

## 2018년 주요 의료판결 분석 (II)

이동필\*. 이정선\*\*. 유현정\*\*\*. 박태신\*\*\*\*. 정혜승\*\*\*\*\*. 박노민\*\*\*\*\*

### I. 들어가며

### II. 2018년 주요 의료판결

5. 설명의무 관련 사례
6. 손해배상의 범위 관련 사례
7. 각서의 효력 관련 사례
8. 진료비 상계 및 공제 관련 사례
9. 의료인의 의료기관 다중운영 사례
10. 과징금부과처분의 재량권 일탈남용 인정 사례

### III. 마치며

## I. 들어가며

의료문제를 생각하는 변호사 모임(이하 ‘의변’이라 함)의 저자들은 예년과 같이 2018년 한 해 동안 선고된 판결들 중 의미 있다고 생각되는 의료 관련 판례를 선정하여 정리하였다. 저자들은 모두 5차례의 회의와 다수의 이메일 교환 등을 통해 각 판결을 분석하고 그 의미에 관하여 토론한 후 정리하였는데, 의료계에서 계속 논란이 되고 있는 장기 입원환자 퇴거 및 진료비 청구 사건,

\* 논문접수: 2019. 9. 2. \* 심사개시: 2019. 9. 5. \* 게재확정: 2019. 9. 25.

\* 법무법인 의성 변호사, 내과전문의.

\*\* 법률사무소 건우 변호사, 고려대학교 박사과정.

\*\*\* 나옴 법률사무소 변호사, 고려대학교 박사과정.

\*\*\*\* 전북대학교 법학전문대학원 부교수.

\*\*\*\*\* 법무법인 반우, 한양대학교 석사과정.

\*\*\*\*\* 신·유 법률사무소, 서울대학교 석사과정.

의무기록 기재가 쟁점이 된 사건, 의료과실 판단에 논란이 되어 심급마다 결론이 달라진 사건 등을 지난번에 다루었고, 지난 호에 이어 이번에는 설명의무 관련사건, 손해배상범위 관련사건, 각서의 효력에 관한 사건 등을 포함하여 보건 의료와 관련하여 의미가 있다고 생각되는 판결을 검토한 내용을 다음과 같이 정리하였다.<sup>1)</sup>

## II. 2018년 주요 의료판결

### 5. 설명의무 관련 사례

#### 가. 설명의 주체

– 광주고등법원 2018. 1. 12. 선고 2015나14524 판결

#### (1) 사실관계

망인은 발열, 오한, 어깨 및 경부 통증으로 입원치료 중 복부초음파에서 우측 간에 6cm 농양이 발견되어 피고병원으로 전원되었다. 피고 병원에서는 망인에게 항생제 세프트리아손 투약을 위해 피부반응검사를 시행하였고, 음성 반응을 확인한 후 세프트리아손을 정맥주사 하였는데, 망인은 세프트리아손 투약 직후 아나필락시스 쇼크로 사망하였다.

#### (2) 법원의 판단

대상 판결은 진료기록에 의료진이 세프트리아손을 투약하면서 그로 인한 부작용 등에 관한 설명을 하였다는 기재가 없고, 세프트리아손을 투약하면서 망인에게 “따끔하다”라는 말만 했을 뿐이라는 같은 병실 환자의 증언에도 불구하고, 피부반응검사 이전과 세프트리아손 투여 직전에도 부작용 발생 가능성

---

1) 지난 호(장기입원환자 퇴거 및 진료비 청구사례, 과실판단이 심급끼리 상반된 사례, 의모 기록 기재 관련 사례, 병원 측 책임을 100% 인정한 사례)에 이어 소개한다.

을 충분히 설명하였다는 간호사의 사실확인서가 제출된 점, 피부반응검사는 병실이 아닌 간호사실에서 실시되었으므로 같은 병실 환자의 증언만으로 설명 의무 위반이라 단정할 수 없는 점, 망인은 피부반응 검사의 실시와 그 결과에 대하여 별다른 문제를 제기하지 않은 것으로 보이는 점, 의료진에게 아나필락시스 쇼크 등 응급상황이 발생하였을 경우의 예상 처치법과 그로 인한 부작용까지 설명할 것을 기대하기는 어려운 점 등에 비추어 세프트리악손 투약과정에서 부작용 등에 관하여 설명을 하였다고 보았다.

### (3) 판결의 의의

대법원은 일관되게 설명의무의 주체는 원칙적으로 당해 처치의사라 할 것이나 특별한 사정이 없는 한 처치의사가 아닌 주치의 또는 다른 의사를 통한 설명으로도 충분하다 하여(대법원 1999. 9. 3. 선고 99다10479 판결 등 참조) 설명의무의 주체는 의사라고 판시하여 왔다. 그러나 대상 판결은 의사가 아닌 간호사의 설명으로 설명의무 이행을 인정하였다. 간농양에 대한 항생제 치료 시 항생제 투여로 인하여 아나필락시스로 사망할 수 있다는 사실은 매우 치명적이고도 중대한 부작용이므로 의사에 의한 설명이 이루어져야 한다고 볼 수도 있으나, 의료기관에서 흔히 이루어지는 항생제 투여라는 행위의 특성, 모든 투약행위에 대하여 일일이 설명을 다 하기 어려운 임상현실, 간호사는 진료보조행위를 할 수 있고, 통상적인 항생제 부작용에 대한 설명은 진료보조행위에 포함된다고 볼 수 있는 점 등에 비추어 간호사를 설명의 주체로 인정한 것은 타당하다고 판단된다.

다만, 대상 판결은 동의서가 명시적으로 존재하지 않더라도 부가 정황으로 설명 사실을 인정하였는데, 세프트리악손 투여 시 같은 병실에 있던 환자의 증언에도 불구하고 문제가 된 의료행위를 시행한 간호사의 사실확인서로 설명 사실을 인정한 점, 망인이 피부반응 검사의 실시와 그 결과에 대하여 별다른 문제를 제기하지 않았다면 이는 불충분한 설명에 기한 것일 가능성이 큰 점에 비추어 그와 같은 사실인정은 쉽게 이해하기 어렵다. 법리적으로는 설명의무 위반

사실을 인정하되, 그와 같은 설명을 들었더라도 환자가 항생제치료를 거부하였을 것으로 보이지 않으므로 자기결정권이 문제되지 아니한다는 이유로 설명의무 위반에 따른 손해배상책임을 부정하는 것이 타당하다고 생각된다.

#### 나. 설명의 상대방

- 서울고등법원 2018. 7. 12. 선고 2017나2037919 판결<sup>2)</sup>

##### (1) 사실관계

만 25세가 되던 1997년 뇌기저부 종양(척삭종) 진단을 받고 경추 제1번 부위에 대한 척삭종 절제술 및 방사선치료를 받은 망인에 대하여 2004년 척삭종이 재발하여 경추 2, 3번 부위에 대한 2차례의 절제술 및 방사선치료, 2007년 재차 종양절제술 및 방사선치료가 시행되었다. 망인은 2008. 2. 28. 경추3~4번 등에 척삭종이 재발하여 피고1 병원에서 해당 부위의 경막내 척삭종을 제거하는 수술을 시행 받았다. 망인은 수술 후 재활치료를 받던 중 2008. 6. 20. 코에서 뇌척수액이 나와 피고1 병원 응급실에 내원하여 진료를 받던 도중 같은 달 24. 약 9분간 발작을 보이다가 같은 날 사지마비 상태에 이르렀다. 그 후 망인은 재활치료를 받던 중 시력 및 청력저하를 호소하였고, 2012. 12. 17. 피고2 병원으로 전원하여 시행한 뇌MRI 검사 결과 척삭종이 뇌 기저부위를 침범하여 시신경을 압박하는 수준으로 악화되어 두개골을 절개하여 해당 부위 척삭종을 제거하는 수술을 시행 받았는데, 망인은 수술 직후 급성 뇌지주막하출혈과 뇌경색이 발생하여 추가수술 시행에도 불구하고 2013. 1. 16. 사망하였다. 피고2 병원이 척삭종 제거수술 전 받은 수술동의서에는 망인의 동생의 서명이 되어 있었고, 환자 본인이 서명하지 않은 이유에 대한 아무런 기록이 없었다.

---

2) 이 사건은 원피고 모두 상고하였으나 심리불속행 기각되었다(대법원 2018. 12. 13. 2018다262080 판결).

