

환자의 소비자로서 권리

권용진*[†], 손상식** , 임영덕*

서울대학교 의과대학 의료정책실*

헌법재판연구원**

<Abstract>

The Rights of Patients as Consumers

Yong Jin Kwon*[†], Sang Sik Son** , Young Deok Lim*

*Center for Healthcare Policy & Communication, College of Medicine, Seoul
National University**

*Constitutional Research Institute***

The legal relationship between patient and physician is legally equal relationship.

But, in times past, patients be compelled to sign an unequal contract, substantially. Because of the imbalance between supply and demand in the health care market.

Today, the law of supply and demand in the health care market is running well. And as the cognition of citizens' rights grows, the relationship between patient and physician can also get a lot of changes.

Patients have the right to know the information about medical care, and to decide whether or not to get treatment including invasions against their own bodies. In other words, Doctors have an obligation to explain to their patients. If doctors did not provide patients sufficient explanation or information, it

* 접수 : 2012 5월 1일, 최종수정 : 2012년 8월 24일, 게재확정 : 2012년 8월 30일

† 교신저자 : 권용진, 서울대학교 의과대학 의료정책실, 전화 : 02-740-8993, 010-7114-5128,

팩스 : 02-745-8195, E-mail : mirae@snu.ac.kr

violates the right of patients. This is a tort, or a breach of contract.

To improve the remedy for violation of patient's right, patient is able to be protected by status as consumer. If patient is a kind of consumer in terms of medical consumption, he/she as consumer can enjoy supplementally the consumer's right. The patient as a consumer can exercise now a consumer's right as a constitutional right. In addition, with respect to consumer's rights, Framework Act on Consumers was enacted. This Act is based on constitutional provisions of Article 124 and the Act can be seen as a law that embodies consumer right because the provision of the constitutional law delegates specific contents.

In the health care field, patients need to win recognition the statue of the consumer to hold the sovereignty of the consumer. In particular, if patients are consumers, they may be able to make good use of the quickly and efficiently collective dispute resolution and association lawsuit to rescue their damage, the Alternative Dispute Resolution(ADR) of Framework Act on Consumers.

Key words : Patient's rights, Consumer's rights, Right of self-decision, Framework Act on Consumers, Obligation to explain

I. 서 론

국가가 있기 이전에도 치료를 하는 자와 치료를 받는 자가 존재하였으니, 치료서비스를 공급하는 사람인 의사와 이에 대한 수요자인 환자의 관계는 오래 전부터 존재하였을 것이다.¹⁾ 국가 이전의 의료서비스에 대한 공급과 수요는 시장의 자유로운 작용에 맡겨져 있었을 것이며, 이를 법적 관점에서 보면 사적자치의 원칙(私的自治—原則, principle of private autonomy)²⁾에 의하여 지배되던 시대라고 볼 수 있을 것이다.

그러나 현대 복지국가의 출현 이후, 보건의료 영역에서의 작용이 국민의 생명과 건강에 지대한 역할을 미친다는 이유로 이에 대한 국가의 다양한 형태의 개입이 정당화되

1) 본고에서는 의사와 의료기관을 포함하는 개념으로 '의료인'이라는 용어 대신 광의의 개념으로 '의사'라는 용어를 사용하기로 한다.

2) 사법상(私法上)의 법률관계는 개인의 자유로운 의사에 따라 자기책임 하에서 규율하고, 국가는 이에 간섭하지 않는다는 근대 사법의 원칙; 네이버 백과사전, 사적 자치의 원칙, [http://100.naver.com/\(2012.7.28.방문\)](http://100.naver.com/(2012.7.28.방문))

고 있다. 이는 우리 국가운영의 근본가치가 천명된 대한민국 헌법에서도 찾을 수 있는데, 제36조 제3항에서는 ‘모든 국민은 보건에 관하여 국가의 보호를 받는다’고 규정하고 있다. 국가는 이러한 국민의 보건권이라는 헌법적 명령을 관철시키기 위하여 노력하여야 한다. 우리 헌법재판소의 입장에서도 이를 발견할 수 있다. 헌법재판소는 “국가의 의료보장의무를 이행하기 위해서는 국민에게 질병·부상에 대하여 적절한 요양급여를 행해야 하며, 이를 위해서는 요양급여를 제공할 수 있는 적정수의 의료기관과 약국을 확보해야 한다”고 하였다. 그러면서 이를 위하여 “법률에 의한 ‘요양기관 강제지정제’를 통하여, 모든 의료기관을 국민건강보험체계에 강제로 편입시킴으로써 요양급여에 필요한 의료기관을 확보하고 이를 통하여 피보험자인 전 국민의 의료보험수급권을 보장하는 것이 정당화” 된다고 하고 있다.³⁾ 이러한 헌법재판소의 논리에 따르면 의료영역에서의 국가의 개입은 정당화되며, 이로 인하여 사적자치의 원리에는 커다란 변화가 있을 수밖에 없다.

그리고 이러한 논리는 의사와 환자와의 법적 관계에서도 적용될 수 있으며, 불평등할 수 있는 의료계약 당사자 간의 지위를 법을 통하여 수평적 관계로 관철시키려고 보건 의료기본법·의료법·소비자기본법 등에서 환자의 권리강화 시도한 점에서도 미루어 짐작할 수 있다. 또한 현재 시민들의 권리의식이 성장함에 따라 환자와 의사간의 관계에도 많은 변화가 나타나고 있다고 할 수 있는데, 이는 지속적인 의료분쟁의 증가 추이와도 무관하지 않다고 보여 진다.⁴⁾ 예를 들어, 환자들은 자신이 만족할만한 치료결과(outcome)를 얻지 못할 때나 치료비(cost)가 비싸다고 생각할 때 의사의 판단이 적절한지 비용이 적절한지를 알고 싶어 한다. 그리고 이런 환자의 욕구가 충분한 설명으로 해소되지 않을 때, 환자들은 소송이란 형태로 문제를 해결하고자 한다. 현재, 분쟁의 확대 경향으로 인해 ‘환자와 의사 사이의 관계’가 재조명되어야 할 필요성이 더욱 강하게 제기되고 있다. 그래서 국가는 ‘법(法)’이라는 조종매체를 통해 의사의 지위를 약화시키고 환자의 지위를 강화하는 정책을 추진하게 되었다.⁵⁾ 바로 이러한 이유 때문에 환자와 의사 사이의 사법상(私法上) 법률관계에 국가의 개입이 필요하게 되고 그 개입이 정당화된다. 그러나 사법(私法) 차원에서의 논의나 헌법의 하위(下位) 법적 차원에서의 보장 논의는 권리창설(權利創設)의 측면에서 미흡할 수밖에 없기 때문에 환자의 권리를 헌법적 차원에서 논할 필요성이 생겼다. 특히, 의사와 환자 간의 사적 계약관계가 의료 소비자의 권리의 실현에 의하여 변화하게 되는데, 이는 환자의 권익향상에 특별한

3) 현재 2002. 10. 31 선고, 99헌바76, 2000헌마505(병합) 전원재판부

4) 1995년도에 의료과오를 원인으로 한 소송이 115건에 불과하였으나 2004년에는 1,124건으로 최근 10년 동안 의료 소송은 10배 정도 증가한 것으로 나타났다(황만성, 2005).

5) 실제로는 판례법을 통해 과실입증이나 인과관계입증을 완화한다든지, 설명의무를 구성요건화하는 방식으로 진행되었다(이상돈·홍성수, 2000).

의미를 미칠 것으로 추정된다.

이하에서는 그 동안 경시되어졌던 환자·의사의 법적 관계를 살펴보고, 다음으로 환자에게 일반적으로 인정되는 기본적 권리의 구체적인 내용을 알아보도록 할 것이다. 마지막으로 환자도 의료소비의 주체로서 헌법을 비롯한 법상 소비자의 권리에 있어서도 그 주체성이 인정될 수 있음에 대한 내용과 더불어, 헌법상 소비자로서의 환자의 권리가 구체화되어 개별법제에서 권리로 창설되는 모습에 관해서 고찰함으로써 보건의료 주체 간의 올바른 관계설정에 기여하고자 한다.

II. 기존논의의 재조명 : 환자·의사의 법적 관계

의사와 환자 사이의 관계를 ‘법(法)’이라는 조종매체를 통해 보면, 그 관계는 법률관계일 수밖에 없다. 따라서 환자와 의사는 일정한 법률효과의 발생을 목적으로 하는 의사표시라는 매개를 통하여 진료계약을 체결하게 되고, 이는 그들 간의 권리의무관계를 형성하는 초석이 된다. 이제 더 이상 환자는 의료행위의 객체일 수 없고 법률관계를 형성하는 동등한 주체로서 지위를 가지고, 그에 상응하는 권리와 의무를 가져야 한다. 이하에서는 환자의 의사의 법적 관계에 관해 살펴보기로 한다.

1. 사적 관계의 기본으로서 계약관계

의사와 환자는 진료계약을 통하여, 환자는 의사에게 진료비를 지급한 후 진료를 청구할 권리를 가지는 채권자로서 지위를 가지고 의사는 진료계약에 의한 진료채무의 이행을 하는 진료채무이행자의 지위를 가지게 된다. 따라서 진료계약은 쌍무·유상계약에 속한다고 할 수 있다. 여기에서 의사의 책임이 문제되는데, 이러한 의사의 책임이란 의사의 환자에 대한 직업적 책임을 의미하며 이는 일종의 전문가적 책임을 말한다. 흔히, 이는 의료과오에 대한 책임, 의사의 설명의무 위반에 의한 책임, 경우에 따라서는 과실책임 등 의료행위에 있어서 발생하는 의사의 도의적 책임과 법률적 책임을 모두 포함한다.⁶⁾

1) 계약의 법적 성격 : 위임계약설

진료계약의 법적 성질에 관하여는 고용계약설, 도급계약설, 위임계약설 등과 같은 견해의 대립이 있다. i) 고용계약설은 의사가 환자에 대하여 치료의무를 부담할 것을 약

6) 의료과오는 넓은 의미에서 불치료를 비롯하여 이상적 치료, 과도한 치료, 의료행위에 따른 부수적 과오, 정보부제공, 조직결함을 포함한 의학상 부적절하게 환자에게 손해를 일으킨 일체의 행위를 의미한다고 볼 수 있지만, 보통 ‘의학상 일반적으로 인정된 원칙’의 위반을 의료과오라고 본다(김민중, 2007, 참조).

정하고, 환자는 의사에게 보수(진료비)를 지급할 것을 약정함으로써 성립되는 계약으로 보는 견해이다. ii) 도급계약설은 환자가 원하는 결과, 즉 질병의 완치를 목적으로 하는 계약으로 보는 견해이다. 그리고 iii) 위임계약설은 병적 증상의 의학적 해명과 치료 행위라고 하는 사무처리를 목적으로 하는 위임계약으로 파악하는 견해이다.

생각건대, 고용계약설과 관련해서는 환자와 의사의 법률관계는 그들 사이에 보수관계가 있는 것이 분명하지만, 의사는 일반적으로 환자와는 독립하여 자기의 경험·지식에 따라 적절하다고 판단되는 방법에 의하여 의료행위를 하는 것이지 환자의 지휘·감독을 받는 것이 아니고 사용자와 피용자로서의 관계는 없으므로 진료계약을 고용계약으로 볼 수는 없다(석희태, 1994).

다음으로, 도급계약설과 관련해서는 의료행위가 질병의 치료를 목적으로 하는 것은 틀림없지만, 진료계약상의 의무는 급부결과의 달성 자체를 채무의 내용으로 하는 결과채무가 아니라 결과를 향하여 최선의 주의를 다하여 적절한 조치를 취할 것을 그 내용으로 하는 이른바 수단채무라고 할 수 있으므로, 일단 진료를 한 이상 의사의 계약상의 의무는 종료된다는 점에서 타당하지 않다(추호경, 1992).

마지막으로 위임계약설과 관련해서, 진료계약은 치료과정 전반을 포괄하는 계약으로서 진료의 결과뿐만 아니라 과정도 계약의 내용에 포함되는 것으로 보아야 하므로, 수단채무로서의 성격을 갖는다고 보기 때문에 위임계약설이 타당하다고 본다.⁷⁾

따라서 진료계약은 질병의 완전한 치유 혹은 일정한 결과의 발생을 계약내용으로 하지 않고, 의사가 선량한 관리자의 주의를 다하여 치료행위를 한 경우에는 비록 치유가 되지 않거나 결과가 발생하지 않더라도 계약상의 채무에 대한 이행으로 인정되게 된다.⁸⁾ 다만, 진료계약을 위임계약으로 보는 경우에도 발치·보철·의치제작과 같은 치료행위, 맹장제거수술, 임신중절 수술 등과 같이 일정한 결과의 발생을 목적으로 하는 경우에는 도급계약으로 이해되어야 한다는 견해도 타당성이 있어 보인다(김민중, 2007).

2) 환자·의사간 계약의 구체적인 내용

계약의 내용은 당사자의 권리의무관계로 나타난다. 환자는 의사에게 진료를 의뢰하고, 의사는 그 요청에 응하여 진료행위를 개시하는 경우에 의사와 환자 사이에는 진료

7) 판례 또한 “의사가 환자에게 부담하는 진료채무는 질병의 치유와 같은 결과를 반드시 달성해야 할 결과채무가 아니라 환자의 치유를 위하여 선량한 관리자의 주의의무를 가지고 현재의 의학수준에 비추어 필요하고 적절한 진료 조치를 다해야 할 채무 이른바 수단채무라고 보아야 한다”고 한다(대판 85다카1491).

