

의료계약의 당사자로서의 「환자」와 관련한 문제에 대한 검토

김 민 중*

- I. 서 론
- II. 환자의 행위능력과 관련한 문제
 - 1. 환자가 행위능력이 있는 경우
 - 2. 환자가 미성년자인 경우
 - 3. 한정치산자·금치산자인 경우
- III. 환자가 의식불명의 상태에 있는 경우
 - 1. 서 언
 - 2. 배우자가 의료청약을 한 경우
 - 3. 근친자가 의료청약을 한 경우
 - 4. 제3자가 의료청약을 한 경우 혹은 의료청약을 한 자가 없는 경우
- IV. 환자가 외국인인 경우
 - 1. 서 설
 - 2. 외국인 환자에 대한 준거법
 - 3. 외국인 환자의 설명·동의문제
- V. 환자가 특정한 종교나 특이한 생명관을 가지고 있는 경우
 - 1. 서 설
 - 2. 환자가 성인인 경우
 - 3. 환자가 의식불명인 상태에서 가족이 수혈거부를 한 경우
 - 4. 환자가 미성년자인 경우
 - 5. 수혈거부에 대한 의사의 설명의무
- VI. 결 어

* 논문접수: 2009. 10. 25. * 심사개시: 2009. 11. 10. * 게재확정: 2009. 12. 10.

* 전북대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사

I. 서론

환자가 의사에게 진료를 의뢰하고, 의사가 그 요청에 응하여 치료행위를 개시하는 경우에 의사와 환자 사이에는 일정한 법률관계가 성립한다. 보통 의료행위에서 의사와 환자 사이에는 사법상의 권리의무관계, 즉 계약관계가 성립하므로¹⁾, 환자에 대한 의사의 의료행위 그 자체를 일종의 계약적 법률관계라고 말할 수 있다. 의사와 환자 사이의 계약은 흔히 「의료계약」(Behandlungsvertrag)이라고 일컬어지고 있다. 또는 의사계약(Arztvertrag)이라고 하기도 한다.

의료계약의 프로세스도 보통의 계약체결과 크게 다르지 않다. 의료계약은 계약당사자(의사와 환자)의 서로 대립하는 2개 이상의 의사표시의 합치에 의하여 성립한다. 의료계약이 성립하려면 서로 대립하는 복수의 의사표시의 합치, 즉 청약에 대한 승낙이 필요하다. 당사자의 합치하는 의사표시 중 먼저 한 의사표시가 「청약」이고, 청약에 대응하여 의료계약을 성립하게 하는 의사표시가 「승낙」이다. 의사와 환자 사이의 교섭을 통하여 의료계약이 성립하는 경우에는 반드시 양자를 구별한 필요가 없고, 또한 선후를 분명하게 구별하기 곤란한 경우도 많다.

의료계약에서는 보통 환자가 청약을 한다. 환자의 청약은 의료계약을 체결시키기 위한 의사표시로서 상대방인 의사의 승낙과 결합하여 의료계약을 성립시키기 위한 확정적 의사표시이다. 그러므로 의료계약이 성립하기 위한 법률요건인 청약은 그에 응하는 승낙만 있으면 곧 의료계약이 성립하는 구체적, 확정적 의사표시여야 한다.²⁾ 의사의 승낙이 있다고 하더라도 바로

1) 자세한 내용은, 김민중, “의료계약”, 『사법행정』, 제32권 제1호, 1991, 제36면; 강남진, “의료계약에 관한 소고”, 『민사법의 실천적 과제』(정환담교수회갑기념논문집), 2000, 제307면; 석희태, “의사와 환자의 기초적 법률관계”, 『법률연구』 제3집, 연세대, 1983, 제165면 이하 등 참조.

2) 판례도 계약이 성립하기 위한 법률요건인 청약은 그에 응하는 승낙만 있으면 곧 계약이 성립하는 구체적, 확정적 의사표시여야 하므로 청약은 계약의 내용을 결정할 수 있을 정도의 사항을 포함시켜야 한다고 본다(대법원 2005.12.8. 선고 2003다41463 판결).

의료계약이 성립될 수 없는 경우에는 아직 청약이 되지 아니한다. 청약에는 의료계약의 내용을 결정할 수 있는 주요한 사항이 포함되면 충분하다. 물론 의료계약에서는 청약의 대상이 되는 의료의 범위가 처음부터 명확한 경우(예컨대 미용성형수술, 채혈행위, 건강진단 등)를 제외하고는 의료의 성질상 의료의 범위가 처음에는 ‘개괄적’ 또는 ‘추상적’인 경우가 많다는 사실을 고려하지 않을 수 없다.

합의가 성립하더라도 그 사실만으로 항상 유효한 의료계약이 되지는 아니한다. 몇 가지 효력발생요건이 더 충족되어야 하며, 중요한 효력요건의 하나가 바로 당사자인 환자의 의사능력이나 행위능력 등과 관련한 문제이다. 예를 들어 환자가 미성년자인 경우에는 누가 의료계약의 당사자가 되느냐, 혹은 미성년자 스스로 의료계약을 체결할 수 있는가 하는 문제가 있다. 환자가 사고로 무의식상태에서 입원하는 경우도 많다. 무의식상태의 환자에 관하여도 어떤 법률관계가 생기는가 하는 문제와 관련하여 논의가 필요하다. 그리고 의료계약의 당사자로서의 환자와 관련하여 다른 몇 가지 특수한 문제가 제기되기도 한다.

II. 환자의 행위능력과 관련한 문제

1. 환자가 행위능력이 있는 경우

환자가 행위능력을 가지는 성년자³⁾인 경우에는 우선 환자 본인이 의료계약의 당사자가 된다. 발작이나 고통으로 인하여 환자가 일시적으로 명시적 의사표시를 할 수 없는 경우에도 묵시의 의사표시에 의한 청약과 진료의 개시와 같은 승낙의 의사표시로 인정될 수 있는 사실에 의하여 의료계약이 성립할 수 있다. 바로 의사실현에 의한 의료계약의 성립이 인정된다(민법

3) 민법상 만 20세 이상의 자(민법 제4조), 18세 이상의 미성년자로 혼인에 의하여 성년으로 의제된 자(민법 제826조의2)가 성년자이다.

제532조).

2. 환자가 미성년자인 경우

가. 서 언

역시 미성년자에 대한 의료행위도 원칙적으로 의료계약을 통하여 발생한다. 본래 계약은 서로 대립하는 청약과 승낙의 두 의사표시의 합치로 성립하므로, 의료계약의 성립에도 진료행위에 대한 청약으로서의 환자의 의사에 대한 의사표시와 의사의 승낙이라고 하는 의사표시의 합치가 필요하다. 그러나 환자가 아직 만 20세가 되지 않은 미성년자인 경우에는 의사능력이 없거나 적어도 단독으로 유효한 의사표시를 할 수 있는 행위능력을 지니고 있지 않다. 그러므로 환자가 행위무능력자인 경우에는 의료계약의 성립과 관련하여 몇 가지 문제가 있다.

나. 의사능력 없는 미성년자

미성년자가 의사능력이 없는 경우(예컨대 유아)에는 미성년자 혼자서는 의료계약을 체결할 수 없고, 스스로 의료계약의 당사자가 될 수 없다.⁴⁾ 결국 의료계약은 의사능력이 없는 환자 자신이 아니라, 부모나 친족 등에 의하여 체결되어야 한다. 유아의 부모나 친족 등이 유아가 복통을 호소하여 의사에게 진료를 의뢰한 경우에는 그 부모나 친족 등과 의사와의 사이에 의료계약이 성립한다. 그러므로 의사능력이 없는 미성년자는 원칙적으로 의료행위에 대한 보수를 지급할 의무도 지지 아니한다. 부모나 친족 등이 의사능력 없는 미성년자를 위한 의료행위를 맡긴 경우에 예컨대 그 부모나 친족 등이 보수를 지급할 경제적 능력이 없다고 하더라도 의사능력 없는 미성년자 본인은 부가적으로도 보수지급에 대한 책임을 부담하지 아니한다. 그

4) 참고문헌으로 이덕환, “미국법상 의사무능력환자의 생명유지치료에 대한 의사결정”, 『비교사법』, 제10권 제1호, 2003, 제157면 참조.

러나 의사능력 없는 미성년자도 부모나 친족 등이 체결한 의료계약상의 권리를 가질 수 있다. 미성년자는 환자로서 의료계약상의 급부를 받는 주체이고, 제3자를 위한 계약의 법리나 「제3자를 위한 보호효」(이른바 계약의 제3자효)를 통하여 의료계약의 보호범위에 들어간다고 본다.⁵⁾ 그러므로 의사가 의료과오를 범한 때에는 의사능력 없는 미성년자라고 할지라도 계약위반이나 불법행위를 이유로 하는 독자적인 손해배상청구권을 가진다.

다. 의사능력이 있는 미성년자

미성년자가 의사능력은 있으나, 단지 행위능력만을 제한받는 경우에는 미성년자가 단독으로 의료계약을 맺는 경우도 있을 수 있다. 미성년자는 원칙적으로 의료계약을 체결할 때에는 법정대리인(친권자·후견인)의 동의를 얻어야 하고, 만약 친권자의 동의를 얻지 아니하고 의료계약을 체결하면 미성년자 본인 또는 그 법정대리인이 취소할 수 있다(민법 제5조 제1항, 제2항). 그러나 법정대리인이 동의하면 미성년자도 단독으로 유효하게 의료계약을 체결할 수 있다. 그리고 예를 들어 부모가 미성년자를 혼자 의사에게 보낸 경우에는 그 미성년자를 의료계약의 체결을 위한 사자(使者)나 대리인으로 해석할 수 있다.

