

12. 미용성형수술의 특수성

백 경 희 *

- I. 대상판결의 검토 및 문제의 제기
 - 1. 대법원 2007.5.31. 선고 2007도1977 판결
 - 2. 대법원 2002.10.25 선고 2002다48443 판결
 - 3. 문제의 제기
- II. 미용성형수술의 특성과 의료행위예의 포섭 여부
 - 1. 미용성형수술의 특성
 - 2. 의료행위예의 포섭 여부
- III. 미용성형수술계약의 법적 성질
 - 1. 일반의료계약의 법적 성질
- IV. 미용성형수술계약의 내용상의 특수성
 - 1. 미용성형 시술의사의 주의의무의 내용
 - 2. 미용성형계약에 있어 설명의무의 내용
- V. 결론

I. 대상판결의 검토 및 문제의 제기

1. 대법원 2007.5.31. 선고 2007도1977 판결

가. 사실관계

(1) 피해자는 2004. 11. 15. 피고인 1로부터 안면 주름 및 오른쪽 볼 부위 볼거리 흉터 제거수술 등을 시행 받음.

*논문집수: 2008. 4. 25. *심사개시: 2008. 5. 10. *계재확정: 2008. 6. 10.

*변호사, 해울합동법률사무소

(2) 피해자는 익일 전날 성형수술시 묶어놓은 안면부 혈관이 풀려 혈종이 발생하여 얼굴이 부은 상태로 내원하였고, 이에 피고인1은 전날 성형수술 당시 절개한 부위를 다시 절개하고 혈종을 제거한 뒤 봉합함.

(3) 피해자가 이상증상을 계속 호소하여 같은 달 19., 같은 달 21. 계속하여 절개부위를 다시 절개하여 혈종을 제거하거나 상태를 들여다 본 다음 다시 봉합하는 수술을 함.

(4) 같은 달 19. 수술이후 피고인1은 상피고인이 피해자가 다른 병원으로 전원시켜 줄 것을 요구한다는 사실을 듣고도 이에 응하지 않고 간호사도 배치되어 있지 않은 입원실에 입원 조치함.

(5) 같은 달 22. 피해자측의 강력한 요구에 못 이겨 ○○병원으로 이송하였는데, 당시 피해자의 안면 오른쪽 귀 근처의 수술부위는 창상이 벌어진 채 부종 및 감염상태가 매우 심각하였음.

나. 대법원의 판단

업무상 과실치상의 점과 관련하여 ‘특히 미용성형을 시술하는 의사로서는 고도의 전문적 지식에 입각하여 시술 여부, 시술의 시기, 방법, 범위 등을 충분히 검토한 후 그 미용성형 시술의 의뢰자에게 생리적, 기능적 장애가 남지 않도록 신중을 기하여야 할 뿐 아니라, 회복이 어려운 후유증이 발생할 개연성이 높은 경우 그 미용성형 시술을 거부 내지는 중단하여야 할 의무가 있다.’고 하여 ‘이 사건에서 피해자를 상대로 피고인1이 시행한 안면 주름 및 오른쪽 볼 부분 볼거리 흉터 제거수술의 목적과 방법, 위 피고인의 위 수술에 대한 지식의 정도와 시술경험, 위 수술 이후 피해자의 상태 변화, 피해자의 증상이 악화된 이후 피해자를 ○○ 병원에 이송할 때까지 위 피고인이 취한 조치의 내용 등을 위 법리에 비추어 살펴보면, 비록 위 수술로 인한 부작용을 확대시키는 데 있어서 피해자의 과실이 있음을 고려한다고 하더라도, 피고인 1은 미용성형 시술을 하는 의사로서 요구

되는 업무상 주의의무를 다하지 아니하였고, 이로 인하여 피해자가 위와 같은 성형수술 이후 그 회복과정에서 통상적으로 수인하여야 하는 범위를 초과하여 생리적·기능적 장애를 입게 되었다고 보이므로, 원심이 같은 취지에서 피고인 1에 대한 판시 업무상과실치상의 공소사실을 유죄로 인정한 것은 옳'다고 판시하였다.

2. 대법원 2002.10.25. 선고 2002다48443 판결

가. 사실관계

(1) 원고는 1993. 10. 7.경 피고가 운영하는 병원에 찾아와 미인대회에 출전하고자 하는데 이마와 턱을 높이고 눈 쌍꺼풀 수술을 하고 싶다고 성형수술에 관하여 상담을 한 후 1993. 11. 17. 금 6,000,000원을 피고에게 지급하고 턱과 이마 부위에 실리콘 보형물을 삽입하는 수술과 눈 쌍꺼풀 수술을 받음.

(2) 그 뒤 원고는 국제미인대회에 한국대표로 출전하는 등 별 지장 없이 활동을 하다가 피고에게 재수술을 요구하여 1994. 12. 13.경 쌍꺼풀의 크기를 약간 줄이고 이마와 턱을 넣었던 보형물의 크기를 보다 얇은 것으로 교체하는 추가교정수술을 받음.

(3) 그런데 1997. 12.경부터 원고의 턱 부위에 삽입된 실리콘이 대각선으로 이동하기 시작하여 1998. 10.경에는 실리콘 보형물이 입안 내로 일부 돌출되었고, 실리콘을 삽입하면서 머리 부위에 생긴 5cm의 반흔에 부분적으로 머리털이 재생되지 않고 있음.

나. 대법원의 판단

‘의료행위라 함은 의학적 전문지식을 기초로 하는 경험과 기능으로 진찰·검안·처방·투약 또는 외과적 기술을 시행하여 하는 질병의 예방 또는 치료행위 및 그 밖에 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생

길 우려가 있는 행위를 의미한다 할 것이고(대법원 1974.11.26. 선고 74도 1114 전원합의체 판결, 1992.5.22. 선고 91도3219 판결, 2002.6.20. 선고 2002도807 전원합의체 판결 등 참조), 성형수술행위도 질병의 치료행위의 범주에 속하는 의료행위임이 분명하므로(대법원 1974.11.26. 선고 74도 1114 전원합의체 판결 참조), 이러한 성형수술 과정에서 의사가 환자에게 침습을 가하는 경우에 대하여도 위와 같은 설명의무에 관한 법리가 마찬가지로 적용된다고 할 것이다.’고 하면서 ‘성형수술의 경우 그 성질상 긴급을 요하지 않고 성형수술을 한다 하더라도 외관상 다소 간의 호전이 기대될 뿐이며 수술 후의 상태가 환자의 주관적인 기대치와 다른 경우가 있을 수 있으므로, 의사는 환자에게 치료의 방법 및 필요성, 치료 후의 개선 상태 및 부작용 등에 관하여 구체적인 설명을 하여 환자가 그 의료행위를 받을 것인가의 여부를 선택할 수 있도록 하여야 할 의무가 있다 할 것인데, 피고가 원고에게 위와 같은 정도의 설명을 하여 원고가 수술을 결정하였음을 인정할 만한 증거가 없고, 오히려 원심의 피고본인신문결과 등에 의하면, 피고는 위 성형수술 당시 원고에게 위 수술의 부작용으로서 출혈, 염증, 보형물의 크기가 본인이 원하는 것이 아닐 경우가 있을 수 있으며, 머리 절개 부위는 머리털이 자라서 회복이 되는데 일부 미세하게 안 자라는 부분이 있을 수 있다고 설명하였을 뿐 위 보형물이 움직일 수 있다는 점에 대하여는 충분한 설명이 없이 수술한 사실이 인정된다는 이유로, 피고는 위 수술을 함에 있어서 설명의무를 위반하여 원고가 수술을 할 것인지 여부를 결정할 수 있는 권리를 침해하였다 할 것이고 이로 인하여 원고에게 가한 정신적 손해를 배상할 책임이 있다’고 판단하였다. …… 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 위 법리를 따른 것으로서 정당’하다고 하여 피고의 상고를 기각하였다.

