

유럽법원칙 서비스계약 (Principles of European Law, Service Contract) -제7장 진료계약을 중심으로-

I. 사법의 현대화 · 국제화

최근 사법분야에서는 거래법의 현대화와 국제화에 관한 논의가 매우 활발한데, 아마도 그것은 종래 거래법이 근간을 두었던 시민생활과 거래질서에 커다란 변화가 있었고, 법이 그러한 변화에 대응할 필요가 있기 때문이다.

국내에서는 1999년 2월부터 법무부의 민법 재산편에 관한 개정작업이 시작되었고, UN통일매매법이 2005년 3월 1일부터 발효 중에 있다. 국외에서는 독일이 2002년 1월 1일부터 채권법을 개정하여 시행하고 있고, 일본은 민법전의 현대어화 작업을 완료하여 2004년 1월 1일부터 시행하고 있다. 이와 같은 국내외의 사법 현대화 작업은 사법을 국내외의 변화에 탄력적으로 대응할 수 있도록 도와준다. 오늘날 사법의 주변환경에서 나타난 가장 큰 변화는 국경을 넘나드는 거래의 증가에 따라 글로벌화가 강조된다는 것이다.

II. 유럽의 사법통일논의

1. 사적 주도에 의한 계약법 통일

1992년 마스트리히 협약이 발효되면서 유럽 연합은 거래영역에서 단일시장이 발생하였고, 거래법 분야에 대해 변화가 필요하게 되었다. 따라서 이에 대처하기 위하여 계약법 통일에 대한 논의가 발생하였다. 계약법 통일논의는 국가 또는 유럽연합의 공적인 기구들에 의해 주도되기보다는 학자들의 사적인 노력에 의해 전개되었다. 그러한 노력으로부터 얻게 된 많은 결과물 가운데, 가장 대표되는 성과는 덴마크의 Ole Lando가 1982년부터 이끌었던 유럽계약법위원회(UECL)의 유럽계약법원칙이다.

유럽계약법위원회는 먼저 유럽 각국 계약법의 일반원칙들을 선별하였고, 그 원칙에 대해 주해하였다. 편제와 직업방식은 미국의 American Law Institute에 의해 간행된 리스테인먼트의

형식을 취하고 있다. 위원회는 유럽 각국의 법률들이 동일문제에 대해 상이한 해결책을 가지는 경우 다수 국가가 취하고 있는 어느 한편의 해결책을 취하기보다는 제3국의 해결책을 찾는 방법으로 해결하려 노력하였다. 이러한 작업을 통하여 얻는 내용들을 조문형식으로 정리된 것이 유럽계약법원칙이다.

2. 유럽연합 주도의 계약법 통일

유럽의회는 2000년 이전에도 계약법의 포괄적인 내용을 담게 될 유럽계약법의 통일작업을 재정적으로 후원하였다. 유럽연합이라는 공적 차원에서 사법통일논의는 2000년에 이르러 전개될 수 있었다. 왜냐하면 사법통일논의와 관련된 입법작업을 주도할 수 있는 권한은 유럽위원회에 속했고, 유럽위원회는 오랜 기간에 걸쳐 그러한 입법작업에 대해 회의적이면서 실제로 유럽연합이 그러한 입법행위를 할 수 있는 권한을 가지고 있는가의 여부에 대해 의문을 가지고 있었기 때문이다.

그러나 2001년 유럽위원회는 종전의 입장은 다르게, 유럽계약법 통일에 관한 통지문을 통해 유럽연합이 장래 어떤 방법으로 계약법의 통일을 모색할 수 있는가에 대해 각계의 의견을

수렴하겠다고 하였다. 이 통지문은 장래 유럽계약법의 통일을 가능하게 하는 방안으로 ① 유럽연합은 계약법 통일을 직접 주도하지 않고, 시장질서에 맡기며(Option I), ② 유럽연합은 각 회원국의 국내법을 상호 접근할 수 있도록 하기 위한 조정작업과 이를 위한 관련연구를 후원하며(Option II), ③ 현행 유럽연합에서 제정한 계약관련 법규(지침 등)를 법통일이라는 목적하에 개선 또는 확대하며(Option III), ④ 유럽연합은 계약법 일반에 대한 법규뿐만 아니라, 계약의 특별한 유형들까지도 망라하는 포괄적인 형식의 법률을 시행한다(IV)는 4가지의 해결책을 제시하였다.¹⁾

III. 유럽법원칙 서비스계약²⁾

1. 서비스계약편의 작성

유럽법원칙 중 서비스계약편은 유럽법원칙을 작성한 Lando 위원회를 승계하여 1999년에 구성된 유럽민법전 연구그룹의 결과물이다. 유럽민법전 연구그룹은 다음 두 가지 점에서 이전의 Lando 위원회와 구별된다. 첫째, 작업의 범위를 개별 계약과 계약 이외 분야, 나아가 동산재

각주

1) 성승현, “유럽의 계약법 통일 논의와 혼합법계(Mixed Legal System)의 대두 - 비교사법연구에의 시사 -, 민사법학 제37호, 한국민사법학회, 2007. 6, 117~121쪽.

2) Principles of European Law, Service Contracts(PEL SC).

화법의 일부(소유권 이전, 담보 등)로까지 확대하였고, 둘째, 작업의 방식을 팀단위로 바꾸고 소장학자들에게 문호를 개방하였다.

서비스계약은 유럽민법전 연구그룹의 작업특징이 잘 나타나 있다. 주제는 개별계약에 속하며, 네덜란드 틸부르크 대학을 중심으로 교수, 박사, 소장연구자가 하나의 팀을 구성하여 작성하였다. 연구그룹 내의 조정그룹이 로마(2000년 6월), 잘츠부르크(2000년 12월), 스톡홀름(2001년 6월), 옥스퍼드(2001년 12월), 발렌시아(2002년 6월), 오포르토(2002년 12월), 헬싱키(2003년 6월), 뤼벵(2003년 12월)에서 몇 주씩 계속되었던 모임에서 논의한 결과물을 내놓았다.

각각의 모임은 작업팀과 자문위원회가 전적으로 준비하였다. 이하의 조문은 집단작업으로서 네덜란드 작업팀의 틸부르크 회원이 연대책임을 지지만, 각장마다 필자를 따로 두었다. 필자는 Chris Janse(제1장 일반규정), Maurits Barendrecht(제2장 건설), Marco Loos(제3장 영선과 제4장 임치), Stéphanie van Gulijk(제5장 디자인), Andrea Pianna(제6장 정보), Rui Cascão(제7장 진료)이다.³⁾

2. 진료계약(의료계약)

(1) 당사자⁴⁾

오늘날 의료행위는 사회의 관념과 의학의 진보에 따라 변화하고 있으며, 보다 다양하게 확대되어 가고 있다. 종래의 전통적 의료행위에서는 생각하지 못했던 분야, 예컨대 미용성형수술, 성전환 수술, 인공수정 등이 의료행위의 개념에 포함되고 있다.⁵⁾ 진료제공자가 사람의 신체적, 정신적 상태를 변화시키기 위하여 (진료이외의)⁶⁾ 다른 서비스를 제공하기로 한 계약에 이를 준용한다.

