

민법상 전형계약으로서 의료계약

- 독일법과의 비교를 중심으로 -

김 중 길*

차 례

- I. 서 론
- II. 의료계약의 당사자와 법적 성질
 - 1. 계약당사자
 - 2. 계약의 법적 성질
- III. 환자의 권리와 의무
 - 1. 보수지급의무
 - 2. 협력책무
 - 3. 환자기록 열람권
- IV. 의료제공자의 권리와 의무
 - 1. 진료의무 및 선관주의의무
 - 2. 정보제공의무
 - 3. 동의획득의무
 - 4. 설명의무
 - 5. 진료기록 작성 및 보존의무
- V. 손해배상책임에서 입증부담
 - 1. 위험의 실현
 - 2. 의무위반
 - 3. 의료과오
- VI. 결 론

* 영남대학교 법학연구소 선임연구원 / 독일 바이로이트대학교 법학박사
접수일자 : 2014. 10. 14. / 심사일자 : 2014. 11. 25. / 게재확정일자 : 2014. 11. 28.

I. 서론

2013년 2월 26일부터 독일에서는 환자의 권리증진을 위한 법률(이하 “환자권리법”이라고 한다)¹⁾이 발효됨에 따라 독자적인 전형계약으로서 진료계약(Behandlungsvertrag)²⁾에 관한 조문(제630조의a 제630조의h) 8개가 독일민법전(BGB)에 새롭게 규율되었다.³⁾ 이는 독일에서 30여 년 전부터 지속적으로 이어져 온 환자권리에 관한 입법논의의 최종적인 결과물로서,⁴⁾ 그동안 의료책임에서 판례를 통하여 형성되었던 환자 및 의사의 법적 권리와 의무를 법문으로 규정함으로써 의료계약의 민법상 기초를 마련한 것이다. 환자와 의사의 민사법적 관계를 강조하고, 기존의 전형계약이나 판례에 의한 법형성만으로는 환자의 법적 지위의 최적화 및 권리보호에 한계가 있다는 견지에서 민법전 내에 의료계약을 도입하여, 법적인 정성을 추구하고 환자권에 대한 명확성 보장을 도모하였다고 평가된다.⁵⁾

- 1) Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten(PatRG) vom 20. Februar 2013, Bundesgesetzblatt(BGBl) I, 277.
- 2) 통상적으로 독일어 Behandlungsvertrag은 진료계약으로, Arztvertrag은 의료계약으로 구분하여 번역한다. 이에 의료계약은 진료계약을 포함하는 보다 포괄적인 개념으로 이해하면서, 진단과 치료를 목적으로 하는 계약관계(진료계약)와 특별법이 적용되거나 진료과정에서 진료계약 이외의 의료관계(기타 의료관계)로 구분하는 견해(김천수, “진료계약”, 『민사법학』 제15호, 한국민사법학회, 1997.4, 147쪽 이하)가 있으나, 본 논문에서는 의사와 환자의 민사법적 법률관계만을 규율하는 차원에서 의료계약의 가장 일반적인 계약형태가 진료계약임을 고려하고, 두 표현의 내용상 의미가 다르지 않음을 미리 밝힌다.
- 3) 이에 앞서 이미 유럽연합(European Union, EU) 차원에서의 체계적이고 통일적인 유럽 계약법 제정 작업인 공통참조기준초안(Draft Common Frame of Reference, DCFR) 제4장 C편 서비스계약편에서 서비스계약의 유형화를 시도하였고, 그 결과 독자적인 계약 유형으로 진료(treatment, Behandlungsleistung)에 관한 규정을 별도로 정하고 있다. DCFR은 다양한 서비스 중에서 그 형태와 결합에 따른 구별로 나타나는 인간의 기본적인 활동을 고려하여, 건설, 가공, 임치, 설계, 정보 또는 상담, 진료 등 6개의 계약 유형으로 구분하고 있다. 이에 대한 보다 자세한 내용은 김종길, “공통참조기준초안(DCFR)상 서비스계약법의 체계”, 『법학논총』 제38권제1호, 단국대학교 법학연구소, 2014.3, 392쪽 참조.
- 4) 독일의 환자권리에 관한 입법논의과정에 대한 보다 자세한 내용은 Kubella, Kathrin, *Patientenrechtgesetz*, Berlin: Springer, 2011; 이재경, “환자의 권리보호와 의료계약의 입법에 관한 검토”, 『법학연구』 제53호, 한국법학회, 2014.3, 91쪽 이하; 김기영, “독일의 환자권리법에 대한 입법정책적 논의와 중요내용”, 『법제연구』 제44호, 한국법제연구원, 2013.6, 467쪽 이하 참조.

현재 우리나라에서 환자와 의사의 권리와 의무내용은 보건의료기본법 및 의료법 등 행정법적 성격의 의료관련 법률에서 규정하거나 판례에 의하여 형성되고 있기에, 민사법 영역에서의 명확한 법적 근거로 삼기에 어려운 점이 있다. 물론 의료계약의 법적 성질을 위임계약으로 파악하여 관련 규정을 준용하기는 하나, 위임계약과 구별되는 의료계약의 특성은 정확하게 반영할 수 없는 문제점이 있다.⁶⁾ 이러한 이유에서 최근 우리나라 학계에서도 의료계약을 신설하여 민법전에 전형계약으로 편입할 필요성이 있다는 인식을 가지고 민법개정논의에서 의료계약에 관한 규정안들을 마련한 바 있다.⁷⁾ 이에 가장 최근에 민법전 내로의 입법화가 이루어진 독일의 진료계약은 장차 이어질 우리의 의료계약 입법논의과정에서도 중요한 참고자료가 될 수 있기 때문에, 양자 사이 제반 내용의 비교분석은 그 의미와 필요성이 크다고 할 것이다.

본 논문에서는 독일민법상 진료계약당사자들의 권리와 의무 및 입증책임 등에 관한 규정내용들을 소개하면서 전반적으로 살펴보고, 현행 우리나라 의료관련 법제 및 민법개정위원회가 제안한 방안들과 비교고찰을 수행하고자 한다. 이를 통하여 우리의 의료계약법을 마련하는데 있어 보다 나은 시사점들을 제시하고자 한다.

5) Deutscher Bundestag-Drucksache(BT-Drucks.) 17/10488, S. 1, 10; Martis, Rüdiger/Winkhart-Martis, Martina, *Arzthaftungsrecht*, 4. Aufl., Köln: Dr. Otto Schmidt, 2014, S. 1216. 진료계약의 민법전 편입에 비판적인 견해로 Katzenmeier, Christian, “Der Behandlungsvertrag - Neuer Vertragstypus im BGB”, *Neue Juristische Wochenschrift(NJW)* 12/2013, S. 817.

6) 김천수, 앞의 글, 1997, 167쪽 이하.

7) 법무부 산하 2011년 제3기 민법개정위원회 제5분과위원회가 의료계약의 신설방안을 마련하고, 이와 관련하여 논의하였으며, 2012년 제4기 민법개정위원회 실무위원회가 의견을 개진하면서 찬성하는 입장을 표명하였다. 신설규정의 자세한 내용과 논의에 대해서는 박수곤, “의료계약의 민법편입과 과제”, 『민사법학』 제60호, 한국민사법학회, 2012.9, 200쪽 이하 참조.

II. 의료계약의 당사자와 법적 성질

1. 계약당사자

(1) 독일민법

독일에서 진료계약(Behandlungsvertrag)은 독일민법 제630조의a 제1항에 의하면, 자연인으로서 환자(Patient)와 환자에게 의료적 처치를 약속한 진료제공자(Behandelnder) 사이에 체결되는 계약으로, 환자와 진료제공자를 계약당사자로 정하고 있다. 이때 ‘진료제공자’ 개념은 의사, 치과의사에 국한하지 않고, 심리치료사, 아동치료사, 조산사, 물리치료사, 마사지사, 작업치료사, 언어치료사와 같은 다른 보건직역의 치료종사자를 포함한다.⁸⁾ 그리고 진료를 약속한 자와 진료를 이행하는 자가 반드시 동일할 필요는 없다. 예를 들어 병원개설자와 같이 의사의 이행보조자도 환자의 진료계약 상대방이 될 수 있으나, 진료의무는 의사가 몸소 부담한다.⁹⁾

이러한 진료제공자의 계약상 급부목적물은 기본적으로 수술 및 치료행위와 같은 의료적 처치(medizinische Behandlung)를 환자에게 제공하는 것이다. 이때 ‘의료적 처치’ 개념을 법문으로 자세히 정의하고 있지 않는데, 의료적 처치란 일반적으로 사람에게 대한 진단과 치료를 포괄하는 것으로, 병, 신체손해, 신체장애, 정신장애 등 사람의 신체적, 정신적 고통을 덜어 주거나, 그러한 원인을 제거하는 보건서비스의 제공뿐만 아니라, 순수한 미용 목적의 시술과 조치 같은 의료행위도 포함하는 것으로 이해한다.¹⁰⁾

8) BT-Drucks. 17/10488 S. 11; 다만, 수의사와 약사는 진료제공자에 포함되지 않는다: BT-Drucks. 17/10488 S. 18; Prütting, Hanns/Wegen, Gerhard/Weinreich, Gerd (Hrsg.), *BGB: Kommentar*, 9. Aufl., Köln: Luchterhand, 2014, § 630a Rn. 3.

9) 우리 민법 제391조에 해당하는 독일민법 제278조 제1문은 “채무자는 법정대리인 및 채무의 이행을 위하여 사용하는 사람의 과책을 자신의 과책과 같은 정도로 책임을 져야 한다”라고 규정하고 있다.

10) BT-Drucks. 17/10488 S. 17; Erman, Walter/Westermann, Harm Peter/Grunewald, Barbara/Maier-Reimer, Georg (Hrsg.), *Bürgerliches Gesetzbuch*, Bd. 1: §§ 1-758, 14. Aufl., Köln: Dr. Otto Schmidt, 2014, § 630b Rn. 15; Wagner, Gerhard, “Kodifikation des Arzthaftungsrechts? - Zum Entwurf eines Patientenrechtgesetzes”, *Zeitschrift für Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht(VersR)* 2012, Heft 19, S. 789, 790.

