

中國의 醫療過誤責任

朴 冬 梅 (piao dongmei) *

- I. 序 論
- II. 契約責任과 不法行爲責任의 關係 및 比較
 - 1. 契約責任과 不法行爲責任의 關係
 - 2. 契約責任과 不法行爲責任의 比較
- III. 責任의 主體
 - 1. 契約責任의 境遇
 - 2. 不法行爲責任의 境遇
 - 3. 檢 討
- IV. 過失과 因果關係의 證明
 - 1. 契約責任의 境遇
 - 2. 不法行爲責任의 境遇
- V. 責任의 範圍
 - 1. 一般法의 規定
 - 2. 醫療事故處理條例의 規定
- VI. 結 論

I. 序 論

최근 몇 년간 다른 나라와 마찬가지로 중국의 의료분쟁 사건도 지속적으로 증가하고 있는 추세이다.¹⁾

이와 같이 의료분쟁이 급증하는 원인 중의 하나가 중국의 개혁개방 후 국민들의 주체의식, 법률의식, 권리의식이 높아가는 반면에 의료과오책임

* 성균관대학교 법학과 비교법연구소 연구원, 법학박사.

1) 중국 소비자협회의 통계에 의하면 1996년 의료문제로 동 협회에 고발된 사건이 월 2.64건이고, 1997년에는 10.17건, 1998년에는 11.75건에 달하고, 1999년 1분기에 22.25건으로 급증하였으며, 이는 3년간 10배나 증가하였다. (龔賽紅, 醫療損害賠償研究, 中國社會科學院博士學位論文(2000), 1面.) 그리고 이 사건들 중에 의사 측의 진료태도 및 간호수준 또는 상해사고로 인하여 생긴 분쟁이 72%를 차지한다. (中國福州晚報 http://www.66163.com/Fujian_w/news/fzwb/990819/6_2.html.)

에 관한 이론적 연구의 부족 내지는 입법상의 미비 때문이라고 하겠다.

중국은 1986년부터 민법통칙을 施行하였다. 그러나 이것만으로 점점 복잡해져 가는 의료분쟁사건을 해결하기 어려워져 2001년 최고인민법원은 민사소송증거에 관한 사법해석²⁾을 제정하여 의료과실과 인과관계의 증명책임을 의사 측으로 전환하고, 2002년 국무원은 特別法으로 醫療事故處理條例를 제정하였다. 하지만 이들 규정의 문제점³⁾에 대한 학자들의 지적도 적지 않다.

한편 민사책임에 관하여 중국 합동법은 당사자가 계약책임과 불법행위 책임 중에 하나를 선택하여 기소할 수 있다고 규정하고 있다. 그러나 의료소송에서 증명책임을 전환한다는 위 사법해석 때문에 대부분 당사자들은 불법행위책임을 묻고 있다. 그러나 계약책임을 묻는 사건도 없지 않다.

따라서 아래에서는 우선 양 책임구조의 관계와 차이를 살펴보고 의료과오책임에서 책임의 주체, 증명책임, 책임의 범위 등에 관하여 최근 중국에서 쟁점으로 되는 문제점을 소개한다.

한편 설명해태에 관한 논의는 본고에서 논의 대상에서 제외한다.

2) 사법해석이란 중국의 최고인민법원 또는 최고인민검찰원이 법률의 구체적인 적용에 대한 해석이다. 사법해석 중에 최고인민법원의 심판해석과 최고인민검찰원의 검찰해석 등의 두 가지가 있다. 형식은 解釋, 決定, 意見, 批復, 通知 등이 있다. 사법해석은 최고인민법원의 심판위원회 및 최고인민검찰원의 검찰위원회에서 제정 또는 공포한다. 사법해석을 法源으로 인정할지 여부에 대해서 학설은 일치하지 않다. 인정론은 법원의 재판 또는 검찰의 검찰업무 수행 범위내의 법률, 법규의 구체적인 적용에 대해 최고인민법원과 최고인민검찰원이 해석할 수 있다고 하는 1981년 全國人民代表大會常務委員會의 ‘关于加强法律解释工作的决议’의 규정을 근거로 한다. 그리고 법률해석권 있는 全國人民代表大會常務委員會는 보통 2개월 한번 씩 회의를 하는데 회의시간도 짧아서, 동 상무위원회만 법률해석권을 행사한다면 실무에서 법률해석에 대한 요구를 해결할 수 없다는 것이다. 그리고 상무위원회는 구체적인 사법실무를 하지 않기 때문에 법률해석을 하는 것은 합리적이지 못하다고 한다(周旺生, “中国现行法律制度解释研究”, 『现代法学』 2003年 第25卷, 7面). 한편 반대론은 비록 1981년의 위 决议가 최고인민법원과 최고인민검찰원이 사법해석할 수 있다고 규정하였으나 이 决议보다 효력이 높은 立法法은 최고인민법원과 최고인민검찰원의 사법해석권을 규정하지 않았다는 점을 중시한다. 또한 최고인민법원과 최고인민검찰원의 사법해석권을 인정한다면 司法權의 膨脹을 야기할 수 있으므로 사법권에 대한 감독과 규제에 불리하다는 것이다. 따라서 사법해석의 일반적인 효력을 인정하지 말아야 한다고 한다(杨元海, ‘论我国司法解释的法律地位与效力’, 『辽东学院学报』, 2005年 第5期, 24面).

3) 醫療事故處理條例의 문제는 후술한다.

Ⅱ. 契約責任과 不法行爲責任의 關係 및 比較

1. 契約責任과 不法行爲責任의 關係

중국에서는 주로 청구권경합설과 청구권규범경합설이 대립되고 있으며 법조경합설을 지지하는 견해는 거의 없다고 할 수 있다. 이하에서는 중국의 입법 및 학설에 대해 살펴본다.

가. 學說

중국에서는 청구권경합설을 지지하는 견해,⁴⁾ 청구권규범경합설을 취하는 견해,⁵⁾그밖에 최근에 ‘수정된 경합설’이라는 견해⁶⁾가 제기되고 있다. ‘수정된 경합설’은 기본적으로 청구권경합설을 지지하면서 아래와 같은 면에서 청구권경합설을 수정하였다. 첫째 동일한 사실에 대해서 두 개의 청구권이 생기는데, 피해자가 그중의 하나를 선택하면 다른 하나의 청구권은 소멸한다고 한다. 이러면 청구권경합설에 의한 경우의 가해자(채무자)가 번거로운 소송에 시달리는 문제를 면할 수 있다는 것이다. 둘째 청구권은 양도할 수 있으나 두 청구권은 반드시 함께 양도하여야 한다는 것이다.

나. 兩 責任의 關係에 관한 中國法의 規定

중국의 재판실무에서 과거에 법원의 기본적인 입장은 책임경합을 인정하지 않고, 경합금지제도를 취하였다고 한다.⁷⁾

그러나 1989년 중국최고인민법원에서 공포한 ‘全国沿海地区涉外, 涉港澳经济审判工作座谈会纪要’는 책임경합문제에 대해 명확히 확인하였다. 즉 이 문건에 의하면 하나의 법률행위 또는 법률사실은 때로 두 개의 법

4) 王利明, 合同新问题研究(中国社会科学出版社, 2003), 754面; 崔建远, 合同责任研究(吉林大学出版社, 1992), 166面; 艾尔肯, 医疗损害赔偿研究(中国法制出版社, 2004), 58面; 黄明耀, 民法适用基本问题研究(中国法制出版社, 2004), 280面.