## (2) 법원의 판단

1심 법원은 피고들의 과실 및 설명의무 위반을 모두 부정하여 원고의 청구를 기각하였다.<sup>3)</sup> 이에 원고가 피고2 병원을 상대로 항소하였는데, 대상 판결은 치료방법 선택상 과실과 수술상 과실은 부정하였으나, 피고2 병원 의료진이 망인에 대한 수술 전 설명을 망인의 동생에게 한 후 동생 명의의 동의서를 받은 것에 대하여 설명의무 위반을 인정하고 위자료 2,000만 원을 인정하였다. 대상 판결은 환자 본인이 당시 성인으로, 사지마비이기는 하나 의식이 명료했으므로 판단능력을 상실하였다거나, 설명을 들었으나 사지마비 상태에 있어 동의서상 서명만 동생이 하도록 하였다거나, 동생으로부터 설명 내용을 충실히 전해 듣고 자기결정권을 행사하였음을 인정할 증거가 없으며, 동생이 망인의 부모를 대신하여 망인의 법정대리인 지위에 있지도 않았던 점을 들어 설명의무 위반으로 망인의 자기결정권을 침해하였다고 판시하였다. 또한 대상 판결은 의사의 설명은 환자의 승낙에 대한 전제조건으로 그 상대방은 환자이고, 특별한 사정이 없는 한 환자의 가족은 그 상대방이 될 수 없다는 이유로, 망인이 아닌 유족의 고유의 위자료청구는 배척하였다.

## (3) 판결의 의의

수술 등 침습적 의료행위는 환자의 생명과 신체에 위해를 가할 수 있으므로 반드시 환자 본인의 동의가 전제되어야 한다. 따라서 의사의 설명은 환자의 승낙에 대한 전제조건으로 그 상대방은 환자 본인이어야 하고, 승낙 또한 환자 자신이 하여야 한다(대법원 2002. 9. 4. 선고 2002다16781, 16798 판결, 대법원 2015. 10. 29. 선고 2015다13843 판결 등 참조). 그러나 환자가 성인이고 동의능력이 있음에도 불구하고 환자가 아닌 가족에게 설명을 하고 동의서를 받는 사례가 드물지만 여전히 발생하고 있다. 대상 판결은 성인이고 의식이 명료하였던 망인을 대신하여 망인의 동생에게 수술동의서를 받은 데 대하여

3) 서울동부지방법원 2013가합101973 판결.

설명의무 위반을 인정한 것으로, 환자가 동의를 할 수 있는 경우에도 가족에게 동의서를 받는 것은 설명의무 위반이 성립한다는 것을 확인한 타당한 판결이다. 같은 취지의 판결로는 62세로 의식수준이 명료하였던 원고를 대신하여 아들이 수술동의서에 서명한 사건에서 설명의무 위반을 인정한 서울고등법원 2018. 9. 20. 선고 2016나2021238 판결, 간호사가 환자의 남편에게 동의서를 받은 데 대하여 설명의무 위반을 인정한 서울고등법원 2018. 9. 13. 선고 2017나2035029 판결이 선고되었다.

#### 다. 설명의 대상

—부산고등법원 2018. 4. 26. 선고 2017나54275 판결

##### (1) 사실관계

원고는 우측 족관절 관절증 등으로 2012. 3. 7. 피고 병원에서 관절경적 변연절제, 활막제거 및 골극제거술을, 같은 해 4. 10. 관절경적 변연절제 및 활막제거술을 받았다. 각 수술과정에서 의사면허가 없는 간호조무사인 피고 D는 관절면에 구멍을 내고 빨대 모양 막대카메라를 구멍 속으로 넣어 준비사진을 촬영하고, 수술 후 의료용 호치키스로 위 구멍을 깎는 행위를 단독으로 수행하여 의료법 위반으로 유죄판결을 선고받았다. 그 후 원고는 수술부위에 복합부위통증증후군(CRPS) 1형 진단을 받았고, 의사면허가 없는 피고 D의 수술행위 등으로 복합부위통증증후군(CRPS) 증상이 발생하였다고 주장하며 손해배상을 청구하였다.

##### (2) 법원의 판단

1심 법원은<sup>4)</sup> 설명의무 위반 여부에 관한 판단 없이 무면허의료행위가 곧 과실이라 볼 수 없다는 이유로 원고의 청구를 기각하였는데, 대상 판결은 무면허 의료행위가 곧 과실이라 볼 수 없다는 이유로 수술상 과실을 부정하였고, 각 수

---

4) 부산지방법원 2017. 6. 14. 선고 2015가합50265 판결.

술에 대한 수술동의서의 기재에 따라 수술의 필요성, 수술 후 예상되는 후유증 또는 부작용 등을 설명한 사실을 인정하였으나, 의사가 아닌 간호조무사가 수술을 한다는 점에 대하여 설명의무 위반을 인정하였다. 대상 판결은 “의사의 설명범위를 결정하는 일반적 기준에 대하여는 합리적 환자가 필요로 하는 정보를 기준으로 한다. ... 정보의 성격이 의학적 중요성이 있는가 여부에 의하여 결정되는 것이 아니라 환자가 의료행위를 받을 것인가의 결정에 중요한가에 의하여 결정된다. ... 자신의 병원의 물적 시설 및 인적 자질의 면에서 수준 이하의 상태인 경우에 이에 관하여 설명하여야 한다. ... 수술담당자에 대한 설명에서 중요한 것은 수술자의 직위와 경험이다.”라고 판시하며 원고가 만일 간호조무사인 피고 D가 수술의 일부를 담당한다는 설명을 들었다면 피고 병원에서 수술 받지 않았을 가능성이 높다 하여 설명의무 위반을 인정하였고, 그에 대한 위자료 1,000만원을 인정하였다.

### (3) 판결의 의의<sup>5)</sup>

수술은 침습적인 행위로 반드시 의사에 의하여 이루어져야 한다. 간호사나 간호조무사는 의사를 보조하는 역할을 수행할 수 있으나, 대상 판결에서 간호조무사가 시행한 행위는 침습적인 행위에 해당하여 간호조무사가 보조할 수 있는 범위에 해당된다고 볼 수 없다.

대상 판결은 반드시 의사에 의하여 이루어져야 하는 행위가 간호조무사에 의해 이루어진다는 사실을 설명하지 않은 것을 설명의무 위반으로 포섭하여 위자료를 인정하였다. 그러나 반드시 의사에 의하여 이루어져야 하는 수술을

---

5) 한편, 대상 판결은 “환자는 자신의 질병상태와 자신에게 미치는 의료행위에 대하여 알권리와 자기결정권을 갖는다. 의사의 설명의무는 이러한 인간의 자기결정권으로부터 발생한다. 의사의 설명의무는 의사 측과 환자 측 사이의 법률관계로부터 발생한다고도 할 수 있다. 의료적 법률관계가 계약관계이든 사무관리 등의 법정관계이든 의사의 설명의무는 그 관계의 신의칙에 근거하여도 인정된다.” 라 하였으나, 의사의 설명의무는 진료계약 관계에서 발생하는 점, 환자의 알권리와 자기결정권은 설명의무 위반으로 인하여 침해되는 대상일 뿐 설명의무 발생 근거로 볼 수 없는 점, 계약관계가 존재하는 한 보충적으로 적용되는 신의칙은 문제될 여지가 없는 점 등에 비추어 해당 판시 내용에는 의문이 있다.

무자격자인 간호조무사가 시행한다는 사실이 과연 설명의 대상에 포함된다고 볼 수 있는지는 의문이다. 불법행위 내지 채무불이행 사실이 사전에 환자에게 설명되어야 할 대상이라는 것인데, 설명의무의 범위는 채무의 본지에 따른 적법한 의료행위이기 때문이다.

대상 판결은 수술상 과실, 수술 후 진단받은 복합부위통증증후군(CRPS) I형과 수술 사이의 인과관계를 인정하지 않고, 간호조무사가 수술의 일부를 시행한 것에 따른 위자료를 인정하였다. 간호조무사가 수술의 일부를 시행한 것에 대한 위자료를 인정한 결론은 타당하나, 이는 진료계약의 본지에 따른 채무를 이행하지 않은 채무불이행 내지 불법행위로 인한 위자료에 해당하므로, 대상 판결이 설명의무 위반으로 이론구성을 한 것은 재고의 여지가 있다고 판단된다.<sup>6)</sup>

## 라. 설명의무의 면제 - 의료업 종사자에 대한 설명

### (1) 대법원 2018. 5. 30. 선고 2018다211853 판결

치과에서 근무하던 간호조무사인 원고는 평소 큰 광대로 고민을 하던 중 F 성형외과 의원에 내원하여 광대축소술과 사각턱절제술을 받았다(이하 '1차 수술'). 그러나 별다른 효과가 없었고 다시 D 성형외과의원에 내원하여 광대축소술 및 앞턱성형술을 받았다(이하 '2차 수술'). 2차수술 이후 우측 광대의 비대칭 소견이 보이자, E치과의 원장인 피고는 원고에게 우측 광대를 다듬는 재수술을 해주고 나아가 옆광대축소술과 턱 끝 금속판 제거술까지 해주었다(이하 '3차 수술'). 3차 수술 이후 원고에게는 개구장애, 턱관절 잡음, 통증 및 감각

6) 의사가 치료상의 과오를 설명해야 하는지에 관하여 의사에게 의료과오를 밝혀야 할 과오 개시의무를 규정하고 있는 독일민법 제630c조 제2항 제2문을 소개하면서(동 조항은 의사에게 의료과오를 밝혀야 할 일반적인 의무까지를 인정하지는 아니하고, 단지 환자로부터의 질문이 있거나 '건강상의 위험을 방지하기 위하여'만 의사에게 의료과오에 관한 정보제공의무가 있다고 규정하여 의사의 과오설명 의무에 제한적·예외적 태도를 취하고 있다) 비록 의사의 과오설명 의무를 긍정한다고 하더라도 과오설명 의무의 위반이 별도로 책임성립적 행위로서 독자적인 의미를 가지지는 않고, 경우에 따라 위자료의 증액을 가져올 수 있다는 견해로는 김민중, "의사에게 치료상의 과오를 설명할 의무가 있는가?", 의료법학(제15권 2호), 대한의료법학회, 2014. 12. 172면, 190면 참조.



