

2017년 주요 의료판결 분석

이정선*. 이동필**. 유현정***. 정혜승****. 박태신*****

I. 들어가며

II. 2017년 주요 의료판결

1. 틀니도급계약의 법적 성질
2. 약화사고
3. 감염관련
4. 설명의무의 대상이 되는 의료행위의 범위
5. 손해배상의 범위
6. 진단서 관련
7. 태아보험

III. 마치며

I. 들어가며

의료문제를 생각하는 변호사 모임(이하 ‘의변’이라 함)은 예년과 같이 2017년 한 해 동안 선고된 판결들 중 의미 있는 의료 관련 판례를 선정하여 정리하였다. 의변 학술단 소속 5명의 변호사는 법원도서관의 판결검색 사이트에서 2017년 선고된 대법원과 서울고등법원 판결 중 “손해배상(의)”로 검색한 100여 건의 판결과 각 법원 홈페이지에 게시된 주요 판결, 법률신문에 2017. 1.부터 12.까지 보도된 법원 소식 중 판결문에 관한 기사를 나누어 검토하였고, 그

* 논문접수: 2018. 6. 15. * 심사개시: 2018. 6. 16. * 게재확정: 2018. 6. 26.

* 법률사무소 건우 변호사, 고려대학교 박사과정.

** 법무법인 의성 변호사, 내과전문의.

*** 나음 법률사무소 변호사, 고려대학교 박사과정.

**** 신·유 법률사무소 변호사, 한양대학교 석사과정.

***** 전북대학교 법학전문대학원 부교수.

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 4차례의 회의와 다수의 이메일 교환 등을 통해 각 판결을 분석하고 그 의미에 관하여 토론한 후 다음과 같이 정리하였다.¹⁾

II. 2017년 주요 의료판결

1. 틀니도급계약의 법적 성질²⁾

- 서울중앙지방법원 2017. 10. 25. 선고 2017가소185508 판결

가. 사실관계

원고는 치과의사인 피고에게 2015. 3. 19.부터 2016. 4. 15.까지 치아치료를 받았고 2015. 8. 4. 하악 틀니를 제공받았는데, 틀니를 사용하면서 아픈 부분이 있자 2015. 9. 14. 피고에게 불편을 호소하였다. 원고는 그 후 지속적인 교정과 치료 후에도 그 불편이 해소되지 아니하자, 틀니제작비용을 포함하여 지급한 치료비 전액인 4,900,000원을 반환하라는 내용의 이 사건 소를 제기하였다.

나. 법원의 판단

법원은 원고와 피고 사이에 체결한 계약에 따라 피고에게 치아치료와 틀니

1) 의변 학술단에서는 판결분석을 위하여 2018. 2. 22., 3. 9., 3. 30. 및 4. 26. 총 4차례 판결분석 회의를 하였다.

2) 2011년 법무부 제3기 민법개정위원회 제5분과위원회는 의료계약 신설안을 마련하였고, 2012년 제4기 민법개정위원회 실무위원회도 실무위안을 제시하면서 신설에 찬성하는 입장을 보였으나, 현재까지 민법전에 편입되지는 못하였다. 박수근, “의료계약의 민법편입과 과제”, 민사법학(제60호), 한국민사법학회, 2012. 9, 194면 각주 2) 참조.

제작의무가 있다고 전제하면서 치아치료와 틀니제작행위를 나누어 다음과 같이 판단하였다.

먼저 치아치료에 대해 “의사가 환자의 치유를 위하여 선량한 관리자의 주의 의무를 가지고 현재의 의학수준에 비추어 필요하고 적절한 진료 조치를 다했다면 그 진료 결과 질병이 치료되지 아니하였다 하여도 그 진료비의 반환을 청구할 수는 없다”고 하면서 피고의 과실을 인정할 증거가 없다고 판시하였다.

반면 피고의 틀니제작에 대해 “틀니의 제작의무는 도급계약의 성질을 가지는 치료행위라고 보아야 한다. 따라서 틀니가 맞지 않아 사용할 수 없다면 이는 불완전 이행에 해당하여 당사자는 그 계약을 해제할 수 있고 그 원상회복의무로서 치료비의 반환을 청구할 수 있다고 할 것이다. 원고는 틀니를 사용한 직후부터 틀니가 맞지 않아 불편을 호소하였고, 피고의 여러 번에 걸친 교정치료에도 불구하고 교정되지 아니하여 결국 틀니를 사용하지 못하고 있다. 그렇다면 원고는 그 목적을 달성할 수 없게 되었는데, 이에 대한 대부분의 책임은 피고에게 있다 할 것이다(원고도 자신의 건강상태를 정확하게 알려야 피고가 건강상태나 잇몸상태를 파악하여 틀니를 제작할 수 있는데, 이를 알리지 아니한 잘못이 있다).”고 하면서 틀니제작비용은 전체 비용의 1/3 정도로 보이므로 원고의 과실을 참작하여 피고는 150만 원을 원고에게 반환하라고 판시하였다.

다. 판결의 의의 및 관련판결

(1) 판결의 의의

진료계약의 법적 성질에 따라 채무불이행 여부에 대한 판단이 달라질 수 있으므로 진료계약을 전형계약의 하나로 포섭할 수 있는지 아니면 민법전에 규정된 전형계약으로 포섭하기 어려운 비전형계약으로 보아야 하는지는 법적 책임을 묻는데 실천적인 의미를 갖는다고 볼 수 있다.

그동안 판례는 의료인의 진료채무는 결과채무가 아닌 수단채무이므로 질병이 치료되지 않았다고 하여도 이를 두고 채무불이행이라고 할 수 없다고 판

시하여 왔다.³⁾ 그리고 학설은 위임 또는 위임유사의 무명계약으로 보면서 위임에 관한 규정을 그 성질에 반하지 않는 범위 내에서 유추적용해야 한다는 견해가 지배적인 것이었던 것으로 보인다.⁴⁾ 다만, 의료용구제작공급 계약은 도급으로 보아야 하는 예외적인 경우라고 하였다.⁵⁾⁶⁾

위 판결은 진료행위를 그 구성부분별로 나누어 위임이나 위임 유사의 무명계약으로 보아야 하는 부분과 일의 완성을 목적으로 하는 도급계약의 성질을 가지는 부분으로 나누어 그 법률관계를 달리 판단하고 있다. 진료계약을 여러 전형계약 또는 비전형계약의 내용이 혼재되어 있는 혼합계약으로 파악하여 치아치료 부분은 위임 또는 위임 유사의 비전형계약의 성질을, 틀니제작부분은 도급 계약의 성질을 갖는 것으로 보고 그에 따른 각 법리를 적용한 것으로 보인다. 따라서 치아치료 부분은 수단채무로, 틀니제작부분은 결과채무로 보고 그에 따른 채무불이행 여부를 판단하였는바, 이는 진료계약의 각 행위별로 나누어 그 법적 성질을 달리 보아 당사자가 계약 당시 표시행위에 부여한 객관적인 의미에 부합하는 방향으로 법률행위를 해석해야 한다는 점에서 타당하다고 생각한다.⁷⁾⁸⁾

3) 대법원 2001. 11. 9. 선고 2001다52568 판결은 “의사가 환자에게 부담하는 진료채무는 질병의 치료와 같은 결과를 반드시 달성해야 할 결과채무가 아니라 환자의 치유를 위하여 선풍한 관리자의 주의의무를 가지고 현재의 의학수준에 비추어 필요하고 적절한 진료조치를 다해야 할 채무 즉, 수단채무라고 보아야 할 것이므로, 위와 같은 주의의무를 다하였는데도 그 진료 결과 질병이 치료되지 아니하였다 하더라도 치료비는 청구할 수 있다.”고 판시하였다. 대법원 1993. 7. 27. 선고 92다15031 판결도 같은 취지.

4) 김천수, “진료계약”, 민사법학(제51호), 한국민사법학회, 1997. 4. 150면 이하.

5) 김천수, 앞의 논문, 151면 각주 11).

6) 독일의 경우 2013. 2. 26. 의료계약이 전형계약의 하나로 규정되기 이전에는 독일민법 제669조가 위임계약을 무상계약으로 규정하고 있어서 고용계약으로 보는 것이 일반적인 견해였다고 한다. 그러나 소변검사, 혈액검사, 의수, 의치 등 제작공급은 도급계약으로 보았고, 다만 미용성형, 인공생식 등 특정 의료행위를 일의 완성을 목적으로 하는 도급계약으로 보아야 하는지에 대해서 견해가 나뉘었다고 한다. 자세한 내용은 이재경, “독일민법의 의료계약에 관한 연구”, 중앙법학(제19집 제1호), 중앙법학회, 2017. 3., 11-13면 참조.

7) 김중길, “전문직 서비스계약의 급부의무로서 ‘기술 및 주의의무’에 관한 비교법적 고찰”, 비교사법(제24권), 한국비교사법학회, 2017. 5., 780면도 같은 취지.

8) 대법원 2010. 10. 14. 선고 2009다67313 판결은 “법률행위의 해석은 당사자가 그 표시행위에 부여한 객관적인 의미를 명백하게 확정하는 것으로서, 사용된 문언에만 구애받는 것은 아니지만, 어디까지나 당사자의 내심의 의사가 어떤지에 관계없이 그 문언의 내용에 의하

(2) 관련판결

한편 법원은 휘어진 콧등을 교정하기 위해 콧등수술을 하였으나 콧등의 휘어짐이 수술 전보다 심해져 손해배상을 구한 사안에서 다음과 같이 성형수술은 도급계약적인 성질을 가지므로 진료행위의 결과가 애초에 의도한 목적에 부합하지 못할 경우 의료인이 자신의 귀책사유 없음을 증명하지 못하면 진료비를 청구할 수 없다고 하였다.⁹⁾

“이러한 성형수술에 있어서는 일반적인 질병의 치료와는 달리 의사와 환자 사이에 성립된 계약의 내용이 위임계약을 넘어 도급계약적인 성질을 가진다고 볼 수 있다. 따라서 단지 심미감의 차이로 환자가 만족을 못하는 경우가 아니라 성형수술 후에 애초에 의도한 목적을 달성하지 못한 경우에는 의사가 성형수술을 함에 있어서 그 의무를 이행하지 못했다고 볼 수 있는 여지가 많고, 특히 환자 개인의 체질이나 특성에 따라 의료행위의 효과가 달라서 의사가 진료행위의 결과를 예견하거나 회피하는 것이 불가능하였다는 사실을 입증할 수 없는 이상 의료계약상의 의무를 이행하지 못했다고 인정할 수 있을 것이다.”¹⁰⁾

여 당사자가 그 표시행위에 부여한 객관적 의미를 합리적으로 해석하여야 하는 것이고, 당사자가 표시한 문언에 의하여 그 객관적인 의미가 명확하게 드러나지 않는 경우에는 그 문언의 형식과 내용, 그 법률행위가 이루어진 동기 및 경위, 당사자가 그 법률행위에 의하여 달성하려는 목적과 진정한 의사, 거래의 관행 등을 종합적으로 고려하여 사회정의와 형평의 이념에 맞도록 논리와 경험의 법칙, 그리고 사회일반의 상식과 거래의 통념에 따라 합리적으로 해석하여야 한다. 이러한 법리는 비전형의 혼합계약의 해석에도 적용된다고 할 것인데, 비전형의 혼합계약에서는 다수의 전형계약의 요소들이 양립하면서 각자 그에 상응하는 법적 효력이 부여될 수 있으므로, 당사자가 그 표시행위에 부여한 객관적인 의미를 있는 그대로 확정하는 것이 필요하다.”고 판시하였다.

9) 서울중앙지방법원 2014. 12. 5. 선고 2013가소865646 판결.

10) 위 사안에서 법원은 수술 전보다 콧등의 휘어짐이 심해진 것이 원고의 체질이나 신체적인 특성에 기인하였다는 점을 증명하지 못했으므로 원고는 진료비를 지급할 의무가 없다고 판시하였다.

2. 약화사고

가. 서울고등법원 2017. 4. 4. 선고 2013나2010343 판결

(1) 사건 개요

원고(34세 여자)는 2010. 1. 28. (이하 연도 생략) 저녁 무렵 감기, 몸살 기운이 있어 가족에게 부탁하여 약사인 피고3이 운영하는 약국에서 아세트아미노펜(acetaminophen)이 주성분으로 되어 있는 복합제 ‘스파맥’ 1통(10정)과 쌍화탕 1포를 구입하여 당일 저녁 쌍화탕 1포와 ‘스파맥’ 2정을 복용하였고, 다음 날인 1. 29. 아침과 저녁에 ‘스파맥’ 각 2정씩 총 4정을 복용하였으며, 1. 30.에도 같은 방법으로 총 4정의 ‘스파맥’을 복용하였다.

원고는 1. 31. 오전 피고2 병원 응급실로 내원하여 ‘2일 전부터 시작된 근육통과 얼굴 주위 붓는 경향, 인후통, 무릎 안쪽으로 가려움증을 동반한 발진’ 증상을 호소하였으며, 당시 진료를 한 의사에게 약물 알레르기를 포함한 특별한 병력은 없다고 고지하였고, 검진상 원고의 체온은 38.1℃였으며 나머지 활력 징후는 정상이었다.

피고2 병원 의사는 원고의 증세를 급성 상기도감염으로 보고, 해열진통제(diclofenac), 항히스타민제(peniramine)를 정맥주사 하였고, 경구약으로 아세트아미노펜(acetaminophen), 항히스타민제(peniramine), 스테로이드 호르몬제(prednisolon), 위산분비억제제(cimetidine) 및 진해제(dehydrocodein) 등을 처방하였다.

원고는 귀가 후 1. 31. 점심 및 저녁 식사 후 피고2 병원에서 처방해 준 약을 복용하였고 1. 31. 23:00경 A병원을 방문하였는데, 당시 원고는 A병원 의료진에게 ‘열, 인후통, 전신 가려움증 증세로 피고2 병원 응급실에서 치료를 받았으나 증세가 더 심해져 내원하였고, 1. 30. 저녁부터 다리 쪽 발진(rash)과 가려움증(itching sense)이 시작되어 1. 31. 저녁부터는 상체 쪽으로 심해진다.’고 자신의 증세를 설명하였다. 이에 A병원 의료진은 해열진통제(diclofenac), 항히스타민제(peniramine), 위산분비억제제(ranitidine)를 주사투여 하고, 항

생제(amoxicillin), 소염진통제(ketorolac tromethamin) 및 위염 예방제를 경구약으로 처방하였다.

