

## 의료분쟁조정법의 시행에 따르는 현행법상의 해결과제

정 순 형 \*

### Challenges in Accordance with Current Law by the Enforcement of the Medical Dispute Adjustment Act

Soon-Hyoung Joung \*

#### 요 약

의료분쟁은 전 국민을 대상으로 하는 의료보험사업의 시행과 더불어 건강에 대한 국민들의 관심이 증가하고 의료수요가 급격히 증가되는 가운데 필수 불가결하게 발생하는 문제이다. 분쟁의 대상은 대부분 의료인의 의료과오로 인한 형사적 처벌과 민사적 피해구제와 관련되는 것으로, 종래에는 합의에 의한 해결이 우선시 되었고 나아가 소송과 실력행사를 통해 해결하려 하였으나 명확한 기준과 관련 법제의 미비로 인하여 합리적이고 원활한 해결에 어려움이 있음을 부인할 수 없다. 이를 위하여 의료사고 처리와 의료분쟁을 분쟁당사자들 간의 자율적인 문제로 해결할 수 있도록 우여곡절 끝에 「의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률」(이하 '의료분쟁조정법')은 2011년 4월 7일 제정되어 2012년 4월 8일 시행되었다. 이는 조정이나 중재로써 당사자 간의 갈등을 해결하려는 입법적인 취지가 있겠으나 의료분쟁조정법의 내용상 형사적, 민사적 관련 현행법과의 선결 되어야하는 문제와 더불어 헌법적 관점에서 고찰해야 할 검토 사항이 있다. 따라서 본 논문에서는 의료분쟁 조정법과 헌법상의 쟁점 및 형법적, 민법적 쟁점사항을 알아보고 이에 대한 해결과제를 모색하여 보다 안정적인 의료분쟁의 해결이 될 수 있도록 하는 계기가 마련되기를 기대해 본다.

▶ Keywords : 의료분쟁조정법, 의료사고, 의료분쟁, 조정, 감정, 대체적 분쟁해결

#### Abstract

Medical disputes the problem that occurs essentially among the rapidly increasing of the demand for health care and the attention of the public health. The subject of dispute is mostly criminal penalties and civil redress due to a physician's medical malpractice, resolved by agreement was prioritized. They trying to solve through the litigation and exercise the skills. But, the lack of clear standards and related legislation make difficult to solve the problem. for this,

•제1저자 : 정순형 •교신저자 : 정순형

•투고일 : 2014. 3. 27, 심사일 : 2014. 4. 9, 게재확정일 : 2014. 4. 25.

\* 광주여자대학교 보건의료시스템과(Dept. of Biomedical Systems, Kwangju Women's University)

「The Act of Medical Malpractice Damage's Relief and Mediation for Medical Dispute Resolution」(Medical Disputes Adjustment Act) was enacted in April 7, 2011 and performed in Apr. 8, 2012. To solve the problem autonomously between the parties. It is the legislative intent such as mediation or arbitration to solve the conflict between the parties. But there are some problems that examined from the perspective of constitutional review with the criminal and civil problems. Therefore, this paper will find out the legal issues about Medical Dispute Adjustment Act and the constitutional and civil issues. And want to expect to be prepared the more stable and efficient solution of medical disputes.

▶ Keywords : Medical Dispute Act, Medical malpractice, Medical dispute, Mediation, Medical examiners, ADR(Alternative Dispute Resolution)

## I. 서론

의료분쟁은 의학과 의료기술의 발달로 인한 증가세에 있는 의료수요와 국민들의 건강에 대한 관심이 증대되고 있는 과정에서 수반되는 필수적 현상이다. 문제는 과거의 경우에도 그랬듯이 의료사고 및 의료분쟁이 증가 추세에도 불구하고 법제도적 해결장치의 미흡과 잘못된 사회적 인식으로 인하여 합리적인 분쟁해결 절차가 마땅히 없다는 것이다. 이는 현재에도 분쟁 당사자에게 회복불능의 손실을 가져올 수 있는 매우 중요한 사항임에도 불구하고 종국적으로는 민사소송이라는 시간적, 경제적 여건이 고려되는 복잡하면서도 어려운 방법으로 해결하려 하고 있다. 의료분쟁은 의료라고 하는 전문성을 지닌 집단의 행위로 인한 환자와의 법적, 경제적 문제를 해결하고자 하는 과정으로써 의료비 및 사회적 비용을 줄이는 방법이 모색 되어야 하는 시점에 있다. 더욱이 이런 과정에서 이를 해결해줄 수 있는 분쟁해결전문기구의 부재는 그 필요성이 더하다고 할 수 있으며, 이에 2011년 4월에 제정 2012년 4월에 시행된 의료사고 피해구제 및 의료분쟁조정 등에 관한 법률(이하 의료분쟁조정법이라 함)에서는 이를 위한 합리적인 분쟁 처리의 기준을 만들었고 또한 이를 근거로 전문기구인 의료분쟁조정 중재원을 둬으로써 해결하고 있다. 그러나 기존 현행법과의 상충 될 수 있는 문제점 즉 무과실책임의 문제, 입증책임의 문제, 조정전치주의, 형사처벌 특례 문제 등은 검토해야 할 사항이며 이를 해결할 수 있는 방안을 마련해야 한다. 따라서 아래에서는 의료분쟁의 일반적 개관 및 의료

분쟁조정법의 내용과 이에 따르는 문제점을 검토하여 보고 현행법 즉 헌법, 민법, 형법상의 내용과 상충되는 문제점에 대한 해결방안을 제시하고자 한다.