저하 증상이 나타났다. 한편, 원고와 피고는 과거 C치과에서 함께 각 간호조무사와 치과의사로 근무하던 사이였다.

원고는 3차 수술을 받을 당시 낙관적인 취지의 일반적인 미용 성형수술 상 부작용에 대한 설명만을 들었을 뿐, 신경 손상 등의 수술의 위험성 및 부작용에 대하여 충분한 설명을 듣지 못하였다고 주장하였다. 1심 법원<sup>7)</sup>은 이에 대한 설명의무 위반을 인정하였으나, 항소심 법원<sup>8)</sup>은 3차 수술은 이미 앞선 수술 부작용의 교정을 위한 것이고, 원고는 다른 신체부위에도 여러 차례 성형수술을 받은 경험이 있기 때문에 다소간의 부작용이 발생한다 하더라도 이를 감수하고 상태의 개선을 위한 3차 수술에 동의하였을 것이 명백히 예상된다는 이유로 설명의무 위반을 부정하였다.

그러나 대법판결은 1, 2차 수술 후 원고에게 특별한 이상소견이 있었음을 발견할 수 없고, 이로 인하여 나타난 부작용도 심하지 않아 3차 수술을 받아야 할 필요성이 상대적으로 크지 않았다는 사정을 고려하면, 원고가 피고로부터 수술의 부작용 등에 대한 구체적이고 상세한 설명을 들었다면 위험을 감수하면서 3차 수술에 동의할 것이 명백히 예상되었다고 단정하기는 어렵다고 판시하였다.

## (2) 서울고등법원 2018. 9. 13. 선고 2017나2035029 판결

제왕절개 방식의 분만 경험이 있는 원고 A가 피고 병원에서 ‘브이백’ 방식의 자연분만을 하던 중 자궁이 파열되었고 응급 제왕절개술로 분만이 이루어졌지만 결국 태아인 원고 B에게 저산소성 뇌손상의 장애가 발생하였다. 한편, 원고 A는 간호사이고 자신이 근무하는 병원에서 산전진찰을 받아왔다. 원고는 제왕절개 경험이 있는 산모가 브이백 분만을 요청했음에도, 피고 병원 의료진이 브이백 시도의 위험 등에 대한 충분한 설명을 하지 아니하여 분만방식 선택에 관한 실질적인 자기결정권 행사의 기회를 상실하였고, 이와 악결과 사이에 상

7) 서울중앙지방법원 2016. 5. 17. 선고 2016가합500813 판결.

8) 서울고등법원 2018. 1. 25. 선고 2016나2034067 판결.

당인과관계가 인정되므로 설명의무위반을 이유로 원고에게 발생한 전손해를 배상할 의무가 있다고 주장하였다.

대상 판결은 피고 병원 의료진이 브이백 과정에서 자궁과열, 출혈이 발생하여 산모나 태아가 사망할 수 있다는 점에 대하여 분만 당일 원고에게 설명하고 시술 동의서를 받은 사실은 인정하였다. 그러나 설명을 한 사람이 처치의사가 아닌 간호사였던 점, 시기적 측면에서도 이미 원고의 양막이 파열되어 분만 과정이 시작된 이후에 동의서를 징구하였던 점을 들어 원고에게 브이백과 반복제왕절개술간의 차이, 브이백의 위험성 등에 관하여 구체적으로 심사숙고하여 분만방법을 선택할 자유가 보장되지 않았다고 판단하였다. 게다가 산전진찰 과정의 진료기록 등을 보더라도 브이백에 대한 위험 및 대안을 충분히 설명하고 선택을 유도하였다는 점을 인정할 수 없다고 보았다. 나아가 원고가 피고 병원에서 근무하던 간호사이고 먼저 브이백을 요청하였다 하더라도 그 자체로 원고가 브이백의 위험성, 반복제왕절개술과의 차이점 등에 대하여 의사의 설명이 필요하지 아니할 정도로 구체적이고 상세하게 알고 있었다고 보기도 어렵다고 판시하였다.

### (3) 판결들의 의의

설명 의무는 의료행위에 따르는 후유증이나 부작용 등의 위험발생 가능성이 희소하다는 사정만으로는 면제될 수 없다.<sup>9)</sup> 그러나 환자가 의사로부터 설명을 들었더라도 그 침습적 의료행위에 동의하였을 것이라는 점이 명백히 예상되는 경우에는 가정적 승낙에 의하여 설명의무가 면제될 수도 있고,<sup>10)</sup> 환자가 이미 알고 있거나 상식적인 내용인 경우 환자의 실질적인 자기결정권이 보장되었다고 보아 설명의무가 면제되기도 한다.<sup>11)</sup> 다만, 이 경우에는 환자의 승낙이 명백히 예상되는 경우인지 환자의 사정을 기준으로 판단하여야 하고, 환

9) 대법원 2004. 10. 28. 선고 2002다45185 판결 등.

10) 대법원 2002. 1. 11. 선고 2001다27449 판결.

11) 대법원 2011. 11. 24. 선고 2009다70906 판결.

자가 이미 알고 있는 내용인지에 대해서도 해당 의학지식의 전문성, 환자의 기존 경험, 환자의 교육수준 등을 종합하여 판단할 수 있다.<sup>12)</sup> 즉, 환자가 누구냐에 따라 설명의무 면제 가능성이 결정될 수도 있는 것이다. 대법원은 이러한 취지에 따라 경력 10년차의 간호사인 원고가 임신 29주 무렵 호흡곤란을 호소하며 내원하였고, 태아에 미치는 영향도 고려하기 위하여 기초적인 방사선검사를 시행하는 것이 의학적으로 타당함에도 불구하고 원고가 기초검사부터 거절한 사안에서, 위 원고라면 검사를 하지 아니하여 호흡곤란에 제대로 대처하지 아니하면 산모 및 태아의 상태가 나빠질 수 있다는 점을 충분히 이해할 수 있었다고 보아 검사 및 처치를 시행하지 않은 병원 측의 과실을 부정한바 있다.<sup>13)</sup>

대상판결들의 원고들 역시 의료인 또는 의료유사업자인 간호사 또는 간호조무사였으며, 모두 자신이 겪은 의료행위를 옆에서 지켜본 경험이 있었다. 그럼에도 불구하고 대상 판결들은 해당 의료행위의 위험성이나 대안에 대해 의사의 설명을 듣지 않고도 충분히 알 수는 없다는 취지에서 각 설명의무 위반의 과실을 인정하였다. 대상판결들의 취지에 따르면 설명의무가 면제되기 위한 환자의 경험이나 수준은 상당한 정도에 이르러야 할 것으로 예상된다.

## 6. 손해배상의 범위 관련 사례

- 서울고등법원 2018. 6. 21. 선고 2017나19557 판결

### 가. 사실관계

원고는 2002. 6. 수막종 아전절제술을 시행 후 마비 증상이 있었다가 회복되었는데, 2009. 7. 사법시험 응시 후 수막종 재발이 확인되어, 2009. 8. 11. ~ 14.까지 4일간 방사선치료를 받은 후 2010.2.22.부터 2일간 방사선치료를 추가로 받았다. 원고는 2010.5.말경부터 왼쪽 어깨에 이상을 느껴 검사 결과 좌측 상완신경총 손상 소견이 있어 재활치료를 시행하였으나 좌측 경추부 척

12) 대법원 2011. 11. 24. 선고 2009다70906 판결.

13) 대법원 2011. 11. 24. 선고 2009다70906 판결.

