

외국인환자와의 의료분쟁에 관한 연구

정 정 일*

I. 서론
II. 외국인환자와의 의료분쟁 사전 예방대책
1. 의료인 측면
2. 병원 측면
3. 유치업자
III. 의료분쟁의 합리적 해결 방안
1. ADR (소송외적 분쟁해결) 절차의 적극적인 활용 모색
2. 소송을 통한 분쟁해결
IV. 검토해 볼 문제
1. 국내법 적용 문제
2. 앞으로의 과제

I. 서론

전 세계적으로 해외환자 유치 및 진료를 차세대 성장동력 산업으로 육성 중이며, 특히 태국 등 일부 동남아 국가에서는 의료서비스와 휴양·레저·문화활동 등 관광을 결합하여 새로운 형태의 산업으로 육성하고 있다. 우리나라의 경우 ‘관광’에 초점을 맞춘 태국 등과 비교하여 상대적으로 높은 의료수준과 폭넓은 의료인프라를 갖추고 있어 ‘국경을 넘은 의료’에 초점을 맞추어 의료산업을 육성할 경우 충분한 경쟁력을 갖출 수 있다고 보인다.

* 논문접수: 2012.10.30. * 심사개시: 2012.11.10. * 수정일: 2012.12.4. * 게재확정: 2012.12.10.
* 경기대학교 법학과 대우교수/법학박사

우리 정부도 2008년 12월 우리나라 미래 신성장동력 17개 분야¹⁾ 중 하나로 'Global health care'를 선정하였으며, 고부가가치형 의료산업을 국가 신성장동력으로 육성하기 위해 외국인환자에 대한 유치행위를 허용하는 의료법 개정안을 2009년 5월 1일부터 시행하고 있다. 실제 이로 인한 효과는 기대 이상으로 빠르게 나타나고 있으며²⁾, 정부의 의료관광 활성화 지원 또한 범정부적인 차원에서 입체적으로 지원하고 있다.³⁾

이하에서는 외국인환자와의 의료분쟁에 대한 사전 예방책과 실제 의료분쟁 발생 시 당사자에게 신속하고 합리적인 방법으로 분쟁을 조기에 마무리할 수 있는 방안을 고찰하고자 한다.

II. 외국인환자와의 의료분쟁 사전 예방대책

1. 의료인 측면

가. 의료인의 설명의무⁴⁾

의료분쟁⁵⁾이 발생하였을 때에 의료인에게 그 손해에 대한 배상책임이 있

- 1) 녹색기술산업분야: (1) 신재생에너지, (2) 탄소저감에너지, (3) 고도물처리, (4) LED응용, (5) 그린수송시스템, (6) 첨단그린도시. 첨단융합산업분야: (7) 방송통신융합산업, (8) IT 융합시스템, (9) 로봇응용, (10) 신소재·나노융합, (11) 바이오제약·의료기기, (12) 고부가 식품산업. 고부가서비스분야: (13) 글로벌헬스케어, (14) 글로벌교육서비스, (15) 녹색 금융, (16) 문화콘텐츠·SW, (17) MICE·관광.
- 2) 보건복지부 2012년 5월 17일자 보도자료에 의하면, 2011년 외국인환자 유치실적은 2010년 81,789명보다 46.5% 증가한 122,297명으로 집계되었으며 진료비 수입도 1,800억 원을 돌파했다고 발표하였다.
- 3) 기존 의료관광 활성화 대책으로 진행되고 있는 지속관리과제 18개와 2011년 6월 8일 발표된 신규 제도개선 과제 20개(7대 중점과제와 13대 일반과제) 등 총 38개 과제가 있다.
- 4) 대표적으로 석희태, 「의료과오 민사책임에 관한 연구」, 연세대학교 박사학위논문, 1988, 제25면; 김천수, 「환자의 자기결정과 의사의 설명의무」, 서울대학교 박사학위논문, 1994, 제20면; 김민중, “의사의 설명의무에 관한 몇 가지 특수문제”, 『의료법학』, 제4권 제2호, 2003, 제249면; 대법원 2002. 10. 25. 선고 2002다48443 판결 참조.
- 5) 의료분쟁에 대한 실정법상 정의는 의료법 제4조의2 제1항에서 '의료행위로 인하여 생기는 분쟁'이라고만 간략히 언급되어 있을 뿐 이 법에서 사용하는 용어의 일반적 정의규정은

는지를 묻기 위해서는 먼저 의료인의 진료상 과실 유무를 따져보아야 한다.⁶⁾

먼저 환자 측이 의료사고⁷⁾라고 주장하며 손해배상을 요구할 때,⁸⁾ 첫 번째 판단기준이 되는 것이 바로 계약상의 의무로 인정되고 있는 의사의 ‘설명 의무’이다. 예전에는 환자가 의사에게 질병에 대한 치료를 의뢰하였을 경우, 그 치료행위의 결과가 환자의 기대와는 다른 악결과가 발생되더라도 그저 운명이라고 생각하고 순응하는 모습을 보였다. 하지만 근래에는 환자들이 자신에게 가해지는 침습행위 내용에 대하여 알고자하는 욕구가 강해지고 이러한 알 권리를 토대로 자기결정권⁹⁾을 행사하고자 하는 이른바 ‘환자주권론’이 등장하면서 이러한 설명의무의 중요성이 강조되고 있다. 외국인환자를 진료할 때에도 이 기준은 내국인 환자를 진료할 때와 같이 마찬가지로 적용되는데, 여기서 주의할 점은 외국인환자에 대한 설명의무가 대표적으로 영어를 비롯한 외국인환자의 모국어를 통하여 이루어진다는 점이다.¹⁰⁾ 따라서 중간에 전문통역사가 통역을 할 때에도 이러한 설명의무를 내국인과 같은 수준에서 정확히 설

법률 내에 존재하고 있지 않다.

- 6) 불법행위책임을 묻기 위한 첫 번째 요소로서 유책성(고의·과실)이 요구된다. 하지만 의사가 환자를 치료함에 있어 고의로 악결과를 발생시킨다는 인식을 하면서 의료행위를 한다는 것은 흔한 일이 아니므로 고의로 인한 손해배상 문제는 논외로 하며, 또한 의료기술적인 주의의무위반인지에 대한 과실 책임문제를 연구한 선행논문(석희태, “의료과실 판단기준에 관한 학설·판례의 동향”, 『의료법학』, 장간호, 대한의료법학회, 2000, 제330면 이하; 김용빈, “의료과오소송에 있어 입증책임 완화에 따른 의료과실의 의미와 판단기준”, 『의료법학』, 제9권 제1호, 대한의료법학회, 2008, 제57면 이하; 박영호, “의료과실판단기준으로서의 지역차와 긴급성”, 『인권과 정의』, 통권 302호, 2001, 제65면 이하; 임태근, 「대법원 판례에서 의료과실 판단기준 분석」, 박사학위논문, 전남대대학원, 2004.)이 많이 축적되어 있어 여기서는 의사의 설명의무 위주로 검토한다.
- 7) 의료사고란 의사의 과실여부와 관계없이 의료기관에서 환자의 진단, 검사, 치료 등 의료의 모든 과정에서 발생하는 인신사고 일체를 말한다(서울지법 1996. 9. 18. 선고 94가합 101443판결).
- 8) 의료인의 의료행위는 사실상 의료계약 당시에 건강의 증진과 개선을 내용으로 하고, 계약약관에 여러 가지의 후유증을 예시하고 있어 계약책임으로 손해배상책임을 지우기에는 무리가 따르며, 판례의 대부분도 의사의 주의의무위반 책임을 묻는 것이 보통이다.
- 9) 모든 국민은 보건의료인으로부터 자신의 질병에 대한 치료 방법, 의학적 연구 대상 여부, 장기이식여부 등에 관하여 충분한 설명을 들은 후 이에 관한 동의 여부를 결정할 권리를 가진다(보건의료기본법 제12조).
- 10) 한국보건산업진흥원, 『외국인환자의 의료분쟁 예방 및 해결방안』, 2008, 제43면.

