

의사·환자관계의 성립과 진료상 주의의무 *

- 미국의 논의를 중심으로 -

金 天 秀 **

- I. 서 설
- II. 의사-환자 관계의 성립에 관한 검토
 - 1. 미국 과실불법행위의 요건
 - 2. 의사-환자 관계의 성립과 주의의무
- III. 결 어

I. 서설

전문가의 불법행위에 대하여 적용되는 책임법의 법리는 전문가로서의 불법행위인가 아니면 일반 시민으로서의 불법행위인가에 따라, 전자에는 전문가 책임(professional liability)의 법리가 적용될 것이다. 전문가 책임 즉 전문가로서의 책임이 일반인의 책임과 구별되는 이유는 그 전문 영역에서 발생한 가해행위에 대한 책임이라는 것이다. 즉 일반적인 사회생활에서 가해행위를 행한 가해자와 그로 인한 피해자 사이에는 일응 대등한 당사자로서의 인간상이 전제로 된다면, 전문가의 가해행위에는 가해자와 피해자 사이에 그러한 인간상이 적용될 수 없다는 것이다.

주지하는 바와 같이 근대 민법상 불법행위의 과실책임원칙은 대등 당사자 사이의 손해 귀속을 문제로 삼은 것이다. 즉 피해자는 손해를 감수 하되 예외적으로 가해자에게 손해를 전가시킬 수 있다는 것이고, 그 예외적인 사유가 가해자의 유책성 즉 과실¹⁾이다. 가해자의 행위상 과실은 예

* 이 논문은 대한의료법학회 2006년도 제3차 학술발표회(2006. 3. 18.)에서 발표한 것을 수정 보완한 것임.

** 성균관대학교 법과대학 교수, 법학박사.

1) 종래 본인은 박사학위논문 등 민법학 논문에서 고의와 과실을 포함하는 개념으로서

외적으로 인정되는 손해전가의 사유이므로, 피해자는 이를 주장 및 입증하여야 비로소 손해를 전가하는 것, 즉 그 손해의 배상을 가해자로부터 받는 것이다.

이러한 과실책임의 원리가 전문가 책임의 법리에 그대로 적용될 수 없음은 전문가 책임 영역에서는 그 가해자와 피해자 사이에 대등한 당사자 인간상이 없기 때문이라고 하겠다. 따라서 일반 불법행위책임법의 원리와 다른 법리가 적용되는 것이다.

무릇 가해행위란 타인에게 손해를 야기한 행위로서, 그 요소로는 먼저 행위로 인정될 만한 것이 있어야 하며, 그리고 법의 보호를 받을 가치가 있는 이익의 침해인 손해가 있어야 하고, 끝으로 행위와 손해 사이에 책임성립의 인과관계가 존재하여야 하는바, 즉 그 행위는 적어도 손해의 필요조건이어야 한다. 전문가 책임의 법리가 적용되는 가해행위도 이 세 요소가 필요하다는 점에서는 일반인의 가해행위와 다를 바 없다고 하겠다. 다만 그 첫 요소인 행위 요소에서 전문가 책임 법리의 적용요건에 차이가 나타나는데, 행위자가 전문가로서 한 행위이어야 한다는 점이다. 따라서 의사의 가해행위에 전문가책임의 법리가 적용되기 위한 가장 선행되어야 하는 판단은 그 행위가 전문가로서의 행위인가에 대한 것이다.

이하에서는 의사의 가해행위가 전문가로서의 행위인가의 여부를 의사·환자 관계 및 그 관계 성립에서 발생하는 진료의무를 중심으로 하여 살펴보기로 한다. 이 논의를 전개하기 위한 준비작업으로서, 이번 발표에서는 먼저 미국의 논의를 요약하여 정리하고,²⁾ 그 과정에서 떠오른 쟁점 내지 논의의 착안점을 살펴보기로 한다.

過責(Verschulden)이란 용어를 사용하였으나, 이 글에서는 특별한 언급이 없으면 고의를 포함하는 개념으로서 過失이란 표현을 사용한다.

2) Boumil/Elias/Moes, *Medical Liability*, 2nd ed(2003), Thomson/West, pp. 1-24 참조(이하 이 문헌의 인용은 Boumil, p. __로 한다).

Ⅱ. 의사-환자 관계의 성립에 관한 검토

이하에서는 의사의 과실불법행위(negligence)에 대한 전문가 책임의 성립요건으로서 의사의 의사-환자 관계의 성립을 미국의 논의를 중심으로 살펴본다.³⁾

1. 미국 과실불법행위의 요건

미국의 과실불법행위의 요건으로서는 ① 주의의무(duty of care)의 존재, ② 주의의무의 위반, ③ 주의의무 위반과 배상대상이 되는 (compensable) 손해 사이의 인과관계(proximate cause), ④ 배상대상이 되는 손해의 발생을 든다.⁴⁾ 불법행위책임법에 대한 논의는 그 책임의 성립요건, 성립된 책임의 범위, 범위에 들어온 손해항목의 산정, 즉 요건론, 범위론, 산정론의 세 영역으로 구분된다고 하겠다. 우리의 불법행위책임 성립요건을 기술하는 방법은 여러 가지가 있지만,⁵⁾ 사건으로는 그 성립요건은 가해행위, 유책성, 위법성의 셋으로 우선 구성되고, 가해행위는 행위, 손해, 책임성립의 인과관계의 세 요소로 이루어지며, 책임능력은 행위요소로 본다.⁶⁾

①의 요건에서 주의의무가 있을 것이란 요건은 “그 의무를 제한하는 법리가 없을 것”으로 하는 것이 보다 정확하다고 한다.⁷⁾ 그리고 그 논의의 내용은 진료의무가 발생하는 경우를 전제로 하여, 그 진료의무를 이행하는 것에 대한 전문가로서의 행위상 부여되는 주의의무인 것이다.⁸⁾ 따라

3) 이하에서 “...라고 한다.” 등 표현의 인용 문구는 대체로 미국의 논의에 대한 언급을 의미한다.

4) Boumil, p. 1; Kionka, Torts, 4th Ed(2005), Thomson/West, pp. 56f.(이하 이 문헌의 인용은 Kionka, p. __로 한다). Kionka의 문헌에서는 단순히 duty의 존재를 언급하기도 하나, 불법행위에서 duty는 duty of care를 지칭한다. Black's Law Dictionary, 7th Ed.(1999), West Group, p. 523 참조.

5) 각종 채권각론 내지 불법행위 관련 문헌 참조.

6) 김천수, “사고의 경합과 진료과오책임”, 의료법학 제5권 제2호(2004), 25-26면 참조.

7) Kionka, p. 56.

8) Boumil, pp. 1-15.

서 진료의무가 발생하였음에도 불구하고 이를 이행하지 않은 경우에 그 부작위는 작위의무 위반으로서 행위성을 갖게 될 것이다. ②의 요건이 구비되는 경우에 과실이 인정될 것이며, 이것과 ①의 요건이 결합하여 함께 우리의 유책성 논의에 해당한다고 하겠다. 한편 ③의 요건에서는 우리의 논의에서는 여러 단계의 것이 함께 언급된 것이다. 우선 발생한 손해가 배상대상이 되는(compensable) 것인가의 논의는 우리의 논의에서는 보호 법익의 문제에 해당할 것이다. 그리고 주의의무 위반과 손해 사이의 인과관계 요건은 우리의 책임 성립 및 책임 범위의 인과관계 양자를 포괄하고 있다고 하겠다. 즉 “as a … cause … a … injury results”라는 표현은 책임 성립의 인과관계를 언급한 것이며 “as a proximate cause”는 책임 범위의 인과관계를 언급한 것이라고 하겠다. 그리고 ④의 요건은 우리의 요건 즉 가해행위 요소로서의 손해 발생에 해당하는 것이라고 하겠다.