3. 문제의 제기

일반적으로 의료행위는 질병을 앓고 있는 환자에 대하여 치료를 통하여 질병을 완치 또는 완화시키고 통증을 감소시키는 것을 목적으로 하고 있으나, 미용성형행위의 경우 기존에 질병이 없는 건강하고 정상적인 상태에서 개인의 주관적인 미적 요구에 의한 소정의 결과의 도출을 목적으로 행해진다는 점에서 근본적인 차이가 있다.¹⁾ 바로 이러한 차이점으로 인하여 위 대법원의 판결 내용에서 지적하였듯이 미용성형수술의 경우 비록 의료행위의 범주에 포섭된다고 하더라도 그 특수성으로 인하여 일반적인 의료행위와는 달리 계약의 법적 성질이 다를 뿐만 아니라 시술상의 주의 의무나 설명의무에 있어서 특수한 법리가 나타나고 있다.

이하에서는 이러한 미용성형계약의 특수성에 대하여 살펴보고자 한다.

II. 미용성형수술의 특성과 의료행위예의 포섭 여부

1. 미용성형수술의 특성

가. 구명성의 부재

미용성형수술의 경우에는 장애나 질환의 치료가 아닌 정상적인 상태에서 외형상의 개인적인 심미적 만족감을 얻기 위하여 행해지기 때문에 구명성(求命性) 내지 의학적 필요성과는 거리가 멀다. 물론 심미적 불만감이 개인의 정신적 스트레스로 이어지기 때문에 정신적 질환의 유발요인이 될 수도 있기 때문에 그러한 불만의 해소 차원에서 유용성은 인정된다고 할

1) 그러므로 미용성형수술은 신체의 일부가 기형이거나, 질병 기타 사고 등으로 인하여 변형된 신체의 일부를 교정 내지 재건을 목적으로 하는 치료 목적의 성형외과(Reconstructive Surgery)와 뼈·관절의 형태이상과 기능장애의 교정·예방을 주 임무로 하는 정형외과(Orthopedic Surgery)와는 구별되는 개념이라고 한다.; 문성제, “미용성형시술과 의료과오의 제문제”, 『의료법학』, 5권 2호, 대한의료법학회, 2004. 277면 참조..

수 있지만 미용성형수술을 하지 않는다고 해도 생명과 신체상에 위험 요소는 발생하지 않는다고 할 것이다.

나. 긴급성의 부재

위와 같이 미용성형수술의 경우 구명성이 주목적이 아니기 때문에 그 연장선상으로 미용성형수술을 하지 않는다고 해서 긴급을 요하는 응급상황이 발생하지는 않는다. 일반적인 의료행위의 경우 위에서 살펴본 바와 같이 응급을 요하는 상황이 발생할 경우, 특히 미성년자가 응급으로 수술을 해야 하는 상황에서 보호자인 법정대리인과의 의견이 일치하지 아니하여 그 동의를 받을 수 없는 상황에는 의료진은 긴급피난이론에 의거하여 보호자로부터의 승낙을 받지 않은 상태에서 수술을 진행하더라도 위법성이 조각될 여지가 있다. 그러나 미용성형수술의 경우에는 긴급성이 없기 때문에 반드시 성인인 경우에는 본인의, 미성년자인 경우에는 법정대리인의 승낙이 반드시 필요하다.

다. 강한 영리성

우리나라는 의료법을 통하여 의료행위의 경우 영리목적으로 환자를 유인하는 등의 행위를 규제함으로써 비영리성을 갖도록 강제하고 있는바²⁾, 이는 국민의 생명·신체에 관한 권리와 보건권 등과 직결되는 의료행위는 국민을 위하여 실시되어야 하는 것이므로 의료가 의료인 또는 의료기관의 사적인 영리에 좌우되는 것을 배제시키고자 하는 국민의 보편적인 윤리의

2) 의료법 제27조 ③ 누구든지 「국민건강보험법」이나 「의료급여법」에 따른 본인부담금을 면제하거나 할인하는 행위, 금품 등을 제공하거나 불특정 다수인에게 교통편의를 제공하는 행위 등 영리를 목적으로 환자를 의료기관이나 의료인에게 소개·알선·유인하는 행위 및 이를 사주하는 행위를 하여서는 아니 된다.

의료법 시행령 제20조 (의료법인등의 사명) 의료법인 및 법 제33조 제2항 제4호의 규정에 의하여 의료기관을 개설한 비영리법인은 의료법(법 제49조의 규정에 의하여 의료법인이 행하는 부대사업을 포함한다)을 행함에 있어서 공중위생에 기여하여야 하며, 영리를 추구하여서는 아니된다.

식에서 출발한다고 보고 있다.³⁾ 또한 실제 의료행위에 영리성이 개재되는 경우 의료보험이 미치지 아니한 영역에서 의료수가가 규제할 수 없을 정도로 상승할 우려가 있고, 의료수준의 격차가 발생할 수 있으며, 이로 인하여 저소득층의 의료보장과 상대적 박탈감이 발생하여 공익을 저해하게 될 것이라는 점도 현재까지 의료행위를 비영리성을 갖도록 규제하여 온 이유였다.

그러나 미용성형수술의 경우에는 위에서 살펴본 바와 같이 치료를 주목적으로 시행되는 것이 아니기 때문에 의료급여의 대상이 아닌 비급여의 영역에 해당되며, 그렇기 때문에 활발한 의료광고를 통해 환자를 유인하고 있는 것이 현실인바, 일반적인 의료행위와는 달리 영리를 추구하는 목적이 강한 영역이라는 점에서 그 차이가 있다.

2. 의료행위의 포섭 여부

전통적으로 의료행위는 질병을 지니고 있는 환자의 증상을 진단하여 신체의 이상과 고통을 제거하고 치료를 통하여 건강을 증진시키는 행위로 정의되어 왔다. 그런데 미용성형수술의 특성에서 알 수 있는 바와 같이 질병의 치유 등과는 직접적인 관계가 없는 행위로서 심리적으로 만족하기 위하여 인체에 침습을 가하므로 전통적인 의료행위 개념과는 차이가 있다.⁴⁾

그렇지만 미용성형수술도 인체에 침습을 가한다는 점에서 전문지식을 가진 전문인이 행하지 아니할 경우 생명·신체상의 위험이 야기될 수 있다는 점에서 이를 의료행위의 범주로 포섭할 것인지에 대하여 논의가 분분하였다. 이에 대하여 판례는 다음에서 보는 바와 같이 견해를 변경하면서 미용

3) 석희태, “병원 개설 법인의 지위”, 『의료법학』, 6권 2호, 대한의료법학회, 2005. 12, 162면-163면.

4) 범경철, “의료행위 개념의 확대”, 『의료법학』, 5권 1호, 대한의료법학회, 2004. 7, 669면-670면.

성형수술의 경우에도 의료행위의 범주에 포섭됨을 공공연히 하였고, 누적된 판결을 통하여 현실을 반영하면서 그 종류 또한 다양화되고 있다.

가. 초기 판례의 태도

- 대법원 1972.3.28. 선고 72도342 판결

대법원은 미용성형수술이 의료행위에 해당하는지 여부에 대하여 질병의 예방 또는 치료행위가 아니라고 하여 의료행위에 속하지 않는다는 견해를 보였다. 즉, 대법원은 ‘곰보수술, 눈쌍꺼풀, 콧날세우기 등의 미용성형 수술은 의료의 기초적이고 초보적인 행위이고 질병의 예방 또는 치료행위가 아니므로 의학상 의료행위에 속하는 것이라 할 수 없으므로 따라서 치과 의사는 물론 일반의사도 위와 같은 미용성형 수술을 그들의 본래의 의료 행위로서 실시하는 것이 아님이 명백하다 할 것인즉, 이와 같이 의료행위에 속하지 않는 미용성형수술을 행한 자에 대하여는 품의손상 행위로서 치과 의사나 일반의사의 업무의 정지등 행정조치를 함은 별론이거니와 이 사건 미용성형 수술이 오직일반 의사에게만이 허용되는 소정의 의료행위에 속하는 것이라고 단정할 수는 없다는 취지에서 피고인이 일반의사의 면허없이 위와 같은 성형수술을 하였다고 하더라도 의사가 아니면서 의료행위를 한 것이라고 할 수 없으니 이는 의료법 제25조 위반의 죄가 될수 없다’고 판단하여 무죄를 선고하면서 미용성형수술행위는 의료행위에 해당되지 아니한다는 태도를 보였었다.

