

상해보험약관에서 의료과실과 의료처치 면책조항의 적용에 관한 고찰

조 규 성*

<차례> _____

- | | |
|------------|-----------|
| I. 들어가는 글 | III. 판례평석 |
| II. 판결의 내용 | IV. 맺는 글 |
-

주제어 : 상해보험, 의료과실, 의료처치 면책조항, 대법원판결, 약관의 해석, 급격성, 우연성, 외래성

<국문초록> 2010년 4월 이전까지 손해보험회사에서 판매했던 장기손해보험 표준약관에는 “피보험자의 임신, 출산(제왕절개 포함), 유산 또는 외과적 수술, 그 밖의 의료처치”(이하, ‘의료처치 면책조항’이라 함)로 인해 발생한 상해사고에 대해 면책사유로 규정하고 있었다. 이 면책조항의 취지는 임신이나 의료처치의 자연적 결과에서 벗어나지 않는 경우 그것은 상해 사건이 아니라 개별의 사정에 의하여 발생한 것이므로 상해보험의 보험사고에서 배제되기 때문이다. 문제는 의료처치 과정에서 환자가 예견하지 못했던 예상외의 결과로서 이른바 ‘의료사고’가 발생하고, 그 의료사고가 의사가 진료를 행함에 있어 업무상 필요로 하는 주의를 기울리 하여 환자에게 사상(死傷)의 결과를 발생케 한 ‘의료과실’에 해당할 경우 손해사정실 무에서는 위 면책조항의 해석과 관련해 다툼이 많이 생기고 있다.

대상판결 역시 피보험자가 ‘종아리근육퇴축술’이라는 미용목적의 시술을 위해 프로포폴 마취제 투약 중 시술의사의 의료과실로 사망한 사안에 대해 상해보험의 상해에 해당하는지 여부 및 의료처치 면책조항의 적용이 가능한지 여부가 쟁점이 된 사안이었다. 이에 대해 대법원은 과거에 선고했던 판결이유(약관에서 담보하지 아니하는 질병의 치료로 인하여 증가된 위험이 현실화된 상해는 그 사고발생에 의료진의 과실이 기여하였는지를 따질 필요 없이 보험자는 면책)를 들어 피보험자가 미용목적의 시술을 받음으로써 일상생활에서 노출된 위험에 비하여 상해가 발생할 위험이 현저히 증가하는 상태에 처하였고 그 위험이 현실로 나타남으로써 사망하기에 이르렀기 때문에 위 면책조항에 의하여 보험보호의 대상에서 배제된 상해에 해당한다고 판시해 보험자의 책임을 부정하였다.

* 협성대학교 금융보험학과 교수, 법학박사(보험법)
- 논문접수일(2020.01.31), 심사개시일(2020.02.17), 게재확정일(2020.02.24)

하지만 위 ‘의료처치 면책조항’의 취지 및 약관해석의 원칙(면책조항에 대한 제한적 해석)에 비추어볼 때 과거 대법원의 판시와 같이 질병을 치료하기 위한 외과적 수술이 상해를 치료하기 위한 외과적 수술보다 상해가 발생할 위험이 현저히 증가하는 것도 아님에도 불구하고 단지 질병치료나 상해치료나의 이분법적 기준으로 보험자의 면·부책을 결정하는 것은 그 기준설정에 있어 합리성이 결여되었다고 할 것이다. 따라서 평석 대상판결의 결론에는 반대하며, 향후 파기환송심에서 바로잡아지기를 기대한다.

I. 들어가는 글

2010년 4월 이전까지 손해보험회사에서 판매했던 장기손해보험 표준약관에는 “피보험자의 임신, 출산(제왕절개 포함), 유산 또는 외과적 수술, 그 밖의 의료처치”(이하, ‘의료처치 면책조항’이라 함)로 인해 발생한 상해사고에 대해서는 면책 사유로 규정하고 있었다.¹⁾ 그 취지는 임신이나 의료처치의 자연적 결과에서 벗어나지 않는 경우 그것은 상해사건이 아니라 개별의 사정에 의하여 발생한 것이므로 상해보험의 보험사고에서 배제되기 때문이다.²⁾

문제는 의료처치 과정에서 환자가 예견하지 못했던 예상외의 결과로서 이른바 ‘의료사고’가 발생하고, 그 ‘의료사고’가 의사가 진료를 행함에 있어 업무상 필요로 하는 주의를 기울여 하여 환자에게 사상(死傷)의 결과를 발생케 한 ‘의료과실’에 해당할 경우 손해사정실무에서는 ‘의료처치 면책조항’의 해석과 관련해 다툼이 많이 생기고 있다. 대표적인 사례가 상해가 아닌 질병을 치료하던 중 ‘의료과실’이 개입되어 사소한 경우에 ‘상해사고 해당성’ 여부와 위 ‘의료처치 면책조항’의 적용범위에 대한 판단과 관련된 것이다. 종래 대법원³⁾은 이 경우 “상해사고 해당성에 대해서는 긍정하면서도 당해 약관에서 담보하지 아니하는 질병의 치료로 인하여 증가된 위험이 현실화된 상해는 그 사고발생에 의료진의 과실이 기여

1) 이 조항은 2010년 4월 질병·상해보험표준약관 제정시에 개정되면서 “피보험자의 임신, 출산(제왕절개 포함), 산후기”는 면책사유로 두되 회사가 보장하는 보험금 지급사유로 인한 경우에는 보험금을 지급하는 것으로 변경하였다.

2) 유관우/이현열, 「조문별 인보험약관해석」, 엘림지앤피, 2006, 307면. 그러나 보험보호의 대상이 되는 사유, 가령 교통사고를 원인으로 하여 수술을 받다가 사망한 경우는 상해사건의 직접적인 결과로 야기된 것이므로 상해보험사고에 해당하기 때문에 “그러나 회사가 부담하는 상해로 인한 경우에는 보장하여 드립니다.”라는 단서를 두고 있었다.

3) 후술하는 대법원 2010.8.19. 선고 2008다78491·78507 판결 참조.

했는지를 따질 필요 없이 보험자는 면책”이라고 판시하였다. 그 논거는 의적 침습을 수반하기 마련인 의료행위는 일상생활상의 위험과는 크게 다른 위험이라는 데에 있었고, 평석대상 판결도 위 판결과 같은 입장을 견지하고 있다.

하지만 의료처치 중에 의료과실이 개입된 상해의 결과로 피보험자가 사상(死傷)한 경우에 대한 대법원의 이러한 판단(기준)에도 불구하고 손해사정실무에서는 여전히 그 해석에 있어 혼선이 생기고 있고, 해당 판결 역시 피보험자가 ‘종아리 근육퇴축술’이라는 미용목적의 시술을 위해 프로포폴 마취제 투약 중 시술의사의 ‘의료과실’로 사망한 사안에 대해 상해보험의 상해사고에 해당하는지 여부 및 ‘의료처치 면책조항’의 적용이 가능한지 여부가 쟁점이 된 사안이었다.

특히 망인이 시술받은 ‘종아리근육퇴축술’이 건강을 위한 것으로 질병치료인지 미용목적인지 그 구분자체가 모호한데다 위 면책조항의 적용범위와 관련해 대법원이 위 2010년 판결에서 “질병 등을 치료하기 위한 외과적 수술 등에 기한 상해에 대해서만 적용된다.”고 판시하고 있어 해당 시술이 질병 등을 치료하기 위한 수술이 아니라면 ‘의료처치 면책조항’의 적용이 배제되는지 여부와 관련해 제1심 및 항소심의 판단과 대법원의 판단이 달라 실제 법원에서도 그 판단에 있어 혼선이 생기고 있음을 알 수 있다.

이하에서는 대상판결의 내용과 의료처치 중 발생한 사고에 대한 상해사고 해당성 및 위 면책조항의 해석과 관련된 종래 대법원의 판결경향에 대해 살펴보고, 우리와 동일한 면책조항을 가진 일본에서의 논의(학설과 판례의 경향 등)에 대해 검토한 후 대상판결의 문제점에 대한 필자의 의견을 개진하는 순서로 논문을 서술하고자 한다.

II. 판결의 내용

1. 사실관계

피고 손해보험회사와 상해보험계약을 체결한 피보험자가 피부과 의원에서 ‘종아리근육퇴축술’을 받던 중 호흡곤란 등의 증상으로 인한 저산소성 뇌손상을 입고 치료 중 다발성 장기부전 등을 원인으로 사망하였다.

시술의사는 미취과정에서 망인의 활력징후 감시 등 주의의무를 위반한 의료과실이 인정되어 손해배상책임이 인정되었고, 이후 피보험자의 유족들은 피고 보험회사에게 상해사망·후유장해보험금을 청구하였으나 보험회사는 피보험자(망인)의 사망은 시술 당시 프로포폴과 케타민이 통상적인 허용용량 범위에서 투여된 가운데 그 부작용으로 저산소성 뇌손상이 일어난 것이므로 이는 의료처치 중 사고로서 당해 보험약관의 위 면책조항이 적용되어 보험회사의 보험금 지급책임이 없다고 통보하자 유족들이 보험회사를 상대로 보험금 청구소송을 제기한 사안이다.⁴⁾

2. 제1심 법원의 판단⁵⁾

재판의 쟁점인 상해사고 해당성 여부에 대해 법원은 “급격하고도 우연한 외래의 사고로 인한 손해를 보상하는 상해보험에서 ‘우연한 사고라 함은 피보험자가 예측할 수 없는 원인에 의하여 발생하는 것으로서 고의에 의한 것이 아니고 예견하지 않았는데 우연히 발생하고 통상적인 과정으로는 기대할 수 없는 결과를 가져오는 사고를 의미하고, ‘외래의 사고라 함은 그 원인이 피보험자의 신체 외부로부터 작용하는 사고를 의미하며⁶⁾, 질병의 치료를 위한 외과적 수술 기타 의료처치의 과정에서 피보험자가 의료과실로 인하여 상해를 입은 경우 피보험자가 그러한 외과적 수술 기타 의료처치에 동의했다고 하더라도 그것만으로 바로 의료과실로 인하여 상해를 입는 결과에 대해서까지 동의하고 예견하였다고 볼 것은 아니므로 이와 같은 상해는 ‘우연한 외래의 사고에 해당하고 결론적으로 피보험자가 미용목적의 시술 중 의사의 의료과실로 사망한 이 사건은 약관상 급격하고도 우연한 외래의 사고로 신체에 상해를 입은 경우에 해당한다.”고 판시하였다.

또 ‘의료처치 면책조항의 적용여부에 대해서는 “피보험자(망인)는 질병 등을 치료하기 위한 외과적 수술 등에 기한 상해가 아니라 ‘중아리근육퇴축술’이라는 미용목적의 시술을 위하여 미취제 투약 중 시술의사가 망인의 활력징후 감시 등을

4) 이 사건의 쟁점을 최대한 단순화시키면 “건강검진을 위한 수면내시경 중 발생한 미취제의 부작용으로 인한 의료사고의 경우 위 면책조항이 적용되지 않는다”는 종래의 대법원 판결(대법원 2014. 4. 30. 선고 2012다76553 판결)을 준용해서 이 사안 미용목적의 ‘중아리근육퇴축술’에 대해서도 동일하게 볼 수 있는지 여부에 대한 판단이다.

5) 서울중앙지법 2016. 6. 23. 선고 2015가단5288411 판결.

6) 대법원 2001. 8. 21. 선고 2001다27579 판결, 대법원 2001. 11. 9. 선고 2001다55499, 55505 판결.