원고는 2. 1. 오전 증세가 더욱 악화되었다며 A병원에 다시 내원하였는데, 이학적검사상 편도에 삼출물이 덮여있고 턱 앞쪽과 아래쪽 밑에 압통을 동반한 붓기 등이 관찰되고 혈액검사, 소변검사 등에서 염증소견이 확인되자 의료진은 원고의 증세를 스티븐 존슨 증후군(Steven Johnson syndrome, 이하 ‘S-J 증후군’이라 함)으로 의심하고 같은 날 B대학병원으로 전원하였으며, B대학병원에서는 원고에 대하여 독성 표피 괴사용해증(Toxic Epidermal Necrolysis, 이하 ‘TEN’이라 함)으로 진단하고 모든 약제를 중단한 뒤 면역글로불린 주사, 드레싱, 안약투여 등의 치료를 하였으나, 결국 원고는 S-J 증후군 내지 TEN의 후유증으로 우안 광각인지,¹¹⁾ 좌안 안전수지¹²⁾로 시력이 저하되어 영구장해로 남게 되었다. 이에 원고는 ‘스파맥’ 의약품을 생산한 제약회사(피고1), 원고를 진료한 피고2 병원, ‘스파맥’을 판매한 약사(피고3)를 상대로 손해배상청구소송을 제기하였다.

(2) 법원의 판단

법원은 피고1 제약회사에 대한 청구에 대해서는 “‘스파맥’ 제품안내서의 복용시 주의사항란에 ‘이 약의 복용 후 곧바로 두드러기, 부종 등의 증세가 나타나는 경우, 고열을 수반하며 발진, 발적, 화상 모양 수포 등의 격렬한 증상이 전신 피부, 입 및 눈의 점막에 나타나는 경우 즉각 복용을 중지하고 의사 또는 약사와 상의하라’는 기재가 있어 S-J 증후군 내지 독성 표피용해증의 위험성을 효과적으로 기재하였다고 봄이 상당하여 표시상 결함을 인정할 수 없다며 기각하였다.

또한 피고3 약사가 복약지도의 불충분으로 필요한 의약품 선택에 도움을 주

11) 빛이 있다, 없다는 정도만 인지할 수 있는 시력상태.

12) 눈의 20~30cm 앞에 위치한 손의 손가락 개수를 파악할 수 있는 정도의 시력상태.

지 못했고 ‘스파맥’의 주성분인 아세트아미노펜의 위험성, 부작용 등에 대해 설명을 제대로 하지 않았다는 원고의 주장에 대하여, 약사법 규정에 따라 일반 의약품을 판매할 때 약사는 필요하다고 판단되는 경우 복약지도를 할 수 있고 구매자가 필요한 의약품을 선택할 수 있도록 도와준다는 것인데, 피고3 약사는 원고의 감기, 몸살 증세에 적합한 약을 권하여 도와주었으므로 일반의약품을 판매할 때 필요한 복약지도를 다 한 것이고, 아세트아미노펜에 의한 S-J 증후군 내지 TEN의 발병은 매우 드물게 보고되고 있으며, ‘스파맥’ 의약품 설명서에는 S-J 증후군 내지 TEN에 해당하는 증상이 발생하면 즉각 복용을 중단하고 의사 또는 약사와 상의하라는 기재가 있고 약사가 일반의약품을 판매하며 해당 약제에 의한 매우 예외적인 부작용까지 자세히 설명할 의무가 있다고 보기 어렵고, 일반의약품의 경우에는 약물 부작용의 구체적인 내용에 관하여 구매자가 개별 약제에 첨부된 제품안내서를 참조하는 것이 상당하다는 점을 들어 피고3 약사의 주의의무 위반도 인정하지 않았다.

반면 법원은 피고2 병원에 대해서는, 원고가 피고2 병원 응급실에 내원할 당시 발열이 있었고 특히 얼굴 주위의 붓는 경향 및 무릎 안쪽으로 가려움증을 동반한 발진 증상을 호소하고 있었으므로 감염성 질환 또는 약물에 의한 알레르기 질환, 자가면역 질환 등을 의심할 상황이었는데, 의료진은 원고로부터 내원 전 감기약을 복용한 바 있다는 사실을 들은 이상 약물에 의한 부작용 가능성을 염두에 두고 원고가 복용한 약의 종류, 주성분, 복용량, 복용 시기, 복용 사이의 간격 등을 자세히 문진할 필요가 있었음에도 이를 전혀 하지 않은 점, 아세트아미노펜의 부작용으로 안면 부종, 두드러기 등이 있고 이러한 부작용은 S-J 증후군이나 TEN과 달리 비교적 빈번하게 발생한다고 알려져 있으므로 피고2 병원 의료진이 문진을 철저히 하였다면 적어도 추가로 아세트아미노펜 계열의 약을 추가 처방하는 조치는 피할 수 있었던 것으로 보이는 점, S-J 증후군과 TEN은 진단이나 치치가 늦어지는 경우 치명적인 합병증과 높은 사망률을 보이는 질환이므로 빨리 진단하고 원인이 되는 약물을 바로 중지하는 것이 가장 중요하면서도 최선의 치료법이고 조기 치료를 통해 피부 침범, 점막괴사, 병의

중증도를 줄일 수 있는 것으로 알려져 있으므로 피고2 병원 의료진이 조기에 아세트아미노펜 중단 등의 적절한 조치를 취하였다면 원고가 양안 실명이라는 중증의 장애에까지 이르지 않았던 것으로 보이는 점 등을 근거로 피고2 병원의 과실책임을 인정하였다.

다만 S-J 증후군과 TEN은 적절한 치료를 하더라도 급격한 경과를 거쳐 예후가 좋지 못할 가능성이 높은 점, S-J 증후군과 TEN은 환자마다 그 진행속도나 후유증이 다른데 원고에게 중증의 장애가 남은 원인에는 원고 자신의 면역 기전이나 체질적 소인이 작용하였을 가능성을 배제할 수 없는 점 등을 참작하여 피고2 병원의 책임을 30%로 제한하였다.¹³⁾

나. 서울고등법원 2017. 10. 26. 선고 2017나2000092 판결¹⁴⁾

(1) 사건 개요

원고(32세 남자)는 2012. 5. 31.(이하 연도 생략) 발열, 설사 등의 증상으로 이비인후과 의사인 피고에게 진료를 받았다. 피고는 급성 인후두염, 상세불명의 위장염 및 결장염, 위궤양, 알레르기비염 등으로 진단하고 항생제인 린코마이신을 주사투약하고 약으로 타이레놀, 캐롤에프, 스멕타현탁액, 페니라민, 큐란 각 2일분을 처방하였다(1차 진료).

원고가 6. 1. 두드러기, 재채기, 콧물, 가래 등의 증상으로 다시 피고에게 방문하여 피고는 만성비염, 알레르기비염, 기관지염, 위궤양으로 진단하고 다시 린코마이신을 주사투약하고 약으로 타이레놀, 시네츄라시럽, 큐란, 에바스텔, 코데날 및 소론도 각 2일분을 처방하였으며(2차 진료) 원고는 이를 복용하였다. 원고는 2차 진료 직후 눈의 이물감, 충혈, 통증 증상으로 안과 의원에 내원하여 결막염 진단을 받아 톨론점안액, 레보스타점안액을 처방받았는데, 6. 2.

13) 원고가 30대 중반의 여성이고 노동능력상실률이 85%에 이르러 손해배상 판결 금액은 3억3백여만원 정도였으며, 이 사건은 원고와 피고2 병원 측이 각 상고를 하여 2018. 4. 30. 현재 대법원에서 소송 진행 중이다.

14) 제1심: 서울중앙지방법원 2016. 11. 29. 선고 2015가합534727 판결.

호흡곤란 증세로 A병원 응급실로 내원하였으며 당시 두드러기, 목과 피부의 발적, 39°C의 발열, 발한, 두통, 연하통 증상을 보였다.

원고는 위 병원에 입원하여 진료를 받았으나 열이 떨어지지 않았고, 6. 3. 새벽 무렵에는 호흡곤란이 심해져 중환자실로 전실되어 기도삽관을 받았으며, 이후 두드러기가 얼굴, 상반신 전체, 하지로 퍼지면서 수포가 발생하였다. 이에 A병원 의료진은 S-J 증후군으로 진단하고 치료를 하였는데 전체 표피 면적의 35%에 이르는 피부괴사, 구강, 혀, 인두 및 후두, 각결막까지 병변이 진행되었다. 원고는 이후 호전되어 퇴원하였지만 얼굴, 등 부위에 과색소침착 및 반흔의 추상장해가 있고 양안 중심부 각막혼탁으로 인해 교정시력 기준 우안 0.1, 좌안 0.02로 저하되는 장해상태가 되어 이비인후과 의사인 피고를 상대로 소송을 제기하였다.

(2) 법원의 판단

1심 법원은 S-J 증후군 발병 기전이 명확하지 않고 이를 예측하기 어려운 점, 원고가 이 사건 이전에도 피고로부터 타이레놀, 캐롤에프 등을 처방 받아 문제없이 복용하였던 점에 비추어 피고가 1차 진료 시 약물 투약에는 과실이 없지만, 이전 4주간 병원 진료나 약품 투약이 없었던 점, 1차 진료시 처방한 약물 중 타이레놀, 캐롤에프, 큐란, 링크마이신은 두드러기, 발진 등의 부작용과 S-J 증후군을 유발할 수 있는 점, 1차 진료 후 원고에게 갑작스럽게 두드러기 증상이 나타났으므로 1차 진료시 처방한 약물의 부작용을 의심하였어야 하는 점, 그럼에도 불구하고 1차 진료시 처방한 약물의 투약을 중단하거나 약물 부작용 여부에 대한 감별진단을 하지 아니한 채 원고의 증상을 음식물에 의한 과민반응으로 판단하여 1차 처방한 약과 동일하게 S-J 증후군을 유발할 수 있는 약을 다시 처방한 점, 2차 처방약 투약 후 원고는 12시간 이내에 호흡곤란을 호소하고 A병원 응급실에 내원한 점, S-J 증후군 발생시 원인 약물의 투약 중단이 가장 중요하고 시급한 처치인 점 등을 근거로 피고의 과실책임을 인정하여 여러 사정을 고려하여 피고의 책임을 20%로 인정하였다. 이에 피고가 항소를

하여 1차 진료시 처방한 약물과 S-J 증후군 사이의 인과관계 부존재, 2차 진료에서 S-J 증후군을 진단할 수 없었던 사실 등을 주장하였으나 항소심 법원은 이를 모두 배척하였다.¹⁵⁾

다. 판결의 의의

의사가 질병을 치료하는 전제로 이상 증세의 원인에 대한 진단이 선행되어야 하는데, 이러한 진단은 문진, 시진, 촉진, 청진 및 각종 임상검사 등의 결과를 기초로 질병여부를 감별하고 종류, 성질, 진행 정도 등을 밝혀내는 임상의학의 출발점으로서 중요한 의료행위이므로, 의사는 신중하게 환자를 진찰하고 정확히 진단함으로써 위험한 결과발생을 예견하고 그 발생을 회피하는 데에 필요한 최선의 주의의무를 다 하여야 한다고 대법원은 판시하고 있다.¹⁶⁾

특히 의약품에 대한 이상반응은 그 결과가 다양하여 경미한 부작용부터 이 사건처럼 중대한 합병증의 형태로 발현될 수 있으므로 주의를 요하는데, 위 두 사건도 환자가 약물 투약 후 알레르기 반응을 의심할 수 있는 이상 증세를 보이고 있었으므로 환자를 진료한 의사로서는 약물부작용의 가능성을 염두에 두고 이를 면밀하게 검토하여 약물투약 중단조치 등을 해야 함에도 이를 하지 않은 책임과 그로 말미암아 알레르기 반응의 원인이 된 약물을 추가 처방함으로써 원고의 증세를 악화시킨 의료진의 과실책임을 인정한 타당한 판결이다.

한편, 위 가.항 사건에서 약사에게 과실책임을 인정하지 않았는데, 이는 현행 약사법에서 의사의 처방에 따른 의약품 조제와 달리 일반의약품 판매를 할 때에는 복약지도가 약사의 의무가 아닌 임의사항으로 규정되어 있는 것이 감안된 것으로 보인다.¹⁷⁾ 의약품은 부작용이 발생할 위험이 있으므로 일반인에 의한 판매가 엄격히 제한되어 있고, 예외적으로 부작용 위험이 낮아 보건복지

15) 피고가 다시 대법원에 상고하였으나 심리불속행기가 판결로 대상 판결이 확정되었다.

16) 대법원 2003. 1. 24. 선고 2002다3822 판결 등.

17) 제50조(의약품 판매) ④ 약국개설자는 일반의약품을 판매할 때에 필요하다고 판단되면 복약지도를 할 수 있다.

부장관이 안전상비의약품 판매자가 판매할 수 있도록 고시하는 해열제, 소화제, 피부용제 등 13개 의약품에 대해서만 약사가 아닌 사람의 판매가 허용되고 있다.¹⁸⁾ 결국 일반의약품이라고 하더라도 약사가 아닌 사람에게 판매를 허용하지 않는 약품은 그만큼 오남용의 위험이나 부작용 발생의 위험이 높다는 것을 의미하므로 이러한 일반의약품에 대해서는 반드시 전문가인 약사의 부작용에 대한 설명이 필요하고, 설령 그 발생 가능성이 희소하다고 하더라도 부작용의 결과가 중대한 것일 경우에는 설명의무를 부과하는 것이 국민의 건강을 위해 필요하다. 위 가.항 사건의 판결은 현행 약사법 규정에 따른 부득이한 판단으로 보이지만, 오로지 약사에게만 독점적으로 판매할 권한을 부여한 의약품에 대해서는 그만큼 책임도 뒷받침되어야 한다는 측면뿐 아니라 국민의 건강 보호를 위해서도 입법론적으로 일반의약품 판매시 약사의 설명을 의무화하는 개정이 필요하다고 생각된다.

