

‘진료계약의 민법 편입 개정’을 위한 심포지엄

〈면지교체〉

‘진료계약의 민법 편입 개정’을 위한 심포지엄

□ 일시 : 2022년 12월 9일(금) 10:00

□ 장소 : 국회의원회관 제4간담회의실

□ 주최 : 인재근 국회의원, 오기형 국회의원, 양정숙 국회의원,
대한변호사협회

• 전체 사회 : 김대규 변호사(법무법인 티와이로이어스)

• 좌 장 : 신현호 변호사(대한변호사협회 의료인권소위원회 위원장)

시 간	세 부 일 정	
10:00~10:10 (10분)	개회사	인재근, 오기형, 양정숙 국회의원 이종엽 대한변호사협회 협회장
10:10~10:30 (20분)	〈발 제〉 진료계약 개정안 제안	
	주제발표	박호균 변호사, 진료계약 TF 위원장(의료인권소위원회 부위원장)
10:30~10:40 (10분)	휴 식	
10:40~11:50 (각 10분)	〈토 론〉	
	토 론	<ul style="list-style-type: none"> • 의료계약의 의의 등을 중심으로 박수곤 교수, 경희대학교 • 과실추정, 인과관계 추정 규정, 증명책임을 중심으로 김기영 교수, 경희대학교 • 의료제공자의 설명의무, 환자의 협력의무 등을 중심으로 백경희 교수, 인하대학교 • 의료계약 입법과 증명책임 분배를 중심으로 이정민 변호사 • 의료계약 도입과 임상 진료 영향을 중심으로 남민지 변호사 • 박영호 수원지방법원 부장판사, 법원 의료법연구회 • 송기민 교수, 한양대학교, 경제정의실천시민연합
11:50~12:10 (20분)	질의응답 및 자유토론 / 폐회	

※ 상기 일정은 일부 변경될 수 있습니다.

Contents



‘진료계약의 민법 편입 개정’을 위한 심포지엄

• 개회사	인재근 국회의원	1
	오기형 국회의원	3
	양정숙 국회의원	4
	이종엽 대한변호사협회 협회장	5

주제발표

의료계약의 민법전 편입 필요성과 개정 방향

박호균 변호사, 진료계약 TF 위원장(의료인권소위원회 부위원장)	7
-------------------------------------	---

지정토론

박수곤 교수, 경희대학교 법학전문대학원	29
김기영 교수, 경희대학교 공공대학원	33
백경희 교수, 인하대학교 법학전문대학원	43
이정민 변호사, 법무법인 히포크라테스	49
남민지 변호사, 법률사무소 이원	61
박영호 수원지방법원 부장판사, 법원 의료법연구회	73
송기민 교수, 한양대학교, 경제정의실천시민연합	79

개 회 사

인 재 근 국회의원

안녕하세요. 국회의원 인재근입니다.

「진료계약의 민법 편입 개정안 심포지엄」을 준비해주신 관계자 여러분 고생 많으셨습니다. 좌장과 발제자, 토론자, 그리고 참석해주신 모든 분들 반갑고 고맙습니다.



소비자를 보호하는 것은 조직화되지 않은 다수를 대변하는 일입니다.

사회와 제도가 발전하면서 소비자 보호를 위한 정책도 다각화됐습니다. 소비자의 권리를 보장하는 단체와 기구가 설립되고, 공급자의 의무를 명확하게 규정했습니다. 소비자에게 제공되는 정보의 범위도 확대됐습니다. 특히 코로나19를 겪으며 비대면 환경이 보편화되면서 소비자 보호를 강화해야 한다는 인식과 필요는 더 높아지고 있습니다.

환자는 의료서비스의 소비자입니다.

의료서비스 분야에도 환자를 보호하기 위한 다양한 정책과 논의가 있습니다. 2012년 설립된 의료분쟁조정중재원은 의료분쟁의 신속하고 원만한 해결을 지원하고 있습니다. 현행 「의료법」에서는 의료행위에 대한 의료인의 설명의무를 규정하고 있습니다. 단계적으로 비급여 진료비용 공개 항목을 늘리면서 환자의 알 권리도 확대하고 있습니다. 일명 ‘수술실 CCTV 의무화법’도 국회를 통과해 내년 8월 시행될 예정입니다.

‘진료계약의 민법 편입’도 소비자를 보호하기 위한 새로운 주장입니다.

민법에 진료계약을 전형계약으로 도입해서 환자의 증명책임을 완화하고 의료현장에 법적 안정성을 제공한다는 것이 주요 골자입니다. 아직 보건의료 분야에서 생소한 개념이지만 환자의 권익과 안전을 지키는 또 하나의 대안으로 폭넓게 논의되길 바랍니다. 저도 국회 보

건복지위원회 위원으로서 관심을 갖고 지켜보겠습니다.

며칠 사이 날씨가 매섭습니다. 겨울철 건강과 안전 관리에 유념하시고, 얼마 남지 않은 2022년도 잘 마무리하시길 바랍니다.

감사합니다.

2022. 12. 9.

국회의원 인 재 근

개 회 사

오 기 형 국회의원

안녕하십니까.

더불어민주당 서울 도봉을 국회의원 오기형입니다.

「진료계약의 민법 편입 개정을 위한 심포지엄」에 관심 가지고 참석해 주신 모든 분들께 감사드립니다. 또한 공동주최를 해 주신 양정숙 의원님께도 감사의 말씀을 전합니다.



의료계약은, 의료서비스를 받는 과정에서 일상적으로 체결되는 계약 유형 중 하나입니다. 지난 11월 9일 건강보험심사평가원과 건강보험공단이 발간한 「2021년 건강보험통계연보」에 의하면, 2021년 한 해 동안 있었던 요양급여 심사청구는 약 12.6억 건에 이른다고 합니다. 그리고 법원의 다양한 판결 사례에 따라 의료과오 소송에 대해 일정한 법리가 형성되어 있습니다. 이러한 법리들을 정리하여 의료계약에 관한 조항을 민법전에 전형계약으로 편입시킬 수 있다면, 시민들 생활의 편의에 기여하는 바가 적지 않을 것으로 보입니다.

반면 ‘어느 정도 규모가 되면 민법전에 전형계약으로 편입되어야 한다’는 일률적인 기준은 존재하지 않습니다. 현행 의료법상 의료인이 아니면 누구든지 의료행위를 할 수 없고, 모든 사법상의 권리관계가 반드시 민법전에만 포함되어야 하는 것은 아닙니다. 따라서 만약 의료계약에 관한 규범을 입법화 한다고 가정하더라도 그 내용이 반드시 민법전에 포함되어야 하는가 의문이 있을 수 있습니다. 그런 점에서, 오늘 다양한 관점 하에 심도 있는 토론이 이루어지기를 기대합니다.

오늘 나누는 말씀들은 향후 입법 논의에 귀중한 보탬이 될 것입니다. 바쁘신 와중에도 귀한 시간 내어 참석해 주신 발제자와 토론자 분들께 다시 한 번 감사드립니다.

2022. 12. 9.

국회의원 오 기 형

개 회 사

양 정 숙 국회의원

안녕하십니까. 국회의원 양정숙입니다.

〈진료계약의 민법 편입 개정안 심포지엄〉을 개최하게 되어 매우 뜻깊게 생각합니다. 먼저 오늘 심포지엄을 공동주최해주신 인재근 의원님, 오기형 의원님, 대한변호사협회 이종엽 회장님께 감사의 말씀 드립니다.



발제를 준비해주신 박호균 변호사님, 좌장 신현호 변호사님, 사회를 맡아주신 김대규 변호사님, 토론에 참여해주신 박수곤 경희대학교 교수님, 김기영 경희대학교 교수님, 백경희 인하대학교 교수님, 이정민 변호사님, 남민지 변호사님, 박영호 판사님, 송기민 한양대 교수님께도 진심으로 감사의 마음을 전합니다.

민법상 전형계약에 진료계약을 편입하는 문제는 이미 10여년 전 심도 깊게 논의된 바 있으나 현재까지 입법에 반영되지 못한 상태입니다. 한편, 독일은 2013년부터 진료계약을 민법전에 전형계약으로 규정하고 있습니다. 진료계약이 계약법적 근거를 갖게 되면 진료계약은 절차적 투명성을 확보하게 되고, 진료계약 당사자는 법적 안정성을 제공받을 수 있습니다.

환자와 의료인은 대립하는 관계가 아니라 생사의 문제와 질병의 고통을 해결하고자 하는 공동의 목표를 가진 동반자입니다. 의료분쟁 당사자 모두에게 명확한 기준을 제시할 수 있도록 관련 법제가 정비되기를 바랍니다.

이번 심포지엄은 법조계, 학계, 정부 부처가 함께 진료계약의 성격과 입증 문제에 대하여 심도 있게 고민하는 자리입니다. 저 또한 오늘 심포지엄에서 논의된 고견을 꼼꼼히 살펴 궁극적으로 국민들에게 도움이 되는 법 개정이라는 목표를 달성할 수 있도록 입법적인 노력을 다하겠습니다.

감사합니다.

2022. 12. 9.

국회의원 양 정 숙

개 회 사

이 종 업 대한변호사협회 협회장

안녕하십니까. 대한변호사협회 협회장 이종업 변호사입니다.

먼저, 존경하는 인재근 의원님, 오기형 의원님 그리고 양정숙 의원님과 함께 ‘진료계약의 민법 편입 개정을 위한 심포지엄’을 개최하게 된 것을 매우 뜻깊게 생각합니다. 아울러 바쁘신 중에도 소중한 시간을 내시어 이 자리에 함께해주신 모든 내외 귀빈 여러분과 발표와 토론으로 참여해주시는 각계 전문가분들께도 감사의 말씀을 전합니다.



진료계약은 우리 일상생활에서 빈번하게 이루어지고 있으며, 생명 및 건강과 직결되는 만큼 분쟁도 많이 발생하는 분야입니다. 그러나 현실적으로 의료를 제공하는 측에 자료가 편재하여, 과실, 인과관계 등을 입증하여야 하는 환자 측이 증명의 어려움을 호소하는 사례가 많습니다.

이러한 문제에 대응하여 대법원은 환자 측의 입증책임을 완화하거나 일부 입증책임을 전환을 인정하는 법리를 확립하여왔으나, 법관에 따라 판단을 달리하는 등 진료계약 당사자의 법적 지위를 충분히 보호하지 못한다는 비판이 있었습니다.

이에 판례로 축적된 입증책임 완화 법리의 근거를 명확히 하기 위해 진료계약을 민법상 전형계약으로 편입하여 규율하자는 민법 개정 시도가 있었습니다. 그러나 안타깝게도 민법 개정이 무산되었고, 이후 관련 논의를 찾아볼 수 없는 상황입니다.

대한변호사협회는 중단된 논의를 이어가고자 지난 6월 진료계약의 민법 편입 개정을 위한 TF를 구성하고, 관련 민법 개정안 마련을 위한 연구를 지속하여, 오늘 심포지엄에서 그

동안 연구해 온 민법 개정안을 제안하는 자리를 마련하였습니다. 다양한 관점에서 TF가 제안하는 민법 개정안을 심층적으로 검토하고, 진료계약의 당사자를 보다 강도 높게 보호하면서도 법적안정성을 확보하는 방안을 모색하는 시간이 되길 기대합니다.

마지막으로 오늘 심포지엄에 참석해 주신 여러분과 심포지엄 준비를 위해 애써주신 관계자 여러분께 다시 한번 감사의 인사를 드리며, 여러분 모두의 건강과 건승을 기원합니다.

감사합니다.

2022. 12. 9.

대한변호사협회

협회장 이 종 업

‘진료계약의 민법 편입 개정’을 위한 심포지엄

주제발표

의료계약의 민법전 편입 필요성과 개정 방향

박 호 군

변호사, 진료계약 TF 위원장
(의료인권소위원회 부위원장)



의료계약의 민법전 편입 필요성과 개정 방향

박 호 군 변호사, 진료계약 TF 위원장*

1. 서 론

건강보험심사평가원이 밝힌 심사실적에 의하면, 2021년 13.6억건을 심사하였다고 하는 바¹⁾, 건강보험심사평가원에서는 일반적으로 비급여를 제외한 급여 진료비에 대해 심사하므로, 국내에서 연간 13.6억건을 훨씬 상회하는 회수의 의료계약이 체결되고 있는 것으로 추산해 볼 수 있다. 이는 일상적으로 쉽게 접하는 운송계약, 근로계약에 못지 않을 정도의 계약 체결 빈도를 보이고 있다고 보아야 한다. 운송계약의 경우 특별법은 물론 민법 전형계약이 규정되어 있고, 근로계약은 민법의 전형계약 뿐만 아니라 근로기준법 등 각종 특별법을 통해 중첩적으로 계약관계를 규율하고 있다. 이러한 상황에서 의료계약에 관한 민법 규정의 부재나, 특별법 부재는 법적 안정성 측면에서 바람직하지 못한 입법 현실이라고 보아야 한다. 의료계약의 입법화 관련하여 10여년 전인 2011년 제3기 민법개정위원회 제5분과위원회 개정시안, 2012년 제4기 민법개정위원회 실무위원회 개정시안이 도출되는 등 민법 개정에 관한 충분한 논의가 있었고 이제 적지 않은 시간이 경과하였는바, 이하에서 의료계약의 민법 편입 필요성과 필요 규정, 대한변호사협회 산하 진료계약 TF에서 논의한 민법 개정안을 살펴보고, 의료계약의 입법화를 촉구하기로 한다.

2. 의료계약의 민법 편입 필요성과 필요규정

가. 의료계약의 민법 편입 필요성

(1) 의료계약의 중요성, 사회 변화 및 의료면허 관리체계의 문제점

* 법학박사·법무법인 히포크라테스 대표변호사·대한변호사협회 의료인권소위원회 위원 및 진료계약의 민법 편입을 위한 TF 위원장
1) 건강보험심사평가원, 2021년 진료비통계지표, 1. 의료보장별 심사실적 참조.

- 의료계약의 중요성

비전형계약인 의료계약은 사람의 생명과 건강에 관한 것이고, 반면 재산권의 이전에 관한 전형계약인 매매계약의 목적물은 신체, 생명 이외의 것이다. 그런데 재산권 관련 분쟁에서 일방이 계약을 위반할 경우 원상회복이나 금전배상을 통해 채권자가 권리를 회복하거나 피해를 배상받을 수 있으나, 의료계약 관계에서 환자에게 피해가 발생한 경우, 비록 금전배상을 통해 어느 정도 피해배상이 이루어질 수 있지만, 사망한 죽음은 돌이킬 수 없고, 손상된 신체 침해 역시 회복되기 어렵다. 이러한 측면에서 헌법상 가장 우위에 있는 생명권이 침해된 경우와 관련된 의료계약은, 민법전에서 전형계약으로 도입하여 두텁게 규율하고 다른 계약들과 다른 특성들을 감안한 규정들을 도입함으로써, 환자의 생명과 건강을 보호하고, 의료제공자에게도 예측 가능하고 안정된 진료환경을 조성할 필요가 있다.

- 사회 변화 및 의료면허 관리체계의 문제점

과거 우리나라에서 의사는 일반 국민들 보다 긴 교육기간을 거친 전문가 집단이라는 인식하에 때로는 선망의 대상이 되던 시점도 있었던 같다. 그러나 근래에 일반 국민들 중에 전공은 별론으로 하고 대학원 이상의 교육을 받은 사람들의 수가 증가하는 등 일반 국민들의 교육과 의식 수준이 크게 높아졌고, 특히 우리나라의 교육열은 권리 의식의 신장에 막대한 영향을 미친 것으로 보인다. 이와 같은 사회 변화에 따라 일반 시민들은 사회, 문화, 역사 등 인문학적 교육 측면에서 의사 집단에 못지 않은 혹은 상대적으로 높은 소양을 갖추고 있는 것 같다.

여기에 우리나라 의료법에서 강력 범죄를 범한 사람들도 의료인 자격을 유지하는 데 제한을 두지 않는 허술한 체계를 유지하는 탓으로 윤리적, 법적 측면에서 미달한 사람들도 의료인으로 활동하고 있는 사회적, 법률적인 문제점이 있다.²⁾ 이 같은 상황과 현재, 그리고

2) 의사가 시행하는 의료행위에 일정한 재량성을 인정하는 이유는, 의사라는 전문직에 대한 신뢰와 이를 뒷받침해 줄 수 있는 자격에 대한 엄격한 관리가 가능하기 때문으로 보아야 할 것이다. 그런데 우리의 경우 의사 이외의 다른 전문직이나 외국의 의사와 비교할 때 문제점이 있다. 즉 우리 나라 다른 전문직의 경우 일반 형사범죄로 유죄판단을 받을 경우 등록취소 등의 규제가 가능하다(변호사법 제5조, 공인회계사법 제4조, 세무사법 제4조, 변리사법 제4조, 국가공무원법 제33조, 사립학교법 제22조 등). 또한 일반 형사범죄에 관련된 의사에 대해 외국에서 대체적으로 자격을 규제하는데, 일본은 벌금형 이상에서 면허를 규제하고(医師法 第四条, 第七条), 미국에서도 형사사건에서 유죄 전력은 면허 교부 자체가 불허되는 중요한 이유이며[American College of Legal Medicine Textbook Committee, Legal Medicine, 7. Ed. 2007, p. 11; 정규원, 미국의 의료체계와 의료법체계, 법과 정책연구(제3권 제1호), 2003, 15면 참조], 독일에서는 직무관련 범죄가 인정되는 경우에 법원의 재판을 통한 직업금지는 형법상 일반적인 형사제재의 하나이다[이석배, 독일에서 의료영역의 리베이트와 형법, 법학논총(제33권 제2호), 2013, 24-25면 참조]. 그러나 우리의 경우 의사가 환자에 대한 업무상과실치사상, 일반 형사범죄로 유죄판단이 있더라도 의사면허에 영향이 없는 실정인바, 이로 인해 의사의 윤리의식과 자격관리에 문제점 있는 것 아닌가 하는 비판이 적지 않다[의료법 제8조 제4호; 의료법원론, 대한의사협회, 2008, 50면; 의료법 주석서, 의료문제를 생각하는 변호사 모임, 박호균 집필 부분, 2020, 59면 이하 참조; 의사의 형사범죄와 면허 규제의 문제점 및 개선방향 심포지엄, 국회의원 남인순, 국회의원 권미혁,

미래에 우리 국민들은 비록 의사들의 수입이 타 지역보다 많은 것으로 알려져 있더라도 의사라는 전문가 집단을 향해 맹목적인 선망과 신뢰만을 할 수 없는 상황에 직면하여 있다.

이러한 상황을 고려하면 환자와 의사를 대등하게 취급할 수 있는 계약관계로 의료현장을 바라볼 필요성이 있다.

(2) 기존 민사법 규정의 한계와 법적 안정성 결여

(가) 의료계약은 흔히 접할 수밖에 없고 중요하지만 민법의 전형계약에서 제외되어 있는 상황에서 종래 의료계약의 법적 성질에 대해 위임계약으로 보기도 하였으나, 위임계약에서 통상적으로 다루는 사무처리 위탁과 거리가 있다는 점, 위임계약에서 복임권을 제한하지만 의료기관에서 개설자 외에 다른 의료인을 통한 진료가 빈번하게 이루어지고 있는 점, 위임계약은 원칙적으로 무상인데 반해 의료기관에서 진료비를 유상으로 하고 있다는 점, 위임의 상호해지 자유와 달리 의료계약은 의료법상 진료거부 금지 의무가 있다는 점 등 여러가지 이유로, 의료계약의 특성상 위임계약에 관한 규정을 준용하는 것에 무리가 있다는 지적이 오래 전부터 제기되어 왔다.³⁾

(나) 이러한 입법적 환경에서 의료사고가 발생할 경우 민사에서 불법행위와 채무불이행이라는 두 가지 책임법적 근거가 일반적으로 인정되고 있고, 실무상 양자를 분명하게 구별하지 않은 채 이리이러한 이유로 과실이 있다거나 책임이 인정된다는 방식으로 판결이유가 작성되고 있으나, 법원에서는 주로 불법행위책임을 염두에 두고 판단하고 있는 것으로 보인다.

불법행위법은 계약상의 의무가 없는 어떤 타인에게 가한 손해에 대해서 그 배상의 실현을 규율하는 것을 목적으로 한다.⁴⁾ 반면 계약법은 전형계약에 관한 규정을 가지고 있거나 당사자의 의사를 통해서 계약내용을 조정할 수 있다. 그래서 계약책임에서 유형화는 그렇게 절실하다고 볼 수 없지만, 불법행위법에서는 성질상 당사자의 의사를 통한 조정 및 유형

대한변호사협회 주최, 2018. 4. 27.; KBS 추적 60분, 불멸의 의사면허, 2018. 11. 9. 방송; 의료법 일부개정법률안(남인순의원 대표발의), 의안번호(16440), 발의연월일 2018. 11. 8; 의료법 일부개정법률안(손금주의원 대표발의), 의안번호(15987), 발의연월일 : 2018. 10. 16 등 참조]. 우리의 현행 제도는 의사의 윤리와 자격규제를 보장하기 어려운 상황이다.

3) 박수근, 의료계약의 민법편입과 과제. 민사법학(60), 한국민사법학회, 2012, 197-200면 참조: 주석민법[채권각칙(5)], 김천수 집필부분, 한국사법행정학회, 2022, 58-59면에서, 민법의 전형계약 중 의료계약이 법률관계를 완전하게 포섭할 수 있는 계약의 유형은 없고, 의료계약은 '무명'의 노무제공 계약이라고 한다.

4) Esser/Weyers, Schuldrecht BD. II. 7. Aufl. 1991, S. 519. 주석민법[채권각칙(6)], 김형배 집필부분, 2004, 33면, 주 1) 참조; Zweigert/Kötz(Tony Weir trans), An Introduction to Comparative Law, 3. Ed. 1998, pp. 596-597; Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. 1996, S. 598; 국내 문헌으로 양창수 역(Zweigert/Kötz 지), 비교사법제도론, 1991. 출간되어 있다.

