

선택진료제를 위반한 의료행위의 민사책임에 관한 고찰

백경희* · 장연화** · 이인재*** · 박도현****

I. 문제의 제기

II. 선택진료 제도의 개관

1. 선택진료의 의의 및 주요 내용
2. 선택진료의 현황

III. 선택진료에 관한 불충분한 설명시의 민사책임

1. 설명의무와 선택진료
2. 경제적 설명의무와 선택진료
3. 선택진료에 관한 설명의무 위반에 대한 민사책임

IV. 선택진료를 위반한 경우 발생한 의료사고의 민사책임

1. 책임의 구조와 판결례
2. 전문의 제도와와의 비교
3. 검토

V. 결론

I. 문제의 제기

현행법상 환자 측이 추가적 비용을 부담하게 되는 유형의 선택진료제¹⁾는

* 논문접수: 2014. 11. 20. * 심사개사: 2014. 11. 20. * 수정일: 2014. 12. 15. * 게재확정: 2014. 12. 20.

* 인하대학교 법학전문대학원 조교수, 법학박사.

** 인하대학교 법학전문대학원 부교수.

*** 법무법인 우성 변호사.

**** 서울대학교 법학전문대학원 법학전문석사과정.

1) 선택진료제의 구체적인 내용, 유형 등에 대하여는 다음 항목인 'II. 선택진료 제도의 개관'에 관한 항목에서 자세히 논의하도록 한다.

환자 측이 소정의 경력을 인정받은 특정한 의사를 선택하여 진료를 받으면서 그에 상응하는 추가비용을 부담하도록 하는 제도이므로, 환자의 자기결정권 및 이를 실질적으로 실현하기 위한 알 권리와 밀접한 영향이 있다. 그리하여 「의료법」, 「선택진료에 관한 규칙」에서는 병원 측에 대하여 환자 또는 환자의 보호자에게 선택진료가 무엇인지, 선택진료를 할 수 있는 의사군(群)은 어떠한지, 선택진료를 하기로 결정했을 때 추가로 부담하는 비용은 어떠한지 등을 설명할 의무를 부과하고 있는데, 이는 앞으로 논의할 경제적 설명의무와도 밀접한 연관이 있다. 그런데 임상현장에서는 실제로 선택진료에 관한 설명의무가 제대로 이행되고 있는지, 환자 측에게 충분한 숙고과정을 통하여 자기결정권에 따른 선택을 하게끔 하고 있는지 등에 대한 의문이 제기되고 있다. 특히 환자 본인의 의사와는 무관하게 의료기관에 의하여 선택진료가 실시된다거나 불충분한 설명으로 인하여 제대로 된 자기결정권을 행사하지 못하고 추가적인 비용을 부담한 경우 등에서 많은 불만이 표출되고 있다.²⁾

한편 환자가 선택진료제를 통하여 자신에 대하여 의료행위를 담당할 의사를 지정하고 추가 비용을 지불하기로 하였음에도 불구하고 지정한 의사가 아닌 다른 의사에 의하여 의료행위가 이루어질 경우 이를 의료계약 위반으로 파악하여 그에 대한 책임을 추궁할 수 있는지, 이 경우 발생한 의료사고의 과실판단 기준은 어떠한지와 관련한 문제도 최근의 판결을 통하여 쟁점화 된 바 있다.

본고에서는 위와 같은 선택진료제를 위반한 일련의 의료행위에 대한 민사 책임에 관하여 고찰하고자 하는바, 그 방법론으로 먼저 선택진료에 관한 현행 법령상 규율 및 제도의 현황을 살펴 본 후, 선택진료와 관련된 설명의무 및 최근의 경제적 설명의무와 관련된 논의를 점검하여 그 위반 시 부담하게 되는 민

2) 의료소비자인 환자 측의 관점에서 선택진료제는 일반진료의 선택 기회 부족, 선택진료 의사와 일반진료 의사 선택을 위한 비교 정보의 부재, 제도 이용과정 전반에 관한 소비자의 알 권리 미충족 등의 소비자선택권을 제약하는 문제를 지니고 있다는 점에 대하여는 황은애, “선택진료제의 소비자문제와 소비자선택권 확보”, 『소비자 정책동향』, 제43호, 한국소비자원, 2013. 4, 제6~7면.

사책임의 내용을 검토하고, 선택진료제를 위반함으로써 의료과실이 발생했을 경우 어떠한 민사책임을 부담하는지 그 기준을 제시하고자 한다.³⁾

II. 선택진료 제도의 개관

1. 선택진료의 의의 및 주요 내용

가. 선택진료의 의의

현행 의료법 제46조에서는 ‘환자의 진료의사 선택 등’이라는 표제 하에 선택 진료에 관한 내용을 적시하고 있다. 동조 제1항에서는 선택진료에 대하여 환자 또는 그 보호자가 보건복지부령으로 정하는 바에 따라 일정한 자격을 갖춘 종합병원·병원·치과병원·한방병원 또는 요양병원의 특정한 의사·치과의사 또는 한의사를 선택하여 진료를 요청할 수 있고, 의료기관의 장은 특별한 사유가 없는 한 환자나 환자의 보호자가 요청한 의사·치과의사 또는 한의사가 진료하도록 하여야 하는 것으로 규율하고 있다. 위 제도는 의료소비자인 환자 및 그 보호자의 의사 선택권을 보장하여 실질적인 진료와 그에 따른 심리적인 안정을 도모하는 것을 주요한 목적으로 하고 있다.⁴⁾ 의료법 제5조 내지 제7조에 따라서 국가의 엄격한 관리와 통제 하에 일정한 자격을 갖춘 이들에게만 의료인 면허가 주어지고 있기는 하지만, 보다 양질의 진료를 추구하는 환자 측의 입

3) 본고에서는 선택진료와 관련된 비용적 측면의 타당성에 관한 의료정책적인 문제는 배제하고, 법리적 영역에 관하여 고찰하도록 하였다. 비용적 측면과 관련하여 보건복지부는 최근 선택진료에 관한 규칙을 일부 개정하기로 하면서 선택의사 및 추가비용을 매년 단계적으로 축소하여 환자 부담을 경감하고 원치 않는 이용을 완화하고, 선택진료 신청시의 추가비용과 선택의사[현행의 병원별 80%에서 진료과별 30%로 단계적 축소 예정]의 축소를 진행하겠다고 발표한 바 있다.; 보건복지부 2014. 5. 1.자 보도자료, ‘8월부터 선택진료비 환자부담 평균 35% 줄어든다’. 그에 따라 2014. 8. 1.부터 개정된 「선택진료에 관한 규칙」 별표에서는 인화된 추가비용 산정기준이 도입되었다.

4) 박정일·원종석, “선택진료제도에 대한 소고”, 『의생명과학과 법』, 제8권, 원광대학교 법학연구소, 2012, 제174면; 김주경, “선택진료제의 문제점과 개선 과제”, 『이슈와 논점』, 제298호, 국회 입법조사처, 2011, 제2면.

장에서는 일정 수준 이상의 경력·전문성을 갖춘 의료인에 대한 특별한 수요가 존재할 수 있기 때문이다. 특히 중증질환자들이 선택진료의를 선호하는 현상은 이 점을 뒷받침한다.⁵⁾ 선택진료제는 건강보험수가 보전, 3차 의료기관 환자 집중 억제, 진료 의사 간 의료의 질에 대한 차이를 반영한 보상 등의 기능 또한 수행하고 있다.⁶⁾

현재의 선택진료는 ‘특진’에 그 기원을 두고 있는데, 특진은 1962년 국립대학 의과대학 소속 교수진들의 사립대학 교수진들에 비해 상대적으로 낮은 임금을 보전하기 위한 차원에서 시작되었다.⁷⁾ 특진은 1967년 국립의료원의 「국립의료원 특진규정」 제정에 따라 최초로 공식화되었고, 이후 대통령령에 의거한 국립병원과 자체내규 등에 의한 민간병원의 특진규정이 각기 달라 발생한 혼란과 폐해를 근절하고자 양자를 통합한 「지정진료에 관한 규칙」(1991. 3. 29. 보건복지부령 제867호)이 도입되었다.⁸⁾ 이에 의하여 사립병원에서도 레지던트 수련병원이면서 400병상 이상만 갖춘 경우 지정진료가 가능하게 되었으나, 그 후에도 지정진료에 대해서도 법적 근거 없이 보건복지부령에 의해 도입된 점, 의료기관의 지정진료 강요 등의 문제가 제기되었다. 결국 2000. 1. 12. 개정 의료법에 선택진료 조항을 명시하고 「선택진료에 관한 규칙」(2000. 9. 5. 보건복지부령 제174호)을 신설하며 오늘날의 선택진료제가 비로소 자리 잡게 되었다.

