
비교법적 관점에서 본 유럽의 의료책임

(The European medical liability from the perspective of comparative law)

김기영*
Kiyoung, Kim

<국문초록>

본 논문은 비교법적 관점에서 의료책임의 역사에 대해 다루고 있다. 의사의 치료의 자유를 고려하면서도 의료책임에 있어서 치료의무와 관련하여 의사에게 특별한 의무를 부과할 수 있는지 여부에 대해 검토하고 있다.

이를 위해 우선 의료과실의 역사에 중점을 두고 19세기부터 20세기까지 비교법적 관점에서 의료책임의 변화를 살펴보았다. 오늘날과 같은 의료책임의 기준이 민법상 기준으로 정립되기까지 로마법에서 불법행위책임 법리를 중심으로 발전한 책임기준과 프랑스법에 따른 계약책임의 법리에 대해 살펴보고 있다.

다음으로 오늘날의 의료책임에 있어서도 지난 20년간 의료의 발전이 의료책임의 변화에 어떻게 기여했는지 여부에 대해서도 여러 가지 측면에서 살펴보았다. 첫 번째로 의료의 기술적인 혁명이 관찰되었는데 과학 및 의학의 발달이 생명의 시작과 종기에 대한 최근의 사회적 논의에 상당한 논쟁을 촉발시키고 있음을 알 수 있다. 두 번째 변화는 사람과 관련된 가치에 대한 높은 관심이 관찰되었는데 특히 헌법상 기본권을 중시하는 법률시스템과 개인정보보호와 관련된 권리는 개인의 자유를 충분히 보장해야 된다는 것을 강조하고 있음을 알 수 있었다.

특히 비교법적으로 사람의 자기결정의 원칙, 정보보호의 분야에서 국가의 기본적인 역할이 중요하다는 것을 보여주고 있다.

* 제주대학교 법학전문대학원 기금조교수·법학박사

결론적으로 유럽의 동향을 중심으로 위험의 예방과 집단의 이익보호를 목적으로 하는 무과실책임 시스템의 도입과 내용에 대해 살펴보았는데 이는 환자의 보호와 함께 무과실책임 시스템의 효율성을 달성하고 있다는 점에서 우리에게 시사하는 바가 크다. 의료책임의 발전과 법의 역할은 어떤 식으로든 의료과실에 대한 객관적 입증의 필요성과 법적 정의 사이의 충돌문제들을 해결하고자 노력하고 있다는 점을 보여 주고 있다.

※ 국문색인어 : 의료계약, 의료책임, 비교법, 의료과실, 치료의 자유, 의료역사

I. 서론

최근 의료책임에서 새로운 문제들이 제기되고 있다. 하지만 보다 더한 문제는 이러한 문제의 범영역이 복잡하고 통일화가 이루어져 있지 않다는 점이다. 물론 구체적인 타당성에 대한 비판은 언제든지 쉽게 할 수 있지만 중요한 것은 복잡한 책임법의 기준들을 어떻게 하면 통일적으로 해결할 수 있는지 그리고 이에 대한 법원의 판결에 대한 비판이 정당인가에 관한 문제이다. 이러한 판결들이 구체적 타당성 보다는 법적 안정성만을 지나치게 고려하고 있지 않은지 혹은 더 간단하고 분명한 해결방안에 대한 여지는 없는지 또는 이와 유사한 문제에 대한 해답을 제시하기 위해서는 구체적인 한계에 대한 전반적인 고려도 필요하다.

기존의 판례와 학설이 발전시켜온 현행 의료책임구조가 하나의 모델로 발전시킬 수 있는지 그리고 다른 나라에서도 설득력 있는 해결책을 제시하고 있는지는 재검토할 필요가 있다. 따라서 그 법적 한계에 대해 시각에서 진정한 비교법적인 소득을 얻을 수 있는가¹⁾에 대한 가능성과 한계를 살펴볼 필요가 있다. 다른 나라의 법질서에서도 통일적인 손해의 개념이나 이론적으로나 목적론적으로 조화로운 해결책이 없다는 점²⁾은 국내법뿐만 아니라 다른 나라의 법질서에서도 계속해서 논의 중에 있는 문제이다.

본 논문에서 이와 같은 의료법에 대한 비교법적 논의를 정리하기 위해서는 우선 의료의 역사를 고찰하고³⁾ 유럽 내의 민법상의 책임과 최근 수 십년 동안의 기본적인 변화를 살펴본 다음 여러 가지 다양한 해결책과 정책들을 고찰하고자 한다.

1) Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. A., 1996, § 2 I (S. 16): 비교법은 “해결방법에 대한 여지”를 “확대하고 풍부하게 한다”.

2) 이러한 목적에 대해서는 MünchKomm/Oetker, BGB, 5. A., 2007, § 249 Rn.21 f.

3) Diurni, "Die Arzthaftung von gestern und das Medizinrecht von heute in rechtsvergleichender Perspektive", : Arzthaftung - Mängel im Schadensausgleich?, 2009, S.85; 의료역사와 윤리에 대해서는 Wiesing, Zum Verhältnis von Geschichte und Ethik in der Medizin, NTM Zeitschrift für Geschichte der Wissenschaften, Technik und Medizin, Volume 3, Number 1 (1995.12), S.129; Wiesing, The History of Medical Enhancement: From Restitutio ad Integrum to Transformatio ad Optimum?, in: B. Gordijn, R. Chadwick (eds.) Medical Enhancement and Posthumanity, p.9.

II. 의료책임의 역사

1. 로마법에서 19세기까지의 역사

학설⁴⁾에 따르면 로마법상 의사와 환자의 관계는 “노무제공과 보수지급이라는 양자의 요소에 따른 고용(locatio-conductio)관계”라고 보았다. 왜냐하면 그와 같은 관계는 굴욕적인 것으로 생각되었고 노예나 해방자(Freigelassenen)들이 주로 하는 것이었다. ‘피용자(locatio operis)’와 ‘고용자(locatio operarum)’⁵⁾의 구별도 의사와 환자의 관계에 대해서는 중요하지 않았다. 의사와 환자는 변호사나 의뢰인과 같이 법적으로 구속되는 관계가 아니었다. 급부와 어떤 보수(성공사례에서) 사이의 교환⁶⁾은 관습(mos)⁷⁾를 통해서 규율되었다. ‘honos’는 선물을 의미하고 이는 사람에게 평가의 표시로 전달하는 것을 말하고 부사로서 사용되는 ‘honorarius’는 2세기에 이미 ‘professionista(전문직업군의 종사자)’의 보수를 전문용어로 표시한 명사로 ‘honorarium’라는 말이 생기게 된 것이다.

의사는 보수를 요구할 수 없었고 의사에게는 일반적으로 단지 규칙위반소권(actio extra ordinem)이 인정되는 경우에만 가능하였다.⁸⁾ 428년 테오도시우스 칙법전(Codex Theodosianus)⁹⁾에 따르면 전문가와 의사(De professoribus et

4) Pescani, voce Onorari (diritto romano), in Noviss. dig. it., Bd. XI, Torino, 1965, S. 929.

5) Volterra, Istituzioni di diritto privato romano, Roma, 1980, S. 515 f.; A. MASI, voce Locazione in generale (Storia), in Enc. dir., Bd. XXIV, Milano, 1974, S. 908 ff.; INZITARI, Autonomia privata e controllo pubblico nel rapporto di locazione, Napoli, 1979, S. 5; RESCIGNO, voce Obbligazioni (nozioni), in Enc. dir., Bd. XXIX, Milano, 1979, S. 190 f.

6) Pezzano, voce Onorario, in Enc. dir., Bd. XXX, Milano, 1980, S. 175 ff.

7) 이에 자세한 것은 최병조, “법, 관습, 전통 ; 로마법상의 관습과 관습법 -고전 법률가들의 사례를 중심으로-”, 법학(제47권 제2호), 서울대학교 법학연구소, 2006, 1~3면.

8) Bozzoni, I medici e il diritto romano, Napoli, 1904, S. 200 ff. 보수지급을 받지 못한 의사들의 규칙위반소권(actio extra ordinem)의 법적 근거는 Digesten 50, 13에 규정되어 있다: *De variis et extraordinariis cognitionibus*. Cincia법 (Lucio Cincio Alimento) *de donis et muneribus* (기원전 204년)은 Tacito [Tac., Ann., 11, 5 (anno 47 d.C.)]에 의해 계수되었고 이에 따르면 급부의 이행에 대한 보수를 받는 것은 금지되었다.

9) 동로마황제 테오도시우스(Theodosius. 408-450)에 의한 테오도시우스 칙법전에 대해서는 남성현, “세 칙법(C. Th., I 1,5-6과 Nov. Th., 1)을 통해서 본 테오도시우스 칙법전의 기원에 대한 연구”, 서양고대사연구(제21집), 2007, 199면.

medicis)¹⁰⁾라는 제목으로 진료가 성공하였을 경우에만 인정되었다. 이와는 달리 사전지불에 대한 요구는 의사에게는 금지되었다. 로마 법률가들의 저술에서 발췌한 학설집으로 553년에 시행된 학설회찬(Digesten)¹¹⁾에서는 의사가 환자보다 우위에 있는 입장을 이용하는 것을 방지하는 규정을 두고 있었다.