명해 주어야 하며, 특히 그 용어 선택도 정확히 하여야 향후 분쟁도 예방할 수 있다.

(1) 설명의무

의료행위는 환자의 건강증진 및 질병의 진단·치료·예방을 목적으로 실시되는 유익한 행위이기는 하지만, 본질적으로 인체에 대한 침습을 수반하므로 의료행위가 모두 정당행위로 평가될 수는 없다.¹¹⁾ 환자가 의사로부터 치료행위에 따른 위험성에 대하여 충분한 정보를 받은 후에 동의하지 아니한 의료적 침습행위는 진단적 의료행위로서 적법한 의료행위가 되지 못한다.¹²⁾ 이에 따라 의사는 ‘응급환자의 경우나 그 밖에 특단의 사정이 없는 한’¹³⁾ 진료계약상의 의무 내지 침습 등에 대한 승낙을 얻기 위한 전제로서 당해 환자 또는 그 가족에게 질병의 증상, 치료방법의 내용 및 필요성, 발생이 예상되는 위험 등에 관하여 당시의 의료수준에 비추어 상당하다고 생각되는 사항을 설명하여 당해 환자가 그 필요성이나 위험을 충분히 비교하여 그 의료행위를 받을 것인가 여부를 선택할 수 있도록 하는 의무가 있다.¹⁴⁾ 이러한 의무를 통상적으로 설

11) 한국보건산업진흥원, 상계보고서, 제47면.

12) 대법원 1994. 11. 25. 선고 94다35671 관례에 의하면 “마취전문 의사가 좌측 상완골 간부 분쇄골절에 대한 수술을 위한 전신마취를 시행함에 있어서 수술 전날에 환자의 시숙이 수술을 함에 있어 의사가 설명한 병 내용을 숙지하고 자유의사로 승낙하며 수술 중 및 수술 후 경과에 대하여 의사와 병원 당국에 하등민·형사상의 책임을 묻지 아니하기로 하고 수술시행을 승인한다”는 내용의 부동문자로 인쇄된 수술승인서 용지에 서명날인한 사실만으로는, 환자에 대한 수술 및 그 준비로서의 마취를 함에 있어서 병원의 의료팀이나 마취담당 의사가 환자나 그 가족에게 전신마취가 초래할 수 있는 위험성이나 부작용에 대하여 설명의무를 다하였다고 볼 수 없으며, 환자가 성인으로서의 판단능력을 가지고 있는 이상 인척에 불과한 시숙의 승낙으로써 환자의 승낙에 갈음하는 것은 허용되지 아니 한다고 할 것이므로, 환자에 대한 치료행위로서 마취담당 의사의 마취는 환자에 대한 설명의무를 다하지 아니함과 아울러 환자의 승낙권을 침해하여 이루어진 위법한 행위라고 판시하였다.

13) 응급의료에 관한 법률 제9조(응급의료의 설명·동의)에 의하면, “응급의료종사자는 응급환자가 의사결정능력이 없는 경우와 설명 및 동의절차로 인하여 응급의료이 지체되어 환자의 생명에 위험 또는 심신상의 중대한 장애를 초래하는 경우를 제외하고는 응급환자에게 응급의료에 관하여 설명하고 그 동의를 얻어야 한다”고 명시적으로 밝히고 있다.

14) 또한 의사의 설명의무는 그 의료행위에 따르는 후유증이나 부작용 등의 위험발생 가능성이 희소하다는 사정만으로 면제될 수 없으며, 그 후유증이나 부작용이 당해 치료행위에

명의무라고 하며, 만약 의료인이 환자 또는 그 보호자에게 이를 해태한 경우에 우리 법원은 의료인에게 손해배상 책임을 묻고 있다.¹⁵⁾

위와 같은 의사의 설명의무에 대하여 직접적으로 규정하고 있는 법률은 찾아 볼 수 없다. 단지 의료법 제24조에서 ‘의료인은 환자나 환자의 보호자에게 요양방법이나 그 밖에 건강관리에 필요한 사항을 지도하여야 한다’라고 하여 설명의무 중 유일하게 요양방법 지도의무에 관한 명시적인 규정을 두고 있을 뿐이다.¹⁶⁾

설명 의무의 실정법상의 근거로는 헌법 제10조에서 규정한 개인의 인격권과 행복추구권에 의하여, 생명과 신체의 기능을 어떻게 유지할 것인지에 대하여 스스로 결정하고 의료행위를 선택할 권리를 보유한다.¹⁷⁾ 따라서 환자는 스스로의 결정에 따라 의료진이 권유하는 진료를 동의 또는 거절할 권리가 있지만 의학지식이 미비한 상태에서는 실질적인 자기결정을 하기 어려우므로, 의료진은 환자의 증상, 진료의 내용 및 필요성, 예상되는 위험성과 함께 진료를 받지 않을 경우 예상되는 위험성 등 합리적인 사람이 진료의 동의 또는 거절 여부를 판단하는 데 중요하다고 생각되는 사항을 설명할 의무가 있다.¹⁸⁾

어떤 환자에 대한 의료행위가 여러 명의 의사에 의하여 진행되는 경우인 병원의 팀 의료에 있어서는 개업의의 의료행위의 경우와 달리 설명·동의 의무의 책임을 누가 부담하는가의 문제가 발생한다. 원칙적으로 의사의 설명·동의 의무의 한 부분을 구성하기 때문에 당해 진료를 담당하는 의사에게 설명·동의 의무가 있으며, 특별한 사정이 없는 한 처치의사가 아닌 주치의 또는 다

전형적으로 발생하는 위험이거나 회복할 수 없는 중대한 것인 경우에는 그 발생 가능성의 최소성에도 불구하고 설명의 대상이 된다고 보아야 할 것이다(대법원 1995. 1.20. 선고, 94다3421판결).

15) 하지만 의료인인 간호사가 환자가 되었을 경우에 설명의무 이행의 정도는 일반인에 대한 그것과 비교했을 때 완화될 수 있다는 점을 제시한 최근 판결도 있다(대법원 2011. 11.24. 선고 2009다70906 판결 참조).

16) 사실 그동안 설명의무를 의료법상 의료인의 명시적인 의무로 규정하고자 몇 차례 의료법 개정작업 시도가 있어 왔지만 번번이 실패하였다.

17) 범경철, 『의료분쟁소송』, 법률정보센터, 2003, 제184면.

18) 대법원 2010. 3. 25. 선고 2009다95714 판결 등 참조.

른 의사를 통한 설명으로도 충분하다. 이때 가장 적절한 설명방법은 의사가 환자와의 설명대화 또는 문답식 설명을 통하여 알기 쉽고 환자가 이해할 수 있는 용어를 사용하여 구두로 설명하는 방법이라고 할 수 있다. 물론 수술동의서와 같은 문서에 의한 설명은 향후 의료분쟁 시 중요한 단서가 될 수 있으므로, 구두상 설명과 문서를 병기하는 방법이 의료현장에서 많이 사용되고 있다.

(2) 검토

외국인환자에 대한 설명의무는 우리 언어가 아닌 외국어로 이루어진다는 특징이 있다. 만약 의사와 환자사이에 외국어로 원활한 대화가 이루어 질 수 없는 상황이라면, 의료진과 환자 모두에게 진료에 대한 불안함과 상호 신뢰감이 떨어질 우려가 있다. 결국 이를 해결하기 위해 외국어가 유창한 간호사나 의료코디네이터 및 통역사를 활용해야 하는데, 바로 이점이 국내환자 진료 시 적용되는 일반적인 설명의무의 기준보다 훨씬 더 강화된 설명의무가 적용되어야 하는 이유이다. 즉, 기존의 의사와 환자는 그 주체가 2명이면 족하였지만, 외국인환자의 진료에서는 의사와 환자사이에 언어를 매개하는 제3자가 추가가 되어 진료 및 대화의 틀이 3주체로 확장되는 형태를 보인다. 그리고 그 제3자가 의학이나 간호학을 전공하지 않은 비의료인일 가능성이 높다. 따라서 이렇게 복잡한 진료의 과정 속에 설명의무를 보완하기 위한 방안으로, 가능하다면 진료 시에 환자 본인의 동의를 구하고, 의료인(통역사)이 진료 및 시술 등과 관련된 설명을 할 때에 그 과정을 음성녹음 또는 영상으로 남겨두는 것도 한 방법일 것이다.¹⁹⁾

마지막으로 의사의 주의의무에 관련하여서도 의사의 의학수준에 대하여 주의할 점이 있다. 우리보다 선진국인 나라들을 보면, 예컨대 미국이나 유럽 등의 환자를 진료할 때에는 우리나라의 의학수준보다 더 높은 수준의 의학실력이 요구되어질 수도 있다. 이미 선진국에서는 일반화된 의술이지만 아직 우리

19) 한국보건산업진흥원, 전개보고서 제53면 이하 인용.

