

우리나라 의료분쟁의 동향과 대책

변호사 신현호

1. 들어가며

우리나라 뿐 아니라 전 세계적으로도 의료분쟁이 늘어나고 있는 추세이다. 일본만 하더라도 1990년대 중반까지 300여건을 유지하다가 1999년 700건 이상으로 늘어나고 있는 것만 보아도 잘 알 수 있다.

그러나 우리나라에서의 분쟁현황은 선진외국과는 조금 다른 양상이 나타나고 있다. 우선 민사적인 손해배상문제로 해결되어야 하는 의료분쟁이 고소·고발 등 형사적인 방법으로 해결하려는 경향이 훨씬 높다는 점이다. 둘째 사법적인 절차 내에서 해결하려는 의지보다는 폭행·상해·협박·공갈·시위·농성 등 사회적 일탈행동을 통한 해결을 선호하고 있고, 심지어는 이를 전문적으로 해결하는 불법조직도 있다고 한다.

여기서는 의료분쟁의 증가요인과 현황, 의료소송에 대한 법률판단의 기준과 불법적인 분쟁해결시도에 대한 대응책 등에 대하여 살펴보기로 한다.

2. 의료분쟁의 증가실태

가. 증가요인

의술의 비약적인 발전에도 불구하고 분쟁이 증가하는 이유는 여러 가지가 있으나, 가장 큰 이유는 의학의 발전이 오히려 인권침해가능성이 상대적으로 늘어나면서 법률의 개입의지가 강해졌기 때문이다. 의학은 CT, MRI, PET 등 진단기술의 발전, 나아가 gene therapy·human cloning 등 신의 영역에 이를 정도로 비약적인 발전을 하였다. 무당이 푸닥거리하는 주술의학수준에서 시작된 의학이 코호의 세균발견에 이어, 페니실린이 개발되면서 질병은 획기적인 전환점을 맞게 되었다. 그로 인한 인류의 혜택은 19세기말 16억명 정도에 불과하던 세계인구가 1950년대 25억명, 21세기에 들어서 60억명을 넘어선 것만으로도 충분히 입증될 수 있다. 그러나 페니실린쇼크나 탈리노마이드사건과 같이 화학약물의 부작용, 오남용으로 생명을 잃거나 기형아출산, MRSA나 VRE와 같은 치명적인 내성균을 만들게 되었다.

나아가 최근의 의술은 인류라는 생물학적 종의 유전자 변형까지도 우려될 수준으로 발전하고, 마치 멈추지 않는 기관차와 같은 앞을 향해 달리고 있다. 그 기관차가 철로를 벗어나지 않도록 통제할 필요가 있다는 점에 공감하기 시작하였다.

법률이 사회적 제동수로서의 역할이 필요하다는 사회적 요구가 의료에 대한 사회적 규제나 간섭을 당연하게 받아들이게 되었고, 부수적 현상으로 의료분쟁이 늘어가고 있다.¹⁾ 우리나라에서도 1990년 이후 의료소송²⁾이 매년 30%이상 급격한 증가추세를 보이고 있다. 분쟁이 과거 수술장에서의 과실을 중심으로 발생하던 것이, 이제는 의료기관공작물책임, 약물이나 의료기자재에 관한 제조물책임, 재택진료나 원격진료, 전자진료차트 등 다양한 영역에서 발생하고 있다.

나. 외국의 실태

1971년 미국에서의 통계조사에서는 의료행위 39,500회당 1번 꼴로 의료분쟁이 발생하고, 그중 약 10%가 소송으로 제기되었다고 한다.³⁾ 당시 병원급은 연평균 2건 제소되었지만 실제로 7,000개의 병원 중 1/3은 조사중인 1년 간 단 한차례도 제소된 바 없고, 15%의 병원이 전체 분쟁의 1/2이상 관련되어 있다고 보고되었다.⁴⁾

의료분쟁은 1979년 전체의사 평균 3.3%에서 1985년 10.1%, 연간 10명중 1명 이상이 분쟁에 개입될 정도로 늘어났다. 건당 배상금이 1979년 평균 \$400,000이하이던 것이 1982년부터 \$1,000,000이상으로 오르기 시작하였다.

일본에서 의료분쟁은 고도 경제성장기에 접어든 1960년대부터 본격적으로 늘어나 1973년 일본외사회에서 의사배상책임보험을 자발적으로 만드는 계기가 되기도 하였다. 그 증가추세는 다음 도표1과 같다.

<도표1 일본 의료소송신건접수현황>⁵⁾

년도	건수	년도	건수	년도	건수
1970	102	1985	272	1992	373
1975	223	1986	335	1993	444
1980	310	1987	335	1994	504
1981	195	1988	352	1995	434
1982	270	1989	369	1996	581
1983	271	1990	364	1997	595
1984	255	1991	357	1998	629

- 1) 신현호, 의료소송총론, 육법사, 1997, 86쪽 이하
- 2) 일본의 영향으로 의료과오라는 표현이 보편화되어 있으나 우리 법률은 「과실」로 사용하고 있으므로 의료과실로 사용하는 것이 옳다고 본다. 한편 어감상 의료과실소송은 의사에게 과실이 있는지 여부를 밝히는 소송임에도 마치 의사에게 과실이 있다는 전제하에 제기되는 소송 처럼 보일 수 있으므로 의료소송이 적당하다고 본다.
- 3) 우리 나라에서 2000년경 약 5억회 정도의 의료행위가 있다고 보면 12,000~13,000건 정도의 분쟁이 있지 않았을까 하는 추정된다.
- 4) 이는 의료분쟁이 시스템의 운영에 따라 얼마든지 달라질 수 있다는 것을 나타내고, 우리나라 의료기관 역시 의료전달체계가 제대로 갖추어진 곳은 사고율이 적은 반면 상호협력체계가 이루어지지 않는 신설병원이나 노사분규가 심한 병원 등에서는 사고가 자주 발생하고 있다는 점과 유사하다.
- 5) 日本 最高裁判所 事務局編, 「醫療過誤關係 民事訴訟事件 執務資料」 1978~1998年 統計

일본에서는 의사배상책임보험의 활성화로 인하여 제소전 단계에서 화해⁶⁾로 종결되는 비율이 전체 의료분쟁 중 60~70%에 이르고 있는 점에 비추어 의료분쟁은 연간 3,000건 전후 발생한다고 추정된다. 1998년 629건이 새로 제소되었는 바, 이는 5년전에 비하여 41.7%나 증가한 것이다.⁷⁾