2. 의사-환자 관계의 성립과 주의의무

이하에서는 전문가 관계(professional relationship)의 성립으로 발생하는 의사의 주의의무를 살펴본다.

가. 일반론

(1) 의무의 귀속 주체와 상대방

진료에 있어서 주의의무는 그 행위자인 의사 개인 외에도 일정한 조직(organization)에게도 귀속하며, 그 의무의 상대방으로는 일반적으로는 환자이지만 환자가 아닌 경우도 있다고 한다.⁹⁾

의사 개인은 그가 계약당사자인지 여부를 불문하고 진료행위를 함에 있어서 전문가로서의 주의의무를 부담하는 것이다. 한편 여기서 주의의무의 귀속주체로서 언급된 “일정한 조직(organization)”이란 의사의 진료상 주의의무를 해태하여 지게 되는 책임의 귀속주체로서의 의료기관 개설자인 법인 등을 의미할 것이다. 나아가서 조직은 아니지만 사용자로서

9) Boumil, pp. 1-2.

그러한 책임을 지는 경우도 있지만, 이는 사용자 자신의 주의의무의 존재를 전제로 하여 지는 것이 아니라, 주의를 해태한 의사와의 사이에 사용자-피용자 관계의 존재로 지는 것이다. 한편 법인 등 의료기관 개설자는 고유의 주의의무로서 조직의무(Obligationspflicht)를 부담하는 것으로, 이 의무를 위반하면 자기 행위에 대한 책임으로서 민법 제750조의 불법행위 내지 민법 제390조의 계약책임을 지는 것이다. 의사의 주의의무의 상대방으로 환자 외에 제3자가 예외적으로 포함되는 경우가 있음은 후술하는 바와 같다.

(2) 의무의 내용

한편 의무의 내용으로는 작위의무 또는 부작위의무, 작위 전의 정보제공 의무, 그리고 기타 전문가 관계에 들어갈 때 지는 기타 여러 의무가 언급된다.¹⁰⁾ 여기서 “작위 전의 제공의무”를 언급하고 있음에 유의할 필요가 있다. 이것이 설명의무를 의미하는가에 대한 검토가 필요하다. 설명해태를 미국에서는 불법신체접촉으로서의 고의불법행위(assault and battery)나 과실불법행위(negligence)로 보므로,¹¹⁾ 이 언급은 여기서 언급하는 주의의무에는 의사의 설명의무도 포함된다고 할 것이다. 하지만 진료과오책임을 야기하는 설명의무란 지도설명 의무이며 고지 내지 조언의 설명의무는 이에 해당하지 않는다고 할 것이다.¹²⁾

(3) 전문가 관계 성립의 일반론

아무튼 이러한 의사의 주의의무 부담의 전제는 전문가 관계의 존재이다. 영미법상 작위적 불법행위(misfeasance)에서는 행위자가 의무를 인수하여 이를 잘못 수행하면 그 책임을 부담하는 것이며, 작위의무 불이행(nonfeasance)에서는 의무가 없으면, 즉 의무를 인수하지도 않았고 법이 부과하지도 않았다면, 그로 인한 책임은 불성립하는 것이다.¹³⁾ 따라서 전

10) Boumil, p. 2.

11) 이와 관련된 미국 논의에 대하여는 김천수, “환자의 자기결정권과 의사의 설명의무”(서울대 대학원 법학박사학위 논문, 1994), 304-316면 등 참조.

12) 이들 설명의무 유형에 관한 사건에 대하여는 김천수, 상계논문, 140-159면 참조.

문가 관계의 존재가 입증되지 않으면 주의의무 자체가 부정되는 것은 우리의 경우도 마찬가지라고 하겠다. 전문가 관계의 존부, 즉 의사-환자 관계의 존부가 우리의 의료소송에서도 매우 중요한 쟁점이 될 수 있다고 하겠다.

미국의 경우, 의사-환자 관계의 존재가 주의의무 인정의 징표이지만, 정황에 근거하여 의무의 존재가 쉽게 인정되는 경우도 있고, 따라서 특히 응급상황에서 대부분의 의사는 필요한 서비스의 제공을 거절하지 않을 것이고, 그래서 원하는 사람은 어떤 형태인가의 진료를 대개 받을 수 있다고 한다. 그리고 종래 입원할 환자와 입원의 조건(circumstances)을 선택할 수 있었던 병원조차 오늘날 그들 재량을 제한하는 많은 요소들로 구속을 받는다고 한다.¹⁵⁾ 이러한 논의를 검토함에는 우리 의료법 및 응급의료에관한법률(이하에서는 ‘응급의료법’이라고 한다)의 진료거부금지 규정 규정을 유념하여야 할 것이다.

나. 비전문과목 환자에 대한 전문의의 주의의무

전문의(specialist)의 주의의무에 대한 미국의 논의를 살펴본다. 의료인(medical practitioner)로서의 의무가 전문가 관계의 성질에 의하여 제한되는 것이 일반적이며, 어느 한 영역의 전문의는 전문과목과 일정하게 관련된 질병(certain related conditions)에 대한 진료의무를 지고, 그와 무관한 질병을 진료할 의무는 지지 않는다고 한다.¹⁶⁾ 심지어는 설사 그들이 응급상황이거나 생명이 위험한 경우라도 마찬가지라는 것이다.¹⁷⁾

우리의 경우 환자들이 만나는 의사 대부분이 전문의인 현실을 고려하

13) Boumil, p. 2.

14) Boumil, p. 3.

15) 입원기준 결정에 있어서 병원이 선호도에 따라 환자를 선택할 수 있는 지위(ability)가 제한되는 경우로, 공공의 지원을 받는 병원이 인종 국적 장애 등에 의하여 차별하는 것을 금지하는 경우라든지, 연방이 재정 지원 또는 보증을 하는(federally sponsored) Hill-Burton Act에 의하여 설립 지원을 받은 병원이 지불능력 없는 환자의 무보상(uncompensated) 진료 의무를 부담하는 경우가 있다. Ibid.

16) Boumil, pp. 2-3.

17) 응급실 의사라고 하여도 귀가 길에 행인을 치료하지 않은 것에 대하여 책임을 지지 않는바, 이는 “자유 사회에서는 어떤 적극적인 우선처우(affirmative action. 기존의

여야 할 것이다. 따라서 전문의라고 하여도 자신의 전문과목에 해당하지 않는 환자, 즉 비전문과목 해당 환자에 대하여도 일반의로서의 의무가 인정되어야 할 것이다. 특히 응급환자에 대하여 자신의 전문과목 환자가 아님을 이유로 하여 진료를 회피함은 의료법 및 응급의료법의 관련규정에 반하는 것이라고 하겠다. 자신의 전문과목 해당 환자가 아니라는 사실은 이들 법률에서 말하는 “정당한 이유” 내지 “정당한 사유”에 포함되지 않는다고 하겠다. 하지만 해당 전문과목 전문의가 당해 의료기관에 있고 그의 진료를 받을 가능성이 희박하지 않다는 사실은 진료회피 내지 거부의 정당한 사유가 될 것이다.