나라 의료계에서 낮은 것이라면 시술방법을 택할 때에 그 부분에 대하여 충분히 설명을 한 후 양해를 구하고 우리가 할 수 있는 최선의 방법으로 진료를 하여야 할 것이다. 그 부분에 대하여 자신이 없다면 처음부터 높은 기대치의 환자를 받지 않는 것이 향후 발생하게 될지도 모를 분쟁을 사전에 예방하는 한 방안이 될 것이다. 앞으로 보다 많은 선진국의 환자들을 유치하기 위해서는 국제적인 수준의 의학실력을 갖추기 위하여 부단히 노력해야만 할 것이다. 그것은 곧 우리나라의 의학수준을 향상시키는 길이기도 하다.

2. 병원 측면

외국인환자와의 분쟁이 발생하면 먼저 종합적인 매뉴얼에 따라 신속하게 분쟁해결을 위한 의지와 성의를 보여야 한다. 특히 의료분쟁은 다른 영역의 분쟁과는 달리 생명에 대한 침습행위가 수반되기 때문에 사고수습에 대한 조기 수습의지와 피해자 또는 보호자에 대한 적절한 감정적 케어가 분쟁의 조기 수습을 하느냐 그렇지 않느냐의 중요한 요소가 된다.

첫째, 각종 동의서 양식 등에 환자가 지켜야 할 주의사항과 의사가 설명한 사항 등을 명문으로 자세하고도 구체적으로 작성하고, 진료계약서에 분쟁해결의 절차와 방법에 대하여 미리 규정해 둔다.

둘째, 환자와 원만한 관계를 맺어 두는 것이 치료의 효과 면에서나 분쟁 발생 시에 상호 이해도를 높여 줄 수 있는 부분에서 효과적이다. 일반적으로 환자들은 진료결과 좋지 않은 결과가 나왔다고 하여 무조건 의료분쟁을 제기하는 것은 아니고, 진료행위 도중의 사소한 감정적인 대립이 계기가 되어 더욱 확대되는 경우가 많다는 것이다. 따라서 의료인의 환자에 대한 겸손한 자세와 친절한 설명은 의료분쟁을 사전에 방지할 수 있으며, 또한 의료분쟁이 발생하더라도 원만히 해결하는데 도움이 된다.²⁰⁾

셋째, 병원시설 또는 의료장비 등의 하자로 외국인환자가 손해를 입는 경우

20) 범경철, 전게서, 45면.

만큼은 피해야 한다. 환자는 내외국인간의 차이가 있을 수가 없지만 국가적 차원에서 산업으로 육성하고 지원하고 있는 외국인환자 유치산업에 있어, 병원 시설 또는 의료장비의 하자로 분쟁을 야기한다는 것은 대한민국의 국격의 문제이다. 아울러 병원 내 2차 감염 등 내국인 환자와 다른 특이 체질에 따른 감염 문제 등도 철저한 위생과 소독으로 사전에 예방하여야 할 것이다.

넷째, 외국인환자의 생활습관과 음식 등 그들만의 문화를 습득하고 이해하여야 한다. 예컨대, 정해진 스케줄에 따라 식사를 제공하기 위해 병실 문을 열었는데 이슬람권에서 온 환자가 한참 바닥에서 기도 중이거나 또는 남성에게 얼굴을 잘 드러내지 않는 중동 여성 병실에 남성이 식사를 배달해 곤혹스러운 상황을 만드는 것은 피해야 한다.

특히, 간과해서는 안 될 영역으로 음식을 들 수 있다. 심신이 지쳐 있는 환자는 국적을 막론하고 자기가 평소에 먹었던 익숙한 음식을 원하지 처음 접하는 낯선 음식을 원하지 않는다는 사실이다. 향후 국적별·종교별 식단을 준비하여 환자가 자기 고향에서 치료를 받고 있다는 정서적 안정을 취할 수 있는 환경을 제공할 필요가 있다.

3. 유치업자

현재 외국인환자를 유치하기 위해서는 의료법 제27조의2 (외국인환자 유치에 대한 등록 등)에 따라 보건복지부령에서 정하고 있는 요건을 갖추어 보건복지부장관에게 등록하여야 한다.²¹⁾ 즉, 외국인환자를 유인·알선행위를

21) 의료법시행규칙 제19조의4(외국인환자 유치업자의 등록요건)

① 법 제27조의2제2항제1호에서 “보건복지부령으로 정하는 보증보험에 가입하였을 것”이란 다음 각 호를 모두 충족하는 보증보험에 가입한 경우를 말한다. 다만, 그 보증보험에 가입한 후 외국인환자에게 입힌 손해를 배상하여 보험계약이 해지된 경우에는 1개월 이내에 다시 가입하여야 한다. <개정 2010.3.19>

1. 외국인환자를 유치하는 과정에서 고의 또는 과실로 외국인환자에게 입힌 손해에 대한 배상책임을 보장하는 보증보험일 것
2. 해당 보험회사가 「보험업법」 제4조제1항제2호라목의 보증보험에 대하여 금융위원회로부터 허가를 받은 보험회사일 것
3. 보험금액이 1억원 이상이고, 보험기간을 1년 이상으로 하는 보증보험일 것

할 수 있는 자는 의료법 제27조의2 제1항 및 제2항에 따라 등록된 의료기관 및 외국인환자 유치업자에 한하고 있다. 하지만 현실에서는 국내외 전문에이전 시, 해외병원, 유치업자 뿐만 아니라 브로커 등이 탈법적으로 환자를 유치함으로써 외국인환자와 분쟁을 야기하고 국가의 이미지를 깎아내리고 있다.

가. 유치업자의 업무

현재 유치업자의 구체적인 업무범위와 관련해 명시적으로 규정하고 있는 법령은 없고, 단지 한국보건산업진흥원에서 마련한 “외국인환자를 유치하기 위한 유치업자 가이드라인”²²⁾과 실무적으로 활용하도록 제정된 “외국인환자 소개 및 유치에 관한 협약서”²³⁾ 정도가 있을 뿐이다.

위 가이드라인과 협약서의 주요내용은, 외국인환자에게 국내 의료기관을 알선할 때에 “보건복지부의 외국인환자 유치를 인가받은 등록된 의료기관” 인지의 여부를 확인하여야 하고, 유치업자는 환자가 진료를 받아야 할 의료기관과 의료인이 정해지면 해당 의료기관의 진료절차분쟁해결제도·개인정보보호 및 의료진의 전문성과 환자의 권리·의무 등에 대해 충분히 이해한 후 환자에게 그 사실을 설명하여야 한다는 점과 진료비, 투약비, 옵션에 따른 추가수술비용 등 예상진료비와 입국 시 필요한 관련서류를 환자에게 안내하여야 한다는 정도이다.

② 법 제27조의2제2항제2호에서 “보건복지부령으로 정하는 규모”란 1억원(다만, 「관광진흥법」 제4조 및 같은 법 시행령 제2조제1항제1호가목에 따라 일반여행업 등록을 한 경우에는 0원)을 말한다. <개정 2010.3.19, 2012.4.27>

③ 법 제27조의2제2항제3호에서 “보건복지부령으로 정하는 사항”이란 국내에 설치한 사무소를 말한다. <개정 2010.3.19>.

22) 보건복지가족부/한국보건산업진흥원, 『외국인환자 유치를 위한 마케팅 전략 및 의료분쟁 해결방안』, 2009.

