

2011년 주요 의료 판결 분석

유현정* · 서영현** · 이정선*** · 이동필****

I. 머리말

II. 2011년 주요 의료 판결

1. 혈우병 환자 HIV 감염발생 사건
2. 유방암 오진사건
3. 척추측만증 수술 후 하지마비 발생사건
4. 과실과 책임제한 사유의 구분
5. 의무기록의 기재에 관한 판결
6. 한의사의 설명의무에 관한 판결
7. IMS 시술
8. 비자영 의료기관 운영 관련 판결

III. 종합

I. 머리말

의료문제를 생각하는 변호사 모임(이하 ‘의변’이라 한다)에서 2009년부터 시작한, 매년 선고된 판결 중 가장 대표적인 의료 판결을 선정하여 정리하고 발표하는 작업이 어느덧 3년째로 접어들었다. 2009년의 시행착오를 거쳐 2010년 의료관련 판결에 대한 보다 체계적인 정리와 발표 후, 해마다 이러한 작업이 진행되어야 한다는 점에 대한 공감대가 형성되었고, 2011년 말이 되

* 논문접수: 2012. 4. 30. * 심사개시: 2012. 5. 10. * 수정일: 2012. 6. 5. * 게재확정: 2012. 6. 8.

* 법무법인 명을 변호사, 의료문제를 생각하는 변호사 모임 학술단장

** 법률사무소 히포크라 대표변호사, 의료문제를 생각하는 변호사 모임 총무단장

*** 법률사무소 건우 대표변호사, 의료문제를 생각하는 변호사 모임 학술이사

**** 법무법인 로엠 대표변호사, 의료문제를 생각하는 변호사 모임 운영위원

면서 2010년 판결을 수집·정리했던 3인 외에 이동필 변호사가 참여하여 판결문 수집과 정리 작업을 시작하였다.

판결문 정리 작업을 시작하면서 2010년의 작업을 거울삼아 몇 가지 변화를 시도하였다. 2010년에는 대법원, 서울고등법원 및 서울중앙지방법원 판결 중에서 주요 판결을 선정하였지만, 서울중앙지방법원의 판결들 중에는 학술적 가치가 결여된 것들이 많아 지방법원 판결에 대해서 검토하는 것에 대한 재고를 거쳐 2011년 판결 중에서 대법원과 전국 각 고등법원의 의료관련 판결을 검토하되, 지방법원 판결 중에서 언론에 보도된 의료관련 판결들을 중심으로 검토하기로 하였다.

이리하여 법원도서관에서 2011. 1. 1.부터 2011. 12. 31.까지 전국 법원에서 손해배상(의)라는 사건명으로 검색된 총 671건의 판결 중에서 대법원 판결 46개, 서울고등법원 판결 56개, 대전고등법원 판결 2개, 대구고등법원 판결 7개, 부산고등법원 판결 11개, 광주고등법원 판결 5개 등 127개 판결문과 언론에 보도된 판결 30여 건 및 의변 회원들이 송부한 3건의 판결 등 총 160여 건의 판결문을 4명의 변호사가 나누어 분석에 돌입하였다.

이후 5차례의 회의를 거쳐 각 법원 판결들 중 의미 있는 판결에 해당하는지 여부에 관한 토론을 거쳐 중요하다고 의견이 모아진 판결을 선정하였고, 각 판결의 개요와 의의 등을 나누어 집필한 후 서로 상대방의 집필부분에 대한 검토를 거쳐 수정·집필 작업을 진행하였으며, 의변에서 발표와 토론을 거친 후 그 결과를 수렴하여 추가로 2차례의 회의를 통해 최종적으로 아래와 같이 수정·보완하였다.

II. 2011년 주요 의료 판결

1. 혈우병 환자 HIV 감염발생 사건¹⁾

- 대법원 2011. 9. 29. 선고 2008다16776 손해배상(의)

가. 사건 개요

피고 회사는 B형 혈우병 치료제인 이 사건 혈액제제를 제조, 공급하였는데, B형 혈우병 치료제 중에 국산인 것은 이 사건 혈액제제가 유일하였다. 피고 회사는 혈액제제 제조에 사용하기 위하여 1988. 1. 5.경부터 1988. 12. 23.경까지, 1989. 1. 5.경부터 1989. 12. 23.경까지 총 83회에 걸쳐 갑으로부터 혈액을 구입하였는데, 갑은 1989. 10. 16.까지는 HIV 검사에서 음성반응을 보였으나, 45일이 지난 1989. 11. 30. 매혈할 당시 HIV 검사에서 양성반응을 보였다. 또한 피고 회사는 혈액제제 제조에 사용하기 위하여 1990. 1. 3.경부터 1990. 3. 26.경까지 총 21회에 걸쳐 을로부터도 혈액을 구입하였는데, 을은 1990. 4.경 HIV 검사에서 양성반응을 보였고, 후에 위 혈액제제를 사용한 사람들 중에 AIDS 감염자가 발생하였다.

원고들은 원고들의 HIV 바이러스 유전자가 매혈자 갑, 을의 HIV 바이러스 유전자와 가까운 위치 계통수의 유전자인바, 피고 회사가 HIV에 감염된 매혈자 갑, 을로부터 구입한 혈액으로 제조한 혈우병 치료제로 인해 원고들이 HIV에 감염되었으므로 이에 대한 정신적 손해배상의 일부를 지급할 의무가 있다고 주장하였고, 이에 대하여 피고 회사는 원고들 중 일부는 피고 회사가 아닌 외국 제약회사가 생산한 혈우병 치료제를 투여 받은 적이 있으며, 혈우병 치료제 투여 외에 다른 HIV 감염의 가능성은 다양하고, 이 사건 혈액제제는 TNBP공법에 따라 제조된 것으로 현재까지 동일한 방법으로 제조된 혈우병 혈액제제의 사용으로 AIDS에 감염되었다는 사례는 1건도 보고되지 않았

1) 이 사건에 대해서는 대한의료법학회 2011년도 추계학술대회에서 주제발표와 토론이 이루어졌으며, 의료법학 제12권 제2호에 그 논문이 게재되었다.

으며, 설사 이 사건 혈액제제 중 일부가 AIDS 감염자로부터 매수한 혈액을 원료로 하여 제조되었다고 하더라도 피고 회사는 이 사건 혈액제제 제조 당시의 의료수준 및 지식에 비추어 최선의 조치를 다하였으므로 아무런 과실이 없고, 설사 피고 회사에게 원고들이 주장하는 불법행위책임이 인정된다고 하더라도, 감염 원고들이 AIDS 감염사실을 알았을 때 손해의 발생 및 가해자를 알았다 할 것이므로 이미 3년의 단기소멸시효가 완성되었거나 손해발생일로부터 10년이 경과하여 이 사건 소를 제기하였으므로 장기소멸시효 역시 완성되어, 어느 모로 보나 원고들이 이 사건 청구는 이유 없다고 주장하였다.

나. 법원의 판단

(1) 제1심 법원

제1심 법원에서는 피고 회사가 甲이 HIV 검사에서 최초 양성반응을 보인 1989. 11. 30.로부터 불과 45일 전인 1989. 10. 16.경까지 구입한 혈액과 乙이 HIV 검사에서 양성반응을 보인 때로부터 불과 1달 정도 전인 1990. 3. 15.경까지 구입한 혈액을 이 사건 혈액제제의 제조에 사용함으로써 HIV에 감염되었으나 항체미형성기간 내에 있었거나 위음성반응(僞陰性反應) 상태에 있었을 가능성이 있는 甲과 乙의 혈액이 이 사건 혈액제제의 제조에 사용되도록 하여, 결국 HIV에 감염되지 않았음이 명백하지 않은 혈액을 원료로 이 사건 혈액제제를 제조한 잘못이 있고, 나아가 제조과정에서 정기적인 점검과정을 제대로 거치지 않은 등 HIV 바이러스를 완벽하게 불활성화 시키지 못한 잘못이 있다고 하였으나, 총 16명의 감염 원고 중 1명의 주장을 인용하고, 나머지는 소멸시효 완성을 이유로 기각하였다.

(2) 제2심 법원

항소심 법원에서는 피고 회사가 제조·공급한 혈액제제에 의하여 감염 원고들이 AIDS에 감염된 것인지 여부는 사실적 인과관계의 존부에 관한 문제로서

이에 대한 소송상 입증은 한 점의 의혹도 남기지 않을 정도의 엄격한 자연과학적 증명을 요하는 것이 아니라, 경험칙에 비추어 모든 증거를 종합·검토하여 볼 때 특정의 사실로부터 특정의 결과가 발생하였음을 시인할 수 있을 정도의 고도의 개연성이 인정되면 족하고, 그 판단은 일반인이 의심을 품지 아니할 정도로 그 진실성을 확신할 수 있을 것을 필요로 하는데, 이 경우 그 입증의 대상은 우선 의료과실의 존부에 관한 것이 아니라 두 사실 사이의 조건관계를 인정할 수 있는지 여부에 관한 것이므로 이 사건 혈액제제의 제조·판매를 일종의 의료행위로 보아 그 입증책임을 완화할 필요는 없다고 한 다음, 혈우병 환자의 경우 그 치료를 위하여 계속하여 혈액제제를 투여할 수밖에 없는데다가 HIV에 감염되더라도 항체형성기간을 거쳐 항체가 형성되는 데에 2주 내지 수년이 걸리는 등 다양한 가능성이 있는 점에 비추어 볼 때, 비록 피고 회사가 AIDS에 감염된 혈액제제를 감염 원고들에게 투여되도록 공급한 일이 있고 그 관련 원고들이 후에 AIDS에 감염된 결과가 발생하였다고 하여도, 제조물책임에서와 같이 인과관계의 추정에 의한 입증정도의 완화를 허용하는 것은 적절치 않다고 전제하면서 분자생물학적 분석결과와 함께 감염 원고들에 대한 HIV 감염발견 경위, 감염 추정시기 및 이 사건 혈액제제의 투여 경위 등과 같은 역학적 조사결과를 경험칙에 비추어 종합 검토하여 볼 때, 피고 회사가 제조, 공급한 이 사건 혈액제제로 인하여 감염 원고들에게 HIV 감염이라는 결과가 발생하였다는 점을 시인할 수 있을 정도의 고도의 개연성이 인정되지 않는다는 이유로 원고들의 청구를 모두 기각하였다.

(3) 대법원의 판단

의약품의 제조물책임에서 손해배상책임이 성립하기 위해서는 의약품의 결함 또는 제약회사의 과실과 손해 사이에 인과관계가 있어야 한다. 그러나 의약품 제조과정은 대개 제약회사 내부자만이 알 수 있을 뿐이고, 의약품의 제조행위는 고도의 전문적 지식을 필요로 하는 분야로서 일반인들이 의약품의 결함이나 제약회사의 과실을 완벽하게 입증한다는 것은 극히 어렵다. 따

라서 환자인 피해자가 제약회사를 상대로 바이러스에 오염된 혈액제제를 통하여 감염되었다는 것을 손해배상책임의 원인으로 주장하는 경우, 제약회사가 제조한 혈액제제를 투여받기 전에는 감염을 의심할 만한 증상이 없었고, 그 혈액제제를 투여 받은 후 바이러스 감염이 확인되었으며, 그 혈액제제가 바이러스에 오염되었을 상당한 가능성이 있다는 점을 증명하면, 제약회사가 제조한 혈액제제의 결함 또는 제약회사의 과실과 피해자의 감염 사이의 인과관계를 추정하여 손해배상책임을 지울 수 있도록 증명책임을 완화하는 것이 손해의 공평·타당한 부담을 그 지도 원리로 하는 손해배상제도의 이상에 부합한다. 여기서 바이러스에 오염되었을 상당한 가능성은, 자연과학적으로 명확한 증거가 없더라도 혈액제제의 사용과 감염의 시간적 근접성, 통계적 관련성, 혈액제제의 제조공정, 해당 바이러스 감염의 의학적 특성, 원료 혈액에 대한 바이러스 진단방법의 정확성의 정도 등 여러 사정을 고려하여 판단할 수 있다. 한편 제약회사는 자신이 제조한 혈액제제에 아무런 결함이 없다는 등 피해자의 감염 원인이 자신이 제조한 혈액제제에서 비롯된 것이 아니라는 것을 증명하여 추정을 반복시킬 수 있으나, 단순히 피해자가 감염추정기간 동안 다른 회사가 제조한 혈액제제를 투여 받았거나, 수혈을 받은 사정이 있었다는 것만으로는 그 추정이 반복되지 않는다.

한편 불법행위에 기한 손해배상채권에 있어서 민법 제766조 제2항에 의한 소멸시효의 기산점이 되는 ‘불법행위를 한 날’이란 가해행위가 있었던 날이 아니라 현실적으로 손해의 결과가 발생한 날을 의미한다. 그런데 감염의 잠복기가 길거나, 감염 당시에는 장차 병이 어느 단계까지 진행될 것인지 예측하기 어려운 경우, 손해가 현실화된 시점을 일률적으로 감염일로 보게 되면, 피해자는 감염일 당시에는 장래의 손해 발생 여부가 불확실하여 청구하지 못하고, 장래 손해가 발생한 시점에서는 소멸시효가 완성되어 청구하지 못하게 되는 부당한 결과가 초래될 수 있다. 따라서 위와 같은 경우에는 감염 자체로 인한 손해 외에 증상의 발현 또는 병의 진행으로 인한 손해가 있을 수 있고, 그러한 손해는 증상이 발현되거나, 병이 진행된 시점에 현실적으로 발

생한다고 볼 수 있다. 기록에 의하면, AIDS(후천성면역결핍증, Acquired Immune Deficiency Syndrome)의 잠복기는 약 10년 정도로 길고, HIV 감염 당시 AIDS 환자가 될 것인지 여부가 불확실하며, AIDS 환자가 되었다는 것과 HIV에 감염되었다는 것은 구별되는 개념이라는 사실을 알 수 있고, AIDS 환자가 되었다는 손해는 HIV 감염이 진행되어 실제 AIDS 환자가 되었을 때 현실적으로 그 손해의 결과가 발생하였다고 볼 여지가 있다. 따라서 사건을 환송받은 원심으로서 이러한 점을 살펴 소멸시효가 완성되었는지 여부에 관하여 심리하여야 함을 아울러 지적해 둔다.

