

미용성형의료

- 우리 판결례와 독일 판결례의 비교·분석적 소고 -

안 법 영*

- I. 문제의 제기
- II. 의료적 침습의 허용성
 - 1. 적법성 및 정당성
 - 2. 적응증
 - 3. 의원침습(依願侵襲)의 정당화
- III. 미용성형과 진료침습적 성형-유형분류와 비교 고찰
 - 1. 유형화에 의한 분석적 접근
 - 2. 독일 사회법원의 판결례
 - 3. 비교적 소결
- IV. 설명의무의 상관성
 - 1. 눈썹거상술(상안검성형술) 판결의 검토
 - 2. 상관적 판단의 한계 - 금기(Kontraindikation, contraindication)
 - 3. 미용성형시술과 설명의무
 - 4. 소결
- V. 성형시술계약의 법적 성질
 - 1. 문제점 - 의료와 진료계약
 - 2. “의치진료” 판결
 - 3. 비교적 검토
- VI. 결론적 소견 - 미용성형의료의 계약법적 규율

* 논문접수: 2015.5.11 * 심사개시: 2015.5.10 * 수정일: 2015.6.10. * 게재확정: 2015.6.20.

* 고려대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사.

I. 문제의 제기

오늘날 의학과 의료기술의 발달과 더불어, 인간의 역량을 향상시키고 최적화하는 다양하고 새로운 의료 범주들이 지속적으로 등장하고 있고, 따라서 이러한 영역들에 관해 개관 내지는 개별적인 문제들에 관한 논의들이 전개되고 있다.¹⁾ 이와 관련된 대표적인 것의 하나가 성형외과 영역에 해당하는 미용목적의 의료시술의 법적 성질에 관한 것이다.²⁾ 이에 관한 민사법적 관심 눈점은 통상적으로 그 의료적 시술의 부정적인 악결과에 대한 책임귀속에 관해 미용목적의 의료적 시술계약을 도급계약으로 규율할 수 있는가라는 문제이다.

위와 관련하여 여기에서는 2013년 대법원 2012다94865 판결과 2014년 서울중앙방법원 판결례(2013가소865646)를 비교적으로 검토한다. 전자는 ‘상안검성형수술’사안으로서 판결이유의 개요는 다음과 같다.³⁾

-
- 1) 문국진, 『의료법학』, 1989, 12면 이하 참조. Vgl. W. H. Eberbach, Möglichkeiten und rechtliche Beurteilung der Verbesserung des Menschen – Ein Überblick, in: A. Wienke · W. H. Eberbach · H. – J. Kramer · K. Janke(Hrsg.) Die Verbesserung des Menschen(2009), S. 1 ff., 12 ff., 19: “Die wunscherfüllende Medizin stellt, ..., eine eigene Kategorie ärztliches Handelns dar.”, 25 ff.; 한국보건 의료연구원/대한성형외과학회, 미용성형시술 이용자 정보집(2013).
 - 2) 독일의 법조실무에서는 미용성형(kosmetische Operation, Schönheitsoperation)이라는 용어가 선호되며, 의료계에서는 세분된 외과적 전문영역으로서 “성형외과 전문의(Facharzt für Plastische und Ästhetische Chirurgie)”이라는 명칭이 사용된다고 한다. Vgl. R. Damm, Ästhetische Chirurgie und Medizinrecht – Normstrukturen, Regelungsprobleme und Steuerungsebenen, GesR 2010, S. 641 f. 참조.
 - 3) 서울중앙지방법원 2012. 9. 21. 선고 2011나38423 판결, 서울중앙지방법원 2011. 8. 16. 선고 2010가단407007 판결 [손해배상]에서 인정한 [사실관계]는 다음과 같다.
 - 가. 원고 2는 원고 1의 아버지, 원고 3은 원고 1의 어머니이고, 원고 1은 피고로부터 성형수술을 받은 자이며, 피고는 서울 강남구 소재 ○○성형외과(이하 ‘피고 병원’)를 운영하는 성형외과의사이다.
 - 나. 원고 1은 2008. 5. 3.경 원고 3과 함께 피고 병원에 찾아와 상담실장인 소외 1 및 피고로부터 상담을 받았는데, 당시 원고 1은 소외 1에게는 주된 호소로 눈매교정을 통해 눈을 커지되 주1) 쌍꺼풀 라인 좁게 줄여달라고 요청하였고, 이어 피고에게는 ‘눈과 눈썹이 좁아서 화난 인상으로 느껴진다, 눈꼬리 기울기도 심하게 올라가 있다’고 호소하였다.
 - 다. 이에 피고는 원고 1측과의 상담 및 진찰을 통해 마취 및 이후의 수술방법인 소위 눈썹거상(올림)술(이는 ‘눈썹 하 피부 절개를 시행하는 상안검성형술[Infrabrow Excision Blepharoplasty]’을 의미하고, 이하 ‘눈썹거상술’)과 추가적인 시술로서 지방제거술인 슬림리프트 레이저(Slimlift Laser, 이하 ‘슬림리프트’라 한다) 시술에 관하여 설명한

환자(원고 1, 20세, 여)는 2008. 5. 3.경 어머니(원고 3) 피고(병원)에 찾아와 “상담실장에게 주된 호소로 눈매교정을 통해 눈은 커지되 쌍꺼풀 라인을 좁게 줄여달라고 요청하였고, 이어 피고에게 ‘눈과 눈썹이 좁아서 화난 인상으로 느껴진다, 눈꼬리 기울기도 심하게 올라가 있다’고 호소한 사실, 이에 피고는 눈썹거상술에 관하여 설명한 다음, 이에 대한 동의를 한” 원고 1에게 “양쪽 눈썹 부위에 눈썹거상술을 시술한 사실, 눈썹거상술은 눈썹 밑에 있는 피부와 피부밑 연부조직, 안륜근육의 제거를 통하여 눈썹을 들어 올림으로써 상안검(윗눈꺼풀) 피부가 많아서 늘어져 있는 것을 완화하기 위한 시술법으로서, 눈의 피부가 처진 사람 중에 쌍꺼풀이 자연스럽지 못한 것 같은 눈꺼풀의 피부가 두꺼운 중, 장년층이나 쌍꺼풀이 있으면서 눈썹 문신이 있는 사람에게 가장 적합한 수술법이고, 눈썹과 윗눈꺼풀의 속눈썹 사이의 길이가 비교적 긴 경우로서 윗눈꺼풀의 피부가 심하게 늘어져 보기가 좋지 않은 경우에 효과적인데, 수술은 눈썹이 난 부위와 나지 않은 피부의 경계선으로 하게 되는 사실은 앞서 본 바와 같고, 눈썹거상술은 노인성 상안검 피부 처짐 현상 등의 개선에 이용되는 시술법이기도 하나, 상안검이 두툼하고 부종 현상이 있는 젊은 여성에게도 드물지만 시행되는 시술법이지, 눈꼬리가 올라가 있는 것을 개선하는 수술법은 아니고 쌍꺼풀 라인을 좁게 줄이는 데에는 효과가 없”다는 사실,⁴⁾ 그리고 피고가 원고 1에게 “눈썹거상술을 시술함에 있어 선택한 절개 위치에 고의 또는 과실이 있다고 할 수 없으나, 눈썹거상술 시술로” 원고 1의 “얼굴 정면인 눈썹 부분에 깊고 큰 흉터가 생겼고, 이를 제거하기 위하여 반흔성형술이 필요한 사실을 인정할 수 있는바,-” 대법원 판결의 파기·환송이유에 따라,⁵⁾ - 동법원은

다음, 이에 대한 동의를 한 원고 1측에 대하여 수술날짜를 2008. 5. 20.로 정하였다. 라. 피고는 2008. 5. 20. 원고 1에게 국소마취와 무통마취를 한 후 양쪽 눈썹부위에 눈썹거상술과 양쪽 볼 부위에 슬립리프트 시술을 하였다.

마. 원고 1은 피고에게 위와 같은 수술비로 2008. 5. 3. 100만원, 같은 달 20. 590만원의 합계 690만원을 지급하였다.

바. 피고는 2008. 5. 21.과 같은 달 23.경 원고 1에 대하여 눈썹거상술 부위에 대하여 소독치료를 하였고, 같은 달 26. 수술부위에 대한 실밥을 제거하였다.

4) 한국보건의료연구원/대한성형외과학회, 『미용성형시술 이용자 정보집』, 2013, 15~29면, 눈썹올림술: 21면, 섹눈트임, 특히 뒤틀트임 수술: 28면 참조.

6 안 법 영

위 “흉터는 일반적으로 인정되는 합병증의 범위를 벗어났다고 보여, 외모상의 개인적인 심미적 만족감을 얻거나 증대할 목적인 미용성형술의 특성에 비추어 피고가” 원고 1에게 “눈썹거상술을 시술함에 있어 의료상 과실로 위 흉터를 발생하게 하였다고 인정할 수” 있고, 원고 1이 “건강침해 상황에서 이를 치료하기 위한 목적보다는 미용상의 개선효과를 거둘 목적에서 피고의 권유에 따라 피고로부터 눈썹거상술을 받았다는 점을 고려하면, 만일 눈썹거상술이 눈꼬리가 올라가 있는 것을 개선하는 수술법도 아니고 쌍꺼풀 라인을 좁게 줄이는 데에도 효과가 없는 수술법이었어서” 원고 1이 “원하는 결과를 구현할 수 있는 시술법이 아닐 수도 있다는 충분한 설명을 자세하게 받았다면” 원고 1로서는 “눈썹거상술을 받지 않았을 것으로 보이는 점에 비추어 눈썹거상술 시술로 인한 원고들의 손해와 피고의 설명의무 위반 사이에 상당인과관계가” 있으므로, “피고는 설명의무를 위반하였을 뿐 아니라 이 사건 흉터를 발생하게 한 과실이 있으므로, 피고는 원고들에게 발생한 전 손해를 배상할 의무가 있”으나 “피고의 책임 범위를 90%로 제한”하였다.⁶⁾

후자의 다른 판결은 ‘콧등성형수술(비중격성형술)⁷⁾’ 사안으로서,⁸⁾ 서울중

5) 환송 대법원 2013. 6. 13. 선고 2012다94865 판결.

6) 환송 후 서울중앙지방법원 2014. 1. 8. 선고 2013나32115 판결. 위 판결에 관한 구체적 내용 및 비교적 평가는 이하 IV, V. 참조.

7) 한국보건의료연구원/대한성형외과학회, 앞의 정보집(2013), 30~35면 참조.

8) “콧등성형수술(비중격성형술)” 서울중앙지방법원 2014. 12. 5. 선고 2013가소865646 판결 [손해배상]에서 살펴볼 수 있다. 이 사안은 환자(원고)는 2011. 12. 23. 1차 수술에서 콧등에 있는 뼈와 연골을 깎아내고, 비중격의 연골을 바로 잡으면서 그 뒤에 있는 뼈의 일부를 제거하는 수술을 하였으나 콧등의 휘어짐이 교정되지 않아, 2012. 6. 15. 2차 수술에서 코의 비중격만 바로 잡으려고 하다가 비중격의 편위가 워낙 심하여 뼈를 다시 쳐서 바로 잡는 수술을 하였는데, 수술 전에 비하여 콧등의 휘어짐이 교정되지 아니하여 손해배상을 청구하였다. 그러데 법원은 촉탁감정의견에 비추어, 원고와 같이 콧등이 튀어나오고 코 자체가 휘어져 있었으며, 콧구멍도 비대칭인 복합적인 문제가 있는 경우에는 성공확률이 80% 정도로 낮다는 사실을 인정할 수 있는 점으로 볼 때 위 2), 3)의 원인으로 콧등 교정이 되지 아니하였다고 하더라도 비중격성형술이나 코끝 성형술의 정도는 전문의가 나름대로의 판단에 의하여 시행하였다면 수술결과 콧등의 휘어짐이 교정되지 않았다고 하더라도 의사의 시술상 과실과 설명의무의 위반이 없다고 판단하였으나, 위 환자(원고)가 콧등성형수술을 하게 된 것은 콧등이 휘어져 있었기 때문에 이를 교정하기 위한 것으로서, 이러한 성형수술에 있어서는 일반적인 질병의 치료와는 달리 의사와 환자 사이에 성립된 계약의 내용이 위급계약을 넘어 도급계약적인 성격을 가진다고 볼 수 있으므로, 단지 심미

양지법 단독판사가 실시한 판결이유는 다음과 같다.⁹⁾

“성형수술에 있어서는 일반적인 질병의 치료와는 달리 의사와 환자 사이에 성립된 계약의 내용이 위임계약을 넘어 도급계약적인 성격”이 있다고 하여 “의료계약상의 의무를 이행하지 못했다고 인정할 수 있을 것인바, ..., 이러한 현상이 위 환자의 체질이나 신체적인 특성에 기인하였다는 점에 관한 주장, 입증에 없는 한, 성형수술의 목적을 달성하지 못한”... 대학병원(피고)에 대하여 그 진료비를 지급할 의무가 없으므로, 위 환자가 지급한 진료비 6,688,450원은 부당이득으로써 반환을 청구할 수 있다.”

현행 민법전은 의료계약을 직접 규율하지는 않으나 계약에 의한 법적 관계에는 사적자치의 원리가 적용되므로, 그 일반적 한계(공서양속, 반사회적 행위 등)를 벗어나지 않는 한, 의료관계를 맺는 당사자들은 그 내용을 자유롭게 정할 수 있다. 따라서 이러한 민사 일반원리의 관점에서는 계약으로 성립된 의료관계에서 당사자가 무엇을 채무로 부담하는가라는 문제로부터, 의료적 침습에 요구되는 주의의무에 적합하게 행하는 것에 국한되는가, 또는 그 이상으로 그 침습의 결과에 대해서도 채무를 부담하는가라는 문제로 귀착된다. 그런데 의료관계에서는 그 실제적 특수성으로 인하여 한편으로 의료측에 그 방법

감의 차이로 환자가 만족을 못하는 경우가 아니라 성형수술 후에 애초에 의도한 목적을 달성하지 못한 경우에는 의사가 성형수술을 함에 있어서 그 의무를 이행하지 못했다고 볼 수 있는 여지가 많고, 특히 환자 개개인의 체질이나 특성에 따라 의료행위의 효과가 달라서 의사가 진료행위의 결과를 예견하거나 회피하는 것이 불가능하였다는 사실을 입증할 수 없는 이상 의료계약상의 의무를 이행하지 못했다고 인정할 수 있을 것인바, - 촉탁감정의견에 의하면 -, 2차에 걸친 수술을 한 후에도 수술 전보다 콧등의 휘어진 정도가 더 나빠졌다는 것이고, 이러한 현상이 위 환자의 체질이나 신체적인 특성에 기인하였다는 점에 관한 주장, 입증에 없는 한, 성형수술의 목적을 달성하지 못한 Y대학병원(피고)에 대하여 그 진료비를 지급할 의무가 없으므로, 위 환자가 지급한 진료비 6,688,450원은 부당이득으로써 반환을 청구할 수 있다고 판시하였다.

9) 이 판결의 결과적 타당성에는 공감하지만, 진료비 상당액의 부당이득을 인정한 법리(성형계약의 무효, 취소 등)에 관해서는 명확히 실시하지 않아 그 적용 법리에 관해서는 의문이 제기된다. 발표자의 출견으로는, 위 성형수술계약상 피고 병원의 급부의무인 일의 완성을 하지 못한 것인지(민법 제668조 등의 적용), 완성은 되었으나 하자가 있는 것인지(민법 제667조의 적용), 그밖에 계약의 성립 및 그 유효성 여부는 별론으로 하더라도 목적불달에 의한 부당이득반환(민법 제741조)을 인정한 것인지 등이 불분명하다.

의 선택과 실행에서 전문적 재량이 폭넓게 인정되며, 다른 한편으로 의료의 정책적 발전과 개별 진료상황의 특수성 등이 함께 고려되어, 특히 사적자치는 의료기준, 의료행위 당시에 일반적으로 승인된 전문기준에 의해 제약된다.

위와 같은 의료관계의 법적 현황은 계수연혁상 법체계를 같이 하는 독일 의료법학계에서도 유사하였다. 종래에는 독일 민법전 채무법의 전형계약 범주에서 노무계약(Dienstvertrag), 또는 도급계약(Werkvertrag)에 속하는가라는 해석상 논의로 전개되었고, 1950~60년대를 거치면서 학계 및 실무의 논란을 거친 후, -의료서비스의 제공이라는 관점에서-, 노무계약의 일종으로 파악하는 견해가 지배적으로 되었다.¹⁰⁾ 2013년에 이르러서는 환자권리에 관한 법률(Patientenrechtegesetz)에 의해 노무계약과 그에 유사한 전형계약의 하나로서 진료계약(Behandlungsvertrag)이 민법전에 비교적 상세하게 실정화되었다.¹¹⁾ 특히 기존의 학설과 판결례 등을 통해 형성된 법리들을 명문화함으로써 법적 안정성과 투명성을 확보하며, 의료보험, 특히 법정건강보험(gesetzliche Krankenversicherung-GKV)과의 연계적 해결에 중점이 두어졌는바, 개인의 희망에 의한 의료적 침습, 즉 의원침습(依願侵襲, Wunscheingriff)¹²⁾의 허용성

10) “의치진료(zahnprothetische Behandlung)”BGHZ 63, 306(= BGH, Urt. v. 9. 12. 1974 - VII ZR 182/73). 상세하게는 이하 V. 참조.

11) §§ 630a ~ 630h BGB; Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten v. 20. Feb. 2013. 환자의 권리개선을 위한 입법의 취지 및 연혁 등은 BT-Drucks. 17/10488, S. 9 ff. Vgl. H. - L. Weyers, Gutachten A, und Sitzungsbericht für den 52. Deutschen Juristentag(1978); E. Deutsch/Ass. M. Geiger, Medizinischer Behandlungsvertrag, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band 2, S. 1049, 1090, hrsg. vom Bundesministerium der Justiz 1981; E. Deutsch, Deutsche Sonderwege zur Arzthaftung, NJW 2012, S. 2009 ff.; Ch. Katzenmeier, Der Behandlungsvertrag - Neuer Vertragstypus im BGB, NJW 2013, S. 817, 822 f. 독일 민법전의 위 신설 조항들의 번역 소개는 안법영/김상중 역, “외국입법 자료”, 『의료법학』, 제14권 제1호, 2013. 6, 203면 이하 참조. 1995년 네덜란드의 입법적 실정화는 Art. 446~468 Burheliijk Wetboek, Bock 7. 참조. 그밖에 EU의 입법제안 동향에 관해서는 여기에서 소개는 유보한다.

12) Vgl. E. Hauck, Rechtsgrundlagen der medizinischen Indikationsstellung, NJW 2013, S. 3334 f.; 특별성 불임(idipathische Sterilität)의 인공수정, 미용목적의 선택적 제왕절개수술, 건강개선의 각종 처치, 남자에 대한 관례적 할례(§ 1631d BGB: Beschneidung), 허용된 임신 중절 등, 보다 상세한 예시는 W. H. Eberbach, a. a. O., in: Die Verbesserung des Menschen (2009), S. 15 f.; ders., Die Verbesserung des Menschen, MedR 2008, S. 325, 328 ff.: “의원(희망)의료(Wunschmedizin, wunscherfüllende Medizin)”의 개념적 표지들과 해당 처치에

에 관한 법리적 의문이 중국적으로 해결된 것은 아니다.¹³⁾

미용성형시술은 그 유형이나 정도에서의 차이가 있을 뿐, 이하에서 소개하는 판결례들을 통해서도 간접적으로 인지할 수 있듯이, 독일에서도 사실상 성행하고 있어 우리 실정과 근본적으로 다르지 않다고 여겨진다.¹⁴⁾ 그리고 이리

관한 예로서는, 질병의 치료가 아니라, ① 미감(美感)과 미용상 희망에 기여하는 성형외과(plastische Chirurgie), 피부과(Dermatologie), 치과의료(Zahnmedizin), ② 건강상 적응증 없는 노화방지시술(Anti-Aging Behandlung), ③ 유흥적 약물(Party-Droge)을 사용하거나, 향정신성 의약품(Psychopharmaka)을 이용한 분위기 앙양(昂揚) 및 기력의 향상(Neuro-Enhancement), 진단 없는 발기부전제(Viagra)의 복용 등에 의한 생활양식의 의료적 처치(Maßnahmen der Lifestyle-Medizin), ④ 이식의료(Fortpflanzungsmedizin)의 범주에서 희망하는 후손을 위한 특별한 표지를 갖춘 선별임신의 처치, ⑤ 의료적 적응증이 없는 금지약물의 복용(Doping), ⑥ 역량이나 개성을 향상하기 위한 유전치료적 처치(Gentherapeutische Maßnahme, Gen-Doping) 등을 열거할 수 있다. 그리고 의료적 보조 없이 행하여지는 신체천자(Piercing)나 강정을 위한 보조식품의 처치 등에 의한 '개선(Enhancement bzw. Selbstverbesserung des Menschen)'은 비록 불확정이지만 희망의료에 해당하지 않으며, 질병 발생을 방지하기 위한 예방적 의료행위, 그리고 기증자에 대한 침습에는 적응증이 없는 장기기증과 유전적 질병이 있는 자녀를 위해 일정 배아의 선별을 통한 출산의원(희망)진료(Kinderwunschbehandlung)의 경우에는 적응증 있는 의료행위에 포함시킬 수 있을 것이다. 한국보건의료연구원/대한성형외과학회, 앞의 정보집(2013), 머릿글: "성형수술(시술)은 크게 재건목적과 미용목적으로 시행되며, 미용목적 성형수술(시술)은 신체 정상 구조물의 모양에 변화를 주어 더 보기 좋게 만들고, 시술받는 사람의 자존감을 높이는 데 그 목적이 있다." 그 밖의 의료영역의 확대 발전, 특히 인간역량의 의료적 개선 등에 상응한 희망적 "의원의료(Wunschmedizin)" 등의 용어에 관해서는 R. Damm, a. a. O., GesR 2010, S. 641 f. 참조. 장기이식과 보조생식술의 윤리적 관점은 G. E. Pence, Classic case in medical Ethics(3. ed.), 김장한·구영모·조현아·이재담 역, 『의료윤리 I』, 2003, 215, 226면 이하, II (2004), 100, 115면 이하 참조.

13) Vgl. Ch. Katzenmeier, a. a. O., NJW 2013, S. 817 f.; A. Spickhoff, Patientenrechte und Patientenpflichten - Die medizinische Behandlung als kodifizierter Vertragstypus, VersR 2013, S. 267 f. 독일연방 하원의 입법이유에서는 신설 진료계약상 중요한 요소의 하나로서 진료자의 정보안내의무 및 설명의무와 환자의 사전동의에 관해 명확한 규율을 한 것을 제시하였다. 특히 제630c조에서는 환자의 특별한 건강상 급부(etwa sog. Individuelle Gesundheitsleistung-IGeL)의 비용은 법정건강보험(GKV)에 의해 요양급여가 인수되지 않는다는 것을 인식할 수 없다는가 사보험(Private Krankenversicherung-PKV)으로 처리되어야 하는 경우에는 진료자는 서면으로 그 정보를 안내하도록 규정한다. BT-Drucks. 17/10488, S. 11; Ch. Katzenmeier, a. a. O., S. 819. 독일 민법전 제630c조 [계약당사자의 협력; 정보안내의무], 제630d조 [사전동의], 제630e조 [설명의무]. 안병영/김상중 역, "외국입법 자료", 『의료법학』, 제14권 제1호, 2013. 6, 204면 이하 참조.

14) 2014. 11. 15. 베를린(Berlin) 보도: DGPRÄG-Umfrage 2012: Eigenfetttransplantationen im Trend - "Die „Top 3“ der deutschen ästhetisch-plastischen Operationen blieb auch 2012 unverändert: Brustvergrößerung, Lidstraffung und Fettabsaugung wurden in einer Umfrage der Deutschen Gesellschaft der Plastischen, Rekonstruktiven und Ästhetischen Chirurgen (DGPRÄC) als häufigste Eingriffe genannt. Mittlerweile stehen den rund 130.000 ästhe-

인한 의료분쟁 판결례들에서 그러한 의원침습을 사실상 의료행위로 취급하는 법실무도 일치한다.

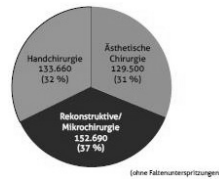
그러므로 이하에서는 미용성형의 의료행위에 관해 독일 학계의 논의와 판결례를, -비록 일부에만 국한되어 있으나-, 가능한 범위에서 소개하면서 비교적 검토한다.

II. 의료적 침습의 허용성

1. 적법성 및 정당성

의료행위의 전형은 치료진료(Heilbehandlung)이고, 이는 의사가 행하는 환자의 건강상태를 회복시키거나 고통을 완화시키는 것이다. 의료적 치료침습(Heileingriff)은 적응증(Indikation, indication)이 있는 진료시술로서, 적응증 판단을 전제로 하여 의료의 표준칙(Lege artis)에 상응토록 시행되어야 하며,¹⁵⁾

tisch-plastischen Operationen mit 128.000 fast ebenso viele Faltenunterspritzungen mit Botulinumtoxin, Hyaluronsäure, Eigenfett und anderen Präparaten gegenüber.”; 2000. 5. 26. FAZ: “Menschheitsverschönerungsindustrie”; “400.000 kosmetischen Operationen” in Deutschland im Jahr 2002, in: [http://fazarchiv.faz.net/FAZ.ein\(22.3.2005\)](http://fazarchiv.faz.net/FAZ.ein(22.3.2005)).



15) 우리 판례에서 반복되는 관련 요지에서는, 1. “의사가 진찰·치료 등의 의료행위를 함에 있어서는 사람의 생명·신체·건강을 관리하는 업무의 성질에 비추어 환자의 구체적인 증상이나 상황에 따라 위험을 방지하기 위하여 요구되는 최선의 조치를 행하여야 할 주의의무가 있고, 의사의 이와 같은 주의의무는 의료행위를 할 당시 의료기관 등 임상의학 분야에서 실천되고 있는 의료행위의 수준을 기준으로 판단하여야 할 것이다. 또한, 의사는 진료함에 있어 환자의 상황과 위와 같은 의료수준 그리고 자기의 지식경험에 따라 적절하다고 판단되는 진료방법을 선택할 상당한 범위의 재량을 가진다고 할 것이고, 그것이 합리적인 범위를 벗어난 것이 아닌 한 진료의 결과를 놓고 그 중 어느 하나만이 정당하고 이와 다른 조치를 취한 것은 과실이 있다고 말할 수는 없다”(대법원 2007. 5. 31. 선고 2005다5867 판결 등 참조)고 하며, 2. “의료행위에 의하여 후유장해가 발생한 경우, 그 후유장해가 당시 의료수준에서 최선의 조치를 다하는 때에도 당해 의료행위 과정의 합병증으로 나타날 수 있거나 그 합병증으로 인하여 2차적으로 발생될 수 있는 것이라면 의료행위의 내용이나 시술 과정, 합병증의 발생 부위, 정도 및 당시의 의료수준

환자의 사전동의(Einwilligung)는 그 침습과 일치되어야 한다.¹⁶⁾ 이 경우에 의사의 진료행위는 직접적으로 치료목적에 기여하며, 또한 치료적 침습의 적응증을 판단하여 의료준칙에 따라 시행되었는가는 사후적으로(ex post) 발생한 결과로부터가 아니라 사전적으로(ex ante), 즉 침습의 시점에서 의학적 경험에 근거하여 판단하여야 한다. 이와 같이 의학적으로 요청되는 전제들이 침습이 진료 시점에 갖추어져 있었다면, 비록 그 진료행위상 오류가 있어 환자의 상태가 개선되지 않거나 심지어 악화될지라도 고의에 의한 신체침해는 인정되지 않는다.¹⁷⁾

위와 같이 의료행위를 그 전형(典型), 즉 전통적인 의미에서 치료적 진료행위를 중심으로 파악하는 한, 미용성형과 같은 의원침습(依願侵襲, Wunsch-eingriff)에 관한 학리적 견해의 분지(分枝)는 불가피하다. 특히 이와 같은 문제점과 관련하여 검토되어야 할 주된 요인의 하나는 의료적 침습행위의 합법성 및 정당성을 뒷받침하는 의료적 적응증이다.¹⁸⁾

과 담당 의료진의 숙련도 등을 종합하여 볼 때에 그 증상이 일반적으로 인정되는 합병증의 범위를 벗어났다고 볼 수 있는 사정이 없는 한, 그 후유장애가 발생하였다는 사실만으로 의료행위 과정에 과실이 있었다고 추정할 수 없다.”(대법원 2008. 3. 27. 선고 2007다 76290 판결 등 참조)고 한다.

- 16) A. Laufs, *Arztrecht*, 5. Aufl.(1993)/6. Aufl.(2009), S. 17, Rn. 29; ders., in: A. Laufs/W. Uhlenbruck, *Handbuch des Arztrechts*, 2. Aufl.(1999), § 6 Rn. 1: “I. Die drei Grunderfordernisse”; Ch. Katzenmeier, *Arzthaftung*(2002), S. 272; R. Damm, a. a. O., *GesR* 2010, S. 642: “Sie(Indikation) gehört ... zur Trias der Kernstücke ärztlicher Legitimation und bilden mit diesen die ... Elemente rechtmäßigen ärztlichen Eingriffs.”
- 17) 여기에서 ‘정당화’라는 용어는, 의료적 침습을 신체침해의 구성요건에 해당한다는 (고전적) 인식에서 위법성 조각이라는 소극적 의미가 아니라, 적법한 의료행위를 의미하는 것으로 사용한다. 안병영, “의료사고의 불법행위책임 - 대법원과 독일연방법원(BGB) 판결의 비교 고찰 -”, 『법학논집』, 제33집, 고려대학교 법학연구소, 1997, 231, 321면 이하 참조. Vgl. Soergel-Komm/M. Wolf, *BGB*, 12. Aufl.(1990), § 276, Rn. 38 ff. 48, 73; Schöнке/Schröder-Eser, *StGB*, 27. Aufl.(2006), § 223, Rn. 29 f., 36.
- 18) Vgl. R. Damm, a. a. O., *GesR* 2010, S. 641, 642: “In der Entgegensetzung von herkömmlicher Indikationsmedizin und ... Wunschmedizin wird der zentrale Stellenwert des Kriteriums der medizinischen Indikation unterstreichen.” ... “Wesentlich ist ... der Hinweise, dass sich die Relevanz auch des Themenfeldes Ästhetische Chirurgie ... aus dem medizinischen Handeln ohne medizinische Indikation erschließt.” ... “Die medizinische Indikation ... gehört ... zur Trias der kernstücke ärztlicher Legitimation ...”, 643: “Als Indikation gilt der „Grund zur Anwendung eines bestimmten diagnostischen oder therapeutischen Verfahrens in einem Krankheitsfall, der seine Anwendung hinreichend rechtfertigt.“(=Psyhyrembel, *Klinisches Wörterbuch*, 261. Aufl. 2004, Stichwort “Indikation”).