23) 보건복지가족부/한국보건산업진흥원, 『외국인환자 유치사업 활성화 및 안전성 제고를 위한 설명회』, 2011, 제35면 이하 참조.

나. 유치업자와 외국인환자의 계약의 법적성질

현행 의료법상 외국인환자를 유치할 수 있는 자는 제27조의2 제1항 및 제2항에 따라 등록된 의료기관 및 외국인환자 유치업자에 한정된다.²⁴⁾ 그러므로 의료법상 외국인환자 유치를 위해 등록된 의료기관이 직접 외국에서 환자를 유치하는 경우는 제외하고, 어느 의료기관에 속하지 않고 직접 환자를 유치하여 본국에 있는 병원에 소개·알선하는 유치업자에 관련된 내용만 이하에서 검토한다.

유치업자와 외국인환자 간의 의료관광에 관한 계약은 중개계약²⁵⁾이라고 할 수 있다. 비교법적으로 민법상 중개계약을 전형계약으로 규정하고 있는 독일민법²⁶⁾과 채무법에서 위임계약²⁷⁾으로 규정하고 있는 스위스채무법과는 달리, 현행 우리 민법에는 중개계약에 관한 규정이 없고, 상법과 공인중개사의 업무 및 부동산 거래신고에 관한 법률, 전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률, 해운법, 증권거래법 등에서 각각 상행위의 종류로서 중개인에 관한 규정, 공인중개사 관련규정, 통신판매중개인 관련규정, 해운중개업과 해운중개인 관련규정, 중개회사의 설립근거에 관한 규정을 두고 있을 뿐이다.²⁸⁾

24) 기획재정부는 2012년 9월 5일 대통령 주제로 ‘신성장동력 성과평가 보고대회’에서 보건의료 분야의 해외환자 유치활동을 허용하는 내용으로 의료법을 개정하겠다고 보고하였다.

25) 중개계약은 중개업자가 중개라는 용역과 서비스를 제공할 것을 약속하고, 이에 대한 반대급부로서 중개의뢰인은 그에 대한 보수를 지급할 것을 약속하는 합의라 할 수 있다. 여기서 중개업자는 타인을 위해서 법률행위를 하는 것, 즉 계약을 체결하는 것이 아니라, 중개의뢰인과 타인 사이에 계약이 체결되도록 가교역할을 하는 임무를 갖고 계약이 체결되면 그때 비로소 보수를 지급받을 뿐이다(정정일, “부동산 중개계약에 대한 소고”, 『법학논집』, 제14권, 이화여자대학교 법학연구소, 2009, 제27면).

26) 제8장 개별적 채권관계 중 제10절 중개계약편에서 제1관 총칙(제652조 내지 655조), 제2관 사업자와 소비자 사이의 소비대차중개계약(제655조의 a, b, c, d, e), 제3관 혼인중개(제656조) 등 총 10개 조항에 민사중개에 대한 규정을 두고 있다.

27) 스위스채무법은 제13장에 위임에 관한 규정을 두면서, 제3관에서 중개계약(제412조~제418조)을 위임계약으로 하고 있다.

28) 법무부 민법개정위원회는 1999년 2월 시작된 민법(재산법)개정 작업을 통하여 2004년 11월 발표된 민법개정 입법예고안에서 중개계약에 대해, 위임계약의 다음 절인 제13절 민법 제692조의2 이하에 위임계약의 준용규정을 포함하여 중개의 의의, 중개인의 보수 및 비용청구권의 발생, 보수청구권의 감액 및 상실 등을 내용으로 총 4개의 조문을 신설하는 안을 발표하였다.

이처럼 중개계약에 대하여 민법상 아무런 규정을 두고 있지 않으므로, 외국인환자 유치업자와 환자와의 계약을 민법의 전형계약인 위임으로 볼 것인가, 아니면 도급으로 볼 것인가, 내지는 독립적인 계약으로 인정하지 않고 민법상 여러 전형계약의 요소들이 혼합되어 있는 혼합계약으로 볼 것인가 등 여러 관점이 있을 수 있다. 이에 대하여 외국의 사례와 법무부 민법개정위원회의 입법안 등을 검토해 볼 때 위임계약으로 보는 게 합리적인 것으로 보인다.

다. 유치업자의 손해배상책임

일반적으로 수임인인 유치업자는 선량한 관리자의 주의로써 의뢰인의 의뢰업무를 처리하여야 한다.²⁹⁾ 위임관계는 고도의 신뢰관계를 바탕으로 하기 때문에 수임인은 수임사무를 충실하게 또한 상당한 주의력을 가지고 위임인인 환자의 질병치료에 적합한 최고의 의료진과 시설이 완비된 의료기관을 알선·중개를 하여야 한다. 따라서 유치업자 자신의 유책사유로 인해 입국과정에 문제가 발생하여 제때 입국을 못하거나 의료기관과 업무협조가 제대로 이루어지지 않아 제때 환자가 원하는 시술을 제때에 받지 못하는 등 의뢰 받은 위임사무를 제대로 처리하지 못한 경우에는, 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때에 해당하여 불완전이행으로써 민법 제390조에서 규정하고 있는 채무불이행책임을 부담하게 된다. 또한 중개업자의 유책사유로 인한 채무불이행이 된 경우에도 보통 불법행위 구성요건에 해당된다면 민법 제750조의 불법행위 책임도 함께 부담하게 될 것이다.³⁰⁾

그 밖에 유치업자는 의뢰인의 의사결정에 있어서 중요한 상황에 관해 잘못

29) 곽윤직, 『채권각론』, 제6판, 박영사, 2003, 제274면.

30) 양자는 모두 위법행위에 의한 책임이라는 공통점을 갖는다. 그러나 계약책임은 당사자의 특별한 계약관계를 전제로 하는 책임이며, 불법행위책임은 불특정 다수인 사이에 존재하는 일반적 책임이다. 기타 과실의 입증책임문제로서, 계약책임에서는 채무자 자신이 귀책사유 없음을 적극적으로 입증해야 하지만, 불법행위에서는 손해를 입은 피해자가 가해자의 과실을 입증해야 한다. 따라서 양 책임이 경합한다면 피해자는 계약책임을 묻는 것이 더 유리할 것이다.

된 정보를 전달하거나 그의 업무를 태만히 한 경우에는 계약상의 주된 급부의 무 이외에도 부수적 주의의무 위반으로 손해배상 책임이 발생하게 된다.

III. 의료분쟁의 합리적 해결 방안

의료분쟁이 발생했을 때 가장 좋은 해결방법은 당사자 간의 '합의'이다. 따라서 모든 의료기관은 분쟁이 발생하면 먼저 환자측과 합의를 유도하기 위해 최대한으로 노력하여야 한다. 그것이 '합의외의 방법'에 비해 시간적·경제적 비용을 대폭 절감할 뿐만 아니라, 그 외적인 부분(의료진이나 환자의 심리적 안정이나 대외적 이미지 등)에서도 훨씬 장점이 많은 방법이기 때문이다. 그러나 합의가 실패로 돌아갔을 경우에는 우선적으로 분쟁해결의 방법으로써 '소송'의 방법과 '소송외'적 방법(ADR) 중 어느 쪽을 선택해야 하는지 고민을 해야 한다. 물론 소송이 아닌 소송외적 방법이 여러 측면에서 합리적인 해결방안이라고 생각한다. 그 이유는 외국인환자와의 의료분쟁에서는 환자들의 국적이 각각 상이하고 그들의 법체계가 우리나라와는 많이 다르기 때문에 재판관할권, 준거법, 보상체계 등에 대하여 명확한 합의가 이루어지지 않는다면 효과적인 분쟁해결 수단으로서의 소송은 오히려 일을 더 복잡하게 만들 수도 있어 적어도 외국인환자와의 분쟁에 한해서는 비현실적인 방법일 수도 있기 때문이다. 또한 통계적으로도 우리나라에서 의료분쟁의 처리과정을 살펴보면, 민·형사를 포함하여 소송으로 해결하는 것이 전체 건수의 약 6%에 불과하며 대다수의 분쟁이 합의, 화해 등 소송외적 방법에 의해 해결되는 것이 일반적이다.