나. 견해의 변경

- 대법원 1974.11.26. 선고 (全) 74도1114 판결

그러나 그로부터 2년여 뒤 대법원은 ‘의료행위의 내용에 관하여는 이에 관한 정의를 내리고 있는 법조문이 없으므로 결국은 구체적 사안에 따라 이를 정할 수 밖에 없는 것인 바, 위의 개념은 의학의 발달과 사회의 발전

등에 수반하여 변화될 수 있는 것이어서 앞에서 말한 의료법의 목적, 즉 의학상의 전문지식이 있는 의사가 아닌 일반사람에게 어떤 시술행위를 하게 하므로서 사람의 생명, 신체상의 위험이나 일반공중위생상의 위험이 발생할 수 있는 여부 등을 감안한 사회통념에 비추어 의료행위 내용을 판단하여야 할 것이고, 의사들이 미용성형 수술을 시행하고 있었고 성형외과 협회까지 생기고 있었던 의학계의 실정과 공소사실 적시의 피고인의 코높이기 수술인 미용성형수술이 마취약을 주입하고 코밀을 절개하며 연골을 삽입하여 봉합하는 등의 의료기술의 시행방법으로 서행하여 지고 또 코의 절개과정이나 연골의 삽입, 봉합과정에서 미균이 침입할 위험성을 내포하고 있는 것이어서 이러한 코높이기 수술의 방법 및 행위의 태양을 함께 감안하면 외과분야에 있어서 의료행위를 이미 발생한 상처등에 대한 외과적 처치만에 국한할 것이 아니라 공소장 적시의 피고인의 코높이기 성형수술행위도 질병의 치료행위의 범주에 넣어 의료행위가 되는 것으로 해석함에 타당하다 할 것이다. 그렇다면 원판결은 의료법의 범리를 오해한 것으로서 파기를 면하지 못할 것이고 이에 저촉되는 종전의 위 판례는 이 판결로서 폐기'한다고 견해를 변경하였다.

다. 미용성형수술로서 판례를 통해 의료행위로 인정된 유형

위와 같이 대법원 전원합의체 판결을 통하여 미용성형수술을 의료행위에 해당한다고 포섭시킨 후, 판례는 위 코 높이기 미용성형수술 외에, ① 눈썹등 부위의 피부에 행한 미용문신수술⁵⁾, ② 피부박피술⁶⁾, ③ 속눈썹 또는 모발의 이식시술행위⁷⁾, ④ 외음부성형술⁸⁾, ⑤ 지방흡입술⁹⁾ 등의 미

5) 서울고등법원 1991.8.23. 선고 91노1777 판결.

6) 대법원 1994.5.10. 선고 93도2544 판결.

7) 대법원 2007.6.28. 선고 2005도8317 판결.

8) 대법원 2006.4.28. 선고 2003다23847 판결.

9) 서울중앙지방법원 2007.11.8. 선고 2006가합56508 판결.

용성형수술의 범주에 포섭되는 부분을 의료행위라고 파악하고 있다.¹⁰⁾

III. 미용성형수술계약의 법적 성질

1. 일반의료계약의 법적 성질

가. 일반의료계약의 경우

의사와 환자와의 법률관계는 일반적으로 환자가 진료를 의뢰하고 의사가 그 요청에 응함으로써 성립하며¹¹⁾, 의료계약이란 의사측에게는 진단 및 치료의 의무를 발생시키고 환자측에게는 보수지급의무를 발생시키는 계약을 말한다.¹²⁾

(1) 학설의 대립

이러한 의료계약은 민법상의 전형계약으로 분류되어 있지 아니하므로 그 법적 성질을 어떻게 볼 것인지에 대하여 학설은 대립하고 있다.¹³⁾ 즉,

① 의료계약은 일의 완성이 아닌 병적 증상의 의학적 해명과 치료행위라고 하는 사무처리를 목적으로 하므로 위임계약에 가까운 특성을 지닌다고 파

10) 한국소비자원에 접수된 2004. 1. 1.부터 2006. 12. 31.까지의 기간 동안 의료서비스 피해구제 사례 중 성형수술 관련 161사례의 분석을 통해 나타난 시술종류의 유형은 ‘레이저시술’이 36건, 중검술 26건, 용비술 23건, 지방흡입술 14건, 유방확대술 10건, 안면윤곽성형 6건, 모발이식술 3건, 박피술 3건, 안면거상술·주름제거술·액취중수술 등 기타 40건으로 나타나 시술의 다양성을 알려주고 있다(다만, 이 중 130건은 미용이 주목적이었고, 31건은 치료가 목적이었다.); 한국소비자원, 성형수술 관련 의료분쟁 실태조사, 2007. 5. 9면 참조.

11) 김민중, “의료계약”, 『사법행정』, 제361호, 한국사법행정학회, 1991, 36면-37면.

12) 김천수, “진료계약”, 『민사법학』, 제15호, 한국사법행정학회, 1997, 148면-151면.

13) 본고에서는 일반적인 의료계약과 미용성형계약을 두 가지로 나누어 판단하고 있음에 반하여, 논자에 따라 전자를 양당사자 간 완치의 특약이 없는 경우의 의료계약으로 보고, 후자의 성격을 지니는 경우를 완치의 특약이 있는 경우의 의료계약으로 보아 파악하는 견해도 있다.; 강남진, “의료계약에 관한 소고”, 『민사법의 실천적 과제』, 법문사, 2002. 2, 310면.

악하는 견해, ②환자의 질병의 완치라는 결과의 직접적 발생을 목적으로 하는 도급계약의 성격을 지닌다고 파악하는 견해, ③환자의 지휘·명령에 따라서 의사가 노무인 의료행위를 공급하는 고용계약의 성격을 지닌다고 파악하는 견해가 존재한다.¹⁴⁾

(2) 판례의 태도

대법원은 의사가 환자에게 부담하는 진료채무의 법적 성질에 관해 ‘의사가 환자에게 부담하는 진료채무는 질병의 치유와 같은 결과를 반드시 달성해야 할 결과채무가 아니라 환자의 치유를 위하여 선량한 관리자의 주의의무를 가지고 현재의 의학수준에 비추어 필요하고 적절한 진료조치를 다해야 할 채무, 이른바 수단채무라고 보아야 하므로 진료의 결과를 가지고 바로 진료채무불이행사실을 추정할 수는 없으며 이러한 이치는 진료를 위한 검사행위에 있어서도 마찬가지’라고 함으로써, 수단채무의 성격을 지닌다고 하여 일반적인 의료계약은 위임계약의 특성을 지니고 있다는 점을 간접적으로 판시한바 있다.¹⁵⁾

(3) 검토

현대임상의학의 실천수준에 비추어 볼 때, 질병을 앓고 있는 환자에 대하여 그 치유를 목적으로 하는 통상의 의료행위의 경우 아직까지 치료방법이 발견되지 아니한 경우도 있어 불치·난치의 질환이 상당수 존재하고, 또한 개개 환자의 체질적 소인이나 기왕증, 질병 자체나 치료행위로 야기될 수 있는 합병증 등으로 인하여 적절한 수준의 처치를 시행하더라도 그

14) 독일의 경우 의료계약을 고용계약으로 파악하면서도, 성형수술을 내용으로 하는 의료계약은 도급으로 파악하고, 의식불명의 환자를 치료하는 법률관계는 사무관리가 성립된다고 이론을 구성한다고 한다; 김상용, “의료계약”, 『아세아여성법학』, 제2호, 아세아여성법학연구소, 1999, 223면.

15) 대법원 2005.9.30. 선고 2004다52576 판결; 대법원 2000.9.8. 선고 99다48245 판결 등.

결과가 천차만별일 수도 있다는 점에서 완치를 장담할 수는 없으며 의사에게 상당한 치료재량을 주고 있다. 그렇기 때문에 일반적인 의료계약의 경우 이를 질병의 완전한 치유를 목적으로 하는 도급계약의 특성을 갖는 다기 보다는 판례가 적시한 바와 같이 환자가 의사에게 상당한 주의와 의학상의 지식·기술에 의하여 자신의 질병을 검사·진단하여 필요한 치료를 하도록 하는 사무를 위탁하였다고 보아 위임계약의 특성을 갖는다고 할 것이다. 다만, 민법상 전형계약으로 규율하고 있는 위임계약과 관련된 조항이 그대로 적용될 수 없다는 점에서¹⁶⁾, 위임에 유사한 무명계약설로 보아야 할 것이다.

