

1. 의료배상책임의 법률적 근거

A. 의료분쟁의 발생과정

i. 진단

진단은 의료행위의 출발이다. 그러므로 의료행위에서는 정확한 진단이 가장 중요하다. 진단이란 시진,문진,타진,촉진 및 임상병리·전자기기 등을 이용한 각종의 검사와 시험의 결과를 종합하여 병명을 알아내는 과정을 의미한다.

한편, 병명의 의학적 판단에 잘못이 있는 경우를 오진이라고 하는데 오진에 의하여 병명을 잘못 판단한 경우에는 흔히 의료과오가 되고 의사와 환자 사이에 의료분쟁이 야기된다.

ii. 치료

진단의 확정에 의하여 치료가 개시된다. 치료에서 특히 문제가 되는 내용은 진단에 의한 치료방법의 선택 혹은 치료에 필요한 의사의 주의의무이다. 치료에는 각종의 의학적 수단이 있다. 치료과오에 의한 의료분쟁은 의사가 적절한 치료를 하지 아니하고 방치한 경우나 치료를 하기는 하였지만 치료방법에 잘못이 있는 경우에 야기된다.

iii. 요양방법·간호·시설관리상의 의무

의료분쟁은 의사의 요양지도의무의 위반에 야기되는 경우도 있고, 기타 환자의 간호를 위한 지시·감독에 의하여 발생하거나 시설관리에 필요한 주의의무 위반에 의하여 발생하는 경우도 있다.

B. 의료분쟁의 법률문제

i. 당사자

의료분쟁은 대부분 환자가 의사에 대하여 손해배상을 청구하는 형태로 나타난다. 환자가 의료사고를 통하여 사망한 경우는 환자를 대신하여 그 배우자, 자, 부모 등 친족 혹은 상속인이 의료분쟁의 당사자가 될 수 있다. 또한 환자가 미성년자이거나 정신장애자(한정치산자, 금치산자)의 경우와 같이 환자 자신이 단독으로 의사결정을 할 수 있는 능력을 가지고 있지 아니한 경우는 역시 환자를 대신하여 친권자, 후견인이 의료분쟁의 당사자가 될 수 있다.

ii. 손해배상의 원인

민법상 손해배상을 청구할 수 있는 권리를 발생하게 하는 원인으로는 채무불이행과 불법행위가 고려된다. 채무불이행 계약에 의하여 발생한 채무를 적절히 이행하지 아니하여 생긴 손해를 배상하여야 하는 제도이며, 불법행위는 위법한 침해행위에 의하여 생긴 손해를 배상하도록 하는 제도이다.

의료행위를 위하여 의사와 환자사이에는 항상 의료계약이 성립한다. 의료계약에 기초하여 치료상의 주의의무·설명 의무 등을 내용으로 하는 의사의 진료의무가 발생한다. 만일 의사가 의료계약에 의하여 발생한 의무를 제대로 이행하지 아니하여 의료과오를 야기한 경우에 채무불이행의 책임이 성립한다. 채무불이행 이유로 한 의사의 환자에 대한 책임은 다만 의사와 환자 사이에 의료계약이 존재하는 경우에 한하여 발생한다.

의사와 환자 사이에 의료계약이 성립하지 아니한 경우는 채무불이행에 의한 의사책임이 고려되지 아니하며 다만 의료과오로 인한 불법행위책임이 문제가 된다. 불법행위에 의한 의사책임은 치료행위 혹은 수술을 행하는 의사가 고의 또는 과실에 의한 위법행위로 환자에게 손해를 가한 경우에 한하여 인정된다(민법 제750조). 그러므로 의료사고가 의사의 고의나 과실에 의하지 아니하고 불가항력으로 발생한 경우는 의사에게 불법행위에 의한 의사책임이 부담되지 아니한다.

iii. 손해배상의 범위

다른 손해배상책임에서와 마찬가지로 의사책임에서의 손해배상의 범위도 통상 발생하는 손해, 즉 통상손해를 그 한도로 한다.(민법 제393조, 제763조). 손해배상금은 아래와 같이 크게 재산적 손해와 정신적 손해로 나뉘며 재산적 손해는 다시 소극적 손해와 적극적 손해로 구분할 수 있다.

법률상 손해배상 금	재산적 손해액	적극적 : 사고로 인한 피해자의 지출 (향후치료비, 개호비, 의료보조구 구입비)
		소극적 : 사고로 인한 피해자의 수입상실 내 지 감소 (일실수입, 일실퇴직금 등)
	정신적 손해액	사고로 인한 피해자 및 그 가족들의 정신적 고통에 대해 금전적으로 배상하는 것

C. 의사와 환자 사이의 법률관계

i. 의료계약의 의의

보통 의료행위에 있어서 의사와 환자 사이에는 사법상의 권리의무관계, 즉 계약관계가 성립하므로, 환자에 대한 의사의 의료행위 그 자체를 일종의 계약적 법률관계라고 말할 수 있다. 의사와 환자 사이의 계약은 흔히 '의료계약'이라고 일컬어지거나 또는 의사계약이라고 하기도 한다.