5) 舒瑶芝, “侵权责任与违约责任的探讨”, 河北法学 第20卷 第3期(2002), 135面.

6) 龚赛红, 前掲書, 40面.

7) 王利明, 违约责任论(中国政法大学出版社, 2003), 352面.

를관계를 창출할 수 있다. 흔히 볼 수 있는 것은 채권관계와 물권관계의 병존이며, 또는 피고의 행위가 동시에 합동을 파괴하는 것과 민사침해로 구성하는 것이다. 원고는 양자 중에서 자기에게 유리한 일종의 소를 선택하여 소송을 제기할 수 있으며, 관할권이 있는 법원은 다른 청구원인이 존재한다는 이유로 수리를 거절해서는 안 된다고 한다.⁸⁾

그 후 1999년 중국 합동법이 발효하였다. 동법 제122조에 의하면 당사자 일방의 채무불이행행위로 상대방의 인신 및 재산권익이 침해될 경우, 손해를 입은 쪽은 동법에 의해 상대방으로 하여금 채무불이행책임 또는 기타 법률요구에 의해 불법행위책임을 부담할 것을 선택할 수 있다.

그리고 最高人民法院關於適用‘中華人民共和國合同法’若干問題的解釋(一) 제30조에 의하면 당사자는 합동법 제122조에 의한 하나의 청구권을 선택한 후 一審開庭(一審審理)以前에 訴訟請求를 변경할 경우 법원은 그 변경을 허락하여야 한다. 즉 이 조항에 의하면 一審審理가 시작한 후 당사자는 소송청구의 변경을 할 수 없다.

다. 合同法 第122條에 대한 學說上의 理解

이 조항에 대해 학설상의 이해가 일치하지 않다. 그중에 청구권규범경합설로 이해하는 견해⁹⁾와 청구권경합설로 이해하는 견해¹⁰⁾가 있다. 전자의 견해에 의하면 하나의 법률사실로부터 하나의 청구권만 생기며, 이 청구권은 채무불이행행위와 불법행위의 두 개의 성질을 가진다고 한다. 이 청구권의 내용은 계약책임과 불법행위책임 규범의 목적이 중합하여 결정된다는 것이다. 후자의 견해가 들고 있는 근거는 우선 위 합동법 제122조는 실질적으로 피해자의 두 개의 청구권을 인정하고 있다는 것이다. 둘째 最高人民法院關於適用‘中華人民共和國合同法’若干問題的解釋(一)¹¹⁾이 제7항의 제목을 ‘청구권경합’이라고 사용한 것을 보면 입법자 및 최고인민법원은 청구

8) 最高人民法院研究室編, 司法文件選編(人民法院出版社, 1989), 8面.

9) 舒瑤芝, 前揭論文, 135面.

10) 韩世远, “责任竞和的法理构造”, 人民法院报 <http://mfyb.chinacourt.org/public/detail.php?id=65979>.

11) 합동법 적용에 관한 최고인민법원의 사법해석이다.

권규범경합설을 채택한 것이 아니라 청구권경합설을 취한 것이라고 한다.

라. 檢討

청구권규범경합설은 피해자의 구제에 불리할 뿐만 아니라 이 설에 의하면 청구권규범을 통합하여 현재의 법체계를 근본적으로 개혁하여야 한다. 이는 계약책임과 불법행위책임의 체계를 취하고 있는 중국의 현실에 부합하지 않는다. 청구권경합설은 피해자구제에는 유리하나 이는 결국 동일한 사실에 대해서 두 번의 소송이 제기되는 것이고, 소송경제에 부합하지 않는다. 의료분쟁의 경우 환자의 입장에서 두 배의 시간과 비용의 투입을 원치 않을 것이다. 의사 측(가해자 또는 채무자)은 소송에 시달려 所謂 방어의료의 문제가 더욱 심각해질 것이다. 그러나 어찌됐든 이 설은 중국의 현행 법체계에 부합하며 다만 이 설에 대한 수정은 피할 수 없다고 하겠다.

반면에 중국의 합동법 제122조를 청구권경합설로 이해하는 것은 문제가 있다고 생각한다. 동조에 의하면 당사자는 訴를 제기할 때 반드시 하나의 청구권을 선택하여야 한다. 즉 소송과정에서는 오직 하나의 청구권만 존재하는 것이다. 그리고 전술한 합동법에 관한 최고인민법원의 사법해석에 의하면 당사자는 소송과정에서 소송청구를 변경할 수 없다. 그러나 청구권경합설에 의하면 동일한 目標(Ziel)를 향한 請求權들이 그 만족을 얻을 때까지 併存한다.¹²⁾ 따라서 합동법 제122조는 본래 의미의 청구권경합설은 아니다.

2. 契約責任과 不法行爲責任의 比較

가. 責任의 性質

중국의 합동법 제107조¹³⁾에 의하면 합동법은 원칙적으로 엄격책임을

12) Larenz, Karl, Allgemeiner Teil des deutschen burgerlichen Rechts, 5Auffl, 1980, S. 234. 金亨培, “請求權規範競合論-方法論的 再構成을 위하여”, 「高麗大學 法學論集」第20輯(高麗大學校法學研究院, 1982), 212面에서 再引用.

13) 중국 合同法 제107조: 當事者一方이 合同의 義務를 履行하지 않거나 당해 履行이 約定

취하고 있다. 그러나 불법행위책임의 경우 민법통칙 제106조 제2항¹⁴⁾은 과실책임을 원칙으로 하고 있다. 그 밖에 가해행위의 유형에 따라서 책임의 성질이 나누어진다.

민법통칙 제106조 제3항¹⁵⁾은 무과실책임을 규정하고, 민법통칙 제121조부터 제133조까지는 몇몇 특수불법행위에 대해서 과실책임, 무과실책임, 과실추정책임¹⁶⁾ 등 다양한 책임의 성질을 규정하고 있다. 그중에 국가기관 및 공무원의 가해행위의 책임은 과실책임, 건축물 및 기타시설 또는 건축물에 방치 또는 걸린 물건이 무너지거나 탈락함으로 인한 책임은 과실추정책임, 동물의 가해행위, 환경오염, 고공, 고압 등 위험 작업으로 인한 책임 및 제조물책임은 무과실책임이라고 규정하였다.

나. 證明責任

2001년 2월 중국 최고인민법원심판위원회에서 통과한 ‘關於民事訴訟證據的若干規定’ 제4조 8항에 의하면 의료분쟁으로 인한 불법침해소송에서 의료기관이 의료행위와 손해결과 간에 인과관계 및 의료과실이 존재하지 않은 것에 대해 증명책임을 부담한다. 계약책임을 물을 경우 증명책임에 관한 학설상 별로 논의하고 있지 않고 있다. 합동법 제107조에 의하면 결국 환자 측이 의사 측의 이행불완전이라는 점을 증명하여야 한다. 이에 관한 자세한 논의는 후술하는 과실과 인과관계의 증명부분에서 언급한다.

에 符合하지 않을 경우, 繼續履行, 救濟措置 또는 損害賠償 等 違約責任을 부담하여야 한다.

