

2022년 주요 의료판결 분석

이정민*, 유현정**, 박태신***, 정혜승****, 조우선*****, 박노민*****

I. 들어가며

II. 2022년 주요 의료판결

1. 환자에 대한 의료기관의 퇴거 청구 사례
2. 설명의무 관련 사례들
3. 보험사가 실손보험상품 가입자들을 대위하여 의료기관에 대해 부당이득 반환을 청구한 사례
4. 국민건강보험법에 따른 요양기관 업무정지처분의 법적 성격
5. 코로나 백신 투여 부작용에 대한 보상 인정 사례
6. 의료인의 면허 범위 관련 사례

III. 마치며

I. 들어가며

한국의료변호사협회(이하 ‘의변’이라 함)는 예년과 같이 2022년 한 해 동안 선고된 판결들 중 의미 있는 의료 관련 판례를 선정하여 정리하였다. 의변 학술단 소속 6명의 변호사들은 수집한 판결들을 토대로 2차례의 온라인 회의, 1차례의 오프라인 회의 및 이메일과 SNS를 통한 의견 수렴을 거쳐 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

* 논문접수: 2023. 6. 11. * 심사개시: 2023. 6. 13. * 게재확정: 2023. 6. 27.

* 법무법인 히포크라테스, 고려대학교 박사수료.

** 나옴 법률사무소, 고려대학교 박사수료.

*** 전북대학교 법학전문대학원 교수.

**** 법무법인 반우, 한양대학교 석사수료.

***** 법무법인 윈스, 고려대학교 석사수료.

***** 신&유 법률사무소, 서울대학교 석사수료.

의미가 있다고 생각되는 판결을 찾아 다음과 같이 2022년 주요 의료판결을 선정 및 정리하였다¹⁾.

II. 2022년 주요 의료판결

1. 환자에 대한 의료기관의 퇴거 청구 사례

- 대법원 2022. 4. 14. 선고 2021다311197(본소), 2021다311203(반소)²⁾³⁾ 판결

가. 사실관계

원고는 피고 대학병원(이하 ‘피고병원’이라 한다)에서 경추의 척수증 및 후종인대 골화증 진단을 받고 2015. 11. 23. 후궁절제술 및 나사못 삽입술을(1차 수술), 같은 달 27. 후궁성형술, 분절 나사못 고정술 및 자가골 이식술을(2차 수술) 받았다. 각 수술의 결과는 양호하였다. 2차 수술 후 원고는 기관내 튜브가 삽입된 상태로 인공호흡기의 도움과 자가 호흡을 하였고 중환자실에 입원하였다. 원고의 주치의는 2015. 11. 28. 12:35경 기관지 튜브를 빼기 위하여 테스트를 하고 발관을 하였는데, 기관지 튜브가 제거되자 원고는 후두 부종에 의한 기도폐쇄로 호흡을 할 수 없었고, 의료진의 응급조치로 목숨을 구했지만,

-
- 1) 6명의 변호사는 경기도 고양시 소재 법원도서관에 3차례 방문하여 대법원과 각 고등법원, 각 지방법원 항소심이 2022. 1. 1.부터 12. 31.까지 선고한 판결들 중 “손해배상(의)” 사건들의 사건번호 및 각 사건 1심 판결들의 사건번호를 수기로 기재한 후, 각 범위를 나누어 대한민국 법원 홈페이지를 통해 판결서 인터넷 열람 신청 등을 하여 판결문을 제공받았다. 또한, 법률신문이 2022. 1.부터 12.까지 보도한 주요 법원 판결 기사, 전국 법원 홈페이지가 같은 기간 동안 게시한 주요 판결 소개글을 참고하였으며 기타 언론에 소개된 판결 관련 기사들도 참고하였다.
 - 2) 1심은 서울동부지방법원 20109. 10. 31. 선고 2016가합105693 판결, 2심은 서울고등법원 2021. 12. 3. 선고 2019나2053700(본소), 2021나2021065(반소) 판결
 - 3) 1심 판결은 의료과실을 부정하고 설명의무 위반에 대한 위자료로 총 8,000만원을 인정하였다. 이에 원고와 피고 쌍방이 항소하였고, 피고 병원에서는 병실 퇴거와 진료비, 기지급한 간병비에 대한 부당이득반환청구를 반소로 제기하였다. 항소심 판결은 의료과실을 부정한 원심의 판단을 유지하면서 설명의무 위반에 대한 위자료로 2,000만원만 인정하였고, 병원 측의 병실 퇴거와 진료비 청구를 인용하였으며, 기지급한 간병비에 대한 부당이득반환청구는 기각하였다. 이에 원고와 피고 모두 상고하였으나 심리불속행기각되었다.

저산소성 뇌손상으로 의식이 없는 식물상태에 이르게 되었다.

이에 대하여 제1심 판결은 인공호흡기 발관 및 응급조치 과정의 과실을 부정하였고, 발관 후 후두부종을 포함한 기도수축에 의한 호흡곤란과 저산소성 뇌손상과 같은 위험성에 대한 설명의무 위반을 인정하였다. 이에 당사자 쌍방이 항소하였는데, 항소심에서 피고는 병실 퇴거와 진료비청구, 기지급한 간병비에 대한 부당이득반환청구를 반소로 제기하였다.

피고는 항소심에서, 피고병원은 중증질환에 대하여 난이도가 높은 의료행위를 전문적으로 하는 상급종합병원인데, 원고는 2016. 3. 6.부터 현재까지 활력징후가 안정되어 5년 넘게 동일한 내용의 단순 보존적 치료만 받고 있을 뿐 상급종합병원에서만 가능한 급성기 치료를 받아야 하는 상태가 아니어서 피고병원에서 계속 입원치료를 받을 필요가 없으므로, 피고로서는 의료법 제15조 제1항이 정한 ‘진료요청을 거부할 수 있는 정당한 사유’가 있다고 주장하며 원고와 체결한 입원진료계약을 민법 제689조에 따라 해지하고 원고에게 병실에서 퇴거할 것을 청구하였다. 제2심 판결은 의료과실을 부정한 원심의 판단을 유지하면서 병원 측의 병실 퇴거청구를 인용하였다.

나. 법원의 판단

제2심 법원은 퇴거청구에 대해 자기결정권 및 신뢰관계를 기초로 하는 진료계약의 본질에 비추어 강제진료를 받아야 하는 등의 특별한 사정이 없는 한 환자는 자유로이 진료계약을 해지할 수 있으나, 의료인은 환자의 생명과 신체의 건강이라는 기본권을 보호해야 할 특수성이 있어 진료의무가 강제될 필요가 있고, 의료법 제15조 제1항도 ‘의료인은 진료 요청을 받으면 정당한 사유 없이 거부하지 못한다’고 규정하고 있는 사정을 감안하면, 환자와 입원진료계약을 체결한 의사 측은 정당한 사유가 있어야 입원진료계약을 해지하고 환자에게 퇴원을 요구할 수 있다고 전제한 다음, ① 상급종합병원은 중증질환에 대한 질 높은 의료서비스 제공과 의료전달체계의 확립을 통한 의료자원의 효율적 활용을 목적으로 하고 있고, ② 상급종합병원의 입원치료는 사회적으로 매우 한정

된 의료자원으로서 이와 같은 목적에 부합하도록 공공복리를 위하여 보다 효율적으로 활용되고 배분되어야 할 필요가 있으며, ③ 이러한 측면에서 볼 때 상급종합병원의 경우 입원진료계약을 해지하여 환자에게 퇴원을 요구할 수 있는 정당한 사유가 있는지 판단할 때에는, 그 환자가 계속 치료를 받을 필요가 있는지가 아니라 그 환자에게 상급종합병원 수준의 입원치료가 계속 필요한지가 기준이 되어야 할 것이라 판시하고, 원고의 경우 피고병원과 같은 상급종합병원에서 입원치료를 받을 필요가 없고 만성기 유지치료를 담당하는 요양병원 등에서 치료를 받을 수 있는 상태라고 인정하여 피고의 병실퇴거청구를 인용하였다. 이에 대해 당사자 쌍방이 상고하였으나 심리불속행 기각되었다.

다. 판결의 의의 및 관련 판결

(1) 판결의 의의

의료기관의 환자에 대한 퇴거청구는 입원진료계약을 의료기관에서 해지하겠다는 의사표시이다. 진료계약이 전형계약에 포함되어있지 않은 우리 법제상 우리 법원은 진료계약에 관하여 위임에 관한 규정을 적용하고 있다(대법원 2014. 6. 26. 선고 2009도14407 판결 등). 위임계약은 쌍방 당사자가 자유롭게 해지할 수 있는데(민법 제689조 제1항), 대상 판결에서 실시한 바와 같이 의료인은 환자의 생명과 신체의 건강이라는 기본권을 보호해야 할 특수성이 있어 진료의무가 강제될 필요가 있고, 의료법 제15조 제1항도 ‘의료인은 진료요청을 받으면 정당한 사유 없이 거부하지 못한다’고 규정하고 있으므로, 의료인의 해지권은 ‘정당한 사유’가 있어야만 행사할 수 있는 제한적인 것으로 해석된다.

의료기관의 환자에 대한 퇴거청구에 관한 기존 판결의 주류는, 상급종합병원 수준의 입원치료가 필요하지 않다는 사유는 의료계약을 해지할 수 있는 정당한 사유가 아니라고 판시하여왔다. 그러나 대상 판결은 ‘상급종합병원의 입원치료는 사회적으로 매우 한정된 의료자원으로서 이와 같은 목적에 부합하도록 공공복리를 위하여 보다 효율적으로 활용되고 배분되어야 할 필요’만을 근

거로 하여 상급종합병원에서는 상급종합병원 수준의 입원치료가 필요하지 않은 환자에게 퇴거청구를 할 수 있다고 명시적으로 판결하였다. 즉 생명과 신체를 다루는 의료행위의 특수성에 따라 ‘진료거부 금지의무’를 돕으로써 계약해지의 자유가 일정 부분 제한된 ‘사인간 계약관계’에 ‘공공복리’를 이유로 법원이 개입하여 ‘진료거부 금지의무’를 형해화시킨 결과를 초래하였다. 우리 법에서 ‘진료거부 금지의무’를 둔 취지는 의료행위가 생명과 신체를 다루는 것이기 때문으로, 그 의무가 공공복리에 의해 면제될 수 있는 성질의 것인지 의문이다. 또한 진료가 환자의 생명, 신체에 매우 중대한 영향을 미치므로, 의료법 제15조 제1항이 정하고 있는 진료를 거부할 수 있는 정당한 사유는 넓게 인정할 것이 아니라 시설이나 인력, 전문지식 또는 경험 부족 등으로 진료가 불가능한 경우, 환자의 협력의무 위반, 환자 또는 보호자의 의료인에 대한 모욕죄, 명예훼손죄, 폭행죄, 업무방해죄에 해당하는 행위, 의료인으로서 양심과 전문지식에 반하는 치료방법을 요구하는 경우 등 의료인과 환자의 신뢰관계를 깨는 제한적인 경우에 예외적으로 인정해야 한다는 점에 비추어 보더라도 위와 같은 사유는 진료를 거부할 수 있는 정당한 사유라고 보기는 어려울 것이다.⁴⁾

(2) 관련 판결

청주지방법원 2018. 6. 15. 선고 2017나15103(본소), 2017나15110(반소) 판결은 출산 후 식물상태가 되어 해당 병원 중환자실에 계속 입원중인 환자에 대한 의료과실을 인정한 판결이 확정되었는데 병원에서 퇴거청구를 구한 사건에서, 의료계약은 민법상 위임계약이므로 민법 제689조에 따라 언제든지 해지할 수 있는 것이 원칙이기는 하나, 의료법 제15조제1항에 따라 의료인은 정당한 사유가 없으면 진료나 조산을 거부하지 못하므로, 정당한 사유가 있어야 의료계약을 해지할 수 있다고 전제한 다음, 의료법 제3조 제3항에 따라 보

4) 이동필 외 5, “2018년 주요 의료판결 분석”, 의료법학(제20권 1호), 2019. 246면 이하; 이재경, “보건의료관련 법률의 진료거부금지에 관한 규정이 의료계약에서 계약의 자유를 제한하는지에 관하여”, 의료법학(제22권 2호), 2021. 101면 이하 각 참조.

