

# 치과의료분쟁의 법적 쟁점

전 현 희 변호사

## I. 의료분쟁의 쟁점사항

### 1. 들어가는 말

의사들이 환자를 치료하면서 쉽게 부딪힐 수 있는 법적인 분쟁들에 대하여 의료법상의 의사의 법률상의 의무를 미리 알아두면 이에 적절히 대처하고 분쟁을 예방할 수 있는 여지가 많이 있다. 그래서 먼저 의사들이 염두에 두어야 할 의료계약의 특질 및 법적 성격, 이러한 의료계약에서 성립되는 의사들의 법률상의 의무가 어떤 것이 있는지를 개괄적으로 알아보고 기타 의료분쟁에 있어서 쟁점이 되는 사항 및 민·형사상 분쟁해결 절차 등에 대하여 살펴보기로 하겠다.

### 2. 의료계약의 특질 및 법적 성질

#### 가. 의료계약의 특질

의료계약은 노무제공형 계약의 일종이지만 다른 계약 유형과 비교하면 급부내용 및 대상에 대하여 여러 가지 특질을 가지고 있다. 급부내용인 의료행위가 갖는 특질로서는 의료행위의 위험내재성(침습성), 시험성, 진행성, 구명성, 전문성, 재량성, 비공개성 등이 있다. 또 급부대 상인 환자에 관련된 특질로서는 진료행위와 신체와의 직접 관련성(노무의 투입대상인 신체, 생명이라는 법익의 중요성), 지배불가능 요인(주로 생체기능의 복잡성)의 존재에 기인하는 예측 불가능성 등이 있다.

의료행위는 다른 특정의 노무제공형 계약과 비교

하면 가장 중요한 법익인 인간의 신체와 생명에 직접 관여하는 노무이고, 많은 경우 위험이 예상되는 침습 뿐 아니라 예기치 못하는 돌발사태도 항상 존재하는 것을 전제로 하여야 한다. 또한 의료행위는 질병의 예방 및 치료, 고통의 감소, 생명의 연장이라는 목적을 가지고 있기 때문에 다른 노무제공계약과는 근본적으로 차이가 있다.

#### 나. 의료계약의 법적 성질

의료계약의 법적 성질에 관하여는 (준)위임계약설, 도급계약설, 고용계약설, 무명계약설과 같은 여러 가지 논의가 있다. 현재 국내에서는 의료계약을 (준)위임계약으로 이해하는 입장이 다수설 혹은 통설이라고 보며, 보통 도급계약과 대비하여 「의료계약은 질병의 완전한 치유 (Heilerfolg) 혹은 일정한 결과의 발생을 계약내용으로 하지 않고, 의사가 선관주의를 다하여 치료행위를 한 경우에는 비록 치유가 되지 않거나 결과가 발생하지 않더라도 계약상의 채무에 대한 이행으로 인정된다」고 설명되고 있다. 만약 의료계약을 위임계약으로 볼 때에는 특약이 없는 한 의사는 「선량한 관리자의 주의」를 가지고 의료행위를 하여야 하고, 또한 선관주의에 따른 의료행위만 하면 충분할 것이다. 판례에 의하면 의사는 「최선의 처치를 행하여야 할 주의의무」가 있다고 하면서(대판 1994.4.26, 93 다 59304) 의사가 환자에게 부담하는 진료채무의 법적 성질을 결과채무가 아니라 수단채무라고 이해하는 듯 하다.

#### 다. 판례상 인정되는 의사의 의무

### (1) 문진의무

의사는 환자의 내원시 환자 및 가족의 기왕력, 알레르기 체질여부, 마취제등 사용약제의 이상반응의 유무등을 구체적으로 문진을 할 의무가 있고 이를 게을리하여 사고가 난 경우에는 문진의무위반을 이유로 손해배상책임이 있다.

### (2) 전원의무

의사가 자신의 병원에 내원한 환자를 치료할 설비나 능력이 없는 경우 해당치료를 할 수 있는 상급병원으로 환자를 전원시킬 의무를 말한다. 의사가 이러한 전원의무를 이행하지 않아 환자가 적기에 치료를 받을 기회를 놓쳐 상태가 나빠진 경우에 의사는 이에 대한 손해배상책임을 부담하게 된다.