그러므로 일반적인 의료계약에 있어 의사가 환자의 질병에 대하여 최선의 주의의무를 다하였다면 비록 질병의 완치에 이르지 못하고 더 나아가 환자측에서 원하지 않았던 악결과가 발생하였다고 하더라도, 의사는 환자측에 대하여 진료비를 청구할 수 있다고 할 것이다.

나. 미용성형계약의 경우

한편 미용성형수술의 경우에는 구명성이나 응급성이 없고, 비급여에 해당하여 다른 의료행위에 비하여 고수익이며 영리적인 성격이 강하고, 의사측에서도 미용성형수술과 관련한 공공연한 광고가 이루어진다는 점과 미용성형수술이 대부분 피시술자의 외형에 관한 심미적 만족감을 위하여 이루지고 피시술자가 의사측에 요구하는 바가 비교적 구체적이라는 점에서 이러한 부분이 계약시 충분히 검토된 뒤 진료계약이 성립한다. 따라서

16) 즉, 민법상의 위임에 있어서 수임인은 특별한 약정이 없으면 위임인에 대하여 보수를 청구할 수 없지만, 의료행위의 경우 보수의 지급이 당연히 예정되어 있다는 점, 그리고 민법상 수임인은 위임인의 승낙이나 부득이한 사정이 없으면 제3자로 하여금 자기에 갈음하여 위임사무를 처리하게 할 수 없으나 개업의가 수술을 하는 경우 마취의사 등의 조력이 필요하여 이들 전문의를 초빙하는 경우 환자의 승낙을 다시 받아야 하는 등의 제약이 따른다고 보기 어려운 점이 다른 점이라고 한다.; 강남진, 전제논문, 311면·312면 참조.

특별한 사정이 없는 한 미용성형수술계약은 결과의 완성을 목적으로 하는 도급계약으로 보는 것이 타당하다는 것이 다수견해이다.

이렇듯 미용성형수술계약관계를 도급관계로 파악하게 될 경우에는 진료비 청구의 경우에도 일반적인 의료계약과는 다른 결론에 이르게 된다. 즉, 결과채무의 성격을 지니는 미용성형수술의 경우에는 피수술자와 의사간에 약정된 계약목적은 달성하지 못할 경우 의사는 피수술자에 대하여 진료비를 청구하지 못할 수도 있다. 이 때, 미용성형수술 계약목적의 달성 여부를 판단할 때에는 피수술자의 심미적 만족감이라는 주관적인 잣대가 아닌 계약목적에 관한 피수술자와 환자 간의 합의내용이 기준이 되어야 할 것이다.¹⁷⁾

그런데, 위 대법원 2002.10.25. 선고 2002다48443 판결의 원심에서는 ‘살피건데, 의사가 환자에게 부담하는 진료채무는 질병의 치료와 같은 결과를 반드시 달성해야 할 결과 채무가 아니라 환자의 치유를 위하여 필요하고 적절한 진료조치를 다해야 할 채무, 즉 수단채무라고 보아야 할 것이므로, 위와 같은 주의의무를 다하였는데도 그 진료 결과 질병이 치료되지 아니하였다 하더라도 환자는 의사에게 그 치료비를 지불할 의무가 있는 것이고 그 진료가 성형수술이라 하여 이를 달리 볼 이유는 없다 할 것이다. 또한 원고가 피고 사이에 성형의 성공적인 종결을 조건으로 위 수술비가 지급되었음을 인정할 증거도 없다.’고 판시하여 미용성형수술의 경우에도 수단채무로 판시하였는바, 이는 위에서 살펴본 미용성형수술의 특성과는 상치하지 아니하므로 논의의 여지가 있다고 보인다.

17) 미용성형의 경우 피수술자측에서는 지극히 개인적인 미적 감각에 의존하여 수술의 성공 여부를 판단하여 남소(濫訴)가 될 수도 있기 때문에 종래 실무에서는 객관적으로 기능상의 장애나 임상수준에 있어서의 술기상 주의의무 위반이 없다면 피수술자측의 청구를 기각하는 경우가 많았었다.

IV. 미용성형수술계약의 내용상의 특수성

1. 미용성형 시술의사의 주의의무의 내용

미용성형수술계약을 통하여 의사측이 부담하게 될 주된 급부의무는 피수술자에 대하여 피수술자와 의사간에 약정된 계약목적을 달성하는 것으로 이러한 의무에 과실이 개재될 경우 책임을 부담하게 될 것이다. 미용성형수술의 경우에도 일반의료행위와 다른 특수성은 존재하지만, 기본적으로 의료행위의 한 내용으로 포섭되기 때문에 미용성형수술상 의료인의 과실이 개재될 경우 그 민사적인 책임은 책임귀속의 기본원리에 따라 과실책임과 무과실책임(위험책임)¹⁸⁾으로 대별되고, 과실책임은 계약책임과 계약외책임으로 나뉘며, 후자는 주로 불법행위책임이 중심을 이루고 있다. 따라서 미용성형수술에 있어 과실이 있는 의료사고가 발생한 경우에도 현행법상 계약위반에 따른 채무불이행책임과 불법행위에 기한 손해배상책임 양자의 법률적 구성이 모두 가능할 것이다. 그러나 위에서 살펴본 바와 같이 미용성형수술에 있어서는 통상적인 의료행위와 구별되는 특수성이 있기 때문에 그 주의의무 위반을 판단함에 있어서도 통상적인 의료행위와 구분되는 특수성은 무엇인지에 관하여 규명할 필요가 있다.

가. 통상적 의료행위에 있어 의사의 일반적 주의의무

대법원은 의사의 주의의무에 관하여 ‘의료과오사건에 있어서의 의사의 과실은 일반의 의사가 그 당시 의학상 일반적으로 인정된 지식과 기술에

18) 의료관계에 무과실책임법리를 적용하려는 법정책임 관점이 제시되고 있으나, 이는 인간의 생명유기체를 대상으로 하는 의료의 본질 자체에 적합하지 않은 것으로 평가된다. 따라서 의료과실에 의한 사고에 대한 민사책임은 원칙적으로 해당 의료행위의 과책, 즉 환자의 생명·신체·건강 등의 보호법익을 침해한 행위의 위법성과 책임성이 있는 경우에 한하여 손해배상책임을 인정하여야 한다.; 안법영, “산부인과 진료와 의사의 주의의무, - 대법원 판결례의 분석을 중심으로 -”, 「의료법학」 창간호, 대한의료법학회, 2000, 54면.

의해서 결과발생을 예견할 수 있음에도 불구하고 그 결과발생을 회피하지 못한 과실이 검토되어야 할 것'이라고 한다.¹⁹⁾

(1) 결과예견의무와 결과회피의무

(가) 결과예견의무

의료행위에 있어 결과예견의무는 결과예견가능성을 전제로 하는데 이때 예견가능성이라 함은 행위의 성질에 따른 특정된 영역의 통상인, 즉 의료행위에 있어서는 통상일반의 의사라면 행위시에 예견할 수 있는 결과발생의 가능성을 말한다. 결과예견의무 위반을 인정하기 위해서는 그 위험 내지 악결과가 현대의학상 그 존재가능성이 실증되고, 의료행위를 하는 시점에서 당해 의사가 인지하고 있어야 할 것을 요한다.²⁰⁾

(나) 결과회피의무

의료행위로 인한 어떤 위험 내지 악결과가 예견가능한 경우 의사는 만전을 기하여 그러한 결과를 회피하여야 할 의무가 있는바 이를 결과회피의무라고 한다. 다만 의료행위의 경우 그 성질상 항시 생명·신체에 대한 위험을 수반하고 있으므로 의사가 일정한 수준·정도의 결과회피수단을 강구하는 한 그 의료행위의 사회적 유용성에 비추어 스스로 그러한 위험행위로 나아가는 것을 허용하여야 할 것이다²¹⁾.

(2) 주의의무 위반의 구체적 판단기준

의료과실을 판단함에 있어 의사가 기울여야 할 주의의무를 다하였느냐의 여부를 판단함에 있어서 위와 같은 일반적 주의의무만으로는 추상적이

19) 대법원 1984.6.12. 선고 82도3199 판결.

