

2016년 주요 의료판결 분석

박태신*·유현정**·정혜승***·이동필****·이정선*****

I. 들어가며

II. 2016년 주요 의료판결

1. 제왕절개 수술 시 불임수술도 함께 청약하였으나 불임수술은 하지 아니한 사례
2. 의료과실 추정 관련
3. 병원측 책임을 100% 인정한 사건
4. 임의비급여진료 동의의 전제로서 설명의무
5. 치과의사의 안면 보톡스 시술이 면허범위 내 의료행위인지 여부
6. 의료인이 다중으로 의료기관을 운영한 경우 이에 대하여 국민건강보험법상 환수처분을 할 수 있는지 여부
7. 개방병동과 폐쇄병동의 주의의무
8. 정신질환자 보호입원 사건

III. 마치며

I. 들어가며

의료문제를 생각하는 변호사 모임(이하 ‘의변’이라 함)은 예년과 같이 2016년 한 해 동안 선고된 판결들 중 의미 있는 의료 관련 판례를 선정하여 정리하였다. 의변 학술단 소속 5명의 변호사는 법원도서관의 판결검색 사이트에서

* 논문집수: 2017. 6. 8. * 심사개시: 2017. 6. 8. * 게재확정: 2017. 6. 26.

* 전북대 법학전문대학원 부교수(민사법), 변호사.

** 유현정 법률사무소 변호사, 고려대학교 박사과정.

*** 법무법인 세승 변호사, 한양대학교 석사과정.

**** 법무법인 의성 변호사, 내과전문의.

***** 법률사무소 건우 변호사, 고려대학교 박사과정.

* 본 논문은 의료문제를 생각하는 변호사 모임 2017. 3. 27. 월례발표회에서 발표한 내용을 수정·보완한 것임.

2016년 선고된 대법원과 고등법원 판결 중 “손해배상(의)”로 검색한 약 150여 건의 판결과 각 법원 홈페이지에 게시된 주요 판결, 법률신문에 2016. 1.부터 12.까지 보도된 법원 소식 중 판결문에 관한 기사를 나누어 검토하였고, 그 간 논란이 되었던 사건 및 쟁점에 관한 판결, 법원의 기존 견해와 다른 판단을 내렸거나 해석 및 적용에 있어 논란이 있던 부분을 정리한 판결, 기타 보건의료와 관련하여 의미가 있다고 생각되는 판결을 찾아 총 5차례의 회의를 통해 각 판결을 분석하고 그 의미에 관하여 토론한 후 다음과 같이 정리하였다.¹⁾

II. 2016년 주요 의료판결

1. 제왕절개 수술 시 불임수술도 함께 청약하였으나 불임수술은 하지 아니한 사례 - 서울고등법원 2016. 12. 22. 선고 2016나2010894 판결

가. 사건 개요

원고들은 셋째 아이 출산을 위하여 피고 병원에 입원, 제왕절개 수술을 받기로 하기로 하였다. 원고들은 제왕절개 수술 전 피고 병원장을 상대로 수술 청약서를 제출하는 과정에서 피고 병원 간호사에게 불임수술을 요청하였고, 간호사의 안내에 따라 수술 청약서에 ‘불임수술을 원합니다.’라고 자필로 기재하고 서명하였다. 그러나 제왕절개를 시행한 의사는 수술 청약서 내용을 확인하지 못하였고 위 간호사 역시 이를 보고하지 아니하여 불임수술은 시행되지 아니하였다. 한편, 불임수술이 된 것으로 알고 있던 원고들은 넷째아이를 임신, 출산하게 되었다. 원고들은 피고 병원의 의사들을 상대로 불임수술에 관한 의료계약이 성립되었음에도 이를 이행하지 아니하여 또 아이를 출산하게 되었으므로 이에 대한 손해를 배상할 책임이 있다는 취지의 소를 제기하였다.

1) 의변 학술단에서는 판결분석을 위하여 2017. 1. 10., 1. 25., 2. 6., 2. 20., 3. 3. 총 5차례 판결분석 회의를 하였다.

나. 법원의 판단

법원은 피고 병원의 간호사들이 원고들의 불임수술 요청을 받고 수술청약서에 불임수술을 원한다는 사실을 기재하도록 한 후 이를 수령하였으므로, 피고 병원이 원고들의 청약을 이의 없이 받아들임으로써 원고들과 피고 병원의 의료진 사이에 불임수술계약이 성립하였다고 판단하였다. 피고 의사들은 간호사가 이와 같은 사실을 전달하지 아니하여 수술을 하지 않은 것이므로 계약불이행에 과실이 없다는 취지로 주장하였으나 법원은 이 수술 청약서에는 불임수술을 원한다는 사정 외에도 산모의 수술 경력, 복용중인 약의 유무 등 수술 전 의사들이 알아야 할 사항과 환자가 알리고자 하는 특이사항도 기재되어 있었으므로 의사들로서는 이를 확인할 의무가 있었다고 보아 피고 의사들의 과실을 인정하였다.

한편, 손해배상의 범위와 관련해서는 원고들이 예상하지 못한 임신 기간 동안의 진료비 및 분만 수술비 그리고 근로기준법 상 인정되는 3개월 동안의 출산휴가 기간에 해당하는 일실수입에 대해서는 손해액으로 인정하였으나, 이를 초과하는 기간의 일실수입과 출산으로 네일아트 가게 창업을 포기한 손해, 산후도우미 고용비용에 대한 청구는 채무불이행으로 인한 통상손해가 아니라고 하여 기각하였다.

또한, 법원은 넷째 아이의 향후 양육비 및 교육비와 관련하여 불임시술을 목적으로 하는 의료계약은 다른 일반계약과는 달리 계약을 이행할 경우 아직 구체화되지 않은 인간의 생명 및 그 탄생을 막게 되는 것으로서 가족계획과 관련된 부부의 결정권과 아직 구체화되지 아니한 생명 사이의 충돌이 불가피한 계약이라는 점을 인정한 다음, 형법에서 낙태죄를 처벌하기는 하나 불임시술에 관하여 특별한 법률상 제한을 두고 있지 않은 점을 종합하여 볼 때 우리나라 법제는 아직 구체화되지 않은 생명보다는 구체화된 부부의 결정권을 더욱 우위에 두고 있다고 판단하였다. 따라서 불임시술 계약의 불이행으로 부모가 회피하고자 하였던 임신으로 탄생한 아이에게 소요되는 경제적 지출은 계약 불이

행에 따른 통상적인 손해라고 판시하였다. 또한, 서울가정법원이 정한 양육비 산정기준표 상의 최저양육비 기준, 보건복지부의 가구 구성별 최저생계비 조사결과, 통계청의 가구원수별 가구당 가계수지 조사결과, 중학교 교육까지의 무교육이 실시되는 사정, 지방자치단체의 출산장려금이나 양육수당 지급 사정 등을 모두 고려하여 월 31만의 양육비를 손해로 보아 자녀가 성년에 이를 때까지의 금액을 지급하도록 하였다. 그리고 원고들의 가족계획이 실현되지 않은 점, 임신과 출산 과정에서 고통을 받은 점 등을 고려하여 원고들에게 합계 1,500만원의 위자료를 인정하였다.

다. 판결의 의의

(1) 의사와 환자 간 의료계약 체결과정의 상세한 고찰 미흡

간호사는 의사의 진료를 보조하는 자(의료법 제2조 제2항 5호 나.목)이기는 하나, 의료계약의 체결은 법률행위이므로 사실행위인 '진료 보조'와는 구분된다. 따라서 의사가 구체적인 대리권을 수여하였다는 사정이 없는 한, 관련 법령으로부터 직접 간호사의 계약체결 대리권이 인정되기는 어렵다. 그럼에도 불구하고 대상 판결은 원고들의 의사를 수술청약서에 기재하고 이를 간호사들이 수령한 것이 '피고 병원'이 원고들의 청약을 받아들인 것이라고 판단하였다. 그리고는 곧바로 원고들과 피고 병원 '의료진' 간 의료계약이 성립되었다고 판시하며, '의사들'에게 이 계약 위반에 따른 손해배상책임을 인정하였다.

일부 의료기관에서 간호사 뿐 아니라 일반 직원이 '코디네이터'라는 명목으로 환자에게 진료방법을 권유하고 계약 체결을 실질적으로 담당하기도 하므로 환자를 두텁게 보호하기 위하여 간호사 및 직원들에게 계약체결의 대리권이 있음을 넓게 인정할 필요는 있다. 대상 판결이 의료계약 체결 과정을 자세히 고찰하고, 청약과 승낙의 당사자가 누구인지, 간호사 등 직원에게 계약 체결에 대한 대리권이 인정되는지 등에 대한 법리를 밝혀 주었다더라면 유사한 쟁점이 문제되는 다른 사안에도 적용이 가능했을 터인데 그렇지 않은 점이 아쉽다.

(2) 불임수술계약 불이행 및 과실이 인정되는 경우 침해되는 권리 및 배상 범위 설시

대상 판결은 불임수술계약 불이행 및 이에 대한 과실이 있는 경우 손해배상 책임의 범위를 설시하였다는 점에서 의의가 있다. 특히 불임수술계약의 불이행에 따른 손해의 범위를 산정함에 있어 과거 법원은 대상 판결과 거의 유사한 사안과 관련하여 '태어난 아이의 양육비와 교육비는 생명권 존중과 친권자의 자녀부양의무에 비추어 손해가 아니'라고 보았고,²⁾ 대상 판결의 1심 역시 동일한 취지로 판단하였으나,³⁾ 대상 판결은 부부의 자기결정권 침해를 이유로, 탄생한 아이의 양육비도 통상손해에 해당한다고 인정한 것에 주목할 필요가 있다. 이러한 판단은 불임수술로 인하여 부모, 특히 모가 보장받고자 하는 것은 헌법 제10조로부터 도출되는 개인의 자기운명결정권이며, 이 결정권에는 임신과 출산에 관한 결정, 즉 임신과 출산의 과정에 내재하는 특별한 희생을 강요당하지 않을 자유⁴⁾가 포함되어 있는 것에 비추어 볼 때 타당한 결론이다.

2. 의료과실 추정 관련

가. 병원감염에서의 과실 추정

－ 서울고등법원 2016. 7. 21. 선고 2015나5004 판결⁵⁾

(1) 사건 개요

당뇨가 있던 원고는 버스에서 넘어지는 사고 후 지속적인 목 부위 통증으로 정형외과 전문의인 피고1이 운영하는 의원에서 경추 CT검사를 받은 결과 경추 추간판탈출증 및 후종인대골화증으로 진단되었다. 이에 피고1은 2011. 2. 23.부터 2011. 4. 12.까지 총 9회에 걸쳐 원고에게 선택적 신경근차단술⁶⁾을

2) 서울고등법원 1996. 10. 17. 선고 96나10449 판결.

3) 수원지방법원 평택지원 2016. 1. 29. 선고 2015가합8935 판결.

4) 헌법재판소 2012. 8. 23. 2010헌바402 결정.

5) 이 사건은 쌍방이 상고하였으나 모두 심리불속행기각이 되었다(대법원 2016. 12. 15. 선고 2016다39187 판결).

시술하였고 2011. 4. 4.부터 2011. 4. 14.까지 총 4회에 걸쳐 아피톡신 주사⁶⁾를 시술하였다. 원고는 2011. 5. 4.경 피고1 의원에서 물리치료를 받던 중 갑자기 혈압이 80/40 mmHg까지 저하되면서 실신을 하여 피고2 대학병원 응급실로 전원되었는데, 상부 위장관 출혈로 진단되어 소화기내과에 입원치료를 받았으며 혈액검사상 백혈구 수치가 27,950/mm³로 높게 나타났고 경추부 MRI 검사상 경추 4-5, 5-6번 척추후방전위증, 척추 주변부 및 경추 4-6번 전방 경막의 공간을 침범하는 아급성 혈종 및 봉소직염, 경추 5-6번 우측 척추주변부에 약 1×1.3×1.3 cm 크기의 농양, 경추 뒤쪽 근육염, 척추중심관과 신경공손상, 압박성 척수병증 의증, 경추 4-5, 5-6번 추간판탈출증 등으로 진단되었다. 피고2 대학병원 의료진은 원고의 위장관 출혈에 대해 치료를 하였고 경추의 질병에 대해 수술을 권유하였으나 원고는 수술을 거부하고 2011. 5. 11. 퇴원하였다. 이후 원고는 다시 피고1 의원으로 찾아가 어깨 통증과 관련한 물리치료를 받았고, 2011. 5. 18. 피고2 대학병원 소화기내과 진료를 받으러 갔다가 신경외과 진료를 다시 권유 받아 2011. 6. 9. 피고2 대학병원 신경외과 외래로 방문하여 오른쪽 목 부분에 감염성 척추염 진단을 받고 당일 입원하여 2011. 6. 10. 01:20경 경추 MRI 촬영을 받았다. 그런데 원고는 위 MRI 촬영 직후부터 사지마비 증상을 호소하였고 03:35경 혈압도 저하되어 피고2 대학병원 의료진은 원고에 대해 응급조치를 취하고 약 7시간 동안 경추병변에 대해 수술을 하였는데, 원고의 사지마비는 호전되지 않았고 수술 당시 관찰된 고름을 배양한 결과 혈액검사에서 발견된 감염균과 동일한 감염균으로 판명되었다.

(2) 법원의 판단

법원은 피고1의 치료방법 선택이나 시술 전에 CT 검사를 넘어 추가 정밀검

6) 주사바늘을 이용하여 신경근 주변에 스테로이드 제제 등 소염작용을 하는 약물을 주입하는 시술.

7) 식약처의 승인을 받은 봉독추출물 신약으로 진통완화, 면역강화 효과가 있다고 알려진 아피톡신을 주사바늘을 이용하여 통증부위에 주입하는 시술.

