

의료분쟁의 해결을 위한 입법방향에 관한 연구

한림대학교 사회의학연구소
조형원 · 배상수 · 김병익 · 한달선 · 이석구
서울대학교 보건대학원
문옥륜
한양대학교 법과대학
김기수

〈Abstract〉

The Age of Medical Malpractice Crisis : Possibility and Limitation of Legal Resolution

Cho Hyongwon · Bae Sangsoo · Kim Byongik · Han Dalsun · Lee Suggoo

Institute of Health Services and Management, Hallym University

Moon Ok Ryon

School of Public Health, Seoul National University

Kim Ki Soo

College of Law, Hanyang University

Nowadays there are a lot of medical accidents and medical disputes in Korea. Our government has made efforts to legislate The Medical Disputes Conciliation Law for several years. But this law has many problems. These problems are followings.

1. the problem of going certainly through compulsory screening panels before coming to court
2. the possibility in making the impartial screening panels for malpractice claims
3. the utilization of a mutual aid association to have low efficiency in paying for damages by medical malpractice and so on.

To resolve medical disputes rapidly, we must legislate The Medical Disputes Conciliation Law in a short time. However, all medical disputes are not rationally dissolved by only this law, The Medical Law(Arztrecht) is needed to improve the solubility of medical disputes through setting up the decision criteria.

Key Words : Medical malpractice, Medical Disputes Conciliation Law, Medical Law(Arztrecht, droit medical)

I. 서 론

1. 연구배경

우리나라에서도 최근 의료분쟁 및 의료사고의 발생빈도가 크게 증가하면서 사회적 파장이 심각한 지경에 이르고 있다. 환자와 의료인, 모두 의료분쟁이 원만하게 해결되지 않아 많은 어려움을 겪고 있으며, 양자간의 불신의 벽이 높아만 가고 있다. 의료분쟁의 증가는 의료비의 증대로 이어지므로 이러한 추세를 제어하지 못하면 장차 국민경제에도 부담을 주게 된다(Danzon, 1985).

의료분쟁의 경우 이해당사자의 어느 일방에 유리한 해결책은 오히려 문제의 해결을 어렵게 할 소지가 크다. 따라서 의료분쟁의 공명정대한 해결방안을 마련해야 할 필요성은 매우 높다. 정부도 이러한 점을 고려하여 의료분쟁을 해결하기 위한 많은 노력을 그동안 기울여 왔다. 그러나 그 성과는 만족스럽지 못하다. 의료법에 의해 설치된 의료심사조정위원회의 의료분쟁 조정기능이 미흡한 것은 잘 알려져 있다.¹⁾

주 1) 실질적 권한이 없는 의료심사조정위원회는 지난 '82년 설치된 이후 의료분쟁에 관하여 접수한 건수는 12건이며 조정성립건수는 단 한건도 없어 유명무실한 존재로 전락한지 오래이다.

보건복지부는 의료분쟁조정법안의 성안을 위해 몇해째 노력하고 있으나, 아직 법안이 성사되지 못하고 있다. 본 연구는 지금까지 국내외에서 이루어진 의료분쟁의 해결을 위한 법적 제도를 비판적으로 고찰함으로써 의료분쟁의 법적 해결 방향을 제시하고, 우리나라의 의료분쟁법 입안에 도움을 주는 데 목적이 있다. 물론 의료분쟁의 발생에는 의료제도적 원인이 크게 영향을 미치므로 의료제도 자체의 개혁이 없이 법적 조치로만 의료분쟁을 해결하기는 어렵다. 그러나 본 연구에서는 법 제도적 측면에만 국한하여 의료분쟁 해결방안을 논의하고자 한다.

2. 연구목적과 방법

의료분쟁을 법적으로 해결하기 위해서는 절차법이 완비되어야 할 뿐만 아니라, 분쟁의 판정시 객관적인 기준이 될 실체법적 내용이 매우 중요하다. 만약 절차법만의 완성을 기하고자 한다면 설계도가 명확하지 않은 채 집을 짓는 것과 같은 결과가 되기 때문이다. 의료의 특성을 적절히 반영한 실체법적인 내용이 있어야만 의사와 환자간의 행위가 예측가능해져 의료분쟁의 조정에 도움을 줄 수 있다. 따라서 절차법과 실체법적 내용을 적절히 조화시키는 노력이 필요하다. 이를 위해서는 양자를 조화시킨 통일적인 규정을 마련하거나, 실체법적인 내용의 정립이 부족한만큼 이에 관한 규정을 새로이 마련하여 여타 기존의 절차적인 규정과 조화를 이루도록 할 필요가 있다.

본 연구의 구체적인 연구목적은 다음과 같다. 첫째, 외국의 입법 현황들을 고찰함으로써 의료분쟁의 해결방향에 대해 제시한다. 둘째, 의료분쟁조정법 등 기존에 제시된 법안을 둘러싼 쟁점사항들을 파악함으로써, 의료분쟁의 해결을 둘러싼 문제점이 무엇인지를 밝힌다. 셋째, 의료분쟁의 해결을 위한 입법 방향을 모색한다.

본 연구를 수행하기 위해서 우리나라의 의료분쟁조정법 입안과 관련된 자료를 검토하는 한편, 각국의 입법례와 대안에 대해 광범위한 문헌고찰을 하였다.

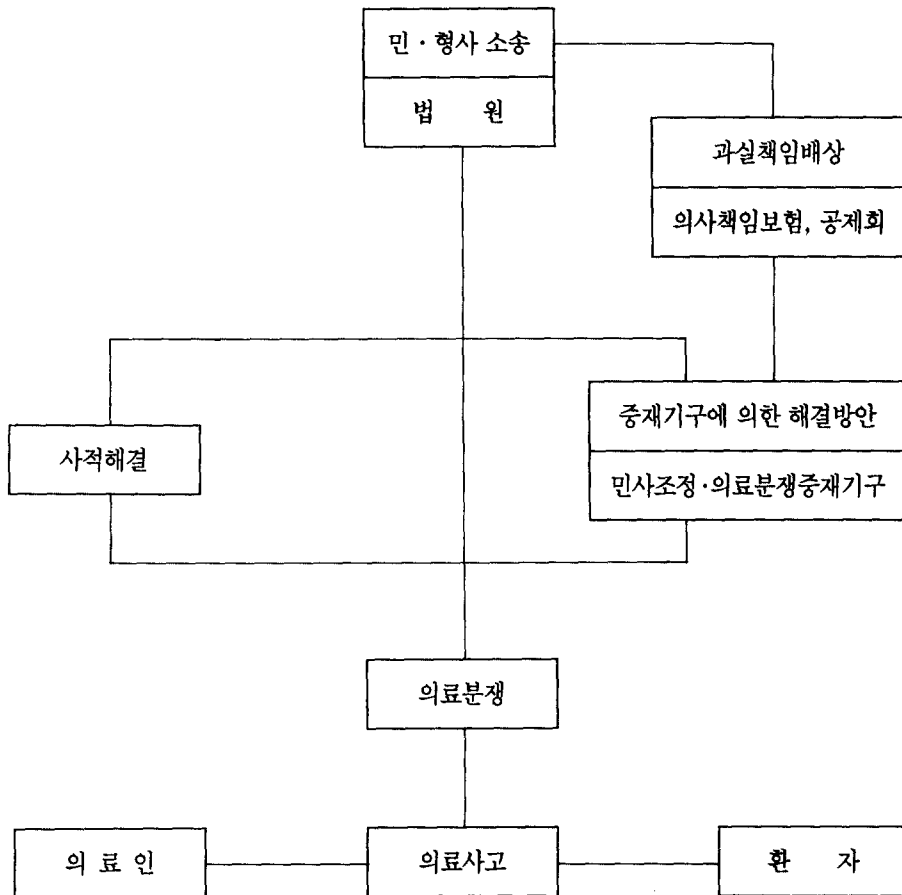
II. 의료분쟁해결의 현황

1. 의료분쟁의 해결과정

의료분쟁이 해결되는 과정은 한 국가가 어떤 제도를 갖고 있느냐에 따라 달라진다. 의료제도가 다양

하듯이 세계 여러나라는 의료분쟁의 해결을 위해서도 다양한 제도를 가지고 있으나, 이들 제도는 대략 두가지 방식으로 분류될 수 있다.