8) 민법은 위임에 대해 ‘당사자일방이 상대방에 대하여 사무의 처리를 위탁하고 상대방이 이를 승낙함으로써 그 효력이 생긴다’(제680조)라고 규정하고 있고, ‘수임인은 위임의 본지에 따라 선량한 관리자의 주의로써 위임사무를 처리하여야 한다’(제681조)라고 규정하고 있다.

계약이 성립된다.⁹⁾ 기본적으로 의사는 진료의무와 설명의무를 부담하고,¹⁰⁾ 그에 상응하여 환자는 진료비지급의무를 부담하면서 진료를 받을 권리와 의료행위에 대한 자기결정권을 가진다.¹¹⁾

(1) 의사의 진료의무와 환자의 진료를 받을 권리

진료계약은 일반적으로 유상계약으로 체결되므로, 환자는 의사에게 진료비를 지급하여야 할 의무가 있다(민법 687조 참조). 이러한 의무의 반대편에 있는 상대방인 의사는 진료의무를 부담하게 되는데, 이는 환자의 입장에서 보면 진료를 받을 권리를 의미한다. 이와 관련하여 의료법(제15조)과 응급의료에 관한 법률(제6조) 등에서는 의사의 진료거부금지에 대해 규정하고 있다.

(2) 의사의 설명의무와 환자의 자기결정권

의사는 환자에게 의료행위에 따른 정보를 제공할 의무가 있다. 이를 통상 설명의무라고 하는데, 설명의무는 어떤 구체적 치료에 대한 환자의 동의를 얻기 위해 필요하다. 따라서 의사는 환자의 동의에 대한 유효요건으로서 설명의무를 부담하게 된다. 이러한 설명의무를 법적 의무로 인정하는 것은 헌법적인 기본권인 생명·신체의 침습행위인 의료행위에 대한 자기결정권을 보장하고, 더 나아가 환자에게 보다 쉽게 피해를 구제하여 줌으로써 손해의 공평부담이라는 사법의 기본이념을 충실히 실현시키는 기능을 하게 된다(전현희, 2007). 즉, 의료과오를 입증하는 것보다는 의료의 설명의무에 대한 불이행 내지는 불충분을 입증하는 것이 훨씬 더 환자에게 유리하기 때문이다(이영환, 1990). 이와 관련하여 최근에는 의료소송에서의 설명의무이론은 환자 측이 부담하는 의료행위 자체의 주의의무 위반에 대한 입증상의 어려움을 경감시키고,¹²⁾ 의사의 위자

9) 이 판결은 의사의 설명의무 위반의 입증책임 소재에 대하여 판단한 판결이다. 이 사건에서 대법원은 담취관조영술 검사 후에 급성췌장염이 발생하여 사망한 사안에서, 의료진의 검사과정에서의 과실을 부정하고 설명의무 위반만을 인정하여 손해배상의 범위를 사망으로 인한 전 손해가 아니라 설명의무 위반으로 인한 위자료로 한정할 원심을 수긍하였다.(대판 2005다5867 등 참조)

10) 그밖에도 진료계약이 성립하면 의사는 민법, 의료관계법, 형법과 같은 법률이 요구하는 여러 의무들을 부담한다. 예컨대, 의사의 적출물적정처리 의무, 진단서와 같은 각종 증명문서의 교부의무, 비밀누설금지 의무, 기록열람대응 의무, 진료기록보존의무 등을 들 수 있다.

11) 또한 환자는 의사가 자신에 대한 치료와 관련하여 요구하는 행위, 예컨대 검진, 약복용 혹은 금식 등에 협력할 의무가 있고, 환자 자신의 병력, 특이체질 등 치료행위를 위하여 필요한 사항을 의사에게 고지하여야 할 의무도 있다.

12) 설명의무는 침습적인 의료행위로 나아가는 과정에서 의사에게 필수적으로 요구되는 절차상의 조치로서, 그 의무의 중대성에 비추어 의사로서는 적어도 환자에게 설명한 내용을 문서화하여 이를 보존할 직무수행상의 필요가 있다고 보여질 뿐 아니라, 응급의료에 관한 법률 제9조, 같은 법 시행규칙 제3조 및 [서식] 1에 의하면, 통상적인 의료행위에 비해 오히려 긴급을 요하는 응급의료의 경우에도 의료행위의 필요성, 의료행위의 내용, 의료행위의 위험성 등을 설명하고 이를 문서화한 서면에 동의를 받을 법적 의무가 의료종사자에게 부과되어 있는 점, 의사가 그러한 문서에 의해 설명의무의 이행을 입증하기는 매우 용이한 반면 환자측에서 설명의무가 이행되지 않았음을

료배상을 명하는 도구로도 사용되고 있다.¹³⁾ 이처럼 환자의 법적 지위를 크게 개선하려는 일련의 노력은 ‘사법(私法)에서 약자의 보호’라는 일반적 경향이 환자와 의사간의 불평등한 관계가 반영된 측면이 있고, 또한 입증책임에서 ‘무기대등의 원칙’을 환자와 의사간의 관계에 반영하려는 노력의 결과라고 할 수 있다(이영규, 1995).

2. 환자의 자기결정권 행사로서 동의

의사는 진료행위를 함에 있어서 환자의 신체에 대한 침습을 수반하기 때문에 원칙적으로 환자의 동의를 필요로 한다. 왜냐하면 일정한 진료행위와 관련된 위험을 받아들일 것 인지의 여부를 결정할 수 있는 자는 환자 자신이지 의사가 아니기 때문이다(한삼인, 1995). 따라서 환자는 의사에게 진단결과나 치료방법, 예후, 예상되는 부작용, 대체가능한 치료방법의 존부, 그 치료방법의 내용 및 예상결과, 후유증 등을 이해할 수 있도록 충분히 설명을 듣고,¹⁴⁾ 이를 제대로 숙지한 후에 자율적인 자기결정으로 자신에 대한 침습행위를 동의한 경우에만 당해 의료행위가 정당성을 가질 수 있게 된다. 이것은 의사의 환자동의 없는 전단적인 의료행위는 법적으로 허용되지 않는다는 것을 의미한다.

1) 자기결정권의 헌법적 근거

헌법 제10조는 “모든 국민은 인간으로서 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다” 라고 규정하고 있는데, 이에 의하여 헌법은 환자의 자기결정권을 보호하고 있다.¹⁵⁾

입증하기는 성질상 극히 어려운 점 등에 비추어, 특별한 사정이 없는 한 의사측에 설명의무를 이행한 데 대한 입증책임이 있다고 해석하는 것이 손해의 공평·타당한 부담을 그 지도원리로 하는 손해배상제도의 이상 및 법체계의 통일적 해석의 요구에 부합한다고 할 것이다(대판 2005다5867(강조는 필자)).

13) 의사가 설명의무를 위반한 채 수술 등을 하여 환자에게 사망 등의 중대한 결과가 발생한 경우에 있어서 환자측에서 선택의 기회를 잃고 자기결정권을 행사할 수 없게 된 데 대한 위자료만을 청구하는 경우에는 의사의 설명결여 내지 부족으로 선택의 기회를 상실하였다는 사실만을 입증함으로써 족하다(대판 93다60953).

14) 일반적으로 의사는 환자에게 수술 등 침습을 가하는 과정 및 그 후에 나쁜 결과 발생의 개연성이 있는 의료행위를 하는 경우 또는 사망 등의 중대한 결과 발생이 예측되는 의료행위를 하는 경우에 있어서 응급환자의 경우나 그 밖에 특단의 사정이 없는 한 진료계약상의 의무 내지 침습 등에 대한 승낙을 얻기 위한 전제로서 당해 환자나 그 법정대리인에게 질병의 증상, 치료방법의 내용 및 필요성, 발생이 예상되는 위험 등에 관하여 당시의 의료수준에 비추어 상당하다고 생각되는 사항을 설명하여 당해 환자가 그 필요성이나 위험성을 충분히 비교해 보고 그 의료행위를 받을 것인가의 여부를 선택할 수 있도록 할 의무가 있고, 의사의 설명의무는 그 의료행위에 따르는 후유증이나 부작용 등의 위험 발생 가능성이 희소하다는 사정만으로 면제될 수 없으며, 그 후유증이나 부작용이 당해 치료행위에 전형적으로 발생하는 위험이거나 회복할 수 없는 중대한 것인 경우에는 그 발생가능성의 희소성에도 불구하고 설명의 대상이 된다 할 것이다(대판 94다3421; 2002다48443 등 참조).

15) 의료인이 아니면 누구든 의료행위를 할 수 없게 정한 의료법 제27조가 직업선택의 자유와 환자의 치료수단의 자기결정권 침해라고 헌법소원을 제기한 사건에서, 헌법재판소는 “헌법 제10조에 따라 자신의 행위를 스스로 결정할 수 있는 자기결정권이 있다”라고 하여 헌법 제10조로부터 자기결정권을 도출하고 있다.(헌재 2008헌바108 참조).

이러한 자기결정권은 의료행위를 받을 것인지, 나아가 어떻게 받을 것인지를 환자 자신이 결정할 수 있는 권리로서 의사의 진료행위에 있어서 환자의 동의라는 형태로 나타나게 된다. 그 동의가 유효하기 위해서는 의사가 시행하려는 진료행위에 대한 설명의무가 전제되어야 한다. 왜냐하면 이러한 설명의무는 알권리의 보장이라는 측면에서 중요한 의미를 가지기 때문이다.

2) 자기결정권의 침해와 설명의무의 위반에 따른 손해배상

의사가 설명의무를 위반함으로써 환자에게 인정되는 자기결정권을 침해한 의료행위에서 그 의사가 부담하는 손해배상책임의 범위에 관해서 신체침해설과 자유책임설이 대립한다. 신체침해설(身體侵害說)은 환자의 자기결정권에 대한 침해가 있는 경우 의사의 의료행위가 설명 의료기술적인 정당성과 의학적 적응성을 갖추었다고 하더라도, 그로 인해 야기된 생명·신체상의 모든 손해에 대해 의사의 배상책임이 인정되어야 한다는 견해이다(권오승, 1993).¹⁶⁾ 반면에 자유침해설(自由侵害說)은 자기결정권 침해는 환자의 신체에 대한 침해가 아니라 단지 일반적 인격권의 침해에 불과하여 환자에게 권리침해로 인한 위자료청구권만을 인정할 뿐, 의료과오에 의한 희생자의 경우처럼 신체침해 및 그로 인한 모든 손해의 배상청구권을 인정하지 않는다는 견해이다(석희태, 1981).¹⁷⁾

생각건대, 원칙적으로는 의학의 과학적 기준에 합당한, 즉 기술과오나 기타 주의의무의 위반 없이 발생한 어떠한 부작용(신체침해)은 의사의 영역에서 비로소 나오는 새로운 위험의 실현이 아니므로, 의사의 책임범위에 제외되어야 한다는 점에서 자유침해설이 타당하다고 본다. 다만, 의사의 설명의무 위반이 환자의 생명·신체에 대한 의료적 침습과정에서 요구되는 의사의 주의의무 위반과 동일시할 정도에 이른 경우에는 신체침해에 대한 손해배상도 인정되어야 한다고 본다. 대법원도 ‘의사가 설명의무를 위반한 채 수술 등을 하여 환자에게 사망 등의 중대한 결과가 발생한 경우, 그 결과로 인한 모든 손해에 대해 청구하기 위해서는 그 중대한 결과와 의사의 설명의무 위반 내지 동의 과정에서의 잘못과의 사이에 상당인과관계가 존재하여야 하며, 그 경우 의사의 설명의무 위반은 환자의 자기결정권 내지 치료행위에 대한 선택의 기회를 보호하기 위한 점에 비추어 환자의 생명·신체에 대한 의료적 침습과정에서 요구되는 의사의 주의의무 위반과 동일시할 정도의 것이어야’ 한다고 하여 절충설의 입장을 취하고 있다.¹⁸⁾

16) 이 견해는 환자의 자기결정의 자유를 환자의 생명·건강이라고 하는 이익으로부터 유리시켜 이해하는 것은 환자의 자기결정권(동의권)의 내용을 막연하게 할 우려가 있으며, 설명의무의 해태가 단지 인격권의 구성요건적 침해로만 인정된다면 인격권의 보호영역에서 물질적 손해를 배제하게 되는 것이고 이 경우 그 책임의 영역은 축소되게 될 것이므로, 환자의 동의권은 그 자체가 목적이 아니라 앞으로 발생할 수도 있는 물질적 손해를 피하기 위한 목적으로 환자에게 허용된 것이라고 한다(석희태, 1998).

17) 따라서 설명의무 위반은 의료행위에 있어서의 주의의무 위반 그 자체와는 직접적인 관련성이 없다(추호경, 1992).

