인증에 기한 부제소합의는 원고의 공박·경솔 또는 무경험으로 인하여 현저하게 공정을 잃은 법률행위로서 무효이거나 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하는 행위로서 무효라고 봄이 상당하다고 판단하며 부제소특약의 효력을 부정하였다.

나. 판결의 의의

부제소합의는 쟁점이 된 사항에 대하여 이후에 소송을 제기할 수 없도록 하기 위하여 작성되는 합의서라는 점에서, 합의내용에 위배하여 소송을 제기할

경우 각하되어야 하는 것이 원칙이지만, 의료분쟁에서는 부제소합의의 효력이 부정되는 경우가 종종 있다. 대상 사건의 경우도 부제소 합의가 2회나 있었음에도 불구하고 그의 효력을 제한하였다는 점에서 환자의 권리를 중시한 판결로 볼 수 있다.

2. 일실수입

가. 일반적 기준

일실수입 산정에 있어서는 사고 전 1~2년간의 근로소득원천징수영수증을 기준으로 하는 경우가 대부분이지만, 소득자료가 부족한 경우 일반적으로 사용되는 기준이 건설인부 노임단가나¹⁴⁾ 통계소득 적용여부가 문제되는데, 2013년 판결에서 이와 관련하여 관심을 끄는 판결들이 있었다.

나. 경찰대학교 재학생의 일실수입을 경찰공무원이 되는 것을 전제로 산정한 사건

– 서울고등법원 2013. 3. 28. 선고 2011나86845 판결

(1) 사건 개요

한 치과병원에서 환자에게 턱끝성형술을 위해 마취 후 호흡관을 조작하던 중 기관지 경련이 발생하여 응급처치로 환자를 소생시킨 후 상급종합병원으로 이송하였으나 다발성장기부전으로 사망한 사건에서, 경련발생자체에 과실이 있다고 할 수는 없으나, 경련이 발생한 후 20분이나 지나 에피네프린 투여와 심장마사지가 이루어짐으로써 응급처치를 지연한 점, 효과적인 응급조치 방법을 선택하지 못한 점에서 과실이 인정된 사건이다.

14) 2014년 상반기의 경우 보통 인부 노임단가 84,166원이 적용되고 있다.

(2) 손해배상액 산정

위 사건에서 재판부는, 피고 책임을 40%로 제한하면서, 환자가 사고 당시 경찰대 2학년에 재학 중이었는데 경찰대학생은 졸업 후 경찰공무원이 되므로¹⁵⁾ 경찰공무원의 호봉 승급 등을 고려하여 정년까지의 급여와 퇴직금을 산정한 후 위자료 금액을 추가하여 총 2억 5천만 원가량의 배상을 명하였다.¹⁶⁾

(3) 검토

손해배상 소송의 피해자가 자신이 희망하는 직업을 갖기 위하여 대학에서 공부를 하고 있다는 이유만으로 해당 직종에서 근무하는 것을 전제로 일실수입이 계산되는 경우는 거의 없다. 그런데 경찰대학 졸업자는 경찰대학설치법 제8조에 “경찰대학의 졸업자는 「경찰공무원법」에 따른 경위(警衛)로 임명한다.”라 규정되어 있기 때문에 재판부도 이를 전제로 일실수입을 계산하였다.

관련 법규정의 존재를 간과하고 손해배상액 산정의 일반 관행만으로 일실수입 손해를 청구할 경우 당연히 인정될 수 있는 소득이 누락될 수 있다는 점에서 환자 측 대리인이 주지하여야 할 판결이다.

다. 사고 당시 47세인 원고의 가동연한을 65세까지 인정하고 경력을 고려하여 통계소득을 인정한 사건

— 서울고등법원 2013. 9. 5. 선고 2011나85422 판결

(1) 판결의 검토

서울고등법원은 사고 당시 47세 5개월가량의 남자인 원고의 가동연한을 65세까지 인정하는 동시에, 1987. 2.경 대학교 사범대학 미술교육과를 졸업하고 1991년부터 2005년까지 4곳의 대학교에서 서양화과 강사 또는 겸임교수로 근

15) 경찰대학설치법 제8조 참조.

16) 이 판결은 피고가 상고하였으나, 상고 기각되어 확정되었다(대법원 2013. 12. 12. 선고 2013다31144 판결).

무하고, 1987년부터 약 200회에 이르는 초대전 및 그룹전을 개최하는 등 화가로서 직업 활동을 해 온 사실, 통계청 고시 한국표준직업분류(6차 개정) 분류항목명 및 내용설명 상 화가는 문화·예술·스포츠 전문가 및 관련직에 해당하는 점에 비추어, 2006년 및 2007년 임금구조기본통계조사보고서의 문화·예술·스포츠 전문가 및 관련직에 종사하는 10년 이상의 경력을 가진 남자의 급여로 계산하여 원고의 소득을 월 3,256,123원을 기준으로 일실수입을 산정하였다.

(2) 판결의 의의

대상판결은 손해배상액을 계산함에 있어서 환자의 가동연한을 65세까지 인정하였다는 점, 원고의 경력 등을 고려하여 화가인 원고의 월 급여를 문화·예술·스포츠 전문가 및 관련직에 종사하는 10년 이상의 경력을 가진 남자의 급여로 보았다는 점에 주목할 만하다.

3. 개호비

서울고등법원 2013. 2. 21. 선고 2011나104583 판결은 피고 병원에서 편평상피세포암 광범위절제술과 성형외과적 결손부위 제거술 시행 후 기관절개창 내 삽관된 튜브를 교체하는 과정에서 술기 미숙으로 삽관을 지연시킨 과실로 환자에게 저산소성 뇌손상을 일으킨 과실을 인정하면서,¹⁷⁾ 신체감정 결과 24시간 개호가 필요하다는 회신이 제출되었으나 수면 시간 동안은 개호가 필요 없다는 점을 지적하며 2인 개호를 인정하였다.¹⁸⁾

또한 서울고등법원 2013. 1. 17. 선고 2011나46915 판결은 출혈을 동반한 해면혈관종을 가진 환자가 수술 시행 후 손발에 힘이 들어가지 아니하고 마비가 온 것 같다고 호소하였음에도 불구하고 MRI실시가 늦고 20시간 이상 지나

17) 원심인 서울동부지방법원 2011. 11. 24. 선고 2009가합15969 판결에서는 원고청구가 기각되었으나, 항소심에서 과실이 인정되었다.