1. ADR(소송외적 분쟁해결) 절차의 적극적인 활용 모색

ADR(소송외적 분쟁해결)의 중요성은 민사관계에서 강조되고 있으나, 특히 외국인환자를 둘러싼 의료분쟁에서는 소송외적 절차를 통한 신속하고 간

이한 분쟁해결이 최상의 해결책으로 보인다.

의료분쟁이 발생할 경우 이를 「의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률」(이하 ‘의료분쟁조정법’이라 약칭함)에 따라 새로 설립된 한국의료분쟁조정중재원(이하 ‘조정중재원’이라 약칭함)의 중재 절차에 의해 해결하기로 하는 중재합의 조항을 삽입함으로써 분쟁의 1회적 해결을 도모하는 계약 당사자에게 매우 유리하다. 하지만, 일반적으로 특정한 A국의 법원을 관할 법원으로 지정하는 전속적 국제관할의 합의는 A국 외의 예컨대 B국 법원에서 그 유효성을 부정하는 경우도 흔치 않게 볼 수 있는 반면³¹⁾, 중재합의의 경우 뉴욕협약³²⁾의 가입국 사이에서는 물론이고 그 외의 국가에 속한 법원들도 비교적 널리 그 효력을 인정하여 중재합의에 반하는 소를 각하하는 경향이 있다. 아래 각주 32)에서 소개하는 바와 같이 우리나라가 뉴욕협약 가입 시 상사한정 유보선언을 하였기 때문에 의료사고 관련 민사분쟁에 있어 뉴욕협약의 직접적인 효과로써 중재합의의 효력을 국제적으로 인정받을 수 있다고 보기는 어려워 보인다.³³⁾

31) 우리나라 법원도 특정 외국 법원을 관할법원으로 정한 전속적 국제관할 합의에 대하여 ‘합리적인 관련성’이 결여되었다는 등의 이유로 그 효력을 부정하곤 한다(대법원 2004. 3.25. 선고 2001다53349 판결, 대법원 1997.9.9. 선고 96다20093 판결 등 참조).

32) 중재판정의 효력, 즉 중재판정의 집행력에 관하여는 세계 각국 간에는 현실적인 제사정 때문에 집행의 보장은 사실상 어려웠던 형편이었으나 금세기 후반에 들어서면서 확대되는 무역거래량에 수반되는 여러 가지 국제상사분쟁의 효율적 해결을 도모하기 위하여는 각국 간에 외국중재판정에 대한 보장이 필요하게 되었다. 이러한 시대적 요청에 응하여 설립된 국제상업회의소(International Chamber of Commerce)와 UN의 경제사회이사회는 「외국 중재판정의 승인 및 집행에 관한 협약」(Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards)의 체결을 주도하여 결국은 1958년 6월 UN에서 자유·공산국 등 48개국 대표가 참석한 가운데 외국 중재판정의 승인과 집행을 보장하는 국제협약으로써 이를 채택하였으며 1959년 7월 7일 정식으로 그 효력이 발생하였다. 동협약은 뉴욕에서 채택되었기 때문에 뉴욕 협약(New York Convention)이라고 부르기도 한다. 우리나라는 1973년 42번째 국가로 가입하였으나, ① 한국법상 상사관계의 분쟁에만 협약을 적용한다는 조건을 유보하고(상사한정 유보선언), 외국중재판정일지라도 그 외국이 협약의 체결국인 경우에 한하여 이 협약을 적용(상호주의 유보선언)한다는 조건을 유보하고 이 협약에 가입하였다.

33) “의사들의 의료행위는 국민보건의 보호증진에 기여함을 주목적으로 하는 것이므로 사회통념상 의료행위가 주목적인 의료기관의 개설운영행위를 상법 제23조 소정의 영업이나 부정경쟁방지법 제1조 소정의 상거래에 해당한다거나 그 의료기관을 개설한 의사를 상인으로 볼 수는 없다”고 판시한 서울고등법원 1983.6.10. 선고 83나274 판결 등에 비추어

그렇다면 조정중재원에 의한 의료분쟁 해결을 활성화하기 위해 진료계약서에 예컨대, “의료사고로 인하여 양자 간에 분쟁이 발생할 경우 소 제기에 앞서 반드시 의료분쟁조정법에 따른 조정중재원의 조정절차를 거치기로 한다”는 규정을 삽입하는 것이 필요하다는 견해가 제기될 수도 있다. 그러나 조정은 본질적으로 당사자 일방이 끝내 거부(부동의)할 경우 성립할 수 없는 제도이기에 소송절차를 완전히 배제한 채 오직 조정절차를 통해 분쟁을 강제적·최종적으로 종결시키는 것은 불가능하다. 물론 소송에 앞서 반드시 조정을 거치도록 하고 조정이 실패한 경우에 한하여 소를 제기할 수 있게 하는 일종의 ‘조정전치주의’와 같은 형태도 생각해 볼 수는 있으나, 소 제기에 앞서 조정절차를 거치도록 하는 합의는 중재합의와는 달리 ‘방소항변(妨訴抗辯)³⁴⁾’으로 인정될 수는 없을 것으로 보인다. 조정절차를 우선적으로 거치도록 하는 합의가 방소항변이 될 수 있는지 여부를 정면으로 판시한 사례는 찾아보기 어려우나, 분쟁 해결방법을 “관계 법률의 규정에 의하여 설치된 조정위원회 등의 조정 또는 중재법에 의한 중재기관의 중재에 의하고, 조정에 불복하는 경우에는 법원의 판결에 의한다.”라고 정한 이른바 선택적 중재조항에 관하여 “계약의 일방 당사자가 상대방에 대하여 조정이 아닌 중재절차를 선택하여 그 절차에 따라 분쟁 해결을 요구하고 이에 대하여 상대방이 별다른 이의 없이 중재절차에 임하였을 때 비로소 중재합의로서 효력이 있다고 할 것이고, 일방 당사자의 중재신청에 대하여 상대방이 중재신청에 대한 답변서에서 중재합의의 부존재를 적극적으로 주장하면서 중재에 의한 해결에 반대한 경우에는 중재합의로서의 효력이 있다”고 판시한 대법원 2004.11.11. 선고 2004다42166 판결 등은 조정합의의 존재에 대한 주장이 방소항변은 될 수 없다는 법리를 간접적인 전제로 하고 있는 것으로 보인다.³⁵⁾

보면 진료계약을 둘러싼 채무불이행 책임이나 불법행위책임을 ‘상사관계’로 볼 수 있을지에 대해 의문이 제기된다.

34) 민사소송에서 피고가 원고의 소송이 부적법하거나 소송요건에 결함이 있다고 주장하여 본안의 변론을 거부할 수 있는 권리를 말한다.

35) 대법원은 이 판결 이유에서 “조정에 의한 분쟁해결도 당사자 사이에 합의가 성립하지

또한, 대법원 1979.9.11.선고 79다1284 판결은 “책임의 귀속에 관하여 당사자 간에 이의가 생겼을 때에는 한국은행 은행감독원장이 주재하는 조정위원회에서 조정한다”는 감정업무협약 조항을 감정으로 인한 손해배상문제에 대하여 민사소송의 방법에 의한 해결을 배제한다거나 소 제기 전에 먼저 위 조정절차를 거쳐야 한다는 협의로 볼 수 없다고 판시한 바 있다.