다. 판결의 의의

의약품과 관련된 사고의 경우 피해의 사전 회피가 곤란하고 투여 후 나쁜 결과 사이에 시간적 간격이 길다는 특성 때문에 일반적인 의료분쟁에 비해 인과관계의 증명이 매우 어렵다.

우리나라는 2000. 1. 12. 제조물책임법이 제정되어 2002. 7. 1.부터 시행되고 있는데, 이 사건은 제조물책임법이 시행되기 이전의 사건이어서 제조물책임법이 적용될 수는 없다. 대법원은 제조물의 하자과 관련하여 소비자 측이 제조물에 의한 사고가 제조업자의 배타적 지배하에 있는 영역에서 발생하였다는 점, 그 사고가 어떤 자의 과실 없이는 통상 발생하지 않는다는 점을 원고 측이 입증하는 경우 제조물의 결함과 인과관계를 추정한다(대법원 2000. 2. 25. 선고 98다15934 판결). 그러나 이 사건에서는 제조업자의 배타적 지배영역에서 발생한 사고임을 증명하는 것이 결국 제조과정에서 HIV에 감염되었을 가능성뿐만 아니라 다른 혈액제제, 수혈, 성교 등의 가능한 원인을 배제해야 하는 상황이므로 위 법리가 큰 도움이 되지 않는다.

위 판결에서는 제조물책임에 있어서의 법리를 넘어 혈액제제를 투여받기 전에는 감염을 의심할 만한 증상이 없었고, 그 혈액제제를 투여 받은 후 바이러스 감염이 확인되었으며, 그 혈액제제가 바이러스에 오염되었을 상당한 가능성이 있다는 점을 증명하면 혈액제제의 결함 또는 제약회사의 과실과 피해자

의 감염 사이의 인과관계를 추정하여 손해배상책임을 지울 수 있도록 입증책임을 명시적으로 완화하였다는 점과, 원고들이 혈액제제의 상당한 오염가능성을 증명하여 과실과 인과관계를 추정한 이상 그 추정을 번복하기 위해서는 피고 회사 측에서도 단순히 다른 원인의 개입 가능성만 제시하여서는 안 되고 피고 회사가 제조한 혈액제제가 감염되지 않았다는 점에 대한 상당한 증명을 해야 함을 실시하여 증명책임을 분담을 명확히 하였다는 점에 큰 의의가 있다.

아울러 HIV 감염과 AIDS 발병과는 다른 개념이므로 AIDS와 같이 감염 이후 발병까지 잠복기가 상당히 오랜 시간이 경과되는 질환의 경우 손해는 증상이 발생되거나 병이 진행된 시점에 현실적으로 발생한다고 명시하여 피해자가 소멸시효의 부당한 불이익을 받지 않도록 명시하였다.

라. 관련판결

가해행위와 이로 인한 현실적인 손해의 발생 사이에 시간적 간격이 있는 불법행위에 기한 손해배상채권의 경우, 소멸시효의 기산점이 되는 “불법행위를 한 날”의 의미는 단지 관념적이고 부동적인 상태에서 잠재적으로만 존재하고 있는 손해가 그 후 현실화되었다고 볼 수 있는 때, 다시 말하자면 손해의 결과 발생이 현실적인 것으로 되었다고 할 수 있는 때로 보아야 한다(대법원 1998. 5. 8. 선고 97다36613 판결, 대법원 2008.6.12. 선고 2007다36445 판결 등).

2. 유방암 오진사건

- 대법원 2011. 7. 14. 선고 2009다65416 손해배상(의)

가. 사건 개요

원고는 2005. 7.경 종합건강검진 결과 오른쪽 유방에 혹이 발견되자 A대학병원에 내원하여 조직검사를 받았다. A대학병원 의료진은 원고의 조직을 파라핀블록으로 만들고, 다시 파라핀블록의 일부로 조직검사 원본 슬라이드를 만들었는데, 위 병원 병리과에서는 이를 침윤성 유방암으로 진단한 후 원

고에 대하여 유방절제술을 시행하기로 결정하였다.

원고는 위 진단 결과를 믿지 못하고 오른쪽 유방의 종양이 암인지 여부를 다시 정확하게 진단받은 후 유방절제술 등의 치료를 받기 위하여 2005. 11. 28. A대학병원으로부터 조직검사결과기록지, 의무기록사본, 초음파사진을 복사한 CD 등을 교부받은 뒤 같은 날 B대학병원에 내원하여 피고에게 진료를 의뢰하였다. 피고는 내원당일 원고에 대하여 간단한 촉진 등의 검사를 시행한 후 A대학병원의 병리검사결과지와 진단서를 신뢰하여 A병원 의료진과 동일한 결정을 하였다.

원고는 2005. 11. 30. 수술을 위하여 B대학병원에 입원하였고, 피고는 같은 날 원고에 대하여 유방 초음파검사 및 유방 MRI 검사 등을 시행하였는데, A대학병원의 검사결과와 거의 일치하는 종괴 소견을 보였다. 이에 따라 피고는 2005. 12. 2. 원고에 대하여 유방절제술을 시행하였고, 떼어낸 종양조직에 대한 조직검사 결과 암세포가 검출되지 않자 원고에게 A대학병원에 가서 조직검사 원본 슬라이드를 대출받아 오도록 하였다. 피고는 원고에게 항호르몬제의 필요성 유무를 확인하기 위하여 암세포 조직이 필요하여 A대학병원에서 파라핀블록을 대출받아 오도록 하였는데, 원고가 대출받아 온 파라핀블록에서 암세포가 검출되지 않자 그 경위를 확인하는 과정에서 A대학병원 병리과 의료진이 원고의 조직검사 원본 슬라이드를 만들면서 암세포를 가지고 있던 다른 환자의 조직검체에 원고의 라벨을 부착한 후 이를 현미경으로 관찰하여 원고를 침윤성 유방암으로 진단한 사실이 밝혀졌다.

이에 원고는 A대학병원과 그 소속 주치의 갑, B대학병원과 그 소속 주치의인 피고를 상대로 손해배상소송을 제기하였다.

나. 법원의 판단

(1) 제1심 재판부는 A대학병원에 대하여 암 오진 판독으로 말미암아 원고가 잘못된 수술을 받게 되어 입은 모든 손해를 배상할 책임을 인정하였고, A대학병원 소속 주치의 갑에 대하여는 고도로 분업화된 종합병원의 시스템 하

에서 외과의사인 갑이 병리과 의료진의 판단을 신뢰하여 암으로 확진한 것이 라는 점에서 과실을 부정하였으며, B대학병원 및 피고에 대해서도 동일한 제3차 의료기관의 지위에 있는 A대학병원 의료진에 의해 암으로 확진된 조직검사 판독결과를 신뢰한 것에 과실이 있다고 보기 어렵다 하여 원고의 주장을 배척하였다.

(2) 이에 원고가 항소하자, 서울고등법원 담당 재판부에서는 A대학병원과 갑에 대한 제1심의 판단은 그대로 유지하였으나, B대학병원과 피고에 대하여는 원고가 A대학병원의 진단 결과를 믿지 못하고 오른쪽 유방의 종양이 암인지 여부를 다시 한 번 정확하게 진단받기 위하여 B대학병원에 내원한 것이고, 조직검사는 조직의 채취·파라핀 블록 및 조직검사 슬라이드의 제작과정에서 오류가 있을 수 있으므로, 피고는 별도로 새로이 조직을 채취하여 재검사를 실시하거나, 최소한 A대학병원에서 실시한 조직검사 원본 슬라이드와 함께 파라핀 블록을 대출받아 재검사하는 등 원고의 종양이 암인지 여부를 정확하게 진단하여 그 검사와 진단 결과를 토대로 수술 여부를 결정하여야 할 주의의무가 있음에도 불구하고 이를 위반하여 유방암 수술을 집도하는 의사에게 평균적으로 요구되는 진단상의 주의의무를 다하지 못한 과실이 있다 하여 손해배상책임을 인정한 다음 A대학병원과 연대하여 치료비 및 위자료로 5,000여 만 원의 지급을 명하였고, 이에 대하여 A대학병원, B대학병원, 피고가 상고하였다.

(3) 대법원은 피고와 B대학병원의 패소 부분을 파기환송하고 A대학병원의 상고를 기각하며 다음과 같이 판시하였다.

“어느 대학병원에서 환자에 대한 조직검사를 시행하여 암의 확정 진단을 하고, 그 환자가 다른 대학병원에 전원(轉院)하면서 종전 대학병원에서의 조직검사 결과를 기재한 조직검사 결과지를 제출하였다면, 새로이 환자를 진찰하게 된 대학병원의 의사가 종전의 조직검사 슬라이드를 대출받아 병리판

독을 다시 시행하게 하는 경우가 있기는 하나, 조직검사 자체를 다시 시행하는 경우는 원칙적으로 없으며, 조직검사를 위하여 채취된 조직이 불충분하거나 부적합한 경우에는 병리판독에 어려움이 있을 수 있으므로 다시 조직검사를 시행하게 되나, 한 번의 조직검사로 암 진단을 할 수 있으면 조직검사를 반복하여 시행할 필요는 없다고 하는 진료기록감정촉탁결과에서 알 수 있는 조직검사와 암 확정 진단 과정의 특수성에 A대학병원의 조직검사가 이 사건 수술 직전에 이루어졌고 A대학병원에서 암 확정 진단의 근거가 된 조직검사 슬라이드를 보관하고 있었으므로 필요할 경우 조직검사 슬라이드를 대출받아 재 판독할 수 있었던 점, 피고가 이 사건 수술을 하기 전에 유방초음파 및 유방 MRI 검사 등을 실시한 결과도 오른쪽 유방의 소견이 A대학병원의 검사 결과와 거의 일치하는 등 A대학병원의 병리과 의료진에 의한 ‘침윤성 유방암’ 판정 결과를 의심할 만한 정황이 없었던 점, 피고는 위와 같은 검사결과를 바탕으로 사분위절제술을 통하여 원고의 오른쪽 유방의 10시 방향 종양 및 유방암의 가능성이 있는 8~9시 방향의 종양도 모두 제거하였는데, 원고의 오른쪽 유방의 종양이 A대학병원에서 암으로 확정 진단된 상황이었으므로 어느 병변이 암으로 판정되더라도 두 개의 종양을 모두 포함하는 사분위절제술은 적절한 수술범위로 보이는 점 등의 여러 사정을 보태어 보면, 피고로서는 조직검사 슬라이드 제작 과정에서 조직검체가 뒤바뀔 가능성 등 매우 이례적인 상황에 대비하여 원고로부터 새로이 조직을 채취하여 재검사를 실시하거나, A대학병원에서 파라핀 블록을 대출받아 조직검사 슬라이드를 다시 만들어 재검사를 시행한 이후에 유방절제술을 시행할 주의의무까지 있다고 보기는 어렵다.

한편, 원고는 A대학병원의 진단 결과를 믿지 못하고 우측 유방의 종양이 암인지 여부를 다시 정확하게 진단받기 위하여 피고 B대학병원에 내원한 것이고, 원고의 유방암은 초기 상태로 유방절제술을 당장 시행하여야 할 급박한 상황도 아니었으므로, 피고로서는 A대학병원 병리과 의료진의 판독 오류 가능성에 대비하여 조직검사 슬라이드를 대출받아 재 판독을 하게 할 주의의

무가 있었다고 볼 수 있으나, 이 사건에서는 A대학병원의 병리과 의료진의 과실로 조직검사 슬라이드 제작 과정에서 조직검체 자체가 뒤바뀐 것이므로, 위 조직검사 슬라이드를 대출받아 재 판독하게 하였다고 하더라도 여전히 ‘침윤성 유방암’으로 판정할 수밖에 없었을 것이다.”

다. 판결의 의의

위 판결은 환자가 다른 병원의 진단 결과를 믿지 못하여 정확한 진단을 받기 위해 내원한 경우 진단상의 주의의무를 어디까지 인정할 것인지와 관련하여 동일한 제3차 의료기관의 판단을 신뢰한 피고에게 진단상의 주의의무 위반을 인정할 수 없다고 판시한데 의의가 있다.

위 판결은 진단상의 과실을 인정한 항소심 판결을 파기하면서 제1심 판결과 동일한 결론에 도달하였는데, 제1심 판결에서 A대학병원 주치의 갑의 책임을 부정하면서 명시적으로 ‘신뢰의 원칙’을 기술했던 것과는 달리²⁾ 대법원에서는 신뢰의 원칙이 바탕이 된 ‘조직검사와 암 확정 진단 과정의 특수성’에 다른 부가적인 사정들을 보태어 피고의 진단상 주의의무 위반을 부정하였다. 여기에는 고도로 분업화된 종합병원의 시스템을 전제로 한 신뢰의 원칙이 통상 동일한 의료기관에서 적용되는 것과는 달리 다른 대학병원의 의료진의 판단을 그대로 신뢰한 사안이라는 점 및 환자가 다른 병원의 진단 결과를 믿지 못하여 정확한 진단을 받기 위해 내원하였다는 특수한 사정이 고려된 것으로 보인다.

이와 관련하여 대법원은 환자가 다른 병원의 진단 결과를 믿지 못하여 정확한 진단을 받기 위해 내원한 것이고, 원고의 유방암은 초기 상태로 유방절제술을 당장 시행하여야 할 급박한 상황도 아니었으므로, 피고로서는 A대학병원 병리과 의료진의 판독 오류 가능성에 대비하여 조직검사 슬라이드를 대

2) 원고는 A대학병원 주치의 갑의 과실을 부정한 제1심 판결에 불복하여 항소하였으나, 항소심에서는 제1심 판시를 그대로 유지하였고, 항소심 판결에 대하여 원고가 더 이상 다투지 아니하여 확정되었다.

