

2020년 주요 의료판결 분석

박노민* · 정혜승** · 박태신*** · 유현정**** · 이정민***** · 조우선*****

I. 들어가며
II. 2020년 주요 의료판결
1. 약물로 인한 아나필락시스와 과실 관련 판례
2. 심급에 따라 과실 및 인과관계 판단이 다른 사례
3. 수인한도를 넘어설 만큼 불성실하게 진료를 한 경우 별도의 불법행위를 인정한 사례
4. 대한의학회 장애평가기준으로 노동능력상실률을 평가한 사례
5. 설명의무와 관련한 사례
6. 진료기록 사후기재 등에 관한 증명방해 판단 사례
7. 전화 진료의 의료법상 허용되는지에 대한 사례
8. 의사에 대한 실형 선고 사례
III. 마치며

I. 들어가며

의료문제를 생각하는 변호사 모임(이하 ‘의변’이라 함)은 예년과 같이 2020년 한 해 동안 선고된 판결들 중 의미 있는 의료 관련 판례를 선정하여 정리하였다. 의변 소속 6명의 변호사는 법원도서관의 판결검색 사이트에서 2020년 선고된 대법원과 고등법원 판결 중 “손해배상(의)”로 검색한 100여 건의 판결

* 논문접수: 2021. 5. 25. * 심사개시: 2021. 6. 3. * 게재확정: 2021. 6. 21.

* 신&유 법률사무소, 서울대학교 석사수료(Noahminpark@gmail.com).

** 법무법인 반우, 한양대학교 석사수료.

*** 전북대학교 법학전문대학원 부교수.

**** 나옴 법률사무소, 고려대학교 박사과정.

***** 법무법인 히포크라테스, 고려대학교 박사과정.

***** 법무법인 원스.

들과 대법원 판결 중 과거 환송된 판결들, 각 법원 홈페이지에 게시된 주요 판결, 법률신문에 2020. 1.부터 12.까지 보도된 법원 소식 중 판결문에 관한 기사를 나누어 검토하였고, 그간 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 다수의 회의와 이메일 교환 등을 통해 각 판결을 분석하고 그 의미에 관하여 토론한 후 다음과 같이 정리하였다¹⁾.

II. 2020년 주요 의료판결

1. 약물로 인한 아나필락시스와 과실 관련 판례

2020. 10.경 독감백신 접종 후 사망자가 잇달아 발생하자 백신 부작용으로 특정 물질에 몸이 과민하게 반응하는 급성 중증 전신 알레르기 반응인 아나필락시스(anaphylaxis)²⁾가 거론된다.³⁾ 코로나19(COVID-19)바이러스 백신 접종에도 아나필락시스 부작용에 대한 우려가 제기되었으며,⁴⁾ 코로나19(COVID-19)바이러스 백신 접종과 아나필락시스 사이의 인과성이 인정되기

1) 의변 학술단에서는 판결분석을 위하여 2021. 1. 22. 및 1. 27.(1차 회의, 비대면), 2. 9.(2차 회의, 비대면), 2. 18.(3차 회의, 비대면), 3. 4. 및 3. 25.(4차 회의, 대면 및 비대면), 4. 6.(5차 회의, 비대면)에 걸쳐 총 5차례 판결분석 회의를 하였다.

2) 김희규, “성인 아나필락시스의 흔한 원인과 관리”, 대한내과학회 춘계학술대회, 대한내과학회, 2019., 69-71면; 홍규락, 「응급실로 내원한 아나필락시스 환자의 임상적 고찰」, 순천향대학교 대학원 석사학위논문, 2020., 5-6면에 따르면 단시간에 피부, 호흡기, 심혈관, 위장관 등 여러 장기에 증상이 나타나며, 피부 증상으로 두드러기·가려움증·혈관부종·홍조 등이, 호흡기 증상으로 기침·빈호흡·호흡곤란 등이, 심혈관계 증상으로 빈맥·저혈압·저체온 등이, 위장관 증상으로 구역·복통·구토 등이, 신경학적 증상으로 현훈·의식저하·실신 등이 나타난다. 추정원인으로는 음식(해산물, 견과류, 계란, 유제품 등), 약물(항생제, 소염진통제, 백신 등), 환경(곤충, 꽃가루 등) 등이 거론된다.

3) 의학신문 2020. 10. 23.자 기사 “독감백신 부작용 ‘아나필락시스’... 100만 건당 0.7건뿐”: <https://www.bosa.co.kr/news/articleView.html?idxno=2136708> 등.

4) 청년의사 2021. 1. 29.자 기사, “코로나19 백신 접종 시 가장 우려되는 것은 ‘아나필락시스’”: <https://www.docdocdoc.co.kr/news/articleView.html?idxno=2007211>.

도 하였다.⁵⁾ 이러한 사회상황을 고려하여 아나필락시스에 대해 간략히 알아보고, 2020년에 선고된 판결 중 아나필락시스가 문제된 사례들을 살펴본다.⁶⁾

가. 후루마린 투여 아나필락시스 사건

– 서울고등법원 2020. 9. 10. 선고 2019나2015586 판결⁷⁾

(1) 사실관계

망인(2014. 3. 생 남아)은 2017. 4. 17. 지속적인 발열로 피고 병원에 입원하였다. 피고 병원 소속 의료진은 같은 날 14:40경 망인에게 생리식염수, 14:48경 후루마린(항생제), 이세파마이신(항생제)을 주사하였는데, 14:49경 호흡 곤란, 청색증, 의식상실 증상이 보이자 14:50경 망인을 처치실로 옮겼다. 피고 병원 소아과 의사 A는 망인에게 디크놀(해열제), 아티반(항경련제)을 주사하고 앰부배깅을 하였고, 심장마사지 및 기도삽관을 하였으며, 3회에 걸쳐 에피네프린(혈관수축제)을 투여하였다. 피고 병원 소속 의료진은 같은 날 15:15경 망인을 전원하여 15:33경 B병원에 도착하였고, B병원 의료진은 15:33경부터 15:48경까지 가슴압박, 에피네프린 투여 등 심폐소생술을 하였으며, 15:54경 기존 인공기도를 제거하고 새로 기도삽관을 하였다. 망인은 B병원(2017. 4. 17.–2017. 7. 8., 2017. 7. 23.–2018. 1. 15.)과 C병원(2017. 7. 8.–2017. 7.

5) 청년의사 2021. 3. 22.자 기사, “코로나19 백신 접종 후 아나필락시스, 인과관계 ‘2건’ 확인”: <http://www.docdocdoc.co.kr/news/articleView.html?idxno=2008872>.

6) 백신 접종으로 인해 아나필락시스가 발생하여 진료를 받거나 장애인이 되거나 사망한 경우에는 감염병의 예방 및 관리에 관한 법률 제71조에 따라 국가가 보상하여야 하고, 백신 투여자 등 제3자의 고의 또는 과실로 피해가 발생했을 때 그 손해배상청구권과의 관계에 대해서는 같은 법 제72조가 규정하고 있다. 그리고 대법원은 “예방접종과 장애 등 사이의 인과관계는 반드시 의학적·자연과학적으로 명백히 증명되어야 하는 것은 아니고, 간접적 사실관계 등 제반 사정을 고려할 때 인과관계가 있다고 추단되는 경우에는 증명이 있다”고 판시하고 있다(대법원 2019. 4. 3. 선고 2017두52764 판결; 대법원 2014. 5. 16. 선고 2014두274 판결 등). 다만, 이하에서 소개하는 판결례들은 국가가 백신접종으로 인한 아나필락시스 등에 대해 피해 보상하는 사례가 아니라 의료진이 환자에게 특정 약물을 투여한 후 발생한 아나필락시스와 관련하여 손해배상책임이 있는지 여부에 관한 사례들이다.

7) 대법판결은 민사소송법 제420조 본문에 따라 제1심 판결인 서울서부지방법원 2019. 1. 30. 선고 2017가합33551 판결의 이유를 일부 고쳐 쓰거나 추가하는 외에는 그대로 인용하였다. 그리고 대법판결은 원·피고 모두 상고하지 않아 확정되었다.

23., 2018. 1. 15.-2018. 5. 7.)에서 입원치료를 받다가 2018. 5. 7. 허혈성 저산소뇌병증으로 사망하였다. 한편 망인은 2016. 12. 4. 18:00경 피고 병원에서 후루마린, 생리식염수, 삐콤헥사주사액을 혼합하여 투여받았는데 18:30경 전신발적, 늘어지고 자려고 하는 증상을 보인 사실⁸⁾, 2017. 3. 23. 발열 및 콧물 증상으로 피고 병원에 내원하여 생리식염수, 삐콤헥사주사액을 혼합하여 투여받았는데 약 30분 후 얼굴 및 전신에 발적, 양쪽 눈 부종 증상을 보여 피고 병원 소속 의료진이 위 주사액 투여를 즉시 중단한 사실⁹⁾ 및 피고 병원 소속 의료진이 2017. 3. 23.부터 27.까지 입원기간 동안 망인에게 1일 3회 후루마린을 주사한 사실이 있다.

망인의 부모인 원고들은 피고 병원을 상대로 사용자 책임을 묻는 이 사건 소를 제기하고, 망인의 알리지 질환의 원인약물 규명 및 회피의무와 관련한 과실, 아나필락시스에 관한 응급조치 지연 과실 등을 주장하였다.¹⁰⁾

(2) 법원의 판단

대상판결은 피고 병원 소속 의료진에게 망인의 알리지질환의 원인약물 규명 및 회피의무가 있는지와 관련하여, ① 환자에게 약물 투여 이후 나타난 증상과 그 원인약물 사이의 상관관계 규명을 위한 표준화된 매뉴얼이 없는 점, ② 항생제 피부반응시험이 즉시형 과민반응 과거력이 있는 환자에게 그 원인이 되는 항생제를 확인하기 위한 진단에 도움이 될 수 있으나 적절한 시약과 유용성이 정립되어 있지 않은 점, ③ 항생제 알레르기 과거력이 진단되면 피부반응 시험결과가 음성이라도 다시 약물유발검사를 시행하여 그 결과가 음성이어야 항생제를 사용할 수 있으나, 망인이 2016. 12. 4. 후루마린을 투여 받은 후

8) 망인은 2016. 12. 4.부터 같은 달 9.까지 피고 병원에 입원하였다.

9) 망인은 2017. 3. 23.부터 같은 달 27.까지 피고 병원에 입원하였다.

10) 그 외 후루마린 주사방식 및 경과관찰 상 과실, 기도삽관 실패 및 시정하지 못한 과실, 전원조치 시 중요정보 미전달 과실 등을 주장하였는데, 법원은 후루마린 주사방식 및 경과관찰 상 과실 및 전원조치 시 중요정보 미전달 과실은 부정하고, 기도삽관 실패 및 이를 시정하지 못한 과실은 인정하여 피고가 원고들에게 각 75,353,533원, 86,931,820원 및 이에 대한 지연손해금을 지급하라고 판시하였다.

보인 증상 외에 의식수준 저하나 호흡기 및 위장관 증상이 있었다는 기록이 없고, 망인에게 2017. 3. 23. 전신발적과 눈 부종이 나타나기 전에 후루마린이 투여되었다는 진료기록상의 기재가 없어 당시 피고 소속 의료진이 후루마린 투여로 알레르기 반응이 나타났다고 진단하기 어려워 보이는 점, ④ 후루마린 약품정보 중 주의사항에 “쇼크 등의 반응을 예측하기 위해 충분한 문진을 실시하고 사전에 피부반응을 실시하는 것이 바람직하다”라고 기재되어 있는데, 피고 병원 의료진이 망인 내원 당시 알러지 반응에 대한 문진을 실시하였고 이 사건 발생일 이전인 2014. 11.경부터 2016. 12.경까지 7차례 실시한 후루마린에 대한 피부반응검사 결과가 모두 음성인 점, ⑤ 망인은 이 사건 발생일인 2017. 4. 17. 이전에 고열로 인근 소아과에서 후루마린과 같은 세팔로스포린계인 바난 항생제를 처방받아 복용하였는데 약물과민반응을 보인 사정이 없는 점, ⑥ 아나필락시스는 주로 페니실린 계열의 항생제나 해열진통제, 백신, 해산물이나 과일 등 음식, 곤충 등에 의해 발생할 수 있는 것으로 알려져 있는 점 등을 종합하면, 피고 병원 소속 의료진에게 2016. 12. 4. 및 2017. 3. 23. 망인이 보인 증상의 원인으로 후루마린에 대한 과민성을 의심하여 약물유발검사 등 시행을 통해 원인약물을 규명하고, 2017. 4. 17. 후루마린의 처방 투여를 회피할 의무가 있다고 보기 어렵다고 판시하였다.

또한 아나필락시스 오진 및 응급처치 지연 등 과실 여부에 관하여, ① 망인은 지속적인 발열로 입원하였고 입원 당일 14:50경 체온이 38.2°C의 열 및 경기 증상이 있어서 피고 병원 소속 의료진이 후루마린 투여 직후 나타난 망인의 호흡곤란 증상 등이 후루마린 투여로 인한 아나필락시스인지 열성경련인지 정확하게 진단하기 어려웠을 것으로 보이고, ② 망인이 후루마린 투여 후 호흡곤란 증세를 보였으므로 아나필락시스 쇼크 가능성을 인지할 수 있었으나, 아나필락시스에 대한 적절한 조치에 해당하는 약물 투여 중지, 심장마사지, 기도삽관, 에피네프린 투여 등이 증상 발현 후 연속적으로 이루어졌으므로, 피고 병원 소속 의료진이 아나필락시스를 진단하지 못한 채 응급조치를 한 것을 과실이라고 할 수 없다고 판시하였다.¹¹⁾

나. 디클로페낙 주사 아나필락시스 사건

– 대전고등법원(청주) 2020. 5. 19. 선고 2019나2682 판결¹²⁾

(1) 사실관계

망인(1962. 12.생 남성)은 2009년 무렵 심근경색 진단을 받고 스텐트 수술을 받은 후 심근경색치료제를 장기간 복용하고 있었다. 망인은 소염진통제인 디클로페낙 약물에 부작용이 있어 내과 의사가 손글씨로 ‘dichlofenac(디클로페낙)’이라고 적어준 쪽지를 가지고 다녔는데, 2016. 11. 15.경 오른쪽 발목을 다쳐 다음 날 13:30경 피고가 운영하는 병원에 내원하여 피고 병원 신경외과 전문의 A로부터 치료를 받았다. A는 같은 날 14:26경 망인에게 주사약 로페낙-주 2ml(디클로페낙나트륨)¹³⁾, 먹는 약 엔클로페낙정(아세클로페낙), 에페신정(에페리손염산염), 케이비피드정(레바미피드)을 처방하였다. A의 처방에 따라 간호사 B는 망인에게 로페낙과 성분은 동일하고 제품명이 다른 ‘유니페낙’ 2cc를 근육주사하였다.