화가 사전에 기대되기 어렵기 때문에 판례 및 학설에 의한 유형화 작업이 중요하다고 한다.⁵⁾ 그런데 의료사고에서는 계약책임이든 불법행위책임이든 주의의무 위반 즉 과실이라는 추상적 요건이 법률요건이기 때문에, 비록 의료계약으로 구성하더라도 다양한 의료계약의 내용만으로는 유형화가 쉽지 않은 측면이 있고, 의료책임 영역에서는 불법행위뿐만 아니라 계약책임 영역에서도 판례나 학설의 역할이 중요하다고 볼 수 있다.

의료사고 관련 민사사건에서 불법행위 혹은 계약책임을 청구원인으로 구성할 경우, 전자의 경우에는 민법 제750조에서 “고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다.”고 규정하여 불법행위의 성립요건인 과실에 대해 환자측에서 의사의 과실이 있음을 증명하여야 하나, 후자의 경우 민법 제390조에서 “채무자가 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때에는 채권자는 손해배상을 청구할 수 있다. 그러나 채무자의 고의나 과실없이 이행할 수 없게 된 때에는 그러하지 아니하다.”고 규정하고 있으므로 이행지체나 불완전이행을 원인으로 계약책임을 묻게 되면 환자가 의사의 과실을 증명할 필요가 없이 의사가 과실이 없음을 증명하여야 하는 결과가 되어, 계약책임으로 구성하는 것이 환자측에 증명부담 측면에서 크게 도움이 될 것으로 일응 보인다.

그러나 의료계약상 채무는 특별한 경우를 제외하고는 일반적인 채무와 달리 질병의 완치라는 결과의 달성을 목적으로 하는 결과채무가 아니라 질병의 완치를 위해 최선의 진료를 다하면 되는 수단채무에 해당하는 이유로⁶⁾ “채무의 내용에 좇은 이행”을 하지 않은 사실 즉 불완전이행 사실까지 증명해야 하는데, 즉 진료채무의 불완전이행의 존부는 주의의무 위반이라는 과실 여부에 따라 좌우는 것이므로, 결국 계약책임에서도 불법행위책임에서도 마찬가지로 환자측에 ‘추상적인 요건’인 ‘과실’이라는 귀책사유에 관한 증명부담이 있게 되는 결과가 된다.⁷⁾

그래서 의료소송에서 불법행위책임이든 계약책임이든 보통 과실에 의한 악결과의 발생 즉 과실 및 인과관계를 주된 법률요건으로 볼 수 있고, 특히 의료민사책임의 존부는 과실 존부에 의존하게 되는데, 과실 개념의 추상성으로 인해 과실을 인정할 것인지 여부는 결국 개별 법관의 재량에 크게 의존할 수밖에 없다.

5) 주석민법[채권각칙(6)], 김형배 집필부분, 2004, 34면 참조.

6) 대법원도 진료계약상 채무는 수단채무임을 전제로 “의사가 환자에게 부담하는 진료채무는 질병의 치료와 같은 결과를 반드시 달성해야 할 결과채무가 아니라 환자의 치유를 위하여 선량한 관리자의 주의의무를 가지고 현재의 의학수준에 비추어 필요하고 적절한 진료조치를 다해야 할 채무 즉, 수단채무라고 보아야 할 것이므로, 위와 같은 주의의무를 다하였는데도 그 진료 결과 질병이 치료되지 아니하였다 하더라도 그 치료비는 청구할 수 있다”고 판시하고 있다(대법원 1993. 7. 27. 선고 92다15031 판결, 대법원 2001. 11. 9. 선고 2001다52568 판결 등 참조).

7) 오석락, 입증책임론, 1995, 170면 이하 참조.

이는 의료책임 영역에서 법적 안정성을 훼손하는 주요 원인이라고 보아야 한다. 이와 같은 간극을 판례의 유형화를 통해 해소가 되는 것도 한 방안이겠으나, 우리나라 의료소송도 90년대를 전후로 활성화⁸⁾되기 시작하여 현재까지도 30여년이 되었지만, 유형화된 판례군을 통해 의료사고 영역에서 법적 안정성이 부여되었다고 보기 어렵다.

나아가 의료사고에서 의료감정을 통해 사실관계 및 주의의무에 관한 증거조사를 하게 되나, 통상 의료감정을 담당하는 감정인이 의사나 의료기관측에 편향적인 감정의견을 내놓는 경우가 많고(심지어 과실과 같은 법률요건에 관한 의견이 버젓이 제시되는 경우가 허다한 문제점이 있음), 비전문가인 개별 법관은 이러한 의료감정 결과를 근거로 환자의 청구를 기각하는 문제점이 발생하고 있다.

의료계약을 민법의 전형계약으로 도입하여 최소한 의료제공자의 중요한 주의의무를 명확히 규정하고, 환자의 증명책임을 완화할 경우 위와 같은 법률요건의 추상성에서 비롯되는 증명의 부담 문제는 상당 부분 개선될 것이며, 법적 인정성을 부여할 것이다.

(3) 소송실무상 문제점과 법원 역할의 한계

(가) 소송실무상 증명곤란

의료소송 영역에서 증명부담 내지 증명도 완화와 관련된 전통적인 관련 법리는 간접사실을 통해 과실과 인과관계를 추정하는 유형(이하 간접사실 법리라고도 함)⁹⁾이 지속되다가, 영미법상 판례를 연상¹⁰⁾케 하는 일반인의 상식에 의한 과실 인정 후 인과관계를 추정하는 법리(이하 일반인의 상식 법리라고도 함)¹¹⁾가 제시된 후 위 두가지 판례 유형은 의료소송

8) 대법원 1993. 7. 27. 선고 92다15031 판결 등 참조.

9) 대법원은 "... 이 사건에서와 같이 환자가 수술 도중에 사망의 원인이 된 증상이 발생한 경우에는 그 증상 발생에 관하여 의료상의 주의의무 위반행위를 제외한 다른 원인이 있다고 보기 어려운 여러 간접사실들을 입증함으로써 그와 같은 증상이 의료상의 주의의무 위반행위에 기한 것이라고 추정하는 것도 가능하다(대법원 1993. 7. 27. 선고 92다15031 판결 등)고 판시하여 왔고, 현재도 이 법리는 많은 사례에서 관련 법리로 제시되고 있다; 유현정, 의료소송에서 과실과 인과관계의 증명 - 병원감염 판결을 중심으로 -, 고려대학교 법무대학원, 석사학위논문, 2014, 2-3면 참조.

10) 일반 상식(common knowledge) 이론은 의료소송에서 피해구제를 위한 중요한 법리로 알려져 있다(Marcia M. Boumil/Paul A. Hattis, Medical Liability in a nutshell, 3. Ed. 2011, pp. 60-61); 미국의 의료소송에 관한 판례 동향에 대한 연구 논문에서 "일반인의 상식(common knowledge)" 이론이라는 표현이 사용되었다(이동신, 미국의 의료과소송에 관한 최근 판례의 동향, 외국사법연수논집(15), 재판자료 제80집, 법원도서관, 1998, 622면 이하 참조).

11) 대법원은 "... 이 사건에 있어서와 같이 환자가 치료도중에 사망한 경우에 있어서는 피해자측에서 일련의 의료행위 과정에 있어서 저질러진 일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실있는 행위를 입증하고 그 결과와 사이에 일련의 의료행위외에 다른 원인이 개재될 수 없다는 점, 이를테면 환자에게 의료행위 이전에 그러한 결과의 원인이 될 만한 건강상의 결함이 없었다는 사정을 증명한 경우에 있어서는, 의료행위를 한 측이 그 결과가 의료상의 과실로 말미암은 것이 아니라 전혀 다른 원인으로 말미암은 것이라는 입증을 하지 아니하는 이상, 의료상 과실과 결과 사이의 인과관계를 추정하여 손해배상책임을 지울 수 있도록 입증책임을 완화하는 것이 손해의 공평·타당한 부담을 그 지도원리로 하는 손해배상제도의 이상에 맞다고 하지 않을 수 없다(대법원 1995. 2. 10. 선고 93다52402 판결)"고 하여, 종래의 과실과 인과관계를 동시에 추정하는 판례 법리와 다른

사건의 판결에서 관련 법리로 제시되어 왔고, 이 같은 “두 유형의 판례”(이하 두 가지 법리 모두 ‘사실상 추정 판례’라고도 함)¹²⁾에 대해 다양한 견해가 제시되고 있으나, 환자측의 증명곤란과 의료사고의 특성을 고려하여 증명도 경감 내지 증명부담을 완화한 것으로 평가하는 것이 통설적이다.¹³⁾

일반인의 상식 법리를 통해 과실 증명 후 인과관계를 추정하는 법리는 과실의 증명도 기준을 완화하고 다른 원인 불개입을 조건으로 인과관계를 추정하는 방식인바 전반적으로 과실의 증명도를 완화함과 동시에 인과관계를 추정하는 법리라는 점이 그 주된 내용이라고 할 것이다. 그런데 현행 실무상 일반인의 상식에 비추어서도 전문가 감정 없이 과실을 증명할 수 있는 경우는 찾아보기 어렵고, 결국 이 후자의 판례는 “일단 환자측에서 과실을 먼저 증명”해야 한다는 점을 강조하기 위해 사용되는 경우¹⁴⁾가 많은 것으로 보이고, 이러한 판례¹⁵⁾를 실시하면서, 일부 사안에서는 환자측으로 하여금 일반 민사소송에서와 같이 고도의 개연성 있는 확신에 이를 정도로 과실과 인과관계의 증명을 요구하는 것 같은 판결¹⁶⁾도 있는 것으로 보인다.

이 같은 법원 실무는 대법원에서 형성하여 왔던 두 가지 판례 법리의 의미 및 그 연혁적인 관계를 충분히 고려하지 못하고, 환자측의 증명도를 완화하기 위해 등장한 법리를 그 반대 취지의 법리로 활용하는 문제점이 있는 것으로 보인다. 수술상 사고와 같이 성질상 사실 관계에 접근하기 어려워 과실의 증명이 어려운 사안에서, 위 일반인의 상식 법리를 먼저 제시하면서, 환자측으로 하여금 엄격하게 과실을 먼저 입증할 것을 요구하는 일부 실무 관행

논지를 판시하였다.

12) 간접사실을 통해 과실과 인과관계를 추정하는 유형과 일반인의 상식에 의한 과실 인정 후 인과관계 추정하는 유형 모두 정도의 차이는 있으나, 주요사실을 추정한다는 측면에서, 전술한 사실상 추정론의 범주 내에 있는 것으로 보이므로, 두 유형에 대해 사실상 추정 판례로 평가해도 될 것으로 보인다.

13) 민유숙, 의료과오로 인한 손해배상소송에 있어서 인과관계·과실의 추정과 설명의무, 대법원판례해설, 법원도서관, 2005, 283면 이하 참조.

14) 대법원 2019. 2. 14. 선고 2017다203763 판결에서, 대법원은 “의료과오로 인한 손해배상청구 사건에서 일반인의 상식에 비추어 의료행위 과정에서 저질러진 과실 있는 행위를 증명하고 그 행위와 결과 사이에 의료행위 외에 다른 원인이 개재될 수 없다는 점을 증명한 경우에는 의료상 과실과 결과 사이의 인과관계를 추정하여 손해배상책임을 지을 수 있도록 증명책임을 완화하는 것이 대법원의 확립된 판례이다(대법원 1995. 2. 10. 선고 93다52402 판결 등 참조). 그러나 이 경우에도 의료상 과실의 존재는 피해자가 증명하여야 하므로 의료과정에서 주의의무 위반이 있었다는 점이 부정된다면 그 청구는 배척될 수밖에 없다(대법원 1999. 9. 3. 선고 99다10479 판결, 대법원 2011. 7. 14. 선고 2009다101916 판결 등 참조)”고 판시함으로써, 의료과실의 우선적인 증명을 강조하고 있다.

15) 대법원 1999. 9. 3. 선고 99다10479 판결, 대법원 2011. 7. 14. 선고 2009다101916 판결 등 참조.

16) 대법원 2019. 2. 14. 선고 2017다203763 판결 등 참조; 즉 이 판결에서 “의료과오로 인한 손해배상청구 사건에서 일반인의 상식에 비추어 의료행위 과정에서 저질러진 과실 있는 행위를 증명하고 그 행위와 결과 사이에 의료행위 외에 다른 원인이 개재될 수 없다는 점을 증명한 경우에는 의료상 과실과 결과 사이의 인과관계를 추정하여 손해배상책임을 지을 수 있도록 증명책임을 완화된다. 그러나 이 경우에도 의료상 과실의 존재는 피해자가 증명하여야 하므로 의료과정에서 주의의무 위반이 있었다는 점이 부정된다면 그 청구는 배척될 수밖에 없다.”고 하는바, 후자의 판시 내용(= 의료상 과실의 존재는 피해자가 증명하여야 한다)에 주목하여, 일선 법원에서 “일반적인 민사소송에서와 같은 고도의 개연성 있는 확신에 이를 정도의 과실의 증명을 요구”하는 것으로 보이는 경향을 종종 하여 왔다.

(비록 일반적이지는 않다고 하더라도)은 합리적이지 못한 측면이 있지만, 법률에 증명 관련 규정이 없으므로, 벌어지는 상황이다.

(나) 법원의 상반되는 판례의 등장

앞서 본 바와 같이, 우리 법원은 간접사실을 통해 과실과 인과관계를 추정하는 법리¹⁷⁾, 일반인의 상식에 의한 과실 인정 후 인과관계를 추정하는 법리¹⁸⁾를 형성하여 왔는데, 이는 환자측의 증명곤란과 의료사고의 특성을 고려하여 “책임성립 단계에서 과실과 인과관계에 관한 증명도 경감 내지 증명부담을 완화”한 것이다.

그런데 위와 같은 사실상 추정 법리를 제한하거나 과실 추정을 부정하는 데 인용되고 있는 판결례로 소위 ‘일반적 합병증 판례¹⁹⁾’의 논지는 “① 의료행위로 후유장해가 발생한 경우 후유장해가 당시 의료수준에서 최선의 조치를 다하는 때에도 의료행위 과정의 합병증으로 나타날 수 있거나 그 합병증으로 2차적으로 발생될 수 있다면, ② 의료행위의 내용이나 시술 과정, 합병증의 발생 부위·정도, 당시의 의료수준과 담당 의료진의 숙련도 등을 종합하여 볼 때에 그 증상이 일반적으로 인정되는 합병증의 범위를 벗어났다고 볼 수 없는 한, 후유장해가 발생되었다는 사실만으로 의료행위 과정에 과실이 있었다고 추정할 수 없다.”는 것이다.

위 일반적 합병증 판례의 논지에 의하면, “합병증”은 “최선의 조치를 다하는 때에도 발생할 수 있는 것(과실 없는 합병증으로서 불가피한 것)”과 “최선의 주의를 다하지 못해 발생한 것(과실로 인한 합병증으로서 회피할 수 있었던 것)”을 구분하고 있음을 알 수 있다.

합병증	
최선의 조치를 다하는 때에도 발생한 합병증 (과실 없는 합병증, 불가피한 것)	최선의 조치를 다하지 못해 발생한 합병증 (과실 있는 합병증, 회피가능한 것)

통상적으로 과실의 증명을 위해서는 악결과 발생 과정에 최선의 조치를 다하지 못하였다는 점을 증명하여야 하나, 일반적 합병증 판례의 논지는 일반적 합병증의 범위 일탈이라는

17) 대법원 1993. 7. 27. 선고 92다15031 판결, 1998. 2. 13. 선고 97다12778 판결, 2000. 7. 7. 선고 99다66328 판결 등 참조.

18) 대법원 1995. 2. 10. 선고 93다52402 판결 참조.

19) 대법원 2019. 2. 14. 선고 2017다203763 판결, 대법원 2008. 3. 27. 선고 2007다76290 판결 등 참조.

사정을 과실 추정의 간접사실로 들고, 원고측으로 하여금 발생한 “일반적인 합병증의 범위” 및 당해 사건에서 발생한 “악결과가 일반적인 합병증의 범위를 일탈한 것이라는 사정”을 증명하도록 분배하고 있다.

한편, 우리 판례가 그동안 인과관계의 추정을 위한 요소로 제시하고 있는 간접사실로 “의료행위의 준칙위반, 시간적 근접성, 신체부위의 동일성, 일반적·통계적 인과관계, 다른 원인의 개재가능성 배제”를 들 수 있고, 이 중 일반적·통계적 인과관계라는 간접사실과 관련하여 “동종의 의료행위에 의해서 동종의 결과가 발생할 가능성(확률)이 일반적이고, 또한 통계상 어느 정도 그 가능성이 존재하여야 하고, 당해 의료행위에 특수한 사정, 우연한 사정에 기해 결과가 발생한 경우나 통계상 결과발생의 개연성이 전혀 없는 경우는 이에 해당되지 않는 것”으로 설명되고 있다.²⁰⁾

따라서 그동안 우리 판례에 기초하여 인과관계가 추정되기 위해서는 당해 사건에 발생한 악결과는 적어도 일반적·통계적 가능성이 있는 결과라는 점을 증명해야 하는바, 위 일반적 합병증 판례의 논지에 의하면 인과관계 추정을 위한 원고측의 증명 노력은 역으로 과실을 부정하기 위한 간접사실이 되어(일반적인 합병증의 범위 내에 있게 되므로), 환자측으로서는 인과관계 증명 혹은 과실 증명의 두 가지 중 어느 하나의 증명에 실패하게 되어 청구 기각을 면하기 어렵다는 결과가 된다. 일반적 합병증 판례의 논지는 이 같은 문제점을 노정하고 있다.

위 일반적 합병증 판례(대법원 2008. 3. 27. 선고 2007다76290 판결)와 달리 외국에서는 가령 *Pry v. Jones*, 487 S.W.2d 606 (Ark. 1972) 사안에서 법원은 일반의 상식 원칙이 사례를 배심원에게 전달되도록 하는 것을 허용하였는데, 그 사안에서 원고의 요관이 자궁적출술 도중 손상되었다고 주장되었으며, 수술 과정이 복잡하고 그 성질상 요관에 매우 근접한 위치에서 절개가 필요할지라도, 그럼에도 불구하고 그 사안은 전문가 증언 대신에 일반인의 상식 준칙과 함께 배심원에게 전달되는 것이 허락되었다.²¹⁾ 자궁적출술 과정에서 발생한 후유증에 대한 외국의 리딩 케이스는 오히려 증명책임을 완화하여 피해구제를 할 필요성이 있는 선례로 제시되고 있다는 점도 주목할 만하다.

20) 김선중, 의료사고 손해배상소송, 2014, 467-468면; 김선중, 의료과오소송법, 2005, 391면 참조; 대법원 2000. 7. 7. 선고 99다66328 판결; 이외에도 대법원 2012. 5. 9. 선고 2010다57787 판결, 대법원 2015. 2. 12. 선고 2012다6851 판결 등 참조.

21) 우리의 경우 현재 사실상 추정을 제한하는 판례로 대법원 2008. 3. 27. 선고 2007다76290 판결이 있는바, 이 판례의 기초 사안은 자궁적출술로 인해 요관이 손상된 경과인바, 우리나라는 사실상 추정을 제한하는 사례(피해구제를 엄격하게 하는 판례)로 언급되고 있는데 반해, 영미에서는 오히려 전문가 증언도 없이 피해구제를 하기 위한 리딩 사례로 언급되고 있다는 점에서, 우리의 일반적 합병증 판례의 문제점에 대해 더 심각하게 고민해 보아야 할 것이다.

이와 같이 대법원은 의료과실과 인과관계의 법률요건의 증명책임 분배나 증명 관련하여, 상반되는 판례를 제시하고 있으서면서도, 이를 시정하는 판시를 오랫동안 하지 못하고 있고, 심지어 그 문제점도 인식하고 있지 못하는 것 같다.²²⁾ 이는 의료민사책임 영역에서 법원 역할의 한계를 드러내는 것으로 보아야 한다. 다만 독일과 같이 대법관 및 법관의 수가 많은 나라에서는, 지속적인 관심과 판례 발전을 통해 문제점을 스스로 시정해 가면서 올바른 판례를 정립해 갈 수도 있지만, 우리의 현실은 대법관 수나 법관 인력이 한정되어 있으므로, 주요 사회적 관심사가 되는 사안에 대해서 집중적으로 역량을 집중할 수밖에 없고, 개별 피해 사례에 해당하는 의료사고에서는 충분한 역량을 활용할 수 없는 사법체계적인 문제와 한계가 있는 것으로 보인다. 우리의 경우 의료계약을 민법전에 도입하여 법적안정성과 환자의 권리 보호를 도모할 필요성은 더 높다고 볼 것이다.

(다) 의료감정의 어려움과 증명곤란

의료감정(진료기록 감정 및 신체감정)²³⁾은 의료소송에서 책임을 인정받기 위해 필수적으로 요청되는 주요 증거조사 절차이다. 의료감정은 민사상 손해배상(의)(= 의료소송) 사건 뿐만 아니라, 형사 및 행정사건에서도 재판의 결론에 지대한 영향을 미치는 중요한 증거자료가 된다. 그런데 의료감정은 공정성 및 객관성 문제 뿐만 아니라 감정 자체가 지나치게 지연되고 있는 문제점이 심각하다.²⁴⁾ 대한의사협회 등 감정기관은 감정거부, 감정지연, 고액 감정료청구 등의 문제를 해결하는 데 소극적인 모습을 보이고 있고, 의료감정 절차를 관리하여야 하는 법원은 감정의 지연과 반송 등 절차적 적정성 관련 통계자료를 외부에 정확하게 공개하지 못하고 있는 것으로 보인다.