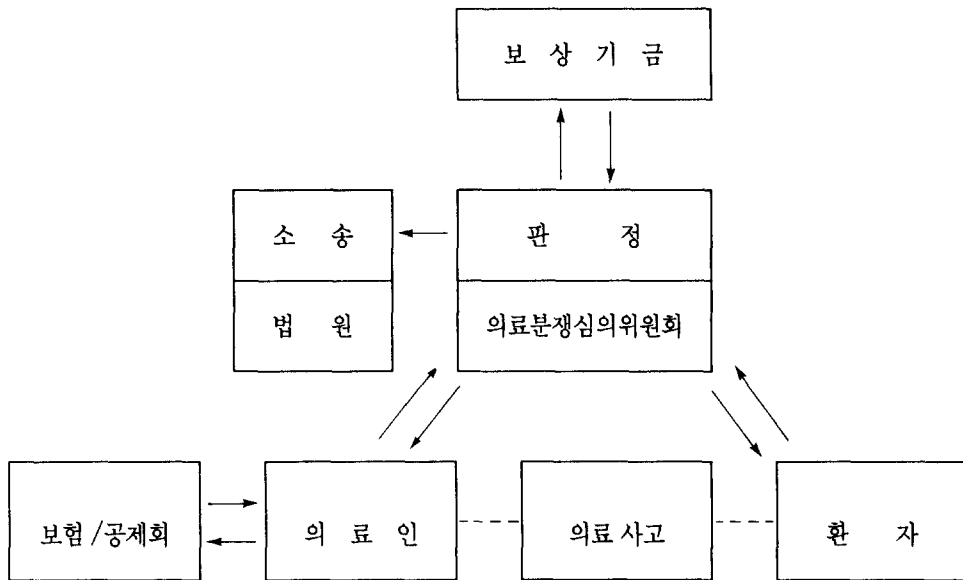
첫째는 의료사고에 대한 의사의 과실 여부를 따져 손해배상의 책임을 부담시키는 방식이다. 우리나라, 미국, 일본, 독일 등은 이러한 방식을 채택하고 있다. 이들 나라에서 의료분쟁이 해결되는 과정은 그림 1과 같다.



<그림 1> 과실책임 배상방식의 의료분쟁 해결 과정

과실책임방식에 의해 의료분쟁을 해결하기 위해서는 중재기구에 의하든 혹은 소송에 의하든 의료인의 과실유무를 먼저 밝혀지게 된다. 중재기구를 이용하는 방안에는 제3자가 당사자간을 중재하여 화해, 타협의 성립에 노력하는 민사조정제도와 의료분쟁 중재기구를 통한 해결방법이 있을 수 있다. 이들 과정을 통해 의료인의 과실 유무가 밝혀지게 되면, 손해를 사정하고 의사배상 책임보험이나 공제회 등을 통해 배상이 이루어진다.

과실책임에 따른 배상방식하에서도 분쟁해결이 민·형사소송에까지 이르지 않고 그 전단계에서 해결 되는 것이 비용, 시간, 당사자의 고통경감 등의 제측면에서 도움이 된다. 분쟁해결이 원만히 이루어지는 나라일수록 소송시의 실제적 판단준거가 법리적으로 명확히 정립되어 있고, 중재기구에 의한 해결시에도 법정에서와 마찬가지로 결정될 것으로 예상됨으로써 분쟁해결의 예측가능성이 높음을 알 수 있다.²⁾



<그림 2> 무과실 책임배상방식에 의한 의료분쟁 해결 과정

둘째는 의료분쟁이 발생하면 일단 의료사고에 대한 의료인의 과실 유무와는 상관없이 환자에 대해 우선적으로 보상을 하는 방식이다. 소위 무과실보상방식을 지칭한다. 의료사고의 발생시 피해자(환자)가

주 2) 독일의 경우가 그 대표적인 예가 된다(Giesen, 1988)

의사나 의료기관에 대한 법적 소송을 제기하지 않고도 -의사의 과실유무에 관계없이- 적절한 보상을 받을 수 있도록 하기 때문에 이를 무과실책임배상제도라고 한다.

의료사고가 발생하였으나 의료인의 과실이 입증되지 않는 경우에 환자측에서는 환자의 사상이라는 악결과에 더하여 보상을 받을 길이 없어 경제적·정신적 어려움이 가중되기 마련이다. 의료인의 과실이 없이 의료사고가 발생한 경우, 기왕에 발생한 의료사고는 어쩔 수 없다 하더라도 이에 대한 보상만큼은 제대로 이루어 지는 것이 바람직하다. 의료사고에 대한 보상은 의료인의 과실 유무를 가리기 전에 먼저 이루어지는 것이 바람직한데, 과실판정 이후의 배상은 당사자의 감정을 상하게 하여 의료분쟁의 해결을 더욱 어렵게 하기 때문이다.

진료과정은 불확정적이고 불명확하기 때문에 의료인의 과실이 없어도 의료사고가 발생할 개연성은 매우 높다. 만일 의사의 과실없이 사고가 발생하였으나, 배상기준이 없어 환자와 의사가 모두 고통을 받는다면 정당한 진료행위마저 위축되기 마련이다. 따라서 무과실 의료사고에 대한 과실유무 판정 이전의 보상은 과실책임배상 방식에 비해 국민의 건강권 보호에 한걸음 더 나간 제도라 할 수 있다(조형원, 1990). 스웨덴이나 뉴질랜드 등이 무과실 책임배상제도를 채택하는 나라의 예이다. 무과실 책임배상방식에 의한 분쟁해결과정을 도시하면 그림 2와 같다.

무과실 책임배상제도를 우리사회에 도입하는 데는 여타 제도와의 균형관계상 어려움이 있다. 과실책임에 근거하여 배상을 하는 다른 분야와 달리 의료분야만 무과실보상방식을 도입하기에는 사회적 동기가 이루어지지 않았고, 이를 위한 재원마련도 여의치 않기 때문이다. 다만 장기적으로는 분쟁해결을 위해 그 도입을 모색해 볼직하다.

2. 의료분쟁해결의 기본전제 및 기준

의료분쟁을 해결하기 위해서는 분쟁해결 과정에서 두가지의 기본전제가 충족되어야 한다. 첫째는 분쟁을 합리적으로 해결하기 위한 과정, 소위 분쟁해결 절차가 정립되어야 한다. 이를 위해서는 공정성·신속성·전문성 등의 요소가 보장되어야 할 것이다. 공정성의 확보를 위해서는 의료분쟁조정위원회의 구성이 공평하여야 하며, 사법심에서도 공정한 감정을 위한 감정의가 임명되어야 한다.³⁾ 신속성의 확보

주 3) 사법심에서 감정의사의 감정은 판결에 결정적인 영향을 미친다. 심지어 「의사가 의사를 재판한다」고 말하기도 한다(추호경, 1992).

〈표 1〉 의료과실 판단을 위한 기준

기 준		내 용	
의 료 인 측 의 기 준	의무	주의 의무	의료인이 환자진료시 성실하게 주의의무를 다하여 할 의무
		설명의 의무	의료인의 치료행위에 대한 설명과 환자의 승낙이나 동의를 위한 설명의 의무
		비밀준수의 의무	환자 개인의 비밀과 사생활의 보호를 위해 명문규정여부와 상관 없이 환자의 비밀을 누설하지 않을 의무
		진료기록의 의무	환자의 청약에 대한 의료인의 승낙은 일정한 직업상의 의무로서 진료거부를 금지할 의무
		계약체결의 의무	입증책임의 전환이나 완회시 의료인측이 자신이 과실없음을 입증해야 하는 의무
		기관책임의 설정	환자의 입원이나 외래진료시 병원이 진료행위뿐만 아니라 숙식의 제공, 간호 및 보호 등의 일체의 내용에 대하여 포괄적으로 부담하는 의무
		배상책임	의료행위로부터 손해 가운데 상당하다고 인정되는 범위의 손해에 대한 배상의무
권리	진료비 청구권	명시적 계약여부와 상관없이 의료행위에 대한 대가로서 의료인이 갖는 진료비를 청구할 권리	
	진료의 재량권	의료의 전문성으로 인하여 의료인이 재량을 갖고 의료행위의 방법을 결정하거나 설명을 생략할 수 있는 진료상의 특권	
환 자 측 의 기 준	의무	진료협조의 의무	의료인이 환자치료를 위해 요구하는 검진, 약복용 등의 행위를 하여야 할 의무
		진료비지급의 의무	의료인이 의료행위에 대한 반대급부로서 환자가 부담하는 진료비 지급 의무
		과실입증 책임	환자측이 원래적으로 의료인에게 과실있음을 입증하여야 하는 책임
	배상한계의 감내	환자의 과실이 의료행위에 의한 좋지 않은 결과에 기여한 경우 과실상계에 의한 한계를 감내해야 할 의무	
권리	환자의 자기 결정권	의료행위에 대한 동의나 승낙의 전제로서 자신의 신체의 침해에 대한 결정시 환자 자신이 갖는 권리	

를 위해서는 가능한 소송이 제기되지 않고 비사법적 절차로 분쟁이 해결되도록 해야 한다. 물론 이를 위해서는 실제 판단의 기준이 명확히 정립되어야 할 것이다. 전문성 확보를 위해서는 의료분쟁조정위원회 전문성을 제고하여야 하는데 이를 위해서 위원의 상임화와 의료전문가에 대한 객관적인 자문확보 방안이 필요하며, 사법절차의 진행이 필요하다면 이를 전담할 전문법원의 설립이 요망된다.

