

한방의료분쟁의 합리적인 해결방안 연구

- 한국소비자원의 한방의료 피해구제를 중심으로 -

정 미 영 *

- I. 서론
- II. 한방의료 개관
 - 1. 법률상 한방의료행위의 개념
 - 2. 한방의료행위의 특성과 법제의 문제점
 - 3. 한방의료행위와 과오
- III. 한국소비자원의 한방의료분쟁
 - 1. 우리나라 의료분쟁 발생 현황
 - 2. 한방의료 피해구제 처리 현황
 - 3. 피해구제 분석에서 나타난 문제점
- IV. 한방의료분쟁 해결을 위한 개선방안
 - 1. 한방의료분쟁 해결의 한계
 - 2. 한방의료 피해구제 처리의 유효성
 - 3. 한방의료분쟁 해결을 위한 개선방안
- V. 결론

I. 서론

우리나라 의료체계는 전통적으로 한의학에 바탕을 둔 한방의료와 서양에서 전해 온 서양 의학적인 의료(일명 양방의료)를 모두 인정하는 이원화된 의료제도를 취하고 있으며, 치료방식이 한약과 시술(침, 뜸, 부항)로

*논문집수: 2008. 10. 20. *심사개시: 2008. 11. 20. *계재확정: 2008. 12. 14.

*한국소비자원 의료팀 차장.

나뉘는 한방의료는 양방의료에 비해 주로 고 연령층에서 이용되어 왔다. 최근 건강에 대한 관심과 생활수준 향상, 평균수명 연장으로 인한 인구의 고령화¹⁾는 질병 구조의 양상을 급성질환에서 만성질환 중심으로 크게 변화시키는 요인이 되고 있으며, 한방医료를 선호하는 근골격계 질환과 같은 만성질환의 증가로 인해 한방의료 이용률이 가속화되고 있다²⁾.

이에 따라 한방의료서비스 수요 증가와 함께 한방의료분쟁도 함께 증가될 것으로 예상된다. 즉 한방의료분쟁은 한방진료에 대한 국민의 우호적인 시각 등으로 인해 의료사고의 안전지대로 여겨졌으나 이러한 한방의료 서비스의 수요 증대와 국민 개개인의 권리의식 향상, (한)의사와 환자 사이의 관계에 대한 사회가치관의 변화³⁾는 한방의료분쟁의 증가로 이어질 것으로 판단된다. 그러나 한방진료의 특성상 한의사의 과실을 입증하기가 어렵고 피해가 크지 않아 손해배상 청구소송 제기는 현실적으로 쉽지 않다.

그러나 질병의 발생을 몸 전체의 생리적인 부조화로 파악하는 한의학의 개념과 질병의 진단 및 치료행위 과정에서 한의사 개인의 재량이 폭 넓게 인정되는 한방의료행위의 특성상 한의사의 과실을 객관화하거나 한방 의료행위와 손해 사이의 인과관계를 입증하는 것은 사실상 불가능하다고 볼 수 있으며, 설령, 한의사의 과실이 인정될지라도 의료행위와 달리 주로 침습적인 치료행위가 적은 한방의료행위로 인해 인신사고에 의해 피해자가 사망하거나 상해를 입은 경우가 많지 않아 소송비용이나 소송시간, 소송으로 인한 스트레스 등을 고려해 볼 때 소송실익이 없어 한방 의료사고

1) 우리나라는 지난 2000년에 65세 이상 인구가 총 인구의 7.2%에 이르러 고령화 사회에 들어섰으며, 2005년에는 총 인구 중 65세 이상 인구가 차지하는 비율이 9.1%로, 10년 전인 1995년 5.9%에 비해 3.2% 증가함 (통계청, 『2005 고령자 통계』, 2005.)

2) 2005.12. '제1차한의약육성발전5개년종합계획'을 확정 발표하였으며, 동 자료에 의하면 1990년부터 2004년까지 14년간 전체 의료기관의 건강보험청구 건수는 약 3배 증가하였으나, 한방의료 청구는 20배 이상 증가하고, 전체 의료 진료비는 5.5배 증가한 반면, 한방 의료비는 45.5배 증가한 것으로 나타났다.

3) 의사와 환자 사이의 신뢰관계가 사라지고 의료를 일종의 법률 서비스 계약 또는 법적 관계로 파악하는 경향 증가. 이상돈, 『의료형법』, 법문사, 1998, 3면 이하.

의 경우 소송에 의한 사법적 분쟁해결은 실효성이 없다고 볼 수 있다.

따라서 본 연구는 한방의료분쟁에 대한 논의가 거의 전무한 실정인 현 시점에서 소송외적 분쟁해결방식⁴⁾으로써 성공적으로 의료분쟁을 해결하고 있는 한국소비자원⁵⁾의 기능과 한국소비자원에 접수된 한방의료분쟁 실태, 피해구제의 한계를 알아보고, 보다 합리적인 한방의료분쟁 해결을 위한 개선 방안에 대하여 논하고자 하는 데 그 목적이 있다고 할 수 있겠다.

II. 한방의료 개관

1. 법률상 한방의료행위의 개념

의료법은 “의사와 한의사는 모두 의료인으로서 한의사는 한방의료와 한방보건지도에 종사함을 임무로 하며(제2조), 한의사가 되고자 하는 자는 한방의학을 ○○대학을 졸업하고 한의학사의 학위를 받은 자로서 국가시험에 합격한 후 보건복지부장관의 면허를 받아야 하며(제5조), 의료인이 아니면 누구든지 의료행위를 할 수 없고 의료인도 면허된 이외의 의료행위를 할 수 없다”(제25조)고 규정하고 있으나, ‘의료행위’나 ‘한방의료행위’에 관한 적극적인 정의 규정을 따로 두고 있지는 않고, 의사나 한의사 면허의 범위와 관련하여 의료행위 또는 한방의료 행위의 내용이나 특정한 의료행위의 허용 또는 금지에 대하여 구체적으로 규정하고 있지는 않다.

다만, 한의약육성법 제2조 제1호가 “한방의료를 우리의 선조들로부터

4) 소송외적분쟁해결 (Alternative Dispute Resolution otherthan Court Adjudication, 보편적으로 약칭하여 ADR이라 한다.

5) 한국소비자보호원은 소비자기본법(2006.9.27. 전부개정) 시행에 따라 설립 20년만인 2007.3.28. 기관 명칭이 한국소비자원으로 바뀌었으며, 한방의료 피해구제는 소비자기본법 전부개정 이전인 한국소비자보호원에 접수된 건이나 본 논문에서는 한국소비자원으로 통일한다. 한국소비자원은 소비자의 권익을 증진하고 소비생활의 향상과 국민경제 발전에 이바지함을 목적으로 설립되었다.

전통적으로 내려오는 한의학을 기초로 한 의료행위.”⁶⁾라고 정의하고 있고, 한의학과 서양의학은 성질상 차이뿐만 아니라 그 기초와 출발점에서 차이가 있다고 본다⁷⁾.

보건범죄단속에 관한 특별조치법 제5조는 “의료법 제25조의 규정을 위반하여 영리를 목적으로 의사가 아닌 자가 의료행위를, 치과의사가 아닌 자가 치과 의료행위를, 한의사가 아닌 자가 한방의료행위를 업으로 하는 자를 처벌하도록 규정하고 있다.”

인력과 의료기관, 치료범위, 한약재 등에 대하여는 의료법과 약사법에 규정되어 있는데, 2003년도에 「한약육성법」이 제정되어 보건복지부는 2005년 12월 21일 한약육성발전심의위원회를 개최하고 한의약의 육성 및 발전 등에 관한 장기종합전략인 『제1차 한약육성발전 5개년 종합계획』을 확정·발표함으로써 한방 의료의 특성을 제대로 반영하지 못한 약사법, 의료법에 발목이 잡혀 세계로 뻗어나갈 기회조차 갖지 못하였으나⁸⁾ 특별법 제정으로 인해 한의약의 특성에 맞는 정책개발과 시행을 할 수 있게 되었으며, 세계시장으로 도약할 수 있는 계기를 만들게 되었다.

2. 한방의료행위의 특성과 법제의 문제점

가. 한방의료와 대체의학과와의 관계

한의약은 오랜 기간 동안 국민의 보건증진에 기여하였으나 서양의약의 도입과 양방위주의 의료 정책 등으로 인해 많은 어려움을 겪으면서 오늘에 이르고 있다⁹⁾. 최근에는 인구고령화에 따른 한방 의료서비스의 수요와 이용률이 증가하고 있고 정부에서도 한방의료 선진화를 위한 한의약의 과

6) 서울고등법원 2006.6.30. 선고 2005누1758 판결.

7) 권기태, 「한약관리 법제의 문제점 및 개선방안에 관한 연구」, 석사학위논문, 고려대법무대학원, 2003, 53면.

8) 한국생약협회, 『한국생약보』, 2000, 2면.

9) 정두재 외 9인, 『한약자가규격품 관리방안 연구』, 한국보건산업진흥원, 2000, 4~5면.

학화, 산업화, 세계화의 비전을 제시하며 한의약 육성을 하고 있으며, 한의학의 치료수단으로서 필수적인 한약재에 대하여 국가에서도 의약품으로서 520종을 정하여 제도권 내에서 운영 중에 있다.

대체의학 또한 임상에서 보완적인 치료방법이 아닌 주된 치료로 이용되기도 하나 대체의료행위에 대한 명확한 개념이 정립되어 있지 않은 상태에서 한방의료 또는 유사의료행위와 혼재되어 사용되고 있는 것으로 보인다.

그러나 의료행위는 전문지식을 기초로 하는 경험과 기능을 행사하지 않으면 사람의 생명이나 신체에 중대한 부작용을 발생시킬 수도 있으므로 국가에 의하여 확인되고 검증되지 아니한 의료행위에 대하여는 법적으로 규제하여야 한다.

대법원¹⁰⁾도 척주교정원에서 척추 불균형 상태를 교정한다는 명목으로 압박 등의 시술을 반복 계속한 것은 의료행위에 해당한다고 하면서 이른바 대체의학이 사람의 정신적, 육체적 고통을 해소하여 주는 기능이 전혀 없지 아니하다 하여도, 그것은 단순히 통증을 완화시켜 주는 정도의 수준을 넘어서 그 행위로 인하여 사람의 생명이나 신체 또는 공중위생의 위해라는 중대한 부작용을 발생시킬 소지가 크다 할 것이어서 이는 쉽게 허용할 수 없으므로 사람의 생명이나 신체 또는 공중위생에 위해를 발생시킬 우려가 있는 의료행위는 지금도 여전히 처벌하여야 할 필요가 있다고 판결하였다.

하지만 의료소비자들이 대체 의학을 많이 이용하고 있다는 점¹¹⁾과 전체적이고 종합적으로 파악하여 치료한다는 점에서 한방의료와 공통점도 있으므로 한의학과 함께 과학적인 검증 과정을 거쳐 임상적으로 활용하고 한방 및 대체의학 의료에 대한 유용성 연구가 지속적으로 이루어지는 진다면 바람직한 결과를 얻을 수 있을 것이다.

10) 대법원 2002.5.10. 선고 2000도2807 판결.

11) 경희대학교와 동서신의학병원에서 공동 조사한 연구에 의하면 우리나라에서 기관지 천식 환자 100명 중 53명이 대체-보완의료를 경험한 것으로 나타났다.

나. 한방의료와 무면허의료행위

의료법(제27조 무면허의료행위의 금지)은 의료인이 아니면 누구든지 의료행위를 할 수 없고 의료인도 면허된 것 이외의 의료행위를 할 수 없다고 규정하고 이를 위반할 경우에는 의료법이나 보건범죄단속에관한특별조치법에 의해 형사처벌을 받게 된다.

특히, 한방의료행위가 전통적으로 내려오는 한의학을 기초로 하고 있다는 특성으로 인해 의료행위의 범위가 무한대로 확장될 수 있는 여지가 높다는 점에서 비의료인과의 충돌이 적지 않게 발생되고 있고 무면허의료행위죄로 형사처벌을 받는 경우가 적지 않다.