의료감정 절차는 감정인등 선정과 감정료 산정기준 등에 관한 예규(재판예규 제1204호, 시행 2008. 3. 1., 이하 ‘감정예규’)²⁵⁾ 및 민사소송법령에 따라 규율되고 있으나, 실무상 의료감정의 문제점은 공공연하게 인식되고 있다.

22) 상세 내용은, 박호균, 의료민사책임의 귀속과 증명에 관한 연구, 고려대학교 대학원, 박사학위논문, 2021, 182~278면 참조.

23) 감정은, 법관의 판단능력을 보충하기 위하여 전문적 지식과 경험을 가진 자로 하여금 법규나 경험칙(대전제에 관한 감정) 또는 이를 구체적 사실에 적용하여 얻은 사실판단(구체적 사실판단에 관한 감정)을 법원에 보고하게 하는 증거조사이다(법원행정처, 법원실무제요(민사소송 III), 2017, 1486면 참조). 본고에서 사람의 진료에 관한 경과가 기재된 의무기록, 진료기록 등을 주된 감정 목적으로 하는 증거조사를 진료기록감정, 생존한 사람의 신체를 주된 감정목적으로 하는 증거조사를 신체감정이라 한다.

24) 법률신문, 진료기록 감정에 최소 6개월... 소송 당사자 속 탄다, 2020. 3. 23.자 기사(<https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?serial=160291>, 2022. 11. 25. 방문); 차기현, 法臺에서, ‘하(何)세월’ 신체감정 이대로 좋은가, 법률신문, 2022. 3. 21.자 기사 (<https://m.lawtimes.co.kr/Content/Opinion?serial=177198>, 2022. 3. 30. 방문).

25) 2008. 제정되어 이후 수회 개정되어 오다가 2022. 3. 16. 최종 개정되었다.

문헌상 확인되는 의료감정의 현황이나 문제점으로 연구자 마다 조금씩 차이는 있지만, 회신기간의 장기화, 회신거부, 의료감정 계량과의 곤란성을 언급하는 경우²⁶⁾, 회신의 장기화, 편파적 감정, 감정의 불명확성 및 부정확성을 언급하는 경우²⁷⁾, 진료기록 감정절차와 관련 감정의 공정성, 재판 장기화, 진료기록의 진실성 문제점을 언급하는 경우²⁸⁾, 감정회신 장기화, 저렴한 감정료, 감정의 정확성, 제도적 측면(감정 반송 및 감정인 보호체계 미비)의 문제점을 언급하는 경우²⁹⁾ 등 대체적으로 의료감정의 문제점으로 절차적 측면에서 감정회신의 지연, 감정의 반송, 감정료의 적절성 문제점이 지적되었고, 감정결과 측면에서 적정성이거나 공정의 문제점이 지적되어 왔다.

이러한 의료감정상 문제점 역시, 고스란히 의료소송에서 증명곤란의 어려움에 처해 있는 환자측의 권리 구제를 더욱 어렵게 하는 요인이라고 할 것인바, 의료계약의 입법화를 통해 증명의 부담을 경감할 필요성이 있다고 할 것이다.

(4) 비교법적 환경(불법행위법에 계약법으로 이동)과 민법개정에 관한 연구

앞서 본 바와 같이, 의료민사책임은 불법행위와 계약 책임을 근거로 한다. 우리나라에서 종래 불법행위를 중심으로 논의가 되어 오다가³⁰⁾, 근래에는 미용성형영역에서 계약법적 법리 구성³¹⁾을 하는 사례도 등장하였을 뿐만 아니라, 우리나라에서 과실추정과 증명부담의 전환 문제와 관련하여 환자의 권리를 보장하기 위한 방향으로 입법에 관한 의견이 적지 않고³²⁾, 독일에서 진료계약이 민법전³³⁾에 도입되는 등 국내는 물론 외국에서도 의료사고에 대한 계약법적 근거의 중요성이 강조되고 있다.³⁴⁾

우리나라 민법[법률 제471호, 1958. 2. 22., 제정]이 1960. 1. 1. 시행되었는데, 현재까

26) 신현호, 의료소송 감정상의 문제점, 의료법학(제6권 제2호), 대한의료법학회, 2005, 65-74면 참조.

27) 양희진, 의료과소소송에서의 감정상 제문제, 의료법학(제9권 제2호), 대한의료법학회, 2008, 322-324면 참조.

28) 백경희, 진료기록감정 및 그 판단에 대한 법적 고찰 - 의료민사책임을 중심으로 -, 의료법학(제20권 제1호), 대한의료법학회, 2019, 99-103면 참조.

29) 신강욱, 의료감정제도에 관한 실증적 연구, 연세대학교 대학원, 박사학위논문, 2018, 68-95면 참조; 이 논문에서는 총 12명(감정의 9명, 의료기관 법무팀 혹은 원무팀 종사자, 보험사 직원)에 대한 심층면담 자료를 수집하여 결론을 도출하고 있는데, 감정을 수행하는 측의 입장이 주로 반영된 점을 고려할 필요가 있다.

30) 우리나라에서는 피해자가 불법행위(민법 제750조)를 이유로 책임을 추궁하는 것이 일반적인 경향이었지만 1960년대 이후에는 채무불이행책임(민법 제390조)을 묻는 사례도 발견된다[주석민법(채권각칙(7))], 석희태 집필부분, 한국사법행정학회, 2004, 528면; 이은영, 채권각론, 2007, 924면 등.].

31) 안법영, 미용성형의료 - 우리 판결례와 독일 판결례의 비교·분석적 소고 -, 의료법학(제16권 제1호), 대한의료법학회, 2015.

32) 김중길, 민법상 전형계약으로서 의료계약 - 독일법과의 비교를 중심으로 -, 법제연구(제47권), 한국법제연구원, 2014, 366-367면 참조; 윤석찬, 의료계약의 민법전 도입 가능성, 재산법연구(제36권 제2호), 한국재산법학회, 2019, 63면 이하; 박수곤, 의료계약의 민법편입과 과제, 민사법학(60), 한국민사법학회, 2012, 265면 이하 참조.

33) 독일민법 제630a조 이하 참조.

34) Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, 7. Aufl. 2014, Rn 303.

지 60여년이 경과하였고, 2015년에는 민법에 전형계약으로 여행계약³⁵⁾이 편입되는 등의 입법 연혁과 사회변화와 외국의 입법 상황을 고려할 때, 우리도 환자의 권리 구제를 보장하고, 의료제공자의 주의의무를 명확히 규정할 필요성 있다. 의료계약은 사실상 전형계약으로 볼 수 있을 정도로 익숙한 계약이고, 이제는 비교적 장기간 적지 않은 판례와 이론이 축적되어 입법화를 할 만한 충분한 환경이라고 보아야 한다.³⁶⁾

독일에서는 2013년부터 환자권리법(Patientenrechtegesetz)에 근거하여 진료계약이 민법전에 전형계약으로 규정되었고, “제8절 고용 및 이와 유사한 계약들” 아래에 제1관 고용에 이어 제2관 “진료계약(Behandlungsvertrag)”이라는 제목으로 제630a조부터 제630h조까지 총 8개의 조문을 도입하였고, 이로써 의료제공자의 여러 종류의 의무가 명확하게 되었으며 이는 의료계약 당사자에게 법적 안정성을 제공하였다고 볼 수 있다.³⁷⁾

나. 민법 편입시 필요 규정

의료계약은 환자의 권리 구제와 임상의료현장에 법적안정성을 제공하는 데 큰 역할이 기대되고, 이미 외국에서 전형계약으로 도입되어 많은 판례도 집적되고 있다. 국내 민법 개정 논의 및 독일의 입법례 등을 고려할 때, 의료계약의 개념 규정, 정보제공의무, 사전동의, 설명의무와 같은 의료제공자의 의무를 담은 규정, 과실과 인과관계를 추정하는 규정이 기본적으로 포함되어야 하고, 나아가 의료법과 중복될 수도 있지만 진료기록 작성과 보존의무, 비밀유지의무와 같은 의무도 의료계약 규정에 편입시키고, 독일과 같이 진료기록 작성이나 보존의무와 관련하여 일정한 사실관계에 관한 증명담보 기능을 포함하는 규정도 도입하는 것을 고려할 필요가 있다.

3. 개정안 제언

가. 개정안

필자가 속한 대한변호사협회 산하 의료인권소위원회, 진료계약의 민법 편입 개정을 위한

35) 민법 제9절의 2 여행계약, 제674조의2 내지 제674조의 9 참조.

36) 윤석찬, 의료계약의 민법전 도입 가능성, 재산법연구(제36권 제2호), 한국재산법학회, 2019, 40면 참조.

37) 윤석찬, 앞의 논문, 46면, 63-64면 참조.

TF(이하 진료계약 TF)³⁸⁾에서(활동기간 2021 - 2022)는, 수회 논의를 거쳐 아래와 같은 정도의 개정안을 제안하였다.

□ 민법 일부개정법률안(개정안 제안)

○ 신·구조문대비표

현행	개정안
	<p>제11절의2 진료계약</p> <p>제692조의2 (의료계약의 의의)</p> <p>① 의료계약은 당사자 일방이 진단, 치료, 요양 기타 의료적 처치를 행할 것을 위탁하고 상대방이 이를 승낙함으로써 그 효력이 생긴다. 의료행위는 달리 정하지 않는 한 의료행위 당시 의료기관 등 임상의학 분야에서 실천되고 있는 의료행위의 수준을 기준으로 행해져야 한다.</p> <p>② 태아는 제762조에도 불구하고 진단, 치료, 요양 기타 의료적 처치 중 사산되더라도 손해배상청구권에 관하여는 이미 출생한 것으로 본다.</p> <p>제692조의3 (정보제공의무)</p> <p>의료제공자는 진료 개시 당시 환자에게 이해할 수 있는 방법으로 진단, 예후, 진료방법 및 진료 당시와 이후 행해질 처치 등 중요한 사정에 관한 정보를 제공하여야 한다. 진료로 인해 건강상 위험이 발생할 수 있는 경우에는 이를 회피할 수 있는 정보를 제공하여야 한다.</p> <p>제692조의4 (동의)</p> <p>① 의료제공자는 개별 의료행위에 대하여 미리 환자의 동의를 받아야 한다. 환자가 동의를 할 수 없는 때에는 그 친권자나 동의권한 있는 후견인 등 법정대리인의 동의를 받아야 한다.</p> <p>② 동의 전에 의료행위가 지체되어 환자의 생명에 위험을 초래하거나 심신상의 중대한 장애를 초래할 경우에는 동의 없이 진료할 수 있다.</p> <p>③ 동의는 제692조의5에서 정한 설명을 사전에 들어야 효력이 있다.</p> <p>④ 동의는 진료 전에 언제든지 자유롭게 철회될 수 있다.</p> <p>제692조의5 (설명 의무)</p> <p>① 의료제공자는 의료행위에 대한 동의를 받기 위하여 환자에게 의료행위의 내용 및 필요성, 그로 인한 비용 및 예견할 수 있는 위험 등 환자가 동의 여부에 관한 결정을 함에 있어서 중요한 것으로서 당시의 의료수준에 비추어 상당하다고 인정되는 사항을 설명하여야 한다. 다만 환자의 승낙이 명백히 예상되는 경우에는 그러하지 아니하다.</p> <p>② 의료제공자 또는 처치 시행에 관한 교육을 받은 사람은 환자가 이해할 수 있는 방법으로 적절한 시점에 전향의 설명을 하여야 한다.</p> <p>③ 환자의 생명에 위험을 초래하거나 심신상의 중대한 장애를 초래할 수 있어서 처치를 미룰 수 없거나 환자가 설명을 듣는 것을 명백히 포기한 경우에는 설명을 요하지 아니한다.</p> <p>제692조의 6 (의무기록)</p> <p>① 의료제공자는 환자의 의무기록에 의료행위 당시와 장래 의료행위를 위해 본질적인 처치와 그 결과, 특히 병력, 진단, 검사, 검사결과, 질병소견, 치료와 그 효과, 침습적 시술과 그 효과, 사전동의 설명을 전부 기재할 의무가 있다. 의사소견서들은 환자의 의무기록</p>

〈신 설〉

38) 진료계약 TF 간사 이정민 변호사

현행	개정안
	<p>에 수록되어야 한다.</p> <p>② 의료제공자는 타 법령에 의한 다른 보관기간이 없는 한, 환자의 의무기록을 의료행위 종료 후 10년 동안 보관하여야 한다.</p> <p>제692조의 7 (손해배상의무)</p> <p>① 의료제공자는 의료계약상의 의무를 위반하여 발생한 환자의 손해를 배상할 의무가 있다.</p> <p>② 진단, 치료, 요양 기타 의료적 처치 도중이나 그 후 환자에게 중한 결과의 원인이 된 증상이 발생한 경우에는 그 증상 발생에 관하여 의료상의 주의의무 위반행위를 제외한 다른 원인이 있다고 보기 어려운 경우, 그와 같은 증상은 의료상의 주의의무 위반행위에 기한 것으로 추정한다.</p> <p>③ 환자가 진단, 치료, 요양 기타 의료적 처치 도중 건강상태가 악화되거나 사망한 경우 일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 주의의무 위반행위와 의료행위 이전에 그러한 결과의 원인이 될 만한 건강상의 결함이 없었다는 사정을 증명한 경우에 있어서는 의료상의 주의의무 위반행위로 환자의 손해가 발생한 것으로 추정한다.³⁹⁾</p> <p>④ 의료제공자가 시행한 진단, 치료, 요양 기타 의료적 처치에 관하여 필요한 인력 또는 시설 등의 필요한 의료조건을 갖추지 못한 경우에, 환자의 손해는 이로 인해 발생한 것으로 추정한다.</p> <p>⑤ 의료제공자가 의료상 요청되는 본질적 처치와 그 결과를 제692조의 6에 반하여 환자의 의무기록에 기재하지 않았거나 의무기록을 보관하지 않은 때에는 그 의료제공자가 위의 처치를 하지 않은 것으로 추정한다.</p> <p>⑥ 의료제공자가 현저하게 불성실한 진료를 행한 경우, 환자에게 재산상의 손해없는 경우에도 손해배상의 책임이 있다.</p> <p>제3장 사무관리 제734조 ~ 제737조 제738조 (준용규정) 제683조 내지 제685조 및 제692조의2 내지 제692조의7의 규정은 사무관리에 준용한다. 제739조, 제740조</p>

나. 제안 배경

(1) 조문의 위치는, 독일처럼 고용계약 뒤에 제안하자는 의견도 있었지만 종래 우리나라에서 의료계약에 대해 위임계약 준용 관련 논의가 많았다는 점이나 2011-2012년 민법 개정 시안들을 고려하여, 위임계약(제3편 제2장 제11절) 뒤에 제11절의2로 규정하는 것을 제안하였다.

(2) 구체적인 개정안 조문들로, 제692조의2 (의료계약의 의의), 제692조의3 (정보제공의무), 제692조의4 (동의), 제692조의5 (설명의무), 제692조의 6 (의무기록), 제692조의 7 (손해배상의무), 제738조 (사무관리 준용규정)을 제안하였다.

제692조의2 (의료계약의 의의)에서 유상과 무상을 모두 포함하는 포괄적인 형태로 하되,

39) 대법원 2003. 11. 27. 선고 2001다20127판결 참조

분만 과정의 과실로 태아가 사산된 경우 소액의 위자료만 문제되는 실무는 임신부 진료 현장에서 지나치게 비윤리적인 악습을 유도하는 문제점이 있어 태아의 지위를 보호하는 규정을 추가하였다. 제692조의3 (정보제공의무)에서는 설명의무와 달리 전단에 정보제공의무를 규정하고 우리 실무상 지도·설명 의무로 알려진 내용을 후단에 삽입하였고, 판례 법리를 바탕으로 제692조의4 (동의), 제692조의5 (설명 의무)를 제안하였다. 제692조의 6 (의무기록)에서 의료법과 중복되는 내용이지만 공법상 의무에 그치고 있는 내용을 의료계약상 의료제공자의 의무로 도입하는 것을 제안하였다. 제692조의 7 (손해배상의무)에서 원칙적으로 과실책임을 주의적으로 규정하고, 과실 혹은 인과관계 추정, 의무기록 미작성시에 일정한 사실의 추정, 현저히 불성실한 경우에 위자료 배상 근거 규정을 제안하였다. 끝으로 제738조 (사무관리 준용규정)의 경우 예외적인 응급상황이나 통상적이지 못한 의료환경에 처한 환자 (구치소, 수형자 등)를 고려하여 함께 제안하였다.

(3) 제안근거를 보충하면, 의사의 주의의무 관련 판례⁴⁰⁾, 과실 혹은 인과관계를 추정하는 우리의 대법원 판례로 간접사실을 통해 과실과 인과관계를 추정하는 법리⁴¹⁾, 일반인의 상식에 의한 과실 인정 후 인과관계를 추정하는 법리⁴²⁾, 지도설명 의무 관련 판례⁴³⁾와 지도 설명의무 관련 의료법 제24조⁴⁴⁾, 설명의무 관련 확립된 판례⁴⁵⁾와 의료법상 설명의무 규정⁴⁶⁾, 독일민법 제630a조 내지 제630h조⁴⁷⁾, 네덜란드민법, 유럽법원칙 서비스계약편, 2011년 제3기 민법개정위원회 제5분과위원회 개정시안, 2012년 제4기 민법개정위원회 실무위원회 개정시안 등과 그동안 학계의 연구결과 등이 근거가 될 수 있다.

40) 대법원 2005. 10. 28. 선고 2004다13045 판결, 대법원 2008. 2. 14. 선고 2006다48465 판결, 대법원 2010. 7. 8. 선고 2010다20563 판결 등 참조.

41) 대법원 1993. 7. 27. 선고 92다15031 판결, 1998. 2. 13. 선고 97다12778 판결, 2000. 7. 7. 선고 99다66328 판결 등 참조.

42) 대법원 1995. 2. 10. 선고 93다52402 판결 참조.

43) 대법원 2005. 4. 29. 선고 2004다64067 판결, 대법원 2010. 7. 22. 선고 2007다70445 판결 참조.

44) 의료법 제24조(요양방법 지도)의료인은 환자나 환자의 보호자에게 요양방법이나 그 밖에 건강관리에 필요한 사항을 지도하여야 한다.

45) 대법원 1999.12.21. 선고 98다29261 판결, 대법원 2015. 10. 29. 선고 2015다13843 판결 등 참조

46) 의료법 제24조의2(의료행위에 관한 설명)① 의사·치과의사 또는 한의사는 사람의 생명 또는 신체에 중대한 위해를 발생하게 할 우려가 있는 수술, 수혈, 전신마취(이하 이 조에서 “수술등”이라 한다)를 하는 경우 제2항에 따른 사항을 환자(환자가 의사 결정능력이 없는 경우 환자의 법정대리인을 말한다. 이하 이 조에서 같다)에게 설명하고 서면(전자문서를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)으로 그 동의를 받아야 한다. 다만, 설명 및 동의 절차로 인하여 수술등이 지체되면 환자의 생명이 위험하여지거나 심신상의 중대한 장애를 가져오는 경우에는 그러하지 아니하다.

47) 독일민법 제630h조의 제1항 내지 제5항 등 증명 관련 조항은 의료진측에 증명부담이 있도록 규정되었는데, 환자측의 증명에 유리한 측면이 있다. 그런데 이는 환자가 “약자”로 보이기 때문에 환자를 도와야 한다는 개인 보호 목적을 추구한 것으로 볼 수 있으나, 제630h조는 사회적 역할과 관련하여 일정한 개인을 보호하는 목적을 추구하는 것 보다는 증명의 부담을 적절하게 분배함으로써 의료책임 소송에서 무기평등 원칙을 실현하는 것을 중요한 목적으로 한다는 평가가 있다(BT-Drs. 17/10488, S. 28; 안법영, 의료판례에서의 인과성과 책임귀속의 판단 : 독일법원 판결례와의 비교 고찰, 의료법학(제14권 제1호), 대한의료법학회, 2013, 208면; 이재경, 독일민법의 의료계약에 관한 연구, 중앙법학회(제19권 제1호), 2017, 22-23면 참조).

(4) 다만, 진료계약 TF 개정안 중에서, 설명의무 관련 증명책임 분배 규정이 제외된 것으로 보이는데, 이렇게 입법화되면 환자측에서 증명의 부담이 있게 되고, 현행 판례보다도 더 권리구제가 엄격해질 수 있을 뿐만 아니라, 독일민법의 입법례 조차도 따라가지 못하는 문제가 있을 수 있다. 현재 설명의무를 다하였다는 점에 대한 증명의 부담은 의료인측에 있다는 것이 법원의 확립된 판례이므로, 이를 반영한 증명 부담 규정을 추가할 필요성이 있다.⁴⁸⁾

4. 결 어

의료계약은 체결 빈도나 계약의 목적이 생명과 건강을 다룬다는 특수성에 비추어 편 법률관계 보다 강도 높은 보호와 법적 안정성이 필요한 분야이다. 의료계약의 지위, 사회 변화 및 의료면허 관리체계의 문제점, 기존 민사법 규정의 한계와 법적 안정성 결여 문제, 소송상 문제점과 법원 역할의 한계, 비교법적 환경(불법행위법에 계약법으로 이동)과 민법개정에 관한 연구 등을 종합적으로 고려할 때, 더 늦지 않게 우리나라 민법전에 의료계약을 전형계약으로 도입할 필요성이 있고, 이를 통해 환자의 증명곤란 완화, 의료제공자와 임상 의료현장에 법적 안정성을 제공할 수 있을 것이다. 본고에서 대한변호사협회 산하 의료인권소위원회, 진료계약 TF에서 논의한 개정안 조문들로, 제692조의2 (의료계약의 의의), 제692조의3 (정보제공의무), 제692조의4 (동의), 제692조의5 (설명 의무), 제692조의 6 (의무 기록), 제692조의 7 (손해배상의무), 제738조 (사무관리 준용규정)을 제안하였하는바, 이미 10여년 전에 활발한 연구와 논의가 개정시안들로 남아있을 뿐만 아니라 학계의 연구내용도 적지 않으므로, 국회, 법조 실무가 및 학계, 시민단체 등 각계에 민법 개정을 위한 활동과 노력을 촉구하며, 장기적으로 상호 신뢰와 법적안정성 속에서 의료가 지속적 발전을 하기를 희망한다.

