



의사와 치료를 원하는  
환자사이의 관계를 흔히 진료  
계약으로 설명한다. 의료법 등의  
법률에 위반되지 않으면서  
환자의 진료에 최선을 다해야  
하는 진료계약에 대해 알아본다.

## 의사와 환자와의 법률관계



이 준 상

일반적으로 의사 또는 의료기관의 개설자와 환자간의 관계는 그것이 사무관리(민법 제734조 참조)로 된 경우는 별론으로 하되, 적어도 어떠한 진료계약이 성립되어 있는 것이라고 생각할 수 있는 바, 그 성질에 관하여는 준 위임계약설, 고용계약설, 도급계약설, 무명계약설 등의 다툼이 있다.

다만 이 문제를 검토하는 데는 계약에 의한 경우와 계약에 의하지 않는 경우로 나누어야 하고, 전자는 다시 특약이 없는 경우와 특약이 있는 경우로 구별하여 검토하여야 한다.

### 1. 특약이 없는 계약의 경우

통상의 의료계약은 특약이 없는 경우에 해당되는 바, 이 경우는 주로 계약의 해석 문제로 귀착되며 그 결과 많은 학설의 대립이 있다.

#### 가. 준 위임계약설

의료계약은 「병적 증상의 의학적 해명과 치료행위라고 하는 사무처리를 목적으로 하기 때문에 준 위임계약」이라고 하고, 또 「의사의 실현에 의한 계약의 성립」을 인정하여 그것으로 통상의 의료계약의 성

질을 준 위임계약으로 보고 있는 설이다. 여기서 준 위임계약이란 「법률행위에 반하지 않는 사무의 위탁」을 말한다.

#### 나. 고용계약설

의료계약은 「의사가 환자에 대하여 치료의무를 부담할 것을 약정하고, 환자는 의사에게 보수(치료비)를 지급할것을 약정함으로써 성립되는 계약」이라고 하는 설이다.

이 설은 주로 독일에서 주장하는 설인데, 독일에 있어서는 위임은 원칙적으로 무상이기 때문에 일반의료계약에 관해서는 고용계약설이 통설로 되어 있다.

#### 다. 도급계약설

의료계약은 환자의 질병을 「완치」 시킬 것을 목적으로 하는 도급계약이라는 설이다.

따라서 이 설에 의하면, 만약 환자의 질병이 완치되지 아니하면 환자는 계약의무

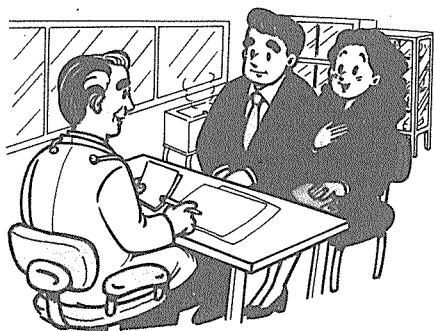
즉 치료비 부담의무를 부담하지 않아도 된다는 해석이 나온다. 그러나 성형수술이나 치과치료에 있어서는 이러한 도급계약설이 타당할지 모르겠지만 전체적인 의료행위에 적용하기에는 무리가 있다고 본다.

#### 라. 무명계약설

의료계약은 생명있는 인간에 대하여 행하여지는 특별한 행위를 목적으로 하기 때문에 준 위임에 있어서의 사무의 개념에 맞지 않는 경우가 많을 것이고, 도급이라고 하는 경우에도 통상은 치유가 아니고, 일정한 수술 그 자체가 완성된 일의 내용이라 할 수 있고, 또 수술을 한 이상 그것이 비록 실패로 끝났다고 하더라도 의사의 보수청구권은 인정되므로 본래의 도급과는 그 성질이 다른 특수계약, 즉 무명계약이라는 설이다.

#### 마. 위임계약설

영·미법에 있어서는 통상의 의료는 묵



#### 의료계약은

「병적 증상의 의학적 해명과 치료행위」라는 사무처리를 목적으로 하기

때문에

준 위임계약이라고

보는 것이

“준 위임계약설”이다.



의료는 가능한 최선의 수단을 강구해도 치료목적을 완전히 달성할 수 없는 한계성을 가지고 있다.