- 14) 중국 民法通則 제106조 제2항: 公民、法人 过错(故意 過失)으로 國家、集體的 財產을 侵害할 경우 民事責任을 負擔하여야 한다.
- 15) 중국 民法通則 제106조 제3항: 过错이 없지만, 法律規定에 의하여 民事責任을 負擔하여야 할 경우, 民事責任을 負擔하여야 한다.
- 16) 과실추정책임은 과실 책임의 한 특수형태이다. 과실 책임과 아래의 몇 가지 점에서 차이가 있다고 한다. 첫째 과실 책임에서는 피해자가 가해자의 과실을 증명하여야 하지만 과실추정책임에서는 증명책임은 가해자에게 전환한다고 한다. 둘째 과실 책임에 의하면 가해자의 책임은 그의 과실의 정도에 의하여 결정되나, 과실추정책임에서 과실은 추정되기 때문에 과실의 정도는 확정하기 어려움으로 책임의 경중에 영향을 주지 않는다는 것이다. 셋째 과실 책임에서는 가해자의 과실과 피해자의 과실을 엄격히 구분하나 과실추정책임에서는 이러한 구분은 어렵다고 한다. (魏振瀛, 民法, 北京大学出版社, 2002. 681-682面).

다. 損害賠償責任의 範圍

중국에서 정신적 손해배상이 인정되는지 여부에 있어 두 가지의 책임 구성이 완전히 다르다. 불법행위책임으로 구성할 때, 민법통칙 제117조,¹⁷⁾ 119조,¹⁸⁾ 120조¹⁹⁾ 또는 最高人民法院關於審理人身損害賠償案件適用法律若干問題的解釋 제1조²⁰⁾에 의하여 재산적 손해뿐만 아니라 알 권리, 자기결정권 및 인신침해로 인한 정신적 손실도 청구할 수 있다. 그러나 계약위반책임으로 구성한다면 인정되지 않는다. 왜냐하면 합동법 제113조²¹⁾에서의 손실은 협의의 손실, 즉 재산손실만 의미하기 때문이라는 것이다.²²⁾

라. 使用者의 免責可能性

불법행위 경우의 사용자나, 채무불이행 경우의 채무자든 피고용자의 고의·과실에 대해서 선임·감독의 의무에 상당한 주의를 하였다고 면책된다는 규정은 없다. 다만 雇主(사용자)가 連帶賠償責任을 진 후 피고용자가 고의나 중대한 과실이 있을 경우 그에게 구상권을 행사할 뿐이다.²³⁾

17) 中國 民法通則 제117조: ① 國家, 集體 또는 他人의 財產을 불법점유 할 경우, 당해 財産을 반환하여야 한다. 반환할 수 없을 경우, 金錢으로 賠償하여야 한다. ② 國家 집체 및 타인의 財産을 훼손할 경우, 原狀回復 또는 金錢으로 賠償하여야 한다.

18) 中國 民法通則 제119조: 公민의 身體를 侵害하여 傷害를 야기할 경우, 醫療費, 休業費, 障礙者生活補助費 등의 費用을 賠償하여야 한다. 死亡에 이를 경우, 喪葬費, 死亡者 生前에 扶養한 者의 필요한 生活費 등의 費用을 支付(지급)하여야 한다.

19) 中國 民法通則 제120조: 公민의 姓名權, 肖像權, 名譽權, 榮譽權이 侵害될 경우, 被害者는 侵害를 停止하고, 名譽를 回復하고, 影響을 없애고 또한 賠禮道歉(사죄하다)할 것을 要求할 權利가 있고, 同時에 損害賠償도 請求할 수 있다.

20) 最高人民法院關於審理人身損害賠償案件適用法律若干問題的解釋 제1조: 生命, 身體, 健康이 侵害되어 賠償權利者가 재산적 및 정신적 손해배상을 청구할 경우 법원은 당해 청구를 수리하여야 한다.

21) 中國 合同法 제113조: 當事者 一方이 合同의 義務를 履行하지 않거나, 履行이 約定에 부합하지 않아 相對方에게 損失을 가할 경우, 損害賠償額은 違約으로 인한 損失과 相當하다. 그중에 合同이 履行后, 취득할 수 있는 利益을 포함한다. 그러나 이 損害賠償額은 合同을 체결할 때, 合同을 違反한 一方이 豫見 또는 豫見하여야 할 合同違反이 초래할 수 있는 損失을 초과하지 못한다.

22) 李国光 主編/最高人民法院經濟審判庭編著, 合同法解釋與適用(新华出版社, 1999), 459面.

23) 中國 最高人民法院關於審理人身損害賠償案件適用法律若干問題的解釋 第9條에 의하면 雇員이 雇傭活動中 他人에게 損害를 가할 경우 雇主가 賠償責任을 부담하여야 한다. 雇員에게 故意 또는 重大한 過失이 있을 경우 雇主와 連帶賠償責任을 負擔한다. 雇主가 連帶賠償責任을 진 후 雇員에게 追償(求償)할 수 있다.

마. 過失相計

중국 민법의 불법행위책임에 있어 과실상계에 관한 규정은 민법통칙 제131조이다. 이 조항에 의하면 피해자에게 손해의 발생에 관한 과실 있을 경우 가해자의 민사책임은 경감할 수 있다. 계약책임의 경우 합동법 제119조에 의하면 당사자가 일방적으로 계약을 위반한 후, 상대방은 손해의 확대를 방지하기 위해 적절한 조치를 취하여야 하며, 그렇지 않을 경우 확대된 손해에 대해서 배상청구를 할 수 없다.

때문에 중국에서는 계약위반과 불법행위의 두 경우 과실상계에 관한 규정이 다르다고 한다. 즉 불법행위책임에서는 피해자의 과실은 가해자의 책임 경감이 가능한 사유이고, 계약책임의 경우 피해자에게 과실이 있으면 그로 인한 손해에 관해서는 배상청구를 할 수 없다는 것이다.²⁴⁾

바. 消滅時效

중국 민법통칙 제135조는 불법행위와 채무불이행행위를 불문하고 2년의 소멸시효를 규정하였다. 그러나 신체상해의 경우 동법 제136조에 의하면 소멸시효는 1년이다. 결국 의료소송에서 소멸시효의 면에서 채무불이행의 경우에는 2년의 시효에 걸리고, 불법행위의 경우에는 1년의 시효에 걸린다.

Ⅲ. 責任의 主體

1. 契約責任의 境遇

중국에서 법인 의료기관은 全民所有制病院(國立, 省立, 市立, 縣立醫院, 衛生院, 療養院), 集體性質의 의원, 중외합자(합작)의원 등이 있으며, 계약책임의 경우 이들 의료법인이 책임의 주체가 되겠다.

비법인 의료기관은 개인 개업의, 사립병원, 합伙 등의 형식이 있다. 개

24) 柳经纬/李茂年, 前掲書, 139面.

인 개업의의 경우 개업의사가 책임의 주체가 되고, 사립병원의 경우 병원설립자가 책임의 주체가 되는 것은 문제가 없다. 개인합화의 경우, 대외 채무에 대해서는 모든 舍伙人이 무한적 연대책임을 진다.

그리고 이들 의료기관에서 근무한 의사는 이행보조자에 불과하고 直接債務不履行責任을 負擔하지는 않는다고 한다.²⁵⁾

2. 不法行爲責任의 境遇

가. 不法行爲責任의 主体에 관한 現行法体系

1980년대, 경제체제의 개혁의 추진, 나아가 기업의 자주경영 自負盈虧²⁶⁾의 실현을 위하여 중국은 기업법인의 발전을 중심으로 하였다고 한다.²⁷⁾ 그래서 민법통칙은 제43조의 기업법인의 규정만 두고, 기타 법인책임에 관한 규정은 없다.