(2) 우리 법제와의 비교

의료계약당사자와 관련하여 독일의 진료제공자에 해당하는 표현을 우리 법제에서 살펴보면, 보건의료기본법에서는 ‘보건의료인’으로, 의료법에서는 ‘의료인’으로 명기하고 있다. 보건의료인이란 “보건의료 관계 법령에서 정하는 바에 따라 자격·면허 등을 취득하거나 보건의료서비스에 종사하는 것이 허용된 자”(보건의료기본법 제3조 제3문)로서, 예를 들어 “의료법에 따른 의료인·간호조무사, 의료기사 등에 관한 법률에 따른 의료기사, 응급의료에 관한 법률에 따른 응급구조사 및 약사법에 따른 약사·한약사”(의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률 제2조 제3문)가 포함된 포괄적 개념이다. 그리고 의료인이란 “보건복지부장관의 면허를 받은 의사·치과의사·한의사·조산사 및 간호사”(의료법 제2조 제1항)를 말한다.

한편, 민법개정위원회 제5분과위원회의 개정시안(이하 “분과위안”이라고 한다) 제692조의2에 의하면, 독일에서와 같이 진단과 치료 기타 의료적 처치를 행하는 의미에서의 ‘의료제공자’라는 용어를 사용하고 있다. 민법개정위원회 실무위원회의 개정시안(이하 “실무위안”이라고 한다) 제692조의2에서도 의료제공자라는 용어를 사용하고 있으나, 의료제공자의 범위를 적법하게 의료행위를 할 수 있는 자로 한정하고 있다. 이는 ‘의료행위를 할 수 있는 자’라는 표현에 대하여 능력조건이 아닌, 자격조건의 명시적인 표기로서, 한편으로는 우리 판례의 태도를 따르면서,¹¹⁾ 또 한편으로는 무면허의료행위를 하는 자와의 계약은 무효라는 점을 명확하게 하기 위함이다.¹²⁾

사법적 측면의 고려에서 의료계약이 일종의 서비스계약임을 감안할 때 의료관련 법률에서 명기하고 있는 보건의료인 내지 의료인의 용어 대신 의료제공자라는 용어의 사용은 타당하다. 다만, 실무위안과 같이 민법상 의료제공자의 범위를 명문으로 한정하지 않더라도, 환자의 권리보호라는 입법목적에 고려할 때 자격·면허가 없는 자와의 의료계약은 포함되지 않

11) 대법원 2011.1.13. 선고 2010다67890 판결; 대법원 2003.4.22. 선고 2003다2390, 2406 판결.

12) 박수곤, 앞의 글, 2012, 210쪽.

는다고 해석하는 것이 바람직하다. 의료제공자에 해당하는 직업군과 관련한 해석에서도 의료법상 의료인의 정의로는 그 범위가 너무 좁고, 보건의료기본법상 보건의료인의 정의를 적용하기에는 그 범위가 너무 넓은 문제점이 있기 때문에, 직업군의 범위를 입법이후 주석에 의한 보충적 방식으로든 더욱 명확하게 정할 필요가 있다.

특히, 실무위안은 계약당사자로서 의료관련 법률에서 일반적으로 사용하고 있는 ‘환자’라는 용어 대신에, 의료행위의 대상자라는 의미를 담고 있는 ‘수의료자(受醫療者)’라는 용어를 사용하고 있다.¹³⁾ 이는 표기상의 차이가 있을 뿐 환자라는 용어와 그 의미가 달리 해석되지는 않고, 일반적인 용례에 따른 환자의 용어 사용이 법률적 이해에도 용이할 것으로 생각된다.

2. 계약의 법적 성질

(1) 독일민법

독일민법 제630조의b에서는 민법상 새로운 전형계약으로서 진료계약을 고용계약의 특수한 형태로 다루면서, 독일민법 제622조에서의 근로계약관계를 제외한 독일민법 제611조 이하의 일반적인 고용계약관계에 관한 규정을 준용하고 있다.¹⁴⁾ 이는 환자권리법의 시행 이전부터 독일에서 꾸준히 논의되어 온 의료계약(Arztvertrag)의 고용계약적인 법적 성질을 수용한 결과이다.¹⁵⁾ 즉, 의사의 채무는 치료 및 수술을 통한 이전 상태로의 완벽한 쾌유가 아니라, 쾌유를 위한 의학전문적인 노력을 기울이는 것이고, 그래서 진료제공자는 기본적으로 진료에 대한 전문적인 행위의무만을 부

13) 박수곤, 앞의 글, 2012, 209쪽; 또한 개정시안에서는 환자가 의료계약의 당사자가 아닌 경우에는 ‘의료이용자’라는 용어로 구분하여 사용하기도 한다: 박수곤, 앞의 글, 2012, 217쪽.

14) 예를 들어, 보수 무약정, 개인적 급부의 금지 및 취소에 관한 하자있는 약정에서 각각 독일민법 제612조, 제613조, 제626조 이하의 규정을 적용할 수 있다: Erman/Rehborn/Gescher, *BGB*, § 630b Rn. 2 f; Katzenmeier, a.a.O., *NJW* 12/2013, S. 818.

15) Entscheidung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen(BGHZ) 63, 306, 309; BGHZ 97, 273, 276; Martis/Winkhart, a.a.O., 2014, S. 1218.

담할 뿐, 완쾌에 대한 결과성취의무는 부담하지 않는다. 이는 미용 목적의 의료행위에도 마찬가지이다. 하지만 계약당사자들은 계약자유에 의하여 경우에 따라서는 특정한 결과성취를 목적으로 하는 계약을 약정할 수 있고, 이러한 경우에는 독일민법 제631조 이하의 도급계약관계의 책임규정이 적용된다.¹⁶⁾

(2) 우리민법과의 비교

우리민법의 고용계약은 독일민법의 고용계약과 구분되는데, 독일민법에서 의미하는 고용계약의 하위 개념에 해당하는 것으로서 실질적으로는 종속적 노무를 목적으로 하는 근로계약관계(Arbeitsverhältniss)에 더 가깝다.¹⁷⁾ 이러한 이유로 지금까지 우리나라에서는 비종속적, 독립적 노무를 제공하는 건축사, 변호사, 의사와 같은 전문직업인과의 계약관계를 고용계약이 아니라 위임계약으로 파악하여 왔다. 이는 스위스민법의 위임규정과 유사한 것으로, 의료계약에서도 민법 제680조 이하의 위임규정을 준용하고, 판례도 이러한 태도를 취하고 있다.¹⁸⁾ 이에 반하여, 의료계약을 위임에 가까운 무명계약으로 파악하여, 전형계약으로서 별도의 의료계약 규정이 필요하다고 하는 견해가 최근의 유행설이다.¹⁹⁾ 이는 의료계약상의 제반 문제를 위임규정의 적용으로 완전하게 해결할 수 없다는 입장이다. 전자의 다수설 역시 위임규정을 의료계약에 전적으로 적용함에 있어서는 한계가 있다는 점을 인지하고 있다.

현행 민법의 전형계약 중에서 의료계약의 법적 성질에 적합한 계약은 없는 실정이다. 의료계약을 위임계약 내지 위임과 가까운 무명계약으로 이해하려고 하는 것은 현행 민법상 사용자의 지휘·감독 하에서 행위의무를 부담하는 고용계약이나 결과성취의무를 부담하는 도급계약과는 그 법적 성질이 크게 다르고, 독립적 전문인으로서 급부를 이행하는 위임계약과 그 성질이 가장 유사하기 때문에 위임규정을 준용하거나 유사하게 이

16) PWW/Schneider, BGB, § 630b Rn. 1.

17) 김종길, 앞의 글, 2014, 394쪽.

18) 김민중, “의료계약”, 『사법행정』제361호, 한국사법행정학회, 1991, 38쪽 이하 참조.

19) 김천수, 앞의 글, 1997, 167쪽 이하 참조.

해하는 것일 뿐이다. 그러므로 사회발전에 따라 새롭게 도출되는 구체적 개별계약유형에 대하여 법적용의 한계가 드러난 것으로 볼 수 있다.

III. 환자의 권리와 의무

독일민법 제630조의a 제1항에서 계약당사자의 주된 의무를 정하고 있고, 독일민법 제630조의c부터 제630조의g에서 기타 권리와 의무 및 책무를 규정하고 있다. 진료계약상의 특수한 책임규정은 많지 않고, 그래서 일반적인 고용계약에서와 같이 독일민법 제280조 이하의 책임규정을 준용한다.²⁰⁾ 독일민법 제823조 이하의 불법행위법적 청구권은 고려하지 않는다. 우리나라는 보건의료기본법 제2장(제10조부터 제14조)에서 보건의료에 관한 국민의 권리와 의무를 규정하고 있다.

1. 보수지급의무

독일민법에서 환자는 단 하나의 주된 급부의무로서 보수지급의무를 명시적으로 규정하고 있다. 독일민법 제630조의a 제1항에 의하여 환자는 진료제공자에게 약정한 보수를 지급할 의무가 있으나, 제3자가 지불에 관한 의무가 없는 경우에 한한다.²¹⁾

우리나라는 분과위 제1안 제692조의2에서는 환자가 의료적 처치에 대하여 “보수를 지급할 것을 약정함으로써”라고 명시하여 의료계약의 유상성을 밝히고 있다. 이에 반하여, 분과위 제2안 및 실무위안 제692조의2에서는 의료계약을 무상으로도 체결할 수 있음을 전제하였다. 즉, 진료제공자가 “이(의료적 처치)를 승낙함으로써”라고 명시하여 환자의 위탁행위를 먼저 기술한 후 진료제공자의 위탁에 대한 승낙 조건 순으로 규정하면서,

20) Wagner, a.a.O., *VersR* 2012, S. 789, 791.

21) 여기에서 제3자란 통상적으로 독일의 보험체계에 따른 보험자(보험회사)를 일컫는다. 독일은 의료보험제도에 따라 환자가 제공받은 의료행위에 대한 비용을 통상적으로 보험자가 지불하고, 보험범위를 넘어서는 의료행위에 대한 비용만을 환자가 지급한다. 그래서 특히 공보험에서 진료제공자는 보험자에 대하여 보수청구권(Vergütungsanspruch)을 가지는 것이 아니라, 비용배상청구권(Kostenerstattungsanspruch)을 가진다: PWW/Schneider, *BGB*, § 630a Rn. 7.

