

2021년 주요 의료판결 분석

박태신* · 유현정** · 이정민*** · 조우선**** · 정혜승*****

I. 들어가며

II. 2021년 주요 의료판결

1. 진료기록 허위 또는 부실기재와 과실 판단
2. 비만치료약 처방 등과 관련한 손해배상책임
3. 기왕치료비 손해배상채권을 대위하는 국민건강보험공단의 대위 범위
(=공단부담금 중 가해자의 책임비율에 해당하는 금액) 등
4. 진료기록감정회신결과에 법원이 기속되지 않은 사례
5. 국민건강보험공단의 요양급여비용 환수처분 관련 사례
6. 기타 쟁점들

III. 마치며

I. 들어가며

의료문제를 생각하는 변호사 모임(이하 ‘의변’이라 함)은 예년과 같이 2021년 한 해 동안 선고된 판결들 중 의미 있는 의료 관련 판례를 선정하여 정리하였다. 의변 학술단 소속 5명의 변호사는 법원도서관의 판결검색 사이트에서 2021년 선고된 대법원과 고등법원 판결 중 “손해배상(의)”로 검색한 판결 및 해당 하급심 판결과 각 법원 홈페이지에 게시된 주요 판결, 법률신문에 2021년 1월부터 12월까지 보도된 법원 소식 중 판결문에 관한 기사를 나누어 검토

* 논문접수: 2022. 6. 13. * 심사개시: 2022. 6. 20. * 게재확정: 2022. 6. 28.

* 전북대학교 법학전문대학원 교수.

** 나음 법률사무소, 고려대학교 박사수료.

*** 법무법인 히포크라테스, 고려대학교 박사과정.

**** 법무법인 윈스, 고려대학교 석사수료.

***** 법무법인 반우, 한양대학교 석사수료.

하였고, 그간 논란이 되었던 사건 및 쟁점에 관한 판결, 법원의 기존 견해와 다른 판단을 내렸거나 해석 및 적용에 있어 논란이 있던 부분을 정리한 판결, 기타 보건의료와 관련하여 의미가 있다고 생각되는 판결을 찾아 4차례의 온라인 미팅을 통해 각 판결을 분석하고 그 의미에 관하여 토론한 후 다음과 같이 정리하였다.¹⁾

II. 2021년 주요 의료판결

1. 진료기록 허위 또는 부실기재와 과실 판단

- 대전고등법원 2021. 9. 29. 선고 2021나10065 판결²⁾

가. 사실관계

19세 6개월의 원고는 군에서 휴가를 나와 2018. 6. 1. 17:57경 화장실에서 대변을 보다 쓰러졌고, 119를 통해 피고 병원 응급실로 호송되었다. 119 구급활동일지에는 환자증상란에 ‘복통, 의식장애, 오심/구토, 어지러움, 편마비’가, 구급대원 평가 소견란에 ‘환자 화장실 앞에 앉아 있었음. 지남력은 있는데 말이 어눌하고 좌측 편마비 확인하여 빠른 이송 결정함. 이송 중 구토 1회 하였음’이라 각 기재되어 있었다.

피고 병원 의료진은 2018. 6. 1. 18:43경 원고를 진찰한 후 18:55경 뇌CT 검사를 하였으나 이상소견이 확인되지 않자, 같은 날 21:39경 다시 원고의 상태를 살펴본 다음 관절염약과 위궤양약 3일치를 처방하였고, 원고는 당일 퇴원하였다. 원고는 다음날인 2018. 6. 2. 16:30경 좌하지 위약감을 호소하였고, 119를 통해 17:08경 피고 병원 응급실로 호송되었다. 원고는 NIHSS 15점 상태로, 뇌MRI 검사 결과 우측 중대뇌동맥 뇌경색으로 진단되었고, 기계적 혈전

1) 의변 학술위원회에서는 판결분석을 위하여 2022년 2월 10일, 2월 22일, 3월 9일, 3월 21일, 총 4차례 판결분석 회의를 하였다.
2) 원·피고 모두 상고하지 아니하여 확정되었다.

용해술과 감압두개절제술을 시행 받았으나 우측 중대뇌동맥 뇌경색으로 인한 좌측 상하지 편부전마비 등으로 노동능력상실률 31%의 장애가 남았다.

나. 법원의 판단

제1심 법원은 피고 병원 의료기록 기재내용에 따라 의료진이 내원 첫날 원고에게 신경학적 검사를 시행하여 구급증명서에 기재된 원고의 증상을 모두 파악하였고, 원고가 응급실 도착 후 20분 정도 만에 뇌CT 검사를 진행하였으며, 뇌MRI 검사 등 추가 검사가 필요하다고 원고에게 수차례 설명하였음에도 원고가 거부하고 퇴원하였다고 사실인정을 하여 원고의 손해배상청구를 기각하였다.³⁾

제1심 판결에 대하여 원고는 피고 병원 의료진이 작성한 2018. 6. 1. 응급실 경과기록 및 2018. 6. 2. 응급의료센터 임상기록 내용이 사후에 허위의 내용으로 추가·정정되었고, 이는 진료기록을 조작한 증명방해 행위라고 주장하였다. 이에 대하여 대상 판결은 ① 2018. 6. 1. 21:39경 최초 작성된 응급실 경과기록과 2018. 6. 3. 09:13경 수정된 응급실 경과기록, 2018. 6. 2. 18:15경 최초 작성된 응급의료센터 임상기록과 2018. 6. 3. 09:07경 수정된 응급의료센터 임상기록의 각 기재내용의 차이, ② 수정된 내용은 신경학적 검사 시행사실 및 MRI 등 추가검사가 필요함을 재차 설명하였으나 환자측에서 다시 거절하였다는 것으로, 이는 뇌경색 진단 및 치료지연에 있어 피고에게 귀책사유가 있는지 여부를 판단함에 있어 매우 중요한 사실관계에 대한 것인 점, ③ 위 각 진료기록이 수정된 시기가 원고가 뇌경색 진단을 받고 기계적 혈전용해술을 받은 날의 다음 날 아침이고, 수정된 내용은 피고 병원 의료진이 2018. 6. 1. 원고에 대한 뇌경색 진단 및 검사를 위해 필요한 주의의무를 다하였다는 주장을 뒷받침하는 내용인 점, ④ 119 구급활동 일지와 신경외과 의무기록에 2018. 6. 1. 피고 병원 호송 당시 이미 원고에게 뇌경색 증상이 있었던 것으로 기재되어 있는

3) 대전지방법원 천안지원 2020. 11. 19. 선고 2020가합100157 판결.

점 등에 비추어 사후에 수정한 경과기록 및 임상기록 내용은 믿기 어렵고, 진료 기록 수정 시기, 당시 원고의 상태, 수정된 내용 등에 비추어 보면 피고 병원 의료진이 뇌경색 진단을 지연한 과실을 숨기고 그 책임을 원고 측에 전가하려는 의도로 경과기록 및 임상기록을 수정하였을 가능성이 있다고 판단한 다음, 수정되기 전 최초로 작성된 진료기록을 토대로 피고 병원 의료진의 과실 여부를 판단하였다.

대상 판결은 최초로 작성된 진료기록을 토대로 원고가 2018. 6. 1. 피고 병원에 호송되었을 당시 좌측 팔 편마비와 구음장애 증상이 있었음에도 급성기 뇌경색 진단에는 부적절한 뇌CT 검사만을 시행한 채 적절한 신경학적 검사와 뇌MRI 검사 등을 시행하지 아니하여 뇌경색을 적시에 진단하지 못한 과실이 있다고 판단하였고, 원고의 뇌손상과 인과관계를 인정하여 피고에게 손해배상책임을 인정하였다(책임비율 70%, 손해배상액 290,119,787원, 위자료 50,000,000원).

다. 판결의 의의

우리 법원은 의사 측이 진료기록을 사후에 가필·정정한 행위는, 그 이유에 대하여 상당하고도 합리적인 이유를 제시하지 못하는 한, 당사자 간의 공평의 원칙 또는 신의칙에 어긋나는 입증방해 행위에 해당한다고 판시하였고, 의무기록의 역할 및 그 기재의 정도와 관련하여, 의무기록은 ① 진료를 담당하는 의료인으로 하여금 환자의 상태와 치료의 경과에 관한 정보를 빠뜨리지 않고 정확하게 기록하여 이를 그 이후의 계속되는 환자치료에 이용하도록 함과 아울러 ② 다른 관련 의료종사자에게도 그 정보를 제공하여 환자로 하여금 적절한 의료를 제공받을 수 있도록 하고, ③ 의료행위가 종료된 후에는 그 의료행위의 적정성을 판단하는 자료로 사용할 수 있도록 하기 위하여 작성하는 것으로서, 의료인은 의료행위에 관한 사항과 소견을 의무기록에 상세히 기록하여야 한다고 판시하여 왔다(대법원 1995. 3. 10. 선고 94다39567 판결, 대법원 2008. 7. 24. 선고 2007다80657 판결 등 다수).

근래 전자의무기록에 의한 의무기록 작성이 보편화되면서 의무기록 기재이력을 확인할 수 있는 의무기록 로그기록에 대한 심리가 증가하고 있다. 종이기록의 경우 의무기록의 정확한 작성시간과 수정 전후 내용의 차이를 확인하기가 쉽지 않은 반면, 전자의무기록은 그 입력시간과 내용이 서버에 저장되기 때문에 로그기록을 입수하면 쉽게 확인이 가능하며 소송절차에서도 전자의무기록에 대한 로그기록을 요청하는 사례가 증가하고 있기 때문이다.⁴⁾ 대상 판결은 그와 같은 로그기록에 따라 수정 전 의무기록과 수정 후 의무기록의 각 작성시기 및 내용을 비교하고 분석함으로써 피고 병원 의료진이 뇌경색 진단을 지연하여 원고에게 뒤늦게 혈전용해술을 시행하게 되자 마치 뇌경색 진단이 지연되지 않은 것처럼 의무기록의 기재를 사후에 수정한 사실을 밝혀내고 수정 전 최초 작성된 의무기록 기재내용에 따라 피고 병원 의료진에게 과실을 인정하였다는 점에서 의미 있는 판결이다. 종래 의무기록 불기재, 부실기재, 사후 변경에 관한 판결들이 종종 선고되었으나, 대상 판결과 같이 의무기록 작성시간과 내용을 수정 전후로 구체적으로 비교하여 판단한 사건은 거의 없었다.

이와 같은 의무기록의 사후 수정은 의료행위가 종료된 후 그 의료행위의 적정성을 제대로 판단할 수 없도록 한 것으로, 명백한 증명방해에 해당된다. 우리 판례는 의사 측이 진료기록을 사후에 가필·정정한 행위는, 그 이유에 대하여 상당하고도 합리적인 이유를 제시하지 못하는 한, 당사자 간의 공평의 원칙 또는 신의칙에 어긋나는 입증방해⁵⁾ 행위에 해당한다고 판시하였고(대법원 1995. 3. 10. 선고 94다39567 판결 등 참조), 당사자 일방이 입증을 방해하는

4) 이와 관련하여 진료기록부를 작성하고 보관, 보존하려는 취지에 '의료행위가 종료된 이후에는 그 의료행위의 적정성을 판단하는 자료로 사용할 수 있도록 하는 것'이라면, 적어도 의료사고가 발생한 경우 진료기록을 열람, 복사하는 환자 측에게 전자의무기록변경여부를 확인해 주는 것은 당연한 것이므로, 의료인이나 의료기관개설자는 전자의무기록조항에 따라 이러한 전자의무기록변경여부를 확인해 줄 의무가 있고, 환자 측은 의료인 또는 의료기관개설자에게 자신의 전자의무기록변경여부에 대하여 확인할 권리가 있도록 법제화 하여야 한다는 의견이 있다(백경희·이인재, "전자의무기록에 대한 소고", 한국의료법학회지(제24권 2호), 2016, 65면).

