

최근 한국 의료법학계의 주요과제 *

- 의료사고처리에 관한 특별법 제정의 동향 - **

석희태***

I. 서론
II. 주요 쟁점

III. 결론

I. 서론

지난 15년 간 한국 의료법학과 한국의료계의 가장 중대한 관심사 중의 하나는 의료과오에 관한 특별법 제정이었다. 그것은 손해배상책임과 형사 책임을 전통적·일반적 이론 및 법규에 의하지 않고 새로운 패러다임으로써 평가하는 것을 추구하고자 하는 것이다. 예컨대 손해배상에 관련하여 소송전 조정제도를 채용하고, 특정한 경우에 형사책임을 감경하거나 면제하는 법적 근거를 마련하는 것이 그 주된 내용이다

이러한 특별법 제정을 위한 운동은, 1970년대 이후 변화해온 의료관과 권리의식 그리고 의료기술과 의료제도의 토대 위에서 의료과오소송의 급격한 증대로 인해 촉발되었다.

환자 쪽(이하 이 논문에서는 환자 본인, 환자의 가족 등 이른바 피해자 범주에 속하는 모든 사람들을 환자로 칭한다)의 권리의식 신장, 전통적

* 이 글은 The Asian Institute for Bioethics and Medical Law가 2002년 11월 18일에 주최한 The 1st International Symposium on Bioethics and Medical Law에서 발표한 영문원고를 번역한 것이다.

** 이 주제에 관하여 필자는 1994. 10. 10과 1994. 10. 13 및 1994. 11. 7 字의 「法律新聞」 그리고 1998. 12 월간 「判例月報」에 관견을 발표한 바 있다.

*** 경기대학교 법학부 교수·법학박사

권위에 대한 공격 : 의사 쪽(이하 이 논문에서는 보건의료에 종사하는 모든 사람을 의사로 칭하고, 의료기관을 병원으로 칭한다)의 좀 더 자유로운 진료환경과 경제적·시간적 이익의 확보라는 대립구조 속에서 소위 '합리적' 해결책을 강구하려는 희망의 한 표현으로서 그것은 제기 된 것이다.

특별법 제정에 대하여는 많은 법이론적 논쟁이 있지만, 그 보다 먼저 한국사회의 여론은 그것이 사회경제적 강자에 대한 지나친 배려라고 하는 비판론과 전문가집단의 사회적 이탈 방지와 국민 일반에게 돌아갈 결과적 불이익의 방지를 위해 필요하다는 옹호론으로 나뉘어 왔다.

지난 기간 대한의사협회, 정부 및 일부 국회의원들의 특별법 제정을 위한 노력은 끊임없이 이어졌지만 그 목적은 아직 달성되지 못하고 있다.

어쨌든 새로운 패러다임의 조정은 의사 쪽의 발의로 시작되었다.

1988년 11월 24일에 개최된 대한의학협회(현재의 대한의사회)와 대한변호사회의 공동세미나에서 대한의학협회는 「의료사고처리특례법」試案을 제안하였다. 이후 이 과제는 한국사회에서 본격적인 논의의 대상이 되었으며, 1991년 정부(보건사회부: 현재의 보건복지부)는 스스로 「의료피해구제법」시안을 만들어 공청회에 회부함으로써 처음 공식적 반응을 보이게 되었다.

1994년 정부는「의료분쟁조정법」이라는 명칭으로 최초의 정식 정부법안을 완성하여 국회에 회부하였다. 이후 금년에 이르기까지 정부와 몇 명의 국회의원은 여러 차례 같은 명칭의 법안을 국회에 제출한 바 있으나, 국회의 보건복지상임위원회에서 매번 좌절되어, 본회에 상정된 것은 한번도 없는 상태이다.

아래에서 의료사고처리에 관한 특별법 제정을 둘러싼 논쟁에서 특히 주목을 받는 쟁점을 정리해 보고자 한다

II. 주요 쟁점

(1) 소송전 조정제도

의료과오에 대한 손해배상문제를 다루기 위하여 법관, 변호사, 법학교수, 의사, 시민단체 대표 등으로 구성되는 조정위원회의 설치가 제안된다. 이러한 구상은 법관에 의한 사법적 소송절차에 대한 불만으로 인하여 제기되는 것이다. 그 불만은 다음과 같이 요약할 수 있다.

첫째, 의료과오는 그 본질상 과실과 인과관계를 판단하는 것이 기본적으로 어렵다.

둘째, 의료의 전과정과 자료가 의사 쪽의 통제하에 있기 때문에 환자 쪽의 증거에 의한 소송수행이 기본적으로 어렵다.

셋째, 소송완결까지는 긴 시간이 소요되어 환자 쪽의 피해구제와 의사 쪽의 정상진료에 장애가 된다.

