

2010년 주요 의료 판결 분석

이정선* · 서영현** · 유현정***

I. 머리말

1. 들어가며
2. 대상 판결 선정

II. 2010년 주요 의료 판결

1. 대법원 2010. 1. 14. 선고 2009다59558 판결¹⁾
2. 대법원 2010. 6. 24. 선고 2009다61612, 2009다61629판결
3. 서울고등법원 2010. 9. 2. 선고 2009나84372 판결
서울고등법원 2010. 4. 22. 선고 2009나72218 판결
대법원 2010. 7. 22. 판결 2007다70445 판결
4. 서울중앙지방법원 2010. 1. 21. 선고 2008가단130458 판결
서울중앙지방법원 2010. 2. 2. 선고 2008가단314621 판결
5. 대법원 2010. 10. 14. 선고 2007다3162 판결
6. 대법원 2010. 4. 29. 선고 2009다101343 판결
7. 대법원 2010. 11. 25. 선고 2010다57817 판결
8. 서울고등법원 2010. 5. 13. 선고 2009나17587 판결
9. 서울중앙지방법원 2010가합39760 판결
10. 서울행정법원 2009.10.29. 선고 2008구합9522 과징금부과처분취소
11. 대법원 2010.3.25. 선고 2009두21345 치과의사면허자격정지 및 경고처분취소

III. 종합

1. 판결의 경향
2. 문제점과 개선방향

* 논문접수: 2011. 4. 25. * 심사개시: 2011. 5. 10. * 게재확정: 2011. 6. 10.

* 법률사무소 건우 대표변호사, 의료문제를 생각하는 변호사 모임 학술이사

** 법률사무소 히포크라 대표변호사, 의료문제를 생각하는 변호사 모임 총무단장

*** 종합법률사무소 서로 변호사, 의료문제를 생각하는 변호사 모임 학술단장

1) 이하 1~9까지의 판결은 모두 사건명이 손해배상(의) 사건으로 같아 생략한다.

I. 머리말

1. 들어가며

환자의 권리의식이 높아지고, 의료관련 소송이 한 해 1,000건이 넘어 접수되고 있는 현실에서, 의료소송 관련 판결을 수집하고 분석하여, 일정한 경향을 파악해보고, 긍정적인 점을 강화하고, 문제점을 개선하는 작업은 아무리 강조해도 지나치지 않을 것이다.

2. 대상 판결 선정

필자들은 이러한 문제의식 하에 2010년에 선고된 판결문을 분석하고자 하였다. 그러나 전국의 모든 의료소송관련 판결을 분석하는 것은 ① 의료소송의 2분의 1 이상이 조정이나 화해로 종결되고 그에 대한 통계가 작성되지 않으며, ② 법관을 제외한 변호사들에게 모든 의료소송 관련 사건의 진행 경과와 판결내용을 분석하는 것은 법원의 정보접근 제한으로 인해 불가능한 상황에서²⁾, 그 자체가 불가능하기도 하고 불필요한 작업이었다. 때문에 필자들은 2010. 1. 1.~2010. 12. 31.까지 선고된 손해배상(의)라는 사건명을 가진 의료소송 관련 판결 670여 개 중, 대법원과 서울고등법원 및 서울중앙지방법원에서 선고된 200여 개의 의료소송관련 판결과 기타 언론 등에 보도된 판결 중 의료와 관련된 민사, 형사, 행정 소송 관련 판결 등 총 210여개의 판결을 분석하여, 이 중 법리적으로 기존 이론을 발전시키거나 심화한 것 및 기존에 있었던 판결이라고 하더라도 학술적으로나 실무적으로 의미가 있다고 판단되는 판결을 선정한 후, 토의를 거쳐 아래 II.항 이하에

2) 2011. 6. 현재 대법원은, 모든 사건의 판결문을 공개하지 아니하고, 사건 관련인이나 판결문을 필요로 하는 개인 또는 기관이 대법원에 사건번호를 기재하여 열람 등사를 신청할 경우, 일정한 수수료를 징수한 후, 관련 당사자의 개인정보와 관련된 내용을 수정하여 알 수 없도록 한 후 우편 또는 전자우편으로 송부하는 방법을 취하고 있어, 일반인은 본인이 관여한 사건이나 사건번호를 확인하고 있는 사건의 판결을 제외하고는 판결문을 입수하기 어렵다.

서 소개하는 10여 개의 판결을 선정하여 분석하였다.

II. 2010년 주요 의료 판결

1. 대법원 2010. 1. 14. 선고 2009다59558 판결³⁾ – 산부인과 뇌성마비 사례

가. 사실관계

원고 1은 임신 39주 3일째 되던 이 사건 당일 11:30경 원고 2의 출산을 위하여 피고 병원에 입원하였고, 피고 병원 의사는 같은 날 21:00경 원고 2에게 지속성 태아심박동감소 소견이 있다는 이유로 제왕절개술을 시행하여 22:02경 원고 2를 분만하였는데, 원고 2는 진한 태변착색에 땀줄이 2회 감겨 있었고, 아프가 점수가 1분 5점(소화아동병원 사실조회 결과 3점), 5분 6점, 움직임이 부족한 등 상태가 좋지 못하였고, 현재 뇌성마비 상태이다.

나. 판결요지

뇌성마비는 대부분의 경우 그 원인을 밝혀내기 어렵고 분만 중의 원인은 6~8%에 불과하다고 할지라도 뇌성마비의 가능한 원인 중 하나가 될 수 있는 분만 도중 발생한 저산소성-허혈성 뇌손상을 표상하는 간접사실들이 인정되는 반면 선천적 또는 후천적인 다른 요인의 존재를 추인하게 할 만한 사정은 발견되지 않는다면, 뇌성마비가 분만 중 저산소성-허혈성 뇌손상으로 인하여 발생하였다고 추정함이 상당하다.

원심판결 이유 및 기록에 의하면, 원고 2가 출생 당시 제대동맥의 수소가 온농도(pH)가 7.00 미만이었을 것으로 보이는 점, 원고 2는 임신 39주 3일째 되던 2003. 11. 25. 22:02경 태어난 후 그 다음날 11:30경 실시된 신경초

3) 2009년 선고된 서울고등법원 2008나47949 판결의 상고심으로, 피고가 인과관계 인정부분을 다투며 상고하였으나 상고를 기각하였다.

음파검사서 뇌부종이 보였고, 2003. 12. 3. 실시된 뇌 컴퓨터단층촬영(CT) 검사상 광범위한 뇌허혈의증이 있었으며, 2003. 12. 5. 세브란스병원에서 실시된 뇌 컴퓨터단층촬영(CT) 검사와 두부 자기공명영상(MRI) 검사에서도 저산소성 허혈 뇌병변 등의 소견이 보인다는 이유로 중등도의 뇌질환에 해당하는 저산소성 뇌손상, 신생아경기, 질식 및 태아가사 등을 진단 받은 점, 원고 2는 2003. 11. 26.부터 2003. 12. 4.까지 계속하여 경기, 즉 경련의 신경학적 후유증을 보였고, 그 후로도 경직성 사지마비 및 인지기능과 발달기능 장애 등을 보이고 있는 점, 원고 2가 이 사건 당일 20:00경까지 태아심박동수가 정상적이었으나, 같은 날 21:00경 태아심박동수를 검사한 결과 21:03경까지 1분에 50~70회를 보이고, 그 후 21:20경까지 정상적 태아심박동수보다 낮은 심박동수를 보이는 등 지속성 심장박동수감소 소견을 보였던 점, 원고 2가 제왕절개술로 출생했을 당시 진한 태변착색이 있었으며, 부족한 움직임을 보이는 등 상태가 좋지 않았고, 소화아동병원에서는 위 원고에 대한 1분 아프가 점수가 3점으로 측정된 것으로 기재하고 있는 점, 한편 원고 1, 2에 대한 산전진찰에서 아무런 이상증세가 없었고, 출산 전후를 통하여 달리 뇌성마비의 원인이 될 만한 모체 또는 태아의 감염이나 유전질환 등 다른 이상이 있었음을 인정할 자료가 없는 점 등을 알 수 있다.

이상과 같은 사정을 앞서 본 법리에 비추어 보면, 피고가 이 사건 의료사고가 전혀 다른 원인으로 말미암을 것이라는 증명을 하지 아니하는 이상, 원고 2는 이 사건 당일 21:00경 이전부터 내아심박동수가 정상적인 수치 아래로 떨어진 상태에서 태아곤란증으로 인한 저산소성 뇌손상으로 뇌성마비 증세가 초래된 것으로 추정함이 상당하고, 그 당시 피고 병원 소속 의료진이 최소한 30분마다 태아심박동 검사를 하면서 산모와 태아의 상태를 주의 깊게 관찰하였다더라면 태아곤란증의 이상 징후를 좀 더 일찍 발견하여 필요한 조치를 취함으로써 저산소성 뇌손상의 진행을 저지할 수 있었을 것으로 추정될 뿐, 이와 달리 30분마다 태아심박동 검사를 하였더라도 태아곤란증을 발견할 수 없었다거나 만약 이를 발견하였다더라도 저산소성 뇌손상

이라는 결과를 피할 수 없었다는 점에 대한 증거가 부족하다.

원심이 태아저산소증으로 인한 뇌성마비의 결정적인 판단기준을 언급한 부분은 적절하지 않은 것으로 보이지만, 원고 2의 뇌성마비로 인한 이 사건 장애가 피고 병원 소속 의료진이 분만 과정에서 태아관찰상 과실로 원고 2의 태아곤란증을 뒤늦게 발견함으로 인하여 발생한 것으로 본 결론은 정당하다.

다. 판결의 의의

(1) 원심판결에서는, 산부인과 사건에서 통상적으로 분만 시의 태아저산소증으로 인한 뇌성마비의 판단기준으로 적용하고 있는 1991년 미국 산부인과학회 위원회가 제시한 ‘① 제대동맥혈 내 $\text{pH} < 7.00$ 의 대사성 또는 호흡-대사 혼합성 산혈증, ② 출생 후 5분 이상 아프가 점수가 0 내지 3점일 것, ③ 경련, 혼수상태 또는 저긴장도의 신생아 신경학적 후유증 동반, ④ 다장기장해(Multiple organ failure), 즉 심혈관계, 소화기계, 혈액, 폐, 콩팥 등의 기능장애의 조건을 모두 충족한 경우’(이하 1991년 기준이라 한다)에 대하여, 미국에서 주산기의료와 뇌성마비와의 인과관계가 문제되는 의료소송이 다수 발생하여 많은 사회적 문제를 일으키자 다분히 정치적 색채를 띠고 발표된 것으로서 위 견해를 뒷받침할 만한 세부적인 역학적 자료를 제시하지 못하고 있다는 비판을 받고 있다고 지적하며, 2003년 미국 산부인과학회 및 미국 소아과학회에서 분만 시의 태아저산소증으로 인한 뇌성마비의 판단기준으로 제시한 ‘① 대사산증(제대동맥) $\text{pH} < 7.00$ & 염기부족도 $\geq 12 \text{ mmol/L}$, ② 신생아뇌병증 출생초기 발생, 중등도 이상, 34주 또는 그 이후 출생아, ③ 강직성 사지마비 또는 운동이상성 뇌성마비, ④ 다른 원인 배제, 외상, 혈액응고장애, 감염, 유전요인’(이하 2003년 기준이라 한다)을 원용하여, ‘뇌성마비 환자에 대한 출산과정의 과오 유무가 문제되는 사건에서 태아저산소증으로 인한 뇌성마비의 결정적인 판단 기준은

① 제대동맥혈 내 $ph < 7.00$ 의 대사성 또는 호흡-대사 혼합성 산혈증, ② 경련, 혼수상태 또는 저긴장도의 신생아 신경학적 후유증 동반, ③ 출생 후 2주 이내의 뇌CT촬영 경과라고 보는 것이 상당하다고 보이고"라고 하며 인과관계를 인정하였다.

이에 대하여 대법원에서는 원심판결이 태아저산소증으로 인한 뇌성마비의 결정적인 판단기준을 언급한 부분은 적절하지 않은 것으로 판단하면서 2003년 기준을 그대로 적용하여(단, 그 기준의 내용을 적시하지는 아니하였다) 인과관계를 인정하였는바, 종래 태아저산소증으로 인한 뇌성마비의 판단기준으로 사용되어오던 1991년 기준의 아프가 점수 기준이 제외되어 인과관계 인정의 폭을 넓혔다는 데 의의가 있다 할 것이다.