18) 위 판결에 대하여 원피고 쌍방이 상고하지 않아 확정되었다.

수술을 한 과실을 인정하고 원고가 사지 마비 상태로 혼자 일상생활을 영위할 수 없으므로 원고의 중한 마비 상태가 시작된 2008. 3. 3.부터 여명 종료일까지 성인 1인의 8시간 개호가 필요함을 인정하는 동시에, 기왕개호비와 관련하여, 원고가 사지 마비 상태에 빠져 있어 개호가 필요하였으므로 누군가에 의하여 일상생활에 필요한 개호를 받아 왔던 것으로 보지 않을 수 없는데, 원고 위 기간 중 일부 기간 동안 개호인을 고용하여 실제 개호비를 지출한 사실을 인정할 수 있고, 그러한 자료가 없는 기간 동안에도 적어도 가족의 개호를 받았을 것으로 봄이 상당하다며 기간 전부의 개호비를 인정하였다.

VII. 진단서 등 기재에 관한 제 문제

1. 진단서, 처방전 등에 관한 판결

의료법 제17조 제1항과 형법 제233조에서 진단서 등¹⁹⁾에 관하여 발행주체 및 교부대상을 규정하고, 허위작성을 엄격히 금지하는 것은 진단서 등이 의료인이 진단한 결과에 관한 판단을 표시하는 문서로서 사람의 건강상태를 증명하고, 민·형사책임을 판단하는 증거가 되는 등 중요한 기능을 담당하기 때문이다. 따라서 진단서 등은 정확성과 객관성이 담보되어야 한다.²⁰⁾ 2013년에는 형법의 허위진단서작성죄에 관한 판례 외에도 의료법 제17조 제1항에 관한 여러 판결이 선고되었다. 이하에서는 판결들을 유형화하여 살펴보기로 한다.

19) 의료법 제17조 제1항은 진단서·검안서·증명서 또는 처방전의 작성, 교부에 관하여, 형법 제233조는 진단서, 검안서 또는 생사에 관한 증명서의 허위작성에 관한 규정을 두고 있는데, 이하에서는 관련 법규정에서 언급하는 의료행위로 인한 문서 일반을 일괄하여 '진단서 등'이라고 서술하기로 한다.

20) 대법원 1996. 6. 28. 선고 96도1013 판결.

2. 진단서 등의 범위에 관하여

가. ‘입퇴원 확인서’는 허위진단서작성죄의 객체인 ‘진단서’에 해당하지 아니한다고 판단한 사건

– 대법원 2013. 12. 12. 선고 2012도3173 판결

의사인 피고인이 ‘입퇴원 확인서’를 작성하는 과정에서 환자의 인적사항, 병명, 입원기간 및 그러한 입원사실을 허위로 기재하였다고 하여 허위진단서작성죄로 기소되었다. 원심은 ‘입퇴원 확인서’도 진단서의 일종이라고 판단, 피고인에게 허위진단서 작성죄가 성립한다고 하였다.

그러나 대법원은, 피고인이 작성한 ‘입퇴원 확인서’에 따르면 단지 환자의 인적사항, 병명, 입원기간 및 그러한 입원사실을 확인한다는 내용만이 기재되어 있고, 이 확인서는 그 문언의 제목, 내용 등에 비추어 의사의 전문적 지식에 관한 진찰이 없더라도 확인 가능한 환자들의 입원 여부 및 입원기간의 증명이 주된 목적인 서류로서, 환자의 건강상태를 증명하기 위한 서류라고 볼 수 없으므로 이를 형법상 허위진단서 작성죄에서 규율하는 진단서라고 보기는 어렵다고 판시하였다.

나. 해외환자 초청을 위하여 출입국사무소에 제출한 소견서는 의료법 제17조 제1항에서 정하는 진단서 등에 해당하지 아니한다고 판단한 사건

– 서울중앙지방법원 2013. 12. 5. 선고 2013고단372221)

외국인환자 유치업체가 해외 환자를 초청, 장기 체류할 수 있는 비자를 발급하여 주기 위하여 환자가 진료 받은 소견서를 출입국관리소에 제출할 것이 요구되었다. 이에 따라 유치 업체 관계자는 환자들의 사진과 환자의 인적사항만이 적힌 소견서 양식, 진료예약확인서 및 신원보증서를 의사들에게 교부하였

21) 동 사건은 검사와 피고인 모두 항소하여 서울중앙지방법원 2013노4450 항소심 사건이 진행 중이다.

으며, 의사들은 사진만 보고 병명 및 치료의견을 작성한 후 이를 다시 유치 업체 관계자에게 전달하였다. 업체는 해외 환자의 사증발급인정서 신청을 함에 있어 위와 같은 소견서, 진료예약확인서 및 신원보증서를 출입국사무소에 제출하였다. 결국, 의사들은 직접 진찰하거나 검안하지 아니하고 소견서를 허위로 작성하여 환자에게 교부하거나 발송하였다는 공소사실로 기소되었다.

그러나 1심 법원은, 위 출입국사무소에 제출한 소견서는 통상의 진단서와 같은 형식이 아니고, 전체적으로 환자의 건강상태를 증명하기보다는 향후 진료 예정일과 진료계획을 밝히는 진료예약확인서 내지 진료계획서 성격을 가지고 있으므로 의료법 제17조 제1항의 진단서 등에는 해당하지 아니한다고 판시하였다. 또한 법원은, 의료법 제17조 제1항은 진단서 등을 환자나 일정 신분관계에 있는 자(가족 등)에게 교부, 발송할 것을 전제로 작성되는 것인데 반하여, 위 소견서는 사증발급인정서 신청 시 ‘의료목적 초청에 대한 입증서류’ 내지 출입국관리사무소에 제출할 행정절차 관련 서류로서 통상의 진단서와는 작성 목적이나 피교부자가 상이하므로 위 소견서는 사증발급인정서 신청에 필요한 첨부서류에 불과하다고도 보았다.