수 손상 및 상하지 근력저하, 소변장애 등이 있고, 사법연수원 수료 후 변호사로 근무 중이다. 원고는, 1,2차 방사선 치료 시점의 수막종의 크기나 모양에 별 변화가 없어 2차 방사선 치료가 불필요함에도 이를 시행한 과실, 2차 방사선 치료 시에는 방사선량을 엄격히 제한하여야 함에도 불구하고 누적 방사선량에 관한 기준치를 넘어 과도한 양의 방사선을 조사한 과실 및 1,2차 방사선 치료 시행 전에 예상되는 합병증 등에 관한 설명의무 위반 등의 과실로 현장애가 발생하였다고 손해배상을 청구하였다.

#### 나. 법원의 판단<sup>14)</sup>

(1) 1심 법원은, 원고가 1차 방사선치료 후 MRI결과를 기다리지 않고 2차 방사선치료를 시행한 과실, 2차 치료에서 기준치 2배 이상의 방사선을 조사한 과실 등을 인정하되 책임을 60%로 제한하고, 변호사로 근무하고 있는 점 등을 고려하여 노동능력상실을 61.33%, 가동연한 70세, 3~5년 미만 경력 여성변호사 통계소득 월 540여만 원을 적용하여 원금 기준 10억 원 가량의 배상을 명하였고, 대체로 1심법원의 판단을 유지하고, 1~2심을 거치면서 증가된 통계소득을 반영하여 배상을 명하였다.

#### 다. 판결의 의의

대상판결은 원고가 변호사로 근무하고 있음에도 주변 사람들의 도움을 받아야 일상생활이 가능하다고 보아 1일 8시간의 개호를 여명까지 인정한 것이 가장 두드러진 특징이다. 개호란 피해자가 기본적인 일상생활의 동작을 혼자 힘으로 하는 것이 불가능한 경우를 상정한 것이고 이는 간호 또는 간병과 구별되는 개념이다. 따라서 교통사고나 의료사고와 같이 인신사고에 대한 손해배상액을 계산함에 있어서 개호비 인정에 관하여 법원은 비교적 엄격한 입장을 견지해왔다. 즉 신체감정 절차에서 1~3인의 개호인이 필요하다는 회신이 제출되더라

14) 서울중앙지방법원 2017. 7. 11. 선고 2012가합82591 판결.

도, 1일 8시간 이하의 개호를 인정하는 경우가 많고, 재판부에 따라 1일 16시간의 개호를 인정한 경우는 드물었다. 1일 8시간 개호가 인정되는 사건도 저산소성 뇌손상 등으로 사지마비나 인지기능이 상당 정도 상실된 경우가 다수였다는 점을 고려하면, 본 사건에서 1일 8시간 개호를 인정한 것은 이례적으로 보인다. 이러한 법원의 판단은 피해자 보호라는 측면에서는 환영할 만한 일이지만, 개호비 인정에 대한 법원의 일관성 있는 기준 제시가 필요해 보인다.

## 라. 손해배상 범위 관련 기타 판결

### (1) 대구고등법원 2018. 10. 24. 선고 2017나26028 판결

원고가 전기요를 구입하여 3개월간 사용하다가 3도 화상을 입자 제조업체인 B전자와 원고를 치료한 법인 및 의사들을 상대로 손해배상을 청구한 사건에서, 전원 받은 병원의 농배양 및 병리검사를 수행하지 않은 과실이 인정되었다. 손해배상액 산정과 관련하여, 원고가 한의원을 운영하면서 2012년 2,800만 원의 소득을 신고하였는데, 원고의 한의원 운영사실은 인정되지만, 신고소득이 통계소득에 이른다는 사실을 인정하기 부족하고, 원고가 통계소득 상당의 소득을 얻었을 것이라는 점을 인정하기에도 부족하므로, 5년간 신고소득의 평균금액에 따라 산정하여야 한다고 판시하였다.

손해배상의 범위와 관련된 일실소득의 산정은 사고 당시 피해자의 실제소득을 기준으로 산정할 수도 있고 통계소득을 포함한 추정소득에 의할 수도 있으며, 피해자가 일정한 수입을 얻고 있었던 경우 신빙성 있는 실제소득에 대한 증거가 현출되지 아니한 경우에는 피해자가 종사한 직종과 유사한 직종에서 종사하는 사람들의 통계소득에 의하여 일실수입을 산정하여야 하는데,<sup>15)</sup> 본 판결은 소득신고가 명확히 있을 경우 통계소득이 더 높더라도 통계소득을 적용할 수 없다고 판시하고 있어 대상판결에서 통계소득을 일실수입 산정 기준으로 삼은 것과 구별된다. 일관성 있는 기준 적용이 필요해 보인다.<sup>16)</sup>

15) 대법원 2009. 7. 9. 선고 2008다91180 손해배상(자) 판결 참조.

(2) 대구고등법원 2018. 9. 14. 선고 2016나22715 판결

원고는 선천성 심장기형을 가진 소아로, 피고병원에서 태어난 후 11개월경 양대혈관우심실기시증 등에 대한 교정술(1차 수술)을 시행 받고, 그로부터 8일 후 폐동맥 판막륜을 일부 절개하여 우심실유출로를 확장하는 수술(2차 수술)을 받았으며, 그로부터 4달 후 폐동맥결찰술(3차 수술)을 시행 받았는데, 이후 사지마비, 허혈성뇌손상 등으로 노동능력상실 100% 상태가 되자, 피고병원을 상대로 손해배상소송을 제기하여, 법원은 과실을 인정하되 책임은 20%로 제한하였다. 손해배상의 범위와 관련하여, 1심법원에서는 감정일로부터 3년간 1일 10시간의 개호를 인정하였으나, 항소심에서는 신체감정에서 1일 8시간 2인의 개호가 필요하다는 회신을 반영하여, 피고병원에서 퇴원한 날부터 만 5세가 되는 날까지는 1일 8시간 동안 성인 1명의 개호를 인정하고, 그 이후부터 여명 종료 시까지는 1일 8시간, 성인 2인의 개호를 인정하여 5세를 기준으로 나누어 판단하였다.<sup>17)</sup>

## 7. 각서의 효력 관련 사례

- 부산고등법원 2018. 8. 16. 선고 2017나124 판결

### 가. 사실관계

원고는 1999. 2. 3. 허에 이상증세를 느껴 피고 병원에 내원 후 이비인후과 과장으로부터 설하신경 종양 제거술(이하 ‘이 사건 수술’이라고 한다)을 받았는데 수술 후 오른쪽 설신경 초종의 후유증이 발생하였다. 이에 원고는 피고병원과 협의하여 ‘원고는 1999. 2.10. 피고병원 이비인후과 과장으로부터 우측 설하신

---

16) 명확하지는 않지만 대상판결에서는 변호사 근무기간이 수년에 불과하여 통계소득의 적용을 긍정한 것으로 볼 수 있는 반면, 본 판결은 한의사로 근무한 지 12년이 넘었는데 소득신고한 금액이 2,800만 원이라는 점을 고려한 것으로 보인다.

17) 신체감정에서 여명이 22세 2개월가량으로 판정되어, 퇴원일부터 5세까지와 5세 이후 여명종료일까지 17여 년가량의 개호비가 계산되었는데, 후자의 여명이 길고 개호인이 2인이 인정되면서, 총 개호비는 922,500,709원이 산정되었으나 책임비율이 20%여서 전체 개호비 중에서 2억 원 약간 넘는 금액이 개호비 관련 배상액으로 인정되었다.

경 종양 제거술을 시행 받은 사람으로서 본 수술에 대하여 차후 피고병원에 민, 형사상의 어떠한 법적 이의도 제기하지 않을 것을 서약합니다. 단 향후 본건으로 인한 진료비는 피고병원에서 부담한다.'라는 내용의 각서를 작성하여 주었다 (이하 이 사건 약정이라 한다). 원고는 이 사건 수술 이후 발생한 복합부위통증 증후군(CRPS)에 대한 치료를 받았고, 피고병원과 다른 병원에서 다니면서 지급한 치료비와 향후치료비 등 5억2천만 원을 약정금으로 청구하였다.

### 나. 법원의 판단

제1심 법원은, 약정서가 수술 후 원고의 우측 허 부위 통증 및 마비 증상을 지속적으로 호소하여 4개월가량 지난 후 양측의 협의 하에 작성된 것이고, 피고측에서 다른 병원 진료비까지도 지급해 왔으며, 원고는 향후치료비를 제외한 일실수입의 청구를 포기하고, 피고병원에서의 수술과 상당인과관계가 인정되는 치료비를 지출한 경우 피고가 이를 부담하는 내용이 포함되어 있고, 한편 이러한 각서가 작성되는 경우가 드문 점 등을 고려할 때, 피고병원에서 발생한 진료비만 지급하겠다는 것으로 볼 수 없다고 판단하였다. 또한 기왕치료비와 관련하여, 전문가 의견 대부분이 원고에게 기왕력이 없는데 수술 후 설신경 마비가 발생한 시간적인 근접성을 지적하고 있다는 점 및 수술부위와 신경손상부위가 장소적으로 근접하여 있다는 점을 고려할 때, 피고가 납부한 기왕치료비는 수술과 상당인과관계 있는 손해에 해당한다고 판단하였고, 향후치료비에 대해서는 원고의 증상이 복합부위통증증후군(CRPS) 자체는 아니지만, 오른쪽 허 부분 및 안면부 통증 등은 수술과 상당인과관계 있는 손해에 해당한다면서 그에 해당하는 기왕치료비와 향후치료비를 더한 2억 6천여만 원과 지연이자의 지급을 명하였다.

