

보건의료관련 법률의 진료거부금지에 관한 규정이 의료계약에서 계약의 자유를 제한하는지에 관하여

이 재 경*

I. 서론

II. 보건의료 관련 법률의 진료거부금지에 관한 규정

1. 보건의료기본법 제5조 제2항 보건의료인의 책임으로서
보건의료서비스 제공거부 금지
2. 의료법 제15조 진료거부금지 등
3. 응급의료에 관한 법률 제6조 응급의료의 거부금지 등
4. 국민건강보험법 제42조 제5항 요양기관의 요양급여거부 금지
5. 의료급여법 제9조 제3항 의료급여기관의 의료급여거부금지
6. 호스피스·완화의료 및 임종과정에 있는 환자의
연명의료결정에 관한 법률 제19조 연명의료중단등결정의 이행

III. 의료계약에서 계약자유와 진료거부금지의무의 관계

1. 의료계약의 민법전 편입 논의에서 진료거부금지의 검토필요성
2. 의료계약 체결의 자유와 진료거부금지 관련 규정의 관계
3. 의료계약의 내용결정에 대한 자유와 진료거부금지 관련 규정의 관계
4. 의료계약 해지의 자유와 진료거부금지 관련 규정의 관계

IV. 결론: 의료계약의 민법전 편입을 위한 진료거부금지 규정의 개정방안

I. 서론

의료관련 법률의 진료거부금지에 관한 규정은 그 위반에 대하여 벌칙조항

* 논문접수: 2021. 6. 15. * 심사개시: 2021. 6. 15. * 게재확정: 2021. 6. 25.

* 법학박사, 원광대학교 법학전문대학원 부교수(jaekyeong@wku.ac.kr).

* 이 논문은 2021학년도 원광대학교의 교비지원에 의해 수행됨.

을 됨으로써 의료인에게 진료를 강제한다. 문제는 이들 의료의 법률관계 역시 많은 경우 환자의 진료요청과 의료인의 승낙이라는 의사합치에 따른 의료계약에 기초하는데, 이들 진료거부금지 조항을 근거로 의료계약에서 계약의 자유, 상대방 선택의 자유, 내용결정의 자유, 계약의 해지의 자유가 제한되는가 하는 점이다.

의료계약은 민법의 전형계약으로 규정되어 있지 않고, 의료계약과 가장 유사하다고 파악되는 민법의 위임계약에 관한 규정으로도 의료의 법률관계를 포섭하기에는 어려움이 있다. 이 때문에 의료계약을 민법전에 편입시키기 위한 논의가 있어왔다. 그런데 우리는 이미 행정법적 성격을 갖는 의료법에서 의료의 법률관계를 상당부분 규율하고 있다. 앞으로 민법전에 의료계약을 신설하는 논의에서 「의료법」 및 기타 의료관련 법률과의 관계를 정리할 필요가 있다. 그리하여 이하에서는 의료관련 행정법규의 진료거부금지 규정과 의료계약의 관계를 살펴보고자 한다. 이를 통해 의료계약의 입법논의에서 의료계약의 성립, 내용결정, 해지와 관련한 사적자치에 대한 제한의 근거와 범위를 확인하고자 한다. 그 밖에 의료계약을 민법전에 신설하는 경우, 의료법에서 처벌과 연계되는 진료거부금지 규정을 둘 필요가 있는지도 검토하고자 한다.

II. 보건의료 관련 법률의 진료거부금지에 관한 규정

1. 보건의료기본법 제5조 제2항 보건의료인의 책임으로서 보건의료서비스 제공거부 금지

보건의료에 관한 국민의 권리·의무에 관한 기본적인 사항을 규정하고 있는 「보건의료기본법」 제5조 제2항에 따르면 보건의료인은 보건의료서비스의 제공을 요구받은 때에 정당한 이유 없이 이를 거부하지 못한다. 여기서 보건의료인은 같은 법 제3조 제3호에 의하여 보건의료 관계 법령에서 정하는 바에 따

라 자격·면허 등을 취득하거나 보건의료서비스에 종사하는 것이 허용된 자로, 같은 법 같은 조 제2호는 보건의료인이 국민의 건강을 보호·증진하기 위하여 행하는 모든 활동을 보건의료서비스로 정의한다. 다만 「보건의료기본법」은 보건의료서비스 제공의무 위반에 대하여 별도의 벌칙 규정을 두고 있지는 않다.

2. 의료법 제15조 진료거부금지 등

「의료법」 제15조 제1항에 의하여 의료인 또는 의료기관 개설자는 진료나 조산요청을 받으면 정당한 사유 없이 거부하지 못한다. 이를 위반한 의료인은 같은 법 제89조 제1호에 의하여 1년 이하의 징역이나 1천만원 이하의 벌금에 처해질 수 있고, 금고 이상의 형을 선고받고 그 형의 집행이 종료되지 아니하였거나 집행을 하지 아니하기로 확정되지 않은 자는 같은 법 제8조 제4호 및 제65조 제1호에 의하여 면허가 취소된다.

「의료법」 제15조는 개개 환자에 대하여 직접 진료를 담당하는 의료인뿐만 아니라 의료기관 개설자에 대해서까지 진료거부금지의무를 부과한다. 의료기관 개설자가 진료거부금지의무를 위반한 때에도 같은 법 제89조 제1호에 의하여 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처해질 수 있다. 그런데 같은 법 제33조 제2항 각호에 따르면 의료기관 개설자는 의료인 개인일 수도 있지만, 국가나 지방자치단체, 의료업을 목적으로 설립된 법인 등일 수도 있다. 그리하여 의료기관 개설자가 개인인 때에는 제89조 제1호에 따른 징역 또는 벌금형에 처해질 수 있지만, 의료기관 개설자가 법인인 때에는 같은 법 제91조에 의하여 제89조 제1호의 벌금형에 부과될 수 있을 뿐이다. 또한 「의료법」 제63조는 진료거부 등을 위반한 의료기관에 대해서는 시정명령을 할 수 있도록 하여, 환자에 대하여 직접 진료를 수행하는 의료인, 그가 속해 있는 의료기관 개설자 그리고 의료기관 그 자체에 대해서까지 「의료법」의 진료거부금지의무가 인정된다고 할 것이다.

3. 응급의료에 관한 법률 제6조 응급의료의 거부금지 등

「응급의료에 관한 법률」은 응급의료종사자 개인에 대하여 응급의료 거부금지 의무를 부과할 뿐, 응급의료기관등에 그러한 의무를 부과하지 않는다. 「응급의료에 관한 법률」 제2조 제1호 내지 제4호에 의하여 응급환자에 대한 응급의료를 제공하는 의료인은 같은 법 제6조 제2항에 의하여 업무 중에 응급의료를 요청받거나 응급환자를 발견하면 즉시 응급의료를 하여야 하며 정당한 사유 없이 이를 거부하거나 기피하지 못한다. 이를 위반하면 같은 법 제55조 제1항 제1호에 따라 면허취소 또는 6개월 이내 면허 정지, 같은 법 제60조 제3항 제1호에 따라 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처해진다.

4. 국민건강보험법 제42조 제5항 요양기관의 요양급여거부 금지

「의료법」의 진료거부금지와는 별개로 「의료법」에 따라 개설된 의료기관은 「국민건강보험법」 제42조의 요양기관으로 국민건강보험 가입자와 피부양자의 질병, 부상, 출산 등에 대한 요양급여를 실시하여야 하고, 같은 법 같은 조 제5항에 의하여 정당한 이유 없이 요양급여를 거부하지 못한다. 이를 위반한 자는 같은 법 제117조에 의하여 500만원 이하의 벌금에 처해지며, 법인의 대표자, 법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종사자가 이를 위반하면 같은 법 제118조에 의하여 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에게도 해당 조문의 벌금형을 과한다. 다만, 법인 또는 개인이 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 경우에는 책임을 면한다.

5. 의료급여법 제9조 제3항 의료급여기관의 의료급여거부금지

「의료급여법」 제3조의 의료급여 수급권자는 질병·부상·출산 등에 대하여 같은 법 제7조에 따른 의료급여를 받을 수 있다. 「의료법」에 따라 개설된 의료기관은 같은 법 제9조 제1항에 의하여 의료급여기관이 되며, 이들은 같은 법 같은 조 제3항에 의하여 정당한 이유 없이 의료급여를 거부하지 못한다. 정당

한 사유 없이 이 의료급여를 거부한 자는 같은 법 제35조 제4항 제1호에 의하여 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처해지며, 법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 의료급여를 거부한 때에는 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에게도 같은 법 제36조에 의하여 해당 조문의 벌금형을 과한다. 다만, 법인 또는 개인이 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 경우에는 책임을 면한다.