3) 자기결정권과 그 밖에 행사가능한 헌법상 권리

환자는 누구나 자신의 생명·신체에 대한 위험을 받아들일지 여부에 관해 자신이 결정할 수 있어야 한다. 이 때 환자가 스스로 판단하여 진료행위의 동의 여부를 결정하는 것이 가능해야 하므로, 그 진료행위의 내용과 함께 그에 따른 위험과 부작용 등에 관한 충분히 인식하고 있어야 한다. 의사가 환자에게 충분하고 적절한 설명을 해야 할 의무를 부담하는 것은 이러한 사실을 기초로 하여 환자에게 본인에 의한 결정의 자유를 보장해 주기 위해서 반드시 진료행위에 전제되어야 한다.¹⁹⁾ 이러한 논의에 의하면, 의사는 설명의무를 부담하고, 환자는 이에 기초해 동의여부를 결정하게 된다. 여기서 환자의 동의권은 헌법상의 자기결정권에 근거한다. 대법원도 “환자의 동의는 헌법 제10조에서 규정한 개인의 인격권과 행복추구권에 의하여 보호되는 ‘자기결정권’을 보장하기 위한 것으로서, 환자가 생명과 신체의 기능을 어떻게 유지할 것인지에 대하여 스스로 결정하고 진료행위를 선택하게 되므로, 의료계약에 의하여 제공되는 진료의 내용은 의사의 설명과 환자의 동의에 의하여 구체화된다고 할 수 있다”고 판시하고 있다.²⁰⁾ 따라서 이제 환자의 권리는 헌법상 자기결정권 외에도 기본권의 제3자적 효력으로 인하여 다른 기본권을 생각하지 않을 수 없게 되었다.²¹⁾ 즉, 생명·신체권, 건강권, 그리고 보건권 등

18) 다발성 관상동맥협착증을 치료함에 있어 그 치료방법의 선택과 그 수술시기가 적절하였고, 이 사건 관상동맥우회술의 시술과정에서도 의료상의 과실이 없으며, 설명의무를 다하였다 하더라도 환자로서는 심근경색 등으로 인한 불안정성 협심증을 앓으면서 언제 닥칠지 모르는 죽음을 기다리는 외에는 관상동맥 우회술을 선택할 수 밖에 없었던 점에 비추어 위 설명의무의 위반과 그 수술 후에 일어난 심장마비 및 그로인한 뇌저산소증에 의한 뇌손상과의 사이에는 상당인과관계가 없다고 봄이 상당하다고 판단하였다(대판 93다60953).

19) 그러므로 의사는 환자에게 환자의 동의를 얻기 위하여 먼저 의료행위의 내용에 대하여 설명하여야 한다. 환자의 동의를 얻기 위한 의사의 설명을 자기결정적 설명이라고 한다. 이러한 자기결정적 설명은 환자가 의료행위에 대하여 동의를 하는 경우에 자기결정을 하기 위하여 필요한 근거를 제공하기 위한 설명을 의미한다. 따라서 자기결정적 설명에서는 환자의 질병을 치료하기 위하여 요구되는 이해관계보다는 환자의 인격권·자기결정권 등에서 발생하는 이해관계가 중심이 된다.

20) 이 사건에서 대법원의 다수의견은 담당 주치의, 진료기록 감정의, 신체 감정의 등의 견해에 따르면 환자는 현재 지속적 식물인간상태로서 자발호흡이 없어 인공호흡기에 의하여 생명이 유지되는 상태로서 회복불가능한 사망의 단계에 진입하였고, 환자의 일상생활에서의 대화 및 현 상태 등에 비추어 볼 때 환자가 현재의 상황에 관한 정보를 충분히 제공받았을 경우 현재 시행되고 있는 연명치료를 중단하고자 하는 의사를 추정할 수 있다고 하였다(대판 2009다17417(전합)).

21) 헌법상의 기본권은 기본적으로 국가를 상대로 행사되는 대국가적 효력을 가지지만, 기본권의 이중성(양면성)이 인정되는 오늘날에는 기본권의 객관적 가치질서로부터 기본권의 제3자적(대사인적) 효력도 인정되게 되었다(허영, 2004). 기본권의 제3자적(대사인적) 효력이란 대 국가를 향하여 주장하던 헌법상 기본권이 제한적인 경우에 사적인 관계에도 미칠 수 있다는 논리이다. 이러한 제한적인 경우는 주로 동등한 사인과 사인 사이의 관계가 아닌 불평등한 사인들 사이의 관계를 지칭하는데, 한 일방이 거대한 힘을 가지고 있고 다른 일방이 약자인 경우에 헌법상의 기본권에 기하여 약자가 강자에게 특정한 권리를 주장할 수 있게 된다는 것이다. 예를 들면, 오늘날 강자인 기업주와 약자인 노동자 사이의 문제가 발생하였을 경우 이러한 논리가 투영될 수 있는데, 기업주가 제시한 고용계약에 있어서 불평등에 대하여 헌법상 평등의 원칙에 기하여 평등한 고용계약 조건으로 시정을 요구할 수 있는

생각해 볼 수 있다. 이하에서는 환자의 지위에서 주장할 수 있는 이러한 기본권에 관해 살펴보기로 한다.

Ⅲ. 환자의 일반적 권리

1. 헌법상의 권리 : 환자의 기본권과 국가의 기본권보호의무

1) 환자의 기본권

환자의 헌법상 권리로는 기본적으로 환자의 자기결정권을 들 수 있다. 그리고 진료행위 내지 치료행위에 수반되는 침습행위로부터 자유로울 수 있는 생명·신체권, 나아가 건강권과 보건권을 들 수 있다.

(1) 자기결정권

우리 헌법재판소는 헌법 제10조 행복추구권²²⁾으로부터 자기결정권을 도출하고 있다.²³⁾ 이러한 자기결정권은 개인이 일정한 사적 사항에 관하여 공권력으로부터의 간섭 내지 침해 없이 스스로 자유롭게 결정하여 자신의 사적 영역을 형성할 수 있는 권리를 말한다. 이는 부작위청구권으로서 본질적인 자유권에 속한다(김강운, 2005).

환자도 자기결정권을 가지는데 그 내용은 자신의 생명·신체에 대한 침습을 가하는 의료행위를 받을 것인지 여부, 나아가 어떻게 받을 것인지 여부를 환자 자신이 결정할 수 있는 권리를 행사할 수 있다.²⁴⁾

(2) 생명·신체권

생명권은 비록 헌법에 명문의 규정이 없다 하더라도 인간의 생존본능과 존재목적에 바탕을 둔 선형적이고 자연법적인 권리로서 헌법에 규정된 모든 기본권의 전제로서 기능하는 기본권 중의 기본권이라 할 것이다(헌재 95헌바1 등 참조). 이러한 생명에 관

여지가 기본권의 제3자적(대사인적) 효력으로 생길 수 있게 된다.(역자 주)

22) 헌법 제10조의 행복추구권은 국민이 행복을 추구하기 위하여 필요한 급부를 국가에게 적극적으로 요구할 수 있는 것을 내용으로 하는 것이 아니라, 국민이 행복을 추구하기 위한 활동을 국가권력의 간섭 없이 자유롭게 할 수 있다는 포괄적인 의미의 자유권으로서의 성격을 가지는 것이다(헌재 93헌가14).

23) 헌법 제10조가 정하고 있는 행복추구권에서 파생되는 자기결정권 내지 일반적 행동자유권은 이성적이고 책임감 있는 사람의 자기의 운명에 대한 결정·선택을 존중하되 그에 대한 책임은 스스로 부담함을 전제로 한다. 자기책임의 원리는 이와 같이 자기결정권의 한계논리로서 책임부담의 근거로 기능하는 동시에 자기가 결정하지 않은 것이나 결정할 수 없는 것에 대하여는 책임을 지지 않고, 책임부담의 범위도 스스로 결정한 결과 내지 그와 상관관계가 있는 부분에 국한됨을 의미하는 책임의 한정원리로 기능한다(헌재 2001헌가25; 헌재 2002헌가27; 헌재 2009헌마170).

24) 환자가 의료서비스와 관련하여 결정을 내리기 위해서는 그 전제로서 의사의 설명의무가 매우 중요하다.

한 권리는 인간의 존엄과 가치를 규정한 헌법 제10조, 신체의 자유를 규정한 제12조 제1항, 그리고 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다는 헌법 제37조 제1항에서 그 헌법적 근거를 찾을 수 있다.

생명에 관한 권리는 국가에 의한 침해로부터 생명을 방어하려는 대국가적 방어권으로서의 성격과 더불어 생명을 제3자의 침해로부터 보호하여 줄 것을 국가에 대해 요구할 수 있는 보호청구권으로서의 성격을 아울러 가진다(정종섭, 2008). 이러한 의미에서 생명에 관한 권리가 헌법상 보장된다고 한다면 생명을 단절하는 국가적 행위나 생명에 대한 위협을 방치하는 부작위는 용납되지 않는다(권영성, 2004).

그리고 헌법 제10조는 모든 기본권 보장의 중국적 목적이자 기본이념이라 할 수 있는 인간의 본질적이고 고유한 가치인 인간의 존엄과 가치로부터 유래하는 인격권을 보장하고 있고(헌재 89헌마82), 제12조는 정신적 자유와 더불어 인간의 존엄과 가치를 구현하기 위한 가장 기본적인 자유로서 모든 기본권 보장의 전제가 되는 신체의 자유를 보장하고 있다(헌재 90헌마82).

헌법 제12조에서 보장하고 있는 신체의 자유는 신체의 안정성이 외부로부터의 물리적인 힘이나 정신적인 위협으로부터 침해당하지 아니할 자유와 신체활동을 임의적이고 자율적으로 할 수 있는 자유를 말한다(헌재 92헌가8). 즉, 신체적 완전성과 신체활동의 임의성을 그 내용으로 한다(허영, 2004). 전자로부터 도출할 수 있는 신체를 훼손당하지 아니할 권리는 신체의 완전성을 훼손당하지 아니할 권리로서 본인의 승낙없이 강제로 이루어지는 불법적인 신체훼손의 금지를 그 내용으로 한다. 불법적인 신체훼손행위는 상해죄의 구성요건에 해당되게 된다. 그러나 신체를 훼손당하지 아니할 권리는 정당한 이유가 있는 경우에는 법률로써 제한될 수 있다. 이 경우에도 그 제한은 필요최소한에 그쳐야 한다(권영성, 2004).

(3) 건강권

건강권은 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권(헌법 제10조)을 구체적인 건강생활영역에서 존중하기 위한 표현이다.²⁵⁾ 국제인권규약인 ‘경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약’(A규약)도 “본 규약의 당사국은 모든 사람이 그가 달할 수 있는 최고수준의 신체적·정신적 건강을 향유할 권리를 가지고 있음을 인정 한다”라고 하여 건강권을 규정하고 있다.²⁶⁾ 이러한 건강권은 신체 및 정신의 건강을 지키는 권리로서 그 내용

25) 김철수 교수는 행복추구권의 내용으로 건강권을 언급하고 있다(김철수, 2000). 한편, 헌법재판소는 건강권을 인정하면서도 그 근거에 대해서는 별다른 언급을 하지 않는다. 예컨대, “협연권은 흡연권과 마찬가지로 헌법 제17조, 헌법 제10조에서 그 헌법적 근거를 찾을 수 있다. 나아가 흡연이 흡연자는 물론 간접흡연에 노출되는 비흡연자들의 건강과 생명도 위협한다는 면에서 협연권은 헌법이 보장하는 건강권과 생명권에 기하여서도 인정된다”고 판시하고 있을 뿐이다(헌재 2003헌마457).

은 크게 두 가지로 나누어 볼 수 있다. 국가에 대하여 건강이 침해되지 않도록 요구할 수 있는 권리(자유권적 보장)와 국가에 적극적인 건강의 유지·증진, 질병의 예방·치료, 그 밖의 건강회복조치, 의료보장의 충실 등의 시책(사회적 보장)을 요구할 수 있는 권리가 그것이다. 전자(前者)는 생명·신체권과 관련이 있고, 후자(後者)는 보건권과 관계된다.²⁷⁾ 특히, 후자의 경우에는 적극적인 입법을 필요로 한다. 이와 관련해서는 보건의료에 관한 기본법인 ‘보건의료기본법’이 있다. 이에 관한 내용은 항을 바꾸어 아래에서 살펴보기로 한다.

(4) 보건권

헌법은 “모든 국민은 보건에 관하여 국가의 보호를 받는다”라고 규정하고 있는데(제 36조 제3항), 이를 ‘보건에 관한 권리’ 또는 ‘보건권’으로 부른다. 이는 국가에 대하여 건강한 생활을 침해하지 않도록 요구할 수 있을 뿐만 아니라, 보건을 유지하도록 국가에 대하여 적극적으로 요구할 수 있는 권리이다(김철수, 2000; 헌재 96헌마246). 즉, 국가는 국민의 건강생활을 단순히 소극적으로 침해하여서는 아니 될 의무뿐만 아니라, 적극적으로 국민보건을 위한 정책을 수립하고 시행할 의무를 지게 된다.²⁸⁾ 따라서 보건권은 공권력에 의한 건강침해에 대하여 그 배제를 요구할 수 있다는 점에서 자유권적 성격을 가지는 것이지만, 국민의 건강에 대하여 국가의 적극적 배려를 청구할 수 있다는 점에서 사회적 기본권으로 성격을 가진다. 그러나 보건권의 주된 성격은 어디까지나 사회적 기본권에 있다고 할 것이다(권영성, 2004). 이러한 내용은 사회적 기본권에 해당하는 것으로서 국가의 적극적인 입법행위를 필요로 하는데, 이는 결국 입법행위에 의한 기본권보호가 문제된다.

2) 국가의 기본권보호의무

(1) 입법행위에 의한 기본권보호

26) 이 조약은 1990년 7월에 비준한바 있다. 헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다(헌법 제6조 제1항).

