

## 의료전문가주의에 대한 법적 접근

류화신\*

### I. 들어가며

전문가주의(professionalism)란 무엇인가? 원래 전문가주의란, 사회학에서 전문가의 의식과 행태 구조적 특성을 분석하면서 논의되어 온 개념이다. 법학분야에서는 법사회학의 용어로 등장하였다가 책임법이론과 결부되어 전문가책임이라는 현대적 법논리로 발전하였다. 그리고 이러한 전문가책임은 의사의 직무상 과오, 즉 의료과오책임이 중심이 되었다. 이러한 배경에는 안전할 권리, 알 권리, 자유선택의 권리, 의사반영의 권리로 대표되는 소비자주의(consumerism)의 영향이 컸다. 소비자주의는 의사와 환자의 관계를 상호 객관적인 권리의무의 관계로 변화시켰다. 전문가라고 하더라도 혹은 전문가이기 때문에 의사가 직무를 수행하는 과정에서 과오가 있다면 민사상 손해배상책임과 형사처벌, 행정상 제재와 같은 법적 책임이 당연히 수반되어야 한다는 것이다. 의사의 전문가책임은 이러한 소비자주의와 맞물려 전문가주의의 후퇴·축소라는 인상을 주어왔다. 그런데, 최근 의료소송과정에서 증명문제와 관련하여 의료전문가주의는 새롭게 도전받고 있다.

본 논문은 기존의 '의사의 전문가책임' 구성과는 다른 견지에서 의료전문가주의의 진정한 의미와 특징을 알아보고 이것이 현행 의료법체계에 어떻게 반영되어 있는지에 관하여 살펴본다. (1) 의사의 자격과 전문성 (2) 의사의 품위와 도덕성 (3) 의사의 자율성과 자기규제 (4) 환자보호와 공공성, 이상 4가지 사항을 중심으로 설명한다. 그리고 최근 제기되고 있는 의사의 무과실증명책임의 도입 여부에 관하여 의료전문가주의와 관련지어 논의하고자 한다. 아래에서는 그 전제되는 사실로서 우리나라 의사제도부터 먼저 검토하기로 한다.

### II. 우리나라 의사제도의 확립

#### 1. 근대의학의 도입

우리나라에 서양의학이 소개된 시기는 19세기 말이다. 서양은 종래의 비과학적·토속적 진료방법에서 벗어나 과학에 근거한, 국제적 보편성과 객관성을 지닌 근대의학을 발전시켰다. 우리나라는 1876년 강화도조약과 개항으로, 18세기 말부터 세계의학의 주도권을 장악해

\* 충북대학교 법과대학, 043-261-3589. lawdeo@cbnu.ac.kr

『한국의료윤리교육학회지』 제10권 2호(통권 제18호) : 2007년 12월

은 독일의학이 일본을 통해 전해졌다. 일본의 1877년 부산 제생의원을 시작으로 1885년 왕립의료원인 광혜원이 설립되었으며, 1894년(고종 31년) 갑오개혁을 계기로 서양의학이 유일한 의료계도로 인정받게 되었다.<sup>1)</sup> 1910년 한일합병 이후에는 의료행정사무도 경찰(경무총감부)에 전속되었으며, 서양의학 중심으로 의료일원화를 달성한 일본은 조선의 전통 한의학을 공식의료에서 제외하였다. 해방 이후 미군정과 6·25전쟁 후 미국으로부터 의료식사와 의료기술, 의료계도와 교육체계가 도입되었고 1945년부터 대학병원이 설립되었으며, 1951년에는 국민의료법의 제정으로 한의학이 다시 공식의료에 포함되었다. 1958년에는 전문의 제도가 도입되었으며, 1970년대 이후 급속한 경제성장으로 의료수요가 급격히 증가하였고, 의과대학의 신설과 입학생 증원으로 1980년대 이후 의사 수가 급증하였으며, 의료시장에서의 경쟁도 그만큼 치열해졌다.

## 2. 의사 관련 법규의 정비

1900년 대한제국이 반포한 「의사규칙(醫師規則)」에서 의사는 한의학을 전공한 한의사뿐이었다. 그러나 한일합병 후 의학교육이 서양 의학을 중심으로 이루어지면서 총독부 당시 의사자격은 위 한의사 외에 경무총감부령으로 일본 내무대신의 허가를 받은 자가 추가되었다. 그러나 의사명부가 존재하지 않았기 때문에 실질적인 자격인정은 어려웠다고 한다.<sup>2)</sup> 1913년 11월 총독부는 새로운

「의사규칙」을 제정하여 의사자격기준을 정비하였다. 의사를 일본 의사면허 소지자, 조선총독이 지정한 의학교를 졸업한 자, 조선총독이 정한 의사시험에 합격한 자로 한정함으로써, 당시 약종상 등 다양한 이력을 가진 사람들의 자의적 의료행위가 금지되었다. 그런데, 위 1913년 의사규칙이 제정된 궁극적인 이유는 “재래 한법의(漢法醫)와 유자격 의사와의 경계를 명백히”<sup>3)</sup>한다는 말에서 알 수 있듯이 일제가 종래 조선의 전통적 의료인이라 할 수 있는 한의사를 배제하기 위한 것이었다고 한다.<sup>4)</sup> 의사규칙과 함께 1913년 제정된 의생규칙(醫生規則)에 한의사는 정규 의사<sup>5)</sup>가 아닌 의사의 보조인력에 불과한 의생(醫生)으로 규정되면서 더 이상 국가의 공인을 받는 의사의 지위를 가질 수 없게 되었다. 1914년 7월에는 의사시험규칙이 반포되었는데, 의사시험은 매년 2회 서울에서 치러지며, 수험자격은 수업연한 4년 이상의 의학교를 졸업하거나 5년 이상 의술을 닦은 자여야 하고, 학술시험과 임상시험으로 이루어진 4부 시험을 차례로 치루어야 한다는 것이었다. 즉, 일본의 경우와 달리 특별한 자격제한 없이도 시험응시가 가능하도록 요건이 완화되었다.<sup>6)</sup>

대한민국 수립 후 1951년에는 국민의료법이 제정되어 한의학의 의생이 한의사로 대체되고 의료업자로 명시되었다. 그 후 국민의료법은 1962년에 의료법으로 명칭을 변경하고 전면 개정되었으며, 현재 의료법 체계 내에서 한의사는 의사와 별개의 직종으로 병존하고 있다.<sup>7)</sup>

1) 갑오년 6월 23일 제1차 개혁시부터 중앙의학행정기관으로서 내부이문(內部衙門)에 위생국이 신설되었으며, 1895년(고종 32년)에는 궁내 전통 의학을 관장하던 전의감(典醫監)이 내의원(內醫院)에 통합되었다(김두중, 한국의학사, 서울 : 탐구당, 1998 : 495-520 ; 여인석 외, 한국 의사면허제도의 정착과정 - 한말과 일제시대를 중심으로 -, 의사학 2002 ; 11(2) : 137-153. 참조).

2) 박윤재, 한국 근대 의학의 기원, 서울 : 해안, 2005 : 304.

3) 박윤재, 앞의 책 : 306, 각주 274 재인용. 『朝鮮 總督府施政年報』, 1913년 : 210.