의료행위는 사람의 신체와 생명을 대상으로 하는 것이므로 잘못되는 경우 회복할 수 없는 치명적인 피해를 가할 수 있기 때문에 단순한 의료기술 이상의 인체 전반에 관한 이론적 뒷받침과 인간의 신체 및 생명에 대한 외경심을 체계적으로 교육받고 이점에 관한 국가의 검증을 거친 의료인에 의해서 행해져야 하고¹²⁾, 신체에 대한 침습을 수반하는 한방의료행위 또한 체계적으로 한의학을 공부하고 상당기간 임상실습을 한 후 국가의 검증(국가시험)을 거친 사람에 한하여 한방의료행위를 하게 하고 그러한 과정을 거치지 아니한 사람은 한방의료행위를 하지 못하게 함으로써 사람의 생명이나 신체에 피해를 가할 행위를 사전에 차단해야 할 것이다.

다. 한방의료 법제의 문제점과 개선방안

현행 의료법과 약사법에는 한방의료에 대하여 한의학적 이론과 특성 그리고 한방임상 실태를 반영하지 못하고 있고¹³⁾, 한방의료행위의 범위에 대한 규정을 명확히 하지 못한 채 법률적 판단에 맡기고 있지만 한방의료행

12) 이인영, “의료행위의 현대적 의의와 과제”, 『법과 정책연구』, 한국법정책학회, 2007, 43면.

13) 실제로 한약은 의약분업이 제외되어 한방 의료기관에서 한약을 다루고 있으나, 한의사는 의료법에 규정되어 있고, 한약(제)을 취급할 수 있는 자의 법적근거는 약사법에 정해져 있는 등 한약 관리 관련법이 편의적으로 규정되어 있다.

위의 정의나 범위에 대하여 판사나 검사마다 견해가 다르다는 점¹⁴⁾으로 보아 법원도 한방의료행위의 법적 개념 정의나 규정을 하지 못한 것으로 보인다.

그러나 한의학적 견해와 이론에 따라 국민보건을 수행하고 있는 한방의료는 존중되어야 하며, 한방의료행위의 질적 수준을 유지하기 위해서라도 한방의료행위의 허용영역과 그 범위에 대한 규율과 제도가 필요하다.

따라서 한의학의 특성을 반영하고 전통적인 의학을 정부 차원에서 적극적으로 육성하고 중심 행정기구가 설치하여 독립적이고 체계적인 관리가 이루어져 국민의 건강을 보호하고 증진하는데 기여토록 해야 할 것이다.

3. 한방의료행위와 과오

가. 의사와 한의사의 업무 영역 구분

법원은 의사와 한의사의 업무 영역 구분 관련하여 의료법은 의사와 한의사의 업무를 구분하고 있는데, 의료법상의 규정만으로는 의료행위와 한방의료행위의 각 범위를 판단하기에는 부족하므로 의료법의 취지 및 관련 법령의 규정들을 종합하여 사회적 통념 등에 의하여 그 범위를 합리적으로 판단하여야 한다고 하면서, 의사가 행하는 의료행위와 한의사가 행하

14) 대법원 2000.4.25. 선고 98도2389 판결: “수지침이 무면허의료행위라는 검찰의 기소에 대하여 대법원은 수지침 시술행위도 침술행위의 일종으로서 의료법에서 금지하고 있는 의료행위에 해당하며, 이러한 수지침 시술행위가 광범위하고 보편화된 민간 요법이고 그 시술로 인한 위험성이 적다는 사정만으로 그것이 바로 사회상규에 위배되지 아니하는 행위에 해당한다고 보기는 어렵다고 할 것이나, 수지침은 시술부위나 시술방법 등에 있어서 예로부터 동양의학으로 전래되어 내려오는 체침의 경우가 현저한 차이가 있고, 일반인들의 인식도 이에 대한 관용의 입장에 기울어져 있으므로 이러한 사정과 함께 시술자의 시술의 동기, 목적, 방법, 횟수 시술에 대한 지식수준, 시술경력, 피시술자의 나이, 체질, 건강상태, 시술행위로 인한 부작용 내지 위험발생 가능성 등을 종합적으로 고려하여 구체적인 경우에 있어서는 개별적으로 보아 법질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여 있는 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위에 해당한다고 인정되는 경우에는 형법 제20조 소정의 사회상규에 위배되지 아니하는 행위로서 위법성이 조각된다고 할 것이다.”라고 판시한 바 있다.

는 한방의료행위는 그 행위의 학문적 기초가 되는 전문지식이 서양에서도 도입된 의학인지, 우리의 옛 선조들로부터 전통적으로 내려오는 한의학인지 여부에 의하여 구분되고, 그 학문적 기초에 따라 질병에 대한 진찰과 치료행위가 달라진다고 하였다¹⁵⁾.

증상과 체질, 그리고 각각의 병리와 약리의 독특한 경향을 인정하고 같은 질병의 환자라도 체질에 따라 효과가 달라지는 한의학의 특성상 한방 의료행위의 수준을 객관적으로 설정하는 것이 어려워 한방의료분쟁에 있어서 한방의료 수준을 규정하고 적용하는 데에는 많은 곤란이 있더라도 한의학적 전문지식을 가지고 치료법이 수행되었는지와 허용된 진료범위에서 치료가 이루어졌는지 등을 고려하고, 구체적인 사건에 있어서는 개별적으로 판단할 수밖에 없을 것이다.

나. 한의사의 주의의무

의사의 업무상 과실을 판단함에 있어서는 임상의학 수준¹⁶⁾이나 의료 수준, 의료의 재량권, 허용된 위험¹⁷⁾, 환자 측의 과실이나 소인 등이 고려되고 있는데 반하여, 한의사의 업무상 과실은 한방의료행위의 특수성이나 한방의료 수준 즉, 실천화된 의학 또는 임상화된 한의학이 객관적인 기준을 제시하지 못하기 때문에 극히 제한적으로 인정되고 있다.

즉, 한방의료분쟁 관련한 판례를 살펴보면, 대부분 무면허의료행위 유무¹⁸⁾나 면허범위(한의사와 의사 또는 한의사와 약사간의 업무)에 대한 판례가 주를 이루고 있으며, 정작 한방의료사고 관련한 분쟁은 민사조정¹⁹⁾²⁰⁾²¹⁾으로 해결되는 경우가 많다.

15) 서울고등법원 2006.6.30. 선고 2005누1758 판결.

16) 대법원 2006.4.28. 선고 2003다23847 판결.

17) 대법원 1999.2.11. 선고 96다5933 판결.

18) 대법원 1994.12.27. 선고 94도78 판결, 대법원 1992.10.13. 선고 92도1892 판결.

19) 2003 가합557 조정조서: 환자(57세, 남자)가 한의원을 방문하여 한약과 침을 맞았으며, 물리치료 도중에 갑자기 쓰러져 신청 의 병원으로 후송되어 우측 경동맥혈관의

하지만 한의사가 진단 및 처치를 함에 있어서 치료가 제대로 효과를 보지 못할 경우 다른 원인의 가능성에 대하여 보다 주의 깊게 관찰하고 한방의료보다는 양방의료가 적절하다고 판단될 때에는 전원 조치하여 적극적으로 적절한 진료를 받도록 할 업무상 주의의무가 있다.

다. 한의사의 설명의무

의사의 설명의무란 환자에 대한 배려의무를 그 기초로 하는 것으로서, 진료행위와 관련하여 의사가 환자 자신이 건강회복을 위하여 적절한 결정을 하거나 판단할 수 있도록 충분한 설명을 해 줄 의무를 말한다²²⁾.

의사의 설명의무 위반으로 인한 손해배상 책임의 요건이 모두 구비된 경우에 의사가 배상하여야 할 범위가 어디까지 인지에 대하여 환자에게 발생한 재산적 손해와 정신적 손해를 모두 포함하는 신체침해설(전손해설)과 정신적손해로 한정하는 정신침해설(위자료설), 설명의무 위반은 자기결정권의 침해가 되며 동시에 환자의 신체침해가 된다는 복합설이 있는데 판례는 기본적으로 신체침해설의 입장을 취한다²³⁾.

손상에 따른 뇌경색이라는 진단을 받아 좌반신마비와 이로 인한 후유장애가 발생한 사안에서, 1천만원 화해권고 결정됨.

- 20) 2003머55 조정조서: 결혼을 하였으나 임신이 되지 않아 검사를 받은 결과 자궁내막과 난소상태가 정상이라는 진단을 받고 임신촉진을 위하여 한약을 복용한 후 하복부 통증이 심하여 산부인과에서 자궁유착이 심하고 자궁입구 및 자궁해부가 전부 파괴되어 산부인과적 진료를 받아야 하는 사안에서 원고는 의료과실로 인하여 자궁손상 및 임신 가능성이 줄어들었으므로 정신적 충격이 극심하다며 위자료를 요구하여 1600만원으로 조정되었다.
- 21) 대구지방법원 조정조서 2000가단64004: 한의사가 한약을 잘못 처방, 제조하여 복용케 함으로써 환자 사망에 이르게 된 사안에서, 피고는 한의사로서 환자인 망인의 병인을 정확히 진단하고 증상에 맞는 적합한 처방을 하고, 망인에게 진단결과와 처방의 효과 및 부작용을 상세히 설명하며, 망인의 동의를 받아 처방에 따른 조제한약을 복용케 하여야 함에도 이를 태만히 한 과실로 사망에 이르게 되었다며 진료계약에 따른 책임 및 오처방, 오조제로 인한 불법행위책임을 부담하여야 한다는 원고 측의 청구에 대하여 17,500,000원을 지급하도록 조정하여 성립되었다.
- 22) 채대원, 「의사의 설명의무 위반과 손해배상 책임의 범위」, 석사학위논문, 고려대법무대학원, 2007, 4~5면.
- 23) 권오승, 『민법의 쟁점』, 법원사, 1993, 527면 재인용 : 전병남, 『의약품사고와 손해배

의사의 설명의무 위반으로 인한 손해배상 범위 관련하여 판례²⁴⁾는 의사의 설명의무 위반이 단순히 환자의 자기결정권을 침해한 경우에는 위자료만 배상하면 족하고, 환자가 의사로부터 적절한 설명을 받았다면 진료행위를 동의하지 않았을 것이라는 점이 입증되는 경우에는 진료행위로 인하여 발생한 손해를 배상하도록 하는 것이 손해의 공평한 부담이라는 손해배상법의 기본정신에도 부합한다고 판시하였다.

따라서 의료상 주의의무와 동일시할 정도의 설명의무 위반이 있는 때에 한하여 전손해배상을 요구하고 있으나, 한방의료가 양방의료와 달리 상대적으로 긴급을 요하거나 응급치료가 요구되는 경우가 적고 한의사의 재량 범위가 넓게 해석되어 한의사의 설명이 환자의 유효한 자기결정에 영향이 크다는 점, 한약이 주요 치료방법이라는 점 등을 고려하면 설명의무가 특히 강조되어야 할 것으로 사료되므로 한방의료행위의 경우 설명의무 위반

상』, 법률문화원, 2008, 358면 이하.

24) 대법원 2007.5.31. 선고 2005다5677 판결.