출받아 재 판독을 하게 할 주의의무가 있었다고 볼 수 있으나, 이 사건에서는 A대학병원의 병리과 의료진의 과실로 조직검사 슬라이드 제작 과정에서 조직검체 자체가 뒤바뀐 것이므로, 위 조직검사 슬라이드를 대출받아 재 판독하게 하였다고 하더라도 여전히 ‘침윤성 유방암’으로 판정할 수밖에 없었을 것이라 하여 과실이 있었다더라도 인과관계가 부정된다는 판단을 부가하고 있는바, 이는 결론에 대한 구체적 설득력을 높이기 위한 것으로 판단된다.

3. 척추측만증 수술 후 하지마비 발생사건

－ 대법원 2011. 7. 14. 선고 2009다54638 손해배상(의)

가. 사건 개요

원고는 3세 때 선천성 척추측만증이 발견되어 진료를 받아오다 2004. 11. 8. 피고 병원에 수술을 받기위해 입원하였는데, 당시 척추측만각은 66도였고 근력과 감각은 정상이었다. 피고 병원 의료진은 2004. 11. 12. 척추측만증을 교정하기 위한 1차 수술을 실시하였는데, 1차 수술 직후 원고의 양 하지 근력과 감각이 완전히 상실되는 증상이 나타났다. 피고 병원 의료진은 원고의 양 하지 근력과 감각이 상실된 원인을 찾기 위해 2004. 11. 13. 2차 수술을 시행하였으나 1차 수술 부위에서 활동성 혈종이나 척수의 압박손상은 관찰되지 않았고, 2차 수술 후에도 원고의 양 하지 근력과 감각이 정상으로 돌아오지 않자 재차 수술 부위를 확인하기 위해 2004. 11. 15. 3차 수술을 시행하였으나 수술 부위에 척수나 신경을 압박할 만한 혈종이나 활동성출혈을 발견하지 못하였다. 그 후 원고의 양 하지 근력과 감각이 일부 회복되었으나, 이 사건 원심 변론종결 당시 원고에게 영구적인 양 하지 부전마비, 대소변 장애가 남아 있고 보행이 불가능하며 침상 이동 능력도 저하된 상태여서, 여명 기간 동안 휠체어와 1일 성인 12시간의 개호가 필요한 상태에 이르게 되었다. 원고 측이 수술과정에서의 척수손상 등의 의료과실을 주장함에 대하여 피고 병원 측은 1차 수술과정에서 SSEP 검사³⁾를 실시하였으며 그 검사 상

아무런 이상 소견이 없었으므로 수술과정 등에 과실이 없다고 주장하였다

나. 대법원의 판단

원고에 대한 1차 수술 부위와 양 하지 마비장애의 신경부위가 일치하기 때문에 1차 수술과정에서 양 하지 마비장애가 발생하였다고 볼 수 있는바, 척추측만증 교정술 후에 나타날 수 있는 하반신 마비의 원인으로는, 수술 중 고정기나 수술기구에 의한 직접적인 신경손상, 과도한 교정(신경견인)에 의한 신경손상, 이식골편이나 부정확한 위치에 삽입된 고정기구에 인한 신경 압박, 혈종에 의한 신경압박, 부종에 의한 신경압박, 대량 출혈로 인한 척수의 허혈성 손상, 그 외 원인을 정확하게 알 수 없는 경우 등이 있는데, 이 사건에서 1차 수술 후 시행된 검사 등에서 이식골편 또는 고정기구가 부정확한 위치로 삽입된 소견이 발견되었다거나 수술 중 과도한 출혈이 있었다는 소견은 보이지 아니하고, 나아가 2차, 3차 수술에서도 신경을 압박할 만한 혈종이나 부종이 발견되지 아니한 사실을 알 수 있다.

비록 척추측만증 교정술 과정에서 원인을 정확하게 알 수 없는 합병증으로 양 하지 마비장애가 발생할 수 있는 가능성이 없는 것은 아니지만, 원고의 양 하지 마비장애는 1차 수술 직후에 나타난 것으로서 1차 수술 외에는 다른 원인이 개재하였을 가능성이 없고, 그 발생 부위가 1차 수술 부위와 일치하며, 원고는 1차 수술 전에 양 하지의 근력과 감각이 정상이었고 당장의 신경학적 증상을 치료하기 위한 수술이 아니어서 1차 수술을 전후하여 양 하지 마비장애를 초래하기 쉬운 내적 요인을 가진 신체 상태에 있었다고 보기 어려운 점 등을 종합하여 보면, 1차 수술 직후에 원고에게 발생한 양 하지 마비장애는

3) SSEP(SomatoSensory Evoked Potentials)검사는 체성감각유발전위검사로, 특히 척추수술을 할 때 환자의 머리나 목 부위에 한쪽 전극을 부착하고 환자의 다리에 나머지 전극을 부착하여 미약한 전류를 흘려 척수의 전위를 모니터를 통하여 관찰하는데, 수술 도중 척수에 자극을 가하거나 척수에 손상이 발생하는 경우 척수 전위에 이상소견이 나타나므로 척수에 과도한 자극이나 손상이 발생되는지 여부를 확인할 수 있다. 다만 이 검사는 위양성(僞陽性) 또는 위음성(僞陰性)이 나타날 가능성이 비교적 높다고 알려져 있다.

결국 척추측만증 교정술 후에 나타날 수 있는 하반신 마비의 원인 중에서 수술 중 고정기구나 수술기구에 의한 직접적인 신경손상이나 과도한 교정(신경견인)에 의한 신경손상에 의하여 초래된 것으로 추정할 수 있는 개연성이 충분하다고 할 것이다. 나아가 피고 병원이 SSEP 검사 결과를 제출하지 못하는 사유에 대한 설명이 쉽게 납득할 수 없을 뿐 아니라, SSEP 검사의 불완전성에 비추어 보면, 피고 병원의 주장과 같이 1차 수술 중에 시행한 SSEP 검사에서 특별한 이상 소견이 없었다고 하더라도 그러한 사정만으로 1차 수술 중 고정기구나 수술기구에 의한 직접적인 신경손상이나 과도한 교정(신경견인)에 의한 신경손상이 없었다고 단정하거나 피고 병원 의료진의 과실을 추정할 수 있는 개연성이 충분하지 않다고 볼 수는 없다. 그런데도 원심이 인용한 제1심 판결이, 피고 병원 의료진이 SSEP 검사 등 과도한 교정(신경견인)을 피하기 위한 조치를 하였음에도 하반신 마비 등이 발생하게 된 점 등에 비추어 피고 병원 의료진의 어떤 과실로 인하여 원고에게 나쁜 결과가 발생하였다고 추정할 수 없다고 본 것은, 의료소송에서의 과실의 입증에 관한 법리를 오해하여 판단을 그르친 것이라 할 것이다.

다. 판결의 의의

간접사실에 의한 과실추인에 있어서 수술과 나쁜 결과 사이의 시간적 근접성과 부위의 연관성이 있고 타 원인의 개재가능성이 없다는 점만으로 과실을 추정하는 것은 인과관계와 과실을 구별하지 않은 것이므로 타당하지 않다. 본 판결의 경우 간접사실에 의한 과실추인에 있어서 의료상 과실 외에는 다른 원인이 있다고 보기 어려운 여러 가지 간접사실들이 충분히 주장·입증되어 과실이 추인되었다는 점에서 간접사실에 의한 과실추인에 충실한 판결이라고 생각된다. 나아가 피고 측에서 수술 도중 SSEP 검사를 실시하여 신경손상 여부를 모니터링 하였고 그 검사에서 이상 소견이 없었으므로 신경손상이 없었다는 주장에 대해서도, 피고 측이 SSEP검사 데이터가 손상되는 사건이 발생하였다며 자료를 제출하지 못하였고, SSEP 검사 자체가 위양성(僞陽

性), 위음성(偽陰性)이 많은 불완전한 검사라는 점에서 설사 SSEP검사 결과가 정상이었다고 하더라도 과실추정을 번복하지 못한다고 판시하여 과실이 추정되는 경우 그 추정을 번복하기 위해서는 더 확실한 개연성이 있는 반증을 제시해야 한다는 점을 명확히 한 점에 의의가 있다.

라. 관련 판결

망인의 사망을 초래한 대동맥박리는 이 사건 심방중격결손 수술을 위한 캐놀라 삽관 직후에 나타난 것으로서 이 사건 수술 이외에는 다른 원인이 개재하였을 가능성이 없고, 그 발생 부위 또한 이 사건 캐놀라 삽관과 연관하여 볼 수 있는 부위로 보이고, 위 망인에게 이 사건 수술 전후를 통하여 대동맥박리를 초래할 만한 특별한 질환이나 증상이 관찰되지 아니하였으며, 한편으로는 대동맥에 캐놀라를 삽입하는 과정에서 대동맥내막에 대한 직접적인 열상이나 기계적인 압박 등 부적절한 시술로도 대동맥박리가 나타날 수 있는데다가, 비록 심장수술 과정에서의 잘못 이외의 합병증으로 대동맥박리가 발생할 수 있는 확률도 0.16% 있지만 그와 같이 예외적으로 발생하는 경우도 주로 고혈압 등 혈관질환을 보유하고 있는 환자들에게서 나타난 것이라는 사정 하에서라면, 위 망인에게 발생한 이 사건 대동맥박리는 결국 대동맥박리가 일어날 수 있는 원인 중에서 캐놀라를 삽입하는 과정에서 대동맥내막을 손상시키는 등 부적절한 캐놀라 삽관에 의하여 초래된 것이라고 추정할 수밖에 없다고 할 것이다(대법원 2000. 7. 7. 선고 99다66328 판결).

4. 과실과 책임제한 사유의 구분

- 대법원 2011. 11. 10. 선고 2009다45146 손해배상(의)

가. 사건 개요

망인은 2005년 개인의원에서 고혈압 진단 받은 이외에 다른 건강상 문제가 없었는데, 2006. 5. 23. 점심 식사 후 발생한 복통과 구토증세로 개인의

원을 거쳐 다음 날인 2006. 5. 24. 15:55경 피고병원에 내원하여 복부전산화 단층촬영 결과 장 폐색 소견이 나타나 20:18경부터 장 폐색 완화를 위한 스텐트 삽입술을 시행 받던 중 상태가 악화되어, 당일 23:00경 혈중 칼륨농도 등을 확인하기 위하여 응급혈액검사를 시행받았고, 23:21경 시행된 흉부 방사선 검사에서 폐부종 소견을 보였으며, 23:30경에는 산소포화도가 80~85% 정도로 낮아지고 호흡수는 34회/분으로 높아졌으며, 청색증 소견까지 보였다.

피고 병원 의료진은 5. 24. 23:30 및 5. 25. 00:00경 동맥관 삽입을 시도 하였으나 실패하고, 5. 25. 01:00경 동맥혈가스분석검사를 시행한 결과 pH 6.876(참고치 7.35~7.45), 중탄산염 8.3mmq/L(참고치 21~27)로 심한 대사성 산혈증 소견을 보이자 이를 교정하기 위하여 비분(중탄산나트륨)을 투여하였다. 망인은 5. 25. 01:20경 심한 빈호흡 및 서맥 상태였고, 피고 병원 의료진은 그 무렵 응급혈액검사 결과를 확인하여 혈중 칼륨농도가 7.5mEq/L(참고치 3.5~5.5)로 높아 고칼륨혈증을 교정하기 위하여 인슐린과 포도당을 투여하였으나, 01:30경 망인의 호흡이 정지되었고 심폐소생술을 시행하였으나, 04:25경 사망하였다.

나. 법원의 판단

(1) 제1심 재판부는 망인이 내원 당시 전해질 이상소견이 없었고, 수액이 부족하였다고 보기 어려우며, 의료진이 장루조성술이 아닌 스텐트 삽입술을 시행한 것과 관련하여 전자의 경우 개복술을 시행해야 하기 때문에 후유증이나 합병증이 더 높아 후자가 더욱 보편적으로 시행되고 있으므로 위와 같은 수술방법 선택을 의료진의 과실이라 보기 어렵고, 경과관찰 해태나 설명의 무 위반을 인정하기 어렵다며 원고의 청구를 기각하였다.

(2) 이에 대하여 원고들이 항소하여, 망인이 피고병원 내원 당시 이미 신기능이 저하되어 있음에도 수액을 과다투여 하여 망인에게 폐 울혈과 폐부종

이 발생하게 하여 호흡정지에 이르게 하였다는 과실을 추가로 주장하였으나, 항소심 재판부는 “망인이 피고병원 내원 당시 이미 급성신부전과 폐혈증의 증세를 보이고 있었고, 스텐트 삽입술 이후에도 장폐색의 진행으로 전해질의 불균형이 나타났다는 점 등에 비추어 볼 때, 망인에 대한 수액 과다 투여로 인한 폐 울혈과 폐부종이 발생하여 사망하였다고 보기 어렵다”며 원고들의 항소를 기각하였고, 원고들이 상고하였다.

(3) 대법원은, 원심을 파기환송하면서 다음과 같이 판시하였다.

“장 폐색 환자에서는 고칼륨혈증 등 전해질불균형이 발생할 수 있고, 고칼륨혈증은 생명을 위협하는 응급상황으로서 즉시 치료를 요하므로, 피고 병원 의료진이 2006. 5. 24. 23:00경 장 폐색 환자인 망인에 대하여 응급혈액검사를 시행하였다면 지체 없이 그 결과를 확인하고, 그 밖에 실시간으로 모니터링이 가능한 심전도에서 높고 뾰족한 T파 등 고칼륨혈증의 특이한 소견이 나타나는지 여부도 면밀히 관찰하여 고칼륨혈증을 조기에 진단하고 교정할 의무가 있다. 피고병원 의료진이 위 응급혈액검사를 시행한지 약 2시간 20분이 지난 2006. 5. 25. 01:20경에 이르러서야 혈중 칼륨농도가 7.5mEq/L(참고치 3.5~5.5)로 높다는 것을 확인하고 고칼륨혈증을 진단하여 치료를 시작하였다면, 고칼륨혈증의 응급성 및 우리나라 대학병원에서 응급혈액검사를 통한 고칼륨혈증의 확인시간이 통상 1시간 이내라는 점에 비추어 볼 때 피고 병원 의료진에게는 고칼륨혈증에 대한 경과관찰 및 치료를 소홀히 한 과실이 있다.