다. 우리나라

(1) 의료분쟁의 실태

현재 우리나라의 의료소송건수는 해마다 증가하고 있어, 분쟁 역시 상당히 늘어나고 있다는 것을 간접적으로 알 수 있다. 앞서 말한 사회 전체적인 분위기가 의료영역에 대한 법률개입을 강하게 요구하고 있다는 현실을 전제로, 절대적 수진기회증대⁸⁾가 한 몫하고 있다. 개인의원에서 주로 일어나던 것이 이제는 대학병원급으로 옮겨가고 있고,⁹⁾ 그 액수도 커져가고 있다. 우리나라에서도 미국이나 일본과 같이 산부인과사고가 가장 커다란 부분을 차지하고 있다.¹⁰⁾

(2) 법원 민사통계¹¹⁾

우리나라에서는 1989. 9. 1.부터 의료사고 손해배상청구사건은 손해배상(의)로 접수받아 해당하고 있는 바, 매년 새로 접수되는 상황은 다음 도표2와 같다.

<도표2 민사 1심본안사건통계>

-
- 6) 일본에서는 이를 示談制度라 하며 의료분쟁에서 활발히 활용하고 있다. 의료사고가 발생한 경우 환자측 변호사가 의사에게 전화, 편지 등으로 示談신청을 하면, 의사는 일본 의사사회에 연락하고, 일본 의사회의 변호사가 환자측 변호사와 화해를 시도하게 된다.
 - 7) 日刊保社, 제2487호, 1998. 8. 28. 자보도
 - 8) 이선희, 건강보험급여체계의 개선방안; 2002. 4. 19. 건강복지사회를 여는 모임 '건강보험의 정상화' 정책토론회자료, 7쪽 이하에서 노인인구증가, 질병구조변화, 의료공급량증가, 급여범위확대 등이 수진량증대의 원인으로 지적하고 있다.
 - 9) Medico-Legal Forum, 의료와 의료분쟁, 예진, 1998. 14쪽, 의료사고가족연합회에 접수된 분쟁 사례에서 1993년 개인의원 130건(42.5%), 종합병원 61건(19.9%)에서 1995년 개인의원 104건(30.2%), 종합병원 128건(37.2%)로 나타나고 있다.
 - 10) 우리나라에서 1990~1995년사이 선고된 128건의 하급심판결을 살펴보면 산부인과 37건(29%), 정형외과(16건), 외과(13건), 내과(10건) 등으로 많이 제소되고 있다(민혜영, 의료분쟁소송결과에 영향을 미치는 요인에 관한 연구, 연세대 보건학과 박사학위 논문, 1996. 27쪽).
 - 11) 사법연감 1990년~2000년

년 도	금년 접수	처 리											항소	미제
		합계	각하 명령	판 결				취하	조정	화해	인낙	기타		
				원고 승	원 고 일부승	원고 패	각하							
1989	69	42	-	11	20	2	1	4	-	2	-	2	8	27
1990	84	68	-	21	22	3	2	12	-	7	-	1	4	43
1991	128	88	2	18	40	14	-	12	-	1	-	1	12	83
1992	75	81	1	8	37	12	-	16	-	4	-	3	15	77
1993	179	137	-	27	59	12	-	28	-	8	-	3	9	119
1994	208	163	-	36	41	38	-	26	-	10	-	12	22	164
1995	179	115	2	13	35	32	2	19	6	3	-	3	25	228
1996	290	229	6	36	54	34	1	40	36	10	2	10	51	289
1997	399	303	3	36	75	67	3	57	31	13	-	18	73	385
1998	542	475	4	84	123	98	3	70	59	16	1	17	74	452
1999	508	396	2	29	112	70	4	50	82	11	-	35	104	564
2000	519	361	3	29	106	86	-	47	62	8	-	20	115	722
누계	3,183	2,458	20	325	673	519	16	381	276	93	3	125	515	3,153

선진국소송이라는 의료소송의 증가는 우리나라의 경제성장과도 무관하지는 않을 듯 하고, 향후 지속될 전망이다.¹²⁾ 미제건수도 매년 누적되어 의료소송의 장기화현상을 나타내 법원에 많은 부담을 주고 있다.

심리기간에 있어서 우리나라는 일본보다는 훨씬 빨리 재판을 진행하고 있다. 평균적으로 일본은 통상소송이 18.1개월, 의료소송이 41개월이 각 소요되는 반면, 우리나라에서의 통상소송은 6.6개월이 걸리고 있다.¹³⁾

주목해야 할 점은 의료소송에서의 환자승소율이 다음 도표3에서와 같이 일반적으로 알려진 것보다는 훨씬 높다는 것이다. 민사 1심 본안사건에서 전체의 평균 인용율이 69.6%, 합의사건 인용율이 65.4%인데 반하여 의료소송사건의 평균인용율은 61.5%에 이르러 별다른 차이를 보이지 않고 있다.

<도표3 민사 1심 본안사건 청구인용>¹⁴⁾

12) 다만 1999년 하향현상은 IMF사태로 인한 일시적 현상으로 보여진다.

13) 우리 나라에서는 아직 의료소송의 심리기간이 특정되어 통계 처리되지는 않고 있으나 필자의 개인적인 경험으로는 18개월 이상이 소요되고 있다.

14) 인용건수=원고승+원고일부승+화해+조정+인낙건수

연도	전 체			합 의 사 건			의 료		
	처리건수	인용건수	비율(%)	처리건수	인용건수	비율(%)	처리건수	인용건수	비율(%)
1989	264,752	179,650	67.9	32,421	22,582	69.7	42	33	78.6
1990	266,237	178,639	67.1	37,861	25,832	68.2	68	50	73.5
1991	310,940	215,797	69.4	47,503	32,697	68.8	88	59	67.0
1992	354,535	243,714	68.7	42,066	26,788	63.7	81	49	60.5
1993	379,150	260,964	68.8	31,961	21,334	66.8	137	94	68.6
1994	408,814	270,905	66.3	33,988	20,397	60.0	163	87	53.4
1995	471,202	329,808	67.0	39,228	25,910	66.0	115	57	49.6
1996	544,309	386,926	71.1	44,091	29,783	67.5	229	138	60.3
1997	627,402	456,028	72.7	48,351	31,475	65.1	303	155	51.2
1998	858,731	659,484	76.8	49,766	32,618	65.5	475	283	59.6
1999	852,501	657,749	77.2	41,109	25,758	62.7	396	234	59.1
2000	719,322	551,861	76.7	40,454	24,887	61.5	361	205	56.8
평균			70.8			65.4			61.5

(3) 법원 형사통계

그런데 우리나라에서의 분쟁처리유형을 살펴보면 다음 <도표 4>에서 보는 바와 같이 의료사고에 있어서 민사소송보다 형사고소·고발경향이 10배 가량 높은 기현상이 나타나고 있다.

