

# 의료사고의 손해배상과 위자료 산정

－ 한국소비자원 의료피해구제 사례들의 일별 －

김경례\* · 안범영\*\*

- I. 서론
- II. 위자료의 법적 성질 및 기능
  - 1. 법적 성질
  - 2. 위자료의 기능
- III. 법원의 위자료 산정
  - 1. 위자료 참작사유
  - 2. 법원의 실무기준
  - 3. 기준의 의의 및 한계
- IV. 소비자원 위자료 산정기준
  - 1. 위자료 지급 사례
  - 2. 위자료의 산정기준
- V. 결론적 소결

## I. 서론

의료사고는 그 본질상 통상적으로 최고 법익인 사람의 생명, 신체 및 건강상 피해를 수반하며, 또한 그 피해의 원상회복도 대부분 어려워져 육체적·정신적 고통이 잔존하게 된다. 따라서 의료사고의 손해배상을 통한 법적구제에서는 통상 위자료(慰藉料)의 지급이 이루어진다.<sup>1)</sup>

\* 논문접수: 2012.10.28. \* 심사개시: 2012.11.10. \* 수정일: 2012.11.25. \* 게재확정: 2012.12.10.

\* 한국소비자원 의료팀 차장, 법학박사.

\*\* 고려대학교 법학전문대학원, 교수.

위와 같은 위자료에 관해서는 그 본질로서 법적 성질을 비롯하여 다양한 논의가 있다. 특히 의료분쟁을 소송 외적으로 해결하는 실무에서는 그 산정기준의 확립은 불가결하며, 중요한 역할을 한다. 주지하듯이, 유사한 의료사고임에도 위자료 액수에서 상당한 차이가 있는 것은 그 산정상 일반적인 참작사유들<sup>2)</sup> 이외에 법원에 유보된 재량적 판단 하에서 개별 사례들에 즉응하여 구체적인 타당성을 일회적으로 모색하는 경향에도 적지 않은 원인이 있다고 아니할 수 없다.<sup>3)</sup>

의료사고로 인한 분쟁의 소송 등에서 위자료 산정과 상관적으로 고려되는 주요한 것은 일실손해의 산정이라고 할 수 있다. 이와 관련하여 통상, 일실수입은 도시일용노동에 종사하는 보통 인부의 1일 임금을 적용하고 있는데<sup>4)</sup>,

- 1) 현행 민법은 제751조(재산 이외의 손해의 배상), 제752조(생명침해로 인한 위자료), 제806조(약혼해제와 손해배상청구권), 제825조(혼인취소와 손해배상청구권)에서도 '재산상 손해외에 정신상 고통'에 대한 '손해배상의 책임'이라는 표현을 사용하고 있다.
- 2) 대법원 1957. 2. 9. 선고 4289민상676 판결: 상해로 인한 위자료 산정 시 피해자의 부상정도, 연령, 직업, 가족, 생활상태 및 과실 유무와 가해자의 과실정도 및 자력 배상책임자의 입태 등 제반사정 참작해야 한다.
- 3) 대법원 2009. 12. 24. 선고 2008다3527 판결: 항공기 사고의 위자료 산정, 실무상 검찰의 구형량과 법원의 선고형량이 크게 차이가 나기 때문에 형사사법 불신의 원인으로 지적되었는바, 대검찰청은 2010년 7월부터 양형기준을 적용하고 있다. 이후 양형기준을 구체화하는 '구형 및 항소지침'을 마련하는 등 세부적 구형기준의 필요성(형량범위)을 마련해 양형기준과 구형지침에 의해 실제 선고될 형량을 산출해 구형함으로써 구형량과 선고형량의 격차를 줄이는 노력을 하고 있다.
- 4) 일반 도시 또는 농촌 일용노동자의 경우, 종래 판례는 경험칙에 의하여 55세가 끝날 때까지를 가동연한으로 인정했으나(대법원 1981. 9. 8. 선고 81다9 등), 사회·경제적 여건과 생활여건의 급속한 발전에 따른 평균여명의 상승, 기능직공무원의 정년 연장 등 제반 사정의 변화에 따라 가동연한을 늘려야 한다는 주장이 지속되던 중, 전원합의체판결로 종전 판례를 폐기하고 일용노동의 구체적 한계 연령에 대해 이를 사실심의 판단에 맡겼다(대법원 1989. 12. 26. 선고 88다카16867 전원합의체). 최근에는 일반 일용노동에 종사하는 사람은 만 60세가 될 때까지 가동할 수 있다고 보는 것이 경험칙상 타당하다는 것이 판례의 확립된 태도이다(대법원 1991. 3. 27. 선고 90다11400; 대법원 1992. 2. 11. 선고 91다29095; 대법원 1991. 4. 23. 선고 91다6665). 그러나 위 전원합의체판결이 제시한 가동연한 결정의 기초가 되는 여러 요인들이 다시 변화되어 가동연한에 관해 현재보다 상향조정된 새로운 경험칙을 정립해야 한다는 견해도 있다. 최근에는 특히 농업종사자에 대하여 60세 가동연한의 연장 여부가 문제되고 있다. 판례는 아직까지는 농업 노동 또는 농업 노동을 주로 하는 자의 가동연한은 경험칙상 60세가 될 때까지라고 하고(대법원 1995. 2. 14. 선고 94다47179; 대법원 1997. 12. 26. 선고 96다25852), 다만, 그의 연령, 직업, 경력, 건강상태 등 구체적인 사정을 고려하여 위와 같은 경험칙을 배제하고 60세를 넘어서도 가동할

고령화 사회로 진입했음에도 가동연한을 60세까지만 인정함으로써 일반의 노인기준(65세)에도 미치지 못하는 실정이다.<sup>5)</sup>

최근 기획재정부 보도 자료에 의하면, 2026년에는 초고령 사회로 65세 인구비중이 20%로 추정돼 급격한 고령화 속도에 맞게 ‘건강한 노인이라면 얼마든지 생산 인구로 활용할 수 있다는 식의 관점 전환이 필요’하다는 관점에서 노인의 기준을 65세에서 70세나 75세로 바꾸고 나이로 노동능력을 따지는 정년제를 없애자는 의견도 제기된다.<sup>6)</sup>

아래 표는 최근 2년간(1월~8월 동기간 비교) 소비자원에 의료피해구제로 접수된 50세 이상 신청인(환자)의 접수현황이며, 각각 47.9%, 43.2%로 나타났다.

<표 1> 의료피해구제 연령별 접수현황<sup>7)</sup>

| 구분 \ 년도   | 50~59세        | 60~69세       | 70~79세       | 80세 이상      | 소계            | 총계             |
|-----------|---------------|--------------|--------------|-------------|---------------|----------------|
| 2011.8.31 | 111<br>(20.7) | 79<br>(14.7) | 57<br>(10.6) | 10<br>(1.9) | 257<br>(47.9) | 536<br>(100.0) |
| 2012.8.31 | 135<br>(20.1) | 82<br>(12.2) | 60<br>(8.9)  | 13<br>(1.9) | 290<br>(43.2) | 672<br>(100.0) |

수 있다는 특별한 사정이 있는 경우에만 그의 가동연한 60세가 넘어도 인정할 수 있다고 한다(대법원 1993. 11. 26. 선고 93다31917; 대법원 1996. 11. 29. 선고 96다37091; 대법원 1997. 4. 22. 선고 97다3637; 대법원 1997. 12. 23. 선고 96다46491; 대법원 1999. 9. 21. 선고 99다31667).

5) 의사가 의약품을 사용하면서 첨부문서에 기재된 사용상 주의사항에 따르지 않은 결과 의료사고가 발생한 사안에서 서울고등법원 2012. 3. 22. 선고 2010나24017 판결: 손해배상액 범위에서 “원고들은 망인이 2000년 문학박사 학위를 취득하여 대학 및 연구소의 연구교수, 연구위원 등으로 활동하여 왔으므로 2007년 임금구조 기본통계 조사보고서의 전문가 중 과학전문가로서 9년간의 경력에 따른 통계소득을 적용하여야 한다고 주장하지만, 2005. 10. 이후 소득에 관한 자료가 없고 앞에서 본 바와 같이 장기간 알코올 의존증에 빠져 있어 입·퇴원을 반복하고 있었던 점에 비추어 재활의 가능 여부 및 재활시점 등을 특정하기 곤란하므로, 손해의 공평·타당한 부담을 그 지도 원리로 하는 손해배상제도의 이념에 비추어 도시 보통 인부 노임을 적용하기로 한다.”고 실시했다. 병원책임을 30%로 제한해 가동연령을 60세로 산정, 배상액은 84,257,000원(이중 위자료는 망인에게 2천만원, 배우자 700만원, 자녀 500만원 포함)이었다.

6) 중앙일보, 2012. 9. 12. 기사 <http://media.daum.net/politics> 참조.

7) 단위: 명(%).

환자가 가동연령인 60세를 초과할 경우 병원의 배상책임이 인정되는 경우에도 일실수입이 인정되지 않아 손해전보에 미치지 못하는 소액의 위자료만 지급되는 실정이다. 비록 손해배상법상 위자료 배상의 보완적 기능에 과도하게 의존하게 된다는 법리적 문제점이 있으나, 실무 일선에서는 위와 같은 현 상황에 상응하는 위자료 산정기준이 요청되고 있다.<sup>8)</sup> 가동연령에 근접하거나 초월한 경우에 충분한 노동능력이 존재하고 있음에도 불구하고 법적으로 제한을 받아 정당한 노동능력 가치를 받지 못하는 불합리한 결과를 초래하고 있기 때문이다.

본고의 주제와 관련하여 이하에서는 위자료의 법적 성질과 기능을 살펴보고(II), 우리 법원의 위자료 산정을 검토한다(III). 그리고 소송 외적 분쟁해결에서는 소비자들의 의료피해구제 사례를 통해 위자료 금액과 소비자원에서 적용하는 위자료 산정기준을 소개하면서(IV) 문제점들을 비판적으로 살펴본다.

## II. 위자료의 법적 성질 및 기능

### 1. 법적 성질

의료사고 인한 위자료 배상의 법적 성질에 관하여는, 손해배상의 범주적인 기준의 논의에 비추어, 손해전보(損害填補)와 사적 제재의 관점(私的刑罰)으로 대별할 수 있다. 즉, 피해자의 비재산적 손해의 전보로서 파악하는 전보배상설과 가해자에 대한 제재적 성격을 갖는 제재설이라고 부를 수 있을 것이다.

또한 위자료를 일종의 손해배상으로 파악하는 경우에도, 다른 기능이 함께 고려됨으로써 법적 성질이 달라질 수 있는바, 전보배상설에서도 정신적 고통의 실손해에 대한 전보가 위자료의 본질이고 부수적으로 제재적 기능을 인정

8) 60세 가동연령까지는 도시일용직 1일 노임(2012. 1. 1. 75,608원) 적용 시 1년 일실수입은 약 1,940만 원인데, 병원책임을 30% 인정할 경우엔 약 580만 원이기 때문에 50세 이후에도 손해전보를 보완하는 적절한 위자료 산정이 합의 성립에 중요하게 작용된다.