쌍방향소로 진행된 항소심에서 대상판결은, 기본적으로 1심 재판부와 판단을 같이하면서, 원고의 소화기 및 대상포진 관련 치료비는 인과관계를 부정하여 배척하되, 정신과 신체감정을 통해 인정된 기왕치료비의 추가 지급을 명하

여 3억 2천만 원가량과 그에 대한 지연이자 지급을 명하였다.<sup>18)</sup>

#### 다. 판결의 의의

의료사건에서 작성된 합의서는 그 효력을 제한적으로 판단하는 경향이 있으나,<sup>19)</sup> 이 사건 각서는 작성경위와 내용을 고려하여 그 효력을 100% 인정하고 있는데, 이는 환자측에서 민형사상 책임을 추궁할 수 있는 권리를 포기하는 대신 병원측에서 향후 발생하는 진료비 일체를 지급하겠다는 내용을 담고 있고 명칭도 각서여서, 새로운 법률관계가 형성되었다고 보았기 때문인 것으로 이해된다. 이 사건 각서가 작성된 상황이나 각서의 내용 등을 고려할 때, 병원측에서는 의료사고 후 난치성 통증질환이 발생하여 치료비가 2억 원을 넘을 것이라고는 예상하지 못하였을 것이라는 점을 고려하면, 병원측 의사에는 반하는 해석으로 이해되지만 법률 문서는 한번 작성되고 나면 작성된 문언에 따라 법률효과가 발생하는 것이라는 점에서, 환자측이건 병원측이건 합의서나 각서 작성 등에 있어서 더욱 세심한 주의를 기울여야 할 것이다.<sup>20)</sup>

### 8. 진료비 상계 및 공제 관련 사례

#### 가. 진료비 채권 상계

– 서울고등법원 2018. 9. 13. 선고 2017나2035029 판결

##### (1) 사실관계<sup>21)</sup>

원고는 피고 병원에서 자연분만을 시도하다가 태아 심박동이 하강, 회복되

---

18) 이 사건에 관하여 원피고 양측이 상고하지 아니하여 확정되었다.

19) 대법원 2000. 3. 23. 선고 99다63176 판결 등 참조.

20) 본건 관련하여 병원측에서 각서 작성 당사자로 나선 사람은 의사가 아닌 병원 사무장이었고, 후에 판결이 확정될 무렵에는 이미 병원을 퇴사하였다고 한다. 결국 처음부터 전문가의 도움을 받았다면 병원측의 배상 규모가 조정되었을 수 있는 사건이었다는 점에서 타산지적으로 삼을 여지가 있는 사건이다.

21) 5.라.(2), 239면. 브이백으로 분만하다 자궁파열 발생하고 응급제왕절개술하였지만 태아에게 장애가 발생한 사례 부분 참조.



지 않아 응급제왕절개수술을 통해 분만하였으나, 신생아는 출생 직후부터 상태가 좋지 않았고 결국 지속적 식물인간 상태가 되었다.

## (2) 법원의 판단

1심 및 항소심 법원은 모두 의료행위상 과실을 모두 부정하고 설명의무 위반으로 인한 위자료를 인정하였는데, 피고 병원은 항소심에서 설명의무 위반 위자료를 원고가 부담하는 진료비 채권과 상계하겠다는 항변을 하였고, 진료비 채권이 설명의무 위반 위자료를 초과하였기 때문에 결론적으로 원고들의 청구가 모두 기각되는 것으로 종결되었다.

## (3) 판결의 의의

원칙적으로 설명의무 위반 또는 의료과실로 인한 의사의 손해배상 채무는 과실로 인한 불법행위채무이므로, 채무자인 피고가 진료비채권을 가지고 있다면 상계할 수 있는 것이 원칙이다(민법 제496조).

여기에서 진료비채권의 유무에 관하여는, (의료행위 과실로 인한 손해배상이 부정되고) 단순한 설명의무 위반 위자료만 인정되는 경우라면, “의사가 환자에게 부담하는 진료채무는 질병의 치료와 같은 결과를 반드시 달성해야 할 결과채무가 아니라 환자의 치유를 위하여 선량한 관리자의 주의의무를 가지고 현재의 의학수준에 비추어 필요하고 적절한 진료조치를 다해야 할 수단채무라고 보아야 할 것이므로, 위와 같은 주의의무를 다하였는데도 그 진료 결과 질병이 치료되지 않았더라도 그 치료비는 청구할 수 있다 할 것”<sup>22)</sup>이므로 진료비채권이 발생하지만, 의료행위의 과실로 인하여 손해배상채권이 발생한 경우라면, ‘의사가 선량한 관리자의 주의의무를 다하지 아니한 탓으로 오히려 환자의 신체기능이 회복불가능하게 손상되었고, 또 손상 이후에는 그 후유증세의 치유 또는 더 이상의 악화를 방지하는 정도의 치료만이 계속되어 온 것뿐이라

22) 대법원 2001. 11. 9. 선고 2001다52568 판결 등.

면 의사의 치료행위는 진료채무의 본지에 따른 것이 되지 못하거나 손해전보의 일환으로 행하여진 것에 불과하여 병원 측으로서는 환자에 대하여 그 수술비와 치료비의 지급을 청구할 수 없으므로<sup>23)</sup>, 진료비 채권이 발생하지 않고, 따라서 진료비채권으로 상계하겠다는 주장은 인정되기 어렵다.

위와 같은 상계의 허용은 중한 결과가 발생하여 소송을 제기한 환자에게는 다소 가혹한 결과일 수 있으나, 의료행위의 과실이 부정된 이상 치료 목적으로 위험성이 있는 의료행위를 하는 의료진의 진료비 채권 발생이 인정되는 이상, 이를 이용한 상계권 행사가 공평의 이념이나 신의칙상 허용되지 않는 상계권 행사라고는 볼 수 없다는 점에서 타당한 결론으로 보인다.

#### 나. 기지급금원의 손익상계 주장

- 서울고등법원 2018. 5. 31. 선고 2015나2007129 판결

##### (1) 사실관계

원고들은 사망한 환아의 부모로, 환아(2009. 10. 31. 생)는 2012. 7. 23. 충치 치료를 위해 피고 치과를 방문하여 구강 검진을 하였는데, 피고는 환아의 치아 5개에 충치 치료가 필요한 것으로 판단하고 충치가 많아 진정법(sedation)으로 치료하는 것이 좋겠다는 권유를 하였다. 피고는 2012. 7. 27. 환아가 내원하자, 포크랄 시럽, 유시락스 시럽을 경구 투여하여 환아가 진정 상태에 있음을 확인한 후, 치료실로 옮겨 담요와 그물로 된 신체속박장치{이하 페디랩(Pedi-Wrap)이라 한다}로 환아의 어깨부터 무릎까지 덮어 고정하고, 국소마취를 실시한 뒤 충치치료를 위한 수술을 시작하였다. 그러나 수술 시작 약 20분이 경과한 후 환아의 심박동수와 산소포화도가 갑자기 떨어져 심정지 상태가 되었고, 환아는 대학병원 응급실로 이송되었다가 다른 병원으로 전원되었는데 뇌간반사소실로 잠정적 뇌사상태 진단을 받았고, 결국 2012. 7. 30. 다발성 장기기능 부전, 직접사인 호흡부전으로 사망하였다. 이에 대하여, 원고들은

23) 대법원 1993. 7. 27. 선고 92다15031 판결, 대법원 2005. 6. 9. 선고 2005다13028 판결 등.

마취약 투여상의 과실, 신체 구속으로 인하여 호흡 억제를 발견 못한 과실, 응급처치를 소홀히 하여 사망에 이르게 한 과실, 설명의무 위반 등을 주장하였고, 피고는 항소심에서 이미 원고들에게 일부 지급한 금원의 공제를 주장하였다.

## (2) 법원의 판단

1심 법원은 의료행위상의 과실 및 설명의무 위반을 모두 부정하였으나, 대 상판결은 전신마취하에 충치치료를 받을 것인지, 진정법하에 치료를 받을 것인지 등에 관하여 결정할 기회를 가지도록 할 의무가 있음에도 진정법에 의한 진정상태를 유도한 후 국소마취하여 치료하는 것이 좋겠다고 권유하고 안내한 사실만이 인정된다는 이유로 설명의무 위반에 따른 위자료를 인용하였다.

