

임플란트 시술상 의료과오의 소송상 쟁점에 관하여 -계약의 법적성격 및 입증책임 완화를 중심으로-

한 태 일*

I. 서론
II. 임플란트 의료과오 소송상 주요 쟁점
1. 임플란트 시술에 대한 도급계약의 성립 가능성
2. 임플란트 시술상 의료과오 입증을 위한 기준(입증 완화)
III. 임플란트 의료과오소송 판결의 분석
1. 임플란트 의료과오에 관한 재판결
2. 임플란트 의료과오소송상 법원의 태도 분석
IV. 결론

I. 서론

의료인들은 히포크라테스 선서에 따라 환자에 대한 연민으로 항상 최선을 다하여 치료행위를 하는 것일까. 각종 언론매체들은 의료행위가 돈벌이의 수단으로 전락하였으며, 이는 의사가 되기 위한 기회비용과 의사들 간의 나날이 심화되는 경쟁 등에서 기인한다는 사실을 종종 기사화하고 있다. 그러므로 상당수의 경우 의사들이 환자에게 최선의 주의의무를 다 하지 않는다는 의심이 드는 것도 사실이다. 그리고 이러한 의심은 의료과오로 인한 사망이 자동차 사고 등으로 인한 사망보다도 사망원인으로 큰 비중을 차지한다는 기사의 내용에¹⁾ 따라 더욱 확고해 지기도 한다. 물론, 그렇다고 하여 모든 의사들이 환자

* 논문접수: 2018. 6. 7. * 심사개시: 2018. 6. 16. * 게재확정: 2018. 6. 29.

* 한국건설기술연구원, 법학박사, 변호사.

1) “[Special Report] 美의료계 의료과실 줄여 10만 명 살리자.” 『매일경제』 2016년 8월 10일자 신문기사: 이는, 비록 미국의 경우에 관한 통계일지라도 미국의 의료분야의 선진국이라는

를 위한 최선의 주의의무를 다 하지 않는다고는 할 수 없다. 그러나 적어도 의료과오 사건의 공평한 해결을 위하여 위와 같은 의료계의 현실이 반영되어야 할 필요는 있을 것이다. 특히, 임플란트, 미용성형, 라섹 시술 등 소위 ‘상업화’된 의료 분야에서는 과잉진료의 가능성 및 시술의 단순·반복성으로 인하여 의사가 최선의 주의의무를 다 하지 못할 수 있는 가능성을 염두에 둬으로써 이에 대하여는 상대적으로 의사의 무과실을 엄격하게 판단할 필요가 있는 것이다.

한편, 본 논문에서는 상업화된 의료의 한 경우로서 임플란트 의료과오 사건을 중심으로 법원의 태도를 살펴보고자 한다.

II. 임플란트 의료과오 소송상 주요 쟁점

최근 한 임플란트 의료과오 소송에서 환자가 ① 임플란트 시술 계약은 도급 계약으로 의사가 부담하는 채무는 결과채무라 할 것이라서 의사가 스스로 자신에게 과실이 없음을 밝혀야 한다고 주장하였다. 그리고 ② 이미 일반인의 상식을 바탕으로 피고의 의료상 과실은 충분히 입증되었다고도 주장하였다. 즉, 임플란트를 식립받았는데 계속하여 통증이 발생하고 저작 작용에 오히려 더 큰 지장이 발생하여 식립된 임플란트를 모두 제거하기에 이르렀다면 그 자체로서 의사의 과실이 충분히 입증되었다는 것이다.²⁾ 물론, 피고의 위 같은 주장들은 임플란트 식립 시술이 전통적인 의료와는 다른 소위 상업화된 의료로서 전통적 의료와는 다른 특별한 구별점을 갖는다는 점에서 기인한다. 이와 관련하여, 이하 항을 바꾸어 보다 자세히 살펴보도록 하겠다.

점에서 우리의 경우에도 충분히 유의미할 것이다.

2) 서울중앙지방법원 2016가단5098691.

1. 임플란트 시술에 대한 도급계약의 성립 가능성

가. 상업화된 의료의 확대

최근 전통적인 예방 혹은 치료 목적이기 보다는 질병 등이 없어 순전히 건강하고 정상적인 상태의 환자의 개인적인 희망을 충족하기 위한 새로운 개념의 치료를 목적으로 하는 의료행위가 확대되고 있다.³⁾ 이들 의료행위는 비교적 간단하여 현실적으로 의사가 수익을 위하여 광고 등을 통하여 적극적으로 의료행위를 환자에게 권하게 된다는 특징을 갖는바, 이를 두고 상업화된 의료라 표현할 수 있을 것이다. 그리고 상업화된 의료에는 대표적으로 임플란트, 미용을 위한 성형 및 라섹 등 안과 시술 등을 비롯하여 물리치료·운동요법 대신 수술을 쉽게 택할 수 있는 관절수술 등이 포함될 수 있다.

나. 상업화된 의료계약의 법적 성격과 설명의무

기존 판례들이 의료계약을 도급이 아닌 위임으로 주고 파악하였던 주된 근거는, 도급의 내용은 일의 완성에 있으며 일의 완성은 ‘예측가능성’을 전제로 하는데, 인간의 신체를 대상으로 의사가 완전히 지배할 수 없는 여러 사정이 존재하는 의료행위에는 예측가능성이 없다는 데 있다. 즉, 의사는 치유의 성공이라는 결과의 발생을 약속할 수 없다는 것이다.⁴⁾

그러나 최근 특히 상업화된 의료에 대하여는 의사에게 더 엄격한 책임이 요구된다거나 혹은 이를 도급으로 보아야 한다는 주장들이 제기되고 있다.⁵⁾ 이는 현대의학의 눈부신 발전으로 더 이상 모든 치료행위가 예측불가한 것이 아니라 법률적 관점에서 크게 예측가능성이 보장될 수 있는 ‘치료가 가능한 사례’

3) 박은경·김기영, “의료행위의 상업화와 법적 한계에 관한 서론적 고찰”, 법학논고(제35집), 경북대학교 법학연구원, 2011, 26면.

4) 이영규, “의료계약의 특질과 구조”, 법학논총(제12집), 한양대학교 법학연구소, 1995, 460면.