27) 헌법재판소는 의료인이 아닌 자의 의료행위를 금지하는 의료법에 대해 “이 사건 심판대상(의료법 제25조 제1항 본문의 진단부분(즉, “의료인이 아니면 누구든지 의료행위를 할 수 없으며”라는 부분)과 제66조 제3호 중 제25조 제1항” 본문의 진단에 관한 부분)은 헌법 제10조가 규정하는 인간으로서의 존엄과 가치를 보장하고 헌법 제36조 제3항이 규정하는 국민보건에 관한 국가의 보호의무를 다하고자 하는 것으로서, 국민의 생명권, 건강권, 보건권 및 그 신체활동의 자유 등을 보장하는 규정”이라고 판시하였고(헌재 94헌가7), 그 후 동일한 심판대상에 대해 “이 사건 법률조항(의료법 제25조 제1항 본문의 진단부분 및 제66조 제3호 중 제25조 제1항 본문의 진단에 관한 부분)이 의료인이 아닌 자의 의료행위를 전면적으로 금지한 것은 매우 중대한 헌법적 법익인 국민의 생명권과 건강권을 보호하고 국민의 보건에 관한 국가의 보호의무(헌법 제36조 제3항)를 이행하기 위하여 적합한 조치”라고 판시하였다(헌재 2001헌마370).

28) 헌법재판소는 국민건강증진법시행규칙 제7조 위헌확인 사건에서 “국민은 헌법 제36조 제3항이 규정한 보건권에 기하여 국가로 하여금 흡연을 규제하도록 요구할 권리가 있으므로, 흡연에 대한 제한은 국가의 의무라고까지 할 수 있다”라고 판시하고 있다(헌재 2003헌마457).

우리 헌법은 제10조에서 “국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다”고 규정함으로써, 소극적으로 국가권력이 국민의 기본권을 침해하는 것을 금지하는 데 그치지 아니하고, 나아가 적극적으로 국민의 기본권을 ‘타인의 침해’로부터 보호할 의무를 부과하고 있다. 국민의 기본권에 대한 적극적인 국가의 보호의무는 궁극적으로 입법자의 입법행위를 통하여 비로소 실현될 수 있다. 따라서 국가의 보호의무를 입법자가 어떻게 실현하여야 할 것인가의 문제는 원칙적으로 권력분립 원리와 민주주의 원리에 따라 국민에 의해 직접 민주적 정당성을 부여받고 자신의 결정에 대해 정치적 책임을 지는 입법자의 책임범위에 속한다. 왜냐하면 국가의 기본권 보호의무의 이행은 입법자의 입법을 통하여 비로소 구체화되는 것이고, 국가가 그 보호의무를 어떻게 어느 정도로 이행할 것인지는 원칙적으로 한 나라의 정치·경제·사회·문화적인 제반여건과 재정사정 등의 고려 하에 정하여지는 입법정책적인 문제이기 때문이다(헌재 90헌마110).

(2) 기본권보호의무의 심사기준

헌법재판소는 권력분립의 관점에서 국가가 국민의 법익보호를 위하여 적어도 적절하고 효율적인 최소한의 보호조치를 취했는가를 기준으로 단지 제한적으로만 입법자에 의한 보호의무의 이행을 심사할 수 있다(소위, 과소보호금지의 원칙). 따라서 국가가 국민의 법익을 보호하기 위하여 전혀 아무런 보호조치를 취하지 않았거나 또는 취한 조치가 법익을 보호하기에 명백하게 전적으로 부적합하거나 불충분한 경우에 한하여 헌법재판소는 국가의 보호의무의 위반을 확인할 수 있을 뿐이다.²⁹⁾ 따라서 입법부작위나 불완전한 입법에 의한 기본권의 침해는 입법자의 보호의무에 대한 명백한 위반이 있는 경우에만 인정될 수 있다(헌재 90헌마110).

2. 법률상의 권리 : 보건의료기본법상 환자의 권리

1) 보건의료기본법의 제정

의회는 헌법의 여러 규정과 기본권보호의무에 근거하여 보건의료의 발전과 국민의 보건 및 복지의 증진에 이바지하기 위하여 보건의료에 관한 법률인 ‘보건의료기본법’을 제정하게 되었다. 이 법은 보건의료에 관한 국민의 권리·의무와 국가 및 지방자치단체의 책임을 정하고 보건의료의 수요와 공급에 관한 기본적인 사항을 규정함으로써 보건의료의 발전과 국민의 보건 및 복지의 증진에 이바지하는 것을 목적으로 한다. 또한 보건의료를 통하여 모든 국민이 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며 행복을 추구할

29) 입법부작위에는 입법자가 헌법상 입법의무가 있는 사항에 대해서 전혀 아무런 입법조치를 취하지 않았거나(입법부작위) 또는 입법자가 어떤 사항을 입법은 하였으나 그 내용·범위·절차 등이 당해 사항을 불완전, 불충분 또는 불공정하게 규율한 경우(불완전한 입법)가 있다. 전자를 진정입법부작위, 후자를 부진정입법부작위라고 한다.

수 있도록 하고 국민 개개인이 건강한 삶을 영위할 수 있도록 제도와 여건을 조성하며, 보건의료의 형평과 효율이 조화를 이룰 수 있도록 함으로써 국민의 삶의 질을 향상시키는 것을 기본이념으로 한다. 구체적인 내용은 다음과 같다.

2) 보건의료기본법상의 권리

첫째, 모든 환자는 자신의 건강보호와 증진을 위하여 적절한 보건의료서비스를 받을 권리를 가진다(제6조 제1항).

둘째, 모든 환자는 자신과 가족의 건강에 관하여 국가의 보호를 받을 권리를 가진다(환자의 건강권). 또한 모든 국민은 성별, 나이, 종교, 사회적 신분 또는 경제적 사정 등을 이유로 자신과 가족의 건강에 관한 권리를 침해받지 아니한다(제10조).

셋째, 모든 환자는 국가와 지방자치단체의 보건의료정책에 관한 내용의 공개를 청구할 권리를 가진다(환자의 알권리). 그리고 모든 국민은 관계 법령에서 정하는 바에 따라 보건의료인이나 보건의료기관에 대하여 자신의 보건의료와 관련한 기록 등의 열람이나 사본의 교부를 요청할 수 있다. 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(제11조).

넷째, 모든 환자는 보건의료인으로부터 자신의 질병에 대한 치료방법, 의학적 연구대상 여부, 장기이식 여부 등에 관하여 충분한 설명을 들은 후 이에 관한 동의 여부를 결정할 권리를 가진다(환자의 자기결정권). 반면에 보건의료인은 보건의료서비스를 제공할 때에 학식과 경험, 양심에 따라 환자의 건강보호를 위하여 적절한 보건의료기술과 치료재료 등을 선택할 권리를 가진다. 다만, 이 법 또는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우에는 그러하지 아니하다(제12조, 제6조 제2항).

그밖에 국가는 보건의료발전계획을 수립하여 시행해야 하며, 평생국민 건강관리사업을 통해 여성과 어린이, 노인, 장애인 등의 건강증진과 학교보건의료, 산업보건의료, 환경보건의료, 식품위생·영양 등을 관리해야 한다고 규정하여 건강권의 보호를 위한 규정을 두고 있다(제35조~제38조).

IV. 환자의 소비자로서 권리

1. 헌법상 권리로서 소비자권리

환자는 그 자체로 환자로서의 지위를 가짐과 동시에 의료서비스를 제공받는다는 점

에서 의료소비를 하게 되고 따라서 소비자로서의 지위도 함께 가진다. 즉, 환자는 환자 인 동시에 소비자라는 이중적 지위를 가지게 된다. 따라서 환자도 소비자권리의 주체가 될 수 있다. 다만, 환자는 일반재화가 아닌 의료서비스라는 특수한 영역에서 소비하는 자연인이기 때문에 환자는 소비자에 대하여 특수한 지위에 있을 뿐이다.

1) 소비자권리의 기본권성

소비자의 권리는 헌법상 기본권의 형태로 구체화되어 있지는 않다. 단지 헌법 제124 조에서 “국가는 건전한 소비행위를 제도하고 생산품의 품질향상을 촉구하기 위한 소비자보호운동을 법률이 정하는 바에 의하여 보장한다”라고 하여 소비자보호운동에 대한 보장을 선언하고 있을 뿐이다.³⁰⁾ 이러한 규정을 어떻게 받아들일 것인지에 관하여 제도 보장설, 기본권유사권리설, 그리고 기본권설의 대립이 있다.

(1) 제도보장설

제도보장설은 현행헌법이 보장하는 소비자보호에 관한 규정의 성격이 기본권을 보장한 것인지 아니면 하나의 제도보장인지에 대하여는 논란이 있을 수 있다고 하면서, 소비자보호에 관한 현행헌법 규정이 기본권의 장이 아닌 경제의 장에 규정되어 있다는 점과 명문의 규정이 소비자보호의 보장이 아니라 소비자보호 ‘운동’의 보장으로 규정되어 있다는 점을 중시하여 객관적 법질서의 보장으로서의 제도보장으로 이해하는 견해이다.³¹⁾ 즉, 헌법 표현상 ‘소비자보호운동’에서 소비자의 권리를 바로 연역해 낼 수 있는지에 대하여는 의문이라고 한다(성낙인, 2004).

(2) 기본권유사적 권리설

기본권유사적 권리설은 기본권의 장에 규정되어 있지 않은 한 — ‘소비자의 권리’라고 명시되지도 아니한 것을 — 기본권이라 부르는 것은 문제가 있다고 하면서, 기본권의 장 이외의 곳에 어떤 권리가 규정되어 있을 경우, 그것을 ‘기본권유사적 권리’(grundrechtsähnliche Rechte)라고 부르는 독일헌법학의 예를 수용하여 소비자의

30) 일반적으로 소비자보호운동권이라 함은 소비자를 조직화하여 단체를 결성하고, 이를 통하여 소비자보호를 위한 단체적 행동을 취하거나 또는 행정이나 재판에 참가하는 권리라고 할 수 있다. 소비자권리의 회복·확립을 위한 소비자의 자주적인 운동권으로서의 소비자보호운동권은 생산자와 소비자의 실질적 평등을 실현하기 위한 소비자주의(consumerism)에 근거하는데, 이는 소비자가 상품의 구매 및 소비과정에서 발생하는 생산자 또는 공급자로부터 부당한 지배와 횡포를 배제하고 소비자이익을 위하여 소비의 자유를 실현하려고 하는 소비자에 의한 사회운동이다(이준복, 2009).

31) 제도적 보장은 객관적 제도를 헌법에 규정하여 당해 제도의 본질을 유지하려는 것으로서, 헌법제정권자가 특히 중요하고도 가치가 있다고 인정되고 헌법적으로 보장할 필요가 있다고 생각하는 국가제도를 헌법에 규정함으로써 장래의 법발전, 법형성의 방침과 범주를 미리 규율하려는 데 있다. 다시 말하면 이러한 제도적 보장은 주관적 권리가 아닌 객관적 법규범이라는 점에서 기본권과 구별되기는 하지만 헌법에 의하여 일정한 제도가 보장되면 입법자는 그 제도를 설정하고 유지할 입법의무를 지게 될 뿐만 아니라 헌법에 규정되어 있기 때문에 법률로써 이를 폐지할 수 없고, 비록 내용을 제한한다고 하더라도 그 본질적 내용을 침해할 수는 없다(헌재 95헌바48)

권리를 기본권유사적 권리로 보는 것이 타당하다는 견해이다.³²⁾

(3) 기본권설

기본권설은 소비자보호운동은 소비자의 권리를 전제하면서 이러한 소비자의 권리를 확보하기 위한 것이기 때문에 소비자보호운동을 보장하는 규정은 당연히 소비자의 권리를 기본권으로서 함께 보장한다고 보아야 한다는 견해이다. 이런 입장은 통상 헌법 제124조를 소비자 ‘기본권’을 보장한 조항으로 이해하고 있으며, 소비자기본권을 “소비자가 인간다운 생활을 영위하기 위하여 공정한 가격으로 양질의 상품 또는 용역을 적절한 유통구조를 통해 적절한 시기에 구입하거나 사용할 수 있는 권리”라고 정의하고 있다(계희열, 2004).

(4) 기본권설의 타당성

생각건대, 제도적 보장설은 헌법의 양면성이 인정되어 주관적 공권뿐만 아니라 객관적 가치질서로서의 성격을 가지고, 객관적 제도는 그 자체에 존재목적이 있는 것이 아니라 기본적 권리를 실현시키기 위한 수단적 성격을 가진다는 점에서, 그리고 기본권유사적 권리설은 소비자보호운동의 보장은 그 전제로서 소비자의 보호를 위한 성격을 가짐에도 불구하고 이를 권리를 인정하지 않고 오히려 새로운 용어 내지 이론을 언급함으로써 그 성격을 불분명하게 하고,³³⁾ 기본권으로서의 권리성을 약화시킬 수 있다는 점에서, 양설은 오늘날의 헌법이론과 합치하지 않는다. 즉, 모든 국가권력은 국민의 기본권을 보장하기 위해 행사되어야 하기 때문이다(국가권력의 기본권기속). 따라서 소비자운동에 대한 헌법적 보장은 곧 소비자의 권리를 전제한 것으로 이해하는 것이 합리적인 해석이라는 점에서 기본권설이 타당하다고 본다. 이런 점에서 헌법 제124조는 소비자권리의 근거규정으로 볼 수 있다(계희열, 2004; 정극원, 2003; 이성환, 2005; 이준복, 2009).