라. 의료계약에 대한 행위능력과 의료침습에 대한 미성년자의 동의 능력의 관계

의료상의 여러 처치에 관한 동의능력에 대하여는 실정법상의 명문규정이 없다. 의료계약의 체결로부터 의료침습에 대한 동의(Einwilligung)는 분명히 구별된다고 본다.⁶⁾ 원칙적으로 의사로부터 들은 설명에 기하여 하는 의

5) Erwin Deutsch, Andreas Spickhoff, Medizinrecht, 5.Aufl. (Springer, 2003), S.384; Adolf Laufs, Arztrecht, 6.Aufl. (C.H.Beck, 2009), Rdnr.106f. 역시 태아도 출산의료계약의 보호 범위에 들어간다(예컨대 독일판례로 OLG Düsseldorf VersR 1986, 474).

6) Erwin Deutsch, Andreas Spickhoff, Medizinrecht, S.384.

료침습에 대한 동의는 민법상의 「의사표시」나 법률행위가 아니라⁷⁾, 준법률행위(rechtsgeschäftsähnliche Handlung)로 보아야 한다(특히 의사의 통지로 본다⁸⁾).

환자의 동의는 의료침습을 허락하는 표시이고, 일신전속적이다. 그러므로 부모나 친족 등을 통한 의료침습의 동의는 단지 미성년자가 결정을 스스로 내릴 수 없는 경우에만 인정된다. 미성년자는 이미 동의능력을 가지고 있으나, 아직 완전한 행위능력을 가지고 있지 않는 경우도 있다. 미성년자에게 동의능력이 있는 때에는 미성년자가 의료침습에 대하여 동의를 할 수 있으므로, 부모나 친족 등이 별도로 동의를 하여야 할 필요가 없다. 다만 미성년자는 의료처치의 본질, 의미 및 범위를 이해·판단할 수 있는 능력이 있는 경우에 한하여 스스로 그 의료처치에 대하여 설명을 듣고 동의를 할 수 있다. 유아나 어린 미성년자는 아직 의료침습에 대한 이해능력이나 판단능력을 충분히 갖추고 있다고 할 수 없다. 독일에서는 대개 16세 정도를 넘긴 미성년자는 원칙적으로 이미 동의능력을 구비하고 있다고 본다.⁹⁾ 다만 설명을 들은 후에 동의를 할 수 있는 능력에 대하여 일률적인 기준을 정하기는 곤란하다.

의료침습에 대한 동의는 의사표시가 아니고, 환자가 자신의 신체적 불가침에 대한 포기를 통하여 의료처치를 가능하게 하는 의사의 표시나 확인이다.¹⁰⁾ 민법은 20세를 성년연령으로 정하고 있으나(민법 제4조), 성년연령은 설명과 동의를 감당할 수 있는 능력을 대략적으로 정한 기준에 불과하다. 누가 성년자라고 하면 원칙적으로 자기 자신의 의료행위를 스스로 결

7) 동의는 민법 제1편 총칙 제5장 법률행위 제2절 의사표시가 아니다(자세한 설명은 김민중, “성년후견제도의 도입에 관한 논의에서 의료행위와 관련한 과제”, 『저스투스』, 통권 제112호, 2009, 제212면).

8) 김천수, “의료행위에 대한 동의능력과 동의권자”, 『민사법학』, 제13·14호, 1996, 제234면. 환자의 동의를 보다 구체적으로 용서(감정의 표시)에 유사한 준법률행위로 이해하는 견해도 있다(이영준, 『민법총칙』, 박영사, 1990, 제140면).

9) Erwin Deutsch, Andreas Spickhoff, Medizinrecht, S.385.

10) Erwin Deutsch, Andreas Spickhoff, S.384.

정할 수 있다는 의미이다. 그러나 정확하게 표현하자면 자기결정의 한계는 의료행위의 결과에 대한 이해, 분별, 판단 및 형량의 능력에 의존한다.

국내에서도 원칙적으로 16세 정도가 되면 의료처치에 대한 자기결정에 필요한 판단능력이 인정된다고 본다.¹¹⁾ 그러나 의료처치의 개별적 영역에 따라서는, 예를 들어 일신전속적 의료영역에서는 원칙적으로 16세보다 더 빨리 판단능력을 인정할 수도 있다.¹²⁾ 예를 들어 15세의 여성도 모자보건법상의 법정요건을 충족하는 한, 의사로부터의 상담설명을 듣고 임신중절에 대한 결정을 스스로 할 수 있다. 미성년자가 스스로 설명·동의를 받을 수 있는지의 한계는 환자의 복리에 따라서 결정되므로, 만약 판단능력이 있는 미성년자는 부모가 오해로 인하여 동의를 거절하는 의료행위에 대하여 자기책임 아래 스스로 동의할 수 있다. 또한 판단능력이 있는 미성년자는 스스로 의료행위를 거절할 수도 있다.¹³⁾

환자의 동의능력과 설명을 들을 능력이 항상 동일하지는 않다.¹⁴⁾ 어린 미성년자로서 아직 동의능력이 없다고 하더라도 자신에게 어떤 일이 일어나는가를 알 권리를 가진다. 의사로부터 설명을 들을 권리로부터 의사의 설명에는 환자 자신이 어떤 질병에 걸리고, 자신에게 어떤 의료침습이 가하여 지는지, 그 의료처치에 어떤 위험이 따르는지에 대한 설명이 포함된다. 특히 미성년자에 대한 설명에서는 그 연령에 맞는 적절한 설명을 하여

11) 적어도 16세 정도의 연령이 되면 자기의 생명·신체나 인생에 대하여 판단·결정할 수 있는 능력이 있다고 법률상으로도 간주된다고 해석할 수 있으므로(근거로 민법 제869조가 15세 이상의 자에게 양자의 동의능력을 부여하고, 중전 개정되기 전의 민법 제807조가 16세 이상을 여자의 혼인연령으로 규정하고 있는 사실을 든다), 일응 16세가 되면 의료행위에 동의할 수 있는 능력이 있다고 보아도 좋다는 견해가 있다(이덕환, 「의료행위에 대한 동의의 대리」, 『현대법학의 이론』(이명구박사화갑기념논문집 III), 1996, 제49면).

12) Erwin Deutsch, Andreas Spickhoff, Medizinrecht, S.385.

13) 예를 들어 간장파열로 병원에 입원하여 응급하게 수혈을 필요로 하는 여호와의 증인인 17세의 환자는 스스로 수혈을 거부할 수 있다. 물론 수혈거부로 인하여 생명이 위험한 때에는 여러 사정을 고려하여 수혈거부가 적당한지 여부를 판단하여야 하는 문제가 있다.

14) Erwin Deutsch, Andreas Spickhoff, Medizinrecht, S.385.

야 하고, 너무 과도한 설명에 의하여 미리 겁을 먹지 않게 하여야 하고, 부모와 의료처치에 대하여 충분한 대화를 할 수 있는 기회를 주어야 한다. 그러므로 미성년자에 대한 설명에서는 이중설명(Doppelaufklärung), 즉 부모와 같은 친권자에 대한 설명과 미성년자 본인에 대한 설명이 필요하다. 특히 아주 어린 미성년자에 대하여는 의료처치의 경과에 대한 설명으로 충분하고, 만약 10세 이상의 미성년자라고 하면 의료침습의 위험에 대하여까지 설명하여야 한다. 미성년자가 어느 범위까지 결정권을 가지는가는 결국 그 미성년자가 자유로운 결정에 대한 한계에 얼마나 가깝게 서 있는가, 의료침습이 얼마나 긴급한가, 얼마나 위험한가, 신체훼손적인가 등에 따라서 다르다. 예를 들어 성형수술의 경우에는 미성년자의 협력이 반드시 요구된다. 그러나 다리의 절단과 같은 신체훼손을 수반하는 의료처치나 생명에 중대한 영향을 미치는 중요한 예방적 의료처치에 대하여 14세의 미성년자가 거절권(Vetorecht)을 가진다고 보기는 어렵다.

동의능력이 없는 미성년자를 위해서는 부모와 같은 친권자가 의료행위에 대한 동의 여부를 결정하여야 한다. 원칙적으로 부모 쌍방이 친권을 행사하여야 하나(민법 제909조 제2항 본문), 물론 부모의 일방은 다른 일방으로 하여금 친권을 행사하게 할 수 있고, 또한 부모의 일방이 친권을 행사할 수 없으면 다른 일방이 친권을 행사할 수 있다(민법 제909조 제3항). 예를 들어 부모의 일방이 혼자 미성년자를 병원에 데리고 온 때에는 다른 일방이 반대의사를 가지고 있다는 명백한 표시가 없는 한, 원칙적으로 다른 일방이 그 부모의 일방으로 하여금 미성년자에 대한 의료처치를 맡긴 경우로 해석할 수 있다. 그러므로 의사는 부모의 일방으로부터 동의를 얻은 후에는 다른 일방도 역시 동의하는지에 관하여 걱정할 필요가 없다. 다만 다리의 절단과 같은 특별히 중대하고, 심한 신체훼손적 의료처치의 경우에는 부모 쌍방에 대하여 설명하고 동의를 얻어야 한다.¹⁵⁾

15) 미국법상의 자세한 논의에 관하여는 윤진수, “미국법상 부모의 자녀에 대한 치료거부에 따르는 법적 문제”, 『가족법연구』, 제18권 제1호, 2004, 제19면 이하 참조.

결론적으로 부모 일방의 동의로 충분한가 하는 문제는 다른 일방이 어느 정도 의료처치에 대한 결정에 참여하여야 하는가에 따라서 아래와 같이 세 가지로 구분할 수 있다.¹⁶⁾

① 중요한 의료침습(erheblicher Eingriff) 혹은 중대한 결과가 초래될 수 있는 의료침습에 대하여는 부모 쌍방이 설명을 듣고, 함께 동의를 하여야 한다. 만약 부모 쌍방의 의사가 일치하지 아니한 경우에는 당사자의 청구에 의하여 가정법원이 결정한다(민법 제909조 제2항 단서).