6. 호스피스·완화의료 및 임종과정에 있는 환자의 연명의료결정에 관한 법률¹⁾

제19조 연명의료중단등결정의 이행

「연명의료결정법」은 임종과정에 있는 환자의 연명의료와 연명의료중단등 결정 및 그 이행에 관하여 규정하고 있지만, 이 법에 의하여 연명의료중단등결정이 있는 때에도 같은 법 제19조 제2항에 의하여 통증 완화를 위한 의료행위와 영양분 공급, 물 공급, 산소의 단순 공급은 중단되어서는 아니된다. 이 점에서 「연명의료결정법」 역시 임종과정에 있는 환자에게 하는 심폐소생술, 혈액 투석, 항암제 투여, 인공호흡기 착용 및 그 밖에 대통령령으로 정하는 의학 적 시술로서 치료효과 없이 임종과정의 기간만을 연장하는 연명의료 이외에 통증 완화를 위한 의료행위와 생명유지를 위한 최소한의 의료조치에 대해서는 의료인의 진료제공의무를 인정하는 것으로 이해할 수 있다.

연명의료와 관련하여 의료인은 같은 법 제10조의 연명의료계획서, 제12조 사전연명의료의향서를 통하여 연명의료중단등결정을 원하는 환자의 의사가 확인되거나, 19세 이상의 환자가 의사를 표현할 수 없는 의학적 상태인 때에는 환자가족 2명 이상의 일치하는 진술을 통한 환자의 의사가 확인된 때에 비로소 연명의료를 내용으로 하는 진료제공의무를 면할 수 있다. 환자의 의사를 확인할 수 없는 때에는 같은 법 제18조에 의하여 미성년자인 환자의 법정대리인의

1) 이하 “연명의료결정법”이라 함.

연명의료중단결정의 의사표시와 담당의사 및 해당 분야 전문의 1명의 확인을 거치거나, 혹은 배우자, 1촌 이내의 직계존속·비속, 이들이 없는 경우 2촌 이내의 직계 존속·비속, 이들 모두가 없는 경우 형제자매 전원의 연명의료중단 결정에 대한 합의와 담당의사 및 해당 분야 전문의 1명의 확인을 거쳐 연명의료를 내용으로 하는 진료의무에서 벗어날 수 있다. 물론 이 때에도 통증완화 및 생명유지를 위한 최소한의 의료조치는 계속해서 제공되어야 한다. 임종과정에 있는 환자에 대하여 환자의 의사 또는 연명의료중단 결정에 반하여 연명의료를 시행하지 아니하거나 중단한 자에 대해서는 같은 법 제40조 제1항 제2호에 의하여 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처해질 수 있고, 유기징역에 처해지는 경우에는 같은 법 제41조에 의하여 7년 이하의 자격정지가 병과될 수 있다. 또한 의료기관에 소속된 의료인이 이러한 벌칙에 처해진 때에는 같은 법 제42조에 의하여 의료기관의 개설자가 법인인 때에는 법인, 개인인 때에는 그 개인이 해당 조문의 벌금형에 처해진다. 다만, 법인 또는 개인이 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 경우에는 책임을 면한다.

III. 의료계약에서 계약자유의 원칙과 진료거부금지의무의 관계

1. 의료계약의 민법전 편입 논의에서 진료거부금지의 검토필요성

「민법」이 의료계약에 관한 별도의 조문을 두고 있지 않은 현재 의료계약은 「민법」의 15개 전형계약의 유형에 속하지 않는 무명계약이다. 그럼에도 불구하고 의료계약은 일반적으로 「민법」의 15개 전형계약 중 위임계약의 성격을 갖는 것으로 평가된다.²⁾ 의료계약에 따른 의료인의 급부제공의무가 수단채무

2) 추호경, 『의료과오론』, 육법사, 1992, 69-69면; 김민중, “의료계약”, 사법행정(제361호), 한

의 성질을 갖는다는 점에서 위임계약, 고용계약, 도급계약의 요소를 갖지만, 수임인이 위임인의 지시·감독을 받지 않는다는 점에서 고용계약과 다르고, 일의 완성을 목적으로 하지 않는다는 점에서 도급계약과 다르기 때문이다.

의료계약의 내용이 되는 의료행위가 근본적으로 환자 자신의 신체에 대한 것이라고 하더라도, 환자 본인이 처리할 수 있는 사무를 전문가의 조력을 받고 자 변호사·세무사·회계사 등에게 맡기는 것과 구분된다. 변호사·세무사·회계사 등의 전문가에게 사무처리를 위임하는 경우에 그 사무는 본래 위임인이 처리하여야 할 사무이지만, 위임인의 전문성 부족 등으로 수임인에게 사무처리를 맡기는 것이다. 그리하여 「세무사법」 제2조, 「공인회계사법」 제2조, 「변호사법」 제3조가 규정하는 세무사·회계사·변호사의 직무는 기본적으로 위임이나 위촉을 전제로 한다. 그러나 의료는 기본적으로 그것이 비록 환자 본인의 생명·신체에 대한 것이라고 하더라도 환자 스스로 처리하여야 하거나 처리할 수 있는 사무가 아니다. 환자 본인의 생명·신체를 대상으로 할 뿐이지 의료인은 환자의 사무를 대신 처리하는 것이 아니다. 의료인은 「의료법」 상 인정되는 본인의 임무를 수행하는 것이다. 그리고 그 임무수행의 대상이 되는 환자와 임무수행의 내용으로 의료행위의 제공 및 보수지급 등에 대하여 합의함으로써 계약관계에 놓여진다. 이 점에서 사무의 처리를 위임하는 위임계약과 구별된다.

보다 근본적으로 인간의 생명·신체를 대상으로 하는 의료행위를 「민법」 제 680조에서 말하는 “사무”로 보는 것은 적절하지 않다³⁾. 그리고 위임계약에 관한 「민법」 제681조 선관의무 이외에 제682조 이하 복임권 제한이나 수임인의 보고의무, 보수청구권, 비용선급청구권, 비용상환청구권, 위임종료시의 긴급처리 등 위임에 관한 규정을 의료계약에 적용하기에도 적당하지 않다.⁴⁾

국사법행정학회, 1991, 38면; 박영호, 『의료분쟁과 법』, 법률정보센터, 2005, 615면.

3) 김천수, “의료계약”, 『주석 민법(채권 각칙 (5))』, 한국사법행정학회, 2016, 251면.

4) 민법의 위임계약에 관한 각 규정이 의료계약에 적용되기에 적절하지 않다는 점에 대해서는 김천수, 위의 책, 252면 이하; 이재경, 「정신의료의 법률관계와 손해배상」, 성균관대학교 박사학위논문, 2009, 20-24면 참조.

한편 우리는 「의료급여법」 제3조 및 「국민건강보험법」 제5조에 의하여 전 국민이 의료급여나 건강보험의 적용을 받고 있고, 「의료급여법」 제9조 및 「국민건강보험법」 제42조 의료기관의 요양기관 당연지정제로 인해 모든 의료기관은 의료급여나 요양급여를 행하여야 한다. 이처럼 의료기관은 법률에 의하여 당연히 요양기관으로 지정되지만, 요양급여 실시에 대한 의료수가는 「국민건강보험법」 제45조에 의하여 의약계를 대표하는 사람들과 국민건강보험공단의 계약으로 결정되며, 계약이 체결되면 그 계약은 각 요양기관과 국민건강보험공단 사이에 체결된 것으로 본다.

요양급여의 실시는 요양기관과 국민건강보험공단의 계약에 의하는 것이 아니고, 요양기관과 가입자 또는 피부양자의 계약에 의하기 때문에 사보험의 경우처럼 보험계약자와 보험자의 계약에 기초하여 피보험자가 수익자로 보험급여를 지급받는 제3자를 위한 계약의 유형으로 분류할 수도 없다. 건강보험을 통하여 의료비가 지급된다고 하더라도 의료계약의 당사자는 어디까지나 의료제공자와 환자측이다⁵⁾. 그리고 의료계약의 내용으로 요양급여가 실시되는 경우 그에 대한 대가가 국민건강보험공단을 통하여 지급되는 것이다.

이처럼 의료계약은 현재 민법 전형계약의 유형으로 분류할 수 없는 고유의 특성을 가지고 있고, 계약의 일반원칙으로 의료계약의 복잡한 문제를 해결하기에도 충분하지 않다. 이 때문에 이미 오래전부터 의료계약의 법적성격을 위임계약이 아닌 위임계약의 요소를 갖는 무명계약으로 분류하는 견해가 다수 존재하였고⁶⁾, 민법전 개정논의에서도 의료계약을 민법전에 편입시키고자 하

5) 건강보험 의료에 있어서 의사와 환자의 법률관계에 대해서는 사법상 계약으로 보는 견해와 공법상 계약으로 보는 견해가 있으며, 사법상 계약으로 보는 경우에도 의사와 환자가 계약당사자가 된다는 직접계약설, 보험자와 의사 사이에 피보험자를 위한 계약이 체결된 것으로 보는 제3자를 위한 계약설, 그리고 병존설의 입장으로 나뉜다. 이에 대한 자세한 설명으로는 현두륜, 「건강보험에 있어서 의사와 환자간의 법률관계」, 의료법학(제8권 2호), 대한의료법학회, 2007, 77면 참조.