기존의 치료목적의 진료침습에 비추어 보면, 의원침습에 관해 설명의무(Aufklärungspflicht) 및 사전동의의 법리적 상관성에 관한 독일에서의 논의는 다음과 같이 3가지로 대별하는 견해를 찾아볼 수 있다.¹⁹⁾ ㉠ 적응증 있는 시술행위와 사전동의가 중첩적으로 정당화의 효력이 있다는 관점,²⁰⁾ ㉡ 적응증을 정당화의 기초로 하고서 사전동의의 한계를 인정하여, 적응증이 없는 침습은 환자의 사전동의가 있는 경우에도 허용될 수 없다는 관점,²¹⁾ ㉢ 환자의 자기결정을 중시하여, 의원침습인 경우에 유효한 사전동의에만 중점을 두는 관점²²⁾으로 정리할 수 있다고 한다.

그런데 위 관점들은 질병치료 목적의 진료침습(Behandlungseingriff)의 기준으로 하여 의료적 적응증, 그리고 사전동의와 의료준칙에 적합한 시술이 최소한 중첩적으로 갖추어지는 것을 전제하고 있다. 따라서 질병 없는 개인의 희망에 의한 의원침습에서는 근본적으로 의사에 의한 적응증 판단이 전부 또는 부분적으로 결여되며, 경우에 따라서는 치료목적조차도 전부 결여되는 점에서 치료침습과 준별될 수 있다.

2. 적응증

적응증은 질병의 진료처치를 비롯하여, 그밖에 법적으로 허용되는 진료목적의 실현을 위해 어느 의료적 처치를 적용하는 근거이다.²³⁾ 적응증 판단은

19) B. - R. Kern·I. Richter, a. a. O., S. 129 f. 문헌의 전거를 분명하게 밝히고 않고서 동일한 내용의 논문(?)은 박은경·김기영, “의료행위의 상업화와 법적 한계에 관한 서론적 고찰”, 『법학논고』, 제35집, 2011. 2, 경북대학교 법학연구원, 25면 이하 참조.

20) E. Steffen, Problemstellung zu OLG Naumburg(Dauertherapie mit Glukokortikosteroiden: Dexamethason), MedR 2009, S. 292: “Medizinische Indikation und Patienteneinwilligung bilden ein Junkteim.” 이러한 관점에서 객관적 기준으로서 적응증과 주관적 자치로서의 설명에 의한 사전동의로 구분하고서, 한편으로는 의료적 적응증 판단을 환자의 자기결정으로, 다른 한편으로는 적응증 판단에 따른 진료시술에 관한 결정을 의사의 전문직업적 역량으로 할 수 없다고 견해는 R. Damm, a. a. O., GesR 2010, S. 641, 643 참조. 형사법의 관점은 Schönke/Schröder-Eser, a. a. O., § 223, Rn. 34 ff.

21) Vgl. “치아발치” BGH, Urt. v. 22. 2. 1978 - 2 StR 372/77. 이하 V. 참조.

22) Vgl. B.- R. Kern, in: A. Laufs/W. Uhlenbruck, a. a. O., § 39, Rn. 45; MünchKomm/Wagner, BGB 4. Aufl.(2004), § 823, Rn. 665.

환자의 구체적인 질병상(疾病像)에 비추어 의료의 준칙에 따라 파악하며, 환자의 인적 사정상 치료를 위해 의사가 제시한 과정을 따를 준비가 되어 있는지 여부를 결정하여야 한다.²⁴⁾ 따라서 설명의무의 전제가 되는 의료사항으로서, 치료침습에 대한 법적 평가에서는 설명의무와 밀접한 상관성이 있다. 이미 주지하듯이, 의사는 진료에 따르는 제반 위험들과 필요성, 적합성 등을 설명하여야 하는데, 그 밖의 상대적인 적응증(alternative Indikation)에 관해서는 특히 동등한 다수의 대안적 치료의 가능성들과 위험 등도 설명하여야 한다.²⁵⁾

또한 적응증 판단이 결과적으로 미치는 영향의 실제적 범위가 상당히 넓어

- 23) E. Hauck, a. a. O., NJW 2013, S. 3335. 치료징후(Heilanzeigen)라고도 불리어진다. Vgl. <http://de.wikipedia.org/>. 이와 관련하여 치료진료와 희망의료의 경계획정에 관해 보다 상세하게 건강에의 노무(서비스), 질병의 개념, 자연성과 인위성, 진료의 필요성으로 나누어 분석, 고찰함으로써 적응증(Indikation)은 건강의 연혁적 개념이며, 오늘날 의학 및 의료기술의 발달상 치열불균형, 저성장이 오늘날에는 의료적 개입에 의해 치료되는 예에서와 같이 질병의 판단기준이 상향되는 점에 비추어 판례가 취하고 있는 합의와 신뢰성을 통한 일상적 유용성의 관점에서 소극적으로, 관계자의 주관적 표상에서 독립된 객관적, 즉 제3자(전문인)인 의사의 판단에 따라 비정상적 신체적, 정신적이거나 심리적 상태로써 지배적인 견해에 따라 의료적 진료를 요하는 것이라고 정의하고 결정적 개념은 최소한 간접적일지라도 진료의 필요성(Behandlungsbedürftigkeit)이라는 견해는 W. H. Eberbach, a. a. O., in: Die Verbesserung des Menschen(2009), S. 16 ff., 18. Vgl. R. Damm, a. a. O., GesR 2010, S. 641, 642: “... treten so nach überkommenem Verständnis Indikation und Information als normative Voraussetzungen einer medizinischen Intervention beim Patienten.”
- 24) Vgl. A. Laufs, a. a. O., Rn. 29: “... Grundvoraussetzungen, denen das ärztliche Handeln genügen muß, wenn es beruflich legitim und vor dem Recht bestehen soll.”, 492: “Dennoch gilt die Pflicht für jeden Arzt, vor allen medizinischen Maßnahmen die Indikation zu bedenken, also zu fragen, ob der Heilungsauftrag sie gebiete.” ... “Zuerst indes erfordert der ärztliche Eingriff eine Indikation, das heißt der berufliche Heilungsauftrag muß die vorgesehene Maßnahme umfassen und gebieten.”; E. Steffen, a. a. O., MedR 2009, S. 292; R. Damm, a. a. O., GesR 2010, S. 641, 642. 질병상(疾病像)은 진단과 구별되고, 환자의 전체적 상황을 포괄한다. 그러나 병원의 관리상 기술적 상황, 재정, 이념적 세계관, 법리 등 비의료적 사항들은 해당되지 않는다. 개념의 개설은 <http://de.wikipedia.org/wiki/Indikation> 참조.
- 25) Vgl. E. Hauck, a. a. O., NJW 2013, S. 3340. 신생아에 대한 통상적인 급성회백수염 면역예 방주사(Polioimpfung mit Lebendviren)로 인한 척수성 소아마비(Kinderlähmung)가 발생한 사안에서 설명의무위반 여부(부인)에 관한 “회색질척수염(Poliomyelitis)” BGHZ 144, 1 (BGH, Urt. v. 15. 2. 2000 - VI ZR 48/99); 뇌전증(간질) 환자에 대한 승인단계에 있는 신약 치료로 인해 발생한 시력손상[“AION” (anteriore ischämische Opticusneuropathie)]이 발생한 사안에서 설명의무위반 여부(인정)에 관한 “뇌전증(Epilepsie)” BGH Urt. v. 27. 3. 2007 - VI ZR 55/05(= NJW 2007, 2767) 참조.

서, 직접적으로는 특히 의료적, 윤리적, 그리고 경제적으로 조종(操縱)하는 기능을 한다.²⁶⁾

우리 의료법에서는 의료행위를 정의하고 있지 않아서,²⁷⁾ 의료행위와 적응증의 상관성도 실정적으로 명확하게 확정할 수 없는 난점이 있다. 그렇지만 일반적 해석론 및 유권해석,²⁸⁾ 판결례,²⁹⁾ 그리고 관련된 일부 법규정들에서 (간접적으로나마) 적응증을 그 개념상 내포하고 있다.³⁰⁾ 이와 관련하여 종래에는 독일

26) E. Hauck, a. a. O., NJW 2013, S. 3335: 대도시 근교에 소재하는 병원의 응급사고 처치실 상황이 적응증 판단의 중앙통제기능을 구체적으로 드러내는 독일에서의 예시로서, 중증술중독인 예상 환자들은 통상 두통을 호소하는데, 이러한 환자를 인수한 의사는 각각의 경우에 심각한 주된 증세 없이도 중증 두뇌외상(Schädel-Hirn-Trauma)가 있는지를 확인하는 컴퓨터단층촬영(Computertomographie) 등의 구상절차(具象節次)를 취하여야 하는지, 아니면 환자를 단순히 감시만 하면서 취기(醉氣)가 가시도록 놓아두어야 하는지를 결정하여야만 한다. 이러한 경우에 너무 넓은 적응증 판단은 해당 환자를 애당초 결여된 의료적 불가경성을 민도록 함으로써 그의 사전동의가 의심스럽게 되고, 불쾌함과 피할 수 없는 방사선 피폭을 수반하는 과도한 피검(被檢)를 부담하며, 이에 연계된 방사선과(Radiologie)는 과중한 업무를 부담하게 되어 때때로 실제 해당하는 환자들의 진단과 적절한 진료를 방해하고 엄청난 과도한 비용을 야기한다는 것이다. 이와는 반대로 너무 좁은 적응증 판단은 해당 환자들에게 요구된 진료를 유보하게 되고, 이로 인하여 경막하혈종(硬膜下血腫, subdurales Hämatom) 진료단계가 지연됨으로써 엄청난 결과손해 내지 환자의 사망을 초래하다는 것이다.

27) 대한의사협회, 『의료법해설집』, 2004, 13면 이하 참조.

28) 일반적으로 의료는 “의학적인 지식과 수단방법, 즉 의술로서 질병을 진단하고 치료하는 것”으로 정의하고, 의료행위는 “질병의 예방이나 치료행위를 말하는 것으로 의학의 전문적 지식을 기초로 하는 경험과 기능으로써 진찰, 검안, 처방, 투약 또는 외과수술 등의 행위”라고 한다(의정 65500-760, 2000. 7. 4.). 대한의사협회, 『의료법해설집』, 2004, 13면 이하 참조. 그밖에 지제근, 『의학용어사전』, 2006, 768면: “의약품이 유효하다는 승인을 받은 질병명이다. 의약품은 … 그리고 승인되어 비로소 적응증으로 인정되어야, 그 의약품의 보충정구가 가능하게 된다.”

29) “코높이기 성형수술” 대법원 1974. 11. 26. 선고 74도1114 전원합의체 판결 [의료법위반] 이하 참조. “의료행위라고 함은 질병의 예방이나 치료행위를 말하는 것으로서 의학의 전문적 지식을 기초로 하는 경험과 기능으로써 진찰, 검안, 처방, 투약 또는 외과수술 등의 행위를 말하는 것이고, 진찰이라 함은 환자의 용태를 듣고 관찰하여 병상 및 병명을 규명 판단하는 작용으로 그 진단방법으로는 문진, 사진, 청진, 타진, 촉진 기타 각종의 과학적 방법을 써서 검사하는 등 여러 가지가 있고 위와 같은 작용에 의하여 밝혀진 질병에 적합한 약품을 처방, 조제, 공여하거나 시술하는 것이 소위 치료행위에 속한다.” 대법원 1985. 5. 28. 선고 84도2135 판결 [의료법위반], 대법원 1981. 12. 22. 선고 80도2974 판결 [의료법위반], 대법원 1986. 10. 14. 선고 86도1678 판결 [의료법위반] 등 참조.

30) 의료법 제12조 제1항에서는 “의료인이 하는 의료·조산·간호 등 의료기술의 시행(이하 “의료행위”라 한다) … 구 규정하고 있고, 동법 제22조에서는 의료인은 각각 진료기록부 등을 갖추어 두고 환자의 주된 증상, 진단 및 치료 내용 등 보건복지부령으로 정하는

에서도 동일한 상황이었다고 여겨진다.³¹⁾ 그런데 2013년 개정·신설된 독일 민법전 제630e조 제1항 제2문에서는 ‘적응증’ 용어가 사용되고 있다.³²⁾

3. 의원침습(依願侵襲)의 정당화

위에서 비교적으로 일별한 일반론과 해당 법규정들에 비추어 치료침습과 의원침습 사이의 구별에서는 적응증의 존부가 결정적이다. 따라서 치료침습의 정당화 관점을 엄정히 좁게 보는 경우, 적응증이 없는 침습은 원칙적으로 위법하여 허용되지 않을 것이다.

위와 같은 관점은 독일에서 어림잡아 1964년의 연방법원 형사판결³³⁾에 이르기까지 지속되었지만, 현재로서는 더 이상 일반적으로 타당하지 않다. 이러한 상황은 우리의 현재 미용의료 실태에 유사하여, 그에 대응하는 사법(司法)

의료행위에 관한 사항과 의견을 상세히 기록하고 서명하도록 하고, 국민건강보험법 제41조는 요양급여에 관해 “① 가입자와 피부양자의 ‘질병·부상·출산 등’에 대하여 다음 각 호의 요양급여를 실시한다. … ② 제1항에 따른 요양급여의 방법·절차·범위·상한 등의 기준은 보건복지부령으로 정한다. ③ 보건복지부장관은 제2항에 따라 요양급여의 기준을 정할 때 업무나 일상생활에 지장이 없는 질환, 그 밖에 보건복지부령으로 정하는 사항은 요양급여의 대상에서 제외할 수 있다”고 규정함으로써 질환, 즉 질병의 치료를 중심으로 규정하고 있고, 동조 제2항 및 제3항에 따른 국민건강보험 요양급여의 기준에 관한 규칙 제5조에서는 요양기관은 가입자 등에 대한 요양급여를 별표 1의 요양급여의 적용기준 및 방법에 의하여 실시하도록 하고, 위 별표의 요양급여행위평가신청 서식에서는 해당 요양급여행위의 ‘목적·임상적응증 및 실시방법’을 기재토록 하고 있다.

31) 독일 사회법(§ 27 Abs. 1 S. 1 SGB V)에서도 의사의 진료가 불가피하다는 점에 연계시켜 적응증과 연계되며, 법정 의료보험에서는 적응증이 있는 경우에 질병(질환)과 건강을 상세하게 구별하고, 법정 질병보험의 급부목록에 속하지 않는 경우에도 의료적으로 적응증이 있는 침습이 있는 경우에는 그에 따라서 진료급부(= 요양급여)의 중심개념으로 하고 있다. Vgl. § 27 Krankenbehandlung SGB V (1) Versicherte haben Anspruch auf Krankbehandlung, wenn sie notwendig ist, um eine Krankheit zu erkennen, zu heilen, ihre Verschlimmerung zu verhüten oder Krankheitsbeschwerden zu lindern. 적응증에 관해 이 점을 지적하는 논문은 B.- R. Kern·I. Richter, a. a. O., S. 130; S. Lorz, Arzthaftung bei Schönheitsoperationen(2007), S. 192 ff. 참조.

32) 독일 민법전 제630e조 [설명무무] “Bei der Aufklärung ist auch auf Alternativen zur Maßnahme hinzuweisen, wenn mehrere medizinisch gleichermaßen indizierte und übliche Methoden zu wesentlich unterschiedlichen Belastungen, Risiken oder Heilungschancen führen können.” 번역 소개는 안법영·김상중 역, “외국입법 자료”, 『의료법학』, 제14권 제1호, 2013. 6. 206면 참조.

33) “임의불임수술(freiwillige Sterilisierung)” BGHSt 20, 81.

실무에 시사하는 바가 적지 않다. 우선적으로 제기되는 의문은 적용증이 없는 미용성형을 목적으로 의료적 시술행위가 의료행위에 속하는가라는 문제이다.

1970년대 초반까지 우리는 성형시술을 의료행위로 인정하지 않고 있었으나,³⁴⁾ 1974년 대법원은 ‘코높이기 성형수술’에 대한 의료법위반 형사사건의 전원합의체 판결³⁵⁾에서 다음과 같이 판시하였다.³⁶⁾

-
- 34) “치과의사 성형수술 사건”대법원 1972. 3. 28. 선고 72도342 판결 [의료법위반]: 원심이 피고인은 치과의사의 면허를 받고 치과의사 업무에 종사하는 자인데, 일반 의료행위를 하려면 의사면허를 받아야 함에도 불구하고 그 면허 없이 명동의원이라는 간판 아래 외과 수술에 필요한 마취기 등 수술용 기구와 실리콘 등 약품을 갖추고 공소 외 1에게 고평보수술을 한 것 외에 공소 외 2, 3, 4 등 1,000여명에게 쌍눈꺼풀, 콧날세우기 등 성형수술을 하여 치과의료에 속하지 않는 의료행위를 한 것이라는 공소 사실에 대하여 원판결 적시의 각 증거들을 종합하여 고평보수술, 쌍눈꺼풀, 콧날세우기 등의 미용성형 수술은 의료의 기초적이고 초보적인 행위이기 때문에 일반 의사든지, 치과의사든지 간에 메스를 넣고 치료를 할 수 있는 기술을 가진 사람이라면 누구나 할 수 있는 행위이기는 하지만(이러한 의미에서 의료행위에 준하는 행위라고 하겠다) 질병의 예방 또는 치료행위가 아니므로 의학상의 의료행위에 속하는 것이라 할 수 없으므로 따라서 치과의사는 물론 일반의사도 위와 같은 미용성형 수술을 그들의 본래의 의료 행위로서 실시하는 것이 아님이 명백하다 할 것인 즉, 이와 같이 의료행위에 속하지 않는 미용성형수술을 행한 자에 대하여는 의료법 제19조 제2항의 품의손상 행위로서 치과의사나 일반의사의업무의 정지 등 행정 조치를 함은 별론이거니와 이 사건 미용성형 수술이 오직 일반 의사에게만이 허용되는 의료법 제25조 소정의 의료행위에 속하는 것이라고 단정할 수는 없다는 취지에서 피고인이 일반의사의 면허 없이 위와 같은 성형수술을 하였다고 하더라도 의사가 아니면서 의료행위를 한 것이라고 할 수 없으니 이는 의료법 제25조 위반의 죄가 될 수 없다는 것으로 판단하였는바, …, 결국 소론의 논지는 원심의 전권인 증거취사 판단을 비의하는데 지나지 않는다 하여, 관여법관의 일치된 의견에 따라 상고를 기각하기로 하고, 형사소송법 제390조, 제364조 제4항에 의하여 주문과 같이 판결한다.
- 35) “코높이기 미용성형수술” 대법원 1974. 11. 26. 선고 74도1114 전원합의체 판결 [의료법위반]. 밑줄은 이 글의 작성자가 그은 것임.
- 36) 이후 “한약업사 비염진료” 대법원 1978. 9. 26. 선고 77도3156 판결 [보건범죄단속에관한 특별조치법위반]: 한약업사의 자격은 있으나 한의사가 아닌 자가 한의원에서 환자의 뒤통에 전등을 비추어 관찰한 후 비염이라고 판단하여 기촌한의사에 기재된 처방이 위 질병에 적용한 것이라는 판단, 아래 한약 10첩을 조제하여 주었다면 위 소위는 의료법 제25조에 규정된 의료행위에 해당한다. “기치료, 스포츠마사지” 대법원 2002. 6. 20. 선고 2002도807 전원합의체 판결 [보건범죄단속에관한특별조치법위반(부정의료업자) 등] 의료행위라 함은 의학적 전문지식을 기초로 하는 경험과 기능으로 진찰·검안·처방·투약 또는 외과적 시술을 시행하여 하는 질병의 예방 또는 치료행위 및 그 밖에 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위를 의미한다 할 것이고, 안마나 지압이 의료행위에 해당하는지에 대해서는 그것이 단순한 피로회복을 위하여 시술하는데 그치는 것이 아니라, 신체에 대하여 상당한 물리적인 충격을 가하는 방법으로 어떤 질병의 치료행위에게까지 이르면 이는 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위, 즉 의료행위에 해당한다고 보아야 할 것이다(대법원 1974. 11. 26. 선고 74도1114 전원합의체 판결).

“구의료법 제25조의 규정에 의하면 의사가 아니면 의료행위를 하지 못하게 되어 있고 의료행위라고 함은 질병의 예방이나 치료행위를 하는 것을 말하는 것으로서 ... 의학의 전문적 지식을 기초로 하는 경험과 기능으로서 진찰, 검안, 처방, 투약 또는 외과수술 등의 행위를 말하는 것이라고 할 것인바, 이는 의사의 의료행위가 고도의 전문적지식과 경험을 필요로 함과 동시에 사람의 생명, 신체 또는 일반 공중위생에 밀접하고 중대한 관계가 있기 때문에 의료법은 의사가 되는 자격에 대한 엄격한 요건을 규정하는 한편 구의료법 제25조에서 의료행위를 의사에게만 독점 허용하고 일반인이 이를 하지 못하게 금지하여 의사 아닌 사람이 의료행위를 함으로써 생길 수 있는 사람의 생명, 신체나 일반 공중위생상의 위험을 방지하고자 함에 그 목적이 있는 것이라 할 것이다. 그러나 의료행위의 내용에 관하여는 이에 관한 정의를 내리고 있는 법조문이 없으므로 결국은 구체적 사안에 따라 이를 정할 수밖에 없는 것인바 위의 개념은 의학의 발달과 사회의 발전 등에 수반하여 변화될 수 있는 것이어서 앞에서 말한 의료법의 목적 즉 의학상의 전문지식이 있는 의사가 아닌 일반사람에게 어떤 시술행위를 하게 함으로써 사람의 생명, 신체상의 위험이나 일반 공중위생상의 위험이 발생할 수 있는 여부 등을 감안한 사회통념에 비추어 의료행위 내용을 판단하여야 할 것이다.”

위 판결 이후, ‘의료행위 개념’은 ‘의학의 발달과 사회의 발전 등에 수반하여 변화될 수 있는 것’이라는 관점에서, ‘구체적 사안에 따라’, ‘의료법의 목적, 즉 의학상의 전문지식이 있는 의사가 아닌 일반사람에게 어떤 시술행위를 하게 함으로써 사람의 생명, 신체상의 위험이나 일반 공중위생상의 위험이 발생할 수 있는 여부 등을 감안한 사회통념에 비추어’ 판단한다는 요지의 관점을 학계도 수용한 것으로 추측할 수 있다.³⁷⁾ 질병의 치료행위, 즉 적응증이 있는 경우

대법원 2000. 2. 25. 선고 99도4542 판결 등 참조); 대법원 2004. 1. 15. 선고 2001도298 판결 [보건범죄단속에관한특별조치법위반(부정의료업자)(예비적·택일적 죄명: 의료법위반)] 등 논지에 의한 일련의 다양한 사안에 관한 판결례는 신현호·백경희, 앞의 책, 2011, 32면 이하 참조.

37) 추호경, 『의료과오론』, 1992, 21면; 김민중, 『의료의 법률학』, 2011, 39면 이하; 신현호·백경희, 앞의 책, 2011, 31면; 김선중, 『의료과오소송법』, 2005, 3면 이하; 박영호, 『의료분쟁과 법』, 2005, 8면 이하 등 참조.

에만 국한하던 의료행위에, 미용성형 기술은 신체에 침습을 행하므로 의학상의 전문지식이 있는 의사가 아닌 일반사람에게 어떤 기술행위를 하는 경우, 사람의 생명, 신체상의 위험이나 일반 공중위생상의 위험이 발생할 수 있는 여부 등을 감안한 사회통념에 비추어 의료행위에 해당하는 것으로 포괄하여 확대하는 입장을 취하고 있다고 여겨진다.³⁸⁾ 이러한 사회 보건·의료의 상황관련적인 개념 정의는 독일의 건강개념 정의와 본질적으로 다르지 않다.³⁹⁾

그렇지만 위와 같은 개념적 포섭은 미용목적의 성형적 침습기술을 전통적인 치료침습과 동등한 의료행위로 포착하여 ‘일반 공중위생상의 위험 발생’을 방지하려는 공법적, 특히 의료행정상 정책적인 목적적 해석론이라고 평가할 수 있다.

이와 같은 관점의 근본적인 차이는, 의료는 환자의 치료를 주된 목적으로 하는 것과 달리, 법은 법질서의 보호를 목적으로 하는 데서 비롯되며, 후자의 상

38) 1974년 대법원 전원합의체 판결은 위 요지에 이어, “... 성형수술에는 복구성형, 교정성형 외에 소위 미용성형도 포함되는데 우리나라 의사들이 종전부터 성형기술을 하여 오다가 1965년도에 대한성형외과협회가 창설되면서부터는 성형수술 분야까지 생긴 사실을 ..., 피고인이 시술하였다는 코높이기 수술은 코에 마취약을 주입하고 칼로 코밀을 절개한 후 연골을 삽입하고 봉합하는 방법으로서 하였다는 것인바, ... 피고인의 코높이기 시술 일자가 구의료법 제25조의 구의료법 시행규칙의 적용을 받게 되던 때여서 그 당시에는 의사가 성형외과를 전문과목으로 표방하거나 진료과목으로 표시할 수는 없었다 하더라도 성형외과를 전문과목이나 진료과목으로 표방 또는 표시할 수 있는 여부만이 코높이기 수술이 의료행위에 속하는 것인지를 판단하는 기준이 될 수는 없다 할 것이며 그 당시에 이미 의사들이 미용성형 수술을 시행하고 있었고 성형외과 협회까지 생기고 있었던 의학계의 실정과 공소사실 적시의 피고인의 코높이기 수술인 미용성형수술이 마취약을 주입하고 코밀을 절개하며 연골을 삽입하여 봉합하는 등의 의료기술의 시행방법으로서 행하여지고 또 코의 절개과정이나 연골의 삽입, 봉합과정에서 미균이 침입할 위험성을 내포하고 있는 것이어서 이러한 코높이기 수술의 방법 및 행위의 태양을 함께 감안하면 외과 분야에 있어서 의료행위를 이미 발생한 상처 등에 대한 외과적 처치만에 국한할 것이 아니라 ... 코높이기 성형수술행위도 질병의 치료행위의 범주에 넣어 의료행위가 되는 것으로 해석함에 타당하다 할 것이다.”라고 판시하였다. 이에 관한 평석 등은 범경철, 『의료행위 개념의 확대』, 『의료법학』, 제5권 제1호(2004. 7), 661, 670면 참조.

39) Vgl. W. H. Eberbach, a. a. O., in: Die Verbesserung des Menschen(2009), S. 16 ff., 18: “Die Geschichte des Gesundheitsbegriffs erweist sich vielmehr als die geschichte einer Idee. Was Gesundheit oder Krankheit ist, wird damit jeweils auch bestimmt von der Einschätzung durch die Gesellschaft – und es wird mitbestimmt durch den Fortschritt der medizinischen Fähigkeiten.”; S. Lorz, a. a. O., S. 36 f.: “Das Recht knüpft an den krankheitsbegriff und den davon abgeleiteten Gesundheitsbegriff der Medizin am und gibt ihnen eine der sozialen Regelungsaufgabe entsprechende Ausprägung.”

이한 법역(法域)들에서 규율과제(Regelungsaufgabe)들에 의해 법질서 전체에 적용될 수 있는 일원적인 질병 및 건강개념의 정립은 불완전할 수 있다.⁴⁰⁾ 그렇지만 그 공통적인 핵심은, - 법적 관점에서 본다면 -, 질병은 규정에 반하는 상태, 즉 규범에 어긋나는 신체적·정신적 상태를 의미하며, - 의료적으로는 -, 건강한 사람의 표상과 육체적·정신적으로 상응하지 않는 상태를 질병이라고 할 수 있을 것이다.⁴¹⁾

이러한 관점에서는, 질병치료를 목적으로 하는 진료행위, 그리고 미용만을 목적으로 하는 의술적 성형시술도 신체적 침습에 의한 건강침해를 수반한다. 그렇지만 치료진료의 침습은 건강의 유지와 회복을 궁극적 목적으로 하는 것과 달리, 미용성형의 의술적 침습은 잠정적이거나 영구적인 건강의 위해를 수반하면서 미를 추구한다는 점에서 근본적으로 구별된다.

III. 미용성형과 진료침습적 성형 - 유형분류와 비교 고찰

1. 유형화에 의한 분석적 접근

미용과 건강의 추상적 개념구분에 의해 ‘의료적’ 성형목적의 (의술적) 침습과 치료목적의 진료침습을 구체적으로 명확히 구별하는 것은 용이하지 않다. 전통적 의미에서 질병의 적응증을 전제한 진료침습에는 성형의료 범주의 상당 부분

40) 세계보건기구(WHO)의 건강개념의 정의(definition of Health)는 “Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity.”이다. <http://www.who.int/about/definition/en/print.html> 참조. 이와 같은 건강개념은 비록 도달할 수는 없을 지라도 이상적으로 추구할 가치가 있는 상태로서 정의하고 있는 것으로 파악할 수 있다. 이와 같은 포괄적으로 정신적·사회적인 육체적·정신적 건강과 행복[physical-psychological well-being(health and happiness)]이라는 개념 하에는 미용만을 목적으로 하는 성형시술도 포괄할 수 있다. 그밖에 제분야의 일반적 개념 정의의 개관은 <http://de.wikipedia.org/wiki/Gesundheit> 참조. Vgl. S. Lorz, a. a. O., S. 34 ff. 36: “Krankheit im medizinischen Sinne ist eine körperliche oder geistig-seelische Veränderung bzw. Störung.”

41) 이하 III. 2. 독일 연방사회법원 등의 판결례 소개 참조.

을 내포하고 있으므로, 해석적 범리구성의 방법적으로서 유형화를 요하며, 이와 관련하여서는 의료보험법의 실질적 규율⁴²⁾을 함께 고려할 수 있을 것이다.