## II. 이론적 배경

### 2.1 의료분쟁의 개관

#### 2.1.1 의의와 특성

의료행위는 고객에게 질병의 고통을 경감시키거나 제거해주는 의사와 환자간의 행위로서 의료행위가 개시되어 종료에 이르기까지의 예상치 못한 결과가 발생할 수도 있는 기술적 행위이다. 이때 의료사고를 둘러싼 의료기관(의료인)과 고객(환자)간의 과실을 놓고 벌이는 다툼을 의료분쟁이라 할 수 있다(1). 의료분쟁조정법에서는 의료사고를 보건의료인(「의료법」 제27조제1항 단서 또는 「약사법」 제23조제1항 단서에 따라 그 행위가 허용되는 자를 포함한다)이 환자에 대하여 실시하는 진단·검사·치료·의약품의 처방 및 조제 등의 행위로 인하여 사람의 생명·신체 및 재산에 대하여 피해가 발생한 경우로 정의하는데 의료행위로 인한 사고로 손해가 발생하는 의료기관 안에서 일어나는 모든 사고를 지칭한다. 이는 가치중립적 용어로서(2) 의료행위 과정상의 나쁜 결과 및 기구의 결함, 안전관리소홀, 다른 환자의 관리상의 주의의무결여 등 매우 넓게 보고 있다(3). 또한 의료행위 정의에 대해서는 여러 가지 학설이 대두 되지만 현대사회에서의 새로운 의학의 영역의 탄생과 이에 따르는 의료법적 규제가 필요하다는 측면

에서 의사의 의학적 판단 및 시술로써 행하거나 보건위생상 위해를 발생시킬 우려가 있는 행위라는 것이 대법원 판례의 입장이다(4). 따라서 의료분쟁이 발생할 수 밖에 없는 이유는 다음과 같은 의료행위의 특수성에서 기인하는 것으로 첫째, 적절한 시간 이내에 일정한 의료처치를 완료하는 것이 요청되는 시간적 제약 및 이로 인한 의사의 재량적 판단 및 이송과 관련한 의료인의 주의의무와 연관되어 진다. 둘째, 의약품·수술검사 등 환자 개인의 신체조건, 연령, 면역성, 건강의 정도에 따라 그 효과가 달리 나타날 수 있기 때문에 의사의 치료행위는 부정형적 예측곤란성 및 똑같은 의료행위일지라도 치료효과나 반응과 부작용 등이 다르게 나타날 수 있는 실험적 성격을 가지고 있다(5). 셋째, 의료행위는 인체의 침습성을 전제로 하기 때문에 위험의 내재성과 이에 따르는 의사의 위험방지의무와 연관되어 질 수 있다. 마지막으로 의사의 의료행위와 환자간의 의료계약의 채무는 완치라는 결과채무가 아닌 얼마나 주의의무를 다했는가의 수단채무의 성질을 가지고 있다고 본다면 환자측의 결과채무의 불완전성으로 인한 무조건적인 의료인의 과오라는 문제가 제기 될 수 있다는 점이다. 이는 수술 등 치료과정에서의 의료인의 과오를 판단할 수 없는 폐쇄성 때문이다.

이와 같이 의료분쟁은 복잡하면서도 어렵게 해결할 수밖에 없는 그러나 반드시 풀어야할 문제인 것이다.

### 2.1.2 분쟁해결 방법

의료분쟁의 해결 방식은 법적 판단을 근거로 사법적으로 해결하는 방법과 분쟁당사자 사이의 합의라는 과정을 통하여 해결하려는 비사법적 방법으로 나누어 볼 수 있다. 이는 의료분쟁이라는 것은 일반적으로 의료과오라는 의사가 진료행위를 함에 있어 당시의 의료수준에 비추어 일반적인 의사 등에게 요구되어지는 주의의무를 위반하는 행위를 했는가를 증명하고 밝히는 과정으로서 의료사고와는 일정한 구별점이 있다. 즉 의료행위로 인한 인신사고의 일체를 의료사고라고 한다면 의료사고 중 의료행위를 한 의사 등의 의료인의 법적책임을 지는 것을 원칙적으로 의료과오라고 하기 때문이다(6). 물론 의료과실이라는 용어와는 혼용하는 경우는 많으며 실제로 양자를 구별하는 것이 어렵다. 용어의 구별에서 보듯이 의료분쟁은 책임이라고 하는 부분과 관련하여 해결방법이 필요하고 사법적 판단 즉 법원에 의한 해결이나 아니냐의 구분에 따라 이를 소송과 소송외적 방법을 통하여 해결하고 있다.

#### 2.1.2.1 법원을 통한 사법적 해결방법

소송은 법원의 개입을 통한 법적 해결의 대표적인 방법으

로써 의료진의 불법행위로 인하여 환자에게 발생한 모든 손해의 보상을 요구하는 것이다. 또한 고의, 과실로 인하여 형사적인 책임을 지우는 것 또한 그렇다. 특히 소송은 법률이 정하는 절차에 따라서 법관의 법률적 판단에 의하여 확정적이고 최종적으로 해결할 수 있기 때문에 현행 의료분쟁의 해결 방식으로 많이 사용하고 있다. 그러나 민사소송의 경우에는 입증책임의 환자의 부담, 소송비용 및 장기간의 소송기간, 법관의 경직화된 사고로 인한 융통성 있는 해결이 쉽지 않다는 것으로 인하여 패소한 환자 측의 재판에 대한 불신을 가져올 수 있다. 이는 새로운 형태의 전문가 소송으로서 다른 사건에 비해 소송기록의 양이 방대하고 여기에 형사소송과 관련하여 의료소송 특성에 부합하는 사건표준적 모형이 정립되어 있지도 않다고 하는 점도 문제점으로 제기된다고 본다(7).