(2) 한편 위 사건과 유사한 사건에서 대법원은 1991년 기준을 적용하여 당해 기준의 4가지 요건을 모두 충족하였다고 보아 인과관계를 추정하여 피고의 손해배상책임을 인정한 원심판결을 파기환송하였는데(대법원 2010. 6. 24. 선고 2006다83857 판결), 그 사건에서는 생후 9년 4개월째 시행한 자기공명영상(MRI)에서 경미한 뇌 위축성 변화가 발견된 것 외에 다른 장기에 허혈성 손상으로 인한 기능부전으로 볼 만한 증상을 보이고 있지 않는다는 점을 근거로 1991년 기준 중 '다장기 기능부전' 요건을 충족하지 못하였다는 점, 원고의 경우 생후 6일째와 생후 14개월경 시행한 뇌 전산화단층촬영(CT)검사 결과 특별한 이상소견이 발견되지 않았던 사실, 원고의 뇌성마비는 중증의 증상을 보이는 데 비하여 뇌의 형태학적 이상소견은 위 증상의 정도에 상응하지 않는 경미한 정도에 그치고 있다는 점 등에 비추어 보면 원고의 뇌성마비 원인이 과연 뇌손상에 기인한 것인지는 매우 의문으로 보인다고 판단하였다.

(3) 대상판결과 비교판결의 결론만 보면 일견 대법원이 태아저산소증으로 인한 뇌성마비의 판단기준에 관하여 다른 기준을 적용하여 결과를 달리 한 것으로 보일 수 있으나, 변론주의의 원칙상 뇌성마비의 판단기준으로 주장된 기준에 따라 판단한 것으로 보이는 점, 비교판결 사례에서 원고는

출생 초기 뇌 전산화단층촬영(CT) 결과 특별한 이상소견이 없었다는 점 등에 비추어 그 결론에 수긍이 간다 할 것이다.

2. 대법원 2010. 6. 24. 선고 2009다61612, 2009다61629 판결 - 건강보험으로 치료받은 경우 손해배상액 산정방법

가. 사실관계

피고 병원 정형외과의사가 원고의 경추부 근육에 약물주사를 하던 중 그 바늘이 경추척수신경 안에 삽입되어, 원고에게 사지불완전마비 및 신경인성 방광으로 인한 배뇨장애가 발생하였다. 원고는 기왕치료비에 관하여 건강보험급여를 받았는데, 원고가 지출한 본인부담금은 46,027,345원, 국민건강보험공단 부담금 36,549,010원으로 총 기왕치료비는 82,576,355원이었다.

원심에서는 과실상계의 법리를 유추적용하여 그 손해의 발생 또는 확대에 기여한 피해자 측의 요인을 참작하여 피고의 책임을 20%로 제한한 다음, 원고의 기왕치료비를 본인 부담금 46,027,345원으로만 산정하고 이를 다른 재산상 손해와 합산하여 나온 607,057,196원을 전체 재산상 손해로 계산하여, 여기에 피고들의 책임비율 20%를 적용한 121,411,439원을 피고들에게 배상책임이 있는 전체 재산상 손해액으로 인정하고, 거기에서 국민건강보험공단의 위 보험급여 중 80%인 29,239,208원을 공제하여 피고들이 원고에게 지급하여야 할 손해배상액을 산정하였다.

나. 판결의 요지

(1) 국민건강보험법에 따라 기왕치료비에 관하여 보험급여를 받은 피해자가 가해자에 대하여 기왕치료비에 관한 손해배상청구를 하는 경우, 그 손해발생에 피해자의 과실이 경합된 때에는 먼저 기왕치료비에서 과실상계를 하여 기왕치료비에 관한 손해액을 산정한 다음 그 한도 내에서 보험급여를 공제하여야 한다. 따라서 위와 같이 산정된 기왕치료비에 관한 손해액

이 피해자에게 지급된 보험급여보다 적은 경우에는 기왕치료비에 관한 손해액은 보험급여로써 모두 공제되어 피해자의 가해자에 대한 기왕치료비에 관한 손해배상청구는 인정될 수 없고, 한편 이때 발생하는 보험급여와 기왕치료비에 관한 손해액의 차액은 그 성질을 달리하는 다른 손해배상액에서 공제될 수 없다.

(2) 원심판결 이유 및 기록에 의하면, 이 사건 사고로 인하여 원고에게 발생한 기왕치료비는 82,576,355원(= 위 원고 부담금 46,027,345원 + 국민건강보험공단 부담금 36,549,010원)인 사실을 알 수 있으므로, 여기에 앞서 본 피고들의 책임비율 20%를 적용한 16,515,271원이 기왕치료비에 관한 손해액이 된다.

그런데 위 기왕치료비 손해액 16,515,271원은 국민건강보험공단이 지급한 보험급여인 36,549,010원보다 적으므로, 앞서 본 법리에 따라 기왕치료비 손해액은 모두 공제되어 위 원고는 피고들에 대하여 기왕치료비에 관한 손해배상청구를 할 수 없지만, 다른 한편 위 보험급여와 위 기왕치료비 손해액의 차액을 위 원고의 피고들에 대한 다른 손해액에서 공제할 수도 없다고 할 것이다.

(3) 그렇다면 원심이 손해배상액의 산정에서 공제한 위 29,239,208원 중 위 원고의 기왕치료비 손해액 16,515,271원을 넘는 12,723,937원은 보험급여의 공제한도를 넘어 위 원고의 다른 재산상 손해액에서 이를 잘못 공제하였다고 할 것이고, 이는 보험급여 공제한도 및 공제대상 손해에 관한 법리를 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다.

(4) 원심에서 잘못 공제한 12,723,937원 및 그 이자에 대한 원고의 패소부분을 파기하고 재판하였다.

다. 판결의 의의

(1) 대상판결의 취지

대상판결은 ① 국민건강보험법에 따라 기왕치료비에 관하여 보험급여를 받은 피해자가 가해자에 대하여 기왕치료비에 관한 손해배상청구를 하는 경우 과실상계(과실상계의 법리를 유추적용하는 책임제한 포함)가 문제되는 사안에서 기왕치료비 손해는 피해자의 본인부담금이 아니라 공단부담금을 포함한 전체 치료비를 기준으로 과실상계를 한 금액이라는 점, ② 또한 이 경우 실제 청구할 수 있는 금액은 기왕치료비 손해에서 공단부담금을 공제한 액수에 한하므로, 기왕치료비 손해보다 공단부담금이 더 큰 경우 피해자는 기왕치료비 손해를 청구할 수 없다는 점, ③ 이때 발생하는 보험급여와 기왕치료비에 관한 손해액의 차액은 그 성질을 달리하는 다른 손해배상액에서 공제될 수 없다는 점을 분명히 하였다.

(2) 판시내용 ②의 문제점

(가) 위 판시내용 중 ①, ② 부분은 비단 의료손해배상소송뿐만 아니라 일반 불법행위로 인한 손해배상소송 전반에 걸쳐 우리 대법원의 확립된 견해이다(대법원 2010. 7. 8. 선고 2010다13732 판결, 대법원 2002. 12. 26. 선고 2002다50149판결 등 다수).

국민건강보험법에 따라 기왕치료비에 관하여 보험급여를 받은 피해자가 가해자에 대하여 기왕치료비에 관한 손해배상청구를 하는 경우 과실상계가 문제되는 사안에서 기왕치료비 손해는 피해자의 본인부담금이 아니라 공단부담금을 포함한 전체 치료비를 기준으로 과실상계를 한 금액이라는 점은 합리적이다. 그러나 피해자가 실제 청구할 수 있는 금액은 기왕치료비 손해에서 공단부담금을 공제한 액수에 한한다는 ②부분은 이론적으로 문제가 많다.

(나) 건강보험제도에서 모든 국민은 건강보험 혜택을 받기 위해 건강보험

료를 부담하고 있다는 점, 국민의 질병·부상에 대한 예방·진단·치료·재활과 출산·사망 및 건강증진에 대하여 보험급여를 실시함으로써 국민보건을 향상시키고 사회보장을 증진함을 목적으로 하는 국민건강보험법의 취지, 공단은 제3자의 행위로 인한 보험급여사유가 발생하여 가입자 또는 피부양자에게 보험급여를 한 때에는 그 급여에 소요된 비용의 한도 내에서 그 제3자에 대한 손해배상청구의 권리를 얻는다는 국민건강보험법 제53조의 취지 등에 비추어 타인의 불법행위로 상해를 입은 피해자는 원칙적으로 가해자에게 전 손해의 배상을 청구할 수 있지만, 과실상계가 문제될 경우 피해자의 과실에 해당하는 부분에 대하여는 건강보험급여가 이루어져야 할 것이다.

따라서 피해자는 위 판시내용 ①과 같이 산정된 기왕치료비 손해액을 제외한 나머지 기왕치료비에 대하여 건강보험 혜택을 받을 수 있어야 한다. 또한 건강보험급여는 손해배상과는 그 취지와 성질을 달리하는 것이므로 건강보험급여가 손해배상액에서 공제되어서도 아니 될 것이다.

(다) 위 사례에서 살펴보면, 전체 치료비 중 피해자 본인과 건강보험공단의 부담비율은 55.74 : 44.26이므로, 피고가 부담해야 하는 기왕치료비 손해액 16,515,271원을 제외한 66,061,084원의 44.26%에 해당하는 29,238,636원은 건강보험혜택을 받아야 하고, 이는 국민건강보험제도의 취지상 기왕치료비 손해에서 공제되어서는 아니 되는 것이다.

결과적으로 피해자는 기왕치료비 중 피고가 부담해야 하는 16,515,271원을 제외한 66,061,084원의 55.74%에 해당하는 36,822,448원만 자신이 부담해야 할 것인데, 피해자는 이미 46,027,345원을 지출하였으므로 그 차액인 9,204,897원(46,027,345원-36,822,448원)을 피고에게 청구할 수 있어야 한다.⁴⁾

4) 국민건강보험공단은 이 사례에서 29,238,636원만 부담하면 되는데 이미 36,549,010원을 지출하였으므로 그 차액인 7,310,374원을 가해자에게 구상할 수 있다. 피해자가 가해자에게 청구할 수 있는 9,204,897원과 국민건강보험공단이 가해자에게 구상할 수 있는 7,310,374원을 합하면 기왕치료비 중 피고가 부담해야 하는 16,515,271원이 된다.

(라) 그러나 대법원에서는 국민건강보험제도의 취지를 오해하여 피해자가 수령한 건강보험급여를 마치 불법행위로 인하여 피해자가 얻은 이득처럼 취급하여 손익상계를 하여 기왕치료비 손해보다 공단부담금이 더 큰 경우 피해자는 기왕치료비 손해를 청구할 수 없다고 판단한 오류를 범한 것으로 조속히 시정되어야 할 것이다.

(3) 판시내용 ③에 대하여

(가) 원심에서는 명확한 논리적 근거를 알 수 없으나, 전체 기왕치료비 중 건강보험급여 수령액의 원고 부담부분 80%를 향후치료비, 일실수익을 포함한 전체 재산상 손해에서 공제하였고, 대법원은 기왕치료비 항목에 해당하는 건강보험급여 수령액 36,549,010원에서 피고가 부담해야 하는 기왕치료비 손해액 16,515,271원을 공제한 차액을 향후치료비, 일실수익 등 다른 손해항목에서 공제해서는 아니 된다고 판시하였다.

(나) 대법원의 이 부분 판시는 일면 이론적으로 타당하다 할 것이나, 이는 건강보험급여를 불법행위로 인하여 피해자가 얻은 이득처럼 취급하여 손익상계를 한다는 전제에서 비롯된 결론인 바, 건강보험급여를 손익상계의 대상으로 보아서는 아니 된다는 점, 위에서 살펴본 바와 같이 국민건강보험법의 취지에 따라 기왕치료비 손해배상액을 산정하게 될 경우 위와 같은 공제는 문제될 수 없다는 점에 비추어 잘못된 전제에 선 불필요한 논의라 할 것이다. 그러나 대법원이 위 ②판시를 유지하는 한 피해자로서는 ③판시와 같은 주장을 할 필요는 있을 것으로 생각된다.

3. 서울고등법원 2010. 9. 2. 선고 2009나84372 판결

서울고등법원 2010. 4. 22. 선고 2009나72218 손해배상(의)
대법원 2010. 7. 22. 판결 2007다70445 손해배상(의)
- 지도설명 의무 관련 판례

가. 2009나84372 사건(서울고등법원 제9민사부)

(1) 사실관계

(가) 원고는 요통과 하지방사통 등을 이유로 물리치료를 받은 적이 있는데, 2006. 1. 25. 계단을 오르던 중 위 증상이 악화되어 같은 날 피고병원 응급실에서 치료를 받은 후 증상이 호전되어 귀가하였다. 원고가 2006. 1. 26. 피고병원을 방문하여 신체검진을 받은 결과 우측 하지의 방사통과 감각 변화, 회음부와 항문주변의 감각저하 소견은 있었으나 배뇨기능은 정상이었다. 피고병원의 정형외과 전문의인 피고는 위 신체검진과 MRI 검사 결과를 종합하여 중앙쪽으로 수핵탈출의 정도가 심한 제4-5번 요추 수핵탈출증으로 진단한 후 원고에게 수술을 권유하였다.