결론적으로 진료계약서 양식에 민사소송에 앞서 조정중재원의 조정절차를 거칠 것을 요구하는 조항을 삽입하는 것은 의미가 없을 것으로 보인다. 하지만 외국인환자를 둘러싼 의료분쟁이 민사소송으로 번지는 것을 피하려면 의료기관과 환자는 장래 분쟁이 발생할 경우 그것을 중재절차에 해결하기로 하는 합의, 즉 ‘중재합의’를 미리 맺어 두는 것이 바람직해 보인다. 그러나 중재합의를 맺을지 여부는 전적으로 의료기관이나 환자 각자의 의사에 달려 있고, 그와 같은 합의를 강제할 방법은 현실적으로는 없다. 무엇보다 중재합의에 따른 구속 및 위험부담(소 제기 금지, 중재판정에 대한 불복불가 등) 등을 고려하여 당사자의 일방 또는 쌍방이 중재합의 체결을 꺼릴 수 있다. 따라서 중재합의를 널리 권유하고 정착시키려면 장기적으로 중재 사례의 축적을 통해 조정중재원의 중재판정에 대한 신뢰가 쌓여야 할 것이므로 당장은 많은 외국인환자가 의료기관 측과 중재합의를 하리라고 기대하기는 시기상조로 보인다.

2. 소송을 통한 분쟁해결

의료인이 의료행위 과정에서 주의의무를 위반하여 환자에게 손해를 가하는 경우에는 채무불이행책임 또는 불법행위책임을 지는데, 피해자가 외국인인 경우에도 동일한 법리가 적용된다. 그런데 우리민법 제393조 제1항은 “채무불이행으로 인한 손해배상은 통상의 손해를 그 한도로 한다”라고 규정하고 있고, 제2항은 “특별한 사정으로 인한 손해는 채무자가 그 사정을 알았거나 알

아니하면 중국적으로는 법원의 판결에 의한 분쟁해결의 절차로 나아가지 아니할 수 없다”는 점을 지적하고 있다.

수 있었을 때에 한하여 배상의 책임이 있다”고 규정함으로써 채무불이행에 의한 손해배상의 범위의 결정기준을 설정하고 있으며, 민법 제763조는 위 규정을 불법행위로 인한 손해배상에 준용하고 있다.

불법행위로 인한 재산상의 손해의 형태는 통상 적극적 손해, 소극적 손해, 정신적 손해로 분류할 수 있는데, 적극적 손해는 불법행위로 인하여 기존의 이익이 멸실 또는 감소되는 것으로서 치료비, 보조구 구입비, 개호비, 장례비 등이 있고, 소극적 손해는 불법행위가 없었다면 얻을 수 있었는데 불법행위가 발생하였기 때문에 얻을 수 없게 된 이익으로서 일실수입, 일실퇴직금 등이 있으며, 정신적 손해는 불법행위로 피해자가 입은 고통으로서 위자료가 있다.³⁶⁾

아래에서는 특히 외국인이 의료사고로 인해 소송을 제기한 경우에 크게 쟁점이 되는 일실수입 산정에 대한 문제와 재판관할에 대해 검토한다.

가. 일실수입 산정에 대한 문제

일실수입을 산정하는 제1차적 기준은 사고 당시의 소득(수입)이다. 피해자의 일실수입은 원칙적으로 피해자가 사고 당시 종사하고 있던 업무로부터 얻고 있던 수입액을 기준으로 산정하여야 하고, 장래 증가될 수입을 기준으로 하는 손해는 특별손해로서 가해자가 이를 알았거나 알 수 있었을 때에 한하여 배상책임을 진다(대법원 1987.9.8. 선고 1986다카816판결). 따라서 의료관광과 같이 오로지 국내에서 질병을 치료하기 위한 목적으로 입국하여 국내에서 전혀 수입을 가지고 있지 않는 환자의 경우에는 그 외국환자가 경제활동을 국내가 아니라 외국이라고 하는 측면에서 그 외국에서의 수입을 기준으로 일실수입을 산정하여야 한다는 이른바 모국기준설을 적용할 수밖에 없다고 생각된다. 다만 외국의 손해배상체계나 손해배상액의 산정방법은 매우 다양하며, 특히 손해배상액의 산정에 적용되는 기준이나 근거 등은 각 국가에 따라서 크

36) 불법행위로 인하여 신체상의 장애를 입은 사람의 일실수입(일실수익)의 산정방식에는 차액설과 평가설이 있다. 이에 대한 구체적인 논의는 윤용섭, “제750조 후론: 인신사고에 있어서의 손해산정”, 『민법주해[XVⅢ] 채권(11)』, 박영사, 2005, 제314면 이하 참조.

계 차이가 나므로, 어떤 일률적인 기준을 국내에서 발생한 외국인환자에 대한 의료사고에 일반적으로 적용하기는 매우 곤란하다. 물론 외국인환자에 관한 일실이익의 산정에서도 국내에서와 유사하게, 대부분의 국가에서 피해자가 기존의 소득생활자인가(예컨대 공무원, 정규직, 비정규직 등), 학생이나 주부, 은퇴자와 같이 기존소득이 없는 자인가가 우선적으로 검토되어야 한다. 그리고 일실이익을 산정할 때에는 각 국가의 지급방법(정기금인지 일시금인지), 중간이자의 계산, 손익상계, 보험금, 가동능력상실률 등에 관하여 어떤 태도를 취하고 있는지도 고려하여야 한다.

(1) 우리 법원의 입장

우리 법원은 외국인의 일실수입을 산정함에 있어 당사자가 제출한 자료(증거)에 근거하고 있으나, 그 자료의 신빙성 여부를 확인하는 별도의 절차는 거치지 않는 것으로 보인다.³⁷⁾ 이는 그 자료들이 대부분 본국의 정부가 발간하는 공식자료(중국 통계연감, 일본 후생노동성이 발간한 임금구조통계보고 등)여서 합리적인 의심이 없는 한 그대로 수용하고 있는 것으로 보인다.

이처럼 원고의 직업이 급여소득자인 경우에는 본국에서의 수입을 확인하기가 크게 어려움은 없는 것으로 보이나, 그 이외에 본국에서 개인사업 등 자영업을 영위하는 경우에는 그 수입을 정확히 파악하고 확인하는 것은 쉽지 않은 작업이다. 이런 경우에는 원고에게 수입을 증명할 수 있는 자료를 제출하도록 요구한 후 외국 주재 대한민국 대사관이나 대한무역공사 등을 통하여 그 자료의 신빙성을 검증하는 절차를 거칠 수밖에 없을 것이다.

나. 외국인환자 의료사고에 대한 국제 재판 관할

외국인환자 의료분쟁과 같은 국제적인 민사분쟁을 심리·판단하는 국제재

37) 일부 판결에서는 외국주재 대한민국 대사관, 대한무역투자진흥공사, 대한무역공사 등을 통하여 그 나라의 임금 및 소득수준을 확인한 사례도 있다.

판소 또는 그에 관한 관할을 배분하는 통일적 규범, 즉 국제재판의 관할 전반에 관하여 세계적으로 적용되는 통일된 협약은 별도로 마련되어 있지 않다.³⁸⁾ 결국 어떠한 유형의 사건에 대하여 어느 나라의 법원이 관할권을 가지는지는 각 나라의 국내법에 따라 결정된다. 하지만, 피고의 본국 법원에서 판결을 받는 것이 집행의 실효성 측면에서 볼 때 유리하다고 말할 수 있다. 즉 의료사고 기타 불법행위로 손해배상을 구하고자 하는 원고 측은 자신의 본국 법원에 소제기가 가능함에도 불구하고 배상책임의 주체(피고)가 속한 국가의 법원에 소송을 제기하기도 한다. 그 이유는 대개 피고의 재산은 피고의 국내에 소재하기 때문에 피고의 본국 법원에서 판결을 받는 것이 ‘승인’에 따르는 번거로운 문제도 피할 수 있고 ‘집행’의 편의를 도모할 수 있기 때문이다.³⁹⁾

(1) 대한민국 법률에 따른 관할권(국제사법 제2조)

① 법원은 당사자 또는 분쟁이 된 사안이 대한민국과 실질적 관련이 있는 경우에 국제재판 관할권을 가진다. 이 경우 법원은 ‘실질적 관련’⁴⁰⁾의 유무를 판단함에 있어 국제재판관할 배분의 이념에 부합하는 합리적인 원칙에 따라야 한다. ② 법원은 국내법의 관할 규정을 참작하여 국제재판 관할권의 유무를 판단하되 제1항의 규정의 취지에 비추어 국제재판 관할의 특수성을 충분히 고

38) 1992년 미국의 제안에 따른 헤이그국제사법회의에서 국제관할 등에 대한 전 세계적인 협약을 마련하기 위한 시도는 있었지만 1999년 협약의 예비초안 작성은 끝내 실패로 돌아가고 다만, 유럽 일부 국가들 사이에서는 브뤼셀협약(1968), 루가노협약(1988), 개정 루가노협약(2007) 등의 규정에 따라 관할권이 배분되어 시행되고 있다. 자세한 것은 석광현, 『국제사법과 국제소송』, 제2권, 박영사, 2001, 제396면 이하; 유명일, “민사 및 상사에 있어 서 국제재판관할 및 외국판결에 관한 협약이 가져올 변화와 우리의 대응”, 『국제사법연구』, 제5호, 2000, 제43면 이하 참조.