5) 김민중, “의료계약”, 사법행정(제32권 제1호), 한국사법행정학회, 1991, 38면; 백경희, 「의료사고 민사책임의 성립과 범위에 관한 연구-새로운 쟁점을 중심으로-」, 고려대학교 대학원 박사학위논문, 2008, 160면; 박은경·김기영, 위의 논문, 39면.

와 그렇지 않은 ‘치료가 불가능하거나 알려지지 않은 사례 및 응급사례’로 구별될 수 있으며⁶⁾ 상업화된 의료의 상당수는 ‘치료가 가능한 사례’에 속하여 완치에 대한 예측이 가능하기 때문이다.

그런데 치료의 예측가능성이 보장된다 함은 당해 의료계약이 도급으로 성립할 수 있다는 의미 외에도, 의료사고 발생 시 이것이 의사의 과실에서 기인하였을 가능성이 상대적으로 높다는 의미도 될 수 있다. 그렇다면 상업화된 의료에서는 환자 보호의 필요성이 보다 강조되어야 할 것이며,⁷⁾ 환자 보호를 위한 방안 중 하나로서 의사의 환자에 대한 설명의무가 중시될 수 있는 것이다. 일반적으로 환자에게 질병치료 목적의 통상의 의료는 최악의 결과를 방지하기 위한 ‘불가피한 수단’으로서 의미를 지니지만, 상업화된 의료는 현재보다 더 나은 결과를 위한 ‘선택적 수단’으로서 의미를 지니는바, 후자의 경우 환자의 자기결정권이 보다 큰 의미를 갖게 되고 따라서 의사는 수술과정, 부작용 등의 정보를 더 높은 수준으로 제공해야 하기 때문이다.⁸⁾ 이는 법원이 대표적 상업화된 의료인 성형수술 관련 의료과오에 관하여 긴급성이나 불가피성이 매우 약한 특성이 있다고 하면서 특히, 결과 구현을 장담할 수 없다면 의사는 이를 환자에게 상세히 설명함으로써 환자의 자기결정권을 보호하여야 한다고 판시한 점에 의하여도 뒷받침된다.⁹⁾

다. 상업화된 의료에서 설명의무 위반과 도급계약의 성립

이상과 같이, 도급계약으로 해석될 여지도 있으며 설명의무 또한 더욱 강조되는 상업화된 의료의 특징들을 상호 연계하여 볼 때, 만약 상업화된 의료에서

6) 김기영, “비교법적 관점에서 본 유럽의 의료책임”, 손해사정연구(제5권 2호), 한국손해사정학회, 2013, 95-96면.

7) 한태일, “의료소송상 환자보호를 위한 방안의 검토-증명부담의 경감방안 및 적극적 위자료 인정의 필요성을 중심으로-”, 법학논집(제21권 4호), 이화여자대학교 법학연구소, 2017, 77면.

8) 한태일, 위의 논문, 77-78면.

9) 대법원 2013. 6. 13. 선고 2012다94865 판결.

의사가 환자에게 설명의무를 다 하지 못한 경우에는 의사와 환자 사이에 도급 계약 체결에 관한 묵시적 합의가 존재한다고도 볼 수 있다고 생각한다.

왜냐하면, 의사는 적극적인 환자유치, 기술실패의 낮은 확률 등을 감안하여 환자에게 부작용 등에 관한 상세한 설명을 하지 않음으로써 사실상 일의 완성(완치)을 보장하였다 할 것이며, 이에 환자는 기술 실패를 비롯한 부작용이 발생할 수 있다는 점에 관하여 실제보다 낮게 혹은 전혀 인식하지 못한 채 당연히 당해 기술이 성공할 것이라고 인식한 채 의료계약을 체결하게 되기 때문이다.¹⁰⁾ 더욱이, 위와 같은 묵시적 도급계약의 성립은 의료계약이 국가계약처럼 일정 부분 요식주의가 관철되는 계약이 아니라 할 것이어서, 문언 이외의 정황들을 감안하여 형평적 결론의 도출을 위하여 얼마든지 그에 관한 묵시적 합의의 존재를 인정하는 것이 가능하다는 점에서도¹¹⁾ 더욱 설득력을 얻을 수 있을 것이다.

물론, 전통적인 관점에서 설명의무는 진료상 의무 내지 침습 등에 대한 승낙을 얻기 위한 것으로 일의 완성 여부와는 별개라 할 수도 있다. 즉, 진료행위의 내용에 따라 설명의무의 내용이 정해지는 것이다. 그러나 전통적 의료와 달리 상업적 의료의 특징상 상대적으로 진료행위의 내용이 일률적이고 간이하며 상당부분 이미 정하여져 있다는 점을 고려하면, 기술한 바, 환자가 일의 완성을 기대한다는 사실과 더불어 설명의무의 이행여부 혹은 내용을 일의 완성에 관한 합의와 관련 지을 수도 있으리라 생각한다.

라. 소결

무엇보다도 임플란트 기술은 통계적으로 그 성공 가능성이 거의 100%에 달한다고 한다.¹²⁾ 그러므로 임플란트 기술 계약이 의사가 환자에게 성공을 약속

10) 한태일, 앞의 논문, 80-81면.

11) 최준규, “계약법상 임의규정을 보는 다양한 관점 및 그 시사점”, 법조(제9권), 법조협회, 2013, 95면 참조; 의료계약에 관한 판례는 아니지만, 묵시적 합의에 관한 다음의 판례들 참조: 대법원 2012. 12. 27. 2011다67705; 대법원 2012. 5. 17. 2009다105406; 대법원 2007.6.1. 2005다5812; 서울고등법원 2007. 1. 10. 2006나45598 등.

할 수 없는 수단채무라고 단정할 수 없으며, 오히려 당사자 간의 의사에 따라 얼마든지 일의 완성 즉, 완치를 약속할 수 있는 결과채무 혹은 도급계약으로 성립될 수도 있는 것이다. 이는 미국이 환자와 의사 간 의료계약상 일정 결과를 보장하는 계약을 인정하고 있다는 점에서¹³⁾ 더욱 명백해 진다. 그러므로 환자와 의사 사이에 완치를 보장하는 명시적인 합의가 없었더라도 의사가 환자에게 임플란트 시술 방법을 비롯하여 시술 과정에서 발생할 수 있는 부작용 등에 관한 설명의무를 전혀 이행하지 않았고, 이에 환자가 현실적으로 임플란트 시술의 실패가능성을 전혀 인식할 수 없었다면, 양자 사이에는 묵시적으로 임플란트 시술을 위한 도급계약이 체결된 것으로 충분히 해석될 수 있을 것이다.