6) 김천수, 앞의 책, 256면; 석희태, 「의료계약(중)」, 사법행정(제361호), 한국사법행정학회, 1991, 60면; 이영규, 「의료계약의 특질과 구조」, 법학논집(제12집), 한양대학교 법학연구소, 1995, 5면; 이재경, 「정신의료의 법률관계와 손해배상에 관한 연구」, 성균관대학교 박사학위논문, 2009, 20면.

는 시도가 있었다⁷⁾. 더구나 독일이 2013년부터 의료계약을 민법전에 편입시키면서 독일민법의 의료계약에 관한 규정 및 입법논의에 대한 소개⁸⁾가 활발하게 이루어지면서, 우리의 입법논의도 활기를 띠게 되었다.

그리하여 의료계약에 관한 입법논의는 의료계약이 민법전의 전형계약으로 분류되지 않는 고유의 특성을 가지고 있다는 점에서 출발하여야 한다. 그리고 그러한 특성은 상당부분 의료에 관한 행정법규에 기초하거나 혹은 의료행위 그 자체로부터 비롯된 것이라 하더라도 이미 상당부분 행정법적 성격을 갖는 의료 관련 법률에서 다루어지고 있다는 점에 주의하여야 한다. 요컨대 의료의 법률관계를 민법에서 다루고자 한다면, 이미 형성되어 있는 행정법적 법률관계와 민법적 관계를 정리할 필요가 있는 것이다. 그 중 대표적인 것이 개개 의료인 및 의료기관 개설자, 그리고 의료기관 자체에 부과되어 있는 진료의무, 진료거부금지의무, 요양급여 실시의무 등이다.

2. 의료계약 체결의 자유와 진료거부금지 관련 규정의 관계

가. 의료법의 진료거부금지 규정과 의료계약 체결 강제 여부

「의료법」의 진료거부금지의무는 본래 의료인만을 대상으로 하였으나, 2016년 의료법 개정을 통해 의료기관 개설자에게까지 의무를 부과한 것이다. 그런데 진료의무는 실정법이 그에 관한 명문규정을 두고 있지 않더라도 의사의 직업윤리적 의무로 인정된다고 할 것이다. 또한 의료인은 면허제도를 통해 의료에 관한 독점적 권한을 부여받고, 면허에 따라 허용되는 의료행위의 범위

7) 박수근, “의료계약의 민법편입과 과제”, 민사법학(제60호), 한국민사법학회, 2012, 193면 이하 참조.

8) 이계경, “독일민법의 의료계약에 관한 연구”, 중앙법학(제19집 1호), 중앙법학회, 2017, 7면 이하; 김기영, “독일환자관리법 정부안에 관한 고찰”, 한국의료법학회지(제20권 2호), 한국의료법학회, 2012, 295면 이하; 김성필, “독일민법상 환자의 동의권”, 법과 정책연구(제19권 2호), 한국법정책학회, 2019, 251면 이하; 김중길, “민법상 전형계약으로서 의료계약”, 법제연구(통권 제47호), 한국법제연구원, 2014, 339면 이하; 김민중, “진료계약: 판례로 형성된 원칙에서 전형계약으로”, 사법(통권 28호), 사법발전재단, 2014, 41면 이하; 윤석찬, “의료계약의 민법전 도입가능성”, 재산법연구(제36권 2호), 한국재산법학회, 2019, 45면 이하 등.

를 철저히 규제한다. 의료인이 면허 없이 의료행위를 하였거나, 심지어 면허 범위를 넘어서는 의료행위를 한 경우에는 의료행위가 적절하였는지, 과실이 있었는지, 의료행위의 결과가 성공적이었는지, 환자가 무면허 의료행위에 동의하였는지와 상관없이 「의료법」 제87조의 2 제2항 제2호에 따라 처벌된다. 요컨대 「의료법」의 진료거부금지의무는 타인의 생명·신체·건강에 대한 처분의 독점적 권한으로부터 인정되는 것이고, 그러한 독점적 권한을 갖는 의료인은 환자의 생명·신체·건강을 보호하는 자로, 환자가 진료를 필요로 할 때에 이를 거부해서는 안 된다는 것이다. 다만 의료인은 「의료법」 제33조에 의하여 의료기관을 개설하지 않고는 의료업을 할 수 없고, 의료기관에서 진료요청은 현실적으로 진료의사가 아니라 접수대에서 이루어진다는 점에서 의료인을 포함한 의료기관 종사자에 대하여 감독의무를 갖는 의료기관 개설자에게까지 진료거부금지 의무를 부과한 것이다. 한편 「응급의료에 관한 법률」의 응급의료 거부금지의무는 응급의료종사만을 대상으로 할 뿐, 응급의료기관의 개설자에게는 그러한 의무를 부과하지 않는다.

그런데 의료계약의 당사자로서 의료인측은 의료인 개인이 아니라 의료기관 개설자이다.⁹⁾ 이것은 1인 의사가 운영하는 개인 의원이라고 하더라도 마찬가지이다. 앞서 언급한 바와 같이 의료인은 의료기관을 개설하지 않고는 의료업을 수행할 수 없기 때문에 개인의원이라고 하더라도 개인은 의료인으로서가 아니라 의료기관 개설자로서 의료계약을 체결한 것이다. 그렇다면 애초에 의료기관 개설자가 아닌 의료인을 수범자로 하고 있었던 진료거부금지 규정을 통해 의료기관 개설자의 계약 강제를 인정하는 것이 타당한지 의문이다.¹⁰⁾

9) 의료기관 개설자격이 없는 자가 의료기관을 개설하여 의료계약을 체결한 경우, 공법상 부적격 근거 규정이 있음에도 불구하고 사법상 효력을 인정한다고 하더라도 의료제공의무 이행은 강행법규 위반으로 법률상 원시적 불능이고, 국민건강보험법 제57조 제5항에 따라 그 의료제공자가 받은 보수는 회수되므로 의료계약의 사법상 효력을 인정하는 것은 의미가 없다고 하여, 의료계약의 당사자를 의료기관 개설자로 한정하는 입장으로는 김천수, “의료계약”, 258면이 있다.

10) 오히려 이 점에서 의료기관 개설자에게 진료거부금지의무를 부과한 「의료법」 제15조의 타당성에 대한 검토가 요구된다. 진료의무를 의료인에게만 인정한다고 하더라도 의료인은 의료기관에 소속되지 않고는 의료업을 할 수 없기 때문에 의료기관 개설자는 같은 법

또한 「의료법」 제15조는 진료나 조산요청을 받은 의료인 또는 의료기관 개설자는 진료를 거부하거나 기피하지 못한다고만 정하고 있을 뿐 이 조문의 적용을 받기 위한 진료나 조산요청의 주체에 대해서는 아무런 언급이 없다. 미성년자가 그러한 요청을 하여도, 심지어 유아가 진료요청을 하여도 의료인 또는 의료기관 개설자는 의료법의 진료거부금지 조항에 따라 진료를 개시하여야 한다. 요컨대 진료거부금지는 진료를 요청한 자의 법률행위능력 여부와는 별개로 의료인에게 부과되는 임무라고 할 것이다. 그런데 의료계약의 성립을 위한 청약과 승낙을 위해서는 법률행위능력이 요구된다. 이 점에서 본다면 애초에 계약체결의 강제를 예정하지 않은 진료거부금지 규정으로부터 의료계약에서 계약강제를 인정할 수 있을지 의문이다. 의료관련 법률의 진료거부금지 조항은 애초에 의료계약의 성립이나 계약강제를 예정한 것이 아니라, 환자의 생명과 신체의 건강이라는 기본권을 보호하기 위한 것이라고 한다면, 그 조항의 효과로 계약강제의 결과가 야기될 수는 있을지언정, 그 조항에 근거하여 의료계약의 체결을 강제할 수는 없을 것이다. 「의료법」은 행정법적 성격을 가지고 의료인 등의 의무에 관하여 규정하고 있는 것으로, 「의료법」의 진료거부금지 규정에 따라 의료인에게 진료의 의무가 있다고 하여, 그 규정만으로 바로 의료계약체결이 강제된다고 보기는 어렵다.

나. 국민건강보험법의 요양급여거부금지와 의료계약 체약의 강제여부

「국민건강보험법」 제42조 제5항에 의하여 요양기관은 정당한 이유 없이 요

제91조에 의하여 벌금형에 처해진다. 그 근거는 의료기관 개설자의 감독의무 위반에 있다. 다만 이렇게 구성한다면, 의료인에게 가기 전에 의료기관의 접수직원에 의하여 진료가 거부되는 때에는 「의료법」의 진료거부금지 규정을 통하여 의료기관 개설자를 벌할 수 없다. 의료법 개정은 이 부분을 고려한 것으로 보이고, 같은 차원에서 진료거부로 처벌받을 수 있는 대상을 의료인, 의료기관 개설자 외에 원무과 직원 등 비의료인으로까지 확대하는 의료법 일부개정법률안(이체의 의원 대표발의, 의안번호 11623, 발의연월일 2018. 1. 30. 제20대 국회 임기만료로 폐기됨)이 발의되기도 하였다. 그러나 의료기관 종사자에 의한 진료거부 내지는 진료접수거부는 비의료인인 의료기관 종사자에 대한 형사처벌이 아니라 요양기관의 요양급여 거부를 통한 행정제재를 통한 해결이 가능하고, 그렇게 하는 것이 바람직하다.

