



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

의료관련감염과 의료기관의 안전배려의무

연세대학교 보건대학원

국제보건학과 보건의료법윤리전공

노 경 문

의료관련감염과 의료기관의 안전배려의무

지도 김 소 윤 교수

이 논문을 보건학 석사학위 논문으로 제출함.




2020년 12월

연세대학교 보건대학원

국제보건학과 보건의료법윤리전공

노 경 문

노경문의 보건학 석사학위 논문을 인준함

심사위원 김 소 윤 인 
심사위원 석 희 태 인 
심사위원 장 성 인 인 

연세대학교 보건대학원

2020년 12월

감사의 글

항상 멋진 모험과 도전을 꿈꾸며 용감하게 세상 밖으로 나서지만 이따금 마주하는 작은 풍랑에도 불안한 모습을 보일만큼 저는 아직까지 미숙하고 철이 없습니다. 그럼에도 매번 도전을 마주하여 기어코 완수해내며 제자릴 찾아 돌아올 수 있는 까닭은 은인들이 계신 덕분입니다. 저에게 도움을 주신 모든 분들께 감사드리며 글을 씁니다.

가장 먼저, 논문작성을 지도해주신 교수님들께 감사의 인사를 드립니다. 논문을 작성하는 동안 제 편협한 시각을 넓혀주시며 논문작성을 지도해주신 김소운 교수님, 제 인생의 지평을 넓혀 주신 스승님이자 거인과도 같은 석희태 교수님, 그리고 연구의 미진한 부분을 짚어주시고 부족함을 채울 수 있도록 지도해주신 장성인 교수님께 제 마음을 다하여 감사와 존경의 말씀을 드립니다.

그리고 2년이 넘는 대학원 생활을 함께한 동기이자 인생의 선배로서 도움을 아끼지 않은 이준호 형님 정말 고맙습니다. 덕분에 대학원생 시절을 즐겁고 알차게 보냈습니다.

이제는 한 가정을 이끌고 있는 아들의 대학원 생활을 물심양면으로 후원해주신 어머니와 아버지 항상 감사합니다. 제 삶에 닥친 크고 작은 일을 해결함에 있어 스스로 올바른 선택을 할 수 있는 힘을 가지고 있는 것은 순전히 어머니 아버지로부터 물려받은 신념과 사랑 덕분입니다. 그것이 우리 집안의 유산임을 마음속 깊게 새기며 앞으로도 좋은 모습을 많이 보여드리도록 하겠습니다.

또한, 부모님만큼이나 저를 열렬히 응원하고 도와주신 장인, 장모님과 처제에게도 짧은 글로나마 감사의 말씀을 드립니다.

언제나 사랑스러운 아내에게는 나의 모나고 상처 난 마음을 보듬어주고 우리의 눈앞에 놓인 도전에 항상 함께해주어 고맙고 사랑한다는 말을 전합니다.

마지막으로, 제가 연구에 참고한 연구의 저자 선생님들과 제 논문을 살펴봐 주시는 모든 분들께 감사와 존경의 인사를 드립니다.

2020년 12월

노경문 올림

차 례

국문요약	i
제1장 서론	1
제1절 연구의 배경	1
제2절 연구의 목적	2
제3절 연구의 방법	3
제2장 의료관련감염의 문제	4
제1절 의료관련감염의 개념과 예방	4
1. 개념	4
2. COVID-19와 의료관련감염	5
3. 의료법과 의료기관의 의료관련감염 예방의무	6
제2절 의료관련감염 소송의 한계점	11
1. 증명의 곤란	11
2. 안전배려의무와 계약책임 고찰의 필요성	13
제3장 의료관계와 보호의무	15
제1절 의료관계의 계약적 구성	15
1. 개요	15
2. 의료계약의 기초적 논의	16
제2절 보호의무의 포착	23
1. 계약상 의무구조론에 따른 감염예방의무의 법적 성질 분류	23

- 2. 일반적 생활관계에서의 주의의무 27
- 제3절 보호의무 존재에 관한 논의 28
 - 1. 외국에서의 논의 28
 - 2. 우리나라에서의 논의 34
 - 3. 소결 38
- 제4절 보호의무 규범의 작용영역 41
 - 1. 의의 41
 - 2. 인적 범위에 대한 검토 41
 - 3. 시간적 범위에 대한 검토 44
 - 4. 규범 작용영역에 따른 문제유형 44

제4장 보호의무의 일종으로서 안전배려의무 48

- 제1절 안전배려의무의 지위 48
 - 1. 법적 성질 48
 - 2. 책임체계상 지위 54
 - 3. 결과채무·수단채무에 대한 검토 57
- 제2절 의료관련감염에서의 적용요건 62
 - 1. 특별결합관계의 존재 62
 - 2. 보호의무 규범 작용영역 내 감염위험의 존재 63
 - 3. 감염의 예측가능성 및 회피가능성 64
- 제3절 의료관련감염에서의 내용 65
 - 1. 판단기준 65
 - 2. 코로나19 바이러스 감염과 안전배려의무 유형화 66

제5장 안전배려의무의 위반	72
제1절 안전배려의무 위반의 효과	72
1. 손해배상청구권의 발생	72
2. 반대급여 거절권의 발생	73
3. 이행청구권의 발생	74
4. 계약해제권 내지 해지권의 발생	75
제2절 증명책임의 귀속	77
1. 개념	77
2. 증명부담 완화이론	78
3. 안전배려의무 위반과 증명책임의 분배	81
제3절 의료기관 책임의 제한	89
1. 의의	89
2. 면책 사유	90
3. 과실상계 사유	92
제6장 결론	95
참고문헌	98
ABSTRACT	102

국문 요약

의료관련감염과 의료기관의 안전배려의무

의료관련감염은 의료관계에 있는 당사자의 생명·신체·재산 등에 손해를 가하여 완전성이익에 위협이 되는 요소로 작용하며 건강의 회복, 증진 등 의료관계의 올바른 목적 달성 외에 당사자가 애초에 바라지 않던 상황을 발생시켜 의료분쟁을 야기하기도 한다. 안전배려의무는 보호의무의 한 종류로서 계약의 내용과는 무관하게 환자에게 의료관련감염이 발생하지 않도록 예방의무 등을 이행하는 것을 내용으로 한다. 이와 같은 안전배려의무는 코로나19 바이러스 등 각종 감염병의 유행으로 인하여 그 존재와 이행의 필요성이 더욱 강조되고 있다.

안전배려의무 범리는 실정법상의 근거는 없으나 학설과 판례를 통하여 존재를 인정하고 있으며 의료법에서 규정하는 감염예방의무 등은 환자 측에 대한 안전배려의무가 구체화된 것으로 볼 수 있다. 의무위반으로 발생하는 책임은 계약책임과 불법행위책임 양자의 구성요건을 모두 취득한 경우에는 경합적 구성을 시도할 수 있다. 다만, 환자 측이 안전배려의무를 계약책임으로서 파악하여 얻을 수 있는 실익은 다음과 같다. 첫째, 의무의 내용을 명확히 구분하고 의무 위반 시 어떠한 효과가 발생하는지 파악할 수 있게 한다. 둘째, 위험이 예견되는 경우 적절한 조치를 취하게 할 이행청구권의 행사, 의료계약의 해제 또는 해지, 진료비의 경감 등에 대하여 계약을 근거로 하여 요구할 수 있게 된다. 의료관련감염으로 발생한 손해는 전문적 의료지식에 근거한 이해를 필요로 하게 되는데 특히 바이러스 감염은 눈에 보이지 않아 환자 측인 일반인

의 시각에서 의료기관의 의무위반 사실을 주장하고 증명하는 것이 거의 불가능하여 손해의 공평·타당한 분배 시도가 좌절될 수 있다. 그러나 환자 측이 의료관련감염 사고의 문제에서 안전배려의무의 위반을 고려한다면 이러한 한계성이 다소 해소될 가능성이 있다고 하겠다. 왜냐하면 의료지식이 개입하는 급의의무, 급의의무 이행 상의 부수적 의무와 비교하여 안전배려의무 위반 사실은 출입자 통제, 직무명령, 시설관리 등에 관련하여 일반인 시각에서 포착이 가능하고 의무위반에 대한 기준을 의료법이나 의료법 시행규칙 등에서 찾을 수 있어 주장과 증명이 비교적 용이하기 때문이다. 그리고 이러한 관점에서의 주장과 증명은 의료과오소송에서 판례가 취하고 있는 증명책임의 완화 법리인 이른바 ‘일반인 상식의 법리’에도 부합한다고도 할 수 있다.

다만, 이처럼 의료기관에게 포괄적인 안전배려의무가 인정된다고 하여 의무위반에 따른 책임을 모두 부담하는 것은 손해를 공평·타당하게 분배하는 것으로 볼 수 없을 것이다. 코로나19 바이러스와 같이 비말이나 에어로졸 등을 매개로하는 감염기전의 특수성, 팬데믹 현상 등은 반드시 고려되어야 할 요소이다. 또한 환자의 체질적 소양이나 병력이 개재되어 손해를 확대할 수 있으므로 구체적인 상황에 따라서는 의료기관의 책임이 면제되거나 제한된다고 할 것이다.

핵심어: 의료관련감염, 안전배려의무, 보호의무, 코로나19 바이러스, 계약책임, 불법행위책임

제1장 서론

제1절 연구의 배경

보호의무란 사회적 접촉 과정에서 타인의 현상이익 내지 완전성이익을 보호하고 배려하여야 할 의무를 말한다. 이는 사회생활상의 일반적 규범인 ‘신의성실의 원칙’이 모든 사회구성원에게 부과하는 법적지위이다.¹⁾ 의료관계에서는 이러한 보호의무의 한 종류로서 안전배려의무가 존재하는데 의료기관은 안전배려의무의 이행을 통하여 환자 또는 방문객의 완전성이익을 보호하여 안전하고 평온한 환경에서 진료·검사·치료 등의 의료행위를 받을 수 있도록 한다. 판례는 이러한 신의칙상의 보호의무의 한 종류로서 ‘안전배려의무’를 인정하고 있다. 안전배려의무의 이행은 상대방에게 의료관련감염이 발생하지 않도록 하는 감염예방이라는 구체적 행위로도 이행된다. 감염예방에 관련한 실천적 의료행위, 시설관리의 측면에서 필요하다고 인정되는 의무는 의료법 제47조 등의 법 규범화를 통하여 환자에 대한 안전배려의무를 구체화하였다고 볼 수 있다. 이처럼 의료관계에서 요구되어지는 당사자의 구체적인 의무를 적절하게 규율하는 것은 의료관계를 더욱 원활하게 하는 역할을 하게 된다.

그러나 이러한 안전배려의무위반으로 인한 의료관련감염 사고에 관하여 아직까지 대법원 판례가 존재하지 않고 안전배려의무 관념에 대한 학설이 통일되어 있지 않으므로 의무의 내용과 적용요건, 적용범위, 위반 시의 효과에 대해서는 연구가 필요하다고 판단된다.

1) 석희태. (2016). 환자의 모를 권리와 의사의 배려의무. 의료법학, 17(2), 161면

제2절 연구의 목적

본 연구의 목적은 안전배려의무의 법적 성질 및 안전배려의무의 위반에 따른 효과를 고찰하여 손해의 공평·타당한 분배의 실현에 기여함을 목적으로 한다. 이를 위한 구체적 연구목표는 다음과 같다.

첫째, 의료관련감염사고에서 안전배려의무의 관념의 필요성과 기능을 살펴 보아 안전배려의무가 향후 적극적으로 검토되어야 할 필요성을 도출한다.

둘째, 안전배려의무의 법적 성질을 파악하도록 한다. 이를 통하여 의료관계에는 당사자의 구체적 합의 내용 외에도 신의칙상 상대방을 보호할 의무가 발생하는 점을 발견하고 안전배려의무 법리를 고찰하여 의료관련감염 사고에 적용하도록 한다.

셋째, 안전배려의무 위반으로 인하여 발생한 손해를 어떻게 다룰 것인지 모색한다. 이를 위하여 안전배려의무의 위반에 따른 효과 및 의료관련감염 사고의 책임제한의 문제를 고찰하여 손해를 적절하게 분배하기 위한 발판을 마련한다.

제3절 연구의 방법

본 연구는 선행연구와 판례에 대한 고찰을 기본으로 의료관련감염과 보호의무의 한 종류로 파악되는 안전배려의무의 법리에 관한 문제를 연구한다. 이를 위하여 연구의 주제가 되는 보호의무 및 안전배려의무의 관념과 기능을 외국과 우리나라의 학설을 정리하여 의료관련감염사고의 특성에 따라 고찰한다. 특히 안전배려의무 위반을 비롯한 의료과오책임은 보통 의료계약 등을 기초로 하는 당사자 간의 특별결합관계를 근거로 발생하는 것이지만 불법행위법의 성립 및 그 책임의 일반규정인 민법 제750조가 존재하기 때문에 그 책임은 계약책임은 물론이고 불법행위책임의 법리를 통한 규율 대상에 포함될 수 있다. 다만, 의료관계의 당사자에게 발생하는 의무의 내용과 법적 성질을 정확하게 포착하고 다른 의무와 구별하기 위해서는 의무 관념을 계약적 혹은 계약관련적으로 인식하는 것이 불법행위 구성에 비하여 더욱 명료하다고 할 것이다.²⁾ 따라서 본 연구에서는 안전배려의무를 계약적 관점에서 탐구하도록 하여 타 의무와 구분되는 보호의무를 포착하고, 보호의무의 일종으로서 발생하는 안전배려의무의 법적 성질, 적용요건을 고찰하여 의료관련감염에 적용하도록 한다.

그리고 안전배려의무의 위반에 따른 효과와 의료기관 책임의 제한에 관하여 선행연구와 기존 판례에 따라 판단하도록 하며, 증명책임의 귀속에 관해서는 의료과오소송에서 취하고 있는 대법원의 확립된 견해에 따라 당사자에게 요구되는 증명요소를 파악하도록 한다.

2) 석희태, 전제논문, 162면

제2장 의료관련감염의 문제

제1절 의료관련감염의 개념과 예방

1. 개념

의료관련감염(Healthcare-associated infection)은 의료기관에서 시행하는 여러 가지 시술이나 치료과정에서 발생하는 감염을 일컫는다. 이는 종전에 원내 감염이나 병원감염보다 포괄적인 개념으로서 의료법에서 정의하고 있는 용어이기도 하다.³⁾ 과거에 비해 의료기관에서 시행하는 인체침습을 수반하는 검사가 증가하고 있고 각종 항생제에 대한 내성균도 증가하고 있어 의료관련감염의 예방이 더욱 중요한 문제로 부각되고 있다.

의료관련감염은 병원 내 사망의 주요 원인 중 하나인 가운데, 적절한 감염 관리를 통해서 효율적으로 대처하여 그 위험성을 감소시킬 수 있는 분야이기도 하다. 의료관련감염은 외인성 및 내인성 감염으로 분류되는데, 외인성 감염은 의료진 등의 의료종사자, 오염된 의료기기, 다른 환자 등 다양한 병원 환경 요인을 통하여 세균이나 바이러스 등이 환자의 체내에 침투하여 감염을 일으키는 것으로서 그중 가장 중요한 요인으로 의료인의 손이 지적되고 있다.⁴⁾ 그리고 내인성 감염의 경우 환자의 피부나 기타 신체조직에 존재하고 있던 감염균 등이 환자의 면역력 저하 또는 기타 기저질환에 의하여 감염을 유발하는 경우를 말한다.

3) 유진홍. 의료관련감염 관리의 원론과 전망. J Korean Med Assoc 2018;61(1);5-12

4) 이동필. (2007). 병원감염에 관한 관례의 동향. 의료법학, 8(1), 63번

2. COVID-19와 의료관련감염

SARS-COV-2 또는 코로나-19(이하 코로나19 바이러스라 한다.)로 명명된 이 바이러스는 중국 우한에서 첫 발생 이후, 그 기세가 쉽게 꺾이지 않고 확산되었으며 2020년 3월 12일 세계보건기구(World Health Organization)는 코로나19 감염증에 대하여 세계적 대유행 상태를 뜻하는 팬데믹(pandemic) 선언을 하였다. 코로나19 바이러스의 주요 증상으로는 발열(37.5℃ 이상), 기침, 호흡곤란, 오한, 근육통, 두통, 인후통, 후각·미각소실 등이 있다.⁵⁾ 그리고 주요 감염형태는 감염된 사람이 숨을 내쉬거나 말을 할 때, 재채기, 기침할 때 생성되는 호흡기 침방울(비말)을 통해 다른 사람에게 감염(비말 감염)되고, 감염된 사람의 호흡기 침방울(비말)이 묻은 손이나 매개체와의 접촉하고 눈, 코 또는 입을 만져 감염(접촉감염)된다.⁶⁾ 그리고 의료기관에서 시행되는 에어로졸 생성으로 인한 공기 전파를 통한 가능성도 존재한다. 보통 잠복기는 1~14일이지만, 증상이 나타나기 전 잠복기에도 바이러스 전파(무증상 감염)가 가능하며 증상 발생 1~3일 전부터 호흡기 검체에서 바이러스가 검출되는 특징이 있다.⁷⁾ 따라서 증상이 없었던 환자가 코로나19 바이러스 감염을 스스로 인지하지 못하였던 환자가 의료기관을 이용하는 등 타인과의 접촉, 예측하지 못한 경로를 통하여 코로나19 바이러스를 전파시킬 가능성이 존재한다. 이러한 코로나19 바이러스의 특성으로 증상이 없는 잠복기에 의료기관을 방문하여 감염을 확산시킬 수 있으며, 잠복기 환자와 접촉하였던 환자나 의료진에게 감염이 연달아 발생하여 집단 감염을 발생시킬 수 있다.

5) 중앙방역대책본부, 코로나바이러스감염증-19 대응 지침(지자체용), 9-4판, 88면, 2020

6) 중앙방역대책본부, 전계서, 85면

7) who. (2020). Coronavirus disease 2019 (COVID-19): situation Report,73

우리나라에서는 2020년 1월 20일 첫 코로나19 바이러스 감염환자가 발생한 이후에 정신요양병원 등에서 집단 감염환자가 발생하였으며 동년 2월에는 정신요양병원에서 장기간 입원하고 있던 환자가 사망하여 국내 첫 사망자로 기록되었다. 해당 환자는 폐쇄병동에 입원 중이었던 환자로서 이동경로는 없었으며 역학조사결과를 실시하였음에도 최초 감염원은 알 수 없었다.⁸⁾ 장기입원 환자의 경우 집단생활을 할 가능성이 높아 특히 감염이 확산되는 것을 차단하기가 어려우며, 만약 감염이 발생하였다면 면역력이 저하되어 있는 상태일 가능성이 커 치명적인 결과가 발생할 수 있다. 특히, 질병관리청의 보도자료⁹⁾에 따르면 20대의 치명률은 0%인 반면, 80세 이상의 노인에게는 17%를 상회하는 치명률을 보이고 있기 때문에 노인장기요양시설 등 장기간 고령의 환자가 입원하는 의료기관의 경우에는 시설관리, 출입자에 대한 관리 등을 통한 입원환자에 대한 보호가 더욱 엄격하게 시행될 필요성이 존재한다고 할 수 있다.

위와 같은 경우 이외에도 외래진료, 응급실 방문 기타 사유 등으로 의료기관 이용 후 코로나19 바이러스에 감염된 환자나 보호자 등이 다수 존재한다. 이러한 상황을 모두 종합하였을 때, 모든 의료기관은 환자와 보호자 등을 감염의 위험으로부터 보호할 필요성이 이전보다 강하게 요구된다고 할 수 있다.

3. 의료법과 의료기관의 의료관련감염 예방의무

「의료법」에서는 의료기관의 의료관련감염을 예방할 의무에 대하여 규정하고 있으며 동법 시행령과 시행규칙을 통하여 세부적인 사항을 정하여 의료기

8) 이는 감염이 발생한 의료기관을 관할하는 보건소에 정보공개청구를 통하여 확인한 내용임

9) 질병관리청, 코로나19바이러스감염증 국내 발생 현황(20.12.04.), 보도참고자료

관의 장에게 구체적인 의료관련감염의 예방활동을 실시하도록 하고 있다. 이는 의료기관 내의 감염으로부터 환자 등을 보호할 안전배려의무가 의료기관에 있음을 확인하며 체계적으로 감염관리 및 예방이 이루어지도록 의무의 내용을 구체화 한 것으로 볼 수 있다. 의료법 제4조 제1항10)에서는 의료인과 의료기관의 장에게 포괄적으로 의료관련감염을 예방할 의무와 함께 환자에 최선의 의료서비스를 제공하기 위하여 노력할 의무를 부여하고 있고 동법 제47조 이하11)에서는 의료관련감염 예방의무를 구체화 하여 감염관리위원회와 감염관

-
- 10) 제4조 ① 의료인과 의료기관의 장은 의료의 질을 높이고 의료관련감염(의료기관 내에서 환자, 환자의 보호자, 의료인 또는 의료기관 종사자 등에게 발생하는 감염을 말한다. 이하 같다)을 예방하며 의료기술을 발전시키는 등 환자에게 최선의 의료서비스를 제공하기 위하여 노력하여야 한다.
- 11) 제47조(의료관련감염 예방) ①보건복지부령으로 정하는 일정 규모 이상의 병원급 의료기관의 장은 의료관련감염 예방을 위하여 감염관리위원회와 감염관리실을 설치·운영하고 보건복지부령으로 정하는 바에 따라 감염관리 업무를 수행하는 전담 인력을 두는 등 필요한 조치를 하여야 한다. <개정 2008. 2. 29., 2010. 1. 18., 2011. 8. 4., 2020. 3. 4.>
- ② 의료기관의 장은 「감염병의 예방 및 관리에 관한 법률」 제2조제1호에 따른 감염병의 예방을 위하여 해당 의료기관에 소속된 의료인 및 의료기관 종사자에게 정기적으로 교육을 실시하여야 한다. <신설 2019. 4. 23.>
- ③ 의료기관의 장은 「감염병의 예방 및 관리에 관한 법률」 제2조제1호에 따른 감염병이 유행하는 경우 환자, 환자의 보호자, 의료인, 의료기관 종사자 및 「경비업법」 제2조제3호에 따른 경비원 등 해당 의료기관 내에서 업무를 수행하는 사람에게 감염병의 확산 방지를 위하여 필요한 정보를 제공하여야 한다. <신설 2015. 12. 29., 2019. 4. 23.>
- ④ 질병관리청장은 의료관련감염의 발생·원인 등에 대한 의과학적인 감시를 위하여 의료관련감염 감시 시스템을 구축·운영할 수 있다. <신설 2020. 3. 4., 2020. 8. 11.>
- ⑤ 의료기관은 제4항에 따른 시스템을 통하여 매월 의료관련감염 발생 사실을 등록할 수 있다. <신설 2020. 3. 4.>
- ⑥ 질병관리청장은 제4항에 따른 시스템의 구축·운영 업무를 대통령령으로 정하는 바에 따라 관계 전문기관에 위탁할 수 있다. <신설 2020. 3. 4., 2020. 8. 11.>
- ⑦ 질병관리청장은 제6항에 따라 업무를 위탁한 전문기관에 대하여 그 업무에 관한 보고 또는 자료의 제출을 명할 수 있다. <신설 2020. 3. 4., 2020. 8. 11.>
- ⑧ 의료관련감염이 발생한 사실을 알게 된 의료기관의 장, 의료인, 의료기관 종사자 또는 환자 등은 보건복지부령으로 정하는 바에 따라 질병관리청장에게 그 사실을 보고(이하 이 조에서 "자율보고"라 한다)할 수 있다. 이 경우 질병관리청장은 자율보고한 사람의 의사에 반하여 그 신분을 공개하여서는 아니 된다. <신설 2020. 3. 4., 2020. 8. 11.>
- ⑨ 자율보고한 사람이 해당 의료관련감염과 관련하여 관계 법령을 위반한 사실이 있는 경우에는 그에 따른 행정처분을 감경하거나 면제할 수 있다. <신설 2020. 3. 4.>
- ⑩ 자율보고가 된 의료관련감염에 관한 정보는 보건복지부령으로 정하는 검증을 한 후에는 개인식별이 가능한 부분을 삭제하여야 한다. <신설 2020. 3. 4.>
- ⑪ 자율보고의 접수 및 분석 등의 업무에 종사하거나 종사하였던 사람은 직무상 알게 된 비밀을 다른 사람에게 누설하거나 직무 외의 목적으로 사용하여서는 아니 된다. <신설

리실을 설치하고 운영할 의무, 감염병의 예방을 위하여 의료기관에 소속된 의료인 등의 종사자에 대한 교육 실시 등의 의무를 규정하고 있다. 환자 측의 생명, 신체, 건강 등에 대한 보호를 목적으로 의료기관의 수준에 따라 감염관리 전문인력이 구성되고 적절한 근무체계가 운영되는 것이며, 환자와 환자의 보호자 또는 의료기관에 종사하는 사람에게 필요한 정보를 제공하고 감염관리실을 적절하게 운영할 의무를 부여한다. 따라서 의료법 제47조 이하에서 규정하고 있는 기준은 의료관계의 당사자에게 충실하게 이행되어야 할 의무로서 양 당사자의 완전성이익을 보호하기 위한 보호의무의 구체적 이행 형태를 우리나라의 의료환경에 맞게 구체화 한 것으로 파악할 수 있다. 이는 실천적 의료행위, 시설물 관리 등을 포함하여 감염예방을 위하여 요구되어지는 구체적 의무내용이 법 규범화되는 것이며 이를 실천하여 의료관계의 당사자는 의료관계의 본질적인 내용을 더욱 충실히 이행할 수 있게 되는 것이기 때문이다.