반면, 의사가 상업화된 의료에 대하여 그 진료방법을 비롯하여 만에 있을 위험 가능성 등도 제대로 설명함으로써 환자의 자기결정권을 보장하였다면 환자가 해당 의료계약을 도급으로 주장할 여지는 크지 않을 것이다.

2. 임플란트 시술상 의료과오 입증을 위한 기준(입증 완화)

가. 환자의 입증책임 부담 경감을 위한 판례의 태도

법원은 의료과오소송에서 증거편재 등으로 인한 불평등을 고려하여 환자가 ‘환자에게 중한 결과의 원인이 된 증상이 발생한 경우, 증상 발생에 관하여 의료상 과실 외 다른 원인이 있다고 보기 어려운 간접사실들을 증명’하거나,¹⁴⁾ ‘일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상 과실행위를 증명하고 그 결과와의 사이에

12) Ji-won Choi, Se-Wook Koh, Hwun-Wook Ryu, Clinical Study on Survival Rate of Oseeointegrated Implants, Maxillofacial Plastic and Reconstructive Surgery, 2009, Jul, 31(4): 306.

13) Guilmet v. Campbell, 385 Mich. 5, 188 N.W.2d 601(Mich. 1971); Sullivan v. O'Connor, 363 Maa. 579, 296 N.E.2d 183(Mass. 1973); Orozco by Orzco v. Children's Hosp. of Philadelphia, 638 F.Supp. 280(E.D.Pa. 1986); Murray v. University of Pennsylvania Hosp. 340 Pa.Supe. 401, 490 A.2d 839 (Pa.Super. 1986).

14) 대법원 2000. 7. 7. 99다66328; 대법원 2012. 5. 9. 2010다57787; 대법원 2012. 10. 11. 2011다100138 등; 문현호, “의료소송의 심리”, 의료실무 법관연수 자료집, 사법연수원, 2007, 5면.

일련의 의료행위 외에 다른 원인이 개재될 수 없다는 점을 증명'한 경우¹⁵⁾ 의사의 과실을 인정한다. 즉, 법원은 과실 혹은 인과관계를 추정하여¹⁶⁾ 환자의 입증책임을 완화함으로써 손해의 공평·타당한 부담을 피하고 있다.¹⁷⁾ 그런데 법원은 후자에 있어 특히 '일반인의 상식'을 언급하고 있다. 이는 법원이 의료과오 사례의 유형을 이하와 같이 두 가지로 구분하여 경우에 따라서는 직업적 평균인이 아닌 일반인의 상식을 기준으로 의료과실을 판단함으로써 환자의 입증책임 부담을 한층 더 완화시키려는 것이 아닌가라고 생각한다.¹⁸⁾

(1) 통상적인 의료의 경우

법원은 불법행위에서 과실을 통상인을 기준으로 판단하며,¹⁹⁾ 통상인이라 함은 가해자 개인이 아닌 추상적인 일반인 혹은 평균인을 의미한다고 하여 소위 객관적 과실론을 따르고 있다.²⁰⁾ 그러므로 의료행위상 의사의 과실도 직업적 평균인으로서 의사를 기준으로 판단함이 원칙일 것이다. 그리하여 법원도 “의사의 주의의무는 의료행위를 할 당시 의료기관 등 임상의학 분야에서 실천되고 있는 의료행위의 수준을 기준으로 삼되, 그 의료수준은 통상의 의사에게 의료행위 당시 일반적으로 알려져 있고 또 시인되고 있는 이른바 의학상식을 뜻하므로(후략)”라고 하고 있다.²¹⁾

15) 대법원 2005. 9. 30. 2004다52576; 대법원 2003. 11. 27. 2001다20127; 대법원 2001. 3. 23. 9다48221; 대법원 1995. 2. 10. 93다52402 등.

16) 참고: 김민규, “우리나라 의료과실과 인과관계의 증명책임에 관한 판례 법리의 검토”, 법학논총(제21권 3호), 조선대학교 법학연구소, 2014, 140면.

17) 석희태, “의료과오 판단기준에 관한 학설·판례의 동향”, 의료법학(창간호), 대한의료법학회, 2000, 347면.

18) 한편, 의사의 과실 판단에 관한 양 기준들을 두고, 필자와 다르게 양자의 관계를 설명하는 여러 견해들도 존재한다. 대표적으로, 증명정도를 일반인의 상식에 의하는 것이라고 설명하는 견해, 법원이 판단기준을 직업적 평균인에서 일반인으로 아예 변경한 것이라는 견해, 일반인의 상식에서도 과실이라고 보일 정도의 현저하게 주의의무를 위반한 중과실을 의미한다는 견해, 과실을 추정하는 방법 중 하나로서 일반인의 상식을 의미한다는 견해 등도 존재한다: 한태일, 앞의 논문, 71-72면 참조.

19) 대법원 1979. 12. 26. 선고 79다1842 판결.

20) 대법원 2001. 1. 19. 선고 2000다12532 판결.

21) 대법원 1998. 7. 24. 선고 98다12270 판결.

그러나 고도의 전문적 지식을 필요로 하는 의료행위의 과정은 의사만이 알 수 있을 뿐인바, 환자가 의사의 의료행위의 과정에 주의의무 위반이 있는지의 여부나 그 주의의무 위반과 손해발생 사이에 인과관계가 있는지 여부는 이를 밝혀내기가 극히 어려운 특수성이 존재한다. 이에 법원은 "의료행위의 특수성에 비추어 그 증상 발생에 관하여 의료상의 과실 이외에 다른 원인이 있다고 보기 어려운 여러 간접사실들을 입증함으로써 그와 같은 증상이 의료상의 과실에 기한 것이라고 추정하는 것도 가능하다."라고도 한다.²²⁾ 즉, 법원은 직업적 평균인의 관점에서 의료행위상 의사의 과실을 판단하되 간접사실 입증을 통하여 과실과 인과관계 모두를 추정해 줌으로써 환자의 입증책임을 완화시키고 있다. 대표적으로 심장수술 중 대동맥박리현상으로 사망한 사례²³⁾, 외과수술로 패혈증이 발생하여 사망한 사례²⁴⁾, 과거병력 환자에 대한 복강경 담낭절제술 중 과다출혈로 담낭이 소실된 사례²⁵⁾ 등이 이에 속한다.