양급여를 거부하지 못하지만, 가입자나 피부양자의 진료요청을 전제로 하지 않는다. 그리고 「국민건강보험법」 제42조에 따르면 「의료법」에 따라 개설된 의료기관은 당연히 국민건강보험의 요양기관이 되기 때문에 요양급여거부의무를 지는 의료기관이 요양급여를 거절할 수 없다는 것이 요양급여를 내용으로 하는 의료계약의 체결을 강제하는 조항으로 작용하는 것은 아닌가 하는 의문이 있을 수 있다. 만약 요양급여거부금지 규정이 의료계약의 체결을 강제하는 조항으로 작용한다면, 의료계약에 있어서 의료인측의 계약자유는 철저히 배제된다. 건강보험 가입자나 피부양자에 대하여 의학적 필요성이 인정되는 한 요양급여는 계속해서 제공되어야 하고, 요양급여와 관련하여서는 의료계약을 해지할 수도 없게 된다.

「국민건강보험 요양급여의 기준에 관한 규칙」의 요양급여의 적용기준 및 방법에 따르면 요양급여는 가입자 등의 연령·성별·직업 및 심신상태 등의 특성을 고려하여 진료의 필요가 있다고 인정되는 경우에 정확한 진단을 토대로 하여 환자의 건강증진을 위하여 의학적으로 인정되는 범위 안에서 최적의 방법으로 실시하여야 한다. 또한 각종 검사를 포함한 진단 및 치료행위는 진료상 필요하다고 인정되는 경우에 한하여야 한다. 그리하여 의료행위를 실시한 때에 진료상 필요와 정확한 진단에 의하여 요양급여의 지급이 인정되면 환자는 그 부분 요양급여로 지급받은 것이 된다. 따라서 환자는 의료기관에 대하여 직접 진료비를 지급하지 않아도 되고, 의료기관은 환자에게 직접 진료비 지급을 청구할 수 없게 된다. 요컨대 요양급여거부금지의무는 국민건강보험 가입자나 피부양자가 진료를 요청하면 요양기관은 진료를 개시하여야 한다는 것이 아니라, 의료기관이 의료행위를 실시한 때에 요양급여의 지급을 거절하고 환자에게 비급여로 진료비를 징수해서는 안 된다는 것으로 이해할 수 있다. 그리하여 요양기관인 의료기관이 건강보험 가입자와 피부양자의 진료요청에도 진료를 거부한 경우, 의료계약의 성립에 따른 채무불이행이 아니라, 행정제재로 접근하여야 할 것이다.

다. 진료거부금지 규정에 따른 진료개시와 의료인측의 계약체결 의사 계약의 성립을 위해서는 계약의 본질적인 구성부분에 관한 합의가 있어야 한다. 계약 체결 당시 이러한 점에 관하여 구체적으로 확정되어 있어야 하는 것은 아니지만, 구체적으로 확정할 수 있는 방법과 기준은 정해져 있어야 한다.¹¹⁾ 의료계약에서도 계약의 성립을 위해서는 의료인의 의료제공과 진료비 지급에 대한 합의가 있어야 한다. 다만 의료계약은 제공되어야 할 의료의 구체적 내용이 계약성립 당시에 정해지는 것이 아니고, 계약의 이행과정에서 계속하여 결정되기 때문에 계약성립 당시 그 구체적 내용을 정할 수 없다. 마찬가지로 그에 대한 진료비 역시 계약성립 당시에 구체적 내용을 정할 수 없다. 그러나 적어도 의료인 측에서는 최선의 주의를 다하여 의료를 제공할 의사가, 환자 측에는 진료비를 지급할 의사가 있어야 의료계약의 성립을 인정할 수 있을 것이다. 문제는 의료인측에서 환자에 대한 신뢰관계가 깨진 경우에 의료계약의 성립에 대한 의사를 인정할 수 있을 것인가 하는 점이다.

예를 들어 A의원의 개설자인 의사 甲이 환자 乙이 마약성 의약품의 처방을 위하여 동일한 증상을 호소하면서 여러 병원을 돌며 진료를 요청하여 온 사실을 알고 있다고 하더라도, 환자의 요청이 있는 한 「의료법」 제15조 진료거부금지 규정에 의하여 의사 甲은 진료를 거부할 수 없다. 그런데 이러한 경우에 의사 甲의 진료접수 행위 혹은 진료개시 행위가 의료계약의 성립을 위한 승낙의 의사를 포함하는 것이라고 볼 수는 없을 것이다. 이때 정당한 사유를 통하여 진료거부를 허용해 주기 때문에 의료계약에서도 예외적으로 계약성립에 대한 의사를 부정할 수도 있겠으나, 그것은 기본적으로 「의료법」의 진료거부금지 규정이 의료계약에서 체약을 강제하는 것임이 전제되어야 한다. 그러나 앞서 살펴본 바와 같이 「의료법」의 진료거부금지 규정은 의료계약의 체약을 강제하는 것이 아니라고 한다면, 이러한 방법은 타당하지 않다. 그렇다면 환자측의 진료요청에 응하여 진료를 실시한 의료인 혹은 의료기관 개설자는 어느 시점에

11) 송덕수, 『신 민법강의(혁신판)』, 박영사, 2019, 1050면.

의료계약의 체결에 대한 의사를 가지는 것으로 볼 수 있는지 생각해 볼 필요가 있을 것이다.

의료기관에 방문한 환자의 진료요청 상대방이 누구든 실무상 접수대에서 성명과 주민번호 등을 알려주고, 국민건강보험의 가입자 혹은 피부양자 여부를 확인하는 절차를 거치게 된다. 의원급 의료기관에서는 접수를 받는 직원이 간호사인 경우도 있고, 의료인 자격이 없는 접수직원인 경우도 있다. 어떤 경우라 하더라도 이들을 통한 접수가 끝나면 의사와 대면하여 진료가 개시된다. 피부과, 성형외과, 산부인과와 같이 특정 진료과에서는 접수단계에서 혹은 접수 이후 의사를 대면하러 가기 전에 비급여의료행위에 대한 설명이 이루어지고, 실시여부가 결정되기도 한다. 그리고 나서 의사와 대면하여 본격적인 진찰이 이루어지고, 진료의 내용이 결정된다. 결정된 진료행위의 실시를 위해서는 다시 환자의 동의가 필요하고, 일회성 진료인 경우에는 진료가 끝나고 접수대에서 진료비를 지불하고 처방전을 발급받으면서 진료는 종료된다. 계속하여 진료가 필요한 때에도 의원급 의료기관에서는 보통 당일에 진료는 종료하고, 다음에 방문하여 다시 처음과 같은 절차를 거쳐 진료가 새로이 개시된다. 의료기관에 방문한 환자가 개개 의료인이 아니라 의료기관 접수대에서 진료를 요청하는 것이 보통이라는 점을 고려하여 「의료법」의 진료거부금지 규정에서 의료기관 개설자에 대해서도 진료거부금지 규정을 둔 것이라고 한다 면,¹²⁾ 의료기관 개설자의 진료거부금지 규정은 접수거부금지의무에서부터 시작된다. 그러나 진료접수로 의료계약이 성립하는 것은 아니다.¹³⁾ 앞서 살

12) 오성일, 『보건복지부 공무원의 시각으로 본 한국의료법의 해설』, 집현재, 2019, 54면.

13) 예컨대 진료접수 후 대기하는 중에 환자가 통증을 호소하였음에도 아무런 조치가 이루어지지 않았고, 결국 환자가 갑자기 사망한 경우에, 진료접수를 환자의 청약에 대한 승낙으로 본다면 접수 시점에 의료계약이 성립하였으므로 의료인은 자신에게 과실이 없음을 증명하지 못하는 한 의료계약에 따른 진료채무 불이행에 대한 손해배상책임을 지게 될 것이다. 그러나 의료인이 진료를 개시하지도 않은 상태에서 환자의 상태에 대한 의학적 판단을 할 수 없다. 접수를 받은 접수직원이 비의료인인 때에는 더구나 그러한 판단을 할 수 없다. 특별히 응급한 상황이 아니라면, 접수 중 일어난 악결과에 대해서 의료인이나 의료기관 개설자에게 계약책임을 물을 수 없고, 특별히 응급한 상황이었다고 하더라도 계약책임이 아닌 응급의료에 관한 특별법에 의한 공적책임이나 보증인적 책임이 문제될 뿐이다.