그리고 현행 민법통칙은 사용자책임에 관한 규정도 없다. 이는 민법통칙의 제정 당시 중국의 公有制度에서 사람들은 국가 주인의 신분으로 근무하며, 기업과 직원 간에는 고용관계가 존재하지 않는다는 것을 참작하여 입법한 것이기 때문이다.

그러나 시장경제의 발전에 따라 여러 형태의 고용관계가 생겼으며, 피용자가 타인에게 손해를 가하여 생긴 손해배상소송도 점차 많아졌다. 따라서 재판실무상의 필요로 최고인민법원은 關於適用〈民事訴訟法〉若干問題的意見 제45조²⁸⁾에서 사용자책임에 관한 입법상의 맹점을 어느 정도 보완하였다. 그러나 個体工商戶,²⁹⁾ 農村承包經營戶³⁰⁾, 舍伙組織 이외에 기

25) 尹飞, “医疗事故民事责任的损害赔偿问题”, 民法院·侵权责任法研究(王利明 主编)(人民法院出版社, 2003), 430面; 龚舜红, “医疗损害赔偿研究”, 14面.

26) 自負盈虧이란 원래 국가가 국유기업의 적자를 부담하였는데 이제는 기업자체가 부실경영으로 인한 손실을 부담한다는 뜻이다.

27) 马骏驹, “法人制度的 基本理論和立法問題之探討”, 法學評論 第5期(2004), 31面.

28) 關於適用〈民事訴訟法〉若干問題的意見 第45條: 個体工商戶, 農村承包經營戶, 舍伙組織이 雇用人員이 雇傭契約에 規定한 生産經營活動을 함에 있어 他人에게 損害를 加하였을 경우 雇用人가 當事者이다.

29) 個体工商戶란 법규정에 의하여 관련 부문에 등록하고 工商經營 활동을 하는 自然人 및 家庭이라고 한다.(魏振瀛, 前掲書, 111面.)

타 조직일 경우 또한 어떻게 적용할 것인가가 문제이다. 이에 대해 최고 인민법원은 2003년 인신손해배상해석을 제정하여 제9조³¹⁾에서 실체법적으로 사용자책임에 관해 보완하였다.

그밖에 부차적으로 언급할 것은 많은 학자들은 불법행위책임의 주체에 관하여 아래와 같이 분류하고 있다. 즉 국가기관 공작인원의 직무행위로 인한 손해에 대해서는 국가가 책임을 부담하고, 기타 법인의 공작인원의 직무행위에 대해서는 법인책임을 적용하고, 私人企業, 三資(中外合作, 合資, 外商獨資), 個人合伙, 個體工商戶, 承包經營戶(수급인) 및 其他公民이 인력을 사용할 경우 등과 같이 사용자책임을 적용하는 세 가지의 형태로 나누고 있다고 한다.³²⁾ 그리고 위 “인신손해배상해석”은 이 견해를 받아들였다고 한다.³³⁾

나. 醫療事故責任의 主体

醫療事故處理條例가 나온 후, 의료분쟁사건에서 각 법원이 법률적용에 있어 많은 혼란을 겪고 있는 실정을 비추어 최고인민법원은 2003년에 關於參照〈醫療事故處理條例〉審理醫療糾紛民事案件的通知(2003년 1월 6일)를 제정하여 제1조 및 제3조³⁴⁾에서 앞으로 의료사고에 속하는 사건은 동 조

30) 農村承包經營戶란 農村集體經濟組織의 成員이 法律이 許容하는 範圍內 承包合同(一種의 道畝계약과 비슷한 계약)에 依하여 商品經營하는 것을 말한다. 이 계약의 一方은 集體經濟組織이고, 다른 一方은 農民個人 또는 한 家庭이다. 契約의 內容은 보통 農民이 集體의 土地, 森林 등 資源을 賃借하여 經營하고, 收益중의 一定額을 集體에 支給하는 것이다. (韩松, 民法学, 中国政法大学出版社, 2004, 141面.)

31) 關於審理人身損害賠償案件適用法律若干問題的解釋 제9조: 雇員이 雇傭活動中 他人에게 損害를 加할 경우 雇主가 賠償責任을 負擔하여야 한다. 雇員에게 故意 또는 重大한 過失이 있을 경우 雇主와 連帶賠償責任을 負擔한다. 雇主가 連帶賠償責任을 진 후, 雇員에게 追償(求償)할 수 있다.

32) 尹 飞, “用人者責任研究”, 法学杂志, 第2期(2005), 41面.

33) 尹 飞, 上揭面.

34) 關於參照〈醫療事故處理條例〉審理醫療糾紛民事案件的通知 第1條: 醫療事故處理條例가 施行 후에 發生한 醫療事故로 因한 醫療賠償糾紛에 對해 法院에 起訴할 경우, 동 조례를 參照하여야 한다. 醫療事故가 아닌 다른 醫療賠償糾紛에 對해서는 民法通則을 적용 한다. 조례가 施行 前에, 人民法院이 이미 民法通則 또는 原 醫療事故處理辦法에 依해 審理한 民事案件에 對해 再審 時 조례를 適用하지 않는다.

제3조: 醫療事故處理條例가 施行 后, 人民法院이 醫療事故로 因한 醫療賠償糾紛 民事案件을 審理함에 있어 醫療事故賠償責任을 確定할 경우, 동 조례 제49,50,51,52조의 規定을

례를 참조할 것을 강조하였다.

의료사고처리조례 제52조³⁵⁾는 의료사고 배상책임을 일률적으로 의료기관에 부과하고, 고의·과실이 있는 의사 및 기타 의료인원에게는 형사 및 행정상의 책임만 인정하고, 민사상의 책임은 인정하지 않았다. 그러나 이 하나의 조항만으로는 관련된 구상권, 면책, 연대책임 등의 많은 문제들을 해결할 수 없다. 따라서 동 조례가 규정하지 않은 문제는 기타 법률규정 또는 학설에 의하여 해결해야 한다.

아래에서는 의료과오책임의 주체에 있어 책임의 성질, 소송상의 당사자, 구상권, 면책사유 등에 대한 논의를 살펴보겠다.

(1) 醫療事故賠償責任의 性質

책임의 성질에 관하여 우선 자기책임인가 아니면 대위책임인가에 대해 유형별로 논의하고 있다. 즉 國有醫院, 私營(개인병원)醫院과 같은 醫院의 경우 의호(의사, 간호사)인원은 의료기관과 특정한 관계가 있기 때문에 이들의 행위는 곧바로 의료기관의 행위이며 이들의 행위에 대해서 의료기관이 책임져야 한다고 하면서 이를 대위책임으로 본다.³⁶⁾ 그리고 개인개업의 경우 책임의 성질은 자기책임이라고 한다.³⁷⁾

한편 사용자책임의 성질에 관하여 과실책임설³⁸⁾과 무과실책임설³⁹⁾이 있다. 현행법체계에서 보았을 때, 중국 민법통칙 제43조에 의하면 법인은 법정대표인 및 기타 공작인원(직원)의 직무행위에 대해서 무과실책임을 부담한다. 그리고 위 인신손해배상에 관한 최고인민법원의 사법해석 제9조에 의하여도 고용자(사용자)는 관리·감독상의 주의의무를 다 하였다고 해서 면책된다는 내용이 없다. 따라서 중국의 법체계에서 보아도 무

參照하여야 한다.