(2) 단순·명료한 의료의 경우

그런데 기술한 바와 달리, "일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실 있는 행위를 입증하고 그 결과와 사이에 일련의 의료행위 외에 다른 원인이 개재될 수 없다는 점, 이를테면 환자에게 의료행위 이전에 그러한 결과의 원인이 될 만한 건강상의 결함이 없었다는 사정을 증명한 경우에 있어서는 (중략) 인과관계를 추정하여(후략)"라고 하여, 법원은 직업적 평균인이 아닌 일반인(환자)을 기준으로 의료과실을 판단함으로써 환자의 입증책임을 한층 더 완화시키기도 한다. 즉, 의료과소소송에서 신체감정이나 진료기록부 감정을 통한 감정인의 전문적 지식에 의한 증거가 아니더라도, 환자 스스로 의료과실을 입증할 수 있는 가능성을 열어주었다 점에서 증명책임을 완화라 할 수 있는 것이다. 더욱

22) 대법원 2000. 7. 7. 선고 99다66328판결.

23) 대법원 2000. 7. 7. 선고 99다66328판결.

24) 대법원 1998. 7. 24. 선고 98다12270판결.

25) 대법원 2012. 5. 9. 선고 2010다57787판결.

이, 이는 감정신청을 위하여 원고가 불필요하게 위자료 등을 과다 청구하여 소가를 높임으로서 단독사건으로 소를 제기하는 관행을 막고 소액사건심판 청구를 하계끔 유도함으로써 소송상 낭비를 방지하는 데도 일조할 수 있다.

한편, 일반인의 상식을 바탕으로 의료과실을 증명하도록 하는 대표적인 사례들로는 전신마취 시 필수 검사 불이행으로 사망한 사례,²⁶⁾ 수술 후 경과를 적절히 살펴보지 아니 하여 사망한 사례,²⁷⁾ 분만과정에서 경과 관찰을 소홀히 하여 영아가 사망한 사례²⁸⁾ 등이 있다. 이들 사례들은, 직업적 평균인을 과실을 기준으로 삼고 있는 통상의 의료 사례들이 수술실 등 폐쇄된 공간에서 행하여지거나 의료행위 자체가 대단히 복잡하고 전문적이어서 환자 입장에서 밀행적인 특징을 지니고 있는 것과는 달리, 상대적으로 의료행위 자체가 보다 개방적이거나 명백하여 이에 대하여는 환자 등 일반인도 과실 및 인과관계 등을 판단하기 상대적으로 쉽다는 특징을 보인다. 그러므로 이 같은 의료를 통상적인 의료와 비교하여 단순·명료한 의료라고 표현할 수 있을 것이다.

덧붙여, 통상적인 의료인지 단순·명료한 의료인지에 따라서 의료과실 판단 기준을 달리 하는 법원의 태도는, 가능한 환자 보호를 위하여 일반인의 상식을 기준으로 의료과실을 판단하려 하여도 전자에 있어서는 환자가 수술과정을 이해하기 어려움은 차치하고라도 행하여진 의료행위 자체를 특정하기조차 어려울 것이어서 의사의 과실을 일반인(환자)의 상식을 기준으로 판단하는 것이 사실상 무의미해진다는 점에서 비롯되었을 것이다.²⁹⁾

나. 임플란트 시술상 의료과실 입증을 위한 기준과 그 구체적 내용

(1) 일반인의 상식 기준의 적용

임플란트 시술은 상업화된 의료행위에 속하여 이에 대한 적극적인 광고와

26) 대법원 2001.3.23. 선고 99다48221판결; 대법원 1996.6.11. 선고 95다41079판결.

27) 대법원 2005.9.30. 선고 2004다52576판결; 대법원 1995.2.10. 선고 93다52402판결.

28) 대법원 2006.10.27. 선고 2004다2342판결.

29) 한태일, 앞의 논문, 72면.

환자유치가 현실적으로 빈번히 이루어지며, 그 성공확률이 94.3%에서 98.6%에 이른다는 점에서³⁰⁾ 통상적인 의료행위이기 보다는 간단·명료한 의료행위에 속할 것이다. 그렇다면 임플란트 시술상 의료과오는 환자보호를 위하여 일반인의 상식을 기준으로 충분히 판단될 수 있을 것이다.

(2) 임플란트 시술상 의료과실의 구체적 모습

일반인의 상식을 바탕으로 임플란트 시술상의 과실을 판단한다면 예를 들어, 환자는 시술 중 극심한 통증, 심한 출혈이 발생하였음에도 별 다른 조치를 취하지 않은 채 시술 방법을 변경하지 않고 시술을 강행하였다거나 시술 후에도 지속적인 통증이나 저작 작용의 불편 등을 호소하였음에도 그 경과를 제대로 살피지 않은 사실, 시술 중 일부를 의사가 아닌 자가 진행하였던 사실, 원래 치아가 없던 위치에 임플란트를 식립하였다는 사실 등을 밝힘으로써 의사의 과실을 밝힐 수 있을 것이다. 즉, 시술 후 비정상적인 저작, 지속되는 출혈 내지 통증, 시술 후 인접 부위의 감각이상 증상 등이 발생하였고 환자가 시술을 받는 과정에서 통상적이지 않다고 쉽게 인식할 수 있는 사실이 존재한다는 사실을 밝히는 것만으로도 충분한 것이며, 의사의 무조치 행위 등이 전문가의 견지에서 정상적인 의료행위의 범위에서 벗어났다는 점까지 밝혀야 할 필요까지는 없는 것이다.