의사가 설명의무를 위반한 채 수술 등을 하여 환자에게 사망 등의 중대한 결과가 발생한 경우에, 환자 측에서 선택의 기회를 잃고 자기결정권을 행사할 수 없게 된 데 대한 위자료만을 청구하는 때에는 의사의 설명 결여 내지 부족으로 인하여 선택의 기회를 상실하였다는 점만 증명하면 족하고, 설명을 받았더라면 사망 등의 결과는 생기지 않았을 것이라는 관계까지 증명하여야 하는 것은 아니지만, 그 결과로 인한 모든 손해를 청구하는 때에는 그 중대한 결과와 의사의 설명의무 위반 내지 승낙 취득 과정에서의 잘못과의 사이에 상당인과관계가 존재하여야 하며, 그때의 의사의 설명의무 위반은 환자의 자기결정권 내지 치료행위에 대한 선택의 기회를 보호하기 위한 점에 비추어 환자의 생명, 신체에 대한 구체적 치료과정에서 요구되는 의사의 주의의무 위반과 동일시할 정도의 것이어야 하고, 설명의무는 침습적인 의료행위로 나아가는 과정에서 의사에게 필수적으로 요구되는 절차상의 조치로서, 그 의무의 중대성에 비추어 의사로서는 적어도 환자에게 설명한 내용을 문서화하여 이를 보존할 직무수행상의 필요가 있다고 보일 뿐 아니라, 응급의료에 관한 법률 제9조, 같은 법 시행규칙 제3조 및 [서식] 1에 의하면, 통상적인 의료행위에 비해 오히려 긴급을 요하는 응급의료의 경우에도 의료행위의 필요성, 의료행위의 내용, 의료행위의 위험성 등을 설명하고 이를 문서화한 서면에 동의를 받을 법적 의무가 의료종사자에게 부과되어 있는 점, 의사가 그러한 문서에 의해 설명의무의 이행을 입증하기는 매우 용이한 반면 환자 측에서 설명의무가 이행되지 않았음을 입증하기는 성질상 극히 어려운 점 등에 비추어, 특별한 사정이 없는 한 의사 측에 설명의무를 이행한 데 대한 증명책임이 있다고 해석하는 것이 손해의 공평·타당한 부담을 그 지도원리로 하는 손해배상제도의 이상 및 법체계의 통일적 해석의 요구에 부합한다고 판시하였다.

으로 인해 자기결정권이 침해한 경우에도 전손해를 인정하는 것이 무리라고 볼 수 없을 것이다²⁵⁾.

또한 대법원이 한약업사가 독성이 있는 한약재를 판매하면서 구체적인 설명을 하지 않아 망자의 자기결정권을 침해하는 위법한 행위를 한 것으로 판단하고 한약업사에게 위 사망으로 인한 정신적 손해의 배상의무가 있다고 판시한 판례²⁶⁾를 참고해 볼 때, 한의사에 대한 설명의무 정도는 더욱 엄격하게 적용되어야 할 것이다²⁷⁾.

25) 대법원 1994.4.15. 선고 92다25885 판결: 의사는 반드시 병을 완치시켜야 할 의무를 부담하는 것은 아니라 할지라도 최선의 주의로서 병을 치료하기 위한 충분한 조치를 다할 의무가 있고, 환자에 대한 수술은 물론, 치료를 위한 의약품의 투여도 신체에 대한 침습을 포함하는 것이므로, 의사는 긴급한 경우 기타의 특별한 사정이 없는 한, 그 침습에 대한 승낙을 얻기 위한 전제로서 환자에 대하여 질환의 증상, 치료방법 및 내용, 그 필요성, 예후 및 예상되는 생명, 신체에 대한 위험성과 부작용 등, 환자의 의사결정을 위하여 중요한 사항에 관하여 사전에 설명함으로써 환자로 하여금 수술이나 투약에 응할 것인가의 여부를 스스로 결정할 기회를 가지도록 할 의무가 있고, 이러한 설명을 아니한 채 승낙 없이 침습한 경우에는, 설령 의사에게 치료상의 과실이 없는 경우에도 환자의 승낙권을 침해하는 위법한 행위가 된다고 판시하였다.

26) 의료소비자가 남편이 다리가 저리다고 하자 초호라는 한약재가 좋다는 이야기를 듣고 한약업사가 운영하는 한약방을 찾아가 초호를 구입하였으며, 당시 한약업사는 소비자에게 명태 1마리와 같이 달인 뒤 식혀서 조금씩 몸에 맞춰 먹으라고 복용방법을 설명했으나 독성과 부작용 등에 대해서는 설명하지 않았다. 소비자는 초호 32g을 명태 1마리와 같이 달여 커피 1잔 정도의 분량이 나오자 남편에게 전량을 한꺼번에 복용케 하여 남편이 사망하자 한약업사가 설명의무를 위반하였다며 손해배상을 청구의 소를 제기한 사안에서, 대법원은 한약업사는 한약재의 성분과 효능 및 용법 등에 관한 전문적 지식을 가진 자이므로 적어도 그 용법이나 용량이 어떠한지에 따라 인체에 치명적인 결과를 초래할 수도 있는 한약재를 일반인에게 판매함에 있어서는, 신의칙상 매수인에게 그 효능 내지 위험성과 안전한 용법 등을 상세히 알려줌으로써 매수인 등으로 하여금 그 복용 여부나 복용방법에 관하여 스스로 선택, 결정할 기회를 가지도록 할 의무가 있다고 보고, 만일 이러한 의무를 다하지 아니하여 한약재의 매수인 등이 잘못된 복용방법을 선택함으로써 그 생명 또는 신체의 위험이 초래된 경우에는 위와 같은 선택 내지 결정권을 침해하는 위법한 행위가 된다고 하였다. 독성물질이 함유된 한약재를 판매함에 있어서 간단한 설명만을 했을 뿐 독성이 강한 초호의 부작용이나 위험성을 고지하고 복용방법에 관한 구체적으로 하지 않아 소비자가 망자에게 치사량 이상의 농축액을 복용케 한 것은 설명의무를 다하지 않아 망자의 자기결정권을 침해하는 위법한 행위를 한 것으로 판단하고 한약업사에게 위 사망으로 인한 정신적 손해의 배상의무가 있다고 판시했다.

27) 대법원 2002.5.28. 선고 2000다4651 판결: 의사의 설명의무의 내용 및 그 범위에 대하여 대법원은 “의사는 긴급한 경우나 다른 특별한 사정이 없는 한, 의약품을 투여하기 전에 환자에게 질병의 증상, 치료방법의 내용과 필요성, 예상되는 생명·신체에 대한 위험성과 부작용 등 환자의 의사결정을 위하여 중요한 사항을 설명함으로써

따라서 한의사의 설명의무 위반에 따른 분쟁이 발생되었을 경우 설명의무의 이행사실에 대한 입증책임은 그것을 이유로 손해배상책임을 면하고자 하는 의사에게 있고²⁸⁾, 한방의료가 양방의료에 비하여 긴급을 요하지 않고 합병증 발생 가능성이 높지 않더라도 한의사로서는 진료에 대하여 적절한 설명과 유효한 승낙이 있었음을 입증하지 못하는 한, 설명의무 위반에 따른 손해배상 책임을 부담하기 때문에 한약복용으로 인한 효과, 부작용, 유의사항, 복용지도 등에 대한 충분한 설명을 해야 한다.

라. 한의사의 전원의무

의사의 전원의무란 환자로부터 진료의뢰를 받은 의사가 자신의 능력이나 설비가 부족하여 적절한 진료를 행할 수 없을 때, 그 환자를 다른 적절한 의료기관으로 전원해야 할 의무를 말한다.

의료인의 전원의무 관련하여 대법원은 의사에게는 만일 당해 의료기관의 설비 및 지리적 요인 기타 여러 가지 사정으로 인하여 진단에 필요한 검사를 실시할 수 없는 경우에는 특단의 사정이 없는 한 당해 환자로 하여금 그 검사를 받을 수 있도록 해당 의료기관에 전원을 권고할 의무가 있다 라고 판시함으로써 전원의무 위반에 대하여 손해배상 책임을 인정하고 있다.

따라서 질병의 근원적인 치료에 중점을 두는 한의사로서는 상대적으로 응급의학 부분에 관하여 부족한 부분이 있을 수밖에 없으므로 응급조치를 요하는 질환이 의심될 경우에는 지체 없이 양방병원으로 전원 할 의무가 있으나 이를 간과하여 확대 피해를 초래하였다면 전원의무 위반에 대한 손해배상 책임이 져야 한다.

환자로 하여금 투약에 응할 것인가의 여부를 스스로 결정할 기회를 가질 수 있도록 하여야 한다.”고 판시하였다.

28) 김선중, 『의료과오소송법』, 박영사, 2005, 114면.

(표 1) 의료분쟁 관련 통계³¹⁾

구분	연도별 접수 건수						계
	2000	2001	2002	2003	2004	2005	
의료심사조정위원회	22	23	8	6	18	22	99
사법부(민사소송)	508	519	671	755	802	867	4,122
한국소비자원	450	559	727	661	885	1,093	4,375
의협공제회	485	505	500	410	415	814	3,129
계	1,465	1,606	1,906	1,832	2,120	2,796	11,725

III. 한국소비자원의 한방의료분쟁

1. 우리나라 의료분쟁 발생 현황

의료분쟁을 해결하는 방법은 사법적 제도인 소송(민사 및 형사소송²⁹⁾)이나 민사조정³⁰⁾이 있으며, 비사법적 제도로서 의료법상 의료심사조정위원회와 한국소비자원, 그리고 대한의사협회공제회가 있다<표 1>.

의료분쟁은 해마다 증가하고 있는데, 최근에는 의료소송에서 환자 측에 인과관계 및 과실의 입증 책임을 완화하여 원고의 승소율이 높아지자 이에 대한 기대감으로 항소하는 경향이 증가하는 것으로 분석할 수 있으며, 의료분쟁이 발생되면 음성적으로 해결하는 경우도 많아 실제 의료분쟁은 통계치보다 훨씬 많을 것으로 추정된다³²⁾.

29) 2002~2007년까지 한의원 관련하여 형사소송건은 총19건으로서 허위청구 등 사기형 의료(형법, 사기죄) 2002년 2건, 2003년 6건, 2004년 1건이며, 자료제출명령위반, 현 지조사 거부나 기피, 허위자료 제출 및 보고 등의 국민건강보험법 위반으로는 2004년1건, 2006년 3건, 2007년 6건임. 보건복지가족부, 『국회제출자료』, 2007. 참조.

30) 1999.10. 이후 서울지방법원 의료전담부에서는 의사와 환자 모두가 납득할 수 있는 의료분쟁의 해결방안으로 조정제도를 도입하여 모든 의료사건에 대하여 조정에 의한 분쟁해결을 시도하고 있다. 김선중·이경환·김원호, 『의사와 변호사가 함께 풀이한 최신의료 판례』, 2003, 43면.

31) 의료사고 예방 및 피해구제에 관한 법률안(이기우 의원) 검토보고서, 보건복지위원회, 2006.4.

〈표 2〉 의료피해구제 접수 현황

(단위: 건, (%))

과목 연도	정형 외과	내과	일반 외과	치과	산부 인과	신경 외과	성형 외과	안과	한방	기타*	계
2001	82 (14.7)	71 (12.7)	58 (10.4)	39 (7.0)	97 (17.4)	46 (8.2)	38 (6.8)	27 (4.8)	18 (3.2)	83 (14.9)	559 (100.0)
2002	98 (13.5)	96 (13.2)	58 (8.0)	54 (7.4)	112 (15.4)	48 (6.6)	43 (5.9)	27 (3.7)	28 (3.9)	163 (22.4)	727 (100.0)
2003	83 (12.6)	99 (15.0)	76 (11.5)	54 (8.2)	81 (12.3)	74 (11.2)	38 (5.7)	22 (3.3)	13 (2.0)	121 (18.3)	661 (100.0)
2004	128 (14.5)	130 (14.7)	76 (8.6)	98 (11.1)	91 (10.3)	72 (8.1)	54 (6.1)	35 (4.0)	34 (3.8)	167 (18.9)	885 (100.0)
2005	175 (16.0)	171 (15.6)	119 (10.9)	115 (10.5)	113 (10.3)	100 (9.1)	58 (5.3)	50 (4.6)	25 (2.3)	167 (15.3)	1,093 (100.0)
2006	159 (13.8)	195 (16.9)	102 (8.8)	115 (9.9)	107 (9.3)	103 (8.9)	91 (7.9)	56 (4.8)	25 (2.8)	203 (17.6)	1,156 (100.0)
2007	153 (16.2)	137 (14.6)	81 (8.6)	109 (11.6)	69 (7.3)	102 (10.9)	63 (6.7)	30 (3.2)	27 (2.9)	169 (18.0)	940 (100.0)
계	125.43 (14.6)	762 (14.9)	489 (9.5)	475 (9.7)	601 (11.1)	443 (9.1)	322 (6.4)	217 (4.1)	143 (2.8)	904 (17.8)	5,081 (100.0)

* 흉부외과 191건(3.2%), 소아과 177건(2.9%), 이비인후과 158건(2.6%), 비뇨기과 147건(2.4%), 피부과 127건(2.1%)등임.