소홀히 하는 바람에 호흡곤란 등의 증상으로 저산소성 뇌손상을 입어 결국 사망에 이른 것으로 위 면책조항이 적용되지 않는다.”고 판시해 보험회사의 보험금지급책임을 인정하였다. 이에 보험회사가 항소하였다.

3. 항소심 법원의 판단⁷⁾

피고 보험회사가 항소하였지만 기각되었다.

4. 대법원의 판단⁸⁾

대법원에서는 원심이 그 적용을 배척한 의료처치 면책조항의 적용여부에 대해 “이 면책조항의 취지는 피보험자에 대하여 보험회사가 보상하지 아니하는 질병 등을 치료하기 위한 외과적 수술 기타 의료처치가 행해지는 경우 피보험자는 일상생활에서 노출된 위험에 비하여 손해가 발생할 위험이 현저히 증가하므로 그러한 위험을 처음부터 보험보호의 대상으로부터 배제하고 다만 보험회사가 보상하는 보험사고인 상해를 치료하기 위한 외과적 수술 등으로 인한 위험에 대해서만 보험보호를 부여하려는 데 있다. 그런데 이 사건 시술은 보험회사가 보상하는 보험사고인 상해를 치료하기 위한 외과적 수술 등이 아니고 피보험자는 이 시술을 받음으로써 일상생활에서 노출된 위험에 비하여 손해가 발생할 위험이 현저히 증가하는 상태에 처하였고 그 위험이 현실로 나타남으로써 사망하기에 이르렀기에 위 면책조항에 의하여 보험보호의 대상에서 배제된 손해에 해당한다고 판시해 원심을 파기하였다.

7) 서울중앙지법 2016. 10. 12. 선고 2016나38213 판결.

8) 대법판결(대법원 2019. 10. 31. 선고 2016다258063 판결).

Ⅲ. 판례평석

1. 관련 대법원 판결의 검토

(1) 질병치료 중 발생한 의료과실로 인해 사망한 경우의 손해 해당성 여부⁹⁾

상해보험계약의 피보험자가 혈변, 고열 등의 증상으로 병원에 입원하여 장출혈, 저혈압 등에 관한 각종 치료, 검사 등의 의료처치를 받던 중 간 조직검사를 받은 이후 갑자기 복강내출혈 증상을 보이다가 사망한 사안에 대해 원심은 피보험자가 신체의 외부에서 생긴 사고로 인한 상해로 치료를 받다가 사망한 것이 아니고, 또 보호자가 의료진으로부터 간조직 검사의 일반적인 부작용에 관한 설명을 듣고 검사에 동의하였다는 사정 등을 들어 피보험자의 사망이 급격하고도 우연한 외래의 사고에 의한 것이 아니라고 판단하였다.

하지만 대법원은 ① 간조직 검사는 질환의 진단·평가를 위하여 환자의 간 조직 일부를 채취하는 방법으로 시행하는 검사로서 복강내출혈, 저혈량증 등의 합병증을 유발할 수 있어 출혈성 경향이 있는 환자에게는 적합하지 않은 것으로 알려진 사실, ② 병원 의료진은 간조직 검사 이전에 다른 검사를 통하여 피보험자의 혈소판 수치가 낮고 출혈 소인이 있다는 것을 확인하였음에도 조기에 환자의 질환을 감별·진단할 필요가 있다고 보아 위험성에도 불구하고 간 조직검사를 시행한 사실, ③ 피보험자가 간 조직검사 후 복강내출혈로 어지러움, 구역질, 혈압저하 등의 증상을 보여 수술 등의 응급처치를 받았으나 항응고인자의 과다한 소모, 결핍 등으로 인하여 지혈이 되지 않고 출혈이 지속되어 과다출혈로 인한 저혈량성 쇼크로 사망한 사실 등의 이유를 들어 피보험자가 단순히 질병으로 사망한 것이 아니라 간 조직검사과정에서 신체 외부의 작용에 의하여 신체 내부에 상해를 입고 그 상해의 직접적인 결과로 사망에 이르게 되었을 가능성을 배제할 수 없으므로 피보험자의 사망은 상해보험의 보험사고에 해당한다고 판시하였다.

9) 대법원 2012. 8. 17. 선고 2010다67722 판결.

(2) 의료처치 면책조항의 취지와 해석에 대하여

1) 대법원 1980. 11. 25. 선고 80다1109 판결

피보험자가 피부비뇨기과의원에서 겨드랑 밑 악취방지를 위한 수술 중 급성심부전증에 의하여 사망한 사안¹⁰⁾에 대해 대법원은 “상해보험은 피보험자가 급격한 외부적인 우연의 사고로 인하여 신체에 손상을 입는 것을 보험사고로 하는 것인 바, 피보험자의 사망은 갑자기 신체의 외부에서 생긴 사고로 뜻하지 않게 신체상의 손상을 입었다는 상해보험사고의 범주에 속한다고 할 수 없으며, 본 건 보험약관의 ‘외과적 수술 기타의 의료처치’의 경우에는 보험금지책임을 지지 아니한다(단, 보험증권에서 담보된 상해의 치료는 제외)는 특약조항은 상해보험의 성질상 당연한 경우를 규정한 데 지나지 아니한 것으로 해석되므로 이 조항을 가리켜 보험당사자의 불이익으로 상법의 규정을 변경한 것으로는 볼 수 없다”라고 판시하였다.

2) 대법원 2010.8.19. 선고 2008다78491·78507 판결

상해보험의 피보험자가 후복막강 종괴를 제거하기 위한 개복수술과정에서 의료진의 과실로 인한 감염으로 폐렴이 발생하여 사망한 사안으로 피보험자가 위 수술에 동의하였다는 것만으로 의료과실로 인한 상해의 결과까지 동의하고 예견하였다고 볼 수는 없고, 위 사고는 오히려 피보험자의 고의에 의한 것이 아니고 그가 예측할 수 없는 원인에 의하여 발생한 것으로 ‘우연한 사고’에 해당한다고 볼 가능성을 배제할 수 없다. 그리고 “외과적 수술, 그 밖의 의료처치로 인한 손해를 보상하지 아니한다.”는 면책조항의 취지는 피보험자에 대하여 보험회사가 보상하지 아니하는 질병 등을 치료하기 위한 외과적 수술 기타 의료처치가 행하여지는 경우, 피보험자는 일상생활에서 노출된 위험에 비하여 상해가 발생할 위험이 현저히 증가하므로 그러한 위험을 처음부터 보험보호의 대상으로부터 배제하고, 다만 보험회사가 보상하는 보험사고인 상해를 치료하기 위한 외과적 수술 등으로 인한 위험에 대해서만 보험보호를 부여하려는 데 있다. 위와 같은 면책조항의 취지에 비추어 볼 때 특정 질병 등을 치료하기 위한 외과적 수술 등으로 인하여 증가된 위험이 현실화된 결과 상해가 발생한 경우에는 위 면책조항 본문이

10) 해당 사안은 피보험자가 수술도중 급성심부전증이라는 급성질환에 의하여 사망한 경우이지, 의사의 고의 또는 과실이 개입된 의료사고로 사망한 경우는 아니다.

적용되어 보험금 지급대상이 되지 아니하고, 외과적 수술 등의 과정에서 의료과실에 의하여 손해가 발생하였는지 여부는 특별한 사정이 없는 한 위 면책조항의 적용 여부를 결정하는 데 있어서 고려할 요소가 되지 아니한다.¹¹⁾

따라서 위 사고는 보험회사가 보상하지 않는 질병인 암의 치료를 위한 개복수술로 인하여 증가된 감염의 위험이 현실화됨으로써 발생한 것이므로 그 사고 발생에 의료진의 과실이 기여하였는지 여부와 무관하게 상해보험약관상 위 면책조항이 적용된다고 판시하였다.

결론적으로 동 대법원 판례에 의하면 ‘상해치료 중의 사고’는 약관상 보험사고에 해당되고, ‘질병치료 중의 사고’는 보험사고가 아니라는 것인데, 만약 ‘상해’나 ‘질병’이 치명적인 것이 아니고 의료진의 고의 또는 과실이 사망에 직접적인 원인이라고 할 경우에도 양자를 달리 보아야 할 특별한 이유가 있는지에 대해서는 여전히 의문이 남는다.

3) 대법원 2014. 4. 30. 선고 2012다76553 판결

종합건강검진을 위하여 병원 건강검진센터에서 전신마취제인 프로포폴을 투여 받고 수면내시경 검사를 받았는데 검사 시작 5분 만에 호흡부전 및 의식불명 상태가 되어 사망에 이른 사인(부검감정서에 의하면 사망원인은 프로포폴의 호흡억제 작용으로 인한 저산소증의 발생으로 추정)에 대해 “의료처치 면책조항의 취지에 비추어 볼 때 신체의 상해나 질병 등을 치료하기 위한 외과적 수술 등에 기한 손해가 아니라 순수한 건강검진 목적의 의료처치에 기하여 발생한 손해는 위 면책조항의 적용대상이 아니라고 해석함이 타당하다”고 판시하였다.

11) 나아가 대법원 2013. 6. 28. 선고 2012다107051 판결에서는 “이 경우 상해보험약관의 보험보호범위와 생명보험약관의 그것에 차이가 생길 수 있으나, 이는 위 면책조항의 준부에 따라 발생하는 차이일 뿐 생명보험약관에서의 재해와 상해보험약관에서의 보험사고인 상해를 달리 해석한 결과가 아니므로 위와 같은 사정만으로 달리 볼 것은 아니다.”라고 판시하고 있다. 또 이 사건 원심에서는 단서조항을 “의료처치가 질병이 아닌 상해로 인한 경우”에만 적용된다고 해석하게 되면 보험계약자에게 불리한 해석이 될 수 있다면서, 급격하고도 우연한 외래의 사고로 인하여 의료처치를 하는 경우에는 보상하여 준다고 해석하는 것이 재해의 개념에 더욱 적합하며, 생명보험사의 상해보험가입자가 외과적·내과적 진료 중 진료기관의 고의 또는 과실이 없는 경우를 제외한 경우 우발적인 외래의 사고인 재해에 해당하여 보상받을 수 있는 것과 차별받지 않는 결과로 된다고 주장하였다. 나아가 면책조항의 모태가 된 장기손해보험 표준약관이 2010년경 개정되어 ‘외과적 수술, 그 밖의 의료처치’ 부분이 삭제된 것은 면책조항의 문제점을 반영한 것이라고 주장하였지만 법원은 이를 받아들이지 아니하였다. 김선정, “의료처치면책조항도 설명하여야 하는지 여부”, 『월간생명보험』 Vol. 417, 생명보험협회, 2013, 49면.

2. ‘의료처치 면책조항’의 이론적 고찰-존재이유를 중심으로

상해보험약관에서 ‘의료처치 면책조항’을 규정한 근거에 대해 주장되어 온 견해로는 ① 사고의 우연성(상해사고성) 결여, ② 이상위험의 배척, ③ 손해사정실무의 곤란 배제, ④ 보험상품 설계상의 배려 등을 들 수 있다.¹²⁾

(1) 사고의 우연성(상해사고성) 결여

1) 근거

의료처치 중 발생한 의료사고는 상해사고의 요건인 급격성, 우연성, 외래성 중 어느 하나가 결여된 경우가 대부분이므로 이를 일률적으로 면책사유로 규정할 것이라는 주장이다. 특히 질병의 치료에 있어서는 그 계기가 질병이므로 외래성이 결여되었다거나 혹은 치료행위는 환자나 가족의 동의하에 이루어지는 것이므로 우연성이 결여된다는 견해이다.