의료계약 또는 진료계약이라 함은 의사로부터 검사·치료 등의 진료행위를 받기 위하여 환자 또는 그 가족이 병원 또는 의사에게 그 수단과 방법을 일임하는 계약으로서 병원 또는 의사가 진료행위를 하여야 할 의무를 부담하고, 이에 대하여 환자 또는 그 가족이 보수를 지급해야 하는 것을 내용으로 하는 채권계약으로서 유상의 쌍무계약이다.⁷⁾ 당사자 일방인 진료제공자가 상대방인 환자에게 의료적 진료를 제공하기로 하는 경우에 이를 적용한다.⁸⁾ 통상적으로 계

각주

3) 이준형, “유럽법원칙 서비스계약편(PEL SC)”, 중앙법학 제9집 제2호, 중앙법학회, 2007. 8, 451~452쪽.

4) PEL SC 7:101.

5) 최행식, “의료행위의 개념과 의료계약”, 법학연구 제20집, 원광대학교 법학연구소, 2004. 10, 55~56쪽.

6) 예컨대 말라리아 위험지역을 여행하려고 출발 전에 의료 제공자로부터 예방을 위한 조치를 받는 경우.

7) 우리나라에서는 의료계약의 법적성질에 대하여 학설들이 나뉘어 있다. ① 의료계약은 당사자 간에 특별한 약정이 없는 한 그 법적 성질은 위임계약이라고 하는 견해로서 종래 우리나라의 다수설과 일본 판례의 입장이다. 이 학설이 주장하는 근거는 위임계약은 일의 완성을 목적으로 하지 않는다는 점, 수임인의 지식, 기능, 인격 등에 대한 특별한 신뢰를 바탕으로 하여 그의 재량에 의한 사무처리를 하는 점, 그리고 우리 민법상 위임 계약은 원칙적으로 무상계약이나 유상계

약은 행위능력이 있는 자의 청약과 승낙이라는 의사의 합치에 의해서 성립한다. 의료계약에서는 청약자가 곧 환자이고 승낙자는 의사라고 하는 형태를 기본으로 한다. 즉 의료계약의 당사자는 원칙적으로 환자와 의사이다.

환자가 계약당사자가 아닌 경우에는 환자는 PECL 제6:110조(제3자를 위한 계약)⁹⁾에 기하여 본장에 따른 진료제공자의 의무의 이행을 요

구할 수 있다. 예컨대, 의료보험에 가입한 피보험자 및 그 피부양자인 환자가 의료보험지정의 의료기관으로부터 진료를 받는 경우 보험자인 보험회사는 의료기관과의 사이에 환자를 위한 제3자를 위한 계약으로 본다.¹⁰⁾ 계약에 따른 당사자의 의무가 진료 이외의 다른 서비스의 제공도 포함하는 경우에는 본장의 규정은 진료와 관련한 계약 부분에 이를 준용한다. 예컨대 한 사람

각주

약도 가능한 것이라는 점, 그리고 수임인의 선관주의의무 등의 규정을 고려할 때 의료계약과 위임계약은 그 본질적인 속성을 같이 한다는 점을 들고 있다(위임계약설). ② 의료계약은 병적 상태의 의학적 해명과 치료행위라고 하는 사무처리를 목적으로 하는 준위임계약이라고 하는 견해이다. 일본에서는 법률행위의 위탁에 의하면 위임계약이 가능하기 때문에 의료계약을 준위임계약으로 파악하고 있다. 즉 의료계약은 원칙적으로 본인의 사무관리에 대한 위임이라고 보나, 다만 위임은 무상이 원칙이고 의료계약은 특약이 없는 한 유상이므로 준위임계약이라고 한다(준위임계약설). ③ 의료계약은 환자의 질병을 완치시킬 것을 목적으로 하는 도급계약이라는 견해이다. 도급계약이란 일의 완성을 약속하고, 이 결과에 대하여 보수지급을 약정함으로써 성립하는 민법상의 전형계약을 말하는바(민법 제664조), 특히 의치제작이나 성형수술 등의 의료계약에 있어서는 일의 완성 또는 성공을 내용으로 하므로 도급계약으로 볼 수 있다(도급계약설). ④ 의료계약은 의사가 환자에게 치료의무를 부담할 것을 약정하고, 환자는 의사에게 치료비를 지급할 것을 약정함으로써 성립되는 고용계약이라는 견해이다(고용계약설). ⑤ 의료계약에 있어서 의사의 진료가 위임에서의 사무의 개념에 맞지 않을 것이고, 위임계약에서는 의사측의 임의해지는 거의 불가능하기 때문에 무리하게 민법상의 전형계약에 맞추어서 그 성질을 논할 수는 없으므로 의료계약을 일종의 무명계약이라고 하는 견해이다(무명계약설). ⑥ 의사와 환자와의 관계는 인간의 내면적인 미묘한 영역을 취급하는 것이므로 통상의 고용관계로 파악할 수 없고, 이러한 의료행위의 특수성을 고려하여 의료계약은 독자적인 성질을 가지는 법률관계로 취급되어야 한다는 견해이다(독립계약설). 최행식, “의료행위의 개념과 의료계약”, 67~68쪽.

8) 대법원은 “환자가 의사 또는 의료기관(이하 ‘의료인’이라 한다)에게 진료를 의뢰하고, 의료인이 그 요청에 응하여 치료행위를 개시하는 경우에 의료인과 환자 사이에는 의료계약이 성립된다”고 판시하였다. 대법원 2009. 5. 21. 선고 2009다17417 판결.

9) 제6:110(제3자를 위한 약정)

(1) 약속자와 수약자 사이에 제3자에게 계약상 의무의 이행을 청구할 권리를 수여하는 것을 명시적으로 합의하거나 그러한 합의를 계약의 목적으로부터 혹은 제반사정으로부터 추단되는 경우에는, 제3자는 계약상 의무의 이행을 청구할 수 있다. 제3자는 그러한 계약의 체결시에 특정될 것을 요하지 않는다.

(2) 제3자가 이행청구권을 포기한 경우에는, 그 권리가 처음부터 그에게 성립되지 않았던 것으로 본다.