하거나, 사적 제재설도 손해의 전보기능을 부정하지 않지만 위자료의 주된 기능을 가해자의 사적 제재에서 찾는다는 점에서 차이가 있을 뿐이라는 절충적인 입장으로 양단적 관점이 완화되는 경향을 살펴볼 수 있다.<sup>9)</sup>

이하에서는 우선 위자료에 관한 법적 본질과 특성으로 전개된 기존의 논의를 요약하여 개관한다.<sup>10)</sup>

### 가. 전보배상설

우리의 통설적인 견해로서 위자료를 손해배상으로 보는 이유에 대해 다음과 같은 점들을 들고 있다. ① 정신적 손해는 재산적 손해와 같이 금액으로 평가하지 못하고, 또 재산적 손해의 배상에서처럼 손해와 등가적인 물건을 급부함으로써 원상회복을 하거나 손해를 전보하는 것은 불가능하지만, 위자료를 받아 이를 생활에 필요한 물품을 사거나, 채무를 변제하거나, 저축을 하는 등 그 밖의 생활의 위안을 얻음으로써 정신적 고통이 경감되거나 완화된다면, 그러한 한도에서 금전에 의한 정신적 손해의 전보 내지 배상가능성이 인정될 수 있다. ② 위자료 산정에서 경과실보다 고의나 중과실의 경우가 위자료액이 많겠지만 이는 가해자의 비난가능성이 크기 때문에 더 큰 제재를 가한다고만 볼 것이 아니고 그 만큼 피해자의 고통이 크기 때문에 위자료액수가 많아진 것으로 볼 수 있다. ③ 정신적 손해배상의 가치에서는 재산적 손해의 배상에서와 달리 가해자 측의 사정도 고려되는데, 이는 정신적 고통 내지 정신적 손해의 정도는 가해자의 사정에 영향을 받기 때문에 가해자측의 사정도 고려해 위자료액을 정해야 공평한 손해의 조정이 될 수 있다. ④ 제재설의 입장을 취하면

---

9) 박동진, “비재산적 손해의 배상과 위자료”, 『법학연구』, 제21권 제3호, 2011, 제173면 참조.

10) 김선석, “위자료의 산정과 그 기준에 관한 제문제”, 『재판자료』, 제21편, 법원행정처, 1984, 제326면; 이명갑, “제재적 위자료의 입론(I)”, 『사법행정』, 제197호, 제26~28면; 장재옥, “위자료에 관한 몇 가지 고찰”, 『이영준박사회갑기념논문집』, 1999, 제622면 이하; 곽윤직, 『채권각론』, 제6판, 2003, 제822면; 주석 민법/서광민, § 751 채권각칙(8), 2000; 동저, “위자료에 관한 몇 가지 문제점”, 『서강법학연구』, 제2권, 2000, 제131면; 김명수, “위자료의 법적 성질과 기능에 관한 고찰”, 『법학연구』, 제23집, 2006, 제66~74면 등 참조.

근대법이 취하고 있는 민사책임과 형사책임의 분배 원칙을 파괴하게 되고, 일사부재리의 원칙에 위배될 수 있다.

#### 나. 사적 제재설

사적 제재설은 형사책임과 민사책임이 분화하기 이전의 복수관념으로 보고, 위자료를 타인에게 불법을 저지른 자에게 사적 제재 또는 사적 형벌로 본다. 즉 교통사고나 공해사건 같은 경우에 위자료의 역할이 중대하고 지금까지 손해배상은 특히 사고의 억제에 대해서 불충분하다는 인식이 뒷받침되어 있다.

위자료를 사적 제재로 보는 이론적 근거로는 ① 정신적 고통을 느낄 수 없는 유아나 정신장애자에게도 위자료가 인정된다는 점, ② 위자료를 손해배상금이라고 하려면 우선 손해가 양적으로 측정가능해야 하는데 정신적 손해는 양적 측정이 불가능하다는 점, ③ 위자료액은 가해행위의 성질과 정도에 상응하여 결정된다는 점, ④ 초상권이나 프라이버시 같은 인격권의 침해에 대해 아직 형법적 보호가 없는 것은 형법의 보충성의 원칙에 따라 과잉입법을 피하고 형벌 이외의 다른 수단에 의해 그러한 법익을 보호하려는 것인데, 위자료에 제재적 요소를 인정하면 형법의 보충성의 원칙을 충족시키면서도 인격권의 보호가 약화되는 것을 막을 수 있다는 점, ⑤ 위자료를 지급했다고 하여 전과범으로 취급되지도 않고, 위자료는 형벌로서의 벌금처럼 국가에 귀속되지도 않기 때문에 위자료를 사적 제재로 본다고 하여 이중처벌이 되는 것이 아니라는 점, ⑥ 일반 대기업이나 언론기업 등은 영리를 추구하는 나머지 불법행위를 통해 얻는 이익이 손해배상책임의 부담에 의해 발생하는 손실보다 큰 경우에는 손해배상책임의 부담을 예상하면서도 불법행위를 감행하는 경향이 있는데, 사적 제재로서의 위자료를 인정하게 되면 이러한 행태를 방지할 수 있다는 점 등을 제시하고 있다. 이처럼 위자료를 가해행위에 대한 제재수단으로만 파악하지 않고 위자료청구권이 정신적 고통을 감지하지 못하는 자에게도 인정되는 점을 들어 위자료를 정신적 손해의 전보로만 볼 수는 없고, 가해자에 대한 제

재로도 파악하는 견해도 있다.

#### 다. 검토

위자료의 배상에 의한 정신적 고통에 대한 보상을 재산적 손해의 전보와 동일시할 수 없겠으나, 비재산적 손해의 전보로서 손해배상이라고 할 수 있다. 그러나 위자료는 비재산적 손해의 보상이지만, 항상 일정한 것이 아니고 시간 흐름에 따라 달라질 수도 있는 피해자의 감각적 고통을 완화 또는 경감하는 것만을 목적으로 하는 것은 아니다.<sup>11)</sup> 또한 불법행위에 의한 피해자의 비재산적 이익 상실의 정도 및 정신적 고통의 정도에 관하여는 종국적으로 법원이 규범적으로 평가하여 판단하여야 하는바, 사실적으로만 판단할 것도 아니다.<sup>12)</sup>

이상에서 총합하여 일별한 바와 같이, 위자료의 법적 성질에 대해서는 다양하게 대립하는 논점들이 있지만, 의료분쟁 실무상 현재의 상황에 대한 문제인식으로서 위자료가 피해자의 비재산적 손해의 전보뿐만 아니라, 사적 제재로서의 실효성을 인정하고, 나아가 예방적 기능으로 포괄하려는 기제로서 공감을 얻을 수도 있을 것이다.

소결적으로는 위자료의 법적 본질에 관한 학리적 논의는, 법정정책적 관점에서 접근한다면 문제해결의 주요 논점은 아니라고도 할 수 있겠다. 그러나 현행 민법 제751조(財産 以外의 損害의 賠償) 제1항에서는 “... 身體, 自由 또는 名譽를 害하거나 其他 精神上 苦痛을 加한 者는 財産 以外의 損害에 對하여도 賠償할 責任

---

11) 피해자가 고통을 느낄 수 없는 유아나 심신상실자인 경우에도 마찬가지다. 대법원은 일찍이 태아의 정신상 고통을 위한 위자료 청구권을 인정하고 있다. 대법원 1962. 3. 15. 선고 61다903 판결: “태아도 손해배상의 청구권에 관하여는 이미 출생한 것으로 보는 것이고 또 위자료는 그 청구권자가 피해 당시 정신상 고통에 대한 감수성을 갖추고 있지 않다 하더라도 장래 이를 감수할 것임이 현재 합리적으로 기대할 수 있는 경우에 있어서는 즉시 그 청구를 할 수 있다.”

12) 서광민, 전계논문 제133~136면. 이미 현행 민법전 시행 전에 대법원 1958. 7. 2. 선고 58민상306 판결에서는 위자료 산정에서 참작해야 할 사유 중의 하나로 가해자의 사회적 지위, 재산정도 외에 불법행위의 동기, 가해상황, 고의·과실 및 그 정도, 기타 제반 사정 등 가해자의 사정을 고려하는 것으로 판시하였다. 이명갑, 전계논문, 제28면 참조.

이 있다.”고 규정하고, 이어진 제752조(生命侵害로 인한 慰藉料)에서는 “他人의 生命을 害한 者는 … 財産上의 損害없는 境遇에도 損害賠償의 責任이 있다.”고 규정하고 있는바, 위 조문들의 문구상으로는 생명침해의 직접적인 피해자에 대한 비재산적 손해배상만을 ‘위자료’라고 표현하고 있다. 따라서 제751조의 비재산적 손해의 배상을 포괄하여 위자료라는 용어를 사용하는 한, 그 본질과 기능에 관한 논의 대상의 범주가 달라진다는 점을 고려하여야 하며, 나아가 위와 같은 개념 용어의 계수연혁상 - 독일민법전 입법이유서상 ‘Schmerzensgeld’, 그리고 스위스채무법상 ‘Geldsumme als Genugtuung’이라는 표현에 보다 근접한 위자료(慰藉料)라는 용어에서 드러나듯이 - 만족적 기능이 개재되어 있는 한, 학리적으로는 비교·연혁적인 재검토가 요구된다.<sup>13)</sup>

## 2. 위자료의 기능

이하에서는 기존의 논의에서 제시되고 있는 위자료 배상은 복합적 기능들을 비재산적 손해전보의 보상적 기능(Ausgleichsfunktion)과 위자(慰藉)로서 만족적 기능(Genugtuungsfunktion),<sup>14)</sup> 그리고 후자의 기능과 연계된 예방(제재)기능, 보완(조정)기능으로 구분하여 일별한다.

### 가. 만족기능

정신적 고통으로 인한 손해는 그 본질상 금전으로 환산할 수 없어 원상회복은 불가능하나, 최소한 금전을 통해 피해자 및 일정 관계자들을 위로함으로써

13) Vgl. Mot. II(1888), S. 801; OR Art. 47, 49, 60; H. Lange/G. Schiemann, Schadensersatz, 3. Aufl.(2003), § 7 V 2. 그밖에 만주지방민법전 제733조(법무자료 제3집) 참조. 여기에서는 이에 관한 상세한 검토는 유보한다.

14) 독일에서의 위자료 배상에 비재산적 손해와 위자(慰藉)의 이중적 기능(Doppelfunktion)에 관한 의료법 분야의 개관은 A. Laufs / W. Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, 2. Aufl. (1999), Kap. 18, S. 877; Ch. Katzenmeier, Arzthaftung (2002), S. 208 ff.; 위자료 배상의 상속이 인정되지 않았던(§ 847 I 2 BGB a. F.) 1970년대의 법조실무에서의 위자료 청구 상황은 H. - L. Weyers, Gutachten 52. DJT (1978), A 37, 43 참조.