건복지부고시가 정한 “상급종합병원의 표준업무에 해당하지 않는다거나 일반 병원이나 종합병원에서도 진료가 가능하다는 사유는 정당한 의료계약의 해지 사유가 될 수 없”고, 의료급여기관의 진료범위를 정하고 있는 의료급여법 시행규칙 제16조제4호는 의료법 제15조제1항의 진료거부 금지의무를 면제하는 규정이 아니므로 “3차 의료급여기관의 진료범위에 해당하지 않는다는 사유 또한 정당한 의료계약의 해지사유가 될 수 없다”고 하면서 원고는 의료계약을 해지할 수 없다고 판시하였다.

서울중앙지방법원 2009. 1. 14. 선고 2007가합59573 판결은 3차 의료기관인 대학병원이 뇌수술을 받은 후 발생한 뇌출혈 합병증으로 의식저하 및 좌측 반신마비장애를 입고 병원을 상대로 의료과실을 주장하며 손해배상청구의 소를 진행중이던 환자를 상대로 입원치료가 종결되어 의료계약 해지를 통보하였으므로 퇴거할 의무가 있거나, 그렇지 않더라도 진료비 미지급으로 인한 불법점유라고 주장하면서 퇴거를 구한 사건에서, “그 상태가 반드시 3차 의료기관에서 치료를 받아야 할 정도는 아니라고 하더라도 현재 피고가 받고 있는 객담 제거, 소변관리, 욕창방지, 물리치료 등과 같은 진료는 환자의 증상을 개선시키기 위한 것인 동시에 현상유지 또는 증상의 악화 방지를 위한 것임을 알 수 있고, 위와 같은 치료를 받기 위해 통원하는 것이 불편함을 끼치는 경우에 해당하여 입원의 필요성 역시 있다”고 하면서 의료법 제15조제1항의 진료를 거부할 수 있는 정당한 사유를 부정하였다. 또한, 환자가 대학병원을 상대로 의료과실을 주장하면서 손해배상을 구하는 소송을 진행하고 있고, 환자가 위 소송에서 일부라도 승소하면 상계할 수 있으므로 진료비 미지급 사실만으로 불법점유라 할 수 없고, 불법점유라고 하여 퇴거를 명하면 상계기회를 박탈하므로 부당하다고 판시하여 대학병원의 청구를 배척하였다.

2. 설명의무에 관한 사례들

가. 시술의 부작용 설명 후 숙고할 시간적 여유 없이 시술에 들어간 경우
 설명의무가 이행되지 않았다고 본 사례
 - 대법원 2022. 1. 27. 선고 2021다265010 판결⁵⁾

(1) 사실관계

원고는 2018. 6. 7. 피고 병원에 처음 내원하였는데, ‘머칠 전 넘어져 통증이 심화되었으며, 통증이 너무 심하고 움직일 때마다 엉덩이부터 다리까지 아파서 힘들다’며 통증을 호소하면서 적극적 치료를 원한다는 의사를 밝혔다.

피고 병원은 X-ray 및 MRI 검사로 척추관협착증, 전방전위증, 추간판탈출증으로 진단하였고, 피고 병원 척추센터 의사는 2018. 6. 7. ‘즉시 수술이 필요한 요추 4-5번 외에 향후 악화 소지가 있는 곳인 요추 3-4번, 요추 5번-천추 1번에 관해서도 근본적인 치료를 위해서는 수술이 필요하다’고 설명하였고, 원고 보호자인 아들에게 수술의 목적과 방법, 발생 가능한 합병증 등을 설명하면서 2018. 6. 11. 로 수술일정을 잡았다.

수술일인 2018. 6. 11. 10:30 경 피고 병원 내과 의사가 경동맥 및 심장 초음파 검사를 한 다음 원고의 보호자인 배우자에게 ‘원고가 동맥경화가 없는 사람들에 비하여 뇌졸중의 위험이 상대적으로 높다’는 사정을 설명하였고, 같은 날 11:10 경 수술을 위한 마취를 시작하였다.

피고 병원은 원고에게 전방접근으로 요추 3-4번에 추간판치환술(인공디스크), 요추 5번-천추 1번에 케이지 삽입 융합술을 각 시행하고, 다시 후방접근을 하여 요추 4-5번에 융합술, 요추 5번-천추 1번에 후방고정술을 각 시행하였으며, 수술에는 약 6시간 반이 소요되었다.

수술 직후 원고에게는 뇌경색이 발생하였고, 좌측 편마비로 모든 일상생활에 도움이 필요한 상황(인지장애로 의사소통이 되지 않으며, 스스로 대소변 조

5) 1심은 수원지방법원 평택지원 2020. 7. 9. 선고 2020가합10024, 2심은 수원고등법원 2021. 8. 5. 선고 2020나17661, 환송 후 판결은 수원고등법원 2022. 10.13. 선고 2022나11797.

절 및 관리를 할 수 없는 상태)이 되었다.

이에 대하여 원고 측은 응급한 상황이 아니었으므로 뇌졸중 위험을 낮추는 조치를 한 후에 수술을 해야 했다거나, 수술 후 경과관찰을 소홀히 한 과실 및 지나치게 과다하게 수술을 한 과실 등을 주장하였고, 피고가 합병증 발생 가능성 등에 관한 설명의무를 이행하지 않았다고 주장하였다.

(2) 법원의 판단

1심과 항소심 법원은 피고 측의 의료상 과실을 부정하면서, 설명의무에 관하여 ‘피고 병원이 2018. 6. 7. 원고의 아들에게 수술의 위험성, 부작용 등에 대하여 설명하였고, 수술 당일인 2018. 6. 11. 내과 의사가 원고의 배우자에게 동맥경화가 없는 사람들에 비하여 뇌졸중의 위험이 상대적으로 높을 수 있다는 사실을 설명하였으므로, 설명의무를 이행하였다’고 판단하였다.

이에 반하여, 대법원은 의료진은 ‘인체에 위험을 가하는 의료행위를 할 경우 그에 대한 승낙을 얻기 위한 전제로서 환자에게 질병의 증상, 치료방법의 내용 및 필요성, 발생이 예상되는 생명, 신체에 대한 위험과 부작용 등에 관하여 당시의 의료수준에 비추어 환자가 의사결정을 함에 있어 중요하다고 생각되는 사항을 구체적으로 설명하여 환자로 하여금 수술 등의 의료행위에 응할 것인지 스스로 결정할 기회를 가지도록 할 의무가 있다’(대법원 1994. 4. 15. 선고 93다60953 판결, 대법원 1998. 2. 13. 선고 96다7854 판결 등 참조)면서, ‘이와 같은 의사의 설명의무는 그 의료행위가 행해질 때까지 적절한 시간적 여유를 두고 이행되어야 한다. 환자가 의료행위에 응할 것인지를 합리적으로 결정할 수 있기 위해서는 그 의료행위의 필요성 등을 환자 스스로 숙고하고 필요하다면 가족 등 주변 사람과 상의하고 결정할 시간적 여유가 환자에게 주어져야 하기 때문이다. 의사가 환자에게 의사를 결정함에 충분한 시간을 주지 않고 의료행위에 관한 설명을 한 다음 곧바로 의료행위로 나아간다면 이는 환자가 의료행위에 응할 것인지 선택할 기회를 침해한 것으로서 의사의 설명의무가 이행되었다고 볼 수 없다. 이 때 적절한 시간적 여유를 두고 설명의무를 이행하였

는지는 의료행위의 내용과 방법, 그 의료행위의 위험성과 긴급성의 정도, 의료 행위 전 환자의 상태 등 여러 가지 사정을 종합하여 개별적·구체적으로 판단하여야 한다.’고 판시하였고, 수술 당일 마취 약 40분 전에 동맥경화로 인하여 뇌졸중의 위험이 높다는 사실을 설명하였으므로 원고가 충분히 숙고하지 못한 채 수술에 나아갔을 가능성이 있고, 원심은 원고가 숙고를 거쳐 수술을 결정하였는지를 심리하여 설명의무가 이행되었는지 여부를 판단하였어야 한다는 취지로 파기 환송하였다.

나. 충분한 시간적 여유를 두지 않고 설명하였으나 설명의무 위반을 인정하지 않은 사례

- 대전지방법원 2022. 5. 27. 선고 2021나109507 판결⁶⁾

(1) 사실관계

망인은 3개월 전부터 발생한 좌측 흉부 통증으로 2017. 4. 24. 14:07 피고 병원 응급실에 내원하였고, 불안정 협심증에 의한 급성관상동맥증후군 진단 하에 16:30 관상동맥조영술을 시행하였는데, 망인의 좌전하행지 관상동맥 기시부에 약 80-90% 협착, 좌전하행지 관상동맥 중위부에 약 80% 협착, 대각 관상동맥 기시부에 약 70% 협착이 관찰되어 경피적 관상동맥중재술(이 사건 시술)을 시행하였다. 그런데, 시술 중 스텐트의 부족 팽창 및 불완전 부착으로 좌주간지-좌전하행지 상부 스텐트에 추가 풍선 성형술을 시행하였고, 스텐트 중간 부위에서 조영제가 혈관 외로 유출한 것이 확인되었으며, 심정지가 발생하여 심폐소생술, 기관 내 삽관을 시행하였다. 또한, 심낭유출이 확인되어 심낭천자를 시행하였고, 좌주간지 급성 스텐트 혈전증 발생으로 혈전제거술도 여러 차례 시행하였으며, 출혈 지속으로 인조혈관 스텐트 삽입 및 추가 풍선 성형술 시행, 대동맥 내 풍선펌프를 삽입하였다. 그 외에도 승압제 투여, 인공호

6) 1심은 대전지방법원 2021. 4. 15. 선고 2018가단214606. 1심에서 설명의무 위반 위자료가 인정되었고, 피고만 항소하였으므로 항소심의 심리범위는 설명의무 위반 여부에 한정되었다. 대법원에서 심리불속행 기각되었다(22. 9. 29. 선고 2022다246184).

흡기 적용, 수혈 등 계속해서 치료하였으나 결국 시술 다음날인 2017. 4. 25. 19:40 다발성 장기부전으로 사망하였다.

한편, 14:07경 망인이 응급실에 내원하였을 당시부터 시술 시까지 망인의 의식이 명료하였고 판단능력이 있었던 사실은 다툼이 없고, CCTV 영상을 통해 16:04-09까지 망인과 배우자가 동석한 가운데 약 5분간 의사가 설명을 하였고, 그 중 약 1분 정도는 망인이 시술 준비를 위해 옷을 갈아입으면서 들었던 점이 인정되었다. 부동산자로 인쇄된 망인의 시술 동의서에는 망인이 아니라 배우자가 서명을 하였고, 대리인이 서명하게 된 사유에 관하여 ‘환자의 신체, 정신적 장애로 인하여 약정 내용에 대하여 이해하지 못함’ 이라고 기재되어 있었으며, 의사가 설명하면서 기재한 것으로 보이는 밑줄이나 동그라미가 있었다.