문제는 비전문과목 해당 질병을 전문의로서 진료한다는 신뢰를 환자측에 형성시킨 것에 대하여 책임이 있는 의사는 그 진료에 대하여 일반의로서가 아니라 전문의로서의 고도의 주의의무를 부담하여야 한다. 현재의 우리 의료법 아래에서는 모든 의사는 모든 질병에 대하여 일반의로서 진료할 수 있고, 일반의와 전문의 사이의 진료 수준에 따른 차이 내지 제한이 없다. 일반의가 시행할 수 있는 진료의 범위와 종류를 전문과목별로 제한할 필요가 있다.¹⁸⁾

다. 응급상황에서 성립된 의사-환자 관계

미국에서도 응급의료에 있어서는 입원에 대한 병원의 결정권 내지 선택권이 제한을 받는다. 응급 시설 내지 응급의료 제공 병원은 응급환자에게는 응급의료를 제공해야 한다는 것이다.¹⁹⁾ 이러한 응급의료기관의 의

차별의 사회적 효과를 제거하기 위하여 취해지는 조치로 법령 및 판결에 의한 경우와 기업 대학 등의 자발적 행위에 의한 경우 등이 있음)에 근거하여 승낙의 암시가 없는 한 승낙이 거절된 의무의 부담이 그 사회 구성원에게 강제되지 않는다”는 것이다. Boumil, p. 3.

18) 가령 성형외과 내지 피부과의 진료과목을 해당 전문의가 아닌 의사가 마치 전문의인 것처럼 가장하여 표시하고 그 진료기술을 정규 의학과정이 아닌 사적인 전수를 통하여 배워서 임상에 바로 적용하는 우리 의료현실을 감안한다면 이러한 제도 정비 내지 입법은 시급하다고 하겠다.

19) 42 U.S.C.A. §1395dd (EMTALA: Emergency Medical Treatment and Active Labor Act). Boumil, p. 4 참조.

무는 주에 따라, 법령 또는 판례로 부과하는바, 그 응급의료의무 부과 이유는 두가지가 제시되고 있다. 즉, ① 응급환자가 가장 가까운 응급시설을 이용하여 상태 악화를 피할 수 있도록 하자는 점과 ② 응급의료기관을 홍보하여 응급환자가 믿고 거절당하지 않고 치료를 받을 수 있도록 하자는 점이다.²⁰⁾

우리의 경우 외래진료와 입원진료의 여부는 합리적 범위와 기준에서 의사의 재량으로 결정되는 것이다. 하지만 이와 관련하여 응급의료법 제5조의 ‘응급환자에 대한 신고 및 협조의무’ 규정²¹⁾ 및 제6조의 ‘응급의료의 거부금지 등’ 규정²²⁾ 그리고 의료법 제16조의 ‘진료의 거부금지 등’ 규정²³⁾ 등에 유의하여야 한다.

문제는 응급의학과 전문의²⁴⁾가 아닌 기타 전문과목의 전문의나, 응급의학과 전문의이지만 응급의료기관에 종사하지 아니하는 의사의 경우에 의료기관 외에서 환자를 발견한 경우에 그의 전문가 책임이 인정될 것인가의 여부이다. 그 책임이 인정되려면 우선 의사-환자 관계라는 전문가관계의 성립이 인정되어야 할 것이다. 그 전문가 관계가 인정된다는 것은 진료의무가 인정된다는 것을 의미한다. 그리고 전문가 관계가 인정된다고 하여도 그 책임이 응급의학 전문의로서의 전문가 책임인가의 여부도 검토되어야 한다.

먼저 보건의료기본법 제5조 제2항²⁵⁾ 및 의료법 제16조에 따라 환자로

20) Boumil, pp. 4-5.

21) ① 누구든지 응급환자를 발견한 때에는 즉시 이를 응급의료기관등에 신고하여야 한다. ② 누구든지 응급의료종사자가 응급의료를 위하여 필요한 협조를 요청하는 경우에는 이에 적극 협조하여야 한다.

22) ① 응급의료기관등에서 근무하는 응급의료종사자는 응급환자를 상시 진료할 수 있도록 응급의료업무에 성실히 종사하여야 한다. ② 응급의료종사자는 업무중에 응급의료를 요청 받거나 응급환자를 발견한 때에는 즉시 응급의료를 행하여야 하며 정당한 사유 없이 이를 거부하거나 기피하지 못한다.

23) ① 의료인은 진료 또는 조산의 요구를 받은 때에는 정당한 이유없이 이를 거부하지 못한다. ② 의료인은 응급환자에 대하여 응급의료에 관한 법률이 정하는 바에 따라 최선의 처치를 행하여야 한다.

24) 전문의의수련및자격인정등에관한규정 제2조의2

25) 보건의료기본법 제5조 (보건의료인의 책임) ①보건의료인은 양질의 적절한 보건의

부터 진료를 받은 경우에, 의사나 그 소속 의료기관이 정한 진료시간이 아니라는 사실, 그가 개설하였거나 또는 고용된 의료기관 외부에서 요구 받았다는 사실이 거부의 정당한 이유가 되는가 등이 검토되어야 한다. 이러한 진료 시간과 공간과 관련하여 진료거부가 가능한지에 대하여 종래 의문이 제기되지 않았다. 후자는 동법 제30조²⁶⁾를 들어 거부의 정당한 사유가 된다고 오해할 가능성이 있다. 하지만 동조는 의료업의 종사에 대한 감독 등의 관점에서 규율하는 것이지 전문가의 행위의무를 규율하고 있는 것은 아니라는 점에 유의할 필요가 있다. 동법 제16조의 “정당한 이유”에 진료의 시간 및 공간이 고려될 수는 있어도 그러한 시간과 공간에서 벗어난 요구라고 하여 이를 당연하게 진료거부의 정당한 이유라고 단정하여서는 안 될 것이다.

응급의료법 제6조²⁷⁾에는 이와 관련된 언급으로 “업무중”을 주목할 필요가 있다. 이것이 진료시간과 공간을 포함하는 개념임은 부인할 수 없을 것이다. 다만 그 부사구가 바로 뒤의 “응급의료를 요청받거나”만을 수식하는 것인지 아니면 “응급환자를 발견한 때”도 수식하는 것인지에 대하여 후자가 일단 타당하다고 여겨진다. 진료의무가 상대적으로 강하게 요구되는 “요청”의 경우에는 “업무중”에 한정하여 그 의무를 경감시키고, 진료의무가 상대적으로 약하게 요구되는 “발견”의 경우에는 그 의무를 강하게 부과함은 모순이라고 하여야 할 것이다. 응급환자의 경우에는 비

료서비스를 제공하도록 노력하여야 한다. ②보건의료인은 보건의료서비스의 제공을 요구받은 때에는 정당한 이유없이 이를 거부하지 못한다. ③보건의료인은 적절한 보건의료서비스를 제공하기 위하여 필요한 경우에는 보건의료서비스를 받는 자를 다른 보건의료기관에 소개하고 그에 관한 보건의료자료를 다른 보건의료기관에 제공하도록 노력하여야 한다. ④보건의료인은 국가 또는 지방자치단체가 관리하여야 할 질병에 걸렸거나 걸린 것으로 의심되는 대상자를 발견한 때에는 그 사실을 관계 기관에 신고·보고 또는 통지하는 등 필요한 조치를 하여야 한다.