<도표 4> 의료분쟁의 유형별 현황건(%)¹⁵⁾

연도	구분	의 료 분 쟁 유 형				計
		刑 事 訴 訟	民 事 訴 訟	行 政 處 分	合 意 和 解	
1982		80	4	0	111	195
1983		32	4	2	96	134
1984		72	9	7	209	297
1985		77	19	11	240	341
1986		63	5	9	229	306
計		324 (25.2)	35 (2.7)	29 (2.7)	885 (69.5)	1,273 (100)

위 비율에 따라 역산하면 연간 5,000여건 가량이 고소·고발·진정 등이 되고 있고, 이에 대한 검찰처리는 구공판 1.9%, 구약식 4.8% 정도이고 나머지는 무혐의 종결되고 있어,¹⁶⁾ 전체 의료사고로 고소된 사건 중 300여 건 만이 법원에 기소된다고 추정된다.

검찰에서 기소하였다고 하여도 법원에서 무죄 선고되는 경우가 많다.¹⁷⁾

15) 한국생산성본부 통계분석자료

16) 윤석정, 의료과실사범의 실태와 대책, 법무연수원, 1990, 21쪽이하.

17) 추호경, 의료과실에 관한 연구, 서울대학교 대학원 보건학박사 논문, 1991, 36쪽에서는 1956년~1990년까지 우리 나라 의료사고에 대한 대법원 판결을 분석한바, 상고된 21건 중 유죄 확정된 사건은 10건으로 유죄률이 47.6%에 불과하다고 한다.

그밖에 의료법이나 보건범죄단속에관한특별조치법위반으로 기소되는 사건은 다음 <도표 5>에서 보는 바와 같이 연간 약 500~1,000건 가량 기소되고 있다. 이에 위반시 의사면허정지나 의료기관업무정지처분이 반드시 같이 따르기 때문에 의사나 의료기관에게는 적지 않은 피해가 있다.

<도표 5> 법원의 의료관계법위반사건통계

연도 \ 내용	의 료 법	보건범죄단속에관한특별조치법
1989	158	578
1990	172	791
1991	160	792
1992	148	453
1993	277	565
1994	95	455
1995	90	423
1996	104	387
1997	134	375
1998	102	370
1999	131	537
2000	177	538

우리나라에서의 의료분쟁해결의 특징은 민사절차보다는 수사기관에 의지하려는 경향이 강하여 형사고소하는 비율이 민사소송을 제기하는 비율보다 약 10배나 된다는 점이다. 그 이유는 다음과 같다고 생각한다. 첫째 민사소송 제기시 변호사 선임비, 인지대, 감정 및 검증비용, 증인여비 등 돈이 들어가므로 당장 돈이 들지 않는 형사고소의 방법을 택하게 되고, 둘째 국민의 법감정이 의료과실소송에서는 의사가 일방적으로 유리하다는 불신이 내재해 있어 민사소송보다는 형사고소를 하려는 경향이 강하고, 셋째 의사와의 감정대립으로 환자나 그 유족은 경제적인 보상보다는 신체적인 처벌을 받게 함으로써 보복감정에 충실하고자 하고, 넷째 의사가 가지고 있는 진료기록부 등 환자에 관한 정보에 대하여 접근하기 곤란하기 때문에 수사기관에 호소하여 이를 확보하고자 한다. 수사가 시작되면 경찰 등에서는 의사에게 진료기록부나 각종 검사지를 번역하여 제출하고, 아울러 치료경과에 대한 해명을 요구하기 때문에 환자측에서는 자신이 누구로부터 어떻게 치료받았는지를 손쉽게 알 수 있게 되고, 다섯째 환자측을 상담하는 변호사나 사회단체 상담원들이 진상 파악이 어렵다는 이유로 고소를 권유하기 때문이다. 이러한 추세는 바람직한 현상으로는 보이지 않는다. 왜냐하면 당사자간의 화해나 수사단계에서의 합의는 의사가 진심으로 자신의 의료상 과실을 인정하고, 사죄하면서 이루어지는 것은 아니라고 보이기 때문이다. 아직 우리 국민은 의료사고가 발생하면 민사소송을 통하여 구제 받기 힘들다는 잘못된 인식에서 벗어나지 못하여 일탈행동을 통한 제도권 밖에서의 해결을 선호하고 있다는 것을 나타낸다. 이 때문에 의료분쟁 발생시 환자측에서는 민사소송이나 민사조정제도 등의 법적인 구제절차를 외면한 채 병, 의원 또는 의사에 대한 폭행, 협박, 농성, 난동 등의 위법행위로 나아가려 하고, 의료인에 대하여 업무상과실치사상죄나 살인죄 등으로 고소를 마구하는 악순환이 반복되고 있다. 그 과정에서 의사와 환자의 불신은 적지 않게 쌓여 방어진료, 과잉진료가 전반적인 현상으로 나타나 이제는 사회문제가 되기에 이르렀다.¹⁸⁾

18) 신현호, 전계서, 77쪽

(4) 의료사고의 진료과목별 유형별 통계

(가) 개원의 통계

대한의학협회 공제회의 1981. 11. 1. ~ 1995. 10. 31.까지 사이에 접수된 각 전문과목별 통계를 보면 산부인과 31.0%, 일반의 28.0%, 일반외과 13.0%, 정형외과 7.0%, 내과 6.7% 등의 순서로 발생하고 있다.