여기에서는 - 소박하지만 - 비교적으로 4개의 유형으로 분류하는 견해를 참조해 보면,⁴³⁾ (1) 신체의 물리적 기능의 침해의 교정, (2) 기형(畸形)의 교정, (3) 심인적 침해의 교정,⁴⁴⁾ (3) 정상적 체형(체형)의 미화(美化)로 나누어 볼 수 있을 것이다.⁴⁵⁾

위 (1), (2)의 교정유형은 치료침습으로서 우리의 법제 하에서도 의료보험이 적용되는 것이며, 나아가 (3)의 교정유형도 한정적으로 치료침습의 범주에 속하는 것으로 분류할 수 있을 것이다.⁴⁶⁾ 그런데 여기에서 주체인 미용성형은 (4)의 유형에 속하는바, 신체의 물리적 기능의 침해, 그리고 생래적 내지 사고나 의료적 수술을 요하는 기형(畸形)도 없는 경우이다. 신체의 전체적 외관상 객관적으로 성형적 침습시술을 희망하는 신체 부분의 외관이 정상적인 것으로

42) Vgl. § 27 [Krankenbehandlung] Abs. 1 S. 1 SGB V: (1) Versicherte haben Anspruch auf Krankenbehandlung, wenn sie notwendig ist, um eine Krankheit zu erkennen, zu heilen, ihre Verschlimmerung zu verhüten oder Krankheitsbeschwerden zu lindern. Die Krankenbehandlung umfaßt 1. Ärztliche Behandlung einschließlich Psychotherapie als ärztliche und psychotherapeutische Behandlung, 2. zahnärztliche Behandlung, 2a. Versorgung mit Zahnersatz einschließlich Zahnkronen und Suprakonstruktionen, 3. Versorgung mit Arznei-, Verband-, Heil- und Hilfsmitteln, 4. häusliche Krankenpflege und Haushaltshilfe, 5. Krankenhausbehandlung, 6. Leistungen zur medizinischen Rehabilitation und ergänzende Leistungen. ..., § 12 [Wirtschaftlichkeitsgebot] Abs. 1 SGB V: (1) Die Leistungen müssen ausreichend, zweckmäßig und wirtschaftlich sein; sie dürfen das Maß des Notwendigen nicht überschreiten. Leistungen, die nicht notwendig oder unwirtschaftlich sind, können Versicherte nicht beanspruchen, dürfen die Leistungserbringer nicht bewirken und die Krankenkassen nicht bewilligen. ...

43) S. Lorz, a. a. O., S. 38 ff.: "Behebung einer physischen Funktionsbeeinträchtigung, Behebung einer entstellenden Deformität, Behebung einer physischen Beeinträchtigung und Verschönerung bereits normaler Körperformen.

44) 이 유형의 교정성형에서도, 동시에 기능적 침해가 아닌 한, 연령, 임신, 자양(滋養)의 영향으로 인한 변형은 질병성(Krankheitswert)을 인정할 수 없다. Vgl. S. Lorz, a. a. O., S. 39.

45) 그 밖의 유형적 분류는 미용성형이 이루어지는 의료과정에 따라 진단, 시술, 사후관리 등의 순으로 분류할 수도 있을 것이다.

46) 이와 같은 유형에서는 진료가 질병의 치료에 직접적이고, 심리적 장애는 정신병학적이거나 정신심리학적(psychiatrisch oder psychotherapeutisch)인 것이어서 물리적 침습(physische Eingriff)으로써 진료되지 않는 것이며, 그러한 침습은, 환자가 그의 정신적 질병을 치유하는 유일하고 적합한 수단이 되어야 한다. 이하 "성장촉진치료" BSGE 72, 96, "유방확대성형수술" BSGE 93, 252 참조. Vgl. S. Lorz, a. a. O., S. 39 f.

평가될 수 있으므로 법정보험의 요양급여는 허용되지 아니한다.⁴⁷⁾

특히 우리의 관심에 관련하여 위 (3)과 (4) 유형이, -치료목적의 교정성형에 근접되어 있는바-, 미용성형에 관한 비교적 관점에서 선결적으로 검토될 수 있다. 포괄적이고 개념표지의 추상적 논의는 일단 유보하면서, -오늘날 우리의 의료생활에서 불가결한 건강보험과의 밀접한 상관성을 고려하여-, 구체적 검토와 논의를 위해 의료보험급여가 인정되는 (2)의 유형에 근접한 독일 사회법원의 판결례를 소개한다.⁴⁸⁾

2. 독일 사회법원의 판결례

독일 사회법원은 “성전환수술”비용에 대한 요양급여는, 우리 실정에서도 비교적 질병성이나 기형성을 민사 실체법상 인정할 수 있을 것으로 여겨지는바, 우선 소개한다.⁴⁹⁾

가. “양성자의 성전환수술” 판결⁵⁰⁾

피보험자(원고)는 의무보험에 가입되어 있었던바, 1982. 2.~3. 당시까지는 남성으로서 수술을 받아서 외적인 남성의 성표지들을 제거하고 여성의 성

47) Vgl. S. Lorz, a. a. O., S. 40.

48) 방법적으로 이하 2.에서 일별하는 독일 사회법원의 판례상 사회법적 정의관점(재화의 배분적 정의), 질병 등의 개념적 요지를 곧바로 민사법적 책임귀속의 개념적 요건으로 삼을 수 있다는 것을 의미하지는 않는다. 각 법역들은 각각의 고유한 규율목적에 의해 위의 사항들에 관해 달리 평가되고 정의된다는 점을 견지한다. Vgl. H. Baier, Medizin im Sozialstaat: “Wer oder was krank ist, ... bestimmt heute ein System von Rechtsnormen, von behördlichen und körperschaftlichen Akten, von zwingenden wissenschaftlichen Verhaltensvorschriften” zit. nach A. Laufs, in: A. Laufs/W. Uhlenbruck, a. a. O., S. 7, Rn. 1; BGH, NJW 1958, 917: “..., dass unreflektierte Begriffsübertragung zwischen verschiedenen Gesetzen deren Zwecken widersprache.” zit. nach S. Beck, Enhancement, MedR 2006, S. 95 ff.

49) 양성자의 성전환수술에 관해서는 이하에서 소개하는 판결례들에서도 법리상 쟁점으로 상세하게 제시된다.

50) “Kostenübernahme einer geschlechtsumwandelnden Operation” BSGE 63, 83(=BSG, Urt. v. 6. 8. 1987-3 RK 15/86).

표지들에 일치시키게 되었다. 보험사(피고)는 1982. 6., 8. 2차례 위 수술비용(6,820.--DM)의 급여를 거절하였는데, 그 논거는 위 환자는 수술 이전에 치료되어야만 하거나, 경감이나 악화가 방지되어야 할 비정상적인 신체적 상태에 있지 않았다는 것이다.

제1심 사회법원(SG Hannover), 향소심 주(州)사회법원도 급여신청을 인용하였고,⁵¹⁾ 연방사회법원도 청구를 인용하였다.

피보험자는 수술 당시의 정신적 상태는 법령상⁵²⁾ 진료를 요하는 질병이었는데, 제1심 사회법원은 질병으로 판단하여, 양성인 상태에서 신체적인 남성과 정신적으로 다른 성과의 사이에 심인적인(이상성) 긴장을 인정하였고, 주 사회법원은 건강인의 표상에서 어긋나는 비정상적 신체적이나 정신적 상태, 즉 피보험자가 정상적인 신경정신적 기능 상태에 있는가의 여부가 아니라,⁵³⁾ 그 외에 비통상성(Regelwidrigkeit)이 위 법률적 규정들의 의미에서 본래의 질병으로 평가할 수 있는 고통의 압박이 요구되는 것에 중점을 두었다. 이는 법적으로 양성의 외양(外樣)로 인한 성적으로 특수한 정체성 인식의 굴절성과 관계되어 비록 비정상(Anomalie)으로 간주될 수 있으나, 자연적 고찰에 의하면 결코 질병으로 여겨질 수 없으므로, 양성의 모든 양태에 질병성을 부여하지 않고, 개별 사례를 중심으로 판단함으로써, 위 피보험자가 (위의 양성적 긴장으로 인하여) 심한 고통의 압박 하에서 수술 전에는 극단적으로 높은 자살위험이 있었다는 것을 인정하였다.⁵⁴⁾ 향소심이 피보험자의 구체적 상황을 질병개

51) 다만, 향소심 주사회법원(LSG Niedersachsen-Bremen)은 위 환자의 양성성을 일반적인 질병으로 보는 관점을 인정하지 않고, 개별 사안에 따라 판단하여야 한다는 입장을 취하였다. “Der offensichtlich vorherrschenden Meinung, daß Transsexualität generell als Krankheit anzusehen sei, könne sich das Gericht nicht anschließen. ... das Gericht der Auffassung, daß in jedem Einzelfall zu prüfen sei, ob ...”

52) §§ 182 Abs. 2, 184 Abs. 1 RVO. 위 판결 당시에는 제국보험령(Reichsversicherungsordnung-RVO)이 적용되었다. 제국보험령은 1911년 제정, 1913년에 발효되어 1992년까지 독일 사회법 영역의 중추를 담당하였다. 그러나 1975년 이래로 사회법(SGB)에 의한 대체적 개혁이 지속되어 왔다.

53) 위 판결이 인용하는 판례는 “턱정형진료(kieferorthopädische Behandlung)” BSGE 35, 10(12) (BSG, Urt. v. 20. 10. 1972-3 RK 93/71), 39, 167(168) 등이다.

54) 위 연방사회법원은, 향소심이, -채증상 위법이 없이-, 자유심증에 기초하여 이루어진 사

념 하에 포섭시킴으로써 그 (법적) 개념상 오류가 없으며, 보험사도 이에 대해 이의를 제기하지 않지만, 상고이유에서는 항소심이 설치한 피보험자의 상태가 법령 (§§ 182, 184 RVO)상 질병인가 여부에 대해서가 아니라, 시행된 수술을 법률상 급부로서 볼 수 있는가에 대하여 다투었다.

연방사회법원 제3부는 항소심의 법적 위반이나 판단상 법적 오류가 없다고 하면서, 다음과 같이 판시하였다.

질병치료의 청구는 그 질병의 진단을 하거나 치료, 완화, 또는 악화 방지의 의미에서 진료가 접근할 수 있을 것을 전제하므로(진료필요성: Behandlungsbedürftigkeit, vgl. BSGE 59, 116, 117), 항소심이 피보험자의 경우에 모든 신경정신과적 수단이 무위로 된 후에 완화를 초래하기 위해 유일한 수단으로서 성적으로 접근시키기 수술을 위한 적응증을 제시하는 한, 이에 대해 보험사도 소송절차상 다투지 않아 인정된다. 또한 여기에서 다투어지는 수술에 관해 진료 필요성을 긍정함으로써 실제법적 오류도 없다. 치유를 기대할 수 없는 것은 아니라는 의미에서 다투어지는 수술을 통한 질환적 고통의 압박 완화가 이 청구를 근거지우는 상태를 충족시킨다는 점에서 항소심의 판단은 정당하다. 상고심 절차에서는 원칙적으로 심리할 수 없는 자유로운 증거평가에 의해 여기에서 다투어지는 진료를 통한 그러한 완화가 개연적(wahrscheinlich)이라고 판단한 것은 설득력이 있으며, 이 사안에서 질병인 경우 신경정신과적 진료에 모종의 우선성이 없다는 것을 함께 고려해 본다면, 진료의 합목적성(Zweckmäßigkeit)이라는 폐쇄적 개념이 갖는 진료필요성의 개념에서는 아마도 오해가 있을지라도, 그러한 진료 전체가 성과가 없었다는 확정으로써 명백히 하였다.⁵⁵⁾ 항소심은 모든 우선성에도 불구하고 정당하게, - 심리적으로 - 성(性)을 근접시키는 수술이 통해서도 완화가 가능하고, 되돌아보면 사실상 성과가 있었다는 것이 설득력이 있다고 한다면, 이 같은 확정은 또한 보험사가 절차법적으로 이의를 하지 않은 자유로운 증거평가에 기초하고 있었다. 보험사가 그러한 수술을 법적인 근거

실 확정에 대해 보험사도 다투지 않았는바, 이에 관해 구속된다고 판단하였다.

55) 이에 대해서도 피고 보험사는 아무런 이의를 제기하지 않았다.

에서 보험사가 급부할 것에 속하지 않는다는 주장은 타당하지 않고, 법률상 아무런 근거가 없다. 이 같은 진료가 의학적으로 논란이 되고 있다는 점에 관해서는 항소심에서 논박되었지만, 급부로서 배제되지 않는다. 여기에서처럼 개별 사안에서 의사 진료의 합목적성의 증명이 된 경우에는, 그 합목적성이 일반적으로 승인되지 않을지라도, 보험급여는 이루어져야만 한다.

이어서 대표적 사례의 하나인 연방사회법원의“성장촉진치료” 판결을 소개한다.

나. “성장촉진치료” 판결⁵⁶⁾

피보험자(원고)는 19세까지 신장이 159cm인 자(子, 1961년생)가 1980년 중반 프랑크푸르트대학병원에서 호르몬치료를 받고서 1984년 164cm로 성장하였으나, 자신의 외관에 집착하여 학업을 중단하고서 당시 동독지역(Erfurt) 소재 병원에서의 수술적인 하지연장 등을 시도하였으나 신장이 고착되어 실패한 후, 주보험공단(LVA)에서 보험급여가 거절되는 등으로 극도로 비관하여 자살을 생각할 정도로 이르렀는바, 1984.~1986. 동독지역에서의 치료비용 상당의 보험급여를 청구하였다.

연방사회법원(BSG)은, 위 자(子)의 체격은 수술적 치료를 받기에 앞서서 규범영역(Normbereich) 내에 있었고, 164cm의 체격)은 저신장이 아니라 중위(中位)에 속하므로 진료의 필요성이 없었으며, 항소심[주(州)사회법원: LSG]이 위 시행된 수술이 심인적 고통을 치료할 수 있는 유일한 가능성이라는 점에서 충분하고도 합목적적인 질병가료라고 판단한 것은 오류이며, 오히려 위 자(子)의 질환은 정신과적으로 진료(psychiatrisch-psychotherapeutische Behandlung)되었어야만 했다고 판시하였다.

다음으로는 위와 같이 심인적 요인에 의해 촉발된 신체침습의 의료적 성형

56) “Distractionsepiphyseolyse(distraktionepiphyseolysis-Beinverlängerung” BSGE 72, 96(= BSG, Urt. v. 10. 2. 1993-1 RK 14/92(Hessen)(= NJW 1993, 2398).

시술은 비교적 고찰의 의미가 있는“인공고환시술”판결을 소개한다.

다. “인공고환시술” 판결⁵⁷⁾

환자(원고, 1953년생)는 소년시절에 우측고환을 수술로 제거하였는데, 이로 인하여 이후에 우울증적 집착을 수반하는 인격장애로 발전하여 1992년 가을에는 수주에 걸쳐 신경정신과 병원에서 입원치료를 받게 되었고, 같은 해 11. 10.~17. (Ludwigshafen) 시립병원에서 같은 달 11. 인공고환이식 수술을 받았는데, 같은 해 10. 30. 비뇨기과 의사(Vertragsarzt)의 처방은 위 환자가 인공고환을 희망하여 입원수술을 한다는 내용이었다. 보험공단은 같은 해 11. 12. 위 처방이 접수되어 위 수술의 비용(3.737,52 DM)을 부담하여야 한다는 사실을 알게 된 후, 공단은 그즈음 위 병원, 그리고 1993. 3. 5. 공단의 결정에 따라 환자에게 요양급여가 지급될 수 없다고 통보하였다.⁵⁸⁾

연방사회법원은 입원진료가 의사에 의해 처방되고 보험사의 환자로서 입원되었다는 이유만으로는 요양급여가 인정되지는 않으며, 입원진료의 경우에 보험사의 급부의무는 의사의 처방에 의해서도, 그리고 위 병원의 수인결정에 의해서도 판단되는 것이 아니라, 요양급여승인의 결정은 보험사에 남겨져 있다고 판시하였다.⁵⁹⁾

57) “Hodenprothese” BSGE 82, 158(= BSG, Urt. v. 9. 6. 1998 - B 1 KR 18/96 R).

58) 1994. 9. 23. 제1심 (Speyer) 사회법원(SG)은 신경정신과 감정(psychiatrischer Gutachten)을 받아들여 보험공단의 결정을 취소하고 위 환자의 청구를 인용하였으나, 1996. 6. 20. 제2심주(州)사회법원(LSG Rheinland-Pfalz)은 보험사의 사전승인결정(Bewilligungsent-scheidung)을 받지 않았고, 비요양성(Unaufschiebbarkeit)도 없어 사회법에 의한 사후적 비용보상(Kostenerstattung, § 13 Abs 3 SGB V)을 받을 수 없다고 판결하였다.

59) 연방사회법원(BSG)은 보험사의 상고를 허가하고(zulässig), 소송상 권리보호의 필요성(Rechtsschutzbedürfnis)을 인정하였고, 요양급여신청 등의 절차위반에 관해서도 항소심의 판단을 인정하지 않았다. 위 환자는 시립병원에서의 시술에 관해 사회보험법(§ 27 Abs. 1 S. 2 Nr 5 iVm. § 39 Abs. 1 SGB V)에 의한 실급여(Sachleistung) 및 그로 인한 면책(Freistellungsverpflichtung)을 청구하는 것인바, 사회보험법(V)이 의사들(Vertrags-arzt od. Krankenhausarzt)에게 보험급부의 의무에 관한 법적 판단에 관해 위임하지는 않고 있지만, 의료 전문적 관점에서 불가피한 진단과 치료 처치 등(§ 73 Abs. 2 Nr. 7 SGB V)에 관한 범주적 권리로서 형성되어 있어 있는 피보험자의 급부청구권을 구체화하도록 소명되어 폭 넓은 결정의 여지가 주어졌으며, 보험사의 영향가능성은 사전심의보다는

중국적으로 위 환자의 청구는 실체법적 청구권의 인정 여부에 달려 있었는데, 지방사회법원(SG)이 전문감 정에 따라 인공고환의 이식으로써 위 환자의 심인적 장애에 좋은 영향을 끼칠 수 있다는 판단한 수술적응증(Operations-indikation)은 법정의료보험(GKV)의 요양급여의무를 근거지을 수 없다고 판시하면서, 위 ‘성장촉진치료’ 판결의 논지, 즉 구범영역 내의 신체상태에서 심인적 장애를 제거하기 위한 수술적 침습의 비용에 대해서는 요양급여의무가 없다고 판시하고, 보험사가 부담하는 병원진료는 직접적으로 본래의 질병에 관한 처치만이라고 재차 확인함으로써, 심인적 장애인 경우에는 피보험자의 정신과치료의 거부가 비록, - 질병에 기인되어 - 의사의 조력에 다른 가능성이 없을지라도, 진료비용의 급여청구는 일반적으로 신경정신과의 치료수단에 의한 진료에 국한되고 수술적 침습은 포함되지 않는다고 하였다. 위 사안에서 주(州)사회법원에서의 감정에 의하면 한 측 고환의 결여는, 그 결여된 신체기관의 기능을 다른 고환이 할 수 있으므로 신체적 침해가 아니며, 이를 도외시할 지라도 모종의 기능결핍은 인공고환을 통해서 보완될 수 없으므로 수술이 그 결핍을 제거할 수 없을 것이라고 판단하였다. ‘성장촉진치료’ 사안의 하지연장시술과 구별하여, 심인적 장애의 유발인자로서 신체적 비정상률 고려하는 것은, 그 비정상 그 자체가 진료의 필요성이 없어 달리 취급할 전단한 이유가 없으며, 질환으로 인한 간접적인 영향만이 있는 경우에는 질병의 극복을 위한 조

사후적 심의, 그리고 상황에 따라서는 위법하게 야기된 비용으로인한 소구(溯求)에 한정된다고 판시하였다. 이하에서는 절차위반에 관한 쟁점들에 관한 판단은 더 이상 상세하게 소개하지 않는다. Vgl. BSGE 82, 158 ff.: "Die Einstandspflicht der Krankenkasse für Maßnahmen des Arztes beruht nicht darauf, daß dieser Rechtsentscheidungen über Leistungsansprüche zu treffen hätte, sondern darauf, daß die Kasse die im Rahmen der Therapiefreiheit liegenden Behandlungsentscheidungen des Arztes gegen sich gelten lassen und ... bei vorschriftswidrigen Leistungen das Vertrauen des Versicherten in die Rechtmäßigkeit der Leistungserbringung beachten muß.": BSGE 79, 190 ff.; § 11 Abs 1 Satz 2 Arzt-/Ersatzkassenvertrag vom 13. September 1990(DÄBl 1990, C 1752) iVm Nr 1.1 Satz 3 der Krankenhauspflege-Richtlinien des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen vom 26. Februar 1982 (Beilage zum BAnz Nr 125); Vordruck: "Verordnung von Krankenhausbehandlung"(Muster 2 der Vordruck-Vereinbarung als Anlage 2 zum EKV-Ä und Ziffer 5 der Vordruck-Erläuterungen hierzu).

치들은 생활영역에서 질병으로 인한 그 밖의 불가결한 다른 조력들이 보험급여를 받지 못하는 것과 다를 바 없다고 판시하였다.

다음으로 소개하는 판결례는, 우리 실정에서도 빈번히 인지하고 있는 “유방 확대수술” 사례이다.

라. “유방확대성형수술” 판결⁶⁰⁾

수공업보험사에 가입하고 있는 피보험자(원고, 1973년 생)는 가슴성형수술의 비용을 청구하였고, “양유방이 아주 적은 유염에 의한 납작한 표피형 유방의 광범위 부정위”라는 의사의 감정서 등을 위 보험사를 제출하였으나, 2회(1999. 1. 4., 이의결정 1999. 2. 23.)의 걸쳐 요양급여의 지급이 거절되었다.

피보험자가 제기한 소송에서 제1심 마르부르크 사회법원(SG Marburg)은 다음과 같은 논거로서 보험사의 수술적 가슴성형의 비용인수를 인용하였다.

위와 같은 비통상적 신체상태는, 신체적 고통을 야기하지 않으므로 수술적 유방확대의 불가결성(Notwendigkeit)은 없으나, 신경과 감정에 의하면 이형장애(Dysmorphophobie, dysmorphic disorder)형(型)의 통상적이지 않은 정신적 상태에 있고, 이와 같은 신체적 장애의 느낌으로 인하여 피보험자는 자존감이 심하게 침해되고 사회적 기능의 감정적 장애를 수반하는 중한 통압(痛壓)으로 발전하였으며, 수술적 침습을 통해 개선되고, 심지어는 아마도 치료될 수 있을 상당한 중증의 장애가 있으며, - 보험사가 우려하는 바와 달리 -, 신체의 다른 부위의 결점에 관한 집착증세의 전이(轉移)는 발생하지 않을 것이며, 다른 한편으로는 전문감정인의 의견은 정신과치료 처치의 성과는 예견되지 않아 외과적 침습을 요한다는 것이었다. 나아가 연방사회법원은 피보험자의 청구인용은 보험사의 급부의무를 한(限) 없이 추급하게 되어 미용수술(Schönheitsoperation)의 한계를 그을 수 없게 될 것이라고 하지만, 수술적 진료가 성과를 이룰 수 있는 유일한 과정인 경우에는 사회보험법(V) 제27조의

60) “Operation zur Brustvergrößerung” BSGE 93, 252(= BSG, 19. 10. 2004-B 1 KR 3/03 R).

의미에서 불가결하다고 보아야만 하고, 이와 같은 수술적 유방확대의 경우에 불가결한 질병진료로부터 미용수술을 구별하여 획정(劃定)하기 어려울지라도, 이는 전문가의 감정을 토대로 불가능한 것은 아니며, 양성(兩性)의 성전환을 위한 수술적 침습에 관해 최고 법원의 판례가 자신의 신체에 대한 해당자의 심인적(이상성) 긴장(inneres Spannungsverhältnis)을 이유로 보험사의 급부 의무를 인정하는 것과 마찬가지로, 환자가 자신의 신체적 성(性) 내지 신체 전부, - 흡이 있게 형성된 위 피보험자의 경우가 그렇듯이 -, 오직 일정 부위에만 심인적 압박이 있는지의 여부는 구별할 수 없으며, 반면에 양성(兩性) 환자의 경우에는 비정상적 신체 상태에 있지 않다. 중국적으로는 위 피보험자가 신청한 수술적 침습은, 어쩌면 수년에 걸친 정신과치료가 최소한 보다 저렴하지는 않을 것이어서, 사회보험법(V) 제12조의 의미에서 경제적이라는 논거를 제시하였다.

위 소송은 비약상고(Sprungrevision)되어 진행되었는바, 연방사회법원(BSG)은 위 제1심 사회법원이 피보험자의 청구를 부당하게 인용하였으므로 같은 이유로서 그 판결을 파기하고 피보험자(원고)의 청구를 기각하였다.⁶¹⁾

제1심 법원은 위 피보험자의 신체적 비정상성(körperliche Anomalität)이 없다는 결론은 정당하다고 하면서, 법적인 의미에서 모든 신체적 비정상성(Unregelmäßigkeit)이 질병의 가치가 인정되는 것이 아니므로, 판례는 의료보험법적 급부 의무를 피보험자가 그의 신체기능이 침해되거나 해부학적 상위(相違)가 (왜곡되어) 외관손상으로 작용하는 경우에만 인정된다고 상세히 하고 있고,⁶²⁾ 신체적 기능상 오류라는 관점 하에서, 위 피보험자에게는 열망하

61) 이 판결에서는 연방사회법원은 사회법(SGB V)의 관계조항들(§ 27 Abs 1: "Krankheit", § 33 Abs 1: eine "Behinderung" bzw. eine "drohende Behinderung")의 해석 적용상 기존의 논지와 판례, 그리고 문헌을 제시하였다.

62) Vgl. " ... diese Grundvoraussetzung für die krankenversicherungsrechtliche Leistungspflicht vielmehr dahingehend präzisiert, dass eine Krankheit nur vorliegt, wenn der Versicherte in seinen Körperfunktionen beeinträchtigt wird oder wenn die anatomische Abweichung - stellend wirkt"; "피부변색(Hautverfärbungen)" BSG, Urt. v. 13. 7. 2004. - B 1 KR 11/04 R; "인공고환수술(Hodenprothese)" BSGE 82, 158, 163 f.(a. a. O.).

는 진료가 결과적으로도 단지 다른 외관일 뿐이고 자연적으로 성장된 기능상 적합한 기관이 이루어질 수 없을 것이기 때문에, 신체적 상태는 진료를 요하는 질병으로 평가될 수 없다는 것인데, 이는 남성 피보험자의 “인공고환시술” 판결과 본질적으로 다르지 않으며, 양자의 판결 사안들에서는, - 비통상성으로 야기될 수 있는 신체적 침해의 완화와 관련해서 일지라도 -, 그 측면에서 진료 역량(Behandlungsfähigkeit)을 전제하는 진료필요성의 표지(Merkmal der Behandlungsbedürftigkeit)가 결여되어 있으나, 이에 관한 제1심 판결상 여성 유방의 광범위 부정위로 인한 시각적 인상이 법적으로 중요한 기능상 하자(rechtlich erheblicher Funktionsmangel)인지의 여부는 일차적으로 사실심의 판단에 맡겨져 있어 더 이상 판단하지 않았다.

그리고 위 보험사의 급부의무는 위 피보험자가 외적 미관손상으로 진료를 요하는 것으로 볼 수 있다는 논거를 기존 판결례들을 원용하면서⁶³⁾ 인정하지 않았다. 위 제1심 법원은 진료의 불가결성(Behandlungsnotwendigkeit)을 신체적 비정상성(Regelwidrigkeit, irregularity, abnormality)이 아니라, 배타적으로 심리적 요인들에 의해 야기되었다고 설시하고 있어, 이에 따르면 위 피보험자의 경우에 의료적 신체적 증빙(Befund, medical finding)에는 (왜곡적인) 미관손상의 영향은 부여되지 않았으며, 특히 이와 관련한 여러 변형들에서 질병의 법적 개념의 해석상 불합치는 없으나, - “스쳐 지나가듯이” 인지할 수 있는 정도로만 결핍되어 있거나 적게 두드러진 젖가슴 부위에 대한 피상적 만남의 일상적 상황에서 신체적 두드러짐에 관한 지금까지의 판결례들의 사안과 달리 -, 무엇보다도 여성의 젖가슴 형태와 크기가 이례적으로 다양하다는 것을

63) 위 판결에서 참조로 원용한 미관손상(Entstellung, disfigurement) 판결례로서는 자연적 두발이 없는 “올두(兀頭)여성가발(Erstattung der Kosten für eine maßgefertigte, handgeknüpfte Perücke aus europäischem Haar)” BSG, Urt. v. 23. 7. 2002 - B 3 KR 66/01 R), “뺨(頰)위축증(Wangenatropie)” LSG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 2. 5. 2002 - L 5 KR 93/01), “입술상흔(Narben im Lippenbereich)” BSG, Urt. v. 26. 1. 1994 - 9 RV 25/93; 보험사의 사정 승인 없이 오스트리아에서 색소레이저치료를 받은 “피부변색[Hautverfärbungen, (火焰狀母斑, nevus flammeus)]” BSG, Urt. v. 13. 07. 2004 - B 1 KR 11/04 R; “소아얼굴주름(Kind mit einer angeborenen Gesichtsspalte)” BSG, Urt. v. 21. 11. 1991 - 3 RK 18/90 등이다.

고려하면 피보험자 상태를 질병개념으로써 “왜곡적 외관손상(Entstellung)”으로 평가한 것은 해석상 적합성이 없으며, 또한 피보험자의 심리적 부담이 수술적 침습의 법정 의료보험의 비용을 정당화하는 논거도 타당성이 없고, - 이에 관한 증명절차는 사실심에 맡겨져 있으나 -, 피보험자의 비정상적 정신상태 (regelwidriger Geisteszustand)가 신경정신과 진료에 대한 청구를 유발할 수 있는가의 여부는 쟁점이 되지 않으며, 심인적 부담만으로는 젓가슴성형을 위한 수술의 청구를 근거지을 수 없을 것이라고 판시하였다.

보험사는 피보험자에게 건강을 촉진하거나 그 자체를 위해(für sich) 질병에 영향을 미치는 모든 수단을 것을 배려해 줄 수 없으며, 오히려 법률은 피보험자에게 부분적으로는 스스로 그의 건강을 돌볼 것이라고 추정하는바(vgl § 1 Satz 2 Halbs. 1, § 2 Abs. 1 S. 1 Halbs. 2 SGB V), 예를 들어 섭생과 신체관리는 총체적으로 그 자신의 책임으로서 할당(割當)하고, 그렇게 되도록 건강을 개선하거나 질병의 악화를 방지하기 위해 투입된 수단들일지라도 그러하므로,⁶⁴⁾ 질병은 사회보장적 급부들(Sozialleistungen)에 대한 분별없는 수요를 유발하는 것이 아니라 법률(§ 27 Abs. 1 S. 2 SGB V)이 규정하고 있는 질병진료의 개념(Begriff der Krankenbehandlung)에서 보다 좁은 범위의 의미로 이해되어야만 하며, 따라서 제1심 법원이 전문감정의견으로 제시한 수술적 침습이 비용적으로 장기간의 신경정신과 치료보다 유리하다는 항변은 이유 없다고 판단하였다.⁶⁵⁾

“인공교환시술”의 판결이유에서 실시된 바와 같이, 지금까지 판례는 신체적 침습 방식의 치료진료에 대한 급여조치들은 의료보험법적 원칙들의 의미에서 비정상적 신체상태, 즉 기능상 오류 또는 왜곡적인 외관 손상에 의해 야기되지

64) Vgl. “페닐케톤뇨증-단백질 최소화 다이어트(Phenylketonurie-eiweißarme Diät)” BSGE 81, 240(= BSG, Urt. v. 9. 12. 1997 - 1 RK 23/95). 신체관리와 진료의 획정에 관해 다소 변동적인 판결례는 BSGE 85, 132, BSGE 81, 240(= BSG, Urt. v. 16. 11. 1999 - B 1 KR 9/97 R) 참조.

