

# 진료계약의 환자 측 당사자확정에 관한 소고

-제3자 진료요청행위의 해석을 중심으로-

박 동 진\*

## I. 서론

### II. 환자 스스로가 진료요청행위를 하는 경우 진료계약의 환자 측 당사자

1. 환자가 미성년자인 경우
2. 환자가 피성년후견인 또는 한정후견인인 경우

### III. 제3자가 환자를 위하여 진료를 요청하는 경우 진료계약의 환자 측 당사자

1. 제3자의 진료요청행위가 청약으로 해석되는 경우
2. 진료요청행위가 청약으로 인정되지 않는 경우

## IV. 결론

## I. 서론

민사적 관점에서 본 의료법은 의료행위를 통하여 환자에게 손해가 발생한 경우에 그 손해의 부담주체를 다루는 의료과오에 대한 책임의 내용 및 이를 위한 증명책임이 문제의 중심이 되고 있다. 그러나 진료행위로 인하여 발생한 비용을 누구에게 어떤 법적 근거로 부담시킬 것인지를 정하는 것도 중요한 의미가 있다. 의료인은 의료법 제15조<sup>1)</sup>에 의하여 특별한 사유가 없으면 진료요청을 거부하지 못하도록 되어 있다. 진료과정에서 발생한 비용이 많고 진료비를 제대로 회수할 수 있는지를 고려하지 않고 진료해야 한다. 이와 같은 진료행

\* 논문접수: 2014. 11. 7. \* 심사개사: 2014. 11. 10. \* 수정일: 2014. 12. 10. \* 게재확정: 2014. 12. 20.  
\* 연세대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사.

1) 제15조(진료거부 금지 등) ① 의료인은 진료나 조산 요청을 받으면 정당한 사유 없이 거부하지 못한다.

위가 비용의 회수를 고려하지 않고 적절히 수행할 수 있도록 보장해 주기 위해 서라도 적절한 진료행위로 발생한 비용의 보전법리를 명확히 하는 것이 필요하다.

보통은 진료를 받을 환자 자신이 의료행위<sup>2)</sup>를 의사<sup>3)</sup>에게 위탁하고 의사가 승낙함으로써 진료계약<sup>4)</sup>이 성립되고 진료과정에서 발생한 비용 및 보수의 지급의무는 환자가 계약당사자로서 부담하게 된다. 이 때 의료행위는 진료계약상의 채무이행행위로 이루어지게 된다. 그와 같은 진료행위에 대해서 환자 측은 보수의 지급의무와 진료행위에 대한 협력의무가 인정된다.

그런데 진료계약이 언제나 환자 자신에 의하여 체결되는 것은 아니다. 예컨대 의사무능력자의 진료를 위하여 제3자가 의사에게 진료행위를 요청한 경우처럼 진료요청자와 ‘그 요청에 따라 진료를 받는 진료대상자’(이하에서는 단순히 ‘환자’로 표시한다)가 다른 경우에는 환자 자신이 계약을 체결하는 것이 아니다.

이때 진료요청행위가 여전히 청약의 의사표시로 인정되면 진료요청자가 계약의 당사자가 되며, 진료계약은 제3자를 위한 계약이 된다. 진료대상자인 환자가 진료계약의 당사자가 아닌 것으로 해석되면 환자 자신은 진료계약상의 채무인 비용 및 보수의 지급의무를 부담하지 않게 된다. 그러나 제3자가 진료요청행위를 했더라도 환자 자신이 진료계약의 당사자가 되는 경우도 있다. 비

2) 의료행위의 개념은 의료법에서도 정의되어 있지 않아 판결례를 통하여 확인되고 있다. 의료행위는 보통 i) 질병의 예방 또는 치료행위 및 ii) 의료인이 행하지 않으면 보건위상상 위해가 발생할 우려가 있는 행위 두가지로 설명된다. 전자는 특히 진찰, 검안, 처방, 투약 또는 외과적 수술을 포함하게 된다. 대법원 2005. 8. 19. 선고 2005도4102 참조.

3) 그러나 의사가 병원 등 의료기관의 근무자인 경우에는 의료기관개설자가 의료계약의 당사자가 될 것이다.

4) 의료행위를 목적으로 하는 당사자 간의 계약의 명칭을 의료계약으로 부르기도 하며, 진료계약으로 부르기도 한다. 예컨대 2013년 민법개정작업안의 작업에서는 의료계약이라는 용어를 사용한다. 박수곤, “의료계약의 민법편입과 과제”, 『민사법학』, 제60호, 2012, 제194면. 그러나 2013년 2월 20일자로 독일 민법전의 전형계약으로 포섭된 의료행위를 위한 계약이 § 630a부터 §630h까지 8개의 조항이 신설되었다. 이때의 계약은 Behandlungsvertrag이라고 한다. 우리말로 바꾸어 부를 때 이는 의료계약이라기보다는 진료계약으로 하는 것이 좀 더 정확한 표현이라고 생각된다.

록 스스로 진료요청행위를 하지 않았더라도 진료요청자가 대리인으로 적법하게 대리행위를 했다면 환자가 계약의 당사자로 해석될 수 있기 때문이다.

또한 제3자의 진료요청행위가 처음부터 청약의 의사표시로는 해석될 수 없는 경우가 있을 수 있다. 예컨대 우연히 지나가던 행인이 의식불명인 사람을 발견하여 의사에게 진료를 요청했다면 특별한 사정이 없는 한, 제3자의 진료요청행위에서 청약의 의사표시를 도출해 낼 수는 없을 것이다. 그 제3자에게 전혀 모르는 사람을 위해 계약의 당사자로서 진료비용을 부담한다는 의사가 있다고는 볼 수 없기 때문이다. 그렇다면 의사의 진료행위는 진료계약 없이, 의무 없이 이루어진 것이다. 이때에는 사무관리의 법리 또는 부당이득의 법리에 의하여 비용상환의 청구가 가능하게 된다.

진료비의 부담주체를 정하는 문제와 관련하여 진료요청행위를 통하여 진료계약이 성립했는지의 여부를 검토한다. 진료계약이 성립한다면 진료계약상의 채무를 부담주체는 누구인지를 검토해야 하는데, 이는 특히 진료요청자와 진료대상자(환자)가 다른 경우에 문제될 것이다. 반대로 진료계약이 성립하지 않는다면 사무관리에 의하여 그 비용 및 보수의 상환을 청구할 수 있을 것이다. 이때에도 사무관리상의 비용 및 보수상환의무의 주체는 누구인지를 검토하는 것이 필요하다.

다양한 방법에 따라 진료계약의 성립여부와 비용부담의 주체를 정할 수 있겠지만, 이하에서는 진료요청행위를 기준으로 검토해 본다.

## II. 환자가 스스로가 진료요청행위를 하는 경우 진료계약의 환자 측 당사자

행위능력을 갖춘 환자가 의사에게 단독으로 직접 진료를 요청할 수 있으며 환자 자신이 진료계약의 당사자가 됨에는 이론이 없다. 그러나 환자가 스스로 진료를 요청하더라도 환자에게 의사능력이 없다면 진료계약상의 채무를 부담

하지 않는다. 진료계약상 청약도 여전히 법률행위이므로 청약자에게는 의사능력이 요구되기 때문이다. 그러나 행위능력이 제한된 경우에는 다음과 같은 검토가 필요하다.

## 1. 환자가 미성년자인 경우

그런데 환자가 미성년자인 경우에는 여러 견해가 있다. 먼저 의사능력 있는 미성년자인 경우에는 미용성형, 임신중절, 인공수정, 불임수술 등을 제외하고는 환자가 단독으로 체결한 진료계약도 취소할 수 없다고 보는 견해가 있다.<sup>5)</sup> 그 논거로는 환자의 생명에 관하여 이익을 주는 것이며, 순수한 개인적 사항에 관한 것이므로 타인의 개입을 배제해야 함을 들고 있다. 그러나 진료계약을 특별히 예외로 인정할 실익이 없으므로 이러한 행위는 취소할 수 있다는 견해도 있다.<sup>6)</sup> 의료행위가 이미 이루어진 후에 이를 취소하여 보수청구권이 소급하여 소멸하더라도 의사에게 과도한 불이익이 발생하지 않는다고 본다. 진료계약이 취소되어도 의사는 부당이득반환의 법리 또는 사무관리의 법리에 의하여 진료비의 상환을 청구할 수 있기 때문이다.

의사능력이 있는 미성년자인 환자가 친권자나 후견인과 함께 와서 진료를 요청할 때에는 좀 더 다양하게 견해가 나뉘어 있다. 먼저 의사와 환자 사이에 직접적으로 계약을 체결한 것으로 보는 견해,<sup>7)</sup> 환자가 법정대리인인 친권자나 후견인을 통하여 체결한 계약의 당사자로 보는 견해,<sup>8)</sup> 법정대리인이 요약자가 되고 의사가 낙약자가 되며, 환자가 제3자가 되는 제3자를 위한 계약으로 보는 견해<sup>9)</sup> 등이 제시되어 있다. 그리고 미성년자가 법정대리인의 동의를 얻

5) 『주석민법』, 채권각칙(5), 석희태 집필부분, 제257면; 이보환, 제25면; 定塚孝司, 實務法律大系 5, 13面.

6) 김천수, “의료계약”, 『민사법학』, 제15권, 1997, 제155면; 김민중, “진료계약: 판례로 형성된 원칙에서 전형계약으로”, 『사법』, 제28호, 사법발전재단, 2014, 제59면.

7) 『주석민법』, 채권각칙(5), 석희태 집필부분, 제257면.

8) 大谷實, 醫療行爲と法, 弘文堂, 1980, 제67면; 門脇稔, 「醫療過誤民事責任論」, 1979, 酒井書店 제179면.

9) 中川善之助/兼子一監修, 「實務法律大系5醫療過誤·國家賠償」, 1979, 제13면(定塚孝司 집필);

어 계약을 체결한 것으로 볼 수도 있다.