감염병과 관련한 개별법령은 새롭게 발생하는 감염발생상황에 알맞게 의료기관의 구조적 문제나 감염관리 전문인력 확보 등 효율적 환경을 구축하기 위하여 보완되고 있는 상황이며 유행하고 있는 질병의 특성 등에 따라 마련되고 감염병에 대한 감시나 관리를 위한 대응이 신속하게 이뤄지고 있다. 이를테면 2002년 의료법에 ‘병원감염의 예방’ 조문을 신설하여 300병상 이상의 종합병원에는 감염관리위원회 및 감염관리실 운영 의무를 규정하였으며, 2012년에는

-
2020. 3. 4.>
- ⑫ 의료기관의 장은 해당 의료기관에 속한 자율보고를 한 보고자에게 그 보고를 이유로 해고 또는 전보나 그 밖에 신분 또는 처우와 관련하여 불리한 조치를 할 수 없다. <신설 2020. 3. 4.>
 - ⑬ 질병관리청장은 제4항 또는 제8항에 따라 수집한 의료관련감염 관련 정보를 감염 예방·관리에 필요한 조치, 계획 수립, 조사·연구, 교육 등에 활용할 수 있다. <신설 2020. 3. 4., 2020. 8. 11.>
 - ⑭ 제1항에 따른 감염관리위원회의 구성과 운영, 감염관리실 운영, 제2항에 따른 교육, 제3항에 따른 정보 제공, 제5항에 따라 등록하는 의료관련감염의 종류와 그 등록의 절차·방법 등에 필요한 사항은 보건복지부령으로 정한다. <개정 2020. 3. 4.>

200병상 이상을 갖추고 중환자실을 운영하는 의료기관에 대하여 의무적으로 감염관리위원회와 감염관리실을 설치 운영하고 전담인력을 배치한 것을 그 예로 들 수 있다.

그리고 코로나19 바이러스 사태 이전에 우리나라에 유행하였던 의료관련감염에서 특히 주목할 만한 것은 2015년에 발생한 중동호흡기증후군(Middle East Respiratory Syndrome, 이하 ‘메르스’)이다. 메르스의 유행상황은 국내 의료체계와 병원 내에서의 의료관련감염의 심각성을 알려주는 계기로 작용하여 관련 법령이 의료관련감염을 예방하기 위하여 더욱 효과적인 방법으로 수정되어 다인실 병실구조를 규정하거나 공조설비를 마련하는 등 감염예방환경의 질적 증가가 이뤄지게 되었다. 구체적으로는 의료법 시행규칙 제34조에 따라 입원실의 병상수를 의료기관은 최대4병상, 요양병원은 최대6병상이며 병상 간 이격거리는 최소 1.5 m 이상으로 하도록 규정 하게 되었으며, 300병상 이상인 종합병원은 1개 이상의 음압병실을 설치하고 300병상 기준으로 100병상 초과할 때마다1개의 음압격리병실을 추가로 설치하도록 하였다.¹²⁾ 이는 환자의 생명·신체·재산의 완전성이익에 직결되는 것으로서 의료기관이 제공하는 의무의 한 종류로서도 파악이 가능하다. 코로나 사태 이후에는 의료법 제47조의 개정을 통하여 의료관련감염의 발생과 원인에 대한 의과학적 감시능력 향상을 위하여 의료관련감염 감시시스템을 구축하고 자율보고 제도를 도입하여 정보수집 능력을 향상시키게 되었다. 이처럼 새로운 감염병의 등장에 따라 유연하게 수정되는 개별법의 규정은 감염 의료기관과 의료기관에 종사하는 사람은 물론이고 의료기관을 이용하는 환자나 보호자 등도 새롭게 발생하거나 수정되는 감염병 예방의무의 내용을 감염병 유행상황에 알맞게 인지할 수 있다는 장점을 가지

12) 김두리, 이미향. (2020). 코로나바이러스 감염증-19 사태를 통한 노인장기요양시설의 감염관리 개선 방향 . 한국직업건강간호학회지, 29(3), 203면

고 있다고 할 것이다.

제2절 의료관련감염 소송의 한계점

1. 증명의 곤란

의료과오로 인하여 환자의 신체 또는 정신에 손해가 발생한 경우에 피해자는 민사상의 손해배상을 청구할 수 있다. 손해배상책임은 당사자 간의 특약 등이 존재하지 않는 한 민법상의 일반적 원리에 의하여 법리가 구성된다. 감염과 관련하여 손해가 발생하였을 때, 환자 측의 입장에서는 손해배상을 청구함에 앞서 원고 측 증명책임이 가장 큰 숙제가 될 것이다. 증명책임의 분배에 대하여 통설과 판례는 그 기준을 법규의 구조에서 찾아야 한다는 법률요건분류설에 따른다.¹³⁾ 권리의 존재를 주장하는 이는 그에 따른 증명책임을 지게 되는데, 일반적으로 불법행위를 근거로 손해배상을 구성할 경우 환자에게 의료기관의 과실에 대한 증명책임이 존재한다고 할 수 있다. 그러나 과실과 인과관계의 성립에 대한 증명책임에 대하여 의료기관 측의 주의의무에 집중하게 된다면 의료지식이 부족한 원고 측인 환자에게 있기 때문에 손해의 배상을 청구하는 과정에는 큰 어려움이 존재하게 된다. 이를 보완하기 위하여 우리의 판례는 추정이론을 적용하여 환자의 증명책임을 완화를 시도하고 있다. 소위 ‘일반인의 상식 법리’와 ‘간접사실 법리’가 바로 그것이다. ‘일반인의 상식 법리’는 환자가 일반인의 상식에 바탕을 둔 정도의 과실 행위에 대한, 일반인의 상식에 바탕을 둔 정도의 주장증명을 하고 그 결과와 사이에 일련의 의료행위 외에 다른 원인이 개재될 수 없다는 점, 이를테면 환자에게 결함이 없었다는 사정을 증명한 경우에 있어서는, 의료행위를 한 측이 그 결과가 의료상의 과실로 말미암은 것이 아니라 전혀 다른 원인으로 말미암은 것이라는 증명을 하

13) 이시윤, 신민사소송법(2014), 박영사, 526면

지 아니하는 이상, 의료행위 상 과실과 결과 사이의 인과관계를 추정하는 판례의 논리이다.¹⁴⁾ 그리고 ‘간접사실 법리’는 간접사실을 통하여 주요사실을 추정하는 경우이다. 간접사실에 대한 증명을 통하여 주요사실을 추정하고 그 성립이 인정된다면 상대방이 특단의 사정을 설명하지 않는 한 그대로 추정사실이 인정된다. 그리고 여기서 고도의 개연성을 바탕으로 한 일응의 추정이 인정되는 사실은 심증판구의 틀림없는 정도의 신뢰성이 높은 경험법칙의 적용을 뜻하여 거의 증명된 것이나 마찬가지로 보아 표견증명이라도 한다.

그러나 이와 같은 증명책임 완화의 법리가 적용되고 있음에도 환자 입장에서는 병원감염 사건에서 의료기관의 주의의무 위반을 전제로 ‘일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상 과실 있는 행위’를 증명하는 것조차도 현실적으로 불가능에 가깝다. 환자로서는 의료행위의 전·후에 의료기관 출입 등을 포함하여 침습적 상황이 결여된 보통의 의료기관 이용과정에서도 호흡기 등을 통한 감염이 발생할 수 있는 가능성이 존재하기 때문이다. 그리고 의료행위의 전반에 걸쳐 마취 등의 의료행위 상황에서도 감염이 발생할 가능성이 있으며, 환자 스스로 의료행위 전 과정을 인지하고 있는 상황이라고 하더라도 눈에 보이지 않는 바이러스 등이 신체 내부로 침입하는 것을 감지하는 것은 불가능하다. 코로나 바이러스의 경우는 감염경로를 파악하기 위하여 유전자검사를 실시하고 있는 등 감염경로에 대한 파악이 의료인으로서도 대단히 어려운 점으로 미루어 일반인으로서의 피해자가 의학상식에 비추어 의료기관의 과실이나 인과관계를 증명하는 것은 도저히 불가능하다고 할 것이다.

게다가 증명완화의 법리에 따른다고 하더라도 환자의 피해를 적절히 구제하기까지는 많은 어려움이 존재한다. 병원감염과 관련하여 법원의 판결을 분석

14) 대법원 1995.2.10. 선고, 93다52402

한 한 연구¹⁵⁾에 따르면 의료소송에서 환자 측의 증명부담을 완화시키기 위하여 구체적 사건에서 증명책임의 완화 법리를 적용하고 있음에도 불구하고 의료기관의 책임을 인정한 사례보다 부정한 사례가 압도적으로 많다. 그리고 책임을 부정한 주된 이유가 이른바 ‘일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상 과실 있는 행위’가 증명되지 아니하였다는 점이었으며, 환자의 ‘일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상 과실 있는 행위’에 대한 주장에 대한 병원의 방어방법으로서 병원감염이 아닌 다른 원인이 있을 수 있다는 주장 및 그 가능성을 인용하여 법원이 인과관계의 추정을 부정하고 있다는 사실이 바로 그것이다. 이러한 이유로 현재 의료기관 내의 감염과 관련된 의료과오소송에서 증명책임의 완화 방법은 과연 증거의 편재 또는 불합리를 적절하게 해소하고 손해의 공평·타당한 분담이라는 손해배상 이념을 실현하고 있는지에 대하여 의문을 품을 수밖에 없는 실정이다.

2. 안전배려의무와 계약책임 고찰의 필요성

의료관련감염에 대한 예방이라는 동일한 행위라고 할지라도 당사자와의 관계 또는 계약의 내용 등에 따라서는 의무의 성질이 서로 다르며 이에 따라 위반 시 발생하는 효과 또한 서로 다르다. 다른 의무들과 구분되어 지는 보호의무는 계약의 주된 내용과는 별개로 예비적 혹은 후발적으로 양 당사자의 안전을 보충해주는 역할로 존재하여 안전배려의무라는 구체적 의무로서 나타난다.

대부분의 피해자는 의료과오로 인한 손해를 전보하기 위하여 의료기관 측의 주의의무 위반을 밝혀내는데 집중하게 된다. 하지만 위에서 설명하였듯이 이

15) 유현정, 의료소송에서 과실과 인과관계의 증명: 병원감염 판결을 중심으로, 고려대학교 법무대학원, 석사학위논문, 117면

러한 평균적인 의사로서의 주의의무 위반여부를 일반인이 주장하고 증명해내는 것은 도저히 기대하기 어렵다고 할 수 있다. 이러한 관점에서 단점 내지 한계점을 극복하기 위한 방법으로서 의료기관의 안전배려의무의 위반에 대하여 생각해 보는 것이 가능한 것이다. 안전배려의무는 의료관계에서 상대방을 감염되지 않도록 보호 내지 배려한다는 포괄적인 내용을 담고 있으며 의료기관이 환자 측에 제공하여야 하는 시설관리, 인력관리 등 구체적 기준과 개별적 내용에 대해서 의료법, 의료법 시행령, 의료법 시행규칙 등에서 규정하고 있어 구체적 기준에 대한 확인이 손쉽다. 따라서 전문적 의학지식이 없는 일반인의 시각에서도 안전배려의무의 내용에 대한 포착이 가능하고 보통의 주의의무 위반과 비교하여 직접 관찰할 수 있는 가능성이 높다고 할 것이므로 의무위반의 사실을 인지하기가 수월할 것으로 예상된다. 이러한 관점을 토대로 의료관련감염 사고에서 안전배려의무 위반에 대하여 주장하고 증명하는 것은 판례에서 증명책임의 완화 방법으로 택하고 있는 이른바 ‘일반인의 상식’에 부합한 증명이라고 할 것이므로 결론적으로는 환자 측에서는 책임을 구성하기가 훨씬 수월한 것이라고 할 것이다.

마지막으로 계약을 근거로 책임을 고찰한다면 불법행위법에서는 기대할 수 없었던 효과를 가지게 된다. 당사자는 손해배상청구권을 가지는 것은 물론이고 의료계약의 해제권 혹은 해지권을 가질 수 있게 되며, 채무불이행의 효과로서 보수지급의 거절 또는 감액 등도 생각할 수 있다.¹⁶⁾ 그리고 경우에 따라서는 적절한 안전배려의무의 이행 청구를 통하여 위험의 제거를 시도할 수도 있을 것이므로 계약당사자의 이익을 보호하는 입장에서 불법행위책임 구성 시보다 계약책임을 구성하는 것이 더욱 필요하다고 할 것이다.

16) 송오식, 의료과오의 계약법적 구성, 2007, 26면

제3장 의료관계와 보호의무

제1절 의료관계의 계약적 구성

1. 개요

우리나라 모든 국민이 의료보험의 가입자가 되고 동시에 의료과학의 발전으로 환자 등 의료서비스 수요자는 과거와 비교하여 훨씬 더 수월하게 각종 의료서비스를 누릴 수 있게 되었다. 이러한 발전에 힘입어 환자는 권리의 주체로서 자신의 권리를 행사하게 되었고, 의사와의 관계를 인적 신뢰를 기초로 하기보다는 의료계약의 당사자로서 동등한 위치로 그 관계를 재정립하게 되었다. 판례¹⁷⁾는 의료과오소송에서 이를 반영하여 불법행위에 기한 손해배상 청구와 채무불이행에 기한 손해배상 양자의 청구권의 경합을 인정하고 있으며 소송실무에서는 보통 주위적 청구와 예비적 청구로 나누어 양 책임구조에 따른 책임을 모두 청구한다. 다만, 계약책임을 구성하여 손해배상을 청구할 때 원고 측인 환자가 가질 수 있는 실익이 뚜렷하게 존재하므로 의료기관과 환자의 관계를 계약을 바탕으로 분석하는 것은 상당히 의미가 있다고 할 것이다. 이를테면 코로나-19 바이러스의 대유행 상황 등으로 인하여 서로의 권리를 침해하는 등 의사와 환자의 의료관계는 전보다 더 없이 침해하므로 계약관계를 기초로 하여 상호 간에 발생하는 권리와 의무를 파악하는 것은 각 의무가 갖는 법적 성질을 명확하게 포착하도록 하고, 각 의무의 이행이나 위반 사실에 따라 달라지는 민사책임을 명확하게 구분할 수 있도록 하기 때문에 본격적 논의에 앞서 정리하여야 한다고 할 수 있다.

17) 대법원 2006. 9. 28. 선고 2004다44506 판결.

2. 의료계약의 기초적 논의

의사와 환자 사이의 법률관계의 성립은 보통 양자가 진료를 합의하였을 때 경우라고 할 수 있다. 의료계약은 반드시 계약서 작성을 요구하지는 않으며 의사표시의 합치를 통하여 성립한다. 이러한 의사표시의 합치는 인터넷이나 전화 예약을 통하여 청약이 이루어지고 진료예약을 확인하는 서류의 발급 또는 진찰개시 등을 통하여 진료에 대한 승낙을 하는 경우가 보통이다. 의사는 환자에게 치료, 검사, 조산, 미용성형 그리고 환자 자신의 상태에 대한 알 권리의 충족 등 의료행위와 설명행위 등을 제공 하고 환자는 이에 대한 보수를 지급하는 것을 내용으로 하여 계약을 체결하게 된다. 그리고 예외적으로 명시적 의료계약이 결여된 경우 예컨대 응급진료의 경우 등에 관하여는 해당 의료행위가 의학적 정당성과 상당성을 갖추어서 적법한 경우에는 의료기관측과 환자측 사이에는 사실적 계약관계가 성립한다고 보아야 할 것이다.¹⁸⁾ 의료계약은 현재 우리 민법의 전형계약으로서 규정하지 않았지만 형식에 있어서 명시적 또는 묵시적 의사표시에 의한 합의 등 그 체결형태의 자유로운 선택이 허용되고 있다.

우리 민법은 전형계약을 규정하고 있는데, 의료계약의 경우 이러한 전형계약에 포함되어 있지 않은 비전형 계약의 일종이다. 이러한 의료계약의 법적 성질은 어떠한 것인지에 대하여 전형계약에 비추어 고려해보면 채무의 내용이 특정되어 있지 않은 노무를 제공한다는 점에서 위임계약, 고용계약, 도급계약과 비교해볼 수 있다. 의료계약을 위임계약으로 볼 경우에는 전문적 지식과 기술을 바탕으로 의료행위(사무처리)를 하는 것으로 이해할 수 있으며 고용계

18) 석희태, "의료계약", 한국사법행정학회 편 「주석 민법 채권각칙 (5)」 (1999), 제262면

약으로 볼 경우에는 사용자인 환자의 명령에 따라 피사용자인 의사가 노무를 공급하는 계약으로 이해할 수 있다. 그리고 도급계약으로 볼 경우에는 환자 질병의 완치라는 결과를 목적으로 하는 계약으로 이해할 수 있을 것이다. 의료계약은 의사의 진료채무와 환자의 비용지불채무를 중심으로 하여 구성되는 유상·쌍무계약이라고 보는 데에는 이견이 없으나¹⁹⁾ 민법상의 노무공급에 관한 전형계약 가운데 어떤 계약으로 보아야 할 것인지에 대하여는 일률적으로 이를 설정하기는 매우 곤란하여 현재 전형계약으로서 정하지 않고 현재 판례와 학설에 맡기고 있는 실정이다. 이에 생각해보면 환자의 지위를 결정하는 의료계약의 내용을 풍부하게 탐구하고, 나아가서 민법 개정을 통한 의료계약을 신설하는 지향한다는 관점에서 의료계약은 하나의 특수한 무명계약이라고 보는 것이 타당할 것이다.²⁰⁾

(1). 의료계약의 당사자

계약 등의 행위를 통하여 의료기관과 환자 측은 타인과 구별되는 권리와 의무를 취득하게 된다. 의료관계의 당사자가 반드시 의료기관과 환자가 되는 것은 아니므로 의료계약의 당사자가 누구지를 파악하는 것은 진료채무청구권 혹은 보수청구권이 누구에게 있는가와 더불어 소송에 있어서 원고와 피고의 설정과 손해배상 책임주체가 누구인지 파악하는데 있어서 중요한 쟁점으로 작용하게 된다. 그러므로 계약의 당사자 등 권리가 인정되지 않는 자의 경우에는 의료과오로 발생한 손해에 대하여 불법행위 책임을 구성하여 손해배상청구권을 행사하여야 할 것이다. 의료계약은 환자와 의사 사이에 직접적으로 유효한 의료계약이 체결된 경우 이외에도 환자 보호자나 국가 등 다양한 제3자가 개

19) 송오식, 전제논문, 11면

20) 석희태, 전제서, 271면

입하여 다원적 관계를 맺는 경우도 있기 때문에 그 계약에 있어서 형태와 양상은 대단히 복잡하다고 할 수 있다. 환자가 의사능력과 행위능력을 갖춰 단독으로 의료계약을 체결 가능한 경우에는 당사자의 확정이 단순명료하지만 이를테면 타인이 환자를 위하여 진료계약을 체결하는 등 타인이 개입한 경우에는 세심한 분석이 필요한 경우도 있다.

가. 의료제공자 측

의료제공자는 의료기관의 개설자이다.²¹⁾ 여기서 말하는 의료기관은 의료법 등에서 규정하는 자격요건을 적법하게 취득한 자여야 할 것이며 이러한 의료법령상 부적격자인 경우에는 의료계약의 사법상 효력이 부인된다고 볼 수 있다.²²⁾ 의료행위를 직접적으로 제공하는 자가 의료기관 개설자가 아닌 의료기관에 고용된 의료인은 의료기관 개설자의 이행보조자이다. 비록 의료행위가 갖는 성격으로 인하여 의료인의 독립적 판단이나 재량성을 가지고 행하여지지만 이는 특별히 의료기관 개설자로부터 부여된 것이며 기본적으로는 의료기관 개설자의 지휘감독에 복종하는 위치에 있다. 예외적으로 의료기관에 속하지 아니하고 의료행위를 하는 의료인은 직접 계약당사자로서 지위를 부담할 수 있다.

나. 의료수령자 측

ㄱ. 대리에 의한 계약

21) 김천수, 주석 민법, 제4판 채권각칙 258면, 2016

22) 김천수, 전제서, 258면

타인이 대리권 행사를 바탕으로 본인에게 의료계약의 법률효과를 본인(환자)에게 귀속시키려는 의사로서 의료계약을 성립시킨 경우이다. 이때 의료계약에 따른 권리나 의무는 환자 본인에게 발생하게 된다. 그리고 대리권이 없는 자가 대리의사로 의료계약의 효력을 환자에게 귀속시키려고 하는 경우에는 환자 즉 본인의 추인을 조건으로 의사와 의료계약이 성립하게 된다.

한편, 의사능력이 있고 행위능력이 없는 자에 대해서 대부분의 학설은 환자의 신체와 생명 및 건강에 대한 중요법익에 관련된 극히 개인적인 사정을 다루는 것으로 법익보호와 아울러 위험을 수반하므로 통상의 재산거래행위와 다르고 본인의 의사를 존중해야한다고 파악하여 타인의 개입을 가능한 배제하는 것이 바람직하다고 본다.²³⁾ 그러므로 미용성형 등 특수한 의료계약을 제외하고는 의사능력이 있는 환자가 단독으로 의료계약을 체결할 수 있다고 보는 것이 보통이다.

ㄴ. 제3자를 위한 계약

타인이 환자로 하여금 직접 의사에게 진료청구권을 취득하게 할 목적으로 자신의 이름으로 의사와 의료계약을 체결하는 경우에 그 타인과 환자 사이에는 ‘제3자를 위한 계약’ 관계 그리고 의사와 환자는 계약자와 수익자의 관계가 각각 설정된다. 다만, 제3자를 위한 계약이 성립하려면 의료제공자에게 그 상대방이 의료수령자가 아닌 누군가라는 점에 대한 관념(당사자 관념)이 존재해야 하고, 그 누군가에게도 자신이 당사자라는 의식(당사자 의식)이 있어야 하며, 두 당사자 사이에 제3자에게 의료제공청구권을 부여한다는 합의가 인정되어야 한다.²⁴⁾ 이러한 경우에는 대리에 의한 계약관계와는 달리 일정한 요건아

23) 석희태, 전게서, 257면

래에서 취득하는 권리 외에는 계약자인 타인에게 그 효과가 발생하는 것이 된다. 따라서 진료청구권은 환자의 의사에 의하여 취득하기도 하지만 계약당사자인 타인도 이해관계를 갖는 자로서 환자에게 진료행위를 이행 할 것을 요구할 수 있게 된다.(민법 제539조 이하)

ㄷ. 고용계약 또는 위임계약의 경우

타인이 환자를 위하여 의사에게 진료를 의뢰하고 의사는 단지 의료를 제공하는 이행보조자인 지위가 설정되는 부진정한 제3자를 위한 계약을 말한다. 이러한 경우에 환자는 의사에 대하여 특별한 권리를 취득함이 없고 단순히 진료를 수익하는 지위에 있게 된다. 그러므로 의사는 이행보조자로서 타인에 대하여서만 의무를 부담하고 환자에게 직접적 의무를 부담하지 않는다.

ㄹ. 사무관리로 파악하는 견해의 경우

환자의 신체가 온전하지 못하거나 또는 정신이 의식불명 상태에 빠져 있는 등 일정한 사유로 의사를 표현하는 것이 불가능한 경우에 환자에 대해서 부양 의무가 존재하지 않는 친족이나 경찰관 등의 타인이 진료를 의뢰하여 사법상 관계 성립 없이 환자를 실질적으로 진료하는 응급진료의 경우 환자와 의사 사이에는 사실적 계약관계가 성립한다고 보는 것이 합당할 것이다.²⁵⁾ 다만, 이론상으로는 사무관리로 파악하는 것이 가능하고 이러한 논리를 취하는 견해가 존재하여 소개하도록 한다.

24) 김천수, 전게서, 260면

25) 석희태, 전게서, 262면

사무관리가 성립하는 경우는 대부분 응급진료의 경우이다. 이러한 관계가 성립하려면 의사에 진료를 통하여 사실상의 이익을 환자에게 귀속시키려는 관리의 의사가 존재하여야 하고, 그 진료가 환자에게 불리하거나 환자의 의사에 반하지 않는 것이 명백하여야 한다. 다시 말해, 의사는 의무 없이 타인을 위하여 사무를 관리하는 지위에 있게 되는 것이다.(민법 제734조 제1항) 민법의 사무관리의 규정에 따라 의사는 환자를 위하여 지출한 필요비 또는 유익비 외에 보수청구권이 인정되지 않는다(민법 제739조). 이러한 경우는 의료관계의 본질에 비추어 적절한 것인지는 다소 의문이 있다.

(2). 손해배상청구권의 귀속

의료계약의 효력은 계약 등의 관계를 맺어진 당사자 사이에서 발생하게 되고 의료계약의 당사자는 계약의 내용에 따라 발생한 자신의 의무를 이행하여야 한다. 달리 말하면, 계약이 어떠한 형태에 따라서 성립하였는가에 따라서 실질적으로 의료를 제공하고 수령하는 의사와 환자의 관계 외의 계약의 당사자가 채무불이행에 따른 손해배상을 청구권을 취득하는 경우도 존재하게 되는 것이다.

대리에 의하여 의료계약이 성립한 경우, 의료계약의 효과 등은 본인에게 귀속하므로 손해배상청구권은 본인인 환자에게 발생하며 의료계약의 대리인에게 는 고유한 손해배상청구권이 인정되지 않을 것이다. 다만, 무권대리인으로서 타인이 환자 본인의 추인을 얻지 못하고 사망하는 등의 경우에는 민법 제135조의 제1항에 따라 대리인이 그 책임을 부담하게 될 것이다. 제3자를 위한 계약의 경우, 손해배상청구권은 원래 환자가 취득한다고 할 것이나 타인도 권리를 취득한다고 본다. 다만, 그 배상청구권은 기본적으로 타인 자신이 아닌

제3자인 환자에게 배상을 하도록 하게 된다. 사무관리²⁶⁾로서 의료계약이 체결 되었다고 보는 경우에는 환자와 의료기관이 당사자가 된다.

26) 하지만 민법 제735조에 의하여 의료기관 측에 고의 또는 중과실이 없는 한 손해배상의 책임은 없는 것이 된다고 할 것인데 의료관계의 본질에 비추어 그 내용이 적절한 지에 대해서는 다소 의문이 있다.