4) 박윤재, 앞의 책 : 306.

5) 의사는 의사, 한지의사(限地醫師), 치과의사, 임치영업자(入齒營業者)로 다시 구별되었다. 한지의사나 임치영업자 제도는 그 당시 의료인력 부족을 보충하기 위해서 잠정적으로 만든 것으로, 일정시험을 거치도록 하였다(김두중, 앞의 책 : 540).

6) 박윤재, 앞의 책 : 302-322 참조

7) 이러한 상황에서 의료계를 중심으로 의료일원화 주장이 꾸준히 제기되고 있으며, 한의사의 CT기기 등 현대의료기기 사용을 둘러싸고 양·한방 갈등이 고조되기도 하였다(이와 관련된 내용으로는 박윤형, 의료일원화를 시작하자, 의료정책포럼, 의료정책연구소 2005 ; 3(1) : 29-35 참조).

### III. 의료전문가주의 (Medical professionalism)

#### 1. 의사의 지위 형성과 사회적 기능

우리나라 의료 발전과정에서 의사는 공중보건, 전염병 관리 등에서 많은 사회적 활동들을 해 왔다. 그런데 종래 우리나라의 의사는 일제의 강압을 피하여 차별정책에 접근하기를 싫어한 많은 인재들이 자유직종을 갈망하여 선택한 직업으로서의 성격이 강했다.<sup>8)</sup> 오늘날 의사 집단의 정치권력화 경향과 대조가 된다.

반면, 서구는 주지하는 바와 같이 18세기 말부터 산업혁명이 본격화되면서 산업화, 도시화, 기계화에 이어 자본주의로 인한 새로운 사회문제가 대두되었고 계급구조 또한 변화되었다. 이 과정에서 전통적인 지주계급은 쇠퇴해지고 자본·중간·노동계급이 급속히 성장하였다. 19세기 초 의사 수가 급증하였으며, 의사는 법률가, 회계사, 건축사, 기술자 등의 다른 중간계급과 같이 대토지 귀족계급을 압박하며 시민계층(Bürgertum)으로 자리잡았다. 영국의 경우 의사들은 행정적 관리가 부족한 국민의 위생상태에 크게 기여하였다. 정부의 자유방임주의는 여기에까지 영향을 미쳤으며 이 분야는 대부분 민간 의사들의 손에 맡겨졌다. 그들은 빈곤층에까지 의료혜택이 미칠 수 있는 국가보건사업을 제안하였고 사회의 학에 앞장섰다.<sup>9)</sup> 그리고 자율성을 갖추고 그 자율성을 바탕으로 윤리적 기반을 가꾸고 스스로에게 도덕성을 요구하였으며 전문가로서의 정체성을 확립해 나갔다.

여기서 우리의 의사에게 부족한 것은 바로 '전문가주의'이다. 우리 사회에서 의사는 기술상 전문가라고 할 수는 있지만, 진정한 전문가주의가 정착되어 있지는 못하다. 전문가주의의 회복이라는 용어가 최근 의료교육의 화두로 대두되고 있으나, 우리나라에서는 원래 전문가주의가 확립된 적이 없다고 하는 것이 옳을 듯 하다. 그렇다면, 전문가주의란 무엇인가, 이는 의료전문직에 법적으로 접근하기 위한 전제로서 의미 있는 물음이 될 것이다.

#### 2. 전문가주의 이론의 적용

전문가는 특정한 지식과 기술을 바탕으로 자율적으로 직업생활을 영위해 가는 특정 직업의 구성원을 의미한다. 이러한 전문가 개념을 특징짓는 제도와 가치를 전문가주의라고 할 수 있으며, 전문가주의의 가장 큰 특권은 자율성과 그 안받침에 해당하는 자율정화 개념으로 이해된다. 그런데 오늘날 우리나라 의사들은 자칭 '의권투쟁'이란 용어를 사용하면서 의료보수 등 의사의 진료와 관련된 많은 부분들이 정부의 각종 규제 하에 묶여 있다고 주장한다. 그러나 의료에서 전문가주의는 의료행위의 특수성 안에서 이해되어야 한다. 그 특수성이란 바로 의사는 환자의 생명과 건강을 다룬다는 점에서 비롯한다. 전문가주의 이론에는 다양한 시각과 논점이 있으나 우리나라 의료전문직에 적용할 수 있는 내용들을 중심으로 설명한다면, 의사는 면허를 통해 사회적 승인 하에서 독점적으로 재량껏 의료행위를 수행하는 직업이다.<sup>10)</sup> 그리고 산업자본주의하에서 의사라는 직업은 재산과 지

8) 김두중, 앞의 책 : 539 참조.

9) 슈라이옥, 근세서양의학사, 이재담 역, 서울 : 디엘컴, 2002 : 59 참조.

10) 그렇지만 과거에 비해서 오늘날의 의사는 의료전문가로서의 독점적 권리를 일부 위협받고 있다. 의사와 다른 의료전문직역간의 갈등관계를 살펴보면, 우선 CT기기와 같은 특수의료장비의 사용을 둘러싸고 의료법상 한의사와 면허영역으로 인한 갈등을 겪고 있으며, 약사법상 의약분업을 계기로 의약품 조제권 논쟁을 겪어 왔다. 또 의료기사법상 의사의 지도하에서만 업무를 수행하도록 되어 있는 의료기사가 국민을 상대로 독자적으로 업무를 수행하겠다는 독립개업권 요구가 있었으며, 수년 전 간호법 제정 움직임 및 그 대안으로 2007. 5. 간호진단 규정을 신설한 의료법 전부개정법률안으로 인해 의사의 수족(手足)이라고도 불리던 간호사와 또 대립하게 되었다. 최근에는 우수한 전문간호사를 양성하기 위해 과거 의료법시행규칙과 보건복지부고시에 나누어 규정되어 있던 전문간호사 자격인정 등에 관한 규정이 「전문간호사 자격인정 등에 관한 규칙(보건복지부령 제364호 신규제정 2006. 7. 7)」으로 제정되었으며, 이에 의하여 전문간호사의 자격이 보건, 마취, 정신, 가정, 감염관리, 산업, 응급, 노인, 중환자, 호스피스 분야의 기존 10종 외에 중앙, 임상 및 아동 분야의 3종이 추가되는 등 간호사의 전문영역도 점차 확대·세분화되고 있다.

한국의료윤리교육학회지 제10권 2호(통권 제18호) : 2007년 12월

식을 갖춘 성공한 직업으로 인식되는 동시에 '의술(醫術)은 인술(仁術)'이라는 말에서와 같이 윤리의식과 사명감이 강하게 요청되는 직종이다.<sup>11)</sup> 의사직무가 이러한 전문성과 공공성을 갖추고 있다는 점에서 의사는 대표적인 전문가로 분류될 수 있는 것이다. 물론 의사의 경제적 이익추구 동기를 무시할 수는 없다. 의사라는 직업도 한 개인의 생계유지 수단이고 자아실현의 방법이다. 부적절한 금전적 이해관계와 같은 부도덕한 행위는 배격되어야 하지만, 투자의 노력에 대한 보상으로서 어느 정도 경제적 부의 축적은 허용되어야 한다. 그럼에도 불구하고 의사는 단순한 생계유지수단으로서의 직업이라고 할 수 없고, 전문직업인으로서 환자에 대한 봉사·도덕성과 같은 사회적 책임을 요구받는다라는 점에서 다른 직업과 구별된다.<sup>12)</sup>

이러한 의료전문가주의에 대한 요구는 의료윤리적 의무와 자율성 차원에 머무르는 것이 아니라 법적 강제를 수반한 현행 실정법상, 개별 판례상 의무규정 및 처벌규정, 입법동향 등으로 다양하게 나타나고 있다.