의사능력이 없는 미성년자인 환자가 친권자와 동반하여 진료행위를 받는 경우 환자는 의사능력이 없으므로 계약체결행위의 당사자가 될 수는 없다. 이때 진료계약의 당사자를 누구로 보는지에 대해서는 견해가 대립된다.<sup>10)</sup> 직접 환자와 의사 사이에 진료계약이 성립한다는 견해,<sup>11)</sup> 법정대리인이 계약을 체결하고 환자에게 법률효과가 귀속되는 것으로 보는 대리행위설,<sup>12)</sup> 법정대리인이 의사와 환자인 제3자를 위한 계약을 체결했다고 보는 설<sup>13)</sup> 등이 있다. 특히 환자와 의사와 직접 진료계약이 성립하는 것으로 보는 견해는 환자의 무자력인 경우를 대비하여 진료보수지급채무에 대해서 동반한 법정대리인에게 연대채무 또는 연대보증채무를 인정하고자 한다.<sup>14)</sup>

생각건대 의사능력이 있는 미성년자라도 행위능력이 제한되므로 미성년자는 단독으로 유효한 진료계약을 체결할 수 없고, 계약에 따른 진료가 이루어진 후에도 취소할 수 있다고 할 것이다. 취소를 인정하더라도 미성년자 측에 불리한 것이 없어 미성년자의 보호취지에도 부합할 뿐만 아니라, 환자의 생명, 신체 또는 건강에 대한 개입이라도 미성년자 측이 취소를 하지 못하도록 해야 미성년자가 보호되는 것은 아니기 때문이다. 취소를 인정하는 경우 오히려 이미 이루어진 진료로 발생한 비용의 보전을 의사 측에서 보전받지 못할 우려가 있지만, 이와 같은 채무는 부당이득 또는 사무관리의 법리로도 보전될 수 있으므로 이를 근거로 취소권이 배제되어서는 안된다. 의사능력이 있는 미성년자인 환자가 친권자나 후견인과 함께 와서 진료를 요청했다면 미성년자는 법정대리인의 동의를 얻어 진료계약을 스스로 체결한 것으로 해석될 수도 있으며, 법정대

高仲東, 「醫事法概說」, 1981, 제54면.

10) 이에 대한 각각의 학설의 내용과 그에 대한 비판에 대해서는 米村滋人, 醫事法講義: 一般醫療行為法(1): 醫療契約, 法學セミナー, 通卷 694號, 2012, 제99면 이하 참조.

11) 筋立明/中井美雄, 醫療過誤法入門, 青林書院, 1979, 제52면.

12) 大谷實, 醫療行為と法, 弘文堂, 1980, 제67면.

13) 『주석민법』, 채권각칙(5), 석희태 집필부분, 제257면; 米村滋人, 醫事法講義: 一般醫療行為法(1): 醫療契約, 法學セミナー, 通卷 694號, 2012, 제100면 참조.

14) 『주석민법』, 채권각칙(5), 석희태 집필부분, 제257면.

리인이 대리인이 아닌 진료계약의 당사자로서 계약을 체결한 것으로 해석될 수도 있다. 원칙적으로는 법정대리인이 직접적 계약의 당사자로 하는 제3자를 위한 계약을 체결한 것으로 해석되어야 한다. 미성년자는 의사능력이 비교적 낮게 형성되어 있으며 자력이 없는 경우가 대부분이므로 진료계약의 당사자로 권리와 의무를 직접 부담하는 것으로 볼 수 없기 때문이다. 친권자가 의사능력이 없는 미성년자와 함께 와서 진료를 요청했다면 친권자가 진료계약의 당사자가 된다고 할 것이다. 의사무능력자는 스스로 법률행위의 당사자가 될 수 없기 때문이다.

## 2. 환자가 피성년후견인 또는 한정후견인인 경우

피성년후견이 개시된 경우에도 상태가 허락하는 범위에서 피성년후견인은 자신의 신상에 관하여 단독으로 결정할 수 있으므로 의사능력이 인정되면 신상에 관하여 단독으로 결정한다(민법 제947조의2).<sup>15)</sup> 보통 의학적 치료도 신상에 관한 사항에 포함되며, 의료행위에 대해서는 피성년후견인에게 동의능력이 있는 한도에서는 그의 동의를 얻어야 한다. 그러나 의학적 치료와 관련하여 피성년후견인이 단독으로 결정할 수 있다는 것은 의사의 선택 등을 결정하는 것을 말할 뿐이며, 의무를 발생시키는 진료계약을 단독으로 유효하게 할 수 있다는 것을 의미하지는 않는다.<sup>16)17)</sup> 또한 의료행위에서 피성년후견인의 동

15) 민법 제947조의2(피성년후견인의 신상결정 등) ① 피성년후견인은 자신의 신상에 관하여 그의 상태가 허락하는 범위에서 단독으로 결정한다. ② 성년후견인이 피성년후견인을 치료 등의 목적으로 정신병원이나 그 밖의 다른 장소에 격리하려는 경우에는 가정법원의 허가를 받아야 한다. ③ 피성년후견인의 신체를 침해하는 의료행위에 대하여 피성년후견인이 동의할 수 없는 경우에는 성년후견인이 그를 대신하여 동의할 수 있다. ④ 제3항의 경우 피성년후견인이 의료행위의 직접적인 결과로 사망하거나 상당한 장애를 입은 위험이 있을 때에는 가정법원의 허가를 받아야 한다. 다만, 허가절차로 의료행위가 지체되어 피성년후견인의 생명에 위험을 초래하거나 심신상의 중대한 장애를 초래할 때에는 사후에 허가를 청구할 수 있다. ⑤ 성년후견인이 피성년후견인을 대리하여 피성년후견인이 거주하고 있는 건물 또는 그 대지에 대하여 매도, 임대, 전세권 설정, 저당권 설정, 임대차의 해지, 전세권의 소멸, 그 밖에 이에 준하는 행위를 하는 경우에는 가정법원의 허가를 받아야 한다.

16) 법무부, 『2013년 개정민법해설』, 2013, 민속원, 제112면에서 거주자의 자유를 위하여 임대

의는 의료계약의 체결과는 구별된다. 즉 민법상 의료계약은 환자와 의사에게 권리의무를 발생시키는 법률행위이나, 의료행위에 대한 동의는 의료계약상 채무이행행위로 나타나는 의료침습에 대한 권한부여라고 본다.<sup>18)</sup>

따라서 진료계약의 체결여부 및 계약내용의 결정 등은 제947조<sup>19)</sup>에 의하여 피성년후견인의 의사를 존중하되 성년후견인에 의하여 체결되어야 한다. 따라서 단독으로 피성년후견인이 단독으로 유효하게 진료계약을 체결할 수는 없다.

진료계약의 체결행위는 성년후견인이 하더라도 진료계약의 당사자는 피성년후견인이 되는 것인지, 아니면 성년후견인이 계약의 당사자가 되는 것인지는 성년후견인의 진료요청행위가 어떻게 해석되는지에 따라 결정될 것이다.<sup>20)</sup> 성년후견인이 진료계약의 당사자가 되려는 의사로 진료요청행위를 한 것으로 해석되면 제3자를 위한 계약이 되지만, 피성년후견인 또는 그의 부양 의무자의 대리인으로 계약을 체결한 경우에는 피성년후견인 또는 그의 부양의 무자가 계약의 당사자로 해석될 것이다.

환자가 피한정후견인일 수도 있다. 피한정후견인이라도 동의유보가 되지 않는 한 유효하게 단독으로 법률행위를 할 수 있으므로 진료계약을 체결할 수 있다. 피한정후견개시심판에서 동의유보된 법률행위에 진료계약의 체결이 포함되어 있다면, 그 진료계약은 법정대리인의 동의를 얻어 피한정후견인이 스스로 체결하거나 한정후견인이 법정대리인으로서 진료계약을 체결할 수 있다. 이 경우에는 피한정후견인인 환자가 계약의 당사자가 될 것이다. 대리를 통해

차 목적물의 선택은 피성년후견인이 할 수 있으며 임대차계약의 체결여부는 재산관리 및 법정대리의 영역에 해당되는 것으로 보는 것도 같은 취지이다.

17) 대표적으로는 제철웅, “요보호성인의 인권존중의 관점에서 본 새로운 성년후견제도”, 『민사법학』, 제56호, 2011, 제287면 이하 참조.

18) 김천수, “성년후견과 의료행위의 결정”, 『가족법연구』, 제21권 제1호, 2007, 제9면 참조.

19) 제947조(피성년후견인의 복리와 의사존중) 성년후견인은 피성년후견인의 재산관리와 신상보호를 할 때 여러 사정을 고려하여 그의 복리에 부합하는 방법으로 사무를 처리하여야 한다. 이 경우 성년후견인은 피성년후견인의 복리에 반하지 아니하면 피성년후견인의 의사를 존중하여야 한다.

20) 자세한 해석의 가능성에 대해서는 아래 III. 내용을 참조.

서 진료계약이 체결되는 경우 의학적 치료와 같이 신상에 관한 법률행위에 해당되므로 피성년후견인의 경우와 마찬가지로 피한정후견인의 의사가 존중되어야 한다(제959조의6).<sup>21)</sup>

### III. 제3자가 환자를 위하여 진료를 요청하는 경우 진료계약의 환자 측 당사자

환자가 스스로 진료를 요청하지 않고 제3자가 의사에게 진료를 요청하는 경우에는 좀 더 세밀하게 진료계약의 성립여부를 검토해야 한다. 먼저 제3자의 진료청구행위가 법률효과발생을 지향하는 의사표시가 아니라면 의사의 진료행위는 계약상 의무이행행위가 아니다. 의사는 법률상 의무 없이 진료행위를 한 것이고 이에 사무관리의 법리가 적용된다. 예컨대 지나가던 행인이 의식 불명인 사람을 거리에서 발견하여 병원에 데리고 와서 진료를 요청했을 때, 행인의 진료요청행위가 진료계약상의 청약으로 해석되지는 않는다. 이 때의 진료요청행위는 단순히 진료를 부탁하는 행위에 불과하여 자신에게 진료비지급 의무를 부담시키는 법률상의 효과를 지향하는 것으로 볼 수 없기 때문이다.