제2절 보호의무의 포착

1. 계약상 의무구조론에 따른 감염예방의무의 법적 성질 분류

의료관계에서 의료기관과 환자는 다양한 권리와 의무를 갖는 관계에 있게 된다. 이러한 권리 의무는 상호간에 독립적·병렬적 관계에 있는 것이 아니라 주종적 혹은 등위적으로 견련하여 입체구조를 형성하게 된다.²⁷⁾ 의료계약 등에 따라 발생하는 각 권리와 의무의 존립은 그 요건이 서로 다르며 침해 혹은 위반 시에 발생하는 효과도 다르다. 따라서 감염을 예방 내지 방지하는 것을 내용으로 하는 의료기관의 의무는 의료행위를 실행하는 외적 형태가 서로 같거나 비슷할지라도 법적 성질이 서로 다른 의무를 구성할 수 있게 된다. 그러므로 의료행위를 통하여 동일하게 감염을 예방하는 형태의 이행을 제공할지라도 어떠한 의무냐에 따라 그 법적 성질은 전혀 다를 수 있다. 의료관계에 따라 발생하는 의무는 채무라고 불리는 급여의무, 이러한 급여의무에 부수하여 발생하는 부수적 의무 그리고 계약관계와는 무관하게 독립적·병존적으로 인정되는 보호의무로 나뉘어서 파악할 수 있다.

(1). 급여의무²⁸⁾로서 감염예방

급여의무란 계약의 목적을 달성하기 위하여 권리자를 위하여 일정한 행위(물건의 인도, 사무의 처리, 일의 완성, 단순노무의 제공, 물건의 보관 등)를 해야 할 기본적 의무이다. 의무의 내용은 계약 등에 의하여 정해지며 계약의

27) 석희태, 전계논문, 165면

28) 급부로 표현되는 것이 일반적이다. 하지만, 우리 민법은 재정 시에 일본민법상의 ‘給付’에 해당하는 용어를 일본어로 인식하고 급여로 대체한 바 있으므로 본 연구에서는 급여로 표현한다.

종류 내지 특성을 결정짓는, 채권에 상응하는 채무자의 부담이다. 이는 ‘기본 채무’라고도 한다. 의료기관과 환자의 의료관계는 보통 의료계약을 통하여 정해진 진단·치료 등의 의료를 의료기관에서 제공할 급여의무를 부담하게 된다.²⁹⁾ 이러한 의료행위는 신체와 정신의 상태를 확인하는 진단행위와 건강 상태를 유지 또는 증진시키는 치료행위 등을 포함한다. 이러한 의료기관의 급여의무는 환자의 부정적인 의학적 상태에 대한 완전한 회복 등의 결과물을 목표로 하는 결과채무가 아닌, “질병의 치유를 위하여 선량한 관리자의 주의의무를 가지고 현재의 의학수준에 비추어 필요하고 적절한 진료조치를 다해야 할 채무”³⁰⁾로서 수단채무이다.³¹⁾

감염을 예방하는 의료행위가 급여의무로서 존립하려면 의료계약 자체가 감염을 예방하는 것을 내용으로 하여야 한다. 예를 들어 백혈병(leukemia) 등의 질병을 이유로 백혈구 수가 급격하게 감소하는 등 면역저하의 정도가 심각한 상태에 이른 환자를 감염으로부터 노출되는 것을 막기 위하여 무균실 입원치료를 하거나, 바이러스에 쉽게 감염될 수 있는 미숙아의 감염을 예방하기 위한 무균조작을 시도하는 등 감염에 대한 안전을 배려하는 것을 주 내용으로 하는 입원 및 치료계약이 성립되었다면 의료기관은 급여의무로서 환자의 감염을 예방하여야 할 의무가 발생하였다고 할 것이다.

(2). 급여이행상의 부수적 의무로서 감염예방

부수적 의무란 급여의무의 내용을 온전하게 이행하기 위하여 그 급여의무에

29) 석희태. (2017). 의사 설명의무의 법적 성질과 그 위반의 효과. 의료법학, 18(2), 6번

30) 대법원 1988. 12. 13., 선고, 85다카1491, 판결

31) ‘완치’에 관련된 당사자 간의 특약사항이 있는 경우는 예외로 한다.

부종·부수하여 채무자가 주의를 베풀거나 행위를 해야 할 의무이다. 급여의무처럼 계약이나 법규에 의하여 그 내용이 확정되는 것이 아니라, 급여의무의 성질에 따라 혹은 신의성실의 원칙에 따라 당연히 요청되고 결정된다. 따라서 의료기관 측은 주된 급여의무를 이행할 때에 그 이행이 의무의 내용에 좇은 이행이 되도록 하기 위하여 요법선택·시점선택 등과 관련하여 의학원칙에 따르는 주의의무를 부담하게 된다. 의료행위가 인체 침습적인 활동을 필요로 하는 경우가 많아 미생물 등에 의한 감염이 발생할 가능성이 높으므로 주된 채무를 이행하는 전 과정에서 환자가 감염되지 않도록 하는 내용의 부수적 의무의 이행은 특히 침습적 의료행위를 함에 있어서 당연하게 요청되는 것이라고 할 것이다.

만약 수술이나 주사 등의 의료행위 과정에서 사용되는 수술도구 및 기타 경로를 통하여 포도상구균(MRSA)이나 반코마이신 내성장구균(VRE) 등에 감염된 경우에는 급여의무의 이행이 내용에 좇아 이행된 것이라고 볼 수 없을 것이다. 그러므로 만약 의료관계의 성립단계에서는 확정되는 주된 채무에 감염방지가 포함되어 있지 않는 등 계약 체결단계에서는 감염이라는 사실이 다소 관계가 없었다고 볼 수 있을지라도 수술이나 치료 등의 의료행위를 통하여 불가피하게 환자의 신체를 침습할 때에는 감염이 발생하는 것을 막기 위하여 노력하여야 하는 것이다. 부수적 의무로서 이행되는 감염예방의 대표적인 예는 오염된 의료인의 손이나 의료기구 등에 대한 소독 및 관리, 감염 발생 등을 고려한 술기의 선택 등을 들 수 있다. 따라서 의료기관측에서는 최선의 주의를 기울여 주사 또는 수술 전에 적절하게 손을 씻거나 의료기기의 소독 등을 실시하고 감염 발생 가능성이 낮은 술기 상의 선택을 통하여 환자의 감염을 예방할 의무를 부담하게 되는 것이다.

(3). 보호의무로서 감염예방

보호의무는 급여의무와 병존적으로 또는 계약의 유효한 성립 여부와 무관하게 인정되는 의무로서 당사자 간의 특정한 결합관계 즉, 일정한 사회적 접촉을 근거로 발생하는 의무이다. 당사자는 계약의 체결을 통하여 급여의무 내용을 확정하고 이행하는 것과는 별도로 상호간 신체·재산·자유·명예· 등의 현상 이익 내지 완전성 이익을 배려하고 보호하여야 한다.³²⁾ 의료기관과 환자 사이의 의료관계에서도 마찬가지로 이러한 보호의무를 부담하게 되는데, 이러한 보호의무는 의료계약이라는 계약적 접촉 등을 전제로 급여의무의 내용과는 별개로 상호간 감염이 발생하지 않게 보호하고 배려하는 등 감염을 통하여 완전성 이익을 침해하지 않는다는 것을 내용³³⁾으로 발생하게 된다.

따라서 의료기관의 입장에서는 이러한 보호의무의 구체적인 이행으로서 의료인 등에게 감염에 대비하여 특별한 직무명령의 실시³⁴⁾하거나 의료법 등에서 규정하고 있는 환기시스템, 기준에 적합한 병원 시설물을 제공하여 환자 등 의료기관 이용객의 감염을 막고 출입구에서 체온을 측정하여 감염의심자를 사전에 차단하거나 감염이 이미 발생한 자를 격리 시키는 등의 방법으로 감염 예방을 위한 필요조치를 실시하게 된다. 보호의무는 양 당사자의 합의내용 내지 주된 채무와는 무관하게 상대방을 감염의 위험으로부터 보호하는 내용으로서 발생할 수 있다. 따라서 보호의무의 존재와 그 이행을 통하여 의료관계에서 공백이 될 수 있는 영역을 보충하여 관계의 온전한 실현을 돕는다.

32) 석희태, 전계논문, 165면

33) 이는 보호의무의 한 종류로서 안전배려의무를 의미하며 자세한 내용은 이후에서 설명하도록 한다.

34) 윤석찬(Seok-Chan Yoon). "病院感染損害에 대한 責任問題와 그 對策方案." 비교사법, (2008): 350면

2. 일반적 생활관계에서의 주의의무

감염을 예방할 의무는 관계가 특정되지 아니한 당사자 사이에서 불법행위의 관점으로도 파악이 가능하기 때문에 참고적으로 살펴보도록 한다. 타인에게 감염이 발생하지 않도록 하는 등 완전성이익을 보호하는 것은 계약에 의한 의료관계 뿐만 아니라 일반적인 사회생활상에서도 주어지는 의무로서도 파악이 가능하다. 이러한 불가침의 의무가 발생하는 것은 사회의 모든 구성원은 타인에게 손해를 야기하지 않는 범위에서만 행동의 자유를 향유하기 때문이다.³⁵⁾ 하지만 타인에게 손해가 발생하였다고 곧바로 손해배상책임이 발생하는 것은 아니며 타인에게 감염을 발생시키지 아니하여야 한다는 감염방지의무가 사회적으로 합의되고, 불법행위의 일반적 구성요건을 충족시켜 발생한 손해를 분배하기에 타당한 것으로서 인정되는 것이어야 한다.

우리 법은 감염병의 예방 및 관리에 관한 법률(이하 감염병예방법)에서 방역조치에 따를 의무, 예방조치에 따를 의무 등을 규율하고 있는 바, 타인에게 감염을 발생하지 않고 보호하여야 할 의무가 일반 사회생활상에서도 주어지고 있다고 할 것이다. 더불어 보건당국이 사회생활상 의무내용을 ‘사회적 거리두기’ 등의 시행을 통하여 구체화 하였다고 볼 여지도 있으므로 이러한 ‘사회적 거리두기’의 일환으로 시행되어지는 행동수칙 등은 일반 국민의 해당 의무 인식가능성을 추정하는 근거가 될 수 있는데, 의무 내용의 인식가능성은 유책성이라는 요건과 관련하여 그 위반으로 인한 법익침해에 관한 예견 및 회피의 가능성을 인정하는 근거로도 작용할 수 있게 된다.³⁶⁾

35) 김천수. 2020. 감염방지의무와 민사책임. 법조, 69(5) : 12면

36) 김천수. 전계논문, 19면

제3절 보호의무 존재에 관한 논의

1. 외국에서의 논의

(1). 독일

독일은 1900년 무렵부터 당사자 간 특별결합관계(Sonderverbindung)에 기초하여 보호의무의 개념을 이해하였다.³⁷⁾ 논의가 발전되어 계약의 일방 당사자가 상대방의 생명이나 신체 및 기타 재산상의 이익을 보전하기 위한 의무로서 학설과 판례상 널리 인정되었던 보호의무는 그 존재와 의미가 인정되어 제241조 제2항을 통하여 독일민법의 실정법으로서 마련되었다.

가. Staub의 적극적 계약침해론³⁸⁾

보호의무의 개념은 채무불이행의 한 형태로 적극적 계약침해 내지 적극적 채권침해에 대한 Staub의 주장 이래에 그 논쟁이 시작되었다고 할 수 있다. 이러한 적극적 계약침해론을 통하여 계약의 이행과정에서 침해받을 수 있는 완전성 이익을 계약책임을 통한 보호를 시도하였다. 그는 독일민법이 완전성 이익의 침해를 불법행위에 의하여 보호받는 것이 보호수단으로서 불충분한 한계를 계약책임을 근거로 하여 극복을 시도하였다.

나. Larenz의 부수의무 흡수론³⁹⁾

37) BeckOK/Gehrlein/Sutchet BGB § 311 Rn. 37.

38) Staub, Die positive Vertragsverletzungen, 1904

39) K.Larenz, Schuldrecht(1987)

Larenz는 급여의무 본래적 실현과 더불어 그 실현과 내적 관련을 갖는 모든 행태를 기타의 행태의무라고 규정하였다. 따라서 채무자는 채무를 이행함에 있어서 당사자 쌍방 모두 채권목적 자체인 급여의무와 더불어 그 목적 달성에 필요한 주의의무를 기울이는 동시에 채권목적의 달성을 좌절시키는 어떠한 것도 하여서는 안 된다고 하여 발생할 우려가 있고 회피가 가능한 침해로부터 채권자를 보호하여야 한다고 하였다. 다시 말해, 부수의무는 채권의 목적 내지 급여이익의 원만한 실현을 도모하는데 더하여 급여의무의 이행에 관련하여 발생할 수 있는 위험으로부터 채권자의 이익을 보호하기 위하여 신의칙상 요구되는 의무를 총칭한다고 하여 보호의무 개념을 설명하였다. 이 견해에 따르면 급여결과의 실현 내지 계약목적달성을 중심에 두고서 당사자의 의무를 파악하기 때문에 의무의 성질에 따라 계약의 이행 과정에 포함되는 한도 내에서만 계약적 보호를 받게 된다.

다. 보호의무의 입법화

독일에서 보호의무의 이론과 개념에 대한 논의가 활발히 이루어지고, 학설과 판례가 이를 인정하게 되는 직접적 요인은 독일민법의 특수성에서 기인한다고 할 수 있다. 그 중 가장 큰 요인으로 독일은 불법행위법과 관련하여 제한적 열거주의를 취하고 있기 때문이다.⁴⁰⁾ 독일은 불법행위에 대한 책임이 성립하는 경우를 제한적·열거하여 규정하고 있어 독일민법이 규정하고 있는 불법행위에 대해서만 그 권리를 침해한 것이 된다. 이에 따라 위법한 가해행위에 의하여 손해가 발생하게 되었다고 하더라도 경우에 따라서는 불법행위가 성립하지 않게 될 수 있는 것이기 때문에 새로운 유형의 법익침해에 대하여

40) 김준호, 민법강의, 법문사, 2002, 879면

다소 불리하게 작용하게 된다. 일반적 규정을 지니고 있는 경우와 비교하여 제한적이고 협소하게 불법행위법을 운영하게 됨에 따라, 채무불이행책임으로 이론구성을 시도하여 피해자를 구제하여야 하는 필요성이 높아지게 되었다.

또한, 독일민법 제831조 제1항에 의하여 사용자가 근로자의 불법행위에 대하여 선임·감독상의 과실이 없었음을 증명하게 되면 그 책임이 면제되는데 이러한 결과로 피해자는 불법행위책임을 주장하더라도 사용자가 면책되는 상황 하에서는 피해자가 만족할만한 손해배상 청구 가능성이 제한적일 수 있다. 이에 반하여 채무불이행의 이행보조자 책임은 채무자의 면책을 허용하지 않아 사용자 책임이 부정되는 경우에 대해서 생각해 보았을 때, 피해자의 구제측면에서 채무불이행책임을 구성할 필요성이 높아지는 것이다. 그리고 소멸시효와 관련하여서도 불법행위책임은 안 때로부터 3년, 불법행위 시부터 30년의 소멸시효인데 반해 계약책임에 관한 일반적 소멸시효 기간은 30년으로 채무불이행책임을 구성하는 것이 피해자에게 유리하다.

이와 같이 독일민법의 특수한 성질로 말미암아 100년이 넘는 긴 시간동안 보호의무에 대한 활발한 논의 끝에 결과적으로 독일은 2002년 채권법의 개정을 통하여 보호의무 관련 규정을 신설하여 보호의무가 채무자의 의무로서 성문화되었다. 이렇게 마련된 현행 독일민법 제241조 제2항은 “채권관계는 그 내용에 좇아 각 당사자에 대하여 상대방의 권리, 법익 및 이익에 배려할 의무를 지울 수 있다”⁴¹⁾고 규정하고 있다. 독일민법 제241조 제1항의 규정은 급여의무를 규정하고, 제2항에서는 부수의무를 규정하고 있는데 위 의무들은 그 법적지위나 기능에 따라 구별되어진다. 급여의무는 채권관계 당사자의 구체적 합의에 따라 내용이 결정되는 절대적인 성질을 가지게 된다. 그리고 부수의무

41) 양창수, 독일민법전, 박영사(2005)

는 급여의무 확정적 내용에 근거하여 이에 따라서 이행을 보조하게 되는 부수의무와 급여의무와는 무관하게 계약관계 성립의 전후를 포괄적으로 그 내용이 정해지는 부수의무로 나뉘게 된다. 독일에서는 전자를 ‘급여관련적 부수의무’로, 후자는 ‘급여와 무관한 부수의무’로 분류하며 이는 보호의무(Schutzpflichten)로 표현된다.⁴²⁾

이에 대하여 조금 더 자세히 살펴보면 제241조 제1항의 내용은 채권관계에 따른 급여(작위 부작위를 모두 포함)를 요구할 권리를 가진다고 규정하고 있다. 급여의무의 내용과 범위에 대해서는 양 당사자 간의 계약체결을 통하여 그 구체적 내용을 분명하게 확정할 수 있기 때문에 법문언상 급여의무에 대한 정의는 포함되지 않았다. 계약체결로서 급여의무의 확정, 이를 통하여 채권관계의 당사자는 필수적·본질적 내용을 설정하게 되며, 확정된 계약에 따라 그 이행을 통하여 원하는 목적을 실현한다. 이러한 점에서 급여의무는 부수의무와 구분되는 특성을 지니게 된다. 계약체결에 따라 구체적·확정적 효과를 지니게 되는 급여의무와 비교하여 부수의무는 반드시 그 내용이 확정되지 않는다는 점이 바로 그러하다.⁴³⁾ 부수의무는 독일민법 제241조 제2항 및 제242조에 근거하여 인정된다. 제241조 제2항은 전통적 이론과 판례에 의하여 인정되던 보호의무에 대하여 성문화하였으며, 계약 당사자 간의 신뢰채권관계를 규정한다. 타인의 완전성이익에 대해서 생각해보면 이는 불법행위영역에서 발생하는 주의의무위반의 모습을 통해서도 침해될 수 있다. 하지만 이는 특별결합관계나 상대적 법률관계가 결여된 불특정 당사자에게 현존하는 법익에 대하여 사회구성원에게 부여되는 일반적 주의의무이며 보호의무와는 엄격하게 구분하고 있다.⁴⁴⁾ 보호의무에서 요구되어지는 주의의무는 불법행위법에서 규정

42) 성대규, (2019). 보호의무(Schutzpflichten)에 관한 고찰 - 본질과 시사점 -. 민사법학, (87), 133면

43) 성대규, 전계논문, 134면

하는 일반적 주의의무와는 구분되어지는 성질을 가지고 있으며 이에 대한 반영으로서 보호의무는 “불법행위외적 보호의무(außerdeliktische Schutzpflichten)”라고 표현되어지고 있다.⁴⁵⁾ 독일민법 제241조 제2항의 규정은 추상적이고 상대적인 성질을 가지고 있는데 이는 그 의무의 내용이 상황에 따라 법익보호 필요성을 판단하게 되고, 이에 따라 주된 급여의무와 그에 부수되는 의무 범위 이외의 법익을 보호하기 때문이다.

이에 더불어 독일민법 제242조는 신의성실의 원칙에 따라 계약 등의 관행에서 요구하는 바에 따라 급여의무가 실현되도록 할 의무를 부담한다고 규정한다. 이는 일반적 법원칙으로서 모든 사범영역에 적용된다. 그러므로 앞서 설명한 ‘급여관련적 부수의무’와 ‘급여와 무관한 부수의무(보호의무)’ 모두에 적용되고 인정되는 의무라고 할 수 있다. 다시 말해, 신의성실의 원칙은 급여의무의 존재를 기초로 하여 그 내용의 실현과 계약체결 시 기대했던 결과를 발생시키기 위한 부수의무의 이행과 급여의무의 내용과는 무관하게 존재하는 상대방의 보존이익 또는 완전성이익을 보호를 목적으로 하는 보호의무의 법적 근거를 규정한다.

참고적으로, 독일민법은 보호의무의 개념에서 출발한 ‘안전배려의무’ 또한 규정하고 있는데 제618조 이하의 규정⁴⁶⁾을 통하여 노무청구권자는 노무자의

44) 성대규, 전계논문, 136면

45) 성대규, 전계논문, 136면

46) 독일민법 제618조(안전배려의무) ① 노무청구권자는 그가 노무의 실행을 위하여 제공하여야 하는 장소, 장비나 기구를 설치 및 유지하고 또 자신의 지시 또는 지휘 하에 행해지는 노무급여를 규율함에 있어서, 노무급여의 성질이 허용하는 한도에서 노무제공자의 생명과 건강이 위협으로부터 보호되도록 하여야 한다. ② 의무자가 가정적 공동생활에 받아들여진 때에는, 노무청구권자는 거실과 침실, 식사 및 노동시간과 휴식시간에 관하여 의무자의 건강, 풍기 및 종교를 고려하여 필요한 시설과 규율을 행하여야 한다. ③ 노무청구권자가 의무자의 생명 및 건강에 관하여 부담하는 의무를 이행하지 아니하는 때에는, 그의 손해배상 의무에 대하여 불법행위에 관한 제842조 내지 제846조의 규정이 준용된다.

생명·건강을 보호해야한다는 안전배려의무를 규정하였다. 보호의무의 한 종류로서 규정하고 있는 해당 안전배려의무의 내용은 불법행위책임에 대한 배상기준과 방법을 준용하도록 하여 노무자를 폭넓게 보호하고 있다. 아울러 해당 조문에 대한 유추적용을 통하여 도급계약에서의 도급인의 수급인에 대한 안전배려의무 인정, 「연방관리법」 제79조 이하의 조문을 통하여 국가의 공무원에 대한 안전배려의무를 규정하는 등 계약관계와 더불어 계약체결에 이르지 않은 경우를 폭넓게 포함하여 특별한 사회적 법 접촉(besondere soziale Rechtsberührung) 상태에 있는 타인에 대해서도 이를 적용하고 있음을 알 수 있다.⁴⁷⁾

(2). 프랑스⁴⁸⁾

프랑스는 1911년 여객운송사건에 대한 판결⁴⁹⁾을 통하여 “운송계약의 이행에는, 승객을 목적지까지 안전하고 무사하게 수송해야할 채무를 운송자가 부담한다는 내용까지 포함된다.”고 최초로 판시하였으며 이후도 법원은 같은 태도를 유지하여 보호의무를 인정해오고 있다. 즉, 이는 독일과 마찬가지로 프랑스도 채무의 이행 과정에서 채권관계의 상대방인 채권자의 생명이나 건강을 침해하지 않도록 하는 의무를 지우고 있음을 말한다.

프랑스는 위 판결 이후 계약책임과 불법행위 책임의 경합을 인정하지 않고 있으며 보호의무 위반 시에 계약과 관련된 사항이면 채무불이행책임으로, 그렇지 않은 경우에는 불법행위 책임을 구성하고 있다.

47) 김형배·김규완·김명숙, 「민법학강의」, 850면

48) 원종욱, 보호의무에 관한 소고, 법학논총, 35, 2016, 7면

49) 남궁술, “법규범의 발전과 관례- 프랑스 민법상 ‘안전배려의무’와 ‘정보제공의무’의 발전에 있어서의 관례의 역할을 중심으로-”, 「민사법학」, 제28호(2005), 312면

(3). 일본

일본은 노동자의 재해에 대하여 사용자의 불법행위책임을 구성하여 노동자에게 발생한 손해에 대한 책임을 지게 하였다. 이후 1975년의 판결⁵⁰⁾을 통하여 국가가 공무원에 대하여 안전배려의무를 부담하며 이러한 안전배려의무를 계약책임으로서 인정하였다. 해당 판례는 안전배려의무를 법률관계에 기하여 특별한 사회적 접촉관계에 들어선 당사자 간의 부수의무로서 안전배려의무를 부담한다고 하여 그 정의를 명확하게 하였다. 이후 일본은 사회 전반에서 특별한 사회적 접촉단계가 인정되는 다양한 영역에서 법률관계에 따른 부수의무로서 안전배려의무 발생을 인정하고 있다.

2. 우리나라에서의 논의

(1). 보호의무 존재에 대한 논의

우리나라에서도 독일과 마찬가지로 보호의무의 법적지위 등이 다양하게 논의되고 있다. 가장 핵심적인 문제는 보호의무를 채권관계상의 채무자의 의무로 편입하여 위반에 대해서 채무불이행 책임을 구성하여 해결할 것인지의 여부이다. 독일이 보호의무를 채택하는 배경에 관하여서는 독일의 불법행위법체계는 제한적 열거주의를 채택하고 있기 때문이라는 의견이 지배적이다. 그렇기 때문에 일각에서는 일반규정을 채택하고 있는 우리의 법체계 하에서는 보호의무를 논할 실익이 없다고 주장하는 견해⁵¹⁾가 있고 반면에 보호의무의 독

50) 日本 最高裁判所 昭和50. 2. 25(1975. 2. 25.), 宣告 昭48(オ) 383判決(陸上自衛隊八號駐屯地方第九武器隊事件).

자성을 인정하는 견해도 존재한다. 급여의무와는 병존적으로 존재하는 독립적인 보호의무의 독자성에 대한 인정, 보호의무 위반사실에 따른 책임 발생여부 등과 관련하여서 우리나라에서 아래와 같은 견해들이 존재한다.

가. 보호의무의 독자성을 인정하는 견해

보호의무의 독자성을 인정하는 견해는 의무구조에 관하여 급여의무, 부수적 주의의무, 보호의무 세 가지로 나누어 파악한다. 보호의무에 대하여 급여의무와 병존적으로 또는 계약의 유효한 성립 여부와 무관하게 인정되는 의무로서, 당사자 간의 특정한 결합관계, 즉 일정한 사회적 접촉을 근거로 당해 급여의무 자체의 이행과는 별도로 당사자 상호간 신체·재산·자유·명예 등의 현상이익 내지 완전성 이익을 배려하고 보호해야할 의무로 설명한다.⁵²⁾ 이러한 견해에서 급여의무를 주된 급여의무와 종된 급여의무로 나누어 설명하는 견해⁵³⁾가 존재하는데, 그렇지 않고 의무의 내용의 중요한 정도에 따라 급여의무와 부수적 주의의무로 나누어 설명하는 것으로 족하다는 견해⁵⁴⁾ 또한 존재한다. 이는 급여의무의 내용이 정해지고 이를 제대로 이행하기 위한 것이 부수적 주의의무이므로 앞의 견해에서 설명하는 종된 급여의무를 대등한 별도의 의무군으로 인정할 필요가 없다고 한다.