유형별로는 수술 21.2%, 주사 19.2%, 치료처치 17.9%, 분만 13.2%, 중절수술 10.3%, 제왕절개술 7.2%, 마취 2.5% 등으로 산부인과의 분만, 제왕절개 및 중절수술이 30% 이상을 차지하고 있다.¹⁹⁾

(나) 한국소비자보호원 통계

한국소비자보호원은 소비자보호법개정으로 1999. 4. 6.부터 의료분쟁조정업무를 시작하였는데 1999년 271건, 2000년 450건이 접수되었다. 2000년의 진료과목별로 접수건수는 내과 68건(15.1%), 산부인과 65건(14.4%), 정형외과 54건(12.0%) 등의 순서로 나타났다. 과실책임 유형별로는 주의의무위반이 253건(56.2%), 설명의무위반이 55건(12.2%), 과잉·부당진료가 28건(6.2%)을 차지하였다. 배상 및 환급 등 223건의 처리된 금액은 약 11억원으로 건당 평균처리금액은 526만원('99년도 259만원)으로서, 의원이 177건(39.3%), 대학병원 108건(24.0%), 종합병원 73건(16.2%) 등의 순이다.

조정이 이루어진 사건이 전체의 52%, 500만원 이하는 전체의 85.2%로서 비교적 소액의 조정이 주로 이루어지고 있다.²⁰⁾

(다) Y대학병원 통계

Y의료원에서 1989~1998년까지 10년 간 발생한 205건의 의료분쟁사건을 살필 때, 진료과별로는 내과(29건), 신경외과(26건), 산부인과(23건), 소아과(16건), 일반외과(14건), 정형외과(14건) 등의 순으로, 의사수로 나눈 1인당 건수는 흉부외과(1.67건), 신경외과(1.53건), 성형외과(1.44건), 응급의학과(1.25건), 산부인과(1.15건), 소아과(0.59건), 내과(0.57건), 일반외과(0.54건) 등 순으로 많이 발생하고 있다. 진료과별 평균지출비용(건당 비용:1인당 비용)은 신경외과(6,950만원:10,629만원), 흉부외과(4,292만원:7,153만원), 성형외과(4,541만원:6,559만원), 마취과(10,619만원:4,551만원), 치과(5,888만원:707만원), 정신과(3,278만원:820만원), 안과(2,844만원:406만원)로서 건당 평균 4,812만원으로 조사되었다.²¹⁾

특히 Y의료원은 의사 100명당 1.4건 정도 제소되고 있어 미국이나 영국보다는 아직 적은 것으로 나타났다.²²⁾

19) 양성희, 의료분쟁의 해결비용에 관련된 요인-의협공제회 자료를 중심으로, 연세대 보건대학원 석사논문, 1997. 16쪽

20) 한국소비자보호원 2000년 의료분쟁조정신청사건 처리현황자료

21) 이상교, 전제논문, 46쪽

22) 이상교, 전제논문 39쪽, Fenn(1994)은 1991년을 기준으로 의사 1인당 영국은 0.105건, 미

3. 법률의 적극적 개입

가. 민·형사책임의 차별화

법원에서는 의료분쟁에 대하여 민·형사상 입증책임을 차별화 함으로써 민사적인 피해구제에 적극적인 입장을 보이고 있다.

법률상 과실의 의미가 민·형사상 차이가 나는 것은 아니다. 과실이란 주의의무에 위반하는 것을 말한다. 주의의무란 악결과를 발생을 막아야 할 정신자세를 의미하며, 합리적 의사라면 주의를 다하여 악결과가 발생할 것을 미리 예견하고, 악결과를 회피할 수 있었음에도 불구하고 이를 다하지 못한 경우의 법적 비난이다. 따라서 원칙적으로는 한 사건에 대하여 민사책임과 형사책임은 같은 결론이 내려져야 하는 것이 바람직하다고도 할 수 있다. 하나 현실적으로 같은 사건에 대하여 형사적으로는 무혐의 또는 무죄가 선고된 반면, 민사적으로는 손해배상책임이 인정을 되는 경우가 많다. 이는 법원이 형사소송에서는 적용되어서는 아니 되는 개연성이론 내지 사실상의 추정이론을 손해배상책임판단에 적용하여 환자측의 입증책임을 가볍게 하여주고 있기 때문이다.²³⁾ 서울지법에서는 응급환자를 숨지게 한 혐의로 기소된 의사에게 '병원에 실려온 환자의 증상에 비추어 필요한 검사를 실시하는 등 가능한 치료수단을 동원했고, 유족들이 낸 민사소송에서 30%의 책임이 인정된 점을 고려하면, 형사책임을 질 정도의 과실이라고 볼 수 없다'고 하여 형사는 무죄지만 민사는 30%의 책임이 인정된 판례가 그 예를 제시한다.²⁴⁾

나. 민사소송에서의 2중 판단기준

의료소송에서 법원은 환자측의 입증을 쉽게 하기 위하여, 고전적 의미의 기술상 과실 뿐 만 아니라 설명의무위반 시에도 책임을 묻는 2가지 관점에서 판단한다.

첫째 의료행위에 대한 기술상 평가이다. 예를 들어 문진이나 청진은 제대로 시행되었는가, 진단이나 처치상 잘못은 없는가 등 순수한 기술적 측면에서의 판단형식이다. 임상에서 종종 이형혈액을 수혈하거나 거즈를 몸에 넣고 봉합하는 사고는 전형적인 기술상 「과실」에 해당한다.

둘째 설명의무위반의 유무이다. 이것은 의료행위 그 자체의 규범적 평가이다. 의료행

국은 0.130건이 제소되었다고 보고하고 있다.

23) 형법은 국가공권력으로부터 국민의 인권을 보장하기 위하여 만들어진 것이기 때문에 입증책임이 엄격한 반면 민법은 손해의 공평부담에 그 목적이 있기 때문에 피해자보호를 위해 입증책임을 경감시켜주는데서 오는 차이이다. 형법은 시민들이 왕권이나 전제군주의 횡포로부터 부당한 인권침해를 막기 위하여 만든 것이기 때문에 국가에게 합리적인 의심이 없을 정도의 입증을 요구하고 있다. 의료사고에서 가해자인 의사에게 유죄판결을 하기 위하여 99%이상의 유죄확신을 가질 정도의 입증이 되어야 한다. 「의심스러울 때는 피고인의 이익으로」 엄격히 해석하고, 「열명의 범인을 놓치는 한이 있어도 한명의 무고한 사람을 만들지 말라」는 법언처럼 99% 이상 의료과실이 입증되지 않으면-예를 들어 환자의 질병이나 특이체질, 제3자의 과실행위 개입 등-무죄를 선고하여야 한다. 형사상 무죄가 선고되었다는 의미는 죄가 없다(innocence)가 아니라 유죄의 증거가 없다(no evidence)라는 의미가 강하다.