사를 실시하지 않고 시술한 부분에 의학적 문제가 없다는 진료기록감정회신에 따라 이 부분에 대한 과실 설시는 하지 않았지만, ① 제반 사정을 종합할 때 원고의 사지마비는 경추부에 세균감염에 의한 것으로 보아야 하는 점, ② 피고1이 시술한 선택적 신경근 차단술 및 아피톡신 주사치료 부위와 감염발생 부위가 일치하는 점, ③ 피고1이 행한 시술은 주사바늘 찌르는 과정이나 약제에 의해 균 침투가 되어 세균감염이 가능한 점, ④ 원고에게 진단된 경추부 감염 형태, 범위에 비추어 혈행성이 아닌 주사침에 의해 미세한 출혈이 발생하고 혈종이 확대되면서 감염균이 침입한 것으로 강하게 추정되는 점, ⑤ 의학적으로 감염을 100% 예방하는 것은 불가능하므로 의료시술에 있어 감염의 위험성은 상존하는 점, ⑥ 원고에게 감염된 세균은 면역저하 환자에게 기회감염을 일으키기도 하는 균인데, 원고는 당뇨를 앓고 있어 면역이 저하되어 있었던 점, ⑦ 원고에게 감염을 일으킬만한 다른 요인은 없다고 보이는 점 등을 근거로 피고1이 신중하게 감염방지를 하지 않은 과실로 감염이 발생하고 그로 인해 원고가 사지마비에 이르렀다고 판시하여⁸⁾ 피고1의 과실 및 인과관계를 인정한 반면 피고2 대학병원에 대한 원고의 청구는 기각하였다.

(3) 판결의 의의

민사상 불법행위책임이 인정되려면 요건사실인 과실, 위법성, 인과관계 등이 인정되어야 하는데, 대법원은 의료소송의 경우 고도의 전문지식을 필요로 하는 분야이므로 중한 결과가 발생한 경우 그 증상의 발생에 관하여 의료상 과

8) 대상판결의 원심(인천지방법원 2011가합23855 판결)은 진료기록감정이 회신되지 않은 상태에서 원고의 주장을 그대로 받아들여 ① 척추관협착증, 추간판탈출증, 후종인대골화증 등이 있는 환자의 경우 신경근에 도달하기까지의 주변조직 배열이 정상인 경우와 다르므로 사전에 정밀검사를 실시하여 보다 정확하게 파악한 후 약물주입의 침습적 치료방법을 선택했어야 하는 점, ② 원고가 당뇨를 앓고 있어 감염에 취약하였으므로 침습적 치료방법을 선택함에 신중했어야 하는 점, ③ 피고가 CT 촬영을 했으나 그로써 질환의 정도 및 범위까지 세밀하게 파악할 수 없는데 추가 정밀검사를 실시하지 않은 채 시술을 한 점을 과실추정의 근거로 실시하였으며, 항소심인 대상판결에서는 진료기록감정회신 결과 위와 같은 과실 인정 근거가 옳지 않다고 밝혀지자 위와 같은 과실추정의 근거를 실시하지 않았다.

실 이외에는 다른 원인이 있다고 보기 어려운 간접사실이 증명되면 그 결과가 의료상의 과실에 기인한 것이라고 추정할 수 있는데,⁹⁾ 그러한 경우에도 의사의 과실로 인한 결과발생을 추정할 수 있을 정도의 개연성이 담보되지 않는 사정들을 가지고 막연하게 중한 결과에서 의사의 과실과 인과관계를 추정함으로써 결과적으로 의사에게 무과실의 증명책임을 지우는 것까지 허용되는 것은 아니라고 판시하고 있다.¹⁰⁾ 이 사건 제2심에서 판시한 논거를 살펴보면 모두 인과관계에 대한 설시, 즉 추정되는 세균의 침투경로가 피고1의 시술과정과 부합하고, 감염부위와 시술부위가 일치하며, 시술과정에서의 세균감염 이외에는 다른 원인이 없다는 점에 대한 설시만 있을 뿐, 피고1의 과실을 추정할 수 있는 근거나 간접사실에 대한 설시는 없다. 의학적으로 감염을 100% 예방하는 것은 불가능하다는 것과 원고에게 당뇨가 있어 면역이 저하되었을 것이라는 점은 오히려 면책이나 책임감경 요소의 근거가 될 수 있을 것으로 보이는데, 이러한 사실만으로 시술상의 과실까지 추정하는 것은 피고에게 사실상 무과실의 증명책임을 지운 것으로 판단된다. 대상 판결은 재판부가 병원감염에서 의료진의 과실을 입증하기 어렵다는 현실을 감안하여 피해구제를 위한 결론을 낸 것으로 보인다. 그러나 우리 민법이 독일민법과 같이 진료계약과 관련하여 일정한 경우 과실을 추정하는 규정을 두고 있지 않은 이상 선불리 과실을 추정하여서는 아니 되고,¹¹⁾ 의료소송에서 과실 및 인과관계에 대한 증명책임을 완화하더라도 과실과 인과관계를 구별하지 않거나 혼동해서는 안 되는데, 대상 판결은 결과적으로 의료행위와 결과 사이의 인과관계만으로 의료행위상 과실까지 추정한 것으로 보이며, 이는 의료소송에서 과실추정법리의 한계를 벗어난 판단이라 생각된다.

9) 대법원 2015. 10. 15. 선고 2015다21295 판결 등.

10) 대법원 2012. 10. 11. 선고 2011다100138 판결 등.

11) 독일 민법은 진료계약을 민법상 전형계약으로 규정하고, 병원감염과 같이 의료 측에서 전적으로 지배할 수 있었던 경우에는 환자의 생명, 신체 또는 건강의 침해를 초래한 일반적 진료상 위험이 실현된 때 진료자의 오류가 추정된다고 명문으로 과실추정규정을 두고 있다고 한다(유현정, “병원감염 사건에서 증명책임 완화에 관한 입법적 고찰 - 개정 독일 민법을 중심으로-”, 의료법학(제16권 제2호), 2015, 174~187면).

나. 한의사의 주의의무

- 서울고등법원 2016. 6. 16. 선고 2013나36011 판결¹²⁾

(1) 사건 개요

원고는 2010. 9.경 양손 끝과 손바닥이 저리고 보행 시 오른쪽 다리가 당기는 듯한 느낌이 있어 A영상의학과의원에서 경부 X-선 촬영 및 CT 촬영검사를 받은 결과 경추 3~6번 추간판탈출증으로 진단 받아 B신경내과의원에서 약 한 달간 물리치료를 받았으나 증상이 호전되지 않자 2010. 10. 16. 피고 한의원을 찾아가 진료를 받았다. 한의사인 피고는 원고에 대해 경추 추간판탈출증으로 진단하고 턱관절 확인 및 추나요법¹³⁾과 뼈 교정 및 해머링 요법¹⁴⁾, 교정석을 이용한 경추 및 요추 교정요법¹⁵⁾과 부항 및 침술 치료를 하였다. 원고는 피고로부터 2010. 10. 16.부터 같은 달 26.까지 같은 치료를 3회 받았지만 2010. 10. 26. 피고에게 증상이 오히려 심해진다고 알렸고 피고는 강도를 낮추어 2010. 11. 6.까지 추가로 4회에 걸쳐 같은 치료를 하였으나 원고는 증상이 악화되어 2010. 11. 9. C척추병원으로 가서 양쪽 팔 저림 및 오른쪽 다리 저림 증을 호소하였는데 당시 원고는 자가보행이 가능한 상태였다. C척추병원 의료진은 원고에 대하여 CT 및 MRI 검사를 실시하고 경추 추간판탈출증으로 진단한 다음 수술적 치료를 권유하였고 신경감압술을 예정하였다. 그러나 원고는 C척추병원에서 예정된 수술을 받지 아니하고 2010. 11. 12. D병원 방문하여 후종인대골화증으로 진단 받고 수술을 권유 받았는데 이후 2010. 11. 23. E대학병원에 내원하여 경추 후종인대골화증, 디스크추간판탈출증 등으로 진단받고 2010. 11. 24. 경추 3~6번간 후방 척추궁 성형술을 받았으나 원고는 경추

12) 이 사건은 쌍방이 상고하였으나 모두 심리불속행기가 되었다(대법원 2016. 12. 15. 선고 2016다36676 판결).

13) 침대에 누워 얇게 접힌 호일 조각을 여러 번에 걸쳐 양 어금니 사이에 물었다 빼게 한 후 턱관절 교정 및 목 주변 뼈를 밀고 당기는 요법.

14) 바닥에 매트를 깔고 엎드리게 한 후 목 교정석을 수건에 싸서 허리부터 목까지의 뼈마디를 강하게 수차례에 걸쳐 압박하는 요법.

15) 목, 요추, 허리용 교정석을 이용해 부위별로 교정석의 위치를 조정해가며 각각의 부위별로 약 10분씩 교정석을 해당 부위에 대고 교정치료를 하는 요법.

2~6번 후종인대골화증이 관찰되고 경추 4-5번 척수신경이 손상된 상태로 상하지 위약, 보행장애, 대소변장애, 성기능장애 등을 호소하며 D병원에 입원하여 재활치료를 받고 있다.

(2) 법원의 판단

법원은 ① 원고가 피고 한의원 내원 전 추간판탈출증으로 진단 받고 한 달간 치료를 받았지만 호전되지 않아 피고 한의원을 찾게 된 점, ② 원고의 병력과 신경학적 증상, 기왕질환인 후종인대골화증 등에 비추어 피고의 시술 과정에 원고의 신경학적 손상이 악화되었을 가능성이 높다는 감정의견이 회신된 점, ③ 피고의 시술로 원고가 2010. 10. 26.까지는 증상이 일시 호전되기는 하였으나 그 이후 거듭된 시술에도 불구하고 증상이 호전되지 않고 오히려 악화되거나 원고가 심한 통증을 호소하였던 것으로 보이는 점 등을 종합하면 의료인인 피고로서는 피고 의원 내원 전의 진단을 그대로 믿기 보다는 그 진단이 잘못되었거나 피고의 처방이 맞지 않을 가능성을 염두에 두고, 종전의 처방을 변경하거나 예후를 살피고 정확한 통증의 원인을 파악하기 위해 양방병원과 협진 또는 추가적인 검진 등을 권유할 의무가 있음에도 종전 병원의 소견만 믿고 치료를 계속한 과실이 있다고 판단하였고,¹⁶⁾ 아울러 E대학병원 내원시 자가보행은 가능했으나 심한 파행을 보였던 점, 감정의사들은 피고의 시술로 인해 원고의 신경학적 손상이 악화되었을 가능성이 높다는 공통 소견을 밝히고 있는 점, E대학병원에서의 근력검사는 비교적 정상 범위이긴 하였고 일부 신경학적 검사에서 음성으로 나왔지만 이것으로 척수손상이 없다고 볼 수 없고 호프만 징후는 심한 양성으로 기재되어 있으며 양쪽 손아귀 근력이 저하된 것으로 기록되어 있는 점 등을 종합하여 피고의 시술로 원고에게 척수손상을 발생시키지는 않았더라도 적어도 척수손상을 악화시킨 것으로 봄이 상당하다고 판시하여

16) 대상판결의 원심(서울중앙지방법원 2012가합9626) 판시에서도 대상판결과 유사한 논리로 피고의 과실을 추정하였다.

인과관계도 인정하였다(다만, 원고가 주장하는 대소변장에 및 성기능장애는 그 발현시기에 비추어 피고의 시술과의 관련성을 부인하였다).

(3) 판결의 의의

의사의 과실의 유무를 판단할 때에는 같은 업무와 직종에 종사하는 일반적 보통인의 주의정도를 표준으로 하고, 사고 당시의 일반적인 의학의 수준과 의료환경 및 조건, 의료행위의 특수성 등을 고려하여야 하는데, 이러한 법리는 한 의사의 경우에도 마찬가지이다.¹⁷⁾ 대상판결은 한의사라고 하더라도 그 이전의 CT 검사를 통한 의사의 진단을 그대로 믿어서는 안 되고, 환자의 증상 호전, 악화 여부를 면밀히 검토하여 진단의 오류가능성을 확인해야 할 의무가 있다고 판단하였고, 아울러 현행 의료법상 한의사인 피고가 CT, MRI 등의 추가검사를 실시하지 못한다면 적어도 양방병원과의 협진을 해서라도 환자의 상태를 정확히 파악해야 할 주의의무가 있다고 판단하였다. 그러나 피고 한의원 내원 직전에 CT검사를 실시하고 영상의학과전문의가 판독한 내용을 한의사가 그대로 신뢰해서는 안 된다고 하고, 원고가 비록 피고 한의사로부터 3회 치료를 받은 후 증상 악화를 호소하였지만 추간판탈출증의 경우 몇 번의 치료만으로 증상호전이 되지 않을 가능성도 있는데 영상의학과전문의의 진단을 믿고 추가로 4회 더 치료를 한 것에 대해 추가검사 내지 협진 의무 위반의 과실을 인정한 것은 개인 한의원에서 진료를 하는 한의사에게 ‘같은 업무와 직종’에 종사하는 ‘일반적 보통인의 주의정도’를 넘어서는 주의의무를 부과한 것이라고 생각된다. 더욱이 원고는 피고 한의원에서 치료를 받은 직후 C척추전문병원에 내원하여 채차 경추에 대해 CT검사와 MRI 검사까지 받았지만 피고 한의원 내원하기 이전의 진단과 마찬가지로 ‘추간판탈출증’으로 진단 받고 수술을 권유 받았던 점에서 협진 의무 이행과의 인과관계도 인정되기 어려울 것으로 보인다.

대상판결은 한의사라도 CT검사 및 영상의학과전문의의 판독결과를 그대로

17) 대법원 2014. 7. 24. 선고 2013도16101 판결.