고대후기사회와 중세시대에 'atti di guarigione(치료계약)'에 대한 가장 정확한 규정은 비스고딕왕조의 법률(Leges Visigothorum)¹²⁾에서 두고 있었고 이에 따르면 의사와 환자의 관계는 합의를 통해서 성립한다고 규정하였다. 전형적인 의무는 급부의 성공이다. 즉 의사는 환자를 치료해야 하고 성공한 진료만이 보수지급에 대한 권리를 발생시킨다. 따라서 환자가 사망한 경우에는 당연히 의사는 계약적으로 합의한 보수를 요구할 수 없었다.¹³⁾

10) Codex Theodosianus, XIII, 3, 8: Imp. Valentinianus et Valens A.A. ad Praetextatum P.V. "Exceptis portus Syxti virginumque vestalium, quot regiones urbi sunt, totidem consistuantur archiatri, qui scientes annonaria sibi commoda a populi commodis honeste obsequi tenuioribus malint, quam turpiter servire divitibus. Quos etiam ea patimur accipere, quae sani offerunt pro obsequiis, non ea quae periclitantes pro salute promittunt [...]". 이러한 부분은 유스티니아누스법전(Codex Iustinianus), 10, 53, De professoribus et medicis, 9에서 전체적 규정하고 있고 주석서나 평석의 대상이 되었다. 자세한 것은 Nutton, Archiatri and the Medical Profession in Antiquity, in Papers of the British School in Rome, Bd. XLV, 1977, S. 191 ff.; Below, Der Arzt im römischen Recht, München, 1953 참조.

11) Digesten, 50, 13, 3, Si medicus (Ulpiano, Libro octavo de omnibus tribunalibus, III sec.): "Si medicus, cui curandos suos oculos, qui eis laborabat, commiserat, periculum amittendorum eorum per adversa medicamenta inferendo compulit, ut ei possessiones suas contra fidem bonam aeger venderet: incivile factum praeses provinciae coerceat remque restitui iubeat".

12) Leges Wisigothorum, Dei medici e dei malati, in Leges Wisigothorum Antiquiores, Aufl. Zeumer, Hannover-Leipzig, 1894, Lib. XI, Tit. I, S. 292: "Lex III. Antiqua <Si medicus pro aegritudine ad placitum expectetur: Si quis medicum ad placitum pro infirmo visitando aut vilnere curando poposcerit: ut viderit vulnus medicus aut dolores agnoverit, statim sub certo placito cautione emissa infirmum suscipiat>"; "Lex IV. Antiqua <Si ad placitum susceptus moriatur infirmus: Si quis medicus infirmum ad placitum susceperit, cautionis emisso vinculo infirmum restituat sanitati; certe si periculum contigerit mortis, mercedem placiti penitus non requirat; nec ulla inde utrique parti calumnia moveatur>"; "Lex V. Antiqua <Si de oculis medicus hypochymata tollat: Si quis medicus hypochyma de oculis abstulerit et ad pristinam sanitatem perduxerit infirmum, V. solidos pro suo beneficio consequatur>". 자세한 것은 Garrison, An Introduction of the History of Medicine, Philadelphia, 1929, p. 146; Neuburger, History of Medicine, Bd. II, Oxford, 1925, S. 10 f.; Amundsen, Visigothic Medical Legislation, in Bull. Hist. Med., Bd. XLV, n. 6, 1971, pp. 553 참조.

13) Lex IV, Antiqua, a.a.O.

이러한 규정은 중세시대에서 일반적인 ‘치료계약’의 법적 근거를 구성하고 공증인 앞에서 체결되고 ‘공적 문서’로 인정될 수 있는 것이다.¹⁴⁾ 이러한 계약들에서 치료의 보수, 기간 및 방법을 정하였다.¹⁵⁾ 따라서 의료실무는 영업관계 및 쌍무적 지원 사이에 핵심영역에서 자리를 잡았다. 즉 영업의 대상은 구체적인 급부나 특정한 의약품이 아니라 진료나 치료의 결과였다. 원래의 치료적 관계는 로마법의 기원¹⁶⁾과 기독교적 이데올로기¹⁷⁾로 흡수된 쌍무적 연대성에서 나온다.

따라서 구체제(*ancient regime*)에서 환자는 특별한 인정된 특권을 향유하며¹⁸⁾, 의사의 활동에 대한 판단은 환자에게 위임되어 있었다. 이와 관련한 변화는 17세기의 초반부터 시작되었고 이 때 의사의 책임은 치료효과의 관점에서 평가되는 것이 아니라 적용된 치료와 의약품이 각각 전통적인 진료와 일치되는 시점이기도 하였다.¹⁹⁾ 그리고 의사가 공적으로 부여된 타이틀을 근거로 이에 상응하는 직업군의 합법적인 일원으로 행사하는 직업상의 활동이 시간적 비용과 급부에 따라 지불해야 하는 원칙이 시행된다. 이를 통해서 의사의 직업의 전문화가 이루어지고 시간이 지남에 따라 환자가 아니라 의사에 유리하게 되었다. 의사의 주의의무의 판단은 환자의 업무가 아니라 관할관청의 업무가 되는 기술적인 판단이 되었다.

19세기에 들어서 의료역사에서 추가적으로 중요한 단계가 이루어진다. 즉 환자

14) Pomata, *La promessa di guarigione - Malati e curatori in antico regime*, Bari, 1994, S. 94, 이에 대한 부록에는 1244년부터 1764년까지 치료약속과 관련한 계약이나 문서에 대한 다양한 사례들을 담고 있다.

15) Pillio *Medicinense, Quaestiones Sabbatinae, Augustae Taurinorum*, 1967, C.G.J.C. IV, *Quaestio XII*, S. 20 f.; Bartolo Da Sassoferrato, *In secundam Digesti veteris partem*, Venezia, 1570, II, 136, *Digesten* 19, 2, 59, I. “*Marcus*”에 대한 평석에서 언급하고 있다. 성서법학자들(Kanonisten) 사이의 논의에 대해서는, Durandus, *Speculum Judiciale*, Bononiae, 1477 [1271], “*de salariis*”, 201; Angelus De Clavasio, *Summa*, Venezia, 1487, “*medicus*”, Rn. 14, 235; 민법학자들사이에서의 논의에 대해서는 Tiraqueau, *Commentariorum in l. Si unquam. C. de revoc. don.*, VI, Frankfurt, 1574 (1535), S. 237, Rn. 180; Bertachini, *Repertorium iuris utriusque Doctoris praestantissimi*, Venezia, 1570, “*medicus*”, 332-334.

16) Pescani, a.a.O., S. 929.

17) 자신의 의료기술을 댓가없이 제공하는 의사의 이상적인 생각은 성 코스마스와 다미안(Heiligen Kosmas und Damian)에 기인하며 중세시대에 국민문화에 강한 뿌리를 두고 있다(Wittmann, *Kosmas und Damian: Kulturausbreitung und Volksdevotion*, Berlin, 1967, S. 12 ff.). 성자와도 합의를 있고 봉헌물(*ex-voto*)과 같이 치료를 부탁받기도 하였다. 이와 관련하여 Brown, *Il culto dei santi*, trad. it. Torino, 1983, S. 162 ff 참조.

18) Th. Actius, *De infirmitate eiusque privilegiis et affectibus*, Venezia, 1603.

19) Pomata, a.a.O., S. 289 ff.

의 주관적 증상을 기초로 하는 개념화는 질병이 개별적 및 구체적 정체성이 된다고 하는 사고에 의해서 촉발된다. 이는 환자는 유일한 존재이며 이러한 질병의 주체만이라는 점이다.²⁰⁾ 구체제(ancient regime)의 증상의 분석을 기초로 완성되는 추정적 의사의 정보는 질병과 치료의 단계를 기초로 하는 학문으로 변화된다.

그 사이의 시점에서 법률가들도 치료계약을 둘러싸고 논의를 하였고 결국 사회적 발전과 의사직업군의 변화에 따라²¹⁾ 이러한 치료계약이 무효라고 보았다. 이러한 관점은 로마법전 학설휘찬(Digesten)의 문언에서 유래하였고²²⁾, 이에 따라 변호사와 의뢰인 사이의 계약이 그와 같은 계약체결이 소송전후가 아니라 그 소송이 종료한 후에야 비로소 이루어지는 경우에만 유효하다.²³⁾ 이를 통해서 의사와 환자의 평등한 지위는 끝이 나게 되었다.