24) 2001. 6. 23.자 중앙일보 기사

위가 위법성을 조각하는 이유는 피해자인 환자의 자기결정권 때문이다.

다만 소송현실에서 의사의 설명의무위반 만을 주장하는 경우는 드물다. 실제적 진실 입증에 어려운 사실 해명이 곤란하다는 것을 하나의 특질로 하는 의료과실 소송에서 1차적으로는 의료기술상의 과실을 문제로 삼고 이에 대한 주장, 입증상의 어려움으로 법관의 심증이 충분히 형성되지 않은 경우를 예상하여 선택적 또는 예비적으로 설명의무위반을 주장한다.

다. 구체적인 인과관계입증문제

(1) 원칙

의료소송도 일반소송과 같이 적극적 당사자, 즉 환자측에서 의사의 구체적인 과실을 입증하여야 한다. 그러나 지나치게 엄격한 입증을 요구할 경우 사실상 재판을 포기할 수 있으므로 일정한 경우 입증책임을 완화하여 주고 있다. 일부에서 오해하고 있는 것처럼 의사가 무과실을 입증하여야 하는 것은 아니다. 다만 의사가 진료기록을 위·변조하거나 은닉, 훼손한 경우에 강하게 과실이 추정되므로 의사가 적극적으로 인과관계단절이나 무과실을 주장하여야 하는 경우가 있다.

(2) 과실의 직접입증판례

서울지법은 임신중절수술 중 라보날마취쇼크로 식물인간이 된 사건에 대하여 '1차 임신중절수술 후 계속적으로 출혈이 있었고 특히 이 사건 수술 전날 다량의 출혈이 있었다면 빈혈유무를 알기 위하여 혈액검사를 하고 6시간 이상의 금식기간을 준수하며, 아트로핀 주사를 미리 주사하고, 라보날은 위 원고의 체중 및 상태에 비추어 적정량인 약 0.24그램을 주사하되 50밀리그램의 소량을 먼저 주사하고 환자의 상태를 관찰한 다음 계획된 주사량을 서서히 주사하여야 함에도 불구하고 이를 게을리 한 채 라보날 주사 전에 필요한 위와 같은 조치를 취하지 아니하고, 긴급한 상황이 아니었음에도 불구하고 식사 후 약 4시간만에 원고에게 과다한 양을 계속적으로 주사한 과실이 있고 이로 인하여 원고에게 흡인성폐렴으로 인한 저산소증으로 전반적인 뇌세포손상에 의한 식물인간 상태를 야기 시켰다고 할 것이다.'라고 하여 사전검사의무, 마취전처치의무, 주사시 의무 등에 위반한 책임을 직접 인정하였다.²⁵⁾

(2) 입증경감판례

(가) 개연성판례

개연성에 기한 판례는 증거의 무게를 달아 더 신뢰도가 높은 주장을 한 당사자에게 승소판결을 하는 것이다. 실무상 환자가 입증한 증거의 무게가 의사가 항변하거나 부인하는 증거의 무게보다 우월하다고 보일 정도까지 증거가 이루어지면 개연성을 인정하는

25) 서울지법 93. 1. 29.선고 90가합74420판결

사례가 적지 않다. 예를 들어 환자의 주장과 의사의 주장이 50:50으로 같다면 인과관계를 추정하는 것이다.

대법원은 일반외과 전문의인 피고가 1983. 9.경 자전거에 충격되어 넘어진 환자의 오른쪽 머리에 대한 상처를 진단함에 있어 약 15센티미터 가량의 선상골절을 발견하지 못하여 환자가 뇌실질내 출혈상을 입었음을 예상하지 못하고 단순히 뇌부종과 뇌좌상 등의 증세가 있는 것으로 오진하여 치료를 하는 바람에 다음날 사망한 사건에 대하여 '일반외과 전문의인 피고가 방사선사진을 정확히 판독하여 최선의 응급조치를 취한 후 신경외과 전문의가 있는 병원으로 전원하여 적절한 치료를 받게 하였다면 환자가 사망하지 않거나 생명을 연장시킬 수 있었을 것이며 그 경우에 구명율은 50%의 가능성이 있었다는 취지이고, 피고가 환자를 진찰함에 있어서 방사선사진상에 나타나 있는 우측 두부의 약 15센티미터 가량의 선상골절을 발견하지 못하여 뇌손상을 입은 증상의 환자를 단순히 뇌부종과 이에 따른 뇌좌상, 뇌진탕 등의 증세가 있는 것으로 오진하여 그에 관한 약물치료만을 한 점 등의 사실관계를 종합하여 검토하여 보면 다른 특별한 사정이 없는 한 피고가 위 방사선사진상에 나타나 있는 선상골절상이나 이에 따른 뇌실질내출혈 등을 발견 내지 예견하지 못하여 환자를 제때에 신경외과 전문의가 있는 병원으로 전원하여 확정적인 진단 및 수술을 받을 수 있는 필요한 조치를 취하지 아니한 사실과 환자의 사망과의 사이에는 인과관계를 인정함이 상당하다 할 것이다.'고 판시한 바 있다.²⁶⁾

(나) 좁은 의미의 사실상 추정이론

좁은 의미의 사실상 추정론은 과실을 직접적으로 입증된 것은 아니지만 다른 가능성이 배제되므로 과실행위가 추정된다는 이론이다. 사망이나 장애 등 악결과가 발생할 수 있는 모든 원인을 전제하고, 하나씩 rule out 해 나가다 보면 나머지 남는 하나의 행위에 대하여는 직접 입증이 되지 않더라도 그로 인한 것으로 추정할 수 있다. 예를 들어 디스크수술 직후에 하반신마비가 마비된 경우 그 원인으로는 ① 수술시 과실, ② 세균감염, ③ 탈수초성, ④ 혈관성 등이 있는데, 위 원인 중 ② 세균감염의 경우에는 열이 몹시 나는 전구증상이, ③ 탈수초성의 경우에는 먼저 눈이 보이지 않는 전구증상이, ④ 혈관성으로 인한 것인 경우에는 전신홍반 및 낭창이 나타나는 전구증상이 각각 나타나는데, 환자에게는 그러한 전구증상이 없었던 사실이 주장·입증된 경우, ①의 가능성만이 남게 된다. 이때 의사는 수술상 과실이 강하게 추정되므로 이제는 적극적으로 나서서 수술상의 과실이 아니고, 다른 원인을 주장·입증하여야 한다.