3. 감염관련 - 서울고등법원 2017. 4. 27. 선고 2015나2012961 판결¹⁹⁾

가. 사건개요

원고는 2009. 3. 31. (이하 같은 해인 경우 연도 생략) 3층 옥상에서 낙상한 뒤 오른쪽 다리와 엉덩이 통증으로 피고 병원 응급실에 내원하여 오른쪽 대퇴골 돌기 사이 분쇄골절, 오른쪽 하퇴부 개방골절, 하악골 골절 등의 진단을 받았다. 원고는 피고 병원 내원 당시 만취상태로 지남력이 없었고, 2006년경 발병한 횡문근융해증과 저산소증 등으로 전신마취수술이 어려운 상태였다. 피고 병원 의료진은 4. 10. 원고에게 개방성 고관절 도수 정복술(이 사건 수술)을 시행하였다. 원고는 이 사건 수술 후 5일째인 4. 15.수술 부위에 고름이 발생하여 균배양검사 및 항균제 감수성 검사가 시행되었고, MRSA균이 배양되었

18) 안전상비의약품 지정에 관한 고시(보건복지부고시 제2016-156호, 2016. 8. 24. 일부개정).

19) 이 사건은 원고가 상고하였으나 심리불속행기각 되었다(대법원 2017. 8. 31. 선고 2017다230307 사건).

다. 수술 후 9일째인 같은 달 19. 수술 상처에 혈종이 있어 짜보니 400cc 정도 고름 섞인 피멍이 나와 배농술이 시행되었고, 배양 및 균동정검사, 항균제 감수성 검사가 이루어졌다. 피고 병원 의료진은 4. 21. 균동정 결과보고에 따라 항균제를 교체하였고, 수차례의 절개배농술과 변연절제술이 시행되었으나, 원고는 감염재발로 6. 10. 수술부위 인공보형물 제거수술을 받았다. 피고 병원 의료진은 6. 10. 발진, 가려움증 등 원고의 반코마이신 부작용이 심하여 감염내과 협진 아래 항균제를 중단하였고, 6. 13. 감염내과에 항균제 진료를 의뢰하였으며, 6. 14. 감염내과에서는 4. 15. 배양되었던 MRSA가 원인이라 간주하고 반코마이신을 대체하여 테이코플라닌 처방을 권고하였다. 그러나 원고는 6. 14. 뼈에서 고름이 발생하는 등 골수염이 발생하였고, 소독과 항균제치료, 절제박리술을 시행받았으며, 원고는 호전되는 듯 하다가 11. 19. 다시 수술부위에 120cc 고름이 발생하여 11. 20. bead(항균제가 발라진 구슬) 삽입술을 받았다. 원고는 12. 11. bead를 제거하고 상처재건술을 받았으나, 2009. 12. 17. 수술부위에서 MRSA가 다시 발견되었고, 의료진은 반코마이신을 연장사용하고 변연절제술을 반복하여 시행하였다. 원고는 2010. 2. 18. ~ 2010. 3. 1. 결손된 뼈 부위를 고정하는 대퇴골 고정수술을 시행받았다.

이와 같은 반복적인 감염과 수술로 원고는 2009. 3. 31.부터 927일 입원치료를 받았고, 2014. 3. 28. 만성 골수염 진단을 받았다. 원고는 현재 우측 대퇴골의 90% 이상이 없는 상태로 대퇴부 근육도 거의 남아있지 않고, 골시멘트와 금속을 이용하여 대퇴골 모양을 만들어 유지하고 있으며, 우측 하지가 11cm 단축되는 등 우측 고관절과 슬관절 부분강직과 운동제한 장애가 발생하였다.

나. 법원의 판단

1심 법원(춘천지방법원 원주지원 2015. 1. 29. 선고 2012가합1784)은 응급실 내원 당시 원고가 전신마취수술을 할 수 있는 상태가 아니었다는 이유로 피고 병원 의료진의 수술지연 과실은 부정하였으나, 이 사건 수술 전 감염 소견

이 없던 원고에게 수술 후 수술부위에 혈종이 발생하고 MRSA균 감염이 발견된 점, 피고 병원에서 이 사건 수술 당시 감염예방을 위한 조치나 수술 후 적절한 치료를 다 하였음을 입증하지 못하고 있는 점 등을 들어 감염 관리를 소홀히 한 과실이 추인되고, 원고의 골수염 등이 피고 병원 의료진의 감염예방조치 미흡 및 감염부위 사후 관리 소홀이 아닌 다른 원인으로 말미암은 것이라는 입증이 제대로 없으므로 상당인과관계가 추정된다 하여 손해배상책임을 인정하였고, 피고의 책임을 70%로 제한하였다.

이에 대하여 대상 판결은 이 사건 수술 중 과실과 감염 관리 과실을 모두 부정하고 원심 판결을 취소하였다. 대상 판결은 피고 병원 의료진의 과실을 부정한 논거로 피고 병원 의료진이 수술과정에서 지혈을 하고 배액관을 삽입하였으며, 배액량이 점차 줄어들어 제거한 점에 비추어 혈종 예방을 위한 조치를 취한 것으로 보이는 점, 원고가 의료진이 이 사건 수술과정에서 어떠한 주의의무를 위반하여 혈종이 발생하였는지에 관한 구체적 주의의무의 내용을 특정하지도 않고 있는 점, 피고병원 의료진이 감염 확인 전 경험적 항균제를 투약하였고 이 사건 수술 후 수시로 체온 측정, 혈액검사, 균배양 및 동정검사를 실시하여 MRSA가 배양됨을 알게 되자 곧바로 항균제를 투여하였으며 수술부위 세척 및 변연절제술을 포함한 소독을 시행한 점, 지속적인 감염내과 협진을 시행한 점, 의료진이 아무리 철저한 소독체계를 갖춘다 하더라도 완전한 감염예방은 불가능한 점 등을 제시하였다. 또한 대상 판결은 1심 판결이 피고 병원에서 이 사건 수술 당시 감염예방을 위한 조치나 수술 후 적절한 치료를 다 하였음을 입증하지 못하고 있다고 본 데 대하여 수술상황에서 적절한 소독과 멸균 및 예방적 항균제 사용은 프로토콜화 되어 있어 정형적으로 실시되어 의무기록에 기록되어 있지 않다고 하여 곧바로 의료진이 수술과 치료과정에서 무균조작, 소독 등 기초적인 감염관리를 소홀히 하였다고 단정하기는 어렵다고 판단하였다.

다. 판결의 의의

병원감염과 관련한 판결의 주류적인 태도는 병원감염이 발생하였다는 사실

만므로 바로 과실이 추정될 수 없다는 것으로,²⁰⁾ 비교적 엄격한 요건 하에 의료진의 과실을 추정하는 추세이다.

1심 판결은 ‘피해자 측에서 일련의 의료행위 과정에 있어서 저질러진 일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실 있는 행위를 입증하고 그 결과와 사이에 일련의 의료행위 외에 다른 원인이 개재될 수 없다는 점을 증명한 경우에 있어서는, 의료행위를 한 측이 그 결과가 의료상의 과실로 말미암은 것이 아니라 전혀 다른 원인으로 말미암은 것이라는 입증을 하지 아니하는 이상 의료상 과실과 결과 사이의 인과관계를 추정’하는 이른바 ‘일반인의 상식 법리’를 원용하여, 수술 전 감염소견이 없던 원고에게 수술 후 혈종과 MRSA균 감염이 발생하였고, 피고 병원측에서 이 사건 수술 당시 감염예방을 위한 조치나 수술 후 적절한 치료를 다 하였음을 입증하지 못하고 있으므로 과실이 추인되고, 원고의 골수염 등이 피고 병원 의료진의 감염예방조치 미흡 및 감염부위 사후 관리 소홀이 아닌 다른 원인으로 말미암은 것이라는 입증이 제대로 없으므로 상당인 과관계가 추정된다 하여 피고 병원의 책임을 인정하였으나, 이는 일련의 의료행위 과정에서 ‘일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실 있는 행위’가 특정되지 아니한 상태에서 과실을 추정한 것으로 논란의 여지가 있었다.

대상 판결은 원고가 의료진이 이 사건 수술과정에서 어떠한 주의의무를 위반하여 혈종이 발생하였는지에 관한 구체적 주의의무의 내용을 특정하지도 않고 있다는 점을 적시하고 다른 간접사실들을 들어 감염 관련 과실을 부정하였다. 법리 적용의 면에서는 일응 타당하다고 생각된다. 그러나 감염관리와 관련된 수술 당시 감염예방을 위한 조치나 수술 후 적절한 치료에 관한 의무기록을 제출하지 못한 데 대하여 1심 판결이 감염 관련 과실을 추정하는 간접사실로 설시한 데 반해 대상 판결은 ‘수술상황에서 적절한 소독과 멸균 및 예방적 항균제 사용은 프로토콜화되어 있어 ... 의무기록에 기록되어 있지 않다고 하여 감염 관련 과실을 추정할 수 없다.’고 하였는바, 프로토콜화 되어있는 것과 해당

20) 유현정, 「의료소송에서 과실과 인과관계의 증명-병원감염 판결을 중심으로」, 2014. 고려대학교 법무대학원 석사학위논문, 125-126면.

프로토콜을 엄격하게 준수하였는지 여부는 별개인 점, 예방적 항균제 사용은 투약내역을 통해 사용 여부가 충분히 확인될 수 있는 점에 비추어 수궁하기 어렵다. 특히 의료진은 MRSA균이 검출되어 반코마이신을 투여받고 있는 과정에서 발진과 가려움증 등 부작용으로 반코마이신을 2009. 6. 10. 중단한 다음 4일이 지난 2009. 6. 14.에야 테이코플라닌으로 대체하여 투여하였고, 원고는 그 후 수차례 절제박리술을 받았으나 다른 균이 배양되어 항생제를 변경하는 처치를 하였으며, 골수염이 호전되지 아니한 채 다시 수술부위 고름과 MRSA균이 검출되었는바, 의료진의 과실을 추정할 수 있는 이와 같은 사실관계는 고려하지 않고 과실을 부정하는 방향으로 사실관계를 해석한 것으로 보인다.

병원감염 사건은 의료행위 중 특별한 이벤트 없이 발생하는 경우가 대부분으로, 다른 의료사건에 비하여 특히 과실을 추정할 수 있는 간접사실이나 일반인의 상식에 바탕을 둔 과실 있는 행위 자체를 증명하기 어려운 면이 있다. 이와 같은 상황에서 대상 판결과 같이 과실을 부정하는 방향으로 사실관계를 해석하거나 의료진의 과실을 추정할 수 있는 사실관계를 도외시한다면 환자가 병원감염 발생으로 인한 손해를 배상받는 것은 요원하고, 환자의 면역력이 특히 취약하거나 환자 스스로 감염관리를 소홀히 하지 않는 이상 병원감염은 대부분 환자가 개입할 수 없는 의료관리시스템의 문제에서 비롯되는 문제인 점에서 정의에도 반한다 할 수 있으므로, 대상 판결은 수궁하기 어려운 면이 있다. 병원감염사건의 특수성에 비추어 병원감염 관리 및 그 피해 구제를 위한 제도적 장치 마련과 함께 소송법상 증명책임 전환 등 제도의 개선이 필요하다고 판단된다.

라. 관련 판결

검토 범위 판결에서 병원감염이 쟁점이 된 사건은 대상 판결 외에 서울고등법원 2017. 8. 17. 선고 2016나2001210 사건, 서울고등법원 2017. 10. 26. 선고 2015나2076026 사건, 서울고등법원 2017. 10. 26. 선고 2015나2075207 사건이 있었다. 모두 감염관련 과실이 부정되어 원고의 청구가 기각되었다. 감

염관련 과실이 부정된 근거로는 감염균이 일반적인 수술 관련 감염증의 원인균은 아니라는 점, 예방적 항생제 투여와 통상적인 수술 후 항생제 사용지침에 따른 점, 침습적 수술로 인한 감염의 경우 통상 원인균의 잠복기가 7~10일 정도인데 원고의 경우 시술 시행 다음날부터 발열증상이 나타난 점, 감염시기가 명확하지 않은 점, 감염관리 미흡을 인정할 만한 객관적인 자료는 찾기 어려운 점, 체온측정, 혈액검사 등 감염관련 검사를 지속적으로 시행하는 등 진단 및 경과관찰을 게을리 하여 방치하였다고 인정하기 어려운 점 등이 제시되었다.

4. 설명의무의 대상이 되는 의료행위의 범위

가. 들어가며

설명 의무는 헌법 제10조의 자기결정권으로부터 도출되는 의무로서 진료에 대한 주의의무와는 별개의 의무로 다루어진다. 법원은 환자로 하여금 자신의 운명을 결정할 수 있도록 충분히 설명하고 환자로 하여금 선택할 수 있도록 하여야 한다는 원칙을 바탕으로 설명의무가 검사, 진단, 치료 등 진료의 모든 단계에서 발생하기는 하지만, 모든 의료과정 전반을 대상으로 하는 것은 아니고 수술 등 침습을 가하는 과정 및 그 후에 나쁜 결과 발생의 개연성이 있는 의료행위를 하는 경우 또는 사망 등의 중대한 결과발생이 예측되는 의료행위를 하는 경우 등과 같이 환자에게 자기결정에 의한 선택이 요구되는 경우를 대상으로 하는 것이라고 판시하여²¹⁾ 설명의무의 대상이 되는 의료행위의 범위를 한정하고 있다. 그러나 의료기술의 발전으로 더욱 다양하고 세분화된 의료행위가 이루어지고 있으며, 환자들도 여러 가지 치료방법에 대한 설명을 듣기 원하는 사례가 늘고 있어 설명의무의 대상이 되는 의료행위의 범위가 어디까지인지 불분명한 경우가 늘고 있다. 이하에서는 2017년에 선고된 판결 중 설명의무의 대상이 되는 의료행위의 범위가 문제된 판례들을 소개하고 각 의의를 밝혀보고자 한다.

21) 대법원 2016. 7. 14. 선고 2013다100392 판결.