망인은 위 주사를 맞은 후 처방받은 약을 조제받기 위해 병원 인근 약국에서 위 쪽지를 보여주며 처방받은 약과 쪽지에 적힌 약의 성분이 같은지를 묻고, 약사가 성분이 거의 비슷하다고 하자 처방전 변경을 위해 동거인과 함께 피고 병원으로 되돌아갔다. 동거인이 먼저 피고 병원에 돌아와 A에게 디클로페낙의 부작용에 관해 설명하는 사이 망인이 동거인에게 전화하여 ‘주사에도 그 약이 있었나보다. 지금 신호가 온다’고 말하였고, 같은 날 14:36경 피고 병원 응급실에 도착하였다. 망인은 피고 병원 응급실에서 전신경직 및 호흡곤란 증세를 보여 디클로페낙 과민반응에 대한 약물투여 및 석션카테터, 기관내삽관술, 심폐소생술, 체외동맥 순환 및 전기적 심조율 전환, 산소흡입 등의 처치를 받았으나, 같

11) 대상판결은 기도삽관 등 응급조치상 과실을 인정하고, 피고 책임비율을 30% 인정하여 1억 6천만 원이 넘는 손해배상액을 인정하였다.

12) 대상판결은 민사소송법 제420조 본문에 따라 제1심 판결인 청주지방법원 2019. 8. 19. 선고 2017가합202415 판결의 이유를 일부 고쳐 쓰거나 추가하는 외에는 그대로 인용하였다. 그리고 대상판결은 원피고 모두 상고하지 않아 확정되었다.

13) 비스테로이드성 소염진통제(NSAID)의 일종인 디클로페낙 성분의 주사제이다.

은 날 16:11 무렵 심근경색 및 과민성 쇼크 의증으로 사망하였고, 부검결과 사인은 디클로페낙에 의한 아나필락시스 쇼크(과민성 쇼크)로 추정되었다. 이에 망인의 아들인 원고는 피고를 상대로 사용자책임을 묻는 이 사건 소를 제기하였다.

(2) 법원의 판단

법원은, ① i) 디클로페낙 성분이 있는 유니페낙은 중대한 심혈관계 혈전반응, 심근경색증 및 뇌졸중 위험을 치명적으로 증가시킬 수 있고 심혈관계 질환 또는 그 위험인자가 있는 경우 더 위험할 수 있으므로, 의사는 심혈관계 증상에 대해 면밀히 모니터링 해야 하고, ii) 디클로페낙에 의한 아나필락시스는 해외에서 사망사고가 수 건 발생한 것으로 보고되어 있고 국내에서도 2004년 이후 3차례 아나필락시스 반응 보고가 있는데도, 의사 A는 망인의 과거병력 및 투약력을 문진이나 기타 방법으로 파악하지 않은 채 디클로페낙 성분의 로페낙-주 2ml를 근육주사하도록 처방한 과실,¹⁴⁾ ② 의사 A가 디클로페낙 성분의 주사제 처방 전에 망인이나 보호자에게 위 주사제로 인한 부작용 및 합병증, 다른 치료방법 및 치료하지 않을 경우의 예후 등에 대한 설명의무를 위반한 과실로 인한 손해를 배상할 책임이 있다고 판시하였다.¹⁵⁾

다. 대상판결들의 의의

대상판결들은 모두 아나필락시스가 즉시형 과민반응으로서 이를 예측하는

14) 피고는 의사 A가 진료당시 망인에게 복용하던 약과 과거력에 관해 질문하였지만 망인이 아무런 답변을 하지 않았다는 주장을 하였으나, 법원은 이에 대해 디클로페낙에 과민한 체질이라는 사실을 잘 알고 있던 망인이 의사 A로부터 위와 같은 질문을 받고도 묵묵부답하였을 것이라고 생각하기 어렵고, 망인이 진료과정에서 의사 A가 한 반깁스와 물리치료권유를 거부하여 명확히 자신의 의사를 표시하였고 달리 의사소통에 문제가 있을 만한 다른 사정도 없었으므로 위와 같은 질문에만 대답을 하지 않았다고 보기 어렵다는 이유로 배척하였다.

15) 대상판결은 피고가 원고에게 234,327,504원 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 것을 명하였다.

것이 어렵다는 점은 긍정한다. 그러나 대상판결 가. 사례는 사건 발생 전에 환자에게 후루마린에 대한 과민반응이 있는지 여부가 불분명했고, 진료과정에서 알러지반응에 대한 문진을 실시한 반면, 대상판결 나. 사례는 사건 발생 전에 환자에게 디클로페낙에 대한 과민반응이 있다는 사실이 분명했고 이를 망인이 잘 알고 있었음에도, 진료과정에서 그에 관한 문진이 이루어지지 않았다는 점에서 차이가 있다.¹⁶⁾ 따라서 대상판결들은 의사가 환자에 대해 처방 및 투여 약물과 관련한 알러지반응에 대한 문진을 실시했는지, 이를 의심할 만한 추가사정이 있었는지 여부에 따라 결론이 달라진 것이다. 이는 현재 임상의학 수준에서 아나필락시스를 예견하거나 예방할 적절한 수단이 마땅치 않다는 측면에서 기인하는 바가 클 것이다. 또한, 대상판결 나. 와 같이 처방 및 투여 약물 부작용의 하나로 아나필락시스가 보고되어 있다면, 그 발생이 드물다고 하더라도 그 결과가 매우 중대하다는 점에서 설명의무의 대상이 된다는 점을 간과해서는 안 될 것이다.

2. 심급에 따라 과실 및 인과관계 판단이 다른 사례¹⁷⁾

가. 뇌동맥류 파열에 따른 뇌지주막하출혈의 합병증인 뇌혈관연축 사례
- 대법원 2020. 2. 6. 선고 2017다6726 판결

(1) 사실관계

원고는 2011. 4. 29. 식사 도중 두통과 구토 증세로 피고 병원으로 후송되어

-
- 16) 대상판결 가.는 사건 발생일 전에 7차례 시행된 피부반응검사서 음성결과가 나왔고, 망인이 후루마린과 같은 계열의 항생제에 과민반응을 보인 사정이 없으나, 대상판결 나.는 망인이 약물 알레르기 반응에 관한 질문을 받았다면 그에 관해 제대로 답변을 했을 것으로 보인다는 점에서도 차이가 있다. 다만, 대상판결 나.는 망인이 디클로페낙 과민체질을 적극적으로 고지할 필요가 있었다는 점을 책임제한 사유의 하나로 들고 있다.
- 17) 의료과실로 인한 손해배상을 구하는 사건에서 과실이나 인과관계는 규범적으로 판단되므로[대법원은 의사의 주의의무 기준이 되는 의료수준은 규범적으로 판단해야 하고(대법원 2002. 4. 26. 선고 2000다16237 판결, 대법원 2003. 1. 24. 선고 2002다3822 판결 등), 의료과실과 중한 결과 사이에 상당인과관계가 있어야 한다고 판시한다(대법원 2014. 12. 24. 선고 2013다28629 판결 등)], 동일한 사실이나 결과를 두고도 그 인정여부가 달라지는 데, 이러한 차이는 심급에 따라 달라지는 경우도 많다.

뇌일반CT 및 뇌혈관조영CT 촬영결과를 토대로 ‘뇌동맥류 파열에 따른 자발성 지주막하 출혈’을 진단받은 후 뇌동맥류 결찰술(1차 수술)을 받았다. 피고 병원은 뇌혈관연축¹⁸⁾ 등 합병증 관리를 위해 원고를 중환자실에 있게 하면서 혈관확장을 위한 칼슘 길항제인 니모디핀을 2011. 4. 30.부터 2011. 5. 12.까지, 혈압상승제인 도파민을 2011. 5. 8.부터 같은 달 15.까지, 혈장증량제인 펜타스판 또는 알부민을 2011. 4. 30.부터 2011. 5. 2.까지 및 2011. 5. 6.부터 같은 달 15.까지 각 매일 투여하였고, 대소변 배출량보다 수액 주입량이 많은 상태를 유지하면서 주기적으로 혈액검사를 하였다. 그리고 피고 병원은 2011. 5. 2.부터 같은 달 12.까지 수차례 뇌혈류초음파를 시행하였고, 같은 달 13. 1차 수술 후 처음으로 뇌일반CT와 뇌혈관조영CT를 촬영한 결과, 당시 뇌일반CT에서는 우측 전두엽과 측두엽, 앞 뇌량 부위에서 저음영이 관찰되었고, 뇌혈관조영CT에서는 양쪽 전대뇌동맥, 중대뇌동맥의 각 근위부 혈관이 좁아진 모습이 관찰되었다. 피고 병원은 2011. 5. 13. 원고를 일반병실로 옮길 것을 고려하고, 다음 날인 14. 원고 보호자에게 일반병실로의 전실, 보행연습, 재활치료 등에 관해 설명한 후 일반병실로 옮겼는데, 원고는 2011. 5. 15. 11:30경 양안이 확장된 상태로 자극을 주어도 인상만 쨍그릴 뿐 대답을 하지 못하였고, 사지가 뻣뻣하게 굳고 전신에 힘을 주는 등 이상증세를 보였다. 피고 병원 소속 전공의는 비강 내 흡입을 시작하였으나 원고는 같은 날 12:02경 혼수상태에 빠졌고, 14:05경에도 마찬가지였다. 피고 병원은 2011. 5. 15.에도 포도당 투여를 제외

18) 뇌혈관연축은 뇌동맥류 파열에 따른 뇌지주막하출혈의 흔한 합병증으로 출혈 이후에 주변 혈관들의 수축으로 인해 뇌에 산소와 영양공급이 적절히 이루어지지 않아 허혈(부분적 빈혈상태)성 장애를 일으키는 것을 말한다. 뇌혈관조영검사상 뇌혈관이 좁아진 것이 관찰될 때 방사선학적 뇌혈관연축이라 하고, 방사선학적 뇌혈관연축과 함께 국소마비, 언어장애, 의식저하 등이 나타나고 다른 원인으로 설명할 수 없어 지연적 허혈성 신경학적 장애로 판단될 때 임상적 뇌혈관연축이라 한다. 뇌동맥류 파열에 따른 뇌지주막하출혈 후 2/3의 환자에게 방사선학적 뇌혈관연축이 발생하며, 1/3(방사선학적 뇌혈관연축 환자의 절반)의 환자에게 임상적 뇌혈관연축이 발생한다. 임상적 뇌혈관연축은 통상 뇌동맥류 파열에 따른 뇌지주막하출혈로부터 3-10일 경과 후 가장 많이 발생하고, 12일 경과 이후로는 개선되며, 17일 경과 이후에는 잘 발생하지 않으나 3일 경과 전 또는 14일 경과 후 발생하기도 한다. 그중 14일 경과 후 발생한 임상적 뇌혈관연축을 지연된 뇌혈관연축이라 한다(위 대 상관결 이유 2. 바. 관련 의학지식).

하고는 치료방법에 특별한 변화를 주지 않다가 2011. 5. 16. 07:40경 뇌일반 CT를 촬영한 결과 뇌 양반구에서 다수의 저음영이 관찰되자 같은 날 08:15경 중환자실로 옮기고 그 무렵부터 12:00경까지 두개감압술과 경막성형술(2차 수술)을 하였다. 피고 병원은 2011. 5. 13.부터 중단했던 니모디핀을 같은 달 16.부터 다시 투여하기 시작했으나 원고는 여전히 혼수상태로 식물인간 상태이다. 이에 원고는 피고를 상대로 손해배상을 구하는 이 사건 소를 제기하였다.

(2) 법원의 판단

원심판결¹⁹⁾은 ① 피고가 2011. 5. 13. 방사선학적 뇌혈관연축을 확인하였지만 임상적 뇌혈관연축은 아니었고, ② 원고가 2011. 5. 15. 이상증세를 보일 당시 혈당이 54로 저혈당이었으므로, 저혈당증을 원인에서 배제하고 바로 임상적 뇌혈관연축으로 진단하기는 어려웠을 것으로 보이고, ③ 다음 날인 16. 뇌일반CT 결과 저음영이 커진 것을 보고 임상적 뇌혈관연축으로 진단한 것이므로 뇌혈관연축을 진단하지 못한 과실이 있다고 하기 어렵고, ④ 방사선학적 뇌혈관연축이 있어도 주의 깊은 관찰이 보장되면 일반병실로 옮기는 것이 가능하며 칼슘길항제인 니모디핀을 2011. 5. 12.까지만 투여하고 같은 달 16.부터 다시 투여한 것은 건강보험심사평가원에서 인정하는 투여기간이 원칙적으로 출혈 발생일로부터 14일이며 출혈 후 임상적 뇌혈관연축 빈발 기간도 이와 일치하기 때문인 점, ⑤ 피고병원은 출혈 후 14일간 니모디핀을 투여하였고 임상적 뇌혈관연축으로 확진된 후 다시 투여하였으며 그 밖에 3H요법과 수액 투여는 출혈 후에도 꾸준히 진행한 점을 고려하면 투여중단에 과실이 없다고 판시하였다. 그리고 이어 가정적으로 피고의 과실이 인정된다고 하더라도 뇌동맥류 파열에 따른 뇌지주막하출혈이나 그에 따른 뇌혈관연축은 일반적으로 예후가 나쁘고, 피고 병원은 의학상식에 따른 통상적인 조치를 하였으며, 지연된 뇌혈관연축이 드물게 발생하므로, 인과관계를 인정하기에 부족하다고 판시하였다.

19) 창원지방법원 2017. 2. 2. 선고 2014나10476 판결.

이에 대해 대상판결은 임상적 뇌혈관연축은 방사선학적 뇌혈관연축 환자의 절반에게서 진단되고, 뇌동맥류 파열에 따른 뇌지주막하출혈로부터 14일 경과 후 진단되므로, 피고 병원이 방사선학적 뇌혈관연축 상태를 확인한 이상 기존보다 더 강화된 조치를 취하거나 적어도 기존 조치를 유지하면서 임상적 뇌혈관연축의 발생 여부를 주의 깊게 관찰하였어야 하는데, 피고 병원이 2011. 5. 13.부터 오히려 기존에 투여하던 니모디핀의 투여를 중단하고 2011. 5. 14. 원고를 중환자실에서 일반병실로 옮긴 것은 과실이라고 하였다. 또한 건강보험심사평가원에서 인정하는 니모디핀의 투여기간이 원칙적으로 출혈일로부터 14일이고, 출혈 후 임상적 뇌혈관연축이 대부분 위 기간 내에 발생한다는 점만으로는 그 투여 중단이 정당화될 수 없다고 하였다. 그리고 피고는 원고의 방사선학적 뇌혈관연축을 확인한 상황에서 2011. 5. 15. 이상증세가 나타났으므로, 임상적 뇌혈관연축으로 진단하고 필요한 조치를 취했어야 하고, 만약 저혈당증 등 다른 원인을 배제할 수 없어 임상적 뇌혈관연축으로 진단하기 어려웠다면 명확한 진단을 위해 즉시 뇌일반CT 촬영이라도 했어야 하는데, 이상증세를 보인 상태에서 치료방법에 특별한 변화를 주지 않고 다음 날이 되어서야 뇌일반CT를 찍고 임상적 뇌혈관연축으로 진단한 것은 즉시 필요한 조치를 취하지 않은 과실이라고 판시하였다. 이어 “이러한 의료상 과실과 현재 원고의 상태 사이에 일련의 의료행위 외에 개재될 만한 다른 원인이 없었으므로 의료상 과실과 현재 원고의 상태 사이의 인과관계도 추정된다.”고 판시하였다.