넷째, 소송비용이나 변호사비용 등 경제적 부담이 크다.

다섯째, 법원의 판단에 전문성이나 공정성이 결여될 가능성이 있다(많은 의사와 환자가 법관의 의료과오에 관한 이론적 해결 능력을 의심하는 것이 하나의 경향이다. 또한 환자는 법관이 같은 전문가 집단인 의사를 편든다고 의심하고, 의사는 법관이 동정심이나 사회적 압력으로 인하여 환자를 편든다고 의심하는 것도 역시 하나의 경향이다).

여섯째, 소송과정이 공개됨으로써 당사자의 명예나 신뢰도가 떨어지게 된다.

일곱째, 소송의 결과는 당사자의 양해나 상호 양보에 의하는 것이 아니라 법관의 일방적 권력적인 판단에 의하는 것이므로, 다툼의 완전한 해소는 기대하기 어렵다.

한편 소송전 조정제도에 관하여는 역시 중대한 비판이 가해진다.

첫째, 조정이 쉽게 이루어지지 않을 경우 오히려 시간이 더 많이 소요되어 양 당사자에게 더 큰 손해를 줄 수 있다. 당사자 일방은 경우에 따라서는 의도적으로 시간끌기를 위하여 조정을 신청할 수도 있을 것이다.

둘째, 조정 담당자(또는 조정위원회 위원)가 책임감 부족으로 인하여 불성실한 직무수행을 할 가능성이 있다. 그리고 이 때문에 조정위원회가 합리적 판단이 아닌 단순한 산술적 중립(양쪽의 주장을 합하여 둘로 나누는 방법 등)을 해결방안으로 제시하게 되면, 이 제도의 분쟁해결기능은

마비될 것이다.

셋째, 조정제도는 국민의 재판청구권을 침해하는 위헌적 제도이다. 만약 조정을 강제적인 것으로 하면 그 정도는 더 심하다.

조정제도는 이것을 소송전에 반드시 거쳐야 하는 것으로 할 것인가 아니면 당사자의 의사에 따라 바로 소송을 제기할 수도 있는 임의적인 것으로 할 것인가에 대해 의견이 나누어진다. 의사와 의료기관 쪽에서는 전자를 선호한다. 임의적 조정제도로서는 이 제도를 두는 의도를 충분히 실현할 수 없다는 것이다. 그러나 이 제도의 신설을 찬성하는 사람들 사이에서도, 임의적 조정방식으로써도 충분히 상당한 성과를 거둘 수 있다고 예측하는 사람들이 있다.

미국 Idaho, Indiana, Louisiana, Maryland, Montana, Nebraska, Nevada, New Mexico, North Dakota, Wisconsin 등의 주가 소송전 조정제도(Pretrial Mediation System 혹은 Screening Panel System)를 채택하고 있다.

(2) 무과실 보상책임

의사의 과실 없이 불가항력적으로 발생한 악결과, 예컨대 현대의학의 한계로 인하여 피할 수 없었던 악결과 내지 환자자신의 특이체질 등으로 인하여 발생한 악결과에 대하여도 일정한 보상금을 지급하자는 제안이 있다. 그리고 이를 위하여 정부 등이 의료사고 피해구제기금을 조성해야 한다는 제안도 뒤따른다.

이것은 한국 법제도상 매우 중대한 예외의 인정을 기도하는 것이다. 이 제도는 두 가지 목적에서 착상된 것으로 평가된다.

첫째는, 의료사고 발생시 환자 쪽이 원인을 묻지 않고 무조건 의사를 억압하는 행위, 예컨대 병원시설 점거나 언어적 폭력에 의한 진료 방해, 미디어를 통한 명예훼손 등을 행하는 경우가 가끔 있는데, 이러한 현상을 금전적 보상이라는 방법으로 예방하려는 것이다.

둘째는, 불행을 겪은 환자 또는 그 가족을 공공적 부조의 방법으로 위로하려는 것이다.

미국의 The National Childhood Vaccine Injury Act, 영국의 The Vaccine

Damage Payments Act, 뉴질랜드의 The Accident Compensation Act, 스웨덴의 The Patient Insurance Scheme, 핀란드의 The Patient Injury Act 등이 medical accident에 대한 무과실보상(No-Fault Compensation) 책임제도를 채택하고 있다.

(3) 의료배상공제회

의사 등의 의료인이나 병원 등의 의료기관을 회원으로 하는 의료배상공제회를 대한의사협회와 같은 의료인 단체가 설립하여 운영하는 방안이 제안되고 있다. 회원은 일정한 회비를 납입할 의무를 부담하고, 그것으로써 기금이 조성된다. 의료과오 발생시 공제회는 법원 또는 조정위원회의 결정에 따라 환자 쪽에게 일정액의 배상금을 지급한다.