(2) 법원의 판단

원고 측은 시술과 관련된 과실 및 시술 후 조치 상 과실과 설명의무 위반을 주장하였는데, 1심 법원은 시술과 관련된 과실은 부정하면서 설명의무와 관련하여, ‘망인의 배우자가 시술의 필요성이나 위험성, 부작용 등에 대한 설명을 듣고 시술 동의서를 작성한 것으로 보이기 는 하나, 환자인 망인 본인에게 충분한 설명을 하고 본인으로부터 동의를 받았거나, 망인이 동의하였으나 단지 시술 동의서 서명만을 위임하였음을 인정하기는 부족하다’고 판단하였다. 법원은 그 근거로, 망인은 판단능력이 있었던 상태이므로 동의서에 대리인이 서명하게 된 사유인 ‘환자의 신체, 정신적 장애로 인하여 약정 내용에 대하여 이해하지 못함’이라는 내용에 부합하지 않고, 환자가 성인으로서의 판단능력을 가지고 있는 이상 보호자의 승낙으로써 환자의 승낙에 갈음하는 것은 허용되지 않는다는 법리를 들면서, 망인 본인에게 설명의무를 다하였다고 볼 수 없다고 판단하고 위자료 1400만원을 인정하였다.

이에 대하여 피고만이 항소한 항소심에서는, ‘설명 의무는 환자가 의료행위 등의 침습행위를 받을 것인지 말 것인지에 대한 자기결정권을 실질적으로 행사할 수 있도록 하기 위한 것이므로, 환자가 판단능력을 가지고 있다면 본인에

게 설명이 이루어져야 한다'면서, CCTV 영상과 의무기록 기재 등을 종합할 때, 피고 병원 의사가 관상동맥중재술 동의서와 관상동맥조영술 동의서를 들고 망인이 누워있는 침대로 직접 가 약 5분간 침상 옆에서 동의서에 대해 설명한 사실, 동의서에는 시술의 위험성과 관련한 내용이 포함된 사실, 동의서에 설명 과정에서 표시한 것으로 보이는 밀줄, 동그라미 등이 있고 망인의 보호자가 서명한 사실이 인정되는데, 망인은 이 사건 시술에 관한 설명 당시 판단능력이 있었고, 배우자나 의료진에게 자기의 의사를 표시할 수 있는 상황이었으므로, 환자 본인이 직접 서명을 하지 않았거나, 동의서의 대리인 서명 사유 항목 표시를 잘못했다는 사정만으로 바로 망인 본인에게 설명의무가 이행되지 않아 자기결정권이 침해된 것이라고 보기 어렵다고 판단하였다.

다. 대상판결들의 의의

그동안 대법원은 1) 침습적 의료행위 전 환자에게 충분한 설명을 하여 환자가 의료행위에 응할 것인지 여부를 스스로 결정할 수 있게 하여야 하고⁷⁾, 2) 환자가 성인으로서의 판단능력을 가지고 있는 이상 친족의 승낙으로써 환자의 승낙에 갈음하는 것은 허용되지 아니하며⁸⁾, 3) 의료진의 설명은 명확하여야 하고, 환자의 이해부족 등을 탓하여서는 안된다⁹⁾면서 일관되게 설명의무가 이행되었는지 여부는 환자 본인이 현재 병증의 상태, 의료진이 제안하는 치료의 효과, 치료의 위험성이나 후유증, 선택할 수 있는 다른 대안 등을 종합하여 스스로 의료행위 여부를 결정할 수 있었는지 여부에 따라 판단하여야 한다는 취지로 판시하여 왔다.

대상판결인 가.항의 대법원 2021다265010 판결은 위 법리들과 같은 맥락

7) 대법원 1994. 4. 15. 선고 93다60953 판결, 대법원 1998. 2. 13. 선고 96다7854 판결 등.

8) 대법원 1994. 11. 25. 선고 94다35671 판결 등.

9) 대법원 2020. 8. 13. 선고 2017다248919 판결. 의사는 수술을 시행하기 전에 환자에게 수술 내용과 방법, 후유증 등에 관하여 명확히 설명하고 동의를 받아야 하며, 수술명칭을 명확하게 구분하지 않은 채 원고에게 설명하였다면 피고가 설명의무를 제대로 이행한 것으로 볼 수 없고, 원고의 이해부족 등을 탓하여서는 안 된다고 하였다.

에서, 환자의 자기결정권 행사를 보장하기 위하여 구체적인 상황에서 환자에게 의료행위의 위험성과 부작용 등에 관하여 충분히 숙고한 후 결정할 수 있는 시간적 여유가 주어져야 한다는 점을 명시하였다는 점에서 의의가 있다¹⁰⁾.

한편, 위 대법원 판결 선고 이후에 선고되었음에도, 대상판결 나.항의 대전지방법원 2021나109507 판결은 불과 시술 약 20분 전에 설명이 이루어졌고, 5분 간 설명을 듣는 도중 원고가 시술 준비를 위하여 옷을 갈아입으면서 듣기도 하였으며, 원고의 의식이 명료하고 판단능력에 문제가 없는 상황에서 배우자가 대신 서명을 하였음에도, ‘원고가 충분히 시술에 대한 설명을 들었고, 자신의 의견을 배우자나 의료진에게 이야기할 수 있는 상황이었으므로 설명의무가 이행되었다’고 보았는데, 위 사안은 배우자가 동의서에서 서명을 하였으므로 배우자뿐 아니라 본인에게도 설명의무가 이행되었는지 여부만이 쟁점이 되었고, 시술 전 시간적 여유가 없이 설명이 이루어진 부분은 쟁점이 되지 않았다.

그러나 위 대상판결 가.항의 대법원 판결은 ‘적절한 시간적 여유를 두고 설명이 이루어져야 한다’고 하면서도 “적절한 시간적 여유를 두고 설명의무를 이행하였는지는 의료행위의 내용과 방법, 그 의료행위의 위험성과 긴급성의 정도, 의료행위 전 환자의 상태 등 여러 가지 사정을 종합하여 개별적·구체적으로 판단하여야 한다”고 하여 개별 사안에 따라 적절한 시간적 여유를 두고 설명이 이루어졌는지 판단이 달라진다는 점을 분명히 하였는데, 대상판결 나.항은 환자가 응급실에 있었고, 검사 결과¹¹⁾ 심장 또는 심장혈관과 관련하여 문제가 있어 신속한 치료가 필요한 상황이었기 때문에 다른 일반적인 수술과 같이 시간적 여유를 충분히 두기가 어려운 상황이었으므로 시술 약 20분 전에 설

10) 특히 위 판결의 사안은 응급수술도 아니었고, 지금 당장 치료가 필요한 부분 외에 추후 악화의 가능성을 고려하여 미리 수술을 시행한 부분이 있어 후자의 경우 반드시 필요한 치료가 아니었기 때문에 환자나 그 가족들이 뇌졸중의 위험성을 충분히 숙고하였다면 다른 결정을 하였을 가능성이 높다는 점에서 더욱더 시간적 여유를 두고 설명하였어야 한다고 판단한 것으로 보인다.

11) 응급실에서 검사 후 불안정 협심증에 의한 급성 관동맥증후군 진단 하에 조영술 및 색전술을 하기로 하였다고 하므로 심전도, 혈액검사 등으로 심장 혈관에 문제가 있어 신속한 치료가 필요한 상황임을 의료진이 인지하였을 것으로 보인다.

명을 하였더라도 적절한 시간적 여유를 두지 않았기 때문에 설명의무가 이행되지 않았다고 보기는 어려웠을 것으로 보인다.¹²⁾

또한, 위 대상판결 나.항은 그동안 법원에서 동의서에 환자 본인이 아니라 보호자가 서명을 한 경우 특별한 사정이 없는 이상 ‘보호자의 승낙으로 환자 본인의 승낙에 갈음할 수 없다’는 대법원 판결에 따라 환자 본인에게 설명의무를 이행한 것으로 볼 수 없다고 판단해 온 것과 달리, 설명의무의 본질이 환자의 선택권을 보장하기 위한 것이라는 실질에 초점을 맞추어 동의서에 누가 서명을 하였든 실질적으로 환자가 설명을 듣고 의료행위에 대한 의사를 표시할 수 있었다면 설명의무가 이행되었다는 취지로 판단하였다는 점에서 특이한 점이 있다.

이러한 판시내용에 대하여는 설명의무의 본질에 초점을 맞춘 것으로 타당성이 있다고 볼 수 있으나, 환자가 의료행위에 대한 의사표시를 할 수 있는 상황에서 적극적으로 반대 의사를 표시하지 않았다는 이유로 의료행위에 대하여 자기결정권을 행사하였다고 판단한 것이 적절하였는지는 의문이다.

이 사안은 환자 본인이 의식이 명료하였고 그 자리에 있었음에도 의료진이 동의서에 환자 본인의 서명을 받지 않고 배우자에게 서명하게 하여 환자가 동의서의 내용을 제대로 읽어보지도 못하였고, CCTV 영상을 볼 때 의료진이 환자가 아니라 환자의 배우자를 바라보면서 배우자에게 설명을 하고 환자는 옆에서 같이 듣는 정도에 불과하였으며, 심지어 중간에 시술 준비를 위하여 옷을 갈아입기도 했기 때문에 시술의 필요성, 위험성, 부작용 등에 관한 의료진의 구체적인 설명 내용을 환자가 충분히 이해할 수 있었는지 의문이 드는 상황이었기 때문이다¹³⁾.

12) 1심에서 설명의무 위반이 인정되었고, 피고만이 항소한 항소심에서 설명의무 위반이 부정되었으므로, 원고가 대상판결 가.항의 대법원 판결을 인용하면서 상고하였을 것으로 추정되는데, 사안의 긴급성 때문에 대법원 판시내용과 배치되지 않는다는 취지에서 심리불속행 기각되었을 것으로 보인다.

13) 다만, 법원이 당사자의 주장이 없어 명시적으로 이러한 판단을 하지 않았으나, 이 사건의 사실관계상 신속히 시술이 필요한 상황이었고, 심장혈관의 문제는 해당 시술을 하지 않고 좋아질 방법이 없어 다른 대안이 없으므로, 설명 원고가 설명을 제대로 듣지 못하였더라도

결국, 설명의무의 이행 여부는 단순히 동의서에 환자의 서명이 있는지, 동의서 내용에 밑줄이 있는지 등에 따라 형식적이고 일률적으로 판단할 것이 아니라, 구체적인 개별 사안에서 실제 충분한 설명이 있었는지, 환자 본인이 이에 대하여 자기결정권을 행사하였다고 볼 수 있는지 여부에 관하여 당사자들의 상세한 상황 설명과 주장에 더하여 법원의 구체적이고 섬세한 심리에 따라 판단되는 것이 가장 바람직할 것으로 보인다.

또한, 최근 ‘수술실 내 폐쇄회로 TV 설치법’ 시행¹⁴⁾을 앞두고, 위 대상판결 나.항은 CCTV 영상이 의료진 입장에서 자신의 면책을 위해 사용할 수 있는 증거 또는 일종의 의무기록으로서의 가치를 가질 수 있다는 점에 대하여 시사하는 판결이라는 의미도 있다.