나. 턱밑샘 제거술 후 발생한 설신경 손상 관련 사례

－ 서울고등법원 2020. 6. 18. 선고 2018나2048640 판결²⁰⁾

(1) 사실관계

원고는 2013. 5. 29. 다른 병원 이비인후과에 내원하여 좌측 턱밑샘 타석증으로 진단받고 같은 해 7. 23. 타석제거술(Removal of stone in salivary gland)

20) 원·피고가 상고하지 않아 확정되었다.

을 받았다. 원고는 2013. 11. 11. 피고 병원 이비인후과에 내원하여 타석제거술을 받았지만 증상이 계속된다고 설명하였고, 피고 병원 의료진은 내시경을 이용한 좌측 턱밑샘 제거술[Endoscopic SMG resection(L), 이 사건 수술]을 계획, 2013. 11. 20. 수술을 하였다. 원고는 이 사건 수술 당일 수술부위 통증을 호소하여 진통제를 투여받고 다음 날 진통제(타이레놀) 등 약물 5일분을 처방받아 퇴원하였다. 원고는 2013. 11. 27. 피고 병원에 내원하여 집도의로부터 6개월 추적관찰을 권유받았고, 2013. 12. 23. 피고 병원에 다시 내원하여 집도의로부터 6개월 추적관찰을 권유받고 진통제(타이레놀)와 가글링 제제(헥사메딘)를 처방받았다. 또한 원고는 2014. 4. 9. 피고 병원에서 턱밑샘 등 침샘에 대한 핵의학 영상검사(Salivary Gland Scan)를 받고, 같은 달 16. 피고 병원에 다시 내원하여 집도의에게 ‘왼쪽 감각이 없다’고 호소하였다. 원고는 내시경검사 및 조음장애 언어평가 결과, 설신경 손상에 의한 감각저하와 삼차신경통 유사증상 및 중등도의 언어장애의 후유장애가 남았고, 위 설신경 손상은 자연적으로 회복되기는 어렵고 증상완화치료가 계속적으로 필요하며, 정신적, 신체적 장애는 영구적일 것으로 예상되고 있다.

(2) 법원의 판단

원심판결²¹⁾은 피고 병원이 수술과정에서 설신경을 확인하고 보존조치를 시행하였고, 이 사건 수술 후 5개월이 지난 2014. 4. 16.에서야 감각이 없다는 증상으로 피고 병원에 내원하였는데, 그 이전에 치과 임플란트 시술을 위해 치과진료를 받았으나 왼쪽 혀의 감각이상을 호소한 사실이 없어 시간적 근접성을 인정하기도 어려우며, 임플란트 식립과정²²⁾에서 설신경 손상이 유발될 수

21) 서울중앙지방법원 2018. 8. 22. 선고 2016가합514096 판결.

22) 임플란트는 치아를 발치한 후 턱뼈에 구멍을 뚫어 치아 뿌리의 역할을 대신할 나사 형태의 인공 구조물(fixture)을 심고, 그 위에 지대주(abutment)를 올린 후 치아모양의 보철물(crown)을 올리는 것이다. 뼈에 구멍을 뚫고 구조물을 심는 수술이 핵심이며, 뼈와 구조물이 잘 붙기를 기다린 후에야 다음 단계로 넘어갈 수 있으므로 사람마다 필요한 기간이 다르다. “식립”은 나사 형태의 구조물을 뼈에 심는 것을 말하며, 후에 나오는 “발사”는 식립하면서 케멘 부분의 실밥을 빼는 것을 말한다.

있으므로 이 사건 수술 외 다른 원인으로 인한 설신경 손상 가능성을 배제할 수 없다는 이유로 이 사건 수술로 인해 설신경이 손상되어 원고가 호소하는 통증 등의 증상이 발생한 것이라고 추정하기 어렵다고 판시하였다.

반면, 대상판결은 원고는 이 사건 수술 이전에는 설신경 손상이나 이로 인한 감각이상이나 통증을 호소한 적이 없고, 이와 관련한 신체적 결함이 있었다는 사정이 없으며, 이 사건 수술과정에서 안면신경 및 설신경이 손상될 수 있고, 이 사건 수술로부터 일주일이 경과한 2013. 11. 27. 피고 병원에 내원하여 6개월 추적관찰을 권유받았으나 같은 해 12. 23. 피고 병원에 다시 내원하여 진통제(타이레놀)와 가글링 제제(헥사메딘)를 처방받은 점 등에 비추어 당시 외래에서 원고가 통증을 호소했을 것으로 추정된다는 감정의견에 더해 위 외래일자 외래경과기록에 원고가 호소하는 주관적인 증상이 별도로 기록되어 있지 않은 것은 이 사건 수술 후 자연히 회복될 일반적인 수준의 통증으로 보고 집도의가 기재하지 않은 것으로 보이며, 이 사건 수술 전후 치과에서 임플란트 시술을 받았는데 임플란트 식립과정에서도 설신경이 손상될 수 있고 이로 인해 비정형안면통증이 발생할 수 있으나, 이 사건 수술 1개월 전에 좌측 설신경 손상을 가져올 수 있는 부위의 치아 임플란트 뿌리 부분의 식립과 발사까지 마친 상태였고 원고는 그 후 이 사건 수술 당시까지 설신경 손상으로 볼 만한 증상을 호소한 적이 없다는 등의 이유로 원고의 좌측 설신경 손상 및 이로 인한 좌측 혀의 감각 이상과 통증 등은 피고 병원 의료진의 이 사건 수술과정에서의 과실로 인한 것으로 추정된다고 판단하였다.

다. 결장천공으로 인한 복막염 환자에게 장세척제를 투여한 사례
- 서울고등법원 2020. 5. 7. 선고 2018나2026121 판결²³⁾

(1) 사실관계

망인은 2016. 11. 18. 복통으로 피고 1 병원 응급실에 내원하였는데, 피고 1

23) 원·피고가 상고하지 않아 확정되었다.

병원 의료진은 복부 및 골반 CT검사(제1차 CT검사) 등을 통해 대장암 의증으로 진단하고 대장내시경 검사를 위해 망인에게 쿨프랩(장세척제)을 복용하게 하였다. 망인은 쿨프랩을 복용한 후인 2016. 11. 18. 20:15경 구토를 하였고, 22:01경 다시 쿨프랩을 복용한 후 구토 증상을 보이면서 간헐적 복통을 호소하여, 피고 1 병원 의료진은 망인을 피고 2 병원으로 전원조치하였다. 피고 2 병원 의료진은 2016. 11. 19. 제1차 CT검사의 재판독을 의뢰하고, 복부 및 골반 CT검사(제2차 CT검사)를 추가로 시행하였는데, 제1차 CT검사 재판독 및 제2차 CT검사 결과에서 'S자 결장 천공 및 복막염' 소견이 나타나 같은 날 응급개복술을 실시하여 장천공 및 범발성 복막염을 확인하고 S자 결장 부위 절제 및 장루 조성술을 실시하였으나, 망인은 다음 날 장천공에 따른 복막염 및 패혈증 쇼크로 사망하였다. 이에 망인의 배우자와 자녀들인 원고들은 피고 1 병원과 피고 2 병원을 상대로 채무불이행 또는 사용자책임을 묻는 이 사건 소를 제기하였다.

(2) 법원의 판단

원심판결²⁴⁾은 망인에게 반발압통이 없었고, 유리가스 음영이 명확히 관찰되지 않았으며, 혈액검사 수치도 장천공을 의심할 만한 내용이 없었고, 망인은 쿨프랩 복용 전부터 복통을 호소하였으므로 쿨프랩 투여만으로 복통이 악화되었다고 볼 수 없다는 등의 사정을 들어 피고 1 병원 의료진의 과실을 부정하였다.²⁵⁾

이에 대해 대상판결은 피고 1 병원에 대하여, 제1차 CT검사 판독과 관련하여 S자 결장 천공 및 이로 인한 복막염을 의심할 수 있는 상태였다는 감정의들의 감정의견 등을 토대로 진단 및 처치 상 과실과 지속적인 복통을 호소하는 망인에게 장염증을 심화시킬 수 있는 쿨프랩을 복용하게 한 약물투약 상의 과실

24) 서울동부지방법원 2018. 5. 10. 선고 2017가합102707 판결.

25) 망인에게 발생한 복막염은 당시 의료수준에서 예견할 수 없었다는 이유로 설명의무 위반도 부정하였다.

을 인정하였다.²⁶⁾ 그리고 의료과오 사건에서의 인과관계 추정 법리를 실시한 후 콜프랩 투여로 복막염이 심해질 수 있고, 장천공을 조기에 진단하여 응급개복술을 했다면 더 나은 예후를 기대할 수 있었다는 감정의견 등을 근거로 인과관계를 인정하였다.²⁷⁾ 원심판결은 장천공의 경우 하복부의 반발압통과 영상검사에서 나타나는 유리가스음영이 가장 중요한 소견인데, 이와 같은 내용이 나타나지 않았다는 점을 들어 피고 1 병원 의료진이 제1차 CT검사 판독에서 장천공이 아닌 대장암 의증으로 진단하였더라도 과실이 아니라고 본 반면, 대상판결은 위 증세가 없다고 하더라도 장천공의 가능성을 완전히 배제할 수 없으므로 확진을 위해 환자의 추이를 지켜보거나 재검사를 했어야 한다고 보면서 잘못 진단한 것은 과실이라고 보았다.

라. 대상판결들의 의의

(1) 대상판결 가.

원심판결은 건강보험심사평가원에서 인정하는 니모디핀 투여기간이 원칙적으로 출혈 발생일로부터 14일이며 출혈 후 임상적 뇌혈관연축 빈발 기간도 이와 일치한다는 점에 주목했다면, 대상판결은 임상적 뇌혈관연축은 방사선학적 뇌혈관연축 환자의 절반에게서 진단되고, 14일이 경과된 후에도 지연된 임상적 뇌혈관연축이 발생할 수 있으므로, 피고 병원이 방사선학적 뇌혈관연축 상태를 확인한 이상 기존보다 더 강화된 조치를 취하거나 적어도 기존 조치를 유지하면서 임상적 뇌혈관연축의 발생 여부를 주의 깊게 관찰했어야 한다는 점에 주목한 것으로 보인다. 또한 대상판결은 원심판결과 달리 건강보험심사평가원에서 인정하는 니모디핀의 투여기간이 원칙적으로 출혈일로부터 14

26) 반발압통, 유리가스음영과 관련해서는 장천공이나 복막염의 경우에도 반발압통과 유리가스음영이 잘 관찰되지 않을 수 있으므로, 위 증세들이 없다고 하여 장천공 가능성을 완전히 배제할 수 없다고 하였다.

27) 그 외에도 장천공을 진단하여 설명하지 못하고, 장천공이 의심되는 경우는 콜프랩의 금기 사항이라는 점 및 콜프랩이 장관 염증을 더 조장할 수 있다는 점 등을 설명하지 않은 설명의무 위반도 있다고 인정하였다.

일이라는 점은 과실판단에 영향을 미치지 못한다고 보고 있는데, 이는 보험급여대상인지 여부와 의료진의 과실유무 판단이 일치하지 않는다는 기존의 태도와 크게 다르지 않다고 판단된다.²⁸⁾²⁹⁾ 대상판결은 건강보험심사평가원의 심사기준이 되는 요양급여기준은 의학적 안전성과 유효성이 인정되는 의료행위 등을 대상으로 요양급여로서의 적정성과 경제성 등을 고려하여 설정되는 기준이라는 점에서, 의료인으로서 임상현장에서 최선의 진료의무를 다한 것인지 여부에 관한 규범적 판단인 불법행위책임과 관련된 과실유무 판단기준과 그 목적 및 판단방법 등에 차이가 있다는 측면을 고려한 것으로 보인다.

(2) 대상판결 나.

원심판결은 외래경과기록에 원고가 호소하는 주관적 증상이 기재된 일자에 비로소 원고가 통증을 호소한 것으로 보고 시간적 근접성을 부정하였지만, 대상판결은 비록 그 이전 외래경과기록에 원고가 증상을 호소했다는 기록은 없으나 원고의 내원 간격, 외래에서 처방된 진정제 등 약제를 근거로 증상을 호소했을 것이라고 인정하였다. 또한 원심판결은 수술기록지의 기재에 근거하여 설신경 손상 예방조치를 했다고 보고 있으나, 대상판결은 그 기재에도 불구하고 실제 수술과정에서는 설신경 손상이 일어났다고 보고 있다. 임플란트 치료와 관련하여서도, 원심판결은 이 사건 수술과 비슷한 시기에 설신경 손상의 원인이 될 수 있는 임플란트 치료가 진행 중이었다는 이유로 이를 설신경 손상의 다른 원인이 될 가능성을 인정한 반면, 대상판결은 구체적으로 임플란트 치료 중에서도 설신경 손상의 원인이 될 수 있는 식립이 이 사건 수술보다 약 한 달 이상 먼저 이루어졌다는 점을 따져 그로 인한 신경 손상의 가능성을 배제하였다.

28) 대법원 2003. 1. 24. 선고 2002다3822 판결은 “그 당시 우리나라에서는 임신성 당뇨 선별검사에 관하여 학회 차원에서 정해진 지침(가이드라인)이 없었고, 의료보험의 급여대상이 아니어서 일부 의료기관에 따라 부분적으로 시행되었다고 하여 달리 볼 수는 없다.”고 판시하였다.

29) 더군다나 위 사례에서는 출혈로부터 14일 이후에 니모디핀이 사용되었더라도 모두 급여대상에서 제외되는 것이 아니라 별도의 심사를 거쳐 인정 여부가 결정되므로, 위와 같은 사유가 과실을 부정하는 논거로서 기능하기는 어려워 보인다.

(3) 대상판결 다.

원심판결은 장천공의 경우 가장 중요한 소견으로 인정되는 하복부의 반발압통과 영상검사의 유리가스음영 유무에 초점을 맞추었다면, 대상판결은 장천공의 배제가능성 여부 및 장천공을 잘못 진단하여 장세척제를 사용하였을 경우의 위험성에 초점을 맞추었다고 보인다.

(4) 소결

대상판결들을 종합하면 동일한 사실관계를 어떠한 규범적 관점에서 바라보느냐에 따라 과실이나 인과관계 추정이 어떻게 달라지는지를 알 수 있다. 원심판결들은 과실 판단 시 의료인의 진료 재량을 상당히 고려한 반면 대상판결들은 의료인의 최선진료의무 관점에서 주의의무의 기준을 판단한 것으로 보인다. 의료인의 최선진료의무가 임상현실을 벗어나서 인정될 수는 없으나, 의료행위가 환자의 생명, 신체에 미치는 영향을 고려하면 임상에서 문제된 질병이나 위험의 가능성을 매우 민감하게 받아들여야 한다는 점에서 대상판결들의 판시내용을 수긍할 수 있을 것이다.