학문적 발전, 직업적 및 사회적 의식, 경제적 이익과 법적 발전에 따른 결합을 통해서 19세기에는 사회학자가 '전문직업의 지배(Dominanz)'라고 하는 현상이 성립한다.²⁴⁾ 이러한 지배에 따라 법학자들은 의사와 환자 사이나 변호사와 의뢰인의 관계에서 계약적 도구의 이용을 합법적이라고 파악하기 시작하였다. 하지만 진료 성공이 우연성과 불확실성을 가지고 있다는 점은 일의 보수와 치료급부 사이의

20) Cohen, *The Evolution of the Concept of Disease*, in LUSH (Hrsg.), *Concepts of Medicine*, Oxford, 1961.

21) 다른 직업군과 관련하여 역사적 발전에 대해서는 Piscione, voce Professioni (disciplina delle), in *Enc. dir.*, Bd. XXXVI, Milano, 1987, S. 1040 f 참조.

22) Digesten, 50, 13, Si cui: "Si cui cautum est honorarium, vel si quis de lite pactus est: videamus an petere possit. Et quidem de pactis ita est rescriptum ab imperatore nostro, et divo patre ejus: Litis causae malo more pecuniam tibi promissam ipse quoque profiteris. Sed hoc ita jus est, si suspensa lite societatem futuri emolumenti cautio pollicetur. Si vero post causam actam est honoraria summa, peti poterit usque ad probabilem quantitatem, etsi nomine palmarii cautum sit: sic tamen, ut computetur id quod datum est, cum eo quod debetur, neutrumque compositum licitam quantitatem excedat". So auch im Justinianischen Kodex, II, 6, De postulando, 2: „Praeterea nullum cum eo litigatore contractum, quem in propriam recepit fidem, ineat advocatus: nullam conferat pactionem”.

23) 주석서나 법률가들은 변호사의 보수(Lohn)는 급부의 종료후, 즉 소송이 종료된 후에 지급되어야 한다는 생각을 가지고 있었다. 이에 대해서는 Bartolo, *In tres codicis libros*, 242, 같은 입장으로 는 Janos Maynus, *In primam Digesti veteris partem commentarii*, Lugduni, 1569, 56: „Advocati non debent habere salarium lite durante [...] quod non debent habere salarium nisi finita causa”. 이와는 달리 오늘날의 입장과 유사하게 소송이 종료된 후에 보수지급이 의뢰인에게 유리하고 그 불이행도 가능하다는 입장으로는 Baldus, *In IV et V Codicis Libros Commentaria*, 11.

24) Freidson, *Professional Dominance*, New York, 1970; Starr, *The Social Transformation of American Medicine*, New York, 1982.

의존성이 부적절하다는 경험적 근거가 되기 때문에 치료계약은 더 이상 문제가 아니었다. 결과는 이에 따라 급부이행에 적용된 주의의무를 고려하여 자율적으로 판단해야 하며 '의무의 성격(obligatione)'으로 볼 수 없다는 것이다. 비록 의사가 이에 대한 의무가 없음에도 불구하고 의사가 충족시키기 위한 환자의 이익대상으로서 결과는 법률관계의 구성부분이 아니었다. 학문과 치료의 전문직업적 지배는 주의 깊은 급부의 원칙과 함께 전문적인 재량권을 인정하는 원칙을 요구하게 되며²⁵⁾, 의뢰인과 전문적인 직업을 처리하는 전문가 사이에 의뢰인과 하나의 편면적인 '우연계약(aleatorischer Vertrag)'으로 파악할 수 있는 계약이 성립하였다.²⁶⁾

2. 프랑스와 이탈리아법의 급부행위과 급부결과의 차이

이 부분에 대한 프랑스에서의 학설은 '행위채무(obligation de moyen(s))'와 '결과채무(obligation de resultat)'사이의 구별²⁷⁾을 인정하고 있고, 이에 대해서는 Demogue 교수가 이분법적인 대안을 제시하였다.²⁸⁾ 그의 대안은 판례에 아주 강력

25) D. CARUSI, responsabilità del medico e obbligazione di mezzi, in *Rass. dir. civ.*, 1991, S. 491; SANTORO PASSARELLI, Voce Professioni intellettuali, in *Noviss. dig. it.*, Bd. XIV, Torino, 1957, S. 23 ff.; G. GIACOBBE, voce Professioni intellettuali, in *Enc. dir.*, Bd. XXXVI, Milano, 1987, S. 1065 ff.

26) FORTINO, *La responsabilità civile del professionista*, Milano, 1984, S. 60; FRASCA, *Verso un nuovo orientamento giurisprudenziale in tema di ripartizione degli oneri probatori nel caso di responsabilità contrattuale del medico*, in *La responsabilità medica*, Milano, 1982, S. 148; PERULLI, *Il lavoro autonomo*, in *Trattato di diritto civile e commerciale fruher unter der Leitung von Cicu und Messineo, jetzt unter der Leitung von Mengoni*, Bd. XXVII, T. 1, Milano, 1996, S. 448.

27) 송오식, "진료채무의 수단채무에 대한 검토", *법학논문집(제31집 제1호)*, 2007, 201면; 구별에 대한 로마법상의 법원에 대해서는 Mazeaud/Tunc, *Traite theorique et pratique de la responsabilité civile delictuelle et contractuelle*, Bd. I, 6. Aufl., Paris, 1965, S. 38; Mazeaud, *Essai de classification des obligations: obligations contractuelles et extracontractuelles, „obligations determinees“ et „obligations generales de prudence et de diligence“*, in *Riv. trim. dr. civ.*, 1936, S. 27; Mengoni, *Obbligazioni „i risultato“ e obbligazioni di „ezzi“*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, S. 199 ff.; Visintini, *Trattato breve della responsabilità civile*, 3. Aufl., Padova, 2005, S. 90 ff. Cannata, *Le obbligazioni in generale*, in *Trattato dir. priv. unter der Leitung von Rescigno*, Bd. 9, *Obbligazioni e contratti*, Torino, 1984, S. 36, 같은 내용으로는 Papiniano, *D.* 22, 1, 4pr. *Gegenteiliger Auffassung ist Perulli, a.a.O.*, S. 426.

28) Demogue, *Traite des obligations en general*, Bd. II, *Effets des obligations*, T. VI, Paris, 1932, n. 153 ff., n. 530 ff., 597 ff; 이에 대한 국내문헌으로는 남효순, "프랑스민법에서의 행위채무와 결과채무 -계약상 채무의 불이행책임의 체계-", *민사법학(제13·14호)*, 1996, 135면; 여하윤, "프랑스 민법상 계약책임과 불법행위책임의 관계", *법학(제50권 제2호)*, 서울대학교 법학연구소, 2009, 563면.

한 영향을 끼쳤으며,²⁹⁾ 프랑스 학계의 기본을 뒤흔들 정도의 획기적 이론이었다.³⁰⁾

규범적인 관점에 따라 일부 학설³¹⁾은 프랑스민법(Code civil) 제1137조는 주의 의무원칙과 관련되고 급부행위의 이행을 규정하는 반면에 프랑스민법(Code civil) 제1147조와 제1148조에서 급부결과의 도달이 없기 때문에 채무불이행에 대한 책임을 규정하고 있다는 주장이 있었다.

이탈리아 법체계도 같은 관점을 따르고 있었는데, 그 근거로는 이행에 있어서 주의의무를 규정하고 있는 이탈리아 민법(Codice civile) 제1176조는 급부행위와 관련되고³²⁾ 채무자의 책임을 규정하고 있는 이탈리아 민법 제1218조는 급부결과와 관련되기 때문이다.³³⁾ 채무관계의 이러한 구조는 입증책임의 분배에 영향을 준다.³⁴⁾ 즉 급부행위의 경우 채권자는 채무자는 주의의무를 위반하였다는 적극적

29) Cass. civ., 20.5.1936, in Dalloz, 1936, I, S. 88; Cass. civ., 12.7.1960, in Dalloz, 1960, S. 101. Monateri, Cumulo di responsabilità contrattuale e extracontrattuale, Padova, 1989, S. 90 ff.; Mengoni, Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni di "Mezzi", in Riv. dir. comm., 1954, I, S. 185, Fußn. 2.

30) H. Mazeaud/L. Mazeaud, Traite theorique et pratique de la responsabilité civile, 4. Aufl., Bd. I, Paris, 1947, Rn. 103 ff.; Tunc, Distinzione delle obbligazioni di risultato e delle obbligazioni di diligenza, in Nuova riv. dir. comm., 1947-48, I, S. 145. 비판적 입장으로는 Capitant, Les effets des obligations, in Rev. trim. dr. civ., 1932, S. 721 ff.; Esmein, Le fondement de la responsabilité contractuelle rapprochee de la responsabilité delictuelle, in Rev. trim. dr. civ., 1933, S. 627 ff.; Esmein, Obligations, in Traite pratique de droit civil francais hrsg. von Planiol und Ripert, Bd. VII, 2. Aufl., Paris, 1952, Rn. 378 ter, S. 498 f.; Marton, Obligations de resultat et obligations de moyens, in Rev. trim. dr. civ., 1935, S. 499 ff.; Rodiere, La responsabilité civile, Paris, 1952, Rn. 1669, S. 288 ff.; Colin/Capitant/Julliot De La Morandiere, Traite de droit civil, Bd. II, 2. Aufl., Paris, 1959, Rn. 691, S. 390 und Rn. 832, S. 464; Chabas, Vers un changement de nature de l'obligation medical, in Juris class. per., 1973, I, S. 2541.