(3) 다음과 같은 경우가 아닌 한, 약속자는 수약자에 대한 통지에 의하여 제3자의 이행청구권을 박탈할 수 있다.

(a) 제3자에게 약속자로부터 그 권리를 철회할 수 없다고 통지된 경우,

(b) 수약자나 약속자에게 제3자로부터 그 권리를 승인한다고 통지된 경우.

10) 우리나라의 경우 의료보험에 가입한 피보험자 및 그 피부양자인 환자가 의료보험지정 의료기관으로부터 진료를 받는 경우, 환자와 의사의 법률관계를 어떻게 보아야 할 것인가에 관하여 학설이 나뉜다. ① 의료기관은 환자와는 직접적인 관계는 없고, 보험자인 건강보험관리공단과 의료기관 간에 계약에 따라 보험자의 보험급여의무를 대행할 뿐이고 환자는 그 이행의 수령자에 불과할 뿐이므로 의료기관은 환자에 대해서 계약상의 아무런 책임이 없다는 설, ② 의료기관은 환자와의 사이에 직접적인 계약관계에 있다는 설, ③ 보험자인 건강보험관리공단은 의료기관과의 사이에 환자를 위한

이 이발하기 위해 미용사를 찾은 경우 신체적인 변화의 상태가 발생하면(비록 건강과는 무관하지만) 이 장은 유추적용될 수 있다. 또한 미용사가 고객의 머리에 비듬이 있어 이를 관리해주는 차원에서 특별한 샴푸를 사용한 경우에도 이 조항의 유추적용이 가능하다.

(2) 주위사정¹¹⁾

진료제공자는 서비스의 이행에 합리적으로 필요한 한도에서 ① 환자의 건강상태, 증상, 과거 병력, 알레르기(특이체질), 이전에 받았거나 현재 진행 중인 진료 유무, 진료에 관한 선호도 및 우선순위의 질의를 하여야 한다. 따라서 환자는 진료제공자가 자신을 치료하기 위해서 요구되는 행위, 예컨대 검진, 약복용 등에 협력하여야 한다. 또한 환자는 의사에게 질병의 증상, 병력, 특이체질 또는 이전의 치료 등 당해 진료 행위를 위하여 요구되는 일정한 사항을 고지하여야 한다. 예를 들어 사고로 인하여 병원에 온 환자의 경우, 환자는 진료 제공자에게 그의 왼쪽다리가 자전거의 미끄러짐으로 인해 다친 것을 알려주어야 하며, 그 다리가 2년 전에 스키

장에서 골절을 입었다는 것을 알려주어야 한다. 이 정보는 환자로부터 의사가 얻게 되는 병력인 것이다.¹²⁾

진료제공자는 환자에게 질병의 종류와 내용 및 그 치료방법과 그에 따르는 위험 등 환자의 진료와 관계되는 중요한 사항을 설명하여, 환자가 자기에게 닥친 상황을 정확히 파악하도록 도와 진료에 관한 선호도와 우선순위 등에 현명한 판단을 내릴 수 있도록 하여야 한다.¹³⁾

진료제공자는 환자의 건강상태를 파악하기 위하여 조사를 하여야 한다. X-레이 촬영이 그 예이다. 위의 예에서 진료제공자는 환자의 고통 원인을 알기 위하여 X-레이를 사용할 수 있다.

환자의 병력 등에 대한 분석 결과를 정확하게 내리지 못한다면, 물론 의학적으로 100% 정확하게 맞출 수는 없지만, 오진은 환자의 시간낭비, 금전적 비용 증가, 위험성 증가 등을 발생시킬 수 있기 때문에 치료에 참가하는 다른 진료 제공자와 상의하여야 한다.¹⁴⁾

각주

제3자를 위한 계약을 체결한 것으로 보는 설, ④ 의료기관은 보험자와의 사이에는 제3자인 환자를 위한 계약관계에 있고, 환자와의 사이에도 직접적인 계약관계가 있다고 함으로써 두 계약관계의 병존을 인정하는 설이 있다. 최행식, “의료행위의 개념과 의료계약”, 71쪽.

11) PEL SC 7:102.

12) Maurits Barendrecht and et al., SERVICE CONTRACTS (PRINCIPLES of EUROPEAN LAW) 803(2007).

13) 최행식, “의료행위의 개념과 의료계약”, 73~75쪽.

14) Id., at 803.

(3) 진료제공자의 투입의무¹⁵⁾

제1:106(작업투입요소와 관련한 서비스 제공자의 의무)에 따른 의무에 기하여 특히 진료제공자는 적어도 승인되고 확고한 직업관행이 요구하는 품질의 기구, 약물, 재료, 시설, 공간으로서 관련법규와 합치하고 그 각각의 통상 목적에 적합한 것을 사용하여야 한다.¹⁶⁾

(4) 진료제공자의 주의의무¹⁷⁾

제1:107조(서비스의 일반적 주의의무)에 기한 의무에 따라서 특히 진료제공자는 주어진 사정에서 합리적인 진료제공자라면 환자에게 기울일 주의와 갖고 있을 솜씨를 제공하여야 한다. 환자를 진료하는 의사는 통상의 의사 또는 평균적인 진료제공자가 갖추고 있어야 할 의학상식의 지식과 기술에 따른 주의를 다하여야 한다.¹⁸⁾ 따라서 진료제공자에게 일반적으로 승인되고

있는 의학의 수준이 의사의 주의의무 준수판단의 기준이 되고 이러한 의학의 수준에 따라 환자를 치료해야 한다.¹⁹⁾

제1:107조(서비스의 일반적 주의의무)에 따라서 환자를 진료할 경험이나 솜씨가 진료제공자에게 없는 경우에는 진료제공자는 동조의 기준에 부합하는 진료제공자에게 환자를 보내야 한다. 즉, 병원의 시설이나 의료진의 기술 등의 이유로 특정 환자를 치료하기에 부적합하다고 판단한 경우 그러한 인력과 시설을 갖춘 병원으로 환자를 이송하여야 한다.²⁰⁾²¹⁾

(5) 진료제공자의 정보제공의무²²⁾

진료제공자는 환자에게 환자가 자기에게 닥친 상황을 정확히 파악한 후에 현명한 판단을 내릴 수 있도록 성실하게 설명할 의무를 지고, 환자는 일정한 치료를 받을 것인지의 여부와 받

각주

15) PEL SC 7:103.