3 수인한도를 넘어설 만큼 불성실하게 진료를 한 경우 별도의 불법행위를 인정한

사례 - 서울고등법원 2020. 11. 19. 선고 2019나2001570 판결³⁰⁾

가. 사실관계

원고는 2015. 4. 17.경 피고 1 영상의학과에서 건강검진을 받았는데, 당시 원고의 상태는 혈청크레아티닌 2.1, 신사구체여과율 26(mL/min/1.73m²), 혈색소 11.0, 단백뇨 양성으로 이미 만성신장질환 4기에 해당하는 상태였다³¹⁾. 피

30) 대상판결은 민사소송법 제420조 본문에 따라 제1심 판결인 의정부지방법원 고양지원 2018. 11. 2. 선고 2016가합74326판결의 이유를 일부 고쳐 쓰거나 추가하는 외에는 그대로 인용하였다. 대상판결은 원·피고 모두 상고하지 않아 확정되었다.

31) 원고는 기존에 2011. 6. 1. 일반건강검진결과 신장 기능 정상이라는 판단, 2013. 8. 18. 건강검진결과 신장 기능 정상이라는 판단, 2014. 8. 혈액검사결과 정상 소견이라는 판단을

고 1 영상의학과에서 작성한 건강검진결과 통보서에는 종합소견으로 ‘정상B, 일반질환 의심’이라고 기재되어 있고,³²⁾ 그 아래 ‘소변검사상 단백뇨 소견 보 이므로 재검 요합니다’라고 기재되어 있었다.³³⁾ 그 후, 원고는 2015. 5. 11. 피 고 2 내과에 내원하여 피고 1 영상의학과에서 받은 건강검진결과지를 보여주 었고, 피고 2 의료진은 원고에 대한 소변검사를 시행하여 단백뇨가 검출되었음 에도 신장질환을 의심하여 추가적인 검사를 실시하지 않고 2016. 1. 18.까지 고지혈증, 빈혈에 대해서만 치료하였다. 한편, 원고는 2015. 6. 23. 피고 3 의원 에 내원하여 2015년 건강검진결과가 정상이라고 진술하였고, 경추디스크 초 기증상을 진단받았다. 피고 3 의원은 중증신장에 환자에게 금기시 되어 있는 클 란자정, 트라몰정, 뉴마탈정 등을 처방했고, 장기간 복용하는 동안 신장 기능에 대한 별도의 검사를 시행하지 않았다. 원고는 2016. 1. 18. 피고 2 내과에 내원 하여 자신이 무릎관절약을 복용 중인데 몸이 붓는 증상이 있다고 호소하였고, 의사는 혈액검사를 하여 혈청크레아티닌, 혈색소 수치 이상소견을 발견, 원고 를 상급병원으로 이송하였다. 원심 신체감정일 당시 원고는 혈청크레아티닌 3.86, 신사구체여과율 13.2(mL/min/1.73m²)인 만성신장질환 5기 상태였다.

나. 법원의 판단

원심판결은, ① 피고 1 영상의학과에 대하여, 건강검진 당시 원고는 단백뇨 까지 검출된 만성신장질환 4기에 해당하였으므로 비록 해당 검진이 국민건강 보험공단의 위탁에 의한 통상적인 건강검진이라고 하더라도 질환의 심각성에 비추어 반드시 해당 질환을 일반인의 관점에서 인식할 수 있도록 고지할 필요

받은 바 있었다.

32) 즉각적인 조치가 필요한 질환으로는 ‘이상지질혈증, 간질환’이, 적극적인 관리가 필요한 항목으로 ‘혈압, 신장 기능’이 기재되어 있었다.

33) 피고 1 의료진은 해당 검진결과통보서를 원고에게 우편으로 발송하였고, 이후 원고에게 전화하여 ‘건강검진결과상 유방초음파 검사를 요하는 소견이 있으니 유방초음파 검사를 하라고 권유하여 원고가 다시 내원하여 유방초음파 검사를 하였으나, 원고가 재내원하였 을 때도 원고에게 단백뇨, 신장질환에 대하여 추가 검사가 필요하다는 점을 특별히 고지하 지 않았다.

가 있고, 종합소견란에 그에 관한 진단이나 추가검사의 필요성을 간략하게나마 기재하는 것이 의사에게 기대할 수 없는 일이라고 할 수 없다는 점에서, ② 원고의 고지혈증을 장기간 진료한 피고 2 내과에 대하여, 원고의 건강검진결과 상 단백질소견을 확인하였고, 직접 시행한 소변검사에서도 단백질뇨가 검출되었으므로 조금만 주의를 기울였다면 원고의 신장질환을 의심하여 추가적인 검사를 시행할 수 있었음에도 이를 하지 아니하였다는 점에서, 각각 의사에게 요구되는 통상적인 의료와 진단상의 의무를 현저히 불성실하게 위반한 것으로 그 정도가 일반인의 수인한도를 넘어서는 것으로 평가될 수 있어, 불법행위로 인한 위자료를 지급할 의무가 있다고 인정하였다.³⁴⁾

다. 대상판결의 의의

의료진이 환자에 대하여 불성실한 의료행위를 하였음에도 불구하고 해당 의료과실과 환자에게 발생한 결과 사이에 인과관계를 확인하기 어려운 경우, 법원은 예외적으로 의료진의 불성실한 진료행위와 악결과 사이의 인과관계가 불분명해도 불성실한 의료행위 자체에 대한 위자료의 지급의무를 인정하는 경우가 있다. 이른바 ‘현저히 불성실한 진료’에 대한 위자료 인정 사례이다. 대법원이 2006년 ‘의사의 주의의무 위반의 정도가 일반인의 처지에서 보아 수인한도를 넘어설 만큼 현저하게 불성실한 진료를 행한 것이라고 평가될 정도에 이른 경우라면 그 자체로서 불법행위를 구성하여 그로 말미암아 환자나 그 가족이 입은 정신적 고통에 대한 위자료의 배상을 명할 수 있다’고 판시한 이래,³⁵⁾ 이른바

34) 다만 원고가 피고 1 영상의학과에서 검진을 받을 당시의 상태가 이미 만성신장질환 4기에 해당하는 상태였으므로 곧바로 치료가 이루어졌다 하더라도 비가역적 질환인 만성신장질환을 회복하기는 어려웠을 것으로 보이고, 원고의 상태가 자연적인 병의 진행과에 비해서 급격하게 악화되었다고 보기도 어려워 피고들의 과실과 원고의 신장상태 악화 사이의 인과관계는 부정하고 현저히 불성실한 진료에 대한 위자료의 지급(피고 1 영상의학과 1,000만 원, 피고 2 내과 2,000만 원)만 인정하였으며, 피고 3 의원에 대하여는 주의의무를 위반한 과실은 있으나, 그것이 일반인의 처지에서 보아 수인한도를 넘어설 만큼 현저하게 불성실한 진료를 행한 것으로 평가될 정도라고 보기는 어렵다고 하여 위자료 지급의무를 부정하였다.

35) 대법원 2006. 9. 28. 선고 2004다61402 판결. 다만 이 판결은 ‘이때 그 수인한도를 넘어서는

‘현저히 불성실한 진료’임을 명시적으로 인정하여 불법행위 책임을 인정한 사례는 흔히 발견되지 않았다.³⁶⁾ 대법판결은 국민건강보험공단의 위탁에 의하여 이루어지는 통상적인 건강검진이라 하더라도 질환의 심각성과 국민건강검진의 목적에 비추어 환자가 일반인의 관점에서 검진결과상의 이상소견을 인식할 수 있도록 고지할 필요가 있으며, 이와 같은 의무를 위반하는 경우 현저히 불성실한 진료에 해당할 수 있다는 판단을 보여주었다는 점에서 의의가 있다.

4. 대한의학회 장애평가기준으로 노동능력상실률을 평가한 사례

– 서울중앙지방법원 2020. 10. 14. 선고 2018나58457 판결³⁷⁾

가. 사실관계

원고는 수년간 요통과 방사통 등으로 보존적 치료를 받아오다 2013. 11. 28. 피고 병원에 내원하여 추간판탈출증 진단을 받고 2회에 걸쳐 CT 유도 신경치료를 받았으나 증상이 악화되어 2015. 6. 4. 경막외 내시경하 신경감압술(1차 수술)을 받았다. 그런데 1차 수술 직후 원고는 좌측 엄지발가락과 좌측 발목에 힘을 줄 수 없었고, 피고 병원은 원고의 요추5번-천추1번 부위에 감압술 및 수핵 제거술(2차 수술)을 시행하여 남아 있던 디스크를 더 제거하였다. 원고는 2차 수술 이후 통증이 감소하고 좌측 발목 등의 근력이 다소 호전되었으나 족관절 신전근의 근약증으로 인한 족하수(신경손상 등으로 발목을 들지 못하는 증상)의 후유장애가 남았다.

정도로 현저하게 불성실한 진료를 하였다는 점은 불법행위의 성립을 주장하는 피해자들이 이를 입증하여야 한다고 하면서, 현저히 불성실한 진료에 해당하는지에 대한 심리가 부족하다는 이유로 위자료 지급을 인정한 원심을 파기하였다.

36) 현저히 불성실한 진료와 환자의 사망 사이에 인과관계가 부정되더라도 불성실한 진료 그 자체가 불법행위이므로 환자나 가족에게 위자료를 지급하여야 한다고 판시한 사례로서 서울고등법원 2012. 10. 11. 선고 2011나78707 판결(항암치료 중이던 환자와 당직의사, 주치의 사이에 5시간가량 연락이 되지 않아 적절한 진료가 이루어지지 못해 환자가 사망한 사건)이 있다.

37) 1심은 서울중앙지방법원 2018. 8. 21. 선고 2015가단5395319 판결이며, 현재 피고들(병원 운영자 및 담당의사)이 상고하여 대법원에 계류 중이다(대법원 2020다279975).

나. 법원의 판단

대상판결은 피고 병원이 1차 수술 과정에서 원고의 신경근을 손상시킴으로써 족하수라는 후유장애를 발생하게 하였다고 판단하였다. 나아가 이 사건에서는 대한의학회 장애평가기준 2016년판을 기준으로 삼아 노동능력상실률을 인정하고, 이에 어긋나는 감정인의 감정결과 및 사실조치결과를 배척하였다.³⁸⁾ 그 결과 원고의 노동능력상실률 평가 과정에서 1차 수술 전 원고가 근력 약화로 인해 수술이 불가피한 상태였다는 점만을 근거로 맥브라이드 평가표에 의할 때 기왕의 장애에 의한 노동능력상실률이 30%에 이른다는 감정결과를 채택한 원심판결의 판단을 배척하고, 원고에게 고정적인 장애가 있었음을 인정하기 어렵다는 취지로 기왕의 장애를 부정하였다³⁹⁾.

다. 대상판결의 의의

맥브라이드 평가표는 1963년을 마지막으로 개정이 중단되었고, 현재 그 원전이 법원도서관, 국회도서관, 국립중앙도서관에도 없으며 신체감정을 오래 진행해 온 몇몇 병원 의국에만 존재함에도 불구하고 2020년대가 될 때까지 사실상 유일한 노동능력상실률 평가 기준으로 사용되었다. 이 점에 대하여 우리나라의 사정에 맞는 현대적 기준이 필요하다는 문제가 꾸준히 제기되었고, 대한의학회는 보건복지부와 함께 2011. 9. 장애평가기준을 완성하기도 하였다. 그러나 이 기준의 근골격계 부분에 심각한 오류가 발견되어 활용되지 못하였고, 개정작업을 하여 2016. 개정판이 나왔다. 대상판결은 맥브라이드 평가표는 새로운 의료기술 및 수술기법을 반영하지 못하는 점, 정형외과 부분만 자세하고 나머지 분야는 추상적이어서 감정의의 개인적 견해나 주관에 크게 좌우

38) 그동안 신체감정 실무는 법원이 감정의에게 피해자의 장애가 맥브라이드 평가표의 어느 항목에 해당하는지를 찾아 노동능력상실률을 산정해 줄 것을 요구한 후 감정서 기재 자체의 모순이나 불합리한 점이 없으면 감정 결과를 그대로 수용하는 방식으로 이루어져 온 것과 대비된다.

39) 대상판결은 원고의 기왕의 장애는 부정하였으나, 원고의 기왕증이 후유장애의 발생에 기여한 정도를 50%로 평가하여 노동능력상실률을 판단하였다.

되어 온 점, 그 결과 감정결과가 나와도 유사한 상황에서 유리한 감정결과가 있었던 다른 감정례를 제시하며 반론을 제시하는 사례가 많아 하급심에 혼란을 가져왔던 점 등의 이유를 들어 굳이 맥브라이드 평가표를 붙들고 있어야 할 아무런 필요도 합리적인 이유도 없다고 판시하고, 대한의학회 장애평가기준은 맥브라이드 평가표의 단점을 보완하고 우리나라의 현실을 반영한 체계적인 기준이라고 평가하며 앞으로는 대한의학회의 평가기준을 따르는 것이 타당하다고 판시하였다. 대상판결은 단순히 평가기준을 대한의학회의 기준으로 변경한 것뿐만 아니라 영국, 독일, 미국, 일본, 중국의 장애평가방식을 비교분석하고 맥브라이드 평가표의 단점, 대한의학회 장애평가기준의 제정 및 개정경위와 장점을 비교분석하여 평가기준이 변경되어야 한다는 점을 구체적으로 제시하였다는 점에서 큰 의의가 있다. 비록 대상판결은 항소심 법원의 판단이지만 향후 대법원도 동일한 취지의 판결을 하여 더욱 많은 사건에서 합리적인 노동능력상실률 평가가 이루어지기를 기대한다.

5. 설명의무와 관련한 사례

가. 설명의무의 판단 기준 및 설명의 정도

－ 대법원 2020. 8. 13. 선고 2017다248919 판결

(1) 사실관계

원고는 소음순 비대칭 교정을 위해 피고 의원에 내원하여 피고로부터 소음순성형, 요심금수술, 질성형 등의 수술을 추천받았다. 피고가 원고에게 수술을 시행하기 전에 작성한 진료기록에는 피고가 그린 해부학 그림과 함께 음핵성형술 등의 용어가 기재되어 있었고, 수술동의서에는 소음순성형술 등 5가지 수술이 부동문자로 기재되어 있는데, 소음순성형과 성감질성형에 동의하는 취지의 체크 표시가 되어 있다. 피고는 원고에게 소음순성형술, 음핵성형술, 사마귀제거술, 매직레이저질성형술, 성감레이저질성형술을 각 시행하였다.