나. 현행법령상의 규정에 따른 선택진료제의 주요 내용

현행법령상 선택진료 제도는 의료법 제46조에서 ‘환자의 진료의사 선택 등’이라는 제목 하에 그 기본적인 내용을 규율하고, 보다 구체적인 제도의 내용에

5) 안병기·박재용, “종합전문요양기관과 종합병원의 선택진료 결정요인”, 『보건행정학회지』, 제21권 제4호, 2011, 제608면.

6) 김주경, 전계논문, 제2면.

7) 박정일·원종석, 전계논문, 제176면.

8) 2013. 7. 23.자 의학신문 기사, “선택진료제 폐지 본격 공론화 움직임”.

관하여는 「선택진료에 관한 규칙」을 통하여 구현하는 방식을 취하고 있다. 이하에서는 선택진료제의 주요 내용들을 살펴보도록 한다.

(1) 의료기관의 선택진료에 관한 정보제공의무

선택진료제가 그 도입취지에 맞게 의료소비자의 의사 선택권 보장에 실질적으로 기여할 수 있으려면 선택에 앞서 환자 측에 선택진료의 내용 및 절차, 의료진, 시술 내용 등에 대한 정확한 정보의 제공이 이루어져야만 한다. 그리하여 「의료법」(이하 ‘법’이라고 한다.) 제46조 제3항은 “의료기관의 장은 보건복지부령으로 정하는 바에 따라 환자 또는 환자의 보호자에게 선택진료의 내용·절차 및 방법 등에 관한 정보를 제공하여야 한다”고 하여 의료기관의 장에게 정보제공의무를 부과하고 있다. 또한 「선택진료에 관한 규칙」(이하 ‘규칙’이라고 한다.) 제6조 제1항 각호에서는 구체적으로 선택진료 담당의료진 및 비선택진료 의료진의 명단과 진료시간표(제1호), 선택진료 의료진의 경력 및 세부전문분야 등 환자 또는 그 보호자가 특정한 의사 등을 선택할 수 있는 정보(제2호), 추가비용을 징수하고자 하는 선택진료의 항목과 추가비용의 기준에 의하여 산출된 금액(제3호)을 기재한 안내문을 선택진료신청서 접수 창구 등 환자 또는 그 보호자가 쉽게 볼 수 있는 장소에 게시 또는 비치하여야 한다는 게시·비치 의무도 부과하였다. 동조 제2항에서는 선택진료 신청서 사본을 환자 측이 요청하는 경우 선택진료 의료기관 장에게 사본의 발급의무가 있다고 규정하고 있다. 이와 같은 제반 규정에 따라 의료기관 측이 환자 측에게 선택진료에 관한 정보를 제공하지 않는다면, 법 제92조 제1항 제3호에 의하여 300만원 이하의 과태료를 부과하도록 하고 있어, 이를 통해 의료기관의 정보제공의무를 간접적으로 강제하고 있다.

(2) 선택진료의 실시 및 변경

환자의 의사 선택권이 제대로 실현되려면 정보제공뿐만 아니라 선택진료의 시작, 변경, 중단 등 관련사항들에 대한 선택권 일체가 환자 측에 주어져야만

할 것이다. 법 제46조 제1항 및 동조 제2항⁹⁾ 및 규칙 제2조¹⁰⁾에서는 선택진료의 실시 여부, 변경, 해지 일체를 환자의 요청에 따르도록 규율하여 환자주도하의 자율적 선택권을 보장하고 있다. 또한 규칙 제4조 제3항에서는 일정규모 이상의 병원의 경우 필수진료과목에 한하여 선택진료 대상이 아닌 일반의를 반드시 1명 이상 두도록 강제함으로써, 환자 측의 선택진료 의사가 아닌 비선택진료 의사를 선택할 수 있는 권리 역시 보장하고 있다.

다만, 규칙 제3조에서 “선택진료의료기관의 장은 선택진료중 진료과목 등을 변경할 필요가 있거나 선택진료를 담당하는 의사등의 부득이한 사유로 선택진료를 중단하고자 하는 경우에는 그 사유를 환자 또는 그 보호자에 알리고, 그 동의를 얻어 선택진료를 변경 또는 해지할 수 있다”고 하여 부득이한 사유가 있고 환자 측의 동의를 받은 경우에 한하여 예외적으로 의료기관 측이 선택진료를 변경 또는 해지할 수 있도록 하고 있다.

(3) 비용의 부담

법 제46조 제4항에서는 원칙적으로 선택진료를 한 경우에도 환자 측으로부터 추가적인 급여를 받을 수 없다고 실시하고 있으나, 동조 제5항, 제6항을 통해 보건복지부령상 일정한 자격요건(규칙 제4조 제1항)을 충족한 의료인에 대한 선택진료 행위에 대해서는 추가비용을 부과할 수 있도록 규율함으로써 사실상 대부분의 선택진료 행위에 추가비용이 부과되고 있다.¹¹⁾ 이와 더불어

9) 제1항에 따라 선택진료를 받는 환자나 환자의 보호자는 선택진료의 변경 또는 해지를 요청할 수 있다. 이 경우 의료기관의 장은 지체 없이 이에 응하여야 한다.

10) 제2조 [선택진료의 요청] 「의료법」(이하 “법”이라 한다) 제46조제1항 및 제2항에 따라 환자 또는 그 보호자가 종합병원·병원·치과병원·한방병원(국립병원 한방진료부를 포함한다) 또는 요양병원(이하 “선택진료의료기관”이라 한다)의 특정한 의사·치과의사 또는 한의사(이하 “의사등”이라 한다)를 선택하여 진료를 요청하거나 그 변경 또는 해지를 요청하는 경우에는 다음 각호의 구분에 의한 신청서를 선택진료의료기관의 장에게 제출하거나 전화 등 통신매체를 이용하여 그 신청을 하여야 한다.

1. 선택진료를 요청하는 경우: 별지 제1호서식에 따른 신청서
2. 선택진료의 변경 또는 해지를 요청하는 경우: 별지 제2호서식에 의한 신청서

11) 선택진료비는 국민건강보험서비스에 대해서만 부과되도록 하고 있는데, 이에 대하여는 국민건강보험서비스에 대해 수가를 정하고 환자가 그 중 일부분을 부담하도록 한 상황에

「국민건강보험 요양급여의 기준에 관한 규칙」 별표 2 제4호 카목은 선택진료에 대하여 부과되는 추가비용을 법정비급여로 명시¹²⁾하고 있고, 규칙 제5조 제1항, 제2항에 따라서 추가비용은 환자나 보호자가 전액 부담해야 하며 의료기관이 직접 징수할 수 있고, 선택진료 적용항목 및 추가비용의 산정기준은 동조 제3항 및 별표의 내용에 따르도록 하고 있다.¹³⁾

(4) 선택진료 담당의사의 자격

환자 측에서 추가적인 비용부담을 감수하면서 선택진료 담당의를 선택한 이유는 그들이 지닌 일정 수준 이상의 경력 또는 전문성을 토대로 질 높은 의료 서비스를 제공받기 위함일 것이다. 면허 취득 이상의 실질적인 전문성 확보를 담보하기 위해, 규칙 제4조 제1항에서는 선택진료 담당의의 자격을 엄격히 제한하고 있다. 동항 제2호, 제3호에서는 의사의 경우 10년의 경력 또는 5년의 경력 및 대학병원 조교수 이상의 자격을 요구하고 있는데, 이는 단순히 대학병

서 다시 환자가 전액 부담을 하도록 예외를 인정하기 때문에, 공보험체계의 성격에 부합하지 않는다는 비판이 있다. 박정일·원종석, 전계논문, 제177면. 또한 비교법적으로도 우리나라와 같이 공보험체계에서 제공하는 의료서비스를 이용하는 환자가 일정 자격을 갖춘 의사에 대하여 선택권을 행사한다는 이유로 환자에게 추가비용을 부담하도록 하는 제도를 가진 외국의 사례는 없고, 단지 민간의료보험을 통해 공보험에서 제공하는 의료서비스와 차별화된 의료서비스를 제공하는 형태의 제도가 시행되는 국가가 있을 뿐이라고 한다. 이종인, “선택진료제도의 문제점과 개선방안”, 『한국소비자원 조사보고서』, 2007. 5. 제60~61면.