다. 판결의 의의

법원은 형법 제233조의 허위진단서 작성죄에 있어서 진단서라 함은 의사가 진찰의 결과에 관한 판단을 표시하여 사람의 건강상태를 증명하기 위하여 작성하는 문서를 말하는 것이므로, 문서의 명칭과 관계없이 그 내용이 의사가 진찰한 결과 알게 된 병명이나 상처의 부위, 정도 또는 치료기간 등의 건강상태를 증명하기 위하여 작성된 것이라면 진단서에 해당한다고 판시한바 있다.²²⁾ 그렇다면, 진단서 등 해당 여부는 서류의 제목, 내용, 작성목적 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.²³⁾

22) 대법원 1990. 3. 27. 선고 89도2083 판결.

23) 대법원 2013. 12. 12. 선고 2012도3173 판결.

위 판결들은 기존 법원의 입장을 토대로 구체적 사안에서 각 문서가 진단서 등에 해당하는지 판단한 데 의의가 있다. 그리고 위 서울중앙지방법원 2013고단3722 사건의 경우, 의료법 제17조 제1항의 진단서 등에 해당하는지 여부에 관한 검토 과정에서 서류가 담고 있는 내용 뿐 아니라 ‘작성목적과 서류 교부의 상대방이 누구인지’도 진단서 등 해당 여부 판단 근거가 된다는 점을 판시한 점이 주목된다.

3. 의료법 제17조 제1항의 ‘직접 진찰한’의 의미에 관하여 – 진찰방식의 한계나 범위를 규정하는 의미는 아니라고 판단한 사건

– 대법원 2013. 4. 11. 선고 2010도1388 판결

가. 사건 개요

의사인 피고인이 살 빼는 약을 처방함에 있어서 1회 이상 병원을 방문하여 진료를 받고 약을 처방받은 환자들 중 일부에 대해서 내원하여 진료 받는 것이 곤란한 경우 전화 통화를 통하여 진료하는 등의 방식으로 처방전을 작성하였다. 검찰은 피고인이 의료법 제17조 제1항에 정한바와 같이 ‘직접 진찰’하지 아니한 채, 전화통화만으로 진찰하여 처방전을 발행하였다는 이유로 기소하였고, 1심과 원심 법원은 전화 또한 이와 유사한 정도의 통신매체 만에 의한 진찰은 ‘직접 진찰’에 포함되지 않는다는 취지로 유죄를 선고하였다.

나. 법원의 판단

이에 대하여 대법원은 다음과 같은 이유로 직접진찰이 진찰 및 처방전 발급의 주체를 제한한 규정일 뿐, 진찰방식의 한계나 범위를 규정한 것은 아니라고 판시하였다. 의사가 환자를 진찰하는 방식에는 시진, 청진, 촉진, 타진 기타 여러 가지 방법이 있는데, ‘자신이’ 진찰하였다는 문언을 두고 대면진찰을 한 경우만을 의미한다면 형벌법규의 문언이 가지는 가능한 의미의 범위를 넘는 것이며, 대면진찰을 하지 아니한 경우를 처벌하기 위해서는 그에 따른 명확한 규

정이 있어야 한다. 또한 의료법 제17조 제1항이 개정되기 전에는 ‘직접 진찰’에 해당하는 부분이 ‘자신이 진찰’이라고 규정되어 있었으며,²⁴⁾ 의료법 제17조 제1항의 단서에서도 직접 진찰한 의사가 부득이한 사유로 진단서 등을 내줄 수 없으면 같은 의료기관의 다른 의사가 내줄 수 있다고 규정하고 있으므로 단서의 반대해석상 ‘직접’의 의미는 ‘자신이 진찰’한 의미라고 보는 것이 타당하다. 또한, 원격의료에 대하여 규정하고 있는 의료법 제34조에서는 ‘직접 대면하여 진료’라는 용어를 사용하고 있어서 ‘직접 진찰’과 ‘직접 대면 진찰’을 구별하여 사용하고 있고, 의료법의 입법 목적이 국민의 건강을 보호하고 증진하는 데 있으므로 비대면진료가 국민의 편의를 위하여 필요하다면 제한된 범위 내에서 허용하는 것도 가능한 것이며, 첨단 기술의 발전 등으로 세계 각국은 원격의료의 범위도 확대하는 방향으로 바뀌어 가고 있다.

다. 판결의 의의

보건복지부도 2007년 유권해석을 통하여 “환자가 의료기관에서 의사로부터 최초 진찰을 받고 만성질환 등으로 동일 상병치료를 위해 반복적인 의약품이 필요로 함에도 불구하고 만성질환자·노약자·영아·거동불편자·도서산간벽지인·기타 특수한 사유로 인하여 환자가 직접 의료기관을 내원하지 못해 보호자가 내원할 경우 처방전의 발급이 가능할 것으로 사료된다.”고 하여 진찰 방식에 대하여 일부 비대면진료가 허용될 가능성이 있음을 밝혔다.²⁵⁾ 그러나 전화진찰 등을 통한 처방의 합법성이 논란되어온바,²⁶⁾ 위 판결은 의료법 제17

24) 2007. 4. 11. 법률 제8366호로 전부 개정된 의료법(2009. 1. 30. 법률 제9386호로 개정되기 전의 것).

25) 2007. 2. 5. 보건복지부 의료자원팀-869호.

26) 헌법재판소는 2012년 의료법 제17조 제1항의 ‘직접 진찰한’ 부분이 명확성원칙에 위배되는지에 관한 사건에서 “‘직접’의 사전적 의미, 이 사건 법률조항의 입법연혁, 의료법 관련 규정들을 종합적으로 고려하면, 이 사건 법률조항에서 말하는 ‘직접 진찰한’은 의료인이 ‘대면하여 진료를 한’으로 해석되는 외에는 달리 해석의 여지가 없고, 결국 이 사건 법률조항은 의료인의 ‘대면진료 의무’와 ‘진단서 등의 발급주체’ 양자를 모두 규율하고 있다”고 판시한바 있다(헌법재판소 2012. 3. 29. 자 2010헌바83 결정).