둘째는 분쟁해결을 위한 판단기준이 명확히 설정되어 있어야 한다. 다시말해 의료분쟁 해결의 실제적 측면이 구비되어 있어야 한다. 실제 판단 기준이 명확히 정립되어 있다면 분쟁 당사자들에게 문제해결의 예측가능성을 높혀 주게 되어, 법에 호소하지 않고 원만한 해결에 이를 수 있게 해 준다. 과실의 판단을 위한 실제 판단 기준은 의료인에 대한 기준과 환자측에 대한 기준으로 나뉘어 질 수 있다. 그 각각의 내용은 표 1과 같다.

3. 의료분쟁해결의 현황

우리나라에서 의료분쟁이 해결되는 상황을 보면 결코 바람직하다 할 수 없다. 환자측과 의료인측 모두 분쟁해결 상황에 불만족을 느끼는 형편이며, 양자의 불신도 높다. 그런가 하면 정부 역시 이에 대해 별 뾰족한 대안을 내놓지 못한 채 방관하고 있다.

의료분쟁의 해결과 관련된 현재의 문제점 역시 절차적 측면과 실제적 측면으로 나누어 살펴볼 수 있다. 먼저 절차적 측면에서 많은 문제가 있음을 알 수 있다. 현재의 분쟁해결방법은 크게 사법적 절차와 비사법적 절차로 나눌 수 있다(조형원, 1994). 사법적 절차를 통하더라도 과실이나 인과관계에 대한 판단기준이 불명확하고, 증거자료의 멸실과 분산우려가 있으며, 의료의 밀실성과 감정시의 침묵의 공모 등으로 인해 과실의 입증에 어려움이 상존한다. 또한 소송이 장기간에 걸쳐 진행되며, 확정판결에도 불구하고 이에 승복하지 못하여 최종적인 해결책이 못되는 경우가 많으며, 분쟁해결과정이 공개되므로써 당사자의 명예와 신뢰가 손상될 가능성이 크다는 등의 문제가 있다(석희태, 1990).

비사법적 절차로 의료법에 의한 의료심사조정위원회나 공제회 등을 통한 해결방법이 있으나 분쟁해결 실적이 미미하거나 공정성 및 실효성이 결여되어 있다(문옥륜 등, 1992).

현행 의료분쟁 해결방안들은 실제적 측면에서도 많은 문제가 있다. 의료분쟁은 궁극적으로 사법심에 의해 판정을 받게 된다. 즉 재판과정을 통해 법관이 법리연구에 근거하여 사건의 실제적 내용에 대해 판단한다. 물론 사법심에 가기 전 비사법적 절차를 거치는 경우라면 분쟁심조정위원회 등에서도 사건의 실제판단을 하게 되나, 이 경우 특정 사안이 사법심에서 판결될 경우 어떻게 판정될 것인가 하는 점을

업무에 두게 된다. 만약 비사법적 절차진행시 사법심의 판정내용과 다른 결정이 내려진다면 분쟁은 종결되지 않고 사법심이라는 마지막 단계까지 진행될 개연성이 크다.

그런데 의료분쟁의 실제판단을 위한 법리가 현재 명확히 정립되어 있지 않은 상황이어서 분쟁해결의 예측가능성이 높지 못하다. 특히 우리나라의 경우 최근 의료분쟁의 발생은 폭주하는 데 비해 법리의 정립은 이를 따라가지 못해 혼란이 크다. 법리의 정립에서 더 나아가 의료의 특성을 반영하여 이를 통일적으로 규정하는 법규정이 필요하다 할 것이다. 의사법리의 정립이 비교적 잘 되어 있는 독일에서도 가칭 의사(책임)법에 대한 입법론이 활발하게 제기되고 있음을 상기할 필요가 있다.

Ⅲ. 외국의 입법례

1. 미국

미국의 의료분쟁해결제도 개혁의 핵심은 과실책임에 근거한 사법심제도를 기본적으로 유지하되 이의 극단적인 폐해를 경감시키는데 있다. 특히 불법행위(Tort)의 개혁안이 각 주별로 시도되거나 미국의학 협회 등에서 입법안을 제시하고 있다. 이들의 내용은 대체로 의료사고책임의 법적 요소를 수정하며, 배상의 한도를 정한다거나, 재판기간을 단축하며, 재판전 중재절차를 만들어 강제 혹은 임의 중재청문회를 거치게 하는 등으로 요약된다.

미국에서는 과도한 소송의 제기로 소위 “소송폭발(Litigation Explosion)” 현상을 겪으면서 많은 부문에서 교섭(Negotiation), 조정(Mediation), 화해(Conciliation) 및 중재(Arbitration) 등과 같은 이른바 “소송외적 분쟁해결(Alternative Dispute Resolution : ADR)”에 대한 관심이 증가하고 있다. 정식소송 절차와는 달리 시간과 비용을 절감할 수 있으며 소송 절차에서와 같은 일도양단적(All or Nothing) 효과가 아니라 양 당사자를 모두 만족시켜 주는 효과를 가져온다는 점에서 15여년의 기간 사이에 ADR이 널리 활성화되고 있다. 그러나 의료분쟁에 관해서는 이의 적용이 이루어지지 않고 사법심제도를 기본적으로 유지하고 있다. 재판전 심사제도(pretrial screening panels)가 결정의 구속력이 없어 실효성이 없고, 오히려 평균소송지불액은 증가시켰으며, 또한 분쟁해결시간의 감소여부도 불확실하다는 지적도 있다(Budetti and Spernak, 1992).

미국의 사법심은 배심원제도에 근거하고 있어 명확한 실제적 기준을 세우지 못하고 있다. 배심원은

일반인으로 구성되어 그들 자신이 의료사고의 피해자가 될 개연성이 있고, 피해자인 환자측에 대해 동정적인 태도를 취할 가능성이 많다. 그 결과 원고측에 유리한 판단이 많아 의료소송이 부추겨지는 측면이 있게 된다(Budetti and Spernak, 1992).

2. 일본

일본의 의료피해구제는 의사배상책임보험을 통해 의사와 피해자간의 합의를 유도하고, 그렇지 못할 경우 보험자 조사위원회, 배상책임심사회의 판례를 통해 의사의 과실유무와 이에 따른 배상액을 결정한다.⁴⁾ 이에 불복하는 경우 민사소송을 통해 해결하는 과실배상제도를 택하고 있다. 한편 약물 자체의 부작용과 예방접종의 부작용에 따른 의료사고는 이와 별도로 처리하고 있다.

의사의 처방이나 약사의 조제행위에 과실이 없이도 발생하는 의약품피해구제는 의료사고와 구별해야 하며, 예방접종은 정부책임으로 이루어지는 것이란 점에서 별도로 취급되는 것이다(문옥륜 등, 1992).

일본도 분쟁해결을 위한 실체적 기준이 명확하지 않아 분쟁해결의 어려움이 가중되고 있다.

3. 독일

독일은 기본적으로 과실책임주의 원칙하에 법리의 해석에 근거하여 의료분쟁을 해결한다. 물론 화해제도 등의 비사법적 해결제도도 있으나 임의방식으로 운영된다. 독일에서는 의료분쟁을 해결하는데 있어서 비사법적 해결제도가 갖는 잇점을 인정하면서도 이의 활용여부는 국민의 판단에 맡겨야 될 것이라고 보고 있다. 더 나아가 재판외의 분쟁해결제도를 재판에 앞서서 반드시 거치도록 하는 것은 재판청구권이라는 헌법상의 권리를 침해하는 것이라고 본다.

독일에서의 의료분쟁은 주로 기존의 법이론 및 법제도에 의해 해결되고 있으며 비사법적 해결제도는

주 4) 일본의 소송외적 분쟁해결제도는 몹시 다양하며, 활발하게 이용되고 있다. 분쟁처리기관은 기관의 성격에 따라 크게 국가나 지방공공단체에서 운영하는 공공형과 재단 또는 사단의 공익법인이나 업계에서 운영하는 민간형으로 분류할 수 있다. 의료분쟁은 분쟁해결의 주체가 행정부가 아니고 민간, 그 중에서도 의사회가 운영한다. 도도부현 의사회에는 의료사고분쟁처리위원회가 일본 의사회에는 의료사고 배상책임심사회가 있다. 전자는 최고 1백만엔까지의 화해금에 대해서 의사를 위한 화해를 대행한다. 명칭과는 달리 실제로 분쟁처리기관은 아니다. 후자는 의료사고배상 책임보험에 있어서 책임의 유무 및 배상금액을 판정하는 기구인데, 피해자에 대해 구속력을 가지지는 않는다.

보조적으로 활용된다. 법원의 판단은 정치한 법리의 적용으로 분쟁해결의 예측가능성을 높이고 있다. 그럼에도 이에 만족하지 않고 분쟁해결의 예측가능성을 더욱 높이기 위하여 노력하고 있다. 이의 일환으로써 채권법 개정 논의가 거론되고 있는 데 Deutsch-Geiger 입법안이 대표적이다.