3. 보험사가 실손보험상품 가입자들을 대위하여 의료기관에 대해 부당이득반환을 청구한 사례(채권자대위소송에서 보전의 필요성 관련)

- 대법원 2022. 8. 25. 선고 2019다229202 전원합의체 판결

가. 사건의 개요

다수의 보험계약자들과 실손의료보험계약을 체결한 보험자인 원고는, 피고가 운영하는 병원에서 트리암시놀론 주사 치료(이하 ‘이 사건 진료행위’라고 함)를 받고 진료계약에 따라 피고에게 진료비를 지급한 위 실손의료보험계약의 피보험자들에게 진료비 전액 또는 일부에 해당하는 금액을 보험금으로 지급하였다. 원고는 이 사건 진료행위가 이른바 임의비급여 진료행위로서 무효이므로 피보험자들은 원고에게 보험금 상당의 부당이득반환채무가 있다고 주장하면서, 이를 피보전채권으로 하여 피보험자들을 대위하여 피고를 상대로 진료비 상당의 부당이득의 반환을 구하는 채권자대위소송을 제기하였다. 이에 원심¹⁵⁾은 채권자대위권 행사 요건을 갖추었다고 판단하면서 원고 청구를

시술에 동의하였을 가능성이 매우 높은 상황이었다.

14) 2023. 8. 30. 시행 예정.

일부 인용하였다.

나. 법원의 판단

대상판결은 먼저 채권자가 채무자를 대위하여 채무자의 권리를 행사하기 위해서는 보전의 필요성이 필요하다고 하면서, “보전의 필요성이 인정되기 위하여는 우선 적극적 요건으로서 채권자가 채권자대위권을 행사하지 않으면 피보전채권의 완전한 만족을 얻을 수 없게 될 위험의 존재가 인정되어야 하고, 나아가 채권자대위권을 행사하는 것이 그러한 위험을 제거하여 피보전채권의 현실적 이행을 유효·적절하게 확보하여 주어야 하며, 다음으로 소극적 요건으로서 채권자대위권의 행사가 채무자의 자유로운 재산관리행위에 대한 부당한 간섭이 된다는 사정이 없어야 한다. 이러한 적극적 요건과 소극적 요건은 채권자가 보전하려는 권리의 내용, 보전하려는 권리가 금전채권인 경우 채무자의 자력 유무, 피보전채권과 채권자가 대위행사하는 채무자의 권리와 관련된성 등을 종합적으로 고려하여 인정 여부를 판단하여야 한다”고 판시하여 기존 판결에서 제시했던 채권자대위소송의 ‘보전의 필요성’의 인정기준을 정리하여 실시하였다.

그리고 이 사건에서 보전의 필요성을 인정할 수 있는지 관하여 대상판결의 다수의견은 아래와 같이 적극적 요건과 소극적 요건을 갖추지 못하였다고 하면서 “채권자인 보험자가 금전채권인 부당이득반환채권을 보전하기 위하여 채무자인 피보험자를 대위하여 제3채무자인 요양기관을 상대로 진료비 상당의 부당이득반환채권을 행사하는 형태의 채권자대위소송에서 채무자가 자력이 있는 때에는 보전의 필요성이 인정된다고 볼 수 없다”고 판시하였다.

① 적극적 요건과 관련하여, ‘채무자인 피보험자가 자력이 있는 경우라면, 특별한 사정이 없는 한 채권자인 보험자가 채무자의 요양기관에 대한 부당이득반환채권을 대위하여 행사하지 않으면 자신의 채무자에 대한 부당이득반환

15) 대전지방법원 2019. 4. 4. 선고 2018나107877 판결.

채권의 완전한 만족을 얻을 수 없게 될 위험이 있다고 할 수 없다. 나아가 피보전채권과 피대위권리 사이에 밀접한 관련성이 인정되는 경우에는 채무자의 자력에도 불구하고 예외적으로 보전의 필요성을 인정할 수 있으나, ‘피보전채권인 보험자의 피보험자에 대한 부당이득반환채권과 대위채권인 피보험자의 요양기관에 대한 부당이득반환채권 사이에는 피보전채권의 실현 또는 만족을 위하여 대위권리의 행사가 긴밀하게 필요하다는 등의 밀접한 관련성을 인정할 수도 없다’.

‘만약 채무자인 피보험자의 자력이 있는데도 보전의 필요성을 인정한다면, 이는 채권자인 보험자에게 사실상의 담보를 취득하게 하는 특권을 부여하고, 법적 근거 없이 직접청구권을 인정하는 위험을 야기하며, 다른 채권자보다 우선하여 보험자의 채권만족이 실현되어 채권자평등주의에 기반한 민사집행법 체계와 조화를 이루지 못할 우려가 있다’.

② 소극적 요건과 관련하여, 그 판단은 ‘피보전채권에 발생한 위험을 제거하여 자기 채권을 실현하려는 채권자의 이익과 고유의 재산관리권 행사를 간섭받지 않을 채무자의 이익을 비교형량하는 것을 핵심으로 한다’.

진료계약의 특수성을 고려하면, ‘수진자인 피보험자가 실제로 요양기관을 상대로 진료계약이 무효임을 이유로 부당이득반환채권을 행사할 것인지 여부는 피보험자와 요양기관과의 관계, 진료의 목적이나 경위 및 결과 등 개인별 사정에 따라 달라질 수 있는 것이어서’, ‘금전채권자일 뿐인 보험자로 하여금 자력이 있는 피보험자의 진료계약과 관련된 권리를 대위하여 행사하는 것을 허용한다면 이는 피보험자의 자유로운 재산관리행위에 대한 부당한 간섭에 해당할 여지가 있다’.

다. 판결의 의의

대상판결은 채권자대위소송의 ‘보전의 필요성’에 관한 기존의 판결들에서 제시한 기준을 다시 한 번 정리하면서, 이를 적극적 요건과 소극적 요건으로 분설하여 좀 더 명확하게 제시하였다.¹⁶⁾ 그리고 위와 같은 법리를 토대로 적극

적 요건과 관련하여, 채권자인 보험자의 채권회수의 편의성과 실효성을 높이기 위해 채권자대위권을 행사하는 경우에는 피보험자의 권리를 대위하여 행사하지 않으면 자기 채권의 완전한 만족을 얻을 수 없게 될 위험이 있다고 보기 어렵고, 피보전채권과 피대위권리의 종류, 발생원인, 목적 등에 동일성 또는 유사성이 있다는 사정은 사실상의 관련성일 뿐 피보전채권과 피대위권리 사이의 두 권리의 내용이나 특성상 채권자가 보전하려는 권리의 만족이 대위하여 행사하려는 권리의 실현 여부에 달려 있는 경우와 같은 밀접한 관련성은 인정될 수 없다고 판시하여, ‘자기 채권의 완전한 만족을 얻을 수 없게 될 위험’ 및 피보전채권과 피대위권리 사이의 ‘밀접한 관련성’과 ‘사실상의 관련성’에 관한 일응의 판단기준을 제시한 데 의미가 있다고 할 것이다. 또한, 소극적 요건과 관련하여, 그 판단의 핵심은 피보전채권의 실현이라는 채권자의 이익과 고유의 재산관리권 행사라는 채무자의 이익을 비교형량하는 것이라고 전제하면서, 민감정보의 수집과 생산을 동반하는 진료계약의 특수성을 고려하여 피대위권리의 행사로 인해 예상되는 사정이 각 이익형량요소로 기능할 수 있음을 제시한 데에도 의미가 있다고 할 수 있다.

4. 국민건강보험법에 따른 요양기관 업무정지처분의 법적 성격(=대물적 처분) 및 대상(=요양기관의 업무 자체)

- 대법원 2022. 1. 27. 선고 2020두39365 판결

가. 사건의 개요

원고는 2010. 7.경부터 서울 용산구에서 다른 의사 A와 공동으로 의료기관(이하 ‘갑’의료기관)을 개설하여 운영하였고 2011. 1.경부터는 원고와 B의사로 개설자 명의를 변경되었다. 이들은 2014. 5. 경 ‘갑’의료기관을 폐업하였고,

16) 위 대상판결 이전에 대법원이 판시한 ‘보전의 필요성’의 인정기준에 관하여 위와 같은 관점에서 분석한 견해로는 박대신, ‘채권자대위권에 관한 이해의 변화 모색-보전의 필요성 및 채무자의 무자력과 관련하여-’, 저스티스(통권 제186호), 한국법학원, 2021. 10., 제130면, 각주 33) 참고.

원고는 2014. 7.경 세종특별자치시에서 새로운 의료기관을 개설하였다(이하 ‘을’의료기관). 한편, 피고 보건복지부장관은 원고와 B가 ‘갑’의료기관을 개설하여 운영 중이던 2011. 5.부터 2011. 9.까지 의료법에 따라 개설된 ‘갑’의료기관이 아닌 제3의 의료기관에서 수진자들을 진료한 다음 그 진찰료를 요양급여비용으로 청구하고 이 진료에 관한 원외처방전을 요양급여대상으로 발급하여 약국 약제비를 청구하도록 함으로써 국민건강보험공단에 합계 2,570,180원의 요양급여비용을 부담하게 하였다는 이유로 구 국민건강보험법(2011. 12. 31. 법률 제11141호로 전부 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 국민건강보험법’) 제 85조 제1항 제1호에 근거하여 원고가 세종시에 새로이 개설한 ‘을’의료기관의 업무를 10일간 정지하는 처분(이하 ‘이 사건 처분’)을 하였다. 즉, 폐업한 ‘갑’요양기관에서 발생한 위반행위를 이유로 그 요양기관의 개설자가 새로 개설한 요양기관 ‘을’에 대하여 업무정지처분을 한 것이다.

나. 법원의 판단

법원은 구 국민건강보험법 제85조 제1항 제1호는 “보건복지부장관은 요양기관이 속임수나 그 밖의 부당한 방법으로 보험자에게 요양급여비용을 부담하게 한 때에는 1년의 범위 안에서 기간을 정하여 요양기관의 업무정지를 명할 수 있다.”라고 규정하여 범문상 업무정지처분의 대상을 ‘요양기관’으로 정하고 있었고, 2011. 12. 31. 전부 개정된 국민건강보험법 제98조 제1항 제1호는 “그 요양기관에 대하여 업무정지를 명할 수 있다.”라고 규정하여 처분대상이 위반행위 당시의 요양기관임을 더욱 명확히 하였다고 보았다. 그런데 구 국민건강보험법 제40조 제1항은 요양기관의 범위를 정하고 있는데 제1호에서 ‘의료법에 의하여 개설된 의료기관’을 들고 있고, 의료법 제33조 제3항 등에 의하면 의원 등을 개설하려는 ‘의사’는 각종 기준을 준수하여 시장, 군수, 구청장에게 신고하도록 정하고 있어 ‘의사’라는 자연인이 ‘개설’한 ‘의료기관’이 곧 ‘요양기관’으로 지칭된다는 점을 설명하고 있으므로 요양기관과 요양기관의 개설자에 해당하는 의사 등 자연인이 구별되는 개념이라고 판단하였다.

한편, 국민건강보험법은 위 업무정지처분이 승계되는 경우를 규정하고 있는데 구 국민건강보험법 제85조 제3항에 따르면 업무정지처분의 효과는 그 처분이 확정된 요양기관을 ‘양수한 자’에게 승계된다고 규정하고 있고, 구 국민건강보험법 제40조 제1항 및 그 위임에 따른 구 시행령(2012. 8. 31. 대통령령 제24077호로 전부 개정되기 전의 것) 제21조 제1항 제4호는 위 업무정지처분의 절차가 진행 중이거나 업무정지처분을 받은 요양기관의 개설자가 개설한 의료기관에 대해서는 해당 업무정지처분 기간이 끝나기 전까지 요양기관에서 제외할 수 있도록 규정하고 있을 뿐이어서 업무정지처분의 절차가 진행되기 이전에 이미 폐업한 요양기관에서 발생한 위반행위를 이유로 그 요양기관의 개설자가 새로 개설한 요양기관에 대하여 업무정지처분을 할 수 있는 명시적 규정이 없다. 법원은 바로 이 점을 지적하며 위 요양기관 업무정지처분은 의료인 개인의 자격에 대한 제재가 아니라 요양기관의 업무 자체에 대한 것으로서 대물적 처분의 성격을 갖는다고 판시하며, 제재의 대상이 된 요양기관이 폐업한 때에는 해당 요양기관이 업무를 할 수 없는 상태일 뿐 아니라 처분대상도 없어졌기 때문에 해당 요양기관을 개설했던 개설자가 새로 개설한 요양기관에 대하여 업무정지처분을 할 수는 없다고 판단하였다.