덧붙여, 앞서 밝혔듯이 설명의무의 위반이 존재하는 경우에는 임플란트 시술의 도급적 성격이 한층 강조될 수도 있으므로 경우에 따라서는 저작작용의 불편함, 시술부위의 지속적 통증 및 출혈 등 일반인이 보기에 임플란트 시술 결과가 양호하지 못하다는 점만을 밝히더라도 의사의 과실이 인정될 수도 있을 것이다. 실제로 설명의무 위반 사실을 법원이 임플란트 의료과오의 정황들 중 하나로 적시한 경우도 있다.³¹⁾ 반면, 단순히 임플란트 식립 후 그 모양이 환자

30) Ji-won Choi, Se-wook Koh, Hwun-wook Ryu, supra note 11 at 306.

31) 서울중앙지방법원 2009. 9. 23. 선고 2007가단254470 판결.

의 마음에 들지 않는다면, 건강한 치아가 있을 때만큼 저작이 편이하지 않다든지³²⁾ 등의 이유만으로는 설명의무 이행 여부와 무관하게 의료과실이 인정될 수는 없을 것이다.

다. 소결

법원은 의료행위가 고도의 전문적 지식을 필요로 하는 분야임을 고려하여 과실 혹은 인과관계를 추정함으로써 소송과정에서 환자의 입증책임을 완화하고 있다. 그리고 단순·명확한 의료행위에 대하여는 의사의 과실을 일반인의 상식을 기준으로 증명 가능케 함으로써 환자의 부담을 더욱 완화시키고 있다. 그러므로 환자는 예를 들어 시술 중 통상적이라고 할 수 없는 과도한 통증 등이 발행하였음에도 의사가 별 다른 조치를 취하지 않았다는 점을 밝힘으로써 의사의 과실을 쉽게 증명할 수 있을 것이다.

한편, 일반인이 상식 기준을 적용됨으로써 환자의 의사에 대한 과실입증책임이 한층 완화되었다 하더라도 이는 급부결과가 없음이 증명되면 채무자의 과실이 추정되는 것과는 도급계약과는 구별되어야 할 것이다. 법원은 일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상 과실행위를 증명하고 그 결과와의 사이에 일련의 의료행위 외에 다른 원인이 개재될 수 없다는 점을 증명한 경우에 의료상 과실과 결과 사이의 인과관계가 추정된다고 하는바, 추정되는 것은 인과관계일 뿐 과실의 존재 자체는 아니기 때문이다.

III. 임플란트 의료과오소송 판결의 분석

이상의 내용들과 관련하여 이하에서는 임플란트 의료과오소송에 관한 판결들을 분석해 보려 한다.

32) 광주지방법원 2009. 6. 12. 선고 2007가단114968 판결.

1. 임플란트 의료과오에³³⁾ 관한 재판결

가. 의사의 과실을 인정한 판결

① 서울중앙지방법원 2009. 9. 23. 선고 2007가단254470 판결: 피고는 원고의 상악골에 8개, 하악골에 하치조 신경 전위술로 10개의 임플란트를 식립하였으나 각 1개씩의 임플란트 식립을 실패하였고 또한 원고에게는 하순의 통증, 신경마비 등이 발생하였던 사안에 대하여, 법원은 피고의 손해배상책임을 인정하였다.

② 수원지방법원 2008. 6. 26. 선고 2007가합18266 판결: 원고는 피고로부터 좌측 제2대구치 발치 및 임플란트 식립 시술을 받았으나, 좌측 하악 및 하순에 지각 이상이 발생하였고 이에 피고가 식립한 임플란트를 제거하였음에도 증상이 개선되지 아니 하였던 사안에 대하여, 법원은 피고의 손해배상책임을 인정하였다.

③ 서울북부지방법원 2008. 6. 25. 선고 2007나5982 판결: 원고는 이미 좌측 대구치 부분에 임플란트 식립 받아 문제없이 사용하고 있는 상태에서 추가적으로 우측 제1, 2대구치 부분에 대하여도 피고로부터 임플란트 식립 시술을 받았다. 그러나 원고는 이후 우측 하악부의 감각이상을 호소하였고 이에 대하여 임플란트가 하치조 신경 접촉하게끔 시술한 과실 및 식립 후에도 필요 조치를 취하지 않았던 피고에 대하여 법원은 피고의 손해배상책임을 인정하였다.

④ 서울중앙지방법원 2010. 1. 21. 선고 2008가단130458 판결: 피고는 원고의 좌측 제1, 2대구치 발치 후 임플란트 식립을 위한 천공작업을 하던 중 마취상태에도 불구하고 원고가 통증을 호소하고 출혈 또한 다량 발생하였고, 이후 원고의 하악 측의 감각이상으로 인하여 식립한 임플란트를 모두 제거하였다. 이에 법원은 피고의 손해배상책임을 인정하였다.

⑤ 서울남부지방법원 2009. 5. 21. 선고 2008가합7599 판결: 반소피고는

33) 편의상 여기서 의료과실이라 함은 설명의무 위반을 제외한 진료상 과실만으로 그 의미를 한정한다.

반소원고의 하악 좌측 제2대구치 부분에 임플란트 식립 시술을 위한 천공작업을 하던 중 뼈가 연약하다 생각되어 시술을 중단하였으나, 반소원고에게는 이후 감각신경 마비증상이 발생하였다. 이에 대하여 법원은 반소피고의 손해배상책임을 인정하였다.

나. 의사의 과실을 부인한 판결

⑥ 서울북부지방법원 2007. 11. 8. 선고 2006가단53549 판결: 피고는 원고로부터 하악 우측 제1, 2대구치상 임플란트 식립 시술을 받았으나 우측 하순 등에 감각이상 증세가 발생한 사안에 대하여, 법원은 의료상 피고의 과실이 없다고 판단하였다.

⑦ 광주지방법원 2009. 6. 12. 선고 2007가단114968 판결: 원고는 잇몸의 광범위한 염증, 심한 충치, 수개의 치아 결손 등이 존재하는 상태에서 피고로부터 총 11개의 임플란트를 식립받았고 이는 흔들림 없이 안착하였으나, 원고는 일부 임플란트 부위에 통증을 계속 호소하였다. 이에 대하여 법원은 시술당시만 56세의 원고가 시술 후 젊은 시절 최상의 치아 상태를 회복하기는 무리이며 시술 전부터 원고의 구강상태는 불량하였다는 점 등에 비추어 피고에게는 의료상 과실이 없다고 판단하였다.