- 12) ‘피고(보험회사)는 원고(피보험자)가 의료보험법에 의해 부담하는 질병 또는 상해로 의사의 진단에 따라 요양기관에 입원하여 치료를 받는 경우 입원치료비 보험가입금액 한도 내에서 의료보험법에 의한 요양급여 중 원고가 부담하는 본인부담액을 보상하고, 의료보험 대상급여 중 요양급여 이외의 것은 보상하지 않는다’는 내용의 보험약관 하에서 보험사고 발생 후 선택진료비를 청구한 사안에서, 법원은 약관의 내용 중 ‘요양급여’라 함은 의료보험법에 의한 보험급여(요양급여) 중 본인부담금 부분으로 한정되고, 비급여와 선택진료에 따른 본인부담금은 제외되는 것이 명백하다는 이유로 원고의 청구를 기각한 바 있다(부산지방법원 2013. 6. 19. 선고 2013나2303 판결).
- 13) 제5조 [추가비용의 산정기준 등] ① 선택진료의료기관의 장은 추가비용을 징수할 수 있는 선택진료를 담당하는 의사 등이 직접 진료한 진료행위에 한하여 환자 또는 그 보호자로부터 추가비용을 징수할 수 있다.
 ② 제1항의 규정에 의한 추가비용은 환자 또는 그 보호자가 전액을 부담하여야 한다.
 ③ 추가비용을 징수할 수 있는 선택진료의 항목과 추가비용의 산정기준은 별표와 같다.

원 조교수 이상의 자격만을 요구했던 종전의 규정을 2011년 강화한 결과이다.¹⁴⁾ 동조 제2항에서는 진료는 하지 아니하고 교육·연구에만 종사하는 자, 6개월 이상의 연수 또는 유학 등으로 부재중인 자의 경우 선택진료 대상에서 배제하여 의료기관의 탈법적인 비용징수 행위를 방지하고 있다.

2. 선택진료의 현황

현재 선택진료제는 ‘400병상 이상’ 제한조건이 사라지면서 그 적용대상이 의원급을 제외한 모든 병원으로 확대되었다.¹⁵⁾ 2013. 6. 기준으로 요양병원을 제외한 요양기관을 대상으로 실시한 선택진료제에 관한 실태조사에 따르면 위 해당 요양기관의 총 17%가 선택진료를 실시하고 있다. 이 중 대학병원급의 상급 종합병원은 선택진료를 100% 실시하고 있고, 선택진료제를 실시하는 요양기관의 총 진료의사 34,330명 중 선택진료의 자격을 갖춘 의사는 39%로 집계되었다. 위 해당 요양기관의 총 환자 수에 대비한 선택진료를 이용하는 환자의 비율은 평균 40% 선이었고, 소위 빅 5 병원의 경우 외래환자의 76.2%에서, 입원환자의 93.5%에서 선택진료가 이루어지고 있었다. 한편 환자 측이 선택진료제를 인지한 환자는 총 조사대상자의 67.5%였고, 인지 경로로는 병원 방문 전부터 인지한 경우가 39.6%, 병원직원의 설명을 듣고 인지한 경우가 33.8%, 진료비 영수증을 보고 인지한 경우가 19.6%였다. 환자 측이 선택진료제를 통하여 의사를 지정하는 과정에서 요양기관으로부터 선택진료 및 본인비용 부담에 대한 안내를 받은 경우는 불과 36.6%에 불과하고 안내를 받지 못한 경우가 63.4%로 과반수를 넘었고, 비자발적 선택의 경우도 40.9%에 이르렀다고 한다.¹⁶⁾

이와 같이 현재 종합병원·병원·치과병원·한방병원 또는 요양병원의 경우

14) 김주경, 전계논문, 제3~4면.

15) 김주경, 전계논문, 제1~2면.

16) 건강보험공단 2013. 10. 10.자 보도자료, 「「상급병실료·선택진료비 실태조사」 결과 발표 - 환자 1만 명, 요양기관 대상 대규모 실태 파악-», 제10~18면 참조.

비용적인 측면에서 환자 측이 선택진료비를 부담하지 않는 원칙적 선택진료의 유형(법 제46조 제4항)은 거의 시행되지 않고 있고, 오히려 예외에 해당하는 환자 측이 선택진료비 전액을 부담하게 되는 선택진료의 유형(법 제46조 제5항)이 대부분 시행되고 있다. 또한 이들 병원은 수익의 상당부분을 이와 같은 환자 측이 부담하는 선택진료비에 의존하고 있다.¹⁷⁾ 따라서 이하에서는 선택진료비 전액을 부담하고도 사전에 의사의 설명이 제대로 이행되지 않았거나 그에 상응하는 수준의 진료를 받지 못한 환자들의 민사적 구제방안을 중점적으로 살펴보고자 한다. 그러므로 논의를 ‘환자 측이 선택진료비 전액을 부담하게 되는 선택진료’(법 제46조 제5항)의 경우로 한정하였다.

III. 선택진료에 관한 불충분한 설명시의 민사책임

1. 설명의무와 선택진료

가. 설명의무의 의의와 설명의무 관련 민사책임의 법적 성질

설명 의무란 유효한 동의 없이 이루어진 검사·수술 등의 의료행위로 환자의 자기결정권이 침해되고, 이로 인하여 환자의 생명·신체·건강상의 피해가 발생한 경우에 문제된다. 독일에서는 의사의 위험에 대한 설명을 법적으로 요구하면서 구체화되었고, 영미에서는 법적으로 적정한 설명을 듣고서 한 동의(informed consent)이론으로 발전해왔다.¹⁸⁾¹⁹⁾ 설명의무는 환자가 의사로부

17) 3대 비급여 규모는 2012년 기준으로 선택진료비가 1.3조 원, 상급병실료가 1조 원, 간병비가 2조 원으로 병원의 총 진료비 중 2대 비급여인 선택진료와 상급병실이 점유하는 비율은 10.7%에 이른다고 한다.; 최호영, “적정진료의 범위에 관한 연구”, 『사회보장법학』, 제3권 제1호, 한국사회보장법학회, 2014. 6, 제175면.

18) 안법영·백경희, “설명 의무와 지도의무—설명 의무에 관한 최근 판례의 동향—”, 『안암법학』, 제40권, 안암법학회, 2013. 1, 제130~131면.

19) 설명의무는 자기결정권과 연계된 전통의 논의 외에 확대수술에 대한 설명의무, 초보의사의 설명의무, 의약품에 대한 설명의무, 진료상의 특권에 의한 무설명 등의 논의(김민중, “의사의 설명의무에 관한 몇 가지 특수문제”, 『의료법학』, 제4권 제2호, 대한의료법학회,

터 의료행위에 관한 설명을 듣고 자신이 받게 될 의료행위의 위험성 등에 관하여 고지받은 후 의료행위를 승낙한다는 점에서 의료행위가 정당성을 얻기 위한 전제조건이 된다.²⁰⁾

설명 의무의 민사책임이 어떠한 법적 성질을 지니는가에 관하여는 계약책임으로 구성하는 견해와 불법행위책임으로 구성하는 견해가 병존한다. 전자는 의사가 환자에 대하여 의료계약에 기한 양 당사자 사이의 특별구속관계를 전제로 계약의 이행에 필요한 부분을 설명하여 환자로 하여금 계약내용의 확정에도움을 주기 위한 것으로 파악하는 반면, 후자는 헌법 제10조에 기한 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권에 기한 환자의 자신의 신체에 관한 의료행위에 있어서의 자기결정권을 보호하기 위한 것으로 보고 있다.²¹⁾ 대법원은 설명 의무의 민사책임으로 계약책임과 불법행위책임의 구성이 모두 가능하다고 파악하고 있다.²²⁾

나. 선택진료에 관한 정보제공과 설명의무

선택진료가 환자의 의사 선택권을 보장한다는 측면에서 출발한 제도라면,

2003, 제249면 이하), 그리고 최근에 대법원에서 '지도설명 의무'라는 용어를 사용하면서 의료법 제25조의 요양방법 지도의무에서 파생하는 영역의 새로운 논의가 있다(안법영·백경희, 전계논문, 제133~136면).