가. 한국소비자원의 의료 피해구제 접수 현황

2001년 1월부터 2007년 12월까지 한국소비자원에 진료과목별 피해구제로 접수된 건수는 내과가 899건(14.9%)으로 가장 많았고, 정형외과 878건(14.6%), 산부인과 670건(11.1%), 한방의료 170건(2.8%)이었다 <표 2>.

나. 한방의료 상담·피해구제 접수 현황

2001년 1월부터 2007년 12월까지 7년 동안 한국소비자원의 한의약 관련 상담 건수는 4,376건으로 증가하고 있는 것으로 나타났으나, 피해구제(합의권고)로 접수된 건수는 170건으로 피해구제 접수비율이 3.9%에 그쳤다.

〈표 3〉 한방의료 상담 및 피해구제 접수 건수

(단위: 건)

분류 \ 연도	2001년	2002년	2003년	2004년	2005년	2006년	2007년	합계
상담	440	543	575	636	636	793	753	4,376
피해구제	18	28	13	34	25	25	27	170

피해구제 접수율이 낮은 것은 신청인이 피해구제로 접수하기 위해서는 진료기록이나 피해를 확인할 수 있는 자료를 구비하여야 하나, 한방의료 행위의 특수성으로 인해 이를 객관화 할 수 있는 입증자료를 취득하지 못한 결과로 사료된다(〈표 3〉).

(1) 상담 신청의 일반적 형태

한약 복용 후 효과가 없다거나 부작용 발생 등의 이유로 한약 값 환불 요구와 의료보험 미적용에 대한 불만, 진료비 선지급 후 치료 중단으로 인한 치료비 반환 등 진료비에 대한 부분이 많았으며, 처방전 미교부에 대한 문의는 총 7건(2000~2005년)으로 처방전을 의무적으로 공개하여 의료소비자의 알권리를 충실히 보호하도록 하자는 처방전 교부에 대한 논란이 끊임없이 제기되고 있는 것과 달리 실제로 한방 의료기관을 이용하는 의료소비자에게는 주요 문제점으로 인식되고 있지 않은 것으로 보인다.

또한 사고원인 규명이나 피해보상보다는 치료효과 과장 또는 불성실 진료에 대하여 경각심을 주어 또 다른 피해자가 발생하는 것을 방지하기 위한 목적이나 진료계약³³⁾ 관련 또는 계약 해지 가능 여부에 대한 상담도 적지 않다.

33) 진료계약은 당사자의 의사에 따른 계약을 통하여 의료행위가 개시되는데 진료계약의 법적 성질에 대하여는 위임계약설, 준위임계약설, 도급계약설, 무명계약설, 고용계약설, 독립계약설 등 여러 견해로 나뉘고 있으나 종래 우리나라의 다수설은 사무처리를 목적으로 할 뿐 일의 완성을 목적으로 하지 않으며 수임인의 지식, 기능, 인격 등에 대한 특별한 신뢰를 바탕으로 하여 그의 재량에 의해 사무처리를 한다는 점 들을 논거로 하는 위임계약설 입장을 취하고 있다.

〈표 4〉 진료유형별 사고내용

(단위: 건, (%))

사고 유형	약해	감염	휴과 미흡	기흉	혈증	화상	악화	사망	오진	기타	계
한약	36 (50,0)	1 (1,4)	15 (20,8)	-	-	-	15 (20,8)	-	3 (4,2)	2 (2,8)	72 (100,0)
침	-	12 (36,4)	1 (3,0)	2 (6,1)	2 (6,1)	-	9 (27,3)	1 (3,0)	5 (15,2)	1 (3,0)	33 (100,0)
부항	-	3 (100)	-	-	-	-	-	-	-	-	3 (100,0)
뜸	-	-	-	-	-	1 (50,0)	1 (50,0)	-	-	-	2 (100,0)
추나	-	-	-	-	-	-	4 (100)	-	-	-	4 (100,0)
물리 치료	-	-	-	-	-	3 (37,5)	4 (50,0)	-	1 (12,5)	-	8 (100,0)
진단	-	-	-	-	-	-	1 (25,0)	-	3 (75,0)	-	4 (100,0)
검사	-	-	-	-	-	-	2 (66,7)	-	1 (33,3)	-	3 (100,0)
기타	-	-	2 (33,3)	-	-	-	2 (33,3)	-	1 (16,7)	1 (16,7)	6 (100,0)
계	36 (26,7)	16 (11,9)	18 (13,3)	2 (1,5)	2 (1,5)	4 (3,0)	38 (28,1)	1 (0,7)	14 (10,4)	4 (3,0)	135 (100,0)

(2) 상담처리의 특징

소비자 상담의 대부분은 한방의료기관 이용에 대한 불만사항에 대하여 한의약 관련 정보를 제공하고나 양 당사자가 원만하게 해결할 수 있도록 처리방법에 대하여 설명하는 경우가 많고, 한방의료사고를 주장할 경우에도 객관적인 입증 자료나 근거를 제시하지 못하여 피해확정이 불분명하고 의료인의 과실을 입증하기 곤란하여 상담단계에서 포기하는 사례도 적지 않았다.

2. 한방의료 피해구제 처리 현황

가. 진료유형별 사고 내용

한의약 관련하여 피해구제(합의권고)로 접수된 170건 중, 사실 확인이

〈표 5〉 과실책임 현황

		(단위: 건, %)					
유형 \ 내용	부주의	설명 소홀	전원, 협진	책임 없음	책임 불분명	기타	계
한약	23 (31.9)	30 (41.7)	4 (5.6)	11 (15.3)	2 (2.8)	2 (2.8)	72 (100.0)
침	14 (42.4)	4 (12.1)	3 (9.1)	10 (30.3)	2 (6.1)	-	33 (100.0)
부항	3 (100.0)	-	-	-	-	-	3 (100.0)
뜸	1 (50.0)	-	-	-	-	1 (50.0)	2 (100.0)
추나	1 (25.0)	1 (25.0)	-	1 (25.0)	-	1 (25.0)	4 (100.0)
물리치료	6 (75.0)	-	-	1 (12.5)	1 (12.5)	-	8 (100.0)
진단	-	1 (25.0)	1 (25.0)	2 (50.0)	-	-	4 (100.0)
검사	1 (33.3)	-	-	2 (66.7)	-	-	3 (100.0)
기타	-	3 (50.0)	1 (16.7)	2 (33.3)	-	-	6 (100.0)
계	49 (36.3)	39 (28.9)	9 (6.7)	29 (21.5.1)	5 (3.7)	4 (3.0)	135 (100.0)

가능하였던 135건을 사고내용별로 분석한 결과, 치료를 받은 후 오히려 더욱 악화되었다며 접수한 사건이 38건(28.1%)으로 가장 많았고, 약해가 36건(26.7%), 한약 복용이나 침을 맞은 후 효과 미흡이 18건(13.3%), 침이나 부항 등 처치 후 감염이 16건(11.9%) 등으로 나타났다.

진료유형별로는 한약이 72건(53.3%), 침 33건(24.4%), 물리치료 8건(5.9%) 등이었다 <표 4>.

나. 한의사의 과실책임

한의사의 과실책임은 부주의가 49건(36.3%)으로 가장 많았으며, 설명

소홀이 39건(28.9%), 책임 없음이 29건(21.5%)등으로 나타났는데, 한약 관련 한의사의 부주의는 72건(100.0%) 중 23건(31.9%)으로 환자가 한약 복용 후 이상증세를 호소했음에도 한의사가 이를 간과하였거나, 명현반응으로 효과가 있다며 지속적으로 한약을 복용케 한 경우 등 한의사의 부적절한 진료 외에도 이상 유무에 대하여 양방향적 진단이 요구되는 경우였으나 이에 대한 정보를 제공하지 못하였던 경우나 오진 등으로 조사되었다 <표 5>.

다. 피해구제 처리결과

한약 관련 피해구제 처리결과를 보면, 배상이 68건(50.4%), 환급 10건(7.4%), 조정요청 15건(11.1%), 정보제공 27건(20.0%), 취하중지 15건(11.1%)으로 나타났는데, 한약복용 시점의 상태를 알 수 있는 객관적인 검사 자료가 없어 한약복용이 악결과의 유발 요인으로 보기 어렵거나, 인과관계가 불분명하여 한의사의 과실유무에 대한 입증에 곤란함에도 불구하고 보상이 60% 가량 이루어졌다.

라. 피해구제 보상금액

한약 관련 피해구제 접수건 중 배상과 환급으로 처리된 금전적 처리 결과는 10만원 이상 100만원 미만이 35건(46.1%), 100만원 이상 500만원 미만이 32건(42.1%), 500만원 이상 1000만원 미만이 5건(6.6%), 1000만원 이상 3건(3.9%) 등으로 나타났다.

양방의 다른 진료과목과 비교할 때, 보상금액이 적은 것은 한방진료로 인한 신체손상이 크지 않거나 한의사의 과실과 피해 발생과의 직접적인 인과관계가 불분명하여 대부분 일실수익은 인정되지 않고 치료비나 위자료만이 인정되는 결과에 기인한 것으로 추정된다.

3. 피해구제 분석에 나타난 문제점

첫째, 한의약관련 피해구제 접수 건 중 분석이 가능한 135건 중 72건이 한약 복용후 독성간염이나 위장장애 발생 등 약해나 약화 관련 건이 많았으나, 한약복용과 독성간염 발생과의 직접적인 인과 관계를 밝히기 어려운 것으로 나타났다.

둘째, 한약복용으로 인한 효과 부작용 유의사항 등에 대한 한의사의 설명의무가 미흡한 것으로 나타나 한약복용으로 인한 이상증세에도 불구하고 약을 계속 복용하여 확대피해를 초래하였으며, 기왕력에 대한 문진이 소홀하여 질환을 악화시키는 경우가 많았다.

셋째, 침과 부항치료 과정에서 위생 및 감염 관리를 소홀히 하거나 심지어 위생관리 측면에서 비 의료적인 진료행위가 이루어진 것으로 확인되는 등 감염에 대하여 심각하게 생각하지 않은 것으로 나타났다.

넷째, 한·양방 협진이 원활하게 이루어 지지 않아 확대피해를 초래하고 진료기록이 불충실하게 작성되어 의료분쟁 발생 시 의료행위의 적정성 판단이 곤란한 경우가 있는 것으로 나타났다.

IV. 한방의료분쟁 해결을 위한 개선방안

1. 한방의료분쟁 해결의 한계

한방의료분쟁 해결에 있어서 한방의료의 특성상 전부 아니면 전무인 판결보다는 당사자 간의 양보와 협의를 통해 합의를 도출해 내는 피해구제를 포함한 조정이 합리적이라고 사료되나, 다음과 같은 이유로 한방의료 분쟁 해결에 한계가 있다.

가. 기준진료 부재와 의료과오의 불확실성

의사는 진료당시 평균적인 수준에 있는 의사라면 당연히 갖추고 있어야 할 의학지식과 기술을 구사하고 최선의 주의를 다하여 환자를 진료하지 않으면 안 되는 진료계약상 의무가 있으므로³⁴⁾, 의사의 부주의로 인한 의료사고에 대하여는 손해배상 책임이 있다.

이러한 진료당시의 평균적인 수준에 대하여 양방의학의 경우 진단 및 처치에 있어서 학회나 연구회 등의 논의를 거친 임상지침이나 권장사항 등에 따라 질병에 대한 치료방법 등이 대체적으로 보편화, 표준화되어 있고, 시술자의 적합성이나 능력을 평가³⁵⁾할 수 있는 객관적인 자료와 진료과정의 투명성 등으로 인해 의사의 과실유무를 판단하고 있으나, 한의학은 그 진료의 자의성과 경험에 의하여 주관적으로 진료가 이루어지고 있어 한의사의 수준을 평가하기 곤란하며, 한방치료가 신체에 미치는 영향에 대하여 명확하게 해명되지 않고, 신체반응도 사람마다 다양하게 나타나는 등 한의학의 특성으로 인해 결과 예견 및 회피가능성을 전제로 책임을 부과하는 데에 한계가 있다.