## IV. 의료전문직에 대한 법적 접근

### 1. 의사의 자격과 전문성

#### 1) 면허제도

##### a. 면허 부여

전문가에게 전문적인 지식과 기술은 필수적이다. 그

래서 전문가가 되기 위해서는 장기간의 교육과 수련이 필요하며, 일정한 자격이 요구된다. 의료법상 의사가 되려는 자는 의학을 전공하는 대학을 졸업하고 의학사 학위를 받은 자 중에서 국가시험에 합격한 후 보건복지부장관의 면허를 받거나[의료법(2007. 4. 11. 법률 : 이하 동일) 제5조], 학사학위를 취득한 뒤 의학입문시험(MEET)를 거쳐 의학전문대학원에 입학하여 기존 의과대학의 본과과정에 해당하는 과정을 이수하고 국가시험에 합격한 후 보건복지부장관의 면허를 받도록 하고 있다.<sup>13)</sup>

이러한 의사면허제도를 통해 국민은 의료문제에 대해 의사의 능력을 신뢰할 수 있고, 의사는 의료업무의 독점성을 인정받게 된다. 그리고 무면허인 자의 의료행위가 금지되면서 의사는 의료업무에 대해 배타적 권리를 가지며, 동시에 의료법 제15조에 의하여 정당한 사유없이 진료를 거부할 수 없는 공법상 진료의무를 부담하게 된다.

#### b. 무면허의료행위 금지

국가가 무면허의료행위를 금지하는 이유는 다음과 같다. 의료행위는 인간의 존엄과 가치의 근본인 사람의 신체와 생명을 대상으로 하는 것이므로 단순한 의과기술 이상의 '인체 전반에 관한 이론적 뒷받침'과 '인간의 신체 및 생명에 대한 경외심'을 체계적으로 교육받고 이 점에 관한 국가의 검증을 거친 의료인에 의하여 이루어져야 하고, 과학적으로 검증되지 아니한 방법 또는 무면허의료행위자에 의한 약간의 부작용도 존엄과 가치를 지닌 인간에게는 회복할 수 없는 치명적인 위해를 가할 수 있기 때문이다. 그래서 무면허의료행위는 일률적, 전면

11) 헌법재판소 2005. 10. 27. 선고 2003헌가3 결정(의료법 제46조 제3항 위헌제청) 참조.

12) 의료행위는 사람의 신체를 치료하고 생명을 다루는 것이므로 일반 상행위와는 본질적으로 다르다. 의료는 고도의 전문적 지식과 기술을 요구하므로 일반 상품이나 용역과는 차이가 있다(위 헌법재판소 2003헌가3 반대의견 중에서 인용).

13) 그 후에도 의사 상당수가 전문의 과정을 밟고 있다. 1년의 수련의 과정과 4년의 전공의 과정을 거쳐 전문의 시험에 합격하면 보건복지부장관으로부터 자격인정을 받을 수 있으며, 전문의 자격을 인정받은 자가 아니면 전문과목을 표시하지 못한다(의료법 제77조 제1항 및 제2항).

적으로 금지되고 이를 위반하는 경우에는 그 치료결과에 관계없이 형사처벌을 받게 된다.<sup>14)</sup> 의료행위는 질병의 예방과 치료에 관한 행위뿐만 아니라 의학적 전문지식이 있는 의료인이 행하지 아니할 경우 보건위생상 위해가 생길 수 있는 우려가 있는 행위<sup>15)</sup>이므로, 의사는 전문가주의를 표방하는 대표적 직종으로 평가받을 수 있다.

그런데, 유의할 점은 일반적으로 면허 없이 의료행위에 해당하는 어떠한 시술행위를 하면 현행 의료법 제27조의 무면허의료행위로서 같은 법 제87조에 의하여 처벌을 받지만, 그러한 경우에도 정당행위로서 위법성이 조각되는 경우가 있다는 것이다. 다만 어떠한 행위가 사회상규에 반하지 않는 정당한 행위로서 위법성이 없다고 보기 위해서는 구체적인 사정 하에서 합목적적으로 그리고 합리적으로 고찰하여 개별적으로 판단되어야 한다.<sup>16)</sup> 이 때, 시술행위의 위험 정도, 일반인들의 시각, 시술자의 시술동기, 목적, 방법, 횟수, 시술에 대한 지식 수준, 시술경력, 피시술자의 나이, 체질, 건강상태, 시술행위로 인한 부작용 내지 위험발생 가능성 등이 종합적으로 고려된다. 그리하여 그 시술행위가 법질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여 있는 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위에 해당한다고 인정되는 경우에는 사회상규에 위배되지 않는 행위로서 위법성이 조각된다.<sup>17)</sup> 수치침 시술행위의 경우가 그러하다. 일단 우리 법원은 수치침 시술행위도 침술행위의 일종으로서 의료법에서 금지하고 있는 의료행위이고, 수치침 시술

행위가 광범위하고 보편화된 민간요법이며, 그 시술로 인한 위험성이 적다는 사정만으로 그것이 바로 사회상규에 위배되지 않는 행위라고 보기는 어렵다는 점을 인정하고 있다. 다만 시술부위나 시술방법 등에 있어서 동양 의학으로 전래되어 오는 체침의 경우와 현저히 다르고, 일반인들의 인식도 이에 대해 관용적인 입장에 기울어져 있고, 앞서 본 시술자의 시술동기, 목적, 방법, 횟수, 시술에 대한 지식수준, 시술경력, 피시술자의 나이, 체질, 건강상태, 시술행위로 인한 부작용 내지 위험발생 가능성 등을 참작하여 볼 때 위법성을 조각할 수 있다는 입장을 취하고 있다.<sup>18)</sup> 최근에는 문신행위와 관련하여 헌법재판소가 문신시술의 의료행위 여부에 관한 판단은 법원의 고유권한이라고 결정<sup>19)</sup>하면서 많은 사회적 논의가 일고 있다. 그에 관한 입장 차이와 판단에 대해서는 차후 기회로 미루기로 한다.

면허를 가진 의사에게 의료업무의 독점성이 인정되고, 무면허의료행위가 금지되는 것은 바로 의료전문가주의의 주요 특징인 의사의 전문성에서 연유한다.<sup>20)</sup>

## 2) 보수교육

의료에 관한 전문지식은 평생 유지되고 보완되어야 한다. 의사가 의료행위를 할 당시 의료기관 등 임상의학 분야에서 실천되고 있는 의료행위 수준 이하의 행위, 즉 전문가로서 전문가집단인 의사집안 내에서 통용되는 통상적인 기준 이하의 행위를 한 경우, 환자는 그 의사에

14) 헌법재판소 2005. 9. 29. 선고 2005헌바29 결정.