폐부종은 발생원인과 상관없이 그 자체로 생명을 위협하는 응급상황으로서 원인질환에 대한 치료 외에 폐부종 자체를 치료하기 위하여 산소, 이뇨제, 기관지 확장제 등을 투여할 필요가 있고, 단순한 산소공급만으로 환자의 산소포화도가 제대로 유지되지 않으면 기관 내 삽관 및 인공호흡기 치료까지도 필요하므로, 망인이 스텐트 삽입술 과정에서 혈압이 떨어져 수액을 투여 받은 후 혈압은 회복되었으나 5. 24. 23:21 흉부 방사선검사서 폐부종 소견이 발견되었고, 5. 24. 23:30 마스크를 통해 산소를 8L/분의 속도로 공급

받는 상황에서도 청색증을 보이면서 산소포화도가 80~85%로 낮았다면, 피고 병원 의료진으로서 그 무렵에는 이뇨제 등을 투여하고, 동맥혈가스분석검사를 시행하여 필요한 경우 기관 내 삽관을 통한 산소공급 등 적극적 치료를 고려하였어야 할 것임에도 불구하고, 피고 병원 의료진은 망인에게 이뇨제를 투여하지 않았거나, 5. 25. 01:00경에 이르러서야 뒤늦게 이뇨제 투여와 동맥혈가스검사를 시행하였으므로, 피고 병원 의료진에게는 이뇨제 투여 및 동맥혈가스분석검사를 지체하여 산소공급을 충분히 하지 못하는 등 망인의 폐부종에 대한 경과관찰 및 치료를 제대로 하지 못한 과실이 있다.

고칼륨혈증 및 폐부종은 그 자체로 사망을 일으킬 수 있는 중대한 응급질환으로서 즉시 치료되어야 하는 점, 망인은 사망 당시 중증 패혈증 상태가 아니었다는 점을 고려할 때, 피고병원 의료진의 과실이 망인의 사망 원인이 되었다고 볼 수 있으므로, 위 과실과 망인의 사망 사이에 상당인과관계가 인정된다고 할 것이고, 다만 피고 병원 의료진의 과실이 없었다더라도 망인의 상태가 중증 패혈증 등으로 악화되어 사망할 가능성이 높다고 한다면 이러한 사정을 책임제한사유로 삼을 수는 있을 것이다.

다. 판결의 의의

의료사건에 관한 판결, 그 중에서도 환자 측 청구인용 판결에서 항상 언급되는 항목 중 하나가 손해의 공평 타당한 분담이라는 이념을 근거로 하는 책임제한이다. 다만 책임제한은 모든 환자 측 청구인용 판결에서 반드시 이루어져야 하는 것은 아니고, 담당 재판부의 재량에 의하여 환자나 망인이 의료기관에 내원하게 된 경위, 기왕병력이나 체질적 소인 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 책임제한을 할 것인지 여부와 비율을 결정하는데, 이 부분은 사실심 재판부의 전권에 속하는 영역이어서 대법원에서도 사실심의 판단을 존중하는 경향이 있다.

환자입장에서는, 과실과 인과관계가 인정된 후 책임이 제한되는 경우와 과실과 인과관계 중 하나 또는 두 가지 모두가 인정되지 않는 경우는 소송의

승패가 좌우되는 중요한 요소여서, 어느 것이 과실 인정의 근거가 되고 어느 것이 책임제한 사유가 되는 것인지가 초미의 관심사이지만, 그 동안 법원 판결에서는 이 부분에 대해서는 명확한 기준을 제시하지 않고 있었다.

본건에서 대법원은, 우리나라 대학병원에서 고칼륨혈증에 대한 검사 후 1시간 정도가 지나면 그 결과 확인 및 그에 따른 처치가 가능함을 지적하고, 이러한 일반적인 의료수준에서 이루어질 수 있는 처치를 이행하지 않아 환자가 사망한 경우 의료기관의 과실과 인과관계를 추정함으로써, 고칼륨혈증과 같이 위험성이 높은 전해질 이상 등의 경우 그에 대한 검사결과 확인 및 처치 지연은 의료기관의 과실 범주에서 판단되어야 하는 것임을 분명히 하였다.

더불어 환자 상태의 위중함 등은 책임제한 부분에서 판단할 수 있는 사유라는 점을 명시하였는바, 1, 2심에서 과실을 판단함에 있어 환자가 앓고 있는 질병의 위중함 등을 함께 고려하여 과실 자체 및 인과관계가 부정되었던 사안에 대하여, 과실 및 인과관계를 인정하되 환자가 앓고 있는 질병의 위중함 등을 책임제한 사유로 구분하여 논리적인 근거와 함께 비록 소액이더라도 손해가 배상될 수 있도록 기준을 제시하였다는 점에 의의가 있다.

5. 의무기록의 기재에 관한 판결

– 서울고등법원 2011. 3. 8. 선고 2010나17040 손해배상(의)

가. 사건 개요

원고는 초산부로 피고 병원에서 임신 38주째에 3.2kg의 망아를 자연분만 하였는데, 망아의 출생 당시 아프가 점수는 1분에 5점, 5분에 8점이었고, 태변착색은 없었으나 울음소리가 약하고 반응과 움직임이 약하며 산소포화도가 70~80%에 불과하여 산소공급 및 구강, 비강 흡인을 시행하였으나 여전히 산소포화도와 80~90%로 낮게 측정되자 피고 병원 의료진은 기관삽관술을 시행하고 망아를 대학병원에 전원조치 하였다.

망아는 대학병원 중환자실에서 집중치료를 받았으나, 심한 대사성 산증,

뇌 CT 검사상 간뇌와 소뇌를 제외한 모든 대뇌반구에 광범위한 저음영과 뇌 부종 소견을 보이는 뇌사의 양상이 확인되었고, 상태가 계속 악화되다가 전원 된 지 3일 만에 사망하였다.

위 사건의 의무기록상 산모에 대한 자궁수축의 빈도, 강도, 지속시간은 거의 측정하지 않았고, 태아심박동수도 분만 1기에는 20분 내지 1시간 간격으로, 분만 2기(2007. 12. 8. 08:40~10:23까지) 들어서도 20분 내지 30분 간격으로 확인하였을 뿐이며, 2007. 12. 7. 16:50경, 18:30경, 20:50경과 다음날 05:30경, 07:10경의 비수축성검사 결과(NST)지만이 남아 있고, 그 사이의 태아심박동수의 양상을 확인할 수 있는 의무기록은 남아 있지 않았다.

나. 법원의 판단

(1) 원고는 피고 병원 의료진이 분만 중 태아심박동수 및 자궁수축 감시를 세밀하게 하지 못하였을 뿐만 아니라 태아곤란증을 의심할 수 있는 상황에서 아무런 조치를 취하지 아니한 과실을 주장하며 손해배상 소송을 제기하였으나, 제1심 재판부는 피고 병원에서 원고에 대한 내진을 시행하여 자궁경관의 개대정도, 소실률, 태아하강도 등을 측정하였고, 분만 중 전자태아감시장치를 통하여 지속적으로 태아의 심박동 상태를 측정하여 별다른 이상 소견이 없음을 확인하였고, 양수에 태변이 착색되지도 않아서 태아곤란증을 의심할 수도 없는 상황이었다는 이유로 원고의 과실 주장을 배척하였다.

(2) 이에 대하여 서울고등법원 항소심 재판부는 “의료법 제22조, 제23조에 의하여 의료진의 진료기록 작성의무가 부과되어 있는데, 이와 같이 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 적절한 의료를 제공받을 수 있도록 하고, 의료행위가 종료된 이후에는 그 의료행위의 적정

성을 판단하는 자료로 사용할 수 있도록 하고자 함이므로, 의사는 진료기록부에 환자의 상태와 치료의 경과 등 의료행위에 관한 사항과 그 소견을 환자의 지속적인 치료에 이용할 수 있고 다른 의료인들에게 적절한 정보를 제공할 수 있으며, 의료행위가 종료된 이후에는 그 의료행위의 적정성 여부를 판단하기에 충분할 정도로 상세하게 기록해야 하고, 우리나라의 개인병원들이 진료기록부를 작성하면서 중요사항이나 특이사항이 있을 때만 그 진료 결과를 기재하고 진료 결과가 정상인 경우에는 기재를 소홀히 하는 것이 관행처럼 되어 있다고 하더라도 이러한 부실기재 행태는 잘못된 것임이 분명하므로, 이를 가지고 바로 의료과실을 추정할 수는 없다고 하더라도, 의료법 제 21조에 의하여 환자 등의 진료기록에 대한 열람권 등이 인정되기까지 한 이상, 의사 측이 진료기록을 성실히 작성하지 않음으로 인하여 진료경과가 불분명하게 된 데 따른 불이익을 환자 측에게 부담시키고 그와 같은 상황을 초래한 의사 측이 유리한 취급을 받아서는 안 된다.”고 한 다음,

망아는 출생 후 1시간 20분 후쯤 측정한 동맥혈가스분석검사 결과 pH가 7.087로서 대사성 또는 호흡·대사 혼합성 산혈증이 있었고, 출생 후 아프가 점수가 피고 병원 의료진에 의하여 1분 5점, 5분 8점으로 평가되었으나 이는 분만 직후의 망아의 상태 등에 비추어 지나치게 주관적이고 낙관적인 것이며, 출생 후 경련 등 신생아 신경학적 후유증이 계속되었고, 호흡부전 등 호흡기 기능장애뿐 아니라 뇌 위축성 변화 등의 기능장애가 수반되었으며, 원고나 망아에게서 외상, 혈액응고장애, 감염, 유전적인 요인을 찾아보기 어려운 사실이 인정되므로, 망아는 분만과정 중의 저산소증으로 인한 허혈성 뇌손상, 즉 태아곤란증을 겪었다는 사실을 인정하고,

이와 같은 상황에서 피고 병원의 간호사들이 총 8차례에 걸쳐 옥시토신을 투여하였는데, 피고 병원 의료진은 산모에 대한 자궁수축의 빈도, 강도, 지속시간은 거의 측정한 바 없고, 태아심박동수도 분만 1기에는 20분 내지 1시간 간격으로, 분만 2기 들어서도 20분 내지 30분 간격으로 확인하였을 뿐이며, 현재 2007. 12. 7. 16:50경, 18:30경, 20:50경과 다음날 05:30경, 07:10

경의 비수축성검사결과(NST)지만이 남아 있고, 그 사이의 태아심박동수의 양상을 확인할 수 있는 진료기록은 남아 있지 않은 점 등을 들어 피고 병원 의료진이 분만 중 태아심박동수 및 자궁수축 감시 등을 세심하게 하였다라면 망아가 태아곤란증을 겪고 있음을 의심할 수 있는 상황임에도 이를 제대로 이행하지 않은 상태에서 만연히 옥시토신을 투여하고, 그 투약량을 늘려가며 태아곤란증에 대한 적절한 조치 없이 무리하게 질식분만을 시행한 잘못이 있다 할 것이고, 그로 인하여 망아에게 태아곤란증이 발생하였거나 어떤 경위로 발생한 태아곤란증이 돌이킬 수 없을 정도로 심각한 지경에 이르러 사망에까지 이르게 되었다고 봄이 상당하다고 판시하며 피고 병원의 손해배상 책임을 인정하였다.

다. 판결의 의의

대상 판결은 의료법상 의료진의 진료기록 작성의무에 대하여 구체적인 내용을 적시한 다음, 우리나라의 개인병원들이 진료기록부의 기재를 소홀히 하는 것이 관행처럼 되어 있다고 하더라도 이러한 부실기재 행태는 잘못된 것임이 분명하므로, 이를 가지고 바로 의료과실을 추정할 수는 없다고 하더라도, 의사 측이 진료기록을 성실히 작성하지 않음으로 인하여 진료경과가 불분명하게 된 데 따른 불이익을 환자 측에게 부담시키고 그와 같은 상황을 초래한 의사 측이 유리한 취급을 받아서는 안 된다고 판시하면서, 객관적으로 확인된 망아의 검사결과 및 피고 병원의 부실한 진료기록 기재 등에 비추어 피고 병원의 과실을 인정한 데 의의가 있다.

또한 피고 병원에서 작성한 진료기록에는 망아의 아프가 점수가 1분에 5점, 5분에 8점으로 기재되었으나, 아프가 점수는 본래 주관적인 것으로 소아과 의사나 마취과 의사의 채점에 비하여 산부인과 의사의 채점이 항상 높아 신빙성이 낮다고 평가되고 있고, 이 사건에서의 피고 병원 의료진의 평가도 출생 직후 망아의 상태에 비추어 객관적인 것이라고 보기는 어렵다고 하였다.