조 제1항의 ‘직접 진찰’의 의미가 반드시 대면하여 진찰하는 것을 의미하지 않는다는 점을 명확히 한 데 의의가 있다.²⁷⁾²⁸⁾

4. 진단서 등의 작성명의자에 관하여 – 직접 진찰한 의사라 하더라도 다른 사람의 이름으로 처방전을 작성하여 교부하는 것은 의료법 제17조 제1항 본문에 반한다고 판단한 사건
– 대법원 2013. 6. 14. 선고 2012다26091 판결

가. 사건 개요

의료기관을 개설한 의사가 매주 일정한 요일에 그 의료기관에 소속되지 아니한 다른 의사로 하여금 그 의료기관에 내원한 환자를 진료하게 하고, 개설자 본인의 이름으로 원외처방전을 발행하도록 하였다. 국민건강보험공단은 이러한 타인 명의 처방전 발행 행위가 구 국민건강보험법(2011. 12. 31. 법률 제 11141호로 전부 개정되기 전의 것) 제85조 제1항 제1호에서 규정하는 ‘속임수나 그 밖의 부당한 방법으로 보험자, 가입자 및 피부양자에게 요양급여비용을 부담하게 한 때’에 해당한다고 판단하였다. 국민건강보험공단은 위 개설자가 관련 규정을 위반하여 원외처방전을 발급하여 결국 보험자인 국민건강보험공단이 다른 요양기관인 약국에 약제비 상당의 요양급여비용을 지급하도록 한

27) 같은 취지 대법원 2013. 4. 25. 선고 2012도2521 판결.

28) 참고로, 어느 의사가 1차례 이상 진찰받은 환자에게 전화통화만으로 살 빼는 약을 처방하여 주었다는 이유로 기소유예 처분을 받고, 이에 따른 의사면허자격정지처분을 받아 그 취소를 청구한 사건에서, 서울행정법원 2013. 9. 13. 선고 2013구합53332 판결은 대상 판결과 같은 취지로 의사의 행위는 의료법 제17조 제1항에서 정한 ‘진찰하지 않고 처방전을 발급하는 행위’에 해당하지 아니하므로 위 자격정지처분은 위법하다고 판시하였다. 이 사건은 쌍방이 항소하지 아니하여 그대로 확정되었다.

다만, 요양급여비용 청구에 관하여 대법원 2013. 4. 26. 선고 2011도10797 판결에서는 “전화 진찰이 위 의료법 제17조 제1항 위반에 해당하지는 아니한다 하더라도, 국민건강보험 요양급여의 기준에 관한 규칙에 기한 보건복지부장관의 고시에는 내원을 전제로 한 진찰만을 요양급여의 대상으로 정하고 있고, 전화 진찰이나 이에 기한 약제 등의 지급은 요양급여의 대상으로 정하고 있지 아니한데도 불구하고, 전화 진찰을 내원 진찰인 것처럼 하여 요양급여비용을 청구한 것은 기망행위로서 사기죄를 구성한다.”고 판시하였다.

것은 민법 제750조의 불법행위에 해당한다는 이유로 위 개설자에 대하여 약국에 지급한 약제비 상당액에 해당하는 손해배상을 청구하였다.

나. 법원의 판단

법원은 환자를 직접 진찰한 의사라 하더라도 다른 사람의 이름으로 처방전을 작성하여 교부하는 것은 의료법 제17조 제1항 본문에 위배된다고 판단, 위 가.항과 같이 원외처방전을 발행하는 행위는 국민건강보험법에서 금지하고 있으며, 위와 같은 처방전의 교부로 국민건강보험공단이 소외 약국에 약제비 상당액을 지급하게 한 것은 불법행위에 해당한다고 판시하였다.

다만, 원외처방전 자체가 의학적 타당성과 안전성을 갖추지 못한 것은 아니고, 이 사건 원외처방전의 발급대상자 중 상당수가 이 사건 원외처방전과 유사한 내용의 유효한 원외처방전을 발급받을 수 있었을 것으로 보이며, 그 경우 국민건강보험공단은 결국 동일한 약제비를 지급할 수밖에 없었을 것이므로, 의사가 자신의 불법행위로 직접적으로 취한 경제적 이익은 없는 것으로 보여 이로 인한 책임제한사유에 관하여 심리·판단하라는 취지로 파기, 환송하였다.

다. 판결의 의의

2010년에도 대법원은 위 대상 판결과 유사한 사실관계에 대하여 환자를 직접 진찰한 의사라고 하더라도 다른 사람의 이름으로 처방전을 작성하여 교부하는 것은 의료법 제17조 제1항에 위배된다는 전제에서 의료법에 위반하여 요양급여비용 등을 청구한 것이 국민건강보험법상 ‘속임수나 그 밖의 부당한 방법으로 보험자·가입자 및 피부양자에게 요양급여비용을 부담하게 한 때’에 해당한다는 이유로 요양기관에 대하여 업무정지처분을 한 것이 타당하다고 판시한바 있다.²⁹⁾ 대상 판결은 의료법 제17조 제1항을 위반하여 처방전을 발행한 행위가 민법상 불법행위에 해당한다는 점을 기초로 의료기관의 손해배상책

29) 대법원 2010. 9. 30. 선고 2010두8959 판결.

임까지 인정함으로써 진단서 등의 작성명의자를 분명히 할 것을 강조하였다는 점에서 의의가 있다.

5. 진찰의 대상에 관하여 - 의료법 제17조 제1항에 따라 직접 진찰하여야 할 상대방은 처방전에 환자로 기재된 사람이라고 판단한 사건
- 대법원 2013. 4. 11. 선고 2011도14690 판결

가. 사건 개요

의사인 피고인이 환자 김모양을 진료한 후 김모양으로부터 3개월 동안 복용할 수 있는 약을 처방하여 달라는 부탁을 받았다. 피고인은 3개월분의 약을 처방하기 위하여 환자 김모양 뿐 아니라 자신의 직원인 양모씨, 강모씨의 명의로 3개의 처방전을 작성, 교부하였다.³⁰⁾ 환자 김모양은 이렇게 교부된 처방전을 가지고 약국에서 3개월분의 의약품을 구입하였다. 피고인은 의료법 제17조 제1항에서 직접 진찰한 의사만이 환자에게 처방전을 교부하도록 되어 있음에도, 직접 진찰하지 아니한 자인 양모씨, 강모씨에 대한 처방전을 교부하였다는 이유로 기소되었다.

