

연 구 보 고 서

2 0 2 1 - 0 3

2019년 ~ 2020년
보건의료분야 주요 판례 분석

2021. 05.

연구자 : 임지연(의료정책연구소 연구원)
이 열(의료정책연구소 전문연구원)
김형선(의료정책연구소 부연구위원)
김계현(의료정책연구소 연구위원)

요 약 문

본 연구의 목적은 주요 헌법재판소 결정 및 판결의 법률적 판단과 법적용의 동향을 살펴 불합리한 보건의료제도 관련 법령 운영의 현실과 그에 따른 문제점을 검토하여 개선방안을 제안하고, 의료인이 동일하거나 비슷한 소송 사건에 대비할 수 있는 근거 자료를 마련하는 것이다.

본 연구는 2019년 1월 1일부터 2020년 12월 31일 사이에 선고된 헌법재판소, 대법원 및 하급심 판결 중 의료분야와 관련 있고, 의미가 있다고 판단된 판결들을 정리·분석한 것이다. 헌법재판소 결정, 대법원 판결, 하급심 판결 순서로 구성하고, 각 기관의 판결들은 선고일자 순으로 검토하였다.

2019년~2020년 사이 선고된 헌법재판소 결정 중 법규정의 위헌성을 다룬 헌법재판소 결정 중 합헌으로 판단된 규정에는 의료법 중복 개설·운영 금지 규정[헌재3], 비급여 의약품과 의료기기에 대한 리베이트 수수 금지 처벌 규정[헌재4], 응급의료종사자의 업무 방해 금지 규정[헌재6], 만성신부전증환자에 대한 외래 혈액투석을 정액수가로 규정한 의료급여수가의 기준 및 일반기준 규정[헌재7]이 있었다. 헌법불합치 결정으로는 임신한 여성의 자기낙태 처벌과, 의사가 임신한 여성의 촉탁 또는 승낙을 받아 낙태하게 한 경우의 의사처벌 규정에 대하여 2020. 12. 31일을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 잠정적 적용을 명하는 결정이 있었다[헌재1].

본 연구에서는 법규정의 위헌성을 다룬 헌법재판소의 결정을 검토하고 개선 방안을 제안하였다. 의료법 중복 개설·운영 금지 규정(의료법 제33조 제8항)에 대한 현재의 합헌 결정 검토를 통해 동 조항에 명시된 ‘운영’의 개념이 명확하지 않아 수범자의 혼란이 가중된 문제점을 지적하며 운영의 개념을 하위법령에서 규정할 필요성을 제안하였다[헌재3]. 응급의료에 관한 법률 제12조 중 응급의료종사자의 업무 방해 금지를 ‘그 밖의 방법’으로 규정한 것이 죄형법정주의의 명확성 원칙에 위배되지 않는다는 현재 결정을 통해 응급환자에 대한 진료를 방해하는 행위는 급박한 상태에 있는 응급환자의

생명 내지 심신의 위험에 직·간접적으로 영향을 미칠 가능성이 높으므로, 입법 목적을 달성하기 위해서는 폭행·협박·위계·위력뿐만 아니라 그와 같은 행위 유형으로 포섭되지 않는 ‘그 밖의 방법’에 의한 방해 행위까지 규율해야 할 필요성이 있음을 제안하였다[헌재6].

만성신부전증환자에 대한 외래 혈액투석을 정액수가로 규정한 의료급여수가의 기준 및 일반기준 제7조가 합헌이라는 헌재 결정을 검토하여 현행 만성신부전증환자에 대한 외래 혈액투석 정액수가제를 폐지하고 국민건강보험이나 다른 의료급여대상의 경우와 같이 점수제로 전환하여 매년마다 달라지는 경제상황에 맞추어 수가를 조정할 필요성이 있음을 제안하였다[헌재7]. 자기낙태 처벌 규정(형법 제269조 제1항)과 의사가 촉탁 또는 승낙을 받아 낙태하게 한 경우를 처벌하는 규정(형법 제270조 제1항)에 대한 헌법불합치 결정을 검토하여 낙태와 관련한 입법 마련 시 의료인의 양심에 따른 낙태시술거부 근거 조항, 진료거부권의 대상, 진료거부범위, 진료거부권리 절차 마련의 필요성을 제안하였다[헌재1].

2019년~2020년 사이 대법원에서는 다른 개별 행정법률 위반을 이유로 구 국민건강보험법 제57조 제1항의 부당이득징수의 대상으로 정한 ‘숙임수나 그 밖의 부당한 방법으로 보험급여비용을 받은 경우’에 해당하는 것으로 판단하여 요양급여비용을 환수할 수 없다는 판결이 주를 이었다[대법원5,6,7,8]. 대상판결들은 의료법 등 다른 행정법률과 국민건강보험법은 입법목적과 규율대상이 다르므로 요양급여를 청구할 수 있는지 여부는 국민건강보험법의 취지에 따라 한 번 더 심사할 필요가 있다는 이론에 의한 것으로 타 행정법률 위반이 있더라도 요양급여가 국민건강보험법에 따라 수령이 불가능한 것은 아니라고 판단한 최초의 판결로 의미가 있다.

코로나19 확산으로 인해 보건복지부에서 한시적으로 전화를 통한 비대면 진료를 허용하고, 더불어 환자 및 의료기관 보호를 위한 한시적 비대면 진료를 허용하는 감염병 예방법 제49조의2가 개정된 가운데 대법원에서도 직접대면진료와 관련한 판결이 있었다[대법원15,16,17]. 초진을 대면하지 않고 전화 통화만으로 처방전을 발행한 행위는 의료법 제17조 제1항의 직접 진찰 위반에 해당한다는 판결[대법원16]과, 이전에 직접 대면하여 진료한 적이 있는 환자에게 의사가 병원에 없는 상태에서 처방전을 간호사로

하여금 교부·발행하게 한 행위에 대하여 의료법 제17조 제1항은 스스로 진찰 하지 않고 처방전을 발행하는 행위를 금지하는 규정일 뿐 대면진찰을 하지 않았거나 충분한 진찰을 하지 않은 상태에서 처방전을 발행하는 행위 일반을 금지하는 조항이 아니라는 판결이 있었다[대법원15]. 대법판결은 기존 헌법재판소 결정인 “직접 진찰한”은 “직접 대면한”을 전제로 하고 있는 것과 상충되며 의료법의 대원칙인 직접 대면진료를 선언하고 있는 의료법 제17조의2, 제18조와도 상충되는 판결이라 할 수 있다.

또한, 한의사가 환자를 직접 진료하지 않고 전화로 상담한 후 한약을 제조하여 택배로 배송한 사안에서 한약 처방, 제조 등을 한의원 내에서 하였다 하더라도 주요 부분인 진찰을 전화 통화로 한 이상 의료법 제33조 제1항 위반에 해당한다는 판결이 있었다[대법원17]. 대법판결을 통해 의료법이 의료인에 대하여 의료기관 내에서 의료업을 영위하도록 하는 것은 보건의료정책상 필요하다는 기존의 대법원 입장을 견지하고 있음을 알 수 있다.

2019년~2020년 사이에도 의료 관련 판례들을 통해 그 세부 기준이 정립되어 온 의사의 설명의무나 의료사고에 있어 의사의 주의의무 위반에 대한 판례가 다수 있었다 [대법원10,13,14,18]. 설명의무와 관련하여 환자의 자기결정에 의한 선택이 요구되는 경우는 설명의무 대상이므로 설명의무를 이행하지 않아 자기결정권을 행사할 수 없게 된 부분은 위자료 청구 대상이 된다는 판결과[대법원13], 의료행위에 따르는 후유증이나 부작용 등의 위험 발생 가능성이 희소하더라도 그 부작용이 당해 치료행위에 전형적으로 발생하는 위험이거나 회복할 수 없는 중대한 것인 경우에는 설명의무의 대상이 된다는 판결이 있었다[대법원14].

무면허 의료행위와 관련한 판결도 다수 있었는데[대법원11,12,하급심2], 의사의 지시로 간호조무사가 전염성 연속종을 시술한 행위는 의료법 위반행위에 해당하지 아니하거나 해당하더라도 시술 당시 이 사건 환자의 상태 및 피고인의 진료행위, 간호조무사의 자질과 숙련도 등에 대해 자세히 살펴본 후 사회상규에 위배되지 아니하는 정당행위로서 위법성이 조각된다고 판단하였다[대법원11]. 방사선사의 초음파 관련 의료행위는 의사와 동일한 공간에서 의사와 동시에 촬영영상을 보면서 실시간으로 의사의 진단과 구체적인 지도가 이루어져야 한다고 판단하였다[대법원12]. 수술용 시멘트 신체에

주입행위, 스테인리스관 삽입행위, 어깨관절내시경수술에 있어 천공 및 고정행위 등은 의사만이 할 수 있는 의료행위이며, 수술용 시멘트 배합은 의사의 구체적인 지시·감독이 있는 경우 간호사 및 간호조무사가 할 수 있는 의료행위라고 판단하였다[하급심4].

의료광고와 관련한 판결을 통해 환자유인행위에 해당하는지는 의료법 제27조 제3항에서 나열한 구체적 금지행위에 준하는 것으로 해석되거나, 의료시장 질서를 현저히 해치는지에 따라 달리 판단해야 한다는 기존의 판결을 유지하고 있음을 알 수 있었다. 또한, 현재 결정과 판결을 통해 사례별로 법원의 판단 기준과 논리를 알 수 있었다[헌재5, 대법원4].

그 밖에도 혈액약침은 약침술과 비교하여 시술의 목적, 부위, 방법 등에서 상당한 차이가 있고, 변경의 정도가 경미하지 않아 서로 동일하거나 유사하다고 볼 수 없으므로 비급여 항목으로 혈액약침술이 비용을 지급받으려면 신의료기술 절차를 통해 안전성·유효성에 대한 검증을 받아야 한다는 판결이 있었다[대법원9]. 이외에도 감염병에 대한 국가 손해배상책임이 인정된 사건과 부정된 사건이 있었는데, 세부적으로 인과관계 판단과 관련한 심리 및 논증에 아쉬움이 남는 판결들이었다. 대상판결 검토를 통해 감염병에 대한 국가책임부분 명확화 등 감염병 예방과 관리에 대한 법률상 미비점 보완 필요성을 제안하였다[대법원1,2]. 감염병 관련 의료기관에 처해진 과징금 부과처분 및 손실보상금 지급거부 취소 판례를 검토하여, 감염병 대응을 위한 긴급한 행정권 발동의 경우에도 명확한 법적 근거와 적법한 절차의 필요성을 제안하였다[대법원3].

하급심에서 가장 의미 있는 판결로는 이른바 사무장병원으로 의심되는 요양기관이 청구한 요양급여비용 지급을 보류할 수 있도록 하는 국민건강보험법 제47조의2 제1항 요양급여비용 지급보류처분 규정에 대한 위헌제청결정이었다. 동 조항은 지급보류처분의 효력이 사법부의 확정 판결 전에 이뤄지고 있어 불이익처분 정도가 과한 문제점과 1심에서 무죄를 선고 받더라도 지급보류처분이 사법부의 판결 확정시까지 유지되고 있어 무죄추정의 대원칙에 반하는 등 위헌의 소지가 있는 조항으로 요양급여 지급보류 효력의 발생 시점, 발생 범위, 효력 정지 등의 입법 개선 필요성을 제안하였다. 현재 헌법재판소가 동 조항에 대한 위헌여부를 심리 중으로 헌법재판소의 결정이 기대된다.

본 연구에서는 2019년~2020년 사이 선고된 헌법재판소 결정(7건), 대법원 판결(19건), 하급심 판결(4건)을 검토하였다. 판례들을 통해 법 적용의 동향을 살피고, 각 판결의 쟁점을 검토하여 법리 오류 및 법 해석의 문제점을 지적하고 법률 개정 필요성과 개선방안을 도출하였다.

의료현장에서 유용한 자료로 활용될 수 있도록 의료인과 의료기관 운영에 있어 숙지할 필요가 있는 사안들을 중심으로 정리하였다. 본 연구서가 의료현장에서 유용하게 활용될 수 있기를 기대하며, 불합리한 보건의료제도 관련 법령 개선을 위한 참고자료로 활용되기를 기대한다.

목 차

제1장 서론	1
제1절 연구의 배경 및 목적	3
제2절 연구의 방법과 구성	4
제2장 헌법재판소	5
[헌재 1] 자기낙태 처벌 규정(형법 제269조 제1항)과 의사가 촉탁 또는 승낙을 받아 낙태하게 한 경우를 처벌하는 규정(제270조 제1항)의 위헌성	7
[헌재 2] 비급여 진료비 할인 또는 면제하는 내용의 입간판을 제시한 행위가 의료법 제27조 제3항에 따른 기소유예처분 사유에 해당하는지 여부	14
[헌재 3] 의료법 중복 개설·운영 금지 규정(의료법 제33조 제8항)의 위헌성	19
[헌재 4] 비급여 의약품과 의료기기에 대한 리베이트 수수 금지 처벌조항의 위헌성	31
[헌재 5] 라식 소비자단체 홈페이지에 인증병원 광고를 하고 미리 책정된 금액으로 광고비를 지급한 행위가 환자유인에 해당하는지 여부	38
[헌재 6] 응급의료종사자의 업무 방해 금지를 ‘그 밖의 방법’으로 규정한 것이 죄형법정주의의 명확성 원칙에 위배되는지 여부	44
[헌재 7] 만성신부전증환자에 대한 외래 혈액투석을 정액수가로 규정한 ‘의료급여수가의 기준 및 일반기준’ 제7조 위헌 확인	50
제3장 대법원	57
[대법원 1] 감염병에 대한 국가의 손해배상책임을 부정한 사례	59
[대법원 2] 감염병에 대한 국가의 손해배상책임을 인정한 사례	63

[대법원 3] 감염병 관련 의료기관에 처해진 과징금 부과처분 및 손실보상금 지급거부 취소 사례	68
[대법원 4] 성형소핑몰 운영자에게 진료계약 성립 대가로 수수료를 지급하는 행위가 환자유인행위에 해당하는지 여부	72
[대법원 5] 의료기관 중복 개설·운영 조항 위반을 이유로 요양급여비용 환수 처분 가능 여부	77
[대법원 6] 식품위생법상 집단급식소 미신고 위반을 이유로 요양급여비용 환수 처분 가능 여부	82
[대법원 7] 정신보건법상 정신과의원 시설기준 위반을 이유로 요양급여비용 환수 처분 가능 여부	85
[대법원 8] 특수의료장비 설치인정기준(비전속 영상의학 전문의 인력) 위반을 이유로 요양급여비용 환수처분 가능 여부	88
[대법원 9] 혈액약침이 안전성·유효성에 대한 검증을 위한 신의료기술평가 대상인지 여부	95
[대법원 10] 주취자의 뇌출혈 증세를 발견하지 못한 과실이 인정된 사례	100
[대법원 11] 의사의 지시로 간호조무사가 전염성 연속종을 시술한 행위, 무면허의료행위 해당 여부	104
[대법원 12] 방사선사의 초음파 관련 의료행위 시 요구되는 의사의 구체적인 지휘·감독의 정도	108
[대법원 13] 의사의 설명의무위반 위자료 지급대상 여부	111
[대법원 14] 심장수술 직후 척수병증이 발병되어 사전마비의 후유장애가 발생한 사안에서 위와 같은 후유증이 설명의무 대상인지 여부	116
[대법원 15] 의사가 병원에 없는 상태에서 이전에 직접 대면하여 진료한 환자에게 처방전을 교부·발행하게 한 행위, 직접 진찰 및 무면허의료행위 위반 여부	119
[대법원 16] 초진을 대면진료 하지 않고 전화 통화만으로 처방전을 발행한 행위 '직접 진찰' 위반 여부	125
[대법원 17] 원격지에 있는 환자를 전화로 진료한 행위 의료법 제33조 제1항 위반 여부	128

[대법원 18] 과거 진료 경력을 검토해 조영제 부작용을 방지했어야 할 주의의무 위반으로 의사의 과실이 인정된 사례 131

[대법원 19] 의료과실과 결과 사이의 인과관계 추정을 위한 피해자 측의 증명책임 정도 135

제4장 | 하급심 139

[하급심 1] 국민건강보험법 제47조의2 제1항 요양급여비용 지급보류처분 규정에 대한 위헌제청결정 141

[하급심 2] 사망진단서 작성 시 의료인이 기울여야할 주의의무 정도 147

[하급심 3] 허위 사망진단서 작성 여부 판단 151

[하급심 4] 비의료인이 의사의 지도·감독 하에 할 수 있는 업무 범위 155

| 참고문헌 159

Ⅰ 참고 Ⅰ 헌법재판소, 대법원, 하급심 인용 판례 사건번호

구분	사건번호
헌법재판소	[헌재1] 헌재 2019. 4. 11. 선고 2017헌바127 [헌재2] 헌재 2019. 5. 30. 선고 2017헌마1217 [헌재3] 헌재 2019. 8. 29. 선고 2014헌바212, 2014헌가15, 2015헌마561, 2016헌바21(병합) [헌재4] 헌재 2019. 9. 26. 선고 2018헌바111 [헌재5] 헌재 2019. 9. 26. 선고 2017헌마327 [헌재6] 헌재 2019. 9. 28. 선고 2018헌바128 [헌재7] 헌재 2020. 4. 23. 선고 2017헌마103
대법원	[대법원1] 대법원 2019. 3. 14. 선고 2018다249667 [대법원2] 대법원 2019. 3. 14. 선고 2018다223825 [대법원3] 대법원 2020. 5. 14. 선고 2020다34049 [대법원4] 대법원 2019. 4. 25. 선고 2018도20928 [대법원5] 대법원 2019. 5. 30. 선고 2016두56370 [대법원6] 대법원 2019. 11. 28. 선고 2017두59284 [대법원7] 대법원 2020. 3. 12. 선고 2019두40079 [대법원8] 대법원 2020. 7. 9. 선고 2020두31668, 2020두31675(병합) [대법원9] 대법원 2019. 6. 27. 선고 2016두34585 [대법원10] 대법원 2019. 7. 25. 선고 2018도3268 [대법원11] 대법원 2019. 8. 14. 선고 2019도7082 [대법원12] 대법원 2020. 1. 30. 선고 2019도7082 [대법원13] 대법원 2019. 8. 30. 선고 2017다239960 [대법원14] 대법원 2020. 11. 26. 선고 2018다217974 [대법원15] 대법원 2020. 1. 9. 선고 2019두50014 [대법원16] 대법원 2020. 5. 14. 선고 2014도9607 [대법원17] 대법원 2020. 11. 5. 선고 2015도13830 [대법원18] 대법원 2020. 1. 30. 선고 2019도9236 [대법원19] 대법원 2020. 2. 6. 선고 2017다6726
하급심	[하급심1] 대전고등법원 2019. 7. 3. 선고 2018누12938 [하급심2] 서울중앙지방법원 2019. 11. 26. 선고 2017가합502755 [하급심3] 울산지방법원 2020. 9. 11. 선고 2017고단1002 [하급심4] 대구지방법원 2020. 8. 21. 선고 2019노3118

제1장 서론

제1절 연구의 배경 및 목적

헌법재판소 결정은 그 자체로 현실적 규범력을 갖고 대법원 판결을 통해 법률 해석의 모호한 부분이 다루어진다. 판례를 통해 구체적인 사건에 있어서 법원이 법을 어떻게 해석하고 적용하는지에 대한 경향을 파악할 수 있다. 이에, 보건의료분야와 관련된 판례 중 법리적으로, 학술적으로 또는 의료현장에서 의료인과 의료기관이 숙지할 필요가 있는 중요한 의미를 지닌 판례를 분석하여 판례의 동향과 흐름을 파악할 필요가 있다.

또한, 판례는 법원이 구체적인 사건에서 재판을 통하여 행한 법에 대한 공정의 해석으로서 장래의 재판에 대하여 지침이 되고,¹⁾ 판례 분석으로 판례의 일반적 의미를 논의하거나 판례의 비판을 통해 대안을 제시할 수 있다.²⁾ 이에, 본 연구에서는 헌법재판소 결정 및 판결의 법률적 판단과 법적용의 동향을 살펴 판례의 일반적 의미와 논증과정의 적정성과 오류를 분석하고, 불합리한 보건의료제도 관련 법령 운영 현실과 문제점을 검토하여 보건의료제도 개선방안을 제안하고자 한다.

또한, 최근 증가하고 있는 의학적 판단과 관련된 판결을 분석하여 의사의 과실 판단 기준(설명 의무, 주의 의무)과 의료과실범죄 성립요건(인과관계 성립 등)에 있어 의료의 특수성이 반영된 법 적용 필요성을 도출하고, 의료분쟁이 점점 세분화되고 복잡해지고 있는 양상으로 의료인이 동일하거나 비슷한 소송 사건에 대비할 수 있는 근거 자료를 마련하고 이론적 토대를 제공하고자 한다. 더불어, 환자유인행위, 무면허 의료행위와 의료기관 운영과 관련된 의료기관 개설, 요양급여비용 청구·환수 관련 사례를 소개함으로써 의료인의 이해를 돕고자 한다.

1) 오세혁, 판례평석 방법론에 관한 시론적 고찰 민사법 분야를 중심으로, 비교사법 제13권 제4호, 한국비교사법학회, 2006, 745면.

2) 오세혁, 앞의 논문, 747면.

제2절 연구의 방법과 구성

본 연구는 2019년 1월 1일부터 2020년 12월 31일 사이에 선고된 헌법재판소, 대법원 및 하급심 판결 중 의료분야와 관련 있고, 의미가 있다고 판단된 판결들을 조사·분석한 것이다.

연구 방식은 다수의 현재 결정과 판결의 분석 필요성을 고려하여 특정 판례에 한정하여 심층적으로 평석하는 방식이 아닌 법리적으로 학술적으로 검토할 가치가 있는 현재 결정과 판례를 개괄적으로 검토하였다. 헌법재판소 및 대법원 사이트에 게재된 주요 결정 및 주요 선고를 검토하고, 추가적으로 주요 결정 및 판례를 선별하여 검토하였다.

헌법재판소 결정 및 판례의 선별 기준은 의사의 권익과 실질적인 관련이 있는 판례, 대법원 판례 중 기존 견해와 다른 판단을 내려 해석 및 적용이 달라진 판례, 의사가 의료현장에서 숙지할 필요가 있는 법 규정 및 법 해석과 관련된 판례, 기사를 통해 사회적으로 이슈가 되고 의료인의 관심이 집중된 사건을 기준으로 하였다.

본 연구의 구성은 헌법재판소 결정, 대법원 판결, 하급심 판결 순서로 구성하고, 각 기관의 판결 선고일자 순으로 검토하였다. 다만, 동일 쟁점의 사건은 쟁점별로 묶어 정리하였다.

하급심 판례는 확정판결이 아님을 고려하여 하급심 판례 고찰은 최소한으로 하고 헌법재판소 결정과 대법원 판례를 주요 고찰대상으로 하였다. 헌법재판소 결정은 사안의 개요, 심판대상, 청구인의 주장요지, 판시사항, 결정요지, 검토 순으로 구성하고, 대법원과 하급심 판결은 사안의 개요, 참조조문, 판시사항, 판결요지, 검토 순으로 구성하였다.

판례 분석을 통해 법 해석의 논증과 오류를 넘어 입법 개선이 필요한 조항에 대해서는 해당 조항의 입법 과정과 연혁을 검토하고 입법 개선의 필요성을 제안하는 방식으로 구성하였다.

제2장 헌법재판소

[헌재 1] 자기낙태 처벌 규정(형법 제269조 제1항)과 의사가 촉탁 또는 승낙을 받아 낙태하게 한 경우를 처벌하는 규정(제270조 제1항)의 위헌성

-헌법재판소 2019. 4. 11. 2017헌바127 결정

[형법 제269조 제1항 등 위헌소원]-

가. 사안의 개요

이 사건 청구인은 산부인과 의사로 2013. 11. 1.경부터 2015. 7. 3.경까지 69회에 걸쳐 부녀의 촉탁 또는 승낙을 받아 낙태하게 하였다는 공소사실(업무상승낙낙태) 등으로 기소되었다. 청구인은 제1심 재판 계속 중 주위적으로 형법 제269조 제1항, 제270조 제2항이 헌법에 위반되고, 예비적으로 위 조항들의 낙태 객체를 임신 3개월 이내의 태아까지 포함하여 해석하는 것은 헌법에 위반된다고 주장하면서 위헌법률심판제청신청을 하였으나 2017. 1. 25. 신청이 기각되었다. 이에 신청인은 2017. 2. 8. 형법 제269조(낙태) 제1항, 제270조(의사 등의 낙태, 부동의낙태) 제1항의 위헌 확인을 구하는 헌법소원심판을 청구하였다. 헌법재판소는 임신한 여성의 자기낙태를 처벌하는 형법(1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정된 것) 제269조 제1항(이하 '자기낙태죄 조항'이라 한다)과, 의사가 임신한 여성의 촉탁 또는 승낙을 받아 낙태하게 한 경우를 처벌하는 같은 법 제270조 제1항 중 '의사'에 관한 부분(이하 '의사낙태죄 조항'이라 한다)이 각각 임신한 여성의 자기결정권을 침해하므로 모두 헌법에 합치되지 아니한다고 결정하였다.

나. 심판대상

이 사건의 심판대상은 형법 제269조(낙태) 제1항과 제270조(의사 등의 낙태, 부동의 낙태) 제1항 중 '의사'에 관한 부분으로 주요 쟁점은 각 조항이 임부의 자기결정권 등을 침해하여 헌법에 위반되는지 여부이다.

1) 심판대상 조문

형법(1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정된 것)
제269조(낙태) ① 부녀가 약물 기타 방법으로 낙태한 때에는 1년 이하의 징역 또는 200만원 이하의 벌금에 처한다.
제270조(의사 등의 낙태, 부동의낙태) ① 의사 , 한의사, 조산사, 약제사 또는 약종상이 부녀의 촉탁 또는 승낙을 받아 낙태하게 한 때에는 2년 이하의 징역에 처한다.

2) 주요 관련 조항

모자보건법(2009. 1. 7. 법률 제9333호로 개정된 것)
제14조(인공임신중절수술의 허용한계) ① 의사는 다음 각 호의 어느 하나에 해당되는 경우에만 본인과 배우자(사실상의 혼인관계에 있는 사람을 포함한다. 이하 같다)의 동의를 받아 인공임신중절수술을 할 수 있다. 1. 본인이나 배우자가 대통령령으로 정하는 우생학적(優生學的) 또는 유전학적 정신장애나 신체질환이 있는 경우 2. 본인이나 배우자가 대통령령으로 정하는 전염성 질환이 있는 경우 3. 강간 또는 준강간(準強姦)에 의하여 임신된 경우 4. 법률상 혼인할 수 없는 혈족 또는 인척 간에 임신된 경우 5. 임신의 지속이 보건의학적 이유로 모체의 건강을 심각하게 해치고 있거나 해칠 우려가 있는 경우
모자보건법 시행령(2009. 7. 7. 대통령령 제21618호로 개정된 것)
제15조(인공임신중절수술의 허용한계) ① 법 제14조에 따른 인공임신중절수술은 임신 24주일 이내인 사람만 할 수 있다.

다. 청구인의 주장요지

청구인은 형법 제269조 자기낙태죄 조항은 여성이 임신·출산을 할 것인지 여부와 그 시기 등을 결정할 자유를 제한하므로 여성의 자기결정권을 침해하고, 임신 초기에 안전한 임신중절수술을 받지 못하게 하여 임부의 건강권을 침해하므로 낙태를 일률적으로 처벌하고, 모자보건법에 규정된 처벌의 예외 범위도 지나치게 좁다는 이유로 자기낙태죄 조항은 과잉금지원칙에 위배되어 임부의 자기결정권을 침해한다고 주장하였다.

또한 청구인은 제270조 의사낙태죄 조항과 관련하여 일반인에 의한 낙태는 의사에 의한 낙태보다 더 위험하고 불법성이 큼에도 불구하고 의사에 의한 낙태를 가중처벌하는

의사낙태죄 조항은 평등원칙에 위반되고, 의사의 직업의 자유를 침해한다고 주장하였다.

라. 판시사항

- [1] 임신한 여성의 자기낙태를 처벌하는 형법(1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정된 것) 제269조 제1항(이하 ‘자기낙태죄 조항’이라 한다)과, 의사가 임신한 여성의 촉탁 또는 승낙을 받아 낙태하게 한 경우를 처벌하는 같은 법 제270조 제1항 중 ‘의사’에 관한 부분(이하 ‘의사낙태죄 조항’이라 한다)이 각각 임신한 여성의 자기결정권을 침해하는지 여부(적극)
- [2] 단순위헌의견이 3인, 헌법불합치의견이 4인인 경우 주문의 표시 및 종전결정의 변경

마. 결정주문

형법(1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정된 것) 제269조 제1항, 제270조 제1항 중 ‘의사’에 관한 부분은 모두 헌법에 합치되지 아니한다. 위 조항들은 2020. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.

바. 결정요지

[재판관 유남석, 재판관 서기석, 재판관 이선애, 재판관 이영진의 헌법불합치의견]

(1) 자기낙태죄 조항에 대한 판단

자기낙태죄 조항으로 인해 임신한 여성은 임신 유지로 인한 신체적·심리적 부담, 출산과정에 수반되는 신체적 고통·위험을 감내하도록 강제당할 뿐 아니라 이에 더하여 다양하고 광범위한 사회적·경제적 고통까지도 겪을 것을 강제당하는 결과에 이르게 된다.

자기낙태죄 조항은 모자보건법에서 정한 사유에 해당하지 않는다면 결정가능기간 중에 다양하고 광범위한 사회적·경제적 사유를 이유로 낙태갈등 상황을 겪고 있는 경우

까지도 예외 없이 전면적·일률적으로 임신의 유지 및 출산을 강제하고, 이를 위반한 경우 형사처벌하고 있다.

따라서, 자기낙태죄 조항은 입법목적을 달성하기 위하여 필요한 최소한의 정도를 넘어 임신한 여성의 자기결정권을 제한하고 있어 침해의 최소성을 갖추지 못하였고, 태아의 생명 보호라는 공익에 대하여만 일방적이고 절대적인 우위를 부여함으로써 법익 균형성의 원칙도 위반하였다고 할 것이므로, 과잉금지원칙을 위반하여 임신한 여성의 자기결정권을 침해하는 위헌적인 규정이다.

(2) 의사낙태죄 조항에 대한 판단

자기낙태죄 조항은 모자보건법에서 정한 사유에 해당하지 않는다면, 여성의 결정가능 기간 중의 다양하고 광범위한 사회적·경제적 사유에 대해서도 예외 없이 임신한 여성에게 임신의 유지 및 출산을 강제하고, 이를 위반한 경우까지도 형사처벌 한다는 점에서 위헌이므로, 동일한 목표를 실현하기 위하여 임신한 여성의 촉탁 또는 승낙을 받아 낙태하게 한 의사를 처벌하는 의사낙태죄 조항도 같은 이유에서 위헌이라고 보아야 한다.

(3) 입법자에게 주어진 입법재량의 범위

입법자는 ① 태아가 모체를 떠난 상태에서 독자적으로 생존이 가능한 임신 22주 내외 이전이면서 임부의 자기결정권 행사에 충분한 기간의 설정과 그 종기, ② 결정가능 기관과 사회적·경제적 낙태허용사유의 조합방식, ③ 상담요건이나 숙려기간 등 일정한 절차적 요건 추가 여부 등에 관한 입법재량을 가진다.

[재판관 조용호, 재판관 이종석의 합헌의견]

(1) 자기낙태죄 조항에 대한 판단

태아의 생명권을 보호하고자 하는 공익의 중요성은 태아의 성장 상태에 따라 달라진다고 볼 수 없으며, 임신 중의 특정한 기간 동안에는 임신한 여성의 인격권이나 자기결정권이 우선하고 그 이후에는 태아의 생명권이 우선한다고 할 수도 없다.

다수의견이 실시한 ‘사회적·경제적 사유’는 그 개념과 범위가 매우 모호하고 그 사유의 충족 여부를 객관적으로 확인하기도 어렵다. 사회적·경제적 사유에 따른 낙태를 허용할 경우 현실적으로 낙태의 전면 허용과 동일한 결과를 초래하여 일반적인 생명경시 풍조를 유발할 우려가 있다.

이처럼 자기낙태죄 조항으로 인하여 임신한 여성의 자기결정권이 어느 정도 제한되는 것은 사실이나, 그 제한의 정도가 자기낙태죄 조항을 통하여 달성하려는 태아의 생명권 보호라는 중대한 공익에 비하여 결코 크다고 볼 수 없으므로, 자기낙태죄 조항은 법익균형성 원칙에도 반하지 아니한다.

(2) 의사낙태죄 조항에 대한 판단

의사낙태죄 조항은 그 법정형의 상한 자체가 높지 않을 뿐만 아니라, 선고유예 또는 집행유예 선고의 길이 열려 있으므로, 책임과 형벌 간의 비례원칙에 위배되지 아니한다. 태아의 생명을 보호해야 하는 업무에 종사하는 자가 태아의 생명을 박탈하는 시술을 한다는 점에서 비난가능성 또한 크므로, 의사낙태죄 조항에 대하여 동의낙태죄(제269조 제2항)와 달리 벌금형을 규정하지 아니한 것이 형벌체계상의 균형에 반하여 헌법상 평등원칙에 위배된다고도 할 수 없다.

사. 검토

낙태와 관련한 우리나라의 법체계는 원칙적 낙태 금지와 예외적 낙태 정당화를 두 개의 법에서 이원화하여 규정하였다. 형법에 낙태한 임부(자기낙태)와 산모의 촉탁 또는 동의를 받아 전문가가 실행하는 낙태에 대한 가중처벌규정과(동의낙태죄, 시술자가 의사 등인 경우 업무상 동의낙태죄로 가중처벌), 임부의 촉탁 또는 승낙이 없음에도 낙태하게 한 사람(부동의낙태죄)에 대한 처벌 규정을 두고, 모자보건법 제14조 및 같은 법 시행령 제15조에서 우생학적, 윤리적, 의학적 사유 등 일정한 사유에 해당하는 낙태의 경우 형법상 낙태죄로 처벌하지 아니한다는(모자보건법 제28조) 낙태의 예외적 허용사유를 규정하는 체계로 되어 있다.

헌법재판소는 그동안 낙태가 전면적·일률적으로 범죄행위로 규율됨에 따라 침해되어 왔던 여성의 자기결정권을 보호해야 하므로 여성의 자기결정권을 행사함에 있어 사회적·경제적 사유가 반영되어야 하고, 이 사유가 반영된 법안을 2020.12.31. 까지 마련할 것을 주문했다. 동 결정문에는 입법자에게 ① 태아가 모체를 떠난 상태에서 독자적으로 생존이 가능한 임신 22주 내외 이전이면서 임부의 자기결정권 행사에 충분한 기간의 설정과 그 종기, ② 결정가능기관과 사회적·경제적 낙태허용사유의 조합방식, ③ 상담요건이나 숙려기간 등 일정한 절차적 요건 추가 여부 등에 관한 입법재량을 가진다는 내용이 포함되었다.

헌법재판소 결정에 따른 후속조치로 정부의 입법발의와 더불어 국회에서 다수 법안이 발의되었으나, 양심에 따른 의사의 낙태시술거부권에 관한 논의는 특별히 진행되지 못하고 있는 상태이다.

대상결정 검토에서는 낙태에 대한 옳고 그름을 가리지는 않고, 헌법재판소 결정의 범위 내에서 법안이 마련될 경우 의사의 양심에 따른 결정이 최대한 존중받아야 할 성격의 문제라는 관점에서 의사는 양심 또는 종교에 따라 낙태시술을 거부할 수 있어야 함을 다루고자 한다.³⁾

이에, 낙태와 관련한 법안 마련 시 반드시 고려되어야 할 사항은 의료인의 양심에 따른 낙태시술거부 근거 조항이 마련되어야 한다는 점이다. 미국, EU 28개 회원국 중 21개국과 스위스·노르웨이에서는 낙태에 대한 양심적 거부(Conscientious objection)를 법률로 허용하고 있다.⁴⁾

또한, 진료거부권의 대상을 개인뿐만 아니라 의료기관, 약국을 포함하는 국가⁵⁾도 있어 진료거부권의 대상과 진료거부범위를 직접적 시술행위로 볼 것인지, 낙태관련 상담, 정보제공 판단까지 포함할 것인지에 대한 범위 설정도 필요하다.⁶⁾

3) 이일, 임지연, 강태경, 진료거부금지 의무의 현황과 과제, 2019 No. 3, 의료정책연구소, 2019, 53면.

4) 김주경, 이재명, 낙태죄 헌법불합치 결정에 따른 입법 과제, NARS 현안분석 52호, 국회입법조사처, 2019, 13면.

5) A.Z. Public Health and Safety Statutes §36-2154. (Arizona in U.S.A)

6) 김지민, 이미진, 낙태에 관한 보건의료인의 권리: 2019 헌바(낙태죄 헌법불합치) 결정과 관련하여, 한국의료법학회지 제27권 제1호, 2019, 156면.

이외에도 진료거부권리 절차를 별도로 사전에 둘 것인지, 의료인의 낙태시술 거부 의사표현만으로 할 것인지에 대한 논의와 진료거부권 제한 규정에 대한 논의도 필요해 특별법 제정을 검토해 볼 필요가 있다.

현재 형법 제270조에서는 의료인이 임부의 촉탁 또는 승낙을 받아 낙태한 경우 일반인보다 가중하여 처벌하고 있어 이러한 가중 처벌 규정은 삭제되어야 하고, 낙태가 허용되는 임부의 허용 임신 주수에 맞춰 의료인에 대한 처벌의 범위도 개정되어야 한다.⁷⁾

7) 현재는 낙태죄로 금고 이상의 형을 선고받고 그 형의 집행이 종료되지 않았거나 집행을 받지 않기로 확정되지 않았다면 의료인이 될 수 없고(의료법 제8조 제4호), 기존 의료인도 면허가 취소된다(의료법 제65조 제1항 제1호).

[헌재 2] 비급여 진료비 할인 또는 면제하는 내용의 입간판을 제시한 행위가 의료법 제27조 제3항에 따른 기소유예처분 사유에 해당하는지 여부

-헌법재판소 2019. 5. 30. 2017헌마1217 결정

[기소유예처분취소]-

가. 사안의 개요

청구인은 의사로, 이 사건 병원의 개설자이다. 2017. 2. 초순경 이 사건 병원 1층 엘리베이터 앞 입간판에 “지인을 소개시켜주신 기존환자에게는 30만원 상당의 OO상품권을 드립니다. 라는 포스터를 같은 해 3. 16일까지 게시하여 불특정 다수인을 상대로 환자를 유인하는 행위를 하였다는 이유로 기소유예처분을 받았다. 이후 청구인은 2017. 11. 3. 이 사건 기소유예처분이 자신의 행복추구권 등을 침해한다고 주장하면서 그 취소를 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다. 헌법재판소는 피청구인의 기소유예처분이 청구인의 평등권 및 행복추구권을 침해한 것으로 결정하였다.

나. 청구인의 주장요지

청구인이 이 사건 입간판 포스터에 게시한 내용은 지인을 소개한 기존 환자에게 검사나 치료를 1회 더 받을 수 있는 혜택을 준다는 것에 불과하여 불특정 다수를 대상으로 영리를 목적으로 환자를 소개·알선 또는 유인할 것을 결의하게 할 정도는 아니다. 또한, 청구인 병원에서 비급여 진료 혜택을 1회 받을 수 있는 상품권을 제공하는 것이 의료법 제27조 제3항에서 말하는 본인부담금 할인행위 또는 금품 제공행위에 해당하거나 의료시장의 질서를 근본적으로 해할 우려가 있는 경우라고 볼 수 없다.

설령 청구인의 행위가 환자 유인행위의 구성요건에 해당한다고 하더라도, 이 사건 상품권의 발행 취지 및 교부 대상, 상품권의 경제적 가치, 입간판 포스터의 게시 장소

및 내용, 실제 사용 빈도 등에 비추어 이 사건 입간판 포스터 게시 행위는 정당행위에 해당한다.

다. 판시사항

- [1] 의료기관·의료인이 스스로 자신에게 환자를 유치하는 행위가 의료법 제27조 제3항에서 명문으로 금지하는 개별적 행위 유형에 준하는 것으로 평가될 수 있거나 의료시장의 질서를 현저하게 해치는 것이라는 등의 특별한 사정이 없는 경우 의료법 제27조 제3항의 환자의 ‘유인’에 해당하는지 여부(소극)
- [2] 비급여 진료비를 할인 또는 면제하는 행위가 의료법 제27조 제3항이 금지하는 ‘국민건강보험법 또는 의료급여법의 규정에 의한 본인부담금을 할인하는 행위’에 해당하는지 여부(소극)
- [3] 의료법 제27조 제3항에서 금지하는 ‘금품 제공’은 환자로 하여금 특정 의료기관 또는 의료인과 치료위임계약을 체결하도록 유도할 만한 경제적 이익이 있는 것으로서 이를 허용할 경우 의료시장의 질서를 해할 우려가 있는 것으로 한정하여야 하는지 여부(적극)
- [4] 의료인인 청구인이 지인을 소개하는 기존 환자에게 자신의 병원에서 비급여 진료 혜택을 1회 받을 수 있는 상품권을 제공하겠다는 포스터를 게시한 행위가 의료법 제27조 제3항에서 금지하는 환자 유인행위에 해당한다고 단정하기 어려우므로, 피청구인의 기소유예처분이 청구인의 평등권 및 행복추구권을 침해하였다고 본 사례

라. 결정요지

- [1] 의료기관·의료인이 스스로 자신에게 환자를 유치하는 행위는 그것이 의료법 제27조 제3항에서 명문으로 금지하는 개별적 행위 유형에 준하는 것으로 평가될 수 있거나 또는 의료시장의 질서를 현저하게 해치는 것인 등의 특별한 사정이

없는 한, 의료법 제27조 제3항의 환자의 '유인'에 해당하지 아니한다.

- [2] 비급여 진료비를 할인 또는 면제하는 행위는 '국민건강보험법 또는 의료급여법의 규정에 의한 본인부담금을 할인하는 행위'에 해당하지 않는다. 국민건강보험법 및 의료급여법에 의한 급여대상이 아닌 진료비로서 의료인이 스스로 그 금액을 자유롭게 정하고 환자 본인이 이를 전액 부담하도록 되어 있는 진료비까지 위 규정상 '본인부담금'에 해당한다고 해석하는 것은 형벌 법규를 지나치게 확장 해석하는 것으로서 죄형법정주의의 원칙에 어긋나 허용될 수 없기 때문이다.
- [3] 의료법 제27조 제3항에서 금지하고 있는 '금품 제공'은 환자로 하여금 특정 의료기관 또는 의료인과 치료위임계약을 체결하도록 유도할 만한 경제적 이익이 있는 것으로서 이를 허용할 경우 의료시장의 질서를 해할 우려가 있는 것으로 한정하여야 한다.
- [4] 의료인인 청구인이 지인을 소개하는 기존 환자에게 자신의 병원에서 비급여 진료 혜택을 1회 받을 수 있는 상품권을 제공하겠다는 포스터를 게시한 사실은 인정되나, 그와 같은 사정만으로는 이를 의료법 제27조 제3항에서 금지하는 환자유인행위에 해당한다고 단정하기 어려우므로, 피청구인의 기소유예처분은 청구인의 평등권과 행복추구권을 침해하였다.

마. 검토

대법원과 헌법재판소는 의료법 제27조 제3항에서 규정하고 있는 영리를 목적으로 환자를 의료기관이나 의료인에게 소개·알선·유인하는 행위 및 이를 사주하는 행위를 '환자유인행위'로 약칭하여 '기망 또는 유혹을 통해 환자를 특정 의료기관 또는 의료인과 치료위임계약을 체결하도록 유도하는 행위로서 보험재정 등의 건전성을 악화시키는 등 특별한 사정이 인정되는 행위로 지칭하고 있다.⁸⁾

이 사건은 비급여 진료비를 할인 또는 면제하는 행위가 환자유인행위에 해당하는지와 비급여 진료비를 할인 또는 면제한 행위가 의료시장의 질서를 현저하게 해치는 정

8) 헌재 2017. 12. 28. 2016헌바311 결정.

