

민법에 기초한 보건의료관련 법령 조문의 검토와 해석

-의료법, 응급의료에 관한 법률, 의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률-

이 재 경*

I. 들어가는 말

II. 의료법

1. 진단서 등의 발급상대방
2. 처방전 대리수령자
3. 진료기록 열람 및 사본발급 요청권한
4. 의료행위에 관한 설명

III. 응급의료에 관한 법률

1. 선의의 응급의료에 대한 면책
2. 응급환자가 아닌 사람에 대한 조치
3. 응급의료의 설명·동의
4. 응급의료 중단 금지
5. 미수금의 대지급

IV. 의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률

1. 의료사고와 의료과실의 구별
2. 신의성실의 원칙
3. 의료사고감정단의 업무범위
4. 의료분쟁 조정신청

V. 나가는 말

I. 들어가는 말

보건의료분야는 보건의료기술의 발달에 따른 의료현장의 변화를 반영하는

* 논문접수: 2022. 9. 14. * 심사개시: 2022. 9. 15. * 게재확정: 2022. 9. 30.

* 법학박사, 원광대학교 법학전문대학원 교수.

여러 보건의료관련 법령이 존재하고, 법령의 제정이나 개정도 매우 빈번하다. 보건의료에 정신질환자나 치매환자, 발달장애인 등에 대한 복지의 개념이 더해지면서 관련 입법이나 개정도 빈번히 일어나고 있다. 다양한 보건의료관련 법률이 존재하면서 법률의 적용을 직접 받게 되는 보건의료서비스 제공자가 혼란한 상황에 놓여지는 경우가 많아졌다. 그리고 그러한 혼란을 다시 법률이 해결해 주기를 원한다. 보건의료서비스 수혜자는 좀 더 수월하게 보건의료서비스에 접근하면서도, 생명·신체에 관한 자기결정권을 존중받고 싶어한다. 그리고 보건의료서비스 제공자 역시 그러한 욕구를 법률이 해결해 주기를 바란다. 보건의료분야에 관계되는 여러 이해관계를 조율하면서도 보건의료의 발전과 국민의 보건 및 복지 증진에 이바지하고자 하는 노력은 보건의료분야의 법규정을 더욱 복잡하게 만들고 있다.

이러한 상황에서 복잡한 법규정을 해석하고, 현장에 적용시키는 일은 오롯이 담당부처와 공무원의 손에 맡겨지고 있다. 사법기관을 통한 해결은 분쟁의 사후적 해결이기 때문에 당장 현장에서 법규 위반에 대한 행정제재나 벌칙을 부과받게 되는 측에서는 관련 법령을 현장상황에 맞게 개정하거나, 유권해석으로 혼란한 상황을 정리해 주기를 원하게 된다. 그렇기 때문에 보건의료관련 부처의 공무원은 보건의료 관련 지식 이외에 법적 사고를 할 수 있는 능력도 필수적으로 갖추어야 한다. 그리고 그 기초가 되는 것은 민법적 사고이다.

보건의료관련 법률에서 기초적인 법지식 내지는 법적 사고가 필요한 부분은 의료행위를 비롯한 각종 의료관련 사무에 대한 동의, 각종 의료관련 행위를 하는 데에 필요한 능력, 그리고 타인을 통한 결정이나 이행에 관한 부분이다. 그런데 이 부분은 기본적으로 민법상 권리의 주체, 대리, 능력에 대한 이해를 전제로 하고 있기 때문에 민법체계 및 개념에 대한 이해가 필요하다. 그러한 이해 없이 관련 법률의 제·개정에 관여하면 보건의료관련 법률이 민법체계에 맞지 않거나, 관련 법률 상호간에 모순되거나, 하나의 법률 안에서도 조문 간 모순되는 상황이 벌어지게 된다. 또 무엇보다도 유권해석에 대한 요구가 높은 보건의료분야에서 법률의 범위를 벗어난 유권해석을 하기도 한다.

그리하여 이하에서는 보건의료관련법령을 민법체계 및 민법개념, 표현을 중심으로 검토하고, 체계에 부합하지 않는 조문, 잘못된 표현, 민사법의 영역에서 해석상 논의가 대립하는 조문, 법적용을 위하여 민법지식이 필요한 조문 등을 찾아 보건의료분야에서도 민법지식이 필요함을 증명해 보고자 한다.

II. 의료법

1. 진단서 등의 발급상대방

의사, 치과의사, 한의사의 진단서·검안서·증명서 발급 상대방은 환자이다. 환자가 사망하거나 의식이 없는 때에는 환자의 직계존속·비속, 배우자 또는 배우자의 직계존속이 상대방이 되고, 이러한 범위의 자가 없는 경우에는 형제자매가 상대방이 된다(의료법 제17조). 이들 사이에 순위의 우열은 없으며, 직계존속·비속, 배우자의 직계존속은 촌수를 제한하지 않는다. 문제는 의료법 상 진단서 발급대상을 제한하는 기준이 분명하지 않다는 것이다. 기본적으로 민법 제767조에 따른 친족인 배우자, 혈족 및 인척 중에 민법 제768조에 따른 직계혈족인 환자의 직계존속과 비속, 민법 제769조에 따른 인척 중 배우자의 혈족인 직계존속으로 그 범위를 제한하고 있는 것처럼 보이지만, 민법의 친족 및 혈족, 인척의 범위와 일치하지 않는다. 민법 제769조 인척은 배우자의 혈족뿐만 아니라 혈족의 배우자도 포함하는데 의료법은 배우자의 혈족 중 직계존속만을 진단서 등의 발급 상대방으로 정하고 있고, 환자의 직계혈족 중 직계비속인 자녀의 배우자 즉, 며느리와 사위는 그 상대방으로 정하고 있지 않기 때문이다.

진단서 등의 발급이 주로 상해진단서, 사망진단서, 시체검안서, 출생증명서, 사산 또는 사태증명서와 같이 환자의 사망에 따른 상속이나 환자의 상해나 사망에 따른 보험금청구 내지는 손해배상청구권이 문제된다는 점을 고려하면, 진단서 등의 발급대상은 민법 제1000조 및 제1003조의 상속순위에 따르되,

그 범위가 지나치게 확대되는 것을 막기 위해 환자의 배우자, 직계비속, 직계존속으로 한정된 것이라고 이해할 수도 있다. 그런데 그렇게 본다면 배우자의 직계존속은 발급대상에 포함되지 않아야 할 것이다.

환자가 치료받고 있는 동안에 환자를 돌보고, 환자의 보호자가 된 환자의 배우자를 지원하는 위치에 있는 자를 그 대상으로 본다면 배우자의 직계존속도 발급 상대방에 포함시킬 수 있는 여지가 있다. 다만 그렇게 본다면 직계비속의 배우자도 발급대상에 포함되어야 할 것이다. 또한 민법의 부양의무자를 기준으로 한 것이라면, 배우자 외에 직계비속, 직계존속 및 그 배우자로 규정하여야 할 것이다.

요컨대 의료법의 진단서 등 발급 상대방은 민법의 친족개념을 차용하고 있지만, 친족 중 그러한 자격이 인정되는 자를 제한한 기준은 민법의 친족 내지는 상속인, 부양의무자 개념과 일치하지 않아 어떠한 기준으로 발급상대방을 정하고 있는 것인지 알 수 없다.