5) 2002. 1. 1. 민사소송법 전면개정 전에는 '증명' 대신 '입증'으로 표현하였고, 그 후로도 상당 기간 '입증'이라는 표현이 사용되었다.

행위를 하였더라도 법원으로서서는 이를 하나의 자료로 삼아 자유로운 심증에 따라 방해자 측에게 불리한 평가를 할 수 있음에 그칠 뿐 입증책임이 전환되거나 곧바로 상대방의 주장 사실이 입증된 것으로 보아야 하는 것은 아니며(대법원 1993. 11. 23. 선고 93다41938 판결, 대법원 1999. 4. 13. 선고 98다9915 판결 등 참조), 그 내용의 허위 여부는 의료진이 진료기록을 가필·정정한 시점과 그 사유, 가필·정정 부분의 중요도와 가필·정정 전후 기재 내용의 관련성, 다른 의료진이나 병원이 작성·보유한 관련 자료의 내용, 가필·정정 시점에서의 환자와 의료진의 태도, 질병의 자연경과 등 제반 사정을 종합하여 합리적 자유심증으로 판단하여야 한다고 판시하고 있다(대법원 2010. 7. 8. 선고 2007다55866 판결 등 참조).

대상 판결은 그와 같은 증명방해 행위에 대하여 사후 수정한 의무기록을 판단의 대상에서 제외하고 최초 작성된 의무기록에 따라 사실관계 확정 및 과실 여부를 판단하여 피고에게 손해배상책임을 인정하였다. 그러나 의무기록 사후 기재나 수정에 합리적인 이유가 없는 의료진의 악의적인 의무기록 변조행위는 독자적인 불법행위를 구성할 수 있으므로(서울고등법원 2010. 6. 17. 선고 2009나62259 판결, 서울고등법원 2018. 2. 27. 선고 2018나2033150 판결 참조), 환자 측 대리인으로서 병원 측의 증명방해 행위에 대한 불이익으로 책임비율을 증가시켜야 한다는 주장과 함께 별개의 불법행위에 대한 별도의 위자료를 청구할 필요가 있는 것으로 보인다.

라. 관련 판결

(1) 부산고등법원(창원) 2021. 10. 21. 선고 2021나11469 판결은 분만 후 질출혈이 지속되어 산모가 사망한 사건에서, 산모의 출혈이 의사에게 보고된 당시 시작된 것처럼 출혈 시간을 뒤로 늦추어 기재한 간호기록을 부실기재한 것으로 판단하여 이와 같은 부실기재는 피고들의 과실을 판단함에 있어 불리한 자료가 된다고 판시한 다음, 피고들의 과실과 손해배상책임을 인정하였다.

(2) 대전지방법원 2021. 7. 7. 선고 2020나111541 판결은 복강경 부신절

제술 과정에서 대동맥이 파열되자 개복술로 전환하여 인조혈관 치환술을 시행하였으나 좌측 대퇴부 신경이상이 발생한 사건에서, “피고 병원 의료진이 작성한 수술기록지, 간호의무기록에는 이 사건 수술에서 어떤 종류의 투관침이 사용되었고, 어떤 방식으로 투관침이 삽입되다가 복부 대동맥이 파열되었는지에 관한 기재가 전혀 없어 대동맥 파열 경위를 구체적으로 알 수 없다. 비록 그와 같은 진료기록의 미기재만으로 피고 병원 의료진의 술기상 주의의무 위반을 곧바로 인정할 수는 없다 할지라도, 의료진이 의료법 제22, 23조에 의하여 부과된 진료기록 작성의무를 성실히 하지 않음으로 인하여 진료경과가 불분명하게 된 데에 따른 불이익은 의료진이 부담하여야 하고, 이를 환자 측에 부담시킬 수는 없다.”고 판시한 다음 피고의 손해배상책임을 인정하였다.

(3) 대구지방법원 2021. 5. 26. 선고 2020나312504 판결은 망인이 노래방 계단에서 추락하여 119를 통해 피고 병원 응급실에 이송되었으나 심한 추직상태로 검사 협조가 되지 않아 2시간 경과관찰 후 퇴원하였는데, 그 다음날 의식 혼미, 구토 등으로 다시 응급실에 이송되어 외상성 뇌출혈, 두개골 골절로 응급 감압술을 받았으나 사망한 사건에서, 실제로 망인을 진료한 I가 아닌 J의 명의로 망인에 대한 경과기록지가 작성되었으므로 이를 믿을 수 없어 피고가 망인에 대해 행하였다고 주장하는 진료행위 자체가 있었는지 불명확하다는 원고의 주장에 대하여, 망인이 피고 병원 응급실로 이송된 당일 본래 피고 병원의 J 과장이 당직의로서 응급실 진료를 담당하기로 예정되어 있었으나 J가 개인적인 사유로 변경을 요청하여 I가 응급실 진료를 담당하게 된 사실, 피고 병원의 간호사가 응급실에 설치된 컴퓨터의 경과기록지 작성 프로그램에 본래 당직의인 J의 아이디로 로그인을 해 두었는데, I가 이를 간과하고 그대로 환자에 대한 경과기록을 입력하여 망인에 대한 경과기록지가 J 명의로 작성되었다고 다른 환자에 대한 경과기록지도 J 명의로 작성된 사실을 인정한 다음, 실제 진료를 담당하지 않은 의사 명의로 망인에 대한 경과기록지가 작성된 이유를 수긍할 수 있고 그러한 사정이 위 문서 내용의 사실 여부에 의심이 들게 하지 아니한다고 판단하여 원고의 주장을 배척하고 병원의 손해배상책임을 인정하지 않았다.

2. 비만치료약 처방 등과 관련한 손해배상책임

- 대구고등법원 2021. 3. 31. 선고 2020나21733 판결⁶⁾

가. 사실관계

망인은 다이어트를 목적으로 의사인 피고로부터 2014. 7. 7.부터 2016. 10. 3.까지 기간 동안 펜터민(phenterminet)과 플루옥세틴(fluoxetine) 성분의 약⁷⁾을 총 16회 처방받았다. 망인의 위 처방전 중 일부 처방전에는 처방약 전부를 아침에만 복용하라고 기재되어 있었고, 다른 일부 처방전에는 처방약 전부를 밤에만 복용하라고 기재되어 있었으며, 나머지 처방전에는 아침이나 밤에 복용하라는 취지가 혼재되어 있었다. 망인은 어느 날 갑자기 쓰러져 심정지를 진단받고 사망하였고, 부검 결과 혈액과 내용물에서 펜터민, 플루옥세틴, 디펜히드라민(diphenhydramine)이 검출되었는데 말초혈액에서의 각 농도는 0.68mg/L, 0.06mg/L, 0.06mg/L, 심장혈액에서의 각 농도는 1.45mg/L, 0.11mg/L, 0.06mg/L로⁸⁾ 펜터민이 독성농도 이상이었다.⁹⁾ 한편, 위 피고는 망인에게뿐 아니라 망인의 지인 8인에게 대리처방을 하여 준 사실이 있고 그 횟수도 여러 번이었으며 심지어 망인이 사망한 이후에도 망인의 지인들이 피고로부터 망인에 대한 처방전을 받아 약국에서 처방약을 구입하였다.

6) 1심은 대구지방법원 경주지원 2020. 2. 11. 선고 2017가합2243 판결.

7) 페스틴정, 플루민.

8) 펜터민의 혈중 치료농도는 0.07~0.1mg/L, 독성농도 0.2~0.9mg/L, 치사농도 1.5~7.6mg/L이고 플루옥세틴의 혈중 치료농도는 0.02~0.45mg/L, 독성농도 0.9~2mg/L, 치사농도 1.3~7.0mg/L이며 디펜히드라민의 혈중 치료농도는 0.1~1.0mg/L, 독성농도 1mg/L, 치사농도 5mg/L으로 보고됨.

9) 펜터민 과량 복용으로 인한 이상반응으로는 신경과민, 진전, 환각, 빠른 호흡, 심부정맥, 경련 및 혼수 등이 있고, 펜터민과 플루옥세틴을 병용 시 세로토닌 증후군(증상은 떨림, 빈맥, 고혈압, 근육경직, 고열, 심각한 빈맥 등)이 나타날 가능성이 높다. 한편, 미국 식품의약국과 국내 허가내용에 따르면 펜터민은 체질량지수가 30kg/m² 이상 비만 환자 또는 고혈압, 당뇨, 고지혈증을 가진 체질량지수 27kg/m² 이상 환자를 상대로 단기간(몇 주 이내) 단독으로 사용해야 하고, 플루옥세틴과의 병용은 안전성과 유효성이 입증되지 않았기에 권고되지 않는다.

나. 법원의 판단

법원은 진찰상 주의의무 위반 여부와 관련하여 먼저 의료행위가 침습적 특성을 갖고 있어 환자에 대한 직접적인 관찰을 바탕으로 이루어질 수밖에 없으므로 피고의 망인의 지인들에 대한 대리처방은 진찰상의 주의의무 위반에 해당하나, 피고가 망인의 건강위험도와 활력징후를 측정하지 않았거나 망인에 대하여 투약 중단이나 생활습관 개선을 지시하지 않은 행위는 망인이 피고로부터 치료를 받기 전 키, 체중, 비만치료 경력 유무, 복용중인 약이나 건강보조 식품의 유무, 식사시간, 기상시간, 알레르기 유무, 병력 및 최근 3개월 간 약물 복용 유무, 빈혈, 두통 등 일반적인 내용을 진료카드에 작성한 점, 망인에 대한 기초적인 평가 및 면담을 시행했고 특별한 기저질환도 없었던 점, 망인이 특별한 부작용을 호소하지 않았고 처방의 휴지기간도 두었던 점에 비추어 진찰상 주의의무 위반이 있다고 보기 어렵다고 판단하였다.

또한, 처방상 주의의무 위반과 관련하여 펜터민 적응증에 해당하지 않는 망인에 대해 피고가 펜터민을 과량으로 처방한 행위는 처방상 주의의무 위반에 해당하나, 그 과정에서 단기간의 처방기간을 준수하지 않은 채 이를 플루옥세틴, 페리시정, 메타진정, 디아제팜, 다이크로진정과 함께 처방한 행위는 우리나라 식품의약품안전청이 2013. 12.경 ‘전문가용 식욕억제제 안전사용 가이드’를 발간하였으나 플루옥세틴과 펜터민의 병용에 경고를 하였을 뿐, 금기사항으로 지시한 것으로 보이지는 않는 점, 심장내과 전문의, 한국의약품안전관리원, 국립과학수사연구원 서울과학수사연구소 법의조사와 법의관, 국립과학수사연구원 부산과학수사연구소, 한국의료분쟁조정중재원의 소견에 따르면 펜터민 단기간 사용의 권고사항을 준수하지 않은 점, 부작용을 호소하지 않았을 경우 약물 처방을 지속할 수는 있으나 장기적 치료의 유용성에 대한 검사는 필요하고 부검소견에 따르면 펜터민의 과량 처방과 사망 사이 관련이 있는 것으로 보이는 점, 펜터민 처방 시 사용기간, 금기약물, 부작용 등에 대한 설명한 기록이 없는 점, 다만 세로토닌 증후군의 발생 여부 및 그 원인이 이들 약물의 병용때문인지 확인하기 어려운 점, 말초혈액과 심장혈액에서의 펜터민 농도

의 비율을 고려할 때 망인의 부검 당시 펜터민 혈중 농도는 1일 2회 투여보다 반복 또는 과량 투여한 결과로 보여 고용량 또는 빈번한 반복투여가 이루어졌을 것이라고 합리적으로 추정 가능하다고 한 점 등에 비추어 처방상 주의의무 위반에 해당하지 않는다고 판단하였다.