Deutsch-Geiger는 독일 채권법 개정의견서에서 의사책임을 의학적 진료계약(Medizinischer Behandlungsvertrags)이라는 유형으로 규정하여 통일적인 입법을 시도하고 있다.

Deutsch-Geiger가 제시한 입법안의 요지를 살펴보면 아래와 같다(Deutsch-Geiger, 1981).⁵⁾

제1조 「(1)진료계약에 의거해 의사는 환자에 대해 의학의 준칙에 따라 검사하고 진료하며 환자에게 정보를 제공할 의무를 지며, 환자는 의사에 대해 진료비를 지불하고 의사에게 필요한 정보를 제공할 의무를 각각 부담함 (2)환자가 행위능력을 갖지 못하여도 환자에게 이익이 된다고 추정되는 경우 계약의 성립을 인정함」

제2조 「환자에 대해 병원개설자와 의사는 연대책임을 짐」

제3조 「사회보험기관이 의무적으로 급여를 하는 한 환자나 보호자에 대하여 보수청구권을 행사함」

제4조 「(1)진료시 과학수준에 합치하여야 하고, 필요한 경우 전문의를 소개할 의무가 있음. 그러나 치유 등을 보증하지는 않음 (2)결과가 확실치 않은 검사나 치료를 하는 경우는 환자에게 설명하고 동의를 얻어야 함」

제5조 「(1)일반적으로 의사의 설명의무와 환자의 동의권이 있음 (2)법정대리인의 동의권도 유효함 (3)환자에게 중대한 건강장애를 가져올 위험이 있는 경우 의사는 설명을 생략할 수 있음 -치료상의 특권」

제6조 「(1)의식상실등 판단능력을 상실한 자에 대한 긴급진료의 요건 (2)환자친족의 범위」

제7조 「의사 및 의료보조자의 비밀유지의무」

제8조 「의사의 진료기록작성의무와 환자의 기록열람청구권 등」

제9조 「(1)의사의 의무위반에 대한 책임, 환자에 대하여 설명한 후 동의를 얻을 의무 (2)보조자의 과실, 의료기구의 기능상의 하자에 대한 책임을 짐 (3)의료인의 과실에 대한 증명책임은 원칙적으로 환자에게 있지만 중대한 진료의 하자 등이 있는 경우에는 의사에게 전환된다는 점 등」

제10조 「의료인의 책임의 배제나 제한에 대한 계약은 무효임」

주 5) 채권법개정을 위해 분야별로 제분과가 구성되어 신중한 논의를 하고 있다. Deutsch-Geiger의 입법안이외에도 이와 유사한 내용으로 Lauf의 「의사법」과 Giesen의 「의사책임법」에 대한 논의가 활발하다.

개하였고, 우리나라 현행제도의 내용과 문제점을 분석하여 분쟁해결제도방안을 제시한 바 있다. 이를 근거로 보건복지부가 마련한 입법시안은 몇차례의 공청회와 관계부처의 정책협의를 거쳤으나 국회에서 통과되지는 못하였다.

의료분쟁조정법(안)은 처음 입법예고된 이후 정책협이나, 공청회 등을 거치면서 약간씩 변화였다. 1994년 8월 마련하여 입법예고기간을 거쳐 그해 정기국회에 제안된 입법안을 기준으로 의료분쟁조정법 안⁶⁾에 대해 살펴보면 다음과 같다.

1. 법안의 내용

(1) 제정사유

의료인과 환자 사이에 발생하는 의료분쟁을 제도적으로 해결하기 위한 조정절차 등을 규정함으로써 의료과실로 인한 국민의 피해를 신속·공정하게 구제하고 의료인의 안정적인 진료환경을 조성하려는 것이다.

(2) 주요골자

가. 의료분쟁을 조정하기 위하여 보건사회부에 중앙의료분쟁조정위원회를, 시·도에 지방 의료분쟁 조정위원회를 각각 설치하여 국민의 이용편의를 도모한다(안 제3조).

나. 조정위원회의 위원은 조정의 공정성을 위하여 공익을 대표하는 자, 의료인 및 소비자를 대표하는 자 중에서 보건사회부장관 또는 특별시장·직할시장 및 도지사가 임명 또는 위촉하도록 한다(안 제5조 제4항 및 제5항).

다. 의료분쟁에 관한 실질적인 조사 및 조정업무를 수행하기 위하여 조정위원 3인으로 구성되는 조사부를 둔다(안 제7조).

라. 조정위원회에 조정을 신청한 후 90일이 경과된 경우등을 제외하고는 이 법에 의한 조정절차를 거치지 않으면 소송을 제기할 수 없도록 하는 조정전치주의를 채택하여 소송에 앞서 신속한 조정을 통하여 피해자의 권리를 구제하도록 한다(안 제12조).

마. 의사·치과의사 및 한의사는 의료배상공제조합의 책임공제에 가입하여야 하며, 의료배상공제조합이 정한 공제료를 납부하도록 하여 조정위원회의 분쟁결정에 따른 피해보상을 제도적으로

주 6) 보건사회부에서 1994. 11. 11 국회에 제출한 의료분쟁조정법안을 검토대상으로 하였다(보건 사회부 내부자료).

보장한다(안 제24조 제4항).

바. 안정적인 진료환경을 조성하기 위하여 누구든지 의료분쟁을 사유로 의료기관의 의료용시설, 기계·약품 기타의 기물등을 파괴·손상하거나 의료기관을 점거하여 진료를 방해하지 못하도록 한다(안 제26조)

사. 의사등의 의료행위로 인하여 환자가 사상에 이른 경우 그 의료행위가 불가피하고 의료행위자에게 중대한 과실이 없는 때에는 그 정상을 참작하여 형법 제268조의 형을 감경 또는 면제할 수 있도록 한다(안 제32조).

2. 법안에 대한 관계기관의 의견

1990년부터 제안된 입법안에 대해서 여러기관에서 법안에 대한 의견을 개진해왔다. 이들 의견은 법안이 수정될 때 반영된 내용도 있고 1994년 11월 국회에 제출될 때까지 반영되지 않은 내용도 있다. 그간 관계기관에서 제시한 의견은 표 3과 같다.

3. 법안의 주요사안별 내용검토

(1) 의료분쟁조정기구

본 법안은 의료분쟁을 조정하기 위하여 보건복지부에 중앙의료분쟁조정위원회를, 시·도에 지방의료분쟁조정위원회를 각각 설치하도록 하고 있다(법안 제3조). 각 위원회의 임무를 보면 중앙조정위원회는 헌혈·수혈 또는 의료용구로 인한 의료분쟁 및 둘 이상의 시·도에 걸치는 의료행위로 인한 의료분쟁의 조정을 담당하고, 지방조정위원회는 해당 시·도 관할 의료관계기관에서 발생한 의료분쟁 중 중앙조정위원회의 조정사항을 제외한 의료분쟁을 담당하도록 되어 있다(안 제4조).

분쟁조정 및 심사기구를 보건복지부와 전국 시·도에 설치할 경우 인적·물적으로 상당한 예산이 소요된다는 이유를 들어 내무부 등의 관계기관에서 반대하고 있다. 따라서 실현가능한 현실적 방안으로는 기존제도를 활용할 것이 제안되는데, 의료법상의 「의료심사조정위원회」를 활성화하는 방안이 거론되고 있다. 특히 소비자보호원에서는 의료분쟁도 소비자분쟁이므로, 「소비자분쟁조정위원회」의 조정대상에 의료를 포함하여 소비자분쟁조정위원회에서 다른 소비자분쟁과 더불어 처리하도록 하자는 방안을 제안하고 있다.

〈표 3〉 법안에 대한 관계부처의 의견

기 관 명	의 건	사 유
경제기획원 총무처	의료분쟁에 대한 새로운 입법 반대 위원회의 사무국 설치 반대 의료분쟁조정기금을 관리할 별도법의 대립반대	사적자치의 원칙에 따라 기존제도 활용 불필요한 기구·인력 증설 기존의 단체 또는 조직을 활용토록 함
법무부	의료사고 등의 야기한 의료인에 대한 형사처벌특례규정(반의사 불법 조항) 삭제 요망	현행 형법체계상 예외 인정은 법적 형평에 반함
재무부	의료분쟁조정기금에 대한 정부부담은 피임기술 및 예방접종의 부작용에 한정하는 것이 타당	기금의 조성을 정부출연금에 제한없이 의존하게 되는 경우 재정의 과중한 부담 초래
내무부	의료분쟁조정위원회를 위한 사무국 설치 반대	업무량이 많지 않으므로 기존 조직 및 인력 활용
노동부	각출금 납부의무자를 보험자에서 보건의료기관으로 수정	보험자의 불필요한 업무량 증가
대한병원협회	의료보험조합등의 의료분쟁 조정기금 부담 요망 손해배상후 의료인 형사책임 완전 면제 요망(사망포함) 난동행위자 가중처벌 및 조정과정에서의 제3자 개입 행위금지	사회보험 체계하에서 발생된 사고 의료행위는 인체의 침습이 불가피함 의료인의 안정적 진료분위기 보장 및 분쟁조정의 공정성 확보
대한의학협회	종합공제에 가입하여 중대과실이 아닌 경우 공소권제한 명문화 요청	당사자간 합의와 무관하게 형사상 공소권이 행사되면 조정제도 실시 이유 없음

그러나 「의료심사조정위원회」를 활성화하는 방안은 실효성이 없는 기구라는 인상을 지속할 가능성이 있다는 점에서, 「소비자분쟁조정위원회」를 활용하는 방안은 의료가 갖는 특수성을 적절하게 고려할 수 없으며, 모든 문제를 소비자문제로 화할 가능성이 크다는 점에서 타당하지 않다.