(나) 피고는 2006. 1. 27. 원고의 동의하에 제4-5번 요추 부분 추궁절제술 및 수핵제거술을 시행(이하 '이 사건 1차 수술'이라고 한다)하였는데, 당시 피고는 원고의 수술부위에서 약 3cc(3.0cm×2.0cm) 정도의 수핵 조각을 제거하였다. 원고가 이 사건 1차 수술을 마친 후 2006. 1. 28. 20:30경부터 다리의 감각이상과 배뇨감각이 없음을 호소하자, 피고병원 전공의는 원고의 상태를 검사하였고, 그 결과 회음부와 항문주변의 감각 이상(Saddle Anesthesia)과 구해면체 반사가 없으며, 양측 하지의 운동 및 감각 신경둔화 등 마미증후군을 감지하고 전화로 병원 외부에 있던 피고에게 보고하였다.

(다) 이에 피고는 위 전공의로 하여금 위 원고에게 재수술의 필요성을 설명하도록 하고 병원으로 출발하였으나, 같은 날 21:10경 원고와 처인 원고 ○○은 피고병원에서 재수술 받지 않겠다는 의사표시를 하였다. 같은 날 22:30경 피고병원에 도착한 피고는 원고의 증상에 대하여 마미증후군으로

진단하고 위 원고들에게 응급재수술 받을 것을 계속 권유하였으나, 위 원고들의 완강한 수술 거부와 전원 요구로 같은 날 23:30경에야 비로소 ○○병원으로 전원하기로 결정하였다.

(라) 원고는 2006. 1. 29. 01:06경 ○○병원 응급실에 도착 당시 제5번 요추 아래 감각저하와 엄지발가락 신전 및 발목 저측 굴곡 저하, 배뇨 및 배변 장애, 항문주위 감각저하, 항문긴장력 저하 등의 증상을 보였고, 이에 ○○병원 담당의사는 마미증후군 및 제4-5번 요추간판 재탈출증으로 진단한 후 같은 날 04:00경 후방감압술 및 후방기기고정술, 골유합술 등을 시술(이하 '이 사건 2차 수술'이라고 한다) 하였다. 당시 수술부위에서 2.5cm×2.0cm 정도의 수핵 조각이 추가로 제거되었다. 원고는 보행장애, 양쪽 발바닥 감각저하, 30~40미터 보행 시 변의, 요실금, 배뇨곤란 등의 증상을 보이고 있다.

(2) 판단

(가) 일반적으로, 의사는 환자에게 수술을 시행하는 과정 및 그 후에 나쁜 결과가 발생할 개연성이 있는 의료행위를 하는 경우에 있어서는, - (중략) - 그 진료 목적의 달성을 위하여 환자 또는 그 보호자에 대하여 요양의 방법 기타 건강관리에 필요한 사항을 상세히 설명하여 후유증 등에 대비하도록 할 의무가 있다(대법원 1997. 7. 22. 선고 95다49608 판결 등 참조).

(나) 즉, 의사의 환자에 대한 설명의무에는 침습적 의료행위에 대한 승낙을 얻기 위한 전제로서 당해 시술의 필요성과 그 위험성에 관하여 설명함으로써 환자로 하여금 그 의료행위를 받을 것인지 자기결정권을 행사할 수 있도록 하기 위한 설명의무인 소위 '조언설명'의무와 의사가 환자에 대하여 진료의 목적을 달성하기 위하여 수술 후의 후유증 등에 대비하도록 상세하게 설명하여야 할 의무인 소위 '지도설명'의무가 있다.

(다) 다만, 앞서 본 바와 같이 피고로서는 2006. 1. 26. 이 사건 1차 수술 전 원고에 대한 검사 결과 수핵탈출의 정도가 심하고, 당시 배뇨장애와 배

변장애 증상까지 나타나지는 않았다 하더라도 이미 회음부와 항문주변의 감각저하(Saddle Hypesthesia) 증상이 있는 것으로 밝혀진 이상, 수술 후에도 수핵 재탈출 등으로 인한 배뇨장애와 배변장애를 동반한 마미증후군 증상이 본격적으로 나타날 가능성을 염두에 두고, 원고에게 마미증후군의 발생 가능성뿐만 아니라 마미증후군 발생 시에는 빠른 시간 내에 응급수술이 필수적임을 설명하는 등 마미증후군의 증상과 발병, 진행속도, 치료방법 등에 관한 충분하고 상세한 설명을 함으로써 마미증후군에 대비하도록 할 주의의무가 있다고 할 것인데, 피고가 원고에게 이러한 설명을 하였다고 인정할 아무런 증거가 없다(만약 피고가 위와 같은 의무를 다하였다면 앞서 본 바와 같이 원고가 피고의 응급재수술 권유를 거부하고 계속하여 전원을 요구하며 시간을 지체하였을 것으로 보이지 않는다).

(라) 이와 같은 설명의무 위반을 원인으로 하여 재산상 손해를 청구하는 경우에는 설명의무 위반과 마미증후군의 결과와 사이에 상당인과관계가 존재하여야 하며, 그 때의 설명의무 위반은 환자의 생명, 신체에 대한 구체적 치료과정에서 요구되는 의사의 주의의무 위반과 동일시할 정도의 것이어야 한다. 그런데 앞서 본 바와 같은 사정에 비추어 보면, 위와 같은 설명의무 위반은 원고에 대한 이 사건 1차 수술과 그 후의 치료과정에서 요구되는 의사의 주의의무 위반과 동일시할 정도의 것이라고 인정할 수 없으므로, 위 설명의무의 불이행을 원인으로 한 원고들의 재산상 손해배상 청구는 이유 없다.⁵⁾

(3) 판결의 의의

(가) 조연설명 의무와 지도설명 의무의 구별

조연설명 의무는 침습적 의료행위에 대한 승낙을 얻기 위한 전제로서 당해 시술의 필요성과 그 위험성에 관하여 설명함으로써 환자로 하여금 그 의

5) 정신적 고통에 대한 위자료로 원고들에게 2,000만 원을 지급하라는 판결이 선고되었다.

료행위를 받을 것인지 자기결정권을 행사할 수 있도록 하기 위한 설명의무이고, 지도설명 의무는 의사가 환자에 대하여 진료의 목적을 달성하기 위하여 수술 후의 후유증 등에 대비하도록 상세하게 설명하여야 할 의무라고 판시하여 조인설명 의무와 지도설명 의무를 구별하였다.

(나) 지도설명 의무 위반의 입증책임

판결에서는 지도설명 의무의 입증책임이 원·피고 중 누구에게 있는지 명확히 밝히지는 않았지만, ‘피고 ○○가 원고 ○○에게 이러한 설명을 하였다고 인정할 아무런 증거가 없다’고 판시한 점, 지도설명 의무 위반으로 인한 정신적 손해의 배상책임을 인정한 점 등으로 보아 조인설명 의무와 같이 의사 측에 입증책임이 있다는 입장을 취한 것으로 보인다.

(다) 지도설명 의무 위반으로 인한 손해배상의 범위

지도설명 의무와 조인설명 의무를 구별하면서도, 손해배상의 범위는 조인 설명 의무 위반의 경우와 같이 원칙적으로 정신적 손해를 인정하고, 예외적으로 ① 의사의 설명 의무 위반이 환자의 생명신체에 대한 구체적인 치료과정에서 요구되는 주의 의무 위반과 동일시할 정도의 것, ② 설명 의무 위반과 결과발생 사이에 상당인과관계가 존재할 것이라는 요건이 충족된 경우에만 재산적 손해를 인정하는 태도를 취하고 있다.⁶⁾

나. 2009나72218 사건(서울고등법원 제17민사부)

(1) 사실관계

(가) 원고는 2005. 10. 4. 학교에서 농구를 하다가 벽에 부딪혀 우측 경

6) 대법원은 ‘지도설명 의무는 그 목적 및 내용상 진료행위의 본질적 구성부분이므로, 지도 설명 의무 위반과 상당인과관계가 있다면 그로 인한 생명·신체상의 손해에 대하여 배상할 책임을 면할 수 없다’고 판시하여 위 판결과 다른 태도를 취하고 있다(후술하는 판결 : 대법원 2010. 7. 22. 선고 2007다70445 판결).

비골간부 골절상을 입고 같은 날 피고가 운영하는 ○○병원에 입원하여, 2005. 10. 6. 도수정복 후 골수강내 금속정을 이용한 내고정술을 시술받았다(이하 ‘이 사건 수술’이라 한다).

(나) 원고에게서 2005. 10. 7. 00:50경부터 심한통증, 종창, 발열, 족부지 신전근, 굴곡근의 근력 약화, 감각저하 등 횡문근 분해증으로 인한 구획증후근이 의심되는 정황이 나타났다.

(다) 횡문근 분해증은 골격근의 손상으로 인해 세포내 내용물이 세포외와 혈장으로 유리되는 질환으로서 신경마비가 발생할 수 있고, 그 결과 심각한 후유증을 야기할 수 있어 발병 즉시 감압을 위한 근막절개술을 시행하여야 함에도, 피고 병원 의료진은 근막절개술을 시술하지 않고 보존적인 치료만을 계속하였다.

(라) 원고는 현재 우측경골 불유합과 우측 경골신경 및 비골신경 부전마비 증상이 남아있는 상태이고, 이 같은 증상은 횡문근 분해증에 의한 근육변성 및 신경마비로 인한 것이다.

(2) 판단

(가) 의사가 환자 측에 증상 등에 관한 결과를 이해시키고 그에 따른 치료나 요양상의 주의사항을 설명하여야 하는 이른바 ‘지도설명 의무’는, 환자의 자기결정권을 보장하기 위한 ‘조언설명 의무’와는 달리 그 자체로 진료행위의 일부로서 신체침해를 이루는 것이어서 일반 진료행위상의 주의의무와 같이 평가되는 것이므로, 환자 측이 그 위반의 점을 입증하여야 한다고 봄이 상당하다.

(나) ‘조언설명 의무’ 이행에 관한 입증책임은 전환한 취지는 의료과실과 나쁜 결과 간에 인과관계 입증에 어려운 경우 이를 우회하여 의사에게 위자료 책임만이라도 부과하려는데 있었던 것이어서, 전손해배상책임이 인정되는 ‘지도설명 의무’의 경우에도 똑같이 증명책임을 전환하면서 그 입증방법을 제한하게 되면, 의사 측에 가혹한 결과를 가져오는 점 등을 감안하여 보

면, 지도설명의무를 이행한 데에 대한 입증방법이 문서화된 서면으로 한정되는 것은 아니라 할 것이다.

(다) '지도설명의무'의 이행에 대한 증명책임이 의사 측인 피고에게 있다고 하더라도, 인정한 사실들을 종합하여 보면, 피고 병원 의료진이 원고에게 근막절개술에 대한 설명의무를 이행하였다고 넉넉히 추인할 수 있다.⁷⁾

(3) 판결의 의의

(가) 조인설명의무와 지도설명의무의 구별

조인설명의무는 환자의 자기결정권을 보장하기 위한 것인데, 지도설명의무는 그 자체로 진료행위의 일부로서 신체침해를 이루는 것이어서 일반 진료행위상의 주의의무와 같이 평가되는 것이다.

(나) 지도설명의무 위반의 입증책임

이 사건은, 피고가 원고에게 근막절개술의 필요성과 합병증에 대하여 설명하였다고 주장하고 있지만 진료기록에는 그러한 설명을 하였다는 기재가 없는 경우이다. 따라서 지도설명의무 위반의 입증책임이 누구에게 있느냐에 따라 결론이 달라질 수 있다. 재판부는 '지도설명의무는 진료행위의 일부로서 신체침해를 이루는 것이어서 일반 진료행위상의 주의의무와 같이 평가되는 것이므로, 환자 측이 그 위반의 점을 입증하여야 한다'고 판시하여 입증책임이 환자 측에 있음을 명확히 하였다.

7) 이 사건은 1심에서 구획증후군으로 의심할 수 있는 심한 통증이나 근력저하 등의 증상이 있었음에도 이를 진단하지 못하고 근막절개술의 치료행위에 나아가지 못한 잘못이 인정되었다. 1심과 달리 항소심에서는 피고의 치료상의 과실과 지도설명의무위반 모두를 부정하였다. 대법원은 진단상의 과실을 인정하여야 한다는 취지로 항소심 판결을 파기환송 하였는데, 진단상의 과실을 인정함에 따라 지도설명의무를 배척한 부분에 대하여는 별도의 판단을 하지 않았다(대법원 2010. 10. 14. 선고 2010다40338).

(다) 지도설명 의무 이행의 입증방법

전문해배상책임이 인정되는 지도설명 의무 위반의 경우는 조인설명 의무와 달리 의무이행에 대한 입증방법이 문서화된 서면으로 한정되는 것은 아니라고 판시하였다.

(라) 설명 의무 이행의 추인

재판부는 설령 지도설명 의무 이행의 증명책임이 피고에게 있다고 하더라도, 이 사건의 경우는 여러 가지 간접사실을 통해 피고가 원고에게 근막절개술에 대한 충분한 설명이 있었음을 넉넉히 추인할 수 있다고 판단하였다.