그리고 법원은 펜터민 등 향정신성 의약품의 처방 및 투여는 침습적 성격을 갖고 있어 처방 전에 예상되는 위험성과 부작용 등을 설명하여 환자가 약물 사용에 응할 것인지를 스스로 결정하게 하였어야 하나, 피고가 망인에게 이에 대해 설명한 기록이 없어 설명의무를 위반하였다고 판단하였다.

법원은 지도설명 의무 위반 여부에 대해서는 망인은 일반인으로서 펜터민 등의 복용으로 인한 부작용, 후유증의 내용과 정도, 대처방법 등에 대하여 알지 못하였으므로, 피고가 의사로서 위험을 예방하고 비만치료의 성공을 보장하기 위하여 망인에게 위 내용을 지도설명하였어야 하는데, 이러한 점을 추단할 수 있는 아무런 자료가 없어 지도설명 의무를 이행하지 않은 것으로 보았다.

그러나 법원은 망인에게 특별한 기저질환이나 건강상 결함이 없었고, 망인의 펜터민 혈중농도가 높기는 하였으나 이는 피고의 처방과 달리 망인이 임의로 반복 또는 과량 투여했기 때문일 가능성을 배제할 수 없고, 부검 결과 피고가 처방하지 않은 디펜히드라민이 검출되었는데 이 약물이 세로토닌 재흡수를 억제하여 신경계에 작용하는 세로토닌 농도를 증가시키는 요인이 되었을 가능성이 있으며, 망인이 오랜 기간 펜터민을 복용하면서 별다른 부작용의 호소가 없었다는 점, 펜터민과 플루옥세틴의 병용으로 인한 세로토닌 증후군으로 사망의 결과가 발생한 사례가 보고된 적이 없었던 점 등에 비추어 피고의 진찰 및 처방상 주의의무 위반 및 지도설명 의무 위반, 설명의무 위반과 망인의 사망 사이의 상당인과관계가 인정되지 않는다고 판시하며 재산상 손해에 대한 손해배상 책임은 부정하였다.

한편 법원은 위자료 배상 책임과 관련하여 피고에게 진찰 및 처방상 주의의무 위반과 지도설명 의무 위반은 인정되나 이 주의의무 위반의 정도가 일반인

의 처지에서 보아 수인한도를 넘어설 만큼 현저하게 불성실한 진료를 행한 것이라고 평가될 정도에는 이르지 않았다고 보아 이에 대한 위자료 배상 책임을 부정하였고, 다만 설명의무 위반으로 망인의 자기결정권이 침해되어 망인과 가족들이 정신적 고통을 받은 점에 대하여 합계 30,000,000원의 위자료 배상 책임을 인정하였다.

다. 판결의 의의

일부 의료기관에서 비만치료를 위한 식욕억제제 처방의 적응증에 해당하는 환자가 아님에도 불구하고 해당약의 처방을 남발하고 심지어 이 사안과 같이 지나치게 장기간 약물을 처방하는 사례가 늘어나고 있다. 환자에 대한 세심한 관찰 없이 약을 처방한 결과 해당 약물에 의존성이 생긴 환자가 이 사안과 같이 지인들을 동원해 대리처방을 받기도 하고 나아가 불법적인 방법으로 약물을 구하는 사례도 종종 발견된다.

이 사안에서 법원은 진찰 및 처방상의 주의의무 위반은 물론, 지도설명 의무 위반까지 인정하였으나 망인의 사망과의 인과관계를 부정하였다. 피고가 처방하지도 않은 약물을 망인이 복용하였을 가능성 및 피고의 복약지도를 어기도 망인이 약물을 과다 복용하였을 가능성 때문이라고 하였으나, 피고와 같이 장기간 비만치료약물을 처방한 의사라면 환자들이 약물에 의존성을 가지게 될 가능성이 높다는 점, 망인이 지인들을 동원해 대리처방을 받아갈 정도라면 자신의 의료기관 외에서도 다른 약물을 처방받아 복용할 가능성도 넉넉히 예상할 수 있을 것이라는 점 등을 종합하면 피고로서는 망인에게 부작용이 발생할 가능성을 충분히 예견할 수 있었다고 보이므로 망인의 처방약 복용 상태에 대해 수시로 점검하여 보다 면밀하게 처방 및 지도설명을 하였더라면 처방약의 부작용에 따른 사망도 막을 수 있었을 것으로 생각된다. 법원은 펜터민 적응증에 해당하지 않는 망인에 대해 피고가 펜터민을 과량으로 처방한 행위의 처방상 주의의무 위반 및 지도설명 의무위반을 인정하면서도, 망인의 사망원인으로 지목된 펜터민 중독은 망인 스스로의 반복 과량복용 때문일 가능성이

있고, 피고의 지도설명 의무 및 설명 의무 위반에도 불구하고 망인은 상당히 오랜 기간 특별한 부작용 호소 없이 건강한 상태였다는 점 등을 들어 상당인과관계를 부정하였다. 그러나 피고가 적응증에 해당하지 않는 펜터민 처방을 하지 않거나 또는 과량으로 처방을 하지 않았다면(특히 피고는 망인의 지인 등에게 대리처방까지 하였다는 점을 고려하면), 펜터민 중독이 원천적으로 방지되었을 것이므로 피고의 처방상 과실과 망인의 추정 사망원인인 펜터민 중독 사이의 인과관계를 부정하기 어렵고, 설사 처방상 주의의무를 위반하여 펜터민을 처방하였더라도 처방약의 부작용 및 위험성에 관한 지도설명 의무가 이행되었다면 망인이 임의로 반복 또는 과량 투여를 하지는 않았을 것이므로 지도설명 의무 위반과 망인의 사망 사이에도 상당인과관계를 인정할 여지가 있다고 보인다(망인이 피고의 처방내용과 달리 과량으로 펜터민을 복용한 것은 피고의 대리처방 등에 비추어 안전한 약물이라고 오해하였을 가능성이 높아 보이고, 이러한 망인의 오해는 피고의 지도설명 의무 위반으로 인해 고착화되었을 가능성이 높아 보인다). 그럼에도 불구하고 법원이 피고의 주의의무 위반 등에 대해 상세히 판단을 하고서도 손쉽게 인과관계를 부정하였다는 점은 아쉽다.

비만치료제는 대부분 비급여로 처방되어 관리의 사각지대에 놓여있다. 비만치료제 사용의 오남용을 막기 위해 DUR¹⁰⁾을 확대 적용하거나 처방현황을 모니터링할 수 있는 시스템을 구축하고자 하는 움직임이 있다. 약물 오남용의 결과로 발생한 약결과에 대해 판결로 과실을 확인하는 것도 중요하지만, 이러한 사고를 막기 위한 선행 조치들도 충분히 검토되어야 할 것이다.

10) Drug Utilization Review(의약품 안전사용서비스). 의약품 처방 및 조제 시 병용금지 혹은 현재 먹는 약과 중복여부 등을 확인할 수 있는 시스템.

3. 기왕치료비 손해배상채권을 대위하는 국민건강보험공단의 대위 범위 (=공단부담금 중 가해자의 책임비율에 해당하는 금액) 등 - 대법원 2021. 3. 18. 선고 2018다287935 전원합의체 판결¹¹⁾

가. 사실관계

乙(당시 만 16세)은 2012. 6. 5. 23:30경 혈중 알콜농도 0.061%의 주취 상태에서 오토바이를 운전하여 편도 1차로를 시속 70km로 진행하던 중, 전방을 제대로 살피지 않고 진행한 과실로 그 곳 횡단보도에 인접한 도로를 횡단하던 甲을 충격하였다. 甲은 위 사고로 경부척수 손상으로 인한 사지마비 등 상해를 입었다. 이에 甲은 乙과 乙의 부모인 丙, 丁을 상대로, 乙은 위 오토바이의 운전자로서 위 사고를 발생시킨 불법행위자이므로 자동차손해배상보장법 제3조 및 민법 제750조에 의하여, 丙, 丁은 乙의 부모로서 乙에 대한 보호·감독의무를 소홀히 하였으므로 민법 제750조에 의하여, 공동하여 甲에게 위 사고로 인한 甲의 손해를 배상할 책임이 있다고 주장하면서 손해배상을 구하는 소를 제기하였다.

나. 법원의 판단

(1) 제1심 및 항소심 판단

제1심 및 원심판결¹²⁾은 乙, 丙, 丁(이하 ‘피고들’이라 한다)의 책임을 모두 인정하고, 甲에게도 야간에 사고 장소 부근에 설치되어 있는 횡단보도로부터 약간 떨어진 지점에서 도로를 건넌 과실이 있으므로 피고들의 책임을 80%의 범위로 제한한다고 하였다.

그리고 손해배상책임 범위 중 기왕치료비와 관련하여 “국민건강보험법

11) 대법원 2021. 4. 8. 선고 2020다255078 판결, 대법원 2021. 4. 8. 선고 2019두32443 판결도 위 대법원 전원합의체 판결에 따라 동일하게 판시하였다.

12) 서울중앙지방법원 2017. 8. 8. 선고 2015가단5023386 판결 및 서울중앙지방법원 2018. 10. 23. 선고 2017나60279 판결.

에 따라 보험급여를 받은 피해자가 제3자에 대하여 손해배상청구를 할 경우, 피해자의 제3자에 대한 손해배상청구권은 그 급여액의 한도에서 국민건강보험공단에 이전되어 손해배상채권의 범위 내에서 보험급여를 한 전액에 대하여 국민건강보험공단이 피해자의 가해자에 대한 손해배상채권을 대위 취득하게 되므로 피해자의 제3자에 대한 손해배상청구권은 그 범위 내에서 감축된다”¹³⁾고 하면서, 甲의 기왕치료비 채권액은 전체 기왕치료비 합계 36,373,565원에 피고들의 책임비율 80%를 적용한 29,098,852원이고, 그 중 국민건강보험공단(이하 ‘공단’이라 한다)이 甲에게 지급한 보험급여액 합계 21,763,613원 부분은 위 공단이 대위 취득하므로, 결국 원고가 피고들에게 행사할 수 있는 기왕치료비 채권액은 7,335,239원 (=29,098,852원-21,763,613원)으로 감축된다고 하였다.¹⁴⁾

(2) 대법원의 판단

甲은 기왕치료비 채권액과 관련한 상고이유로 기왕치료비 손해배상액을 산정함에 있어, 전체 치료비에서 먼저 공단이 부담한 비용(이하 ‘공단부담금’이라 한다)을 공제하고 나서 과실상계를 해야 한다고 주장하였다. 이에 대법원은 다음과 같이 판시하면서 원심판결을 파기하고 환송하였다.

첫째, 공단이 불법행위의 피해자에게 보험급여를 한 다음 국민건강보험법 제58조 제1항에 따라 피해자의 가해자에 대한 기왕치료비 손해배상채권을 대위하는 경우 그 대위의 범위는, 가해자의 손해배상액을 한도로 한 공단부담금 전액이 아니라 그중 가해자의 책임비율에 해당하는 금액으로 제한되고 나머지 금액(공단부담금 중 피해자의 과실비율에 해당하는 금액)은 피해자를 위해 공

13) 대법원 2002. 12. 26. 선고 2002다50149 판결 등.