2) 비판

그러나 이 견해는 의료과실 사고를 전제로 한 경우에는 상당히 문제가 있다고 생각된다. 즉, 질병의 치료행위 중 의료과실로 인해 생긴 상해에 대해서는 치료의 계기가 된 질병과 최종적인 상해라는 결과 사이에는 인과관계가 ‘의료과실’이라는 새로운 사실에 의해 단절되었다고 판단되는 경우가 많으며, 그런 의미에서 반드시 외래성이 결여되었다고는 말할 수 없다. 또 의료과실에 대해서까지 피보험자의 동의가 있었다고는 볼 수 없으므로 우연성의 정의에 대한 어떠한 견해를 취하더라도 치료에 대한 피보험자의 동의가 존재했다는 이유만을 들어 ‘우연성’이나 ‘급격성’¹³⁾이 결여되었다고 보는 것은 적절하지 않다. 결국 사고의 우연성 결여는 통상의 진료행위에 대해서는 몰라도 적어도 의사의 의료과실이 존재하는 의료사고에 대해서까지 면책사유로 해석할 근거로는 부족하다.

12) 면책조항의 근거에 대한 상세한 검토는 의료처치 면책조항의 적용범위를 정함에 있어 중요하기 때문에 장을 달리해서 구체적으로 살펴보고자 한다. 자세한 논의는 佐野誠, “傷害保險契約における医療事故の担保”, 「生命保險論集」第188号, 生命保險文化センター, 2014, 9~15頁 참조.

13) 급격성의 의미에 대해 시간적 간격이 있으면 결과의 예견과 회피가 가능하다는 의미에서 우연성의 요건을 보완하는 의미를 갖는다는 견해에 의하면(山下友信, 「保險法」, 有斐閣, 2005, 450頁) 의료과실의 경우에는 의료를 제공하는 측의 과실에 대한 동의는 존재하지 않으므로써 나쁜 결과의 예견과 회피가 불가능하다는 의미에서 급격성을 인정할 수 있다고 한다.

(2) 이상위험의 배제

1) 근거

의료처치 중 발생한 의료사고를 면책하는 이유는 의적 침습을 수반하는 치료 행위의 경우 일상생활상의 통상적인 위험과는 다르기 때문에 이러한 비정상적인 위험을 배제하고 위험을 부담한다는 보험제도상의 기술적 구조에 근거를 두고 있다는 견해이다.

2) 비판

하지만 의료사고 자체를 이상위험이라고 할 수 있는지에 대해서는 의문이 든다. 일반적으로 이상위험이란 해당 보험계약에 의해 보장되고 있는 여러 위험과는 대비되는 사고 발생률이 비정상적으로 높거나, 손해액이 비정상적으로 고액인 경우와 같이 그 위험성으로 인해 보험자가 통상의 보험료로 담보하는 것이 불가능하거나 혹은 담보가 불가능하지는 않지만 보험료율의 측면에서 그 위험을 제외하는 것이 합리적인 상품 설계가 되는 것과 같은 것을 의미한다.¹⁴⁾ 이러한 관점에서 보면 의료사고의 발생률이 일상의 위험과 대비해서 비정상적으로 높은지, 혹은 의료사고의 손해액이 비정상적으로 높은지, 또 그로 인해 보험료율이 합리적인 범위를 넘어서 높아진다고 할 수 있는지에 대해서는 정확히 검증된 자료가 없다. 특히 피보험자가 의료기관에서 진료를 받는 것은 일상생활에서 흔하게 있을 수 있는 일이며, 이때 의료사고로 인해 상해를 입는 것이 예를 들어 자동차 사고로 인해 상해를 입는 것과 비교해보더라도 비정상적이라고 평가할 수 있는지에 대해서는 최소한 보험계약자의 일반적인 관점에서 볼 때 의문이 든다.

다만 고도의 선진화된(신기술) 의료처치의 경우는 약간의 과실에 의해서도 중대한 결과를 초래할 수 있다는 특징이 있으므로 이 점에 있어서는 특수성을 인정할 여지가 있다. 그러나 이러한 사정을 들어 모든 의료처치에 대해 일반화시켜 면책사유로 적용할 수 있는 것은 아니며, 또한 의료처치(행위)가 상해보험계약에서 면책사유로 규정해야 할 만큼의 이상위험이라고 한다면 질병의 진료뿐만 아니라 상해의 진료에 대해서도 동일해야 하겠지만 현행 약관의 규정 하에서는 상해의 진료에 대해서는 면책이 인정되지 않고 있다. 이와 같이 이상위험의 배제라는 견해 역시 위 면책조항을 둔 근거로 삼기에는 부족하다고 할 것이다.

14) 통상 전쟁위험이나 지진위험 등이 전형적인 예일 것이다.

(3) 손해사정실무에 있어서 곤란성 배제

1) 근거

손해사정실무에 있어서 곤란성이란 의료사고의 원인에 대한 규명과 확정이 어렵다는 것이다. 앞서 언급한 바와 같이 의료사고 중에서도 의사의 의료과실이 있는 경우에는 사고의 우연성을 충족시키는 경우가 많겠지만, 이 경우 피보험자측이 의료과실을 인정받기 위해서는 의료기관의 과실을 입증해야만 한다. 그러나 의료행위에 대한 과실의 입증은 고도의 전문적인 의료지식이 필요하고, 만일 의료기관 측이 의료과실의 존재를 다투는 경우에는 소송의 결과를 기다려야 되는 경우도 많아 보험자의 손해사정실무에 있어서 많은 어려움이 따른다. 따라서 이러한 손해사정실무의 곤란을 덜어주기 위해 ‘의료처치 면책조항’을 두고 있다는 견해이다.

2) 비판

이 견해에 대해 원래 의료과실의 입증책임은 보험금청구권자에게 있으므로 보험자의 손해사정 곤란성을 본 면책조항의 근거로 삼는 것은 타당하지 않다는 비판이 있다.¹⁵⁾ 분명히 보험사고의 입증책임은 보험금청구권자에게 있기 때문에 보험자로서는 이들에 의한 의료과실의 입증을 기다리면 되고, 따라서 손해사정실무상의 곤란성이 그리 높지 않다는 평가도 있을 수 있다. 또한 의료과실 유무가 소송으로 진행되었을 경우 판결이 확정될 때까지는 보험금청구권의 소멸시효를 주장하지 못한다는 손해사정실무상의 관행과 판례의 경향을 고려한다면 보험금청구권자에게 시효완성에 따른 불이익도 없으므로 이 주장 역시 ‘의료처치 면책조항’을 둔 근거로 이해하기는 설득력이 떨어진다고 볼 수도 있다.

다만 다른 명확한 상해사고(예컨대 자동차사고)에 비하면, 의료사고의 경우는 책임의 유무를 둘러싼 보험자와 보험금청구권자 사이의 분쟁이 많아질 가능성을 부인할 수 없고, 보험자로서는 이러한 사태를 피하고 싶다는 생각을 갖는 것은 충분히 이해할 수 있으므로 그런 관점에서 본다면 위 면책조항의 근거로 인정하는 것은 가능할지도 모르겠다.

15) 陳亮, “疾病診療上の医療過誤事故と傷害保険-近時の裁判例を手がかりに”, 『生命保険論集』 182号, 生命保険文化センター, 2013, 79頁 이하.

(4) 보험상품 설계상의 배려

1) 근거

‘의료처치 면책조항의 근거로 보험상품으로서의 상품설계상의 배려를 드는 견해이다. 즉 질병 치료중의 사고는 본래 질병보험에서 보장해야 하는 것이므로 질병보험과의 중복을 피하기 위해서라는 주장¹⁶⁾과 의사배상책임보험과의 중복을 피하기 위해서라는 주장¹⁷⁾ 혹은 의료사고를 면책으로 함으로써 저렴한 보험료가 가능해지도록 하기 위한 것¹⁸⁾ 이라는 주장 등이다.

2) 비판

보험상품의 설계는 보험자의 재량이기 때문에 타 종목 보험상품과의 중복회피라는 관점에서 위 면책조항을 두는 것 자체가 부정되어서는 안 되겠지만 반대로 특정 위험에 대해 보험상품의 담보대상으로 삼는 것 역시 흔하게 있을 수 있는 일이다. 또 의사배상책임보험은 원래 ‘의료과실만을 대상으로 하는 것이므로 ‘의료과실’에 해당하지 않는 ‘의료사고’만 놓고 보면 중복의 문제가 발생하지 않는다. 한편 질병보험과의 중복을 피하기 위해서라는 점에서도 의료사고의 담보가 문제가 되는 것은 피보험자의 사망 등 중대한 사안인데 반해 현재 일본의 질병보험 약관에서는 의료사고로 인한 사망에 대해서는 담보(cover)하지 않기 때문에 실질적으로 중복의 문제는 발생하지 않는다.¹⁹⁾

끝으로 의료사고에 대해 면책함으로써 보험료를 낮출 수 있다는 주장에 대해서는 의료사고를 면책으로 함으로써 어느 정도의 보험료 인하가 가능한지에 대한 객관적이고 명확한 근거자료가 없고, 또 추가보험료를 지불하고 의료사고까지 보장을 받고자 하는 보험소비자의 요구와 불균형의 문제가 생길 수 있다는 비판이

16) 日本生命保險生命保險研究會, 「生命保險の法務と實務」改訂版, きんざい, 2011, 253頁; 林卓也, “不慮の事故の成否-医療事故”, 「保險事例研究會レポート」166号, 生命保險文化センター, 2001, 10頁.

17) 谷村愼哉, “医療過誤と不慮の事故”, 「保險事例研究會レポート」141号, 生命保險文化センター, 1999, 9頁. 독일의 학설에서도 이를 치료조치 제외조항의 목적에 포함시키는 것이 있다(中西正明, “ドイツ傷害保險約款の治療處置除外條項”, 「法學研究」22卷1・2号, 大阪學院大學, 1996, 115頁).

18) 東京高判平成17年6月29日平成17年(ネ)第1833号(生保判例集17卷543頁), 東京地判平成23年5月13日ウエストロー・ジャパン2011WJLJPCA05138009.

19) 물론 암보험과 같은 질병보험에는 사망보장이 담보되지만 그 사망보장은 순수한 질병사망보험은 아니다.

가해될 수 있다. 이렇게 생각해 보면 보험설계상의 배려라는 이유 역시 위 면책조항의 주요한 근거가 될 수 있을지에 대해서는 의문이 든다.

(5) 판단

위에서 살펴본 바와 같이 위 면책조항의 근거로 제시된 것들 모두 논리적인 관점에서 보면 어느 하나의 견해만이 반드시 결정적인 근거라고는 할 수 없다. 약관작성자의 의도를 고려하면서 위 근거사유들을 종합적으로 고려해 보험요율 산정 및 손해사정실무의 효율성이라는 실무적 관점에서 위 면책규정을 작성했다고 이해하는 것이 타당하다고 생각된다. 물론 그러한 경위로 작성된 면책조항일지라도 그것이 부당한 조항이 아닌 한 계약자유의 원칙에서 면책조항으로서의 효력은 인정해야만 한다. 그러나 면책조항의 해석에 있어서는 앞서 살펴본 근거에 대한 비판을 고려해서 면책조항에 대해서는 제한적으로 해석할 필요가 있다 할 것이다. 특히 면책조항은 피보험자에게 불이익을 가하는 것이므로 가급적 제한적으로 해석되어야 하므로 약관상의 ‘그 밖의 의료처치의 적용범위는 ‘치료목적의 의료처치’로 한정해서 적용되는 것으로 이해해야 할 것이다.²⁰⁾

3. 일본에서의 논의

일본의 보통상해보험약관의 ‘보상하지 아니한 손해’에 의하면 과거 우리의 장기손해보험표준약관과 같은 내용의 면책사유인 ‘의료처치 면책조항’을 두고 있다. 그 내용은 “피보험자에 대한 외과적 수술 기타 의료 처치에 대해서는 면책이지만 ‘외과적 수술 기타 의료 처치’로 인해 생긴 손해가 보험자가 보험금을 지급해야 하는 손해의 치료에 의한 것일 경우에는 보험금을 지급”²¹⁾하는 것으로 규정하고 있다. 일본에서도 질병치료 중 발생한 의료과실 사고(상해, 사망, 후유장애)가 상해사고의 요건인 급격성, 우연성 및 외래성이라는 요건을 충족하고 있는지

20) 이준교/정찬목, 「판례를 통하여 배우는 보험이론 및 분쟁실무」, 보험연수원, 2017, 313면.