20) 권오승, “의료과오와 의사의 주의의무”, 『민사판례연구(IV)』, 박영사, 1993, 95면; 박종원, “의사의 주의의무와 의료과실책임의 근거에 관한 고찰”, 대한민사법학회, 2002., 192면-194면.

21) 석희태, “의료과실판단기준에 관한 최근의 학설·판례의 동향”, 『의료법학』, 창간호, 대한의료법학회, 2000, 10면.

고 애매한 경우가 많으므로 의료행위가 행하여지는 주변의 여러 사정을 고려하여야 할 필요가 있다.²²⁾

대법원도 수차례 ‘의사의 진찰·치료 등의 의료행위를 함에 있어서는 사람의 생명·신체·건강을 관리하는 업무의 성질에 비추어 환자의 구체적인 증상이나 상황에 따라 위험을 방지하기 위하여 요구되는 최선의 조치를 취하여야 할 주의의무가 있고, 의사의 이와 같은 주의의무는 의료행위를 할 당시 의료기관 등 임상의학 분야에서 실천되고 있는 의료행위의 수준을 기준으로 삼되, 그 의료수준은 통상의 의사에게 의료행위 당시 일반적으로 알려져 있고 또 시인되고 있는 이른바 의학상식을 뜻하므로 진료환경 및 조건, 의료행위의 특수성 등을 고려하여 규범적인 수준으로 파악되어야 하며, 또한 진단은 문진·시진·촉진·청진 및 각종 임상검사 등의 결과에 터잡아 질병 여부를 감별하고 그 종류, 성질 및 진행 정도 등을 밝혀내는 임상의학의 출발점으로서 이에 따라 치료법이 선택되는 중요한 의료행위이므로, 진단상의 과실 유무를 판단함에 있어서는 그 과정에 있어서 비록 완전 무결한 임상진단의 실시는 불가능하다고 할지라도 적어도 임상의학 분야에서 실천되고 있는 진단 수준의 범위 내에서 그 의사가 전문직업인으로서 요구되는 의료상의 윤리와 의학지식 및 경험에 터잡아 신중히 환자를 진찰하고 정확히 진단함으로써 위험한 결과 발생을 예견하고 그 결과 발생을 회피하는 데에 필요한 최선의 주의의무를 다하였는지 여부를 따져 보아야 한다’고 하여 의료과실의 구체적 판단기준에 관하여 제시한 바 있다.²³⁾

(가) 객관적 판단기준

1) 의학 및 의사의 수준

의사의 의료행위에 대한 주의의무 해태 여부에 관한 판단에는 원칙적으

22) 권용우·김영규, “판례상에 나타난 의료과실의 판단기준”, 단국대학교 법학연구소, 2000, 184면.

23) 대법원 1987.1.20. 선고 86다카1496 판결; 대법원 2001.3.23. 선고 2000다20755 판결; 대법원 2004.4.9. 선고 2003다33875 판결 등 참조.

로 민법 일반의 판단기준인 거래상 요구되는 객관화된 주의가 적용되는 한편, 의사의 책임귀속은 직업책임의 전형이므로 그 주의를 의학전문적 기준이어야 한다. 따라서 해당 의료행위가 의학 및 의료수준에 상응하는지 여부가 우선적 기준이 되며, 해당 의료분야에 있어 사려깊고, 양심적이고, 경험있는 의사로서 일반의학 내지 그 전문분야의 수준에서 가능한 것인가에 따라 판단되어야 한다.²⁴⁾

의료과오는 의학이 환자에게 응용되는 과정에서 생기는 것이기 때문에 이 때의 의학이란 통상 이른바 현대 임상 의학을 말하는 것인바, 일부의 대학, 병원, 연구소 등에서만 알려져 있고 대부분의 의사에게 그 당시 널리 알려져 있지 않은 의학은 임상 의학이라고 할 수 없다. 그러나 한편 의학은 계속 발전하는 것이므로 의사에게는 발전하는 의학의 수준을 따라가야 할 의무가 있으므로 의사는 현대 임상 의학수준에 부합하도록 부단히 노력하여야 한다. 또한 의사가 당시 의료기관의 수준과 지역적 특성에 따라 의학 설비 내지 의료기술을 구비하지 않고 있는 경우에는 필요하다면 일정한 범위의 응급처치를 한 후, 상급의료기관이나 타전문의의 진료를 받도록 전원하여야 할 전원의무 내지 전의의무가 파생된다.²⁵⁾

2) 의료관행

의사의 의료과오를 판단함에 있어서 위에서 살펴본 의학수준 내지 의사수준과는 달리 의료관행은 의학원칙을 보충하는 범위내에서 조심스럽게 판단되어야 한다. 일반적으로 의사는 진단과 치료방법의 선택에 있어 의학계 내에서 통상 승인되어지는 관행에 따랐다면 의사로서의 주의의무를 다하였다고 보고 있다. 예컨대 대학종합병원은 3차 의료기관으로 개별 전문분야의 분업적·기능적 협력조직에 의하여 운영되고 있기 때문에, 해당 분야의 전문의로서의 자격을 갖추고 과장·의와 긴밀하게 직무를 수행한

24) 안법영, 전제논문, 59면-60면; 사법연수원, 의료과오손해배상, 2003, 57면.

25) 박종원, “의사의 주의의무와 의료과실책임의 근거에 관한 고찰”, 전북대학교 법학연구소, 2000, 195면-196면.

경험을 갖춘 의사가 진료기술을 하는 것은 예외적 사유가 없는 한 환자에 대한 의료행위를 할 수 있는 관행이 존재한다.²⁶⁾

(나) 주관적 판단기준

1) 의사의 재량

의사는 전문직업인으로서의 판단에 따른 최선의 주의의무가 요구되지만 당시 환자의 구체적인 증상이나 상황에 따라 위험을 방지함에 있어 각각의 의사에 따라 미묘한 견해차이가 발생하는 것이 불가피한 것이므로 의사에게는 환자에 대한 의료행위에 있어 재량성이 인정된다. 대법원도 ‘의사는 진료를 행함에 있어 환자의 상황과 당시의 의료수준, 그리고 자기의 전문적인 지식과 경험에 따라 적절하다고 판단되는 진료방법을 선택할 상당한 범위의 재량을 가진다고 할 것이고, 그것이 합리적인 재량의 범위를 벗어난 것이 아닌 한 진료의 결과를 놓고 그 중 하나만이 정당하고 이와 다른 조치를 취한 것에 과실이 있다고 할 수 없다’고 판단한 바 있다.²⁷⁾

2) 진료환경 및 조건

의사의 주의의무의 구체적 기준을 판단함에 있어 그 의사가 놓여있는 진료의 인적·물적 환경이나 진료 당시의 사정도 주관적 수정요소로 고려되어야 한다.²⁸⁾ 대법원 역시 의료기술의 전문성, 난이도 등의 차이와 의료기관의 인적 구성, 물적 시설 및 지역적인 특성, 제공하는 의로서비스의 질에 따른 의료수가의 차등, 치료계약에 이르게 된 경위, 수술·치치 등 치료경과와 난이도, 기타 제반 사정에 상응한 의료보험수가의 차등을 인정하고 있다.²⁹⁾

26) 안법영, 전제논문, 62면.

27) 대법원 1992.5.12. 선고 91다23707판결; 대법원 1995.12.5. 선고 94다57701 판결; 대법원 1997.5.9. 선고 97다1815 판결.

28) 전광백, “의료과오와 주의의무”, 『의료법학』, 6권 1호, 한국사법행정학회, 2005, 360면-365면; 박윤직, 『채권각론』, 박영사, 2005, 791면; 이은영, 『채권각론』, 박영사, 2005, 929면.

29) 대법원 1995.12.8. 선고 95다3282 판결.