31) H. Mazeaud, Essai de classification des obligations, a.a.O., S. 1 ff.; Demogue, a.a.O., T. VI, Rn. 597 ff., S. 642 ff.

32) Visintini, a.a.O., S. 202 ; Cass., 11.3.2002, n. 3492, in Giust. civ. Mass., 2002, S. 435.

33) Bilancetti, La responsabilità penale e civile del medico, 5. Aufl., Padova, 2003, S. 950; Cass., 28.4.1994, in Riv. it. med. leg., 1997, S. 474. 이와는 반대견해로는 Visintini, a.a.O., S. 205.

34) Viney/Jourdain, Les conditions de la responsabilité, in Traite de droit civil hrsg. von Ghestin, 3. Aufl., Paris, 2006, S. 633 ff.; Le Tourneau, responsabilité civile professionnelle, 2. Aufl., Paris, 2005, a.a.O.; Carbonnier, Droit civil, Bd. IV, 22. Aufl., Paris, 2000, S. 288 ff.; Savatier, La theorie des obligations en droit prive economique, Paris, 1979, n. 128, S. 188 ff.; Starck, Droit civil, Les Obligations, Paris, 1972, S. 525 ff., S. 611 ff. und S. 654 ff.; Weill/Terre, Droit civil, Les obligation, 4. Aufl., Paris, 1986, S. 399 ff. und S. 775 ff.; Frossard, La distinction des obligations de moyens et des obligations de resultat, Paris, 1965, S. 107 f.; De Lorenzi, voce Obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato, in Dig. IV disc. priv., Bd. XII, Torino, 1995, S. 398.

인 증거를 이행해야 하고 이에 따라 의무위반에 대한 책임을 입증해야 하기 때문에 채권자는 불리한 위치에 있게 된다. 이러한 사례에서 채무자의 책임이 추정되기 때문에³⁵⁾ 급부결과의 사례에서 결과는 채무(obligatione)에서 있고 채권자는 이러한 결과에 도달하지 않았다는 점을 증명해야 하였다.

급부행위와 급부결과 사이의 구별에 대한 적극적 입장은 프랑스에서 오랫동안 하지만 엄격히 계약법과 불법행위법 사이의 “경합금지(non-cumul)” 원칙이 시행되었다는 점에 기인되었다.³⁶⁾ 종종 판례의 선례³⁷⁾와 관련하여 학설³⁸⁾은 양자의 엄격하게 분리된 차원사이의 혼용은 지극히 위험하다고 생각하고 실정법원칙에 대한 경합금지에 찬성하였다. 이러한 관점은 양자의 책임형식사이에 한계³⁹⁾에 대한 인정과 지속적으로 증가하는 유동성은 불가피하게 어느 정도의 의무가 많은 경우 계약으로 편입되지만 계약적 영역에서 다시 제한되는 결과를 가져왔다.⁴⁰⁾

III. 20세기 계약책임과 불법행위책임의 동일성

19세기에는 의료책임은 프랑스 민법 제1382조와 제1383조에서 규정하고 있는 일반적으로 적용되는 주의의무기준이 적용되었던 것으로 볼 수 있다.⁴¹⁾ 이러한

35) H. Mazeaud, Essai de classification des obligations, a.a.O., S. 40 ff. ; Tunc, a.a.O., S. 130 ff.; 그 외에도 Carbone, Obbligazioni di mezzi e di risultato tra progetti e tatuaggi, in Corr. giur., 1997, S. 554; Cass., 7.2.1996, n. 973, in Corriere giur., 1996, S. 541 ff., mit Anm. von Mariconda, Risarcimento del danno e onere della prova.

36) Monateri, a.a.O.; Gambaro, responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. Significato attuale di una distinzione tradizionale, Milano, 1993.

37) Savatier, Traite de la responsabilité civil en droit francais, I, 2. Aufl., Paris, 1951, n. 148 f., S. 192 f.; D. Carusi, responsabilità del medico e obbligazione di mezzi, a.a.O., S. 506 ff.; Monateri, Cumulo di responsabilità contrattuale e extracontrattuale, a.a.O.

38) Viney/Jourdain, a.a.O., S. 263 ff.; Mazeaud/Mazeaud/Tunc, Traite de la responsabilité civile, Bd. I, 6. Aufl., Paris, 1965, n. 173-207; Malaurie/Malaurie, Cours de droit civil, Les obligations, Paris, 1985, S. 370; Weill/Terre, Droit civil, 3. Aufl., Paris, 1985, n. 368; Marty/Raynaud, Droit civil, Bd. II, Les obligations, Paris, 1962, n. 368; Esmein, Trois problèmes de responsabilité civile, in Rev. trim. dr. civ., 1934, S. 349 f.

39) Busnelli, Le mobili frontiere del danno ingiusto, in Contratto e impresa, 1985, S. 1 ff.

40) Monateri, a.a.O., S. 107.

경향에 대한 변화는 1936년 프랑스 파기원(Cour de Cassation)⁴²⁾에 의해서 나타났는데 이에 따르면 의사와 환자의 관계에 대한 계약적 성질과 급부의 채권법적인 내용이 질병을 치료할 특정의무(obligation determinee de guerir le malade)가 아니라 일반적 주의의무(obligation generale de prudence et diligence)⁴³⁾ 혹은 안전의무(obligation de securite de moyens)⁴⁴⁾로 더 언급되었다. 당시에 판례는 다수학설의 의견에 따르면 의료책임의 사례에서 양자의 책임형식 사이에 엄격한 구별을 포기해야 한다는 주장에도 불구하고 전통적인 입장을 고수하였다.⁴⁵⁾

이탈리아도 프랑스와 유사한 길을 걸어왔다. 즉 우선 의료 책임을 불법행위 책임 법리로 구성하였고⁴⁶⁾ 오랫동안 유지되었던 불확실성⁴⁷⁾에 따라 오늘날에는 주로 어떠한 타이틀로 원고가 손해배상을 주장하는지 여부는 중요하지 않다.⁴⁸⁾ 이 때문에 판례는 - 청구범위를 넘어(ultra petita) - 항상 양자의 책임형식을 구성

41) Aubry/Rau, Cours de droit civil francais, 4. Aufl., Paris, 1871. Contra, Mazeaud, responsabilité delictuelle et responsabilité contractuelle, a.a.O., S. 612. 1865년 이탈리아민법전 (Codice civile) 제1151조 이하에 따른 불법행위와 준불법행위의 규정을 적용하여 의사의 민사상 책임은 이탈리아의 판례에 의해서도 불법행위의 보호영역에 포함되었다. App. Roma, 8.6.1886, in Foro it., 1886, I, c. 714.

42) Cass. civ., 20.5.1936, in Dalloz, 1936, I, S. 88.

43) Plancqueel, Obligations de moyens, obligations de resultat, in Rev. trim. dr. civ., 1972, S. 334.

44) Trib. gr. ist. Meaux, 1.12.1961, in Gazette du Palais, 1962, II, S. 44. Vgl. Tunc, in Rev. trim. dr. civ., 1962, S. 635 f.; H.L. Mazeaud, ibi, 1957, S. 524. Lambert-Faivre, Fondement et regime de l'obligation de securite, in Dalloz, Chr., 92 Reihe von 11, 1994, S. 84: "L'obligation de securite est par nature une obligation determinee, l'objet de l'obligation etant la securite due en tout etat de cause par l'auteur du dommage"

45) Viney/Jourdain, a.a.O., S. 290.

46) App. Milano, 18.4.1939, in Resp. civ. e prev., 1940, S. 120. 그 외에도_Cass., 13.5.1931, in Ann. dir. comp., Bd. IX, III, S. 468, 이에 대한 평석으로는 Montel, In tema di responsabilità del medico e dell'ospedale verso l'ammalato per cura non riuscita; Cass., 27.7.1933, n. 2934, in Mass. Foro it., 1933, S. 566; Cass., 17.6.1936, n. 2107, in Foro it., 1936, I, S. 815. GABBA, Foro it., 1899, I, S. 93.

47) 계약책임법상의 의미에서: Cass., 21.12.1978, n. 6141, in Foro it., 1979, I, S. 4; Cass., 1.3.1988, n. 2144, in Foro it., 1988, I, S. 2296, mit Anm. von Princigalli; Cass., 1.9.1999, n. 9198, in Giust. civ. Mass., 1999, S. 1877. 계약외의 책임의 의미에서: Cass., 24.3.1979, n. 1716, in Giur. it., 1981, I, 1, S. 297; Cass., 26.3.1990, n. 2428, in Giur. it., 1991, I, S. 600; Cass., 13.3.1998, n. 2750, in Foro it., 1998, I, S. 3521.

48) Castronovo, L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto, in La nuova responsabilità civile, Milano, 1997, schon in Scritti in onore di Luigi Mengoni, Bd. I, Le ragioni del diritto, Milano, 1995, S. 147.