도에 해당하는지에 대한 판단이 핵심이었다. 의료법 제27조 제3항에서는 본인부담금을 할인하거나 면제하는 행위를 환자유인행위로 보고 있다. 헌법재판소는 비급여 진료비를 할인 또는 면제하는 행위는 ‘국민건강보험법 또는 의료급여법의 규정에 의한 본인 부담금을 할인하는 행위’에 해당하지 않으나,⁹⁾ 비급여 진료비를 할인 또는 면제하는 행위가 의료시장의 질서를 근본적으로 해하는 경우에 해당하는 지에 따라 달리 판단해야 한다는 판결을 유지하였다.¹⁰⁾

대법원과 헌법재판소는 의료법상 금지되는 환자유인행위를 판단하면서 문제된 의료행위가 비급여라 하더라도 다시 의료행위와 관련하여 의료인 혹은 의료기관에서 환자 측에 대하여 어떠한 이익을 제공하고 그와 같은 내용을 공고하는 방식이 어떠하였는지에 관하여 추가적으로 판단하는 양상이다.¹¹⁾ 이 사건에서도 청구인의 행위가 의료법 제27조 제3항에서 명문으로 금지하는 개별적 행위 유형에 준하는 것으로 평가될 수 있거나 또는 의료시장의 질서를 현저하게 해치는 경우에 해당하는지에 대하여 면밀하게 판단하였다.

헌법재판소는 의료법 제27조 제3항에서 금지하고 있는 ‘금품 제공’은 환자로 하여금

9) 헌재 2010. 10. 28. 2009헌마55, 대법원 2008. 2. 28. 선고 2007도10542 판결, 대법원 2012. 10. 25. 선고 2010도6527 판결 등 참조.

10) 대법원 2008. 2. 28. 선고 2007도10542 판결. 병원 홈페이지에 중고생 등 청소년이 여드름 약물 스케일링 시술을 할 경우 50%를 할인해 준다는 내용의 여름 맞이 청소년 할인 이벤트 광고는 그 기간과 대상시술을 제한하고 있을 뿐 아니라 경제적 여력이 충분하지 못한 청소년들만을 대상으로 삼고 있는 점에 비추어 보면, 이러한 행위가 의료시장의 질서를 근본적으로 해할 정도에 이르렀다고 보이지 않아 환자 유인행위에 해당한다고 볼 수 없음.

서울행정법원 2008. 12. 18. 선고 2008구합32829 판결. 병원 홈페이지에 여드름 체험단을 모집해 무료로 치료해 준다는 이벤트 광고를 한 경우 → 무료 치료행위 자체를 금품 제공으로 볼 수는 없으나 비급여 대상으로서 환자가 부담하여야 할 비용이 상당할 것으로 예상되는 여드름을 무료로 치료하여 주는 것은 환자에 대하여 금품의 제공과 유사한 정도의 강력한 유인이 될 것으로 보이는 점, 위 할인 광고의 경우 경제적 능력 등 합리적 기준에 의하여 대상을 한정한 바 없고, 체험단 선발 인원에 관하여 표시하고 있지 않은 점 등에 비추어 볼 때 의료시장의 질서를 근본적으로 해하는 행위인 환자 유인행위에 해당함.

서울서부지방법원 2014. 5. 14. 선고 2013고정1579 판결. 모발이식센터에서 수술 당일 숙박서비스로 제공하기로 한 모발이식수술은 국민건강보험법상 비급여 항목으로서 의료인이 스스로 그 금액을 자유롭게 정하고 환자 본인이 이를 전액 부담하도록 되어 있는 진료비이므로 의료법 제27조 제3항이 정한 개별적 행위유형인 본인부담금을 면제하거나 할인하는 행위에 해당하지 아니함.

11) 백경희, 비급여의료에 관한 환자유인행위의 판단기준에 관한 고찰, 법학논총 제40집, 숭실대학교 법학연구소, 2018. 193면.

특정 의료기관 또는 의료인과 치료위임계약을 체결하도록 유도할 만한 경제적 이익이 있는 것으로서 이를 허용할 경우 의료시장의 질서를 해할 우려가 있는 것으로 한정하여야 하는데, 이 사건에서 문제된 입간판과 포스터의 내용은 “지인을 소개한 기존 환자에게 이 사건 상품권을 단 1회 제공하겠다는 것이고, 이 입간판은 사실상 병원을 방문한 환자들만이 볼 수 있었다는 점, 그리고 포스터 게시 기간이 약 1달 반에 불과하다는 점, 청구인 병원에서만 사용할 수 있다는 점, 위 상품권을 환가하거나 유통시키는 등 이를 본래의 목적 외에 다른 용도로 활용하는 것이 용이한 것으로 보이지 아니한 점, 청구인 병원에서 사용되는 것 외에 달리 독립적 경제적 가치가 있는 것으로 보이지 않는 점, 비급여 진료혜택을 1회 받는 것 외에 다른 용도로 사용할 수 없다는 점 등을 면밀하게 종합적으로 살펴 의료시장의 질서를 해칠 정도에 이르는 것으로 단정하기 어렵다”고 결정하였다. 다만, 비급여 의료의 경우 의료공급자인 의료인 측에서 자율적으로 가격을 결정하여 왔기 때문에, 실질적으로 의료기관의 입장에서 비급여는 수입을 보전하는 측면이 강하였다.¹²⁾ 또한, 본래의 의료행위와 달리 구명성과 긴급성을 요하지 않는 미용·성형수술의 영역이 주로 비급여 의료에 해당한다. 본래 비급여는 영리성을 지니고 있어 의료인 측에서 가격의 자율 조정이 가능하므로 비급여 항목 할인·면제에 대한 환자유인행위 판단은 보수적으로 접근할 필요성이 있다.

12) 문재인케어의 과제 ②, 세계일보. 2017. 11. 29. available at.

<http://www.segye.com/newsView/20171129004011>(last visited. 2020. 12. 12).

[헌재 3] 의료법 중복 개설·운영 금지 규정(의료법 제33조 제8항)의 위헌성

-헌재 2019. 8. 29. 2014헌바212, 2014헌가15, 2015헌마561, 2016헌바21(병합)
결정 [의료법 제87조 제1항 제2호 위헌소원 등]-

가. 사건의 개요

1) 2014헌바212 사건

- (1) 청구인 박○○는 의사인바, 『의료인은 어떠한 명목으로도 둘 이상의 의료기관을 개설·운영할 수 없음에도 불구하고, 청구인 박○○는 2011. 10. 6.부터 2012. 8. 24.경까지 안산시 ○○병원(안산)을 자신의 명의로 개설·운영하고, 2012. 8. 31.부터 2013. 11. 20.까지 서울 강동구 ○○병원(강동)을 자신의 명의로 개설·운영하고 있으면서, 2012. 8. 24.경부터 2013. 11. 20.경까지 위 ○○병원(안산)을 월급 3,000만 원을 주기로 하고 홍○○ 명의로, 2013. 6. 14.경부터 2013. 11. 20.경까지 수원시 영통구 ○○병원(수원)을 월급 3,000만 원을 주기로 하고 김▽▽ 명의로 각 개설하고, 실제로는 청구인 박○○가 직접 위 병원들을 운영함으로써 둘 이상의 의료기관을 개설·운영하였다.』는 등의 공소사실로 기소되어, 2014. 4. 15. 1심에서 징역 1년 8월을 선고받았고 [대구지방법원 서부지원 2013고단1402, 1435(병합)], 항소하였으나 2014. 9. 18. 항소기각판결을 선고받았으며(대구지방법원 2014노1391), 상고하였다가 2014. 11. 28. 상고를 취하하여 위 판결이 확정되었다.
- (2) 청구인 박○○는 위 1심 계속 중에 의료인의 의료기관 중복개설·운영을 금지한 의료법 제33조 제8항에 대하여 위헌법률심판제청을 신청하였으나(대구지방법원 서부지원 2013초기829), 2014. 4. 15. 기각되자 2014. 5. 15. 의료법 제33조 제8항에 대한 처별조항인 의료법 제87조 제1항 제2호 중 제33조 제8항 본문에 대하여 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2) 2014헌가15 사건

(1) 당해사건의 피고인이자 제청신청인 김△△, 장○○, 하○○, 박□□은 의사인바, 『의료인은 어떠한 명목으로도 둘 이상의 의료기관을 개설·운영할 수 없음에도 불구하고, 제청신청인 김△△는 2012. 1. 9.경부터 2013. 2. 28.경까지 서울 서초구(주소 생략)에서 ○○의원 신사점을 개설·운영하고 2013. 2. 26.경 부터는 서울 구로구(주소 생략)에서 ○○의원 신도림점을 개설·운영하고 있으면서,

① 제청신청인 김△△는 2012. 8. 10.경부터 2013. 2. 25.경까지 서울 구로구(주소 생략) 소재 ○○의원 신도림점을 월 급여 600만 원 및 매출에 따른 인센티브를 주기로 하고 제청신청인 장○○ 명의로 개설하고 실제로는 제청신청인 김△△가 직접 위 의원을 운영함으로써 제청신청인 김△△, 장○○은 공모하여 둘 이상의 의료기관을 개설·운영하고,

② 제청신청인 김△△는 2012. 3. 2.경부터 2013. 2. 28.경까지 부산진구(주소 생략) 소재 ○○의원 부산서면점을 월 급여 600만 원 및 야간, 휴일 근무시 100만 원 내지 300만 원의 인센티브를 주기로 하고 제청신청인 하○○ 명의로 개설하고 실제로는 제청신청인 김△△가 직접 위 의원을 운영함으로써 제청신청인 김△△, 하○○는 공모하여 둘 이상의 의료기관을 개설·운영하고,

③ 제청신청인 김△△는 2012. 4. 30.경부터 2013. 4. 1.경까지 포항시 북구(주소 생략) 소재 ○○의원 포항점을 월 1,000만 원을 주기로 하고 제청신청인 박□□ 명의로 개설하고 실제로는 제청신청인 김△△가 직접 위 의원을 운영함으로써 제청신청인 김△△, 박□□은 공모하여 둘 이상의 의료기관을 개설·운영하였다.』는 공소사실로 기소되었다(서울동부지방법원 2013고단3131).

(2) 제청신청인들은 1심 계속 중에 의료법 제33조 제8항 본문 중 ‘운영’ 부분에 대하여 위헌법률심판제청을 신청하였고(서울동부지방법원 2014초기338), 제청법원은 위 조항에 위헌이라고 인정할 만한 상당한 이유가 있다면서 2014. 8. 24. 이 사건 위헌법률심판제청을 하였다.

3) 2015헌마561 사건

- (1) 청구인 조○○, 임○○, 김○○, 김□□은 의사인바, 의료인은 어떠한 명목으로도 둘 이상의 의료기관을 개설·운영할 수 없음에도 둘 이상의 의료기관을 개설·운영하였다는 이유로 경기수원서부경찰서에서 피의자로 조사를 받았고, 이에 2015. 6. 1. 의료법 제33조 제8항 본문이 자신들의 직업수행의 자유 등을 침해한다고 주장하면서 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.
- (2) 그 후 청구인 조○○, 임○○, 김○○, 김□□은 『의료인은 어떠한 명목으로도 둘 이상의 의료기관을 개설·운영할 수 없음에도 불구하고, 청구인 조○○은 2005. 4. 28.경부터 수원시 □□의원을 자신의 명의로 개설·운영하고 있으면서,
- ① 청구인 조○○은 2012. 11. 12.경부터 수원시 △△의원(변경후 상호: ▽▽의원)을 매월 매출의 35%를 주기로 하고 청구인 임○○ 명의로 개설하고 실제로는 청구인 조○○이 직접 위 의원을 운영함으로써 청구인 조○○, 임○○은 공모하여 둘 이상의 의료기관을 개설·운영하고,
 - ② 청구인 조○○은 2013. 10. 15.경부터 수원시 X X의원을 매월 매출의 35%를 주기로 하고 청구인 김□□ 명의로 개설하고 실제로는 청구인 조○○이 직접 위 의원을 운영함으로써 청구인 조○○, 김□□은 공모하여 둘 이상의 의료기관을 개설·운영하고,
 - ③ 청구인 조○○은 2014. 2.경부터 서울 서초구 ◇◇의원을 매월 매출의 35%를 주기로 하고 청구인 김○○ 명의로 개설하고 실제로는 청구인 조○○이 직접 위 의원을 운영함으로써 청구인 조○○, 김○○은 공모하여 둘 이상의 의료기관을 개설·운영하였다.』는 등의 공소사실로 기소되어, 1심에서 청구인 조○○은 징역 6월에 집행유예 2년을, 청구인 임○○, 김□□, 김○○은 벌금 200만 원을 각 선고받았고(수원지방법원 2015고단6350), 검사와 위 청구인들이 항소하여 현재 항소심 계속 중이다(수원지방법원 2017노1521).

4) 2016헌바21 사건

- (1) 청구인 최○○은 의사인바, 『의료인은 어떠한 명목으로도 둘 이상의 의료기관을 개설·운영할 수 없음에도 불구하고, 청구인 최○○은 2010. 5. 18.경부터 현재 까지 인천 □□병원을 자신의 명의로 개설·운영하고 있으면서, 공주시 △△병원을 2010. 5. 7.경부터 2011. 8. 31.경까지는 윤○○ 명의를, 2011. 9. 11.경부터 2014. 2. 28.경까지는 정○○의 명의를 이용하여 개설하는 등 개설자 명의를 변경하면서 운영함으로써 둘 이상의 의료기관을 개설·운영하였다.』는 등의 공소 사실로 기소되어, 2015. 12. 11. 1심에서 징역 3년에 집행유예 5년, 벌금 1,000,000원 및 추징금 27,550,000원을 선고받았고(인천지방법원 2015고합 454), 항소하지 아니하여 위 판결이 확정되었다.
- (2) 청구인 최○○은 위 1심 계속 중에 의료인의 의료기관 중복개설·운영을 금지한 의료법 제33조 제8항 본문 중 ‘운영’ 부분에 대하여 위헌법률심판제청을 신청하였으나(인천지방법원 2015초기2688), 2015. 12. 11. 기각되자 2016. 1. 11. 위 조항에 대하여 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판대상

법	내용
의료법 제33조 (개설)(2012. 2. 1. 법률 제11252호로 개정된 것)	⑧ 제2항제1호의 의료인은 어떠한 명목으로도 둘 이상의 의료기관을 개설·운영할 수 없다. 다만, 2 이상의 의료인 면허를 소지한 자가 의원급 의료기관을 개설하려는 경우에는 하나의 장소에 한하여 면허 종별에 따른 의료기관을 함께 개설할 수 있다.
의료법 제87조 (2012. 2. 1. 법률 제11252호로 개정되고, 2015. 12. 29. 법률 제 13658호로 개정되기 전의 것)	① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 5년 이하의 징역이나 2천만원 이하의 벌금에 처한다. 2. 제12조제2항, 제18조제3항, 제23조제3항, 제27조제1항, 제33조제2항(제82조 제3항에서 준용하는 경우만을 말한다)·제8항(제82조제3항에서 준용하는 경우를 포함한다)을 위반한 자

다. 청구인의 주장요지

이 사건 법률조항은 ‘운영’의 의미가 불명확하여 명확성원칙에 반한다. 의료인으로 하여금 여러 개의 의료기관의 운영에 어떠한 명목으로도 관여하지 못하도록 하는 것은 과잉금지원칙에 반하여 의료인의 직업의 자유 및 재산권, 계약체결의 자유, 자기결정권을 침해하는 것이다. 이 사건 법률조항이 개정·시행됨에 따라 이미 여러 개의 의료기관을 운영하고 있던 의료인으로서 이를 처분할 수밖에 없는바, 이는 의료인의 재산권을 침해하는 것일 뿐만 아니라 신뢰보호원칙에도 반한다. 이 사건 법률조항은 합리적 이유 없이 의료인 개인과 의료법인, 비영리법인 등의 법인을 차별하고 의료인과 약사, 한약사, 변호사를 차별하여 평등원칙에 반한다. 이 사건 차별조항에서 정한 5년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금이라는 법정형은 그 비난가능성의 정도에 비추어 볼 때 지나치게 높아 책임과 형벌의 비례원칙에 반한다.

라. 판시사항

- [1] 의료인은 어떠한 명목으로도 둘 이상의 의료기관을 운영할 수 없다고 규정한 의료법(2012. 2. 1. 법률 제11252호로 개정된 것) 제33조 제8항 본문 중 ‘운영’ 부분 및 이를 위반한 자는 5년 이하의 징역이나 2천만 원 이하의 벌금에 처한다고 규정한 구 의료법(2012. 2. 1. 법률 제11252호로 개정되고, 2015. 12. 29. 법률 제13658호로 개정되기 전의 것) 제87조 제1항 제2호 중 제33조 제8항 본문 가운데 ‘운영’ 부분(이하 합하여 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 죄형법정주의의 명확성원칙에 반하는지 여부(소극)
- [2] 이 사건 법률조항이 과잉금지원칙에 반하는지 여부(소극)
- [3] 이 사건 법률조항이 신뢰보호원칙에 반하는지 여부(소극)
- [4] 이 사건 법률조항이 평등원칙에 반하는지 여부(소극)

마. 결정요지

[1] 의료법 제33조 제8항 본문 중 ‘운영’ 부분의 명확성원칙 위반 여부

‘운영’의 사전적 의미와 이에 대한 법원의 해석, 의료법 개정의 취지 및 그 규정 형식 등을 종합하여 볼 때, ‘의료기관 중복·운영’이란, ‘의료인이 둘 이상의 의료기관에 대하여 그 존폐·이전, 의료행위 시행 여부, 자금 조달, 인력·시설·장비의 충원과 관리, 운영성과의 귀속·배분 등의 경영사항에 관하여 의사 결정 권한을 보유하면서 관련 업무를 처리하거나 처리하도록 하는 경우’를 의미하는 것으로 충분히 예측할 수 있고, 그 구체적인 내용은 법관의 통상적인 해석·적용에 의하여 보완될 수 있으므로 죄형법정주의의 명확성원칙에 반하지 않는다.

[2] 과잉금지원칙 위반 여부

이 사건 법률조항은 의료인으로 하여금 하나의 의료기관에서 책임 있는 의료행위를 하게 하여 의료행위의 질을 유지하고, 지나친 영리추구로 인한 의료의 공공성 훼손 및 의료서비스 공급의 불균형을 방지하며, 소수의 의료인에 의한 의료시장의 독과점 및 의료시장의 양극화를 방지하기 위한다는 입법목적을 달성하기에 적합한 수단이다. 이 사건 법률조항이 금지하는 중복운영방식은 주로 1인의 의료인이 주도적인 지위에서 여러 개의 의료기관을 지배·관리하는 형태를 말한다. 이러한 형태의 중복·운영은 의료행위에 외부적인 요인을 개입하게 하고, 의료기관의 운영주체와 실제 의료행위를 하는 의료인을 분리시켜 실제 의료행위를 하는 의료인이 다른 의료인에게 종속되게 하며, 지나친 영리추구로 나아갈 우려도 크다. 이에 입법자는 기존의 규제들만으로는 효과적으로 규제하기에 부족하다고 보고 이 사건 법률조항을 도입한 것으로 침해의 최소성 원칙에 위배되지 않는다. 위반 시의 법정형도 집행유예나 벌금형의 선고가 가능하도록 상한만 제한하고 있어, 형벌의 종류나 형량의 선택폭이 과도하게 제한되어 있다고 보기 어렵고, 그 외에 의료의 중요성, 우리나라의 취약한 공공의료의 실태, 의료인이 여러 개의 의료기관을 운영할 때 의료계 및 국민건강보험 재정 등 국민보건 전반에 미치는 영향, 국가가 국민의 건강을 보호하고 걱정하는 의료

급여를 보장해야 하는 사회국가적 의무 등을 종합하여 볼 때, 이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 반하지 않는다.

[3] 신뢰보호원칙 위반 여부

이 사건 법률조항이 개정되기 전인 2003년 대법원 판례를 신뢰하여 의료인이 여러 개의 의료기관을 운영할 수 있을 것이라는 구법질서에 대한 신뢰는 헌법상 보호가치가 있는 신뢰라 하더라도 의료분야는 입법자가 그 사회의 실정에 가장 부합하는 형태를 선택하여야 할 입법정책적인 분야이다. 이 사건 법률조항을 도입한 것은 의료인이 여러 개의 의료기관을 운영할 경우 국민 건강보호라는 공익보다는 영리추구를 우선하여 여러 부작용을 초래할 우려가 있다고 판단하였기 때문으로, 이 사건 법률조항으로 인하여 침해되는 의료인의 신뢰이익이, 건전한 의료질서를 확립하고 나아가 국민건강상의 위해를 방지한다는 공익에 우선하여 특별히 헌법적으로 보호해야 할 가치나 필요성이 있다고 보기 어렵다. 따라서 이 사건 법률조항은 신뢰보호원칙에 반한다고 할 수 없다.

[4] 평등원칙 위반 여부

의료법인 등은 위 조항의 적용을 받지 않고 둘 이상의 의료기관을 운영할 수 있음에도 이 사건 법률조항은 수법자를 개인인 의료인으로 한정하고 있다. 그러나 의료법인 등은 설립에서부터 국가의 관리를 받고, 이사회나 정관에 의한 통제가 가능하며, 명시적으로 영리추구가 금지된다. 이처럼 의료인 개인과 의료법인 등의 법인은 중복 운영을 금지할 필요성에서 차이가 있으므로, 의료인과 의료법인 등을 달리 취급하는 것은 합리적인 이유가 인정됨으로 이 사건 법률조항은 평등원칙에 반하지 않는다.

바. 검토

1) 이 사건 법률조항 검토

헌법재판소는 이 사건 법률조항이며 핵심 논쟁 부분이었던 의료법 제33조 제8항 본문 중 ‘운영’ 부분은 죄형법정주의의 명확성원칙에 반하지 아니한다고 결정하고 각 청구인의 심판청구를 모두 기각했다.

이 사건 법률조항은 2012년 개정되었다. 동 법안 개정 당시 국회 보건복지위원회의 심사보고서를 확인해 보면 당시 일부 의료인이 단순 경영의 목적이라는 명분으로 다른 의사의 면허로 의료기관을 여러 장소에 개설함으로써 이익을 극대화하기 위하여 해당 의료기관이 영업조직을 운영해 환자 유인행위를 하거나 과잉진료 및 위임치료를 하도록 하는 등 불법 의료행위를 조장하는 문제가 사회적 문제로 대두되었음을 알 수 있다.¹³⁾ 더 자세히 입법에 영향을 미친 사회적 상황을 살펴보면 유디치과 등 네트워크 방식의 의료기관의 등장으로 인해 소비자들 상대 경쟁이 격화되면서 이에 대한 위협을 느낀 대한치과의사협회 등 기존 개업의들의 우려가 반영된 것으로 보인다.¹⁴⁾¹⁵⁾ 이 사건 법률조항의 입법목적은 의료의 공공성이며, 제안자는 이익을 극대화하기 위한 환자 유인행위, 과잉진료 및 위임치료가 의료의 공공성을 해한다고 판단하고 있다. 따라서 제안자가 최종적으로 염두에 둔 입법 취지는 개정 의료법을 통하여 ① 면허를 대여하여 의료기관을 개설하는 행위를 막아, ② 환자유인행위, ③ 과잉진료, ④ 위임치료 근절을 통해 국민건강을 증진하기 위한 것으로 선택하여 볼 수 있다.¹⁶⁾

13) 국회 보건복지위원회, 의료법 일부개정법률안(양승조대표발의, 의안번호 제13477호, 2011.10.17. 발의) 심사보고서, 2011.12. 4~6면.

14) 김성수, 복수의의료기관 개설 및 운영금지의 위헌성 여부, 병원경영·정책연구 제5권 제2호, 한국병원 경영연구원, 2016. 21면.

15) 당시 대한치과의사협회와 대한한의사협회는 의료인이 복수의 의료기관의 경영에 관여하는 것은 현행 의료법 상 1인 1개설 원칙을 사문화하는 결과를 초래할 수 있고, 이러한 형태의 의료기관은 이익 극대화를 우선으로 하여 과잉 진료 등 불법 의료행위를 조장하게 하는 문제점이 있어 금지할 필요가 있다는 의견을 개진하였다(국회 보건복지위원회, 의료법 일부개정법률안 심사보고서, 2011.12. 7면).

16) 김선욱, 정혜승, 의료인의 의료기관 다중운영 금지 조항의 위헌성 - 의료법 제87조 제1항 제2호, 제33조 제8항을 중심으로 -, 의료법학 제16권 제2호, 대한의료법학회, 2015. 314면.

표 1 이 사건 법률조항(의료법 제33조 제8항) 개정 전·후

2012. 2. 1. (법률 제11252호로 개정되기 전의 것)	2012. 2. 1. (법률 제11252호로 개정된 것)
제33조(개설) ⑥ 제2항 제1호의 의료인은 하나의 의료기관만 개설 할 수 있다. 다만, 2 이상의 의료인 면허를 소지한 자가 의원급 의료기관을 개설하려는 경우에는 하나의 장소에 한하여 면허 종별에 따른 의료기관을 함께 개설할 수 있다.	제33조(개설) ⑥ 제2항 제1호의 의료인은 어떠한 명목으로도 둘 이상의 의료기관을 개설·운영 할 수 없다. 다만, 2 이상의 의료인 면허를 소지한 자가 의원급 의료기관을 개설하려는 경우에는 하나의 장소에 한하여 면허 종별에 따른 의료기관을 함께 개설할 수 있다.

하지만, 이 사건 법률조항 개정으로 인해 ‘운영’ 금지까지 포함되면서 운영의 범위에 대한 정의가 필요했다. 이에, 보건복지부는 이 사건 법률조항 개정에 따라 운영에 대한 기준을 제시하기 위하여 의료법시행규칙 일부개정령안¹⁷⁾(보건복지부공고 제2012-543호)을 입법예고 했으나 시행규칙이 만들어지지 못하였고 의료현장에서는 ‘운영’의 범위에 대한 혼란이 발생하게 되었다. 심지어 ‘운영’의 범위를 바라보는 판례의 입장도 변화됨에 따라 운영의 범위에 대한 의료현장에서 느끼는 혼란은 더욱 가중되었다. 그 결과 이 사건 법률조항 위반을 이유로 처분을 받은 의료인들이 복수개설 금지 규정에 대한 위헌심판제청에 이르게 된 것이다. 현재에서 위헌심판제청 청구를 기각하자 이 사건 당사자들이 헌법소원을 제기하였고, 헌법소원청구의 주요 논쟁 사안은 ‘운영’의 범위에 대한 명확성의 원칙 위배, 신뢰보호원칙 위반 여부였다.

2) 이 사건 법률조항 중 ‘운영’ 범위에 대한 판례 변화 검토

(1) 대법원 2016. 10. 13. 선고 2016도11407 판결

동 판례는 이 사건 법률조항 개정 이후 동 조항을 적용한 첫 대법원 판례로서 의미가 있다. 대법원은 이 사건 법률조항 중복운영 금지조항에 새로 추가된 행위 태양인 의료기관 중복 ‘운영’ 이란 중전 개설자의 의료기관 운영행위와 단절되는 새로운 운영

17) 제31조의2(둘 이상의 의료기관 개설·운영) 법 제33조 제8항에 따른 “둘 이상의 의료기관 개설·운영”은 의료인이 복수의 의료기관에 대하여 개설·휴업·폐업, 의료행위의 결정·시행, 인력·시설·장비의 충원·관리 또는 운영성과의 배분 등에 관한 권한을 보유·행사하는지 여부를 고려하여 판단한다.

행위를 한 것으로 볼 수 있는 경우라는 기준을 제시했다는 데에 의미가 있다.¹⁸⁾ 추가 운영하는 의료기관에서 직접 의료행위 등을 하지 않더라도 실질적·주도적으로 의료기관을 운영하였다면, 이는 의료법 제33조 제8항에 위반된다는 것이다.¹⁹⁾

(2) 대법원 2018. 7. 12. 선고 2018도3672 판결

대법원은 의료법 제33조 제8항 본문에서 규정한 '1인 1개설·운영 원칙'에 반하는 행위 중 의료기관의 '중복개설'과 '중복운영'의 의미 및 의료기관의 중복운영에 해당하면 중복개설에 해당하지 않더라도 1인 1개설·운영 원칙 위반에 해당한다고 판시하였으며, 구체적인 사안에서 1인 1개설·운영 원칙에 어긋나는 의료기관의 중복운영인지에 대한 판단 기준을 제시하였다.

2016년 대법원 판결은 의료기관의 중복운영에 해당하기 위하여는 새로운 운영자로 인하여 종전 개설자가 배제되고 종전 개설자의 의료기관 운영행위가 단절되는 것을 전제로 하는 반면, 대상판결은 종전 개설자의 운영이 배제되는 정도에 이르지 않더라도 경영사항에 관하여 의사 결정 권한을 보유하면서 관련 업무를 처리하거나 처리하도록 하는 경우에도 중복·운영에 해당한다는 것으로 보았다. 2018년 판결은 2016년 판결에 비해 복수개설 금지조항 위반의 범위를 확대한 것으로 기존에는 의료법 제87조 제1항 제2호, 제33조 제8항에 따라 처벌 대상이 아닌 행위가 대상 판결 이후에는 처벌 대상이 될 수 있게 되었다.²⁰⁾

3) 현재 결정 검토

헌법재판소는 "구체적인 사안에서 의료기관의 중복운영에 해당하는지를 판단할 때에는 운영자로서 주도적인 지위에 있는지 여부, 즉 둘 이상의 의료기관 개설 과정, 개설

18) 의료법 제33조 제8항에 관한 대법원 판결평석, 법률신문, 2018.12.21. available at. <https://m.lawtimes.co.kr/Content/Case-Curation?serial=149515>(last visited. 2020. 9. 1).

19) 김준래, "네트워크병원과 의료기관 복수 개설·운영 금지 제도에 관한 고찰," 의료법학 제17권 제2호, 대한의료법학회, 2016, 285면.

20) 의료법 제33조 제8항에 관한 대법원 판결평석, 법률신문, 2018.12.21. available at. <https://m.lawtimes.co.kr/Content/Case-Curation?serial=149515>(last visited. 2020. 9. 1).

명의자의 역할과 경영에 관여하고 있다고 지목된 다른 의료인과의 관계, 자금 조달 방식, 경영에 관한 의사 결정 구조, 실무자에 대한 지휘·감독권 행사 주체, 운영성과의 분배 형태, 다른 의료인이 운영하는 병원경영지원회사(Management Service Organization, MSO)가 있을 경우 그 병원경영지원회사에 지출되는 비용 규모 및 거래 내용 등의 제반사정을 고려하여, 둘 이상의 의료기관이 의사 결정과 운영성과 귀속 등의 측면에서 특정 의료인에게 좌우되지 않고 각자 독자성을 유지하고 있는지, 아니면 특정 의료인이 단순히 협력관계를 맺거나 경영지원 혹은 투자를 하는 정도를 넘어 둘 이상의 의료기관의 운영을 실질적으로 지배·관리하고 있는지를 살펴보아야 한다”고 판시함으로써 구체적인 판단기준을 제시한 2018년 대법원 판결을 인용하였다.

헌법재판소는 이 사건 법률조항에서 금지하고 있는 ‘의료기관 중복운영’은, ‘의료인이 둘 이상의 의료기관에 대하여 그 존폐·이전, 의료행위 시행 여부, 자금 조달, 인력·시설·장비의 충원과 관리, 운영성과의 귀속·배분 등의 경영사항에 관하여 의사 결정 권한을 보유하면서 관련 업무를 처리하거나 처리하도록 하는 것’, 즉 1인의 의료인이 둘 이상의 의료기관의 운영을 실질적으로 지배·관리하는 경우를 의미한다고 판시하였다. 따라서 여러 의료인들 사이에서 진료나 의료장비사용·입원·이송 등에 관하여 협조 체제를 구축하거나, 구매·인력 관리·마케팅을 공동으로 하는 방식, 또는 구매·인력 관리·마케팅·회계·진료비 청구 등의 경영 전반에 관하여 병원경영지원회사의 도움을 받는 방식 등은 금지되지 않고 얼마든지 가능하다고 판단하여 금지되는 ‘중복운영’의 범위를 제한하여 의료인들의 혼란을 어느 정도 정리하였다는 데에 이 사건 현재 결정의 의의가 있다.²¹⁾ 비용절감 및 경영의 효율성 등을 위하여 동일한 브랜드를 사용하는 프랜차이즈형 역시 특정 의료인이 여러 개의 의료기관을 주도적으로 운영하는 것이 아닌 이상 허용된다고 하였다. 결국, 이 사건 법률조항의 적용을 받는 중복운영방식은 주로 1인의 특정 의료인이 주도적인 지위에서 여러 개의 의료기관을 모두 지배·관리하는 형태, 이른바 경영지배형을 말한다.

헌법재판소는 의료시장이 왜곡되면 회복이 불가능하므로, 사전에 미리 앞서 법률로

21) 유현정, 박노민, 정혜승, 이동필, 이정선, 박태신, 2019년 주요 의료판결 분석, 의료법학 제21권 제1호, 대한의료법학회, 2020, 39면.

서 의료기관 중복개설과 운영을 제한하는 이법 조항의 정당성의 의미를 부여했다.

다만, 현재 결정의 핵심 부분이었던 ‘운영’은 종전에 대법원에서 처벌할 수 없다고 배제하였던 의료기관의 경영을 의미한다고 볼 수 있다. 이 조항이 위헌이라는 입장은 이 조항의 목적이 정당하다 하더라도 이 목적을 달성하기 위한 수단으로 의료인의 다중 의료기관 ‘운영’을 금지하는 것에 대한 적합성 검토의 중요성을 제안한다.

또한, 이 사건은 법률의 개정과 판례의 변화에 따라 기존의 판례를 신뢰한 수범자의 신뢰보호위반 여부가 논쟁의 하나였다. 대상결정 결정문에서는 이 사건 법률조항으로 인하여 침해되는 의료인의 신뢰이익이, 건전한 의료질서를 확립하고 나아가 국민건강상의 위해를 방지한다는 공익에 우선하여 특별히 헌법적으로 보호해야 할 가치나 필요성이 있다고 보기 어려워 신뢰보호원칙에 반하지 않는다고 하였다. 하지만, 이 사건 헌법소원을 제기한 의료인을 통해 의료현장에서 수범자에게 혼란이 가중되었다는 점과 이 사건 조항 위반 시 중한 처벌²²⁾을 한다는 점에서 운영 개념을 하위법령에 규정할 필요성이 있다.

22) 의료법 제87조의2(벌칙) ② 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 자는 5년 이하의 징역이나 5천만원 이하의 벌금에 처한다.

2. 제12조제2항 및 제3항, 제18조제3항, 제21조의2제5항·제8항, 제23조제3항, 제27조제1항, 제33조제2항(제82조제3항에서 준용하는 경우만을 말한다)·제8항(제82조제3항에서 준용하는 경우를 포함한다)·제10항을 위반한 자. 다만, 제12조제3항의 죄는 피해자의 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없다.

[헌재 4] 비급여 의약품과 의료기기에 대한 리베이트 수수 금지 처벌조항의 위헌성

-헌재 2019. 9. 26. 2018헌바111 결정
[구 의료법 제88조의2 등 위헌소원]-

가. 사안의 개요

성형외과 의사인 청구인은 2010. 9.경부터 2016. 6.경까지 의약품 공급자 또는 의료기기 판매업자로부터 결제대금의 일부를 돌려받거나 의약품 또는 의료기기를 무상으로 추가 제공받아 의료법을 위반하였다는 점과 의사면허자격정지기간 중이던 2012. 11. 2.경부터 2012. 12. 31.경까지 의료행위를 하여 의료법을 위반하였다는 점 등의 범죄사실로 징역 3년, 집행유예 4년, 벌금 300만 원 및 추징금 513,424,292원을 선고받고[서울중앙지방법원 2016고단5339, 7207(병합)], 항소하여 징역 2년 6월, 집행유예 3년, 벌금 300만 원 및 추징금 513,424,222원을 선고받았다(서울중앙지방법원 2017노934).

이에 청구인은 상고한 뒤(대법원 2017도18528) 재판 계속 중 ① 구 의료법(2016.12. 20. 법률 제14438호로 개정되기 전의 것) 제88조의2, 제23조의2 제1항, 제2항의 각 본문 중 ‘경제적 이익 등’에 국민건강보험법상 요양급여 이외의 의약품에 관하여 의료기관의 정상적 거래에 따른 가격할인 또는 추가물품제공까지 포함하여 금지하도록 규정한 부분과 ② 구 의료법(2015. 12. 29. 법률 제13658호로 개정되기 전의 것) 제87조 제1항 제2호, 제27조 제1항 본문 중 ‘면허된 것 이외의 의료행위’에 의료인이 면허자격정지기간 중 면허된 범위 내의 의료행위를 하는 것까지 금지하도록 규정한 부분에 대하여 위헌법률심판제청을 신청하였으나(대법원 2018초기56) 2018. 1. 24. 각하되자 2018. 2. 14. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다. 헌법재판소는 청구인이 제기한 리베이트 관련 조항과 몰수 관련 조항에 대하여 합헌이라고 결정하였다.

나. 심판대상

① 구 의료법(2016. 12. 20. 법률 제14438호로 개정되기 전의 것) 제88조의2, 제23조의2 제1항, 제2항의 각 본문 중 ‘경제적 이익 등’에 국민건강보험협상 요양급여 이외의 의약품에 관하여 의료기관의 정상적 거래에 따른 가격할인 또는 추가물품제공 까지 포함하여 금지하도록 규정한 부분, ② 구 의료법(2015. 12. 29. 법률 제13658호로 개정되기 전의 것) 제87조 제1항 제2호, 제27조 제1항 본문 중 ‘면허된 것 이외의 의료행위’에 의료인이 면허자격정지기간 중 면허된 범위 내의 의료행위를 하는 것까지 금지하도록 규정한 부분이 헌법에 위반되는지 여부이다.

1) 심판대상 조문

<p>구 의료법((2010. 5. 27. 법률 제10325호로 개정되고, 2015. 12. 29. 법률 제13658호로 개정되기 전의 것)</p> <p>제23조의2(부당한 경제적 이익 등의 취득 금지) ① 의료인, 의료기관 개설자(법인의 대표자, 이사, 그 밖에 이에 종사하는 자를 포함한다. 이하 이 조에서 같다) 및 의료기관 종사자는 「약사법」 제31조에 따른 품목허가를 받은 자 또는 품목신고를 한 자, 같은 법 제42조에 따른 의약품 수입자, 같은 법 제45조에 따른 의약품 도매상으로부터 의약품 채택·처방유도 등 판매촉진을 목적으로 제공되는 금전, 물품, 편의, 노무, 향응, 그 밖의 경제적 이익(이하 “경제적 이익 등”이라 한다)을 받아서는 아니 된다.</p>
<p>구 의료법((2011. 4. 7. 법률 제10564호로 개정되고, 2015. 12. 29. 법률 제13658호로 개정되기 전의 것)</p> <p>제23조의2(부당한 경제적 이익 등의 취득 금지) ② 의료인, 의료기관 개설자 및 의료기관 종사자는 「의료기기법」 제6조에 따른 제조업자, 같은 법 제15조에 따른 의료기기 수입업자, 같은 법 제17조에 따른 의료기기 판매업자 또는 임대업자로부터 의료기기 채택·사용유도 등 판매촉진을 목적으로 제공되는 경제적 이익 등을 받아서는 아니 된다. 다만, 견본품 제공 등의 행위로서 보건복지부령으로 정하는 범위 안의 경제적 이익 등인 경우에는 그러하지 아니하다.</p>
<p>구 의료법((2015. 12. 29. 법률 제13658호로 개정되고, 2016. 12. 20. 법률 제14438호로 개정되기 전의 것)</p> <p>제23조의2(부당한 경제적 이익 등의 취득 금지) ② 의료인, 의료기관 개설자 및 의료기관 종사자는 「의료기기법」 제6조에 따른 제조업자, 같은 법 제15조에 따른 의료기기 수입업자, 같은 법 제17조에 따른 의료기기 판매업자 또는 임대업자로부터 의료기기 채택·사용유도·거래유지 등 판매촉진을 목적으로 제공되는 경제적 이익 등을 받거나 의료기관으로 하여금 받게 하여서는 아니 된다. 다만, 견본품 제공 등의 행위로서 보건복지부령으로 정하는 범위 안의 경제적 이익 등인 경우에는 그러하지 아니하다.</p>
<p>구 의료법((2010. 5. 27. 법률 제10325호로 개정되고, 2016. 12. 20. 법률 제14438호로 개정되기 전의 것)</p> <p>제88조의2(벌칙) 제23조의2를 위반한 자는 2년 이하의 징역이나 3천만원 이하의 벌금에 처한다. 이 경우 취득한 경제적 이익 등은 몰수하고, 몰수할 수 없을 때에는 그 가액을 추징한다.</p>

의료법((2010. 1. 18. 법률 제9932호로 개정된 것)
제27조(무면허 의료행위 등 금지) ① 의료인이 아니면 누구든지 의료행위를 할 수 없으며 의료인도 면허된 것 이외의 의료행위를 할 수 없다.
구 의료법((2009. 1. 30. 법률 제9386호로 개정되고, 2015. 12. 29. 법률 제13658호로 개정되기 전의 것)
제87조(벌칙) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 5년 이하의 징역이나 2천만원 이하의 벌금에 처한다. 2. 제12조 제2항, 제18조 제3항, 제23조 제3항, 제27조 제1항, 제33조 제2항·제8항(제82조 제3항에서 준용하는 경우를 포함한다)을 위반한 자

2) 주요 관련 조항

의료법(2010. 1. 18. 법률 제9932호로 개정된 것)
제2조(의료인) ① 이 법에서 “의료인”이란 보건복지부장관이 면허를 받은 의사·치과의사·한의사·조산사 및 간호사를 말한다.

다. 청구인의 주장요지

리베이트조항은 의료인의 직업의 자유를 제한하는 규정인데, 국민건강보험급여대상이 아닌 의약품과 의료기기(이하 ‘비급여대상인 의약품’ 또는 ‘비급여대상인 의료기기’라 한다)에 관하여 가격할인 및 할증을 통한 추가물품제공까지 금지함으로써 국민의 건강권을 보호하고자 하는 입법목적의 달성을 오히려 저해하므로 입법목적 달성을 위한 적합한 수단이라 할 수 없고, 비급여대상인 의약품과 의료기기를 급여대상과 달리 규정하여 기본권을 덜 제한하는 방법이 있음에도 불구하고 두 가지를 동일하게 규율하고 있어서 침해의 최소성 원칙에 위반되며 이 규정으로 인하여 국민의 건강권이라는 공공의 이익은 증대하지 않는 반면 의료인의 직업의 자유는 증대하게 제한되므로 법익의 균형성 원칙에도 위배된다. 결국 이 규정은 과잉금지원칙에 위반하여 의료인의 직업의 자유를 침해한다. 리베이트조항은 가격제도가 상이하여 본질적으로 다른 급여대상과 비급여대상을 합리적 이유 없이 동일하게 취급함으로써 평등 원칙에도 위반된다.

물수조항도 위와 동일한 이유로 수단의 적합성이 결여되어 있고, 벌금의 부과 정도

나 정당한 가격할인의 비율 등을 고려하지 않은 채 경제적 이익 전부를 몰수 또는 추징하도록 규정한 것은 침해의 최소성 원칙에 위반되며, 이 규정으로 인하여 국민의 건강권이라는 공공의 이익은 증대하지 않는 반면 의료인의 직업의 자유는 증대하게 제한되므로 법익의 균형성 원칙에도 위반된다.

의료인 면허자격이 정지된 사람도 여전히 의료인의 신분을 유지하며 그가 면허범위 내에서 의료행위를 하는 경우 이를 '면허된 것 이외의 의료행위'라고 볼 수도 없으므로 면허자격이 정지된 자가 면허범위 내에서 하는 의료행위를 무면허의료행위라고 보아서 처벌하는 무면허의료행위조항은 죄형법정주의 원칙에 위반된다.