서울민사지법은 척추결핵수술직후 하반신이 마비된 사건에 대하여 '척추전방유합술의 시술과정에서 하반신마비가 생기는 경우로서는 척추손상에 의한 경우와 허혈증으로 인한 경우가 있으며 척추손상에 의한 경우는 ① 집도의가 부주의로 척추신경을 수술칼로 끊거나 소파술시 수술기계가 신경을 세계 압박하는 경우, ② 이식된 뼈가 척추를 압박하는 경우, ③ 혈종이 척추를 압박하는 경우, ④ 소파술시 끊어낸 작은 뼈조각이 척추강 속에 들어가 신경을 압박하는 경우 등이 있다. 그런데 하반신마비의 여러 원인 중 척추신경을 수술칼로 손상시키거나 척추신경에 수술기계로 강한 압박을 주는 경우

26) 대법원 1989. 7. 11. 선고 88다카26246판결

와 허혈증 경우 외에는 원고의 경우와 같은 급작스러운 하반신마비가 오지 않는데, 지금까지 척추결핵에 대한 수술로 말미암아 허혈증이 유발되어 하반신마비라는 후유증이 발생되었다는 학계의 보고는 없다. 위에서 인정한 척추결핵의 증상 및 그에 대한 현대 의학의 치료수준, 원고의 병세의 진행 정도, 수술 의사의 수술준비 과정, 3차에 걸친 수술경과 및 그 결과 등을 종합해 보면 원고의 하반신완전마비증세는 집도의의 병소의 위치, 질병의 진행 정도 등을 정확히 파악한 다음 수술에 대한 적절한 계획을 수립하는 등 주의의무를 게을리 한 채 척추전방유합술이 척추결핵에 대하여 일반적으로 잘 알려진 용이한 수술이라는 점을 과신하고 수술을 시행하다가 수술기구 등으로 원고의 척추를 손상시킴으로써 급속하게 하반신마비증상이 초래된 것이라고 추정된다.’고 하여, 환자측이, 의사가 수술시 신경절단 또는 압박사실을 직접적으로는 입증하지 못하였다고 하더라도 다른 원인이 배제되므로 과실을 추정하였다.²⁷⁾

(다) 일응의 증명론

일응의 증명(Res Ipsa Loquitur Rule)은 ‘사실 그 자체가 말한다(The thing speaks for itself)’라는 의미이다. 수술후 복강 내에 거즈가 발견된 경우와 같이 ① 누군가(의사)의 과실이 없는 경우에는 통상 일어나지 않고, ② 악결과(복강내 거즈잔류)가 의사의 배타적인 장소에서 발생되었고, ③ 환자가 그러한 악결과를 일으키지 않았다는 점이 입증되면 의료과실이 강하게 추정된다.

대법원은 난관불임수술후 임신이 된 사건에 대하여 ‘불임수술을 받은 사람이 다시 임신하게 된 원인을 시술상의 잘못 이외의 다른 원인으로 볼 만한 특별한 사정을 인정할 수 없으니 그 원인을 의사의 시술상의 잘못으로 봄이 상당하다.’고 하여 의료과실을 인정하였다.²⁸⁾

(3) 입증책임전환이론

의사가 진료기록을 조작하여 환자의 입증을 방해한 경우에는 의사에게 과실이 있는 것으로 간주하고, 의사가 적극적으로 잘못이 없다는 점을 주장입증하지 못하면 책임을 인정하는 것이다.

서울고법은 경추수술후 하반신이 마비되자 진료기록에 기재된 진단명을 볼펜으로 지워 보이지 않게 하자 ‘이 사건 소제기후 위 원고에 대한 의사기록(차트) 중 위 원고의 진단명 중 일부가 위 병원측 사람의 소행으로 흑색볼펜으로 가필되어 원래의 진단명을 식별할 수 없게 변조된 점(입증방해) 등에 비추어 보면, 위 원고에 대한 사지부전마비의 발생원인은 시술상 과실로 인한 것으로 일응 추정된다 할 것이다. 그리고 의료과실을 원인으로 하는 소송사건에 있어서는 그 증거가 모두 병원 또는 의사측에 편중되어 있고, 환자로서는 그 의료행위의 과정도 알 수 없는 것이므로, 환자의 수술후의 건강상태가 수술 직전에 비하여 「예상하지 않은 뜻밖의 상태」로 바뀌었다면, 병원측에서 그와 같은 수술후의 상태는 현재의 의학수준상 피할 수 없는 것이고, 수술담당 의사측으로서는 아무런 시술상의 과실이 없었다는 것을 주장 입증하지 아니하는 한

27) 서울민사지법 90. 5. 17.선고 88가합19024판결

28) 대법원 1980. 5. 13.선고 79다1390판결

의료과오의 책임을 면할 수 없다고 할 것이다.’고 하여 입증방해시 입증책임이 전환된다고 하였다.²⁹⁾

춘천지법 원주지원은 디스크수술후 MRSA에 감염되어 마미충손상을 입어 환자측이 제조하자, 병원측에서 진료기록원본을 분실하였다면서 제출하지 않은 사건(고소된 직후 수사기관에는 진료기록을 사본하여 제출하여 현재 사본은 법원과 수사기관에 보관되어 있음)에 대하여, ‘원고에게 이 사건 감염의 원인이 될 기질적 요인이 있었다고 판단할 수 있는 아무런 자료가 없는 이 사건에 있어서는 원고에 대한 수술 및 치료과정 전반을 장악하고 있음에도 진료기록의 원본을 제출하지 아니하는 피고에게 입증책임을 전환하는 것이 합리적이므로 피고가 감염예방을 위하여 취하여야 할 모든 조치를 다하였고 감염 후 적절한 치료조치를 다하였음을 입증하지 않는 한 피고병원 관계자들의 과실로 원고가 감염되었고 그 감염부위가 악화되었다고 추인하는 것은 옳다’고 하면서 입증방해로 인한 입증책임전환론을 적용하였다.³⁰⁾