하지만 진료요청행위가 청약의 의사표시로 해석되면 진료계약상의 채무가 의사와 상대방 사이에 발생한다. 의사는 진료계약상의 채무를 이행하기 위해 진료행위를 하게 되며, 상대방에게는 진료행위로 인한 비용 및 보수의 지급의무가 발생한다. 제3자의 진료요청행위가 진료계약의 청약으로 해석되는 경우에도 2가지 형태가 있다. 즉 1) 진료요청자가 환자(또는 부양의무자)의 대리인으로 진료계약상의 청약의 의사표시, 또는 2) 진료요청자 자신이 계약의 당사자로서 청약의 의사표시를 한 것으로 해석될 수 있다. 한편 의식불명이 된 남편을 위하여 부인이 진료를 요청한 경우에는 일상가사대리행위(민법 제827

21) 제959조의6(한정후견사무)에서 제947조(피성년후견인의 복리와 의사존중)가 준용된다.



조)에 해당되어 환자와 진료요청자가 연대책임을 부담하게 된다.

제3자의 진료요청행위가 위의 어떤 경우에 해당되는지는 진료요청행위에 나타난 의사표시해석의 문제로 사실관계를 통하여 확정되어야 한다. 이하에서는 먼저 제3자의 진료요청행위가 청약으로 해석되는 경우와 그렇지 않은 경우를 구별하여 검토한다.

## 1. 제3자의 진료요청행위가 청약으로 해석되는 경우

### 가. 진료요청행위가 대리행위로 해석되는 경우

대리행위처럼 법률행위자와 그 법률행위의 효과귀속자가 다를 수 있다. 진료계약에서 청약의 의사표시를 환자가 아닌 제3자가 한 경우, 그로 인한 법률효과를 진료요청자 자신에게 귀속시킬 의사로 한 것인지, 표의자가 아닌 환자에게 귀속시킬 의사로 한 것인지에 따라 제3자를 위한 계약이 되거나 또는 대리행위가 된다. 예컨대 사용자 또는 보험자가 고용계약을 체결하기 위하여 고용예정자의 건강상태를 검진하는 진료계약, 또는 생명보험의 가입을 위해 보험자가 지정하는 의사로부터 보험가입예정자의 건강진단을 위한 진료계약은 전형적인 제3자를 위한 계약이 된다.<sup>22)</sup> 진료요청자가 대리인으로 법률행위를 한 것으로 해석되면 그 법률행위의 효과는 본인에게 귀속됨이 원칙이다.

진료요청자가 환자 또는 부양의무자의 대리인으로 진료계약을 체결하는 것을 상정할 수 있다. 예컨대 진료요청자가 환자의 배우자인 경우에는 일상가사 대리권의 범위 내에서 대리제도를 통하여 환자와 의사 사이에 진료계약이 체결된 것으로 볼 수 있다.<sup>23)</sup> 그 이외에 대리권 없는 형제자매나 성인이 된 직계 혈족인 환자를 위해 진료를 요청하는 경우에도 환자의 대리인으로 진료계약을 체결한 것으로 볼 수 있다. 요양원에 입소해 있는 노인을 위해 요양원이 의사에

22) 『주석민법』, 채권각칙(5), 석희태 집필부분, 1999, 한국사법행정학회, 제256면.

23) 김민중, “의료계약의 당사자로서의 환자와 관련한 문제에 대한 검토”, 『의료법학』, 제10권 제2호, 2009, 제265면 이하; 加藤良夫 編著, 増田聖子 集필부분, 實務医事法講義, 民事法研究會, 2005, 제88면.

게 진료를 요청하는 경우에도 그 노인이 의사능력이 있고 요양원에게 수권이 있었다면 요양원의 진료요청행위는 대리행위가 된다. 또한 호텔의 손님이 호텔주인에게 의사를 불러달라고 한 부탁에 따라 의사에게 왕진을 요청하는 경우에도 진료계약의 대리행위가 성립될 수 있다.<sup>24)</sup>

유효한 대리행위가 되기 위해서는 타인을 위한 법률행위라는 표시, 즉 현명(顯名)이 있어야 하고 대리권이 있어야 한다. 진료요청자가 대리의 의사를 갖고 현명한 후 진료계약의 청약을 했더라도 대리권이 없다면 무권대리가 된다. 이 때 의사는 진료요청자에게 무권대리인으로서 계약의 이행책임 또는 손해배상책임을 물을 수 있게 된다(제135조 제1항). 그러나 현명이 없이 행위자가 자신의 이름으로 법률행위를 하는 경우에도 대리행위가 성립될 수 있다. 예컨대 호텔주인이 의식불명이 된 손님을 발견하여 현명없이 의사에게 손님의 치료를 위해 왕진을 요청한 경우에 호텔주인은 대리권 없는 대리인으로 무권대리행위를 한 것이 된다. 환자가 의식을 회복하여 진료계약을 추인하면 진료계약의 효력이 환자에게 인정된다. 그러나 환자가 진료계약을 추인하지 않았다면, 호텔주인이 의사에게 진료비를 지급해야 할 의무가 인정된다. 진료비를 지급했다면 손님(환자)에 대해서 호텔주인은 의무 없이 사무를 처리한 것이 되어 사무관리의 법리에 의하여 그 비용의 지급을 손님(환자)에게 청구할 수 있다.<sup>25)</sup>

(1) 제3자가 자기 이름으로 진료요청행위를 했을 때 대리행위의 성립여부  
대리행위로 법률효과가 인정되기 위해서는 본인을 위한 법률행위임을 밝히는 현명이 있어야 한다. 본인의 표시가 없이 스스로를 계약의 당사자로 표시한 경우에는 대리의 의사가 있었더라도 자신에게 법률효과가 귀속되어야 한다(민법 제115조 1문).<sup>26)</sup> 호텔주인이 투숙객의 부탁을 받고 그 손님의 진료를

24) Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl., (2010), § 39 Rn. 12.

25) Weimar, Arzt - Krankenhaus - Patient, 2. Aufl., 1976, S. 34.

26) 대리행위에서 현명의 의미와 내용에 대해서는 박찬주, “현명주의”, 『외법논집』, 제31집,

위해 의사의 왕진을 요청하는 사례에서도 현명을 하지 않았다면 대리의사가 부정되기 때문에 원칙적으로 호텔주인이 진료계약의 당사자가 될 것이다.<sup>27)</sup> 이 경우에는 제3자를 위한 계약이 성립된다.

대리의 의사가 있었는지의 여부는 기본적으로 현명 여부에 의하여 판단된다. 현명은 타인에게 법률효과를 귀속시키겠다는 의사를 명시적으로 나타낸 것이기 때문이다. 그러나 현명 없더라도 상대방이 대리인으로 한 것임을 알았거나 알 수 있었을 때에는 현명이 없더라도 대리행위로 인정된다(제115조 2문). 현명은 대리의사를 외부에 표시한 것을 의미하므로<sup>28)</sup> 상대방이 이와 같은 대리의사를 알았거나 알 수 있었을 때에는 현명이 있었던 것과 동일한 법률효과를 인정할 수 있다. 예컨대 환자를 위하여 진료를 요청하는 제3자가 명시적으로 환자를 위한 청약임을 명시하지 않은 경우에도 그 법률효과가 행위자 자신에게 귀속시키려는 의사는 없고 본인을 위한다는 대리의사가 있었고 이러한 사실을 상대방이 알았거나 알 수 있었음을 증명한 때에는 대리권의 존부와 관계없이 대리행위로서 법률행위가 인정된다. 진료요청자가 환자의 친구, 인척 또는 요양원인 경우, 또는 환자가 투숙하고 있는 호텔주인인 경우, 현명이 없더라도 법률행위의 규범적 해석의 원칙에 따라 진료요청자가 표시한 진료요청행위는 상대방인 의사의 시각에서 볼 때 스스로 법적인 채무를 부담하겠다는 의사가 있었다고 해석되기는 어렵다. 오히려 환자의 대리인으로 진료의 청약한 것으로 해석되어야 할 것이다.<sup>29)</sup> 민법 제115조 2문을 통해서 이와 같은 법리가 적용된다.

그런데 대리행위가 성립하더라도 그 법률효과가 본인에게 귀속되기 위해서

2008, 제551면 이하 참조.

27) Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, 4. Auflage (2010), § 39 Rn. 13; Weimar, Arzt - Krankenhaus - Patient, 2. Aufl., 1976, S. 33.

28) 곽윤직·김재형, 『민법총칙』, 박영사, 2013, 제353면 참조.

29) 이러한 방법은 보통 의사표시의 수령자 시각에서 계약의 의미를 확인하는 규범적 해석의 방법에 의한다. 그러나 계약의 객관적 해석과 양자의 구별이 어렵고 실익도 없다고 설명한다. 윤진수, “계약해석의 방법에 관한 국제적 동향과 한국법”, 『비교사법』, 제12권 4호, 2005, 제53면.

는 대리권이 있어야 한다. 대리행위로 인정된다는 것은 대리행위로 성립되었음을 의미할 뿐이며, 대리행위로 유효하다는 것까지 의미하는 것은 아니기 때문이다. 즉 유효한 대리행위로 본인에게 대리행위의 효과가 발생하기 위해서는 현명 이외에도<sup>30)</sup> 대리권이 있어야 한다. 그리고 대리권의 범위내에서 대리행위가 이루어졌을 때 대리행위의 효과가 본인에게 귀속된다. 현명의 존부는 대리행위의 성립여부를 판단하는 것이며, 성립요건이 구비되었다고 바로 그 효과가 본인에게 발생하는 것은 아니기 때문이다. 그 대리권은 보통 본인의 수권행위가 있거나 또는 법률의 규정에 의해야 한다. 대리권 없이 대리행위를 했다면 그것은 무권대리행위가 될 뿐이다. 따라서 대리권이 없고 현명이 없더라도 상대방이 대리인으로서 한 것임을 알았거나 알 수 있었을 때에는<sup>31)</sup> 대리행위로써의 효과는 인정된다.

(2) 대리권한의 존재는 대리행위의 성립요건이 아니다.