15) 대법원 2000. 2.25. 선고 99도4542 판결; 대법원 1999. 6.25. 선고 98도4716 판결; 대법원 1994. 5.10. 선고 93도2544 판결 등.

16) 형법 제20조 소정의 정당행위를 인정하려면 첫째, 그 행위의 동기나 목적의 정당성, 둘째, 행위의 수단이나 방법의 상당성, 셋째, 보호이익과 침해이익과의 법익균형성, 넷째, 긴급성 다섯째, 그 행위 외에 다른 수단이나 방법이 없다는 보충성 등의 요건을 갖추어야 한다.

17) 이러한 입장을 당해 사건의 판단근거로 제시하고 있는 판례로는 대법원 2007. 6. 28. 선고 2005도8317 판결; 대법원 2006. 3. 23. 선고 2006도1297 판결; 대법원 2004. 10. 28. 선고 2004도3405 판결; 대법원 2002. 12. 26. 선고 2002도 5077 판결 등이 있다.

18) 대법원 2000. 4. 25. 선고 98도2389 판결.

19) 헌법재판소 2007. 4. 26. 선고 2003헌바71 결정.

20) 무면허의료행위를 한 자는 5년 이하의 징역이나 2천만원 이하의 벌금에 처해지며(의료법 제87조 제1항), 영리를 목적으로 의료인이 아닌 자가 의료행위를 업으로 한 경우 보건범죄단속예관특별조치법 제5조에 의하여 무기 또는 2년 이상의 징역에 처하며, 100만원 이상 1천만원 이하의 벌금을 병과한다.

한국의료윤리교육학회지 제10권 2호(통권 제18호) : 2007년 12월

대해 법적인 책임을 묻게 된다. 이러한 임상의학의 수준은 진보하는 것이어서 과거에는 의사에게 과실로 인정되지 않던 의료의 내용이 후에는 과실로 인정되는 경우가 많아지고 있다. 그래서 의료법상 의사는 자질 향상을 위하여 매년 1회 이상, 연간 8시간 이상의 보수교육을 받아야 하며, 보수교육을 받지 아니한 자는 과태료를 부과 받을 수 있으며, 의사단체인 중앙회는 회원들의 보수교육을 실시하여야 한다(의료법 제30조 제2항 및 제3항, 제92조 제3항 제1호).<sup>21)</sup> 그 외에도 2007. 5월 국무회의를 통과하여 국회에 제출된 의료법 전면개정안 제25조 제2항에는 의료기관 등에서 의료업에 종사하지 아니한 의료인으로서 보건복지부령으로 정하는 자가 다시 의료업에 종사하려는 경우에는 별도의 보수교육을 받도록 하고 있고, 연간 시수도 확대되어야 한다는 논의가 있었다.

의사뿐만 아니라 다른 전문직에 있어서도 보수·연수교육에 대한 중요성이 부각되고 있다. 2007. 1. 26. 개정된 변호사법과 같은 해 7. 27. 개정된 변호사법시행령에서는 그동안 변호사협회의 자율에 맡겨져 있던 변호사에 대한 연수교육을 변호사가 의무적으로 이수하여야 하며 연수교육 불이행시에는 과태료를 부과하도록 하는 변호사연수교육 의무화 내용이 신설되었다. 이러한 연수교육을 통해 변호사들의 전문성과 윤리성을 강화하는 계기를 마련함으로써 국내 법률시장에 대한 신뢰구축과 변호사들의 경쟁력 강화에 기여할 것으로 기대하고 있다.

그런데, 의료법시행규칙 제21조의 4에 의하면, 의사의 보수교육은 교과과정, 실시방법 기타 보수교육의 실시에 관한 모든 필요한 사항을 중앙회의 장에게 위탁하고 있다. 전문가의 윤리성 문제가 이슈화되고 있는 오늘날, 교과과정과 관련해서는 의료윤리 과목의 설치가 매우 절실함에도 불구하고 의료법은 아무런 언급도 하고

있지 않다. 의사의 자질향상뿐만 아니라 윤리성 제고를 위하여 의료윤리 과목의 도입 문제를 법률에 명시함이 타당하다. 비교컨대, 신설된 변호사의 연수교육은 1년에 법조윤리 과목 1시간 이상을 포함하여 8시간 이상으로 정하고 있다(변호사법 제85조 제4항 및 동법시행령 제17조의 2).

### 3) 정신질환, 마약·대마·향정신성의약품 중독과 파산선고에 대한 의사적격성 여부

의료법은 의료인이 될 수 없는 결격사유를 규정하면서 금지산자·한정치산자 외에 정신질환자, 마약·대마·향정신성의약품 중독자를 들고 있다. 그리고 의료인이 되었더라도 이러한 사유에 해당할 경우에는 면허취소에 대한 재량판단을 할 수 없고 반드시 면허가 취소되어야 하는 것으로 명시하고 있다(의료법 제8조 및 제65조 제1항 제1호). 의료법이 이처럼 정신질환, 마약·대마·향정신성의약품 중독자를 결격사유 및 필요적 면허취소사유로 삼는 이유는 의사직무를 수행함에 있어서 그 적격성에 직접적으로 부정적인 영향이 미칠 수 있기 때문으로 보인다.

그런데, 최근에는 증세가 가벼운 정신질환자로서 '전문직의 의료인으로서 적합하다고 인정하는 사람'은 의사가 될 수 있는 길을 열어주기 위하여, 그리고 유일한 이 조문의 개정을 위하여 의료법이 개정된 사실이 있다(2007. 10. 17. 법률 제8651호로 개정, 2008. 4. 18. 시행 예정). 이는 의사라는 직업군에게만 유리한 법률개정으로 보인다. 물론 증세가 가벼운 정신질환 의사의 헌법상 직업선택의 자유를 보장하려는 취지일 수도 있으나 국민의 보건 및 건강 보호에 관한 법익이 침해될 소지가 있고, 설령 국민의 보건 및 건강 보호에 관한 법익이 침

21) 보수교육은 중앙회지부 혹은 중앙회에 설치된 의학분야별 전문학회, 의과대학 및 그 부속병원, 혹은 150병상 이상을 가진 수련병원에서 실시되며, 보수교육의 교과과정, 실시방법 기타 보수교육의 실시에 관하여 필요한 사항은 중앙회의 장이 정한다(의료법시행규칙 제21조의 2).

해되지 않는 범위 내에서 인정한다고 하더라도 과연 의료인으로서 적합하다고 인정할 수 있는 경계 내지 한계를 어떻게 정할 것인가라는 문제, 같은 동료직업군으로서 정신과 전문의의 판단을 어느 정도 신뢰할 것인가라는 문제는 여전히 남게 된다. 국민의 보건 및 건강 보호, 더 나아가 국민의 생명 보호가 상위인 만큼 의사 개인의 자유와 권리가 제한받는 것은 합리적인 차별로 보인다. 그리고 의사는 개인의 직업에서 더 나아가 사회에 큰 영향력을 가지는 전문가이므로 결코 정신질환의 증세가 가볍다고 하더라도 국민의 보건 및 건강이 간과되어서는 안 된다고 본다.