(2) 법원의 판단⁴⁰⁾

원심판결⁴¹⁾은 수술동의서에는 소음순성형과 성감질성형에만 그 표시가 되어 있으나, 수술동의서상 피고 의원에서 시행하는 수술을 크게 요실금수술, 성감질성형, 소음순성형, 임플란트질성형, 줄기세포질성형의 5가지 수술로만 구분하고 있고, 피고의 수술 설명 과정에 비추어 위 동의 내용 중 소음순성형에는 음핵성형이, 성감질성형에는 매직레이저질성형이 각 포함되었다고 봄이 상당하다고 하면서, 피고가 소음순, 음핵 등 해부학적 용어나 수술명칭을 명확하게 구분하지 않은 채 설명을 하였고, 원고도 위와 같은 용어에 익숙하지 않았기에 설명이 이루어졌음에도 원고가 이해하지 못한 것이라고 판단하였다.⁴²⁾

대사판결은, 피고가 원고를 상담하면서 작성한 진료기록에는 소음순성형 등 여러 수술 용어가 기재되어 있지만, 이는 일반적인 수술 방법에 관하여 설명한 것으로 보일 뿐이고, 피고가 원고에게 수술 내용과 부작용 등에 관하여 구체적으로 설명의무를 이행하고 동의를 받았는지 여부는 원고가 작성한 수술동의서를 기준으로 판단하여야 하는데, ① 소음순과 음핵은 해부학적으로 다른 신체부위이고 일반적으로 소음순성형술에 음핵성형술이 포함되어 시행된다고 볼 자료도 없으며, 원고가 작성한 수술동의서 중 ‘소음순성형’ 부분에는 소음

40) 원고는 성교 시 통증으로 성관계 불가능, 보행 시 음모가 질 내로 들어가는 증상, 거동이 불편할 정도의 통증을 호소하였고, 질 입구 유착, 소음순 손상, 제양 등의 진단을 받았는데, 1심 및 원심판결은 소음순을 과도하게 절제하고, 질 부위를 과도하게 축소하는 등 피고의 과실을 인정하였으나 설명의무 위반은 부정하였고, 이에 대하여 원고만 상고하였다.

41) 원고는 1심(서울중앙지방법원 2016. 5. 11. 선고 2013가단240427 판결)에서 수술로 인한 결과 및 후유증 등을 충분히 설명하지 아니하였다고 주장하였고, 1심 판결은 피고가 이 사건 시술을 시행하기 전 원고에게 이 사건 시술의 내용과 과정 및 예상되는 합병증과 후유증, 이 사건 시술 후의 유의사항 등에 대하여 설명한 사실을 인정할 수 있다고 하였다. 이에 원고는 원심에서 각 수술이 필요한 이유, 방법, 부작용 및 합병증을 설명하지 아니하였다고 설명의무 위반 주장을 구체화하였다.

42) 서울중앙지방법원 2017. 7. 4. 선고 2016나30059 판결. 원심판결은 또한, 사마귀 제거술의 경우 비록 피고가 이 사건 수술 이전에 위 수술에 대하여 설명하였음을 인정할 증거는 없으나, 신체감정결과상 감정의도 소음순에 난 사마귀 제거는 치료 목적으로 반드시 시행되어야 하는 것이라고 판단하였고, 사마귀는 소음순 성형 과정에서 마땅히 제거되어야 할 것으로 원고도 이에 동의하였을 것으로 보인다고 하면서 이에 대한 원고의 설명의무 위반 주장을 배척하였다.

순수술과 관련된 내용만 기재되어 있을 뿐 음핵성형술과 관련된 아무런 내용도 기재되어 있지 않으므로 피고가 음핵성형술에 관하여도 설명하고 원고가 이에 동의했다고 단정할 수 없는 점, ② 피고가 수술명칭을 명확하게 구분하지 않은 채 원고에게 설명하였다면 피고가 설명의무를 제대로 이행한 것으로 볼 수 없고 원고의 이해부족 등을 탓할 수 없는 점, ③ 원고는 당초 소음순 교정과 요실금 치료를 위해 피고 의원에 내원하였는데 소음순 교정을 위해 음핵성형술이 반드시 필요하다고 볼 자료가 없으므로 원고가 피고로부터 음핵성형술에 관해 상세한 설명을 들었더라도 위 수술에 동의하였을 것이라는 점이 명백하다고 볼 수 없으므로, 원심의 판단에는 의사의 설명의무에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 하였다.⁴³⁾

나. 1차 수술에 대한 설명의 효력이 2차 수술에도 영향을 미치는지 여부
- 대구고등법원 2020. 10. 28. 선고 2019나26152 판결⁴⁴⁾

(1) 사실관계

원고는 피고로부터 젖꼭판(유륜)이 넓은 것을 교정하고, 흉터가 최소화되는 방법으로 가슴축소수술(1차 수술)을 받았으나, 1차 수술 이후 원고의 가슴 봉합 부위가 붓고 농성 염증이 발생하면서 봉합 부위가 점차 벌어지게 되었다. 피고는 원고의 요구에 따라 ‘벌어진 피부경계 절제, 합성흡수 봉합사로 중심선에서 심부 및 진피 봉합, 혈행 및 피부 상태가 약해 스테이플러로 봉합’ 등의 흉터제거수술(2차 수술)을 시행하였다. 그 후 수술 부위에 감염상태가 계속되었고, 원고는 타병원에서 감염증 치료 및 재건을 위해 지속적인 치료가 필요하다는 진단을 받았다.

43) 다만 대상판결은, 수술동의서에 표시된 성감질성형술에 매직 레이저 질성형술이 포함되어 있어 원고가 동의한 것으로 볼 수 있고, 사마귀는 소음순성형 과정에서 제거되어야 할 것으로 원고도 이에 동의하였을 것으로 보인다 한 원심의 판단은 정당하다고 판시하였다.

44) 원·피고 모두 상고하지 않아 확정되었다.

(2) 법원의 판단

대상판결⁴⁵⁾은 2차 수술이 1차 수술보다 더 침습적인 성격이 있어 더욱 세심한 설명이 요구되므로, 피고는 비록 환자인 원고가 2차 수술을 요구하였더라도 그 시행의 시급 여부와 위험, 스스로의 수술 시행가능성이나 상급병원에서 입원수술 등의 필요성 등에 대하여 설명할 필요가 있고, 피고가 1차 수술 당시 원고로부터 수술동의서를 받았던 사정만으로는 2회에 걸친 수술로 인하여 발생할 수 있는 후유증이나 부작용, 시술로 인한 합병증 발생가능성 및 그 정도와 예방가능성, 향후 치료의 방향 등에 관하여 구체적인 설명을 한 것이라거나, 수술 시행 여부에 대한 선택의 기회를 준 것이라고 보기 어렵다고 판단하였다.

다. 위험 발생 가능성이 희소한 경우 설명의 대상인지 여부

－ 대법원 2020. 11. 26. 선고 2018다217974 판결

(1) 사실관계

원고는 다리통증 등으로 피고 병원에 내원하였는데, 경추 추간판탈출 등과 좌측 쇄골하 정맥 완전 폐색 등을 진단받았고, 심장질환의 치료를 위하여 개흉 관상동맥우회로술 등(이 사건 수술)을 받기로 하였다. 피고 병원 의료진은 이 사건 수술 전 원고에게 합병증에 대해 설명하였으나, 마취 및 수술 과정에서 원고의 경추부 질환이 악화되어 경추부 척수병증 또는 사지마비가 발생할 가능성이 있다는 점은 설명하지 않았다. 이 사건 수술은 전신마취 하에 흉부거상 및 두부하강의 자세로 이루어졌고, 수술시간은 10시간가량 소요되었는데, 원고는 이 사건 수술 이후 사지마비 등의 후유장해를 입게 되었다.

(2) 법원의 판단

1심 및 원심판결은⁴⁶⁾, 이 사건 수술로 인한 경추부 척수병증으로 인한 사지

45) 원심판결(대구지방법원 포항지원 2019. 10. 28. 선고 2019가합10427)도 동일하게 판시하였다.

마비의 발생 가능성에 관하여 설명하지 않은 사실은 인정하면서도, 원고와 같이 자각증상 없는 경추부 관련 질환 환자에게 경추부 척수병증으로 인한 사지마비가 발생하는 경우는 매우 희귀하여, 이는 이 사건 수술에서 통상 예견되는 합병증의 범위를 벗어나는 것이므로 이 사건 수술로 인한 경추부 척수병증으로 인한 사지마비의 발생가능성은 설명의무의 대상이 되지 아니한다고 하였다.

대상판결은, 일반적으로 기관 삽관을 하는 과정에서 목을 과신전시키는 경우 경추 추간판탈출증을 악화시킬 수 있고, 흉부거상 및 두부하강 자세는 경추부를 저절로 신전시켜 경추에 외력으로 작용할 수 있으므로, 척수압박이 의심되는 경추 추간판탈출증이 확인된 환자에 대하여 약 10시간 동안 위 자세를 지속시키는 경우 추간판이 파열되어 경부척수를 압박할 가능성이 있어 척수병증으로 사지마비의 원인이 될 수 있으므로, 경추 추간판탈출증 등의 기왕증이 있는 환자가 기관삽관을 이용한 전신마취와 흉부거상 및 두부하강의 자세로 장시간 수술을 받는 경우 경추부 척수병증에 따른 사지마비의 후유증이 발생할 위험은 이 사건 수술 당시의 의료수준에 비추어 이 사건 수술로 예상되는 것이고, 발생빈도가 낮다고 하더라도 발생할 경우 환자에게 중대한 생명·신체·건강의 침해를 야기할 수 있는 것이므로, 이 사건 수술을 받지 않을 경우에 생길 것으로 예견되는 결과와 대체 가능한 차선의 치료방법 등과 함께 원고 본인에게 구체적으로 설명할 의무가 있다고 판시하면서, 원심판결을 파기하였다.⁴⁷⁾

라. 대상판결들의 의의

(1) 대상판결 가.

설명 의무란 환자의 자기결정권을 보장하기 위한 것으로서, 환자가 침습적 의료행위 전에 사전 승낙을 하여야 하고 이같은 승낙의 전제로 의사의 설명이

46) 서울서부지방법원 2014. 9. 26. 선고 2012가합31406 판결, 서울고등법원 2018. 1. 25. 선고 2014나2038089 판결.

47) 이후 사건은 파기 환송심[서울고등법원 2020나2043747 손해배상(의)]에서 조정으로 마무리되었다.

필요하다는 점에 비추어⁴⁸⁾, 의사가 불충분한 설명을 하여 환자가 전문적인 용어를 이해하지 못한 경우, 이를 의사의 면책사유로 삼기보다는 설명을 다하지 못하였다는 근거로 삼는 것이 타당하다. 한편, 우리나라의 경우 사법(私法) 영역에서 설명의무가 규정되지 않고 판례상 의무로 인정되고 있으나,⁴⁹⁾ 독일 민법은 환자의 자기결정권 확보를 위한 설명의무(독일민법 제630e조 제1항⁵⁰⁾)의 정도에 대하여, 환자가 설명을 이해할 수 있을 정도로 설명이 이루어져야 한다고 명시적으로 규정하고 있는바(독일민법 제630e조 제2항⁵¹⁾), 이러한 외국 입법례에 비추어 보더라도 환자가 이해하지 못하였다면 설명의무를 제대로 이행한 것으로 볼 수 없다는 대상판결의 태도는 타당하다. 또한, 대상판결은 설명의무 이행 여부와 관련하여 다툼이 있을 경우 설명의무 이행 및 환자의 동의 여부는 수술동의서를 기준으로 판단하여야 한다고 제시하였다는 점에서도 의미가 있다.

(2) 대상판결 나.

대법원은 미용성형영역에서의 설명의무에 대하여, 더 충분히 설명하여야 하

48) 대법원 1994. 4. 15. 선고 93다60953 판결.

49) 다만, 보건의료기본법 제12조 및 의료법 제24조의2에서 설명의무에 관한 사항을 규정하고 있으나, 각 법률의 규정 목적에 비추어 법률의 성격을 사법으로 보기는 어렵다.

50) 독일민법 제630e조 설명의무 제1항

진료자는 환자에게 사전동의를 위한 제반의 본질적인 사정을 설명하여야 한다. 그 설명에는 특히 진단 또는 치료기술에 비추어 그 처치의 양태, 범위, 시행, 기대되는 결과와 위험 및 그 필연성, 긴박성, 적합성과 결과의 예상이 포함된다. 또한 설명에서는 동등하게 적응증이 있고 통상적 다수의(처치)방법들이 본질적으로 상이한 부담, 위험 또는 치유기회를 초래할 수 있는 때에는 처치를 위한 대안이 제시되어야 한다.

(위 독일민법 규정은 안법영, “의료판례에서의 인과성과 책임귀속의 판단- 독일법원 판결례와의 비교 고찰”, 의료법학(제14권 1호), 대한의료법학회, 2013, 60면의 해석을 인용하였으며, 이하 같다.)

51) 독일민법 제630e조 설명의무 제2항

설명은,

1. 진료자 또는 처치의 시행상 반드시 요하는 교육을 받은 자에 의해 구두로 이루어져야 한다; 보완적으로는 환자가 서면으로 보유하여 참조하는 서류로도 할 수 있다.
2. 적시(適時)에 이루어져서 환자가 사전동의에 관한 그의 결정을 숙려할 수 있어야 한다.
3. 환자가 이해할 수 있어야 한다. 환자에게는 설명이나 사전동의와 관련하여 그가 서명한 서류의 사본이 교부되어야 한다.

고 환자의 인식도 보다 정확해야 한다는 점에서 다른 의료행위보다 설명의 방법 등을 더욱 엄격히 판단하는 경향을 보여 왔는 바,⁵²⁾ 대상판결은 환자가 2차 수술을 요구하였다고 하더라도 1차 수술에 대한 설명의 효력이 2차 수술에 미치지 않는다고 하였다. 응급의료에 관한 법률 제9조 제1항 제2호는 설명 및 동의 절차로 인하여 응급의료이 지체되면 환자의 생명이 위협하여지거나 심신상의 중대한 장애를 가져오는 경우에는 설명의무가 면제될 수 있다고 정하고 있고, 대법원도 일부 긴급한 경우에는 설명의무를 면제하고 있으나, 일반적으로 미용성형수술은 의료행위의 목적상 긴급성이 있다고 보기 어렵기 때문에 반드시 충분한 설명이 필요하며, 이러한 취지의 대상판결의 결론은 타당하다.

(3) 대상판결 다.