대구고법은 만삭인 태아를 무리하게 낙태시키다가 미숙아로 출생하는 바람에 저산소증에 의한 뇌성마비에 이르게 한 사건에 대하여 ‘피고의 진료기록부에는 그 내용이 상세히 기록되어 있지 아니하거나 사후에 변조되었고, 그나마 제출한 피고의 진료기록부나 피고병원의 초음파검사지와 퇴원요약지 등의 기재 내용조차 그 신빙성이 의심스러운 점 등에 비추어, 피고들이 원고들의 이 사건 사고원인에 관한 입증을 방해한 것으로 보이는바, 그에 관한 자료를 가지고 있는 전문가인 의사가 관련자료를 은닉·변조한 경우에는 상당하고도 합리적인 이유를 제시하지 못하는 한 의사측에 불리한 사정으로 평가하는 것이 공평의 원칙이나 신의칙에 부합된다.’고 하여 진료기록 은닉·변조에 대하여 엄격한 책임을 묻고 있다.³¹⁾

4. 환자측의 일탈행동에 대한 대응방법

가. 일탈행동과 뒷거래의 악순환고리 차단

종래 의료분쟁시 의사=가해자, 환자=피해자라는 등식이 국민들의 머릿속에 각인되어 있었다. 환자측의 불법적인 행동이라고 하더라도 우리 사회가 ‘피해자들의 일시적인 일탈행동’으로 간주하면서 동정적인 시선 나아가 ‘무언의 격려’까지도 보내는 분위기였다. 이로 인하여 고립무원에 빠진 의사들은 환자측의 폭행이나 협박, 사회적 압력 등을 이기지 못하고 대부분은 마지못해 합의하는 경우가 많다. 불법행위에 대하여 적극적인 대응을 기피하고, 자신의 의지와는 상관없는 합의가 다른 의사들에게도 도미노현상으로 나타나 뒷거래가 드물지 않게 일어나고 있다. 의료기관에서는 법률전문가보다는 환자측과 화해를 잘하는 직원을 고용하기도 한다. 환자측에서는 이에 편승하여 합법적인 소송보다는 일탈행동을 통한 해결이 훨씬 쉽고, 빨리, 그리고 더 많은 배상을 받을 수 있다는 인식을 갖게되고, 이러한 악순환이 확대되어 더 이상 방치하기 어렵게 되었다.

따라서 의사들은 국가의 사법질서 내에서 적법절차에 따른 해결노력에 힘쓰지 않을

29) 서울고법 1994. 6. 22. 선고 92나67782판결

30) 춘천지법 원주지원 2002. 2. 28. 선고 2000가합573판결(항소)은 의사가 무과실을 반증하지 못하였다고 하여 약 4억원 가량의 배상판결을 내렸다.

31) 대구고법 1998. 8. 19. 선고 97나462판결

경우 자칫 스스로 얽매이게 될 수 있다는 점을 자각하여야 한다. 환자측의 일탈행동에 대한 대응방법을 검토한다.

나. 민사적 대응

우선 환자측의 불법행위에 대하여는 가처분, 가압류, 본안소송 등 민사적 대응방법이 있다.

(1) 보전소송

(가) 가처분신청

환자측이 직접 의료기관의 입구나 복도, 진료실 등을 점거·농성을 하고 의료기관을 비난하는 유인물을 배포하며 의료기관의 진료를 방해하는 행위가 계속되고 있을 때 가장 먼저 취해야 할 방법이 진료업무의 방해금지를 구하는 '진료방해금지등가처분신청'³²⁾이나, 경찰서장으로부터 1주일 혹은 1년 등 장기간에 걸쳐 집회및시위허가를 받아 집회 및 시위를 하는 경우에도, 허가조건을 위반하여 불법행위를 하는 경우에는 가처분신청이 가능하다. 시위자들은 대개 확정기로 고성을 지르거나, 지나가는 시민들에게 의료기관비난용 유인물을 배포하여 명예를 훼손하는데 이는 범죄행위가 되므로 법원에 집회및시위금지가처분신청을 할 수 있다.

(나) 가압류신청

환자측에서는 의료인이나 직원 또는 가족을 폭행·협박·공갈하거나, 의료기관을 점거 농성, 유인물부착·배포 등 불법행위를 하는 경우가 비일비재하다. 이로 인하여 입원치료나 수술을 받는 의료인도 있고, 의료기관 시설물을 사용하지 못하게 될 경우 막대한 경제적 손실이 발생한다. 이런 불법행위자에 대하여 불법현장사진촬영, 유인물 확보, 진단서발급, 목격자 사실확인서 등을 이용하여 개개의 불법행위자에 대한 재산가압류신청을 할 수 있다. 부동산이나 월급 기타 재산권에 대하여 가압류신청을 하여 두면, 불법행위자는 상당히 위축되어 불법시위를 멈추게 된다. 또한 환자의 직장동료나 친구 등 혈연관계가 없는 자가 예기치 않게 재산이 가압류되면 환자의 유족 등에게 가압류해지를 요구하게 되고, 이럴 경우 환자의 유족들은 심리적 부담을 가지게 되므로 의사측에게 오히려 사과하면서 의외로 빨리 화해되는 경우가 있다.

(2) 본안소송

(가) 손해배상청구

환자측의 진료방해행위로 인한 피해는 금전적 손해는 물론 그동안 쌓아온 신뢰까지 미친다. 실무상 환자가 격감하여 손해를 입었다는 점에 대한 입증은 상당히 어렵기 때문에,

32) 서울지법 서부지원 1999. 3. 26. 선고 99카합282 결정

경호비용과 위자료청구에 그치는 경우가 많다. 이에 대비하기 위하여 폭력·농성을 할 때마다 일일 손해액을 별도로 계산하여 두는 방법을 강구하여야 한다.

(나) 진료비청구

환자들 중 일부는 병원에서 치료를 받던 중 사망에 이르면 의료사고를 주장하며 진료비를 지급하지 않겠다고 하거나 진료비를 감액해 달라고 요구한다. 법원은 진료비청구소송에서 병원측이 진료비청구서와 진료내역만 제출하면 특별한 사정이 없는 한 이를 인정해 주고 있다. 환자나 그 가족들이 의료기관의 의료과실을 주장하더라도 이는 환자나 그 가족들이 의료기관을 상대로 별도의 손해배상청구를 하여 받아 내야한다고 한다.