35) 醫療事故處理條例 제52조: 醫療事故損害賠償은 一回的 決算으로 하고, 당해 醫療事故에 대해 過錯 있는 醫療機構가 損害賠償責任을 부담한다.

36) 楊立新, 民法判解研究與適用(人民法院出版社, 2004, 268面).

37) 楊立新, 前揭書, 268面.

38) 王澤鑒, 民法學說與判例研究(第一卷)(法律出版社, 1998), 6-7面.

39) 馬駿駒/于延滿, 民法原論(下)(法律出版社, 1999), 1007面.

과실책임이 타당하다. 의료사고처리조례도 무과실책임을 따르고 있다.

(2) 過錯의 意味

醫療事故處理條例 제52조의 “……과착(고의·과실) 있는 의료기관이 책임을 부담한다”는 규정에서 過錯이란 의료기관 자신의 過錯만 의미 하는 것인지 아니면 근무 의사 등 의료인원의 過錯까지 포함하는 것인지 분명하지 않다. 전자와 후자의 법적 효과가 크게 차이가 난다. 전자의 경우에 의료기관은 의료인원의 과착에 대해서 책임을 지지 않는 결과가 생기므로, 환자는 의사를 비롯한 의료인원을 상대로 고소할 수밖에 없다. 이는 입법자의 환자 측의 이익을 보호해 주려는 의도와 부합하지 않는다. 따라서 여기서의 過錯은 후자의 의미로 이해하는 것이 타당하다고 하겠다.

(다) 訴訟上의 當事者

물론 의사 등 의료인원이 고의 또는 중대한 과실로 의료사고를 저질렀을 때 피해자는 당연히 의사를 상대로 형사 또는 민사상 기소를 할 수 있다. 그러나 이는 본고의 논의대상이 아니므로 별도로 하겠다. 어쨌든 醫療事故處理條例 제52조, 最高人民法院關於適用民事訴訟法若干問題的意見(민사소송법에 관한 최고인민법원의 사법해석) 제43, 45조에 의하여 민사상의 의료과실로 인한 의료사고에 관하여 의료기구만이 피고로 되고, 의사 등 의료인원은 피고로 되지 않는다. 개체진료소(개인 개업의)의 피고용인원이 환자에게 손해를 가할 경우, 당해 진료소를 설립한 의사가 피고로 된다고 한다.⁴⁰⁾

(라) 求償權의 認定 與否

醫療事故處理條例 제52조는 의료기관의 성질(법인인지 비법인인지), 책임의 성질(법인책임인지 사용자책임인지)을 불문하고 일률적으로 의료기관이 책임을 부담하도록 규정하였다. 그리고 최고인민법원 關於適用民事

40) 楊立新, 前掲書, 269面; 같은 見解 北京市高級人民法院 民一庭, 当前医疗糾紛案件的特征, 难点及审判对策, 祝銘山, 医疗損害賠償糾紛(中国法制出版社, 2004), 399面.

訴訟法若干問題的意見(민사소송법 적용에 관한 최고인민법원의 사법해석) 제43조 및 제45조와 결합해 보면 의료과오소송에서 근무의사는 당사자가 되지 않는다. 그렇다면 의료기관이 책임진 다음, 과실을 범한 의료인원에게 구상할 수 있는지가 문제인데, 이에 관하여 의료사고처리조례는 규정하지 않았다. 민법통칙도 마찬가지로 규정하지 않았으며, 다만 최고인민법원 인신손해배상해석 제9조는 고의·중대한 과실이 있는 피고용자에 대해 구상할 수 있다고 하였다.

그런데 문제는 법인 및 기타 조직일 경우인데, 이에 관하여 인신손해배상해석도 명문의 규정이 없다. 이에 대해 한 견해⁴¹⁾는 의료기관의 성질을 불문하고, 대위책임이 인정되면 구상할 수 있다고 한다.

(마) 免責事由

과실책임에서는 사용자가 피고용자에 대한 선임·감독상의 주의의무를 다 하였다는 것을 증명하면 면책되는데, 무과실책임에서는 그러하지 않다. 사용자책임에 관하여 무과실책임원칙을 따르는 중국에서도 이와 같은 면책사유는 인정하지 않고, 의사 등 의료인원의 과실을 바로 병원의 과실로 추정한다고 한다.⁴²⁾

3. 檢 討

醫療事故處理條例는 계약책임과 불법행위책임을 불문하고 책임의 주체를 의료기관으로 한정하고 있기 때문에 환자 측이 어떤 성질의 책임을 묻던 간에 결과는 다르지 않다.

이는 중국인의 집체주의문화적인 사고방식이라는 점, 중국의 의사집단은 아직 富裕한 계층이 아니므로 환자 측의 손해를 填補해 줄 수 있는 배상책임능력이 부족하다는 점, 현재 중국은 의사책임보험제도가 구축돼 있지 않고 있다는 점 등을 고려해 보았을 때 바람직하다고 생각한다.

41) 楊立新, 上揭面.

42) 王利明, 民法典·侵权责任法研究(人民法院出版社), 2003, 431面.

IV. 過失과 因果關係의 證明

전술한 최고인민법원의 사법해석에서는 의료과실과 인과관계의 증명책임은 모두 전환하고 있는 관계로 이하에서는 과실과 인과관계를 나누지 않고 함께 논의한다.

1. 契約責任의 境遇

중국 合同法 제107조⁴³⁾는 엄격책임을 원칙으로 하고 있으며, 따라서 의료과오소송에서 이 조항을 적용한다면 환자 측은 의사 측의 채무불이행에 대해 증명할 필요가 없다. 다만 동법 제117조⁴⁴⁾에 의하여 의사 측은 불가항력으로 항변할 수 있고, 따라서 진료과오소송에서 의사 측의 무과실책임을 물을 수는 없을 것이다.

계약책임에 대한 이러한 중국 합동법의 태도는 결국 진료과오의 경우에 그 진료채무 이행의 결과가 “合同義務에 符合하지 않을 경우”임을 환자 측이 증명해야 하며, 진료채무가 결국 수단채무임은 중국에서도 마찬가지라고 하겠다.

2. 不法行爲責任의 境遇

그동안 입법적으로나 이론적으로나 의료과오에 대해서 불법행위책임으로 이해해 왔다. 즉 민법통칙 제98조에 의하면 “公民은 생명건강권이 있다.” 제106조 2항에 의하면 “公民 및 法人은 過錯으로 국가 集體的 財産 또는 他人의 財産 人身을 侵害할 경우 민사책임을 진다.” 증명책임에 관해 1992년 실행된 最高人民法院关于适用(中华人民共和国民法诉讼法)若干

43) 合同法 제107조: 당사자 일방이 合同에 의한 義務를 履行하지 않거나 履行이 合同義務에 符合하지 않을 경우, 繼續履行, 救濟措置 및 損害賠償 등 違約責任을 負擔하여야 한다.

44) 合同法 제117조: 불가항력으로 계약을 이행할 수 없을 경우 불가항력의 영향의 정도에 따라서 책임의 전부 또는 부분을 면제한다. 그러나 법률이 다르게 규정하는 경우에는 그 규정에 따른다. 당사자가 이행을 지체한 후에 불가항력이 발생한 경우에 책임을 면하지 못한다.