2. 처방전 대리수령자

처방전은 직접 진찰을 받은 환자만이 발급대상이 되지만, 환자가 의식이 없는 경우, 환자의 거동이 현저히 곤란하고 동일한 상병에 대하여 장기간 동일한 처방이 이루어지는 경우로 해당 환자 및 의약품에 대한 안전성이 인정되는 때에는 환자의 직계존속·비속, 배우자 및 배우자의 직계존속, 형제자매 또는 노인복지법 제34조에 따른 노인의료복지시설에서 근무하는 사람이 대리수령자가 되어 처방전을 수령할 수 있다(의료법 제17조의 2 제1항 및 제2항). 이 때에도 직계존속·비속, 배우자의 직계존속에서 촌수에 따른 제한은 없다. 그리고 의료법 시행령 제10조의 2는 의료법 제17조의 2 제2항 각 호 외의 부분에서 “대통령령으로 정하는 사람”이란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람을 말한다고 하면서, 1. 환자의 직계존속·비속 및 직계비속의 배우자, 2. 환자의 배우자 및 배우자의 직계존속, 3. 환자의 형제자매, 4. 노인복지법 제34조에 따른 노인의료복지시설에서 근무하는 사람, 4의 2. 장애인복지법 제58조 제1항 제1호의 장애인 거주시

설에서 근무하는 사람, 5. 그 밖에 환자의 계속적인 진료를 위해 필요한 경우로서 보건복지부장관이 인정하는 사람을 각 호에서 정하고 있다.

그런데 시행령은 처방전 대리수령에 관한 의료법의 각 호 외의 부분에서 대통령령으로 정하는 사람이라고 하면서, 의료법의 각 호에서 정하고 있는 환자의 직계존속·비속, 환자의 배우자 및 배우자의 직계존속, 형제자매를 그대로 적시하고 있다. 그리고는 의료법에서는 발급 상대방으로 정하고 있지 않은 직계비속의 배우자와 환자의 계속적인 진료를 위해 필요한 경우로서 보건복지부장관이 인정하는 사람을 발급상대방으로 추가하고 있다.

헌법 제75조는 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항의 경우 법률 외의 법규범을 인정한다.¹⁾ 대통령령인 의료법 시행령의 경우 의료법 상 위임의 범위가 정해지는데, 환자의 의식이 없거나 환자의 거동이 현저히 곤란하고 동일한 상병에 대하여 장기간 동일한 처방이 이루어지면서 해당 환자 및 의약품에 대한 안정성이 인정되는 경우로 제한하는 의료법의 취지상 시행령으로 정할 수 있는 대리수령자의 범위는 환자의 계속적인 진료를 위하여 필요한 자인지가 기준이 되어야 할 것이다. 그리고 의료법은 환자와 일정한 친족관계에 있는 자에 대해서는 그러한 필요성을 인정하고 있는 것으로 이해할 수 있다. 또한 의료법은 처방전을 비롯하여 환자의 개인정보와 관련한 문서의 발급대상을 법으로 제한하고 있어 의료법상 처방전 발급대상으로서 친족의 범위는 예시규정이 아닌 열거규정으로 이해하여야 할 것이다. 그렇다면 환자의 개인정보가 포함된 문서이면서 동시에 여전히 진행 중인 환자의 치료를 위한 처방전의 발급대상으로 의료법은 “노인의료복지시설에서 근무하는 사람 등 대통령령으로 정하는 사람”과 같이 계속적인 진료를 위하여 필요한 경우로 구체적 범위를 정하여 시행령에 위임하고 있는 것이라고 할 것이다. 그리하여 의료법 시행령이 의료법 각 호 외의 부분을 정한다고 하면서, 의료법상 발급대상자인 친족의 범위를 시행령에서 확장하는 것

1) 권태웅·서보석, “위임입법의 한계와 법령정비기준”, 법제연구(제59호), 한국법제연구원, 2020, 277면.

은 옳지 않다. 요컨대 의료법 시행령의 노인의료복지시설에서 근무하는 사람 “등”은 모든 경우를 시행령으로 정할 수 있다는 의미의 “등”이 아니라 앞에서 열거된 범위의 사람과 같은 성격으로 제한하는 의미의 “등”이라고 할 것이다. 그렇다면 법에서 이미 규정하고 있는 환자의 직계존속·비속, 배우자 및 배우자의 직계존속, 형제자매, 노인복지법 제34조에 따른 노인의료복지시설에서 근무하는 사람을 시행령에서 다시 규정할 필요는 없다. 오히려 직계비속의 배우자는 유권해석이나 시행령이 아닌 법 개정을 통하여 처방전을 대리수령할 수 있는 친족의 범위에 포함시키고, 시행령에서는 이들 외에 시행령 제10조의 2 제4의 2호 장애인복지법 상 장애인거주시설에서 근무하는 사람과 같이 다른 법률에 의하여 의료법 제17조의 2 제2항에서 정하고 있는 노인의료복지시설에 근무하는 사람과 같은 성격을 갖는 자를 규정하는 것이 바람직할 것이다.

한편 해당 시행령 규정은 그동안 보건복지부의 유권해석으로 인정되어 오던 처방전 대리수령자의 범위를 유권해석 수준을 넘어 의료법 시행령으로 승격한 것이라고 평가되는데²⁾, 유권해석은 법규를 해석하는 것이지 법규에서 정하고 있는 범위를 넘어 법을 창조하는 것이 아니라는 점에서 보면 직계비속의 배우자를 유권해석이나 시행령으로 추가할 수 있는지는 의문이다. 그런데 보건복지부는 대리수령이 가능한 경우에 교정시설 수용자나 정신질환자, 치매노인과 같이 거동이 현저히 곤란한 경우를 포함하는 것으로 보고, 시행령 제10조의 2 제5호 ‘그밖에 보건복지부장관이 인정하는 사람’에 교정시설의 직원, 장애인복지법에 따른 장애인거주시설 종사자 등을 포함하는 것으로 해석하여 왔다. 행정부가 법령을 집행하기 위하여 법령해석을 필요로 하고, 이 점에서 의료법 제17조의 2 “환자의 거동이 현저히 곤란”한 경우에 대한 유권해석은 인정할 수 있다. 그러나 시행령의 “보건복지부 장관이 인정하는 사람”에 유권해석이 필요한지는 의문이다. 이 부분은 보건복지부 고시 등으로 정하든지, 시행령에 명시적으로 규정하든지 하여야 할 것이다.

2) “처방전 대리수령 기준 유권해석 → 시행령으로 승격”, 테일리팜, 2019. 12. 18.

3. 진료기록 열람 및 사본발급 요청권한

가. 환자와 친족관계에 있는 자의 요청과 지정대리인의 요청

의료법 제21조에 따르면 의료기록의 열람이나 사본발급의 요청은 원칙적으로 환자만이 할 수 있고, 의료인 등은 환자 외에 다른 사람에게 의료기록의 내용을 확인할 수 있게 해서는 안 된다. 다만 의료법 제21조 제3항 각호에 해당하는 경우에는 예외적으로 환자 외의 자에게도 내용을 확인해 줄 수 있는데, 환자와 일정한 친족관계에 있거나 그러한 관계에 있지 않은 자 중 환자로부터 대리권을 수여받은 사람 소위 지정대리인이 이에 해당한다.

환자와 일정한 친족관계에 있는 자, 지정대리인은 모두 환자의 동의를 필요로 하는데, 지정대리인의 경우에는 이에 더하여 대리권이 있음을 증명하는 서류를 첨부하여야 한다. 그러나 환자와 일정한 친족관계에 있는 자의 경우에는 대리권과 관련한 서류는 요구하지 않고, 친족관계임을 나타내는 증명서를 첨부하여야 한다. 또한 환자와 일정한 친족관계에 있는 자는 환자가 사망하거나 의식이 없는 경우에 환자의 동의 없이도 진료기록을 확인할 수 있다. 이 점에서 의료법은 기록열람과 관련하여 환자의 친족과 지정대리인을 다르게 취급하고 있는 것으로 생각된다.