한편으로 사법적 해결이긴 하지만 민사분쟁에 대한 중국적인 법원의 판결이 아닌 경험이 있는 2인으로 구성되는 조정위원회가 분쟁당사자들을 추천하여 서로 양보케 하고 필요 시 법원의 중재의견을 제안하여 설득함으로써 그 합의는 확정판결에 갈음하는 것으로 하는 민사조정절차도 있다(8). 이는 소송 전 당사자로부터 양보와 타협을 이끌어 내어 권고함으로써 화해에 이르게 하는 간소화된 법적 절차로서 의료분쟁의 대다수의 해결은 이 민사조정 절차에 의해 진행되며 이의 신청이 있으면 전술한 소송으로 진행된다.

#### 2.1.2.2 사법적 해결 이외의 방법

의료서비스를 이용하는 환자를 소비자라는 측면에서 그 권리나 피해를 구제하고자 소비자 기본법에 근거하여 소비자 분쟁 조정위원회의 합의권고와 조정위원회의 심의를 통한 분쟁 조정 절차가 있다. 이는 피해자가 가장 일반적으로 적은 비용을 들여 이용할 수 있는 방법으로 매년 피해구제 접수 건수가 늘어가는 추세이다(9). 또한 의료분쟁조정법이 시행되기 전 대한의사협회는 1990년에 의료법(의료법 제31조)에 근거하여 제도권 사업으로 공제사업을 운용, 의료분쟁이 발생할 경우 의료분쟁 사건을 심의하고 보상금을 지급하는 방식으로 주로 공제회회원인 의료인들을 지원하기위한 목적으로 실시·운영되었다. 그러나 의료분쟁조정법에서 의료배상공제조합의 설립 근거가 마련됨에 따라 현행 의료법에서는 공제사업 관련 조항이 삭제되었으며 설립취지가 의사 측의 보호에 치중되어 있고 의료사고의 공정성을 기대하기 어렵다는 이유로 기피하는 경향이 있었다. 그 밖에도 피보험자인 의사가 손해배상책임을 부담하는 경우에 그로 인하여 입게 되는 손해를 전보해주는 일종의 손해보험인 의사 및 병원배상책임보험 등을 통하여 의료분쟁에 대한 해결을 할 수 있다. 그러나 의료배상심사위원회가

구성되어 나름 공정성을 확보하려 하지만 이 역시 보험회사의 심의결과에 대한 공정성에 의문이 제기 되기도 한다.

### 2.1.3 주요국의 의료분쟁 해결

#### 2.1.3.1 미국

미국은 법원판결에 따라 배상액을 의사가 직접 피해자 측에 지불하거나 일반 상업보험보험회사에서 취급하는 의사배상책임보험에 가입하여 보험에 의하여 지불하는 방법을 택하고 있다. 의사배상책임보험은 세 가지 유형으로 나누는데 병원배상책임보험, 내과, 외과, 치과의 등을 포함한 전문의별 책임보험(physician, Surgeons, and Dentists, Professional, Liability Insurance)과 그 밖의 의료전문인(예를 들어 약제사, 간호사, 물리치료사 등) 배상책임보험 등이 있다. 미국에서의 의사배상책임보험은 발생주의(occurrencepolicy) 즉 보험에 가입한 기간 중에 발생한 의료사고에 대하여 책임을 지는 것을 원칙으로 하지만 최근에는 사고발생 시기와는 무관하게 가입 기간 중 사고에 대하여 책임을 지는 청구주의(claims-made policy)를 채택하고 있어 보험청구가 장기화되는 것을 고려하고 있다. 반면 소액의 피해청구자들은 의료사고배상청구에 드는 변호사 비용이 부담되어 소송을 포기하는 경우도 있어서 불합리하다는 지적도 나오고 있으며, 갈수록 배상청구건수와 배상액이 급격하게 증가하고 있고 의료과오문제해결을 위한 여러 가지 문제점들이 상재되어 있다.

이와는 달리 소송외적 제도(AlternativeDisputeResolution:ADR)인 조정, 중재 등으로도 해결하고 있는데 의료피해구제에 있어 아직은 미비하여 ADR의 폭넓은 적용의 필요성이 제기되고 있는 실정이다.

#### 2.1.3.2 독일

독일에서의 의료분쟁은 주로 법제도에 의해 해결되고 있으며 비사법적 해결제도는 보조적으로 활용되고 있으며 특징적인 것은 의료행위에 따르는 분쟁을 채무불이행이나 불법행위라는 법적 구성으로 파악하지 않고 해석론으로 전개하고 있다는 것이다. 다시 말해 의료행위에 있어서의 가장 기초적인 것은 설명의무(Aufklärungspflicht)로 파악하여 원칙적으로 위법한 신체침해행위인 의료행위가 정당행위로 성립되기 위해서 반드시 의사의 설명과 환자의 동의가 필요하다는 것이고 이는 환자를 보호하기 위해 의사가 자신의 무과실을 입증하지 못하면 의사에게 책임을 묻는 입증책임전환의 원칙 역시 중요한 개념으로 작용한다. 더불어 보조적 방법인 화해제도를 통해 해결하기도하고 의료배상책임제도, 의약품부작용피해구

제제도를 통해서도 구제받을 수 있다.