라. 판시사항

- [1] 제23조의2 제2항 본문 중 각 '의료인이 비급여대상인 의료기기의 판매촉진을 목적으로 제공되는 경제적 이익 등을 받지 못하도록 한 부분(구 의료법 2015. 12. 29. 법률 제13658호로 개정되고, 2016. 12. 20. 법률 제14438호로 개정되기 전의 것), 구 의료법 제88조의2 전문 중 '비급여대상인 의약품 또는 의료기기에 관련된 의료인을 처벌하는 부분' 헌법 위반 여부(소극)
- [2] 제27조 제1항 본문 중 의료인이 면허자격정지기간 중에 면허된 범위 내의 의료행위를 하는 것을 금지하는 부분(의료법 2010. 1. 18. 법률 제9932호로 개정된 것), 제87조 제1항 제2호 중 제27조 제1항에 관한 부분 가운데 의료인이 면허자격정지기간 중에 면허된 범위 내의 의료행위를 하는 것을 처벌하는 부분(의료법 2009. 1. 30. 법률 제9386호로 개정되고, 2015. 12. 29. 법률 제13658호로 개정되기 전의 것) 헌법 위반 여부(소극)

마. 결정요지

(1) 리베이트조항에 대한 판단

이 사건 법률조항의 입법목적은 비급여대상인 의료기기와 관련된 리베이트 수수행위

로 인하여 의료기기 가격이 인상되고 환자에게 그 비용이 부당하게 전가되는 것을 방지하며, 의사로 하여금 환자를 위하여 최선의 의료기기를 선택하도록 유도함으로써 의료서비스의 질을 높여 국가의 보호를 받는 국민 보건에 기여하는 한편(헌법 제36조 제3항), 보건의료시장에서 공정하고 자유로운 경쟁을 확보하여 의료기기 유통질서를 투명화하기 위한 것이므로 목적의 정당성이 인정된다.

그리고 징역형이라는 제재방법은 리베이트 발생을 가장 강력하고 효과적으로 억제할 수 있다는 점에서 위와 같은 입법목적의 실현에 기여하는 적합한 수단이므로 수단의 적합성도 인정된다.

여러 의료정책이나 행정처분, 형법이나 공정거래법상의 형사처벌 규정 등을 통하여 불법 리베이트를 억제하기 위한 노력을 지속적으로 기울여왔지만 그것만으로는 리베이트를 근절하는 데 한계가 드러났고 오히려 리베이트 관행은 더욱 만연하게 되었다. 비급여대상인 의료기기라고 하더라도 정보의 비대칭성으로 인하여 의사가 의료기기를 채택하게 되면 환자는 그에 따를 수밖에 없게 되어 있고, 가격과 제공량에 대한 사회적 통제가 거의 없기 때문에 그 과정에서 리베이트가 발생하게 되면 보건의료시장에서 공정하고 자유로운 경쟁을 확보할 수 없게 되며, 의료기기 가격이 인상되어 그 부담은 고스란히 환자의 부담으로 전가되게 되어 의료서비스의 질적 수준을 떨어지게 하므로, 의약품이나 요양급여 대상인 의료기기와 관련된 리베이트 수수행위보다 그 제재의 필요성이나 가별성이 작다고 할 수도 없다. 이상의 사정들을 종합하여 보면, 이 사건 법률조항은 침해의 최소성도 인정된다. 이 사건 법률조항으로 인하여 의료인이 입게 되는 형사처벌의 불이익이 비급여대상인 의료기기와 관련된 리베이트 수수행위를 금지함으로써 달성하려고 하는 국민건강 보호, 보건의료시장에서의 공정하고 자유로운 경쟁 확보라는 공익에 비해서 결코 크다고 하기 어려우므로 법익의 균형성도 충족된다.

(2) 몰수조항에 대한 판단

현금할인이나 추가물품제공이 음성적으로 이루어져 리베이트조항에 의하여 처벌되는 이상 그로 인한 경제적 이익 역시 모두 몰수·추징하는 것은 입법목적의 달성을 위해 불가피하다 할 것이다. 몰수조항이 그 범죄의 죄질 및 이에 따른 행위자의 책임에 비

하여 지나치게 가혹한 것이라고 보기는 어려우므로, 책임과 형벌 간의 비례원칙에 위배되지 않는다.

(3) 무면허의료행위조항에 대한 판단

면허자격정지처분기간 중에 실시되는 의료행위가 의료법이 금지하는 ‘의료인이 아닌 자의 의료행위’ 또는 ‘면허된 것 이외의 의료행위’에 해당한다는 점을 능히 알 수 있다고 판단되고, 법을 해석·집행하는 기관이 무면허의료행위조항을 자의적으로 해석하거나 집행할 염려가 있다고 보기도 어려우므로, 무면허의료행위조항은 죄형법정주의원칙에 위반되지 아니한다.

바. 검토

청구인은 비급여대상인 의약품과 의료기기에 관하여 가격할인 및 할증을 통한 추가 물품제공까지 금지하는 것은 국민의 건강권을 보호하고자 하는 입법목적 달성을 오히려 저해하므로 입법목적 달성을 위한 적합한 수단이 아님을 주장하였다.

헌법재판소는 비급여대상인 의료기기의 경우 의사와 환자 간에 사적 자치에 의하여 계약을 체결하고 고지제도를 통하여 의료기기에 대한 정보가 제공되고 있음에도 불구하고 여전히 정보의 비대칭성이 존재하기 때문에 사실상 의사가 의료기기를 채택하게 되면 환자는 그에 따를 수밖에 없고, 요양급여 대상과 비급여대상이 반드시 고정적인 것도 아니고, 국민건강보험의 적용범위를 점차 확대함에 따라 비급여대상도 급여대상으로 전환되고 있으며, 의사가 임의로 환자와의 계약을 통하여 요양급여 비용을 비급여대상으로 처리할 수도 있고(임의비급여), 대법원 판례에 의하여 예외적으로 임의비급여도 합법적으로 인정되고 있는 실정이므로,²³⁾ 비급여대상인 의료기기를 요양급여 대상인 의료기기와 동일하게 보아 의료법 제23조의2 제2항을 위반한 의료인에게 징역형으로 처벌하는 것에는 합리적인 이유가 있다고 판단하였다.

23) 대법원 2012. 6. 18. 선고 2010두27639 등 전원합의체 판결.

하지만, 업무나 일상생활에 지장이 없거나, 신체의 필수적 개선 목적이 아니거나 질병 치료와 무관한 미용·성형에 대한 보험원리적 급여와 임상적 유효성이 충분히 검증되지 않아 비용효과성이 낮은 의료로 임상적 유효성 및 비용효과성이 검증되면 급여 전환이 가능한 의학적 급여, 보험원리에도 타당하고 임상적 유효성 및 비용효과성도 있지만 보험재정상 급여로 전환할 수 없는 재정적 급여는 필연적인 상황으로 모든 의료영역이 급여로 전환되는 것은 현실적으로 불가능하다.

대법원²⁴⁾에서도 의학적 판단에 의해 꼭 필요한 시술 및 치료재료, 주사제, 약제 등의 사용이 요양급여기준에 따라 급여기준에 해당되지 않고, 환자의 동의하에 ‘임의비급여’로 처리하는 경우 제한적으로 임의비급여 진료행위를 인정하고자 하는 취지의 판결을 통해 현행 건강보험제도 구조상 필연적으로 발생할 수밖에 없는 임의비급여는 의학적 필요성이 있으면서, 환자 동의 요건 등을 충족한 경우 제한적으로 허용해야 한다고 판단하였다.²⁵⁾

이처럼 임의비급여 또한 의료의 본질상 필연적이다. 의료기술의 발전으로 범규정에 목록화 되어 있지 않은 새로운 유형의 의료행위는 지속적으로 생겨나고 있고, 특히 희귀 또는 난치의 질환을 앓고 있는 환자의 수진권이나 보건권 또는 건강권이라는 관점에서서는 요양급여의 목록에 포함되어 있지 않은 다양한 방식의 치료 제공은 불가피하다.²⁶⁾

법정비급여와 임의비급여는 함께 유지될 수밖에 없는 한계가 있고, 국가 보험의료 체계 유지를 위해서는 모든 의료행위가 급여로 전환될 수 없다. 하지만, 헌법재판소는 “비급여대상도 급여대상으로 전환되고 있고, 대법원 판례를 통해 임의비급여 또한 인정하고 있으므로 비급여대상과 급여대상을 달리 볼 이유가 없어 의료법 제23조2 제2항 위반에 따른 처벌규정은 급여대상에 대한 가격 할인 및 제공뿐만 아니라 비급여대상인 의료기기도 급여대상과 마찬가지로 징역형으로 처벌할 수 있다”는 것이다. 비급여대상과 급여대상을 동일하게 볼 수 있다는 헌법재판소의 이와 같은 취지와 논리는 합리적이지 않다.

24) 대법원 2012. 6. 18. 선고 2010두27639, 27646 판결.

25) 김한나, 김계현, 이정찬, 대형병원에서의 요양급여기준 외 치료행위 인정요건에 관한 검토 -대법원 2012. 6. 18. 선고 2010두27639, 27646 판결을 중심으로-, 법학연구 제24권 제1호, 충남대학교 법학연구소, 2013, 619면.

26) 이상돈, 김나경, 의료법 강의(제4판), 법문사, 2020, 279면.

[헌재 5] 라식 소비자단체 홈페이지에 인증병원 광고를 하고 미리 책정된 금액으로 광고비를 지급한 행위가 환자유인에 해당하는지 여부

-헌법재판소 2019. 9. 26. 2017헌마327 결정²⁷⁾

[기소유예처분취소]-

가. 사안의 개요

청구인은 B가 설립하여 운영 중인 라식소비자들의 권익을 증진하는 단체인 A의 인증병원으로 등록하여 2011. 3. 23.경부터 2013. 12. 26.경까지 A를 통하여 내원한 환자 801명을 수술하였으며, 2011. 5. 27.경부터 2014. 3. 27.경까지 A의 운영자인 B의 요구대로 40회에 걸쳐 합계 151,800,000원을 B가 지정한 계좌로 송금하였다. A의 홈페이지 등에 인증병원이 되기 위해서는 매월 A 심사평가단의 정밀검사를 통과해야 하고 해당 의료진은 환자의 사소한 불편사항도 해결해야 하며, 해당 환자는 당일 수술을 넘어서 평생 동안 해당 의료진으로부터 꾸준하고 체계적인 관리를 약속받는다 는 내용, 소비자 등으로 구성된 A 심사평가단이 수술결과 안전관리, 장비점검 등 안전 관리 활동 및 인증병원 공정성 등을 감시하고 의료진의 책임감 있는 사후 처리를 감시 하는 등 공정하게 운영할 수 있도록 하고 있다는 내용 등을 게시하여야 한다.

A에 가입된 회원인 인증병원에서 라식 수술을 받으면서 '라식 보증서'를 신청하면 B는 회원에게 보증서를 우편으로 발송하고 인증병원에서 해당 보증서에 서명하도록 하는 등 의료진의 사후 관리를 약속받을 수 있도록 하여 라식 환자들의 권리를 보장한다는 내용으로 홍보하였다.

한편 B는 약 3년(2011. 7. 1.경부터 2014. 5. 19.경까지) 동안 A가 별도로 운영하

27) 헌법재판소 2019. 9. 26. 2017헌마328 결정, 헌법재판소 2019. 11. 28. 선고 2017헌마427 결정. A와 계약을 체결한 이 사건 청구인 이외의 의사들이 기소유예처분을 받았고, 이에 대하여 청구인의 평등권과 행복추구권을 침해한다는 이유로 이 사건 청구인과 동일하게 헌법소원을 제기하였다. 사건개요 및 쟁점 및 판단기준 그리고 헌법재판소의 결정 사유는 동일하다.

는 회사를 통하여 ‘A’, ‘A 인증병원’ 등을 라식과 관련된 키워드 검색 등에 노출되도록 하는 등의 광고 명목으로 광고계약을 체결하여 3,242,654,000원 상당의 금원을 지급 받았는데, 이 금원은 517회에 걸쳐 청구인을 포함하여 A와 광고계약을 체결한 총 10 곳의 인증병원 운영자들이 수회에 걸쳐 A의 요구에 따라 지급한 금액이다. 검찰은 A와 광고계약을 체결하고 B에게 돈을 지급한 의사에게 영리목적 환자 알선·소개·유인 하는 행위를 사주한 것으로 보고 의료법위반으로 기소유예처분을 하자, 청구인이 평등권과 행복추구권을 침해하였다고 하여 헌법소원을 제기하였다. 헌법재판소는 청구인에 대한 기소유예처분이 청구인의 평등권과 행복추구권을 침해한다고 결정하였다.

나. 청구인의 주장요지

청구인은 청구인 운영 병원을 라식소비자들의 권익을 증진하는 단체인 A의 인증병원으로 등록하고, A를 통해 병원에 내원한 환자들을 상대로 라식수술 등 의료행위를 하면서 수술 후 부작용 등을 보상하는 내용의 보증서를 발급해 주었을 뿐 A나 환자 등에 환자 유인 등에 대한 대가를 지급하거나, A 운영자인 B에게 영리 목적의 환자 소개·유인·알선행위 등을 사주한 바 없다. 단지, A에 관한 광고를 통해 병원을 간접적으로 홍보하기 위하여 B에게 광고비를 지급한 적이 있을 뿐이다. 나아가 A 역시 비영리소비자단체로 인터넷 등으로 라식 소비자 권리 등을 강화하는 활동을 홍보한 것이고 특정 환자 등에게 금품 등을 제공하여 유인하거나 허위광고 등으로 소비자들을 기망하는 등 병원 간 비합리적인 경쟁을 유발하거나 의료시장의 질서를 해친 바도 없다. 따라서 피청구인의 이 사건 기소유예처분은 청구인의 평등권과 행복추구권을 침해한다.

다. 판시사항

- [1] A 운영자인 B의 행위가 영리를 목적으로 이 사건 병원에 환자를 소개·알선·유인하도록 사주한 행위에 해당하여 의료법 위반인지 여부(소극)

라. 결정요지

[1] 헌법재판소는 B는 A에 대한 광고를 통해 청구인 운영병원을 포함한 A 인증병원 에 대하여 간접적으로 의료광고를 한 것이고, 청구인이 B에게 지급한 광고비는 위 광고계약에 따른 대금일 뿐 환자 소개 등의 대가라고 볼 수 없어 청구인이 의료법 제27조 제3항 본문에서 명문으로 금지하는 금품 제공 등을 하였다고 볼 만한 증거를 발견할 수 없다. 또한, A에서 광고한 A 보증서나 A 인증병원이 유명무실하거나 라식 소비자들에게 아무런 도움이 되지 않았다고 볼 수 없고 B의 A 보증서나 인증병원 등을 내세우며 라식 소비자들의 권리를 증진하는 것처럼 포장하거나 허위 광고를 하여 소비자들을 기망하는 등 A 인증병원과 그렇지 않은 병원들 간의 비합리적인 경쟁을 유발하였거나 의료수준의 저하를 불러올 정도의 경쟁을 야기하여 의료시장의 질서를 근본적으로 해하였다고 볼 수 없어 검사의 기소유예처분은 중대한 수사미진 또는 증거판단의 잘못이 있고 의사들의 평등권과 행복추구권이 침해되었다고 하여 검사의 기소유예처분을 취소한다.

마. 검토

1) 의료광고와 환자유인행위

의료법은 1951년 국민의료법으로 제정된 이래 의료광고에 대해 ‘원칙적 금지, 예외적 허용’ 방식을 취함으로써 의료광고를 금지하여 왔다. 하지만, 헌법재판소²⁸⁾가 특정 의료기관이나 특정 의료인의 기능·진료방법에 관한 광고금지 조항이 헌법상 비례의 원칙을 위배하여 표현의 자유와 직업수행의 자유를 침해한다는 이유로 위헌 결정을 내림에 따라, 2007년 의료법이 개정되었다. 개정 의료법은 기존과 달리 ‘원칙적 허용, 예외적 금지’ 방식으로 금지사유를 규정하는 네거티브 방식으로 변경되어 의료광고가 일반적으로 허용되기에 이르렀다. 이로써, 의료법 제27조 제3항을 통해 환자유인행위를 금지하면서 의료광고는 원칙적으로 허용된 것이다.

28) 현재 2005. 10. 27. 선고 2003헌가3 결정.

의료광고는 의료법 제27조 제3항의 예시 규정에 해당하는 경우가 아니더라도 의료 시장 질서를 현저히 해칠 우려가 있는 경우는 환자유인행위에 해당하여 처벌의 대상이 될 수 있다. 정보통신 기술의 발달 등으로 인해 의료광고의 방법이 다양화되고 세분화됨에 따라 의료시장 질서를 현저히 해치는 정도에 대한 명확한 기준 없이 각 사안 별로 판례와 보건복지부의 유권해석에 의존하고 있어 의료현장에서 느끼는 수범자의 혼란이 가중되고 있다.

2) 인터넷 광고를 통한 비급여 항목 할인·면제 행위와 환자유인행위

2019년에도 영리목적 환자유인행위와 의료광고가 복합적으로 문제된 사안에 대한 대법원 판결과 헌법재판소의 결정이 있었고, 판례와 현재 결정 모두 비급여 항목 할인·면제와 관련된 인터넷 광고였다. 통신의 발달로 인해 인터넷 광고는 의료광고의 중요한 수단이 되었다.

인터넷 광고의 수단으로는 온라인 검색·배너광고, 홈페이지나 블로그를 이용한 방식이 활용되고 있다. 그러한 가운데 2019년에는 ‘앱’을 통한 비급여 항목 진료 및 치료비 할인 및 면제행위가 의료법 제27조 제3항이 금지하는 환자유인행위에 해당하는지에 대하여 시장 경제 질서를 해할 수 있다고 판단한 보건복지부의 유권해석²⁹⁾이 있었다.

의료법 제27조 제3항에서는 명문으로 건강보험이 적용되지 않는 비급여 항목의 할인 및 면제 행위를 환자유인행위로 규정하고 있지는 않다. 하지만, 의료법 제56조 제2항 제13호에서는 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있는 방법으로 비급여 진료비용을 할인하거나 면제하는 내용의 광고를 금지하고 있다.

헌법재판소와 대법원은 의료광고가 태생적으로 상업성 내지 영리추구성을 지니고 있고 의료시장 질서내에서도 자유시장경쟁이 내포되어 있음을 부정할 수 없음에도, 의료

29) 성형 어플리케이션에 대한 보건복지부 유권해석(보건의료정책과-7292호, 2019. 10. 29.)

무분별한 비급여 가격 할인, 이벤트 제공, 객관적인 근거 없는 치료경험담 제공, 객관적 근거에 기하지 않은 의료기관 정보를 제공하고 있는 강OOO, 바OO, 미OOO, 미OO 등의 앱과 관련하여, 영업방식이 단순한 광고 대행 서비스에 그치는 것이 아니라 소비자 유치 대가로 수수료를 지급 받는 등의 형태로 환자와 의료기관 간 편의를 도모하고 의료기관 간 과당경쟁을 심화시키는 등 의료법 제27조 제3항에 저촉될 소지가 높을 것으로 사료됨.

의 과다경쟁으로 의료의 질이 저하되는 것으로부터 국민의 건강권을 보호하고 공보협체제를 유지하기 위해 의료광고를 활용한 환자유인행위를 억제하여야 할 필요는 여전히 존재하는 것으로 보고 있다.³⁰⁾ 이에, 대법원과 헌법재판소는 이를 양립시키기 위해 명문 규정을 넘어선 판단기준을 생성해 낸 것으로 보인다.³¹⁾

3) 헌재 결정 검토

헌법재판소는 「의료광고는 그 성질상 기본적으로 환자를 유인하는 성격을 지니고 있어 이를 의료법 제27조 제3항에서 금지하는 환자유인행위에 해당한다고 하면 의료인의 직업수행의 자유 및 표현의 자유는 물론이고 의료소비자의 ‘알 권리’를 지나치게 제약하고 나아가 새로운 의료인이 의료시장에 진입하는 것을 제한함으로써 의료인의 경쟁을 통한 건전한 발전을 저해할 우려가 적지 아니하므로 의료광고에 대한 관계에서는 위 법규정에서 금지하는 환자유인행위를 제한적으로 해석할 필요가 있음을 전제로 한다.

헌법재판소는 B는 A에 대한 광고를 통해 청구인 운영병원을 포함한 A 인증병원에 대하여 간접적으로 의료광고를 한 것이고, **청구인이 B에게 지급한 광고비는 위 광고계약에 따른 대금일 뿐 환자 소개 등의 대가라고 볼 수 없어** 청구인이 의료법 제27조 제3항 본문에서 명문으로 금지하는 금품 제공 등을 하였다고 볼 만한 증거를 발견할 수 없다고 보았다. 또한, A에서 광고한 A 보증서나 A 인증병원이 유명무실하거나 라식 소비자들에게 아무런 도움이 되지 않았다고 볼 수 없고 B의 A 보증서나 인증병원 등을 내세우며 라식 소비자들의 권리를 증진하는 것처럼 포장하거나 허위 광고를 하여 소비자들을 기망하는 등 A 인증병원과 그렇지 않은 병원들 간의 비합리적인 경쟁을 유발하였거나 의료수준의 저하를 불러올 정도도의 경쟁을 야기하여 의료시장의 질서를 근본적으로 해하였다고 볼 수 없어 검사의 기소유예처분은 중대한 수사미진 또는 증거판단의 잘못이 있고 의사들의 평등권과 행복추구권이 침해되었다고 하여 검사의 기소

30) 박민, 의료광고의 문제점 -의료법 시행령과 시행규칙 개정안을 중심으로, 현대공법이론의 제문제, 천봉 석중현 박사 회갑기념논문집편집위원회, 2003, 934-935면.

31) 백경희, 인터넷 의료광고를 활용한 환자 유인행위에 관한 우리나라 판례 동향 및 법정책 방향에 관한 고찰, 동아법학 제87호, 동아대학교 법학연구소, 2020, 152면.

유예처분을 취소하는 결정을 하였다.

헌법재판소의 이와 같은 결정에는 B가 청구인에게 요구한 광고비를 특정할 때 인증병원 별로 보증서 발급 수, 병원 규모 등을 고려하여 인증병원 중 일부 병원과 광고계약을 체결하고, 매월 A를 통해 내원하여 수술한 환자 수를 토대로 하되 병원 규모나 의료진의 수를 감안하여 각 병원별로 비율을 정하고, 매월 산출되는 광고비용을 해당 비율로 나누는 방식으로 각 병원별로 분담할 광고비를 책정하였고, 이 과정에서 B가 환자들이 해당 병원에 지급한 진료비의 일정비율을 고려하지 않았고, 수술환자의 수 또는 수술 건수 당 일정 금액으로 계산하지 않은 점, B가 모든 인증병원으로부터 금원을 받은 것은 아니고 광고계약을 체결한 인증병원으로부터 그 광고계약에 따라 금원을 지급받았다는 점, B는 A 홈페이지를 방문한 환자들에게 진료비 할인 등 직접적인 이익이나 금품 등을 제공하는 방법으로 A나 인증병원을 광고하지 않았고, 인증병원 중 구체적인 개별 병원과 환자들을 연계하지도 않았다는 점 등이 종합적으로 고려된 것이다.

헌법재판소의 결정을 통해 현행 의료법 하에서 허용될 수 있는 제3자를 통한 광고 행위의 한계를 넓혀 준 것으로 이해된다. 사례별로 개별적 상황을 고려하여 의료법 제 27조 제3항에 해당하는지를 판단하고 있음을 알 수 있다.

의료광고는 그 성질상 기본적으로 환자를 유인하는 성격을 지니고 있어 엄격하게 제한하는 것은 의료광고를 허용하고 있는 입법 취지와 맞지 않을 수 있고, 의료소비자인 환자의 알 권리 신장과 의료인 및 광고대행업자의 직업수행 자유의 보호 측면에서도 엄격한 제한은 적절하지 않을 수 있다. 하지만 의료의 지닌 특성으로 인해 허위 또는 과장광고로 인한 피해가 발생할 수도 있고, 사람의 생명, 건강과 밀접한 관련이 있어 제한이 필요하기도 하다.³²⁾

32) 유현정, 금지되는 기사성 의료광고의 한계, 의료법학 제13권 제2호, 대한의료법학회, 2012, 165면.

[헌재 6] 응급의료종사자의 업무 방해 금지를 ‘그 밖의 방법’으로 규정한 것이 죄형법정주의의 명확성 원칙에 위배되는지 여부

-헌재 2019. 9. 28. 2018헌바128 결정

[응급의료에 관한 법률 제12조 위헌소원]-

가. 사안의 개요

청구인은 2015. 12. 6. 12:50경부터 같은 날 14:00경 사이에 대학병원 응급의료센터에 방문하여 진료를 받던 중 응급의료종사자의 응급환자에 대한 진료를 방해하였다는 범죄사실로 벌금 300만 원의 약식명령을 받고(수원지방법원 2016고약13524), 정식재판을 청구하여 2017. 1. 26. 벌금 300만 원을 선고받았다(수원지방법원 2016고정1672). 이에 청구인이 항소하였으나 2017. 7. 7. 그 항소가 기각되었다(수원지방법원 2017노1082). 청구인은 위 항소심 판결에 대하여 상고하였고, 그 상고심 계속 중 ‘응급의료에 관한 법률’(이하 ‘응급의료법’이라 한다) 제12조에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였다. 대법원은 2017. 10. 31. 상고를 기각함(대법원 2017도11764)과 동시에 청구인의 위헌법률심판제청신청을 기각하였다(대법원 2017초기742). 청구인은 2018. 2. 22. 응급의료법 제12조가 위헌이라고 주장하며 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판대상

1) 심판대상 조문

응급의료에 관한 법률(2012. 5. 14. 법률 제11422호로 개정된 것)

제12조(응급의료 등의 방해 금지) **누구든지** 응급의료종사자(「의료기사 등에 관한 법률」 제2조에 따른 의료기사와 「의료법」 제80조에 따른 간호조무사를 포함한다)의 응급환자에 대한 구조·이송·응급처치 또는 진료를 폭행, 협박, 위계(僞計), 위력(威力), 그 밖의 방법으로 방해하거나 의료기관 등의 응급의료를 위한 의료용 시설·기재(機材)·의약품 또는 그 밖의 기물(器物)을 파괴·손상하거나 점거하여서는 아니 된다.

구 응급의료에 관한 법률
(2015. 1. 28. 법률 제13106호로 개정되고, 2019. 1. 15. 법률 제16252호로 개정되기 전의 것)

제60조(벌칙) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.

1. 제12조를 위반하여 **응급의료**를 방해하거나 의료용 시설 등을 파괴·손상 또는 점거한 사람

2) 주요 관련 조항

응급의료에 관한 법률(2015. 1. 28. 법률 제13106호로 개정된 것)

제2조(정의) ① 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. “응급환자”란 질병, 분만, 각종 사고 및 재해로 인한 부상이나 그 밖의 위급한 상태로 인하여 즉시 필요한 응급처리를 받지 아니하면 생명을 보존할 수 없거나 심신에 중대한 위해(危害)가 발생할 가능성이 있는 환자 또는 이에 준하는 사람으로서 보건복지부령으로 정하는 사람을 말한다.
2. “응급의료”란 응급환자가 발생한 때부터 생명의 위험에서 회복되거나 심신상의 중대한 위해가 제거되기까지의 과정에서 응급환자를 위하여 하는 상담·구조(救助)·이송·응급처치 및 진료 등의 조치를 말한다.
4. “응급의료종사자”란 관계 법령에서 정하는 바에 따라 취득한 면허 또는 자격의 범위에서 응급환자에 대한 응급医료를 제공하는 의료인과 응급구조사를 말한다.

다. 청구인의 주장요지

이 사건 심판대상조항은 ‘누구든지’ 응급의료 행위를 방해한 자를 처벌하도록 규정하여 응급환자 본인까지 수범자에 포함시키고 있는데, 그 결과 응급医료를 받기 원하지 않는 응급환자도 응급의료종사자에게 복종하여야 한다는 해석이 도출되어 응급환자 본인의 자기결정권을 침해한다. 이 사건 각 심판대상조항이 응급환자 본인까지 수범자에 포함시키며 응급의료에 대한 방해 행위를 광범위하게 규정하여, 범죄의 경중이나 고의성의 유무를 고려하지 않은 채 응급환자가 응급의료종사자의 응급의료 행위에 복종하지 않은 어떠한 경우라도 위 법률조항으로 처벌이 가능하도록 하고 있어 과잉금지 원칙에 위반된다. 이 사건 각 심판대상 조항 중 응급의료종사자의 응급환자에 대한 진료를 ‘그 밖의 방법’으로 방해하는 행위를 처벌하도록 규정한 부분은 형벌규정의 명확성 원칙에 위반된다.

라. 판시사항

- [1] ‘응급의료에 관한 법률’(2012. 5. 14. 법률 제11422호로 개정된 것) 제12조 중 ‘누구든지 응급의료종사자의 응급환자에 대한 진료를 폭행, 협박, 위계, 위력, 그 밖의 방법으로 방해하여서는 아니된다’는 부분(이하 ‘이 사건 금지조항’이라 한다) 가운데 ‘그 밖의 방법’ 부분이 죄형법정주의의 명확성 원칙에 위반되는지 여부(소극)
- [2] ‘이 사건 금지조항’과 구 ‘응급의료에 관한 법률’(2015. 1. 28. 법률 제13106호로 개정되고, 2019. 1. 15. 법률 제16252호로 개정되기 전의 것) 제60조 제1항 제1호 중 이 사건 금지조항을 위반하여 ‘응급의료를 방해한 사람’에 관한 부분(이하 ‘이 사건 처벌조항’이라 하며, 위 두 조항을 통틀어 ‘이 사건 각 심판대상조항’이라 한다)이 응급환자의 자기결정권 내지 일반적 행동자유권을 제한하는지 여부(소극)
- [3] 이 사건 각 심판대상조항이 과잉형벌에 해당하는지 여부(소극)

마. 결정요지

- [1] 이 사건 금지조항은 응급의료종사자의 응급환자에 대한 진료를 방해하는 행위를 금지함으로써 응급의료종사자의 응급의료 업무와 응급 상황에 있는 환자의 신체와 건강을 보호하고자 하는 데 그 취지가 있다. 또한 이 사건 금지조항의 규율 대상인 ‘그 밖의 방법’은 급박한 생명 또는 신체에 위협이 있는 응급환자에 대한 진료 등에 지장을 줄 만한 행위로 한정된다. 입법자는 ‘그 밖의 방법’이라는 일반적인 개념을 사용하여 응급의료법을 통하여 제재하여야 할 방해 행위의 대상을 넓게 규정하며 그 해석의 판단지침이 될 만한 구체적인 예시로 폭행, 협박, 위계, 위력을 나열하고 있고, 이는 공통적으로 응급의료종사자에게 유·무형의 방법으로 영향력을 행사하여 즉시 필요한 응급의료를 받아야 하는 응급환자에 대한 진료 등에 지장을 주거나 지장을 줄 위험을 발생하게 할 만한 행위이다. 그러므로 이 사건 금지조항 중 ‘그 밖의 방법’이 규율하고 있는 대상은 ‘폭행’, ‘협

박', '위력', '위계'에 준하는 것으로 볼 수 있을 정도의 것으로 응급의료종사자에게 유·무형의 방법으로 영향력을 행사하여 응급환자에 대한 진료에 지장을 주거나 지장을 줄 위험을 발생하게 할 만한 행위라고 봄이 타당하다. 따라서 이 사건 금지조항의 '그 밖의 방법' 부분은 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 위반된다고 할 수 없다.

- [2] 이 사건 각 심판대상조항은 응급환자 본인의 의료에 관한 자기결정권을 직접 제한하거나 그러한 제한을 규범의 목적으로 하고 있지 않다. 또한, 응급환자 본인의 행위가 응급환자의 생명과 건강에 중대한 위해를 가할 우려가 있어 사회통념상 용인될 수 없는 정도의 것으로 '응급진료 방해 행위'로 평가되는 경우 이는 정당한 자기결정권 내지 일반적 행동 자유의 한계를 벗어난 것이므로, 이를 다른 응급진료 방해 행위와 마찬가지로 금지하고 형사처벌의 대상으로 한다고 하여 자기결정권 내지 일반적 행동의 자유의 제한의 문제가 발생하는 것은 아니다.
- [3] 응급환자의 생명과 건강을 보호하기 위하여 응급환자 본인을 포함한 누구라도 폭행, 협박, 위력, 위계, 그 밖의 방법으로 응급의료종사자의 응급환자에 대한 진료를 방해하는 행위를 하는 것을 금지하는 것은 그 입법목적이 정당하고, 이를 위반할 경우 형사처벌을 하는 것은 적절한 수단이며, 형벌 외의 다른 제재수단으로는 이 사건 각 심판대상조항의 입법목적에 같은 수준으로 달성하기 어렵다. 이 사건 처벌조항의 법정형은 5년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금으로 징역형과는 별도로 벌금형을 규정하고 있고, 법정형에 하한을 두지 않아 여러 양형조건을 고려하여 그 행위의 위법 정도와 행위자의 책임에 비례하는 형벌을 부과하는 것이 가능하므로 이 사건 처벌조항이 과중한 형벌을 규정하고 있다고 볼 수 없다. 따라서 이 사건 각 심판대상조항은 과잉형벌에 해당한다고 할 수도 없다.

바. 검토

지난 2019년 보건복지부가 실시한 의료기관 폭력실태조사에 의하면 최근 3년 간 병

원의 약 11.8%, 의원의 약 1.8%에 해당하는 의료기관에서 의료인 폭행 등 사건이 발생하였다. 응급실과 의료기관에서의 의료인 폭행 사건이 지속해서 증가하고 있으며, 환자 및 환자 보호자가 가해를 한 경우가 병원 90.1%, 의원 85.1%로 대다수를 차지하고 있다. 특히, 병원에 근무하는 자 중 응급의학과가 62.1%로 폭행 등 사건 경험 비율이 가장 높았다.³³⁾ 응급실을 비롯한 의료기관에서 일어나는 폭력은 의료인뿐 아니라 국민 건강과 직결되는 문제로 사회적 위험 관리 차원에서 국가적 노력이 필요한 부분이다. 정부는 그간 환자의 안전·건강 보호 및 응급실 폭행 예방을 위해 환자 안전관리 체계를 확립하고 응급실 안전관리 강화를 추진하였다.

또한, 응급실에서 응급의료종사자를 폭행하여 상해 또는 사망에 이르게 한 사람은 가중하여 처벌하는 응급의료법이 개정되었으며, 응급실이 아닌 진료실에서도 의료인 폭행 시 가중 처벌하는 의료법 또한 개정되어 시행 중이다.

응급의료법은 국민들이 응급 상황에서 신속하고 적절한 응급의료를 받을 수 있도록 하여 응급환자의 생명과 건강을 보호하고 국민의료를 적절하게 함을 목적으로 하고, 응급의료종사자가 응급 상황에 있는 환자 진료를 방해하는 것은 응급의료종사자의 업무수행에 지장을 주는 것일 뿐만 아니라 응급환자의 생명과 건강에 치명적인 위해를 가할 수 있는 행위이다.

이 사건 금지조항은 응급의료종사자의 응급환자에 대한 진료를 방해하는 행위를 금지함으로써 응급의료종사자의 응급의료 업무와 응급 상황에 있는 환자의 신체와 건강을 보호하고자 하는 데 그 취지가 있다.

헌법재판소는 응급의료법의 입법 취지, 규정형식 및 문언의 내용을 종합하여 볼 때, 건전한 상식과 통상적인 법 감정을 가진 일반인이라면 구체적인 사건에서 어떠한 행위가 이 사건 금지조항의 ‘그 밖의 방법’에 의하여 규율되는지 충분히 예견할 수 있고, 이는 법관의 보충적 해석을 통하여 확정될 수 있는 개념으로 ‘그 밖의 방법’ 부분은 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 위반된다고 볼 수 없다고 결정하였다.

현재의 이와 같은 결정은 응급실에서 일어나는 업무 방해 행위 근절 필요성과 안전

33) 관계부처 합동, ‘안전한 진료환경 조성 방안’ 출입기자 설명자료, 2019. 4. 4, 4면.

한 진료환경 마련을 통한 국민 안전 확보가 시급한 현실을 잘 반영한 것이라 할 수 있다. 응급환자에 대한 진료를 방해하는 행위는 급박한 상태에 있는 응급환자의 생명 내지 심신의 위협에 직·간접적으로 영향을 미칠 가능성이 높으므로 처벌의 필요성이 인정된다. 또한 응급 상황에 있는 환자의 신체와 건강을 보호하고자 하는 이 사건 심판 대상조항의 입법목적을 충분히 달성하기 위해서는 폭행·협박·위계·위력뿐만 아니라 그와 같은 행위 유형으로 포섭되지 않는 ‘그 밖의 방법’에 의한 방해 행위까지 규율해야 할 필요가 있다.³⁴⁾

34) 2019년 분야별 중요판례분석, 법률신문, 2020. 5. 7. available at. <https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?serial=161012>(last visited. 2020. 12. 1).

[헌재 기] 만성신부전증환자에 대한 외래 혈액투석을 정액수가로 규정한 ‘의료급여수가의 기준 및 일반기준’ 제7조 위헌 확인

-헌재 2020. 4. 23. 2017헌마103 결정

[의료급여수가의 기준 및 일반기준 제7조 제1항 본문 등 위헌확인]-

가. 사안의 개요

청구인 정○○은 2016. 2. 26. 의사면허를 취득한 의사, 청구인 김○○은 2008. 4. 28. 의사면허를 취득하고 2016. 3. 2. 내과전문의자격을 취득한 의사, 청구인 한○○은 2010. 3. 24. 의사면허를 취득하고 2015. 3. 2. 내과전문의자격을 취득하였으며 대한신장학회로부터 2016. 7.부터 2021. 6.까지 신장투석전문의자격을 인정받은 의사이고, 청구인 진○○은 2016. 2. 17. 의료급여 1종 수급권자의 자격을 취득하여 외래 혈액투석을 받고 있는 만성신부전증환자이다.

청구인들은, ‘의료급여수가의 기준 및 일반기준’ 제7조 제1항 본문, 제2항 본문이 만성신부전증환자의 외래 혈액투석에 대한 의료급여수가를 정액수가로 규정하여 의사인 청구인 정○○, 김○○, 한○○(이하 ‘의사인 청구인들’이라 한다)와 의료급여 수급권자인 청구인 진○○(이하 ‘수급권자인 청구인’이라 한다)의 헌법상 보장된 기본권을 침해한다고 주장하면서, 2017. 2. 7. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판대상

이 사건 심판대상은 만성신부전증환자에 대한 외래 혈액투석의 의료급여수가의 기준을 정액수가로 규정한 ‘의료급여수가의 기준 및 일반기준’(2016. 12. 30. 보건복지부 고시 제2016-272호, 이하 ‘의료급여수가기준’이라 한다) 제7조 제1항 본문, 제2항 본문(이하 제7조 제1항 본문을 ‘정액수가조항’, 제2항 본문을 ‘정액범위조항’이라 하고,

위 조항들을 총칭하여 '심판대상조항'이라 한다)이 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부이다.

1) 심판대상 조문

의료급여수가의 기준 및 일반기준(2016. 12. 30. 보건복지부고시 제2016-272호)

제7조(혈액투석수가) ① 만성신부전증환자가 외래 혈액투석시에는 의료급여기관종별에 불구하고 1회당 146,120원(코드 O9991)의 정액수가로 산정한다. (단서 생략)
 ② 외래 1회당 혈액투석 정액수가에는 진찰료, 혈액투석수기료, 재료대, 투석액, 필수경구약제 및 Erythropoietin제제 등 투석당일 투여된 약제 및 검사료 등을 포함한다. (단서 생략)

2) 주요 관련 조항

의료급여법(2013. 6. 12. 법률 제11878호로 개정된 것)

제7조(의료급여의 내용 등) ① 이 법에 따른 수급권자의 질병·부상·출산 등에 대한 의료급여의 내용은 다음 각 호와 같다.
 1. 진찰·검사
 2. 약제(藥劑)·치료재료의 지급
 3. 처치·수술과 그 밖의 치료
 4. 예방·재활
 5. 입원
 6. 간호
 7. 이송과 그 밖의 의료목적 달성을 위한 조치
 ② 제1항에 따른 의료급여의 방법·절차·범위·한도 등 의료급여의 기준에 관하여는 보건복지부령으로 정하고, 의료수가기준과 그 계산방법 등에 관하여는 보건복지부장관이 정한다.
 ③ 보건복지부장관은 제2항에 따라 의료급여의 기준을 정할 때에는 업무 또는 일상생활에 지장이 없는 질환 등 보건복지부령으로 정하는 사항은 의료급여 대상에서 제외할 수 있다.

다. 청구인의 주장요지

정액수가조항은 모범이 예정하고 있는 행위별수가 또는 포괄수가를 벗어나 정액수가를 규정함으로써 위임범위를 이탈하였으므로 정액범위조항은 불명확한 개념을 사용하여 정액수가가 적용되는 혈액투석행위의 구체적인 범위를 예측하기 어려우므로 명확성 원칙에 위배된다.

정액수가조항은 만성신부전증환자에 대한 외래 혈액투석 의료급여수가를 정액수가로 규정하면서 의료 환경의 변화와 소비자물가상승, 최저임금상승에 따른 비용의 증가 등을 전혀 반영하지 못한 채 진료원가의 80%에 불과한 낮은 금액을 유지하고 있고, 환자에 따라 진료내용과 투여되는 약제의 종류가 달라 그 비용에 상당한 차이가 있음에도 정액범위조항에 의하여 모든 비용이 일률적으로 정액수가에 포함된다. 이로 인하여 의사인 청구인들은 적절한 진료비용을 지급받지 못하고 진료의 자유가 제한되어 직업수행의 자유와 재산권 및 평등권 등을 침해받고, 수급권자인 청구인은 충분한 진료를 받을 수 없게 되어 보건권과 평등권 등을 침해받는다.

라. 판시사항

- [1] 만성신부전증환자에 대한 외래 혈액투석 의료급여수가의 기준을 정액수가로 규정한 ‘의료급여수가의 기준 및 일반기준’(2016. 12. 30. 보건복지부고시 제 2016-272호, 이하 ‘의료급여수가기준’이라 한다) 제7조 제1항 본문(이하 ‘정액수가조항’이라 한다)이 법률유보원칙에 위배되는지 여부(소극)
- [2] 혈액투석 정액수가에 포함되는 비용의 범위를 정한 의료급여수가기준 제7조 제2항 본문(이하 ‘정액범위조항’이라 한다, 정액수가조항과 정액범위조항을 총칭하여 ‘심판대상조항’이라 한다)이 명확성원칙에 위배되는지 여부(소극)
- [3] 심판대상조항이 의사인 청구인들의 직업수행의 자유를 침해하는지 여부(소극)
- [4] 심판대상조항이 수급권자인 청구인의 인간다운 생활을 할 권리 내지 보건권을 침해하는지 여부(소극)
- [5] 심판대상조항이 수급권자인 청구인의 의료행위선택권을 침해하는지 여부(소극)

마. 결정요지

- [1] 의료급여수가기준은 전문적이고 정책적인 영역이어서 구체적인 수가기준을 반드시 법률로 정하여야 한다거나 의료급여법 등 상위법령이 행위별수가나 포괄수가

만을 예정하고 있다고 볼 수 없다. 정액수가조항은 의료급여법 등 상위법령의 위임에 따라 의료수가기준과 그 계산방법을 정한 것이어서 법률유보원칙에 위배되지 않는다.

- [2] 정액범위조항에 사용된 '등'은 열거된 항목 외에 같은 종류의 것이 더 있음을 나타내는 의미로 해석할 수 있고, 다른 조항과의 유기적·체계적 해석을 통해 그 적용범위를 합리적으로 파악할 수 있으므로, 명확성원칙에 위배되지 않는다.
- [3] 심판대상조항의 정액수가제는 혈액투석 진료비용이 급증하는 상황에서 재정안정성을 확보하여 적합하고 지속가능한 의료급여가 제공될 수 있도록 도입된 수가 기준으로서 목적의 정당성과 수단의 적합성이 인정된다. 혈액투석 진료는 비교적 정형적이고, 대체조제의 가능성, 정액수가에 포함되지 아니하는 진료비용 등이 인정되는 점을 고려하면, 의사의 직업수행의 자유에 대한 제한은 최소화된다고 볼 수 있다. 심판대상조항으로 의사가 입게 되는 불이익이 한정된 재원의 범위에서 최적의 의료서비스를 공급하려는 공익에 비하여 더 크다고 볼 수 없다. 심판대상조항은 의사의 직업수행의 자유를 침해하지 않는다.
- [4] 심판대상조항은 의료급여의 수준이 국가가 실현해야 할 객관적 내용의 최소한도의 보장에도 이르지 못하였다거나, 국가가 국민의 보건권 등을 보호하는 데 적절하고 효율적인 최소한의 조치를 취하지 아니하였다고 볼 수 없다. 심판대상조항은 수급권자인 청구인의 인간다운 생활을 할 권리 내지 보건권을 침해하지 않는다.
- [5] 한정된 의료급여재정의 범위 내에서 적정하고 지속적인 의료서비스를 제공하고, 의료의 질을 유지할 수 있는 방법으로 현행 정액수가제와 같은 정도로 입법목적 을 달성하면서 기본권을 덜 제한하는 수단이 명백히 존재한다고 보기 어렵고, 의료급여 수급권자가 입게 되는 불이익이 공익보다 크다고 볼 수도 없다. 심판대상조항은 수급권자인 청구인의 의료행위선택권을 침해하지 않는다.