환자가 생존해 있고 의식이 분명한 경우에 환자로부터 동의를 받아 환자와 일정한 친족관계에 있는 자가 진료기록 열람을 요청한 경우에는 환자의 동의에 대리권 수여의 의사가 포함되어 있다고 볼 수도 있다. 그리고 한편으로는 환자와 일정한 친족관계에 있는 자가 예컨대 불법행위에서 민법 제752조 위자료 청구권의 주체로 의료과실 여부를 다투기 위하여 의료행위의 내용을 확인하여야 하는 경우와 같이 자기의 권리를 위하여 환자의 정보에 접근하여야 하는 경우도 있을 수 있다. 환자가 사망하였거나 의식이 없는 경우에는 상속이나 손해배상청구, 보험금 청구 등 환자가 아닌 친족관계에 있는 본인을 위하여 진료기록의 열람이나 사본발급을 요청할 수 있다. 그러나 소위 지정대리인의 경우에는 환자를 위하여 기록열람과 사본발급을 요구할 수 있을 뿐 자기를 위하여 기

록열람이나 사본발급을 요구할 수는 없다.³⁾

그렇다면 의료법 제21조 제3항 제2호의 지정대리인은 환자 외의 자에게는 기록을 열람하게 하거나 사본을 발급해서는 안된다는 제21조 제2항의 예외로 기록열람이나 사본발급이 허용되는 제3자가 아니다. 지정대리인은 환자 본인이 기록열람이나 사본발급을 요청하는 경우에 그 요청업무를 대신 수행하는 자일 뿐이다. 따라서 지정대리인을 국민건강보험법 및 의료급여법에 따른 국민건강보험공단 또는 건강보험심사평가원, 형사소송법 및 민사소송법에 따른 경우, 그 밖에 산업재해보상보험법, 자동차손해배상보장법, 병역법 등 다른 법률에서 환자 외의 자에 대한 기록열람을 허용하고 있는 경우와 함께 규정하는 것은 옳지 않다. 지정대리인에 의한 진료기록열람 및 사본발급요청은 환자 본인에 의한 요청에서 그 요청의 구체적 방법 중 하나로 규정하여야 할 내용이라고 할 것이다.

그리하여 의료법 제21조에 따라 환자와 일정한 친족관계에 있는 자와 지정대리인의 관계를 정리하면 다음과 같다. 먼저 환자와 일정한 친족관계에 있는 자는 환자의 대리인으로서가 아니라 친족관계에 기초한 고유의 권한으로 진료기록의 확인요청을 하는 것으로, 이때에도 환자 본인의 민감정보에 해당하기 때문에 그의 동의를 요건으로 하는 것이다. 반면 지명대리인은 환자의 대리인으로서 진료기록의 확인을 요청하는 것으로, 이 둘의 차이는 진료기록이 진료기록 확인 요청의 요청자에게 귀속하는가 환자 본인에게 귀속하는가에 있다.

나. 미성년자의 열람요청과 법정대리인의 동의

개인정보보호법은 정보주체의 동의하에 개인정보를 제3자에게 제공할 수 있다고 하면서(개인정보보호법 제17조 제1항), 개인정보 수집·이용의 목적

3) 그리하여 예컨대 환자가 민간보험사 등에 실손보험료를 청구하면서 기록열람과 사본발급에 관한 대리권을 수여한 경우에도 개개 의료행위에서 보험료 청구를 위한 서류발급 업무에 관하여 대리권을 수여하고 있는 것이지 환자의 의료정보에 관한 권한일체를 위임한 것이라고 할 수는 없다.

을 초과하여 제3자에게 제공하고자 하는 경우에 정보주체 또는 그 법정대리인이 의사표시를 할 수 없는 상태에 있거나 주소불명 등으로 사전 동의를 받을 수 없는 경우로서 명백히 정보주체 또는 제3자의 급박한 생명, 신체, 재산의 이익을 위하여 필요하다고 인정되는 경우(개인정보보호법 제18조 제2항 제3호)에는 개인정보를 목적 외의 용도로 제3자에게 제공할 수 있다고 한다. 이를 해석하면, 개인정보의 제공에 대한 동의는 정보주체만이 할 수 있는 것이 원칙이지만, 정보주체로부터 사전 동의를 받을 수 없는 경우에는 법정대리인으로부터 동의를 받을 수 있고, 법정대리인으로부터도 동의를 받을 수 없는 경우에는 정보주체 또는 제3자의 급박한 생명, 신체, 재산의 이익을 위하여 정보를 제공할 수 있게 된다. 그렇다면 개인정보에 해당하는 진료기록의 열람이나 제공의 경우에도 환자 본인이 요청의 주체가 되지만, 환자가 의사표시를 할 수 없는 상태에 있는 경우에는 환자의 법정대리인이 그러한 요청을 할 수 있다고 할 것이다. 물론 환자가 사망한 경우에는 일정 범위의 환자 가족이 진료기록 열람이나 제공을 요청할 수 있다.

문제는 미성년 환자의 경우이다. 개인정보보호법 제22조 제1항에서 “정보주체(제6항에 따른 법정대리인을 포함한다)”라고 하여 만 14세 미만의 미성년자의 경우 미성년자 본인 외에 법정대리인을 정보주체에 포함시킨다. 그리고 14세 미만 아동의 개인정보와 관련하여 법정대리인의 동의 없이 해당 아동으로부터 직접 수집할 수 있는 정보는 법정대리인의 동의를 받기 위하여 필요한 최소한의 정보로 제한된다. 그렇다면 민감개인정보인 진료기록의 열람·제공의 경우 만 14세 미만 미성년자는 본인과 법정대리인이 함께 요청하여야 하고, 만 14세 이상 미성년자는 본인만 요청할 수 있을 뿐 법정대리인은 요청할 수 있는 자격이 없다고 할 것이다. 또한 미성년자가 의사표시를 할 수 없는 상태에 있는 경우 개인정보보호법에 따르면 법정대리인이, 의료법에 따르면 환자의 가족이 진료기록 열람·제공을 요청할 수 있게 된다.

그런데 이와 관련하여 최근 발표한 보건복지부의 진료기록 열람 및 사본발급 업무 지침은 전혀 다른 해석을 하고 있다.⁴⁾ 이 지침에 따르면 우선 환자에

게 법정대리인이 있는 경우 성년·미성년을 구분하지 않고 피성년후견인이나 미성년자가 진료기록 제공·열람에 관하여 의사표시를 할 수 있는 상태에 있든 없든 법정대리인은 진료기록 사본을 요청할 수 있다고 한다. 그런데 이것은 환자가 아닌 다른 사람에게 환자에 관한 기록을 열람하게 하거나 사본을 내주는 등 내용을 확인할 수 있게 하여서는 안된다는 의료법 제21조 제2항과 모순되는 해석이다. 법정대리인의 대리권의 범위는 법률로 정해지는데, 의료법은 진료기록과 관련하여 법정대리인의 대리권에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 않기 때문이다.