20) A.Spickhoff, "Die Entwicklung des Arztrechts". 2001/2002 NJW 2002 Heft 24, S. 1762~1763.

21) 보다 구체적인 논의에 대하여는 범경철, "의사의 설명의무와 환자의 자기결정권", 『의료법학』, 제4권 제2호, 대한의료법학회, 2003, 제349~350면, 채순, "의사의 치료 전 설명의무와 환자의 동의권(자기결정권)", 『비교사법』, 통권 제39호, 한국비교사법학회, 2007, 제484~485면.

22) 즉, 대법원은 설명의무를 "진료계약상의 의무 내지 침습 등에 대한 승낙을 얻기 위한 전제"라고 보고, "일반적으로 의사는 환자에게 수술 등 침습을 가하는 과정 및 그 후에 나쁜 결과 발생의 개연성이 있는 의료행위를 하는 경우 또는 사망 등의 중대한 결과 발생이 예측되는 의료행위를 하는 경우에 있어서 응급환자나 그밖에 특단의 사정이 없는 한 진료계약상의 의무 내지 침습 등에 대한 승낙을 얻기 위한 전제로서 당해 환자나 그 법정 대리인에게 질병의 증상, 치료방법의 내용 및 필요성, 발생이 예상되는 위험 등에 관하여 당시의 의료수준에 비추어 상당하다고 생각되는 사항을 설명하여 당해 환자가 그 필요성이나 위험성을 충분히 비교해 보고 그 의료행위를 받을 것인가의 여부를 선택할 수 있도록 할 의무가 있다"고 하였다(대법원 1994. 4. 15. 선고 93다60953 판결; 대법원 1999. 9. 3. 선고 99다10479 판결; 대법원 2002. 10. 25. 선고 2002다48444 판결; 대법원 2011. 11. 24. 선고2009다70906판결).

이와 같은 환자의 권리를 보장하기 위한 전제로 선택의 대상이 되는 의사와 자신이 받게 될 의료행위에 관한 충분한 지식이 필요하다. 선택진료에 대한 수요가 주로 4대 중증질환(암, 심질환, 뇌질환, 희귀난치성질환) 환자나 수술 등 고난이도의 의료행위 영역에서 존재하고 있어,²³⁾ 정보제공 의무의 주체는 이를 설명할 지식을 가진 의사가 되어야 합당할 것이다. 이러한 선택진료제와 관련된 정보 제공은 환자의 생명·신체의 보존과 밀접한 연관을 가지는 ‘자기결정적 설명의무’의 일종으로 볼 수 있다. 따라서 선택진료에 관한 정보제공 의무는 전통적인 설명의무의 범주에 포섭된다고 할 것이다.²⁴⁾ 선택진료에 관한 정보에 관한 설명으로는 환자 측에게 자신에게 제공될 의료행위에서 선택진료가 과연 필요한 것인지 및 그 범위가 어디까지인지,²⁵⁾ 실제 어떠한 경력의 의사를 선택할 것인지²⁶⁾ 등이 그 예일 것이다.

그런데 대법원은 환자에 대하여 선택진료의에 대한 구체적 정보 제공 없이 진료지원과에서 일괄적으로 이루어지는 소위 ‘선택진료의 포괄위임’에 관하여 “의료법은 추가비용을 징수할 수 있는 의료기관의 의사 등의 자격요건 및 범위, 진료항목 및 추가비용의 산정기준 기타 필요한 사항을 보건복지부령으로 정하도록 위임하였고, 이에 따라 「선택진료에 관한 규칙」은 선택진료의 요청 방법, 추가비용징수 의사 등의 자격 및 범위, 추가비용의 산정기준 등을 규정하면서도, 선택진료의 포괄위임, 즉 환자 등이 주 진료과의 선택진료 담당의사에게 진료지원과의 선택진료 여부와 선택진료 담당의사를 지정할 권한을 위임하는 것을 제한하지는 아니하였다”는 이유를 들면서²⁷⁾ 위법하지 않다고 판

23) 건강보험공단 2013. 10. 10.자 보도자료.

24) 박정일·원종석, 전계논문, 제175~176면.

25) 현재 모든 상급종합병원에서 선택진료를 실시하고 있고, 규칙 제4조 제3항에서는 상급종합병원 및 종합병원에만 필수 진료과목에 대해 선택진료제의 적용대상이 아닌 의료진을 1명 이상만 두면 되므로, 이를 반대해석하면 나머지 의료진을 모두 선택진료의 범위 내에 둘 수 있기 때문이다.

26) 실무에서는 선택진료 신청서 양식에 주진료과의 선택진료 담당의사에게 진료지원과의 선택진료 담당의사를 선택할 수 있도록 포괄위임 권한을 부여하는 것이 관행으로 되어있어 결국 환자 측의 진료지원과 의료진 선택권이 제한되는 결과가 발생한다.; 박정일·원종석, 전계논문, 제178면.

시하고 있어, 그 타당성에 의문이 든다.

2. 경제적 설명의무와 선택진료

가. 경제적 설명의무의 의의

진료비와 같은 경제적 내용도 설명의무에 포함되는가와 관련하여 소위 '경제적 설명의무' 문제가 논의되고 있다. 여기서 경제적 설명이란 통상의 비용을 초과하여 환자에게 부담이 되는 검사나 치료행위를 하여야 할 경우에 이를 환자에게 설명하는 것을 말한다.²⁷⁾ 기본적으로 국민건강보험²⁹⁾ 가입이 강제되는 공보험 체계를 취하고 있는 우리나라의 경우, 진료비는 크게 국민건강보험이 보장하는 요양급여³⁰⁾와 그렇지 아니한 비급여 중 어느 하나에 해당되는데, 후자는 다시 관련법령에 규정된 법정 비급여와 그렇지 아니한 임의 비급여로 구분된다.³¹⁾ 따라서 국민건강보험에 가입한 환자라 하더라도 의료처치 과정에는 국민건강보험에 의해 보장받는 부분도 있고, 환자 본인이 일부 또는 전부 부담하게 되는 부분도 존재한다.³²⁾ 즉, 현행 국민건강보험 하에서 국민들이 기대하는 원칙적인 비용 지불방식은 요양급여로, 비급여 의료행위가 실시되는 경우 경제적 설명의무의 적용여부가 문제될 수 있다.

27) 서울행정법원 2009. 7. 23. 선고 2007구합23088 판결; 서울고등법원 2012. 11. 29. 선고 2009누24919 판결; 대법원 2012. 6. 18. 선고 2010두27639, 27646 전원합의체 판결; 대법원 2013. 1. 10. 선고 2011두7854 판결; 대법원 2013. 6. 28. 선고 2011두18151 판결 등.

28) 박수근, "의료계약의 민법편입과 과제", 『민사법학』, 제60호, 한국민사법학회, 2012, 제224면.

29) 현행 국민건강보험제도는 사회보험의 성격을 지니는 것으로 일정 범위의 국민을 제외하고 전 국민의 가입이 강제되고, 의료기관 등은 요양기관이 되며, 건강보험심사평가원의 심사결과에 따라 보험자인 국민건강보험공단이 요양기관에 대해 요양급여비용을 지급하는 구조를 갖추고 있다고 한다.; 박태신, "임의비급여 허용요건에 관한 검토", 『의료법학』, 제13권 제2호, 대한의료법학회, 2012, 제13면.

30) 요양급여(국민건강보험법 제41조 제1항, 제2항), 요양비(같은 법 제49조), 부가급여(같은 법 제50조) 등이 대표적이다.

31) 박태신, 전계논문, 제17~18면.