26) 의료법 제30조 제1항: 의료인은 이 법에 의한 의료기관을 개설하지 아니하고는 의료업을 행할 수 없으며, 다음 각호의 1에 해당하는 경우를 제외하고는 당해 의료기관내에서 의료업을 행하여야 한다.

27) 응급의료에관한법률 제6조 제2항: 응급의료종사자는 업무중에 응급의료를 요청받거나 응급환자를 발견할 때에는 즉시 응급의료를 행하여야 하며 정당한 사유 없이 이를 거부하거나 기피하지 못한다.

응급환자보다 진료 필요성이 상대적으로 강하게 요구된다고 할 것이다. 그러한 응급환자에게는 “업무중”이라는 제한된 범위에서 진료의무를 인정하고 그보다 진료 필요성이 상대적으로 약하게 요구되는 통상의 환자에게는 그러한 제한을 부정한다면 이는 역시 모순이라고 하겠다.

그렇다면 현행 우리 의료법령상 의료인 내지 의료기관측이 정해 놓은 시간과 공간 외에는 진료의 요청도 거부될 수 있다는 것이다. 따라서 의사는 여행이나 산책 등 진료와 무관한 상황에서 발견한 응급환자를 외면하여도 무방한 것이다. 이러한 법상황은 응급의료법 제3조²⁸⁾가 국민의 권리로 인정한 “응급의료를 받을 권리”의 실효성을 약화시키는 것이라고 하겠다.

이와 관련하여 진료의무가 없음에도 불구하고 의료행위에 착수한 의사에게 경과실책임을 면제시키는 법리²⁹⁾와 위 논의는 다른 것임에 유의해야 한다.³⁰⁾ 이러한 법리가 의료와 관련하여 특별하게 법제화하지 않은 우리의 경우에도 사무관리의 법리에 의하여 같은 결론에 이를 것이다.³¹⁾ 즉 민법 제735조의 긴급사무관리 규정에 의하여 경과실 책임이 관리자인 의사는 면제되는 것이다. 한편 법적으로 응급의료의무에 기하여 이루어지는 경우에 그 책임에는 경과실면책은 허용되지 않는다. 다만 과실 판단을 위한 주의의무의 기준이 긴급성의 정도에 따라 완화되어 통상 의료의 경

28) 응급의료에관한법률 제3조 (응급의료를 받을 권리) 모든 국민은 성별, 연령, 민족, 종교, 사회적 신분 또는 경제적 사정 등을 이유로 차별받지 아니하고 응급의료를 받을 권리를 가진다.

29) 소위 “the good Samaritan rule”.

30) 한편 보건의료기본법 제5조 제4항에서 보건의료인이 신고·보고·통지 등 필요한 조치를 취할 대상은 국가나 지방자치단체가 관리해야 할 질병에 한정되는 것이고 열거된 행위로 보아 진료가 그 의무의 주된 내용이 아님을 알 수 있다.

31) 응급의료법은 응급의료행위 중 일정한 경우에 민사책임이 아니라 형사처벌을 감면할 수 있는 규정을 두고 있다. 응급의료에관한법률 제63조 (의료행위에 대한 형의 감면) 응급의료종사자가 응급환자에게 발생한 생명의 위험, 심신상의 중대한 위해 또는 증상의현저한 악화를 방지하기 위하여 긴급히 제공하는 응급의료로 인하여 응급환자가 사상에 이른 경우 그 응급의료행위가 불가피하고 응급의료행위자에게 중대한 과실이 없는 때에는 그 정상을 참작하여 형법 제268조의 형을 감경하거나 면제할 수 있다.

우보다 과실 인정이 어려워 질 뿐이다.

아무튼 의료법과 응급의료법에 따라 응급의료의무를 부담하는 의사가 그 상황에서 지는 전문가책임은 자신의 전문과목 환자에게는 전문의로서의 전문가책임, 비전문과목 환자에게는 일반의로서의 전문가책임을 진다고 하겠다.³²⁾ 물론 응급의료라는 상황임이 유책성 등의 평가가 고려됨은 물론이다.

한편 응급의료기관의 전원(transfer)³³⁾도 응급의료 상황에서 부과되는 주의의무의 중요한 내용이다. 즉 그 능력을 초과한 환자를 받은 의료기관은 상황 파악 및 적절한 시설로의 전원에 있어서의 주의의무를 위반한 경우에 책임이 부과될 수 있으며, 능력 범위 내의 치료를 아니하여 환자의 손해가 확대시킨 병원의 책임을 강화하는 것이 미국 판례의 추세라고 한다.³⁴⁾

우리도 응급의료법 제11조의 ‘응급환자의 이송’ 규정³⁵⁾에서 같은 취지의 규정을 두고 있다. 유의할 것은 전원은 예외적으로 인정되는 것으로 “당해 의료기관의 능력”을 초과하는 상태인가의 여부가 그 기준이 되는 바, 능력 범위내의 환자 상태임에도 불구하고 전원을 하는 것은 응급의료

32) 응급상황에서의 비전문과목 환자에 대한 진료와 스스로 비전문과목에 대한 전문의 외관을 작출하여 행한 진료는 구분되어야 하며 후자에 대하여는 당해 전문과목의 전문의에게 부과되는 고도의 주의의무를 부과하여야 한다는 점은 전술한 바와 같다.

33) 응급의료법은 다른 의료기관으로 환자를 보내는 것을 ‘이송’ 이고 한다. 하지만 이 용어로 정확하게 표현하려면 ‘다른 의료기관으로의 이송’ 이 되어 길어지므로 이 글에서는 현재 국내에서 정착된 ‘전원’ 이라는 용어를 사용한다. 그리고 transfer과 referral를 전원으로 번역하고 해당 영어를 괄호안에 병기한다.

34) Boumil, p. 5.

35) ① 의료인은 응급환자에 대하여 당해 의료기관의 능력으로는 그 환자에 대하여 적정한 응급의료를 행할 수 없다고 판단한 때에는 지체없이 그 환자를 적절한 응급의료가 가능한 다른 의료기관으로 이송하여야 한다. ② 의료기관의 장은 제1항의 규정에 의하여 응급환자를 이송하는 경우에는 응급환자의 안전한 이송에 필요한 의료기구 및 인력을 제공하여야 하며, 응급환자를 이송받는 의료기관에 진료에 필요한 의무기록을 제공하여야 한다. ③ 의료기관의 장은 이송에 소요된 비용을 환자에게 청구할 수 있다. ④ 응급환자의 이송절차, 의무기록의 이송 및 비용의 청구 등에 관하여 필요한 사항은 보건복지부령으로 정한다.

의 거부에 해당할 것이며, 능력을 초과하여 전원을 하는 경우에도 여전히 그와 관련된 주의의무의 위반이 있게 되면 이에 대하여도 역시 의료과오 책임이 인정될 것이다. 즉 “응급환자의 안전한 이송에 필요한 의료기구 및 인력을 제공하여야 하며, 응급환자를 이송받는 의료기관에 진료에 필요한 의무기록을 제공” 할 주의의무가 전원의무 이행에 부과됨에 유의해야 한다.³⁶⁾ 한편 능력을 초과하는 경우임에도 불구하고 전원을 하지 아니하여 야기된 손해에 대하여도 의료과오책임이 인정될 것이다. 하지만 환자의 상태가 “당해 의료기관의 능력”을 초과하는 경우라고 하여도 전원은 “적정한 응급의료가 가능한 다른 의료기관”으로 이루어져야 하며, 그 적정성 판단에 있어서도 전문가 책임이 문제될 수 있다.