시계약에 근거를 두고 그 경우에 의사로서는 '상당한 기술과 주의'를 해서 진료할 것을 합의할 뿐이고 그 이상의 의무, 예컨대 질병을 꼭 완치시킬 의무를 부담하는 것은 아니기 때문에 위임의 경우와 같다고 본다.

일반적으로 환자나 그의 가족은 의사에게 병의 증상 또는 진료에 참고가 될만한 사항을 사전에 개진할 뿐이고 치료방법에 관하여는 의사에게 전적으로 일임하여, 이를 의뢰받은 의사는 자기의 의료지식 경험상 가장 적절하다고 생각되는 방법에 의하여 진료를 개시하는 것이 의료계의 통례로 되어 있는 실정과, 우리 민법에 '위임은 당사자 일방이 상대방에 대하여 사무의 처리를 위탁하고 상대방이 이를 승락함으로써 그 효력이 생긴다.'고 규정하고 또한 '수임인은 위임의 본지에 따라 선량한 관리자의 주의로써 위임사무를 처리하여야 한다'고 규정하고 있으므로 의료계약은 바로 위임계약으로 보아야 한다고 한다.

이상 5가지 학설을 열거하였으나 준 위임계약설이 가장 이론에 부합된다. 의료는

가능한 최선의 수단을 강구해도 치료목적 을 완전히 달성할 수 없는 한계성을 가지고 있다. 또한 의료시설에는 위험성이 항상 수반되고 있을 뿐만 아니라 의료기술 수준의 불명확, 환자의 개체특성의 여러가지가 채무로서의 진료행위의 전제가 되지 않을 수 없다고 본다.

따라서 치료의 성공은 일반계약의 내용에 확정되어 있는 결과의 달성을 실현하는 의무를 의미하는 것이 아니라 「채권자인 환자에 의해서 희망된 질병의 치유 등의 결과를 향해 정성을 들여 부주의없이 적절한 진료행위를 실시한다.」는 것을 내용으로 하는 「수단채무」로 해석하는 것이 타당하다고 본다.

여기서 준 위임계약의 내용이 무엇이나에 대하여는 「법률행위에 반하지 않는 사무의 위탁」이라 함은 전술한 바 있다. 무엇을 가지고 「사무」라고 하고, 또 고용계약과의 구별을 어떻게 할 것인가? 하는 문제점도 있다.

그러나 준 위임은 상대방 수임자의 인격, 기량 등에 대한 신뢰를 핵심으로 하는

계약이고, 또 수임자 스스로의 자유재량성을 용인하는 점에서 의료행위의 성질에 적합하다고 볼 수 있다. 물론 이러한 견해는 위임계약설과 동일하다 할 수 있겠으나 위임계약과 다른 점은 일반적인 「위임」에 있어서는 물건의 관리와 같이 「위임사무」의 내용이 특정되어 있지만 진료에 있어서는 이러한 특성은 곤란하다. 따라서 위임에 유사한 준 위임계약이라고 보는 것이 타당하다고 생각된다.

계약을 사회관념 상 공서양속에 반하는 것으로서 무효라 하는 견해도 있다.

물론 인간의 생체반응의 다양성이나 현대의학의 정도 등으로 보아 모든 질병을 반드시 완치시킨다고 하는 것은 불가능하기 때문에 이러한 의견도 타당하다 하겠으나, 대부분의 질병은 완치되는 경우가 많기 때문에 객관적인 평가에서의 치료불가능한 경우를 제외하고는 도급계약으로 보는 것이 타당하다고 생각된다.

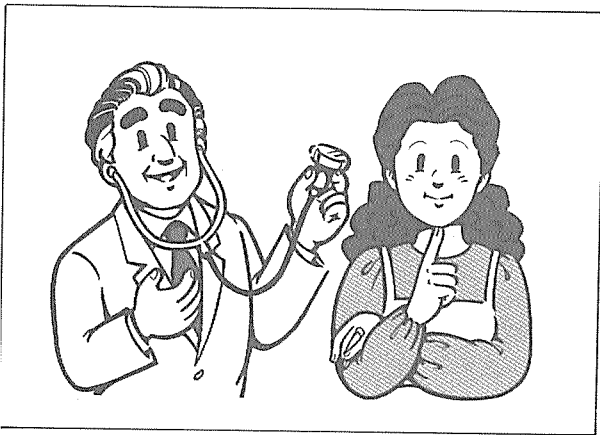
## 2. 특약이 있는 계약의 경우

의사와 환자간의 특약이 있는 경우, 예컨대 완치되지 않으면 치료비를 지급하지 않겠다는 계약이 있는 경우에는 「질병의 완치」라는 「일의 완성」을 목적으로 하는 도급계약이 체결되었다고 볼 것이다.