다. 2007다70445 사건(대법원)

(1) 사실관계

원심은, 기계판막을 사용한 승모판막 치환술(이하 ‘이 사건 수술’이라고 한다)을 받은 환자에게 기계판막에 혈전이 형성되어 갑작스런 판막의 기능 부전으로 심한 협착이나 폐쇄부전이 발생하였을 때 그 발생 초기에 호흡곤란·쇼크의 증상이 나타나는데, 망인의 경우에도 호흡곤란·쇼크 증상이 나타났고, 이 사건 수술 전후의 망인의 심박출계수가 정상을 유지하였던 점 등에 비추어 보면, 피고들이 이 사건 수술 후 항응고제 관리를 소홀히 하여 망인에 대한 INR(International Normalized Ratio, 국제혈액표준 위원회가 1983년 경구 항응고제 요법을 위한 혈액응고시간을 국제적으로 표준화한 단위로 그 수치의 증가는 혈액응고시간이 늘어나는 것을 의미함)을 지나치게 낮게 유지하는 바람에 기계판막에 혈전 형성을 유발시켜 그로 인하여 망인에게 호흡곤란·쇼크 등의 증상이 나타나 망인이 사망(이하 ‘이 사건 사고’라고 한다)하였다는 이유로 피고의 과실을 인정하였고, 지도설명 의무를 다하지 않은 점도 인정하였다.

(2) 판결요지

(가) 의사는 수술 등의 당해 의료행위의 결과로 후유 질환이 발생하거나 아니면 그 후의 요양과정에서 후유 질환이 발생할 가능성이 있으면, 비록 그 가능성이 크지 않다고 하더라도 이를 억제하기 위한 요양의 방법이나 일단 발생한 후유 질환으로 인해 중대한 결과가 초래되는 것을 막기 위하여 필요한 조치가 무엇인지를 환자 스스로 판단·대처할 수 있도록, 그와 같은 요양방법, 후유 질환의 증상과 그 악화 방지나 치료를 위한 대처방법 등을 환자의 연령, 교육 정도, 심신상태 등의 사정에 맞추어 구체적인 정보의 제공과 함께 설명·지도할 의무가 있다(대법원 2005. 4. 29. 선고 2004다 64067 판결 참조). 그리고 이러한 지도설명 의무는 그 목적 및 내용상 진료행위의 본질적 구성부분이므로, 지도설명 의무 위반과 상당인과관계가 있다면 그로 인한 생명·신체상의 손해에 대하여 배상할 책임을 면할 수 없다.

(나) 피고들은 망인에게 항응고제의 효과, INR 수치를 일정하게 유지해야 하는 이유, 항응고제 부작용 및 그 위험성 등을 명확하게 설명해 줌으로써 망인으로 하여금 가슴 통증 등 안내서에 기재된 일정한 상황이 발생한 경우 그 위험성 및 심각성을 정확하게 인식하고 즉시 응급실에 내원하는 조치를 취할 수 있도록 구체적인 정보의 제공과 함께 이를 지도·설명할 의무가 있고, 이러한 지도·설명 의무는 단순히 안내서의 교부만으로 대체할 수는 없다고 할 것인데, 피고들은 위와 같은 설명·지도 의무를 전혀 이행하지 않았고, 그로 인하여 망인이 가슴 통증의 심각성을 제대로 인식하지 못함으로써 통증을 느끼고도 약 2시간 30분이나 지체한 관계로 적절한 응급처치 등을 받지 못하여 사망에 이르렀는바, 결국 피고들의 지도·설명 의무 위반과 이 사건 사고 사이에는 상당인과관계가 인정된다고 할 것이다.

(3) 판결의 의의

(가) 조언설명 의무와 지도설명 의무의 구별

판결에서 명시적으로 조언설명 의무와 지도설명 의무를 구별하지는 않았

지만, 지도설명의무는 그 목적 및 내용상 진료행위의 본질적 구성부분이라고 판단한 점, 지도설명의무 위반과 상당인과관계가 있다면 그로 인한 생명·신체상의 손해에 대하여 배상할 책임을 져야 한다고 판시한 점 등을 보면, 대법원은 위 두 의무를 구별하고 있음을 알 수 있다.

(나) 지도설명의무의 입증책임

이 사건에서는 ‘피고들이 망인에게 항응고제의 효과, INR 수치를 일정하게 유지해야 하는 이유, 항응고제 부작용 및 그 위험성 등을 명확하게 설명해 줌으로써 망인으로 하여금 가슴 통증 등 안내서에 기재된 일정한 상황이 발생한 경우 그 위험성 및 심각성을 정확하게 인식하고 즉시 응급실에 내원하는 조치를 취할 수 있도록 구체적인 정보의 제공과 함께 이를 지도·설명할 의무가 있고, 이러한 지도·설명의무는 단순하게 안내서의 교부만으로 대체할 수는 없다고 할 것인데, 피고들은 위와 같은 설명·지도의무를 전혀 이행하지 않았다’고 판시하여, 판시내용만으로는 지도설명의무의 입증책임이 누구에게 있는지 파악할 수 없으나, 지도설명의무를 진료행위의 본질적 구성부분으로 보고 있는 점, 재산상 손해배상 책임을 인정하고 있는 점 등에 비추어 보면 입증책임이 환자 측에 있다는 견해를 취한 것으로 볼 수 있다.

(다) 지도설명의무의 위반시 손해배상의 범위

대법원은 ‘지도설명의무는 그 목적 및 내용상 진료행위의 본질적 구성부분이므로, 지도설명의무 위반과 상당인과관계가 있다면 그로 인한 생명·신체상의 손해에 대하여 배상할 책임을 면할 수 없다’고 판시하여 설명이 불충분한 경우에는 그 자체가 진료상의 과오가 되고, 지도설명의무 위반과 사고 사이에 상당인과관계가 있다면 재산상의 손해를 포함한 전손해의 책임을 진다는 것을 명확히 하였다.

4. 서울중앙지방법원 2010. 1. 21. 선고 2008가단130458 판결

서울중앙지방법원 2010. 2. 2. 선고 2008가단314621-치과 사례

가. 2008가단130458 사건

(1) 사실관계

(가) 피고가 원고의 하악 왼쪽 제1, 2대구치의 임플란트 본체의 식립을 위한 치조골의 천공작업(드릴링, drilling)을 하던 중에 마취 상태에 있던 원고가 통증을 호소함과 아울러 다소 많은 양의 출혈이 발생하자, 피고는 천공작업을 중단하고 더 이상의 임플란트의 식립은 보류하였다(이하 '이 사건 시술'이라 한다).

(나) 원고는 그때부터 하악 왼쪽의 신경의 감각이 둔해지는 증상이 나타났고, 다음날인 9. 8. 피고는 원고로 하여금 피고 치과 인근의 진단방사선과 의원에서 CT 촬영을 받게 하고서 그 결과를 보고 이미 식립해 놓은 위 하악 왼쪽 제1, 2대구치의 임플란트 본체를 제거하였다. 한편 피고가 2006. 10. 10. 발행한 진료의뢰서에 의하면, "05년 9월에 임플란트 식립 시 하치조신경 침범하여 임플란트 발거함"이라고 기록되어 있다.

(2) 판단

원고에게 발생한 하악 왼쪽 부위의 감각 이상은 이 사건 시술 직후부터 나타난 증상으로 이 사건 시술 부위와 동일한 부위에서 발생한 점, 원고에게 이 사건 시술 전후를 통하여 위 감각 이상을 초래할 만한 특별한 기왕력이나 증상이 있었거나 다른 원인이 개재하였을 가능성이 있다고 볼 만한 반대사실에 관한 주장, 증거가 없는 점 등의 사정을 더하여 보면, 피고는 이 사건 시술을 행함에 있어 치조골에의 드릴링 과정에서 술기상의 주의의무를 위반하여 하치조신경을 침범하여 이를 손상시켰고 그로 인하여 감각 이상의 증상이 유발되었다고 봄이 상당하다.⁸⁾

나. 2008가단314621 사건

(1) 사실관계

(가) 피고는 2007. 11. 5. 상악 어금니 임플란트 심을 부위에 뼈를 보강하기 위하여 회전용 골절취기로 하악 우측 구치후방 하악지에서 골편을 절취하던 중 시술상의 과실로, 원고에게 우측 하치조신경 손상(추정) 및 우측 하순이부 부분 지각마비 및 지각이상(이하 ‘이 사건 약결과’라 한다) 등이 생기게 하였다.

(나) 원고는 피고를 수사기관에 업무상과실치상죄로 고소하였고, 피고는 2008. 11. 20. 위 고소사건에 관하여 기소유예처분을 받았다.

(2) 판단

피고는 골편을 절취하던 중에 시술상 과실로 이 사건 약결과를 야기한 과실이 있으므로, 피고는 불법행위에 기한 손해배상으로 원고에게 이 사건 약결과로 원고가 입은 재산적, 정신적 손해를 배상할 책임이 있다.

다. 판결의 분석

미용성형수술과 함께 치과 관련 분쟁도 증가하는 추세다. 서울중앙지방법원에서 2010년 한 해 동안 치과사례 8건(그 중 4건은 항소심)이 선고되었는데 원고가 승소한 사건은 2건이었다. 위에서 본 바와 같이 승소한 2건은 시술과정에서 신경손상이 야기된 사례이다. 비교적 과실이 명백한 신경손상 외에 교정치료, 신경치료과정에서 염증발생, 보철물 탈락 등의 사례들은 치료상의 과실을 인정받지 못하였는데, 치과사건에서 과실 입증에 용이하지 않음을 확인할 수 있었다.

8) 설명의무 위반의 점도 인정하면서 피고의 책임을 60%로 제한하였다.

5. 대법원 2010. 10. 14. 선고 2007다3162 판결-줄기세포 시술 효과 과장 사건

가. 사실관계

(1) 원고 등은 간경화증이나 하지마비증 환자들로, 피고의사와 피고회사가 제대혈 줄기세포이식술의 결과가 간이식수술보다 수술방법·비용·부작용 및 치료효과에서 장점이 있다는 점에 관하여 신문 방송 등을 통해 홍보하자, 피고들에게 시술의 효과 등을 확인하였으나, 치료효과만 부각시킬 뿐 부작용이나 시술 실패 사례 등에 대한 설명이 없어 수백만 원의 비용을 지불하고 시술을 받았는데, 이후 병세가 악화되거나 부작용이 발생하지는 않았지만 질병이 호전되거나 진행속도가 완화되지도 않았다.

(2) 이에 원고들은 피고들을 상대로 ① 의약품을 투여함에 있어서는 식약청의 허가를 득한 후 시술해야 함에도 불구하고 이러한 허가 없이 시술한 것이 약사법 위반인 동시에 불법행위이고, ② 줄기세포 시술의 효과를 과장하고 부작용 등에 대한 설명을 하지 않아 원고들의 자기결정권을 침해하였다며 손해배상청구소송을 제기하였다.

나. 판결요지

(1) 사람의 신체에서 분리된 세포가 사람의 질병 치료를 목적으로 인체조직이 아닌 세포단위로 사용되는 경우, 이는 약사법 해당 규정에 따른 의약품에 해당하므로, 약사법의 규제대상이 되고, 중간엽 줄기세포는 저온보관 중인 제대혈의 백혈구(단핵구)에서 조혈모세포 등과 구분하여 선별한 다음 성장인자 등을 첨가하여 체외에서 증식·배양한 후 사람의 질병 치료를 목적으로 세포단위로 인체에 투여되는 것이므로 약사법의 규제를 받는 의약품에 해당한다.

(2) 사람을 대상으로 한 중간엽 줄기세포 이식술은 당시까지의 지식·경험에 의하여 안정성 및 유효성이 충분히 검증되지 않은 시술로서 임상시험

에 해당하고, 식품의약품안전청장의 승인을 얻지 않고 중간엽 줄기세포를 이식하는 행위는 구 약사법에 위배된다.

(3) 관계 법령에 따라 감독관청의 승인이 요구되에도 이를 위반하여 승인 없이 임상시험에 해당하는 의료행위를 하였더라도 그 자체가 의료상의 주의의무 위반행위는 아니므로, 당해 의료행위에 있어 구체적인 의료상의 주의의무 위반이 인정되지 아니한다면 그것만으로 불법행위책임을 지지는 아니한다.⁹⁾

(4) 의사는 의료행위에 앞서 환자나 그 법정대리인에게 질병의 증상, 치료방법의 내용 및 필요성, 발생이 예상되는 위험 등 당시의 의료 수준에 비추어 상당하다고 인정되는 사항을 설명하여 환자가 그 필요성이나 위험성을 충분히 비교해 보고 그 의료행위를 받을 것인지 여부를 선택할 수 있도록 할 의무가 있고, 특히 그러한 의료행위가 임상시험의 단계에서 이루어지는 것이라면 해당 의료행위의 안전성 및 유효성(치료효과)에 관하여 그 시행 당시 임상에서 실천되는 일반적·표준적 의료행위와 비교하여 설명할 의무가 있다. 또한 의약품 공급자는 임상시험 단계에 있는 의약품을 공급함에 있어 해당 의약품의 안전성 및 유효성(치료효과) 등 그 구입 여부의 의사결정에 영향을 줄 수 있는 중요한 사정을 수요자에게 고지할 신의칙상의 의무가 있다.