나. 설명의무 대상이 되는 범위를 다소 확장한 사례 - 쯤쯤가무시병을 진단하지 못하여 치료가 지연되고 환자가 사망한 사건
- 서울고등법원 2017. 11. 9. 선고 2017나2048875 판결 -

원심판결은²²⁾은 두통, 근육통, 인후통, 39.4도의 고열, 피부발진, 혈액검사 및 간 기능 검사 결과 이상 수치를 나타내는 환자에 대하여 쯤쯤가무시병을 의심하지 못하고 4일 동안 일반적 치료만 한 피고 병원의 진단상 과실을 인정하였다. 또한, 진료기록 상 입원 4일째에 환자가 스스로 대상포진을 의심하며 피고 병원 의료진에게 감기 증상으로만 치료하고 있는 것인지 문의한 기록이 있는 것을 토대로 피고 병원이 입원기간 동안 환자의 상태, 적용 중인 치료방법이나 치료계획, 의심되는 질병의 치료방법과 발생 가능한 합병증, 그에 대비한 추가검사를 받을 것인지 등에 관한 설명을 한바 없다고 판단하여, 피고 병원 의료진이 설명의무를 위반하여 망인의 치료기회를 상실시켰거나 자기결정권을 침해하였다고 봄이 상당하다고 판시하였다. 대상 판결은 이러한 1심의 판단을 유지하였다.

주로 설명의무가 문제되는 사례들은 의료인이 어떤 의료행위를 적극적으로 시행함에 따라 문제된다. 그러나 대상 판결의 사실관계에 따르면 피고 병원은 일반적인 치료행위만을 반복했을 뿐이다. 그리고 위에서 살펴본바와 같이 모든 의료과정 전반이 설명의무의 대상은 아니다. 따라서 의료진의 과실로 쯤쯤가무시병을 진단조차 하지 못한 상황에서 관련 치료도 하지 못했고 따라서 그 위험성을 설명할 수도 없었을 것이라고 본다면 대상 판결은 설명의 대상이 될 의료행위 자체가 없었던 것이 아닌지 의문이 들 수 있다. 그럼에도 불구하고 대상 판결은 적극적인 의료행위 뿐 아니라 환자가 당연히 알고 있어야 할 스스로의 상태 및 적용 중인 치료방법이나 치료계획 자체를 설명하지 않은 것도 설명의 대상에 포함시켰다. 환자가 자기결정권을 행사하기 위해서는 '알권리'가 충분히 행사되어야 한다는 점을 고려하면 타당한 판결이지만, 적극적인 의료행

22) 인천지방법원 2016. 7. 19. 선고 2014가합54287 판결.

위가 없는 경우에 어떤 내용에 대해 설명을 하여야 환자의 알권리가 충족되고 환자가 그에 따라 자기결정권을 행사할 수 있을지에 대한 명확한 판시가 없는 점은 아쉬움으로 남는다.

다. 설명이 제대로 이루어지지 않았음에도 중대한 결과와 의료행위 간 인과관계가 부정되어 설명의무위반도 문제되지 않은 사례

(1) 흉관삽관술 등 시행 과정에서 제대로 된 설명 및 동의가 없었음에도 수술들에 따른 중한 결과가 없었던 사건

- 서울고등법원 2017. 10. 26. 선고 2016나208473 판결²³⁾

환자에게 2회의 흉관삽관술과 2회의 흉막유착술, 1회의 중심정맥삽관술이 시행되었다. 1차 흉관삽관술 시에는 필요성과 방법, 문제점 및 우발적 사고 가능성이 설명되기는 하였으나 환자가 아닌 손자며느리만이 동의서에 서명을 하였다. 또한, 1차 흉막유착술에 대해서는 수술동의서가 없었고 간호일지상 수술 후 흉통이나 열감 등 이상증상이 있을 때 알릴 것을 교육한 사실만 기재되어 있었다. 환자는 중심정맥삽관술에도 불구하고 사망하였고 가족들은 의료진이 위 수술들의 시행 전에 설명의무를 다하지 아니하여 환자의 자기결정권이 침해당했다고 주장하였다.

그러나 대상 판결은 환자에게 위 수술들로 인하여 어떠한 합병증이나 중한 결과가 발생하였다는 주장이나 증거가 없었고, 수술 후 발열증상이 있기는 하였으나 진료기록에 따르면 단순한 약물 반응 증상일 뿐이었으므로 설사 수술에 대한 설명이 이루어지지 아니하였다 하더라도 수술과 나쁜 결과 사이에 인과관계가 없어 환자의 자기결정권을 침해하지 아니하였으므로 의무위반은 아니라고 판시하였다.

23) 원피고 쌍방이 상고하지 아니하여 확정되었다.

(2) 1차 수술의 부작용을 해결하기 위한 2, 3차 수술의 경우 설명의 대상이 되지 않는다고 본 사건

-서울고등법원 2017. 7. 6. 선고 2016나2015981 판결²⁴⁾

환자는 오른쪽 무릎에 퇴행성 관절염 진단을 받고 피고 병원 A지점에서 무릎연골자가배양이식술 및 고위경골절골술을 받고 이 과정에서 절골 및 교정을 위해 정강이뼈에 내비게이션 핀을 삽입받았다(이하 '1차 수술'). 수술 후 통증이 매우 극심하여 진통제를 투여 받으며 경과를 관찰하였으나 1년이 넘도록 호전되지 않자 환자는 피고 병원 B지점을 찾아가 검사를 받았다. B지점의 의사는 1차 수술 시 핀을 박은 부위에 골절이 생겼다는 취지의 진단을 한 후 1차 수술의 부작용을 해결하기 위하여 골막절제술 및 연골성형술을 시행하였다(이하 '2차 수술'). 그러나 환자는 그 후에도 통증 및 보행장애를 겪어 다시 한 번 골막절제술을 받았다(이하 '3차 수술'). 그러나 1~3차의 수술청약서에는 '본인에 대한 수술/마취/검사의 필요성에 대하여 충분히 이해하며 예상 또는 합병증과 후유증에 대한 설명을 들었다'는 일반적인 내용만 있었을 뿐 아니라, 그 동의 서명도 환자의 남편이 대신 하였다.

대상 판결은 1차 수술 전에 설명을 충분하게 하지 않은 부분의 의무 위반은 인정하였다. 그러나 2, 3차 수술은 1차 수술로 인한 통증의 완화 및 환자의 기왕증인 만성관절염 치료를 위해 시행된 것이고, 환자의 현재 증상이 2, 3차 수술로 인한 것으로 볼 증거도 없어 중대한 결과와 침습행위 사이의 인과관계도 인정되지 않으므로 2, 3차 수술의 부작용 등은 설명의무의 대상이 아니라고 판시하였다.

(3) 판결들의 의의

환자에게 중대한 결과가 발생했다 하더라도 그것이 의료행위와 관련이 없었다면, 즉 그 의료행위가 아니었다더라도 같은 결과가 발생하였다면 의료행위

24) 원피고 쌍방이 상고하지 아니하여 그대로 확정되었다.

에 대한 설명의무가 제대로 이행되었는지가 문제되지 않는다. 의료행위로 인하여 나쁜 결과가 발생한 것이 아닌 경우, 의료행위에 대한 자기결정권을 충분히 행사하였는지 여부에 따라 결과가 달라지지 않기 때문이다. 대상 판결들에 따르면 환자에게 설명 자체가 이루어지지 않았으나 환자에게 발생한 결과는 설명 및 수술 여부와 관련이 없다는 점이 밝혀졌다. 대상 판결들은 이러한 경우에 환자가 설명을 들었다더라도 해당 의료행위의 시행에 동의했을 것이므로 환자의 자기결정권도 침해되지 않는다고 보았다.

라. 애초에 설명의 대상이 아닌 사례 - 수술과 관련한 과목의 전문의가 아니라는 점에 대해 설명할 의무는 없다는 사건

- 서울고등법원 2017. 7. 13. 선고 2016나2024305 판결²⁵⁾

전완부 신경 3개가 모두 끊어진 환자가 피고 병원에서 접합 수술을 받았으나 전완부 구획증후군이 발생하였다. 환자는 이러한 수술은 정형외과 전문의 중에서도 수부외과 세부 전문의가 시행하여야 하는 어려운 수술이므로 피고는 자신이 마취과 전문의라는 사실을 설명하여 환자를 전원하도록 하는 등 위험에서 벗어날 기회를 주었어야 한다고 주장하였다.

대상 판결은 비전문의가 다른 전문의의 전문영역에 속하는 의료행위를 한 경우에도 그 사실만으로 과실이 추정되지 않는다는 점을 전제로,²⁶⁾ 의사가 진료에 자신이 없는 경우 환자에게 설명하고 전원을 권유하여야 마땅하나 자신의 전문분야가 아닌 분야의 진료를 하는 것이 가능한 이상, 특별한 사정이 있는 경우가 아니라면 환자에게 자신의 전문 분야에 대하여 설명할 의무는 없다고 판시하였다. 특히 대상 판결은 피고가 정형외과를 운영하며 현미경을 통한 미세신경 및 혈관봉합술을 할 수 있는 시설을 갖추고 수술을 포함한 여러 차례의 신경접합 등 외과 수술의 임상경험이 있었기 때문에 굳이 전문 분야에 대해 설

25) 대상 판결에서는 사고발생 후 소득이 상향되는 사정이 생긴 경우 일실수입 산정도 문제되었다. 이하 5. 나.에서 자세히 서술한다.

26) 대법원 1974. 5. 14. 선고 73다2.27 판결.

명할 필요가 없다고 보았다. 그리고 이 사안의 경우 추석 당일 새벽 오른쪽 팔의 신경 3개가 모두 끊어진 위급한 상황이었다는 점, 다른 병원에 들러 수술 준비 시간이 오래 걸린다는 말을 듣고 응급 수술을 받기 위하여 피고 병원에 내원한 것이기에 전문의 여부가 수술 결정에 영향을 미치지 않았을 것이라는 점, 즉 환자의 자기결정권의 침해가 없었기 때문에 자신의 전문 과목을 환자에게 설명하지 않은 것이 의무위반은 아니라고 판시하였다. 그러나 의사가 충분한 능력과 경험을 갖추고 있는지는 환자가 치료여부를 결정하는 데 있어 매우 중요한 사항이다. 대상 판결은 해당 진료에 자신이 있는 경우 자신의 전문 과목에 대해 설명하지 않아도 된다는 취지로 판시하였으나, 이는 의사의 주관적 판단에 설명의무의 대상이 되는지 여부를 맡기는 격이 되어 객관적 판단이 불가능한 결과가 되고 만다. 또한, 외형적으로 정형외과 수술을 위한 장비를 갖추고 있다는 점만으로 해당 의사의 경험을 알 수는 없다. 따라서 이러한 점들은 환자의 자기결정권 침해가 없었음을 인정할 만한 근거가 되기는 어려울 것으로 판단된다.

5. 손해배상의 범위

가. 유방의 다발성 반흔 구축 및 변형을 흉부의 장기에 발생한 장애로 인정한 사례

— 대법원 2017. 9. 7. 선고 2015다243002 판결²⁷⁾

(1) 사건 개요

원고(사고 당시 33세 여자)는 2006. 2. 성형외과전문의인 피고가 운영하는 피고 의원에서 턱·광대축소술, 코 성형술, 식염수백을 이용한 유방확대술(1차 수술)을 시행 받았다가, 2010. 8. 피고 의원에서 기존 식염수백 보형물을 코히시브겔백으로 교체하는 수술(2차 수술)을 받았으며, 이후 2차 수술 부위에

27) 항소심: 서울중앙지방법원 2015. 9. 16. 선고 2014나13623 판결, 제1심: 서울중앙지방법원 2014. 2. 13. 선고 2012가단329491 판결.

구축이 발생되어 치료를 하였으나 원고의 상태가 개선되지 않자 2011. 4. 왼쪽 보형물 주위의 캡슐을 제거함과 동시에 왼쪽 보형물을 제거하는 수술(3차 수술)을 시행하였다.

이후 지속적인 치료에도 불편감이 사라지지 않자 피고는 원고의 재수술 요구에 따라 2011. 8. 원고의 왼쪽 겨드랑이 부분 구축을 제거하고 3차 수술 당시 절개한 왼쪽 유방 아래 부분의 절개부위를 다시 절개하여 구축을 제거하는 수술(4차 수술)을 시행하였는데, 4차 수술 당시 겨드랑이 부분의 구축을 제거하다 피부를 관통하였다. 이후 원고의 왼쪽 유두 전체와 유륜 일부에 피부괴사가 일어났으며, 2011. 9. 왼쪽 유방 하단의 피부를 떼어내어 유두에 이식하는 피부이식술을 시행하였지만 2011. 10. 유두와 유륜은 구축되어 함몰되었고, 2011. 11. 원고의 오른쪽 겨드랑이 부분과 왼쪽 유방 아래 부분을 절개하여 양쪽 유방 보형물을 제거하는 수술(5차 수술)을 시행하였는데, 당시 배액관(hemovac)을 삽입하지 않았다가 원고의 수술 부위에 290cc의 출혈이 발생하자 같은 날 왼쪽 수술부위를 다시 절개하여 혈종을 제거하고 배액관을 삽입하였다.

이후에도 삼출이 지속되자 종합병원 입원권유에 따라 원고는 2011. 12. 왼쪽 유방 봉와직염으로 A병원에 입원하여 치료를 받았는데 결국 원고는 유방의 비대칭, 다발성 수술 반흔 및 반흔 구축에 의한 양쪽 유방 변형이 발생하였다. 이에 원고는 피고 측의 수술상 과실을 주장하며 소송을 제기하였고 소송에서 유두괴사 및 유방변형에 대하여 일실소득 배상을 주장하였다.

(2) 법원의 판단

제1심 법원은 원고가 쉽게 구축이 발생하는 체질임에도 3차 수술 이후 4개월 밖에 지나지 않은 상태에서 4차 수술을 시행한 점, 4차 수술 당시 겨드랑이 부분의 구축을 제거하다가 피부를 관통한 점, 왼쪽 유방 부위에 대한 피고의 잦은 수술로 인해 4차 수술 후 유방 심부로부터 유륜과 유두복합체로 이행하는 혈류가 차단 또는 저하되어 원고의 왼쪽 유두 전부 및 유륜의 일부가 괴사되었

던 점, 5차 수술시 배액관을 삽입하지 아니한 채 수술부위를 봉합하였다가 출혈이 발생하자 배액관 삽입을 위해 다시 수술 부위를 절개하여 잦은 수술부위의 절개로 인하여 원고의 왼쪽 유방에 봉와직염을 초래한 과실을 인정하였다.