問題的意見 제74조에 피해자의 증명책임을 덜어주기 위해 특수불법행위의 몇몇 사안에 대해 책임을 전환시켰다. 그러나 그중에 의료과오는 포함하지 않았다. 따라서 과실에 대한 증명책임은 환자 측에서 부담하였다.

그런데 2002년 4월 1일부터 시행된 最高人民法院關於民事訴訟證據的若干規定 제4조(8)⁴⁵⁾에 의하면 의료행위로 인한 침권소송(불법행위소송)에서 의료기관이 의료행위와 손해결과 간에 인과관계 및 의료과착(고의·과실)의 부존재에 대해 舉證責任(증명책임)을 부담해야 한다.

위 규정에 대해 일부 견해는 아래와 같이 이해하고 있다.⁴⁶⁾ 즉 의료행위로 인한 침권소송(불법행위소송)에서 인과관계와 과실은 모두 추정을 하는데 이 때 피해자는 이 두 요건에 대해 증명하지 않고, 단지 의사 측의 치료행위 및 손해의 사실이 있다는 것만 증명하면 된다는 것이다. 한편 의료기관은 인과관계 및 의료과착(고의·과실)의 부존재를 증명하여 추정을 번복하여야 면책될 수 있으며, 그렇지 못할 경우 이 두 요건은 그대로 추정된다고 한다.

2002년 7월10일 天津市第二中級人民法院에서 최초로 이 규정을 적용하여 판결하였다. 이 사안에서 工人(노동자) 吳某는 1999년 손가락을 다쳐 天津醫院에서 치료 받았는데 이 병원에서는 그의 오른 手指頭를 절단할 뿐만 아니라 손바닥의 일부도 절단하여 오른손의 기능을 상실하게 하였다. 一審은 吳某의 엑스레이사진의 분실 또는 병력자료의 부족으로 청구를 기각하였으나 二審에서는 위 사법해석을 적용하여 병원에서 필요한 엑스레이사진증거를 제출하지 못하여 吳某에게 6萬元(한화 1천만원정도)의 손해배상을 하도록 판결하였다.⁴⁷⁾

그러나 학계에서 이 규정에 대해서 찬반양론으로 나누어져 있다. 반대의 견해는 의료기관의 증명책임을 너무 가중하면 의료기관의 배상책임을

45) 最高人民法院關於民事訴訟證據的若干規定 제4조(8): 因医疗行为引起的侵权诉讼, 由医疗机构就医疗行为与损害结果不存在因果关系及不存在医疗过错承担举证责任.

46) 王正志, “医疗侵权诉讼中举证责任”, 侵权行为法研究-中美侵权法国际研讨会论文集(中国民主法制出版社, 2004), 439面.

47) 王正志, 上揭面.

지나치게 확대할 수 있으며, 궁극적으로 이러한 부담이 환자에게 전가될 것이라고 우려하고 있다.⁴⁸⁾

그렇다면 이 조항을 제정하는 취지가 어떠한 것인지를 살펴보겠다. 이에 대하여 최고인민법원에 의하면 “우선, 법관이 인정한 사실은 반드시 증거에 의해 증명된 사실이어야 하며, 주관적으로 함부로 판단하지 말아야 한다. 둘째, 법관은 증거부족의 이유로 재판을 거부하면 안 된다. 때문에 이와 같은 규정을 제정하여 쌍방 당사자가 모두 충분한 증거를 갖고 있지 않을 경우에도 재판을 할 수 있는 근거규정을 마련한 것이다. 셋째, 민사소송법이 소송기한을 두는 것이 공평과 효율의 실현을 위한 것이며, 따라서 법관은 최대한 심리기한 내에 판결을 하여야 하며 무기한으로 증거를 수집하면 아니된다.”라고 한다.⁴⁹⁾

환자 측을 보다 두텁게 보호하기 위하여 최고인민법원이 위와 같은 규정을 두었으나, 의료과실과 인과관계에 대한 증명을 모두 전환하는 것은 위촉의료 또는 소권남용 등의 결과를 고려하여 보다 신중한 검토를 요한다고 하겠다. 나아가서 입증책임의 전환은 단순히 그것 하나만 보고 판단할 것이 아니고, 의사책임보험의 가능성 및 효율성, 국가 재정에 기초한 무과실 의료사고 피해 보상의 제도 등이 함께 논의되어야 하는 것이다. 또한 최고인민법원이 이 규정을 마련한 취지를 보면 이는 사실이 진위불명 시 법관이 재판을 거절하거나 장기간 재판을 끄는 것을 막기 위한 것이다. 그러나 그것은 심판제도의 개선으로 해결할 문제이지 이와 같이 의사 측에게 증명책임을 부과함으로써 해결할 것은 아니라고 하겠다. 다만 의료행위의 밀행성, 전문성, 재량성 등의 특징 및 환자 측이 약자의 지위임을 감안할 때 표견증명(일응의 추정) 등의 법리를 적용하여 증명의 정도를 완화하는 것은 필요하다고 생각한다. 따라서 환자 측이 요건사실에 대해 아무런 증거를 제시하지 않고 의사 측만 무과실을 증명하게 하는 것은 최후의 수단이라고 할 것이며, 관련 제도의 정비와 함께

48) 杨立新, 前掲書, 266面.

49) 郑雪倩, 医疗纠纷防范与对策(汕头大学出版社, 2002), 187面.

보다 더 많은 논의가 필요하다고 할 수 있겠다.

V. 責任의 範圍

최근에 의료과오손해배상에 있어 많이 논의되는 것은 醫療事故處理條例가 규정한 배상액 제한의 타당성 여부에 관한 문제이다. 이하에서 우선 손해배상에 관한 중국의 일반법의 규정을 살펴보고 배상액 제한에 관한 논의를 소개 및 검토한다.

1. 一般法の 規定

중국은 민사책임의 범위에 관해 합동법과 민법통칙을 두어 계약책임과 불법행위책임의 손해배상을 별도로 규정하고 있다. 합동법 제113조에 의하면 當事가 계약의무를 이행하지 않거나 또는 당해 이행이 약정에 부합하지 않아, 상대방에게 손해를 가할 경우, 손해배상액은 계약위반으로 야기한 손해에 상당하여야 한다. 그중에 계약이 이행된 경우에 당사자가 얻을 수 있는 이익도 포함되어야 한다. 그러나 계약을 위반한 一方이 계약 체결 시 예견 또는 예견하여야 할 계약 위반으로 야기할 수 있는 손해를 초과하지 못한다. 이 조항은 국제물품매매계약에 관한 유엔 협약 (United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods)의 제74조를 참조하여 제정한 것으로 볼 수 있겠다.⁵⁰⁾

이 규정에 대해 한 견해⁵¹⁾는 아래와 같이 설명하고 있다. 즉 계약책임의 범위에 대해 중국은 완전배상주의를 취하고 있다고 한다. 그러나 계약책임의 무한적 확대는 결국 예측할 수 없는 위험에 대해서도 책임을 부담하여야 하는 결과가 생길 수 있기 때문에 완전배상에 대해 아무런 제한이 없으면 사람들은 감히 거래를 하지 못하게 될 것이라고 한다. 이러한 상황을 막기 위해서 동 규정은 단서에서 완전배상의 상한을 정한

50) 李国光/最高人民法院经济审判庭编著, 合同法解释与适用(上)(新华出版社, 1999), 462面.