(5) 의사가 간경화증이 상당히 진행되어 간이식 수술 외에 효과적인 치료 방법이 없는 상태의 환자 등에게 임상단계에 있는 중간엽 줄기세포 이식술을 시행하면서 환자들의 의사결정에 영향을 줄 수 있는 중요한 사정인 치료

9) 이 사건의 원심판결인 서울고등법원 2006.12.14. 선고 2006나15474 손해배상(의)판결에서는 “이 사건 줄기세포가 약사법 소정의 의약품에 해당하는 이상, 식품의약품안전청장의 의약품 품목허가를 받지 아니한 상태에서 이를 인체에 사용하려면, 약사법이 정한 바에 따라 식품의약품안전청장으로부터 임상시험계획승인을 받아야 함에도, 이를 받지 아니한 상태에서 피고들이 원고 등 및 원고 6에 대하여 이 사건 줄기세포치료제를 주입하는 이식수술을 시행한 것은 약사법에 위반되는 불법행위에 해당한다고 할 것이다”라고 판시하여, 약사법 위반이 곧 손해배상책임의 발생원인인 불법행위에 해당한다고 보았는데, 대법원은 이러한 원심의 판단이 잘못되었음을 지적하고 있다.

효과에 관하여 객관적으로 확인해 보려는 노력을 기울이지 아니한 채 줄기세포 공급업체 대표의사와의 공동기자회견, 병원 홈페이지 광고, 상담 등을 통하여 그릇된 정보를 제공하는 등 환자들에 대한 설명의무를 위반한 잘못이 있고, 줄기세포 공급업체 대표이사 역시 임상시험 단계에 있는 줄기세포를 판매함에 있어, 줄기세포 구입자들의 의사결정에 영향을 줄 수 있는 중요한 사정인 치료효과에 관하여 객관적으로 확인해 보려는 노력을 기울이지 아니한 채, 위 의사와의 공동기자회견, 태츠은행 홈페이지 광고, 상담 등을 통하여 그릇된 정보를 제공하는 등 줄기세포 구입자들에 대한 설명의무 내지 고지의무를 위반한 잘못이 있으며, 위와 같은 기자회견의 경위, 홈페이지 내용의 관련성, 환자들이 줄기세포 구입 및 이식술을 받은 경위 등에 비추어 보면, 위 대표이사와 의사의 불법행위는 서로 객관적 관련공동성이 있어 공동불법행위를 구성한다.

다. 판결의 의의

- (1) 줄기세포 시술의 손해배상책임과 관련된 최초의 판결이다.
- (2) 줄기세포 시술이 의약품 투여행위인지 여부와 식약청의 허가를 받아야 하는 사항임을 확인하였다.
- (3) 약사법 등 타법 위반이 민법 제750조의 손해배상책임발생의 필요조건은 될 수 있어도 충분조건은 아님을 명시적으로 판시하였다.
 - 원심판결에서는 약사법 위반이 곧 불법행위책임을 발생하게 한다는 취지로 판시하고 있으나, 대법원은 본 판결에서 원심의 판시가 잘못되었음을 지적하고 있다.
 - 다만 원심에서는 불법행위책임을 인정되므로, 손해배상의 범위와 관련하여 “재산적 및 정신적 손해를 배상해야 한다”고 판시하고 기왕치료비에 대하여도 피고가 반환해야 하는 것으로 판시하였으나, 대법원은 손해배상의 범위와 관련하여서는 명확히 설하지 않고 있다.

- 대법원 판시의 취지를, 판결문을 토대로 추정하면, 원심판결에서의 설명의무 위반과 손해배상의 범위를 인정하고 있고, 설명의무 위반에 대하여 재산적 손해까지 배상을 명한 것으로 볼 수 있다는 점에서, 이전까지 설명의무 위반이 인정되더라도 위자료 손해 배상에 그치던 관행을 한 단계 넘은 것으로 이해할 여지가 있다.

(4) 사실관계에서도 실시되고 있지만, 의사와 제약회사의 대표가 공동으로 기자회견을 여는 등, 즐기세포 시술의 효과 등을 공동홍보하고 부작용에 대하여 충분한 정보제공을 게을리 한 경우, 양자의 공동불법행위책임을 인정하였다.

(5) 즐기세포 시술과 부작용 내지는 효과 없음에 대한 과학적 인과관계까지의 입증에 곤란함을 고려하여, 설명의무 위반을 인정하였다. 다만 설명의무 위반의 경우이기는 하지만, 구체적인 손해배상의 범위와 관련하여, 기왕치료비의 지급을 명하고 있는 원심을 수긍한 것에 대하여는 위에서 검토한 바와 같이 설명의무 위반의 경우 전손해 배상을 최소범위에서 인정한 경우로 볼 여지가 있다.

6. 대법원 2010. 4. 29. 선고 2009다101343 판결

서울고등법원 2010. 10. 14. 2010나44059 환송 후 확정판결

서울고등법원 2009. 11. 26. (17부) 2008나99933 환송 전 고법판결

서울중앙지방법원 2008. 10. 1. (15부) 2007가합74718

- 정신 질환자 추락사에 대한 배상 책임 인정 사건

가. 사실관계

(1) 망인이 고등학교 졸업 후 재수기간 중 한의원을 거쳐 2007. 4. 4. 피고병원에 입원하였는데, 당시 낙상이나 욕창의 위험요인은 없는 것으로 판정되었고, 간호사 등에게도 협조적인 모습을 보였다.

(2) 망인은, 입원 후 실시한 한국판 웨슬러 성인지능검사 등에서, 밀접한

대인관계나 사회적 활동 자체가 전혀 이루어지지 않아 내적 소외감과 외로움이 고조되어 있고, 강박증·의증 회피성 인격장애 등으로 진단되었다.

(3) 망인은 2007. 4. 7.부터 같은 해 6. 4.까지 정신치료 및 약물치료를 받았고, 6. 1. 퇴원 예정이었으나, 망인과 가족이 퇴원을 원하지 않아 같은 달 7일로 연기하였고, 6. 5. 15:00경 피고 병원 의료진과 면담하고 일상적인 모습을 보였다.

(4) 그런데 망인은 당일 면담을 마친 후 불상의 시각에 피고 병원 본관 3동 8층(망인의 병실은 본관 3동 6층에 있었다)의 출입문을 통하여 옥상으로 올라가, 같은 날 17:25경 옥상 난간 너머로 추락하여 사망하였다.

(5) 당시 이 사건 옥상으로 통하는 출입문은 열려 있었고, 사람들의 출입을 통제하는 관리인은 없었으며, 이 사건 옥상의 가장자리에는 옥상 바닥으로부터 높이 115cm의 난간이 설치되어 있고, 옥상 바닥으로부터 30cm 이상의 높이에 약 30cm 너비의 돌출부(돌출부로부터 난간 상단까지의 높이는 약 50cm)가 난간과 이어져 옥상을 둘러 설치되어 있으며, 옥상의 모서리와 중간 부분 등 일부 난간에는 난간과 같은 높이로 사람이 앉을 수 있는 너비의 콘크리트 구조물도 이어져 설치되어 있다.

(6) 사고 후 유족들은 병원을 상대로 의료상의 과실로 인한 손해배상과 공작물 설치보존상의 하자를 이유로 손해배상책임을 질 것을 요구하였으나, 제1심재판부가 피고병원 의료진이 망인의 자살을 예견하기 어려웠을 것이나 피고가 정신질환자의 추락사고를 방지하기 위한 조치를 다하지 못한 과실의 존재와 사망 사이의 인과관계를 인정하여 총 7,000만 원가량의 배상책임을 인정하는 등 의료과실을 인정하였다.

이에 대하여, 쌍방이 항소하여 환송 전 서울고등법원에서는 피고의 항소를 받아들여 원고의 청구를 모두 기각하였고, 이후 원고는 예비적 청구원인인 공작물 설치보존상의 하자에 대한 책임만을 상고이유에 포함시켰는바, 본 사건에서 대법원이 원고의 상고를 받아들였고, 이를 반영한 환송 후 서울고등법원에서 피고책임을 30% 인정하여 총액 7,400만 원가량의 지급

을 명하는 판결이 선고되고 확정되었다.

나. 판결요지

(1) 민법 제758조 제1항에서 말하는 공작물의 설치 또는 보존상의 하자라 함은 공작물이 그 용도에 따라 통상 갖추어야 할 안전성을 갖추지 못한 상태에 있음을 말하는 것으로서, 이와 같은 안전성의 구비 여부를 판단함에 있어서는 당해 공작물의 설치 또는 보존자가 그 공작물의 위험성에 비례하여 사회통념상 일반적으로 요구되는 정도의 방호조치의무를 다하였는지의 여부를 기준으로 판단하여야 한다(대법원 2010. 2. 11. 선고 2008다61615 판결 등 참조).

(2) 또한 공작물의 설치 또는 보존상의 하자로 인한 사고라 함은 공작물의 설치 또는 보존상의 하자만이 손해발생의 원인이 되는 경우만을 말하는 것이 아니며, 다른 제3자의 행위 또는 피해자의 행위와 결합하여 손해가 발생하더라도 공작물의 설치 또는 보존상의 하자가 공동원인의 하나가 되는 이상 그 손해는 공작물의 설치 또는 보존상의 하자에 의하여 발생한 것이라고 보아야 한다(대법원 2007. 6. 28. 선고 2007다10139 판결 등 참조).

(3) 정신질환으로 병원에 입원하여 진료를 받던 환자가 병원 옥상에서 떨어져 사망한 사안에서, 망인의 사망 원인이 투신에 의한 사망일 개연성이 아주 높고 병원이 망인의 자살 자체를 예견하기 어려웠다고 하더라도 위 옥상에 존재한 설치 또는 보존상의 하자가 사고의 공동원인의 하나가 되었다면, 그 공작물의 설치 또는 관리자는 손해배상책임을 면할 수 없다.

다. 판결의 의의

(1) 과거 정신질환 환자의 추락사고에 대하여는 의료진의 자살방지 의무 이행여부가 많이 문제되었고, 정신과 환자의 자살에 대하여는 기본적으로 소인을 크게 가지고 있기 때문에 의료진의 과실이 인정되더라도 책임제한

을 많이 하는 경우가 많아 구체적 지급액에 있어서는 큰 의미가 있는 사건은 별로 없었다.

(2) 이번 판결에서, 정신과 환자의 추락사에 대하여 공작물설치보존상의 하자로 인한 책임을 인정함으로써 유사한 사안에서 환자나 유족 측에서 의료기관을 상대로 주장할 수 있는 방법이 추가되었다는 점에서 의미가 있다. 즉 환자 스스로 자살한 것이 강하게 추정되는 경우에도, 의료기관의 시설물 관리 등에 있어서 문제점이 드러난다면, 해당 의료기관이 악결과에 대한 손해를 배상해야 하는 이유로 공작물 설치 보존상의 하자를 추가로 주장할 수 있다는 점에서 공격방어방법의 외연이 확장되었고, 의료기관으로서 가뜩이나 어려운 정신과 환자 진료에 있어서 시설물 관리에 더욱 주의를 강화해야 한다는 부담을 갖게 되었다.

(3) 기존 판례의 입장은, 의료기관의 환자 관리에 대한 과실 유무를 위주로 판단하였고, 이 과정에서 ① 병원의 과실을 부정하거나, ② 과실을 인정하더라도 상당인과관계를 부인하거나, ③ 과실과 상당인과관계를 인정하더라도 병원 측 책임을 통상의 경우보다 대폭 낮추어 10~20%로 제한하는 경우가 대부분이어서, 병원 측 과실이 인정되는 경우이더라도 책임을 묻거나 소를 제기하기 어려웠다¹⁰⁾.

그러나 “공작물 설치보존상의 하자”는 비록 입증책임의 범리가 완전히 전환되는 것은 아니더라도, 병원 측에서 하자가 없었음을 입증해야 하는 부담이 더욱 커지는 것으로 보는 것이 일반적이라는 점, 본건에서와 같이 제3자의 과실이 포함된 경우에도 인정될 여지가 있다는 점에서, 이 사건 대법원 판결은 피해자 측에서 더욱 권리를 적극적으로 주장할 수 있는 계기가 되었다고 볼 수 있다.

(4) 다만 본건에서 드러나고 있는 사실관계에서 보는 바와 같이, 피고병

10) 정신과 환자의 투신사고와 자살 사이의 상당인과관계인정 및 손해배상의 범위에 대한 논의는 이정선, “투신사고와 자살 사이의 상당인과관계 인정과 손해배상 범위에 대한 소고”, 『의료법학』, 제9권 제1호, 2008. 참조.

원 정신과 병동이 있는 건물의 옥상이 개방되어 있고, 자살가능성이 있는 환자가 임의로 옥상에 올라갈 수 있었다면, 비록 상고심 판단의 범위에 포함되지는 않았지만, 이는 공작물 설치보존상의 하자를 논하기 이전에 의료진의 과실이 인정되는 것이 타당하지 않았을까 하는 의문이 있다.