나. 법원의 판단

법원은 의약분업 제도 하의 환자 치료행위는 의사에 의하여 진료를 받은 환자와 약사에 의한 의약품 조제와 복약지도의 상대방이 되는 환자의 동일성을 필수적 전제로 한다고 전제하며, 그 동일성은 의사 등이 최초로 작성한 처방전의 기재를 통하여 담보될 수밖에 없으므로 의사 등이 의료법 제18조에 따라 작성하는 처방전의 기재사항 중 의료법 시행규칙 제12조 제1항 제1호에서 정한 ‘환자의 성명 및 주민등록번호’는 치료행위의 대상을 특정하는 요소로 중요한

30) 판결문에는 처방약이 명시되어 있지 아니하나, 1인에 대한 1회 처방 한도가 1개월인 약품으로 추정된다.

의미를 가진다고 보았다. 따라서 의사 등이 의료법 제17조 제1항에 따라 직접 진찰하여야 할 상대방은 처방전에 환자로 기재된 사람을 가리키고, 만일 의사 등이 처방전에 환자로 기재한 사람이 아닌 제3자를 진찰하고도 환자의 성명 및 주민등록번호를 허위로 기재하여 처방전을 작성·교부하였다면 그러한 행위는 의료법 제17조 제1항에 위배된다고 판시하였다.

다. 판결의 의의

대상 판결은 행위자를 벌할 필요성이 있음을 전제로, 의료법 제17조 제1항의 ‘환자’의 범위를 ‘직접 진찰을 받은’환자로 보아 진단서 등의 증명적 기능을 강조한 사례로 해석할 수 있다. 그러나 의료법 제17조 제1항의 문언을 ‘직접 진찰하거나 검안한 의사가 아니면 ~ 교부하거나 발송하지 못한다.’라는 방식으로 규정한 취지는 진찰의 ‘객체’보다는 ‘주체’에 대하여 중점적으로 규율하는 것으로 보이는데, 대상 판결은 행위자를 벌하기 위하여 ‘객체’에 초점을 맞추어 동 규정을 해석한 것으로 생각된다.

VII. 원외처방 약제비

– 대법원 2013. 3. 28. 선고 2009다78214 판결

1. 들어가며

임의비급여와 함께 의료행정영역에서 수년간 가장 이슈가 되었던 원외처방 약제비 사건(이하 약제비 사건이라 칭함) 판결에 대해서 2013년 대법원 판결이 선고됨으로써 그동안의 논란이 일단락 되었지만, 책임제한의 범위 등에 대한 일관된 기준이 정립되지 않아 논란의 가능성은 여전히 남아 있다. 아래에서는 약제비 사건에서의 주요 쟁점과 법원의 판단 경과를 살펴본 후, 그 의의를 검토해 보기로 한다.

2. 사건의 개요와 법원의 판단

가. 사건 개요

의약분업이 실시되기 이전에는 의료기관이 진료·처방·조제까지 실시하였고, 국민의료보험관리공단(현 국민건강보험공단, 이하 공단이라 약칭함)에 약제비에 관한 요양급여지급청구를 하여 공단이 위 청구가 법령에 위반된다고 판단되는 경우 구 국민의료보험법 제44조 제1항³¹⁾에 의하여 약제비 상당의 요양급여비용을 의료기관으로부터 징수하였다.

그러나 의약분업이 2000. 7.부터 실시되어 요양급여 실시가 의료기관의 진료와 약국의 조제로 구분된 결과, 약제비에 해당하는 요양급여비용을 지급받은 요양기관은 당해 의료기관이 아니라 약국이 되었으나, 공단은 여전히 의약분업 이전과 같이 의료기관의 처방전 발급이 요양급여기준에 위반된다고 통보받은 경우 구 국민건강보험법 제52조 제1항³²⁾에 근거하여 약국이 지급받은 약제비 상당의 요양급여비용을 그 처방전을 발급한 의료기관으로부터 징수하여 왔다.

그런데 공단의 위와 같은 약제비 징수 조치에 대하여 의료기관들이 그 징수 처분을 다투는 소를 제기하여 공단이 의료기관에게 약제비 징수처분을 하는 것은 위법하여 취소되어야 한다는 취지의 판결³³⁾ 및 당연무효라는 판결³⁴⁾이 선고되어 공단의 약제비 환수조치에 제동이 걸렸다.

한편 원고는 의약분업 실시 이후인 2001. 6.경부터 2007. 5.경까지 건강보험 가입자 및 피부양자들에 대하여 처방전을 발급하고 건강보험심사평가원(이하 심사평가원이라 약칭함)에 심사청구를 하였는데, 심사평가원은 원고 소속 의사들이 원외처방전을 발급함에 있어 요양급여기준에 위반하여 식품의약품안전청장으로부터 허가받은 범위를 초과하는 등의 처방을 한 부분을 삭감하여야 한다는 심사결과를 피고에게 통보하였고, 그에 따라 공단은 2001. 11. 13.경 원

31) 현행법 제57조 제1항과 유사함.

32) 부당이득의 징수, 현행법 제57조 제1항과 유사함.

33) 대법원 2005. 9. 29. 선고 2005두7037 판결.

34) 대법원 2006. 12. 8. 선고 2006두6642 판결.

고에게 차기 요양급여비용 지급시 심사평가원으로부터 삭감통보를 받은 약제비용을 차감함으로써 이를 징수하겠다는 취지의 통보를 하고 징수처분을 한 이후, 계속하여 2007. 7.경까지 원고에게 지급할 요양급여비용에서 위 약제비용을 징수, 차감한 나머지 금원만을 지급하여 왔고, 공단이 2001. 6.경부터 2007. 5.경까지의 요양급여비용 중 징수처분에 의하여 지급을 차감·거절한 액수는 합계 금 4,044,586,658원에 이르는데, 원고는 피고의 징수처분이 당연무효라는 판결에 힘입어 공단을 상대로 삭감된 약제비의 지급을 청구하였다.