51) 王利明, “合同解除与违约责任”, 民商法前沿论坛 第2輯(2004), 304面.

것이라고 한다.

그러나 앞에서 이미 언급하듯이 중국에서는 의료분쟁에 대해서 통상 불법행위책임으로 다루고 있기 때문에 합동법보다 오히려 민법통칙의 규정을 적용하는 것이 일반적이다. 민법통칙 제117조 2, 3항은 “國家, 集體 또는 他人의 재산을 훼손할 경우, 원상회복 또는 금전으로 환산하여 배상하여야 한다. 피해자가 이로 인하여 기타 중대한 손실을 받을 경우 가해자는 그 손해를 배상하여야 한다”고 규정함으로써 완전배상주의를 취하고 있다.

2. 醫療事故處理條例의 規定

배상액에 있어 조례는 상당히 제한하고 있다. 이 제한은 조례의 여러 규정에서 나타나고 있다. 우선 조례의 제49조 제1항에 의하면 구체적인 배상액을 산정할 경우 의료사고등급, 과실의 정도, 손해의 결과와 환자 원래의 질병상황간의 관계 등을 고려하여야 한다. 제2항에 의하면 의료 사고에 속하지 않는 손해에 대해서는 배상하지 않는다. 둘째 동 조례 제 50조⁵²⁾에 열거한 배상항목에 대해서 연한과 계산기준으로 제한하였다.

52) 醫療事故賠償은 下列項目과 標準에 의해 計算한다:

(一) 醫療費: 醫療事故가 患者에게 야기한 人身損害에 대한 치료과정에서 發生한 醫療費用에 의해 計算한다. 凭据支付(영수증에 의해 지급), 그러나 原發病 醫療費用은 포함하지 않는다. 사건 종료 후 계속적인 治療가 확실히 필요할 경우, 基本 醫療費用에 의해 지급한다.

(二) 误工费: 患者가 固定的인 수입이 있을 경우, 本人이 휴업으로 감소된 固定 收入에 의해 計算한다. 收入이 醫療事故 發生地 上一年度(전해) 职工 年平均 工資보다 3倍 以上으로 높을 경우, 3倍로 計算한다. 固定적인 수입이 없을 경우, 醫療事故 發生地의 上一年度 职工 年平均 工資에 의해 計算한다.

(三) 住院伙食(식사) 補助費: 醫療事故 發生地의 国家机关 一般工作人員의 出差(출장) 伙食 補助標準에 의해 計算한다.

(四) 陪护費(간호): 患者 入院 期間 간호할 전담자가 필요할 경우, 간호비용은 醫療事故 發生地 上一年度 职工 年平均 工資에 의해 計算한다.

(五) 殘疾生活補助費: 傷殘(장애) 等級에 근거하여, 醫療事故 發生地 居民(주민)의 年平均 生活費에 의해 計算한다. 自定殘之月起(장애로 확정된 그 달부터) 最長 30年 동안 賠償한다. 그러나 만 60세 이상의 경우, 15년을 초과하지 않고, 만 70歲 以上일 경우, 5年을 초과하지 않는다.

(六) 殘疾用具費: 殘疾(장애)로 補償功能(보조기능)器具가 필요할 경우, 醫療機構의 證明

이에 조례가 국가배상법의 배상기준보다 더 낮은 점에 대해 비판을 가하는 견해⁵³⁾가 있다.

한편 의료과오로 인한 손해배상에 있어 제한배상원칙을 취하는 것이 타당하다고 보는 견해⁵⁴⁾가 있다. 그 근거는 다음과 같다. 첫째 의료과오는 기타 일반 불법행위와 다르다고 한다. 의료행위자체가 환자의 신체에 대한 상해성질이 포함돼 있고, 또한 의료행위의 고도의 위험성, 환자의 특이체질 및 기타 외부조건에 영향을 등 점을 고려해 보았을 때, 의료과오와 일반적 불법행위에 대한 책임을 같이 취급할 수 없다는 것이다. 둘째 중국의 衛生機關의 운영은 아직 완전히 市場化되지 않았다고 한다. 중국의 의료기관은 영리적과 비영리적으로 나누고 있지만, 주요한 부분은 비영리적인 것이고, 의료소비구조는 국가, 집체, 개인인 三者의 구조이며, 의료기관의 경비의 일부분은 여전히 국가에서 부담하고 있기 때문에 의료사고배상은 어느 정도 국가배상의 성질을 갖고 있다고 한다. 그리고 중국의 의료비용은 국가의 통제에 의하여 표준적인 비용제도를 실행하고 있기 때문에 의료비용과 의로서비스의 실제 原價간에 상당한 차이가 있다고 한다. 이와 같은 상황을 종합해 보았을 때 의료사고배상에 있어서

으로, 普及型 器具의 費用에 의해 計算한다.

(七) 喪葬費(장례비) : 醫療事故 發生地에서 規定한 喪葬費 補助標準에 의해 計算한다.

(八) 被扶養人生活費 : 死者 生前 또는 殘疾者가 勞動能力을 喪失하기 前 實際 扶養하고 있는 者 또는 勞動能力이 없는 者에 限하여, 그(被扶養者)의 戶籍所在地 또는 居所地(거주지) 居民 最低 生活保障標準에 依하여 計算한다. 16歲 미만의 者에 對해서, 16歲까지 扶養하고 滿 16歲이고 勞動能力이 없는 者에 對해서는 20年 扶養한다. 그러나 60歲 以上인 者에 對해 15年을 초과하지 않으며; 70歲 以上인 者에 對해 5年을 초과하지 않는다.

(九) 交通費 : 患者가 實際 必需한 交通費用에 의해 計算한다. 凭據支付.

(十) 住宿費(숙박비) : 醫療事故 發生地의 國家机关 一般工作人員의 出差 住宿 補助標準에 의해 計算한다. 凭據支付.

(十一) 精神損害抚慰金(위자료) : 醫療事故 發生地의 居民(주민) 年平均 生活費에 의해 計算한다. 患者가 死亡할 경우, 賠償 年限(기한)은 最長 6年을 초과하지 아니하며, 患者가 殘疾로 判정될 경우, 배상기한은 最長 3年을 초과하지 아니한다.

53) 龚赛红, “论医疗损害赔偿的法律依据”, 侵权法评论(张新宝 主編) 第1輯(2003), 96面.

54) 柳经纬/李茂年, 医患关系法论(中信出版社, 2002), 209面; 같은 견해 姜柏生, “医疗损害限额赔偿制度合理性问题研究”, 中国卫生质量管理 第12期(2005), 46面以下; 史俊杰, 我国医疗纠纷实行限额赔偿制度的合理性, 南京医科大学学报 第4期(2004), 291面 以下.

그 배상액을 제한하는 것이 공평하다고 한다.