대리행위가 성립되는 경우에도 그 대리행위가 본인에게 효과가 귀속되기 위해서는 대리권한이 존재해야 하므로 대리인을 통하여 체결한 진료계약의 효과가 본인에게 귀속되기 위해서는 본인의 수권 또는 법률의 규정에 의하여 대리권한이 있어야 한다. 그런데 환자가 의사무능력자인 경우에는 환자에 의한 수권행위가 불가능하기 때문에 상대방인 의사가 환자를 진료계약의 당사자로 생각했다라도 대리권이 없이 행한 무권대리행위에 해당되므로 그 효과가 의사무능력자인 환자에게 귀속되지 않는다.<sup>32)</sup> 다만 대리행위자인 진료요청자는

30) 이에는 현명이 없었더라도 상대방이 대리인으로서 행위함을 알았거나 알 수 있었을 때에도 현명이 있었던 것으로 다루어진다. 민법 제115조 단서 참조.

31) 이때에도 묵시적 현명이 있었던 것으로 해석되어서는 안 된다. 상대방이 현명 아닌 다른 사정을 통하여 대리인으로 행위함을 알았거나 알 수 있었을 경우도 묵시적 현명으로 의제할 수 없기 때문이다. 이영준, 『민법총칙』, 박영사, 2003, 제500면.

32) 피고 요양원에 진료계약의 체결에 대한 수권행위가 망인의 요양원 입소계약 시에 있을 수도 있을 것이다. 그러나 이때에도 망인의 대리인으로 보기는 어려울 것이다. 왜냐하면 망인은 피성년후견인이 아니며, 그 자녀의 경우에도 대리권이 있다고 볼 수 없기 때문이다. 오히려 망인을 위하여 요양원과 입소계약을 한 계약당사자로부터 권한을 부여받았을 수는 있다. 그러나 그와 같은 사실관계는 현출되지 않았다.

무권대리인으로 상대방에게 책임을 부담하게 된다(제135조 제1항).<sup>33)</sup>

법률의 규정에 의하여 대리권한이 있는 자라도 본인을 위한 행위가 반드시 대리행위만으로 이루어지는 것은 아니다. 현명을 하지 않아서 대리의사가 없었다면 대리행위가 성립하지 않기 때문이다. 예컨대 의사능력 없는 유아의 친권자가 법정대리인으로서 아이를 위한 진료계약을 체결하는 경우에도 그 유아를 당사자로 하는 진료계약을 친권자가 대리인으로 체결했다기 보다는 친권자인 부모가 자신을 당사자로 하여 진료계약을 체결했다고 해석되어야 할 것이다. 진료비용 및 보수의 지급의무를 본인이 직접 부담한다고 해석하는 것이 일반적이기 때문이다. 치매에 걸려 의사무능력자가 된 고령의 부모를 위해 부양 의무자를 대리하여 진료를 요청한 경우, 부양의무자는 자기 고유의 부양의무를 이행한 것으로 해석된다면 부양의무자가 체결한 진료계약은 대리행위가 아니라 자기 자신을 당사자로 하는 계약을 체결한 것이다.

## 나. 제3자를 위한 계약으로 해석되는 경우

진료요청자가 자신을 계약의 당사자로 하여 청약의 의사표시를 한 것이라면 이는 제3자를 위한 계약이 된다. 진료계약은 의사와 진료요청자를 당사자로 하고, 진료대상자를 수익자로 하는 제3자를 위한 계약이 된다.<sup>34)</sup>

(1) 제3자의 진료요청행위가 진료대상자를 위한 청약에 해당되는지의 판단  
진료요청자가 현명을 하지 않았다면 진료청약이 대리행위인지 아니면 자신을 당사자로 하는 제3자를 위한 계약인지 구별하는 것이 쉽지 않다. 보통 행위자가 명백히 제3자의 이름으로 계약을 체결한 경우에는 대리행위가 된다. 그러나 현명없이 행위자의 이름만으로 법률행위를 했다면 그 법률효과는 자신에게 귀속되어야 한다. 상대방은 행위자를 계약의 당사자로 인식했을 것이며 이

33) 또한 진료대상자에게 표현대리책임도 성립하지 않는다.

34) 河上正二, 診療契約と醫療事故, 法學教室 167號, 有斐閣, 1994. 08, 제65면.

와 같은 상대방의 인식은 보호되어야 하기 때문이다. 이 때 그 계약에 따른 상대방의 급부가 제3자에게 행하여져도 행위자가 계약의 당사자가 됨에는 영향을 주지 않는다.<sup>35)</sup> 그러나 예외적으로 현명 없이 행위자의 이름만으로 계약을 체결했다라도 본인에게 대리 의사가 있었고, 또 상대방이 대리인으로 계약함을 알았거나 알 수 있었다면 대리행위가 될 수 있다(민법 제115조 단서).<sup>36)</sup> 대리행위가 성립되더라도 그 효력이 본인에게 귀속되기 위해서는 수권행위 또는 법률의 규정에 의하여 대리권이 있어야 한다. 즉 대리행위의 본인에게 효과귀속을 위해서는 대리권이 있어야 한다. 그러나 대리행위의 성립을 위해서는 대리의사가 요구된다. 대리의사의 존부는 현명의 여부에 의해서 강하게 추정받게 되지만, 현명이 없더라도 대리행위가 부정되는 것은 아니기 때문이다. 행위자의 의사의 해석에 따라 현명이 없는 법률행위에서 행위자에게 대리의사가 인정되고 상대방이 행위자의 대리의사를 알았거나 알 수 있었다면 대리행위로 성립되지만, 대리의사가 부정되면 자신이 법률행위의 당사자가 되는 제3자를 위한 계약이 될 것이다. 그리고 이와 같은 경우에는 대리법의 범리가 먼저 검토되어야 할 것이다.<sup>37)</sup> 호텔주인이 투숙객을 위하여 의사에게 진료를 요청할 때 투숙객인 본인의 이름을 현명하지 않았음을 이유로 언제나 호텔주인이 계약의 당사자가 되는 것으로 해석되어서는 안된다. 이는 청약인 진료요청행위의 해석의 문제로 행위의 정황 등을 고려하여 대리의사의 존재여부가 판단되어야 할 것이지만 통상 호텔투숙객을 위한 호텔주인의 진료요청행위는 누군가의 대리행위로 보는 것이 더 자연스럽다는 점은 앞에서 살펴본 바와 같다.

또한 의사무능력자인 부모를 요양원에 입소시키는 계약<sup>38)</sup>을 체결할 때, 그

35) 『민법주해』, 송덕수 집필, 제539조, 제134면에서는 타인의 이름으로 활동할 의사를 외부에 드러냈는지의 여부에 따라 대리행위의 인정여부가 판단되어야 한다고 설명한다. 그러나 대리의사를 외부에 드러내지 않아도 상대방이 행위자에게 대리의사가 있음을 알았거나 알 수 있었다면 대리행위가 성립하므로 대리의사 있음을 외부에 드러냈는지와 관계없이 대리행위가 성립될 수 있게 된다.

36) 앞에서 설명한 것처럼 대리행위가 될 수 있다는 의미는 유권대리인지 무권대리인지의 판단에 앞서 대리행위로 성립된다는 의미를 갖는다.

37) Laufs/Katzenmeier/Lipp, *Arztrecht*, 6. Aufl., 2009, Rn. 11.

계약내용에 요양원 입소자인 부모(피부양자)를 위해 진료가 필요한 경우에 요양원은 의사에게 진료계약을 청약하고 입원사무를 처리할 수 있도록 수권하는 경우가 보통이다. 이 때 요양원이 의사무능력자인 입소노인을 위하여 체결한 진료계약은 그 노인의 부양의무자<sup>39)</sup>를 당사자로 하여 체결된 것이다. 따라서 이 때 진료계약의 법률효과는 진료계약의 당사자인 부양의무자와 의사에게 발생하며 되며 그 계약은 제3자를 위한 계약이 될 것이다. 즉 진료요양원의 진료요청행위는 본인인 부양의무자가 당사자가 되는 제3자를 위한 계약을 위해 부양의무자의 대리인인 요양원의 청약행위가 된다. 다시 말하면 부양의무자는 요양원을 대리인으로 하여 의사무능력자인 부모를 급부수령권자로 하는 제3자를 위한 계약을 체결한 것이다. 특히 부양청구권자가 의사무능력자이면서 법정대리인도 없다면 유효하게 부양청구를 할 수 없다. 이때에는 검사 또는 지방자치단체의 장 등 일정한 자의 청구에 의하여 성년후견개시심판을 받고(민법 제9조), 그 성년후견인이 부양의 방법과 내용을 법원에 청구할 수 있을 것이다.<sup>40)</sup> 환자가 의사무능력자이며 자기의 자력 또는 근로에 의해 생활을 유지할 수 없는 없다면 부양의무자는 이와 같은 피부양자의 질병을 치료해 주어야 할 의무가 있다.<sup>41)</sup> 직계혈족간에는 서로 부양의무가 있으므로(민법 제974조

38) 진료계약에 앞서 성립한 요양원 입소계약은 요양원과 부양의무자가 부양청구권자인 입소노인을 위한 계약(제3자를 위한 계약)이 된다.

39) 이 자는 동시에 요양원 입소계약의 당사자이다.

40) 박인환, “새로운 성년후견제도에 있어서 신상보호”, 『가족법연구』, 제25권 2호, 2012, 제156면 각주 16)에서는 정신능력이 결여되어 있거나 후견선고를 받지 않은 사람들의 보호의 필요성이 인정되지만, 민법상의 후견제도를 통한 후견선고에 의해 해소될 성질의 문제로 독자적인 문제설정이 필요없다고 한다. 그러나 이와는 달리, 현소해, “의료행위 동의권자의 결정”, 『홍익법학』, 제13권 제2호, 2012, 제202면에서는 후견인이 없는 요보호성년의 보호를 위해 의료행위의 동의권 대행자를 법률에 규정하는 성년후견대체제도의 마련이 필요하다는 견해도 있다.

41) 다만 부양의 정도와 내용은 부양의무자와 청구권자의 합의에 의하여 정하고 합의가 없으면 당사자의 청구에 의하여 법원이 정하도록 되어 있다(민법 제977조). 따라서 아직 부양의 내용이 확정되어 있지 않은 상태에서 부양의무의 내용이 될 것을 예상되는 진료계약의 청약을 대리하는 것이 가능한지에 대해서는 논의의 여지가 있다. 그러나 통상적으로 질병의 치료를 위한 진료계약의 체결은 당연히 부양의무에 포함되어야 하므로 이에 대한 대리행위가 불가능한 것은 아니라고 생각된다.