그러나 이에 대하여는 반드시 질병을 완치한다고 하는 계약은 불가능하며 그러한

## 3. 계약에 의하지 않는 경우

위에서 의료계약은 환자측의 의의를 의사가 승낙함으로써 비로소 그 계약이 성립되며, 법적 성질은 준 위임계약이라 하였다. 그러나 이런 경우의 환자가 아니고, 행여환자-예컨대 불의의 교통사고를 당하여 교통경찰관에 의하여 이송되어 왔거나, 역사직전의 수영자, 또 각종 방법으로 자



치료의 성공은 「채권자인 환자에 의해서 희망된 질병의 치유 등의 결과를 향해 정성을 들여 부주의 없이 적절한 진료행위를 실시하는 것」을 의미한다.

살을 기도한 자, 나아가서는 연탄가스 중독자 등—즉 환자 자신은 의식불명상태이고 가족도 없이 제3자에 의해 병원에 실려왔다고 할 때 의사로서는 환자측의 진료의뢰가 없다 하더라도 의사윤리에 의해 응급치료를 담당하게 되는데 이 경우 진료계약(의료계약)은 어떻게 되는가 하는 문제가 생긴다.

민법 제 734조 1항 규정에 보면 「의무없이 타인을 위하여 사무를 관리하는 자는」을 「진료를 맡은 의사」로 해석한다면 계약에 의하지 않은 의사와 그 사무를 관리하는 그사무의 성질에 좇아 가장 본인에게 이익이 되는 방법으로 이를 관리하여야 한다.」라고 되어 있다.

따라서 본 규정에 의해 해석을 해 보면 「의무없이」를 「진료를 해 줄 의무는 없다고 하여도 부득이 진료를 해주어야 할 경우」로 해석하고, 「사무를 관리하는 자는」을 「진료를 맡은 의사」로 해석한다면 계약에 의하지 않은 의사와 환자간의 법률관계는 일종의 사무관리로 보아야 할 것이다.

다만 진료행위는 단순한 '사무'와는 달리 생명을 구하기 위하여 부득이 수족의 절단이나 내장의 적출 등으로 환자를 불구자로 만들어야 할 경우가 적지 않다. 이때에는 단순한 사무관리가 아니고, 일종의 긴급피난행위로 보아야 할 것이다.

민법 제761조 제2항의 「긴급한 피난을 피하기 위하여 부득이 타인에게 손해를 가한 자는 배상할 책임이 없다.」고 규정하고 있는데 여기서 「긴급한 피난」의 구체적 예

「진료계약의  
내용은  
「법률행위에  
반하지 않는  
사무의 위탁」이다.

로서는 의료법 제16조 제2항의 규정인 「의료인의 긴급환자의 응급조치의무」를 들 수 있겠다. 그러므로 응급환자의 생명을 구하기 위하여 그 환자의 다리를 절단하였다면 이는 상기민법 규정에 의해 의사는 면책된다고 하는 것이 타당하다고 본다.

여기서 문제가 되는 것은 위에서 설명한 사무관리규정과 긴급피난규정과와의 충돌이 있을 때 과연 이것을 어떻게 해석하여야 할 것이냐 하는 문제이다. 가령 환자의 생명을 구하기 위하여 환자의 수족없이 환자의 수족을 절단하였을 때 이것을 사무관리의 내용인 '본인에게 가장 이익이 되는 방법'이냐 아니면 긴급피난규정인 '급박한 위난을 피하기 위한 부득이 한 경우'로 볼 것이냐 하는 것이다. 생각컨대 인간에게 있어서 가장 중요한 것은 생명 그 자체이므로 이 경우에는 「긴급피난」으로 보아야 할 것이다. 72

〈필자=한국의료법학회장 · 고려의대교수〉