라. 관련 판결

(1) 대법원 2011. 3. 10. 선고 2010다72410 손해배상(의) 판결은, 흡입분만을 통해 출생한 3.1kg의 여아가 1분과 5분 아프가 점수 모두 10점 소견을 보이는 등 심박수, 호흡, 자극에 대한 반응, 근력, 피부의 색깔 등이 양호하였으나 출생 후 5시간가량 지나자 앓는 소리를 내고 호흡수가 43회로 측정되었으며 자극을 주어도 이에 잘 반응하지 않는 등 상태가 악화되어 대학병원으로 전원 되어 진단 결과 신생아의 두부에 소형(molding), 봉합선의 확장, 두 혈종, 두피부종이 발견되었으며, CT 촬영 결과 경막하출혈이 확인되었고, 위 증상에 관한 치료가 행하여졌으나 생후 3일 만에 사망하였고, 부검 결과 망아의 사인은 분만 과정 중 망아의 두부가 강하게 압박되면서 발생한 두부손상(경막출혈 등의 두개강내 출혈, 뇌부종)으로 판명된 사건에서,

원심이 “진료기록부에 ‘거의 crowning 상태에서 산모가 힘을 못줘서 vacuum aid delivery’라고 기재되어 있기는 하나, 이 부분은 언뜻 보아 분만된 아이의 몸무게, 성별, 시각을 기재한 글자체와 필기도구 등이 전혀 달라 이 진료기록부의 다른 내용을 기재한 사람이 작성한 것으로는 보이지 않으므로 이를 그대로 믿을 수 없다.”고 하며, 망아의 사망으로 인한 손해의 배상을 구하는 원고의 청구를 일부 인용하면서 피고의 책임을 20%로 제한한 데 대하여,

“피고가 제출한 진료기록부 중 망아의 몸무게와 성별, 분만시각 등을 기재한 부분과 ‘거의 crowning 상태에서 산모가 힘을 못줘서 vacuum aid delivery’라는 흡입분만 기재 부분이 글씨체나 필기도구가 서로 달라 보이는 것은 사실이나, 이는 피고의 주장대로 분만 직후 간호사 등이 망아의 몸무게 등을 먼저 기재하고 피고가 산모와 망아에 대한 산후처치를 마친 후 분만 과정에 대한 설명을 추가로 기재했기 때문인 것으로 볼 여지도 충분히 있어 보인다.”고 한 다음, “원심이 위 진료기록부 중 흡입분만 기재 부분의 글씨체 등이 다른 이유에 대해 피고에게 석명을 구하는 등의 방법으로 그 부분이 진실

하게 기재된 것인지에 대해 심리를 해보지도 아니한 채 진료기록부의 다른 부분과 글씨체 등이 다르다는 이유만으로 위 흡입분만 기재 부분을 믿을 수 없다고 판단한 후, 그 판시와 같은 이유를 들어 피고의 흡입분만 시술과정에 과실이 있었고 그 과실과 망아에게 생긴 경막하·지주막하 출혈 사이의 인과관계도 추정된다고 단정한 데에는, 의사의 주의의무에 관한 법리를 오해하고 필요한 심리를 다하지 아니하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.”고 하면서 원심판결을 파기환송 하였는바, 이는 입증방해의 불이익을 인정하기 위해서는 먼저 입증방해 행위에 해당하는지 여부에 대해 충분한 심리를 다 해야 한다는 점을 확인한 데 의의가 있다.

(2) 한편, 서울서부지방법원 2011. 6. 10. 선고 2009가합9546 판결에서는 병행마취(경막외 마취와 척추마취를 병행하는 마취)하에 자궁근종절제술을 받은 환자가 수술 후 심폐정지가 발생하여 5일 만에 사망하였는데 부검 결과 망인의 종아리 깊은 정맥 내부, 오른 허파 하엽 쪽 허파동맥의 내강 및 심장의 우심실 등에서 혈전(thrombi, 허파동맥의 내강에서 발견된 혈종의 길이는 약 2cm, 직경은 약 0.6cm이다)이 발견된 사안에서, “망인에 대한 침상간 호기록지·간호기록지·마취기록지 등 의무기록지는 망인에게 호흡정지 등 증상이 발생한 이후에, 실제와 다르게 정정, 가필되었거나, 또는 적어도 중요한 내용에 관하여 불성실하고 부정확하게 기재되어 의무기록지를 작성하게 하는 취지를 저해하고 있다고 봄이 상당하다.”고 판시한 다음, 실제로는 망인에게 호흡정지 등의 증상이 발견된 때까지 약 1시간 동안이나 피고 병원의 의료진 중 누구도 망인의 경과를 관찰한 바 없어서 망인은 입원실에 방치된 상태였던 점에 비추어 보면, 피고 병원 의료진에게는 마취 및 수술 후 망인의 경과를 관찰하여야 할 주의의무를 소홀히 한 잘못이 있다고 할 것이나, 그러한 잘못과 망인의 사망 사이에 상당인과관계를 인정하기 어렵다는 이유로 망인의 사망에 대한 피고 병원의 책임을 전제로 한 손해배상청구를 부정하면서도, “피고 병원에서 경과관찰을 소홀히 한 과실에서 더 나아가 경과관

찰에 소홀히 한 바가 없는 것처럼 보이는 내용으로 의무기록지를 변작하기까지 하였고, 이로 인하여 망인이나 그 가족인 원고들이 상당한 정신적 고통을 입었을 것”이라 하여 위자료를 2,400만 원 인정하였다.⁴⁾

(3) 또한 서울고등법원 2011. 8. 18. 선고 2010나107400 판결에서는 “간호기록지 및 입퇴원환자기록에 ‘원고가 금일 119 통해 입원함’이라고 기재한 사실이 인정되고, 원고가 119 구급차량이 아닌 사설호송차량으로 피고 병원에 호송된 사실은 앞서 인정한 바와 같으나, 원고가 피고 병원에 호송될 때 119 차량 또는 사설호송차량 중 어느 것을 이용하였는지는 피고 병원에서의 의료행위가 개시되기 전의 사정에 불과하고, 이를 의료행위에 관한 사항이라고 볼 수는 없다는 점에서 설령 피고 병원에서 진료기록부 등에 이에 관하여 사실과 달리 기재를 하였다고 하더라도 이로써 의료법 제22조 제1항에 위반하였다고 볼 수는 없다.”고 판시하였다.

6. 한의사의 설명의무에 관한 판결

- 대법원 2011. 10. 13. 선고 2009다102209 손해배상(의)

가. 사건 개요

원고는 2002. 3.경부터 당뇨와 혈압 치료를 위해 병원에서 외래진료를 받으면서 혈당강하제 Amaryl(glimepride), Diabex(metformin), 아스피린과 Enalapril(ACE inhibitor) 및 Lipitor(atrovastatin calcium) 등을 복용하여 오다가, 2005. 1.경 알게 된 피고 한의사로부터 2005. 1. 18.부터 2005.

4) 그러나 위 판결에서는 “환자에게 발생한 중대한 결과가 의사의 침습행위로 인한 것이 아니거나 또는 환자의 자기결정권이 문제되지 아니하는 사항에 관한 것은 위자료 지급대상으로서의 설명의무 위반이 문제될 여지는 없다고 봄이 상당한데(대법원 1995. 4. 25. 선고 94다27151 판결 참조), 망인이 이 사건 마취의 잘못이나 그 부작용으로 인하여 사망한 것이 아닌 점은 앞서 본 바와 같으므로, 피고 병원 의료진이 이 사건 마취에 관하여 충분한 설명을 하지 않았다고 할지라도 이를 이유로 위자료를 청구할 수는 없다.”고 하여 마취에 관한 설명의무 위반은 부정하였다.

3. 말경까지 피고가 처방한 한약을 1일 2팩씩 복용하였다.

원고는 2005. 3. 말경부터 소변이 노랗고 몸 상태가 좋지 않다가, 2005. 4. 10. 얼굴과 눈에 황달 증세가 나타나 기존 치료병원에서 검사를 받고 당일 입원하였고, 4. 19. 뇌부종을 동반한 전격성 간부전이라는 진단을 받아 중환자실로 옮겨졌으며, 2005. 4. 20. 간이식 수술을 위해 대학병원으로 이송되어 같은 달 22. 간이식 수술을 받고 치료를 받으면서 위 한의사를 상대로 손해배상청구소송을 제기하였다.

나. 법원의 판단

(1) 원고는 한약에 수은 등 중금속이 들어 있을 가능성, 처방상 오류 및 한약재의 구입·관리 소홀, 한약에 의하여 전격성 간부전이 발생하였을 가능성과 전원지연 및 설명의무 위반 등을 주장하였으나, 제1심 재판부는 원고의 주장을 받아들이지 않았고, 특히 설명의무 위반 주장과 관련하여, “피고가 간 손상의 가능성에 대하여 설명하지 아니한 점은 다툼이 없으나, 문제된 한약의 구성 재료 중 간 손상을 초래할 만한 성분이 없고, 한약복용 후 이상증상이 있을 경우 의사에게 알릴 것을 설명하였으며, 원피고가 가끔 골프장에서 만나 한약복용 및 건강상태에 대하여 확인하였고, 간독성이 거의 없는 한약을 처방하면서 한약복용에 따른 일반적인 설명 외에 한약으로 인하여 전격성 간부전이 발생할 수 있음을 설명하여야 할 의무가 있다고 보기 어렵다.”며 원고의 청구를 기각하였다.

(2) 이에 원고가 항소하자, 항소심 재판부는 제1심 판결과 같이 피고의 처치상의 과실은 인정하지 않았지만, 설명의무 위반 주장과 관련하여 “피고가 이 사건 한약을 처방하기 이전부터 일부 양의사나 한의사로부터 이 사건 한약인 열다한소탕을 포함한 한약 또는 한약과 양약의 복합작용에 의한 간 손상 보고가 있었고, 피고는 원고에게 당뇨조절을 위하여 한약을 처방하면서

소화 장애, 설사, 복통, 두통 등 불편한 점이 있으면 연락하라고만 하였을 뿐 위 한약의 복용으로 인한 간 기능 손상 가능성에 관하여 설명한 바 없는 반면, 피고가 처방한 한약에는 간 손상을 야기할 수 있는 황금이라는 약재가 포함되어 있고, 원고가 한약을 복용할 당시 간 손상 등을 야기할 수 있는 양약을 길게는 약 1년 3개월에서 짧게는 5개월 반 남짓 복용하고 있었던 사실 등을 고려할 때, 한의사인 피고는 한약을 처방할 당시 원고가 복용하던 양약이 어떤 것인지를 확인하여 한약 또는 한약과 양약의 복합작용에 의해 간 손상이 일어날 수 있음을 설명하여 줄 의무와 위 원고로 하여금 양방병원에서 간 기능 검사를 받게 하여 간 기능의 이상 유무를 살펴 이 사건 한약을 복용하도록 지도할 의무가 있음에도, 피고가 설명 및 지도의무를 이행하지 아니하여 원고가 한약의 복용 여부를 선택할 기회를 잃고 자기결정권을 행사할 수 없게 한 위법이 있으므로, 피고는 원고에게 설명의무위반으로 인한 손해를 배상할 책임이 있다.”며 위자료 2,000만원의 지급을 명하였고, 이에 대하여 피고가 상고하였다.

(3) 대법원은 피고의 상고를 기각하며 다음과 같이 판시하였다.

“통상적으로 의약품의 위험성에 대한 연구는 위험성의 존부가 먼저 밝혀진 다음에야 위험성이 발현되는 기전이 밝혀지게 되나, 의약품의 위험성이 발현되는 구체적 기전보다는 위험성의 존부가 환자의 의사결정을 위하여 중요한 사항이므로, 의약품에 위험성이 있다는 점이 밝혀졌을 뿐 그 위험성의 구체적인 발현기전이 밝혀지지 아니한 단계에서도, 의사로서는 환자에게 해당 의약품에 위험성이 있다는 점을 설명할 필요가 있고, 이는 한의사가 한약을 투여하는 경우에도 마찬가지이다.

한약의 위험성은 한약의 단독작용으로 발생할 수도 있지만 환자가 복용하던 양약과의 상호작용에 의하여 발생할 수도 있고, 한약의 위험성이 한약의 단독작용에 의하여 발생할 가능성뿐만 아니라 한약과 양약의 상호작용에 의하여 발생할 가능성이 있더라도, 한의사가 환자에게 양약과의 상호작용으로

발생할 수 있는 한약의 위험성에 대하여 설명하는 행위는 한의사에게 면허된 것 이외의 의료행위라고 할 수 없고, 한의사는 한약을 투여하기 전에 환자에게 해당 한약으로 인하여 발생할 수 있는 위와 같은 위험성을 설명하여야 할 것이다.”

다. 판결의 의의

위 판결은 한의사의 설명의무에 관하여 명시적으로 설명한 최초의 판결이라는 점 외에, 의약품이 가지고 있는 위험성의 기전이 명확히 규명되지 않은 경우이더라도 위험성이 있다는 점이 확인되었다면 의료인은 이에 대하여 환자에게 설명해야 한다고 판시하여, 설명의무의 가장 큰 의의라고 할 수 있는 환자의 자기결정권 보장을 강조하고 있다.

즉 의학자들에게는 의약품이 가지고 있는 위험성의 원인규명과 그 위험성을 제거할 수 있는 방법의 탐구가 주요관심사일 수 있지만, 환자로서는 그러한 기전보다는 “위험성이 있다는 사실” 자체가 해당 의약품의 투여 여부를 결정하는 요소이므로 위험성이 있다는 점이 확인된 경우에는 그에 대하여는 빠짐없이 설명하는 것이 환자의 자기결정권 보호라는 측면에서 중요하다는 점을 확인한 것이다.

특히 위 판결에서는 양약과 한약의 복합 작용에 의한 위험성이 있을 경우에도, 의사나 한의사를 구별하지 않고 환자에게 충분한 설명을 거쳐 투약 여부를 결정할 수 있도록 해야 한다는 점을 명시하였는바, 비록 한의사와 관련된 사건에서 설시가 이루어졌지만, 한의사만이 아닌 모든 의료인에게 적용되는 내용이라는 점에서 의의가 있다.

다만 위 판결에 의할 때, 한의사에게는 환자들이 기존에 복용했거나 하고 있는 양약의 종류와 투여량까지 확인하여 본인이 처방·투여하고자 하는 한약과 어떤 상호작용을 할 것인지를 검토해야 하는 부담이 발생하고, 의사에게는 아직까지 그 작용기전이나 위험성에 대하여 제대로 확인조차 되지 않은 것이 대부분인 한약의 위험성까지 고려해야 한다는 부담이 생기는데, 과연

이러한 결론이 임상에서 받아들여질 수 있을 것인가에 대한 의문이 있다.