제1심 법원은 손해배상의 범위를 계산할 때 원고가 산업재해보상법 시행령 별표6 중 제11급 제11호 ‘흉복부 장기의 기능에 장애가 남은 사람’에 해당하여 노동능력상실율이 20%라는 신체감정의사의 감정결과를 그대로 적용하여 일실소득을 계산하고 책임비율을 50%로 적용하여 5,762만여 원의 손해배상책임을 인정하였다.

이에 원, 피고가 각 항소하여 피고는 항소심에서 진행된 진료기록감정회신을 인용하며 원고의 유방 변형 등은 외부로 노출되는 부위가 아니어서 추상장애로 인정될 수 없다는 취지의 주장을 하였지만 항소심 법원은 산업재해보상보험법 시행령 별표6 중 제11급 제11호 “흉복부 장기의 기능에 장애가 남은 사람”에 정의된 흉복부 장기는 “심장, 신장, 폐장, 늑(흉)막, 횡격막 등”으로 유방이 여기에 명시적으로 열거되어 있지 않지만 명백한 흉부의 장기에 해당한다는 점, 항소심에서 시행된 진료기록감정은 원고를 직접 대면하지 않은 상태에서 원칙적인 견해를 밝힌 것뿐이고 원고를 직접 대면하여 신체감정을 한 신체감정의사는 원고가 흉복부 장기의 기능에 장애가 남은 사람에 해당한다며 20%의 노동능력상실을 인정한 점을 근거로 원고의 노동능력상실율을 제1심과 동일하게 인정하였고, 피고가 상고하자 대법원은 항소심 판단을 그대로 인정하면서 피고의 상고를 기각하였다.

(3) 판결의 의의

유방은 인체에서 유아에게 모유를 제공하는 기능을 하는 기관이지만 심미학적 관점에서 여성의 아름다움 내지 여성다움을 표현하는 기능을 함으로써 질병(유방암)을 치료하는 과정에 불가피하게 전부 또는 일부 절제된 유방을 재건하거나 질병이 없더라도 유방의 모양이나 크기를 변화시키기 위한 수술이 널리 시행되고 있다. 그에 따라 수술의 후유증으로 유방에 변형이 발생하거

나 수유기능에 장애가 발생한 경우 이에 따른 법적 분쟁도 많이 발생하고 있다.

그런데 우리나라 법원은 손해를 산정할 때 신체장애에 대한 평가기준을 아직 맥브라이드 장애평가기준으로 적용하고 있고, 맥브라이드 장애평가기준에는 유방에 대한 평가기준이 없다. 법원은 국가배상법 시행령 별표나 산업재해보상법 시행령 별표의 신체장애등급을 보조수단으로 적용하고 있으나, 위 각 신체장애등급 기준에도 “흉복부 장기의 기능”에 장애가 발생한 경우라고 규정하고 있고 산업재해보상보험법 시행규칙 별표 장애등급 판정 세부기준 규정에 따르면 ‘흉복부 장기의 장애’에 대하여 ‘심장, 심낭, 폐장, 늑(흉막), 횡격막 등에 타각적으로 증명될 수 있는 변화가 인정되고 그 기능에도 장애가 증명된 것’이라고 정의하고 있어 유방이 ‘흉복부 장기’에 해당하는지 분명하지 않으며, 유방은 인체의 노출부위가 아니어서 추상장애로 평가하기 어려운 측면이 있다.

대상 판결은 신체감정의사가 원고의 유방에 발생한 후유증은 산업재해보상보험법 시행령 별표6 중 제11급 제11호 “흉복부 장기의 기능에 장애가 남은 사람”에 해당한다고 보아 20%로 평가한 장애율을 그대로 수용하면서 “흉복부 장기는 심장, 신장, 폐장, 늑(흉)막, 횡격막 등으로 유방이 여기에 명시적으로 열거되어 있지 않지만 명백한 흉부의 장기에 해당한다”고 판시하였다.

그런데 우리나라 어느 법령에서도 유방을 흉부의 장기로 규정한 곳이 없고 국어사전에 따르면 ‘흉부’란 ‘가슴을 전문적으로 이르는 말’이라고 정의하고 있고 ‘가슴’은 ‘배와 목 사이의 앞부분’이라고 정의하고 있다. 또한 ‘장기’란 ‘내장의 여러 기관’이라고 정의하고 있고, ‘내장’이란 ‘척추동물의 가슴 안이나 배 안 속에 있는 여러 가지 기관을 통틀어 이르는 말. 위, 창자, 간, 콩팥, 이자 따위가 있다’라고 정의하고 있다. 따라서 ‘흉복부 장기’의 문언적 해석에는 유방이 포함되기 어렵다.²⁸⁾

대상 판결에서 의사의 과실책임의 범위를 산정한 결론은 타당하다고 생각되나, 별다른 논증 없이 유방이 명백한 흉복부 장기에 해당한다는 결론을 내린

28) 김봉겸, “신체장애 평가에서 유방의 법적 지위-장기 해당 여부, 수유장애, 노동력상실에 대하여”, 의료법학(제18권 1호), 2017. 6. 30., 265-295면.

과정을 수궁하기는 어렵다. 이러한 허점은 결국 우리나라에서 제대로 된 장애 평가기준이 없기 때문인데, 현재 대한의학회가 의학계의 모든 과목 전문의와 관련 전문가들이 함께 수년간의 노력과 여러 논란 끝에 마련한 “대한의학회 (KAMS) 장애평가기준”이 제2판까지 발간되었음에도 척추의 장애평가와 관련한 이견으로 우리나라 법원이 공식적으로 이를 장애평가기준으로 채택하지 않고 있다. 장애평가기준은 의료사고 분쟁뿐만 아니라 자동차사고를 포함한 보험사고 등 모든 손해배상분쟁에서 반드시 필요한 기준으로 하루 빨리 이견을 정리하고 애써 마련된 대한의학회 장애평가기준이 우리나라 법원의 장애평가기준으로 채택되기를 희망한다.

나. 사고발생 후 취직하여 소득이 상향된 경우 일실소득 산정에 관한 사례
- 대법원 2017. 10. 22. 선고 2017다255634 판결²⁹⁾

(1) 사건 개요

피고는 마취과 전문의이면서 정형외과를 운영하며 현미경을 통한 미세신경 및 혈관봉합술을 할 수 있는 시설을 갖추고 위 수술을 포함한 여러 차례의 신경접합 등의 외과 수술 임상경험이 있었는데, 원고는 추석날인 2006. 10. 6. 새벽에 오른쪽 팔의 정중신경, 요골신경, 척골신경 3개가 모두 끊어지는 외상을 입고 다른 병원을 방문하였다가 수술준비 시간이 오래 걸린다는 말을 듣고 응급수술을 받기 위해 피고 병원에 내원하여 신경접합술 수술을 받았는데, 이후 볼크만 허혈성 구축증에 의한 오른쪽 상지 구축으로 장애가 발생하자 피고를 상대로 소송을 제기하였다.

(2) 법원의 판단

제1심 법원은 피고의 진료상 과실을 일부 인정하여 손해배상책임을 인정하였는데, 원, 피고 모두 항소를 한 항소심에서 원고가 신경접합술은 수부외과 세

29) 항소심: 서울고등법원 2017. 7. 13. 선고 2016나2024305 판결.

부 전문의가 시행해야 하는 매우 어려운 수술임에도 마취과를 전공한 피고가 직접 수술을 한 점, 피고는 수술 시행 전에 원고에게 본인이 정형외과 전문의가 아니라 마취과 전문의라는 사실을 설명하여 원고가 타 병원으로 전원하는 등 위험에서 벗어날 수 있는 선택의 기회를 제공하지 않은 점 등을 문제점으로 주장하였고 피고는 무과실 주장과 함께 일실소득 계산을 다투었다.

항소심 법원은 비전문의가 다른 전문의의 전문영역에 속하는 의료행위를 한 경우에도 의사가 전문과목 이외 분야에 대하여 진료를 한 사실만으로 과실이 추정되지 않으므로 이 사건 피고가 정형외과 전문의가 아닌 마취과 전문의라는 사실만으로 수술상 과실이 추정된다거나 원고를 타 병원으로 전원해야 할 의무가 있다고 볼 수 없다고 판시하였고, 아울러 피고가 마취과 전문의이기는 하나 미세신경 및 혈관봉합술을 할 수 있는 시설을 갖추고 경험이 있었던 사실, 원고가 피고 병원에 오기 전 이미 다른 병원을 방문하였으나 수술시간이 오래 걸린다는 말을 듣고 응급수술을 받기 위해 피고 병원으로 내원하였던 사실, 원고는 이미 외상을 당한 후 상당한 시간이 흐른 이후여서 피고로부터 설명을 들었다고 하더라도 다른 병원으로 전원할 것으로 기대하기는 어려워 보이는 점 등을 근거로 설명의무 위반에 따른 자기결정권 침해 주장을 배척하였다.

한편, 원고는 사고를 당한 2006. 10. 6. 당시 만 26세로 일정한 직업이 없었다가 2010. 1.부터 A주식회사에 소속되어 소득을 올리고 있었음을 근거로 2007. 8. 11.부터 2009. 12. 31.까지는 도시일용노임을 기준으로, 2010. 1. 1.부터 가동연한까지는 원고의 근로소득을 기준으로 하여 일실소득을 청구하였는데, 항소심 법원은 피해자의 일실수입은 원칙적으로 사고 당시 얻고 있었던 수입액을 기준으로 산정해야 하고 이 사건 원고가 특정기능이나 자격 또는 경력이 있어서 장차 그에 상응한 소득을 올릴 수 있을 것임이 상당한 정도로 확실시 되는 객관적인 사정을 인정할 증거가 없다는 이유로 2007. 8. 11.부터 가동연한까지 도시일용노임을 적용하여 일실수입을 산정하였다.

이에 대하여 원고가 상고하자 대법원은 원고의 나이, 직장 경력, 소득 수준에 비추어 보면 원고가 이 사건 사고 당시 적어도 대학교를 졸업하였거나 특정

기능 또는 자격을 가지고 있었을 가능성을 배제할 수 없고, 그 학력·경력에 따른 통계소득을 기준으로 일실수입을 산정할 여지가 있음에도 불구하고 항소심 법원이 원고의 학력, 경력, 자격증 소지 여부, 무직 상태에 있었던 기간과 그 사유 등에 관하여 석명하는 등으로 통계소득을 기준으로 일실수입 산정이 가능한지 여부를 심리하여 만일 통계소득이 일반노임보다 높다면 통계소득에 의해 일실수입을 산정하였어야 함에도 불구하고 이에 이르지 않은 원심 판단에는 일실수입 산정에 관한 법리를 오해하고 석명의무를 위반하여 필요한 심리를 다 하지 않아 판결에 미친 잘못이 있다고 판시하면서 항소심 판결 중 일실수입에 관한 원고 패소부분을 파기, 환송하였다.

(3) 판결의 의의³⁰⁾

우리나라 의료법 체계상 전문의가 아니거나 다른 전문과목의 전문의라고 하더라도 전문과목에 대한 제한 없이 진료를 할 수 있으며 그와 같은 사실만으로 의사의 과실을 추정할 수는 없다. 다만, 전문의가 아니거나 다른 전문과목에 대한 진료의무를 인수한 의사는 해당 진료과목 전문의 수준의 의료를 제공해야 할 의무를 부담하게 된다. 대상 판결은 이와 같은 취지에 따라 과실을 인정한 것으로 타당하다고 생각된다.

한편, 피해자의 일실소득을 산정할 때에는 피해자가 사고 당시 얻고 있었던 수입액을 기준으로 산정해야 한다. 그러나 대법원 1989. 12. 26. 선고 88다카 6761 전원합의체판결에서 장차 증가될 임금수익을 기준으로 산정된 일실이익 상당의 손해는 통상손해이므로 당연히 손해배상의 범위에 포함시켜야 한다는 판결이 있는 이후부터는 가해자가 피해자의 미래 수입증가 사정을 알지 못하였다고 하더라도 사고 이후 변론종결시까지 임금이 증가될 것임이 확실시되는 객관적 증거가 있다면 인상된 임금을 기준으로 일실소득을 산정하고 있다.³¹⁾

30) 같은 사건에서 의사가 전문의가 아님을 설명해야 할 의무가 있는지에 대한 논의는 앞에서 언급되었으므로 여기에서는 생략한다.

31) 손해배상소송실무(교통·산재), 서울중앙지방법원 교통·산재손해배상실무연구회, 133-

이러한 법리에 따라 법원은 의료사고 당시 로스쿨 재학 중이었고 소송 진행 중 변호사시험에 합격하여 재판연구원으로 근무 중이던 원고의 일실소득에 대하여 고용형태별 근로실태조사보고서상 ‘26. 법률 및 행정 전문직’ 1년 미만 경력에 해당하는 통계소득을 적용하였고,³²⁾ 사고 당시 피해자가 경찰대 2학년에 재학 중이었던 경우 경찰대학생은 졸업 후 경찰공무원이 되므로³³⁾ 경찰공무원의 호봉 승급 등을 고려하여 정년까지의 급여와 퇴직금을 모두 산정하였다.³⁴⁾ 반면 대학교 경영학부에 재학 중 공인회계사 1차 합격이 된 상태로 교통사고를 당한 피해자는 2차 합격이 될 것이라는 점에 대한 고도의 개연성이 없다고 보아 ‘회계 및 경리사무원’의 통계소득 주장을 배척하였다.³⁵⁾

대상 판결은 원고가 제출한 증거에 의하더라도 원고의 소득이 사고 당시 얻고 있었던 수입액을 넘어선다는 사정을 엿볼 수 있음에도 불구하고 원심 재판부가 일실소득을 인정할 수 있는 구체적 사정에 대한 석명을 행사하지 않음으로써 필요한 심리를 다 하지 못한 잘못을 지적하였는데, 소득증가가 확실히 예상되는 경우 이를 손해배상의 범위에 포함시켜야 한다는 취지를 다시 한 번 명확히 한 의미가 있다.