#### 2.1.3.3 일본

일본의 의료분쟁의 경우에는 당사자간 및 소송상의 화해로써 주로 해결되는데 이는 시간적, 화해제도의 운영상 용이점, 재판관의 적극적 화해 권고 등을 그 이유로 한다고 한다[10]. 물론 민사조정법을 제정, 시행하고 있지만 그 기능을 충분히 발휘하지 못하기 때문에 더욱 화해에 따르는 해결을 주로 하고 있다. 여기에 1963년 민간보험회사에서의 의사배상책임제도를 시작으로 1973년 일본 의사회를 중심으로 하는 의사배상책임제도도 정착되어 자리매김하고 있다. 의사배상책임제도는 과실로 인한 의료행위로 타인의 신체를 사상한 경우에 한정하고 청구주의(claims-made policy)를 원칙으로 손해배상금 외에 생송비용도 지급된다. 또 보험급여한도액도 우리나라의 대한의학협회공제회가 제공하는 보상한도인 1천만원보다 많은 연간 1억엔으로서 그 규모도 크다. 그러나 의료분쟁해결의 명확한 실제적기준이 없어 어려움을 겪고 있는 상황 등은 우리나라와 매우 비슷하다고 할 수 있다.

## 2.2 의료분쟁조정법의 개관

### 2.2.1 재정배경

2000년 전 국민 건강보험이 실시되면서 국민의 건강에 대한 관심이 높아지고 의료수요가 증가함에 따라 의료사고, 의료분쟁 또한 증가 하고 있다. 이는 의학과 의료기술의 발전을 통해 의료서비스의 질이 높아지면서 이에 대한 국민들의 수준 역시 높아지고 있음을 뒷받침하고 있다. 그럼에도 불구하고 합리적인 분쟁해결 절차의 부재 다시 말해 사회적 인식과 법·제도의 불비로 인하여 의료분쟁 발생 시 환자와 의료제공자 모두에게 회복 불가능한 피해가 발생하고 있고, 이를 통하여 의료비 및 사회적 비용의 증가 될 수 밖에 없는 현실이었다. 더불어 의료분쟁이라는 특수성 때문에 이를 민사소송으로 해결하기에는 한계가 있으며, 이를 해결하기 위한 독립된 전문 기구가 없어 피해가 확대되는 경향이 많았다.

이에 의료분쟁 해결을 위한 법률제정을 목적으로 1980년대 대한의사협회가 의료사고처리특별법안을 제안한 후 계속적인 지연으로 인하여 표류하다가[11] 2011년 3월에 국회본회의를 통과 하면서 동년 4월 7일에 법률이 제정 되었고, 2012년 4월에 시행되었다. 이후 작년까지 아래와 같은 진행 상황을 보이고 있다.

구분	접수	개시	종료	사건 종결							진행 중
				조정 결정				기간	취하		
				합의	조정	결정	기각				
성립	불성립	미확정	소계								
전체	804	299	196	98	35	27	2	64	14	20	103

그림 1. 조정·중재 처리 현황 (2012.4.9.~2013.3.31./단위 : 건)  
 Fig.1 Status of regulation and arbitration process  
 출처 : <http://blog.daum.net/hellopolicy/6983259>

그러나 약칭 의료분쟁조정법이 지금까지 2년여가 지난 이 후에도 보다 현실적이고 해결하여야 하는 세부적인 쟁점들은 여전히 법적 검토사항이 있으며 추후 언급하고자 한다.

2.2.2 주요내용

의료분쟁조정법에서는 의료분쟁의 신속하고 다양한 해결을 위해서 한국의료분쟁조정위원회(이하 '조정중재원'이라 함)에서 90일 이내에 조정을 결정하도록 하고 있으며 필요한 경우 30일을 더 연장하여 최대 120일 이내에 조정결정하도록 되어 있다. 그러나 임의적 조정전치주의를 취하고 있어서 의료분쟁에 있어서 의료분쟁조정법에 따른 조정절차를 거치지 않고도 소송을 제기할 수 있도록 하고 있고, 조정절차를 진행 중인 경우에도 소송을 제기할 수도 있다. 더불어 조정결정이 내려진 경우에도 이에 불복하여 소송을 제기하여 법원의 판단을 받을 수 있기 때문에 환자입장에서는 의료분쟁조정절차를 적극 활용할 수 있다[12]. 물론 양 당사자 중 어느 한 측이라도 조정·중재절차 개시에 대하여 동의하지 않을 경우, 조정·중재 절차는 시작되지 않으며, 이 경우 소송 등 기타 방법을 통하여 분쟁해결을 진행할 수 있다. 양 당사자의 동의하에 조정절차가 시작되면 관할 조정부 및 감정부가 지정되어 감정부의 조사 및 감정절차가 진행된다. 조정부는 감정부의 감정서를 참고하여 조정신청이 있는 날부터 90일 이내에 조정결정을 하여야 하고 조정결정 시, 의료사고로 인하여 환자에게 발생한 생명·신체 및 재산에 관한 손해, 보건의료기관개설자 또는 보건의료인의 과실 정도, 환자의 귀책사유 등을 고려하여 손해배상액을 결정한다. 이에 조정부의 조정결정에 따라 정본을 작성하고 7일 이내에 신청인과 피신청인에게 송달하고 15일 이내에 조정결정서 내용에 동의하거나 동의여부에 대한 의사표시가 없는 경우 동의한 것으로 간주한다. 이렇게 성립된 조정 및 중재판정에 대하여는 재판상 화해 및 확정판결과 같은 법적 효력을 지니게 된다.