⑧ 수원지방법원 2005. 8. 2. 선고 2003가합10332 판결: 치아결손 및 부정교합이 심한 상태에 있던 반소원고는 반소피고로부터 총9개의 임플란트 식립 시술을 받은 후 턱관절 통증을 호소하여 일부를 제거하였다. 이에 대하여 턱관절 통증은 임플란트와 무관한 부정교합 등의 기왕증에서 비롯된 것으로 보아 반소피고의 의료상 과실이 없다고 법원은 판단하였다.

⑨ 수원지방법원 성남지원 2011. 1. 18. 선고 2010가단20555 판결: 피고로부터 아래 앞니 부분 임플란트 4개를 식립받은 원고는 동식립 후 윗니 일부는 돌출, 다른 일부는 안으로 들어가면서 치열이 망가졌다. 이에 대하여 하악 임플란트 식립으로 상악 치아가 이동하였다고 볼 수 없으며 오히려 이는 원고의 치

주염이라는 기왕증에 기인하였다고 보아 피고의 의료상 과실을 부정하였다.

⑩ 대구지방법원 2009. 9. 2. 선고 2007가단78156 판결: 원고는 피고로부터 하악 좌측 제1, 2대구치에 임플란트 식립을 받았으나 감각이상이 발생하였다. 그러나 피고가 시술 중 원고의 통증 등을 감안하여 계획하였던 식립 깊이를 10mm에서 8mm로 수정하는 등 충분한 주의의무를 다 하였음을 입증하였고 법원은 원고의 청구를 모두 기각하였다.

⑪ 대구지방법원 안동지원 2003. 5. 7. 2001가단4897 판결: 원고는 피고로부터 하악 좌측 제1, 2소구치 및 제1대구치에 대한 임플란트 시술을 받고 상악 좌측 치아들의 정출현상이 발생하였다. 법원은 정출현상이 피고의 과실에 의한 것이라는 점에 대한 원고의 증거가 없다고 하여 원고의 청구를 모두 기각하였다.

2. 임플란트 의료과오소송상 법원의 태도 분석

가. 도급계약으로의 해석 가능성의 존재

종종 의료과오 손해배상청구의 소에서 청구원인으로 도급계약의 성립과 그에 대한 채무불이행이 주장되고는 있으나³⁴⁾ 의료계약을 위임계약으로 파악하는 것이 지금까지 법원의 원칙적인 태도이다.³⁵⁾ 그리하여 앞서 살펴 본 판결의 사안들 중에서는 계약책임이 주장된 경우도 있었으나 이는 계약의 성격에 관한 것이 아니라 특정 의사로부터 치료를 받기 위한 약정에 관한 것이었다 (판결⑩). 그러므로 임플란트 시술에 관한 계약을 법원이 도급으로 판단하기도 하는지 여부는 알 수 없다.

그러나 ‘간접적’이나마 이하의 내용에 비추어 만약 환자가 임플란트 시술 계약을 도급으로 주장할 경우 법원이 이를 인정할 여지가 있을 것으로 생각된다.

34) 서울중앙지방법원 2008. 11. 26. 2007가합27163: 그러나 피고가 불법행위책임을 인정함으로써 법원은 채무불이행에 대하여는 판단하지 않았다.

35) 대법원 2001. 11. 9. 2001다52568; 대법원 1993. 7. 27. 92다15031 등.

우선, 임플란트 시술계약을 도급으로 보는 경우 일의 완성은 당연히 임플란트 식립의 성공 즉, 임플란트가 잇몸에 안착하여 저작작용을 할 수 있는 상태에 이른 것을 의미할 것이다. 임플란트가 안착하였다면 일단 계약의 목적을 달성하였다고 할 것이다. 그리고 그 외에 발생한 부작용에 대하여는 환자는 계약의 해제가 아닌 보수, 손해배상의 청구할 수 있을 것이며, 이에 대하여 의사는 하자가 환자로부터 기인한 것이라는 점,³⁶⁾ 의료기술의 한계로 인하여 불가피한 결과였다는 점³⁷⁾ 등을 입증하여야 하는 것이다.

그런데 판결들을 살펴보면, 법원은 대체적으로 임플란트의 제거 혹은 식립 중단으로 임플란트 식립 자체가 실패한 경우에는 과실에 의한 불법행위를 인정하되 임플란트가 안착한 경우에는 이를 부정하는 것으로 보인다. 생각건대, 이는 임플란트 시술의 성공가능성 및 과실 판단 기준(일반인의 상식)에 비추어 전문적인 내용의 과실 입증이 없더라도 일단 시술의 실패 사실만으로도 의사 측에 과실이 존재한다고 볼 가능성이 충분하기 때문일 것이다. 그리하여 ‘임플란트 식립 자체가 실패’하였다면 기왕증 등에 의하여 인과관계가 부인되는 경우(판결⑧)를 제외하고는 의사의 불법행위에 기한 손해배상책임이 인정되고 있으며(판결①, ②, ④, ⑤), ‘임플란트가 안착’하였다면 발생한 부작용이 의료과실에서 비롯하였음이 명백한 경우를(판결③) 제외하고는 의사의 배상책임이 인정되지 않는 것이다(판결⑥, ⑦, ⑨ 내지 ⑪).³⁸⁾ 그리고 이 같이 임플란트의 안착 여부를 의료상 불법행위의 과실을 판단하는 주요한 기준으로 삼고 있는 법원의 태도는 결과적으로 도급에서 일의 완성의 여부를 판단하는 기준과 일맥상통 한다 할 것이다. 그러므로 환자가 임플란트 관련 도급에 의한 계약

36) 민법 제669조의 내용이 적용될 수 있을 것이다.

37) 정광수, “수급인의 고지의무와 하자담보책임”, 사회과학연구(제38권), 강원대학교 사회과학연구원, 1999, 222면 참조.