생각건대 의료분쟁에서 손해배상에 관하여 배상액을 제한하여야 한다는 위 견해가 타당하다고 하겠다. 왜냐하면 의료행위는 고도의 위험을 수반하는 행위이고 또한 현대 의학으로 해명할 수 없는 분야도 많기 때문이다. 게다가 전술한 바와 같이 중국 최고인민법원은 민사소송증거에 관한 사법해석에서 의료과실과 인과관계의 증명책임을 전부 의료기관으로 전환하였다. 이렇게 되면 의사 측이 과실 없이 의료행위를 하였음에도 불구하고 현대 의학으로 설명할 수 없는 위험에 대해서도 책임져야 하는 결과가 생길 수 있다. 만약 의사 측에게 완전배상원칙까지 적용한다면 의료위축이 더욱 심해질 것이다. 무엇보다 의료기관은 그가 받은 손해에 대해 의료비의 인상으로 填補하려고 할 것이고 결국은 그 부담 전체가 환자에게 전가될 것이다. 그 밖에 중국에서는 아직 의사책임보험 제도 또는 국가 재정에 의한 무과실 의료사고 피해 보상의 제도가 구축되었지 않았다는 점⁵⁵⁾을 보아도 배상액을 제한하는 것이 바람직하다고 하겠다.

VI. 結 論

의료기술의 고도화와 의료에 관한 욕구 증대 및 개인의 권리의식의 신장 등의 영향으로 말미암아 의료행위에 대한 사법적 분쟁은 점점 증가하고 있는 추세이다. 또한 앞으로 배상액의 高額化도 예측할 수 있다. 이러한 실정에서 의사 측에 대한 不信, 의사 측의 위축의료, 의료회피 등의 문제가 대두될 가능성도 있게 된다. 따라서 의료분쟁에서 환자 측과 의사 측의 利益調和를 위한 합리적이고 공평한 기준을 제시할 法理論의 구축이 무엇보다 중대한 과제일 것이다.

의료과오 민사책임을 논함에 있어 난해하고 또한 책임의 분배에 결정적인 문제가 의료과실과 인과관계의 증명에 관한 문제이다. 이는 그 손실을

55) 刘平, 建立我国医疗责任保险制度的思路, 医院管理论坛 第4期(2005), 8~10面.

누가 사회적으로 분산할 기능을 가지는가의 문제이기도 하다. 그 기능은 가격구조 또는 보험의 원리로 실행된다. 따라서 의료사고의 경우에 보험 공단에 의하여 수가가 결정되는 바 결국 보험의 원리에 의한 사회적 분산을 누가 하는 것이 더 효율적인가에 대한 보험경영학의 관점에서의 연구 및 판단이 선행되어야 할 것이다. 그러므로 증명책임을 단순히 의사 측으로 전환하는 것보다 국가 및 사회의 비용 절감과 함께 개인적 비용의 절감이라는 양면이 있음을 고려하여야 한다.

한편 醫療事故處理條例처럼 배상액을 제한하여 증명책임을 전환으로 인한 의사 측의 불이익을 조정하는 것이 현재로서는 효과적인 방법이겠지만 보다 근본적인 방법으로 의사책임보험제도 등 관련 제도를 구축하는 것이 요망된다고 하겠다.

[참고 문헌]

1. 국내문헌

金亨培(1982). “請求權規範競合論-方法論的 再構成을 위하여”, 『高麗大學
法學論集』第20輯. 高麗大學校 法學研究院.

2. 중국문헌

1) 단행본

马骏驹/于延滿(1999). 『民法原論』下. 法律出版社.

杨立新(2004). 『民法判解研究与适用』. 人民法院出版社.

王泽鉴(1998). 『民法學說與判例研究』第一卷. 法律出版社.

王利明(2003). 『民法典·侵权责任法研究』. 人民法院出版社.

王利明(2003). 『合同新问题研究』. 中国社会科学出版社.

王利明(2003). 『违约责任论』. 中国政法大学出版社.

魏振瀛(2002). 『民法』. 北京大学出版社.

柳经纬·李茂年(2002). 『医患关系法论』. 中信出版社.

艾尔肯(2004). 『医疗损害赔偿研究』. 中国法制出版社.

李国光 主編·最高人民法院经济审判庭 编著(1999). 『合同法解释与适用』. 新华
出版社.

郑雪倩(2002). 『医疗纠纷防范与对策』. 汕头大学出版社.

祝銘山(2004). 『医疗损害赔偿糾紛』. 中国法制出版社.

崔建远(1992). 『合同责任研究』. 吉林大学出版社.

韩 松(2004). 『民法学』. 中国政法大学出版社.

最高人民法院研究室 编(1989). 『司法文件選編』. 人民法院出版社.

黄明耀(2004). 『民法适用基本问题研究』. 中国法制出版社.

2. 논문

- 姜柏生(2005). “医疗损害限额赔偿制度合理性问题研究”. 『中国卫生质量管理』第12期.
- 龚赛红(2000). “医疗损害赔偿研究”. 中国社会科学院 博士学位论文.
- 龚赛红(2003). “论医疗损害赔偿的法律依据”. 『侵权法评论』张新宝 主編 第1輯.
- 马骏驹(2004). “法人制度的 基本理論和立法问题之探讨”. 『法学评论』第5期.
- 史俊杰(2004). “我国医疗纠纷实行限额赔偿制度的合理性”. 『南京医科大学学报』第4期.
- 舒瑶芝(2002). “侵权责任与违约责任的探讨”, 『河北法学』第20卷. 第3期
- 杨元海(2005). “论我国司法解释的法律地位与效力”, 『辽东学院学报』第5期.
- 王正志(2004). “醫療侵权诉讼中举证责任”, 『侵权行为法研究-中美侵权法国际研讨会论文集』. 中国民主法制出版社.
- 王利明(2004). “合同解除与违约责任”. 『民商法前沿论坛』第2輯.
- 尹 飞(2003). “论医疗事故侵权责任中的过错”, 『侵权法评论』张新宝主编 第1輯.
- 尹 飞(2003). “医疗事故民事责任的损害赔偿问题”, 『民法典·侵权责任法研究』王利明 主编. 人民法院出版社.
- 尹 飞(2005). “用人者責任研究”, 『法学杂志』第2期.
- 程 宏(2005). “论医师的注意义务”, 『医学与社会』第18期.
- 周旺生(2003). “中国现行法律制度解释研究”, 『现代法学』第25卷.
- 韩世远, “责任竞和的法理构造”. 『人民法院报』 <http://rmfyb.chinacourt.org/public/detail.php?id=65979>.

The Medical Malpractice Liability of Chinese

piao dongmei, LL.D.

Institute for Comparative Legal Studies, Sungkyunkwan University

=ABSTRACT=

In recent years, as well as the other countries, medical dispute cases increase continuously in China.

one of the reason that medical cases increase rapidly like this is after reformation and opening people's sense of independence, law and right come to be high, but a theoretical study about medical malpractice liability is insufficient and there is deficiency at legislation

from 1986 civil law general rule is carried out in Chinese. but it is difficulty to deal with those more and more complicated medical dispute only according to the law above. so in 2001 The Chinese Supreme Court established the judicial construction about civil litigation evidence which regulated the shift of the burden of proof of medical malpractice and the relation of cause and effect from the plaintiffs to the defendants. in 2002 the State Council made out Incident of Malpractice Processing Rule. but many scholar pointed out the problem in it.

on the other side, according to Chinese Contract Law parties could choose contractual or tort liability to prosecute. but because of the judicial construction above majority of people asked tort liability. of course there are some cases asking contractual liability.

then this paper aim at analysis of the Chinese medical malpractice liability, especially of the problems about the subject of responsibility, burden of proof and scope of responsibility.

| |
|---|
| Key Words : medical accident, medical malpractice, medical litigation, burden of proof, cause in fact, medical dispute, contractual liability, tort liability |
|---|