65) 위 논점에 관해 연방사회법원은 법정 의료보험의 급부범주 내에 속하지 않는 급여의 투입에 의한 결과 추정되는 비용절약의 논거가 중요하지 않다는 기존 판결례들(BSGE 79, 125; BSGE 80, 181; BSGE 86, 66 mwN.)을 참조로 원용하였다.

않은 경우에는 부인하고 있으며, - 의료보험법적으로 고찰하면 -, 심리적 압박에 영향을 미칠 건강한 신체에 대한 수술들은 사회법(§ 27 Abs 1 SGB V)상 “진료”로서 평가되지 않고, 그러한 양태의 처치들은, - 예를 들어 섭생과 신체 관리와 유사하게-, 피보험자의 자기책임(Eigenverantwortung)에 할당하였고, 본원도 그 경계획정(境界劃定)을 확고히 하고 있다. 이에 반대하는 견해는, - 심리적으로 질환이 있는 피보험자를 주관적으로 감지하여 -, 객관적인 질병성(objektiver Krankheitswert) 없이 신체 상태를 법적으로 비정상적으로서 취급함으로써 사실상 현존하는 신체적 기능의 오류 또는 왜곡적 외관손상이 있는 경우에서와 같은 진료청구권을 도출하기 때문에 질병개념을 과도하게 상대화하는 것이다. 그밖에 여기에서 검토하는 수술에 관한 비용인수는, 본래의 질병을 자체에 대한 것이 아니라 단지 간접적으로 그 자체로서 다른 영역에 속하는 건강상 결함의 개선을 달성하려고 하는 것이기 때문에, 그에 결부된 위험을 고려하여 특별한 정당화를 요하는데, 심리적 장애의 제거하고자 건강한 신체의 수술들에 관해서는 무엇보다도 신체적 변화에 의한 심인적 영향을 예언하기 곤란하다는 것이고, 그리고 지속적으로 판례에서는 근본적으로 불확실한 결과에 관해 예견할 수 없다는 것이다.⁶⁶⁾ 이와 같은 수립된 원칙은 일반적인 신경정신과 치료의 과학적 평가에 의해 본질적으로 그 적합성이 외과적 침습으로 변경되는 경우에만 재검토될 수 있을 것이므로, 현재의 의학적 인식은 이와 관련하여 판례에서 표명된 의구(疑懼)를 반박하지 않고 있다.

제1심 법원에서의 결과적 개연성의 평가는 일반적인 의학적 인식이 아니라 배타적으로 피보험자의 개인적 사례에 관한 촉탁감정에 기인하며, 피보험자에게는 소위 증세전이(Symptomverschiebung)가 없을 것이라는 상정은, -

66) 이러한 논지는 “위축소성형(Magen-Verkleinerung)” BSGE 90, 289(= BSG, Urt. v. 19. 2. 2003 - B 1 KR 1/02 R)의 동일한 논지를 요약하여 원용하고 있다. 이후의 위의 밴드 및 절제 성형 판결로서는 “Magenbandoperation” BSG, Urt. v. 6. 12. 2008 - B 1 KR 2/08 R; “Magenbandoperation” LSG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 12. 11. 2009 - L 9 KR 11/08; “operative Magenverkleinerung zur Adipositas-Behandlung” LSG Hessen, Urt. v. 24. 5. 2012 - L 8 KR 290/10 참조.

본원(제6부) 판결의 의미에서⁶⁷⁾ - 과학적으로 전거된 어느 증거에 기인하는 데, 이는 본원이 파기하는 제1심 판결의 실시에서는 인식할 수 없지만, 의학적 연구에 의하면 그 같은 의학적 증빙(Befund)에서 위 법원은 전문의견에 따라 이형장애라고 표시한 지적이 있었고, 현재도 있는바, 해당 환자들의 경우에 수술적 개입이 심인적 질병상(psychisches Krankheitsbild)의 약화를 초래시킬 수는 있으나, 금기된 것으로 여겨져야만 한다는 것이다.⁶⁸⁾ 이 견해는 그 측면에서 의학에서도 논란이 없지는 않을지라도,⁶⁹⁾ 최소한 심인적 질병을 극복하기 위한 수술의 결과예측에 관한 의문에 근거가 되며, 하여튼 지금까지의 판례에서 이미 취해진 유보를 확인해 준다.

그리고 위 사회법원이 지적하는 아마도 비교할 수 있을 양성의 문제성에 관해서도 피보험자에게 유리하지 않은 단호한 의미를 부여하였는바, 1987년 연방사회법원 제3부⁷⁰⁾는 양성의 특별히 심각한 형태에 관해 진료를 요하는 질병으로서, 그리고 성전환 수술(geschlechtsangleichende Operation, gender reassignment surgery) 청구의 이유로서 이의를 제기하지 않은 것은 타당하지만, 여기에서 다루어지고 있는 젓가슴을 확대하는 외과적 침습의 청구에 관해 위 판결로부터 필연적인 결론이 이끌어지는 것은 아니므로,⁷¹⁾ 제1심 법원

67) 이러한 요지의 논거는 “Drogensubstitution Remedacen – neue Behandlungsmethode (Außensternmethode)” BSGE 76, 194(= BSG, Urt. v. 5. 7. 1995 – 1 RK 6/95)를 기초로 하고 있다.

68) 위 연방사회법원 제6부는 이에 관해 다음의 참조문헌을 제시하고 있다. Vgl. Driesch ua, Nervenarzt 2004(75), 917~931, hier: 928; Strian, Handchirurgie, Mikrochirurgie, Plastische Chirurgie 1984(16), 243~245; Mester, Zeitschrift Psychosomatische Medizin und Psychoanalyse, 1982(28), 69~91; vgl. auch McLaughlin ua, Psychosomatics, 2004(45), 277~280 zur erhöhten Suizidrate bei Patientinnen mit Brustimplantaten.

69) 이에 관한 참조문헌으로는 etwa die Auswertung von Studien auf der Grundlage von Patientenbefragungen: Castle ua, Medical Journal of Australia 2002(176), 601~604를 제시하고 있다.

70) “Transsexualität” BSGE 62, 83(= BSG, Urt. v. 6. 8. 1987 – 3 RK 15/86).

71) 당시에 적용할 수 있었던 제국보험령(Reichsversicherungsordnung) 제182조 제1항은 이제 효력을 갖고 적용되는 사회법V 제27조 제1항 2문보다 법정 의료보험의 급여목록(Leistungskatalog)의 확대가 보다 용이하게 허용되었기 때문이고, 이에 관해서는 위 연방사회법원 제6부는 다른 사안과 관련하여 실시하였다. Vgl. BSGE 81, 240(= BSG, Urt. v. 9. 12. 1997 – 1 RK 23/95).

은 젓가슴의 광범위 부정위(Fehlanlage)를 양성(兩性)의 사안과 병행적으로 취급한 것은 부당하다. 그 판결들에 활용된 과학적 인식들에 따르면 복합적이고 정신적일뿐만 아니라, 신체적인 침해로 수반하는 전인격성을 포괄하는 심각한 장애에 관한 것으로서, 그 중대함은 위 피보험자의 경우에 확진된 이형장애와 견줄 수 없다.⁷²⁾ 독일의 입법자도 “성전환법”⁷³⁾ 제정으로써 양성의 의료적 증빙이 이례적인 법적 평가를 정당화하는 것을 확인하였는바, 지금까지의 하급심들의 판결례에 의하면 성전환수술들은 이에 관해 일반적으로가 아니라 그에 상응하는 대규모의 질병현상들에서 성전환 피보험자에게 통상 보다 장기적인 정신의학적 진료의 시도(psychiatrischen Behandlungsversuch)가 이루어진 후에만 보장되었다. 결론적으로 법원들은 성전환 피보험자에게, 어느 하나의 추정적 이상형(ein vermeintliches Idealbild)에 가능한 한 최대한로 근접시킨다는 의미에서, 모든 양태의 성전환을 인정하지 않는 것은 유방확대의 사례에서 보여 지는 바와 같이,⁷⁴⁾ 종국적으로 성전환 피보험자들의 청구권에 관한 지적은 위 피보험자의 청구를 뒷받침할 수 없다는 것은 명백해진다.

나아가 위 법원의 판결은 피보험자의 기본권들도 침해하지 않는바, 독일 기본법(GG) 제2조 제1항과 제2항 1문으로부터 생활과 신체적 불가침성에 대한 권리(Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit)를 보호할 국가의 객관적인 법적 의무가 도출되지만,⁷⁵⁾ 그 외에는 헌법적으로는 단지 모든 국민을

72) 이에 관해 참조로 인용하는 판결례는 OLG Köln VersR 1995, 447; BVerfGE 49, 286(299 f.); Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte-EGMR NJW-RR 2004, 289 mwN. zu früheren Ablehnungen; EGMR NJW 2004, 2505; LSG Baden-Württemberg Breith 1982, 175; LSG Niedersachsen Breith 1987, 1; Bayerisches LSG Breith 1987, 531; Eidgenössisches Versicherungsgericht EVGE 120, 463 mwN.이다.

73) Transsexuellengesetzes: TSG - Gesetz über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen vom 10. September 1980(BGBI I 1654)이다.

74) 이에 관해 참조로 인용하는 판결례는 Sächsisches LSG vom 3. 2. 1999 - L 1 KR 31/98: “eine besondere Penisplastik zwecks Urinierens im Stehen bei Frau-zu-Mann-Transsexualität” Bayerisches LSG Urt. v. 30. 10. 2003 - L 4 KR 203/01이다. 후자의 판결은 이후 상고되어 연방사회법원의 판결(BSG, Urt. v. 6. 1. 2005 - B 1 KR 1/04 B)에 의해 파기·기각되었다.

75) 이에 관해 참조로 인용하는 헌법재판소 판결과 문헌은 BVerfGE 85, 191(212); 88,

위한 의료적 조력만을 준비하도록 요청되므로,⁷⁶⁾ 기본법 제2조 제2항 1문으로부터 본래의 급여청구권들이 이끌어 내어 지지는 않아, 입법자는 폭 넓은 형성의 여지를 갖는다.⁷⁷⁾ 환자의 자기결정권(Selbstbestimmungsrecht)으로부터는 의료보험사에 대해 일정한 건강급부들의 준비나 금융적 지원을 요청하는 기본권적 청구권(grundrechtlicher Anspruch)이 도출되지 않는다.⁷⁸⁾ 이러한 배경적 관점에서 구체적인 질병에 관한 치료의 직접적인 투입의 원칙적인 요구와 그에 동반하는, 건강상태에 단지 간접적으로만 영향을 미칠 수 있는 대안적 진료들의 제한은 기본법 제2조 제2항 1문과 합치하는 것이다.

이하에서는 위 판결들의 법리적 쟁점들이 재차 확인된 “유방절제성형수술”에 관한 라이프지히 사회법원(SG Leipzig)의 결정과 판결례를 소개한다.

마. “유방절제성형수술 I” 결정⁷⁹⁾

피보험자(원고, 1955년생)는 비용부담의 신청상 첨부한 정형외과 등의 진단서와 보험사 의료진의 감정에 의하면 신장 156cm, 몸무게 100kg으로 극도의 과체중이었고, 유염의 확대는 일반적인 과체중의 한 부분으로서 유방절제술(Mammareduktionsplastik, Breast reduction)은 요하지 않으며, 그 대신에 가슴지지띠의 착용, 물리치료(Physiotherapie)와 체중감량의 조치가 권고되어서 2003. 1. 16. 위 피보험자의 신청은 거절되었다. 그런데 위 피보험자는 1986년에 이미 유방절제술을 받았고, 몇 년 내에 양측유염이 증대되어 어깨띠와 흉추(胸椎, Pars thoracica, Brustwirbelsäule-BLW) 부위에 통증을 수반하여 일반적인 과체중의 일부를 이루게 되었으므로 유방절제술은 당시 의료적

203(251); 90, 145(195); Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG-Kommentar, 2. Aufl.(2004), Art 2 II, RdNr. 76이다.

76) 이에 관해 참조로 원용하는 문헌은 Schulze-Fielitz, a. a. O, RdNr. 96이다.

77) 이에 관해 참조로 원용하는 문헌은 Murswiek in: Sachs, GG, 3. Aufl., 2003, Art 2, RdNr. 225이다.

78) 이에 관해 참조로 원용하는 판례와 문헌은 BVerfGE 89, 120(130); stRspr, BVerfG (Kammer) NJW 1998, 1775; BVerfG(Kammer) NJW 1997, 3085이다.

79) “Mamma-Reduktionsplastik 1” SG Leipzig, Bescheid v. 9. 5. 2005 - S 8 KR 49/03.

으로 징표되지 않았다. 2003. 2. 4. 이의신청에서 흉부의 증대는 체중이 일반적 증가와 비례하지 않으며 최종 수술 후 단지 12kg만이 증가하였고, 갱년기(Wechseljahr, Klimakterium, Climacteric)에 있다고 진술하였으나, 2003. 2. 19. 보험사의 의료진의 감정에서는 긴급한 체중감량 조치가 우선이라고 판단하여, 2003. 3. 14. 이의신청을 기각하였는바, 자세기기(Halte-/Stützapparat)에 대한 “흉부부담”은 과학적으로 증명되지 않았으며, 고유한 “질환(Erkrankung)”으로서의 유방절제술이 확정될 수 없다고 하였다. 위 피보험자는 2003. 4. 1. 라이프지히 사회법원에 소를 제기하여, 과도한 젓가슴에도 기인하는 건강상 손해로 인하여 일반 노동시장에서 연방노동증개소에 의한 취업이 제한적으로만 증대된다고 주장하면서 보험사의 결정을 취소하고 보험급여를 지급하라고 청구하였고, 보험사는 유방절제술은 오직 미용성형(kosmetische Operation)에 불과하다고 법정 건강보험의 급여의무가 없다고 답변하였다.

위 사회법원은 의해 보험사의 요양급여 거부결정이 정당하다는 판결에 갈음하는 결정을 하였다. 이미 앞에서 일별한 독일사회법(V) 제27조 제1항 제2문 Nr. 1, 3, 5, 그리고 연방사회법원(BSG)의 판례에 따라 보험법상의 질병은 비통상적 신체와 정신 상태로서 이해되며, 그 발생은 무엇보다도 진료필요성으로 귀결되어야 하고, 피보험자 자신의 책임으로 귀속되지 않는 한 경제성 요청(Wirtschaftlichkeitsgebot, § 12 Abs. 1 SGB V)을 고려하여 같은 법 제3장에서 규정하는 급여들은 이루어져야만 하는데(§ 2 Abs. 1 SGB V),⁸⁰⁾ 위 피보험자는 위 질병에 해당하지 않아 수술적응증(Operationsindikation)이 결여되고, 2003년 보험사 의료진의 감정들에 의하면 가슴띠 크기는 E 내지 95 D 또는 100 D로서, 가슴띠와 젓가슴의 크기만으로는 비정상적이어서 진료를 요하는 신체 상태라고 제약하지 않으므로 질병적 상태를 결론지을 수 없다고 판시하였다.

피보험자의 관점에 따른 여성 젓가슴의 전형적 외관상에 벗어난다는 그녀

80) Vgl. “성장축진치료(Beinverlängerung)” BSGE 72, 96.

의 형상(形狀)에 관해서는, 일반적 관점에서 젓가슴의 “이상적 전형인” 크기가 존재한다는 것을 확정할 수 없고, 그러는 한 신체적 이상(理想)과 그럼으로써 젓가슴이 얼마 정도의 크기이어야 하는가라는 일반적 관점도 일반화로 전용할 수 없으며, 오히려 미적 이상들(Schönheitsideale)은 통상적으로 변천하는 유행현상(Modeerscheinungen) 하에 놓여 있으므로, 그를 이유로 추구된 젓가슴의 축소나 확대는, 비정상성을 정하기 위한 “건강인의 표상(Leitbild des gesunden Menschen)” 젓가슴의 크기에 관해서는 없으므로, 오직 법정 의료보험법에 속하지 않는 “미용수술(Schönheitsoperation)”로서 평가될 수 있을 것이며, 비정상적 신체 및 정신의 상태가 제거, 개선, 악화에 앞서 보전되거나 통증, 고통이 완화될 수 있을 때에 비로소 질병진료(Krankenbehandlung)가 불가결하다고 판시하였다.⁸¹⁾ 젓가슴의 크기만으로는 의료보험법적 의미에서 진료의 필요성을 제약할 수 없으나, 아주 적은 극단적인 예외의 사안들, 예를 들어 신체적 상태가 왜곡되어 미관이 손상되기에 이른 경우에는 달리 취급될 수 있을 것이지만, - 어느 신체부위를 넘어서 -, 통증을 수반하는 질병적 변형은 보살피져야만 한다는 것이다. 피보험자는 젓가슴의 크기가 본질적인 신체적 기능의 제한을 초래한다는 것을 항변할 수 없고, 그러한 기능의 손실은 보험사 의료부(MDK)⁸²⁾의 감정에 의해 확인되지 않았다. 이에 반하여 피보험자가 연방노동증개소에 의한 취업이 제한적으로만 중개된다고 항변한다면, 이 같은 상태는 과대한 젓가슴에서 귀결되는 것이 아니다. 사회법(SGB IX)은, 노동의 성취, 직업의 수행이나 사회생활의 참여하도록 장애로 인한 역량의 지속적인 침해 또는 폐기에 관해서도 질병진료의 급부가 근본적으로 문제되는 한, 재활을 위한 급여의 조절에 관해 질병개념을 비록 발전적으로 확장시키고 있

81) “Krankenbehandlung ist jedoch erst dann notwendig, wenn durch sie der regelwidrige Körper- oder Geisteszustand behoben, gebessert, vor einer Verschlimmerung bewahrt oder Schmerzen, Beschwerden gelindert werden können.” Vgl. “Ersatz der vollen Kosten einer kieferorthopädischen Behandlung” BSGE 35, 10(= BSG, Urt. v. 20. 10. 1972 - 3 RK 93/71).”

82) MDK: Medizinischer Dienst der Krankenversicherung.

으나,⁸³⁾ 위 피보험자가 주장하는 직업영위의 침해는 가슴의 크기로 인한 것이 아니라 그 밖의 정형외과적 고통에 기인하는바, 2005. 1. 11.자 진료를 담당하는 정형외과의사의 보완적 증빙보고에서도 흉부 및 요추(腰椎, Pars lumbalis, Lendenwirbelsäule-LWS)⁸⁴⁾ 부위의 악성 퇴행성 변형(progrediente degenerative Veränderungen), 그리고 2003. 6. 23.자 증빙보고에서는 흉추 및 요추의 골연골증(Osteochondrose, Osteochondrosis)과 척추증 변형성[Spondylose (Spondylosis) deformans]이 진단되었지만, - 정형외과와 방사선과의 증빙에 의해서도 -, 정형외과적 통증이 젖가슴에 기인하는가에 관한 증명은 없어 위와 같은 퇴행성 변형이 젖가슴의 크기에 기인한다는 설득력이 없다고 판단하였다. 젖가슴 부위의 광범위함이 그 자체로서 신체적 고통의 조건이 되지 않기 때문이며, 간접적으로 비만증(Adipositas)에 의해 정형외과적 통증이 될 수 있을 것이지만, 병원진료의 처치는, - 위 “인공고환시술”과 “성장촉진치료” 판결에서와 같이-, 직접적으로 본래의 질병(eigentliche Krankheit)에만 적용된다. 진료를 담당하는 정형외과의의 증빙보고에서는 급여를 요청하는 절제수술이 허리통증을 감경시킬 수 있을지라도 이미 진행된 퇴행성 변형에 비추어, 더욱이 이미 시행한 유방축소수술 후에도 과대성장에서도 드러났듯이, 그러한 수술로써 현재 상태의 본질적 개선은 달성할 수 있을 것이라고 확정할 수 없고, 보험사 감정과 2003. 6. 20.자 증빙보고에서는 상체의 말단부위의 말초신경장애(motorische od. sensible Störungen)가 발생하지 않았으며, 위 증빙보고에서 재발된 배통(Cervical-syndrom)과 골연골증과 척추증 변형성에서 흉추 및 요추 사이의 통증(Thorakolumbalsyndrom), 흉추후만(胸椎後彎, BWS-Kyphose), 기능장애(Blockierung)와 근육약화

83) Vgl. §§ 1, 2, 4 SGB IX.

84) [https://ko.wikipedia.org/wiki/%ED%8C%8C%EC%9D%BC:Spinal_column_curvature_\(Korean\).png](https://ko.wikipedia.org/wiki/%ED%8C%8C%EC%9D%BC:Spinal_column_curvature_(Korean).png)



(muskuläre Insuffizienz)를 진단하고 있는 한, 수술을 요하는 그와 같은 양태의 영향이 있는 신체적 장애는 생기지 않는다고 판시하였다[수술요청성(Operationserforderlichkeit)].

또한 물리치료적 처치에 비교하여 수술의 위험도 고려되어야 하는바, 위 법원은 유방축소술의 시행 전에 진료상 모든 대안들을 시행되어야만 한다는 선결례를 원용하여, 위 수술은 근본적으로 건강한 신체기관, 즉 “큰” 젖가슴을 침습하는데, 이 경우에는 마취 위험과 수술 결과도 고려되어야 하므로, 젖가슴 부위에서 외과적 진료는 항상 최종적으로 생각할 수 있는 처치, 즉 “최후의 수단(ultima ratio)”로서 허용된다고 판시하였다.⁸⁵⁾

진료필요성에 관해서는 처치를 통한 통증의 완화로써 충분하지만, 통증완화를 위해서는 유방축소수술에 앞서 우선 의사 진료의 “보다 경한 방식” 요청되어야만 한다. 위 2003. 6. 20.자 보고서에서도 명백히 “근육약화”라고 증빙하듯이, 젖가슴 수술에 앞서 통증완화를 위한 아직 가능한 대안적 진료들을 다하지 않은 것으로 간주되는바, 특히 위 피보험자의 비만증을 증빙하는 각 감정들과 위 보고서에도 타당하며, 그리고 극심한 비만증인 경우에는 일반적으로 전체 운동기관(gesamte Bewegungsapparate, activity system)의 퇴행성 손상으로 볼 수 있어 추가적인 질병 결과를 기다릴 필요가 없으나 막대한 과제중의 경우에는 규범(Norm), 즉 건강인의 지표에서 어긋나므로 통상적으로 사회법상 질병(§ 27 SGB V)으로 인정되어,⁸⁶⁾ 체중감량은 외과적 침습에 비하여

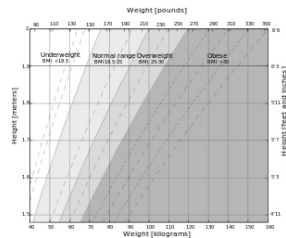
85) “Eine chirurgische Behandlung im Bereich der Brust darf stets nur die letzte denkbare Maßnahme sein.” Vgl. LSG Baden-Württemberg, Urt. v. 20. 4. 2004 - L 11 KR 1886/03; “Magenbandoperation-eine stationäre Gastric-Banding-Operation” BSG, Urt. v. 6. 12. 2008 - B 1 KR 2/08 R; LSG Berlin-Brandenburg, 12. 11. 2009 - L 9 KR 11/08 : Die Implantation eines Magenbandes kommt nur als Ultima Ratio und nur bei Patienten in Betracht, die eine Reihe von Bedingungen für eine erfolgreiche Behandlung erfüllen(BMI >=40 oder >=35 mit erheblichen Begleiterkrankungen; Erschöpfung konservativer Behandlungsmöglichkeiten; tolerables Operationsrisiko; ausreichende Motivation, keine manifeste psychiatrische Erkrankung; Möglichkeit einer lebenslangen medizinischen Nachbetreuung ua; BSGE 90, 289, 290 ff.) 참조.

86) 2003. 1. 10.자 위 보험사 의료부 감정(MDK-Gutachten)에서는 위 피보험자는 신장 156cm, 체중 100kg로서 체질량지수(Body-Maß-Index: BMI)는 41.0에 해당하였다. 체질량지수가

보다 위험이 적은 대안진료에 해당한다고 판단하였다.⁸⁷⁾ 나아가 위 법원은 유방절제술 처치가 피보험자의 심인적 문제들을 개선할 수 있을 것이라는 주장에 대해서도, 위 사안이 경우는 아직 신경과적 진료의 불가결성(Notwendigkeit)이 생기지 않았고, 위 피보험자의 심인적 상태상 모종의 장애가 유방절제술에 의해 유리하게 영향을 미칠 수 있다는 것만으로는 보험사의 급부 의무를 인정할 수 없다고 판단하였다. 모종의 병원진료의 처치들은 오히려 직접적으로 본래의 질병, 즉 이 경우에는 우선적으로 신경과 내지 정신과의 치료 수단이 적용되어야만 하며, - 위 “인공고환수술” 판결에서와 같이 -, 병원진료의 처치는 직접적으로 본래의 질병에만 적용되므로 피보험자가 유방축소에 심리적으로 집착하는 이 사안에도 타당하다고 판단하였다.⁸⁸⁾ 달리 판단하는 경우에는 법정의료보험의 영역에서 보험사의 급부 의무는 사회법의 경제성 관점과 일치하지 않아 확산될 수 있어서 과도한 비용이 드는 미용수술들(kostspielige Schönheitsoperationen)을 보험사가 인수토록 한다는 가능하지 않으며, 보험사에 예견할 수 없는 비용부담의 결과를 초래할 것이므로 보험사가 위 피보험자의 유방절제수술의 비용인수를 거절한 것은 정당하다고 결정하였다.

25 이하를 정상체중으로 하는 경우에는 위 피보험자는 체중감량을 목표로 하는 진료를 요한다. 독일 연방사회법원은 과도한 과체중을 일반적으로 위 지수(BMI) 30 이상을 기준으로 판단한다. Vgl. “Magen-Verkleinerung” BSGE 90, 289(= BSG, Urt. v. 19. 2. 2003 - B 1 KR 1/02 R).

https://commons.wikimedia.org/wiki/File:Body_mass_index_chart.svg?uselang=ko



87) 위 판결과 달리 유방절제술을 인정한 사안에서 작센 주사회법원(LSG Sachsen)이 유방비대증(Macromastie, Hypertrophy of breast)의 수술을 위한 의료적 적응증(medizinische Indikation zur Operation)의 불가결성(Notwendigkeit)은 집중적인 물리적 치료가 있는 후경추와 흉추 부위에 통증이 더 이상 제거될 수 없었던 경우에만 있다는 판결 논지를 원용하였다. Vgl. “Mammareduktions-Operation” LSG Sachsen, Urt. v. 24. 9. 2003 - L 1 KR 84/01; “Begutachtungshilfe Mamma-Chirurgie 1998”.

88) Vgl. “Brustvergroößerungsoperation” LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss v. 24. 4. 2001 - L 16 KR 7/01.

이어서 위 사회법원에서 위와 달리 2년 후에 “유방절제수술” 보험급여청구를 인용한 판결을 소개한다.

바. “유방절제성형수술 II” 판결⁸⁹⁾

피보험자(원고, 1957년생, 여)는 2004. 4. 29. 의료보험사에 진료를 담당한 산부인과 의사를 통해 전형적 통증을 수반하는 유방비대(Mammahyper-trophie, hypertrophic breast)로 인한 유방절제수술의 비용인수를 신청하였다(1차 신청). 위 피보험자는 이미 장기간 정형외과와 신경과 진료를 받고 있으면서 심리적 압박(psychische Leidensdruck, psychological stress)가 증대되었다는 다수의 증빙자료를 제출하였고, 보험사의 의료부도 정형외과적 통증의 완화하기 위한 물리치료와 체중감량을 권유하는 감정서를 제출하였다. 2004. 5. 27. 보험사는 위 신청을 거절하였고, 이에 2004. 6. 4. 피보험자는 이의신청을 제기하면서, 상인으로서 직업을 영위하면서 무거운 상자 등을 날라야만 하는데 적은 하중에도 배통(背痛)으로 고통을 받고 있고, 그 동안의 물리치료에 의해서도 성과가 없어 2시간 이후에는 통증의 제약으로 상자를 더 이상 나를 수 없으며, 수년 동안 지속된 우울증(Depressionen)으로 복약을 하여만 하며, 4명의 자녀를 수유(授乳)함으로써 젖가슴이 너무 커져서 한여름에는 젖가슴 하부에 염증이 발생한다고 진술하였다.⁹⁰⁾ 그렇지만 2004. 7. 23. 위 보험사는 의료부의 2004. 7. 15.자 감정에 의해 비용인수를 거절하였고, 위 피보험자는 2004. 8. 9. 재차 이의신청(2차 신청)을 하여 위와 같은 등통과 그동안의 물리치료의 성과가 없다고 주장하였고, 수술적 유방절제를 권유하는 정형외과 의사들의 증빙서류를 제출하였는바, 가슴띠 크기는 90 DD로서 단순한

89) “Mamma-Reduktionsplastik 2” SG Leipzig, Urt. v. 15. 2. 2007 – S 8 KR 369/05. 위 연방사회법원의 법적 관점에 다른 최근 하급심 판결은 “Brustverkleinerung(Mamareduktionsplastik)” VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 14. 6. 2013 – 2 S 246/11 참조.

90) 수년 동안의 물리치료에도 불구하고 단기간 동안만 호전되었다는 2004. 6. 2.자 물리치료사의 증빙자료, 그리고 기존의 진료가 통증을 완화되지 않아 정형외과적 관점에서 유방절제술을 권고하는 2004. 6. 15.자 증빙자료가 제출되었다.

“미용적 수술”이 아니라는 소견이었다. 이에 대해 보험사는 의료부의 2004. 11. 5.자 감정에 따라 통증증상(Beschwerdesymptomatik)은 물리 및 심리의 복합치료를 통해서만 완화될 수 있고, 피보험자의 외관은 왜곡 손상되지 않았다는 소견이어서, 2004. 11. 18. 3차 결정에 의해 신청을 거절하였다. 이에 대해 위 피보험자는 2004. 12. 2. 이의신청(3차 신청)을 하면서, 체중증가는 복약으로 인한 것이고, 신청한 수술을 하지 않으면 흉추와 요추의 그 밖의 퇴행성 변형들이 우려된다고 진술하였다. 그러나 2005. 7. 12. 보험사는 재차 이의신청을 받아들이지 않으면서, 비정상적인 신체 상태에 있지 않아 젓가슴의 크기는 질병이 아니고, 연방사회법원(BSG) 판례에 따르면 규범범위(Normbereich) 내의 신체적 상태에서 신체적 개선을 하려는 것은 심리치료(Psychotherapie, psychotherapy)를 암시하는 것이지 외과적 침습을 요하는 것은 아니라고 하였다.