48) 독일민법 제630h조 제2항 참조; 대법원 1999.12.21. 선고 98다29261 판결, 대법원 2015. 10. 29. 선고 2015다13843 판결 등 참조.

참고문헌

- 김선중, 의료과오소송법, 2005
김선중, 의료사고 손해배상소송, 2014
양창수 역(Zweigert/Kötz 저), 비교사법제도론, 1991
오석락, 입증책임론, 1995
이은영, 채권각론, 2007
건강보험심사평가원, 2021년 진료비통계지표
법원행정처, 법원실무제요(민사소송 III), 2017
의료법 주석서, 의료문제를 생각하는 변호사 모임, 박호균 집필 부분, 2020
의료법원론, 대한의사협회, 2008
주석민법[채권각칙(5)], 김천수 집필부분, 한국사법행정학회, 2022
주석민법[채권각칙(6)], 김형배 집필부분, 2004
주석민법[채권각칙(7)], 석희태 집필부분, 한국사법행정학회, 2004
김종길, 민법상 전형계약으로서 의료계약 - 독일법과의 비교를 중심으로 -, 법제연구(제47권), 한국 법제연구원, 2014
민유숙, 의료과오로 인한 손해배상소송에 있어서 인과관계·과실의 추정과 설명의무, 대법원판례해설, 법원도서관, 2005
박수곤, 의료계약의 민법편입과 과제. 민사법학(60), 한국민사법학회, 2012
박호균, 의료민사책임의 귀속과 증명에 관한 연구, 고려대학교 대학원, 박사학위논문, 2021
백경희, 진료기록감정 및 그 판단에 대한 법적 고찰 - 의료민사책임을 중심으로 -, 의료법학(제20권 제1호), 대한의료법학회, 2019
신강욱, 의료감정제도에 관한 실증적 연구, 연세대학교 대학원, 박사학위논문, 2018
신현호, 의료소송 감정상의 문제점, 의료법학(제6권 제2호), 대한의료법학회, 2005
안법영, 미용성형의료 - 우리 판결례와 독일 판결례의 비교 · 분석적 소고 -, 의료법학(제16권 제1호), 대한의료법학회, 2015
안법영, 의료판례에서의 인과성과 책임귀속의 판단 : 독일법원 판결례와의 비교 고찰, 의료법학(제14권 제1호), 대한의료법학회, 2013
양희진, 의료과오소송에서의 감정상 제문제, 의료법학(제9권 제2호), 대한의료법학회, 2008
유현정, 의료소송에서 과실과 인과관계의 증명 - 병원감염 판결을 중심으로 -, 고려대학교 법무대학원, 석사학위논문, 2014
윤석찬, 의료계약의 민법전 도입 가능성, 재산법연구(제36권 제2호), 한국재산법학회, 2019
이동신, 미국의 의료과오소송에 관한 최근 판례의 동향, 외국사법연수논집(15), 재판자료 제80집, 법원 도서관, 1998
이석배, 독일에서 의료영역의 리베이트와 형법, 법학논총(제33권 제2호), 2013
이재경, 독일민법의 의료계약에 관한 연구, 중앙법학회(제19권 제1호), 2017
정규원, 미국의 의료체계와 의료법체계, 법과 정책연구(제3권 제1호), 2003

BT-Drs. 17/10488

Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, 7. Aufl. 2014

Esser/Weyers, Schuldrecht BD. II. 7. Aufl. 1991

Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. 1996

American College of Legal Medicine Textbook Committee, Legal Medicine, 7. Ed. 2007

Marcia M. Boumil/Paul A. Hattis, Medical Liability in a nutshell, 3. Ed. 2011

Zweigert/Kötz(Tony Weir trans), An Introduction to Comparative Law, 3. Ed. 1998

‘진료계약의 민법 편입 개정’을 위한 심포지엄

지정토론

‘진료계약의 민법 편입 개정’을 위한 심포지엄

토론 1

박 수 곤

교수, 경희대학교 법학전문대학원



의료계약의 민법전 편입 필요성과 개정방향에 대한 토론편

박 수 곤 경희대학교 법학전문대학원 교수

우선, 대한변호사협회가 주도가 되어 의료계약을 민법에 편입하고자 하는 그간의 노력에 대해 경의를 표하고 싶습니다. 사실, 의료계약이라는 계약유형의 분류가 정확한 것인지는 확신할 수 없으나, 건강보험심사평가원에 의뢰된 심사건수가 13억 건을 초과하는 상황이 대변하듯이 의료계약은 우리 국민의 실생활에서 가장 중요한 유형의 계약 중 하나가 되었음에도 불구하고 민법 또는 민사특별법상의 전형계약으로서 규율되고 있지 않은 상황은 법적 흠결이 적지 않다는 비판이 가능한 상황이라고 평가할 것이며, 이러한 단순한 현상의 평가에 비추더라도 의료계약의 법제화 및 특히 일반 국민의 사회생활상의 최소한의 준칙이라고 할 수 있는 민법에서의 도입필요성은 강조의 필요성조차 희석되고 있다고 할 것입니다. 즉, 발제자께서도 적절하게 평가하고 있듯이 의료계약에 관한 민법 규정의 부재나 특별법의 부재는 법적 안정성의 측면에서도 바람직하지 않다는 것입니다.

한편, 우리 민법상 전형계약은 당사자의 의무내용에 따라 계약의 유형을 준별하고 있습니다. 따라서 의료계약은 그 특성상 다른 유형의 계약에서의 당사자와는 구체적인 의무내용이 다르다는 점에서도 민법에서의 도입필요성이 크다고 할 것입니다. 물론, 견해에 따라서는 의사와 환자라는 관계는 소위 ‘힘의 균형’이라는 측면에서 차이가 있으므로 이를 민법에서 규율할 것이 아니라 소비자법과 같은 행정관련 법령에서 규율의 필요가 있다는 지적도 일리가 없지는 않습니다. 그러나 현행 민법에서도 힘의 균형에 있어서 차이가 있는 당사자의 계약을 규율하고 있으며, 대표적으로는 고용이나 도급 또는 위임과 같은 경우들에 있어서는 사무처리 또는 문제해결이라든가 일의 완성이라는 시각에서의 능력의 측면 또는 그와 관련한 정보보유의 측면에서 당사자 사이에서 차이가 인정될 수도 있다는 점에서 ‘힘의 균형’이라든가 ‘영향력의 차이’라는 관점을 근거로 민법에서의 규율의 타당성을 검토하는 것은 설득력이 크지 않다고 할 것입니다. 이러한 관점에서 본다면, 발제자가 ‘의사와 환자를 대등하게 취급할 수 있는 계약관계’로 바라볼 필요성이 있다는 지적은 배려의 정도가 다소 지나치다는 인상도 있습니다. 즉, 환자를 약자로 평가하더라도 이를 민법에서 규율함에 있어서

무리하다고 가정할 필요는 없다는 것입니다. 아무튼, 발제자께서 적확히 지적하는 바와 같이 의료계약은 민법상 전형계약인 위임계약에서 통상적으로 다루는 사무처리의 위탁과는 분명히 차이가 있다는 점에서 전형계약으로의 편입은 정당성이 부여된다고 할 것입니다.

다만, 그 동안의 논의과정에서도 가장 문제시 되었던 부분 중의 하나가, 의료계약에서의 의사측의 급부의무는 수단채무에 해당한다는 점이 부각되어 환자의 입장에서는 의사의 급부의무위반을 증명하는 것이 용이하지 않기에, 기존의 분쟁에서는 의사의 채무불이행책임이 아닌 불법행위책임이 환자측의 주된 구제수단으로 활용되어 왔다는 점입니다. 즉, 불완전이행의 준부는 주의의무 위반이라는 과실 여부에 따라 좌우하는 것이므로, 결국 계약책임에서도 불법행위책임에서와 마찬가지로 환자측에 ‘추상적인 요건’인 ‘과실’이라는 귀책사유에 관한 증명부담이 있게 되는 결과가 초래되었다는 것입니다. 그리고 이러한 사정이 의료책임의 영역에서 법적 안정성을 훼손하는 주요 원인이라는 발제자의 평가 또한 정당성이 결여되지 않았다고 할 것입니다. 따라서 이러한 문제점의 해결방안으로서 의료행위에서의 과실 및 인과관계의 추정까지 법제화함으로써 의료계약을 전형계약화하고자 하는 방안은 어쩌면 당연한 논리적 귀결이라고 평가할 수도 있을 것입니다.

발제자께서 제안하고 있는 개정안의 구체적인 내용과 관련하여 몇 가지만 개인적 의견을 피력함으로써 토론을 마무리하고자 합니다.

우선, 개정안에서는 의료계약이 유상인지 무상인지를 구별하지 않고 있습니다. 따라서 이러한 사정은 의료제공자의 책임의 성립 및 그 범위와 관련하여서도 차이를 두는 것을 고려할 필요가 있을 수 있다는 지적이 가능할 것 같습니다. 향후 입법과정에서는 이 부분에 대해서도 다양한 의견의 수렴 및 현장에서의 운영실태를 반영할 필요가 있어 보입니다.

다음으로, 의료제공자의 의무와 관련하여 설명의무와는 별개로 정보제공의무를 명시하고 있다는 점을 주목할 필요가 있습니다. 이는 특히 전문가로서의 의료제공자의 급부의무의 내용을 구체적으로 제시하고 있다는 점에서 다른 유형의 민법상 전형계약에서 소위 부수의무로 치부될 수 있는 내용을 주된 의무로 격상하고 있다는 점에서도 규정내용이 가지는 의미가 적지 않다고 할 것입니다. 다만, 다소 아쉬운 점은 이러한 정보제공을 단순히 부수의무의 측면에서만 기획한 것이 아니라면 그에 대한 제재라든가 이행강제의 방안에 대해서도 향후 심도 있는 검토의 필요가 있어 보입니다.

끝으로, 현행 민법상으로 유상의 전형계약에 있어서는 도급이나 여행계약을 제외하고는 매도인의 담보책임에 관한 규정이 준용될 수 있습니다. 그렇다고 한다면, 개정안에서의 손해배상책임과 관련한 규정내용은 준용될 수 있는 매도인의 담보책임과의 관계에서 어떻게 이해하여야 할 것인지에 대한 고민도 필요해 보이며, 이 또한 향후의 입법과정에서 충분히 검토되어야 할 것으로 평가됩니다.

‘진료계약의 민법 편입 개정’을 위한 심포지엄

지정토론

‘진료계약의 민법 편입 개정’을 위한 심포지엄

토론 2

김 기 영

교수, 경희대학교 공공대학원



진료계약 입법안의 입증책임에 대한 토론문

김 기 영 경희대학교 공공대학원 교수

I. 들어가면서

입법적 차원에서 전형계약에서 환자의 권리를 입법화하여야 하는지에 관한 문제는 지금까지 다른 법률에서 산재되어 있는 권리를 통합하고 법적 안정성을 보장하고자 기존의 권리들을 명확히 하는데 의미가 있으며, 환자들이 의료급부의 질과 가격에 대한 정보의 접근권을 보유하도록 하여 특히 건강보험공단에 대한 권리를 확대하고 진료과오로 인한 피해자의 권리를 강화시키는 등의 목적을 들 수 있다.

물론 법은 중요한 보호기능과 남용방지기능뿐만 아니라 지침기능을 충족하고 결국 의사와 환자의 관계를 안정화할 수 있다.¹⁾ 하지만 의사와 환자 사이의 관계에 대해 법적 규율시 세심함이 필요하다. 의원이나 병원의 일상도 이미 법적으로 규범화되고, 규율 및 산정되어 있고 추가적인 법적 분쟁은 신뢰관계에 대한 위협을 의미한다. 이러한 지나친 법적 분쟁화는 의사로 하여금 법적 입장으로만 소극적 태도를 보이게 할 우려도 있다. 의사는 법적으로 보장되고 제소될 수 있는 서비스만을 제공하게 되고 직업윤리도 이러한 방법으로 왜곡될지도 모른다. 특히 미국에서는 과중한 의료책임의 결과 “방어적 의료(defensive medicine)”가 큰 문제가 되고 있다.²⁾ 독일에서도 어려운 상황에서 문서의 보장이나 책임기피와 같은 징후들을 간과할 수 없다. 이 때문에 입법의 목적은 환자의 법적 지위의 최대화가 아니라 최적화를 중요시해야 한다. 이는 진료측면의 영역에서 주의깊게 조정해야 한다. 환자의 권리는 의사의 이익에 반대되는 기능을 하는 것이 아니라 의사를 통해서만 발전되어질 수 있는 것이다.³⁾

1) 이에 대해서는 Katzenmeier, “Verrechtlichung der Medizin”, in: Katzenmeier/Bergdolt (Hrsg.), Das Bild des Arztes im 21. Jahrhundert, 2009, S. 45, 47 f.

2) Studdert et. al., Defensive Medicine Among High-Risk Specialist Physicians in a Volatile Malpractice Environment, JAMA. 2005;293(21), p. 2609.

3) 의사와 환자의 관계를 바로 “치료적 공동체”로서 이해하는 견해로는 Katzenmeier, Arzthaftpflicht in der Krise – Entwicklungen, Perspektiven, Alternativen, MedR 2011, 201(215).

II. 입법안 제692조의 7 (손해배상의무)에 대한 의미

법적 실무에서 의료책임 사례의 증거는 복강 내에서 수술 도구가 남아있거나 또는 잘못된 쪽을 절단하는 경우와 같이 언론과 미디어에서 알려진 이야기만큼 명확하지는 않는 경우가 많다. 이에 따라 입법안 제692조의 7 (손해배상의무)에서 환자의 권리를 향상시키기 위해 입증책임의 규정이 의료소송에서 매우 중요하고 결정적인 내용을 담고 있다.

1. 원칙

소비자보호단체⁴⁾와 학설⁵⁾에서도 통일되게 의사는 모든 진료과오의 경우 인과관계흠결의 입증을 부담한다고 보고 있다. 이와 같은 관점에서 보면 진료측면에서 결정적인 증거에 대한 입증은 어렵기 때문에 운명에 따라 발생할 수 있는 환자손해의 경우에도 광범위한 입증책임전환을 인정할 경우 우연한 손해에 대해서도 책임이 인정될 수 있다. 따라서 실무적으로는 이러한 입장은 의사의 결과보장의무와 동일한 결과가 된다.⁶⁾

하지만 의료계약은 도급계약이 아니라 위임계약이기 때문에 그와 같은 입장은 일반적으로 거부된다.⁷⁾ 사법부의 입증책임분배는 의사/환자의 관계에서 역할이 바뀌게 해서는 안 된다. 특히 원칙적으로 사안의 조사에서 법원이 환자의 질병에 대한 이러한 정보부족을 설명하지 못하는 경우에 그러하다. 진료의 측면에서 입증책임은 이러한 정보부족자체도 의무 위반에 근거하는 경우에만 인정될 수 있다.⁸⁾

4) 건강세상네트워크, 경실련, 의료소비자시민연대 등 보건의료시민단체로 구성된 ‘의료사고피해구제법 제정을 위한 시민연대’는 2009년 5월 15일 성명서를 내어 “의료사고 피해자들의 신속하고 적절한 피해 보상을 보장할 수 있는 유일한 방법은 완전한 입증책임 전환”이라고 강조했다.; 독일의 소비자보호단체의 의견에 대해서는 Eckpunktepapier Verbraucherzentrale Bundesverband von Lindemann, Okt. 2005, S. 17 f., 45 ff.; Etgeton, DÄBl. 2010, A-857, A-858.

5) 입증책임전환에 대해 동의하는 견해로는 신은주, 의료과오 소송에 있어서 인과관계에 관한 입증책임의 전환, 「법조」제41권 제6호(통권 429호)(1992.6), 101-127면; 오석락, “입증책임론”, 1996, 188면; 손용근, “의료과오소송에 있어서 입증의 경감에 관한 연구” [법학박사학위논문, 연세대학교, 1996], 188면.; 박종권, “의료과오소송의 입증책임전환론”, 비교사법 제14권 1호(2007), 329면 이하; 범경철, “의료과오소송에 있어서의 입증책임”, 의료법학 제3권 1호(2002), 248면(266면 이하); 이덕환, “의사책임소송에 있어서의 입증책임”, 한양대 법학논총 제12집(1995), 124면 이하; 이와 같은 독일 문헌으로는 Heidelk, Gesundheitsverletzung und Gesundheitsschaden, Diss. Bremen 2005, S. 149 ff.

6) 성형수술에 대한 도급계약설에 반대하는 입장으로는 박은경/김기영, 의료행위의 상업화와 법적 한계 - 민법과 보험법상의 효과를 중심으로 -, 「법학논고」, 제35집(2011.2), 25면(35면 이하); 입증책임전환에 반대하는 입장으로는 범경철, 의료과오소송에 있어서의 입증책임, 「의료법학」 3권 1호(2002.06), 248-269면.

7) 대법원 2010.8.19 선고 2007다41904 판결; 입법론과 관련하여 박수근, “의료계약의 민법편입과 과제”, 민사법학 제60호(2012.9), 193면(200면 이하); 독일의 경우 정책적으로도 인정하고 있다. BReg., in: BT- Dr. 13/11452 v. 30. 9. 1998, S. 11. 최근 CDU/CSU와 FDP도 입법안에서 입증책임의 분배에 관한 개정을 거부하고 있다.

8) Steffen/Pauge, Arzthaftungsrecht, 11. Aufl. 2010, Rn.590; 같은 입장으로는 Laufs/Kern, in: dies. (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl. 2010, § 107, Rn. 11.

이에 따라 입법안 제692조의 7 제1항에서 원칙적으로 진료과실의 경우 손해배상을 청구하는 경우에도 의료행위상의 과실과 손해발생 사이에 인과관계가 있어야 하고, 이에 대한 증명책임은 환자 측에서 부담한다⁹⁾고 명시적으로 규정하고 있는 점은 특히 손해배상청구와 관련하여 증명책임을 전환하는 경우 그 배후에는 특별한 증거법적 보증을 통한 제한적 내지 중간적 책임이 포함되는데, 피해자의 구제만을 이유로 증명책임을 전환하여야 한다는 견해는 이미 실체법적 의미를 갖는 이러한 책임확장에는 주의를 기울이지 아니한다는 점¹⁰⁾에서 타당하다고 생각된다.

2. 증명책임 전환에 대한 기존판례의 입법적 반영

하지만, 수술 도중이나 수술 후 환자에게 중한 결과의 원인이 된 증상이 발생한 경우 그 증상의 발생에 관하여 의료상의 과실 이외의 다른 원인이 있다고 보기 어려운 간접사실들이 증명되면 그와 같은 증상이 의료상의 과실에 의한 것이라고 추정할 수 있다고 하여 손해배상책임을 지을 수 있도록 증명책임을 완화하는 것이 대법원의 확립된 판례이다.¹¹⁾

대법원 2000.07.07 선고 99다66328 판결 손해배상(의)

심장수술 도중 발생한 대동맥박리현상으로 인하여 환자가 사망한 경우 대동맥박리가 이 사건 심막중격결손 수술을 위한 캐놀라 삽관 직후에 나타난 것으로서 이 사건 수술 이외에는 다른 원인이 개재하였을 가능성이 없고, 그 발생 부위 또한 이 사건 캐놀라 삽관과 연관하여 볼 수 있는 부위로 보이고, 망인에게 이 사건 수술 전후를 통하여 대동맥박리를 초래할 만한 특별한 질환이나 증상이 관찰되지 아니하였으며, 한편으로는 대동맥에 캐놀라를 삽입하는 과정에서 대동맥내막에 대한 직접적인 열상이나 기계적인 압박 등 부적절한 시술로도 대동맥박리가 나타날 수 있는 데다가, 비록 심장수술과정에서의 잘못 이외의 합병증으로 대동맥박리가 발생할 수 있는 확률도 0.16% 있지만 그와 같이 예외적으로 발생하는 경우도 주로 고협압 등 혈관질환을 보유하고 있는 환자들에게서 나타난 것이라는 사정 하에서라면, 위 망인에게 발생한 이 사건 대동맥박리는 결국 대동맥박리가 일어날 수 있는 원인 중에서 캐놀라를 삽입하는 과정에서 대동맥내막을 손상시키는 등 부적절한 캐놀라 삽관

9) 김기영, 교통사고와 의료과오 경합의 경우 인과관계의 귀속, 경희법학 제48권 제3호(2013.9), 99면.

10) 법관이 증거법에서 발휘할 수 있는 재량이 실체법보다 더 크다는 전제 하에, 증명곤란이 있는 경우 증명책임을 전환을 통하여 이를 손쉽게 해결하려는 시도는, 부당한 논증부담의 회피가 될 수 있다고 한다. 이동진, 위험영역설과 증거법적 보증책임 : 증명책임 전환의 기초와 한계, 저스티스 통권 제138호(2013년10월호), 167면(199면 이하).

11) 대법원 1995. 2. 10. 선고 93다52402 판결, 대법원 2012. 1. 27. 선고 2009다82275 판결; 대법원 2015. 2. 12. 선고 2012다6851 판결 참조.

에 의하여 초래된 것이라고 추정할 수 밖에 없다고 한 사례

그러나 이와 같은 사실상 추정법리는 다른 원인이 있다고 보기 어려운 간접사실들에 대해 예외적으로 개연성이 높은 경우에 인정되며, 이러한 사례는 표현증명의 한 예에 불과하고, 증명책임의 전환은 아니라고 해석하고 있다.¹²⁾

최근에는 그 경우에도 의사의 과실로 인한 결과 발생을 추정할 수 있을 정도의 개연성이 담보되지 않는 사정들을 가지고 막연하게 중한 결과에 대하여 의사의 과실과 인과관계를 추정함으로써 결과적으로 의사에게 무과실의 증명책임을 지우는 것까지 허용되는 것은 아니라고¹³⁾ 하여 판례는 위의 판례와 반대되는 해석을 하는 것은 아니라고 본다.