다. 판결의 의의

과거에도 요양기관의 업무정지 처분을 회피하는 수단으로 폐업이나 양수도를 선택하는 경우가 있었고 구 국민건강보험법(2009. 5. 21. 법률 제9690호로 일부개정되기 전의 것)은 제85조 제3항을 신설하여 업무정지처분의 효과가 요양기관의 양수인에게도 승계될 수 있는 규정을 마련한 바 있다. 한편, 과거 법원은 폐업했던 요양기관에서 한 차례 업무정지처분을 받은 일이 있는 개설자가 새로이 개설한 기관에서 또다시 업무정지처분을 받게 되어 보건복지부가 과거 업무정지처분을 사유로 가중처분을 한 사례에서 요양기관에 대한 업무정지처분은 대물적 처분임과 동시에 대인적 처분으로서의 성질을 아울러 갖는다고 판단한 사례도 있었다.¹⁷⁾ 그러나 국민건강보험법에서 처분의 상대방으로

규정한 것은 명백히 ‘기관’이지 개설자가 아니었기에 처분의 성격에 대한 다툼이 이어졌고 이번 대법원 판결은 그 성격을 명확히 한 것이다.

국어사전에서 ‘기관’의 의미를 찾아보면 ‘사회생활의 영역에서 일정한 역할과 목적을 위하여 설치한 기구나 조직’에 불과할 뿐이어서 기관 자체를 법률행위를 할 수 있는 법인격을 가진 주체로 보기는 어렵다. 그래서 의료법은 의사 등 자연인인 의료인, 의료법인 등 일정한 범위의 법인격을 가진 단체들로 하여금 의료기관을 개설할 수 있도록 하고 있다. 그런데 요양기관의 업무정지처분을 규정하는 구 국민건강보험법 제85조 제1항은(현행 국민건강보험법 제98조 제1항) 업무정지를 명할 수 있는 상대방이 ‘요양기관’임을 명시하고 있기에 ‘기관’과 해당 기관을 개설한 자연인 또는 법인을 구별하여 범문을 명확히 해석하였다는 점에서는 대법원의 판단이 타당하다.

그런데 요양기관이란 부동산이나 자동차 등과 같이 고정된 물적 자산은 아니다. 법인격을 가진 개설자가 소유하거나 임차한 장소에서 개설자 및 개설자가 고용한 인력을 통해 개설자가 구입하거나 대여한 장비를 사용하여 국민건강보험공단을 대신하여 요양급여를 실시하는 기구나 조직이 요양기관 그 자체이기 때문이다. 또한, 그 기관을 개설하여 요양급여비용을 받아 운영에 필요한 비용을 지출하고 향유하는 주체는 기관을 개설한 자연인 또는 법인이다. 그런데 대법원의 판단에 따르면 업무정지처분을 받은 요양기관을 개설자가 폐업해 버리기만 하면 그 개설자가 다시 동일한 장소에서 새로운 요양기관을 개설하더라도 개설자에게 동일한 책임을 묻기 어려운 결과가 된다. 한편, 업무정지처분을 받은 요양기관을 폐업하지 아니하고 다른 개설자에게 양도하는 경우, 양수한 자에게 업무정지처분의 효과가 승계된다는 구 국민건강보험법 제85조 제3항 규정에 따라 업무정지처분의 원인이 된 개설자는 새로이 의료기관을 개설하여 요양기관으로 지정되더라도 기존 처분에서 자유로워지고 양수인만 처

17) 서울행정법원 2014. 5. 23. 선고 2012구합3057 판결, 서울고등법원 2015. 6. 19. 선고 2014누4919 판결; 원피고 모두 대법원에 상고하지 아니하여 확정됨. 이하 자세한 평석은 2014년 주요 의료판결 분석, 정혜승 외 3, 의료법학(제16권 1호), 2015., 175면 이하.

분의 효과를 받는 이상한 결과도 초래된다. 혹자는 이 때 국민건강보험법 제99조와 보건복지부 고시 제2022-165호 「업무정지처분에 갈음한 과징금 적용 기준」 제2조 제2호 다.목에 따라 ‘업무정지처분이 제재수단으로서 실효성이 없어 과징금 처분이 타당하다고 판단되는 경우’로 보아 개설자에게 과징금의 부과처분을 하는 방안이 있다고 제시할 수도 있다. 그러나 국민건강보험법 제99조 제1항의 법문언도 구 국민건강보험법 제85조 제1항과 동일하게 ‘요양기관’에 부과할 업무정지처분을 갈음하여 과징금을 부과할 수 있도록 되어 있어 이번 대법원의 태도라면 과징금의 부과처분 또한 ‘대물적 처분’의 성격을 가진다고 판단할 가능성이 높아 과징금 부과 처분 역시 실효성이 없을 것이다.

그러나 이러한 불합리한 결과는 대법원의 판단 때문이 아니라 ‘기관’과 기관을 개설한 ‘법인격을 가진 자’를 혼동하여 규정하고 있는 국민건강보험법 때문에 발생하는 것으로 판단된다. 구 국민건강보험법 제85조 제1항은 ‘요양기관’에게 업무정지를 명할 수 있다고 규정하였지만 동조 제2항은 “제1항에 따라 업무정지처분을 받은 자는 해당 업무정지기간 중에는 요양급여를 행하지 못한다.”고 규정하며 요양기관에서 실제 요양급여를 실시하는 주체에게 ‘쪽’라는 표현을 사용, 처분의 효과가 기관 그 자체가 아닌 자연인 혹은 법인에게 미치질 것을 예상하고 있다. 또한, 구 국민건강보험법 제40조 제1항 단서는 ‘요양기관으로 적합하지 아니하다고 인정되는 의료기관 등으로서 대통령령이 정하는 의료기관 등은 요양기관에서 제외할 수 있다’라고, 구 국민건강보험법 시행령은 제21조 제1항 제4호에서 ‘법 제40조 제1항 후단에서 “대통령령이 정하는 의료기관 등”이란 법 제85조의 규정에 의한 업무정지(중략) 처분을 받은 요양기관의 개설자가 개설한 의료기관 또는 약국을 말한다’라고 규정하여 업무정지 처분이 해당 요양기관 개설자가 새로 개설한 의료기관에 효력이 미치는 취지로 규정하고 있다. 즉, 국민건강보험법령을 제정한 입법자의 의도는 업무정지 처분의 원인이 된 행위를 한 개설자에게 처분의 효력이 미치도록 하려는 것을 해석될 여지가 있는 것이다. 그렇다면 처분의 상대방을 ‘요양기관’으로만 규정함에 그칠 것이 아니라 해당 요양기관으로 지정된 의료기관을 개설한 자, 즉 운영

주체인 자연인 또는 법인에게도 처분의 효력이 미치도록 법문언을 작성하였어야 함에도 물적 대상 자체인 ‘기관’과 사람을 혼동하는 입법을 하여 결국 처분의 실효성까지 의심받게 된 셈이다. 문제는 행정처분의 대상으로 삼아야 하는 것이 ‘기관’인지 ‘사람’인지에 대한 입법자의 의사조차 명확하지 않다는 것이다. 더 이상의 혼란을 막기 위해서라도 행정처분을 무엇에 대하여 할 것인지에 대한 사회적 합의를 거쳐 그에 따른 법문언의 개정 시도에 나서야 한다.

5. 코로나 백신투여 부작용에 대한 보상 인정 사례

- 서울행정법원 2022. 8. 19. 선고 2022구합55477 판결¹⁸⁾

가. 사실관계

원고는 30대 초반 남성으로, 2021. 4. 29. 17:00경 코로나19에 대한 예방접종으로 아스트라제네카(이하 ‘이 사건 백신’이라 한다)를 투여받았다(이하 ‘이 사건 예방접종’이라 한다). 그런데 그 다음 날인 2021. 4. 30. 17:00경 발열 증상이, 그 다음 날인 2021. 5. 1. 17:00경부터 양다리저림 및 부어오름, 차가움과 뜨거움이 반복되는 감각이상, 어지럼증 증상이 발생하였고, 2021. 5. 2. 07:00 응급실에 내원하여 영상 검사를 받은 결과 좌측 전뇌부위 소량의 출혈성 병변이 확인되었다. 이후 원고는 추가 검사 결과 2021. 5. 8. 상세불명의 뇌내출혈, 대뇌해면기형을 진단받았고, 다리저림에 대하여는 2021. 5. 20. 상세불명의 단발 신경병증 진단을 받았다. 이후 원고의 배우자는 2021. 5. 28. 피고에게 감염병의 예방 및 관리에 관한법률 제71조, 같은 법 시행령 제31조 제1항 및 같은 법 시행규칙 제47조 제1항에 따라 원고의 진료비 3,371,510원, 간병비 250,000원의 피해보상신청을 하였다.

그러나 피고는 2021. 12. 28. 2021년 제16차 코로나19 예방접종피해보상 전문위원회를 개최하여 원고에 대하여 ‘백신을 접종한 증거는 확보하였으나 다리저림이 발생한 시기(접종 14일 후)가 시간적 개연성이 부족하고 영상학

18) 이 사건은 피고가 항소하였으나(서울고등법원 2022누58928 사건), 항소 취하로 종결되었다.

적 검사상 해면상 혈관기형을 고려할 때 백신보다는 다른 원인으로 인한 가능성이 있어 예방접종과 인과성이 인정되기 어려운 경우에 해당하여 보상이 되지 않는 것으로 결정하였고(이하 ‘이 사건 처분’이라 한다), 원고는 이 사건 처분에 대한 취소소송을 제기하였다.