32) 국민건강보험의 보장범위 외의 영역이라도 사보험에 의해 비용을 보전 받을 수 있으나, 당면지정제 및 강제가입제 하에서 '전 국민 의료보험'이 실시되고 있는 상황을 감안하여 사보험에 의한 선택진료비 보전은 본고에서는 예외적인 상황으로 간주하도록 한다.

최근, 독일은 의료계약을 민법 내에 편입하였는데, 독일민법 제639c조 제3항에 의하면 의료행위자가 제3자(예컨대, 의료보험회사 등을 들 수 있다)에 의한 의료비용의 전부 인수가 보장되지 않거나 전부 인수되지 않을 충분한 근거가 있음을 안 때에는 의사는 환자에게 ‘진료의 개시 전에’ 예상되는 진료의 비용에 관하여 문서의 형태로 설명을 하여야 한다고 명시적으로 규정하였는데, 동 규정을 경제적 설명의 하나로 이해할 수 있을 것이다.³³⁾

나. 선택진료비에 관한 설명이 경제적 설명의무에 포함되는지 여부

선택진료비는 앞서 살펴본 바와 같이 법정 비급여에 해당하며, 병원급 의료기관에서 10년 이상된 전문의 등 일정한 요건을 갖춘 경우 건강보험 진료비용의 20~100%를 추가로 징구하는 것이 가능한데, 이는 전액 환자 본인이 부담하는 부분이다. 선택진료비는 환자들에게 커다란 경제적 부담을 가져오는 이른바 ‘3대 비급여’(선택진료비·상급병실료·간병비) 의료비 중 하나로, 특히 「의료급여법」의 적용대상인 저소득 계층에게도 전액 본인부담을 요구³⁴⁾하여 많은 문제제기가 있어왔다.

환자가 의료기관으로부터 진료를 받는 경우 자신의 진료비가 어느 정도에 해당하는지는 환자가 진료를 받을 것인지 여부를 결정하는 데에 중요한 요소에 해당한다. 특히 선택진료비의 경우 우리나라에서 전액 환자 본인이 부담하는 부분일 뿐만 아니라 주 수요자들이 중증질환자로 치료가 장기화되는 경우

33) 김민중, “진료계약: 판례로 형성된 원칙에서 전형계약으로”, 『사법』, 제28호, 사법발전재단, 2014, 제66면, 이재경, “환자의 권리보호와 의료계약의 입법에 관한 검토”, 『법학연구』, 제53집, 2014, 제94면(이재경 교수는 이를 설명의무와 별항으로써 정보제공의무의 범주로 이해하고 있다).

34) 「의료급여법」 제7조 제3항에서는 “보건복지부령으로 정하는 사항은 의료급여 대상에서 제외할 수 있다”고 규정하고 있는데, 보건복지부령에 해당되는 「의료급여법 시행규칙」 제9조에서는 그 비급여대상을 “「국민건강보험 요양급여의 기준에 관한 규칙」 별표 2에 규정된 비급여대상”이라고 명시하고 있다. 그런데 「국민건강보험 요양급여의 기준에 관한 규칙」 별표 2 제4호 카목에 “「의료법」 제46조에 따른 선택진료를 받는 경우에 선택진료에 관한 규칙에 따라 추가되는 비용”이 포함되어 있어 결국 선택진료비는 의료급여에서 제외되는 대상에 해당된다.

환자의 경제적 부담이 감내하기 어려운 수준에 이를 수 있다. 따라서 선택진료비는 경제적 설명의무의 대상으로 보아야 할 것이며, 의사는 고려되는 의료행위가 보험급여 진료에 해당되는지 비급여 진료인지, 보험급여 진료라고 하면 환자 본인이 부담하여야 하는 비율이 어느 정도인지, 또는 선택진료가 포함되는지 등에 대하여 정보제공을 할 필요가 있다.

3. 선택진료에 관한 설명의무 위반에 대한 민사책임

선택진료에 관한 설명의무 위반시 해당 의료기관이 받게 될 행정적 제재³⁵⁾ 외에 환자 측에서 의사 내지 의료기관에 대하여 불충분한 정보로 인하여 받게 된 손해에 관하여 어떠한 민사상 책임을 추궁할 수 있을지 문제된다. 이는 다시 ① 환자 측의 자기결정과 관련된 설명의무 위반의 측면과 ② 환자 측이 부담하게 된 선택진료비에 관한 경제적 설명의무 위반의 측면을 구분하여 살펴볼 필요가 있다.

먼저 전자의 경우 의사의 전통적인 설명의무 위반 시 부담하게 되는 민사책임의 내용과 범위에 따라 결정될 것이다. 이는 정신적 고통에 대한 위자료의 배상만 가능한 경우와 전손해의 배상이 가능한 경우가 존재하는데, 양자는 환자 측의 입증의 정도가 다르다고 보고 있다.³⁶⁾ 대법원 역시 “설명의무를 위반한 채 수술 등을 하여 환자에게 사망 등의 중대한 결과가 발생한 경우에 있어서 환자 측에서 선택의 기회를 잃고 자기결정권을 행사할 수 없게 된 데 대한 위자료만을 청구하는 경우에는 의사의 설명결여 내지 부족으로 선택의 기회를 상실하였다는 사실만을 입증함으로써 족하고, 설명을 받았더라면 사망 등의 결과

35) 현행 의료법 제46조 제3항 및 선택진료에 관한 규칙 제6조에 의하면 의료기관 측이 환자 측에 대하여 선택진료와 관련된 정보를 제공할 의무가 있음에도, 이를 위반할 경우 300만 원 이하의 과태료 정도의 행정처분을 받게 되고(의료법 제92조 제1항 제3호). 그 외에 국민건강보험법 동법 제98조 제1항 제1호에 의한 업무정지처분, 동법 제99조 제1항에 따른 과징금 등의 행정처분이 수반될 수 있으며, 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제23조 제1항 제4호의 ‘불이익 제공행위’에 해당한다면, 동법 제24조 소정의 시정명령의 행정처분이 부과될 수 있다.

36) 신현호·백경희, 『의료분쟁 조정·소송 총론』, 육법사, 2011, 제286~289면.

는 생기지 않았을 것이라는 관계까지 입증할 필요는 없으나, 그 결과로 인한 모든 손해를 청구하는 경우에는 그 중대한 결과와 의사의 설명의무 위반 내지 승낙취득과정에서의 잘못과의 사이에 상당인과관계가 존재하여야 하며, 그 경우 의사의 설명의무의 위반은 환자의 자기결정권 내지 치료행위에 대한 선택의 기회를 보호하기 위한 점에 비추어 환자의 생명 신체에 대한 의료적 침습 과정에서 요구되는 의사의 주의의무 위반과 동일시 할 정도의 것이어야 한다.”고 파악한다.³⁷⁾ 선택진료에 관한 설명의무와 관련하여 환자의 의사를 선택할 수 있는 권리의 측면은 환자가 자신의 생명과 신체에 대하여 어떠한 의료행위를 받을 것인가를 결정하는 것과 관련이 있으므로, 사전에 의사로부터 환자가 선택진료에 관한 정보와 설명을 제대로 제공받지 못한 경우의 민사책임은 그 법리에 따라 정신적 고통에 따른 위자료에 그치는 경우와 전손해까지 확장되는 경우가 발생할 수 있을 것이다. 선택진료에 관한 설명의무 위반으로 환자에게 발생한 전손해의 책임을 부담하게 되는 경우는 극히 예외적일 것이지만, 가령 환자의 체질적 소인이 특이하고 환자에 대하여 이루어질 수술의 술기도 난해하여 반드시 선택진료가 필요함에도 불구하고 그에 관한 설명을 소홀히 하여 환자와 수술을 감당할 수 없는 의사가 집도의로 선정되었고 그 때문에 의료과실이 발생하여 의료사고가 야기된 경우를 예로 들 수 있을 것이다.