21) 平成29年7月 기준 明治安田損害保険(株)의 普通傷害保険約款 제3조 제1항 7호에 의하면 “被保険者に對する外科的手術その他の医療處置。ただし、外科的手術その他の医療處置によつて生じた傷害が、當會社が保險金を支拂うべき傷害の治療によるものである場合には、保險金を支拂います。”라고 규정하고 있다.

여부와 의료처치 면책조항의 취지와 해석, 그리고 그 적용에 있어 판례의 결론이 다양해 손해사정실무상 혼선이 생기고 있다.²²⁾

(1) 질병치료 중 발생한 의료과실의 상해요건 충족성에 대하여

1) 급격성

급격성의 의의에 대해서는 원인에서 결과에 이르는 과정이 결과의 발생을 피할 수 없을 정도로 급박한 상태를 의미하는 것으로 만성·반복성·지속성이 강한 것은 급격성이 부정된다고 해석하는 견해²³⁾와 급격성을 요구하는 취지가 신체의 쇠약과 질병, 순전히 자연적 원인에 의해 발생한 신체상해를 제외하기 위한 것이기 때문에 급격성을 사고가 돌발적으로 발생해 원인이 된 사고에서 상해리는 결과가 발생하기까지의 경과가 직접적이고 시간적 간격이 없다는 뜻으로 해석하는 견해²⁴⁾가 있다.

급격성은 일반적으로 영국의 약관에서 말하는 'violent'에 해당하는 것으로 이해되고 있는 점²⁵⁾, 영미에서 'violent'라는 개념은 쇠약이나 질병 등 순전히 자연적 원인으로 귀착되어야 할 신체의 상해를 제외하기 위한 개념으로 사용되는 것으로 급격성의 정도에 대한 부분은 고려하지 않는 점²⁶⁾, 과거 생명보험회사에서 판매한 상해보험약관에는 상해사고의 요건으로서 급격성이 규정되지 않았다는 점

22) 질병치료상의 의료과실 사고를 포함한 의료사고와 상해보험과의 문제에 관한 비교법적 고찰로서는 中西正明, 前掲論文, 107頁 이하. 山下丈, “医療事故と傷害保険・損害賠償-ドイツの學說・判例を手がかりに”, 『文研論集』 118号, 生命保險文化研究所, 1997, 113頁 이하 참조.

23) 東京海上火災編, 『損害保險實務講座(7)新種保險(上)』, 有斐閣, 1989, 40頁; 酒井奈穂, “災害死亡保險金・災害高度障害保險金”, 日本生命/生命保險研究會編, 『生命保險の法務と實務』, 改訂版, 金融財政事情研究會, 2011, 251頁.

24) 石田滿, 『商法IV(保險法)』, 改訂版, 青林書院, 1997, 347頁; 坂口光男, 『保險法』, 文眞堂, 1991, 362頁; 江頭憲治郎, 『商取引法』, 第6版, 弘文堂, 2010, 521頁. 다만, 金澤理, 『保險法(下卷)』, 成文堂, 2005, 79頁에서는 “급격성의 요건은 질병에 기초한 신체에 대한 침습을 담보하지 않는다는 취지라면이라도 급격성의 의의에 대해서는 전자와 동일하게 해석하고 있다.

25) 昭和39년에 제정된 업계 공통의 재해보장특약도 영미의 accident insurance의 영향을 받은 것으로 알려지고 있다(古瀬政敏, “生保の傷害特約における保險事故概念をめぐる一考察”, 『保險學雜誌』, 496号, 日本保險學會, 1982, 131頁. 무엇보다도 山下丈, “傷害保險契約における傷害概念(二·完)”, 『民商法雜誌』 75卷 6号, 有斐閣, 1977, 30頁에서 violent는 ‘급격성’보다는 오히려 ‘폭력상’에 해당한다며 의문을 제기하고 있다.

26) 林輝榮, “傷害保險の法的構造”, 田辺康平/石田滿編, 『新損害保險(3)新種保險』, 文眞堂, 1985, 352~353頁.

등을 종합해 볼 때 급격성을 원인이 된 사고에서 상해라는 결과가 생길 때까지의 비교적 단시간성을 요구하는 후자의 견해가 타당하다고 본다.²⁷⁾

결론적으로 질병치료 중 발생한 의료과실 사고는 의사 등이 환자의 질병에 대한 치료행위를 함에 있어서 당연히 요구되는 업무상의 각종 주의의무를 게을리 하고(과실), 이로 인해 환자의 생명과 신체를 침해해서 사상(死傷)이라는 결과를 야기 시킨 경우이므로 의사 등의 과실 및 그로 인한 사상 등의 결과는 피보험자에게 있어서 당연히 예측 또는 회피할 수 있는 것이라고는 할 수 없고, 나아가 질병치료 중의 의료과실은 순전히 자연적 원인에 의해 생긴 신체상해가 아님은 명백하다할 것이므로 급격성은 당연히 인정된다고 할 것이다.²⁸⁾

2) 우연성

우연성이란 원인 내지 결과의 발생이 피보험자의 입장에서 볼 때 예견할 수 없는 상태에 있는 것, 혹은 피보험자의 의사에 근거하지 않은 것을 말한다(견해²⁹⁾)와 피보험자가 사고의 발생과 결과를 인식 내지 용인했다고는 할 수 없었음에도 불구하고 단지 결과발생이 예견 가능했다는 점을 들어 우연성을 부정하는 것은 타당하지 않다면서, 우연성을 피보험자의 고의에 의하지 않는다는 의미로 해석하는 것이 적절하다는 견해로 나뉘고 있다.³⁰⁾³¹⁾ 양자의 차이는 결과발생의

27) 陳亮, “疾病診療上の医療過誤事故と傷害保險-近時の裁判例を手がかりに”, 「生命保險論集」, 第182号, 生命保險文化センター, 2013, 66頁.

28) 同旨, 陳亮, 前掲論文, 66頁.

29) 田辺康平, 「現代保險法(新版)」, 文眞堂, 1995, 275頁; 西島梅治, 「保險法」, 第三版, 悠々社, 1998, 381頁; 石田滿, 前掲書, 348頁.

이에 대해 山下丈의 前掲論文(傷害保險契約における傷害概念(二·完)), 39-40頁에서는 우연성을 피보험자의 의사에 따르지 않는다는 뜻으로 해석하면서도 "자유로운 의사에 따르지 않는 것"을 강조한다면 가벼운 과실도 보호되지 않게 되어 버리는 것, 자의에 따르고 그것이 "의도하지 말 것"을 드러내는 것으로 해석한다면 상해 개념 중 과실도 당연히 포함되게 된다는 우연성의 의미를 엄격히 해석한 경우의 문제점을 지적하고 있다.

30) 山下友信, 「保險法」, 有斐閣, 2005, 451頁. 同旨, 潘阿憲, “第三分野の保險(各論)-傷害保險の保險事故”, 塩崎勤·/山下丈/山野嘉朗編, 「保險關係訴訟」, 民事法研究會, 2009, 196頁, 潘阿憲, 「保險法概說」, 中央經濟社, 2010, 288頁.

31) 양자는 구체적으로 싸움(다툼), 선천적으로 심장에 이상이 있는 사람이 수영장에 뛰어들어 심장마비로 사망한 경우 등과 같이 피보험자의 의사에 따른 행위로 사고를 유발한 경우나 사고는 피보험자의 관여 없이 발생했지만 피보험자가 사고 발생을 예견하고 이를 방지할 수 있었음에도 불구하고 방치했을 경우에 전자는 우연성은 존재하지 않는다고 해석하는 반면, 후자는 이를 우연성 여부의 문제로 해석하지 않고 보험자의 면책사유인 피보험자의 중과실에 관해 문제로 해석하는 점에서 차이가 있다.

예견 가능성에 대한 판단에 있어 ‘객관적 기준(일반인·보통인·표준인)’에 따라야 하는가, 아니면 ‘주관적 기준(피보험자)’에 따라야 하는가의 문제로 귀결되는데 ‘주관적 기준에 따르는 것이 타당하다고 본다.

판례는 일반적인 우연성의 의의에 대해서는 전자의 견해에 따르고 있지만 진료 중 발생한 의료과실의 우연성에 대해서는 각기 다른 판단을 내리고 있다. ① 東京地判平成9年2月25日判時1624号136頁, 判タ951号98頁, 金法1494号41頁³²⁾에 의하면 “의적 침습에 따른 의사의 진료행위는 피보험자의 동의하에 이뤄진다는 점에서 우연성을 충족하지 않으므로 의사의 진료행위에서 발생한 사고는 상해보험의 대상에 해당하지 않는다.”고 판시하고 있다. ② 名古屋高判平成10年6月30日判タ1026号269頁³³⁾에서는 “의적 침습에 따른 의사의 진료행위는 환자 등의 동의하에 실시되는 것이 보통이므로 의사의 진료행위에서 피보험자에게 상해라는 결과가 발생한다고 해도 그것은 피보험자가 통상 예견할 수 있다고 생각되므로 우연성의 요건을 갖추지 못했고, 평균적 수준을 가진 의사의 관점에서 볼 때 현저히 부당한 진료행위로 인해 상해가 발생한 것과 같은 특수한 경우를 제외하고는 진료행위 그 자체로부터 발생한 사고는 원칙적으로 우연한 외래의 사고에는 해당하지 않는다.”고 판시한 원심의 판단을 긍정하고 있다. ③ 東京高判平成16年7月13日判時1879号145頁, 判タ1174号309頁³⁴⁾에 의하면 “의료처치에 대한 피보험자의 의사가 존재하며 그것은 동의 내지 기대에 근거한 것이므로 우연성이 결여된다.”라고 판시하고 있다.

반면, 仙台高判平成15年9月10日生命保險判例集15卷557頁³⁵⁾에 의하면,

-
- 32) 피보험자가 심근생검 실시 중 좌심실천공에 의해 심낭 압전(Cardiac Tamponade)을 원인으로 하는 다발성 장기 부전으로 인해 사망한 사안으로 해당 판결에 대한 평석으로는 松田武司, “医療過誤と不慮の事故”, 「文研論集」 122号, 生命保險文化研究所, 1998, 189頁 이하 참조.
- 33) 피보험자가 후두개cyst(낭포) 치료 중 의사의 과실로 인해 사망한 사안이다.
- 34) 목에 기관절개 튜브를 장착하고 인공호흡기에 의한 호흡관리를 받던 피보험자에 대해 병원 검사기사가 심전도 검사를 실시하기 위해 침대 등반이를 찾다가 부주의로 이 튜브를 일탈시킴으로써 피보험자가 호흡부전에 빠져 사망한 사안으로 해당 판결에 대한 평석으로는 山野嘉朗, “積立家族傷害保險約款の免責條項における‘医療處置’の意義”, 「法學研究」 47卷2号, 愛知學院大學法學部, 2006, 67頁 이하.
- 35) 피보험자가 요관(尿管)의 종양을 치료하기 위해 우신요관(右腎尿管) 전적출 수술을 받았으나 주치의가 실수로 본래 절단할 예정이 아니었던 정맥이 손상되어 사망한 사안으로 해당 판결에 대한 평석으로는 梅津昭彦, “医療事故と約款別表の除外規定”, 「保險事例研究會レポート」 192号, 生命保險文化センター, 2004, 1頁. 坂本貴俊, “医療事故と約款別表の除外規定”, 「保險事例研究會レポート」 192号, 生命保險文化センター, 2004, 9頁 이하 참조.