### (3) 계속적 학습의무

계속적 학습의무란 사람의 생명을 치료하는 의사로서는 최소한 임상의학 실천당시의 의료기술을 익혀 임상에 적용하여야 할 의무를 말하는데 이는 다른 전문가와는 구별되는 의무이다. 예를 들면 변호사나 공인회계사와 같은 전문가들에게 당시의 평균적인 지식수준이상을 적극적으로 배우고 익혀서 사건을 처리할 주의의무까지 요구하지는 않으나 의사는 절대적인 가치를 지닌 사람의 생명 및 건강을 유지해야 하는 것이 고유 의무이므로 자신이 의과대학 재학중 또는 수련과정중 시행되지 않던 의학이나 의료기술이라고 하더라도 배우고 익혀 환자의 치료에 임할 의무가 있는 것이다. 판례는 이를 긍정하여 의사는 임상의학 실천당시의 최고 의료수준을 익혀 실행할 의무가 있다고 판시하고 있다.

### (4) 설명의무

의료계약에서 비롯되는 부수적 의무로서 의사는 환자에게 의료행위에 따른 정보를 제공할 의무, 즉 설명의무가 있다. 설명의무에는 어떤 구체적 치료에 대한 환자의 승낙을 얻기 위한 설명의무, 즉 환자의 승낙의 유효요건으로서의 설명의무와 요양방법에 대한 지도의무나 전의권고의무를 포함하여 환자에게 닥칠 어떤 악결과의 방지·회피를 위한 설명의무, 즉 결과회피의무로서의 설명의무가 있다. 판례가 의사의 설명의무를 인정하고 있는 것은 의료의 본질상 당연

한 것이라고 할 수 있다. 왜냐하면 의사의 치료행위는 환자의 신체에 대한 침습을 동반하는 것이기 때문이다.

하급심 판례중 산부인과 의사가 쌍태아를 임신한 산모에게 단태아보다 위험하므로 좀 더 조심하라는 취지의 주의를 주지 않아 자연 유산한 사례에서 의사에게 요양방법지도의무위반을 들어 위자료상당의 배상을 명한 사례가 있다.

## 3. 의료계약에서 비롯되는 환자의 의무

### 가. 진료비 지급의무

의료계약을 위임계약으로 이해하는 한 특약이 없으면 의료계약은 민법의 위임인의 의무상 무상이 원칙일 것이나 의료계약에 관하여는 일반적으로 유상으로 이해되며, 그 근거는 민법 제106조의 사실인 관습에서 구할 수 있을 것이다. 그러므로 의료계약이 체결되면 환자는 의사에 대하여 진료비지급의무를 부담한다.

### 나. 협력의무

환자의 협력이 없으면 의사의 의료행위가 성립할 수 없을 것이다. 그러므로 환자는 의사의 치료행위에 협력할 의무를 부담한다고 할 것이다. 이는 환자의 의료계약에서의 의사의 진료의무와 대칭하여 발생하는 진료의 수령의무에서 나온다고 보인다. 이러한 환자의 진료수령의무 즉 환자의 진료에의 협력의무 위반은 의료계약의 위반으로 보아 그에 대한 책임은 환자가 지게 된다.

즉 의료의 특질상 환자의 치료의 수령의무가 소위 진료협력의무로서 인정되는 것이다. 다만 의료에서는 환자가 병상에 의하여 수진을 받을 수 없는 경우도 있고, 더욱이 그 병상의 진료가 의료계약의 목적이 되는 경우도 많다는 사정을 고려할 때 의료계약에서의 환자의 협력의무위반으로 인한 계약위반문제 여부는 신중히 결정하여야 할 필요가 있다고 할 것이다.

#### 다. 기타 환자의 계약상의 의무

기타 환자의 계약상의 의무로 비용선급의무(민법 제687조), 비용등 상환청구권(민법 제688 I?II조)가 있고, 협력의무위반 및 기타의무위반으로 인한 손해 배상의무(민법 제688 III조)가 있다. 예를 들면 의사가 전염병환자를 진료할 때에 상당한 주의를 다했음에도 불구하고 환자로부터 감염된 경우에는 민법 제688조 제3항에 의하여 환자에 대하여 손해 배상을 청구할 수 있다고 할 것이다.