따라서 본 법안에 따른 의료분쟁조정위원회를 구성하되 어떻게 공정하고 객관적이면서도 전문적인 위원회를 구성하느냐에 논의의 초점을 맞추어야 한다. 조정위원회는 공익을 대표하는 자, 의료인 및 소

비자를 대표하는 자 중에서 임명 또는 위촉하여 구성하도록 되어 있다. 그러나, 이해계층의 위원수를 안배하여 놓지 않아 논란의 여지가 있을 수 있다.⁷⁾ 의료인과 환자측의 이해를 적절하게 대변하지 못하는 경우도 있을 것이다.

한편 조정위원회가 분쟁해결을 위한 전문성을 확보할 수 있겠느냐는 점도 문제이다. 본 법안에서 규정한 것처럼 조사 및 조정업무를 수행하기 위한 조사부를 조정위원회 위원들 중에서 법관·검찰 또는 변호사의 자격을 가진 위원, 의료인 및 소비자를 대표하는 위원 각 1인으로 구성할 때는 문제된 의료행위를 조사하는데 전문성을 발휘하기 어려울 것이다. 오히려 각 이해계층에서 천거하는 의료인들로 조사부를 구성하고 이들을 전임직으로 함으로써 공정성과 전문성을 기할 수 있을 것이다.

(2) 조정전치주의

본 법안은 의료분쟁에 관한 소송은 이 법에 의한 조정절차를 거치지 아니하면 제기할 수 없다는 조정전치주의를 채택하고 있다(법안 제12조). 또한 조정부의 조정결정을 30일 이내에 당사자가 수락하여 동의서를 제출하는 경우에는 민사소송법에 의한 재판상의 화해가 성립된 것으로 본다(법안 제20조). 그런데 민사조정법에 의하면 민사에 관한 분쟁의 당사자는 법원에 조정을 신청할 수 있다(동법 제2조)고 규정하고 있다. 즉 당사자가 합의에 이르지 않으면 효력이 없는 조정은 당사자의 신청에 의해 진행되는 것을 원칙으로 삼고 있다. 공익적 성격을 가지고 있지 않는 사적 분쟁의 해결은 당사자의 자율성이 보장되기 전에는 그 실효성을 확보하기 어렵다. 의사와 환자와의 관계에서 발생하는 의료분쟁은 결국 사적인 분쟁에 불과하다. 이러한 사적분쟁의 해결에 조정전치주의를 채택하여 분쟁해결을 강제하는 것은 바람직하지 못하며, 당사자의 자율성이 확보되지 않은 조정으로서 그 실효성을 거두기도 어렵다. 조정은 사실 해당 조정기관들이 관계자를 설득하여 조정안을 받아들이도록 하거나, 당사자의 합의를 도출하도록 하는데 불과하고, 강제성이 수반되지 않는 한 당사자의 불출석 또는 명시적 불응으로 조정이 이루어질 수 없다. 또한 헌법과 법률이 정한 법관에 의한 재판을 받을 권리(헌법 제27조 1항)와 신속한 재판을 받을 권리(헌법 제27조 3항)를 침해하는 것으로 위헌의 소지가 있다.⁸⁾

최근 행정심판전치주의도 임의화되어가는 추세를 보이고 있으며, 민사의 조정·중재제도가 일반소송을 보완하고자 적극적으로 활용되고 있다. 따라서 분쟁해결의 실효성이 없거나 재판청구권의 제약이라는 문제점을 갖는 조정전치주의를 무리하게 도입하려하기 보다는 오히려 강제성과 실효성을 확보하면

주 7) 본 법안이전의 안에서는 1/3은 변호사 및 법률학 교수등으로, 1/3은 의료인으로, 1/3은 소비자대표로 구성되도록 숫자를 명시하여 이해계층의 위원수가 안배되도록 하였다.

서도 공정성을 갖는 중재제도와 의료분쟁 전문법원의 설립을 고려해 볼 필요성이 있다.

만약 조정제도의 틀을 유지해야한다면 조정의 효율성을 확대하는 방안으로써, 조정절차중에 수집된 증거와 당사자의 진술은 법원재판에서도 증거능력을 인정하여 조정이 실효성이 있도록 하여야 한다. 예를 들어 민사소송으로 이송시 「금반언원칙」을 적용하는 것과 같은 제도를 검토해야 한다. 이렇게 되면 조정절차중 당사자들의 노력이 무의미하지 않게 되고, 당사자가 간편하고도 쉬운 조정절차를 선호하도록 유도할 수 있을 것이기 때문이다. 미국에서는 조정위원회의 사실조사와 결정사항에 대해 일정 조건 하에 법원에서 증거능력을 부여하고 있다.

(3) 의료행위에 대한 형감면 규정

의료분쟁조정법안 제32조는 「의사등의 의료행위로 인하여 환자가 사상에 이른 경우 그 의료행위가 불가피하고 의사등에게 중대한 과실이 없는 때에는 그 정상을 참작하여 형법 제268조의 형을 감경 또는 면제할 수 있다」고 규정한다. 본 법안 이전의 규정이 책임보험에 가입한 의료기관에 종사하는 의료인인 고의 또는 중대한 과실로 인한 경우를 제외하고 의료과실에 대하여 형사책임을 면제한다고 하여 원칙적으로 소를 제기치 못하도록 한 것에 비해 감면에 대한 판단의 여지를 남기도록 임의규정화하였다는 점에서 차이를 보이고 있다. 소제기를 원칙적으로 불가능하게 한 데 대한 일반적 비판을 의식하여 임의규정화한 것으로 이해된다.

원래 현행 법체계에서 살펴볼 때 형사책임과 민사책임은 엄격히 구별된다. 과실로 상해를 입히거나 사망에 이르게 한 경우에 형사법상의 책임추궁과 별개로 민사소송이 진행된다. 따라서 민사상의 손해배상에 관하여 원만히 합의가 이루어진 경우라 하더라도 형사법상의 처벌에 대해서는 법원에 의하여 참작

주 8) 이에 대해서 반대의견이 제시되고 있다. 즉 조정을 거치도록 한다고 해서 재판을 못받는 것은 아니고 다만 재판을 지연시키게 될 뿐으로(약 3개월) 재판을 받을 권리를 침해하는 것은 아니고, 신속한 재판을 받을 권리(헌법 제27조 3항)만을 침해하게 된다는 것이다. 그러나 재판을 받을 권리는 있으나 현실적으로 재정적으로 어렵거나 의료분쟁해결절차를 모르거나 또는 분쟁해결을 돕는 기구의 부족 등으로 재판을 받지 못하는 경우가 많다는 점을 감안한다면, 총량적으로 볼 때 조정을 거치도록 함으로써 얻는 이득이 신속한 재판을 받을 권리를 해함으로써 생기는 손실을 상쇄하고도 남음이 있다고 본다.

미국의 예에서 볼 수 있는 것처럼 의료분쟁소송이 만연한 사회에서는 확정판결에도 불구하고 분쟁의 완전한 해결이 어려울 뿐더러 의료비를 상승시키는 등 부정적인 효과까지 발생될 수 있다. 소송제기 전에 조정을 거치도록 함으로써 분쟁의 상당부분이 해결가능하므로, 조정전치주의가 반드시 문제되는 것은 아니다(문옥륜, 1994).

될 수 있을 뿐 면죄부를 주지는 않는다. 이러한 법체계를 고려해 볼 때 본 법안의 규정은 타당하다.⁹⁾

그러나 의료계에서는 「의료인의 형사책임 면제」규정이 누락되므로써 조정에 의해 당사자간에 화해(합의)가 이루어져도 중대한 과실여부에 관계없이 형사상 공소권 행사로 계속 수사가 이루어진다면 많은 배상금을 내면서까지 조정제도를 실시할 이유가 없다고 주장한다. 차라리 사법적 판결결과에 따라 법적의무를 지는 것이 낫다고(대한의학협회, 1995) 강력히 반발하고 있어 논쟁의 씨앗은 여전하다.