② 중간적 의료침습(mittelschwerer Eingriff) 또는 특별하지는 않으나, 심한 결과를 초래할 수 있는 의료침습에 대하여는 동성한 부모의 일방에 의한 동의로 충분하다. 물론 의사는 그 부모의 일방에게 다른 일방에 대하여 동의 여부를 묻도록 권고하여야 한다.

③ 단순한 의료침습(einfacher Eingriff) 또는 단지 가벼운 결과가 초래되는 의료처치에 대하여는 동성한 부모의 일방의 동의로 충분하고, 원칙적으로 다른 일방이 그 부모의 일방에게 미성년자에 대한 의료처치의 동의를 맡긴 경우로 추정할 수 있다.

부모의 일방이 사망한 경우, 부모가 별거하고 있거나 이혼한 경우에는 단지 다른 일방의 동의로 충분하다. 그리고 미성년자가 가까운 친족이나 친지에게 가서 여름휴가를 보내고 있는 동안에 의료처치를 받을 필요가 생긴 때에는 친족이나 친지와 같은 제3자에게 그 의료처치에 대한 동의권의 행사를 맡길 수 있다.¹⁷⁾ 다만 제3자가 동의권을 행사할 때에는 미성년자의 정보제공 등을 통하여 동의권의 행사를 위임받은 사실을 의사에게 밝혀야 한다. 예를 들어 부모에게 연락을 취하기 곤란한 응급상황에서는 미성년자를 돌보는 친족이나 친지에게 묵시적 수권을 통하여 동의권의 행사가 위임된 경우로 볼 수 있다. 물론 제3자를 통한 동의권의 행사는 미성년자의 이익을 보호하기 위하여 긴급하게 필요한 의료처치에 대하여만 인정된다.

16) Erwin Deutsch, Andreas Spickhoff, Medizinrecht, S.386.

17) Erwin Deutsch, Andreas Spickhoff, S.386.

부모가 친권의 행사를 남용하는 경우가 있고, 역시 의료현장에서도 부모가 미성년자의 의료처치에 대한 동의권을 남용하는 경우가 있다. 보통 부모는 친권이나 동의권을 행사할 때에 상당한 재량을 가지므로, 부모는 의사 설명이나 조언을 들은 후에 적절한 치료방법, 예를 들어 수술을 받게 할지 혹은 전통적인 치료방법을 선택할지를 결정할 수 있다. 그러나 만약 부모가 일부러 미성년자의 복리를 침해하거나 미성년자에게 위협을 야기하는 치료방법을 선택하면 남용으로 될 수 있다. 부모가 비이성적 행동을 할 때에 미성년자의 복리를 침해할 수 있고, 미성년자의 복리를 침해하는지 여부는 미성년자에 대한 의료적 배려의 필요성 또는 사회의 다수의견에 따라서 판단된다.¹⁸⁾

미성년자에 대한 의료행위에서 친권이 남용되는 경우에 어떤 조치가 가능한가? 부모가 친권을 남용하거나 현저한 비행 기타 친권을 행사시킬 수 없는 중대한 사유가 있는 때에는 가정법원이 친권의 상실을 선고할 수 있다(민법 제924조). 그러므로 부모가 미성년자에 대하여 반드시 필요한 의료처치를 자기의 개인적 주관에 의하여 또는 종교적 신념을 이유로 거절하는 경우에는 친권의 남용이 되고,¹⁹⁾ 가정법원은 친권상실을 선고할 수 있다. 미성년자의 의료처치에 대한 동의권도 실질적으로는 친권의 작용으로 보아야 하므로, 친권상실의 선고를 받으면 의료행위의 동의권도 소멸한다.

부모의 일방이 친권상실의 선고를 받은 때에는 다른 일방이 단독친권을 행사하고, 단독친권을 행사하는 부모의 일방이나 부모 쌍방이 친권상실의 선고를 받은 때에는 후견인을 선임하여야 한다(민법 제928조). 만약 친권상실로 인하여 후견인이 선임되면 후견인이 미성년자를 위한 의료처치에

18) 예컨대 사람의 몸에는 절대 칼을 뿜 수 없다고 생각하는 수술반대자로서 부모가 맹장염에 대한 수술을 거절하는 경우, 여호와의 증인인 부모가 수혈을 거절하는 경우 또는 자연치료를 신봉하는 추종자로서 부모가 필요한 화학요법적 치료를 거절하는 경우와 같이 특이한 생명관이나 종교를 가지고 있다고 하면 미성년자의 의료처치에 대한 부모의 비이성적 행동으로 인정할 수 있다.

19) 친권남용에 관한 일반적인 설명은 이경희, 『가족법(친족법·상속법)』, 제4정판, 법원사, 2004, 제229~231면; 김용한, 『친족상속법』, 보정판, 박영사, 2003, 제216면.

동의할 권한을 가진다. 다만 가정법원이 직접 미성년자에게 필요한 의료처치 여부를 결정할 수 있는가 하는 문제가 있다.

미국이나 독일과 같은 외국에서는 후견법원이 스스로 결정할 수 있다고 보며, 다만 병원의 신청이 있어야 한다. 심지어 응급한 경우, 예컨대 여호와의 증인인 부모가 신생아에 대하여 응급한 수혈을 거절하는 경우에는 부모에게 법적 청문기회를 부여하지 아니하고 후견법원이 바로 수혈 여부를 결정할 수 있다고 본다.²⁰⁾ 특히 미국에서는 미성년자의 복리에 반하는 결정에 기하여 성공이 보장되는 의료처치를 하지 못한 경우에 그 부모에 대하여 위자료의 배상이나 형벌을 명할 수 있다. 예를 들어 어느 사교(사이비종교)의 신자로서 이혼한 전처(前妻)가 현재의 남편과 함께 소아당뇨에 걸린 11세의 미성년자에 대하여 약물적 치료 대신에 기도만을 계속하여 미성년자를 사망에 이르게 하면 이혼한 전 남편은 미성년자의 부(父)로서 전처와 현재의 남편에 대하여 위자료배상책임을 물을 수 있고, 법원은 기도로 그 미성년자를 치료할 수 있다고 주장한 사교의 대표자를 형벌에 처할 수 있다고 한다.²¹⁾ 역시 소아당뇨에 걸린 9세의 미성년자에 대하여 그 부모가 인슐린의 투여를 거절하고, 그 미성년자를 병원으로부터 퇴원시킨 후에 사교를 통한 신앙치료를 위하여 산중에 보낸 후 6주일 만에 혼수상태가 되어 병원에 입원하게 되고, 결국은 사망한 경우에 부모는 살인죄로 처벌을 받을 수 있다.

미성년자에게 의료처치가 응급하게 필요하나, 부모에게 연락을 취할 수 없는 경우에 의사나 병원은 이른바 사무관리(민법 제734조)에 근거하여 의료처치를 할 수 있다. 물론 사무관리로서 의료처치를 할 때에는 의사는 민법 제734조에 따라서 '본인에게 이익이 되는 방법으로' 또는 '본인의 의사에 적합하도록' 의료처치를 하여야 한다. 부모의 의사도 고려하여야 하는가 하는 문제가 있으나, 본인의 의사를 알 수 없는 경우에는 부모의 의사도 고려

20) 독일판례로 OLG Celle BJW 1995, 792.

21) Erwin Deutsch, Andreas Spickhoff, Medizinrecht, S.385.

될 수 있다고 본다. 다만 부모의 의사는 남용에 해당되는 경우도 있으므로, 예를 들어 미성년자가 건널목을 건너다 자동차에 치어 부상을 입고 응급상태에서 병원에 실려온 경우에 부모가 그 의료처치를 거절하더라도 남용으로서 효력이 없으므로, 의사는 부모에게 물어볼 필요 없이 사무관리의 관점에서 필요한 생명구조적 의료처치를 행할 수 있다. 의사는 미성년자 본인의 실질적 의사를 알거나 알 수 있는 때에는 그 실질적 의사에 따라야 하나, 실질적 의사를 알 수 없는 때에는 추정적 의사가 기준이 될 수도 있다.

3. 한정치산자·금치산자인 경우

심신이 박약한 자에 대하여는 법원이 한정치산선고를 내려야 하고(민법 제9조), 심신상실의 상태에 있는 자에 대하여는 역시 법원이 금치산선고를 내려야 한다(민법 제12조). 그리고 한정치산선고를 받은 자(한정치산자)가 법률행위를 하기 위해서는 법정대리인의 동의를 얻어야 하고(민법 제10조), 금치산선고를 받은 자(금치산자)는 단독으로 법률행위를 할 수 없다. 만약 한정치산자가 법정대리인의 동의 없이 법률행위를 하거나 금치산자가 법률행위를 하면 한정치산자·금치산자 본인 또는 그 법정대리인이 법률행위를 취소할 수 있다(민법 제10조, 제13조).

한정치산자는 후견인의 동의에 의하여 유효한 의료계약을 체결할 수 있다. 그러나 금치산자의 경우에는 환자가 단독으로 유효하게 의료계약을 체결할 수 없다. 특히 금치산자의 경우에는 항상 후견인이 금치산자를 대리하여 의료계약을 체결하여야 한다.