나. 소송의 진행 경과

(1) 제1,2심

제1심 재판부는, 피고가 삭감한 약제비는 원고가 수령한 금원이 아니므로 이를 원고로부터 환수할 수 없다는 이유로 원고 승소 판결을 내렸다. 이에 대하여 피고가 항소하여 진행된 서울고등법원 항소심 판단에서는, (i)공단이 국민건강보험법 제52조 제1항 등에 기초하여 원고로부터 약제비용에 상당하는 금액을 징수한 처분은 법률상 근거가 없을 뿐만 아니라 하자가 중대하고 명백하여 당연무효라고 판단하면서도, (ii)요양기관이 요양급여기준에 정한 바에 따르지 아니하고 임의로 이에 어긋나는 원외처방을 하는 것은, 그것이 환자에 대한 최선의 진료를 위하여 의학적 근거와 임상적 경험에 바탕을 둔 것으로서 정당행위에 해당한다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 일응 위법성이 인정된다고 전제하고, 원고가 내원환자들에게 요양급여 기준에 어긋나는 원외처방전을 발행하여 공단으로 하여금 약제비를 지불하게 한 것은 불법행위에 해당하므로 원고는 공단에게 손해배상금액으로서 약제비 상당 금액을 지급해야 할 의무가 있다고 판시하며 피고의 상계주장을 받아들여 제1심 판단을 취소하는 내용의 판결을 선고하였다.

(2) 대법원의 판단

원피고 쌍방의 상고로 진행된 상고심에서는, (i)서울고등법원의 판단이 타당하여 피고의 환수처분이 일응 타당하지만, 5건의 원외처방이 요양급여기준

을 벗어났음에도 이를 정당하다고 판단하여 위법하고, (ii) 원고의 행위로 인한 손해액은 피고 공단이 약국에 지급한 요양급여비용 상당액인데, 손해배상의 범위를 정함에 있어서는 의료기관이 그 행위에 이른 경위나 동기, 국민건강보험공단의 손해 발생에 관여된 객관적인 사정, 의료기관이 그 행위로 취한 이익의 유무 등 제반 사정을 참작하여 손해분담의 공평이라는 손해배상제도의 이념에 비추어 그 손해배상액을 제한할 수 있고, 배상의무자가 이러한 책임감경 사유에 관하여 주장을 하지 아니한 경우에도 소송자료에 의하여 그 사유가 인정되는 경우에는 법원이 이를 직권으로 심리·판단하여야 함에도 불구하고, 원심에서 이러한 점에 대하여 심리를 진행하지 아니하고 손해액 전부를 원고가 부담해야 하는 것으로 판단한 것은 원외 처방전 발급행위로 인한 손해의 범위에 관한 법리를 오해하고, 손해배상제도에 있어서 책임 감경사유에 대한 법리를 오해한 위법이 있다며 사건을 서울고등법원으로 환송하였다.

(3) 환송심의 판단

위와 같은 대법원 판단에 따라, 많은 약제비 사건이 하급심으로 환송되어, 책임감경 사유에 대한 검토를 거쳐, 병원 측에 배상책임을 인정하는 것은 부당하다거나,³⁵⁾ 병원책임을 50%만 인정한 경우³⁶⁾와 80%만 인정한 경우³⁷⁾ 등 다양한 판결이 생산되고 있다.

3. 판결의 의의와 검토

약제비 사건에 대한 대법원의 판단은, 의료계의 가장 큰 이슈였던 임의비급여에 대한 2012년 전원합의체 판결 후 남은 과제를 해소한다는 의미가 있지만, 대법원 판단이 반드시 긍정적이라고 하기는 어렵다. 왜냐하면 임의비급여의 병

35) 서울고등법원 2013. 10. 2. 선고 2013나6614 진료비 사건 판결 참조. 피고의 상고로 대법원에 계속 중이다.

36) 서울고등법원 2013. 9. 6. 선고 2011나58673 진료비 사건 판결 참조.

37) 서울고등법원 2013. 7. 26. 선고 2011나61303 진료비 사건 판결 참조.

원 외 사안이라고 할 수 있는 약제비 사건을 임의비급여와 같은 틀로 판단하여 일관성을 유지하였지만, (i)요양급여기준 내지는 그 심사지침을 과연 “법”이라고 할 수 있는지, 또 그러한 기준 자체가 세부적 사항에서는 명확하지 않아 처방을 하는 의사도 알지 못하는 경우가 많은데, 이를 위반하였다고 하여 과연 위법하다고 볼 수 있는지 문제되고, (ii)요양급여기준은 보건복지부가 그 행정목적 을 달성하기 위하여 정한 기준일 뿐이므로, 의사의 처방에 따라 약국에서 약제비를 수령한 일련의 행위와 그 위법성 판단은 행정영역에서 문제되는 것임에도 이를 곧 민법 제750조의 불법행위로 의율할 수 있는지 의문이며, (iii)처방행위가 위법할 경우에도 반드시 책임제한을 고려함으로써, 환수처분이나 삭감처분을 하는 당시에는 지급된 약제비 전액에 대하여 환수 처분을 해야 하는데, 소송을 제기하면 법원에서 책임제한을 고려하여 문제된 약제비 중 전부 또는 일부를 의료기관이 부담하지 않아도 된다는 결론이 도출되어, 의료기관으로서는 약제비 처방을 하고 문제가 될 경우 소송을 제기하면 된다는 생각을 갖게 하고, 공단으로서는 환수처분 당시 책임제한 비율을 고려한 환수처분을 해야 한다는 점에서 적정한 환수 금액을 특정할 수 없게 된다는 문제가 있다는 점에서, 이러한 결론이 타당한지 의문이 있다.

IX. 면허종별 무면허의료행위 해당 여부 – 한의사가 안압 측정기, 안굴절검사기 등 의료기기를 이용하여 진단한 것이 면허된 범위 밖이라는 점을 이유로 기소유예처분을 받았으나 헌법재판소가 이를 취소한 사건

– 헌법재판소 2013. 12. 26. 자 2012헌마551, 2012헌마561(병합) 결정

1. 사건 개요

한의원을 운영하는 한의사들이 의료기기인 안압측정기, 안굴절 검사기, 세

극등현미경, 자동시야측정장비, 청력검사기 등을 이용하여 시력, 안질환검사, 청력검사를 한 후 그 결과를 토대로 한약처방을 하는 등 면허된 것 이외의 의료 행위를 하였다는 이유로 수사를 받게 되었다. 검찰은 피의사실을 모두 인정함을 전제로, 한의사의 면허 범위에 대한 명확한 법규정이 없고, 이 사건 기기는 안경점, 보청기 판매점 등에서도 사용하고 있는 점 등을 근거로 기소유예의 불기소처분을 하였다.