3) 응급성

의료행위에 있어서는 응급을 요하는 상황이 존재하는 바, 주의의무판단에 있어서는 이러한 의료적 특수성이 고려되어야 한다. 왜냐하면 응급환자의 경우 환자에 대하여 신속한 치료가 행하여지지 아니하면 생명에 위급한 상황이 초래되므로 의사는 통상의 의료행위와는 달리 시간적 제약 속에 빠른 진단과 함께 이에 상응하는 치료를 해야 하기 때문이다.³⁰⁾ 판례는 ‘전문가가 아닌 일반의이고, 혼자 야간 응급실의 당직 근무를 하고 있었으므로 그의 과실 유무를 판단함에 있어서는 전문가가 아닌 일반의를 표준으로 하고, 당시 진료 환경 및 조건, 야간응급의료의 특수성을 고려하여야 할 것이다’라고 하여 응급상황의 경우 발생하는 제반상황하에서 의사의 주의의무를 완화한 바 있다.³¹⁾

나. 미용성형수술에 있어 의사의 주의의무

그런데 미용성형의 경우 요구되는 의사의 주의의무를 위에서 살펴본 의사의 일반적인 주의의무와 동일하게 보아야 하는지에 대하여는 검토의 여지가 있다. 왜냐하면 미용성형수술의 경우 의학적 적응성과 치료의 긴급성이 질병과 상해에 대한 치료가 주목적인 일반적인 의료영역과는 차별화되고 있고, 영리적 목적이 강하고 의사와 피수술자간의 구체적 결과에 대한 협의하에 이루어지는 도급의 성격을 띠는 점에서 일반적 의료행위에 있어서 요구되는 것과는 다른 주의의무가 존재하는지에 관하여 살펴볼 필요가 있다. 판례는 다음에서 보는 바와 같이 미용성형수술을 시행하는 의사에 대하여 엄격한 태도를 보이고 있는 듯하다.

(1) 시술 여부 및 진행상의 주의의무의 내용

미용성형수술의 경우 도급계약의 특성이 강하고 응급성이 없기 때문에

30) 전광백, 전계논문, 365-369면.

31) 대법원 1999.11.23. 선고 98다21403 판결 참조.

시술자인 의사로서는 피시술자의 자신의 외모에 대한 불만감과 피시술자가 원하는 구체적 결과에 관하여 충분히 경청한 뒤 현대 임상의학의 발달 수준에 맞추어 피시술자가 원하고자 하는 바를 달성할 수 있는지 여부에 관하여 숙고하고 피시술자의 특이체질 등에 관하여 면밀한 검사를 거친 뒤 시술 여부 및 시술방법을 신중하게 결정하여야 한다.

더구나 종전에는 미용성형수술이 신체적 침습이 타 의료행위 영역보다 적은 눈썹꺼풀수술이나 코 용비술이 주로 시행되었지만, 최근에는 미용성형수술의 범주가 확대되어 지방흡입수술, 안면윤곽술 등과 같은 경우 전신마취가 필요하고 그 침습의 정도가 중한 경우가 늘어나고 있기 때문에 미용성형수술을 시행하는 의사는 충분한 검토가 요구되고 있다. 또한 미용성형수술이 정상적인 신체에 시행되는 것이므로 시행 전과 시행 후의 건강상의 결함이 극명하게 드러날 수 있다는 점에서 주의의무 위반의 추정도 타 의료행위 영역보다 수월하게 이루어질 수 있다.

대부분의 미용성형수술에 있어 의료사고의 발생은 시술자인 의사가 피시술자의 피시술자의 주관적인 만족감을 극대화하기 위한 방법을 강구하지 못하거나 피시술자의 상태를 잘못 파악하거나 시술방법을 잘못 선택함으로써 인하여 야기되기 때문에 시술을 행할 것인지 말 것인지, 어떠한 시술방법을 선택할 것인지에 관한 그 주의의무가 있다.³²⁾ 그리하여 미용성형수술에 있어서는 피시술자의 경우 요구하는 결과의 도출이 어렵고 그로 인하여 오히려 악결과가 발현될 가능성이 있을 때에는 피시술자가 원한다고 하더라도 시술을 거부하거나 중단하여야 한다.

(2) 예견가능성의 확대 및 술후 배려의무의 내용

같은 연장선 하에 미용성형수술을 시행하는 의사가 시술을 시행할 것인지 여부를 결정할 때 향후 미용성형수술로 남을 수도 있는 피시술자의 생

32) 문성제, 전계논문, 287-288면.

리적·기능적 장애에 관한 예견가능성도 확대되며, 동시에 수술 후 피수술자에게 위 장애가 남지 않도록 요양방법의 지도의무도 철저히 하여야 할 것이다.

예를 들어 지방흡입술의 경우 지방흡입기의 기계구조상 그 흡입관에서는 시술시 고열이 발생할 가능성이 높고 그 온도변화가 심할 경우에는 피부에 화상을 입을 가능성이 높으며, 지방흡입술이 복부에 시행될 때 흡입관의 깊이를 잘못 조정할 경우에는 대장 부위에 천공이 발생할 우려에 대하여 충분히 예견이 가능하므로 미용성형수술을 시행하는 의사는 이러한 부분을 회피하기 위하여 최선의 주의를 다하여야만 한다.³³⁾

(3) 판례의 태도

(가) 우리나라 판례

대법원은 미용성형수술의 경우 '의사로서 고도의 전문적 지식에 입각하여 시술 여부 등을 신중히 판단하고 시기·방법·범위 등을 충분히 검토한 후 당해 미용성형 시술에 있어서 그 진행에 따라 장차 예측이 가능한 결과 가능성과 정도 등을 충분히 고려하여 의뢰자에게 생리적·기능적 장애가 남지 않도록 신중함과 동시에 시술 후에도 충분한 배려를 하여야 할 주의의무가 있다.'고 하여 민사상 의료과오에 관한 손해배상을 구하는 사안에서 미용성형수술을 시행하는 의사측의 시술 여부 및 진행상의 주의의무를 강화하는 판시를 하여 왔으며³⁴⁾, 이러한 태도는 형사상 업무상과실치상의 사건에서도 위 적시한 대법원 2007.5.31. 선고 2007도1977 판결에서처럼 동일한 입장을 취하고 있음을 알 수 있다.

33) 서울중앙지방법원 2005가합107362호 손해배상(의)사건의 경우 복부 지방흡입술을 시행한 의사의 시술상의 잘못은 물론 피수술자에게 수술로 인하여 장천공이 야기될 가능성과 관련하여 아무런 설명을 하지 않았을 뿐만 아니라, 염증소견 등이 발현될 경우의 요양방법에 관하여 지도하지 아니하였다는 점을 이유로 금200,000,000원에 화해권고결정을 한 바 있다.

34) 대법원 1994.4.26. 선고 93다59304 판결.

(나) 일본 판례

도쿄지방법원 2003.7.30. 선고 주14(㉞)22617호 사건의 경우 유방확대술시에 절개 위치를 잘못 선택한 과실이 인정되어 위자료 등 손해배상청구를 인용하면서 미용성형에 있어 시술의사에게 보다 높은 주의의무가 부과되는 것을 명시한 바 있다. 즉, 동 판결 이유에서는 ‘미용정형(미용성형과 동일한 의미이다)을 실시하는 의료기관은 대대적인 광고를 시행하여 고객을 유인하며, 의학적으로는 필요성이나 긴급성이 희박하며, 피시술자 본인의 주관적인 욕구의 만족을 위해서 실시하는 것이기 때문에, 일반적으로는 미적인 관점도 포함한 양호한 결과를 제공할 의무가 있다고 할 것이다.’라고 하여 그 손해로서 기지급된 수술비용, 다른 의료기관에서의 치료비, 위자료 등을 인정하였다.

특히 기지급된 수술비용에 관해서는 그 전액을 손해로서 인정하면서, 법원은 ‘미용정형 목적이 주로 피시술자의 주관적인 심미적 만족을 위한 것이므로 유방확대술을 받았다는 것을 다른 사람이 알아차리지 못하도록 하고 싶은 것이 일반적인바, 이 건 피시술자의 경우에도 시술의 흔적이 눈에 띄는 결과로 끝나 버린 이상, 수술 자체와 관련하여서도 성공을 거두었다고는 말할 수는 없으므로 지출했던 비용은 그 전액에 상당히 하는 부분이 손해라고 평가 할 수 있는 것이다.’라고 판시하였다.