7. 대법원 2010. 11. 25. 선고 2010다57817

- 서울고등법원 2010. 6. 17. 2009나62259
- 입증방해와 석명의무 위반 사건

가. 사실관계

(1) 정산부인 원고가 2002. 10.경부터 피고의원에서 산전진찰을 받은 후 2003. 5. 30. 01:15경 조기양막파수로 병원에 내원 후 관찰하던 중 당일 03:40경 태아심음이 저하되어 제왕절개수술로 3.3kg의 여아 분만하였으나, 분만 후 신생아의 울음과 호흡이 없고 청색증이 있어 기도삽관 후 성빈센트병원으로 전원하였는데, 당시 산소포화도는 72%에 불과하고, 흉부함몰·모로반사 미약·흡인 시 태변 배출·아프가 점수는 1분 2점, 5분 5점으로 기재되어 있고 이후 퇴원 시 주산기가사와 저산소성뇌손상으로 진단되었다.

(2) 이에 신생아의 부모가 병원을 상대로 ① 뇌성마비 발생은 피고의원에서의 부적절한 처치, ② 출산 후 신속한 응급처치 미비로 인한 것이라고 주장하며, ③ 진료기록의 위작, 변작으로 인한 입증방해에 대한 책임 등을 물어 손해배상을 청구하였다.

(3) 이에 대하여 제1심법원은 원고의 주장은 이유 없다며 원고패소 판결을 내렸다. 그러나 항소심 재판부는, 원고의 주장 중 위 ① 뇌성마비의 원인은 자궁내 선천성 중추신경계 이상에서 비롯된 것이고, ② 피고 의원이 1차 진료기관이라는 점에서 응급처치 미비 부분을 과실로 보기 어렵다고 판단하면서도, ③ 진료기록 위작, 변작과 관련하여서는 달리 보았다.

즉 위 재판부는, “(i) 의료인에게 진료기록부 등을 작성하도록 한 취지는 진료를 담당하는 의사 자신으로 하여금 환자의 상태와 치료의 경과에 관한 정보를 빠뜨리지 않고 정확하게 기록하여 이를 그 이후 계속되는 환자치료에 이용하도록 함과 아울러 다른 의료기관 종사자들에게도 그 정보를 제공하여 환자로 하여금 적정한 의료를 제공받을 수 있도록 하고, 의료행위가 종료된 이후에는 그 의료행위의 적정성을 판단하는 자료로 사용할 수 있도록 하고자 함에 있고(대법원 1998. 1. 23. 선고 97도2124 판결 참조), (ii) 의료인이 진료기록부를 허위로 작성한 경우에는 같은 법 제53조 제1항 제3호에 따라 그 면허자격을 정지시킬 수 있는 사유에 해당하며(대법원 2005. 11. 24. 선고 2002도4758 판결), (iii) 의료과오소송에 있어서는 의사 측의 응소가 정당하다고 할지라도 의료과정을 해명하는 결정적인 증거자료가 되는 진료기록부를 처음부터 진실을 은폐할 의도로 허위로 작성하였거나 사후에 변작하였거나 또는 도저히 그 진료과정을 알 수 없을 정도로 현저하게 진료기록부 작성의무를 해태하였다면, 이는 그 자체로 관련 법규를 위반한 것이고, 나아가 현행 법제가 예정하고 있는 의료생활체계의 근간을 무너뜨리는 위법행위로서 정의의 관념에 비추어 허용될 수 없을 뿐만 아니라, 단순한 입증방해의 차원을 넘어서서 환자 측의 법익을 침해한 것이며, 그 법익침해에 고의 또는 과실이 있다고 평가함이 상당하다고 할 것이므로, 환자 측에 대하여 독립하여 불법행위를 구성한다고 보아야 할 것이라는 법리를 우선 실시한 후, 전원전후 병원의 아프가 점수의 차이 등을 근거로 피고가 제출한 간호기록지와 분만실 기록지의 위변작이 명백한데, 이와 같은 진료기록 부제출이나 허위 작성 기록의 적극적 제출은 정당한 방어권 행사의 범위를 현저히 일탈한 것으로 독립된 불법행위를 구성한다”며 피고의 책임을 인정하되, 위자료 수준인 2,000만 원의 지급책임을 인정하였다.

(4) 그러자 이번에는 피고가 상고하여 대법원의 판단을 받게 되었다.

나. 판결요지

(1) 기존 원심 재판부의 사실관계는 그대로 인정하였다.

(2) 그러나 대법원은 민사소송법 제136조 제1, 4항을 거론하며 당사자가 부주의 또는 오해로 인하여 증명하지 아니한 것이 분명하거나 쟁점으로 될 사항에 관하여 당사자 사이에 명시적인 다툼이 없는 경우, 법원은 석명을 구하고 증명을 촉구하고, 만일 당사자가 전혀 의식하지 못하거나 예상하지 못하였던 법률적 관점을 이유로 법원이 청구의 당부를 판단하려는 경우에는 그 법률적 관점에 대하여 당사자에게 의견진술의 기회를 주어야 하며, 그와 같이 하지 않고 예상외의 재판으로 당사자 일방에게 불의의 타격을 가하는 것은 석명의무를 다하지 아니하여 심리를 제대로 하지 아니한 위법을 범한 것이 된다는 법리를 우선 제시하였다.

이후 대법원은, 원심 재판의 진행과정에 비추어 볼 때, 양당사자는 의료 과실과 설명의무 위반 여부에 대해서만 다투었고, 진료기록의 허위 작성 또는 사후 변작 여부에 대하여는 당사자 사이에 전혀 쟁점이 된 바가 없었고, 원심도 그에 대하여 피고 측에 의견진술의 기회를 주거나 석명권을 행사하지 아니하였음에도 불구하고, 이를 기초로 손해배상책임을 인정한 것은, 당사자가 전혀 예상하지 못한 법률적인 관점에 기한 예상외의 재판으로서 당사자에게 불의의 타격을 가하였을 뿐 아니라 석명의무를 다하지 아니하여 심리를 제대로 하지 아니하여 판결 결과에 영향을 미친 것이므로, 사건에 대한 재심리가 필요하다며 원심으로 환송하였다.

다. 판결의 의의

(1) 의료소송 영역에서는 석명의무와 관련한 판단이 거의 나오지 않는다는 점에서, 당사자가 적극 다투지 않거나 간과한 쟁점에 대하여 당사자에게 의견진술의 기회조차 제공하지 아니한 채로 판단해서는 안 된다는 판시는, 의료소송 영역에서도 일반적인 소송에서와 마찬가지로 절차적정의 중

요성을 강조한다는 점에서 의미 있는 판결이다. 다만 법원의 석명 의무 이행 또는 당사자의 석명권 보장에 대하여 강조하는 것이 새삼스러운 법리는 아니다.

(2) 한편 원심법원의 판결은, 손해배상책임 인정 금액은 크지 않으나, 증명방해행위를 독자적 불법행위로 인정하고 그에 대한 구체적 배상액을 정하여 지급을 명하였다는 점에서, 과거 입증방해가 있더라도 사건 판단에 참작함으로써 족하다는 정도의 판시에서 한걸음 더 나아갔다는 점에서 의미 있는 판결이다.

(3) 대법원에 의하여 원심 판단이 뒤집어졌다는 점에서는 아쉽지만, 대법원 판결의 취지는 당사자에게 불의타를 주지 말아야 한다는 취지로 원심 판단이 전부 잘못되었다거나 그 실시 내용에서 문제점을 지적하고 있는 것이 아닌, 추가 심리와 의견진술의 기회를 부여하는 것에 방점을 두고 있다. 따라서 환송심에서 추가 심리를 거친 후에도 원심의 판단이 유지된다면, 의료소송분야에서 가해자 측의 입증방해 행위에 대하여 피해자 측의 권익을 보장할 수 있는 도구로서, 설명의무 이외에 또 하나의 방법을 갖게 된다는 점에서 원심판단 역시 대법원 판단에 못지않은 의미가 있다고 할 수 있다.

8. 서울고등법원 2010. 5. 13. 선고 2009나17587 판결 - 성형외과 사례

가. 사실관계

(1) 원고는 과거 성형수술을 받은 경력이 없는 20세 여성으로, 2007. 9. 20. 피고의원에 종아리퇴축술을 시행받기 위하여 입원하였고, 피고 등이 종아리부위 국소마취를 위하여 리도카인(lidocaine, 2%) 1앰플(20ml, 400mg)을 생리식염수 300ml와 혼합한 희석마취제를 투여한 직후 주기적으로 경련을 하기 시작하면서 심장박동수가 증가하고, 산소포화도가 80%대로 떨어지는 응급상황이 벌어져, 앰브배깅과 산소공급을 시작하고, 마취과 전

문의가 내원하여 기도삽관하고 앰브배킹을 하였으나 심정지가 발생하였고, 이후 병원 구급차를 이용하여 순천향대학병원으로 전원하였으나, 저산소성 뇌손상의 후유증이 남아, 원고가 피고를 상대로 소송을 제기하였다.

(2) 한편, 피고가 작성한 진료기록지에는 원고의 신장이나 체중, 기왕력 등 약물의 투여 여부나 투여량을 결정하는데 고려요소가 되는 사항에 대한 기재가 없을 뿐 아니라, 원고에게 마취약을 투약하고, 부작용이 발생한 시간, 피고가 기관 내 삽관 등의 응급처치를 시행한 시간, 위 마취과 전문의가 피고 병원에 내원하여 응급조치를 시행한 시간 등의 기재가 전혀 없으며, 응급조치가 이루어질 당시 원고의 혈압, 맥박수, 심박동수, 산소포화도 등 활력징후의 변화도 제대로 기재되어 있지 않고, 특히 원고의 맥박이나 혈압 등에 대한 기재가 전혀 없다.

(3) 위 사건은 1심 제기 후 청구변경으로 소가가 11억 원에 이르렀으나, 제1심에서 3억 9천만 원가량이 인용되었고, 쌍방이 항소한 사안에 대하여 항소심을 담당한 서울고등법원은 원심과 비슷한 4억 원가량을 인용하였고, 원고가 상고하였으나 심리불속행으로 상고기각 확정되었다.

나. 판결요지

(1) 국소마취 과정에서 중추신경계 독성 반응을 유발시킨 과실 인정
원고의 현 증상은 리도카인 투약 직후부터 지속적인 경련 증상을 보였다는 점에서, 통상 약제에 노출된 후 수 분에서 수 시간 후에 나타나는 아나필락시스쇼크현상으로 볼 수 없고, 중추신경계의 독성반응으로 보는 것이 타당하다.

리도카인과 같은 국소마취제는 적절한 해부학적 위치에 알맞은 용량을 사용하면 거의 부작용이 나타나지 않으나, (i) 다량의 국소마취제가 혈관 내지 지주막하에 주사된 경우 또는 과다한 용량이 투여된 경우에는 통상 독성반응이 나타나기 때문에 [독성반응의 원인], (ii) 이를 투여할 때에는 ①

환자에게 이명, 어지러움 등의 감각 이상이 있는지 여부를 질문하면서 약물을 천천히, 간헐적으로(30초 당 2.5ml) 주입하여야 하고(투여속도의 문제), ② 자주 흡인검사[마취주사기 내로 혈액의 역류 여부(regorge)를 확인하는 것]를 통하여 혈액의 유출 여부를 관찰하는 등으로 지속적으로 환자의 상태를 주의 깊게 관찰해야 하는 바 [마취제 투여시의 주의의무], (iii) 피고의 국소마취제 투약에 의하여 원고의 중추신경계 중독 반응이 나타난 이 사건에 있어, ① 피고가 원고에게 국소마취제를 투여하는 과정에 원고에 대한 경과관찰을 제대로 하지 않은 채 과도한 용량의 리도카인을 투약하였거나(과다용량투여), ② 총 투약량이 적정하였다고 하더라도 짧은 시간 내에 이를 투약하였거나, 흡인검사 등을 제대로 시행하지 않는 바람에 혈관 내에 리도카인을 투약하였거나(급속투여), ③ 케놀라로 인하여 혈관이 손상을 입은 상태에서 리도카인을 투여한 과실로 인하여 국소마취제가 혈관 내로 흡수되면서(혈관 내 마취제 투여), 원고의 중추신경계 독성을 유발시킨 것으로 추정된다.

(2) 응급조치 미비

(i) 국소마취제 투여 후 발생한 경련 현상에 대하여 항경련제를 투여하지 않은 점, (ii) 산소포화도 저하 후 활력징후 유지를 위한 조치를 취하지 않은 점, (iii) 진료기록상 응급처치 등에 대한 기재가 없는 점 및 (iv) 전원 후 병원에서 이미 원고가 뇌손상에 따른 혼수상태였으므로 원고의 뇌손상은 그 전에 발생한 것으로 보이는 점 등을 고려할 때, 피고의 응급처치 미비의 과실이 인정된다.

(3) 설명의무 위반과 책임제한

(가) 설명의무는 원고 당사자에게 이행되었기 때문에 시술 당시 미성년자이기는 하나 법과대학 2년생으로, 보호자에게 별도의 설명을 통해 시술에 대한 동의를 받을 필요는 없으므로 설명의무 위반은 인정되지 않는다.