[재판관 이은애, 재판관 김기영, 재판관 문형배의 판시사항 다. 마. 부분에 관한 반대의견]

심판대상조항에 의한 정액수가는 건강보험환자에 대한 평균진료비용의 80%에도 미치지 못하는 낮은 금액으로 20년 가까이 큰 변화 없이 유지되고 있다. 또 현행 정액수

가제는 환자의 개별적인 상태에 따른 진료의 차이를 고려하지 아니한 채 일률적으로 같은 수가를 규정하고 있을 뿐만 아니라, 환자의 상태에 맞는 진료 결과 정액수가를 초과하는 비용이 발생한 경우에도 의사는 초과비용을 지급받을 수 없다. 현행 정액수 가제는 의사로 하여금 최선의 진료가 아니라 정액수가의 범위 내에서 이익을 극대화할 수 있는 최소한의 진료만을 하도록 유인하는 결과를 낳고 있다. 심판대상조항은 재정의 안정성을 도모하면서도 의사의 진료재량에 대한 제한을 최소화할 수 있는 대안에 관한 고려 없이 일률적·획일적으로 정액수가를 적용함으로써 침해의 최소성과 법익의 균형성을 갖추지 못하였다. 따라서 심판대상조항은 과잉금지원칙에 반하여 의사인 청구인들의 직업수행의 자유를 침해한다.

의료급여 수급권자도 진료계약의 당사자로서 진료계약에 따른 유효적절한 의료서비스를 제공받을 권리가 있고, 인격권과 행복추구권에서 도출되는 자기결정권의 하나로써 의료행위선택권을 가진다. 그런데 현행 정액수가제는 재정의 한계를 이유로 외래 혈액투석진료를 받는 수급권자에 대하여 정액수가를 벗어나는 의료서비스를 선택할 수 있는 가능성을 완전히 차단하고 있다. 이에 따라 수급권자로서는 의료급여의 범위 내에서 진료를 받을 것인지, 아니면 본인이 일부 또는 전부의 비용을 부담하여 추가적인 진료를 받을 것인지조차 선택할 수 없다. 심판대상조항은 수급권자에 대하여 정액수가를 벗어나는 최소한의 선택권조차 보장하지 아니함으로써 침해의 최소성과 법익의 균형을 갖추지 못하였다. 심판대상조항은 과잉금지원칙에 반하여 수급권자인 청구인의 의료행위선택권을 침해한다.

바. 검토

의료보장제도에서 진료수가는 의료보장체제의 근간을 이루는 매우 중요한 요소이다. 우리나라의 의료보장제도는 국민건강보험제도와 의료급여제도로 크게 구분할 수 있다.

국민건강보험법은 진료수가의 결정방식에 관하여 계약제를 채택하였고, 그 계약의 내용은 상대가치점수에 대한 점수당 단가를 정한 것으로 건강보험요양급여비용은 매년 물가상승과 경제 상황 등을 고려하여 조정된다.

하지만 혈액투석 정액수가제를 규정한 의료급여수가기준 제7조로 인해 상대가치점수제에 따라 매년 수가가 조정되는 다른 진료와 달리 의료급여 수급권자(환자)들에 대한 혈액투석 외래수가는 정액으로 고정되어 있어 보건복지부장관이 별도로 개정해서 고시하지 않는 한 의료기관에서는 몇 년이 지나도 한번 지정된 금액만을 받아야 한다.³⁵⁾

이에 따라 새로운 의료기술이나 의약품, 치료재료가 있더라도 이러한 비용을 반영한 수가를 받을 수 없게 되고,³⁶⁾ 정액수가에는 혈액투석 당일 실시한 모든 진료행위와 약제, 치료재료 비용이 포함되기 때문에 혈액투석 이외에 다른 질환에 대한 치료가 실시된 경우에도 그에 따른 비용을 별도로 청구할 수 없다.

헌법재판소의 반대이견처럼 의료급여 수급권자에게 유효적절한 의료서비스를 제공받을 권리를 침해하고, 재정의 한계를 이유로 수급권자에게 정액수가를 벗어나는 의료서비스를 선택할 수 있는 가능성을 차단하고 있어 심판대상조항은 수급권자에 대하여 정액수가를 벗어나는 최소한의 선택권조차 보장하지 못하고 있다. 또한 이 사건 정액수가조항은 의사의 진료재량에 대한 제한을 최소화할 수 있는 대안을 마련하고 있지 않아 의료인의 직업수행의 자유를 침해한다.

이처럼 현행 정액수가제에는 상당한 위헌적 요소들이 내재해 있어 이러한 요소를 제거하여 합리적으로 제도를 운영할 필요가 있다. 그 방안으로 정액수가제를 폐지하고 국민건강보험이나 다른 의료급여대상의 경우와 같이 점수제로 전환하여 매년마다 달라지는 경제상황에 맞추어 수가를 조정할 필요성이 있다.³⁷⁾

35) 현두륜, 진료수가제도의 헌법적 한계와 정액수가제의 위헌성 -헌법재판소 2020. 4. 23. 선고 2017헌마103 결정을 중심으로-, 의료법학 제21권 제1호, 대한의료법학회, 2020, 71면.

36) 헌법재판소는 2002. 10. 31. 자 99헌바76 결정에서 “이 사건 강제지정제는 의료인의 직업의 자유에 대한 포괄적인 제한에도 불구하고 강제지정제의 범주 내에서 가능하면 직업행사의 자유를 고려하고 존중하는 여러 규정을 갖추고 있으므로, 강제지정제는 최소침해의 원칙에 위배되지 아니한다.”고 하면서도 “그럼에도, 국가는 요양기관 당연지정제를 유지하는 한, 진료과목별 수가의 불균형 및 동일 진료과목 내 행위별 수가간의 불균형을 시정해야 하고, 의학의 새로운 발전과 기술개발에 부응하는 진료수가의 조정을 통하여 시설규모나 설비투자의 차이, 의료의 질적 수준의 다양함을 보다 정확하게 반영해야 하며, 의료인에게 의료기술발전에 동기부여를 할 수 있는 신의료기술의 신속한 반영체계를 획기적으로 개선해야 한다.”고 강조한 바 있다. 이러한 결정 취지는 의료급여에도 동일하게 적용될 수 있다.

37) 현두륜, 앞의 논문, 2020, 102면.

제3장 대법원

[대법원 1] 감염병에 대한 국가의 손해배상책임을 부정한 사례

-대법원 2019. 3. 14. 선고 2018다249667 판결-

[손해배상(기)]

가. 사안의 개요

망인은 2015. 5. 11. 복부통증으로 대전 A병원에 내원하여 복수로 인한 복부통증과 팽만을 진단받고 입원 치료를 권유받았으나 귀가하였다. 이후 복부통증이 계속되자 2015. 5. 14. A병원에 다시 내원하여 알콜성 간경화증 진단을 받고 입원 치료를 받고 있었다. 2015. 5. 22. 메르스 감염 16번 환자가 망인과 같은 병실에 입원하였고, 망인은 2015. 5. 26.부터 발열, 설사 증상이 나타났다. 2015. 5. 31. 16번 환자가 메르스 확진 판정을 받자, 2015. 6. 1. 02:30 망인의 검체채취가 시행되었고, 06:00경부터 격리되었다. 같은 날 20:40경 망인은 메르스 의심으로 B병원으로 전원, 2015. 6. 3. 메르스 감염이 확진되었다. 이후 2015. 6. 6. 메르스 감염증에 의한 폐렴 발생, 2015. 6. 6. 폐렴 및 급성 호흡부전으로 사망하였다. 이에 원고인 망인의 자녀들은 대한민국, A병원 운영자, A병원 소재 지방자치단체를 상대로 손해배상소송을 제기하였다.

1심과 항소심에서 원고는 국가를 상대로 메르스에 대한 사전연구 부실, 메르스 대응 지침의 부적절, 병원명과 노출기간 공개 지연, 부실한 역학조사에 의한 감염 등으로 피해가 발생하였다고 주장하였으나, 국가의 이러한 과실과 환자의 감염 사이에 인과관계가 부정되므로 국가의 배상책임은 없다고 판단, 원고의 주장을 모두 기각하였다.

대법원 역시 원심의 판단을 받아들여 메르스에 대한 국가의 관리지침이 해당 환자를 밀접접촉자로 분류하지 않고, 병원명 등을 공개하지 않은 것이 현저하게 불합리하여 위법하다고 보기 어렵고, 질병관리본부 공무원들이 역학조사 등을 부실하게 한 과실과 망인의 사망 사이에 상당 인과관계를 인정할 증거가 부족하다고 판단, 상고를 모두 기각하고 원고 패소 판결하였다.

나. 참조조문

- [1] 국가배상법 제2조 제1항
- [2] 구 감염병의 예방 및 관리에 관한 법률(2015. 7. 6. 법률 제13392호로 개정되기 전의 것) 제2조 제5호, 제4조, 제11조 제1항, 제2항(현행 제11조 제3항 참조), 제5항(현행 제11조 제6항 참조), 제13조 제1항, 제18조 제1항, 구 감염병의 예방 및 관리에 관한 법률 시행규칙(2016. 1. 7. 보건복지부령 제391호로 개정되기 전의 것) 제6조 제4항(현행 제6조 제5항 참조), 보건복지부와 그 소속기관 직제 제30조

다. 판시사항

- [1] 2014. 12. 중동호흡기증후군(MERS) 관리 지침이 ‘밀접접촉자’ 범위를 ‘환자가 증상이 있는 동안 2m 이내의 공간에 1시간 이상 함께 머문 자’로 정한 것이나 2015. 5. 28.경 국민들에게 메르스 환자가 발생한 병원명 등을 공개하지 않은 것이 위법하다고 볼 수 있는지 여부
- [2] 피고인 질병관리본부 소속 공무원들이 역학조사 등을 부실하게 한 과실이나 2015. 5. 28.경 의료기관에 병원명 등을 공개하지 않은 것과 망인의 사망 사이에 인과관계 인정 여부

라. 판결요지

- [1] 2014. 12. 중동호흡기증후군(MERS) 관리 지침, 2015. 5. 28.경 국민들에게 메르스 환자가 발생한 병원명 등을 공개하지 않은 것이 현저하게 불합리하여 위법하다고 보기는 어렵다.
- [2] 피고 소속 공무원들이 역학조사 등을 부실하게 한 과실이나 2015. 5. 28.경 의료기관에 병원명 등을 공개하지 않은 것과 망인의 사망 사이에 상당인과관계를 인정할 증거가 부족하다.

마. 검토

이 사건은 감염병으로 사망한 사건에 대해 그 유족인 개인이 국가를 대상으로 감염병 관리책임을 물어 손해배상을 청구한 것으로 원고가 국가를 상대로 제기한 문제는 메르스라는 신종 감염병에 대한 사전연구 부실과 부적정한 지침 제정, 부실한 역학조사와 부적절한 사후관리, 병원명 등 정보공개 지연 및 공개범위 설정에 대한 과실 등이다.

메르스에 대한 사전연구 부실과 부적정한 지침 제정에 있어 법원은 첫 번째 메르스 환자 발생 전후의 상황을 종합적으로 고려하여 국가(질병관리본부)의 사전연구 부실, 부적정한 지침의 제정은 부정하고 있다. 이는 망인의 사망 원인에는 다양한 요인이 복합적으로 작용할 수 있고, 메르스라는 감염병에 대한 사전연구가 충분하고 지침이 적정하더라도 반드시 환자의 사망을 피할 수 있다고 판단하기 어렵다는 법원의 입장일 것이다. 즉 빈번해지는 신종 감염병의 발생을 사전에 충분히 연구하여 효과적으로 대응하기란 쉽지 않은 상황이 되었다는 점과 환자의 사망 원인은 환자의 연령, 상태, 기저질환 및 외부적 환경 등 다양한 영향을 받을 수 있다는 점에서 법원은 인과관계를 인정할 증거가 부족하다고 판단한 것이다.

다음으로 질병관리본부 공무원들의 역학조사가 부신했다는 원고의 주장과 관련하여 서도 법원은 역학조사 과정에서 메르스 1번 환자와 같은 병실을 사용한 사람 외에 다른 밀접접촉자나 일상적 접촉자를 파악하기 위한 적극적인 조사를 하지 않은 점은 불합리하다고 판단되지만, 국가의 이러한 과실과 환자의 감염 사이에 인과관계는 부정하여 국가의 배상책임이 없다고 판단하였다.

국가를 대상으로 배상을 청구하는 사건들에서 국가의 재량권 행사가 위법했는지 여부를 가리는 기준은 매우 엄격하다. 또한 국가의 의무위반이 있더라도 문제가 되는 국가의 특정 의무가 국민 개개인의 안전과 이익을 보호하기 위한 것일 경우 국가가 배상 책임을 부담하지만, 직접 국민 개개인을 위한 것이 아니라 전체적으로 공공 일반의 이익을 도모하기 위한 것이라면 그 의무에 위반하여 국민에게 손해를 가하여도 국가 또는 지방자치단체가 배상 책임을 부담하지 않는다는 것이 국가배상에 관한 확립된 법리이다.³⁸⁾ 이 사건 역시 이러한 입장이 반영된 것으로 보인다.

감염병의 경우 그 특성상 추정에 의해 발병일을 정하고, 감염원을 추적 및 추정하는 과정 역시 여러 가지 가정적 판단을 거쳐, 역학적 인과관계를 판단할 수밖에 없기 때문에 그 인과관계를 밝히는 것은 매우 어렵다.³⁸⁾ 그러나 신종 감염병이라 하더라도 당시의 메르스 관리지침에서 일상적 접촉자는 시간적 기준 없이 '의사 환자와 접촉한 사람 혹은 환자의 분비물이 오염된 환경과 접촉할 가능성이 있는 사람'으로 정의되어 있었다는 점에서 역학조사 과정에서 보다 면밀한 접촉자 확인 및 분류, 관련 조치는 아쉬운 면은 있다는 학계의 평가가 있다. 또한 이 사건과 같이 역학조사의 부실과 사망 사이에 상당 인과관계에 대한 입증의 어려움이 사실상 감염병 확산방지 정책에 실패한 국가와 방역당국의 과실을 면책해주는 역할을 할 수 있다는 것에 대해 문제를 제기하기도 한다.⁴⁰⁾

감염병의 예방 및 관리에 관한 법률(이하 감염병예방법)은 국민의 건강에 위해가 되는 감염병의 발생과 유행을 방지하고, 국민 건강의 증진 및 유지에 이바지하고자 제정된 법률로(제1조) 동법에서는 국가 및 지방자치단체의 책무로 감염병의 예방 및 방역 대책, 감염병 환자 등의 진료 및 보호, 감염병에 관한 조사·연구, 예방대책의 수립 등을 규정하고 있다(제4조). 그러나 신종 감염병은 그 특성상 그 발병 원인이나 감염경로가 명확하게 규명되어 있지 않고, 충분한 예방 및 치료 역시 불가능하여 감염병 발생 및 확산 시 국민의 피해로 이어질 수 있다.

이에 국가는 감염병 예방 및 관리에 관한 보다 강력한 대응체계를 마련해야 하며, 특히 방역체계의 확립을 위해 관련 지침을 지속적으로 보완·정비해 나가면서 국가의 공중보건위기 대비 체계를 점검해야 한다.

38) 대법원 2001. 10. 23. 선고 99다36280 판결, 대법원 2015. 5. 28. 선고 2013다41431 판결 등 참고, 유현정, 박노민, 정혜승, 이동필, 이정신, 박태신, 2019년 주요 의료판결 분석, 의료법학 제 21권 제1호, 대한의료법학회, 2020. 140면.

39) 전병주, 신종 감염병 전염과 국가의 손해배상책임에 관한 연구: 메르스 판결을 중심으로, 인문사회 21 제11권 제3호, 아시아문화학술원, 2020. 1986면.

40) 양태정, 감염병 유행과 국가배상책임, 법학연구 제20권 제2호, 한국법학회, 2020, 645면.

[대법원 2] 감염병에 대한 국가의 손해배상책임을 인정한 사례

-대법원 2019. 3. 14. 선고 2018다223825 판결-

[손해배상(의)]

가. 사안의 개요

원고는 오른쪽 발목을 접질려 2015. 5. 22. 대전 A병원 응급실에 내원하여 정형외과에서 우측관절 외과 분쇄 골절 등의 진단을 받고 같은 날 18:10경 입원하였고, 2015. 5. 26. 족골절 내고정 수술을 받았다. 원고는 입원 중인 2015. 5. 30. 아침부터 기침, 가래, 콧물, 열감, 인후통, 재채기 등의 증상이 발생하여 이비인후과와 협진치료를 받고 같은 날 19:00 체온이 38℃ 이상으로 오른 후 발열이 계속되어 2015. 6. 1. 메르스 의증으로 B병원으로 전원되었고 2015. 6. 2. 메르스로 확진되었다(원고는 메르스 30번 환자). 이 과정에서 메르스 16번 환자(1번 환자와 같은 병원 같은 층 병실에 입원하여 감염)가 원고와 같은 병실에 입원하였고, 원고는 16번 환자로부터 감염된 것으로 추정되었다. 이후 원고는 2015. 7. 5. 메르스 완치로 판정되어 A병원으로 전원하여 수술한 발목의 정형외과 치료를 받고 2015. 7. 11. 퇴원하였다.

원고는 국가를 상대로 메르스 관리에 관한 과실을 이유로 위자료 지급을 청구하였다. 즉 메르스 의심환자 신고에 따른 진단검사, 역학조사 등의 조치를 지연하고 부실하게 한 국가의 과실과 원고의 메르스 감염 사이의 인과관계를 주장하였고, 법원은 이를 인정하여 국가는 원고에게 위자료를 지급할 의무가 있다고 판단하였다.

대법원은 제반 사정에 비추어 질병관리본부 공무원들이 메르스 의심환자 신고를 받고도 진단검사와 역학조사를 지체하였고, 메르스 1번 환자에 대한 밀접접촉자나 일상적 접촉자 파악을 제대로 하지 않은 것은 현저하게 불합리하다고 인정되는 등 국가의 과실과 원고의 메르스 감염 사이의 상당인과관계가 인정된다고 보아 국가는 원고에게 위자료를 지급할 의무가 있다고 판단하였다.

나. 2심 판결

1) 판시사항

원고가 발목 골절 등으로 A병원에 입원 중 중동호흡기증후군(메르스: MERS)에 감염되었는데, 그 후 국가를 상대로 메르스 관리에 관한 과실을 이유로 위자료 지급을 구한 사안에서, 메르스 의심환자 신고에 따른 진단검사, 역학조사 등의 조치를 지연하고 부실하게 한 국가의 과실과 원고의 메르스 감염 사이의 상당인과관계가 인정된다고 보아 국가는 갑에게 위자료를 지급할 의무가 있다고 한 사례

2) 판결요지

원고는 발목 골절 등으로 A병원에 입원 중 중동호흡기증후군(메르스: MERS)에 감염되었는데, 그 후 국가를 상대로 메르스 관리에 관한 과실을 이유로 위자료 지급을 구한 사안에서, 최초의 메르스 확진 환자인 1번 환자가 입원해 있던 B병원 8층의 다른 병실에 입원하였다가 메르스에 감염된 16번 환자가 퇴원 후 원고가 입원해 있던 A병원의 같은 병실에 입원하면서 원고가 16번 환자로부터 메르스에 감염되었다고 추정되는데, 제반 사정에 비추어 질병관리본부의 공무원들이 1번 환자에 대한 메르스 의심환자 신고를 받고도 지체 없이 진단검사와 역학조사를 하지 않고 지연하였으며, A병원에서 1번 환자와 접촉한 사람을 의료진 및 1번 환자와 같은 병실을 사용한 사람들로만 결정하고 다른 밀접접촉자나 일상적 접촉자를 파악하기 위한 조사를 하지 않은 것은 현저하게 불합리하다고 인정되고, B병원 역학조사가 부실하게 되지 않았더라면 1번 환자가 입원한 기간 8층 병동의 입원환자는 1번 환자의 접촉자 범위에 포함되고 그에 따라 원고의 감염원으로 추정되는 16번 환자도 조사될 수 있었으므로 이에 따라 16번 환자를 격리 치료함으로써 원고와의 접촉이 차단될 수 있었음을 이유로, 위와 같은 국가의 과실과 원고의 메르스 감염 사이의 상당인과관계가 인정된다고 보아 국가는 원고에게 위자료를 지급할 의무가 있다고 한 사례

3) 참조조문

국가배상법 제2조 제1항 구 감염병의 예방 및 관리에 관한 법률(2015. 7. 6. 법률 제13392호로 개정되기 전의 것) 제2조 제5호, 제4조, 제11조 제1항, 제2항(현행 제11조 제3항 참조), 제5항(현행 제11조 제6항 참조), 제13조 제1항, 제18조 제1항, 구 감염병의 예방 및 관리에 관한 법률 시행규칙(2016. 1. 7. 보건복지부령 제391호로 개정되기 전의 것) 제6조 제4항(현행 제6조 제5항 참조), 보건복지부와 그 소속기관 직제

다. 검토

이 사건 역시 감염병에 걸린 개인이 국가를 대상으로 감염병 방역대책, 관리책임을 물어 위자료를 청구한 것으로 원고가 국가를 상대로 제기한 문제는 질병관리본부 공무원들의 메르스 관리에 관한 과실, 즉 메르스 의심환자 신고에 따른 진단검사 및 역학조사 등의 지연, 병원에서의 부실한 역학조사 등이다.

법원은 과실판단의 기준으로 국가 및 그 산하 질병관리본부의 감염병에 관한 방역 등에 관한 행정권한 행사는 관계 법률의 규정 형식상 그 재량에 맡겨져 있다고 할 것이므로, 메르스에 관한 방역 등에 관한 국가 또는 질병관리본부의 판단을 위법하다고 평가하기 위해서는 관련 법령의 취지와 목적에 비추어 볼 때 구체적인 사정에 따라 국가 또는 질병관리본부가 그 권한을 행사하여 필요한 조치를 취하지 아니한 것이 현저하게 불합리하다고 인정되거나 경험칙이나 논리칙 상 도저히 합리성을 긍정할 수 없는 정도에 이르렀다고 인정되어야 한다고 제시하였고,⁴¹⁾ 의심환자 신고에 따른 진단검사 및 역학조사 등 조치를 지연한 국가의 과실을 인정하였다.

한편 해당 사건에는 메르스 1번 환자와 관련하여 ‘감염병 예방 및 관리에 관한 법률’ 제4조의 국가 및 지방자치단체의 책무 상 역학조사의 부실, 1번 환자에 대한 확진 지연, 역학조사 시 메르스 대응지침 준수의 미비점 등에 주목하여 피고의 과실과 원고

41) 대법원 2002. 2. 22. 선고 2001다23447 판결, 대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다14932 판결, 대법원 2016. 8. 25. 선고 2014다225083 판결 등 참조.

의 메르스 감염 사이의 상당인과관계가 인정된다고 판단하였다.

신종 감염병의 경우 알려진 사실과 정보가 많지 않아 과실 유무와 인과관계 판단이 어려울 수 있다. 이러한 경우 당시까지 알려진 사실과 정보, 이를 기반으로 감염병 대응을 위해 전문가들이 만든 감염병 대응지침을 기준으로 과실과 인과관계를 판단하는 것이 가장 합리적이라 할 수 있다. 그러나 이 사건 당시 메르스 관리지침에는 밀접접촉자, 일상적 접촉자의 기준,⁴²⁾ 역학조사관의 접촉자 범위를 결정하기 위한 활동들이 제시되어 있었다는 점에서 당시 1번 환자와 관련된 역학조사의 부실, 역학조사관의 접촉자 범위 설정 및 이들에 대한 분류, 관찰의 부실을 인정한 것이다. 이러한 법원의 입장에 대해 일부에서는 감염병 관리에 있어서 국가의 국민에 대한 구체적 보호의무의 존재를 인정하였다는데 의미를 부여하고, 이것이 변화된 사회현실, 국민 인식 변화 등을 반영한 국가의 기본권 보호의무 확대 과정을 보여주는 것이라고 평가하기도 한다.⁴³⁾ 또한 신종 감염병의 경우 대부분 치료법이 없어 감염방지가 최선인 상황이며, 역학조사는 감염병 확산 방지를 위한 가장 중요한 대응책이라는 점에서⁴⁴⁾ 법원의 이러한 판단이 국가 방역체계에 경각심을 불러일으킬 수 있는 계기가 될 수 있다는 평가도 있다.

이상과 같이 법원은 메르스 환자에 의해 감염된 피해자 또는 유족이 국가를 상대로 제기한 손해배상청구소송에서 국가의 과실과 메르스 감염의 인과관계를 다르게 판단하고 있다. 즉 신종 감염병이라는 특수한 상황에서 피해자 보호를 위한 일관되고 합리적인 기준이 정립되지 않은 것이다.⁴⁵⁾

42) 당시 지침상 밀접접촉자는 '확진 또는 의심 환자와 신체적 접촉을 한 자 또는 환자가 증상이 있는 동안 2m 이내의 공간에 1시간 이상 함께 머문 자' '밀접접촉자의 범위는 환자와 같이 감염위험지역(중동지역)을 여행 또는 활동한 자, 환자를 돌보는 간병인, 가족 등 동거인, 환자를 진료한 보건 의료인, 환자의 체액이나 호흡기 분비물에 직접적인 접촉이 있었던 자, 환자가 이용한 비행기 동승객(근접 좌석 탑승객)' '일상적 접촉자 범위는 밀접접촉자 외에 메르스 감염 환자와 접촉한 사람 혹은 환자의 분비물이 오염된 환경과 접촉할 가능성이 있는 사람(예: 결혼식, 장례식, 교회, 학교에서의 같은 반 등)'으로 제시되어 있었음.

43) 유현정, 박노민, 정혜승, 이동필, 이정선, 박태신, 2019년 주요 의료판결 분석, 의료법학 제21권 제1호, 대한의료법학회, 2020. 145면.

44) 양태정, 감염병 유행과 국가배상책임, 법학연구 제20권 제2호, 한국법학회, 2020, 645면.

45) 전병주, 신종 감염병 전염과 국가의 손해배상책임에 관한 연구: 메르스 판결을 중심으로, 인문사회 21 제11권3호, 2020. 1986면.

메르스 사태 이후 현재 전 세계는 코로나19의 대유행 상황을 겪고 있다. 이후 유사한 형태의 소송이 발생할 수 있을 것이고, 메르스 사태 등을 지나며 국가 및 방역당국의 감염병 대응에 대한 책임은 한층 무거워졌다고 볼 수 있다. 이에 감염병에 대한 국가의 책임 부분을 명확히 하고, 감염병 예방과 관리에 대한 법률상의 미비점을 지속적으로 보완해 나가야 할 것이다.

[대법원 3] 감염병 관련 의료기관에 처해진 과징금 부과처분 및 손실보상금 지급거부 취소 사례

-대법원 2020. 5. 14. 선고 2020다34049 판결-

[과징금부과처분취소 등 청구의 소]

가. 사안의 개요

원고는 사회복지법인A(이하 A병원)로 2015. 5. 20. 메르스 발병 후 여러 명의 메르스 환자를 진료하였고, 내원 환자와 의료진 감염이 다수 발생하자 메르스 확산 방지를 위해 2015. 6. 14.부터 7. 20.까지 병원을 부분 폐쇄하였다. 이후 감염병의 예방 및 관리에 관한 법률 제70조에 따라 정부의 손실보상 절차가 진행되면서 A병원은 관련 자료를 제출하고 1,180억 원 상당의 손실보상을 청구하였다. 이 사건 피고는 보건복지부 장관으로 당시 피고를 대신해 역학조사관들이 A병원에 슈퍼전파자로 지목된 환자의 접촉자 명단과 연락처 제출명령을 하였으나, A병원이 관련 명단제출을 지연하여⁴⁶⁾ 메르스의 확산을 막을 수 없었다며 업무정지 15일의 행정처분을 내리고, 다만 A병원 환자들의 불편을 우려해 업무정지처분을 과징금 806만원으로 갈음하는 조치를 내렸다. 또한 이 행정처분을 토대로 메르스로 인한 의료기관 손실보상금도 지급하지 않기로 하였다.

이에 A병원은 보건복지부를 상대로 과징금 부과처분 취소와 더불어 메르스 사태로 인한 손실보상금 지급거부 취소 소송을 진행하여 최종 승소하였다. 1·2심에서 법원은 메르스 확산 책임을 A병원에 몰어 과징금을 부과한 것은 부당하다고 판단하였다. 이후 보건복지부가 다시 상고장을 제출하였으나 대법원 역시 상고심에서 심리불속행 기각 판결을 내려 원고 승소를 판결한 원심을 확정하였다.

46) 이를 뒤 밀접접촉자 117명의 명단만 제출하고 전체 접촉자 678명의 명단은 6월에 넘겼다.

나. 법원의 판단

1) 과징금 부과처분의 적법 여부

법원은 다음과 같은 이유로 피고인 보건복지부의 과징금 부과처분이 적법하지 않다고 판단하였다. 먼저 행정청이 의료기관이나 의료인에 하는 명령은 원칙적으로 행정절차법 근거 조항에 따라 구체적이고 명확하게 이루어져야 하고, 처분의 근거와 이유를 문서로 하여, 그 문서에는 처분 행정청 등을 적어야 한다. 그러나 해당 사건에서 역학조사관들이 의료기관에 요구한 환자의 접촉자 명단 제출 요구는 당시에 급박한 상황을 감안하더라도 상대방에게 요청 행위의 주체(처분 행정청)와 처분 근거(구 의료법 제59조 제1항)를 적절히 밝히지 않아 구 의료법에 의한 명령임을 알 수 있도록 하지 않았다는 것이다. 또한 역학조사관들의 구두 요청, 질병관리본부장 명의의 문서로 명한 일련의 요구를 피고의 명령으로 볼 수 없다고 하여 과징금 부과처분의 처분사유를 인정하지 않았다.

2) 손실보상금 지급거부처분의 적법 여부

법원은 피고인 보건복지부가 주장한 A병원의 이 사건 접촉자 명단 지연 제출이 감염병예방법 제70조에 따른 메르스 손실보상금 지급 제외 사유에 해당하지 아니한다고 판단하여 이 사건 손실보상금 지급거부 처분은 위법하고, 그 처분은 취소되어야 한다고 판단하였다.

3) 참조조문

구 의료법(2015. 12. 22. 법률 제13599호로 개정되기 전의 것) 제59조, 제64조, 제67조, 구 의료법 시행령(2017. 6. 20. 대통령령 제28131호로 개정되기 전의 것), 제43조, 행정절차법 제5조, 제23조, 제24조, 행정소송법 제13조, 감염병의 예방 및 관리에 관한 법률 제5조, 제18조의4, 제70조, 감염병의 예방 및 관리에 관한 법률 제28조, 제28조의2, 구 감염병의 예방 및 관리에 관한 법률(2015. 7. 6. 법률 제

13392호로 개정되기 전의 것) 제2조, 제5조, 제18조, 제70조, 제81조, 구 감염병의 예방 및 관리에 관한 법률 시행령(2016. 6. 28. 대통령령 제27277호로 개정되기 전의 것) 제12조, 제14조

다. 검토

대상판결과 관련하여 사회적으로 상반된 평가들이 있었다.⁴⁷⁾ 그러나 해당 판결의 쟁점은 A병원이 14번 환자 접촉자 명단 제출의 지연 책임이 있는지, 해당 명단 제출 지연이 구 의료법상 지도와 명령 위반에 해당하는지에 국한되어 있다. 피고인 보건복지부 장관은 A병원이 환자 접촉자 명단 제출을 지연하여 메르스의 확산을 막을 수 없었다며 업무정지 15일의 행정처분을 내리고, 이 행정처분을 토대로 감염병예방법 제70조에 따른 A병원의 손실보상금도 지급하지 않기로 하였다. 그러나 법원은 A병원이 요구받은 행정청의 명령이 절차상 하자가 있고, 명확하지도 않다고 판단하였다. 즉 이 사건에서 역학조사관들이 의료기관에 요구한 환자의 접촉자 명단 제출 요청이 당시에 급박한 상황을 감안하여 ‘구두’로 할 수 있더라도 상대방에게 요청 행위의 주체(처분 행정청)와 처분 근거(구 의료법 제59조 제1항)를 적절히 밝히지 않아 A병원이 의료법에 의한 명령임을 알 수 있도록 하지 않았다. 또한 역학조사관들이 피고로부터 A병원에 명령을 할 수 있는 권한을 적법하게 위임받았다고 볼 만한 근거가 없다고 보아 과징금 부과처분의 처분사유를 인정하지 않았다. 이는 행정절차상의 문제로 귀결된다.

행정절차란 행정권 발동인 행정작용을 행함에 있어 거치는 절차를 말하는 것으로 우리 헌법 제12조 제1항은 누구든지 법률과 적법한 절차에 의하지 않으면 처벌 등을 받지 아니한다고 규정하고 있으며, 현대 행정국가에서는 행정권에 의한 기본권 침해의 가능성이 증대되고 있어 행정청의 행정권 발동, 행정절차에 있어서도 헌법에 의한 적법절차 원리가 적용되어야 한다고 보고 있다.⁴⁸⁾ 헌법재판소 역시 헌법 제12조에 의한

47) 일부 시민사회단체를 중심으로 메르스 사태 당시 A병원의 초기 방역실패, 슈퍼전파자로 불린 14번 환자에 대한 조치의 적절성, 정보공개 투명성 등을 문제로 대법원 판결에 부정적 견해를 밝힌바 있다.

48) 행정안전부, 행정절차제도 실무, 2018. 1. 5면.

적법절차 원리는 형사절차상 영역에 한정되지 않고 입법, 행정 등 국가의 모든 공권력의 작용에는 절차상의 적법성뿐만 아니라 법률의 구체적 내용도 합리성과 정당성을 갖춘 실제적인 적법성이 있어야 한다고 밝히고 있다.⁴⁹⁾

코로나19 상황이 악화되면서 수도권을 중심으로 중환자 병상이 부족해지자 정부는 2020. 12. 18. 상급종합병원 등 민간의료기관에 보유 병상의 1% 이상을 중환자 치료 용으로 확보하라는 행정명령을 내렸다. 이 사건 판례는 정부의 감염병 대응 협조 요청에 민간의료기관들이 적극적으로 응할 수 없는 이유를 설명하는 대표적인 판례로 평가할 수 있다.

정부는 현재와 같은 범국가적인 감염병 대응 상황에서 의료인과 민간의료기관의 협조를 구함에 있어 강압적인 방법보다는 자발적인 참여를 유인할 수 있어야 하며, 이에 앞서 의료인, 민간의료기관이 정부를 믿고 협조할 수 있는 충분한 동기와 유인책을 제시할 필요가 있다. 또한 감염병 대응을 위한 긴급한 행정권 발동이라도 명확한 근거와 적법한 절차를 거쳐야 정부 조치의 정당성과 수용성을 확보할 수 있을 것이다.

49) 현재 1993. 7. 29. 90헌바35, 현재 1992. 12. 24. 92헌바8 참조.

[대법원 4] 성형쇼핑몰 운영자에게 진료계약 성립 대가로 수수료를 지급하는 행위가 환자유인행위에 해당하는지 여부

-대법원 2019. 4. 25. 선고 2018도20928 판결-

[의료법 위반]

가. 사안의 개요

인터넷 성형쇼핑몰 형태의 통신판매 사이트를 운영하는 피고인 갑 주식회사의 공동 대표이사인 피고인 을, 병이 의사인 피고인 정과 약정을 맺고, 이 사이트를 통하여 2013. 12.경부터 2016. 7.경까지 병원 시술상품을 판매하는 배너광고를 게시하는 방법으로, 환자들에게 피고인 정이 운영하는 무 의원 등에서 시행하는 시술상품 쿠폰을 구매하게 하였다. 피고인 을, 병은 피고인 정을 포함해 여러 의사들과 약정을 맺었다. 총 43개 병원에 환자 50,173명을 소개·유인·알선하고, 그 대가로 환자들이 지급한 진료비는 3,401,799,000원 이었으며, 환자들이 지급한 진료비 중 15~20%인 608,058,850원을 수수료 명목으로 의사들로부터 지급받았다. 이에, 피고인 을, 병은 영리를 목적으로 환자를 병원에 소개·알선·유인하는 행위를 하였고, 피고인 정은 피고인 을, 병에게 영리를 목적으로 환자를 의원에 소개·알선·유인하는 행위를 사주하였고 하여 의료법 위반으로 기소되었다. 대법원은 피고인 을, 병이 환자와 의료인 사이의 진료계약 체결의 중개행위를 하고 그 대가로 수수료를 지급받는 행위는 단순한 의료행위를 넘어 영리를 목적으로 환자를 의료기관 또는 의료인에게 소개·알선하는 행위라고 보아 공소사실을 유죄로 인정한 원심⁵⁰⁾ 판단(피고 갑 주식회사에게는 벌금 2,000만 원을, 피고 을은 징역 1년에, 피고 병은 징역 6개월에, 피고 정은 벌금 700만 원)이 정당하다고 하였다.

50) 의정부지방법원 2018. 12. 6. 선고 2018노512 판결.

나. 참조조문

- [1] 형사소송법 제298조 제1항
- [2] 구 의료법(2016. 12. 20. 법률 제14438호로 개정되기 전의 것) 제27조 제3항, 제88조(현행 제88조 제1호 참조), 표시·광고의 공정화에 관한 법률 제3조 제1항, 제17조 제1호, 형사소송법 제298조 제1항
- [3] 의료법 제27조 제3항
- [4] 구 의료법(2016. 12. 20. 법률 제14438호로 개정되기 전의 것) 제27조 제3항, 제56조, 제88조(현행 제88조 제1호 참조), 제91조

다. 판시사항

- [1] 공소사실이나 범죄사실의 동일성 여부를 판단하는 기준
- [2] 인터넷 성형쇼핑몰 형태의 통신판매 사이트를 운영하는 피고인들이 ‘병원 시술 상품을 판매하는 배너광고를 게시하면서 배너의 구매 개수와 시술후기를 허위로 게시하였다.’는 표시·광고의 공정화에 관한 법률 위반죄의 범죄사실로 각 벌금형의 약식명령을 받아 확정되었는데, ‘영리를 목적으로 병원 시술상품을 판매하는 배너광고를 게시하는 방법으로 병원에 환자들을 소개·유인·알선하고, 그 대가로 환자들이 지급한 진료비 중 일정 비율을 수수료로 의사들로부터 지급받았다.’는 의료법 위반 공소사실로 기소된 사안에서, 공소사실에 따른 의료법 위반죄는 유죄로 확정된 표시·광고의 공정화에 관한 법률 위반죄의 범죄사실과 동일성이 있다고 보기 어렵고, 1죄 내지 상상적 경합관계에 있다고 볼 수도 없으므로, 표시·광고의 공정화에 관한 법률 위반죄의 약식명령이 확정되었다고 하여 그 기판력이 공소사실에까지 미치는 것은 아니라고 한 사례
- [3] 영리를 목적으로 환자를 의료기관이나 의료인에게 소개·알선·유인하는 행위 등을 금지하는 의료법 제27조 제3항 본문에서 정한 ‘소개·알선’ 및 ‘유인’의 의미
- [4] 인터넷 성형쇼핑몰 형태의 통신판매 사이트를 운영하는 피고인 갑 주식회사의 공

동대표이사인 피고인 을, 병이 의사인 피고인 정과 약정을 맺고, 위 사이트를 통하여 환자들에게 피고인 정이 운영하는 무 의원 등에서 시행하는 시술상품 쿠폰을 구매하게 하는 방식으로 무 의원 등에 환자들을 소개·알선·유인하고 그에 대한 대가로 시술쿠폰을 이용하여 시술받은 환자가 지급한 진료비 중 일정 비율을 수수료로 무 의원 등으로부터 받아 영리를 목적으로 환자를 병원에 소개·알선·유인하는 행위를 하였고, 피고인 정은 피고인 을, 병이 위와 같이 영리를 목적으로 환자를 의원에 소개·알선·유인하는 행위를 사주하였다고 하여 의료법 위반으로 기소된 사안에서, 공소사실을 유죄로 인정한 원심판단이 정당하다고 한 사례

라. 판결요지

- [1] 공소사실이나 범죄사실의 동일성 여부는 사실의 동일성이 갖는 법률적 기능을 염두에 두고 피고인의 행위와 그 사회적인 사실관계를 기본으로 하되 그 규범적 요소도 고려하여 판단하여야 한다.
- [2] 인터넷 성형쇼핑몰 형태의 통신판매 사이트를 운영하는 피고인들이 ‘2013. 9.경부터 2016. 7. 21.까지 병원 시술상품을 판매하는 배너광고를 게시하면서 배너의 구매 개수와 시술후기를 허위로 게시하였다.’는 표시·광고의 공정화에 관한 법률(이하 ‘표시광고법’이라 한다) 위반죄의 범죄사실로 벌금 각 100만 원의 약식명령을 받아 확정되었는데, ‘영리를 목적으로 2013. 12.경부터 2016. 7.경까지 병원 시술상품을 판매하는 배너광고를 게시하는 방법으로 총 43개 병원에 환자 50,173명을 소개·유인·알선하고, 그 대가로 환자들이 지급한 진료비 중 15~20%를 수수료로 의사들로부터 지급받았다.’는 의료법 위반 공소사실로 기소된 사안에서, 공소사실에 따른 의료법 위반죄는 병원 시술상품 광고를 이용하였다는 점에서 유죄로 확정된 표시광고법 위반죄의 범죄사실과 일부 중복될 뿐이고, 거짓·과장의 표시·광고, 기만적인 표시·광고를 행위태양으로 하고, 부당한 표시·광고를 방지하고 소비자에게 바르고 유용한 정보를 제공토록 함으로써 공정한 거래질서를 확립하고 소비자를 보호하려는 입법 목적을 갖고 있는 표시광

고법 위반죄와 달리 영리를 목적으로 환자를 소개·알선·유인하는 것을 행위태양으로 하고, 영리 목적의 환자유인행위를 금지함으로써 의료기관 주위에서 환자유치를 둘러싸고 금품 수수 등의 비리가 발생하는 것을 방지하고 나아가 의료기관 사이의 불합리한 과당경쟁을 방지하려는 입법 목적을 갖고 있는 등 행위의 태양이나 피해법의 등에 있어 전혀 다르고, 죄질에도 현저한 차이가 있어 표시광고법 위반죄의 범죄사실과 동일성이 있다고 보기 어렵고, 1죄 내지 상상적 경합관계에 있다고 볼 수도 없으므로, 표시광고법 위반죄의 약식명령이 확정되었다고 하여 그 기판력이 공소사실에까지 미치는 것은 아니라고 한 사례

- [3] 누구든지 영리를 목적으로 환자를 의료기관이나 의료인에게 소개·알선·유인하는 행위 및 이를 사주하는 행위를 하여서는 아니 된다(의료법 제27조 제3항 본문). 여기서 ‘소개·알선’은 환자와 특정 의료기관 또는 의료인 사이에서 치료위임계약의 성립을 중개하거나 편의를 도모하는 행위를 말하고, ‘유인’은 기망 또는 유혹을 수단으로 환자로 하여금 특정 의료기관 또는 의료인과 치료위임계약을 체결하도록 유도하는 행위를 말한다.
- [4] 인터넷 성형쇼핑몰 형태의 통신판매 사이트를 운영하는 피고인 갑 주식회사의 공동 대표이사인 피고인 을, 병이 의사인 피고인 정과 약정을 맺고, 이 사이트를 통하여 환자들에게 피고인 정이 운영하는 무 의원 등에서 시행하는 시술상품 쿠폰을 구매하게 하는 방식으로 무 의원 등에 환자들을 소개·알선·유인하고 그에 대한 대가로 시술쿠폰을 이용하여 시술받은 환자가 지급한 진료비 중 15~20%를 수수료로 무 의원 등으로부터 받아 영리를 목적으로 환자를 병원에 소개·알선·유인하는 행위를 하였고, 피고인 정은 피고인 을, 병이 위와 같이 영리를 목적으로 환자를 의원에 소개·알선·유인하는 행위를 사주하였다고 하여 의료법 위반으로 기소된 사안에서, 피고인 을, 병이 환자와 의료인 사이의 진료계약 체결의 중개행위를 하고 그 대가로 수수료를 지급받는 등 단순히 의료행위, 의료기관 및 의료인 등에 대한 정보를 소비자에게 나타내거나 알리는 의료법 제56조에서 정한 의료광고의 범위를 넘어 의료법 제27조 제3항 본문의 영리를 목적으로 환자를 의료기관 또는 의료인에게 소개·알선하는 행위를 하였다고 보아 공소사실을 유죄로 인정한 원심판단이 정당하다고 한 사례

마. 검토

대법원은 이 사건은 피고인 을, 병이 환자와 의료인 사이의 진료계약(치료위임계약)의 성립을 증개하고 그 대가로 수수료를 지급받는 방식으로 보았다. 인터넷 통신판매 사이트를 통해 시술상품 쿠폰을 구매하게 하고 시술쿠폰을 이용하여 시술받은 환자가 지급한 진료비 비율을 광고 수수료로 지급하게 한 것은 의료법 제56조에서 정한 의료 행위, 의료기관 및 의료인 등에 대한 정보를 소비자에게 나타내거나 알리는 행위 등 허용된 범위를 넘어 피고인 의사 정이 의료법 제27조 제3항 본문의 영리를 목적으로 환자를 의원에 소개·알선·유인하는 행위를 사주한 것에 해당하여 의료법 위반이라고 한 원심 판단이 정당하다고 판단하였다.