“환자 등이 승낙하는 것은 치료행위에 내재하는 것으로 상정되는 위험성, 즉 의사가 주의의무를 다해 치료한다고 해도 생기는 손상의 위험이 아닌 의사의 과실에 의해서 생기는 손상에 대해서까지 승낙한 것은 아니므로 의사의 과실에 의한 의료사고는 피보험자가 예견하지 못한 원인으로 부터 상해라는 결과가 발생한 경우에 해당되므로 우연성의 요건을 충족한다.”고라 판시한 원심의 판단을 긍정하고 있다.³⁶⁾

학설은 우연성의 의의에 대해서는 의견이 다르지만 의료과실에 따른 사고에 대해서는 우연성을 인정하는 견해가 대부분이다. 즉, 질병치료를 위한 외과적 수술에 대해 피보험자가 동의한 경우와 같이 신체에 대한 의적 침습 자체는 우연성의 요건을 갖추지 않지만, 수술과정에서 통상적으로 발생할 수 없는 과실이 의사에게 있는 경우까지 우연성의 요건이 충족되지 않는다고 해석하는 것은 문제라거나³⁷⁾, 혹은 피보험자가 예견하는 것은 의사가 치료행위에 최선을 다하고 의료상 불가피한 결과라면 몰라도 의사에게 과실이 있는 의료과실까지 인식·용인하는 것은 아니라는 점에서 피보험자에게 예견가능성이 없는 의료과실 사고에 대해서는 우연성이 인정되어야 한다는 견해가 다수설이다.³⁸⁾

결론적으로 우연성의 의의를 어떻게 이해하든 관계없이 진료행위가 피보험자(환자)의 동의 또는 승낙 하에 이루어졌다는 이유만으로 진료행위로부터 발생한 의료사고에 대해서까지 우연성을 부정할 수는 없다고 할 것이다.

3) 외래성

일반적으로 외래성의 의미와 관련해서 상해의 원인이 피보험자의 신체 외부작용에 의한 것으로 신체의 질환이나 자연적인 쇠약 등 상해가 피보험자의 신체의 내부적 원인에 의해 발생한 경우에는 외래성을 인정할 수 없다는 점에 대해서는 이견이 없다.³⁹⁾ 다만 외래성 충족여부를 판단할 때에는 외부에서 피보험자의

36) 다만 의사의 고의 또는 과실로 인해 치료 중 사고가 발생한 경우에는 질병과는 다른 요인에 기초한 다른 사고가 새로 생긴 것으로 해석할 여지가 없는 것은 아니다라고 판시해 예외적으로 의료처치 면책조항의 적용을 배제할 수 있음을 시사하고 있다.

37) 東京海上火災編, 「損害保險實務講座(7)新種保險(上)」, 有斐閣, 1989, 41頁.

38) 川木一正, “傷害保險訴訟の實務”, 塩崎勤/山下丈/山野嘉朗編, 「保險關係訴訟」, 民事法研究会, 2009, 438頁.

39) 最判平成19年7月6日民集61卷5号1955頁, 判時1984号108頁, 判夕1251号148頁(파킨슨병을 앓고 있는 피공제자가 떡을 먹다 목구멍이 막혀 질식사해 저산소증 뇌손상으로 인한 후유장애가 남은 사안),

신체에 대한 작용이 있었는지 여부가 중요하게 고려되어야 하며, 해당 사고를 초래한 원인이 무엇인지를 규명하는 것은 오로지 질병면책 여부를 결정하는 경우에 한해서만 고려되어야 하는 것으로 해석하는 견해(항변설)가 주장되고 있다.⁴⁰⁾ 이 견해에 의할 경우 보험금청구권자는 외래의 사고가 발생했다는 것과 그것에 의해서 상해를 입었다는 사실에 대해서만 입증하면 충분하고, 질병에 의한 면책을 주장하는 보험자가 신체의 상해가 질병으로부터 기인했다는 사실을 주장, 입증책임을 지는 것으로 이해한다.⁴¹⁾

결론적으로 외래성이란 상해의 직접적 원인이 피보험자의 신체 외부로부터의 작용이라는 것을 의미한다고 해석해야 하므로 의적 침습을 수반하는 의사 등의 진료행위는 피보험자(환자)의 신체외부로부터의 작용과 피보험자가 그 신체에 입은 상해 등의 결과와의 사이에 상당인과관계가 인정되는 한 진료행위의 대상이 상해로 인한 것이든 질병이든 불문하고, 또한 피보험자의 신체상해가 의료과실에 의한 것인지 아닌지를 불문하고, 비록 피보험자의 질병과 의사의 진료행위가 결합한 원인으로 피보험자의 신체상해 등의 결과가 생긴 경우라 할지라도 사고의 외래성은 부정되지 않을 것으로 생각된다.⁴²⁾⁴³⁾

最判平成19年7月19日HELEX/DB28132475(피보험자가 지적장애인 갱생시설에서 목욕 중 지병인 간질 발작이 일어나 의식을 상실하고 익사한 사안), 最判平成19年10月19日判時1990号144頁, 判タ1255号179頁(협심증의 기왕증을 가진 피보험자가 승용차를 운전해 출발한 직후 저수지로 추락해 익사한 사안). 東京海上火災編, 上掲書, 42頁, 加瀬幸喜, “保險事故-外來性”, 山野嘉朗ほか著, 「傷害保險の法理」, 損保總研, 2000, 45頁.

40) 潘阿憲, “外來性の要件と疾病の起因する事故”, 山下友信/洲崎博史編, 「保險法判例百選(別冊Jurist)」 No.202, 有斐閣, 2010, 84-85頁.

41) 戸出正夫, “傷害が疾病を原因として生じたものでないことの立証責任”, 「損害保險研究」 69卷4号, 損害保險事業總合研究所, 2008, 167~168頁; 岡田豊基, “てんかん發作による風呂溺と行為義務者の不行爲の外來性”, 「保險事例研究會レポート」 231号, 生命保險文化センター, 2009, 16頁; 鈴木達次, “傷害保險契約における外來性の要件と主張·立証責任”, 山下友信/洲崎博史編, 「保險法判例百選(別冊Jurist)」 No.202, 有斐閣, 2010, 198-199頁.

42) 陳亮, 前掲論文, 76頁.

43) 만약 질병 면책조항이 약관에 있는 경우에는 보험자가 피보험자의 신체상해 등과 피보험자의 질병 사이에 상당인과관계가 있음을 입증하는 데 성공했을 때에는 보험금 지급책임을 면할 수 있다. 그러나 이것은 외래성 유무의 문제가 아니라 질병 면책조항의 적용 가부의 문제로 귀결된다.

(2) 의료처치 면책조항의 취지와 적용

1) 실무 및 학설의 입장

일본 보험회사의 실무해설서에 따르면 ‘의료처치 면책조항을 보험회사의 면책 사유로 규정한 이유는 이러한 처치는 피보험자의 의사 또는 동의하에 행해지므로 그로 인한 손해는 우연성을 갖지 않으며 설령 이러한 면책조항이 없다 하더라도 이는 상해보험의 보험사고에 해당되지 않는다고 기술되어 있다.⁴⁴⁾

또 질병치료 중 발생한 의료사고를 우연한 사고에서 제외하는 근거에 대해서는 의료과실의 입증 곤란성 회피와 의사의 과실유무 및 정도에 대한 인정 내지 판단의 복잡성과 곤란성을 회피하기 위해서라는 견해도 있다. 이에 반해 제외사유의 근거를 진료행위에 내재하는 고도의 위험성을 배제하기 위한 것이라는 견해도 있다.⁴⁵⁾

판결에 의하면 그 취지에 대해 “보험자로서는 의료리는 일상생활상의 위험과는 다른 고위험 영역 자체를 보험에서 제외하고 싶은 반면, 치료의 계기가 상해인 경우도 제외하게 되면 상해 후의 의료사고로 인해 피보험자가 사망했을 경우 그 사망원인이 상해에 있는지, 아니면 의료사고에 있는지에 대한 검증작업이 곤란해 장기화될 수 있으며, 비교적 저렴한 보험료로 신속한 피해자의 구제를 도모한다는 상해보험의 특징이 상실될 수 있고, 만약 의료사고 전체를 보험사고의 범위에서 제외하면 보험계약자 측의 이익을 침해할 수 있다는 점 등을 종합적으로 고려한 결과이며, 이는 의료사고의 내용여부가 아니라 치료의 계기가 상해라면 보험의 대상으로 하고, 질병이면 일률적으로 보험의 대상에서 제외하려는 단순·명확한 기준으로 구별하고자 하는 이유로 약관에 그렇게 규정한 것으로 이해된다.”라고 판시하고 있다.⁴⁶⁾

44) 安田火災海上編, 「傷害保險の理論と實務」, 海文堂, 1980, 149頁; 東京海上火災編, 前掲書, 47頁. 이에 대해 損害保險料率算出機構編, 「新種保險論(傷害·介護)」, 2010年版, 損害保險事業總合研究所, 2010, 23頁에는 면책조항의 취지에 대해 치료행위에 내재하는 위험을 배제하기 위한 것이라고 설명하고 있다.

45) 梅津昭彦, 前掲論文, 7頁, 田中秀明, “手術後の医療過誤による死亡と生命保險災害割増特約等の不慮の事故”, 「保險事例研究會レポート」, 213号, 生命保險文化センター, 2007, 13頁, 山下友信의 코멘트 참조.

46) 宮崎地判平成12年1月27日平成10年(ワ)第394号(生命保險判例集12卷58頁) 피보험자가 종양적출 수술 다음날 실시된 기관 내 튜브 제거술 후 후두경련을 원인으로 하는 호흡부전으로 인해 사망한 사안.

2) 소결

일본에서도 '의료처치 면책조항'의 해석과 관련해 해당 약관에 의사의 과실유무를 문제 삼는 내용이 없기 때문에 약관의 문리적 해석상 동 면책조항은 의사의 무과실 또는 과실의 유무가 불분명한 경우에 한해서만 적용하는 것이 아니고, 의료과실을 포함한 모든 질병치료 중에 발생한 의료사고에 대해 면책사유로 인정(해석)하는 것이 다수설이다. 따라서 앞서 살펴본 바와 같이 위 면책조항의 근거에 대해 진료행위에 따른 이상위험의 배제라는 보험제도의 기술적 구조에 근거를 두고 있다는 견해에서 본다면 애당초 의사의 과실에 기인하지 않는 의료사고나 현재의 의료수준으로 보아 의사들의 과실유무를 판단하기 어려운 의료사고와 같이 침습성·전문성·재량성 등의 특성을 지닌 의료행위에 특유한 이상위험에 기인하는 질병치료 중 발생한 의료사고에 대해서는 위 면책조항이 당연히 적용되는 것으로 해석될 수 있다.

한편, 의사 등의 부주의나 의사 본인의 낮은 의료(기술)수준으로 인해 발생하는 질병치료중의 의료과실사고는 의료행위에 특유한 이상위험에 당연히 포함된다고는 할 수 없기 때문에 이러한 위험에 대해서는 상해보험의 담보위험으로 포섭되는 것이 보험상품의 설계상 현저하게 불합리하다고는 할 수 없으며, 또한 약관의 문구상 이러한 경우에는 면책조항의 적용을 배제하는 규정을 두는 것도 가능하다고 생각된다.