헌법재판소도 자유시장경제의 경쟁의 원리와 관련하여 소비자의 권리를 간접적으로 인정하고 있다. 즉, “소비자는 물품 및 용역의 구입·사용에 있어서 거래의 상대방, 구입장소, 가격, 거래조건 등을 자유로이 선택할 권리를 가진다. 소비자가 시장기능을 통하여 생산의 종류, 양과 방향을 결정하는 소비자주권의 사고가 바탕을 이루는 자유시장경제에서는 경쟁이 강화되면 될수록 소비자는 그의 욕구를 보다 유리하게 시장에서 충족시킬 수 있고, 자신의 구매결정을 통하여 경쟁과정에 영향을 미칠 수 있기 때문에 경

32) 우리 헌법상 소비자 운동보호에 대한 내용만을 규정하고 있으며, 헌법에 명시적으로 소비자의 권리를 명시하고 있지는 않다. 헌법해석상 명문이 없기에 소비자의 권리를 헌법상 권리로 해석하는데 있어서 무리가 생길 수 있기에, 이러한 경우 헌법상 기본권과 비슷한 정도로 소비자의 권리를 해석할 수 있다는 논지이다(홍성방, 2003. 2).

33) 소비자의 권리가 제9장 경제의 장에 규정되어 있기 때문에 소비자기본권을 규정한 것이 아니라고 보는 것은 기본권이 제2장 기본권의 장에만 규정되어 있는 것은 아니기 때문에 이는 타당하지 못하다.

쟁은 또한 소비자보호의 포기할 수 없는 중요 구성부분이다”라고 판시한바 있다(헌재 96헌가18).³⁴⁾ 즉, 헌법재판소도 소비자주권론의 입장에서 소비자의 권리를 헌법상 권리로 이해하고 있다.³⁵⁾

2) 소비자권리의 헌법적 성격

소비자권리를 기본권으로 보는 입장에서도 그 기본권의 구체적인 성격과 관련하여 경제적 자유권설, 사회적 기본권설, 그리고 복합적 기본권설의 대립이 있다.

(1) 경제적 자유권설

경제적 자유권설은 소비자의 권리가 상품 또는 용역을 자유롭게 선택할 수 있고 양질의 상품 또는 용역을 공정한 가격으로 적절한 유통구조를 통하여 적절한 시기에 구입하여 사용하거나 이용할 권리(자유)를 행사함에 있어서, 거래상의 경제주체인 소비자의 경제적 이익의 침해로부터의 자유를 보장하는 것이기 때문에 자유권, 그 중에서도 경제적 자유권이라고 보는 견해이다(구병삭, 1993).³⁶⁾ 이 견해에 의하면 소비자의 권리 중에서도 특히 상품이나 서비스의 선택의 자유 또는 거래주체로서의 소비자의 재산적 이익의 보장이라는 측면에 주목한다.

(2) 사회적 기본권설

사회적 기본권설은 현대산업사회에 있어서 소비자의 권리가 경제적 약자로서 종속적 지위에 있는 소비자의 구조적 피해로부터 그 이익을 보호함으로써 인간다운 생활을 보장하기 위한 것이므로 생존권적 기본권의 성격을 가진다고 한다(윤명선, 1993). 이러한 의미에서 기본권으로서의 소비자의 권리는 자연인으로서의 소비자의 생존을 위한 권리로 본다. 따라서 소비자의 권리는 전통적인 의미의 자유권이라기보다는 생존권에 가깝고 이를 ‘생존권적 재산권’이라고 부를 수 있다고 한다(양건, 1982).

34) 한편, 공정거래위원회(公正去來委員會)의 고발권불행사 사건(94헌마136)에서 재판관 조승형은 별도의견에서 “헌법 제124조가 예정하고 있는 소비자기본권”이라고 명시적으로 밝힌바 있다.

35) 소비자주권론은 미국에서 등장한 이론으로서 19세기 말과 20세기 초까지는 미국의 소비자보호법의 지배적인 원리는 ‘Caveat Emptor’ 원리(매수자 위험 부담 원칙: 구매 물품의 하자 유무에 대해서는 매수자가 확인할 책임이 있다는 원칙)였다. 그러나 이 원리는 대등한 당사자 간의 거래에서는 적합하였지만, 강력한 사업자와의 거래에 있어서는 소비자보호에 적합하지 않게 되었고, 1965년 거대기업체인 GM자동차의 결함을 고발한 것에서 출발하여 소비자보호를 주창하게 되었다. 이에 미국의 소비자보호법은 ‘Caveat Emptor’ 원리 대신에 ‘소비자주권론’을 도입하게 되었는데, 소비자주권론에 의하면 시장이 진정한 경쟁, 완전한 정보, 최소한도의 정부간섭이라는 세 가지 요소에 의하여 특정 지어질 때 시장은 소비자의 이익이 최대한도록 운용된다는 것이다(이기수·유진희, 2004). 이러한 소비자주권(consumer sovereignty)이란 소비자가 사업자들로 하여금 그가 원하는 상품이나 용역을 그가 원하는 조건으로 제공받을 수 있도록 하는 것을 말한다. 다시 말해서, 시장경제에서는 주어진 생산자원을 가지고서 누가 무엇을 얼마만큼 생산하여 누구에게 공급할 것인가 하는 문제, 즉 사회전체의 자원배분이 소비자들의 자유로운 선택에 의하여 결정된다는 것을 의미한다(권오승, 2008).

36) 따라서 구병삭 교수는 소비자의 권리를 경제적 자유에 관한 기본권의 편에서 서술하고 있다.

(3) 복합적 기본권설

복합적 기본권설은 소비자의 권리를 다양한 성격을 함께 갖는 기본권으로 파악하는 견해이다. 이는 세부적으로 경제적 자유권과 사회적 기본권의 이중적 성격의 기본권이라는 견해,³⁷⁾ 경제적 자유권과 청구권적 기본권의 이중적 성격의 기본권이라는 견해,³⁸⁾ 그리고 자유권적 기본권·경제적 기본권·청구권적 기본권·사회적 기본권의 성격을 모두 갖는 복합적 성격의 기본권이라는 견해³⁹⁾ 등으로 나누어진다.

(4) 자유권적 성격과 청구권적 성격으로서 이중적 성격의 타당성

생각건대, 소비자권리는 현행헌법의 경제질서(제119조)하에서 기본적으로 자유권적 성격을 가질 수밖에 없다. 왜냐하면 소비자의 권리는 소비자와 사업자간의 힘의 불균형을 극복하기 위하여 소비자들이 자구(自救)의 노력으로 사회운동·시민운동 차원에서 소비자보호운동을 추진해 나가는 과정에서 획득된 투쟁의 산물이며, 소비자피해를 방어하기 위한 수단으로 등장한 권리개념이기 때문이다(이창범, 1993). 다만, 경제적 약자인 소비자는 그 피해를 방어하기 위해서는 국가의 보호를 필요로 한다는 점에서 청구권적 성격을 가진다. 따라서 소비자의 권리는 한편으로 상품 또는 용역을 자유롭게 선택할 수 있는 권리라는 점에서 자유권적 성격을 가지며, 다른 한편으로는 경제적 약자인 소비자가 국가에 대하여 보호를 청구할 수 있다는 점에서 청구권적 성격을 가진다고 볼 수 있다.⁴⁰⁾

3) 기본권의 객관적 가치질서성과 제3자적 효력

37) 한상범 교수는 소비자권리는 재산권의 보장을 받는 주체로서 경제적 이익인 가격·품질·위해 등에 있어서 자유를 보장받는 경제적 자유권의 성격을 가지는 반면, 경제적 약자로서 인간다운 생활을 누리기 위해 국가의 적극적인 간섭을 요구하는 사회적 기본권의 성격을 동시에 가지고 있으므로 이중적·복합적 성격의 기본권이라고 한다(한상범, 1977).

38) 계획열 교수는 소비자의 권리는 한편으로 상품 또는 용역을 자유로이 선택할 수 있는 권리라는 점에서 경제적 자유권의 성격을 가지며, 다른 한편 소비자의 권리가 국가에 대한 보호청구권을 그 주요내용으로 한다는 점에서, 즉 소비자가 경제적 약자로서 종속적 지위에 있는 소비자의 구조적 피해로부터 보호를 요구하는 것은 보호 '청구권'으로서의 성격도 갖는다고 하며, 다만 서술의 편의상 경제적 자유권으로 분류하여 고찰하고 있다(계획열, 2004).

39) 권영성 교수는 소비자권리의 법적 성격에 대하여 ㉠ 상품 또는 용역의 자유로운 선택과 소비자집단행동에 관하여 방해를 받지 아니하는 권리라는 측면에서는 자유권적 기본권이라 할 수 있고, ㉡ 양질의 상품 또는 용역을 공정한 가격으로 구입하거나 사용함으로써 경제적 손실을 피할 수 있는 권리라는 측면에서는 경제적 기본권이라 할 수 있으며, ㉢ 소비자의 피해의 예방 또는 보상을 청구할 수 있는 권리라는 측면에서는 청구권적 기본권이라 할 수 있고, ㉣ 양질의 상품 또는 용역을 적절한 유통구조를 통해 구입하거나 사용함으로써 인간다운 생활을 영위할 수 있고 또 건강을 침해당하지 아니할 권리라는 측면에서는 사회적 기본권이라 할 수 있다고 하여 하나의 현대형 인권으로서 복합적 기본권이라 설명하고 있다(권영성, 2004).

40) 홍성방 교수는 기본권유사적 권리도 법적 성격은 기본권의 법적 성격에 준하여 생각해 볼 수 있다고 하면서 자유권적 성격과 청구권적 성격을 병유하고 있는 것으로 볼 수 있다고 한다(홍성방, 2003. 5).

기본권은 국가에 대한 자유로운 기본권행사의 보장으로서 기능하기 때문에 일반적으로 기본권의 효력은 국가에 대해서만 미치지만, 소비자권리는 그 권리가 침해되는 것을 방어할 수 있는 주관적 공권인 동시에 경제사회질서를 구성하는 객관적 법질서라고 하는 이중적 성격을 지닌다(강경근, 2002). 따라서 소비자권리는 기본적으로 소비자의 사업자에 대한 권리이므로, 제3자적(대사인적) 효력을 가질 수밖에 없다(이부하, 1999).⁴¹⁾ 즉 헌법상 소비자의 기본권의 구현을 위하여 소비자보호법에서는 현대 소비사회에서 지배적 지위를 가지고 있는 사업자에 비하여 불평등한 입장에 놓일 수밖에 없는 소비자를 위하여, 사업자의 책무를 규정하고 있다. 사업자는 물품 등으로 인하여 소비자에게 생명·신체 또는 재산에 대한 위해가 발생하지 아니하도록 필요한 조치를 강구하여야 하고, 사업자는 물품 등을 공급함에 있어서 소비자의 합리적인 선택이나 이익을 침해할 우려가 있는 거래조건이나 거래방법을 사용하여서는 아니 된다. 그리고 사업자는 소비자에게 물품 등에 대한 정보를 성실하고 정확하게 제공하여야 하고, 사업자는 소비자의 개인정보가 분실·도난·누출·변조 또는 훼손되지 아니하도록 그 개인정보를 성실하게 취급하여야 한다. 이러한 사업자의 책무를 법규화 함으로서 사업자와 소비자가 현대 시장에서 동등한 지위를 점하지 못하여 발생하는 소비자의 일방적 권리 침해를 보정해주는 기능을 하고 있으며, 이는 자유시장에 대하여 헌법상 정신이 투영되는 기본권의 객관적 가치질서성의 구현이며, 기본권의 제3자적 효력의 구현형태라 할 수 있을 것이다.

2. 헌법의 구체화법으로서 소비자기본법

헌법상의 권리인 소비자권리를 위한 구체화가 바로 소비자기본법이라고 할 수 있다(최대권, 1998). 이와 관련하여 헌법 제124조는 소비자권리 내지 소비자보호운동의 보장에 대한 입법위임의 근거로 기능하고 있다(정극원, 2003).

1) 소비자기본법의 제정

소비자권리 내지 소비자보호운동의 보장에 관한 헌법상의 규정은 1980년 헌법에서 처음으로 등장한다. 즉, 현행헌법 제124조와 동일하게 “국가는 건전한 소비행위를 계도하고 생산품의 품질향상을 촉구하기 위한 소비자보호운동을 법률이 정하는 바에 의하여 보장하다”(제125조)라고 규정되었다. 이에 따라 소비자보호법은 법률 제3257호로 1980. 1. 4. 제정되었다. 그러나 소비자기본법으로 2006. 9. 27. 전부개정하게 되는데, 그 개정이유로는 종래 소비자보호 위주의 소비자정책에서 탈피하여 중장기 소비자정책의 수립, 소비자안전·교육의 강화 등으로 소비자권익을 증진함으로써 소비자의 주권을

41) 소비자기본법은 소비자권리의 대국가적 효력의 일환으로 제6조에서 ‘국가 및 지방자치단체의 책무’를 규정하고 있고, 대사인적 효력의 일환으로 제19조에서 ‘사업자의 책무’를 규정하고 있다.

강화하고, 소비자피해를 신속하고 효율적으로 구제하기 위하여 일괄적 집단분쟁조정 및 단체소송을 도입하여 소비자피해구제제도를 강화하는 것 등을 들고 있다. 이렇듯 ‘소비자보호법’에서 ‘소비자기본법’으로의 전부개정은 소비자의 권리에 대한 인식변화를 반영하는 것이다. 따라서 법률상의 정책적 규정이 아닌 헌법상의 소비자권리를 구체화한 것으로 볼 수 있다.⁴²⁾

2) 소비자기본법상의 권리

소비자권리는 1962년 미국의 케네디 대통령이 의회에 제시한 “소비자보호에 관한 연두교서”에서 소비자의 4대 권리로서 ① 안전의 권리, ② 알 권리, ③ 선택할 수 있는 권리, ④ 의사를 반영할 수 있는 권리 등이 제창되었는데(최병록, 1993; 김지선, 1999), 우리나라의 소비자기본법도 제4조에서 소비자 스스로의 안전과 권익을 위한 기본적 권리로서 ① 안전의 권리, ② 알 권리, ③ 선택할 수 있는 권리, ④ 의견을 반영할 수 있는 권리, ⑤ 피해보상을 받을 권리, ⑥ 교육을 받을 권리, ⑦ 단체를 조직하고 활동할 수 있을 권리 등을 규정하여 소비자권리의 법적 근거를 확고히 하고 있다.⁴³⁾ 다만, 여기서는 소비자기본법상의 권리 그 자체에 관한 논의보다는 의료서비스를 제공받는 환자와의 관련성하에서 논의가 필요한 상황이므로, 소비자기본법상의 권리를 소비자인 환자의 측면에서 살펴보기로 한다.