그림2. 조정신청 절차  
 Fig.2 Arbitration procedures

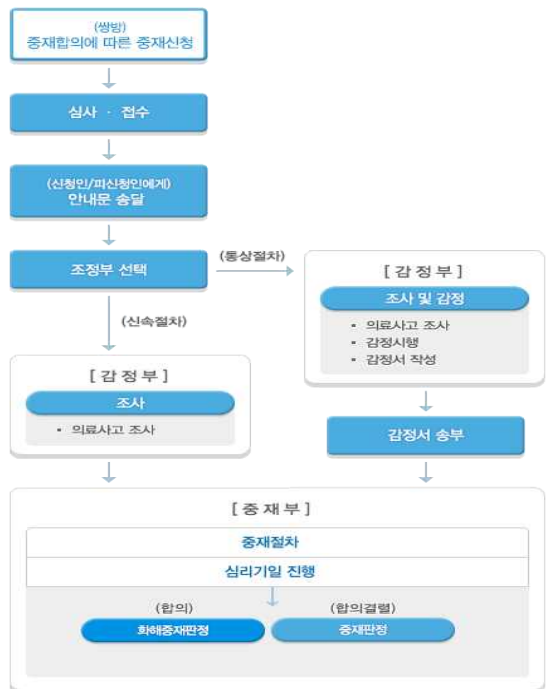


그림 3. 중재신청 절차  
 Fig 3. Application Procedure Arbitration  
 출처 : <http://blog.daum.net/imkms1961/17445147>

### 2.2.3 조정중재원

조정중재원에는 의료분쟁조정위원회와 의료사고 감정단을 두고 조정의 신속성 및 독립성, 전문성을 확보함으로써 조정 절차에서 가장 중요한 기능을 담당하는데 의료분쟁조정위원회는 위원장 및 50인 이상 100인 이내의 조정위원으로 법조인, 의료인, 소비자 대표, 학계대표 등으로 구성하고, 업무를 효율적으로 수행하기 위하여 5인의 조정위원으로 구성된 분야별, 대상별 또는 지역별 조정부를 둘 수 있으며, 조정부는 의료분쟁의 조정 결정 및 중재 판정, 의료사고로 인한 손해배상액 산정, 조정조서 작성 등의 업무를 수행한다. 또한 의료사고 감정단은 의료분쟁의 조정 또는 중재에 필요한 사실조사, 의료행위를 둘러싼 과실 유무 및 인과관계의 규명, 후유장애 발생 여부, 다른 기관에서 의뢰한 의료사고에 대한 감정 등의 업무를 하는데 5명의 감정위원 즉 의료인은 2인으로 하고, 법조인 2인, 소비자 대표는 1인으로 구성한다. 의료인의 경우 의사 전문의 자격취득 후 2년 이상 경과한 사람 중에서 감정위원으로 위촉한다.

## 2.3 문제의 제기

현행 의료분쟁조정법에서는 일반적인 조정과 중재라는 법제도와는 전혀 다른 개념의 제도는 아니다.

다만 의료사고 및 분쟁이라는 특수성으로 인하여 현행 일반법과 법원직과는 구별하거나 특징지어지는 구별점들이 있다. 이는 헌법, 민법, 형법적인 문제와 결부하다 보면 자칫 적용상의 오류가 있을 수 있는 부분이나 쟁점들이 생길 수 있다. 예를 들면 의료사고 및 분쟁에 대한 입증책임의 문제, 조정전치주의, 무과실책임의 보상문제, 의료인의 형사처벌의 문제들이 그렇다.

따라서 아래에서는 현행 의료분쟁조정법에서 규정하고 있는 내용과 현행법상의 규정과 대비하여 시사점과 해결방안을 제시해보면 다음과 같다.

## III. 시사점 및 해결과제

### 3.1 헌법상 시사점

현행의료분쟁조정법 46조와 시행령에서는 무과실 불가항력 의 의료사고 보상제도에 관하여 의료인의 과실이 없음에도 불구하고 불가항력으로 발생한 의료사고에 대해서는 의료사고 보상심의위원회에서 인정되는 의료사고 피해에 대하여 환자가 보상받을 수 있도록 하고 있다. 즉 의료인의 과실책임은

유지하되 분만에 따른 의료사고로 인한 피해를 보상하기 위한 사업(이하 "의료사고 보상사업"이라 한다)을 실시한다고 하여 무과실책임을 인정 한다는 것이다. 이는 일반적인 사고에 비해 특수성이 있는 의료사고의 대한 특별한 정책적 취지이다. 그러나 헌법적 관점에서 본다면 분만에 대해서만 책임법리의 과실책임의 원칙을 배제하거나 제한하는 무과실책임에 대한 헌법적 정당성에 대하여 이론적 근거가 명확한가를 살펴봐야 한다. 또한 여기에서 발생할 수 있는 의료분쟁조정법상과 관련한 논점의 해결도 있어야 한다.

#### 3.1.1 헌법상의 과실책임의 근거

우리 헌법에서는 과실책임과 무과실책임의 원칙에 대한 명확한 근거 규정은 없다. 다만 헌법 제10조의 인간의 존엄성에 관한 기본권을 논리적으로 해석해 보면 자기책임 즉 스스로의 목적성을 가진 존재로 파악하여 개념상으로는 적극적으로 자기결정에 따르는 결과발생에 대하여는 스스로가 책임을 져야 한다는 것으로 해석해야 한다[13].

#### 3.1.2 무과실책임의 적용 근거

해석적으로 헌법상의 과실책임을 인정한다면 이를 바탕으로 하는 무과실 책임을 예외적으로 적용할 수 있는 근거가 있어야 하는데 의료사고는 권리구제에 있어서도 특별한 배려가 필요하다. 특히 분만이라는 예외적인 피해발생 위험성이 높은 불가항력적인 의료사고와 관련하여 의료인은 충분한 주의의무를 다했음에도 불구하고 피해 가능성이 높기 때문에 이는 의료분쟁조정법의 제정목적에서도 규정하고 있듯이 의료사고로 인한 피해에 대한 신속·공정한 피해구제와 보건의료인에 대한 안정적인 진료환경의 조성으로 하고 있고, 이는 무과실 책임의 적용 근거를 입법정책적인 문제로서 해결할 수 있다고 할 수 있다. 다만 목적의 정당성은 있지만 보건의료인에게 본인의 귀책사유가 없는 경우에도 경제적, 직업적 불이익을 주는 기본권상의 직업자유와 재산권행사의 제한이라는 수단의 적합성 및 수단의 기본권침해의 최소화라는 침해의 최소화성, 또한 이를 통한 기본권 이익과 공간간의 균형관계라는 법익 균형성 등은 충분히 고려되어야 하는 부분이다[13].