(다) 광고문 게재이행청구

최근 인터넷을 이용한 사이버공격이 우려할 만큼 늘어나고 있다. 자신과 관계없는 경우에도 '피온 글'이라고 하며 여기저기 띄우고 있어, 그 전파력은 상상을 초월하고 있다. 사이버공격에 대하여 손해배상청구와 아울러 '손해배상판결을 선고받았다는 사실'에 대한 광고문 게재를 청구할 수 있다.³³⁾

(라) 병실명도청구

병실을 장기간 점거하면서 퇴원을 거절할 경우 병실명도청구소송을 하여 명도받을 수 있다. 서울지법은 의료과실을 주장하며 만5년간 입원하고 있던 환자에 대하여 병실명도를 명한 바 있다. 사건개요를 소개하면 다음과 같다. 환자는 1998. 12.경 종전의 기왕증(백내장, 녹내장, 당뇨성망막증)으로 인하여 S대학병원에서 수술을 받았지만 실명에 이르고 말았다. 즉, 더 이상 치료가 불필요하게 되었다. 이에 S대학병원에서는 환자에게 퇴원을 요구하였다. 그러나 환자는 자신이 실명에 이른 것은 수술이 잘못 되었기 때문이라며 병실에서 나가는 것을 거부하였다. S대학병원에서는 5년여가 넘게 설득을 하였으나 거부하여 결국 환자를 상대로 병실명도청구를 하기에 이른 것이다. 이에 대하여 법원은 "치료가 더 이상 불가능해짐에 따라 환자와 대학병원 사이의 진료위임계약은 이행불능되었다"고 판단하여 병실명도청구를 인용하였다.³⁴⁾

(마) 사체인도거부에 대한 안치실명도청구

환자측의 진료방해행위는 사체를 치우지 않고 병원에 그대로 방치한 채 배상을 요구하

33) 서울지법 2001. 5. 18. 선고 2000가합48529판결은 의료감정이 잘못되었다고 하면서 인터넷통신 게시판에 100여차례 이상 인신공격을 한 환자에게 'A통신망을 이용하는 피고(환자)는 의사에 대하여 100차례에 걸쳐 사실과 다른 내용을 게재한바 있다.'는 내용의 광고를 신계 하고, 아울러 금2,000만원의 위자료배상을 명한 바 있다. 다만 헌법재판소 1991.4.1. 89헌마160결정에서는 사죄광고를 명령하는 것은 양심의 자유권을 침해하는 것이므로 위헌이라고 하였다.

34) 서울지법 2000. 7. 25. 선고 2000가단79090판결, S대학병원이 환자에게 퇴원을 요구한 결정적인 계기는 같은 병실의 환자들이 TV시청을 못하도록 하고 폭언을 일삼았기 때문이다.

는 경우까지 있다. 종전에도 이러한 행위는 있어 왔지만, 서울지법은 1년 6개월 동안 병원 안치실에서 사체를 치우지 않고 의료과실을 주장한 사건에 대하여 병원의 안치실명도청구를 받아들이고 조정하였다.³⁵⁾

다. 형사고소

진료방해행위에 대하여 폭력행위등처벌에관한법률, 형법 314조 업무방해죄(5년, 1,500만원 이하), 의료법 12조2항 진료방해죄(동법66조 5년 2천만원이하), 응급의료방해죄(법60조, 5년, 3천만 이하) 등으로 고소할 수 있다. 환자의 사이버테러에 가까운 행위에 대하여 명예훼손죄로 고소할 수 있다.³⁶⁾

라. 행정고발

만약 불법행위를 하는 환자측 가담자 중 공무원이나 국영기업체 혹은 대기업 직원이라면 불법행위가 명백한 증거를 첨부하여 기관장(관계장관, 감사원 등 포함)에게 품위유지의 무위반으로 진정하는 방법이 있다.

5. 나가며

종래 의료분쟁에 있어서 환자측이 적지 않게 희생된 것은 틀림없다. 이 때문에 항상 가해자라는 의혹을 받아온 의사들은 의료분쟁이 발생한 경우 환자측의 불법행위에 대하여 그냥 지나쳐 오게 되었다. 그러나 분쟁시 어느 일방만이 희생될 경우에는 사회정의에 반하게 되고, 그로 인한 제2의 분쟁이 잠재하게 된다. 책임이 있는 만큼 책임지는 것이 정의이다.

책임은 일정한 기준과 절차에 따라 결정되어야 되어야 한다. 의료분쟁이라고 예외는 아니다. 민법과 형법, 민사소송법과 형사소송법이 있다면 그에 따라 해결되어야 한다.

먼저 의료분쟁에 대하여 입증책임감경이론을 통한 고액배상이 보편화된다면 의료분쟁비용을 사회가 공동부담하는 안이 제시되어야 한다. 공동선을 목적으로 한 의료행위중 발생한 비용은 정부, 의료소비자, 의료공급자가 공동부담 해야하는 사회적 비용이다.

둘째 판결의 집적은 의료행위에 대한 살아 있는 기준으로서의 역할을 충분히 할 수 있기 때문에 적당한 타협보다는 우선 판례를 모으고 분석하여 제2, 제3의 사고를 막는데 타산지석으로 삼을 수 있도록 하여야 한다.

셋째 의사측이든 환자측이든 상대방의 불법행동에는 단호하게 대처하여야 한다. 물론 '최악의 화해가 최선의 판결보다 낫다'는 법률격언이 아니라고 하더라도 당사자간에 상호양보를 통한 원만한 해결이 가능할 경우에는 당연히 화해나 조정이 우선되어야 한다. 그러나 폭행이나 협박에 굴복하여 돈을 내주는 것은 범죄행위를 방조하는 것과 같다. 막상 당해보지 않으면 모른다는 현실도피적인 해결고리를 끊지 않는다면 의료분쟁은 단순히 건

35) 서울지법 2001가단144434호 안치실명도사건

36) 2000가합48529사건을 일으킨 환자는 명예훼손죄가 적용되어 징역 8월에 집행유예 2년을 선고받았다.

수가 늘어난다는 것 이외에 보다 심각한 사회현상으로 고착될 가능성이 높다.

끝으로 의료분쟁의 원만한 해결을 위하여 우선 의사들이 법적 사고(legal mind)를 가질 수 있는 기본적인 법학교육이 지속되어야 한다. 의료법학교육의 필요성에 대하여 많은 공감을 하면서도 의료법학교육이 제대로 되지 않은 이유는 학습목표와 내용이 제대로 설정되지 않고, 비전문가에 의한 비전문적인 교수법이 문제이다. 이를 극복하기 위하여서는 의료계와 법조계가 학제간 연구를 통한 협력이 필요하다.