하는 요소의 성립을 검토하고⁴⁹⁾ 이러한 관점에서 독일연방대법원의 견해들과 유사한 관점을 취하고 있다.⁵⁰⁾ 따라서 원칙적으로 대륙법계의 유럽국가들의 법체계들⁵¹⁾도 마찬가지로 최근 100년 동안 의료법영역에 있어서 계약법에서 불법행위책임으로 이전하는 경향이 상당히 많다. 이러한 입장은 오늘날 여전히 광범위하게 인정되고 있으며, 각각의 책임형식과는 상관없이 적용되는 원칙적으로 도출하게 되었다.

영국의 보통법(Common Law)에서는 의사에 대한 소송은 전통적인 방법으로 불법행위법적인 성격을 기준으로 하고 있음에도 불구하고, 쌍무적 의사와 환자의 관계에 대해 Common Law에서 계약위반으로 인한 손해의 구제를 목적으로 제기되는 소송인 ‘인수소송(assumpsit)’에서 계약적 책임을 부담한다는 판례도 존재하였다.⁵²⁾ 물론 이러한 사례에서는 ‘약인(consideration)’이 중심적인 요소가 되었다. 즉 환자는 구체적인 약인을 입증할 수 없다면 법원들은 환자가 의사의 진료를 받았다는 사정만으로는 충분한 약인으로 볼 수 없다고 보았다.⁵³⁾ 여하튼 영국의 보건시스템인 National Health System (NHS)의 설립 이후 의사와 환자 사이에 계약관계가 없다는 입장이 이견 없이 견지되고 있다.⁵⁴⁾ 이 때문에 의사에 대한 전형적인 책임소송은 오늘날 action for negligence이며, 반면에 개인적인 진료의 사례에서만 계약관계를 전제로 한다.

49) 이탈리아 대법원(Corte di Cassazione)은 이미 Nr. 1282 von 1971 (in Giust. civ., 1971, I, S. 1417)판결부터 “이탈리아민법전(Codice civile) 제2236조 (...) 는 계약영역뿐만 아니라 불법행위 영역에도 적용된다”는 주장을 제시하였다 (“L’art. 2236 c.c. (...) e applicabile oltre che nel campo contrattuale anche in quello extracontrattuale”). 이에 대한 개괄적인 내용에 대해서는 Partisani, Il contratto atipico di spedalita e cura: nuove regole di responsabilità, in La Resp. civ., 2007, S. 1028. 그 원칙은 제한적이거나(incidenter tantum) 이탈리아헌법재판소에서도 제시되었다: C. Cost., 22.6.1970, n. 307, in Foro it., 1990, I, S. 2694.

50) BGH, 24.1.1995, NJW 1995, 1618; BGH, 24.1.1984, NJW, 1984, 1403. Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, 6. Aufl., Berlin u.a., 2008, S. 112 f., Rn. 165.

51) 의료책임의 비교법적인 개관에 대해서는 Rev. int. dr. comp., 1976에서 출판된 대표적 여러 학자의 논문 참조: Savatier, La responsabilité médicale en France, S. 493 ff.; Bianchi D’Espinosa/Zhara Buda, La responsabilité médicale en Italie, S. 531 ff.; Petitpierre, La responsabilité de droit prive du medicin: apercu du droit suisse, S. 567 ff.

52) Everard v. Hopkins (1615) 80 ER 1164; Slater v. Baker and Stapleton (1767) 95 ER 860.

53) Coggs v. Bernard (1703) 92 ER 107.

54) Pfizer Corporation v. Ministry of Health (1965) AC 512 (HL). 이와는 달리 캐나다의 판례로는 Pittman Estate v. Bain (1994) 112 DLR (4th) 257 (Ont. Gen. Div.).

1. 유럽 내에서 민법상 책임의 입법당시의 시대적 상황과 오늘날의 변화

그 밖에도 의료책임에 대한 민사법적 책임인정과 관련된 논의는 많은 변화가 있었다. 즉, 가해자에 집중된 책임귀속으로 정립한 19세기의 강제적인 책임 대신에 20세기에서 위험과 피해자에 집중되었던 배상책임으로 대체되었다. 21세기는 모든 개연성에 따라 가장 중요한 위험의 예방과 집단의 이익보호를 목적으로(전체적인 생명체와 그 자손에 대해서도 확대할 목적으로) 하는 소위⁵⁵⁾ 책임기대(responsabilité-anticipation)의 시대가 되고 있다.

2. 최근 수십년 사이의 기본적인 변화

의료의 역사는 최근 수십년간 2가지 기본적인 변화가 일어났다.

a) 기술적 혁명

첫 번째로 의료기술의 혁명적인 발전 부분이다. 기술의 발전 때문에 사회적 논쟁, 학문과 의료는 직전까지 존재하지 않았던 문제들과 대면하게 된다. 대표적으로 생명의 개시와 종기와 관련해서 원하지 않은 출생과 임신이외에 출생과 사망, 즉 유전자검사, 인공생식기술, 미숙아와 말기단계의 환자의 관점, 안락사, 생물학적 유언과 예정한 자살을 둘러싼 논쟁이 그것이다.

이러한 주제들은 의료적 그리고 약제학적인 시험과 밀접한 관계에 있다. 가령 '가망없는 사례'와 '한계사례'는 비전통적인 기술, 의약품 또는 절차의 이용을 정당화하고 촉진하는데 기여한다. 공학적 및 학문적 진보를 통해 의료, 보건제도와 약리학의 영역은 분가분의 관계가 증가하고 있다. 즉 미숙아의 경우 순수한 의료행위는 가령 간호사의 활동, 의료적 지원인력과 병원조직과 함께 광범위한 의미에서(주로 인큐베이터나 의료기기) 구별되며 이 경우 약제적 기여도도 간과할 수 없다. 모든 영역은 다른 영역과 협력하고 있다. 손해결과가 발생하면 책임은 모든 개별적인 영역 또는 전체적인 영역에 찾을 수 있다.

55) THIBIERGE, Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir, in Recueil Dalloz, 2004, Nr. 9, S. 581.

이러한 발전은 용어에서도 분명하게 나타난다. 이탈리아에서 가령 ‘의사의 책임 (responsabilità del medico)’는 ‘의료책임(responsabilità medica)’으로 되었다. 따라서 이는 책임이 보건기관의 설립에도 확대된다는 것을 의미한다. 영국에서는 ‘의료과실(medical negligence)’에서 ‘임상과실(clinical negligence)’⁵⁶⁾으로 되었다.

비교법적으로 이러한 관점은 민법(Civil law)뿐만 아니라 Common law에서도 오랫동안 사용하여 왔다. 미국에서는 이와 같은 대상을 Health Law로 표현하였고⁵⁷⁾, 영국에서는 Medical Law라고 하였다.⁵⁸⁾ 독일에서는 Medizinrecht이라고 하였는데 이는 Erwin Deutsch 교수가 사용한 것에서 유래한다.⁵⁹⁾ 독일에서는 의료법의 대상은 설명을 받은 후에 환자의 동의에서부터 본래의 의료행위와 병원의 일반적인 건강서비스와 개인정보의 보호까지에 대한 책임과 관련하여 의약품의 시험과 유통과 제조물책임을 포함한다.

이와는 달리 프랑스와 이탈리아와 같이 로마법적 전통의 법체계에서는 독자적이고 특징적인 법의 영역으로는 여전히 파악하지 않고 있다. 아마도 급부행위와 급부결과를 엄격하게 구별하고 있다는 점에서 의료법이 지금까지 의사가 다른 직업군과 공통적인 직업상의 책임에 대한 규정으로 발전시킬 수 없었다. 왜냐하면 전통적인 구별에 대한 비판에도 불구하고⁶⁰⁾ 이러한 구별은 학설이나 판례가 지속적으로 사용하고 있다.

b) 사람에 대한 전형적인 관심

두 번째 변화는 인간과 인격의 가치평가와 결부된 관심이 급격하게 증가하고 있다는 점이다. 무엇보다도 헌법을 기준으로 하는 중요한 의미를 가지는 법체계에서 민법상의 자유, 인격권과 특히 사람의 자기결정원칙이 강하게 집행된다.⁶¹⁾

56) Grubb, Duties in Contract and Tort, in Grubb (Hrsg.), Principles of Medical Law, 2. Aufl., Oxford, 2004, S. 313; 이에 대한 국내문헌으로는 김기영, “병원개설자의 조직의무와 책임근거”, 경희법학(제45권 제4호), 2010, 21면.

57) American Health Lawyers Association, Fundamentals of Health Law, 4. Aufl., Washington, 2008.

58) Grubb (Hgb.), Principles of Medical Law, 2. Aufl., Oxford, 2004.

59) Deutsch/Spickhoff, a.a.O.

60) Cass., 13.4.2007, n. 8826, in www.cortedicassazione.it.

61) von Bar, Der Einfluß des Verfassungsrechts auf die westeuropäischen Deliktsrechte, in RabelsZ, 59 (1995), S. 214 ff.