신뢰해서는 안 된다는 주의의무와 양방의료와의 협진의무를 매우 강하게 인정
한 판결로 차후 한의사의 진료와 관련된 분쟁사례에 영향을 끼칠 수 있을지 주
목된다.

3. 병원측 책임을 100% 인정한 사건

- 대법원 2016. 6. 23. 선고 2015다55397 판결

가. 사실 관계

미국 영주권자인 원고(23세,여)는 2010. 12. 2. 7:45경 피고 대학병원에서
'좌측 하악 과두 발육 부전을 동반한 상악 전돌증' 치료를 위하여 '후방 분절 골
절단술, 양측성 시상 분할 골절단술을 이용한 하악 전진술 및 중격 감개성형
술'(이하 '이 사건 수술'이라 한다)을 받은 후 일반병실에서 세미파올러 자세
로¹⁸⁾ 기도를 유지하고 클로로헥시딘 용액으로 구강을 청결하게 하면서 회복
을 기다리고 있었는데, 22:00경부터 호흡곤란이 시작되고 관련 처치에도 불구
하고 다음 날인 00:20경부터 계속하여 호흡에 어려움을 겪다 04:30경 호흡부
전이 발생하여 04:50경 아티반 길항제를 투여하였으나 반응이 없어, 05:00경
수동식 인공호흡기(앰부 백, ambu bag)를 적용하였으나 혈압이 잡히지 않아
05:40경 심폐소생술을 실시하였으나 회복되지 못하고 이산화탄소 혼수에 의
한 호흡정지 등으로 강직을 동반한 사지마비 상태가 되자 원고와 모친이 대학
병원을 상대로 소송을 제기하였다.

나. 법원의 판단

(1) 제1,2심¹⁹⁾

피고 병원 의료진은, 이 사건 수술 후 출혈이나 부종으로 인하여 코에 삽관된

18) 30도 정도 상체를 거상하는 체위, 반좌위.

19) 부산지방법원 2014. 11. 19. 선고 2013가합2002 판결.

기관이 막히는 등 기도폐쇄의 위험성을 고려하여 중환자실에서의 경과 관찰을 고려하고, 환자가 호흡곤란을 호소할 경우에는 의사의 청진 및 동맥혈가스검사를 실시하여 환자 상태를 파악하며, 호흡부전이 발생한 경우 빠른 시간 내에 심폐소생술을 실시하는 등 적절한 조치를 취하여야 할 주의의무가 있음에도 불구하고, 산소포화도 모니터만을 신뢰하고 환자의 불편 호소를 만연히 수술 후 통증으로 인한 것으로 생각하여 특별한 조치를 하지 아니하고 호흡부전에 대한 조치를 지연하여 환자의 기도 확보 및 호흡 유지에 실패한 과실이 있고, 이러한 과실이 없이 중환자실 경과관찰 및 신속한 처치가 이루어졌다면 원고에게 호흡부전이 발생하지 않았을 것이므로 인과관계가 인정된다며 피고의 배상책임 인정하고, ① 신체감정결과에 따라 기대여명을 14.54년으로 보고, ② 원고가 미국 영주권자이고 미국 아칸소 대학(University of Central Arkansas)에 재학 중이었던 점 등을 고려하여 2012. 5. 미국 직업별 고용 및 임금 추정치인 주급 877달러를 우리 돈으로 환산하여 6억원 가량의 일실소득을 인정하였으며, ③ 기왕개호비,²⁰⁾ 향후 개호비 및 향후치료비를 인정하되, 수술 후 원고가 호소하는 증상의 원인이 무엇인지 감별하기 어려웠던 점 및 일반적으로 시행되는 기도확보와 호흡유지를 위하여 노력한 점을 고려하여 피고 책임을 80%로 제한하였다.

제2심은,²¹⁾ 제1심의 판단을 기본적으로 유지하면서 책임제한과 관련하여 “의료행위의 특성상 수반되는 불가피한 위험 등 공평의 원칙을 근거로 한 책임의 제한임을 다시 한 번 밝히고, 통상 의료과오사건에서 행해지는 책임제한 비율 등을 고려할 때” 원심의 책임제한 비율이 과다하다는 점을 지적하며 피고 책임을 2/3으로 줄여 판결을 선고하였고, 이에 대하여 원고측이 상고하였다.

20) 피해자가 사고로 입은 부상으로 말미암아 개호가 필요하게 되어 부모나 배우자 등 근친자가 그 개호를 위하여 휴업한 경우에는 그 근친자가 휴업으로 인한 상실이익의 배상청구를 하거나 피해자가 개호비로서 배상청구하거나에 관계없이 개호비 상당액의 배상청구를 할 수 있다고 할 것이나 그 경우 배상액은 개호비 상당액을 초과할 수 없고, 이를 초과하게 되면 그 초과부분은 상당인과관계가 있는 손해라고 볼 수 없다는 대법원 1988. 2. 23. 선고 87다카57 판결 참조.

21) 부산고등법원 2015. 8. 27. 선고 2014나8608 판결.

(2) 대법원의 판단

대법원은, 책임제한 법리의 근거와 책임제한에 관한 사실인정이나 그 비율을 정하는 것이 형평의 원칙에 비추어 현저하게 불합리하여서는 아니 되는데,²²⁾ 질병의 특성, 치료방법의 한계 등으로 당해 의료행위에 수반되는 위험을 감내해야 한다고 볼 만한 사정도 없이, 그 의료행위와 관련하여 일반적으로 요구되는 판단능력이나 의료기술 수준 등에 비추어 의사나 간호사 등에게 요구되는 통상적인 주의의무를 소홀히 함으로 인하여 피해가 발생한 경우에는 단지 치료 과정에서 손해가 발생하였다는 등의 막연한 이유만으로 손해배상책임을 제한할 것은 아니고, 원고에게 체질적 소인 등 피해자측의 문제가 없고, 원고가 지속적으로 호흡곤란을 호소하였는데, 피고병원의 산소포화도 모니터링만으로는 호흡이상 여부를 제대로 확인할 수 없고, 피고가 취한 응급조치는 이산화탄소 혼수에 대한 적절한 조치가 될 수 없는 것이므로, 04:30부터 06:15까지 이산화탄소 혼수에 대한 처치가 제대로 되지 않은 것인데, 이러한 호흡부전이 발생한 경위와 이후의 피고측 조치 등을 고려하면, 원심으로서는 이 사건 수술 후 예상되는 후유증과 위험성이 어느 정도이고, 그러한 위험을 회피할만한 적절한 대처방법은 무엇인지, 피고가 그러한 방법을 취하였는지 등을 면밀히 살펴본 뒤 피고의 책임비율을 제한하여야 함에도 불구하고 이러한 부분에 대한 심리를 진행하지 않고, 통상 의료과오사건에서 행해지는 책임제한 비율이라는 막연한 추측을 적용하여 피고측 책임을 제한한 것은 책임제한에 관한 법리를 오해하여 심리를 다하지 아니함으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다며 제2심 판결을 파기 환송하였고, 환송심은 책임제한 등에 대한 추가 심리를 거쳐, 원고의 과실이나 체질적 소인 등 피해자측의 기여가 있다고 볼 만한 사정을 찾아볼 수 없고, 원고가 수술 후부터 지속적으로 호흡곤란을 호소하고 간호사도 원고의 코로 피가 흐르는 것을 확인하였음에도 호흡부전을 막기 위한 조치를 취하지 아니하였으며, 호흡부전이 발생한 이후에도 이산화탄소 혼

22) 대법원 2014. 7. 10. 선고 2014다16968 판결 등 참조.

수에 대한 적절한 조치를 취하지 아니한 점 등을 고려하여 보면 피고측의 책임을 제한할 사유가 없다고 판단하였다.²³⁾

다. 판결의 의의

의료소송에서 병원측 과실이 인정되더라도, 그 손해가 의료행위의 과오와 피해자 측의 요인이 경합하여 손해가 발생하거나 확대된 경우에는 피해자 측의 요인이 체질적인 소인 또는 질병의 위험도와 같이 피해자 측의 귀책사유와 무관한 것이라고 할지라도, 그 질환의 태양정도 등에 비추어 가해자에게 손해의 전부를 배상하게 하는 것이 공평의 이념에 반하는 경우에는, 법원은 손해배상액을 정하면서 과실상계의 법리를 유추적용하여 그 손해의 발생 또는 확대에 기여한 피해자 측의 요인을 참작할 수 있지만, 책임제한에 관한 사실인정이나 그 비율을 정하는 것이 형평의 원칙에 비추어 현저하게 불합리하여서는 아니 된다는 책임제한의 법리는 이제 의료소송을 다루는 관계자들에게는 일반적으로 받아들여지고 있다.

그러나 본 사건에서 문제되고 있는 후방 분절 골절단술, 양측성 시상 분할 골절단술을 이용한 하악 전진술 및 중격 갑개성형술 등은 의료진의 과실 없이 시행되더라도 시술부위 등을 고려할 때 기도폐색으로 인한 호흡곤란 등의 합병증이 발생할 수 있는 시술임에도 불구하고, 이러한 위험성을 부정하고 의료진에게 100% 책임을 부담하게 하고 있는데, 과실 없이도 수술에 따른 위험성이 현실화 된 경우에는 공평의 이념에서 이를 피해자 측 책임제한 사유로 삼을 수 있고 책임제한 사유가 있음에도 불구하고 이를 인정하지 않은 경우 이를 심리미진이라고 보는 것이 판례의 입장이라는 점, 선의성에 전제한 의료행위를 손해배상책임의 범위에 있어서는 사실상 고의에 의한 살인과 동일시한 점 및 손해의 공평한 부담이라는 손해배상의 이념에 반한다는 점 등을 고려할 때, 병원 측에 100%의 책임을 부담하게 한 것은 문제가 있다.²⁴⁾²⁵⁾

23) 위 사건에 관하여 쌍방이 재상고하지 않아 2017. 2. 7. 확정되었다.

4. 임의비급여진료 동의를 전제로서 설명의무²⁶⁾

- 대법원 2016. 3. 24. 선고 2014두779 판결

가. 사실관계

급성 골수성 백혈병을 앓고 있던 환자 1과 만성 림프구성 백혈병을 앓고 있던 환자 2는 2005년부터 2006년 사이에 원고 병원에 입원하여 각 조혈모세포 이식 수술 및 관련 진료를 받았다. 위 환자들은 각 입원 당시 각 입원약정서²⁷⁾를 원고 병원에 제출하였다. 그 후 위 환자들의 보호자들은 조혈모세포이식 수술 전에 주치의들과 면담(이하 ‘이 사건 면담’이라 한다)을 통해 향후 필요한 임의 비급여 진료행위가 있을 수 있고 그 비용은 전액 환자가 부담해야 한다는 취지의 설명을 들었고, 이에 따라 동종조혈모세포이식신청서²⁸⁾를 작성하여

-
- 24) 더불어 대상판결의 상고이유 제2점에서 언급되고 있는 과실 있는 의료행위와 관련하여 발생된 진료비를 청구할 수 없다는 대법원의 입장은 이제는 확립된 대법원의 입장으로 받아 들여야 할 것으로 보인다.
 - 25) 한편 서울중앙지방법원 2016. 8. 18. 선고 2015나73363 판결에서는, 피부관리를 위해 얼굴에 스테로이드를 주사한 후 감염 및 추상장해가 발생한 사건에서, 시술방법 선택상 과실, 스테로이드 과다 사용 및 전원조치의무 불이행 과실 및 설명의무 위반 등을 인정하고 의사의 책임을 90%로 인정한 1심 판결을 취소하고 의사의 책임을 100% 인정하였고, 쌍방이 상고를 하지 아니하여 확정되었다. 이 판결은 성형외과 영역이라는 점에서 차이가 있을 수 있지만, 대상 판결과 같이 원심 판결을 취소하고 병원측 책임을 100% 인정하였다.
 - 26) 이 사건 판결을 비롯한 예외적으로 임의비급여가 허용되는 것인지 문제되는 사건에 관한 판결에서 환자측의 동의를 전제로서 설명이 필요하다고 판시하고 있으나, 이를 ‘설명 의무’라고 표현하고 있지는 않다. 그러나 동의를 전제로서 설명이 이루어져야 한다면 이를 ‘설명의무’라고 표현해도 무리는 없을 것이고, 이 사건 판결에서도 임의비급여 허용요건으로서 동의를 전제인 설명내용을 판시하면서 “임의 비급여 진료행위에 대한 요양기관의 설명은 일반적으로 의사가 하여야 하는 진료행위의 의학적 안전성과 유효성을 포함한 위와 같은 설명 외에 해당 진료행위가 요양급여의 대상이 아니라는 사정, 요양급여 인정 기준 등을 벗어나 진료하여야 할 의학적 필요성 및 가입자 등이 부담하여야 할 대략적인 비용 등의 사항들에 관하여”도 설명해야 한다고 하여 일반적인 진료에서의 설명의무를 전제로 하고 있으므로 이하에서는 ‘설명의무’라고 표현한다.
 - 27) “입원치료 중 긴급수술이나 검사가 필요한 경우, 귀 병원에서 보호자의 사전 동의 없이 시행한 진료행위(국민건강보험요양급여 대상에서 제외되고 진료상의 진단 및 치료에 필요한 비급여 항목 포함)에 대해 이의를 제기하지 않는다.”라고 기재되어 있었다.
 - 28) “조혈모세포이식 승인이 되었더라도 건강보험 요양급여기준에서 인정하지 않는 급여제 한 부분이 발생할 수 있으며 이는 전액 피보험자(환자) 부담으로 이에 대해 이의를 제기하지 않고, 공증에 동의한다.”라는 내용이 포함되어 있었다.