더구나 진료행위에 대하여 한의사의 재량인정의 범위가 넓고 합의된 표준진료가 미흡하기 때문에 이와 같이 예견 및 회피 가능성을 기준으로 과실을 판정하기 곤란하여 한의사의 과오 인정은 쉽지 않다.

예컨대, 한방병원에서 치루환자에게 항문주위 농양에 대하여 피침으로 절개하여 1주일 가량 배농하였으나 호전되지 않아 신청 외 외과병원에서 치루절개술을 받았으며, 조직검사상 결핵성 치루로 확인된 사안³⁶⁾에서, 양방학적 기준에서 보면 치루에 대한 치료는 일반적으로 외과적 절제가

34) 김선중, 전계서, 150면.

35) 예컨대, 진단목적으로 대장내시경 시술 후 장 천공이 발생되었을 경우에 시술자가 최선의 조치를 다 하여도 장천공이 0.2% 범위에서 발생할 수 있다는 통계를 감안하더라도, 과실유무 판단을 함에 있어서 내시경시술 건수나 내시경 세부전문의 자격 인정 여부 등으로 시술 의사의 적합성이나 능력을 가늠하기로 한다.

36) 피해구제 2002-300092.

적절한 치료법으로 알려져 있으나 한의학적 측면에서 보면 치루치료에 대하여 합의된 표준진료가 없기 때문에 한의사의 조치가 부적절하였다고 판단하기 어렵다.

그러나 한의사가 전문적인 지식과 경험에 따라 환자의 상황을 판단하고 질병의 치료에 적합하다고 판단되는 방법을 사용할 수 있고, 한의학적 판단에 따라 치료에 적합하다고 판단하여 시술을 한 한의사의 재량을 인정하더라도, 이러한 재량에도 스스로 한계가 있으므로 합리적인 재량의 범위를 벗어난 행위에 대하여는 과실책임을 묻지 않을 수 없을 것이므로³⁷⁾, 한의사로서 한의학적 의료수준과 인정범위 안에서 최선의 진료행위를 하지 않을 때에는 과실이 있다고 보아야 할 것이다.

나. 사실 규명 및 입증 곤란 (효과 및 부작용 입증 곤란)

의료과실은 불법행위의 성립요건이므로 의료과실의 입증책임은 불법행위의 성립을 주장하는 환자 측이 부담하게 되나, 의료과오소송에서는 의사의 과실유무를 판단할 수 있는 진료기록 등의 증거자료가 의료인 쪽에 편재되어 있다는 점이나 고도의 전문지식이 필요한 분야로서 일반인으로는 알기 어렵다는 점, 진료 및 시술방법의 재량성 등의 특수성으로 인해 비전문가인 의료소비자로서는 의사의 과실을 입증하기가 현실적으로 어렵기 때문에 환자 쪽에서 의료과실을 완벽하게 입증한다는 것은 극히 어렵다.

이러한 의료과오소송의 특수성을 감안하여 최근의 의료과오소송에서는 사건의 공정한 해결과 손해의 공평, 타당한 분담이라는 견지에서, 환자 쪽의 입증경감을 위해 다양한 견해가 제시되고 있는데³⁸⁾, 판례는 원칙적으로 입증책임을 환자 측에 부담시키고 있으면서도 일정한 요건을 갖춘 경우에는 과실 및 인과관계에 입증경감이나 사실상 추정이론, 더 나아가 입

37) 김선중, 전계서, 12면.

38) 김선중, 전계서, 153면.

증책입전환³⁹⁾을 통해 의사에게 책임을 부담시킴으로써 한자 측의 입증경감을 도모하고 있다.

그러나 양방치료와 달리 한방치료의 경우 치료효과나 부작용이 바로 나타나지 않는다는 점과 환자의 자각증상을 중요시하고 환자의 병 상태를 구체적으로 관찰하며, 증을 결정하여 치료방법을 취하는 특수성과 치료방법의 선택이나 처치 등에 관하여 한의사의 상당한 재량이 부여되는 한방진료의 특성상 의료소비자가 한의사의 과실을 입증하기란 현실적으로 어려워 입증경감이론에 의한 배상은 쉽지 않다⁴⁰⁾.

한국소비자원에 접수된 한의약 관련 분쟁에서 가장 많은 비율을 차지하고 있는 한약 복용 후 약인성간손상이 발생인데, 한약복용과 약인성 간손상 발생과의 직접적인 인과관계를 밝힐 수 없고 이를 명확히 규명하기 위

39) 서울고법 1994.6.22. 선고 92나67782 판결.

40) 서울중앙지방법원 선고 2004가단326336 판결: “목 부위에 통증에 대하여 경추의 염좌 및 긴장에 해당된다는 진단을 받고 물리치료와 보존적인 약물치료를 받았으며 방사선상 이상이 발견되지 않았으나 통증이 한의원에 내원하여 0.25mm와 0.3mm 굵기를 가진 침으로 주로 어깨와 팔 근처에 있는 경혈에 침술을 받은 후 신체 오른쪽 부위의 위약감을 호소에 따라 자기공명영상촬영을 실시하자 경추 제4-5번간, 제5-6번간 추간판탈출증으로 디스크가 돌출되어 신경세포를 압박하고 있다는 진단되어 수술을 받은 사안에 대하여, 법원은 의사가 진찰치료 등의 의료행위를 함에 있어서는 사람의 생명 신체 건강을 관리하는 업무의 성질에 비추어 환자의 구체적인 증상이나 상황에 따라 위험을 방지하기 위하여 요구되는 최선의 조치를 취하여야 할 주의의무가 있으며, 의사의 이러한 주의의무 위반에 따른 손해배상 책임을 주장자로서는 의료행위에 있어서 일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상 과실의 존재를 입증할 책임이 있는 바, 이 사건에서는 원고에게 나타난 신체상의 손상(추간판탈출증)의 발생의 방지를 위하여 피고가 시술의사로서 취하여야 할 구체적인 조치가 무엇이었고, 피고가 이를 다하지 아니함으로써 주의의무를 위반한 의료상의 과실이 있었는지 여부를 원고가 주장 입증하여야 할 것이다. 그러나 원고는 피고에게 시술상의 잘못이 있다고 주장할 뿐 피고가 시술상 취하여야 할 조치가 구체적으로 무엇인지, 그리고 피고가 이러한 조치를 다하지 않았는지 하는 점에 대한 아무런 주장 입증을 하고 있지 아니하며, 또한 앞에서 본 바와 같이 피고는 원고에 대하여 0.25mm와 0.3mm의 굵기를 가진 침으로 주로 어깨와 팔 근처에 있는 경혈에 침술을 시행한 사실이 인정되나 0.25mm와 0.3mm의 굵기를 가진 침을 통한 어깨와 팔 부위에 대한 침술의 시술로 인하여 경추부의 디스크가 탈출될 가능성은 매우 희박한 사실, 이와 같은 침술의 부위와 방법, 원고의 증상의 부위와 경과 등에 비추어 볼 때, 피고가 침술을 시행함에 있어서 시술도구로 원고의 신체에 손상을 주지 말아야 할 주의의무나 그 밖의 다른 주의의무를 위반한 의료상의 과실이 있었다고 추정하기도 어렵다고 보인다.”라고 판시하였다.

해서는 환자에게 동일한 한약을 투약시켜 약인성 간손상이 발생하는지를 재확인하는 것이나 이는 윤리적인 문제가 있으며, 한약으로 인한 약인성 간손상은 처방의 오류보다는 한약재 자체의 결함이나 섭취횟수와 복용방법에 따라 발생할 수도 있기 때문에 현실적으로 한약처방 관련하여 한의사의 과실을 객관화하거나 입증하기 곤란하다.

이와 같이 한방의료의 특성으로 인해 환자는 한의사의 과실을 입증하기 곤란하고, 한의사 또한 책임이 없음을 반증하는 데 한계가 있으나, 원칙적으로 입증책임은 여전히 환자가 부담하며⁴¹⁾, 사실규명 및 입증이 곤란한 한방의료분쟁은 소송에 의한 해결보다는 당사자간의 상호 양보를 통한 해결방법이 바람직할 것으로 보인다.

다. 인과관계 곤란

수술이나 시술 등 침습적인 행위가 많은 양방의료의 경우, 축적된 경험과 증례보고 등으로 인해 일반적인 합병증 발생과 원인이 알려진 바와 달리, 한방의료분쟁은 한방의료행위로 인한 손해 유무, 손해와 한방의료행위와의 인과관계 유무를 판단하는데 한계가 있다.

예컨대 40세의 신청인이 고혈압과 보양을 목적으로 3달 가량 한약을 복용한 후 전격성간부전이 발생되어 간이식을 받았으나, 조사결과 처방용량이나 투약 기간이 통상적인 처방기준을 벗어나지 않았으며, 독이 있다고 구분된 약물도 처방되지 않아 간부전이 한약 복용으로 인해 발생되었다고 볼 수도 없지만, 간손상이 한약복용과 관련이 없다고도 볼 수 없는 사안⁴²⁾에서와 같이 한의사의 불법행위나 불완전이행과 손해 사이의 인과관

41) 원칙적으로 의료소송은 불법행위책임으로 구성되어 지며, 그 진료상 유책성의 입증 책임이 원고에게 귀속하는 것이 원칙이지만 의료소송에서는 의료의 특수성 등으로 인해 대법원은 환자 측이 일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실 있는 행위를 입증하는 입증책임의 완화 내지 경감으로서 증명정도를 언급하고 있다.

42) 피해구제 2005-221122: 이 사건은 양 당사의 협의가 이루어지지 않아 민사소송 중에 있다.

계라는 요건사실입증이 현실적으로 쉽지 않다는 한계를 가지고 있다.

라. 피해확정과 손해배상의 어려움

의료인의 과실에 따른 손해배상을 청구하기 위해서는 피해 자체가 확정되어야 하는데, 한방진료를 받은 경우 외형적인 면에서 치료효과나 부작용이 확연히 드러나지 않기 때문에 그 효과나 부작용을 객관적으로 측정할 수 없는 한계점이 있을 뿐만 아니라 치료효과나 부작용을 느끼는 척도가 상당히 주관적이기 때문에 의료분쟁 해결에 한계가 있다.

예컨대 40대 환자가 피부염으로 한약을 복용한 후 복통과 구토 등 위장장애를 호소한 사안⁴³⁾이나, B형 보균자 환자가 한약 복용 후 간부전 발생을 호소하는 사안⁴⁴⁾, 또는 60세 환자가 난소암으로 수술을 받고 인터넷을 통해 암이 완치된 사례가 있다는 광고를 접하고 해당 한의원을 방문하여 산삼이 포함된 한약을 복용한 후 오히려 암이 타 장기로 전이되는 등 악화된 사안⁴⁵⁾에서와 같이, 시간적인 인과관계가 성립된다고 할지라도 즉시 결과 확인이 되지 않고 다른 요인과의 감별이 쉽지 않다는 점에서 피해확정과 손해배상의 어려움이 있다.

마. 지방 의료소비자에 대한 권리구제 미흡

1999년부터 2007.9.까지 지역별 한방의료 피해구제 접수 건은 서울 94건, 경기도 39건, 부산 9건, 광주 9건, 대구 7건, 인천 8건 등으로 서울, 경기, 인천 지역을 포함하는 수도권이 83.4%를 차지하는 것으로 나타났다.

상담 및 피해구제 접수의 용이함에도 불구하고 접근성과 정보력 등 상대적으로 열악한 위치에 있는 지방소비자에 대한 구제가 취약한 실정으로

43) 피해구제 2004-173837(정보제공으로 처리됨).

44) 피해구제 2004-202184(정보제공으로 처리됨).