다만, 인과관계에서 비례성의 원칙에 따라 위자료를 인정하는 법리도 있다. 즉 “주의의무 위반 정도가 일반인의 처지에서 보아 수인한도를 넘어설 만큼 현저하게 불성실한 진료를 행한 것이라고 평가될 정도에 이른 경우라면 그 자체로서 불법행위를 구성하여 그로 말미암아 환자나 그 가족이 입은 정신적 고통에 대한 위자료 배상을 명할 수 있다. 이때 수인한도를 넘어서는 정도로 현저하게 불성실한 진료를 하였다는 점은 불법행위의 성립을 주장하는 피해자가 증명하여야 한다(대법원 2006. 9. 28. 선고 2004다61402 판결, 대법원 2014. 2. 13. 선고 2013다77294 판결 등 참조)”.

3. 입법론

판례에서 발전시키고 있는 의료책임 영역에서 입증부담의 부분적 전환이외에 추가적인 전환은 독일 입법에서도 좀 자제되어 왔다. 이는 입법이유서¹⁴⁾에서 해당하는 보다 광범위한 법적·정치적 요구가 의도적으로 수용되지 않았다는 점을 강조했다라는 사실에 의해 더욱 뒷받침된다.

1) 과실 입증책임

제692조의 7 (손해배상의무) 제2항에서 과실에 대한 입증책임도 매우 중요한 의미를 가진다. 원래 과실이라는 개념은 거래에서 요구되는 주의의무위반이다. 독일 민법(BGB) 제

12) 이동진, 위험영역설과 증거법적 보증책임 : 증명책임 전환의 기초와 한계, 저스티스 통권 제138호(2013년10월호), 167면 (185면).

13) 대법원 2012. 10. 11. 선고 2011다100138 판결 등 참조.

14) BT-Drucks. 17/10488 S. 9.

630h조 제1항에 따르면 과실 대신에 “과오(Fehler)”만 규정하고 있고, 일반(특수 위험이 아닌) 치료위험이 구체화된 경우 치료하는 사람의 과실로 추정된다. 전제 조건은 치료 위험이 치료하는 사람에 의해 완전히 통제 가능하고 이로 인해 환자의 신체 또는 건강에 상해가 발생했다는 것이다. 이것은 과실의 명백한 증거를 “과오”의 추정으로 전환한다.

하지만 특별한 진료위험(besondere Behandlungsrisiko)이 아니라 일반적인 진료위험(allgemeine Behandlungsrisiko)로 규정하고 있는 것과 이에 대한 법적 근거가 있는지 여부에 대해서는 독일 학계에서 의문이 제기되고 있다. 예를 들어, 편도선 절제술의 경우 관리 가능한 위험으로 출혈의 특별위험이 과실추정을 유발할 것이라고 예상해야 한다는 것이다. 아이가 편도선 절제술 후 편도선 부위 출혈로 사망한 경우 이는 ‘일반적 진료위험’이 아니라 ‘특별한 진료위험’이라는 점에서 “일반적”이라는 단어를 생략하거나 “일반적” 및 “특별한”로 대체할 수 있다고 한다.¹⁵⁾ 따라서 이론적으로 “특정” 치료 위험과 대조될 수 있는 “일반” 진료위험의 개념은 특별한 의미가 없다고 하며, 또한 이러한 용어는 입법이유서에서 더 이상 정의되지 않고 있다. 반성 없이 사용된 구성요건적 징표일 가능성이 높으며, 내용상 더 이상 진행되지 않아 혼란을 야기할 수 있다고 한다.¹⁶⁾

2) 과실의 입증책임

중요한 것은 제692조의2 (의료계약의 의의) 제1항에서 규정하고 있는 바와 같이 의사는 “달리 정하지 않는 한 의료행위 당시 의료기관 등 임상의학 분야에서 실천되고 있는 의료행위의 수준”을 준수하는 것이 매우 중요하며, 따라서 의사는 치료 중 특별한 기준을 준수할 의무가 있다.

이러한 점에서 제692조의 7 (손해배상의무) 제4항의 의료시설 및 인력의 보장은 제692조의 7 (손해배상의무) 제2항의 사실상의 추정원칙의 한계에 대한 보완으로서 입증책임의 완화 또는 전환에서 아주 중요한 의미를 가진다. 독일 판례에서와 같이 진료자 측에서 완전히 관리할 수 있는 위험의 특별한 경우는 자격이 충분하지 않은 사람을 사용하는 것이다.¹⁷⁾ 판례에 따르면, 무자격자에게 치료조치를 단순히 감독 없이 이전하는 것은 의무위반으로 간주되었다.¹⁸⁾ 이로 인한 위험증가는 판례의 입증책임의 전환에 대한 출발점이 되었

15) Deutsch, Deutsche Sonderwege zur Arzthaftung, NJW 2012, 2009(2011).

16) Spickhoff, Patientenrechte und Patientenpflichten – Die medizinische Behandlung als kodifizierter Vertragstypus, VersR 2013, 267(278).

17) BGHZ 88, 248 (256 f.) = NJW 1984, 655; Katzenmeier, Der Behandlungsvertrag – Neuer Vertragstypus im BGB, NJW 2013, 817 (821).

다. 이러한 전형적인 인과성은 차례로 인과관계의 법적 추정에 대한 내적 정당성이 된다.

3) 인과관계의 입증책임

입법안 제692조의 7 (손해배상의무) 제3항과 같은 입증책임에 관한 개별규정은 비록 판례의 법리에서 발전된 개념에 따라 위험과 인과관계의 기여도에 따라 차등화된 입증책임을 배분하는 시스템으로 해석될 수 있다. 이 점에서도 의료책임법은 ‘의료의 특례법’을 인정하지 않았지만 이미 증거법 전체를 형성한 분배원칙에 기초하고 있다.

독일 판례는 외과위가 맹장을 제거하고 수술 당일 오후 혈압이 급격하게 떨어진 이유가 상처가 터진 탓이 아니라 혈압강하제를 투여해서 야기되었다면, 이러한 경우에는 피고 의사가 즉각적인 조치가 있었더라도 환자가 사망했을 것이라는 사실을 더 이상 원고가 아니라 의사가 증명하여야 한다고 판시하였다.¹⁹⁾

우리나라 판례에서도 적어도 수술 중 또는 수술 후 합병증 등으로 생존확률이나 회복가능성이 높지는 않을 것으로 추측된다고 하더라도, 이상증상 발생 초기에 신속히 원인을 진단하고 수술적인 치료를 했다면 최소한 생존기간이 조금이라도 연장되었을 수 있어 보인다면 과실과 사망과의 인과관계 또한 추정된다고 보고 있다.

III. 끝마치며

종종 비판을 받아온 의료책임 소송에서 입증책임의 배분을 입법적 기반에 두려는 입법적 시도는 절차법적 측면에서 환영할 일이다. 입법안 제692조의 7 (손해배상의무)의 입증책임에 대한 규정은 계약상 의료책임에 대한 결론을 도출할 수 있도록 하므로 의무위반의 구체화 및 의료책임의 시스템에 대한 통합에 중요한 기여를 할 수 있다고 생각된다.

의료영역에서 계속적인 경제성에 따른 압박을 배경으로 의료수준을 보장하는 것은 더 이상 의료서비스 제공자의 단독책임이 될 수 없으며, 의료인과 의료정책의 의사결정자에게 점점 더 어려운 과제가 되고 있다. 하지만 그러한 이유에서 의료인의 면책을 정당화할 수는 없으며 환자의 권리도 보장해야 한다. 이러한 점에서 본 입법안에서 입증책임의 원칙과 분배에 대한 기본적인 내용을 규정함으로써 나름 의료계와 환자의 입장에 대한 균형적인 방

18) BGHZ 88, 248 (257) = NJW 1984, 655.

19) BGH, NJW 1978, 23 (37).

안을 모색하고 있다는 점에서 판례의 유연한 법형성도 기대해 보고자 한다.

물론 입법안은 판례법을 입법의 형태로 만들어지는 한 입증책임에 대해 입법의 형태로 판례법의 상태를 명시하는 것은 판례법의 유연한 발전을 막을 수 있다는 점에서 필요하지 않을 수 있다는 비판이 있을 수 있다. 하지만 입법이 유추 또는 목적론적 축소를 통해 더 발전될 수 있는지 여부는 열려 있다. 어쨌든 입법안은 입증책임에 대한 균형적인 분배를 시도하고 있으며, 적어도 기존의 판례의 법리보다 환자 친화적이고 의사와 환자의 권리의무 관계를 명확히 하는 점에서 의미가 있다.

‘진료계약의 민법 편입 개정’을 위한 심포지엄

지정토론

‘진료계약의 민법 편입 개정’을 위한 심포지엄

토론 3

백 경 희

교수, 인하대학교 법학전문대학원



의사의 설명의무의 민법 내 도입에 관하여

백 경 희 인하대학교 법학전문대학원 교수

주지하다시피 의사의 설명의무는 대륙법계 혹은 영미법계를 막론하고 의사가 환자에 대하여 임의로 전단적 의료행위(eigenmächtige Heilbehandlung)를 방지하고자 하는 것에서 시작되었습니다.¹⁾ 의사의 설명의무는 의료행위에 대한 환자의 동의를 구하기 위한 전제로, 의료행위에 대한 환자의 자기결정권 보호를 위한 측면으로 주로 설명되어 왔습니다.²⁾

우리나라에서도 환자의 동의를 구하기 위한 의사의 설명의무를 중심으로 논의가 되었습니다. 즉, 대법원은 환자의 동의를 얻기 위한 사전 설명의무에 관한 쟁점을 실시하면서 “일반적으로 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”에, “응급환자나 그밖에 특단의 사정이 없는 한”, “진료계약상의 의무 내지 침습 등에 대한 승낙을 얻기 위한 전제로서” “당해 환자나 그의 법정대리인³⁾”에게 “질병의 증상, 치료방법의 내용 및 필요성, 발생이 예상되는 위험 등에 관하여 당시의 의료수준에 비추어 상당하다고 생각되는 사항”을 설명하여 “당해 환자가 그 필요성이나 위험성을 충분히 비교해 보고 그 의료행위를 받을 것인가의 여부를 선택할 수 있도록 할 의무가 있다.”고 함으로써, 어떠한 경우에 환자의 동의가 필요한지, 면제 사유와 설명을 하여야 할 사항은 무엇인지, 설명의 상대방은 누구이고, 설명의 시기는 언제인지 등에 관한 기준을 제시하여 왔습니다.⁴⁾ 그리고 2016년 의료법에서 그 일부가 제24조의2에 ‘의료행위에 관한 설명’으로 신설되기도 하였습니다. 그러나 판례의 법리는 의료법에 도입되는 과정에서 온전한 형태로 받아들여지지 못하는 못하였고, 임상현장에 부합하지 않고 과중한 업무 부담을 가져온다는 의료계의

- 1) 신현호·백경희, 의료분쟁의 이론과 실제(상), 박영사, 2022, 219면; Adolf Laufs, Arztrecht, 5. Auflage., Beck, 1993, Rn. 168 ff.
- 2) Richard Weinmeyer, “Lack of Standardized Informed Consent Practices and Medical Malpractice”, Virtual Mentor, Vol.16, American Medical Association Journal of Ethics, 2014, pp.120-121; Marc Cornock, “Legal principles of responsibility and accountability in professional healthcare”, Orthopaedic & Trauma Times, Vol. 23, 2021, pp.16-17.
- 3) 환자 본인이 의사능력이 없거나 미성년자인 경우가 그러하다.
- 4) 대법원 1994. 4. 15. 선고 93다60953 판결; 대법원 1999. 9. 3. 선고 99다10479 판결; 대법원 2002. 10. 25. 선고 2002다48443 판결; 대법원 2011. 11. 24. 선고2009다70906판결.

반발과 그 의무 위반 시 형사벌까지 부과하는 것은 가혹하다는 이유로 여러 차례 수정을 거치기도 하였습니다. 그렇기 때문에 환자의 동의를 구하는 설명의무에 관한 판례 법리가 의료법 제24조의2와 일맥상통하지 못하고 있어 의료계의 혼란을 가져오고 있기도 합니다. 예를 들어 의료법 제24조의2에서는 ‘사람의 생명 또는 신체에 중대한 위해를 발생하게 할 우려가 있는 수술, 수혈, 전신마취’로 한정하여 규율하고 있음에 반하여, 판례에서는 그 이외에 투약이나 검사⁵⁾와 같이 침습성이 있고 악결과가 우려되는 의료행위에 대해서도 환자의 동의를 구하는 설명의무가 의사에게 요구된다는 점에서 여전히 간극이 나타나고 있습니다.⁶⁾

뿐만 아니라 대법원은 이러한 측면의 의사의 설명의무 외에, 진료상 의무로서 의료법 제24조의 요양방법 지도에 근거를 둔 ‘지도·설명 의무’라는 범주를 판시하면서 양자를 구분하고, 법적 성격과 민사상 손해배상책임의 범위 역시 달리 파악하기도 하였습니다.⁷⁾ 이후에도 대법원은 설명의무와 지도·설명 의무에 관하여 법규정으로 정하지 않은 내용에 대하여 법리를 형성해 오고 있는바, 최근 대법원은 “의사의 설명의무는 의료행위가 행해질 때까지 적절한 시간적 여유를 두고 이행되어야 한다. ... 의사가 환자에게 의사결정함에 충분한 시간을 주지 않고 의료행위에 관한 설명을 한 다음 곧바로 의료행위로 나아간다면 이는 환자가 의료행위에 응할 것인지 선택할 기회를 침해한 것으로서 의사의 설명의무가 이행되었다고 볼 수 없다. 이때 적절한 시간적 여유를 두고 설명의무를 이행하였는지는 의료행위의 내용과 방법, 그 의료행위의 위험성과 긴급성의 정도, 의료행위 전 환자의 상태 등 여러 가지 사정을 종합하여 개별적·구체적으로 판단하여야 한다.”고 한 바 있습니다.⁸⁾

실제 의료과실이 문제되는 사건에서 의사의 설명의무에 대하여 의사와 환자 사이에 다양한 양상의 다툼이 발생하고 있고, 설명의무 위반으로 손해배상책임을 부담해야 하는 의사들은 판례가 설명의무 요건을 확대 해석하고 있다고 하면서 판결에 대하여 집단적으로 불만을 표출하는 경우가 나타나기도 합니다.⁹⁾

5) 담체관 조영술 검사 후 급성 체장염이 발생하여 사망한 사안으로 대법원 2007. 5. 31. 선고 2005다5867 판결.

6) 백경희·김성은, “환자의 진료협력의무 위반과 의사의 설명의무·설득의무 간의 관계에 관한 고찰- 통상의 의료행위와 미용성형수술행위와의 비교 -”, 의생명과학과 법 제22권, 2019, 132면.

7) 대법원 2005. 4. 29. 선고 2004다64067 판결; “일반적으로 의료행위에는 통상 진단과 치료 외에 환자에 대한 요양지도도 포함되고, 이러한 요양지도는 환자의 질병·연령·성별·성격·교양 정도 등에 응하여 진료의 각 단계에서 적절한 시기에 환자의 상황에 따라 구체적으로 이루어져야 할 것”이라고 판시하였다. 그리고 지도·설명 의무에서 요구되는 설명의 내용과 정도에 대하여 판례는 “부작용의 발생가능성이 높지 않더라도 일단 발생하면 그로 인한 중대한 결과를 미연에 방지하기 위하여 필요한 조치가 무엇인지를 환자 스스로 판단하고 대처할 수 있도록 환자의 교육정도·연령·심신상태 등 사정에 맞추어 구체적인 정보의 제공과 함께 이를 설명·지도할 의무가 있다.”

8) 관련된 판례 평석으로는 백경희, “수술행위 시 의사의 설명의무의 시간적 범위와 분업에 관한 소고 - 대법원 2022. 1. 27. 선고 2021다265010 판결을 중심으로 -”, 법학논총 제53집, 2022, 39-68면 참조.

9) 2022. 2. 14. 자 연합뉴스 기사, 대법 “수술 전 환자에 숙고시간 안주면 설명의무 위반”...의협 반발(<https://www.yna.co.kr/view/AKR20220214153100017>)

그렇기 때문에 일반법인 민법에서 의료법 제24조 및 제24의2에서 해결할 수 없는 영역에 대한 ‘의사의 설명의무’의 내용을 유형화하여 명문화할 필요가 있고, 최근 판례의 동향에 대하여도 체계적으로 규정하여야 할 필요성이 있습니다. 그리고 이 때에는 환자의 권리 보호 측면뿐만 아니라 의사의 설명의무와 관련된 무제한적 책임을 지양하기 위한 측면도 함께 고려하여야 할 것입니다.

‘진료계약의 민법 편입 개정’을 위한 심포지엄

지정토론

‘진료계약의 민법 편입 개정’을 위한 심포지엄

토론 4

이 정 민

변호사, 법무법인 히포크라테스



의료계약의 입법과 증명책임 분배를 중심으로

이 정 민 변호사, 법무법인 히포크라테스

1. 개정안 제안의 배경 및 근거

가. 의료계약의 의의

(1) 제안안

제692조의2 (의료계약의 의의)

- ① 의료계약은 당사자 일방이 진단, 치료, 요양 기타 의료적 처치를 행할 것을 위탁하고 상대방이 이를 승낙함으로써 그 효력이 생긴다. 의료행위는 달리 정하지 않는 한 의료행위 당시 의료기관 등 임상의학 분야에서 실천되고 있는 의료행위의 수준을 기준으로 행해져야 한다.
- ② 태아는 제762조에도 불구하고 진단, 치료, 요양 기타 의료적 처치 중 사산되더라도 손해배상청구권에 관하여는 이미 출생한 것으로 본다.

(2) 비교법적 검토

네덜란드 민법에서는 의료계약에 관하여 규정하고 있는데, 의료계약을 자연인 또는 법인인 의료제공자가 전문적 의료업 수행과정에서 계약상대방 또는 제3자를 위하여 의료적 처치를 제공하기로 하는 계약으로 정의하고 있다.¹⁾

독일은 2013. 민법 개정으로 진료계약을 전형계약으로 편입하였고, 독일민법 제630조의 a조에²⁾ ‘진료계약으로써 환자의 의료적 진료를 약속한자는 약정한 진료의 급부를 하고, 타

* 법학박사(수료)·대한변호사협회 의료인권소위원회 위원 및 진료계약의 민법 편입을 위한 TF 간사

1) 박수곤, 의료계약의 민법편입과 과제, 민사법학(60), 한국민사법학회, 2012, 201면 이하 참조.

2) 의료계약의 민법전 도입 가능성, 재산법연구(제36권 제2호), 한국재산법학회, 2019, 63면 이하; 박수곤, 앞의 논문, 2012,

당 당사자는, 제3자가 지불할 의무가 없는 한, 합의한 보수를 담보할 의무가 있다. 진료는, 달리 합의한 바가 없는 한, 진료시에 일반적으로 승인된 전문적 기준에 따라 이루어져야 한다.’고 규정하고 있다.

(3) 제안의 배경

의료계약의 유상성 관련, 시설 수용자나 교도소 재소자 등 무상 의료계약을 포섭하기 위해, 유상성을 개념 표지에서 제외하였고, 기대여명이 증가됨에 따라 요양원 관련 의료사고가 증가함에 따라, 요양원의 경우에도 의료계약에 포섭시키기 위해 ‘요양’이 의료계약에 포함되는 것을 명확히 하였다.

독일 민법과 같이 의료계약의 의의 규정에 의료행위 관련 주의의무의 기준을 정하였는데, 이는 대법원 판례³⁾를 반영한 것이다.

또한, 종래 분만 중인 태아를 권리, 의무의 주체로 보지 않았기 때문에 산과 사고에서 태아의 보호가 미흡하였던 점⁴⁾ 등을 고려하여, 분만 중인 태아는 사산되더라도 의료계약에 관하여 이미 출생한 것으로 본다는 규정을 두었다.

나. 정보제공의무

(1) 제안안

제692조의3 (정보제공의무)

의료제공자는 진료 개시 당시 환자에게 이해할 수 있는 방법으로 진단, 예후, 진료방법 및 진료 당시와 이후 행해질 처치 등 중요한 사정에 관한 정보를 제공하여야 한다. 진료로 인해 건강상 위험이 발생할 수 있는 경우에는 이를 회피할 수 있는 정보를 제공하

265면 이하 참조.

3) 대법원 2022. 3. 17. 선고 2018다263434 판결 참조

- 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 당시 의료기관 등 임상의학 분야에서 실천되고 있는 의료행위의 수준을 기준으로 삼되, 그 의료수준은 통상의 의사에게 의료행위 당시 일반적으로 알려져 있고 또 시인되고 있는 이른바 의학상식을 뜻하므로 진료환경과 조건, 의료행위의 특수성 등을 고려하여 규범적인 수준으로 파악해야 한다.

4) 이철우, 로마 상속법상 태아의 보호, 법사학연구 제64호, 304면 참조

여야 한다.

(2) 비교법적 검토

네덜란드 민법은 의료제공자가 환자에게 제공될 진료의 내용 및 효과, 환자의 건강상태 및 진료 후의 경과 등에 대한 정보를 제공하도록 하고 있다.⁵⁾

독일 민법 제630조의 C조 제②항⁶⁾은, ‘진료자는 환자에게 진료 개시시에 이해할 수 있는 방식으로, 그리고 요구되는 한, 그 진료과정에서 진료를 위한 제반의 본질적인 사정, 특히 진단, 예상되는 건강상 예후, 시술과 그 시술 당시와 그 후 취해질 처치들을 해명해 주어야 한다.’ 규정하여, 진료자의 정보제공의무를 규정하고 있다.