한정치산자나 금치산자의 동의능력은 어떤가? 환자가 한정치산이나 금치산을 선고받은 경우라고 하더라도 자동적으로 의료행위에 대한 동의능력이 상실되지는 아니한다. 그러므로 한정치산이나 금치산을 선고받은 환자 일지라도 동의능력이 인정되는 한, 자기에게 닥칠 의료처치에 대하여 스스로 동의할 수 있다. 다만 한정치산자나 금치산자가 심신박약이나 심신상실

로 인하여 자기에게 닥칠 의료침습의 위험 등에 대한 판단능력을 가지고 있지 아니하는 때에는 후견인에게 설명하거나 묻고, 후견인의 동의에 의하여 원칙적으로 의료처치가 가능하다고 본다. 독일민법 제1904조 제1항은 피후견인이 의료처치로 사망하거나 중대하고 장기간 지속될 건강손상을 입을 이유 있는 위험이 있는 경우에 후견인(Betreuer)은 건강상태의 검사, 치료 기타의 의료적 침습에 대하여 동의하기 위하여 후견법원의 허가를 받아야 한다는 규정을 두고 있다.²²⁾ 그러나 국내에서는 아직 성년후견제도를 도입하지 아니한 상황이므로, 일단 후견인에게 동의능력 없는 한정치산자나 금치산자에 대한 의료처치를 동의할 수 있는 권한을 인정할 수밖에 없다고 본다.²³⁾

III. 환자가 의식불명의 상태에 있는 경우

1. 서 언

예를 들어 교통사고나 심각한 쇼크, 음주, 약물중독 등과 같은 사유로 의식불명의 상태가 야기될 수 있다. 어떤 사유로 의식불능이 되든 환자가 의식불명인 경우에는 설명을 하더라도 이해가 불가능하고, 의사가 질문을 하더라도 자기의 의사를 표현할 수 없다. 그러므로 의식불명환자에 대한 응급의료의 경우에는 당연히 환자 본인에 대한 의사의 설명이 불필요하다.

의식불명의 상태가 지속적인 식물상태가 아닌 한, 의식불명환자에게는 보통 법정대리인이 선임되어 있지 않다. 그리고 민법상 의식불명환자를 위한 긴급대리인제도가 인정되지도 아니한다. 엄밀한 의미에서 배우자나 성

22) 자세한 내용은 Soergel, BGB (Kohlhammer, 13.Aufl.), §1904 Rdnr.23.

23) 성년후견제도의 도입에 따른 의료행위의 문제에 관한 자세한 논의는 김민중, “성년후견제도의 도입에 관한 논의에서 의료행위와 관련한 과제”, 『저스티스』, 통권 제112호, 2009, 제208면; 김천수, “성년후견과 의료행위의 결정”, 『가족법연구』, 제21권 제1호, 2007, 제9면 참조.

년의 자와 같은 가까운 근친자가 의식불명환자를 위하여 대리할 수 있는 법적 권한이 인정되지 아니한다. 장기간에 걸친 의식불명환자에 대하여 법정대리인을 선임할 수 있는가 하는 문제가 있다.²⁴⁾ 그러나 국내에서는 의식불명환자라는 이유만으로는 법정대리인의 선임이 인정되지 아니한다. 독일에서는 뇌사의 상태에 있는 산모에 대하여 그 남편을 후견인으로 선임한 경우가 있다.²⁵⁾

2. 배우자가 의료청약을 한 경우

의료청약을 의식불명환자의 배우자가 하는 경우가 있다. 배우자의 의료청약이 일상가사대리권(민법 제827조)의 행사로 되는가? 배우자에 의한 의료계약의 체결을 일상가사대리권의 범위에 포함시키는 견해가 있을 수 있다.²⁶⁾ 다만 배우자에 의한 의료계약의 체결을 일상가사대리로 보는 견해에 대하여는 생명·건강 등의 개인적 사항에 대한 의료계약은 대리에 친하지 않다고 하는 비판이 있을 수 있다.

3. 근친자가 의료청약을 한 경우

부부 이외의 근친자(성인의 자와 부모, 형제자매, 사실혼상의 배우자 등)가 진료의 청약을 하는 경우도 있을 수 있다. 근친자가 의료청약을 한 경우의 법률관계에 대하여는 몇 가지 견해가 대립한다.

(i) 제3자를 위한 계약(민법 제539조)으로 보는 견해가 있다. 그러나 근친자의 의료청약에 의한 의료계약을 「제3자를 위한 계약」으로 보는 견해에 의하면 환자가 의식을 회복할 때까지는 수익의 의사표시를 할 수 없으므로, 아무런 권리도 취득할 수 없다. 또한 환자가 의식을 회복한 후에도 제3자를

24) 자세한 설명은 Erwin Deutsch, Andreas Spickhoff, Medizinrecht, S.392.

25) AG Hersbruck NJW 1992, 3245.

26) 이경희, 전계서, 제77면.

위한 계약을 체결한 요약자로서 근친자가 의료비지급의 의무를 부담하는가 하는 문제가 있다.

(ii) 근친자의 행위를 무권대리로 해석하는 견해가 있다(민법 제135조). 그러나 무권대리설에 의하면 근친자가 환자의 대리인으로 의료계약을 체결하여야 하고, 역시 의료계약은 대리에 친하지 않다고 하는 문제가 있다.

(iii) 의사의 의료행위를 사무관리(민법 제734조)로 이해하는 견해가 있다. 그러나 「사무관리」로 해석하는 때에는 환자가 의식을 회복하지 못하고 사망하면 의사는 의료비를 환자의 상속인에게 청구할 수 있는가, 의료청약을 한 근친자에게 청구할 수는 없는가 하는 문제가 제기된다. 그러므로 환자가 의식을 회복하여 그 때까지의 의료행위를 추인하면 「사무관리의 추인」으로 보고, 만약 환자가 의식을 회복하지 못하고 사망한 때에는 「부진정제3자를 위한 계약」으로 보는 견해가 타당하다고 본다.

4. 제3자가 의료청약을 한 경우 혹은 의료청약을 한 자가 없는 경우

가. 서 언

환자의 친구나 지인(知人), 사고의 가해자, 우연한 발견자(예컨대 통행인), 소방대원이나 경찰관 등이 의식불명환자를 데리고 와서 의료청약을 하거나, 특별히 의료청약을 한 자가 없는 경우도 있을 수 있다.²⁷⁾ 만약 의식불명환자의 배우자나 근친자 이외의 제3자가 의료청약을 하면 의료청약자와 병원·의사, 환자 사이에 어떤 법률관계가 성립하는가? 배우자나 근친자가 아닌 제3자의 의료청약에 따른 법률관계의 이해에 관하여는 아래와 같이 세 가지 견해가 있을 수 있다.

(i) 의료청약자와 병원·의사 사이에 의료계약(부진정제3자를 위한 계약)이 성립하고, 의료청약자의 환자에 대한 사무관리가 된다고 보는 견해가

27) 한정환, “의식불명상태의 환자에 대한 의사의 치료의무”, 『형사법연구』, 제18호, 2002, 제233면 참조.

있다.

(ii) 병원·의사와 환자 사이에 직접 「사무관리」가 성립한다고 보는 견해가 있다.

(iii) 의료청약자 및 병원·의사가 모두 환자에 대하여 사무관리자로서의 지위에 있다고 보는 견해가 있다.

응급을 요하는 의식불명환자를 호의로 병원에 운반한 자에 대하여 운반에 따른 주의의무나 비용 등에 대하여 사무관리의 성립을 인정할 수는 있다고 하더라도, 진료에 대하여까지 계약자 또는 사무관리자로서의 채무를 부담하여야 한다고 볼 수는 없다. 그러므로 의식불명의 응급환자에 대하여 배우자나 근친자 이외의 제3자가 의료청약을 하면 진료의무를 인수한 병원·의사와 환자와의 사무관리관계로 이해할 필요가 있다고 본다. 예를 들어 소방대원이나 경찰관 등이 구조활동으로 의식불명환자를 구조하여 병원·의사에게 데리고 온 경우에 그 소방대원이나 경찰관 등과 환자 사이에 사무관리가 성립될 여지가 없고, 역시 그 소방대원이나 경찰관 등과 병원·의사 사이에 계약이 성립될 여지도 없으므로, 병원·의사만의 사무관리로 이해하는 태도가 타당하다.

나. 사무관리로서의 의료행위의 내용

(1) 서 언

의사가 의료계약상의 계약관계에 의하지 아니하고 환자를 현실적으로 진료하는 경우에는 의사의 의료행위를 민법상의 사무관리로 이해할 수 있다(민법 제734조). 사무관리가 되기 위해서는 (i) 타인의 사무의 관리가 있고, (ii) 타인을 위하여 하는 의사(관리의사)가 있고, (iii) 법률상의 의무가 없고, (iv) 본인에게 불리하거나 본인의 의사에 반한다는 사실이 명백하지 않아야 한다. 의사의 의식불명인 환자에 대한 의료행위를 살펴보면 의사에 의한 환자의 치료는 타인의 사무에 해당한다. 그리고 의식불명환자의 생명

을 지키기 위한 의료행위를 실시하므로, 타인을 위하여 하는 의사(관리의사)가 인정된다. 또한 법률상 의사에게 의식불명환자를 치료하여야 할 의무도 존재하지 아니하고, 교통사고로 중상을 당한 의식불명환자를 생각하면 통상 의료행위가 환자 본인의 이익에 합치된다고 해석할 수 있다. 그러나 자살자가 의식불명상태로 된 경우에는 약간 문제가 다르다. 자살기도가 미수로 끝난 결과로 의식불명상태가 된 경우에 본인은 '죽고 싶다'는 생각을 가지고 있다고 추정되므로, 사무관리에 의한 의료행위가 본인의 의사 혹은 이익에 반한다고 볼 수 있다. 그러나 본인의 의사를 안 경우라고 하더라도 그 의사가 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반할 때에는 본인의 의사에 따라서는 안 된다.²⁸⁾

자살자의 경우에는 어떤가? 자살자 개인의 의사나 이익을 초월하는 공서양속의 입장에서 보면 자살의사에 기초한 진료거부는 허용되지 아니한다. 그러므로 의식불명인 자살기도자에 대하여도 사무관리에 의한 의료행위가 인정될 필요가 있다.²⁹⁾

(2) 의료사무관리의 내용

의식불명환자에 대한 응급의료는 일종의 사무관리(Geschäftsführung ohne Auftrag)로서 민법 제734조에 의하여 응급의료는 의식불명환자 본인의 이익 및 실질적 의사 또는 추정적 의사에 합치하여야 한다. 의식불명환자 본인의 이익은 객관적으로 결정되므로, 예를 들어 의식불명환자에 대한 수술 내지 수혈과 같이 응급하게 필요한 의료처치는 본인에게 이익이 된다고 본다. 그러므로 객관적으로 결정되는 의식불명환자 본인의 이익은 별로 문제가 되지 아니하나, 주관적으로 결정되는 의식불명환자의 의사는 판

28) 김형배, 『사무관리·부당이득』, 박영사, 2003, 제32면.