환자의 보수지급의무에 대한 언급은 하지 않고 있다. 하지만, 이들 제안도 제692조의5 보수와 관련한 조항에서 “보수의 약정이 있는 경우, 그 보수는 약정한 시기에 지급하여야 하며”라고 명시하여 유상계약에서 환자의 보수지급의무를 규정하고 있다. 이러한 규정방식은 우리 민법상 위임계약의 유상성을 나타내는 것과 동일하며, 이를 차용한 것으로 보인다.

현실적으로 의료계약은 유상계약이 원칙이어서 무상계약이 원칙인 위임계약과 맞지 않는다는 비판이 있고,²²⁾ 이에 의료계약의 유상성을 계약의 주된 급부의무로서 명시적으로 표현하는 것이 한편으로는 적절해 보이나, 의료계약은 인간의 생명·신체·건강을 다루는 아주 특별한 계약관계이기 때문에, 유상성 내지 무상성의 고려에 따라 의료제공자의 의무내용이 달라지는 것은 바람직하지 않다.²³⁾

2. 협력책무

독일민법 제630조의c 제1항에서 진료제공자와 환자의 협력관계에 대하여 규정하고 있다. 특히, 환자는 의무(Pflicht)가 아닌 책무(Obliegenheit)로서 성공적인 치료를 위하여 진료제공자의 지침을 따라야 하고,²⁴⁾ 진료제공자에게 사전에 자신의 병력(病歷)에 관한 전반적인 정보를 제공하여야 한다. 이 규정은 환자권리법에 기초한 진료제공자와 환자 사이의 상호협력관계 내지 동반자적 사고(Partnerschaftsgedanken)를 확인시켜 주는 것으로서, 진료계약당사자의 신뢰관계를 보다 강화하고 서로 간의 정보교환이행을 명확히 정하고 있다.²⁵⁾

22) 김천수, 앞의 글, 1997, 168쪽.

23) 보건의료기본법 제14조 제1항에서 “모든 국민은 자신과 가족의 건강을 보호·증진하기 위하여 노력하여야 하며, (...) 건강을 보호·증진하는 데에 필요한 비용을 부담하여야 한다”라고 하는데, 이는 국가의 보건의료서비스에 대한 제반비용을 모두 포괄하는 것으로, 의료계약에 의한 진료보수만을 의미하는 것은 아니므로, 의료계약의 유상성을 규정하고 있다고 보기는 어렵다.

24) 의무와 책무 양자 모두 법규정에 의하여 구속이 주어지는 점은 동일하다. 그러나 의무는 불이행시 이행이 강제되거나 그로 인한 손해배상책임이 과해지지만, 책무는 그러한 효과가 인정되지 않고, 단지 유리한 지위를 상실당할 뿐이다.

25) BT-Drucks. 17/10488 S. 21; 이러한 책무의 태만은 독일민법 제254조에 따라 과실상계로 인한 손해경감이 발생할 수 있다: Erman/Rehborn/Gescher, BGB, § 630c Rn. 1;

우리나라는 보건의료기본법 제14조 제3항에서 “모든 국민은 보건의료인의 정당한 보건의료서비스와 지도에 협조한다”라고 하여 국민의 협조 의무를 규정하고 있다. 하지만, 계약상 협력의무를 민법상 의무규정으로 정하는 것에 대하여는 그동안 사법학계에서 매우 소극적인 입장을 보여 왔다.²⁶⁾ 그리하여 민법개정위원회에서도 그와 같은 입장을 유지하였고, 개정시안에는 환자의 협력의무에 관한 규정은 두지 않고 있다. 협력의무에 관한 명문규정이 없다하더라도, 환자가 의료제공자의 합리적인 지침에 상응하게 따르고, 치료를 위한 정보를 제공하는 것은 당연한 협력사항으로, 의료상 신뢰관계 내지 협력관계는 환자의 책무로서 전제되어 있다고 할 것이다.

3. 환자기록 열람권

독일민법 제630조의g 제1항 제1문에 의하면, 환자기록의 열람이 중대한 치료적 근거가 아니거나 제3자의 중대한 권리에 반하지 않는 한, 관련된 환자기록의 전부를 지체 없이 열람할 수 있는 청구권이 환자에게 보장되어 있다.²⁷⁾ 열람권은 환자의 정보적 자기결정과 인간존엄을 보장하는 것이다.²⁸⁾ 또한, 동조 제2항에 의하면, 환자는 환자기록의 전자 사본도 청구할 수 있으나, 그에 따른 비용은 환자가 지불하여야 한다. 한편, 환자가 사망한 경우에 재산법상의 이익을 대리하기 위한 열람권은 상속인에게 귀속되고, 환자의 직계혈족이 정신적 이익을 주장하는 한, 동일하게 유효하다.²⁹⁾ 하지만, 환자기록 열람권이 환자의 명시적 또는 추정적 의사에

PWW/Schneider, *BGB*, § 630c Rn. 1 f.

26) 이와 관련하여 대륙법계의 권리절대주의의 수용과 전체주의적 사고에 대한 두려움 때문이라는 견해가 있다: 박희호, “계약상 협력의무에 관한 연구 - 유럽서비스계약법원칙을 중심으로 -”, 『외법논집』 제33권제3호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2009.3, 308쪽 이하 참조.

27) 진료제공자가 열람권을 거부할 때에는 그 이유를 설명하여야 한다(독일민법 제630조의g 제1항 제2문). 기록열람이 이유 없이 거부되면, 환자는 열람권에 대한 소를 제기할 수 있다. 열람과 관련된 사항은 독일민법 제811조를 준용한다(독일민법 제630조의g 제1항 제3문).

28) BGHZ 85, 327; Katzenmeier, a.a.O., *NJW* 12/2013, S. 821.

29) 우리나라는 의료법 제21조 제2항 제3문에 의하여, 환자가 사망하거나 의식이 없는

반하는 한, 열람권은 배제된다(독일민법 제630조의g 제3항).

이러한 환자의 열람권과 관련하여서 민법개정시안에서는 환자의 직접적인 권리로 규정하고 있지 않다. 그러나, 현행 보건의료기본법 제11조 제2항 제1문에서 “모든 국민은 (...) 보건의료인이나 보건의료기관에 대하여 자신의 보건의료와 관련한 기록 등의 열람이나 사본의 교부를 요청할 수 있다”³⁰⁾라고 하여 환자의 열람권 및 복사권을 보장하고 있으며, 의료법 제21조에서도 환자가 요청한 경우에는 “의료인이나 의료기관 종사자는 (...) 그 기록을 열람하게 하거나 그 사본을 교부하는 등 그 내용을 확인할 수 있게 하여야 한다”라고 하여, 의료제공자의 의무를 규정함과 동시에 환자의 열람권을 보장하고 있다. 이처럼 의료관련 법률에서 이미 규율하고 있는 열람권에 대하여 민법전에 도입할 필요성이 있는지에 대하여 사법학계에서는 여전히 의문을 가지고 있는 모습이다.

IV. 의료제공자의 권리와 의무

1. 진료의무 및 선관주의의무

(1) 독일민법

환자와 달리 진료제공자는 많은 의무를 부담한다. 우선 가장 주된 급부의무로서 독일민법 제630조의a 제1항에 따라 환자에게 약속한 의료적 처치, 즉 진료를 하여야 할 의무를 부담한다. 계약 체결 시에 진료행위를 구체적으로 ‘약속하여’ 확정하기 어렵지만, 최소한의 의미에서 병력, 진단, 검진, 필수적인 치료 등에 관한 내용이 포함된다.³¹⁾ 그리고 동조 제2

등 환자의 동의를 받을 수 없는 경우에는 환자의 배우자, 직계 존속·비속 또는 배우자의 직계 존속이 열람권을 요청할 수 있다.

30) 다만, 본인이 요청할 수 없는 경우에는 그 배우자·직계존비속 또는 배우자의 직계존속이, 그 배우자·직계존비속 및 배우자의 직계존속이 없거나 질병이나 그 밖에 직접 요청을 할 수 없는 부득이한 사유가 있는 경우에는 본인이 지정하는 대리인이 기록의 열람 등을 요청할 수 있다(보건의료기본법 제11조 제2항 제2문).

31) Osmialowski, Christoph, “Arzthaftung - ein Update nach dem Patientenrechtgesetz”, *ArztRecht(AR)* 2014, Heft 4/2014, S. 90; 또한, 진료기록 작성의무에 관한 독일민법

항에서는 진료에서의 주의의무 기준을 언급하고 있는데, 다른 약정이 없는 한, 진료시점에 존재하는 일반적으로 인정된 전문적 수준에 따라 진료를 하여야 한다. 여기에서 ‘전문적 수준’은 진료의 유형과 방법 및 조직적 내지 개인적 진료를 포함하여, 각각의 진료전공분야의 의학적 전문기준에 따라 포괄적으로 확정한다.³²⁾ 진료시점에 일반적으로 인정된 의학적 수준이 아직 형성되어 있지 않은 경우에는 환자의 복리를 고려하는 입장에서 환자와 합의하여 책임 있고, 신중한 주의의무 하에 새로운 진료방법을 적용하거나 새로운 치료제를 투여할 수 있다.³³⁾

(2) 우리 법제와의 비교

우리나라는 보건의료기본법 제5조 제1항에서 “보건의료인은 자신의 학식과 경험, 양심에 따라 환자에게 양질의 적절한 보건의료서비스를 제공하기 위하여 노력하여야” 하고, 의료법 제4조 제1항에서 “의료인은 (...) 환자에게 최선의 의료서비스를 제공하기 위하여 노력하여야 한다”라고 하여 의료제공자의 의료서비스 제공에 대한 의무 내지 책임을 규정하고 있다. 이에 대하여 모든 환자는 자신의 건강보호와 증진을 위하여 적절한 보건의료서비스를 받을 권리도 가진다(보건의료기본법 제6조 제1항).