원고 병원에 제출하였다. 또한 환자 2의 배우자는 위 주치의와의 면담 당일인 2006. 1. 5. 비급여약제사용동의서²⁹⁾를 작성하였고, 2006. 1. 6. 위 동종조혈모세포이식신청서에 인증을 받아 제출하기도 하였다. 이에 따라 조혈모세포이식술을 받은 위 환자들을 치료하기 위하여, 위 입원약정서, 조혈모세포이식신청서, 비급여약제사용동의서 등에 기초하여 ‘별도산정 불가 부분’³⁰⁾ 및 ‘허가사항 외 투약 부분’³¹⁾과 같은 개별적인 임의 비급여 진료행위가 행하여졌다. 이후 환자들은 건강보험심사평가원에 과다본인부담금 여부 확인신청을 하였고 건강보험심사평가원은 원고병원에 대해 임의비급여 부분을 환자들에게 환불하라고 통보하였다. 이에 원고 병원은 위 통보처분의 취소를 구하는 소를 제기하였다. 이 사건에서는 예외적인 임의비급여의 허용요건 중 상환적인 요건 및 의학적 요건 부분은 크게 다툼이 없었고, 세 번째 요건인 환자 측의 동의가 있었는지 여부가 쟁점이었다.³²⁾

나. 법원의 판단

대법원은 설명의무에 관한 일반론을 실시한 다음, “임의 비급여 진료행위에

- 29) “환자의 혈액질환의 진료 및 치료와 관련하여 사용하게 되는 약제와 치료법 중 아래에 표기된 약제와 치료법들은 비급여 대상 품목입니다. 이러한 약제와 치료법의 사용 후 얻을 수 있는 장점들과 기존의 약제와 치료법들 간의 차이에 관하여 설명을 들었고 이해하였으며 비급여 사항임에 대하여 설명을 듣고 사용에 동의합니다.”라는 내용이었다.
- 30) 요양급여기준상 요양급여비용에 치료재료나 장비 등의 비용이 이미 포함되어 있어 이를 별도로 산정할 수 없음에도, 치료재료나 장비 등의 비용을 이 사건 수진자들로부터 별도로 징수한 부분.
- 31) 원고 병원이 의약품의 효능·효과 및 용법·용량 등에 관한 요양급여기준을 위반하여 이 사건 수진자들에게 의약품을 사용하고 그 비용을 징수한 부분.
- 32) 현행 국민건강보험제도는 요양급여와 관련하여 급여대상과 비급여대상을 구분하고 있다. 요양급여대상은 건강보험의 적용을 받아 요양급여기준을 준수해야 하고 그 비용도 관리되며 환자는 일정비율 또는 일정금액의 본인부담금만 부담하는 반면, 비급여대상은 건강보험법령의 적용이 없어 충족해야 할 요양급여기준이 없고 비용도 의료기관이 책정한 금액을 환자가 전액 부담한다. 그리고 비급여대상은 현재 건강보험법령이 정하고 있는데 요양급여대상을 요양기관이 임의로 비급여로 처리하는 등에 비추어 이를 법정비급여라고 하기도 한다. 임의비급여는 원칙적으로 허용되지 않지만, 대법원 2012. 6. 18. 선고 2010두67239 전원합의체 판결은 세 가지 요건을 갖추면 예외적으로 임의비급여라 해도 환자로부터 비용을 전액 받을 수 있다고 하여 허용하였다.

대한 요양기관의 설명은 일반적으로 의사가 하여야 하는 진료행위의 의학적 안전성과 유효성을 포함한 위와 같은 설명 외에 해당 진료행위가 요양급여의 대상이 아니라는 사정, 요양급여 인정 기준 등을 벗어나 진료하여야 할 의학적 필요성 및 가입자 등이 부담하여야 할 대략적인 비용 등의 사항들에 관하여 이루어져야 하며, 그에 관하여 충분히 설명하여 동의가 이루어졌는지 여부는 위와 같은 사항들의 내용과 진료행위의 긴급성 및 설명의 정도 등을 비롯하여 변론에 나타난 제반 사정을 고려하여 가입자 등의 수급권과 임의 비급여 진료행위에 대한 선택권이 실질적으로 보장되었다고 볼 수 있는지 여부에 따라 판단되어야 한다. 그리고 이러한 법리는 특정한 질병 또는 치료행위와 관련하여 장래 여러 비급여 진료행위가 반복될 것으로 예상되는 경우에 요양기관이 한꺼번에 가입자 등에게 여러 진료행위에 관하여 위와 같은 사항들을 설명하고 동의를 받는 경우에도 마찬가지로 적용될 수 있다고 봄이 타당하다.”라고 판시하였다.

그리고 위와 같은 기준에 따라 임의비급여 진료 행위 중 이 사건 면담 전에 이루어진 부분에 대해서는 임의비급여 진료행위의 내용과 비용에 대해 충분히 설명하여 환자들이 동의하였다고 볼 수 없다고 하면서, “또한 원고 병원이 위와 같은 설명이 불가능하지 아니하였음에도 이를 하지 아니한 이상 이 사건 수진자들의 동의가 예상될 수 있다는 사정만으로 이 사건 수진자들의 국민건강보험 수급권 및 진료선택권이 보장될 수 있을 정도로 충분한 설명 및 동의가 이루어졌다고 할 수 없다.”고 판시하였다.

반면 이 사건 면담 후에 이루어진 부분에 대해서는 “(1) 비록 원고 병원 주치의들이 이 사건 수진자들에게 개별 임의 비급여 진료행위 시마다 그에 앞서 진료의 내용과 그 비용에 관하여 상세하고 구체적으로 설명하지는 않았더라도, 조혈모세포이식 및 관련 치료과정의 특수성에 비추어 볼 때 늦어도 이 사건 면담 무렵에는 이 사건 수진자들의 국민건강보험 수급권 및 진료선택권이 보장될 수 있을 정도로 해당 진료행위가 요양급여의 대상이 아니라는 사정, 요양급여 인정 기준 등을 벗어나 진료하여야 할 의학적 필요성 및 비용 부담 등의 핵

심적인 사항에 관하여 충분히 설명하였다고 볼 수 있고, (2) 이 사건 수진자들 측이 그 면담 후에 자신들의 비용으로 임의 비급여 진료행위를 받았으며 공증에도 동의한다는 내용의 동종조혈모세포이식신청서를 직접 작성하여 제출한 이상 임의 비급여 진료행위에 대한 실질적인 동의도 있었다고 봄이 타당”하다고 판시하였다.

다. 판결의 의의

이 사건에서는 비급여 진료행위 동의의 전제인 설명의무 이행에 있어 일반적인 진료에서의 설명의무의 내용인 의학적 안전성, 유효성 이외에도 “해당 진료행위가 요양급여의 대상이 아니라는 사정, 요양급여 인정 기준 등을 벗어나 진료하여야 할 의학적 필요성 및 가입자 등이 부담하여야 할 대략적인 비용 등의 사항들”에 대해서도 설명해야 한다고 설명의 대상을 분명히 밝힌 데 의미가 있어 보인다.³³⁾ 그뿐만 아니라 “특정한 질병 또는 치료행위와 관련하여 장래 여러 비급여 진료행위가 반복될 것으로 예상되는 경우에 요양기관이 한꺼번에 가입자 등에게 여러 진료행위에 관하여 위와 같은 사항들을 설명하고 동의를 받는 경우”에 “가입자 등의 수급권과 임의 비급여 진료행위에 대한 선택권이 실질적으로 보장되었다고 볼 수 있는지 여부”에 따라 동의요건 충족 여부를 판단함으로써 임의비급여가 문제되는 모든 경우에 “미리 모든 비급여 약제나 치료재료 등에 대하여 개별적으로 구체적인 설명을 하고 각각의 진료행위마다 사전 동의를 받”아야 하는 것은 아니고 개별적인 사안마다 설명의 정도가 달라질 수 있음을 밝힌 데 의미가 있다.

또한 일반적인 진료에서의 설명의무의 주체는 적어도 의료인이어야 하므로³⁴⁾ 해당 진료행위의 안전성과 유효성을 비롯한 요양급여기준을 벗어나 진

33) 한편, 대법원 2015. 10. 29. 선고 2014다22871 판결은 임상시험 단계의 의료행위에 대한 설명의무에 관해 “의료행위가 임상시험의 단계에서 이루어지는 것이라면 해당 의료행위의 안전성 및 유효성(치료효과)에 관하여 그 시행 당시 임상에서 실천되는 일반적·표준적 의료행위와 비교하여 설명할 의무가 있다(대법원 2010. 10. 14. 선고 2007다3162 판결 등 참조).”고 판시하였다(대법원 2015. 10. 29. 선고 2013다89662 판결도 동일함).

료하여야 할 필요성 등 의학적인 부분은 의료인이 설명해야 할 것이다. 그러나 임의비급여의 허용요건인 동의의 전제로서의 설명은 ‘요양기관의 설명’이라고 판시하고 있고, 진료행위의 의학적 안전성과 유효성에 대해서는 의사가 하여야 한다는 점을 분명히 판시하고 있음에 비추어 볼 때 대상판결에서 쟁점이 되지는 않았으나 위 사항 이외에 해당 진료행위가 요양급여의 대상이 아니라는 사정 및 가입자 등이 부담하여야 할 대략적인 비용 등 의학적 처치 내용과 밀접한 관련이 있는 내용이 아닌 경우에는 반드시 의료인이어야 할 것을 요구하는 것은 아닌 것으로 보인다. 상급종합병원과 같이 대규모 의료기관에서는 의료인이 진료비용 등에 대해 대략적으로도 알기 어려운 사정이 있다는 점이나 그와 같은 비용 등의 부분까지 반드시 의료인이 설명할 필요성이 인정된다고 보기는 어려운 점 등을 감안하면 의학적인 부분 이외의 사항까지 의료인이 설명해야 한다고 보는 것은 부당할 것이다.

그리고 대상 판결은 “수진자들의 동의가 예상될 수 있다는 사정만으로 이 사건 수진자들의 국민건강보험 수급권 및 진료선택권이 보장될 수 있을 정도로 충분한 설명 및 동의가 이루어졌다고 할 수 없다”고 하여 가정적 동의는 인정될 수 없다고 판시하였는바, 이는 일반적인 진료에서의 설명의무의 경우 환자의 승낙이 명백히 예상되는 경우에는 가정적 승낙을 허용하고 있는 대법원의 태도와는 구분된다.³⁵⁾

34) 대법원 1999. 9. 3. 선고 99다10479 판결은 “설명 의무의 주체는 원칙적으로 당해 처치의 의사라 할 것이나 특별한 사정이 없는 한 처치의사가 아닌 주치의 또는 다른 의사를 통한 설명으로도 충분하다”고 판시하였다.

35) 대법원 1994. 4. 15. 선고 92다25885 판결은 “환자가 의사로부터 올바른 설명을 들었더라도 위 투약에 동의하였을 것이라는 이른바 가정적 승낙에 의한 의사의 면책은 의사측의 항변사항으로서 환자의 승낙이 명백히 예상되는 경우에만 허용된다”고 판시하였다.

5. 치과의사의 안면 보톡스 시술이 면허범위 내 의료행위인지 여부
 - 대법원 2016. 7. 21. 선고 2013도850 전원합의체 판결

가. 사건 개요

치과의사인 피고인은 2011. 10. 7. 자신이 운영하는 치과병원에서 보톡스 시술법을 이용하여 눈가와 미간의 주름 치료를 하여 치과의사에게 면허된 것 이외의 의료행위를 하였다는 이유로 기소되었다(의료법 위반). 제1, 2심은, 의료법상 치과 의료행위는 치아와 주위 조직 및 구강을 포함한 악안면 부분에 한정되는데 이 사건 보톡스 시술은 눈가와 미간에 한 것으로서 치아 주위 및 악안면 부분에 시술한 것에 해당하지 아니한다는 등의 이유로 피고인에게 유죄를 선고하였다.

나. 대법원의 판단

다수의견은 “의사나 치과의사의 의료행위가 ‘면허된 것 이외의 의료행위’에 해당하는지는 구체적 사안에 따라 의사와 치과의사의 면허를 구분한 의료법의 입법 목적, 해당 의료행위에 관련된 법령의 규정 및 취지, 해당 의료행위의 기초가 되는 학문적 원리, 해당 의료행위의 경위·목적·태양, 의과대학 등의 교육과정이나 국가시험 등을 통하여 해당 의료행위의 전문성을 확보할 수 있는지 등을 종합적으로 고려하여 사회통념에 비추어 합리적으로 판단하여야 한다는 것이다”고 하면서, “의료법의 목적은 모든 국민이 수준 높은 의료 혜택을 받을 수 있도록 하여 국민의 건강을 보호하고 증진하자는 것이고, 면허된 것 이외의 의료행위를 한 의료인을 처벌하는 이유도 사람의 생명·신체나 일반 공중위생에 발생할 수 있는 위험을 방지하여 국민의 건강을 보호하고 증진하기 위한 데 있다. …… 치아, 구강 그리고 턱과 관련되지 아니한 안면부에 대한 의료행위라는 이유만으로 치과 의료행위의 대상에서 배제할 수는 없고, 치과대학이나 치의학전문대학원에서는 악안면에 대한 진단 및 처치에 관하여 중점적으로 교육하고 있으므로 치과의사의 안면에 대한 보톡스 시술이 의사의 동일한 의

료행위와 비교하여 사람의 생명·신체나 일반 공중위생에 더 큰 위험을 발생시킬 우려가 있다고 보기도 어렵다. 관련 의료법 규정을 해석할 때 전체적인 의료 수준을 향상시켜 그 혜택이 국민에게 돌아갈 수 있도록 하는 것 역시 우선적으로 고려할 필요가 있다. 보톡스를 이용한 시술이 이미 치과에서 다양한 용도로 활용되고 있는 상황에서, 그로 인한 공중보건위생에 대한 위험이 현실적으로 높지 아니하고 전문 직업에 대한 체계적 교육 및 검증과 규율이 이루어지고 있는 한, 의료의 발전과 의료서비스의 수준 향상을 위하여 의료소비자의 선택가능성을 널리 열어두는 방향으로 관련 법률규정을 해석하는 것이 바람직할 것이다. 결국 환자의 안면부인 눈가와 미간에 보톡스를 시술한 피고인의 행위가 치과 의사에게 면허된 것 이외의 의료행위라고 볼 수는 없고, 그 시술이 미용 목적이라 하여 달리 볼 것은 아니다.”고 판시하였다.