38) 덧붙여, 의료과실이 부정된 사안들의 상당수에서 환자의 기왕증의 존재가 인정되었던바(판결⑦ 내지 ⑨, 판결⑩, ⑪)은 환자 측이 일반인의 상식에 기하여도 의사의 과실을 입증하지 못하였음 기왕증에도 불구하고 임플란트 식립 자체가 성공하였다면 의사의 과실이 있다고 하기는 어렵다 할 것이며, 반대로 기왕증이 없음에도 임플란트가 안착하지 못하였다면 의사의 과실이 있다고 봄이 합당한 것이다(판결①, ②, ④, ⑤).

책임을 주장하는 경우, 이상의 논리가 유사하게 적용될 수 있지 않을까라는 생각이 든다. 더욱이, 판결③은 설명의무의 불이행 사실을 의료과실의 증거로도 인정하고 있는바, 이는 기술하였듯 상업화된 의료에서 설명의무 위반의 경우 묵시적인 도급계약이 성립할 수 있다는 내용과도 부합한다.

나. 일반인의 상식을 바탕으로 한 의료과실 입증

이상의 판결들 중 상당수는 ‘일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실이 있는 행위를 입증하고’라고 하여 임플란트 시술상 과실을 판단하는 기준이 직업적 평균인이 아닌 일반인이라는 점을 직접 명시하고 있다(판결②, ③, ⑤, ⑨, ⑩). 그런데 일반인 상식 기준의 과실판단을 명시하고 있는 판결들은 판결③을 제외하고는 대부분이 과실과 인과관계를 정확히 구별하지 않고 양자를 함께 판단하고 있다. 즉, 논증의 구조면에서 과실의 판단 기준을 평균적 직업인으로 삼고 간접사실에 의하여 과실과 인과관계를 모두 추정하고 있는 일반적 의료와 사실상 크게 다르지 않다. 그리고 심지어는 과실과 인과관계를 구별하고 있는 판결③의 경우에도 시술 직후 감각이상 현상의 발생이라는 동일한 사정을 과실과 인과관계를 판단하는 근거로 반복하여 사용하고 있다. 그러므로 법원이 ‘일반인의 상식’ 기준으로 의료과실을 판단한다고 명시하지 아니 한 경우, 논증의 구조만으로는 그 판단 기준이 무엇인지 언뜻 알기 쉽지 않다.

하지만 기준이 명시되지 않은 경우에도 다음과 같은 점들에 비추어 임플란트 시술상 의료과실은 일반인의 상식을 기준으로 판단되는 것으로 보아야 할 것이다. 먼저, 법원이 임플란트 과오소송에서 의료과실을 일반인의 상식을 기준으로 판단하여야 함을 명시하는 판결은 존재하는 반면, “의료과실을 의료행위를 할 당시 의료기관 등 임상의학 분야에서 실천되고 있는 의료행위의 수준을 기준으로 삼되(후략)”라고 하여 직업적 평균인을 기준으로 명시하고 있는 판결은 없다.

그 다음으로, 과실과 인과관계를 구별하는지 여부와 무관하게 법원이 임플

란트 시술상 의료과실을 판단하기 위하여 고려하고 있는 사정들의 구체적 면면들 살펴보면 지극히 일반인의 상식이라 할 수 있는 내용들이 명백하다. ‘이 사건 증상은 이 사건 시술 이후에 발생하였던 점’, ‘상당한 기간이 지났음에도 그 증상이 개선되지 않고 남아 있고’, ‘이 사건 증상이 피고의 체질적 소인이나 기타 원고의 의료과오 이외의 다른 요인에 의하여 발생하였다는 증거가 없는 점’, ‘왼쪽 치아에도 마찬가지로 임플란트 시술을 받은 사실이 있었는데 이 때는 아무런 후유장애 증상이 없었던 점’ 등과 같이 특별한 전문지식이나 감정 없이도 알 수 있는 내용들이었다(판결① 내지 ⑤). 물론, 이상의 내용들은 의사의 과실에 관한 직접사실이라기 보다는 간접사실에 해당하는 것들이다. 아마도 이는 법원의 과실과 인과관계를 명확히 구별하여 추정하고 있지는 않다는 점에서 주로 기인하였을 것이다. 그럼에도 이들은 법원이 의사의 과실 판단에 일반인의 상식을 활용하고 있다는 점을 간접적으로나마 보여주는 것으로 생각한다. 이 같은 생각은 법원이 의료과실을 부인하는 근거로 사용되는 정황들과 비교하여 볼 때 더욱 명백해진다. 법원이 인과관계를 부인하기 위하여 들고 있는 내용들은 ‘대구치의 치주적 문제에 의한 연관통증(판결⑦)’, ‘정복성 관절원판 정방변위(판결⑧)’, ‘만성치주염에 의한 부정교합(판결⑨)’ 등 전문가가 아닌 일반인으로서 쉽게 알 수 없는 것들이다.

IV. 결론

첫째, 임플란트 시술 등 소위 상업화된 의료에 대하여는 완치에 대한 예견이 사실상 가능하다는 점, 불가피한 수단이기 보다는 선택적 수단으로서 환자에게 의미를 갖기에 설명의무가 보다 강조될 수 있다는 점 등에 비추어 특히, 의사가 설명의무를 미이행하였다면 묵시적으로 도급계약이 성립하였다고도 볼 수 있다고 생각한다. 둘째, 극도의 전문적 분야라는 의료행위의 특성을 고려하여 법원은 환자의 입증부담을 완화하고 있다. 그리고 통상의 밀행적인 의료가

아닌 단순·명료한 의료의 경우에는 일반인의 상식을 기준으로 과실을 판단함으로써 입증부담을 보다 완화하고 있는바, 단순·명료한 의료에 속한다 할 수 있는 임플란트 의료과오에 대하여도 직업적 평균인이 아닌 일반인의 상식이 그 판단기준이 되어야 할 것이다.