## II. 의료분쟁의 해결방안

### 1. 개념의 정리

#### 가. 머리말

환자이거나 환자이었던 사람 또는 환자가 사망하였을 경우 환자의 유족이 의사 등의 의료인과 병원에 의사의 치료 등에 대하여 불만을 호소하는 것을 의료사고라 널리 이해되고 있다. 그러나 보통 의료사고라고 하는 것의 내용을 좀 정확히 할 필요가 있다.

#### 나. 의료사고

의료사고는 의료에 관계되는 장소에서 주로 환자를 피해자로 하여 생기는 모든 사고를 포함하는 개념이라 할 것이다. 따라서 환자가 병원의 엘리베이터에서 추락하여 다친 경우도 의료사고에 포함된다. 즉, 사고의 발생의 원인이나 책임의 소재는 문제되지 않고 다만 결과로 환자 등이 의료시설 내에서 다친 사회적인 현상을 의료사고라고 보통 부른다. 따라서 의사의 진료가 의료의 수준에 비추어 충분하였으나 불가항력적인 이유로 결과는 환자가 기대한 것에 못 미치는 경우에는 이도 의료사고라 볼 수 있다.

#### 다. 의료과오

의료과오는 법률 용어로 의사가 통상 의사의 직업에서 주어지는 주의의무에 반하여 진료 등을 하여 환자의 생명이나 신체에 좋지 못한 결과를 발생하게 한 것을 말한다. 그러나 의사의 잘못이 있는지 여부가

확실한 경우는 해결에 있어서 별 어려움이 없지만 의사의 잘못이 있는지 여부가 불분명하게 되는 경우에는 의료소송 등으로 발전하게 된다. 이러한 현상은 국민의 일반적인 법의식의 성장과 맞물려 의료소송의 증가로 이어지고 있는 것이 현실이다.

#### 라. 의료사고소송

따라서 소송에 이르게 된 정도로 의사측의 잘못(과실)이 명확하지 아니한 경우에는 이를 의료과오소송이라 하는 것보다 의료사고소송이라고 함이 옳다고 본다. 그 이유는 의료과오소송이라고 하면 일단 의사측이 잘못을 한 것을 인정한다는 의미가 은연 중에 내재되어 있기 때문이다. 이하 의료사고 소송으로 진행될 사건에 대하여 어떠한 해결 방안이 있는가를 살펴보겠다.

### 2. 의료분쟁의 해결방안

#### 가. 머리말

현재 가장 문제가 되는 것이 의사 측의 과실이 불분명한 경우에 환자측이 불만을 토로하는 것이므로 이를 의료사고라고 부르도록 하겠다. 물론 의료사고의 해결방안은 매우 다양할 수 있을 것이다. 환자측이 그냥 운명이라 생각하고 분쟁을 포기하는 경우도 있을 수 있고 때로는 격분하여 농성을 하거나 심지어는 의사 측의 신체나 재산에 손상을 가하는 경우도 있을 것이고 그러한 것이 현재의 실정이라 해도 과연 아니다 본다.

의사 측에서는 자신의 잘잘못을 다투기 이전에 환자 측에 물질적인 금전을 제공함으로써 분쟁을 피하는 경우도 있을 것이다. 그러나 의사 측은 사건의 성질상 분쟁의 해결에 있어서 수동적이고 소극적일 수밖에 없는 것이 현실이다. 따라서 이하에서는 법적으로 그 결론에 일정한 분쟁을 종결시키는 힘을 주는 분쟁의 해결 수단인 합의, 조정, 소송상 화해 및 민사소송에 관하여 살펴보도록 하여 의료사고의 해결에 있어서 도움이 되고자 한다.

## 나. 합의

### (1) 합의의 의미

통상 합의라고 불리는 것의 법률적인 용어는 화해이다. 민법 제731조 이하에서 이를 화해계약으로 다루고 있다. 합의는 재판(소송)상의 합의(화해-제소 전 화해와 소송상의 화해가 있다)와 재판외의 합의(화해)로 나눌 수 있다.

### (2) 합의가 무효 또는 취소가 되는 경우

의료사고의 일방 당사자가 경솔하거나 매우 극빈하여 합의금 등에 현저하게 불공평하게 합의를 하게 되면 경우에 따라서는 민법 제 104조에 의하여 무효가 되어 합의의 효력이 없어지는 경우도 있을 수 있다. 한편 의사 측에서 과실의 내용을 고의로 감추고 과실이 전혀 없는데 정서상 주는 것이라며 위로금으로 합의를 하는 경우에는 경우에 따라서는 민법상 사기에 의하여 합의를 한 것으로 환자 측은 합의를 취소할 수 있다.

