

환자의 승락



이 준 상

환자는 치료라는 이익과 신체의 외형·기능의 변화, 더구나 생명에의 위험이라는 불이익을 동시에 책임지는 것에 합의하였다고 말할 수 있다. 그러나 환자가 진료를 의뢰할 때 환자가 이와같은 불이익 내지는 위험에 합의하였다는 것은 특약이 없는 한 반드시 그렇게 해석되지 않는다고 본다. 왜냐하면 환자의 진료의뢰의 목적은 통상 병의 쾌유이기 때문이다.

생각컨대, 진료계약을 준위임으로 해석할 때는 수입자의 선관주의 의무의 일종으로서, 의사의 설명은 당연 계약시 의사의 채무 내용에 포함되고, 그에 대응하는 위임자의 승락도 예정되어 있다고 생각할 수 있다.

법적인 관점에서 보면 의사는 준위임계약을 근거로 하여 일정범위의 설명의무를 지고 있는데, 여기에서 환자의 승락, 즉 자기 결정권의 보호가 따른다고 생각된다.

환자의 승락은 직업윤리로서의 의사의 비비모지의무와 아울러 의사와 환자와의 신뢰관계를 확보하기 위하여 필요한 것이다. 이것이 환자의 자기결정권 사상의 단서이다. 승락원칙이란 진료가 의료기술상 정당해도 환자의 승락 내지는 동의가 없는 한 적법행위가 되지 않는다는 원칙을 말한다.

승락이 없는 의료행위는 위반이고, 설령 치료행위가 성공하였더라도 민사책임 혹은 형사책임이 성립한다고 하는 견해가 이

미 19C말 독일에서 대두되었고, 전 후에는 미국, 영국에서도 크게 논의되었다.

성립배경은 첫째, 기본적 인권의 정착 내지는 인권개념의 신장이다. 왜냐하면 이러한 인권의식은 생명권·건강권이라는 형태로 구체적으로 전개되고, 따라서 생명·신체에 대한 개인의 권리는 동시에 그 전제로서 개인의 주체성을 자각하였기 때문이다. 법이 개인의 존엄을 보장한다는 것은 한편으로는 생명·신체의 안전·건강을 유지하면서, 다른 한편으로는 개인의 자유로운 인격형성에 의한 행복추구의 확보를 의미하는 것이다.

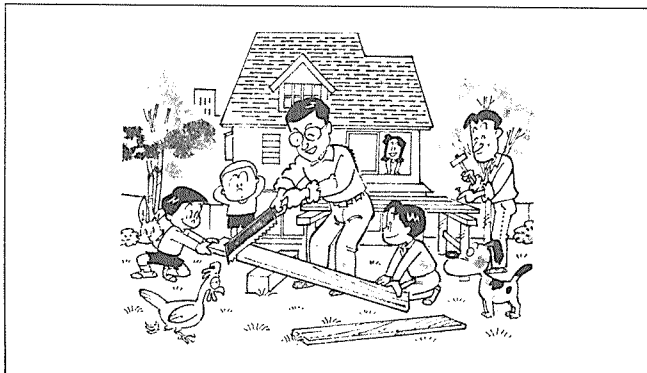
둘째, 의사에 대한 환자의 불신과 그 불신을 뒷받침하는 의료실태가 존재하고 있다는 것이다. 즉 의료보험의 확대에 의한 환자인구의 증대와 의료기술의 혁신에 따른 기술제1주의 및 의사의 관료화, 더우기 의료독점에 의한 제3자 배제의 필연적인 결과가 바로 그것이다.

때문에 환자는 인격이 부정된 1개의 물체로서 취급되고 있다는 의식을 가지게 되었다. 이러한 현상은 본래의 의료자세로

돌아가 환자가 안심하고 진료를 요구할 수 있고 현대의학의 성과를 향유할 수 있는 법적수단은 무엇인가? 그 출발점에서 「승락원칙」의 필요성이 시작되었다고 말할 수 있는 것이다.

의료기술이 환자의 생명·건강에 유익한 것이어도 환자의 의사를 무시할 수 없다고 하면 이를 법적으로 어떻게 취급할 것인가? 이는 주로 형법 제20조의 「정당행위」규정과 관련되어 논쟁해야 한다고 본다. 통설은 의료행위는 「업무로 인한 행위」에 해당하고 또 의료행위로서 의학상 시인되고 기술적인 기준에 합치하면 「정당한 업무행위」로 해석하고 있다.

또한 의사가 환자를 무시하고 행한 의료행위는 의학상의 적법성이 있고 의료의 기술수준상 정당한 것이라 해도 위법한 것으로 해석되고 있다. 이렇게 볼 때 의료기술은 ① 의학적 적법성이 있고, ② 의술의 기준에 합치하여야 하고, ③ 환자가 승락을 하여야 한다는 3가지 요건이 충족되어야만 그것이 법상 정당화 된다고 말할 수 있다.



법이 개인의 존엄성을 보장한다는 것은, 생명·신체의 안전·건강을 유지하는 동시에 행복 추구의 확보를 의미한다.



수술서약서를 무조건 인정한다면 의사의 과실을 사전에 용인하게 되는 것이므로 신의 성실의 원칙상 위배된다.

따라서 환자의 승락이나 동의가 없으면 형법상의 상해죄가 성립한다고 하는 유력한 견해가 일본에서 주장되고 있다. 환자의 승락은 법률행위의 의사표시는 아니며 승락자의 권리범위를 침해하는 사실상의 행위에 대한 허락 내지 수권이고, 따라서 미성년자라도 그 정신적성숙에서 그 침해와 승락의 의미 및 범위를 이해할 수 있으면 그의 동의만으로도 유효하다할 것이다.