이에 대해 반대의견은 의사와 치과의사는 치료부위나 치료목적에 따라 양적으로 면허범위가 구분될 뿐이므로 의료시술의 학문적 원리나 방법론에 따른 질적으로 구분되는 의사와 한의사의 면허범위 구분에 대한 기준을 적용하는 것은 부당하고, ‘생명 신체상의 위험이나 일반 공중위생상 위험 발생’ 여부는 의료인과 비의료인에게 허용되는 행위의 한계에 관한 기준이므로 의료인인 의사와 치과의사의 면허범위 판단기준으로 삼는 것도 부당하다고 하면서, “의료법 문언, 취지와 개념 정의에 비추어 보면, 원칙적으로 치아와 구강, 위턱뼈, 아래턱뼈, 그리고 턱뼈를 덮고 있는 안면조직 등 씹는 기능을 담당하는 치아 및 그와 관련된 인접 조직기관 등이 치과적 예방·진단·치료·재활의 대상이 되는 부위라 할 것이고, 구강보건의 대상 범위 역시 치아를 포함한 구강 일체에 미친다고 해석된다. 치과 의사 면허 범위를 확정하는 전제가 되는 의료행위는 치아와 구강, 위턱뼈, 아래턱뼈, 그리고 턱뼈를 덮고 있는 안면조직 등 씹는 기능을 담당하는 치아 및 그와 관련된 인접 조직기관 등에 대한 치과적 예방·진단·치료·재활과 구강보건(이하 이를 통칭하여 ‘치과적 치료’라 한다)을 목적으로 하는 의료행위를 뜻한다고 해석된다. 그리고 이러한 치과적 치료를 목적으로 하는 의료행위라면, 그 목적이 직접적인 경우뿐 아니라 간접적인 경우에

도 이를 치과의사 면허 범위에 포함할 수 있다. 예컨대 치아와 구강에 대한 치과치료가 안면 부위의 조직에도 영향을 미친다면, 그 부분에 대하여 치과의사가 시술할 수 있는 경우도 있을 것이다. 그렇지만 그 경우에도 치과적 치료 목적이라는 범위 내에서 제한적으로 허용되는 것에 불과하고, 치과적 치료 목적을 벗어나 시술이 이루어진다면 이는 치과의사의 면허 범위를 벗어난 것으로 보아야 한다.”고 설시하였다.

다. 판결의 의의 및 관련 판결 등

(1) 판결의 의의

다수의견은 치아, 구강이나 턱과 관련되지 않은 안면부라 하더라도 치과 의료행위의 대상으로 보면서 치료목적 등에 따른 제한도 하지 않은 반면, 반대의견은 직·간접적으로 치과적 치료를 목적으로 하는 경우에 한해 치아, 구강이나 턱과 관련되지 않은 안면부도 치과치료의 목적 범위 내에서 치과 의료행위의 대상이 될 수 있다고 보고 있다.³⁶⁾

다수의견이 안면부의 경우 해당 시술이 치과의사가 한다고 하여 더 큰 위험을 초래하는 것이 아니고 해당 의료행위에 대한 검증과 규율이 이루어지고 있다면 의료소비자의 선택가능성을 중시해야 하므로 치과의사의 면허범위에 해당하는 것으로 보아야 하므로 면허범위가 유동적이라고 보는 입장이라면, 반대의견은 치과의사의 면허범위는 의료법령이 안면부에 대한 치과적 진료 목적에 따른 진료에 한하는 것으로 이미 정하고 있으므로 유동적일 수 없다는 입장으로 보인다.

대법원은 보도자료³⁷⁾에서 “위 전원합의체 판결은 모든 안면부 시술을 치과

36) 이후 대법원 2016. 8. 29. 선고 2013도7796 판결은 대상판결과 같은 취지에서 치과 치료 목적이 아닌 미용 목적의 치과의사의 피부 레이저 시술이 치과의사의 면허 범위 외의 행위가 아니라고 판시하였고, 서울고등법원 2016. 8. 19. 선고 2013누50878 판결은 한의사가 사용하더라도 보건위생상 위해의 우려가 없는 점 등을 근거로 뇌파계를 파킨슨병 및 치매 진단 등에 사용한 행위가 한의사로서 면허된 것 이외의 의료행위에 해당하지 않는다고 판시하여 대상판결의 취지를 따르고 있다.

의사의 면허 범위 내라고 단정한 사안은 아니고, 치과의사의 면허 범위 내인지는 구체적 사안에 따라 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다고 보았음”이라고 밝혔으나, 위와 같은 다수의견에 따르면 안면부의 경우 치과의사가 행하더라도 더 큰 위험이 초래되지는 않는 행위이기만 하면 치과의사의 면허범위 내 의료행위라고 보게 될 가능성이 높을 것이다.

그러나 의료법 제2조제2항제1, 2호가 의사는 의료와 보건지도를 임무로 하고, 치과의사는 치과 의료와 구강 보건지도를 임무로 한다고 규정하고 있음에 비추어 볼 때 치과나 구강과 무관한 눈가와 미간에 시행한 보톡스 시술도 치과의사의 면허범위 내의 행위라고 한 다수의견은 법 문언의 가능한 의미를 벗어나고³⁷⁾, 반대의견이 지적한 바와 같이 치과대학이나 치의학전문대학원에서 악안면에 대해 중점적으로 교육하는 것은 치과진료와 밀접한 관련을 가지고 있어 당연히 교육이 필요하기 때문이라는 점을 간과한 문제점이 있어 보인다. 또한 의사와 한의사의 면허범위 내 의료행위인지 여부를 판단함에 있어 구체적인 의료행위의 목적을 고려하고³⁸⁾, 국민건강보험법 상 요양급여대상과 비급여대상을 구별함에 있어서도 진료목적을 고려하고 있는⁴⁰⁾ 일련의 대법원 판결을 감안하면 유독 안면부에 대한 의료행위에 대해서만 치과의사의 면허범위 내인지 여부를 판단함에 있어 의료행위의 목적을 고려하지 않는 것은 납득하기 어렵다.

37) <http://www.scourt.go.kr/portal/news/NewsViewAction.work?gubun=6&seqnum=1161>: 대법원 2013도7796 치과의사 레이저 시술 사건 보도자료.

38) 대법원 2006. 5. 12. 2005도6525 판결 등은 “형벌법규의 해석에서도 법률문언의 통상적인 의미를 벗어나지 않는 한 그 법률의 입법취지와 목적, 입법연혁 등을 고려한 목적론적 해석이 배제되는 것은 아니라고 할 것이다”라고 하여, 형벌법규의 해석에서도 목적론적 해석이 가능하지만, 그 경우에도 법률문언의 통상적인 의미를 벗어나지 않아야 한다고 판시하고 있다.

39) 대법원 2011. 5. 26. 2009도6980 판결, 대법원 2014. 9. 4. 2013도7572 판결 등.

40) 대법원 2012. 11. 29. 2009두3637 판결 등.

(2) 관련 판결⁴¹⁾

위 대상판결 선고 전에 의료인의 면허범위가 문제된 것은 주로 의사와 한의사의 면허 범위였다. 의사와 한의사 사이에 특정 행위가 허용되는지 여부에 대해 대법원은 “구체적 사안에 따라 이원적 의료체계의 입법 목적, 당해 의료행위에 관련된 법령의 규정 및 취지, 당해 의료행위의 기초가 되는 학문적 원리, 당해 의료행위의 경위·목적·태양, 의과대학 및 한의과대학의 교육과정이나 국가시험 등을 통해 당해 의료행위의 전문성을 확보할 수 있는지 여부 등을 종합적으로 고려하여 사회통념에 비추어 합리적으로 판단하여야 한다”고 판시하였다.⁴²⁾

위와 같은 기준에 따라 대법원은 한의사가 잡티제거 등 피부질환 치료를 위한 광선조사기인 아이피엘(IPL, Intense Pulse Light)을 이용하거나⁴³⁾, 필러시술⁴⁴⁾을 하는 것, ‘한의사가 진단용 방사선 발생장치인 X-선 골밀도측정기를 이용하여 환자에게 대하여 성장판검사를 한 것’⁴⁵⁾, ‘한의사가 환자에게 주사한 것’⁴⁶⁾, ‘한의사가 방사선사로 하여금 전산화단층촬영장치(CT기기)로 촬영하게 하고 이를 이용하여 방사선진단행위를 한 것’⁴⁷⁾은 한의사의 면허범위 외의 행위라고 판시하였고, ‘의사가 침술행위를 하는 것’⁴⁸⁾, ‘한방의 소위 팔상의학에 따라 환자체질을 진단하고 한방의서에 따라 약제를 조제 및 투약한 것’⁴⁹⁾은 의사의 면허 범위 외의 행위라고 판시하였다.

41) 의료인과 비의료인 사이의 허용되는 행위의 한계에 관한 기준으로는 해당 행위가 ‘의료행위’에 해당하는지 여부가 문제되었으나, 면허종별에 따른 각 의료인이 해당 행위를 할 수 있는지 여부는 해당 행위가 ‘의료행위’에 해당함을 전제로 각 의료인의 면허범위 내의 것인지 여부가 문제된다.

42) 대법원 2014. 2. 13. 선고 2010도10352 판결 등.

43) 대법원 2014. 2. 13. 선고 2010도10352 판결.

44) 대법원 2014. 1. 16. 선고 2011도16649 판결.

45) 대법원 2011. 5. 26. 선고 2009도6980 판결.

46) 대법원 1987. 12. 8. 선고 87도2108 판결.

47) 서울고등법원 2006. 6. 30. 선고 2005누1758 판결: 확정.

48) 대법원 2014. 9. 4. 선고 2013도7572 판결.

49) 대법원 1989. 12. 26. 선고 87도840 판결.

6. 의료인이 다중으로 의료기관을 운영한 경우 이에 대하여 국민건강보험법 상 환수처분을 할 수 있는지 여부 - 서울고등법원 2016. 9. 23. 선고 2014누69442 판결

가. 사건 개요

2012. 척추수술을 주로 하며 네트워크 지점을 가진 T병원에 대하여 리베이트 수수 혐의로 수사가 개시되었다. 그런데 T병원에 대한 수사 도중, 리베이트가 각 네트워크 지점에 귀속되지 않고 한 곳에 집중되었다는 점이 밝혀졌고, 이를 수사하던 검찰은 리베이트를 수수한 T병원 대표원장 P씨를 리베이트 수수에 따른 의료법 위반 혐의 뿐 아니라 위 개정 의료법 제38조 제8항을 위반하여 둘 이상의 의료기관을 운영하였다는 혐의로 기소하였다. P씨는 2008.부터 안산에서 T병원을 개설 및 운영하였고, 2012. 서울시 강동구에 T병원 강동점을 개설하며 후배인 H씨에게 안산 T병원의 개설자가 되어 운영하도록 하였다. P씨는 강동 T병원 개설 후에도 안산 T병원의 운영에도 개입하여 왔던 것이다.⁵⁰⁾

국민건강보험공단은 2012. P씨가 H씨에게 개설 명의를 넘긴 이후부터 안산 T병원은 P씨가 이중으로 ‘운영’하고 있다고 판단, 이 의료기관의 의료법 제33조 제8항 및 의료법 제4조 제2항을 위반하여 개설 및 운영되었다는 이유로 개설명의 이전 시부터 안산 T병원에 지급된 요양급여비용 전부를 국민건강보험법 제57조 제1항에 근거하여 부당이득으로 환수하는 처분을 하였다. 처분의 상대방은 안산 T병원을 개설한 명의자인 H씨였다. 이에 원고 H씨(이하 ‘원고 H’라 함)는 피고 국민건강보험공단(이하 ‘피고 공단’이라 함)을 상대로 처분의 취소를 구하는 소를 제기하였다.⁵¹⁾

50) 이 형사재판에서 P씨는 개정 의료법 조항이 헌법에 위반된다는 취지로 위헌법률심판제청신청 및 헌법소원(2014헌바212)을 제기하는 등 다투었으나 1심(대구지방법원 서부지원 2014. 4. 15. 선고 2013고단1402) 및 2심(대구지방법원 2014. 9. 18. 선고 2014노1391)에서 유죄 판결이 선고되었다. P씨는 상고를 취하하였으나, 같은 사건의 다른 피고인에 대하여 상고심이 계속중이다(대법원 2014도13175 사건).