나. 법원의 판단

이에 대하여 대상 판결은 감염병예방법 제71조에 의한 예방접종 피해에 대한 국가의 보상책임은 무과실책임이지만, 질병, 장애 또는 사망이 그 예방접종으로 인하여 발생하였다는 점은 인정되어야 하며, 예방접종과 장애 등 사이의 인과관계가 반드시 의학적·자연과학적으로 명백히 증명되어야 하는 것은 아니고, 간접적 사실관계 등 제반 사정을 고려할 때 인과관계가 있다고 추단되는 경우에는 그 증거가 있다고 보아야 한다고 하면서, 그 인과관계를 추단하기 위해서는 특별한 사정이 없는 한 예방접종과 장애 등의 발생 사이에 시간적 밀접성이 있고, 피해자가 입은 장애 등이 그 예방접종으로부터 발생하였다고 추론하는 것이 의학 이론이나 경험칙상 불가능하지 않으며, 장애 등이 원인불명이거나 예방접종이 아닌 다른 원인에 의해 발생한 것이 아니라는 정도의 증거가 있으면 족하다고 전제한 다음(대법원 2014. 5. 16. 선고 2014두 274 판결 등 참조),

① 이 사건 백신 투여 후 이상증상 발생 시기는 다리저림 증상에 대한 진단을 받은 2021. 5. 20.이 아닌 발열, 두통 및 다리저림이 나타난 시기, 즉 이 사건 예방접종 후 불과 1~2일 뒤인 점, ② 원고는 이 사건 예방접종 이전에는 매우 건강하였고 신경학적 증상이나 병력도 전혀 없었는데, 이 사건 예방접종 바로 다음날부터 두통, 발열 등의 증상이 발생하였고, 두통, 발열 등은 피고가 이 사건 백신의 이상반응으로 언급한 증상이기도 한 점, ③ 이후 뇌 MRI 결과 원고에게 해면상 혈관기형이 존재한다는 사실이 확인되기는 하였으나, 정확히 위 혈관기형이 언제 발생하였는지는 알 수 없고, 이 사건 예방접종 전에는 그와 관련된 어떠한 증상이 발현된 바도 없었는바, 이 사건 증상이나 질병이 이 사건 예방접

중과 전혀 무관하게 발생하였다고 단정하기 어려운 점, ④ 이 사건 백신은 국내에서는 2021. 2. 26.경부터 접종이 시작되어, 실제로 사용된 것은 불과 2년도 되지 않은 상태로, 이 사건 백신 접종 후 어떠한 피해가 발생할 가능성이 있는지, 구체적인 피해발생 확률은 어떠한지 등은 현재까지도 명확히 밝혀지지 않은 점, ⑤ 이에 피고 역시 이러한 전제에서, 새로운 백신으로 인한 예기치 못한 이상반응 등을 인지·조사하거나 알려지지 않은 이상반응에 대한 정보를 제공받기 위한 목적으로 「코로나바이러스감염증-19 예방접종 후 이상반응 관리지침」을 마련하여 코로나19 백신 접종자들을 대상으로 예방접종 후 이상반응을 모니터링하고 있기도 한 점 등에 비추어 이 사건 백신 접종 후 비로소 이상 증상이 발현되었다면, 다른 원인에 의하여 이것이 발현되었다는 점에 대한 상당한 정도의 증거가 없는 한 만연히 해당 증상 및 질병과 이 사건 백신 사이에 역학적 연관성이 없다고 쉽게 단정할 수 없으므로, 이 사건 증상 및 질병과 이 사건 예방접종 사이에는 인과관계가 있다고 봄이 타당하다 하여 원고의 청구를 인용하였다.

다. 판결의 의의

감염병의 예방 및 관리에 관한법률 제71조에 따른 보상의무는 예방접종으로 인하여 질병에 걸리거나 장애인이 되거나 사망하였을 때를 요건으로 한다. 원고는 코로나19 백신을 투여받은 후 발열, 양다리저림 및 부어오름, 감각이상, 어지럼증이 발생하였고, 검사 결과 뇌출혈, 대뇌해면기형, 단발 신경병증 진단을 받았는데, 처분청은 대뇌해면기형은 기왕증으로, 뇌출혈은 기왕증인 대뇌해면기형의 결과로, 단발 신경병증은 시간적 관련성 부존재로 판단한 것으로 추정된다. 대상 판결은 단발 신경병증 증상이 발생한 것은 이 사건 백신 투여 후 1~2일 이내이므로 시간적 관련성이 있다고 판단하였고, 더 나아가 대뇌해면기형이 발생한 시기를 특정할 수 없는 이상 이 사건 백신 투여 후 발생하였을 가능성을 배제할 수 없다 하여 인과관계를 폭넓게 인정한 데 의미가 있다.

6. 의료인의 면허범위 관련 사례

가. 한의사의 초음파 의료기기 사용 가능성

- 대법원 2022. 12. 22. 선고 2016도21314 판결

(1) 사실관계

한의사는 환자를 치료하면서 초음파 진단기기를 사용하여 환자의 신체 내부를 촬영하고, 촬영 과정에서 화면에 나타나는 모습을 보고 환자의 질병을 진단하였다. 이에 대해서 검찰은 한의사가 초음파 진단기기를 통해서 진료를 하는 것은 의료법이 금지하는 ‘의료인이 면허된 것 이외의 의료행위를 하는 것’으로 보아 해당 한의사를 의료법 위반으로 기소하였다.

(2) 원심 법원의 판단

이에 대해서 원심은 한의사가 현대적인 의료기기를 사용하는 것은 한의사에게 면허된 것 이외의 의료행위를 한 것으로 보아, 한의사의 초음파기기를 이용한 진료행위를 의료법 위반으로 유죄로 판단한 1심의 판단을 그대로 유지하였다. 원심은 ① 초음파 검사는 영상을 판독하는 과정이 필수적인데 이를 위해서는 서양의학적인 전문지식이 필요하고, ② 의료행위에서 진단의 중요성에 비추어 볼 때, 피고인이 진단에 관해 서양의학의 전형적인 방법인 초음파 검사를 시행한 이상 치료방법으로 침이나 한약 등을 사용하였다는 사정만으로 초음파 진단기기를 사용하는 의료행위가 한의학의 이론이나 원리의 응용 또는 적용을 위한 것이라 보기 어렵다고 보았다, 그리고 ③ 초음파 진단기기 사용 자체로 인한 위험성은 크지 않으나, 진단은 중요한 의료행위여서 검사 내지 진단을 하는 과정에서 환자의 상태를 정확히 판독하지 못하면 사람의 생명이나 신체상의 위험을 발생시킬 우려가 있고, 이는 초음파 진단기기를 사용하는 경우에도 마찬가지라고 보았다.

(3) 대상 판결의 판단

하지만 대법원은 원심의 판단과는 달리 한의사의 초음파 기기를 사용한 진료행위가 의료법 위반에 해당한다고 볼 수 없다는 취지로 원심을 파기했다.

즉 한의사의 ‘면허된 것 이외의 의료행위’에 해당하는지 여부는 관련 법령에 한의사의 해당 의료기기 사용을 금지하는 규정이 있는지, 해당 진단용 의료기기의 특성과 그 사용에 필요한 기본적·전문적 지식과 기술 수준에 비추어 한의사가 진단의 보조수단으로 사용하게 되면 의료행위에 통상적으로 수반되는 수준을 넘어서는 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는지, 전체 의료행위의 경위·목적·태양에 비추어 한의사가 그 진단용 의료기기를 사용하는 것이 한의학적 의료행위의 원리에 입각하여 이를 적용 내지 응용하는 행위와 무관한 것임이 명백한지 등을 종합적으로 고려하여 사회통념에 따라 합리적으로 판단하여야 한다고 보았다. 즉 진단용 의료기기가 한의학적 의료행위 원리와 관련 없음이 명백한 경우가 아닌 한 형사 처벌 대상에서 제외된다고 본 것이다.

그런데 본건의 경우 초음파진단기기는 관련 법령에서 한의사의 사용을 금지하는 취지의 규정이 존재하지 않고, 초음파 투입에 따라 인체 내에서 어떠한 생화학적 반응이나 조직의 특성 변화가 일어나지 않으며, 의료기기의 등급으로 보더라도 초음파 기기는 인체에 대한 잠재적인 위험성이 낮은 의료기기의 등급인 2등급의 의료기기로 지정되어 있다고 보았다. 그리고 국내의 한의과대학과 한의학 전문대학원은 모두 진단학과 영상의학을 전공필수 과목으로 포함하고 있으며 국가시험에도 영상의학 관련 문제가 출제되고 있음에 주목하였다. 그리고 한의학의 전문적인 진찰법에는 망진(望診), 문진(聞診), 문진(問診), 절진(切診)의 방법이 있는데, 한의사가 환자의 복부에 초음파 진단기기를 사용하는 것은 과거 전통적인 한의학적 진찰법으로 사용하던 절진(切診, 한의사가 손을 이용하여 환자의 신체 표면을 만져보거나 더듬어보고 눌러봄으로써 필요한 자료를 얻어내는 진찰법)의 일종인 복진(腹診)을 기본적으로 시행하면서, 그 변증유형 판정의 정확성과 안전성을 높이기 위해 초음파 진단기기를 복진과 같은 방법으로 부가하여 사용하는 것이라고 보았다.

이에 한의사의 초음파 진단기기 사용은 한의사의 면허 범위를 넘어서는 의료행위가 아니라고 보되, 이 판결은 한의사로 하여금 침습 정도를 불문하고 모든 현대적 의료기기 사용을 허용하는 취지는 아니라고 보았다.

(4) 판결의 의의

의료법은 의사, 한의사, 치과의사 등이 각자 면허를 받아서 면허된 것 이외의 의료행위를 할 수 없도록 규정하고 있다. 그러나 의료법은 의사, 한의사, 치과의사의 면허를 받은 범위의 내용을 구체적으로 정의하지 않고 있어 직역별로 갈등을 초래하고 있다.

하지만 헌법재판소는 해당 조항이 헌법에서 요구하는 명확성의 원칙에 배치되지 않는다고 보고 있고,¹⁹⁾ 의사와 한의사의 업무 범위에 대해서 다툼이 생길 때마다 종전의 대법원은 의사나 한의사의 구체적인 의료행위가 ‘면허된 것 이외의 의료행위’에 해당하는지에 대해 이원적 의료체계의 입법 목적, 해당 의료행위에 관련된 법령의 규정 및 취지, 해당 의료행위의 기초가 되는 학문적 원리, 해당 의료행위의 경위·목적·태양, 의과대학 및 한의과대학의 교육과정이나 국가시험 등을 통해 해당 의료행위의 전문성을 확보할 수 있는지 여부 등을 종합적으로 고려하여 구체적 사례에 따라 사회통념에 비추어 합리적으로 판단하여 왔다.

이번 대법원의 판결은 종전의 판단기준을 그대로 채용하지 않고, 의사와 한의사의 면허범위에 대한 새로운 판단 기준을 제시하였다. 즉 진단용 의료기기가 한 의학적 의료행위 원리와 관련없음이 명백한 경우가 아닌 한 형사 처벌 대상에서 제외된다고 본 것이다.

즉 의사와 한의사의 행위가 의료법에 저촉되는지를 판단함에 있어 해당 판단이 국민의 건강을 보호하고 증진하는 데 기여해야 한다는 전제에서 의료소비자의 선택가능성을 합리적인 범위에서 열어두는 방향으로 관련 법령을 해석

19) 헌법재판소 2013. 2. 28. 선고 2011헌바398결정.

한 점에서 의의를 찾을 수 있다.

다만 초음파기기를 사용하는 것은 환자의 질병을 진단하고 이에 대한 치료 계획을 수립하기 위해서이다. 이번 대법원의 결정은 한의사가 초음파기기를 사용하는 것이 의료법의 ‘무면허의료행위’에 해당하지 않음을 확인한 것이지, 해당 기기를 사용하여 촬영된 영상을 해석하여 진단하고 이에 대한 치료계획을 수립하는 것에 아무런 문제가 없다고 결론을 내린 것은 아니다. 따라서 초음파진단기기를 통한 진단이 오진으로 판명되는 경우 이에 대한 민사상의 손해 배상책임과 형사상의 업무상과실치사상죄의 책임은 여전히 남을 수 있을 것으로 보인다. 그리고 한의사의 초음파기기 사용 아닌 다른 영상장치(CT, MRI)의 사용이 의료법상의 무면허의료행위를 구성하는지에 대해서는 앞으로도 계속해서 논란이 남을 것으로 보인다²⁰⁾.

나. 간호사가 검안서를 작성한 사례

– 대법원 2022. 12. 29. 선고 2017도10007 판결

(1) 사실관계

간호사인 피고인들이 의사인 피고인 A가 입회하지 아니한 채 ‘환자의 사망의 징후를 확인하여 의사 A에게 보고하였고, 의사 A가 간호사들의 전화보고를 바탕으로 환자의 유족들에게 사망진단서 등을 작성·발급한 행위와 관련하여 의사A와 간호사들 모두가 의료법상의 무면허의료행위(의료인이 면허된 범위 외의 의료행위를 하는 것)로 공소 제기된 사건이다.