16) 대법원은 “질병의 진행과 환자의 상태의 변화에 대응하여 이루어지는 가변적인 의료의 성질로 인하여, 계약 당시에는 진료의 내용 및 범위가 개괄적이고 추상적이지만, 이후 질병의 확인, 환자의 상태와 자연적 변화, 진료행위에 의한 생체반응 등(이하 ‘환자의 건강상태 등’이라 한다)에 따라 제공되는 진료의 내용이 구체화되므로, 의료인은 환자의 건강상태 등과 당시의 의료수준 그리고 자기의 지식경험에 따라 적절하다고 판단되는 진료방법을 선택할 수 있는 상당한 범위의 재량을 가진다”고 판시하였다. 대법원 2009. 5. 21. 선고 2009다17417 판결; 대법원 1992. 5. 12. 선고 91다23707 판결; 대법원 2007. 5. 31. 선고 2005다5867 판결.

17) PEL SC 7:104

18) 의료계약에 따라 의료인은 질병의 치료 등을 위하여 모든 의료지식과 의료기술을 동원하여 환자를 진찰하고 치료할 의무를 부담하며 이에 대하여 환자측은 보수를 지급할 의무를 부담한다. 대법원 2009. 5. 21. 선고 2009다17417 판결.

19) 최행식, “의료행위의 개념과 의료계약”, 73쪽.

20) 이를 전원의무라 한다. 대한의사협회, 의료법원론, 법문사, 2008, 354쪽; 이를 전의의무라고도 한다. 이준형, “유럽법원칙 서비스계약판(PEL SC)”, 485쪽.

21) Id., at 817.

22) PEL SC 7:105.

는다면 어느 정도로 받을 것인지에 관하여 스스로 결정할 수 있는 권리를 가지며,²³⁾ 이를 위하여 치료행위의 내용과 효과에 대하여 알권리를 가진다.²⁴⁾

진료제공자는 환자가 진료에 대한 선택을 할 수 있도록 환자가 이해할 수 있는 방식으로 ① 환자의 건강상태, ② 제안한 진료의 성격, ③ 제안한 진료의 장점, ④ 제안한 진료의 위험성, ⑤ 제안한 진료의 다른 대안 및 그것과 제안한 진료와 비교할 때의 장점, 위험성, ⑥ 아무런 진료를 하지 않을 때의 결과에 대해 알려주어야 한다.²⁵⁾

진료제공자는 만일 환자가 당장 필요한 진료를 받지 않을 경우 어떠한 결과가 발생할 것인지와 진료가 성공한다면 건강상태가 어떻게 호전될 것인지도 설명하여야 한다. 또한 여러 가지의 상이한 치료가능성, 예컨대 약물치료와 수술, 서로 다른 위험을 수반하는 다양한 진료방법 혹은 위험이 큰 새로운 진료방법과 종래의 안전한 진료방법 등이 어떤 질병의 치료를 위하여 선택적으로 고려되고 있는 경우에는 치료가능성과 그 이해득실을 설명하여 환자가 선택할

수 있도록 정보를 제공하여야 한다. 즉 진료제공자는 제안된 진료에 대한 환자의 동의 여부 판단에 합리적으로 영향을 줄 수 있는 일체의 위험성이나 다른 대안에 관하여 환자에게 정보를 제공하여야 한다. 현실화되면 그 상황의 환자에게 심각한 위해가 될 위험성은 이와 같은 판단에 영향을 줄 수 있는 것으로 본다.²⁶⁾

진료제공자는 만약에 있을 수 있는 진료행위에 따른 위험 그리고 진료제공행위, 예컨대 수술에 의한 후유증 및 부작용 혹은 다른 장기에 대한 영향 등을 알려주어야 한다. 또한 진료제공자는 진료행위로 인하여 일시적 또는 계속적 부수효과에 대하여도 설명하여야 한다.²⁷⁾

진료제공자의 이러한 행위는 설명의무라고 볼 수 있으며, 여기서 설명의무란 진료행위와 관련하여 의사가 환자 자신이 건강회복에 대하여 일정한 결정을 할 수 있도록 충분한 설명을 해 줄 의무를 말하며, 이는 환자에 대한 의사의 배려의무를 기초로 한다. 이는 환자의 알권리를 충족시키고 자기결정권 행사를 돕기 위해 충분한 설명에 의한 동의, 승낙을 받도록 하는 데 취지가 있다.²⁸⁾

각주

23) 대법원은 “환자의 수술과 같이 신체를 침해하는 진료행위를 하는 경우에는 질병의 증상, 치료방법의 내용 및 필요성, 발생이 예상되는 위험 등에 관하여 당시의 의료수준에 비추어 상당하다고 생각되는 사항을 설명하여 당해 환자가 그 필요성이나 위험성을 충분히 비교해 보고 그 진료행위를 받을 것인지의 여부를 선택하도록 함으로써 그 진료행위에 대한 동의를 받아야 한다”고 판시하였다. 대법원 2009. 5. 21. 선고 2009다17417 판결; 대법원 1994. 4. 15. 선고 92다 25885 판결; 대법원 2002. 10. 25. 선고 2002다48443 판결.

24) 최행식, “의료행위의 개념과 의료계약”, 75쪽.

25) Id., at 837.

26) 김민중, “의료계약”, 사법행정 제32권 제1호, 한국사법행정학회, 1991. 1, 43쪽.

27) Id., at 838.

28) 대한의사협회, 의료법원론, 348쪽.

(6) 꼭 필요하지 않거나 실험적인 진료의 경우 정보제공의무²⁹⁾

어떠한 진료가 환자의 건강상태에 비추어 꼭 필요하지 않은 경우에는 알고 있는 모든 위험성을 밝혀야 한다. 어떠한 진료가 실험적인 경우에는 실험의 목적, 진료의 성질, 비록 가정적일 지라도 그 장점 및 위험성과 다른 대안에 관한 모든 정보를 공개해야 한다.³⁰⁾

치료행위의 효과에 대한 확신이 없는 경우 보다 자세하게 설명하여야 하며, 진료제공자가 그 효과와 위험도가 아직 제대로 밝혀지지 않고 있는 새로운 치료방법을 실시하는 경우에도 설명할 의무가 더욱 증대되는 것이다. 즉 치료방법이 새로우면 새로울수록, 그리고 그 효과에 대한 검증도가 낮으면 낮을수록, 진료제공자는 그 진료에 대한 모든 정보를 공개해야 한다.³¹⁾

(7) 정보제공의무의 예외³²⁾

① 정보제공이 환자의 건강이나 심각한 부작용을 줄 수 있다고 믿을 만한 객관적인 이유가

있는 경우, ② 환자가 정보제공을 원하지 않는다고 명시적으로 밝혔고, 또 정보의 비공개가 제3자의 건강이나 안전을 위협하지 않는 경우에는 제7:105조와 제7:106조에도 불구하고 환자에게 이를 알리지 않을 수 있다.