미국에서 이러한 응급의료관계의 종료는 환자의 상태가 안정화되어 응급상황이 종료된 시점을 기준으로 한다.³⁷⁾

우리 역시 같은 해석이 가능하다. 즉 응급의료법 제2조에서 “응급환자”의 개념을 “질병, 분만, 각종 사고 및 재해로 인한 부상이나 기타 위급한 상태로 인하여 즉시 필요한 응급처치를 받지 아니하면 생명을 보존할 수 없거나 심신상의 중대한 위해가 초래될 가능성이 있는 환자 또는 이에 준하는 자로서 보건복지부령이 정하는 자”로 규정하였고, “응급의료”의 개념을 “응급환자의 발생부터 생명의 위험에서 회복되거나 심신상의 중대한 위해가 제거되기까지의 과정에서 응급환자를 위하여 행하여지는 상담·구조·이송·응급처치 및 진료 등의 조치”로 규정하였다. 이를 토대로 우리 법체계상 응급의료의 종료는, “생명의 위험에서 회복되거나 심신상의 중대한 위해가 제거”된 시점에 인정된다고 하겠다.

이 응급상황이 종료된 시점에 진료의무도 종료하는 것이 아님에 유의해야 한다. 다만 그 시점부터는 진료의 계속이 필요한 경우에 통상의료에서 부과되는 정도의 주의의무를 가지고 진료를 할 뿐이다.

36) 물론 동 규정은 “이송에 소요된 비용을 환자에게 청구할 수 있다.”고 규정하였고, 그 비용청구는 동법 시행규칙으로 정하고 있다. 그리하여 민법상 계약법 또는 사무관리법의 적용에 대한 논의는 필요없게 되었다.

37) Ibid.

라. 합의에 의하여 성립된 의사-환자 관계

(1) 합의의 내용과 주의의무의 정도

미국의 논의에서도 합의에 의하여 의사-환자 관계의 성립이 일단 계약법의 원리에 의하여 인정된다. 즉 의사가 (일반의 또는 전문의로서의) 자신의 능력 그리고 환자의 희망(desire)에 일치하는 의료를 제공하기로 동의하면 계약체결의 구체적인 언명이 없어도 합의가 이루어지는 것이며 이는 명시적 합의라고 한다. 이러한 합의에 기초한 진료에는 일정한 기준의 주의가 기대되는 것이며, 이 주의의무는 의사-환자 관계의 합의만 인정되면 보수가 감액 내지 면제되어도 동일하다는 것이다.³⁹⁾

이러한 논의는 우리 계약법의 기본적인 논의와 일치하는 것이라고 할 것이며, 진료의 대가로서의 보수의 정도와 유상 여부가 의사의 진료에 대한 주의의무의 정도에 영향을 주는 것이 아님은 타당한 주장이라고 하겠다.

(2) 진료예약 철회 및 진료능력과 전원의무

진료예약의 철회와 관련하여 미국 논의에서 철회후 전원의무를 인정하고 있다. 즉 의사가 진료예약의 의사를 철회(change of mind)할 수 있음을 전제로, 그 환자가 정기적인 진료를 필요로 하는 등 시간에 민감한 경우라면, 의사는 즉각적이고 적절한 전원(referral)의 의무를 지게 될 것이라고 한다.⁴⁰⁾

그러나, 우리 의료법상 진료거부 금지의무는 의료기관개설자에게 계약의무를 부과하므로 임의로 철회하는 것은 불가능하다고 하겠다. 다만 의료법 제16조의 “정당한 이유”가 인정되는 경우에 의사측에 의한 예약의 철회는 허용된다고 할 것이다. 이 경우에 철회로 진료 지연이 야기되고 그로 인하여 손해가 발생할 가능성이 있다면 이를 방지할 의무가 의사측에 인정된다고 하겠다.

이와 관련하여 예약의 철회 시에 정당한 이유가 인정되어도 항상 즉각

38) Boumil, p. 6.

39) Ibid. 의사-환자 관계는 명시적 합의가 없어도 전체 상황에 의하여 존재하는 것으로 인정되기도 한다.

40) Boumil, pp. 6-7.

적이고 적절한 전원의무가 인정되는가, 시기가 민감한 경우라고 하여도 환자 본인이 다른 적절한 의사에게 가보라고 조언하는 정도로 충분한가, 정당한 이유의 범위에 대한 논의, 즉 가령 외국 세미나 참석을 이유로 하여 예약의 변경 내지 철회를 허용할 것인가, 대부분의 질병은 진료가 빠를 수록 좋다고 한다면 어느 정도이어야 환자의 상태가 시기적으로 민감한 상태인가, 전원된 병원 담당 의사가 같은 전문과목 전문의라고 하여도 세부전공이 다른 경우에 적절한 전원에 해당하는가 등 전원의 적절성의 기준 등의 논의도 필요하다.

합의에 기초한 의사-환자 관계가 성립하여 진료의무가 발생한 경우라고 하여도, 항상 진료를 직접 실시해야 하는 것이 아님은 물론이다. 즉 진단 결과 의사의 능력 내지 전문성의 범위를 초과하는 상태임이 확인된 경우에, 그 의사는 다른 의사에게 시기 등이 적절한 전원(referral)을 해야 할 의무가 있다는 미국의 논의⁴¹⁾는 우리에게도 마찬가지로 하겠으며 응급 상황에 있어서는 ‘응급의료에 관한 법률’ 제9조에 그 전원의무가 명시되어 있음은 전술한 바와 같다.

한편 미국에서 전원의 적절성이 미흡하다고 인정한 사례로, 전원을 위하여 미국의사협회(AMA)로 환자를 보낸 경우, 능력이 미달되거나 치료의도가 결여된 의사에게 전원한 경우 등을 들고 있다.⁴²⁾ 우리의 경우에 진료거부금지의무에 따라 의사의 의도 유무는 문제가 되지 않을 것이다.

적절한 전원의 요건이 구비된 경우에 환자가 전원을 거부할 수 있는가의 문제가 있다. 이에 대하여 미국의 논의에서는 환자는 전원을 거부하고 진료계속의무를 주장하여 최초 의사로부터 진료를 계속 받겠다고 할 수 없다는 것이다.⁴³⁾

이는 전원 요건이 구비되었음을 전제로 한 논의임에 유의할 필요가 있다. 의료기관의 능력 미달이라는 기준은 상대적인 것임도 유념해야 할 것

41) Boumil, p. 7.

42) Ibid.

43) Ibid.

이다. 즉 이송과정에 새로운 위험이 야기되지 않을 정도의 거리에 있는 다른 의료기관에서 진료를 받음이 환자의 회복에 유리할 것이라는 판단이 있어야 하며, 두 의료기관 사이의 '사소한 차이'는 '합리적인 범위'에서 부정되어야 할 것이다. 그리고 전원의무가 부정될 정도의 차이인지의 여부는 일단 당해 상황에서의 평균의 의사의 판단을 기준으로 하여 결정될 것이며, 그러한 의료 관행이 비합리적이려면 평균의 의사의 판단이라는 기준은 적용될 수 없을 것이다. 아무튼 전원요건이 구비되었음에도 불구하고 전원을 거부하는 환자에 대하여 의사는 여전히 진료의무를 부담한다고 할 것이며 이러한 전원거부는 그 진료에 대한 유책성을 평가함에 고려되어야 할 것이다.