위 견해는 급여의무에 부종부수하지 않고 상대방의 현상이익 내지 완전성이익을 보호하기 위하여 실천하여야 하는 것이 바로 보호의무(Schutzpflicht)로 설명한다. 예컨대, 환자의 치료(급여의무)를 시행함을 기반으로 하여 의학원칙

51) 양창수, 민법주해(채권), 217-221면

52) 석희태, 전계논문, 9면

53) 김형배·김규완·김명숙, 전계서, 856면

54) 양창수, 민법산고(1998), 박영사, 217면

에 따르는 주의의무, 혹은 환자의 수진상 내지 요양상의 자세와 규칙을 적절히 알릴 의무가 부족하게 되는데, 이는 급여의무의 완전한 실현에 기여하는 기능을 지녔으므로 이를 급여의무에 대한 부수적 주의의무라고 하는 것이다. 따라서 급여의무와는 상관없이 의료기관 측이 의료의 전 과정에서 신체·건강·생명 등의 안전성 및 자기결정권 행사⁵⁵⁾ 등의 환자의 현상 내지 완전성 이익을 침해하지 않도록 보호할 의무가 분리되어 포착되는 것이며, 이는 계약의 유효한 성립 여부와는 무관하게 인정될 수 있다고 설명한다.

나. 제한적 편입을 인정하는 견해

이에 해당하는 견해는 채권관계에 따라 발생하는 의무를 급여의무와 보호의무로 구분하고, 급여의무를 주된 급여의무와 부수의무로 나누어 설명한다. 그리고 이러한 급여의무와 부수의무는 당사자의 구체적 계약 등으로 인하여 달라지는 것이라고 한다.⁵⁶⁾ 보호의무에 대해서는 급여의무와는 별개로 급여의무 자체가 아닌 채권자의 생명, 신체, 재산, 자유 등을 해치는 일이 없도록 필요한 조치를 강구하여야 할 의무라고 하면서, 급여의무 이행 자체의 하자로 인하여 채권자에게 부가적 손해가 발생되지 않도록 배려하여야 할 의무가 포함된다고 한다. 이러한 보호의무는 일반적으로 넓게 인정해서는 안 되지만, 그렇다고 하여 일률적으로 보호의무를 계약상의 의무에서 제외할 것은 아니고 그 필요한 최소한의 범위 내에서 인정하여야 한다고 하며⁵⁷⁾ 그 범위에 대해서는 채권의 발생내지 이행과 내적·사물적 관련성이 있는 경우에 한하여 인정되어야 한다고 한다.

55) 석희태, 전계논문, 8면

56) 지원립, 민법강의, 홍문사, 2007, 762면

57) 지원립, “채무구조론-계약상의 의무를 중심으로-”, 민사법학 제21호, 한국민사법학회, 2002, 566-567면

다. 부수적 의무의 한 종류로 보는 견해

급여의무와 더불어 그 이행 등의 과정에서 급여의무를 달성하기 위하여 당사자가 부담하게 되는 신의칙상의 의무가 있는데 이를 “기본채무 이외의 용태의무”⁵⁸⁾라고 한다. 이에 따라 계약관계의 당사자는 서로의 생명·신체·재산적 이익을 침해하지 않도록 할 주의의무를 부담하고, 계약을 체결할 때에는 서로 상대방의 의사결정에 중요하거나 또는 계약과 직접 관련되는 사항을 설명하거나 통지할 의무가 있고, 이행의 과정에서 채권자가 협력할 의무를 부담하기도 한다. 위 견해는 채권관계를 기본채무와 그 밖의 용태의무로 나눠서 설명하며 불완전인행 내지 적극적 채권침해의 본질에 대하여는 기본채무이외의 용태의무의 위반이라고 하면서 채무자가 어떤 이행행위를 하였으나 그 이행행위의 흠으로 계약의 목적물이나 결과 또는 그 밖에 채권자 법익에 손해를 발생케 한 때에는 부수적 용태의무를 위반한 불완전 이행으로서 제390조에 의한 책임을 지는 것이라고 한다.⁵⁹⁾

라. 보호의무 배제론

보호의무를 근거로 한 계약책임을 구성하는 것을 배제하는 견해⁶⁰⁾로 보호의무 성립의 기준인 ‘사회적 접촉’이나 ‘특별결합관계’ 개념은 모호한 것으로서 실제에 적용될 수 없는 것이라고 한다. 따라서 ‘사회적 접촉’의 애매한 기준을 적용하기 보다는 불법행위에 의한 책임을 구성하는 것이 체계적으로 낫다고

58) 박윤직, 채권총론, 박영사, 2003, 69면

59) 박윤직, 전제서, 91면

60) 양창수, 민법주해[IX], 219면

판단한다. 그리고 우리 민법은 독일의 불법행위법과 달리 일반규정을 통하여 폭 넓게 피해자를 보호 하고 있기 때문에 계약법리에 의하여 이를 처리할 필요가 없다고 한다.⁶¹⁾ 따라서 계약의 이행과정에서 발생한 가해에 대하여 다른 사고와 마찬가지로 불법행위법에 의하여 처리되어야 할 것이라고 하여 부적절한 급여의무의 이행으로 발생한 결과손해는 계약책임으로서 다루되, 보호의무 관점에서는 항상 그 배상을 1차 손해로 보아 배상을 인정하는 것은 타당하지 못하다고 한다.⁶²⁾

3. 소결

계약법의 관점에서 보호의무는 독일에서 지난 100여 년간 지속적인 논의의 중심에서 서서 발전한 법이론으로 2002년 채권법개정을 통하여 민법전에 성문화 되었다. 독일민법은 불법행위에 관하여 일반적 규정을 마련하기 보다는 오히려 실정법의 근거로서 제241조 제2항과 동법 제311조 이하의 규정으로 발생 원인을 마련함을 통하여 긴 시간 동안 논의되던 보호의무의 독자성을 인정하고 실정법으로서 마련하였다는 사실은 우리가 보호의무를 이해함에 있어서 특히 계약체결의 전과 후의 단계에서 보호의무위반에 따른 책임의 법적 성질과 법률효과를 어떻게 받아들일지에 대한 단초를 제공하였다고 할 수 있다.⁶³⁾ 특히, 우리 대법원은 계약의 체결로서 확정되는 급여의무와는 무관하게 발생하는 보호의무에 대하여 계약이 체결되지 않았다는 이유로 보호의무를 채무자의 의무로서 인정하지 않는 판례⁶⁴⁾가 존재하는 등 보호의무의 위상이나 그 성질에 대해서는 법원이 다소 혼란스러운 입장을 보이고 있으므로 독일의 입법

61) 김증환·김학동, 채권총론, 박영사, 1998, 25면

62) 양창수, 전계서, 220면

63) 성대규, 전계서, 113면

64) 대법원2013.6.13. 선고 2010다65757 판결

과정에 대해서 더욱 연구가 필요한 시점이라고 할 수 있다.

보호의무의 성질에 관하여는 독자성을 인정하는 것이 옳다고 사료된다. 채무자가 주된 채무를 이행하는데 있어서 계약 등의 내용 자체인 급여의무와 급여의무를 제대로 이행하기 위한 부수적 의무가 존재한다는 점에서는 이견이 없다. 이에 대하여 생각해보면 이러한 부수적 의무 중에는 급여의무에 관련이 있어 반드시 구속되는 의무가 있고 이와는 전혀 무관하게 존재하고 있는 의무도 분명하게 존재한다. 따라서 보호의무는 주된 채무인 급여의무의 발생 혹은 그 내용과는 상관없이 당사자의 관계를 안전하게 하기 위하여 보충하는 역할로서 독자적인 영역을 구성하는 것이다. 물론 이는 불법행위 영역을 통해서도 구성이 가능하다. 그렇기 때문에 이에 대한 비판으로 독일처럼 보호법익의 한정에 따른 피해자구제의 공백이 발생하지 않으므로 굳이 보호의무를 채무자의 의무로 포함하지 않는 견해⁶⁵⁾가 존재한다. 하지만, 침해의 원인을 특별결합관계에 따른 과정에서 찾을 수 있는 점, 어떠한 책임을 구성하느냐에 따라 효과가 상이한 점은 보호의무를 계약책임을 근거로도 파악하고 구성해야 할 필요성을 분명히 제시하고 있다고 생각한다.

사회는 기술의 발전 등에 힘입어 급속도로 전문화·고도화를 이루었으나 이에 비례하여 인간의 생명, 신체, 재산 등에 피해를 입히는 경우도 그 유형을 달리하여 늘어나고 있다. 이러한 상황에서 특정관계의 성립 이전에 존재하였던 이익을 보전함과 동시에 관계성립의 목적을 평온히 이루고자 한다면 특정관계에 놓인 쌍방 당사자는 의무의 이행과정에서 서로를 보호하여야 할 필요가 있는 것이다. 따라서 구체적 의사의 합치에 따라 결정되는 급여의무의 내용과는 별개로서 독립하여 인정되는 상대방의 생명, 신체, 재산 등을 침해하지

65) 이충훈, 판례가 인정하는 보호의무에 대한 비판적 고찰(2020), 173면

않도록 배려할 것을 내용으로 하는 보호의무는 과학기술의 발전 앞에서 더욱 강조되어야 하는 것이다. 하지만 보호의무는 포괄적인 내용을 담고 있기 때문에 보호의무의 적용범위가 무분별하게 확대될 시에는 계약책임의 무분별한 확장으로 당사자의 이해관계를 적절하게 조정함에 있어 해로운 요소로 작용할 가능성도 배제할 수 없다. 우리나라에서도 보호의무에 관하여 민법의 명문규정을 두자는 제안⁶⁶⁾도 있었으나 그러나 규정자체가 지나치게 포괄적이어서 손해배상의 범위가 지나치게 넓게 설정될 수 있는 등 오히려 불필요한 문제를 야기할 소지가 있다고 하여 제외되었던 사례는 이러한 우려를 잘 보여준다. 실제로 일어나고 있는 현상은 대부분 연속적이고 상호관계가 복잡하게 얽혀있어서 계약상 의무구조론에 입각하여 급여의무, 부수적의무, 보호의무로서 완벽하게 나누는 것이 곤란하다는 점 역시도 보호의무 발전의 장애물로서 작용하고 있으므로 해결하여야 할 숙제로 남아있다고 할 수 있다. 따라서 보호의무의 구체적 적용분야에서 발생범위, 내용을 명확하게 마련하여 그 내용을 유형화하는 작업도 분명히 필요할 것으로 사료된다. 이를 통하여 법적용에 안정성을 꾀하는 것은 물론이고 의무자는 명확한 의무의 제공으로서 안전을 보장하고 수 있으며 상대방은 이를 신뢰하고 법률관계의 목적을 향하여 나아갈 수 있을 것이다.

66) 양창수, 민법(재산편) 개정 자료집, 법무부, 2004, 570면

제4절 보호의무 규범의 작용영역

1. 의의

계약의 효력은 계약관계의 당사자에게만 귀속하는 것이 원칙이다. 하지만 보호의무는 신의칙상 당연하게 부과되는 의무이며 반드시 계약의 유효한 존재를 필요로 하는 것은 아니기 때문에 보호의무 규범이 작용하는 영역은 계약의 목적이나 당사자가 처한 환경에 따라 변화할 수 있다고 할 것이다. 계약관계를 근거로 한 보호의무의 존재를 인정하는 관점에서는 규범 적용대상의 확대 가능성 등으로 말미암아 계약당사자 및 계약당사자 이외의 제3자에 대해서도 보호의무를 부담하는지의 문제(인적범위)와, 교섭단계 등 실질적인 계약단계에 있거나 계약이 체결되지 아니하였거나 혹은 계약종료 후의 단계에서도 보호의무를 부담하는지의 문제(시간적 범위)가 발생하게 된다.

2. 인적 범위에 대한 검토

(1). 계약당사자 관계에서의 작용

계약을 근거로 발생하는 의무는 기본적으로 계약관계의 당사자에게 발생한다. 그 중에는 당사자 간 의사합치를 통하여 발생하는 급여의무 혹은 급여이행상의 부수적 의무 외에 신의칙상 발생하는 의무로서 상대방의 완전성이익을 보호하여야 한다는 보호의무가 발생하게 된다. 즉, 보호의무 규범은 계약관계의 양 당사자 모두에게 부여되고 계약관계를 원활하게 도와주는 기능으로서 작용하게 된다. 그렇기 때문에 만약 보호의무의 위반이 발생하여 계약당사자

인 상대방의 생명, 신체, 재산 등에 손해를 가한 경우에는 주된 채무의 이행이 온전하게 있었다라도 민법 제390조 이하의 규정에서 말하고 있는 ‘채무의 내용에 좇은 이행’이라고는 볼 수 없는 것이기 때문에 계약관계를 기초로 책임이 발생하게 된다.

(2). 제3자 관계에서의 작용

계약은 당사자 사이의 의사합치에 의한 것으로서 원칙적으로는 그 효과가 계약관계의 당사자에게만 귀속되는 상대적인 효력을 지닌다고 할 것이다. 그러나 신의칙에 의하여 발생하는 보호의무를 근거로 ‘제3자 보호효’를 인정하게 되면 계약체결에 직접 참여하지 않은 제3자도 계약의 보호영역에 편입되어 채무자의 보호의무위반으로 제3자에게 손해가 발생한 경우 계약책임법의 범위 내에서 채무자에게 직접 손해배상을 청구 할 수 있게 된다.⁶⁷⁾ 일각에서는 이러한 제3자 보호효를 인정하지 않고 불법행위 규정을 통하여 처리할 것을 주장하기도 한다. 그러나 제3자는 계약당사자의 이행을 실질적으로 보조하는 역할을 할 수 있을 뿐만 아니라 의료계약에 따른 이익을 향유하는 있는 대상이 될 수 있으므로 계약관계에 따라 발생하는 보호의무의 이행 대상에서 전면적으로 배제된다고 볼 수는 없다. 다만, 이를 지나치게 넓게 인정한다면 행동의 자유는 크게 제약을 받을 우려가 있고 결과적으로는 의료관계에서 위축진료 등의 결과로 이어질 위험이 있다. 그러므로 제3자에 대한 보호효는 일정 요건을 충족할 것을 조건으로 제한적으로 인정하는 것이 옳다고 판단된다. 제3자 보호효에 따른 책임발생여부는 ‘채무자는 계약의 체결로 발생하는 특정의무를 위반하지 않아야 한다’라고 하는 명령규범이 제3자를 보호하는지의 여부에 따

67) 박희호, 제3자에 대한 責任 - ‘제3자 보호효 있는 계약’의 도입을 지지하며 -. 민사법학, (30), 2005. 385면

라 결정된다고 할 수 있다.⁶⁸⁾ 따라서 이는 사안에 따라 개별적으로 판단되어야 할 것이며 고려할 수 있는 요건으로는 아래와 같은 기준을 고려할 수 있다.

가. 제3자의 계약근접성

제3자가 계약이나 의무의 이행에 근접한 상태로서 계약이행의 의미나 목적에 비추어 제3자도 당사자와 마찬가지로 생명·신체·재산 등에 침해될 위험에 노출되어야 한다. 판례는 임차인과 동거하는 제3자가 연탄가스로 사망한 사안에서 이와 같은 관점으로 임대인에게 책임을 인정하였다.⁶⁹⁾ 다만, 이러한 계약근접성이 단지 일시적으로 발생할 뿐인 경우에는 제3자의 계약근접성이 인정되지 않을 것이다.

나. 의무자의 인식가능성

제3자에 대하여 계약으로 발생한 책임이 귀속하려면 의무 있는 자가 제3자가 근접해 있다는 것을 주관적으로 인식할 수 있어야 한다. 반드시 이름이나 구체적인 수가 알려질 필요는 없으며 객관적으로 보호되는 인적 범위가 확정될 수 있으면 족하다.⁷⁰⁾ 예컨대, 대규모 행사를 위한 장소를 대여한 경우에는 대여 계약을 체결한 당사자 이외에도 행사를 위하여 해당 장소에 방문한 제3자는 보호범위에 속한다고 할 것이다.

68) 박희호, 전계논문, 419면

69) 대법원 1989. 3. 14, 88다카11121

70) (박희호, 전계논문에서 재인용) BGHZ 49, 354; BGHZ 75, 323; BGH NJW 85 489; BGH NJW 96, 2929.

3. 시간적 범위에 대한 검토

보호의무는 계약의 유효한 존재를 필요로 하는 것이 아니며 특별결합관계에 있는 당사자에게 이행되어야 하는 의무이다. 따라서 당사자가 계약체결을 목적으로 하여 계약을 준비하거나, 계약의 내용 등에 관한 교섭을 진행하는 단계에 있거나 기타 계약과 유사한 접촉을 한 경우에는 당사자 간에 특별결합관계가 성립하고 이에 따라 보호의무를 부담하게 된다고 볼 것이다.⁷¹⁾ 계약이 체결되지 않았지만 특별결합관계가 인정되는 경우⁷²⁾ 당사자는 급여의무와는 직접적으로 상관이 없는 보호의무의 이행을 통하여 서로의 생명·신체·재산 등을 보호하여야 한다. 의료관계에서는 인터넷이나 전화를 통한 진료의 예약, 진찰권의 교부나 진료·검사 등의 의료행위를 위하여 의료기관에 출입한 사실이 존재한다면 당사자가 특정되어 특별결합관계에 놓였다고 볼 수 있을 것이다. 또한, 계약관계의 당사자는 계약이 종료된 후에도 여전히 특별결합관계가 인정되는 경우에는 마찬가지로 보호의무를 이행하여야 한다. 이는 의료행위의 제공이 모두 종료되고 진료비를 모두 지불하였다고 하더라도 환자 측이 의료기관 건물을 빠져나가기 전에는 특별결합관계는 여전히 존재한다고 할 것이기 때문이다.

4. 규범 작용영역에 따른 문제유형

(1). 계약상 과실과 감염

예를 들어 의료기관에 진료를 목적으로 의료계약을 체결하려던 자가 계약체

71)成大규, 전제논문, 115면

72) 계약이 취소되거나 해제되는 등 효력을 상실한 경우를 포함한다.

결의 준비단계에서 기타 사유로 의료계약을 체결하지 못하고 귀가하였는데, 안전배려의무의 위반으로 말미암아 코로나 바이러스 등에 감염된 경우의 문제이다. 이 때, 불법행위 책임을 구성 할 수 있음은 주지의 사실이나, 과연 계약 책임을 근거로 의료기관의 책임을 구성할 수 있는지의 문제가 발생한다. 이 경우에는 계약상의 과실에 대한 문제를 생각해볼 수 있을 것이다.

계약을 체결하려고 하는 당사자는 계약을 위하여 접촉과 절충을 하게 되는데 이때 합의가 이뤄지게 되면 계약은 성립한다. 하지만 계약상의 과실로 인하여 계약준비단계에 합의가 결렬되는 등 계약이 불성립되었으며 일방 당사자의 과실로 상대방에게 손해를 주었다면 계약상의 과실책임을 구성할 수 있게 된다.⁷³⁾ 다시 말해, 의료기관 내에서 의료계약의 교섭 내지 체결단계에 이르렀으나 결과적으로는 계약은 체결되지 아니하고 의료관련감염이 발생하여 손해가 발생하였을 경우에는 계약관계에서 보호의무의 이행으로서 계약 당사자는 상대방의 이익을 침해하지 않기 위하여 적절한 시설의 제공, 환자 측에 감염 가능성과 이에 따른 관리방법 등을 설명하는 등 다양한 형태로써 환자 측에 제공되어야 하는 안전배려의무가 존재하므로 교섭단계 등에서 이를 이행하지 아니하여 발생한 손해에 대하여서도 책임을 구성할 수 있게 되는 것이다.

이와 같은 입장에서 독일민법은 제241조 제2항⁷⁴⁾을 규정하여 계약당사자에게 보호의무를 부담하게 하였으며 동법 제311조 제2항⁷⁵⁾을 통하여 채권관계에

73) 곽윤직, 전계서, 55면

74) 독일민법 제241조 제2항은 “채권관계는 그 내용에 좇아 각 당사자에게 타방 당사자의 권리나 법적 이익, 기타 이익을 배려할 의무를 지을 수 있다”고 규정한다.

75) 독일민법 제 311조 제2항은 “제241조 제2항에 따른 의무를 발생시킨 채권관계는 이하의 사유에 의하여도 발생한다.”고 규정하며 그 사유에 대하여 “1. 계약교섭의 개시 2. 일방당사자가 잠재적 법률행위와 관련하여 타방당사자의 권리나 권익 기타 이익에 영향을 미칠 만한 가능성을 부여하거나 혹은 타방 당사자에게 이를 위탁하는 계약체결의 준비 3. 이와 유사한 계약적 접촉”을 규정하고 있다.

서 계약교섭이 개시된 경우나 계약 유사한 접촉 등에도 의무가 발생한다고 규정하고 있다. 이러한 규정은 계약교섭 단계 등에서도 신의칙에 의하여 당사자 상호 간의 보호의무가 부과되고 있음을 전제로 한다. 그러므로 계약의 성립을 전제로 하여 구체적으로 확정되는 급여의무와는 달리 그 계약내용과는 독립적으로 존재하는 보호의무는 당사자가 계약 교섭단계 등 기타 유사한 계약적 접촉에서도 발생하는 것이다. 그러므로 계약의 체결 단계에서 과실로서 피해가 발생하였다면 채무자는 계약책임에 근거하여 손해배상책임을 부담한다고 할 수 있다.

(2). 환자 외 동반자 감염과 제3자 보호효

환자와 동반하여 의료기관을 방문하는 경우는 흔히 볼 수 있는 경우이며 감염은 환자와 동반자를 가릴 것 없이 발생하게 된다. 따라서 이러한 동반자가 계약책임을 근거로 의사의 보호의무 불이행을 주장할 수 있는가가 문제로 될 수 있다. 이는 계약의 유형에 따라 계약당사자가 다르다고 할 것이므로 의료계약의 당사자가 누구인지 정확한 파악을 통하여 계약에 의한 책임을 구성할 수 있게 될 것이다. 그리고 만약 당사자가 제3자 보호효 있는 계약을 한 경우 역시에도 인정될 수 있게 되는데, 이는 계약상의 보호의무로 인한 손해배상청구권을 계약당사자가 아닌 일정한 보호의 범위 내에 있는 제3자에게 인정하는 이론이다.⁷⁶⁾ 계약을 체결한 당사자 간에 그 효력으로서 계약책임을 발생하는 것은 당연한 것으로서 취급된다. 다만 이에 대한 예외로서 민법은 제539조 이하의 규정은 이행청구권을 계약당사자가 아닌 제3자가 취득하도록 규정하였다. 이는 제3자가 계약으로 인한 이익을 받겠다는 의사를 전제로 하기 때문에 제3자의 의사표시를 기초로 인정되는 계약의 특성상 발생하는 효력이라고 할

76) 김상용, 채권각론(2015), 화산미디어, 109면

수 있다. 그런데 이러한 관계에도 속하지 아니하는 제3자에게 손해가 발생한 경우에 그 제3자를 계약을 근거로 보호할 수 있는지가 문제로 되는 것이다.

원칙적으로 계약당사자에게 채권이 존재하기 때문에 채무불이행으로 인한 손해배상청구권은 당사자에게만 발생한다는 원칙이 있으며 우리 민법은 제3자에게 손해배상청구권을 인정하지 아니하고 계약에 따른 의무의 이행만을 청구할 수 있게 규정하고 있을 뿐이다. 다만, 계약관계와 접촉을 가진 자의 신뢰는 보호받아야 하기 때문에 채무자가 제3자가 보호범위 내에 있다는 것을 알고 있는 경우에는 계약상의 보호의무의 범위 내에 있는 제3자를 계약의 법리로 해결하는 것이 타당하다고 사료된다⁷⁷⁾. 이에 대한 참고로서 독일은 민법 제 311조 제3항에서 제3자 보호호 있는 계약을 규정하고 있고 아울러 독일의 판례는 이전부터 일정한 범위의 제3자에게 채무불이행으로 인한 손해배상청구권을 인정하고 있다. 대표적인 예로 어린 자녀가 부모를 따라 상점에 갔다가 바닥에 있는 채소를 밟고 넘어진 사건⁷⁸⁾에서 독일연방대법원은 제3자도 계약의 보호범위에 포함될 수 있다는 전제 하에 배상책임을 인정하였던 사례는 특히 주목할 만하다. 환자 외 동반자가 계약의 당사자가 되지 아니하고 의무자의 보호범위 내에 있는 것으로 인정되지 않아 제3자 보호호 또한 인정되지 아니한다면 감염으로 인하여 발생한 손해에 대하여는 계약을 근거로 손해배상을 청구할 수 없으며 불법행위를 근거로 손해배상을 청구하여야 할 것이다.

77) 김상용, 전제서, 110면

78) BGHZ 66, 51 ff

제4장 보호의무의 일종으로서 안전배려의무

제1절 안전배려의무의 지위

1. 법적 성질

특정 관계에 따른 일련의 의무이행과정에서 생명이나 신체에 초래되는 위험으로부터 상대방을 보호하여야 할 의무를 안전배려의무(Fürsorgepflicht)이다. 우리 민법은 안전배려의무와 관련하여 명문의 규정을 두고 있지 않다. 하지만 안전배려의무의 존재는 판례와 학설에 의하여 인정되고 있으며 특히 최근 민법 개정안에서는 사용자의 근로자에 대한 안전배려의무에 관한 규정을 신설을 주장하는 의견도 존재하는 등 여전히 논의가 이뤄지고 있다. 안전배려의무에 관한 논의는 노동법 분야에서 활발하게 이루어졌으나 법률관계로 구속된 당사자가 상대방의 생명과 신체 재산 등을 위험으로부터 보호하여야 한다는 포괄적 의무로서 의료계약, 숙박계약 등에서 폭넓게 인정되는 의무이기도 하다.⁷⁹⁾ 따라서 안전배려의무는 의료관계에서도 발생하는 것으로서 의료기관이 의료관계에 따라 발생하는 의료행위 제공 등 다양한 의료기관 이용의 단계에서 발생할 수 있는 위험으로부터 환자 측의 생명, 신체, 재산을 보호하도록 배려하여야 할 의무로서 발생하게 된다.