이와 더불어 '파산선고를 받고 복권되지 아니한 자'와 관련하여, 2000. 1. 12. 법률 제6157호로 개정되기 전의 의료법 제52조 제1항은 이를 결격사유 및 임의적 면허취소사유로 규정하였다가 위 개정으로 단서조항이 신설되면서 필요적 면허취소사유로 변경되었다. '파산선고를 받고 복권되지 아니한 자'는 파산선고 후 복권될 때까지 파산자의 상태에 있는 자를 의미하며, 행정청으로서는 면허취소에 대한 재량판단을 할 것이 아니라 의사면허를 반드시 취소하여야 했다. 의료법이 파산선고를 받은 의사의 면허를 취소하도록 했던 취지는, 의료행위가 영리목적과 친하지 않고 오히려 배치되는 경우가 있을 수 있는데 파산자가 의료행위를 계속할 경우 무리한 경제적 이득을 취하기 위하여 의료인 본연의 임무를 벗어날 우려가 있고 나아가 파산으로 인하여 심리적 파탄 상태에 있는 의료인으로부터 진료를 받는 국민에게 발생할지 모르는 국민 건강 보건상의 해악이 해당 의료인으로 하여금 의료행위를 계속하게 함으로써 얻게 되는 의료인 본인 및 공공의 이익에 비하여 훨씬 크다는 입법자의 입법 판단에 따른 것이었다.<sup>22)</sup> 그러나 2007. 4. 11. 법률 제

8366호로 개정된 의료법에서는 위 파산규정이 완전히 삭제되었다. 의료직무와 직접적인 관련성이 없다는 이유이다.

점점 더 의사의 자격규정에 대한 요건이 완화되어 의사의 경제적인 부분에 대해서는 의료직무와의 관련성을 인정하지 않는다고 하더라도 의사의 정신적인 부분에 대해서는 여전히 의료직무와의 관련성이 인정되어야 한다고 생각한다.

## 2. 의사의 품위와 도덕성

### 1) 직업윤리

전문가는 사회가 요구하는 고도의 직업윤리를 거스르는 행위를 해서는 안 된다. 그리고 이러한 의사 개인의 도덕성 확보를 위하여 의사단체는 윤리지침을 마련해 주어야 한다. 그러나 우리나라의 의사윤리지침은 의사내부의 윤리성 평가를 위한 잣대라기보다 세칭 '보라매병원사건'을 계기로 전면 개정된 외부방어용 선전 정도로 여겨진다. 의사윤리지침은 명목뿐이 아닌 실질적인 지침기능으로서 의사 개개인에게 작용할 수 있어야 한다. 비교컨대, 독일의 의사직업규칙(MBO : Musterberufssordnung der deutschen Aerzte)은 독일법체계의 특성상 법규성을 수반할 수밖에 없으나, 의사회 자체 규정이지만 국민의 신뢰를 크게 실추시킬 우려가 있는 행위에 대해 상세히 규정함으로써 의사들의 경각심을 고취시키고 있다. 직업윤리와 관련하여 우리 의료법에 명문의 규정이 있는 예로는 품위손상행위를 들 수 있다.

### 2) 품위손상행위와 면허정지

의사가 부당금품수수행위와 같이 의사의 품위를 심하

22) 서울고등법원 2000. 12. 5. 선고 2000누5175 판결.

게 손상시키는 행위를 한 때에는 그 자격이 정지된다.<sup>23)</sup> '품위손상행위'는 구 의료법(1962. 3. 20. 법률 제1035호)에 이미 징계사유로 등장하였다. 그 후 문언이 정비되고, 비교적 단기간인 1년의 범위 내에 면허자격이 정지된다는 점이 명시된 것을 제외하면 위 1962년도 의료법 규정과 같은 사항이다.<sup>24)</sup> 법률자체만으로는 '품위'의 보전이 무엇을 말하는지에 관하여 명확히 알 수 없으나, 법은 구체적인 품위손상행위의 태양을 대통령령으로 정하도록 위임하고 있다(의료법 제66조 제2호). 학문적으로 인정되지 아니한 진료행위, 비도덕적 진료행위, 허위 또는 과대의 광고행위, 불필요한 검사·투약·수술 등 과잉진료행위를 하거나 부당하게 많은 진료비를 요구하는 행위, 전공의의 선발 등 직무와 관련하여 부당하게 금품을 수수하는 행위, 영리를 목적으로 다른 의료기관을 이용하려는 환자를 그가 종사하거나 개설한 의료기관으로 유인하거나 유인하게 하는 행위, 영리를 목적으로 자신이 처방전을 교부한 환자를 특정 약국에 유치하기 위하여 약국개설자 또는 약국에 종사하는 자와 담합하는 행위가 품위손상행위의 범위에 포함된다(의료법 시행령 제21조).

다만, '품위'가 무엇인가에 대해서는 하급심 법원의 판시내용을 살펴보면, '의료인이 의료행위를 맡아 수행해 나가기에 손색이 없는 인품'을 의미하는 것을 알 수 있다.<sup>25)</sup> 따라서 의사가 부당금품수수행위와 같이 직무

의 공공성이나 신뢰성을 본질적·실질적으로 배반하거나 훼손하는 행위를 한 경우에 의사자격은 정지된다.

살피건대, 의료법상 의사의 품위손상행위는 첫째, 진료관계·전공의 선발 등 직무관련성을 가진 직무 내 행위이다. 이는 변호사법이 직무의 내외를 막론하고 변호사의 품위손상행위를 규정하고 있는 점과 다소 차이가 있다. 둘째, 의사의 품위손상행위에 대한 규율은 단순히 도덕률에 초점을 맞춘 문제라기보다는 의사에 대한 국민의 신뢰성 문제, 그가 전문직업인으로서 수행해야 할 사회적 기능과 그로부터 보호받아야 할 환자의 권익에 관한 문제이다. 그리하여 품위손상행위의 태양은 '의사에게 요구되는 고도의 직업윤리에 위반되는 내용으로써 국민의 의료인에 대한 신뢰를 크게 실추시킬 우려가 있는 행위<sup>26)</sup>라고 할 수 있다.

### 3. 의사의 자율성과 자기규제

#### 1) 직무수행의 자율성과 재량성

의사면허는 전문성 확보에 그치지 않고 독자적인 판단 하에서 직무를 수행할 수 있도록 충분한 자율성 보장으로 이어진다. 의료행위에는 재량적 판단이 많고 누구든지 이를 간섭하지 못하며, 의료 업무에 필요한 재료 등은 우선 공급되도록 보호받고 있다.<sup>27)</sup> 물론 의사에게 많은 재량권이 부여된다고 하더라도 책임에서 자유로울

23) 의사의 자격정지사유는 다양하다. 위 품위손상행위 외에도, 의료법은 의료기관 개설자가 될 수 없는 자에게 고용되어 의료행위를 한 때, 진단서·검사서 또는 증명서를 거짓으로 작성하여 내주거나 진료기록부 등을 허위로 작성한 때, 의료인이 아닌 자로 하여금 의료행위를 하게 하거나 의료인에게 면허받은 사항 외의 의료행위를 하게 한 때, 의료기사가 아닌 자에게 의료기사의 업무를 하게 하거나 의료기사에게 그 업무 범위를 벗어나게 한 때, 관련서류를 위조·변조하거나 속임수 등 부정한 방법으로 진료비를 거짓으로 청구한 때, 의료법을 위반하여 의료광고를 한 때 등을 자격정지사유로 규정하고 있다(의료법 제66조 제1호 내지 제8호).