또 보건복지부는 법정대리인이 있는 피성년후견인 또는 미성년자라도 ‘진료기록 사본 신청’ 당시에 그 사무를 이해하고 처리할 능력이 인정되는 경우에는 환자 본인이 단독으로 신청할 수 있고, 이때 신청행위는 환자가 스스로 혹은 제3자를 대리인으로 지정하여 대리신청하게 할 수 있다고 한다. 그런데 앞서 살펴본 것처럼 개인정보보호법은 개인정보의 처리에 관한 본인의 동의에서 만 14세 미만의 미성년자와 그 외의 자를 구분하고, 본인이 의사표시를 할 수 있는 경우와 그렇지 않은 경우를 구분하고 있을 뿐, 개인정보 제공 시점에 그가 개인정보 제공에 관한 사무를 이해하고 처리할 능력이 있는지를 문제삼지 않는다. 그리고 진료기록의 열람·제공을 요청하여 진료기록의 내용을 확인하는 것이 법이 정하고 있는 성년후견인의 업무범위에 포함되는 것도 아니다. 따라서 사무처리에 관한 잔존능력이 있는 한 피성년후견인의 잔존능력을 활용하고자 하는 성년후견제도의 취지를 여기에 대입할 것은 아니다. 또한 진료기록 사본 발급요청이 환자의 생명·신체에 관한 자기결정의 문제도 아니기 때문에 환자의 결정능력이 인정되는 한 피성년후견인이나 미성년환자도 단독으로 그러한 결정을 할 수 있다는 의료행위에서 자기결정권의 범위도 여기에 적용할 것은 아니다. 오히려 “14세 미만의 환자는 본인이 직접 요청할 수 없고 14세 이상은 법정대리인이 요청할 수 없는 것”으로 오인하는 경우가 있으나, 이는 잘못

4) 보건복지부, 「진료기록 열람 및 사본발급 업무 지침」, 2019. 10. 16, 23면.

된 해석으로, 환자의 14세 도달 여부와 관계없이 미성년자인 환자 본인의 사무 처리능력에 따라(통상 10세 이상) 환자가 직접 요청할 수 있음”이라는 보건복지부의 유권해석은 법정대리인인 성년후견인의 업무범위와 의료행위에서 결정능력이 있는 행위무능력자의 단독결정의 법리의 오해에서 비롯된 잘못된 해석이라고 할 것이다.⁵⁾

4. 의료행위에 관한 설명

2016. 12. 20. 신설된 의료법 제24조의 2 의료행위에 관한 설명 규정을 위반한 경우에는 제92조 제1항에 의하여 300만원 이하의 과태료가 부과된다. 의료법의 의료행위에 관한 설명 규정은 사람의 생명 또는 신체에 중대한 위해를 발생하게 할 우려가 있는 수술, 수혈, 전신마취를 하는 경우 환자에게 설명하고 동의를 받도록 하고 있다는 점에서 의료과오책임에서 설명과 동의의 법리를 차용하고 있는 것처럼 보여진다. 그러나 조문의 구체적 내용은 민사책임의 영역에서 의료행위에 대한 설명과 동의의 법리에 맞지 않거나 오히려 오랜 시간에 걸쳐 확립된 의사의 설명의무를 약화시키고 있는 듯이 보인다. 본래 의료법에 설명의무에 관한 조항을 두게 된 계기가 성형외과의 공장식 수술에서 문제가 된 소위 ‘대리수술’을 근절하고자 하는 데에 있기 때문에 그러한 부분이 반영된 것이라고 한다면, 자기결정권의 존중을 위한 민사법의 설명과 동의의 법리를 차용할 것이 아니라 ‘대리수술’을 근절하기 위한 행정제재의 성격이 뚜렷이 드러나게 조문을 구성하는 편이 더 바람직하였을 것이다.

어찌되었든 해당 조문이 의료행위에 대한 설명과 동의의 법리를 차용하고 있는 만큼 그 구체적 내용이 해당 법리에 맞는지 검토할 필요가 있다. 먼저 해

5) 유권해석은 행정부처 담당공무원 한명에 의해서 혹은 유권해석을 담당하는 부서에 의해서 이루어지는데, 보건의료관련 법령은 실제 현장에서 법 조문 하나하나를 어떻게 해석하여 적용할 것인지가 문제되는 경우가 매우 많기 때문에 유권해석이 필요한 경우가 적지 않다. 그 중에서도 특히 법규범의 적용을 받는 당사자에 대한 유권해석의 요구가 많고, 유권해석을 위해서는 법률행위와 사실행위, 행위능력과 결정능력 내지는 의료행위에 대한 동의능력을 구별할 수 있어야 하고, 본인의 행위와 타인의 행위, 대리과 대행을 이해할 수 있어야 하는 등 민법총칙에 대한 이해가 필수로 요구된다.

당 조문이 적용되는 설명의 대상은 사람의 생명 또는 신체에 중대한 위해를 발생하게 할 우려가 있는 수술, 수혈, 전신마취로 한정되는데 설명의 주체는 그러한 행위를 하는 의사, 치과의사 또는 한의사이다. 그런데 수술, 수혈, 전신마취는 한의사의 업무범위에 포함되지 않는다.

다음으로 의료법 제24조의 2에 따르면 환자가 의사결정능력이 없는 경우에는 법정대리인에게 설명하고 그의 동의를 받아 해당 의료행위를 할 수 있다. 의사결정능력이 없는 피성년후견인의 경우 의료행위의 직접적인 결과로 사망하거나 상당한 장애를 입을 위험이 있을 때에는 가정법원의 허가를 받도록 한 민법 제947조의 2 제3항과의 관계가 문제된다. 행위무능력을 이유로 법정대리인이 선임되었다고 하여 의료행위에 대한 결정능력 내지 동의능력이 당연히 없다고 할 수는 없기 때문에 현장에서 의료인이 환자의 의사무능력을 어떻게 판단하여야 할 것인지도 문제이다. 환자가 의사결정능력이 있으면, 미성년자의 경우에도 친권자의 동의 없이 미성년 환자의 결정만으로 생명 또는 신체에 중대한 위해를 발생하게 할 우려가 있는 행위를 할 수 있는지도 전혀 고려하고 있지 않다. 한편 의사결정능력이 없는 환자에게 법정대리인도 없는 경우에는 설명 및 동의절차를 생략하고 의료행위를 하여도 과태료 처분을 받지 않는가 하는 점도 문제된다. 이 때에는 의료법 제24조의 2가 적용되지 않기 때문에 설명과 동의를 하지 않고 의료행위를 하여도 과태료 처분을 받지 않는다고 해석할 수도 있고, 반대로 설명과 동의를 상대방이 없기 때문에 그러한 의료행위 자체를 할 수 없다고 해석할 수도 있다. 그 밖에 의료법 제24조의 2는 설명의 대상하고 동의를 받아야 하는 사항을 환자에게 발생하거나 발생 가능한 증상의 진단명, 수술 등의 필요성, 방법 및 내용, 환자에게 설명을 하는 의사, 치과의사 또는 한의사 및 수술 등에 참여하는 주된 의사, 치과의사 또는 한의사의 성명, 수술 등에 따라 전형적으로 발생이 예상되는 후유증 또는 부작용, 수술 등 전후 환자가 준수하여야 할 사항으로 한정한다. 위험대비 이익에 대한 설명, 발생가능성이 희박하더라도 그 위험도가 매우 높은 후유증이나 부작용에 대한 설명과 같이 환자의 자기결정에 기여하기 위하여 반드시 요구되는 내용은 설명의

대상으로 포함하고 있지 않다. 수술 등 전후 환자가 준수하여야 할 사항과 같이 의료법 제24조에 따라 환자나 환자의 보호자에게 지도하여야 하는 요양방법에 관한 설명이 포함되어 있기도 하다. 그리고 환자는 그러한 설명을 들은 후 의료행위에 대하여 동의하는 것인데, 의료법 제24조의 2 제2항은 각호의 내용이 “환자에게 설명하고 동의받아야 하는 사항”이라고 표현한다. 진단명, 의료인의 성명, 예상되는 후유증이나 부작용에 대한 환자의 동의란 표현은 매우 어색하다.