피고는 삼성서울병원에 대납한 환아의 치료비 1,000,000원 및 치료비 명목으로 망아의 아빠 계좌로 송금한 5,820,000원, 조의금 1,000,000원 등 합계 7,820,000원은 손해배상액에서 공제되어야 한다고 주장하였으나, 항소심 법원은 “이는 적극적 재산상 손해에 대한 손해배상금으로 지급되는 것으로서 이와 별도로 인정되는 원고들의 정신상 손해인 위자료는 그 소송물을 달리하여 공제할 대상이 되지 않는다 할 것이므로, 피고가 주장하는 사정만으로 이와 소송물이 다른 위 위자료 상당액에서 공제할 수는 없다”고 하여 피고의 주장을 받아들이지 않았다.

## (3) 판결의 의의

이 사건에서 피고의 주장은 일반적으로 의료소송에서 많이 하는 진료비채권에 기한 상계주장과는 다른 것이었다. 즉, 피고는 자신이 가지는 진료비채권(자동채권)으로 원고가 가지는 설명의무 위반 위자료채권(수동채권)과 상계한다는 주장을 한 것이 아니라, 피고가 원고에게 기 지급한 금원이 있으니 그 부분은 원고 인용금액에서 제외되어야 한다는 취지로 ‘공제’ 주장을 한 것이다.

여기서의 ‘공제’주장은 법리적으로는 ‘손익상계’의 주장이고, 법원에서 ‘소

송물이 다르다'며 배척한 것은 손해3분설에 따라 불법행위로 인한 적극적 재산상 손해, 소극적 재산상 손해와 위자료는 각각 다른 소송물이 되는데<sup>24)</sup> 그 중 하나의 소송물에 대하여 지급한 금원이 있다고 하여 다른 소송물에 대한 청구에서 이를 고려(공제)해 달라고 한 것이 부당하다는 취지로 보인다.

손익상계에 의하여 공제할 이익의 범위는 '불법행위와 상당인과관계 있는 것에 국한'되는 것이고,<sup>25)</sup> 손해배상액 산정에서 손익상계가 허용되기 위해서는 손해배상책임의 원인이 되는 행위로 인하여 피해자가 새로운 이득을 얻었을 뿐만 아니라 그 이득이 배상의무자가 배상하여야 할 손해의 범위에 대응하는 것이어야 하므로,<sup>26)</sup> 피고가 기 지급한 원고의 치료비는 피고가 배상하여야 할 손해인 정신적 손해에 대응하지 않는 별개의 소송물로서 손익상계에 의하여 공제하여야 할 이익에 해당하지 않는다는 취지의 판시 내용은 타당한 것으로 이해된다.

다만 이 사건에서는 피고의 의료과실이 부정되어 원고들의 적극적 재산상 손해 및 소극적 재산상 손해 배상 청구가 모두 기각되었으므로, 피고가 삼성서울병원에 대납한 치료비나 치료비조로 보내준 금원<sup>27)</sup>이 항소심 법원의 판단과 같이 "적극적 재산상 손해에 대한 손해배상금으로 지급되는 것"이라면, 이

24) 불법행위로 말미암아 신체의 상해를 입었기 때문에 가해자에게 대하여 손해배상을 청구할 경우에 있어서는 그 소송물인 손해는 통상의 치료비 따위와 같은 적극적 재산상 손해와 일실수익상실에 따르는 소극적 재산상 손해 및 정신적 고통에 따르는 정신상 손해(위자료)의 3가지로 나누어진다고 볼 수 있다(대법원 1976. 10. 12. 선고 76다1313 판결 등).

25) 대법원 1992. 12. 22. 선고 92다31361 판결 등.

26) 대법원 2011. 4. 28 선고 2009다98652 판결. 인근 아파트 건축으로 일조량이 감소하여 비닐하우스에서 난 재배를 할 수 없게 된 원고가 일조방해로 인한 손해배상을 구한 사안에서, 아파트 건축으로 인하여 원고 소유 토지의 지가가 상승하여 원고가 이익을 얻었다 하더라도 이는 일조방해와 관계없는 이익으로서 손익상계에 의하여 공제하여야 할 이익으로 볼 수 없다고 판시하였다.

27) 항소심 법원은 치료비조로 지급한 금원과 조의금을 구별하지 않고 피고가 원고측에 지급한 금원이 '적극적 재산상 손해에 대한 손해배상금'으로서 지급되는 것이라고만 기재하였으나, 조의금의 경우 적극적 재산상 손해에 해당하는 것이 아님이 명백하므로, 피고가 원고들에게 위로의 차원 또는 도의적 이유로 지급한 것으로서 일종의 증여 또는 도의관념에 적합한 비채변제이므로 반환을 구할 수 없을 것으로 생각된다.

는 원고 측이 피고에 대하여 ‘적극적 재산상 손해에 대한 손해배상금’ 채권을 가지지 않음에도 불구하고 지급받은 금원으로서 부당이득에 해당한다. 따라서 피고는 기존에 원인 없이 지급한 금원을 반환받을 채권(자동채권)이 있으므로, 28) 이를 본인이 설명의무위반으로 인하여 지급하여야 하는 위자료(수동채권)와 상계한다는 취지의 주장을 함께 하였다면, 상계권의 행사는 ‘동종의 채권’일 것을 요건으로 할 뿐 소송물이나 그 발생 원인을 가리지 않으므로 항변이 인용되었을 가능성이 있다. 그러므로 손해배상 사건에서 피고가 원고측에 일부 금원을 기 지급한 경우, 이에 대하여 ‘공제(손익상계)’ 주장 및 ‘상계(부당이득반환채권)’ 항변을 동시에 할 필요성이 있다.

## 9. 의료인의 의료기관 다중운영 사례

- 대법원 2018. 7. 12. 선고 2018도3672 판결

### 가. 사실관계

치과의사인 피고인은 2012. 6.경부터 H치과의원을 자신의 명의로 개설하여 운영하였음에도, 2013. 6.경부터 서모씨 명의로 개설한 S치과의원을, 2014. 4.경부터 조모씨 명의로 개설한 L치과의원을 동시에 운영하였다. 피고인은 의료법 제33조 제8항에 따라 의료인은 어떠한 명목으로도 둘 이상의 의료기관을 개설·운영할 수 없음에도 위 3개의 치과의원을 운영하였다는 의료

28) 피고에게 부당이득반환채권이 있는지, 즉 피고가 환아의 부모에게 지급한 치료비가 ‘비채변제’ 또는 ‘도의관념에 적합한 비채변제에 해당하지 않는지 여부에 관하여는 개별 사건의 구체적인 사실관계에 따라 판단되어야 한다. 만약 피고가 혹시 나에게 책임이 있을 지도 모른다고 생각하거나 도의적 책임을 느껴 치료비를 지급한 것이라면 이는 도의관념에 적합한 비채변제에 해당하지만, 원고들이 피고에게 계속적으로 책임을 추궁하고, 피고 병원에 불이익이 되는 행동을 하여 피고가 자신에게 의료상 과실로 인한 손해배상의 무가 없다는 것을 잘 알고 있으면서도 의사에 반하여 어쩔 수 없이 지급한 것이라면 ‘비채변제는 지급자가 채무 없음을 알면서도 임의로 지급한 경우에만 성립하고 채무 없음을 알고 있었다 하더라도 변제를 강제당한 경우나 변제거절로 인한 사실상의 손해를 피하기 위하여 부득이 변제하게 된 경우 등 그 변제가 자기의 자유로운 의사에 반하여 이루어진 것으로 볼 수 있는 사정이 있는 때에는 지급자가 그 반환청구권을 상실하지 않는다고 하여야 할 것’(대법원 1988. 2. 9. 선고 87다432판결)이므로 비채변제에 해당하지 않는다.

범위반 혐의 및 초과 인수 과정에서 투자금 및 대여금 명목으로 6억 5,000여만 원을 편취한 사기죄 혐의로 구속 기소되었다.

#### 나. 법원의 판단

1심 법원은 사기죄 혐의에 대하여 모두 유죄 판단을 하며 피고인에게 징역 2년 6개월을 선고하였다. 그러나 의료범위반 혐의에 대해서는, S치과의원의 경우 개설명의자인 서모씨가 진료를 하되, 피고인은 회계와 마케팅을 담당하는 방식으로 공동으로 운영하기로 하였다가 계약대로 보수가 지급되지 않아 폐업을 하였다는 점을 들어, L치과의원의 경우 피고인이 30% 정도의 지분을 가지고 있었으나, 이는 개설명의자 조모씨와 피고인 간 정산할 문제가 있어 일시적으로 동업의 형식을 띠었을 뿐, 2015. 1. 경부터는 조모씨가 온전히 단독으로 운영하였다는 점을 들어 무죄를 선고하였다.