(2) 법원의 판단

이에 대해서 원심 법원은 간호사가 환자의 사망시 검안서를 작성하는 행위가 무면허의료행위에 해당한다고 보았다. 이에 대해서 대법원 역시 간호사의

20) 전병주, “한의사의 초음파 진단기기 사용과 의료법 위반에 관한 판례 고찰”, 인문사회과학연구(제31권 1호), 2023, 402면.

독자적인 검안서 작성행위는 무면허의료행위에 해당한다고 보았다.

그 이유는 다음과 같다. 환자가 사망한 경우 사망 진단 전에 이루어지는 사망 징후 관찰은 구 의료법 제2조 제2항 제5호에서 간호사의 임무로 정한 ‘상병자 등의 요양을 위한 간호 또는 진료 보조’에 해당한다고 할 수 있다. 그러나 사망의 진단은 의사 등이 환자의 사망 당시 또는 사후에라도 현장에 입회해서 직접 환자를 대면하여 수행하여야 하는 의료행위이고, 간호사는 의사 등의 개별적 지도·감독이 있더라도 사망의 진단을 할 수 없다. 게다가 사망의 진단은 사망 사실과 그 원인 등을 의학적·법률적으로 판정하는 의료행위로서 구 의료법 제17조 제1항이 사망의 진단 결과에 관한 판단을 표시하는 사망진단서의 작성·교부 주체를 의사 등으로 한정하고 있다. 사망 여부와 사망 원인 등을 확인·판정하는 사망의 진단은 사람의 생명 자체와 연결된 중요한 의학적 행위이며, 그 수행에 의학적 전문지식이 필요하기 때문이다.

이에 의사 A가 간호사인 피고인들로부터 전화를 받았다고 하더라도, 간호사인 피고인들이 의사 A가 입회하지 아니한 채 ‘환자의 사망의 징후를 확인하고, 이를 바탕으로 환자의 유족들에게 사망진단서 등을 작성·발급한 행위’는 사망을 진단하는 행위, 즉 사체검안을 구성하는 일련의 행위에 해당하므로 이를 포괄하여 무면허 의료행위에 해당한다고 봄이 타당하다고 보았다.

이에 의사가 간호사들에게 무면허의료행위를 교사하였다고 보고 의사 A에게 벌금 100만원의 선고유예를 선고, 의료법 위반 혐의로 함께 기소된 간호사 5명에게도 벌금 30만 원을 선고한 원심을 확정했다.

(3) 판결의 의의

일반적으로 법원은 의사·치과의사 또는 한의사(이하 ‘의사 등’이라 한다)가 간호사로 하여금 의료행위에 관여하게 하는 경우 해당 행위가 무면허의료행위에 해당하는지에 대해서는 아래와 같은 판단기준을 가지고 있다. 일단 의료행위는 의사 등의 책임 아래 이루어지는 것이고 간호사는 그 보조자임이 명확하다. 간호사가 의사 등의 진료를 보조하는 경우 경우에 따라서는 의사 등이 진료

의 보조행위 현장에 입회할 필요 없이 일반적인 지도·감독을 하는 것으로 충분한 경우도 있을 수 있기는 하다. 하지만 이 경우 역시 어디까지나 의사 등이 그의 주도로 의료행위를 실시하는 것을 의미한다. 이와 달리 의사 등이 간호사에게 의료행위의 실시를 개별적으로 지시하거나 위임한 적이 없음에도 간호사가 그의 주도 아래 전반적인 의료행위의 실시 여부를 결정하고 간호사에 의한 의료행위의 실시과정에도 의사 등이 지시·관여하지 아니한 경우라면, 이는 구 의료법 제27조 제1항이 금지하는 무면허 의료행위에 해당한다(대법원 2012. 5. 10. 선고 2010도5964 판결 등 참조)고 보았다.

본건의 경우 의료보조자에 대한 법원의 중전의 판단기준을 동일하게 사용하여 간호사의 무면허의료행위 여부를 판단하였다. 즉 의사가 간호사로부터 전화로 보고를 받았더라도 사망한 환자를 직접 확인하지 않고 간호사가 사망검안을 하도록 하고, 이를 바탕으로 사망진단서를 발행하였다면 이는 간호사의 면허범위를 넘는 무면허의료행위에 해당한다고 본 것이다.

다. 한의사의약품 처방 및 조제 범위 사례

- 대법원 2022. 3. 31. 선고 2017다250264 판결

(1) 사실관계

의약품인 ‘신바로캡슐’의 제조사인 주식회사 녹십자와 의약품인 ‘아피톡신주’의 제조사인 주식회사 비씨월드제약은 위 각 약품에 관한 품목허가를 신청하면서 생약제제에 해당함을 전제로 식약처장에게 그에 해당하는 자료를 제출하였고, 식약처장은 해당 자료를 기초로 서양의학적 입장에서 안전성 및 유효성을 심사하여 품목허가를 하였다.

그런데 한의사가 한의사가 주식회사 녹십자가 제조한 의약품인 ‘신바로캡슐’, 주식회사 비씨월드제약이 제조한 ‘아피톡신주’를 이용한 약침술을 시행하였고, 한의사가 건강보험심사평가원에 해당 환자에 대한 자동차 보험 진료수가 심사를 청구하였고, 건강보험심사평가원이 한의사가 청구한 진료비 전액을 자동차보험진료수가로 인정하자, 자동차보험회사가 한의사에게 보험금을

지급하였다. 이후 자동차보험회사가 건강보험심사평가원의 심사결정에 대하여 이의를 제기하였고, 건강보험심사평가원에 이에 대해서 다시 판단한 결과, 한의사가 처방할 수 없는 전문의약품을 이용한 진료행위는 자동차보험진료수가로 인정할 수 없다고 보아 종전의 지급결정액을 삭감 및 환수하는 결정을 하였다. 이에 대해서 한의사가 자동차보험회사에 채무부존재확인의를 소를 구한 사건이다.

(2) 법원의 판단

이에 대해서 대법원은 이 사건 약품에 대해서 서양의학적 입장에서 안전성·유효성 심사가 이루어져 품목허가가 이루어졌다면 한의사는 이 사건 약품을 처방, 조제할 수 없다고 판단했다. 즉 의료법이나 약사법의 이원적 의료체계에 관한 규정 취지 및 의약품에 대한 안전성·유효성 심사인 품목허가의 의미 등을 고려하면, 한의사는 의약품이 한의학적 입장에서의 안전성·유효성 심사기준에 따라 품목허가를 받은 경우에만 그 의약품을 처방·조제할 수 있고, 서양의학적 입장에서의 안전성·유효성 심사기준에 따라 품목허가를 받은 경우에는 이를 처방·조제할 수 없다고 보아야 한다.

(3) 판결의 의의

의약품이 서양의학적 입장에서의 안전성·유효성 심사기준에 따라 품목허가를 받은 경우, 한의사가 이를 처방·조제할 수 있는지가 문제된 사건으로 이에 대해서 법원은 의약품의 안전성 및 유효성 심사인 품목허가의 의미를 고려할 때, 한의학적 입장에서 품목허가를 받지 않은 의약품은 한의사가 처방 및 조제할 수 없음을 확인하였다.

라. 의사가 아닌 자의 문신시술을 금지하는 의료법 규정의 위헌 여부
- 헌법재판소 2022. 4. 1.자 2021헌마1213,1385(병합)

헌법재판소는 의료인이 아닌 자의 문신시술업을 금지하고 처벌하는 의료법 제27조 제1항 본문 전단과 ‘보건범죄 단속에 관한 특별조치법’ 제5조 제1호 중 의료법 제27조 제1항 본문 전단에 관한 부분이 의료인이 아닌 자의 직업선택의 자유를 침해하지 않는다고 보았다.

헌법재판소의 다수의견은 의료인이 아닌 사람도 문신시술을 업으로 행할 수 있도록 그 자격 및 요건을 법률로 제정하도록 하는 내용의 명시적인 입법위임은 헌법에 존재하지 않으며, 문신시술을 위한 별도의 자격제도를 마련할지 여부는 여러 가지 사회적·경제적 사정을 참작하여 입법부가 결정할 사항으로, 그에 관한 입법의무가 헌법해석상 도출된다고 보기는 어렵기 때문에 입법부작위에 대한 심판청구는 입법자의 입법의무를 인정할 수 없다고 보았다.

그리고 ‘의료행위’는, 의학적 전문지식을 기초로 하는 경험과 기능으로 진찰, 검안, 처방, 투약 또는 외과적 시술을 시행하여 하는 질병의 예방 또는 치료 행위 이외에도 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위로 분명하게 해석된다고 보아 의료행위의 개념에 대한 전통적인 견해를 유지했다.

구체적인 판단에 있어서 문신시술은, 바늘을 이용하여 피부의 완전성을 침해하는 방식으로 색소를 주입하는 것으로, 감염과 염료 주입으로 인한 부작용 등 위험을 수반하는데, 이러한 시술 방식으로 인한 잠재적 위험성은 피시술자 뿐 아니라 공중위생에 영향을 미칠 우려가 있고, 문신시술을 이용한 반영구화장의 경우라고 하여 반드시 감소된다고 볼 수도 없다고 보았다.

문신시술 자격제도와 같은 대안은 문신시술인의 자격, 문신시술 환경 및 절차 등에 관한 규제와 관리를 내용으로 하는 완전히 새로운 제도의 형성과 운영을 전제로 하므로 상당한 사회적·경제적 비용을 발생시키므로 문신시술 자격제도와 같은 대안의 도입 여부는 입법재량의 영역에 해당하고, 입법부가 위와 같은 대안을 선택하지 않고 국민건강과 보건위생을 위하여 의료인만이 문신시

술을 하도록 허용하였다고 하여 헌법에 위반된다고 볼 수 없다고 보았다.

본건에서 헌법재판소의 반대의견은 아래와 같다. 반대의견은 문신시술은, 치료목적 행위가 아닌 점에서 여타의 무면허의료행위와 구분되고, 최근 문신시술에 대한 사회적 인식의 변화로 그 수요가 증가하여, 선례와 달리 새로운 관점에서 판단할 필요가 있다고 보았다.

미국·프랑스·영국 등의 입법례와 같이, 문신시술자에 대하여 의료인 자격까지 요구하지 않고도, 안전한 문신시술에 필요한 범위로 한정된 시술자의 자격, 위생적인 문신시술 환경, 도구의 위생관리, 문신시술 절차 및 방법 등에 관한 규제와 염료 규제를 통하여도 안전한 문신시술을 보장할 수 있는데, 이는 문신시술을 업으로 영위하기 위하여 의사면허를 갖출 것을 요청하는 방법에 비하여 덜 침해적인 수단인면서, 국민의 신체나 공중위생에 대한 위해 방지라는 입법목적을 달성할 수 있는 실효성 있는 대안이라고 보았다.

문신시술을 수행하기 위해서는 안전한 시술을 위한 기술은 물론, 창의적이거나 아름다운 표현력도 필요한데, 오로지 안전성만을 강조하여 의료인에게만 문신시술을 허용한다면, 증가하는 문신시술 수요를 제대로 충족하지 못하여 오히려 불법적이고 위험한 시술을 조장할 우려가 있다고 보았다. 따라서 외국의 입법례와 같이 예술적 감각이 풍부한 비의료인도 위생적이고 안전한 방식으로 문신시술을 할 수 있도록 허용할 필요가 있다고 보았다.

그럼에도 의사자격을 취득하여야 문신시술업에 종사할 수 있도록 하는 것은 사실상 비의료인의 문신시술업을 금지하는 것으로, 청구인들의 직업선택의 자유를 침해한다. 따라서 심판대상조항 중 각 ‘의료행위’ 가운데 문신시술에 관한 부분은 헌법에 위반된다고 본 바 있다.