펴본 것처럼 진료가 개시되어도 당연히 의료계약 성립의 의사가 있었다고 단정할 수 없고, 공법상 혹은 직업윤리상 주어진 진료의무에 기초하여 진료를 개시한 뒤에야 비로소 진료계약의 본질적 내용인 진료채무의 내용과 진료비 채무의 기준이 정해질 수 있기 때문이다.¹⁴⁾

판례 역시 의료계약은 환자가 의사 또는 의료기관에게 진료를 의뢰하고 의료인이 그 요청에 응하여 치료행위를 개시하는 경우에 성립된다고 하면서, 의료계약의 내용은 계약 당시, 그러니까 판례가 말하는 ‘환자의 요청에 응하여 치료행위를 개시하는 당시’에는 개괄적이고 추상적이지만, 이후 질병의 확인, 환자의 상태와 자연적 변화, 진료행위에 의한 생체반응 등에 따라 제공되는 진료의 내용이 구체화된다고 한다. 여기서 의료인측이 환자의 진료요청을 승낙하는 외에 치료행위의 개시를 요구하는 것이 의료계약을 낙성계약이 아닌 요물계약으로 파악하는 것은 아니다. 다만 판례는 의료계약의 성립시기와 관련하여 계약의 내용을 추상적·개괄적으로라도 정할 수 있는 때에 계약의 성립을 인정한 것으로 이해할 수 있다. 요컨대 환자의 진료요청이 있는 때, 환자의 진료요청을 의료기관이 접수한 때에 의료계약이 성립하는 것은 아니라는 것이다.¹⁵⁾ 물론 여기서 치료행위의 개시를 요건으로 하는 것이 진료계약의 내용이 구체화되어야 계약이 성립한다는 의미는 아니다. 그러나 개괄적으로라도 그 내용을 정할 수 있을 때에 계약의 성립이 인정되고, 그러한 내용결정의 가능성은 적어도 의료인에 의한 치료행위의 개시시점에 인정되는 것이지 환자의 진료요청을 접수대에서 수락하였다고 하여 그것을 의료계약의 성립요건인 의료인측의 승낙 내지는 의료계약 성립에 대한 의사로 볼 수는 없다는 것이다.

14) 대법원 2009. 5. 21. 선고 2009다17417 판결; 대법원 2015. 8. 27. 선고 2012다118396 판결; 대법원 2012. 6. 18. 선고 2010두27639 판결.

15) 이와는 달리 환자 등이 진입할 수 있도록 의료기관의 장소를 개방하여 의료제공의 요청을 수용할 준비를 마친 상태를 불특정 다수를 향하여 의료계약을 청약하는 모습이라고 보고, 계약의 중요한 내용은 진단의 내용 및 설명과 동의에 의하여 구체적으로 보충될 가능성이 있기 때문에 의료기관의 그러한 상태에는 누군가의 승낙으로 성립할 계약에 법적으로 구속될 의사가 있다고 보아 의료기관의 개설자에게 청약의 의사를 인정하고, 접수대에서 진료를 신청하는 것과 같은 의료수령자의 진료요청으로 의료계약이 성립한다는 견해로 김천수, 『의료계약』, 『주석 민법』, 261~262면.

그리하여 환자측의 진료요청에 따라 의료인이 진료를 개시하면, 보통 문진으로 시작되는 진료개시부터 이후 진료의 내용으로 각종 검사나 투약, 침습적 의료 등의 개개 행위가 시행되는 어느 시점인가에 의료계약은 성립하게 된다. 이때 진료개시로 당연히 개괄적이고 추상적인 의료계약이 성립한다고 보지 않는 것은 앞서 설명한 바와 같이 환자의 요청에 따라 의료인이 진료를 개시하는 모든 경우에 당연히 진료를 요청한 환자와 진료를 개시한 의료인에게 의료계약 성립의 의사가 있었다고 볼 수는 없기 때문이다. 의료인은 진료거부금지의 무에 따라 환자의 요청이 있는 경우 진료를 개시할 수 밖에 없지만, 공법상 의무를 넘어서서 환자를 계약의 당사자로 정하고 사법상의 계약을 체결하는 것은 개개 경우마다 진료개시 시점일 수도 있고, 진료개시 후 진단결과에 따라 의료인과 환자가 진료의 계속에 합의하는 시점일 수도 있다. 그리하여 진료개시의 사유, 진료개시 당시 당사자의 의사, 요양급여와 비급여 행위의 실시여부, 비급여 행위에 대한 진료비지급 의사 등등 구체적 사정에 따라 의료계약이 성립하는 ‘어느 시점’이 결정될 것이다. 그렇다면 의료계약의 성립이 인정되는 시점 이전에 이루어진 환자의 진료요청과 의료기관의 접수, 그리고 진료개시는 의료계약의 성립을 위한 교섭이거나 계약에 기초하지 않은 공법상 의무의 이행이라고 할 것이다. 물론 의료가 일단 개시되어 계속적 진료가 실시되고 있거나, 진료의 개시를 넘어서 투약, 처방, 수술 등을 내용으로 하는 의료행위가 종료된 경우에, 의료의 전 과정에서 어느 시점인가는 의료계약의 성립을 인정할 수 있기 때문에 의료계약에 따른 채무불이행으로 진료과실에 대한 책임을 묻거나, 진료비를 청구하는 데에 계약이 언제부터 성립되었는가 하는 점이 특별히 문제되는 경우는 없을 것이다¹⁶⁾. 그럼에도 불구하고 의료인이 진료를 개시하였다더라도, 의료기관이 진료접수를 받았더라도, 그 자체로 의료계약이 성립하는 것이 아님을 확인하는 것은 「의료법」의 진료거부금지 규정이 의료계약의 체결을 강제하는 것이 아님을 분명히 한다는 점에서 의미가 있다.

16) 진료비와 관련하여서는 의료계약의 환자측 당사자가 누구인지가, 의료급부제공과 관련하여서는 시기와 상관없이 최선의 주의를 기울였는지가 문제된다.

3. 의료계약의 내용결정에 대한 자유와 진료거부금지 관련 규정의 관계

의료기관 개설자와 환자측의 의료계약이 성립하면, 의료기관 개설자는 의료급부를 제공하여야 한다. 의료급부의 제공은 의료기관에 소속되어 있는 의료인을 통하여 이루어진다.¹⁷⁾ 그리고 “의료인은 의료급부를 제공할 때에 모든 의료지식과 의료기술을 동원하여 환자를 진찰하고 치료하여야 한다. 의료계약에 따라 의료인이 의료행위를 할 때에 그 구체적 내용은 질병의 진행과 환자상태의 변화에 대응하여 이루어지는 가변적인 성질로 인하여, 계약 당시에는 진료의 내용 및 범위가 가괄적이고 추상적이지만, 이후 질병의 확인, 환자의 상태와 자연적 변화, 진료행위에 의한 생체반응 등에 따라 제공되는 진료의 내용이 구체화된다.”¹⁸⁾ 그리하여 “의료인은 환자의 건강상태 등과 당시의 의료수준 그리고 자기의 지식경험에 따라 적절하다고 판단되는 진료방법을 선택할 수 있는 상당한 범위의 재량을 가지지만, 환자의 수술과 같이 신체를 침해하는 진료행위를 하는 경우에는 질병의 증상, 치료방법의 내용 및 필요성, 발생이 예상되는 위험 등에 관하여 당시의 의료수준에 비추어 상당하다고 생각하는 사항을 설명하여, 당해 환자가 그 필요성이나 위험성을 충분히 비교해 보고 그 진료행위를 받을 것인지의 여부를 선택하도록 함으로써 그 진료행위에 대한 동의를 받아야 한다.”¹⁹⁾ 요컨대 의료계약에 의하여 제공되는 진료의 내용은 의료인의 설명과 환자의 동의에 의하여 구체화되는 것이다.

환자측에서 특정한 진료를 요청하였다고 해서 의료인이나 의료기관 개설자가 그러한 진료요청에 응하여야 하는 것은 아니다. 오히려 환자측이 특정 진료

17) 의료급부의 제공으로 이루어지는 의료행위는 “의학적 전문지식을 기초로 하는 경험과 기능으로 진찰, 검안, 처방, 투약 또는 외과적 기술을 시행하여서 하는 질병의 예방 또는 치료행위 이외에도 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위를 의미한다”(대법원 2000. 2. 25. 선고 99도4542 판결; 대법원 1999. 6. 25. 선고 98도4716 판결 등).

18) 대법원 2009. 5. 21. 선고 2009다17417 판결.

19) 대법원 2009. 5. 21. 선고 2009다17417 판결.

를 요청하여도 의학적 지식에 기초하여 볼 때 의학적 필요성이 인정되지 않으면 진료를 실시하여서는 안될 것이다. 그리하여 「의료법」의 진료거부금지 규정이 의료계약 내용 결정의 자유를 제한하지 않는다.