진료제공자는 환자에 대한 설명을 제한하거나 설명을 하지 않을 수 있다.³³⁾ 예컨대 암환자에게 암이라는 진단설명만 가끔 그 환자를 더 이상 회복할 수 없는 심리적·정신적 의기소침에 빠지게 하여 건강상태를 악화시킬 수 있는 경우를 말한다.

위험에 대한 부드러운 설명도 특히 위험이 빈발하는 환자에게는 자기작용적인 예언이 될 수 있다. 예컨대 심장의 관상혈관에 현저하게 손상이 있는 환자에게 혈관조영술을 시행하는 경우 무시할 수 없는 정도의 사망가능성이 있는 위험에 대해 환자에게 설명하여야 하는 경우, 불안정한 환자가 이러한 위험의 전달에 대해 지나치게 흥분하여 치명적인 결과를 초래할 수 있는 경우이다.³⁴⁾³⁵⁾

각주

29) PEL SC 7:106.

30) Id., at 853.

31) 조형원, “의사와 환자의 법률관계”, 현대민법의 전망(법주 서영배 박사 화갑기념), 경성대학교 법학연구소, 1995, 538쪽.

32) PEL SC 7:107.

33) Id., at 858-59.

34) 조형원, “의사와 환자의 법률관계”, 540쪽.

35) 대법원은 “환자가 이에 응할 것인가 여부를 올바르게 결정하도록 하기 위하여 부담하는 설명의무의 내용은 시행방법, 그로 인하여 통상적으로 야기될 수 있는 후유증에 국한되고 설명을 하는 것이 심적 부담을 주어 위험도가 커질 수 있는 경우에는 설명의무가 면제된다고 할 것인바, 위 이○수와 같은 암환자가 조영제주사에 대하여 공포감을 일으켜 흥분하면 부작용이 심하게 될 수 있으므로 구토 등의 부작용 외에 조영제로 인하여 사망에 이를 수도 있다고 설명하지

진료를 응급상황에서 제공 해야하는 경우, 제 7:105조의 적용을 하지 않을 수 있다. 하지만 이와 같은 경우 진료제공자는 나중에 그 정보를 반드시 제공하여야 한다.

(8) 동의를 받을 의무³⁶⁾

진료제공자는 환자에게 정보제공 후 동의를 얻지 않고는 진료행위를 할 수 없다. 비응급환자가 진료를 거부한 경우 의사는 그 환자를 진료할 권리가 없다. 환자의 동의라 함은 의사가 실시하려고 하는 치료행위 내지 방법에 대하여 환자가 이해하고 그것을 수용하여 승낙하는 것을 말한다.³⁷⁾ 진료제공자는 자기의 치료행위가

환자의 생명을 위협하게 할 수 있는 경우에는 환자의 동의를 얻어야 한다. 환자는 동의를 언제든지 철회할 수 있다.³⁸⁾

환자가 동의무능력자인 경우 진료제공자는 ① 환자를 대신하여 진료에 관한 결정을 내릴 수 있는 권한 있는 사람 또는 기관에게 정보제공 후 동의를 얻거나, ② 그와 같은 동의가 없더라도 법률상 진료를 허용하는 규칙이나 절차가 있으면 이에 따른다.

위의 ①, ②의 경우 진료제공자는 할 수 있다면 무능력자인 환자³⁹⁾의 의견과 무능력자가 되기 전에 표시한 환자의 의견을 고려하여야 하며,⁴⁰⁾ 진료제공자는 환자의 건강상태를 호전시

각주

아니한 점을 들어 설명의무 위반이라고 할 수도 없다”고 판시하였다. 서울민사지방법원 1993. 2. 5. 선고 90가합55122.

36) PEL SC 7:108.

37) 최행식, “의료행위의 개념과 의료계약”, 78쪽.

38) 대법원은 “자기결정권 및 신뢰관계를 기초로 하는 의료계약의 본질에 비추어 강제진료를 받아야 하는 등의 특별한 사정이 없는 한 환자는 자유로이 의료계약을 해지할 수 있다 할 것이며(민법 제689조 제1항), 의료계약을 유지하는 경우에도 환자의 자기결정권이 보장되는 범위 내에서는 제공되는 진료행위의 내용 변경을 요구할 수 있을 것이다. 따라서 환자의 신체 침해를 수반하는 구체적인 진료행위가 환자의 동의를 받아 제공될 수 있는 것과 마찬가지로, 그 진료행위를 계속할 것인지 여부에 관한 환자의 결정권 역시 존중되어야 하며, 환자가 그 진료행위의 중단을 요구할 경우에 원칙적으로 의료인은 이를 받아들이고 다른 적절한 진료방법이 있는지를 강구하여야 할 것이다”고 판시하였다. 대법원 2009. 5. 21. 선고 2009다17417 판결.

39) Id., at 866.

40) 대법원은 “환자가 회복불가능한 사망의 단계에 이르렀을 경우에 대비하여 미리 의료인에게 자신의 연명치료 거부 내지 중단에 관한 의사를 밝힌 경우(이하 ‘사전의료지시’라 한다)에는 비록 진료 중단 시점에서 자기결정권을 행사한 것은 아니지만 사전의료지시를 한 후 환자의 의사가 바뀌었다고 볼 만한 특별한 사정이 없는 한 사전의료지시에 의하여 자기결정권을 행사한 것으로 인정할 수 있다. 환자 본인의 의사에 따라 작성된 문서라는 점이 인정된다고 하더라도, 의료인을 직접 상대방으로 하여 작성하거나 의료인이 참여한 가운데 작성된 것이 아니라면, 환자의 의사결정능력, 충분한 의학적 정보의 제공, 진지한 의사에 따른 의사표시 등의 요건을 갖추어 작성된 서면이라는 점이 문서 자체에 의하여 객관적으로 확인되지 않으므로 위 사전의료지시와 같은 구속력을 인정할 수 없고, 아래에서 보는 바와 같이 환자의 의사를 추정할 수 있는 객관적인 자료의 하나로 취급할 수 있을 뿐이다. 한편, 환자의 사전의료지시가 없는 상태에서 회복불가능한 사망의 단계에 진입한 경우에는 환자의 의식의 회복가능성이 없으므로 더 이상 환자 자신이 자기결정권을 행사하여 진료행위의 내용 변경이나 중단을 요구하는 의사를 표시할 것을 기대할 수 없다. 그러나 환자의 평소 가치관이나 신념 등에 비추어 연명치료를 중단하는 것이 객관적으로 환자의 최선의 이익에 부합한다고 인정되어 환자에게 자기결정권을 행사할 수 있는 기회가 주어지더라도 연명치료의 중단을 선택하였을 것이라고 볼 수 있는 경우에는 그

키기 위한 진료행위만을 할 수 있다.