(1). 외국의 안전배려의무 인정근거

가. 독일

79) 최창렬, “안전배려의무의 체계”, 「성균관법학」 제16권 제3호, 141면

독일은 고용관계에서 사용자의 안전배려의무에 관한 명문의 규정을 두고 있다. 독일민법 제618조 제1항에서는 “노무청구권자는 그가 노무의 실행을 위하여 제공하여야 하는 장소, 장비나 기구를 설치 및 유지하고 또 자신의 명령 또는 지시 하에 행하여지는 노무의 급여를 지휘함에 있어서 노여의 성질이 허용하는 한도에서 노무자가 생명과 건강에 대한 위험으로부터 보호되도록 하여야 한다”라고 규정하고 있다.⁸⁰⁾ 이러한 안전배려의무의 근거는 독일민법 제242조에서 규정하고 있는 신의칙에서 근거한다고 보고 있으며 동법 제619조에서는 “제617조 및 제618조에 의하여 노무청구권자가 부담하는 의무는 계약에 의하여 사전에 배제하거나 제한할 수 없다”고 규정하여 안전배려의무를 강행 규정으로서 모든 종류의 고용관계에 적용하고 있다.

만약 사용자의 안전배려의무의 위반이 있을 경우에는 계약책임상의 손해배상청구권이 인정되는 것은 물론이고 안전배려의무에 대한 이행청구권 또한 인정된다고 보는 것이 독일 학설과 판례의 입장이다.⁸¹⁾

나. 일본

일본은 안전배려의무에 관한 명문의 규정을 두고 있지 않다. 하지만 산업재해 등이 빈번하게 발생함에 따라 노무자 등의 생명이나 건강을 보호하여야 할 필요성이 생겼고 1975년 일본 최고재판소에서 안전배려의무를 인정하는 판결을 선고하였다.⁸²⁾ 해당 판례에서는 안전배려의무에 대하여 “국가는 공무원에 대

80) 최창렬, 전제논문, 142면

81) Staudinger, BGB, Anm.40 zu §618.

82) 1975. 2. 25. 民集 29. 2. 143(陸上自衛隊八號駐屯地方第九武器隊事件).

하여 급여지불의무에 그치지 아니하고 국가가 공무수행을 위해 설치해야 할 장소, 시설 또는 기구 등의 설치·관리 또는 공무원이 국가 혹은 상사의 지시하에 수행하는 공무의 관리에 있어서 공무원의 생명 및 건강 등을 위하여 위험에서 보호하도록 배려해야 할 의무”로 정의하였다.⁸³⁾ 안전배려의무의 인정 근거에 대하여 특별한 사회적 접촉에 들어간 당사자 간에 있어서 당해 법률관계의 부수적 의무로서 당사자의 일방 혹은 쌍방이 상대방에 대하여 신의칙상 부담하는 의무로 설명하여 일본의 다수설과 같은 입장을 취하였다.

또한 해당 관례는 당사자 간에 특별한 사회적 접촉이 발생하였다면 들어간 당해 법률관계의 부수의무로 당사자의 일방 또는 쌍방이 상대방에게 신의칙상 부담하는 의무로서 일반적으로 인정되어야 할 것이라고 하여 안전배려의무의 적용범위의 확장 가능성에 대하여도 판시하였다.

(2). 우리나라의 안전배려의무 법리

가. 보호의무설

안전배려의무를 보호의무의 한 종류로서 보는 견해이다. 따라서 안전배려의무는 보호의무와 마찬가지로 신의칙상의 의무로서 특별결합관계에 들어선 당사자는 상대방의 생명·신체·재산 등의 법익이 결합관계에 따라 발생하거나 혹은 존재하고 있는 위험에 의하여 침해되지 않도록 보호하고 배려하여야 할 의무라고 정의한다.⁸⁴⁾

83) 정기웅, “안전배려의무에 관한 연구”, 「경대 논문집」 제13집, 1993, 146면.

84) 박윤직, 채권각론, 박영사, 2003, 246면

나. 독립적 의무설

독립적 의무설을 주장하는 견해는 보호의무를 신체, 재산에 대한 침해를 회피하여야 하는 소극적 의무로 파악하며 안전배려의무에 대해서는 상대방의 생명 신체 등의 안전을 적극적으로 배려하여야 할 의무로 파악하여 보호의무와 안전배려의무를 별개의 의무로 파악한다.⁸⁵⁾ 보호의무설과 마찬가지로 신의칙을 근거로 의무가 발생한다고 파악하지만 의무를 부담하는 자의 적극적 행위의 부담여부를 기준으로 양자를 구분한다.

다. 이분설

안전배려의무 적용영역의 확장으로 인하여 안전배려의무를 계약상 의무구조론상 어느 하나의 의무라고 단정하기 곤란하다고 하여 급여의무 성격을 갖는 안전확보의무와 부수적 의무내지 보호의무로서의 성격을 갖는 안전배려의무로 나누어 설명하는 견해이다.⁸⁶⁾ 안전확보의무를 계약적 접촉에 따라 위험이 뚜렷하게 존재하는 경우에는 안전확보 자체를 의무내용으로 하여 절대적 안전배려의무로서 결과채무에 속한다고 한다. 그리고 안전배려의무에 관하여는 상당한 위험 방지조치를 하여야 할 선관주의의무로서 수단채무로서 설명하여 수단채무와 결과채무의 구분에 초점을 맞추어 안전배려의무의 성격을 설명한다.

(3). 검토 및 사건

안전배려의무의 범리는 노동계약관계에서 발전하였으나 특별결합관계에 따

85) 김형배, 「채권총론」, 박영사, 1993, 254면

86) 유재남, “민법상 안전배려의무에 관한 연구”, 동아대학교 박사학위논문, 1992. 6. 221면

라 발생하는 위험을 제거하고 방지하여야 하는 의무이다. 이러한 측면에서 생각해보면 적용영역을 반드시 한정할 필요가 없으며 의료관계와 등 다양한 영역에서도 이를 일반화하여 적용할 수 있는 것으로서 이해할 수 있다.⁸⁷⁾ 안전배려의무는 계약관계가 존재하는 등 특별결합관계의 성립을 전제로 하며 당사자의 생명이나 신체 등을 보호하는 것을 그 내용으로 한다. 이는 당사자의 현상이익 내지 완전성이익을 보호하기 위하여 당사자의 의사의 합치와 무관하게 요청되는 신의칙상의 의무가 상대방의 안전에 위험 발생 가능성이 예견되는 영역에서 상대방을 배려하고 보호하는 의무의 이행형태이므로 의무구조론을 통하여 포착되는 보호의무의 한 종류로 이해할 수 있다.

판례에서는 안전배려의무와 관련하여 보호의무의 개념을 혼합하여 사용하는 등 그 법적지위를 확실하게 정의하고 있지 않다. 하지만 안전배려의무는 당사자가 특정되고 의료관계에 놓인 당사자의 관계의 실현과정에서 신의칙에 근거하여 위험이 발생할 가능성이 현저하여 이를 제거 내지 방지하여야 하는 것을 내용으로 발생하게 된다고 할 것이다. 즉, 당사자가 생명, 신체 등의 안전을 보호하고 배려하는 것을 계약의 내용으로 하는 경우에는 안전배려의무는 급여의무로서 발생하게 되지만 이를 급여의무로서 정해놓지 않아도 일정한 영역에서 안전배려의무는 급여의무와는 무관하게 독립하여 발생하는 보호의무의 구체적 이행형태로서 존재하게 되는 것이다. 그러므로 안전배려의무는 일차적으로 당사자의 계약내용에 따라 성격이 결정되는 것이라고 할 수 있으나 양 당사자가 별도로 안전배려의무를 주된 채무 내용으로 포함시키지 않는 이상 양 당사자의 권리를 보충하는 역할을 하게 된다고 할 것이다.

이러한 견해에서 위험성을 기준으로 안전배려의무를 수단채무 혹은 결과채

87) 나현태, “민법상 안전배려의무에 관한 연구”, 전남대학교 박사학위논문, 1994, 127면.

무로 나누어서 파악하는 안전배려의무 이분설이나 안전배려의무자의 적극적 행위의무 부담 여부에 따라 안전배려의무의 존재를 판단하는 독립적의무설에는 동의할 수 없다. 왜냐하면 급여의무의 내용확정은 당사자의 자유로운 의사 의 합치로서 정해져야 하는 것이지만 이행의 과정에서 발생하는 위험의 정도에 따라서 급여의무 또는 보호의무로서 결정된다고 하는 것은 자칫 사적자치의 원칙에 위반하여 계약내용이 해석될 여지가 있기 때문이다. 그리고 의무의 이행과정에서 발생하는 위험성은 당사자 간 관계의 성질이나 구체적 환경에 따라 매우 상이할 것이기 때문에 일률적으로 파악하는 것이 불가능하기도 하므로 당사자의 예측가능성도 훼손될 가능성 또한 존재한다. 그리고 보호의무로서 인정되는 내용은 신의칙상 위험을 회피할 소극적 의무와 더불어 상대방의 완전성이익 보호를 위하여 제공되어야 하는 적극적 행위도 당연히 포함한다고 할 것이다.

위와 같은 더불어 특정관계의 당사자를 보호하기 위한 차원에서도 안전배려의무를 보호의무의 한 종류로서 취급하는 것이 옳다고 판단된다. 왜냐하면 안전배려의무는 당사자의 구체적 합의 내용에 구애받지 않고 관계의 성립 전후에 발생하는 위험에 대해서 의무를 부여하여 양 당사자의 관계를 보충하는 역할을 하므로 기술발전 등으로 인하여 새롭게 등장하는 위험을 대비하기에 용이하다고 할 것이다. 이를테면 종전까지는 상대방의 생명 또는 신체의 안전에 대한 침해 가능성이 희박한 것으로 취급되었던 특정관계에서도 일정한 사유로 침해가 발생할 가능성이 내재되어 있는 것으로 밝혀지는 현상들을 간혹 볼 수 있는데, 이러한 당사자의 관계 성립과 관계의 목적 달성 등을 유연하게 보호하기 위한 차원에서 안전배려의무는 급여의무와는 병존하여 성립하는 보호의무의 한 종류로서 파악함이 바람직하다고 사료된다.

2. 책임체계상 지위

(1). 채무불이행 구성요건

민법 제390조는 채무자가 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때에 채무불이행에 의한 손해배상책임이 성립한다고 하여 포괄적으로 채무불이행에 관하여 규정을 두고 있다. 채무불이행의 유형으로는 불완전이행, 이행지체, 이행불능이 있다. 이러한 유형 중 의료과오소송에서 가장 중요한 채무불이행의 유형은 불완전이행이라고 할 수 있다. 의료기관 측이 진료 등을 제공하여 정해져 있는 의무를 이행하였으나 의무의 이행에 흠이 있거나 불완전하여 애초에 의도하지 아니하였던 결과가 발생하여 문제로 되기 때문이다. 불완전이행을 원인으로 책임을 구성하기 위해서는 ①불완전 이행사실 ②손해발생 사실 ③불완전 이행과 손해 사이의 인과관계 존재 ④위법성 ⑤귀책사유로서 고의·과실이 존재하여야 한다. 따라서 안전배려의무 위반이 불완전이행을 구성하고자 한다면 당사자 일방의 귀책사유로서 안전배려의무를 불완전하게 이행하고 불완전이행으로 인하여 상대방에게 손해가 발생하여야 한다. 채무불이행의 위법성은 추정되므로 위법성 조각사유가 별도로 존재하지 않는 한 보호의무의 존재와 불이행을 증명하면 그 위반의 위법성에 대하여는 별도로 구성할 필요 없게 된다.

(2). 불법행위 구성요건

민법 제750조는 고의 또는 과실로 인한 위법행위로 인하여 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다고 규정하고 있다. 따라서 불법행위의 요건사실은 ①귀책사유로서의 고의·과실 ②손해발생 ③귀책사유와 손해 사

이의 인과관계 ④위법성 ⑤책임능력이 인정되어야 한다.

(3). 검토

의료과오에 따른 책임이 채무불이행과 불법행위 모두를 구성할 수 있는 것처럼 의료관련감염의 안전배려의무위반 또한 양자의 구성요건을 모두 충족시킨다면 양 책임을 모두 구성할 수 있다. 생각해보건대, 상대방의 완전성 이익에 대한 보호는 급여의무의 이행에 따라 이뤄질 수도 있으며 보호의무의 이행으로 이뤄질 수도 있으며 심지어는 계약과는 전혀 상관없이 아무런 법적 관계가 존재하지 않던 사이에서도 요구되는 의무이다. 이처럼 안전배려의무 이행행위의 법적 성질은 그 행위의 형태만으로는 그 책임구성에 대하여 일률적으로 파악하기가 다소 곤란하다. 판례는 종전에 안전배려의무 내지 보호의무의 위반이 문제로 되는 사건에 대하여 민법 제750조에 의한 불법행위책임을 구성하는 것이 보통이었으나 숙박계약 관계에 있던 당사자 중 투숙객이 사망한 사건에 대하여 안전배려의무를 채무불이행책임으로 인정하였다.⁸⁸⁾ 이후에는 의료계약, 여행계약, 노무계약에서 안전배려의무 위반을 계약책임으로 파악하고 심지어 당사자 간에 계약관계가 존재하지 않아도 특별결합관계의 존재가 실질적으로 인정되는 경우에는 안전배려의무의 위반에 대한 책임을 채무불이행책임으로 인정⁸⁹⁾하기 시작하였다.

판단건대, 안전배려의무의 책임법상 지위는 양 책임을 교차하는 영역에 있고 그 적용은 구체적 사안에 따라 다를 수 있다. 따라서 해당 안전배려의무의 위반이 어떠한 성격을 갖는지 결정하는 것은 계약관계나 이에 준하는 특별결

88) 대법원 1994. 1. 28., 선고, 93다43590 판결

89) 대법원 2002. 11. 26. 선고 2000다7301 판결

합관계의 존부, 양 당사자가 합의한 주된 채무인 급여의무의 내용이라고 할 것이다. 기본적으로 안전배려의무는 양 당사자가 계약 등의 이행과정에서 위험의 발생이 예견되는 경우에는 계약책임에 근거하여 보호의무의 하나로서 발생하는 것이며 예외적으로 양 당사자가 당사자의 안전을 배려할 내용으로 계약을 체결한 경우에는 급여의무로서 안전배려의무가 발생하게 되는 것이다. 다만, 아무런 관계에 있지 아니한 불특정 당사자에게도 불법행위 책임을 구성하는 안전배려의무 내지 불가침의무가 부여되기 때문에 불법행위의 구성요건이 충족되는 경우에는 불법행위 책임을 구성하는 것도 가능하다.

물론 계약책임은 계약당사자로서 부담해야 하는 의무를 위반한 경우이고 불법행위 책임은 일반인으로서 부담하는 주의의무를 위반한 경우에 발생하는 책임으로 본래의 취지나 목적은 다소 다르다고 할 수 있다. 그럼에도 불구하고 의료기관과 환자의 계약관계에서 비롯된 적극적 주의의무와 비교하여 불법행위 상의 주의의무가 일반적으로 불법행위 영역에서 논의되는 불가침의무 보다 그 범위가 확대된다고 할 수 없기 때문에 주의의무 정도의 차이는 존재하지 않는다. 이러한 견해에서 일본의 의료과오소송 판례에서는 채무불이행 책임과 불법행위 책임의 주의의무 정도의 차이를 인정하지 않는다.⁹⁰⁾

(4). 사건

양 책임이 이중적 책임 구성이 가능하여 경합적 관계를 갖게 되어 결과적으로는 보호범위가 넓어지는 효과를 발생시킬 수 있다. 이는 안전배려의무는 계

90) 日大判 大正10(1921)年11月22日 民錄27輯 1978面; 我妻榮, 「新訂債權總論」, 岩波書店, 1984, 105面.

약적 접촉 등에 따라 의무로서 정해지는데 비하여 불법행위법상에서는 이러한 의무에 대하여 작위의무로서의 존재를 확인하는 과정이 반드시 필요하기 때문이다. 그리고 이와는 반대로 불법행위 영역에서만 이해하고 해결하였던 영역에 대해서도 계약책임 구성을 시도하여 이전까지는 고찰되지 못하였던 발생하는 영역에서 안전배려의무의 내용을 포착하고 그 위반여부에 대하여 고찰을 하게 되기 때문에 결론적으로는 고찰하는 범위를 넓게 하는 효과를 발생시킨다고 할 수 있다. 다시 말해, 책임체계가 교차하는 영역에서 이중적 보호를 인정하여 발생하는 실익은 종전에는 어느 한 쪽 책임체계만을 구성하고 다른 책임체계에서는 논의되지 아니하여 구성이 시도되지 않았던 영역에 대하여 새롭게 고찰하는 계기가 된다. 종전에는 불법행위책임으로 구성이 시도되던 안전배려의무를 계약책임으로 구성하는 것은 당사자의 정확한 의무의 내용을 확인하고 그 위반에 따른 효과를 고찰하여 피해자의 보호범위를 넓혀 나가는 이중보호적 효과를 받을 수 있게 되는 것이다.

3. 결과채무·수단채무에 대한 검토

(1). 구분의 의의

주로 의료계약은 어떠한 행위를 제공하는 것을 목적으로 한다. 따라서 주된 채무라고 할 수 있는 진료채무는 어떠한 결과를 얻기 위한 최선의 노력을 다할 것을 내용으로 하므로 수단채무로 분류하는 것이 보통이다. 이러한 이유에서 환자 측은 채무불이행 책임을 구성하여 손해배상을 청구할 지라도 진료채무가 갖는 수단채무적 성격 때문에 환자 측에서 증명하여야 하는 채무불이행 사실에 주의의무 개념이 불가피하게 포섭된다. 따라서 대부분의 의료과오소송에서는 채무불이행 책임을 구성하여도 결과적으로는 불법행위 책임을 구성하는

것과 마찬가지로 증명책임의 문제가 의료기관 측의 주의의무에 대한 것으로 귀착된다.⁹¹⁾ 결국 의료과오소송에서 진료채무를 수단채무로서 인식하는 상황 하에서는 의료기관 측 과실에 대한 증명책임의 분배 문제가 계약책임적 구성과 불법행위책임적 구성에 차이가 없게 되어 채무불이행 책임의 구성에 의한 환자 측의 이점을 대부분 상쇄하게 되는 것이다.

판례⁹²⁾ 또한 이러한 문제에 대하여 고심한 끝에 결과채무·수단채무론에 대한 판단에 의하여 진료채무를 계약책임으로 구성하여도 환자 측이 의사 측의 과실을 입증하여야 한다고 한다. 수단채무·결과채무에 대한 논의는 이처럼 증명책임의 분배와 직결되어 있는 문제이므로 본 연구에서 언급하고 있는 안전배려의무의 성격을 수단채무·결과채무 이론에 비추어 판단하여 증명책임의 분배의 문제를 생각하기에 앞서 정리하여 고찰할 필요가 있다고 하겠다.

(2). 개념

수단채무라는 개념을 처음 제시한 것은 프랑스의 R.Demogue로 그는 계약상의 채무를 수단채무와 결과채무로 구분하여야 할 필요성에 대하여 주장하였다. 당시 이러한 이론이 나온 배경은 프랑스의 계약법이 가지고 있었던 일관성 결여문제였다. 채무불이행에 대한 일반규정에 따르면 채무자의 고의나 과실을 요구하지 않고 채무불이행이 외적 원인에 의한 것임을 증명하지 못하면 그에 따른 손해배상책임을 져야 했지만 이에 반하여 개별규정들은 명백하게 채무의 이행에 평균인의 주의를 요구하거나 또는 채무자에게 과실이 없으면 채무가 소멸하거나 불이행의 책임이 성립하지 않는다고 규정하고 있었다.⁹³⁾

91) 송오식, 전제논문, 870면

92) 대법원 1988.12.13. 선고, 85다카1491

이러한 모순을 해결하기 위하여 ‘하는 채무’를 두 가지 개념으로 나누었는데, 채무자가 주의와 배려를 다하거나 또는 필요한 모든 수단을 실행할 것을 내용으로 하는 채무인 수단채무와 일정한 결과를 발생시켜야만 하는 결과채무로 나누어 설명을 하였다. 결과채무에 관하여는 결과의 불발생 사실만으로 손해가 발생하기 때문에 채무자의 과실이 추정되었으므로 별도로 과실을 입증할 필요가 없다. 하지만 수단채무로 인정되는 채무에 대하여는 채권자가 채무자가 주의의무를 게을리 하였음을 입증하여야 하게 되는 것이고 결국은 채무불이행을 구성할 경우에는 불법행위책임과 마찬가지로 그 증명책임을 부담하는 주체는 동일하다고 보았던 것이다. 이러한 논리는 의료과오의 계약책임 구성 시도를 좌절시키는 요소로 작용하게 되었다.

수단채무·결과채무 이분론은 프랑스의 학설과 판례에 의하여 수용되어 중요한 법원칙으로 작용하게 되었다. 하지만 엄격하게 결과채무와 수단채무를 준별하였던 프랑스에서도 근래에는 채무불이행의 성부의 판단에서 고려되어야 하는 대상이 결과의 불실현인 것인가 혹은 채무자의 행위태양이라는 수단에서의 평가를 요하는 것인가라는 점에 비추어 양 채무가 과연 다른 점이 있는가라는 논의가 되고 있고, 현재의 통설은 결과채무와 수단채무의 구별 자체에는 일정한 의의를 인정하면서도, 그 구별의 상대성을 지적하고 있다.⁹⁴⁾

수단채무론은 일본에도 영향을 끼쳤는데, 일본은 결과채무를 채무의 내용이 특정한 결과의 실현인 채무로 설명하고, 수단채무를 채무자가 기대하고 바라는 결과를 실현하기 위하여 채무자가 일정한 조치를 할 의무를 부담하는 채무를 의미하는 것으로 설명한다. 여러 학자들에 의하여 수단채무 이론이 분석

93) 송오식, 진료채무의 수단채무성에 대한 검토, 2007, vol.31, 206면

94) 송오식, 전제논문, 207면

및 정리된 이후 그에 대한 논의가 지속적으로 이루어지고 있으나 그 논리가 전면적인 지지를 받고 있다고는 할 수 없다. 그 이유로는 결과채무와 수단채무라는 개념구분은 명확하게 한계지을 수 없다는 점을 든다. 예를 들어 의사와 환자 사이에 왕진계약을 체결된 경우에는 의사에게는 환자가 있는 곳까지 도달한다는 내용의 의무는 결과채무로서 작용하고 그 외 진료방법이나 치료에 관한 사항은 수단채무로서 작용하는 것이 된다.⁹⁵⁾ 더불어 의료계약 중에서도 성형이나 비만시술, 치과치료처럼 확정적인 결과가 발생하는 경우가 존재하기 때문에 의료관계에 따라 발생하는 의무의 개념을 일률적으로 어느 한쪽으로 취급할 수는 없다는 것이다. 이러한 입장에 따라 일본에서는 결과채무와 수단채무의 구별은 계약의 해석에 의하여 정해지는 것이며 고정적인 것은 아닌 것으로 지적한다.⁹⁶⁾

(3). 사건

일본의 학설에서 지적하는 것처럼 수단채무·결과채무에 대한 판단은 계약의 성격에 의하여 정해지는 것이지 의료계약에 의한 모든 의무의 이행을 일률적 입장에서 수단채무로 취급할 수는 없다. 의료계약을 통하여 발생하는 급여의무는 대부분 계약의 성립 당시에 건강의 유지 또는 증진시키는 등의 목적을 향하여 나아가는 것을 내용으로 한다. 따라서 의료행위에 따른 병변의 진행성, 의료진행의 동태성 등의 다양한 특수성에 기인하여 건강의 유지 또는 증진이라는 목표를 향하여 의무의 이행의 구체적 내용을 끊임없이 보완하고 수정하여 의료를 제공한다는 내용자체를 계약으로 하여 체결되는 것으로 파악하여야 한다고 사료된다. 그렇기 때문에 확정적 결과를 기대할 수 있는 종류의 의료

95) 송오식, 전계논문, 220면

96) 송오식, 전계논문, 208면

계약에 속하지 않거나 완치에 관한 특약이 없는 한 의료계약으로부터 발생하는 주된 채무로서 진료채무는 수단채무이론에서 설명하는 채무의 수단성을 갖게 되는 것은 별다른 이견이 없다.

그러나 이처럼 의료관계의 당사자 사이에서 의사의 합치를 통하여 발생하는 급여의무와는 다르게 신의칙을 근거로 하여 발생하는 것으로서 안전배려의무는 급여의무와 비교하여 발생근거와 성격이 동일하지 않다고 할 수 있다. 안전배려의무는 의무의 이행 과정에서 위험이 예견됨에 따라 인적 신뢰관계로부터 파생되는 신의칙에 의하여 상대방을 배려하고 보호할 의무로서 발생하는 것이다. 따라서 안전배려의무는 그 의무로서 인정되는 것들은 이행되어야 하는 것으로 여겨질 뿐 어떠한 결과를 향해서 수정·보완되는 수단채무로서 이해하는 것은 적절치 아니하다고 사료된다. 따라서 안전배려의무로서 인정되는 행위는 그 이행여부만이 문제로 될 뿐이며 그 개념에는 주의의무 개념이 포섭되지 아니하게 되는 것이다. 물론, 안전배려의무라는 것이 포괄적이고 의무의 내용으로서 인정될 수 있는 행위가 과학기술의 발전 등으로 인하여 방법의 종류나 수준 측면에서 다소 차이가 있을 수 있다. 하지만 이는 안전배려의무로서 인정되는 영역이 포괄적 성격을 지녔기 때문에 의무의 내용으로서 인정되기 위한 측면에서 종합적 상황이 고려되어지는 것일 뿐이지 수단채무와 같이 최선의 결과를 향하여 노력을 한다는 특성과는 다소 차이가 있다고 할 것이다.