그 고통을 감소하고 생활의 위안을 주는 기능이다.<sup>15)</sup>

위자료의 배상이 피해자 및 그와 관련된 일정 관계자들이 입은 각종 고통 등 비재산적 손해에 대한 보상, 그리고 위자(慰藉)라는 용어 자체가 의미하듯이, 본질적으로 위자료 배상에는 피해자에 대한 심정적인 만족기능을 부인할 수 없다.<sup>16)</sup>

### 나. 예방(제재)기능

가해자에게 위자료 배상의 책임을 부과시키는 것은 위법행위자에 대한 경제적 부담 및 사회적인 부정적 평가로써 가해자에 대한 제재가 되고, 나아가 장래의 예방적 기능을 하게 된다.<sup>17)</sup> 현재 우리 사회생활에서는 사고 후에 피

---

15) 독일연방법원은 일찍이 1955년 판결에서 위자료청구권에서는 피해자에게 정신적 손해에 대한 적절한 전보를 제공해야 할 뿐 아니라 동시에 가해자가 자기가 한 행위에 대해 피해자를 만족시켜야 할 의무가 있다는 관점도도 고려해야 한다고 함으로써 위자료청구권은 일반적인 손해배상청구권과는 달리 이충기능을 가지고 있다는 점을 제시했다. Vgl. BGHZ 18, 149, 154 ff.; 128, 120; J. Esser/H. - L. Weyers, Schuldrecht, Bd. II/2, 8. Aufl. (2000), § 61 II, S. 242 ff.; H. Lange/G. Schiemann, a. a. O.; B.- R. Kern, Die Genugtuungsfunktion des Schmerzensgeldes - ein pönales Element im Schadensrecht? AcP 191 (1991), S. 247, 251 ff.; V. Behr, Strafschadensersatz im deutschen Recht, ZJS 3/2010, S. 292 ff.

16) 독일에서는 위자료의 만족적 기능에서 '감정손해(Gefühlsschaden)'의 보상에 대해 비판이 제기되었다. Vgl. H. Lange/G. Schiemann, a. a. O., S. 437 f. 특히 피해자인 위자료청구권자가 경제적인 자력이 풍부한 경우, 위자료를 받아 생활의 편의나 안락을 얻음으로써 정신적 고통이 경감 내지 완화되는 수단으로서 의미는 크지 않기 때문이다. 이러한 관점에서 심리적·감정적 만족은 사적 보복감정에 지나지 않기 때문에 위와 같은 의미의 만족기능을 고려할 필요는 없을 것이라는 견해는 서광민, 전제논문, 제140면 참조.

17) 영미법에 관한 비교적 연구에 비추어, 제재(制裁)를 중시하는 것은 근대적 손해배상법 원칙에 반한다는 관점이 그 배경을 이루고 있다고 평가할 수 있다. 독일에서의 민사손해배상으로서 위자료는 19세기 중반까지도 당시 독일연방국들에서는 주로 형법적 제재(strafrechtliche Sanktion)의 일환으로 인식하고 있었으나 1875년 B. Windscheid (Pandektenrecht II, 4. Aufl., 1875, § 455 A 31)가 K. G. v. Wäcker의 견해를 원용하면서(형별이 아닌) 민사적 손해보상으로 법리적인 구성이 되었다고 한다. Vgl. B. Windscheid/Th. Kipp, Lehrbuch des Pandektenrecht, Bd. 2, 9. Aufl. (1906), § 257, Fn. 6, § 455, Fn. 29 ff., S. 980: "Bei der Verletzung eines freien Menschen kann nach heutigem Recht außer dem Ersatz des Vermögensinteresse ein sog. Schmerzensgeld gefordert werden. Das Schmerzensgeld ist nicht Strafe, sondern Entschädigung."; G. Brüggemeier, Prinzipien des Haftungsrechts (1999), S. 189 ff.; H. Lange/G. Schiemann, a. a. O., S. 435.

해자에 대한 가해자의 태도에 따라 피해자의 정신적 고통이 완화 또는 악화될 수 있는 정서(情緒)에 비추어 본다면 위자료 제재 및 예방적 기능도 함께 고려될 수 있을 것이다.<sup>18)</sup>

#### 다. 보완(조정)기능

재산상 손해의 발생은 인정되지만, 실무상 입증곤란 등의 사정으로 손해액의 확정이 불가능하거나 곤란하여 피해자가 적정한 손해배상을 받을 수 없을 경우에 법원이 위자료액을 증액함으로써 손해전보의 부족을 보완하는 기능이다.

대법원은, “법원은 위자료액을 산정함에 있어서 피해자측과 가해자측의 제반 사정을 참작하여 그 금액을 정하여야 하므로, 피해자가 가해자로부터 당해 사고로 입은 재산상 손해에 대하여 배상을 받을 수 있는지의 여부 및 그 배상액의 다과 등과 같은 사유도 위자료액 산정의 참작 사유가 되는 것은 물론이며, 특히 재산상 손해의 발생이 인정되는데도 입증 곤란 등의 이유로 그 손해액의 확정이 불가능하여 그 배상을 받을 수 없는 경우에 이러한 사정을 위자료의 증액사유로 참작할 수 있다”<sup>19)</sup>고 하면서도, 다른 한편으로는 이 판결요지는 주로 사고로 인한 재산적 손해배상소송을 비롯하여 재산적 거래상 손해배상소송에도 원용되는바,<sup>20)</sup> “위자료의 보완적 기능은 재산상 손해의 발생이 인정되는데도 손해액의 확정이 불가능하여 그 손해 전보를 받을 수 없게 됨으

18) 독일에서 형사적 유죄판결이 만족적 기능을 충족시켜 위자료의 감액이 가능한가라는 논의에 관해 독일연방법원은 부정적 판단을 하였다. Vgl. BGHZ 128, 117, 121 f. (= BGH, NJW 1995, 781 f.); B.- R. Kern, a. a. O., S. 262 ff.; H. Lange/G. Schiemann, a. a. O., S. 438. 이에 관한 미국법 관점에서 법경제적 고찰은 K. Weber, Schmerzensgeldansprüche in Deutschland und in den Vereinigten Staaten von Amerika (2006), in: <http://www.amrecht.com>.

19) ‘아파트분양 공동묘지사건’ 대법원 2007. 6. 1. 선고 2005다5812, 5829, 5836 판결 등 참조. 위 판결은 교통사고로 인한 사망사고에 대한 판결(대법원 1984. 11. 13. 선고 84다카722 판결 등)의 요지 중 위자료 증액의 적극적 논거로써 원용하였다. 이와 달리 소극적 논거로써 원용은 이하 각주 참조.

20) 재산권침해의 불법행위와 채무불이행의 손해배상에서의 위자료에 관해서는 주석 민법/서광민, 채권각칙(8) § 751, 제3판, 2000, 제288면 이하; 민법 주해/이동명, 채권(11) 제 751조, 2005, 제414면 이하 참조.

로써 피해회복이 충분히 이루어지지 않는 경우에 이를 참작하여 위자료액을 증액함으로써 손해전보의 불균형을 어느 정도 보완하고자 하는 것이므로 함부로 그 보완적 기능을 확장하여 그 재산상 손해액의 확정 가능성이 불구하고 편의한 방법으로 위자료의 명목 아래 사실상 손해의 전보를 피하는 것과 같은 일은 허용되어서는 안 될 것이다.”라고 하여<sup>21)</sup> 보완적 기능의 한계점을 밝히고 있다.<sup>22)</sup>

위와 같은 위자료의 보완적 기능의 한계에도 불구하고 주로 인신상 피해가 발생하는 의료사고에서는 피해자인 환자가 가동연한이 지난 고령이거나 노동능력상실률이 적용되지 않는 장애를 입은 경우에는 손해 전보를 받을 수 없어

21) ‘버스교통사고사건’ 대법원 1984. 11. 13. 선고 84다카722 판결: 원고들이 그 아들인 소외 망 김O중은 이 사건 사고로 사망할 당시 의과대학 2학년생이었으므로 사망하지 않았다 라면 의과대학을 졸업한 후 개업의사 또는 고용의사로서 종사할 수 있었을 것이라는 전제 아래 위 의사수입을 기초로 산정한 일실이익 369,808,000원과 위 망인의 위자료 30,000,000원 도합 399,808,000원의 배상을 청구한 데에 대하여, 위 망인이 의과대학을 졸업한 후 의사국가고시에 합격하여 의사로서의 수입을 얻을 수 있다는 개연성 및 사정에 관한 객관적인 자료가 충분치 않다는 이유로 위 청구를 배척하고 나서, 원고들이 예비적 주장으로 위 청구가 인용되지 않는 경우에는 위 일실이익청구를 포기하고 위 청구금액 전액을 망인의 위자료로서 청구한다고 주장한 데에 대하여, 이 사건 변론에 나타난 사고의 경위 및 결과, 피고측 버스는 대중교통수단이므로 누구든지 승객이 될 수 있는 점, 위 망인 및 원고들의 나이, 가족관계, 재산 및 교육정도, 앞서 본 일반의사로 고용되었을 때나 전문의사로 종합병원에 근무할 때에 월 보수가 1,500,000원 정도인 점, 사고 후 피고 측에서 장례비 400,000원을 지급한 점, 피고 측 과실의 정도 등 모든 사정을 참작하면 피고는 위 망인에게 위자료로 150,000,000원을 지급함이 상당하다고 판단한 원심(광주고등법원 1984. 3. 9. 선고 83나288 판결)에 대해 위와 같이 판시하였다. 이 판결요지는 재산적 거래의 쟁송에서도 원용되고 있다. ‘정리회사 아파트분양사건’ 대법원 2004. 11. 12. 선고 2002다53865 판결 : 정리회사의 관리인이 회사정리절차개시결정 이전에 아파트 분양계약을 체결한 수분양자들로부터 분양 잔대금을 지급받고 그들을 입주시킨 사안에서, “재산적 손해의 발생이 인정되는데도 입증곤란 등의 이유로 그 손해액의 확정이 불가능하여 그 배상을 받을 수 없는 경우에 이러한 사정을 위자료의 증액사유로 참작할 수는 있다고 할 것이나, 이러한 위자료의 보완적 기능은 재산적 손해의 발생이 인정되는데도 손해액의 확정이 불가능하여 그 손해 전보를 받을 수 없게 됨으로써 피해회복이 충분히 이루어지지 않는 경우에 이를 참작하여 위자료액을 증액함으로써 손해 전보의 불균형을 어느 정도 보완하고자 하는 것이므로, 그 재산적 손해액의 주장·입증 및 분류·확정이 가능한 계약상 채무불이행으로 인한 손해를 심리·확정함에 있어서까지 함부로 그 보완적 기능을 확장하여 편의한 방법으로 위자료의 명목 아래 다수의 계약 당사자들에 대하여 획일적으로 일정 금액의 지급을 명함으로써 사실상 재산적 손해의 전보를 피하는 것과 같은 일은 허용될 수 없다”고 하여 위 판결의 소극적 요지를 원용하고 있다.

22) 서광민, 전제논문, 제142면.

적정한 배상을 달성하지 못한다. 따라서 의료분쟁의 소송 외적 해결의 실무에서도 위자료의 증액을 통한 손해전보의 불균형을 보완하는 기능은 중요한 역할을 한다.

### III. 법원의 위자료 산정

우리 법원은 위자료 산정에 있어 사망 사건의 경우, 원고들 전체에 대한 일정 기준금액에 피해자측 과실 등의 사정을 고려해 산정하는바, 사망이나 신체 상해의 사건에서는 원고들 전체에 대한 일정 기준금액에 대해 일정한 산식으로 위자료를 산정한다.<sup>23)</sup>

#### 1. 위자료 참작사유

일반적으로 위자료 산정 시 참작되는 사유로 피해자측 사정으로는 고통의 정도, 연령, 성별, 직업, 재산상태, 생활상태, 교육정도, 과실유무 및 정도이고, 가해자측 사정은 고의 또는 과실의 정도, 나이, 직업, 재산상태, 생활상태이다.<sup>24)</sup>

그밖에 사고발생에 대한 제재나 예방의 필요성, 조사확정 곤란한 재산적 손해의 보완 필요성, 손해사고 발생 후의 가해자의 태도<sup>25)</sup>, 유사 사안에서의 위

23) 위자료 액수 = 일정 기준금액 × 노동능력 상실률 × (1 - 피해자측 과실 × 60%). 2000년 경 4,000만원에서 꾸준히 증액되어 2008. 5. 서울중앙지방법원, 언론전담부, 교통산재전담부(단독, 합의, 항소), 의료전담부 담당 법관회의에서 위 일정 금액을 6,000만 원에서 8,000만 원으로 증액하기로 결정하여, 현재 법원은 일반적으로 8,000만 원을 위자료 기준 금액으로 삼고 있다.