(3) 제안의 배경 및 근거

독일 및 네덜란드 입법례와 같이, 제안안은 의사의 침습행위 이전에 동의의 전제로서 설명의무 이외에 의료제공자자의 정보제공의무를 규정하였다.

다. 동의

(1) 제안안

제692조의4 (동의)

- ① 의료제공자는 개별 의료행위에 대하여 미리 환자의 동의를 받아야 한다. 환자가 동의를 할 수 없는 때에는 그 친권자나 동의권한 있는 후견인 등 법정대리인의 동의를 받아야 한다.
- ② 동의 전에 의료행위가 지체되어 환자의 생명에 위험을 초래하거나 심신상의 중대한 장애를 초래할 경우에는 동의 없이 진료할 수 있다.

5) 박수곤, 앞의 논문, 231면 참조

6) 독일 민법 제630조의 c 계약 당사자의 협력:정보안내의무

② 진료자는 환자에게 진료 개시시에 이해할 수 있는 방식으로, 그리고 요구되는 한, 그 진료과정에서 진료를 위한 제반의 본질적인 사정, 특히 진단, 예상되는 건강상 예후, 시술과 그 시술 당시와 그 후 취해질 처치들을 해명해 주어야 한다. 진료자가 진료상 오류의 상정에 원인 되는 사정을 인식할 수 있는 때에는 진료자는 환자에게 그 사정에 관한 문의에 응하여, 또는 건강상 위험을 피하도록 그 정보를 안내하여야 한다. 진료자 또는 형사소송령 제52조 제1항에 해당하는 그의 구성원이 진료상 오류를 행한 때에는 위2문의 정보안내는 진료자의 동의가 있어야만 진료자 또는 그의 소속원에 대한 형사 또는 벌과금 절차상 증명을 목적으로 사용할 수 있다.

- ③ 동의는 제692조의5에서 정한 설명을 사전에 들어야 효력이 있다.
- ④ 동의는 진료 전에 언제든지 자유롭게 철회될 수 있다.

(2) 비교법적 검토

네덜란드 민법은 의료적 처치와 관련하여 환자의 동의가 전제되어야 한다는 점과 동의권자의 범위에 대해서 규정하고 있다.⁷⁾

독일민법 제630조의 d⁸⁾에서는 의료적 처치를 시행하기전에 환자 등의 사전동의를 받아야 한다는 점 등에 대해서 규정하고 있다.

(3) 제안의 배경

의사의 침습행위에 대한 전제로 미리 환자의 동의를 받을 것을 명확히 하였고, 동의를 받기 어려운 경우에는 동의 없이 진료할 수 있다는 점에 대해서도 명확히 하였다.

라. 설명의무

(1) 제안안

제692조의5 (설명 의무)

- ① 의료제공자는 의료행위에 대한 동의를 받기 위하여 환자에게 의료행위의 내용 및 필요성, 그로 인한 비용 및 예견할 수 있는 위험 등 환자가 동의 여부에 관한 결정을 함에 있어서 중요한 것으로서 당시의 의료수준에 비추어 상당하다고 인정되는 사항을 설명하여야 한다. 다만 환자의 승낙이 명백히 예상되는 경우에는 그러하지 아니하다.
- ② 의료제공자 또는 처치 시행에 관한 교육을 받은 사람은 환자가 이해할 수 있는 방법

7) 박수곤, 앞의 논문, 239면 참조

8) 독일 민법 제630조의 d 사전동의

① 의료적 처치, 특히 신체 또는 건강의 침습의 처치를 시행하기 전에 진료자는 환자의 사전동의를 받아야 한다. 환자가 사전동의의 능력이 없는 때에는, 제1907조의 a 제1항 1문에 따른 환자의 처분이 그 처치를 허용 또는 금지하지 않는 한, 그에 관해 권한 있는 자의 사전동의를 받아야 한다. 다른 규정들에서 요하는 그 밖의 사전동의에는 영향을 미치지 아니한다. 미룰 수 없는 처치를 위한 사전동의를 적시에 받을 수 없는 때에는 그 처치가 환자의 추단적 의사에 상응하는 때에는 사전동의 없이 그 처치는 시행될 수 있다.

② 사전동의의 유효성은 환자, 또는 제1항 2문의 사전동의에 권한 있는 자가 그 동의를 하기 전에 제630조의 e 제1항 내지 제4항의 규준에 따라 설명을 들은 것을 전제한다.

③ 사전동의를 언제든지, 그리고 그 그건의 제시 없이 자유로운 방식으로 철회될 수 있다.

으로 적절한 시점에 전항의 설명을 하여야 한다.

③ 환자의 생명에 위험을 초래하거나 심신상의 중대한 장애를 초래할 수 있어서 처치를 미룰 수 없거나 환자가 설명을 듣는 것을 명백히 포기한 경우에는 설명을 요하지 아니한다.

(2) 비교법적 검토

독일민법 제630조의 e⁹⁾는 환자의 사전동의 전제로서 설명의무를 규정하고, 그 이행의 방법, 시기, 설명의 정도, 설명을 요하지 않는 경우 등에 대해서 정하고 있다.

(3) 제안의 배경 및 근거

제안안은 대법원의 확립된 법리인 동의의 전제로서 의료제공자의 설명의무를 규정하고¹⁰⁾, 가정적 승낙에 의한 면책도 함께 규정하였다.¹¹⁾ 설명의 시점에 관하여도 대법원의 최근 판결¹²⁾ 및 독일 민법의 태도를 반영하였고, 설명의무가 면제되는 경우도 함께 규정하

9) 독일 민법 제630조의e 설명의무

① 의료인은 동의에 필수적인 모든 사정을 설명할 의무를 진다. 그에는 특히 처치의 종류, 범위, 기대되는 효과 및 위험, 나아가 진단 또는 치료법을 고려할 때 그 필요성, 긴급성, 적합성 및 성공가능성이 포함된다. 의학적으로 동등하게 고려될 수 있는 복수의 통상적인 처치방법이 현저히 다른 부담, 위험 또는 치유가능성의 결과를 낳을 수 있는 경우에는 다른 처치방법에 대하여도 언급하여야 한다.

② 설명은,

1. 구두로 의료인 또는 처치의 실행에 필요한 전문교육을 받은 사람에 의하여 행하여져야 한다; 또한 환자가 문면방식을 받은 서면이 보충적으로 원용될 수 있다,
2. 환자가 숙고한 다음 동의 여부의 결정을 할 수 있도록 적시에 행하여져야 한다,
3. 환자가 이를 이해할 수 있어야 한다.

환자가 설명 또는 동의와 관련하여 서명한 서면은 그 부분이 환자에게 교부되어야 한다.

③ 환자에의 설명은 그것이 특별한 사정에 기하여 예외적으로 불필요한 경우, 특히 처치가 뒤로 미루어질 수 없거나 환자가 설명을 명시적으로 포기한 경우에는 요구되지 아니한다.

④ 제603조의d 제1항 제2문에 따라 동의가 그 권한 있는 사람에 의하여 행하여져야 하는 경우에는 그 사람이 제1항 내지 제3항에 의하여 설명을 받아야 한다.

⑤ 제630조의d 제1항 제2문의 경우에 제1항에서 정하는 필수적 사정들은 환자가 그 발육단계 및 이해가능성에 기하여 설명을 받아들일 수 있고 또한 그것이 그의 이익에 반하지 아니하는 경우에는 환자에게도 그의 이해력에 상응하게 설명되어야 한다.

10) 대법원 1994. 4. 15. 선고 93다60953 판결

- 일반적으로 의사는 환자에게 수술 등 침습을 가하는 과정 및 그 후에나쁜 결과 발생의 개연성이 있는 의료행위를 하는 경우 또는 사망 등의 중대한 결과 발생이 예측되는 의료행위를 하는 경우에 있어서 응급환자의 경우나 그 밖에 특단의 사정이 없는 한 진료계약상의 의무 내지 위 침습 등에 대한 승낙을 얻기 위한 전제로서 당해 환자 또는 그 가족에게 질병의 증상, 치료방법의 내용 및 필요성, 발생이 예상되는 위험 등에 관하여 당시의 의료수준에 비추어 상당하다고 생각되는 사항을 설명하여 당해 환자가 그 필요성이나 위험성을 충분히 비교하여 그 의료행위를 받을 것인가 여부를 선택할 수 있도록 하는 의무가 있다.

11) 대법원 2002. 1. 11. 선고 2001다27449 판결

- 환자가 올바른 설명을 들었더라도 투약에 동의하였을 것이라는 이른바 가정적 승낙에 의한 면책은 항변사항으로서 환자의 승낙이 명백히 예상되는 경우에만 허용된다.

12) 대법원 2022. 1. 27. 선고 2021다265010 판결

였다.

마. 의무기록

(1) 제안안

제692조의 6 (의무기록)

- ① 의료제공자는 환자의 의무기록에 의료행위 당시와 장래 의료행위를 위해 본질적인 처치와 그 결과, 특히 병력, 진단, 검사, 검사결과, 질병소견, 치료와 그 효과, 침습적 시술과 그 효과, 사전동의 설명을 전부 기재할 의무가 있다. 의사소견서들은 환자의 의무기록에 수록되어야 한다.
- ② 의료제공자는 타 법령에 의한 다른 보관기간이 없는 한, 환자의 의무기록을 의료행위 종료 후 10년 동안 보관하여야 한다.

(2) 비교법적 검토

네덜란드 민법은 의료제공자의 진료기록 작성 의무 및 진료기록 보관의무 등을 규정하고 있고,¹³⁾ 독일 민법 또한 제630조의 f¹⁴⁾에서 진료기록 작성 의무 및 보관의무 등을 규정하고 있다.

- 의사는 응급환자의 경우나 그 밖에 특별한 사정이 없는 한 환자에게 수술 등 인체에 위험을 가하는 의료행위를 할 경우 그에 대한 승낙을 얻기 위한 전제로서 환자에게 질병의 증상, 치료방법의 내용 및 필요성, 발생이 예상되는 생명, 신체에 대한 위험과 부작용 등에 관하여 당시의 의료수준에 비추어 환자가 의사결정을 함에 있어 중요하다고 생각되는 사항을 구체적으로 설명하여 환자로 하여금 수술 등의 의료행위에 응할 것인지 스스로 결정할 기회를 가지도록 할 의무가 있다. 이와 같은 의사의 설명의무는 의료행위가 행해질 때까지 적절한 시간적 여유를 두고 이행되어야 한다. 환자가 의료행위에 응할 것인지를 합리적으로 결정할 수 있기 위해서는 그 의료행위의 필요성과 위험성 등을 환자 스스로 숙고하고 필요하다면 가족 등 주변 사람과 상의하고 결정할 시간적 여유가 환자에게 주어져야 하기 때문이다. 의사가 환자에게 의사를 결정함에 충분한 시간을 주지 않고 의료행위에 관한 설명을 한 다음 곧바로 의료행위로 나아간다면 이는 환자가 의료행위에 응할 것인지 선택할 기회를 침해한 것으로서 의사의 설명의무가 이행되었다고 볼 수 없다. 이때 적절한 시간적 여유를 두고 설명의무를 이행하였는지는 의료행위의 내용과 방법, 그 의료행위의 위험성과 긴급성의 정도, 의료행위 전 환자의 상태 등 여러 가지 사정을 종합하여 개별적·구체적으로 판단하여야 한다.

13) 박수근, 앞의논문, 246면 참조

14) 독일 민법 제630조의 f 진료의 문서화

① 진료자는 진료와 시간적으로 직접적인 관련이 있는 때에 지면의 형식이나 전산의 방식으로 문서화할 의무가 있다. 환자의 진료기록상 기입사항의 정정과 변경은 본래의 내용과 더불어 언제 그러하게 수정되었는지를 인식할 수 있도록 남겨지는 때에만 허용된다. 전산 방식에 의해 작성된 환자의 진료기록도 그러하다.

② 진료자는 환자의 진료기록에 진료 당시와 장래 진료를 위해 본질적인 처치와 그 결과, 특히 병력, 진단, 검사, 검사결과, 질병소견, 치료와 그 효과, 침습적 시술과 그 효과, 사전동의와 설명을 전부 기재할 의무가 있다. 의사소견서들은 환자의 진료기록에 수록되어야 한다.

③ 진료자는 타 법령에 의한 다른 보관기간이 없는 한, 환자의 진료기록을 진료 종료 후 10년 동안 보관하여야 한다.

(3) 제안의 배경 및 근거

현행법 하에서 진료기록 작성 및 보관의무는 의료법에 규정된 것으로 의료인에게 부과된 공법상 의무로 평가된다. 제안안은 네덜란드 및 독일의 입법례를 참고하여 공법상 의무와 별개로 사법상의 의무로서 진료기록 작성 및 보관의무를 규정하였다.

바. 손해배상의무

(1) 제안안

제692조의 7 (손해배상의무)

- ① 의료제공자는 의료계약상의 의무를 위반하여 발생한 환자의 손해를 배상할 의무가 있다.
- ② 진단, 치료, 요양 기타 의료적 처치 도중이나 그 후 환자에게 중한 결과의 원인이 된 증상이 발생한 경우에는 그 증상 발생에 관하여 의료상의 주의의무 위반행위를 제외한 다른 원인이 있다고 보기 어려운 경우, 그와 같은 증상은 의료상의 주의의무 위반행위에 기한 것으로 추정한다.
- ③ 환자가 진단, 치료, 요양 기타 의료적 처치 도중 건강상태가 악화되거나 사망한 경우 일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 주의의무 위반행위와 의료행위 이전에 그러한 결과의 원인이 될 만한 건강상의 결함이 없었다는 사정을 증명한 경우에 있어서는 의료상의 주의의무 위반행위로 환자의 손해가 발생한 것으로 추정한다.
- ④ 의료제공자가 시행한 진단, 치료, 요양 기타 의료적 처치에 관하여 필요한 인력 또는 시설 등의 필요한 의료조건을 갖추지 못한 경우에, 환자의 손해는 이로 인해 발생한 것으로 추정한다.
- ⑤ 의료제공자가 의료상 요청되는 본질적 처치와 그 결과를 제692조의 6에 반하여 환자의 의무기록에 기재하지 않았거나 의무기록을 보관하지 않은 때에는 그 의료제공자가 위의 처치를 하지 않은 것으로 추정한다.
- ⑥ 의료제공자가 현저하게 불성실한 진료를 행한 경우, 환자에게 재산상의 손해없는 경우에도 손해배상의 책임이 있다.

(2) 비교법적 검토

네덜란드 민법에서 의료계약상의 채무불이행으로 인한 손해배상책임의 성립과 관련하여 입증책임을 전환하거나 경감하는 직접적인 규정은 존재하지 않는다.¹⁵⁾

독일 민법 제630조의 h¹⁶⁾는 진료상 오류와 설명상 오류에 대한 책임의 입증부담이라는 표제하에, 종래 독일 법원이 인정해오던 입증책임 전환 내지는 경감에 관한 법리를 명문화하여 규정하고 있다.¹⁷⁾

(3) 제안의 배경 및 근거

위 제2항 및 제3항은 종래 대법원이 환자측의 입증책임 완화 내지 경감을 위해 구축해온 과실 및 인과관계를 추정하는 법리¹⁸⁾, 과실 입증 후 인과관계를 추정하는 법리를¹⁹⁾ 명문화한 것이다.

15) 박수근, 앞의 논문, 254면 참조

16) 독일 민법 제630조의 h 진료상 오류와 설명상 오류에 대한 책임의 입증부담

① 진료자의 오류는 진료자가 전적으로 지배할 수 있었고 환자의 생명, 신체 또는 건강의 침해를 초래한 일반적 진료상 위험이 실현된 때에 추정된다.

② 진료자는 그가 제630조의 d에 적합한 사전동의를 받았고 제630조의 e의 요건에 상응하여 설명하였다는 것을 증명하여야 한다. 설명이 제630조의 e의 요건을 충족하지 못한 때에는 진료자는 환자가 규정에 적합한 설명을 한 경우에도 사전동의를 하였으리라는 것을 원용할 수 있다.

③ 진료자가 의료상 요청되는 본질적 처치와 그 결과를 제630조의 f 제1항 또는 제2항에 반하여 환자의 진료기록에 기재하지 않았거나 제630조의 f 제3항에 반하여 환자의 진료기록을 보관하지 않은 때에는 그 진료자가 위의 처치를 하지 않은 것으로 추정된다.

④ 진료자가 그가 행한 진료에 역량이 없었던 때에는 그 흠결된 역량이 생명, 신체 또는 건강 침해의 발생에 원인이었던 것으로 추정된다.

⑤ 중대한 진료상 오류가 있고 그 오류가 사실상 발생한 양태의 생명, 신체 또는 건강 침해를 초래하기에 적합한 때에는 그 진료상 오류는 위 침해의 원인이었던 것으로 추정된다. 진료자가 의료적으로 요청된 질병소견을 적시에 제거하거나 확인하지 않은 때에는 그 소견이 결과를 초래하기에 충분한 개연성이 있었고 그 이상의 처치를 하기 위한 계기가 될 수 있었던 한, 그리고 그러한 처치를 하지 않은 것이 중대한 오류였을 때에는 위와 같이 추정한다.

17) BT-Drs. 17/10488, S. 30; 이재경, 독일민법의 의료계약에 관한 연구, 중앙법학(제19권 제1호), 중앙법학회, 2017, 22면 참조 ; 박호균, 의료민사책임의 귀속과 증명에 관한 연구, 박사학위논문, 고려대학교, 197면 참조

18) 대법원은 “... 이 사건에서와 같이 환자가 수술 도중에 사망의 원인이 된 증상이 발생한 경우에는 그 증상 발생에 관하여 의료상의 주의의무 위반행위를 제외한 다른 원인이 있다고 보기 어려운 여러 간접사실들을 입증함으로써 그와 같은 증상이 의료상의 주의의무 위반행위에 기한 것이라고 추정하는 것도 가능하다.”고 판시한 바 있고(대법원 1993 7. 27. 선고 92다15031 판결 참조), 이후에도 이와 같은 법리를 활용하고 있다.

19) 대법원은 “... 이 사건에 있어서와 같이 환자가 치료도중에 사망한 경우에 있어서는 피해자측에서 일련의 의료행위 과정에 있어서 저질러진 일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실있는 행위를 입증하고 그 결과와 사이에 일련의 의료행위외에 다른 원인이 개재될 수 없다는 점, 이를테면 환자에게 의료행위 이전에 그러한 결과의 원인이 될 만한 건강상의 결함이 없었다는 사정을 증명한 경우에 있어서는, 의료행위를 한 측이 그 결과가 의료상의 과실로 말미암은 것이 아니라 전혀 다른 원인으로 말미암은 것이라는 입증을 하지 아니하는 이상, 의료상 과실과 결과 사이의 인과관계를 추정하여 손해배상책임을 지을 수 있도록 입증책임을 완화하는 것이 손해의 공평·타당한 부담을 그 지도원리로 하는 손해배상제도의 이상에 맞다고 하지 않을 수 없다.”고 판시한 바 있다(대법원 1995. 2. 10. 선고 93다52402 판결 참조)

위 제4항은 의료제공자가 필요한 인력, 시설 등을 갖추지 못한 경우, 과실을 추정하는 규정을 두었는데, 독일 민법 제630조의 e 제2항 제1문²⁰⁾ 및 동일한 취지의 하급심 판례²¹⁾를 명문화한 것이다.

위 제5항은 또한, 독일 민법 제630조의h 제3항²²⁾과 같이, 의무기록상 찾기 어려운 행위나 의무기록이 보관되지 않은 의료적 처치는 의료제공자가 행하지 않은 것으로 추정하는 규정을 두었다.

위 제6항은 현저하게 불성실한 진료를 하는 경우, 의료행위와 환자의 악결과 발생 사이에 인과관계가 없더라도 위자료 청구가 가능하다는 판례 법리²³⁾를 명문화하여, 이에 대한 근

20) 독일 민법 제630조의 e 설명의무

② 설명은, 1. 진료자 또는 처치의 시행상 반드시 요하는 교육을 받은 자에 의해 구두로 이루어져야한다; 보완적으로는 환자가 서면으로 보유하여 참조하는 서류로도 할 수 있다.