다. 귀화 중국인의 일실소득 산정기준에 관한 사례

– 서울고등법원 2017. 3. 23. 선고 2016나2008402 판결³⁶⁾

(1) 사건 개요

중국 국적자인 원고는 2006. 3.경부터 우리나라에 들어와 대학교와 대학원을 다니며 아르바이트를 하였고 한국에 귀화를 준비하고 있었는데, 2013. 9.경 성형외과 의사인 피고1로부터 안면지방이식술을 받은 직후 왼쪽 안동맥폐쇄

137면, 2005, 초판3쇄.

32) 서울중앙지방법원 2015. 12. 15. 선고 2013가합554482 판결.

33) 경찰대학설치법 제8조 참조.

34) 서울고등법원 2013. 3. 28. 선고 2011나86845 판결.

35) 서울중앙지방법원 2017. 9. 13. 선고 2015가단201341 판결.

36) 제1심: 서울중앙지방법원 2015. 12. 22. 선고 2014가합27147 판결.

가 발생하여 왼쪽 눈 실명상태가 되자, 원고는 피고1 의사 및 피고1 의사를 피보험자로 하는 의료사고배상책임의 보험자인 피고2 보험회사를 공동피고로 하여 손해배상청구를 하였다.

원고는 손해배상의 범위와 관련하여 이 사건 사고 발생 당시에도 시간제 아르바이트를 하여 월 200만 원 가량의 수입이 있었고 2015. 1. 대한민국 국적을 취득한 후 현재까지 외국어 능력이 중요한 통역 및 외국인을 상대로 한 판매일을 하여 월 230만 원의 일정한 소득이 있었으며 한국에서 경영학 석사를 취득하고 최소 2개 국어를 능통하게 구사할 수 있는 점을 고려하면 원고의 소득이 현재보다 증가할 것이 충분히 예상되므로 월 230만원을 기준으로 일실수입을 산정해야 한다고 주장하였다. 이에 대하여 피고들은 이 사건 시술 당시 원고가 한국에 귀화하여 한국인 일용노임에 해당하는 수입을 얻을 수 있었다는 사정을 전혀 알지 못하였으므로 원고의 한국으로의 귀화를 전제로 한 일실수입 산정은 부당하고 중국인에게 인정되는 통상적인 수입을 기준으로 일실수입을 산정해야 한다고 주장하였다.³⁷⁾

(2) 법원의 판단

법원은 “일시적으로 국내에 체류한 후 장래 출국할 것이 예정되어 있는 외국인의 일실이익을 산정함에 있어서는 예상되는 국내에서의 취업가능기간 내지 체류가능기간 동안의 일실이익은 국내에서의 수입(실제 얻고 있던 수입 또는 통계소득)을 기초로 하고, 그 이후에는 외국인이 출국할 것으로 상정되는 국가(대개는 모국)에서 얻을 수 있는 수입을 기초로 하여 일실이익을 산정하여야 할 것이고, 국내에서의 취업가능기간은 입국 목적과 경위, 사고 시점에서의 본인의 의사, 체류자격의 유무 및 내용, 체류기간, 체류기간 연장의 실적 내지 개연성, 취업현황 등의 사실적 내지 규범적 제 요소를 고려하여 인정함이 상당하

37) 일실소득과 관련된 핵심 쟁점 논의를 위해 과실, 체질적 소인 등에 관한 쌍방의 주장과 책임제한에 관한 쌍방 주장, 보험회사의 책임범위 주장 등은 생략하였다(이하 법원의 판단 부분도 동일).

다”는 대법원 판례(대법원 1998. 9. 18. 선고 98다25825 판결)를 인용하면서 이 사건에서 원고는 이 사건 시술 당시 비록 중국 국적자였지만 2006. 3.경부터 우리나라에 들어와 대학교와 대학원을 다니며 아르바이트를 하여 그 소득이 우리나라 도시 보통인부의 일용노임 수준과 비슷하였던 점, 실제 유학비자로 주당 30시간의 아르바이트가 가능하였던 점, 원고는 이 사건 사고 직후인 2013. 9.경 ‘구직’을 체류자격으로 한 비자를 새로 발급 받은 점, 원고는 우리나라에서 생활하면서 귀화 준비를 하여 2015. 1. 대한민국 국적을 취득한 점, 원고의 출국은 눈 치료를 위해 일시 출국한 것만 확인되고 비록 체류기간 연장이나 귀화 허가가 행정청의 재량이기는 하나 원고가 이 사건 시술 이전 이미 7년간 한국에 적법하게 체류하고 있었고 달리 원고의 체류 연장신청이 불허될 것이라는 사정이 없는 점 등을 고려하여 원고의 한국 귀화여부와 무관하게 국내 도시 보통인부의 일용노임 수준의 소득을 얻을 수 있다고 볼 수 있다고 판단하였으며, 원고가 주장한 230만 원가량의 수입 부분은 모두 이 사건 사고 이후에 이루어진 것이고 그러한 수입이 계속될 것이라고 단정할 만한 증거가 없음을 이유로 배척하였다.³⁸⁾

(3) 판결의 의의

외국인이나 불법체류 외국인이 위법한 사고의 피해를 당한 경우 일실소득을 어떤 기준으로 산정할 것인가가 문제되는데, 법원은 관광객과 같이 당초부터 취업활동이 예정되어 있지 않은 단기체류자로서 사고 당시 우리나라에서 수입을 얻지 않고 있었고 앞으로도 국내에서 계속 거주할 사정이 없는 경우라면 생활의 본거지인 본국을 기준으로 그 소득액과 가동연한을 결정해야 하는 반면,³⁹⁾ 우리나라에서 적법하게 체류하면서 우리나라에서 소득을 얻고 있는 경우에는 대상 판결에서 인용한 판례에서와 같이 예상되는 국내 체류기간 동

38) 대상 판결은 원, 피고 쌍방 상고하지 않아 그대로 확정되었다.

39) 대법원 1995. 5. 12. 선고 93다48373 판결.

안은 우리나라에서 실제 얻고 있는 수입을 기준으로, 그 이후에는 출국할 것으로 상정되는 국가에서 얻을 수 있는 수입을 기준으로 일실소득을 산정하고 있다. 대상 판결 역시 위와 같은 기존의 판시에 따라 원고가 적법하게 국내에 체류하면서 일정 소득을 얻고 있었고 나아가 우리나라 국적까지 취득하였으므로 가동연한까지 국내에서 소득을 얻을 수 있다고 보아 일실소득을 산정하였다. 대상 판결은 외국인이라고 하더라도 일실소득 산정을 할 때 실제 손해를 면밀히 따져 계산해야 한다는 원칙에 입각하여 피해자의 권리를 보호한 의미 있는 판결이다.

라. 진단서발급비용을 적극적 손해로 산정한 사례

– 서울고등법원 2017. 10. 26. 선고 2016나2062796 판결⁴⁰⁾

(1) 사건 개요 및 법원의 판단

원고는 소화성궤양 치료제인 라니티딘 약물을 복용한 후 알레르기 반응이 있음을 피고 병원 의료진에게 알렸음에도 불구하고 피고 병원 의료진은 속쓰림을 주소로 내원한 원고에게 라니티딘 계열의 약물을 정맥주사 함으로써 원고에게 아나필락틱 쇼크(anaphylactic shock)가 발생하여 결국 원고는 뇌손상으로 100% 장애상태에 이르렀다. 이에 대하여 법원은 피고 병원의 과실을 인정하면서 사고 당시 원고의 나이가 63세로 농업에 종사하고 있었고 경력, 건강상태 등을 종합하여 65세까지 일실소득을 인정하고, 기왕치료비에 포함된 제증명료는 배척되어야 한다는 피고 주장에 대하여 “타인의 불법행위로 인하여 손해를 입었을 경우에 형사고소 또는 민사상 손해배상청구를 함에 있어서 진단서의 제출은 거의 필요한 것이므로 진단서 등 작성을 위하여 지출한 비용은 불법행위로 인한 손해에 포함된다”는 대법원 판례⁴¹⁾를 들어 피고 주장을 배척하였다.

40) 제1심: 수원지방법원 2016. 8. 16. 선고 2015가합1492 판결.

41) 대법원 1974. 11. 12. 선고 74다483, 484 판결.

다만, 원고가 청구하는 상급병실료 부분에 대해서는 “불법행위 피해자가 일반병실에 입원하지 아니하고 상급병실에 입원하여 치료를 받음으로써 추가로 부담하게 되는 입원료 상당의 손해는, 당해 진료행위의 성질상 상급병실에 입원하여 진료를 받아야 하거나, 일반병실이 없어 부득이 상급병실을 사용할 수밖에 없었다는 등의 특별한 사정이 인정되지 아니한다면, 그 불법행위와 상당인과관계가 있는 손해라고 할 수 없다.”는 대법원 판결⁴²⁾을 근거로 배척하였다.

(2) 판결의 의의

소송실무상 법원은 증거자료를 마련하기 위해 개인적으로 지출한 진단서 발급비용 등 제증명료는 소송종료 후 소송비용확정 절차에서 소송비용으로 인정해주지 않고 있는데, 대상 판결은 1974년도에 선고된 대법원 판결을 근거로 진단서 작성비용을 적극적 손해에 포함시켜 판단하였다.

타인의 불법행위로 신체에 손해가 발생한 경우 그 정도를 증명하기 위한 진단서는 불법행위와 인과관계가 있는 손해로 볼 수도 있지만, 형사고소에 필요한 제증명 발급비용은 개인의 선택에 따라 발생한 비용(즉, 형사고소를 할지 말지 결정은 개인의 선택에 따름)으로서 불법행위의 필연적 결과 손해로 보기 어렵고 민사소송 역시 진행여부는 당사자의 선택사항이거니와(소송 이외에도 한국소비자원, 한국의료분쟁조정중재원 등 다른 구제기관과 구제절차가 마련되어 있음) 진단서발급비용 등은 소송에서 제출할 증거자료 수집을 목적으로 지출된 비용으로 볼 수 있다. 따라서 제증명 발급비용을 적극적 손해의 범위에 포함시키기 보다는 소송비용으로 보는 것이 더 적절하다고 판단된다. 비록 제증명료의 금액이 미미하여 논란의 실익이 적지만 차후 이에 대한 법원의 분명한 정리가 필요할 것으로 보인다.

42) 대법원 2010. 11. 25. 선고 2010다51406 판결.

마. 장애등급평가를 할 때 치료에 필수적으로 소요되는 부수적인 시간도 포함하여 평가한 사례

- 서울고등법원 2017. 4. 19. 선고 2016누34822 판결

(1) 사건 개요 및 법원의 판단

지방경찰청에 근무하던 원고는 2003. 1. 퇴근 후 친구 집에서 저녁식사를 하다 갑자기 신체가 마비되는 증상으로 병원으로 이송되어 뇌출혈 진단을 받았고 이후 이와 관련하여 만성신부전이 되어 1회당 4시간씩 걸리는 혈액투석을 1주일에 3번씩 평생 받아야 하는 장애상태가 되었다. 이에 원고는 공무원연금 공단에 장애연금을 신청하였는데, 공무원연금공단은 원고의 장애등급⁴³⁾을 ‘흉복부장기의 기능에 장애가 남아 손쉬운 노무 외에는 종사하지 못하는 사람’에 해당하여 장애등급을 제7급 제5호에 해당한다고 판단하였고 이는 일반인 노동능력의 50% 정도를 수행할 수 있는 사람이 받는 장애등급이었다.

그러자 원고는 자신의 장애가 심각하고 ‘흉복부장기 기능에 뚜렷한 장애가 남아 수시로 보호를 받아야 하는 사람’에 해당하므로 장애등급 2급을 받아야 한다고 행정소송을 제기하였다. 제1심 법원은 원고가 혈액투석 시간 외에 정상인의 50% 정도의 노동강도를 수행할 수 있을 것으로 보인다는 감정 소견을 근거로 원고 청구를 기각하였는데,⁴⁴⁾ 항소심 법원(대상 판결) 재판부는, 1심 법원의 감정 결과는 투석 시간을 제외하고 정상인의 50% 정도의 노동강도를 수행할 수 있을 것으로 예상된다는 점을 근거로 하였으나, 평생 주3회 각 회마다 4시간 동안 혈액투석을 받는 시간과 그 전후에 필수적으로 필요한 통원시

43) ‘장애’와 ‘장애’에 대하여 어떤 표현이 옳은지, 각각의 의미가 어떠한지에 대하여 다양한 의견이 있는데, 산업재해보상보험법 본문에서도 ‘장애’와 ‘장애’를 혼용하여 사용하고 있고 공무원연금법 역시 본문에서 ‘장애’와 ‘장애’를 혼용하고 있다. 그러면서 위 두 법은 ‘장애연금’이라는 용어는 동일하게 사용하고 ‘장애연금’이라는 용어를 사용하지 않는다. 또한 산업재해보상보험법 시행령 별표6에는 ‘장애등급’으로 표현하고 있고 반면 공무원연금법 시행령 별표3에는 ‘장애등급’으로 표현하여 심한 혼란을 주고 있다. ‘장애’는 우리나라 입법자들이 일본법령 규정을 그대로 차용하면서 사용하기 시작한 용어로 보여 ‘장애’로 통일하는 것이 바람직하다고 생각되나, 여기서는 부득이 법령에 규정된 대로 용어를 혼용하여 사용하였다.

44) 서울행정법원 2016. 1. 22. 선고 2014구단58337 판결.