마. 합의 불능 상태의 환자인 경우

환자가 무의식, 무능력, 기타 의사표명능력 상실 등의 경우에 미국도 상호 의사 합치(mutuality of assent)가 없더라도 법원은 일정한 경우에 의사-환자의 관계를 인정한다. 즉 우선 환자 대신 타인이 의사-환자 관계의 당사자되는 것이 인정되며, 이는 사실상 추정(implied-in-fact) 또는 법률상 추정((implied-in-law)된다고 한다.⁴⁴⁾ 그러한 예로 친척이 환자를 병원으로 데려와 의료를 명시적으로 승낙한 경우에 계약은 사실상 추정된다고 하며, 경찰이나 구조대원이 응급환자를 병원에 데려온 경우에는 의료에 대한 승낙이 법률상 추정된다고 하며, 환자는 동행자와 의사 사이의 계약상 수익자로서 명시적 계약 체결과 동일한 권리와 의무 보유 및 부담한다는 것이다.⁴⁵⁾

이에 관한 국내의 논의는 종래 많이 있었다.⁴⁶⁾ 생각건대 이는 意思解釋의 문제일 것이다. 즉 환자의 동행자가 계약당사자 지위를 가질 의사가 있는가의 여부이며, 이는 보수채무를 인수할 의사가 있는가가 판단에 중요한 요소일 것이다. 보수채무 인수의사가 곧 환자 관계에서 증여 의사로

44) Boumil, pp. 7-8.

45) Ibid.

46) 석희태, "의사와 환자의 기초적 법률관계", 연세대 법률연구 제3집 (1983.07) 165면 이하 등 국내 의료법학 관련 문헌이 다수 있다.

평가되는 것이 아님은 물론이다. 보수채무 인수의사가 있더라도 추후 환자에게 구상할 의사가 포함될 수 있으며 이러한 경우가 오히려 통상적이라고 하겠다. 현실적으로 병원은 동행자에게 보수채무에 대한 인수 등 일정한 내용의 서면에 서명을 받고 있지만 이러한 서명을 동행자가 거부하여도 환자에 대한 진료를 거부할 수 없으며, 그로 인한 진료 지연은 진료 거부금지의무 위반에 해당할 것이다.

보수채무 인수의사가 있다면 이러한 경우에 의사-환자 관계는 의료기관과 동행자 사이에 체결된 계약, 즉 환자인 제3자를 위한 계약에서 발생한다고 할 것이다. 이러한 제3자를 위한 계약의 수익자로서의 환자는 명시적 계약 체결과 동일한 권리와 의무를 보유 및 부담한다는 것이 미국의 논의이지만, 우리 계약법에 의하면 제3자를 위한 채무부담을 인정할 것인가에 대하여 찬반 양론이 존재한다.⁴⁷⁾ 생각건대 제3자를 위한 계약에 관한 우리 민법 제539조는 제3자에게 귀속되는 법적 지위는 이행청구권자이므로 동조가 제3자를 위한 채무부담에 직접 적용될 수 없지만 유추적용을 논의할 수는 있다. 따라서 수익 의사표시를 통해 채무를 제3자를 위한 채무부담에 의하여 인수하는 것을 부정할 필요는 없으므로 유추적용을 긍정하는 것이 타당하다고 하겠다. 그렇다면 환자의 수익 의사 표시로 미국의 논의와 같은 결론에 이를 수 있을 것이다.

한편 동행자에게 보수채무 인수의사가 부정된다고 하여도 사무관리 등의 성립으로 의사-환자 관계의 성립이 인정될 것이다. 한편 동행자에게 대리의사가 인정되는 경우에는 대리의 법리에 따라 판단하면 될 것이다. 대리권이 없고 표현대리 조차 부정되는 경우라면 역시 사무관리로 의사-환자 관계가 성립될 것이고 대리권이 있거나 표현대리가 성립된다면 의사-환자 관계는 의료기관과 환자 사이에 성립한 진료계약에서 발생하는 것이다.

응급의료법 제22조의 '미수금 대불' 규정은 계약당사자 결정에 고려될

47) 곽윤직, 채권각론(박영사, 2000), 88면 등 국내의 각 채권각론 교과서, 주석서, 주해서 참조

것은 아니다.⁴⁸⁾ 이는 응급환자 진료의 실효성을 목적으로 국가가 개입하는 것이며 그 대불청구권은 계약상 청구권이 아니라 법정청구권인 것이다.

바. 진료상담과 진료자문의 경우

의사-환자의 전문가 관계가 성립하는지 여부의 문제는, 단순히 진료상담에 응한 의사와 환자 사이, 혹은 이미 그 관계가 성립된 의사가 다른 의사에게 진료자문을 구한 경우 자문의사와 환자 사이 등에서도 논의된다.

먼저 미국에서는 진료상담(consultation)이 있다고 하여 곧 의사-환자 관계를 성립시키는 것은 아니라고 한다.⁴⁹⁾ 하지만 이는 응급환자가 아니라면 타당할 것이나, 응급환자라면 응급의료에 관한 법률이 적용됨에 유의해야 할 것이다. 미국에서는 많은 경우에 전화에 의한 상담이 문제로 된다. 이 경우에 전화상 계약이 성립하는가의 문제는 구체적 사실에 따라 다르다고 한다.⁵⁰⁾ 전화로 환자가 진단 내지 치료를 받을 목적으로 전화를 하고 의사가 그러한 서비스 제공을 인수한 경우에 법원이 의사-환자 관계 인정 한 사례도 있다.⁵¹⁾

생각건대 일단 전화 통화가 이루어졌다면 그 전화의 소재지는 의사해석의 결정적인 요소는 아니라고 하겠다. 문제는 응급실에서 온 전화를 병원측으로부터 받은 의사가 출동을 거부한 경우에 어떻게 되는가이다. 당해 병원과 의사 사이의 계약책임 문제는 별론으로 하고, 의사가 의료법 및 응급의료에 관한 법률상의 진료의무를 거불할 수 있는 정당한 이유 내지 사유가 존재하는지의 여부에 관한 문제라고 하겠다. 이는 환자의 질환

48) 동조 제1항: 의료기관과 구급차등을 운용하는 자는 응급환자에게 응급의료를 제공하고 이에 대한 비용을 지불받지 못하였을 경우 그중 응급환자 본인이 부담하여야 하는 금액(이하 "미수금"이라 한다)에 대하여는 제19조제2항의 규정에 의한 기금관리기관의 장(기금의 관리·운용에 관한 업무가 위탁되지 아니한 경우에는 보건복지부장관을 말한다. 이하 이 조 및 제22조의2에서 같다)에게 대불을 청구할 수 있다.

49) Boumil, p. 8.

50) Ibid.

51) O' Neill v. Montefiore Hospital (N.Y.A.D. 1960). 응급실로부터 온 전화로 환자와 통화를 한 의사는 의사-환자 관계 인수 의사가 인정될 수 있다는 것이다. Ibid.

및 상태 그리고 의사가 처한 시간과 공간 등의 사정을 종합적으로 고려하여 판단되어야 할 것이다.