제2절 의료관련감염에서의 적용요건

1. 특별결합관계의 존재

의료관계를 바탕으로 한 안전배려의무가 적용되기 위해서는 당사자의 관계가 서로를 특정할 수 없는 관계가 아닌 일정한 내용을 바탕으로 당사자가 특정되고 그 사이에 일정한 관계가 존재하는 특별결합관계⁹⁷⁾(Sonderverbindung)가 성립하여야 한다. 보통은 계약을 통하여 당사자는 제3자와 구분되는 법률관계를 가지게 되며 이러한 특별결합관계가 존재하지 않는다면 그 관계는 제3자와 구별되는 상대적인 것으로서 취급될 수 없는 것이다. 이러한 특별결합관계의 성립과 관련하여서 계약 등을 통해서 명시적으로 이뤄질 수도 있지만 그와 유사한 원인으로도 성립할 수 있다. 독일은 이와 같은 예시로서 ①계약 교섭의 시작(Aufnahme von Vertragsverhandlungen) ②계약의 개시(Anbahnung eines Vertrags) 및 ③유사한 계약상의 접촉(ähnlichegeschäftliche Kontakte)을 제시하고 있으며 이는 특별결합관계의 성립여부를 판단할 수 있는 타당한 것으로 사료된다. 그러므로 의료관련감염 영역에서 안전배려의무를 적용하려면 의료계약이 체결되었거나 적어도 진료 내지 검사 등이 예약되어 있는 등 의료기관과 환자 사이에 의료관계 및 이에 유사한 법률관계가 존재하여야 하는 것이다.

안전배려의무의 이행은 보호의무의 한 종류로서 특별결합관계에 의하여 발생하며 급여의무와는 무관하게 완전성이익에 대한 침해로부터 상대방을 보호하여야 하는 의무를 부담하게 되는 것이다.⁹⁸⁾ 여기서 완전성이익이라고 함은

97) 특별결합의 성립에 대하여는; 성대규, 보호의무(Schutzpflichten)에 관한 고찰(2019) 참조

98) Canaris, Ansprüche wegen "positiver Vertragsverletzung" und "Schutzwirkung für

당사자가 관계의 성립 이전에 향유 내지 보유하고 있었던 ‘현상이익’이라고 할 수 있다. 따라서 완전성이익은 계약 등의 특별결합관계 상태에 있는 당사자가 그 관계에 따른 이행과정에서 특별결합관계 성립 이전에 향유하고 있었던 이익을 불가피하게 노출하는 등 이익 등 관계의 성립과 성립 목적에 따른 이행 과정에서 위험에 빠질 수 있는 당사자의 이익이라고 할 수 있다.

2. 보호의무 규범 작용영역 내 감염위험의 존재

보호의무의 일종으로서 발생하는 안전배려의무는 급여의무와 병존하여 발생하는 신의칙상의 의무이다. 앞서 제3장 제4절 이하⁹⁹⁾에서 설명하였듯이 보호의무 규범 작용영역에 해당하기 위해서는 계약이 유효하게 성립할 것이 요구되지는 않으며 보호의무의 규범이 작용하는 영역은 당사자가 처한 환경에 따라 유연하게 변화한다. 그러므로 주된 채무인 의료행위와의 관련성이 없다고 할지라도 보호의무의 작용범위에 해당하는 영역에서 감염이 발생할 위험이 있다면 안전배려의무의 이행이 필요한 보호범위 내에 있다고 할 수 있게 된다. 그러나 이러한 규범의 작용영역은 무한정 확대되지 않으며 의무자가 특별결합관계에 놓인 당사자 혹은 제3자를 감염으로부터 보호하여야 할 필요성이 인정될 경우 당사자를 인식 가능한 범위 내에서 안전배려의무가 인정된다고 할 수 있을 것이다.

따라서 감염의 위험을 제거하고 상대방을 보호하여야 할 안전배려의무는 의료행위를 위한 이용과정 또는 의료기관의 지시에 반드시 국한되어 인정되는

Dritte" beinichtigen Vertragen-Zugleich ein Beitrag zur Vereinheitlichung der Regeln über die Schutzpflichtverletzungen, JZ 1965, S.478.

99) 본 연구 41면 이하

것은 아니며 의료기관이 인식 가능한 범위 이라면, 의료기관이 관리하고 있는 시설 내에서 객관적으로 감염의 위험이 존재한다고 인정되는 경우에는 의료기관이 안전배려의무를 이행하여야 할 범위 내에 있다고 할 것이다.

3. 감염의 예측가능성 및 회피가능성

의료행위의 전 과정에서 감염에 대한 위험이 존재하여 안전배려의무의 이행 필요성이 존재할 경우에 의무가 인정되어야 할 것이다. 이를 반대로 생각해보면, 감염의 결과를 전혀 예측할 수 없는 영역에 대하여 까지 안전배려의무를 부담하지 않을 것이다. 예측가능성에 대한 판단은 감염바이러스의 유형에 따른 감염기전이나 환자의 의료기관 이용형태, 의료기관의 구조설비 측면의 환경 내지 보호의무 이행의 차원에서 실행되고 있는 감염예방활동 및 기타사항을 종합적으로 고려하여야 할 것이다. 이를테면 코로나19의 팬데믹 상황의 정부의 정책의 일환으로서 시행되는 ‘사회적 거리두기’나 ‘감염병 대응지침’ 등은 일반 국민에게 구체적인 방법으로서 시행되고 있으므로 감염방지의무에 대한 인식 또는 감염에 대한 예견가능성을 추정하는 근거로서 사용될 수도 있다.¹⁰⁰⁾ 그리고 감염의 결과가 예견되는 경우라면 마땅히 감염이라는 결과를 방지하기 위하여 일정한 조치를 취하여 결과를 회피하여야 할 것이다. 그러나 상당한 수단을 동원하여 감염이라는 결과를 회피를 위한 조치를 취하였음에도 불구하고 결과를 회피할 수 없는 경우에는 책임이 면제될 것이다.

100) 김천수, 전계논문, 19면

제3절 의료관련감염에서의 내용

1. 판단기준

의료관계에서 안전배려의무는 환자의 낙상사고, 정신과 자살사고 등의 관례에서 의무내용을 인정하고 있지만 포괄적인 내용을 담고 있는 보호의무와 명확한 구별을 하고 있지는 않은 것으로 파악된다. 이러한 안전배려의무는 위험으로부터 보호를 목적으로 하는 포괄적 의무를 부여하기 때문에 구체적 사안에 따라 양 당사자를 구속하는 관계의 법적 성질이나 예견되는 위험에 따라 그 판단기준을 다르게 한다고 할 것이다. 의료관계에서는 치료, 검사, 진단, 주사, 수술 등 의료행위를 이행하는 과정에서 평범한 생활상의 영역보다 감염의 발생이 현저하게 높다고 평가할 수 있다. 그렇기 때문에 의료관계로서 구속되어 있는 당사자는 상대방을 예견 가능한 감염으로부터 보호하고 배려하기 위한 형태의 안전배려의무를 부담하게 된다. 이러한 안전배려의무의 내용은 상대방에게 감염의 전파를 통하여 상대방의 생명, 신체 등을 침해하지 않도록 하는 소극적 의무와 나아가서 예견되는 감염위험으로부터 서로를 보호하기 위하여 합당한 조치를 강구한다는 적극적 의무를 모두 포함한다. 이러한 구체적 기준은 양 당사자의 의료계약의 내용이나 구체적 상황에 따라 타당한 범위 내에서 인정이 되어야 할 것이다.

무엇이 안전배려의무인가 판단을 하는데 있어서 기준은 당사자의 관계의 실질적 내용과 더불어 개별법에서 규정하는 내용이 구체화된 기준으로서 작용한다. 특히, 의료법 제4조 제1항101)에서는 의료인과 의료기관의 장에게 의료관련

101) 제4조(의료인과 의료기관의 장의 의무) ①의료인과 의료기관의 장은 의료의 질을 높이고 의료관련감염(의료기관 내에서 환자, 환자의 보호자, 의료인 또는 의료기관 종사자 등에게

감염을 예방할 포괄적 의무를 부여하고 있으며 나아가서 제47조 이하의 규정¹⁰²⁾을 통하여 보건복지부령으로 정하는 일정규모 이상의 병원급 의료기관의 장에 대하여는 의료관련감염 예방을 위하여 감염관리위원회와 감염관리실을 설치 운영하고 보건복지부령으로 정하는 바에 따라 감염관리 업무를 수행하는 전담 인력을 두는 조치를 하여야 한다고 규정한다. 이처럼 개별법에서 규정하고 있는 의료관련감염 예방, 의료관련감염 감시 시스템 구축 등의 제공은 안전배려의무의 구체화된 내용으로서 이행 여부를 판단하는 기준으로 작용하게 된다.

2. 코로나19 바이러스 감염과 안전배려의무 유형화

코로나19 바이러스는 의료기관 내에서 병원의 직원, 방문객, 환자 등으로부터 그 대상을 가리지 않고 기침이나 재채기 등을 통하여 체외로 분출된 타액이 비말이나 혹은 에어로졸을 통하여 전파된다. 감염의 위험이 의료관계에 따른 의무의 이행의 단계에서 충분히 예견되며, 감염차단의 방법으로서 일반적으로 이행되는 행위가 존재하기 때문에 의료기관 측에는 환자 측의 안전을 배려하고 보호하여야 할 의무가 인정되는 것이다. 이하에서는 의료관련감염에서

발생하는 감염을 말한다. 이하 같다)을 예방하며 의료기술을 발전시키는 등 환자에게 최선의 의료서비스를 제공하기 위하여 노력하여야 한다.

- 102) 제47조(의료관련감염 예방) ①보건복지부령으로 정하는 일정 규모 이상의 병원급 의료기관의 장은 의료관련감염 예방을 위하여 감염관리위원회와 감염관리실을 설치·운영하고 보건복지부령으로 정하는 바에 따라 감염관리 업무를 수행하는 전담 인력을 두는 등 필요한 조치를 하여야 한다. <개정 2008. 2. 29., 2010. 1. 18., 2011. 8. 4., 2020. 3. 4.>
- ② 의료기관의 장은 「감염병의 예방 및 관리에 관한 법률」 제2조제1호에 따른 감염병의 예방을 위하여 해당 의료기관에 소속된 의료인 및 의료기관 종사자에게 정기적으로 교육을 실시하여야 한다. <신설 2019. 4. 23.>
- ③ 의료기관의 장은 「감염병의 예방 및 관리에 관한 법률」 제2조제1호에 따른 감염병이 유행하는 경우 환자, 환자의 보호자, 의료인, 의료기관 종사자 및 「경비업법」 제2조제3호에 따른 경비원 등 해당 의료기관 내에서 업무를 수행하는 사람에게 감염병의 확산 방지를 위하여 필요한 정보를 제공하여야 한다. <신설 2015. 12. 29., 2019. 4. 23.>

구체적으로 이행될 수 있는 안전배려의무를 유형화하도록 한다.

(1). 시설물에 대한 관리

안개처럼 떠도는 비말 또는 에어로졸 형태의 바이러스 전파 특징으로 인하여 감염자가 말을 하게 되면 자연스럽게 타액이 입자형태로 노출되고 입자는 공기의 흐름에 따라 움직이거나 엘리베이터 버튼이나 에스컬레이터 손잡이 등 각종 시설물에 접촉하게 된다. 이처럼 감염에 대한 구체적인 위험이 예상되는 바, 의료기관에서는 이를 방지하기 위한 구체적 안전배려의의무가 발생하게 되는 것이다. 따라서 시설물 관리 차원에서 바이러스 에어로졸 형성 방지를 위한 환기시설의 제공, 타액 등이 묻어 감염을 매개할 가능성이 높은 시설물에 대한 소독 실시 등 물적 자원에 대한 통제를 통하여 감염을 방지하는 것을 내용으로 하는 행위가 제공될 수 있다.

의료법 시행규칙 제34조 이하에서는 의료기관의 시설규격 등을 정하여 입원실의 면적에 대한 기준과 손 씻기 시설, 환기시설의 설치할 것을 규정하였다. 그리고 병상이 300개 이상인 종합병원에는 전실 및 음압시설¹⁰³⁾ 등을 갖춘 1인 병실을 1개 이상 갖추고 300병상 기준으로 100병상 초과할 때마다 1개의 음압격리병실을 추가로 설치할 것을 규정하며, 이외에도 감염병환자 등의 입원실과 관련하여 다른 사람이나 외부에 대하여 감염예방을 위한 차단 등 필요한 조치를 하도록 하였다. 이와 같이 규정되어 있는 시설물을 구비할 것과 적절한 관리를 이행하는 것은 환자의 안전을 배려하는 구체적인 내용으로서 작용한다.

103) 입원실의 기압을 낮춰 내부 공기가 밖으로 나가지 못하게 만드는 설비를 말한다.

(2). 입원환자와 출입자에 대한 통제

의료기관은 감염에 대한 감시, 입원환자와 출입자 등 사람에 대한 통제를 실시하여 감염을 차단하여야 한다. 이에 대하여 제시될 수 있는 구체적 사례로서 2015년 메르스 감염질병 유행 시에 입원 중인 환자에게 메르스에 감염되어 국가배상을 청구하였던 사건¹⁰⁴⁾을 참고할 수 있다. 이는 국가의 책임을 발생시킨 국가배상법에 관련한 문제이지만 의료기관 내의 감염관리에 있어서 출입자 등에 대하여 인적 통제가 필요하다는 견해를 판례로서 제시하였다고 볼 수 있기 때문이다.

해당 판결은“甲이 발목 골절 등으로 乙 병원에 입원 중 중동호흡기증후군(메르스: MERS)에 감염되었는데, 그 후 국가를 상대로 메르스 관리에 관한 과실을 이유로 위자료 지급을 구한 사안에서, 최초의 메르스 확진 환자인 丙이 입원해 있던 丁 병원 8층의 다른 병실에 입원하였다가 메르스에 감염된 戊가 퇴원 후 甲이 입원해 있던 乙 병원의 같은 병실에 입원하면서 甲이 戊로부터 메르스에 감염되었다고 추정되는데, 제반 사정에 비추어 질병관리본부의 공무원들이 丙에 대한 메르스 의심환자 신고를 받고도 지체 없이 진단검사와 역학조사를 하지 않고 지연하였으며, 丁 병원에서 丙과 접촉한 사람을 의료진 및 丙과 같은 병실을 사용한 사람들로만 결정하고 다른 밀접접촉자나 일상적 접촉자를 파악하기 위한 조사를 하지 않은 것은 현저하게 불합리하다고 인정되고, 丁 병원 역학조사가 부실하게 되지 않았더라면 丙이 입원한 기간 8층 병동의 입원환자는 丙의 접촉자 범위에 포함되고 그에 따라 甲의 감염원으로 추정되는 戊도 조사될 수 있었으므로 이에 따라 戊를 격리 치료함으로써 甲과의 접촉이 차단될 수 있었음을 이유로, 위와 같은 국가의 과실과 甲의 메르스

104) 서울중앙지법 2018. 2. 9., 선고, 2017나9229

감염 사이의 상당인과관계가 인정된다고 보아 국가는 甲에게 위자료를 지급할 의무가 있다”라고 판시하였다.

해당사건에서 국가의 과실로서 파악한 사실은 ①의심환자에 대한 진단검사를 실시하지 않음 ②밀접접촉자나 일상적 접촉자를 파악하기 위한 조사를 실시하지 않았음이다. 이로 말미암아 구성할 수 있는 안전배려의무의 구체적 유형화로서 첫 번째는 의심환자에 대한 발견을 하고 진단검사를 실시하여야 한다는 것이다. 이는 환자를 비롯한 출입자에 대한 발열 검사 혹은 해외방문이력 등의 조사, 문진표 작성 등을 통하여 이뤄질 수 있는 것이며 이러한 과정에서 만약 감염이 의심되는 자가 발견되는 경우에는 의료기관 출입금지 또는 격리입원실 수용 등의 조치를 취하여야만 하는 것이다. 두 번째로는 감염자가 이미 발생하였을 경우에는 신속히 격리를 실시하고 이동하였던 동선을 파악하여 접촉자를 찾아내야 하는 것이다. 의료기관은 이러한 조치를 통하여 이미 발생한 감염의 확산을 막아 입원환자, 내원객 등을 감염자로부터 보호하게 되는 것이다.

이러한 출입자, 감염의심자 등 통제에 더불어 의료기관은 입원환자와 출입자에게 유행 중인 감염병과 그 위험에 대하여 설명 및 지도하는 등 환자 스스로 감염을 경계하여 차단할 수 있도록 하는 정보를 제공하여야 한다. 의료법 시행규칙 제46조의2 제3항 이하의 규정¹⁰⁵⁾에서는 의료기관의 장에게 감염병 확산 방지 등에 필요한 정보를 의료기관 인터넷 홈페이지, 매뉴얼, 게시물

105) 제46조의2(감염병 예방을 위한 정보 제공 등) ③ 의료기관의 장은 법 제47조제3항에 따라 감염병의 확산 및 방지에 필요한 정보를 다음 각 호의 방법으로 제공해야 한다. <개정 2019. 10. 24., 2020. 9. 11.> 1. 의료기관의 인터넷 홈페이지 게시 2. 매뉴얼·게시물 또는 안내문 등의 작성·비치 3. 그 밖에 질병관리청장이 신속하고 정확한 정보 제공을 위하여 적합하다고 인정하여 고시하는 방법

또는 안내문 등의 비치를 통하여 감염병에 대한 정보를 제공할 의무를 부여하고 있다.

(3). 의료인 등 종사자에 대한 관리

가. 감염관리 담당인력 배치

의료법 시행규칙 제43조 제2항 및 제3항¹⁰⁶⁾에서는 의료기관 내에 감염관리 위원회와 감염관리실의 설치와 이에 따른 업무를 규정하고 있으며 동법 시행규칙 제46조 이하의 규정¹⁰⁷⁾에서는 감염관리업무를 수행하는 사람의 배치기준과 필수교육에 대한 내용을 정하여 두고 있다. 이러한 개별 규정에 따라 의료기관에서는 감염관리가 가능한 인력을 배치하는 등 직무명령을 실시하고 최신의 감염관리 전문지식을 습득하여 실무에 활용하도록 지원하여야 할 것이다.

나. 감염관리교육 강화

-
- 106) 제43조(감염관리위원회 및 감염관리실의 설치 등) ② 법 제47조제1항에 따른 감염관리위원회(이하 "위원회"라 한다)는 다음 각 호의 업무를 심의한다. <개정 2009. 4. 29., 2010. 12. 30., 2015. 12. 23., 2016. 10. 6.> 1. 병원감염에 대한 대책, 연간 감염예방계획의 수립 및 시행에 관한 사항 2. 감염관리요원의 선정 및 배치에 관한 사항 3. 감염병환자등의 치료에 관한 사항 4. 병원의 전반적인 위생관리에 관한 사항 5. 병원감염관리에 관한 자체 규정의 제정 및 개정에 관한 사항 6. 삭제 <2012. 8. 2.> 7. 삭제 <2012. 8. 2.> 8. 삭제 <2012. 8. 2.> 9. 그 밖에 병원감염관리에 관한 중요한 사항
- ③ 법 제47조제1항에 따른 감염관리실(이하 "감염관리실"이라 한다)은 다음 각 호의 업무를 수행한다. 1. 병원감염의 발생 감시 2. 병원감염관리 실적의 분석 및 평가 3. 직원의 감염관리교육 및 감염과 관련된 직원의 건강관리에 관한 사항 4. 그 밖에 감염 관리에 필요한 사항
- 107) 제46조(감염관리실의 운영 등) ① 법 제47조제1항에 따라 감염관리실에서 감염관리 업무를 수행하는 사람의 인력기준 및 배치기준은 별표 8의2와 같다.
- ② 제1항에 따라 감염관리실에 두는 인력 중 1명 이상은 감염관리실에서 전담 근무하여야 한다.
- ③ 제1항에 따라 감염관리실에서 근무하는 사람은 별표 8의3에서 정한 교육기준에 따라 교육을 받아야 한다.

의료법 시행규칙 제46조의2 이하의 규정¹⁰⁸⁾에 따라 의료기관의 장은 감염 예방을 위한 교육을 실시할 의무를 부과한다. 의료종사자에 대한 감염예방 교육은 스스로는 물론이고 환자에 대한 감염 차단을 올바른 방법으로서 수행할 수 있도록 하는 효과적인 방법이다. 이러한 교육의 실시는 의료관계의 당사자로서 제공하여야 하는 안전배려의무인 동시에 사용자와 근로자의 관계에서 제공되어야 하는 안전배려의무이기도 하다.

-
- 108) 제46조의2(감염병 예방을 위한 정보 제공 등) ① 의료기관의 장은 법 제47조제2항에 따라 「감염병의 예방 및 관리에 관한 법률」 제2조제1호에 따른 감염병(이하 이 조에서 "감염병"이라 한다) 예방을 위하여 다음 각 호의 사항에 관한 교육을 실시해야 한다. <개정 2019. 10. 24., 2020. 9. 11.>
1. 감염병의 감염 원인, 감염 경로 및 감염 증상 등 감염병의 내용 및 성격에 관한 사항
 2. 감염병에 대한 대응조치, 진료방법 및 예방방법 등 감염병의 예방 및 진료에 관한 사항
 3. 감염병 환자의 관리, 감염 물건의 처리, 감염 장소의 소독 및 감염병 보호장비 사용 등 감염병의 관리에 관한 사항
 4. 「감염병의 예방 및 관리에 관한 법률」에 따른 의료기관, 보건 의료인 또는 의료기관 종사자의 보고·신고 및 협조 등에 관한 사항
 5. 그 밖에 감염병 예방 및 관리 등을 위하여 질병관리청장이 특히 필요하다고 인정하는 사항
- ② 의료기관의 장은 법 제47조제3항에 따라 감염병이 유행하는 경우 해당 의료기관 내에서 업무를 수행하는 사람에게 제1항의 교육을 2회 이상 실시해야 한다. <개정 2019. 10. 24.>
- ③ 의료기관의 장은 법 제47조제3항에 따라 감염병의 확산 및 방지에 필요한 정보를 다음 각 호의 방법으로 제공해야 한다. <개정 2019. 10. 24., 2020. 9. 11.>
1. 의료기관의 인터넷 홈페이지 게시
 2. 매뉴얼·게시물 또는 안내문 등의 작성·비치
 3. 그 밖에 질병관리청장이 신속하고 정확한 정보 제공을 위하여 적합하다고 인정하여 고시하는 방법
- ④ 의료기관의 장은 법 제47조제2항 및 제3항에 따라 교육 및 정보 제공을 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 질병관리청 또는 관할 보건소에 필요한 협조를 요청할 수 있다. <개정 2019. 10. 24., 2020. 9. 11.>
- ⑤ 제1항부터 제4항까지의 규정에 따른 감염병 예방 정보 교육 및 정보 제공의 내용·방법 및 절차 등에 필요한 세부 사항은 질병관리청장이 정하여 고시한다. <개정 2019. 10. 24., 2020. 9. 11.>

제5장 안전배려의무의 위반

제1절 안전배려의무 위반의 효과

1. 손해배상청구권의 발생

보호의무의 한 종류로 파악되는 안전배려의무 위반으로 인한 손해는 급여의무의 위반과 동일한 효과가 발생한다고 할 수 없다.¹⁰⁹⁾ 따라서 앞서 살펴본 것처럼 어떠한 의무를 위반하였는지 알기 위해서는 의무의 내용의 명확한 포착이 선행되어야 하는 것이다. 안전배려의무의 위반이라는 사실 자체만으로 손해배상청구권이 발생하지는 않으며 안전배려의무의 위반으로 인하여 실질적으로 손해가 발생한 경우에 채권자에게 손해배상청구권이 발생하게 된다. 안전배려의무로 발생하는 손해배상책임의 범위에는 재산적 손해는 물론 정신적 손해도 포함된다.

다만 우리 민법은 정신적 손해에 대하여 제751조 및 제752조에서 유족 고유의 위자료 청구권의 발생을 규정하고 있는데 피해자 고유의 위자료 청구권이 발생여부, 유족 고유의 위자료 청구권과 관련하여 안전배려의무 위반을 바탕으로 채무불이행 책임을 구성하여 청구권이 발생여부, 해당 청구권이 상속 가능한 것인지에 관한 문제가 있다. 우선, 위자료의 발생여부에 대하여는 다수설과 판례는 불법행위와 차이를 두지 않는다. 다만 정신적 손해에 대하여 “...정신적 고통을 입었다는 특별한 사정이 있고, 채무의 불이행자가 그러한 사정을 알았거나 알 수 있었을 경우에 한하여 정신적 고통에 대한 위자료를 청구할

109) 석희태, 전계논문, 166면

수 있다”¹¹⁰⁾고 하여 채무불이행책임 구성 시 위자료 청구권의 발생은 특별손해로서 취급하고 있다.

위자료 청구권의 상속 여부에 대하여는 학설이 대립하는데, 상속설을 따르는 학설¹¹¹⁾은 위자료 청구권은 보통의 금전채권으로서 일신전속권이 아니므로 당연히 상속된다고 한다. 그리고 상속을 부인하는 학설¹¹²⁾은 위자료는 정신적 고통에 대한 보상이므로 피해자 본인에게 지급되어야 할 일신전속권으로 보아 상속의 대상이 될 수 없다고 한다. 이에 대하여 판례¹¹³⁾는 “...위자료청구권은 피해자가 이를 파기하거나 면제했다고 볼 수 있는 특별한 사정이 없는 한 생전에 청구의 의사를 표시할 필요 없이 원칙적으로 상속”하는 것으로 보고 있다. 이에 대하여 생각해보면 안전배려의무에 위반에 따라 발생한 위자료청구권은 일신전속적 성격을 가지나, 일반의 금전채권으로서 상속된다. 따라서 유족은 민법 제751조에 의한 위자료 청구권과 더불어 제752조에 의한 고유의 상속권은 서로 보호범의 차이가 다른 것으로서 모두 보유할 수 있다는 견해¹¹⁴⁾가 옳다고 판단된다. 계약책임 구성에 의한 손해배상청구권의 귀속은 앞서 의료계약의 당사자에 관하여 설명하였듯이 채권자가 누구인지에 대하여는 해당 계약의 성질이나 내용에 따라 판단하여야 할 것이다. 따라서 반드시 환자에게 채무불이행책임에 근거한 손해배상 청구권이 발생하지는 않는다고 할 것이다.