간, 시스템 테스트 및 소독시간, 투석기기와 연결시간, 투석기기와 연결해제 시간, 지혈시간 등을 제외하고 노동능력을 산정해 일반 평균인의 2분의 1이 남아있다고 보는 것은 노동능력이 완전히 상실돼 있는 시간을 모두 제외하고 노동능력을 산정한 것으로 노동능력상실률을 산정하는 방식으로 합리적인 근거가 없다고 판단하였고, “공무원연금법 시행규칙에는 ‘만성신부전증 상태에 있는 사람’은 장애등급 7급 5호를 적용하도록 정하고 있으나, 당심 법원의 진료 기록 감정 촉탁 결과에 의하면 원고는 만성신부전 5단계 환자로 수시로 다른 사람의 보호가 필요하기 때문에 일반적인 만성신부전증에 해당하는 장애등급 7급 5호를 적용하는 것은 적절하지 않다는 것”이라며 “따라서 공단의 처분은 위법하다”고 판결하였다.⁴⁵⁾

(2) 판결의 의의

손해배상의 범위를 판단할 때 신체장애율은 질병 또는 사고로 특정 장기나 조직에 기능 이상이 초래된 상태를 의미하는 의학적 개념의 평가인 반면 노동능력상실율은 신체장애율에 더하여 피해자의 성별, 연령, 교육정도, 직업의 성질 등 사회적 경제적 조건 등을 참작하여 평가한 법적 개념의 평가로서 서로 구별되며,⁴⁶⁾ 실제 손해배상금액을 산정할 때에는 노동능력상실율을 적용하여 산정한다. 대상 판결은 공무원연금법상의 장애등급을 평가할 때 손상된 장기(신장)의 상태만을 기준으로 정해진 시행규칙상의 구체적 장애등급 판정기준을 단순하게 적용하지 않고 평생 주3회 각 회마다 4시간 동안 혈액투석을 받는 시간, 그 전후에 필수적으로 필요한 통원시간, 시스템 테스트 및 소독시간, 투석기기와 연결시간, 투석기기와 연결해제 시간, 지혈시간 등을 모두 고려하여 장애등급을 평가해야 한다는 취지의 판결로서 주목할 만한 하다. 대상 판결은 공무원 복지제도의 일환으로 시행되고 있는 공무원연금과 관련된 행정사건으

45) 이에 대하여 피고가 상고하지 않아 대상 판결은 그대로 확정되었다.

46) “손해배상소송실무(교통·산재)”, 서울중앙지방법원 교통·산재손해배상실무연구회, 193면, 2005, 초판3쇄.

로 일반 불법행위에 대한 민사소송 사건과 차이가 있으나, 만성신부전 환자가 혈액투석을 받는 경우처럼 진료과정에 상당한 시간이 반드시 필요한 경우 특정 신체장기 자체에 대한 신체장해율에 더하여 진료에 필수적으로 부수될 수밖에 없는 소요시간에 대한 노동능력상실까지 일실소득으로 산정하여 인정될 여지가 있다는 점에서 관련 사건으로 참작할 만한 판결사례로 평가된다.

6. 진단서 관련⁴⁷⁾ - 대법원 2017. 12. 22. 선고 2014도12608 판결

가. 사건 개요

피고인은 정신과병원을 운영하는 의사로, A교도소와 정신질환 수용자들에 대한 정기적 진료계약을 체결한 다음, 2012. 6.부터 2013. 6.까지 초진환자인 수용자 25명에 대해 교도관이 수용자를 대신해 병원에 오면 직접 진찰을 하지 않은 상태에서 이전 처방전이나 진료기록만 보고 의약품을 조제·교부하면서 의약품이 교도소 내로 반입될 수 있도록 교도관들에게 '환자보관용 처방전'을 작성·교부하였다.

나. 법원의 판단

1심은 피고인이 교도관에게 교부한 '환자보관용 처방전'은 의료법 제17조 1항의 '처방전'이 아니라 '증명서'에 해당한다고 볼 여지가 있다고 한 다음, 위와 같은 처방전을 교도관에게 교부하였을 뿐 환자에게 이를 직접 교부하지 않았다는 이유로 피고인에게 무죄를 선고하였다.⁴⁸⁾ 반면, 2심은 당해 '환자보관용 처방전'이 의료법 제17조 제1항의 '증명서'에 해당한다고 인정하였으나, 피고인이 이를 수용자의 '위임을 받은' 교도관에게 교부한 사실이 인정된다 하여 유죄를 선고하였다. 대법원은 항소심의 결론을 유지하였으나, 의료법 제17조 제1항의 증명서가 반드시 진찰 대상자인 환자에게 교부되어야 하는 것은 아니라

47) 이 부분은 2018. 3. 12.자 법률신문 10면에 판례해설로 실은 글을 수정·보완한 것이다.

48) 창원지방법원 진주지원 2014. 2. 19. 선고 2013고단1091 판결.

고 전제한 다음, 원심이 의료법 제17조 제1항을 위반하였다고 하기 위해서 피고인이 환자에게 증명서를 교부할 것이 요구됨을 전제로 판단한 것은 부적절하다고 판시하였다.⁴⁹⁾

다. 쟁점

(1) 피고인이 작성한 ‘환자교부용 처방전’의 성격

검사는 피고인에 대하여 의료법 제17조 1항을 위반하여 ‘처방전’을 작성하여 교부한 사실을 주위적 공소사실로, 의료법 제17조 1항을 위반하여 ‘증명서’를 작성하여 교부한 사실을 예비적 공소사실로 들었고, 법원은 피고인이 작성한 ‘환자보관용 처방전’의 성격에 대하여 의약분업 하에서 약사로 하여금 의약품 조제할 수 있도록 하는 ‘처방전’이 아니라, 의사가 직접 처방·조제한 의약품임을 증명하는 문서로서 의료법 제17조 제1항에서 정한 ‘증명서’에 해당한다고 명시하였다.

(2) 피고인이 환자보관용 처방전을 작성하여 ‘교도관에게’ 교부한 행위가 의료법 제17조 제1항에 위반되는지 여부

1심은 의료법 제17조 제1항은 이 사건과 같이 의약분업의 예외가 적용되는 사안에 있어서 직접 진찰하지 아니한 채 조제된 의약품들이 직접 환자에게 교부되는 것 자체를 금지하는 규정이라고 볼 수는 없다는 전제 하에 피고인이 자신이 조제한 의약품들이 교도소에 반입되도록 하기 위한 목적에서 교도관에게 위와 같은 처방전을 교부하였을 뿐 환자에게 이를 직접 교부하지 않았고, 교도관들 역시 이를 수용자 의무기록지에 편철해 두었을 뿐 위 처방전이 환자나 그 가족들에게 교부되지 않았다는 이유로 피고인에게 무죄를 선고하였다.

검사의 항소에 대하여 항소심은 피고인이 수용자들을 직접 진찰하지 않고 증명서를 작성하여 위 수용자의 ‘위임을 받은’ 교도관에게 이를 교부한 사실이

49) 창원지방법원 2014. 9. 17. 선고 2014노513 판결.

인정된다 하여 유죄를 선고하였다.

피고인이 상고하자 대법원은 의사 등이 직접진찰의무를 위반하여 증명서를 작성하여 누구에게든 이를 교부하면 의료법 제17조 제1항이 보호하고자 하는 증명서의 사회적 기능이 훼손되므로, 증명서가 반드시 진찰 대상자인 환자에게 교부되어야 하는 것은 아니라고 전제한 다음, 원심이 의료법 제17조 제1항을 위반하였다고 하기 위해서 피고인이 환자에게 증명서를 교부할 것이 요구됨을 전제로 판단한 것은 부적절하지만, 피고인이 교도관에게 이 사건 문서를 작성·교부함으로써 의료법 제17조 제1항을 위반하였다고 본 결론은 정당하다고 판시하고 상고를 기각하였다.

라. 대상 판결에 대한 검토

의료법은 의료업에 종사하고 직접 진찰한 의사가 아니면 진단서·증명서 또는 처방전을 작성하여 환자에게 교부하지 못한다고 규정하고 있고, 이를 위반할 경우 1년 이하의 징역이나 1000만원 이하의 벌금에 처하고 있다(제17조 1항, 제89조 제1호). 의료법 제17조 제1항의 ‘처방전’은 의약분업 하에서 약사로 하여금 의약품의 조제할 수 있도록 작성·교부되는 문서를 의미하므로, 대상 판결이 피고인이 작성한 ‘환자보관용 처방전’의 성격에 대하여 ‘처방전’이 아니라, 해당 의약품들이 교도소 내로 반입되도록 하기 위해 의사가 직접 처방·조제한 의약품임을 증명하는 문서로서 동조의 ‘증명서’에 해당한다고 명시한 것은 타당하다. 또한 의사인 피고인이 환자를 직접 진찰하지 아니한 채 증명서를 교도관에게 교부한 행위가 의료법 제17조 제1항을 위반한 것이라고 결론 내린 것도 타당하다고 판단된다.

그러나 대상 판결이 이 사건 증명서가 반드시 진찰 대상자인 환자에게 교부되어야 하는 것은 아니라고 판시한 것에는 의문이 있다. 의료법 제17조 제1항은 의사가 환자를 직접 진찰하지 않고 진단서 등을 작성하여 환자에게 교부하는 것을 금지하고 있으므로, 진단서 등을 환자에게 교부하지 않더라도 의료법

제17조 제1항 위반이 성립한다는 대법원의 해석은 형벌법규의 명확성의 원칙과 유추해석금지의 원칙에 반할 여지가 있기 때문이다. 형벌법규는 국민이 법률에 의하여 금지된 행위가 무엇인가를 알 수 있을 정도로 명확하여야 하며, 법률해석의 측면에서 유추해석 금지를 요구한다. 유추해석이란 법률에 규정이 없는 사항에 대하여 그것과 유사한 성질을 가지는 사항에 관한 법률을 적용하는 것을 말하며, 죄형법정주의원칙에 따라 형벌법규의 유추해석은 금지된다. 의료법 제17조 제1항은 문리적 해석상 의사가 환자를 직접 진찰하지 않고 진단서 등을 작성하여 환자에게 교부하는 것을 금지하고 있으며, 진단서 등을 환자가 아닌 사람에게 교부하는 경우는 규정하고 있지 않다. 대상 판결은 법률에 규정이 없는 ‘환자를 직접 진찰하지 않고 작성한 진단서 등을 환자가 아닌 다른 사람에게 교부한 경우’를 그와 유사한 ‘환자를 직접 진찰하지 않고 작성한 진단서 등을 환자에게 교부한 경우’에 관한 의료법 제17조 제1항을 적용하여 판시한 것이다. 그러나 이는 의료법 제17조 제1항이 진단서 등의 교부대상을 ‘환자’로 특정하지 않고 ‘의료업에 종사하고 직접 진찰한 의사가 아니면 진단서·증명서 또는 처방전을 작성하여 교부하지 못한다.’라고 규정되어 있을 경우 가능한 해석이라 할 것이다.

대상 판결이 그와 같이 판시한 이유는 의사 등이 직접진찰의무를 위반하여 증명서를 작성하여 누구에게든 이를 교부하면 의료법 제17조 제1항이 보호하고자 하는 증명서의 사회적 기능이 훼손되기 때문이라는 것이나, 이는 의료법 제17조 제1항의 문언의 가능한 의미를 벗어난 유추해석으로, 진단서 등을 환자가 아닌 사람에게 교부하는 경우까지도 처벌이 가능하도록 처벌범위를 확장함으로써 피고인에게 불이익한 유추해석에 해당한다고 판단되며, 이 사건의 경우 교도관은 항소심의 판단과 같이 ‘환자’인 재소자의 ‘위임을 받은 자’로 환자와 동일시할 수 있어 환자에게 불이익한 유추해석을 해야 할 필요성도 없다는 점에서 재고를 요한다.

7. 태아보험 - 서울고등법원 2017. 6. 22. 선고 2016나2009085 판결⁵⁰⁾

가. 사실관계

(1) 원고의 출생 경위와 소 제기

원고 신생아(이하 원고라 칭함)의 출생 전 원고의 부모(이하에서는 이 중 원고의 모친을 원고2라 칭함)는 2009. 12. 14. 피고 회사와 사이에 태아 상태인 원고와 임부인 원고2를 피보험자로 하여 보험계약을 체결하였고,⁵¹⁾⁵²⁾ 원고2는 피고 병원에서 산전 진찰을 받다가 39주 2일째 되는 날인 2010. 4. 17. 01:30경 양막이 파열되어 같은 날 02:15경 피고 병원에 입원하였고, 피고 병원 의료진은 당일 08:25경 태반조기박리로 인하여 태아의 심박수가 70~80회/분으로 저하되고 패드 한 장이 흠뻑 젖을 정도의 질 출혈과 함께 가로 2cm, 세로 3cm 가량의 혈병(clot) 덩어리가 원고2의 질외로 배출된 것이 확인되자 제

50) 사건 진행결과, 보험사인 피고를 상대로 한 청구는 1,2심에서 모두 인용되었고, 현재는 대법원 계속 중이다. 원고측에서는 의료소송이 기각된 점에 대하여 상고하였고, 피고측에서는 보험금 지급책임이 인정된 점에 대하여 상고하여 다투고 있다. 대법원 사건번호는 2017다250592이다.

51) 구체적 내용은 아래 표와 같다.

피보험자	가입약관	가입금액	사망시 수익자	기타 수익자
원고	일반상해후유장해추가담보 특별약관	100,000,000원	법정 상속인	원고
	일반상해소독보상자금담보 특별약관	100,000,000원		
	조혈모세포이식급여금 I 담보 특별약관	20,000,000원		

52) 보험약관 중 본 사건과 관련된 주용 내용은 아래와 같다.

제14조(보상하는 손해)

① 회사는 피보험자가 보험기간 중에 급격하고도 우연한 외래의 사고로 신체에 상해를 입었을 때에는 그 손해로 인하여 생긴 손해를 이 약관에 따라 보상하여 드립니다.

제15조(보상하지 아니하는 손해)

① 회사는 아래의 사유를 원인으로 하여 생긴 손해는 보상하여 드리지 아니합니다.
7. 피보험자(보험대상자)의 임신, 출산(제왕절개 포함), 유산 또는 외과적 수술, 그 밖의 의료처치. 그러나 회사가 부담하는 손해로 인한 경우에는 보상하여 드립니다.

제17조(고도후유장해보험금)

① 회사는 피보험자가 제14조에서 정한 사고로 상해를 입고 그 손해가 치유된 후 직접결과로써 사고일부터 2년 이내에 신체의 일부를 잃었거나 또는 그 기능이 영구히 상실되어 [별표1] 장해분류표에서 정한 지급률이 80% 이상에 해당하는 후유장해가 남았을 경우에는 보험증권에 기재된 보험가입금액을 고도후유장해보험금으로 수익자에게 지급합니다.

왕절개술을 통하여 2.9kg의 여아인 원고가 태어났다.