다만 의료과실 사고는 환자의 동의와 승낙의 범위를 넘어선 것으로 환자는 의사의 과실에 대해서까지 승낙한 것이라 해석할 수는 없고, 그 결과는 환자의 예상을 넘어선 것이므로 의료과실 사고에 대해서는 그것이 질병의 치료를 목적으로 한 것이라 하더라도 보험의 보호를 받는 보험사고로 보아야 한다는 견해⁴⁷⁾와 의사의 판단이나 처치에 지극히 중대한 과실이 있어 형법상의 책임을 물을 수 있는 경우에는 의료처치 면책조항의 적용을 배제할 수 있는 여지를 남겨 둔 법원의 판단⁴⁸⁾이 타당하다는 견해⁴⁹⁾는 주목할 만하다.

47) 松本隆, “医療過誤と生命保険契約の災害特約にいう「不慮の事故」”, 「損害保険研究」 60卷2号, 損害保険事業総合研究所, 1998, 147-148頁.

48) 해당 판결은 東京高判平成17年6月29日平成17年(ネ)第1833号이며, “질병의 진단·치료를 목적으로 한 의사의 진료상의 행위로부터 발생한 환자의 사고에 대해서는 그 발생한 결과가 통상의 의료행위에 따른 침습의 위험성이 표면화된 경우라고는 평가할 수 없는 의사 혹은 진료기관의 행위에 의한 것과 같은 특별한 사정이 없는 한 보험사고의 대상에서 제외되는 것으로 해석해야 한다”고

일부 판례에서도 ① 의사가 치료 중에 고의로 환자에게 상해를 가하는 등 치료행위로 평가할 수 없는 경우⁵⁰⁾와 ② 환자에 대한 수술을 잘못했다거나 약품을 잘못 선택해 극약을 주사해 사망케 한 경우⁵¹⁾등과 같이 통상적으로 질병의 치료를 목적으로 하는 진료행위로 평가될 수 없는 진료기관의 가해행위가 있는 경우 까지 '의료처치 면책조항의 적용을 허용하는 것은 해당 조항의 취지 및 그 결론의 타당성에 있어서도 의문이 남는다고 판시하고 있다.

4. 대상판결에 대한 비판적 검토

(1) '의료처치 면책조항'의 해석과 관련하여

1) 면책조항에 대한 제한적 해석 필요

약관의 해석의 방법 내지 기준은 이론적으로나 실제적으로나 매우 중요한 문제라고 할 수 있다. 특히 면책조항 내지 적용 제외사유와 관련된 약관해석의 방법 내지 기준은 더욱 그러하다 할 것이다. 물론 약관해석의 기본은 객관적·통일적 해석의 원칙이 되겠지만 그렇다고 그 이외의 해석방법이 일체 허용되지 않는 것은 아니다. 더욱이 약관조항의 개별적 문구의 의미와 내용의 해석, 적용범위를 확정하는 것이 객관적·통일적 해석만으로는 곤란하거나 불가능할 경우에는 보험계약자 측의 합리적 이익 및 이해가능성을 염두에 두면서 약관 제정의 취지나 연혁 등을 종합적으로 고려해서 해석을 해야 할 것이다. 뿐만 아니라 비록 약관조항의 의미와 내용이 명확한 경우일지라도 보험계약자 측의 합리적 이익을 고려하거나 보험가입자의 구제를 도모하기 위해 약관 조항의 문구를 제한적으로 해석하는 것도 경우에 따라서는 가능하고 또 필요하다고 생각된다.

이러한 관점에서 지금까지 대법원은 '의료처치 면책조항'을 해석함에 있어 이분법적 논리로 '질병'을 치료하기 위한 경우와 '상해'를 치료하기 위한 경우로

판시하면서 의료진의 중과실로 인해 통상의 의료행위의 결과를 넘어서는 결과가 나타난 경우에는 의료처치 면책조항의 적용을 배제할 수 있음을 암시하고 있다.

49) 川木一正, 前掲論文, 440頁; 齋藤貞作, “不慮の事故(医療過誤は対象となる不慮の事故か)”, 「保険事例研究会レポート」261号, 生命保険文化センター, 2012, 9頁.

50) 仙台地判平成15年3月28日平成14年(ワ)第1181号, 仙台高判平成15年9月18日平成15年(ネ)第219号(生命保険判例集15卷238頁).

51) 宮崎地判平成12年1月27日平成10年(ワ)第394号(生命保険判例集12卷58頁).

그 적용범위를 구분해 전자에 대해서는 면책조항의 적용을 긍정(보험회사 면책)하고 후자에 대해서는 적용을 부정(보험회사 부책)하는 너무나도 경직된 해석을 하고 있다. 이는 위 ‘의료처치 면책조항’ 중 “그러나 회사가 부담하는 상해로 인한 경우에는 보상한다.”라는 단서조항 때문에 이렇게 이원론적으로 해석하고 있는 것으로 보인다.

하지만 해당 단서조항의 해석은 ‘외과적 수술과 기타 의료처차의 경우 필연적으로 신체에 대한 의적(醫的) 침습으로 인한 상해가 동반되기 때문에 이를 상해사고로 보지 않겠다는 것을 선언적으로 규정(명시)한 것으로 해석하는 마땅하다. 즉 상해로 인한 외과적 수술이든 질병을 치료하기 위한 외과적 수술이든 양자는 필연적으로 신체에 대한 침습으로 상해가 생길 수밖에 없고 과거 대법원의 판시와 같이 질병을 치료하기 위한 외과적 수술이 상해를 치료하기 위한 외과적 수술보다 상해가 발생할 위험이 현저히 증가하는 것도 아님⁵²⁾에도 불구하고 단지 질병치료냐 상해치료냐의 기준으로 보험회사의 면·부책을 결정하는 것은 그 기준설정에 있어 합리성이 결여되었다고 할 것이다.⁵³⁾

2) 면책조항의 올바른 해석

‘의료처차의 사전적 의미는 “환자에게 의료상의 조치를 취함”이라고 정의할 수 있고 이는 “의술을 이용하여 병을 고치려 하는 행위를 통틀어 이르는 말”로 ‘의료행위’와 같은 의미로 이해할 수 있다. 한편 ‘의료사고’는 의료에 관계되는 장소에서 주로 환자를 피해자로 하여 생기는 모든 사고를 포함하는 개념으로 “의료행위가 개시되어 종료가 될 때까지의 과정에서 예기치 않은 결과가 발생한 경우” 전부를 지칭한다.

반면 ‘의료과실’이란 “의사가 통상 자신의 직업에서 주어지는 주의의무를 위반하여 진료 등을 행하여 환자의 생명이나 신체에 좋지 못한 결과를 발생하게 한

52) 예컨대 하지(下肢)에 혹이 있어 조직검사를 하였는데 양성으로 나와 수술의 필요성이 없었는데도 병원의 과실로 다른 암환자의 조직 검체와 뒤바뀌어 하지(下肢)를 절단하는 수술을 받은 경우, 이는 질병을 치료하기 위한 외과적 수술이지만 의료사고로서 다른 교통사고나 산재사고로 하지(下肢)를 수술한 것과 마찬가지로 불의의 사고(우발적인 외래의 사고)라고 할 수 있고 이러한 관점에서 보면 이 같은 의료사고를 일반적인 상해사고로 취급되는 교통사고나 산재사고로 달리 취급해 특별히 면책사유로 삼을 필요는 없다고 본다.

53) 같은 의견, 박기억, “의료사고, 상해보험의 보험사고에 해당되는가?”, 『Fn insurance』 Vol. 284, 보험일보사, 2017, 81면.

것"으로 민사법상으로는 "일정한 사실을 인식할 수 있었음에도 불구하고 부주의로 인식하지 못한 것"을 의미하며, 형사법상으로는 "정상적인 주의의무를 태만히 함으로 인하여 죄의 성립요소인 사실을 인식하지 못한 것"을 의미한다.⁵⁴⁾ 즉 의료사고가 가치중립적인 개념인데 반해 의료과실은 법률적인 개념이므로 모든 의료사고가 의료과실에 해당하지는 않는다.⁵⁵⁾

위 면책조항에 등장하는 의료처치 및 이와 관련된 용어의 정의를 이렇게 이해한다면 '의료처치'라고 평가할 수 없는 행위에 대해서는 면책조항의 적용을 배제해야 한다. 일본의 판례에서는 ① 의료처치를 행하기 위한 준비행위, 혹은 의료처치라고 보이는 행위가 있었지만 그 자체를 의료처치라고는 할 수 없는 행위, ② 의료행위에 따른 침습의 위험성이 표면화된 경우라고는 평가할 수 없는 의사 혹은 진료기관의 행위, ③ 질병의 치료를 목적으로 한 치료행위라고 할 수 없는 진료기관의 가해행위 등에 대해서는 면책조항의 적용을 배제하고 있다. 학설에서도 이러한 예로서 의료행위 이외의 행위(치료목적이 아닌 환자에 대한 처치, 의료기구·장치의 고장·오작동, 의사의 고의적 가해행위(환자에 대한 고의적 상해, 살인), 또한 의료처치 중 사고라 하더라도 수술 중 발생한 화재로 인해 환자가 소사(燒死)한 경우처럼 의료처치와는 무관한 원인에 의해 상해를 입었을 경우 등에는 면책조항의 적용 배제를 주장한다.

결론적으로 '검사를 준비하던 중의 사고'나 '의료용 기구·장치의 고장·오작동'으로 인한 사고의 경우는 사고의 우연성 인정에는 문제가 없지만, 의료행위에 특유한 이상위험으로부터 발생한 사고도 아니고, 손해사정실무상의 곤란도 없는 사고이므로 면책조항의 제한적 해석을 통해 이러한 사고는 의료처치에 의한 사고에 해당하지 않는다고 해석해야 한다.

다음으로 문제가 될 수 있는 것이 '의료사고 중 의료과실로 인정된 사고'에 대해 위 면책조항의 적용대상에서 제외할 수 있는지 여부이다. 일반적으로 의료사고는 사고의 우연성 요건을 충족시키는 경우가 많기 때문이다. 일본의 경우 의료

54) 대한의사협회, 「의료분쟁의 이해」, 법문사, 2009, 66-67면.

55) 의료사고는 그 발생, 원인, 책임의 소재를 일단 도외시한 사회현상을 의미하는 가치중립적인 개념이기 때문에 이 중에는 임상의학의 실천단계에 있어서의 의료수준을 벗어난 사고 즉 의사에게 당해 결과에 대하여 결과예견가능성이나 결과회피가능성에 대한 비난을 할 수 없는 의료사고의 경우에는 의료의 수준에 비추어서 의사에게 주의의무를 위반하였다고 할 수 없으므로 의료사고일지라도 의료과실에는 해당하지는 않는다.

과실에 대해서는 상해보험계약에서의 담보대상이 된다고 하는 설⁵⁶⁾도 있지만 대부분의 학설과 판례는 의료과실에 대해 상해보험의 담보대상에서 제외하고 있다.⁵⁷⁾

몇몇 판례에서는 ① 의료과실 중 평균적 수준에 있는 의사의 식견으로 볼 때 현저하게 부적당한 진료행위로 인해 발생한 경우, ② 객관적으로 의사 등의 과실이 명백한 경우로 현저하게 부당한 의료행위의 경우 등에서 동 면책조항이 적용되지 않는다고 판시하고 있다.