이에 대하여 한의사들은 의료기기의 사용이 한의사 면허 범위 내의 행위라는 것을 전제로 자신들의 평등권과 행복추구권이 침해되었다고 주장하며 각 기소유예처분의 취소를 구하는 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 헌법재판소의 판단

헌법재판소는 위 안압측정기 등 의료기기의 사용이 한의사에게 면허된 것 이외의 의료행위인지 여부에 대하여 전원의 일치된 의견으로 ①면허에 따른 의료행위 여부는 의료법 제1조가 정하는바와 같이 ‘국민의 건강을 보호하고 증진’하는 데 중점을 두고 해석하여야 한다는 점, ②과학기술의 발달로 의료기기의 성능이 향상되어 보건위생상 위해의 우려 없이 진단이 이루어질 수 있다면 의료인에게 그 사용권한을 부여하는 방향으로 해석되어야 하며, 형사처벌이 수반되는 규정은 그 수범자의 입장에서 엄격하게 적용되어야 하는 점, ③이 사건 의료기기들이 각 별다른 위해를 미칠 염려가 없고 사용방법이 간단하며 결과 도출도 기계적으로 이루어지는 점, ④한의학에서도 전통적으로 안질환과 이비인후과질환에 대한 원인 및 치료법을 제시하고 있는 점, ⑤한의대 교과과정에서 위 의료기기들의 사용법을 가르치고 있으며 한의학계에서 마련한 진료편람, 의료행위 분류 등에도 위 기기 사용을 통한 검사를 진료의 내용으로 기재하고 있는 점 등을 종합하여 한의사 역시 위 의료기기를 사용하여 진단 및 치료를 할 수 있다고 판단하였다.

이에 따라 한의사의 면허 외 행위라는 것을 전제로 한 이 사건 각 기소유예처

분은 정의와 형평에 반하는 자의적인 처분이므로 이를 취소한다고 결정하였다.

3. 결정의 의의

위 결정은 한의학과 서양의학이 학문적 기초가 서로 달라 자신이 익힌 분야에 한하여 의료행위를 하도록 하는 것이 필요하며, 의료행위의 태양 및 목적, 행위의 학문적 기초가 되는 전문지식이 양한방 중 어디에 기초하고 있는지에 따라 한의사의 면허 범위를 판단하여야 한다는 기본 입장은 견지하되, 한의사가 사용하더라도 위험이 없는 의료기기의 경우 활용할 수 있도록 하는 것이 국민 건강 보호 및 증진이라는 의료법의 입법 목적에 맞는다고 보았다.³⁸⁾

우리나라 법규정상 의료행위와 한방의료행위는³⁹⁾ 이원적으로 구별되어 있으나, 헌법재판소 혹은 법원이 제시하는 기준과 같이 어떠한 ‘수단’을 사용하였는지 혹은 어떠한 ‘원리’에 기초하였는지에 따라 두 가지 행위가 늘 명백히 구별될 수 있는 것은 아니다.⁴⁰⁾ 그러나 우리나라 의료제도는 의료행위와 한방 의료행위를 엄격하게 분리하여 상호간의 이해와 협력이 부족할 뿐만 아니라, 국민들도 더 나은 의료를 제공받을 기회를 상실하고 있다고 볼 여지가 있다.⁴¹⁾ 우리나라만큼이나 한방의료의 역사가 긴 중국도 서양의학과 중의학을 학문체계상으로는 구별하나, 직업면허로서 서양의학과 중의학을 구별하지 않고, 단지 의사라는 공통된 의사면허제도만을 시행하고 있다.⁴²⁾ 우리나라도 양방과 한방의 상호 협력을 증진시켜 국민건강의 보호 및 증진이라는 의료법의 입법

38) 그러나 헌법재판소가 전문적인 분야에 대한 결정을 하는 경우, 관계인들의 의견을 두루 청취하던 과거 사례와 달리 이 사건에서는 청구인 측인 한의사의 의견 및 피청구인인 검찰 측의 답변만을 청취하였을 뿐, 서양의학의 입장을 대변하는 의견을 인용하지 아니한 점은 다소 의문이다.

39) 일각에서는 ‘양방의료행위, 한방의료행위’라고 부르기도 하나, 의료관계법령에는 ‘의료’와 ‘한방의료’라고 규정하고 있는바, 이에 따라 기술하기로 한다.

40) 김나경, “의료의 철학과 법정책 : 양방-한방의료의 경계설정과 무면허 의료행위의 규율”, 『법철학연구』, 제13권 제1호, 2010, 제177면 이하 참조.

41) 선정원, 『의료직업의 규제-의사와 한의사의 직역한계』, 2010, 제364면 이하 참조.

42) 선정원, 앞의 도서, 제357면 이하 참조.

취지를 고양시킬 방안을 강구해야 할 것이다.⁴³⁾

X. 마치며

2013년도 의료판례에는 간병인과 관련된 낙상사고에서 진료계약과 간병서비스계약을 분리하여 해석하고 각 계약의 성립과 효력범위에 대하여 판시를 한 사건이 관심을 끌었으며, 그 외 손해배상(의) 사건들의 판결추세는 예년과 크게 다르지 않아 손해배상의 범위와 관련된 쟁점이 부각된 사건들을 주로 소개하게 되었다. 나아가 검토대상 판결에 의료행정, 형사 분야의 판례 비중을 높인 결과 원외처방 약제비 사건, 진단서와 처방전의 기재와 관련된 행정판결, 한의사의 의료기기 사용과 관련된 헌법재판소의 판결 등을 소개할 수 있었다. 특히 의료행정 관련 법령들이 제대로 정비되지 않은 현실에서 행정처분과 이에 대한 의료인들의 다툼이 늘어남으로써 법원의 법령해석적용이 증가하여 의료행정 관련 법령에 대한 법리학습이나 법조실무에 도움이 될 수 있었다. 주요판례로 선정되지 않은 판결들 중에도 비의료인과 의료인이 동업을 하여 의료기관을 개설한 것이 의료법 위반이 아니라고 판결하여 주목을 끈 사건도 있었지