후유증이나 부작용 등의 위험 발생 가능성이 희소하다는 사정만으로 설명이 면제될 수 없고, 후유증이나 부작용이 당해 치료행위에 전형적으로 발생하는 위험이거나 회복할 수 없는 중대한 것인 경우에는 그 발생 가능성의 희소성에도 불구하고 설명의 대상이 된다는 대법원의 확립된 견해⁵³⁾를 재확인한 것으로, 설명의무는 의료행위에 대한 환자 동意的 전제라는 점에서 지극히 타당하다. 한편, 독일민법은 설명의무의 면제사유로 ‘긴급하거나 환자가 설명을 명시적으로 포기한 경우’를 규정하고 있는바(독일민법 제630e조 제3항⁵⁴⁾), 우

52) 미용성형술은 외모상의 개인적인 심미적 만족감을 얻거나 증대할 목적에서 이루어지는 것으로서 질병 치료 목적의 다른 의료행위에 비하여 긴급성이나 불가피성이 매우 약한 특성이 있으므로 이에 관한 시술 등을 의뢰받은 의사로서는 의뢰인 자신의 외모에 대한 불만감과 의뢰인이 원하는 구체적 결과에 관하여 충분히 경청한 다음 전문적 지식에 입각하여 의뢰인이 원하는 구체적 결과를 실현시킬 수 있는 시술법 등을 신중히 선택하여 권유하여야 하고, 당해 시술의 필요성, 난이도, 시술 방법, 당해 시술에 의하여 환자의 외모가 어느 정도 변화하는지, 발생이 예상되는 위험, 부작용 등에 관하여 의뢰인의 성별, 연령, 직업, 미용성형 시술의 경험 여부 등을 참조하여 의뢰인이 충분히 이해할 수 있도록 상세한 설명을 함으로써 의뢰인이 그 필요성이나 위험성을 충분히 비교해 보고 그 시술을 받을 것인지를 선택할 수 있도록 할 의무가 있다(대법원 1994. 4. 15. 선고 92다25885 판결, 대법원 2013. 6. 13. 선고 2012다94865 판결 등 참조).

53) 대법원 2007. 5. 31. 선고 2005다5867 판결; 대법원 2007. 9. 7. 선고 2005다69540 판결 등.

54) 독일민법 제630e조 설명의무 제3항

리도 설명의무가 면제되는 상황과 요건을 보다 명확히 확립할 필요가 있다.

6. 진료기록 사후기재 등에 관한 증명방해 판단 사례

－ 서울고등법원 2020. 1. 23. 선고 2018나2032195 판결

가. 사실관계

원고는 임신 38주 5일째인 2013. 6. 27. 13:15경 유도분만으로 출생하였는데, 출생 시와 출생 후 5분 아프가점수가 10점으로 정상이었으며, 신체검사에서도 특별한 이상소견이 없었으며, 모유수유도 분만 당일부터 진행되었다. 그러나 원고는 출생 후 2일째인 같은 달 29. 경련증상을 보여 A병원에 전원되었다. 같은 해 7. 3. 시행한 뇌MRI 결과 원고에게 ‘뇌의 양쪽 후두와와 왼쪽 측두후두부에 경막하출혈 및 전두부에 경색’ 소견이, 신경외과 협진 결과 분만손상에 의한 출혈성 뇌좌상과 경막하출혈 소견이 각 확인되었고, 원고는 B대학교병원에서 ‘신생아의 저산소증성 허혈성 뇌병증’ 진단을 받았다. 원고는 의료진의 과실로 출산 과정에서 두부손상이 발생하였다고 주장하며 손해배상을 청구하였다. 소송과정에서 원고 측이 제출한 분만실 간호기록지에는 2013. 6. 27. 09:28경 산모의 상태가 불규칙적인 자궁수축으로, 분만기록지에는 09:30경 자궁수축 간격이 나 지속시간 1분에 “때때로(sometimes)”, 11:30경 최초로 진통 간격이 3분, 지속시간 20분⁵⁵⁾이라고 기재되어 있으나, 법원의 문서제출명령에 따라 피고가 제출한 경과기록지에는 2013. 6. 27. 09:24경 규칙적인 자궁수축이 있다고 기록되어 있었다. 한편, 분만실 간호기록지나 분만기록지는 병원에서 교부를 거부하다가 원고 측에서 경찰관을 대동하고 강력하게 요청하여 받은 것이다.

설명에 예외적으로 특별한 사정으로 인하여 불가결하지 않은 한, 특히 처치를 미룰 수 없거나 환자가 설명을 명백히 포기한 때에는 환자에 대한 설명은 요하지 아니한다.

55) ‘20초’의 오기로 보인다.

나. 법원의 판단

원심판결⁵⁶⁾은 의사가 없는 가운데 간호사들에 의해 유도분만이 이루어졌고, 옥시토신 투여과정에서 지속적인 태아심음 감시나 자궁수축의 적절성 평가가 이루어지지 않았으며, 지속적이고 과도한 복부압박 내지 푸싱의 결과 급속분만이 되어 원고에게 출혈성 뇌좌상, 외상성 경막하출혈이 발생하였다는 원고 측 주장을 모두 배척하였다. 특히 급속분만 여부와 관련하여 피고가 제출한 경과기록지가 나중에 새로 작성되어 제출된 것으로서 간호기록지의 기재와 달라 증명방해행위에 해당한다는 원고 측 주장에 대하여, “① 원고 측의 강력한 요구로 교부된 진료기록이 피고 측이 가지고 있던 진료기록의 전부였다고 볼 사정이 없는 점, ② 민사소송법 제349조가 규정하는 증명방해행위는 당사자가 법원의 문서제출명령 등에 따르지 아니한 경우를 의미하는데 피고들은 이에 해당하지 않는 점 등에 비추어보면, 의료소송 제기 전에 환자 측에게 교부되지 않았던 진료기록을 소송 진행 중 의사 측에서 추가로 제출했다는 사정만으로 이를 사후에 작성된 것이라거나 증명방해행위라고 단정할 수는 없다.”고 판단하였고,⁵⁷⁾ 대상판결은 이를 그대로 인용하여 원고의 항소를 기각하였다.

다. 대상판결의 의의

대상판결은 출산과정에서 원고의 두부손상이 발생한 원인으로서 가장 가능성이 높은 ‘급속분만’ 해당 여부와 관련하여, 소송 제기 전 원고가 경찰을 대동하여 수령한 분만실 간호기록지와 분만기록지에는 급속분만이 인정되는 기재가 있었던 것에 반하여 소송과정에서 추가로 제출된 의사의 경과기록지에는 급속분만이 아니라는 취지의 내용이 기재되어 그 내용이 전혀 상반되는 상황에서, 원심과 같이 피고의 증명방해행위를 부정하였다.

위 대상판결은, ① 환자 측에서 강력히 요구하여 진료기록을 교부할 때에는

56) 서울북부지방법원 2018. 5. 10. 선고 2013가합22960 판결.

57) 원심판결은 이 외에 신생아 상태 관찰 및 처치 상의 과실, 전원조치 상 과실을 모두 부정하였다.

진료기록의 전부를 교부함이 상식적이고, 특히 의사의 경과기록지는 대표적인 진료기록으로 환자 측에서 당연히 요구하였을 가능성이 높은 점, ② 민사소송법 제349조는 당사자가 법원의 문서제출명령 등에 따르지 아니한 때에는 법원이 문서의 기재에 대한 상대방의 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있다는 규정일 뿐 증명방해행위 일반을 규정한 것이 아닌 점, ③ 의사가 사후에 제출한 경과기록이 다른 기록들과 내용이 달라 자신에게 유리하게 혹은 거짓으로 작성하여 제출한 것으로 강하게 의심되는 경우까지 증명방해를 인정하지 않는다면 실제진실을 밝히기 어려울 뿐만 아니라 증명방해행위로 분류될 수 있는 경우가 거의 없을 것이라는 점, ④ 그간 법원은 의사 측이 진료기록을 사후에 가필·정정한 행위는 그 이유에 대하여 상당하고도 합리적인 이유를 제시하지 못하는 한, 당사자 간의 공평의 원칙 또는 신의칙에 어긋나는 입증방해 행위에 해당한다고 판시하여 왔는바,⁵⁸⁾ 기존의 판시와 달리 판단할 합리적인 근거가 없는 점 등에 비추어 문제가 있다. 특히 대상판결은 원심판결을 그대로 인용하여 판단하였는 바, 논리적으로나 법리적으로 문제가 있는 판시들이 상급심에서 변경되지 않고 유지된다면 법원의 판결은 설득력을 잃게 될 것이고 다른 사건에서 인용되어 불합리한 판결이 되풀이될 위험도 있다.

라. 관련판결

위 II. 3. 수인한도를 넘어설 만큼 불성실하게 진료를 한 경우 별도의 불법행위를 인정한 사례에서 검토한 서울고등법원 2020. 11. 19. 선고 2019나 2001570 판결은 소송과정에서 의사가 추가로 제출한 의무기록에 가필·정정이 이루어졌다 하더라도, 그가필·정정된 내용이 피고의 과실 여부 판단에 영향을 미치는 결정적인 내용으로 볼 수 없는 점에 비추어 일부 가필·정정이 있었다는 사정만으로 입증방해 행위에 해당한다고 단정할 수 없다고 판시하였다.

58) 대법원 1995. 3. 10. 선고 94다39567 판결 등.

7. 전화 진료가 의료법상 허용되는지에 대한 사례

가. 내원한 적 없는 환자에게 전화 진료 후 약을 처방하는 것은 의료법상
‘직접 진찰’ 의무 위반이라고 판단한 사례

– 대법원 2020. 5. 14. 선고 2014도9607 판결

(1) 사실관계

피고인은 비만 및 다이어트 진료를 하는 의원을 운영하는 의사로, 자신의 환자 A가 내원하여 ‘지인 B가 먼 거리에 있어 방문할 수가 없다’며 B의 약을 처방하여 달라는 부탁을 하자, A의 핸드폰을 통해 B와 통화하면서 B의 이름, 주민등록번호, 기존 질환 여부, 건강상태, 증상 등을 상세히 듣고 B에게 전문의약품인 플루틴캡슐⁵⁹⁾ 등을 처방한 처방전을 작성하여 A에게 교부하였다. 이에 대하여, 검찰은 ‘직접 진찰한 의사가 아니면 처방전을 작성할 수 없다’고 정한 의료법 제17조 제1항(이 사건 조항)⁶⁰⁾의 “직접 진찰”은 직접 대면하여 진찰하는 것을 의미한다고 해석하여, 전화 진료 후 처방전을 발급한 피고인을 위 조항 위반으로 기소하였다.

(2) 법원의 판단

대상판결은 “진찰”이란 환자의 용태를 듣고 관찰하여 병상 및 병명을 규명하고 판단하는 것으로서, 이러한 진찰의 개념 및 진찰이 치료에 선행하는 행위인 점, 진단서와 처방전 등의 객관성과 정확성을 담보하고자 하는 이 사건 조항의 목적 등을 고려하면, 현대 의학 측면에서 보아 신뢰할 만한 환자의 상태를 토대로 특정 진단이나 처방 등을 내릴 수 있을 정도의 행위가 있어야 ‘진찰’이

59) 우울증 및 신경성 식욕과항진증 등에 효과가 있는 것으로 알려진 약으로, 피고인은 B에게 이를 비만치료약으로서 처방하였다.

60) 법률 제16555호, 2019. 8. 27. 일부개정 전 조항은 ‘의료업에 종사하고 직접 진찰하거나 검안한 의사, 치과의사, 한의사가 아니면 진단서·검안서·증명서 또는 처방전을 작성하여 환자 등에게 교부하거나 발송할 수 없다’고 규정하고 있었으며, 위 개정으로 제17조의 2가 신설되면서 현재는 처방전에 관한 내용이 분리되었다.

이루어졌다고 볼 수 있고, 그러한 행위가 전화 통화만으로 이루어지는 경우에는 최소한 그 이전에 의사가 환자를 대면하고 진찰하여 환자의 특성이나 상태 등에 대해 이미 알고 있다는 사정 등이 전제되어야 한다”고 판시하면서, 한 번도 대면하여 진찰한 적이 없는 초진 환자에 대하여 전화 통화만으로 약을 처방한 것은 “진찰”을 하였다고 할 수 없다고 판단하여 유죄 취지로 원심을 파기하였다.⁶¹⁾

나. 전화 진료가 의료기관 내에서 의료업을 할 의무 위반이라고 판단한 사례 - 대법원 2020. 11. 5. 선고 2015도13830 판결⁶²⁾

(1) 사실관계

피고인은 한의원을 운영하는 한의사로서, A와 전화로 상담한 후 한약을 처방·제조하여 택배로 보내주었다. 이에 대하여 검찰은, 의료인은 의료기관 내에서 의료업을 하여야 한다고 정한 의료법 제33조 제1항⁶³⁾에 따라 의료인이 의료기관 내에서 환자와 대면하여 진료하여야 할 의무가 있다고 보아 피고인을 위 조항 위반죄로 기소하였다.

(2) 법원의 판단

대상판결⁶⁴⁾은 ‘의료인에 대하여 의료기관 내에서 의료업을 영위하도록 한

61) 1심 판결(서울서부지방법원 2013. 9. 26. 선고 2012고정745)은 직접 진찰한 의사가 아니면 처방전을 작성하여 환자에게 교부하여서는 아니 됨에도 피고인은 B를 직접 진찰하지 않고 처방전을 교부하였다는 공소사실을 그대로 인정하여 유죄를 선고하였으나, 원심판결(서울서부지방법원 2014. 7. 11. 선고 2013노1180)은 대법원 2013. 4. 11. 선고 2010도1388 판결에서 전화로 진찰한 경우라도 ‘직접 진찰’을 한 경우에 해당한다는 취지로 판단한 후 내려진 것으로서, 피고인은 처방전을 작성하기 전에 전화 진찰하는 방법으로 직접 B를 진찰하였다는 이유로 무죄를 선고하였다.

62) 대법원은 위 판결 선고 후 2020. 11. 12. 사실관계가 거의 유사한 2016도309 판결에서 동일한 판단을 하였으며, 대법원에 계류되어 있던 유사한 사건들이 연이어 선고되었다.

63) 의료인은 이 법에 따른 의료기관을 개설하지 아니하고는 의료업을 할 수 없으며, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우 외에는 그 의료기관 내에서 의료업을 하여야 한다(의료법 제33조 제1항 본문).

64) 1심 및 원심판결도 비슷한 취지로 유죄판결을 하였다.

것은 그렇지 않을 경우 의료의 질 저하와 적정 진료를 받을 환자의 권리 침해 등으로 의료질서가 문란하게 되고 국민의 보건위생에 심각한 위험을 초래하게 되는 것을 사전에 방지하고자 하는 보건의료정책상의 필요성에 의한 것'이며, 의료법 제34조 제1항은 의료인이 원격지에서 행하는 의료행위를 의료법 제33조 제1항의 예외로 보는 한편, 이를 의료인 대 의료인의 행위로 제한적으로만 허용하고 있는 점, 전화 등을 통한 의료행위는 환자에 근접하여 행하는 일반적인 의료행위와 동일한 수준의 의료서비스를 기대하기 어려운 점, 환자에 대한 정보 부족 및 시설이나 장비 활용의 제약 등으로 부적정한 의료행위가 이루어 질 가능성이 높은 점 등으로 말미암아 국민의 보건위생에 심각한 위험을 초래할 수 있으므로, 의료인이 전화 등을 통해 원격지에 있는 환자에게 행하는 의료행위는 특별한 사정이 없는 한 제33조 제1항에 위반되는 행위로 보아야 하며, '환자나 환자 보호자의 요청에 따라 진료하는 경우'에도 마찬가지라고 판단하였다.