29) 자살이 자살자의 자유의사에 의하여 결행된 사실이 명백한 때에는 그 결심은 원칙적으로 존중되어야 하므로, 사무관리가 부정된다고 보는 견해도 있다(자살·자해하는 자와 관련한 사무관리에 관한 자세한 설명은 김형배, 전게서, 제34면 참조).

단하기 어려운 경우도 있다. 우선 의식불능환자의 실질적인 의사는 명시적으로 표시되어 있는 경우도 있고, 제반사정으로부터 인정될 수 있는 경우도 있다. 예를 들어 환자유언(Patiententestament)과 같은 형태로 질병의 종기에 달하면 연명치료를 거절한다고 서명한 경우에는 서면으로 실질적인 의사를 밝힌 경우가 된다. 물론 서면에 의한 환자의 실질적 의사는 최근에 작성되어야 하고,³⁰⁾ 내용이 충분히 구체적으로 작성되어 있어야 한다. 그러나 환자의 실질적 의사는 반드시 서면에 의하여야만 하지는 않고, 구두로 표현되어도 상관없고, 또한 제반사정으로부터 인정될 수도 있다. 의식불명환자가 명시적 표시를 하지 아니한 때에는 원칙적으로 환자와 가까운 친족 등에게 환자의 실질적 의사를 물을 수 있다. 다만 가까운 친족이나 친지 등은 단지 의식불명환자의 의사를 증개할 뿐이므로, 자기가 주관적으로 환자의 실질적 의사를 결정하지 아니하고, 단지 의사에게 환자라면 어떤 태도를 보일지, 즉 동의를 할지 아닌지를 전달하는 역할을 한다.

환자의 가까운 친족이나 친지 등에 대한 질문을 통하여도 환자의 실질적 의사를 알 수 없는 때에는 의식불명환자의 추정적 의사에 따라서 결정한다. 환자의 추정적 의사는 다시 객관적으로, 의식불명의 상태에 있는 환자라면 그 상황에서 어떤 결정을 하는가에 따라서 판단된다. 예를 들어 응급하게 요구되는 필연적인 의료처치의 경우라고 하면 원칙적으로 그 의료처치의 실시가 의식불명환자의 추정적 의사에 합치한다고 볼 수 있다.

의식불명환자의 실질적 의사 또는 추정적 의사의 근거를 탐구하기 위하여 접촉할 수 있는 가까운 친족 또는 친지의 범위는 어디까지인가 하는 문제가 있다. 민법상 명문규정은 없으나, 우선 의사는 환자와 긴밀한 관계에 있는 친족이나 친지에 대하여 의식불명환자가 사전에 표명한 의사 또는 그 환자가 응급상황에 처한 경우에 전형적으로 반응할 만한 태도에 대하여 물을 수 있다고 본다. 다만 의사가 가까운 친족이나 친지에 대하여 질문을 할

30) 예를 들어 낡은 환자유언으로는 충분하지 않다.

때에는 일정한 순서를 지켜야 한다. 우선 가까운 친족으로는 배우자(정상적인 혼인관계가 요구된다), 성년의 자, 부모, 형제자매, 조부모가 고려되고,³¹⁾ 역시 그 순서로 의식불명환자의 의사에 대하여 물어야 한다고 본다.³²⁾ 의식불명환자의 의사를 확정하기 위해서는 가까운 친족의 법적 순서보다는 실질적인 관계가 더 중요한 경우도 있다. 예를 들어 의식불명환자와 일상적으로 매일 접촉하는 사실혼의 배우자나 이웃과 같은 친지가 의식불명환자의 의사를 잘 알 수 있는 경우도 있다. 환자와 매일 대화를 나누고, 병원에도 여러 차례 방문한 친지가 차라리 다른 지역에 살고 있는 관계로 환자와 그 동안 소원한 자(子)보다 더 환자의 의사를 알 수 있다고 하면 그 친지에 대하여 환자의 의사를 물을 수 있다.

의식불명환자와는 의료계약이 성립할 수 없다. 그러므로 치료행위를 한 의사는 사법적 관점에서는 계약상의 보수를 청구할 수 없고, 단지 사무관리를 이유로 비용상환을 청구할 수 있을 뿐이다(민법 제739조). 다만 사무관리에서 상환이 가능한 비용은 본인을 위하여 지출한 비용을 가리키고, 관리행위 자체에 대하여는 보수가 지급되지 않는다. 그러므로 본래 의사가 사무관리로서의 의료행위를 한 경우에도 필요비나 유익비에 대하여는 비용상환청구를 할 수 있으나, 의료행위 자체나 진료를 위한 시간의 소요 등에 대하여는 보수를 청구할 수 없다. 그러나 의사와 같은 전문직업인에게는 직업적 노동력 자체가 재산을 구성한다고 보아야 하므로, 그 사무관리에서는 노동력의 제공에 의한 의료행위 자체가 그 재산을 지출한 경우와 같게 된다고 보아야 한다. 결국 의사와 같은 직업전문가가 사무관리를 한 때에는 비용의 상환청구뿐만 아니라, 노동력의 제공을 비용과 같이 취급하여 적정한 보수의 지급을 청구할 수 있다고 본다. 만약 의식불명환자를 사무관리에 의하여 치료한 의사에게 보수지급의 청구를 인정하지 않는다면 예

31) 독일의 논의에 관하여는 Erwin Deutsch, Andreas Spickhoff, Medizinrecht, S.393.

32) 가족 또는 유족이 장기이식을 동의하는 때에는 배우자, 직계비속, 직계존속, 형제자매, 4촌 이내의 친족의 순위에 의한 선순위자 2인(가족 또는 유족이 1인인 경우에는 1인)의 서면에 의한 동의가 필요하다(장기 등 이식에 관한 법률 제11조).

를 들어 의식불명환자를 사무관리하고 있는 관리자가 의식불명환자를 데리고 병원에 와서 의사와 의료계약을 체결하여 그 의식불명환자를 구조한 때에는 의사의 보수가 비용으로 처리되나(민법 제739조 제2항, 제688조 제2항), 의사 자신이 스스로 의식불명환자를 구조한 때에는 보수를 받을 수 없게 되어 모순이 된다.

(3) 사무관리에 의한 의료행위의 효과

사무관리에 의한 의료행위를 개시한 경우에 의사의 의료행위는 비록 환자의 승낙이 없는 전단적 의료행위일지라도 그 위법성이 조각된다. 다만 사무관리자가 타인사무의 관리를 개시한 때에는 본의의 의사에 적합하도록 관리하여야 하며, 또한 본인에게 가장 이익이 되는 방법으로 관리하여야 한다(민법 제734조).

의사는 일단 의료행위를 개시한 이상 환자 본인 혹은 그 상속인·법정대리인이 의료행위에 대한 결정을 할 수 있을 때까지 의료행위를 계속하여야 하는 ‘관리계속’의 의무를 부담한다(민법 제737조). 수술의 도중에 의사가 마음대로 중지를 할 수 있다고 하면 의식불명환자는 오히려 사무관리의 개시에 의하여 손해를 입는 경우가 생길 우려가 있다. 그러므로 환자 본인이 의식을 회복한 후 혹은 법정대리인이 나타난 결과로 정식으로 의료계약을 체결할 때까지 관리(의료행위)를 계속하여야 한다.

만약 후에 의료계약이 체결되면 의사와 환자 사이의 법률관계는 위임의 규정에 의하여 처리된다. 물론 본인이 의식을 회복한 후에 사무관리를 추인하고 있을 뿐이고 의료계약을 체결하지 아니한 때에는 사무관리가 위임계약으로 전환되지 아니한다. 본인이 사무관리를 추인한 경우에는 환자 본인의 의사에 반하는 사무관리(예컨대 자살자에 대한 치료)가 있는 때에도 환자 본인의 의사에 반하지 아니하는 사무관리와 마찬가지로 효력이 발생한다.

(4) 긴급사무관리

특히 관리자가 타인의 생명이나 신체에 대한 급박한 위해를 면하게 하기 위하여 사무관리를 하는 경우를 긴급사무관리라고 한다(민법 제735조). 그러므로 의식불명환자에 대한 의료행위는 대부분 환자의 생명이나 신체에 대한 급박한 위해를 면하게 하기 위하여 응급조치를 취하는 긴급사무관리에 해당한다.³³⁾

의식불명환자를 사무관리에 의하여 진료하는 의사도 사무관리에 관한 규정에 위반하여 환자에게 손해를 가한 경우에는 손해배상책임을 부담하여야 한다. 다만 신속하고 적절한 치료행위가 의식불명환자에게 유익하고 필요한 긴급성이 인정되는 경우에도 법률상 의무 없이 의료행위를 한 의사가 무거운 책임을 부담하여야 한다는 사실은 불합리할 뿐만 아니라, 타인의 급박한 위해를 방관하는 폐해를 야기할 우려도 있다.