첫째, 환자는 안전의 권리를 가진다(제4조 제1호). 환자는 의사에게 자신이 안전한 의료서비스를 받을 수 있도록 요구할 수 있다. 의료서비스가 환자의 신체에 항상 상해의 위험을 가져올 수 있다는 점에서 환자의 안전의 권리는 특히 강하게 요구된다. 보통 소비자의 안전을 위해 사전적으로는 식품위생법, 농산물품질관리법, 수산물품질관리법, 품질경영 및 공산품안전관리법 등이 규제를 하고, 소비자의 안전이 해친 경우 사후적 구제를 위해서는 제조물책임법 등이 있다. 특히 제조물책임법에서의 제조업자의 무과실 책임 같은 경우는 의료분쟁에 있어서의 무과실책임과도 논리적으로 연관이 될 수 있는 주제이기도 하다.⁴⁴⁾

둘째, 환자는 자신이 받는 의료서비스에 대해 알 권리를 가진다(제4조 제2호). 오늘

42) 이와 유사한 취지가 있다(이준복, 2009).

43) 환자의 권리장전(Charters for Patients' Rights)에도 이와 유사한 내용들이 있다. ① 진료를 받을 권리(The Right to Health Care), ② 정보접근권(Access to Information), ③ 선택권(Choice), ④ 진료참여권(Participation), ⑤ 존엄권(Dignity and Humane Care), ⑥ 비밀보장권(Confidentiality), ⑦ 손해배상청구권(Complaints and Redress)(정영철 외, 2005).

44) 무과실책임원칙은 생산조직의 기계화·대량화 됨에 따라 기업활동을 통하여 이익을 얻는 사용자는 그 활동에 수반되는 손해에 대해서도 과실여부를 불문하고 그 상대방에게 보상하여야 한다는 것을 말한다. 우리나라도 이러한 무과실책임원칙을 근거로 하는 제조물책임법이 2000년 1월 1일에 제정되어 2002년 7월 1일부터 시행되었다. 이에 따르면 제조물의 결함으로 인하여 생명·신체 또는 재산에 손해를 입은 소비자는 제조업자의 고의·과실의 입증에 관계없이 손해를 제조업자로부터 배상받을 수 있게 되었다.

날과 같이 고도화된 경제사회에서 소비자들이 자기가 원하는 상품이나 서비스를 올바르게 구매하여 자신들의 욕구를 만족시키기 위해서는 이들에 대한 정확한 지식이나 정보가 필요하다. 이는 헌법상 국민의 기본권인 알권리와는 그 근거에서 차이점이 있다. 여기서는 소비자권리의 한 내용으로서 알 권리이다. 그러나 알 권리의 내용으로서 정보수령권, 정보수집권, 정보선택·선택권 등은 큰 차이가 없다. 특히 의료문제와 관련해서 환자 및 그 보호자는 검사기록이나 자료 및 필름 등의 사본교부를 요구할 수 있도록 의료법이 규정하고 있다.⁴⁵⁾

셋째, 환자는 의료서비스를 제공할 거래 상대방과 구입장소, 가격 및 거래조건 등을 자유롭게 선택할 권리가 있다(제4조 제3호).⁴⁶⁾ 이는 사법상의 자유계약의 원칙에 따라 당연히 인정되는 것이다.⁴⁷⁾ 그럼에도 불구하고 소비자권리로서 보장하는 이유는 현대사회에서는 거래의 상대방(공급자)이 독과점의 지위에 있는 경우가 많기 때문이다. 소비자의 자유선택권이 실현되기 위해서는 독과점의 금지·공정거래의 보장 및 유통구조의 개선 등이 선행되어야 한다(이부하, 1999). 특히, 의료영역 또한 소수의 면허를 가진 자격자만이 제공할 수 있는 독과점 영역이기 때문에 환자가 자유롭게 의사와 거래 조건, 가격 등을 자유롭게 선택하기 위해서는 국가는 공급자의 독점적 성격을 깨뜨려야 하는 반면에 의료라는 영역은 국민의 생명과 신체에 중대한 영향을 미치는 분야이기 때문에 그 자격이 엄격하여야 하고 국가의 시장 관리 등을 받을 필요성이 있다.⁴⁸⁾ 따라서 환자의 자유로운 선택에 대해 의사의 독과점적인 지위의 남용을 막기 위해서는 여러 입법이 필요한데, 가령 의료법 제15조와 응급의료에 관한 법률 제6조에서 정하고 있는 의료종사자의 환자진료거부 금지 조항은 윤리적 측면에서만뿐만 아니라 소비자권리라는 측면에서도 정당화될 수 있다고 본다.

넷째, 환자는 국가 및 지방자치단체의 의료정책과 의사의 의료활동 등에 대하여 의견을 반영시킬 권리가 있다(제4조 제4호). 헌법에서 소비자 권리의 근거 조항으로 거론

45) 의료법 제21조(기록 열람 등) ①의료인이나 의료기관 종사자는 환자가 아닌 다른 사람에게 환자에 관한 기록을 열람하게 하거나 그 사본을 내주는 등 내용을 확인할 수 있게 하여서는 아니 된다.

46) 국민들은 건강보험제도에 의하여 보편적인 요양급여를 받는 수준에 그치지 않고, 더 나아가 자기의 비용으로 특별하고 특수한 진료를 선택할 수 있는 결정권도 가진다. 이러한 국민의 의료선택권도 최대한 보장되어야 한다. 재판관 조대현의 보충의견(헌재 2006헌마417).

47) 계약자유 원칙이란 계약을 체결할 것인가의 여부, 체결한다면 어떠한 내용의, 어떠한 상대방과의 관계에서, 어떠한 방식으로 계약을 체결하느냐 하는 것도 당사자 자신이 자기의사로 결정하는 자유뿐만 아니라, 원칙 없으면 계약을 체결하지 않을 자유를 말하며, 이는 헌법상의 행복추구권 속에 함축된 일반적 행동자유권으로부터 파생되는 것이라 할 것이다(헌재 89헌마204).

48) 헌법재판소도 이와 관련된 판시를 한바 있다. “국가는 국민의 생명권과 건강권을 보호할 의무를 지므로(헌법 제36조 제3항), 질병의 예방과 치료에 관한 행위로서 의학적 전문지식이 있는 자가 행하지 아니하면 사람의 생명·신체나 공중위생에 위해가 발생할 우려가 있는 행위에 대하여는 일정한 형태의 자격인증을 하고 그 자격에 반하는 의료행위, 즉 무면허 의료행위를 일률적·전면적으로 금지할 필요가 있다”(헌재 2008헌바108 참조).

되는 헌법 제124조는 소비자보호운동권을 규정하고 있는데,⁴⁹⁾ 소비자는 소비자의 지위 향상을 위한 적극적인 운동의 일종으로 입법활동과 정책활동에 나설 수 있다. 마찬가지로 환자 또한 의료정책에 관여할 수 있다.

다섯째, 환자는 자신의 안전의 권리, 알 권리, 선택권 등이 침해되었을 경우 신속하고 공정한 절차에 따른 보상을 받을 권리를 가진다(제4조 제5호). 최근 들어 단순히 환자의 신체에 상해를 가한 경우뿐만 아니라 설명의무의 위반으로 환자의 선택권을 침해하였을 경우에도 권리 침해로 위자료청구소송이 발생하고 있다.⁵⁰⁾

여섯째, 환자는 올바른 의료서비스를 선택하고 공급받기 위하여 필요한 교육을 받을 권리가 있다(제4조 제6호). 권리를 인지하지 않고 권리를 행사하기는 어려우며 정확한 정보를 사전에 제공받지 않는다면 합리적인 판단을 내리기 어렵다. 따라서 환자는 빠르게 발전하는 의료서비스의 내용에 대한 교육을 정부와 의료기관에 요구할 수 있다.

일곱째, 환자는 자신의 소비자운동을 위해 환자 단체를 결성할 권리가 있다(제4조 제7호). 소비자가 왜 단체를 결성해야 하는지를 강조하자면, 기업에 비해 열위인 소비자가 그것을 극복하기 위해서는 조직화가 필요하기 때문이다. 소비자가 안전의 권리, 알 권리 등을 침해당했을 경우 사후적인 대책으로 소송 등의 방법을 통할 수도 있지만 이는 말 그대로 사후적이며 막대한 비용이 드는 방식이다. 따라서 효과적인 소비자운동을 위해서는 소비자의 조직화가 필요하며 그래서 소비자단체를 결성할 권리, 즉 단결권과 단체행동권은 환자의 권리를 실현하는 데에 반드시 수반되어야 하는 권리이다.

여덟째, 환자는 안전하고 쾌적한 의료 환경 속에서 의료서비스를 받을 권리가 있다(제4조 제8호). 특히 의료시설의 경우 환자의 치료와 요양을 위해 안전하고 쾌적할 의료환경을 제공할 의무가 있다. 이를 소비자주권의 시각에서 본다면 이는 ‘환자주권(患者主權)’의 내용으로 파악될 수 있다. 소비자주권이 소비자의 선택이 생산자의 상품의 종류, 양과 방향을 결정하는 것이라면, 환자주권은 환자의 선택이 의료의 종류와 양, 그리고 방향을 결정하는 것이어야 한다.

3) 소비자권리의 침해와 구제

소비자권리가 사업자 등에 의해서 침해된 경우에는 피해의 구제를 ‘한국소비자원’에

49) 소비자는 소비자보호운동을 통하여 단순한 상품이나 정보의 구매자로서가 아니라 주체로서의 지위를 누리게 될 뿐만 아니라, 이를 통하여 집단적으로 활동하여 스스로의 권익을 실현할 수 있게 된다. 소비자보호운동권은 집단성을 개념본질로 하는 것으로서 소비자보호운동권에는 소비자가 집단적으로 상품의 생산자나 사업자에 대한 의견의 반영 및 피해에 대한 구체적 권리를 요구하거나 정부에 의한 소비자보호시책이 미비하거나 소비자의 요구를 충족시켜주지 못하는 경우에 집단적으로 정부에 대한 권리요구권이 포함된다. 이러한 측면에서 소비자보호운동권은 소비자보호청구권이라 불리어지기도 한다(최대권, 1998).

50) 이는 의사의 설명의무 위반으로 인하여 위자료만을 청구하는 경우와 모든 손해를 청구하는 경우에 있어서 설명의무 위반과 결과 사이의 상당인과관계의 존재 여부를 판단한 사건에서도 나타난다(대판 93다60953 참조).

청구할 수 있다(소비자기본법 제35조, 제55조~제69조). 이 경우에 한국소비자원에서는 합의권고나 소비자분쟁조정위원회의 분쟁조정 등의 조치를 강구함으로써, 소비자는 피해에 대한 적절한 구제를 받을 수 있다. 그리고 소비자분쟁조정위원회는 다수의 소비자에게 발생하는 같거나 비슷한 유형의 피해에 대하여 일괄적인 분쟁조정을 실시할 수 있도록 하고, 분쟁조정실시를 일정기간 이상 공고하도록 하는 등 기존 분쟁조정절차의 특례를 규정하고 있다(제68조).

또한 일정한 요건을 갖춘 소비자단체, 사업자단체, 비영리민간단체가 다수 소비자의 생명·신체·재산 등 소비자의 권익을 침해하는 사업자의 위법행위에 대하여 법원에 금지·중지를 청구할 수 있는 소비자단체소송을 도입하고, 소제기의 당사자요건, 소송허가신청 및 확정판결의 효력 등 소비자단체소송의 요건·절차에 관한 사항을 규정하고 있다(제70~76조).

4) 환자의 헌법상 소비자 권리 확장의 실제

환자가 소비자로서의 권리를 보유한다는 것은 환자도 의료서비스에 대하여 소비자로서 한국소비자원에 의한 조정절차에 의한 구제를 받을 수 있는 구체적 권리를 가진다는 것을 의미한다.(소비자기본법 제60조 이하) 뿐만 아니라 소비자로서 환자가 소비자단체를 구성하여, 단체소송을 할 수 있는 특별한 권리도 누릴 수 있다.(소비자기본법 제70조 이하) 실제로 한국소비자원은 의료분쟁을 겪고 있는 환자와 보건의료인 간의 합의권고 및 조정을 담당하여 왔으며, 많은 사례가 축적되어 왔다. 한국소비자원의 의료사고 피해구제 접수 현황을 보면, 2000년에는 450건, 2005년에는 1,093건, 2006년에는 1,156건, 2007년에는 940건, 2008년에는 603건으로 등락을 거듭하고 있었다. 이러한 통계에 비추보면, 소비자보호원에 의한 의료분쟁해결은 민사조정법에 의한 민사조정제도에 의한 화해, 대한의사협회의 공제제도에 의한 해결과 더불어 의료분쟁에 대한 대체적 분쟁해결의 한 축을 담당하고 있었다고 할 수 있다.⁵¹⁾ 그러나 소비자보호원의 소비자분쟁조정위원회에 의한 의료분쟁 해결은 조정결정에 대하여 일방이라도 이의를 제기하면 강제성이 부여되지 않는다는 점에서 문제를 가지고 있었다.(정미영, 2010) 이러한 문제를 해결하기 위하여 의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률에서는 중재제도도 도입하게 된다.(의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률 제43조 이하)

5) 계약상 권리로부터 헌법상 권리로의 확장의 의미

앞서 살펴본 대로, 환자는 기본적 권리로서 헌법상 자기결정권, 생명·신체권, 건강

51) 의료분쟁에 대한 민사조정법에 의한 화해는 2000년에는 519건, 2005년에는 867건, 2006년에는 979건, 2007년에는 766건, 2008년에는 748건이 제기되었고, 대한의사협회의 공제제도에는 2000년에는 485건, 2005년에는 598건, 2006년에는 639건, 2007년에는 713건, 2008년에는 720건이 제기되었다.