(4) 검토

물론 이러한 미용성형수술 의사의 주의의무가 일반 의료행위 시술 의사에게 요구되는 주의의무와 실질적으로 큰 차이가 없다고 보는 반론도 있으나, 일본판례가 지적하고 있듯이 일반 의료행위의 경우 의학적 적응성과 치료의 긴급성이 있을 경우에는 그 의료행위로 인해 생명에 위협이 야기되는 경우에도 구명(救命)의 가능성이 있다면 시술을 중단하여서는 아니 하고 시행하여야 하며, 또 그 의료행위로 인해 사전에 예상되는 후유증이나 수술자국 등 장애가 남는다고 하더라도 그 의료행위가 추구하는 구명

의 목적이 달성되었다면 이를 의사의 주의의무 위반이라고 지칭할 수는 없다는 점에서 차별화된다고 보여진다.

2. 미용성형계약에 있어 설명의무의 내용

미용성형수술도 인체에 대한 침습이므로 시술의사가 피수술자의 자기결정권을 보호하기 위한 전제로 시술의사의 설명의무가 부과된다.³⁵⁾ 그런데, 미용성형수술의 경우에는 그 특성상 일반적인 설명의무보다 광범위한 설명의무가 요구된다고 할 것이다.

가. 일반적인 설명의무의 위반

환자의 유효한 동의 없이 이루어진 검사·수술 등의 의료행위로 인하여 환자의 자기결정권이 침해되고 이로 인하여 환자에게 생명·신체·건강상의 피해가 야기된 경우 이 역시 의사의 과오로 볼 수 있다.

설명의무의 대상은 진단에 관한 설명, 의료시술행위의 방법과 향후 발생될 적응증·합병증 등의 위험이며, 이는 환자가 합리적 교량에 따른 자기결정이 실질적으로 가능할 정도로 당시의 의학수준에 상응하여 환자의 개인적 상황에 맞게 구체적으로 설명되어야 한다. 대법원 역시 설명의무의 기준으로 생명침해의 중요성과 환자의 질병 정도의 비례성, 수술을 받아야 할 긴급성, 그리고 위험발생의 접근성 등을 열거하고 있다. 또한 설명의무는 환자의 자기결정권을 보호하기 위한 것이라는 관점에서 의료시술 전에 환자가 충분히 숙고할 수 있는 상당한 시간을 두고 이루어져야 하며, 환자 본인이 의식을 잃거나 응급상황에 처하는 등 의사를 결정할 수 없는 특별한 사정이 없는 한 환자 본인에 대하여 이루어져야 한다.

판례는 ‘일반적으로 의사는 환자에게 수술 등 침습을 가하는 과정 및 그

35) 범경철, “미용성형수술의 후유증에 관한 의사의 설명의무”, 『의료법학』, 3권 2호, 대한 의료법학회, 2002, 481면-482면.

후에 나쁜 결과 발생의 개연성이 있는 의료행위를 하는 경우 또는 사망 등의 중대한 결과 발생이 예측되는 의료행위를 하는 경우에 있어서 응급환자나 그밖에 특단의 사정이 없는 한 진료계약상의 의무 내지 침습 등에 대한 승낙을 얻기 위한 전제로서 당해 환자나 그 법정대리인에게 질병의 증상, 치료방법의 내용 및 필요성, 발생이 예상되는 위험 등에 관하여 당시의 의료수준에 비추어 상당하다고 생각되는 사항을 설명하여 당해 환자가 그 필요성이나 위험성을 충분히 비교해 보고 그 의료행위를 받을 것인가의 여부를 선택할 수 있도록 할 의무가 있다 할 것이고, 이와 같은 설명의무는 그 의료행위에 따르는 후유증이나 부작용 등의 위험발생 가능성이 희소하다는 사정만으로 면제될 수 없으며, 그 후유증이나 부작용이 당해 치료행위에 전형적으로 발생하는 위험이거나 회복할 수 없는 중대한 것인 경우에는 그 발생가능성의 희소성에도 불구하고 설명의 대상이 된다고 보아야 할 것이다'라고 판시하여 의사에게 설명의무가 있음을 명시하고 있다.³⁶⁾

나. 미용성형계약에 있어 설명의무

(1) 구체적 차이점

미용성형수술에 있어서 설명의무가 일반적인 의료행위에 있어서의 설명의무와 가장 큰 차이를 지니는 부분은 위에서 살펴본 바와 같이 긴급성의 부재로 인하여 미용성형계약의 시술의사는 추정적 승낙이나 긴급피난으로 인하여 설명의무가 면제될 수 없으므로 어떠한 경우이든 피수술자에 대하여 미용성형수술과 관련된 사전 승낙을 받아야 한다는 점이다.³⁷⁾

36) 대법원 1999.9.3. 선고 99다10479 판결, 대법원 2002.10.25. 선고 2002다48443 판결.

37) 일반적인 의료행위의 경우 환자가 의사로부터 올바른 설명을 들었더라도 위 투약에 동의하였을 것이라는 이른바 가정적(假定的) 승낙에 의한 의사의 면책은 의사측의 항변사항으로서 환자의 승낙이 명백히 예상되는 경우 허용될 수 있다(대법원 1994.4.15. 선고 92다25885 판결).

미용성형과 관련하여서는 최근 낙관적인 의료광고 등을 통하여 피수술자는 미용성형수술의 결과에 관하여 자신의 경우에 대해서도 매우 긍정적으로 판단하는 경우가 많으므로 시술의사는 피수술자의 과도한 오해와 기대를 해소하여야 할 필요도 있다.³⁸⁾

따라서 미용성형수술의 의사에게는 일반적인 의료행위에 있어서의 설명의무의 정도가 보다 가중되어 적용되는바, 일반적인 의료행위의 경우 침습을 통하여 악결과가 발생할 경우의 위험성에 관하여만 설명하면 충분한 반면 미용성형수술의 경우 수술 후 발현될 수 있는 일시적인 증상이나 자연적으로 소실가능하여 악결과에 이르지 아니하는 정도의 부작용, 시술 결과가 피수술자가 바라는 바와 차이가 발생할 수 있다는 가능성 등에 대해서도 상세한 설명을 해야 한다.

(2) 판례의 태도

(가) 우리나라의 경우

대법원은 “일반적으로 의사가 환자에게 수술 등 의료행위를 하는 경우 특별한 사정이 없는 한 당해 환자에게 질병의 증상, 치료방법의 내용 및 필요성, 발생이 예상되는 위험 등에 관하여 당시의 의료수준에 비추어 상당하다고 생각되는 사항을 설명하여 당해 환자가 그 필요성이나 위험성을 충분히 비교해 보고 그 의료행위를 받을 것인가의 여부를 선택할 수 있도록 할 의무가 있는데, 특히 미용을 위한 성형수술의 경우 그 성질상 긴급을 요하지 않고 수술을 한다 하더라도 외관상 다소간의 호전이 기대될 뿐이며 수술 후의 상태가 환자의 주관적인 기대치와 다른 경우가 있을 수 있고, 특히 안면부성형수술의 경우에는 수술 후 증상 및 수술 후 부작용이 그다지 중대하지 아니하고 일시적인 것이라 하더라도 환자는 이에 대하여 민감하게 반응하여 일시적인 증상 및 부작용이 호전되는 기간 동안 정신

38) 문성제, 위 논문, 289면-290면 참조.

적 고통을 겪거나 외부활동에 장애를 받을 수 있으며, 수술 후의 상태가 환자의 주관적인 기대치와 다른 경우가 있을 수 있으므로, 의사는 환자에게 치료의 방법 및 필요성, 일반적인 부작용뿐만 아니라 치료 후의 개선 상태 및 일시적으로 발생할 수 있는 부작용 등에 관하여도 구체적이고 상세한 설명을 하여 환자로 하여금 수술로 인하여 일시적으로 발생하는 증상 및 부작용까지 감안하여 환자가 그 의료행위를 받을 것인가의 여부를 선택할 수 있도록 하여야 할 의무가 있다 할 것이다.”라고 판시하고 있으며, 위 적시한 대법원 2002.10.25. 선고 2002다48443 에서도 이러한 점을 명시적으로 나타내고 있다.