### (3) 합의 후에 합의 당시 예상치 못한 후유증으로 인한 손해에 대하여는?

일반적으로 합의시에는 일정한 액수의 배상을 하고 향후 일체의 청구를 포기한다는 권리포기조항이 들어있다. 그러므로 합의후 배상금 이상으로 손해가 생겨도 원칙적으로는 이를 청구할 수 없다. 그러나 화해당시 전혀 예상치 못하였던 손해가 뒤에 생긴 경우에는 예외적으로 우리 대법원 판례는 이를 추가하여 청구하는 것을 허용하고 있다.

좀더 그러한 경우를 자세히 살펴보면 사회 통념상 현저하게 손해의 합의금으로 전체손해를 파악하기 어려운 상황에서 합의하였다면 추가적으로 이를 청구할 수 있다는 것이다. 따라서 의사의 입장에서는 향후에 예측되는 증상에 대하여 자세히 설명을 한 사실을 합의서에 기록하는 것이 필요하다 할 것이다.

### (4) 형사합의의 성격

대부분의 의료사고의 진행방식이 우선 형사고소를 하고 그 와중에 형사 합의금을 받고 다시 민사소송을 제기하는 형태로 이어지고 있다. 형사 합의금은

나중의 민사소송에서 환자 측이 받은 미리 받은 수익으로 평가되어 손해배상액을 산정할 때 공제된다. 다만 이를 재산상의 손해에서 공제 될 것인지 위자료에서 공제할 것인지에 관하여 대법원은 명시적으로 위자료조로 형사합의금을 주는 것이라고 하지 않는 한 재산상의 손해에 대한 선배상금으로 본다 하고 재산상의 손해배상액 산정에서 이를 공제하고 있다.

### (5) 민, 형사상 일체의 청구를 포기한다는 의미

합의 후 민사소송을 제기하면 특별한 사정이 없는 한 소가 각하된다는 것은 위에서 설명한 것과 같다. 만일 합의를 하였는데도 형사 고소나 고발을 한 경우 어떻게 될까? 의료사고의 대부분은 업무상 과실치사상죄로 이른바 고소가 있어야 공소가 제기될 수 있는 친고 죄가 아닌 경우에 해당한다. 따라서 비록 합의가 있었다고 하여도 이는 형사절차의 개시에는 아무런 효력이 없어 형사고소 고발을 한다면 수사가 진행되어 형사소송 절차로 들어갈 가능성이 있게 된다. 다만 합의한 사실은 정상 참작의 사유가 되므로 공소의 제기 여부나 형을 정할 때에 아무래도 유리하게 작용한다.

## 다. 조정

### (1) 조정이란 무엇인가?

의료사고는 보통 1심판결에 이르기까지 약1년이 넘게 걸리는 것이 통상이다. 또한 전문적인 의학지식을 동원하여 각종의 사실조회와 감정이 진행된다 보면 처음에 예상하였던 것 보다 훨씬 장기간의 시간이 소요되고 이로 인하여 피고는 물론 원고에 있어서도 많은 시간 및 비용상의 낭비가 생기게 된다. 이러한 민사소송 절차의 단점을 보완하고자 민사조정법이 1990년 제정되어 분쟁을 간이한 절차에 따라 당사자의 상호 양보를 통하여 실정에 맞게 신속하게 해결하는 것이 바로 민사조정이다.

### (2) 조정은 누가 하나?

조정은 조정위원과 원피고 당사자가 주체적으로 하게 된다. 물론 민사소송의 재판장이 조정위원장이

되는 것이 통상적이고 조정위원은 2인 이상으로 의  
료사고의 경우 현재 서울 지방법원에서는 변호사 1  
인과 의사 1인으로 이루어진 조정위원회가 구성되고  
있다.

(3) 조정에서 할 수 있는 사항은 무엇인가?

조정에서는 당해 민사소송의 쟁점이 되는 손해배  
상액의 액수에 대하여 원, 피고의 합의를 이끌어내게  
된다. 따라서 그 이외의 사항 (형사고소를 하지 않겠  
다는 합의, 사과문을 게시하겠다는 등)에 대하여는  
법기술적으로 유권적인 판단을 내릴 수는 없다.