24) Vgl. "eine billige Entschädigung in Geld", in: § 253 BGB § 847 BGB a. F.; Münchner Komm/Oetker, § 253 BGB, 4. Aufl.(2003), Rn. 36 ff. "Bemessungsgrundlagen"; Soergel Komm/Zeuner, § 847 BGB, 12. Aufl.(1998), Rn. 30 f.; Staudinger Komm/K. Schäfer, § 847 BGB, 12. Aufl.(1986), Rn. 66 ff.

25) 의도적으로 손해청산을 지연하는 경우를 들 수 있다. 최우진, 대한의료법학, 세미나자료, 2012. 9. 제4면. 비록 법리적으로 타당성은 의문이지만, 조정에 응하지 않은 점을 위자료 산정의 참작사유로 삼은 하급심의 판결을 찾아 볼 수 있는바, '피고들이 특별한 사정변경 없이 조정갈음결정에 이의한 점'을 적시한 전주지방법원 2002. 7. 23. 선고 2000가단

자료 인정액수 등 개별적, 구체적 사안의 공평타당성 판단에서 고려돼야 할 모든 사정이 참작될 수 있다.

## 2. 법원의 실무기준

종래부터 사망사건의 경우, 원고들 전체(이른바 家團)에 대한 ‘일정 기준금액’에 피해자측 과실 등의 사정을 고려해 산정하고, 상해사건의 경우는 원고들 전체에 대한 일정 기준금액에 대해 일정한 산식으로 위자료를 산정해 왔다.<sup>26)</sup> 2008년 5월 서울중앙지방법원의 언론전담부, 교통산재전담부(단독, 합의, 항소), 의료전담부 담당 법관회의로, 위 일정 기준금액을 당초 6,000만 원에서 8,000만 원으로 증액하기로 했고, 현재 일선 법원 재판부의 대다수가 8,000만 원을 일정 기준금액으로 삼고 있다.<sup>27)</sup><sup>28)</sup> 설명의무 위반을 근거로 하는 위자료의 경우는 위 공식을 적용하지 않고 통상 2,000만 원을 넘지 않되, 예외적으로 증액되는 경우라도 최대 3,000만 원을 넘지 않는다고 한다.

---

29686 판결 참조.

26) 위자료 액수=일정 기준금액×노동능력상실률×(1-피해자 측 과실×60%)이다.

27) 다만 지역에 따라 위 금액보다 낮은 금액(가령 6,000만 원)을 일정 기준금액으로 삼는 재판부도 있다. 위 일정 금액은 2000년경 4,000만 원에서부터 꾸준히 증액돼 왔으나, 사망에 대한 위자료 기준 금액으로는 충분하지 않다는 지적도 있다(2008년 5월 당시에는 1억 원으로 증액하는 방안도 논의됨). 그러나 위 일정 기준금액의 급격한 인상은 책임보험수가와 물가인상으로 전이될 수 있다는 점, 기존의 기준금액에 따른 당사자와의 형평성 문제가 제기될 수 있는 점 등을 감안하여 신중할 필요가 있다고 생각한다. 최우진, 위 세미나 자료, 2012. 9. 제5면; 박영호, “의료소송에 있어 손해배상액 신청에 관한 최근 10년간 판례의 동향”, 대한의료법학회 공동학술대회 자료, 2009. 11. 21. 참조.

28) 위자료 액수에 관하여는 사실심 법원이 사실심 변론종결 시까지 나타난 모든 사정을 참작하여 그 직권에 속하는 재량에 의하여 이를 확정할 수 있다(대법원 1988. 12. 23. 선고 87다카57; 대법원 1995. 2. 28. 선고 94다31334; 대법원 1998. 3. 27. 선고 98다3016). 위자료 산정의 기초되는 사실은 간접사실에 불과하므로 변론주의가 적용되지 않는다. 현재 실무례는 대체로 원고들 전체(家團)에 대한 금액을 기준하여, 예컨대 전체 8,000만 원(사망 또는 노동능력 100% 상실시)에서 과실비율 상당 금액을 공제한 금액에다 여러 증감요소를 고려하여 적절히 증감한 뒤 이를 신분관계에 따라 배분하거나(가령, 본인: 배우자: 부모·자녀: 조부모·형제=8:4:2:1), 청구인별로 기준금액을 정하여 예컨대, 피해자 본인에 대하여 3,000만 원(사망 또는 노동능력 100% 상실시)을 기준으로 위에서 본 과실상계 등 제반 증감요소를 고려한 뒤 신분관계에 따라 다른 원고들의 위자료를 일정한 비율로 정하는 방법이 있으며, 총액 기준과 개인별 기준을 병행할 수도 있다.

판결례를 살펴보면, 사망사고 위자료 산정을 살펴보면 의료기관의 책임비율에 따라 70%인 경우에 3,000만 원(대전지방법원 서산지원 2011가합824), 50%인 경우에 2,500만 원(서울중앙지방법원 2010가합95005), 40%인 경우에 1,000만 원(서울서부지방법원 2011나6902)을 산정했다. 상해사고 위자료 산정의 경우, 의료기관의 책임비율이 80%인 경우에 1,000만 원(서울동부지방법원 2010가합7230), 70%인 경우에 1,000만 원(대전지방법원 천안지원 2010가합1442), 20%인 경우에 500만 원(서울서부지방법원 2010가단18341)으로 산정하였다.<sup>29)</sup>

### 3. 기준의 의의 및 한계

이러한 위자료 산정기준은 공평타당성 기준에 내포된 평등원칙의 구현과 위자료 산정실무에 관한 법적 안정성 확보로 소송 외적 분쟁해결을 촉진하여 왔다는 점에서는 의미가 있다. 하지만 노동능력상실의 평가상 법원의 재량적 평가가 불가피한 경우,<sup>30)</sup> 설명의무 위반에 관한 위자료 산정의 경직 우려 등과 비교해 보면, 증액사유의 소극적인 고려에는 문제가 있다고 아니 할 수 없다. 특히 명예훼손과 생명침해로 인한 위자료 판결례를 살펴보면, 명예보다 생명이 보다 중요한 법익이지만 위자료 액수는 더 소액임을 알 수 있다.<sup>31)</sup> 따라

29) 신현호, “의료분쟁에 있어서 위자료 산정기준 실무에 관하여”, 대한의료법학회 세미나자료(2012. 9.) 참조.

30) 대표적으로 추상장애 및 성기능장애에 관한 판결례를 찾아볼 수 있다. 대법원은 용모가 고려되는 직업뿐 아니라 용모가 문제되지 않는 직업의 경우에도 외모의 추상이 있다면, 노동능력의 상실을 인정할 수 있는 여지를 열어 두고 있다. 대법원 1983. 4. 12. 82다카1702 판결; 대법원 1991. 8. 27. 선고 90다9773 판결; 대법원 2004. 10. 15. 선고 2003다39927 판결 등. 최근 ‘트럭교통사고사건’ 대법원 2011. 1. 13. 선고 2009다105062 판결 : 불법행위로 인한 후유장애로 말미암아 외모에 추상이 생긴 경우에 그 추상의 부위 및 정도, 피해자의 성별, 나이 등과 관련하여 그 추상이 장래의 취직, 직종선택, 승진, 전직에의 가능성 등에 영향을 미칠 정도로 현저한 경우에 한하여 추상장애로 인하여 노동능력상실이 있다고 볼 수 있을 것이다. 교통사고로 뇌진탕, 경추부 및 요부연좌, 흉부, 좌주관절부 및 우술부 다발성좌상 등의 상해를 입고 치료를 받은 환자의 혈관성 발기장애인 성기능 장애로 인한 노동능력 상실에 관한 판결례는 대법원 2000. 5. 12. 선고 99다68577 판결 참조.

31) 명예훼손으로 인한 위자료는 1억 원 이상의 손해배상액을 인정하는 판결도 다수 있다.

서 법원 실무에서도 매년 축적되어 가는 사건의 추이와 사회적 공감대를 확인하여 위자료의 상한선을 상향 조정하고 있으나, 아직까지는 그 수준이 피해자가 수긍할 수 있을 정도에 이르렀다고 할 수 없을 것이다.

위자료는 시대적 상황, 법감정, 소득수준 등에 따라서 결정될 것이나, 우리의 현재 실무에서 적용하고 있는 위자료 액수가 과연 환자측이 입게 된 비재산적 손해 및 고통을 실질적으로 전보하고 있는지, 물가상승분을 제대로 반영하고 있는지에 관해 논란이 있다.

또한 진료상 과실이 인정되더라도 노동능력상실률이 인정되지 않거나 가동연한이 지난 소극적 손해 부분을 인정하기 어려운 경우 현행 실무에서 적용하고 있는 위자료 액수만으로는 환자측이 입게 된 고통을 전보하기에 적정하지 않으며, 법원의 실무상 위자료 산정은 정형적·획일적 기준이 설정되어진 관행에 따름으로써 실제 환자측이 소송을 제기할 때 청구하는 위자료 액수에도 영향을 미치고 있다.<sup>32)</sup>

의료의 본질적 기능과 특수성을 고려하며, 의료사고가 의료인의 고의로 빚어진 것이 아니라 대부분 진료상 부주의 및 설명미흡, 그리고 위법성관련의 판단에서 법적 인과성의 추정 등이 이루어지는 실정에 비추어 본다면, 일반의 대형 사고나 명예훼손 등의 소송사건에 대비하여 저액을 인정하는 실정이라 아니할 수 없다.<sup>33)</sup> 따라서 법원의 의료사고에 대한 위자료의 저액 평가 및 산정은, 극단적인 경우 소송이나 제도권 내의 해결보다는 시위를 주도하게 할 요인으로도 작용될 수 있어 실효성 있는 위자료 산정기준의 설정이 요구된다.

---

서울고등법원 2001. 5. 31. 선고 2000나11081 판결; 서울지방법원 2000. 2. 2. 선고 99가합 84277(본소), 97495(반소) 판결 참조.

32) 신현호, 위 세미나 자료 참조.

33) 언론보도의 대형 사고에서 사망에 대한 위자료의 예로서, 1994. 10. 21. 성수대교 붕괴로 인한 사망자 1인당 1억5천만 원(서울시 7천만 원, 건설사 8천만 원; 당시 위자료 상한은 4천만 원)이 지급됐고, 1995. 4. 28. 대구지하철 가스폭발사고 사망자 1인당 1억7천만 원, 1995. 6. 29. 삼풍백화점 사고 사망자 1인당 정부는 1억7천만 원 특별 위자료를 포함하여 평균 3억2천만 원의 정부가 지급했으며, 명예훼손의 경우, 1996년 전직 대통령의 자의 언론사에 대한 명예훼손 손해배상소송에서는 4억 원의 위자료가 인정됐으며, 방송아나운서가 1999년 신문사에 대한 사생활침해소송에서는 1억 원의 위자료가 인정되었다.