43) 한편, 헌법재판소의 기소유예처분 취소의 기속력과 관련하여, 헌법재판소가 불기소 처분을 취소하는 경우에도 증거와 사실관계에 대한 조사를 제대로 할 수 있는 지위에 있지 않고 대부분 수사기록상 현출된 사실관계 및 법령의 적용만을 자의금지의 측면에서 심사하는데 불과한 점, 헌법재판소도 헌법재판소의 기소유예처분 취소 결정에 따라 검사가 수사를 재기하여 사건을 조사한 결과, 다시 불기소처분사유에 해당한다고 인정하는 경우에는 불기소처분을 할 수 있다고 결정한 점, 대법원도 기관력의 객관적 범위에 대하여 그 판결의 주문에 포함된 것에만 미치는 것이고, 판결이유에 실시된 그 전제가 되는 법률관계에 준부에게까지 미치는 것은 아니라고 판시한바 있는 점 등을 종합할 때, 헌법소원의 인용결정은 결정의 주문에만 기속력이 있다고 해석하는 것이 권력분립의 원칙 등에 어긋나지 않을 것이다. 따라서 헌법재판소가 이 사건 결정에서 한의사의 면허범위에 대하여 일응의 기준을 제시하고는 있으나, 기소유예 취소결정에 따라 검사가 재기하여 수사한 결과, 이 사건 의료기기의 사용이 보건의 위해를 가져올 우려가 있고, 한의사의 면허범위 밖이라고 판단되는 경우라면 다시 기소유예처분 혹은 기소처분을 할 수도 있을 것이다 (이경렬, “검사의 기소유예 처분에 대한 헌법소원 인용결정의 비판적 검토”, 『홍익법학』, 제14권 제1호, 2013, 제160면 이하 참조).

만,44) 무죄판결의 논거를 다른 유사 사건에 대해서도 적용할 수 있을 정도로 일반화할 수 있다고 판단되지 않아 소개하지 않았다. 매년 의료관련 주요판결들에 대한 정리 작업의 경험이 쌓이면서 정리, 분석 작업의 체계화와 속도의 향상은 있었으나 여전히 판례수집과정의 한계와 저자들의 지식의 한계를 느꼈으며, 판례분석의 내용면에서 질적 향상이 동반되어야 함이 차후 계속되어야 할 숙제로 남는다.

주제어: 간병인, 의료계약, 의료과실, 인과관계, 설명의무위반, 위자료, 진단서, 처방전, 원외처방약제비, 의무기록, 손해배상 범위, 무면허 의료 행위

44) 서울고등법원 2013. 1. 18. 선고 2012노2724 판결.

[참 고 문 헌]

- 김나경, “의료의 철학과 법정책: 양방-한방의료의 경계설정과 무면허 의료행위의 규율”, 『법철학연구』, 제13권 제1호, 2010.
- 선정원, 『의료직업의 규제-의사와 한의사의 직역한계』, 2010.
- 유현정·서영현·이정선·이동필, “2011년 주요 의료판결 분석”, 『의료법학』, 제13권 제1호, 2012.
- 이경렬, “검사의 기소유예 처분에 대한 헌법소원 인용결정의 비판적 검토”, 『홍익법학』, 제14권 제1호, 2013.
- 이정선·서영현·유현정, 2010년 주요 의료판결 분석, 『의료법학』, 제12권 제1호, 2011.
- 한국소비자원, 『병원의 안전관리 관련 의료분쟁 실태조사』, 조사보고서, 2006.

Review of 2013 Major Medical Decisions

Lee Dong Pil·Yoo Hyun Jung-Lee Jung Sun·Jeong Hye Seung

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

=ABSTRACT=

The court handed down meaningful rulings related to medical sectors in 2013. This paper presents the ruling that the care workers could be the performance assistants of the care-giving service although the duties of care worker are not included in the liability stipulated in the medical contract signed with the hospital for reason of clear distinction of duties between care workers and nurses within the hospital in connection with the contract which was entered into between the hospital and patients. In relation to negligence and causal relationship, the court recognized medical negligence associated with the failure to detect the brain tumor due to the negligent interpretation of MRI findings while rejecting the causal relationship with consequential cerebral hemorrhage. The court also recognized negligence based on the observation on the grounds of inadequate medical records in a case involving the hypoxic brain damage caused during the cosmetic surgery.

In terms of the scope of compensation for damages, this paper presents the ruling that the compensation should be estimated based on causal relationship only in case the breach of the 'obligation of explanation' is recognized, however rejecting the reparation for de factor property damages in the form of compensation, and the ruling that the lawsuit could be instituted in case that the damages exceeded the agreed scope despite the agreement that the hospital would not be held responsible for any aftereffects of surgery from the standpoint of lawsuit, along with the ruling that recognized the daily net income by reflecting the unique circumstances faced by individual students of Korean National Police University and artists of Western painting.

Many rulings were handed down with respect to medical certificate, prescription, etc., in 2013. This paper introduced the ruling which mentioned the scope of medical certificate, the ruling that related to whether the diagnosis over the phone at the issuance of prescription could constitute the direct diagnosis of patient, along with the ruling that required the medical certificate to be generated in the name of doctor who diagnosed the patients, and the ruling which proclaimed that it would constitute the breach of Medical Act if the prescription was issued to the patients who were not diagnosed. Moreover, this paper also introduced the ruling that related to whether the National Health Insurance Service could make claim to the hospitals for the reimbursement of the health insurance money paid to pharmacies based on the prescription in the event that the hospitals provided prescription of drugs to outpatients in violation of the laws and regulations.

Keyword: Care worker, Medical contract, Medical negligence, Causal relationship, Obligation of explanation, Compensation, Medical certificate, Prescription, Outpatient prescription drug cost, Medical records, Scope of damages, Practicing medicine without a license