한편, 분과위안 제692조의2에 의하면, 의료제공자는 진단, 치료, 기타 의료적 처치를 행하여야 한다. 이러한 주된 의무에 대하여 실무위안 제692조의2에서는 ‘의료행위’라는 간단한 표현을 사용하고 있다. 이상의 개정시안의 표현과 특별법상의 (보건)의료서비스 등은 그 표현상의 차이가 있으나 동일한 의미를 담고 있는 것으로, 독일민법의 진료의무에 해당하는 의료제공자의 가장 주된 급부의무라고 할 수 있다. 또한, 분과위안 제692조의3 및 실무위안 제692조의5에서는 그동안의 판례³⁴⁾ 및 학설³⁵⁾의

제630조의f 제2항의 내용도 적용될 것이다.

32) BGH, NJW 1987, 1479, 1480; PWW/Schneider, *BGB*, § 630a Rn. 8.

33) 이는 지금까지 독일판례의 입장과 동일하다: BGHZ, 168, 103, 105; BGHZ, 172, 1, 8 참조.

34) 대법원 2009.5.21. 선고 2009다17417 판결; 대법원 1998.7.24. 선고 98다12270; 대법원 1997.2.11. 선고 96다5933 판결.

35) 김천수, 앞의 글, 1997, 157쪽.

입장을 거의 그대로 받아들여 “의료제공자는 선량한 관리자의 주의로써 환자(수의료자)의 구체적인 증상이나 상황에 따라 의료적 처지(의료행위) 당시의 의료수준에 비추어 필요하고 적절한 조치를 취하여야“ 하는 의료제공자의 선관주의의무를 규정하고 있다. 독일민법 제630조의a 제2항에 상응하는 내용으로, 주의의무의 기준을 정하고 있다. 진료의무 및 선관주의의무는 의료계약에서 의료제공자의 가장 기본적이고, 본질적인 의무내용이기에 독일과 우리나라 간의 뚜렷한 내용적 차이는 나타나지 않는다.

2. 정보제공의무

(1) 독일민법

환자가 정보제공책무를 부담하는 것처럼 진료제공자도 독일민법 제630조의c 제2항 및 제3항에 따른 정보제공의무를 부담한다. 진료제공자의 정보제공의무를 규정하면서, 계약상의 주된 의무로서 안전설명 의무(또는 치료설명 의무, 제2항 제1문)를 정하고,³⁶⁾ 진정한 부수의무로서 진료과오의 공개의무(제2항 제2문) 및 비용설명 의무(또는 경제적 설명 의무, 제3항)를 정하고 있다. 이러한 정보제공의무를 위반한 경우에는 독일민법 제280조에 따라 의무위반에 기한 손해배상책임을 부담하게 된다. 그러나 독일민법 제630조의c의 제4항에서는 정보제공의무의 예외사유를 규정하고 있다. 즉, 환자의 정보가 예외적으로 특별한 사정에 기하여 없어도 되는 경우, 특히 환자의 생명과 건강을 위협하는 응급상황에서와 같이 진료를 지체할 수 없거나, 환자가 정보획득을 명시적으로 포기한 경우에는 정보가 필요하지 않다.

1) 안전설명 의무

우선 독일민법 제630조의c 제2항 제1문에 의하면, 진료제공자는 환자에게 진료초기 및 진료과정에서 진료에 대한 모든 본질적인 사정, 특히 진단, 예측가능한 건강상의 개선, 치료, 치료초기 및 치료 후에 취할 수 있는 조치

36) Martis/Winkhart, a.a.O., 2014, S. 1220.

등을 이해하기 쉽게 설명하여야 할 의무가 있다. 이 규정은 무엇보다도 환자의 자기결정권의 강화와 함께 성공적인 회복의 보장을 제공하기 위하여 치료 내지 안전에 관한 설명의무를 법적으로 확고히 의무화하고 있다.³⁷⁾ 또한 환자가 치료과정에 적극적으로 협력하여야 하고, 진료제공자의 지시·권고사항을 준수할 수 있도록 하는 취지도 있다.³⁸⁾ 이러한 설명의무는 독일민법 제 630조의e에서 규정하고 있는 진정한 설명의무, 즉 구체적인 진료조치를 앞둔 상황에서 환자 스스로가 판단할 수 있도록 진단, 조치, 진료과정, 위험성 등에 관하여 설명하는 이른바 자기결정적 설명(Selbstbestimmungsaufklärung)과는 구별된다.³⁹⁾

안전설명 의무는 규정상의 형식적 문맥에 따른 강행성이 없지만, 진료의무의 구성요건으로 이해한다.⁴⁰⁾ 그래서 안전치료설명서의 서면교부로는 의무이행으로써 불충분하고, 구두로 직접 안전설명을 하여야 한다. 이 의무를 위반한 때에는 하자있는 진료에 따른 책임을 진료제공자가 부담하며, 의무위반의 증명은 원칙적으로 환자에게 있다.

2) 진료과오의 공개의무

독일민법 제630조의c 제2항 제2문은 진료제공자의 정보제공의무를 특징적이고, 예측할 수 있는 진료과오와 관련하여 규정한다.⁴¹⁾ 즉, 환자가 진료과오에 대하여 명시적으로 문의하거나, 그로 인한 건강상의 위험을 예방하고자 할 때, 진료제공자는 환자에게 진료과오를 추측하게 되는 사정에 관한 정보를 제공하여야 한다. 여기에서 환자의 문의를 공개의무의 구성요건적 전제조건으로 하고 있는 점에 대해서는 논란이 있다.⁴²⁾ 당초 독일의 입법자들이 진료계약당사자들의 신뢰관계를 강화하려고 한다는 점에 비추어 볼 때, 의학적으로 비전문적인 환자가 문의를 해야 하는지,

37) BT-Drucks. 17/10488 S. 21; Erman/Rehborn/Gescher, *BGB*, § 630c Rn. 1; PWW/Schneider, *BGB*, § 630c Rn. 1 f.

38) BT-Drucks. 17/10488 S. 21; 김기영, 앞의 글, 2013, 471쪽.

39) Katzenmeier, a.a.O., *NJW* 12/2013, S. 818.

40) PWW/Schneider, *BGB*, § 630c Rn. 7.

41) Wagner, a.a.O., *VersR* 2012, S. 789, 795.

42) Katzenmeier, a.a.O., *NJW* 12/2013, S. 819.

신뢰 없는 환자 또는 악의의 환자에 대하여 공개의무가 과연 유용한지에 대하여 의문이 있는 것이다.⁴³⁾

진료제공자가 이 의무를 위반한 때에 환자가 그에 대한 청구권을 행사할 법적 근거는 존재하지 않는다. 다만, 하자있는 진료과오의 공개의무에 대해서는 독일민법 제254조에 따른 과실상계에 따른 책임을 진료제공자가 부담할 수 있다.

3) 비용설명 의무

독일민법 제630조의c 제3항 제1문에 의하면, 환자는 진료개시 전에 보험적용 대상여부 및 진료의 재정적 결과에 관한 정보를 문서형식(Textform)으로 제공받아야 한다.⁴⁴⁾ 즉, 진료제공자가 제3자(보험자)에 의한 진료비용의 완전한 인수가 불확실하거나 정황상 이에 관한 충분한 근거가 있다는 것을 알고 있을 때에는, 진료개시 전에 환자에게 환자 스스로가 부담해야 하는 예상 진료비용에 관한 정보를 제공하여야 하는 것이다.⁴⁵⁾ 진료제공자의 의무위반에서 환자는 손해배상청구권을 행사할 수 있고, 의무위반의 증명은 원칙적으로 환자에게 있다.

(2) 우리 법제와의 비교

우리나라는 의료관련 특별법에서 의료제공자의 정보제공의무를 자세하게 규정하고 있지는 않으나, 독일민법상 정보제공의무와 관련되는 내용을 살펴보면, 의료법 제24조에서 요양방법에 관한 지도설명의무를⁴⁶⁾ 정하고 있고, 의료법 제45조에서 비급여 진료비용에 대한 고지설명의무를⁴⁷⁾ 정하

43) PWW/Schneider, *BGB*, § 630c Rn. 9; Olzen, Dirk/Uzunovic, Haris, “Der Behandlungsvertrag im BGB - Ein Vergleich des Referenten- und des Regierungsentwurfs für ein Gesetz zur Stärkung der Patientenrechte”, *Juristische Rundschau(JR)* 2012, Heft 11/2012, S. 447, 448.

44) 이 또한 독일판례에 의하여 정립된 의무내용이다: BGH, NJW 1983, 2630; BGH, NJW 2000, 3429, 3431 참조.

45) Martis/Winkhart, a.a.O., 2014, S. 1223 f.

46) 의료법 제24조: “의료인은 환자나 환자의 보호자에게 요양방법이나 그 밖에 건강관리에 필요한 사항을 지도하여야 한다”.

47) 의료법 제45조 제1항: “의료기관 개설자는 (...) 요양급여의 대상에서 제외되는 사항

고 있을 뿐이다. 비교적 최근에 판례를 통하여 정보제공에 해당하는 다양한 형태의 설명의무가 인정되고 있으나,⁴⁸⁾ 그동안 학계에서도 환자의 동의를 구하기 위한 설명의무와 구별되는 단순한 정보제공 차원에서의 설명의무는 다루고 있지 않는 모습이고, 이에 민법개정논의에서도 정보제공의무에 관한 내용은 나타나지 않는다.

3. 동의획득의무

(1) 독일민법

독일민법 제630조의d는 환자의 동의획득과 동의의 유효요건을 규정하고 있다. 우선 독일민법 제630조의d 제1항 제1문에 의하면, 진료제공자는 의료적 처치, 특히 신체 또는 건강에 대한 침습을 수행하기 전에 환자의 동의를 얻어야 한다. 진료개시 전의 동의요청은 독일기본법 제2조에서 보장하고 있는 환자의 일반적 인격권을 보장할 뿐만 아니라, 환자의 자기결정권 및 인간존엄성의 보장을 의미한다.⁴⁹⁾ 또한 불법행위법(독일민법 제823조, 손해배상의무) 및 형법(독일형법 제223조, 신체상해)상의 의료적 조치에 의한 신체상해에 대한 정당성근거가 되기도 한다.⁵⁰⁾ 환자가 동의 무능력자일 때에는⁵¹⁾ 독일민법 제630조의d 제1항 제2문에 따라 환자를 대신하여 동의할 수 있는 권한이 있는 자로부터 동의를 얻어야 한다. 다만, 독일민법 제1901조의a 제1항 제1문에 의한 사전의료지시서(Patientenverfügung)가 허용되는 경우에는 적용하지 않는다.