학설에서도 ① 통상적으로 예견할 수 없는 중대한 과실로 인해 업무상 과실치사(상)의 유죄로 인정된 경우, ② 현저하게 부당한 의료과실로 인정되어 형법상의 책임을 추궁당하는 경우, ③ 환자를 잘못 비껴 수술을 하거나 약품을 잘못 선택해 극약을 주사한 경우, ④ 의사가 의료과실을 인정한 경우와 중과실 등에 대해서는 동 면책조항의 적용을 배제해야 한다는 주장이 있다. 일부 판례와 학설이 의료과실 중 일부에 대해 본 면책조항의 적용을 배제하는 이유는 명확하지 않다.

사실 위 면책조항에는 의료기관의 과실이 있는 경우를 제외한다는 문구가 없기 때문에 의료과실 전반에 대해 위 면책조항의 적용이 배제된다고 해석하는 것은 무리가 있다고 생각된다. 따라서 면책조항의 새로운 해석기준으로 생각해볼 수 있는 것이 의료과실 중 의사의 중대한 과실에 의한 것은 면책조항의 적용 제외 사유로 인정하자는 것이다. 그 이유는 다음과 같다.

통상 ‘고의’와 ‘중과실’로 법적평가를 확실히 나누는 형사법과 달리 민사법, 특히 상사법에서는 ‘중과실’이 ‘고의’와 동일한 법적평가를 받고 있기 때문이다.⁵⁸⁾ 판례⁵⁹⁾와 통설 역시 “중과실이란 자신의 행위에 의해 일정한 결과가 발생하리라는 것을 현저한 주의태만으로 알지 못하고 이를 행하는 심리상태이고, 고의에 준하는 것으로 현저히 주의가 결여된 상태”라고 해석하고 있다.⁶⁰⁾ 결론적으로 위

56) 東京地判平成8年6月7日判夕927号242頁. 또한 松本隆, 前掲論文, 148頁에는 생명보험약관의 ‘질병의 진단, 치료란 어디까지나 환자의 동의를 얻는 범위 내에 한정된다며 의료과실에 대해서는(환자가 동의할 수는 없으므로)보험보호를 해줄 수 있는 보험사고에 해당될 여지도 있다고 한다.

57) 의료과실은 명백한 면책이라는 주장으로, 松田武司, 前掲論文, 208頁.

58) 일본에서도 最判昭和41年1月27日民集20卷1号111頁에 의하면, “중대한 과실은 악의와 마찬가지로 취급해야 하는 것”이라고 판시하고 있다.

59) 대법원 2017. 3. 30. 선고 2014다68891 판결, 대법원 1994. 8. 26. 선고 94다4073 판결, 대법원 1991. 7. 12. 선고 91다6351 판결.

60) 한기정, 「보험법」 제2판, 박영사, 2018, 298면, 장덕조, 「보험법」 제4판, 법문사, 2018, 168면, 박세민, 「보험법」 제5판, 박영사, 2019, 293면.

면책조항의 해석에 있어서도 이러한 고의와 중과실의 유사성에 착안해 동일한 법적평가를 내리는 것도 가능하다고 생각한다. 중과실이란 대부분 고의에 가까운 현저한 주의결여 상태로 해석되므로 이러한 해석들이 더 쉽게 받아들여질 것으로 보인다.

(2) 생명보험 표준약관과의 비교

상해사고의 요건으로서 우연성은 그 원인과 결과를 묻지 않고 이 중 어느 하나에 우연적인 요소가 있으면 그것으로 충분하다. 따라서 그 원인(의료처치)이 피보험자의 의도 내지 의사에 기하여 이루어졌다 하더라도 의료과실이라는 예측할 수 없는 요소에 의하여 뜻밖의 결과가 나타난 때에는 피보험자의 입장에서는 우연한 것이다.⁶¹⁾ 그래서 생명보험 표준약관에서는 ‘상해’라는 표현대신 ‘재해’라는 용어를 사용해 <부표4>재해분류표에서 보장대상이 되는 재해는 한국표준질병·사인분류상의 (S00~Y84)에 해당하는 ‘우발적인 외래의 사고로 이중 ‘외과적 및 내과적 치료 중 환자의 재난(Y60~Y69)’은 재해로 보아 보상하지만 재해의 범위에서 “진료기관의 고의 또는 과실이 없는 사고는 제외되며, 의료처치 당시에는 재난의 언급이 없었으나 환자에게 이상반응이나 나중에 합병증을 일으키게 한 외과적 및 기타 내과적 처치(Y83~Y84)는 재해로 보아 보상(보장)하는 것으로 규정하고 있다. 쉽게 말하면 외과적 및 내과적 치료 중 예상과 다른 결과가 발생하였고 이 때 진료기관(의료진 포함)의 고의 또는 과실이 있는 경우(의료사고)에는 ‘재해’에 해당되고, 고의 또는 과실이 없는 경우에는 ‘재해’가 아닌 것으로 아주 명료하게 정리가 되어있다.

사실 이는 너무나 당연한 것으로 상해보험이 생명보험과 다르게 취급될 필요가 없음에도 대법원이 손해보험회사에서 판매한 상해보험에 대해서만 질병과 상해치료를 구분해서 다르게 해석하는 것은 이해하기 어렵다. 더욱이 일반인의 입장에서 보면 상해보험을 가입하면서 보험가입회사가 손해보험회사인지 생명보험회사인지 여부에 따라 질병치료 중 의료과실이 발생했을 경우 보험회사의 보상 책임여부가 달라진다는 사실을 알고 있는 사람이 얼마나 될 것이며, 나아가 동일한 사안을 두고 가입회사가 생·손보사인지 여부에 따라 보험금 지급과 관련된

61) 유관우/이현열, 앞의 책, 308면.

결론이 달라진다고 한다면 일반적인 보험소비자로서는 이러한 사실을 쉽게 수용하기는 어렵다고 할 것이다.

(3) 약관의 개정취지 몰각

‘의료처치 면책조항은 2010. 1. 29. 개정되어 2010. 4. 1.부터 시행된 금융감독원의 보험업감독업무시행세칙에서 정한 질병상해보험 표준약관에서는 ‘외과적 수술 그 밖의 의료처치’ 부분이 삭제되었다. 이는 해당 면책약관조항의 해석과 관련해 다양한 다툼이 있어왔고, 특히 위 ‘대법원 2010. 9. 19. 선고 2008다78491·78507 판결’⁶²⁾이 나오기 전까지는 하급심 법원에서도 그 해석을 달리하는 등 논란이 되었기 때문에 아닐까 하는 생각이 든다.

대표적으로 위 면책조항의 적용을 긍정한 ‘서울고법 2006 6. 8. 선고 2005나 61623 판결’에서는 “피보험자에 대한 의료행위 도중에 의사의 과실 등 외부적 요인이 게재된 경우에 있어서 당해 의료행위가 상해사고와 관계없이 단순히 질병의 치료를 위한 것인지 또는 상해사고를 원인으로 한 것인지에 따라 ‘급격하고 우연한 사고’인지에 대한 판단이 달라질 것인바, 먼저 외과적 수술 기타 의료처치 과정에서 피보험자가 사망한 경우 이러한 사고는 피보험자의 예견과 동의하에 이루어지는 의료행위로서 급격하고 우연한 외래의 사고에 있어서의 우연한 사고에 해당하지 아니한다고 할 것이고, 반면에 교통사고 등과 같은 상해사고의 직접적인 결과로서의 상해의 치료과정에서 의사의 과실 등이 게재되어 피보험자가 사망한 경우에는 급격하고 우연한 사고에 해당된다고 볼 수 있을 것이다”라고 판시하였다.

반면 위 면책조항의 적용을 부정한 ‘부산지법 1996. 10. 10. 선고 95나14975 판결’에서는 “상해보험사고에서 제외되는 질병의 진단이나 치료목적은 의사가 환자의 질병을 진단하거나 치료하는 행위에 의하여 직접적이고 일반적으로 초래될 것으로서 받아들인 환자의 재난을 의미하는 것이고 환자의 질병을 진단하거나 치료함으로써 인하여 그 발생의 가능성은 예상하였으나 그 가능성이 낮은 관계로

62) 우연한 사고로 볼 가능성을 배제할 수 없다는 취지에 찬성하면서 의료진의 과실이 기여했는지 여부와 무관하게 면책조항이 적용될 수 있다는 취지에 찬성하는 입장으로는 김성진, “의료과실과 상해보험약관상 면책조항,” 「기업법연구」 제26권 제4호, 한국기업법학회, 2012, 249~251면 참조

의사나 환자가 직접적이고 일반적으로 초래될 것으로서 받아들인 것이 아닌 후유증 등 다른 재난의 결과의 발생까지 포함하는 것은 아니라고 해석하여야 한다. 이처럼 질병의 진단이나 질병의 치료 목적을 제한적으로 해석하지 아니하고 환자의 질병을 진단하거나 치료하는 행위로 인하여 초래된 모든 경우를 포함하여 해석한다면 의사가 환자의 질병을 진단하거나, 진료하다가 과실로 인하여 이른바 의료사고를 일으켜 환자가 재난을 당하거나, 심지어는 화재사고와 같이 치료과정상 의사의 과실 없이 환자가 재난을 당한 경우까지도 상해에 해당하지 아니한다고 볼 수밖에 없어 불합리한 결과가 초래되게 된다”라고 판시하였다.

즉 의료사고는 생명보험 표준약관에서 진료기관의 고의 또는 과실이 없는 사고를 재해의 범위에서 제외하고 있는데 이는 의학적 연관성이 명확하게 규명되지 않아 보통 사람으로서는 통상 예견하기 어려운 결과에 대해서까지 피보험자가 예상하였거나 동의한 것으로는 보기 어렵기 때문이다. 따라서 미리 예상할 수 없었고 비정상적인 결과를 초래한 것이라면 우연한 사고에 해당한다고 보아 질병·상해보험 표준약관에서는 의사의 과실이 개입된 의료사고를 상해사고로 포함시켰다.⁶³⁾

사실 의료처치 중에 발생한 의사의 의료과실에 대해서는 피보험자로서는 전혀 그 결과를 예측할 수 없는 사고에 해당하는 것이기 때문에 의외의 의료과실이 게재된 경우는 아예 처음부터 면책사유에 해당하지 아니하고 상해보험의 부보대상인 보험사고에 해당한다고 판단하였더라면 논리상 더 명쾌하였을 것이다.⁶⁴⁾ 이러한 약관의 개정과정과 취지는 ‘의료처치 면책조항’에 대한 새로운 해석을 시도함에 있어 의미 있는 참고자료가 될 수 있을 것으로 본다.

IV. 맺는 글

이상에서 질병치료 중의 의료과실로 인한 상해사고(사망)에 대해서 장기손해보험 표준약관의 ‘의료처치 면책조항’이 적용되어 보험자의 보험금지급책임이 발생

63) 임동섭, 「현장에서 활용하는 손해사정실무(제3보험)」, 보험연수원, 2015, 414면.

64) 최병규, “의료과실과 상해보험 보험사고 대법원 2010. 8. 19. 선고 2008다78491·78507 판결에 대한 평석을 중심으로”, 「기업법연구」 제27권 제4호, 한국기업법학회, 2013, 397~398면.

하는지 여부에 대해 살펴보았고, 그 결론을 정리하면 다음과 같다. 첫째, 질병치료 중에 발생한 의료과실로 인한 사상(死傷)의 결과 역시 피보험자에게는 급격하고 우연한 외래의 사고에 의한 것이므로 이런 종류의 사고에 대해 급격성, 우연성 또는 외래성의 결여를 이유로 보험자의 보험금 지급책임을 부정하는 것은 타당하지 않다고 생각한다.