제1호), 미성년자녀에 대해서 부모가 부담하는 1차적 부양의무뿐만 아니라, 성년자녀는 자력이 없는 부모에 대하여 부담하는 소위 2차적 부양의무도 인정된다. 부양의무는 자기의 자력 또는 근로에 의해 생활을 유지할 수 없는 경우에 인정된다(민법 제975조). 부양의무는 부양비용지급의무가 보통이나, 병원에서 적절하게 치료를 받도록 진료계약을 체결하고 그 비용을 부담하는 형태도 나타날 수 있다. 이와 같은 부양의무의 일환으로서 피부양자를 위하여 대리인인 제3자의 대리행위를 통하여 부양의무자에게 그 법률효과를 귀속시키는 진료계약을 체결할 수도 있는 것이다.<sup>42)</sup>

(2) 통상적으로 어떠한 자를 구조하여 진료를 요청한 경우 의사와 진료요청자 사이에 제3자를 위한 계약관계가 성립되고, 구조자를 알 수 없는 경우에만 의사와 환자 사이에 사무관리가 된다고 설명하기도 한다. 그러나 이러한 접근 방법은 타당하지 못하다. 아무런 관계가 없는 사람을 위하여 선한 사마리아인으로서의 의무를 지키기 위해 진료를 요청한 자에게 진료계약의 당사자로 보고 진료비지급의무라는 법적인 채무까지 부담시키는 것은 결론에 있어서 타당하지 못하다. 나아가 진료계약의 상대방인 의사도 이와 같은 진료요청자가 진료비채무를 부담할 것이라고 인식했다고 볼 수 없을 것이다. 오히려 이와 같은 진료요청자는 진료계약의 당사자가 아니라고 해석되어야 할 것이다. 예외적으로 진료요청자를 명시적으로 계약의 당사자로 한다는 명시적 의사표시가 있었거나 또는 진료요청자와 환자와의 특별한 관계가 있는 등 진료요청자를 계약의 당사자로 볼 수 있는 특수한 사정이 인정될 때에만 제3자를 위한 계약이 성립되는 것으로 보는 것이 합리적이다. 예컨대 부양의무는 없는 친족, 지인, 친구 등이 진료를 요청한 경우에는 그러한 진료요청자의 의사표시로부터 당해 환자를 위하여 진료요청자가 계약당사자가 되어 진료비지급등의 법적 책임까지 부담하겠다는 의사를 도출해 낼 수 있고 상대방의 시각에서도 그와 같은 의

42) 의사무능력자인 피부양자(환자)는 스스로 유효한 수권행위를 할 수 없으므로 이러한 환자를 본인으로 하는 대리행위의 효과가 본인에게 인정되지는 않는다.



사가 있다고 파악될 수 있을 때에만 제3자의 진료요청행위가 자신을 당사자로 하는 진료계약의 청약의 의사표시로 해석될 수 있을 것이다.<sup>43)</sup>

사건/사고의 가해자가 피해자를 위하여 의사에게 진료행위를 요청한 경우 제3자를 위한 계약이 되어 진료요청자가 계약의 당사자로 해석될 수 있다.<sup>44)</sup> 주의해야 할 점은 가해자가 의사에게 제3자인 환자를 위하여 진료비의 지급을 명시했더라도 이 의사표시가 언제나 계약당사자가 되겠다는 것으로 해석되는 것은 아니라는 점이다. 오히려 사고의 가해자가 진료비지급을 명시한 것은 치료비채무에 대해서 연대보증의 의사를 표시한 것으로 보아야 한다는 견해가 있다.<sup>45)</sup> 생각건대 진료계약의 당사자를 가해자로 보게 되면 의사는 환자에 대해서 직접 진료비지급청구를 할 수 없고 오로지 가해자에 대해서만 청구해야 한다. 환자 또는 그 부양의무자는 가해자가 진료를 요청하지 않았더라도 진료를 요청했었을 것이라는 점에서 진료계약의 당사자는 환자 또는 부양의무자이며 가해자인 진료요청자는 진료행위로 인하여 발생하는 비용에 대해서 연대보증의 의사를 표시한 것으로 보는 것이 보다 합리적인 진료요청자의 의사해석이라고 보인다.

(3) 진료행위는 진료요청자가 아닌 제3자에게 이루어진다는 점에서 제3자를 위한 계약으로 보았다. 그러나 좀 더 자세히 검토해 보면 제3자인 환자가 수익의 의사표시가 불가능한 경우가 있다. 예컨대 환자가 의사무능력자이어서 처음부터 유효한 수익의 의사표시를 할 수 없거나, 진료행위 당시에는 의식불명이어서 수익의 의사표시 없이 진료행위가 진행되는 경우가 여기에 해당된다. 수익의 의사표시를 전제로 하지 않고서도 계약의 당사자는 제3자에게 급

43) 筋立明/中井美雄, 醫療過誤法入門, 靑林書院, 1979, 제58면. 이러한 견해의 소개에 대해서는 『주석민법』, 채권각칙(5), 석희태 집필부분, 제259면 참조.

44) 中川善之助/兼子一 監修, 定塚孝司 執筆, 實務法律大系, 5: 醫療過誤·國家賠償, 靑林書院, 1979, 제52면.

45) 『주석민법』, 채권각칙(5), 석희태 집필부분, 제262면. 菅野耕毅, 醫療契約法の理論, 信山社, 1997, 제102면.

부를 수령하게 하도록 할 수 있다. 이와 같은 제3자를 위한 계약은 제3자의 수익의 의사표시가 없다는 점에서 부진정한 제3자를 위한 계약이라고 한다. 제3자가 수익의 의사표시를 하게 되면 단순히 채무자의 급부를 수령할 소극적 지위에서 벗어나 직접적으로 요약자에 대해서 급부청구권을 취득하게 된다. 통상적으로 부진정 제3자를 위한 계약에는 제3자를 위한 계약의 법리가 적용되지 않는다고 해석된다.<sup>46)</sup> 진료비지급의무와 관련해서는 환자를 급부의 수령자로 하는 진료계약을 진료요청자와 의사가 당사자로 계약을 체결한 것이 진정한 제3자를 위한 계약인지, 부진정한 제3자를 위한 계약인지는 중요하지 않다. 진료계약상의 채무는 모두 진료요청자에게 인정되기 때문이다. 나아가 의사의 진료행위가 진료계약상의 채무이행이 아니라 사무관리가 되는 경우에도 의사의 진료비청구와 관련해서는 환자가 의식불명의 상태에서 사망하면 부진정 제3자를 위한 계약이 되고, 의식을 회복하여 그 때까지의 의료행위를 추인하면 사무관리를 추인한 것으로 해석하기도 한다.<sup>47)</sup>

이와 관련하여 대법원의 한 판결례<sup>48)</sup>는 파출소 안에서 몸에 신나를 붓고 분신하여 전신화상을 입은 사람을 위하여 경찰관이 보건의료기관에게 긴급구호요청을 하고, 보건의료기관이 이에 따라 치료행위를 한 사건에서, 진료요청자인 국가와 보건의료기관 사이에 국가가 그 치료행위를 보건의료기관에 위탁하고 보건의료기관이 이를 승낙하는 내용의 치료위임계약이 체결된 것으로는 보았던 원심을 파기환송하였다. 원심법원은 국가가 국민의 자유와 권리의 보호를 위하여 적법한 직무범위내에서 적당한 조치를 취할 수 있는데, 피해자를 보건의료기관으로 하여금 치료하도록 하는데 당사자로서 치료계약을 체결한 것으로 보았다. 그러나 대법원은 ‘응급의 구호를 요하는 자의 치료가 국가의 사무라거나 국가가 응급의 구호를 요하는 자에 대하여 응급의 구호에 필요한 치료

46) 송덕수, 『채권각론』, 박영사, 2014, 제92면 참조.

47) 김민중, “의료계약의 당사자로서의 환자와 관련한 문제에 대한 검토”, 『의료법학』, 제10권 제2호, 2009, 제267면.

48) 대법원 1994.02.22. 선고 93다4472 판결.

의 의무를 부담한다는 규정을 두고 있지 아니'함을 이유로 국가와 보건의료기관 사이에 치료위임계약이 성립하지 않았다고 판단한 것이다.<sup>49)</sup> 이 대법원 판결과 같이 국가가 치료계약의 당사자가 아니므로 환자의 치료과정에서 발생한 치료비지급의무가 부정되면 의료기관에 발생한 치료비용 등은 치료대상자가 부담하거나 경우에 따라서는 부양의무자가 부담해야 하는데, 이 때 적용되는 법리는 사무관리가 될 것이다.

(4) 제3자를 위한 계약이 인정되더라도 수익자를 누구로 볼 것인가가 문제된다. 통상적으로는 환자가 수익자가 될 것이다. 그런데 환자가 의사무능력자이거나 의식불명으로 의사표시를 할 수 없는 경우에는 수익의 의사표시가 필요 없이 급부의 수령권한이 인정되는 부진정한 제3자를 위한 계약으로 해석된다. 환자가 미성년자이거나, 자력이 없는 노인인어서 부양의무자가 있는 경우는 예외적으로 급부수령자는 환자가 아니라 그의 부양의무자라고 해석될 수도 있다. 환자의 부양의무자가 부담하는 의무, 즉 피부양자가 의료적 처치를 받도록 해야 할 의무의 이행을 진료요청자가 대행해 준 것이기 때문이다.<sup>50)</sup> 즉 환자의 부양의무자를 위하여 진료요청자가 의사와 계약을 체결한 것으로 해석되는 것도 가능하다. 진료요청자가 진료비채무를 부담하는 결과 부양의무자는 피부양자를 위하여 지출해야 할 진료비채무를 부담하지 않게 된다는 점에서 이익을 얻게 된다. 이처럼 부양의무자를 위하여 진료요청자와 의사 사이에 제3자를 위한 계약이 성립하게 되는데, 피부양자에게 치료행위가 개시되었음을 확인하고 의사에게 이를 승인하는 것이 수익의 의사표시가 된다.