나. 법원의 판단

1심 법원은 국민건강보험법 제57조 제1항의 ‘속임수나 그 밖의 부당한 방법’이란 관련 법령에 의하여 요양급여비용으로 지급받을 수 없는 비용임에도 불구하고 이를 청구하여 지급받는 행위를 모두 포함한다는 점, 국민건강보험법 제42조 제1항 제1호, 제47조 제1항에 따르면 요양급여는 의료법에 따라 개설된 의료기관 등의 요양기관에서 실시하는 점, 여기서 ‘의료법에 따라 개설된 의료기관’이란 ‘의료법에 따라 적법하게 개설된 의료기관’을 의미한다는 점 등을 들어 원고의 청구를 기각하였다.⁵²⁾

반면 항소심 법원은 안산 T병원이 의료법 제33조 제4항에 따른 허가를 받아 개설되었다면 일단 유효하게 설립된 의료기관이라고 보아야 하고, 그 허가가 당연 무효가 아닌 한 국민건강보험법 제42조 제1항 제1호 소정의 ‘의료법에 따라 개설된 의료기관’이라고 판단하였다. 그 이유로는 우리나라 건강보험법은 당연요양기관지정제를 채택하고 있는 점, 만약 피고 공단의 주장대로 의료법에 따라 적법하게 설립된 의료기관만을 ‘의료법에 따라 개설된 의료기관’이라고 해석할 경우 의료법 제36조에 정한 시설기준 중 경미한 위반행위가 있음을 간과하고 행정청이 의료기관 개설허가를 한 경우까지 모두 무효라고 보게 됨으로써 요양기관의 범위가 지나치게 축소되고, 그러한 하자를 모르고 요양기관이 요양급여를 한 경우까지 요양급여비용을 받을 수 없는 결과가 되어 지나치게 가혹한 점, 안산 T병원은 2008. 경기도지사의 위임을 받은 안산시장에 의하여 적법하게 의료기관 개설허가가 났고, 그 후 원고 H 등의 명의로 적법하게 명의인 변경허가가 이루어졌으며, 이 사건 안산 T병원이 의료법 제33조 제4항, 제7항에 따른 시설기준을 갖추고 있음은 피고 공단도 특별히 다투고 있지 않으므로 이 허가에 당연무효의 사유도 없다는 점을 들었다. 또한, 이 처분에는

51) 이 취소소송 중에도 의료법 제4조 제2항 및 의료법 제33조 제8항, 제87조 제1항 제2호가 헌법에 위반된다는 취지의 위헌법률심판제청신청 및 헌법소원을 제기하여 2015헌바34로 헌법재판소에서 심리중이며, 헌법재판소는 2016. 3. 공개변론을 열기도 하였다.

52) 서울행정법원 2014. 10. 30. 선고 2014구합11526 판결.

공정력이 인정되므로 제3자인 피고가 이 사건 병원개설의 효력을 다투는 것은 처분의 공정력에 반하여 허용될 수 없다고 판시하였다. 게다가 의료법 제4조 제2항을 위반하여 다른 의료인의 명의를 대여하여 개설 및 운영한 의료기관에 해당한다 하더라도 그 자체로 안산 T병원에 대한 기존 허가가 무효로 된다고 하거나 '의료법에 따라 개설된 의료기관'에서 제외되는 것도 아니라고 판단하였다. 동조 위반에 대한 처벌규정도 없고, 이를 의료법 제64조의 개설허가취소사유로 삼지도 않았기 때문이다. 결국, 항소심 법원은 피고 공단의 처분은 위법하다고 판시하였다.

다. 판결의 의의

2012. 2. 1. 법률 제11252호로 의료법 제33조 제8항 및 제87조 제1항 제2호가 개정(이하 '개정 의료법 조항'이라 함)되며, 의료인은 어떠한 명목으로도 둘 이상의 의료기관을 개설·운영할 수 없을 뿐 아니라 이에 위반하는 경우 5년 이하의 징역이나 2천만 원 이하의 벌금에 처할 수 있게 되었다. 또한, 제4조 제2항이 신설되어 의료인은 다른 의료인의 명의로 의료기관을 개설하거나 운영할 수 없다는 조항이 명문화되었으나 이에 대한 처벌규정은 두지 않았다. 위 개정 이후 상당 기간 개정 의료법 조항 및 의료법 제4조 제2항을 적용한 사례는 나타나지 않았다. 대상 판결은 위 조항들이 적용된 최초의 사례이다.

대상 판결은 다양한 쟁점을 다루고 있으나 핵심 쟁점은 의료인이 자신이 개설한 의료기관 외 다른 의료기관도 운영한 경우(의료법 제33조 제8항) 및 의료인이 다른 의료인의 명의를 빌려 의료기관을 개설·운영하는 경우(의료법 제4조 제2항), 이들 의료기관이 국민건강보험법상 '의료법에 따라 개설된 의료기관'에 해당하는지 여부이다.

국민건강보험법은 제57조 제1항에서 속임수 기타 부당한 방법으로 보험금 여비용을 받은 요양기관에 대하여 부당이득의 반환을 청구하도록 하고 있다. 대법원은 비의료인이 의료법 제33조 제2항을 위반하여 의료기관을 설립한 경

우인 이른바 ‘사무장병원’의 경우, 해당 의료기관은 적법하게 개설되지 아니하였기 때문에 국민건강보험법상 ‘의료법에 따라 개설된 의료기관’이 아니며 요양급여비용을 청구할 수 없기 때문에 사무장병원에 대한 요양급여비용의 전액 환수 처분은 적법하다고 판시하여 왔다.⁵³⁾ 피고의 처분은 다중 개설 의료기관과 사무장병원을 동일하게 바라보는 관점에서 비롯된 것이다. 대상 판결과 같이 의료법상 기술적 허가사항(제33조 제4항, 제7항) 등을 충족하여 행정청이 개설허가를 한 이상, 일단은 의료기관 자체가 의료법에 따라 개설된 적법한 의료기관이라고 판단하는 경우 ‘사무장병원’ 역시 기술적 허가사항을 갖추어 행정청의 허가를 얻어 설립된 적법한 의료기관으로 볼 여지도 있다. 그러나 대상 판결은 판결문 중에서 “의료법을 준거법으로 하여 개설되었다 하더라도 그것이 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하거나 그 개설과정의 하자가 중대하고 명백하여 당연무효에 해당하는 경우라면 요양기관에서 배제함이 상당”하다고 언급하여 ‘사무장병원’의 경우 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하여 요양기관에서 배제할 수 있음을 열어 두고 있다. 또한, 피고 공단이 ‘사무장병원’이든 의료인의 다중 개설 의료기관이든 형식적으로 명의를 대여한 의료인에 의하여 의료가 이루어진다는 점에서 질적인 차이가 없다고 주장한 것에 대하여, 국민건강보험법의 규정 상 법률 자체가 양자의 불법성을 달리 평가하고 있으며, 병원의 개설과 운영이 ‘의료인’에 의하여 이루어지는지 여부에 있어 ‘사무장병원’과 다중 개설 의료기관은 본질적 차이가 있다고 보아 피고 공단의 주장을 배척하였다.

대상 판결은 행정당국이 적법하게 개설허가를 한 경우 그 행정행위에 공정력이 인정된다는 점을 들어 국민건강보험법상 부당이득의 징수 범위를 합리적으로 조정하였다는 점에서 큰 의의가 있다. 이른바 ‘사무장병원’은 비의료인의 의료기관 개설이 엄격하게 금지되어 있음에도 이를 잠탈하여 개설되었다는 점, 비의료인이 진료행위에 관여함에 따라 불법진료, 과잉진료 행위들이 실제

53) 대법원 2012. 1. 27. 선고 2011두21669 판결 등.

발생하고 있어 국민건강에 위해를 가져올 우려가 크다는 점 등에 비추어 그 존재 자체의 불법성을 인정할 여지가 크다. 반면, 의료인이 여러 의료기관 운영에 관여할 수 있는지에 대해서 대법원이 2003. “자신의 명의로 의료기관을 개설하고 있는 의사가 다른 의사의 명의로 또 다른 의료기관을 개설하여 그 소속의 직원들을 직접 채용하여 급료를 지급하고 그 영업에 따라 발생하는 이익을 취하는 등 새로 개설한 의료기관의 경영에 직접 관여한 점만으로는 다른 의사의 면허증을 대여 받아 실질적으로 별도의 의료기관을 개설한 것이라고 볼 수 없다”고 판시⁵⁴⁾한 이래 의료기관 간 네트워크 구축이 늘어났으며, 정부도 서비스산업의 경쟁력 강화를 위하여 의료기관 간 네트워크화를 장려한바 있는 등, 의료기관의 개설 및 운영 자체의 불법성을 인정하기는 어려웠던 것이 사실이다. 또한 개정 의료법 조항에 대하여 당초 보건복지부, 법제처, 공정거래위원회 등은 개정 반대 의견을 개진하였으며 특히 보건복지부는 ‘운영’의 범위가 불명확하여 입법으로 인한 실익을 기대하기 어려운 점, 현실적으로 다른 의료인으로부터 자본을 투자받아 운영의 일부를 함께하는 것까지 규제하는 것은 어려움이 있다는 의견도 제시한바 있다.⁵⁵⁾ 그리고 위 개정 의료법 조항의 입법 취지가 ‘불법 의료행위를 방지하여 의료의 공공성을 제고함’인바, 다중 운영 의료기관이 다른 의료기관에 비하여 불법한 의료행위를 한다는 점에 대한 실질적 근거가 없고, 해외에서도 의료인의 다중 운영을 금지하는 법제는 찾아보기 힘들며, 불법 의료행위 방지를 위한 다른 방법이 있음에도 운영 자체를 원칙적으로 금지하는 것은 헌법상 과잉금지의 원칙에 반한다는 비판도 있다.⁵⁶⁾ 따라서 대상 판결이 다중 운영 의료기관 자체의 불법성에 대하여 우리나라 보험체계 전반에 걸친 숙고 끝에 기존과는 다른 입장을 제시하면서 판단한 점은 크게 주목할 만한 점이다. 그러나 같은 법원이 의료법 제4조 제2항에 위반된다는

54) 대법원 2003. 10. 23. 선고 2003도256 판결.

55) 국회 보건복지위원회 의료법 일부개정법률안 심사보고서(의안번호 1813477).

56) 김선욱, 정혜승, “의료인의 의료기관 다중운영 금지 조항의 위헌성”, 의료법학(제16권 제2호), 대한의료법학회, 2015., 제301, 302, 321~323면.

이유로 요양급여비용의 환수처분을 한 다른 사건에서 피고 공단의 처분이 적법하다고 판시한 사례⁵⁷⁾도 있기 때문에 향후 대법원에서 어떠한 결론을 내릴지 주목된다.

7. 개방병동과 폐쇄병동의 주의의무⁵⁸⁾

– 광주고등(전주)법원 2016. 11. 17. 선고 2015나1241 사건

가. 사건의 경과

정신과 의사인 피고 A는 2007년 정신과 의사인 B명의로 X정신과 의원을 개설하여 운영하다 자기명의로 개설자를 변경하여 계속 운영하는 한편 2005년 경 토지를 매수하여 건물을 신축하였는데 그 건물에 B와 소아청소년과 의사인 C가 동업계약을 체결하고 Y의원을 개설하여 운영하였다.

환자 D는 2006. 3. 경 환시, 환청 및 과대망상 등의 정신질환이 발현하여 X의원과 다른 병원에서 통원 및 입원 치료를 받다가, 2008. 4. Y의원에서 32일간의 입원 치료를 받은 후 다시 X의원에서 치료를 받고, 2008. 7. 12 Y의원에 입원하였는데, 진료기록에는 “4일 동안 잠을 안 자고 돌아다녔다. ‘하느님의 지시가 내렸다. 인절미를 나누어 주어야 한다.’며 인절미 떡을 사달라고 하는 등의 행위를 보였다”는 기록이 있는데, 입원 다음 날 병원 건물 옥상(4층에 해당함)에 있는 화단 위에 올라간 다음 옥상벽을 따라 둘러쳐 있는 그물망(펜스) 중간 수평봉에 발을 딛고 올라가 옆 건물 지붕 위로 뛰어내려, 완전척수손상(흉추 12번 부위), 요추 1번 방출성 골절, 하지 마비, 신경인성 방광 등의 상해를 입어 대학병원, 요양병원 및 한방병원 등에서 치료를 받았으나 하반신 마비 상태가 고정되자, 병원측을 상대로 입원 환자 관리상의 주의의무 위반 등을 이유로 손해배상을 청구하였다.

57) 서울고등법원 2016. 5. 31. 선고 2015누63816 판결.

58) 2016년 선고된 의료사건 판결 중에는 정신과 환자 관련 사고에서 병원책임을 인정한 판결이 여러 건 선고되어 대상판결과 관련판결을 소개하기로 한다.

본건과 관련하여 특이한 것은, 환자측에서는 피고 B와 C가 운영하는 Y의원
에서 사고가 발생하였지만, Y의원은 실질적으로는 A가 운영하는 병원이고, B
와 C는 A에게 고용된 것이어서 3인이 공동책임을 부담해야 한다며 A, B 및 C
모두를 피고로 소송을 제기하면서 폐쇄병동인 Y의원에서의 환자 관리 소홀 등
을 주장한 부분이다.

나. 법원의 판단

재판부는, 피고들의 지위와 관련하여, 피고 A의 건물 신축과정 및 소유관계,
X와 Y의원 자금 출처가 피고 A의 계좌이고, 사고 후에도 X의원에서 진료를 받
는 등 X와 Y의원에서의 진료가 연속되는 점 등을 고려하여 Y의원의 실질적인
운영자 A가 B와 C를 고용하여 지도·감독하는 위치에 있었다고 보아 피고들의
공동책임성립을 긍정하였다.⁵⁹⁾

또한, 정신의료기관의 경우, 보호실 내에 수용된 환자에 대하여는 자해·타
해의 구체적인 위험이 소멸될 때까지 자해·타해 방지를 주목적으로 하는 간
호, 감시가 행하여져야 하기 때문에 엄격한 보호조치를 실시하여 실질적인 간
호, 감시 하에서 자해·타해의 방지에 주의를 기울여야 하므로 가장 높은 수준
의 보호의무가 요구되고, 보호실을 제외한 나머지 폐쇄병동에는 근접관찰이
필요한 중환자를 수용하고 이들에 대하여는 외부인의 감호가 배제된 채 병원
의 의사나 간호사 및 간호보조사 등의 직원에 의하여 그들의 책임 하에 환자의
관찰, 보호 및 감독이 이루어지므로, 다소 높은 수준의 보호의무가 요구되며,
개방병동의 경우 상대적으로 경증인 환자를 수용하여 사회복귀 및 환자 본인
의 치료에 중점을 두고 있어 그 치료효과의 감쇄를 막기 위해 어느 정도의 자해
·타해 방지조치를 취하여야 할 것이어서 폐쇄병동보다 낮은 수준의 보호의무

59) 의료법 제33조 제8항에 의하면, 의사는 어떠한 명목으로도 둘 이상의 의료기관을 개설·운영할 수 없고, 이를 위반한 경우 같은 법 제87조 제2항에 의하여 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처하도록 되어있으나, 피고 A는 법 규정의 제한을 피하기 위하여 피고 B와 C를 고용하여 이들을 대표자로 내세운 다음 이 사건 의원을 운영한 것으로 보인다.