45) 피해구제 2004-189205(한약치료 원가를 제외한 진료비 환급함).

법령 개정 등으로 지역차 해소와 지방 의료소비자 권리 구제 방안을 강구해야 할 것이다.

2. 한방의료 피해구제 처리의 유효성

가. 분쟁해결의 합리성

한방의료 이용의 증가⁴⁶⁾와 고령화로 인한 한방의료서비스 수요 증대, 권리의식 향상 등으로 한방의료분쟁은 해마다 증가될 것으로 예상되나⁴⁷⁾, 한방의료분쟁은 앞에서 언급한 바와 같이 한방의료의 기준진료 부재, 사실규명이나 입증 곤란, 피해확정의 어려움, 한방의료행위와 피해와의 인과관계 입증 등으로 인해 소송에 의한 해결은 한계가 있다고 본다.

한국소비자원에 접수된 한방의료사고의 대부분은 한방의료행위와의 인과관계가 불분명하고, 한방의료행위로 인해 피해가 발생되었다고 할지라도 의료인의 과실 유무나 피해 확정이 어려워 민법상 손해배상 책임 인정이 곤란하다.

이와 같이 한방의료행위로 인한 피해는 있으나 입증의 한계로 인해 분쟁이 해결되지 못하고 의사와 환자간의 감정적 대립으로 진행될 경우 환자뿐만 아니라 의료인에게도 피해가 될 수밖에 없으나, 조정을 통한 분쟁 해결은 환자와 의사의 상호이해를 도모면서 환자 측에는 실질적인 보상이 이루어지고 의료인에게는 의료사고 예방기능과 진료환경의 안전을 유지할 수 있다는 장점이 있다.

나. 신속한 권리구제

의료분쟁을 해결하는 가장 대표적이고 보편적인 방식은 민사소송으로서 의료분쟁이 발생하면 환자 측은 일반적으로 민사소송을 제기하여 의사 등에

46) 보건복지가족부, 전계자료, 7면.

47) 한방의료사고 관련하여 한국소비자원에 접수된 상담이 해마다 증가하고 있다.

게 채무불이행책임 내지 불법행위 책임에 근거한 손해배상 책임을 추궁하고자 하며, 환자가 사망하거나 불구가 되는 등 중대한 상해를 입었을 경우에는 금전배상을 목적으로 하는 민사소송에 만족하지 않고 형사고소를 통해 의사에게 업무상과실치상죄의 책임을 물어 형사처벌을 요구하기도 한다.

그러나 한방의료소비자는 소송에 의한 사법적 분쟁해결은 많은 소송비용과 시간을 필요로 하고 입증의 어려움으로 실제 승소할 가능성도 높지 않다는 사실을 알고 있기 때문에 병원 점거에 의한 진료방해 등 비규범적인 사적 구제를 통해 해결하려는 경향을 보이기도 한다⁴⁸⁾.

따라서 3개월 이내에⁴⁹⁾ 의료분쟁을 해결하고 있는 소비자들의 피해구제는 의사와 환자의 소모적이고 적대적인 갈등을 완화하고 한의약 관련 의료분쟁실태조사에서 나타난 바와 같이 의료소비자에 대한 실제적인 구제⁵⁰⁾뿐만 아니라 의료인이 진료에 전념할 수 있도록 함으로써 궁극적으로 의료환경을 개선시키고 있다.

다. 피해구제 처리의 전문성, 공정성, 객관성 확보

한방의료행위의 특수성으로 말미암아 의료인의 과실 입증이 쉽지 않아 소송에 의한 해결도 어려운 실정이다. 따라서 국가에서 행정적인 구제를 시행하여 의료분쟁을 해결하기 위한 노력을 하고 있으나 실효성이 없었으며⁵¹⁾, 이러한 의료분쟁의 공적 해결은 공정성 내지 합리성의 결여와 함께

48) 실제로 피해구제로 접수를 한 자 측에서는 소송을 하고 싶어도 소송실이익이 없고, 포기하자니 억울하여 손해배상보다는 한의원이나 병원 앞에서 농성을 하는 등 물리적인 방법으로 의료인에게 경제적 피해나 명예를 훼손시키는 경우를 선택하기도 한다.

49) 소비자기본법(2006.9. 전면개정)이 개정되기 전에는 처리기간이 30일이었으나, 피해의 원인구명 등에 상당한 시일이 요구되는 사건에 대해서는 60일 이내의 범위에서 처리기간을 연장할 수 있게 되었다.

50) 피해구제 처리결과를 보면 약 60% 정도가 보상되었다.

51) 의료법상 의료분쟁에 대한 조정기관은 1983년부터 의료심사조정위원회를 운영하고 있지만, 현재 거의 유명무실한 제도가 되고 말았다. 신현호, 『의료소송총론』, 육법사, 1997, 470면 이하.

조직내 기구에 관여하는 전문가들의 불성실, 동료 전문가 감싸기 또는 침묵의 음모라는 의료감정에 대한 불신의 문제 등이 거론되고 있다는 지적⁵²⁾이 제기되어 왔다.

그러나 한국소비자원은 의료서비스 분쟁 조정과 관련된 전문성을 확보하기 위하여 다양한 임상경험과 실무 경력을 가진 간호사들과 의료법학 전공자로 의료팀을 구성, 운영하고 있고, 24개 진료분야에 총 54명의 전문의 및 의료전문변호사를 전문위원으로 위촉하여 자문을 통해 의료분쟁을 해결하고 있으며, 이중 의료분쟁이 다발하고 있는 9개 진료과목에 대해서는 전문의가 우리원을 직접 방문하는 방문 자문의 제도를 운영하고 있다.

특히, 전문위원(한의사)의 소신 있고 객관적인 의견 제시로 인해 한방의료과오 확정시 결정적인 역할을 함으로써 전문성, 공정성, 객관성을 강화하고 있다⁵³⁾.

이러한 전문적이고도 객관적인 전문위원의 소견은 합의권고를 위한 근거제시가 되는데, 의료행위 과정에서 잘못이 없을 때에는 의료인의 과오와 의료인에 대한 불신을 해소하는 긍정적인 역할을 수행하고 있을 뿐 아니라 합의권고에 대하여는 의료인이 신뢰하고 적극 수용함으로써 효율적이고 실효성 있는 피해구제 정착에 기여하는 요인이 되고 있다.

또한 피해구제 처리 과정에서 신청인인 환자뿐만 아니라 피신청인인 의사와 원활한 의사소통을 함으로써 임상현실과 동떨어진 합의권고를 방지하고 환자와 의사 사이에 공평과 균형이 유지되어 모두가 납득할 수 있는 해결책을 제시하고 있다.

라. 경제적 효율성

법원이 의사와 환자의 실질적인 불평등에 대하여 과실입증의 완화나 인

52) 김천수, “의료분쟁의 효율적 처리를 위한 한국소비자보호원의 역할”, 『의료피해구제의 효율적 처리방안모색을 위한 세미나 발표』, 2006, 81면 이하.

53) 2007.10. 한방분야 전문위원은 3분이 있다.

과관계입증의 완화, 더 나아가 입증책임을 전환 이론 적용 등은 의료소송에 대한 수요를 증가시키는 요인이 되었다⁵⁴⁾.

그러나 소송의 경우 과도한 비용 및 기간 소요, 환자가 의료인에 비해 상대적으로 정보력이나 경제력, 전문성 부족 등 열등한 위치에 놓여 있고, 한방의료의 특성상 전문성 부족과 과오판단의 어려움, 한방진료에 따른 신체손상이 크지 않다는 점에서 한방의료소송은 소송제도 자체가 갖는 고비용에 비하여 소송가액이 상대적으로 낮아 소송으로의 실익이 없는 경우가 많다⁵⁵⁾.

따라서 한방의료분쟁 해결은 경제적인 측면⁵⁶⁾에서 중재나 조정을 통한 협의가 효율적이다. 즉, 환자는 민사소송의 비용을 들이지 않고-대개는 비록 소송에서 전부 승소할 경우보다 적지만, 그래도 전부 패소할 경우보다는 많은 액수의-손해배상을 손쉽게 받을 수 있고⁵⁷⁾, 병원 측도 과오유무와 상관없이 소송을 대응하기 위한 비용이 사용되어질 수밖에 없으므로 중재나 조정을 통한 당사자 간의 협의는 분쟁해결 비용을 최소화할 수 있다.

마. 종합적이고 사전적 분쟁 예방 효과

소비자원은 관련 법령에 따라 피해구제 결과를 공표할 수 있는데⁵⁸⁾, 피해구제에 관한 통계 또는 특정사례로서 소비자에게 공표하는 것이 공익에

54) 이상돈, 『의료체계와 법』, 고려대학교 출판부, 2000. 221면 이하에서 환자보호에 충실한 판례법은 시민들의 의료소송에 대한 수요를 폭증시키고, 이러한 소송수요의 폭증은 사법의 업무 부담을 현저히 증가시켜 사법을 과부하의 상태에 이르게 됨으로써 소송전반을 경제성원칙에 초점을 맞추어 재구성한다고 함.

55) 실제로 한방의료분쟁 관련한 판례가 거의 없고, 소송이 제기된 경우에도 한의사의 부주의를 인정한 판례를 찾기가 쉽지 않았다.

56) 조정법은 의사와 환자가 의료사고로 인한 분쟁을 엄격한 의미의 대화적인 절차에 의해 해결할 경우에 들게 되는 수많은 비용을 상당부분 경감시켜주는 제도로서의 기능을 한다. 이상돈, 전계서, 29면.

57) 이상돈, 위의 책, 227면.

58) 소비자상담 및 피해구제업무처리규정 제20조.

이롭다고 인정하는 경우나 소비자와 관계되는 다른 법률의 규정에 의한 업무를 위반한 경우에는 홈페이지나 신문, TV, 라디오 등의 매스컴에 공표할 수 있도록 되어 있어 의료분쟁 처리과정에서 확인된 부적절한 의료행위로 인해 피해가 발생된 경우 의료소비자와 의료인에게 정보를 제공함으로써 의료사고를 예방하는 효과⁵⁹⁾가 있다.

현재의 소비자원의 의료팀은 의료사고에 대한 사후적 처리가 주요 업무로 되어 있으나, 다수의 의료소비자가 유사한 의료사고를 겪지 않도록 사전적으로 예방하는 업무가 중요하다는 인식에 따라 한방의료분쟁 사례를 유형화하여 유사 사고 예방을 위해 노력하고 있다.

즉, 한방의료분쟁 사례와 유형을 분석하여 의료소비자 뿐만 아니라 의료인에게도 한방의료분쟁 발생 시의 대처요령 등을 교육하여 의료사고 및 분쟁을 예방할 수 있도록 하고 부적절한 진료나 다발 사례에 대해서는 해당 협회 등과 간담회를 통해 피해예방을 위해 적극적이고 능동적으로 대응하는 등 종합적이고도 효율적으로 분쟁을 해결하고 있다⁶⁰⁾.

3. 한방의료분쟁 해결을 위한 개선방안

가. 피해구제 제도의 법적 한계

한국소비자원이 소비자 피해 해결에 대한 선호기관으로 자리매김⁶¹⁾하여 소비자원에 접수된 의료 분쟁 건수는 지속적으로 증가하고 있는데, 특히 의료과오 입증 강화를 위한 역할을 성실히 수행해 오면서 피해구제 전문

59) 한방의료분쟁 실태조사(2006.5.)를 하여 한방의료분쟁 유형과 사례를 분석하여 문제점 및 개선방안을 마련하여 보건복지부에 제도개선을 건의하여 일부 반영이 되었으며, 대한한의사협회에도 자료를 제공하였다.

60) 소비자원은 정책연구 및 건의와 교육, 홍보 및 방송사업 등의 업무와 불만처리 및 피해구제를 함께 수행하여 상호보완적이고 종합적인 한방의료서비스 피해에 대하여 예방을 도모할 수 있다.

61) 최재천, 『의료사고 해결법』, 일상, 2002. 재판외의 해결방법으로서 의료심사조정위원회보다는 오히려 활발하게 활동하고 있다고 언급하고 있으며, 실제로 소송 전 의료분쟁 해결을 가장 많이 하고 있다.