환자의 진료상담과 관련하여 의사간 진료자문의 경우에 진료에 응한 다른 의사, 즉 진료의사로부터 자문을 요구받아 이에 응한 자문의사와 환자 사이의 관계에 대한 논의가 있다. 이에 대하여 의사-환자 관계상 주의의무를 부정한 사례가 있다.⁵²⁾ 이 사건에서는 병력을 듣고 치료 과정에 대한 의견을 제시한 의대 교수에게 의사-환자의 관계를 부정하였는바, 그 이유는 그 의대 교수에게 당해 환자를 치료하고 있는 담당의사를 지배할 기회가 없었다는 점과, 만일 그 관계의 성립을 부정하지 않으면 학문의 자유를 통해 지식이 모두의 이익으로 확산이 장려되는 것에 지장이 초래될 것이라는 우려 등이 제시되었다.

의사간 진료자문에서 자문 의사에게 환자에 대한 주의의무를 인정하기 위한 기준의 하나로서 자문 의사의 치료 의사에 대한 지배(지휘 감독)의 가능성의 유무를 고려한 위 미국 판결의 태도는 타당하다고 하겠다.

사. 진료계약 당사자인 환자 외의 자에 대한 의사의 법적 지위

(1) 일반론

임부를 치료한 의사는 태아에게도 주의의무를 부담한다고 한 사례인 *Sylvia v. Gobeille* (R.I. 1966)와 관련하여, 원고는 수익자인 제3자 이론(third party beneficiary theory)이나 불법행위상의 인수 이론(undertaking theory in tort)에 입각하여 의사의 태아에 대한 책임을 주장하는 것도 가능하다고 한다.⁵³⁾

생각건대, 우리의 경우 민법 제762조에 따라 임부 치료시점에 태아는 출생한 것으로 의제되고, 임부 치료 의사의 주의의무 부과는 태아의 법익 보호도 목적으로 하는 것이라는 논리로,⁵⁴⁾ 위와 같은 결론에 이를 수 있다. 주의의무의 대상 범위로 이루어진 미국 논의를 손해배상 범위론에서

52) *Rainer v. Grossman* (Cal. App. 1973). Boumil, p. 10.

53) Boumil, pp. 10-11.

54) 손해배상 범위에 관한 규범목적설에 입각한 것이다.

해결한 것이다.

이와 관련된 미국의 사례를 살펴보면 다음과 같다.⁵⁵⁾ *Shepard v. Redford Community Hospital* (Mich. App. 1986)에서는, 호흡기 전염병 진단받고 퇴원한 환자의 아들이 퇴원 2일 후 같은 증상으로 입원 후 수막염 진단 받고 사망하였다. 모에 대한 오진 및 부적절한 치료로 아들이 사망하였다는 이 불법사망사건에서 1심 법원은 의사-환자 관계의 부재 및 주의의무의 부재를 이유로 청구를 기각하였으나, 항소심은 모와 의사 사이 의사-환자 관계가 자녀를 위한 주의의무를 발생시키는 특별한 관계를 성립시킨다고 판시하여, 원심을 파기하였다.

Bradshaw v. Daniel (Tenn. 1993)에서는 열병으로 응급실에 입원한 환자가 입원 하루 뒤 사망하였고, 의사는 그 부인에게 동일 환경에 노출되었음으로 인한 예견되는 위험을 경고하지 않았다. 그 질병이 전염성은 없지만 같은 시각에 부부가 같은 환경에 노출되었던 것이고, 부인도 유사한 증상으로 사망하였다. 사실심 법원은 원고청구를 기각하였지만, Tennessee 주 대법원은 남편과의 의사-환자 관계가 그의 직근 가족에게 위험을 경고할 적극적 주의의무를 부과하기에 상당하다고 판시하였다.

Tarasoff v. Regents of the University of California (Cal. 1976)은 위험한 환자에게 상해를 당할 수 있는 제3자에 대한 정신과 의사의 주의의무를 인정하였는바, 의사는 제3자가 그 환자 때문에 위험에 처할 수 있으며 그 제3자가 특정이 가능하다면 그 제3자를 보호할 조치를 취할 의무를 진다는 것이다. 이를 따르는 판결이 많다.⁵⁶⁾

이상의 사례와 관련하여, 우리는 역시 손해배상의 범위론으로 접근할 수 있을 것이다. 즉 위와 같은 손해배상범위에 관한 규범목적설에 입각하여, 환자인 모에 대한 주의의무 부과 목적 범위에 그 가족 등 제3자의 생명 및 신체의 법익 보호가 포함되는지 여부에 따라 같은 결론이 가능할 것이다.

55) 아래 사건의 내용과 주석은 Boumil, pp. 11-12 참조.

56) *Bardoni v. Kim* (Mich. App. 1986) 등.

한편 제공자의 의무가 제3자에게 영향을 미친다고 하여 모두 제공자 책임이 성립되지는 않는다고 한 사례가 있다.⁵⁷⁾ 이 사건에서, 이혼한 부인의 청구에 의하여 정신과 의사(psychologist)가 그 아들을 진찰하였고 부친의 성학대 위험이 있다고 진단하였다. 하지만 법원에서 이 진단은 잘못이라고 판단되었지만, 그 진단을 잘못 내린 의사에 대한 아이 부친의 손해배상 청구는 기각되었다. 의사는 부친과 의사 사이에 의사-환자 관계가 없다고 항변하였다. 법원은 환자도 아니었고 제3자인 수익자도 아닌 부친에게 당해 의사는 의무도 따라서 청구원인도 없다고 판시하였다.

이 사례와 관련하여 우리는 역시 손해배상의 범위론에 관한 규범목적설에 입각하여 같은 결론에 이를 수 있을 것이다.

(2) 검진계약의 제3자인 피검진자에 대한 의사의 의무

미국에는 검진계약과 관련되어 많은 사례가 있다.⁵⁸⁾ 먼저 고용관계 체결과정에서 제3자 권리의 문제가 많이 다투어진다. 피용자 검진(examination of employee) 계약을 사용자와 체결한 의사의 주의의무가 문제이다. 검진계약의 제3자인 피용자에게 그 의사가 과실 없이 검진할 의무를 지는가의 여부이다. 검진 과오에는 두 유형이 있는바, 오진으로 고용되지 못한 경우와 오진으로 치료 기회를 놓친 경우가 그것이다. 생명보험회사와 계약을 맺은 의사가 오진하여 보험계약 체결 못한 경우도 마찬가지이다. 이와 관련하여 미국 각 주 내지 법역에 따라 판례가 일정하지 않다.

먼저 Green v. Walker (5th Cir. 1990) 사건에서,⁵⁹⁾ 사용자와 계약을 맺은 의사로부터 건강 양호의 진단을 받은 근로자가 일년 뒤 다른 의사에 의해 폐암 진단을 받았고, 앞의 의사를 상대로 제소하였다. 연방항소심은 검진

57) Chatman v. Millis (Ark. 1975). 이 사례의 내용은 Boumil, p. 13에서 인용함.

58) 검진계약과 관련하여 아래에서 소개하는 미국 논의는 Boumil, pp. 13-15에서 인용함.

59) Boumil, p. 14.