더불어 원심판시에서는 “피고가 설명 및 지도의무를 이행하지 아니하여 원고가 한약의 복용 여부를 선택할 기회를 잃고 자기결정권을 행사할 수 없게 한 위법이 있으므로”라고 판시하여, 조언설명의무 뿐만 아니라 지도설명의무 위반을 인정하면서도 통상의 조언설명의무 위반으로 인한 위자료 금액의 지급만을 인정하였는바, 이는 대법원이 설명의무 위반에 대하여 기존에 인정하여 오던 내용과 달리 볼 수 있는 여지가 있는바, 이에 대한 추가 설시가 있었으면 하는 아쉬움이 있다.

라. 관련 판결

(1) 의료전문가인 간호사에 대한 설명의 정도

– 대법원 2011. 11. 24. 선고 2009다70906 손해배상(의)

간호사인 산모는 체외수정을 통해 3쌍둥이를 임신한 후 태아 1명이 자궁 내 사망을 하고, 임신 29주 무렵 호흡곤란 증세 등으로 응급실에 내원하여 산소공급 등을 받은 후, 원인에 대한 정확한 진단을 위하여 의료진으로부터 흉부방사선 촬영 등을 권유받았으나 임신부임을 이유로 거부하고, 다시 분만장 입원을 권유받았으나 호흡곤란이 더 문제라면서 분만장 입원을 거부하다가, 산소포화도가 48%까지 떨어진 후 방사선 촬영 등에 동의하여 검사를 실시하였다. 그 결과 울혈성 심부전 및 폐부종이 의심되어 피고병원 의료진은 이뇨제 투여와 기관 내 삽관을 시행하였으나 심정지가 발생, 제왕절개수술을 시행하였으나 쌍생아 중 1명은 바로 사망하였고, 나머지 1명은 저산소성뇌손상 증상을 보이다 2년 후 사망하였으며, 산모는 치료를 거쳐 회복된 후 병원을 상대로 손해배상소송을 제기하였다. 제1심에서는 피고병원의 책임을 30% 인정하였으나, 항소심에서 병원의 과실이 부정되었고, 환자 측이 상고하였다.

대법원은 “피고 병원에서 원고의 이해정도에 상응한 설명은 있었으나, 원

고 당사자가 스스로의 결정에 따라 흉부방사선 촬영 등을 거부한 것이고, 환자가 의료진이 권유하는 진료의 필요성과 그 진료 또는 진료거절의 위험성을 인식하면서 스스로의 결정에 따라 진료를 거절한 경우, 의료진으로서 환자의 선택권을 존중할 수밖에 없고, 그 환자가 임신부여서 그 진료거절로 태아에게 위험이 발생할 우려가 있다고 해도 이는 마찬가지라 할 것이다.”라고 판시하여 설명의무 위반을 부정하고 원고의 청구를 기각하였다.

이 판결은 의료소송에서 환자 측의 공격방법으로 가장 많이 사용되는 설명의무 위반 주장과 관련하여, 의료인인 간호사가 환자가 되었을 경우에 대한 설명의무 이행의 정도는 일반인에 대한 그것과 비교했을 때 완화될 수 있다는 점을 제시한 판결로 볼 수 있다. 간호사라는 의료관련 전문 직역에 종사한 환자에게 의료기관의 설명이 일정 수준에 이르도록 이루어졌다면, 본인의 지식과 결합하여 의료기관이 권유하는 처치를 받을 것인지 여부에 대해서는 자기결정권이 충분히 보장된 것이어서, 의료기관의 권유에도 불구하고 필요한 처치를 거부한 경우 자기결정권이 침해된 것이라고 볼 수 없다는 대법원의 지적은 설명의무에서 가장 중요한 자기결정권 보장측면에서 타당하다고 할 수 있다.

(2) 설명의무 위반과 업무상 과실을 인정하기 위한 조건

– 대법원 2011. 4. 14. 선고 2010도10104 업무상과실치상 등

한의사인 피고인이 피해자에게 문진하여 과거 봉침을 맞고도 별다른 이상 반응이 없었다는 답변을 듣고 부작용에 대한 충분한 사전 설명 없이 환부인 목 부위에 봉침시술을 하였는데, 피해자가 위 시술 직후 쇼크반응을 나타내는 등 상해를 입은 사건에서 대법원은 “의사가 설명의무를 위반한 채 의료행위를 하여 피해자에게 상해가 발생하였다고 하더라도, 업무상 과실로 인한 형사책임을 지기 위해서는 피해자의 상해와 의사의 설명의무 위반 내지 승낙 취득 과정의 잘못 사이에 상당인과관계가 존재하여야 하고, 이는 한의사의 경우에도 마찬가지이다.”라고 실시한 후 위 사건에 관하여 “제반 사정에 비추

어 피고인이 봉침시술에 앞서 설명의무를 다하였더라도 피해자가 반드시 봉침시술을 거부하였을 것이라고 볼 수 없어, 피고인의 설명의무 위반과 피해자의 상해 사이에 상당인과관계를 인정하기 어렵다.”며 피고인에게 무죄를 설시한 원심 판결을 인용하였다.

위 사례는 형사사건에서 설명의무 위반에 대한 구체적 설시가 이루어진 때 우 드문 예로 관심을 가질만하다. 다만 설명의무 위반과 관련하여 업무상 과실이 인정되기 위해서는 그 위반과 나쁜 결과 사이에 일반적으로 요구되는 상당인과관계가 인정되어야 한다고 설시하여 새로운 법리가 제시된 것은 아니다.

7. IMS⁵⁾ 시술

- 서울고등법원 2007. 8. 10. 선고 2006누17293 의사면허자격정지처분취소, 대법원 2011. 5. 13. 선고 2007두18710 의사면허자격정지처분취소, 파기환송심 서울고등법원 2011. 10. 11. 선고 2011누16928 의사면허자격정지처분취소

가. 사건 개요

의사인 원고는 2004. 6. 28. 자신이 운영하던 의원에서 7명의 내원 환자의 몸에 침을 꽂는 내용의 이 사건 시술행위를 하였는데, 태백시 보건소 소속 공무원들에게 적발될 당시 위 7명의 환자들은 진료실이 아닌 별도의 장소에서 침대에 눕거나 엎드린 상태로 얼굴, 머리, 목, 어깨, 등, 상복부(배꼽 위), 하복부(배꼽 아래), 손등, 팔목, 무릎, 발목, 발등 등에 수십 개에 이르는 침을 꽂고 적외선조사기를 쬐고 있었다. 침이 꽂혀 있던 위와 같은 부위들은 침술행위에서 통상적으로 시술하는 부위인 경혈에 해당하고, 침이 꽂혀 있던 방법도 경혈 부위에 따라 나란히 또는 한 부위에 몇 개씩 집중적으로 꽂혀 있고 피부 표면에 얇게 직각 또는 경사진 방법으로 꽂혀 있었다. 원고는 “침을 이용해 진료한다.”는 이유로 검찰에 의료법 위반으로 고발되어 기소유예처

5) Intramuscular Stimulation(근육 내 자극치료).

분을 받았다. 원고는 보건복지부로부터 1개월 15일간의 의사면허자격정지처분을 받자 행정소송을 제기하였고 제1심에서 패소하였다.

나. 법원의 판단

(1) 서울고등법원

서울고등법원에서는 “IMS 기술을 위한 플런저, 전기자극기 등 제반 장비들을 구비하고 있었던 것으로 보이는 점, IMS 기술을 위한 이학적 검사는 반드시 CT, MRI 등에 의하여 이루어져야 하는 것은 아니므로, 비록 원고가 환자들에 대하여 CT, MRI 등 정밀한 검사기구를 이용하여 검사를 시행하지 아니한 채 이 사건 시술행위를 하였다고 하여 곧바로 IMS 기술의 범위를 넘어 한방 의료행위를 하였다고 단정할 수 없는 점, 한의사들이 사용하는 경혈의 상당 부분이 의사들이 사용하는 압통점이나 운동점과 중복되는 점, 태백시 보건소 소속 공무원들이 이 사건 시술행위를 적발할 당시 촬영한 사진에 나타난 바늘의 자입 정도가 일정하지 아니하여 이 사건 시술행위 시 자입된 바늘이 모두 근육의 심부가 아닌 표피 바로 밑에 위치해 있다고 보기도 어려운 점 등을 근거로 원고에 대한 자격정지 처분은 위법하다.”고 판단하였다.

(2) 대법원

대법원은 “침이 꽂혀 있던 위와 같은 부위들은 침술행위에서 통상적으로 시술하는 부위인 경혈에 해당하고, 침이 꽂혀 있던 방법도 경혈 부위에 따라 나란히 또는 한 부위에 몇 개씩 집중적으로 꽂혀 있고 피부 표면에 얇게 직각 또는 경사진 방법으로 꽂혀 있었는데, 이는 침술행위의 자침방법과 차이가 없다고 할 것인 점 등을 이유로 이 사건 시술행위는 한방의료행위인 침술행위라고 볼 여지가 많다.”고 판단하면서 원심을 파기하였다.

(3) 서울고등법원(과기환송심)

과기환송심에서는 대법원의 과기환송 취지에 따라 “침이 꽂혀 있던 부위들은 침술행위에서 통상적으로 시술하는 부위인 경혈에 해당하고, 일반적으로 시술 부위가 통증유발점(Trigger point)에 한정되고, 하나의 바늘을 통증유발점인 근육 부위에 깊숙이 삽입하는 IMS 시술의 방법과는 차이를 보이는 점, 이 사건 적발당시 일부 환자들은 전기적 자극을 가하지 아니하면서 일정 시간 자침된 그대로 눕거나 옆드린 자세를 취하고 있었는데, 일반적인 IMS 시술 과정에는 위와 같이 전기적 자극을 가하지도 아니하는 유침(留鍼) 상태를 상정하기 어렵고, 위 7명의 환자들은 통상적으로 시술의 마지막 단계라고 보이는 적외선 조사기를 켜고 있었던 상태이었기 때문에 원고가 그 후에 전기적인 자극을 가하려고 하였다고 보기도 어려운 점, 적발 당시 촬영된 사진 및 원고의 진료기록부 등에 의하면 일부 환자들의 얼굴 및 머리 부위에 시술이 되어 있고 뇌경색(안면신경마비) 등에도 IMS 시술을 한 것으로 기재되어 있는 바, 얼굴 및 머리 부위가 통상적인 IMS 시술부위라고 보기 어려울 뿐 아니라 뇌경색(안면신경마비)이 IMS 시술에 적합한 만성통증을 유발하는 병증(적응증)이라고 볼 수도 없는 점, 원고가 대한보완의학회 및 대한IMS학회 등이 실시한 대체의학강의 등을 수강한 적은 있으나, 대한침구사협회의 학술위원장을 역임한 경력도 있는 등 한방의료행위, 특히 침술행위와 관련된 상당한 지식을 습득하였다고 보이는 점 등을 종합할 때 이 사건 시술행위는 한방의료행위인 침술행위이므로 이 사건 처분은 적법하다.”고 판단하였다.⁶⁾

다. 판결의 의의

(1) 한방의료행위와 침술행위의 정의

한방의료행위란 “우리 선조들로부터 전통적으로 내려오는 한의학을 기초

6) 원고가 재상고를 하였으나 심리불속행으로 기각되어 과기환송심이 확정되었다(2011. 11. 14. 선고 대법원 2011두27889 판결).

로 한 질병의 예방이나 치료행위”로 의료법의 관련 규정에 따라 한의사만이 할 수 있고, 이에 속하는 침술행위는 “침을 이용하여 질병을 예방, 완화, 치료하는 한방의료행위”로 의사가 위와 같은 침술행위를 하는 것은 면허된 이외의 의료행위를 한 경우에 해당한다.

(2) 주장의 대립

한의사들은 “IMS 기술을 함에 있어 침을 자입하는 부위가 한의학 아시혈의 협의 개념과 일치하고, IMS 기술에서 이학적 검사란 촉진이 주가 되므로 한의학에서 침술을 위한 검사보다 세밀하지도 넓지도 않을 뿐 아니라, IMS 기술에서 근육, 신경, 근건에의 자침 깊이는 한의학의 경근 질환의 자침 심도와 일치하는 등 IMS 기술은 한의학 침요법의 가장 초보적인 행태에 지나지 않는다.”고 주장하고 있다.

의사들은 “통상의 침술은 침을 경혈에 놓고 손으로 보사법 등의 조작을 가하여 시술하지만, IMS 기술은 이상이 있는 부위의 신경에 정확하게 위치시킨 다음 신경의 유착부위를 제거하거나 자극하는 추가적인 조작을 통하여 만성통증을 제거하는 점에서 차이가 있고, 또한 한의사들이 시술하는 침은 보통 깊이 찌르지 않으나, IMS 기술의 경우 통증을 유발하는 신경의 이상이 몸의 깊은 부위에 위치하기 때문에 4cm 이상 깊이 찌르게 되며, 침술은 경락이론 등 아직 과학적으로 입증되지 못한 전통 한의학 이론에 따르고 있으나 IMS 기술은 신경의 경로와 신경생리 등 현대의학의 기초의학인 해부학과 생리학에 바탕을 두고 있다는 이유로 침술행위와는 다른 것”이라고 주장한다.

(3) 직접적 판단의 유보

대법원은 의료계와 한의계가 참여한 입장차를 보이며 대립각을 세웠던 IMS 기술과 관련하여 이 사건 시술행위가 한방의료행위인지, 의료행위인지 여부만 판단했을 뿐 IMS 기술이 양·한방 중 어디에 해당하는지에 대해 판단하지는 않았다. 그러나 대법원이 원고의 행위가 한방의료행위라는 취지로

원심을 과기환송하자 한의사협회는 “법원이 IMS를 불법으로 규정했다”며 10여 명의 의사들을 무면허의료행위 혐의로 고발하였고, 이 가운데 일부 의사들은 기소유예 처분을 받기도 했다.⁷⁾ 그리고 한의사협회는 대한의사협회를 상대로 IMS(근육 내 자극치료)에 관한 신 의료기술 신청을 즉각 철회할 것을 촉구하기도 하였다.