오히려 의료현장에서 의료계약의 내용결정에 대한 자유의 제한으로 작용하는 것은 「국민건강보험법」의 요양급여기준과 「연명의료결정법」의 연명의료 중단에 관한 것이다. 물론 「국민건강보험법」의 요양급여기준이 의료계약에서 의료급부의 내용을 직접적으로 제한하거나, 최선의 주의의무의 수준을 요양급여기준으로 낮추는 것은 아니다. 의료계약에서 의료인측의 의료제공의무는 최선의 주의를 다하여야 의료행위를 하여야 하는 수단채무이고, 최선의 주의를 의료행위의 과정에서 전력을 다하여야 한다는 것으로, 전력을 다하였는지 여부가 요양급여기준에 따라 판단되는 것은 아니다. 그러나 전력을 다한 의료행위에 대하여 비용을 전보받는 과정에서 요양급여에 해당하는 행위는 국민건강보험공단으로부터 지급받지만, 요양급여기준에 부합하지 않는 행위는 공단으로부터 비용을 지급받지 못할 뿐만 아니라 환자에게도 그 비용을 지급받지 못한다²⁰⁾. 심지어 판례는 임의비급여 의료행위²¹⁾에 대해서도 환자로부터 비용을 지급받는 것을 허용하지 않는다. 의학적 필요성이 인정되고, 의료계약 당사자 사이에 의료행위의 제공과 비용에 대한 합의가 있는 경우에도 마찬가지이다.²²⁾ 그리하여 의료계약에서 의료의 구체적 내용과 그에 관한 진료비 결정의 자유가 보장되는 영역은 비급여 의료행위로 제한된다. 「국민건강보험법」의 요양급여기준이 의료계약에서 최선의 주의의무의 판단기준은 아니라고 하

20) 비급여 의료행위를 실시하고 환자로부터 진료비를 지급받은 때에도 그것이 「국민건강보험법」에 따른 요양급여기준에 부합하지 않으면, 같은 법 제57조 “속임수나 그 밖의 부당한 방법으로 보험급여를 받은” 경우에 해당하여 결국 국민건강보험공단으로부터 환수처리되어 환자에게 다시 지급된다.

21) 「국민건강보험법」은 법령상 정해진 일정한 경우를 비급여 대상으로 정하고, 그 구체적 항목을 「국민건강보험 요양급여의 기준에 관한 규칙」 제9조 제1항 별표 2에서 정하고 있다. 그리고 비급여에 해당하지 않는 모든 의료행위를 요양급여로 분류한다. 이러한 「요양급여의 적용기준 및 방법에 관한 세부사항」에 따르지 아니한 진료비가 바로 임의비급여이다.

22) 대법원 2012. 6. 28. 선고 2010두27639, 27646 전원합의체 판결.

면서도, 실제 의료현장에서는 의료를 제공하고도 비용을 전보받지 못할 것이 예상되는 경우에 요양급여기준에 따라 의료행위의 내용을 정함으로써 요양급여기준이 의료계약의 내용의 결정할 때에 중요한 기준이 되고 있는 것이다.

의료계약의 내용결정에 대한 자유는 「연명의료결정법」에 의해서도 제한된다. 환자에게 심폐소생술, 혈액 투석, 항암제 투여, 인공호흡기 착용 등의 의료행위가 이미 시행되었다면 의료계약 당사자인 의료인측과 환자측의 의사합치가 있다고 하더라도 연명의료를 중단하는 것으로 의료계약의 내용을 변경할 수 없다. 환자가 「연명의료결정법」 제2조 제2호에서 말하는 임종과정에 들어섰는지에 대하여 같은 법 제16조에 따른 판단이 있어야 한다. 환자가 사망이 임박한 임종과정에 들어섰다는 의학적 판단이 있으면 그때서야 비로소 연명의료의 중단을 의료계약의 내용으로 정할 수 있다. 환자가 임종과정에 들어서지 않았다면, 의료인측과 환자측의 의사합치로 연명의료 중단을 의료계약의 내용으로 정할 수 있다.²³⁾

4. 의료계약 해지의 자유와 진료거부금지 관련 규정의 관계

가. 진료거부금지규정과 의료계약 해지의 자유

계약 해지에 관하여 당사자의 의사가 합치하면 계약을 해지할 수 있다. 제3자를 위한 계약의 경우에도 계약 당사자는 수익자의 동의 없이 계약을 해지할 수 있다. 의료계약 역시 계약 당사자인 환자와 의료인측의 의사가 합치하면 언제든지 자유롭게 계약을 해지할 수 있다. 문제는 의료계약의 당사자가 환자 본인이 아닌 경우에 계약해지에 따른 의료중단이 허용되는가 하는 점이다.²⁴⁾ 또

23) 환자가 임종과정에 들어서지 않은 경우, 의료인측과 환자측의 의사가 합치되지 않고, 환자의 정신능력이 완전하지 않다면, 「연명의료결정법」에 따라 연명의료의 중단을 허용할 수 있는지에 대해서는 논란의 여지가 있다. 이때에도 연명의료결정법 이외의 일반적 법원칙에 따라 연명의료의 중단을 허용하는 것이 바람직하다는 견해로 김천수, “연명의료결정법의 문제점과 개정방향”, 성균관법학(제31권 4호), 2019, 265면.

24) 의료계약 당사자가 아닌 환자가 의료의 중단을 원하는 경우, 환자의 동의 없이 의료행위를 실시할 수 없기 때문에 계약당사자가 계약의 해지를 원하지 않더라도 의료인측에서는

의료계약을 위임계약으로 파악하여, 위임계약 제689조 상호해지의 자유를 인정할 것인가 하는 점이다.

먼저 의료계약의 당사자가 환자 본인이 아닌 경우, 진료비지급의무를 지는 환자측 계약당사자가 의료인측과 계약해지에 합의하였다고 하더라도 계약당사자인 의료기관 개설자에 의한 의료급부의 제공은 계속된다. 의료기관에 소속되어 있는 의사가 「의료법」의 진료거부금지 규정에 의하여 환자에 대한 진료를 중단할 수 없기 때문이다. 이 때 당사자의 계약해지 의사에도 불구하고 진료거부금지 규정으로 인하여 계약이 해지되지 않았기 때문에 진료가 계속되는 것이라고 한다면, 진료거부금지 규정은 계약당사자의 합의에 의한 의료계약의 자유로운 해지를 제한한다. 그리고 의료인측은 여전히 환자측 계약당사자를 상대로 진료비 지급을 청구할 수 있다. 이와는 달리 의료계약은 해지되었으나, 해지 이후에도 진료거부금지 규정에 근거하여 진료가 계속되는 것이라고 한다면, 의료인측은 환자측 계약당사자가 아닌 환자 본인에 대하여 진료비를 청구하여야 한다. 그리고 이때에는 사법관계에 기초하여 의료기관이 환자에게 진료비를 청구하는 것이 아니라 공법상 부과되는 의무이행에 대하여 건강보험으로부터 그 비용을 전보받게 될 것이다.

그런데 이러한 논리구성의 경우 의료계약의 이행으로 요양급여를 넘어서는 의료행위에 대해서까지 합의하였다가 환자 본인이 아닌 계약당사자의 해지의사로 의료행위의 범위가 요양급여의 범위로 감축되는 것인가 하는 의문이 발생한다. 요양급여의 범위로 감축되는 것이 아니라면 요양급여를 넘어서는 비급여 의료행위에 대하여 의료기관이 과연 환자 본인으로부터 비용을 전보받을 수 있을 것인지도 의문이다. 왜냐하면 보통 환자 이외의 자가 의료계약의 당사자가 되는 경우는 환자가 의사능력에 제약이 있거나, 진료비를 지급할 자력이 없는 경우이기 때문이다.²⁵⁾ 그리하여 이러한 경우에도 처음부터 환자에 대한

의료급부의 제공이 불가능하게 되어 의료계약은 당연히 종료된다고 할 것이다.

25) 미성년자가 법정대리인과 동반하여 진료를 요청하는 경우 미성년자는 의사능력이 비교적 낮게 형성되어 있으며 자력이 없는 경우가 대부분이므로 진료계약의 당사자로 권리와

진료비지급의사를 가지고 있던 환자측 계약당사자에게 계속하여 진료비를 청구할 수 있도록 하는 것이 바람직하다고 할 것이다.

다음으로 의료계약을 위임계약으로 보는 경우에 상호해지의 자유에 관한 「민법」 제689조 제1항에 따라 의료인측도 언제든지 자유롭게 의료계약을 해지할 수 있는지 살펴본다. 이 점 앞의 경우와 마찬가지로 「의료법」의 진료거부금지 규정으로 의료인측의 해지권은 제한된다. 따라서 진료거부금지를 허용하는 정당한 사유가 없는 한 의료계약은 해지할 수 없고, 그러한 사유가 인정되는 때에도 위임에 관한 「민법」 제689조 제2항에 의하여 환자가 불리한 시기에 계약을 해지하였다면 그 손해를 배상하여야 한다. 여기서 의료인측의 의료계약 해지를 허용하는 정당한 사유는 의학적 기준에 한하지 않는다. 기본적으로 의료계약은 의료인과 환자의 신뢰관계에 기초한다는 점에서 환자의 협력 의무 위반의 경우, 환자 또는 보호자가 의료인에 대한 모욕죄, 명예훼손죄, 폭행죄, 업무방해죄에 해당될 수 있는 상황을 형성하여 의료인이 정상적으로 의료행위를 행할 수 없도록 하는 경우, 의료인으로서의 양심과 전문지식에 반하여 치료방법을 의료인에게 요구하는 경우에도 의료인측이 계약을 해지할 수 있는 정당한 사유에 해당한다고 할 것이다. 그리고 이러한 사유에 따른 의료인측의 계약해지는 환자에게 불리한 시기에 해지를 한 때에는 그 손해를 배상하도록 함으로써 한번 더 제한을 받는다.