21) 서울고등법원 2019.01.17. 선고 2018나2024378 판결, 정형외과의원에서 손목-어깨-허리 통증 등 증상으로 여러 차례에 걸쳐 프롤로주사 치료를 받아오던 중, 119 구급대를 통해 피고 병원 응급실로 이송되었고, 그 직후 피고 병원 의료진에게 1주일 전 정형외과에서 프롤로주사 치료를 받은 후 오른쪽 팔이 붓고 전신 근육통이 발생하였으며, 2일 전부터는 움직일 수 없을 정도의 통증이 있다고 증상을 호소, 피고 병원 의료진은 망인에 대하여 흉부방사선검사(X-ray 검사), 전혈구검사, 간기능검사, 심전도 검사, 일반혈액검사 등을 시행함과 아울러 망인에 대한 신체검진 결과 쇠약하고 오른쪽 팔에 부종이 있으며 통증으로 움직이지 못하는 상태임을 확인, 피고 병원 의료진은 망인에 대한 흉부방사선검사 결과상 망인에게 특별한 이상을 발견하지 못하였다. 이에 피고 병원 의료진은 망인을 근육통, 연조직염으로 진단하고 같은 날 18:47경 정형외과로 입원 조치한 다음, 망인에 대하여 진통제 및 진통소염제를 투약하였다. 피고 병원 의료진은 2016. 9. 16. 00:00경 망인에게 마지막으로 진통제를 투약하였는데, 같은 날 05:54경 간호사가 망인이 숨을 쉬지 않는 것을 발견하였고, 망인은 이후 06:05경 심정지를 거쳐 06:20경 사망, 국립과학수사연구원의 망인에 대한 부검 결과, 오른쪽 흉강에서 삼출성 흉강액(약 120cc)이 발견되었고, 오른 폐 하엽의 장축 흉막에서 넓은 범위의 화농성 염증 소견을 보였으며, 오른 흉강의 벽측 흉막 및 횡격막에서도 화농성 염증 소견을 보였고, 혈액에서 미생물(황색포도상균 등)이 검출되어, 국립과학수사연구원은 2016. 12. 12. 망인이 흉막염 및 그에 병발한 패혈증에 의해 사망하였을 것으로 판단, 병원 의료진은, 비록 응급실 내원 당시 이미 발생한 상태이던 망인의 흉막염과 그에 병발한 패혈증을 미리 의심하고 진단할 수는 없었다 하더라도, 위와 같은 병력을 보이는 망인의 구체적인 증상이나 상황을 정확하게 진찰하고 진단함으로써 위험한 결과 발생을 예방·회피하기 위해 통상적으로 요구되는 응급혈액검사, 호흡수 측정 등을 하지 않고 흉부방사선검사 또한 제대로 하지 않음에 따라, 내원 당시 이미 발생한 상태이던 망인의 흉막염과 그에 병발한 패혈증을 진단하고 그에 따른 적절한 조치를 취할 수 있는 기회를 상실하여 그로 인해 망인이 사망에 이르는 결과를 초래하였다고 판단한 사례

- 서울중앙지방법원 2018.11.29 선고 2017가단5241379 판결 - 좌측 슬관절 전치환술, 당시 76세로 5년 전부터 당뇨와 고혈압 진단으로 약물을 복용, 무릎 수술로 인하여 급성심근경색증이 발병하였다고 단정하기 어렵다. 하지만 전원지연 인정, 피고 의원은 16:40경 심전도로 급성심근경색증을 의심하고 17:20 전원결정 하였음에도 바로 자신의 구급차로 전원조치하지 않고 17:15 사설구급차를 불러 18:00경 사설구급차 도착 후 전원조치, 45분 ~ 1시간 20분 지체, 일반적으로 급성 심근경색증으로 병원에 방문한 후 90분 이내 관상동맥 협착부위 성형술을 권고하고 있는 점에 비추어 피고 의원이 사설구급차를 호출하는데 45분을 소요한 점은 납득하기 어렵다고 판시

22) 독일민법 제630조의h 진료상 오류와 설명상 오류에 대한 책임의 입증부담

(1) 내지 (2) <생략>

(3) 진료자가 의료상 요청되는 본질적 처치와 그 결과를 제630조의f 제1항 또는 제2항에 반하여 환자의 진료기록에 기재하지 않았거나 제630조의f 제3항에 반하여 환자의 진료기록을 보관하지 않은 때에는 그 진료자가 위의 처치를 하지 않은 것으로 추정된다.

(4) 내지 (5) <생략>

23) 대법원은 "...그러한 주의의무 위반과 환자에게 발생한 악결과 사이에 상당인과관계가 인정되지 않는 경우에는 그에 관한 손해 배상을 구할 수 없다 할 것이다. 다만, 그 주의의무 위반의 정도가 일반인의 처지에서 보아 수인한도를 넘어서는 만큼 현저하게 불성실한 진료를 행한 것이라고 평가될 정도에 이른 경우라면 그 자체로서 불법행위를 구성하여 그로 말미암아 환자나 그 가족이 입은 정신적 고통에 대한 위자료의 배상을 명할 수 있다고 보아야 할 것이나, 이때 그 수인한도를 넘어서는 정도로

거를 명확히 하였다.

사. 사무관리

(1) 제안안

제734조 ~ 제737조

제738조 (준용규정)

제683조 내지 제685조 및 제692조의2 내지 제692조의7의 규정은 사무관리에 준용한다.

제739조, 제740조

(2) 제안의 배경

교도소 재소자의 의료사고 등과 같이 환자가 직접적으로 의료계약을 체결하지 않는 경우에도, 의료계약편의 규정들을 적용하기 위해, 사무관리의 준용규정에 의료계약 부분을 추가하였다.

2. 결 어

앞서 본 바와 같이, 진료계약의 민법 편입을 위한 TF에서 제안한 민법 개정안은, 의료소송 관련 종래 대법원이 구축해온 법리들을 기반으로 한 것으로, 확립된 대법원 법리를 명문화한다는 측면에서 개정안이 입법된다면, 법적안정성에 기여할 것으로 보인다.

또한, 대법원이 구축해온 위 법리들은 환자측의 입증책임을 경감 혹은 완화하기 위한 것들이 적지 않은 것으로 보이는 바, 개정안 입법은 환자측의 권리구제에 도움이 될 것으로 평가되고, 의료계약을 전형계약으로 포섭함으로써 의료사고가 불법행위(혹은 형사 범죄)측면이 아닌 계약의 불이행 측면으로 조명될 것으로 예측되는 바, 의료인측에서도 개정안 입법에 찬동할 것으로 생각된다.

현저하게 불성실한 진료가 있었다는 점은 불법행위의 성립을 주장하는 원고들이 이를 입증하여야 할 것이다.”고 판시한 바 있다(대법원 2006. 9. 28. 선고 2004다61402 판결 참조).

‘진료계약의 민법 편입 개정’을 위한 심포지엄

지정토론

‘진료계약의 민법 편입 개정’을 위한 심포지엄

토론 5

남 민 지

변호사, 법률사무소 이원



의료계약 도입과 임상 진료 영향을 중심으로

남 민 지 변호사, 법률사무소 이원 대표

1. 의료계약상 의무 ① - 의료행위(진단, 치료, 요양, 기타 의료적 처치)
2. 의료계약상 의무 ② - 정보제공의무, 설명의무
3. 의료계약상 의무 ③ - 의무기록 작성과 보관
4. 결론

1. 의료계약상 의무 ① - 의료행위(진단, 치료, 요양, 기타 의료적 처치)

가. 임상의학에서 일반적으로 실천되고 있는 의료행위의 수준이란?

1) 판례 요약¹⁾

- ① 임상의학 분야에서 일반적으로 실천되고 있는 의료수준을 기준으로 하되,
- ② 그러한 의료수준은 **규범적으로 요구되는 수준**으로 파악되어야 하고(해당 의사나 의료기관의 구체적^(개별적) 상황을 고려하는 것 아님),
- ③ 진료환경 및 조건이나 의료행위의 특수성 등은 고려한 것이어야 한다.
- ④ 의료수준은 규범적으로 요구되는 수준이기에, 의사가 의료계에서 일반적으로 수용되어서 관행적으로 행하여지고 있는 의료행위를 하였다 하더라도 그것이 규범적으로 수용 불가능한 것이라면 주의의무를 위반한 것이다. 만일 의사가 그 당시 의료계에서 관행적으로 행하여지고 있는 의료행위를 하였다 하더라도 그러한 관행이 규범적으로 수용할 수 없는 악습이라면 주의의무를 위반한 것으로 보아야 한다²⁾.

1) 대법원 1994. 4. 26. 선고 93다59304 판결, 대법원 1997. 2. 11. 선고 96다5933 판결, 대법원 1997. 2. 11. 선고 96다5933 판결, 대법원 1987. 1. 20. 선고 86다카1469 판결 등

2) 제305기 의료보건법 특별연수 자료집(256~267p)

2) 기존 손해배상청구 소송에서 포인트들

- 신규 치료법일 때 규범적 의료수준
- 수련의, 전공의, 비전문의일 때
- 야간(새벽)이나 휴일일 때
- 중환자실, 간호간병통합병동일 때
- 환자가 자신의 과거 및 병발질환, 알러지, 병용약물 등등을 알려주었는지
- 환자가 검사, 치료, 약복용 등을 거부했다면 그 경위
- 의사가 실시하지 않는 의료행위들: 도수치료, 산부인과 NST 모니터링, 산소공급, 스케일링 등 치과 치료, 발침·뜸·부항 등 한의원 치료, 주사
- 의사의 재량범위와 관련된 쟁점들:
 - 전원결정 시점(1·2차병원 → 상급, 통원 → 응급실, 요양병원·한의원 → 병원, 수술·시술·치과치료 등을 실시한 병의원 → 타병원)
 - 추가검사 실시, 검사결과 확인 시점, 협진 시점
 - 입원 환자가 의사 호출을 원한 시점과 의사가 대면진찰한 시점의 차이
 - 미용수술, 몸매교정, 피임시술 등
 - 미용과 치료의 경계에 있는 시술(하지정맥류, 안검하수, 비만 등)

나. 개정안

제692조의2 (의료계약의 의의)

① 의료계약은 당사자 일방이 진단, 치료, 요양 기타 의료적 처치를 행할 것을 위탁하고 상대방이 이를 승낙함으로써 그 효력이 생긴다. 의료행위는 달리 정하지 않는 한 의료행위 당시 의료기관 등 임상 의학 분야에서 실천되고 있는 의료행위의 수준을 기준으로 행해져야 한다.

다. 임상 진료에서의 변화

- 1) 기존 판례와 개정안의 문구상 차이는 거의 없음

- 2) 의료인이 해야 할 것을 했는지, 안 해야 할 것을 안 했는지에 대한 판단이 기존 판례와 큰 차이는 없을 것으로 예상됨
- 3) 의료계약의 민법 편입으로 인하여 의료행위의 수준이 달라진다면, 3차 병원에서도보다는 1·2차 병의원, 요양병원, 한의원에서 변화가 예상됨
- 4) 예: 활력징후 측정 등 환자상태 관찰 빈도 증가, 당직근무의 질 상승, 신규 치료법의 신중한 적용.

2. 의료계약상 의무 ② - 정보제공의무, 설명의무

가. 기존 판례 요약

1) 의사에게 설명 및 동의 확보 의무를 부과한 취지

- 환자의 동의는 헌법 제10조에서 규정한 개인의 인격권과 행복추구권에 의하여 보호되는 자기결정권을 보장하기 위한 것으로서, 환자가 생명과 신체의 기능을 어떻게 유지할 것인지에 대하여 스스로 결정하고 진료행위를 선택하게 되므로, 의료계약에 의하여 제공되는 진료의 내용은 의료인의 설명과 환자의 동의에 의하여 구체화된다고 할 수 있다(대법원 2009.05.21. 선고 2009다17417 전원합의체 판결)

2) 설명 및 동의 확보 의무의 범위

- 침습적 진료행위(대법원 1994. 4. 15. 선고 92다25885 판결 등)³⁾
- 의약품 투여는 침습적 진료에 포함됨(대법원 1994. 4. 15. 선고 92다25885 판결)⁴⁾
- 환자 스스로 결정이 관련되지 않는 사항은 설명의무 면제(대법원 1995. 4. 25. 선고 94다27151 판결 등)⁵⁾

3) 환자의 수술과 같이 신체를 침해하는 진료행위를 하는 경우에는 질병의 증상, 치료방법의 내용 및 필요성, 발생이 예상되는 위험 등에 관하여 당시의 의료수준에 비추어 상당하다고 생각되는 사항을 설명하여 당해 환자가 그 필요성이나 위험성을 충분히 비교해 보고 그 진료행위를 받을 것인지의 여부를 선택하도록 함으로써 그 진료행위에 대한 동의를 받아야 한다(대법원 1994. 4. 15. 선고 92다25885 판결 등)

4) 환자에 대한 수술은 물론, 치료를 위한 의약품의 투여도 신체에 대한 침습에 포함된다(대법원 1994. 4. 15. 선고 92다25885 판결)

5) 환자 스스로의 결정이 관련되지 아니하는 사항에 관해서는 의사의 설명의무 위반이 문제될 여지가 없다(대법원 1995. 4. 25. 선고 94다27151 판결 등)

- 예상되는 위험에 대해서는 설명의무 면제(대법원 1999. 9. 3. 선고 99다10479 판결)⁶⁾

3) 지도설명 의무

- 문제인식: 의사의 환자에 대한 설명의무는 수술 시에만 해당된다고 할 수 없고, 검사·진단·치료 등 진료의 모든 단계에서 각각 발생한다.
- 지도설명 의무 법리 실시(대법원 2005.4.29. 선고 2004다64067 판결)⁷⁾
- 지도설명 의무는 진료행위의 본질적 구성부분이라는 법리(대법원 2010.7.22. 선고 2007다70445 판결)⁸⁾

4) 미용성형수술에서 설명 의무

- 미용성형술 전에는 타 수술보다 더욱 상세하고 구체적으로 설명할 것이 요구됨(대법원 2013.06.13. 선고 2012다94865 판결)⁹⁾

나. 현 의료법

제24조(요양방법 지도) 의료인은 환자나 환자의 보호자에게 요양방법이나 그 밖에 건강관리에 필요한 사항을 지도하여야 한다.

- 6) 의사에게 당해 의료행위로 인하여 예상되는 위험이 아니거나 당시의 의료수준에 비추어 예견할 수 없는 위험에 대한 설명의무까지 부담하게 할 수는 없다(대법원 1999. 9. 3. 선고 99다10479 판결)
- 7) 의사가 진찰·치료 등의 의료행위를 함에 있어서는 사람의 생명·신체·건강을 관리하는 업무의 성질에 비추어 환자의 구체적인 증상이나 상황에 따라 위험을 방지하기 위하여 요구되는 최선의 조치를 취하여야 할 주의의무가 있고, 이와 같은 주의의무는 환자에 대한 수술 등 침습행위가 종료함으로써 끝나는 것이 아니라, 그 진료 목적의 달성을 위하여 환자가 의사의 업무범위 이외의 영역에서 생활을 영위함에 있어 예견되는 위험을 회피할 수 있도록 환자에 대한 요양의 방법 기타 건강관리에 필요한 사항을 지도설명하는 데까지도 미친다 할 것이므로(의료법 제24조 참조), 의사는 수술 등의 당해 의료행위의 결과로 후유 질환이 발생하거나 아니면 그 후의 요양과정에서 후유 질환이 발생할 가능성이 있으면, 비록 그 가능성이 크지 않다고 하더라도 이를 억제하기 위한 요양의 방법이나 일단 발생한 후유 질환으로 인해 중대한 결과가 초래되는 것을 막기 위하여 필요한 조치가 무엇인지를 환자 스스로 판단·대처할 수 있도록, 그와 같은 요양방법, 후유 질환의 증상과 그 악화 방지나 치료를 위한 대처방법 등을 환자의 연령, 교육 정도, 심신상태 등의 사정에 맞추어 구체적인 정보의 제공과 함께 설명·지도할 의무가 있다(대법원 2005. 4. 29. 선고 2004다64067 판결 참조).
- 8) 이러한 지도설명 의무는 그 목적 및 내용상 진료행위의 본질적 구성부분이므로, 지도설명 의무 위반과 상당인과관계가 있다면 그로 인한 생명·신체상의 손해에 대하여 배상할 책임을 면할 수 없다(대법원 2010.7.22. 선고 2007다70445 판결)
- 9) 미용성형술은 외모상의 개인적인 심미적 만족감을 얻거나 증대할 목적에서 이루어지는 것으로서 질병 치료 목적의 다른 의료행위에 비하여 긴급성이나 불가피성이 매우 약한 특성이 있으므로(중략) 특히 의사로서는 시술하고자 하는 미용성형 수술이 의뢰인이 원하는 구체적 결과를 모두 구현할 수 있는 것이 아니고 일부만을 구현할 수 있는 것이라면 그와 같은 내용 등을 상세히 설명하여 의뢰인에게 성형술을 시술받을 것인지를 선택할 수 있도록 할 의무가 있다(대법원 2013.06.13. 선고 2012다94865 판결).

제24조의2(의료행위에 관한 설명) ① 의사·치과의사 또는 한의사는 **사람의 생명 또는 신체에 중대한 위해를 발생하게 할 우려가 있는 수술, 수혈, 전신마취(이하 이 조에서 “수술등”이라 한다)**를 하는 경우 제2항에 따른 사항을 환자(환자가 의사결정능력이 없는 경우 환자의 법정대리인을 말한다. 이하 이 조에서 같다)에게 설명하고 서면(전자문서를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)으로 그 동의를 받아야 한다. 다만, 설명 및 동의 절차로 인하여 수술등이 지체되면 환자의 생명이 위험하여지거나 심신상의 중대한 장애를 가져오는 경우에는 그러하지 아니하다.

② 제1항에 따라 환자에게 설명하고 동의를 받아야 하는 사항은 다음 각 호와 같다.

1. 환자에게 발생하거나 발생 가능한 증상의 진단명
2. 수술등의 필요성, 방법 및 내용
3. 환자에게 설명을 하는 의사, 치과의사 또는 한의사 및 수술등에 참여하는 주된 의사, 치과의사 또는 한의사의 성명
4. 수술등에 따라 전형적으로 발생이 예상되는 후유증 또는 부작용
5. 수술등 전후 환자가 준수하여야 할 사항

③ 환자는 의사, 치과의사 또는 한의사에게 제1항에 따른 동의서 사본의 발급을 요청할 수 있다. 이 경우 요청을 받은 의사, 치과의사 또는 한의사는 정당한 사유가 없으면 이를 거부하여서는 아니 된다.

④ 제1항에 따라 동의를 받은 사항 중 **수술등의 방법 및 내용, 수술등에 참여한 주된 의사, 치과의사 또는 한의사가 변경된 경우에는 변경 사유와 내용**을 환자에게 서면으로 알려야 한다.

⑤ 제1항 및 제4항에 따른 설명, 동의 및 고지의 방법·절차 등 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

다. 개정안

제692조의3 (정보제공의무)

의료제공자는 진료 개시 당시 환자에게 이해할 수 있는 방법으로 **진단, 예후, 진료방법 및 진료 당시와 이후 행해질 처치 등 중요한 사정에 관한 정보를 제공하여야** 한다. 진료로 인해 건강상 위험이 발생할 수 있는 경우에는 이를 회피할 수 있는 정보를 제공하여야 한다.

제692조의5 (설명 의무)

① 의료제공자는 의료행위에 대한 동의를 받기 위하여 환자에게 **의료행위의 내용 및 필요성, 그로 인한 비용 및 예견할 수 있는 위험 등 환자가 동의 여부에 관한 결정을 함에 있어서 중요한 것**으로서 당시의 의료수준에 비추어 상당하다고 인정되는 사항을 설명하여야 한다. 다만 환자의 승낙이 명백히 예상되는 경우에는 그러하지 아니하다.

라. 임상 진료에서의 변화

1) 정보제공의무 및 설명의무 범위 확대

2) 입법 전 의료계의 강한 반발이 예상됨

- 예: 4주기 의료기관 인증기준¹⁰⁾에 ‘신체억제대 사용 전 동의서 확보’가 추가됨에 대해

10) 의료기관평가인증원 참조(www.koiha.or.kr)

여 의료기관의 반발이 컸고 현재 불만이 높음. 반발의 주된 내용은 업무증가(인력)와 현실적인 사전동의 가능성으로 생각됨.

- **업무증가로 인한 인력충원 문제:** 인력충원은 필요하다면 해야하는 것이므로 논의에서 배제함.
- **현실적인 사전동의 가능성:** 환자가 불명료한 의식상태에서 발관하거나 낙상 위험이 생기기 직전에 신체보호대 사용 동의서를 받는다는 것이 현실적으로 어렵다는 불만임.
- 기존 판례 및 개정안에서 “동의 전에 의료행위가 지체되어 환자의 생명에 위험을 초래하거나 심신상의 중대한 장애를 초래할 경우에는 동의 없이 진료할 수 있다(제692조의 4조 제2항)”고 명시하여, 응급상황에서 사전동의가 면제됨. 그럼에도 불구하고 현장에서는 ‘동의서 확보 이전’ 신체억제대 사용으로 인한 평가 점수 하락 또는 환자측의 민원에 대하여 부담감을 강하게 느끼고 있음.
- 정보제공의무 및 설명의무의 범위가 확대된다면, 마찬가지로 임상현장이 느끼는 심리적 부담은 클 것임.
- **사후 동의서 확보의 어려움:** 고령화로 인하여 환자는 인지장애가 있고, 환자의 가족에게 동의를 받아야 하는 사례가 많음. 이 경우에 환자의 가족에게 전화로 동의를 받고, 의료행위를 진행할 때가 많음. 의료행위 실시 후에 가족으로부터 서면 동의서를 받아야 하나, 의료진이 동의서를 확보하지 못할 때가 많음(단순 누락, 퇴원, 사망, 코로나 등 전염병 확산시 격리, 가족 면회가 없음 등등).

3) PA 간호사의 확대

- 국내에 법적으로 인정되거나 공인된 교육과정은 없으나, 각 병원은 의사 수를 줄이고 각 진료과는 전공의 부족 문제를 해결하기 위하여 “PA(Physician Assistant)”를 이용함.
- PA는(‘전담간호사’라고 하기도 함) 간호사의 전통적인 진료보조 업무가 아니고 원래는 의사가 해야 하는 업무이지만, 반복적이거나 비교적 위험도가 낮은 업무를 담당하는 간호사를 말함.
- 간단하게는 외래 진료시 의사와 나란히 또는 마주보고 앉아서 의사가 구두로 처방을 지시하면 전산에 입력하는 일(의사 ID로 접속하므로, 의무기록에는 의사가 처방하였다고 기재됨)

- 수술부위 드레싱, 수술일 지정, 검사 처방, 초음파 검사 실시, ABGA(동맥혈가스검사) 위한 동맥혈 채취 등
- 흉부외과와 같이 전공의가 부족한 진료과에서는 PA가 병동간호사의 notify(보고)를 받아서 약물이나 검사 처방을 지시함.
- PA가 수술 집도하는 사례들도 보도되고 있음.
- 진단서 또는 소견서를 작성한다는 보도도 있음.
- 설명의무의 주체는 의사(대법원 1999. 9. 3. 선고 99다10479 판결)
- 정보제공의무 및 설명의무의 범위가 확대되면, 동의서 확보 업무가 PA 간호사에 의해 이루어지거나 의사가 동의서 확보 업무를 하기 위하여 PA 현재 의사가 하고 있는 의료 행위 중에 PA 간호사에게 넘기는 업무가 늘어날 가능성이 있음.