더불어, 임플란트 과오 소송에 관한 여러 판결들을 살펴보더라도 임플란트 식립 자체의 성공 여부에 따라 과실 인정 여부가 주로 달라지고 있다는 점 및 상당 경우 일반인의 상식으로 과실을 판단한다고 판결문 상 명시되어 있거나 혹은 그렇지 않더라도 의사의 과실을 인정하는 근거로 사용된 사정들이 지극히 일반인의 상식에 해당하는 것들이라는 점을 알 수 있었다. 물론 이들 판결들을 통하여 필자의 주장과 같이 우리 법원이 상업화된 의료로서 임플란트 기술을 도급으로 이해하고 있다거나, 명확하게 과실과 인과관계를 구별하면서 전자를 일반인의 상식에 의하여 판단하고 있다고 단언할 수 없다. 그럼에도 종종 의료분쟁에서 도급에 관한 주장이 이루어지고 있는 현실에서도 알 수 있는 바와 같이, 의료기술의 눈부신 혁신과 함께 의료계약을 바라보는 법원의 태도도 조금씩 변화하고 있는 것이 아닌가라는 생각을 해 본다.

[참 고 문 헌]

- 김기영, “비교법적 관점에서 본 유럽의 의료책임”, 『손해사정연구』 제5권 2호, 한국손해사정학회, 2013.
- 김민규, “우리나라 의료과실과 인과관계의 증명책임에 관한 판례 법리의 검토”, 『법학논총』 제21권 제3호, 조선대학교 법학연구소, 2014.
- 김민중, “의료계약”, 『사법행정』 제32권 1호, 한국사법행정학회, 1991.
- 박은경·김기영, “의료행위의 상업화와 법적 한계에 관한 서론적 고찰”, 『법학논고』 제35집, 경북대학교 법학연구원, 2011.
- 백경희, 「의료사고 민사책임의 성립과 범위에 관한 연구- 새로운 쟁점을 중심으로-」, 고려대학교 대학원 박사학위논문, 2008.
- 석희태, “의료과오 판단기준에 관한 학설·판례의 동향”, 『의료법학』 창간호, 대한의료법학회, 2000.
- 이영규, “의료계약의 특질과 구조”, 『법학논총』 제12집, 한양대학교 법학연구소, 1995.
- 정광수, “수급인의 고지의무와 하자담보책임”, 『사회과학연구』 제38권, 강원대학교 사회과학연구원, 1999.
- 최준규, “계약법상 임의규정을 보는 다양한 관점 및 그 시사점”, 『법조』 제9권, 법조협회, 2013.
- 한태일, “의료소송상 환자보호를 위한 방안의 검토-증명부담의 경감방안 및 적극적 위자료 인정의 필요성을 중심으로-”, 『법학논집』 제21권 4호, 이화여자대학교 법학연구소, 2017.
- Ji-won Choi, Se-Wook Koh, Hwun-Wook Ryu, Clinical Study on Survival Rate of Oseointegrated Implants, Maxillofacial Plastic and Reconstructive Surgery, 2009,. Jul, 31(4).

[국문초록]

**임플란트 시술상 의료과오의 소송상 쟁점에 관하여
- 계약의 법적성격 및 입증책임 완화를 중심으로 -**

한태일(한국건설기술연구원)

임플란트 시술은 소위 상업화된 의료에 속하고 상대적으로 시술자체가 단순·명료하며 그 시술이 성공가능성은 거의 100%에 달한다. 또한 환자에게 건강을 위한 불가피한 수단이기 보다는 선택적 수단의 의미를 지니는바 자기결정권의 보호를 위한 설명의무의 중요성이 특히 강조되기도 한다. 이러한 특성에 비추어 임플란트 시술 계약에 대하여는 도급의 성격이 강조되어 경우에 따라서는 식립 자체의 실패만으로도 의사의 과실이 존재한다고 할 수 있을 것이다. 또한 임플란트 시술은 상업화된 의료로서 단순·명료한 의료 행위인바 과실여부는 직업적 평균인이 아닌 일반인의 상식을 기준으로 판단되어야 할 것이므로, 임플란트 시술 후 악결과가 발생한 환자는 예를 들어, 시술 중 과도한 통증과 출혈이 발생하였음에도 의사가 별 다른 조치를 취하지 않았다는 등을 입증하면 충분하고 그 전문가의 입장에서 의료행위가 적절치 못하였다는 점까지 밝혀야 하는 것은 아니다.

한편, 임플란트 의료과오 판결들을 살펴보면 법원은 명시적으로 임플란트 시술계약을 도급이라고 판단하고 있지는 않더라도, 식립 자체의 성공여부로 의사의 과실을 판단하고 있어 일의 완성을 목적으로 하는 도급계약과 유사한 특성을 어느 정도 인정하는 듯 보인다. 또한 제시하고 있는 의료과실의 구체적 내용들에 비추어 의료과실의 판단도 일반인의 상식에 기초한 것으로 보인다.

주제어: 임플란트, 상업화된 의료, 도급, 과실판단의 기준, 일반인의 상식

Regarding Issues on the Lawsuit of Medical Malpractice in the Implant Procedure

-Focusing on the contract's legal character and the mitigation of burden of proof-

Han Taeil

KICT

=ABSTRACT=

Implant procedure belongs to so called a commercialized medical treatment, its procedure is simple and clear, and the possibility of success is almost 100%. In addition, it is a selective method rather than an inevitable method for a patient's health, so the importance of liability for explanation is especially emphasized for protection of autonomous decisions by patients. Considering these characteristics, the plaintiff in the relevant case said that the contract of implant procedure has the characteristic of subcontract, and only the failure of implant itself and the violation of liability for explanation should be the defendant's fault liability. In addition, although the above procedure contract is considered as delegation rather than subcontract, whether it's the defendant's malpractice should be judged by general people's common sense rather than average people in the industry. Therefore, if all the implanted teeth were removed due to bleeding and pains, and the patient suffered from dysaesthesia during the process, the defendant's malpractice is fully proved. When the judgements of implant medical malpractice were researched, the court doesn't consider implant contract as subcontract, but it judges dentist's malpractice by whether the implant itself is successful, so it seems that the court acknowledges similar characteristics with subcontract whose purpose is completion of work to some degree. In addition, considering the detailed contents of presented medical malpractices, it seems that judging medical malpractice is based on the common sense of general people. Therefore, the argument of the plaintiff is valid when the fact the adjustment amount is relevant to the amount that the plaintiff initially claimed is considered even though the relevant case was decided to be compulsory mediation.

Keyword: Implant, Commercialized medical practice, Subcontract, The standard of judging malpractice, Common sense of general people