다음으로 후자의 경우 경제적 설명의무의 하나로 이해한다면, 의사 측의 선택진료비에 대한 불충분할 설명 때문에 환자가 예상치 못한 확대된 진료비를 납부하게 되었다면, 환자 측에서는 그 손해로써 추가된 진료비를 징수한 것에 대하여 채무부존재를 주장하거나, 이미 환자가 진료비를 납부한 경우에는 국민건강보험법 제57조 제1항, 제4항에 의한 ‘사위 기타 부당한 방법으로 가입자 등에게 이를 부담하게 한 때’에 해당하는 부당이득의 환수를 주장할 수 있을 것이다.³⁸⁾

37) 대법원 1987. 4. 25. 선고 86다카1136 판결; 대법원 1994. 4. 15. 선고 93다60953 판결; 대법원 2007. 5. 31. 선고 2005다5867 판결; 대법원 2009. 1. 15. 선고 2008다60162 판결; 대법원 2013. 4. 26. 선고 2011다29666 판결.

한편 선택진료에 관한 설명을 의료기관에서 누가 부담해야 할 것인지가 논의될 수 있는데, 이 역시 전자와 후자를 나누어 보아야 할 것이다. 전자의 경우 전통적인 설명의무의 범주에 속하므로, 그 주체는 원칙적으로 당해 처치 의사나 특별한 사정이 없는 경우 처치의사 외에 주치의 또는 다른 의사가 되어야 할 것³⁹⁾이다. 반면 후자의 경우 추가비용 징수에 관한 문제로 의사가 함께 진행하는 것이 바람직할 것이지만 우리나라의 임상현실에 비추어 볼 때 간호사 내지 진료비 징수를 담당하는 부서의 직원이 보다 많은 내용을 이해하고 있음을 반영한다면, 그 주체를 반드시 의사에 한정할 필요는 없을 것이다.

IV. 선택진료를 위반한 경우 발생한 의료사고의 민사책임

1. 책임의 구조와 판결례

가. 책임의 구조

환자 측이 선택진료제를 통하여 지정한 의사가 의료행위를 시행하지 않고 다른 의사가 의료행위를 시행하여 의료사고가 발생한 경우, 즉, 환자 측에서는 자기결정권을 행사하여 추가비용을 지불하면서까지 소정의 자격을 갖춘 의사로부터 의료행위를 받기를 희망하여 선택진료를 받고자 하였는데 그와 같은 자격을 갖추지 못한 의사가 환자에 대한 의료행위를 시행하다가 주의의무 위반으로 인하여 사고를 유발하는 경우가 현실적으로 존재한다. 이 경우 의료인이 선택진료제에 관한 설명을 한 후 환자 측에서 선택진료를 받기로 의사 결정

38) 국민건강보험법 제57조 제5항에 따르면 요양기관이 가입자나 피부양자로부터 속임수나 그 밖의 부당한 방법으로 요양급여비용을 받은 경우 공단은 해당 요양기관으로부터 이를 징수하여 가입자나 피부양자에게 지체 없이 지급하여야 하는 바, 이는 민법 제741조에 의한 부당이득반환청구의 특칙으로 이해된다. 한편, 경제적 설명의무의 문제는 선택진료로 인하여 늘어난 비용부담의 문제이지 환자에게 발생한 약결과와 연계된 의료사고의 문제는 아니므로 구별이 필요하다.

39) 대법원 1999. 9. 3. 선고 99다10479 판결.

을 함으로써 선택진료에 관한 양 당사자 사이의 계약이 성립되었다고 볼 수 있으므로 선택진료로 지정한 의사 외에 다른 의사가 의료행위를 시행한 것은 채무불이행이라 할 수 있고, 환자 측의 기대권을 침해하였다고 볼 수 있으므로 불법행위에 해당한다고도 볼 수 있다. 따라서 채무불이행책임과 불법행위책임의 요건인 의료과실이 존재하는지 및 손해의 발생 등에 관하여 논의하여야 할 필요가 있다. 특히 선택진료제에 반하여 다른 의사가 의료행위를 한 것 자체가 의료과실에 해당하는지, 그리고 그 주의의무의 정도와 관련하여 환자 측이 지정했던 당해 의사의 수준을 기준으로 삼아야 하는지, 해당 분야에서 선택진료 자격을 갖춘 의사들의 평균적 수준을 기준으로 삼아야 하는지 아니면 선택진료 자격과 무관하게 해당 분야의 모든 의사들의 평균적 수준을 기준으로 삼아야 하는지가 문제될 수 있다.

나. 판결의 분석

이 문제를 직접적으로 언급한 대법원 판결은 아직까지 선고되지 아니하여, 관련된 하급심 판결을 위주로 살펴보면 다음과 같다.

서울남부지방법원 2012. 10. 23. 선고 2010가합11706 판결에서 법원은 “(환자가) 마취전문가가 마취를 담당하도록 선택진료 신청을 하였음에도, 경험과 지식이 부족한 수련의(레지던트 1년차)가 다른 전문의와 아무런 상의 없이 독자적으로 이 사건 수술의 마취를 한 이상, 피고 병원 측에서 이 사건 뇌손상발생이 수련의의 경험부족으로 인한 것이 아니라 약물 자체의 부작용이나 환자의 특이체질 등 병원 측에 책임 없는 사유로 인한 것임을 밝히지 못하면, 피고 병원이 수련의에게 수술 및 수술회복조치를 담당하게 한 수술관리 상의 잘못으로 인하여 이 사건 뇌손상이 발생한 것으로 추정함이 상당하다”고 판단하였고, 서울중앙지방법원 2012. 6. 13. 선고 2011가합13192 판결은 환자가 피고 병원에서 2차에 걸쳐 점 제거수술을 받았음에도 조직검사를 소홀히 하여 악성 흑색종을 조기에 발견하지 못하여 환자가 사망한 사안이었는데, 법원은

환자 측에 위자료(700만 원 인정)를 산정하는 근거 중에 하나로 ‘피고가 선택 진료에 관한 진료계약을 위반하였다’는 점을 든 바 있다.

위 일련의 하급심 판결을 분석해 보면, 원칙적으로 선택진료에 관한 의료인과 환자 사이에 합의가 이루어진 경우, 해당 의사가 의료행위를 시행하여야 한다. 만약 이에 반하여 다른 의사가 의료행위를 시행하여 악결과가 발생한 경우, 그 자체만으로 계약 위반 내지 불성실한 진료에 해당하여 적어도 위자료를 배상하는 근거가 될 수 있을 것이다. 더 나아가 다른 의사가 경험과 지식을 갖추지 못하여 환자에게 악결과가 발생한 경우에는 그로 인한 전손해의 배상을 하여야 하는 것으로 이해되는데, 이 때 주의의무의 기준이 무엇인가에 관하여 앞서의 하급심 판결에서도 구체적인 언급을 하지 아니한 채 ‘수련의의 경험부족’이라 하고, 포괄적으로 ‘피고 병원이 수련의에게 수술 및 수술회복조치를 담당하게 한 수술관리 상의 잘못’이라고 판시하여 지시·감독상의 과실로 보아 사용자책임을 인정한 것으로 보인다.

2. 전문의 제도와외의 비교

환자가 선택진료를 신청했는데 비선택진료 의사가 의료사고를 발생시킨 경우와 비견될 수 있는 것으로 우리나라의 전문의 제도를 통해서 양성한 전문성을 갖춘 의사가 아닌 일반 의사의 진료를 받다가 의료사고가 발생한 경우를 들 수 있다. 선택진료제가 활발하게 운용되고 있는 대학병원 급의 의료기관에서는 전문의 자격을 갖춘 자들의 상당수는 선택진료 담당의사로 지정될 수 있는 자이기 때문에 선택진료제와 전문의 제도⁴⁰⁾는 중첩적으로 적용될 소지가 많

40) 전문의의 수련 및 자격 인정 등에 관한 규정 제3조에 의하여 의사에게 25개과(내과, 신경과, 정신과, 외과, 정형외과, 신경외과, 흉부외과, 성형외과, 마취통증의학과, 산부인과, 소아청소년과, 안과, 이비인후과, 피부과, 비뇨기과, 영상의학과, 방사선종양학과, 병리과, 진단검사의학과, 결핵과, 재활의학과, 예방의학과, 가정의학과, 응급의학과, 핵의학 및 산업의학과), 치과 의사 전문의의 수련 및 자격 인정 등에 관한 규정에 의하여 치과의사에게 10개과(구강악안면외과, 치과보철과, 치과교정과, 소아치과, 치주과, 치과보존과, 구강내과, 구강악안면방사선과, 구강병리과 및 예방치과), 한의사 전문의의 수련 및 자격 인정 등에 관한 규정에 의하여 한의사에게 8개과(한방내과, 한방부인과, 한방소아과, 한

은 영역이다.⁴¹⁾ 예를 들어 앞서 살펴본 서울남부지방법원 2012. 10. 23. 선고 2010가합11706 판결과 같이 대학병원에서 수술을 하게 되는 경우 집도의가 수술의 전 단계라고 할 수 있는 마취행위를 하지 않고 이에 관하여는 마취통증 의학과 전문의가 시행하는 방식으로 업무 분담이 이루어져 있어, 환자 측에서는 집도의 뿐만 아니라 마취통증의학과 전문의에 관하여도 선택진료를 신청하는 경우가 많다. 이와 같은 경우에는 다시 의료팀을 이루는 현대의 의료업계의 양상에 비추어 분업의 원칙과 신뢰의 원칙이 결부되어 이들 사이의 책임의 분배가 문제될 수 있다.