서울행정법원에서는 의사가 광고사를 통해 모집한 체험단에게 체험후기를 인터넷에 게재한 대가로 일정 금액 이상이 되는 경우 출금이 가능한 포인트를 지급하는 것은 의료법 제27조 제3항 본문에서 명문으로 금지하는 개별적 행위유형에 준하는 것으로 평가될 수 있다거나 또는 의료시장의 질서를 현저히 해하는 것이라 볼 수 없다는 판결을 내렸다.⁵¹⁾ 동 판결은 비록 체험단에게 금원을 제공하였지만, 체험자가 스스로 솔직한 후기를 기재하였다는 점, 솔직한 후기 작성 후에는 작성한 내용에 대해 누구도 개입할 수 없었다는 점 등을 볼 때 직접 환자를 소개·알선 하거나 그렇게 하도록 유도하지 않았다는 점에서 의료시장 질서를 해친 것이 아니라고 판단하였다.

환자를 소개·알선·유인하거나 이를 사주하는 것과 결부되어 금품 등이 제공된 것이 아니라 단순히 광고 행위에 대한 대가로 지급된 것에 불과하다고 볼 수 있는 경우라면 의료법 제27조 제3항 본문에서 금지한 금품을 제공하는 등 영리를 목적으로 환자를 소개·알선·유인하거나 이를 사주하는 경우라고 쉽게 단정할 것은 아니라고 판단하였다. 각 개별 상황에 따라 영리를 목적으로 한 환자유인 행위에 해당하는지에 대하여 달리 판단하고 있다. 이 사건 대법원 판례와 서울행정법원 판례를 통해 일정 부분 새로운 광고기법이 환자유인행위에 해당하는지에 대한 기준을 제시하였다는 데에 의의가 있다.

51) 서울행정법원 2019. 1. 24. 선고 2018구합70653 판결.

[대법원 5] 의료기관 중복 개설·운영 조항 위반을 이유로 요양급여비용 환수 처분 가능 여부

-대법원 2019. 5. 30. 선고 2016두56370 판결⁵²⁾-

[요양급여비용 환수처분취소]

가. 사안의 개요

의사인 B는 원고 명의로 이 사건 병원을 개설하고, 원고에게 월급 3,000만 원을 주기로 하여 고용하였다. 의사인 B는 이외에도 수원, 안산, 일산, 안양, 대전, 제주 등 ○○병원 7곳은 B가 전액 투자하여 다른 의사의 명의로 병원을 개설하였다. 병원장들은 고정된 월 급여를 받았다. 실제로 B는 직접 각 병원에 투자한 후 각 병원 인력, 자금, 시설, 행정 관련 업무 전반을 관리, 결정하며 의료기기, 의료장비 등 구매 권한을 행사하고 각 병원 수익을 취득하는 등의 방법으로 병원을 복수로 운영하였다.

국민건강보험공단은 2014. 4. 1. 원고에게 “원고의 명의로 이 사건 병원을 개설하고 둘 이상의 의료기관을 개설함으로써 의료법 제33조 제8항, 제4조 제2항을 위반하였다”는 이유로 2012. 8. 24.부터 2013. 12. 10.까지 이 사건 병원에 지급된 요양급여비용 7,446,715,150원을 국민건강보험법 제57조에 근거하여 부당이득금으로 환수하기로 결정하는 처분을 하였다. 한편 B는 원고 등을 고용하여 이 사건 병원 등을 원고 등 명의로 개설하고, 실제로는 자신이 직접 병원을 운영하였다는 등의 의료법 위반 범죄사실로 유죄 확정 판결을 받았다. 이에, 원고는 국민건강보험공단이 2014. 4. 1. 원고에 대하여 한 요양급여비용환수처분 취소 소송을 제기하였다. 1심 법원⁵³⁾에서 원고의 청구를 기각하였으나, 2심 법원⁵⁴⁾에서는 제1심 판결을 취소하였으며, 대법원에서는 피고의 상고를 기각하고 패소자인 국민건강보험공단이 상고비용을 부담토록 판결하였다.

52) 동일한 일자에 대법원 2019. 5. 30. 선고 2015두36485, 2019도1839 판결이 선고되었으며, 판결 이유는 대체로 비슷하나 그 중 2심 법원에서 요양급여비용 환수처분취소 판결을 한 이 사건을 중심으로 검토하고자 함.

53) 서울행정법원 2014. 10. 30. 선고 2014구합11526 판결.

54) 서울고등법원 2016. 9. 23. 선고 2014누69442 판결.

나. 참조조문

- [1] 국민건강보험법 제1조, 제41조 제1항, 제42조 제1항, 제47조 제1항, 제57조 / 의료법 제1조, 제4조 제2항, 제33조 제2항 제1호, 제33조 제8항, 제90조

다. 판시사항

- [1] 의료인으로서 자격과 면허를 보유한 사람이 의료법에 따라 의료기관을 개설하여 건강보험 가입자 또는 피부양자에게 요양급여를 실시하였으나, 이미 다른 의료기관을 개설·운영하는 의료인이 위 의료기관을 실질적으로 개설·운영하였거나 의료인이 다른 의료인 명의로 위 의료기관을 개설·운영함으로써 의료법을 위반한 경우, 그 사정만으로 요양급여에 대한 비용 지급을 거부하거나 수령한 요양급여비용 상당액을 환수할 수 있는지 여부(소극)

라. 판결요지

- [1] 국민건강보험법과 의료법은 국민보건이나 국민 건강 보호·증진을 위한 법률이라는 점에서는 목적이 같지만, 국민건강보험법은 질병의 치료 등에 적합한 요양급여 실시에 관하여 규정하는 법률임에 비하여, 의료법은 모든 국민이 수준 높은 의료 혜택을 받을 수 있도록 하기 위해 의료인, 의료기관 및 의료행위 등에 관하여 규정하는 법률로서, 입법 목적과 규율대상이 같다고 보기 어렵다. 따라서 국민건강보험법에 의하여 요양기관으로 인정되는 '의료법에 따라 개설된 의료기관'의 범위는 이러한 국민건강보험법과 의료법의 차이를 염두에 두고 국민건강보험법에서 정한 요양급여를 실시하는 기관으로서 적합한지를 고려하여 판단하여야 한다. 비록 의료법 제33조 제8항 본문(중복개설금지 조항), 제4조 제2항(명 의차용개설금지 조항)은 의료인이 둘 이상의 의료기관을 개설·운영하는 것 및 다른 의료인의 명의로 의료기관을 개설하거나 운영하는 행위를 제한하고 있으

나, 그 의료기관도 의료기관 개설이 허용되는 의료인에 의하여 개설되었다는 점에서는 본질적인 차이가 없고, 또한 그 의료기관의 개설 명의자인 의료인이 한 진료행위도 국민건강보험법에서 정한 요양급여의 기준에 미달하거나 그 기준을 초과하는 등의 다른 사정이 없는 한 정상적인 의료기관의 개설자로서 하는 진료행위와 비교하여 질병의 치료 등을 위한 요양급여로서 질적인 차이가 있다고 단정하기 어렵다. 의료법이 위 각 의료법 조항을 위반하여 의료기관을 개설·운영하는 의료인에게 고용되어 의료행위를 한 자에 대하여 처벌규정을 두지 아니한 것도 이를 고려한 것으로 보인다. 이러한 사정들을 종합하면, 의료인으로서 자격과 면허를 보유한 사람이 의료법에 따라 의료기관을 개설하여 건강보험의 가입자 또는 피부양자에게 국민건강보험법에서 정한 요양급여를 실시하였다면, 설령 이미 다른 의료기관을 개설·운영하고 있는 의료인이 위 의료기관을 실질적으로 개설·운영하였거나, 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 없다.

마. 검토

기존 판례⁵⁵⁾는 의료기관 개설기준에 위반하여 개설된 의료기관이 청구하여 수령한 요양급여비용 전부는 국민건강보험법 제57조 제1항의 ‘속임수나 그 밖의 부당한 방법’으로 받은 보험급여라 하여 환수처분의 대상이 된다고 보았다. 지금까지 의료법 제33조를 위반한 의료기관의 경우 국민건강보험법 제44조 제1항의 요양기관으로 인정하지 않았다.

55) 서울행정법원 2014. 10. 30. 선고 2014구합11526 판결.

하지만 2019년 의료법 제33조 제8항 위반을 근거로 한 요양급여비용 환수처분을 취소한 판결이 있었다.⁵⁶⁾ 동일한 사실에 대하여 대법원에서 세 개의 판결을 내렸고, 판결 이유는 대체로 비슷하다.

그 중 2심이 요양급여비용 환수처분취소 판결을 한 이 사건 대법원 판결에서 의료법 제33조 제4항에 따른 허가를 받아 개설되었다면 일단 유효하게 설립된 의료기관으로 보아야 하고, 그 허가가 당연 무효가 아닌 한 해당 의료기관이 의료법 제33조 제8항 위반이더라도 국민건강보험법 제42조 제1항 제1호 소정의 의료법에 따라 개설된 의료기관에 해당한다고 판단하였다. 의료법과 국민건강보험법 두 법률의 입법목적과 규율대상이 다르므로 실시한 모든 요양급여가 국민건강보험법에 따라 수령이 불가능한 것은 아니라고 판단한 최초의 판결이다.⁵⁷⁾

대상판결은 국민건강보험법과 의료법은 그 취지, 목적이 다르므로 의료법 등 다른 법령위반이 있더라도 국민건강보험법상 요양급여를 청구할 수 있는지 여부는 국민건강보험법의 취지를 고려하여 독자적으로 판단하여야 한다는 것으로 의료법에 위반된 의료기관 또는 의료행위라고 하여 곧바로 허용되지 않는 요양급여라 볼 수 없고, 국민건강보험법의 취지에 따라 한 번 더 심사할 필요가 있다는 이원적 심사설 견해에 근거한 것이다.⁵⁸⁾

이 이론에 의하면 의료법은 모든 국민이 수준 높은 의료 혜택을 받을 수 있도록 의료인, 의료기관 및 의료행위 등에 관하여 규정하는 법률이고, 국민건강보험법은 질병의 치료 등에 적합한 요양급여 실시에 관하여 규정하는 법률로써 그 입법목적과 규율대상이 다르므로,⁵⁹⁾ 각각의 규율 대상에 대하여 해당 근거 법률의 입법취지에 맞는 해석을 해야 한다는 것이다.

또한, 국민건강보험법상 요양기관의 자격, 요양급여기준을 해석할 때 의료법상 규정 위반과 결부시킬 필요는 없다는 것으로 의료법상 중복개설금지 위반 의료기관이 국민

56) 대법원 2019. 5. 30. 선고 2016두56370 판결; 2016두62481 판결; 2016두56370, 36485 판결.

57) 유현정, 박노민, 정혜승, 이동필, 이정선, 박태신, 2019년 주요 의료판결 분석, 의료법학 제21권 제1호, 2020, 138면.

58) 유현정, 박노민, 정혜승, 이동필, 이정선, 박태신, 앞의 논문, 139면.

59) 대법원 2019. 5. 30. 선고 2015두36485 판결.

건강보험법상 요양기관에 해당하는지에 대한 별도의 검토가 필요하다는 것이다.⁶⁰⁾

이 이원적 심사설은 우리나라가 건강보험제도 유지를 위해 요양기관 당연지정제라는 강력한 수단을 사용하여 요양기관 확보를 입법목적으로 하고 있어 의료기관 개설과정에서 의료법 위반이 있더라도, 의료법 또는 국민건강보험법상 선량한 풍속 기타 사회질서에 어긋나는 중대한 위법이 없는 한 요양기관으로 인정하는 것이 당연지정제라는 입법목적에 부합한 해석이라는 것을 전제로 한다.⁶¹⁾

의료기관이 국민건강보험법에서 정한 요양기준에 부합하는 의료행위를 한 경우에 있어서도 일괄적으로 '의료법에 따라 개설된 의료기관'으로 인정하지 않아 요양급여비용 청구권을 제한하는 것은 요양기관 당연지정제하에서 제한되는 의료인의 직업 활동 제한에 대한 반대급부인 요양급여비용청구권을 제한하게 된다. 이에, 요양급여비용청구권에 대한 제한은 신중해야 한다. 그러한 의미에서 의료법과 국민건강보험법은 그 입법 목적과 취지를 달리 보고 판단했다는 데에 등 판결의 의의가 있다.

60) 문현호, 의료법상 의료기관 중복개설·운영 금지 규정에 위배하여 개설·운영된 의료기관은 국민건강보험법상 요양급여비용을 청구할 자격이 없는지 여부, 대한의료법학회 추계학술대회 자료집, 2019, 2면.

61) 문현호, 앞의 논문, 18면.

[대법원 6] 식품위생법상 집단급식소 미신고 위반을 이유로 요양급여비용 환수 처분 가능 여부

-대법원 2019. 11. 28. 선고 2017두59284 판결-

[요양급여비용 환수 처분 취소]

가. 사안의 개요

원고는 2011. 10. 25.경부터 이 사건 병원의 식당을 자체적으로 운영하였는데, 2012. 1.경부터 1회 50명 이상이 식당을 이용하게 되자 2012. 7. 27. 구 식품위생법 제88조 제1항(2013. 3. 23. 법률 제11690호로 개정되기 전의 것)에 따라 이 사건 병원의 집단급식소 설치신고를 하였다. 국민건강보험공단은 원고에게 이 사건 병원이 2012. 1. 1.부터 2012. 7. 26.까지 집단급식소 신고를 하지 않고 요양급여비용을 청구하였다는 이유로 위 기간에 관하여 지급된 요양급여비용인 입원환자 식대 중 직영가산금 30,331,640원을 국민건강보험법 제57조에 따라 환수 처분을 하였다. 원고는 이 처분에 대하여 이 사건 병원을 개설한 후 2011. 11.경부터 식당을 직영하였는데 그때부터 집단급식소 신고를 할 때까지 식품위생법상 시설 및 인력기준에 적합하게 식당을 운영하며 직영가산금 지급요건을 갖추었다. 하지만 직영가산금의 지급요건이 아닌 집단급식소 미신고를 이유로 이 사건 처분을 하였으므로 이 사건 처분은 처분사유가 인정되지 않은 위법이 있다며 입원환자 식대 중 직영가산금에 대한 요양급여비용 환수 처분 취소 소송을 제기하였다. 1심, 2심에서는 원고의 청구를 모두 기각하였으나 대법원에서는 요양기관이 집단급식소 설치신고를 하지 않은 상태에서 건강보험의 가입자 또는 피부양자에게 식품위생법상의 인력·시설 기준을 갖추어 환자 식사를 제공한 경우는 국민건강보험법 제57조 제1항에서 정한 속임수나 그 밖의 부당한 방법에 의하여 요양급여비용을 받는 행위에 해당하지 않는다고 판결하였다.

나. 참조조문

- [1] 구 국민건강보험법(2016. 2. 3. 법률 제13985호로 개정되기 전의 것) 제57조 제1항
- [2] 구 국민건강보험법(2016. 2. 3. 법률 제13985호로 개정되기 전의 것) 제41조 제2항(현행 제41조 제3항 참조), 제57조 제1항, 국민건강보험 요양급여의 기준에 관한 규칙 제5조 제1항 [별표 1] 제6호 (다)목, 구 식품위생법(2013. 3. 23. 법률 제11690호로 개정되기 전의 것) 제1조, 제2조 제12호 (다)목, 제71조, 제72조, 제74조, 제88조 제1항, 제2항, 제3항, 제101조 제2항 제9호, 제10호

다. 판시사항

- [1] 다른 개별 행정법률을 위반하여 요양급여를 제공하고 요양급여비용을 수령한 것이 구 국민건강보험법 제57조 제1항에서 부당이득징수의 대상으로 정한 ‘속임수나 그 밖의 부당한 방법으로 보험급여비용을 받은’ 경우에 해당하는지 판단하는 기준
- [2] 요양기관이 집단급식소 설치신고를 하지 않은 상태에서 건강보험의 가입자 또는 피부양자에게 식품위생법상의 인력·시설 기준을 갖추어 환자 식사를 제공한 경우, 요양기관이 식대 관련 요양급여비용을 수령하는 행위가 구 국민건강보험법 제57조 제1항에서 정한 ‘속임수나 그 밖의 부당한 방법에 의하여 요양급여비용을 받는 행위’에 해당하는지 여부(소극)

라. 판결요지

- [1] 구 국민건강보험법(2016. 2. 3. 법률 제13985호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘국민건강보험법’이라 한다)은 국민의 질병·부상에 대한 예방·진단·치료·재활과 출산·사망 및 건강증진에 대하여 보험급여를 실시함으로써 국민보건 향상과 사회보장 증진에 이바지함을 목적으로 제정된 법률로서 의료법 등 다른 개별 행정법률과는 입법 목적과 규율대상이 다르다. 따라서 다른 개별 행정법률을 위반하여

요양급여를 제공하고 요양급여비용을 수령한 것이 국민건강보험법 제57조 제1항에서 부당이득징수의 대상으로 정한 ‘속임수나 그 밖의 부당한 방법으로 보험급여비용을 받은’ 경우에 해당하는지는 국민건강보험법과 다른 개별 행정법률의 입법 목적 및 규율대상의 차이를 염두에 두고 국민건강보험법령상 보험급여기준의 내용과 취지 및 다른 개별 행정법률에 의한 제재수단 외에 국민건강보험법상 부당이득징수까지 하여야 할 필요성의 유무와 정도 등을 고려하여 판단하여야 한다.

- [2] 국민건강보험 요양급여의 기준에 관한 규칙 등이 식품위생법상의 인력·시설 기준을 갖춘 요양기관에서 환자 식사를 제공한 경우에 요양급여비용을 지급하도록 규정한 취지는 요양기관으로 하여금 환자의 치료에 적합한 위생적인 식사를 제공하게 하려는 데 있는 것이지, 집단급식소의 설치·운영에 대한 신고까지 달성하기 위한 데 있는 것이라고 볼 수는 없다. 또한, 요양기관이 집단급식소를 설치·운영하면서 식품위생법상 사전 신고 의무를 위반한 경우 식품위생법 규정에 따라 과태료를 부과하는 제재를 하는 외에 요양급여비용으로 수령한 식대까지 국민건강보험법상 부당이득징수의 대상으로 보아야 할 정도의 공익상 필요성을 인정하기도 어렵다. 따라서 요양기관이 건강보험의 가입자 또는 피부양자에게 식품위생법상의 인력·시설 기준을 갖추어 환자 식사를 제공하였다면, 비록 집단급식소 설치신고를 하지 않은 상태에서 식사가 제공되었다고 하더라도 요양기관이 식대 관련 요양급여비용을 수령하는 행위가 ‘속임수나 그 밖의 부당한 방법에 의하여 요양급여비용을 받는 행위’에 해당된다고 볼 수는 없다.

[대법원 기] 정신보건법상 정신과의원 시설기준 위반을 이유로 요양급여비용 환수 처분 가능 여부

-대법원 2020. 3. 12. 선고 2019두40079 판결-

[요양급여비용 환수 처분 취소]

가. 사안의 개요

국민건강보험공단은 2017. 5. 23. 원고에게 ‘원고가 2009. 5. 30.부터 2016. 7. 30.까지 이 사건 의원을 운영하면서 구 정신보건법⁶²⁾의 정신과의원에 허용되는 최대 병상인 49병상을 초과하여 초과한 입원 환자에게 요양급여를 제공한 다음 환자들에 관한 요양급여비용을 지급받은 것은 속임수나 그 밖의 부당한 방법으로 요양급여비용을 받은 것에 해당한다’라는 이유로 요양급여비용 환수 처분을 내렸다. 이에, 원고가 요양급여비용 환수처분 취소 소송을 제기하였고 1심, 2심에서는 원고의 청구를 모두 기각하였으나 대법원에서는 구 정신보건법령상 정신과의원의 입원실 수를 초과한 상태에서 요양급여가 제공되었다는 사정만으로 해당 요양급여비용을 수령하는 행위가 ‘속임수나 그 밖의 부당한 방법에 의하여 요양급여비용을 받는 행위’에 해당하지 않는다고 판결하였다.

나. 참조조문

- [1] 구 국민건강보험법(2016. 2. 3. 법률 제13985호로 개정되기 전의 것) 제57조 제1항
- [2] 구 국민건강보험법(2016. 2. 3. 법률 제13985호로 개정되기 전의 것) 제41조 제2항(현행 제41조 제3항 참조), 국민건강보험 요양급여의 기준에 관한 규칙 제5조 제1항 [별표 1] 제1호 (라)목, 구 정신보건법(2016. 5. 29. 법률 제14224

62) 법률 제14224호, 2016. 5. 29. 정신건강증진 및 정신질환자 복지서비스 지원에 관한 법률로 전부 개정되기 전의 것.

호 정신건강증진 및 정신질환자 복지서비스 지원에 관한 법률로 전부 개정되기 전의 것) 제1조(현행 정신건강증진 및 정신질환자 복지서비스 지원에 관한 법률 제1조 참조), 제12조 제1항(현행 정신건강증진 및 정신질환자 복지서비스 지원에 관한 법률 제19조 제1항 참조), 제3항(현행 정신건강증진 및 정신질환자 복지서비스 지원에 관한 법률 제19조 제4항 참조), 구 정신보건법 시행규칙(2017. 5. 30. 보건복지부령 제497호 정신건강증진 및 정신질환자 복지서비스 지원에 관한 법률 시행규칙으로 전부 개정되기 전의 것) 제7조 제1항 [별표 2](현행 정신건강증진 및 정신질환자 복지서비스 지원에 관한 법률 시행규칙 제11조 제1항 [별표 3] 참조)

다. 판시사항

- [1] 의료법 등 다른 개별 행정 법률을 위반하여 요양급여를 제공하고 요양급여비용을 수령한 것이 구 국민건강보험법 제57조 제1항에서 부당이득징수의 대상으로 정한 ‘속임수나 그 밖의 부당한 방법으로 보험급여비용을 받은’ 경우에 해당하는지 판단하는 방법
- [2] 구 정신보건법령상 정신과의원의 입원실 수를 초과한 상태에서 요양급여가 제공되었다는 사정만으로 해당 요양급여비용을 수령하는 행위가 ‘속임수나 그 밖의 부당한 방법에 의하여 요양급여비용을 받는 행위’에 해당하는지 여부(소극)

라. 판결요지

- [1] 구 국민건강보험법(2016. 2. 3. 법률 제13985호로 개정되기 전의 것, 이하 같다)은 국민의 질병·부상에 대한 예방·진단·치료·재활과 출산·사망 및 건강증진에 대하여 보험급여를 실시함으로써 국민보건 향상과 사회보장 증진에 이바지함을 목적으로 제정된 법률로서 의료법 등 다른 개별 행정 법률과는 입법 목적과 규율대상이 다르다. 따라서 의료법 등 다른 개별 행정 법률을 위반하여 요양급

여를 제공하고 요양급여비용을 수령한 것이 구 국민건강보험법 제57조 제1항에서 부당이득징수의 대상으로 정한 ‘속임수나 그 밖의 부당한 방법으로 보험급여비용을 받은’ 경우에 해당하는지는 구 국민건강보험법과 다른 개별 행정 법률의 입법 목적 및 규율대상의 차이를 염두에 두고 구 국민건강보험법령상 보험급여기준의 내용과 취지 및 다른 개별 행정 법률에 의한 제재수단 외에 구 국민건강보험법상 부당이득징수까지 하여야 할 필요성의 유무와 정도 등을 고려하여 판단하여야 한다.

- [2] 국민건강보험 요양급여의 기준에 관한 규칙이 요양급여의 일반원칙으로 ‘요양기관은 가입자 등의 요양급여에 필요한 적절한 인력·시설 및 장비를 유지하여야 한다’고 규정한 취지는 요양기관으로 하여금 가입자 또는 피부양자에게 적절한 요양급여를 제공하게 하려는 것이지, 구 정신보건법(2016. 5. 29. 법률 제14224호 정신건강증진 및 정신질환자 복지서비스 지원에 관한 법률로 전부 개정되기 전의 것, 이하 같다) 및 구 정신보건법 시행규칙(2017. 5. 30. 보건복지부령 제497호 정신건강증진 및 정신질환자 복지서비스 지원에 관한 법률 시행규칙으로 전부 개정되기 전의 것)상 정신과의원의 입원실 수를 제한·유지하기 위한 것이라고 볼 수는 없다. 또한 정신의료기관이 구 정신보건법령상 시설기준을 위반하였더라도, 구 국민건강보험법(2016. 2. 3. 법률 제13985호로 개정되기 전의 것, 이하 같다)에서 정한 요양급여의 기준에 미달하거나 그 기준을 초과하는 등의 다른 사정이 없는 한 구 정신보건법 규정에 따라 시정명령 등을 하는 외에 곧바로 해당 정신의료기관에 지급된 요양급여비용을 구 국민건강보험법상 부당이득징수의 대상으로 보아 제재하여야 할 정도의 공익상 필요성이 있다고 인정하기도 어렵다. 따라서 구 정신보건법령상 정신과의원의 입원실 수를 초과한 상태에서 요양급여가 제공되었다는 사정만으로는 해당 요양급여비용을 수령하는 행위가 ‘속임수나 그 밖의 부당한 방법에 의하여 요양급여비용을 받는 행위’에 해당된다고 볼 수 없다.

[대법원 8] 특수의료장비 설치인정기준(비전속 영상의학 전문의 인력) 위반을 이유로 요양급여비용 환수처분 가능 여부

-대법원 2020. 7. 9. 선고 2020두31668, 2020두31675(병합) 판결-

[요양급여비용 환수처분취소, 업무정지처분취소]

가. 사안의 개요

이 사건 의원 원장인 원고는 2012년 이 사건 특수의료장비인 전산화단층 촬영장치와 유방 촬영용장치 관리자로 이 사건 의원에서 근무하는 방사선사를 선임하여 관리하게 하였다. 원고는 영상학과 전문의를 이 사건 의원의 특수의료장비 비전속 영상학과 전문의로 등록하였다. 영상학과 전문의는 2010. 12. 20.경부터 2013. 2. 28.경까지 이 사건 의원을 방문하지 않은 채 원격전송프로그램을 이용하여 이 사건 각 특수의료장비로 촬영한 영상을 판독하였다.

원고는 2011년부터 2015년까지 매년 T재단법인으로부터 이 사건 각 특수의료장비에 관하여 특수의료장비규칙에 따른 서류검사 및 정밀검사를 받고 적합판정을 받았다.

또한, 이 사건 의원에서 2012. 10.부터 2015. 11.까지 이 사건 전산화단층 촬영장치에 관하여 작성한 '임상영상평가표'에는 영상학과 전문의 A(2012.10.까지), B(2013. 3부터)를 각 평가자로 약 3개월에 한 번씩 임상영상평가를 시행한 것으로 기재되어 있고, 해당란에 각 서명이 기재되어 있었다.

하지만, 국민건강보험공단은 원고에 대하여 2016. 2. 18.경 조사대상 기간을 '2012. 12.부터 2013. 2.까지, 2015. 9부터 2015. 11.까지'로 정하여 이 사건 의원의 요양급여 및 의료급여에 대하여 현지조사를 실시하였다. 국민건강보험공단은 현지조사 결과 2016. 12. 16. 원고에게 특수의료장비의 설치 및 운영에 관한 규칙 제3조 설치인정기준에 따라 전산화단층 촬영장치 및 유방 촬영용 장치 운용인력으로 영상학과 전문의 비전속 1명을 두어야 하고, 영상학과 전문의는 특수의료장비의 의료영상 품질관리 업무의 총괄 및 감독, 영상화질 평가, 임상영상 판독업무를 수행하여야 함

에도, 실제 요양기관에 출근하여 근무하지 않는 등 의료영상 품질관리 업무를 총괄하거나 감독하는 등의 업무를 수행하지 않고 원격으로 판독의무만 하였음에도 비전속 인력으로 신고하고 전산화단층영상진단료, 유방촬영료 등을 요양급여비용으로 청구한 부분에 대하여 이는 국민건강보험법 제57조 제1항 '속임수 기타 부당한 방법으로 청구'에 해당함을 이유로 요양급여비용 환수처분을 하였다. 피고 장관은 원고에게 2018. 3. 28. 이 사건 환수처분과 같은 처분사유로 국민건강보험법 제98조 제1항 제1호에 근거하여 73일의 요양기관 업무정지처분을 하였다. 이에 원고가 요양급여비용환수처분취소와 업무정지처분취소 소송을 제기하였고, 대법원은 원고가 '속임수나 그 밖의 부당한 방법'으로 요양급여비용을 받은 경우에 해당한다고 볼 수 없어 이와 달리 본 원심판단에 법리오해의 잘못이 있다고 판결하였다.

나. 참조조문

- [1] 구 국민건강보험법(2016. 2. 3. 법률 제13985호로 개정되기 전의 것) 제57조 제1항, 제98조 제1항 제1호, 의료급여법 제28조 제1항 제1호
- [2] 구 국민건강보험법(2016. 2. 3. 법률 제13985호로 개정되기 전의 것) 제57조 제1항, 제98조 제1항 제1호, 의료급여법 제7조 제2항, 제28조 제1항 제1호, 구 의료급여법 시행규칙(2020. 6. 29. 보건복지부령 제737호로 개정되기 전의 것) 제6조 제1항, 구 국민건강보험 요양급여의 기준에 관한 규칙(2016. 6. 3. 보건복지부령 제404호로 개정되기 전의 것) 제5조 제1항 [별표 1] 제1호 (라)목, 제8호 (라)목, 의료법 제1조, 제34조 제1항, 제38조 제1항, 제2항, 제3항, 제63조 제1항, 제64조 제1항 제6호, 제67조 제1항, 제88조 제1호, 구 특수의료장비의 설치 및 운영에 관한 규칙(2019. 1. 10. 보건복지부령 제613호로 개정되기 전의 것) 제3조 제1항 [별표 1], 제2항 제1호 / [3] 구 국민건강보험법(2016. 2. 3. 법률 제13985호로 개정되기 전의 것) 제57조 제1항, 제98조 제1항 제1호, 의료급여법 제28조 제1항 제1호

다. 판시사항

- [1] 다른 개별 행정법률을 위반하여 요양급여·의료급여를 제공하고 급여비용을 수령한 것이 구 국민건강보험법 제57조 제1항에서 부당이득징수의 대상으로, 같은 법 제98조 제1항 제1호, 의료급여법 제28조 제1항 제1호에서 업무정지처분의 대상으로 각 정한 ‘속임수나 그 밖의 부당한 방법으로 급여비용을 받은 경우’에 해당하는지 판단하는 방법
- [2] 의료법의 위임에 따른 구 특수의료장비의 설치 및 운영에 관한 규칙에서 정한 특수의료장비 설치인정기준(등록 및 품질관리검사에 관한 부분 제외)을 위반한 경우, 구 국민건강보험법 제57조 제1항에서 정한 부당이득징수처분 또는 같은 법 제98조 제1항 제1호, 의료급여법 제28조 제1항 제1호에서 정한 업무정지처분의 사유가 되는지 여부(소극)
- [3] 요양·의료기관을 운영하는 원고가 영상의학과 전문의 등이 실제 요양기관에 출근하지 않는 등 전산화단층 촬영장치 등의 의료영상 품질관리 업무의 총괄 및 감독, 영상화질 평가 등의 업무를 수행하지 않고 원격으로 판독 업무만 하였음에도 비전속 인력으로 신고하고 전산화단층 영상진단료 등에 관하여 요양급여·의료급여비용을 청구하여 지급받았다는 이유로 요양급여비용 환수처분 및 업무정지처분을 받은 사안에서, 원고의 요양급여·의료급여비용 청구가 구 국민건강보험법 제57조 제1항, 제98조 제1항 제1호, 의료급여법 제28조 제1항 제1호의 ‘속임수나 그 밖의 부당한 방법’으로 급여비용을 받은 경우에 해당한다고 볼 수 없는데도, 이와 달리 본 원심판단에 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례

라. 판결요지

- [1] 구 국민건강보험법(2016. 2. 3. 법률 제13985호로 개정되기 전의 것, 이하 같다)은 국민의 질병·부상에 대한 예방·진단·치료·재활과 출산·사망 및 건강증진에 대하여 보험급여를 실시함으로써 국민보건 향상과 사회보장 증진에 이바지함

을 목적으로 제정된 법률이고, 의료급여법은 생활이 어려운 사람에게 의료급여를 함으로써 국민보건의 향상과 사회복지의 증진에 이바지함을 목적으로 제정된 법률로서 의료법 등 다른 개별 행정법률과는 입법 목적과 규율대상이 다르다. 따라서 다른 개별 행정법률을 위반하여 요양급여·의료급여를 제공하고 급여비용을 수령한 것이 구 국민건강보험법 제57조 제1항에서 부당이득징수의 대상으로, 구 국민건강보험법 제98조 제1항 제1호, 의료급여법 제28조 제1항 제1호에서 업무정지처분의 대상으로 각 정한 '속임수나 그 밖의 부당한 방법으로 급여비용을 받은 경우'에 해당하는지는 국민건강보험법·의료급여법과 다른 개별 행정법률의 입법 목적 및 규율대상의 차이를 염두에 두고 국민건강보험법령·의료급여법령상 급여기준의 내용과 취지 및 다른 개별 행정법률에 의한 제재수단 외에 국민건강보험법·의료급여법에 따른 부당이득징수 및 업무정지처분까지 하여야 할 필요성의 유무와 정도 등을 고려하여 판단하여야 한다.

- [2] 구 국민건강보험 요양급여의 기준에 관한 규칙(2016. 6. 3. 보건복지부령 제404호로 개정되기 전의 것, 이하 '건강보험 요양급여규칙'이라 한다)이 요양급여의 일반원칙으로 '요양기관은 가입자 등의 요양급여에 필요한 적정한 인력·시설 및 장비를 유지하여야 한다'고 규정한 취지는 요양기관으로 하여금 환자의 치료에 적합한 요양급여를 제공하게 하려는 것이고, 특수의료장비와 관련하여 '일정한 인력·시설을 갖추어 등록하고 정기적인 품질관리검사를 받을 것'을 요양급여의 기준으로 정한 것은 이를 구체화한 것이다. 그러므로 의료법의 위임에 따른 구 특수의료장비의 설치 및 운영에 관한 규칙(2019. 1. 10. 보건복지부령 제613호로 개정되기 전의 것)에 정한 특수의료장비 설치인정기준 가운데 등록 및 품질관리검사에 관한 부분을 제외한 나머지 부분은 이를 위반한 경우 의료법에 따라 시정명령 등의 제재 사유가 됨은 별론으로 하더라도 구 국민건강보험법(2016. 2. 3. 법률 제13985호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제57조 제1항에서 정한 부당이득징수처분 또는 구 국민건강보험법 제98조 제1항 제1호, 의료급여법 제28조 제1항 제1호에서 정한 업무정지처분의 사유가 된다고 볼 수 없다.
- [3] 요양·의료기관을 운영하는 값이 영상의학과 전문의 등이 실제 요양기관에 출근

하지 않는 등 전산화단층 촬영장치 등의 의료영상 품질관리 업무의 총괄 및 감독, 영상화질 평가 등의 업무를 수행하지 않고 원격으로 판독 업무만 하였음에도 비전속 인력으로 신고하고 전산화단층 영상진단료 등에 관하여 요양급여·의료급여비용을 청구하여 지급받았다는 이유로 요양급여비용 환수처분 및 업무정지처분을 받은 사안에서, 갑이 비전속 영상의학과 전문의의 영상판독을 거쳐 품질관리 적합판정을 받고 등록된 전산화단층 촬영장치 등을 활용한 전산화단층 영상진단료 등을 요양급여비용 또는 의료급여비용으로 청구하였다면 이를 구 국민건강보험법(2016. 2. 3. 법률 제13985호로 개정되기 전의 것) 제57조 제1항, 제98조 제1항 제1호, 의료급여법 제28조 제1항 제1호의 ‘속임수나 그 밖의 부당한 방법’으로 급여비용을 받은 경우에 해당한다고 볼 수 없는데도, 이와 달리 본 원심판단에 법리오해의 잘못이 있다.

마. 검토

이 사건 재판부에서는 다른 개별 행정법률을 위반하여 요양급여·의료급여를 제공하고 급여비용을 수령한 것이 국민건강보험법 제57조 제1항의 ‘속임수나 그 밖의 부당한 방법으로 급여비용을 받은 경우’에 해당하는지에 대하여 판단하였다.

이 사건 재판부는 국민건강보험법·의료급여법과 다른 개별 행정법률의 입법 목적 및 규율대상이 다르므로 국민건강보험법령·의료급여법령상 급여기준의 내용과 취지 및 다른 개별 행정법률에 의한 제재수단 외에 국민건강보험법·의료급여법에 따른 부당이득징수 및 업무정지처분까지 하여야 할 필요성의 유무와 정도 등을 고려해서 판단해야 한다는 것으로 이는 앞서 기술한 이원적 심사설에 근거하는 것으로 볼 수 있다.

의료법은 모든 국민이 수준 높은 의료 혜택을 받을 수 있도록 국민의료에 필요한 사항을 규정함으로써 국민의 건강을 보호하고 증진함을 목적으로 제정된 법률로, 특수의료장비를 설치·운영하려면 시장·군수·구청장에게 등록하고 보건복지부령으로 정하는 설치인정기준에 맞게 설치·운영하여야 하고(의료법 제38조 제1항), 정기적인 품질관리 검사를 받아야 하며(의료법 제38조 제2항), 품질관리검사에서 부적합하다고 판정받은

특수의료장비를 사용하여서는 아니 된다고 규정하고 있다(의료법 제38조 제3항). 의료법 제38조 제1항의 위임에 따른 특수의료장비규칙은 전산화단층 촬영장치와 유방 촬영용 장치에 대하여 각 비전속 영상의학과 전문의 1명 이상을 두어야 한다(특수의료장비 설치인정기준 제3조 제1항)고 규정하고 있다. 보건복지부의 내부지침인 「특수의료장비의 설치 및 운영에 관한 규칙 운영지침」에 의하면 비전속 영상의학과 전문의의 비전속은 최소 주 1회 이상 근무를 의미한다.

재판부에서는 위 운영지침은 상급행정기관이 소속 공무원이나 하급행정기관에 대하여 세부적인 업무처리절차나 법령의 해석·적용 기준을 정해 주는 행정규칙으로 상위 법령의 구체적 위임이 있지 않는 한 대외적으로 국민이나 법원을 구속하는 효력을 갖는 것은 아니라는 원고 주장을 받아들였다. 위 내부 운영지침의 법규적 효력을 인정할 수 없고 위임 규정이 없어 대외적 구속력을 갖는 것으로 볼 수 없으므로 보건복지부의 내부지침에 의한 처분은 보건복지부의 재량권을 일탈·남용한 처분이라고 판시하였다. 즉 보건복지부의 내부지침이 행정규칙으로서의 법적 구속력을 갖추기 위해서는 상위 법령에 근거해야 함을 명확히 했다는 점에서 대상판결의 의의가 있다.

특수의료장비 설치인정기준 제3조 제2항에 따르면 영상의학과 전문의는 특수의료장비의 의료영상 품질관리 업무의 총괄 및 감독, 영상화질 평가, 임상영상 판독 업무를 수행한다고 규정하고 있는데, 이 사건 재판부에서는 “특수의료장비 관련 영상의학과 전문의가 담당하는 ‘의료영상 품질관리, 영상화질 평가, 임상영상 판독 업무’는 촬영된 의료영상을 확인함으로써 수행할 수 있는 업무라는 점, 전자정보통신 기술의 발달로 의학영상정보시스템에 의한 원격지 영상전송과 원격지 영상 확인이 용이한 상황에서 촬영된 의료영상을 확인하기 위하여 반드시 전산화단층 촬영장치 등이 설치된 의료기관에 출근하여야 한다고 보기 어려운 점, 의료법도 정보통신기술을 활용한 원격의료를 허용하고 있는 점(제34조 제1항), 전산화단층 촬영장치 등의 경우에는 ‘전속’이 아니라 ‘비전속’ 영상의학과 전문의를 둘 수 있도록 한 점 등을 고려하면 비전속 영상의학과 전문의가 반드시 해당 의료기관에 출근하여야만 의료영상 품질관리, 영상화질 평가, 임상영상 판독 업무를 수행할 수 있는 것은 아니라고 할 것이다.” 고 판시하였다.

또한 이 사건 재판부에서는 의료법과 국민건강보험법 등의 관계 법령의 내용에 비추

어 볼 때, “건강보험 요양급여규칙이 요양급여의 일반원칙으로 요양기관은 가입자 등의 요양급여에 필요한 적절한 인력·시설 및 장비를 유지하여야 한다고 규정한 취지는 요양기관으로 하여금 환자의 치료에 적합한 요양급여를 제공하게 하려는 것이고, 특수 의료장비와 관련하여 ‘일정한 인력·시설을 갖추어 등록하고 정기적인 품질관리검사를 받을 것’을 요양급여의 기준으로 정한 것은 이를 구체화한 것” 이라고 판시하였다.

그러므로 의료법의 위임에 따른 특수의료장비규칙에 정한 특수의료장비 설치인정기준 가운데 위에서 본 등록 및 품질관리검사에 관한 부분을 제외한 나머지 부분은 이를 위반한 경우 의료법에 따라 시정명령 등의 제재 사유가 됨은 별론으로 하더라도 국민건강보험법 제57조 제1항에서 정한 부당이득징수처분 또는 국민건강보험법 제98조 제1항 제1호, 의료급여법 제28조 제1항 제1호에 정한 업무정지처분의 사유로 볼 수 없다고 판시하였다.

따라서 원고가 비전속 영상의학과 전문의의 영상판독을 거쳐 품질관리 적합판정을 받고 등록된 전산화단층 촬영장치 등을 활용한 전산화단층 영상진단료 등을 요양급여 비용 또는 의료급여비용으로 청구하였다면 이를 국민건강보험법 제57조 제1항, 제98조 제1항 제1호, 의료급여법 제28조 제1항 제1호의 ‘속임수나 그 밖의 부당한 방법’으로 급여비용을 받은 경우에 해당하는 것으로 볼 수 없다는 것이다.

이 사건 대법원에서는 특수의료장비의 영상관리 필수 인력 기준에 대한 적정성을 검토하거나 필수 인력 기준을 제시한 것은 아니다. 여전히 특수의료장비를 운영하는 의료기관에서는 의료법 제38조 제1항 및 특수의료장비의 설치 및 운영에 관한 규칙 제3조에 의거 필수인력 기준을 준수해야 하고 위반 시 시행명령 등의 제재 사유가 될 수 있다.

[대법원 9] 혈맥약침이 안전성·유효성에 대한 검증을 위한 신의료기술평가 대상인지 여부

-대법원 2019. 6. 27. 선고 2016두34585 판결-

[과다본인부담금 확인 처분 취소]

가. 사안의 개요

원고는 요양병원을 개설하여 운영하는 자로 자신이 운영하는 요양병원에서 항암혈맥약침 등의 치료를 받은 환자로부터 항암혈맥약침 치료에 관하여 본인부담금 9,200,000원을 수령하였다. 피고인 건강보험심사평가원은 2014. 3. 14. 혈맥약침술에서 이용되는 혈맥이 한의학적으로 경혈과 같이 치료의 대상이기는 하나, 전통적인 치료방법을 고려할 때 혈맥약침술의 치료 원리와 방법은 혈관(혈맥)에 약물을 주입하여 치료하는 방법으로 기존의 약침술의 범주에 해당하지 않으며, 신의료기술 신청이 선행되어야 한다"라는 이유로 항암혈맥약침술 비용을 과다본인부담금으로 확인하고 환급을 명하는 처분을 내렸다. 원고는 혈맥약침술이 건강보험 행위 급여·비급여 목록표 및 급여 상대가치 점수(보건복지부 고시 제2010-123호)의 비급여 항목으로 등재된 약침술의 범위에 포함된다고 주장하면서 이 사건 처분의 취소를 구하는 소송을 제기하였다.