민사책임의 인정에 있어서 과실판단과 형사책임에 있어서 과실판단은 서로 차이가 있다. 아무래도 형사책임에 있어서 과실판단은 더욱 엄격하게 적용된다. 의료인의 안정적인 진료환경을 확보하기 위해서는 형사책임의 면제라는 당근을 제공하는 것보다는 의료과실의 판정기준을 실체법적으로 완비하여 의료인의 행동기준을 제시하고, 그러한 행동기준의 엄격한 준수를 요구하여야 할 것이다. 의료인의 입장에서 의료분쟁에 대한 두려움은 의료분쟁에 대한 법적처리가 예측 가능하지 못하기 때문이다. 따라서 안정적인 진료환경을 확보한다는 의미에서도 의료분쟁의 처리에 대한 예측기준을 마련하는 것이 급선무이다. 물론 의료분쟁의 전문성, 다양성으로 인하여 확실성을 담보할 수 있는 기준을 마련하는 것은 쉽지 않을 것이다.

(4) 진료방해등 금지 규정

의료분쟁조정법안 제26조는 「누구든지 의료분쟁을 사유로 의료관계기관의 의료용 시설, 기재·약품 기타의 기물을 파괴·손상하거나 의료관계기관을 점거하여 진료를 방해하여서는 아니되며, 이를 교사 또는 방조하여서는 아니된다」고 규정하고 있다. 이 규정은 의료법 제12조 2항의 규정과 중복된다. 그런데 의료법 제66조는 의료법 제12조 2항에 위반하는 자에 대하여 5년이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처할 것을 규정하고 있다. 따라서 의료분쟁조정법안 29조의 규정과 그와 관련된 34조 2항의 규정은 불필요한 것이라고 할 수 밖에 없다.

더우기 의료법 제12조 2항과 그와 관련된 제66조의 규정도 특별한 의의를 가지고 있다고 할 수 없다. 왜냐하면 의료법의 규정은 형법상의 손괴죄와 업무방해죄의 특별규정으로 볼 수 있기 때문이다. 그러나 손괴의 경우는 형법 제366조에서 타인의 재물 또는 문서를 손괴 또는 은닉 기타의 방법으로 그 효용을 해한 자에 대하여 3년 이하의 징역 등을 처할 수 있다고 규정하고 있다. 또한 단체 또는 다중의 위력을

주 9) 물론 본 규정의 문제점이 여전히 지적되고 있다. 형사책임을 감경하는 요건으로서 본 법안이 의료행위가 불가피한 경우를 들고 있는 것에 대하여는 그것이 구체적으로 어떠한 경우를 가리키는지 알 수 없어 예측가능성이 없으므로 이를 높이기 위해서 보다 구체적인 기준이 필요하다는 문제점을 지적하는 견해가 있다(권오승, 1995).

보이거나 위협한 물건을 휴대하여 손괴죄를 범한 경우에는 5년이하의 징역 등을 규정하고 있다. 한편 의료기관을 점거하여 진료를 방해하는 경우는 형법상의 업무방해죄를 구성한다. 그런데 업무방해죄의 법정형도 5년 이하의 징역 등으로 규정되어 있다(형법 313조, 314조 참조).

결론적으로 의료분쟁조정법 제26조의 규정은 불필요하고, 나아가 의료법 제12조 2항과 관련된 벌칙조항은 형법상의 손괴죄에 대하여 3년에서 5년의 징역형으로 가중한 의미밖에 가지지 못한다.

(5) 의료배상공제조합

본 법안은 의료기관단체는 의료과실로 인한 손해를 배상하기 위해 공동으로 의료배상공제조합을 설립·운영하여야 하며, 의사 등은 공제조합의 조합원으로 가입하여야 하며, 공제조합이 정한 공제료를 납부하여야 한다(법안 제24조)고 규정하고 있다.

재원조달방식에 있어 본 법안이전까지는 「의료분쟁조정기금」이나 「의료배상책임보험」의 방식이 거론되었으나, 본 입법안에서는 「공제조합」을 활용하는 방향으로 바뀌었다. 별도의 법인을 설립하거나 보험을 실시하는 것은 재원의 잠식과 비용의 낭비를 초래할 우려가 있다는 지적을 받아 들인 탓으로 여겨진다.

기금을 조성할 경우는 국가의 기여부분에 대한 부담을 의식하였을 것이다. 또한 의료배상책임보험을 운영할 경우는 미국의 예에서 볼 수 있는 것처럼 보험료의 상승을 가져오게 되며, 이는 바로 의료비의 상승으로 연계될 개연성이 매우 높다고 하겠다. 즉 정부의 재정지원에 대한 규정이 전혀 없어 비용의 상승을 효율적으로 규제할 수 없다는 점을 반영한 듯하다.

재원조달방식은 결국 국가의 개입이 전혀 없는 방향으로 바뀌어, 의료분쟁은 철저히 환자측과 의료인측의 양당사자만의 문제로 귀결지어졌다. 원칙적으로 의료사고는 그 성격이 환자와 의료인 또는 의료기관간의 손해배상 또는 사인간에 야기된 채무의 관계이므로 제3자인 국가나 보험자에게 기금을 각출하라는 것은 무리가 있다. 그러나 사회보험하에서 진료를 하다가 의료과오가 발생한다는 점과 의료수가의 결정 등 진료의 여건을 보험자가 조성한다는 점 등을 고려할 때 국가를 대신하는 보험자의 일정한 역할이 요구될 수 밖에 없을 것이다(문옥륜, 1994).

특히 그동안 의료법에 의해서 설치·운영되어 오던 공제회에 대해서는 보상한도액이 지나치게 적고 가입의사수가 적어 위험분산이 어려우며, 공정한 심사기관이 마련되어 있지 못하다는 문제점 등이 지적되었는데(조형원, 1994), 본 법안에 의한 공제회를 운영할 경우 배상액수는 다소 상향될는지 모르나 나머지 문제는 여전할 것으로 판단된다.

생각컨데 추가비용 부담의 우려를 덜기 위해 의료분쟁조정 재정관리를 위한 별도의 법인을 설립하지

는 못하더라도 기금을 조성하여 조정위원회내에 속한 기금관리부가 이를 관리하도록 하는 것이 타당할 것이다. 이렇게 되면 기금에 대한 통제가 가능해지며 국가의 책임도 이행하는 것이 된다. 또한 조정결과 과 보상 또는 배상금 지급이 연계성을 갖게 되어 배상 또는 보상금 지급시 기관이 분리되어 나타날 수 있는 절차의 복잡성·중복성·지연성 등을 예방하면서 사안에 따른 직접적이고 신속한 지급이 이루어질 수 있을 것이다.

4. 평가

금번 입법안은 그동안의 의료분쟁조정법안에 대한 비난을 많이 수용하려고 노력한 흔적이 보인다. 제 3차 개입금지조항의 폐지, 진료방해등 금지에 대한 벌칙규정 삭제, 의료행위에 대한 형감면 규정의 임의규정화 등의 내용이 이에 해당한다. 그러나 여전히 조정전치주의의 채택, 공정한 기구구성의 불확실성, 실효성 낮은 배상방식 등의 문제가 온존한다.

의료분쟁조정법안의 궁극적인 취지는 피해자의 입장에서 손해배상을 받기 위하여 농성과 난동으로 치닫는 행태를 방지하고, 의료기관측에서는 재정을 확보하여 실질적인 배상이 이루어질 수 있도록 하자는 것이다. 이러한 취지에서 의료분쟁조정법안은 여러가지 강제적인 조치를 담고 있다. 분쟁해결의 신속성만을 강조하다 보니 공정성은 결여한 채 여러 강제조치들만 제시하고 있다(추호경, 1991).

그러나 이상 살펴본 바에 비추어 보면 의료분쟁조정법안이 담고있는 강제적인 조치는 의료분쟁이 발생하는 궁극적인 문제점은 해결하지 못하고, 오히려 더욱 그 문제점을 심화시키고 있는 것으로 보인다. 의료분쟁발생의 근본 이유는 당사자간의 불신이라고 할 수 있다. 따라서 의료분쟁조정법안이 법으로 제정·공포된다면 공정한 판정에 대한 당사자의 신뢰는 결여된 채 조정전치가 강요되어 의료분쟁조정법의 실효를 거둘 수 없게 될 것이다. 더 나아가 당사자간의 불신과 적절한 제도의 미비에 대한 불만이 비합법적인 대응으로 나타날 수도 있을 것이다.

결국 의료분쟁조정법안의 핵심적인 내용은 피해자와 의료기관이 모두 신뢰할 수 있는 공정하고 객관적인 조정위원회를 구성하는 데 있다. 조정위원회의 결정은 의료인이나 환자측에게 판정에 대한 예측가능성을 명확히 제시해줄 정도까지 요구된다. 사법심의 판결을 더 이상 필요로 하지 않을 정도의 공정한 결정이 있어야 한다.

그러나 의료분쟁조정법안은 공정성, 신뢰성을 확보하기 위한 충분한 제도적 장치를 마련하고 있지 않다. 의료분쟁이 점점 증가하고 있는 현실에서 합리적인 제도를 마련하지 못한다면 농성과 강제조치라는 악순환이 이어지게 되고, 의료에 대한 사회적 비용을 증가시키는 결과가 될 뿐이다.