의료계약은 문서로 체결되는 경우는 드물고 일반적으로 관행상 명시적

혹은 묵시적 형식의 구두로 성립한다. 의사는 환자를 위해서 계약내용에 의한 치료행위를 하여야 할 의무 및 의료행위에 따른 기타의 부수적 의무를 부담한다. 환자는 의사에게 자신을 진료하도록 맡기고 의사의 치료에 따라야 할 의무를 부담한다. 특히 의료행위에서 의사는 상당한 주의 및 '의학적 지식과 기술의 원리'에 따라야 할 의무를 부담한다.

그렇지만 의사는 환자의 질병을 완치시킬 의무까지는 부담하지 아니한다. 의학적 지식과 기술에 따라 최선을 다하였으면 비록 환자가 완치되지 아니할 지라도 의사는 책임이 없다. 그리고 의료계약을 통하여 환자에게도 의무가 발생한다. 특히, 환자는 무보수의 특약이 없는 한 의사에게 금전 등으로 의료보수를 지급하여야 할 의무를 부담한다.

ii. 의료계약의 성질

의료계약의 성질에 관해서는 크게 '일종의 무명계약'이라는 견해와 '민법상의 전형계약 가운데 한 유형'으로 이해하고자 하는 견해로 구분할 수 있다

민법상의 전형계약 가운데 한 유형으로 이해하고자 하는 경우는 '노무공급계약'의 일종으로 파악할 수 있다. 민법은 노무공급계약으로 고용·도급·위임 등 세가지 유형을 규정하고 있으나, 이 가운데 어느 계약으로 보아야 할 것인지에 대하여는 학설이 여러 가지가 있다.

논의되고 있는 학설을 종합하면 의료계약은 민법상의 노무공급에 관한 전형계약, 즉 고용·도급·위임 가운데 어느 한 유형으로 보고자 하는 견해가 다음과 같이 대립하고 있다.

① 사용자(환자)의 지휘·명령에 따라서 피사용자(의사)가 노무 내지 노동, 즉 의료행위를 공급하는 '고용'계약(민법 제665조)으로 보는 견해

② '일의 완성', 즉 환자 질병의 완치라고 하는 결과의 직접적 발생을 목적으로 하는 '도급'계약(민법 제664조)으로 보는 견해

③ 질병의 완전한 치유에 집착하지 않고 단지 대인적 신뢰관계를 기초로하여 고도의 전문지식과 기술을 바탕으로 일정한 사무(의료행위)를 처리하는 내용을 특징으로 하는 '위임'계약으로 보는 견해.

오늘날 의사와 환자사이의 계약적 별률관계는 이 가운데 일종의 '위임'(민법 제680조 이하)으로 보는 견해가 통설 혹은 지배적 견해다. 즉, 의료계약이란 환자가 의사에게 상당한 주의와 의학상의 지식·기술에 의하여 자신의 질병을 검사·진단하여 필요한 치료를 하는 의료행위를 목적으로 하는 '사무'를 위탁하고, 의사가 의료행위를 승낙함으로써 그 효력이 생기는 계약이라고 설명할 수 있다.

iii. 의료계약의 내용

의사의 진료의무와 환자의 보수지급의무가 의료계약 내용의 중심이며, 서로 대가적 관계를 형성하고 있다. 그러나 진료의무 이외에도 의사는 의료행위와 관련하여 설명의무·비밀준수의무·진료기록의무와 같은 의무를 부담한다.

- 의사의 의무

· 의사의 진료의무

의료계약의 가장 핵심적인 내용은 의사의 환자에 대한 의료행위를 하여야 할 진료의무다. 그러나 의사는 의료계약상의 '진료의무'에 의하여 별도의 특약이 없는 한 병을 치료하기 위하여 충분한 조치를 다하여야 할 의무를 부담할 뿐이지, 병을 반드시 고쳐야 할 의무까지는 부담하지 아니한다.

의사의 주의의무는 어떤 기준에 의하여 결정되는가 하는 것은 획일적으로 결정하기는 불가능하나 일반적으로 인적·물적 두 가

지의 기준을 고려하여 판단할 수 있다.