권, 보건권 등을 가진다. 보건권과 관련해서 보건의료기본법이 제정되어 있다. 하지만 보건의료기본법은 국가의 기본권보호의무의 일환으로 제정된 법률이기 때문에 보호의 수준은 낮을 수밖에 없고, 법률상 권리에 불과하다. 이러한 한계를 극복하기 위해 헌법상의 권리인 소비자권리를 원용하지 않을 수 없게 되었다. 즉, 환자도 의료급부에 대한 소비자로서의 지위를 가지므로 소비자권리의 주체가 될 수 있기 때문이다. 소비자권리와 관련해서는 소비자기본법이 제정되어 있다. 소비자기본법은 헌법 제124조가 그 근거규정이고 이 규정은 그 구체적인 내용을 법률에 위임하고 있기 때문에 소비자권리를 구체화시키는 법률로 볼 수 있다. 그리고 이 소비자권리는 기본적으로 자유권적 권리로서의 성격을 가지므로 기본권의 최대보장의 원칙이 적용되어 법률상 권리보다 고양된 권리로서의 성격을 가지게 된다. 비록 소비자기본법은 보건의료기본법에 대해 일반법적 지위에 있음에도 불구하고, 바로 여기에서 헌법 이론적으로 환자의 권리로서 소비자권리가 중요한 의미를 가지게 된다. 또한 실질적으로도 소비자기본법은 소비자안전 교육의 강화 등으로 소비자권익을 증진함으로써 소비자의 주권을 강화하고, 소비자피해를 신속하고 효율적으로 구제하기 위하여 일괄적 집단분쟁조정 및 단체소송을 도입하여 소비자피해구제체도를 강화하였다는 점에서도 환자의 소비자로서의 권리는 그 법적 실효성을 보유한 실질적 권리로서 기능하고 있다고 판단된다.

3. 소비자로서 환자의 권리의 보건의료법제로의 수용

1) 의료법의 개정과 소비자로서 환자의 권리 향상

최근 개정된 의료법(일부개정 2012.2.1 법률 제11252호 시행일 2012.8.2)에서는 의료인과 의료기관의 장의 의무에 환자의 권리 향상을 꾀할 수 있는 사항이 신설되었는데, 이는 환자의 소비자로서의 권리향상과 무관하지 않다.

개정된 의료인과 의료기관의 장의 의무를 규정하고 있는 의료법 제4조⁵²⁾에서는 의료기관의 장에게 보건의료기본법상의 환자 자신의 건강보호와 증진을 위하여 적절한 보건의료서비스를 받을 권리(보건의료기본법 제6조), 의사로부터 충분한 설명을 받고 동의할 수 있는 권리(보건의료기본법 제12조), 보건의료와 관련된 사생활의 비밀과 자유에 대한 권리(보건의료기본법 제13조) 등의 온전한 보호를 위하여 보건복지부령으로 정하는 사항을 환자가 쉽게 볼 수 있도록 의료기관 내에 게시하여야 한다고 규정하고

52) (의료인과 의료기관의 장의 의무) ① 의료인과 의료기관의 장은 의료의 질을 높이고 병원감염을 예방하며 의료기술을 발전시키는 등 환자에게 최선의 의료서비스를 제공하기 위하여 노력하여야 한다. <개정 2012.2.1.> ② 의료인은 다른 의료인의 명의로 의료기관을 개설하거나 운영할 수 없다. <신설 2012.2.1.> ③ 의료기관의 장은 「보건의료기본법」 제6조·제12조 및 제13조에 따른 환자의 권리 등 보건복지부령으로 정하는 사항을 환자가 쉽게 볼 수 있도록 의료기관 내에 게시하여야 한다. 이 경우 게시 방법, 게시 장소 등 게시에 필요한 사항은 보건복지부령으로 정한다. <신설 2012.2.1.>

있다. 그리고 이 경우 게시 방법, 게시 장소 등 게시에 필요한 사항도 보건복지부령으로 정하게 하고 있어서, 현재 이와 관련된 보건복지부령을 제정하는 과정에 있다. 그러나 의료계에서는 이러한 조치에 대하여 의사를 협박하거나 소송을 진행시킬 개연성이 크고 이로 인해 의사들의 소신 진료에 위축될 수 있다고 반발하고 있어서 제도의 실효성 확보에서 우려가 제기되고 있다.⁵³⁾

이러한 최근의 의료법 개정 이전에도 비급여 고지제도가 환자의 소비자로서의 권리와 사실상 밀접한 관련이 있었다. 이러한 제도로 인하여 환자의 본인부담에 큰 영향을 미치는 비급여 진료비용 정보에 대한 ‘알 권리’ 요구가 지속적으로 증대되었다. 이에 정부는 소비자들의 진료비용에 대한 예측 가능성 확보하고 소비자의 선택권을 보장하기 위하여 의료기관 및 진료항목의 선택에 도움을 주고자 의료기관으로 하여금 ‘비급여 진료비용 등의 고지’를 의무화하였다.(의료법 제45조제1항) 그리고 동법 시행규칙에서는 의료기관 개설자는 비급여 대상의 항목(행위·약제 및 치료재료를 말함)과 그 가격을 적은 책자 등을 접수창구 등 환자 또는 환자의 보호자가 쉽게 볼 수 있는 장소에 갖추어 두어야 하며, 인터넷 홈페이지를 운영하는 병원급 의료기관은 비급여 대상의 항목과 그 가격 등을 이용자가 알아보기 쉽도록 인터넷 홈페이지에 따로 표시한다고 규정하고 있다.(의료법 시행규칙 제42조의2제1항 및 제3항)(한국소비자원 정책연구실 거래조사팀, 2011)⁵⁴⁾ 그러나 의료기관별로 비급여 진료비에 대한 가격을 책자 및 인터넷상 고지하는 이 제도도 비급여 고지서식이 의료기관마다 제각기이며, 실효성이 높지 않다는 비판이 제기되고 있다.⁵⁵⁾

위와 같은 의료법제에서 소비자로서의 환자의 권리를 수용하는 것은 온전한 선택권 누리기 위하여 필수적인 알권리를 보장받을 수 있도록 기틀을 마련했다는 데에서 의의가 있으나, 각 제도에 대한 의료기관 및 의사의 반발과 소비자인 환자의 무관심으로 인하여 그 실효성에 있어서의 심각한 문제점을 노출시키고 있다.

2) 의료분쟁해결 제도의 도입과 소비자로서 환자의 권리 향상

기존의 의료법 제7장에서는 의료행위로 인하여 생기는 분쟁을 조정하기 위하여 보건복지부장관 소속으로 중앙의료심사조정위원회를, 시·도지사 소속으로 지방의료심사조정위원회를 둔다고 규정하고 있었으며, 중앙의료심사조정위원회와 지방의료심사조정위

53) 반갑지 않은 의료법 개정안...일제히 시행에 의료계 반발 예상, 메디컬투데이 2012.8.3. <http://www.mdtoday.co.kr/mdtoday/index.html?no=197223>(2012.9.4.방문)

54) 의료기관이 이를 위반하는 경우 보건복지부장관이 시정명령(행정처분)을 하고, 이에도 따르지 않는 경우 의료업을 정지시키거나 개설 허가를 취소할 수 있으며, 의료기관 폐쇄를 명할 수 있거나 이에 갈음하여 과징금 부과가 가능하고 면허자격을 정지할 수 있도록 하고 있다.(의료법 제63조, 제64조제1항제6호, 제66조제1항 제10호, 제67조제1항)

55) 김대환, 김동겸, 비급여 진료비용 고지제도의 한계와 시사점, 보험연구원, 2012, 참조.

원회의 구성, 운영, 조정위원의 자격, 그 밖에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다고 규정하고 있었다.(구의료법 제70조 제1항 및 제2항) 그리고 위의 기관들에서는 의료분쟁에 대한 소송 외의 해결을 담당하도록 하고 있었다.⁵⁶⁾ 그러나 이러한 의료법상의 의료분쟁의 조정제도에 관한 규정이 제대로 활용되지 못해, 사문화된 규정이 되었다.

그래서 이러한 의료법에 따라 설치된 의료심사조정위원회에 의한 유명무실한 조정제도 대신에, 소비자기본법에 따른 소비자분쟁조정위원회의 조정을 통하여 의료분쟁도 이루어져 왔다. 그러나 이러한 소비자분쟁조정위원회에 의한 의료분쟁조정은 충분한 전문성을 갖추지 못한 채 소액 사건 위주로 기능을 발휘하고 있다는 문제점이 있어서 의료분쟁에 특화된 새로운 분쟁조정제도를 법제화하게 되었는데, 이것이 바로 2011년에 새로 제정된 의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률⁵⁷⁾에 의한 의료분쟁 조정 및 중재제도이다. 동법에서는 의료분쟁을 신속·공정하고 효율적으로 해결하기 위하여 특수법인 형태로 한국의료분쟁조정중재원을 설립하고, 임의적 조정전치주의를 채택하여 조정과 소송을 별개의 절차로 규율하고 있다. 그리고 동법을 통하여 의료사고로 인한 피해자의 미지급금에 대하여 조정중재원이 손해배상금을 대신 지불하는 제도를 마련하는 등 의료사고로 인한 피해를 신속·공정하게 구제하기 위한 제도도 도입하고 있다. 결국, 의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률은 소비자로서의 환자를 의료사고로 인한 피해로부터 신속·공정하게 구제하기 위하여 제정되었다고 할 수 있다.⁵⁸⁾

56) 본 제도의 구체적인 모습은 다음과 같다. 중앙의료심사조정위원회는 의료분쟁을 조정하고, 그 밖에 보건복지가족부장관이 회의에 부치는 의료행위의 범위, 의료인의 종류에 따른 업무 한계, 그 밖에 의료에 관한 중요 사항을 결정할 수 있는 권한이 주어져 있었다.(구의료법 제70조 제3항) 그리고 의료법에서는 의료분쟁이 생긴 경우 관계 당사자는 시·도지사에게 분쟁의 조정을 신청할 수 있다고 규정하고 있었으며(구의료법 제71조), 시·도지사는 이에 따라 분쟁조정신청을 받으면 지방의료심사조정위원회에 분쟁조정을 맡겨야 한다. 다만, 시·도지사는 그 분쟁이 둘 이상의 시·도 관할에 속하거나 그 지방의료심사조정위원회에서 조정할 수 없다고 결정한 경우에는 신청을 받은 날부터 20일 이내에 그 조정신청서를 보건복지가족부장관에게 이송하여야 한다고 규정하고 있었다.(구의료법 제72조 제1항) 이를 받은 보건복지가족부장관은 제1항의 분쟁조정신청서를 이송받으면 그 신청서를 중앙의료심사조정위원회에 회부하여야 했다.(구의료법 제72조 제2항) 위와 같은 분쟁조정신청이 회부되면 중앙의료심사조정위원회와 지방의료심사조정위원회는 지체 없이 분쟁조정에 착수하여야 하며,(구의료법 제73조) 해당 의료심사조정위원회는 의료분쟁을 조정하기 위하여 필요하다고 인정하면 조정위원이나 관계 공무원을 시켜 당사자나 참고인을 위원회에 출석하여 진술하도록 요구하게 할 수 있을 뿐만 아니라, 조정위원이나 관계 공무원을 시켜 관계 서류를 열람하게 하거나, 행정기관·의료기관, 그 밖의 공·사 단체에 사실을 조회하게 하거나 관계 의료기관에 출입하여 조사하게 할 수 있다고 규정하고 있었다.(구의료법 제74조) 그리고 의료심사조정위원회는 분쟁조정신청이 회부된 날부터 90일 이내에 조정안을 작성하여 당사자에게 제시하여야 하며, 조정안을 당사자가 받아들인 때에는 조정위원 전원은 조정조사서를 작성하고 당사자와 함께 조정조사서에 서명날인하고, 이러한 조정조사서는 민사소송법에 따른 화해조서(和解調書)와 같은 효력이 있었다.(구의료법 제75조)

57) 이 법률은 2011.4.7에 법률 제10566호로 제정되어, 현재 이와 관련된 다른 법률의 일부개정안이 2011.12.31에 법률 제11141호로 있었으며, 이 법은 2012.9.1.부터 시행될 예정이다.