V. 과제와 대안모색

의료분쟁의 문제는 시급하게 해결해야 할 필요성이 크므로 의료분쟁조정법을 최대한 합리적으로 수정·보완하여 빠른 시일내에 제정·공포하여야 할 것이다. 그렇지 않으면 의료분쟁의 문제를 소비자분쟁조정법안의 보호법익으로 편입하자는 요구가 대두될 수 있을 것이다. 소비자보호원은 의료서비스의 피해구제에 대해 소비자보호법의 적용을 배제할 경우, ①소비자피해의 사각지대가 발생한다는 점 ②피해구제기관의 운영주체나 운영재원조달방식에 있어 공정성·객관성의 확보가 취약하다는 점 ③의료분쟁은 전문적인 지식이 필요하나 기존 제도에서는 이를 확보하기 곤란함 ④사적분쟁 당사자간의 다툼이란 점에서 감독권에 의한 강요보다 공정성있는 조정안의 도입이 필요하다는 점 ⑤소비자가 기존의 분쟁해결제도의 이용을 기피하는 점 ⑥소비자보호법상 소비자보호원은 모든 물품·용역과 관련된 소비자의 피해를 구제하도록 되어 있음에도 유독 그 수요가 증가하고 있는 금융·보험·의료·법무서비스 및 수도·우편·철도 등만을 소비자보호원의 피해구제 대상에서 제외시키는 것(표 4 참조)은 소비자보호법의 입법정신에 반한다는 점 등을 들어 소비자보호원에서는 이들 분야도 소비자보호법의 적용 대상에 포함시킬 것을 주장한다. 기존에 활동해온 기구들과 소비자보호법 체계에 의한 피해구제가 동시에 가능케 하여 소비자들의 선택범위를 넓혀 주는 것이 타당하다고 본다. 더 나아가 향후 타분야에서 소비자분쟁조정위원회 이외의 분쟁조정기구를 별도로 설치하고자 할 경우에는 그 필요성에 대해 소비자정책심사위

〈표 4〉 소비자보호법 적용 제외분야의 피해구제 기구

분 야	담당 기구	설치근거법	주 관
국가배상	본부 및 지방 심의회	국가배상법	법무부, 각지 검찰청
국가·지자체의 사경제서비스	민사소송	민사소송법	법 원
의 료	의료심사조정 위원회	의 료 법	보건복지부
법무서비스	지방변호사회	변호사법	법 무 부
금 용	금융분쟁조정위원회	한국은행법, 은행법	재 무 부
보 험	보험분쟁조정위원회	보험업법	재 무 부
증 권	증권분쟁조정위원회	증권거래법	재 무 부

원회의 심의절차를 거치게 함으로써 모든 소비자분쟁이 소비자보호법 체계내에서 처리될 수 있도록 하여야 할 것이라고까지 주장하는 현실이다.

생각컨데 의료분쟁의 발생은 빈발한데 이의 해결책은 없는 상황에서 소비자피해구제를 강화하겠다는 취지에서 위의 논의가 제기되었겠지만 의료라는 전문적인 영역의 문제를 의료의 비전문 기구에서 다룬다는 것은 합당치 않다 하겠다.

한편 의료분쟁조정법이 제정되더라도 이법이 기존의 법제도와 일치하느냐의 문제는 여전히 남는다. 즉 환자측이 현실적으로 동원 가능한 최종적인 분쟁해결책으로서 법원에 의한 소송이 가능한 상황에서는 위원회의 결정에 승복하지 않을 가능성이 크다. 의료분쟁조정법안과 같은 특별법만으론 의료분쟁 문제를 모두 소화할 수 없기 때문이다.

예컨데 해당 위원회의 분쟁조정시 의료과실이 분명하지 않은 경우에는 상당한 어려움이 따를 것으로 예상된다. 의료사고의 원인이 의료인의 시술방법 및 조치 때문인지 여부가 불분명하거나, 현행 의료기술상 규명이 곤란하거나 불가항력인 경우, 또는 환자의 특이체질이 문제가 된 경우에는 의료인의 주의 의무나 결과예견의무의 정도를 가늠하기가 쉽지 않다. 이런 문제의 해결을 위해 무과실책임주의를 채택한다든가 아니면 일정한 사고유형의 경우(예를 들어 진료기록의 폐기, 변조, 누락 혹은 기록의 소홀 등)에 한정하여 과실을 추정하거나 간주하는 방안(입증책임의 전환)의 도입이 요구된다. 이외에도 의료계약의 특이성이 고려되어야 한다.

따라서 장기적으로는 의료분쟁조정법안과 같은 특별법을 제정, 법의 강제력에 의존하여 의료분쟁을 해결하려하기 보다는 국민의 법감정을 반영하며, 법체계의 혼란을 막을 수 있도록 기존의 법이론이나 법제도를 존중하는 범위내에서 문제의 해결책을 강구하는 것이 바람직하다. 독일의 경우는 민법개정논의를 통해 「의료계약」이란 전형계약을 설정하여 통일적인 입법을 꾀하고 있다.

우리 역시 의사책임법이라는 통일적인 법안을 도입하는 방안이 모색될 수 있을 것이다.

의사책임법(Arztrecht : medical law: droit medical)이란 의사에 의한 의료행위 및 의사와 환자 사이의 의사책임(Arztshaftung)¹⁰⁾에 관한 법규칙의 총체를 의미한다. 이 법은 새로운 분야의 법으로서 하나의 독립된 원리를 가진 법의 한 영역으로 인정되고 있다.¹¹⁾ 또한 의사책임법에는 의료행위의 특성을 반영한 「진료계약」이라는 새로운 전형계약을 규정함으로써 불법행위법적 구성을 지양하고, 계약책임법적 구성이 가능하도록 하여야 할 것이다.

의사책임법에는 의료행위의 본질, 의료계약, 설명의무의 성격, 의사책임의 권리와 의무에 관한 기본적인 요소, 중재, 조정을 통한 분쟁해결여부, 손해배상방법 등 분쟁해결의 기본원칙에 관한 규정을 두어야

할 것이다. 이렇게 하므로써 분쟁해결의 예측가능성을 높이게 될 것이다.

의사책임법이 제정되면 첫째, 현재 의료행위에 대한 법규정은 헌법, 민법, 형법 그리고 의료법 등 각종의 법률과 명령에 산재되어 있으나 이를 통일적인 체계로 정비할 수 있다. 둘째, 구체적인 의료행위에 대해 참조할 법규정이 불명확하여 복잡한 법률논쟁을 불러왔던 상황을 크게 개선시킬 수 있을 것이다. 셋째, 개별 사안에 대해서 의료인과 환자의 이익충돌이 있는 경우 그 조정을 명확히 함으로써 법적 안정성을 증대시킬 수 있을 것이다. 넷째, 의사책임법에 의료행위의 특성을 반영한 의료적 진료계약이라는 새로운 계약유형을 설정함으로써 의사의 비도덕성을 전제로 한 불법행위법적 구성을 지양하고 계약책임법적 구성이 가능할 것이다.

의사책임법을 통해 의료인은 치료기술상의 상당한 주의의무를 지는 동시에 치료업무상 명예권을 동시에 가질 수 있게 된다. 의료인의 치료행위상 요구되는 의무와 권리는 외형상 정반대되는 것처럼 보는 경우도 있으나, 실질상 양자는 상반되는 것이 아니다. 즉 의료행위상의 주의의무를 다하면 의료행위상의 명예권이 유지되어 가는 것이다. 환자의 입장에서 자신의 건강권만을 지나치게 중시한다면 정상적인 치료행위를 기대할 수 없다. 따라서 의사의 지위와 환자의 지위를 균형있게 유지시키는 한 치료행위는 의사책임을 발생시킬 여지가 없다.

의사책임의 문제는 사회상규상 의사에게 요구되는 주의의무를 다하지 못함으로써 의사의 명예권이 인정되지 못하는 동시에 환자의 입장에서는 사회상규상 상당한 정도로 건강권이 침해된다고 하는 양면 관계가 성립될 때 생긴다. 따라서 의사책임의 문제를 형식적으로 의사의 치료과오에 한정시키거나, 환자의 인용(忍容)의무¹²⁾를 도외시하면서 실질적으로 의사의 책임을 추궁할 수는 없을 것이다. 의사의

주 10) 의사책임이란 의사의 환자에 대한 직업적 책임을 의미하는데 이는 일종의 전문가책임이다. 의사의 환자에 대한 책임을 흔히 불리는 「의료과오책임」이라고 하면 설명의무위반에 대한 책임을 제외한 단지 의료과오에 대한 책임만을 의미한다고 할 수 있으나, 의사의 책임에는 의료과오에 의한 책임이외에도 설명의무위반에 의한 책임도 포함되므로 의사책임이라는 표현이 정확하다. 또한 의료과오책임에는 의료과오라는 객관적 사정에 중점을 둔다는 의미를 내포하는데, 의사책임이라 하면 의사라는 직업전문가의 주관적-인적 책임을 의미한다고 본다(김민중, 「의료행위에서의 법률문제와 의사의 책임」, 법조, 1991. 3-4. 참조). 의사책임에 대해 의사와 환자의 관계를 대동한 당사자의 계약관계로 파악하는 등의 의료분쟁해결에 대한 판단원칙을 세우면 의료분쟁의 예측가능성을 제고할 수 있을 것이다.