비교법적으로 이러한 국가들에서 정보제공의무는 의료법의 영역에서 중요한 역할을 하는 반해서 헌법이 중요하지 않는 국가나 심지어 없는 국가들에서의 상황은 완전히 다르게 형성된다. 예를 들면 Common Law의 전통을 함께 가지고 있는 몇몇 시스템을 들 수 있다. 즉 헌법이 전체 법체계의 핵심영역으로 구성하는 미국과 캐나다와 헌법이 없는 영국을 들 수 있다. 이에 따르면 미국과 캐나다에서 환자의 동의(patient's consent)는 “설명받은 후의 정보를 받은 상태(informed)”이어야 하고⁶²⁾, 영국에서는 단지 “사실상의 상태(real)”이면 된다.⁶³⁾ 캐나다 대법원(Supreme Court)은 fraud 혹은 misrepresentation의 사례에서 동의는 그 동의가 “사실상의 상태”⁶⁴⁾인 경우에도 무효라고 보는 반면에 영국의 법원들은 반대의 입장을 취하고 있다.⁶⁵⁾ 캐나다에서는 정보의무(duty of information)의 평가에서 “합리적인 환자(reasonable patient test)”⁶⁶⁾를 기준으로 하는 반면에 영국에서 소위 “Bolam test”⁶⁷⁾를 기준으로 하고 그 근거는 의사의 합리적인 행위(doctor's reasonable behavior)로 나타낼 수 있다.⁶⁸⁾

IV. 유럽의 법질서의 다양한 해결책과 “responsabilité-anticipation”

인간존재에 대한 관심의 증가, 그 보호를 위한 법적 수단의 효율성증대와 기술적인 혁명은 의료적인 사안들을 2가지 그룹으로 구별할 수 있다.

1. 치료할 수 없거나 알려지지 않는 사례 및 응급사례;

62) Canterbury v. Spence (1972) 464 F 2d 772 (DC Cir.).

63) Ciarlariello v. Schacter (1993) 100 DLR (4th) 609.

64) Reibl v. Hughes (1980) 114 DLR (3d) 1, 11; Picard/Robertson, Legal Liability of Doctors and Hospital in Canada, 3. Aufl., Scarborough, 1996, S. 57 ff.

65) Chatterton v. Gerson (1981) QB 265; Appleton v. Garrett (1997) 8 Med LR 77.

66) Reibl v. Hughes, a.a.O.

67) Bolam v. Friern Hospital Management Committee (1957) 2 All ER 118; Jones, Medical Negligence, 3. Aufl., Andover, 2003.

68) 이러한 원칙은 House of Lords이 다음의 판결에서 따르고 있다. Whitehouse v. Jordan (1981) 1 All ER 267; Bolitho v. City and Hackney HA (1997) 4 All ER 771.

2. 모든 다른 사례, 즉 판례의 중요한 원칙이 의료책임의 주제로 파악할 수 있는 치료할 수 있는 사례.

첫 번째 그룹의 경우 진료하자의 위험들은 더 높고, 법적인 차원에서 의사를 책임에서 면책되며, 이러한 면책은 의사로 하여금 방어적 의료가 되지 않도록 완화시키는 경향이다. 이와는 달리 두 번째 그룹의 경우 환자의 보호가 더 중요하고 무엇보다도 기술의 사용을 통해 “사전기대책임”(이미 언급한 책임기대 (responsabilité anticipation))을 지며 이러한 책임은 각국의 법체계에서 명문으로 규정하고 있거나(판례나 입법이 정한 원칙) 자세하게 규정하지 않은 원론적 형식에서 나타날 수 있다.⁶⁹⁾

1. 네덜란드 판사의 재량범위

네덜란드에서는 responsabilité anticipation이 입법화되었는데⁷⁰⁾, 이는 1992년 Nieuw Burgerlijk Wetboek에서 민법상의 책임에 대한 규정으로 손해확정에 대한 기준을 받아들였고 책임의 종류, 환자들 사이에 성립되는 법률관계와 각각의 급부능력은 보험보호를 받는지 여부의 문제와 마찬가지로 고려된다.⁷¹⁾

2. 프랑스, 독일, 이탈리아, 오스트리아 및 스위스에 있어서 설명의무의 중요성

69) 이러한 유형들(Kryptotypen)의 개념에 대해서는 Sacco, La comparazione giuridica, in Sacco/Gambaro, Sistemi giuridici comparati, in Trattato di diritto comparato unter der Leitung von Sacco, 2. Aufl., Torino, 2002, S. 7 ff.

70) Hartkamp, Das neue niederländische Bürgerliche Gesetzbuch aus europäischer Sicht, in RabelsZ, 57 (1993), S. 672, S. 679 f.

71) Art. 6.109, Abs. 1 und 2, NBW: „(1) Indien toekenning van volledige schadevergoeding in de gegeven omstandigheden waaronder de aard van de aansprakelijkheid, de tussen partijen bestaande rechtsverhouding en hun beider draagkracht, tot kennelijk onaanvaardbare gevolgen zou leiden, kan de rechter een wettelijke verplichting tot schadevergoeding matigen. (2) De matiging mag niet geschieden tot een lager bedrag dan waarvoor de schuldenaar zijn aansprakelijkheid door verzekering heeft gedekt of verplicht was te dekken. (...)“. 독일어 번역본에 대해서는 Nieper, Buch 6, Allgemeiner Teil des Schuldrechts, in Nieper/Westerdijk, Niederländisches Bürgerliches Gesetzbuch, München, 1995.

프랑스, 이탈리아, 독일, 오스트리아와 스위스에서 *responsabilité anticipation* 는 환자를 위한 해결책에 대한 오랜 연구 끝에 마련된 것이다. 이러한 점에서 정부제공의무의 불이행에 대한 관심에 집중되었다. 정보가 없었다는 점을 소극적으로 입증하는 것이 환자에게 어려운 점 그리고 의사에게는 이것이 환자보다는 쉽다는 근거에서 판례는 입증책임전환을 인정하였다.⁷²⁾

이러한 국가들에서 최근 정보제공의무위반에 근거한 소송의 증가를 나타내고 있다.⁷³⁾ 이러한 근거(*causa petendi*)는 환자가 적극적으로 입증해야 하는 진료과실에서도 우선적으로 이용된다.⁷⁴⁾ 1997년에 판례는 프랑스⁷⁵⁾뿐만 아니라 이탈리아⁷⁶⁾에서 이러한 입장을 급격히 바꾸었고 특별한 정보제공의무를 지는 자가 이러한 의무의 이행에 대한 입증을 부담해야 한다고 주장하였다. 그 밖에도 프랑스에서는 정보제공의무의 위반 시 정보제공의무의 이행을 입증하지 못한다면 이를 야기한 손해에 대해 전부 책임을 진다.⁷⁷⁾ 이러한 원칙은 그 외에 입법차원에서도 규정하고 있다.⁷⁸⁾ 독일에서는 판례가 환자가 설명의무와 관련하여 “진정한 판단

72) 프랑스의 비교법적 분석과 함께 Deutsch, Neues zur ärztlichen Aufklärung im Ausland, MedR 2005, 464 ff 참조.

73) 프랑스: Castelletta, a.a.O., S. 16, Rn. 12.11; 이탈리아: Ferrando, Liberta, responsabilità e procreazione, Padova, 1999; Franzoni, La responsabilità del medico fra diagnosi, terapia e dovere di informazione, in La responsabilità civile, 2005, S. 584 ff.; 독일: Spickhoff, Die Entwicklung des Arztrechts 2004/2005, NJW 2005, 1698; Deutsch/Spickhoff, a.a.O., S. 164, Rn. 245; 오스트리아: Höftberger, Österreichische Rechtsprechung zur Arzthaftung, MedR 2000, 505(509ff.); Harrer, in Kopetzki/Zahl (Hrsg.), Behandlungsanspruch und Wirtschaftlichkeitsgebot, Wien, 1998, S. 49; 스위스: Kuhn, Die Arzthaftung in der Schweiz, MedR 1999, 248(250 ff).

74) Quaa/Zuck, Medizinrecht, München, 2005, § 13, Rn. 69, 이를 “포착적 구성요건 (Auffangtatbestand)”이라고 한다.

75) Cass. civ., 25.2.1997, in Dalloz 1997, IR, S. 81. 이전의 견해에 대해서는 Cass. Civ., 29.5.1951, in Bull. Civ., n. 162; Cass. civ., 4.4.1995, in Bull. civ., I, n. 159.

76) Cass., 24.9.1997, n. 9374, in Mass. Foro it, 1997.

77) Cass. Civ., 11.2.1986 (미출판 Castelletta, responsabilità medical. Droits des malades, 2. Aufl., Parigi, 2004, S. 71에서 재인용).