또는 (...) 의료급여의 대상에서 제외되는 사항의 비용(비급여 진료비용)을 환자 또는 환자의 보호자가 쉽게 알 수 있도록 (...) 고지하여야 한다”.

48) 지도의무 내지 지도설명의무에 관하여 대법원 2010.7.22. 선고 2007다70445 판결; 대법원 2005.4.29. 선고 2004다64067 판결 참조.

49) PWW/Schneider, *BGB*, § 630d Rn. 1; Katzenmeier, a.a.O., *NJW* 12/2013, S. 819.

50) 이러한 동의의 흠결이나 무효는 독일민법 제280조 제1항의 의무위반이 된다.

51) 동의능력은 의료적 조치의 유형, 의미, 효과, 위험 등에 관하여 파악하고, 통제할 수 있어야 하며, 조치의 필요성을 이해하고, 자신의 의사로 이행할 수 있는 능력, 즉 자기결정 내지 자기책임적인 판단능력과 관련되며, 이러한 능력에 흠결이 있는 경우를 동의무능력이라고 한다: BT-Drucks. 17/10488 S. 23; Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts(BVerfGE), 128, 282, 301, 310.

한편, 독일민법 제630조의d 제1항 제4문에 의하면, 응급상황에서와 같이 지체할 수 없는 조치를 위하여 적시에 동의를 얻을 수 없을 때에는, 환자의 추정적 의사에 부합되는 경우에 한하여 동의 없이 의료적 처치를 수행할 수 있다. 추정적 의사는 환자의 개인적 사정 및 환자의 이익, 요구, 가치표명 등 객관적 표준이 아닌 환자의 주관적인 기준에 의한다.⁵²⁾

이상의 동의가 유효하기 위한 전제조건으로써 진료제공자는 동의를 얻기 전에 환자 또는 환자보호자에게 독일민법 제630조의e 제1항에서 제4항의 내용을 이해하기 쉽게 설명하여야 한다(독일민법 제630조의d 제2항). 그 밖에 동의는 환자의 자기결정권을 고려하여 언제든지 철회될 수 있는데, 이때에 철회이유에 대한 진술도, 특별한 철회형식도 요구하지 않는다(독일민법 제630조의d 제3항).

(2) 우리 법제와의 비교

우리나라는 의료관련 특별법에서도 의료제공자의 동의획득의무는 규정하고 있지 않다. 다만, 보건의료기본법 제12조에서 “모든 국민은 보건의료인으로부터 자신의 질병에 대한 치료 방법, 의학적 연구 대상 여부, 장기이식(臟器移植) 여부 등에 관하여 충분한 설명을 들은 후 이에 관한 동의 여부를 결정할 권리를 가진다”라고 환자의 보건의료서비스에 관한 자기결정권을 규정하여, 환자의 권리를 보장하는 측면에서 동의에 관한 내용을 다루고 있기는 하다. 이 규정이 의료제공자의 환자에 대한 직접적인 동의획득의무를 부담하고 있다고는 볼 수 없으나, 학설 및 판례상 의료적 처치를 수행하기에 앞서 환자의 동의를 구하는 것이 필수적이라는 것에 이견이 없다.⁵³⁾

그러나, 동의획득의무를 명문으로 규정하는 것에 대해서는 의료제공자의 설명의무와 중복되고 현실적인 실효성에 대한 의문이 있기 때문에, 분과위안에서는 동의획득의무에 대한 별도의 규정을 신설하지 않았다. 이에 반하여 실무위안 제692조의3에서 의료행위의 동의에 관한 내용을 마련하

52) BT-Drucks. 17/10488 S. 24; PWW/Schneider, *BGB*, § 630d Rn. 6.

53) 대법원 2009.5.21. 선고 2009다17417 전원합의체 판결; 박수곤, 앞의 글, 2012, 237쪽.

고 있다. 실무위안 제692조의3 제1항에서 “의료제공자는 개별 의료행위에 대하여 미리 수의료자의 동의를 받아야” 하고, 제2항에서 “수의료자가 동의를 할 수 없는 때에는 그 친권자나 동의권한 있는 후견인의 동의를 받아야 한다. 친권자나 동의권한 있는 후견인이 없거나 동의를 할 수 없는 때로서 긴급한 경우에는 가족의 동의를 받아야” 하며, 제3항에서 “가족의 동의를 받을 수 없는 때에는 의료제공자는 동의 없이 의료행위를 할 수 있다”라고 규정하고 있다. 이상의 실무위안 내용들은 독일민법상 진료제공자의 동의획득의무와 전체적으로 유사하다.

보건의료기본법 제12조의 내용상 의료제공자의 설명은 환자의 동의결정권에 대한 전제조건임을 감안할 때, 의료계약에 있어서도 의료제공자의 의무는 우선적으로 환자의 동의를 얻는 것이고, 그러한 동의가 유효하기 위한 조건으로 설명의무를 부담하는 것이다. 환자의 동의가 필요 없는 의료제공자의 설명의무는 편면적인 의무사항으로 그칠 수 있을 뿐만 아니라, 설명의무만을 강조하는 것은 논리적 모순에 빠질 위험이 있다. 또한 실무위안의 내용에서 나타나는 바와 같이, 동의권자의 범위를 명확히 할 수 있는 점에서도 동의획득의무에 관한 규정이 필요할 것이다.

4. 설명의무

(1) 독일민법

독일민법 제630조의e 제1항에 의하면, 진료제공자는 환자에게 동의획득을 위한 모든 본질적인 사안들에 관하여 설명하여야 할 의무, 이른바 자기결정적 설명의무를 부담한다(제1문).⁵⁴⁾ 특히, 의료적 처치의 유형, 범위, 수행, 기대할 수 있는 결과와 예상되는 위험을 설명하고, 진단 또는 치료를 고려하여 처치의 필요성, 긴급성, 적절성, 성공가능성 등에 대해서도 설명하여야 한다(제2문). 그리고 의료적으로 동일하게 나타나고 통상적인 다수의 방법들이 본질적으로 상이한 부담, 위험 또는 치료기회들로 이르게 할 수 있는 때에는, 처치에 관한 대안들에 대해서도 언급하여야 한다

54) PWW/Schneider, *BGB*, § 630e Rn. 2; Martis/Winkhart, a.a.O., 2014, S. 1226.

(제3문). 이러한 의료제공자의 설명은 환자가 자기결정권을 제대로 행사하기 위한 충분한 판단 및 결정근거로서 작용하는 것이다.⁵⁵⁾ 그래서 설명의무는 진료제공자의 주된 의무에 속한다.⁵⁶⁾

독일민법 제630조의e 제2항은 규정에 따른 설명에서의 형식적 요구사항을 정하고 있다. 우선, 설명은 진료제공자 또는 처치의 수행을 위하여 필요한 교육을 이수한 자가 구두로 해야 하며,⁵⁷⁾ 보충적으로 환자가 문서 형식으로 받을 수 있는 서류도 교부할 수 있다(제1호). 또한 환자가 동의에 관하여 심사숙고하고 판단할 수 있는 적절한 시기에 이루어져야 하고(제2호), 환자가 설명을 쉽게 이해할 수 있어야 한다(제3호). 설명과 동의와 관련하여 환자가 서명한 서류의 사본은 환자에게 교부되어야 한다.

하지만 독일민법 제630조의e 제3항에서는 정보제공의무에서와 같이 설명의무의 예외사유를 규정하고 있다. 즉, 예외적으로 특별한 사정에 기하여 환자에 대한 설명이 없어도 되는 경우, 특히 진료를 지체할 수 없거나 환자가 설명을 명시적으로 포기한 경우에는 설명이 필요하지 않다. 또한 환자가 동의무능력자일 때에는 동의획득의무에서와 같이 환자를 대신하여 동의할 수 있는 권한이 있는 자에게 설명을 하여야 하며(독일민법 제630조의e 제4항), 동의무능력자인 환자가 자신의 발달상태와 이해가능성에 비추어 설명을 이해할 수 있고, 그것이 환자의 복리에 반하지 않는 한, 진료제공자는 환자의 이해정도에 맞추어 자기결정적 설명의 본질적인 사안을 설명하여야 한다(독일민법 제630조의e 제5항).⁵⁸⁾

(2) 우리 법제와의 비교

우리나라는 의료관련 특별법에서도 의료제공자의 설명의무를 자세하게

55) Katzenmeier, a.a.O., *NJW* 12/2013, S. 820.

56) 환자권리법 제정이전에 설명의무가 주된 의무인지, 부수적 의무인지에 대한 논의가 많았으나, 독일의 입법자는 판례의 확고한 태도를 반영하여 주된 의무로 규정하고자 하였다: Erman/Rehborn/Gescher, *BGB*, § 630e Rn. 2.

57) 교육이수와 관련하여서 실무교육을 받지 않았더라도, 이론교육을 완전히 이수한 자로 충분하다: Osmialowski, a.a.O., *AR* 4/2014, S. 91; 구두설명과 관련하여서는 판례는 환자가 동의하는 한에서 전화를 이용한 설명도 가능하다고 한다: BGH, *AR* 2011, 24.

58) BVerfGE, 128, 282.

규정하고 있지 않다. 앞서 동의획득의무에서 살펴본 것과 같이 보건의료 기본법 제12조에서 환자의 자기결정권을 보장하는 측면에서 의료제공자의 설명의무를 다루고 있을 뿐이다. 그러나 설명의무는 그동안 판례와 학설에 의하여 확고히 인정되어 왔으며, 이러한 이유로 학계에서는 그 구체적인 법적 근거를 마련하기 위한 논의가 다른 사항에 비하여 상대적으로 많았다.⁵⁹⁾ 그 결과 분과위안 및 실무위안 제692조의4 제1항에서 의료제공자의 설명의무를 명시적으로 규정하고 있다.