위 피보험자는 2005. 7. 25. 라이프치히 사회법원에 소를 제기하면서, 젓가슴 무게를 척추와 배근(背筋)으로 보충되어야만 하므로, 오로지 물리요법적 처치만으로는 충분치 않은 통증증세가 있고, 젓가슴 윤곽은 변형되었고, 또한 흉추의 골연골변성증(osteochondrosis)이 있으므로 신청한 수술에 의해 등통을 완화시키고, 나아가 추가적 비용과 퇴행성 변형을 피할 수 있을 것이며, 그동안 체중 감량은 젓가슴의 축소로 이르지 않았으나, 척추의 신장이상위(伸張異常位, Streckfehlhaltung)는 젓가슴에 의한 것이라고 주장하였다.⁹¹⁾

위 사회법원은 위 피보험자의 청구를 다음과 같은 이유로써 인용하였다.⁹²⁾

보험사는 위 피보험자가 요청한 급부를 부당하게 거절하였으나, 질병의 인지, 치료, 그리고 그 악화를 방지하거나 질병의 고통을 완화하기 위해 불가결한

91) 위 사회법원에는 진료를 담당한 2005. 10. 13., 같은 해 11. 3.자 신경과 증빙보고서들과 2004. 9. 14.자 방사선과 자료, 그리고 보험사의 비용인수를 권유하는 2006. 3. 30.자 감정서, 이에 대한 보험사 의료부의 2006. 5. 5.자 감정서가 제출되었고, 2006. 8. 14. 위 법원은 정형외과 감정을 촉탁하였다.

92) 이 판결에서는 위 법원의 2005년 “Mamma-Reduktionsplastik I” 결정에서 제시된 각 쟁점들에 관한 논거들 대부분이 원용하면서 사실관계의 상위에 따른 법적 판단을 달리하는 바, 비교적 관점에서 해당 부분만을 요약하여 제시한다.

경우에는 피보험자는 질병진료에 대한 청구권을 갖는다. 법정의료보험의 급부들은 사회법에 따라 충분하고, 합목적이며 경제적이어서는 안 되는바(§ 12 Abs. 1 SGB V), 불가결성의 척도(Maß des Notwendigen)를 유월하는 것은 허용되지 않는다. 피보험자는 불가결하지 않거나 비경제적인 급부들은 청구할 수 없으며, 급부자가 영향을 미쳐서 보험사로 하여금 승인하도록 하여서는 아니 된다.

요청한 수술적인 젓가슴성형이 의학적으로 요청되었기 때문에 불가결하였고, 그럼으로써 보험사에 의해 인수되어야만 한다. 보험사의 법적 견해와 달리, 사회법상 진료를 필요로 하는 질병(§ 27 Abs. 1 S. 1 SGB V)이 있으므로 그 질병에 상응하는 위 피보험자의 급부청구권은 인정된다.

본원이 따르고 있는 연방사회법원 지속적인 판례에 의하면 보험법적 의미에서 질병을 비통상적 신체 또는 정신 상태로서, 그 발생은 특히 진료필요성(Behandlungsbedürftigkeit)을 초래하여야 한다.⁹³⁾

위 피보험자가 주장한 수술적응증(Operationsindikation)에 비추어 유방절제수술의 실급여(Sachleistung)가 이루어질 수 있는 사회법상 의미에서 “질병”의 표지가 있으므로, 진료청구권은, - 이미 실시한 바와 같이 -, 규범에 어긋남이 없음으로써만 인정된다.

2003. 4. 29.자 보험사 의료부 감정에 의하면 위 피보험자가 80 F 가슴띠를 착용한다는 것인데, 가슴띠와 젓가슴의 크기만으로는 아직 질병적 상태가 추론될 수 없는바, 가슴크기는 객관적으로 그 자체로서 비정상적이어서 진료를 필요로 하는 신체상태를 제약(制約)할 수 없기 때문이다. 위 피보험자는 그의 젓가슴 형상(形狀)이 여성 젓가슴의 전형적 외관상에서 벗어난 것이라고 하지만, 일반적 관점에 따른 젓가슴의 “전형적인 이상적” 크기는 없다는 것이 견지되어야만 한다. 그러는 한 신체적 이상(理想)과 그에 수반하는 젓가슴이 얼마나 커야 하는가라는 일반적 관점은 일반화시킬 수 없다. 오히려 미의 이상들

93) 위 판결이 참조로 인용하는 판례는 위에서 일별한 “Distractionsepiphyseolyse(dis-tractionepiphyseolysis)-Beinverlängerung” BSGE 72, 96(= BSG, Urt. v. 10. 2. 1993 - 1 RK 14/92), 그리고 OLG Karlsruhe, Urt. v. 17. 1. 1991 - 12 U 70/90이다.

(Schönheitsideale)은 통상적으로 변천하는 유행현상이다. 그러는 한 그로 인해 추구되는 젓가슴의 축소나 확대는, - 이에 관해 보험사가 정당하게 지적하듯이 -, 오직 법정의료보험법 놓여 지지 않는 “미용수술”로서 평가될 수 있을 것이다. 젓가슴의 크기에 비추어 무엇이 정상적(통상적) 인가를 정하기 위한 “건강한 사람의 표상”은 없다. 그렇지만 질병진료를 통해 비정상적 신체 또는 정신 상태의 제거, 개선, 악화의 방지 또는 통증 내지 고통을 완화될 수 있을 때에 비로소 그 진료가 불가결(notwendig)한 것이다.⁹⁴⁾ 그러므로 오직 젓가슴의 크기만으로는 의료보험법적 의미에서 진료의 필요성을 제약하지 않는다.⁹⁵⁾

여하튼 예를 들어 신체적 상태가 왜곡적인 외관손상이나 불구가 되는 것처럼 적은 극단적인 예외사안들에서는 달리 취급되는바, - 작센 주(州)사회법원의 “유방절제수술” 판결⁹⁶⁾에 판시한 바와 같이 -, 거대유방증(Makromastie)의 경우에 수술을 위한 의료적 적응증의 불가결성은 집중적인 물리적 치료 후에도 경추와 흉추 부위의 통증이 더 이상 제거될 수 없는 사안들에서 인정된다. 2003. 2. 21.자 “독일 성형외과협회의 지침”⁹⁷⁾에 의한 각종 질환들⁹⁸⁾의 적응증의 근거가 있다. “사안에 따라서는” 경추와 흉추에 집중적인 물리적

94) 위 판결이 참조 인용한 판례는 “턱정형수술(kieferorthopaedische Behandlung)” BSGE 35, 10이다.

95) 이 논거에서 위 판결은 동법원이 앞서 피보험자의 청구를 기각한 위 “Mamma-Reduktionsplastik I” SG Leipzig, Bescheid v. 9. 5. 2005 - S 8 KR 49/03, 그리고 “Brustverkleinerung” SG Leipzig, Urt. v. 4. 5. 2006 - S 8 KR 227/03을 참조로 인용한다.

96) 위 법원은 당해 법원의 판결례 이외에 위 작센 주사회법원의 판결(“Mammareduktions-Operation” LSG Sachen, Urt. v. 24. 9. 2003 - L 1 KR 84/01)을 따른다는 것을 명백히 제시하고 있고, 이 판결은 연방사회법원 “유방축소수술(operative Brustverkleinerung-Mammareduktionsplastik)” BSG, Urt. v. 19. 10. 2004 - B 1 KR 9/04 R에서 인용되고 있다.

97) “Leitlinie der Vereinigung der Deutschen Plastischen Chirurgie” im Deutschen Ärzteblatt 100, Ausgabe 8 vom 21. 2. 2003.

98) 위 판결에서는 간찰진(間擦疹, intertrigo)을 수반하는 유선하 습윤(inframammärer Feuchtigkeit, inframammary moistening), 부정위(schlechte Haltung, Bad posture), 배통(背痛)과 항통(項痛)(Rücken- u. Nackenschmerzen), 무거움과 포만감(Schwere- u. Völlegefühl), 치켜진 가슴띠까지의 견부상 피부수축(Hauteinziehungen über der Schulter), 팔까지 뻗치는 통증(Brachialplexusbeteiligung) 및 해부학적 근육과 골변형(anatomische Muskel- und Knochenveränderungen)을 열거하고 있다.

료 이후에도 감소되지 않는 추가적 통증이 있는 경우에는 거대유방증에서도 적응증이 있으므로, - 신체부위의 크기와 모종의 왜곡적 외관손상 이외에 -, 통증을 수반하는 질병적 변형을 배려하여야 하는데, 이에 이 사안이 해당한다.

2004. 4. 7.자 의사의 소견에 의하면, 피보험자는 높아진 견경(肩頸)근육이상[Muskeltonus (muscle disorders) der Schulter-Nacken-Muskulatur]으로 인한 1년 이상 지속되는 통증을 겪고 있으나, 이에 관한 뼈(骨)의 원인들은 없었으므로, 젖가슴 비대증이 통증의 원인일 수 있고, 2004. 4. 19.자 지역병원 소견에 의하면 젖가슴이 특별한 고증량으로 너무 무거워져서, 경추후흉근 증상이 수반되는 흉추 및 요추 사이의 증후(thorakales Syndrom)의 의미에서 경추통증증상(Symptom eines HWS-Syndroms)이 함께 제시되었는바, 치료는 양측(우측 800, 좌측 950g)을 절제하는 축소성형(Reduktionsplastik)을 통해서만 시행될 수 있으며, 다른 의사의 소견에서도 마찬가지로, 통증증상은 젖가슴의 과중한 중량에 기인한다는 것이다.

나아가 법원은 보험사 의료부(MDK)에 대응하여 위 사실을 뒷받침하는 다수의 감정 및 증빙소견들⁹⁹⁾을 받아들여 다음과 같이 법적 판단을 하였다.

이 사안에서 젖가슴의 크기는 신체적 기능의 제한을 초래하였는바, 재활을 위한 급여에 적합에 관한 법률¹⁰⁰⁾은 또한 장애로 인하여 노동의 가용, 직업의 영위나 사회적 생활 참여의 역량의 지속적인 침해나 소멸의 경우에도 질병진료의 급부에 관해 원칙적으로 의문이 제기되는 한 질병개념(Krankheitsbegriff)을 확대 발전시켰으며(§§ 1, 2, 4 SGB IX 참조), 이 사안에서는 주장된 직업영위의 침해가 젖가슴의 크기에 기인한다.

99) 2004. 11. 5.자 감정에서는 과거의 “복합치료(Komplextherapie)”는 아무런 성과를 얻지 못하였고, 2004. 6. 15.자 의사의 소견에서는 진료와 물리요법적 처치들이 아무런 완화를 가져오지 못해서 유방절제성형을 추천하는바, 통증증상은 이미 15년 동안 지속되었다고 하며, 2004. 6. 2.자 진료를 하는 물리치료사의 소견조차도 그의 처치들로써는 단지 단기간의 개선만을 할 수 있다는 것이었으며, 2004. 10. 4.자 현재 진료하는 정형외과 의사의 증빙도 대규모의 근육이상과 대규모 유방비대의 구조결함[Fehlstatik(structure defect) bei massiver Mammahyperplasie(hyperplasia)]있다고 하였다.

100) Gesetz über die Anpassung der Leistungen zur Rehabilitation“. 현행 Sozialgesetzbuch Neuntes Buch(SGB IX)에 해당한다.

2006. 3. 3.자 감정에 의하면 비록 어깨, 팔꿈치, 손과 손가락의 관절들이 양측 모두 자유롭게 움직일 수 있었으나, 그럼에도 불구하고 흉추와 요추의 복합적인 움직임의 제한된 가동성은 중등급으로, 흉추와 요추의 제한된 유연성과 양측의 양성적 좌골신통증(positiver Ischias(sciatica)dehnungsschmerz)을 보였다. 기립한 채로는 명백한 척추전만과도[Beckengeradstand mit deutlichem Hohlkreuz(hyperlordosis)]가 있고, 흉추의 거의 소진한 생리적 만곡[physiologische Krümmung(curvature)], 요추 하부의 명백한 요추전만과도(Hyperlordose)과 흉추와 요추의 극돌기(Dornfortsätzen, Processus spinosus)에 타격통이 있었다. 이로 인하여 위 피보험자의 판매인으로서의 직업영위 역량은 영속적으로 침해된다.

또한 2004. 9. 14.자 방사능과의 의료적 증빙에 의하면, 흉추 및 요추 통과(thorakolumbaler Übergang)상 기능적 신장이상위(伸張異常位, funktionelle Streckfehlhaltung), 그리고 근소한 퇴행적 변형을 확인하고 있는바, 위 신장(伸張)위치의 이상과 골연골증(Osteochondrosen)와 퇴행성 척추-관절변형(degenerative Vertebral-Gelenkveränderungen)도 있어, 총괄적으로는 상당한 하수증(下垂症, Ptose)이 있는 양측의 유방비대(Mammahypertrophie, hypertrophic breast), 보험사 의료부가 확인한 흉추와 요추의 퇴행(Degeneration), 그리고 1급 비만증을 진단하였으며, 약간의 체중증가의 경우에도 흉추와 요추의 속발(續發)적 변형들(konsekutiven Veränderungen) 사이의 관련성을 시진하였다. 비대해진 젖가슴은 흉추 및 요추 통과와 척추의 신장이상위를 초래하여, 흉추는 증가된 돌기형성으로 보완하게 되었으며, 흉추와 요추의 손상부위는 그 자체로부터, 그리고 그에 더불어 젖가슴의 비대함이 없이도 흉추와 요추의 퇴행적 변형과 그로부터 귀결되는 통증을 초래할 수 있다는 것은 확정하지 못하였고, 그 결과 흉벽(胸壁)에 이루어진 상황에 근거하여 위 피보험자의 고통이 젖가슴의 크기와 중량에 기인할 수 있다는 의학적 의구를 갖지는 않았다.

2006. 12. 4.자 법원의 촉탁감정에 의하면 양측의 유방비대증(Mamma-

hypertrophie), 만성경부상완요통(慢性頸部上腕腰痛)[chronisches cerviko-brachiales vertebrales Schmerzsyndrom], 구조결함(Fehlstatik, structure defect)의 만성적 흉·요추부분통증증후군(chronisches lokales thorakales vertebrales Schmerzsyndrom), 부분요추통증증후군[chronisches lokales lumbales vertebrales Schmerzsyndrom (chronic local lumbar vertebrale pain syndrome)]이 있고, 마찬가지로 요배[猫背, Hohl-/Rundrücken(Kyphosis)]의 의미에서 구조결함을 확정하였는바, 위 감정에 따르면 위 피보험자는 이미 20년 동안 흉추와 요추의 통증을 갖고 있었다. 그러는 한 2003. 7. 17.자 보험사 의료부 감정에서는 위축성배근(hypotrophe Rückenmuskulatur)과, 당시에 견부(肩部)와 경부(頸部)에 단지 중등(中等)인 이상(Verspannungen)을 확인할 수 있었다.

2006. 12. 4.자 촉탁감정에서는 위 피보험자의 통증증상의 가능한 원인은 “척추의 성숙장애”로서 제시함으로써, 요배가 잔류하고, 골성장 종료 후에는 더 이상 교정할 수 없다고 할지라도, 그것으로써는 통증증상은 그 원인 발생이 젓가슴 증량으로 제거되지 않으므로, 거대유방증이 자녀의 출산에 기인할 수 있는가, 또는 이미 성숙기 이래로 있었는가의 여부는 보험사의 비용부담 문제에 관해 결정적으로 중요하지 않다. 위 감정이 한편으로는 물리요법적 치료처치가 어느 시점에서든 완전하게 계속 시행되지 않았다는 것은 구술절차에서 제출된 그 밖의 물리치료사의 증빙에 배치되는바, 1991년부터 위 피보험자는 매년 2~3회 규칙적으로 물리치료를 받았지만, - 앞서 실시한 바와 같이 -, 물리치료가 통증의 영속적인 완화로 귀결되지 않았다.

이에 비교할 것은 신경정신과적 처치들에 대한 수술의 위험을 특히 산정하여야만 한다는 것이다. 본원은 바덴-뷔템베르그 주사회법원의 판례¹⁰¹⁾에 따르는데, 유방축소수술의 시행에 앞서 총체적인 진료대안들이 시행되어야만 한다. 젓가슴 부위의 외과적 진료는 항상 최후에 생각할 수 있는 처치여야만 마

101) “유방축소수술(Brustverkleinerungsoperation)” LSG Baden-Württemberg, Urt. v. 20. 4. 2004 - L 11 KR 1886/03.

땅하다. 왜냐하면 유방축소수술은 근본적으로 건강한 기관, 즉 “큰” 젖가슴을 침습하기 때문이다. 이 경우에는 마취의 위험, 그리고 또한 수술의 결과도 고려되어야만 하므로, 젖가슴 부위의 외과적 진료는 단지 “최후의 수단(ultima ratio)”이라는 것이다. 비록 그 수술적 처치를 통해 통증이 완화되어 진료필요성을 충족시킬지라도,¹⁰²⁾ 통증이 완화되도록 우선 이사의 진료상 “보다 경(輕)한 방식들”이 유방축소수술 전에 요청되어야만 한다. 그런데 위축성 배근(hypotrophe Rückenmuskulatur), 척추의 신장이상위와 견경(肩頸) 부위의 이상(Verspannungen)은 더 이상 물리치료를 통해서 완화될 수 없다. 그럼으로써 이 같은 “보다 경한” 진료대안들은 소진된 것으로 여겨질 수 있고, 덧붙여서 피보험자에 의해 제출된 2005. 11. 3.자 증빙소견에서는 충분히 발달된 흉근과 배근을 지적하여, 이와 관련된 그 밖의 처치들은 아무런 추가적인 통증완화를 달성할 수 없다는 것이지만, 구술절차에서 위 피보험자가 스스로 신뢰할 수 있게 진술한바, 그의 흉근과 배근을 강화하기 위해 규칙적으로 1주일에 한 번씩 휘트니스 트레이닝(Fitness-training)을 갔으며, 그 동안에 90 DD 규격의 가슴띠를 더 이상 착용하지 않고, 85 F 규격을 착용하고 있으며, 비록 젖가슴 하부의 범위는 감소하였으나 상부는 증가하였다고 한다.

아무튼 추가적인 체중감소는 더 이상 통증증상을 개선할 수 없으며, 더욱이 지금까지도 젖가슴의 영속적인 축소를 초래하지 않았다. 2003. 4. 29.자 보험사 의료부 감정에서는 정형외과적 통증의 완화하도록 보험사측에서 추천하여 권유하는 체중감량이 이제는 더 이상 고려되지 않을 수 있다는 것인바, 위 피보험자는, - 구술절차에서 인지할 수 있었듯이 -, 금연과 과도적인 체중증가 후에 명백히 체중이 감소하였지만, 통증의 완화로는 연결되지 않았다. 2006. 3. 30.자 감정뿐만 아니라 2006. 12. 14.자 감정에서도 위 피보험자의 경우에 수술적 유방축소는 의학적으로 대변(代辯)될 수 있는 것으로 여기고 있다.

비록 방사선과적으로 파악할 수 있는 절제성형(Reduktionsplastik)으로 인

102) Vgl. Weiterzahlung von Krankengeld bis zur “Aussteuerung” BSGE 26, 288(289)(= BSG, Urt. v. 30. 05. 1967 - 3 RK 15/65).

한 척추의 퇴행적 변형들은 더 이상 제거될 수 없을지라도, 그 파급효과(Auswirkungen)는 감소될 수 있다. 과중한 젓가슴에 대한 영향에 관한 가시적인 신체적 표시로서 양측 견부위의 “선형주름(Schnürfurchen, lace furrows)”은 가슴띠와 다른 가슴띠 범위에 대한 기계적인 압박부위들에 있을 수 있으나, 위 피보험자의 신뢰할 수 있는 진술에 따르면 젓가슴의 증량으로 인한 젓가슴 하부(下部), 그리고 견부(肩部)에 발생하고, - 증량과 그에 결합된 습윤(濕潤)으로 인하여 -, 여름철에 젓가슴 아래에 습진(Ekzemen)이 생긴다는 것이다.

또한 진료하는 의사들과 전문가들이 확인하는바, 젓가슴의 크기로 인해 제약된 자세손상도 있었고, - 위 피보험자의 신뢰할 수 있는 진술에 의하면 -, 수근관증후군(Karpaltunnelsyndrom, Carpal tunnel syndrome-CTS)은 없으나 매일 아침 손끝까지 뻗치는 오른팔의 통증을 겪었으며, 그로 인해 수년 이래로 물리치료사에 의한 수공적 치료(manuelle Therapie)가 더 이상 통증을 완화하지 못한다는 무력감을 갖고 있다. 진료하는 정형외과 의사와 2006. 3. 30.자 감정에 의하면 요청하는 절제성형은 배통(背痛)을 완화시킬 것이라고 하며, 그로써 이미 진행된 퇴행성 변형도 현재 상태의 본질적 개선이 달성될 수 있다고 한다.

그렇지만 유방절제성형이 아마도 피보험자의 물리적 문제들을 개선할 수 있을 것이라고 하는 것만으로써 요청하는 처치에 대한 청구권이 도출되지는 않는다. 오히려 질병진료의 처치는 본래의 질병, 즉 가능성 있는 장애에 직접적으로 적용되어야만 한다.¹⁰³⁾ 그렇지 않은 경우에는 법정의료보험의 영역에서 보험사의 급부의무는, - 사회법(SGB V)의 경제성 관념에 배치되어 -, 양립할 수 없게 확산될 것이다.¹⁰⁴⁾ 과도한 비용이 드는 미용수술들을 의료보험사가 인수할 수 있도록 의무부담의 경계를 긋는 것은 결코 가능할 수 없을 것이고, 의료보험사에 예측할 수 없는 결과적 비용을 부담토록 하는 결과를 초래할

103) 이와 관련하여 위 판결은 위에서 일별한 “성장축진치료(Beinverlängerung)” BSGE 72, 96와 “인공고환시술” BSGE 82, 158을 논거를 원용한다.

104) 이와 관련하여 위 판결은 위 “성장축진치료(Beinverlängerung)” 판결이유를 원용한다.

것이다.¹⁰⁵⁾ 그러므로 위 피보험자의 모종의 심인적인 현상(現狀)이 유방절제성형을 통해 유리하게 영향을 받게 될 것이라는 사실도 (객관적인) 그 자체로서는 보험사의 급부 의무를 근거지을 수 없다. 모종의 질병진료의 처치들은 오히려 직접적으로 본래의 질병에 적용되어야만 하므로, 신경정신과적 수단이 우선 투입되어야만 한다.¹⁰⁶⁾ 그렇지만 이 사안에서 2005. 10. 13.자 진료 담당 신경과의사의 증빙보고서에서는, 젖가슴의 크기가 재발성 우울증의 범주에서 결코 주제로서 언급되지 않았고, 이는 2006. 3. 30.자 감정에서도 중국적으로 확인하는바, 위 피보험자가 집착하는 것은 고통의 장기적 감소이고 유방축소가 아니므로, 피보험자의 유방축소에 대한 심인적 집착은 확인될 수 없었다. 그러나 비수술적 처치들, 특히 물리치료 없이 그 고통은 지속적으로 완화되지 않으므로 위 보험사가 유방절제성형의 비용인수를 거절한 것은 부당하다.

3. 비교적 소결

위 독일 사회법원 판결례들의 법리들이 다른 판결들에서도 지속적으로 인용되면서 이후 연방사회법원 판결에서 보다 확고하게 정리되었는바,¹⁰⁷⁾ 그 핵심적 내용은 다음과 같이 요약할 수 있다.

(1) 피보험자가 보험사로부터 보험급여를 진료 전에 사전신청하거나, 사후에 그 보상급여를 신청하는 경우에도 사회법상 동일한 실제적 요건을 갖추어

105) 이와 관련하여 위 판결은 “Brustvergrößerungsoperation” LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss v. 24. 4. 2001 - L 16 KR 7/01을 원용한다.

106) 이와 관련하여 위 판결은 “Brustvergrößerungsoperation” LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss v. 24. 4. 2001 - L 16 KR 7/01, 그리고 “유방축소성형(Brustverkleinerung)” SG Leipzig, Urt. v. 4. 5. 2006 - S 8 KR 227/03을 원용한다.

107) 피보험자(원고, 1988년생, 여)가 양측 젖가슴의 비대칭으로 인한 유방교정수술비용의 보험급여를 청구하였으나 거절되었고, 소송에서도 청구가 기각된 사안이다. Vgl. “비대칭유방교정수술(Mammakorrekturoperation-Naturalleistungsanspruch auf eine Brustan-gleichungsoperation aufgrund einer Brustasymmetrie auf Kosten der GKV)” BSGE 100, 119(= BSG, Urt. v. 28. 2. 2008 - B 1 KR 19/07 R).

야 한다.

(2) 보험급여를 청구하는 피보험자는 사회법 V 제27조 제1항 1문에 따라, 그 진료가 질병의 인식, 치료, 그 악화의 방지나 질병으로 인한 통증의 완화하기 위해 불가결하여야 한다.

위 규정상 질병은 건강한 사람의 표상에서 어긋나는 비정상적 신체 및 정신 상태에서 의료적 진료를 필요로 하거나 해당자를 노동역량을 상실시키는 것이다.¹⁰⁸⁾

(3) 법적 의미에서 질병의 평가치는 모든 신체적 비정상성이 아니라, 피보험자가 그의 신체기능이 침해되거나 통상에서 어긋나서 고통을 받는 왜곡적 영향을 줄 것이 요구된다.¹⁰⁹⁾

왜곡적인 영향이 있었는가는 모든 신체적 비정상성이 아니라, 객관적으로 현저하게 주위의 주목을 받아서 호기심이나 당혹함 등과 같은 쉽게 짐작되는 반응으로 동시에 지속적으로 다수의 시선을 끌고, 타인의 특별한 관심의 대상이 되어서 공동체 생활에서 물러서서 외롭게 될 위험에 처함으로써 사회생활의 참여를 위태롭게 하는 것이다. 주위의 이목집중이 위와 같은 정도에 이르렀는가는 상당한 현저성이 현존하여야 하는바, 오직 두드러진 얼굴이나 육손이 등과 같은 일반적으로 신체기관의 이례적인 형태가 아니라, 그러한 두드러짐으로 인한 신체적 이목집중은 일상생활에서 일시적 조우처럼 “스쳐 지나가면서” 인지할 수 있고, 통상적으로 해당자에 대한 타인의 관심이 고착되기에 이르러야 한다.¹¹⁰⁾

(4) 보험사는 사회법V에 따라서, 그리고 독일 기본법(GG)에 의해서도 피

108) “유방확대성형수술(Operation zur Brustvergrößerung)” BSGE 93, 252; “발기부전치료(Schwellkörper-Autoinjektionstherapie-SKAT)” BSGE 85, 36(38); “성장촉진치료” BSGE 72, 96(98) 등 참조.

109) “유방확대성형수술” BSGE 93, 252; “피부변색[火焰狀母斑(nevus flammeus)]” BSGE 93, 94(102); “인공고환시술(Hodenprothese)” BSGE 82, 158, 163 f.) 등 참조.

110) 위와 같은 요지는 주요 판결례들에서 드러난 법질서 요청하는 객관적 평가기준으로서, 개별 사안에서 피보험자가 신체적 비정상으로 인한 왜곡으로 고통을 받고 있는가 여부는 일차적으로 사실심의 판단에 맡겨져 있다. “유방확대성형수술” BSGE 93, 252 참조.

보험자에게 건강의 유지나 회복시키는 데 처분 가능한 모든 것을 급부하여야 하는 것은 아니다.¹¹¹⁾

사회법(V)은 예컨대 생활수단은 원칙적으로 피보험자 자신의 고유한 책임 영역에 속하며 질병에 제약되어 피보험자에게 추가비용이 발생할지라도 그러하므로,¹¹²⁾ 법정의료보험(GKV)은 한정된 과제를 고려하여 질병과의 투쟁을 목적으로 하는 조치에 제한된다.¹¹³⁾ 피보험자가 고도로 급성적 자살위험을 주장할지라도, 통상적으로는 예컨대 물리치료 수단과 같은 오직 특수한 진료만을 청구할 수 있고, 그것도 법정의료보험의 급부목록 외의 급부에 대해서는

111) Vgl. BVerfGE 115, 25(46); BVerfG, Beschluss vom 5. 3. 1997 - 1 BvR 1071/95(= NJW 1997, 3085); “근육 AMP 탈아미노효소 결핍증치료(AMP deaminasedeficiency, “D-Ribose zur Behandlung eines Myoadenylate-Deaminase-Mangels: MAD-Mangel)” BSGE 96, 153; Behandlung mit “Lorenzos Öl” BSGE 100, 103 참조.

112) “올두(兀頭)여성-유럽여성가발(Erstattung der Kosten für eine maßgefertigte, handgeknüpfte Perücke aus europäischem Haar” BSG, Urt. v. 23. 7. 2002 - B 3 KR 66/01 R: 피보험자(원고, 1960년생, 여)는 질병에 의한 지속적인 대머리 상태로 인하여 “신체적 기능”이 침해되고 있다. 신체적 기능의 침해는 지체(肢體,, Gliedmaßen)와 감각기관(Sinnesorganen)과 같은 신체부위의 상실 또는 기능장애만이 아니라, 왜곡적 영향을 갖는 질병과 침해도 또한 그에 속한다. 질병으로 인한 두발의 지속적 상실도 “모발의 새로운 형성과 성장”이라는 신체적 기능의 상실에 기인하며, 여성의 경우에 활동적이거나 정신적인 기능의 소멸이나 상실을 초래하지는 않을지라도 왜곡적 영향을 준다. 여성에게는 자유롭게 거리낌 없이 사람들과 어울리는 것이 어렵게 되거나 심지어는 불가능하게 만드는 것이다. 대머리인 여성은 일상 “자연스럽게(naturgemäß)” 그 자신에게 모든 시선을 끌어서 호기심의 대상이 되어, 통상적으로 해당자에게 공동체에서 생활로부터 물러서서 외톨이로서 고독에 빠트릴 위험이 있다. 위 청구권은 일상생활용품들이 보험사의 급부의무에서 배제된다고 하는 독일사회법(V) 제33조 제1항 1문 후단에 의해서도 부인되지 않으나, 완전한 모발의 대체에 기여하는 여성가발들은, 모발이 전부 상실되어 고통을 받고 있는 여성을 위한 특별한 필요에서 제작되고 이러한 인적 범위에서만 이용되기 때문에 특별한 일상생활의 일반적 사용물이 아니다. 가발이나 모든 양태의 모발부품, 특히 여성가발은 많은 경우에 유행으로 활용되기도 하지만 현존하는 모발에 부착하여 “제2의 이용(理智)”에 사용된다. 이 사안에서와 같이, 완전한 모발의 대체로서의 가발은 부분적으로 기능을 달리 하는바, 예를 들어 부착과는 다른 양태로, 그리고 또한 다른 목적, 즉 질병으로 인해 결여된 자연적 두발의 시각적 보충하는 것이어서 “제2의 이용”으로 사용되지 않는다. 가발은 300년 전과 같이 더 이상 사회적 고위 계층의 관행적인 신분에 적합한 장식이 아니다. 따라서 모발이 전부의 상실을 보충하는데 기여하는 여성가발이 사회법(V) 제128조에 따라 보험사의 최상위협회에 의해 제정된 보조기기목록에 기재되어 있는 것도 적정하다

113) Vgl. “페닐케톤뇨증-단백질 최소화 다이어트(Phenylketonurie-eiweiBarme Diät” BSGE 81, 240(= BSG, Urt. v. 9. 12. 1997 - 1 RK 23/95).