78) Art. L. 1111-2 Code de la sante publique, verandert durch Loi 2005-370 vom 22.4.2005 : „(1) Toute personne a le droit d’être informée sur son état de sante. Cette information porte sur les différentes investigations, traitements ou actions de prevention qui sont proposées, leur utilite, leur urgence eventuelle, leurs consequences, les risques frequents ou graves normalement previsibles qu’ils comportent ainsi que sur les autres solutions possibles et sur les consequences previsibles en cas de refus. Lorsque, posterieurement a l’execution des investigations, traitements ou actions de prevention, des risques nouveaux

의 충돌"을 입증하면 이를 입증할 필요가 없이 전손배상을 인정하고 있다.⁷⁹⁾

심지어 더 나아가 이탈리아의 판례는 입증책임전환을 의무위반이 성립하는 모든 사례에까지 확대하였다. 이탈리아 대법원(Corte di Cassazione)⁸⁰⁾의 합의체는 "채권자가 의무의 내용을 입증하고 이에 대한 불이행을 입증해야 하는 반면에 채무자는 권리소멸적 사실을 입증하거나 이탈리아 민법전 제1218조에 따른 면책적 증거를 제시해야 한다"고 판시하였다.⁸¹⁾

그 다음으로 주로 프랑스와 독일에서는 위험관리절차(Risk Management-Prozeduren)의 도입과 엄격한 기록작업을 통해서 방어전략을 발전시켰다. 즉 이에 따라 환자는 정보를 철저히 받게 되고 수많은 설명용지와 아주 자세한 정보안내서를 받게 된다. 대부분 결과를 보장하는 성형수술의 경우와 같은⁸²⁾ 특정한 수술의 경

sont identifiées, la personne concernée doit en être informée, sauf en cas d'impossibilité de la retrouver. (2) Cette information incombe à tout professionnel de santé dans le cadre de ses compétences et dans le respect des règles professionnelles qui lui sont applicables. Seules l'urgence ou l'impossibilité d'informer peuvent l'en dispenser. (3) Cette information est délivrée au cours d'un entretien individuel. (4) La volonté d'une personne d'être tenue dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic doit être respectée, sauf lorsque des tiers sont exposés à un risque de transmission. (5) Les droits des mineurs ou des majeurs sous tutelle mentionnés au présent article sont exercés, selon les cas, par les titulaires de l'autorité parentale ou par le tuteur. Ceux-ci reçoivent l'information prévue par le présent article, sous réserve des dispositions de l'article L 1111-5. Les intéressés ont le droit de recevoir eux-mêmes une information et de participer à la prise de décision les concernant, d'une manière adaptée soit à leur degré de maturité s'agissant des mineurs, soit à leurs facultés de discernement s'agissant des majeurs sous tutelle. (6) Des recommandations de bonnes pratiques sur la délivrance de l'information sont établies par la Haute Autorité de santé et homologuées par arrêté du ministre chargé de la santé. (7) En cas de litige, il appartient au professionnel ou à l'établissement de santé d'apporter la preuve que l'information a été délivrée à l'intéressé dans les conditions prévues au présent article. Cette preuve peut être apportée par tout moyen."

79) BGH NJW 2005, 1364; 이에 대한 문헌으로는 Deutsch, Neues zur ärztlichen Aufklärung im Ausland, a.a.O., S. 465; Spickhoff, Die Entwicklung des Arztrechts 2006/2007, NJW 2007, 1632; 우리나라의 문헌으로는 김기영, "의약품의 사용설명서와 부작용에 대한 의사의 설명의무 - 대법원 2005. 4. 29. 선고 2004다64067 판결을 중심으로," 『법조』 통권 635호 (2009.08), 242면.

80) Cass., Sez. Un., 30.10.2001, n. 13533, in Foro it., 2002, I, S. 769, 이에 대한 평석으로는 Laghezza, Inadempimenti ed onere della prova: le sezioni unite e la difficile arte del rammendo; in Contr., 2002, S. 113, 이에 대한 평석으로는 Carnevali, Inadempimento e onere della prova; in Nuova Giur. civ. comm., 2002, I, S. 349, 이에 대한 평석으로는 Meoli, Risoluzione per inadempimento ed onere della prova.

81) "Il creditore deve dimostrare il titolo dell'obbligazione ed allegare soltanto l'inadempimento, mentre il debitore deve dedurre il fatto estintivo o la prova liberatoria dell'art. 1218 c.c."

우에는 수술의 모든 단계, 기대되는 최소한의 결과, 잠재적인 위험 등을 정확히 기술한 계약을 체결하게 된다.

3. 영국 House of Lords의 정책

영국에서 정보제공의무(duty of information)는 위에서 언급한 바와는 달리 그다지 중요한 의미를 받아들이지 않았다. 정보가 없다는 사실은 환자의 동의가 없다는 사실에 영향을 주고 상해죄(tort of battery)를 근거로 책임을 도출할 수 있기 때문이다. 하지만 의료책임의 범위에서 영국의 판례는 상해죄를 적용하는데 있어서 아주 소극적이다.⁸³⁾

의무위반(breach of duty)으로 인한 의사에 대해 제기된 모든 손해배상소송은 actions of negligence이다.⁸⁴⁾ 입증책임의 전환을 시도하였지만⁸⁵⁾ 'House of Lords'에 의해 대부분 기각⁸⁶⁾됨에도 불구하고 입증책임은 오로지 원고(claimant), 즉 환자에게 있다.

하지만 인과관계의 입증을 위해 전통적인 "but for test(그 행위 없이는 그러한 결과가 생겨나지 않았을 것이라고 생각될 때 그와 같은 점에 인과관계가 있다고 하는 판례법)"는 지나치게 유동성이 없고 이에 때문에 House of Lords는 의료책임사건에서 "상해에 대한 실질적인 기여(material contribution to the injury)"

82) 프랑스에서는 성형외과의 급부행위에 대해서 아주 엄격히 평가되며(CA Paris, 16.6.1995, in Dalloz, 1995, IR, S. 194) 정보제공의무는 "전적으로" 인정된다 (Cass. civ., 14.1.1992, n. 90-10.870, in Bull. civ., I, n. 16). 독일의 경우: Deutsch/Geiger, Medizinischer Behandlungsvertrag, in Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1982, S. 1095 f.; 이탈리아에 대해서는: Cass., 8.8.1985, n. 4394, in Foro it., 1986, I, S. 121 f., 이에 대한 평석으로는 Princigalli; Vacca, L'intervento di chirurgia estetica e obbligazione di risultato?, in Resp. civ. e prev., 1986, S. 44; Romano, Considerazioni in tema di responsabilità contrattuale del medico per violazione del dovere di informazione, in Giur. it., 1987, I, 1, S. 1136; Costanza, Informazione del paziente e responsabilità del medico, in Giust. civ., 1986, I, S. 1432; Trib. Trieste, 14.4.1994, in Resp. civ. e prev., 1994, S. 768, 이에 대한 평석으로는 F. und C. Pontonio, La responsabilità del chirurgo estetico: obbligazione di mezzi o di risultato?, Perulli, a.a.O., S. 450 f.

83) Hills v. Potter (1983) 3 All ER 716, 728; Chatterton v. Gerson (1981) QB 432, 443; Abbass v. Kenney (1995) 31 BMLR 157, 163; The Creuzfeldt-Jakob Disease Litigation (1995) 54 BMLR 1.

84) Grubb, Duties in Contract and Tort, a.a.O., S. 316, Rn. 5.06; Pfizer Corporation v. Ministry of Health (1965) AC 512 (HL).

85) McGhee v. National Coal Board (1973) 1 WLR 1.

86) Wilsher v. Essex AHA (1986) 3 All ER 801.

의 기준을 도입하였다.⁸⁷⁾ 즉 의사의 책임은 자신의 행위가 실질적으로 손해의 성립에 기여한 경우에만 성립한다는 것이다. 이러한 새로운 견해는 법원이 원고에게 사실상(de facto) 유리한 요소에서 책임을 도출하고자 하는 시도에서 나왔다. 이와 같은 검토는 아주 기술적인 법적 분석을 통해서 인과관계의 조사 목적을 위해 복잡한 언어적 공식을 사실에 적용함으로써 이루어졌다.

4. 스칸디나비아와 인도의 의료법체계에 대한 시사점

마지막으로 판례는 원칙적으로 하나 또는 다른 방법으로 의료책임의 형식적인 증명의 필요성과 정의를 향한 환자의 희망 사이에 객관적인 충돌을 해결하기 위해 노력하고 있다고 말할 수 있다. 이러한 판결은 순수한 정책 및 법정책의 문제이다. 하지만, 다른 민사책임을 비교하여 이러한 문제는 의료법영역에서 아주 민감한 사안이다. 즉 한편으로는 수많은 변수에 따른 사실상의 요소들이 특히 복잡하게 발전하며 다른 한편으로는 인간의 생명과 건강이 중요하기 때문이다. 주로 국내법적 차원에서 인정된 법적 목표는 환자의 보호와 시스템의 효율성을 목적으로 하지만 종종 증명의 문제가 제기된다. 그와 같은 법의 목적은 이러한 의미에서 환자의 손해가 각각의 필요성을 근거로 보상하고 과실입증을 근거로 보상하지 않는 시스템을 통해서만 달성할 수 있다.