분만 후 원고의 호흡상태가 좋지 않아 피고병원 의료진은 원고를 인근 A대학병원으로 전원하여 산소 공급과 초음파 검사 등을 실시하였는데, 분만과정에서의 저산소성 뇌손상으로 인한 뇌 기능 감소 등이 확인되고 재활치료 종결 후에도 보행장애, 동작수행장애, 언어장애 등의 후유증이 남게 될 것으로 예상되자, 원고는 피고병원 의료진의 과실을 주장하여 손해배상을 청구하는 동시에 이 사건 보험의 피보험자 및 보험수익자로서 이 사건 보험에서 정한 보험기간 내인 2010. 4. 17. 출생 과정에서 발생한 태반조기박리에 의한 뇌손상이라는 보험사고가 발생하였음을 이유로 보험금 지급을 청구하였다.

피고 보험회사는 ① 보통약관 등에 의할 때 원고가 피보험자 지위를 취득하기 전인 출생 전 태아 상태에서 발생한 것이고, ② 원고를 피보험자로 인정하더라도, 이 사건 사고는 분만 과정에서 의료과실이 개입되지 않는 순수한 의료행위에 기하여 발생한 것이고, 태반조기박리는 단순한 질병에 해당하며, 원고의 뇌손상 원인이 제대난막부착이라면 이는 원고의 질병 내지는 체질적 소인에 기인한 것이므로 ‘급격하고도 우연한 외래의 사고’라고 할 수 없으며, ③ 이 사건 사고는 ‘피보험자의 출산’ 내지 ‘외과적 수술, 그 밖의 의료처치’에 의하여 발생한 것이어서 피고 회사의 보험금 지급의무가 면책되는 경우에 해당한다고 주장하였다.

나. 법원의 판단⁵³⁾

1,2심 재판부는 피고병원을 상대로 한 손해배상청구는 과실이 인정되지 않는다면 배척하였다. 그러나 보험사를 상대로 한 청구에 대하여는 아래와 같이 보험금 지급책임을 인정하였다.

53) 1,2심 법원의 판단이 기본적으로는 동일하다고 볼 수 있으므로 구별하지 않고 살펴보면, 2심 판단이 쟁점별로 구별되어 있으므로, 고등법원 판단을 중심으로 정리한다. 제1심: 서울중앙지방법원 2016. 1. 13. 선고 2014가합514108 판결.

(1) 원고가 피보험자인지 여부

재판부는, 태아의 경우 출생시에 피보험자가 된다는 규정이 있지만 이 규정만을 기준으로 판단할 수 없는 반면, 보험청약서에 피보험자를 태아로 명시하고 있고, 보험계약 체결 직후 제1회 보험료를 수령하였으며, 보험기간이 태아의 출생 이후가 아닌 보험계약체결일로부터 시작되는 것으로 명시되어 있고, 특별약관 제7조는 “태아의 출생일이 계약일로부터 6개월을 초과하는 경우에는 계약일을 출생일의 반년 전의 해당일’로 변경한다고 규정하는데 계약일을 보상개시일로 본다는 보통약관 제9조 제1항과 함께 태아로 있는 기간이 피고 회사의 보장기간(보험기간) 내에 포함됨을 전제하고 있다고 보아야 하고, 출생 전 자녀 가입 특별약관에서는 태아가 출생 시에 피보험자가 된다는 규정과 별도로 유산 또는 사산 등에 의하여 태아가 출생하지 못하는 경우 특별약관 등을 무효로 한다는 부분은 태아가 출생하여야만 이 사건 보험상의 피보험자가 된다면 굳이 위와 같은 규정을 별도로 둘 필요가 없는 조항이며, 태아는 모체로부터 전부 노출된 때 권리·의무의 주체가 되지만 인보험의 피보험자는 보험의 대상이 되는 자에 불과할 뿐 반드시 권리나 의무의 주체가 되는 자이어야 할 필요는 없다고 판시하였다. 이어서 태아가 피보험자의 지위를 갖는지 불분명한 경우 이는 약관 작성자인 회사에 불리하게 해석되어야 하며, 보험계약의 중요 사항에 대하여는 보험계약을 체결할 때 구체적이고 상세하게 명시·설명해야 할 의무가 있고 이를 위반하면 보험계약의 내용으로 주장할 수 없고 나머지 부분만으로 유효하게 존속하는데 태아에게 피보험자의 지위가 인정되지 않는다는 점에 대한 설명을 하였다고 볼 증거가 없다고 보았다.

(2) 보험금 지급 책임의 발생 여부

재판부는, 원고2의 질 출혈이 발견된 이후 시행된 원고들에 대한 초음파 검사를 토대로 태반조기박리가 진단되었고 진료기록감정 교수도 그러한 진단이 합리적이라는 의견을 제시한 점을 고려할 때 태반조기박리가 발생하였고, 원

고에 대한 산전진찰에서 아무런 이상 소견이 없었고 태반조기박리 및 그에 따른 저산소성뇌손상이 분만과정에서 통상 일어날 수 있는 현상으로 발생 빈도가 낮지 아니하다하여 우연한 사고가 아니라고 할 수 없으며, 이러한 현상이 원고의 지배영역에서 예견되는 것도 아니어서, 이 사건 사고는 분만과정에서 태반조기박리라는 예측할 수 없는 원인에 의하여 통상적으로는 기대할 수 없는 결과를 가져온 경우에 해당하여 보험사고에 해당한다고 판시하였다.

또한 보험약관의 ‘외래의 사고’라 함은 그 원인이 피보험자의 신체의 외부로부터 작용하는 사고를 의미하는데, 원고의 입장에서 이 사건 사고는 원고의 선천적, 유전적 질환에 의한 것이 아니라 위 원고의 신체 외부로부터 작용한 분만과정에서 태반조기박리라는 외부적인 원인에 의하여 발생한 것이어서 외래성요건이 충족되고, 원고의 출생 또는 그 과정에서 발생한 태반조기박리가 ‘어떠한 질병 등을 치료하기 위하여 외과적 수술, 그 밖의 의료처치’를 받아 발생한 위험이라거나 특정질병 등을 치료하기 위한 외과적 수술 등으로 인하여 증가된 위험이 현실화된 결과 손해가 발생한 경우라고 할 수 없으므로, 면책사유가 적용된다고 할 수 없다며 보험사의 책임을 인정하면서, 보험사는 원고에게 특약에서 정한 보험금과 그에 대한 이자를 지급해야 한다고 결론지었다.

다. 판결의 의의

대상 판결은, 임신초기부터 태아에 대한 최대한의 보호를 위한 조치로 보험에 가입하는 태아의 부모들로부터 보험료만 수령하고 막상 사고가 발생한 경우 보험금을 지급하지 않는 보험사들의 태도에 경종을 울리는 판결이다. 판결 이유에서 나타나는 바와 같이, 보험가입기간이 보험계약 체결 후 제1회 보험료 납입시부터임에도 불구하고 태아는 출생이후부터만 보호된다는 보험사의 태도는 정작 도움이 필요할 때 외면하는 태도이지만 보험가입자인 소비자로서는 뚜렷한 대항수단이 없는 상황이었다.

그런데 위 사건을 담당한 1,2심 재판부는 비록 태아가 사람으로서 권리의무의 주체가 되지는 못하지만 피보험자가 될 수는 있다는 논리와 수십 년 동안 보

험분야와 약관분야에서 축적된 명시설명의무와 불분명할 때는 작성자에게 불리하게 해석하여야 한다는 원칙을 적용하여 태아와 임산부 보호에 충실한 해석을 하였다는 점에서 의미가 있다.

다만, 보험사 주장의 근거가 되는 태아는 출생 이후부터 피보험자가 된다는 명시적 약관조항은 여전히 부담으로 남을 수밖에 없다. 따라서 이번 사건을 계기로 보험약관을 정비하여, 태아보험의 경우 태아는 보험가입시점부터 피보험자가 된다는 내용으로 개정하여 시뮬거리를 줄일 필요가 있다.

III. 마치며

2017년 주요 판결 중에는, 진료계약과 함께 체결되는 틀니제작계약의 법적 성질을 분리하여 후자의 경우 도급적 성질이 있다는 판결과 태아보험은 계약 체결 후 1회 보험료를 받은 후부터 그 효력이 발생한다는 보험법리를 활용하여 민법에서 논의되는 전부노출설의 한계를 극복한 판결이 선고되었다.

약화사고와 관련하여 의료인의 책임을 인정하는 판결이 증가하면서 직접 약을 제조·교부하는 약사의 복약지도 등을 강화해야 한다는 의견이 있었고, 감염관리와 관련하여 법원이 과실을 부정하는 방향으로 사실관계를 해석하거나 적용한 데 대한 비판과 함께 병원감염사건의 특수성에 비추어 병원감염 관리 및 그 피해 구제를 위한 제도적 장치 마련, 소송법상 증명책임 전환 등 제도의 개선이 필요하다는 의견이 있었다.

설명의무 관련 판결에서는 이미 설명이 되었던 부분이나 설명을 하지 않더라도 해당 진료행위를 수행하였을 것이기 때문에 설명의 대상이 되지 않는다는 판례 등 설명의무의 대상과 관련한 판결들이 다수 선고되었고, 손해배상의 범위와 관련하여 유방을 흉부 장기로 보아 다발성 반흔 구축 및 변형을 장애로 인정한 사건이 선고되어 많은 논의를 불러 일으켰다. 진단서와 관련한 의료법 해석에 대한 대법원 판결은 법률 규정이 가진 해석범위를 넘은 유추해석이라는 지적이 있었다.

[참 고 문 헌]

- 김중길, “전문직 서비스계약의 급부의무로서 ‘기술 및 주의의무’에 관한 비교법적 고찰”, 『비교사법』 제24권, 한국비교사법학회, 2017. 5.
- 김천수, “진료계약”, 『민사법학』 제51호, 한국민사법학회, 1997. 4.
- 박귀천, “독일의 정신보건법제와 정신질환자 강제입원제도”, 『이화여자대학교 법학논집』 제19권 제2호, 2014, 12.
- 박수곤, “의료계약의 민법편입과 과제”, 『민사법학』 제60호, 한국민사법학회, 2012. 9.
- 서울중앙지방법원, 『손해배상소송실무(교통·산재)』, 서울중앙지방법원 교통·산재손해배상실무연구회, 2005, 초판3쇄.
- 신권철, “정신보건법의 이념과 현실을 통해 본 이데올로기”, 『한국정신보건사회복지학회 학술발표논문집』 제5권, 한국정신보건사회복지학회, 2016.
- 유현정, “병원감염 사건에서 증명책임 완화에 관한 입법적 고찰 - 개정 독일민법을 중심으로-”, 『의료법학』 제16권 2호, 대한의료법학회, 2015.
- 전수영, “거버넌스 관점에서 정신보건법상 비자의입원의 문제점분석을 통한 개선방안 모색”, 『홍익법학』 제15권 4호, 2014.

[국문초록]

2017년 주요 의료 판결 분석

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

2017년 주요 판결 중에는, 진료계약과 함께 체결되는 틀니제작계약의 법적성질을 분리하여 후자의 경우 도급적 성질이 있다는 판결과 태아보험은 계약 체결 후 1회 보험료를 받은 후부터 그 효력이 발생한다는 보험법리를 활용하여 민법에서 논의되는 전부노출설의 한계를 극복한 판결이 선고되었다. 약화사고와 관련하여 의료인의 책임을 인정하는 판결이 증가하면서 직접 약을 제조·교부하는 약사의 복약지도 등을 강화해야 한다는 의견이 있었고, 감염관리와 관련하여 법원이 과실을 부정하는 방향으로 사실관계를 해석하거나 적용한 데 대한 비판과 함께 병원감염사건의 특수성에 비추어 병원감염 관리 및 그 피해 구제를 위한 제도적 장치 마련, 소송법상 증명책임 전환 등 제도의 개선이 필요하다는 의견이 있었다.

설명의무 관련 판결에서는 이미 설명이 되었던 부분이나 설명을 하지 않더라도 해당 진료행위를 수행하였을 것이기 때문에 설명의 대상이 되지 않는다는 판례 등 설명의무의 대상과 관련한 판결들이 다수 선고되었고, 손해배상의 범위와 관련하여 유방을 흉부 장기로 보아 다발성 반흔 구축 및 변형을 장해로 인정한 사건이 선고되어 많은 논의를 불러 일으켰다. 진단서와 관련한 의료법 해석에 대한 대법원 판결은 법률 규정이 가진 해석범위를 넘은 유추해석이라는 지적이 있었다.

주제어: 틀니제작계약, 약화사고, 감염관리과실, 설명의무, 유방의 장해인정, 진단서, 태아보험

Review of 2017 Major Medical Decisions

Lee Jung Sun

Law Office Gunwoo

Lee Dong Pil

Lawfirm UiSung

Yoo Hyun Jung

Naum Law Office

Jeong Hye Seung

Law Office Shin·You

Park Tae Shin

CBNU

=ABSTRACT=

The major court rulings delivered in 2017 include the ruling that separated the legal character of denture production agreement signed together with medical care agreement and found a subcontracting dimension in the former, and the ruling that overcame the limitations of the theory of entire appearance of a fetus as discussed in civil law by using the legal principle of insurance which suggests that unborn child insurance takes effect after the contract is signed and the first installment of the premium is paid in.

As more court rulings find the medical specialists responsible for accidents and injuries from drugs, some argue that medication counseling by the druggist who makes and dispenses drugs should be upgraded. And with respect to a court ruling that denied the hospital's responsibility for an infection-involving accident even if there were no records on specific measures taken in infection management, some criticized the court for being too conservative in recognizing responsibilities.

And with respect to infectious disease management, some criticized the court for its interpretation and application of the facts in the direction of denying the

negligence. In addition, some claimed that it is necessary to establish institutional system for hospital infection control and its aid for victims, and to improve the system including the reversal of the burden of proof given the special nature of hospital infections.

A number of rulings on the duty to disclose included the one which stated that the specific matter did not require a doctor's explanation as it was explained or the specific medical service would have been performed even if no explanation had been given. There was a greatly controversial ruling over the scope of indemnification, which accepted the occurrence of multiple scars and deformation as disorders while regarding breast as a thoracic organ. And a Supreme Court ruling over interpreting Medical Service Act was criticized as overstepping the boundary allowed in the law.

Keyword: Denture making agreement, Accidents and injuries from drugs, Negligence involved in infection management, Recognition of breast disorder, Doctor's note, Unborn child insurance