(나) 일본의 경우

도쿄지방법판소 2005.1.20. 선고 ㄱ15(ㄱ)제18653호 판결에서는 유방확대술을 실시하더라도 효과를 기대할 수 없다는 점과 위험성도 매우 높다는 것에 대하여 피수술자에게 설명하지 아니한 부분과 관련하여 담당 의사에게 설명의무 위반이 있고 그로 인해 피수술자에게 발생한 현장애와의 사이에 인과관계가 있다고 하여 전손해의 배상을 인정하였다. 동법원은 ‘미용정형 분야에서는 긴급성이나 필요성, 의학적 적응성이 부족한 것으로부터 질병·상해 치료가 행해지는 경우 고도의 설명 의무가 요구되며, 치료 방법의 내용, 기대되는 효과와 합병증·부작용 등의 설명뿐만 아니라 피수술자가 가지고 있는 과도한 기대나 오해를 해소하는 설명을 행하여야 할 의무가 부과’된다고 하면서 동건에 있어서도 ‘경우에 따라서는 원고에 대하여 상세한 설명을 통하여 이 건 수술을 단념시키고 in-plant를 받거하는 것을 설득하는 것도 검토했어야 한다’고 판시한 바 있다.

도쿄지방법판소 2001.7.26. 선고 ㄱ10(ㄱ)제19120호 판결에서도 피고 의원에서 광대뼈 및 턱을 깎는 성형수술을 받은 원고가 사전에 수술과 관련한 설명이 소홀하여 자신의 미적 요구를 무시하고 피고의 독단에 기초해 무단으로 수술방법을 선택하여 절제하고 시술하였다고 주장하였는바,

동건에 있어서도 ‘미용정형외과 의사 환자가 희망하지 않았던 술기를 권한 결과 반드시 객관적으로 과실이 있다고 말할 수는 없더라도 환자의 주관적인 소망에 반하는 듯한 결과가 생긴 경우에 관해서도 설명의무 위반의 책임을 부담한다’는 취지로 판시하여 위자료의 배상을 명한 바 있다.

(3) 검토

미용성형수술과 관련하여 그 설명의무의 정도는 일반적인 의료행위보다는 강화된다는 것에 대하여는 이문이 없는 듯하다. 그럼에도 불구하고 미용성형수술의 경우 현실적으로 시술전에 동의서의 작성에 대하여는 등한시하는 듯한 경향이 있다. 이는 미용성형수술을 하는 대부분의 의료기관이 개원의가 운영하는 1차 의료기관급이기 때문에 동의서의 작성에 민감하지 않다는 것도 하나의 이유가 되는 것으로 보인다.³⁹⁾ 그러나 미용성형수술의 경우에는 피시술자와 결과에 대한 의견의 합치과정 뿐만 아니라 후유증이나 부작용 등 일반적인 의료행위보다 의사의 피시술자에 대한 자세한 설명이 중시된다는 점을 고려할 때 동의서의 작성에 대하여는 시술 의사측에서도 경각심을 가져야 할 것으로 보인다.

V. 결 론

미용성형수술은 질병의 치료라는 목적을 배제하고 피시술자의 개인적인 심미적 만족감을 충족시키기 위한 목적으로 구체적 결과가 예정된 채 시행되어진다는 점에서 일반적인 의료행위와는 분명한 차이가 있으며, 이러

39) 시술 전 동의서 작성 유무와 관련하여 동의서 작성 후 시술이 진행된 경우는 20건이었고, 받지 않고 진행된 경우는 50건, 그 외 확인이 안 된 경우가 91건이었으며, 개인 의원이 상대적으로 동의서 없이 시술을 시행한 경우가 많은 것으로 보고되었다(한국 소비자보호원, 성형시술관련 의료분쟁 실태조사, 11면 참조).

한 점으로부터 의학적 필요성, 긴급성이 없다는 특수성이 도출되며, 동시에 미용성형계약이 도급계약으로서의 특성을 강하게 지니게 되는 것이다. 또한 같은 이유로 미용성형수술을 시행하는 의사의 경우 일반적인 의료행위와 달리 주의의무의 내용과 정도에 있어서 차이가 존재한다.

한편 위와 같은 특수성 외에도 미용성형수술의 경우 시술부위가 노동능력상실율을 산정할 수 있는 부위가 아니거나 기준을 통해 산정을 하더라도 그 상실율이 높지 않은 경우가 많기 때문에 - 예컨대 안면, 유방의 시술부위나 악결과가 반흔인 경우가 그러하다 - 실질적으로 시술의사의 주의의무 위반이 인정된다고 하더라도 손해배상의 범위는 일반적인 의료과오의 경우보다 일천한 것이 대부분인데, 이러한 불균형에 대하여는 현행 법제도하에서는 위자료를 통한 전보적 기능에도 한계가 있으므로 징벌적 손해배상제도를 도입하는 것에 대하여도 숙고할 필요가 있다고 보인다. 미용성형의 경우 비급여에 해당하여 영리성이 강하고, 또한 시술자인 의사측에서 상당한 비용을 투자한 의료광고를 통하여 시술을 통하여 극적인 결과를 창출한다는 식으로 과장하여 피시술자가 시술을 결정하게 유도한다는 측면도 없지 않기 때문에 손해의 공평·타당한 분배 차원에서 정책적인 배려가 있어야 할 것이다.

[참 고 문 헌]

- 강남진, “의료계약에 관한 소고”, 『민사법의 실천적 과제』, 법문사, 2002.
- 곽윤직, 『채권각론』, 박영사, 2005.
- 권용우·김영규, “판례상에 나타난 의료과실의 판단기준”, 단국대학교 법학연구소, 2000.
- 권오승, “의료과오와 의사의 주의의무”, 『민사판례연구 IV』, 박영사, 1993.
- 김민중, “의료계약”, 『사법행정』, 3권 1호, 한국사법행정학회, 1991.
- 김상용, “의료계약”, 『아세아여성법학』, 제2호, 아세아여성법학연구소, 1999.
- 김천수, “진료계약”, 『민사법학』, 제15호, 한국사법행정학회, 1997.
- 문성제, “미용성형시술과 의료과오의 제문제”, 『의료법학』, 5권 2호, 대한의료법학회, 2004.
- 박종원, “의사의 설명의무의 범위와 그 위반의 효과”, 대한민사법학회, 2002.
- _____, “의사의 주의의무와 의료과실책임의 근거에 관한 고찰”, 전북대학교 법학연구소, 2000.
- 범정철, “미용성형수술의 후유증에 관한 의사의 설명의무”, 『의료법학』, 3권 2호, 대한의료법학회, 2002.
- _____, “의료행위 개념의 확대”, 『의료법학』, 5권 1호, 대한의료법학회, 2004.
- 사법연수원, 『의료과오손해배상』, 2003.
- 석희태, “의료과실판단기준에 관한 최근의 학설·판례의 동향”, 대한의료법학회, 1999.
- _____, “병원 개설 법인의 지위”, 『의료법학』, 6권 2호, 대한의료법학회, 2005.
- 안법영, “산부인과 진료와 의사의 설명의무 -대법원판결례의 분석을 중심으로-”, 『의료법학』, 창간호, 한국사법행정학회, 2000.
- 이영환, “의료과오에 있어서의 손해배상책임”, 부산대학교 법학연구소, 1996.
- 이은영, 『채권각론』, 박영사, 2005.
- 전광백, “의료과오와 주의의무”, 『의료법학』, 6권 1호, 한국사법행정학회, 2005.
- 한국소비자원, 『성형시술 관련 의료분쟁 실태조사』, 2007. 5.

Characteristics of Aesthetic Plastic Surgery

Baek, Kyoung Hee

Lawyer, Shin & Partners Law Office

=ABSTRACT=

Aesthetic plastic surgery rarely has the lifesaving, the medical necessity, and the emergency, because it was executed in order to acquire personal satisfaction in the external features. In addition, aesthetic plastic surgery has the strong commerciality in that it is based on the attraction of a client through medical advertisement and the range of uninsurance.

These characteristics cause whether aesthetic plastic surgery is included in medical procedure and the legal contract between physician and client is controversial issue. Also, attention and explanation in aesthetic plastic surgery are more emphasized than those in general medical procedure.

According, this document presents the various characteristics of aesthetic plastic surgery, which differs from that of general medical procedure.

Keyword : Aesthetic plastic surgery, lifesaving, emergency, commerciality, ontract