우선 분과위안 제692조의4 제1항 제1문에서 “의료제공자는 의료적 처치에 앞서 환자에게 의료적 처치의 내용 및 필요성, 질병의 증상, 처치 이후의 전망, 발생이 예상되는 위험 등에 관하여 당시의 의료수준에 비추어 상당하다고 인정되는 사항을 설명하여야 한다”라고 규정하고 있다. 의료제공자는 의료행위 이전에 설명하여야 하나, 그러한 사전설명이 독일민법에서와 같이 환자의 동의획득을 위한 설명인지에 대해서는 불확실하다. 이러한 이유에서 실무위안 제692조의4 제1항에서는 “의료제공자는 의료행위에 대한 동의를 받기 위하여 수의료자에게 의료행위의 내용 및 필요성, 그로 인한 비용 및 예견할 수 있는 위험 등 수의료자가 동의 여부에 관한 결정을 함에 있어서 중요한 것으로서 당시의 의료수준에 비추어 상당하다고 인정되는 사항을 설명하여야 한다”라고 하여 앞서 동의획득의무에서 설명한 바와 같이 설명의무는 동의가 유효하기 위한 전제조건으로 부담하는 것으로 이해하고 있으며, 이러한 이해가 타당할 것이다. 또한 실무위안은 환자의 동의여부에 중요한 의미를 부여하면서, 질병의 증상은 환자에게 당연히 설명되어야 하므로 예시적 열거내용에서 제외하였고, 의료행위에 대한 비용은 환자의 판단 및 결정근거로 중요하기에 설명내용에 포함하였다.⁶⁰⁾

한편, 독일민법이 의료제공자의 정보제공의무와 설명의무를 구별하는 반면에, 우리나라는 양자를 별도로 구분하지 않고, 정보제공의무를 설명

59) 의사의 설명의무는 ㄱ) 경과설명, 위험설명을 포함하는 조언설명, ㄴ) 진단설명, 치료 고지를 포함하는 고지설명, ㄷ) 지도설명, ㄹ) 비용설명 등으로 구분된다: 박수곤, 앞의 글, 2012, 223쪽 이하 참조.

60) 박수곤, 앞의 글, 2012, 235쪽.

의무에 포함시켜 이해하고 있다. 예를 들어 비용설명 의무를 독일민법은 정보제공의무에서, 실무위안은 설명의무에서 다루고 있는데, 비용설명과 같이 환자의 신체·건강에 대한 직접적 의료행위에 대한 설명과는 구분되는 내용은 정보제공차원에서의 의무사항으로 규정하는 것이 타당하다.

분과위안 및 실무위안 제692조의4 제2항에서는 독일민법 제630조의e의 제3항과 같이 설명의무의 예외사유를 규정하고 있다. “긴급한 경우나 환자에게 다른 특별한 사정이 있는 때”(분과위안) 또는 “수의료자에게 설명할 수 없거나 설명이 수의료자에게 중대하게 불리한 영향을 가져올 것이 예견되는 경우”(실무위안)에는 설명의무를 부담하지 않는다.

5. 진료기록 작성 및 보존의무

(1) 독일민법

독일민법은 진료의 확실성을 보장하고 진료과오에 대한 책임판명에 관하여 실제적인 증거를 위하여⁶¹⁾ 독일민법 제630조의f에서 진료제공자의 진료기록 작성의무 및 보존의무에 관하여 규정하고 있다. 우선 독일민법 제630조의f 제1항에 의하면, 진료제공자는 진료와 직접적, 시간적 관련성이 있는 환자기록을 문서화를 목적으로 서면형태 또는 전자적 방식으로 작성하여야 할 의무가 있다. 또한 환자기록의 정정과 변경은 최초의 내용과 비교하여 언제 그러한 정정과 변경이 이루어졌는지를 알 수 있는 경우에만 허용되며, 이것은 전자적으로 작성된 환자기록에 대해서도 적용될 수 있다. 이는 진료기록의 변경가능성을 내적으로 담보하고 있으며, 진료제공자의 변경이 있을 때에도 계속적이고 안정적인 진료를 위해서 필요한 것이다.⁶²⁾

또한 독일민법 제630조의f 제2항에 의하면, 진료제공자는 전문적인 관점에서 환자기록서에 현재 및 미래의 진료에 대한 모든 본질적인 조치와 그에 따른 결과, 특히 병력, 진단, 검진, 검진결과, 소견, 치료와 치료효과, 수술과 수술효과, 동의 및 설명에 관한 것을 기록하여야 할 의무가 있다.

61) BT-Drucks. 17/10488 S. 26.

62) BT-Drucks. 17/10488 S. 25.

그리고 전달문서로서 소견서(Arztbrief)가 환자기록에 포함되어야 한다. 그 밖에 진료제공자는 다른 규정에 의한 상이한 보존기관이 존재하지 않는 한, 진료종료 후 10년간 환자기록을 보존하여야 한다(독일민법 제630조의 f 제3항).

(2) 우리 법제와의 비교

우리나라도 의료법 제22조 제1항에서 “의료인은 각각 진료기록부, 조산기록부, 간호기록부, 그 밖의 진료에 관한 기록을 갖추어 두고 환자의 주된 증상, 진단 및 치료 내용 등 (...) 의료행위에 관한 사항과 의견을 상세히 기록하고 서명하여야 한다”라고 하여, 진료기록 작성의무를 규정하고 있으며,⁶³⁾ 동조 제2항에서는 진료기록부 등의 보존의무도 명시하고 있다. 그리고 의료법 제23조에 의하면, 진료기록부 등을 전자문서 형태로 작성·보존할 수 있고, 전자의무기록을 안전하게 관리·보존하는 데에 필요한 시설과 장비를 갖추어야 한다. 또한 의료법 제18조에서 처방전의 작성 및 교부의무도 명시하고 있다.⁶⁴⁾ 이처럼 이미 의료관련 법률에서 비교적 자세하게 규율하고 있는 의료제공자의 의무사항에 대하여 사법학계에서는 환자의 열람권에서와 같이 민법전에 도입할 필요가 있는지에 대하여 의문을 가지고 있는 모습이다.

63) 의료법 시행규칙 제14조 제1항에서 진료기록부 등에 기록해야 할 의료행위에 관한 사항과 의견을 나열하고 있는데, 우선 진료기록부에는 가. 진료를 받은 사람의 주소·성명·연락처·주민등록번호 등 인적사항, 나. 주된 증상, 다. 진단결과 또는 진단명, 라. 진료경과, 마. 치료 내용(주사·투약·처치 등) 바. 진료 일시를 기록하고, 조산기록부에는 가. 조산을 받은 자의 주소·성명·연락처·주민등록번호 등 인적사항, 나. 생·사 산별(生·死産別) 분만 횟수, 다. 임신 후의 경과와 그에 대한 소견, 라. 임신 중 의사에 의한 건강진단의 유무(결핵·성병에 관한 검사를 포함), 마. 분만 장소 및 분만 연월일시분(年月日時分), 바. 분만의 경과 및 그 처치, 사. 산아(産兒) 수와 그 성별 및 생·사의 구별, 아. 산아와 태아부속물에 대한 소견, (자. 삭제), 차. 산후의 의사의 건강진단 유무 등을 기록하며, 간호기록부에는 가. 간호를 받는 사람의 성명, 나. 체온·맥박·호흡·혈압에 관한 사항, 다. 투약에 관한 사항, 라. 섭취 및 배설물에 관한 사항, 마. 처치와 간호에 관한 사항, 바. 간호 일시 등을 기록한다.

64) 의료법 제18조 제1항: “의사나 치과의사는 환자에게 의약품을 투여할 필요가 있다고 인정하면 (...) 처방전을 작성하여 환자에게 내주거나 발송(전자처방전만 해당된다)하여야 한다”.

V. 손해배상책임에서 입증부담

의료과오가 손해와 인과관계가 있으면, 의료행위에서 의료제공자의 유책적인 의무위반은 원칙적으로 손해배상청구권과 정신적 위자료청구권의 근거가 된다. 환자는 청구권 구성요건에 관한 일반적인 입증부담 규정에 따라 의료과오, 신체손해, 양자의 인과관계, 의료제공자의 책무와 같은 청구권의 전제조건을 증명하여야 한다.⁶⁵⁾

의료제공자와 환자간의 의료책임과정에서의 핵심 문제는 입증부담에 관한 것이다. 일반적으로 환자는 진료과정 및 의료적 사안에 관한 전문적인 식견이 부족하고, 의료기록에 대한 접근성이 낮기 때문에 일련의 진료과정에서의 과오와 손해발생간의 인과관계를 직접 증명한다는 것은 매우 어렵고, 환자에게만 증명책임을 일방적으로 부담시키는 것은 손해의 공평·타당성을 기본적인 지도원리로 삼는 손해배상제도의 이상에도 적합하지 않다. 그래서 독일판례는 공정·대등성에 근거하여 소송법상 무기평등의 원칙(Waffengleichheit)을 들어 입증부담에 관한 특별한 규정을 발전시켰고,⁶⁶⁾ 이러한 내용이 이제는 독일민법 제630조의h에 명문화 되었다.

우리나라에서도 의료제공자와 환자간의 책임성립과 관련한 입증부담의 전환 또는 완화방안을 마련할 필요성은 일찍부터 제기되었고, 민법개정과정에서도 손해배상책임에 관한 내용들이 논의되었기에, 아래에서는 독일민법 제630조의h의 내용을 우리의 민법개정논의 및 개정시안과 비교하면서 구체적으로 살펴보기로 한다.

1. 위험의 실현

독일민법 제630조의h 제1항에 의하면, 일반적인 진료위험이 실현된 경

65) 독일민법 제280조 제1항 제2문에 따른 입증부담의 완화는 의사의 진료행위 범위에서는 적용하지 않는 것이 독일의 일반적인 견해이다: Katzenmeier, a.a.O., *NJW* 12/2013, S. 821.

66) BT-Drucks. 17/10488 S. 27; BVerfGE, *NJW* 2001, 2531, *NJW* 2008, 2170; BGH, *NJW-RR* 2008, 1086, MDR 2006, 285; Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts (BAG), *NJW* 2009, 1019.