## IV. 소비자원 위자료 산정기준

최근 2년간 의료피해구제 사례 중에서 위자료와 연관된 사례를 1) 수술 후 사망 2) 장애가 발생한 사례, 3) 암 진단 관련 사례, 4) 기타 성형 및 한방 관련 사례로 구분해 위자료 액수 및 산정기준에 대해 살펴보기로 한다.

아래 표는 최근 4년간 피해구제 사례의 사고유형별 현황이다. 매년 의료사고로 인해 사망 및 장애가 발생한 경우가 25% 내외임을 알 수 있다.

<표 2> 사고유형별 현황<sup>34)</sup>

| 유형<br>년도 | 부작용<br>악화       | 사망            | 장해            | 효과<br>미흡    | 감염           | 기타*           | 합계               |
|----------|-----------------|---------------|---------------|-------------|--------------|---------------|------------------|
| 2008     | 310<br>(51.4)   | 79<br>(13.1)  | 64<br>(10.6)  | 15<br>(2.5) | 18<br>(3.0)  | 117<br>(19.4) | 603<br>(100.0)   |
| 2009     | 359<br>(50.5)   | 89<br>(12.5)  | 81<br>(11.4)  | 28<br>(4.0) | 13<br>(1.8)  | 141<br>(19.8) | 711<br>(100.0)   |
| 2010     | 412<br>(54.1)   | 115<br>(15.1) | 66<br>(8.7)   | 29<br>(3.8) | 34<br>(4.5)  | 105<br>(13.8) | 761<br>(100.0)   |
| 2011     | 446<br>(53.5)   | 138<br>(16.6) | 80<br>(9.6)   | 26<br>(3.1) | 72<br>(8.6)  | 71<br>(14.9)  | 833<br>(100.0)   |
| 합계       | 1,527<br>(52.5) | 421<br>(14.5) | 291<br>(10.0) | 98<br>(3.4) | 137<br>(4.7) | 434<br>(16.7) | 2,908<br>(100.0) |

### 1. 위자료 지급 사례

#### 가. 수술 후 사망한 사례

##### (1) 사례 분석

[사례 1] 슬관절 수술 후 사망

환자(여, 74세)는 2012. 2. 7. 우측 슬관절 인공관절치환술을 받은 다음날 20:00경 쇼크가 발생해 중환자실에서 집중 치료를 받던 중에 MRSA에 감염(중심정맥관 및 대퇴부 카테터에서 동정)이 되는 등 상태가 악화돼 같은 해 3. 23. 스트레스 유발성 궤양출혈로 인한 저혈량 쇼크로 사망했다.<sup>35)</sup>

34) 단위: 건, (%), \*기타: 장기손상, 약해, 진료비 등.



수술(수혈) 이후에 발생한 쇼크와 병원 감염균이 환자의 사망에 기여했다는 사실이 인정되지만 환자의 기저질환(당뇨, 스테로이드 사용)과 고령임을 감안해 진료비 감액과 위자료 명목으로 1,200만원을 권고해 진료비를 감면(10,628,020원)하는 것으로 합의했다.

수술 후 43일간 처치 중에 발생한 감염 등으로 발생한 진료비를 감면하는 것으로 합의해 위자료의 손해전보나 예방기능에는 한계가 있다.

[사례 2] 위암수술 후 사망

환자(남, 80세)는 2010. 8. 30. 내시경 점막하박리술(ESD)로 위암수술을 받던 중 위가 천공됐고, 다음 날 심정지가 발생하고, 저산소성 뇌손상으로 혼수상태에서 같은 해 9. 2. 위 천공부위를 개복술로 봉합을 받은 후 폐렴, 급성신부전 등으로 2011. 8. 8. 사망했다.<sup>36)</sup>

사실조사에 의하면 (1) ESD는 림프절 전이 위험성이 없는 조기위암을 완치할 목적으로 치료할 수 있는 방법이나 고령으로 폐기능이 저하된 경우에는 그 위험성을 충분히 고려해야 하기 때문에 ESD 시술 중에 활력징후(혈압, 맥박, 호흡수, 산소포화도 등)에 대한 모니터링 기록이 중요하나 확인되지 않는 점, (2) ESD를 위해 사용이 추정되는 수면마취제는 미다졸람으로 2010. 8. 16. 수면내시경 검사 시 작성한 기록에 의하면, 미다졸람 4 mg 이상을 4초 동안에 정맥 주사로 투여했을 것으로 추정되며, 이와 같은 투약은 호흡억제와 의식장애를 초래했을 것으로 추정되는 점, (3) ESD 시행 중에 위 천공이 발생할 경우 내시경 클립으로 봉합한 후 복강내 공기는 18~20G 바늘로 복부를 천자를 통해 제거하고 미다졸람의 길항제인 플루마제닐을 투여해 각성을 촉진해 환기를 증가해야 하나 피신청인이 제출한 자료에서 확인이 불가능한 점, (4) ESD 실패 후 산소포화도가 낮아지는 등 환자상태는 고위험군으로 집중관찰을 요함에도 불구하고, 중환자실에서 관찰하지 않고 일반병실에서 조치를 취한 내용이 확인됐다.

35) 환자는 당뇨(3년), 관절염(2년), 백반증(스테로이드 복용), 우측 대퇴부의 진구성 화상 반흔, 좌측 슬관절 인공관절치환술(13년 전)을 받았다.

36) 환자는 폐기종으로 4~5년 전부터 약물을 복용, 만성폐쇄성 폐질환, 천식, 결핵이 있었다.

망자의 나이, 입원 당시 상태를 고려해 85% 책임과, 피신청인이 진료비 전액(24,267,350원)을 감면한 사실을 고려해 위자료 3,500만원에 합의했다.<sup>37)</sup> 수술 후 의식불명으로 1년간 발생한 진료비 전액 면제에 위자료 3,500만원 배상은 소송외적 해결 견지에서 위자료 기능에 어느 정도는 접근한 것으로 보인다.

[사례 3] 간 절제술 후 사망

환자(남, 45세)는 B형 간염 보균자로 우측 옆구리 통증으로 검사 결과 2011. 10. 25. 간세포암(8 cm 이상의 크기, S7,8) 진단 하에 간 절제술을 권유받았다. 같은 해 11. 16. 경동맥화학색전술을 받은 후 2012. 1. 5. 간우엽절제술을 받고, 같은 날 14:20경 병실로 이동했으나, 수술부위 출혈 및 혈압저하로 같은 날 15:30경 재수술(출혈조절)을 받은 후 간부전, 폐부종으로 같은 해 1. 8. 13:05에 사망했다.

피신청인은 수술시 절제간이 670 g이고, 잔존간이 500 g이라고 했으나, 수술 전 간 CT상 간 크기는 간우엽 1,114 ml(간암부위 제외할 경우 904 ml), 간좌엽 447 ml로, 30% 미만의 좌엽 크기를 나타내고 있어 수술시 약간 무리가 예상되는 점,<sup>38)</sup> 수술 전 ICG 검사 결과가 미확인된 점, 수술 후 출혈발생 상태로 이는 간부전과 연관되는 가장 큰 합병증의 하나로, 절제면의 출혈은 부적절한 지혈에서 올 수 있고, 간부전에 따른 응고장애 결과일 수 있다는 점을 고려했다. 따라서 피신청인이 수술 결정 전 평가 부족으로 간암의 크기가 상당히 커 잔존 간의 크기가 작아 간부전으로 진행 될 확률이 높다는 사실을 신청인이 이해할 수 있도록 충분히 설명했어야 하나 설명여부를 객관화하기 어렵고, 수술 후 갑자기 사망한 점을 고려해 위자료 700만원에 합의했다.<sup>39)</sup>

37) 위자료 산정기준은 주된 의무위반(치료행위자체의 과실로 사망) 80,000,000 x 85%(병원 책임비율)이다.

38) 간암에 대해 간절제술을 결정하기 전에, 수술 전 CT검사로 간의 크기를 확인해 잔존 간의 크기를 예상하고, 검사 결과(Child classification, ICG R15) 등을 고려해 신중하게 수술을 결정해야 한다.

39) 일반적으로 정상인의 경우에도 잔존간이 30~35%는 되어야 수술의 안전 범위에 들고, 간경화나 간염환자의 경우는 이보다 훨씬 많은 간이 남아 있어야 수술의 안전범위에 속

잔존 간 크기가 부족함에도 무리하게 수술을 권해 간부전으로 사망했는데 손해전보가 거의 달성되지 못했음에도 환자 측이 소송의 부담 때문에 합의한 것으로 보인다.

[사례 4] 경추디스크 수술 후 사망

환자(남, 73세)는 2011. 12. 18. 경추 척추증성 척수증으로 진단, 같은 해 12. 21. 새벽 1시경 전방경추 추간관 제거술 및 유합술을 받은 후 같은 날 새벽 4시경 병실로 이동, 새벽 4시 40분 경 호흡곤란을 호소 후 의식이 저하돼 기관절개술과 심폐소생술을 했으나 저산소증 뇌손상으로 회복되지 못하고, 다음 해 2. 21. 00:01 패혈증으로 사망했다.

조기에 기도확보가 이루어지지 않아 저산소증 뇌손상이 발생해 결국 사망에 이르게 된 일련의 진료과정에 대해 환자의 나이, 전신상태 등을 고려해도 수술 후 약 10년간은 생존했을 것이나, 수술 후 갑자기 환자의 상태가 악화되어 사망한 점에 대해 병원책임을 40%로 제한해 치료비 일부 520만원과 위자료 3,800만원을 합한 4,300만원을 권고해 3,300만원에 합의했다.<sup>40)</sup>

새벽에 무리하게 수술을 진행해 사망한 사안으로 위자료 금액은 사고 예방이나 제재 기능에는 한계가 있어 보인다.

[사례 5] 뇌종양 수술 후 사망

환자(남, 48세)는 좌안의 복시 증상으로 2011. 12. 6. 뇌MRI 소견에서 척색종으로 진단되어, 경접형동 접근 수술(TSA, Trans-sphenoidal approach)을 받았다. 뇌척수액 누출과 뇌수막염으로 같은 해 12. 12.부터 다음 해 2월 8일까지 수회에 걸쳐 누출 부위 보정술 및 두개강 내 약물치료 등을 받았으나, 2012. 3. 17. 패혈증으로 사망했다.

통상적으로 수술 후 뇌척수액 누출이 우려될 경우, 뇌척수액 누출 예방을 위해 수술 종료 전에, 절개된 경막을 적절히 복구하거나 복구가 어려울 경우는

한다고 볼 수 있다.

40) 위자료 산정기준은 입원비(2011. 12. 18. ~ 2012. 2. 21.)는 약1,300만원, 부수의무 위반으로 사망한 경우 80,000,000원 × 병원책임비율 ± 20%이다.

근막이나 지방 등의 대체조직을 이식하는 조치를 취해야 하나 이런 조치에 대한 객관적 근거를 확인하기 어려운 점, 뇌척수액 누출이 의심되면 수술 직후에 요추 배액술을 시행하는 등 최선의 노력을 기울여야 하나, 요추 배액술 조치가 4일간 지연됐다. 하지만, 완치가 힘들고 예후가 나쁜 뇌종양임을 감안하여, 일실수의 등을 제외한 위자료 배상이 적절할 것으로 판단된다. 신청인은 가장으로서 수술 전 활발한 사회활동을 했으나, 수술 후 회복하지 못하고 갑자기 사망했고, 이에 대한 가족들의 고통에 대해 기왕치료비와 위자료를 합한 금 4천만 원에 합의했다.<sup>41)</sup>

뇌종양 수술 3개월간 합병증 치료로 발생한 진료비를 제할 경우 저액의 위자료로 보이나, 소송의 실익이 적어 합의한 것으로 보인다.