과기환송심 판결을 두고 그 해석이 분분하다. 의학계에서는 법원이 IMS 치료가 한방 침술행위와는 구별되는 별개의 의료행위라는 최종 판단을 내렸고, IMS의 정체성을 둘러싼 7년간의 논쟁이 사법부의 최종정리로 종지부를 찍게 됐다고 평가하였다.⁸⁾ 그러나 정확하게 말한다면 과기환송심 판결은 “원고의 행위가 침술행위에 해당한다.”고 판단한 것이지 “IMS 기술이 침술행위는 아니다.”라고 명시적으로 판단한 것은 아니다. 판결문 전체의 취지로 보면 침술행위와는 구별되는 IMS 기술은 허용되는 것으로 해석될 여지는 있지만 논란은 남아 있고 실무에서의 혼선도 여전하다.

만일 침술행위와 구별된다는 이유로 IMS 기술을 허용한다면 양 기술을 구별하여 단속하기는 어려운 현실에서 사실상 의사들의 침술행위를 전면적으로 허용하는 결과를 낳을 수 있어 법원도 행정당국도 신중을 기하고 있다. 법원이 당해 사건을 해결하기는 하였으나 미묘한 문제에 대하여는 판단을 보류함에 따라 앞으로 다른 사건을 통해 명확한 판단이 나오기를 기대할 수밖에 없다.

8. 비자영 의료기관 운영 관련 판결

가. 의료인과 비의료인 간 약정의 유효성

- 서울고등법원 2010. 7. 16. 선고 2009나114891 약정금, 대법원 2011. 1. 13. 선고 2010다67890 약정금

7) 의협신문, 고법 “IMS와 한방침술은 서로 다른 의료행위”, 2011. 10. 11.

8) 의협신문, 고법 “IMS와 한방침술은 서로 다른 의료행위”, 2011. 10. 11.

(1) 사건 개요

한의사인 원고와 의료인의 자격이 없는 소외인이 2007. 9.경 원고가 소외인에게 원고 명의로 ○○한방병원을 개설·운영할 수 있도록 명의를 대여해 줌과 아울러 진료업무를 담당하고, 그에 대한 대가로 소외인으로부터 월 950만 원의 급여를 지급받는 한편, 소외인은 행정원장이라는 직함으로 입원 환자 관리, 직원 인사 및 급여, 병원 수입과 지출 관리 등의 제반업무를 책임지며, 병원의 손익 또한 소외인에게 귀속되도록 하는 내용의 약정(이하 “제1차 약정”이라 한다)을 체결하였다. 이에 더하여 소외인과 그의 처인 피고가 연대하여 원고에게 ○○한방병원 운영과 관련하여 원고가 부담하고 있거나 부담하게 될 4대 보험료 등 각종 채무 상당의 금원을 지급하겠다는 내용의 각서(이하 “이 사건 각서”라 한다)를 작성하였고, 이 각서에 기하여 원고는 피고에게 약정금(근로소득세, 국민연금보험료, 국민건강보험료, 체불임금 등 금 1억 5천여만 원)을 청구하였다.

(2) 법원의 판단

서울고등법원에서는 “의료법 제33조 제2항은 의사, 치과의사, 한의사 등의 의료인이나 의료법인 등 비영리법인이 아닌 자의 의료기관 개설을 금지하고 있고 이는 강행규정으로서 의료기관의 개설자격 없는 자가 의료기관을 개설할 목적으로 체결하는 계약은 무효이다.”⁹⁾라고 판단하면서도, “이 사건 각서의 내용은 의료법 제33조 제2항이 금지하고 있는 의료기관의 개설을 직접적인 혹은 간접적인 목적으로 하는 것이 아니라, 위 규정에 위배하여 의료기관을 이미 개설한 이후에 동업자인 원고와 소외인 및 피고 사이에 ○○한방병원의 운영과 관련하여 발생한 비용의 부담에 관한 약정이라 할 것이므로, 이 사건 각서가 강행 규정 위반의 무효인 약정이라고 볼 수 없다.”는 이유로 원고의 청구 대부분을 인용하였다.

9) 대법원 2003 4. 22. 선고 2003다2390, 2406 판결.

이에 대하여 대법원은 “제1차 약정이 강행 법규인 의료법 제33조 제2항에 위배되어 무효임은 명백한데, 이 사건 각서는, 소외인 및 그의 처인 피고가 연대하여 원고에게 ○○한방병원 운영과 관련하여 원고가 부담하고 있거나 부담하게 될 4대 보험료 등 각종 채무 상당의 금원을 지급하겠다는 내용으로, 이 사건 각서 작성으로 인해 체결된 약정 중 원고와 소외인 사이의 부분은, 새로운 약정의 형식을 통해 무효인 제1차 약정의 이행을 청구하는 것에 불과하여 무효이고, 그 부분이 무효인 이상, 이 사건 각서 작성으로 인해 발생한 소외인의 원고에 대한 채무를 연대하여 부담하겠다는 원고와 피고 사이의 부분 또한 무효라고 볼 수밖에 없다.”는 이유로 원심을 파기하였다.

(3) 판결의 의의

대법원은 기존 입장과 같이 “의료인의 자격이 없는 일반인이 필요한 자금을 투자하여 시설을 갖추고 유자격 의료인을 고용하여 그 명의로 의료기관 개설신고를 하고, 의료기관의 운영 및 손익 등이 그 일반인에게 귀속되도록 하는 내용의 약정은 강행법규인 의료법 제33조 제2항에 위배되어 무효”라는 것을 다시 확인하였다. 그러면서도 “강행법규 위반으로 무효인 약정에 기하여 급부의 이행을 청구하는 것은 허용되지 않고, 이행을 구하는 급부의 내용을 새로운 약정의 형식을 통해 정리하거나 일부를 가감하였다 하더라도 무효인 약정이 유효함을 전제로 한 이상 그 급부의 이행 청구가 허용되지 않음은 마찬가지이다.”¹⁰⁾라고 하면서, “이 사건 약정은 새로운 약정의 형식을 갖추었지만 실질적으로는 무효인 제1차 약정의 이행을 청구하는 것에 불과하므로 역시 무효”라고 판단하였다.

이 사건에서 원고가 피고에게 청구한 것은 의료기관의 운영과 관계되는 필수적 비용인데 이러한 청구를 허용한다면 사실상 무효인 약정에 기한 급부의 이행을 허용하는 결과를 낳게 되고, 결과적으로 의료법 제33조 제2항에서

10) 대법원 2006. 11. 9. 선고 2006다35117 판결.

금지하는 비자영(非自營) 의료기관에 협력하는 결과가 되는 것을 고려한 판결로 보인다.

(4) 관련문제-부당이득 반환 청구의 인정 여부

대법원은 이 사건에서 “무효인 약정이 유효함을 전제로 한 급부의 이행 청구는 허용되지 않지만 그 무효인 약정으로 인하여 상호 실질적으로 취득하게 된 이득을 부당이득으로 반환하게 되는 문제는 남는다.”고 판시하였다. 만일 위 사건에서 한의사인 원고가 비의료인인 행정부장이 얻은 수익에 대하여 부당이득 반환청구를 할 경우 이것이 허용될지 여부가 문제된다.

법률상 원인 없이 타인의 재산 또는 노무로 인하여 이익을 얻고 이로 인하여 타인에게 손해를 가한 자는 그 이익을 반환하여야 하고(민법 제741조), 다만 불법의 원인으로 인하여 재산을 급여하거나 노무를 제공한 때에는 그 이익의 반환을 청구하지 못한다(민법 제746조 본문). 여기서 불법의 원인이라 함은 그 원인되는 행위가 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하는 경우를 말하는 것으로서 법률의 금지에 위반하는 경우라 할지라도 그것이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하지 않는 경우에는 이에 해당하지 않는다. 대법원은 어업권의 임대차와 관련하여 “어업권의 임대차를 내용으로 하는 임대차계약이 구 수산업법 제33조에 위반되어 무효라고 하더라도 그것이 부당이득의 반환이 배제되는 ‘불법의 원인’에 해당하는 것으로 볼 수는 없으므로, 어업권을 임대한 어업권자로서는 그 임대차계약에 기해 임차인에게 한 급부로 인하여 임차인이 얻은 이익, 즉 임차인이 양식어장(어업권)을 점유·사용함으로써 얻은 이익을 부당이득으로 반환을 구할 수 있다.”고 판시한 바 있다.¹¹⁾

위 판례의 태도에 따를 때, 강행법규 위반으로 계약이 무효라고 하더라도 그 계약이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반되지 않는다면 상대방에게 부당이득반환을 청구할 수 있다. 의료인이 비의료인을 상대로 한 부당이득반환

11) 대법원 2010. 12. 9. 선고 2010다57626(본소), 2010다57633(반소) 판결.

청구가 허용되는지 여부에 관한 명시적인 판례는 보이지 않는다. 지금으로서는 다른 판결들을 토대로 가능성을 예측 할 수밖에 없다.

의료인 이외의 자가 의료기관을 개설하는 행위를 엄격히 금지하는 취지가 의료의 적정을 기하여 국민의 건강을 보호 증진하려는 데 있다는 점을 강조한다면 부정적인 견해를, 비자영(非自營) 의료기관이 적발되면 의료인은 비자영(非自營) 의료기관을 운영한 기간 동안 공단에 청구한 모든 요양급여를 환수 당하게 되어 자신이 얻지 않은 이득까지 반환하게 되는데, 만일 비의료인에 대한 부당이득 반환청구마저 허용되지 않는다면 의료인에게 너무 가혹하여 형평을 잃은 것이라는 점을 강조한다면 긍정적인 견해를 취할 수 있다. 비록 대법원에서 과기되기는 하였지만 원심 재판부가 원고의 청구를 인용한 것은 의료인에게 집중된 제재의 불공평함을 감안하여 구체적 타당성을 도모한 것으로 평가할 수 있다.

나. 의료인을 고용한 비의료인의 민사책임

- 서울서부지방법원 2010. 9. 9. 선고 2010가합3612 채무부존재 확인, 서울고등법원 2011. 6. 15. 선고 2010나96852 채무부존재 확인

(1) 사건 개요

사단법인 회장 윤○○과 사단법인 의료사업단 단장 서○○는 사단법인 명의로 원고 손○○, 원고 황○○에게 의료기관을 개설해 주고, 치과 기공사인 원고 손○○는 2004. 11.부터 2005. 3.까지 서울에서 ‘사단법인 XX 치과의원’을 개설한 후 치과의사 이○○을 고용해 진료하게 하면서 월 평균 3,400여만 원 상당의 수입을 올렸다. 원고 황○○도 ‘사단법인 XX의원’을 개설한 후 의사 이○○ 등 직원 3명을 고용, 의원을 개설했고, 원고 장○○, 최○○ 역시 사단법인 명의의 의원을 개설한 뒤 의사를 채용해 진료하도록 했다. 원고 손○○은 2001. 3.경부터 2004. 11.경까지 치과의사를 고용하여 의료기

관을 개설하기도 하였다.

위 원고들은 의료법 위반으로 기소되어 원고 손○○은 1심에서 징역 1년 3월에 집행유예 2년을 선고받고 항소하지 않아 판결이 확정되었고, 원고 손○○ 이외의 원고들은 항소심에서 벌금 5백만 원을 선고받았다.

국민건강보험공단(이하 “공단”이라 한다)은 원고들이 부당하게 요양급여비용을 지급받았다는 이유로 민법 741조 및 750조에 근거하여 원고들에게 환수 결정 통보를 하였다. 환수결정액은 원고 손○○가 금 16,577,370원, 장○○가 금 67,044,800원, 최○○가 금 13,161,830원, 황○○가 금 54,174,890원이었다. 원고들은 이에 불복하여 공단을 상대로 채무부존재 확인의 소를 제기하였다.

(2) 법원의 판단

제1심 재판부는 “의료인이 아닌 원고들은 소외 윤○○, 서○○과 공모하여 이 사건 사단법인 및 의사 명의를 빌려 병원을 개설하는 위법행위를 하였고, 위 병원에서 의사로 하여금 진료행위를 하게 한 뒤 피고에게 요양급여비용을 청구함으로써 피고는 지급의무 없는 요양급여비용을 지출하는 손해를 입었는데, 원고들은 피고에 대하여 위와 같은 불법행위로 인한 손해배상책임을 부담한다.”고 판시하였고, “원고들의 위와 같은 행위로 인하여 피고는 지급의무 없는 요양급여비용을 지출하였는데, 이로써 법률상 원인 없이 피고에게 요양급여비용 상당의 손해를 가하고 원고들은 그로 인한 이익을 얻었으므로 원고들은 피고에게 요양급여비용 상당을 부당이득으로서 반환할 의무도 있다.”고 판시하여 부당이득반환의무도 인정하였다.

이에 원고들이 항소하여 “자신들은 사단법인의 직원에 불과하고 보험급여도 사단법인으로 지급되었으므로 환수결정의 상대방은 사단법인이어야 한다.”는 주장을 추가로 하였지만, 항소심 법원은 “원고들에게 환수 통보한 내용은 국민건강보험법상의 요양급여 비용의 환수가 아니라 원고들이 의료인이 아님에도 불구하고 이 사건 사단법인과 공모하여 이 사건 사단법인 명의

로 의료기관을 개설함으로써 피고로 하여금 지급 의무 없는 요양급여를 지급하게 하였음을 원인으로 한 민법상의 부당이득반환 내지는 손해배상 의무를 최고한 것이므로, 환수대상은 이 사건 사단법인이어야 한다는 취지의 주장은 이유 없다.”고 판단하였다.

(3) 판결의 의의

(가) 국민건강보험공단 환수결정통보의 법적성격

의사가 의료법에 위반하여 의료기관의 개설자가 될 수 없는 자에게 고용되어 의료행위를 실시한 경우에는 국민건강보험법상 요양급여비용을 청구할 수 없다는 것이 확립된 판례의 태도이다. 공단은 이러한 경우 요양기관이 부당한 방법으로 요양급여를 받았다는 이유로 ‘보험급여비용을 받은 요양기관’에 대하여 지급한 요양급여비용을 환수하는 결정을 해왔다. 법문상으로 ‘요양기관’이라고 되어 있으나 실제로는 의료기관 개설 명의자인 의사를 처분의 상대방으로 하였다.