나. 참조조문

- [1] 의료법 제53조 제1항, 제2항, 구 신의료기술평가에 관한 규칙(2015. 9. 21. 보건복지부령 제353호로 개정되기 전의 것) 제2조 제2호(현행 제2조 제1항 제3호 참조)
- [2] 국민건강보험법 제47조, 제48조, 의료법 제53조 제1항, 제2항, 구 신의료기술평가에 관한 규칙(2015. 9. 21. 보건복지부령 제353호로 개정되기 전의 것) 제2조 제2호(현행 제2조 제1항 제3호 참조)

다. 판시사항

- [1] 신의료기술평가 제도의 시행일(2007. 4. 28.) 이후 새롭게 시도되는 의료기술이 기존 의료기술을 변경하였고 변경의 정도가 경미하지 않아 서로 동일하거나 유사하다고 인정되지 않는 경우, 비급여 의료행위에 해당하기 위해서는 신의료기술평가가 선행되어야 하는지 여부(적극) 및 변경의 정도가 경미한지 판단할 때 고려할 사항
- [2] 원고가 자신이 운영하는 요양병원에서 항암혈맥약침 등의 치료를 받은 환자로부터 본인부담금을 수령하였으나 건강보험심사평가원이 ‘혈맥약침술이 기존의 약침술의 범주에 해당하지 않아 신의료기술 신청이 선행되어야 한다’는 이유로 항암혈맥약침술 비용을 ‘과다본인부담금’으로 확인하고 환급을 명하는 처분을 한 사안에서, 혈맥약침술은 기존 의료기술인 약침술과 비교할 때 시술의 목적, 부위, 방법 등에서 상당한 차이가 있고, 변경의 정도가 경미하지 않아 서로 동일하거나 유사하다고 볼 수 없으므로 원고가 수진자들로부터 비급여 항목으로 혈맥약침술 비용을 지급받으려면 신의료기술평가 절차를 통해 안전성·유효성을 인정받아야 하는데도, 혈맥약침술이 약침술과 본질적인 차이가 없다는 전제에서 위 처분이 위법하다고 본 원심판단에 법리를 오해한 잘못이 있다고 한 사례

라. 판결요지

- [1] 신의료기술 평가의 취지
- 의료법 제53조 제1항, 제2항, 부칙(2007. 4. 11.) 제14조, 구 신의료기술평가에 관한 규칙(2015. 9. 21. 보건복지부령 제353호로 개정되기 전의 것) 제2조 제2호의 규정 등을 종합하면, 신의료기술평가 제도의 시행일인 2007. 4. 28. 이후에 새롭게 시도되는 의료기술이 시술의 목적, 대상, 방법 등에서 기존 의료기술을 변경하였고, 그 변경의 정도가 경미하지 않기 때문에 서로 동일하거나 유사하다고 인정되지 아니한 경우에는 신의료기술평가의 대상이 되어, 법령의 절차에 따른 평가를 받지 않는 이상 더 이상 비급여 의료행위에 해당하지 않게 된다. 변

경의 정도가 경미한지를 판단할 때에는 모든 국민이 수준 높은 의료 혜택을 받을 수 있도록 국민의료에 필요한 사항을 규정함으로써 국민의 건강을 보호하고 증진하려는 의료법의 목적, 의료기술평가에 관한 법적 근거를 마련하여 의료기술의 안전성·유효성을 확보함으로써 국민의 생명과 신체를 보호하려는 신의료기술 평가 제도의 입법 취지가 고려되어야 한다.

[2] 비급여 항목인 약침술과 혈맥약침술의 동일성 여부

약침술은 한의학의 핵심 치료기술인 침구요법과 약물요법을 접목하여 적은 양의 약물을 경혈 등에 주입하여 치료효과를 극대화시키는 의료기술이므로 침구요법을 전제로 약물요법을 가미한 것이지만 혈맥약침술은 침술에 의한 효과가 없거나 매우 미미하고 오로지 약물에 의한 효과가 극대화된 시술인 점 등에 비추어, 혈맥약침술은 기존에 허용된 의료기술인 약침술과 비교할 때 시술의 목적, 부위, 방법 등에서 상당한 차이가 있고, 변경의 정도가 경미하지 않아 서로 동일하거나 유사하다고 볼 수 없으므로 원고가 수진자들로부터 비급여 항목으로 혈맥약침술 비용을 지급받으려면 신의료기술평가 절차를 통해 안전성·유효성을 인정받아야 한다. 약침술은 한의학 고유의 침구이론인 경락학설[경락(經絡)과 경혈(經穴)]을 통하여 물리적 자극을 전달하여 질병을 치료하는 방법을 근거로 하여 침과 한약의 효과를 극대화하는 한방 의료행위로 치료 경혈 및 체표 반응점에 약 0.1 ~ 수ml 전후로 시술한다. 관련 교과서에서 약침술은 혈관 등을 피해서 주입한다고 설명되어 있다. 혈맥약침술은 산삼 등에서 정제·추출한 약물을 혈맥에 일정량을 주입하여 질병을 치료하는 방법이라고 설명되며 ‘산삼약침’이라고도 소개되고 있다. 한의학에서 혈맥(血脈)은 해부학에서의 동맥이나 정맥 그리고 모세혈관을 총칭하는 용어로 혼용되어 사용되어 왔으나, 산삼약침에서의 혈맥은 정맥에 국한된다. 혈맥약침술은 고무줄로 상박을 압박하여 혈맥을 찾은 뒤 산양삼 증류·추출액을 주입하고, 20ml ~ 60ml를 시술한다. 따라서 약침술은 한의학의 핵심 치료기술인 침구요법과 약물요법을 접목하여 적은 양의 약물을 경혈 등에 주입하여 치료효과를 극대화시키는 의료기술이므로, 침구요법을 전제로 약물요법

을 가미한 것이다. 그러나 혈맥약침술은 침술에 의한 효과가 없거나 매우 미미하고 오로지 약물에 의한 효과가 극대화된 시술이다. 그런데도 원심은, 혈맥약침술이 약침술과 본질적인 차이가 없다는 전제에서, 수진자들로부터 본인부담금을 지급받기 위하여 신의료기술평가가 선행되어야 한다고 볼 수도 없어 위 처분이 위법하다고 본 원심판단에 법리를 오해한 잘못이 있다.

마. 검토

대상판결의 핵심은 혈맥약침술이 신의료기술평가 대상에 해당하는지 여부였다. 재판부는 신의료기술평가 대상인지에 대한 판단을 위해 기존에 허용된 의료기술인 약침술과 비교하여 시술의 목적, 부위, 방법 등에서 상당한 차이가 있고, 변경의 정도가 경미하지 않아 서로 동일하거나 유사하다고 볼 수 없으므로 비급여 항목으로 혈맥약침술 비용을 지급받으려면 신의료기술평가 절차를 통해 안전성·유효성을 인정받아야 한다는 것이다.

혈맥약침술과 약침술의 차이점으로 혈맥약침술은 산삼 등에서 정제·추출한 약물을 혈맥에 일정량을 주입하여 질병을 치료하는 방법인 ‘산삼약침’으로 산삼약침에서의 혈맥은 정맥에 국한되고, 혈맥약침술은 침술에 의한 효과가 없거나 거의 미미하고 약물에 의한 효과를 극대화한 시술이라는 점으로 비급여 항목인 약침술에서 발전한 치료법이지만 약침술과 시술대상·시술량·원리 및 효능발생기전 등에 있어서 본질적인 차이가 있는 다른 새로운 의료기술로 보아야 한다고 판시하였다.

지난 2013년 보건복지부에서는 약침요법은 한의학 고유의 침구이론인 경락학설을 근거로 하여 한약에서 추출한 약침액을 압통점, 경락, 강혈점 등에 주입하여 한약과 침의 효과를 극대화하는 요법으로 한의사가 행할 수 있는 한방 의료행위이고, 정맥혈관 등의 주사행위와는 학문적으로 구분되는 행위로 한의사가 한방원리에 의하지 않은 정맥에 주사하는 행위는 면허 범위 내의 의료행위로 보기 어렵다는 내용의 유권해석⁶³⁾을 내렸고 이 사건 1심 판결에서는 동 유권해석을 인용하였다.

63) 보건복지부 한약정책과, 2011. 4. 28.

의료행위와 한방행위는 '학문적 원리'에 따라 구분되는데 보건복지부의 유권해석처럼 정맥에 주사하는 혈맥약침술은 한방원리에 의하지 않은 행위로 한의사가 행하면 안 되는 의료행위임이 명백하다. 대상판결은 국민이 수준 높은 의료 혜택을 받을 수 있도록 국민의료에 필요한 사항을 규정함으로써 국민의 건강 더 나아가 생명과 신체를 보호하고 증진하는 한편 신의료기술평가에 관한 의료기술의 안전성·유효성을 확보하려는 의료가법이 정한 취지를 고려했다는 데에 의의가 있다.⁶⁴⁾

64) 2019년 분야별 중요판례분석, 법률신문, 2020. 7. 2. available at. <https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?serial=162359>(last visited. 2020.11.11).

[대법원 10] 주취자의 뇌출혈 증세를 발견하지 못한 과실이 인정된 사례

-대법원 2019. 7. 25. 선고 2018도3268 판결-

[업무상과실치사]

가. 사안의 개요

피고인 A(응급실 당직의사)는 2014. 5. 6. 새벽 119 구급차에 실려 응급실을 방문한 뇌출혈 환자를 단순 취객으로 오인하고 2시간 30분 동안 피해자에게 어떠한 조치도 취하지 않고 귀가시켰다. 환자는 병원에서 퇴원한 후 13시간 후에 사망하였다. 법원은 환자에게 적절한 조치를 취하지 아니한 채 퇴원시킨 의사의 주의의무위반(금고 8개월, 집행유예 2년)을 인정하였다.

나. 참조조문

형법 제268조

다. 법원의 판단

1) 피고인 A(의사)의 업무상 과실 여부

법원은 다음과 같은 사정에 근거하여 의사의 업무상과실을 인정하였다. 즉 ① 피해자는 119 구급차에 의하여 응급실에 도착하였는데, 당시 코피가 나 있는 상태였고, 응급실에 있는 동안 구토 및 소변기에 대변을 보고 화장실 바닥에 뒹구는 증세를 보였으며, 오른쪽 눈 주위에 멍이 들어 붓기가 있는 상태에 있었고, 특히 휠체어에서도 몸을 제대로 가누지 못하여 오른쪽 팔다리를 사용하지 못하는 상태였던 점, ② 의사인 피고인으로서 피해자가 응급실에 내원한 경위, 당시의 증상, 응급실 내에서 보인 증세와 상태

를 제대로 진찰하였더라면 피해자의 두개골 골절 또는 뇌출혈 가능성을 충분히 예견할 수 있었던 것으로 보이는 점(이는 피고인이 구급대원이나 보호자로부터 내원하게 된 경우나 수상 부위 등에 대하여 제대로 고지를 받지 못하였다고 하더라도 마찬가지이다), ③ 피고인이 신경외과 전문의가 아닌 일반의라거나 위 진료가 응급실에서 이루어진 것이라고 하여 의사로서의 위와 같은 주의의무를 달리 보아야 할 근거가 없는 점, ④ 비록 피해자가 당시 술에 취한 상태로서 몸을 가누지 못하고, 의사소통이 어려운 상태에 있었던 것으로 보이는 하나, 응급실에서 난동을 부리거나 고함을 지르는 등 일반적인 주취자의 행동을 보이지는 않았고, 피고인으로서의 주취상태에서 CT촬영을 하는 데 어려움이 예상된다고 하더라도 적어도 뇌출혈 가능성을 의심하면서 환자의 상태를 예의주시하고, CT촬영이 가능한 상태에 이르도록 노력하였어야 하는 점, ⑤ 만약 곧바로 CT 촬영 등을 시행할 수 없는 상태여서 부득이 퇴원 조치를 하는 경우라면, 보호자로 하여금 뇌출혈 가능성에 대하여 충분히 설명함으로써 피해자가 이상증세를 보이는 경우 즉시 병원 치료를 받을 수 있도록 해야 할 업무상 주의의무가 있다고 보이는 점, ⑥ 그럼에도 피고인은 피해자가 응급실에 실려 왔다가 퇴원하기까지 약 2시간 30분 동안 피해자에 대하여 아무런 치료행위나 처치를 취하지 아니하였고, 단순 주취자로만 판단하여 CT촬영 등 아무런 시도도 하지 아니하였으며, 보호자로 온 피해자의 처에게 “술이 취해 치료할 수 없으니 술이 깨면 오라”고만 하여 뇌출혈 가능성에 대하여는 아무런 설명 없이 퇴원하도록 조치한 점, ⑦ 피해자는 뇌출혈 증세를 보인 때로부터 얼마 지나지 않아 곧바로 구급차를 통해 병원 응급실에 내원하였고, 병원에서 퇴원한 때로부터 약 13시간 후에 사망에 이르렀으며, 국립과학수사연구원의 부검감정서에도 ‘최초 병원 내원 시 적절한 조치를 취하였다면 사망에 이르지 않았을 것’이라고 기재되어 있어, 만약 피고인이 위와 달리 당직의사로서 피해자에 대하여 적절한 처치를 하거나 적어도 보호자에게 피해자의 두개골 골절 또는 뇌출혈 가능성을 설명하여 주었더라면 피해자의 사망이라는 결과 발생을 방지할 수 있었다고 보인다고 판단하였다.

2) 인과관계의 인정

의료사고에 있어서 의사의 과실을 인정하기 위해서는 의사가 결과 발생을 예견할 수 있었음에도 결과 발생을 회피하지 못한 과실이 검토되어야 하고, 그 과실의 유무를 판단함에는 같은 업무와 직무에 종사하는 일반적 보통인의 주의 정도를 표준으로 하여야 하며, 이에는 사고 당시의 일반적인 의학의 수준과 의료환경 및 조건, 의료행위의 특수성 등이 고려되어야 한다. 또한 의사가 진찰·치료 등의 의료 행위를 할 때는 사람의 생명·신체·건강을 관리하는 업무의 성질에 비추어 환자의 구체적 증상이나 상황에 따라 위험을 방지하기 위하여 요구되는 최선의 조치를 취하여야 하고, 환자에게 적절한 치료를 하거나 그러한 조치를 취하기 어려운 사정이 있다면 신속히 전문적인 치료를 할 수 있는 다른 병원으로의 전원조치 등을 취하여야 한다.

피고인은 환자의 구체적 증상, 상황에 대하여 위험을 방지하기 위하여 요구되는 CT 촬영 등 적절한 조치를 하지 않고, 보호자에 대하여 뇌출혈 가능성에 대하여 아무런 설명을 하지 아니한 채 퇴원하도록 함으로써 업무상 주의의무를 위반하였고, 이러한 업무상 주의의무 위반행위와 피해자의 사망 사이에는 인과관계가 있다고 충분히 인정할 수 있다.

라. 검토

대법원은 형사상 의료과실 및 인과관계의 인정에 대하여 매우 엄격한 기준을 적용하여야 한다는 입장을 밝히고 있다. 대법원 2014. 5. 29. 선고 2013도14079 사건에서는 관련 민사 사건에서 피고인이 수술도구인 프리어에 과도한 힘을 준 과실을 인정하였음에도 이를 유죄로 선고한 원심을 파기하였고, 대법원 2014. 7. 24. 선고 2013도16101 사건에서는 한의사가 당뇨병 환자에게 사혈, 침술 등을 시술한 사안에서 업무상과실을 부정한 바 있다.⁶⁵⁾

이는 민사상 과실이 피해자의 구제라는 관점에서 비교적 경미한 부주의가 있어도 과

65) 해당 판결의 구체적인 내용은 박영호, 형사상 의료과실 및 인과관계 인정과 관련된 대법원 판례분석, 의료법학 제15권 제2호, 대한의료법학회, 2014. 참조.

실이 인정될 수 있는데 반해, 형사상으로는 형벌을 강제할 만한 고도의 실질적 부주의가 있어야 비로소 그 과실이 인정되어야 하기 때문이다. 나아가 형사처벌에 관한 형사재판에 있어서는 ‘의심스러울 때는 피고인의 이익으로’라는 원칙이 전제가 되므로 검사측의 합리적인 의심이 없을 정도의 증명이 필요하다.⁶⁶⁾

본 사안에서 법원은 엄격한 증명을 위해 당시 상황을 매우 구체적으로 설명함으로써 해당 의사에게 과실을 인정하고 있다. 특히 당해 주취자의 상태 즉 단순 주취자의 행동만 보였는지, 휠체어에서 몸을 제대로 가누지 못하여 오른쪽 팔다리를 사용하지 못하는 상태였는지를 주의 깊게 살피지 않은 점이 중요하게 작용한 것으로 보인다. 즉 주취자가 보인 증세와 상태를 제대로 진찰하였더라면 피해자의 두개골 골절 또는 뇌출혈 가능성을 충분히 예견할 수 있다고 판단한 것이다.

다만, 병원에 방문한 주취자가 단순 주취자인지 뇌출혈 의심자인지 구분하는 것은 의사에게도 결코 쉬운 것은 아닐 것이다. 또한 병원에 방문한 모든 주취자를 대상으로 CT촬영을 하는 것도 현실적으로 불가능한 일이다. 특히 주취자에 의한 폭력 등 사건의 발생가능성이 높은 새벽 응급실의 실정을 고려하면 주취자에 대한 의료인의 적극적인 응대 및 진료를 기대하기 어려운 측면이 있다. 그럼에도 불구하고 의사에게는 병원에 방문한 주취자의 건강에 이상이 없는지 주의 깊게 살펴야 할 의무가 부여되고 있다. 동 사안의 경우 환자가 뇌출혈 발생 후 병원에서 2시간 30분 이상 아무런 조치를 받지 못하였고, 퇴원 후 방치되어 가족이 환자의 악화된 증세를 발견하기 까지 약 13시간이 소요됨에 따라 환자가 사망에 이르게 된 안타까운 결과가 판결과 양형에 다소 영향을 미친 것으로 생각된다.

66) 박영호, 형사상 의료과실 및 인과관계 인정과 관련된 대법원 판례분석, 의료법학 제15권 제2호, 대한의료법학회, 2014. 438~439면.

[대법원 11] 의사의 지시로 간호조무사가 전염성 연속종을 시술한 행위, 무면허의료행위 해당 여부

-대법원 2019. 8. 14. 선고 2019도7082 판결-

[의료법위반]

가. 사안의 개요

피부과의원 의사인 피고인이 환자 갑(만 3세의 아동)을 진찰하여 전염성 연속종(일명 물사마귀)으로 진단한 후 의료인이 아닌 간호조무사에게 갑의 왼쪽 다리 부위에 있는 전염성 연속종을 제거하는 시술을 하도록 지시하였고, 간호조무사는 전염성 연속종 제거 시술을 하였다. 이로써 피고인 의사는 간호조무사와 공모하여 의료인이 아닌 자임에도 의료행위를 하게 했다는 공소된 사건으로 1심(67)에서 피고에 대해 무죄를 선고하였고, 2심(68)은 판시와 같은 이유로 이 사건 공소사실에 대하여 범죄의 증거가 없다고 보아 무죄를 선고한 제1심 판결을 그대로 유지하였다. 대법원은 원심이 의료법 제27조 제1항에서 금지하고 있는 무면허의료행위에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다는 이유로 상고를 기각하였다.

나. 참조조문

의료법 제27조 제1항, 제80조의2, 구 의료법(2015. 12. 29. 법률 제13658호로 개정되기 전의 것) 제80조(현행 제80조, 제80조의2 참조), 구 간호조무사 및 의료유사업자에 관한 규칙(2016. 12. 30. 보건복지부령 제472호로 개정되기 전의 것) 제2조 제1항(현행 삭제), 제3조, 제4조, 제5조 [별표], 간호조무사 및 의료유사업자에 관한 규칙 제2조, 형법 제20조, 형사소송법 제325조

67) 제주지방법원 2018. 5. 28. 선고 2017고정116 판결.

68) 제주지방법원 2019. 5. 2. 선고 2018노334 판결.

다. 원심 판결

1) 판시사항

위 시술은 피고인의 일반적 지도·감독하에 진료보조 행위의 일환으로 실시된 것으로서 의료법 위반행위에 해당하지 아니하거나 사회상규에 위배되지 아니하는 정당행위로서 위법성이 조각된다고 한 사례

2) 판결요지

가) 의사가 아니면 할 수 없는 의료행위인지 여부

전염성 연속종을 제거하는 시술은 시술의 내용과 방법 등에 비추어 의학적 전문지식에 바탕한 질병의 치료행위 내지 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위로서 의료법 제27조 제1항에 규정된 의료행위에 해당하나, 의사는 비의료인인 간호조무사에게도 제한된 범위 내에서 진료의 보조행위를 하도록 지시하거나 위임할 수 있고, 위 시술은 성격상 의사만이 할 수 있는 진료행위가 아니라 간호사 내지 간호조무사가 의사의 적절한 지도·감독하에 진료보조 행위로서 수행 가능한 업무 영역에 포함된다고 볼 여지가 크다.

나) 사회상규에 위배되지 않아 위법성이 조각되는지 여부

위 시술의 위험성 정도, 일반인들의 시각, 피시술자의 나이, 체질, 건강상태, 의사와 간호조무사 사이의 의료분업의 필요성, 당시 환자의 상태 및 의사인 피고의 진료행위, 간호조무사의 자질과 숙련도 등을 종합하면 간호조무사가 진료보조 행위로서 행하는 위 시술 과정에 의사가 입회 없이 일반적인 지도·감독만을 하는 것 역시 허용되고, 위 시술의 경우 의사인 피고에 의해 그와 같은 일반적인 지도·감독이 이루어졌으므로, 결국 위 시술은 의사의 일반적 지도·감독 하에 간호조무사에 의하여 진료보조 행위의 일환으로 실시된 것으로서 의료법 위반행위에 해당하지 아니하거나 사회상규에 위배되지 아니하는 정당행위로서 위법성이 조각된다.

라. 검토

1심에서 피고인에 대한 무죄 선고 후 검사는 항소이유로 전염성 연속증을 제거하는 시술은 의료법의 규제 대상이 되는 무면허 의료행위에 해당하고, 간호사 수급의 현실적 어려움, 시술한 간호조무사의 동종 시술의 경험이 많다는 이유만으로 이 사건 시술이 정당행위로서 위법성이 조각되는 것으로 볼 수 없어 피고에게 무죄를 선고한 원심 판결의 법리오해의 위법이 있다고 주장하였다.

이 사건의 쟁점은 이 사건에서 간호조무사가 시행한 전염성 연속증이 의료행위에 해당하는지와 간호조무사가 의사의 지도·감독하에 제한된 범위 내에서 할 수 있는 의료행위에 해당하는지 이다.

이 사건 2심 재판부에서는 이 시술은 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위로서 의료법 제27조 제1항에 규정된 의료행위에 해당하고, 이 시술이 의사만이 할 수 있는 진료행위에 해당하는지에 대하여 간호조무사는 의료법상 의료인에 해당하지 않으나, 구 의료법 제80조 제2항 및 제3항에서는 간호조무사로 하여금 간호보조 업무에 종사할 수 있도록 하되, 그 업무 한계 등에 필요한 사항은 보건복지부령으로 정하도록 하였다. 이에 구 간호조무사 및 의료유사업자에 관한 규칙 제2조 제1항은 간호보조 업무와 진료보조 업무를 간호조무사가 수행하는 업무로 규정하고 있고 개정 의료법 제80조의2에서는 의원급 의료기관에 한하여는 의사의 지도하에 진료의 보조를 수행할 수 있도록 하되, 이에 따른 구체적인 업무 범위와 한계에 대하여 필요한 사항은 보건복지부령으로 정하도록 하고 있다. 의사는 비의료인인 간호조무사에게 제한된 범위 내에서 진료의 보조행위를 하도록 지시하거나 위임할 수 있는 것으로 보아야 하므로 이 사건 시술은 그 성격상 의사만이 할 수 있는 의료행위가 아닌 간호조무사가 의사의 적절한 지도·감독하에 진료보조 행위로서 수행 가능한 업무 영역에 포함된다고 볼 여지가 크다고 판시하였다.⁶⁹⁾

69) 다만 간호조무사가 할 수 있는 업무범위와 관련하여 간호사의 경우와 마찬가지로 간호조무사에 대해서도 의사만이 할 수 있는 진료행위 자체를 하도록 지시하거나 위임하는 것은 허용될 수 없으므로, 간호사나 간호조무사가 의사의 지시나 위임을 받고 그러한 행위를 하였더라도 이는 무면허 의료행위에 해당한다고 보았다(대법원 2010. 5. 13. 선고 2010도2755 판결).

이 사건 시술은 의사인 피고인의 입회 없이 간호조무사에 의해 이루어졌다. 의사가 모든 의료행위에 입회를 해 지도·감독해야 하는지에 대하여, 2심 재판부에서는 간호사나 간호조무사가 진료의 보조를 함에 있어 모든 행위 하나하나마다 항상 의사가 현장에 입회하여 일일이 지도·감독하여야 하는 것은 아니고, 경우에 따라서는 의사가 진료보조행위 현장에 입회할 필요 없이 일반적인 지도·감독만을 하는 것이 허용되는 경우도 있을 수 있다. 이는 보조행위의 유형에 따라 일률적으로 결정할 수는 없고 구체적인 경우에 있어서 그 행위의 객관적인 특성상 위험이 따르거나 부작용 또는 후유증이 있을 수 있는지, 당시의 환자 상태가 어떠한지, 간호사의 자질과 숙련도는 어느 정도인지 등의 여러 사정을 참작하여 개별적으로 결정하여야 한다는 대법원⁷⁰⁾ 판례를 인용하였다.

그리고 재판부에서는 시술의 위험성에 대해 살펴보기 위해 전염성 연속종 제거 시술 행위에 대해 의학적 관점에서 재량적 판단이나 전문적 기술을 요하지 않는 비교적 단순한 행위로 평가할 수 있다고 보았다. 또한 의료도구인 큐렛은 비교적 안전하여 피부 표면의 양성병변 치료에 널리 사용되고 있어 다른 방법에 비해 비교적 효과적이고 안전한 시술로 의사의 지도·감독하에 간호조무사에 의하여 진료보조 행위의 일환으로 실시되었다고 보이므로, 제출된 증거만으로는 이 사건 시술이 의료법 위반행위에 해당한다고 볼 수 없다고 판단하였다. 이외에도 재판부에서는 이 사건 시술행위가 사회상규에 위배되지 않는 정당행위로 위법성이 조각 될 수 있는 지를 판단하기 위해 시술 당시 이 사건 환자의 상태 및 피고인의 진료행위, 간호조무사의 자질과 숙련도 등에 대해 자세히 살펴본 후 무면허의료행위 위반의 위법성이 조각된다고 판단했다.

70) 대법원 2010. 5. 13. 선고 2010도2755 판결.

[대법원 12] 방사선사의 초음파 관련 의료행위 시 요구되는 의사의 구체적인 지휘·감독의 정도

-대법원 2020. 1. 30. 선고 2019도7082 판결-

[의료법위반]

가. 사안의 개요

이 사건 병원의 이사장이자 의사인 피고인 D는 방사선사인 A에게 2012. 2. 7.경부터 2012. 6. 29.경까지 사이에 6,188명의 환자에게 초음파 검사를 하도록 하였다. 이 사건 병원의 검진과장이자 의사인 C는 2012. 1. 2.경부터 2012. 9. 17.경 사이에 방사선사인 A에게 2,068명의 환자에게 초음파 검사를 하도록 공모하였다. 법원은 A, C, D에 대한 무면허의료행위(D에게는 1,000만원의 벌금, A와 C에게는 각 300만원을 벌금)를 인정하였다.

나. 참조조문

의료법 제87조 제1항 제2호, 제27조 제1항, 형법 제30조

다. 법원의 판단

1) 피고인 A, C, D의 의료법위반의 점에 대하여

피고인 A가 의사인 피고인 C, D의 입회나 실시간 지도 없이 단독으로 초음파 검사를 실시하였다. 피고인 C, D가 각 수검자별로 작성한 ‘오더지’는 대부분 수검자가 초음파 검사를 요구한 신체 부위를 특정하여 표시한 것에 불과하고 개별 지시사항이 기재된 ‘오더지’도 ‘상복부 또는 하복부를 자세히 봐달라’는 개략적인 지시사항이 기재된 것에 불과하여 이로써 피고인 C, D에 의한 구체적인 지휘·감독이 이루어졌다고 보기

어렵다. 피고인 A는 피고 C, D로부터 부여받은 ID와 비밀번호를 사용하여 PACSPPLUS 시스템에 접속하여 검사결과와 요지를 작성하여 캡처 화면과 함께 피고인 C, D에게 전달하고, 방사선사인 A가 초음파 검사를 실시하면서 이상 소견이 있는 등 판독자료로 필요하다고 판단하여 저장해 놓은 정지화면 외에 나머지 초음파 영상을 피고인 C, D가 직접 볼 수 없었고, 피고인 C, D가 피고인 A로부터 전달받은 자료를 바탕으로 초음파 검사 결과를 작성하는 이상 피고인 A가 간과한 이상 부위를 사후에 발견할 가능성이 전혀 없었다. 피고인 A는 초음파 검사를 실시한 후 저장한 정지화면과 함께 이에 대한 자신의 의견을 기재하여 피고인 C, D에게 전달하였는데, 피고인 A가 작성한 의견에 ‘지방간’, ‘전립선비대’, ‘갑상선 결정’, ‘신장 낭종’, ‘수축 담낭’, ‘용종’, ‘전립성 낭종’, ‘담낭 결석’, ‘갑상선 낭종’, ‘담도기종 의증’, ‘다발성 간낭종’ 등 다양한 병명이 기재되어 있었고, 피고인 A가 제시한 의견을 토대로 피고인 C, D가 작성한 초음파 검사결과지는 위 의견서의 병명을 그대로 인용하고 있다.

피고인 C, D는 전달받은 검사결과와 요지를 정리·축약한 초음파 검사결과를 건강검진 결과지에 자신들의 명의로 기재하여 환자들에게 교부한 이상, 피고인들의 이러한 행위는 의사 아닌 방사선사인 피고 A가 초음파 검사를 실시하도록 한 것으로서 의료법위반죄를 구성한다.

라. 검토

의료법 제27조 제1항 본문은 “의료인이 아니면 누구든지 의료행위를 할 수 없으며 의료인도 면허된 이외의 의료행위를 할 수 없다”고 규정하고, 같은 법 제2조 제1항에 의료인이란 보건복지부장관의 면허를 받은 의사·치과의사·한의사·조산사 및 간호사로 규정하고 있다. 의료행위는 의료인만이 할 수 있음을 원칙으로 하되, 의료기사 등에 관한 법률에 의하여 임상병리사, 방사선사, 물리치료사, 작업치료사, 치과기공사, 치과위생사의 면허를 가진 자가 의사, 치과의사의 지도하에 진료 또는 의학적 검사에 종사하는 행위를 허용하고 있다.⁷¹⁾

71) 대법원 1985. 5. 14. 선고 84도2888 판결 참조.

이와 같이 의료기사 등에 관한 법률을 통해 의료기사 제도를 두고 의료인만이 할 수 있도록 제한한 의료행위 중의 일부를 허용하고 있다. 이는, 의료인만이 할 수 있도록 제한한 의료행위 중에서 그 행위로 인하여 사람의 생명이나 신체 또는 공중위생에 위해를 발생시킬 우려가 적은 특정 부분에 관하여, 그 분야의 의료행위로 인한 인체의 반응을 확인하고 이상 유무를 판단하여 상황에 대처할 수 있는 능력을 가졌다고 인정되는 자에게 면허를 부여하고, 그들로 하여금 그 특정 분야의 의료행위를 의사의 지도 하에서 제한적으로 행할 수 있도록 허용한 것이다.⁷²⁾ 이 사건 재판부는 의사와 방사선사가 동일한 공간에서 촬영영상을 동시에 보면서 실시간으로 의사의 진단과 구체적인 지도가 이루어지는 경우에 한하여 방사선사에 의한 초음파 관련 의료행위가 가능하므로, 의료기사인 방사선사는 초음파 관련 의료행위 시 의사로부터 상당히 구체적인 지휘·감독을 받아야 한다고 판시하였다.

72) 대법원 2002. 8. 23. 선고 2002도2014 판결 등 참조.

[대법원 13] 의사의 설명의무위반 위자료 지급대상 여부

-대법원 2019. 8. 30. 선고 2017다239960 판결-
[손해배상(의)]

가. 사안의 개요

기저 질환으로 혈액투석을 받아오던 갑이 좌측 동정맥루 부위 출혈로 을 병원 응급 센터에 입원한 후 항생제 치료를 받았으나 혈액에서 그람양성균이 발견되고 열이 지속 되는 등 상태가 좋지 않자, 을 병원 의료진이 감염성 심내막염을 앓고 있을 가능성이 매우 높다고 보아 갑에게 항생제를 추가 투약하기로 결정하였고, 그 후 갑에게 혈액투석을 위한 동정맥루 재개통술을 실시하였는데, 을 병원 수련의 병이 수술 후 의식을 완전히 회복하지 못한 상태로 금식 중이었던 갑에게 항생제를 투여하기 위하여 엘 튜브 삽입 하였고, 다음 날 을 의료원의 의료진이 보호자의 동의를 받아 갑에게 감염성 심내막염에 대한 응급수술을 실시하였는데도 며칠 후 갑이 감염성 심내막염을 직접사인으로 하여 사망하자, 갑의 유족인 정 등이 을 병원 및 병을 상대로 엘 튜브 삽입에 관한 설명의무 위반을 이유로 손해배상을 구한 사안에서 엘 튜브 삽입은 위자료 지급대상으로서의 설명의무 위반이 문제 될 사안이 아닌데도, 이와 달리 본 원심판단에는 의사의 설명의무에 관한 법리오해의 잘못이 있어 파기 환송한 사례이다.

나. 참조조문

- [1] 민법 제751조
- [2] 민법 제751조

다. 판시사항

- [1] 의사의 설명의무 위반이 위자료 지급대상이 되는 경우

[2] 만성신부전증으로 혈액투석을 받아오던 갑이 좌측 동정맥루 부위 출혈로 을 병원 응급센터에 입원한 후 항생제 치료를 받았으나 혈액에서 그람양성균이 발견되고 열이 지속되는 등 상태가 좋지 않자, 을 병원 의료진이 감염성 심내막염을 앓고 있을 가능성이 매우 높다고 보아 갑에게 항생제를 추가 투약하기로 결정하였고, 그 후 갑에게 혈액투석을 위한 동정맥루 재개통술을 실시하였는데, 을 병원 수련의 병이 수술 후 활력징후는 안정적이었지만 진정제의 영향으로 의식을 완전히 회복하지 못한 상태로 금식 중이었던 갑에게 항생제를 투여하기 위하여 엘 튜브(L-tube, 입으로 음식물·약물 섭취가 부적절하거나 불가능할 때 코를 통하여 위장까지 연결하는 튜브)를 삽입하였다가 갑의 호흡과 맥박이 측정되지 않자 엘 튜브를 제거하고 흉부압박 등 심폐소생술을 실시하여 갑의 맥박이 다시 측정되었으나, 다음 날 을 의료원의 의료진이 보호자의 동의를 받아 갑에게 감염성 심내막염에 대한 응급수술을 실시하였는데도 며칠 후 갑이 감염성 심내막염을 직접사인으로 하여 사망하자, 갑의 유족인 정 등이 을 병원 및 병을 상대로 엘 튜브 삽입에 관한 설명의무 위반을 이유로 손해배상을 구한 사안에서, 갑의 사망 원인이 엘 튜브 삽입 과정에서 일어난 호흡정지·심장정지가 아니라 그 이전부터 앓고 있었던 세균 감염으로 인한 감염성 심내막염인 점 등 제반 사정에 비추어 엘 튜브 삽입은 환자의 자기결정권이 문제 되지 아니하는 사항에 관한 것으로서 위자료 지급대상으로서의 설명의무 위반이 문제 될 사안이 아닌데도, 이와 달리 본 원심판단에는 의사의 설명의무에 관한 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례

라. 판결요지

[1] 원심

(1) 설명의무 위반

엘 튜브 삽입술이 금식 상태의 환자에게 경구용 약제를 투입하여야 할 경우 일반적으로 행해지는 시술이라고 하더라도, 망인과 같이 활력징후는 비교적 안정된 상태였지

만 방금 수술을 받고 왔고 진정제의 영향으로 의식이 완전하지 않으며 상태가 좋지 않은 환자에 대하여는 환자의 자기결정에 의한 선택이 요구되는 경우로서 설명의무의 대상이 된다. 그런데 피고들이 엘 튜브 삽입술 시행 전에 그 부작용, 위험성 등을 설명하지 않았으므로 피고들은 설명의무를 위반하였다.

(2) 위자료 청구

엘 튜브 삽입술과 망인의 사망 사이에 인과관계가 없더라도 최소한 망인의 갑작스러운 호흡정지·심장정지와 인과관계가 있으므로, 이 사건 청구는 자기결정권을 행사할 수 없게 된 데에 대한 위자료 청구 대상이 된다.

[2] 대법원

(1) 설명의무 의의

일반적으로 의사는 환자에게 수술 등 침습을 과하는 과정 및 그 후에 나쁜 결과 발생의 개연성이 있는 의료행위를 하는 경우 또는 사망 등의 중대한 결과 발생이 예측되는 의료행위를 하는 경우에 특단의 사정이 없는 한 진료계약상의 의무 내지 위 침습 등에 대한 승낙을 얻기 위한 전제로서 당해 환자나 그 법정대리인에게 질병의 증상, 치료방법의 내용 및 필요성, 발생이 예상되는 위험 등에 관하여 당시의 의료수준에 비추어 상당하다고 생각되는 사항을 설명하여 당해 환자가 그 필요성이나 위험성을 충분히 비교해보고 그 의료행위를 받을 것인가의 여부를 선택할 수 있도록 할 의무가 있다.

(2) 설명의무 대상

이와 같은 의사의 설명의무는 수술 시에 한하지 않고, 검사·진단·치료 등 진료의 모든 단계에서 각각 발생한다 하더라도 설명의무 위반에 대하여 의사에게 위자료 등의 지급의무를 부담시키는 것은 의사가 환자에게 제대로 설명하지 아니한 채 수술 등을 시행하여 환자에게 예기치 못한 중대한 결과가 발생하였을 경우에 의사가 그 행위에 앞서 환자에게 질병의 증상, 치료나 진단방법의 내용과 필요성 및 그로 인하여 발생이

예상되는 위험성 등을 설명하여 주었더라면 환자가 스스로 자기결정권을 행사하여 그 의료행위를 받을 것인지 여부를 선택함으로써 중대한 결과의 발생을 회피할 수 있었음에도 불구하고, 의사가 설명을 하지 아니하여 그 기회를 상실하게 된 데에 따른 정신적 고통을 위자하는 것이므로, 이러한 의미에서 의사의 설명은 모든 의료과정 전반을 대상으로 하는 것이 아니라, 수술 등 침습을 과하는 과정 및 그 후에 나쁜 결과 발생의 개연성이 있는 의료행위를 하는 경우 또는 사망 등의 중대한 결과발생이 예측되는 의료행위를 하는 경우 등과 같이 환자에게 자기결정에 의한 선택이 요구되는 경우만을 대상으로 하여야 한다. 따라서 환자에게 발생한 중대한 결과가 의사의 침습행위로 인한 것이 아니거나 환자의 자기결정권이 문제 되지 아니하는 사항에 관한 것은 위자료 지급대상으로서의 설명의무 위반이 문제 될 여지는 없다고 보아야 한다.⁷³⁾

마. 검토

판례는 의사가 침습적 의료행위를 하기 위한 전제로서 환자에 대한 설명의무를 부과하고, 이에 대한 동의로서 환자의 진료 선택권을 보장하는 것으로 본다. 즉 의사의 설명의무는 환자의 자기결정권을 위한 하나의 전제요건인 것이다. 다만 판례가 의료법 제24조의2에 의한 의료행위의 설명의무를 판단하지 않고 본 사례를 판단한 것은 착오로 보인다. 설명의무의 법적 성질에 대한 여러 견해에도 불구하고 의료법은 설명의무의 대상을 “진단명”, “수술에 관한 필요성, 방법 및 내용”, “수술 주체”, “수술 후유증과 같은 발생가능성” 및 “환자 준수 사항”, 설명방법과 동의 대상 등을 정형화하고 있다. 이 조항의 문제점은 단지 “수술 등”과 같은 신체에 대한 침습적 행위에 대하여 규정하고 있을 뿐이므로 비침습적 행위에 대한 설명의무위반 책임 소재 문제에 대하여는 아무런 도움이 되지 않는다. 이와 같은 의료법의 태도는 비침습적 의료행위에 대하여 위자료 청구권을 부인하는 입장에 선 것으로 판단된다.

즉 본 사안은 엘튜브삽입이 의료법 제24조에 의한 신체적 침습에 해당되는 행위이지만 수술 등과 같은 일련의 과정에서 필요한 수술 등을 위한 사전 절차가 아니라는

73) 대법원 1995. 4. 25. 선고 94다27151 판결 등 참조.

점을 명확히 하였어야 한다. 따라서 설명의무 위반으로 인한 신체 손해는 발생하였지만, 의사의 정당한 의료행위로서 위법성이 조각되는 것이고, 사망원인이 된 감염성 심내막염이 엘튜브 삽입 과정에서 인과관계가 부정되는 한 손해배상청구권의 대상이 되지 않는다. 나아가 환자의 자기결정권에도 불구하고 엘 튜브 삽입이 환자를 위하여 통상적이고 필수적인 의료행위로서 필요하다면 비침습적 의료행위로 인한 설명의무의 제한으로 위자료 청구권의 대상에서 제외되는 것이다.

요컨대 필수적인 의료행위에 대하여 의사는 양심에 따라 진료할 의무가 있으며, 본 사안에서 환자는 의식불명의 상태에 있으므로 환자의 추정적 의사 또는 법정 보호자의 의사에 의존케 되므로, 의사는 환자의 이익을 위하여 판단할 수밖에 없는 것이다. 따라서 의료의 긴급성 및 절차성과 필수적 의료행위를 하지 않음으로써 발생하는 손해를 비교하여 보더라도 설명의무의 대상이 아니라고 본 판례의 태도는 정당하다고 할 것이다.

[대법원 14] 심장수술 직후 척수병증이 발병되어 사전마비의 후유 장애가 발생한 사안에서 위와 같은 후유증이 설명의무 대상인지 여부

-대법원 2020. 11. 26. 선고 2018다217974 판결-
[손해배상(의)]

가. 사안의 개요

이 사건은 자각증상 없는 경추부 관련 질환 환자에게 경추부 척수병증에 따른 사지마비가 발생하는 것은 매우 이례적이어서 원고의 현 장애 상태는 이 사건 수술에서 통상 예견되는 합병증의 범위를 벗어난 것으로서 설명의무의 대상이 되지 않는다고 본 원 심판단에 대하여, 경추 추간판탈출증 등의 기왕증이 있는 환자가 기관삽관을 이용한 전신마취와 흉부거상 및 두부하강의 자세로 장시간 수술을 받는 경우 경추부 척수병증에 따른 사지마비의 후유증이 발생할 위험은 이 사건 수술 당시의 의료수준에 비추어 이 사건 수술로 인하여 예상되는 것이고 발생빈도가 낮다고 하더라도 발생할 경우 환자에게 중대한 생명·신체·건강의 침해를 야기할 수 있는 것이므로, 이 사건 수술을 받지 않을 경우에 생길 것으로 예견되는 결과와 대체 가능한 차선의 치료방법 등과 함께 환자인 원고 본인에게 구체적으로 설명해 주었어야 할 사항이라고 보아야 하고, 원심이 든 원고의 주관적 증상 또는 후유증 발생가능성의 희소성 및 이에 따른 피고 병원 의료진의 예견만으로 설명의무가 면제된다고 볼 수 없다고 판단하여 파기환송한 사건이다.