꼭 필요하지 않거나 실험적인 진료의 경우에는 동의는 반드시 명시적으로 특정하여야만 한다.

긴급한 경우 이 조항의 적용은 배제된다. 예컨대 환자가 사고로 정신을 잃거나 의식불명인 상태로 진료제공자에게 온 경우 진료제공자는 진료에 관한 결정을 내릴 수 있는 권한 있는 사람 또는 기관이 없다고 하여 구급환자를 의식불명상태로 방치할 수는 없다.⁴¹⁾⁴²⁾ 응급환자의 대부분은 스스로 입장을 표현하기 어려우므로 추정적 승낙 내지는 추정적 의사에 대한 판단이 필요하다.⁴³⁾

(9) 설명의무⁴⁴⁾

진료제공자는 적절한 진료기록을 작성하여야 한다. 그 기록에는 특히 제7:102조에 따라서 수집한 정보, 환자의 동의 정보, 제공한 진료 정보가 포함되어야 한다.

진료제공자에게 의료행위와 소견을 기록하도

록 한 취지는, 의료행위를 담당하는 이들로 하여금 환자의 상태와 치료의 경과에 관한 정보를 빠뜨리지 않고 정확하게 기록하여, 이를 그 이후 계속되는 환자치료에 이용하도록 함과 아울러 다른 의료관련 종사자들에게도 그 정보를 제공하여 환자로 하여금 적절한 의료를 제공받을 수 있도록 하고, 의료행위가 종료된 이후에는 그 의료행위의 적정성을 판단하는 자료로 사용할 수 있도록 하는 것이다.⁴⁵⁾

진료제공자는 환자 또는 동의무능력자인 환자를 대신하여 결정권한을 갖는 사람이나 기관이 그 기록을 열람할 수 있도록 하여야 한다. 진료제공자는 합리적인 범위 내에서 그 기록의 해석과 관한 질문에 대답하여야 한다.

진료제공자는 진료 종료 이후 10년 이상 합리적인 기간 동안 기록을 보존하고 그 해석에 관한 정보를 제공하여야 하고, 그 기간은 환자 또는 그 상속인에게 그 기록이 필요한 정도 및 장애의 진료를 위하여 필요한 정도에 따라서 달라

각주

연명치료 중단에 관한 환자의 의사를 추정할 수 있다고 인정하는 것이 합리적이고 사회상규에 부합된다"고 판시하였다. 대법원 2009. 5. 21. 선고 2009다17417 판결.

41) 조형원, "의사와 환자의 법률관계", 547쪽.

42) 「응급의료에 관한 법률」 제9조(응급의료의 설명·동의) ① 응급의료종사자는 다음 각호의 1에 해당하는 경우를 제외하고는 응급환자에게 응급의료에 관하여 설명하고 그 동의를 얻어야 한다. 1. 응급환자가 의사결정능력이 없는 경우, 2. 설명 및 동의절차로 인하여 응급의료이 지체되어 환자의 생명에 위험 또는 심신상의 중대한 장애를 초래하는 경우, ② 응급의료종사자는 응급환자가 의사결정능력이 없는 경우 법정대리인이 동행한 때에는 그 법정대리인에게 응급의료에 관하여 설명하고 그 동의를 얻어야 하며, 법정대리인이 동행하지 아니한 경우에는 동행한 자에게 설명한 후 응급처치를 하고, 의사의 의학적 판단에 따라 응급진료를 행할 수 있다.

43) 대한의사협회, 의료법원론, 69쪽.

44) PEL SC 7:109

45) 대한의사협회, 의료법원론, 115쪽.

진다. 합리적인 기간이 지난 이후에 중요할 것으로 합리적으로 기대되는 기록은 진료제공자가 그 기간이 경과한 다음에도 이를 보관하여야 한다. 진료제공자가 어떠한 이유로 일을 더 이상 하지 않게 된 경우에는 장래에 참조할 수 있도록 환자에게 이를 맡기거나 인도하여야 한다.⁴⁶⁾

진료제공자는 제3자 또는 공공의 이익을 보호하기 위하여 필요한 경우가 아닌 한, 환자 또는 환자의 진료에 관여한 다른 사람에 관한 정보를 제3자에게 공개하여서는 안 된다. 진료제공자는 의료행위를 통하여 환자의 비밀을 알 수 있으며, 또한 대부분의 경우에는 환자의 개인적 비밀을 알아야만 적절한 치료를 할 수 있다. 특히 진료제공자는 일정한 진료행위를 위하여 요구되는 환자 개인의 정신적, 육체적 혹은 건강상의 비밀을 알아야 할 뿐만 아니라 경우에 따라서는 집안의 병력이나 환자 가족의 사생활 비밀까지도 알아야 하는 경우가 발생한다. 따라서 환자 개인의 비밀 및 사생활의 보호를 위하여

진료제공자는 진료행위를 통하여 알게 된 환자의 비밀을 누설하여서는 안 된다.

환자에 대한 비밀준수는 환자의 개인적 사생활 내지 프라이버시를 보호하기 위한 것이므로 만일 개인적 법익보다 더 중요하다고 생각되는 제3자 또는 공공의 이익을 보호하기 위하여 환자의 비밀이 공개되어야 할 필요가 있는 경우에는 진료제공자는 환자의 비밀을 공개할 수 있다.⁴⁷⁾ 예컨대 AIDS 환자 혹은 전염병 환자처럼 타인에게 전염·감염시켜 사회적 이익을 침해할 우려가 큰 경우이다.⁴⁸⁾

진료제공자는 통계 또는 학술을 목적으로 기록을 익명 처리하여 이용할 수 있다.

(10) 불이행에 대한 구제수단⁴⁹⁾

모든 불이행에 대해서는 PECL 제8장(불이행과 구제수단 일반)⁵⁰⁾과 제9장(불이행에 대한 특별구제수단)의 규정을 적용하되, 다음 각 호의 사항은 수정한다.

각주

46) 「의료법 시행규칙」 제30조 (폐업·휴업의 신고) ④ 법 제40조제2항 단서에 따라 폐업 또는 휴업의 신고를 하는 의료기관 개설자가 진료기록부등을 직접 보관하려면 별지 제19호서식의 진료기록 보관계획서에 다음 각 호의 서류를 첨부하여 폐업 또는 휴업 예정일 전까지 관할 보건소장의 허가를 받아야 한다. <개정 2008.9.5> 1. 진료기록부등의 종류별 수량 및 목록, 2. 진료기록부등에 대한 체계적이고 안전한 보관계획에 관한 서류.