(나) 다만 피고가 지인의 소개를 통해 시술비용 등을 감액해 주는 등의 배려를 하다가 사고가 발생하고, 개인병원에서 중추신경계 독성에 대한 충분한 조치를 하는데 한계가 있고, 사고 발생 후 피고가 나름대로 최선의 조치를 취한 점 및 중추신경계 독성 예방을 100% 예방할 수 없는 점 등을 고려하여 피고 책임을 60%로 제한하였다.

(4) 범위 - 일실 수입 산정의 기준

원고는, 이 사건 의료사고 당시 고려대학교 법학과에 재학 중이었고, 성적이 우수하여 최우등생으로 분류되었으므로, 위 의료사고를 당하지 않았다면 특별한 사정이 없는 한 법대를 우수한 성적으로 졸업할 수 있었으므로, 노동부 발간 임금구조기본통계조사보고서상 대졸 이상 여성 20~24세 전경력자의 통계소득을 기초로 일실수입을 산정하여야 한다고 주장하므로 보건대, 비록 위 의료사고 당시 원고가 주장하는 바와 같이 고려대학교 법학과에 재학 중이었고, 최우등생으로 분류될 정도로 성적이 우수하였다고 하더라도 그러한 사실만으로는 원고가 위 대학을 졸업한 후 대학졸업자의 경력과 연령에 따른 월평균수입을 얻을 것이 상당한 정도로 확실시된다고 볼 수 없다 할 것이므로, 원고의 위 주장은 받아들이지 않는다. 다만, 원고의 주장에 의하면, 전문대학 졸업자 초임을 기준으로 일실수입을 산정할 여지가 있으나, 불법행위로 인하여 피해자가 취득할 장래의 일실수익을 산정함에 있어서 직장의 급료보다 변론종결 당시의 일반 일용노임이 다액일 때에는 일반 일용노임을 선택하여 그 기준으로 삼을 수 있으므로(대법원 1991. 1. 15. 선고 90다13710 판결 참조), 전문대학 졸업자 초임보다 다액인 도시일용노임에 기초하여 일실수입을 산정한다.

(5) 개호와 총액

신체감정에서는 하루 18시간의 개호가 필요하다는 의견이 제시되었으나, 1일 8시간의 개호를 인정하고, 위자료 4,500만 원을 인정하여 총액 4억원

가량의 지급을 명하였다.

다. 판결의 의의

(1) 일반적인 성형외과 사고의 경우, 피고의 과실을 입증하기 곤란하고, 과실이 인정되더라도 장애율 산정이 어렵거나, 설명의무 위반 정도만이 인정되어 배상액 규모가 미미한 경우가 많다. 반면 정통 성형외과 사고라 할 수는 없지만, 전신마취 후 회복되지 못하거나 사안의 경우와 같이 마취사고로 인한 식물인간 상태에 이른 사건의 경우, 배상액 규모는 크지만 과실의 구체적 입증을 요구하는 경우가 많기 때문에 원고 측에서 소송 진행에 어려움을 겪는 경우가 많다.

본건의 경우 후자의 경우에 해당하는 사건으로, 마취제 부작용이 문제되어 아나필락시스쇼크인가 중추신경계 독성반응인가에 대한 원피고의 다툼에 대하여, 경련발생 시기 등을 근거로 중추신경계 독성반응으로 보고, 중추신경계 독성 반응이 발생하는 경우를 구체적으로 열거하고 피고의 과실을 인정함으로써, 추후 유사소송에서 원고 측 주장을 뒷받침할 수 있는 논리적 근거를 제시하였다는 점에서 의미가 있다.

(2) 더불어 이러한 마취제 부작용의 경우 응급처치 미비의 과실이 많이 문제되는데, 본건에서는 이 부분에 대해서도 피고의 진료기록 기재 미비, 산소공급 지연 등을 언급하여 피고의 과실을 명백히 하고 있어 타 사건에서 활용할 수 있는 여지가 있다.

판결문에 언급되지는 아니하였지만, 응급처치상의 과실과 관련하여 위 판결에서 언급된 것 이외에, 전원되는 구급차 내에서의 산소포화도 모니터링의 완전성 여부를 검토하여, 산소공급이 이루어졌더라도 전원과정에서 차의 흔들림 등에 의하여 적절한 산소공급이 이루어지지 않았다는 주장도 추가로 제기할 수 있는 여지가 있으므로, 사안에 따라 원고 주장내용으로 검토할 필요가 있다.

(3) 손해배상의 범위와 관련하여, 원고가 법대2학년 최우등생이었음에도

불구하고, 대졸이상 여성 20~24세 전경력자의 통계소득을 인정하지 않은 법원의 판단이 적정한지는 별론, 보수적으로 소득을 산정하는 경향이 본건에서도 반영된 것으로 이해된다. 다만 전문대졸 초임의 통계소득을 인정하는 것보다 일용노임이 더 높은 수준이어서 일용노임에 의하여 일실수입을 산정한다는 법리는 자칫 소홀하기 쉬운 부분이므로 주의할 필요가 있다.

(4) 더불어 일실수입 산정과 관련하여 2010년에 선고된 판결 중에는, (가) 원고가 미국 하와이에 거주함을 근거로 의료사고 당시인 2007. 7.의 미국 하와이주 여성도시일용노동자의 일용노임단가 미화 125.98(142,224원, 단 2011.2.23.기준임)달러에 월 평균가동일수 22일을 곱한 금액을 기초로 60세가 되는 2024. 3. 9.까지의 일실수입을 산정한 바 있고(서울고등법원 2009나82246호 판결), (나) 공무원인 고등학교 교사의 일실수입 산정과 관련하여, 호봉승급분 등을 반영하여 상승분을 반영하여 계산하고, 일실퇴직금 계산 내역 등에 대하여도 자세히 실시된 경우(서울고등법원 2009나8378) 등도 손해배상의 범위 계산에 있어서 참고가 될 수 있을 것으로 생각된다.

9. 서울중앙지방법원 2010가합39760 판결 - 정기금배상명령판결

가. 사실관계

(1) 원고는 2002. 1. 15. 태어나, 같은 해 5. 14. 장중첩증을 진단 후 다음 날 시행한 공기압정복술 도중 발생한 우측 결장 천공, 전신청색증 등으로 피고병원에서 응급처치를 시행하였으나, 2002. 7. 23. 퇴원 당시 뇌성마비와 경련성질환 상태였다.

(2) 이후 원고는 피고 과실을 주장하며 소를 제기하여 서울중앙지방법원 2002가합49007호로 사건이 진행되고, 피고병원의 공기압정복술 과정에서의 장천공과 산소공급지연 등의 과실이 인정되어 손해배상액으로 124,067,107원을 인정받았으나, 원피고가 모두 항소하여 진행된 항소심에서 150,000,000원으로 강제조정되어 확정되었다.

(3) 이후 원고는 위 (2)사건의 전제가 된 여명종료일인 2008. 3. 13. 이 지난 변론종결 시까지 생존하고 있음을 근거로 추가로 소송을 제기하였다.

나. 판결요지

(1) 전소 담당 재판부가 인정한 과실에 대하여 동일하게 판단하고, 기관력 저축문제와 관련하여, 기관력의 시적범위는 사실심변론종결 시까지인데, 그 이후에 새로운 사유가 발생한 경우이므로 기관력에 저축된다고 할 수 없다고 판시하고 책임제한도 전소와 동일하게 50%를 인정하였다.

(2) 다만 지급방법과 관련하여 본 사건의 변론종결 시까지는 일시금을, 그 이후에는 원고의 생존을 조건으로 정기금 배상을 명하였다.

다. 판결의 의의

(1) 의료소송에서 정기금 배상을 명하는 판결이 전혀 없는 것은 아니다. 그러나 본건과 같이 전소의 판단을 받아 기관력이 발생한 이후에 전소의 전제가 되었던 신체감정상의 여명 기간보다 오래 생존한 것을 이유로 한 추가 청구가 인용된 것은 그 유례를 찾아보기 어렵다는 점에서, 의료사고 피해자의 권익구제를 위한 추가방안이 마련된 것으로 볼 수 있다.

(2) 다만 위 판단에 대해서는 원피고 모두 항소하여 서울고등법원 2010나92140호로 재판이 진행 중이어서 그 귀추가 주목된다.

10. 서울행정법원 2009.10.29. 선고2008구합9522

과징금부과처분취소 판결

서울고등법원 2010.11.11. 선고 2009누38239,38246

대법원 2010두27639(진행 중)

가. 사실관계

(1) 피고 보건복지가족부가, 원고병원(여의도 성모병원)에 대한 요양급여

내역조사를 실시하여 백혈병 치료를 받은 환자들로부터 (i) 요양급여기준에서 인정되는 외의 진료비, (ii) 별도산정 불가능한 치료비, (iii) 삭감이 예상되어 공단에 청구하지 않을 진료비 및 (iv) 편법 징수한 선택진료비 등 약 20억 원에 대하여, 사위 부당한 방법으로 요양급여비용을 받은 것에 해당한다고 판단하고, 피고 국민건강보험공단은 위 금액만큼의 요양급여비용 환수결정을 하고, 총 96억 원 상당의 과징금 부과처분을 부과하였다.

(2) 이에 원고는, 급여기준 위반으로 인정된 총 37개 항목 중 31개에 대하여 의학적 타당성이 인정된다고 주장하고, 22개 항목에 대한 급여기준변경을 신청하여 이 중 12개 항목에 대해서는 급여기준고시나 허가사항 또는 공단의 공고가 일부 또는 전부 변경되었다.

(3) 이후 원고는 피고들을 상대로, 위 환수처분과 과징금부과처분은 국민건강보험법 등에서 규정하고 있는 “요양기관이 사위 기타 부당한 방법으로 요양급여 비용을 가입자로부터 받거나 부담하게 한 때”에 해당한다고 볼 수 없어 처분사유가 존재하지 않는 경우이거나, 피고의 처분은 과잉금지원칙을 위배하여 재량권을 일탈·남용한 경우에 해당하므로 취소되어야 한다고 행정소송을 제기하였다.

(4) 이에 대하여 제1심 심리를 맡은 서울행정법원은, (i) 급여기준 위반 의약품 비용 징수 유형, (ii) 별도 산정 불가 치료재료 등의 비용별도 징수 유형 전부에 대하여 일률적으로 원고 병원이 환자 측으로부터 본인부담금을 징수한 것은, 법 제52조 제4항 또는 제85조 제1항 제1호가 규정하고 있는 ‘요양기관이 사위 기타 부당한 방법으로 가입자 등으로부터 요양급여비용을 받거나 부담하게 한 때’에 해당하지 않고, (iii) 선택진료비 징수 방법에 있어서도 부당징수로 볼 수 없음에도, 피고들이 이와 달리 본 점에서 위법하고, (iv) 삭감이 예상되어 환자 측으로부터 징수한 경우에 대해서는 피고들의 판단이 맞다고 판단하면서, 당사자가 제출한 증거나 법원의 증거조사에 의하여 나타난 증거자료만으로는 정당한 과징금의 액수나 환수하여야 할 부당이익의 액수를 구체적으로 산출할 수 없다며 처분 전체를 취소하였다.

나. 판결요지

(1) 원심의 판단을 그대로 인용하여 피고의 항소를 기각하고 일부 이유에 대하여 보충하였다.

(2) 요양급여기준은 요양급여사항과 비급여사항 모두 구체적인 의료행위·약제·치료재료를 개별적으로 열거하고 있는데 요양급여기준에 정해진 요양급여사항에도 해당되지 않고 비급여사항에도 해당되지 않는 의료행위·약제·치료재료가 생기기 마련이고, 의료기술의 발달에 따라 그러한 사항은 증가하게 되는데, 질병의 치료를 위하여는 위와 같은 임의비급여가 필요한 경우에는 건강보험제도의 대상이 아니어서 보험급여로서 청구할 수 없으므로, 보험제도의 틀 밖에서 수진자의 동의를 받아 시행하고 그 비용과 보수를 수진자에게 직접 청구할 수밖에 없는데, 특히 이 사건 백혈병과 같이 진단과 동시에 일반암의 말기에 해당하여 초기사망률이 매우 높지만 적극적인 치료로 완치율이 높아지는 질병의 경우에는 위와 같은 필요성이 증대된다는 점 등을 거론하며 원심의 판단이 타당함을 확인하였다.

다. 판결의 의의

(1) 요양급여기준을 벗어난 진료와 관련된 진료비 등 본건에서 문제되고 있는 유형들에 대해서는, 이전까지 모두 강행규정인 요양급여기준을 벗어난 것으로 사위부정한 방법으로 환자로부터 징수한 것이라며, 의학적 타당성 여부를 떠나, 그 비용징수의 정당성을 인정하지 않았을 뿐만 아니라, 해당 금액에 대한 환수와 본건에서와 같은 5배의 과징금 부과로, 병원 등에 막대한 부담이 되어 왔던 부분이다.

이전에는 피고들의 환수 또는 과징금부과처분에 대한 행정소송에서 원고 승소한 경우가 없었으나, 본건에 대한 원심과 본건 판결로 복지부와 공단을 비롯한 각 기관에 문제되는 영역을 어떻게 처리할 것인가에 대한 과제를 실질적으로 부여한 결과가 되었다.