14) 다만, 원심은 제출증거에 따라 전체 기왕치료비 액수 등을 약간 상향 인정하였다. 구체적으로는 전체 기왕치료비를 합계 37,460,205원으로, 그 중 국민건강보험공단이 甲에게 지급한 보험급여액을 합계 22,521,023원으로, 甲이 피고들에게 행사할 수 있는 기왕치료비 채권액을 7,447,141원(=29,968,164원-22,521,023원)이라고 하였다.

단이 최종적으로 부담한다.

둘째, 국민건강보험법에 따라 보험급여를 받은 피해자가 가해자를 상대로 손해배상청구를 할 경우 그 손해 발생에 피해자의 과실이 경합된 때에는, 기왕치료비와 관련한 피해자의 손해배상채권액은 전체 기왕치료비 손해액에서 먼저 공단부담금을 공제한 다음 과실상계를 하는 ‘공제 후 과실상계’ 방식으로 산정하여야 한다.

셋째, 제3자의 손해배상 후 피해자가 보험급여를 받았다면 공단이 국민건강보험법 제57조에 따라 피해자에게 부당이득으로 징수할 수 있는 범위도 공단부담금 중 가해자의 책임비율에 해당하는 금액으로 한정된다.

다. 판결의 검토

종래 대법원은 공단이 불법행위의 피해자에게 보험급여를 한 다음 피해자의 가해자에 대한 기왕치료비 손해배상채권을 대위하는 범위는 가해자의 손해배상액을 한도로 공단부담금 전액이고, 피해자의 가해자에 대한 손해배상채권액은 그만큼 감축된다고 하였다. 그리고 보험급여를 받은 피해자가 가해자에 대하여 손해배상청구를 할 경우 그 손해 발생에 피해자의 과실이 경합된 때에는, 기왕치료비 손해배상액을 산정함에 있어 먼저 전체 기왕치료비에서 과실상계를 한 다음 거기에서 공단부담금 전액을 공제하여야 한다고 하여 이른바 ‘과실상계 후 공제’ 방식을 취하였다.

그러나 위 대법원 전원합의체 판결은 종래 대법원 판결과 달리 불법행위 피해자에게 보험급여를 한 공단이 피해자의 가해자에 대한 기왕치료비 손해배상채권에 관해 대위할 수 있는 범위는 공단부담금 전액이 아니라 공단부담금 중 가해자의 책임비율 해당금액이라고 견해를 변경하였다. 그리고 그에 따라 피해자의 과실이 있는 경우 기왕치료비와 관련한 피해자의 손해배상채권액 산정은 전체 기왕치료비 손해액이 아닌 본인부담금에서 과실상계를 해야 한다고 하면서 전체 기왕치료비 손해액에서 먼저 공단부담금을 공제한 다음 과실상계를 하는 ‘공제 후 과실상계’ 방식으로 하여야 한다고 하였다. 또한, 공단부담금

중 피해자 책임비율 해당금액은 공단이 부담해야 하므로, 손해배상을 받은 피해자가 보험급여를 받은 경우에 공단이 부당이득으로 징수할 수 있는 범위도 공단부담금 중 가해자 책임비율 해당금액에 한정된다고 하였다.

결과적으로 공단부담금 중 피해자 책임비율에 해당하는 금액을 공단과 피해자 중 누가 부담하게 되는지에 관하여 중전 대법원 판결에 따르면 피해자가 부담하게 되는데 반해 위 대법원 전원합의체 판결에 따르면 공단이 부담하게 된다. 건강보험의 사회보장적 성격과 보험급여 수급권의 성격 등을 고려하면 과실 있는 피해자에게 손해가 발생한 경우 그 손해발생과 관련하여 제3자의 불법행위가 개입된 경우가 피해자에게 더 불리한 결과가 되는 것은 부당하다는 견지에서 수급권자인 피해자를 두텁게 보호하는 방향으로 판례가 변경된 것으로 보인다.¹⁵⁾¹⁶⁾

4. 진료기록감정회신결과에 법원이 기속되지 않은 사례

- 부산고등법원(창원) 2021. 6. 24. 선고 2020나13093 판결¹⁷⁾

가. 사실관계

망인은 2016. 2. 28. 21:02경(이하 모두 같은 날이므로 연월일 생략함)홍통을 호소하며 피고 병원 응급실 내원, 피고 병원 의료진은 심전도 검사 후 이상 소견이 보이지 않자, 위산 역류로 인한 통증으로 진단하고 21:08경 망인에게 수액과 맥클, 시메티딘 등 약물을 투여하였다. 피고 병원 의료진은 위 약물을 투여하기 전에 약물 투여로 인한 아나필락시스 쇼크 발생 가능성에 대해서 설

15) 대상판결의 다수의견이 타당하다는 입장의 대상판결에 대한 평석으로는 이종구, “국민건강보험법 제58조 제1항에 의한 국민건강보험공단의 제3자에 대한 대위 범위-대법원 2021. 3. 18. 선고 2018다287935 전원합의체 판결을 중심으로-”, 법학논집(제45권 3호), 단국대학교 부설법학연구소, 2021. 9., 299-327면.

16) 위와 같은 판례변경에 따라 소송관계, 법령 및 제도적 보완이 필요하다는 견해로 전병주 외, “국민건강보험공단의 가입자 손해배상채권 대위 범위에 관한 소고: 대법원 2021. 3. 18. 선고 2018다287935판결 중심”, 한국콘텐츠학회논문지(제21권 8호), 한국콘텐츠학회, 2021. 8., 312-313면.

17) 대상 판결의 상고심은 심리불속행기각되었다(대법원 2021. 10. 14. 2021다 252038 판결).

명하지 않았다.

망인은 21:16경 발작, 전신강직 등 증상, 21:23경 심정지 발생, 피고 병원 의료진은 후두마스크를 시행하여 기도를 유지하고, 심장마사지와 앰부배킹 등을 하면서 심폐소생술을 시행하였으나 전기적 제세동을 시행하지는 않았다.

피고 병원 의료진인 21:24경 아트로핀, 에피네프린을 투여하자 망인은 자가 호흡이 돌아왔으나 21:25경 다시 자가 호흡이 없어졌고, 피고 병원 의료진은 21:27경부터 21:39경까지 약 3분 간격으로 에피네프린, 아트로핀을 투여하였으나 효과가 없자, 21:40경 전원을 결정하고, 21:47경 망인을 대학병원으로 전원조치 하였다.

부검의는 망인의 사망원인을 맥클, 시메티딘에 의한 아나필락시스로 추정 하였다.

나. 법원의 판단

제1심 법원¹⁸⁾은 아나필락시스 오진 및 치료과정의 과실, 망인의 기도 확보, 심폐소생술 과정의 과실에 대해서 모두 배척하는 판단을 하였다.

제1심 법원은 심폐소생술 과정의 과실 관련 다음과 같은 감정의 의견을 인용하였다. ‘의무기록상 심폐소생술이 적절해 보인다’, ‘전기적 제세동기가 효과가 있다고 단언할 수 없고, 제세동기 후 나빠지기도 한다. 망인의 의무기록에 따르면 제세동기가 반드시 필요한 것으로 판단되지는 않고, 망인에게 시행된 심폐소생술이 적절한 것으로 보인다. 심폐소생술에서 가장 중요한 것은 심장 마사지로 혈압을 유지하고 호흡을 유지하는 것이다. 심실세동의 선행요인을 찾아 교정해야 하고, 제세동기는 사망에 큰 영향을 미치는 것은 아닌 것으로 판단된다.’, ‘심실세동이 치료된다는 것이 반드시 심정지 환자의 생존을 의미하는 것은 아니다.’

한편, 대상판결은 아나필락시스 관련 진단 및 치료상의 과실, 망인의 산소공

18) 창원지방법원 통영지원 2020. 8. 13. 선고 2019가합10312 판결.

급과 관련한 과실에 대해서는 제1심과 같이 원고들 주장을 모두 배척하였다. 그러나 대상판결은 심폐소생술 과정에서 전기적 제세동기 미사용에 관하여, 심실세동은 전기적 제세동이 치료할 수 있는 유일한 수단이고, 심실세동 발생 후 첫 1분 내에 전기적 제세동이 시행될 경우 제세동 성공률은 90% 내외이며, 이후 시간이 시간이 1분씩 경과할 때마다 성공률은 7~10%씩 감소하여 12분이 지나면 성공률이 2~5%까지 낮아지는 점, 망인은 심정지 후 지속적으로 심실세동이 발생하였는데 피고 병원 의료진은 20분 이상의 시간 동안 전기적 제세동을 한 번도 시행하지 아니한 점, 최근에는 일반인도 응급상황에서 사용할 수 있도록 제세동기가 구비되어 있고 그 중요성이 널리 인식되고 있으므로, 피고 병원 의료진은 제세동기와 관련한 지식을 숙지하고 적절히 사용할 준비를 하고 있었어야 한다는 점, 제세동기 사용에 따른 성공률에 비추어 보면, 적절한 시기에 제세동기를 사용하였더라면 망인의 사망을 막을 수 있었을 것으로 보이는 점 등을 고려해서 심실세동이 발생한 직후에 전기적 제세동기를 사용하지 아니한 과실이 있고, 그러한 과실과 망인의 사망 사이에 인과관계 또한 인정된다고 판시하였다.

이와 관련하여, 피고가 제1심 진료기록감정에 따라 인과관계가 부존재하다는 주장을 하였는데, 이에 대해 대상판결은 진료기록 감정축탁결과에는 아무런 근거자료 없이 ‘제세동기가 효과가 있다고 단언할 수 없다’, ‘어떤 상황에서는 제세동기 후 나빠지기도 한다’, ‘의무기록에 따르면 제세동기가 반드시 필요한 것으로 판단되지 않는다’고만 기재되어 있고, 제세동기 사용이 어떠한 경우에 효과가 있고, 어떠한 경우에 효과가 없는지, 이 사건에서 제세동기 사용이 효과가 없는 이유가 무엇인지 등에 관한 설명도 없어서 그 내용을 받아들이기 어렵다고 하면서, 피고 주장을 배척하였다.

또한, 대상판결은, 제세동기에 관하여 아주 오래 반응이 없으면 시도해볼 수 있다는 취지의 제1심 진료기록 감정축탁결과에 대해서도, 이는 심정지 직후 1분 내에 제세동기를 사용할 경우 성공률이 90% 내외이지만 제세동기 사용이 1분씩 지체될 때마다 제세동 성공률이 7~10%씩 감소한다는 취지의 응급의

학 교과서의 내용에 반한다고 지적하였다. 제1심 진료기록 감정축탁결과에서는 심실세동은 대부분 임종전 환자에서 나타나는 현상이므로 원인이 먼저 치료, 교정되어야 한다는 이유로 제세동기 사용이 필요 없다는 취지의 감정의견이 제시되었으나, 대상판결은 이에 대해 갑작스러운 병이 상처의 위급한 고비를 넘기기 위하여 임시로 하는 치료인 응급처치의 필요성 자체를 부정하는 취지여서 이를 받아들이기 어렵다고 판시하였다.

다. 판결의 의의

주지하다시피 의료소송 실무에서 진료기록 감정 결과의 적정성, 공정성 측면에서 적지 않은 문제가 제기되고 있다.¹⁹⁾ 이는 감정 결과가 공정하지 못하더라도 종국적인 판단자인 법원이 이를 감안하여 감정 결과를 올바르게 취신한다면, 문제가 되지 않을 수 있으나, 일부 법원은 그렇지 못하여, 감정 결과 및 종국적으로는 법원 판결 결과의 공정성에 문제가 제기되는 것으로 보인다.