## (2) 검토

사망에 대한 위자료는 의료인의 책임정도, 환자의 연령, 사고 이후 발생한 진료비 등을 고려해 합의권고를 하게 된다. 특히 고령 환자의 사망사고는 소송의 실익이 없다는 점을 양자가 익히 알고 있기 때문에 위자료 금액에 민감하다. 따라서 진료비부담과 유족의 감정조절을 전제로 위자료의 만족·보완기능에 중점을 두는 것이 분쟁해결에 중요하다.

## 나. 진료 후 장애가 발생한 사례

### (1) 사례 분석

[사례 6] 척추수술 후 하지마비 발생

환자(남, 55세)는 요통 및 양하지의 저린감으로 척추전방 전위증 및 요추 제4-5 척추관 협착증으로 진단되어, 2011. 7. 13. 후방 척추체간 유합술 및 후방나사못 고정술을 받았다. 수술 후 좌측 다리의 마비가 발생하여 경과관찰을 했으나 호전이 없어 신청 외 병원에서 검사를 받은 결과, 좌측 하지 완전마비에 따른 33% 노동능력상실의 후유장애로 진단받았다.

41) 위자료 산정기준은 예후 불량한 암의 위자료 4천만 원 × 병원책임비율 60% ± 50%이다.

수술 후 발생한 좌측의 족하수는 수술 전 근력측정상 V(정상)로 측정됐으나 수술 후 족배근력이 T(trace-근육수축만 있음), 족무지배굴력이 P(중력 없이 움직임 가능)로 측정돼, 수술과 인과관계가 있으며, 마비의 정도로 볼 때 수술 중의 과실로 인해 직접 손상을 주기보다는 수술 중 견인에 의한 간접 손상이나 허혈 손상의 가능성이 높은 것으로 보인다.<sup>42)</sup> 사건의 경위, 나이, 기왕증(당뇨)등 여러 가지 사정을 고려하여 피신청인의 책임범위를 70%로 제한, 수술 후 발생한 족하수와 관련하여 일실소득과 치료비를 합한 15,005,420원의 70%인 10,853,794원과 향후 재활치료비와 교통비 등을 감안한 위자료 10,150,000원을 합한 2,100만원에 합의했다.<sup>43)</sup>

수술 중에 간접손상으로 입은 장애임을 감안해도 저액의 위자료 배상은 위자료 보완기능은 물론 예방이나 제재에 한계가 있다.

[사례 7] 폐암수술 후 성대마비

환자(남, 69세)는 2011. 1. 13. 피신청인 병원에서 폐암에 대해 우상엽 췌기 절제술, 우하엽 폐엽 절제술, 종격동 림프절 절제술을 받은 후 목소리가 나오지 않아 같은 해 3. 2. 피신청인에게 우측 반회신경마비와 성대마비로 진단받고 경과관찰 했으나 증상 호전이 없으며, 현재 우측 반회신경 마비상태이다.

종격동 림프절 절제술 시행과정 중 우측 반회 후두신경이 손상된 것으로 추정되며, 신청인은 수술 후 우측 반회신경 마비로 성대의 폐쇄부전, 음성의 질적인 문제, 만성 흡인 등으로 악화될 가능성이 있고, 발성 장애는 치료유무에 따라 개선이 될 수 있으나, 성대마비가 영구적인 점을 고려해 향후 발생될 정신적 고통에 대한 위자료 3백만 원에 합의했다.<sup>44)</sup>

42) 장애정도는 수술 전 척추 협착증으로 수술 후 유합술을 시행한 환자가 족하수가 추가적으로 발생했으므로 최종적으로 29%의 노동능력상실이 있어 기왕증을 제하면 15%를 손해 발생률로 보는 것이 타당하다.

43) 손해배상액 산정기준은, 일실소득(56개월) 72,415원 × 22일 × 15% × 50.2384 = 12,005,420원, 치료비 5,000,000원 × (100%-30%)/100 = 3,500,000원, 병원의 책임비율은 70%이다.

성대마비의 영구장애에 대해 저액 위자료로 생각되나 소송의 부담 때문에 합의한 것으로 보여 위자료 목적이거나 기능 달성에 한계가 있다.

[사례 8] 백내장 수술 후 시각장애

환자(여, 45세)는 2010. 7. 14. 피신청인 의원에서 당뇨망막병증, 기타증식망막병증으로 진단되어 PRP 치료를 받고, 같은 해 11. 17. 백내장에 대한 레이저 시술을 받고 같은 해 12. 30.까지 경과관찰을 했으나 안압이 상승해 다음날 신청 외 병원 진료결과, 신생혈관성 녹내장, 증식성당뇨망막병증 진단돼 유리체내 아바스틴 주입술 및 범 망막레이저광응고술을 받았다. 2012. 3. 30. 시야 상실률 우안 99.2%, 좌안 100%이며, 좌안 중심시력과 시야상실률 종합해 전신노동 능력상실 85%의 장애진단을 받았다.

15년 전 당뇨 진단으로 경구약과 인슐린 투여 중인 점, 조절되지 않는 증식성 당뇨망막병증인 경우에는 백내장 수술 후 추후 유리체 출혈 및 홍채에 신생혈관이 발생해 신생혈관성 녹내장으로 발전할 수 있는 위험이 크므로, 수술 전 이에 대해 충분한 설명을 하는 것이 중요하다는 점, 진료기록부(수술동의서)를 검토한 결과, 이러한 설명 부분이 객관화되지 않으므로, 수술 전 피신청인이 신청인에게 합병증 및 예후에 대해 충분한 정보제공을 했다고 보기는 어려워 설명미흡에 따른 위자료로 1천만 원에 합의했다.<sup>45)</sup>

환자의 기저질환을 고려할 때 설명의무에 따른 위자료금액은 소송외적 합의로서 위자료의 기능에 근접하다고 보인다.

(2) 검토

장애 발생은 주로 수술 후에 발생하며, 위자료 산정이 사망의 경우보다 손해를 보완하는 기능에 더 민감하다. 특히 장애로 인해 일상생활의 불편함을 초래하지만 개호가 인정되기 어려운 경우는 위자료 금액에 만족하기 어렵기 때문

44) 위자료 산정기준은 외상 있는 질병의 경우 위자료 10,000,000원 × 병원책임비율 ± 50%이다.

45) 진료비 본인 부담금 약 460만 원, 위자료 산정기준은 외상 있는 질병의 위자료 1천만 원 × 병원책임비율 60% ± 50%이다.

에 소송으로 진행될 여지가 있다는 점을 고려해 적정한 손해전보가 이루어져야 한다.

## 다. 암 진단 관련 사례

### (1) 사례 분석

#### [사례 9] 유방암 진단 지연

환자(여, 44세)는 2011. 4. 22. 건강검진을 위해 피신청인 병원에서 유방촬영술을 받은 결과 정상으로 통보 받았으나, 같은 해 8.경부터 피로, 구내염이 지속돼 11.경 피신청인에서 유방촬영술을 받은 결과 유방암으로 진단, 2012. 1. 13. 신청 외 병원에서 유방암 3기로 진단, 유방절제술 및 복원술 후 항암치료를 받았다.

2011. 4. 22. 유방촬영술 소견은 전형적인 치밀유방은 아니나, 좌측 유방 약 2시 방향에 경계가 불규칙하고, 증가된 음영이 보이며 내외촬영(mediolateral view)에서 좌측 유방 모양이 뒤쪽으로 함몰(retracted)된 변형(BI-RADS Category IV B 또는 C)을 보이고 있어 조직검사 및 추가적인 유방확대 촬영검사가 필요한 것으로 조사됐다. 유방암으로 진단 받을 당시 신청인의 연령, 원발암 크기, 림프절전이 여부 등 일반적으로 알려진 유방암의 예후인자를 고려해, 위자료 1,800만 원에 합의했다.<sup>46)</sup>

6개월간 유방암이 지연돼 발생한 피해를 객관적으로 산정하기 어려우나 적절한 위자료로 손해전보 목적에 근접한 경우이다.

#### [사례 10] 폐암 진단의 지연

환자(남, 54세)는 2011. 4. 16. 피신청인 병원에서 건강검진 목적으로 흉부방사선 검사를 받고 정상 판정 받았으나, 같은 해 11. 17. 기침 등 감기증상으로 신청 외 대학병원에서 검사한 결과 비소세포 폐암 4기로 진단을 받아 현재 항암치료 중이다.

46) 위자료 산정기준은 기타 암의 경우 2천만 원 × 병원 책임비율(50%) ± 20%이다.

2011. 4. 16. 단순흉부방사선에서 경계가 불분명한 증가된 음영의 폐병변이 존재하고 종격동의 종대가 약간 의심되는 소견을 확인하지 못한 것은 피신청인의 과실로 판단된다. 11월 11일 신청외 병원 흉부 CT검사서 우측 상엽의 폐암 병변(2.3 x 4.6 cm)이 크고 우측 폐문부 및 종격동에 많은 전이성 림프절들의 종대가 있고 복강 내에도 전이성 림프절 종대와 여러 흉추에 다발성 뼈전이와 늑골에도 전이성 골 파괴를 의심할 수 있는 변화가 있어 말기암으로 판단된다. 폐암의 진단 지연에 대해 폐암이 이미 상당히 진행된 점을 고려해 6천만 원에 합의했다.<sup>47)</sup>

7개월간 폐암이 지연돼 말기로 진단된 점을 고려할 때, 손해전보에 근접한 위자료로 합의했다고 보인다.

#### [사례 11] 갑상선암 진단의 지연

환자(남, 33세)는 건강검진을 위해 2011. 9. 피신청인 병원에서 갑상선 초음파 검사 결과 결절이 진단돼, 당일 목 CT 검사를 받고 갑상선 결절 외에 특이소견이 없어 추적 관찰을 위해 2012. 3. 외래진료를 예약했다. 2012. 2. 목이 잠기는 증상으로 피신청인에서 갑상선 초음파를 받은 결과, 좌엽 결절의 크기가 증가해 같은 해 4. 신청외 병원에서 갑상선암으로 진단, 갑상선 전절제술을 받고, 향후 정기적인 추적 관찰이 필요하고 평생 약을 복용하게 되었다.

피신청인 병원은 당시 목 CT보다는 갑상선 초음파 검사에 유의하여 그에 따른 세침흡인 세포검사를 시행했다면 갑상선 암이 조기에 진단됐을 가능성을 배제할 수 없다는 점, 신청인의 기저 질환인 결절의 크기가 5.2 mm로 조직 검사 여부의 결정상 모호한 점을 고려해, 위자료 400만원에 합의했다.

7개월간 갑상선 암이 지연됐으나 예후가 좋은 암이지만, 검사소홀 책임에 따른 위자료 액으로서 손해전보에는 다소 부족하다.

47) 위자료 산정기준은 예후가 불량한 암 40,000,000원 × 병원 책임비율 ± 20%이다.



[사례 12] 대장암 진단의 지연

환자(여, 45세)는 2010. 11. 19. 복통으로 피신청인 병원에서 게실염으로 진단돼 입원 치료를 받았다. 2011. 9. 22. 복통으로 피신청인 외래진료 후 내시경검사를 권유받았으나 개인사정으로 받지 못하고, 같은 해 12. 7. 증상이 악화돼 복부 CT 촬영한 결과, 대장암으로 진단받고 신청외 병원에서 결장천공으로 결장절제술을 받았다.