협력의무 위반과 관련하여 의료계약을 해지할 수 있는 정당한 사유에 포섭되기 위해서는 단순한 부주의가 아니라 환자의 생명을 위협하거나 부작용으로 손해 발생 위험이 있는 신의칙상 주의의무 위반만을 의미한다는 견해가 있으나²⁶⁾, 근본적으로 환자가 자신의 신체에 대한 위험발생이나 확대를 방지하여

의무를 직접 부담하는 것으로 볼 수 없고, 피성년후견인의 경우 성년후견인의 경우에도 성년후견인이 피성년후견인의 대리인으로서가 아니라 진료계약의 당사자가 되려는 의사로 진료요청행위를 한 것으로 해석되면 제3자를 위한 계약이 된다(박동진, “진료계약의 환자 측 당사자확정에 관한 소고”, 의료법학(제15권 2호), 대한의료법학회, 2015, 258-259면).

26) 민국현, “의사의 정당한 사유에 의한 의료계약 해지권 검토”, 한국의료법학회지(제26권 2호), 한국의료법학회, 2018, 64면.

야 할 법적의무가 있는가 하는 점에서 이러한 견해에 찬성할 수 없다. 또한 의료인측에 의한 계약해지의 자유를 의학적 판단에 근거한 정당한 사유만으로 제한할 것인가, 신뢰관계가 깨진 경우까지 인정할 것인가의 문제에서 의학적 판단에 근거한 정당한 사유만으로 제한하지 않는다면, 신뢰관계가 깨진 사유가 환자의 단순한 부주의에 의한 것이든, 신의칙상 주의의무 위반의 정도에 까진 이른 부주의이든 상관없이 신뢰관계가 깨졌다는 그 자체에서 계약해지는 인정된다고 할 것이다.

한편 연명의료를 포함하는 의료계약의 해지는 연명의료를 포함한 전체 의료행위를 중단하는 것인데, 연명의료 중단시점에 환자의 현실의사를 확인할 수 없는 경우 연명의료를 포함한 의료계약 일체를 해지하는 것은 불가능하다. 환자 본인이 의료계약의 당사자이든, 그 환자 이외의 자가 환자측 당사자이든 마찬가지이다. 「연명의료결정법」과 판례는 애초에 환자의 의사가 연명의료를 포함한 의료행위 일체였는지가 아니라, 연명의료 중단을 원하였는지만을 고려한다. 「연명의료결정법」에 따르면 연명의료의 중단이 인정되는 경우에도 통증완화 및 생명유지를 위한 최소한의 의료조치는 계속해서 제공하여야 한다. 판례는 연명의료의 중단이 인정되면, 연명의료에 관하여 의료계약은 해지되지만, 그 이외 연명에 필요한 최소한의 생명유지를 위한 진료와 병실사용에 관한 부분은 의료계약이 유지된다고 보았다.²⁷⁾ 결국 「연명의료결정법」 역시 계약의 성립 후 의학적으로 무의미하다는 이유로 의료인측이 의료계약을 해지하거나, 환자측이 연명의료결정을 포함한 의료계약 전부의 해지를 원한다고 하여 임종과정에 들어서 사망이 임박한 환자의 현실의사를 확인할 수 없는 상황에서 계약의 해지를 인정할 수는 없다는 것이다.

27) 서울서부지방법원 2015. 1. 23. 선고 2014나2536 판결(연명의료 중단에 따른 진료비지급청구에 대한 대법원 2016. 1. 28. 선고 2015다9769 판결의 원심판결임).

IV. 결론: 의료계약의 민법전 편입을 위한 진료거부금지 규정의 개정방안

이상으로 살펴본 바 보건의료관련 법률의 진료거부금지에 관한 규정이 의료현장에서 의료계약의 체결에서부터 내용결정, 그리고 해지에 이르기까지 의료인 측의 자유를 제한하고 있음은 분명해 보인다. 다만 앞으로 민법전에 의료계약에 관한 규정의 신설을 논의하면서 이들 진료거부금지 규정이 의료현장에 미치는 영향을 수용할 것인가 하는 점은 전혀 다른 문제이다. 그리고 결론적으로 이 논문은 의료현장에 미치는 진료거부금지 규정의 영향을 그대로 민법 규정이 수용하는 것에 비판적인 입장을 취한다. 그것은 진료거부금지 규정이 의료현장에 미치는 영향 그 자체에 대한 비판적 태도에 기인한 것이기도 하다. 또 의료계약의 민법전 편입이 의료관련 각종 법률과 판례를 의료계약 조문으로 명문화 하는 데에 그치지 않고, 일관된 체계를 가지지 않고 의료관련 각종 법률에 산발적으로 존재하는 유사 규정들을 정리하여 의료관련 법률관계가 계약을 중심으로 운용될 수 있도록 주도적 역할을 하여야 한다는 생각에서 비롯된 것이기도 하다.

그리하여 이상의 논의를 바탕으로 의료계약에 관한 민법 규정에서 진료거부금지에 관한 규정을 어떻게 반영하는 것이 타당한지, 그리고 이 때에 의료관련 법률의 진료거부금지 규정을 어떻게 개정하는 것이 타당한지 그 구체적인 방안을 제시해보고자 한다. 먼저 앞선 논의를 정리하면 다음과 같다.

진료거부금지에 관한 규정이 의료계약의 체결을 강제하는 것은 아니다. 그럼에도 「의료법」은 진료거부에 대한 처벌규정을 두고 있어, 사실상 환자의 요청이 있으면 의료인은 이에 응할 수 밖에 없다. 그러나 환자측이 의료인을 선택할 자유가 있는 것처럼 의료인도 환자를 선택할 수 있다고 할 것이다. 다만 환자가 진료를 요청하면, 의료인의 독점적 지위로부터 인정되는 진료거부금지 의무에 의하여 진료를 개시하여야 할 것이다. 그러나 이때에도 의료의 개괄적인 내용과 그 비용에 대한 협의가 없는 상태에서 의료계약의 성립을 인정하기

는 어렵다.

보통은 초진의 경우 「국민건강보험법」이나 「의료급여법」에 의하여 요양급여로 비용이 지급되기 때문에 계약의 성립을 인정하지 않더라도 의료인측이 진료개시에 따른 비용을 전보받는 데에 큰 문제는 없다. 문제가 되는 것은 비급여 의료행위이다. 당사자 간에 비용에 관한 협의 없이 환자의 진료요청에 의료인이 응하여 진료를 행하였고, 그 진료의 내용으로 최선의 주의를 다하는 과정에서 비급여 의료행위가 실시되었다고 하여 환자측에 비급여를 포함한 진료비 일체에 대한 지급의사가 당연히 인정된다고 할 수는 없다. 그렇다면 건강보험으로 진료비 일체가 커버되고, 약간의 본인부담금만을 지급할 의사로 진료를 요청한 환자에게 진료요청시에 항상 의료계약에 대한 청약의 의사가 있었다고 볼 수는 없을 것이다.

이처럼 의료관련 법률의 진료거부금지 규정이 직접적으로 의료계약의 체결을 강제하는 것은 아님에도 불구하고, 진료거부로 위험이 발생하였는지와는 상관없이 진료를 거부한 행위 그 자체로 처벌의 대상이 되기 때문에 실제 의료현장에서 진료거부금지 규정은 의료계약의 체결을 강제하는 수단으로 작용한다. 그리하여 의료계약에 관한 민법규정에서 의료계약의 성립여부와 당사자를 자유로이 결정할 수 있음을 명시하고, 일정한 경우에 계약을 강제하는 방식을 취하는 한편, 「의료법」의 진료거부금지 규정을 선언적 규정으로 두는 방안을 제시하고자 한다²⁸⁾. 이 때에 진료거부금지 의무의 수범자는 의료행위의 주체인 의료인이지만, 그가 속해있는 의료기관의 개설자는 아니라고 할 것이므로, 진료거부금지 규정에서 의료기관 개설자를 삭제하여야 할 것이다. 「의료법」에서 진료거부금지 의무 위반을 처벌의 대상으로 하지 않더라도 환자의 상태가 응급하다면, 「응급의료에 관한 법률」에 따라 처벌할 수 있다. 환자의 상태가 응급하지 않은 경우, 처벌규정이 없더라도 의료인은 직업상 의무로, 그리고

28) 이일·임지연·강태경, 『진료거부금지 의무의 현황과 과제』, 의료정책연구소, 2019, 47면에서는 「의료법」의 진료거부금지에 관한 규정을 삭제하여 의료계약에 관한 불필요한 논쟁을 불식시키는 것이 바람직하다고 한다.