감정 결과는 해당 분야 전문가의 판단결과이기는 하지만, 이를 증거로 채용하느냐 여부는 서증 등 다른 증거와 마찬가지로 법관의 자유로운 심증에 의한 판단에 맡겨져 있다.²⁰⁾ 감정 결과가 고도의 객관적인 전문지식과 과학적이고 합리적인 방법에 따라서 도출된 때에는 신빙성이 매우 높으므로, 법원은 이를 쉽게 배척할 수는 없다고 봄이 상당하다.²¹⁾ 그러나 감정(축탁)결과는 법관이 감정인의 특별한 지식, 경험을 이용하는데 불과한 것이므로, 예를 들면 그 결과에 의료과오의 유무에 관한 견해가 포함되어 있다 하더라도 법원은 의료과오가 있었는지 여부는 궁극적으로는 의료 기술 당시의 모든 사정을 참작하여 경험칙에 비추어 규범적으로 판단할 수밖에 없으므로 법원은 감정인의 그러한 견해에 기속되지 아니한다.²²⁾ 요컨대 구체적 사건에서 법규의 준부나 해석,

19) 이와 관련하여, 의료문제를 생각하는 변호사 모임은 2021. 11. 14. 진료기록감정절차의 문제점 및 개선방향(박호균 변호사 발제, 변창우 변호사 토론)에 대해서 문제 제기를하고 (의변자료집, 통권 제12호, 179-201면), 관련 TF팀을 만들어 후속 논의를 이어가고 있다.

20) 주석 민사소송법(제7판), V, 신광렬 집필부분, 2012. 348면.

21) 주석 민사소송법(제7판), V, 신광렬 집필부분, 2012. 349면.

법규를 적용한 효과 따위를 감정으로 얻으려고 하는 것은 바람직하지 못하다는 것이다.²³⁾

대상 판결은 동일한 진료기록 감정촉탁결과에 대해서, 추가적인 감정이나 사실조회절차 없이 제1심 판단과 정반대의 결론을 도출하고 있는바, 감정의 의견을 무비판적으로 그대로 받아들인 제1심 판단과 달리 감정 결과 중 객관적인 의학지식에 반하는 판단을 배척하고, 교과서의 처치 표준과 사건의 사실관계를 대입하여 피고 병원 의료진의 주의의무 위반이 있었는지를 판단하고 있다. 대상 판결은 감정인의 의견에 기속되지 않고 법률요건(과실과 인과관계)을 의학지식에 비추어 독자적으로 판단한 사례이다.

5. 국민건강보험공단의 요양급여비용 환수처분 관련 사례

가. 비의료인 개설 의료기관 관련 전액환수처분 취소 사례

- 대법원 2021. 5. 28. 선고 2020누55093 판결

(1) 사실관계

원고는 치과의사로서 치과의원을 운영 중이었는데 치과병원으로 변경승인을 받은 후 한방내과를 개설하려 하였으나 건물의 용도변경 문제로 한방내과에 대한 개설허가가 이루어지지 않았다. 그러자 원고는 일단 한방내과를 개설하고자 했던 장소에 한의원을 개설하여 운영하려고 마음먹고 구인광고 사이트에 ‘봉직의를 구한다’는 취지의 구인광고를 냈고, 광고를 보고 찾아온 한의사에게 용도변경이 이루어져 한방내과가 개설될 때까지 한의사 명의로 한의원을 개설하되, 인력과 시설은 모두 원고가 제공하고 매월 600만원의 월급을 지급해주겠다고 제안, 해당 한의사 명의로 한의원을 개설하여 실질적으로 운영하였다. 원고는 한의사가 아님에도 한의사를 고용하여 의료기관을 개설한 혐의의 의료법위반죄, 의료법에 위반하여 개설된 한의원을 통해 국민건강보험공

22) 주석 민사소송법(제7판), V, 신광월 집필부분, 2012. 343면.

23) 주석 민사소송법(제7판), V, 신광월 집필부분, 2012. 351면.

단을 기망하여 요양급여를 수령하였다는 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)죄로 기소되어 징역 1년 집행유예 2년의 판결을 받아 확정되었다. 피고 국민건강보험공단은 원고에게 국민건강보험법 제57조 제2항 제1호를 근거로 환수처분을 하였고 원고는 이에 대한 취소소송을 제기하였다.

(2) 법원의 판단

1심과 2심 법원은 모두 원고의 청구를 기각하였다.²⁴⁾ 그러나 대법원²⁵⁾은 다음과 같은 이유로 원심판결을 파기하고 사건을 환송하였다. 대법원은 국민건강보험법 제40조 제1항 제1호에 의하면, 요양급여는 ‘의료법에 따라 개설된 의료기관’에서 행하여야 하는데, 의료법 제33조 제2항에 의하면 의료기관 개설자격은 의사 등으로 한정되고, 의료기관 개설자격이 없는 자가 의료기관을 개설하는 것은 엄격히 금지되므로, 이러한 의료기관이 개설한 의료기관이 요양급여를 실시하고 그 급여비용을 청구하는 것은 국민건강보험법 제57조에 의한 부당이득징수처분의 대상이 된다고 판단하였고, 의료기관을 실제 개설한 비의료인에 대해서도 연대하여 부당이득 징수가 가능하다고 판단하였다. 다만, 처분의 근거 법령이 행정청에 처분의 요건과 효과 판단에 일정한 재량권을 부여하였는데도 행정청이 공익과 불이익을 전혀 비교형량하지 않은 채 처분을 하였다면 이는 재량권 불행사로서 그 자체로 재량권 일탈·남용으로 위법 사유가 된다고 지적하며, 국민건강보험법 제57조 제1항은 “금액의 전부 또는 일부를 징수한다.”라고 규정하여 문언상 일부 징수가 가능함을 명시하고 있는 점, 이 조항은 요양기관이 부당한 방법으로 급여비용 지급 청구를 하는 것을 방지함으로써 건강보험 재정 건전성을 확보하는데 입법취지가 있지만 요양기관으로서는 이 조항에 의하여 이미 실시한 요양급여에 대하여 그 비용을 상환받지 못하게 되는 결과가 되므로 침익적 성격이 큰 점, 2013. 5. 22. 국민건강보

24) 각 서울행정법원 2019. 5. 2. 선고 2018구합73041 판결, 서울고등법원 2019. 11. 14. 2019누44387 판결.

25) 대법원 2020. 9. 3. 선고 2019두60899 판결.

협법이 개정되기 전에는 보험급여 비용을 받은 요양기관(개설명의자)에게만 부당이득을 징수할 수 있도록 규정하였다가 동법의 개정으로 실제 개설자(비의료인)에게 요양기관과 연대하여 징수금을 납부하게 하는 규정을 두게 된 점 등을 종합할 때 국민건강보험법 제57조 제1항, 제2항이 정한 부당이득징수는 재량행위라고 판단하였다. 나아가 의료기관이 실시한 요양급여 내용과 요양급여비용의 액수, 의료기관의 개설과 운영 과정에서 비의료인 개설자와 개설명의자 역할과 불법성의 정도, 의료기관 운영성과의 귀속 여부, 비의료인 개설자와 개설명의자가 얻은 이익의 정도, 그 밖에 조사에 대한 협조 여부 등의 사정을 고려하지 않고 의료기관의 개설명의자나 비의료인 개설자를 상대로 요양급여비용 전액을 징수하는 것은 비례의 원칙에 위배되어 재량권을 일탈·남용한 것이라고 판시하였다.

이에 파기환송심 법원은²⁶⁾ 피고가 원고에게 환수에정통보 및 환수결정 통보를 할 때에는 관련법령에 따라 요양급여비용 전액을 환수한다는 내용만 기재했을 뿐, 환수금액을 산정함에 있어 고려할 사항을 고려하였는지에 대한 별다른 기재가 없는 점, 피고 스스로 제출한 서면에 따르면 국민건강보험법 제57조 제1항의 규정 문언과 그 취지를 고려하면 부당이득 환수처분이 기속행위라고 주장하는 등 환수금을 산정함에 있어 고려할 사항을 고려하지 않은 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면 피고의 처분은 재량권을 일탈·남용한 것으로 위법이 있으므로 피고의 처분을 취소한다는 판결을 하였고, 피고가 이에 다시 상고하였으나 대법원은 심리 불속행으로 상고를 기각하였다.

(3) 판결의 의의

국민건강보험제도의 구조는 보험자인 국민건강보험공단이 직접 요양급여를 실시할 수 없으므로 이를 요양기관이 실시하도록 하고, 요양기관이 보험가입자나 피부양자에게 실시한 요양급여에 대한 비용을 요양기관의 청구 및 그

26) 서울고등법원 2021. 5. 28. 선고 2020누55093 판결.

에 관한 건강보험심사평가원의 심사에 따라 국민건강보험공단이 각 요양기관에 지급하도록 되어 있다. 그런데 아무리 의료법에 위반하여 개설된 의료기관이라 하더라도 비의료인이 환자를 진료하는 등의 개별 불법행위를 하지 않는 이상, 적법하게 면허를 취득한 의료인이 환자를 진료하고 환자가 치유 받는다면 사실 국민건강보험제도가 추구하는 목적은 달성된 셈이라고 볼 수 있다. 환자는 그 의료기관이 아니더라도 다른 의료기관에 방문하여 진료를 받을 수도 있고 국민건강보험공단은 이에 대한 요양급여비용을 지급해야만 하기 때문에 실질적으로 국민건강보험공단에게 미치는 손해가 있는지도 불분명하다. 그렇다면 실제 국민건강보험공단이 지급했어야 하는 요양급여비용 등은 부당이득 징수 범위를 정함에 있어 고려되어야 할 것이다.

한편, 비의료인에게 고용되어 개설명의자가 된 의사가 헌법재판소에 위 부당이득 징수조항에 대해 헌법소원을 제기하기도 하였으나, 헌법재판소는 이 조항은 부당하게 지출된 급여비용을 원상회복함으로써 건강보험 재정의 건전성을 확보하기 위한 장치이며 해당 조항은 금액의 ‘전부 또는 일부’를 부당이득금으로 징수하도록 하고 있어 구체적 사안에 따라 금액의 일부만 징수할 수 있어 의료인의 피해를 최소화하고 있는 점 등을 고려할 때 과잉금지의 원칙에 반하지 않는다는 결정을 하기도 하였다.²⁷⁾ 즉, 헌법재판소도 국민건강보험법상 부당이득의 징수가 ‘재량행위’라는 점을 일찍이 인정한 셈이다. 그럼에도 불구하고 국민건강보험공단은 부당이득의 징수가 마치 기속행위인 것처럼 요양급여비용 전액 환수를 계속해왔다. 그러나 대법원은 2020. 6. 4. 비의료인에게 고용된 개설명의 의사에게 요양급여비용 전액의 환수처분을 한 것은 위법하다고 판시²⁸⁾하여 국민건강보험공단의 부당이득금 전액환수 관행에 제동을 걸었다. 개설명의인은 개설자에게 자신의 명의를 제공할 뿐, 의료기관의 개설과 운영에 관여하지 않으며, 그에게 고용되어 근로 제공의 대가를 받을 뿐 의료기관의 운영에 따른 손익이 그대로 귀속되지 않다는 점이 중요한 판단 이유였다.

27) 헌법재판소 2015. 7. 30. 2014헌바298 결정.

28) 대법원 2020. 6. 4. 선고 2015두39996 판결.

나아가 대법원은 비의료인 개설자는 개설명의자 의사와 달리 의료기관의 운영에 따른 성과를 상당 부분 향유하는 것이 일반적임에도 대상판결과 같이 비의료인 개설자에 대한 환수처분 역시 재량행위이며, 여러 가지 사항을 고려하여 징수금액을 정해야 한다고 판시하였다.