2010. 11. 19. 복부 CT에서 대장암의 소견은 아니지만 S자 결장의 비정상적인 장벽 비후 소견에 따른 감별진단(대장내시경)이 필요했던 점을 고려해 위자료 700만원에 합의했다.<sup>48)</sup>

적극적인 검사 소홀로 10개월간 대장암이 지연 진단돼 발생한 피해에 대해 저액의 위자료로서 손해전보에 부족하지만 소송의 부담으로 합의한 것으로 보인다.

[사례 13] 편도암 진단 지연

환자(여, 45세)는 기침과 인후통, 구강내 출혈로 2011. 12. 19.부터 2012. 4. 5. 피신청인에서 치료받았으나, 증상이 호전되지 않아, 같은 해 4. 12. 신청외 병원에서 편도암 3기로 진단돼, 편도절제술을 받고 현재까지 방사선 치료 및 항암치료 중이다.

편도암은 구인두에 발생하는 악성 종양 중 일반적인 편도염이나 구내염 증상으로 오인되어 발견이 늦어질 수 있는 종양 중 하나인 점, 피신청인에게 약 4개월 동안 치료를 받았으나 감염 등의 인후두 관련 증상이 호전되지 않은 점, 피신청인의 주장과 같이 좌측 편도에 궤양이 발견되어 재발성 아프타성 구내염으로 진단돼 소작술을 시행한 점, 신청인의 편도암 병변이 좌측 편도에 있었던 점 등을 고려하면 악성 종양으로 의심해 볼 여지가 있기 때문에, 상급 기관에서 조직 검사 등 자세한 검사를 받을 수 있도록 설명하지 않은 점이 인정되어, 편도암의 지연 진단에 대해 위자료 500만원에 합의했다.<sup>49)</sup>

48) 위자료 산정기준은 기타 암의 경우 2천만 원 × 40%이다.

49) 위자료 산정기준은 기타 암 위자료 20,000,000원 × 50%이다.

4개월간 편도암이 진행된 피해에 대한 위자료로서 손해전보에 부족하나, 개인의원의 임상현실을 감안할 때 소송외적 해결로 사고의 예방이나 제재에 는 영향을 줄 수 있다고 보인다.

## (2) 검토

암 진단 관련사례는 암을 조기에 진단하지 못해 손해가 발생한 경우인데, 환자측은 암으로 진단받은 사실을 수용하기 어렵기 때문에 진단지연으로 인한 손해가 적절한 치료기회 상실에 대한 손해 한계를 인정하는 것이 쉽지 않다. 따라서 의료인이 암을 발생시킨 듯 감정이 고조돼 있어 사실관계와 책임정도를 면밀히 살펴 적절한 위자료 금액을 산정해야 한다. 또한 암의 예후에 따라 수술 등 치료기회 상실 여부를 위자료 산정기준에 적극적으로 참작해 공평한 손해전보가 될 수 있도록 해야 한다.

## 라. 기타 (성형 및 한방 등) 사례

### [사례 14] 한약 복용 후 부작용

환자(여, 46세)는 2012. 3. 5. 다이어트 목적으로 피신청인 약국에서 한약을 구입하여 10일간 복용한 후 10일 후 환각, 환시, 정신착란의 증상으로 신청외 병원에서 검진 받은 결과, 마황에 의해 유발된 정신질환으로 진단돼 치료를 받았다.

약국에서 처방한 마황의 에페드린 성분은 중추신경과 교감신경 흥분을 유발할 수 있으며 특히, 에페드린과 카페인을 약물 상호작용(시너지 효과)로 약효가 상승하여 부작용 위험을 높이므로 커피와 콜라, 녹차와 같이 카페인 성분을 함유한 음료의 제한에 대한 설명 및 교육이 필요한 점을 고려해 책임범위를 80%로 제한했다. 마황으로 인한 합병증으로 정신과 입원 및 외래 진료를 받은 데 대한 치료비 1,652,925원과 일실소득 756,080원(2012. 1. 1. 도시근로자 일일노임 75,608원 x 10일)에 80%를 과실 상계한 1,927,204원과 위자료 160만원을 포함해 352만원에 합의했다.

복약지도 소홀로 발생한 피해의 위자료 액으로 손해전보를 다소나마 달성했다고 생각되나, 위자료의 보완적인 측면에서는 미미하다.

[사례 15] CT촬영 후 심정지 발생으로 사망

환자(여, 59세)는 2004년부터 방광암 및 장 협착증으로 피신청인 병원에서 추적관찰을 받던 중, 복통으로 진료 받은 결과, 장협착에 대해 2012. 3. 13. 유착박리술을 받았다. 수술 후 복통이 발생해 같은 해 3. 19. 복부 CT촬영을 시행한 후 같은 날 17:30 검사를 종료한 후, 18:05경 호흡정지 상태로 발견되어 심폐소생술을 했지만, 뇌손상 및 패혈증에 의한 다발성 장기부전으로 같은 해 4. 14. 사망했다.<sup>50)</sup>

17:30 복부 CT 촬영 종료 후, 18:05 심정지가 발생했으나 피신청인은 정확한 심정지의 발생시간을 모르고 보호자가 환자상태를 발견한 점을 볼 때, CT 촬영 후 환자상태를 집중관찰 했다고 보기 어렵고, 환자감시 및 처치에 신속히 대처하지 못한 점이 있다고 보여, 환자의 나이, 기왕력, 전신상태 등을 참작하여 진료비 8,706,130원과 장례비 등을 포함해 위자료 2천만 원에 합의했다.<sup>51)</sup>

검사 직후 쇼크발생으로 사망에 이른 경위를 볼 때 신변정리기회 상실 등 손해전보에 미흡한 측면이 있다.

[사례 16] 유방재건술 후 감염 및 반흔 발생

환자(여, 45세)는 2004. 3. 17. 유방암으로 피신청인 병원에서 좌측 유방의 변형근치절제술을 받았고, 2009. 9. 1. 유방재건술을 위해 조직확장기를 피하에 삽입 후 같은 해 11. 2. 좌측 유방의 코헤시브겔 보형물 교체술 및 늘어진 우측 유방의 교정술을 받았다. 2010. 12. 17. 수술부위 감염(MRSA 동정)으로 보형물 세척술 및 항생제 치료 등 보존적 치료를 했으나 반복되는 봉합부위의 감염, 벌어진 등으로 수회 변연절제술 및 봉합술을 받았으며, 2011. 3. 10. 피부결함으로 국소 회전피막술을 받은 후 3. 31. 염증소견이 관찰돼 보형물을 제거했으나(MRCNS 동정) 피막이 붙지 않아 같은 해 5. 1. 피막절제술을 받았으며 현재 반흔이 남아 있다.

50) 망자는 고혈압, 당뇨, 2004년에 방광암, 당뇨병성 신장병증, 신부전이 있었다. 심정지 당시 촬영한 복부 CT상 다량의 복수가 차있는 범발성 복막염 소견으로, 심정지의 원인은 조영제에 의한 쇼크보다는 복막염으로 인한 합병증에 의해 심정지가 발생했을 가능성이 높다고 조사됐다.

51) 위자료 산정기준은 기타 암의 경우 위자료 2천만 원 × 병원책임비율 60% ± 50%이다.

일반적으로 보형물 삽입술 후 MRSA 감염이 된 경우, 창상부위의 세척만으로는 지속적인 항균농도를 유지하기 어려운 바, 동정된 균에 감수성 있는 항생제의 정맥투여가 필요하나, MRSA에 효과가 없는 항균제(Lincomycin과 Ceftriaxone)를 투여, 항균제 사용이 적절하지 않았다.

창상세척술 및 항균제 투여 후 2주 정도 경과 후 병변 호전이 없거나, 재발한다면 항균제로 치료가 어려울 만큼 염증이 진행된 것으로 판단해 보형물을 제거했어야 하나, 약 15개월간 변연절제술, 항생제 투여 등 보존적 치료만 하다 2011. 3. 31. 신청인 요청에 의해 보형물을 제거한 것은 적절했다고 보기 어렵다. 보형물 삽입술 후 발생한 감염 등으로 약 17개월에 걸쳐 장기간 치료를 받게 돼, 이로 인해 신체적, 정신적, 경제적으로 손해를 입은 점, 사건의 경위, 수술 후 흉터의 잔존으로 향후 치료가 필요한 점 등을 고려해 피신청인 책임을 70%로 제한(피신청인에게 치료비 12,750,760원의 70%인 8,925,532원과 위자료 500만원 포함), 1,392만원을 권고해, 9백만 원에 합의했다.

17개월간 감염에 대한 부적절한 조치로 피해를 입은 점을 감안할 때, 치료비 보존도 되지 않은 위자료로 합의한 것은 소송의 실익을 담보하기 어려워 합의를 한 것으로 보인다.

## 2. 위자료의 산정기준

소비자원 분쟁조정위원회는 2010. 11. 서울중앙지방법원 손해배상 전담재판부 위자료 기준 금액을 근거로 각 사안에 따른 위자료 산정기준을 만들었다. 피해사례를 사망과 장애, 각종 암, 외상 여부로 먼저 구분했다. 사망과 장애의 경우는 주의의무 위반을 주된 의무와 부수의무 위반으로 구분해 산정기준에 가감요인을 적절히 고려해 위자료를 산출했다.

### 가. 사망의 경우

사망의 경우 1) 주된 주의의무 위반인 경우로 치료행위 자체에 의한 과실인

경우는 8천만원  $\times$  [1-(피해자 과실율  $\times$  0.6)]  $\pm$  20%)로, 2) 부수의무 위반인 경우로 검사결과 판독오류, 정밀검사 또는 전원의무 위반, 감염관리의 과실인 경우는 8천만 원  $\times$  병원책임비율  $\pm$  20%, 설명의무 위반 등 기타 부수의무 위반은 8천만 원  $\times$  0.3  $\pm$  20%로 기준을 정했다.

#### 나. 장애의 경우

노동능력 상실의 경우 1) 주된 주의의무 위반인 경우로 치료행위 자체상 과실인 경우는 (8천만 원  $\times$  노동능력상실율)  $\times$  [1-(피해자 과실율  $\times$  0.6)]  $\pm$  20%, 2) 부수의무 위반인 경우로 검사결과 판독오류, 정밀검사 또는 전원의무 위반, 감염관리상 과실인 경우는 (8천만 원  $\times$  노동능력상실율)  $\times$  병원책임비율  $\pm$  20%, 설명의무 위반 등 기타 부수의무 위반은 (8천만 원  $\times$  노동능력상실율)  $\times$  0.3  $\pm$  20%로 정했다.

#### 다. 기타

각종 암질환의 경우에는 1) 예후가 불량한 암(폐암, 췌장암, 위암 등)은 4천만 원  $\times$  병원책임비율  $\pm$  20%이고, 2) 기타 암(유방암, 자궁암, 갑상선암 등)의 경우는 2천만 원  $\times$  병원책임비율  $\pm$  20%로 기준을 정했다.

예후가 좋은 암에 비해 불량한 암의 경우 가령 폐암 지연 진단으로 수술 받을 기회를 상실하게 되면 상대적으로 더 심각한 피해가 발생하기 때문에 위자료 산정액을 더 높게 삼은 것으로 보인다.