이 제도의 목적은 환자 쪽에게 최소한의 손해배상을 보장하고 의사(내지 의료기관)쪽에게 경제적 부담을 분산시켜 준다는 데에 있다. 구체적으로 이 제도를 후술하는 형사책임감면제와 연계하면서, 임의가입제로 할 것인지 강제가입제로 할 것인지를 논의가 뒤따른다.

이 제도에 대하여는 사기업이 운영하는 배상보험제도로서도 동일한 목적을 달성할 수 있으므로, 그 운영이 필요 없다고 하는 비판도 있다.

(4) 과격행위자에 대한 특별한 취급

의료사고를 이유로 병원 등 의료기관을 점거하거나 시설을 파괴하고, 의사 등 관계자에게 폭행·협박을 하는 것과 같은 과격행위자에 대하여 일반 형법에 의한 처벌보다 무거운 처벌을 할 수 있는 근거 규정을 두자는 제안이 있다.

한때 한국에서는 의료사고가 발생하면 환자 쪽이 일단 의사 등에게 원인을 따지고 사과와 손해배상을 요구하다가 그것이 거절되면 소송을 하는 대신에 병원시설을 강제 점거하고 의사와 개인 병원을 비난하는 내용의 선전문을 사람들에게 나누어주는 등 과격행위를 하는 사례가 가끔 있었다(지금도 그러한 사례가 없는 바는 아니다). 심지어는 장애자로 구성된 직업적인 조직이 그 일을 도와주는 경우도 있었다.

환자 쪽의 관점에서는 의사가 진실을 고백하지 않고 진료기록을 변조하거나 파괴할 것이라는 의심을 하기 때문이다. 또한 환자 쪽에서는 소송을 제기하면 비용부담이 너무 크고 시간이 오래 걸리며, 사회경제적 강자인 의사나 병원에게 승소하기 힘들다는 우려를 갖고 있기 때문이기도 하다.

한편 의사와 병원의 입장에서 볼 때 그러한 행위는 자신의 명성을 손상하고 정상적 진료를 계속할 수 없도록 하는 치명적인 원인행위가 된다. 그래서 가급적 빠른 시간 내에 합의에 이르기 위하여 그들은 여러 가지 형태의 노력을 시도하고 또한 일정한 금전적 보상을 해주는 경향을 보이는 것이다.

그리고 현실적으로 법적 보호는 의사나 병원으로부터 조금 멀리 떨어져 있는 것도 사실이며, 이것도 이러한 현상의 한 원인이 된다.

현장의 공권력을 대표하는 경찰은 한국인의 일반적 정서와 마찬가지로 사회경제적 약자라든가 사고를 당한 조난자에 대하여 동정심을 갖고 있고 그들에 대하여 일정한 공격행위를 가하는 것(실은 공권력의 적법한 집행이다)을 주저하는 성향을 갖고 있음을 사람들은 부인할 수 없다.

그리고 의료기관운영자들은 공권력에 의한 강제적 진압 내지 물리적 해결이 결코 자신들의 명성에 도움이 되지 않는다고 생각한다.

위와 같은 여러 가지 복합적 사정으로 인하여 탈규범적 현상(환자 쪽의 불법행위, 공권력의 방관, 의사 쪽의 부적절한 협상 등)이 빚어지는 바, 이에 대한 의미있는 해결책으로서 의사들은 국가 형벌권의 강화를 제안하는 것이다. 엄격한 형사처벌규정이 환자 쪽의 과격행위를 자제하게 하고, 경찰의 적극적 행동을 고무하는 심리적 효과를 거둘 수 있을 것이라고 그들은 믿는 것 같다.

이 제도에 대하여는, 그것이 '법 앞의 평등' 내지 '법에서의 형평성의 원칙'에 반한다는 비판이 가해진다.

(5) 형사책임의 면제 또는 감경

한국 형법 제268조 규정에 의하면 환자가 의사의 책임있는 사유로 사

망하거나 혹은 신체 상해를 입은 경우에는 그 의사는 5년 이하의 금고 또는 2천만원 이하의 벌금이라는 처벌을 받게 된다.

이러한 일반적 취급과 달리 어떤 특정의 경우에 의사의 형사책임을 완전히 면제하거나 감경하자는 제안이 있다. 그 구체적 방법론은 연구자에 따라 다소간 차이가 있고 심지어 정부의 법안도 매년 그 내용이 다르다. 공통적 혹은 보편적 방법론을 소개하면 아래와 같다.

a.a. 의료인이 책임공제 또는 책임보험에 가입한 경우에는 검사는 환자 쪽의 명시적인 반대의사에 반하여 그 의료인에 대해 공소를 제기할 수 없다.

a.b. 그러나 다음과 같은 중대한 과실을 인정할 수 있는 경우에는 검사는 공소를 제기할 수 있다.