민법은 긴급사무관리에 의하여 환자를 진료하는 경우에는 의사의 주의의무를 경감하고 있다. 시간적 여유가 없어서 환자의 승낙을 얻을 수 없고, 또한 그 전제로서 설명의무를 이행할 수 없는 상황에서 의사가 환자의 생명과 신체에 대한 급박한 위해를 구하기 위하여 의료행위를 한 경우에는 '고의나 중대한 과실'이 있는 때에 한하여 책임을 부담한다. 고의란 '환자를 해할 의사'를 의미하고, 중대한 과실은 선량한 관리자의 주의의무를 현저히 결한 경우를 가리킨다. 만일 의사가 긴급사무관리에 의하여 의식불명상태에 있는 환자를 응급 처치하다가 경미한 과실에 의하여 손해를 야기한 경우에는 민사상 책임은 물론이고 형사상 책임을 부담하지 아니한다.³⁴⁾

33) 김형배, 전계서, 제33~34면.

34) 김형배, 전계서, 제42면.

IV. 환자가 외국인인 경우

1. 서 설

환자가 외국인인 경우도 있다. 의료서비스의 국제화, 특히 최근에 개정된 의료법(2009년 5월 1일부터 시행)에 의하면 의료기관이 해외에서 외국인환자를 유치하는 행위까지 허용된다(의료법 제27조 제3항). 그러므로 향후 외국인환자가 당사자가 되는 의료계약이 대폭적으로 증가될 전망이다.

2. 외국인 환자에 대한 준거법

환자가 외국인이라고 하더라도 의료계약이 체결된다는 사실을 더 말한 나위가 없다. 다만 외국인과의 의료계약에 대하여 어느 국가의 법이 적용되는가 하는 문제가 생긴다. 국제사법 제26조 제1항에 의하여 계약은 당사자가 명시적 또는 묵시적으로 선택한 법에 의하므로, 의료계약의 당사자는 준거법을 선택할 수 있다. 다만 당사자가 준거법을 선택하지 아니한 경우에 계약은 그 계약과 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법에 의한다(국제사법 제26조 제1항). 그러므로 의료계약의 당사자가 준거법을 선택하지 아니한 때에는 국제사법 제26조 제1항은 물론, 국제사법 제26조 제2항 제3호, 국제사법 제32조, 제33조에 의하여 당연히 국내법이 적용될 가능성이 크다.³⁵⁾

3. 외국인 환자의 설명·동의문제

환자가 외국인인 경우에는 의료계약의 내용이나 의료행위에 대한 설명·동의와 관련하여도 문제가 있다. 한국어를 잘 못하는 환자에 대하여는 가능한 한, 환자가 이해할 수 있는 언어로 의료계약의 내용이나 의료침습에 대하여 설명을 하여 그 동의를 얻어야 한다. 국내에서는 외국인의사나 외국인간

35) 이경환·김만오·김균민, “의료서비스 국제화와 법적 분쟁”, 『의료법학』, 제17권 제1호, 2009, 제54면 참조.

호사가 많지 않은 현실이므로, 적당한 통역을 구하기가 쉽지 않은 실정이다. 그러나 국내에 살고 있는 외국인별로 해당하는 언어로 된 설명서를 미리 마련하는 방법도 가능하다. 만약 통역도 구할 수 없고, 외국어로 미리 작성된 설명서도 활용할 수 없는 때에는 대략적인 설명으로 충분하다.³⁶⁾ 예를 들어 의사는 서로 이해의 곤란에도 불구하고, 외국에서 온 환자의 판단능력에 맞는 설명을 하면 된다. 특히 외국인인 환자에 대하여 어느 정도 설명을 하여야 하는가는 의료침습의 긴급성에 따라서 다르다. 외국에서 온 환자와 의사가 전혀 소통되지 아니하고, 다만 진료에 충분한 시간적 여유가 있는 때에는 해당하는 외국어를 잘 하는 통역인을 구하여야 한다. 그러나 환자에 대한 의료처치가 응급하여 시간적 여유가 없거나, 통역인을 구한다면 너무 많은 비용이 드는 경우에는 환자의 이익에 적합한 방법으로, 또한 환자의 실질적·추정적 의사에 따라서 사무관리로서 의료행위를 행할 수 있다.

V. 환자가 특정한 종교나 특이한 생명관을 가지고 있는 경우

1. 서 설

의사가 환자의 수혈거부에도 불구하고 수혈을 강행한 경우에는 신교의 자유³⁷⁾, 혹은 자기결정권의 침해가 문제가 된다. 그러나 반대로 수혈을 하지 아니하여 환자가 사망한 경우에는 형법상의 살인죄나 생명침해에 의한 불법행위가 성립할 수 있는 여지가 있다. 그리고 만약 교통사고를 당한 환자가 종교상의 이유로 수혈을 거절하여 상태를 악화시킨 경우에는 수혈거부가 손해확대의 한 원인이 된 경우로 볼 수 있으므로, 그 수혈거부를 손해배상의 산정 시 참작하는 피해자(환자)의 과실이 될 수 있다.

36) Erwin Deutsch, Andreas Spickhoff, Medizinrecht, S.397~398.

37) 「여호와의 증인」은 성경(창세기 9:4-5; 레위기 7:26-27 등)에서 “피를 멀리하라”고 하는 교훈을 확대해석하여 입이나 혈관을 통하여 몸에 피를 받아들이는 수혈을 거부한다.

2. 환자가 성인인 경우

가. 서 언

일반적으로 치료행위 자체가 아닌 치료방법의 거부도 자기결정권의 내용으로 이해할 수 있으므로, 치료방법의 거부가 종교상의 신념에 기초한 경우에는 신앙내용의 시비를 의사가 판정할 수는 없다고 본다. 물론 신앙에 기초한 행위가 법적으로 위법하다면 종교상의 행위도 규제 대상이 될 수 있고, 그 규제는 신앙의 자유에 대한 침해에 해당하지 아니한다. 그러나 수혈을 받지 아니하는 행위 자체를 법률에 저촉하는 위법행위라고 볼 수는 없다. 그러므로 정상적 정신능력을 가진 성인 환자의 진지한 수혈거부의 의사가 표명된 이상, 의사가 수혈을 강제할 수는 없다고 이해된다.³⁸⁾ 성인에 대한 강제수혈은 신교의 자유에 대한 침해 혹은 자기결정권이라고 부르는 일종의 인격권의 침해에 해당될 수 있다.

미국에서는 환자 본인 혹은 부모가 여호와의 증인으로 신앙 상의 이유에 의하여 수혈을 거부하는 경우에 수혈이 환자의 이익을 위하여 반드시 필요한 때에는 의사가 법원으로부터 후견인의 임명이나 수혈허가명령을 받아서 수혈을 할 수 있다고 보고 있다.³⁹⁾ 국내의 실정은 어떤가? 국내에서는 아직 본격적인 논의가 없으나, 우선 병원에 「의료윤리위원회」를 설치하여 그 결정에 의하여 수혈을 허용하는 방법을 고려할 수 있다고 생각된다.

나. 절대적 무수혈특약의 효력

의료계약에서 환자가 「어떤 사태가 발생하더라도 수혈을 받고 싶지 않다」고 하는 의사표시를 하고, 의사가 그 청약을 승낙한 경우를 「절대적 무수혈

38) 이른바 informed refusal에 관한 문제에 대한 자세한 설명은 Erwin Deutsch, Neue Aufklärungsprobleme im Arztrecht, NJW 1982, S.2585.

39) 미국에서의 여호와의 증인과 관련한 수혈거부의 문제에 관하여는 JL H Letsoalo, Law, Blood Transfusion and Jehovah's Witnesses, 17 MEDLAW 633; Karen L. Diaz, Refusal of Medical Treatment Based on Religious Beliefs: Jehovah's Witness Patents, 16 JCLI 85 참조.

의 특약」이라고 한다. 다만 절대적 무수혈의 특약은 수혈 이외에는 구명수단이 없는 경우에도 의사는 수혈을 할 수 없으므로, 의사의 구명의무와 충돌하는 경우가 발생하게 된다. 그러므로 절대적 무수혈의 특약에 법적 효력을 인정할 수 있는가 하는 문제가 제기된다.

의사의 구명의무와 충돌하는 절대적 무수혈의 특약은 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하여 무효로 되는가? 학설상 아래와 같이 여러 가지 견해가 대립할 수 있다.⁴⁰⁾

(i) 수혈 이외에 다른 구명수단이 없는데도 무수혈의 특약을 한다고 하면 ‘자살의 선택을 한 경우로 공서양속의 위반이 되므로, 법률상의 보호를 받을 수 없다’는 견해가 있다.

(ii) ‘의사와 사이에 수혈을 받지 아니하고 죽음을 선택한다는 계약이 성립되어 있더라도 수혈 이외에 다른 구명수단이 없는 때에는 그 약정을 원칙적으로 상대적 무수혈의 특약으로 해석하여야 한다’고 보는 견해가 있다.

(iii) 신앙의 자유 혹은 자기결정권의 우선을 주장하여 절대적 무수혈의 특약도 유효하다고 보는 견해도 있다. 절대적 무수혈의 특약을 유효로 보는 학설에는 다시 아래와 같이 두 가지 견해가 있을 수 있다.

① 종교상의 신념의 문제는 인생관의 문제이고, 특정의 인생관을 가지고 있다는 사실에 대하여는 어떤 사회적 비난도 정당화될 수 없고, 극히 자유롭게 어떤 사상을 가지는가를 스스로 결정할 수 있는 자기결정권을 가지므로, 그 자기결정권에는 자기의 사상이나 생활태도에 맞지 않는 의료처치를 거절하고 차라리 죽음을 선택할 수 있는 권리도 포함된다고 보는 견해가 있다.