한편 우리나라에서 마취통증의학과 전문의만이 마취행위를 할 수 있는 것이 아니라 산부인과 전문의와 같은 타과 전문의나 일반의사 내지 치과의사에 의해서도 마취행위가 이루어지고 있고,⁴²⁾ 이는 현행법상 무면허 의료행위에 해당하지 않는다.⁴³⁾ 그렇지만 이와 관련하여 하급심 판결에서 “전문제도를

방신경정신과, 침구과, 한방안·이비인후·피부과, 한방재활의학과 및 사상체질과)의 전문과목을 인정하는 전문제도를 두고 있다.

- 41) 실제로 보건복지부도 선택진료에 관한 규칙을 개정하면서 상급 종합병원에서 자주 발생하는 고도의 전문적 수술·처치·기능검사 등의 수가를 인상하고, 선택의사에 대하여 가칭 ‘전문진료의사 가산’의 새로운 방식으로 전환하려고 하는 계획을 발표하였는데, 이는 선택진료제와 전문의 제도가 그 접점에서 지니고 있는 ‘전문의료 발전, 양질의 진료 및 의료기술의 발전’이 필요하다는 문제점을 인식하였기 때문이다. : 보건복지부 보도자료(각주 1)의 붙임 자료 2. 선택진료 관련 주요내용 참조. 같은 취지로 미국에서처럼 의사별 의료수가(physician fee)를 차등적으로 두어 가산하여 진료비를 청구할 수 있도록 하고 이를 내원환자들이 인지하는 방법으로 표시하는 것도 대안이 될 수 있다는 견해로 이용균, 방성민, “병원의 선택진료제도 운영현황 및 개선방안”, 『한국병원경영연구원 연구보고서』, 2004. 10. 제18면.
- 42) 대한마취통증의학회에 의하면, 대학병원급 이상의 대형병원을 제외하고 전국에서 전신마취를 시행하는 2257개 병·의원을 조사한 결과 이 중 마취통증의학과 전문의가 마취하는 경우는 월 50건 미만의 수술을 하는 병·의원의 경우 1610개소 중 40개소(2.48%)에 불과했으며, 월 50건 이상 수술하는 병·의원(665개소)에서도 75개소(11.3%)에 불과하였다고 한다. : 쿠키뉴스 2014. 10. 7.자 기사, “전국 병·의원 전문의 마취 11.3% 그쳐”.
- 43) 그러므로 마취업무는 마취통증의학과 전문의가 아닌 타과 전문의나 수련의 등의 일반의사가 할 수 있어 의료분업이 입장에서 완벽하게 구현되지 않고 있다. 즉, 판례는 “현대의 학상 이 사건 수술에서와 같이 자가호흡이 가능한 정맥마취는 그 기술이 간편하고 다른 마취방법들에 비하여 위험성도 비교적 적어서 전문의 자격이 있는 의사는 마취과 전문의의 도움이 없이도 자기의 책임으로 이를 시술할 수 있”다는 취지로 판시하여 이를 뒷받침하고 있다.(대법원 2005. 10. 28. 선고 2004다797 판결).

실시하고 있는 우리나라의 의료제도하에서 피고 ○○대학병원으로서 상당한 의료장비와 분야별로 전문화된 의료인을 두고 있는 점 등에 비추어 보면, 마취 전문의 자격이 있는 경험이 많은 의사가 참여하거나 최소한 병원 내에서 그 수술을 지도, 감독하였어야 함에도 불구하고 토요일 오후에 마취전문의를 모두 퇴근한 후 레지던트 3년 과정의 의사의 책임하에 마취시술을 담당하게 한 과실과 마취레벨 체크 및 마취관리를 소홀히 하여 뒤늦은 응급처치로 저산소뇌증을 유발하였다.”는 취지로 판시한 바 있는데, 적어도 대학병원 급에서 시행되어야 할 고난도의 마취행위는 마취통증의학과 전문의에 의하여 관리가 이루어질 것을 요구한 것으로 볼 수 있다.

3. 검토

선택진료제의 취지와 그와 비교되는 전문의 제도의 취지를 고려하고, 선택진료의 경우 환자 측에서는 선택진료를 신청하면서 그에 상응하는 추가적인 비용을 부담하게 된다는 점을 감안한다면, 환자 측에서 선택진료를 신청하였음에도 불구하고 병원에서 그에 반하여 선택진료 담당의사 대신에 다른 의사를 투입하여 의료행위를 하게 한 것은 진료계약의 위반이자 환자의 기대권을 침해한 것으로 볼 수 있다. 또한 우리나라에서 환자가 선택진료를 신청하게 되는 경우의 대부분은 환자에 대한 침습이 중한 수술이나 치료들로 대학병원 급의 상급병원에서 이루어지고 있고, 대학병원의 경우 해당 수술이나 치료를 할 수 있는 의료진이 거의 대부분 선택진료 의사군(群)에 속해있기 때문에 환자 측에서는 실질적으로 자율적인 의지와는 무관하게 선택진료를 신청할 수 없는 상황에 놓이게 되는 점을 상정한다면 더더욱 그러하다.

그러므로 선택진료 담당의사가 아닌 다른 의사의 의료행위로 인하여 환자에게 악결과가 발생하고, 다른 의사의 의료행위에 지식과 경험의 부족으로 인한 미흡한 대처가 개입되었다면, 이는 의료과실이 존재한다고 보아야 한다. 이때 다른 의사의 지식과 경험이 누구에 비하여 부족한 것인지를 판단하는 경우

에도 선택진료제의 취지를 고려해야 할 것이므로, 선택진료 자격을 고려함이 없이 해당 분야의 모든 의사들의 평균적인 수준을 기초로 할 수는 없는 것은 당연하다. 그러나 선택진료를 신청할 때, 의사군(群)을 기준으로 선택이 이루어지고 추가비용 부담이 결정된다는 점을 감안한다면, 환자 측이 지정했던 당해 의사의 수준을 기준으로 삼을 수는 없고, 환자 측이 선택진료를 신청했던 해당 분야의 선택진료 자격을 갖춘 의사군(群)의 평균적 수준을 기준으로 삼는 것이 타당하다.⁴⁴⁾

V. 결 론

의료법에서 선택진료제가 명문으로 도입되어 15년 가까이 운영되면서 특정 의사에게 진료를 받을 수 있도록 환자에게 의사를 선택할 수 있는 권리를 부여하여 환자와 의사의 신뢰를 제고하고 진료의 일관성을 유지하는 순기능이 존재하였던 것도 사실이다.⁴⁵⁾ 그러나 시간이 지날수록 선택진료제는 점차 의료기관의 경영에는 도움이 될지언정, 환자의 입장에서는 현실적으로 선택이 아닌 강제화 되면서 추가비용을 부담하는 반면 그에 관한 혜택을 체감하기는 어려운 제도로 인식되고 있다.⁴⁶⁾ 실제로 선택진료제에 관한 정보제공이 미흡하

44) 한편, 임상현장에서 선택진료를 신청한 의사가 예기치 못한 상황으로 인하여 이전에 잡힌 수술이 늦어지고 있는데, 이후 환자에게 이미 마취를 해버린 상황이라면, 어떤 경우에는 수술을 하지 않는 것이 오히려 환자에게 해로울 수 있다. 이때 다른 일반의가 수술을 해야만 한다고 판단하였다가 의료사고가 발생한다면, 무작정 의료과실의 규범적 판단기준을 평균적 선택진료의로 삼는 것도 적절하지 않을 것이다. 따라서 이 문제에 관한 대법원의 명확한 해석이 존재하지 않는 이상, 위의 예시와 같은 상황에서의 의료과실의 판단 기준은 현재 대법원의 입장(대법원 2013. 11. 28. 선고 2013다44300 판결 등)과 같이 각각의 사건별로 “진료환경 및 조건, 의료행위의 특수성 등을 고려하여 규범적인 수준으로 파악”하는 것이 합당하다고 생각된다.