2. 반대급여 거절권의 발생

110) 대법원 1991. 12. 10 선고 91다25268 판결 등

111) 박윤직, 전계서, 451면; 김상용, 전계서, 841면

112) 김주수, 「채권각론」, 삼영사, 1997, 819면; 이은영, 「채권각론」, 박영사, 2007, 773면

113) 대법원 1966. 10. 18. 선고 66다1335 판결

114) 원종욱, 전계논문, 173면

안전배려의무의 불이행이 있을 경우에 의료계약에 따른 반대급여 즉 보수 지불 등을 거절할 수 있는가에 대한 문제이다. 이에 대한 근거로는 동시이행의 항변권을 생각해볼 수 있다. 동시이행의 항변권은 쌍무계약의 채권관계가 갖는 특질에 따라 당사자에게 주장할 수 있는 권리이다. 이를 판단해보면 의료계약의 내용과 상관없이 독립적으로 부여되는 안전배려의무는 보수 지불 등의 채무와 실질적인 견련관계에 있다고 할 수 없으며 안전배려의무 위반으로 인하여 손해배상청구권만을 발생시킨다고 할 것이다. 그러므로 단지 안전배려의무의 불이행이라는 사실이 존재한다는 이유만으로 보수 지불 등을 거절할 수 없는 것이 타당하다. 그러나 만약 안전배려의무의 불이행에 따라 당사자의 생명·신체·재산상에 급박한 위험이 발생할 가능성이 존재할 경우에는 예외적으로 반대급여의 거절권을 인정하는 것이 의료관계의 목적상 타당할 것으로 사료된다.

3. 이행청구권의 발생

의료기관이 안전배려의무를 이행하지 아니하고 있을 경우에 환자 등의 계약 당사자가 이를 이행할 것을 요구할 수 있는지의 문제이다. 이에 대하여는 안전배려의무의 불이행에 따라 계약의 전 과정에 계약으로 인한 이익을 실현할 수 없게 될 가능성이 존재하는 경우 이러한 이행청구권을 인정하는 것이 옳다고 본다. 생각해보건대, 환자 등이 감염되지 않도록 보호하고 배려하는 안전배려의무는 그 보호법익이 환자의 건강 또는 생명으로서 그 위반으로 손해가 발생한다면 계약의 시행을 통하여 얻는 이익이 좌절될 만큼 큰 손해를 발생시킨다고 할 수 있다. 또한, 의료법 등에서 의료기관의 장에게 부여하고 있는 의료관련감염예방의 구체화된 기준이 존재하고 있으므로 그 내용을 충실히 반영하여 예방책 등을 시행할 것을 청구하는 방향으로 안전배려의무 이행청구권이

인정하는 것이 타당하다고 본다.

4. 계약해제권 내지 해지권의 발생

일반적으로 계약의 해제는 채무자의 급여의무 불이행의 경우에 인정되며 부수의무가 이행되지 않은 경우에는 인정되지 않는다. 민법의 해석론으로는 해제가 인정되는 채무의 불이행은 주된 채무의 불이행을 말하고 부수적 채무의 불이행으로는 해제하지 못한다고 한다.¹¹⁵⁾ 판례도 이와 동일한 입장을 취하고 있다.¹¹⁶⁾ 하지만 부수적 의무가 계약의 중요내용을 구성하고 있는 경우에는 부수의무 위반이 존재하면 해제권이 발생한다고 해석함이 타당하다고 하는 견해¹¹⁷⁾가 존재한다. 이러한 입장에서 독일은 독일민법의 제324조에서 부수의무의 위반이 있을 경우에 채권자가 그 계약을 유지할 수 없을 때에 계약을 해제할 수 있도록 인정하고 있다.

의료관계에서 안전배려의무의 불이행은 자칫 환자의 건강 내지 생명을 위협한 상태에 빠뜨릴 수 있는 것으로서 의료관계의 목적 등을 해칠 수 있는 위험이 존재한다고 할 것이다. 만약 안전배려의무의 불이행으로 인하여 당사자의 생명, 신체에 위험을 발생시키는 등 치명적 결과를 야기하는 경우에는 계약의 중요내용을 구성한다고 할 수 있다. 그렇기 때문에 안전배려의무 위반을 바탕으로 계약의 해지 내지 해제를 인정하는 것은 구체적 사례에 따라 의료계약의 본질적 내용을 포함하고 있는 것인지에 대하여 판단하여야 할 사안으로 사료된다. 예컨대, 환자의 개인물품을 보관할 수 있도록 조치하지 못하여 안전배려

115) 박윤직, 전계서, 95면

116) 대법원 1968. 11. 5. 선고 68다1808 판결

117) 김상용, 전계서, 133면

의무의 위반사실이 있고 의료계약의 주된 내용이라고 할 수 없는 물품 분실 등의 손해가 발생한 경우에는 의료계약의 해제권을 인정할 수 없을 것이다. 그러나 안전배려의무의 위반이 환자로 하여금 감염을 발생시킨 경우와 같이 의료계약을 유지할 수 없는 중대한 사안이 발생한 경우에는 그 계약의 해제권 내지 해지권을 인정하여야 할 것이다.

제2절 증명책임의 귀속

1. 개념

입증책임 혹은 거증책임이라고도 한다. 소송에서 심리의 최종단계에 이르러도 법규 적용의 대상이 될 사실의 존부가 확정되지 않아서(사실 존부불명 혹은 사실 진위불명) 법관의 고도의 심증형성이 불가능하게 된 때에, 당해 요증 사실이 존재하지 않거나 진실이 아닌 것으로 취급되어 법률상 불리한 판단을 받게 되는 당사자 일방의 위험을 말한다.¹¹⁸⁾ 따라서 증명책임은 결론적으로는 소송당사자 중 어느 쪽을 패소하게 할 것인가의 문제라고 할 수 있는 것이다. 증명책임은 소송당사자에게 분배되는데, 그 분배의 기준에 관해서는 여러 가지 학설이 있으나 다수설과 판례의 입장은 분배의 기준을 법규에서 찾아야 한다는 법률요건분류설에 따른다. 법률요건분류설에 따르면 각 당사자는 법규의 요건사실의 존부에 대한 증명책임을 지게 된다. 해당 권리의 존재를 주장함에 따라 유리한 효과를 받게 되는 당사자가 이에 대한 증명책임을 지는 것이 옳기 때문에 법률에서 규정하고 있는 요건사실에 관한 증명책임은 대부분 원고가 부담하고 있다고 해석하는 것이 보통이다. 그러므로 반대로 상대방은 이러한 원고의 증명을 저지하기 위하여 해당 권리의 부존재, 소멸 등의 내용을 주장하는 항변을 하게 되는 것이다.

하지만, 이러한 법률요건분류설은 의료과오소송, 공해소송 등의 현대형 소송에서 원고의 증명을 어렵게 하는 요소로 작용하게 된다. 왜냐하면 현대형 소송의 상당 부분은 고도의 기술 내지 전문적 분야에 포함되어 있는 영역으로서

118) 이시윤, 전계서, 526면

일반적으로는 도저히 그 내용을 증명해내는 것을 기대하기 어렵기 때문이다. 이러한 입장에서 새로운 견해들이 등장하게 되었는데, 위험영역설, 증거거리설 등이 바로 그것이다. 위험영역설은 실질적으로 누가 통제하고 있는 영역에서 손해가 발생하였는가를 증명책임 분배의 기준으로 삼고, 증거거리설은 해당 손해의 증거가 누구에게 더 가까운가를 그 기준으로 삼는다. 그러나, 이러한 새 견해들은 분배의 기준으로 삼을 수 있는 개념이 매우 모호하고 구체적 사안에 따라서는 그 개념을 나눌 수 없는 경우도 있다. 현대소송에서는 피해자의 증명을 어렵게 만드는 요소로서 작용하고 있는 법률요건분류설은 이러한 한계성을 극복하기 위하여 증명책임 부담의 완화 등의 다양한 논의가 진행 중이며 개별 사안에서 적용이 시도되고 있다.

2. 증명부담 완화이론

(1). 개연성설

일반적으로 민사소송에서는 법관으로 하여금 확신을 갖게 할 정도의 고도의 개연성이 요구되는 것이 원칙이다. 하지만 개연성설은 환경소송 등의 특수한 사건에 대하여 입증 정도에 있어서 상당한 정도의 개연성의 증명으로 족하다는 견해를 취한다. 원래 개연성설은 광업활동에 따른 손해배상 청구 사건에서 광업권자의 행위와 손해의 발생 간의 인과관계에 관한 피해자의 증명책임 부담 경감 등 공해소송에서 증명의 난관을 극복하기 위하여 일본학자들이 주장한 이론이다.¹¹⁹⁾ 의료과오소송 또한 증거자료나 관련 지식 등이 의료기관 측에 편중되어 있기 때문에 개연성설을 통하여 비교적 낮은 정도의 증명으로 증

119) 손용근, 의료과오소송에 있어서 입증의 경감에 관한 연구, 연세대학교 대학원 박사학위논문, 1998, 73면

명책임을 완화하는 것은 환자 측에 유용성을 제공할 수 있다고 하는 판례¹²⁰⁾와 학설이 등장하게 되었다. 하지만 ‘고도의 개연성’과 ‘상당한 정도의 개연성’을 구별하기가 쉽지 않을 뿐더러 이를 판단할 기준이 모호하여 법관에 따라서는 그 해석을 달리할 수 있다는 비판이 존재한다.

(2). 사실상 추정론

요건사실을 직접 증명하지 않고 그 사실의 전제가 되는 간접사실을 증명한 경우에 법원이 그 증명된 간접사실에 경험법칙을 적용하여 주요사실을 추정하는 증명방법이다.¹²¹⁾ 증명책임이 있는 당사자가 추정의 전제사실 즉 간접사실을 증명하여 주요사실에 관한 추정이 성립되면 상대방이 그 추정에 의문이 가는 특단의 사정을 증명하지 않는 한 그대로 추정사실이 인정된다.¹²²⁾ 따라서 의료과오소송에서는 환자 측이 의료행위에 따른 결과가 의료행위와 인접하여 있다는 사실 내지 그것이 의료행위에 의하여 생겼다고 하는 정도의 개연성에 관하여 증명을 하면 경험칙에 의하여 의사의 행위에 의한 것으로 추인을 하게 되는 것이며, 의사 측에서 반증을 하지 않는 한 인과관계를 인정해야 한다는 견해이다. 사실상추정론은 증명책임을 완화의 입장에서 대법원 판례의 주류를 이루는 견해이다.¹²³⁾

(3). 일응의 추정(一應의 推定)

일응의 추정론은 사실상의 추정의 한 가지로서, 고도의 개연성이 있는 경험

120) 대법원 1974.12.10. 선고 72다1774판결 등

121) 이시윤, 전계서, 531면

122) 이시윤, 전계서, 532면

123) 대법원 1995.3.17. 선고 93다41075판결 등

칙을 이용하여 간접사실로부터 주요사실을 추정하며, 추정된 사실은 거의 증명된 것이나 마찬가지로 보기 때문에 표견증명(表現證明, Prima facie evidence)이라고도 한다.¹²⁴⁾ 다시 말해, 일응의 추정은 경험칙 가운데 집중판구는 틀림없는 정도의 신뢰성이 높은 경험법칙을 적용한 사실상의 추정을 뜻한다. 이는 불법행위의 과실¹²⁵⁾과 인과관계 인정에 적용되며 흔히 되풀이될 수 있는 통례적 사건이 벌어진 정형적 사상경과(typischer Geschehensablauf)가 문제된 경우에만 적용될 수 있는 것으로 일반적인 사실상 추정 보다 더욱 엄격하게 적용되는 특징이 있다. 의료과오소송에서는 척추 수술 직후에 하반신 완전마비가 온 경우¹²⁶⁾에는 의사의 과실로 추정된 사례를 그 예로 들 수 있다. 이러한 일응의 추정 내지 표견증명을 복멸시키는 방법으로는 간접사실의 자체가 존재하지 않는다거나, 특단의 사정을 제시하여 정형적 사상경과에서 예외적으로 발생하는 결과임을 증명하는 것을 그 방법으로 삼을 수 있을 것이다.

(4). 판례의 태도

90년대 이후 의료과오소송의 증가로 우리 법원은 그 전문성 등의 성격을 고려하여 증명책임 부담의 완화에 대하여 본격적으로 논의하고 적용하기 시작하였다. 대법원은 입증부담의 완화 내지 경감의 입장에서 1995. 2. 10. 선고, 93다52402 판결을 통하여 ‘일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상 과실 있는 행위’라는 새로운 개념을 도입하였다. 해당 판례는 ‘...일련의 의료행위 과정에 있어서 저질러진 일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실 있는 행위를 입증하고 그

124) 이시윤, 전계서, 533면

125) 이시윤, 전계서, 534면, 계약법에서도 인정되나 1회적이고 개별적인 의사결정은 제외된다.

126) 대법원 1993.7.27. 선고 92다15031

결과와 사이에 일련의 의료행위 외에 다른 원인이 개재될 수 없다는 점, 이를테면 환자에게 의료행위 이전에 그러한 결과의 원인이 될 만한 건강상의 결함이 없었다는 사정을 증명한 경우에 있어서는, 의료행위를 한 측이 그 결과가 의료상의 과실로 말미암은 것이 아니라 전혀 다른 원인으로 말미암은 것이라는 입증은 하지 아니하는 이상, 의료상 과실과 결과 사이의 인과관계를 추정하여 손해배상책임을 지울 수 있도록 입증책임을 완화하는 것이 손해의 공평·타당한 부담을 그 지도 원리로 하는 손해배상제도의 이상에 맞는다고 하지 않을 수 없다.’라고 판시하였다. 이는 간접사실에 의하여 인과관계를 추정한다는 틀을 유지하며 종전의 판례들이 인과관계 추정을 위한 간접사실로 들고 있던 요소 중 의료행위와 나쁜 결과와의 시간적 근접성 대신에 일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실 있는 행위의 입증을 들고 있다는 점, 종래 전문가 증언이나 감정에 의한 의료과실의 증명에 집착하던 실무계의 관행에 새로운 증명방법을 시도하여 등 종래 판례와는 큰 차이를 보인다.¹²⁷⁾ 이러한 판례의 등장 이후에는 일반인의 상식에 비추어 의료기관 측에 과실로 볼만한 행위가 있는 것으로 증명한 경우에는 원고인 환자 측이 증명책임을 이행한 것으로 보아 그 부담을 완화시켜 주고 있다.

3. 안전배려의무 위반과 증명책임을 분배

(1). 증명의 대상요소

판례와 통설이 취하고 있는 법률요건분류설에 따르는 것을 전제로 하면 계약책임을 바탕으로 손해배상을 청구하는 경우 환자 측은 객관적 요건으로서

¹²⁷⁾ 김태봉, 의료과오소송에서 증명책임을 경감 - 대법원 2019. 2. 14. 선고 2017다203763 판결을 중심으로-, 2019, 전남대학교 법학연구소, 15면

의료기관의 안전배려의무불이행 사실과 이에 따른 손해발생 사실과 상당인과 관계를 증명하여야 하고, 의료기관측은 주관적 요건으로서 자신에게 고의·과실이 없었음을 증명하여야 하는 것으로 파악된다. 따라서 환자 측은 요건사실로서 ①안전배려의무 불이행사실(보통 채무불이행의 위법성은 추정된다고 할 것이므로 위법성에 대해서 별도의 증명은 필요하지 않은 것으로 취급된다) ②손해 발생사실과 범위 ③안전배려의무 위반과 발생한 손해 사이의 인과관계를 증명하여야 할 것이다.

그리고 불법행위로서 손해배상을 청구한다면 환자 측은 ①의료기관의 고의 또는 과실 ②손해 발생사실과 범위 ③고의 또는 과실과 손해사이의 상당인과 관계, 그리고 가해행위가 범질서에 반하였다는 ④위법성까지 모두 증명하여야 한다.

(2). 증명부담 완화와 증명책임의 귀속

환자 측은 의료기관 측의 책임요건인 과실과 인과관계, 손해와 범위에 대하여 주장하고 증명하여야 한다. 그러나 의료과오소송에서는 앞서 살펴보았듯이 책임요건인 과실과 인과관계에 대한 증명책임을 전적으로 부담하게 하는 것은 형평에 맞지 못하므로 증명부담 완화 입장을 취하는 것이 바람직할 것이다. 위에서 잠시 살펴본 증명책임의 대상요소를 고려하면 계약책임을 구성하는 것이 불법행위를 통하여 청구하는 것보다 부담이 훨씬 가볍게 느껴진다. 그러나 의료과오소송에서 판례는 불법행위 또는 채무불이행에 구분에 얽매이지 않고 증명부담 완화의 논리를 구성한다. 따라서 결론적으로는 안전배려의무 위반에 대한 증명책임의 분배의 결과는 계약책임과 불법행위책임 양자에 차이가 없다. 이는 양 당사자에게 귀속되는 증명책임을 ‘대법원의 확립된 견해’에 비취 살펴볼도록 한다.

가. 과실부분

의료기관에게 책임이 발생하였다고 하기 위해서는 안전배려의무를 위반하는 과실이 전제되어야 한다. 따라서 의료기관이 안전배려의무를 이행하지 않은 정황이나 행위를 원고 측인 환자가 주장하고 증명하여야 하는 것은 물론이다. 다만, 판례¹²⁸⁾의 입장에 따르면 ‘환자측에서 일응 일련의 의료행위 과정에서 저질러진 일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실 있는 행위를 입증할 것’이 요구되므로 일반인 상식의 주장증명이 이루어지는 것으로 법관의 심증이 형성된다고 해석될 것이다. 따라서 반대로는 원고 측이 일반인 상식에 바탕을 둔 수준의 증명이 실패한다면 원고는 곧 패소하게 되는 것이다.¹²⁹⁾ 그리고 판례는 이러한 원고의 과실 주장증명에 대한 피고의 항변으로서 무과실 항변 등 과실 부분에 대한 사항은 따로 언급하지 않고 있다.

환자 측은 일반인의 상식에 비추어 의료기관의 과실에 대하여 지적하고 표현해낼 수 있는 수준에서 정황을 주장하고 증명하는 것으로 충분할 것이다. 예를 들면 출입자에 대한 관리를 소홀하게 하여 감염된 자가 입원실 내부를 자유롭게 이동한 정황, 환자의 보호자 및 의료기관 종사자에 대하여 감염병의 확산 방지를 위하여 필요한 정보제공을 하지 않은 사실, 환기시설이 가동되지 않은 사실 등에 대하여 지적·증명을 할 수 있을 것이다.

나. 손해의 발생과 범위

128) 대법원, 1995. 2. 10 선고 93다52402

129) 석희태. 의료과오소송 원고의 증명부담 경감 - 대법원 판례상 ‘일반인의 상식’ 문언을 중심으로. 의료법학, 8(2), 2007, 199면

손해를 주장하는 당사자는 손해가 발생한 사실과 손해가 발생한 범위에 대하여 주장하고 증명하여야 한다. 따라서 환자 측은 감염으로 인하여 발생하였다고 판단되는 적극적 손해, 소극적 손해, 정신적 손해의 각 발생사실과 손해 범위를 구체적으로 입증하여야 한다.

다. 의무위반 사실과 손해 사이의 인과관계

판례의 문언은 일반인 상식에 바탕을 둔 과실을 증명할 것을 요구하고 있지만 내용상 실질적으로는 인과관계의 주장 증명도 포함하는 것으로 해석된다.¹³⁰⁾ 왜냐하면 판례는 인과관계의 성립에 관하여 ‘다른 원인의 개재가능성 될 수 없다는 점’을 증명하도록 하고 있으므로 그 증명 내용과 수준은 과실과 같은 정도라고 할 것이다. 그러나 이러한 원고의 주장이 곧바로 법관의 심증 형성으로 이어지는 것은 아니다. 판례는 ‘그 결과가 의료상의 과실로 말미암은 것이 아니라 전혀 다른 원인으로 말미암은 것이라는 입증을 하지 아니하는 경우 의료상 과실과 결과 사이의 인과관계를 추정’한다고 하여 의료기관 측에게 인과관계의 단절에 관련한 항변을 하도록 유도하고 있다. 따라서 원고가 일반인 상식 수준에서 인과관계를 증명해내고 피고 측인 의료기관이 인과관계의 단절에 대한 입증에 실패하게 되는 경우에 법관의 심증이 형성된다고 할 것이다.

예를 들어 환자 측에서는 입원 직후에는 감염증상이 없었으나 이미 감염되어 있던자와 같은 입원실을 사용한 이후 감염이 발생하였다는 등 신뢰성 높은 간접사실을 통하여 지적·증명할 수 있을 것이고, 의료기관 측에서는 이에

130) 석회태, 전계논문, 200면

대한 항변으로 감염이 다른 원인으로 발생한 것임을 유효하게 증명해내야 할 것이다.

(3). 참조판례

아직까지 대법원에서 안전배려의무 위반과 의료관련감염에 대하여 판단한 사례는 존재하지 않는 것으로 파악된다. 다만, 참조할 수 있는 사례로서 서울중앙지방법원의 안전배려의무 위반에 따른 의료관련감염을 인정한 사건¹³¹⁾이 존재하므로 이를 소개하기로 한다.

해당 사건은 ‘...진료계약은 환자와 의사 또는 병원 사이에 환자의 질병치료 기타 의료행위를 목적으로 성립하는 계약이다. 이 계약에 따라 당사자인 의사나 병원은 자신이 지닌 의학적 지식과 기술로써 최선을 다하여 환자의 질병을 치료할 의무를 주된 급부의무로 부담한다고 할 것이나, 그 외에도 환자가 병원에서 진료를 받는 경우 불가피하게 의사나 그 외 의료진의 보호나 관리 하에 놓이게 되므로 진료계약의 당사자인 의사나 병원은 병원 시설의 안전성 결여나 위생상태의 불량 등으로 인하여 환자에게 또 다른 질병이나 장애가 발생하거나 생명이 침해되는 일이 없도록 환자를 보호할 의무인 이른바 신의칙상의 안전배려의무를 부수적으로 부담한다고 볼 것이고, 이러한 안전배려의무에는 환자가 수술이나 그 밖의 치료를 받는 과정에서 병원 내 감염으로 말미암아 또다른 질병이 발생하지 않도록 감염을 방지할 의무도 포함된다고 할 것이다. 구 의료법(2002. 12. 5. 법률 제6759호로 개정되기 전의 것) 제47조에 의하면 300병상 이상의 종합병원의 장은 병원감염예방을 위하여 외부 전문가를 포함하는 7인 이상 15인 이하의 위원으로 구성된 감염대책위원회를 설치하여 병

131) 서울중앙지방법원, 2007. 11. 7 선고. 2007가합15818

원감염에 대한 대책이나 계획을 수립하여 시행할 의무가 있는바, 이는 병원내 감염으로부터 환자를 보호할 안전배려의무가 의사나 병원에게 있음을 확인하는 것에서 나아가 300병상 이상의 종합병원에 대하여는 그 규모에 따른 감염의 위험성 및 감염발생시 피해의 심각성을 고려하여 체계적으로 감염관리 및 예방이 이루어지도록 그 의무의 내용을 구체화 한 것으로 보인다¹³²⁾고 하여 안전배려의무를 계약책임으로 파악하는 한편 안전배려의무의 구체적 기준을 의료법의 개별규정을 통하여 파악하고 있다.

그리고 ‘...종합병원의 경우 대규모로 조직화되어 있어 그 위생관리와 관련하여 환자 스스로 병원측의 과실을 입증하기가 현저히 곤란한데다 특히 환자가 의식이 없는 상태로 수술이나 치료의 전과정이 이루어지는 경우 그러한 입증을 환자에게 강요한다면, 이는 환자를 감염으로부터 적절히 보호할 것을 요구하는 위 의료법의 취지나 당사자 사이의 공평타당한 손해의 분담을 이상으로 하는 우리 민법상의 손해배상제도의 원칙에도 반할 여지가 있으므로, 적어도 의료법상 고도의 감염관리 의무가 부과된 일정 규모 이상의 종합병원의 경우에는 병원 내에서 이루어진 진료행위 과정에서 환자에게 감염이 발생하여 또다른 질병이나 장애를 발생시키는 등 신체나 건강, 생명의 침해가 초래된 때에는 그 감염에 관하여 앞서 본 의료법 및 신의칙상 요구되는 안전배려의무를 다하여 자신에게 과실이 없음을 입증하지 못하는 한 그 감염으로 인한 손해배상책임을 면치 못한다고 할 것이다.¹³³⁾’라고 판시하여 의료관련감염과 결과 발생에 대하여 환자가 이를 주장 및 증명하도록 하고 있다. 다만, 앞서 설명한 대법원 판례와는 다소 상이하게 의료기관이 과실에 대한 항변으로 과실이 없음을 증명하도록 하고 이에 실패하게 되면 의료기관을 패소하게 한다는

132) 해당 자료는 서울중앙지방법원에 판결서사본 제공 신청을 통하여 제공 받은 내용임

133) 각주 130번과 동일하게 취득한 자료

입장을 취하여 환자 측 증명의 부담을 완화하는 견해를 보여주고 있다.

(4). 사건

대법원의 확립된 견해는 법관의 심증형성을 ‘일응추정’의 측면에서 환자 측의 부담을 다소 완화하고 있는 것인데 일반적 증명이론에 비추어 생각해본다면 ‘일반인 상식에 근거한 증명’은 적극적 증명이 이루어지지 않은 상태라고 할 것이므로 ‘사실존부 불명상태’에 해당한다고 할 것이다.¹³⁴⁾ 그러나 전문적 수준의 증명을 환자 측에 모두 요구하는 것은 손해배상의 이상에 맞지 않다고 하여 ‘일반인 상식’수준에서 의료기관의 과실과 인과관계를 증명하도록 하여 환자 측의 부담을 완화하고 있다. 이를 달리 생각하면, 법관의 심증형성에 필요한 과실과 인과관계의 환자 측의 증명수준을 난이도 측면에서 낮춘 것이다. 즉, 환자 측은 ‘일반인 상식’에 기초한 증명마저 실패한다면 곧바로 패소하게 된다고 할 것이므로 원고 측 증명책임 자체를 완화하거나 전환한다는 개념이라고는 볼 수 없는 것이다.