24) 더 나아가 의료기관 개설자가 자격정지처분을 받은 경우에 당해 의료기관은 그 자격정지기간 중 의료업을 할 수 없다(의료법 제66조 제3호).

25) 서울행정법원 2003. 12. 11. 선고 2003구합1967 판결; 서울행정법원 2003. 11. 14. 선고 2002구합35598 판결 등.

26) 위 같은 판결 참조.

27) 의료법 제12조(의료기술 등에 대한 보호)에 의하면, 의료인이 하는 의료기술의 시행, 즉 의료행위에 대해서는 법이 정한 경우를 제외하고는 누구든지 간섭하지 못하는 것으로 보호하고 있다. 또 누구든지 의료기관의 의료용 시설, 기재, 약품, 그 밖의 기물 등을 파괴·손상하거나 의료기관을 점거하여 진료를 방해하여서는 안 되며, 이를 교사하거나 방조하여서도 안 된다. 그리고 의료인의 의료업무에 필요한 기구, 약품, 그 밖의 재료는 압류하지 못하며(의료법 제13조) 의료인을 이를 우선적으로 공급받을 권리가 있으며, 부수되는 물품, 노력, 교통수단에 대해서도 마찬가지로이다(의료법 제14조).

수는 없으며, 의료행위 당시 의료수준에 비추어 과실 판단이라는 법적 평가를 받게 된다.

## 2) 단체결성 및 내부규제

사회가 전문가에게 부여한 자율성은 전문가들이 자신들을 스스로 규제할 수 있음을 전제한 것이다. 전문가의 공통적인 특성상 의사와 환자의 입장에는 호환성이 없으므로, 의사는 그 직무상 동업자간의 연대를 필요로 하여 단체를 결성한다. 의사는 전국적 조직인 법인형태의 중앙회를 설립하여 보건복지부장관의 허가를 받아야 하고, '당연히' 그 단체의 회원이 된다는 점은 의료법 제 28조 및 제29조에 명시되어 있다.

전문가단체는 전문가의 행위규범을 자율적으로 창조한다. 전문직의 자율성은 이러한 자기규제에 의해 정당화되고, 자기규제에 의하여 시험될 수 있다고 한다. 전문가만이 동료전문가의 일탈행위를 판단할 능력이 있고 전문가만이 전문가를 규제할 수 있다는 것이다.<sup>28)</sup>

그러나 의사단체는 변호사단체의 경우<sup>29)</sup>와 달리 회원의 비전문가적 행태를 자체 정화할 수 있는 자율징계권이 없다. 다만, 2007년 5월 국무회의를 통과하여 국회에 제출된 의료법 전면개정안에서 이러한 점을 감안하여 대한의사협회가 보건복지부에 징계를 요청할 수 있는 근거 정도가 마련되고 있을 뿐이다. 그러나 이것은 징계요청권이 아닌 자율징계권이 아니므로, 비전문가주의적 행위를 한 당해 의사가 보건복지부로부터 바로 행정처분을 받는다는 점에서는 변함이 없다. 단, 대한의사협회 윤리위원회에서 중앙위원회규정에 근거하여 해당 의사를 3

년 이하 권리정지 할 수는 있으나, 회원으로서의 권리정지만으로 자체정화능력을 가진다고 볼 수는 없다.

의사단체가 자율징계권을 가지기 위해서는 먼저 의사단체가 '제 식구 감싸기', '침묵의 공모'와 같은 동료의식을 지양하고 자율징계권을 부여받을 수 있을 만큼 성숙해져야 한다. 그리고 비전문가주의적 행위를 한 의사로서도 같은 의사들로 구성된 의사단체의 자율징계가 보건복지부의 징계보다 개인적으로는 더 명예롭지 않을 수 있다는 인식 변화가 필요하다.

## 4. 환자보호와 공공성

### 1) 의료광고제한과 공공성

헌법 제37조 제2항에서 도출되는 비례의 원칙(과잉금지원칙)이 준수되는 한, 환자의 권리를 위해 의사의 권리가 제한되더라도 이는 정당하다고 한다. 예컨대, 의료법상 의료광고제한<sup>30)</sup>이 의사에게 표현의 자유의 보호대상이 되는 광고표현을 제한하고, 또 상업광고를 제한함으로써 직업수행(영업)의 자유를 제한하는 것임에도 불구하고 그것이 정당화되는 이유는 소비자(환자)의 보호, 공정거래의 확보, 의료행위의 숭고함의 유지 때문이다. 이는 헌법재판소 결정에 잘 나타나 있다. 의료는 고도의 전문적 지식과 기술을 요하므로 일반상품이나 용역과는 차이가 있고, 국민의 건강에 직결되는 것이므로 소비자를 보호하고 의료인간의 불공정한 과당경쟁을 막기 위하여 의료광고에 대한 합리적 규제가 필요하다고 한다.<sup>31)</sup>

28) 이경원, 김정화, 한국법조인의 형태적 특성 분석, 한국 사회와 행정 연구 2002 : 13(1) : 185.

29) 변호사법 제90조 이하.

30) 의료법상 의료법인·의료기관 또는 의료인은 허위·과장된 내용의 의료광고는 물론, 방송법 제2조 제1호의 방송 매체에 의한 의료광고를 하지 못하며, 정기간행물 및 인터넷신문, 현수막·벽보·전단에 의료광고를 하려면 미리 광고의 내용과 방법 등에 관하여 보건복지부장관의 심의를 받아야 한다(의료법 제56조 및 제57조, 동법시행령 제19조의 3), 그리고 의료광고의 금지기준으로서 신의료기술평가를 받지 아니한 신의료기술에 관하여 광고하는 것, 특정 의료기관·의료인의 기능이나 진료방법이 질병치료에 반드시 효과가 있다고 표현하거나 환자의 치료경험담 또는 6개월 이하의 임상경력을 광고하는 것 혹은 특정 의료기관·의료인의 기능이나 진료방법이 다른 의료기관이나 의료인의 것과 비교하여 우수하거나 효과가 있다는 내용으로 광고하는 것 등 총 10가지 사유를 나열하고 있다.

31) 헌법재판소 2005. 10. 27. 선고 2003헌가3.

한국의료윤리교육학회지 제10권 2호(통권 제18호) : 2007년 12월

그러나 소비자인 환자에 대한 정보제공을 활성화하기 위하여 의료광고의 범위는 다소 확대될 것이 필요하다고 본다.