가 요구된다며, 정신의료기관 각 병동의 주의의무 수준의 구별기준을 제시하였다.

의료진의 주의의무와 관련하여, 입원 전 환자의 자상·타상 시도 경력 유무 및 빈도, 환자의 자상·타상 염려 표시나 망상의 표현, 자살 등의 시도를 이유로 한 입원인지 여부, 정신질환증상의 초기인지 회복기인지 등에 관한 정보 취득 수준을 바탕으로, 자상·타상의 예견가능성에 대한 예측가능성이 높으면 높을수록, 즉 환자의 상태가 좋지 않으면 낮을수록, 의료 측의 보호의무 수준은 그에 비례하여 높아진다고 판시하여, 환자의 상태에 따른 주의의무의 수준이 달라짐을 실시하였다.

손해배상책임과 관련하여, ① Y의원의 2, 3층 병동은 정신병 입원실에 해당하므로 피고들에게 일반병원보다 더 높은 수준의 보호의무가 요구되고, 2, 3층 병동에 가기 위해서는 1층을 통과하여 2, 3층 근무자의 도움을 받아야 내부로 출입할 수 있는 등 병원 구조를 고려할 때 폐쇄병동에 해당하므로 개방병동보다 더 높은 수준의 보호의무가 요구되며, 환자가 입원 당시부터 하느님과 관련된 말을 자주 하는 등 환자의 상태가 더 악화될 수 있는 상태였고 D에게 옥상 산책을 허락했으면 돌발 행동에 적절히 대처할 수 있는 충분한 인원의 의료진을 대동하게 하여 그들로 하여금 D의 거동이나 용태를 잘 관찰하고 혹시 모를 돌발적인 행동에 대비하도록 할 업무상 주의의무가 있음에도, 이를 게을리 한 과실로 D가 펜스를 기어 올라가 추락하는 것을 방지하지 못한 것이므로, 피고들은 손해를 배상할 책임이 있고, 다만 D에게 의사능력이 있고, 옥상 높이가 278cm에 이르며, 간호사 등이 만류함에도 불구하고 뛰어 넘어 추락한 점 등을 고려하여 피고들의 책임을 25%로 제한하였고, 항소심 재판부는 기본적 판시 내용은 같고 책임비율만을 35%로 상향조정하였다.

다. 판결의 의의

대상판결은 폐쇄병동과 개방병동의 구별기준과 그 기준에 따른 때 의료진

의 주의의무 수준이 달라진다는 점을 제시하여, 정신과 의료사고에 대한 판단 기준을 제시한 점에 의의가 있다.

판결문에 의하면, 입원 약정서기재와 달리 원고가 입원한 곳은 1층 진료실 및 대기실을 통과하고 계단을 거쳐 2층 또는 3층의 근무자의 도움이 있어야 내부나 외부 출입이 가능하고, 출입문에 시정장치가 설치되어 있어 임의로 병동 출입이 곤란하다는 실질적인 점을 고려하여 폐쇄병동으로 판단하고 피고들에게 개방병동보다 더 높은 수준의 보호의무가 요구된다고 판시하고 있는데, 향후 정신과 의료사건에서 활용도가 높을 것으로 예상된다.⁶⁰⁾

8. 정신질환자 보호입원 사건

— 헌재 2016. 9. 29. 2014헌가9 [헌법불합치]

가. 사실관계

제청신청인은 2013. 11. 4. 그 보호의무자인 자녀 2인의 동의와 정신건강의학과전문의의 입원진단에 의하여 정신의료기관인 ○○병원에 입원되었다. 제청신청인은 자신이 입원 당시 갱년기 우울증을 앓고 있었을 뿐 정신의료기관에서 입원치료를 받을 정도의 정신질환에 걸려 있거나, 자신의 건강·안전이나 타인의 안전을 해할 염려가 없었음에도 강제로 입원되었다고 주장하면서 서울중앙지방법원에 인신보호법에 따른 구제청구를 하였다(서울중앙지방법원 2014인1). 제청신청인은 위 구제청구 사건 계속 중인 2014. 2. 3. 보호의무자 2인의 동의와 정신건강의학과전문의 1인의 진단에 의하여 정신질환자를 입원시킬 수 있도록 한 정신보건법 제24조가 제청신청인의 신체의 자유 등을 침해한다고 주장하면서 위헌법률심판제청을 신청하였고, 당해 사건 법원인 서울

60) 그 밖에도 위 판결은, 의료기관 개설자와 진료 의사가 다른 의원임에도 불구하고, 자금의 흐름 등에 관한 자료를 토대로 두 개 의원을 운영하는 3명의 의료인에게 공동의 책임을 물었다는 점과 환자의 노동능력상실률을 인정함에 있어서 사고 전 노동능력상실률을 37%로 보고 이후의 노동능력상실률을 계산한 점, 기왕치료비를 인정함에 있어서 중간이자를 공제한 점 등 일반적 의료사건에 비하여 특징이 있었다.

중앙지방법원은 2014. 5. 14. 위 신청을 받아들여 정신보건법 제24조 제1항, 제2항에 대하여 이 사건 위헌법률심판을 제청하였다(서울중앙지방법원 2014 초기408).⁶¹⁾

나. 결정요지

헌법재판소는 심판대상조항에 대하여 정신질환자를 신속·적정하게 치료하고, 정신질환자 본인과 사회의 안전을 지키기 위한 것으로 목적의 정당성을 인정하였고, 보호의무자 2인의 동의 및 정신건강의학과전문의(이하 ‘정신과전문의’라 한다) 1인의 진단을 요건으로 정신질환자를 정신의료기관에 보호입원시켜 치료를 받도록 하는 것은 입법목적을 달성하는 데 어느 정도 기여할 수 있다는 점에서 수단의 적절성도 인정하였다. 그러나 침해의 최소성과 법익의 균형성 요건에 대해서는 판단을 달리하였다.

헌법재판소는, 보호입원은 정신질환자 신체의 자유를 인신구속에 버금가는 수준으로 제한하므로 그 과정에서 신체의 자유 침해를 최소화하고 악용·남용 가능성을 방지하며, 정신질환자를 사회로부터 일방적으로 격리하거나 배제하는 수단으로 이용되지 않도록 해야 함에도 불구하고, 현행 보호입원 제도가 입원치료·요양을 받을 정도의 정신질환이 어떤 것인지에 대해서는 구체적인 기준을 제시하지 않고 있는 점, 보호의무자 2인의 동의를 보호입원의 요건으로 하면서 보호의무자와 정신질환자 사이의 이해충돌을 적절히 예방하지 못하고 있는 점, 입원의 필요성이 인정되는지 여부에 대한 판단권한을 정신과전문의 1인에게 전적으로 부여함으로써 그의 자의적 판단 또는 권한의 남용 가능성을 배제하지 못하고 있는 점, 보호의무자 2인이 정신과전문의와 공모하거나, 그로부터 방조·용인을 받는 경우 보호입원 제도가 남용될 위험성은 더욱 커지는

61) 심판대상조항의 위헌성은 종래 논란이 계속되었고, 강제입원을 당한 당사자가 헌법소원을 수차례 제기하였으나, 헌법소원절차 진행중 퇴원으로 자기관련성 요건이 충족되지 아니하여 번번이 각하되었다. 이에 인신보호법에 따른 구제청구 후 위헌법률심판제청신청을 함으로써 심판대상 조항의 위헌성에 관한 실제 판단이 이루어지게 되었다.

점, 보호입원 제도로 말미암아 사설 응급이송단에 의한 정신질환자의 불법적 이송·감금 또는 폭행과 같은 문제도 빈번하게 발생하고 있는 점, 보호입원 기간도 최초부터 6개월이라는 장기로 정해져 있고, 이 또한 계속적인 연장이 가능하여 보호입원이 치료의 목적보다는 격리의 목적으로 이용될 우려도 큰 점, 보호입원 절차에서 정신질환자의 권리를 보호할 수 있는 절차들을 마련하고 있지 않은 점, 기초정신보건심의회의 심사나 인신보호법상 구제청구만으로는 위법·부당한 보호입원에 대한 충분한 보호가 이루어지고 있다고 보기 어려운 점 등에 비추어 심판대상조항이 침해의 최소성 원칙에 위배되고, 법익의 균형성 요건도 충족하지 못하였으므로, 심판대상조항이 과잉금지원칙을 위반하여 신체의 자유를 침해한다고 판단하였다.⁶²⁾

다. 결정의 의의

(1) 심판대상조항은 정신질환자에 대한 강제입원 중 보호의무자 2인이 동의하고 정신건강의학과전문의(이하 ‘정신과전문의’라 함)가 입원의 필요성을 인정하면 당해 정신질환자의 의사에 반해 강제입원을 시킬 수 있는 이른바 ‘보호의무자에 의한 입원’(이하 ‘보호입원’이라 함)을 규정하고 있다. 동 조항이 규정하고 있는 강제입원의 사유는 ‘치료의 필요성’ 또는 ‘자·타해 위험성’이다. 치료가 환자 본인을 위한 목적이라면, 위험방지는 사회의 보호, 즉 치안을 목적으로 한다.⁶³⁾ 강제입원에는 이 두 가지 목적요소가 혼화되어 있어 치료가 곧 치안이 되는 특성이 있다.⁶⁴⁾

(2) 이와 같이 정신질환자에 대한 치료 및 사회방위의 목적을 위한 강제입

62) 다만, 헌법재판소는 심판대상조항에 대하여 단순위헌결정을 하면 보호입원의 법률적 근거가 사라져 정신질환자에 대한 보호입원의 필요성이 인정되는 경우에도 보호입원을 시킬 수 없는 법적 공백 상태가 발생하므로, 심판대상조항에 대하여 헌법불합치결정을 선고하고, 입법자의 개선입법이 있을 때까지 계속 적용되도록 하였다.

63) 신권철, 정신보건법의 이념과 현실을 통해 본 이데올로기, 21쪽; 전수영, “거버넌스 관점에서 정신보건법상 비자의입원의 문제점분석을 통한 개선방안 모색”, 홍익법학(제15권 제4호), 2014, 582~583면.

64) 신권철, 정신보건법의 이념과 현실을 통해 본 이데올로기, 21면.

원제도는 정신질환자라고 의심되는 자를 포함한 대상자의 의사에 반하여 정신 의료기관 등에 입원시키는 것으로, 영장 없이 개인의 신체의 자유를 침해하는 결과가 발생한다. 보호입원 제도는 대상자의 신체의 자유를 제한할만한 의학적인 근거 내지 사회방위적 근거가 없는 경우에도 부양의무의 면탈이나 정신질환자의 재산탈취와 같은 목적의 강제입원을 합법화하는 도구 내지 가족에 의한 사적 감금수단으로 악용되는 등 사회문제가 되었다. 이에 더하여 건강보험급여 시행에 따른 정신의료기관의 폭발적 증가로 입원환자 유치를 위한 정신의료기관의 이해가 보호입원제도를 악용하고자 하는 보호의무자의 이해와 일치하면서, 정신과전문의가 입원의 필요성을 부정하는 것은 사실상 기대하기 어려워 국내 정신의료기관 강제입원비율 및 입원기간의 장기화는 전 세계적으로도 유례가 없을 정도가 되었다.⁶⁵⁾

(3) 이와 같이 보호입원제도가 악용되고 있는 현실에서 심판대상조항이 강제입원이 필요한 정신질환이나 자타해 위험에 관한 구체적 기준 마련이나 강제입원 동의권자인 보호의무자와 대상자의 이해상충여부를 고려하지 아니한 점, 입원 여부에 관한 판단권한을 정신과전문의 1인에게 전적으로 부여하여 그 진단권한 남용이 문제되는 점, 지나치게 장기인 입원기간 및 정신질환자의 의사나 이익에 반하는 장기입원이 얼마든지 가능한 점 등을 들어 침해의 최소성에 반하고, 피보호입원자가 치료의 필요성이라는 이유로 격리나 결박, 통신·면회 제한 등을 당할 수 있으며, 입원이 장기화될 경우 인간으로서 가져야 할 최소한의 존엄성마저 침해당할 수 있어 법익의 균형성에 반한다고 판단한 헌법재판소의 결정은 정신보건법 해당 조문 악용에 대한 매우 시의적절한 결정

65) 대상 결정문에 따르면, 실제로 2013년에 정신의료기관에 입원 중인 환자의 수 80,462명 중 정신질환자 본인의 의사에 반하는 입원이 59,168명으로 73.5%를, 심판대상조항에 따라 보호입원된 환자의 수는 51,132명으로, 본인의 의사에 반하여 입원된 환자 중 86.4%를 차지함으로써 본인의 의사에 반하는 입원이 전체 입원의 다수를 차지하고 있고, 본인의 의사에 반하는 입원 중에서도 심판대상조항에 의한 보호입원이 대다수를 차지하고 있었다. 또한 우리나라 정신보건입원(입소)일수는 중앙값으로 2013년 기준 262일(정신요양시설은 3,539일)로, 독일 25일, 영국 52일, 프랑스 35.7일, 이태리 13.4일에 비해 5~18배 이상(정신요양시설은 68~264배 이상) 높다.

이라 판단된다. 동 조항이 규정하고 있는 강제입원은 대상자의 치료뿐만 아니라 정신질환자로부터 그 가족과 주변인을 포함한 사회를 보호하기 위한 목적이 함께 존재하므로, 단순위험이 아닌 헌법불합치결정을 하고 입법자의 개선이 있을 때까지 계속적용을 명한 것도 타당하다.