(4) 조정의 결과에는 반드시 승복하여야 하나?

조정은 임의 조정과 강제 조정이 있다. 임의조정  
의 경우 당사자의 의사에 의하여 합의를 만들어 내는  
것이므로 당사자는 자신이 약속한 부분에 책임을 지  
게 되므로 일단 임의조정의 결과인 합의가 위원장  
에게 전달되면 다시는 이를 가지고 다툴 수 없게 된다.

임의조정을 권유하다가 결국 합의에 이르지 못한  
경우에는 위원장은 직권으로 강제조정을 하게 된다.  
그러나 강제적인 것이므로 당사자의 의견을 무시할  
소지가 있으므로 이러한 경우 당사자는 강제조정의  
조서 정본이 송달된 때로부터 2주일내에 이의를 신  
청할 수 있고 이의를 신청하게 되면 다시 통상 민사  
소송 절차로 전환된다.

(5) 강제조정의 결과에 승복하지 않으면 사실상  
재판장으로부터 불이익을 받을 가능성이 있지 않을  
가?

원칙적으로 단순히 조정에 승복하지 않았다는 이  
유로 불이익을 받지 않는다. 조정은 조정 나름대로  
의 방식이 있으므로 재판과는 다르며 따라서 강제조  
정이 있다고 하더라도 이에 불복하고 재판과정에서  
자신의 주장을 하면 된다. 조정의 결과는 일종의 나  
침판과 같은 역할을 한다고 보면 된다. 따라서 조정  
의 결과가 자신에게 불리하다면 더욱 자신에게 유리  
한 주장을 하거나 입증을 통하여 재판의 결론을 바꾸  
도록 노력하는 것이 선불리 모든 것을 포기하고 조정  
에 승복하는 것보다 옳바를 태도라고 본다.

2000. 현재 서울 지방법원의 의료사고에 대한 민사

조정을 통하여 많은 민사조종이 이루어지고 있다. 의  
료사고에 대하여 민사조정이 거의 강제적으로 도입  
되고나서 통계적으로 원고패소의 비율이 높아진 것  
을 볼 수 있다. 위 비율은 조정을 제외한 순수한 확  
정판결만을 가지고 통계를 잡은 것으로 원고 패소의  
비율이 높아졌다는 의미는 원고가 승소할 가능성이  
높은 사건은 조정에서 해결된 것이라고 볼 수 있다.

라. 중재

중재는 당사자의 합의에 의하여 선출된 중재인의  
중재판정에 의하여 당사자간의 분쟁을 해결하는 절  
차를 말한다. 중재는 비공개 심리가 원칙이므로 당사  
자의 비밀이 보장되며 신속하고 비용이 저렴하다는  
장점이 있는 반면 당사자가 중재위원을 선정하기 때  
문에 중재인의 중립성이 문제되며 법률적 지식이 없  
는 중재위원이 선정될 경우 또다른 법률 분쟁이 생길  
소지가 있다는 단점이 있다. 현재 중재를 통한 의료  
사고의 분쟁 해결이 거의 없다고 해도 과언이 아니라  
고 할 것이다. 참고로 선박사고 등의 상사분쟁의 경  
우 대한상사중재원의 이용도가 매우 높은 점을 볼 때  
의료사고라는 특수한 전문분야에 대하여는 중재제도  
가 장기적으로 발전하여 기반이 마련될 필요가 있다  
고 본다.

마. 맺음말

이상에서 의료사고의 정의와 분쟁해결 방안으로  
법원이라는 국가기관의 관여가 없이 자주적으로 분  
쟁을 해결하는 방식을 살펴보았다. 다음 의료소송실  
무 강의에서는 항을 바꾸어 타율적인 분쟁의 해결 방  
식인 법원을 통한 민사분쟁해결 및 범죄로서의 의료  
사고의 경우 형사소송 절차를 각각 나누어 살펴보도  
록 하겠다. 마지막으로 의료사고와 직간접적으로 병  
행이 되는 행정절차(의사면허의 취소나 정지)의 부  
분도 아울러 살펴보도록 하겠다.

본 글은 치협에서 지난 9월에 주최한 '치과의료분쟁 예방  
대책 세미나'에서 발표된 내용입니다.