## 2) 환자의 이익과 신뢰 보호

의사와 환자간 진료관계는 단순한 계약관계가 아니라 신뢰관계가 가미되어 있다. 의사는 환자의 이익과 신뢰를 보호하여야 하며 이타심을 발휘하여야 한다. 일반적으로 전문가인 의사는 진료계약에서 진료의무와 설명의무를 부담하며, 자신의 부주의한 진료행위로 인해 환자에게 손해가 발생한 경우 전문가책임으로서 진료과오책임을 진다. 그리고 환자의 '생명보호'와 관련해서 의사는 환자의 치료거부와 같은 자기결정권의 보호의무보다 생명유지의무가 더 앞선다.

반면, 환자의 이익을 보호하더라도 의사의 전문성 및 재량성 또한 전문가주의의 실현을 위해 보호되고 조화되는 것이 중요하다. 이와 관련해서는 증명책임을 둘러싼 최근 입법동향에 대하여 설명할 필요가 있다.

## 3) '의료사고 무과실증명책임' 도입 논의

### a. 「의료사고 예방 및 피해구제에 관한 법률안」의 제정 움직임

지난 2007년 8월 29일 국회 보건복지위원회 법안심사소위원회에서 의료사고 발생시 의료인이 자신의 무과실을 입증하여야 한다는 '증명책임전환'을 주요 골자로 한 「의료사고 예방 및 피해구제에 관한 법률안」이 통과되었다. 위 법률안의 내용은 "보건의료기관개설자는 당해 보건의료기관의 보건의료인이 의료기술을 행하는 과

정에서 발생한 의료사고<sup>32)</sup>에 관하여 환자가 입은 생명, 신체 및 재산상 피해를 배상할 책임을 진다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 때에는 그러하지 아니하다. 1. 개설자 및 보건의료인이 당해 의료사고에 관하여 주의의무를 태만히 하지 아니하고, 보건의료기관의 시설, 장비 및 인력의 흠이 없음을 증명한 때"라고 규정하고 있다(법률안 제4조 제1항).

무엇보다 의사에게 증명책임이 전환된다면 일단 의사가 잘못했다는 전제에서 출발하게 된다. 환자가 의료소송까지 올 정도이면 의료행위 중에 의사의 과실이 있었다는 전제에서 시작하는 것이다. 그만큼 환자는 보호될 수 있지만 의사의 전문성과 재량성이라는 전문가주의는 크게 위협받게 된다. 의사와 환자의 신뢰관계도 더욱더 무너지게 될 것이다.

### b. 증명책임 분배에 관한 현재 법원의 입장

우리 법원은 환자측이 밝히기 곤란한 증명부담을 완화해 주기 위하여 의사가 의료행위의 전문가임을 재차 확인하여 왔다. 즉, 의료행위는 고도의 전문적 지식을 필요로 하는 분야로서 전문가가 아닌 일반인으로서의 의사의 의료행위의 과정에 주의의무 위반이 있는지의 여부나 그 주의의무 위반과 손해발생 사이에 인과관계가 있는지 여부를 밝혀내기가 극히 어려운 특수성이 있다고 하였다.<sup>33)</sup>

그래서 대법원은 환자측에서 일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실 있는 행위를 입증하고 그 결과와의 사이에 일련의 의료행위 외에 다른 원인이 개재될 수 없다는 점, 이를테면 의료행위 이전에 의료사고 결과의 원인이 될만한 건강상의 결함이 없었다는 사정을 증명한 경

32) 이 법률안에서 의료사고란 "보건의료인 등이 보건의료기관에서 환자관리 및 환자에 대하여 진단, 검사, 치료, 의약품의 처방 및 조제 등의 행위를 실시하는 과정에서 발생하는 생명, 신체 및 재산상의 손해가 발생한 경우를 말한다."고 규정하고 있다(법률안 제2조).

33) 대법원 2004. 10. 28. 선고 2002다45185 판결.

우에 있어서는 의료행위를 한 측이 그 결과가 의료상의 과실로 말미암은 것이 아니라 환자의 특이체질 등 전혀 다른 원인으로 말미암은 것이라는 입증을 하여야 하며, 그렇지 아니한 이상, 의료상 과실과 그 결과 사이의 인과 관계를 추정하여 손해배상책임을 지울 수 있도록 입증책임을 완화하는 것이 손해의 공평·타당한 부담을 그 지도원리로 하는 손해배상제도의 이상에 부합한다는 대원칙을 고수하여 왔다.<sup>34)</sup>

대법원의 입장은 증명책임을 전도한 것은 아니고 여전히 환자측이 증명책임을 지기는 하되, 치료행위와 잘못된 결과 사이의 '시간적 근접성'이 있었다는 것과 '타행위의 개입가능성이 없었다'는 것 등의 간접사실을 환자측이 증명하면 그러한 간접사실에 터잡아 '과실의 존재'와 '인과관계의 존재'를 '추정'하는 방식, 즉 간접사실로부터 주요사실을 추인해 내는 방식이다.<sup>35)</sup>

### c. 검토

현재 대법원의 '사실상 추정론'에 대하여는 두 가지 입장이 동시에 가능하다고 본다. 첫째, 현재 환자에게 불리하므로 '증명책임을 전환하자'는 입장과 둘째, 현재 의사에게 불리하므로 고도의 개연성을 요구하는 '일응의 추정론을 도입하자'는 입장<sup>36)</sup>이다.

위 법률안과 같이 증명책임 전환의 입장이라면 의사가 '과실의 부존재'와 '인과관계의 부존재'를 증명하지 못하는 한 책임을 면할 수 없게 된다. 환자측의 승소가능성이 현격히 높아진다. 그리고 남소(濫訴)의 우려가 예상된다.

생각컨대, 증명책임은 분배되어야 한다고 본다. 환자측의 증명을 경감하는 입장에 계속 서야 한다는 점에는 공감하지만 균형의 잣대를 의사책임전환으로 삼아서는 안 된다고 본다. 의사와 환자의 이해관계가 적절히 조화되어야 하며, 전문가주의와 피해자구제를 함께 도모하는 것이 중요하다. 그러므로 사실상 추정론을 채택하고 있는 현재 법원의 입장에 찬성한다. 구체적인 이유를 제시하면 다음과 같다.

첫째, 증명책임이 전환되면 의사의 진료는 위축되고 방어진료를 하게 된다. 결국 국민건강권과 전문가주의가 동시에 위협받게 된다.

둘째, 의사책임전환을 찬성하는 관점에서는 자동차사고의 경우에 「자동차손해배상보장법(이하 자배법이라고 함)」 제3조 단서에 의하여 운행자가 면책사유를 입증하지 못하는 한 운전자책임을 면하지 못하는 것으로 증명책임이 전환되는 사례가 있다고 주장할 수 있으나,<sup>37)</sup> 자동차의 운전자에게 무과실책임에 가까운 중간책임을 지우고 있는 자배법은 책임보험 가입강제와 형사처벌 특례규정을 두고 있지만, 의료사고의 경우에는 그러한 특례규정이 없을 뿐만 아니라 의료사고로 인한 제반비용을 진료수가에 반영할 수도 없는 상황이다.

셋째, 의료라는 실체를 감안하여야 한다. 의학은 과학이지만 의료행위는 불확실성을 가지므로 환자마다 특이체질 등 다양한 변수가 존재할 수 있고, 또 의사가 피하기 어려운 오진율의 범위라는 것도 있다. 한편, 의료행위는 재량성이 있어서 의사는 의료전문가로서 의료현장에

34) 대법원 2001. 3.23. 선고 99다48221 판결; 대법원 1999. 9. 3. 선고 99다10479 판결; 대법원 1996. 6.11. 선고 95다41079 판결.