나. 참조조문

[1] 민법 제751조

다. 판시사항

- [1] 의료행위에 따르는 후유증이나 부작용 등의 위험발생가능성이 희소하다는 사정만으로 설명의무가 면제되는지 여부(소극)

라. 판결요지

- [1] 의사는 환자에게 수술 등 침습을 가하는 과정 및 그 후에 나쁜 결과 발생의 개연성이 있는 의료행위를 하는 경우 또는 사망 등의 중대한 결과 발생이 예측되는 의료행위를 하는 경우, 응급환자라는 등의 특별한 사정이 없는 한 진료계약상의 의무 또는 침습 등에 대한 승낙을 얻기 위한 전제로서 환자나 그 법정대리인에게 질병의 증상, 치료방법의 내용 및 필요성, 발생이 예상되는 위험, 시술 전 환자의 상태 및 시술로 인한 합병증으로 중대한 결과가 초래될 가능성의 정도와 예방가능성 등에 관하여 당시의 의료수준에 비추어 상당하다고 생각되는 사항을 구체적으로 설명하여 환자가 그 필요성이나 위험성을 충분히 비교해보고 그 의료행위를 받을 것인가의 여부를 선택할 수 있도록 할 의무가 있다. 의사의 설명의무는 의료행위에 따르는 후유증이나 부작용 등의 위험 발생 가능성이 희소하다는 사정만으로 면제될 수 없고, 후유증이나 부작용이 당해 치료행위에 전형적으로 발생하는 위험이거나 회복할 수 없는 중대한 것인 경우에는 그 발생가능성의 희소성에도 불구하고 설명의 대상이 된다.⁷⁴⁾

마. 검토

이 사건 원고는 피고 병원에서 관상동맥 조영술 결과 불안정성 협심증 및 좌측 쇄골하 정맥 완전 폐색을 진단받았고, 위와 같은 심장질환의 치료를 위하여 개흉관상동맥 우회로술 및 좌측쇄골하동맥우회로술을 받았다. 원고는 이 사건 수술 결과 양측 손의

74) 대법원 1995. 1. 20. 선고 94다3421 판결, 대법원 2004. 10. 28. 선고 2002다45185 판결, 대법원 2007. 5. 31. 선고 2005다5867 판결, 대법원 2007. 9. 7. 선고 2005다69540 판결 등 참조.

섬세한 기능장애, 양측 하지 근력 저하 등의 사지마비 및 배뇨 시 잔뇨가 남는 신경인성 방광 등의 회복하기 어려운 중대한 후유장애를 입게 되었다. 대법원은 이 사건 수술 중 약 10시간 동안 흉부거상 및 두부하강의 자세를 지속시키는 경우 기존의 추간판탈출증이 악화되어 추간판이 파열될 가능성이 있고 파열된 추간판 등은 경부 척수를 압박하여 척수병증으로 인한 사지마비의 원인이 될 수 있고, 경추 추간판탈출증 등의 기왕증이 있는 환자가 기관삽관을 이용한 전신마취와 흉부거상 및 두부하강의 자세로 장시간 수술을 받는 경우 위와 같이 경추부 척수병증에 따른 사지마비의 후유증이 발생할 위험은 이 사건 수술 당시의 의료수준에 비추어 이 사건 수술로 예상되는 것이고 발생빈도가 낮다고 하더라도 발생할 경우 환자에게 중대한 생명·신체·건강의 침해를 야기할 수 있는 것이므로, 이 사건 수술을 받지 않을 경우에 생길 것으로 예견되는 결과와 대체 가능한 차선의 치료방법 등과 함께 환자인 원고 본인에게 구체적으로 설명해 주었어야 할 사항이라고 보았다. 또한, 원심이 든 원고의 주관적 증상 또는 후유증 발생가능성의 희소성 및 이에 따른 피고 병원 의료진의 예견만으로 설명의무가 면제되는 것으로 볼 수 없다고 판시하였다.

[대법원 15] 의사가 병원에 없는 상태에서 이전에 직접 대면하여 진료한 환자에게 처방전을 교부·발행하게 한 행위, 직접 진찰 및 무면허의료행위 위반 여부

-대법원 2020. 1. 9. 선고 2019두50014 판결-

[의사면허자격정지처분취소]

가. 사안의 개요

의사인 원고가 2013. 2. 14. 자신이 운영하는 병원에 없는 상태에서 전화로 간호조무사에게 지시하여 3명의 환자에게 처방전을 발행하도록 지시하였고, 그에 따라 간호조무사는 원고의 컴퓨터에서 대상 환자를 클릭한 다음 동일하게 체크를 한 후 처방전을 출력하여 환자에게 교부하였다. 원고는 이 사건 위반행위로 그 의료법(2013. 4. 5. 법률 제11748호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 의료법'이라 한다) 제17조 제1항 위반죄가 인정되어 벌금 200만 원의 선고유예 판결을 받았고(청주지방법원 2016. 12. 2. 선고 2016고정870 판결), 그 판결은 그대로 확정되었다. 피고인 보건복지부장관은 2017. 1. 10. 원고에 대하여 '이 사건 위반행위가 의료인이 아닌 간호조무사로 하여금 의료행위를 하게 한 것이어서 구 의료법 제27조 제1항 위반에 해당한다' 등의 처분사유를 들어 의사면허 자격정지 2개월 10일을 명하는 이 사건 처분을 하자 원고가 의사면허자격정지처분취소 소송을 제기하였다.

나. 참조조문

- [1] 구 의료법(2013. 4. 5. 법률 제11748호로 개정되기 전의 것) 제17조 제1항
- [2] 구 의료법(2013. 4. 5. 법률 제11748호로 개정되기 전의 것) 제27조 제1항
- [3] 구 의료법(2013. 4. 5. 법률 제11748호로 개정되기 전의 것) 제17조 제1항, 제27조 제1항, 제68조, 제87조 제1항 제2호(현행 제87조 제2항 제2호 참조), 제

89조, 구 의료관계 행정처분 규칙(2013. 3. 29. 보건복지부령 제190호로 개정되기 전의 것) 제4조 [별표] 제2호 (가)목 5), 19)

[4] 구 의료법(2013. 4. 5. 법률 제11748호로 개정되기 전의 것) 제27조 제1항

다. 판시사항

- [1] 의사 등이 직접 진찰하여야 할 환자를 진찰하지 않은 채 그 환자를 대상으로 표시하여 진단서·검안서·증명서 또는 처방전을 작성·교부한 경우, 구 의료법 제17조 제1항 위반에 해당하는지 여부(적극) / 전화 진찰을 하였다는 사정만으로 '자신이 진찰'하거나 '직접 진찰'한 것이 아니라고 볼 수 있는지 여부(소극)
- [2] 구 의료법 제27조 제1항에서 정한 '의료행위'의 의미
- [3] 직접 진찰 등을 하지 않은 의사 등에 의한 처방전 등 작성·교부의 금지에 관한 구 의료법 제17조 제1항과 무면허의료행위의 금지에 관한 같은 법 제27조 제1항은 입법 목적, 요건과 효과를 달리하는 별개의 구성요건인지 여부(적극)
- [4] 의사가 자신이 운영하는 병원에 없는 상태에서 전화로 간호조무사에게 지시하여 3명에게 처방전을 발행하도록 지시함에 따라 간호조무 처방전을 발행한 사실로 구 의료법 제17조 제1항 위반죄가 인정되어 벌금 200만 원의 선고유예 판결을 받고 확정되었는데, 보건복지부장관이 갑에게 '위 위반행위가 의료인이 아닌 간호조무사 을에게 의료행위를 하게 한 것이어서 구 의료법 제27조 제1항 위반에 해당한다'는 등의 사유를 들어 의사면허 자격정지 2개월 10일을 명하는 처분을 한 사안에서, 의사가 처방전의 내용을 결정하여 작성·교부를 지시한 이상, 그러한 의사의 지시에 따라 간호사나 간호조무사가 환자에게 처방전을 작성·교부하는 행위가 구 의료법 제27조 제1항이 금지하는 무면허의료행위에 해당한다고 볼 수는 없다고 한 사례

라. 판결요지

- [1] 구 의료법(2013. 4. 5. 법률 제11748호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제17조 제1항 본문은 의료업에 종사하고 직접 진찰하거나 검안한 의사, 치과의사, 한의사가 아니면 진단서·검안서·증명서 또는 처방전을 작성하여 환자에게 교부하거나 발송하지 못한다고 규정하고 있다. 이는 진단서·검안서·증명서 또는 처방전이 의사 등이 환자를 직접 진찰하거나 검안한 결과를 바탕으로 의료인으로서의 판단을 표시하는 것으로서 사람의 건강상태 등을 증명하고 민형사책임을 판단하는 증거가 되는 등 중요한 사회적 기능을 담당하고 있어 정확성과 신뢰성을 담보하기 위하여 직접 진찰·검안한 의사 등만이 이를 작성·교부할 수 있도록 하는 데 취지가 있다. 따라서 의사 등이 직접 진찰하여야 할 환자를 진찰하지 않은 채 그 환자를 대상으로 표시하여 진단서·검안서·증명서 또는 처방전을 작성·교부하였다면 구 의료법 제17조 제1항 위반에 해당한다. 다만 위 조항은 스스로 진찰을 하지 않고 처방전을 발급하는 행위를 금지하는 규정일 뿐 대면진찰을 하지 않았거나 충분한 진찰을 하지 않은 상태에서 처방전을 발급하는 행위 일반을 금지하는 조항은 아니므로, 전화 진찰을 하였다는 사정만으로 ‘자신이 진찰’하거나 ‘직접 진찰’을 한 것이 아니라고 볼 수는 없다.
- [2] 구 의료법(2013. 4. 5. 법률 제11748호로 개정되기 전의 것) 제27조 제1항은 의료인에게만 의료행위를 허용하고, 의료인이라 하더라도 면허된 의료행위만 할 수 있도록 하여, 무면허 의료행위를 엄격히 금지하고 있다. 여기서 ‘의료행위’란 의학적 전문지식을 기초로 하는 경험과 기능으로 진찰, 검안, 처방, 투약 또는 외과적 시술을 시행하여 하는 질병의 예방 또는 치료행위 및 그 밖에 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위를 의미한다.
- [3] 구 의료법(2013. 4. 5. 법률 제11748호로 개정되기 전의 것, 이하 같다)은 제17조 제1항을 위반한 사람에 대해서는 1년 이하의 징역이나 500만 원 이하의 벌금에 처하는 반면(제89조), 제27조 제1항을 위반한 사람에 대해서는 5년 이하의 징역이나 2천만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다(제87조 제1항 제

2호). 또한 구 의료법 제68조의 위임에 따른 구 의료관계 행정처분 규칙(2013. 3. 29. 보건복지부령 제190호로 개정되기 전의 것) 제4조 [별표] ‘행정처분기준’ 지 2개월 처분을 하는 반면[제2호 (가)목 5)], 의료인이 구 의료법 제27조 제1항은 의료인이 구 의료법 제17조 제1항을 위반하여 처방전을 발급한 경우 자격정지를 위반하여 의료인이 아닌 자로 하여금 무면허의료행위를 하게 한 경우 자격정지 3개월 처분을 하도록 규정하고 있다[제2호 (가)목 19)]. 이처럼 구 의료법 제17조 제1항과 제27조 제1항은 입법 목적을 달리하며, 그 요건과 효과를 달리 하는 전혀 별개의 구성요건이다.

- [4] 의사가 자신이 운영하는 병원에 없는 상태에서 전화로 간호조무사에게 지시하여 환자 3명에게 처방전을 발행하도록 지시함에 따라 간호조무사가 처방전을 발행한 사실로 구 의료법(2013. 4. 5. 법률 제11748호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제17조 제1항 위반죄가 인정되어 벌금 200만 원의 선고유예 판결을 받고 확정되었는데, 보건복지부장관이 의사에게 ‘위 위반행위가 의료인이 아닌 간호조무사에게 의료행위를 하게 한 것이어서 구 의료법 제27조 제1항 위반에 해당한다’는 등의 사유를 들어 의사면허 자격정지 2개월 10일을 명하는 처분을 한 사안에서, 환자 3명은 종전에 갑으로부터 진찰을 받고 처방전을 발급받았던 환자이므로 의사인 간호조무사에게 3명의 환자들에 대하여 ‘전에 처방받은 내용과 동일하게 처방하라’고 지시한 경우 특별한 사정이 없는 한 처방전 기재내용은 특정되었고, 처방전의 내용은 간호조무사가 아니라 의사가 결정한 것으로 보아야 하며, 의사가 처방전의 내용을 결정하여 작성·교부를 지시한 이상, 그러한 의사의 지시에 따라 간호사나 간호조무사가 환자에게 처방전을 작성·교부하는 행위가 구 의료법 제27조 제1항이 금지하는 무면허의료행위에 해당한다고 볼 수 없음에도 이와 달리 본 원심판단에 법리를 오해한 위법이 있다고 한 사례.

마. 검토

이 사건의 쟁점은 두 가지로 전화 진찰을 하였다는 사정만으로 구 의료법 제17조

제1항의 ‘자신이 진찰’하거나 ‘직접 진찰’한 것이 아니라고 볼 수 있는지와 의사가 처방전 내용을 결정하고 간호조무사에게 처방전 작성·교부를 지시하여 간호조무사가 이에 응한 행위가 구 의료법 제27조 제1항 위반에 해당하는 무면허 의료행위에 해당하는지 여부였다.

구 의료법 제17조 제1항 처방전과 관련하여 살펴보면 처방전은 의사가 환자 진료 후 치료를 위해 투여가 필요한 약제를 기재하는 문서로 처방전에는 환자의 성명과 주민등록번호, 처방 의약품의 명칭, 처방전 연월일 및 사용기간, 진료 기관 또는 의사에 관한 정보, 의약품 및 조제 시 참고 사항에 관한 정보를 포함하고 있다.⁷⁵⁾ 처방전은 환자를 직접 진료한 의사가 적합한 임상적 결정을 할 수 있는 자율성이 보장되는 영역이다. 또한, 다른 증명서와 달리 직접적인 신체침해와 관련되어 있어 민·형사 책임 판단 시 중요한 자료로 활용되고 있으며 의사는 처방전 작성 및 발급에 따른 법적 책임을 지게 된다.⁷⁶⁾ 이에 의료법 제18조에서 의료인의 직접 대면 진료를 명확히 할 필요성이 있다.⁷⁷⁾

하지만 이 사건 재판부에서는 구 의료법 제17조 제1항 직접 진찰과 관련하여 1회 이상 반복 진료를 받고 살 빼는 약을 처방받은 환자에게 전화 또는 이와 유사한 정도의 통신매체에 의한 진찰은 직접 진찰에 해당한다고 판시한 2013년 대법원⁷⁸⁾ 판결을 인용하였다. 이 판례는 구 의료법 제17조 제1항(2007. 4. 11. 법률 제8366호로 개정되고, 2009. 1. 30. 법률 제9386호로 개정되기 전 법률)의 ‘직접’이란 ‘스스로’를 의미하므로 전화 통화 등을 이용하여 비대면으로 이루어진 경우에도 의사가 스스로 진찰을 하였다면 직접 진찰한 것으로 볼 수 있다는 것으로 의료법 제17조제1항은 스스로 진찰을 하지 않고 처방전을 발급하는 행위를 금지하는 규정일 뿐 대면진찰을 하지 않았거나 충분한 진찰을 하지 않은 상태에서 처방전을 발급하는 행위 일반을 금지하는 조항은 아니라고 판시하였다. 이는 기존 헌법재판소와 견해를 달리한다. 헌법재판소⁷⁹⁾

75) 의료법 시행규칙 제12조 <개정 2015. 1. 2., 2015. 12. 23., 2016. 10. 6., 2017. 3. 7.>

76) 김형선, 임지연, 김계현, 안덕선, 현행 의료법상 처방전 관련 규정의 문제점 및 개선방안, 정책현안 분석 2020-3, 의료정책연구소, 2020, 9면.

77) 김형선, 임지연, 김계현, 안덕선, 앞의 보고서, 29면.

78) 대법원 2013. 4. 11. 선고 2010도 1388 판결.

는 구 의료법 제17조 제1항 중 '직접'의 사전적 의미, 이 사건 법률조항의 입법연혁, 의료법 관련 규정들을 종합적으로 고려하면, 이 사건 법률조항에서 말하는 '직접 진찰한'은 의료인이 '대면하여 진료를 한'으로 해석되는 외에는 달리 해석의 여지가 없다고 보았다.

처방전 작성·교부는 환자의 민감 정보와 건강 침해와 직결되는 것이고, 전화 또는 이와 유사한 정보통신 등 매개체는 진료행위를 위하여 사용되는 보충적 수단일 뿐 대면진찰을 대체할 수 없으며 동일시 될 수도 없는 것이다.⁸⁰⁾ 특히 환자의 상태를 시각적으로 확인 할 수 없는 전화와 같은 기기를 화상매체와 같이 취급할 수도 없다.⁸¹⁾ 따라서, 대상판결은 의료법이 선언하고 있는 직접 대면원칙에 관한 법리를 오해하여 판결하였다.

79) 헌재 2012. 3. 29. 2010헌바83 결정.

80) BÄK, Hinweise und Erläuterungen zu § 7 Absatz 4 MBO-Ä (2019), S. 3.

81) 김형선, 임지연, 김계현, 안덕선, 현행 의료법상 처방전 관련 규정의 문제점 및 개선방안, 정책현안 분석 2020-3, 의료정책연구소, 2020, 10면.

[대법원 16] 초진을 대면진료 하지 않고 전화 통화만으로 처방전을 발행한 행위 ‘직접 진찰’ 위반 여부

-대법원 2020. 5. 14. 선고 2014도9607 판결-

[의료법위반]

가. 사안의 개요

피고인 의사는 2011. 2. 8.경 전화 통화만으로 A의 부탁을 B에게 플루틴캡슐 등 전문의약품을 처방한 처방전을 작성하여 교부하였다. 피고인은 전화 통화 이전에 공소 외인을 대면하여 진찰한 적이 단 한 번도 없고, 전화 통화 당시 B의 특성 등에 대해 알고 있지도 않았다. 원심은 피고인이 A를 직접 진찰하였다고 보아 이 사건 공소사실을 유죄로 판단한 제1심 판결을 파기하고 무죄를 선고하였으나, 대법원에서는 이러한 원심판결에는 진찰에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 판단하여 원심판결을 파기 환송하였다.

나. 참조조문

[1],[2] 구 의료법(2016. 5. 29. 법률 제14220호로 개정되기 전의 것) 제17조 제1항, 제89조(현행 제89조 제1호 참조)

다. 판시사항

- [1] ‘의료업에 종사하고 직접 진찰한 의사가 아니면 처방전 등을 작성하여 환자에게 교부하지 못한다’고 규정한 구 의료법 제17조 제1항에서 ‘직접’ 및 ‘진찰’의 의미
- [2] 현대 의학 측면에서 보아 신뢰할 만한 환자의 상태를 토대로 특정 진단이나 처방 등을 내릴 수 있을 정도의 행위가 있어야 ‘진찰’이 이루어졌다고 볼 수 있고,

그러한 행위가 전화 통화만으로 이루어지는 경우에는 최소한 그 이전에 의사가 환자를 대면하고 진찰하여 환자의 특성이나 상태 등에 대해 이미 알고 있다는 사정 등이 전제되어야 하는지 여부(적극)

라. 판결요지

- [1] 구 의료법(2016. 5. 29. 법률 제14220호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제17조 제1항은 의료업에 종사하고 직접 진찰한 의사가 아니면 처방전 등을 작성하여 환자에게 교부하지 못한다고 규정하고 있다. 여기서 ‘직접’이란 ‘스스로’를 의미하므로 전화 통화 등을 이용하여 비대면으로 이루어진 경우에도 의사가 스스로 진찰을 하였다면 직접 진찰을 한 것으로 볼 수는 있다.
- [2] 한편 ‘진찰’이란 환자의 용태를 듣고 관찰하여 병상 및 병명을 규명하고 판단하는 것으로서, 진단방법으로는 문진, 시진, 청진, 타진, 촉진 기타 각종의 과학적 방법을 써서 검사하는 등 여러 가지가 있다. 이러한 진찰의 개념 및 진찰이 치료에 선행하는 행위인 점, 진단서와 처방전 등의 객관성과 정확성을 담보하고자 하는 구 의료법 제17조 제1항의 목적 등을 고려하면, 현대 의학 측면에서 보아 신뢰할 만한 환자의 상태를 토대로 특정 진단이나 처방 등을 내릴 수 있을 정도의 행위가 있어야 ‘진찰’이 이루어졌다고 볼 수 있고, 그러한 행위가 전화 통화만으로 이루어지는 경우에는 최소한 그 이전에 의사가 환자를 대면하고 진찰하여 환자의 특성이나 상태 등에 대해 이미 알고 있다는 사정 등이 전제되어야 한다.

마. 검토

이 사건은 초진의 경우에 있어서도 대면진료를 하지 않고 처방전을 발행한 사건으로 초진의 경우에 있어서 직접 대면진료를 요구하는 2013년 대법원 판결⁸²⁾과 헌법재판소⁸³⁾의 소수의견을 유지한 판결이라 할 수 있다.

82) 대법원 2013. 4. 11. 선고 2010도 1388 판결.

판결문에서는 의료법 제17조 제1항의 목적 등을 고려할 때 환자의 상태를 토대로 특정 진단이나 처방을 내릴 수 있을 정도의 진찰이 이루어져야 하므로, 전화 통화만으로 이루어지는 경우에는 최소한 그 이전에 환자를 직접 대면하고 진찰하여 환자의 상태 등에 대해 알고 있어야 한다고 하였다.

앞서 살펴 본 [대법원15] 판결에서 검토한 바와 같이, 헌법재판소⁸⁴⁾의 “직접 진찰한”은 “직접 대면한”을 전제로 하고 있는 것과 상충되며, 의료법의 대원칙인 직접 대면 진료를 선언하고 있는 제17조의2와 제18조와도 상충된다.

코로나19가 확산되자 정부는 국민이 의료기관을 이용하면서 감염되는 것을 방지하기 위해 한시적으로 전화상담·처방 및 대리처방을 허용하였다. 의사의 의학적 판단에 따라 안전성이 확보된다고 판단되는 경우에는 전화 상담 및 처방을 허용한다는 것이다. 이는 비대면진료 중 반복처방을 허용하는 것으로 전화나 화상통화를 이용하여 먼 거리에 있는 사람과 사람 사이를 연결하는 것으로 원격진료와 다르다 할 수 없다.

또한 최근 감염병의 예방 및 관리에 관한 법률 개정을 통해 재난 및 안전관리 기본법 제38조 제2항에 따른 심각 단계 이상의 위기경보가 발령된 때에는, 의료법 제33조 제1항에도 불구하고 감염의 위험으로부터 환자, 의료인, 의료기관 보호 필요성이 인정되는 경우에는 보건복지부장관이 정하는 범위에서 유선·무선·화상통신, 컴퓨터 등 정보통신기술을 활용하여 의료기관 외부에 있는 환자에게 건강 또는 질병의 지속적 관찰, 진단, 상담 및 처방이 가능하게 되었다. 이는 사실상 원격의료를 허용하겠다는 것이다. 정보통신기술 등의 의학적·기술적 안전성 및 유효성이 검증되지 않은 상황에서 비대면진료를 허용할 경우 국민의 생명과 건강에 미치는 위해가 높다. 이에, 전 세계적인 팬데믹을 초래한 감염병 확산에 대한 대응을 이유로 의료법의 대원칙에 반하는 비대면 진료는 허용되어서는 안 된다. 대상판결은 의료법이 선언하고 있는 직접 대면원칙에 관한 법리를 오해하여 판결하였다.

83) 헌재 2012. 3. 29. 2010헌바83 결정.

84) 헌재 2012. 3. 29. 2010헌바83 결정.

[대법원 17] 원격지에 있는 환자를 전화로 진료한 행위 의료법 제33조 제1항 위반 여부

-대법원 2020. 11. 5. 선고 2015도13830 판결-

[의료법위반]

가. 사안의 개요

피고인은 고양시 △△구에서 한의원을 운영하는 한의사로 2013. 12. 29. 위 한의원에 서 환자를 직접 진료하지 않고 전화로 상담한 후 한약을 제조하여 택배로 배송하였다. 피고 한의사는 이 사건 의료행위의 주요 부분인 진찰을 전화 통화에 의하여 한 이상 그 외 한약 처방, 제조 등을 한의원 내에서 하였다고 하더라도, 의료기관 내에서 의료업을 한 경우로 볼 수 없어 의료법 제33조 제1항 위반이 인정(벌금 300,000원)되었다.

나. 참조조문

의료법 제90조. 제33조 제1항

다. 법원의 판단

1) 의료법 제33조 제1항 제2호에서 정한 '환자나 환자 보호자의 요청에 따라 진료하는 경우' 의미

의료인은 의료행위를 할 때 사람의 생명·신체·건강을 관리하는 업무의 성질상 환자의 구체적인 증상이나 상황에 따라 위험을 방지하기 위하여 요구되는 최선의 조치를 취하여야 할 주의의무를 부담하고 있으므로, 환자나 환자 보호자의 요청을 받은 의료인으로서 최선의 의료행위를 하기 위해서 해당 환자의 증상이나 상황 등을 미리 숙지하여 대비하고 환자의 진료에 필요한 기구, 장비 등을 구비한 다음 그 환자가 있는

장소를 방문하여 진료행위를 할 필요가 있는 점 등을 감안하여 볼 때, 의료법 제33조 제1항 제2호에서 정한 ‘환자나 환자 보호자의 요청에 따라 진료하는 경우’란 특별한 사정이 없는 한 특정 환자에 대한 개별적이고 구체적인 요청에 응하여 이루어지는 진료를 의미한다고 해석하는 것이 타당하다.⁸⁵⁾ ‘진료’란 여전히 직접 대면진료를 의미하고 전화에 의한 진료는 원격의료 요건을 갖추지 아니한 이상 여기에 포함되지 않는다고 해석함이 상당하다.

2) 원격지 환자 전화 진료

의료법 제34조 제1항은 “의료인은 제33조 제1항에도 불구하고 컴퓨터·화상통신 등 정보통신기술을 활용하여 먼 곳에 있는 의료인에게 의료지식이나 기술을 지원하는 원격의료를 할 수 있다.”라고 규정하여 의료인이 원격지에서 행하는 의료행위를 의료법 제33조 제1항의 예외로 보는 한편, 이를 의료인 대 의료인의 행위로 제한적으로만 허용하고 있다.

또한 현재의 의료기술 수준 등을 고려할 때 의료인이 전화 등을 통해 원격지에 있는 환자에게 의료행위를 행할 경우, 환자에 근접하여 환자의 상태를 관찰해가며 행하는 일반적인 의료행위와 동일한 수준의 의료서비스를 기대하기 어려울 뿐만 아니라 환자에 대한 정보 부족 및 의료기관에 설치된 시설 내지 장비의 활용 제약 등으로 말미암아 부적정한 의료행위가 이루어질 가능성이 높고, 그 결과 국민의 보건위생에 심각한 위험을 초래할 수 있다. 이러한 의료행위는 앞서 본 의료법 제33조 제1항의 목적에 반하고 이는 의료법이 원격의료를 제한적으로만 허용하는 까닭이기도 하다.

이와 같은 사정 등을 종합하면 의료인이 전화 등을 통해 원격지에 있는 환자에게 행하는 의료행위는 특별한 사정이 없는 한 의료법 제33조 제1항에 위반되는 행위로 봄이 타당하다. 이는 의료법 제33조 제1항 제2호에서 정한 ‘환자나 환자 보호자의 요청에 따라 진료하는 경우’에도 동일하게 적용된다.

85) 대법원 2011. 4. 14. 선고 2010두26315 판결 참조.

라. 검토

의료법 제34조와 동 시행규칙 제29조는 “의료인이 원격진료실, 데이터 및 화상을 전송·수신할 수 있는 단말기 등을 갖추고 있는 경우에만 정보통신기술을 활용하여 먼 곳에 있는 의료인에게 의료지식이나 기술을 지원하는 원격의료를 할 수 있다”고 규정하여 직접 대면진료 원칙에 대한 예외를 한정하고 있다. 의료법 제33조 제1항 각호에 해당하는 경우 외에는 의료기관 내에서 의료업을 하도록 하고 있다. 이는 의료인이 의료기관 내에서 의료업을 영위하지 않을 경우 의료의 질 저하와 적정 진료를 받을 환자의 권리 침해 등으로 인해 의료질서가 문란하게 되고 국민의 보건위생에 심각한 위험을 초래하게 되는 것을 사전에 방지하고자 하는 보건의료정책상의 필요성에 의한 것이다.⁸⁶⁾ 이로 인해 의료법은 예외적으로 원격의료를 허용하고 있다. 의사-환자 간 비대면진료를 통한 의료제공 시 국민의 생명과 건강에 상당한 위해를 끼칠 가능성이 높으므로[대법원15] 판결에서 검토한 바와 같이 비대면진료는 의료법의 대원칙에 반한다. 대상판결은 전화 등을 통해 원격지에 있는 환자에게 의료행위를 행하는 것은 의료법 제33조 제1항의 목적에 반하고, 이러한 의료행위는 국민의 보건위생에 심각한 위험을 초래할 수 있고 이는 원격의료를 제한적으로 허용하는 의료법의 취지와 맞지 않음을 판시하였다는 데에 의의가 있다.

86) 대법원 2011. 4. 14. 선고 2010두26315 판결 참조.

[대법원 18] 과거 진료 경력을 검토해 조영제 부작용을 방지했어야 할 주의의무 위반으로 의사의 과실이 인정된 사례

-대법원 2020. 1. 30. 선고 2019도9236 판결-

[가. 업무상과실치사 나. 의료법위반]

가. 사안의 개요

피해자는 2012년 피고인 A(의사)로부터 대장암 수술을 받았고, CT 검사를 마친 직후 조영제에 의한 아나필락시스로 인해 의식을 잃고 쓰러져 응급실에서 진료를 받은 경험이 있다. 피해자는 2014년 CT 검사 후 조영제 사용에 따른 아나필락시 쇼크로 인한 다발성 장기부전으로 사망했다. 이 과정에서 피고인 A에게는 “조영제 부작용 등 피해자의 과거 진료 경력을 검토해 다른 대체수단을 제시하거나, 부득이하게 조영제를 투여하는 CT 검사를 시행하더라도 조영제 부작용 방지를 위한 대책을 강구했어야 할 업무상 주의의무” 위반(업무상과실치사죄, 벌금 2,000만원)이 인정되었다. 피고인 B(방사선사)에게는 “CT 검사 시행 전 PHIS에서 피해자에게 조영제 부작용이 있음을 확인했으므로, 이를 즉시 영상의학과 의사나 주치의에게 알린 후 그 지시에 따랐어야 할 업무상 주의의무” 위반(업무상과실치사죄, 벌금 300만원)이 인정되었다.

나. 참조조문

형법 제268조, 제30조

다. 법원의 판단

1) 피고인 A(의사)의 업무상 과실 여부

조영제 부작용은 조영제 유해반응의 과거력이 있는 환자, 고령이거나 심장질환 등

기저질환이 있는 환자 등에게서 발생가능성이 높는데, 피해자의 경우 고령인데다가 3차 CT 검사에서 조영제 부작용이 나타난 바 있으므로, 피고인 A는 피해자에 대하여 조영제를 사용한 CT 검사의 시행 여부를 결정함에 있어 더욱 신중을 기할 필요가 있었다.

이 사건 병원 측에서도 통합 전산시스템인 F에 ‘피해자에 대하여 조영제를 사용한 복부 CT 검사를 실시한 결과 조영제 부작용이 발생하였다’는 내용의 정보를 등록하여, 담당 의사 등이 피해자에 대하여 조영제를 사용한 CT 검사 실시 여부를 결정함에 있어 그와 같은 사실을 간과하지 않도록 팝업창이 뜨도록 하였다.

조영제를 사용한 CT 검사 후 이상반응을 경험한 환자에 대하여는 이상반응의 증증도에 따라 조영제를 사용한 CT 검사를 지속할지 다른 대체 영상촬영을 시행할지 여부를 결정하게 된다. 통상적으로 다른 방법의 대체검사를 시행하는 것이 가장 안전할 것으로 보이고, 질병의 경과를 확인하기 위하여 조영제를 사용한 CT 검사가 불가피하다고 판단되더라도 조영제를 변경하거나 항히스타민제나 스테로이드 등의 전처치 등을 시행하는 등의 예방적 조치를 취하여야 한다.

그러나 피고인 A는 피해자에게 3차 CT 검사 직후 조영제에 의한 부작용이 발생하였다는 사실을 정확히 파악하지 못한 상태에서 대체검사의 실시 여부를 검토하거나 조영제 부작용을 방지하기 위한 예방적 조치를 취하지 아니한 채 피해자에게 조영제를 사용한 4차 CT 검사를 실시하도록 결정함으로써 업무상 과실이 인정되었다.

2) 피고인 B(방사선사)의 업무상 과실 여부

피고인 B는 4차 CT 검사 시행 전 F상 피해자의 진료기록에 ‘조영제에 대한 부작용이 등록되어 있다’는 내용의 경고창이 뜨는 것을 확인하였으나, 영상의학과 의사나 주치의 등에게 문의하지 아니하고, 피해자에게 조영제를 투여하여 복부 CT 검사를 실시하였다.

이 사건 병원의 CT 촬영 프로토콜에 따르면 방사선사가 위와 같은 경고 문구를 확인하면 주치의에게 문의하여 지시를 받아야 한다. 그러나 이 사건 당시 다른 방사선사

가 자리를 비운 상태였고, 피해자에게 발생하였던 조영제 부작용이 경미한 쇼크반응이라고 생각하여 별다른 문제가 없을 것이라고 판단하여 CT 검사를 진행했다.

피해자에게 3차 CT 검사 이후 실신, 눈 주위 부종 등과 같은 조영제 투여에 따른 부작용이 발생하였고, 피고인 A는 이러한 사실을 정확하게 파악하지 못한 상태에서 피해자에 대한 4차 CT 검사를 실시하도록 결정하였다. 만약 피고인 B가 피고인 A에게 이를 인지시켰다면 피고인 A가 피해자에 대한 대체검사의 실시나 조영제 부작용 방지를 위한 대책 수립에 관해서 검토할 수 있었을 것으로 판단되기 때문에 업무상 과실이 인정되었다.

라. 검토

의료과오사건에 있어서 의사의 과실을 인정하려면 결과 발생을 예견할 수 있고 또 회피할 수 있었음에도 하지 못한 점을 인정할 수 있어야 하고, 위 과실의 유무를 판단 함에는 같은 업무와 직무에 종사하는 일반적 보통인의 주의 정도를 표준으로 하여야 하며, 이때 사고 당시의 일반적인 의학의 수준과 의료 환경 및 조건, 의료행위의 특수성 등을 고려하여야 한다.⁸⁷⁾ 즉 의료인에게 의료과실이 인정되기 위해서는 ① 의료행위로 인해 환자의 생명·신체에 대한 침해가 발생할 수 있다는 것을 예견할 가능성이 있어야 하며, ② 이러한 위험성이 예견된다면 의료인으로서 이러한 위험을 회피하여야 할 의무를 진다. 즉 다양한 검사를 통해 환자의 상태를 진단하고, 질병을 치료하기 위해 적절한 치료방법을 선택해야 한다. 또한 ③ 의료인의 주의의무위반, 즉 과실은 환자의 생명·신체의 침해라는 결과와 인과관계가 성립되어야 한다.

본 사안에서 피고인 A에게는 과거 자신이 치료한 바 있는 피해자가 조영제 부작용이 있었다는 사실을 간과한 채 부작용 예방 조치 없이 조영제 사용을 지시한 과실이 인정되었다. 피고인 B는 경고 시스템을 통해 조영제 부작용 사실을 인식하였음에도 불구하고, 이를 의사에게 보고하지 않은 과실이 인정되었다. 또한 조영제 투여로 인해 환자가 사망했다는 사실은 사망진단서, 당사자의 진술, 한국의료분쟁조정중재원의 감정

87) 대법원 2010. 4. 29. 선고 2009도7070 판결 등 참조.

등에 의해서 확인되었다.

현대 의료는 다수의 의료인과 지원인력이 투입되는 팀의료에 의해 이루어지는 것이 일반적이다. 팀의료는 팀의 구성원이 각자의 역할에 충실할 뿐만 아니라 서로의 실수를 보완해줌으로써 시너지 효과를 기대할 수 있다. 환자의 상태 및 치료방법에 대한 정보를 공유하며, 의사와 지원인력 간 의사소통, 보고 및 협력 체계를 공고히 함으로써 의료과실의 발생을 예방할 수 있을 것이다.

[대법원 19] 의료과실과 결과 사이의 인과관계 추정을 위한 피해자 측의 증명책임 정도

-대법원 2020. 2. 6. 선고 2017다6726 판결-

[손해배상(의)]

가. 사안의 개요

갑이 뇌동맥류 파열에 따른 뇌지주막하출혈 치료를 위해 을 병원에 입원하여 뇌동맥류 결찰술을 받고 합병증 관리를 위하여 중환자실에 있다가 방사선학적 뇌혈관연축 상태에서 일반병실로 옮겨졌는데, 그 후 사지가 뻣뻣하게 굳으며 혼수상태에 빠져들었고 자극에도 제대로 반응하지 않는 등 이상증세를 보여 다음 날 두개 감압술 등 수술을 받았으나 식물인간 상태에 이른 사안으로 의료상 과실과 갑의 상태 사이에 일련의 의료행위 외에 개재될 만한 다른 원인이 없었으므로 의료상 과실과 현재 갑의 상태 사이의 인과관계도 추정됨에도 원심이 이를 달리 본 것에 대하여 심리 등의 잘못이 있어 파기 환송한 사례이다.

나. 참조조문

- [1] 민법 제390조, 제750조
- [2] 민법 제390조, 제750조, 민사소송법 제288조
- [3] 민법 제390조, 제750조

다. 판시사항

- [1] 의사가 의료행위를 할 때 취하여야 할 주의의무의 정도 및 기준
- [2] 의료행위상 주의의무 위반으로 인한 손해배상청구에서 의료상 과실과 결과 사이의 인과관계를 추정하기 위한 피해자 측의 증명책임의 정도

[3] 갑이 뇌동맥류 파열에 따른 뇌지주막하출혈 치료를 위해 을 병원에 입원하여 뇌동맥류 결찰술을 받고 합병증 관리를 위하여 중환자실에 있다가 방사선학적 뇌혈관연축 상태에서 일반병실로 옮겨졌는데, 그 후 사지가 뻣뻣하게 굳으며 혼수 상태에 빠져들었고 자극에도 제대로 반응하지 않는 등 이상증세를 보여 다음 날 두개 감압술 등 수술을 받았으나 식물인간 상태에 이른 사안에서, 을 병원이 방사선학적 뇌혈관연축 상태를 확인하고서도 칼슘길항제의 투여를 중단하고 갑을 중환자실에서 일반병실로 옮긴 점 및 갑의 이상증세에도 불구하고 즉시 필요한 조치를 취하지 않은 점은 을 병원의 의료상 과실이고, 이러한 의료상 과실과 갑의 상태 사이에 일련의 의료행위 외에 개재될 만한 다른 원인이 없었으므로 의료상 과실과 현재 갑의 상태 사이의 인과관계도 추정되는데도, 이와 달리 본 원 심판단에 심리미진 등의 잘못이 있다고 한 사례

라. 판결요지

[1] 주의의무

의사가 진찰·치료 등의 의료행위를 할 때에는 사람의 생명·신체·건강을 관리하는 업무의 성질에 비추어 환자의 구체적인 증상이나 상황에 따라 위험을 방지하기 위하여 요구되는 최선의 조치를 할 주의의무가 있다. 의사의 주의의무는 의료행위를 할 당시에 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, 진료환경과 조건, 의료행위의 특수성 등을 고려하여 규범적인 수준으로 파악해야 한다.⁸⁸⁾

[2] 증명책임

의료행위상 주의의무 위반으로 인한 손해배상청구에서 피해자 측이 일반인의 상식에

88) 대법원 1999. 3. 26. 선고 98다45379, 45386 판결, 대법원 2011. 11. 10. 선고 2009다45146 판결 등 참조.

바탕을 두고 일련의 의료행위 과정에 저질러진 과실 있는 행위를 증명하고 그 행위와 결과 사이에 일련의 의료행위 외에 다른 원인이 게재될 수 없다는 점을 증명한 경우에는 의료상 과실과 결과 사이의 인과관계를 추정하여 손해배상책임을 지을 수 있도록 증명책임을 완화 하는 것이 대법원의 확립된 판례이다(대법원 1995. 2. 10. 선고 93다52402 판결, 대법원 2012. 1. 27. 선고 2009다82275, 82282 판결 등 참조).

마. 검토

[1] 주의의무 판단 기준

판례는 과실 판단의 기준이 되는 의사의 주의의무위반을 규범적 판단의 대상으로 삼고 있는 기존 대법원의 일관적인 입장을 재확인하였다. 판례에 의하면 의사의 과실을 판단하기 위한 구체적 판단 기준으로 “평균적 또는 합리적 의사”가 “의료행위를 할 당시의 의학이나 의료수준”을 기준으로 들고 있다.

이와 같은 의사의 과실을 판단함에 있어 의료행위의 특수성인 법익침해의 중요성, 침습성, 전문성, 재량성, 밀실성, 응급성 등이 고려된다. 다만 의료계약의 성질상 의사는 결과에 대한 책임이 아닌 최선의 조치 의무를 부담하며, 주의의무 위반으로 인해 예견하지 못하였거나 회피하지 못한 결과에 대하여는 의사의 과실이 인정된다.

본 사안은 환자의 특정 질환으로부터 발생할 수 있는 위험을 예견하였음에도 불구하고 필요한 조치를 취하지 않은 행위에 대한 주의의무를 인정한 사안이다. 의약품이 건강보험심사평가원이 인정하는 건강보험이 적용되는 투여기간과 같은 의료기관의 부수적인 사실은 의료인의 주의의무를 판단함에 영향을 주지 않는다고 명시적으로 판단하였다는 점에서 의의가 있다.

[2] 인과관계 추정

의료과오 소송에서 불법행위책임에 대한 과실의 증명책임은 환자인 피해자가 부담하

는데 반해, 계약책임은 의사인 가해자가 부담한다는 것이 일반적 견해이다. 이와 같은 증명책임의 구분은 실질적으로 의사가 부담하는 수단채무성으로 인하여 증명책임의 완화 문제가 오랫동안 논의되었다. 그러나 의료과오 소송에서 청구원인을 불법행위 또는 채무불이행으로 구성하든 인과관계에 대하여 원고인 환자가 주장 입증하여야 한다는 점에서는 구분 실익은 없다. 이에 원고인 환자에게 입증책임을 경감하는 이론인 예컨대 개연성설, 사실상의 추정론, 일응의 추정론 등이 주장되고 있다. 본 판례는 개연성설을 취한 것으로 판단되며, 의사는 피해자측의 증명에 대하여 반증을 들어 인과관계의 부존재를 증명하지 못하는 한 책임을 면하지 못한다.

제4장 하급심

[하급심 1] 국민건강보험법 제47조의2 제1항 요양급여비용 지급 보류처분 규정에 대한 위헌제청결정

-대전고등법원 2019. 7. 3. 선고 2018누12938 판결-

[요양급여부지급처분취소]

가. 사안의 개요

이 사건 원고인 의료법인(이하 '이 사건 의료법인'이라 한다)은 2010. 11. 12. 의료법 제33조 제4항 등에 따라 OO요양병원(이하 '이 사건 병원'이라 한다)에 관한 의료기관 개설허가를 받고, 이 사건 병원을 운영하였다.

대전지방검찰청은 2017. 11. 9. 이 사건 의료법인을 인수한 후 이 사건 병원을 개설·운영한 乙, 丙 및 원고인 이사장(丁)에 대하여 의료기관 개설자격이 없음에도 甲과 공모하여 이 사건 병원을 개설·운영함으로써 의사 등이 아님에도 의료기관을 개설한 의료법 위반, 마치 적법한 의료기관인 것처럼 국민건강보험공단(이하 '공단'이라 한다)을 기망하여 요양급여비용을 청구한 것에 대해 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기) 혐의로 공소를 제기하였다(이하 '관련 형사사건'이라 한다).