국민건강보험공단은 2021. 1. 「불법개설요양기관 환수결정액」 감액·조정 업무처리지침(재량준칙)을 마련, 요양기관 개설·운영과정에서의 비의료인과 개설명의자의 역할과 불법성의 정도, 요양급여비용 관련 불법운영 기간, 요양급여비용 액수, 요양기관 운영성과의 귀속 및 이익의 여부, 요양급여 내용(비의료인 시행여부·과잉진료 해당여부), 그 밖에 조사에 대한 협조 여부 등의 감액·조정 항목을 마련하고 최대 40% 범위 내에서 감액·조정이 가능하도록 하고 이를 적용하기 시작하였다. 다만, 위 재량준칙에서도 감액·조정 대상은 개설명의자 의료인·약사 및 법인에만 한정하고, 실운영자(비의료인 개설자)는 환수결정액 감액·조정대상이 아니라고 명시하고 있어 대상 판결의 취지와는 다소 배치된다. 실운영자인 비의료인과 개설명의자인 의사 간 불법의 정도가 다르게 평가될 수는 있으나, 국민건강보험공단의 부당이득징수처분의 재량행위로서의 성질이 그 처분상대방에 따라 달라지는 것이 아니라는 점과 대법원이 비의료인에 대한 환수처분 시에도 재량권을 행사하여야 한다는 점을 다시 한번 확인한 판시를 한 점 등을 고려하면, 국민건강보험공단의 재량준칙도 그에 맞춰 개정이 필요해 보인다.

나. 시설인력 등 공동이용 사전신고의무 위반 관련 사례

– 대법원 2021. 1. 14. 선고 2020두38171 판결

(1) 사실관계

원고는 2006. 5. 1.부터 2016. 3. 12.까지 서울 서초구 B빌딩(이하 ‘이 사건 건물’이라 한다) 1층 일부, 2층 내지 4층에서 요양기관인 C재활의학과의원(이하 ‘이 사건 의원’이라 한다)을 개설·운영한 의사이고, D는 같은 기간 동안 이 사건 건물의 1층 일부, 5층, 6층에서 다른 요양기관인 내과의원을 개설·운영

한 의사이다.²⁹⁾

피고 국민건강보험공단은 2018. 2. 12. 원고에게 이 사건 의원이 청구한 요양급여비용과 관련하여 ‘물리치료 산정기준 위반 부당청구 및 개설기관 외 입원진료 후 요양급여비용 부당청구가 확인되었다’는 이유로 국민건강보험법 제57조 제1항에 따라 요양급여비용 996,616,970원(공단부담금 748,328,520원, 본인부담금 208,005,840원, 본인상한액 40,282,610원)을 환수한다는 결정을 통보하였다(이하 '이 사건 처분'이라 한다).

(2) 법원의 판단

원고는 피고의 이 사건 처분이 부당하다며 소송을 제기했으나, 1심³⁰⁾, 2심³¹⁾ 법원은 피고의 이 사건 처분이 정당하다며 원고의 주장을 받아들이지 않았다. 원고는 결국 대법원에 상고했고, 단순 고시 위반(공동이용 미신고)으로 요양급여비용 전액을 환수하는 것은 문제가 있다고 거듭 주장했다.

이에 대해서 대법원은 보건복지부장관의 고시인 「요양급여의 적용기준 및 방법에 관한 세부사항」(이하 '이 사건 고시'라 한다)은 상위법령의 위임에 따라서 제정된 '요양급여의 세부적인 적용기준'의 일부로 상위법령과 결합하여 대외적으로 구속력이 있는 '법령보충적 행정규칙'에 해당하므로, 요양기관이 이 사건 고시에서 규정한 절차와 요건을 준수하여 요양급여를 실시하여야만 요양급여비용을 지급받을 수 있다고 보았다. 만약 이 사건 고시에서 정한 요양기관의 시설·인력 및 장비의 공동이용에 관한 절차와 요건을 준수하지 않고 요양급여를 실시한 다음 그에 대한 요양급여비용을 국민건강보험공단에 청구하여 받았다면 이는 요양급여비용으로 받을 수 없는 비용인데 이를 청구하여 받은 것으로, 국민건강보험법상 제57조 제1항의 '속임수나 그 밖의 부당한 방

29) 그런데 일부 내과에 입원했던 환자들이 원고의 의료기관에서 재활치료를 받게 되었고, 원고 개설 의료기관으로 병실을 이전하지 않은 채 내과 의료기관 병실에 머물렀고 현직조사 결과 이 사정이 드러나게 되었다.

30) 서울행정법원 2019. 8. 22. 선고 2018구합64566 판결.

31) 서울고등법원 2020. 4. 29. 선고 2019누57024 판결.

법에 의하여 요양급여를 지급받은 것'에 해당한다고 보았다.

따라서 원고가 공동이용기관임을 확인할 수 있는 서류를 미리 제출하지 않은 채 같은 건물에 다른 의사가 개설한 D내과의 입원실을 이용하고, 해당 내과의 물리치료사에게 자신의 환자 물리치료도 실시하도록 하였음에도 그에 대한 요양급여비용을 자신이 피고에게 청구하여 받은 것은 국민건강보험법상의 '속임수나 그 밖의 부당한 방법'에 의하여 요양급여를 받은 것으로, 환수 대상이 된다고 보았다.

다만 법원은 피고가 환수를 할 수 있다 하더라도 원고가 지금까지 피고에게 청구한 요양급여비용을 세분화하여, 피고가 환수를 할 수 있는 대상과 환수를 할 수 없는 대상을 명확하게 구분하였다. 즉, D의원의 물리치료사에게 자신의 환자에 대한 물리치료를 시행하도록 하고 피고에게 청구한 물리치료 관련 요양급여비용의 경우, 물리치료에 관해서는 타 요양기관과 시설·장비 및 인력을 공동이용할 수 없음이 이 사건 고시상 명백함에도 불구하고 이를 청구했으므로 이는 명백하게 환수의 대상이라고 보았다. 하지만 원고가 이 사건 고시를 위반하여 공동이용한 부분은 D내과의원의 입원실이므로, 내과의원의 입원실에 입원시킨 환자들에 대한 요양급여비용 중 입원료만 부당이득 징수의 대상이고, 그 외 진찰·검사, 약제의 지급, 처치, 간호 등과 관련된 요양급여비용은 별도의 요양급여기준 위반을 이유로 한 경우가 아닌 한 부당이득 징수의 대상이 아니라고 보았다. 그럼에도 피고가 원고가 D내과의원 입원실에 입원시킨 환자들의 일체의 요양급여비용이 환수의 대상이라고 보아 전액을 환수한 이 사건 처분 중 입원실 미신고 공동이용 관련 요양급여비용 954,789,700원 징수처분 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 환송하였다.

해당 사건의 파기환송심³²⁾ 역시 대법원의 파기환송 취지에 따라 ① 원고가 D내과의원의 물리치료사에게 자신의 환자들의 물리치료를 하여 물리치료사를 공동으로 이용하고 피고 국민건강보험공단에 청구한 요양급여비용, ② 공

32) 서울고등법원 2021. 8. 19. 선고 2021누31438 판결.

동사용한 D내과의원의 입원실에서 발생한 입원료(세부항목을 불문하고 입원료 전체³³⁾)를 전제로 하여 피고 국민건강보험공단에 청구한 요양급여비용은 ‘속임수나 그 밖의 부당한 방법’에 의하여 청구한 요양급여로서 부당이득 징수의 대상이 되므로 이에 대한 피고의 환수처분은 정당하고, ③ 공동이용하지 않은 나머지 시설과 인력에 대하여 원고가 피고에게 청구한 요양급여비용은 부당이득 징수의 대상이 되지 않음에도 이를 환수한 피고의 처분은 부당하다고 판단했다.

(3) 국민건강보험법 제57조 제1항 부당이득 징수에 대한 종래 법원의 판단례

국민건강보험법 제57조 제1항은 ‘공단은 속임수나 그 밖의 부당한 방법으로 보험급여를 받은 사람·준요양기관 및 보조기기 판매업자나 보험급여 비용을 받은 요양기관에 대하여 그 보험급여나 보험급여 비용에 상당하는 금액의 전부 또는 일부를 징수한다’고 규정하여, 요양기관의 사위 기타 부당한 방법의 요양행위로부터 지급된 요양급여와 요양급여비용의 환수를 규정하고 있다. 구체적인 사례에서 ‘사위 기타 부당한 방법’에 해당하는지에 대한 법원의 판단은 다양하게 이루어져 왔다.

먼저 가.항에서 살핀 바와 같이 법원은 의사가 의료기관의 개설에 관한 법률을 위반하였다면 해당 요양기관에서 요양급여비용을 청구하는 것은 ‘사위 기타 부당한 방법’에 해당한다고 보아 환수의 대상이라고 본 사례가 있다. 즉 법

33) 원고는 파기환송심에서는 D내과의원의 입원실에서 발생한 입원료를 세분화하여, 보건복지부장관의 고시인 「요양급여의 적용기준 및 방법에 관한 세부사항」을 위반하여 입원실을 공동이용하여 받은 요양급여비용으로서 부당이득 환수의 대상이 되는 요양급여는 ‘입원환자 병원관리료’에 국한되어야 하고, ‘입원환자 의학관리료’, ‘입원환자 간호관리료’는 그 환수의 대상이 되어서는 안 된다고 주장하였다(참고로 보건복지부장관의 고시인 「요양급여의 적용기준 및 방법에 관한 세부사항」에 의하면 입원료는 ‘입원환자 의학관리료’, ‘입원환자 간호관리료’, ‘입원환자 병원관리료’로 세분화된다).

하지만 법원은 원고의 주장을 받아들이지 않고, 입원료 전체에 대해서 피고 국민건강보험공단이 환수할 수 있다고 보았다. 그 이유로 입원실에서 발생한 입원료의 경우 입원실에서 이루어지는 입원환자에 대한 회진, 질병치료상담, 투약, 주사 등의 간호 등의 진료행위가 불가분의 관계에 있다고 보는 것이 자연스럽기 때문이라고 보았다.

원은 의료법 제33조 제2항을 위반한 이른바 ‘사무장병원’의 경우 법원은 의료기관을 개설할 수 없는 자가 개설한 의료기관(이른바 ‘사무장 병원’)은 국민건강보험법상 요양기관이 될 수 없지만, 이러한 의료기관이라 하더라도 요양기관으로서 요양급여를 실시하고 그 급여비용을 청구한 이상 구 국민건강보험법 제52조 제1항에서 정한 부당이득징수 처분의 상대방인 요양기관에 해당하고, 이러한 의료기관이 요양급여비용을 청구하는 것은 ‘사위 기타 부당한 방법’에 해당한다고 보고 있다(대법원 2020. 6. 4. 선고 2015두39996 판결³⁴⁾).

그 외에 법원이 의료기관의 개설, 운영에 관한 개별법과 국민건강보험법의 입법 목적과 규율대상을 비교하여 목적과 규율대상이 상이하다면 개별법을 위반하여 의료기관을 개설, 운영하였다도 요양기관이 요양급여비용을 수령하는 행위가 국민건강보험법 제57조 제1항의 ‘속임수나 그 밖의 부당한 방법에 의하여 요양급여비용을 받는 행위’에 해당된다고 볼 수는 없다고 본 경우가 있다. 그와 같은 전제에서 판단한 법원의 판단례를 살펴보면 다음과 같다.