환자 측 증명의 관점에서 안전배려의무는 보통 급여의무나 부수적 의무에 비교하여 그 주장과 증명이 용이하다고 할 것이다. 의사의 주의의무에는 의료지식이나 미생물학 등 전문적인 영역에 대한 증명이 필요하기 때문에 환자의 입장에서는 이를 증명하기가 대단히 곤란하다. 그러나 의료기관이 제공하여야 하는 안전배려의무의 내용과 관련하여서는 의료법이나 의료법 시행규칙 등에서 그 구체적 내용을 정하고 있는 경우가 대부분이기 때문에 환자 측은 눈에 보이는 시설상의 결함, 관찰이 가능한 행위 내지 현상을 통하여 의료기관 측이 의무를 위반하였는지를 포착해낼 수 있는 가능성이 훨씬 높다는 장점이 있

134) 석회태, 전계논문, 201면

다. 다시 말해, 환자는 인식하고 있는 의무의 불이행이 감염이라는 결과를 발생시켰을 때 개별법에서 정하고 있는 기준을 확인하고 안전배려의무 위반을 주장·증명할 수 있게 된다.

제3절 의료기관 책임의 제한

1. 의의

의료행위는 기본적으로 사람의 생명이나 신체의 상태를 유지하거나 증진시키기 위하여 행하여지는 이타적인 행위이다. 경우에 따라서는 신체침습이 반드시 수반되어 의학적 적응성과 정당성을 모두 갖추어서 의료행위를 실시하였음에도 불가항력적으로 손해가 발생할 수 있고, 사람에 따라서는 동일한 의료행위라고 할지라도 의료효과가 매우 다양하게 발현되기 때문에 특이한 체질 등 환자가 가지고 있는 요인으로 인하여 의료행위 전에는 예상할 수 없었던 손해가 발생할 수도 있는 것이다. 따라서 의료행위로 악결과가 발생하였다는 이유만으로 의료기관에 모든 손해의 배상의 책임을 지우는 것은 옳지 않다.

특히, 코로나19 바이러스 등에 의한 의료관련감염의 경우에는 의료기관이 현실적으로 실시 가능한 모든 노력을 통하여 감염예방활동을 모두 시행하였음에도 불구하고 안개처럼 떠도는 바이러스는 인체에 침투하여 불가항력으로 감염이 발생 할 수 있다. 의료기관이 완벽하게 감염전파를 차단하게 하는 것은 사실상 불가능하고 더군다나 완벽에 가깝게 감염예방활동을 하더라도 감염은 의료기관의 과실 없이 발생할 수 있다. 그리고 세계의 감염유행 현상인 팬데믹 현상과 같은 특수한 상황에서 발생하는 감염은 사회적 상당성을 갖추었다고 평가하고 사회 구성원으로서 감당해야하는 범위에 해당하여 위법성을 갖지 않으므로 그 책임이 면제된다고 하는 견해도 존재한다. 그리고 의료관련감염 사고에서는 위의 면책사유에 더불어 환자에게 면역력 결핍 및 기저질환 등이 존재하여 통상의 감염사례보다 손해가 쉽게 발생 또는 확장될 수 있는 요인이

존재하거나 의료기관에서 시행 중인 감염예방수칙에 따르지 않는 등 진료협력 의무를 위반한 경우에는 과실상계를 통하여 의료기관의 책임이 제한될 수 있다.

2. 면책 사유

(1). 불가항력

불가항력이라는 개념은 다양한 영역에서 사용되고 있지만 그 의미가 서로 일치하고 있지 못하여 다소 혼란을 야기한다. 판례에서는 “천재지변 기타 이에 준하는 불가항력” 또는 “위험 발생의 예견가능성이나 그 결과 발생의 회피가능성을 기대할 수 없는 불가항력”이라는 표현을 사용한다. 하지만 감염병의 발생과 관련하여 천재지변과 같은 것으로 취급하여 일정한 의무를 가진 자의 통제영역에서 완전히 벗어난다고 말할 수는 없을 것이며, 과실 개념에서 사용되는 예견가능성과 회피가능성만을 기준으로 불가항력을 논하는 것은 무과실 개념과 다소 혼동될 여지가 있다.¹³⁵⁾ 그렇기 때문에 감염영역에서 불가항력은 무엇을 의미하는지 정확하게 이해하고 넘어갈 필요가 있다.

우선 불가항력과 무과실을 구분 짓기 위하여 고려되어야 할 사항은 바로 ‘외부성’에 대한 판단이다.¹³⁶⁾ 과실 개념에는 이미 예견가능성과 회피가능성이 전제되어 있기 때문에 일정한 의무를 이행하여야 하는 자의 지배영역 외에서 발생한 것인지를 구분하여야 하는 것이다. 따라서 이러한 외부성이 인정되지

135) 조인영. 2020. 불가항력(Force majeure)의 의미와 효과 - COVID-19 사태와 계약관계에 있어서의 불가항력 사유에 관한 고찰 -. 법조, 69(4) : 190면

136) 조인영, 전제논문, 191면

아니하고 단순히 예견가능성과 회피가능성이 없었다는 사실만이 존재한다면 이는 무과실로서 다루지게 된다. 이러한 외부성의 판단은 의료관련감염이 통상적 질병이나 감염병과는 다른 것으로서 당시의 실천적 임상의학의 방법으로는 의료기관이 통제할 수 없는 영역에 기인하는 측면이 존재한다면 이러한 외부성이 인정된다고 할 것이다. 따라서 의료관련감염의 외부성 판단기준과 관련하여서는 해당 구체적 감염사고의 사안별로 계약체결 당시의 의료기술의 수준이 고려되어야 할 것이다.

예견가능성과 회피가능성에 대하여는 과실판단 기준과 동일하게 다루어져야 할 것이므로 감염발생이 불가항력적으로 이뤄졌다는 것이 인정되기 위해서는 평균적인 의료기관의 입장에서 감염이 일어날 것을 예견할 수 없어야 하며, 손해의 발생을 회피할 수 있었던 특수한 사정이 존재하지 않아야 한다. 불가항력에 의한 면책을 주장하고자 한다면 환자 측의 감염에 자신의 고의나 과실이 개재하지 아니하고 오로지 불가항력적 사유만이 채무의 이행기에 유일한 원인으로 작용하는 인과관계가 인정되어야 할 것이다.¹³⁷⁾

(2). 팬데믹 현상과 사회적 상당성에 대한 검토

독일의 Erwin Deutsch은 사회적 상당성을 지닌 위험에 대하여 공동생활의 사회구성원으로서 당연히 부담하여야 한다고 주장한다. 여기서 사회적 상당성은 인간의 공동생활에서 필연적인 사회적 접촉을 의미한다.¹³⁸⁾ 즉, 인간이 공동체를 구성하여 생활하는 특성을 지닌 이상, 사회생활로 인하여 피할 수 없

137) 조인영, 전계논문, 195면

138) Erwin Deutsch, 윤석찬 (Seok Chan Yoon). 2007. 해외법창(海外法窓) : 귀책사유(歸責事由)로서의 감염(感染). 법조, 56(8) : 296면

이 상당한 범위 내의 감수해야하는 일반적인 위험 내에서는 법적 판단의 대상이 되지 않는다고 하는 것이다.¹³⁹⁾ 이러한 견해에 따르면 재채기나 기침 등 비말로써 감염이 전파되어 의료기관이 통제할 수 없는 감염의 경우에는 법적 책임을 동반하지 않는 무의미한 감염으로 보아 의료기관에는 책임이 발생하지 아니한다고 한다.

사회적 상당성을 인정하는 견해에서 판단해보면, 코로나 바이러스의 경우 유행이 시작되던 시기에 그 감염경로가 정확히 밝혀지지 않았을 뿐만 아니라 일반적으로 그 예방법이 널리 알려져 있지 않았기에 감염확산의 초기 단계에서는 일상생활을 함에 있어서 감수하여야 하는 것으로 받아들여져 이른바 ‘사회적 상당성’이 인정되어 감염을 전파하였어도 책임이 면제될 것이다. 하지만 감염발생기전에 대한 분석이 상당 수준 이뤄져서 사회생활 수준에서 효과적인 예방법이 마련된 경우, 예컨대 현재 코로나19 바이러스에 의한 팬데믹 상황에서는 정부의 ‘사회적 거리두기’ 정책의 시행 등이 시행되어 감염을 막기 위한 사회를 구성하고 있는 국민 차원의 노력이 이뤄지는 단계에서는 ‘사회적 상당성’에 대한 인정에 의문이 생긴다. 이러한 경우에는 비록 눈에 보이지 아니하는 비말로 인하여 감염이 확산될지라도 이는 무의미한 감염으로 볼 수는 없을 것으로 사료된다.

3. 과실상계 사유

채무불이행 또는 불법행위에 관하여 피해자 측에도 과실이 존재하여 손해가 발생 또는 확대된 경우에는 손해배상의 유무나 범위에 있어 이를 참작하여 가해자 측의 책임을 감면할 수 있는 과실상계의 법리가 적용된다.¹⁴⁰⁾ 피해자의

139) 윤석찬, 전계논문, 351면

과실은 과실은 손해배상책임의 성립요건과 같이 엄격한 의미는 아니며 손해의 발생이나 확대를 도울 정도면 족하다고 해석하는 것이 일반적이다. 따라서 의료기관의 채무불이행 등으로 인하여 감염이 발생하였다고 하더라도 환자측의 행동 또는 체질적 소인에 따라서 손해가 확대된 경우에는 과실상계를 통하여 책임이 제한된다.

(1). 환자의 기왕증 등

환자측이 의료사고 발생 전에 지니고 있던 병변 자체의 특이성, 과거 기왕력이나 체질적 소인 및 기타 신체 및 정신적 상태까지의 소인으로 인하여 손해가 확대된 경우를 의미한다. 예컨대, 환자에 대한 안전배려의무를 이행하지 않아서 코로나 바이러스에 감염된 경우에 환자가 이미 천식, 폐섬유화증 등의 질환이 개재되어 코로나 바이러스로 발생한 손해에 기여하여 경합관계를 가지고 있는 경우에는 손해액이 감면될 수 있으며, 만약 이러한 환자측의 기왕력 등의 소인이 위에서 설명한 불가항력에 속하게 된다면 손해배상의 책임이 면제될 수 있음은 물론이다.

다만, 이러한 소인을 가지고 있다는 사실 자체만으로는 의료기관의 책임이 반드시 면책되지는 아니하며 의사가 환자의 소인을 파악하거나 대처하기 위하여 어떠한 주의를 기울였는지가 검토되어야 할 것이다.¹⁴¹⁾

(2). 협력의무 위반

140) 신현호·백경희, 의료분쟁 조정·소송 총론(2011), 육법사, 356면

141) 신현호·백경희, 전거서, 360면

의료관계에 따른 목적을 충실하게 구현하고자 한다면 의료기관의 적절한 치료 또는 시설관리 계획에 따라 환자 및 보호자는 적절하게 의료기관에 협력하여야 할 것이다. 이러한 협력할 의무의 태양으로는 진료할 사항의 고지, 진료 행위 실시에 대한 협력, 위험 내지 위법한 의료 등의 의뢰자제, 환자 보호자의 스스로 주의하여야 할 내용 등이 있다.¹⁴²⁾

예컨대, 의료기관 입구에서 출입자의 발열 여부를 확인하기 위하여 체온을 측정하는데 성실하게 협조하지 아니하고 몰래 출입하였거나 또는 마스크 착용을 하지 아니하여 환자 측이 스스로 감염의 가능성을 발생시킬 만한 사유를 만들었거나 혹은 개인 위생관리를 소홀히 하여 손해가 확대된 경우에는 보호 의무 위반 등으로 감염이 발생하였어도 협력의무 위반의 사실로 인하여 과실 상계를 할 수 있게 된다고 할 것이다.

142) 석희태(Hee Tae Suk). 1992. 의료과오에서의 (醫療過誤) 인과관계에 (因果關係) 관한 연구. 연세법학연구, 2(1) : 307면

제6장 결론

다양하고 복잡하게 맺어진 관계의 당사자는 오늘날 과학기술의 빠른 발전과 사회 환경의 변화로 인하여 때로는 이행과정에서 생명·신체·재산에 침해될 우려를 유감없이 받기도 한다. 새롭게 발생하는 바이러스 감염 위험 등은 건강의 증진이나 유지를 위한 의료기관 방문이 오히려 양 당사자에게는 바라는 결과의 반대상황을 만들 수도 있다는 부정적인 가능성을 가지고 있다. 만약 의료관련감염으로 인하여 분쟁이 발생한 경우 감염에 대한 지식이 없는 일반인이 감염의 이유를 알 수 없음은 물론이고, 의료기관 측에서도 정확한 조사 등 구체적인 노력 없이 이를 알 수 없다. 이러한 점은 분쟁 상황에 대한 정확한 이해를 기대할 수 없게 만들며 양 당사자의 분쟁을 심화시키는 요소로 작용하여 심각한 경우에는 시위, 폭력 등의 형태로 발전하여 장기간 양 당사자의 경제적 감정적 소모를 불러일으키기도 한다. 여러 곤란한 문제를 가지고 있는 의료관련감염의 문제에서 양 당사자의 이해관계를 어떻게 조정하여 공평·타당하게 손해를 분배할 것인지에 대해서는 새로운 관점에서도 고민할 필요가 있다.

안전배려의무는 실체법상의 규정은 존재하지 않지만 상대방의 생명이나 신체의 안전을 확보해야하는 신의칙상의 포괄적 의무이며 이는 보호의무의 한 종류로 이해할 수 있다. 의료관계에서는 의료관련감염 위험이 항상 존재하기 때문에 양 당사자가 합의한 주된 채무의 내용과는 무관하게 보호의무의 구체적인 형태로서 안전배려의무의 이행이 요구된다. 안전배려의무의 위반으로 발생하는 책임의 성질은 불법행위와 채무불이행 양 책임의 각 구성요건을 갖춘 경우에는 양자를 모두 구성할 수 있으므로 경합적 성격을 가지게 된다. 판례는 안전배려의무에 관하여 불법행위를 근거로 하여 오다가 1994년 숙박계약에

관한 판례 이후에는 계약책임을 통하여 처리하는 것이 주류적 태도이다.

의료관련감염에서 안전배려의무에 대한 고려를 통한 실익은 다음과 같다. 첫째, 환자 측의 입장에서 증명하기 곤란한 감염과 의료행위상의 과실, 인과관계에 관하여 새로운 방식으로 극복을 시도할 수 있다. 안전배려의무의 이행은 전문적인 의료영역 외에 일반인 수준의 방법을 통해서도 이행되는 것이 보통이기 때문에 일반인 시각을 통해서도 위반사실의 포착이 가능하다. 따라서 감염예방의무를 구체화 하고 있는 의료법 규정이나 개별법, 시행규칙 등에서 구체적으로 정하고 있는 기준에 비춰 환자 측이 의료관련감염이 발생한 사실을 지적하기가 용이하다. 이는 판례가 취하고 있는 ‘일반인의 상식’에 입각한 주장과 증명을 유도하는 측면에서도 적합한 방식이라고 것이라고 할 것이다. 둘째, 의료관계에서는 의료관련감염 위험이 항상 존재하기 때문에 계약의 내용에 따라 결정되는 의무와는 별개로 당사자의 감염을 예방할 의무를 부담하는 것이 타당하다. 환자 보호에 대한 구체적 방법으로서 의료법 제47조 이하의 규정에서는 의료기관의 장에게 감염을 예방할 의무를 감염관리위원회나 감염관리실 마련을 의무화 하고, 동법 시행규칙 제46조의2 제3항 이하에서는 의료기관의 감염병 확산 방지 등에 필요한 정보를 제공할 의무는 의료기관이 부담하고 있는 안전배려의무를 구체화하는 것으로 이해할 수 있다. 이러한 측면에서 판단해보면 소송과정에서 환자 측이 ‘일반인의 상식’에 근거하여 과실과 인과관계에 관한 증명을 한 경우 특별한 사정이 없는 한 의료기관 측이 스스로의 전문성과 기술을 활용하여 적절하게 자신의 과실 없음을 설명하여야 책임이 면제된다는 논리는 타당한 것으로 보인다. 안전배려의무는 의료기관이 환자 측에 당연히 제공하여야하는 것으로 파악할 수 있기 때문이다.

다만, 안전배려의무는 포괄적인 규정이므로 의료법에서 구체화하지 않은 사

안에서도 적용될 수 있는데 이러한 경우 의무를 과도하게 확장할 우려가 있으므로 의무의 내용과 범위에 관하여 구체적인 사안별로 검토가 필요할 것이다. 그리고 의료관련감염으로 인한 손해가 의료기관과 의사의 전문영역 내에서 이뤄지는 것이라는 이유로 부당한 책임을 지는 것은 결코 바람직하지 않다. 특히 코로나19 바이러스처럼 비말이나 에어로졸을 통하여 감염되는 성질을 가진 감염사고의 경우에는 감염의 완벽한 차단 및 통제가 불가능하다. 따라서 예견이 불가능하거나 회피가 불가능한 영역에서 감염이 발생하는 점, 팬데믹이라는 특수성 등을 고려하여 넓은 범위에서 책임의 면제 또는 제한이 적용되어야 할 것이다.

바이러스 감염이 대유행하는 상황에서 의료관계의 당사자에게는 위험이 발생할 가능성이 대단히 높아 안전배려의무에 대한 수요는 더욱 많아질 것으로 예상된다. 하지만 이를 뒷받침할 법리의 구성과 적용범위, 내용과 관련하여서는 학설이 아직까지 통일된 모습을 보이지 않고 있으며 대법원 판례 또한 존재하지 않아 향후 활발한 논의를 통하여 이론을 발전시킬 필요가 있다. 의료관계의 당사자가 서로에 대한 안전배려의무를 이행하여 더욱 안전한 환경에서 서로가 의료관계의 목적을 온전히 이룰 수 있는 환경으로 조금 더 나아가길 기대해본다.

참고문헌

단행본

- 곽윤직, 「채권각론」, 박영사, 2003
곽윤직, 「채권총론」, 박영사, 2003
김상용, 「채권각론」, 화산미디어, 2015
김주수, 「채권각론」, 삼영사, 1997
김준호, 「민법강의」, 법문사, 2002
김증환·김학동, 「채권총론」, 박영사, 1998
김형배·김규완·김명숙, 「민법학강의」, 신조사, 2009
신현호·백경희, 「의료분쟁 조정·소송 총론」, 육법사, 2011
양창수, 「독일민법전」, 박영사, 2005
양창수, 「민법(재산편) 개정 자료집」, 법무부, 2004
양창수, 「민법산고」, 박영사 1998
이시운, 「신민사소송법」, 박영사, 2014
이은영, 「채권각론」, 박영사, 2007
지원림, 「민법강의」, 홍문사, 2007

학술논문

- Erwin Deutsch, 윤석찬. 해외법창(海外法窓) : 귀책사유(歸責事由)로서의 감염(感染). 법조, 56(8), 2007
김두리, 이미향. 코로나바이러스 감염증-19 사태를 통한 노인장기요양시설의 감

- 염관리 개선 방향 . 한국직업건강간호학회지, 29(3), 2020
- 김용한, 의료행위 의한 책임, 법조 32권 6호, 1983
- 김천수, 주석 민법, 제4판 채권각칙 258면, 2016
- 김천수, 감염방지의무와 민사책임. 법조, 69(5), 2020
- 김태봉, 의료과오소송에서 증명책임의 경감 - 대법원 2019. 2. 14. 선고 2017다 203763 판결을 중심으로-, 전남대학교 법학연구소, 2019
- 남궁술, “법규범의 발전과 판례- 프랑스 민법상 ‘안전배려의무’와 ‘정보제공의무’의 발전에 있어서의 판례의 역할을 중심으로-”, 『민사법학』, 제28호, 2005
- 박희호. 제3자에 대한 責任 - '제3자 보호호 있는 계약'의 도입을 지지하며 -. 민사법학, (30), 2005.
- 석희태, "의료계약", 한국사법행정학회 편 「주석 민법 채권각칙 (5)」, 1999
- 석희태, 의료과오에서의 (醫療過誤) 인과관계에 (因果關係) 관한 연구. 연세법학연구, 2(1), 1992
- 석희태, 의사 설명의무의 법적 성질과 그 위반의 효과. 의료법학, 2017
- 석희태, 환자의 모를 권리와 의사의 배려의무. 의료법학, 17(2), 2016
- 석희태. 의료과오소송 원고의 증명부담 경감 - 대법원 판례상 '일반인의 상식' 문언을 중심으로. 의료법학, 8(2), 2007
- 성대규, 보호의무(Schutzpflichten)에 관한 고찰 - 본질과 시사점 -. 민사법학, (87), 2019
- 송오식, 의료과오의 계약법적 구성, 2007
- 송오식, 진료채무의 수단채무성에 대한 검토, vol.31, 2007
- 원종욱. 보호의무에 관한 소고. 법학논총, 35, 2016
- 유진홍, 의료관련감염 관리의 원론과 전망. J Korean Med Assoc, 2018
- 윤석찬(Seok-Chan Yoon). "病院感染損害에 대한 責任問題와 그 對策方案." 비교사법, 2008
- 이동필, 병원감염에 관한 판례의 동향. 의료법학, 2007

- 이충훈, 판례가 인정하는 보호의무에 대한 비판적 고찰, 2020
- 정기웅, “안전배려의무에 관한 연구”, 「경대 논문집」 제13집, 1993
- 조인영, 불가항력(Force majeure)의 의미와 효과 - COVID-19 사태와 계약관계에 있어서의 불가항력 사유에 관한 고찰 -, 2020
- 지원림, “채무구조론-계약상의 의무를 중심으로-”, 민사법학 제21호, 한국민사법학회, 2002
- 최창렬, “안전배려의무의 체계”, 「성균관법학」 제16권 제3호, 2004

학위논문

- 나현태, “민법상 안전배려의무에 관한 연구”, 전남대학교 박사학위논문, 1994
- 손용근, 의료과오소송에 있어서 입증의 경감에 관한 연구, 연세대학교 대학원 박사학위논문, 1998
- 유재남, “민법상 안전배려의무에 관한 연구”, 동아대학교 박사학위논문, 1992
- 유현정, 의료소송에서 과실과 인과관계의 증명: 병원감염 판결을 중심으로, 고려대학교 법무대학원, 석사학위논문, 2014

정부간행물

- 중앙방역대책본부, 코로나바이러스감염증-19 대응 지침(지자체용), 9-4판, 2020
- 질병관리청, 코로나19바이러스감염증 국내 발생 현황(20.12.04.), 2020

외국간행물

Canaris, Ansprüche wegen “positiver Vertragsverletzung” und

"Schutzwirkung für Dritte" beinhalten Verträgen-Zugleich ein Beitrag zur
Vereinheitlichung der Regeln über die Schutzpflichtverletzungen, JZ, 1965
K.Larenz, Schuldrecht, 1987
Staub, Die positive Vertragsverletzungen, 1904
who. Coronavirus disease 2019 (COVID-19): situation Report, 2020

ABSTRACT

Medical Care-related Infection and Safety Care Obligation of Medical Institutions

Gyeongmoon Noh

Department of Public Health Law and Ethics

The Graduate school of Public Health

Yonsei University, Seoul, Korea

(Directed by Professor So-yoon Kim, M.D., Ph.D.)

Medical care-related infection causes damage to life, body, or property of people concerned in medical care sector as a risk factor of entire potential benefits. In addition to achieving the correct purpose of medical care, it can cause many situations which no one wanted before, leading to medical dispute. Safety care obligation(Fürsorgepflicht) is special bondage. It is a kind of protective obligation(Schutzpflichten) which says the parties concerned should not damage others' potential benefits. On the principles of good faith for medical organization to protect patients' body, life, property, etc. risk removal not to cause any medical care-related infection can be considered as completing obligation. Safety care obligation empathizes its existence and necessity of its implementation by different infections like Corona 19 virus, etc.

Safety care obligation doesn't have any ground relevant to actual laws. However, considering the judicial precedents, obligation is recognized. The obligation preventing potential infection to patients is provided specifically to medical organization through medical law regulations, etc. Liabilities caused by medical law violation can try competitive configuration when all component conditions of both contract liability and illegal behavior liability got acquired. However, the real benefits that the patients can get identifying safety care obligation as contract liability are as follows. First, identifying obligation and effect of violating it. Second, when risks are predicted in advance, claim to act proper measures, medical contact cancelation or lift, medical service cost reduction, etc. can be requested based on professional medical knowledge. Damages caused by medical care-related infection requires understanding of professional medical knowledge. In particular, virus infection is not noticeable. From common people's perspective of patients, claiming and proving medical agency's obligation violation seem nearly impossible. Distributing fair and valid damage can get frustrated. However, if patients consider safety care obligation offense in terms of medical care-related infection situations, such limitation is likely to get relieved. It is because medical knowledge-concerning main performance obligation, subsidiary obligation but safety care obligation can get identified from common perspective in relation to visitor control, duty command, facility control, etc. and also obligation offense standards can be found in medical law or its enforcement rule, etc. claiming and verification are relatively easy. From

such perspective, claiming and verification can be said they are corresponding to verification requirement-relieved legal principle, so-called 'The Law of Common Sense'.

However, even if medical organization gets recognized for its general safety care obligation, it will not be seen fair enough to bear all the responsibilities caused by offense. Infection may get triggered by droplets or aerosols. Under extraordinary circumstances such as pandemic, infection may occur irresistibly. It is likely that the patients may have habitus vulnerable to infection or their history disease restarted. Damage can get magnified. Under specific situations, liabilities of medical organization can be limited or exempt.

Key Words: medical care-related infection, safety care obligation, protection obligation, Corona 19 virus, illegal behavior liability, contract liability