인정되지 않는다.¹¹⁴⁾

(5) 위와 같은 원칙들에 따라서 의료보험법적으로는 건강한 신체에 물리적 부담의 영향을 미치게 되는 수술들은 사회법 V 제27조 제1항의 “진료”로 평가하지 않고, 피보험자의 고유책임으로 할당된다. 이는 실질적으로 무엇보다도 신체적 변화의 물리적 영향을 예언하기 곤란하며, 원칙적으로 불확실한 결과 예견, 그리고 간접적으로 물리적 부담을 주게 되는 건강한 신체에 대한 침습은 그에 결부된 위험에 비추어 특별한 정당화를 요한다. 본래의 질병 자체에 대해 의도한 것이 아니라 단지 간접적으로 그 자체로서 다른 영역에 속하는 건강상 결함의 개선만을 달성하여야만 하기 때문이다.¹¹⁵⁾

위와 같은 법리는 심인적 질병의 극복하는데 수술의 결과예상에 관해 의학적 지식에 의해 최소한 의심의 근거가 있는 한 타당하므로, 이와 같은 의미에서 의학적 인식상 일반적으로 승인된 수준에 비추어 더 이상의 의문이 없어야 한다. 특히 미용성형수술의 적응증에 관하여는, 위(III. 2.)에서 살펴본 독일의 “인공고환수술” 및 “유방성형수술” 판결례¹¹⁶⁾ 등에서 살펴볼 수 있듯이, 독일 사회법(SGB V, IX) 규정들의 해석상 심인적 장애는 외과적 성형수술의 적응증으로 인정하지 않는 것이 원칙이며, 그러한 장애를 제거하거나 완화시키기 위해 객관적으로 그 자체로서(für sich) 진료를 요하지 않는 신체상태의 침습은 (법정)의료보험의 급여의무의 근거가 될 수 없다는 것이다.

우리의 현행 건강보험제도 하에서도 위(III. 1.)에서 분류한 (4)의 유형은 실정 법률상 보험급여가 인정되지 않는 것은 주지의 사실이다.¹¹⁷⁾ 여기에서

114) Vgl. “하지불안증후군-기준외의약품[Anspruch auf Versorgung mit dem Arzneimittel Cabaseril® außerhalb seines zugelassenen Indikationsbereichs-Restless Legs Syndrom (RLS)]” BSG, Urt. v. 26. 9. 2006 - B 1 KR 14/06 R.

115) Vgl. “유방확대성형수술(Operation zur Brustvergrößerung)” BSGE 93, 252; “비만증-위밴드수술(Adipositas-Krankheit-Applikation eines Magenbandes(Adjustable gastric band))” BSGE 90, 289(= BSG, Urt. v. 19. 2. 2003 - B 1 KR 1-02 R).

116) 이러한 법리는 위(III. 2.)에서 일별한 1998년 독일의 “인공고환수술(Hodenprothese)” 판결(BSGE 82, 158)에서도 명확히 확인하고 있다.

117) 한국보건 의료연구원/대한성형외과학회, 『미용성형수술 이용자 정보집』, 2013, 머릿글 참조.

의 논점은 미용성형을 목적으로 하는 침습적 시술이 의료적 관점에서의 질병과 적응증, 그리고 그에 대해 의료적 전문지식과 기술로서 행해지는 “의료행위”라고 할 수는 있으나, 나아가 전통적 의미, 즉 “질병치료의 진료행위”와 동등하게 평가할 수 있는가는 의문이다.¹¹⁸⁾

이러한 본질적 의문의 제기는, 위와 같은 의미에서 질병으로서의 적응증이 없거나 부분적으로만 적응증이 있는 경우에도, 독일 사회법원의 판결례에서 살펴보았듯이, “본래의 질병”이라고 하는 개념적 범주에서 치료목적의 진료행위, 그리고 그러한 양태로 이루어지는 외과적 수술에 의한 신체적 침습을, 미용목적의 신체적 침습과 동일하게 취급하는 것이 규범적으로 타당한가라는 문제와 병행하기 때문이다.

미용성형의 외과적인 침습적 시술을 “의료행위” 개념 하에 포괄적으로 포섭하여 질병의 적응증이 없음에도 불구하고 “진료행위”임을 전제하는 신체침습적 시술에 관한 법리를 그대로 적용하는 현행 법실무의 법리적 적정성에 대한 비판적 고찰은 불가피하다.

나아가 의료법적으로 요구되는 면허자격을 갖춘 의사에 의해 이루어진다는 것만으로 적응증이 없는 미용성형의 의원침습 자체에 대한 민·형사적 책임귀속상 법윤리적 내지 규범적 당위성을 확보하는 것은 아니다. 이러한 비판적 시각에서 이하에서는 민사법적 관점을 중심으로 살펴본다.¹¹⁹⁾

118) 한국보건의료연구원/대한성형외과학회, 앞의 정보집, 2013, 머릿글: “특정 이상형에 자신을 맞추기 위해 (미용성형수술을) 시행하는 것은 바람직하지 않다. 또한 미용성형수술(시술)에 대해서는 현실적인 기대치를 설정하는 것이 중요하며 무엇보다 건강하고, 자신에 대해 긍정적인 사람이 수술(시술)받는 것이 바람직하다.”

119) 객관적인 진료필요성과 적응증을 중심으로 질병치료의 진료의료와 희망의료의 구별하고, 후자의 의료적 범주에 대한 법적 취급의 개관은 W. H. Eberbach, a. a. O., in: Die Verbesserung des Menschen(2009), S. 19 ff. 참조.

IV. 설명의무의 상관성

1. 눈썹거상술(상안검성형술) 판결의 검토

미용성형의 의료적 시술에 관해 위(II. 3.)에서 검토한 대법원 전원합의체 판결에서는, - 주로 공법적 관점에서 -, 의료행위 개념으로 포섭된 이후, 민사법적 책임귀속에서는 의료법상 면허자격을 갖춘 의사에 의한 위 판결 사안에서 문제된 그러한 시술은 의료행위로 전제하고, 그에 수반하는 침습시술에 관한 설명의무를 강화하여 규율하는 관점으로 해결을 모색하고 있는 것으로 평가할 수 있다.

위와 같은 관점에서 이하에서는 위(I.)에서 소개한 ‘눈썹거상술(상안검성형술)’ 판결을 비판적으로 검토한다.

위 판결 사안은 약 5년 4개월 전에 쌍꺼풀 수술 등을 한 경험이 있는 원고(20세, 여)가 어머니와 함께 강남 소재 OO병원에 찾아가 상담실장에게 눈매교정을 통해 눈은 커지되 쌍꺼풀 라인 좁게 줄여달라고 요청하였고, 이어 피고 성형외과의사에게는 ‘눈과 눈썹이 좁아서 화난 인상으로 느껴진다, 눈꼬리 기울기도 심하게 올라가 있다’고 호소하였고, 위 의사는 원고와의 상담 및 진찰을 통해 마취 및 이후의 수술방법인 소위 눈썹거상(올림)술(상안검성형술, Infra-brow Excision Blepharoplasty)과 추가적인 시술로서 지방제거술인 슬림리프트 레이저(Slimlift Laser) 시술에 관하여 설명한 다음, 이에 대한 동의를 한 원고에게 국소마취와 무통마취를 한 후 양쪽 눈썹부위에 눈썹거상술과 양쪽 볼 부위에 슬림리프트 시술을 하였고, 원고는 피고 의사에게 함께 690만원을 지급하였다. 그런데 위와 같은 성형시술에도 불구하고 원고가 요청한 바와 다른 결과를 초래하게 되었다.

2013년 대법원은 항소심 판결을 파기·환송하면서 기존의 설명의무에 관한 법리적 요지¹²⁰⁾를 보완하여 재차 명확히 실시하였다.¹²¹⁾

120) “모발결핍부위 피부이식 성형수술” 대법원 1987. 4. 28. 선고 86다카1136 판결 [손해배

대법원 2013. 6. 13. 선고 2012다94865 판결 [손해배상]

미용성형술은 외모상의 개인적인 심미적 만족감을 얻거나 증대할 목적에서 이루어지는 것으로서 질병 치료 목적의 다른 의료행위에 비하여 긴급성이나 불가피성이 매우 약한 특성이 있으므로 이에 관한 시술 등을 의뢰받은 의사로서는 의뢰인 자신의 외모에 대한 불만감과 의뢰인이 원하는 구체적 결과에 관하여 충분히 경청한 다음 전문적 지식에 입각하여 의뢰인이 원하는 구체적 결과를 실현시킬 수 있는 시술법 등을 신중히 선택하여 권유하여야 하고, 당해 시술의 필요성, 난이도, 시술 방법, 당해 시술에 의하여 환자의 외모가 어느 정도

상: “의사로서는 성형수술이 그 성질상 긴급을 요하지 아니하고 성형수술을 한다 하더라도 외관상 다소간의 호전이 기대될 뿐이며 다른 한편으로는 피부이식수술로 인한 피부제공처에 상당한 상처로 인한 후유증이 발생할 가능성이 있음을 고려하여 수술 전에 충분한 검사를 거쳐 환자에게 수술 중 피부이식에 필요하거나 필요하게 될 피부의 부위 및 정도와 그 후유증에 대하여 구체적인 설명을 하여준 연후에 그의 사전동의를 받아 수술에 임하였어야 할 업무상 주의의무가 있음에도 불구하고 이에 이르지 아니한 채 막연한 두피이동술 및 식피술 등의 수술에 관한 동의만 받았을 뿐 양대퇴부의 피부 이식에 대한 내용 및 그 후유증 등에 대하여 구체적으로 설명하여 주지 아니하고 수술에 이르렀다면 이 사건 성형수술로 피해자가 입은 손해는 의사의 위와 같은 주의의무를 다하지 아니한 과실로 인한 것이라고 할 것이다.” 대법원 2002. 11. 5 선고 2002다48443 판결; 범경철, 앞의 글, 『의료법학』, 제3권 제2호, 2002. 12, 453면 이하.

- 121) 원고는 1. 피고가 원고에게 시술한 눈썹거상술은 원고의 주된 호소인 눈과 눈썹 사이가 좁아서 화난 인상 및 눈꼬리 기울기가 올라가 있는 현상을 시정하기 위한 시술법으로 적절하지 않음에도, 오직 영입 수입을 위한 목적에서 전혀 효과가 없는 시술을 만 20세도 안된 원고에게 권유하고 시술한 고의 또는 과실에 의한 위법행위를 하였고, 2. 눈썹거상술을 잘못 시술하여 반흔제거술이 필요할 정도로 흉터를 남게 한 의료상의 과실이 있으며, 3. 눈썹거상술은 눈꼬리가 올라가 있는 것을 개선하는 수술법은 아니고 쌍꺼풀라인을 좁게 줄이는 데에는 효과가 없으므로, 눈썹거상술이 원고가 원하는 결과를 구현할 수 있는 시술법이 아니므로 피고로서는 이에 관하여 원고에게 설명하였어야 할 것인데도, 피고가 원고에게 눈썹거상술을 시행하면 눈이 커지는 효과가 있다는 설명을 하였을 뿐 위와 같은 내용을 알려주지 않았고, 피고는 눈썹거상술에 대한 후유증으로서 흉터가 생긴다는 점에 대하여 설명을 하여야 함에도 불구하고 이러한 설명 없이 오히려 흉터가 생기지 않는다고 거짓말을 함으로써 설명의무를 위반하였다고 주장하였다. 제1심 서울중앙지방법원 2011. 8. 16. 선고 2010가단407007 판결; 환송 전 항소심 판결인 서울중앙지방법원 2012. 9. 21. 선고 2011나38423 판결 참조. 위 대법원 판결에 의해 환송받은 항소심(서울중앙지방법원)은 원고의 위 1. 주장은 인정하지 않았으나, 2. 주장에 관해서는 원고의 흉터는 일반적으로 인정되는 합병증의 범위를 벗어났다고 보여, 외모상의 개인적인 심미적 만족감을 얻거나 증대할 목적인 미용성형술의 특성에 비추어 피고가 원고에게 눈썹거상술을 시술함에 있어 의료상 과실로 위 흉터를 발생하게 하였다고 인정할 수 있다고 판단하였다. 환송 후 서울중앙지방법원 2014. 1. 8. 선고 2013나32115 판결 참조.

변화하는지, 발생이 예상되는 위험, 부작용 등에 관하여 의뢰인의 성별, 연령, 직업, 미용성형 시술의 경험 여부 등을 참조하여 의뢰인이 충분히 이해할 수 있도록 상세한 설명을 함으로써 의뢰인이 필요성이나 위험성을 충분히 비교해 보고 시술을 받을 것인지를 선택할 수 있도록 할 의무가 있다. 특히 의사로서는 시술하고자 하는 미용성형 수술이 의뢰인이 원하는 구체적 결과를 모두 구현할 수 있는 것이 아니고 일부만을 구현할 수 있는 것이라면 그와 같은 내용 등을 상세히 설명하여 의뢰인에게 성형술을 시술받을 것인지를 선택할 수 있도록 할 의무가 있다.

위와 같은 판결의 논지는, - 소송상 불법행위로 인한 손해배상책임으로 다루어 졌는바 -, 민사책임귀속의 판단에서 중심이 되는 3가지 기본기준(Grundkriterien), 즉 의료적 적응증을 우선 전제하고서, 적절한 설명에 의한 환자의 사전동의(informed consent)와 의료준칙(lege artis)에 따른 침습시술의 의료전문적 적정성(fachliche Angemessenheit) 중에서 어느 하나의 정당화 요소가 흠결되는 경우에는 다른 정당화 요소, 즉 설명의무에 보다 높은 요구를 함으로서 책임귀속을 정당성과 그 결과적 타당성을 보완하는 것이라고 평가할 수 있다.

독일에서도 적응증이 결여된 미용성형의 민사책임에 관한 판결례는, - 주로 불법행위법에 의한 책임귀속상 -, 의료측에 보다 강화된 설명을 요청하고 그에 상응한 사전동의를 통해 책임귀속의 균형을 도모하고 있는 것으로 파악된다.¹²²⁾ 이러한 경향은 위(III.)에서 개관적으로 소개한 적응증과의 상관성

122) Vgl. “주름제거성형(Beseitigung von Falten)” BGH, Urt. v. 6. 11. 1990 - VI ZR 8/90 (München)(= NJW 1991, 2349). 이 사건에서는, 1979년 당시 57세(여)인 원고가 턱 아래의 주름을 제거하고자 피고 병원에서 미용성형을 받았는데, 원고는 수술 결과를 마음에 들지 않아 손해배상을 청구하는 소송을 제기하였는바, 턱 아래 피부의 당김을 제대로 하지 않은 오류가 있고, 귀 뒤의 머리 부분에 흉터가 남아 머리를 틀어 올리는데 장애가 되었으며, 그밖에 수술 전에 예측되는 결과와 위험, 특히 수술 후 목과 목덜미의 장기간 지속되는 통증에 관해 충분한 설명을 하지 않았다고 주장하였다. 원고는 제1심과 항소심에서 패소하였다. 그러나 연방법원은 미용시술에 앞서서 환자에게 일그러짐과 건강상 침해들과 같은 침습의 결과적 예후들과 위험들에 관해 “특별히 주의 깊게, 그리고 포괄적으로(besonders sorgfältig und umfassend)” 설명하여야 한다고 판시하여 파기 환송하였다. OLG Oldenburg(= VersR 2001, 1381); OLG Hamm(= VersR 2003, 599); “복부 지방절제(Kosmetische Operation-Liposuktion-Fettabsaugung mit Haut- und Bauchdeck-

에 관한 ㉠ 관점에 근접한다. 다시 말하면, 의료적 침습상 적응증과 관련해서 본다면, 적응증이 높을수록 설명의무와 사전동의는 약화되고, 적응증이 약할수록 보다 강화된 설명의무와 사전동의를 충족시켜야 한다는 것을 의미한다. 또한 적응증 있는 치료침습 사안의 판결례와 비교한다면, 침습적 시술 전에 사실상 ‘절대적으로 완전한 설명’을 요청하는 것이라고 평가할 수 있다.¹²³⁾

그렇지만 위와 같은 경향에 대해서는, 대법원이 위 판결이유에서 제시하듯이, “질병 치료 목적의 다른 의료행위에 비하여 긴급성이나 불가피성이 매우” 강한 질환이 위중한 환자라고 하여 인격권적 자기결정권을 보호법익으로 하는 설명의무가 약화되거나 면제되어야 하는 것도 아니라는 점에서 법리구성상 근본적인 의문도 제기될 수 있다.¹²⁴⁾

2. 상관적 판단의 한계 - 금기(Kontraindikation, contraindication)

적응증과 설명의무의 상관성에서도 그 자체로 한계가 있다. 적응증에 반하는 금기인 경우에는 위와 같은 판단은 적용되지 않는다. 의료적 금기는 질병, 상태에서 어느 약품, 진료 등의 처치가 진료목표에 도달하는데 적합하지 않거나 합목적적이지 아니어서 그 진료 절차의 적용이 배제되어야 하는 것을 의미한다.¹²⁵⁾

enstraffung)” OLG Düsseldorf, Urt. v. 20. 3. 2003 – 8 U 18/02(= VersR 2003, 1579); “유방고정성형[Kosmetische Brustoperation (subpectorale Augmentation mit beidseitiger periareolärer Bruststraffung(Mastopexie, Mastopexy)]” OLG Hamm, Urt. v. 29. 3. 2006 – 3 U 263/05(= VersR 2006, 1511). 그리고 산과 수술로 인한 하복부의 수술흉터를 제거하기 위한 교정성형수술상 2차적으로 1.3kg 정도의 지방을 제거하는 미용적 성격을 지닌 성형수술이 불가피하게 병행된 사안인 “상흔교정, 복부교정 및 지방제거수술 [Narbenkorrektur, Abdominoplastik(Bauchdeckenstraffung) mit Fettabsaugung]” OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 11. 10. 2005 – 8 U 47/04에서도 2차의 미용적 성형수술에 관해서는 “포괄적이고 인정사정없이(umfassend und schonungslos)”, 예를 들어 잔존하는 기흉, 건강상 침해와 같은 침습의 결과예후들과 위험들에 관해 적시에 사전적으로(rechtzeitig vorher) 설명되어야 한다고 판시하였다.

123) Vgl. B.- R. Kern · I. Richter, a. a. O. S. 131: “eine absolut vollständige (Brutal-) Aufklärung”.

124) Vgl. A. Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck, a. a. O., § 63, Rn. 5 f.: “voluntas aut salus aegroti suprema lex(Wille od. Wohl des patienten als oberstes Gebot)”; Ch. Katzenmeier, Arzthftung(2002), S. 328 f.

독일 판례에서는 급기인 치료가 행해진 사안에서 의료측의 최고도로 집요한 설명이 있은 후에 이루어진 사전동의라 할지라도 정당화될 수 없다고 한다. 그 논거는 바로 급기인바, 오류인 진료에 대한 사전동의는 그 본질상 가능하지 않다는 것이다.¹²⁶⁾ 사전동의는 원칙적으로 의학적 기준에 적합한 치료행위에 대해서만 정당화하며, 진료상 오류에 대해서 환자는, 비록 추단적일지라도, 사전적 동의를 하지 않기 때문이다.¹²⁷⁾

125) 적응증이 치료징후(Heilanzeigen)라고 하는 것과 대비하여 반대징후(Gegenanzeigen)라고도 불린다. Vgl. <http://de.wikipedia.org/>; <http://www.pflegewiki.de/>; B.- R. Kern · I. Richter, a. a. O., S. 131.

126) “혈액희석제투여환자(Marcumar-Patient)” OLG Düsseldorf, Urt. v. 16. 11. 2000 - 8 U 101/99(= VersR 2002, 611 f.); 이 판결에서는 좌골관절수술을 받은 후 혈액희석 치료를 받던 중 환자가 대퇴부에 주사시술을 받은 결과 대퇴부 신경마비가 발생하였는데, 이 경우에 비록 환자가 급기인 주사시술을 요구할지라도 그러한 시술을 하여서는 아니되며, 또한 환자가 그러한 급기의 시술을 명백히 희망하였을지라도 발생된 약결과에 대해 환자에 대해 과실상계를 인정할 수 없다고 하였다. Vgl. “Laserbehandlung zur Korrektur einer Weitsichtigkeit” OLG Karlsruhe, Urt. v. 11. 9. 2002 - 7 U 102/01. 이 판결에서는 심한 원시(遠視)의 환자(1973년생, 남, 알바니아-독일 국적)가 1993. 10. 8. 안과의사로부터 양안의 굴절교정각막절제술레이저시술(photorefraktive Keratektomie: PRK; Laser Epithelial Keratomileusis: LASEK)을 받았는데, 당시에 위 시술은 의학적으로 공인되지 않은 임상시험단계(klinische Erprobungsphase)이었다. 위 수술 후 상태가 악화되어 환자의 희망에 의한다는 자필서면을 작성하고 1994. 2. 4. 재수술(PRK), 1995. 1., 1996. 9. 각 우안 및 좌안의 재수술(photo-therapeutischen Keratektomie-PTK), 1996. 9. 및 12. 우안 재수술(Laser-thermokeratoplastik: LTK), 11. 좌안 재수술(PRK), 1997. 10. 재차 환자의 희망에 의한 좌안 재수술(Implantation einer intraokularen Vorderkammer-Linse), 1997. 12. 우안 재수술(PTK)을 받았으나 시력이 회복되지 않았다. 제1심 법원(LG Baden-Baden)은 최초 수술 시에 설명의무를 위반한 것으로 원고(환자)의 손해배상청구를 인용하였다. 항소심(OLG Karlsruhe)에서는 피고 의사의 주장을 일부 인정하였으나, 독일에서 출생·성장한 독일 국적의 환자가 독일어를 유창하게 하는 상태에 있는 한 의학적 전문개념들을 이해할 수 없는 때에는 스스로 질의할 것을 신뢰할 수 있다는 추정 등을 인정하여 설명의무위반을 부인하였으나, 임상시험 과정에 있는 수술방법을 반복 적용한 시술상 오류, 특히 1996. 11. 좌안 재수술 이후의 상태 악화에 비추어 동일한 방식의 우안의 재수술은 (적응증이 없는) 급기에 해당하여 환자의 지속적으로 희망하였을지라도 시행되지 않아야 했다는 점 등을 근거로 손해배상책임을 인정하였다. 그밖에 급성췌장염(akute Pankreatitis)을 입원한 환자에게 십이지장조영술의 범주에서 조영제(Kontrastmittel)이 주입하여 담낭 및 담도, 그리고 췌장도 체계의 방사선검사(endoscopic retrograde cholangiopancreatography-ERCP)를 시행한 2일 후 40°C의 고열을 수반하는 감염과 췌장이 부어오르는 증세가 발생하여 환자 측에서 항생진료(Antibiotikatherapie)를 소홀히 하였고, 역행성 췌담관조영술(ERCP)은 급성췌장염 질환에는 급기라고 하는 주장을 하며 위자료의 배상을 청구한 사안은 BGH, Urt. v. 31. 10. 2000 - VI ZR 198/99 참조. Vgl. W. Frahm, A. Valter, W. Nixdorf, Arzthaftungsrecht, 5. Aufl.(2013), S. 219.

아마도 의학적으로 대변될 수 있을 견해를 따른다면, 적응증 없는 각종 신체 침습은 금기라고 하는 것은 더 이상 언급할 여지가 없이 허용되지 않는 것으로 간주할 수 있을 것이다.¹²⁸⁾

또한 독일 실무도 적응증이 없는 의원침습에 대해서는 비판적인 경향을 보이고 있다.¹²⁹⁾ 종래의 판례에서는 적응증의 존부와 그로부터 생겨나는 법적 효과에 관한 판단상 난점에 직면하여, 의사의 설명이 최소한 요청되는 바에 상응하지 않았고, 그럼으로써 해당 침습이 이미 위법하였다는 논거로써 문제점의 직접적인 해결을 회피하였다고 평가할 수 있다. 2000년대 초반 판결례들에서는 적응증에 보다 더 많은 의미를 부여하는 경향을 보인다는 견해가 두드러진다.¹³⁰⁾ 예를 들어, 앞에서 일별한 금기인 침습이 행하여진 경우에는 ‘절대적으로’ 엄격한 설명¹³¹⁾이 있는 후에 사전동의를 받았을지라도 정당화되지 못하며,¹³²⁾ 따라서 의료기준에 상응하지 않는 진료에 대한 사전동의를 유효하

127) Vgl. E. Deutsch/A. Spickhoff, *Medizinrecht*, 6. Aufl.(2008), S. 167, Rn. 254: “Die Einwilligung umfasst prinzipiell nur die *leges artis*, also nach dem Stand der medizinischen Wissenschaft durchgeführte Heilbehandlung”; A. Laufs, *Arztrecht*, 5. Aufl.(1993), Rn. 693 ff.; Ch. Katzenmeier, a. a. O., § 2, S. 111 f.

128) 적응증을 의료적 침습의 필수적인 정당화요소로 여기는 관점에는 다양한 견해가 있을 수 있을 수 있으며, 나아가 사전적 동의능력이 없는 미성년자, 형법상 의료행위의 교조적인 해석, 긴급의료상 사전동의를 능력이 없는 자에 관해 논의가 이루어 질 수 있겠으나 여기에서는 유보한다. 이에 관해서는 B.- R. Kern·I. Richter, a. a. O., S. 132 ff. 참조.

129) 치료침습(Heileingriff)이 구성요건상 신체침해에 해당하는가는, 특히 형사 판결례에서는 1세기 이상의 논란이 계속되었다. 현재 독일 형법학에서는 의원침습(Wunscheingriff)에 관한 한, 치료의 목적이 없어 신체침해(Körperverletzung)로 보는 것이 지배적인 견해라고 한다. Vgl. B.- R. Kern·I. Richter, a. a. O., S. 132, 135.

130) Vgl. B.- R. Kern·I. Richter, a. a. O., S. 135.

131) 그 밖에도 문헌과 판결례에서 “잔혹(악랄)하게(brutal)”, “포괄적이고 인정사정없이(umfassend und schonungslos)”이라는 표현을 하고 있는 점이 주목할 만하다. Vgl. B.- R. Kern·I. Richter, a. a. O. S. 131: “eine absolut vollständige (Brutal-) Aufklärung”; “주름제거수술(Beseitigung von Falten)” BGH, Urt. v. 6. 11. 1990 - VI ZR 8/90(München)(= NJW 1991, 2349); “특별히 주의 깊게, 그리고 포괄적으로(besonders sorgfältig und umfassend)”; “복부지방제거수술(Narbenkorrektur, Abdominoplastik (Bauchdeckenstraffung) mit Fettabsaugung)” OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 11. 10. 2005 - 8 U 47/04.

132) OLG Düsseldorf, Urt. v. 16. 11. 2000 - 8 U 101/99; 2002, 611; OLG Karlsruhe, Urt. v. 11. 9. 2002 - 7 U 102/01; MedR 2003, 104(= VersR 2004, 244). 종래와 같은 논거에 의한 판결례는 OLG Köln, VersR 2000, 492; OLG Karlsruhe, VersR 2002, 717 참조.

지 않다는 것이다.¹³³⁾

3. 미용성형시술과 설명의무

위 대법원 판결례에서 살펴볼 수 있듯이, 침습적 의료행위에서 요구되는 설명의무의 위반으로 의료측에 책임을 지우기 위해서는 당연한 전제로서 설명의무가 전제되어야 하고, 그 설명은 무엇을 대상으로 하여 자기결정을 하도록 할 의무(Pflicht zur Selbstbestimmung)가 있는가와 그 범위가 문제로 제기될 수 있다.

대법원은 위 ‘눈썹거상술(상안검성형술)’ 판결에서, - 통상의 진료에 비추어 보면 -, 진단상 설명의무(Diagnoseaufklärung)를 위반한 것으로 판시하고 있는바, “전문적 지식에 입각하여 의뢰인이 원하는 구체적 결과를 실현시킬 수 있는 시술법 등을 신중히 선택하여 권유”하여야 한다는 것이다. 그러나 이러한 판시 논거는 통상의 진료에서 진단상 설명의무와는 다른 점을 내포하고 있다.

질병의 진료에서의 진단상 설명의무는 환자의 현재의 상태, 즉 그 대상은 건강상태를 의미하는 것으로서, 환자의 질병에 관한 설명이다. 그렇지만 이러한 진단상 설명의무를 미용성형에 곧바로 적용하는 데는 난점이 있다. 전통적 의미에서 질병의 치유(Heilung einer Krankheit)가 아니라, 피시술자의 판단상 표상에 의한 미화(美化, Verschönerung)를 대상으로 하기 때문이다.

이와 관련해서는, - 질병의 진료에 대비하여 -, 2가지 의문점들을 제기하는 견해를 참조해 볼 수 있다.¹³⁴⁾ 첫째, 의사로서 피시술자의 현재의 상태가 통상적인 미적 이상(美的理想)에 상응하는가의 여부와 미용성형시술을 요하는가라는 것이며, 둘째, 그 시점까지 피시술자가 의도하지 않은 “미적 오류(Schönheitsfehler)”를 지적해 주어야 하는가라는 것이다.

위와 같은 관점에서는, 의사로서 피시술자에게 해당 시점에 통상적인 이상

133) BGH, NStZ-RR 2007, 340; BGH, MedR 2008, 435, 436.

134) S. Lorz, a. a. O., S. 109 f.