35) 따라서 일응의 추정론에서 설명하고 있는, 정형적 사상경과에 의하여 뒷받침되는 고도의 개연성을 요구하지는 않는다.

36) 사실상 추정론에 의하면 결과가 의료상의 과실로 인한 것이 아니라 전혀 다른 원인으로 인한 것이라는 것을 증명하지 않는 한 사실상 추정에 따라 결과가 의료상 과실로 인하여 발생한 것으로 추정되어 의사가 책임을 면할 수 없게 되기 때문이다.

37) 자배법 제3조 단서 규정에 의하면 피해자가 승객인 경우에 운전상의 과실 유무와 관계없이 그 승객의 고의 또는 자살행위로 사망하거나 부상하였음을 증명하여야 하므로, 거의 면책이 인정되지 않는다. 반면, 승객 외의 자가 사망하거나 부상한 경우에 운행자는 자기와 운전자가 자동차의 운행에 관하여 주의를 게을리하지 않고, 피해자 또는 자기 및 운전자 외의 제3자에게 고의 또는 과실이 있으며, 자동차의 구조상의 결함 또는 기능에 정해가 없다는 것을 증명하여야 면책된다.

서 당해 임상환경에 맞는 최선의 요법을 선택하지만, 사후평가적인 차원에서 보면 타행위가능성이 존재해서 의사의 과실 없음에 대한 증거가 받아들여지지 않을 수 있다. 여기에서도 전문가적 재량성을 그 속성으로 하는 의료전문가주의와 상치된다. 그 뿐 아니라 실제로 의사가 과실 없음을 증명하지 못하는 경우도 있다. 환자가 사망했을 때, 다른 이유로 부검한 결과 환자의 사인(死因)이 의사의 치료행위와 무관한 것으로 판명되는 경우이다. 아무리 의사가 의료전문가라고 하더라도 겉으로 나타난 증상에 의존해서 증거를 수집할 수밖에 없고 매번 의사가 원하는 대로 부검이 허용되는 것이 아닌 이상, 의사가 과실 없음을 증명하는 것 또한 한계가 있을 수밖에 없다.

넷째, 의사에게 증명책임을 전환한다는 것은 진료채무가 '수단채무'라는 법적 성질을 포기하는 것이 되고 만다. 이미 민법 제390조 채무불이행책임(포괄적 규정)에 있어서 귀책사유를 추정하고 있다. 즉, “채무자의 고의·과실 없이 이행할 수 없게 된 때에는 그러하지 아니하다.”라고 함으로써, 증명책임이 채무자에게 전환되어, 채무자가 자기에게 고의·과실이 없음을 증명하여야 책임을 면할 수 있도록 하고 있다. 그럼에도 불구하고 우리 대법원은 진료채무는 수단채무이므로, 진료의 결과를 가지고 바로 진료채무 불이행사실을 추정할 수 없다고 판시한 바 있다.<sup>38)</sup> 그래서 의료소송의 경우에는 채무불이행책임에 근거하여 채무자인 의사에게 무과실 증명책임을 전환하는 것이 실질적으로 별 의미가 없었던 것이다.

이상과 같은 이유로, 환자의 증명책임을 완화하고 있는 대법원의 입장을 지지하며, 의사에게 과실 있음을 전제로 두고 무과실 증명책임을 부과하는 위 법률안에 반대한다.

## V. 나오며

의료전문가주의에 대한 요구는 의료윤리적 차원에 머무르는 것이 아니라 법적 강제를 수반한 현행 실정법 및 판례에 다양하게 나타나고 있다. 그러나 우리사회에서 의사는 기술상 전문가라고 할 수는 있지만 의료제도에 진정한 전문가주의가 정착되어 있지는 못한 것 같다. 전문가주의는 전문적인 지식과 기술 외에도 자율성을 갖추고 그 자율성을 바탕으로 윤리적 기반을 가꾸고 스스로에게 도덕성을 요구하면서 정체성이 확립되어야 하기 때문이다.

본 논문은 의료전문가주의가 반영된 의료법 규정과 그와 달리 의료전문가주의가 법적으로 정비되지 못한 현행 규정을 각 항목에 따라 중점적으로 살펴보고, 의료전문가주의가 위협받는 최근 특별법안에 대해서도 검토하였다.

먼저, 의사의 자격과 전문성 면에서는 의사면허와 무면허의료행위금지 규정, 보수교육, 의료인 결격사유 및 면허취소사유로서의 정신질환, 마약·대마·향정신성 의약품 중독과 파산선고에 대한 의사적격성 여부와 관련하여 설명하였고, 의사의 품위와 도덕성 면에서는 의료법상 면허정지사유로서의 품위손상행위와 관련하여 의료전문가주의의 특성을 서술하였다. 그리고 의사의 자율성과 자기규제 면에서는 의사단체의 자율징계권과 관련한 지적이 있었고, 환자보호와 공공성 면에서는 의료광고 제한과 관련된 헌법재판소의 결정을 중심으로 의료광고제한의 입법취지를 설명하였다.

한편, 의사의 무과실증명책임을 주요 골자로 한 최근 입법동향이 의료전문가주의에 대한 새로운 도전이라는 점을 강조하였다. 소비자주의가 팽배해진 변화된 의료환경 속에서 의료전문가주의를 정착시키기 위해서는 의

38) 대법원 1988. 12. 13. 선고 85다카1491 판결.

사에게 고도의 의료윤리와 최선의 주의의무를 부과할 수 밖에 없지만 불법행위법상 과실책임의 원칙과 소송법상 증명책임의 일반론을 뒤흔들면서 의사에게 무과실증명의 책임을 돌리는 것은 오히려 의료전문가주의에 대한 심각한 위협이 아닐 수 없기 때문이다.

본 논문은 윤리적 차원이 아닌 법적 차원에서, 그리고 전문가책임으로서의 법적 시각에 한정된 것이 아니라 의료전문가주의와 관련한 법적인 접근을 시도하고 있다는 점에 그 의의를 두고자 한다. **ME**

**색인어** : 전문가주의, 의료전문가주의, 무과실증명책임, 의사의 도덕성

## A Legal Examination of Medical Professionalism

RYOO Hwa-Shin\*

This paper examines the conception of medical professionalism reflected in the Korean Medical Act. Several articles of the Korean Medical Act dictate that physicians should adhere to improved medical techniques or higher ethical standards in their field. The authority of professionals is grounded in their knowledge and expertise; indeed it is the nature of their authority that makes their professionalism necessary. The values of professionalism (expertise, morality, self-regulation, patient welfare) have traditionally been different from the values of commerce. In this article I argue that medical professionalism will be challenged if physicians must prove their innocence in medical malpractice litigation, as a current legislative bill stipulates. This article also reviews the problems associated with the burden of proof in such cases.

◉ **Keywords:** Professionalism, Medical professionalism, No-fault proof, Morality of physicians

---

\* College of law, Chungbuk National University