기관으로서 정착되었음에도 불구하고 다음과 같은 한계가 있다.

첫째, 조정제도는 소송에 비하여 경제적으로 신속하게 처리되며, 무엇보다도 당사자간의 감정대립을 상대적으로 줄일 수 있다는 데에 장점이 있고⁶²⁾, 앞서 살펴본바와 같이 소비자원을 통한 분쟁 처리는 원인규명이 쉽지 않은 한방의료분쟁에 있어서 합리적인 해결방법이다.

그러나 소비자원은 소비자의 불만 및 피해를 처리하기 위하여 필요한 경우 검사와 자료제출⁶³⁾을 요구할 수 있는 조사권(행정권)과 위법사실 통보 권한⁶⁴⁾을 통한 피해구제의 실효성을 높일 수 있는 강점요인을 가지고 있음에도 불구하고, 위법행위에 대한 단속 및 처벌 권한 부재라는 한계와 합의권이나 분쟁조정결정에 대하여 환자 및 의료인 측이 불응할 경우 결국 소송 외에 별다른 대응을 할 수 없는 약점요인을 가지고 있다⁶⁵⁾.

둘째 의료분쟁은 소송을 통한 법원의 판결보다는 전문적 지식 외에 일반 사회생활에 풍부한 지식과 경험을 가지고 있는 조정위원이 양당사자의 전반적인 사항을 고려한 유연한 조정(피해구제의 경우 의학적으로 부주의가 일부 있다고 하더라도 임상적인 현실을 고려한 자문위원의 자문 등)을 하여 참여하게 다루는 의료분쟁을 조기에 종식시키는 순기능이 있지만 양방 진료와 같이 응급을 요하거나 생명을 다루는 일이 비교적 적더라도 합의된 표준진료가 미흡하거나 개별적으로 이루어지는 한방의료 특성으로 인해 한방의료 환경을 개선시키는 효과를 갖지 못하는 문제점을 가지고 있다.

62) 신현호, 전계서, 466면 이하.

63) 소비자기본법 제77조.

64) 소비자기본법 제56조에 따르면 피해구제신청 사건을 처리함에 있어서 당사자 및 관계인이 법령을 위반한 것으로 판단되는 때에는 관계기관에 이를 통보하고 적절한 조치를 의뢰할 수 있도록 되어 있다.

65) 한국소비자원은 소비자소송지원제도 운영지침에 따라 소비자분쟁조정위원회의 분쟁 조정결정에 대해 사업자의 거부로 성립이 되지 아니한 사건(제3조2항) 등으로 합의 권고 또는 분쟁조정 결정가액이 1,000만원 이상에 상당하는 금액(제6조4항)에 대하여 경제적으로 어렵거나 소송수행 능력이 부족하여 소송을 통한 피해구제 어려움이 있는 소비자가 한국소비자원의 소송 지원을 희망하는 경우에 소비자원이 제공하는 소비자소송지원을 할 수 있다.

셋째, 양방의학의 경우 수술이나 치료 후 합병증 등에 대한 구체적인 수치 및 통계가 있고, 의료분쟁 해결에 있어서의 의료행위의 적정성 및 과실 유무의 판단기준과 범위 등이 판결과정을 통하여 형성되어 온 것과 달리, 한방의료 판례의 집적이 없는 현 상황에서 상호 양보에 의한 합의로 분쟁이 종결되는 합의권고 및 조정은 의료사고를 예방하기 위해 일정부분 주의를 기울일 수 있도록 하거나 견제기능은 할 수 있어도 한방의료과오에 대한 기준과 의료사고방지 측면에서는 소송에 비하여 영향력의 범위가 크지 않다는 점이다.

나. 한방의료분쟁 해결방안

(1) 기본방향

의료소비자는 의료인에 비해 상대적으로 정보력 등이 열등한 위치에 놓여 있기 때문에 대등한 당사자 간의 분쟁해결을 목적으로 하는 법원의 소송보다는 조정 절차가 적합하다는 데에는 이견이 많지 않을 것으로 보인다⁶⁶⁾.

특히, 한방의료분쟁은 질병의 발생이 몸 전체의 생리적인 부조화로 파악하고 인체의 저항력을 기르는 것에 목적을 두고 치료를 하고 치료방법에 있어서 재량의 범위가 상당히 포괄적임에 따라 한의사에게 주의의무 위반으로 민사상 책임을 주는 것은 어려운 일이고, 한의사의 과실책임이 인정된다고 할지라도 청구금액이 적어 소송으로의 실익이 없기 때문에 실제로 조정에 의한 해결이 유일한 방법이라고 해도 과언이 아닐 것이다.

한방의료분쟁은 한의사의 과실과 입증의 한계, 인과관계의 어려움, 피해확정의 곤란 등으로 조정에 의한 합의도출이 어려운 상황이지만, 이외에도 한방의료사고에 대한 인식과 분쟁 해결 과정에서 의료인 측과 소비

66) 소비자원에 피해구제를 의뢰한 신청인들은 소비자원에서 피해구제를 할 수 있기 전까지는 한방진료로 인해 피해를 입고도 호소할 만한 곳을 찾지 못하여 포기하는 경우가 많았는데 소비자원에서 피해구제를 할 수 있게 되어 소비자원의 피해구제에 대하여 상당한 기대를 걸고 있는 경우가 많다.

자 측의 현저한 시각차를 보이고 있다.

즉, 의료소비자는 한방의료사고에 대하여 양방향적 견해와 결과에 따른 해명 및 책임을 요구한 반면, 의료인은 한방의료의 특수성과 주관적 판단만을 주시시키며 의료분쟁 해결을 회피하려는 경향이 많다.

그러나 의료의 한 축으로서 사람의 생명·신체·건강을 관리하는 한의사는 환자의 상황에 따라 위험을 방지하기 위하여 요구되는 최선의 조치를 취해야 할 주의의무가 요구되어야 하고, 치료를 담당하는 전문 직업인으로서 갖추어야 할 정도의 지식을 함유한 상태⁴에서 진료에 임하여야 하며, 무엇보다도 한방의료의 표준진료기준 마련이 선행되어야 의료소비자의 이해와 대화를 이끌어 낼 수 있을 것이다.

결과적으로 한방의료분쟁 관련 법제화는 한방진료의 특수한 상황이 반영되어야 하며, 한의사와 환자가 상호이해를 도모할 수 있는 의사소통의 절차를 마련하는 것이어야 한다⁶⁷⁾.

(1) 법제화의 방향

의료법이 한의학적 특성을 반영하지 못하고 한방의료행위에 관한 규정이 없는 상태로서 한방의료행위에 대한 구체적인 해석은 법원의 판례에 의존할 수밖에 없으나, 임상표준지침이 없고 치료효과와 부작용에 대한 검증부족이나 진단과 치료 결과를 계량화 할 수 없으며 치료 기전을 과학적으로 밝히기 어려운 점, 한방의료의 진단과 치료가 주관적, 개별적으로 이루어지고 있다는 점 등 한방의료의 특성상 한의사의 과오 및 한방의료행위의 적정성 유무를 판단하기 곤란하기 때문에 한방의료분쟁을 해결함에 있어 소송의 한계가 있다고 볼 수 있다.

실제로 한방의료 관련 판례는 대부분 무면허의료행위⁶⁸⁾이고 의료인의

67) 이상돈, 전계서, 230면 이하에서 조정법의 조직과 절차, 조정권한의 분배는 의사와 환자 사이의 대화적인 의사형성과정과 합의지향적인 협상과 결정의 절차를 마련하는 방향으로 이루어져야 한다고 한다.

과오 관련하여 민사소송으로 진행되더라도 대부분 조정으로 종결되는 경우가 많은 실정임을 감안한다면 한방의료분쟁의 해결은 법원을 통한 해결보다는 분쟁당사자들의 자주적인 의사에 따라 협의하거나 당사자들이 서로 양보하고 타협하여 합의를 권고함으로써 종국적으로 화해에 이르게 하는 조정제도가 가장 바람직하고 현실적인 대안으로 보인다.

즉, 의료(한방의료)서비스의 수요가 증가함에 따라 의료사고 발생과 의료분쟁 건수도 매년 증가하고 있는 추세이며, 그 분쟁해결에 소요되는 기간이 장기화되면서⁶⁹⁾, 분쟁해결에 소요되는 시간 비용 등의 경제적 부담과 고통이 가중되고 있다는 점과 한방의료행위의 표준이나 범위가 모호하여 한방의료사고에 대한 한의사의 책임에 관한 판단 근거로 작용하지 못한다는 점, 한방의료분쟁을 해결하기 위한 현행의 제도나 법적 해결이 의료사고를 효율적으로 해결하는 한계가 있다는 점, 그럼에도 불구하고 의료행위가 공익성을 가지고 있다는 등을 감안한다면 한방의료분쟁을 원활하게 하려는 제도(가칭 의료사고피해구제법)의 도입이 불가피하다고 볼 수 있다.

그러나 의료법상의 의료심사조정위원회가 과중한 업무와 당사자들의 불신 때문에 의료분쟁의 해결을 위한 효율적인 제도로서 정착되지 못하고 있고⁷⁰⁾, 의료사고 또는 의료분쟁을 조정하기 위한 입법적 시도가 1994년부터 2006년까지 추진되고 있으나 관련 부처와의 의결조율을 이루지 못하여 임기 만료로 폐기되었다⁷¹⁾는 점에서, 현실적으로 한방의료분쟁은 한방

68) 헌법재판소 2005.9.29. 2005헌바29 판결.

대법원 2003.5.3. 선고 2003도939 판결 등 다수.

69) 『의료사고 예방 및 피해구제에 관한 법률(이기우 의원) 검토보고서』, 2006. 보건복지위원회 자료에 의하면 의료분쟁 해결기간은 제1심 법원에서 평균 2.6년, 2심 판결에는 평균 1.3년이 소요된다고 함.

70) 김선중·이경환·김원호, 전거서, 42면.

71) 1994.11. 의료분쟁조정법안이 국회에 처음으로 제출되어, 1995.11.~12. 국회보건복지위원회에서 필요적 조정전치주의도입, 의료인에 대한 형사처벌특례 인정, 의료배상공제조합 설립 의무화 등의 내용으로 법안심사를 시작하였으나 의료계에서 무과실보상제로 도입 요구로 성안되지 못하고 14대 국회중료로 자동폐기 되었다. 신현호,

의료서비스에 대한 상담, 피해구제(합의권고), 및 조정업무를 성공적으로 수행하여 피해구제 전문기관으로 역할을 성실히 하고 있고⁷²⁾, 소비자 및 의료인으로부터 신뢰를 받고 있는 한국소비자원을 통한 해결이 가장 합리적이라고 생각된다.

그런데 강제력이 없는 절차이기 때문에 의사의 과실이 인정되어 중재나 조정이 이루어지더라도 의사(의료인)가 수용하지 않을 경우 결국 조정이 무산된다는 한계가 있다.

따라서 한방의료분쟁은 한국소비자원을 거치도록 하며 분쟁 처리 과정에서 한국소비자원의 자료제출 요구에 대하여 의료인이 불응할 경우 실질적으로 불이익이 가도록 소비자기본법을 개정하고, 의료인이 합의권고 및 조정결정을 거부하고 소송으로 진행될 경우 법원에서 소비자원의 조정결정을 적극 반영하는 등 한국소비자원의 조정기능을 강화하고 제도를 보완하여 실효성 있는 분쟁해결기관이 되도록 해야 할 것이다.

V. 결론

위에서 살펴본 바와 같이 한의학은 우리나라의 전통적인 의학으로서 우리민족의 건강보호와 예방에 기여해 왔으며, 역사적으로도 성립·전개·폐지·부활의 과정을 거쳐 한의학으로 정립되었고, 이제 국민의료의 한 축으

『의료분쟁조정법안 제정을 위한 공청회 자료』, 2002, 1면 이하 참고.