미(理想美)에 상응한다는 것을 지적이 환자에게 자기결정을 하도록 요구되는 정보인가라는 것이다(정보필요성, Informationsbedürfnis). 미용성형에서 핵심은 피시술자가 그러한 수술을 하겠다는 결정은 통상적인 미감(美感)이 아니라 피시술자 자신의 추구하는 관점에 의한 이상적인 주관적 미감이라는 것이다. 주관적 미감은, 비록 판단 시점의 일반적이거나 문화적 영향에 의한 것일지라도, 개인적으로 자신의 아름다움에 대한 개인적으로 상이한 평가와 그로 인한 자신의 외관에 대한 불만족일 수 있다. 이와 같은 난점은 위 판결례의 사실관계에서도 드러나는바, 피시술자는 그의 모친과 함께 병원에 찾아와 상담실장 및 의사로부터 상담을 받았는데, 그 당시로부터 약 5년 4개월 전에 쌍꺼풀 수술 등을 한 경험이 있는 피시술자는 위 상담실장에게 “눈매교정을 통해 눈은 커지되 쌍꺼풀 라인을 좁게 줄여 달라”고 요청하였고, 이어 의사에게는 “눈과 눈썹이 좁아서 화난 인상으로 느껴진다, 눈꼬리 기울기도 심하게 올라가 있다”고 호소하였다는 것이다.¹³⁵⁾

그렇지만 이와 같은 주관적 미감에 의한 판단은 각각의 경우에 그 미적 이상을 확인하고, 그에 상응하여 피시술자의 외관과 비교하는 것도 실제로는 곤란하다. 따라서 피시술자에게 위와 같은 관점에서 미용수술을 요하지 않는다는 것을 알려주어야 하는 의무는 없다고 하여야 한다.¹³⁶⁾

나아가 전통적인 질병진료의 설명처럼, 피시술자가 아름답지 않고, 어느 부위에 ‘미적 오류’가 있어서 부담을 갖는지를 알려주어야 하는가? 여기에서도 전통적인 진료와 다른 결정적인 차이가 있다. 질병이 있는 환자는 의사를 찾아와서 의료적인 사전조치를 하거나 질병의 증상을 표출함으로써 그의 전문적 지식에 의한 정확한 진단을 받으려고 하는 것과 달리, 미용성형에서는 통상적

135) 서울중앙지방법원 2011. 8. 16. 선고 2010가단407007 판결 [손해배상], 서울중앙지방법원 2012. 9. 21. 선고 2011나38423 판결 [손해배상].

136) 이와 같은 미감 판단의 주관성은, 피시술자가 자신의 외관이 통상적인 미적 수준에 상응한다는 것을 인식하고 있는 경우, 의사는 또한 피시술자의 그에 상응한 질의에 대해 신뢰관계에 비추어 그의 우월적인 지식에 반하는 답변을 하는 것도 허용될 수 없을 것이다. S. Lorz, a. a. O., S. 110.

으로 피시술자가 미용수술을 하려고 의사를 찾는 전에 그 자신이 충분히 아름답지 않으며, 외관상 어느 신체 부위를 교정하여야 하는지를 스스로 진단한다는 것이다. 이러한 사정은 위 대법원 판결에서도 상담실장과의 면담의 예에서도 명확히 드러나는바, 질병을 치료하려는 환자와 달리, 피시술자 개인 자신의 미(美)에 관한 평가는 고도의 주관성을 갖는다. 그러므로 의사가 피시술자에게 그의 미적 관점이 일반의 미의 이상과 다르다는 것을 지적해 주어야 할 의무도 없다.

그 밖에 피시술자에 의해 주관적으로 설정한 미용성형의 진단은, - 대부분의 경우에는 그가 이미 스스로 잠정적으로 결정한 상태에서 의사를 찾아와 자신의 건강상태에 관해서는 의료적 전문적 평가를 참조하면서¹³⁷⁾ -, 상담과정에서 그 밖의 신체부위들과의 불만족이 비로소 제기되고, 그럼으로써 추가적인 미용성형수술에 대한 희망이 일깨워질 수 있다. 그렇지만 이러한 사항들도 피시술자의 본래의 의사(意思)나 그로 인한 침습의 부담과 위험에 비추어 의사의 직무상 본분에 어긋나는 것이다.¹³⁸⁾ 따라서 이에 관한 피시술자의 질의에 관해 의사는 실제적이고 유보적으로 그의 평가를 알려주고 조언을 하여야 하지만, 피시술자의 결정을 어느 일정 방향으로 몰아가는 것은 허용되지 않는다. 즉, 의사는 피시술자에게 모종의 '미적 오류'를 제시하여야 할 법적 의무는 없다.

4. 소결

대법원 판결례와 같이 의료적 미용성형수술을 공법상 보건행정적 의료행위 개념에 포섭하는 것은 타당하다. 그렇지만 전통적으로 의료행위 그 자체가 법윤리적으로 정당성을 확보하고 적법성에 전제되는 치료목적의 진료행위와 달리, 의료적 적응증이 없는 미용목적의 의원침습적 의료행위에 대한 민사법적 책임귀속은 구별하여야 할 것이다. 따라서 이러한 관점에서 질병의 진료목적

137) 이러한 실정은 우리의 경험적 사실과 다르지 않다. 이에 관한 독일의 실증적 예시 등은 S. Lorz, a. a. O., S. 107, Fn. 326 참조.

138) Vgl. S. Lorz, a. a. O., S. 111: "Dies ist nicht Aufgabe des Arztes,"

이 없는 미용성형시술의 계약법적 규율의 모색이 재검토되어야 할 것이다.

그리고 의원침습의 적법성(Rechtmäßigkeit)에 관해 적응증이 어느 정도 비중을 갖는가에 관해서는, 위에서 개관한 바와 같이, 현재로서는 독일에서도 명확한 답이 제시되지 않고 있다고 할 수 있겠다. 그렇지만 독일의 입법자는 의원침습에 대해 근본적으로 비판적인 입장을 표명하는바, 미성년자의 미용시술과 피부미용실 이용을 금지시켜야 한다는 관점이 유력하게 제기되고 있다고 한다.¹³⁹⁾ 비교적 시각에서 본며, ‘눈썹거상술(상안검성형술)’ 판결 사안에서는 중·고교생인 미성년자가 쌍꺼풀 수술 등의 미용성형을 한 경험이 적시되어 있듯이, 우리의 미용성형의료 실태에 대응하는 법정책도 재차 숙고되어야 바람직할 것이다.

또한 위에서 일별한 의료행위의 개념 및 내용상 전통적으로 적응증이 있는 치료침습에 국한하는 관점은 적응증이 없는 의료적 의원침습의 범주에도 확대되는 반면, 다른 한편으로는 의료와 사회법적으로 불가분하게 연계된 건강보험 관련 법규상 규제에서도 간접적으로 반영되어 있다. 나아가 보다 근본적으로는, 의료관계가 해당 진료 내지 의료행위에 대해 (건강)보험의 급여가 이루어지는가에 상당한 영향을 준다는 실상도 비중 있게 고려되어야 한다.

독일의 사회법 제5편에서는 법정보험 가입자의 질병진료의 청구를 원칙적으로 규정하고 있다(§ 52 Abs. 2 SGB V).¹⁴⁰⁾ 2007. 3. “법정보험보험경쟁촉진법(GKV – WSG)”을 통해, 의학적 적응증이 없는 미용수술, 문신, 신체 부위의 천공과 같은 결과진료(Folgebehandlungen)들에 대해서는 그 비용을 적정한 범위에서 환자에게 부담토록 하도록 보완하고,¹⁴¹⁾ 이러한 입법적 결정의 효

139) Vgl. B. – R. Kern · I. Richter, a. a. O., S. 134. 그밖에 여성의 생식기절제도 중상해로서 형법전(§ 226a StGB Verstümmelung weiblicher Genitalien)에 규정되었다. Vgl. BT-Drucks. 16/12910.

140) § 27 SGB V Krankenbehandlung, 위 주 42)참조.

141) § 52 SGB V Leistungsbeschränkung bei Selbstverschulden (1) Haben sich Versicherte eine Krankheit vorsätzlich oder bei einem von ihnen begangenen Verbrechen oder vorsätzlichen Vergehen zugezogen, kann die Krankenkasse sie ... (2) Haben sich Versicherte eine Krankheit durch eine medizinisch nicht indizierte ästhetische Operation, eine Tätowierung oder ein

력을 강화하기 위해서 의사의 비밀유지의무의 예외를 마련하여 보험사에 고지 의무를 규정하고 있다(§ 294a Abs. 2 SGB V).¹⁴²⁾ 이러한 사회법상 규제는 2013년 민법전에 신설된 진료계약에도 연계되었다. 제630c조 제3항에서는 진료비용에 대한 보험급여의 제한에 관한 정보를 안내하여야 할 의무를 규정하고 있다. 이러한 의무는 환자 자신이 책임을 지는 결정을 가능토록 한다는 점에서는 기능적 동일성이 있으나, 의료적 침습에 관해 환자의 자기결정권을 보장하는 설명의무와는 근본적으로 구별된다. 그렇지만 사회국가의 정책적 보장이념이 비교적 양호하게 정착된(독일의) 상황에 비추어 의료생활관계에서 보험급여가 미치는 영향을 살펴보면, 간접적으로는 자기결정의 설명의무적 요소도 내포하고 있다는 것을 부인할 수 없다.¹⁴³⁾ 즉, 최선의 치료결과에 도달하려는 목적을 달성하기 위해 적용되어야 할 진료방법이 보험급여가 포괄적으로 지급되지 않고 진료급부 범위에 속하는 제반 처치들에서 비교적 완화된 제

Piercing zugezogen, hat die Krankenkasse die Versicherten in angemessener Höhe an den Kosten zu beteiligen und das Krankengeld für die Dauer dieser Behandlung ganz oder teilweise zu versagen oder zurückzufordern. Vgl. BT-Drucks. 16/3100, S. 12: Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Wettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz; GKV-WSG); Sommer, SGB V § 52 Leistungsbeschränkung bei Selbstverschulden ... /2. Medizinisch nicht indizierte Maßnahmen (Abs. 2), in: <http://www.haufe.de/personal/>.

142) § 294a SGB V Mitteilung von Krankheitsursachen und dritter verursachten Gesundheitsschäden (1) Liegen Anhaltspunkte dafür vor, dass eine Krankheit eine Berufskrankheit im Sinne der gesetzlichen Unfallversicherung oder ..., sind die an der vertragsärztlichen Versorgung teilnehmenden Ärzte und Einrichtungen sowie die Krankenhäuser ..., den Krankenkassen mitzuteilen. ... (2) Liegen Anhaltspunkte für ein Vorliegen der Voraussetzungen des § 52 Abs. 2 vor, sind die an der vertragsärztlichen Versorgung teilnehmenden Ärzte und Einrichtungen sowie die Krankenhäuser nach § 108 verpflichtet, den Krankenkassen die erforderlichen Daten mitzuteilen. Die Versicherten sind über den Grund der Meldung nach Satz 1 und die gemeldeten Daten zu informieren.

143) Ch. Katzenmeier, a. a. O., NJW 2013, 818; A. Spickhoff, a. a. O., VersR 2013, 272 f., 274. Vgl. § 92 SGB V - Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses(G-BA), in: <https://www.g-ba.de/>. 사회법적 관점에서 보험법에 의한 통상적 요양급여를 벗어나는 의료적 급부는 주로 보다 좋은 결과의 예후와 관련되며, 그러한 한 상대적 적응증이 있는 경우에는 그 기준에 속하지 않는 진료방법들에 관한 위협들에 관해서도 특별하게 설명하여야 하는바, 보험에 의한 요양급여의 수혜 여부의 안내도 설명의무의 범주로 포함시키는 견해는 E. Hauck, a. a. O., NJW 2013, S. 3334, 3340 참조.

한된 처치들만을 활용할 수 있는 경우에는 이러한 정보를 일상적 급여정산업무를 통해 보다 양호하게 숙지하고 있는 의료측으로 하여금 환자에게 그에 관한 경제적 부담을 고지하여 안내하도록 규정한 것이다.¹⁴⁴⁾

우리의 현재 의료생활에서 주된 관심 요소의 하나는 건강보험에 관한 사항이다. 독일에서처럼, 의료계약관계에서 요양급여 사항에 관한 의료측의 정보 우월성을 근거로 그에 관한 정보안내의무를, - 아마도 긍정적인 관점의 비교적 논의도 가능하겠으나 -, 법실무상 판결례에 의한 법발전적 형성으로써도 모할 것인가, 나아가 실정화 등에 관한 법정정책적 논의에 관해 여기에서는 일단 유보한다.¹⁴⁵⁾ 그렇지만 우리의 현 상황에서 미용성형의 의료기술에서는 대부

144) Vgl. Ch. Katzenmeier, a. a. O., NJW 2013, S. 819; A. Spickhoff, a. a. O., VersR 2013, S. 274. 경제적 정보안내의무 위반의 법적 효과에 관해 독일 민법전은 별도로 규정하지 않고 있으나, 입법이유에 의하면 법원의 실무 판결례를 제시하는바, 요양급여의 결여나 보험에 의한 급여지급이 되지 않음을 안내하지 않은 경우에 그 의료급부에 대해 의료측은 환자에게 그 정산을 청구할 수 없으며, 위 의무의 위반은 환자측에서 입증하여야 한다. Vgl. BT-Drucks. 17/10488, S. 22.

145) Vgl. BGH, Urt. v. 9. 5. 2000 - VI ZR 173/99(= VersR 2000, 999); 이 판결 사안에서는 만성적 정신분열증 환자(피고: 1923년생, 여, 법정건강 피보험자)가 원고 정신과병원에서 장기간 입원 등의 치료를 받은 후, 위 병원은 더 이상 입원치료의 필요성이 없어 이후 요양비용(Pflegekosten)은 건강보험법상 더 이상 보험급여가 지급되지 않는다는 통지를 하였다. 그런데 이후 환자는 급식을 거부하면서 입원을 계속하였는바, 위 병원은 이후 입원기간(1995. 10. 5.~1996. 6. 13.)의 요양비(83,122.71 DM)을 소구하였다. 제1심 법원은 원고의 청구를 인용하였고, 항소심(OLG Hamm)은 환자의 단식행위에 관해 입원치료의 필요성(§ 39 Abs. 1 SGB V: Krankenhausbehandlung)을 인정하면서도 노무계약(§ 611 BGB)의 보수청구의 법리를 적용하고, 경제적 설명의무를 위반한 손해배상으로서 동일한 금액을 인정하여 원고의 청구를 기각하였다. 연방법원은 위 환자는 더 이상 치료될 수 없는 상태(eine chronifizierte schizophrene Psychose mit erheblicher Residualproblematik und einem fixierten Wahnsystem)로서 단순히 관리 내지 보존을 위한 입원은 사회적 의미에서 입원치료의 필요성이 없어 법정보험사의 병원비용 보상 의무는 없으며, 원고 병원은 위 기간 동안의 요양급부(Pflegeleistungen nach dem am 1. April 1995 in Kraft getretenen SGB XI)에 대한 사법적 보수청구권을 인용하였다[Vgl. "Erstattung der Kosten einer häuslichen Pflegehilfe auf den Sozialversicherungsträger" BGHZ 134, 381 (386); "병원방랑자(Kostenerstattung für Behandlung sog. Krankenhauswanderer)" BSG, Urteil vom 21. 8. 1996 - 3 RK 2/96(Baden-Württemberg)]. OLG Köln, Urt. v. 23. 3. 2005 - 5 U 144/04(= VersR 2005, 1589). 이 판결 사안에서는 환자(남, 공무원)가 사보험(PKV)에 가입되어 있었는데, 임플란트 수술을 받으면서 치과의사로부터 그 수술비용이 전부 지급되는 것으로 안내를 받았다. Köln고등법원은 2002년 개정된 현행 독일 민법전 제241조 제2항의 계약상 부수적 의무로서 경제적 설명의무를 위반한 손해배상책임과 과실상계를 50%를 인정하여 환자에게 진료비의 1/2를 지급하도록

분의 경우 건강보험급여가 없다는 것은 이미 주지의 사실(!?)이라고 하여도 아마도 과언은 아닐 것이다.¹⁴⁶⁾

V. 성형시술계약의 법적 성질

1. 문제점 - 의료와 진료계약

진료계약의 법적 성질에 관해 우리 학계는 20세기 후반에 이르기까지 대체적으로 위임계약의 일종(Heilauftrag)으로 해석하고 있었으나, 현재 의료법학계의 지배적인 견해는 의료관계의 특수성에 비추어 신종계약(Vertrag sui generis)으로 파악하고 추세에 놓여 있는 것으로 파악된다.¹⁴⁷⁾

1988년 대법원 판결¹⁴⁸⁾에서는, “의사가 환자에게 부담하는 진료채무의 법

판결하였다. 그밖에 환자측의 위자료 청구에 대해서는 환자의 사전동의를 있었고, 위 의무의 위반은 단지 순수한 계약상 부수적 의무이고 불법행위가 되지 않아 진료침습을 위법하게 하지는 않는다고 판시하였다.

- 146) 국민건강보험법 제41조 제2항 및 제3항에 따라 요양급여의 방법·절차·범위·상한 및 제외대상 등 요양급여기준에 관하여 필요한 사항을 규정하는 ‘국민건강보험 요양급여의 기준에 관한 규칙’에서 요양급여 및 비급여의 대상을 구체적으로 한정하여 열거하고, 요양급여대상을 급여목록표로서 고시하며, 동법 제41조 제1항 각호에 규정된 요양급여 행위, 약제 및 치료재료(동법 제41조 제1항 제2호의 규정에 의하여 지급되는 약제 및 치료재료)로 구분하여 고시한다(동규칙 제1조, 제5조, 제8조, 제45조, 별표 1, 2 등 참조).
- 147) 진료계약을 우리 민법전의 전형계약에 편서(編序)함에 있어서 종속관계를 전제하는 고용(雇傭), 그리고 의사의 의료전문적 재량의 요소를 고려할지라도 급부의 내용상 수단이나 결과를 모두 포괄할 수 있는 일반적인 ‘사무 처리의 위탁’을 요건으로 하는 위임(委任)이 적합하지 않다는 점을 지적할 수 있을 것이다(대법원 2012. 11. 15. 선고 2010다 20228 판결 참조). 석희태, 의료계약(중), 사법행정(1988. 11), 56면 이하; 김민중, 의료행위에서의 법률문제와 의사의 책임(상), 법조(1991. 3), 76면 이하; 동저, 진료계약: 판례로 형성된 원칙에서 전형계약으로, 사법(2014. 6), 45, 56면 이하; 서광민, 진료계약의 법률관계(고시제 1992. 9.), 민법의 기본문제(2006), 275, 288면 이하; 김천수, 진료계약, 민사법학 제15호(1997), 147면 이하 등. 그밖에 안법영, 앞의 논문, 『법학논집』, 제33집, 고려대학교 법학연구소, 1997, 제231, 234면 주 4) 참조. 의료행위 재량성의 개관은 신현호·백경희, 앞의 책, 78면 이하 참조.
- 148) “하지혈관폐색 검사 혈관조영술 사건”대법원 1988. 12. 13. 선고 85다카1491 판결. 이 판결의 공보에서는 [참조조문]을 민법 제390조, 제680조로 제시하였는바, 진료계약을 위임계약으로 파악한 당시의 관점을 반영하고 있는 것으로 짐작할 수 있다. 이후 척추전

적 성질에 관해 의사가 환자에게 부담하는 진료채무는 질병의 치유와 같은 결과를 반드시 달성해야 할 ‘결과채무’가 아니라 환자의 치유를 위하여 선량한 관리자의 주의의무를 가지고 현재의 의학수준에 비추어 필요하고 적절한 진료조치를 다해야 할 채무 이른바 ‘수단채무’라고 보아야 하므로 진료의 결과를 가지고 바로 진료채무불이행 사실을 추정할 수는 없으며 이러한 이치는 진료를 위한 검사행위에 있어서도 마찬가지라고 할 것”이라고 비교적 구체적으로 요지의 논거를 제시하였다.

이와 관련하여 이하에서는 고전적이라 할 수 있는 독일의 ‘의치진료’ 판결을 소개한다.

2. “의치진료” 판결¹⁴⁹⁾

치과 의사 Dr. S(원고, 상고절차 중 상속인들이 소송수계)는 1969. 5.~6. 환자(피고)의 치아 몇 개를 발치하고서, 상악 무치아틀니(Oberkiefervollprothese) 및 하악 12치아의 부분틀니(Unterkieferteilprothese)를 제작하여 양자를 접합시켰다. 하악 부분틀니는 금클립으로 이전에 금치관(金齒冠, Goldkronen)을 한 송곳니에 부착시켰다.

위 환자는 이어진 휴가 중 위염(Gastritis)을 앓게 되었고, 같은 시기에 위 치과 의사가 치료한 치관들은 푸른색으로 변색되었는바, 구강·치과전문의(DR.

방유합수술 후에 나타난 환자의 하반신 완전마비증세가 의사의 과실로 인하여 초래된 것으로 추정한 대법원 1993. 7. 27. 선고 92다15031 판결; 의사가 환자에게 부담하는 진료채무는 수단채무이므로, 의사가 환자의 치유를 위하여 선량한 관리자의 주의의무를 가지고 현재의 의학수준에 비추어 필요하고 적절한 진료조치를 다한 이상 이는 진료채무의 본지에 따른 것으로 수술 결과 환자의 질병이 치료되지 아니하고 후유증이 남게 되었다 하더라도 수술에 따른 치료비, 그리고 그 후유증이 의사의 치료상 과실로 인한 것이라고 볼 수 없는 이상 의사에게 그로 인한 손해전보의 책임이 있다고 볼 수 없으므로 후유증이 나타난 이후에 증세의 회복 내지 악화 예방을 위하여 이루어진 진료에 관한 비용도 청구할 수 있다는 대법원 2001. 11. 9. 선고 2001다52568 판결 [용역비]; 서울고등법원 2005. 4. 21. 선고 2004나3445 판결 등 참조.

149) “의치진료(zahnprothetische Behandlung)” BGHZ 63, 306(= BGH, Urt. v. 9. 12. 1974 - VII ZR 182/73).

Sch.)의 자문에 의하면, 치관의 변색은 너무 많은 구리성분이 함유되었기 때문이고, 위 위염도 그에 기인한다고 추론하였다. 위 환자는 위 구강·치과전문의(DR. Sch.)로 하여금 다른 치관으로 교체토록 하고, 이후에 연구소에서 그 화학성분을 조사하며, 1970. 3. 새로운 틀니를 제작토록 하였다.

위 치과의사는 수고료[(1,600 DM - 틀니: 1,100 DM, 치관: 400 DM, 구강 위생처치(발치 등): 100 DM]과 그 이자 상당액, 그리고 소송 외의 최고(催告) 비용(1.06 DM)을 청구하였고, 이에 대해 위 환자는 치관에 활용한 황금에는 허용되지 않는 혼합물이 함유되었고, 부적합된 틀니에는 하자가 있어서 손해(1,698 DM)가 발생하였다고 대응하였다.¹⁵⁰⁾

항소심은 도급계약(Werkvertrag)에 관한 조항들만을 적용하였는데, 판례와 문헌에서는 의치진료의 부분적 인수는 노무(직무)계약(Dienstvertrag)이라는 견해가 표명되고 있었다. 이 견해는 환자는 그를 왜곡시키지 않으면서 기능하는 구강과 턱에 적합한 틀니를 기대하였다는 점을 충분히 고려하지 않고 있다. 예컨대 의치의 시적(施適)에 불가결한 치료진료(notwendige Heilbehandlung)는 기대하고 합의한 위 결과에 미치지 못하였고, 여기의 의치제작에는 치관을 완성하여 마무리하는 것도 포함한다. 그러는 한 그 일(Werk)은 금이 변색되었기 때문에 하자가 있었다. 그렇지만 위 치과의사(원고)에게 과책(過責)이 없으므로(nicht verschuldet), 위 환자(피고)는 손해배상을 청구할 수 없고, 하자보수(Nachbesserung)은 원거리 휴가지에서 질환이 발생한 특별한 사정으로 결여되므로, 보수의 감액(Minderung)만을 청구할 수 있다.

연방법원은 의치진료를 목적으로 하는 계약의 법적 성질에 관한 당시의 논의를 다음의 3가지로 분류·제시하여 실시하였다.

a) 제국법원(RG)¹⁵¹⁾은 의치제작 및 그 시적은 부대체물의 제작물공급계약

150) 지방법원(LG Koblenz)은 위 환자의 청구를 전부 인용하였으나, 항소심(OLG Bad Kreuznach)은 가치 없는 치관의 비용(400 DM)과 그 이자 상당액은 기각하였다.

151) RGZ 95, 322(325). 이하 1980년 이전의 상당 문헌과 판결례는 위 BGHZ 63, 306(= BGH, Urt. v. 9. 12. 1974 - VII ZR 182/73)에서 재인용한다.

(Werklieferungsvertrag)으로서 판결하면서, 여기에서는 행해진 건강유지에 불가결한 신체부위 감소의 장래적 장애의 예방을 위한 보완보다 의료전문지식의 행사가 적다고 실시하였다. 제국보험국(Reichsversicherungsamt)도“치아의 단순한 결여”를 질병으로 평가하지 않고, 치아대체물 제작의 경우에는 치과 의사의 급부를 의술적 진료(ärztliche Behandlung)로 여기지 않았다.¹⁵²⁾ b) 일부 하급심 판례들에서는 의치 진료를 전적으로 노무계약법에 정서(整序)하여, 의치진료는 그 결과가 보장될 수 없는 치료진료이고,¹⁵³⁾ 치과영위에 관한 법률(ZHG)¹⁵⁴⁾에 의하면, “치아들의 흠결”은 질병이며, 의치의 수공업적 제작은 단지 하위적 역할을 하는데 그친다는 것이다.¹⁵⁵⁾ c) 일부 하급심 판례는 분화적 경제획정이 요청된다고 하는바, 본질적으로는 의치진료는 고급 양태의 노무급부(Dienstleistung höherer Art)이지만, 의치제작과 시적은 도급계약의 담보책임법(Gewährleistungsrecht)이 적용되어야만 한다는 것이다.¹⁵⁶⁾

결론적으로 위 판결에서 독일 연방법원은, 의치진료를 목적으로 하는 계약은 근본적으로 노무계약인바, 치과적 급부는 원칙적으로 고급 양태의 노무라

152) Grundsätzliche Entscheidung Nr. 4067 vom 4. 2. 1931, Reichsarbeitsblatt 1931 IV, 219. 이와 같은 제국법원의 판결에 다른 판례들과 문헌에 관해서는 위 판례, BGHZ 63, 306(308) 1 a) 후단; OLG Karlsruhe, NJW 1967, 1512; LG Hannover 10. 1. 1956 - 11 S 287/55(= NJW 1956, 1640) 참조. 위 판결은 당시 문헌인 Denecke(BGB-RGRK, 11. Aufl. § 651 Anm. 3), Palandt/Putzo(32. Aufl. Einf. vor § 611 Anm. 2 a bb), J. Esser(Schuldrecht II, 4. Aufl., § 76 II mit N. 12)를 참조로 제시하고 있다.

153) “Nach ihrer Meinung ist die zahnprothetische Behandlung eine Heilbehandlung, für die ein Erfolg nicht garantiert werden könne.”

154) § 1 Abs. 2 des Gesetzes über die Ausübung der Zahnheilkunde(ZHG) vom 31. März 1952 (BGBl. I 221).

155) “..., daß das “Fehlen von Zähnen” eine Krankheit darstelle. Die handwerksmäßige Anfertigung der Prothese spiele nur eine untergeordnete Rolle.” 당시 참조 문헌으로 Soergel/Siebert/Wlotzke/Volze(10. Aufl. Anm. 104 vor § 611), Döring(NJW 1956, 1640[LG Hannover 10. 1. 1956 - 11 S 287/55]; NJW 1957, 699(= BayObLG 29. 3. 1957 - 2 RReg St 864/56 u. NJW 1959, 817), Venter (Zahnärztliche Rechtskunde 1955, S. 53 ff) und wohl auch Erman/Wagner(5. Aufl. § 631 Anm. 3)을 제시하고 있다.

156) 참조로서 LG Wuppertal, NJW 1965, 349; AG Hamburg, MDR 1964, 233; Wüster, NJW 1957, 698(BayObLG 29. 3. 1957 - 2 R Reg St 864/56)를 제시한다.

고 하였다.¹⁵⁷⁾ 의사는 통상적으로 단지 질병의 실질에 적합한 진료, 즉 그의 의술적 행위만을 약속할 뿐이고, 희망된 결과, 즉 질병의 치유는 약속하지 않는다.¹⁵⁸⁾ 도급계약의 하자담보법은, 특수한 치과적 치료진료 없이, 단지 의치의 기술적 제작만이 중심이 되는 양태의 계약들에 한하여 효력이 있다고 하였다.

3. 비교적 검토

대법원은 진료계약을 ‘수단적’ 급부의무, 독일 연방법원은 ‘노무(직무)계약’이라고 하는바, 독일 연방의사협회(Bundesärztekammer)의 표준직률(MBO), 그리고 2013년 진료계약을 신설하는 민법전 개정의 입법이유에서도 표방되어 있다. 이와 같은 관점은 근본적으로 인간의 신체는 살아 있는 유기체로서 아무런 예단이 가능하지 않다는 것이다.¹⁵⁹⁾ 이는 또한 위에서 일별한 우리 판결례들의 요지상 논거에서도 드러나듯이, 해석적 논거는 의사가 의료적 노고를 채무로 부담하지만 그 치유결과를 채무로 부담하지 않는다는 것이다. 바로 이것이 독일 민법전의 전형계약으로서 신설된 진료계약이 노무계약의 일종으로

157) “Der auf eine zahnprothetische Behandlung gerichtete Vertrag ist grundsätzlich Dienstvertrag; denn zahnärztliche Leistungen sind grundsätzlich Dienste höherer Art.” Vgl. H. A. Grams, Erfolgsbezogene ärztliche Behandlung, insbesondere bei prothetischen (Zahn-) Arztleistungen, GesR 2012, S. 513 ff.

158) “Ein Arzt verspricht regelmäßig nur die sachgerechte Behandlung des Kranken, also seine ärztliche Tätigkeit, nicht aber den gewünschten Erfolg, die Heilung des Kranken(K. Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts II, 10. Aufl., § 52 I).”

159) Vgl. (Muster-)Berufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte(Stand 2011) – MBO-Ä § 11 Ärztliche Untersuchungs- und Behandlungsmethoden (1) Mit Übernahme der Behandlung verpflichten sich Ärztinnen und Ärzte den Patientinnen und Patienten gegenüber zur gewissenhaften Versorgung mit geeigneten Untersuchungs- und Behandlungsmethoden. (2) Der ärztliche Berufsauftrag verbietet es, diagnostische oder therapeutische Methoden unter missbräuchlicher Ausnutzung des Vertrauens, der Unwissenheit, der Leichtgläubigkeit oder der Hilflosigkeit von Patientinnen und Patienten anzuwenden. Unzulässig ist es auch, Heilerfolge, insbesondere bei nicht heilbaren Krankheiten, als gewiss zuzusichern; BT-Drucks. 17/10488, S. 17: “Wegen der Komplexität der Vorgänge im menschlichen Körper, die durch den Menschen kaum beherrschbar ist, kann ein Erfolg der Behandlung am lebenden Organismus im Allgemeinen nicht garantiert werden. Der Behandelnde wird daher lediglich zu einer fachgerechten Vornahme der Behandlung verpflichtet, schuldet aber grundsätzlich keinen Behandlungserfolg.”