39) 원고가 속한 국가의 법원이 내린 판결을 피고가 속한 국가의 법원이 승인해 줄지 그 여부도 사실 불확실하다.

40) 여기서 말하는 실질적 관련성이란, 우리나라 법원이 재판 관할권을 행사하는 것을 정당화할 수 있을 정도로 당사자 또는 분쟁의 대상이 우리나라와 관련성을 갖는 것을 말한다. 소송당사자들의 공평, 편의 그리고 예측가능성과 같은 개인적인 이익뿐 아니라 재판의 적정, 신속, 효율 및 판결의 효율성의 등과 같은 법원 내지 국가의 이익도 함께 고려해야 한다(서울중앙지법 2007.8.23. 선고 2006가합89560 판결 등 참조).

려하여야 한다.

위와 같이 국제사법, 민사소송법 및 판례상의 일반원칙에 따르면 국내 의료기관에서 발생한 외국인환자 의료사고를 둘러싼 민사소송에 대한 관할권은 대한민국 법원에 있다. 그러나 이는 우리나라 법원이 대한민국의 법에 따라 그렇게 판단한다는 것일 뿐, 다른 어느 국가의 법원도 같은 물음에 대해 반드시 대한민국의 법원에 관할권이 있다는 동일한 답을 한다는 것은 아니다. 경우에 따라서는 동일한 사건에 대하여 대한민국 법원의 관할권을 배제하고 자국 법원의 관할권만을 인정하는 법체계를 가진 나라도, 대한민국 법원과 자국 법원의 관할권을 모두 인정하는 나라도 얼마든지 있을 수 있다.

(2) 전속적 국제관할 합의

(가) 관할합의의 원칙적 유효성

국제관할 합의란 법률관계의 당사자들이 향후 분쟁이 발생할 경우 어느 나라의 어느 법원에서 재판을 받을 것인지에 관해 미리 협의하여 정해 두는 것을 말한다. 관할합의의 유효성에 관하여 법률에는 명문의 규정이 없으나 우리나라의 판례는 이를 널리 인정하고 있으며, 당사자들이 우리나라 법원을 관할법원으로 합의한 경우에 그러한 합의의 효력을 부정한 우리 판례는 찾아볼 수 없다.⁴¹⁾

반면에, A국을 관할법원으로 정한 합의를 B국 법원이 인정하지 않는 경우는 흔히 볼 수 있다. 예컨대, 우리나라 법원이 대한민국의 국내법 체계 하에서 특정 사건에 대한 자신의 관할권을 인정한다 할지라도 그것만으로 다른 국가 법원의 재판관할권이 배제되는 것은 아니며 사실상 배제할 방법도 없다. 이는 결국 다른 나라의 법원은 그 나라 고유의 법체계와 판례에 따라 재판관할권의 유무나 소재 등에 관하여 판단을 할 것이다.

41) 때로는 우리나라 법원도 당사자 간에 외국법원을 관할법원으로 하는 전속적인 국제관할의 합의가 있는 사안에서 그 합의의 효력을 부정하기도 한다.

(나) 외국 법원을 관할법원으로 정한 전속적 관할합의가 있는 경우

외국인환자의 진료 중 발생한 의료사고로 인한 손해배상 청구 사건에서 외국 법원을 관할법원으로 정한 전속적 관할합의의 유효여부를 논한 판례를 아직까지는 찾아볼 수 없다. 우리나라 법원에서 대한민국 법원의 관할을 배제하고 외국의 법원을 관할법원으로 하는 전속적인 국제관할의 합의의 효력을 인정받기 위해서는 아래와 같은 4개의 요건이 최소한 충족되어야 한다.

첫째, 당해 사건이 대한민국 법원의 전속관할에 속하지 아니할 것.

몇 가지 특수한 유형의 사건에 관하여 합의관할, 응소관할 등을 인정하지 않고 일정한 요건에 따라 정해지는 특정한 법원만이 그 사건을 관할할 수 있도록 법률에서 정해 놓은 경우가 있다. 예컨대, 「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」에 따르면 회생사건 및 파산사건은 채무자의 주된 사무소 또는 영업소의 소재지를 관할하는 지방법원본원 합의부의 관할에 전속한다. 또한, 「할부거래에 관한 법률」에 따르면 할부계약에 관한 소송은 제소 당시 매수인의 주소, 주소가 없는 경우에는 거소를 관할하는 지방법원의 전속관할에 속하게 된다.

둘째, 지정된 외국법원이 그 외국의 법에 따라 당해 사건에 대하여 관할권을 가지는 경우이다.

셋째, 당해 사건이 그 외국법원에 대하여 합리적인 관련성을 가지고 있어야 한다. 즉, 대한민국 법원의 관할을 배제하고 외국의 법원을 관할법원으로 하는 전속적인 국제관할의 합의의 효력을 인정받기 위해서는 당해 사건이 외국 법원에 대하여 합리적인 관련성을 가질 것이 요구된다.⁴²⁾

넷째, 그와 같은 전속적 관할 합의가 현저하게 불합리하고 불공정하지 않아야 한다.

위와 같이 외국 법원을 전속적 관할로 하는 합의의 효력을 일반적으로 부정할 특별한 이유는 보이지 않으나, 예컨대, 원고(환자)의 거주지, 신체감정 기타 증거조사의 필요성 내지 장소 등 여러 가지 요소의 여하에 따라 개별사건

42) 대법원 1997.9.9. 선고 1996다20093 판결; 대법원 2004.3.25. 선고 2001다53349 판결 참조.

(case by case)마다 결론이 달라질 여지가 있다. 즉 그러한 합의가 반드시 유효한 것으로 인정된다는 보장은 할 수 없다.

IV. 검토해 볼 문제

1. 국내법 적용 문제

만약 모든 분쟁을 국내법으로만 해결한다고 규정한다면 어떤 결과가 발생할까? 현재 외국인환자와의 의료분쟁은 아직까지 법제도가 완비되지 않았기에 계약서에 따로 규정하지 않는 한 ‘국제사법’적인 법리에 의해 ‘불법행위지’인 우리나라의 법체계에 따라서 소송이 진행되거나 화해 및 조정의 단계를 거치는 것이 일반적일 것이다. 또 국내법의 적용에 불안을 느끼는 일부 환자 측에서는 한국의 사법부에 소송이 진행되기 이전에 합의를 하려 할 것이다.

위의 경우 모두 분쟁의 효과적인 관점에서 보았을 때에 의료공급자인 우리 측에서는 그다지 불리할 것이 없다. 그러나 우리가 여기서 한 가지 간과하지 말아야 할 것이 있는데 바로 무조건적인 ‘국내법적용’이 외국인환자의 유치에 얼마나 많은 도움을 줄 수 있느냐 하는 것이다. 단기적인 관점에서 지금 당장은 자국법에 의한 분쟁해결이 손쉽고 효과적일뿐더러 대외적으로도 사법권의 주체성을 확인할 수 있어 합리적일 수는 있지만, 장기적으로 보면 분쟁 해결의 방법의 주체의 문제로 인해 분쟁해결의 공정성과 합리성이 의심받을 수도 있으며 외국인환자의 유인성을 크게 떨어뜨릴 수 있는 요소이기도 하다.