(i) 법원은 의료법 제33조 제8항을 위반하여 중복으로 개설된 의료기관에 대하여 의료인이 다른 의료인의 명의로 위 의료기관을 개설·운영한 것이어서 의료법을 위반한 경우라 할지라도, 그 사정만을 가지고 위 의료기관이 국민건강보험법에 의한 요양급여를 실시할 수 있는 요양기관인 ‘의료법에 따라 개설된 의료기관’에 해당하지 아니한다는 이유로 요양급여에 대한 비용 지급을 거부하거나, 위 의료기관이 요양급여비용을 수령하는 행위가 ‘속임수나 그 밖의 부당한 방법에 의하여 요양급여비용을 받는 행위’에 해당된다는 이유로 요양급여비용 상당액을 환수할 수는 없다고 보아, 중복으로 개설되어 의료법을 위

34) 다만 법 규정의 내용, 체재와 입법 취지, 부당이득징수의 법적 성질 등을 고려할 때, 구 국민건강보험법 제52조 제1항이 정한 부당이득징수는 재량행위에 해당하고, 요양기관이 실시한 요양급여 내용과 요양급여비용의 액수, 의료기관 개설·운영 과정에서의 개설명의인의 역할과 불법성의 정도, 의료기관 운영성과의 귀속 여부와 개설명의인이 얻은 이익의 정도, 그 밖에 조사에 대한 협조 여부 등의 사정을 고려하지 않고 의료기관의 개설명의인을 상대로 요양급여비용 전액을 징수하는 것은 다른 특별한 사정이 없는 한 비례의 원칙에 위배된 것으로 재량권을 일탈·남용한 것이라고 보아 전액을 환수하는 관행에 제동을 걸고 있다.

반한 의료기관이라 하더라도 해당 병원이 국민건강보험공단에 청구한 요양급여를 국민건강보험공단이 환수하는 것은 부적법하다고 보았다(대법원 2019. 5. 30. 선고 2015두36485 판결³⁵⁾). (ii) 그리고 구 정신보건법령상 정신과원의 입원실 수를 초과한 상태에서 요양급여가 제공되었다는 사정만으로는 해당 요양급여비용을 수령하는 행위가 ‘속임수나 그 밖의 부당한 방법에 의하여 요양급여비용을 받는 행위’에 해당된다고 볼 수 없다고 보았다(대법원 2020. 3. 12. 선고 2019두40079 판결). (iii) 또한 요양기관이 건강보험의 가입자 또는 피부양자에게 식품위생법상의 인력, 시설기준을 갖추어 환자 식사를 제공하였다면, 비록 집단급식소 설치신고를 하지 않은 상태에서 식사가 제공되었다고 하더라도 위 요양기관이 식대 관련 요양급여비용을 수령하는 행위가 ‘속임수나 그 밖의 부당한 방법에 의하여 요양급여비용을 받는 행위’에 해당된다고 볼 수는 없다고 보았다(대법원 2019. 11. 28. 선고 2017두59284 판결).

(4) 대상 판결의 의의

대상 판결은 다른 의료기관의 시설·인력을 공동이용하는 경우에 보건복지부 고시에서 정하는 절차와 요건을 갖추지 않고 청구한 요양급여의 경우 국민건강보험법 제57조 제1항의 ‘속임수나 그 밖의 부당한 방법’으로 청구한 요양급여라고 보았고, 이에 국민건강보험공단의 요양급여비용의 환수 자체는 적법하다고 보았다.

하지만 환수가 적법하더라도 요양기관이 어떠한 청구를 하였는지를 구체적으로 살펴, 환수의 대상과 그 범위를 구체화하여 명확히 할 것을 주문하였다는 점에서 의의를 찾을 수 있다. 즉, 대상 판결은 병실 공동이용 신고를 하지 않고 다른 의료기관의 시설, 인력을 이용하였다는 것만으로 그 입원환자에 대한 요양급여비용을 포괄적으로 환수를 할 것이 아니라, 그 중에서 환수의 대상이 되

35) 참고로 해당 판결 이후 2020. 12. 29. 국민건강보험법 제57조 제2항이 개정되어 속임수나 그 밖의 부당한 방법으로 보험급여 비용을 받은 요양기관이 의료법 제33조 제8항을 위반하여 개설·운영하는 의료기관에 해당하는 경우에는 해당 요양기관을 개설한 자에게 그 요양기관과 연대하여 같은 항에 따른 징수금을 납부하게 할 수 있게 되었다.

는 비용인지 여부를 세분화하여 판단하도록 한 것으로서, 침익적 행정처분인 국민건강보험공단의 환수처분의 적법여부에 대한 법원의 판단기준이 보다 정교해지고 있음을 보여주고 있다.

6. 기타 쟁점들

가. 의료기관의 인력 미비와 주의의무 위반 관련 사례

- (1) 지방 소도시 24시간 분만 병원의 진료체계를 갖추어야 할 주의의무 유무
- 서울고등법원 2021. 10. 14. 선고 2020나2015155 판결³⁶⁾

피고는 지방 소도시에서 산부인과를 운영하는 의사이고, 이 의원 간판에는 ‘24시 분만’이라는 문구가 기재되어 있었다. 원고는 피고 의원에서 정기적으로 산전검사를 받았고 ‘전치태반 하위형’ 진단을 받은 것 외에 별다른 이상은 없었다. 원고는 임신 39주 2일 19:20경 양수가 터진 것을 확인하고 피고 의원에 전화하여 내원 가능 여부를 물었고, 간호조무사로부터 ‘내원해도 된다’는 답변을 받았다. 원고는 19:50경 의원에 도착하였고 당시 간호조무사만 근무중이었으며, 20:43 원고는 탯줄이 빠진 것을 확인, 간호조무사에게 이를 알렸다. 피고는 20:50경 의원에 도착하였으며, 태아의 심박동이 잘 느껴지지 않자 원고를 초음파실로 이동하게 하였고, 초음파 기체가 작동될 때까지 원고는 서서 기다렸으며, 피고는 초음파로 태아의 심박수가 낮아진 것을 확인한 후 응급제왕절개수술을 하기로 결정하고, 원고를 수술실로 이동하게 한 다음 수술을 시행하였으며, 원고는 21:12 망아를 분만하였다. 망아는 태어난 후 호흡곤란증후군 및 허혈성 저산소 뇌병증으로 치료를 받았으나 결국 사망하였다.

이 사안에서 원고는 피고가 ‘24시간 분만’이라는 표어에 걸맞는 진료체계를 갖추어야 할 주의의무를 위반했다고 주장하였고, 1심 법원은 만약 의사가 상주하기 어렵더라도 출산과 관련한 응급상황이 발생했을 경우 신속하고 적절하게 대처할 수 있는 진료체계를 갖추는 필요가 있음에도 피고는 주의의무를 게을

36) 1심은 서울중앙지방법원 2020. 4. 28. 선고 2016가합507913 판결.

리하였다고 하여 과실을 인정하였으나, 2심 법원은 의료법상 ‘의원’급 의료기관에는 당직의료인을 두어야 할 의무가 없는 점, ‘24시간 분만’이 24시간 의료인이 상주하는 것으로 해석될 수는 없는 점, 제대탈출 등의 응급상황의 발생 확률이 낮고 사전에 예측하기 어려워 의사 1명이 근무하는 의원에 담당 의사에게 연락하여 즉시 진료할 수 있을 정도의 대기상태를 넘어 항시 의사가 상주하도록 요구하는 것은 현실적으로 어려운 점, 피고는 진료시간 이후 야간분만 등에 대비하여 의원으로부터 1.8~2km, 차로 5분 거리의 아파트에 거주하며 간호조무사의 연락을 받으면 의원에 복귀하여 산모를 진료해온 것으로 보이며 이날도 20:43 제대탈출이 발생하여 연락을 받자 20:50 무렵 의원에 도착하여 곧바로 원고를 진료한 점 등에 비추어 진료체계를 갖추어야 할 주의의무를 위반하지 않았다고 판단하였다.

(2) 당직의료인 미배치와 주의의무 위반

- 서울남부지방법원 2021. 5. 27. 선고 2019나66055 판결³⁷⁾

천식의 기저질환이 있던 망인이 교통사고를 당해 피고가 운영하는 의원에 입원 중이었는데, 밤 10시경 천식발작이 일어났으나 피고에게 알릴 방법이 없어 가족에게 전화를 하여 가족이 119에 신고하여 구급대가 10:26경 도착, 10:46경 타 병원 응급실로 호송하였으나 결국 망인은 사망하였다. 망인의 유가족인 원고들은 피고 의원이 입원실을 두고 있음에도 입원환자를 관리하는 당직의료인을 배치하지 않아 긴급한 조치가 필요한 상황에 응급조치를 하지 못한 과실이 있다고 주장하였다. 법원은 비록 의료법상 의원급 의료기관에는 당직의료인을 둘 필요가 없으나 입원환자는 지속적인 보호와 관찰이 요구되는 취약한 사람으로서 긴급상황이 발생할 가능성이 상존하므로 당직의료인까지는 아니더라도 긴급상황에 대처할 최소한의 비상체계는 마련하는 것이 의료인의 기본적인 의무라는 점, 망인은 고령의 폐기능이 저하된 환자로서 피고도 이

37) 1심 판결은 서울남부지방법원 2019. 10. 24. 선고 2017가단232963 판결.

를 잘 알고 있었던 점, 비록 당일 근무자는 있었으나 급식인원일 뿐 긴급상황에 대응하기 위한 인력은 아닌 점 등을 종합하여 피고에게 주의의무위반이 있다고 판단하였다.

나. 소멸시효 항변 관련 사례

- 부산고등법원(창원) 2021. 10. 14. 선고 2019나12766 판결³⁸⁾

망인은 과다수면, 헛소리 등의 이상 행동을 보여 피고 병원에 내원했고, 신경과 협진 결과 뇌 MRI 검사 시행 후 추후관리를 진행하기로 하였다. 그러나 망인이 검사 도중 지속적으로 움직이는 등 비협조적인 모습을 보여 여러 차례 진정제(미다졸람) 2.5mg을 투여하고 진정을 시도했지만 망인은 진정되지 않았다. 이에 피고 의사는 프로포폴 5cc/hr을 투여하였으나 망인이 완전한 진정에 이르지 않아 7.5cc/hr, 10cc/hr로 투여속도를 높였음에도 불구하고 망인은 진정되지 않았다. 피고 의사는 또다시 프로포폴 5cc/hr 주입을 시작으로 결국 40cc/hr을 주입하여 망인을 진정시켰으며 산소포화도도 95% 전후임을 확인하고 환자가 깨어날 경우를 대비하여 아티반 2mg를 준비하여 MRI 검사를 준비하였고, 망인이 불안정한 모습을 보이자 위 아티반을 투여, 진정상태 확인 후 조영제를 투입하고 MRI 검사를 종료하였다. 그러나 검사 직후 망인에게 청색증, 의식소실, 동공확장 소견이 확인되었고 응급조치를 시행하였으나 결국 망인은 사망하였다.

법원은 피고 병원의 프로포폴 주입 및 응급조치상의 주의의무 위반은 부정하였으나, 경과관찰과 관련하여 프로포폴을 투여한 후 산소포화도 및 혈압을 지속적으로 감시하였어야 하고 MRI 검사를 받는 동안에도 이와 같은 감시가 지속되어야 했음에도 MRI 검사를 하는 5~6분 사이 망인에게 심폐정지가 발생하였고 피고 병원이 이를 제대로 관찰하지 못한 주의의무 위반은 인정하였다.

한편 이 사건 1심³⁹⁾에서 피고는 망인이 2013. 9. 저산소성 뇌손상 진단을

38) 원·피고 모두 상고하지 아니하여 확정되었다.

39) 창원지방법원 마산지원 2019. 9. 4. 선고 2017가합101034 판결.