47) Id., at 876-79.

48) 김민중, “의료계약”, 44~45쪽.

49) PEL SC 7:110.

50) 제8:101조(원용할 수 있는 구제수단)

- (1) 당사자가 계약상 채무를 이행하지 아니하고, 그 불이행이 제8:108조에 의하여 면책되지 아니하는 경우에는, 불이행당한 당사자는 제9장에 규정하고 있는 구제수단 중 어느 것이라도 주장할 수 있다.
- (2) 당사자의 불이행이 제8:108조에 의하여 면책되는 경우에는, 불이행당한 당사자는 이행청구와 손해배상청구를 제외하고는 제9장에 규정하고 있는 구제수단을 원용할 수 있다.
- (3) 당사자는, 자기자신의 행위가 상대방의 불이행을 야기한 한도에서, 제9장에 규정하고 있는 구제수단을 원용할 수 없다.

진료제공자는 PECL 제9장 제2절(이행을 유보할 권리)⁵¹⁾ 및 제3절(계약의 해제)⁵²⁾에 따른 이행유보나 계약해제가 환자의 건강상태를 심

각하게 위협하는 경우에는 이를 할 수 없다.

진료제공자가 이행유보 또는 계약해제의 권리를 갖고 그 권리를 행사하고자 하는 경우에는

각주

제8:102조(구제수단의 병존)

양립할 수 없는 것이 아닌 구제수단은 병존한다. 특히, 다른 구제수단을 행사한다고 하여 손해배상청구권이 상실되지 아니한다.

제8:103조(본질적 불이행)

다음의 경우 채무의 불이행은 계약에 본질적이다:

- (a) 채무에 대한 엄격한 준수가 계약의 중심적인 의미를 지니는 경우,
- (b) 그 불이행으로 계약당사자가 계약을 통하여 기대하였던 바가 실질적으로 상실된 경우, 다만, 계약을 위반한 당사자가 그 결과를 예견치 못했거나 합리적으로 예견할 수 없었던 경우에는 그러하지 아니하다.
- (c) 불이행이 고의적이고, 또 그 불이행으로 인하여 불이행당한 당사자에게 상대방의 장래의 이행을 기대할 수 없다고 믿을 만한 사유가 된 경우.

제8:104조(불이행 당사자에 의한 추완)

계약에의 부적합을 이유로 상대방에 의하여 변제의 제공이 수령하지 않게 된 당사자는, 이행기가 아직 도래하지 아니하거나 그 지연이 본질적 불이행이 되지 아니하는 경우에는, 계약에 적합한 이행의 제공을 새로이 할 수 있다.

제8:105조(이행의 담보)

- (1) 상대방에 의한 본질적인 불이행이 있을 것으로 합리적으로 믿은 당사자는 적절한 이행을 위한 상당한 담보를 요구할 수 있고, 그러한 믿음이 계속되는 한 담보를 제공할 때까지 자신의 이행을 유보할 수 있다.
- (2) 합리적 기간 내에 이 담보가 제공되지 아니하는 경우에, 상대방에 의한 본질적 불이행이 있을 것으로 여전히 합리적으로 믿고 또 지체 없이 해제의 통지를 하는 때에는, 그 당사자는 계약관계를 해소시킬 수 있다.

제8:106조(이행을 위한 부가기간을 정하는 통지)

- (1) 어떠한 불이행이 있는 경우에도, 불이행당한 당사자는 상대방에 대한 통지로서 이행을 위한 부가기간을 허여할 수 있다.
- (2) 부가기간 동안에 불이행당한 당사자는 자신이 부담하는 반대채무의 이행을 유보할 수 있고 또 손해배상을 청구할 수 있으나, 기타의 다른 구제수단은 주장할 수 없다. 상대방으로부터 그 기간 동안에 이행하지 않을 것이라는 통지를 받은 경우, 또는 그 기간 내에 적절한 이행이 행하여지지 아니한 경우에는, 불이행당한 당사자는 제9장에서 인정하는 구제수단 중 어느 것이라도 주장할 수 있다.
- (3) 본질적이지 아니한 이행지연의 경우, 불이행당한 당사자는 합리적 부가기간을 지정한 통지를 한 경우에는 그 통지된 기간의 종료 시점에 계약을 해소할 수 있다. 불이행당한 당사자는 그 통지 내용으로 상대방이 그 지정된 기간 내에 이행하지 아니하는 경우에 계약은 자동적으로 종료하는 것으로 한다고 정할 수 있다. 부가적기간이 너무 단기간인 경우에는, 불이행당한 당사자는 통지시부터 합리적인 기간이 지난 후에 계약을 해소할 수 있고, 계약이 자동적으로 종료하는 것으로 하는 경우에는 합리적인 기간이 경과한 후에 계약이 자동적으로 종료된다.

제8:107조(타인에게 위탁된 이행)

타인에게 계약의 이행을 위탁한 당사자는 여전히 그 이행에 대하여 책임진다.

제8:108조(장애로 인한 면책)

- (1) 불이행이 자신의 영향력이 미치는 책임영역 외의 장애요소에 기인하고, 또한 이 장애요소를 계약체결시에 고려하거나, 장애나 그 결과를 방지 혹은 극복하는 것이 합리적으로 기대될 수 없었음을 입증한다면 그 당사자의 불이행은 면책된다.
- (2) 일시적인 장애의 경우 이 조문에 의한 면책은 그 장애가 존재하는 동안에만 그 효력을 진다. 그러나, 지체가 본질적 불이행에 해당하는 경우, 채권자는 이를 본질적 불이행과 동일하게 취급할 수 있다.

환자를 다른 진료제공자에게 보내야 한다.

환자가 제1:104조⁵³⁾의 협력의무의 규정을 지키지 못한 경우가 아닌 한, 진료제공자는 해제할 수 없다.

(11) 진료제공조직의 중심책임⁵⁴⁾

진료계약의 이행과정에서 병원, 기타 진료제공조직의 공간에서 진료행위가 일어나고, 그 병원, 기타 진료제공조직이 진료계약의 당사자가

각주

(3) 불이행 당사자는 이러한 사정을 알았거나 알았음이 분명한 때로부터 합리적 기간 내에 장애와 그의 이행가능성에 미친 영향에 대하여 상대방에게 통지하여야 한다. 상대방은 그러한 통지를 받지 못함으로써 생긴 손실에 대하여 손해배상을 청구할 수 있다.

제8:109조(책임의 제한 및 배제 약정)

제한이나 배제를 주장하는 것이 신의성실 및 공정거래에 반하는 경우를 제외하고는, 불이행에 대한 구제수단을 제한하거나 배제할 수 있다.