받는 것이 고용 조건으로 요구되었다면 그 의사와 근로자 사이에는 의사-환자 관계 성립되어, 적어도 검진 범위에서는 주의의무가 인정된다고 판시하였다.⁶⁰⁾

하지만, 사용자로부터 검진을 받아야 한다는 요구가 있다고 하여서 그 의사-환자 관계가 성립하는 것 아니고, 명시 내지 묵시의 의무가 반드시 발생하는 것이 아니라는 판례도 있다. *Keene v. Wiggins* (Cal. App. 1977)에서,³⁶¹⁾ 피용자가 근로자 재해보상 급여금을 수령하였다. 사용자가 피고인 의사와 계약을 맺어 그 문제를 검토하도록 하였다. 의사는 치료를 계속 받아야 할 상태가 아니라고 진단하였다. 원고는 그 진단을 신뢰하였다고 주장하였다. 의사는 그 근로자와의 사이에 의사-환자 관계가 없다는 점 및 자신은 사용자에게만 의무를 진다는 점을 근거로 항변하였다. 법원은 특별한 사정이 없는 한 상대 당사자인 사용자가 채용한 의사의 보고서를 신뢰함은 흔치 않은 일이라고 하여 항변을 수용하였다.

유사한 상황에서 반대로 판시한 사례도 있다. *Webb v. T.D.* (Mont. 1977)에서,⁶²⁾ 사용자가 근로자재해보상에 가입하였으며, 사용자측 요청으로 근로자에 대하여 독립적인 검진을 실시한 의사에게 근로자에 대한 주의의무가 인정되었다. 그 주의의무의 내용에는 통상의 주의를 기울여 근로자의 신체적 또는 정신적 복리(well-being)를 절박한 위험에 빠뜨리는 상태를 발견하고 알려주어야 하는 것이 포함된다는 것이다.

우리의 경우 불법행위책임상 요구되는 의사-환자 관계는 사회적 접촉으로 인정하여야 하며, 검진계약 당사자 아닌 피용자 등 제3자와 의사 사이에 의사-환자 관계가 존재한다고 할 것이다. 따라서 계약당사자 아닌 피용자에게도 의사는 전문가로서의 주의의무를 부담한다고 할 것이다. 특히 검진이 건강보험의 급여로서 이루어지는 경우에 환자는 제3자를 위

60) 그 의무에는 피검진자의 복리(well-being)가 절박한 위협을 받고 있다는 사실을 피검진자에게 전달하도록 통상의 시의적절한 노력을 할 의무가 포함된다고 한다.

61) Boumil, p. 15.

62) Ibid.

한 계약의 수익자 지위를 가지는 경우도 있을 것이며, 적어도 이러한 경우에는 전문가로서의 주의의무 보호범위에 당해 환자가 포함되는 것으로 해석되어야 할 것이다. 나아가서 그러한 지위를 가지지 않는 경우라고 하여도 고용 계속 여부 판단을 목적으로 사용자가 의뢰한 검진의 기회에 의사는 환자의 건강상태에 대하여 환자측에 고지할 의무가 있다고 할 것이며 이를 게을리한 경우에 이로 인한 손해배상책임이 인정될 것이다.

Ⅲ. 결어

아래에서는 위 논의를 전개하는 과정에서 인식된 문제를 추가하여 언급하기로 한다.

먼저, 전문가로서의 의사의 불법행위는 그 가해행위의 주체가 의사인 의료행위이며 그 의료행위의 대상은 환자이어야 한다. 문제는 진료를 요청한 자가 환자인가의 판단도 필요하며, 진료의무의 대상으로서의 환자의 범위에 대한 논의도 필요하다고 하겠다.

한편 전문가로서의 의사의 불법행위책임은 추상적인 직업의무로서 바로 발생하는 것이 아니다. 특정 의사와 특정 환자 사이의 특별결합관계가 성립하여 구체적인 진료의무가 발생함으로써 그 책임은 발생하는 것이다. 그러한 특별결합관계의 성립에 대한 논의에서 중요한 것이 진료거부에 대한 논의이다. 전문가 책임에는 의사와 환자 사이의 특별결합관계인 의사-환자 관계가 필요하며 그래야 비로소 구체적인 진료의무가 발생하는 것인데, 진료거부는 진료의무 자체가 발생하지 않은 경우이므로 단지 의료법이라는 공법상 제재규정만 적용되고, 공법상 의무 위반으로 인한 일반적인 불법행위책임의 문제로 돌아오는 것은 아닌가 라는 의문이 있을 수 있다. 하지만 진료 거부 금지 자체가 전문가에 대한 것이므로 이러한 경우 공법상 의무 위반으로 인한 불법행위 책임도 전문가로서의 손해배상책임이라고 할 것이다. 따라서 전문가책임의 법리가 적용된다고 하

겠다. 전문가로서 진료를 거부한 의사는 진료 요청자가 환자인지 그리고 진료 거부의 정당한 사유가 있었는지의 주장과 입증을 해야 할 것이다.

한편 병원진료의 경우에 의료법 및 응급의료법의 진료거부금지의무자는 의료기관개설자 또는 구체적인 의사 가운데 누구인가의 의문이 있을 수 있지만, 당해 금지 의무 설정 규정 및 그 위반시 벌칙 규정 모두 의사를 대상으로 하고 있다. 진료계약의 청약 상대방이 국가나 법인 등 구체적인 의사가 아닌 의료기관 개설자인 경우에 진료거부금지의무 규정이 진료계약의 체결을 강제하는 근거로 작용할 수 있을까 하는 의문이 있다. 병원 진료의 경우에 구체적인 의사를 대상으로 하는 진료요청 자체가 현실적으로 어렵다. 그렇다고 하여 병원 구내에 있고 의사 명패를 달고 있는 지나가는 의사를 상대로 진료를 요청하여 거부당한 경우에 진료거부금지 규정을 적용하는 것은 비현실적이라 하겠다. 따라서 위 의료법 및 응급의료법상 진료거부금지의무는 구체적인 의사 아닌 의료기관 개설자에게도 적용되는 것으로 해석되어야 할 것이다.

나아가서 지정진료를 요청하였고 당해 의사의 일정이 바쁘다는 이유로 야기되는 진료지연의 문제가 있다. 역시 병원진료의 경우에 나타나는 문제이다. 많은 지정진료의 경우에 외국 세미나 등 장기 출장 등의 진료외 일정이나 진료요청의 과다 등으로 진료 지연이 흔히 나타난다. 한편 입원 진료의 경우에 병실 부족 등으로 진료 지연이 나타난다. 지정 진료 지연의 문제는 결국 환자의 의사선택권과 관련되어 구체적으로 논의되어야 할 것이며, 불가피한 지연시 설명과 전원권고 등은 종속적 부수의무로서의 주의의무도 논의되어야 할 것이다.

본문의 각 쟁점에 대한 논의와 위 결론에서 추가된 쟁점들에 대한 논의가 앞으로도 계속되어야 할 것이다. 그리고 가령 성형외과 내지 피부과 아닌 다른 과목 전문의가 진료과목에 성형외과와 피부과를 기재하여 환자로 하여금 당해 의사를 성형외과 내지 피부과 전문의로 오인하도록 하고 성형외과 내지 피부과 관련 진료를 하고 있는 우리 의료 현실을 고려할 때, 그러한 진료에 대하여 전문의에게 요구되는 고도의 주의의무를 부

과할 뿐만 아니라, 조속히 일반의와 전문의 사이에 진료 범위의 한계를 설정할 필요가 있으며 그 한계를 넘은 진료에 대한 적절한 제재 방법이 강구될 필요가 있다고 하겠다.