#### 3.1.3 의료분쟁조정법의 헌법상의 문제점

불가항력적인 의료사고는 의료인의 의료행위 외의 외적 사유에 의해 발생한 사고로서 의료인의 과실 유무가 의료사고로서 판단의 결정적 요소는 아니다[14]. 의료분쟁조정법에서는 보건의료인이 충분한 주의의무를 다하였음에도 불구하고 불가항력으로 발생하였다고 의료사고보상심의위원회에서 결정된 분만에 따른 의료사고로 인한 피해를 보상하기 위한 사

업을 실시하고 있다. 또한 의료사고 보상사업에 드는 비용의 일부를 예산의 범위에서 지원할 수 있게 하고 있으며 비용의 일부를 보건의료기관개설자 등 대통령령으로 정하는 자에게 분담하게 하고 있다. 그러나 불가항력에 의한 의료사고는 분담에만 한정되어 발생하는 것은 아니고 경미한 사고나 진료과와 상관없이 발생할 수도 있기 때문에 판단하기 어려울 수 밖에 없다. 이는 의료분쟁이 발생하였을 때 의료행위에 대한 과실유무 및 인과관계의 규명을 하는 감정단과 불가항력의 유무를 결정하는 의료사고보상심의위원회간의 의견이 다를 경우에도 명확한 해결책의 근거 역시 불비하다. 과실책임의 부담을 줄이기 위한 의료인의 방어진료도 문제시 될 수 있으며 적용범위에 있어서는 분만에 따르는 의료사고로 한정함으로써 분만을 하는 의료기관과 그렇지 않는 의료기관과의 형평성의 문제인 의료사고 보상사업 분담금의 부담 주체의 문제도 발생할 수 있다.

### 3.2 민법상 시사점

의료분쟁법상 민법과 관련하여 검토하거나 문제점으로 지적 할 수 있는 대표적인 것은 입증책임의 문제와 조정제도의 미비점에 대한 검토이다.

#### 3.2.1 입증책임상의 문제

입증책임이란 소송법상의 증거 의무로서, 의무자가 법원을 설득할 수 있는 증거를 제출하지 않는 경우에 입게 되는 소송상의 불이익을 말하며 소송에서는 검사가, 민사 소송에서는 원고가 입증에 대한 책임을 진다. 또한 통상적으로 입증책임을 부담하는 것은 침해를 주장하는 자이지만, 피침해자가 입증책임을 부담하는 것이 합당치 않은 경우 침해자에게 입증책임을 부담시키는 것을 의미하며 의료과소소송 또는 환경소송 등에서 침해자에게 입증책임을 부과하는 경우가 있는데 이를 입증책임의 전환이라고 한다. 의료소송에서 입증책임의 전환을 인정하면 의사들의 방어진료가 심각해질 수 있으므로[15] 의료분쟁조정법에서는 이와 같은 입증책임 전환의 규정이 없음에도 환자 측이 아닌 제3자측 감정부가 의료인의 과실 및 인과관계를 규명하고 조정부는 이 감정 의견을 참작하여 조정을 결정한다. 문제는 감정단의 구성에서 사실상 의료인 중심으로 구성되어 어느 정도 입증책임을 전환을 요구하게 되는 환자측 요구가 입법적으로 어느 정도 수용되는 결과라고 할 수 있지만 감정단의 조사과정상의 무리한 자료제출 요구나 해당 의료기관의 업무방해 등과 같은 점이 발생할 수 있다. 무리한 사고조사는 의료인이나 의료기관에 반감을 살 수 있는 점에서 본다면 조정제도보다는 소송을 제기할 수 있는 이유가 될 수도 있다. 따라서 감정단의 감정서는 외부로는 반출되지

않도록 해야 하며 내부자료로만 효력을 가질 수 있도록 철저한 제도의 보완이 요구된다.

#### 3.2.2 임의적 조정전치주의의 한계

의료분쟁법에서는 의료사고의 효율적인 해결을 위해서 특수법인 형태의 한국의료분쟁조정중재원을 설립하였고 이에 따르는 임의적 조정전치주의를 채택하여 조정과 소송을 별개로 절차로 규율하고 있다. 이때 조정은 당사자 쌍방이 조정결정에 동의하거나 동의한 것으로 본 때에 성립하게 되고 조정위원회는 당사자가 조정결정에 동의하지 않은 경우 직권으로 조정에 갈음하는 결정을 할 수는 없도록 되어 있다. 다시말해 당사자가 조정에 동의하지 않으면 효력을 상실할 수 있다는 것이고 이와 더불어 의료인은 형사처벌 특례를 받기 위해서는 사실상 조정을 수용할 수밖에 없으며 조정기관의 일방적인 조정안을 동의하도록 강요한다면 당사자들의 재판 받을 권리를 침해할 수 있다. 이는 결국 임의적 조정전치주의의 한계가 될 수 있다.