다. 관련판결

- 대법원 2013. 4. 11. 선고 2010도1388 판결 및 헌법재판소 2012. 3. 29. 선고 2010헌바83 결정

(1) 사실관계

비만 및 다이어트 관련 진료를 하던 산부인과 전문의 A는, 기존에 A의 의원을 1회 이상 방문하여 비만 및 다이어트 진료를 받았던 환자가 방문하여 진료하지 않고 처방전을 받을 수 있는지 전화로 문의하자 가능하다고 답한 뒤, 처방전을 발급하여 A의 의원과 같은 건물에 있는 약국으로 보내주었다. 이에 대하여, A는 직접 진찰하지 않고 처방전을 발급하였다는 이유로 의료법 제17조 제1항(이 사건 조항)⁶⁵⁾ 위반으로 기소되었다.⁶⁶⁾

65) 현재는 제17조의 2로 변경되었다.

66) 약국을 운영하는 B는 환자들에게 약을 보내주면서 처방전 발급비용과 약조제비용을 한꺼번에 받아 A에게 처방전 발급비용을 보내주었다.

(2) 법원의 판단

1심⁶⁷⁾과 항소심 법원은 연달아 유죄를 선고하였는데, 항소심⁶⁸⁾은 의료인은 진료의무를 이행함에 있어서 신의성실의 원칙에 따라 최선을 다하여 환자가 치료될 수 있도록 노력하여야 하는데, 전화의 방법으로는 환자의 병상 및 병명을 규명하여 판단하는 진단방법 중 “문진”만이 가능하고, 다른 진단방법을 사용할 수 없어 신의성실의 원칙에 따라 최선을 다하여 환자가 치료될 수 있도록 노력하는 의사의 진료의무가 소홀해질 우려가 매우 크므로, 이 사건 조항의 “직접 진찰”에 “전화 또는 이와 유사한 정도의 통신매체”만에 의한 진찰은 포함될 수 없다고 봄이 타당하다고 판시하면서, 유죄를 선고하였다.

반면, 대법원은 “개정 전 조항에서 ‘자신이 진찰한 의사’만이 처방전 등을 발급할 수 있다고 한 것은 그 문언의 표현으로 볼 때 의사라 하더라도 당해 환자를 스스로 진찰한 바가 없이 진료기록만을 보거나 진찰내용을 전해 듣기만 한 것과 같은 경우에는 그 환자에 대한 처방전 등을 발급해서는 안 된다는 것, 즉 처방전 등의 발급주체를 제한한 규정이지 진찰방식의 한계나 범위를 규정한 것은 아님이 분명하다” 고 하면서, 이 사건 조항은 진찰방식이 아니라 처방전 발급 주체에 관한 것이므로 전화 진찰을 하였다는 사실만으로 ‘직접 진찰’을 한 것이 아니라고 할 수 없다고 판시하였다⁶⁹⁾.

67) 서울동부지방법원 2009. 5. 26. 선고 2008고정1375 판결.

68) 서울동부지방법원 2010. 1. 7. 선고 2009노757, 2009초기1413 판결.

69) 또한, 대법원은 ‘의료법 제33조, 제34조 등에서 원격의료가 허용되는 범위에 관하여 별도의 규정을 두고 있으므로, 전화로 진찰하는 행위가 의료법상 허용되는 원격의료에 해당하는지는 위 조항에서 규율하는 것이 의료법의 체계에 더 부합한다고 볼 수 있다’고 하여 전화 진료를 포함한 원격의료의 허용 여부는 의료법 제33조 내지 제34조의 문제라는 의견을 밝혔다. 이에 따라 2020. 5. 14. 선고 2014도9607 판결 전까지, 전화 진료에 대하여 의료법 제17조 제1항 위반으로 기소된 사건들에 대하여 잇달아 무죄가 선고되었으며, 이후 전화 진료는 의료법 제33조 제1항 위반으로 기소되었다.

(3) 헌법재판소의 판단⁷⁰⁾

한편, 헌법재판소는 위 대법원 판결보다 앞서 선고된 결정에서, ‘직접 진찰한’은 ‘의료인과 환자 사이에 인적·물적 매개물이 없이 바로 연결되어 진찰한’ 즉, ‘대면하여 진료한’을 의미하므로 이 사건 조항은 대면진료가 아닌 형태의 진료를 금지하는 것을 분명히 한 것이며, ‘직접 진찰한’은 ‘자신이 진찰한’을 전제로 하는 것이므로, 결국 이 사건 조항은 ‘대면진료 의무’와 ‘진단서 등의 발급 주체’의 양자를 모두 규율하고 있고, 명확성 원칙에도 위배되지 않는다고 판단하였다.

라. 대상판결들의 의의

(1) 전화 진료에 대한 법원의 입장

위 판결들을 종합해보면, 전화 진료에 대한 현재 대법원의 판단은 ① 한 번도 대면한 적 없는 초진 환자에 대하여 전화로 진료하는 것은 처방전 발급을 위한 적법한 ‘진찰’에 해당하지 않아 의료법 제17조의 2(개정 전의 제17조 제1항) 위반에 해당하고, ② 기준에 대면하여 진료한 적이 있는 환자에 대하여 전화로 진료하고 처방전을 발급하는 행위는 의료법 제17조의 2 위반에 해당하지 않으나, ③ 전화를 포함하여 원격으로 진료하는 행위 일반이 의료법 제33조 제1항 위반에 해당하여 위법하다는 것이다.⁷¹⁾

70) A는 항소심에서 위헌법률심판 제청 신청을 하였다가 기각되자, ‘직접 진찰한 의사가 아니면 처방전을 작성할 수 없다’고 정한 의료법 제17조 제1항의 “직접 진찰”은 대면진료 의무를 규정하는 것으로 해석할 수도 있고, 처방전의 발급주체의 범위를 규정한 것으로 해석할 여지도 있어 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배된다는 이유로 헌법소원을 제기하였다.

71) 이에 따라, 의료법을 개정하여 의료인과 환자 간의 원격의료를 허용하는 규정을 명시적으로 추가하거나, 의료법 제34조 제1항에서 ‘제33조 제1항에도 불구하고’라는 문구를 삭제하는 등의 법 개정을 거치지 않는 한, 현행법 상 의료인과 환자 간의 전화 진료를 포함한 모든 원격의료는 위법으로 판단될 것으로 보인다.

(2) 대상판결 가.

‘직접 진찰’의 해석에 관하여, 대법원은 의료인이 전화를 통해 환자와 증상에 관하여 대화하고 질문하는 방식으로 환자의 상태를 파악하는 것, 즉 ‘문진’의 진단방법을 사용하여 환자의 병상 및 병명을 규명하는 행위⁷²⁾를 하였다는 점에서 행위 자체는 동일함에도 불구하고, ‘기존에 환자를 대면한 적이 있어 환자에 대하여 알고 있는 경우’와 ‘환자를 대면한 적이 없는 경우’를 구분하여 후자의 경우는 “진찰을 하였다고 할 수 없다”고 판시하였다.⁷³⁾ 기존에 환자를 대면한 적이 있는 경우와 대면한 적이 없이 전화 통화로 처음 접하는 경우 환자에 대한 이해에 차이가 있고, 진단의 정확성에도 차이가 있을 수 있어 후자의 경우 진찰이 충분하지 않을 수 있다는 점에서 결론의 차이가 발생한 것으로 보인다. 그러나 위 다. 관련판결의 대법원 판결은 충분한 진찰이 이루어지지 않았다 할지라도 ‘직접 진찰’ 의무 위반은 아니라고 보았는데⁷⁴⁾, 대상판결 가.는 기존의 대법원 판결을 변경하지 않으면서도 이 부분에서 일응 기존 대법원의 입장과 상반되는 판단을 하고 있는 것처럼 보인다.

(3) 대상판결 나.

한편, 의료법 제33조 제1항은 연혁적으로 ‘의료기관 개설의무’에 관한 조항으로 시작하여 ‘의료기관 내에서의 진료의무’로 확대되었으⁷⁵⁾, ‘의료기관

72) 이는 앞서 대법원 2020. 5. 14. 선고 2014도9607 판결에서 인용한 ‘진찰’의 정의에 해당한다.

73) 대법원 2020. 5. 14. 선고 2014도9607 판결.

74) 대법원 2013. 4. 11. 선고 2010도1388 판결은 ‘구 의료법 제17조 제1항은 스스로 진찰을 하지 않고 처방전을 발급하는 행위를 금지하는 규정일 뿐 대면진찰을 하지 않았거나 충분한 진찰을 하지 않은 상태에서 처방전을 발급하는 행위 일반을 금지하는 조항이 아니라고 판시하였다.

75) 1973. 2. 16. 법률 제2533호 의료법 (전문개정)에서 제30조(개설) 제1항 ‘의료인은 이 법에 의한 의료기관을 개설하지 아니하고는 의료업을 행할 수 없다’는 개설의무 규정이 신설되었고, 그 후 2000. 1. 12. 법률 제6157호 의료법 (일부개정)에서 ‘의료인은 이 법에 의한 의료기관을 개설하지 아니하고는 의료업을 행할 수 없으며, 다음 각 호의 1에 해당하는 경우를 제외하고는 당해 의료기관 내에서 의료업을 행하여야 한다’는 내용으로 변경된 뒤, 유사한 내용으로 현재까지 이어지고 있다.

내에서 의료업을 하여야 한다'는 본문과 '환자가 있는 현장에서 진료를 해야 하는 부득이한 사유'라는 예외사유의 내용을 종합할 때, 의료인이 의료행위를 하는 '장소적 제한'에 관한 규정에 해당한다. 반면, 원격의료는 '진료 방법'에 관한 것으로,⁷⁶⁾ 위 제33조 제1항은 그 자체로는 원격의료 금지 조항으로 해석하기 어렵다.⁷⁷⁾ 다만, 동법 제34조 제1항에서 '제33조 제1항에도 불구하고' 의료인 간의 원격의료가 허용된다고 하고 있어 반대해석상 의료인과 환자 사이의 원격의료는 허용되지 않는다고 해석된 것인데, 제33조 제1항은 처벌조항으로서 해당 조항에서 명시한 의무의 내용과 조항의 연혁 상 원격의료와 이질성이 있음에도 이를 묶어 규율하고 있는 현행법은 체계적 정합성 측면에서 아쉬운 부분이 있어 입법적 개선이 바람직하다.⁷⁸⁾

76) 대법원 2013. 4. 11. 선고 2010도1388 판결은 전화 진료에 대하여 개정 전 의료법 제17조 제1항 위반으로 기소된 데 대해, 위 조항은 '처방전 발급주체'에 관한 조항이지 '진찰방식'에 관한 것이 아니라고 하여 전화 진료는 진료 방법에 해당함을 간접적으로 밝힌 바 있다.

77) 같은 취지로, 수원지방법원 2016노4586 판결은 '의료법 제33조 제1항은 그 규정의 전체적인 취지에 비추어 볼 때, 의료업을 할 수 있는 장소를 의료기관 내로 제한하는 규정일 뿐, 의료기관 내에서의 대면진료를 강제하는 규정이라거나 전화 진료를 제한하는 내용으로 해석하기 어렵고, 전화 진료를 '의료기관 내에서의 의료업'이 아닌 '의료기관 외에서의 의료업'으로 본다 하더라도, 이는 환자 보호자의 요청에 따른 것이므로 의료법 제33조 제1항 제2호에 의해 허용되는 것으로 보아야 한다'고 하여 전화 진료는 제33조 제1항 위반이 아니라고 판단한 바 있다(이는 예비적 공소사실에 대한 판단이어서, 상고심(2017도3487)에서는 이 부분에 대한 판단 없이 상고기각되었다).

78) 한편, 보건복지부는 기존에 의료인과 환자 간 원격의료는 제33조 제1항에 위반된다는 입장을 취하고 있었음에도 불구하고, 2020. 3. 2.자 '전화 상담 또는 처방 및 대리처방 한시적 허용방안 관련 협조 요청' 공문을 통해 코로나19의 지역사회 확산 방지를 위하여 전화상담 또는 처방을 한시적으로 허용하면서, 전화 진료에 외래환자의 진찰료 수가를 적용함을 밝혔고, 2020. 5. 8.부터는 추가적으로 의원급 의료기관의 적극적인 참여를 위해 '전화상담 관리료'를 신설하기도 하였다(이는 의료기관이 내원하지 않는 환자의 본인부담금을 수납하기 어려운 점을 고려하여, 환자본인부담금을 면제하고 전화상담 관리료 수가를 신설한 것이다). 이는 그 후에 나온 대법원 판결에서 '원격의료는 의료법 제33조 제1항에 위반되는 행위'라고 한 것과 정면으로 배치되는 문제가 있다(이에 관하여는 현두륜, "원격의료의 허용 여부와 그 한계", 의료법학(제21권 3호), 2020., 16면에서 '정부가 비대면진료를 한시적으로 허용한다는 것은 원래 원격진료가 금지되었음을 전제한 것이라고 해석할 수도 있으나, 의료법상 원격진료가 금지되어 있다고 하면서 정부가 이를 위반하여 원격진료를 (일시적으로나마) 허용할 권한이 있는지는 의문이다.'라고 지적하고 있다).

8. 의사에 대한 실형 선고 사례

– 서울중앙지방법원 2020. 9. 10. 선고 2018고단8530 판결

가. 사실관계

망인(82세)은 2016. 6. 24. 복부 엑스레이와 CT촬영 등을 통해 ‘회맹관을 침범한 상행 대장 종양, 마비성 장폐색, 회맹장관 폐색에 의한 소장 확장’이라는 내용의 영상의학과 1차 판독 소견을 받고, 2016. 6. 25. 대장암 치료를 위해 소화기내과 위장관 파트로 전과되었다. 피고인 1 교수의 지도하에 피고인 2 전공의가 망인의 주치의로 지정되었는데, 피고인들은 2016. 6. 25. 망인에게 장정결제를 투약한 후 대장내시경을 실시해 대장암 여부를 확인하기로 결정하고, 피고인 2 전공의는 2016. 6. 26. 오전 재차 망인을 진찰한 후 피고인 1 교수의 승인을 받아 당일 저녁과 다음 날 아침에 망인에게 장정결제를 투여하도록 처방했으며, 간호사들은 2016. 6. 26. 20:30경 망인에게 장정결제를 투여했다⁷⁹⁾. 망인은 2016. 6. 27. 1:00경부터 호흡곤란, 혈압 저하 등의 응급증상을 보였고, ABGA검사(혈액가스검사) 결과 심한 산증이 확인되었으며, 복부팽만 증상을 보였고, 17:35경 촬영한 CT검사 결과 장천공이 확인되었다. 망인은 결국 같은 날 21:37경 장정결제 투여로 인한 부작용인 장천공 등에 따른 다발성 장기 부전으로 사망했다.

나. 법원의 판단

법원은 피고인들에 대하여 업무상과실치사죄를 인정하여 피고인 1을 금고 10월에 처하며 법정에서 구속하였고, 피고인 2는 금고 10월을 선고하되 형의 집행을 2년간 유예하였는데, ① 장정결제는 다량의 물에 녹여 경구에 투여하는 방법으로 대변 등 장내 물질이 설사 형태의 다량의 배변을 통해 강제적으로 배출되게 하는 약품으로, 고령자, 쇠약자에게는 신중히 투여해야 하고, 특히

79) 장정결제가 투여될 당시 피고인들은 병원 외부에 있었다.