마지막으로 의료법 제24조의 2 제4항은 환자에게 설명하고 동의를 받은 사항 중 수술 등의 방법 및 내용, 수술 등에 참여한 주된 의사가 변경된 경우 그 사유와 내용을 환자에게 서면으로 알리도록 하고 있다. 이때 변경사유를 알려야 하는 주체, 변경사유를 알리는 시기 등에 관한 것은 정하고 있지 않다. 또한 변경사유를 알려야 한다는데 그치고 있을 뿐 그러한 내용에 대하여 다시 동의를 받을 것을 요구하지는 않는다. 이 조문에 따르면, 일단 환자에게 설명하고 동의를 받아 수술이 시작되었다면, 수술의 진행 중 수술방법이나 내용, 수술참여 의사를 변경하여도 과태료 처분의 대상이 되지 않는다. 그러나 환자의 자기결정권 침해를 이유로 한 민사법상 손해배상책임의 영역에서는 수술방법이나 내용, 수술참여 의사 등에 대한 설명은 환자의 자기결정권 행사에 기여하는 것으로 그러한 설명과 동의 없이 의료행위를 실시하였다면 자기결정권 침해에 따른 손해배상책임을 지게 된다. 그렇다면 의료법 제24조의 2는 의료과오에 따른 손해배상책임에서 문제되는 자기결정권에 기여하는 설명과 동의의 문제와는 별개의 것으로 의료현장에서 발생하는 의료인의 일탈행위에 대한 제재의 성격을 갖는다고 할 것이다. 여기에 무리하게 자기결정권에 기여하는 설명의 범리를 끼워넣어 자기결정권 침해에 따른 민사법상 책임을 묻는 문제에 불필요하게 의료법 제24조의 2가 개입할 여지를 주고 있는 것이다.

III. 응급의료에 관한 법률⁶⁾

1. 선의의 응급의료에 대한 면책

응급의료종사자나 다른 법령에 따라 응급처치 제공의무를 가진 자 이외의 자가 한 응급처치, 응급의료종사자가 업무수행 중이 아닌 때 본인이 받은 면허 또는 자격의 범위에서 한 응급의료, 응급처치제공의무를 가진 자가 업무수행 중이 아닌 때에 한 생명이 위급한 응급환자에게 한 응급의료 또는 응급처치를 제공하다가 발생한 재산상 손해와 사상에 대하여 행위자는 고의 또는 중대한 과실이 없는 한 민사책임을 지지 않는다(응급의료법 제5조의 2). 이에 따라 이들의 응급의료 과정에서 발생한 경과실은 면책된다. 형사책임을 감면에 대한 부분은 별론으로 하고 민사책임만을 살펴본다면, 침해의 대상은 발생한 손해가 아니라 피침해자의 법익이다. 이 점에서 “재산상 손해와 사상”이라는 표현은 법익침해로 나타난 결과와 법익침해 현상 자체를 병렬한 표현이 되고 만다. 이 부분을 “생명이나 신체 또는 재산을 침해한 것”이라고 표현하는 것이 적절하다.⁷⁾

이 조문에 따라 경과실로 책임을 면책시키기 위해서는 일단 피침해자의 법익을 침해하여야 하는데, 이 때 피침해자가 누구인가 하는 점도 문제이다. 응급의료란 응급환자가 발생한 때부터 생명의 위협에서 회복되거나 심신상의 중대한 위해가 제거되기까지의 과정에서 응급환자를 위하여 하는 상담·구조·이송·응급처치 및 진료 등의 조치이고(응급의료법 제2조 제2호), 응급처치란 응급의료의 하나로서 응급환자의 기도를 확보하고 심장박동의 회복, 그 밖에 생명의 위협이나 증상의 현저한 악화를 방지하기 위하여 긴급히 필요로 하는 처치를 말한다(응급의료법 제2조 제3호). 응급처치나 진료를 하는 중에는 주로 응급환자 본인에 대한 법익침해가 문제될 것이지만, 응급의료로 응급환자

6) 이하 ‘응급의료법’이라 함.

7) 김천수, “선한 사마리아인 법”에 따른 민사책임을 감경”, 의료법학(제15권 2호), 대한의료법학회, 2014, 52면.

를 구조하거나 이송하는 중에는 응급환자 이외에 제3자가 법익침해의 대상이 될 수도 있다. 응급의료법 제5조의 2가 응급상황에서 의료행위를 실시하여야 할 의무가 없는 자가 응급환자를 위하여 선의로 행위를 하였다든가 하는 점에 중점을 둔다면, 법익침해의 대상이 누군지에 상관없이 경과실에 대해서는 면책을 허용하여야 한다. 그러나 이 법이 무상 응급의료의 수혜를 입은 자는 자신의 법익이 침해되어 발생한 손해도 일정정도 감수하여야 한다는 점에 있다면, 응급의료의 과정에서 제3자의 법익을 침해한 때에는 경과실면책 규정이 적용되지 않을 것이다. 그런데 응급처치는 구조나 이송을 포함하지 않고, 응급의료는 응급의료종사자만이 면허범위 내에서 할 수 있다는 점에서 응급의료종사자의 응급의료 그 자체로 제3자의 법익을 침해하는 경우는 많지 않을 것으로 생각된다. 결국 이 조문은 행위자를 중심으로 하든, 무상의 응급의료 수혜를 입은 환자를 중심으로 하든 응급환자의 법익이 침해된 경우만을 대상으로 하고 있는 것으로 이해할 수 있다.⁸⁾

2. 응급환자가 아닌 사람에 대한 조치

의료인은 응급환자가 아닌 사람을 응급실이 아닌 의료시설에 진료를 의뢰하거나 다른 의료기관에 이송할 수 있다(응급의료법 제7조). 이 때에는 본인 또는 법정대리인의 동의를 얻어야 한다(응급의료법 시행령 제2조 제1항). 응급환자가 아닌 자를 다른 의료시설이나 의료기관에 이송하는 것은 환자의 계속적 진료를 위한 것으로 환자 본인이 의료행위에 대하여 결정할 수 있는 능력이 있는 한 환자 본인으로부터, 그러한 능력이 없는 경우에는 환자의 결정을 대행할 수 있는 자로부터 동의를 받도록 하는 것이 적절하다.

8) 김천수, 앞의 글, 54면에서도 응급의료법이 적용되어 책임감면이 인정되는 경우를 제3자의 법익침해의 경우로까지 확장하여서는 아니될 것이라고 하면서, 제3자의 법익 침해는 민법의 일반 법리에 따라 유책성 유무, 위법성 유무 등의 법리에 의하여 해결하여야 할 것이라고 한다.

3. 응급의료의 설명·동의

응급의료종사자는 응급환자에게 응급의료에 관하여 설명하고 동의를 받아야 한다. 응급의료도 의료행위라는 점에서 환자 본인이 스스로 자신의 생명·신체에 대하여 결정할 수 있어야 하기 때문이다. 즉시 필요한 응급처치를 받지 아니하면 생명을 보존할 수 없거나 심신에 중대한 위해가 발생할 가능성이 있는 응급환자이기 때문에 설명 및 동의절차로 인하여 응급의료이 지체되면 환자의 생명이 위협하여지거나 심신상의 중대한 장애를 가져오는 경우에는 설명과 동의가 면제된다. 다만 이 때에도 사후설명은 하여야 할 것이나, 응급의료에 관한 법률은 사후설명에 관한 규정을 두고 있지 않다.

응급환자가 의사결정능력이 없고, 설명이 면제되는 초응급의 상황도 아닌 때에는 환자와 동행한 법정대리인으로부터 동의를 받아야 한다(응급의료법 제9조 제2항). 법정대리인도 없는 경우에는 동행한 사람에게 설명한 후 응급처치를 하고, 의사의 의학적 판단에 따라 응급진료를 할 수 있는데(응급의료법 제9조 제2항), 이때 법정대리인이 아닌 동행한 사람으로부터 동의를 받아야 하는 것은 아니다. 이처럼 응급을 요하는 환자상태에 기초하여 의학적 판단에 따라 진료행위를 하는 것이 허용된다면, 법정대리인도 아닌 단순 동행자에게 설명을 하여야 한다는 규정은 특별히 의미있는 규정이라고 할 수 없다. 단순 동행자는 환자가 의식을 되찾을 때까지 혹은 환자의 법정대리인이나 보호자가 의료기관에 내원할 때까지 의료기관에 머물러야 할 의무도 없고, 그러한 때에 환자나 법정대리인 보호자에게 자신이 설명들은 바를 전달해 주어야 할 의무도 없기 때문이다. 그리하여 환자와 아무런 관계도 없는 동행자에 대한 설명은 삭제하고, 설명의 상대방 및 동의의 주체가 없는 경우 의료를 지연하면 환자의 생명·신체에 중대한 악결과를 가져올 위험이 있는 경우와 같이 제한적 상황에서 의사의 의학적 판단으로 의료행위를 할 수 있도록 개정하여야 할 것이다.