우에, 그러한 위험이 진료제공자에 의하여 완전히 통제될 수 있었고, 환자의 생명, 신체, 건강을 침해하였다면 진료제공자의 과오는 추정된다. 일반적인 위험이 아닌 특수한 진료위험이 발생한 경우에는 적용되지 않는다. 의료기구의 투입, 일반적인 위생수준, 간호업무의 안전보장, 진료과정의 협력 등⁶⁷⁾ 진료제공자의 지배영역 내지 통제영역에서 위험이 도출되어 환자가 손해를 입었다면, 진료제공자가 잘못하여 해당 손해가 발생되었을 것으로 추정하는 것이다.⁶⁸⁾

이와 관련하여 분과위안 제692조의6 제2항 제1문에서 “의료적 처치 과정에서 일반인의 관점에서 과실 있는 행위가 있는 경우에는 의료상 과실이 있는 것으로 추정한다”라고 하여, 의료제공자의 과실추정에 관한 내용을 마련하고 있다. 독일민법이 진료위험에 대한 의료제공자의 통제 내지 지배범위를 고려하고 있는 반면에, 분과위안은 그 범위에 대한 고려는 하고 있지 않다. 또한, 독일민법상 진료위험의 일반성과 특수성에 대한 구별은 전문적인 직업인으로서의 견해가 필요한 의료제공자의 입장에서 판단되어지는 반면에, 분과위안은 의료상 과실을 바라보고 판단하는 주체가 일반인의 관점으로 규정하고 있다. 결국 분과위안은 환자의 입장에서 의료제공자의 과실을 살피는 것으로 독일보다도 입증부담을 더욱 완화하고 있는 것으로 여겨진다. 이에 반하여 실무위안에는 우리 판례법리가 아직까지 명확하지 않다는⁶⁹⁾ 등의 이유로 민법전 도입여부에 유보적인 입장을 보이면서 과실추정 규정을 마련하고 있지 않다.

2. 의무위반

(1) 하자있는 동의와 태만한 설명

67) Erman/Rehborn/Gescher, *BGB*, § 630h Rn. 10.

68) 진료제공자는 독일민사소송법 제292조에 따른 계약상대방의 증명책임을 통하여 반박할 수 있다. 그래서 환자는 통상적으로 일반적인 입증부담의 원칙에 따라 발생한 손해, 진료과오와 손해발생간의 인과관계, 의사의 책무 등을 증명하여야 한다.

69) 우리 법원은 사후에 의사 측이 진료기록을 가필·정정한 경우에도 증명방해행위에는 해당하나, 증명책임을 전환되는 것은 아니라고 한다: 대법원 2010.7.8. 선고 2007다55866 판결 참조.

하자있는 동의와 설명과 관련하여 독일민법 제630조의h 제2항에 의하면, 진료제공자는 규정에 따른 동의와 설명에 대한 완전한 증명책임을 부담한다. 즉, 진료제공자는 독일민법 제630조의d에 의거한 동의를 얻었다는 것과 제630조의e에 따른 설명을 하였다는 것을 증명하여야 한다.⁷⁰⁾ 다만, 설명이 제630조의e에서의 요구를 충족하지 못할 때, 이른바 불확실한 동의(hypothetische Einwilligung)의 경우에, 진료제공자는 규정에 따른 설명을 한 경우에도 환자가 그러한 처치에 동의하였을 것이라고 항변할 수 있다.⁷¹⁾ 우리나라 민법개정과정에서 의료제공자의 동의획득의무와 설명의무 위반에 대한 입증부담과 관련한 논의는 나타나지 않는다.

(2) 진료기록의 태만한 작성 및 보존

독일민법 제630조의h 제3항은 진료기록의 작성의무 및 보존의무 위반에 대한 증명법적인 결과를 규정하고 있다. 즉, 진료제공자가 의학적으로 필요한 본질적인 조치 및 그 결과를 제630조의f 제1항 또는 제2항과 달리 환자기록으로 작성하지 않았거나, 제630조의f 제3항과 달리 환자기록을 보존하지 않았다면, 진료제공자가 그러한 조치를 행하지 않은 것으로 추정한다.⁷²⁾ 우리나라는 의료제공자의 진료기록 작성 및 보존의무를 민법전에 도입하는 것 자체도 의문이 있기에 이러한 의무위반에 대한 입증부담과 관련한 논의는 전개될 여지가 없어 보인다.

3. 의료과오

(1) 초보자과오

독일민법 제630조의h 제4항은 이른바 ‘초보자과오(Anfängerfehler)’에서의 특별한 입증부담과 관련된다. 즉, 진료제공자가 진료를 실행할 능력을 갖추지 못하였을 때에는, 그의 하자있는 전문적 능력이 생명, 신체, 건강의 침해를 발생시킨 원인으로 추정한다. 진료제공자의 능력결여는 환자의

70) PWW/Schneider, *BGB*, § 630h Rn. 6.

71) BGH, VersR 2009, 257; Erman/Rehborn/Gescher, *BGB*, § 630h Rn. 18.

72) BGH, AR 1996, 4, 18.

손해와 하자있는 진료의 인과관계로 추측될 수 있는 것이다. 다만, 추정 효과는 원인관련성으로만 제한된다. 진료제공자는 자신의 자격, 경험 등이 환자의 손해에 대한 원인이 아니라는 것으로 증명하여야 하는 것이다.⁷³⁾ 우리나라 민법개정과정에서 이와 관련한 논의는 나타나지 않는다.

(2) 중대한 진료과오

마지막으로 독일민법 제630조의h 제5항은 중대한 진료과오 및 하자있는 소견과 관련된다. 중대한 진료과오가 발생하고, 이것이 원칙적으로 실제로 발생한 유형의 생명, 신체, 건강의 침해에 초래하기에 적합하다면, 진료과오가 침해에 대한 원인이었을 것으로 추정한다(제1문). ‘중대한 진료과오’ 개념에 대한 법적정의를 찾을 수는 없지만, 주의를 기울이지 않은 진료 등과 같이 객관적인 관점으로 이해할 수 없는 본질적인 하자,⁷⁴⁾ 잘못된 진단 내지 치료과실, 부실한 임상정보제공⁷⁵⁾ 등이 해당한다. 중대한 진료과오의 확인에 대한 입증부담도 손해발생과 의사의 책무에서와 같이 원칙적으로 환자에게 있다. 하지만, 과오에 고도의 개연성이 있는 의료상의 경험칙이 인식된다면, 그 자체로서 진료행위의 과실 내지 고의, 또는 결과와의 인과관계를 나타내는 것으로 추정한다.⁷⁶⁾ 즉, 이러한 원인관련성의 추정을 근거로 하여 구체적 손해발생에 대한 일반적인 손해적합성의 입증부담이 완화된다.⁷⁷⁾ 그래서 의료제공자가 중대한 진료과오에 기한 손해가 아니라는 것을 증명하여야 하고,⁷⁸⁾ 결과적으로는 입증책임의 전환이 발생하게 되는 것이다. 물론 진료제공자는 인과관계의 추정은 예외적인 경우에 해당한다고 항변할 수 있고, 이에 대하여 독일판례는 진료과오가 중대한 것으로 보이는 위험이 실현되지 않은 경우 또는 환자가

73) BT-Drucks. 17/10488 S. 30; Martis/Winkhart, a.a.O., 2014, S. 1240.

74) BGH, NJW 2004, 2011.

75) BGH, VersR 2005, 228.

76) 예를 들어, 환자가 수술 후에 자신의 복강 안에 수술용 메스를 발견하였다면 수술을 집도한 의사의 과실이 추정되고, 수혈 후에 에이즈에 감염되었다면 그 수혈이 원인인 것으로 추정된다.

77) Erman/Rehborn/Gescher, *BGB*, § 630h Rn. 33 f; PWW/Schneider, *BGB*, § 630h Rn. 13.

78) Osmialowski, a.a.O., *AR* 4/2014, S. 94.

진료과정과 손해원인의 불규명에 대한 중대한 하자에 기여한 경우에는, 원인관련성이 전혀 또는 예외적으로 개연성이 없다고 한다.⁷⁹⁾

또한, 이 조항은 충분한 개연성을 가진 소견이 결과를 발생시킬 수 있었고 그것이 후속 조치에 대한 동인이 될 수 있었다는 한에서, 진료제공자가 의학적으로 필요한 소견을 적시에 제기하고 보증하는 것을 중단하였을 때와 그러한 조치의 중단이 중대한 과실일 수 있을 때에도 동일하게 적용된다(독일민법 제630조의h 제5항 제2문).

이와 관련하여 분과위안 제692조의6 제3항 제1문에서 “의료상 과실이 손해를 야기하기에 적합한 경우에는 그 손해가 의료상 과실에 의해 야기된 것으로 추정한다”라고 하여, 과실과 손해발생간의 인과관계의 추정에 관한 내용을 마련하고 있다. 진료과실의 범위와 관련하여 독일민법이 중대한 진료과오라고 하는 반면에, 분과위안은 의료상 과실이라고 하고 있다. 독일민법과 비교하여 분과위안에 따른 과실의 범위가 더욱 포괄적이라고 볼 수 있다. 따라서 진료과실뿐만 아니라 독일민법 제630조의h 제5항 제2문에 의한 하자있는 소견에 의한 과실내용도 포함될 수 있다. 이에 반하여 실무위안에는 과실추정에 관한 규정에서와 같은 입장으로 인과관계추정에 관한 규정을 마련하고 있지 않다. 아직까지 우리나라는 의료과오에서 사후적 손해배상만 기대하여 불법행위책임만을 거의 인정하고 있을 뿐, 계약관계를 바탕으로 하는 채무불이행책임 내지 계약책임을 고려하지 않는 실정이기 때문에,⁸⁰⁾ 과실추정 또는 입증책임의 전환과 관련된 논의에서 소극적인 입장인 것으로 보인다.⁸¹⁾

79) BGH, AR 2012, 32; BGH, NJW 2005, 427, 428; BGH, NJW 2004, 2011, 2013 참조.

80) 의료과오에서 불법행위책임보다 계약책임을 강조하는 입장에 대해서는 백경일, “의료계약상 설명의무위반책임을 법적 성질과 입증책임의 문제 - 대법원 2007.5.31. 선고 2005다5867 판결 -”, 『민사법학』 제40호, 한국민사법학회, 2008.3; 송오식, “의료과오의 계약법적 구성”, 『법학연구』 제48권제1호(통권57호下), 부산대학교 법학연구소, 2007.8 참조.