생각건대 하나의 제3자를 위한 계약에서 양적으로 분할됨이 없이 중첩적으로 법률적 효과가 두 사람에게 귀속되는 것은 인정될 수 없다. 제3자를 위한 진

49) 독일의 판결에서는 소방서가 기차의 기관차에서 인화된 불꽃으로 인하여 발생한 불을 진화한 경우 소방서는 철도회사에 대하여 비용상환청구를 인정하기도 한다. BGHZ 40, 28; 63, 167 참조.

50) 같은 취지로는 『민법주해』, 최병조 집필부분, 제734조, 제12면 이하.

료계약이 성립되었을 때, 수익자는 환자가 되거나 부양의무자가 되어야 하는 것이지, 환자와 부양의무자 두 사람을 수익자로 하는 제3자를 위한 계약이 성립되지 못함을 의미한다. 누가 급부수령자인지는 의사와 진료요청자의 의사 해석을 통하여 정해진다.<sup>51)</sup> 일반적으로는 진료요청자가 수익자를 지정함이 없이 부양의무자가 있는 환자의 진료를 요청한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 환자가 수익자로 해석된다. 부양의무자는 그와 같은 진료계약을 통하여 이익은 반사적 이익을 얻는 효과를 받게 됨에 불과한 것이다.

## 2. 진료요청행위가 청약으로 인정되지 않는 경우

가. 의사무능력자인 환자의 진료요청행위가 청약의 의사표시로 인정되는지의 여부와 관계없이 진료요청행위와 의사의 진료행위가 있으면 의사와 환자 사이에 사실적 계약관계(faktisches Vertragsverhältniss)가 성립하는 것으로 보는 견해도 있다.<sup>52)</sup> 사무관리란 관리자가 의무 없이 타인의 사무를 처리한 경우(민법 제734조 제1항)에만 인정되는데, 의사에게는 공법상의 진료거부 금지의무(의료법 제15조)<sup>53)</sup>가 있으므로 사무관리는 처음부터 성립할 수 없다는 점을 근거로 한다. 그러나 이와 같은 견해는 다음과 같은 점을 이유로 비판을 받는다; 사무관리법은 의무 없이 사무관리를 통하여 지출한 비용을 보전해 줄 것인지의 여부를 처리하기 위한 것이므로 의무의 존부를 판단할 때에는 사무관리로 인한 비용의 상황을 인정할 것인지의 여부에 따라서 판단된다. 의사에게 환자를 치료해야 할 공법적인 의무가 인정되더라도 진료비용의 상황을 인정해야 할 필요성이 크다고 할 때 사무관리의 성립이 배제되는 것은 아니

51) 김중환·김학동, 『채권각론』, 박영사, 2006, 제97면; 송덕수, 『채권각론』, 박영사, 2014, 제96면.

52) 『주석민법』, 채권각칙(5), 석희태 집필부분, 제262면. Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht: Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinprodukterecht und Transfusionsrecht, 6. Aufl., 2007. Rn. 62 f.

53) 의료법 제15조(진료거부 금지 등) ① 의료인은 진료나 조산 요청을 받으면 정당한 사유 없이 거부하지 못한다. ② 의료인은 응급환자에게 「응급의료에 관한 법률」에서 정하는 바에 따라 최선의 처치를 하여야 한다.

다.<sup>54)</sup> 또한 사실적 계약관계론을 인정하는 경우에는 의사표시에 의하지 않고서도 계약이 성립할 수 있다고 하기 때문에 종래의 법률행위론의 기본적인 틀의 재정립을 요구하는 것이 되어 긍정적인 효과보다는 부정적인 효과가 더 크다. 요컨대 의사무능력자 또는 의식불명의 환자를 진료하는 것은 법률상 의무 없이 진료행위를 한 것이어서 사무관리의 법리가 적용되어야 하며, 환자의 진료를 인수했다는 것만으로는 환자를 당사자로 하는 진료계약이 성립되는 것은 아니다.<sup>55)</sup> 제3자가 진료를 요청했더라도 특별한 사정이 없는 한 진료계약의 당사자가 되겠다는 의사가 인정되지 않을 것이기 때문이다.

결국 진료요청행위가 청약으로 해석되지 않으면 의사의 의료행위는 사무관리의 법리에 따라 의무 없이 개시된 것으로 보아야 한다. 제3자의 진료요청행위가 있었다라도 이 진료요청행위는 의사에 대해서 진료요청자가 어떤 법률적 의무를 부담하지 않음을 전제로 한 사실행위에 해당되는 것이 일반적이다. 의사의 진료행위는 계약상 의무 없이 타인의 사무를 처리하는 것이 되어 진료비 등은 사무관리의 법리(민법 제734조 이하)에 의하여 본인에 해당되는 자에게 청구할 수 있다.<sup>56)</sup>

나. 사무관리가 성립하는 경우 누구의 사무를 처리한 것이 되는지를 검토해야 한다. 사무관리에 필요한 비용청구의 상대방을 확인해야 하기 때문이다. 먼저 환자인 환자의 사무를 의무 없이 관리하는 것이 되어 환자가 사무관리에서의 본인이라고 본다. 그러나 환자에게 법정대리인이 있는 경우 그 법정대리인

54) 『민법주해』, 최병조 집필부분, 제734조, 제44면.

55) Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, 4. Auflage (2010), § 39 Rn. 11; Quaas/Zuck, Medizinrecht, 3. Aufl. 2014, § 14 Rn. 20.

56) Quaas/Zuck, Medizinrecht, 3. Aufl. 2014, § 14 Rn.21; Dirk Looschelders, Schuldrecht. Besonderer Teil, 5. Aufl. 2010, Rn. 614; Jauernig Kommentar zum BGB, 15. Aufl., 2014 § 630a, Rn. 1; Steffen/Pauge, Arzthaftungsrecht, 10. Aufl., 2006, RdNr 63; Laufs, Arztrecht, 5. Aufl 1993, Rn. 124; E M Schmid, Die Passivlegitimation im Arzthaftpflichtprozess, 1988, S. 65. 前田達明, 醫療契約について, 京都大學法學部創立百周年記念論文集 . 第3卷: 民事法 (1999.02), (有斐閣), 제83면.

의 사무, 즉 피성년후견인 또는 미성년자를 위하여 진료를 요청해야 할 사무를 처리하는 것이 된다. 환자가 의사사무능력자이고 법정대리인이 없이 부양의무자만 있는 경우에는 그 부양의무자의 사무를 처리하는 것으로 해석될 수 있다. 이와 같이 사무관리가 성립하는 경우에 부양의무자인 친권자의 사무를 대신하여 처리하는 것이 될 수 있다. 앞서 본 것처럼 성년자녀와 부모 사이에도 부양의무(2차적 부양의무)가 인정되기 때문이다.<sup>57)</sup> 특히 경제적 자력을 상실한 부모 쌍방이 모두 부양이 필요한 경우에는 성년의 자녀는 부모에 대한 부양의무를 부담한다. 독일 연방대법원 판결례<sup>58)</sup>와 독일민법 1618a조<sup>59)</sup>에 따르면 성년인 자녀가 수년간 의사사무능력자인 부모와 연락을 하고 있지 않더라도 부모가 양로원에 입원하여 발생한 비용에 대해서 자녀가 이를 부담해야 할 의무가 있다고 판단한다. 요컨대 병원에서 적절한 치료를 받을 수 있도록 해야 할 의무는 부양의무의 범위에 포함된다. 성년인 자녀는 의사사무능력자인 모친에 대한 부양의무를 부담한다.

다. 환자에게 법정대리인 또는 부양의무자가 있을 때 의사는 환자 이외에도 그의 부양의무자에 대해서도 진료행위라는 사무관리 과정에서 발생한 비용을 상환청구할 수 있는지를 검토한다. 이것이 가능하기 위해서는 하나의 사무관리행위가 중첩적으로 2인 이상에 대해서도 성립할 수 있어야 한다. 생각해 보건데 사무관리에서 본인을 위한다는 의사를 구체적으로 특정할 필요는 없으며, 추상적으로 관리자 자신의 사무가 아닌 타인의 사무를 처리한 것으로 볼 수 있으면, 사무관리를 인정할 수 있다.<sup>60)</sup> 예컨대 요양원이 입소환자를 위하여 진료를 청구하고 진료비용을 지급한 경우에 입소환자에게 부양의무자가 있다면 요양원은 그 부양의무자에 대해서도 사무관리가 성립할 수 있다. 부양의무

57) 대법원 2012.12.27. 선고 2011다96932: 김상용, 『친족·상속법』, 법문사, 2013, 제528면.

58) BGB. BGH, NJW 2014, 1177(BGH, 12.02.2014-XII ZB 607/12)

59) § 1618a [Pflicht zu Beistand und Rücksicht] 'Eltern und Kinder sind einander Beistand und Rücksicht schuldig' 부모와 자녀는 서로 협조하고 배려해야 할 의무가 있다.

60) 『민법주해』, 최병조 집필, 제734조, 제54면, 제13면.

자의 부양의무는 주로 부양비용의 지급형태로 나타나지만 신체적 부양의무가 배제되는 것은 아니기 때문이다. 피부양자가 질병과 사고로 인한 신체의 침해로부터 안전하게 생존하고 회복하도록 해야 할 의무가 있으므로 의료기관에서 의료행위를 받을 수 있도록 해야 할 의무도 부양의무에 포섭될 수 있다.<sup>61)</sup>

그 이외에 사무관리가 성립한 경우에도 (환자의 부양의무자에 대해서) 부당이득의 청구가 인정되는지의 여부에 대해서도 논의가 있다.<sup>62)</sup> 예컨대 甲이 乙에게 어떠한 사무의 처리를 위임하였는데 丙이 그 사무를 처리한 경우, 丙은 누구의 사무를 처리한 것인가가 문제될 수 있다. 예컨대 환자의 부양의무자는 신체적 부양의무의 내용인 진료요청이라는 사무처리를 해야 하는데, 제3자가 진료요청을 하여 의사가 진료행위를 한 경우에 진료요청자는 누구를 위하여 사무관리를 한 것인가가 검토되어야 한다. 이 경우에는 관리자가 누구를 위하여 하였는지에 따라 달라져야 할 것이며, 단순히 타인을 위하여 사무를 관리한 경우에는 사무의 궁극적 귀속주체가 누가 될 것인가가 중요하다.