4. 응급의료 중단 금지

응급의료종사자는 정당한 사유가 없으면 응급환자에 대한 응급의료를 중단하여서는 아니된다(응급의료법 제10조). 의료를 중단할 수 있는 정당한 사유로는 의료시설의 인력이나 시설의 부족을 생각할 수 있다. 그런데 일반적인 의료행위와는 달리 응급의료는 그것을 실시하지 않으면 생명의 위협이나 심신상의 중대한 위해가 현실화되는 응급환자에 대하여 그러한 위협이나 위해를 제거하기 위한 것이기 때문에 정당한 사유가 있다고 하여 그 중단을 허용할 수는 없을 것이다. 그리하여 정당한 사유가 있는 경우에도 생명의 위협이나 심신상의 중대한 위해가 제거될 때까지 응급의료를 중단할 수 없도록 하여야 할 것이다.

그러한 경우의 예가 같은 법 제11조에 규정하고 있는 응급환자의 이송이다. 이에 따르면 의료인은 해당 의료기관의 능력으로는 응급환자에 대하여 적절한 응급의료를 할 수 없다고 판단하는 때에도 응급의료를 중단하는 것이 아니라 환자를 지체 없이 적절한 응급의료가 가능한 다른 의료기관으로 이송하여야 하고(응급의료법 제11조 제1항), 의료기관의 장은 이송하는 중에도 응급환자의 안전한 이송에 필요한 의료기구와 인력을 제공하여야 한다(응급의료법 제11조 제2항).

5. 미수금의 대지급

의료기관과 구급차등을 운영하는 자는 응급환자에게 응급의료를 제공하고 그 비용을 받지 못하였을 때 그 비용 중 응급환자 본인이 부담하여야 하는 금액에 대하여 응급의료기금관리기관의 장에게 대신 지급하여 줄 것을 청구할 수 있다(응급의료법 제22조). 기금관리의 장은 미수금을 지급한 경우 응급환자 본인과 그 배우자, 응급환자의 직계혈족 및 그 배우자 또는 다른 법령에 따른 진료비 부담 의무자에게 그 대지급금을 구상할 수 있다. 환자의 동의 없이 개시된 응급의료에 사무관리의 법리를 적용한다면 환자 본인에 대하여 그 상환을

청구할 있고(민법 제739조), 계약에 의하여 응급의료가 실시되었다면 계약 당사자에게 진료비의 지급을 청구할 수 있을 것이다. 그런데 미수금에 대한 구상금 청구에 있어서는 응급의료에 대한 진료비채무를 부담하고 있는 자가 누구였는지에 상관없이 환자 본인 외에 배우자, 응급환자의 직계존속, 직계비속 그리고 그 배우자가 구상금채무자가 된다.

구상금채권은 대지급금을 청구할 수 있는 날부터 3년 동안 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성된다(제22조의 3). 소멸시효는 구상금채권을 행사할 수 있는 날, 즉 기금관리기관의 장이 미수금을 기금에서 대신 지급한 날부터 기산된다. 한편 민사상 진료비 채권은 민법 제163조 제2호에 따라 3년의 단기소멸시효가 적용되고, 국가의 금전채권은 5년의 소멸시효가 적용되는데(국가재정법 제96조), 응급의료에 관한 법률은 구상금채권의 소멸시효를 진료비채권과 마찬가지로 3년의 단기소멸시효로 규정하고 있다.

IV. 의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률⁹⁾

1. 의료사고와 의료과실의 구별

이 법은 의료분쟁의 조정 및 중재 등에 관한 사항을 규정함으로써 의료사고로 인한 피해를 신속·공정하게 구제하고 보건의료인의 안정적인 진료환경을 조성함을 목적으로 한다(의료분쟁조정법 제1조). 이 법에서 사용하는 의료사고란 보건의료인이 환자에 대하여 실시하는 진단·검사·치료·의약품의 처방 및 조제 등의 행위¹⁰⁾로 인하여 사람의 생명·신체 및 재산에 대하여 피해가 발생한 경우로(의료분쟁조정법 제2조 제1호), 의료사고로 인한 다툼을 의료분쟁이라 칭한다(의료분쟁조정법 제2조 제2호). 한편 이 법은 의료분쟁에 대한 조정 및 중재의 결과로 손해배상을 규정하는 이외에(의료분쟁조정법 제35

9) 이하 '의료분쟁조정법'이라 함.

10) 이하 "의료행위등"이라 함.

조), 불가항력적 분만사고에 대한 보상에 관한 규정(의료분쟁조정법 제46조)을 두고 있어 의료과실에 따른 손해배상과 과실을 전제로 하지 않는 보상을 구분한다. 요컨대 이 법에서 사용하는 의료사고와 의료분쟁은 법적 판단으로서의 과실판단이 배제된 가치중립적 개념이다.

2. 신의성실의 원칙

한국의료분쟁조정중재원은 조정 및 중재 절차가 신속·공정하고 효율적으로 진행되도록 노력하여야 하고, 조정 및 중재 절차에 참여하는 분쟁 당사자는 상호 신뢰와 이해를 바탕으로 성실하게 절차에 임하여야 한다(의료분쟁조정법 제4조). 의료분쟁조정법은 조정 및 중재에 참여하는 의료분쟁 당사자와 조정 및 중재절차를 진행하는 중재원의 성실의무를 신의성실의 원칙으로 표현하고 있다.

3. 의료사고감정단의 업무범위

의료분쟁조정중재원에는 의료분쟁의 신속·공정한 해결을 지원하기 위하여 의료사고감정단¹¹⁾을 둔다(의료분쟁조정법 제25조 제1항). 감정단은 의료분쟁의 조정 또는 중재에 필요한 사실조사, 의료행위 등을 둘러싼 과실 유무 및 인과관계의 규명, 후유장애 발생 여부 등 확인, 다른 기관에서 의뢰한 의료사고에 대한 감정업무를 수행한다(의료분쟁조정법 제25조 제3항 제1조 내지 제4호).

그러나 과실과 인과관계는 법적 판단에 관한 것으로 보건의료전문가 집단인 감정단의 감정대상이 아니다. 감정은 수사기관이나 법원의 판단을 돕기 위하여 그 분야의 전문가가 특정 사안에 관한 그의 의견이나 지식을 보고하는 것이다.¹²⁾ 의료감정에서는 의학적 근거에 기초한 치료 및 진단 이후의 부작용

11) 이하 ‘감정단’이라 함.

12) 현두륜, “의료감정에 관한 법적인 문제점”, 한국생명보험의학회(27권 1호), 한국생명보험의학회, 2008, 9면.