② 본인의 진정한 의사에 의한 연명치료의 중단이 인정되다시피 죽음으로 이어질 가능성이 있는 수혈의 거부도 단순한 부작위를 구하는 경우에 불과하므로, 절대적 무수혈의 특약은 인정되어야 하고, 공서양속

40) 자세한 논의는 裊慶淑, “生命と信仰の選擇に關わる醫師の最善の義務: 親の信仰による輸血拒否と醫師のジレンマ”, 『亞細亞女性法學』, 第6號, 2003.9, 제255면 참조.

에 반한다고 볼 수 없다는 견해가 있다.

자기결정권이나 종교의 자유는 헌법이 정한 기본적 인권(헌법 제10조, 제20조)에 해당하고, 인간의 인격에 고유한 권리로서 최대한 존중되어야 한다는 사실에는 이견이 없다. 다만 자기결정권도 반사회적 목적을 가지거나 현저히 반사회적인 방법으로 행사되는 경우에는 일정한 제한을 받지 않을 수 없다. 예를 들어 자살 기타 자기파괴행위는 자기의 생명·신체에 대한 행위라고 할지라도 자유로 할 수는 없다. 또한 공서양속에 반하여 공공의 복지를 저해하는 자기결정도 허용되지 아니한다.

종교적 이유에 의한 수혈거부는 자기파괴행위에 해당하는가? 수혈거부는 결과적으로 생명을 위협하게 할 수는 있으나, 신체에 대한 상해나 사망을 의도하고 있지는 않고 오직 자기의 인생관이나 종교관의 관철을 위하여 수혈을 거부하고 있을 뿐이고, 다른 의료행위는 받을 수 있으므로, 자기파괴행위라고 할 수는 없다. 예를 들어 환자가 수혈을 거부하는 이외에 절단 수술을 포함한 기타 모든 치료를 받아 완치나 생명유지에 대한 강한 희망을 나타내고 있는 경우에는 환자의 수혈거부를 생명의 존엄에 배치되는 자기파괴행위라고 볼 수 없다. 다만 교통사고로 부상한 여성이 수혈 이외의 다른 구명처치를 할 수 없고, 수혈을 하지 아니하는 때에는 출혈과다로 인하여 사망에 이를 수 있는 상황에서 신앙상의 이유로 무수혈수술을 원하여 병원이 무수혈수술을 약정한 때에는 그 약정은 인간의 생명이 가지는 숭고한 가치, 의료목적, 의사의 구명의무에 반하므로, 그 수혈거부가 종교적 신조에 기한 경우라고 하더라도 공서양속에 반하여 무효라고 보아야 한다.⁴¹⁾

41) 독일문헌으로 Stefan Muckel, Körperschaftsrechte für die Zeugen Jehovas?, Jura 2001, S.456; Albrecht W Bender, Zeugen Jehovas und Bluttransfusionen, MedR 1999, S.260; Karl Otto Bergmann, Bluttransfusionen bei Zeugen Jehovas, KH 1999, S.315; Christoph Link, Zeugen Jehovas und Körperschaftsstatus, ZevKR 43 (1998), S.1; W. Weissauer, G. Hirsch, Bluttransfusion und Einwilligung des Patienten, DMW 1978, S.1770 참조.

3. 환자가 의식불명인 상태에서 가족이 수혈거부를 한 경우

환자가 의식불명으로 판단능력이 결여된 상태에서 가족 등 근친자가 종교상의 이유로 수혈을 거부하는 경우도 있다. 그러나 신앙상의 계율을 지키느냐 아니냐는 극히 개인적이고, 특히 신앙상의 계율이 환자 본인의 생명에 중대한 영향을 미칠 가능성이 있는 경우에는 다만 환자 본인만이 일신 전속적으로 그 결정권을 가진다. 환자의 가족 등 근친자가 그 결정권을 행사할 수 없다고 해석된다. 환자의 가족 등 근친자의 의견은 단지 환자 본인의 의사를 추정하거나 확인하는 수단으로서만 효력을 인정할 수 있다.

4. 환자가 미성년자인 경우

수혈거부는 특히 환자가 미성년자인 경우에 문제가 된다. 환자가 미성년자인 경우에는 영아나 유아와 같이 미성년자가 종교적 신념에 기초한 주체적 결정을 할 수 없는 경우도 있고, 판단능력이나 의사결정능력을 가지고 있는 미성년자도 있다.

의료행위에 대하여 주체적 결정을 할 수 있는 판단능력은 민법상의 법률 행위능력과 달리 의료적 침습의 성질·효과·결과 및 위험을 이해할 수 있는 정도의 능력을 의미한다고 본다. 영국에서는 의료행위에 관한 승낙에 대하여 16세 이상의 미성년자는 성인과 동일하게 취급하고, 미국에서는 성숙한 미성년자에게 자기의 판단에 의하여 임신중절수술을 받을지를 결정할 수 있는 권리를 인정하고 있다.

환자가 승낙능력이 없는 미성년자인 경우에는 일반적으로 친권자인 부모가 승낙을 대행할 수 있다고 인정된다. 다만 친권자의 대행권 혹은 미성년자인 자(子)에 대한 감독권이 부모에게 보장되는 무제한의 자유라고는 할 수 없다. 친권의 목적은 자의 복지를 지키기 위한 제도이다. 그러므로 친권은 자의 최대한의 이익을 보장하는 방법으로 행사하지 않으면 안된다. 친권자인 부모가 자의 이익에 반하여 친권을 남용하는 경우에는 친권상실의

선고를 할 수 있다(민법 제924조). 만일 친권자가 종교상의 신조를 이유로 수혈을 하지 아니하면 사망이 분명한 상황에서 수혈을 거부하는 행위는 친권의 명백한 남용에 해당된다고 평가된다. 부모가 그 자를 순교자로 만드는 경우까지 종교의 자유를 보장하여야 한다고 할 수는 없으므로, 부모가 생명이 경각에 달린 자녀에 대한 수혈을 거절한다면 승낙권의 남용이 된다고 보지 않을 수 없다.⁴²⁾ 미성년자인 자에 대한 수혈을 거부하는 친권자에 대하여 친권상실의 선고를 신청하고, 친권의 직무대행자로서 후견인을 선임하여 의사는 그 후견인의 승낙에 의하여 수혈을 할 수 있다.

부모가 질병으로 인하여 보호를 요하는 자녀를 병원에 입원시켜 놓고 의사가 그 당시 국내의 의료기술상 최선의 치료방법이라는 수혈을 하려 하여도 수혈을 완강하게 거부하고 방해한다고 하면 수혈거부는 결과적으로 요부조자를 위험한 장소에 두고 떠난 경우나 다름이 없다고 할 수 있으므로 그 행위의 성질로 보아 유기치사에 해당한다. 아무리 생모라고 할지라도 자신의 종교적 신념이나 후유증발생의 염려만을 이유로 환자인 딸에 대하여 의사가 하고자 하는 수혈을 거부하여 결과적으로 딸로 하여금 의학상 필요한 치료도 제대로 받지 못한 채 사망에 이르게 할 수 있는 정당한 권리가 있다고는 할 수 없다.⁴³⁾

5. 수혈거부에 대한 의사의 설명의무

환자의 신체에 어떤 의료를 실시하는가에 대하여는 환자 본인의 의사가 존중되어야 하고, 환자의 자기결정권은 의사의 설명의무에 의하여 확보될 수 있다. 의사는 수술 기타의 진료행위를 실시할 때에 그 병명을 비롯하여

42) 대법원 1980.9.24. 선고 79도1387 판결.

43) 국내에서 최초로 여호와의 증인의 수혈거부에 관한 문제를 다룬 판례(대법원 1980. 9.24. 선고 79도1387 판결)에서는 당시 사리를 변식할 지능이 없다고 보아야 마땅할 11세 남짓의 환자 본인이 비록 그 생모와 마찬가지로 수혈을 거부한 일이 있다고 하여도 생모의 수혈거부행위가 위법하다고 하는 판단에 어떤 영향을 미칠 만한 사유가 된다고 볼 수는 없다고 판단하고 있다.

필요한 의료처치와 그 경과, 위험 등에 대하여 환자에게 설명하여야 하고, 동의를 얻어야 하며⁴⁴⁾, 그 설명·동의의 원칙은 역시 수혈의 경우에도 적용된다.⁴⁵⁾ 특히 환자가 종교상의 이유로 수혈거부의 의사를 표시한 경우에 의사가 무단으로 수혈을 감행하면 환자의 자기결정권에 대한 위법한 침해가 되므로, 불법행위책임의 문제가 생긴다. 만약 환자가 절대적 무수혈을 희망하는데도 불구하고 의사가 상대적 무수혈의 치료방침을 채택하고자 하는 때에는 그 치료방침을 환자에게 자세하게 설명하여야 하고, 그 상대적 무수혈의 치료방침에 따라서 치료를 받을지, 또는 절대적 무수혈로 치료를 받기 위하여 다른 병원을 찾아 전원을 요구하고자 하는지를 선택할 수 있는 기회를 부여하여야 한다. 의사가 상대적 무수혈의 치료방침에 대한 설명의 무위반은 절대적 무수혈의 특약이 성립되어 있지 아니한 경우로 해석되는 때에는 불법행위책임이 성립되고, 절대적 무수혈의 특약이 성립되지 아니한 경우로 해석되는 때에는 채무불이행책임을 부담한다.