#### 3.2.3 그 밖의 문제점

그 밖에 민사법적 문제점으로 볼 수 있는 것은 조정중재원의 독립성에 관한 것으로 조정중재원은 특수법인의 형태로 설립되었기 때문에 정부의 통제에서 벗어나 그 독립성을 확보하였다고 할 수 있지만 실제로는 정부가 조정기구의 장을 임명하고 사업에 관한 지시·명령 뿐만 아니라 업무와 회계감사를 한다고 봤을 때에는 정부의 영향으로부터 자유로울 수 없다고 할 것이다. 또 당사자는 조정 대신에 소송을 진행하는 과정에서 과실 및 인과관계의 입증이 어려워지는 상황에서 조정신청을 하여 감정부의 감정서를 재판의 증거 자료로 활용할 수 있는 여지도 있기 때문에 본래의 조정제도의 취지를 퇴색케 할 수 있다. 손해배상금 대불제도와 관련하여서는 의료사고 피해자가 조정결정이 된 사항에 대하여 금원을 지급받지 못하였을 경우에는 미지급금에 대하여 조정중재원에 대불을 청구할 수 있도록 되어 있는데 이는 조정중재원이 채무부제 대행기관으로서 전락할 수 있는 여지도 있다.

### 3.3 형법상의 시사점

#### 3.3.1 형사처벌특례제도의 의의와 적용범위

의료인은 환자에 대하여 실시하는 진단·검사·치료·의약품의 처방 및 조제 등의 행위로 인하여 환자의 생명·신체에 관한 보호법익을 침해한 경우 민법상의 불법행위책임과 더불어 형법 제268조의 업무상과실·중과실 치사상죄에 의하여 처벌을 받는다. 이는 명백한 의사의 과실로 인하여 환자에게 사망이나 상해의 결과를 발생케하고 과실과 결과발생간의 인과관

계가 존재할 경우 형사적 책임이 부과될 수 있다는 것이다. 그러나 의료사고로 인한 의료분쟁을 형사절차에 의하여 해결할 경우 환자에 대한 신속한 구제나 방어의료 및 의료인의 진료위축을 초래할 수 있고, 의료인의 과실과 피해 사이의 인과관계를 입증하기가 쉽지 않아서 상당한 시간과 비용이 소요될 수 있다. 따라서 의료분쟁조정법에서는 의료행위의 특수성을 고려하여 의료인에게 형법 제268조를 적용함에 있어 형사정책적인 배려를 통해 의료사고를 야기한 의료인이 조정이나 중재 절차에 적극적으로 참여하고 피해 환자에게 적절한 구제를 했다면 별도의 형사절차를 진행하지 않도록 규정하고 있다. 또한 특례의 대상이 되는 것은 의료분쟁조정법 제51조에서 업무상과실치사상죄에 한하여 반의사불벌죄로 규정하고 있는데 이는 의료과실로 환자가 경상해, 중상해, 사망한 경우 동일한 법정형이 부과되지만 경상해에 한하여 반의사불벌죄가 적용된다고 할 수 있다. 결국 의료분쟁조정법에서는 조정이 성립한 경우, 조정절차 중 합의로 조정조서가 작성된 경우, 화해중재판정서가 작성된 경우를 요건으로 하여 반의사불벌죄를 규정하고 있다. 그러나 해당 의료인에게 형사처벌하는 사례는 그리 많지 않는데 이는 적용원칙이나 과실여부, 입증정도 등에 있어 민사책임보다 형사책임 판단에 더 엄격한 기준이 적용되기 때문이다[16].

### 3.3.2 형사처벌특례제도의 확대 및 필요성

의료사고에 대한 의료인의 형사처벌특례규정은 구체적인 형태 및 범위 설정에 대하여 의료분쟁조정법의 입법목적에 최대한 실현할 수 있는 방향으로 설정 되어야 하는데 이는 단순히 의료사고를 야기한 의료인에게 특별한 혜택을 주기 위한 것으로 인식되는 것을 지양하고 반의사불벌죄의 법적효과라는 측면에서는 피해자에게는 일반소송에 비하여 조정절차를 통해 보상의 범위를 넓힐 수 있기 때문에[17] 적절한 피해구제가, 의료인에게는 객관적이고 명확한 근거를 통한 합당한 합의의 도출이라는 전제조건이 필요하기 때문에 이를 통한 의료분쟁조정법의 실효성을 높여야 한다.

## 3.4 현행법상의 해결과제

헌법과 의료분쟁조정법상의 문제점은 이를 해결하기 위해서 불가항력 의료사고의 개념 재정립을 통하여 분만뿐만 아니라 불필요한 분쟁방지, 피해자에 대한 적절한 구조를 위하여 그 보상범위의 확대가 필요하다. 또한 불가항력적인 의료사고의 판단의 주체와 보상사업 분담금의 부담 주체에 대해서도 세부적이고 명확한 해석 및 법 개정이 필요할 것이다.

또한 민법상의 절차상 관련요기기관의 동의 없이 의료사고 조사를 할 수 없도록 입법적으로 규정하고, 조정과정에서 당

사자의 의견진술의 기회를 확대하여야 하며 감정부의 감정의견에 대한 반론을 제기할 수 있도록 해야 한다. 또한 당사자가 자율적으로 조정결정에 동의하도록 유도하여야 하며 조정중재원은 그 독립성을 최대한 지키면서 대불제도에 관한 명확한 근거 규정을 마련하여 신뢰성을 확보하여야 한다.

형법적 측면에서는 현행 의료분쟁조정법에서의 업무상과실과 경상해에 대하여 인정하고 있는 특례는 그 범위를 확대하여 업무상과실에서 중과실, 경상해에서 비롯한 중상해[18] 이르는 그 대상의 범위를 확대하여야 한다. 또한 피해구제에 있어서도 종합보험, 공제, 책임보험 등의 대안을 통해 이를 적극 활용함으로써 특례제도를 뒷받침해주어야 할 것이며 반의사불벌죄라는 임의성 때문에 특례의 효과가 반감될 수 있다고 한다면 적용대상에 따라 공소제기금지 규정을 부여하여 그 실효성을 확보해야 할 것이다.