이후 수차례 관련 법안이 발의되었으나 이해당사자간의 이견으로 입법화되지 못하다가 대통합민주신당 이기우 의원의 발의한 2007.8.29. 의료사고피해구제에 관한 법률안이 국회 보건복지위원회 법안소위를 통과하였으나 법안심사소위를 통과하지 못하여 자동폐기 되었다. 주요 내용은 입증책임의 전환이 환자에서 의사에게 있도록 했으며, 임의적조정전치제도, 의료사고피해구제 위원회 신설, 의사들의 책임보험 가입의무화 등이 있다 (중앙일보 2007.8.30. 12면). <http://www.kukinews.com/life/article/view.asp?page>

72) 서울중앙지법 부장판사(김용빈)는 의사의 과실에 대하여 손해를 받으려면 민사소송을 내기 전에 한국소비자원에 의료피해 구제 신청을 하는 것이 바람직하다고 하면서, 의료팀은 의료사고의 원인과 내용을 전문적으로 조사하고 있어서 일반인에게 효율적이며 소송비용 절약의 이점도 있다고 하였다. 서울신문 2007.11.28. 18면.

로서 발전해 가는 과정에 있다⁷³⁾.

현재 전 세계적으로 전통의학에 대한 관심과 연구가 활발히 진행되고 있고 우리나라도 노령인구의 급격한 증가와 근골격계 질환이나 순환기계 질환 등 만성퇴행성 질환의 증가로 인해 한방의료 수요는 증가하고 있으며, 한방의료 수요와 더불어 한방의료 사고로 인한 분쟁도 증가할 것으로 예상되고 있다.

그러나 제도적으로는 한방의료행위에 대한 명확한 정의나 범위에 대한 기준이 없으며 임상적으로는 대체의학과와의 범위가 모호한 실정이고, 분쟁 해결에 있어서도 양방의료분쟁이 의료행위의 적정성 및 과실유무의 판단 기준과 범위 등이 판결과정을 통하여 형성해 오고 있고, 더 나아가 과실입증의 완화⁷⁴⁾, 인과관계입증의 완화⁷⁵⁾ 등과 같이 의사와 환자의 불평등을 완화하여 소비자를 보호하여 온 것과 달리 판례의 집적이 미흡한 한방의료는 판례를 통하여 소비자보호 기능을 찾기도 어려운 상황이었다.

즉, 한방의료의 기준진료 부재와 의료과오의 불확실성, 사실 규명 및 입증 곤란, 한의학의 특성상 피해확정의 어려움과 인과관계의 곤란 등의 한방의료의 특수성과 한방진료에 따른 신체손상이 크지 않다는 점에서 한방의료소송은 소송제도 자체가 갖는 고비용에 비하여 소송가액이 상대적으로 낮아 소송으로의 실이익이 없는 경우가 많아 실제로 소송을 통한 해결은 거의 이루어 질 수 없었다.

한방의료분쟁은 한국소비자원의 상담 신청의 특징에서 확인된 바와 같이 한방의료사고로 인해 신체적인 손상을 입어도 객관적인 입증자료 제시나 의료인의 과실을 입증하기 어려워 포기하는 경우가 많고, 분쟁이 발생될 경우 에도 음성적으로 이루어지거나 극단적인 행동으로 의사표시로 진료방해를 하는 등 비규범적인 사적 구제를 통해 의료분쟁을 해결하려는

73) 정두채 외 9인, 전게서, 1-3면.

74) 대법원 1995.2.10. 선고 93다53402 판결.

75) 대법원 1989.7.11. 선고 88다카26246 판결.

경향을 보여 왔다.

따라서 한방의료분쟁의 해결은 전문지식뿐만 아니라 사회생활에 풍부한 지식과 경험을 가지고 있는 조정위원들의 의견이 반영되는 중재나 조정을 통한 협의나 행정적인 구제가 효율적이며, 현 제도하에서는 한국소비자원을 통한 분쟁해결이 가장 효율적이라는 점에서 한국소비자원의 조정기능을 강화하고 제도를 보완하여 실효성 있는 분쟁해결기관이 되도록 해야 할 것이다.

또한 의료분쟁(한방의료분쟁) 해결은 주로 사후적인 해결 성과에 대하여 논의되어 왔으나, 분쟁으로 인한 사회적 및 경제적 비용을 절감하기 위한 효율적인 방법은 사전적 예방에 있다고 할 수 있으므로 질적인 한방의료서비스를 제공할 수 있도록 정책을 개발하고 법령을 제정하는 노력이 이루어져야 할 것이다.

앞으로 한의사와 환자의 상호 이해와 협력을 통한 신뢰 그리고 원활한 의사소통이 이루어지길 바라며, 분쟁을 처리하는 실무자로서 한국소비자원의 한방의료분쟁 해결 과정이 의료인이나 환자 모두가 신뢰하고 만족하며 서로를 이해는 계기와 문제를 해결할 수 있는 적절한 통로가 되기를 희망한다. 무엇보다도 조정을 통한 한방의료분쟁이 합리적으로 해결됨으로써 한방의료가 국민의 질병치료와 건강증진이라는 본연의 임무에 보다 충실할 수 있기를 기대한다.

[참 고 문 헌]

1. 단행본

- 고병섭 외 4인, 『한약품질 표시에 대한 한약재 등급표시 모델 제시』, 한국한의
학연구원, 2001.
- 김선중, 『의료과오소송법』, 박영사, 2005.
- 김민중, 『의료분쟁의 법률지식』 청림출판, 2002.
- _____, 『의사와 변호사가 함께 풀이한 최신의료판례』, 동림사, 2003.
- 김장환·이윤성, 『의료와 법』, E* PUBLIC, 2006.
- 김재윤, 『의료분쟁과 법』, 을곡출판사, 2006.
- 범경철, 『의료분쟁소송』, 법률정보센터, 2003.
- 신현호, 『의료소송총론』, 육법사, 1997.
- 이덕환, 『의료행위와 법』, 박영사, 1998.
- 안인환, 『중·장기 한방육성대책 수립 연구』, 한국보건산업진흥원, 2002.
- 안인환 외 9인, 『한방의료산업의 해외시장 동향조사 및 진출방안』, 한국보건산
업진흥원, 2003.
- 이상돈, 『의료형법』, 법문사, 1998.
- _____, 『의료체계와 법』, 고려대학교출판부, 2000.
- 전병남, 『의약품사고와 손해배상』, 법률문화사, 2008.
- 정두채 외 9인, 『한약자기규격품 관리방안 연구』, 한국보건산업진흥원, 2000.
- 정경균, 『한의약의 세계화 전략방안』, 대한한의사협회, 2000.
- 최재천, 『의료사고 해결법』, 일상, 2002.
- 건강보험심사평가원, 『통계연감』, 2005
- _____, 『통계연감』, 2006.
- 대한병원감염관리학회, 『병원감염관리』, 한미의학, 2006.
- 대한한의사협회, 『의료법해설집』, 2004.
- 한국보건산업진흥원, “한약산업 정책동향”, 『보건산업백서』, 2005.

2. 논문 및 기타 자료

- 권기태, 「한약관리 법제의 문제점 및 개선방안에 관한 연구」, 석사학위논문, 고려대법무대학원, 2003.
- 류영수, “대체의학과 한의학의 비교연구”, 『동의신경정신과 학회지』, 제8권 제2호, 1997.
- 류지태, “의료행위의 개념”, 『고려법학』, 고려대학교법학연구원, 2002.
- 문진영, “침구의료행위에 기인하는 의료사고 예방에 관한 기초적 연구”, 『동국한의학연구소논문집』, 동국한의학연구소, 2000.
- 박나영, 「의료기록의 의료소송상 의미와 문제점에 관한 연구」, 석사학위논문, 고려대법무대학원, 2004.
- 박경춘, “의료인의 진료기록부 등 허위작성시 형사처벌 가부”, 『대한의료법학회 학술대회』, 2007.3.
- 변무용, “의료행위의 헌법적 근거와 방향성 모색”, 『법과정책연구』, 제7권 제1호, 한국법정책학회, 2007.
- 신상문, “90년대 한약분쟁의 과정과 역사적 논의”, 『대전대학교 한의학연구소 논문집』, 제10권 제2호, 2002.
- 신현호, “의료분쟁조정법안 제정을 위한 공청회 자료”, 2002.
- 이규식, “한방의료이용 실태에 관한 조사연구”, 『보건행정학회지』, 연세대학교 보건과학대학 보건행정학과.
- 이상돈, “무면허의료행위죄-현황, 구조, 한계, 대안”, 『고려법학』, 고려대학교법학연구원, 2003.
- 이선동, “유독한약재의 한방 임상에서의 통상 투여 용량에 의한 간독성 연구”, 한국한의학연구원, 2005.
- 이영진, 『대체의학이란 무엇인가』, 한국공학교육학회, 2002.
- 이인영, “의료행위의 현대적 의의와 과제”, 『법과 정책연구』, 한국법정책학회, 2007.
- 오성윤, 「한약관련 제도의 변천과정과 한약사 역할에 관한 고찰」, 석사학위논문, 경산대보건대학원, 1999.
- 유경희, 「양·한방 동시 개설병원 입원환자의 협진에 대한 대토 연구」, 석사학위논문, 경희대학원, 2000.
- 정효성, 「의료분쟁 해결의 법제화에 관한 연구」, 석사학위논문, 고려대법무

- 대학원, 1998.
- 채대원, 「의사의 설명의무 위반과 손해배상 책임의 범위」, 석사학위논문, 고려대법무대학원, 2007.
- 채재천, “의료행위 개념의 변천과 대체의학”, 『변호사』 3집, 2003.
- 최환영, “한방의료제도 발전방안”, 『한방의료정책백서』, 제2집, 서울특별시한의사회, 1992.
- 최만규, “양·한방협진 의료기관 이용자의 인식도 및 태도”, 『한국보건정보통계학회지』, 제30권 제1호, 고려대학교보건대학.
- 보건복지부, “제1차 한의약육성발전5개년 종합계획 발표 자료”, 2005.
- 보건복지부, “2006 의료기관평가지침서”, 2006.
- 한국의료법학회, “정부의 의료법개정안에 대한 법정정책학적 검토와 개선방향”, 『학술대회』, 2007.3.
- “국회보건복지위원회 의료사고 예방 및 피해구제에 관한 법률(이기우 의원), 검토보고서”, 2006.
- 국회보건복지위원회, 『의료분쟁 조정 관련 법안 공청회자료집』, 2007.
- 대한병원협회, 『병원감염관리 제2차 정책토론회』, 2007.
- 통계청, 『2005 고령자 통계』, 2005.
- 한국생약협회, 『한국생약보』, 2000.
- 한국소비자보호원, 『의료 피해구제의 효율적 처리방안 모색을 위한 세미나』, 2006.
- 한국소비자보호원, 『한의학 관련 의료분쟁실태조사』, 2006.

Research on the Rational Solution for Oriental Medical Conflicts

- Focusing on the relieving role of KCA in oriental medical disputes -

JEONG MI YOUNG

Korea Consumer Agency Medical Team Vice chief

=ABSTRACT=

Considering above, It might be efficient that medical disputes would be settled by the intervention, the agreement, and the administrative relief that reflect mediators' opinion, who have rich social experience as well as specialized knowledge. Therefore, KCA needs to strengthen its function of mediation and improve relevant systems to become an effective settlement institution. And although Oriental medicine disputes have mainly given ex post facto explanations so far, administrative efforts such as policy development or legislation should be made for the high quality of Oriental medical services offered because an efficient way saving social or economic costs caused by the dispute would be precautionary measures. The traditional Oriental medicine is featured with the lack of baseline examination, the uncertainty of medical mistakes, the difficulty in clarifying and proving facts, the hardship of injury confirmation and causality because of the characteristics of Oriental medicine, and the relative lightness of physical damages. Actually, there has been few legal settlements in Oriental medical disputes since the compensation, itself, compared to the lawsuit cost, is relatively much lower without practical benefits.

Keywords : medical disputes, oriental medicine disputes, oriental medical services, medical mistake, injury confirmation and causality, characteristics of oriental medicine.