의사가 부담하는 주의의무는 우선 인적으로 당해 의사 자신의 개인적 사정에 따라서 결정되는 것이 아니라 통상의 일반적인 의사, 즉 의료인으로 보통인·평균인·표준인 또는 합리인(이성인)이 할 수 있는 정도의 주의를 기준으로 결정된다. 그리고 일반 평균적 의사의 주의의무는 그 범위가 다시 물적으로 의료행위의 당시에 적용된 의학지식과 의학 기술에 의하여 결정된다, 결국 의료행위에서 의사는 통상의 평균적인 의사가 지니고 있어야 할 그 당시의 의학상의 지식과 기술에 따라서 최선의 주의를 다하여 환자를 치료하여야 할 주의의무를 부담한다고 할 수 있다. 여기서 평균적 의사는 민법 제681조에서 의미하는 '선량한 관리자'와 같은 의사를 지칭한다고 할 수 있다.

그러므로 의료행위에 있어서 평균적 의사는 어떤 추상적·절대적 기준에 의하여 결정되지는 아니한다. 해당 의사가 의료행위를 실시하고 있는 지역이나 의료시설, 의료관행, 전문성의 여부 등 구체적 사정을 고려하여 결정되어야 한다.

· 의사의 설명의무

의사는 치료행위에서 그 결과를 유지하고 증진시키기 위하여 환자가 지키고 따라야 할 일정한 사항을 환자에게 주의시키거나 지시·지도하여야 하는 의무를 부담한다. 의사는 미리 환자에 대하여 예상되는 의료행위와 이 의료행위와 관련한 제반사항을 설명하여야 한다.

환자의 동의나 승낙을 얻기 위하여 하는 의사의 설명의무를 자기결정을 위한 설명의무라고 한다. 이는 다시 진단설명·경과설명·위험설명으로 구분할 수 있다.

✓ 진단설명

진단설명이란 병역이나 질병의 현상과 같은 진단의 결과

에 대한 의사의 설명을 의미한다. 건강진단이나 종합검진 등 순수한 진단을 위한 의료계약에서는 진단설명 그 자체가 계약의 본질적 내용이 된다.

✓ 경과설명

의사는 환자에게 필요한 의료적 침습의 종류·방법과 범위를 설명하여 환자 스스로 어떤 의료행위에 대하여 자신의 승낙이나 동의를 하는지를 알게 하여야 한다. 동시에 의사는 만일 환자가 당장 필요한 치료행위를 받지 아니할 경우에 환자에게 어떠한 결과가 발생할 것인지와 치료가 성공한다면 건강상태가 어떻게 병상이 호전될 것인지에 대하여도 설명하여야 한다. 또한 의사는 다양한 여러 가지의 치료가능성이 고려되는 경우에는 그 장단점을 설명하여야 할 의무를 부담한다.

✓ 위험설명

의사는 위험설명에서 의료행위, 특히 수술에 의한 후유증이나 부작용 혹은 다른 장기에 대한 영향 등 만일의 경우에 발생할 수 있는 의료행위에 따른 위험을 환자가 주지하도록 하여야 한다. 특히 의사는 의료행위가 '의학상 인정된 일반적 원칙'에 따라서 실시할지라도 혹시 발생할 수도 있는 일시적 또는 계속적 부수효과(부작용)에 대하여도 설명하여야 한다.

✓ 기타의 설명의무

위의 의무이외에도 의사는 경제적인 문제, 즉 치료행위가 보험에 포함되는지 혹은 환자 스스로 부담하여야 하는 의료비가 어느 정도인지에 대하여도 설명하여야 한다. 또한

필요한 경우에 다른 전문의나 보다 좋은 시설을 갖춘 병원에서 치료받을 수 있도록 그 가능성 및 방법에 대하여 설명하여야 하는 의무도 부담한다.

- 의사의 비밀준수의무

의사는 의료행위를 통하여 알게 된 환자의 비밀을 누설하여서는 아니된다. 다만 의사의 비밀준수의무는 절대적 성질의 의무라고는 볼 수 없다. 예를 들어 AIDS환자 혹은 전염병환자와 같이 타인에게 전염, 감염시켜 사회적 이익을 침해할 우려가 큰 경우에는 의사는 보건소 등 일정한 행정기관에 환자를 보고하여야 한다.

또한 법률이 진료기록의 열람 또는 제시를 규정하고 있는 경우나 환자 본인의 동의가 있는 경우도 의사는 비밀을 공개할 수 있다.

- 의사의 진료기록의무

의료계약에 의하여 의사는 병명 및 질병의 증상, 치료방법 등을 진료기록부에 기록하여야 하는 의무를 부담한다. 의료법 제21조 제1항은 명문으로 의사에게 진료기록부를 비치하여 의료행위에 관한 사항과 소견을 상세히 기록하고 서명하도록 규정하고 있다.

의사는 진료시마다 즉시 진료기록부를 작성하여야 하며 작성된 진료기록부는 일정한 기간동안 보존하여야 한다(의료법 제21조 제2항)

환자에게는 진료기록부의 열람권 및 복사청구권이 인정된다.