일본의 법원의 태도 역시 헌법재판소의 소수의견과 유사하다. 2020. 9. 16. 일본 최고재판소는 平成30年(あ)第1790号 의사법 위반 피고 사건에서 어떠한 행위가 의료행위에 해당하는가 아닌가에 관하여는, 당해 행위의 방법이나 작용뿐만 아니라, 그 목적, 행위자와 상대방과의 관계, 당해 행위가 행해질 때의 구체적인 상황, 실정이나 사회에서 어떻게 받아들여지고 있는지 등도

고려하여 사회통념에 비추어 판단하는 것이 상당하다고 보았다.

그렇다면 타투이스트인 피고인이 상대방의 의외에 기초하여 행한 타투 시술행위는 장식적 내지 상징적인 요소나 미술적인 의의가 있는 사회적 풍습으로 받아들여진 것으로서, 의료 및 보건지도에 속하는 행위라고는 생각되어 오지 않았던 것이라고 보았다. 또한, 타투 시술행위는 의학과는 이질적인 미술 등에 관계된 지식 및 기능을 요하는 행위로, 의사면허취득과정 등에서 이러한 지식 및 기능을 습득하는 것은 예정되어 있지 않으며, 역사적으로도 오랫동안 의사면허를 가지지 않은 타투이스트가 행해온 실정이 있어, 의사가 독점하여 행하는 것은 상정하기 어렵다고 보았다. 이러한 상황에서 피고인의 행위는 사회통념에 비추어 의료 및 보건지도에 속하는 행위라고는 인정하기 어렵고, 의료행위에 해당하지 않는다고 보아야 한다고 본 바 있다.

이번 2022년 헌법재판소의 결론이 종전 2016년 결정²¹⁾과 동일하게 의사가 아닌 자의 문신시술을 금지하는 의료법 규정이 합헌이라는 결론이 유지되기는 하였으나 합헌 의견이 5인, 위헌 의견이 4인으로, 합헌 의견 7인, 위헌 의견 2인이 나왔던 2016년의 선례보다 그 위헌성을 주장하는 의견이 증가했다는 점을 주목할 필요가 있다. 이는 문신에 대한 사회적인 통념이 시간에 따라서 변화하고 있음을 시사하는 변화로 볼 수 있을 것이다. 즉 해당 법률조항에 대한 사회적인 합의가 변화하는 경우에는 헌법재판소가 해당 법률조항이 의사가 아닌 자의 직업선택의 자유, 행복추구권을 침해한다는 이유로 이를 위헌으로 결정할 가능성이 있다.

‘문신 시술’은 살갓에 비늘을 찢러, 먹물이나 다른 물감으로 글씨, 무늬, 그림 따위를 새기는 일을 의미한다. 그리고 의료법은 ‘의료행위’는 의사가 아닌 자가 수행할 수 없도록 규정하고 이를 위반하는 경우 처벌하며 보건범죄단속에 관한 특별조치법은 의사가 아닌 사람이 의료행위를 업으로 하는 경우에는 이를 가중처벌하고 있다. 그런데 의료법은 ‘의료행위’가 무엇인지에 대해서는 명

21) 헌법재판소 2016. 10. 27. 선고 2016헌바322 결정 의료법 제27조 제1항 등 위헌소원.

확하게 정의하고 있지 않으며 다만 대법원은 ‘의료행위는 반드시 질병의 치료와 예방에 관한 행위에만 한정되지 않고, 그와 관계없는 것이라도 의학상의 기능과 지식을 가진 의료인이 하지 아니하면 보건위생상 위해를 가져올 우려가 있는 일체의 행위가 포함된다’로 판단하고 있다(대법원978. 5. 9. 선고 77도 2191판결, 1999. 3. 26. 선고 98도2481판결). 그리고 문신의 시술의 특성상 인체에 침습이 가해지므로 이를 ‘의료행위’로 해석한 결과, ‘의사가 아니면 문신 시술을 하여서는 안 된다’는 현실의 상태와는 다소 괴리된 결론이 도출되게 된 것이다.

생각건대, 문신시술은 전세계의 각 국가에서 전통적으로 이어오던 사회문화적 풍습의 일환으로, 의료행위라기보다는 미술적, 종교적인 요소가 더욱 강한 사회적 풍습이라고 볼 수 있다. 문신 시술에 대해서는 인체에 대한 전문적인 식견보다는 도안에 대한 예술적인 시각과 도안에 대한 표현력이 더욱 중요하기 때문이다. 국민 대다수가 병원에 방문하여 문신시술을 받기보다는 문신업소에 방문하는 실태 역시 이와 같은 점을 반영한다. 이와 같은 시술에 의료행위 여부에 대한 일률적인 기준을 적용하기보다는, 해당 시술의 역사적 의의를 고려하여 의사가 아닌 자에 대해서도 문신 시술을 허용하는 취지로 법률을 개정하고, 다만 비의료인의 문신 시술의 안전성을 확보하기 위한 안전장치와 이에 대한 규제를 마련하는 것이 보다 합리적인 것으로 보인다²²⁾.

III. 마치며

2022년에는 한의사의 의료기기 사용 가능성을 다소 넓힐 수도 있는 취지의 판결, 그 동안 다소 엇갈린 판단이 이루어졌던 국민건강보험법상 요양기관 업무정지처분의 성격을 규정하는 판결, 보험회사들이 대량으로 제기했던 채권

22) 박정일, “문신시술에 대한 사회통념의 변화와 이후의 과제”, 법률실무연구(제10권 3호), 2022. 13면.

자 대위소송에서 보전의 필요성 요건이 반드시 필요한지에 대한 판결 등 의미 있는 판단들이 다수 선고되었다. 그러나 생명과 신체를 다루는 의료행위의 특수성에 따라 진료거부 금지의무를 둠으로써 계약해지의 자유가 일정 부분 제한된 ‘사인간 계약관계’에 기존 주류 판결들과는 달리 ‘공공복리’를 이유로 법원이 개입하여 병원의 퇴거청구를 인용함으로써 진료거부 금지의무를 형해화 시킨 결과를 초래한 서울고등법원의 판결이 대법원에서 심리불속행 기각으로 확정되었는바, 의료계약의 해지 관련 매우 중요한 쟁점임에도 불구하고 법이론적 검토와 깊은 성찰과 고민 없이 심리불속행 기각된 것은 매우 아쉬운 일로, 향후 많은 연구가 필요하다 할 것이다.

의료 과실과 관련한 판결들의 경우 기존 법리를 토대로 이루어진 것들이 대다수여서 특별히 새로운 의미를 가지는 판결은 거의 없었으나 설명의무에 관한 세부적인 판단들이 눈길을 끌었다.

해마다 반복되는 이야기지만 2022년에도 역시 판결문 수집이 가장 어려웠다. 특히 수기로, 오로지 판결번호만을 기재한 후 이를 통해 또 다시 판결문의 제공신청을 해야 하는 번거로운 절차도 전혀 나아지지 않았다. 개인정보의 보호가 필수적이라는 것은 누구나 공감하는 바이나 법원의 판결은 공개된 것이니, 모든 국민들이 보다 쉽게 판결문을 검색하고 수집할 수 있도록 법원도 고민을 해야 할 것이다.

[참고 문헌]

- 박정일, “문신기술에 대한 사회통념의 변화와 이후의 과제”, 『법률실무연구』 제 10권 3호, 사단법인 한국법이론실무학회, 2022.
- 박태신, ‘채권자대위권에 관한 이해의 변화 모색 - 보전의 필요성 및 채무자의 무자력과 관련하여 -’, 『저스티스』 통권 제186호, 한국법학원, 2021. 10.
- 이동필 외 5, “2018년 주요 의료판결 분석”, 『의료법학』 제20권 1호, 대한의료법학회, 2019.
- 이재경, “보건의료관련 법률의 진료거부금지에 관한 규정이 의료계약에서 계약의 자유를 제한하는지에 관하여”, 『의료법학』 제22권 2호, 대한의료법학회, 2021.
- 전병주, “한의사의 초음파 진단기기 사용과 의료법 위반에 관한 판례 고찰”, 『인문사회과학연구』 제31권 1호, 2023.
- 정혜승 외 3, “2014년 주요 의료판결 분석”, 『의료법학』 제16권 1호, 2015.

[국문초록]

2022년 주요 의료판결 분석

이정민(법무법인 히포크라테스, 고려대학교 박사수료), 유현정(나음 법률사무소, 고려대학교 박사수료), 박태신(전북대학교 법학전문대학원 교수), 정혜승(법무법인 반우, 한양대학교 석사수료), 조우선(법무법인 윈스, 고려대학교 석사수료), 박노민(신&유 법률사무소, 서울대학교 석사수료)

2002년 의료 관련 선고된 판결들 중에는, 환자의 자기결정권 행사를 보장하기 위하여 구체적인 상황에서 환자에게 의료행위의 위험성과 부작용 등에 관하여 충분히 숙고한 후 결정할 수 있는 시간적 여유가 주어져야 한다는 점을 명시하면서 설명의무의 이행 시기와 관련된 의미 있는 판결이 있었다.

또한 보험회사가 실손보험상품 가입자들을 대위하여 의료기관에 대해 부당이득반환을 청구한 사례에서 채권자대위권의 보전의 필요성 관련 적극적 요건과 소극적 요건을 분설하여 명확한 기준을 제시한 판결이 있었다.

의료행정 영역에서는, 국민건강보험법에 따른 요양기관 업무정지처분의 성격을 대물적처분으로 명확히 한 판결, 코로나 백신투여 부작용에 대한 보상 인정 사례에서 인과관계를 폭 넓게 인정한 판결 및 한의사의 초음파 의료기기 사용 등 의료인의 면허범위 관련 판결이 있었다.

환자에 대한 의료기관의 퇴거 청구 사례에서 의료법 제15조 제1항과 관련하여 입원진료계약의 해지에 관한 정당한 사유에 대한 판결을 검토하였다.

주제어: 설명의무의 이행시기, 채권자대위권, 요양기관 업무정지처분의 법적 성격, 의료인의 면허범위, 의료기관의 퇴거 청구

Review of 2022 Major Medical Decisions

Lee Jeongmin¹, Yoo Hyunjung², Park Taeshin³,

Jeong Heyseung⁴, Cho Woosun⁵, Park Nohmin⁶

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

⁴*Lawfirm Banwoo*, ⁵*Wins&co*, ⁶*Shin&Yoo Legal Advisory*

=ABSTRACT=

Among the healthcare-related judgments handed down in 2002, there was a significant ruling on the timing of the duty of explanation, stating that, in order to ensure the exercise of the patient's right to self-determination, the patient must be given time to consider and decide on the risks and side effects of a medical procedure in specific circumstances.

In addition, in a case where an insurance company claimed unjust enrichment against a medical institution on behalf of its insureds, the court provided a clear standard by distinguishing between active and passive requirements regarding the need to preserve the right of subrogation of creditors.

In the area of medical administration, there was a ruling that clarified that a medical institution's business suspension under the National Health Insurance Act is directed against the medical institution, a ruling that broadly recognized causation in a case of compensation for side effects of corona vaccination, and a ruling on the scope of a medical practitioner's license, such as the use of ultrasound devices by an oriental medicine practitioner.

In a case involving a patient's claim for eviction from a medical institution, the court reviewed a ruling on just cause for termination of a hospitalization contract in relation to Article 15(1) of the Medical law.

Keyword : Timing of the duty of explanation, Creditor Subrogation, Suspension of a health care institution, Scope of a medical practitioner's license, Claim for eviction of a medical institution