장폐색이 있는 환자에게 투여하면 장내 압력이 상승하고 결국 장천공 등 치명적인 부작용이 발생할 수 있어 원칙적으로 투여가 금지되어 있고, ② 장폐색이 의심되는 고령의 환자를 치료하는 의사는 CT검사 결과 판독 등을 통해 환자의 장폐색 여부를 구체적으로 확인한 후 장폐색이 발생했을 가능성이 있는 경우 외과적인 진단 방법 등 대장내시경이 아닌 대안을 강구하거나 장폐색 소실을 확인한 후 장정결제를 투여하는 등으로 부작용이 발생하지 않도록 해야 하며, ③ CT 판독 등을 통해 장폐색 가능성이 낮다고 판단해 환자에게 장정결제를 투여하기로 한 경우에도 피고인들에게는 투여에 따른 장천공 등의 부작용 위험성을 충분히 설명하여야 할 업무상 주의의무가 있고, ④ 피고인들은 망인이 내과로 전과되어 망인의 진료를 담당할 당시 이미 망인에게 장폐색이 의심된다는 점을 알고 있었고, 망인에 대한 진료계획을 세울 당시 5-7일 정도의 시간적 여유를 두고 망인의 상태를 살펴 대장내시경을 시행하기로 계획하였음에도 갑자기 망인에 대하여 곧바로 대장내시경을 시행하기로 하고 이에 대하여 망인 및 보호자들에게 설명을 하지도 않았으며, ⑤ 당직의료인에게 투여를 지시하면서 장정결제 투여에 대한 금기사항이 없다고 기재하고, 실제 행위자인 간호사와 당직의사에게 망인의 장폐색에 관한 주의사항을 알리지도 않았던 점을 판결 이유로 들었다. 나아가, 피고인 1 교수의 경우 과실이 가볍지 않고 환자의 사망이라는 결과도 중하다는 점, 피고인들은 피해변제를 위하여 노력을 다 하였으나 유족의 거부로 합의가 진행되지 않았다고 주장하나 소송경과 등에 비추어 피해변제를 한 것에 준하거나 참작할 만한 사정이 없는 점 등을 종합하여 형의 집행을 유예하지 않고 곧바로 구속하였다.

다. 대상판결의 의의

통상적으로 의료사고에 의하여 환자가 상해를 입거나 사망하는 경우 이는 민사상으로는 손해배상 의무를 구성하고 형사적으로는 업무상과실치사상죄를 구성하게 된다. 민사상 손해배상과 형사상 처벌은 서로 구분되는 개념이므

로 법원과 수사기관은 민사책임과 형사책임에 있어 의사의 업무상 주의의무의 정도를 상이하게 보고 있다. 이에 민사상 손해배상의무는 인정되더라도 같은 사실관계에 대한 의료진의 업무상과실치사상죄는 성립되지 않는 경우도 있다. 나아가 형사상의 책임이 인정되더라도 보통은 벌금형을 선고하거나, 금고·징역형을 선고하더라도 형의 집행을 유예하는 경우가 많다. 대상판결의 경우 법원은 피고인 1 교수의 업무상 주의의무의 위반 정도가 중하고, 그로 인하여 사망이라는 돌이킬 수 없는 중한 결과가 발생한 점, 판결 선고 시까지 망인의 유가족에 대한 피해구제가 이루어지지 않은 점 등을 들어 실형을 선고한 것으로 보인다.⁸⁰⁾

법원은 업무상과실치사상죄의 양형기준으로서 ‘특별양형인자’를 규정하고 있는데, 가해자가 상당 금액을 공탁하는 경우에는 이를 양형에 있어서 감경사유로 참작한다. 종래의 공탁법은 민사상 변제공탁을 원칙으로 하여 피공탁자의 특정, 공탁통지 절차 및 공탁물 출급 절차의 정확성 담보 등을 위해 공탁서에 피공탁자의 성명·주소·주민등록번호 등 인적 사항을 기재하도록 규정하고 있었다. 따라서 형사사건에서 가해자가 피해자에게 피해 변제를 하기 위하여 형사

80) 참고로 지금까지 의사의 의료사고로 인하여 실형이 선고된 대표적인 사례들은 서울고등법원 2018. 1. 30. 선고 2016노3983 판결[故 신해철 집도의에 대한 업무상과실치사 및 의료법위반 사건, 1심(서울동부지방법원 2016. 11. 25. 선고 2015고합203 판결)에서는 금고 10월 및 집행유예 2년이 선고되었으나 항소심에서는 징역 1년을 선고하고 법정구속 하였으며, 대법원(2018. 5. 11. 선고 2018도2844 판결)에서 상고기각으로 확정됨], 인천지방법원 2017. 4. 6. 선고 2016고단2288판결(분만을 위해서 병원을 찾은 산모의 요청에 의하여 태아심박동 검사감시기를 풀어둔 사이에 태아가 자궁 내에서 사망함), 수원지방법원 성남지원 2018. 10. 2. 선고 2016고단4090판결(응급의학과 과장이 병원 응급실 내에서 보호자와 함께 복부 통증으로 내원한 피해자를 진찰하였고 흉수가 발견되었음에도 ‘비특이적 복부통증’으로만 진단하여 피해자를 귀가하도록 하였고, 피해자는 이후 약 3차례 같은 병원 소아과를 찾았으나 소아과 의사는 피해자에 대한 영상의학관독보고서도 확인하지 않은 채 단순 변비로 진단하였으며, 수일 후 피해자가 같은 병원 응급실을 내원하였는데 가정의학과 전공의는 복부 X-ray를 확인하고도 이상소견을 확인하지 않고 변비로 진단 후 귀가시켜 피해자가 횡격막 탈장 및 혈흉으로 사망함), 그리고 대상판결 정도가 있다. 이 중에서 인천지방법원 2017. 4. 6. 선고 2016고단2288판결의 경우 금고형에 대한 집행을 유예하였다가 항소심에서 의사의 과실과 태아의 사망 사이의 인과관계를 단정하기 어렵다고 보아 무죄가 선고되었고, 수원지방법원 성남지원 2018. 10. 2. 선고 2016고단4090판결은 즉시 형이 집행되었다(항소심에서는 응급의학과 전문의에게는 무죄가 선고되었다).

공탁을 시도하더라도 피해자의 인적사항을 알지 못하면 공탁이 불가능했다. 그러나 최근 공탁법은 형사공탁의 특례를 신설, 형사사건의 피고인이 피해자의 인적사항을 알 수 없을 때는 그 피해자를 위하여 형사사건이 계속 중인 법원에 공탁원인의 사실을 피해 발생시점과 채무 성질을 특정하는 방식으로 기재해서 공탁할 수 있도록 하여 형사공탁의 요건을 완화하였다.⁸¹⁾ 앞으로는 의료사고의 업무상과실치사상의 사건에서 피해자의 인적사항을 알지 못하는 경우에도 형사공탁을 통한 피해자의 피해구제가 보다 용이해질 것으로 보인다.

III. 마치며

2020년 주요 의료판결들을 검토하며, 법원이 기존의 판단에 비추어 완전히 새로운 판단을 하기보다는 그동안 쌓아 온 선례를 확고히 하되, 변화하는 사회 현실에 따라 구체적 타당성을 확보하는 방향으로 판단하고 있는 점을 알 수 있

81) 개정(2022. 12. 9. 시행) 공탁법 제5조의2 (형사공탁의 특례)

- ① 형사사건의 피고인이 법령 등에 따라 피해자의 인적사항을 알 수 없는 경우에 그 피해자를 위하여 하는 변제공탁(이하 “형사공탁”이라 한다)은 해당 형사사건이 계속 중인 법원 소재지의 공탁소에 할 수 있다.
- ② 형사공탁의 공탁서에는 공탁물의 수령인(이하 이 조에서 “피공탁자”라 한다)의 인적사항을 대신하여 해당 형사사건의 재판이 계속 중인 법원(이하 이 조에서 “법원”이라 한다)과 사건번호, 사건명, 조서, 진술서, 공소장 등에 기재된 피해자를 특정할 수 있는 명칭을 기재하고, 공탁원인사실을 피해 발생시점과 채무의 성질을 특정하는 방식으로 기재할 수 있다.
- ③ 피공탁자에 대한 공탁통지는 공탁관이 다음 각 호의 사항을 인터넷 홈페이지 등에 공고하는 방법으로 갈음할 수 있다.
 1. 공탁신청 연월일, 공탁소, 공탁번호, 공탁물, 공탁근거 법령조항
 2. 공탁물 수령·회수와 관련된 사항
 3. 그 밖에 대법원규칙으로 정한 사항
- ④ 공탁물 수령을 위한 피공탁자 동일인 확인은 다음 각 호의 사항이 기재된 법원이나 검찰이 발급한 증명서에 의한다.
 1. 사건번호
 2. 공탁소, 공탁번호, 공탁물
 3. 피공탁자의 성명·주민등록번호
 4. 그 밖에 동일인 확인을 위하여 필요한 사항
(후략)

었다. 의료와 관련된 사건을 다루는 법조인들도 이러한 법원의 방향에 발맞추
되, 구체적인 사실관계에 따라 법원이 합리적인 판단을 내릴 수 있도록 더욱 풍
부한 소송자료를 제공하며 정교한 주장과 증명을 하는 등 일조할 필요가 있다.

다만, 판결문이 여전히 제한적으로 공개되며, 판결문의 검색 역시 쉽지 않아
(대법원 법원도서관에 비치된 약 5대의 PC로만 검색이 가능하며, 사건번호만
을 기재해 온 후 법원에 유료로 별도의 판결문 제공 신청을 하여야 함) 판결문
의 수집 및 검토 과정에서 커다란 어려움이 있었다. 법원이 보유한 판결문들은
대한민국 헌법에 따라 자신의 권리를 지키기 위해 법원에 각자의 사정을 호소
한 당사자들, 당사자주의에 따라 법원의 판단을 이끌어낼 소송기록을 만든 대
리인들, 그리고 성실하게 판단해 온 법원 모두가 협력해서 만들어 낸 소중한 자
원이므로, 하루라도 빨리 판결문의 공개 및 활용이 용이해져 학술적 분야뿐 아
니라 국민의 권익을 지키는 데 기여하기를 기원한다.

[참 고 문 헌]

- 김희규, “성인 아나필락시스의 흔한 원인과 관리”, 대한내과학회 춘계학술대회, 대한내과학회, 2019.
- 안법영, “의료판례에서의 인과성과 책임귀속의 판단 - 독일법원 판결례와의 비교 고찰”, 『의료법학』 제14권 1호, 대한의료법학회, 2013.
- 현두륜, “원격의료의 허용 여부와 그 한계”, 『의료법학』 제21권 3호, 2020.
- 홍규락, 「응급실로 내원한 아나필락시스 환자의 임상적 고찰」, 순천향대학교 대학원 석사학위논문, 2020.
- 의학신문, “독감백신 부작용 ‘아나필락시스’ ... 100만 건당 0.7건뿐”, 2020. 10. 23.
- 청년 의사, “코로나19 백신 접종 시 가장 우려되는 것은 ‘아나필락시스’”, 2021. 1. 29.
- _____, “코로나19 백신 접종 후 아나필락시스, 인과관계 ‘2건’ 확인”, 2021. 3. 22.

[국문초록]

2020년 주요 의료판결 분석

박노민(신&유 법률사무소, 서울대학교 석사과정),
정혜승(법무법인 반우, 한양대학교 석사과정),
박태신(전북대학교 법학전문대학원 부교수),
유현정(나음 법률사무소, 고려대학교 박사과정),
이정민(법무법인 히포크라테스, 고려대학교 박사과정),
조우선(법무법인 윈스)

2020년에 선고된 주요 판결들 중에는, 독감 및 코로나 백신 접종 부작용으로 시의성이 있는 아나필락시스와 관련하여 의료진의 과실을 인정한 사례와 부정한 사례가 있었고, 기준에도 판례를 통해 인정된 적은 있지만 드문 사례로서 수인한도를 넘어설 만큼 불성실하게 진료를 한 경우 그러한 과실을 별도의 불법행위로 인정하여 위자료 지급을 인정한 판결이 선고되었다.

또한, 손해배상 범위 산정과 관련하여, 맥브라이드를 기준으로 노동능력상실률을 산정한 관행을 깨고 항소심에서 대한의학회 장애평가기준에 따라 장애율을 산정한 판결이 있었으며, 전화 진료를 비롯한 원격의료는 의료법상 허용되지 않는다는 대법원의 입장을 명확히 하였다는 점에서 의미 있는 판결이 있었다.

설명 의무에 관하여는 확립된 법리 위에 개별 사건에서 설명의무 이행 여부를 판단하는 구체적 기준에 관한 세부적인 내용이 더해지는 과정으로 보이며, 진료기록 기재와 관련하여서는 사후기재의 의심이 강하게 들더라도 증명방해에 해당하지 않는다고 판단하였다. 그 외에도, 사실관계가 동일함에도 심급에 따라 과실 및 인과관계 판단이 달라진 판결들에서 원심판결과 대상판결의 차이점을 비교하였으며, 최근 의사의 업무상과실치사상에 대하여 실형이 선고되는 사례가 늘고 있는 상황에서 1심에서 실형을 선고하면서 구체적으로 그 이유에 관하여 설명한 판결을 다루었다.

주제어: 아나필락시스, 수인한도를 넘어설 만큼 불성실한 진료, 장애평가기준, 설명 의무, 진료기록 사후기재, 증명방해, 전화 진료

Review of 2020 Major Medical Decisions

Park Nohmin¹, Jeong Heyseung², Park Taeshin³, Yoo Hyunjung⁴,
Lee Jeongmin⁵, Cho Woosun⁶

¹*Shin&Yoo Legal Advisory*, ²*Lawfirm Banwoo*, ³*CBNU*,
⁴*Naum Law Office*, ⁵*Lawfirm Hippocrates*, ⁶*Wins&co*

=ABSTRACT=

Among the major rulings handed down in 2020, there were cases involving anaphylaxis, which is timely as a side effect of coronavirus and flu vaccine. And as a rare case, a ruling was handed down that if medical treatment was done so unfaithfully beyond the limit of patience of ordinary people, it can be an independent illegal act and a cause of compensation for emotional distress.

Also, there was a ruling in the appellate court that evaluated disability rate applying the Korean Academy of Medical Sciences Guides for the Evaluation of Permanent Impairment, not McBride system. And the supreme court made it clear that telemedicine is illegitimate.

In relation to duty of explanation, it is in the process of adding detail criterion on the firm principles in the individual cases. In regard of medical records, there was a case that even when a medical record is strongly suspected to be tampered with, it is not considered to be an obstruction of proof.

There were cases that resulted in different conclusion between the court of first instance and the appellate court rulings. Lastly, in the face of a growing number of cases in which doctors are sentenced to prison for malpractice, we reviewed a ruling that sentenced a doctor to prison.

Keyword : Anaphylaxis, Medical treatment beyond the limit of patience, Disability evaluation, duty of explanation, medical record tampering, obstruction of proof, Telemedicine