이와 같은 방법은 민사책임의 원칙들이 사실상 공법상의 보험시스템의 마련으로 대체되는 방법으로 주로 스칸디나비아국가들이 따르고 있다.⁸⁸⁾ 즉 손해가 어느 정도 추정되면 손해를 입은 환자에게 승소할 경우 다른 유럽국가들의 소송에서 받게 되지만 환자와 가해자에 비용이 야기되지 않는 액수의 통일적인 배상액(Pauschalersatz)을 인정한다.⁸⁹⁾ 그밖에도 절차적으로 파악하면 이러한 메카니즘은 아주 간단하다. 환자가 오로지 손해발생과 의료적, 보건적 또는 약제적 효과 사이에 인과관계를 입증해야 한다.⁹⁰⁾

87) *Bomington Castings v. Warlow* (1956) AC 613; *Holtby v. Brigham & Cowan (Hill) Ltd* (2000) 3 All ER 421 (CA).

88) Lilie/Fischer, *Ärztliche Verantwortung im europäischen Rechtsvergleich*, in *Schriftenreihe der Juristischen Fakultät Halle*, Bd. 7, Köln u.a., 1999, S. 156.

89) Lilie/Fischer, a.a.O., S. 157 f.

90) Lilie/Fischer, a.a.O., S. 160.

장래에는 사회적 의미를 가진 2가지 현상들이 중요한 역할을 하게 되고 의료책임의 체계에 직접적인 영향을 주게 될 것이라고 생각한다.

- 더 이상 절대적인 지식의 소유자로 보지 않고 서비스제공자로 파악하는 전문가(professionista)에 대한 사회의 변화된 입장;
- 의료수준의 귀속주체에 대한 법의 변화, 특히 여기서 독일입법과 유럽입법이 수 십년 동안 소비자와 소비자보호에 노력하고 있다는 점을 주목해야 한다.

이러한 의미에서 환자는 물건(의약품 및 의료기기)과 서비스제공(의사와 간호사 등과 병원의 활동)의 소비자이며 이러한 소비는 자신의 건강에 기여하는 상황의 측면에서 특히 보호가 필요하다.⁹¹⁾ 그 밖에도 환자는 즉 3가지 차원, 정보적, 심리적, 경제적 측면에서 전형적인 소비자로서 열등한 지위에 있다는 점을 부인할 수 없을 것이다.

이러한 관계에서 인도를 모델사례로 들 수 있다. 인도의 법체계는 소비자법원이 의료, 보건 및 약제에 대한 책임사건의 법적 분쟁에 대해서도 관할할 수 있도록 유동적으로 움직이고 있는 동향은 인상적이고 주목할 만하다.⁹²⁾ 인도에서 이러한 의료법의 3가지영역은 서로 아주 의존적이다. 왜냐하면 그 시스템은 전통적인 의료전문가(Heilkunde) (4개의 학교로 분류된다: Ayurveda, Siddha, Unani und Amtchi)와 서양의료, 가령 대증요법(對症療法 : Allopathie)와 외과의 공존 관계에 비추어 특히 복잡하다.⁹³⁾

스칸디나비아국가들의 방법과 비교하여 시스템의 효율성은 대체의학을 인정하고 있는 인도의 방법, 즉 소비자법원의 피해를 입은 환자에까지 관할권을 확대함으로써 환자가 더 보호를 받고 무엇보다 소비자가 특히 소송의 측면에서 입증책임완화, 소송의 단순화, 소송상의 정보제공청구권 및 favor consumatoris⁹⁴⁾와 같이 일련의 완화된 조치를 향유할 수 있다는 점에서 시스템의 효율성이 증가된다고 볼 수 있다.

91) Hall/Schneider, Patients as Consumers: Courts, Contracts, and the new Medical Marketplace, in Michigan Law Review, Bd. 106, N. 4, 2008, S. 643 ff.

92) David Annoussamy, India, in A. Diurni (Hrsg.), Percorsi mondiali di diritto privato e comparato, Milano, 2008, S. 198.

93) David Annoussamy, a.a.O., S. 200 ff.

94) David Annoussamy, a.a.O., S. 209 ff.

<참고문헌>

- 김기영, “의약품의 사용설명서와 부작용에 대한 의사의 설명의무 - 대법원 2005. 4. 29. 선고 2004다64067 판결을 중심으로-”, 법조(통권 635호), 2009.
- 김기영, “병원개설자의 조직의무와 책임근거”, 경희법학(제45권 제4호), 2010.
- 남효순, “프랑스민법에서의 행위채무와 결과채무 -계약상 채무의 불이행책임의 체계-”, 민사법학(제13·14호), 1996.
- 송오식, “진료채무의 수단채무에 대한 검토”, 법학논문집(제31집 제1호), 2007.
- 여하윤, “프랑스 민법상 계약책임과 불법행위책임의 관계”, 법학(제50권 제2호), 서울대학교 법학연구소, 2009.
- Amundsen, Visigothic Medical Legislation, in Bull. Hist. Med., Bd. XLV, n. 6, 1971, S. 553 ff.
- Cohen, The Evolution of the Concept of Disease, in LUSH (Hrsg.), Concepts of Medicine, Oxford, 1961.
- Deutsch, Neues zur ärztlichen Aufklärung im Ausland, MedR 2005, 464.
- Deutsch/Geiger, Medizinischer Behandlungsvertrag, in Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1982, S. 1095 f.
- Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, 6. Aufl., Berlin u.a., 2008.
- Diurni, Amalia, "Die Arzthaftung von gestern und das Medizinrecht von heute in rechtsvergleichender Perspektive", : Arzthaftung - Mängel im Schadensausgleich?, MedR Schriftenreihe Medizinrecht, 2009, S.85.
- Garrison, An Introduction of the History of Medicine, Philadelphia, 1929, S. 146.
- Hall/Schneider, Patients as Consumers: Courts, Contracts, and the new Medical Marketplace, in Michigan Law Review, Bd. 106, N. 4, 2008, S. 643 ff.
- Harrer, in Kopetzki/Zahlr (Hrsg.), Behandlungsanspruch und Wirtschaftlichkeitsgebot, Wien, 1998, S. 49.
- Hartkamp, Das neue niederländische Bürgerliche Gesetzbuch aus europäischer Sicht, in RabelsZ, 57 (1993), S. 672 und S. 679 f.
- Höftberger, Österreichische Rechtsprechung zur Arzthaftung, MedR 2000, 505.
- Kuhn, Die Arzthaftung in der Schweiz, MedR 1999, 248.

- Lilie/Fischer, Ärztliche Verantwortung im europäischen Rechtsvergleich, Hallesche Schriften zum Recht, Bd. 107, 1999.
- Müller-Terpitz, Ralf, Das Recht der Biomedizin, Textsammlung mit Einführung, 2006.
- Neuburger, History of Medicine, Bd. II, Oxford, 1925, S. 10 f.
- Quaas/Zuck, Medizinrecht, München, 2005.
- Spickhoff, Die Entwicklung des Arztrechts 2004/2005, NJW 2005, 1698.
- Spickhoff, Die Entwicklung des Arztrechts 2006/2007, NJW 2007, 1632.
- Von Bar, Der Einfluß des Verfassungsrechts auf die westeuropäischen Deliktsrechte, in RabelsZ, 59 (1995), S. 214.
- Wiesing, Urban, The History of Medical Enhancement: From Restitutio ad Integrum to Transformatio ad Optimum?, in: B. Gordijn, R. Chadwick (eds.) Medical Enhancement and Posthumanity, p.9.
- Wiesing, Urban, Zum Verhältnis von Geschichte und Ethik in der Medizin, NTM Zeitschrift für Geschichte der Wissenschaften, Technik und Medizin, Volume 3, Number 1 (1995.12), S.129.

Abstract

This topic deals with a historical-comparative law of medical liability. Taking into account the therapeutic freedom of the doctor will be concerned with the question whether one can find a special standard of care and a special duty of the physician to inform. First of all, the history of medical malpractice are emphasized. From 19 Century to 20 Century was the change of tendency to medical liability in comparative law perspective.

The following should be displayed in terms of the history of medicine in the last two decades, fundamental changes have occurred. For more legal history reconstruction is noted in other respects, that the civil liability itself has also changed.

Primarily, a technological revolution was observed: the social debates that science and medicine are therefore faced with nonexistent until recently problems. In this context, it is to face the problem about the start and end of life. The second change is a result of the exponential increase of attention for the person and for the high value associated with the personality aspects. Especially in legal systems that are attached great importance to the Constitution, it be fully aware of its civil liberties, the right to privacy and, in particular, the principle of self-determination of the person. From a comparative law it implies that the duty of information in these countries in the field of medical law plays a fundamental role.

In conclusion it can be said that the law basically in one way or another shall endeavor to resolve the conflict between the objective necessity to proof of medical malpractice and the desire for justice for the patient.

※ **Keyword : medical contract, medical liability, comparative law, medical malpractice, therapeutic freedom, history of medicine**