4) 해결책 모색

- 충분히 예견가능한 의료행위에 대해서는 입원 시점 등 어느 정도 단기간 내의 사전동의를 인정한다.
- 환자에게 설명하였음과 환자가 동의하였음을 의무기록에 기재하는 것으로 정보제공의무, 설명의무, 동의의무를 완료하였음을 인정한다.
- 환자 가족에게 전화로 설명한 경우에, 문자로 링크를 보내서 온라인 서명을 받는다.
- 현 불법적인 PA의 존재와 PA 업무범위에 대한 해결
- 의사가 해야 하는 정보제공 또는 설명과 간호사가 할 수 있는 정보제공 또는 설명의 적절한 분배

3. 의료계약상 의무 ③ - 의무기록 작성과 보관

가. 현 의료법

제22조(진료기록부 등) ①의료인은 각각 진료기록부, 조산기록부, 간호기록부, 그 밖의 진료에 관한 기록

(이하 “진료기록부등”이라 한다)을 갖추어 두고 환자의 주된 증상, 진단 및 치료 내용 등 **보건복지부령¹¹⁾으로 정하는 의료행위에 관한 사항과 의견을 상세히 기록하고 서명하여야** 한다.

② 의료인이나 의료기관 개설자는 진료기록부등[제23조 제1항에 따른 전자의무기록(電子醫務記錄)을 포함하며, 추가 기재·수정된 경우 추가 기재·수정된 진료기록부등 및 추가 기재·수정 전의 원본을 모두 포함한다. 이하 같다]을 보건복지부령으로 정하는 바에 따라 보존하여야 한다.

③ 의료인은 진료기록부등을 거짓으로 작성하거나 고의로 사실과 다르게 추가 기재·수정하여서는 아니 된다.

④ 보건복지부장관은 의료인이 진료기록부등에 기록하는 질병명, 검사명, 약제명 등 의학용어와 진료기록부등의 서식 및 세부내용에 관한 표준을 마련하여 고시하고 의료인 또는 의료기관 개설자에게 그 준수를 권고할 수 있다.

나. 개정안

제692조의 6 (의무기록)

① 의료제공자는 환자의 의무기록에 의료행위 당시와 장래 의료행위를 위해 본질적인 처치와 그 결과, 특히 병력, 진단, 검사, 검사결과, 질병소견, 치료와 그 효과, 침습적 시술과 그 효과, 사전동의 설명을 전부 기재할 의무가 있다. 의사소견서들은 환자의 의무기록에 수록되어야 한다.

② 의료제공자는 타 법령에 의한 다른 보관기간이 없는 한, 환자의 의무기록을 의료행위 종료 후 10년 동안 보관하여야 한다.

다. 임상 진료에서의 변화

- 의무기록 작성이 비교적 느슨하고 단순했던 1차 병의원, 피부과, 성형외과, 요양병원, 한의원 등에서 좀 더 구체적이고 자주 작성할 것으로 기대됨

11) 1. 진료기록부

가. 진료를 받은 사람의 주소·성명·연락처·주민등록번호 등 인적사항

나. 주된 증상. 이 경우 의사가 필요하다고 인정하면 주된 증상과 관련한 병력(病歷)·가족력(家族歷)을 추가로 기록할 수 있다.

다. 진단결과 또는 진단명

라. 진료경과(외래환자는 재진환자로서 증상·상태, 치료내용이 변동되어 의사가 그 변동을 기록할 필요가 있다고 인정하는 환자만 해당한다)

마. 치료 내용(주사·투약·처치 등)

바. 진료 일시(日時)

4. 결론

손해배상책임 인정을 위한 ‘계약상 의무’의 점에 관하여, 개정안의 문구는 기존 판례의 종합적인 입장과 차이가 거의 없음. 그럼에도 불구하고 민법에 편입되었다는 사실만으로 병원에서 느끼는 심리적 부담과 업무량 증가는 있을 것임. 그러나 환자 및 보호자에 대한 정보제공 및 설명의무의 추가는 의료서비스의 발전을 위하여 바람직한 변화이며, 그 동안 의무기록을 대충 작성한 관행은 악습임이 분명하여 의무기록은 환자의 향후 치료를 위해서도 반드시 필요함.

의료계약의 민법에 편입은 의료기관과 의료진, 그리고 환자측 양쪽 모두를 보호하고, 우리나라의 의료수준을 향상시키는 토대가 되리라고 생각됨. 의료계약의 민법에 편입 후 예상되는 정보제공 및 설명 업무 증가를 해결할 방안에 대한 전반적인 논의가 필요함.

‘진료계약의 민법 편입 개정’을 위한 심포지엄

지정토론

‘진료계약의 민법 편입 개정’을 위한 심포지엄

토론 6

박 영 호

수원지방법원 부장판사, 법원 의료법연구회



토론문

박 영 호 수원지방법원 부장판사

1. 진료계약을 민법전으로 편입한 외국 사례 증가 등에 비추어 근본적으로 진료계약의 민법 편입을 찬성합니다.

네덜란드, 독일 등의 민법전에서 이미 진료계약이 민법전으로 편입된 점 등을 고려하여 보면 진료계약이 민법전에 편입되어야 하는 것에는 100% 공감합니다.

특히나 최근 법무부 주도로 계약편에 제16절로 “디지털제품 제공 계약”이라는 절을 신설하는 민법 개정안을 입법예고 한 점 등에 비추어 보면 조문의 위치에 관계없이 진료계약은 민법 조문에 신설 편입되어야 한다고 생각합니다. 발표자의 견해처럼 위임계약 아래에 두던, 아니면 위 디지털제품 제공 계약 다음에 제17절로 두던 위치는 큰 문제가 되지 않는다고 생각합니다.

2. 발표자께서는 통상의 합병증 판례가 종래 대법원의 2가지 큰 흐름(93다52402 판결과 간접사실에 의한 추정)을 벗어나 상반되는 입장을 취하고 있다고 하고 있습니다.

하지만 통상의 합병증 판결은 필자가 주장하시는 것과 같이 과실 없는 합병증으로서 불가피한 것과 과실로 인한 합병증으로서 회피할 수 있었던 것으로 나누는 것이 아니라 과실 입증이 어려워 간접사실로 과실 및 인과관계를 추정할 때 그 간접 사실 중 하나인 타 원인 개입 불가능성과 관련하여 통상의 합병증이라는 것은 원래 환자가 앓았던 질환의 자연적인 경과와 결과로 발생하는 것이어서 의사의 과실 이외의 다른 원인 즉 환자의 원래 질환에 기한 결과에 기하여 당해 통상의 합병증이 생긴 것이므로 의사의 과실 이외의 타원인인 환자의 기존 질환의 개입가능성을 배제할 수가 없다는 측면에서 인과관계가 추정이 될 수 없다는 당연한 법리를 선언한 것이어서 그 부분 대법원 판례가 종래와 다른 입장을 취한 것이라 하는 부분은 오해의 소지가 있어 보입니다.

간접사실에 의하여 과실, 인과관계 양자 추정을 위해서 대법원 판결 내지 법원실무가 들

고 있는 요소는 시간적 근접성, 부위의 연관성, 타 원인 개입불가능성 3가지이고¹⁾, ‘일반적·통계적 인과관계’는 김선중 변호사님 독자적으로 내세우고 있는 요소이므로 이를 전제로 하거나 또는 근거로 간접사실에 의한 추정과 관련된 대법원 판결의 입장에 문제가 있다고 보는 것은 부적절한 지적으로 보입니다. 타 원인 개입불가능성과 관련하여 대법원 판결은 통상의 합병증 판결 이외에서도 ① 환자가 입원하기 전부터 가지고 있던 원래 질환의 자연스런 경과로 당해 악 결과가 나타날 확률이 5%라도 있거나, 당해 검사를 시행할 경우 5% 정도의 비율로 당해 악결과가 발생할 확률이 있는 경우(대법원 2007. 5. 31. 선고 2005다5867판결), ② 당해 수술 후 척수 손상의 가능성이 30%정도 되는 경우(대법원 2015. 10. 15. 선고 2015다21295)에는 타원인 개입 불가능성을 배척하면서 과실을 추정하는 것을 부정하고 있었기 때문에 이 부분의 논지는 이유가 없어 보입니다.

3. 입증 책임 완화의 법리는 여러 나라에서 여러 정책적인 결단에 따라서 이루어지고 있는바,

독일에서만 과실을 추정하고, 중과실의 경우에만 인과관계도 추정하도록 하여 일부 입증 책임을 완화하고 있을 뿐, 프랑스나 일본, 미국에서는 과실, 인과관계에 대한 입증책임을 대체적으로 여전히 환자 측에 부과하고 있는 상태이다.

그런데 우리나라의 경우 93다52402 판결을 통하여 과실, 중과실을 불문하고 인과관계에 대한 입증책임을 사실상 추정하거나 사실상 전환하여 환자 측의 입증책임을 대폭완화하고 있는 상태이다.

의료소송상 중과실이 있는 경우에는 손쉽게 인과관계 입증이 이루어 질 수 있고, 중과실이 아닌 단순 의료과실이 문제되는 의료소송 사건이 대다수인 점을 감안해보면 중과실의 경우에만 인과관계를 추정하도록 하고 있는 독일에서는 사실상 인과관계에 대한 입증책임 완화는 이루어지지 않고 과실에 대한 입증책임 완화만 이루어지고 있다고 봄이 상당하다.

의료소송 실무 내지 이론상 개연성설이나 사실상 추정론 등을 통하여 종래부터 입증책임 완화가 논의되어 온 주된 대상은 인과관계로서 의료 행위의 특수성 또는 의료 과실의 특수성 때문에 의료소송에서 가장 어려운 것이 의료 과실과 악결과 사이의 인과관계 입증인데, 독일이 의료 과실은 추정하여 입증책임을 완화하면서도 중대한 의료 과오가 있는 경우에만 인과관계를 추정하도록 하여 인과관계에 대한 입증 책임은 중대한 과오가 있는 경우에만

1) 의료재판실무편람 44-45

완화하도록 한 것은 실제로는 인과관계 입증 책임의 완화는 포기한 것으로 볼 수밖에 없다. 결국 독일도 과실 의료 과실의 입증 책임 완화는 인정하면서 인과관계 입증 책임 완화는 사실상 포기함으로써 절충안을 택한 것이다.

그런데 지금 발제자의 주장이나 2012년 개정시안에서처럼 과실의 입증 책임도 완화하고 인과관계의 입증 책임을 사실상 전환하는 대법원 판례의 입장을 취한다면 이것은 무과실책임을 지게하는 것과 다름없어서 손해배상 책임 이론의 기본적인 근간을 흔드는 것일 뿐만 아니라, 의사와 환자 양측의 이해관계를 모두 고려한 것이 아니라 환자 일방의 입장만 보호하는 입법이어서 현실적으로는 받아들이기 힘든 입법안이라고 생각합니다.

결국 현재 상황에서 과실, 인과관계의 입증 책임 모두를 완화하는 나라는 없다고 보는 것이 상당하고(의료소송상 중과실은 극히 드문 것이 현실이어서 독일의 중과실의 경우 인과관계 추정 은 실제로는 극히 드물게 인정될 뿐임), 의료행위의 특수성으로 인하여 과실이든 무과실이든 어느 쪽을 입증하는 것 자체가 매우 어려운 점에 비추어 보면 과실을 추정하도록 하는 것은 사실상 무과실책임을 부담시키는 것에 자기의 고의 또는 과실로 인하여 야기된 결과에 대하여만 손해배상책임을 지도록 하는 민법의 3대 기본원리인 과실책임의 원칙에도 어긋난다고 볼 여지가 큼니다.

따라서 현재 대법원 판례가 인정하고 있는 인과관계에 대한 입증 책임 완화의 규정을 진료계약 규정에 도입하는 것은 찬성하나 과실에 대한 입증 책임 완화까지도 도입하는 것은 문제가 있고, 동일한 이유로 아래와 같이 당초 2012년 개정시안에서는 과실 추정 규정이 있다가 실무위 개정시안에서는 삭제된 점을 참작하여야 할 것입니다. 다만 이미 대법원 판례에서 인정되고 있는 인과관계에 대한 입증책임 완화규정은 진료계약 규정 신설시 법문에 반영되어야 할 것으로 생각합니다.

개정시안	실무위 개정시안
제692조의6(손해배상) ① 의료제공자는 의료상 과실로 인한 손해를 배상하여야 한다. ② <u>의료적 처치 과정에 일반인의 관점에서 과실 있는 행위가 있는 경우에는 의료상 과실이 있는 것으로 추정한다. 다만 의료제공자가 제692조의3에서 정한 주의의무를 다한 경우에는 그러하지 아니하다.</u> ③ <u>의료상 과실이 손해를 야기하기에 적합한 경우에는 그 손해가 의료상 과실에 의해 야기된 것으로 추정한다. 다만 그 손해가 의료상의 과실이 아닌 다른 원인으로 발생한 경우에는 그러하지 아니하다.</u>	제692조의5 (의료제공자의 주의의무, 손해배상책임) ① 의료제공자는 선량한 관리자의 주의를 다하여 수의료자의 구체적인 증상과 상황에 따라 의료행위 당시의 의료수준에 비추어 필요하고 적절한 조치를 취하여야 한다. ② 의료제공자는 선량한 관리자의 주의의무를 위반하여 생긴 손해를 배상하여야 한다.

4. 독일 민법 630조의 f 3항에서처럼 진료기록부 부실 기재나 진료기록부 미보관의 경우에도 과실을 추정하는 규정을 도입할 필요가 있어 보입니다. 특히나 앞서 본 바와 같이 과실을 추정하는 규정 자체를 여러 가지 손해배상책임의 기본적인 이념이나 정책적인 이유로 도입하지 않을 경우에는 최소한 환자 측의 보호를 위하여 진료기록부 허위 기재나 진료기록부 부실 기재의 경우만이라도 과실을 추정하는 명문의 규정을 입법화할 필요가 있다고 생각합니다.

우리 대법원 판례가 진료기록부 부실기재나 진료기록부 허위 기재의 경우의 간접적으로 과실을 추정하는 입장을 취하고 있기는 하지만 아직 명시적인 판시를 내지는 않는 등 다소 소극적인 입장을 취하고 있는 점에 비추어보면 진료기록부 부실기재나 진료기록부 허위 기재의 경우 등과 같은 경우만이라도 과실을 추정하되, 의사가 다른 진료기록이나 의무 기록을 통하여 자신의 무과실을 입증하도록 하는 것이 당해 의료행위와 관련된 의무기록을 의사 측이 대부분 소지하고 있는 의료현실에 부합할 뿐만 아니라, 공평의 원칙에도 부합한다고 생각합니다.

5. 진료계약 규정을 넣을 경우 **진료비, 치료비 부담 부분에 대한 조항도 삽입할 필요가 있습니다.** 상당 부분은 건강보험이 처리하고 있지만 일정부분은 환자가 부담하여야 하는데, 당사자 본인이 계약에 따른 반대급부를 모두 지급하는 통상적인 계약의 경우와 다른 형태를 취하고 있다는 점에서 계약에서 가장 중요한 비용부담의 문제에 관한 규정을 두지 않는 것은 문제가 있어 보입니다.

특히나 의료사고가 발생한 이후 치료비 부담을 어떻게 할 것인지에 대하여 대법원 판례와 일선 법원 실무에 혼란이 있으므로 의료사고로 인하여 추가로 새로이 발생한 후유증에 대한 치료비 등에 대하여는 건강보험처리 후 환자 부담부분은 의사가 그 지급책임을 부담하여야 하고 나중에 건강보험공단으로부터 구상금 청구를 당할 수 있다는 점 등을 법문으로 명백히 해둘 필요가 있습니다.

‘진료계약의 민법 편입 개정’을 위한 심포지엄

지정토론

‘진료계약의 민법 편입 개정’을 위한 심포지엄

토론 7

송 기 민

교수, 한양대학교, 경제정의실천시민연합



의료서비스로 인한 피해의 예방과 구제를 위한 진료계약의 필요성과 도입방안

송 기 민 교수, 한양대학교, 경제정의실천시민연합

2021년 건강보험통계연보에 따르면 2021년에는 95조 4,376억 원으로 2020년 86조 7,139억 원 대비 10.1%가 증가했고, 급여비 역시 71조 5,569억 원으로 전년대비 9.6% 증가했다. 2022년에는 100조원을 넘을 것으로 예상되고 있다. 이러한, 건강보험 진료비의 가파른 증가는 의약분업, 인구의 고령화와 건강보험 지불제도와 무관하지 않다.

또한, 2021년 65세 이상 인구는 832만 명으로 전체 인구의 16.2%였으며, 진료비는 41조 3,829억 원으로 전체 건강보험진료비 중 43.4%다. 65세 이상 인구 1인당 연평균 진료비는 508만 5,000원으로 전 연령층의 연평균 185만 7,000원에 비해 2.7배 높은 수준이다. 노인층의 인구비중과 의료비 비중을 살펴보면, 2016년의 경우 각각 13.5%, 38.7%이고, 2021년의 경우 16.6%, 43.4%로 그 비중과 증가속도가 가파르다. 이러한 인구의 고령화는 현행 행위별수가제(fee-for-service)와 맞물려 진료비 증가와 의료이용량을 지속적으로 증가시킬 것은 명확하다.

이처럼 의료이용서비스가 일상생활 속에서 빈번하게 발생하는 것에 따라 진료계약이라는 것은 더 이상 특별한 것으로 보기 어렵다. 또한, 의료서비스 이용증가에 따라, 의료분쟁도 매년 증가하고 있다.

한국소비자원의 2016년~2020년 통계에 따르면, 매년 약 760여 건의 의료서비스로 인한 피해구제 신청이 접수되고 있으며, 매년 약 550여 건의 의료분쟁조정이 이뤄지고 있다. 한국의료분쟁조정중재원의 2016년~2020년 통계에 따르면, 매년 약 5만 7,000여건의 의료분쟁 상담, 매년 약 1,400여 건의 조정·중재가 개시되어, 조정·중재 개시 건수는 2016년 873건에서 2020년 1,435건으로 약 2배 증가한 것으로 나타났다.

〈 2019년 조정중재원과 한국소비자원 피해구제 및 조정 건수 비교 〉

구분	조정중재원	한국소비자원
피해구제 및 조정 건수	849(조정) 48,226(상담)	760(피해구제)/ 356(조정) 21,008(상담)

하지만, 이러한 의료서비스 이용량의 증가와 더불어 의료분쟁의 증가와 달리 의료소송은 그렇지 않다. 2021년 사법연감 통계자료를 보면, 의료과오(민사)소송 1심 950건, 의료법위반(형사) 소송 1심은 826건으로 총 1,776건을 기록했다. 이러한 소송접수 현황은 지난 5년간 볼 때, 증가하지 않고 오히려 소폭 하락하는 경향까지 보이고 있다. 하지만 외국의 경우는 그렇지 않다. 2013년 진료계약이 민법전에 전형계약으로 규정된 독일의 경우는 연간 13,000건에 이르는 의료소송 재판이 이루어지고 있다. 독일과 우리나라의 인구를 고려하고, 앞서 살펴본 의료이용량과 분쟁 증가를 고려할 때 다른 경향을 보이고 있는 것이다.

의료서비스 분쟁의 중심에는 의료과실이 있고, 과실 증명에는 의료감정이 있다. 의료라는 고도의 전문성으로 인하여, 전문가 감정의 중요성 입증의 어려움으로, 과실증명을 완화하고 인과관계를 추정하더라도 결국에는 의료과실의 존재는 피해자가 입증해야 하는 한계가 존재할 수밖에 없다는 주장에 충분히 동의하며, 전문성과 공정성이 담보되어야 하는 의료감정이 결국 피해자를 구제할 수 있는 유일한 방법이라 사료된다.

하지만, 이 감정도 결국 의료인이 감정의 주체가 되어야 한다면 그 공정성과 객관성은 무엇으로 담보할 수 있는가. 보통은 의료사고가 발생하면 환자가 소송을 통해 피해를 입증해 구제를 받으면 되지만, 의료의 특성상 피해자가 직접 의료과실을 증명하고, 의료사고 여부를 규명하는 것이 쉽지 않다. 더욱 심각한 문제는 과실을 입증하는 의료감정에 의료계 편향된 감정으로 감정의 신뢰마저 추락하고 있다는 점이다. 이러한 의료인 감정의 공정성에 대한 우려는 한국의료분쟁조정중재원의 감정에서 드러났다. 의료인 중심의 의료감정에 대한 강한 불신이 소송을 통해 억울함을 호소하고 피해를 보상받고자 하는 헌법상 보장된 권리마저 포기하도록 몰아간 것은 아닌지 안타깝다

이제는, 의료감정을 비롯한 의료서비스로 인한 피해 예방과 구제를 위한 방안을 다시 찾아야 한다. 고용과 의료는 생존이라는 매우 중요하는 공통점을 갖고 있다. 현행 근로기준법에서는 고용에서는 근로계약상의 내용(임금, 휴일, 유급휴가, 근로조건), 서면교부의무, 해고에 대해 제한, 부당해고금지, 구제신청 등을 규정하고 있고, 사립학교법 53조의2도 근무기간, 급여, 근무조건, 업적 및 성과약정 등 계약조건으로 규정하고 있다

독일의 경우, 진료계약을 민법상 전형화하여 제8절 ‘고용 및 이와 유사한 계약들’ 아래 고용에 이어 진료계약을 규정하고 있다. 이처럼 진료계약을 민법상 전형계약으로 편입하는 방안을 독일, 네덜란드 등의 도입사례와 고용의 근로계약을 통해 사용자로부터 근로자의 생존권을 보장하기 위한 취지와 노력을 적극 살펴 볼 필요가 있다