둘째, 의료처치 면책조항의 적용범위와 관련해 위 면책조항의 근거를 의적(醫的) 침습을 수반하는 진료행위는 일상생활상의 위험과는 다른 비정상적인 위험이므로 이를 보험보호의 범주에서 배제하고자 하는 것으로 이해한다 할지라도 질병치료 중의 의료과실사고에 대해 보험자가 항상 면책되는 것으로 해석하는 것은 타당하지 않음은 위에서 설명한 바와 같다. 예컨대 경미한 교통사고로 부상을 당해 진료를 받던 중 의사의 과실로 약물을 잘못 주사해 사망한 경우와 경미한 감기증상으로 진료를 받던 중 역시 의사의 과실로 극약을 주사해 사망한 경우 현행 대법원 판례의 취지에 의하면 전자는 상해보험의 보험사고가 되고 후자는 아닌 것으로 결론이 나게 되는데, 이는 전자가 보험사고로서의 신체상해(경미한 교통사고)가 있었으므로 논리 필연적으로 그렇게 해석되는 것이 아니라 단지 약관에 그렇게 규정되어 있기 때문인 것이다.

따라서 질병의 치료를 목적으로 한 의료처치 내지 진료행위로 평가할 수 없는 의사 등의 가해행위가 있는 등 ‘특별한 사정’이 있는 경우에는 해당 면책조항을 제한적으로 해석해서 예외적으로 의료처치 면책조항의 적용을 부정하는 것이 타당하다고 생각된다. 나아가 의사의 중과실이 있는 의료사고에 대해서는 위 면책조항의 적용을 배제하는 제한적 해석이 필요하다고 본다. 대상 판결이 이러한 결론에 이르게 된 것은 위 2010년의 대법원 판결의 논지에 따라 ‘상해 치료중의 사고는 보험사고이고, ‘질병 치료중의 사고는 보험사고가 아니라는 이분법적인 접근에 따른 것인데, 여기서 ‘상해’나 ‘질병’이 치명적인 것이 아니고 의료진의 고의 또는 과실이 사망에 직접적인 원인이라고 할 경우에도 양자를 달리 보아야 할 특별한 이유는 없지 않을까 생각된다. 파기환송심에서 충분한 논의가 이루어져 위 2010년 판결이 변경되기를 기대해본다.

끝으로 장기적 과제로 의료사고를 담보하는 상해보험 상품을 새롭게 구상해 볼 것을 제안한다. 통상 질병의 치료에 대해서는 질병보험의 담보영역으로 여겨지는데

질병의 치료 중에 의료사고가 발생하여 환자가 상해를 입었다고 인정되는 경우 그 상해는 원인인 질병과의 인과관계가 단절되는 경우가 많다는 점에서 상해보험의 담보영역으로 보는 것이 타당하다고 생각된다. 이를 위해 의료사고 피해자의 구제차원에서 의료기관의 과실여부와 상관없이 피해 환자에 대해 보상하는 제도(의료사고에 대한 무과실보상제도), 구체적으로는 상해보험을 통해 의료사고까지 보장하는 제도⁶⁵⁾를 도입한다면 보험소비자(환자)들로부터 크게 환영받을 것으로 생각된다.

65) 의료사고에 대해서도 자동차사고에 대한 자동차손해배상보장법과 같은 무과실책임주의를 도입한 법 제도로 정비할 수는 있다. 즉 입법적으로 의료기관 측의 손해배상책임에 대해 과실추정책임 혹은 무과실책임으로 전환하게 되면 의사배상책임보험의 급부가 지금보다 훨씬 쉽게 이루어질 것으로 기대된다.

참고문헌

- 김선정, “의료처치면책조항도 설명하여야 하는지 여부”, 『월간생명보험』 Vol. 417, 생명보험협회, 2013.
- 김성진, “의료과실과 상해보험약관상 면책조항”, 『기업법연구』 제26권 제4호, 한국기업법학회, 2012.
- 대한의사협회, 『의료분쟁의 이해』, 법문사, 2009.
- 박기억, “의료사고, 상해보험의 보험사고에 해당되는가”, 『Fn insurance』 Vol. 284, 보험일보사, 2017.
- 박세민, 『보험법』 제5판, 박영사, 2019.
- 유관우/이현열, 『조문별 인보험약관해석』, 엘림지앤피, 2006.
- 이준교/정찬목, 『판례를 통하여 배우는 보험이론 및 분쟁실무』, 보험연수원, 2017.
- 임동섭, 『현장에서 활용하는 손해사정실무(제3보험)』, 보험연수원, 2015.
- 장덕조, 『보험법』 제4판, 법문사, 2018.
- 최명규, “의료과실과 상해보험 보험사고- 대법원 2010. 8. 19. 선고 2008다78491·78507 판결에 대한 평석을 중심으로”, 『기업법연구』 제27권 제4호, 한국기업법학회, 2013.
- 한기정, 『보험법』 제2판, 박영사, 2018.
- 佐野誠, “傷害保險契約における医療事故の担保”, 『生命保險論集』 第188号, 生命保險文化センター, 2014.
- 陳亮, “疾病診療上の医療過誤事故と傷害保險-近時の裁判例を手がかりに”, 『生命保險論集』 182号, 生命保險文化センター, 2013.
- 日本生命保險生命保險研究會, 『生命保險の法務と實務』 改訂版, きんざい, 2011.
- 林卓也, “不慮の事故の成否-医療事故”, 『保險事例研究會レポート』 166号, 生命保險文化センター, 2001.
- 谷村愼哉, “医療過誤と不慮の事故”, 『保險事例研究會レポート』 141号, 生命保險文化センター, 1999.
- 中西正明, “ドイツ傷害保險約款の治療處置除外條項”, 『法學研究』 22卷1・2号, 大阪學院大學, 1996.

- 山下丈, “医療事故と傷害保険・損害賠償-ドイツの學說・判例を手がかりに”, 「文研論集」 118号, 生命保險文化研究所, 1997.
- 東京海上火災編, 「損害保險實務講座(7)新種保險(上)」, 有斐閣, 1989.
- 酒井奈穂, “災害死亡保險金・災害高度障害保險金”, 日本生命/生命保險研究會編, 「生命保險の法務と實務」改訂版, 金融財政事情研究會, 2011.
- 石田滿, 「商法Ⅳ(保險法)」改訂版, 青林書院, 1997.
- 坂口光男, 「保險法」, 文眞堂, 1991.
- 江頭憲治郎, 「商取引法」第6版, 弘文堂, 2010.
- 金澤理, 「保險法(下卷)」, 成文堂, 2005.
- 古瀨政敏, “生保の傷害特約における保險事故概念をめぐる一考察”, 「保險學雜誌」496号, 日本保險學會, 1982.
- 林輝榮, “傷害保險の法的構造”, 田辺康平/石田滿編, 「新損害保險双書(3)新種保險」, 文眞堂, 1985.
- 陳亮, “疾病診療上の医療過誤事故と傷害保險-近時の裁判例を手がかりに”, 「生命保險論集」第182号, 生命保險文化センター, 2013.
- 田辺康平, 「現代保險法(新版)」, 文眞堂, 1995.
- 西島梅治, 「保險法」第三版, 悠々社, 1998.
- 山下友信, 「保險法」, 有斐閣, 2005.
- 潘阿憲, “第三分野の保險(各論)-傷害保險の保險事故”, 塩崎勤・/山下丈/山野嘉朗編, 「保險關係訴訟」, 民事法研究會, 2009.
- _____, 「保險法概説」, 中央經濟社, 2010.
- _____, “外來性の要件と疾病の起因する事故”, 山下友信/洲崎博史編, 「保險法判例百選(別冊Jurist)」No.202, 有斐閣, 2010.
- 松田武司, “医療過誤と不慮の事故”, 「文研論集」122号, 生命保險文化研究所, 1998.
- 山野嘉朗, “積立家族傷害保險約款の免責條項における医療處置の意義”, 「法學研究」47卷2号, 愛知學院大學法學部, 2006.
- 梅津昭彦, “医療事故と約款別表の除外規定”, 「保險事例研究會レポート」192号, 生命保險文化センター, 2004.

- 坂本貴俊, “医療事故と約款別表の除外規定”, 「保険事例研究会レポート」192号, 生命保険文化センター, 2004.
- 東京海上火災編, 「損害保険実務講座(7)新種保険(上)」, 有斐閣, 1989.
- 川木一正, “傷害保険訴訟の実務”, 塩崎勤/山下丈/山野嘉朗編, 「保険関係訴訟」, 民事法研究会, 2009.
- 加瀬幸喜, “保険事故-外來性”, 山野嘉朗ほか著, 「傷害保険の法理」, 損保總研, 2000.
- 戸出正夫, “傷害が疾病を原因として生じたものでないことの立証責任”, 「損害保険研究」69巻4号, 損害保険事業総合研究所, 2008.
- 岡田豊基, “てんかん発作による風呂湯と行爲義務者の不行爲の外來性”, 「保険事例研究会レポート」231号, 生命保険文化センター, 2009.
- 鈴木達次, “傷害保険契約における外來性の要件と主張・立証責任”, 山下友信/洲崎博史編, 「保険法判例百選(別冊Jurist)」No.202, 有斐閣, 2010.
- 安田火災海上編, 「傷害保険の理論と実務」, 海文堂, 1980.
- 損害保険料率算出機構編, 「新種保険論(傷害・介護)」2010年版, 損害保険事業総合研究所, 2010.
- 田中秀明, “手術後の医療過誤による死亡と生命保険災害割増特約等の‘不慮の事故’”, 「保険事例研究会レポート」213号, 生命保険文化センター, 2007.
- 松本隆, “医療過誤と生命保険契約の災害特約にいう‘不慮の事故’”, 「損害保険研究」60巻2号, 損害保険事業総合研究所, 1998.
- 齋藤貢作, “不慮の事故(医療過誤は対象となる不慮の事故か)”, 「保険事例研究会レポート」261号, 生命保険文化センター, 2012.

<Abstract>

A Study on the Application of Medical Malpractice and Immunity Clause of Medical Treatment in the Accident Insurance Policy

Cho, Gyu Seong

The long-term non-life insurance policy which was previously sold by the non-life insurance company, stipulated that "the insurance policy for the insured's pregnancy, childbirth (including dissection), miscarriage or surgical operation, and other medical treatment" were reasons for the insurer's exemption. If the purpose of this exemption clause does not deviate from the natural consequences of pregnancy or medical treatment, it is not the accident of injury insurance because it is caused by individual circumstances.

The problem is that there are so-called 'medical accidents' that the patient did not anticipate in the course of medical treatment, if the accident is a medical malpractice that results in the patient suffering from negligence in the practice of the physician, there are many disputes regarding the interpretation of the above exemption clause in the practice of damage assessment.

This judgment is a case in which the insured died from a medical malpractice by a surgeon during a propofol injection for beauty treatment. The main issues in this case are whether the death of the insured constitutes an accident of injury insurance and it is possible to apply medical treatment immunity clause.

The Supreme Court denied the responsibility of the insurer, citing the reasons it had previously ruled (Injury where the increased risk from the treatment of disease not warranted in the policy has become a reality, the insurer is immune from liability regardless of whether the doctor's fault contributed to the accident).

However, in light of the principles of the purpose of the 'medical treatment immunity clause' and the principles of interpretation of the

terms and conditions (limited interpretation of the provisions of the exemption), I think this Supreme Court ruling is wrong.

Therefore I oppose the conclusion of this ruling and look forward to rectifying it in the future.

Key Words : accident insurance, medical malpractice, immunity clause of medical treatment, Supreme Court ruling, interpretation of the terms and conditions, the violent accident, contingency, exogenism