81) 독일도 진료과오에서의 입증책임과 관련된 해석에서 아직까지는 독일민법 제823조 이하의 불법행위에서의 논의를 유추하고 적용하고 있기는 하나, 계약책임상의 논의를 점차 강조하고 있는 모습이다.

VI. 결 론

독일은 민법전에 전형계약으로서 의료계약을 마련함으로써, 그동안 판례법에 근거한 대부분의 의료책임에 관한 논의들을 이제는 구체적인 규정을 통하여 해결하고자 한다. 이는 무엇보다도 변화하는 현대사회에 대응하여 의료계약관계에 있는 환자와 의료제공자 사이의 신뢰관계를 설정하고, 의료계약당사자의 권리와 의무에 관한 정보의 토대를 마련한 것이다. 또한 의료책임 근거의 상당한 구별기준을 제시하며, 환자권의 명확성을 보장하고, 법적안정성에도 기여할 것으로 판단된다.

우리나라도 의료계약에 대한 별도규정의 도입에는 그 의의가 있는 것으로 파악하여, 그동안 축적되어 온 의료계약에 관한 판례 및 학계의 논의를 바탕으로 이미 의료계약을 새로운 전형계약의 한 유형으로 삼아 민법개정시안을 마련한 바 있다. 주로 의료제공자의 의무가 개정시안의 핵심적인 내용으로 진료의무 및 선관주의의무, 설명의무 등이 논의되었고, 독일민법과 비교하여 동의획득의무, 정보제공의무, 진료기록 작성 및 보존의무 등에 대한 내용은 구체적으로 나타나지 않는다. 진료기록 작성 및 보존의무는 의료법상의 관련규정에 의하여 이미 규율되어 있어 규정필요성에 대한 의문이 있다고 할지라도, 동의획득의무에 대한 규정은 환자의 자기결정권의 실질적인 보장 및 환자의 동의가 유효하기 위한 전제조건으로 부담하는 설명의무와의 관련성을 위해서라도 필요할 것이다. 또한 설명의무와 구분되는 정보제공의무에 관한 검토 등 의료제공자의 주된 의무 및 부수적 의무에 대한 보다 구체적인 논의가 전개되어야 한다.

또한, 환자와 의료제공자 사이의 의료책임과 관련한 문제에서도 독일은 의료제공자의 유책적인 의무위반 및 의료과오 등에서 과실 및 인과관계 추정 내지 입증책임의 완화 규정을 계약책임법상에 마련하고 있다. 그러나 우리나라는 계약책임으로의 전환 논의에 앞서 손해배상책임에서 입증부담에 관한 논의조차도 매우 소극적인 입장을 보이고 있다. 판례와 학설이 환자의 증명책임을 완화하고 과실 및 인과관계의 추정론에 이의를 제기하는 것은 아니지만, 현행의 수준을 넘어서는 - 독일법에서와 같은 수

준의 - 추정이론을 적용한다면 공평성측면에서 의료제공자에게 오히려 불리하고, 그 결과 방어적 내지 소극적 진료를 할 수 있다는 문제도 제기되는 상황이다. 하지만, 현재 우리의 제반 상황은 대등적인 관계 및 의료과오로 인한 분쟁에서 수평축이 의료제공자에게로 더 많이 기울어 있는 모습이다. 과실추정과 증명책임의 전환 문제는 의료제공자의 주의의무와 더불어 의료계약의 입법필요성을 도출시키는 중추적인 내용이다. 그러므로 환자의 권리와 구제를 보장하기 위한 방향으로의 보다 적극적인 입법 논의가 이루어져야 할 것이다.

참 고 문 헌

- 김기영, “독일의 환자권리법에 대한 입법정책적 논의와 중요내용”, 『법제연구』제44호, 한국법제연구원, 2013.6.
- 김민중, “의료계약”, 『사법행정』제361호, 한국사법행정학회, 1991, 36-46쪽.
- 김중길, “공동참조기준초안(DCFR)상 서비스계약법의 체계”, 『법학논총』제38권제1호, 단국대학교 법학연구소, 2014.3.
- 김천수, “진료계약”, 『민사법학』제15호, 한국민사법학회, 1997.4, 147-171쪽
- 박수곤, “의료계약의 민법편입과 과제”, 『민사법학』제60호, 한국민사법학회, 2012.9.
- 박희호, “계약상 협력의무에 관한 연구 - 유럽서비스계약법원칙을 중심으로 -”, 『외법논집』제33권제3호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2009.3.
- 백경일, “의료계약상 설명의무위반책임의 법적 성질과 입증책임의 문제 - 대법원 2007.5.31. 선고 2005다5867 판결 -”, 『민사법학』제40호, 한국민사법학회, 2008.3.
- 송오식, “의료과오의 계약법적 구성”, 『법학연구』제48권제1호(통권57호下), 부산대학교 법학연구소, 2007.8.
- 이재경, “환자의 권리보호와 의료계약의 입법에 관한 검토”, 『법학연구』제53호, 한국법학회, 2014.3.
- Erman, Walter/Westermann, Harm Peter/Grünwald, Barbara/Maier-Reimer, Georg (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 1: §§ 1-758, 14. Aufl., Köln: Dr. Otto Schmidt, 2014 (약어: Erman/저자, BGB, § ... Rn. ...).
- Kubella, Kathrin, Patientenrechtegesetz, Diss. Köln, Berlin: Springer, 2011.
- Martis, Rüdiger/Winkhart-Martis, Martina, Arzthaftungsrecht: Fallgruppenkommentar, 4. Aufl., Köln: Dr. Otto Schmidt, 2014.
- Prütting, Hanns/Wegen, Gerhard/Weinreich, Gerd (Hrsg.), BGB: Kommentar, 9. Aufl., Köln: Luchterhand, 2014 (약어: PWW/저자, BGB, § ... Rn. ...).
- Katzenmeier, Christian, “Der Behandlungsvertrag - Neuer Vertragstypus im BGB”, Neue Juristische Wochenschrift(NJW) 12/2013, S. 817-823.
- Olzen, Dirk/Uzunovic, Haris, “Der Behandlungsvertrag im BGB - Ein Vergleich

des Referenten- und des Regierungsentwurfs für ein Gesetz zur Stärkung der Patientenrechte”, Juristische Rundschau(JR) 2012, Heft 11/2012, S. 447-451.

Osmialowski, Christoph, “Arzthaftung - ein Update nach dem Patientenrechtegesetz”, ArztRecht(AR) 2014, Heft 4/2014, S. 89-95.

Wagner, Gerhard, “Kodifikation des Arzthaftungsrechts? - Zum Entwurf eines Patientenrechtegesetzes”, Zeitschrift für Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht(VersR) 2012, Heft 19, S. 789-840.

<국문초록>

독일은 2013년 2월에 환자권리법이 발효되면서, 독일민법전에 독자적인 전형계약으로서 진료계약에 관한 절이 새롭게 규율되었다. 이는 그동안 의료책임에서 독일판례를 통하여 형성되었던 진료계약당사자들의 권리와 의무에 관한 기본원칙을 법전화한 것이다. 이에 대하여 계약법적 관계를 보다 강조하고, 법적안정성을 추구하며, 환자권리에 대한 명확성을 보장하였다고 평가된다.

우리나라도 민법개정논의에서 이미 새로운 전형계약의 한 유형으로서 의료계약에 관한 규정안들을 마련한 바 있으나, 의료제공자의 주의의무 및 과실과 증명책임의 문제 등에서 미흡한 점이 존재하여 보충적인 연구가 전개될 필요가 있다. 보다 발전된 우리의 의료계약을 마련하는데 가장 최근에 입법화가 이루어진 독일의 진료계약은 중요한 참고자료가 될 수 있다.

본 논문에서는 독일민법상 환자와 진료제공자의 권리와 의무 및 입증책임 등에 관한 규정내용들을 살펴보고, 민법개정위원회가 제안한 방안뿐만 아니라 현행 우리나라 의료관련 법제들과 비교, 검토하고자 한다. 이를 통하여 의료계약의 입법논의에서 보다 구체적으로 다루어야 할 쟁점 및 시사점들을 제시하고자 한다.

주제어 : 의료계약(진료계약), 전형계약, 환자권리, 자기결정권, 설명의무, 의료과오

Behandlungsvertrag als ein typischer Vertrag im Zivilrecht
- Eine rechtsvergleichende Betrachtung zwischen deutschem und
koreanischem Recht -

Kim, Jung-Gil*

Am 26. Februar 2013 trat das deutsche Patientenrechtsgesetz in Kraft, sodass zahlreiche Änderungen des BGB mit sich bringen. Vor allem gelangt der Behandlungsvertrag als ein typischer Vertrag in das BGB im Rahmen der dienstvertraglichen Vorschriften. In diesen Neuregelungen findet sich überwiegend die bisherige deutsche Rechtsprechung zur Arzthaftung in Gesetzesform gegossen. Das Gesetz des Behandlungsvertragsrechts soll für sowohl mehr Rechtssicherheit als auch Transparenz des Patientenrechts sorgen.

In Südkorea erarbeitete der unter gemeinsamer Federführung der Verbesserungskommission des südkoreanischen BGB und vorgestellte Gesetzentwurf zum Behandlungsvertrag. Jedoch reicht es nicht für das Patientenrecht wegen des Mangels in Bezug auf Pflichten der Behandelnden und Beweislast bei Haftung aus. Um das südkoreanische Behandlungsvertragsrecht zu entwickelt, wird das neue BGB ein wichtiges Forschungsmaterial.

Der Beitrag beschäftigt sich mit der Untersuchung von Regelungsinhalten bezüglich der Rechte und Pflichten für Patienten und Behandelnden im neuen BGB. Danach wird das deutsche Behandlungsvertragsrecht mit den Gesetzentwurfs des südkoreanischen BGB und Sondergesetz des Arztrechtsbereichs in Südkorea verglichen. Vor diesem Hintergrund liegen schließlich die Schwerpunkte der Kommentierung über die gesetzliche Regelung des Behandlungsvertrages.

Key Words : Behandlungsvertrag, Typischer Vertrag,
Patientenrecht, Selbstbestimmungsrecht,
Aufklärungspflicht, Behandlungsfehler

* Wissenschaftliche Mitarbeiter, Institut für Rechtswissenschaften, Yeungnam Universität /
Doktor der Rechte, Universität Bayreuth, Deutschland.