편제된 주요 이유이기도 하다.¹⁶⁰⁾

그런데 우리의 미용성형의료의 경우, 위에서 일별한 ‘상안검성형술’ 판결 사안에서 살펴볼 수 있듯이,¹⁶¹⁾ 피수술자 측에서 ‘눈매교정을 통해 눈은 커지되

160) Vgl. A. Laufs, a. a. O., Rn. 110: “Als Vertragspartner des Krankens schuldet der Arzt die zum Wohl seines Patienten erforderlichen medizinischen Maßnahmen nach den Regeln der ärztlichen Kunst.”; W. Uhlenbruck, in: Laufs/Uhlenbruck, a. a. O., § 63, Rn. 10; Ch. Katzenmeier, a. a. O., NJW 2013, S. 818.

161) 환송 후 판결(서울중앙지방법원 2014. 1. 8. 선고 2013나32115)에서는 대법원 환송판결 논거를 제시하고, 위 I에서 제시한 판결이유 외에, 원고들의 요청 사실에 응하여 피고는 눈썹거상술에 관하여 설명에 관해 다음과 같이 실시하고 있다. ‘원고가 눈썹거상술을 시술받으면서 수술동의서에 서명하였는데, 그 동의서에는 ① 눈썹 밑 절개를 통한 눈썹올림수술은 우올해 보이거나 피곤해 보이는 것을 좋게 완화시키고, 눈을 커지게 하는 효과를 내기 위해 시행된다. ② 그렇더라도 모든 성형수술이 마찬가지로 몇 가지 위험요소가 있는데, 감염, 상처가 덧나는 경우, 눈썹 위와 아래의 피부에 약간 융기된 듯한 부분이 초기에 생길 수 있다. ③ 눈썹주위에는 여러 가지 감각신경이 혼재해 있어 감각이 무디거나 찌릿찌릿한 느낌이 초반에 생기거나 지속될 수 있다. ④ 개인마다 피부와 피부 및 조직, 그리고 당겨지는 조직의 탄력성이 모두 다르므로 시간이 경과하면서 여러 가지 변수가 생길 수 있다’는 내용 등이 기재되어 있는 사실을 인정하여, 원고가 좀 더 예뻐지기 위하여 피고에게 이야기한 주된 호소는 눈매교정을 통해 눈은 커지되 쌍꺼풀 라인은 좁게 줄여주고, 눈과 눈썹이 좁아서 화난 인상으로 느껴지는 것과 눈꼬리 기울기가 심하게 올라가 있는 것을 개선하여 달라라는 것이었고, 피고는 제1심 이래 원고에게 눈썹거상술을 권유하고 이를 시술한 것은 수술하지 않은 자연스러운 느낌으로 상안검의 답답한 느낌을 개선할 수 있다고 생각하였기 때문이라고 주장하고 있고, 눈썹거상술은 눈꼬리가 올라가 있는 것을 개선하는 수술법은 아니고 쌍꺼풀 라인을 좁게 줄이는 데에는 효과가 없으므로, 눈썹거상술이 원고가 원하는 위와 같은 결과를 구현할 수 있는 시술법은 아니라고 볼 여지가 충분하므로, 피고로서는 이에 관하여 원고에게 설명하였어야 할 것인데도, 피고가 원고에게 눈썹거상술을 시행하면 눈이 커지는 효과가 있다는 설명을 하였을 뿐 위와 같은 내용을 알려 주었다고 인정할 증거가 없으므로, 피고는 눈썹거상술을 시술함에 있어 설명의무를 위반하였다고 판단하고, 의사가 설명의무를 위반한 채 수술 등을 하여 중대한 결과가 발생한 경우에 환자측에서 선택의 기회를 잃고 자기결정권을 행사할 수 없게 된 데 대하여 위자료만이 아닌 전 손해의 배상을 구하는 경우에는, 그 설명의무의 위반이 구체적 치료과정에서 요구되는 의사의 주의의무의 위반과 동일시할 정도의 것이어야 하고 그러한 위반행위와 중대한 결과 사이에 인과관계가 존재함이 입증되어야 한다(대법원 1996. 4. 12. 선고 95다56095 판결 등 참조)는 논지에 따라, 원고가 건강침해 상황에서 이를 치료하기 위한 목적보다는 미용상의 개선효과를 거둘 목적에서 피고의 권유에 따라 피고로부터 눈썹거상술을 받았다 는 점을 고려하면, 만일 눈썹거상술이 눈꼬리가 올라가 있는 것을 개선하는 수술법도 아니고 쌍꺼풀 라인을 좁게 줄이는 데에도 효과가 없는 수술법이어서 원고가 원하는 결과를 구현할 수 있는 시술법이 아닐 수도 있다는 충분한 설명을 자세하게 받았다면 원고로서는 눈썹거상술을 받지 않았을 것으로 보이는 점에 비추어 눈썹거상술 시술로 인한 원고들의 손해와 피고의 설명의무 위반 사이에 상당인과관계가 있다고 실시하고, 피고는 설명의무를 위반하였을 뿐 아니라 이 사건 흉터를 발생하게 한 과실이 있으므로, 피고는 원고들에게 발생한 전 손해를 배상할 의무가 있으나, 눈썹거상술 시술 자체에

쌍꺼풀 라인은 좁게 줄여주고, 눈과 눈썹이 좁아서 화난 인상으로 느껴지는 것과 눈꼬리 기울기가 심하게 올라가 있는 것을 개선하여 달라는' 미용목적을 분명하게 밝힌 상황이 전제되었음에도 의료측에서 이러한 미용목적을 달성할 수 없는 성형시술방법인 '눈썹거상술'에 관해 설명을 하고 동의를 받아 시술하고서 상당한 금액의 수술비를 받았다는 것이다.

위 사안에 대해 법원은 불법행위법상 책임귀속 요건으로서 설명의무의 위반을 인정하고,¹⁶²⁾ 위자료는 물론, 그 설명의무의 위반이 “좀 더 예뻐지기 위하여 피고에게 이야기한 주된 호소는 눈매교정을 통해 눈은 커지되 쌍꺼풀 라인은 좁게 줄여주고, 눈과 눈썹이 좁아서 화난 인상으로 느껴지는 것과 눈꼬리 기울기가 심하게 올라가 있는 것을 개선하여 달라는 것이었고, …, 눈썹거상술은 눈꼬리가 올라가 있는 것을 개선하는 수술법은 아니고 쌍꺼풀 라인을 좁게 줄이는 데에는 효과가 없으므로, 눈썹거상술이 원고가 원하는 위와 같은 결과를 구현할 수 있는 시술법은 아니라고 볼 여지가 충분”하고, “만일 눈썹거상술이 눈꼬리가 올라가 있는 것을 개선하는 수술법도 아니고 쌍꺼풀 라인을 좁게 줄이는 데에도 효과가 없는 수술법이어서 원고가 원하는 결과를 구현할 수 있는 시술법이 아닐 수도 있다는 충분한 설명을 자세하게 받았다면 원고로서는 눈썹거상술을 받지 않았을 것으로 보이는 점에 비추어 눈썹거상술 시술로 인한 원고들의 손해와 피고의 설명의무 위반 사이에 상당인과관계가 있으므로” … “구체적 치료과정에서 요구되는 의사의 주의의무의 위반과 동일시할 정도의 것”이라고 판단하였다.

위와 같이 법원이 성형시술의 결과적 오류에 대한 손해를 포함하는 전손해의 배상을 인정함으로써 결과적 타당성을 도모한 지혜로운 판단을 모색한 점

의하여 흉이 어느 정도 생길 수밖에 없는 점, 원고도 위와 같은 가능성을 어느 정도 감수하고 눈썹거상술을 시술받은 것으로 보이는 점 등을 피고가 배상하여야 할 재산상 손해액을 산정함에 있어 참작하기로 하여, 피고의 책임 범위를 90%로 제한하였다.

162) 법원행정처가 정리한 위 대법원 판결의 【참조조문】에서는 “민법 제750조”로 명기되어 있다. 이와 관련하여 발표자는 법치주의 원리를 구현하는 판결문에서 ‘참조’하는 것이 아닌 ‘적용’법조를 명기하는 것이 보다 바람직하지 않은가라는 의견을 밝힌다.

에 관해서는 아무런 이의가 없을 것이다. 그렇지만 질(質)적으로 보호법익을 달리하는 의무위반과 위법성관련이 없는 진료상 주의의무로 인한 신체침해의 손해배상을 양(量)적으로 비교하는 법리구성 자체는 물론, 나아가 질병의 치료가 아닌, 즉 의료적 적응증이 없는 미용성형의 의원침습의 사안을 의료적 적응증 판단을 전제로 하는 치료침습에 대한 책임귀속의 법리를 적용하는 것이 적정한가에 관해서도 회의적인 시각을 배제할 수 없다. 다시 말하면, 의료적 적응증이 없는 의료적 시술행위를 의료적 적응증 판단을 전제하는 치료목적의 설명의무위반 및 진료시술상 주의의무의 위반과 동등하게 평가하는 근본적인 문제점을 지적하지 않을 수 없다.¹⁶³⁾

여기에서는 비록 판결문에만 국한하여 상정하는 것이지만, 위 사안에서는, - 금기인 시술을 배제하는 한, 이른바 ‘사회심인적 적응증(psychosoziale Indikation)’¹⁶⁴⁾을 인정할지라도 -, 해당 성형목적에는 관련 없는 시술을 권하여 사전동의를 받은 것에 불과하므로, 그 인과적 상당성 판단에 앞서, 그러한 침습적 성형시술에 대한 사전동의 자체가 법적 효력이 없는 것으로 판단할 여지를 배제할 수 없다.¹⁶⁵⁾ 따라서 피시술자(원고)의 소송대리인으로서 오히

163) 설명의무 위반을 논거로 진료시술상 오류에 대한 의무위반의 책임귀속으로 평가하는 법리적 오류에 대한 비판은 안법영, 위의 논문, 『법학논집』, 제33집, 고려대학교 법학연구소, 1997, 231면 이하.

164) 위 III. 2. 독일 사회법원 판결례 소개 참조. Vgl. Ch. Stock, Die Indikation in der Wunschmedizin (2008), S. 51: Medikalisierung bzw. Medizinalisierung - "psychosoziale Indikation".

165) 이러한 관점에서 형사책임도 검토될 수 있을 것이다. Vgl. "치아발치(Zahneextraktion)" BGH, Urt. v. 22. 2. 1978 - 2 StR 372/77: "Nicht jede ärztliche Maßnahme geschieht zu Heilzwecken. Der Arzt führt vielmehr in grundsätzlich zulässiger Weise auch Behandlungen durch, die wie Sterilisationen oder kosmetische Operationen anderen Zielen dienen können. Wann dies im einzelnen zutrifft, bedarf hier keiner Erörterung, denn jedenfalls fehlt es an einem Heileingriff, wenn eine Operation nicht - auch nicht aus Gründen der Vorsorge (BGHSt 12, 379) - ärztlich indiziert ist und der Arzt das weiß." 이 판결 사안에서는 심하게 지속되는 두통 환자(여)가 자신의 심한 두통을 멈추게 하려고 소박한 자가진단으로 치과 의사에게 발치를 희망하였고, 그 의사는 환자의 두통과 치아 상태 사이에 원인이 아닐 수 있다고 생각하였으나 위 환자에게 발치 후 두통소멸의 심인적 관련성의 적응증을 확인시키지 않고서, 환자의 지속적인 요청으로 1975. 10. 14. 상·하악 5개 치아를 발치하고, 같은 해 10. 29. 광범위한 발치를 하였다. 연방법원은 의료적 적응증(medizinische Indikation)이 없어 환자가 표시한 발치시술에 대한 사전동의는 효력이 없는 것으로 판단하여, 위 발치시술에 대해 고의의 신체침해(Entfernung von Zähnen als tatbestandsmäßige

러 성형계약의 위반으로, 즉 성형수술을 통해 달성하려는 피수술자측의 목적 표상(Zweckvorstellung)이 의료적 성형수술의 계약목적(Vertragszweck)으로 되었는데는 계약법적 관점에서의 법리구성을 모색하여 소구하였다면, - 판결의 결과적 타당성을 넘어서 -, 법리구성상 보다 적절하였을 것이다.

궁극적으로는 법규범적 당위성의 관점에서 본다면, 의사는 환자에게 발생한 운명적 생기(生起)에 개입되는 것이지 ‘자연의 지배자’가 아니고,¹⁶⁶⁾ 그의 진료행위는 ‘이타적 열정’에 그 기반을 두고 있으며, - 역(逆)으로는 -, 환자로서도 의사의 충분한 노력만을 기대하는 것이 허용된다. 나아가 이러한 기초 위에서 의사는 해당되는 법적 규율의 구속 하에서 정당한 수익을 얻는 것이고, 또한 그 치료목적의 침습적 진료행위에 관해 책임법적 특수성이 인정되는 것이다.¹⁶⁷⁾ 그러므로 이러한 수술을 시행하는 의사가 적응증 있는 진료의 활동 영역을 포기하고서 단지 그가 학습한 의술적 역량을 영리적 목적에 투입하는 경우, 민사법에서도 더 이상 질병치료의 진료침습으로서 보호가치가 없으므로 다른 규범적 가치판단으로 접근하여야 마땅할 것이다.¹⁶⁸⁾

VI. 결론적 소견 - 미용성형의료의 계약법적 규율

독일 실무에서도 위와 같은 비판이 뚜렷이 대두되기 전에 이미 미용성형수술

Körperverletzungen)의 책임(schuldig)을 인정하였다(§§ 223, 53 StGB).

166) Vgl. A. Laufs, a. a. O., Rn. 21; ders./W. Uhlenbruck, a. a. O., § 1 Rn. 3, § 4 Rn. 6; Soergel/A. Spickhoff, BGB(13. Aufl., 2005) § 823, Anh. I Rn. 1; E. Deutsch/A. Spickhoff, a. a. O., Rn. 12; S. Lorz, a. a. O., “Der Arzt ist minister naturae, Helfer der Natur. Er soll den ursprünglichen gesundheitlichen Ausgangszustand, den naturzustand wiederherstellen.”

167) Vgl. W. H. Eberbach, a. a. O., in: Die Verbesserung des Menschen(2009), S. 25 f.: “... rechtliche Einordnung vor allem, dass der Arzt nicht “Herr der Natur” ist, ... Letztlich wird der Arzt einbezogen in ein Geschehen, das dem Patienten schicksalhaft auferlegt ist ... in grundsätzlich altruistischem Impetus. ... Diese wesensmerkmale seines Handelns rechtfertigen auch die privilegierte Haftung des Arztes.”

168) W. H. Eberbach, a. a. O., in: Die Verbesserung des Menschen(2009), S. 25 ff., 28 ff., 34 ff.; ders., a. a. O., MedR 2008, S. 325 ff., 334.

계약은 이미 의술적 노무급부계약(ärztlicher Dienstleistungsvertrag)으로 취급되고 있었다.¹⁶⁹⁾ 발표자의 일천한 식견에 의하면, 우리의 의료실정 전반은 물론, - 비록 부분적인지만 -, 미용성형의료의 부정적 실태에 비추어 보며, 비록 명확한 법리구성의 제시가 없을지라도 독일의 경우와도 크게 다를 바 없다고 생각한다.¹⁷⁰⁾ 그리고 위와 같이 질병의 적응증, 그리고 그에 근거한 의술적 치료를 중심으로 하여 진료행위의 개념을, - 공법적 의료행정적 규율에 중점이 두어진 -, 의료행위의 개념과 구별하는 관점은 의료의 주된 목적을 건강의 유지 및 회복으로 포착하는 것이다. 또한 위(I.)에서 개관에 비추어, 그리고 세계보건기구가 의료개념을 웰빙(well-being, Wohlbefinden)으로 선언하고 있는 바, 오늘날 의료는 건강의 증진이나, 삶의 질을 증진·향상시키는 각종 의술적 영역들도 법정책상 긍정적으로 포괄하는 범주적 개념으로 이해되어야 한다.¹⁷¹⁾

다만, 미용을 목적으로 하는 의료행위도, - 최소한 실정법적 요건을 갖추고 있는 한 -, 적법한 행위이지만 민사 책임법의 시각에서는 그러한 의료행위에 의한 신체적 침습은 질병치료와 건강회복 자체를 목적으로 하는 진료침습과 달리 취급되어야 한다. 이에 관련하여서는 미용성형기술은 도급계약적 규율

169) “실리콘유방확대(Brustvergrößerung beidseits Silikonkissen-Dienstvertrag)” OLG Köln, Urt. v. 27. 11. 2002 - 5 U 101/02; “Bruststraffung und Fettabsaugung” OLG Hamburg, Beschluss vom 29. 12. 2005 - 1 W 85/05. Vgl. B.- R. Kern·I. Richter, a. a. O., S. 136.

170) 독일의 미용성형실태 위 I. 주 13) 참조. Vgl. Ch. Stock, a. a. O., S. 70 ff.

171) 건강(Gesundheit)과 미(Schönheit)는 지고의 가치로서 의료생활에서는 제3의 비교·교량적 지평으로서(als tertium comparationis) 양자를 포괄하여 의술적 행위의 목적을 법윤리적 내지 규범적으로 정당화할 수 있을 것이다. Vgl. Soergel/A. Spickhoff, BGB(13. Aufl., 2005), § 823, Anh. I Rn. 83; E. Deutsch/A. Spickhoff, a. a. O., Rn. 12; S. Lorz, a. a. O., S. 174; “콧바퀴성형(Schönheitsoperation-Korrektur absteher Ohrmuscheln)” OLG Köln, Urt. v. 3. 2. 1999 - 5 U 118/98(= VersR 1999, 1371): “Gerade bei Schönheitsoperationen beruht der Operationswunsch des Patienten vielfach auf dessen höchstpersönlichem ästhetischen Empfinden. Das, was von einer Vielzahl von Menschen als normal oder jedenfalls akzeptabel hingenommen wird, kann dem Einzelnen missfallen und ihn unter Umständen sogar sehr belasten. Angesichts dessen wäre es verfehlt, vom plastischen Chirurgen zu verlangen, dass er in all diesen Fällen eine Operation von vornherein unterlässt.”; S. Beck, a. a. O., MedR 2006, S. 95 ff.

이 적극적으로 고려되어야 한다.

위에서 일별한 ‘상안검성형수술’ 판결 사안에 비추어, 그리고 어느 정도 진료의 성격을 갖추고 있는 것으로 추정되는 ‘콧등성형수술(비중격성형술)¹⁷²⁾’ 판결이유가 설득력 있게 다가오듯이, 적응증이 없는 것은 물론이고 피수술자가 의도한 바와는 전혀 다른 성형수술을 권유하여 시술하는 경우에는, - 공법적으로는 의료의 범주에 속하지만 -, 민사법적으로는 더 이상 질병치료의 진료계약으로 취급될 수 없는 것이다.

결론적으로 요약하면, 환자는 고객이고 의사는 의료기술의 재단사가 되는 순간, 민사법상 채권법적 규율은 그 관계의 본질에 상응하도록 도급계약 법리의 적용이 고려되어야만 할 것이다.¹⁷³⁾ 질병의 적응증이 전혀 없는 단순 미용성형의료에서는 도급계약의 법리적 적용을 적극적으로 모색하는 것이 그 법리적 정확성과 아울러, 그럼으로써 달성할 수 있는 법정정책적 바람직함에서도 그 당위성을 갖는다.

치료목적이 결여된 단순 미용성형수술에 관한 의료계약의 성립과 그 급부내용의 결정상 피수술자의 주관적 평가와 의사의 진단적 판단은 상당한 역할을 한다는 점을 지적하지 않을 수 없다. 이는 종국적으로 성형의료의 어떠한 시술행위를 도급계약으로 규율할 수 있는가라는 평가적 판단의 일반적인 법리적 표지라고 할 수 있다. 위 독일 사회법원의 판결례들의 일별에서 살펴본 바와 같이, 종국적으로 개별사안에 따라 판단되어야 할 것이다. 그러므로 우선적으로는 계약법적 관점의 범주로서 목적표상(Zweckvorstellung)과 계약목적(Vertragszweck)에 관한 보다 구체적이고 실무적 활용성을 지향하는 의료법학계의 해석론 구성이 요망된다.¹⁷⁴⁾

172) 한국보건의료연구원/대한성형외과학회, 앞의 정보집, 2013, 30~35면 참조.

173) Vgl. A. Laufs, a. a. O., Rn. 29, S. 18: “Auch mit kosmetischen Eingriffen, die äußere Mißbildungen zu beseitigen suchen, kann der Mediziner den ärztlichen Beruf durchaus verfehlen.”; B.- R. Kern·I. Richter, a. a. O., S. 136.

174) 이에 관해 발표자의 연구는 아직 일천하여 다음 발표연구의 기회로 유보하는바, 양해를 바라마지 않는다.

[참 고 문 헌]

- 김민중, “의료행위에서의 법률문제와 의사의 책임(상)”, 『법조』, 1991. 3.
- _____, “진료계약: 판례로 형성된 원칙에서 전형계약으로”, 『사법』, 2014. 6.
- _____, 『의료의 법률학』, 2011.
- 김선중, 『의료과오소송법』, 2005.
- 김장한·구영모·이재담 역, 『의료윤리 I』, 2003 (= G. E. Pence, Classic case in medical Ethics, 3. ed.)
- 김천수, “진료계약”, 『민사법학』, 제15호, 1997.
- 문국진, 『의료법학』, 1989,
- 박영호, 『의료분쟁과 법』, 2005,
- 박은경·김기영, “의료행위의 상업화와 법적 한계에 관한 서론적 고찰”, 『법학논고』, 제35집, 경북대학교 법학연구원, 2011. 2.
- 범경철, “미용성형수술의 후유증에 관한 의사의 설명의무 - 대법원 2002. 11. 5 선고 2002다48443 판결 -”, 『의료법학』, 제3권 제2호, 2002. 12.
- _____, “의료행위 개념의 확대”, 『의료법학』, 제5권 제1호, 2004. 7.
- 서광민, 진료계약의 법률관계(고시계 1992. 9.), 민법의 기본문제, 2006.
- 석희태, 『의료계약(중)』, 사법행정, 1988. 11.
- 신현호·백경희, 『의료분쟁 조정·소송 총론』, 2011.
- 안법영·김상중 역, [외국입법 자료], 『의료법학』, 제14권 제1호, 2013. 6.
- 안법영, “의료사고의 불법행위책임 - 대법원과 독일연방법원(BGB) 판결의 비교 고찰-”, 『법학논집』, 제33집, 고려대학교 법학연구소, 1997.
- 조현아·이재담 역, 『의료윤리 II』, 2004 (= G. E. Pence, Classic case in medical Ethics, 3. ed.)
- 지제근, 『의학용어사전』, 2006.
- 추호경, 『의료과오론』, 1992.
- 대한의사협회, 『의료법해설집』, 2004
- 한국보건의료연구원/대한성형외과학회, 『미용성형시술 이용자 정보집』, 2013
- BT-Drucks. 16/12910, 17/10488

(Muster-) Berufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte (Stand 2011).

Soergel Kommentar, BGB, 12. Aufl., 1990, 13. Aufl., 2005.

Münchener Kommentar, BGB 4. Aufl., 2004.

Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl., 2006.

S. Beck, Enhancement – die fehlende rechtliche Debatte einer gesellschaftlichen Entwicklung, MedR 2006, 95 ff.

R. Damm, Ästhetische Chirurgie Und Medizinrecht - Normstrukturen, Regelungsprobleme und Steuerungsebenen, GesR 2010, 641 ff.

E. Deutsch/Ass. M. Geiger, Medizinischer Behandlungsvertrag, in: Bundesministerium der Justiz(Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band 2, 1981, S. 1049 ff.

/A. Spickhoff, Medizinrecht, 6. Aufl., 2008.

Deutsche Sonderwege zur Arzthaftung, NJW 2012, 2009 ff.

W. H. Eberbach, Die Verbesserung des Menschen, MedR 2008, S. 325 ff.
Möglichkeiten und rechtliche Beurteilung der Verbesserung des menschen - Ein Überblick, in: A. Wienke·W. H. Eberbach·H.- J. Kramer·K. Janke(Hrsg.), Die Verbesserung des Menschen, 2009, S. 1 ff.

W. Frahm, A. Valter, W. Nixdorf, Arzthaftungsrecht, 5. Aufl., 2013

H. A. Grams, Erfolgsbezogene ärztliche Behandlung, insbesondere bei prothetischen (Zahn-) Arztleistungen - Der Behandlungsvertrag als Vertrag sui generis? GesR 2012, S. 513 ff.

E. Hauck, Rechtsgrundlagen der medizinischen Indikationsstellung, NJW 2013, S. 3334 ff.

Ch. Katzenmeier, Arzthaftung, 2002

Der Behandlungsvertrag – Neuer Vertragstypus im BGB, NJW 2013, S. 817 ff.

B.- R. Kern, I. Richter, Haftung für den Erfolgseintritt? - Die garantierte ärztliche Leistung, in: A. Wienke·W. H. Eberbach·H.- J. Kramer·K. Janke (Hrsg.), Die Verbesserung des Menschen, 2009, S. 129 ff.

- A. Laufs, *Arztrecht*, 5. Aufl., 1993/6. Aufl., 2009.
- A. Laufs/W. Uhlenbruck, *Handbuch des Arztrechts*, 2. Aufl., 1999.
- S. Lorz, *Arzthaftung bei Schönheitsoperationen*, 2007.
- A. Spickhoff, *Patientenrechte und Patientenpflichten – Die medizinische Behandlung als kodifizierter Vertragstypus*, *VersR* 2013, S. 267 ff.
- E. Steffen, *Problemstellung zu OLG Naumburg (Dauertherapie mit Glukokortikosteroiden: Dexamethason)*, *MedR* 2009, S. 292.
- Ch. Stock, *Die Indikation in der Wunschmedizin*, 2008.
- H. - L. Weyers, *Empfielt 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*, Bd. I, Teil A, 1978.

[국문초록]

미용성형의료
- 우리 판결례와 독일 판결례의 비교·분석적 소고 -

안법영(고려대학교 법학전문대학원 교수)

이 논문에서는 미용성형의료관계에서 설명의무의 위반과 시술상 오류로 인한 민사책임에 관한 판결(대법원 2013. 6. 13. 선고 2012다94865 판결, 서울중앙지방법원 2014. 12. 5. 선고 2013가소865646 판결)의 평석적 분석을 통해 설명의무만을 강화하여 책임귀속을 판단한 논지의 법적 문제점을 지적하고, 다음과 같은 논점을 전개한다.

미용성형도 현행 의료법상 의료행위에 해당한다는 판례(대법원 1974. 11. 26. 선고 74도1114 전원합의체 판결)와 학계의 통용되는 견해는 공법적 관점에서만 타당하며, 적응증이 없는, 즉 질병 치료를 목적으로 하지 않는 순수한 미용성형시술은 의술적으로 신체, 건강 등에 위해를 가할 수 있는 의료법상 의료행위에 해당하지만, 민사책임법에서는 질병치료를 목적으로 하는 진료행위와 구별되어야 한다.

그리고 오늘날 의료생활에서 의료보험의 불가결성에 비추어, - 방법적으로 사회법상 개념 및 기준을 곧바로 민사책임법에 적용되는 것은 아니라는 점을 견지하면서 -, 성형시술에 대한 보험급여에 관한 독일 연방사회법원 판결(BSGE 63, 83, BSGE 72, 96, BSGE, 82, 158, BSGE 93, 252 etc.)을 소개하여 비교한다. 또한 진료계약의 법적 성질에 관한 교조적 논점과 관련하여 독일 연방법원의 판결(BGHZ 63, 306)도 비교적으로 검토한다.

소결적으로 성형의료를 (1) 신체의 물리적 기능의 침해의 교정, (2) 기형(畸形)의 교정, (3) 심인적 침해의 교정, (3) 정상적 체형(體型)의 미화(美化)로 유형적으로 분류하는 관점에서, 적응증 있는 진료계약(수단채무)에 적용하는 책임귀속법리와 달리, (4)의 유형에 해당하는 미용성형시술에는 예외적으로 도급계약의 법리 적용을 긍정적으로 재검토할 것을 제안한다.

주제어 : 의료행위, 적응증, 진료행위, 미용성형의료, 상안검성형수술(2012다94865), 눈썹거상술, 콧등성형수술(2013가소865646), 비중격성형술, 진료계약, 도급계약

The Cosmetic Operation without Healing Purpose **- A comparative insight into the ruling of BSG and BGH -**

Bup-Young Ahn

O. professor at the School of Law in KU

=ABSTRACT=

This paper is concerned in the theme of the liability for the breach of duty to inform(Haftungszurechnung der Aufklärungspflichtverletzung) and the malpractice of cosmetic surgery. Here, the terms, treatments for healing purposes and purely medical-technical cosmetic operations are well integrated in the category of “medical conduct(medizinische Handlung)” within the meaning of the public and administrative ‘Medical Law’.

In the judgment of 6. 13. 2013 Az. 2012DA94865 provides the KHGH(Korean Highest Court of Justice) to inform the patient about the prospects and risks of cosmetic surgery(Infrabrow Excision Blepharoplasty) stringent requirements, similar to the judicature of BGH(cf. BGH, Urt. v. 6. 11. 1990, Az.: VI ZR 8/90). Even in the judgment of 5. 12. 2014 Az. 2013GASO865646 the SZLG(Seoul Central Regional Court) recognizes the physician contract for ‘cosmetic septoplasty’ as a sort of contract for work.

The medical treatment(ärztliche Heilbehandlung) is still regarded as a prototype of the medical activity, therefore in the meaning of the ‘Civil Law(KBGB)’, its term needs to be used immediately for healing purposes. The cosmetic operation, desired by a patient, differs from the healing treatment by the element of “indication” and the fact that the “healing purpose(Heilzweck)” itself is missing. In comparative context - methodically fully aware that the unreflective term transfer between different laws might contradict their legal purposes - a series of judgments BSG(BSGE 63, 83, BSGE 72, 96, BSGE, 82, 158, BSGE 93, 252 etc.) and

some judgments of LSG are reviewed. In addition, also the dogmatic topic for the "legal natur of a medical treatment contract" is to reconsider by comparative introducing BGHZ 63, 306.

Now in view of the current state of greater popularity of artificial cosmetic surgery still indeed is the sentences: The doctor is minister naturae, a helper of nature. A doctor promises regularly only the proper treatment of the patient, but the contractual liability for work should not be excluded in medical conditions for cosmetic surgeries altogether.

"With cosmetic operations, seeking to eliminate the external deformities, the doctor may miss the medical profession entirely." - A. Laufs, Medical Law, 5th ed. P. 18.

Keyword: Cosmetic opration, Indication, Medical conduct (medizinische Handlung), Medical treatment (ärztliche Heilbehandlung), Healing purpose (Heilzweck), Infrabrow excision blepharoplasty, Cosmetic septoplasty, Minister naturae