외상 있는 질병의 경우는 1천만 원  $\times$  병원책임비율  $\pm$  50%로, 외상없는 질병은 2백만 원  $\times$  병원책임비율  $\pm$  50%로 정했다.

#### 라. 검토

위에서 살펴본 대로, 소비자원의 의료분쟁조정 실무에서는 위자료 산정에서 사망과 장애로 나누고, 기타 암과 외상 여부로 구분하여 처리하고 있다. 또

한 위자료 산정액에 고려할 가감요인으로 영구장애가 아닌 한시장애, 입원치료가 아니라 통원치료인 경우에는 감액사유로, 예후 차이가 있는 진단지연, 향후치료비 추정서를 제출하지 않았으나 향후 치료비 발생이 분명히 예상되는 경우 등은 증액사유로 참조하고 있다. 또한 가동연령에 근접하거나 초과한 환자의 경우 위자료 산정은 중요하기 때문에 분쟁담당자가 전반적인 양자의 구체적 사정을 고려해 위자료 액수를 가감하고 있는 것이 실정이다.

대검찰청에서 형사사법 불신을 최소화하기 위해 양형기준을 적용하는 것처럼 의료사고의 위자료 산정에서도 기초사실을 근거로 실효성 있는 기본적인 가이드라인 정립이 필요하다.

고령화 사회에 진입한 현 상황에서 가동연령을 60세로 제한하면서 인체의 손상에 대한 위자료 지급은 시대 상황에 맞지 않는 것으로 보인다. 물가상승이나 시대에 맞춰 위자료 정액이 꾸준히 상승하는 것과 마찬가지로 평균수명 연장에 따른 가동연령도 현행 노인 연령기준인 65세로 상향조정에 대해 검토가 필요하다. 가동연령이 60세로 제한된 현시점에서 의료사고로 발생한 생명 인체에 대한 피해는 대부분 원상회복이 어려운 점을 고려할 때, 양자의 전반적인 상황을 위자료 산정에 적극적으로 참작하는 유연한 접근에 의한 공평한 손해 전보가 달성되어야 할 것이다.

## V. 결론적 소결

판결례상 위자료의 배상은 일반적으로 과실비율과 노동능력상실률을 감안하는 등 여러 가지 사유를 참작하고 있다. 그러나 종국적으로는 다양한 사유들을 ‘공평의 관념에 따라 법관의 자유로운 심증’에 의해 결정한다는 판결요지에서 드러나듯이, 정신적 고통에 따른 구체적인 손해액의 입증은 사실상 곤란하고 산정방법의 객관적 기준 제시도 또한 그 본질에 비추어 사실상 불명확한 부분이 적지 않다.

그리고 의료사고로 인한 법적 쟁송에서는, 일반의 다른 사고책임들에서와 달리, 당사자의 입장이 서로 변경될 여지가 현실적으로 거의 없다는 특성이 있다. 가령, 환자 측은 의료전문적 진료과정에서 발생하는 가해를 방지할 수단을 사실상 취할 수 없고, 의료 측에는 진료를 통한 수익이 수반되어 있는바, 특히 소송 외적 피해구제 실무에서 양측의 호혜적 양보가능성을 찾는 것은 쉽지 않다.

위자료의 법기능적 역할은 피해자의 고통(苦痛, Schmerzen, Pain and Suffering)에 대한 비재산적 손해의 전보 이외에 위자(慰藉)와 제재(制裁) 내지 예방(豫防)적 성격이 함께 작용함으로써 손해전보적 기능은 상대적으로 약화될 수밖에 없다. 보다 근본적으로는 비재산적 손해를 객관적으로 평가할 수 있는 시장이 형성되어 있지 않으므로 금전으로 현가로 산정된 실손해의 전보란 애당초 불가능한 점에서 기인한다.<sup>52)</sup> 이러한 난점에서 위자료의 보완기능이 실무상 법적안정성의 희생 하에 방편(方便)으로써 활용되는 기능적 유용성을 부인할 수 없을 것이다.

비교적으로 일별한 연구에서도, 민·형사책임에 대한 비교적 엄밀한 논리적 법리가 관철되는 독일에서도 위자료의 본질상 만족기능이 독일민법의 입법 당시부터 정착되어 있고, 영미에서도 손해전보라는 기능에서는 그 법리적 구성이 크게 다르지 않으나, 인정범위에 상당한 차이가 있는바, 비재산적인 실손해의 전보를 상회하는 징벌적 배상제도를 통해 손해예방 내지 제재적 기능을 인정하고 있는 것을 살펴볼 수 있다.<sup>53)</sup> 이에 관한 고찰은 법체계적 난점과 법정정책적 관점으로 위의 고찰에서 논외로 하였다.

결론적으로, 위에서 실증적인 통계와 일련의 조정사례들의 예시를 통해 살펴 본 바와 같이, 의료사고분쟁의 소송 외적 피해구제 실무에서 피해 환자 측의 적정한 손해전보라는 목적을 달성함에 있어서 정신적 고통을 비롯한 비재산적 손해항목들의 전반을 포괄하는 위자료 배상의 제 기능들을 고려한다면

52) 최우진, “구체적 액수로 증명 곤란한 재산적 손해의 조사 및 확정”, 『사법논집』, 제51집, 2010, 제469면 이하 참조.

53) 박동진, 전제논문, 제178면 참조. Vgl. K. Weber, a. a. O., C. “Vereinigte Staaten von Amerika”.

의료분쟁의 적정한 해결을 위해 효율적으로 활용할 수 있도록 산정기준을 현실화하여 설정하는 합리적 노력이 절실히 요청된다.

주제어: 위자료, 손해의 전보, 보완적 기능, 예방 및 제재기능, 위자료 산정기준



[ 참 고 문 헌 ]

- 곽윤직, 『채권각론』, 제6판, 박영사, 2003.
- 김명수, “위자료의 법적 성질과 기능에 관한 고찰”, 『법학연구』, 제23집, 2006.
- 김선석, “위자료의 산정과 그 기준에 관한 제문제”, 『재판자료』, 제21집, 법원행정처, 1985.
- 박동진, “비재산적 손해의 배상과 위자료”, 『법학연구』, 제21권 제3호, 연세대학교 법학연구원, 2011.
- 박영호, “의료소송에 있어 손해배상액 신청에 관한 최근 10년간 판례의 동향”, 대한의료법학회 공동학술대회 자료, 2009. 11.
- 서광민, “위자료에 관한 몇 가지 문제점”, 『서강법학연구』, 제2권, 2000.
- 신현호, “의료분쟁에 있어서 위자료산정기준 실무에 관하여”, 대한의료법학회 학술대회 세미나 자료, 2012. 9.
- 이명갑, “제재적 위자료론의 입론(I)”, 『사법행정』, 제28권 제3호, 1987.
- 이창현, “불법행위에 기한 위자료에 대한 소고”, 『비교사법』, 제16권 제2호, 2009.
- 장재욱, “위자료에 관한 몇 가지 고찰”, 『한국민법이론의 발전』, 1999.
- 최우진, “구체적 액수로 증명 곤란한 재산적 손해의 조사 및 확정-사실심 법원 권능의 내용과 한계-”, 『사법논집』, 제51집, 2010.
- 최우진, “소송외 분쟁해결을 위한 위자료 산정기준”, 대한의료법학회 학술세미나 자료, 2012. 9.
- 민법 주해, 『채권(11)』, 박영사, 2005.
- 소련 중국 및 만주 민법전, 『법무자료 제3집』, 법무부조사국, 단기 4281.
- 주석 민법, 『채권각칙(8)』, 제3판, 한국사법행정학회, 2000.
- A. Laufs/W. Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, 2. Aufl., 1999.
- B.- R. Kern, Die Genugtuungsfunktion des Schmerzensgeldes – ein pönales Element im Schadensrecht? AcP 191(1991), S. 247 ff.
- B. Windscheid/Th. Kipp, Lehrbuch des Pandektenrecht, Bd. 2, 9. Aufl., 1906.
- Ch. Katzenmeier, Arzthaftung, 2002.
- G. Brüggemeier, Prinzipien des Haftungsrechts, 1999.

- H. - L. Weyers, Empfiehlt es sich, im Interesse der Patienten und Ärzte ergänzende Regelungen für das ärztliche Vertrags- (Standes-) und Haftungsrecht einzuführen?, Gutachten A für den 52. Deutschen Juristentag, 1978.
- H. Lange/G. Schiemann, Schadensersatz, 3. Aufl., 2003.
- J. Esser/H. - L. Weyers, Schuldrecht, Bd. II, Besonderer Teil, Teilband 2, 8. Aufl., 2000.
- K. Weber, Schmerzensgeldansprüche in Deutschland und in den Vereinigten Staaten von Amerika, 2006, in: [http://www. amrecht.com](http://www.amrecht.com).
- Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. II. Recht der Schuldverhältnisse, 1888.
- Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 2 a, Schuldrecht Allgemeiner Teil III, 4. Aufl., 2003.
- Soergel, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 5/2, 12. Aufl., 1998.
- Staudinger Kommentar, BGB, Buch 2. Rechts der Schuldverhältnisse(§§ 833-853), 12. Aufl., 1986.
- V. Behr, Strafschadensersatz im deutschen Recht – Wieder- auferstehung eines verdrängten Phömens, ZJS 3/2010, S. 292 ff., in: [zjs-online.com](http://zjs-online.com).

## Assessment of Damages for Non-pecuniary Loss and Compensation for Damages in Medical Accidents

- Overview for Cases of Medical Injury Relief in Korea Comsumer Agency-

Kyoung Reay Kim · Bup-Young Ahn

*Korea Consumer Agency, Senior Manager /  
School of law, Korea University, O. Professor*

### =ABSTRACT=

There are two opinions on the legal characteristics of damages for non-pecuniary loss, a private sanctions theory and complementary function of damages for non-pecuniary loss, briefly. There is a close connection between the legal characteristics and the function of damages for non-pecuniary loss. The functions of damages for non-pecuniary loss are consist of satisfaction, prevention(sanctions) and complementation.

Several cases of medical injury relief reported to Korea Comsumer Agency are categorized as follows, 1) cases of death after having an operation, 2) diagnosed with disability after a medical accident, 3) extended damages happening related to delayed diagnosis, 4) et cetera(a plastic surgery, a treatment with oriental medicine), and the damages for non-pecuniary loss in respect to each cases are examined.

In the case of occurring death or disability, Korea Comsumer Agency has set up guidelines for assessment of damages for non-pecuniary loss by classifying into major and collateral violation for a duty of care. Furthermore, the damages for non-pecuniary loss in the case of all sorts of cancers, are assessed in accordance with the degree of responsibility subsequent to dividing cancer into good and poor prognosis. When it comes to a complementary function of damages for non-pecuniary loss in the actual work, it is hard to assess the damages as it is difficult to objectify non-pecuniary loss, such as emotional

distress.

Though compensation for damages is major legal characteristics of consolation money, preventing a damage(private sanctions) through consolation for a victim or sanctions against an assailant also has great significance. Therefore, it is necessary to approach flexibly for mutual agreement by considering specialty(concrete facts) of individual issue thoroughly. If considering this aging society that limits the possible age for work to 60 years old, it is needed to have a complementary function of consolation money in mind not to make it less meaningful for victims due to small sum of consolation money.

Keywords: Damages for Non-pecuniary Loss, Complementary Function of Consolation Money, Compensation of Damage, Sanctions and Prevention Function, Guideline for Assessment of Damages for Non-pecuniary Loss