생각건대 첫째, 사무관리가 항상 비용상환책임과 연결될 필요는 없다는 점, 둘째, 사무관리는 권리와 의무 모두를 고려하는 법률관계형성이라는 점, 셋째, 환자가 성년인 의사무능력자인 경우에도 항상 부양의무자가 있다고 볼 수도 없다는 점 등을 고려하면, 특별한 사정이 없는 한 의사는 의사무능력자를 위하여 사무관리를 한 것으로 해석되어야 한다. 한편 미성년자가 의식불명상태에서 제3자에 의하여 진료가 요청되었다면 부모에 대한 사무관리가 인정될 수 있다.<sup>63)</sup> 진료요청자인 제3자가 의사에게 진료비용을 지급했다면 그는 환자에게

61) 『민법주해』, 최병조 집필, 제734조, 제13면.

62) 『민법주해』, 최병조 집필, 부당이득전문, 제5면에서는 사무관리가 성립되면 부당이득관계가 원칙적으로 배제된다고 한다. 『주석민법』, 채권각칙(5), 강현중 집필, 사무관리 총설, 제299면에서는 사무관리가 유리하므로 부당이득과의 경합을 인정할 실익이 거의 없다고 하여 조금 달리 설명하고 있다.

63) 독일의 한 판결에서도 사무관리로 해결하였다. BGHZ 55, 128 = BGH NJW 1971, 609. 18세 소년 X는 유효한 항공권을 가지고 뮌헨발 함부르크행 비행기에 탑승하였다. 그런데 함부르크에서 내리지 않고 기내에 머물다가, 항공권이 없는 상태에서 동일비행기가 뉴욕으로 가 버렸다. 미국에서 입국이 거부되자, 항공사(루프트한자)는 소년을 독일로 다시 이송한 사건에서 미국에서 독일로 데려온 비용은 사무관리로 판단했다.

사무관리를 이유로 진료비용의 청구가 가능할 것이다. 사무관리의 성립을 위해서 반드시 본인에게 의사능력이 있을 필요가 없기 때문에 환자가 의사능력자인 경우에도 사무관리가 성립된다.<sup>64)</sup> 의사표시를 해석을 통해서도 특정된 누구를 위한 귀속으로 볼 수 없는 경우에는 일차적으로는 환자를 그리고 이차적으로는 그의 부양의무자에 대하여 사무관리가 인정될 수 있다.<sup>65)</sup> 이 경우, 양자는 관리자의 비용상환청구권에 대해서 부진정연대채무 관계로 설명해야 한다.

라. 진료요청자와 환자와의 관계에서 진료요청자에게는 환자의 사무를 처리한다는 사무관리의사가 없으므로 사무관리의 법리가 적용될 수 없고 따라서 진료요청자는 진료비를 지급할 의무가 없다고 설명되기도 한다.<sup>66)</sup> 그러나 진료요청자와 환자와의 사무관리가 성립한다고 해도 진료요청자는 의사에 대해서 비용지급의무가 없어 비용을 지급할 필요가 없으므로 진료요청자의 병원에 대한 비용지급의무를 부정하기 위해서 진료요청자와 환자와의 사무관리가 부정되어야 하는 것은 아니다.

마. 진료요청자의 진료요청이 환자와의 관계에서 사무처리로 볼 수 있는지 검토해 볼 때, 일반적으로 제3자가 호의로 환자를 위해 진료요청을 했을 때, 진료요청의 의미는 환자의 의료계약에는 관여할 의사, 즉 환자를 위하여 사무관리의 의사가 없는 것으로 해석되어야 하므로 사무관리 자체가 배제된다고 보는 견해가 있다.<sup>67)</sup> 그러나 사무관리의사의 존부도 법률행위의 해석에 입각하여 판단되어야 한다. 즉 규범적으로 관리의사, 즉 환자의 의료계약에 관여할 의

64) 『주석민법』, 채권각칙(5), 강현중 집필, 제734조 제336면. 의식불명의 환자나 사고의 피해자를 의사가 치료한 경우에 환자의 사무라고 보는 견해도 같은 취지로 이해된다. 『민법주해』, 최병조 집필, 734조 제13면.

65) 같은 취지로는 『민법주해』, 최병조 집필, 사무관리 전문, 제4면.

66) 『민법주해』, 최병조 집필, 사무관리 전문, 제4면.

67) 『민법주해』, 최병조 집필, 사무관리 전문, 제4면.



사가 있는 것으로 인식되었다면, 그와 같은 사무관리의사가 인정될 수 있다. 예컨대 진료요청자가 단순히 호의로 진료요청이 아니라 요양원 입소자를 관리하고 있던 요양원이었다면 요양원 입소자를 위해 진료를 요청하는 행위는 사무관리가 되거나 또는 이와 같은 경우를 예정하여 요양원 입원계약에 약정이 있다면 그에 따른 채무이행이 될 것이다.

바. 사무관리에 의하여 환자 측은 비용을 상환해야 한다. 그 이외에 관리행위에 대한 보수를 청구할 수 없는 것이 원칙이다. 따라서 의료행위에 대한 지출 비용을 배상하지 못한다고 본다. 그러나 사무관리행위가 자신의 직업이나 영업에 속하는 경우에는 예외적으로 사무관리의 법리에 의할 때에도 통상적인 보수도 반환되어야 할 비용에 포함된다고 해석하는 것이 독일의 판례<sup>68)</sup>와 다수설이다<sup>69)</sup>. 이 예외의 논거로 후견인의 직업적 영업적 노무에 속하는 비용을 부담하도록 한 독일민법 제1385조 제4항의 규정을 유추적용한다고 하거나,<sup>70)</sup> 위임인과 수임인으로 위임계약을 체결했었다면 대가를 지급하기로 했었을 것이라는 당사자의 추정적 의사를 기초로 삼는 견해도 있다.<sup>71)</sup>

우리 판례에서도 의료인과 같은 직업상 전문가가 노무를 제공한 경우 그 노무자체가 재산을 구성하는 것으로 보아 진료행위 자체가 재산을 지출한 것과 같이 본다.<sup>72)</sup> 학설도 대체로 이와 같은 입장을 지지하고 있다.<sup>73)</sup>

68) BGHZ 55, 128 = NJW 1971, 609, 612; 65, 384, 390 = NJW 1976, 748; 69, 34 = NJW 1977, 1446; 143, 9, 16 = NJW 2000, 422; BGH LM § 675 Nr. 47 = NJW 1973, 2101, 2102; BGH NJW-RR 1989, 970; 1992, 1435; 2005, 639, 641; 2005, 1426, 1428; NJW 1993, 3196; WM 1972, 616, 618; 2000, 973.

69) 대표적으로는 MüKoBGB/Seiler BGB § 683, 6. Auf., 2012, Rn. 24f.

70) Staudinger-Bergmann, BGB § 683 Rn. 58; Bamberger/Roth/Gehrlein § 683 Rn. 4; Jauernig/Mansel § 683 Rn. 6; Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, 4. Auflage (2010), § 39 Rn. 14.

71) Köhler, "Arbeitsleistungen als „Aufwendungen?“, JZ 1985, 359, 362.

72) 대법원 2010.1.14. 선고 2007다55477 '직업 또는 영업에 의하여 유상으로 타인을 위하여 일하는 사람이 향후 계약이 체결될 것을 예정하여 그 직업 또는 영업의 범위 내에서 타인을 위한 행위를 하였으나 그 후 계약이 체결되지 아니함에 따라 타인을 위한 사무를 관리한 것으로 인정되는 경우에 상법 제61조는 상인이 그 영업범위 내에서 타인을 위하여 행위를 한 때에는 이에 대하여 상당한 보수를 청구할 수 있다고 규정하고 있어 직업 또는

#### IV. 결 론

결국 제3자의 진료요청행위로 진료계약이 성립하는지 또는 사무관리만이 성립하는지의 판단은 의사표시해석의 일반원칙에 의해야 한다. 판례는 통상 ‘당사자의 의사해석이 문제되는 경우에는 문언의 내용, 그와 같은 약정이 이루어진 동기와 경위, 약정에 의하여 달성하려는 목적, 당사자의 진정한 의사 등을 종합적으로 고찰하여 논리와 경험칙에 따라 합리적으로 해석’해야 한다고 한다.<sup>74)</sup> 또한 그 기준을 계약체결의 경위, 당사자들 사이에 확립된 관행, 계약체결 이후의 당사자들의 행동, 계약의 성격과 목적 그리고 관습을 제시하고 하기도 한다.<sup>75)</sup>

통상적으로 제3자가 타인을 위해 진료를 요청했다라도 그 진료요청자에 대해서 진료행위에 대한 보수를 지급하겠다는 계약상 의무를 부담하겠다는 의사가 추론될 수 없다. 제3자의 진료요청행위는 청약의 의사표시로 해석될 수 없으며 진료요청자와 의사와의 어떠한 법률관계를 야기하는 행위로 볼 수 없기 때문이다.<sup>76)</sup> 제3자인 진료요청자에게 보수지급을 청구하기 위해서는 보수지

---

영업의 일환으로 제공한 용역은 그 자체로 유상행위로서 보수 상당의 가치를 가진다고 할 수 있으므로 그 관리자는 통상의 보수를 받을 것을 기대하고 사무관리를 하는 것으로 보는 것이 일반적인 거래 관념에 부합하고, 그 관리자가 사무관리를 위하여 다른 사람을 고용하였을 경우 지급하는 보수는 사무관리 비용으로 취급되어 본인에게 반환을 구할 수 있는 것과 마찬가지로, 다른 사람을 고용하지 않고 자신이 직접 사무를 처리한 것도 통상의 보수 상당의 재산적 가치를 가지는 관리자의 용역이 제공된 것으로서 사무관리 의사에 기한 자율적 재산희생으로서의 비용이 지출된 것이라 할 수 있으므로 그 통상의 보수에 상응하는 금액을 필요비 내지 유익비로 청구할 수 있다고 봄이 타당하고, 이 경우 통상의 보수의 수준이 어느 정도인지는 거래관행과 사회통념에 의하여 결정하되, 관리자의 노력의 정도, 사무관리에 의하여 처리한 업무의 내용, 사무관리 본인이 얻은 이익 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다’.