(2) 다만 본건에 대하여는 피고들이 항소하여 대법원 2010두27639호로 진행 중이며, 2011. 1. 10. 피고 측의 상고이유서가 제출된 상태여서, 앞으로 그 귀추가 주목된다.

11. 대법원 2010.3.25. 선고 2009두21345 치과의사면허자격정지 및 경고처분취소 - 의료광고 규제 관련 사건

가. 사실관계

(1) 치과의사인 원고는 레이저 치료기 제조사에서 배포한 광고책자에 “레이저는 시술 시 출혈이 적고 통증 없이 우수한 치료효과를 볼 수 있습니다”라고 기재되어 있는 것을 참고로, 자신의 의료기관 인터넷 홈페이지에 임플란트 시술과 관련하여 “레이저를 이용하여 치아나 잇몸을 절삭, 절개하여 통증과 출혈이 거의 없습니다”라는 내용의 이 사건 광고를 하였는데, 피고 보건복지부장관이 2008.10.14. 원고에 대하여 이 사건 광고가 의료법 제56조 제2항 제2호에 규정된 ‘소비자를 현혹할 우려가 있는 내용의 의료광고’에 해당한다는 이유로 치과의사면허자격정지처분을 하였다.

(2) 이에 대하여 원고가 위 처분의 취소를 구하여 서울행정법원에 2008 구합45726호로 행정소송을 제기하였으나 패소하였고, 원고가 항소하였으나 서울고등법원 역시 “이 사건광고에 사용된 ‘통증과 출혈이 거의 없다’라는 표현은 ‘통증과 출혈이 완화된다’라는 표현과 그 의미가 분명히 다를 뿐만 아니라 치료를 원하는 사람들로 하여금 ‘통증과 출혈이 없다’거나 ‘전혀 없다’는 의미로 이해될 여지가 있고, 이는 ‘통증과 출혈의 발생’이라는 사실을 왜곡하여 시술방법이나 시술효과에 있어서 소비자들로 하여금 혼란을 야기한 것이므로, 이 사건 광고는 ‘소비자를 현혹할 우려가 있는 내용의 광고’에 해당한다”며 항소를 기각하였고, 원고가 대법원에 상고하였다.

나. 판결요지

(1) 이 사건 광고는 레이저 치료기에 의한 임플란트 시술이 다른 시술방법에 비해 부작용이 적다는 의료정보를 제공하는 측면이 있다.

(2) 나아가 이 사건 광고와 같이 수치로 환산하기 어려운 통증의 정도 등을 표현하는 광고에 있어서 ‘많다, 적다, 거의 없다’와 같은 다소 불확정적인 개념을 사용하는 것은 불가피한 것으로 판단될 뿐만 아니라, 이 사건 광고에서 사용된 ‘통증과 출혈이 거의 없다’라는 표현이 곧바로 ‘통증과 출혈이 없다’ 또는 ‘전혀 없다’라는 의미로 의료서비스 소비자들에게 인식됨으로써 그들의 판단에 어떠한 영향을 미칠 것이라고 보기도 어렵다는 점에서, 이 사건 광고가 그 표현내용에 있어서 ‘허위·과장광고’에 해당하는 것인지 여부는 별론으로 하더라도 이를 들어 곧바로 ‘치료효과를 보장하는 등 소비자를 현혹할 우려가 있는 내용의 광고’에 해당한다고 볼 수는 없음에도 불구하고 위 광고를 ‘치료효과를 보장하는 등 소비자를 현혹할 우려가 있는 내용의 광고’에 해당한다고 판단한 것은 의료법 제56조 제2항 제2호에 관한 법리를 오해한 것이라 판시하였다.

(3) 위와 같은 판시에 따라 파기 환송된 서울고등법원 2010누10244 사건에서, 원고 승소가 확정되었다.

다. 판결의 의의

(1) 의료광고 규제와 관련하여, 의료기관 홈페이지에 게재된 내용 중 통증이나 출혈이 없다는 등의 문구에 대하여 허위·과장광고 또는 소비자를 현혹할 우려가 있는 광고라는 이유로 많은 의료인에게 의료법 위반으로 규제가 이루어져 오고 있는데, 본건은 이러한 관행에 대한 재고를 요구하는 판결로 볼 수 있다.

(2) 즉 판결이유에서 지적되고 있는 바와 같이 “거의 없다”는 표현은 “전혀 없다”는 표현과는 다른 의미의 표현임에도 불구하고, 과거 거의 의료인

에게 불리한 판단이 나왔던 것¹¹⁾에 비하면, (가) 의료광고에 대한 허용폭이 확대되고, (나) 홈페이지 광고에 대해서는 아직까지도 구체적 규제규정이 없음에도 불구하고 명시적 규제대상에 포함되어 있지 않았으며, (다) 의료인의 직업 수행의 자유를 강조한 헌법재판소의 위헌결정의 취지 등을 고려하여, 의료인이 행할 수 있는 광고의 범위를 넓혔다는 점에서 의미가 있다.

III. 총 합

1. 판결의 경향

가. 대법원

대법원 판결에서는, 산부인과 사고와 관련하여 태아저산소증으로 인한 뇌성마비 사례에서 인과관계 판단기준을 미국산부인과학회 및 미국 소아과 학회에서 제시한 2003년 기준을 그대로 적용하여 판단하고, NST기록지 미출력에 대하여는 의사 쪽에 유리한 판결이 나와 산부인과 사고에서 원고 측 입지가 점점 줄어들고 있음을 알 수 있으며, 설명의무는 다양한 방향으로 이론적 발전이 이루어지고 있으며, 하급심에서 설명의무 위반이 인정된 경우 대법원에서 뒤집어지는 경우는 찾아볼 수 없었다.

나. 서울고등법원

서울고등법원 판결에서는, 설명의무위반 여부에 대한 판시가 자주 발견되고 있는 바, 지도설명의를 조금 더 이론적으로 강화하고 발전시켜 나가고 있는 모습이 주목되었고, 과거 설명의무 위반에 대하여 1,000~2,000만 원의 위자료 수준의 배상액 인정이 주었던 점에 비하여 배상액의 한계를

11) 이 사건 1, 2심에서 원고패소판결이 나왔던 것을 보면 과거의 경향을 쉽게 알 수 있다.

넘는 판결이 발견되어, 기존 입장에 안주하지 않고 개별 사건의 구체적 타당성을 고려하여 판단하려는 노력이 나타나고 있는 것으로 이해되었다. 다만 전반적인 판결의 경향에 있어서는 이전보다 피고 측 책임인정범위를 줄여 과거 잘 나타나지 않던 20~25%의 책임을 인정하는 판결들도 다수 발견되었다.

다. 서울중앙지방법원

서울중앙지방법원 판결에서는, 의료전담부가 아닌 재판부에서의 판결도 다수 생산되고 있고, 과실이나 인과관계와 관련한 새로운 법리보다는 손해배상의 범위에 대한 판결에서 세밀한 부분까지 실시하는 경우가 발견되어 법리를 더욱 정치하게 발전시켜 나가는 모습이 발견되고 있으며, 단독 재판부 판결에서는 성형외과 사례가 압도적으로 다수인데, 책임제한이 이루어지는 경우와 그렇지 않은 경우가 혼재되어 있고, 위자료 액수에서도 특별한 기준을 찾아보기는 어려웠다.

2. 문제점과 개선방향

가. 판결문 확보 방법의 개선

대법원이 판결문을 전체적으로 공개하지 않음에 따라, 판결문을 확보하기 위하여 법원도서관에서 손해배상(의)사건의 목록을 일일이 확인한 후 대법원 웹사이트를 통해 판결문 열람등사신청을 통해 확보하는 과정에서 많은 시일이 흘렀고, 이러한 번거로운 과정을 거쳐 신청한 판결문을 고등법원 담당자의 업무 변경 등을 이유로 2개월 이상 송부하지 않음으로써 분석작업을 2달 이상 미뤄야 하는 현실은, 우리나라가 과연 법률선진국이라고 할 수 있는가 하는 의문을 제기하게 하였다. 판결문 공개방법에 대한 대법원의 근본적 발상 전환이 필요하고, 변협 등에서 이를 구체화 할 방안을 강구할 필요가 있다.

나. 개선방향

(1) 판결의 경향분석은, 재판부의 인적구성과 전체적인 데이터베이스 구축의 어려움을 고려할 때, 반드시 지속해야 하는지 의문을 가질 수도 있으나, 법관들이 기존의 판결들을 참고하여 진행사건의 판단기준을 마련한다는 점, 대리인들에게 있어서 기존 판결의 경향을 익히는 것은, 법원을 상대로 한 변론 진행에 있어서 필요한 내용을 미리 파악하고 준비할 수 있게 한다는 점에서 중요하다.

(2) 판결문 확보의 어려움이 있다는 점을 고려하더라도, 판결문의 검토를 통한 의료소송 경향의 분석과 이론적 정합성 제고를 위한 노력 및 미비점의 분석은 항상성이 필요한 과제라는 점에서, 앞으로도 이러한 의료판결 분석 작업은 지속되어야 할 것이고, 법원과의 협조를 통한 판결문 확보의 용이성 제고, 상시적 모니터링 작업을 위한 인력과 시스템의 구축이 필요하다고 할 것이다.

주제어 : 뇌성마비, 지도설명의무, 줄기세포, 정신질환자, 설명의무, 의료광고, 판결분석

[참 고 문 헌]

- 김만오, “의료과오에 관한 판례의 동향”, 『민사법학』, 제27호, 2005.
- 김민규, “설명의무 위반과 위자료”, 『비교법학』, 제13권, 부산외국어대학교 비교법연구소, 2002.
- 박영호 “손해배상액 산정에 관한 최근 10년간 판례의 동향”, 『의료법학』, 제10권 제2호, 제11권 제1호, 2010.
- 서영현 「미용성형기술에 관한 판례의 동향과 분석」, 고려대학교 법무대학원 석사학위 논문, 2011.
- 이정선 “투신사고와 자살 사이의 상당인과관계 인정과 손해배상 범위에 대한 소고”, 『의료법학』, 제9권 제1호, 2008.
- 현두륜 “의료행정소송의 실무와 판례: 임의비급여 사례를 중심으로”, 『의료문제를 생각하는 변호사 모임 자료집』, 2010.
- 『최신의료판례』, 동림사, 2003.

Review of 2010 Major Medical Decisions

Lee Jungsun¹ · Seo YoungHyun² · Yoo Hyunjung³

Gunwoo¹, Hippocra², Seolaw³

=ABSTRACT=

Verdicts related to major medical litigation given by the Seoul Central District Court, the Seoul High Court and the Supreme Court in 2010 were analyzed. It's shown that in cases of the medical negligence regarding the occurrence of neonatal cerebral palsy, the plaintiff claims were dismissed using criteria proposed by associations of Obstetrics and Gynecology and Pediatrics in US, and thereof the burden of plaintiffs to prove the medical negligence has increased.

In addition, in case of that the expected survival period of infants gets longer, payments for treatment and nursing after survival period determined by judges are made and it was judged to compensate it as a periodical indemnity.

In case for the explanation obligation the most frequently mentioned in the medical litigation, in addition to cases of invoking the existing theory of explanation obligation, verdicts to mention the instructions of theory regarding instruction explanation obligation and the possibility of compensation for damages on property are given. Particularly, in cases for a liability of reparation by exaggerating the effects and not disclosing the risks related to treatment with stem cells, even if the treatment not approved by Food and Drug Administration is in violation of the Pharmaceutical Affairs Law, it's not illegal as violation in Pharmaceutical Affairs Law itself. But there is a certain verdict to present the possibility of an extension of the theory of explanation obligation by acknowledging the liability of reparation caused by illegal acts with no explanations of effects and risks of treatment with stem cell by doctors and pharmaceutical companies.

In an incident in which a mental patient fell and died through the opened door

of the roof at the hospital, a liability of reparation was acknowledged due to defects in structure installation management and this verdict drew an attention since the overall management responsibility about patients including structures was acknowledged to the hospital besides the obligations on medical practice.

In case of the verdict without giving the opportunity to state the opinion with respect to the main legal issues, the responsibility of the court was emphasized since the court did not fulfill the explanation obligations. There were some cases in which payments for nursing and caring to a patient in vegetative state during the plastic surgery was admitted. However, in dental-related incidents, the proportion of cases in which plaintiff won was low since the difficulty of proving may be reflected.

In the area of administrative litigation, unlike the existing position regarding arbitrary medical charge cover collected from patients in hospital, the verdict to admit the legitimacy of collection of medical treatment was given and attracted the attention of people. Verdict in which the expression related to medical advertisement was not exaggerated disposed the original verdict and pointed out the problem of excessive regulations on medical advertisement.

The effort to analyze the trend of verdicts of court through reviewing the decisions and to organize should be continued, but the full decision should be disclosed as a base, and people and systems to enable the all time monitoring should be prepared.

Keyword : Neonatal cerebral palsy, Instruction explanation obligation, Stem cell, Mental patient, Explication obligation, Medical advertisement, Reviewing the decisions
--