결국 의료관광은 더 많은 외국인환자를 유치하는 게 관건인데 그러기 위해서는 우리가 경쟁국들보다 높은 의료수준과 매력적인 관광자원을 유지 및 개발하여야 하고, 환자의 안전과 분쟁해결제도 같은 종합적인 의료서비스의 질 또한 뒤쳐지지 않고 앞서 나아가야 가능할 것이다. 그러한 측면에서 볼 때 자국법위주의 분쟁해결방안은 보다 많은 외국인환자를 유치하는데 있어 분명

한계가 있어 보인다.

2. 앞으로의 과제

현재 의료관광과 관련해 외국에서의 의료분쟁 사례와 그 해결을 위한 ‘입법례’를 찾아볼 수 없다. 그 이유는 의료관광이라는 산업이 전 세계적으로 시작된 지 얼마 되지 않았고, 실제 의료분쟁이 발생하였다 하더라도 해당병원에서 그 사실을 외부에 공개하기 꺼려하는 관행이 만연해 있기 때문이다.

첫째, 미국에서와 같이 의료사고보험의 가용성과 보험금 지급의 충분성을 제고하기 위해 보험방식을 다양화할 필요가 있다. 즉, 의사들끼리 운영하는 상호보험회사, 의사와 병원이 소유주인 공동보험회사, 의료사고에 대비하여 병원 스스로가 기금을 적립하는 자기책임보험 뿐 아니라 정부가 관리하는 환자보상기금 등 여러 가지 방안이 있을 수 있다.

둘째, 향후 형사적 분쟁에 대비한 예방대책과 그로인한 해결책 마련이 필요하다. 실질적으로 외국인환자가 우리나라 의료인을 상대로 형사고소를 하는 쉽지 않다. 그러나 민사 분쟁에서의 보다 많은 합의금을 받아내기 위한 목적과 협상에서 보다 유리한 지위를 점유하기 위한 형사고소의 가능성은 충분히 있다고 보인다. 따라서 앞으로 의료인의 고의나 과실에 의한 형사분쟁에 대한 해결방안을 연구해야 한다. 예컨대, 의료관광과 관련한 책임보험을 가입한 병원의 의료인은 형사처벌을 면제하는 방안이라든지, 업무상 과실의 범위를 최소한으로 축소하여 환자가 사망한 경우에만 형사처벌을 하는 방법, 민사적 합의가 이루어지면 더 이상의 형사고소는 제기할 수 없는 방법 등이다.

셋째, 의료사고를 보다 근본적으로 예방하고 합리적으로 해결하기 위해서는 이를 총체적으로 관리할 전문기구가 필요할 것으로 보인다. 즉 의료분쟁이 발생했을 때에 병원에서는 정해진 절차에 따라 전문기구에 사건을 보고하고, 사건을 보고 받은 이 기구에서는 적절한 대응책을 마련하여 해당병원을 지휘하고 원만하게 사건이 해결이 될 수 있도록 지원한다. 또 분쟁이 종료된 이후

에는 해당 사건에 대한 보고서가 만들어지고 이러한 분쟁들을 집계하여 유효한 통계자료가 만들어 질 수 있다면 분쟁예방에 큰 도움이 될 것이다.

넷째, 유치업자에 대한 기본적인 의료지식과 상담 테크닉에 대한 교육을 법제화하여 사전에 의료분쟁을 예방할 필요가 있다. 여기에 원격진료를 통한 환자에 대한 사전진료를 통해 해당 환자에 대한 완치가능성 여부를 미리 판단하여 시간과 비용을 줄여 환자의 만족도를 높여준다.

위와 같은 과제를 현실화시키기 위해서는 국가적 차원, 국내병원 차원에서 단계적 실행전략이 필요하다. 국가적 차원에서는 국제사회에서 요구하는 스탠더드와 의료서비스의 변화를 감지하고 신속하게 국내병원에서 무엇을 어떻게 준비해야 하는지 방향성을 제시할 필요가 있으며, 병원 차원에서는 상호 경쟁도 필요하지만 때로는 의료분쟁에 대한 데이터를 상호 교류를 통해 공동으로 대처하는 동업자 간 협력이 필요하다 할 것이다.

주제어 : 외국인환자, 의료관광, 의료분쟁, 전속관할, 의료사고

[참 고 문 헌]

- 곽윤직, 『채권각론』, 제6판, 박영사, 2003.
- 김민중, “의사의 설명의무에 관한 몇 가지 특수문제”, 『의료법학』, 제4권 제2호, 대한의료법학회, 2003.
- _____, “의사의 설명의무에 관한 몇 가지 특수문제”, 『의료법학』, 제4권 제2호, 2003.
- 김용빈, “의료과오소송에 있어 입증책임 완화에 따른 의료과실의 의미와 판단기준”, 『의료법학』, 제9권 제1호, 대한의료법학회, 2008.
- 김천수, 「환자의 자기결정과 의사의 설명의무」, 서울대학교 박사학위논문, 1994.
- 박영호, “의료과실판단기준으로서의 지역차와 긴급성”, 『인권과 정의』, 통권 302호, 2001.
- 범경철, 『의료분쟁소송』, 법률정보센터, 2003.
- 석광현, 『국제사법과 국제소송』, 제2권, 박영사, 2001.
- 석희태, “의료과실 판단기준에 관한 학설·판례의 동향”, 『의료법학』, 창간호, 대한의료법학회, 2000.
- _____, 「의료과오 민사책임에 관한 연구」, 연세대학교 박사학위논문, 1988.
- 유영일, “민사 및 상사에 있어서 국제재판관할 및 외국판결에 관한 협약이 가져올 변화와 우리의 대응”, 『국제사법연구』, 제5호, 2000.
- 윤용섭, “제750조 후론: 인신사고에 있어서의 손해산정”, 『민법주해[XVIII] 채권(11)』, 박영사, 2005.
- 임태근, 「대법원 판례에서 의료과실 판단기준 분석」, 박사학위논문, 전남대대학원, 2004.
- 정정일, “부동산 중개계약에 대한 소고”, 『법학논집』, 제14권, 이화여자대학교 법학연구소, 2009.
- 보건복지가족부/한국보건산업진흥원, 『외국인환자 유치를 위한 마케팅 전략 및 의료분쟁해결방안』, 2009.
- 보건복지가족부/한국보건산업진흥원, 『외국인환자 유치사업 활성화 및 안전성 제고를 위한 설명회』, 2011.
- 한국보건산업진흥원, 『외국인환자의 의료분쟁 예방 및 해결방안』, 2008.

A Study of the Medical Disputes with Foreign Patients

Jeong, Jeong-Ile

Adjunct Professor. College of Law, Kyong-gi University / Ph.D. in Law.

=ABSTRACT=

Although the number of foreign patients visiting Korea for medical treatments or plastic surgery is rapidly increasing, countermeasures against unforeseen medical disputes involving foreign patients are adequate. To date, the record shows that most foreign patients have visited doctors at the departments of family medicine, internal medicine, dermatology (incl. plastic surgery), and healthcare centers, which, fortunately, indicates that there are not many severe, high risk patients. However, if the current growth rate continues to rise and the number of foreign patients visiting each department continues to grow, more diverse medical practices will be likely to take place in the future, and consequently, it is expected that the possibilities of medical malpractice and the costs of dispute resolution will also rise dramatically.

When a medical dispute occurs, in general, a lawsuit is ultimately settled by the court. However, since this can damage the creditworthiness of medical institutions and also incur significant litigation costs, which is a typical characteristic of a medical lawsuit, medical professionals or institutions will be heavily burdened. Furthermore, an adequate policy or countermeasure against a medical dispute with a foreign patient has not yet been established, and it would be difficult to resolve a dispute by finding the middle ground, due to relative standards and policies between countries. Now, we need to improve the existing policies and prepare for countermeasures that will allow us to precisely predict the nature of such disputes, which have been increasing, and resolve them peacefully.

Based on such knowledge, this study aims to establish countermeasures

against medical disputes with foreign patients, and examine ways to promptly and reasonably resolve them at an early stage.

Keyword : Foreign patients, Medical tourism, Medical disputes, Exclusive jurisdiction, Medical malpractice