73) 대표적으로는 김민중, “의료계약의 당사자로서의 환자와 관련한 문제에 대한 검토”, 『의료법학』, 제10권 제2호, 2009, 제271면.

74) 대법원 2002.06.11. 선고 2002다6753.

75) 윤진수, “계약해석의 방법에 관한 국제적 동향과 한국법”, 『비교사법』, 제12권 4호, 2005, 제54면 이하.

76) 따라서 진료요청행위만으로는 진료요청자와 의사와의 사이에서 불법행위나 사무관리 또는 부당이득의 법리가 적용될 여지가 없다. 다만 경우에 따라서 계약의 당사자로 진료 계약의 청약을 하거나, 대리인으로 청약을 한 것으로 해석될 수 있는 예외적인 경우에만

급의무를 부담하겠다는 의사가 인정되어야 한다. 따라서 의사는 진료에 앞서 진료요청자에게 채무부담의사가 있는지를 확인해야 한다.<sup>77)</sup>

진료비부담의사가 인정되더라도 계약의 당사자로서 책임을 부담하겠다는 의사가 인정될 수 있다. 그러나 연대보증인으로서 진료비지급의무를 부담하겠다는 의사로 해석될 수 있다. 예컨대 진료요청자가 가해자인 경우에도 가해자가 명시적으로 입원약정서에 연대지불보호자(보증인)란에 서명한 경우에는, ‘계약의 당사자’로서 치료비를 부담하려는 의사가 있었다고 해석될 수 없다. 입원계약의 당사자가 명시적으로 표시되지 않고 진료요청자가 환자를 위해 입원약정서의 작성 등 입원에 필요한 절차를 처리했다라도 연대보증인란에 서명한 경우에는 진료(입원)계약의 당사자가 되겠다는 의사가 표출될 수는 없다. 보통 처분문서가 존재하면 그 기재내용을 부인할 만한 분명하고도 수궁할 수 있는 반증이 없는 한 기재된 문언대로 의사표시의 존재 및 내용이 인정되어야 하기 때문이다.<sup>78)</sup>

제3자의 진료(입원)요청행위가 법률행위가 되지 않는다면 의사는 법률상 의무 없이 진료행위를 함으로써 환자를 위한 사무관리가 개시된 것으로 보아야 할 것이다. 이 때 진료비지급의사의 표시는 연대보증의사로 해석된다.

제3장의 진료요청행위는 환자 또는 부양의무자 등의 대리행위로 이루어진 것으로 해석될 수 있다. 예컨대 의식불명인 남편을 위하여 부인이 진료를 요청하는 경우에는 일상가사대리권에 의하여 환자인 남편을 본인으로 하는 대리행

진료요청행위가 청약의 의사표시로 될 것이다.

77) Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, 4. Auflage (2010), § 39 Rn. 9; Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht: Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinprodukte-recht und Transfusionsrecht, 6. Aufl., 2007, Rn. 60 ff.

78) 대법원 2013.6.13. 선고 2012다96403에서도 ‘처분문서는 성립의 진정함이 인정되는 이상 법원은 그 기재 내용을 부인할 만한 분명하고도 수궁할 수 있는 반증이 없는 한 처분문서에 기재되어 있는 문언대로 의사표시의 존재 및 내용을 인정하여야 하고, 당사자 사이에 계약의 해석을 둘러싸고 이견이 있어 처분문서에 나타난 당사자의 의사해석이 문제되는 경우에는 문언의 내용, 그와 같은 약정이 이루어진 동기와 경위, 약정에 의하여 달성하려는 목적, 당사자의 진정한 의사 등을 종합적으로 고찰하여 논리와 경험칙에 따라 합리적으로 해석하여야 한다’ 같은 취지의 판결 대법원 2002. 6. 11. 선고 2002다6753 등 다수.

위가 인정될 수 있다. 진료계약에 대리법리가 적용되는 경우에도 항상 본인에게 진료비 지급의무가 인정되는 것은 아니다. 진료요청자는 본인이 당사자가 될 의사없이 오로지 대리의 의사로 대리행위를 했지만, 대리권이 없었던 경우에는 무권대리행위가 될 뿐이다. 특히 현명이 이루어지지 않았고 행위자만이 서명한 경우에도 상대방이 대리인으로 행위함을 알았거나 알 수 있었던 경우에는 대리행위는 성립하나 무권대리행위로 본인에게 진료계약의 효력이 발생하지 않는다.

**주제어 :** 진료계약, 진료요청행위, 제3자를 위한 계약, 사무관리, 계약 당사자의 확정

[ 참 고 문 헌 ]

- 곽윤직/김재형, 『민법총칙』, 박영사, 2013.
- 곽윤직(집필대표), 『민법주해』, 채권(6), 1992.
- 곽윤직(집필대표), 『민법주해』, 채권(10), 2005.
- 김상용, 『친족·상속법』, 법문사, 2013.
- 김중환/김학동, 『채권각론』, 박영사, 2006.
- 김천수, “의료계약”, 『민사법학』, 제15권, 1997.
- \_\_\_\_\_, “성년후견과 의료행위의 결정”, 『가족법연구』, 제21권 제1호, 2007.
- 김민중, “진료계약: 판례로 형성된 원칙에서 전형계약으로”, 『사법』, 제28호, 사법발전재단, 2014.
- \_\_\_\_\_, “의료계약의 당사자로서의 환자와 관련한 문제에 대한 검토”, 『의료법학』, 제10권 제2호, 2009.
- 박준서(집필대표), 『주석민법』, 채권각칙(5), 사법행정학회, 1999.
- 박수근, “의료계약의 민법편입과 과제”, 『민사법학』, 제60호, 2012.
- 박인환, “새로운 성년후견제도에 있어서 신상보호”, 『가족법연구』, 제25권 2호, 2012.
- 박찬주, “현명주의”, 『외법논집』, 제31집, 2008.
- 송덕수, 『채권각론』, 박영사, 2014.
- 윤진수, “계약해석의 방법에 관한 국제적 동향과 한국법”, 『비교사법』, 제12권 4호, 2005.
- 이영준, 『민법총칙』, 박영사, 2003.
- 전광석, 『한국사회보장법론』, 집현재, 2014.
- 제철웅, “요보호성인의 인권존중의 관점에서 본 새로운 성년후견제도”, 『민사법학』, 제56호, 2011.
- 법무부, 『2013년 개정민법해설』, 민속원, 2013.
- 현소혜, “의료행위 동의권자의 결정”, 『홍익법학』, 제13권 제2호, 2012.
- 門脇稔, 「醫療過誤民事責任論」, 酒井書店, 1979.
- 中川善之助/兼子一監修, 「實務法律大系5醫療過誤·國家賠償」, 青林書院, 1979.

米村滋人, “醫事法講義: 一般醫療行為法(1): 醫療契約”, 法學セミナー, 通卷 694號, 2012.

竝立明/中井美雄, 醫療過誤法入門, 青林書院, 1979.

加藤良夫 編著, 實務醫事法講義, 民事法研究會, 2005.

河上正二, “診療契約と醫療事故”, 法學教室 167號(94.08).

管野耕毅, 醫療契約法の理論, 信山社, 1997.

前田達明, “醫療契約について”, 京都大學法學部創立百周年記念論文集. 第3卷: 民事法 有悲閣, 1999.

Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht: Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinprodukterecht und Transfusionsrecht, 6. Aufl., C.H.Beck, 2007.

Jauernig Kommentar zum BGB, 15. Aufl., C.H.Beck, 2014.

Köhler, “Arbeitsleistungen als, Aufwendungen?”, JZ 1985, S. 359ff.

Laufs, Arztrecht, 5. Aufl., C.H.Beck, 1993.

Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, 6. Aufl., C.H.Beck, 2009.

Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl., C.H.Beck, 2010.

Looschelders, Schuldrecht. Besonderer Teil, 5. Aufl., C.H.Beck, 2010.

MüKoBGB/Seiler BGB § 683, 6. Aufl., C.H.Beck, 2012.

Steffen/Pauge, Arzthaftungsrecht, 10. Aufl., C.H.Beck, 2006.

Quaas/Zuck, Medizinrecht, 3. Aufl., C.H.Beck, 2014.

Weimar, Arzt - Krankenhaus - Patient, 2. Aufl., 1976.

## **Eine Studie über die Festsetzung der Behandlungsvertragspartei seitens des Patienten**

Park, Dong Jin

*Professor at Law school Yonsei University*

### **=Zusammenfassung=**

Ob das Erbitten der Behandlung durch einen Dritten einen Behandlungsvertrag oder lediglich eine Geschäftsführung ohne Auftrag darstellt, richtet sich nach dem allgemeinen Grundsatz der Auslegung der Willenserklärung. Auch wenn ein Dritter für eine andere Person die Behandlung erbittet, lässt sich dadurch kein zwingender Rückschluss ziehen, dass daraus eine vertragliche Pflicht auf Vergütung anhand der Behandlung an den Behandlungserbitter entsteht. Das Erbitten der Behandlung eines Dritten stellt nämlich weder einen Antrag dar, noch entsteht dadurch ein Rechtsgeschäft zwischen dem Behandlungserbitter und dem Behandelnden.

Stellt das Erbitten der Behandlung durch den Dritten eben kein Rechtsgeschäft dar, handelt es sich um eine Behandlung ohne gesetzliche Pflichten. Dadurch ist für den Behandelten eine Geschäftsführung ohne Auftrag eröffnet.

Wird das Erbitten der Behandlung als Antrag ausgelegt, ist dies ein Antrag eines echten oder unechten Vertrags zugunsten Dritter, oder der Behandlungserbitter hat als Vertreter des Patienten oder Unterhaltspflichtigen als Vertretende, einen Behandlungsvertrag abgeschlossen. Wenn der Vertragspartner die Tatsache kennt oder kennen musste, dass es sich um einen Vertreter handelt, ist die Vertretungshandlung wirksam.

Keyword: Behandlungsvertrag, Vertrag zugunsten Dritter, Geschäftsführung ohne Auftrag, Festsetzung der Vertragspartei