이 사건 피고인 공단은 2017. 11. 30. 원고인 의료법인에 국민건강보험법 제42조 제1항에서 정한 요양기관에 해당하지 않는다는 이유로 국민건강보험법 제47조의2에 따라 요양급여비용과 향후 청구금액과 가지급금에 관하여 지급보류 예정으로 의견서 제출을 통보하였고, 원고로부터 의견 제출을 받은 다음 2017. 12. 12. 원고에게 국민건강보험법 제47조의2에 따라 이 사건 병원이 법에서 정한 요양기관임이 확인될 때까지 요양급여비용 지급보류를 통보하였다. 이에, 이 사건 원고는 피고를 상대로 요양급여 지급보류처분 취소를 청구하였다. 관련 형사사건은 의료기관을 개설할 자격이 없는 자로 추정되는 甲과 공모하여 이 사건 의료법인을 인수하고 이 사건 의료법인에 의료기관을 개설·운영하여 의료법, 특정경제범죄가중처벌등에관한법률(사기) 위반혐의로 공소 제기된 乙, 丙, 丁에 대하여 1심, 2심에서 무죄를 선고하였으며, 대법원은 무죄를 선고한 원심을 확정하였다.⁸⁹⁾

나. 위헌법률심판제청 대상

위헌법률심판제청의 대상

국민건강보험법 제47조의2(요양급여비용의 지급 보류) ① 제47조 제3항에도 불구하고 공단은 요양급여비용의 지급을 청구한 요양기관의 「의료법」 제33조 제2항 또는 「약사법」 제20조 제1항을 위반하였다는 사실을 수사기관의 수사결과로 확인한 경우에는 해당 요양기관이 청구한 요양급여비용의 지급을 보류할 수 있다

다. 주문

이 사건에 관하여 국민건강보험법 제47조의2 제1항의 위헌 여부에 관한 심판을 제청한다.

라. 판결요지

이 사건 2심 대전고등법원 재판부에서는 국민건강보험법 제47조의2 제1항의 위헌 여부에 관한 심판을 제청하였고, 이 사건 법률조항의 위헌성 여부에 대하여 다음과 같이 판단하였다. 요양기관 당연지정제하에서 요양급여비용 청구권은 의료인의 직업 활동의 자유와 불가분적 관계에 있고, 요양기관 당연지정제를 정당화하는 근거라 할 것으로 요양급여비용 청구권에 대한 제한은 신중하여야 할 뿐만 아니라 최소한에 그쳐야 하고, 요양기관의 요양급여비용의 지급보류처분은 의료기관의 업무를 정지시키는 것과 그 효과에 있어 크게 다르지 않아 의료기관 개설자의 직업 수행의 자유를 제한한다(헌법 제15조).

공단에 심사결과를 통보한 후 의료기관의 요양급여비용 청구권은 헌법상 재산권의 보호범위에 포함되어 이 사건 법률조항은 의료기관 개설자의 재산권을 제한한다(헌법 제23조). 또한, 이 사건 법률조항은 의료법 위반에 대한 유죄판결이 확정되기도 전에 공단이 수사기관으로부터 수사결과를 통보받으면 일방적으로 지급보류처분을 할 수 있도록 한 것으로 이 사건 법률조항은 무죄추정의 원칙에 반하고, 재판청구권을 침해하

89) 대법원 2019. 5. 30. 선고 2019도 1468 판결.

한다. 이 사건 법률조항인 지급보류처분을 통하여 달성하고자 하는 공익은 사무장병원에 지급한 요양급여비용을 환수하지 못할 수도 있다는 가능성을 배제함으로써 건강보험 재정의 건전성을 도모하고자 한 것이다. 그러나 요양급여비용을 환수하지 못할 수도 있다는 것은 막연하고 추상적이고 관념적인 가능성으로 이 사건 법률조항으로 달성하고자 하는 공익과 이 사건 법률조항으로 인해 침해되는 의료기관의 직업 수행의 자유와 재산권 등과 비교해 보면 이 사건 법률조항은 법익의 균형성을 갖추었다고 보기 어렵고, 재판청구권 등을 침해한다고 볼만한 상당한 이유가 있어 이 사건 법률조항에 대한 위헌 여부에 관한 심판을 구하였다.

마. 검토

1) 이 사건 법률조항 신설 배경

동 조항은 지난 2014년 제19대 국회에서 신설되었다. 당시 제안이유에 따르면 2009년부터 2013년까지 총 518건의 사무장병원이 적발되었고, 적발된 사무장병원이 부당 청구한 보험급여는 약 1,900억 원으로 지속적으로 증가하고 있으나,⁹⁰⁾ 사무장병원에 대한 환수율이 당시 12년 기준 7%에 불과했다. 판결 확정 전 요양급여비용 지급을 보류하지 않을 경우 사무장병원 개설자가 병원을 청산(폐업)하거나 재산 은닉·처분으로 지급받은 요양급여비용을 환수할 수 없는 경우가 발생했다.⁹¹⁾ 사무장병원이란 의료법 제33조 제2항을 위반하여 의료기관을 개설할 수 없는 비의료인이 의료기관을 개설·운영하는 경우로 비의료인이 의료인의 명의를 대여 받아 의료인의 명의로 의료기관을 개설하는 경우와 비의료인이 의료기관을 개설할 수 있는 법인의 명의로 의료기관을 개설하는 경우로 크게 대별할 수 있다.⁹²⁾ 사무장병원은 다른 의료기관에 비해 허위·부당 청구 비율이 높고, 불법행위를 자행하고 있어 국민의 생명과 건강 보호라는 공익을 침해한다.⁹³⁾

90) 국민건강보험법 일부개정법률안(문정림의원 대표발의, 의안번호:7247호), 2013. 10. 10. 발의

91) 국회 보건복지위원회, 국민건강보험법 일부개정법률안(문정림의원 대표발의, 의안번호:7247호) 심사보고서, 2014년, 9면.

92) 김준래, 의료법상 의료기관 개설제한의 위반유형에 관한 연구, 의료법학 제15권 2호, 대한의료법학회, 2014, 349-354면.

이에, 사무장병원의 설립과 운영은 금지되어야 하고 사무장병원의 부당청구로 인한 국민건강보험 재정 누수를 방지함으로써 건전한 의료 환경이 구축되어야 한다. 이를 위해 사무장병원이 부당청구 한 보험급여의 환수율을 높이기 위한 목적으로 이 사건 법률조항이 신설되었다. 의료법, 약사법을 위반하여 개설한 요양기관의 경우 국민건강보험법 제57조 제1항⁹⁴⁾에 의거 공단은 요양급여비용의 사후적 통제 방안으로 부당 청구한 요양급여에 대한 원상회복 처분인 부당이득징수처분을 해 왔다. 하지만, 환수처분 통지를 받은 사무장병원이 재산·은닉·도피, 폐업, 파산 등의 수단을 악용하면서 환수 결정 금액의 상당 부분을 환수하지 못하는 등 사후적 조치의 실효성이 떨어지자 요양급여비용 지급을 청구한 요양기관이 의료법 제33조 제2항 또는 약사법 제20조 제1항 위반 혐의에 대한 수사결과를 수사기관이 공단에 통보한 경우 요양급여비용 지급을 보류할 수 있도록 하는 근거조항을 마련한 것이다.

표 3 | 이 사건 법률조항 신설

신 설	2014. 5. 20. (법률 제12615호 개정)
〈신 설〉	제47조의2(요양급여비용의 지급 보류) ① 제47조제3항에도 불구하고 공단은 요양급여비용의 지급을 청구한 요양기관이 「의료법」 제33조제2항 또는 「약사법」 제20조제1항을 위반하였다는 사실을 수사기관의 수사 결과로 확인한 경우에는 해당 요양기관이 청구한 요양급여비용의 지급을 보류할 수 있다. ② 공단은 제1항에 따라 요양급여비용의 지급을 보류하기 전에 해당 요양기관에 의견 제출의 기회를 주어야 한다. ③ 법원의 무죄 판결이 확정되는 등 대통령령으로 정하는 사유로 제1항에 따른 요양기관이 「의료법」 제33조제2항 또는 「약사법」 제20조제1항을 위반한 혐의가 입증되지 아니한 경우에는 공단은 지급 보류된 요양급여비용에 지급 보류된 기간 동안의 이자를 가산하여 해당 요양기관에 지급하여야 한다. ④ 제1항 및 제2항에 따른 지급 보류 절차 및 의견 제출의 절차 등에 필요한 사항, 제3항에 따른 지급 보류된 요양급여비용 및 이자의 지급 절차와 이자의 산정 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

93) 문정림, 사무장병원 근절을 위한 법 개정 추진 현황, 의료정책포럼 제12권 제1호, 대한의사협회 의료정책연구소, 2014, 62면.

94) 국민건강보험법 제57조 제1항 취지는 보험급여체계유지를 통한 재정 건전성 확보로 '속임수나 그 밖의 부당한 방법'은 고의·과실과 같은 귀책사유에 한정하지 않고 넓게 해석된다(최계영, 국민건강보험의 행정법적 쟁점, 서울대학교 법학 제55권 제2호, 서울대학교 법학연구소, 2014, 47면).

2) 이 사건 법률 조항 요양급여비용 지급보류처분 근거 규정의 실질적 효과

이 사건 위헌제청결정문에는 요양기관 당연지정제하에서 의료기관이 공단으로부터 요양급여비용을 지급 받지 못하거나 지급을 받더라도 지급기간이 부당하게 길어진다면 의료기관은 경영악화를 겪을 수밖에 없고 이로 인하여 의료기관 개설자의 직업 수행의 자유뿐만 아니라, 의료기관의 종사자와 입원환자들, 의료기관과 거래관계에 있는 제3자 등에게 막대한 영향을 미친다고 판시하였다.

또한, 이 사건 법률조항은 요양급여비용의 지급을 보류함으로써 의료기관의 요양급여비용 청구권 행사를 제한한다. 요양기관 당연지정제하에서 요양급여비용 청구권과 의료인의 직업 활동의 자유는 불가분적 관계에 있어 지급보류처분은 의료기관에 대한 업무를 정지시키는 것과 그 효과에 있어 크게 다르지 않다고 판시하였다. 실질적으로 이 사건 원고는 피고가 이 사건 지급보류처분에 따라 원고가 청구한 요양급여비용을 지급하지 않아 원고는 이 사건 병원의 경영에 어려움을 겪게 되었고, 원고의 부동산에 대하여 2018. 10. 26. 부동산 임의경매개시결정이 내려지는 등으로 인하여 이 사건 병원은 사실상 폐업 상태에 이르렀다. 사무장병원 설립 유형 중 이 사건 원고와 유사하게 의료법인 형태를 빌린 요양병원의 비중이 높다. 이에 의료법인 형태를 빌린 요양병원 중 적법하게 설립하여 운영 중이었으나 사무장병원으로 의심받아 법원의 확정 판결 전까지 요양급여 지급이 보류됨으로 인해 해당 요양기관이 폐업에 이르게 되는 경우가 발생하였다.⁹⁵⁾

3) 위헌제청결정 검토

이 사건 법률조항인 요양급여 지급보류처분은 경찰이 해당 의료기관을 사무장병원으로 판단해 검찰에 기소 의견을 송치하고, 공단이 이런 사실을 통보받아 요양급여비용 지급을 정지할 수 있는 처분으로 기본권 침해의 문제점을 안고 있다. 첫 번째는 요양기관의 존폐로도 연결될 수 있을 정도의 재산권 침해에 해당하는 지급보류처분의 효력

95) 의료&복지뉴스, 사무장병원 억울한 피해 대처법. 2018. 12. 6.

청년의사, 법인형 사무장병원에 대한 요양급여비 지급보류처분의 위헌성, 2018. 7. 12.

이 사법부의 확정 판결 전에 이뤄지고 있어 그 불이익처분의 정도가 과한 문제점이 있다.⁹⁶⁾ 사법부로부터(1심) 무죄를 판단 받더라도 지급보류처분은 사법부 판결 확정시까지 유지된다.⁹⁷⁾

무죄추정의 대원칙에 반하는 유죄추정으로 인해 해당 요양기관의 의료인은 확정판결 시까지 재산권과 직업 수행의 자유를 침해당하게 된다. 두 번째는 요양급여비용 지급 보류처분 취소 사유, 효력 정지 조항이 부재하다는 점이다. 의료법 제33조 제2항 위반으로 1심과 2심 법원에서 무죄를 선고받더라도 대법원 판결 사이 지급보류처분의 효력이 유지됨에 따라 대법원의 확정판결 사이 모든 재산상 손해를 부담해야 하는 문제가 있다.

이 사건 법률조항이 사무장병원으로 인한 건강보험 재정 누수를 방지하기 위한 유일하거나 필요한 방안인지에 대한 검토가 필요하다. 건강보험 재정 건전성을 위한 공공의 이익을 고려할 때 목적의 정당성은 인정될 수 있더라도 법익의 균형성 측면을 고려할 때 보호되는 건강보험 재정 건전성에 비해 해당 요양기관이 폐업에까지 이르게 된다는 점에서 침해되는 사익이 커 법익의 균형성을 갖추었다고 보기 어렵다.

사무장병원이 부당 청구한 보험급여에 대한 환수율을 높이기 위하더라도 요양기관의 기본권 침해를 최소화하기 위한 방안으로 요양급여 지급보류 효력의 발생 시점, 발생 범위, 효력 정지 등의 입법 개선 등이 검토되어야 한다.⁹⁸⁾

96) 국회 보건복지위원회, 국민건강보험법 일부개정법률안(문정림의원 대표발의, 의안번호:7247호) 심사보고서, 2014, 9면.

97) 국민건강보험법 시행령 제22조의2 제4항에서는 법 제47조의2 제3항에서 법원의 무죄 판결이 확정되는 등 대통령령으로 정하는 사유란 무죄판결의 확정, 불기소처분(혐의없음 또는 죄가 안 됨 처분에 한정한다)으로 규정하고 있다. 검사의 불기소처분은 무죄판결이 확정되는 경우로 보면서 1심 법원이 무죄를 선고한 경우에 있어서는 유죄추정원칙을 적용하여 지급보류제도의 효력이 유지된다는 것은 형평성과 타당성에 어긋난다.

98) 임지연, 김계현, 국민건강보험법 요양급여비용 지급보류처분 규정에 대한 고찰 - 대전고등법원 2018누12938 위헌제청결정을 중심으로 -, 법학연구 제61권 제3호, 부산대학교 법학연구소, 2020, 336면.

[하급심 2] 사망진단서 작성 시 의료인이 기울여야할 주의의무 정도

-서울중앙지방법원 2019. 11. 26. 선고 2017가합502755 판결-

[손해배상(기)]

가. 사안의 개요

2015. 11. 14. 19:00경 충남지방경찰청 소속 경찰관이 서울 종로구청입구사거리에서 집회에 참가한 망인에게 약 13초간 망인의 머리와 가슴 윗부분에 직사살수를 하였다. 망인은 위 직사살수된 강한 물줄기(소위 물대포)에 머리 등을 맞아 뒤로 넘어지면 서 머리 부위가 도로 바닥에 부딪혔고, 이로 인해 우측 두정엽, 측두엽, 후두엽에 걸친 두개골 골절과 급성 외상성 경막하 출혈 등의 상해를 입었다. 망인은 병원으로 응급 후송되었으며 병원에 도착 당시 자발 호흡은 있었으나 의식이 없는 상태(coma 상태: 깊은 혼수상태)였다. 피고는 2015. 11. 14. 22:30경 K병원에 도착하여 망인의 상태를 살핀 뒤 2015. 11. 15. 00:10경부터 같은 날 03:05경까지 두개절제술 및 경막하 혈종 제거술을 집도하였다. 망인은 이 사건 수술 이후 보존적 치료를 받으면서 생명을 연장하다가, 끝내 의식을 한 번도 회복하지 못한 채 2016. 9. 25. 13:59경 위 병원 중환자실에서 사망하였다. K병원 소속 신경외과 전공의(레지던트)가 2016. 9. 25. 유선(전화)상으로 지도교수인 피고의 지시를 받아 사망원인 란의 (가) 직접사인에 '심폐정지', (나) (가)의 원인에 '급성신부전', (다) (나)의 원인에 '급성경막하출혈'을 적고, 사망의 종류를 '병사'로 표기한 사망진단서를 작성하였다.

나. 참조조문

의료법 시행규칙 제9조 제3항, 제10조, 의료법 시행규칙 별지 제6호 서식

다. 법원의 판단

1) 주문

피고는 망인의 배우자에게 15,000,000원, 망인의 세 자녀에게 각 10,000,000원 및 위 각 돈에 대하여 2016. 9. 25.부터 2019. 11. 26. 까지는 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연12%의 각 비율에 의한 돈을 각 지급하라.

2) 손해배상책임의 발생

(가) 사망진단서 작성 주의의무 판단

진단서·검안서·증명서는 의사 등이 환자를 직접 진찰하거나 검안한 결과를 바탕으로 의료인으로서의 판단을 표시하는 것으로서 사람의 건강상태 등을 증명하고 민·형사 책임을 판단하는 증거가 되는 등 중요한 사회적 기능을 담당하고 있으므로 무엇보다도 그 정확성과 신뢰성이 담보되어야 한다.⁹⁹⁾ 따라서 의사 등이 진료하던 환자가 사망하여 사망진단서를 작성함에 있어서는 자신의 전문적 지식·경험을 바탕으로 당해 환자의 사망일시, 사망원인, 사망의 종류 등을 의료법 시행규칙 별지 제6호 서식에 따라 정확하게 기재하여야 할 주의의무가 있다. 의사의 위와 같은 주의의무는 진단을 할 당시 의료기관 등 임상의학 분야에서 실천되고 있는 의료행위의 수준을 기준으로 판단하되, 특히 사망진단서의 기재사항 및 작성방법에 관하여는 의료법 시행규칙이나 대한의사협회 발간의 진단서 등 작성·교부지침이 일응의 기준이 될 수 있다. 물론 사망진단서를 작성함에 있어서 전문가인 의사에게 합리적 재량이 부여된다고 할 것이나, 이를 벗어나면 위법하다고 보아야 한다.

망인은 물대포를 맞아 넘어지면서 도로 바닥에 머리를 부딪혀 두개골 골절 등의 상해를 입고 수술을 받았으나 한 번도 의식을 회복하지 못한 채 패혈증, 급성신부전의 합병증으로 사망했으므로 병사가 아닌 외인사임이 명백하다. 그럼에도 불구하고 피고가 2016. 9. 25. 전공의(레지던트)에게 사망의 종류는 병사로 사망원인 중 직접사인을

99) 대법원 1996. 9. 28. 선고 96도1013 판결, 대법원 2017. 12. 22. 선고 2014도12608 판결 등 참조.

심폐정지로 기재하게 한 행위는 의사에게 부여된 합리적 재량을 벗어난 것으로서 사망진단서 작성에 있어 의사에게 요구되는 주의의무를 위반한 것으로 봄이 타당하다.

또한, 의사가 사망진단서 작성시 사망원인에 해당하면 병명(진단명)의 기재는 한국표준질병·사인분류에 따라 기재하여야 하는데, 한국표준질병·사인분류에 심폐정지는 없다.

(나) 손해배상책임 발생

피고는 2016. 10. 3.경 기자회견에서 이 사건 사망진단서에 망인의 사망 종류를 병사로 기재한 이유에 관하여 ‘유족들이 적극적 치료를 원치 않아, 체외투석 등의 적극적 치료를 시행하지 못해 망인이 사망했으므로, 사망원인을 병사라고 기재한 것이다’라는 취지로 말한바 있다. 이 사건 사망진단서와 관련한 피고의 위 발언은 망인의 사망원인에 대하여 많은 혼란을 일으켰을 뿐 아니라, 망인의 사망에 대한 책임을 둘러싸고 원고들까지 그 비난의 대상이 되게 한 계기가 되었다. 특히 원고 B, C, D는 피고의 위 견해를 취신한 제3자에 의해 부작위에 의한 살인죄를 저질렀다고 검찰에 고발당하기도 한 점 등에 비추어 보면, 피고의 위 주의의무위반으로 인하여 망인의 유족인 원고들이 극심한 정신적 고통을 받았을 것임을 경험칙상 명백하므로, 피고는 원고들이 입은 정신적 손해를 금전적으로 위자해줄 의무가 있다.

망인의 입원 경위와 입원 당시의 건강상태, K병원에서의 수술 및 치료의 내용, 합병증의 발병 여부와 원사인과의 관계, 이 사건 사망진단서의 작성 및 그 이후의 경과, 그 밖에 이 사건 변론에 나타난 제반 사정을 종합해 보면, 원고들의 정신적 손해에 대한 배상금, 즉 위자료의 액수를 이와 같이 정함이 타당하다.

라. 검토

이 사건과 관련한 주요 쟁점은 사망진단서 작성 시 의료인에게 요구되는 주의의무로 재판부는 진단을 할 당시 의료기관 등 임상의학 분야에서 실천되고 있는 의료행위의 수준을 기준으로 판단하되, 특히 사망진단서의 기재사항 및 작성방법에 관하여는 의료법 시행규칙이나 대한의사협회 발간의 진단서 등 작성·교부지침을 기준으로 보았

다. 대상판결문에는 대한의사협회 의료정책연구소가 발간한 진단서 등 작성·교부지침에서 제시하고 있는 사망진단서 작성 방식에 대해 상세히 기술하고 있다.

대한의사협회가 발간한 진단서 등 작성·교부 지침에 의하면 ‘사망원인이란 사망을 유발했거나 사망에 영향을 미친 모든 질병, 병태 및 손상과 모든 이러한 손상을 일으킨 사고 또는 폭력의 상황을 말한다. 또 원사인(原死因; Underlying COD)은 (a) 직접 사망에 이르게 한 일련의 사건을 일으킨 질병이나 손상 또는 (b) 치명적 손상을 일으킨 사고나 폭력의 상황을 말한다’에 따르면 원사인이 외상이고 외상의 합병증으로 사망하였다면 사망의 종류는 외인사에 해당한다. 따라서 교통사고 손상의 합병증으로 사망하였음에도 병사를 선택하는 것은 부적절한 것으로 보고 있다.¹⁰⁰⁾

100) 이윤성 외, 진단서 등 작성·교부 지침, 대한의사협회 의료정책연구소, 2015. 41~49면.

[하급심 3] 허위 사망진단서 작성 여부 판단

-울산지방법원 2020. 9. 11. 선고 2017고단1002 판결-

[가. 허위진단서 작성 나. 업무상과실치사]

가. 사안의 개요

피고인 ○○○는 소아과 교수로 피의자(생후 6개월)의 주치의이고, 피고인 △△△는 전공의 3년차로 피해자의 담당의사이다. 피고인들은 2015. 10. 21. 경 위 대학병원에서 피고 △△△이 피해자의 골수채취를 위해 검사를 하던 중 천자침이 총장골동맥을 관통하여 동맥파열이 되었고 이로 인하여 저혈량성 쇼크에 빠져 피의자가 사망에 이르게 되었다. 범혈구감소증이 피의자를 사망에 이르게 했거나 호흡정지를 발생시킨 직접 원인이 아님에도 불구하고 피고 ○○○는 피고 △△△에게 사망진단서를 작성함에 있어 사망의 종류를 ‘병사’로 직접사인에 ‘호흡정지’로 중간선행사인에 ‘범혈구감소증’이라고 기재하도록 피고 △△△에게 지시하고, 피고 △△△는 이러한 지시에 따랐다. 재판부는 피고 △△△는 사실과 다르다는 것을 알면서도 마치 피의자가 질병으로 인하여 자연사하였으며 혈액질환 자체에 의하여 죽은 것이므로 사인이 명확하다는 취지로 피고인 △△△ 명의의 허위사망진단서 작성을 하였다는 이유로 피고 △△△는 벌금 300만원을 피고 ○○○는 벌금 500만원을 선고받았다.

나. 피고인의 주장

피해자의 사망원인이 진정 수면제의 부작용 때문이라고 알고 있었지 총장골동맥 파열로 인한 출혈 때문이라는 점을 알지 못하였으며, 피해자의 사망 이후 유족이 진료기록을 복사하는 등의 조치를 취하고, 피해자에 대한 부검도 예상되는 등 피해자의 사망과 관련한 법적 분쟁이 예상되는 상황에서 사인을 숨기기 위하여 사망진단서를 허위로 작성할 이유가 없었으므로, 피고인들에게 허위진단서작성의 고의가 없다.

다. 참조조문

형법 제233조, 제30조, 제70조 제1항, 제69조 제2항, 형사소송법 제334조 제1항

라. 법원의 판단

1) 허위 진단서 작성 여부 판단

대한의사협회가 발간한 ‘진단서 등 작성·교부지침’에 의하면 사망진단서는 의사가 진료한 환자의 사망원인을 자연사로 판단할 때 교부하고, 시체검안서는 ① 의사가 진료한 적이 없거나 ② 진료한 적이 있지만 진료하던 질환이 아닌 사망원인으로 사망하였거나 ③ 질병이 아닌 사망원인 즉 외인사(질병이 아닌 원인의 죽음을 모두 일컬으며, 자살, 타살, 사고사 등이 있음)일 때에 의사가 검안(檢案)하고 작성한다. ‘사망원인’에는 질병, 손상, 사망의 외인을 기록할 수 있지만 심장마비, 심장정지, 호흡부전, 심부전 같은 사망의 양식은 기록할 수 없고, 만약 사망원인을 알 수 없다면 ‘불상’ 또는 ‘알 수 없음’으로 기록해야 한다. ‘사망의 종류’는 크게 ‘병사’와 ‘외인사’로 나누고 병사인지 외인사인지 알 수 없을 때에는 ‘기타 및 불상’에 표시한다. 사망원인이 질병임에도 사망의 종류가 외인사일 수 있는데, 예를 들어 폭행을 당한 노인이 뇌출혈로 사망한 경우에는 수사를 해야 사망의 종류를 알 수 있는 경우에 해당하여 의사가 사망의 종류를 병사나 외인사 중 하나로 선택을 해도 크게 문제되지는 않으나, 교통사고 손상의 합병증으로 사망한 경우에 사망의 종류를 병사로 선택하는 것은 적절하지 않다. 피해자에 대한 부검감정서의 기재내용에 의하면, 피해자의 사망원인은 ‘의인성손상(천자침에 의한 총장골동맥 파열)에 의한 혈복강’으로 진단되었고, 의인성 손상은 본건 골수 채취 과정의 주사바늘에 의한 것임이 명백하다. 피해자는 급성 백혈성 증세가 의심되어 본건 골수 검사를 받던 중 사망한 것으로, 당시 피해자의 질병이 무엇인지 명확하게 진단되지 않았던 반면 시술 과정에서 사망한 것이 명백하므로, 위와 같은 기준에 의할 때 사망의 종류는 ‘병사’가 될 수 없고 ‘외인사’임이 명백하다. K대학교 법의학과 교수도 법정에서 피해자의 사망은 의료행위 과정에서 의사에 의한 사고에 기인한 것이므로

사망 종류가 병사가 될 수는 없다고 명확히 증언하였다.

‘호흡정지’의 경우 사망으로 인한 현상에 불과한 것이지 사망의 원인이 될 수 없으며, ‘범혈구감소증’의 경우 증인의 증언에 의하면 범혈구감소증 자체로 사망에 이르는 경우는 거의 없으며, 범혈구감소증과 피해자의 사망 사이에 인과관계가 없으므로, 사인에 해당할 수 없다.

피고들은 의사로서 진단서 작성에 관한 지침 내용을 따라야 할 의무가 있고, 피해자의 사망 당시 피해자에게 발생한 동맥파열로 인한 출혈의 결과를 알지 못하였다고 하더라도 피해자에게 아직 정확한 질병 진단이 이루어지기 전이었던 이상 피해자가 시술 과정에 사망하였다면 피해자가 자신의 지병으로 인하여 사망한 것으로 볼 수 없음을 충분히 인식하고 있었다고 판단된다. 피고인 △△△는 검찰 피의자신문조사에서 피해자의 사망원인은 불명이고 사망진단서의 내용이 사실과 다를 것을 인정하는 취지로 진술하였으며, 피고인 ○○○도 검찰 피의자신문조사에서 피해자의 사망의 종류는 ‘외인사’가 맞고, 사망원인은 불명이 맞다는 취지로 진술하였다.

이러한 종합적인 상황을 고려할 때 피고들은 이 사건 사망진단서의 기재내용이 사실과 다르다는 점에 대하여 최소한 미필적 인식이 있었다고 봄이 타당하고, 피고인들은 의사로서 위와 같은 진단서 작성에 관한 지침에 의거하여 이 사건 사망진단서에 사망원인은 ‘알 수 없음’이나 ‘불상’으로, 사망의 종류는 ‘외인사’ 또는 ‘기타’로 작성할 수 있었으며, 그와 같이 작성하였어야 함에도 사망진단서를 진실과 다르게 작성하였으므로, 피고들은 허위진단서작성의 고의가 있었음이 충분하다.

2) 양형 판단

의사가 작성하는 진단서는 사회에서 높은 신뢰를 부여하고 있고, 특정인의 사인(死因)을 기재한 사망진단서나 시체검안서의 경우 수사기관의 수사나 법원의 재판에 미치는 영향이 상당하므로 진단서 내용에는 진실성과 신뢰성이 보장되어야 한다. 따라서 진단서의 작성 주체인 의사는 진단서에 사실만을 기재할 것이 요구되고, 진단서가 사문서임에도 허위 내용의 작성을 처벌하는 것은 진단서의 사회적 신용성을 확보하기 위

함이다. 이러한 관점에서 볼 때 이 사건 시술 도중 피해자가 사망한 것이 명백한 이상 피해자가 ‘병사’가 아님이 명백함에도 의사인 피고인들이 위와 같은 의무에 반하여 이 사건 사망진단서에 사실과 다른 내용을 기재한 것으로 그 죄질이 결코 가볍지는 않다. 다만, 우리나라 의료나라에서 여전히 많은 의사들이 관행적으로 ‘호흡정지’ ‘심정지’ 등 사망의 현상을 사망의 원인으로 기재하고, ‘병사’와 ‘외인사’의 기준을 제대로 구별하지 못하는 등 사망진단서 작성의 중요성과 올바른 작성 방법에 관한 인식이 매우 부족하며, 이 부분에 대한 의과대학의 교육도 충실하지 못한 것이 현실이고, 피고인들도 이러한 현실에서 자유롭지 못한 채 본건 범행에 이르게 된 제반 정상들을 참작하여 형을 정하였다.

[하급심 4] 비의료인이 의사의 지도·감독 하에 할 수 있는 업무 범위

-대구지방법원 2020. 8. 21. 선고 2019노3118 판결-

[의료법위반]

가. 사안의 개요

피고인 박○○는 ○○의료원에서 정형외과 과장으로 근무하는 의사이다. 피고인 김○○은 의료기기 판매업체 사장으로 ○○의료원에 척추풍선성형수술에 필요한 의료기구를 납품한 비의료인으로 간호조무사자격을 갖춘 자이다. 피고인 박○○, 김○○은 2015. 6. 23. 10:20경 ○○의료원 내 수술실에서 환자 홍○○의 척추풍선성형수술을 함에 있어, 박○○가 스테인리스 관을 삽입하지 못하면 김○○이 스테인리스 관을 삽입하고, 박○○가 조영제가 들어있는 풍선을 스테인리스 관에 삽입한 다음 이를 부풀려 공간을 만들면 피고인 김○○이 수술용 시멘트를 배합한 후 주사기로 수술용 시멘트를 주입하였다. 박○○는 피고인 김○○으로 하여금 위와 같은 의료행위를 하도록 하고 피고인 김○○은 위와 같은 의료행위를 한 것을 비롯하여, 그 때부터 2017. 10. 24. 16:40경까지 총 49회에 걸쳐 척추풍선성형수술을 하였다.

피고 허○○는 의료기기판매업체 직원으로 ○○의료원에 어깨관절내시경수술에 필요한 의료기구를 납품한 비의료인이다. 피고인 박○○, 허○○은 2014. 3. 3. 11:00경 ○○의료원 내 수술실에서 환자 이○○의 어깨관절내시경수술을 함에 있어, 피고인 박○○가 수술용 칼로 수술부위를 절개한 다음 내시경 카메라를 넣고 앵커를 잡으면 피고인 허○○이 이를 망치로 내리치고 허○○이 앵커를 잡으면 박○○가 이를 망치로 내리쳐 어깨 부위에 구멍을 뚫고, 피고인 박○○가 내시경 카메라를 잡으면 피고인 허○○이 구멍에 특수실을 넣어 묶는 등의 방법으로, 박○○는 허○○으로 하여금 위와 같은 의료행위를 하도록 하고 허○○은 위와 같은 의료행위를 한 것을 비롯하여, 그 때부터 2017. 6. 13. 09:00경까지 총 6회에 걸쳐 어깨관절내시경수술을 하였다.

피고 김△△는 응급구조사, 간호조무사 자격을 가진 이 사건 의료원 소속 정규직원

으로 박○○를 보조하여 2015. 5.경부터 각종 진료보조 업무를 수행한 자다. 김△△는 3건의 척추풍선성형수술과정에서 박○○의 지시에 따라 ‘스테리-스트립(Steri-Strips)’이라는 의료용 테이프를 이용하여 절개된 수술 부위를 봉합하였다.

이 사건 원심에서는 피고인 박○○ 징역 1년, 피고인 김○○를 징역 6개월에, 피고인 허○○에게 벌금 200만원 처분을 내렸다. 피고인 박○○에 확정일 부터 2년간, 피고인 김○○에 대하여는 확정일 부터 1년간 위 각 형의 집행을 유예했다. 원심 판결에 대하여 검사와 피고인 박○○, 김○○가 항소를 제기하였으나 항소법원에서는 각 항소를 모두 기각했다.

나. 참조조문

의료법 제87조 제1항 제2호, 제27조 제1항, 형법 제30조

다. 법원의 판단

1) 수술용 시멘트 배합 및 수술용 시멘트 신체에 주입행위, 스테인리스 관 삽입행위가 진료보조행위인지 여부

피고인 김○○가 수술용 시멘트 배합행위, 수술용 시멘트를 신체에 주입하는 행위, 스테인리스 관 삽입행위는 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 의료행위이고, 간호조무사가 의사의 지도하에 할 수 있는 진료의 보조행위가 아니라 의사만이 할 수 있는 진료행위이다. 수술용 시멘트 배합 행위가 의사의 수술용 시멘트 배합 비율 및 농도에 관한 지시 하에 할 수 있는 진료보조행위라 하더라도 박○○가 김○○에게 ‘뼈가 약하니 시멘트 조절을 하라’고 말한 취지만으로는 이를 수술용 시멘트 배합 농도나 비율에 관한 구체적인 지시라고 보기 어렵고, 수술용 시멘트 배합 농도 등에 관한 박○○의 구체적인 지시 없이 김○○가 시멘트를 배합했다는 진술 등을 통해 박○○가 김○○에게 수술용 시멘트 배합 비율 및 농도 등에 관하여 구체적인 지시·감독을 했다고 보기 어렵다.

2) 어깨관절내시경수술에 있어 천공 및 고정행위가 진료보조행위인지 여부

이 사건 천공 및 고정행위(앵커를 망치로 내리쳐 어깨 부위에 구멍을 뚫거나 구멍에 특수실을 넣어 묶어 고정하는 것은 어깨관절내시경수술의 전체 과정 중 가장 본질적이고 중요한 부분에 해당)는 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위로서 의료법 제27조 제1항에 규정된 의료행위에 해당한다. 그 중에서도 의사만이 할 수 있는 진료행위 그 자체에 해당하므로 의사인 피고 박○○의 지시, 위임 및 입회, 감독이 있었다고 하더라도 간호조무사 자격조차 있지 아니한 비의료인인 피고 허○○이 수행할 수 없다. 특히 허○○는 간호조무사 자격조차 가지고 있지 아니한 비의료인이므로, 수술실에 출입해야 할 아무런 이유가 없고, 아무리 사소한 진료보조 행위라 하더라도 허용되어서는 안 된다.

3) 피고인 김△△이 척추풍선성형수술의 마무리 단계에서 수술을 위해 절개한 부위가 ‘스테리-스트립(Steri-Strips)’이라는 의료용 테이프를 손으로 붙이는 봉합행위를 할 수 있는지 여부

피고인 김△△이 피고인 박○○의 지시에 따라 ‘스테리-스트립(Steri-Strips)’이라는 의료용 테이프를 이용하여 절개된 수술 부위를 봉합하는 행위는 간호조무사인 피고인 김△△이 의사의 지시·감독 하에 할 수 있는 진료보조 행위이고 박○○의 명시적인 지시에 따라 이 사건 봉합행위를 하였으므로, 피고인 박○○, 김△△에 대한 이 부분 공소사실에 대하여 무죄를 선고하였다.

라. 검토

이 사건 원심¹⁰¹⁾에서는 앞서 언급한 [대법원 11] 판결과 동일하게 의료법 제27조, 제80조의2, 현행 간호조무사 및 의료유사업자에 관한 규칙 제2조 등 관련 규정들을 종합적으로 살펴보면 의사는 비의료인인 간호조무사에게도 제한된 범위 내에서 진료 보조

101) 대구지방법원 영덕지원 2019. 7. 24. 선고 2018고단 186 판결.

행위를 하도록 지시하거나 위임할 수 있다고 보아야 하고, 간호사의 경우와 마찬가지로 간호조무사에 대해서도 의사만이 할 수 있는 진료행위 자체를 하도록 지시하거나 위임하는 것은 허용될 수 없으므로, 간호사나 간호조무사가 의사의 지시나 위임을 받고 그와 같은 행위를 하였다 하더라도 이는 무면허 의료행위에 해당한다고 판시하였다.

이 사건 재판부는 수술용 시멘트 배합 및 수술용 시멘트 신체에 주입행위, 스테인리스 관 삽입행위, 어깨관절내시경수술에 있어 천공 및 고정행위는 간호조무사가 의사의 지도하에 할 수 있는 진료의 보조행위가 아니라 의사만이 할 수 있는 진료행위라 판시하였다. 다만, 수술용 시멘트 배합 행위에 대해서는 시멘트 비율 및 농도의 배합은 지시하에 할 수 있는 진료보조행위라 하더라도 '시멘트 조절을 하라'는 취지 외에 구체적인 지시가 없는 경우에 있어서는 의사의 지시·감독이 있는 것으로 볼 수 없다고 판단하였다. 대상판결을 통해 각 의료행위별로 무면허의료행위에 해당하는지를 판단하였다는 데에 의의가 있다.

참고문헌

단행본

- 김주경·이재명, 낙태죄 헌법불합치 결정에 따른 입법 과제, NARS 현안분석 52호, 국회 입법조사처, 2019.
- 김형선·임지연·김계현·안덕선, 현행 의료법상 처방전 관련 규정의 문제점 및 개선방안, 정책현안분석 2020-3, 의료정책연구소, 2020.
- 이상돈·김나경, 의료법 강의(제4판), 법문사, 2020.
- 이윤성 외, 진단서 등 작성·교부 지침, 대한의사협회 의료정책연구소, 2015.
- 이열·임지연·강태경, 진료거부금지 의무의 현황과 과제, 2019 No. 3, 대한의사협회 의료정책연구소, 2019.

논문

- 김준래, 의료법상 의료기관 개설제한의 위반유형에 관한 연구, 의료법학 제15권 제2호, 대한의료법학회, 2014.
- 김준래, 네트워크병원과 의료기관 복수 개설·운영 금지 제도에 관한 고찰, 의료법학 제17권 제2호, 대한의료법학회, 2016.
- 김선욱·정혜승, 의료인의 의료기관 다중운영 금지 조항의 위헌성 - 의료법 제87조 제1항 제2호, 제33조 제8항을 중심으로 -, 의료법학 제16권 제2호, 대한의료법학회, 2015.
- 김성수, 복수의료기관 개설 및 운영금지의 위헌성 여부, 병원경영·정책연구 제5권 제2호, 한국병원경영연구원, 2016.
- 김지민·이미진, 낙태에 관한 보건의료인의 권리: 2019 헌바(낙태죄 헌법불합치) 결정과 관련하여, 한국의료법학회지 제27권 제1호, 2019.
- 김한나·김계현·이정찬, 대형병원에서의 요양급여기준 외 치료행위 인정요건에 관한 검토 -대법원 2012. 6. 18. 선고 2010두27639, 27646 판결을 중심으로-, 법학연구 제24권 제1호, 충남대학교 법학연구소, 2013.
- 문정림, 사무장병원 근절을 위한 법 개정 추진 현황, 의료정책포럼 제12권 제1호, 대한의사협회 의료정책연구소, 2014.
- 문현호, 의료법상 의료기관 중복개설·운영 금지 규정에 위배하여 개설·운영된 의료기관은 국민건강보험법상 요양급여비용을 청구할 자격이 없는지 여부, 대한의료법학회 추계

- 학술대회 자료집, 2019.
- 박민, 의료광고의 문제점 -의료법 시행령과 시행규칙 개정안을 중심으로, 현대공법이론의 제문제, 천봉 석종현 박사 회갑기념논문집편집위원회, 2003.
- 박영호, 형사상 의료과실 및 인과관계 인정과 관련된 대법원 판례분석, 의료법학 제15권 제2호, 대한의료법학회, 2014.
- 백경희, 비급여의료에 관한 환자유인행위의 판단기준에 관한 고찰, 법학논총 제40집, 숭실대학교 법학연구소, 2018.
- 백경희, 인터넷 의료광고를 활용한 환자 유인행위에 관한 우리나라 판례 동향 및 법적 책 방향에 관한 고찰, 동아법학 제87호, 동아대학교 법학연구소, 2020.
- 배광국, 의사의 의료기관 중복개설금지의 범위, 대법원판례해설 제48호, 2004.
- 신현호·김기영, 개정 의료분쟁조정법 시행에 따른 의료분쟁조정제도에 관한 현황과 과제, 인권과 정의, 2017.
- 양태정, 감염병 유행과 국가배상책임, 법학연구 제20권 제2호, 한국법학회, 2020.
- 오세혁, 판례평석 방법론에 관한 시론적 고찰 민사법 분야를 중심으로, 비교사법 제13권 제4호, 한국비교사법학회, 2006.
- 유현정, 금지되는 기사성 의료광고의 한계, 의료법학 제13권 제2호, 대한의료법학회, 2012.
- 유현정·박노민·정혜승·이동필·이정선·박태신, 2019년 주요 의료판결 분석, 의료법학 제21권 제1호, 대한의료법학회, 2020.
- 임지연·김계현, 국민건강보험법 요양급여비용 지급보류처분 규정에 대한 고찰 - 대전 고등법원 2018누12938 위헌제청결정을 중심으로 -, 법학연구 제61권 제3호, 부산대학교 법학연구소, 2020.
- 장연화, 의료법상 의료기관의 개설제한에 관한 고찰, 법학연구 제12권 제2호, 인하대학교 법학연구소, 2009.
- 전병주, 신종 감염병 전염과 국가의 손해배상책임에 관한 연구: 메르스 판결을 중심으로, 인문사회21 제11권 제3호, 아시아문화학술원, 2020.
- 최계영, 국민건강보험의 행정법적 쟁점, 서울대학교 법학 제55권 제2호, 서울대학교 법학연구소, 2014.
- 현두륜, 진료수가제도의 헌법적 한계와 정액수가제의 위헌성 -헌법재판소 2020. 4. 23. 선고 2017헌마103 결정을 중심으로-, 의료법학 제21권 제1호, 대한의료법학회, 2020.

국회

- 국회 보건복지위원회, 의료법 일부개정법률안(양승조의원 대표발의, 의안번호 제13477호, 2011.10.17. 발의) 심사보고서, 2011.
- 국민건강보험법 일부개정법률안(문정림의원 대표발의, 의안번호 제7247호, 2013. 10. 10. 발의).
- 국회 보건복지위원회, 국민건강보험법 일부개정법률안(문정림의원 대표발의, 의안번호 제7247호) 심사보고서, 2014.

신문기사

- 관계부처 합동, '안전한 진료환경 조성 방안' 출입기자 설명자료, 2019. 4. 4.
- 김재춘, 2019년 분야별 중요판례분석, 법률신문, 2020. 5. 7.
- 세계일보, 문재인케어의 과제②, 2017. 11. 29.
- 이원복, 의료법 제33조 제8항에 관한 대법원 판결평석, 법률신문, 2018. 12. 21.
- 의료&복지뉴스, 사무장병원 억울한 피해 대처법, 2018. 12. 6.
- 청년 의사, 법인형 사무장병원에 대한 요양급여비 지급보류처분의 위헌성, 2018. 7. 12.
- 장경찬, 2019년 분야별 중요판례분석, 법률신문, 2020. 7. 2.

**2019년~2020년
보건의료분야 주요 판례 분석**

저 자 / 임 지 연 외

발행일 / 2021년 5월 발행

발행인 / 이 필 수

발행처 / 대한의사협회 의료정책연구소

서울특별시 용산구 청파로 40 (한강로3가)

(우 : 04373)

TEL : 02)6350-6663 / FAX : 02)795-2900

※ 내용 중 이상한 부분이나 잘못된 사항이 발견되면 연락주시기 바랍니다.
감사합니다.