「의료법」의 선언적 규정으로 진료의무를 부담하게 된다. 따라서 환자의 요청에도 진료의무를 이행하지 않아 환자의 생명·신체에 불이익한 결과가 발생하였다면, 계약상 의무위반이 아닌 부작위에 의한 불법행위로 손해배상책임을 지게 될 것이다. 그리고 이때 진료거부에 대한 처벌규정이 존재하는 경우에만 진료에 대한 작위의무가 인정되는 것은 아니라고 할 것이다. 진료에 대한 작위의무는 처벌 여부와는 별개로 의료인에게 부과된 법적 의무로서 진료의무에 근거하는 것으로, 추상적이고 선언적인 「의료법」의 진료의무가 개개 환자에 대한 치료의 필요성을 통해 구체화된다고 할 것이다. 한편 진료거부금지 규정에 따른 진료개시가 비급여료까지 나아가야 하는 것은 아니라는 점에서 진료를 거부한 의료인 및 의료기관 개설자에 대한 제재는 「국민건강보험법」의 요양급여 거부금지에 따른 처벌로도 규제가 가능하다.

반면 진료계약의 해지에 대해서는 계약해지의 자유에 대한 일정한 제한이 필요하다. 환자측의 진료요청이 있고, 의료인이 이에 응하여 진료를 개시함으로써 치료 필요성에 대한 의학적 판단이 이루어졌고, 그러한 판단에 기초하여 계약당사자인 환자측과 의료행위의 내용, 진료비지급 등에 관하여 협의를 거친 후 환자의 동의하에 의료행위를 실시하는 것으로 의료계약이 성립된 것이다. 이처럼 이미 의료계약에 구속되기로 합의되고, 그에 따라 의료행위가 실시되고 있는 경우에 의료인의 일방적 의사표시로 계약을 해지하게 되면, 환자는 매우 불리한 위치에 놓여지게 된다. 따라서 위임계약에서 당사자의 자유로운 해지를 인정하면서, 정당한 사유 없이 불리한 시기에 해지한 때에는 손해를 배상하도록 한 것에서 더 나아가 의료계약에서는 정당한 사유 없이 불리한 시기에 계약을 해지할 수 없음을 명문화할 필요가 있다. 이때 정당한 사유는 의학적 기준에 의한 것뿐만 아니라 의료인과 환자의 신뢰관계가 깨진 경우를 포함하는 것으로 이 때에도 환자가 다른 의료인을 찾아 새롭게 의료계약을 체결할 때까지 계약을 해지할 수 없도록 하여 환자의 생명·신체를 보호할 필요가 있다.

[참 고 문 헌]

<단행본>

- 김용담 편, 『민법 주해(XIV) 채권(9)』, 한국사법행정학회, 2016.
- 박영호, 『의료분쟁과 법』, 법률정보센터, 2005.
- 박준서 집필대표, 『주석 민법(채권각칙(5))』, 사법행정학회, 1999.
- 송덕수, 『신 민법강의(혁신판)』, 박영사, 2019.
- 오성일, 『보건복지부 공무원의 시각으로 본 한국의료법의 해설』, 집현재, 2019.
- 이열·임지연·강태경, 『진료거부금지 의무의 현황과 과제』, 의료정책연구소, 2019.
- 추호경, 『의료과오론』, 육법사, 1992.

<논문>

- 김기영, “독일환자권리법 정부안에 관한 고찰”, 『한국의료법학회지』 제20권 2호, 한국의료법학회, 2012.
- 김민중, “의료계약”, 『사법행정』 제361호, 1991.
- _____, “진료계약: 판례로 형성된 원칙에서 전형계약으로”, 『사법』 통권 28호, 사법발전재단, 2014.
- 김성필, “독일민법상 환자의 동의권”, 『법과 정책연구』 제19권 2호, 한국법정책학회, 2019.
- 김중길, “민법상 전형계약으로서 의료계약”, 『법제연구』 통권 제47호, 한국법제연구원, 2014.
- 김천수, “연명의료결정법의 문제점과 개정방향”, 『성균관법학』 제31권 4호, 2019.
- 민국현, “의사의 정당한 사유에 의한 의료계약 해지권 검토”, 『한국의료법학회지』 제26권 2호, 한국의료법학회, 2018.
- 박동진, “진료계약의 환자 측 당사자확정에 관한 소고- 제3자 진료요청행위의 해석을 중심으로”, 『의료법학』 제15권 2호, 대한의료법학회, 2014.
- 박수곤, “의료계약의 민법편입과 과제”, 『민사법학』 제60호, 한국민사법학회, 2012.
- 석희태, “의료계약(중)”, 『사법행정』 제361호, 한국사법행정학회, 1991.
- 윤석찬, “의료계약의 민법전 도입가능성”, 『재산법연구』 제36권 2호, 한국재산법학회, 2019.

- 이석배, “응급의료거부죄의 해석과 정책”, 『형사정책』 제21권 1호, 한국형사정책학회, 2009.
- 이영규, “의료계약의 특질과 구조”, 『법학논집』 제12집, 한양대학교 법학연구소, 1995.
- 이재경, “독일민법의 의료계약에 관한 연구”, 『중앙법학』 제19집 1호, 중앙법학회, 2017.
- _____, 「정신의료의 법률관계와 손해배상」, 성균관대학교 박사학위논문, 2009.
- 현두륜, “건강보험에 있어서 의사와 환자 간의 법률관계”, 『의료법학』 제8권 2호, 대한의료법학회, 2007.

[국문초록]

보건의료관련 법률의 진료거부금지에 관한 규정이 의료계약에서 계약의 자유를 제한하는지에 관하여

이재경(법학박사, 원광대학교 법학전문대학원 부교수)

본 논문에서는 민법전에 의료계약에 관한 규정을 신설하기 위한 논의의 과정에서 의료 관련 법률의 진료거부금지 규정과 의료계약에서 계약자유 원칙의 관계를 검토하였다.

그 내용은 다음과 같다. 의료법의 진료거부금지 규정이 의료계약 체결의 자유를 제한하는 것은 아니다. 환자의 요청에 따른 진료개시와 진료개시 후 의학적 판단에 기초한 의료내용의 결정과 진료비에 대한 협의 하에 체결되는 의료계약의 성립은 구별된다. 반면 진료거부금지 규정으로 의료계약 해지의 자유는 제한된다. 의료계약은 전문가인 의료인과 자신의 생명·신체에 대한 처분을 전문가에게 맡긴 환자의 신뢰에 기초한 것이기 때문에 신뢰가 깨지면 계약을 해지할 수 있을 것이다. 그러나 계약의 해지로 환자의 생명·신체에 불이익을 주어서는 안 되기 때문에, 의료계약의 해지에는 일정한 제한을 두어야 할 것이다. 의료계약의 체결을 강제하고 정당한 사유가 있는 때에만 계약을 해지할 수 있도록 하는 것이 현재 의료법의 태도이다. 민법전의 의료계약에 관한 규정에서는 의료계약 해지의 자유를 인정하되, 일정한 경우에 계약의 해지를 제한하는 방향을 제시하였다. 계약의 해지를 위한 정당한 사유가 인정되고, 환자가 다른 의료인으로부터 진료를 받을 수 없는 등 불리한 시기가 아닌 경우에 계약의 해지를 인정한다. 의료법의 진료거부금지의무 위반에 대한 처벌규정을 삭제하고, 계약법의 문제로 옮겨와야 할 것이다. 진료를 거부한 행위 자체에 대해서는 국민건강보험법의 요양급여거절의무에 따른 행정제재로 규율하여야 할 것이다.

주제어 : 의료법, 진료거부금지, 의료계약, 계약자유, 진료거부

The Prohibition Against Medical Refusal and the Principle of Private Autonomy in Medical Contracts

Yi, Jaekyeong

Wonkwang University School of Law, Associate Professor

=ABSTRACT=

This paper review about the relationship between the prohibition against medical refusal and the principle of private autonomy in medical contracts. The obligation to this Prohibition in Medical Law does not restrict the liberty of contracting a medical contract.

On the other hand, the prohibition limits the freedom to terminate medical contracts. Medical contracts can be terminated if the trust between doctors and patients is vanished. However certain restrictions should be placed on termination of the medical contract, because termination of the contract should not be detrimental to patients' health. According to the current medical law the medical contract is to be enforced in principle and can be revoked only with justifiable reason.

At the Civil Code on Medical Contracts the freedom to terminate the medical contract is permitted, but this paper suggests the restrictions of the revocation under certain conditions. The Criminal Punishment Regulations against medical refusal should be removed. Refusal the provide medical service should be regulated by administrative sanctions under the National Health Insurance Act's obligation.

Keyword : Medical service act, Prohibition against Refusal to Provide Medical Services, Medical contract, liberty of contract, medical refusal