및 예후 등에 대한 판단이 감정의 대상이 된다.¹³⁾ 의료분쟁조정법의 감정부 역시 마찬가지로의 감정업무를 수행하며, 감정부의 감정결과를 기초로 조정부가 비로소 의료인의 과실과 인과관계에 대한 규범적 판단을 하게 된다.¹⁴⁾ 의료과오는 의료제공자의 의무위반 행위를 의미하는 것으로 행위자에게 책임을 부과하기 위한 유책성 요건으로서 과실과 구별된다.¹⁵⁾ 그럼에도 의료분쟁조정법은 의학적 판단 대상인 의료인의 잘못 내지는 과오를 법적 개념인 과실로 표현하고 있다. 또 환자에게 발생한 결과가 환자에게 실시된 의료행위의 부작용 내지 예후에 해당하는지에 대한 판단, 즉 의료행위와 약결과의 관련성을 손해배상책임의 성립요건인 인과관계로 표현하고 있다. 이것은 해당 조문의 인과관계가 조건적 인과관계를 의미하는 것이라고 하더라도 마찬가지이다. 손해배상책임의 성립을 위한 조건적 인과관계는 ‘행위가 없었더라면 그러한 결과는 발생하지 않았을 것’이라는 조건 관계가 성립하면 인정되는 것으로 그 역시 법적 판단의 대상이지 의학적 판단의 대상은 아니다. 물론 많은 경우 감정결과를 토대로 법적 판단이 이루어지기는 하지만 그렇다고 하더라도 감정당에게 법적 판단을 요구할 수는 없다고 할 것이다.

13) 김기홍, “의료분쟁조정법상 조정제도와 감정의 역할”, 중재연구(제30권 1호), 2020, 188면.

14) 의료분쟁조정법 제36조 제5항은 분쟁의 조정 결과 의료사고에 대한 의료인의 과실이 인정되지 아니하고 해당 의료사고가 보건의료기관이 사용한 각 호 어느 하나에 해당하는 물건의 흠으로 인한 것으로 의심되는 경우 신청인에게 그와 같은 취지를 설명하고 피해를 구제받을 수 있는 절차 등을 안내하도록 하고 있다. 이 조문을 통해서도 의료사고에 대한 의료인의 과실인정은 조정의 결과이지 감정의 결과가 아님을 확인할 수 있다. 물론 감정부의 업무가 의학적 판단에 그친다면, 왜 감정부 인력구성에 의료인 외에 법조인이 포함되어야 하는가(제26조)라는 의문을 가질 수 있다(김기영, “의료분쟁조정법에 대한 토론자료: 독일의 의료분쟁조정제도의 실태와 비교법적 시각”, 2011년 한국의료법학회 춘계학술대회 자료집, 113-114면). 그러나 의료과오소송에서 폐쇄적인 의료인 집단의 감정결과에 대한 불신이 적지 않은 현실을 고려할 때, 중재원의 감정업무에서 비의료인을 통한 의료인에 대한 견제의 기능이 필요하다는 점에서 법조인이 감정부에 속하는 것을 이해할 수 있을 것이다.

15) 의료사고, 의료과오, 의료과실의 용어정리에 대해서는 김천수 저(김용담 편), 『주석 민법 [채권 각칙(6)]』, 한국사법행정학회, 2016, 510면 이하 참조.

4. 의료분쟁 조정신청

가. 신청권자

의료분쟁조정법 제27조 제1항에 따르면 의료분쟁의 당사자 또는 그 대리인은 보건복지부령이 정하는 바에 따라 조정중재원에 분쟁의 조정을 신청할 수 있다. 이 때 의료분쟁의 당사자는 환자 본인을 의미하고, 환자가 사망한 때에는 환자의 상속인이 의료분쟁의 당사자가 된다(의료분쟁조정법 제27조 제1항 및 시행규칙 제7조). 대리인은 제27조 제2항에 따르더라도 의료분쟁의 당사자는 아니다.

그렇다면 의료분쟁 조정신청권자에 당사자 외에 대리인을 별도로 규정할 필요는 없다. 의료분쟁조정법이 대리인의 조정신청에 관한 명문의 규정을 두지 않는다 하더라도 법률행위나 소송행위를 할 때에 본인이 직접 행위하지 않고 제3자로 하여금 자신을 대리하여 행위하도록 하는 것은 민법의 대리제도에 의하여 당연히 인정되는 것이기 때문이다. 다른 한편 조정신청권자인 대리인을 법정대리인으로 제한한다면, 법정대리인은 본인의 의사와 상관없이 조정을 신청할 수 있게 된다. 또한 성년후견인의 경우에는 법원이 정한 업무범위를 넘어서까지 조정신청을 허용한다는 것인지도 문제된다. 오히려 해당 조문은 당사자가 미성년자이거나 행위무능력자인 경우에도 법정대리인의 동의 없이 조정을 신청할 수 있도록 하고, 당사자가 의식불명, 중증의 장애, 그 밖에 조정을 신청할 수 없는 정도의 신체적·정신적 상태에 있는 경우 법정대리인이 조정을 신청할 수 있도록 하거나, 그러한 경우 환자의 가족에게 의료분쟁의 당사자 지위를 인정할 필요가 있다.

나. 조정절차 신청을 위한 대리인

(1) 대리인 자격에 대한 제한

조정절차의 신청을 위하여 당사자는 법정대리인, 배우자, 직계존비속 또는 형제자매, 당사자인 법인 또는 보건의료기관의 임직원, 변호사, 당사자로부터

서면으로 대리권을 수여받은 사람을 대리인으로 선임할 수 있다(의료분쟁조정법 제27조 제2항). 민사소송에서 소송대리인이 될 수 있는 자의 자격을 제한하는 것과 같이(민사소송법 제87조 및 제88조) 의료분쟁조정법도 조정절차를 대리할 수 있는 자의 자격을 제한하고 있는 것이다.

그런데 법정대리인은 이미 법률의 규정으로 대리인이 된 자로 법정대리인에게 대리권을 수여한다는 조문은 명백한 오류이다. 당사자는 법정대리인 외에 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람을 대리인으로 선임할 수 있다고 개정하여야 한다.

당사자로부터 서면으로 대리권을 수여받은 자를 대리인으로 선임할 수 있다는 조문 또한 임의대리인만이 임의대리인이 될 수 있다는 것으로 명백한 오류이다. 당사자로부터 서면으로 대리권을 수여받은 자를 대리인으로 선임할 수 있는 경우는 당사자에게 법정대리인, 배우자, 직계존비속 또는 형제자매가 없거나 외국인 등 보건복지부령으로 정하는 자로 법정대리인이나 일정한 범위의 친족관계로부터 조력을 받을 수 없는 자로 제한되는데, 이들의 경우에 곧바로 변호사를 통한 대리도 갈 것이 아니라 친족관계에 있지 않은 비변호사가 대리할 수 있도록 하고자 함이라면, 대리인 자격에 대한 예외규정을 둘 것이지 서면으로 대리권을 수여받은 자를 대리인으로 선임할 수 있다고 할 것이 아니다. 서면으로 대리권을 수여받은 자는 그 자체로 이미 임의대리인의 자격을 갖기 때문이다.

(2) 서면을 통한 대리권 수여

대리인은 조정을 신청할 때 신청인과 대리인의 관계를 증명하는 서류 외에 위임장을 첨부하여야 한다(의료분쟁조정법 시행규칙 제7조 제1항 제2호 및 제2항 제3호). 당사자의 배우자, 직계존비속, 형제자매도 대리인으로 조정을 신청할 때에 대리권의 수여를 증명하는 서면을 제출하여야 하는 것이다. 그렇다면 이 법 제27조 제2항 제4호의 ‘서면’은 임의대리인이 될 수 있는 자의 자격에 관한 것이 아니라 대리권 수여의 증명에 관한 것이라고 할 것이다. 따라서

법정대리인, 배우자, 직계존비속 또는 형제자매가 없거나 외국인인 경우에만 서면으로 대리권을 수여받은 자를 대리인으로 선임할 수 있다는 조항은 그러한 자의 경우 배우자, 직계존비속, 형제자매, 변호사가 아닌 사람에게도 대리권을 수여할 수 있다는 취지로 다음과 같이 개정할 필요가 있다.