그동안 공단에서는 개설자인 고용된 의사에 대해서만 환수결정처분을 하고 비의료인에 대하여는 법적 근거가 없다는 이유로 별다른 조치를 취하지 않았는데 최근에는 비의료인에 대하여도 환수결정 통보를 하고 있다. 국민건강보험법에 근거한 의료인에 대한 환수결정 통보는 이를 처분으로 보기 때문에 처분에 불복할 경우 행정소송으로 다투어야 한다.

이에 반하여 비의료인에 대한 환수결정 통보는 그 법적 성격을 어떻게 보아야 하는지가 문제되는데, 실무에서는 민법 제741조 및 민법 제750조를 근거로 삼고 있고, 환수결정을 알리는 것은 서로 대등한 입장에서 민사상 부당이득금 내지 손해배상금을 반환하도록 최고한 법률행위로 보아야 하기 때문에 이를 처분으로 보지 않는다. 따라서 비의료인이 환수결정의 위법·부당함을 다투기 위해서는 이 사건에서와 같이 공단을 상대로 채무부존재 확인의 소를 제기하거나 공단이 먼저 민사소송을 제기할 경우 피고로 응소하여 대응할 수 있다.

(나) 비의료인에게 민사상 책임을 인정한 최초의 판례

앞서 언급한 바와 같이 그동안 공단은 개설자인 고용된 의사에 대해서만 환수결정처분을 하고 비의료인에 대하여는 별다른 조치를 취하지 않았다. 공단이 그와 같이 한 이유는 의료인들이 자력이 있고, 공단에 요양급여를 청구하지 않은 경우는 드물어서 전산상계의 방법을 통해 손쉽게 집행할 수 있는 점도 작용하였다.

공단으로부터 환수를 당한 의사는 형사처벌, 행정처분 외에도 자기가 이득을 얻은 바 없는 부분에 대하여도 반환의무를 부담하였다. 이에 반해 비의료인은 개설된 의료기관에서 이익을 취하고서도 공단의 환수로부터는 자유로워 형사처벌 외에는 아무런 제재를 받지 않게 되는 문제가 있었다. 이러한 사실은 속칭 사무장 병원이 더 활개를 치게 된 요인으로 작용하여 의사들이 반발하는 또 하나의 원인이 되었다.

공단은 그동안 비의료인에게 법적조치를 취하지 않다가 최근 들어 이 사건에서처럼 건강보험법이 아닌 민법을 적용하여 비의료인에게 환수결정 통보를 하고 있다. 이 판결은 의료인을 고용한 비의료인도 공단에 대하여 민법상의 부당이득반환 내지는 손해배상 의무가 있다는 것을 확인한 최초의 판결이다.

III. 종 합

2011년 판결 분석에 있어서는 2010년 판결 분석 때와는 달리 판결의 검토 범위를 대법원과 전국 각 고등법원의 의료관련 판결 및 제1심 법원 판결 중 언론보도 판결로 한정하여 보다 깊이 있는 검토와 분석을 시도하였는데, 마침 2010년에 비해 2011년에는 다양한 분야에서 눈여겨볼 만한 판결들이 선고되었고, 의료소송을 하는 변호사들로서 검토과정에서 보다 열띤 토론과 함께 의료분야의 소송 및 판결 분석과 관련하여 새로운 가능성을 모색할 수 있었다.

제조물책임법이 시행되기 전 발생한 의약품 사고와 관련하여, 혈액제제의 결함 또는 제약회사의 과실과 피해자의 감염 사이의 인과관계에 관한 추정을 통해 입증책임을 명시적으로 완화하고, 그 추정을 번복하기 위한 제약회사의 입증의 정도를 명확히 하였으며, 바이러스 감염시점과 질병 발병시점을 구별하여 소멸시효의 기산점을 증상이 발현되거나 병이 진행된 시점으로 보아야 한다고 하여 피해자가 소멸시효와 관련하여 부당한 불이익을 받지 않도록 하였다.

세간의 이목이 집중되었던 국내 우수 대학병원 간 신뢰의 원칙 적용에 대한 대법원의 판단도 있었다. 제1심과 항소심의 판단이 달랐기 때문에 더 관심의 대상이 되었는데, 대법원은 동일한 제3차 의료기관의 판단을 신뢰한 피고에게 진단상의 주의의무 위반을 인정할 수 없다고 판시하였지만, 신뢰의 원칙에 대한 법리를 명시적으로 기술하지 아니한 것은 아쉬움으로 남는다.

의료손해배상소송에 있어서 가장 중요한 것은 무엇보다도 과실과 인과관계의 증명일 것이다. 하급심 판결 중에는 과실과 인과관계의 추정을 구분하지 않은 채 판단하는 경우가 종종 있는데, 이와 관련하여 인과관계에 대한 판단자료로 과실을 부정한 것은 부당하다는 판결은 눈여겨볼 만하다. 또한 의료진의 과실이 인정될 경우 대부분 피고의 책임을 제한하게 되는데, 장폐색 환자 사건에서 책임제한 사유로 인과관계를 부정하여서는 아니 된다는 점을 분명히 한 것은 책임의 인정 여부와 관련하여 큰 의미가 있다. 특히 장폐색 환자 사건에서는 원심에서 간과한 과실이 명확하게 밝혀졌는바, 우리 대법원의 의료에 관한 깊이 있는 이해의 수준을 가늠할 수 있는 부분이라 하겠다.

과실과 인과관계의 증명을 위해서 가장 기본적이고 중요한 증거는 의무기록이다. 의무기록은 의료진이 작성하고 거의 전적으로 의료진의 지배영역 안에 있기 때문에 변작 등을 통한 입증방해의 위험을 배제할 수 없다. 이와 관련하여 서울고등법원에서는 의무기록, 특히 의사가 진료기록을 작성함에 있어서 어느 정도로 기재해야 하는지에 대하여 확인하고 관행상 이루어지는 기재 소홀의 불이익을 환자에게 부담시킬 수 없다고 선언한 다음, 부실한 의

무기록의 기재와 실제 망아의 상태가 일치하지 않았던 사건에서 병원의 책임을 인정하였다. 한편 대법원에서는 진료기록부상 기재와 관련하여 입증방해의 불이익을 인정하기 위해서는 먼저 입증방해 행위에 해당하는지 여부에 대한 충분한 심리를 다해야 한다고 하며 만연히 글씨체가 다르다는 이유만을 진료기록의 신빙성을 부인할 수 없다고 하였다. 그리고 서울서부지방법원에서는 의무기록 변작에 대하여 위자료를 인정하였는바, 이 역시 눈여겨볼 만하다.

의료손해배상소송에서 빠지지 않는 테마는 역시 설명의무에 관한 내용이다. 2011년 선고된 대법원 판결 중 한의사의 설명의무에 관한 판결은 환자의 자기결정권 보장을 강조하면서 한약과 양약의 복합작용에 의한 위험성이 예견될 경우 한의사는 이를 설명해야 할 의무가 있다고 판시하였다. 그러나 이에 대해서는 현실적으로 실현가능한지 여부에 의문이 제기되고 있다.

요즘 의료계의 중요한 화두 중 하나로 꼽을 수 있는 것은 한방과 양방 의료행위의 한계, 의사 아닌 자가 실질적으로 운영하는 이른바 “비자영 의료기관”과 관련된 문제라 할 것이다. 한방과 양방 의료행위의 한계와 관련하여 근육내 자극치료(IMS)를 시행한 의사가 무면허의료행위를 한 것인지에 대한 대법원의 판단이 있었다. 그러나 아쉽게도 대법원에서는 IMS 기술이 침술행위에 해당하는지 여부에 대한 판단은 유보한 채 원고의 행위가 침술행위에 해당하여 위법하다고 판시하였을 뿐이므로, 향후 이에 대한 명확한 판단이 이루어져야 할 것이다.

비자영 의료기관에 관해서는 제법 많은 판결이 이루어졌고, 언론에 소개도 비교적 많이 되었는데, 먼저 비의료인이 의료기관 운영과 관련하여 발생하는 각종 채무 상당의 금원을 지급하겠다는 각서를 의료인에게 작성하여준 사안에서 각서의 효력에 대하여 대법원은 비의료인의 의료기관 개설을 금지한 강행법규인 의료법 제33조 제2항에 위배되어 무효인 약정의 이행을 청구하는 것으로 무효라고 판시하였다. 또한 비자영 의료기관에서 의료인은 국민건강보험법상 요양급여비용 환수처분을 당함에 반하여 비자영 의료기관 운영이

익의 귀속자인 비의료인은 건강보험급여와 관련하여 어떤 책임도 부담하지 않는 불합리한 상황에서 국민건강보험공단이 비의료인에 대하여 민법을 근거로 사실상 부당이득을 환수하고 있는바, 서울고등법원에서는 이른바 사무장이라 불리는 비의료인은 국민건강보험공단에 대하여 불법행위로 인한 손해배상책임 내지 부당이득 반환의무가 있음을 명시적으로 확인하였다.

이상과 같이 다양한 분야에서 풍부한 설시는 의료분야의 판례의 발전을 가늠해볼 수 있는 지표이다. 의약품 제조물책임, 의료손해배상소송에서 과실과 인과관계, 책임제한에 관한 판단, 의무기록에 대한 판단과 관련하여 의미 있는 판시는 반갑지만 한의사의 설명의무에 관한 판단은 현실성이 결여되었다는 느낌을 지울 수 없고, 중요한 쟁점을 피해간 IMS 판결은 아쉬움으로 남는다. 또한 비자영 의료기관과 관련하여 부당이득 환수처분에 상응하는 부당이득 반환 내지 불법행위로 인한 손해배상책임과 관련한 풍부한 판시들이 향후 이루어지기를 기대해본다.

주제어 : 의약품 제조물책임, 신뢰의 원칙, 과실 및 인과관계 추정, 책임제한, 의무기록, 입증방해, 한의사의 설명의무, IMS, 비자영 의료기관

[참 고 문 헌]

- 김만오, “의료과오에 관한 판례의 동향”, 『민사법학』, 제27호, 2005.
- 명순구 대표집필, 『역사와 해설 국민건강보험법』, 건강보험심사평가원, 2011.
- 문현호, “혈액제제 제조물책임 소송과 증명책임”, 『의료법학』, 제12권 제2호, 2011.
- 박영호, “손해배상액 산정에 관한 최근 10년간 판례의 동향”, 『의료법학』, 제10권 제2호, 제11권 제1호, 2010.
- 이정선·서영현·유현정, “2010년 주요 의료 판결 분석”, 『의료법학』, 제12권 제1호, 2011.
- 대한의사협회, 『의료법원론』, 법문사, 2008.

Review of 2011 Major Medical Decisions

Yoo Hyun Jung·Seo Young Hyun·Lee Jung Sun·Lee Dong Pil

Myungyul, Hippocra, Gunwoo, LawM

=ABSTRACT=

According to the review and analysis of medical cases that are assigned to the Supreme Court and all local High Court in 2011 and that are presented in the media, it was found that the following categories were taken seriously, medical and pharmaceutical product liability, the third principle of trust between medical institutions, negligence and causation estimation, responsibility limit, the meaning of medical records and related judgment of disturbed substantiation, Oriental doctors' duties to explain the procedures, IMS events, whether one can claim for each medical care operated by non-physician health care institutions to the nonmedical domain in the National Health Insurance Corporation, and the basis of norms for each claim.

In the cases related to medical pharmaceutical product liability, Supreme Court alleviated burden of proof for accidents with medical and pharmaceutical products prior to the practice of Product Liability Law and onset the point of negative prescription as the time of damage strikes to condition feasibility of the specific situation. In the cases related to the 3rd principle of trust between medical institutions, the Supreme Court refused to sentence the doctor who has trusted the judgment of the same third-party doctors the violations of the care duty.

With respect to proof of a causal relationship and damages in a medical negligence case, the Supreme Court decided that it is unjust to deny negligence by the materials of causal relationship rejecting the original verdict and clarified that the causal relationship shall not deny the reasons to limit doctors' responsibilities.

In order not put burden on patients with disadvantages in which medical records and the description of the practice or the most fundamental and important evidence to prove negligence and causation are being neglected, the

Supreme Court admitted in the hospital's responsibility for the case of the neonate death of suffocation without properly listed fetal heart rate and uterine contraction monitor. On the other hand, the Seoul Western District Court has admitted alimony for altering and forging medical records.

With respect to doctors' obligations to description, the Supreme Court decided that it is necessary to explain the foreseen risks by the combination of oriental and western medicines emphasizing the right of patient's self-determination. However, questions have arisen whether it is realistically feasible or not.

In a case of an unlicensed doctor performing intramuscular stimulation treatment (IMS), the Supreme Court put off its decision if it was an unlicensed medical practice as to put limitation of eastern and western medical practices, but it declared that IMS practice was an acupuncture treatment therefore the plaintiff's conduct being an illegal act. In the future, clear judgment on this matter should be made.

With respect to the claim of bills from non-physical health care institutions, the Supreme Court decided to void it for the implementation of the arrangement is contrary to the commitments made in the medical law and therefore, it is invalid to claim. In addition, contrast to the private healthcare professionals, who are subject to redemption according to the National Healthcare Insurance Law, the Seoul High Court explicitly confirmed that the non-professionals who receive the tort operating profit must return the unjust enrichment and have the liability for damages.

As mentioned above, a relatively wide range of topics were discussed in medical field of 2011. In Korea's health care environment undergoing complex changes day by day, it is expected to see more diverse and in-depth discussions striding out to the development in the field of health care.

<p>Keyword : Medical and pharmaceutical product liability, The principle of trust, Negligence and causation estimation, Responsibility limit, Medical records, Disturbed substantiation, Oriental doctors' duties to explain the procedures, IMS, Non-physician health care institutions</p>
--