그러나 항소심 판결은 이미 자신의 명의로 의료기관을 개설 및 운영하던 피고인이 각 서모씨와 조모씨의 명의를 빌려 각 S치과의원과 L치과의원을 운영하였고, 이 과정에서 시설과 인력의 관리, 의료업의 시행, 필요한 자금의 조달, 그 운영성과의 귀속 등을 실질적으로 지배 및 관리하였다는 점을 인정하여 의료범위반의 점도 유죄로 인정하였다.

한편, 대상 판결은 의료기관의 중복 ‘개설’이란 ‘이미 자신의 명의로 의료기관을 개설한 의료인이 다른 의료인들의 명의로 개설한 의료기관에서 직접 의료행위를 하거나 자신의 주관 아래 무자격자로 하여금 의료행위를 하게 하는 경우’이고 의료기관의 중복 ‘운영’이란 ‘의료인이 둘 이상의 의료기관에 대하여 그 존재, 이전, 의료행위 시행 여부, 자금 조달, 인력·시설·장비의 충원과 관리, 운영성과의 귀속·배분 등의 경영사항에 관하여 의사 결정 권한을 보유하면서 관련 업무를 처리하거나 처리하도록 하는 경우’라 하여 ‘개설’과 ‘운영’의 개념을 구분하며, 이 사건 피고인의 행위는 중복개설은 아니더라도 중복‘운영’에 해당한다고 판단하였다.

#### 다. 판결의 의의<sup>29)</sup>

의료인의 의료기관 중복 개설 및 운영을 금지한 의료법 제33조 제8항은 2012년에 개정되어 도입된 것이다. 개정 전에는 의료기관의 중복 ‘개설’만이 금지되었다. 그리고 개정 전 조항에 대해 대법원은 2003년 이래 A 의료기관을 개설한 의사가 다른 의사의 명의로 B 의료기관을 개설하여 직원을 채용하고 급료를 지급하며 영업에 관여하여 발생하는 이익을 취하는 등 경영에 직접 관여한 것은 의료법이 금지하는 중복 ‘개설’은 아니지만, B 의료기관에서 자신이 직접 의료행위를 하거나 무자격자를 고용하여 자신의 주관 하에 의료행위를 하게 하는 것은 의료법이 금지하는 중복 ‘개설’이라고 판시하여 왔다.<sup>30)</sup> 즉, ‘운영’과 ‘개설’을 분리한 대상 판결의 태도와 같은 전제에서 의료법에 따라 중복 ‘개설’만이 금지된다고 판단한 것이다. 그런데 2012년 법개정으로 인하여 중복 ‘운영’까지도 금지되었다.

입법 과정에서 보건복지부는 대법원이 유사 사안에서 여러 차례 의료기관의 중복 ‘경영참여’에 대해 복수개설이 아니라고 판단한 점, ‘운영’의 범위가 불명확한 점을 들어 입법 실익이 적다는 점을 지적하였고, 법제처 역시 ‘운영’을 금지한다 하더라도 사인 간 계약관계를 행정청이 파악하기 어려워 실효성을 기대하기 어렵다고 하였다. 공정거래위원회도 의료인의 다른 의료기관에 대한 투자 및 경영까지 금지하는 것은 국민의 건강을 보호·증진하는 의료법의 목적을 벗어난 과잉규제라고 지적하였다.<sup>31)</sup>

한편, 개정법률이 적용된 최초의 사례에 대해서는 1심 및 항소심에서 각 유죄판결이 선고되어 피고인이 상고하였고, 현재 대법원에서 전원합의체로 회

29) 이 판결에 대하여 이화여자대학교 이원복 교수는 2018. 12. 21. 법률신문에 “의료법 제33조 제8항에 관한 대법원 판결평석”을 게재하였다. 이원복 교수의 평석은 주로 대상 판결에서 의료기관 중복운영으로 판단되는 범위를 보다 넓은 것인지 등 의료법 조문의 해석에 초점을 맞추고 있다.

30) 대법원 2003. 10. 23. 선고 2003도256 판결.

31) 김선욱·정혜승, “의료인의 의료기관 다중운영 금지 조항의 위헌성”, 의료법학(제16권 2호), 대한의료법학회, 2015, 제300-301면.

부하여 2014도13175 사건으로 심리중이며, 동시에 헌법재판소에서 2012 헌바214 사건으로 위헌 여부를 심리중이다.<sup>32)</sup> 대상 판결은 아무리 피고인이 함께 기소된 범죄의 중대성 때문에 구속상태였다고 하더라도 근거 조항에 대한 위헌논란이 있어 헌법재판소도 판단을 미루고 있는 상황에서, 최초 문제 사안에 대한 대법원의 전원합의체 판결이 나오기 전에 이루어졌다는 점에서 다소 아쉽다.

한편, 대상 판결은 2003년 대법원 판결에서 나타난 ‘운영’의 표지에 대하여 더욱 자세히 실시하고 있다. 둘 이상의 의료기관 개설 과정, 개설명의자의 역할과 경영에 관여하고 있다고 지목된 다른 의료인과의 관계, 자금조달 방식, 경영에 관한 의사 결정 구조, 실무자에 대한 지휘·감독권 행사 주체, 운영성과의 분배 형태, 다른 의료인이 운영하는 경영지원 업체가 있을 경우 그 경영지원 업체에 지출되는 비용 규모 및 거래 내용 등의 제반 사정을 고려하여야 한다는 것이다. 나아가 의사 결정과 운영성과 귀속 등의 측면에서 특정 의료인에게 좌우되지 않고 각자 독자성을 유지하고 있거나, 특정 의료인이 단순히 협력관계를 맺거나 경영지원 혹은 투자를 하는 정도에 그친다면 ‘운영’에 해당하지 않을 가능성이 있음도 시사하고 있다. 그러나 ‘운영’의 의미에 대해 많은 설명이 필요하거나 예외상황이 늘어날수록 해당 조항은 형벌부과의 기준이 되기 어려울 것으로 사료된다. 투자 후 경영지원행위에 그치려고 의도하더라도 이익을 최대한 회수하기 위해 경영관여도가 높아지면 결국 ‘운영’에 이르게 되는 것인데 그 명확한 기준을 알기 어렵기 때문이다. 대상 판결은 적용 법조항에 대한 근본적 문제 해결은 뒤로 미룬 채 법조항의 해석에 집중한 것으로 이해되는데, 대상 판결의 중복 ‘운영’에 대한 실시의 타당성은 결국 대법원의 전원합의체의 판결 및 헌법재판소의 결정에 좌우될 것으로 예상된다.

---

32) 관련 사건의 진행 경과 및 관련 요양급여비용 환수처분 사건에 대한 내용 및 평석은 박태신·유현정·정혜승·이동필·이정선, “2016년 주요 의료판결 분석”, 의료법학(제18권 1호), 대한의료법학회, 2017., 제322-327면. 위 요양급여비용 환수처분 취소소송은 원고 승소로 확정되었다(대법원 2019. 5. 30. 선고 2016두5637 판결).



## 10. 과징금부과처분의 재량권 일탈·남용 인정 사례

- 서울행정법원 2018. 2. 8. 선고 2013구합64431 판결<sup>33)</sup>

### 가. 사실관계

피고는 대학병원인 원고병원에 대해 2012. 5.경 현지조사를 실시하여 2011. 6.경부터 11.경까지 약 6개월 간 진찰료산정기준위반, 본인부담금과다 징수 등 요양급여기준 등을 위반하여 요양급여비용 487,610,680원, 의료급여비용 40,870,940원을 부당하게 지급받은 사실을 확인하고, 요양급여와 관련한 1,907,089,880원 및 의료급여와 관련한 119,314,320원의 각 과징금부과 처분을 하였다. 이에 원고는 요양급여기준을 위반하지 않았고, 예외적으로 허용되는 임의비급여의 요건을 갖추었으며,<sup>34)</sup> 재량권을 일탈·남용하였다고 주장하면서 위 각 처분의 취소를 구하는 소를 제기하였다.

### 나. 법원의 판단

법원은 요양급여기준준수 주장은 배척하고, 임의비급여의 예외적 허용요건 충족은 요양급여와 관련된 5명의 수진자에 대해 인정하였다. 다음으로 재량권 일탈·남용 주장과 관련하여 국민건강보험법 시행령이나 의료급여법 시행규칙이 정하는 업무정지기간이나 과징금 금액은 최고한도라고 하면서(대법원 2006. 2. 9. 선고 2005두11982 판결 등 참조), 위 시행령이나 시행규칙이 '위반행위의 동기·목적·정도 및 위반횟수 등을 고려하여 업무정지기간 또는 과징금 금액의 2분의 1 범위에서 감경할 수 있다'라고 정한 감경기준은 임의적 감경기준이므로 감경사유가 존재하는 경우 이를 고려하고서도 감경하지 않은 처분을 하는 것은 위법하다고 할 수 없으나 감경사유가 없다고 오인하거나 감경사유를 전혀 고려하지 않은 채 처분을 한 것은 위법하다고 하였다(대법원

33) 항소심 서울고등법원 2018. 11. 30. 선고 2018누39548 판결.