이 법 역시도 오랜 시간과 비용이 소요되는 법원에 의한 의료소송에 의하지 않고 법원 외에서 의료분쟁을 해결하기 위하여 도입된 대체적 분쟁해결(ADR; Alternative Dispute Resolution) 제도가 핵심적인 내용이라고 할 수 있다. 이러한 의료에 있어서의 대체적 분쟁해결제도의 도입도 헌법상 소비자의 권익보호의 정신이 의료분쟁이라고 하는 사적(私的) 영역에 투영된 것이며, 이러한 제도의 법적 도입도 기본권의 객관적 가치질서성의 반영이며 기본권의 제3자적 효력의 한 예라 할 수 있을 것이다.

V. 결 론

의사와 환자의 관계는 부권주의(medical paternalism)에 바탕을 둔 전통적인 관계로부터 탈피하고 있다(주호노, 2012). 물론 오늘날까지도 의료현장에서 환자의 인권이 보호되는데 있어서 실질적인 측면에서 미흡하다고 볼 수 있는 견해도 있을 수 있지만, 환자와 의사간의 지위는 법적으로는 대등한 관계라는 것은 부인할 수 없는 사실이다. 환자는 진료를 받을 채권을 가지고, 자신의 신체에 대하여 침해할 포함한 치료를 받을 것인가 아닌가를 결정할 권리(자기결정권)를 가진다. 이에 대해 의사는 설명의무를 부담하게 되는데, 의사가 환자에게 충분한 설명 내지 정보를 제공해 주지 않은 경우에는 환자의 자기결정권의 침해가 되어 계약불이행 내지는 불법행위가 성립될 수 있을 것이다. 이러한 의료계약에서 설명의무의 중요성에 있어서 의료계약은 다른 계약과 다른 독특한 특성을 지니게 되는데, 설명의무 불이행시 의사는 무과실책임을 지는 것과 같은 결과를 초래하게 된다. 즉, 환자는 의사의 주의의무위반 등을 입증할 필요 없이 바로 설명의무 불충분만을 주장함으로써 환자에게 입증책임의 부담을 제거시켜 주기 때문이다(이영환, 1990). 하지만 의사가 설명의무를 위반한다고 무조건적인 책임을 지게 한다는 것은 의사에게 시시콜콜한 사항까지 고지해야 할 의무를 부과하게 되는 결과로 나타날 것일 뿐만 아니라 의사와 환자간의 무기대등에도 적합하지 않다고 판단된다. 따라서 의사의 설명의무 위반으로 인하여 환자의 생명·신체에 대한 중요한 선택권을 박탈시키는 결과가 초래되어, 이것이 의료적 침습과정에서 요구되는 의사의 주의의무 위반과 동일시할 정도에 이른 경우에 한하여 신체침해에 대한 손해배상도 인정되어야 한다고 완화하여 해석할 필요도 있다고 보여 진다.

그리고 환자와 의사간의 법적 관계에서 발생하는 권리, 즉 계약법상 환자의 채권만으로 환자의 지위를 보호하기에는 부족하다. 바로 이러한 이유 때문에 환자와 의사 사이

58) 의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률은 소비자로서 환자에게 있어서 소비자의 권리 보장을 위한 소비자기본법이라는 일반법에 대한 특별법적 지위를 점하고 있기에, 특별법 우선의 원칙에 따라 의료분쟁에 대해서는 한국소비자원이 아닌 한국의료분쟁조정중재원에 의한 해결에 의할 것으로 예상된다.

의 사법상(私法上) 법률관계에 국가의 개입이 일정정도 필요하게 되고, 국가는 의사에 비하여 불평등한 지위에 놓일 수밖에 없었던 환자의 지위를 강화하는 공법적(公法的) 정책을 추진하게 되었다. 이와 같이 상호대등한 평등관계로 상정하는 사법(私法)의 영역에서 벗어나기 위하여, 일정정도 헌법적 차원에서의 기본권의 제3자적 효력과 같은 논의도 해보아야 할 것이다. 그리고 이러한 헌법상의 환자의 권리에 대한 논의는 환자의 기본권을 보호하기 위한 법률제정이나 기존에 있었던 환자의 권리장전에 관련된 법을 헌법적 차원에서 검토하는 한에도 그 의미가 있을 것이다. 현재 우리 헌법상으로는 환자의 동의권의 근거로서 자기결정권은 헌법 제10조에서 규정한 개인의 인격권과 행복추구권에 의하여 보호된다고 할 수 있을 것이다. 그 밖에 환자의 헌법상 기본적 권리로는 생명·신체권, 건강권, 그리고 보건권 등을 들 수 있으며, 그 중에서 건강권 내지 보건권은 사회적 기본권에 해당하는 것으로서 국가의 적극적인 입법행위를 필요로 하기에, 이는 결국 입법행위에 의한 기본권보호에 관련된 논의가 필요한 부분이 될 것이다. 그러나 사회적 기본권 내지 국가의 기본권보호의무에 의한 환자의 권리는 과소보호금지의 원칙이 적용되어 그 보호수준은 입법부의 광범위한 재량의 범위에 속할 수밖에 없을 것이다. 이러한 이유 때문에 환자의 권리를 보다 더 고양된 형태로 보장하기 위한 고육책으로 헌법상 권리로서 소비자권리를 원용하지 않을 수 없다. 환자도 의료급부에 대한 소비를 한다는 차원에서 소비자로서의 지위를 부정할 수 없기에, 헌법상의 권리인 소비자 권리로서의 권리를 향유할 수 있다고 볼 수 있을 것이다. 환자의 소비자로서 권리의 법적 투영은 크게 두 가지 방향으로 이루어지고 있다고 보여 진다.

첫째, 소비자로서의 환자의 권리가 보건의료의 중추적인 법률인 의료법에 직접적으로 반영되고 있다. 이는 보건의료법제에서도 소비자로서의 환자의 권리를 규정함으로써 의료공급자와 의료수요자 간의 균형을 맞추려는 시도라고 평가할 수 있을 것이다.

둘째, 의료분쟁에 있어서 환자를 소비자로서 취급함으로써, 의료분쟁해결에 있어서 환자의 권익을 높이려는 시도이다. 앞에서도 언급하였다시피, 이러한 의도를 의료법에 반영하려 하였다. 그러나 이러한 시도가 실패로 돌아가자, 한국소비자보호원에서 환자를 소비자로서 인정하여 일반적인 소비자 분쟁해결을 통하여 의사와 환자 간의 의료분쟁을 해결하여 왔다. 그러나 이제는 환자의 소비자로서의 권리의 원용에 의한 한국소비자보호원에 의한 분쟁해결에서 더 나아가, 소비자로서 환자의 권리가 의료사고피해구제 및 의료분쟁조정등에 관한 법률이라는 특별법을 통하여 반영되는 형태로 발전되고 있다.

이렇게 환자에게 소비자로서의 지위 부여를 통한 지위향상은 한편으로는 환자보호에 이점이 있을 수도 있으나, 다른 한편으로는 사적자치(私的自治)에 대한 과도한 국가개입으로 인한 폐해도 있을 수 있음을 염두 하여야 할 것이다. 즉 강한 환자보호법제는 의료공급자로 하여금 의료분쟁의 소지가 있을 수 있는 질병에 대한 의료계약거부를 통

한 (응급의료에 관한 법률상 치료거부로 인한 책임을 회피하는 수준에서의) 회피를 유발시킬 수도 있으며, 이로 인하여 의료시장의 기능을 왜곡하는 결과가 나타날 수도 있음을 유념하여야 한다. 따라서 새로운 의사와 환자 간의 권익의 균형점에 대하여 더 많은 연구가 진행되어야 할 것이고 생각된다.

참 고 문 헌

1. 단행본

- 강경근, 헌법, 법문사, 2002 : 541
계희열, 헌법학(중), 박영사, 2004 : 572-577
구병삭, 신헌법원론, 박영사, 1993 : 520-526
권영성, 헌법학원론, 법문사, 2004 : 407-695
권오승, 경제법, 법문사, 2008 : 77
_____, 민법의 쟁점, 법원사, 1993 : 527
김철수, 헌법학개론, 박영사, 2000 : 368-737
성낙인, 헌법학, 법문사, 2004 : 182
정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2008 : 417
이기수·유진희, 경제법, 세창출판사, 2004 : 382
주호노, 의사법총론, 법문사, 2012 : 275-280
주호경, 의료과오론, 육법사, 1992 : 66-76
최대권, 헌법학강의, 박영사, 1998 : 193
허영, 한국헌법론, 박영사, 2004 : 245-337

2. 논문

- 김강운, 헌법상 자기결정권의 의의, 법학연구 제20권, 한국법학회, 2005 : 169
김민중, 의료사고책임, 로스쿨 채권법(불법행위편), 청림출판, 2007 : 58-60
김지선, 허위·과장광고의 규제실태 및 개선방안, 한국형사정책연구원, 1999. 3 : 29
석희태, 의료계약의 법적 성질과 내용, 월간고시 제21권 제3호, 법지사, 1994. 2 : 18-19
석희태, 의사의 설명의무, 고시연구 제290호, 고시연구사, 1998. 5 : 144

- 석희태, 의사의 설명의무와 환자의 자기결정권, 연세행정논총 제7집, 연세대학교 행정대학원, 1981. 2 : 343
- 양건, 헌법과 소비자보호, 공법연구 제10집, 한국공법연구, 1982 : 98-99
- 윤명선, 소비자의 권리, 월간고시, 법지사, 1993. 9 : 76
- 이부하, 공법체계에 있어서 소비자권리의 보장, 경제기술법연구 제1집 제2권, 관동대학교 사헌경제기술법연구소, 1999 : 106-109
- 이상돈·홍성수, 법사회학, 박영사, 2000 : 127
- 이성환, 소비자보호법의 개정방향, 공법학연구 제6권 제1호, 공법학연구, 2005. 2 : 314
- 이영규, 의료계약의 특질과 구조, 법학논총 제12집, 한양대학교 법학연구소, 1995 : 2
- 이영환, 의료와 인권, 법학연구 제32권 제1호, 부산대학교 법학연구소, 1990. 12 : 78-82
- 이준복, 소비자기본권 확립을 위한 헌법적 고찰, 세계헌법연구 제15권 제1호, 국제헌법학회 한국학회, 2009 : 291-294
- 이창범, 소비자권리의 기본권성에 관한 연구, 소비자문제연구 제11호, 한국소비자보호원, 1993 : 94
- 전현희, 의료현장에서의 환자의 인권문제, 인권과정의 제371호, 대한변호사협회, 2007. 7 : 166
- 정극원, 헌법체계상 소비자권리의 보장, 공법연구 제31집 제3호, 한국공법학회, 2003 : 284-294
- 정미영, 의료분쟁조정법 제정 관련 동향 -한국의료분쟁조정중재원 신설을 중심으로-, 소비자정책동향 제9호, 한국소비자원, 2010. 2. 9 : 13
- 정영철 외, 국내 e-Health 발전에 따른 정책대응방안 연구, 한국보건사회연구원, 2005 : 248-249
- 최병록, 우리나라 광고규제의 개선방안 -소비자보호측면에서-, 광고연구제19호, 한국방송광고공사, 1993. 6 : 23
- 한국소비자원 정책연구실 거래조사팀, '비급여 진료비용 등 고지' 시행 실태 및 소비자 활용도 조사, 한국소비자원, 2011. 7 : 7-8
- 한삼인, 설명의무론과 자기결정권의 법적 평가, 비교사법 제2권 제1호, 한국비교사법학회, 1995 : 260

한상범, 헌법상의 경제질서와 소비자보호의 제문제, 공법연구 제5집, 한국공법학회, 1977 : 76

홍성방, 한국헌법과 경제질서, 고시계 2003년 3월호. 고시계사, 2003. 2 : 15

홍성방, 헌법과 경제질서, 서강법학연구 제5권. 서강대학교 법학연구소, 2003. 5 : 52

황만성, 의사와 환자간의 갈등해소를 위한 법적·제도적 방안. 한국형사정책연구원, 2005 : 37

3. 헌법재판소 결정례

헌재 1990. 09. 10. 선고 89헌마82.

헌재 1991. 06. 03. 선고 89헌마204.

헌재 1992. 04. 14. 선고 90헌마82.

헌재 1992. 12. 24. 선고 92헌가8.

헌재 1995. 07. 21. 선고 93헌가14.

헌재 1995. 07. 21. 선고 94헌마136.

헌재 1996. 10. 31. 선고 94헌가7.

헌재 1996. 11. 28. 선고 95헌바1.

헌재 1996. 12. 26. 선고 96헌가18.

헌재 1997. 01. 16. 선고 90헌마110.

헌재 1997. 04. 24. 선고 95헌바48.

헌재 1998. 07. 16. 선고 96헌마246.

헌재 2002. 10. 31. 선고 99헌바76, 2000헌마505(병합).

헌재 2002. 12. 18. 선고 2001헌마370.

헌재 2003. 07. 24. 선고 2001헌가25.

헌재 2004. 06. 24. 선고 2002헌가27.

헌재 2004. 08. 26. 선고 2003헌마457.

헌재 2007. 08. 30. 선고 2006헌마417.

헌재 2010. 03. 25. 선고 2009헌마170.

헌재 2010. 07. 29. 선고 2008헌바108.

4. 대법원 판결

대법원 1988. 12. 13. 선고 85다카1491 판결.

대법원 1992. 05. 12. 선고 91다23707 판결.

대법원 1994. 04. 15. 선고 93다60953 판결.

대법원 1995. 01. 20. 선고 94다3421 판결.

대법원 2002. 10. 25. 선고 2002다48443 판결.

대법원 2007. 05. 31. 선고 2005다5867 판결.

대법원 2009. 05. 21. 선고 2009다17417 전원합의체 판결.