

## 시론



신현호

- 현) 법률사무소 해울 대표변호사
- 대한변협 인권위원회 위원
- 한국의료법학회 회장

## 민법 전형계약으로서의 의료 계약이 조속히 입법되어야 한다

2023. 6. 법무부는 제3기 민법개정위원회를 구성하여 새로운 사회환경에 맞도록 민법을 전면적으로 개정하기로 하였다. 2009~2014년 운영된 제2기 민법개정위원회에서는 의료계약에 대한 이해부족으로 논의만 된 채 입법에 실패하였다. 당시 의료계약과 같이 논의되었던 여행계약은 2015년에 신설된 점에 비추어 많은 아쉬움을 남겼다. 우리 실생활에서 여행계약보다는 의료계약이 훨씬 많이 체결되고 사회적 약자인 환자보호가 절실하였기 때문이다.

법의 존재이유는 무기대등의 원칙을 확보해 사회적 약자를 보호해 주는 데 있다. 형한 민법 전형계약에서 보호해 주는 매수인, 임차인, 피용인, 수임인보다 환자는 상대적으로 더 약자이다. 생명 앞에서는 대통령이든 재벌이든 한없이 약한 존재에 불과하다. 환자의 생명은 대체가 불가능하고, 한번 손상을 입으면 원상회복이 불가능하고, 손상을 다투는 응급성을 가지고, 시장에서 가격결정을 할 수 없는 특성이 있다. 의료는 가장 전문적이고, 재량적이고, 임기응변적인 특성을 가진다. 마취상태에서 수술받는 환자는 자신에게 행해지는 의료행위를 알지 못한다. 환자의 진료 정보와 진료결과에 대한 적정성 평가도 모두 의료인이 독점한다. 환자가 정확한 정보를 얻고 충분한 시간을 가진 상태에서 의사와 대등하게 의료계약을 체결하는 것은 불가능에 가깝다.

우리나라 5천2백만명의 국민은 2022년 기준으로 건강보험환자는 약 13억회, 의료급여환자는 약 8천만건, 교통사고환자는 약 2천만건, 그 밖에 산업재해환자, 상이군경환자, 장기요양급여 환자, 미용성형환자 등 연간 15억회 이상의 의료인과 계약을 체결하고 있다. 의료계약이 없이 환자의 권리는 심각한 침해를 받고 있다.

우리 민법학계에서는 의료계약의 법적 성질에 관하여 ① 위임계약설(혹은 준위임계약설), ② 도급계약설, ③ 고용계약설, ④ 무명계약설(비전형계약설, 혼합계약설), ⑤ 독립계약설 등 다양한 견해를 보이고 있고, 다수설과 판례는 위임계약설을 취하고 있으나, 위임계약으로 의료계약을 해석하는 데는 한계가 있다. 이를 극복하기 위해 국회와 대한변협은 2022년 '진료계약의 민법편입개정을 위한 심포지엄'을 공동주최하여 의료계약의 민법 전형계약 신설을 논의하였으나, 아직 현실화되지 못하고 있다.

독일은 환자권리보호의 필요성을 절감하고 100여년간 판례로 정립된 의료인의 정보제공 의무, 설명의무, 과실추정, 입증책임완화 등의 이론을 2013년 법규화하여 민법에 전형계약으로서의 의료계약을 신설하였다.

의료계약조항이 없는 우리나라에서는 법원이 의료행위의 정의, 범위, 주의의무, 입증책임 분배 등에서 다양한 판단을 하고 있다. 인과관계 추정에 관해서 “일반인의 상식에 바탕을 둔 사고일 경우 의료과실을 추정한다.”고 하면서 의사에게 엄격한 책임을 묻는 판결이 많다. 그러나 일부는 “단지 중대한 악결과가 발생하였다는 이유만으로 의료과실을 추정할 수 없다.”고 하여 환자에게 불가능할 정도로 엄격한 입

증책임을 요구하기도 한다. 의료사고에 대해 정반대의 판례가 공존하고, 법조인들도 제각각 해석하여야 하는 이유는 명문의 의료계약 규정이 없기 때문이다. 환자나 의료인 모두 자기에게 유리하게 해석하여 법적 분쟁을 부추키는 원인이 되고 있다.

의료행위는 단순히 건강보험환자나 의료급여환자에게만 이루어지는 것이 아니다. 의료계약이 체결되지 않는 119구급대원의 응급처치, 군장병의 군병원 치료, 교도소 내 의료시설에서의 의료처치 등도 의료계약에서 보호되어야 한다. 의료인의 조처처방에 따른 약화사고도 환자의 권리보호 대상이다.

의료계약에서 제일 중요한 것은 입증책임분배이다. 진료정보가 의료인에게 독점되고 위변조의 개연성이 있음에도 환자에게 위변조의 입증책임을 지우고 있다. 독일 민법과 같이 의료인이 완전하게 지배하는 영역인 수술실, 주사실, 중환자실, 물리치료실 등에서 발생한 중대한 악결과에 대해서는 의료과실을 추정하고 의료인에게 소명하도록 입증책임을 분배하여 환자의 권리가 보호되어야 한다. 현재 국민이 납부하는 국민건강보험료에 의료사고에 대한 위험료 1.4%가 포함되어 있다. 이 위험료에서 의료사고로 인한 손해배상금이 지급된다. 환자가 의료사고 위험료를 부담하면서 의료과실에 대한 인과관계까지 입증하여야 하는 현행 민법은 형평의 원칙에서 벗어난다.

제3기 민법개정위원회 이전에 국회와 정부, 그리고 의료계약을 체결하여야 하는 국민 모두가 민법에 의료계약이 신속하게 제정되도록 관심과 노력이 필요하다.