주 11) 독일에서는 이에 관한 연구소가 설치·운영되고 있으며, 강의를 이루어지고 있다. 또한 의사책임법에 관한 전문 잡지도 여러 종류가 발행되고 있다(자세한 내용은 김민중, 「의사 책임 및 의사법의 발전에 관한 최근의 동향(하)」, 인권과 정의 181호(대한변호사협회지, 1991. 9), 112면 참조)

실질상 책임문제는 의사의 명예권 내지 치료권의 상당성의 기준과 다른 한편으로는 환자의 인용한도의 기준을 고려하여 정하여야 할 것이다. 결국 의사와 환자의 바람직한 관계는 양당사자의 대등성을 전제로 한 진료계약에서 찾아질 수 있다.

VI. 결 론

오늘날 의료분쟁은 시급하게 해결되어야 할 필요성이 크므로 현재 입법예고된 의료분쟁조정법안의 문제점들은 조속히 수정되어야 한다. 특히 조정위원회의 공정한 구성은 반드시 담보되어야 한다. 그러나 실제적 판단은 결여한채 의료분쟁해결을 위한 강제적 조치만을 앞세운 의료분쟁조정법안은 그 한계를 갖게 될 것이다.

장기적으로 의료분쟁의 근본적인 해결은 의료분쟁을 둘러싸고 있는 의료제도의 개선에서 찾아져야 할 것이다. 또한 국민의 법감정이나 기존의 법이론 및 법제도를 무시하지 않으면서 분쟁해결을 위한 통일적인 의사책임법의 제정이 필요하다. 실체판단은 기존 법리에 근거한 법적 판단에 의해서도 이루어지겠지만 예측가능성을 제고하기 위해 의사책임에 대한 판단기준의 정형화내지 유형화가 필요하다. 이는 의사책임에 대한 통일적인 논의에 토대를 둔 의사책임법에 근거할 때 확보할 수 있을 것이다.

의사책임법이 제정되면 현재 비사법적 해결제도들의 운영이 유명무실하거나, 아예 제도가 없는 상황을 탈피하게 된다. 또한 이들 제도들의 운영을 위한 준거틀로서 체계적인 기본법리의 정립이 가능해진다. 현재 의료행위를 규율하기 위한 법규정은 각종의 법률과 명령, 즉 헌법, 민법, 형법 그리고 의료법 등에 산발적으로 포함되어 있다. 따라서 의료분쟁을 둘러싼 법리는 의사책임법을 통해 통일적인 체계로 정비할 필요가 있다.

또한 의사책임법에 의료행위의 특성을 반영한 의료적 진료계약이라는 새로운 계약유형을 설정함으로써

주 12) 법률용어로 수인의무(受託義務)라 하기도 하나 이는 일본의 법학계에서 쓰는 용어로 적절치 않다. 원래 이 용어는 환경오염의 위법성의 기준을 설정하기 위하여 제시되었던 개념으로 인간이 사회공동생활을 영위하는데 있어 각자가 어느 정도까지는 인용하지 않으면 안되는 범위가 있는데, 환경오염에 있어서도 환경오염의 존재 그 자체만으로는 위법하지 않으며 어느 한도를 넘을 때만이 비로서 위법하다는 법리이다. 환자의 진료라는 사명을 갖고 행해지는 의료행위이지만 그의 침해성의 성격상 환자가 일정한 범위내에서 불편함이나 고통을 인용하여야 한다는 점에서 동일한 법리가 적용된다.

써 의사의 비도덕성을 전제로 한 불법행위적 법률구성을 지양하고 계약책임적 법적 구성이 가능해 질 것이다. 이렇게 함으로써 의료분쟁 해결의 예측가능성을 높이고, 사법적 해결의 범위를 확대할 수 있다.

한편 의사책임법의 내용은 의사책임, 의료과오, 설명후의 동의 등 전통적으로 의사책임법이 다루던 문제가 주가 되겠지만, 오늘날 비약적으로 발달하는 의학지식과 의료기술에 의하여 파생되는 의료윤리를 비롯한 각종 새로운 문제들을 담아내야 한다. 의사책임법의 내용에는 첫째, 환자의 건강권과 의료윤리에 대한 선언적 내용들을 담을 수 있도록 법의 기본적 토대를 이루는 규정들이 포함되어야 한다. 둘째, 진료계약을 포함한 새로운 민사법리의 내용이 포함되어야 한다. 의사와 환자의 관계를 진료계약으로 파악되는 법적인 관계임을 선언하고, 양자간의 권리와 의무를 명백히 할 필요가 있다. 양자간의 권리와 의무의 내용을 설정함에 있어 독일의 Deutsch-Geiger의 입법안을 참조로 할 수 있을 것이다. 예를 들어 의료에 대해 충분한 정보를 제공받을 환자의 권리, 해당 의료기관에서 행해진 연구·실험에 대해 알 권리, 합리적인 의료서비스에 접근할 권리 등¹³⁾이 해당될 수 있다. 마지막으로, 의료분쟁시 의료인측의 과실유무를 판정하기 위한 공정한 판정기구로서 조정·중재제도 및 환자에게 신속한 보상이 이뤄지도록 하기 위한 의사배상책임보험제도나 피해구제기금 등의 비사법적 해결제도에 관한 규정을 직접 규정하거나, 그것이 여의치 못하면 그 근거규정이라도 존치시켜야 한다.

참 고 문 헌

- 권오승, 의료분쟁조정법안의 문제점과 개선방안, 한국의료법학회 1995년도 정기학술세미나 연제집, 1995. 2.
- 김민중, 의사책임 및 의사법의 발전에 관한 최신동향(하), 인권과 정의(대한변호사협회지) 181호, 1991. 9.
- 김성숙, 보건·의료·소비자의 진단-의료분쟁조정법과 소비자-, 새로운 소비자 우리들의 제안 세미나 연제집, 소비자보호단체협의회, 1992. 12.
- 대한변호사협회, 대한의학협회, 환자의 인권보장을 위한 제도적 고찰, 1990. 11.
- 대한의학협회, 의료분쟁법안에 대한 의협의 추진방향, 1995. 2.

주 13) 자세한 내용은 新美育文, 「患者の權利法制定の運動の意義」, 法律時報 63卷 8號, 1994, 4面 참조.

- 문옥륜, 한국사회와 의료보장정책 - 과제와 전망, 명경, 1994.
- 문옥륜. 이규식. 이재형. 조형원. 이기효. 이석구, 의료사고 피해구제제도 개발에 관한 연구, 대한의학 협회 . 대한병원협회 의뢰 연구보고서, 1992. 2.
- 보건사회부, 의료피해구제법 제정을 위한 공청회 자료집, 1991. 6. 14.
- 석희태, 의료분쟁의 소송외적 해결제도, 의료과오사범의 실태와 대책세미나 연제집, 법무연수원, 1990. 6.
- 인정현, 의료분쟁조정 문제점, 현대사회와 의료윤리 세미나 연제집, 아산사회복지재단, 1994. 10.
- 조형원, 의료분쟁과 피해자구제에 관한 연구, 한양대학교대학원 박사학위논문, 1994.
- 조형원, 의료분쟁관련제도, 인도주의실천의사협의회 심포지엄 연제집, 1990.
- 추호경, 의료과오에 관한 연구, 서울대학교 박사학위논문, 1991. 10.
- 추호경, 의료과오론, 육법사, 1992.
- 新美育文, 「患者の權利法制定の運動の意義」, 法律時報 63卷 8號, 1994.
- 山本隆司/手嶋 豊, 西ドイツにおける醫師の民事責任に關する立法提案, 判例タイムス No. 522, 1984. 5.
- Budetti, P. P. and S. M. Spernak, Medical Malpractice, Improving Health Policy and Management : Nine Critical Research Issues for the 1990s, In Shortell SM, Reinhardt UE(ed.), Ann Arbor. Michigan:Health Administration Press, 1992.
- Danzon, P. M., Medical Malpractice - Theory, Evidence and Public Policy -, Harvard University Press, 1985.
- Deutsch/Geiger, Medizinischer Behandlungsvertrags, Empfiehlt sich eine besondere Regelung der zivilrechtlichen Beziehung zwischen dem Patienten und dem Arzt in BGB?, in : Gutachten und Vorsch ge zur bearbeitung des Schuldrechts, Bd. II,1981.
- Giesen D, International Medical Malpractice Law, Dordrecht · Boston · London : T bingen and Martinus Nijhoff Publishers, 1988.