34) 원고는 임의비급여 예외적 허용요건 충족을 주장하면서 약 30명의 수진자의 진료기록 등에 대해 대한의사협회에 사실조회 등을 통하여 증명을 시도하였다.

2010. 7. 15. 선고 2010두7031 판결 등 참조). 위와 같은 전제에서 요양급여와 관련된 5명의 수진자는 임의비급여의 예외적 허용요건을 충족하므로 처분 사유로 삼을 수 없고, 다른 수진자들에 대한 부분도 의학적 요건을 충족한 부분이 상당하며, 원고의 행위가 모두 속임수 그 밖의 부당한 방법으로 가입자 등에게 요양급여비용 등을 부담하게 한 행위에 해당한다고 하더라도 의료인에게는 진료방법선택에 관한 상당범위의 재량이 인정되는데 의료적으로 환자 등에게 최선인 진료행위가 요양급여로 정해지지 않았다는 사유로 부당이득환수뿐 아니라 업무정지나 부당이득의 3~4배에 해당하는 과징금부과까지 한다면 국민 건강보험법이나 의료급여법의 취지에 반하는 점, 원고병원의 행위는 환자의 생명을 구하기 위해 필요하다는 판단 하에 이루어진 반면 그로 인해 별도의 이익을 얻은 것은 없는 점, 의학적 타당성을 인정할 수 있는 행위에까지 예외 없이 3~4배의 과징금을 부과하는 것은 통상적인 치료방법만을 할 수 밖에 없어 환자의 생명에 관한 권리를 침해하고 최선진료의 주의의무를 부담하는 의사의 진료행위를 과도하게 규제하여 헌법에 위반될 소지가 큰 점 등을 고려하면 재량권을 일탈·남용하였다고 판단하였다.

#### 다. 판결의 의의

재량권 일탈·남용과 관련하여 임의비급여의 예외적 허용요건 중 사전 동의 등 요건을 충족하지 못하여 예외적으로 허용되는 임의비급여로는 인정받지 못하더라도 처분의 감경사유로는 볼 수 있고, 요양급여기준을 벗어난 진료행위로 인해 별도의 이익을 취득하지 않은 점이 해당 진료행위가 환자의 생명을 구하기 위해 시행되었다는 점과 결합하여 재량권 일탈·남용 여부의 판단요소로 고려될 수 있음을 판시했다는 점에서 요양급여나 의료급여비용의 부당금액과 관련한 처분의 위법성을 판단하는 기준을 구체화한 판결로서 의미가 있다고 본다.

또한 현행 요양급여기준이 환자에게 최선인 진료행위를 포괄하지 못하고

있는 현실에서 이를 일률적이고 획일적인 처분으로 규제하는 것은 국민건강보험법이나 의료급여법의 취지나 목적에 어긋나 부당하다고 판시한 점은 요양급여기준과 의료법이 규정한 의료인의 최선진료의무의 긴장관계를 고려했다는 점에서 의미가 있다고 본다.

### III. 마치며

지난 호에 이어 2018년도 주요 의료판결을 정리하였는데, 특히 설명의무와 관련된 법원의 설시는 그 한계가 어디까지인지 알 수 없을 정도로 다기(多岐)하여 가급적 많은 판결을 소개하기 위하여 노력하였다. 손해배상의 범위와 관련하여 개호비를 다액 인정한 판결은 일반적인 법원의 태도와 달라 판단의 사유가 쉽게 이해되지 않았고 각서의 효력이 증가된 치료비에도 미치는 것으로 본 판결도 법리적으로 눈길을 끌며 심도 있게 논의하였다. 진료비상계 및 공제 관련 판결은 당사자의 구체적인 주장내용과 근거를 알 수 없는 상태에서 판시 내용만으로는 손해삼분설 및 상계적상 관계가 쉽게 이해되지 않아 서술내용에 비하여 가장 많은 토론이 이루어졌다. 의료기관 다중 운영 사례는 중간적 판결이지만, 워낙 의료계에 관심이 많은 사건이고, 임의비급여 관련 재량권 일탈 남용이 인정된 사건도 과거에 비하여 비중이 많이 줄었지만 여전히 의미가 있다고 보아 토론하여 서술하였다.

2018년에 선고된 판결을 수집하는 것도 여전히 쉽지 않았고, 당사자 비실명화 작업으로 가독성이 떨어지는 면 등은 개선해야 할 부분인데, 의변 회원들의 많은 도움으로 무사히 글을 완성하게 되어 이 자리를 빌려 도움을 주신 모든 회원들에게 다시 한 번 깊은 감사를 드린다.

[ 참 고 문 헌 ]

- 심다은·박지용, “의료과오소송에서의 책임제한법리 대법원 2016. 6. 23. 선고 2015다55397 판결 및 하급심 판결의 평석을 중심으로”, 『한국의료법학회지』 제26권 1호, 한국의료법학회, 2018. 6.
- 김민중, “의사에게 치료상의 과오를 설명할 의무가 있는가?”, 『의료법학』 제15권 제2호, 대한의료법학회, 2014. 12.
- 김선욱, 정혜승, “의료인의 의료기관 다중운영 금지 조항의 위헌성”, 『의료법학』 제16권 2호, 대한의료법학회, 2015.
- 박태신 외, “2016년 주요 의료판결 분석”, 『의료법학』 제18권 1호, 대한의료법학회, 2017. 12.
- 서울중앙지방법원, 『손해배상소송실무(교통·산재)』, 서울중앙지방법원 교통·산재손해배상실무연구회, 2005, 초판3쇄.
- 유현정 외, “2015년 주요 의료판결 분석”, 『의료법학』 제17권 1호, 대한의료법학회, 2016. 6.
- 이원복, “의료법 제33조 제8항에 관한 대법원 판결평석”, 『법률신문』, 2018. 12. 21.

[국문초록]

## 2018년 주요 의료 판결 분석(II)

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

지난 호에 이어 2018년도 주요 의료판결을 정리하였는데, 특히 설명의무와 관련된 법원의 설시는 그 한계가 어디까지인지 알 수 없을 정도로 다기(多岐)하여 가급적 많은 판결을 소개하기 위하여 노력하였고, 손해배상의 범위와 관련하여 개호비를 다액 인정한 판결과 각서의 효력이 증가된 치료비에도 미치는 것으로 본 판결도 관심을 가져볼 필요가 있다. 진료비상계 및 공제관련 판결은 서술내용에 비하여 가장 많은 토론이 이루어졌다. 의료기관 다중 운영 사례는 중간적 판결이지만, 워낙 의료계에 관심이 많은 사건이고, 임의비급여 관련 재량권 일탈 남용이 인정된 사건도 과거에 비하여 비중이 많이 줄었지만 여전히 의미가 있다고 보았다.

주제어 : 설명의무, 손해배상의 범위, 각서의 효력, 진료비 상계, 공제, 의료기관 다중 운영, 과징금부과 처분, 재량권 남용

## Review of 2018 Major Medical Decisions (II)

Lee Dong Pil<sup>1</sup>, Lee Jung Sun<sup>2</sup>, Yoo Hyun Jung<sup>3</sup>,

Park Tae Shin<sup>4</sup>, Jeong Hye Seung<sup>5</sup>, Park Noh Min<sup>6</sup>

<sup>1</sup>*Lawfirm UiSung*, <sup>2</sup>*Law Office Gunwoo*, <sup>3</sup>*Naum Law Office*,

<sup>4</sup>*CBNU*, <sup>5</sup>*Lawfirm Banwoo*, <sup>6</sup>*Shin · Yoo Legal Advisory*

### =ABSTRACT=

Following the last issue, we summarized the major medical judgments in 2018. Especially, efforts have been made to introduce as many judgments as they relate to the obligation to explain. This is because the limits of the court's judgments were so diverse that it was unknown. Regarding the extent of damages, attention should also be paid to cases where the cost of care is recognized as a large amount, and cases where the memorandum is effective for the increased cost of treatment. The rulings related to the payment and deduction of medical expenses were the most discussed, although the description was small. The case of multi-institutional operation of medical institutions is an interim decision, but it is a case of interest in the medical community, and regarding uninsured medical expenses, cases of discretionary abuse have been reduced compared to the past, but are still significant.

Keyword : duty of explanation, scope of damages, effect of memorandum, offset of medical expenses, deduction, multiple operation of medical institutions, disposition of fines, abuse of discretion