VI. 결 어

의료행위의 기본은 환자와 의사의 개별적인 관계라고 할 수 있다. 의료행위가 의사만으로 행할 수는 없는 행위이고, 의사와 환자와의 사이에서 행하여지는 행위라고 생각할 때 의료행위를 위한 최초의 단위는 의사와 환자의 관계라고 할 수 있다. 물론 의사환자관계가 시대나 사회에 따라서 변

44) 의사의 설명의무에 관한 일반적 논의에 관하여는 김천수, “의사의 설명의무”, 『민사법학』, 제7호, 1988, 제231면; 석희태, “의사의 설명의무”, 『경기행정논집』, 제11집, 1997, 제81면; 범경철, “의사의 설명의무와 환자의 자기결정권”, 『의료법학』, 제4권 제2호, 2003, 제348면; 전병남, “의사의 설명의무위반과 손해배상책임”, 『의료법학』, 제3권 제1호, 2002, 제270면 참조.

45) 수혈에 관한 의사의 설명의무를 다룬 판례로 대법원 1998.2.13. 선고 96다7854 판결 참조(판례평석으로는 박동진, “혈액 관련 사고에 대한 민사책임”, 『의료법학』, 제4권 제2호, 2003, 제53면).

화된 사실을 부인할 수 없다. 그러므로 의사환자관계의 평가는 의사에 대한 환자의 일방적 종속을 기본으로 생각한 입장에서부터 진료에서의 환자의 주체성을 승인하는 견해에 이르기까지 다양하다. 다만 최근에는 학설이나 판례를 통하여 분명하게 「환자의 자기결정권」이라고 하는 권리가 승인되고 있는 사실을 생각하면, 혹은 의료현장에서도 사적 자치의 원칙이 지배한다고 하는 사정을 고려하면 의사환자관계에서는 신체적 불가침성·의사결정자유에 기한 환자의 주체성에 대한 평가를 중시하는 경향이 있다.

의료계약의 당사자 일방으로서의 환자는 매우 다양하다. 예컨대 어떤 사람이 살 집을 마련하기 위하여 주택을 구입하는 경우를 생각하면 매매계약의 일방 당사자로서의 매수인 자체와 관련하여 특별히 문제될 사정이 없다. 그러나 환자를 생각하면 아주 다양한 사정 아래 어느 날 갑자기 치료를 받지 않으면 안 되는 경우가 많으므로, 환자가 해당하는 의료계약에서 어떤 법적 지위를 가지는가 하는 복잡한 문제가 야기된다. 예컨대 환자가 의사능력이 없는 경우도 있을 수 있다. 의사능력이 없다면 환자 스스로에 의한 의료계약의 체결은 불가능하다. 역시 환자가 행위무능력자인 경우도 의료계약의 효력발생과 관련하여 문제가 있다. 또한 의료처치를 요하는 상태에 따라서는 환자가 갑자기 의사를 자유롭게 표명하지 못하는 특수한 상황에 놓이는 경우도 있다. 의식불명상태에 있는 환자에 대한 의료행위에서도 환자가 어떤 지위를 가지는가가 문제된다. 특히 문제가 되는 경우는 수혈거부의 경우이다. 수혈거부의 경우에도 다시 환자가 어떤 상태에 있는가에 따라서 여러 가지 문제가 제기될 수 있다.

주제어 : 의료계약, 환자, 의사, 의료처치, 의료행위, 동의, 설명의무, 사무관리, 치료거부, 수혈

[참 고 문 헌]

1. 국내문헌

- 김용한, 『친족상속법』, 보정판, 박영사, 2003.
- 이경희, 『가족법(친족법·상속법)』, 4정판, 법원사, 2004.
- 이영준, 『민법총칙』, 박영사, 1990.
- 강남진, 『의료계약에 관한 소고, 민사법의 실천적 과제』(정환담교수화갑기념논문집), 2000.
- 김민중, “의료계약”, 『사법행정』, 제32권 제1호, 1991.
- _____, “성년후견제도의 도입에 관한 논의에서 의료행위와 관련한 과제”, 『저스티스』, 통권 제112호, 한국법학원, 2009.
- 김천수, “의사의 설명의무”, 『민사법학』, 제7호, 1988.
- _____, “의료행위에 대한 동의능력과 동의권자”, 『민사법학』, 제13·14호, 1996.
- _____, “성년후견과 의료행위의 결정”, 『가족법연구』, 제21권 제1호, 2007.
- 박동진, “혈액관련사고에 대한 민사책임”, 『의료법학』, 제4권 제2호, 2003.
- 裴慶淑, “生命と信仰の選擇に關わる醫師の最善の義務: 親の信仰による輸血拒否と醫師のジレンマ”, 『亞細亞女性法學』, 第6號, 2003.
- 범경철, “의사의 설명의무와 환자의 자기결정권”, 『의료법학』, 제4권 제2호, 2003.
- 석희태, “의사의 설명의무”, 『경기행정논집』, 제11집, 1997.
- _____, “의사와 환자의 기초적 법률관계”, 『법률연구』, 연세대, 1983.
- 이경환·김만오·김균민, “의료서비스 국제화와 법적 분쟁”, 『한국의료법학회지』, 제17권 제1호, 2009.
- 이덕환, 『의료행위에 대한 동의를 대리, 현대법학의 이론』(이명구박사화갑기념논문집 III), 1996.
- _____, “미국법상 의사무능력환자의 생명유지치료에 대한 의사결정”, 『비교사법』, 제10권 제1호(통권 제20호), 2003.
- 전병남, “의사의 설명의무위반과 손해배상책임”, 『의료법학』, 제3권 제1호, 2002.
- 한정환, “의식불명상태의 환자에 대한 의사의 치료의무”, 『형사법연구』, 제18호, 2002.

2. 외국문헌

Adolf Laufs, Christian Katzenmeier, Volker Lipp, Artrecht, 6.Aufl. (C.H.Beck 2009)

Albrecht W Bender, Zeugen Jehovas und Bluttransfusionen, MedR 1999, S.260.

Christoph Link, Zeugen Jehovas und Körperschaftsstatus, ZevKR 43 (1998), S.1.

Erwin Deutsch, Neue Aufklärungsprobleme im Arztrecht, NJW 1982, S.2585.

Erwin Deutsch, Andreas Spickhoff, Medizinrecht, 5.Aufl. (Springer, 2003)

JL H Letsoalo, Law, Blood Transfusion and Jehovah's Witnesses, 17 MEDLAW 633.

Karen L. Diaz, Refusal of Medical Treatment Based on Religious Beliefs: Jehovah's Witness Patents, 16 JCLI 85.

Karl Otto Bergmann, Bluttransfusionen bei Zeugen Jehovas, KH 1999, S.315.

Soergel, BGB (Kohlhammer, 13.Aufl.), §1904.

Stefan Muckel, Körperschaftsrechte für die Zeugen Jehovas?, Jura 2001, S.456.

W. Weissauer, G. Hirsch, Bluttransfusion und Einwilligung des Patienten, DMW 1978, S.1770.

Rechtliche Probleme über die Patienten im Arztvertrag

Kim Min-Joong

Prof. Dr.jur., Law School Chonbuk National University

=ABSTRACT=

Die ärztliche Behandlung des Patienten durch den Arzt geschieht im Rahmen eines Rechtsverhältnisses. Das Arzt-Patienten-Rechtsverhältnis stellt regelmässig der Arztvertrag oder Behandlungsvertrag dar.

Arzt und Patient schliessen einen Arztvertrag ab. Grundsätzlich verbindet der Arztvertrag die Partner persönlich. Aber minderjährige Patienten sind geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt. Minderjährige Patienten vermögen also allein grundsätzlich keine wirksamen Willenserklärungen abzugeben und somit keine wirksamen Arztverträge zu schliessen. Arztverträge von minderjährigen Patienten sind nur bei Einwilligung der gesetzlichen Vertreter wirksam.

Vom Abschluss des Arztvertrags ist deutlich die Einwilligung zur Behandlung zu unterscheiden. Die Einwilligung ist kein Rechtsgeschäft. Die Einwilligung durch die Eltern erfolgt nur solange der minderjährige Patient nicht reif genug ist, die Entscheidung selbst zu treffen. Jugendlicher Patient ist z.B. in der Lage, die Einwilligung selbst zu geben, sofern er Wesen, Bedeutung und Tragweite der Behandlung zu verstehen vermag.

Der Vorschriften des KBGB zur Geschäftsführung ohne Auftrag gelten, wenn der Arzt einen Bewusstlosen versorgt. Nach §734 KBGB erfolgt die Geschäftsführung ohne Auftrag dann zu Recht, wenn sie dem Interesse und dem wirklichen oder mutmasslichen Willen des Patienten entspricht.

Der Patient kann aus einem Ausland stammen. Für ausländische Patienten gilt generell das koreanische Recht. Grundsätzlich sollte man einen des Koreanischen nicht mächtigen Ausländer nach Möglichkeit in seiner Sprache

aufklären und dann den Arztvertrag abschliessen.

Aufgrund der Privatautonomie kann jeder Patient frei entscheiden, ob, mit wem und worüber er einen Arztvertrag abschliesst. Deswegen ist auch der Wille des Anhängers vom Sekten und abweichenden Lebensauffassung grundsätzlich zu berücksichtigen. Zum Beispiel handelt der Zeuge Jehovas auf eigene Gefahr, wenn er eine notwendige Behandlung ablehnt. Aber die Freiheit, eine gebotene Behandlung abzulehnen, kann in Konflikt mit dem Schutz des minderjährigen Patienten gelangen. Sobald die sektiererische oder abweichende Haltung droht, einen minderjährigen Patienten zu gefährden, hat das elterliche Sorgerecht einzuschränken.

Keywords : Patient, Arzt, Arztvertrag, Behandlungsvertrag,
Geschäftsfähigkeit, Einwilligung, Geschäftsführung ohne
Auftrag, Behandlung, Willenserklärung,
Arzt-Patienten-Rechtsverhältnis