받았는데 이로부터 3년이 지난 2017. 8. 30. 소가 제기되었으므로 원고들의 손해배상채권은 3년의 단기소멸시효가 완성되어 소멸되었다고 주장하였다. 그러나 법원은 저산소성 뇌손상 진단은 당시 환자의 상태에 관한 사실관계의 문제이고, 구제의 대상이 되는 불법행위로 인한 손해는 법률적 개념으로서 평가의 문제이며, 비록 원고들이 2013. 9. 경에 저산소성 뇌손상이 나타난 사실을 인지하였다 하더라도 이 사건 소송을 통해 피고들의 귀책사유가 확정되기 전에는 법률적으로 구제가 가능한 손해의 발생이나 법률적으로 유책한 과실의 발생을 구체적으로 인식하였다고 볼 수 없다고 하여 피고의 소멸시효 완성 주장을 배척하였고, 대상 판결에서는 이에 대한 추가 판단이 없이 그대로 항소를 기각하였다.

다. 손해액 산정 관련 사례

(1) 중국 거주 환자에 대한 배상액 산정

– 서울고등법원 2021. 5. 13. 선고 2019나2026623 판결⁴⁰⁾

법원은 양악수술을 위해 프로포폴 마취 상태에 있던 중국인 환자에게 호흡 곤란 증상이 발생하고 결국 저산소성 허혈성 뇌병증 진단을 받고 식물인간이 된 사건에서, 환자의 일실수입은 환자가 중국에서 얻고 있던 소득에 기초하여 산정하였을 뿐 아니라 환자가 중국으로 전원되어 계속 중국에 머무르고 있는 점을 고려하여 개호비 역시 중국의 기준에 따라 판단하였고 환자가 머무는 중국 천진시의 최저임금을 활용하였다. 또한, 환자를 중국으로 후송하는데 소요된 비용인 약 3,900만원 역시 원고의 손해로 인정하였다. 다만, 원고에 대한 향후 치료비를 산정할 때에는 대한민국 소재 의사의 신체감정결과에 따랐는데, 우리나라에서의 진료비와 중국에서의 진료비가 다를 수 있음에도 이 점은 고려되지 않은 것으로 생각된다.

40) 1심은 서울중앙지방법원 2019. 5. 15. 선고 2016가합567267 판결.

(2) 무직자에 대한 월 가동일수 산정

- 서울중앙지방법원 2021. 1. 20. 선고 2019나50009 판결⁴¹⁾

원고는 좌측 무릎 통증을 치료하기 위해 피고 병원에 내원하였고 2차례에 걸쳐 수술을 받았으나 원고가 계속하여 통증과 저린감을 호소하여 피고는 원고를 타 병원으로 전원시켰다. 결국 원고에게는 좌측 족관절 및 엄지발가락이 배굴되지 않는 족하수 장애가 영구적으로 남게 되었다.

한편, 원고는 사고 당시 직업이 없는 상태였는데 법원은 월 가동일수에 대한 기존 대법원 판례의 변화 경향을 지적하며 현재 재판실무는 도시 일용근로자의 경우 월 22일, 농촌 일용근로자의 경우 월 25일로 가동일수를 산정하고 있다는 점, 직종에 따라 도시 일용근로자의 경우 월 17일⁴²⁾, 통신외선공의 경우 월 18일⁴³⁾의 가동일수가 인정된 사례도 있다는 점, 특별한 기능이 없는 도시 일용근로자의 월 가동일수에 대하여 기존의 22일보다 적은 가동일수를 인정하려는 움직임이 있다는 점, 근로기준법의 개정으로 근로시간이 감소되고 있다는 점, 이는 근로자의 삶의 질의 향상을 도모하려는 것이며 현재 주4일제 논의도 시작되고 있다는 점, 공휴일 수도 증가하고 있으며 사회적으로도 이른바 일과 삶의 균형(Work-life balance)이 강조되고 있다는 점, 각종 통계 상 월 가동일수가 22일에 미치지 않는 경우가 많다는 점 등을 들어 도시 일용근로자의 가동일수를 월 18일로 하여 배상액을 산정하였다. 법원은 월 22일의 가동일수를 기초로 추정소득을 계산할 경우 실제 도시 일용근로자의 소득보다 과다배상이 될 우려도 있다는 점까지 지적하였다.

법원이 일과 여가를 적절히 누리려는 사회적 분위기를 고려하여 판시하는 것은 적절한 면이 있지만, 근무시간의 단축이 곧바로 소득의 감소를 의미하는 것은 아니라는 점에서 단지 월 가동일수만을 축소하여 인정한다면 오히려 직업이 없는 피해자는 삶을 영위하기에 필요한 배상을 받지 못할 가능성이 있고

41) 1심은 서울중앙지방법원 2019. 7. 30. 선고 2017가단5056854 판결.

42) 부산지방법원 2019. 10. 10. 선고 2019나46169 판결.

43) 대전지방법원 2020. 11. 24. 선고 2019나116724 판결.

사안에 따라서는 과소배상이 될 우려도 있으므로 신중한 판단을 요할 것이다.

III. 마치며

해가 갈수록 의료 관련 사건들의 법리가 정립되어 획기적인 판결이 등장하기 보다는 시대의 흐름을 나타내는 판결들이 눈에 띄고 있다. 진료기록의 수정 및 추가 기재와 과실 인정에 보수적인 판단을 하던 법원도 최근 로그기록의 입수 등으로 진료기록의 수정 과정이 적나라하게 드러남에 따라 사건 당시의 상황을 밝히는 데에 도움을 받을 뿐 아니라 과실을 추정하는 자료로 활용하고 있는 것이 한 예이다. 또한, 국민건강보험공단이 불법행위자에게 구상을 하는 경우 대법원이 가급적 보험가입자인 환자에게 유리한 방향으로 판결을 정립해 가는 것도 주목할 만 하다. 국민건강보험공단의 환수 처분과 관련해서도 대법원이 이전과 달리 구체적인 문제행위와 공단의 환수 범위가 가급적 일치할 수 있도록 세심한 판단을 하기 시작했다.

올해 판결 수집은 유난히 힘들었다. 서초동에 위치했던 법원도서관을 일산 사법연수원으로 옮기려던 법원의 시도가 각계의 반대로 지연되고 있었는데, 코로나19 사태로 법원도서관이 장기 휴관을 하더니 어느 순간 판결문열람실 전체를 일산 사법연수원 내 법원도서관으로 옮겼기 때문이다. 법원의 투명한 판결문 공개는 국민의 기본권 보장을 위한 사법행정의 첫걸음이라는 점에서 좀 더 자유롭고 편리한 판결문 공개제도가 마련되어야 할 것이다.

[참고 문헌]

- 백경희·이인재, “전자의무기록에 대한 소고”, 『한국의료법학회지』 제24권 2호, 한국의료법학회, 2016.
- 의료문제를 생각하는 변호사 모임 자료집, 통권 제12호, 2021.
- 이종구, “국민건강보험법 제58조 제1항에 의한 국민건강보험공단의 제3자에 대한 대위 범위 - 대법원 2021. 3. 18. 선고 2018다287935 전원합의체 판결을 중심으로 -”, 『법학논집』 제45권 3호, 단국대학교 부설법학연구소, 2021. 9.
- 전병주 외, “국민건강보험공단의 가입자 손해배상채권 대위 범위에 관한 소고: 대법원 2021. 3. 18. 선고 2018다287935판결 중심”, 『한국콘텐츠학회논문지』 제21권 8호, 한국콘텐츠학회, 2021. 8.
- 신광렬 집필 부분, 『주석 민사소송법(제7판)』, 한국사법행정학회, 2012.

[국문초록]

2021년 주요 의료판결 분석

박태신(전북대학교 법학전문대학원 교수), 유현정(나음 법률사무소, 고려대학교 박사수료), 이정민(법무법인 히포크라테스, 고려대학교 박사과정), 조우선(법무법인 윈스, 고려대학교 석사수료), 정혜승(법무법인 반우, 한양대학교 석사수료)

2021년에도 의료와 관련된 많은 판결들이 있었는데, 그 중 본 논문에서 검토한 판결들은 다음과 같다.

먼저 진료기록 부실기재 및 변조 등과 주의의무위반 관련 판결은 의료과실 유무 등에 관한 일차적 판단자료인 진료기록이 사후에 수정된 사례에 관한 것으로 그 수정내용 및 수정시기에 비추어 사후에 수정된 진료기록 내용은 고려하지 않고 최초 작성된 진료기록을 토대로 과실 유무 판단을 하였다.

다음으로 비만치료약 처방 등에 대한 손해배상책임을 묻는 사례에 관한 판결은 처방과 관련한 과실을 인정하였으나 상당인과관계를 부정하여 재산상 손해배상책임을 부정하고, 설명의무위반에 따른 위자료만 인정하였다.

또한, 환자의 가해자에 대한 기왕치료비 손해배상채권을 대위하는 국민건강보험공단의 대위범위에 관한 전원합의체판결은 ‘과실상계 후 공제방식’을 취해온 기존 판례를 변경하여 ‘공제 후 과실상계방식’으로 대위 범위를 판단하여 피해자 보호를 도모하였다.

그리고 과실 유무에 관해 진료기록감정회신결과와 달리 판단한 판결은 과실유무 판단을 함에 있어 진료기록감정결과에 구속되는 것은 아니고 자유심증에 따라 판단한다는 입장에 따라 규범적으로 판단하였다.

마지막으로 국민건강보험공단의 요양급여비용환수처분과 관련해서는 비의료인이 개설한 의료기관에 대한 환수처분을 함에 있어서도 재량권을 행사해야 한다는 판결과 시설 및 인력을 공동이용한 의료기관에 대한 환수처분의 경우 그 환수범위를 세부적으로 판단해야 한다는 판결을 검토하였다.

주제어: 진료기록 변조, 비만치료약, 국민건강보험공단의 대위 범위, 진료기록감정회신결과, 요양급여비용환수처분

Review of 2021 Major Medical Decisions

Park Taeshin¹, Yoo Hyunjung², Lee Jeongmin³,

Cho Woosun⁴, Jeong Heyseung⁵

¹CBNU, ²Naum Law Office, ³Lawfirm Hippocrates,

⁴Wins&co, ⁵Lawfirm Banwoo

=ABSTRACT=

There were also many medical-related rulings in 2021, among which the rulings reviewed in this paper are as follows.

The first relates to a case in which the medical record, which is the primary judgment data regarding the presence or absence of medical negligence, has been modified. The court judged whether there was negligence on the basis of the first written medical record without considering the contents of the medical record that was later modified.

Next, the ruling on the case of asking for liability for damages for prescription of anti-obesity drugs recognized negligence related to prescription, but denied liability for property damage by denying a causal relationship, and recognized only alimony for violation of the duty of explanation.

The a full-bench ruling on the scope of subrogation of the National Health Insurance Corporation, which subrogates the claims for compensation for medical expenses against the perpetrator of the patient, changed the existing precedent that had taken the 'deduction method after offsetting negligence' and judged it as 'the method of offsetting negligence after deduction'.

In addition, in the ruling on whether or not there was negligence, the court was not bound by the medical record appraisal result.

Lastly, in relation to the National Health Insurance Service's disposition of reimbursement for medical care benefit costs, we reviewed the ruling that discretion should be exercised even when a non-medical person makes a refund to a medical institution opened by a non-medical person. And we also reviewed

the ruling that the scope of reimbursement for medical institutions jointly using facilities and manpower specifically should be determined.

Keyword : Falsification of medical records, anti-obesity drugs, The scope of the National Health Insurance Corporation's subrogation, Medical record appraisal reply result, Disposition of reimbursement of medical care benefit expenses