51) 제9:201조(이행유보권)

(1) 상대방과 동시에 또는 그보다 후에 이행하여야 하는 당사자는 상대방이 이행을 제공하거나 이행할 때까지 그 이행을 유보할 수 있다. 그 당사자는 자신의 급부 전체나 그 상황에 합리적인 부분만큼을 거절할 수 있다.

(2) 상대방 채무의 이행기에 상대방에 의한 불이행이 있을 것이 명백한 때는, 당사자는 이행을 마찬가지로 유보할 수 있다.

52) 제9:301조(계약해제권)

(1) 상대방의 불이행이 본질적인 경우 당사자는 계약을 해제할 수 있다.

(2) 지체의 경우, 불이행당한 당사자는 제8:106조 제3항에 따라 계약을 해제할 수 있다.

제9:302조(분할이행계약)

나누어서 이행하기로 하였고 또 그 각 부분에 상응하여 반대이행이 분할될 수 있는 계약에 있어서 본질적 불이행이 있는 경우, 불이행당한 당사자는 본 절에 따라 상응하는 부분만큼의 급부에 대하여 계약해제권을 행사할 수 있다. 불이행이 계약 전체에 본질적인 경우에 한하여 계약전부를 해제할 수 있다.

제9:303조(해제의 통지)

(1) 계약을 해제하는 당사자의 권리는 상대방에 통지함으로써 실행된다.

(2) 불이행 사실을 알았거나 알았어야 할 때로부터 합리적 기간 내에 통지하지 아니하면 불이행당한 당사자는 계약을 해제할 권리를 상실한다.

(3) (a) 이행기에 변제의 제공이 없는 경우, 불이행당한 당사자는 제공 전에 해제의 통지를 할 필요가 없다. 그 후에 이행의 제공이 이루어진 경우, 당사자가 제공의 사실을 알게 되었거나 알게 되었음이 분명한 때로부터 합리적인 기간 내에 그러한 통지하지 아니하면, 그는 해제권을 상실한다.

(b) 그러나 불이행당한 당사자가 상대방이 합리적 기간 내에 이행을 제공하려 한다는 점을 알거나 알 수 있고, 그가 이행을 수령하지 아니할 것임을 상대방에게 불합리하게 통지하지 아니하는 경우에, 상대방으로부터 실제로 합리적 기간 내에 이행의 제공이 있었다면 그 당사자는 해제권을 상실한다.

(4) 당사자가 전체적이고 영속적인 장애로 제8:108조에 따라 면책되는 경우에는, 계약은 자동적으로 또 통지 없이 장애의 발생시에 소멸한다.

제9:304조(이행기 전의 불이행)

이행기 전에 당사자 일방의 본질적 불이행이 있을 것이 명백한 경우 상대방은 계약을 해제할 수 있다.

제9:305조(해제의 일반적 효과)

(1) 계약의 해제는 양 당사자로 하여금 장래의 급부의 이행과 수령할 의무로부터 벗어나게 한다. 그러나 제9:306조 내지 제9:308조의 전제하에 해제가 발생된 권리와 의무에는 영향을 미치지 아니한다.

(2) 해제는 분쟁을 해결하기 위한 약정이나 해제 후에 효력이 발생하는 기타의 계약조항에는 영향을 미치지 아니한다.

아닌 경우에는 계약당사자가 아니라는 사실을 환자에게 분명히 밝혀야 한다.

진료제공자가 누구인지를 정할 수 없는 경우에 진료가 일어난 병원이나 진료제공조직은 합리적인 기간 안에 진료제공자가 누구인지 환자

에게 알리지 않은 때에는 그 병원이나 진료제공 조직을 진료제공자로 보아야 한다.⁵⁵⁾

박 중 현

(한국법제연구원 인턴연구원)

각 주

제9:306조(수령물의 가치의 손상)

상대방의 불이행 결과로 상대방으로부터 전에 수령한 물건의 가치가 당사자 일방에게 본질적으로 손상되었다면 해제는 당사자는 그 물건을 거절할 수 있다.

제9:307조(지급된 금전의 상환)

계약의 해제로 당사자 일방은 자신이 수령하지 아니하였거나 정당하게 거절한 이행에 대한 대가로 지급한 금전을 상환받을 수 있다.

제9:308조(물건의 반환)

당사자 일방이 반환될 수 있는 물건을 인도하였고 그에 대한 대가로서의 금전이나 기타 반대급부를 수령하지 아니하였다면, 계약의 해제로 그는 그 물건을 반환시킬 수 있다.

제9:309조(반환될 수 없는 이행에 대한 상환)

이행의 제공을 하였고 그에 대한 대가로서의 금전이나 기타 반대급부를 수령하지 아니한 당사자는, 그것이 반환될 수 없는 때에는, 계약의 해제로 상대방의 급부의 가치에 대한 합리적인 평가액을 상환받을 수 있다.

53) 제1:104(협력의무)

(1) PECL 제1:202조(협력의무)에 따른 의무에 기하여 특히

- (a) 고객은 서비스 제공자가 계약을 이행하는 데에 합리적으로 필요한 범위 내에서 요구하는 합리적인 정보 요청에 응하여야 하고,
- (b) 고객은 서비스 제공자가 계약을 이행하는 데에 합리적으로 필요한 범위 내에서 서비스 이행에 관한 지시를 받아야 하며,
- (c) 고객은 자신이 받기로 한 인·허가를, 서비스 제공자가 계약을 이행하는 데에 합리적으로 필요한 시간 안에서 받아야 하고,
- (d) 서비스 제공자는 자신이 계약에 따른 채무의 이행을 하고 있는지를 판단할 수 있는 합리적인 기회를 고객에게 부여하여야 하며,
- (e) 모든 당사자는 계약을 이행하는 데에 합리적으로 필요한 경우 각자의 시도로서 조정하여야 한다.

(2) 고객이 제1항 제a호, 제b호의 의무를 다하지 않을 경우 서비스 제공자는 PECL 제9:201조(이행거절권)에 의하여 이행을 거절하거나, 또는 고객이 제1:110조에 의한 고지를 받았을 경우에 수집된 정보와 지시에 비추어 고객과 동일한 상황이라면 통상 가졌을 기대와 선호, 우선순위를 기준으로 이행하면 안 된다.

(3) 고객이 제1항의 의무를 다하지 않아서 그로 인하여 서비스가 계약에서 약정한 비용이나 시간을 초과하는 경우 서비스 제공자는

- (a) 불이행으로 인하여 서비스 제공자가 입은 손해의 배상과 함께
- (b) 서비스에 필요한 이행기의 조정을 청구할 수 있다.

54) PEL SC 7:111

55) Id., at 895.