## IV. 결 론

환자와 의료인과의 관계는 단지 일회적인 것이 아니라 장래에도 계속적으로 지속되어야 할 경우가 많은 관계로 의료사고라는 것은 자칫 두 당사자의 법률문제의 해결보다는 이를 완전히 단절시킬 수 있는 중요한 문제이다. 소송은 이러한 의료사고를 통한 분쟁해결의 마지막 수단으로 최선의 선택이 아닌 최후적 선택이라고 할 수 있다. 그러나 소송을 통해 분쟁을 종료하는데 있어서 심적, 시간적, 경제적 문제는 현대 사회에 들어서 더욱더 복잡한 양상과 사회적 이슈를 만들어 내고 있다. 이에 새로운 의료분쟁조정법은 신속하고 공정하게 의료분쟁을 해결하여 환자의 권리를 보호하고, 의료인에게 안정된 진료환경을 제공하기 위하여 제정되어 시행되고 있다. 하지만 제도적 시행의 효과성 보다는 현행법과의 법리적 검토를 통해 해결하여야 할 제반 문제가 여전히 존재하고 있고 이는 다시 향후 의료분쟁조정제도의 실효성 있는 정착을 위해 유명무실화 되는 것을 막는 데에 초점을 맞춰야 한다.

이를 위해서는 현행법상의 제반문제의 해결뿐만 아니라 의료분쟁조정중재원의 독립성 확보, 조정절차의 객관적 간소화 및 하위법령의 제정을 통한 세부적 규정의 제시, 조정을 통한 의료분쟁해결의 악용적 요소의 제거 및 남용 방지, 등 의료분쟁조정법이 현실에서 유용하게 피해자와 의료인을 보호하는데 먼저 철저한 준비와 개선의 노력이 필요하다. 그렇게 함으로써 어렵게 제정된 이 법률이 적어도 우리나라의 의료분쟁 해결에 대한 가장 밑바탕의 초석이 되고 튼튼한 의료사회적 환경을 만들어 나가는데 커다란 역할을 해야 할 것이다.



## 참고문헌

- [1] Yong Cheol, Lee·Hang Nam, Park·Jeong Do, Lim(2007), Medical Dispute Mediation theory. Bomungak. p.13.
- [2] Guk Jin, Moon(1989), Medical Law. Cheongrim Publication. p.40.
- [3] Hyeon Ho, Shin(2001), Current Status and Problems of medical litigation. Bupjo. p.83.
- [4] The Supreme Court ruling 2004.01.15. 2001도 298.
- [5] Yong Jin, Jeong(1999), Health and Medical Law · Health Disputes. Ulrimsa. p.110.
- [6] Jun Su, Park(2011), Study on a Solution of the Medical Dispute. Ph.D. thesis. p.25.
- [7] Yeong Hoon, Jeong(2012), Study of Major Issue in the Law on Remedy for Damage from Medical Accident and Medical Dispute Mediation on the Civil Law Perspective. Ph.D. thesis. p.29.
- [8] Hyeong Won, Joe(1994), The Medical Dispute and Relief Measures of the Sufferer by Medical .Ph.D. thesis. p29.
- [9] Korea Consumer Agency(2011), 2010 Annals and Casebook of Consumer Damage Relief, Korea Consumer Agency, p153.
- [10] Hyo Seong, Jeong(1988), Study on the Legislation of the Medical Dispute Resolution, Graduate School of Special Legal of Korea University.
- [11] Yong Yeop, Jeong(2006), An Inducement problem on the principle liability without fault in a legislative bill of injury and relief in a medical accident, Medical Law, Vol. 7, No. 2, Korean Association of Medical Law, p.12.
- [12] Eun Ju, Shin(2011), The Perspective of The System on Mediation in The Act of Medical Malpractice Damage's Relief and Mediation for Medical Dispute Resolution, The Spring Conference of Korean Association of Medical Law, Korean Association of Medical Law, p51.
- [13] Gwang Suk, Jeon(2012), A Constitutional Review on Compensation for Medical Malpractice during Delivery, Medical Law, Vol. 13, No. 1, Korean Association of Medical Law, p.307-308.
- [14] Ho Yong, Lee(2010), A Study on Irresistible Medical Accidents Victims Relief System in the Perspective of Public Law, Medical Law, Vol. 11, No. 1, Korean Association of Medical Law, p.62-64.
- [15] Hyeon Hee, Jeon(2007), Study on the Distribution of the Burden of Proof in Medical Malpractice Litigations, Health Policy Forum 2007 Vol.5, No.2, Health Policy Institute of the Korean Medical Association, p.129.
- [16] RobertB Leflar · utoshiIwata, Medical Error as ReportableEvent, as Tort , as Crime :A Transpacific Comparison(Updated Version), Widener Law Review, Vol.12, June 2006. p.6
- [17] Chris Stern Hyman, Clyde B.Schechter, Mediating Medical Malpractice Lawsuits AgainstHospitals : New YorkCity'sPilotProject, "HealthAffairs"25, no.5, 2006. P1398
- [18] Edward Monico · Rick Kulkarni · Arthur Calise · Joseph Calabro, The Criminal Prosecutio of Medical Negligence, The International Journal of Law, Healthcare and Ethics Vol.5 No.1, 2007
- [19] Back Hue, Lee(2011), The necessity and Schemes of the Exceptional Clause on Crime of the Medical Dispute, Scientific Conference Materials by Korean Association of Medical Law, p.14.

## 저자 소개



### 정 순 형

2000: 조선대학교 법학과 법학사.  
 2002: 조선대학교 법학과 법학석사.  
 2006: 조선대학교 법학과 법학박사  
 현 재: 광주여자대학교  
 보건의료시스템학과 교수  
 관심분야: 법학, 보건의료  
 Email : jung-sunh@kwu.ac.kr