45) 한국병원경영연구원 편집부, “선택진료제가 국민의 삶의 질 향상에 기여하는 부분과 동제도의 개선방안”, 『한국병원경영연구원 보고서』, 2007. 8, 제8면.

46) 안기중, “환자의 의사선택권이 아닌 의사의 의사선택권으로 변해버린 선택진료제도”, 『월간 복지동향』, 제123권, 참여연대사회복지위원회, 2009, 제42~43면.

고 환자가 원하는 선택진료 의사가 지정되지 않았음에도 선택진료비를 부과하거나 환자가 지정한 선택진료 의사 외에 다른 의사가 환자에 대한 의료행위를 하는 등 선택진료의 본질을 훼손하는 상황이 발생하기도 하였다.

선택진료제를 본래의 취지에 맞게 운영하고 환자 측의 자율적 의사 선택권, 건강권을 보호하기 위하여 정부 차원에서도 다양한 정책을 계획하고 있기는 하나, 선택진료제가 완전히 다른 제도로 대체되기 전까지는 상급 병원에서는 경영상의 이유로 제도의 수용 범위 내에서 선택진료제를 활발하게 운용할 것으로 예상된다. 따라서 선택진료제가 현행법제 하에 존재하는 한, 환자 측의 입장에서 선택진료로 인한 피해를 최소화하기 위하여는 행정처분 외에 민사적인 책임 추궁 방법이 강구·보완되어야 할 것으로 생각된다. 즉, 환자가 사전에 의료기관으로부터 선택진료에 관한 설명을 제대로 제공받지 못한 경우에는 자기결정권 침해에 따른 정신적 고통에 관한 위자료 및 경제적 설명의무를 위반하였음을 이유로 불필요하게 과다 징구된 진료비를 부당이득으로 반환받을 수 있도록 하여야 하고, 선택진료 의사가 아닌 다른 의사의 부주의한 의료행위로 인하여 환자에게 악결과가 발생하였다면 다른 의사가 해당 분야의 선택진료 의사의 평균적인 경험과 지식의 부족으로 인하여 악결과가 발생하지 않았다는 점을 증명하지 못하는 한 다른 의사와 그 사용자인 의료기관⁴⁷⁾이 선택진료제 위반에 근거한 손해배상책임을 부담하도록 하는 법리를 적용하여야 할 필요가 있다.

주제어 : 선택진료, 경제적 설명, 알 권리, 자기결정권, 의료과실

47) 앞에서 살펴본 바와 같이 선택진료제를 시행하고 있는 의료기관이 대부분 병원급의 상급 의료기관이라는 점을 감안한다면 민법 제391조의 이행보조자의 고의, 과실에 대한 책임이나 동법 제756조의 사용자책임을 적용하여 피해자인 환자 측을 두텁게 보호하여야 할 것이다.

[참 고 문 헌]

- 김민중, “진료계약: 판례로 형성된 원칙에서 전형계약으로”, 『사법』, 제28조, 사법발전재단, 2014.
- _____, “의사의 설명의무에 관한 몇 가지 특수문제”, 『의료법학』, 제4권 제2호, 대한의료법학회, 2003.
- 김주경, “선택진료제의 문제점과 개선 과제”, 『이슈와 논점』, 제298호, 국회 입법조사처, 2011.
- 박수곤, “의료계약의 민법편입과 과제”, 『민사법학』, 제60호, 한국민사법학회, 2012.
- 박정일·원종석, “선택진료제도에 대한 소고”, 『의생명과학과 법』, 제8권, 원광대학교 법학연구소, 2012.
- 박태신, “임의비급여 허용요건에 관한 검토”, 『의료법학』, 제13권 제2호, 대한의료법학회, 2012.
- 범경철, “의사의 설명의무와 환자의 자기결정권”, 『의료법학』, 제4권 제2호, 대한의료법학회, 2003.
- 신현호·백경희, 『의료분쟁 조정·소송 총론』, 육법사, 2011.
- 안법영·백경희, “설명 의무와 지도 의무- 설명의무에 관한 최근 판례의 동향-”, 『안암법학』, 제40권, 안암법학회, 2013.
- 안기중, “환자의 의사선택권이 아닌 의사의 의사선택권으로 변해버린 선택진료제도”, 『월간 복지동향』, 제123권, 참여연대사회복지위원회, 2009.
- 안병기·박재용, “종합전문요양기관과 종합병원의 선택진료 결정요인”, 『보건행정학회지』, 제21권 제4호, 2011.
- 이용균, 방성민, “병원의 선택진료제도 운영현황 및 개선방안”, 『한국병원경영연구회 연구보고서』, 2004.
- 이종인, “선택진료제도의 문제점과 개선방안”, 『한국소비자원 조사보고서』, 2007.
- 이재경, “환자의 권리보호와 의료계약의 입법에 관한 검토”, 『법학연구』, 제53집, 2014.
- 채 순, “의사의 치료 전 설명의무와 환자의 동의권(자기결정권)”, 『비교사법』, 통권 제39호, 한국비교사법학회, 2007.
- 최호영, “적정진료의 범위에 관한 연구”, 『사회보장법학』, 제3권 제1호, 한국사

회보장법학회, 2014. 6.

한국병원경영연구원 편집부, “선택진료제가 국민의 삶의 질 향상에 기여하는 부분과 동 제도의 개선방안”, 『한국병원경영연구원 보고서』, 2007. 8.

황은애, “선택진료제의 소비자문제와 소비자선택권 확보”, 『소비자 정책동향』, 제43호, 한국소비자원, 2013. 4.

건강보험공단 2013. 10. 10.자 보도자료, “「상급병실료·선택진료비 실태조사」 결과 발표 - 환자 1만 명, 요양기관 대상 대규모 실태 파악-”.

보건복지부 2014. 5. 1.자 보도자료, “8월부터 선택진료비 환자부담 평균 35% 줄어든다”.

의협신문 2013. 7. 23.자 기사, “선택진료제 폐지’ 본격 공론화 움직임”.

쿠키뉴스 2014. 10. 7.자 기사, “전국 병·의원 전문의 마취 11.3% 그쳐”.

A.Spickhoff, “Die Entwicklung des Arztrechts”. 2001/2002 NJW 2002 Heft 24.

A Study on Civil Liability as to Medical Practices Against the Premium Medical Treatment System

Baek Kyounghee, Chang Yeonhwa, Lee Injae, Park Dohyun

Inha Lawschool, Inha Lawschool, Law Office of Woosung, Seoul Lawschool

=ABSTRACT=

In current law, the premium medical treatment system gives patients the right of choice between normal medical treatment service and premium medical treatment service. Only the doctors having a career more than a certain period of time fixed in the law are eligible for providing the premium medical treatment service. So, the premium medical treatment system is highly related to the patients' right to know and the right of self-determination. The system is also relevant to the so-called 'economic explanation' notion because patients should pay additional fee when they want to use this system.

Meanwhile, the situation as follows is problematic as to this system. Although a patient applied for using the premium medical treatment system and the patient also chose his or her own doctor specifically, another doctor who was not selected as premium doctor could make a medical accident. Then, is the another doctor liable for damages because the accident was a medical malpractice or a breach of medical contract?

In this study, we are going to examine the problems related with the premium medical treatment system. First, we examine the current law related to the system. Second, we look into the economic explanation duty and its application to the premium medical treatment system. Finally, we examine a real judgment case about a medical practice against the premium medical treatment system and we propose our solution to this case.

Keyword: Premium medical treatment system, Economic explanation, Right to know, Right of self-determination, Medical malpractice