제27조 (조정신청) ① 의료분쟁의 당사자는 보건복지부령으로 정하는 바에 따라 조정중재원에 분쟁의 조정을 신청할 수 있다.

② 당사자는 법정대리인 외에 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람을 대리인으로 선임할 수 있다. 다만 당사자에게 법정대리인, 배우자, 직계존비속 또는 형제자매가 없거나 당사자가 외국인인 경우에는 다음 각 호의 자로 제한하지 아니한다.

1. 당사자의 배우자, 직계존비속 또는 형제자매
2. 당사자인 법인 또는 보건의료기관의 임직원
3. 변호사

V. 나가는 말

이상으로 보건의료관련 법률 중 의료법, 응급의료에 관한 법률, 의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률 규정을 민법의 시각에서 검토하였다. 민사법적 사고가 필요한 경우는 크게 체계상 오류나 민법용어 사용에 오류가 있는 경우와 민법 법리와 모순되거나 해석이 필요한 경우로 나눌 수 있었다.

의료법의 처방전 대리수령자에 관한 규정과 같이 법률의 규정에 포함되지 않는 자를 시행령에서 규정하는 체계상 오류는 현장의 요구를 반영하는 과정에서 법 개정보다는 쉬운방법을 택한 결과가 아닌가 생각된다. 의료법에서 가장 빈번히 사용되는 민법개념은 대리에 관한 것인데, 진료기록 열람과 발급요청에 관한 조문은 환자 본인의 행위, 본인 외 제3자의 행위, 대리인을 통한 행위를 정확히 구분하고 있지 않다. 설명의무에 관한 규정과 같이 행정법상 제재의 대상이 되는 행위를 규율하기 위한 목적을 가지고 민사책임법의 판례법리

를 차용하다 보니 법률의 규정이 오히려 불필요하게 의료현장의 혼란을 야기하는 경우도 발생한다. 반대로 응급의료에 관한 법률의 경과실 면책 대상이나 응급의료에 관한 설명 상대방과 같이 민사법적 시각에서 조문을 정비해야 하는 경우도 있다. 확정판결과 같은 효력을 갖기 때문에 의료분쟁의 당사자에게 실제로 소송과 같은 역할을 하는 매우 중요한 법인 의료분쟁조정법에서도 법적 개념에 대한 이해부족에 기초한 용어상 오류를 발견할 수 있다. 이러한 용어상 오류뿐만 아니라 유사한 목적을 가진 조문들이 서로 모순되지 않게 해당 조문을 정비할 필요가 있다. 보건의료관련 법률의 오류는 현장의 요구를 반영하기 위해 그때그때 땀질식 법 개정이 이루어진 것이 주요 원인 중 하나이고, 그 결과 의료현장에 있는 의료인은 의료 그 자체보다도 보건의료관련 법령을 위반하지 않기 위하여 더 많은 주의를 기울여야 한다는 자조적인 목소리가 나오고 있는 것이 현실이다. 그리하여 법학기초지식 특히 민법기초지식은 보건의료분야를 다루는 공무원에게도 반드시 요구되는 소양이라고 할 것이다. 또한 의료관계를 민법의 계약법에서 규율하고자 하는 민법 개정 논의가 진행되고 있는 지금 보건의료관련 법령을 민법적 시각으로 검토하는 것은 그 자체로 의미가 있다고 할 것이다. 그럼에도 본 논문은 한정된 지면의 문제로 보건의료관련 법령 중 의료행위와 분쟁을 규율하는 대표적인 법률인 의료법, 응급의료에 관한 법률, 의료분쟁조정법만을 검토의 대상으로 하였다. 이 글의 후속으로 호스피스·완화의료 및 임종과정에 있는 환자의 연명의료결정에 관한 법률, 정신건강증진 및 정신질환자 복지서비스 지원에 관한 법률, 기타 장기등 이식에 관한 법률, 인체조직안전 및 관리 등에 관한 법률, 약사법, 후천성면역결핍증 예방법, 결핵예방법, 감염병의 예방 및 관리에 관한 법률, 치매관리법에 관해서는 별도로 검토하기로 한다.

[참고 문헌]

- 권태웅·서보석, “위임입법의 한계와 법령정비기준”, 『법제연구』 제59호, 한국법제연구원, 2020.
- 김기영, “의료분쟁조정법에 대한 토론자료: 독일의 의료분쟁조정제도의 실태와 비교법적 시각”, 2011년 한국의료법학회 춘계학술대회 자료집.
- 김기홍, “의료분쟁조정법상 조정제도와 감정의 역할”, 『중재연구』 제30권 1호, 한국중재학회, 2020.
- 김천수 저(김용담 편), 『주식민법 [채권각칙(6)]』, 한국사법행정학회, 2022.
- 김천수, “‘선한 사마리아인 법’에 따른 민사책임의 감경: 응급의료에 관한 법률 제5조의 2를 중심으로”, 『의료법학』 제15권 2호, 대한의료법학회, 2014.
- 현두륜, “의료감정에 관한 법적인 문제점”, 『한국생명보험의학회』 제27권 1호, 한국생명보험의학회, 2008.

[국문초록]

민법에 기초한 보건의료관련 법령 조문의 검토와 해석
-의료법, 응급의료에 관한 법률, 의료사고 피해구제 및
의료분쟁 조정 등에 관한 법률-

이재경(법학박사, 원광대학교 법학전문대학원 교수)

본 글에서는 보건의료관련 법령 중 의료법, 응급의료에 관한 법률, 의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률을 민법에 기초하여 검토하고 해석하였다. 보건의료분야는 보건의료기술의 발달에 따른 의료현장의 변화를 반영하는 여러 법률이 존재하고 그 제정이나 개정도 매우 빈번하다. 그리고 제정이나 개정의 과정에서 현장의 수요를 반영하면서 보건의료관련 법령의 양상은 매우 복잡해지고 있다. 이러한 상황에서 법을 위반하지 않으려면 상당한 주의를 기울여야만 하고, 법적용을 위해서 구체적 지침이나 유권해석을 필요로 하는 경우도 많아지고 있다. 그리고 심지어는 그 지침이나 유권해석도 민법과 모순되는 경우가 종종 발생한다. 이 글에서는 보건의료관련 법령의 조문상 오류와 해석상 민법의 사고와 모순되는 경우를 찾아내어 보건의료관련 법령의 입안과 해석, 적용에도 민법적 사고가 필요함을 확인하였다.

주제어: 보건의료, 의료법, 응급의료에 관한 법률, 의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률, 민법

Review and Interpretation of Health Care Laws Based on Civil Law

**- Medical service Act, Emergency medical Act, Act on remedies for injuries
from medical malpractice and mediation of medical disputes -**

Yi, Jae Kyeong

Wonkwang University School of Law

=ABSTRACT=

In this article, the Medical Act, the Emergency Medical Act, Act on remedies for injuries from medical malpractice and mediation of medical disputes were reviewed and interpreted based on the Civil Act.

In the health and medical field, there are various laws that reflect changes in the medical field due to the development of health and medical technology, and their revision is very frequent. And the legislation has become very complicated.

They contradict each other or require interpretation. In this situation, a person must take considerable care not to violate the law. In many cases, specific guidelines or authoritative interpretation are required to apply the law. Even guidelines and authoritative interpretations often conflict with civil law. In this article, errors in the legal text related to health care were found. In addition, it found a case that contradicts the civil law perspective in interpretation. Thus, it was confirmed that civil legal thinking was necessary to legislate, interpret, and apply health care-related laws.

Keyword : Health and medical treatment, Medical service Act, Emergency medical Act, Act on remedies for injuries from medical malpractice and mediation of medical disputes, Civil Act