(4) 이와 같은 헌법불합치결정의 취지를 살린 입법자의 입법개선이 매우 중요하다 할 것인데, 보호입원 제도에 대한 계속적인 문제제기에 따라 심판대상 조항을 포함한 정신보건법은 2016. 5. 29. 법률 제14424호로 이미 전부 개정되어 2017. 5. 30.부터 시행되었다. 범명칭도 정신건강증진 및 정신질환자 복지서비스 지원에 관한 법률로 개정하였는데, 심판대상조항과 관련하여 보호 의무자에 의한 입원 시 입원 요건과 절차를 강화하여 진단입원 제도를 도입하고, 계속 입원 진단 전문의 수 및 소속을 서로 다른 정신의료기관에 소속된 정신과 전문의 2명 이상으로 하며, 계속입원 심사 주기를 단축하여 기존 법의 보호입원제도의 문제를 개선하였다.

그러나 입원 심사를 시행할 진단의사가 턱없이 부족하고, 퇴원환자 보호를 위한 사회 시스템이 부재한 현실로 인해 개정법은 시행되자마자 많은 비판을 받고 있다. 또한 개정법에 따르면이라도 보호의무자와 정신과 전문의가 입원 및 퇴원의 결정과 심사 등을 담당한다는 점에서 근본적인 문제는 여전히 남아있다고 판단되며, 장기적으로는 입원 및 퇴원 결정과 심사 등을 모두 판사가 담당함으로써 국가가 보호입원에 관한 결정권을 가족으로부터 회수하여 그 부담과 의무를 책임지는 방향으로 개선되는 것이 바람직하다고 생각된다.⁶⁶⁾

66) 같은 취지로 신권철, 정신보건법의 이념과 현실을 통해 본 이데올로기, 28면; 독일의 경우는 입원 및 퇴원의 결정과 심사 등을 모두 판사가 담당하고, 환자가 입원과정에서 지원받을 수 있는 절차보좌인을 국가가 선임해주는 제도를 취하고 있다고 한다(박귀천, “독일의 정신보건법제와 정신질환자 강제입원제도”, 이화여자대학교 법학논집(제19권 제2호), 2014, 12., 358면 참조).

III. 마치며

2016년에도 다른 해와 마찬가지로 의료분야에서 눈 여겨 보아야 할 여러 판결이 선고되었다. 의료민사와 관련하여 ① 제왕절개 수술 시 불임수술도 함께 청약하였으나 불임수술은 하지 아니한 사례, ② 의료과실 추정 관련, ③ 병원측 책임을 100% 인정한 사건, ④ 정신과 환자 관련 사고에서 병원 책임을 인정한 사건들을 관련판결과 함께 소개하였다. 의료행사와 관련해서는 치과의사의 안면 보톡스 시술이 면허범위 내 의료행위인지 여부에 대한 대법원 전원합의체 판결을 분석하였다. 그리고 의료행정과 관련하여 ① 의료인이 다중으로 의료기관을 운영한 경우 이에 대하여 국민건강보험법상 환수처분을 할 수 있는지 여부, ② 임의비급여진료 동의를 전제로서 설명의무에 관한 판결을 검토하였고, 정신질환자 보호입원 사건에서 제청된 보호의무자 2인의 동의와 정신건강의학과전문의 1인의 진단에 의하여 정신질환자를 입원시킬 수 있도록 한 정신보건법 제24조에 대하여 위헌법률심판결정에 대해 소개하였다.

의료민사에서 소개한 ① 제왕절개 수술시 불임수술은 하지 않은 사안에서는 의사와 환자 사이에 의료계약체결과정에 대한 구체적인 판시가 이루어지지 않은 점이 아쉬웠고, 1996년 서울고등법원 판결에서는 1심에서 손해로 인정된 양육비를 손해로 인정하지 않았으나 대상판결인 2016년 서울고등법원 판결에서는 1심에서 손해로 인정하지 않은 양육비를 손해로 인정하여 상반된 결론을 내린 점이 특이했다. 1996년, 2016년 사안 모두 상고를 제기하지 않아 그대로 확정되어 상반된 결론으로 남아 있게 되었으나 이 부분은 향후 대법원 판결로 정리가 필요한 부분으로 보인다. ② 의료과실추정과 관련하여 소개한 두 판결은 모두 대법원에서 심리불속행기각 판결을 받았으나, 결과적으로 의료시술과 결과 사이의 인과관계만으로 의료시술상 과실까지 추정을 한 사안과 의사와 한의사 사이의 협진 의무의 한계와 관련된 사안이라는 점에서 심리불속행기각판결을 할 사안이었는지 의문이 남는다. 이와 관련해서는 심리불속행기각제도에 대한 재고가 필요함을 다시 한 번 생각하게 하였다. ③ 병원측 책임을

100% 인정한 사안에서 문제된 후방 분절 골절단술, 양측성 시상 분할 골절단술을 이용한 하악 전진술 및 중격 갑개성형술' 등은 의료진의 과실이 없다고 할지라도 합병증이 발생할 수 있고, 이산화탄소 혼수에 대한 대처가 미흡했다고 본 1시간 45분 동안 제대로 대처했다더라면 해당 악결과가 발생하지 않았으리라는 점이 100% 담보되지 않은 상황에서 책임제한사유가 전혀 없다고 본 점은 의료행위의 선의성과 불확실성을 고려하지 않은 것으로 보이는 점에서 아쉬움이 남는다. ④ 또한 정신과 환자와 관련한 판결들의 경우 개방병동보다 폐쇄병동에서의 주의의무가 더 높다고 보고 개방병동과 폐쇄병동을 실질적인 관점에서 파악한 점은 타당해 보인다. 그리고 간병인과 관련한 책임과 관련하여 병원의 개입 여부에 따라 병원의 책임이 있는지 여부를 구분한다는 점에서 일반 민사법적 법리에 충실한 판결로 수긍할 수 있어 보이나, 한편으로는 외국과의 비교를 통해 한국의 간병인 제도를 의료의 영역으로 편입하는 등의 정비가 있어야 할 것이다. 최근 도입된 포괄간호서비스제도와 관련해서도 간병인제도의 변화가 필요할 것으로 보인다.

의료행사로 검토한 치과 의사가 안면 보톡스 시술을 할 수 있는지 여부와 관련하여서는 대법원의 다수의견이 그 동안 판시해 온 범문언의 통상 가능한 의미를 벗어나서 해석한 것은 아닌가 하는 의문이 남는다. 다만, 의료인의 면허범위와 관련하여 그동안 의사와 한의사 간의 의료행위의 경계가 문제되어 왔다면 근래에는 의사와 치과 의사 간의 의료행위의 경계도 문제되었는데 위 전원합의체 판결로 치과 의사가 할 수 있는 의료행위의 범위에 대한 기준이 상당부분 제시된 것으로 보인다.

의료행정과 관련한 ① 의료인이 다중으로 의료기관을 운영한 경우 국민건강보험공단이 부당이득환수처분을 할 수 있는지 여부와 관련하여 지금까지 주류를 이루는 판례는 의료법을 위반한 경우에는 그 위반과 관련된 요양급여비용은 모두 환수할 수 있다는 입장이었는데, 의료법을 위반한 경우라 할지라도 요양급여비용을 환수할 수 없는 예외적인 경우로 인정될 수 있을지 주목된다. ② 또한 임의비급여의 설명의무와 관련한 판결은 임의비급여가 예외적으로 허용

될 수 있기 위한 요건으로서 가입자 측의 동의가 필요한데 그 전제로서 설명의 무가 어떠해야 하는가에 대한 기준을 제시했다는 점에서 향후 요양기관에서 임의비급여를 하게 될 경우의 행동준칙을 제시했다는 점에서 의미가 있다.

마지막으로 정신보건법에 대한 위헌법률심판 결정에서는 보호입원제도가 악용되고 있는 현실에서 해당 정신보건법이 과잉금지원칙을 위배했다고 판시한 점은 타당하다고 할 것이다. 다만 개정된 정신보건법 역시 보호입원 대상자의 기본권 보장에 미흡하다는 점에서 지속적인 제도개선이 필요하다고 본다.

[참 고 문 헌]

- 국회 보건복지위원회 의료법 일부개정법률안 심사보고서(의안번호 1813477)
김선욱·정혜승, “의료인의 의료기관 다중운영 금지 조항의 위헌성”, 『의료법학』 제16권 제2호, 대한의료법학회, 2015.
- 박귀천, “독일의 정신보건법제와 정신질환자 강제입원제도”, 『이화여자대학교 법학논집』 제19권 제2호, 2014, 12.
- 신권철, “정신보건법의 이념과 현실을 통해 본 이데올로기”, 『한국정신보건사회 복지학회 학술발표논문집』 제5권, 한국정신보건사회복지학회, 2016.
- 유현정, “병원감염 사건에서 증명책임 완화에 관한 입법적 고찰 - 개정 독일민법을 중심으로-”, 『의료법학』 제16권 제2호, 대한의료법학회, 2015,
- 전수영, “거버넌스 관점에서 정신보건법상 비자의입원의 문제점분석을 통한 개선방안 모색”, 『홍익법학』 제15권 제4호, 2014.

[국문초록]

2016년 주요 의료판결 분석

박태신(전북대학교 법학전문대학원 부교수)
유현정(유현정 법률사무소 변호사, 고려대학교 박사과정)
정혜승(법무법인 세승 변호사, 한양대학교 석사과정)
이동필(법무법인 의성 변호사, 내과전문의)
이정선(법률사무소 건우 변호사, 고려대학교 박사과정)

2016년에 선고된 의료관련 판결들을 법원도서관 검색사이트와 법률전문기사를 통해 검색하여 다음과 같이 분석·소개하였다.

의료민사와 관련하여 ① 제왕절개 수술 시 불임수술도 함께 청약하였으나 불임수술은 하지 아니한 사례에서는 의료계약체결과정에 관사의 결여에 대한 아쉬움과 함께 침해되는 권리 및 배상범위를, ② 의료과실 추정 관련에서는 과실추정법리의 한계를 벗어난다는 점과 한의사의 협진 의무를 매우 높은 정도로 요구했다는 점을, ③ 병원측 책임을 100% 인정한 사건에서는 의료행위의 선의성과 불확실성에 대한 간과를 지적하면서, ④ 정신과 환자 관련 사고에서 병원 책임을 인정한 사건들을 관련판결과 함께 소개하였다.

의료형사와 관련해서는 치과의사의 안면 보톡스 시술이 면허범위 내 의료행위인지 여부에 대한 대법원 전원합의체 판결을 다수의견의 해석이 법문언의 가능한 범위 내에 있는지의 관점에서 분석하였다.

그리고 의료행정과 관련하여 ① 의료인이 다중으로 의료기관을 운영한 경우 이에 대하여 국민건강보험법상 환수처분을 할 수 있는지 여부를 다중으로 운영된 의료기관이 의료법에 따라 개설된 의료기관에 해당하는지의 관점에서 분석하고, ② 임의비급여진료 동의를 전제로서 설명의무에 관한 판결을 설명의 대상, 정도, 주체의 면에서 검토하였다.

마지막으로 정신질환자 보호입원 사건에서 제청된 보호의무자 2인의 동의와 정신건강의학과전문의 1인의 진단에 의하여 정신질환자를 입원시킬 수 있도록 한 정신보건법 제24조에 대하여 위헌법률심판결정에 대해 소개하면서 개정된 정신보건법에 대한 문제점을 아울러 제시하였다.

주제어: 불임수술, 과실추정, 치과의사의 면허범위, 다중운영 의료기관, 임의비급여, 보호입원, 폐쇄병동

Review of 2016 Major Medical Decisions

Park Tae Shin¹, Yoo Hyun Jung², Jeong Hye Seung³,

Lee Dong Pil⁴, Lee Jung Sun⁵

¹*CBNU*; ²*Law Office Yoo Hyunjung*; ³*Kim & Hyun*;

⁴*Lawfirm UiSung*; ⁵*Law Office Gunwoo*

=ABSTRACT=

We searched out court rulings on medical affairs through court library search sites and specialized articles on medically relevant judgments sentenced in 2016. And we selected and analyzed the judgements of the court we considered important as follows.

In relation to the medical civil judgements, ① In the case of applying surgery for female infertility during cesarean section operation but it has not been done, we expressed the regret for the lack of judgment in the process of entering the medical contract, introducing the rights infringed and the scope of compensation, ② We pointed out that the ruling on the medical malpractice estimation goes out of limit of negligence estimation doctrine, and that the court asked very high degree duty of the traditional Korean medicine doctors to cooperate with Western medicine doctors. ③ In the case of admitting hospital's 100% responsibility, we pointed out the court overlooked the uncertainty and good intention of the medical practice. ④ Additionally, We introduced the cases admitted the hospital's responsibility in the accident related to the psychiatric patients in closed ward.

Relating to a medical criminal ruling, we analyzed the supreme court decision about whether the dentist's Botox injection on the patient's face is a medical practice within the scope of the license from the viewpoint whether it is within the possible range of the word.

And, concerning decisions on healthcare administration, ① we analyzed the case about when medical personnel operate multiple medical institutions, whether

it is possible to get back medical care costs under the National Health Insurance Law, ② We commented on the ruling regarding explanation obligation in terms of object, degree, subject of explanation as a prerequisite for permissible arbitrary uninsured benefits.

Finally, we reviewed the decision of the Constitutional Court about the Article 24 of the Mental Health Law, which it had allowed for a mental patient to be hospitalized forcibly by the consent of two guardians and a diagnosis of a psychiatrist. Also we indicated the problems of the revised Mental Health Law.

Keyword: Surgery for female infertility, Negligence estimation, The scope of dental physician's license, Multiple operating medical institutions, Arbitrary uninsured benefits, Protective hospitalization, Closed ward