승락의 대상은 의학적 침해 그 자체만을 의미하고 그 결과까지 포함하는 것은 아니다. 또한 환자의 승락은 진료에 의한 개개의 침해에 따라 개별적으로 승락이 있음을 요한다. 따라서 침해의 범위의 결정 및 그 승락의 철회, 제한, 확대 등은 항상 환자의 자유의사에 의하여 좌우된다고 하여도 지나친 말은 아닐 것이다.

그리하여 의사에 대한 개별적인 승락이 아닌 포괄적인 승락이나 면책약관은 그 효력이 문제될 수 있다. 다시 말하면 우리나라에서는 의료시술을 행함에 있어, 특히 수술 시, 관행상 수술서약서를 환자로부터 받고 있다. 이것은 환자를 수술함에 있어서 환자측으로부터 사망 또는 상해 등의

악결과가 나타날 것에 대비하여 의사측의 책임을 묻지 않겠다는 요지의 면책약관이 들어가는 것이 일반적으로 되어 있는 일종의 승락서이다.

그러나 이것은 얼핏보면 수술에 대한 환자의 승락이라는 외형적 효력이 있는 것 같이 보이지만 그 취지는 오히려 의사의 면책조항에 중점을 둔 것이 대부분이므로 과연 유효한 승락이 있었는지의 여부는 구체적인 사안에 따라 어느정도의 의사의 설명이 있었는가에 의하여 실질적으로 결정되어야 할 것이다.

또한 의무를 위배한 의사에 대하여 이러한 면책조항이 있었다고 하여 책임을 물을 수 없다고는 할 수 없다. 오히려 의사의 과실유무에 불구하고 법적책임을 묻지 않겠다는 이러한 면책약관은 공서양속에 반하여 무효라고 보아야 할 것이다.

왜냐하면 수술서약서를 인정한다면 의사의 과실을 사전에 용인하게 되는 것이고, 병원측의 과실에 기인되는 손해배상 청구권을 사전에 포기하는 것이 되므로 신의성실의 원칙이나 형평의 원칙상 이를 인정할 수 없기 때문이다.

의사와 환자와의 진료계약은 서로 대등한 지위에서 행하는 준위임계약이라는 법률 관계에서 나오는 원칙이다. 또한 환자의 승락은 자유로운 의사에 의하여 명시될 것이 필요하지만 그러나 환자의 명시된 승락이 없을 때에는 환자의 모든 행동을 종합하여 이를 판단하여야 할 것이다.

다만 그 판단에 있어서는 일반사회의 관념과 해당경우의 특별한 사정을 고려하고 환자의 인격, 침해의 성질, 의사의 설명 등은 그 판단의 자료로 삼아야 한다.

그러나 단순히 치료법에 반대하지 않고 이를 감수하겠다는 사실만으로는 바로 법적으로 유효한 승락이 있었다고는 볼 수 없을 것이다. 따라서 환자의 의사를 잘못 해석한 의사는 그 착오에 과실이 존재하는 한 책임을 면할 수 없는 것이다. 그리고 승락을 얻기 위한 의사의 효력은 항상 합리적인 범위 내에서 이루어져야 하므로 사기·강박에 의한 승락은 당연 무효이다.

그러나 의사가 환자에 대하여 「환자가 특정의 필요한 수술을 거절한다면 더이상 진료를 계속할 수 없다」고 말하는 것은 그것이 어느 정도 강박의 성질을 띤 것이라 하여도 그것은 통상 행하여지는 것으로서 허용된다고 보아야 할 것이다. 또한 승락을 거부하는 경우의 불이익을 여러가지로 설명하여 승락을 얻는 것도중국적으로는 환자의 이익을 위한 것이므로 강박은 아니라 할 것이다.

환자의 승락여부가 의료과실과 관련되는 것으로서는 ① 법률에 의하여 의사가 강제치료권을 갖는 경우와, ② 일종의 긴

급상황에서 현실의 승락을 받을 수 없는 경우이다.

①은 이른바 공법적 규제에 의한 예외라고 할 것이다. 따라서 승락 그 자체가 불필요하고 의사의 설명의무도 필요없는 것이다.

우리나라 전염병예방방법에는 「국민은 이법이 정하는 바에 의하여 예방접종을 받아야 한다」고 규정하여 의사의 강제치료권을 간접적으로 인정하고 있다. 따라서 전염병 치료에 대해서는, 의사는 환자와의 진료계약에 의한 것이 아니고, 법률 내지는 법령에 의해 진료 또는 치료를 담당하게 되는 것이다.

②는 환자의 생명과 건강에 대하여 중대한 위험이 임박하고 효과있는 치료행위가 긴급히 필요한 경우에 의사가 환자의 승락을 얻으려고 노력함으로써 오히려 상태를 악화시키는 경우가 있을 수 있다.

예컨대 긴급한 환자가 의식없는 상태에서 병원에 운반되어 왔으나 바로 팔을 절단하여야만 생명을 구할 수 있는데도 불구하고 당장 환자의 승락을 얻을 수 없는 경우를 말한다. 이러한 경우를 「급박한 위험」이라고 한다.

생각컨대, 긴급상황에서의 의사의 치료는 법적인 의무라기 보다는 의사의 직업적인 양심에 의한 작용이 더 크다고 보는 것이 옳을 것이다. 따라서 의사가 최선의 결과를 위해 의사로서 할 수 있는 노력을 최대한으로 경주했는데도 예기치 않은 결과가 나왔다면 이는 불가항력이라 할 것이다. **22**
<필자=한국의료법학회장·고려의대 교수>