- ① 의학상 공인되지 아니하거나 사회상규에 위배되는 의료행위를 한 경우
- ② 무자격자가 의료행위를 하도록 하거나 면허된 외의 의료행위를 한 경우
- ③ 기왕력, 당해 의료행위와는 별도로 약제를 투여 받거나 진료를 받고 있는 사실을 확인하지 아니한 경우
- ④ 약제 사용전 필요한 예진 또는 부작용 예방조치를 다하지 아니한 경우
- ⑤ 처방과 다른 약제를 사용한 경우
- ⑥ 유효기간이 경과하거나 변질된 의약품을 사용한 경우
- ⑦ 혈액형이 적합하지 아니한 혈액을 수혈한 경우
- ⑧ 진료 과정에서 환자 또는 진료부위를 혼동한 경우
- ⑨ 전신마취중인 환자의 용태를 지속적으로 관찰하지 아니한 경우
- ⑩ 수술시 이물질을 체내에 잔류시킨 경우

b.a. 의료인이 종합공제 또는 종합보험에 가입한 경우에는 검사는 환자 쪽의 명시적 의사가 무엇이든지 불문하고 그 의료인에 대해 공소를 제기할 수 없다.

b.b. 그러나 역시 a.b.에 열거한 사실의 경우에는 검사는 공소를 제기할

수 있다.

의료인 집단에 대한 형법 적용에 예외를 인정할 것을 요구하는 사람들이 제시하는 이유 또는 근거는 다음과 같다.

첫째, 의사의 사회적 공헌도를 인정하여, 중대한 악결과가 아닌 한 신체구속형은 면하게 해 줄 필요가 있다.

둘째, 의료행위는 본래 다른 범죄 행위와 달리 본질적으로 정당행위이고, 또한 의사의 의도는 기본적으로 환자에게 이익을 주고자 하는 것이다.

셋째, 의사는 현실적으로 형사소추를 피하기 위해 진료회피를 자행하고, 장래의 소송에서 필요하게 될 방어 자료를 미리 확보해 두기 위해 과잉진료를 할 가능성이 높다.

넷째, 의료사고의 발생가능성이 높은 영역에서 그것을 전공하고자 하는 의사의 숫자가 줄어들고, 심지어는 경력과 능력을 갖춘 의사로서 조기은퇴를 결행하는 경우가 늘어날 가능성이 있다.

다섯째, 실제 형사소추된 의사 중에 벌금형 이상의 형사처벌을 받게 되는 경우가 극히 적은 것이 현실인데, 그렇다면 굳이 형사소추를 함으로써 의사가 심리적으로 위축되고 시간적으로 손해를 보도록 할 필요는 없다.

여섯째, 형사처벌의 절차에서 환자 쪽이 의사에 대한 처벌을 원하지 않는다는 뜻을 표시하면 그것이 검찰과 법원의 결정에 상당한 영향을 미치는 것이 실무적 현실인데, 환자쪽은 흔히 그러한 의사표명을 유보함으로써 더 많은 손해배상금을 확보하고자 한다. 달리 말하면 개인이 국가형벌권을 이용하여 금전적 이익을 취하는 일이 생길 수 있다는 것이다.

한편, 이러한 구상에 대하여는 매우 격렬한 반대 의견이 제기되고 있다. 그 이유는 다음과 같다.

첫째, 그것은 '법 앞의 평등' 내지 '법에서의 형평성의 원칙'이나 헌법의 정신에 위반된다.

둘째, 국민 일반의 법감정에 정면으로 배치된다.

셋째, 오늘날 전문가 집단의 사회에 대한 봉사와 희생은 더욱 중시되고 있고, 보통 사람들은 그 전문가들에 대하여 더 깊은 신뢰를 보냄과 동시

에 더 세심한 주의를 기대하고 있다. 그런 가운데 형사처벌을 면제 혹은 감경하는 것은 거꾸로 전문가의 긴장을 풀어지게 하는 결과를 초래하여 바람직하지 못하다.

한국에서는 교통사고의 법적 취급에 관하여, 이 구상과 유사한 방식을 취하고 있다. 즉 「교통사고처리에관한특별법」은 중대한 사고가 아니면서 운전자가 보험에 가입한 경우에는 형사처벌을 면제한다는 규정을 두고 있다.

Ⅲ. 결 론

사회정의와 사회복지란 단지 전통적 법이론의 고수만으로써 실현될 수 있는 것이 아니다. 마찬가지로 그것은 사회 일부의 현실적 욕구를 즉각적으로 충족시켜 주는 것만으로써 실현되는 것도 아니다. 최대다수의 이익을 증진시킬 수 있는 적절한 사회적 타협과 그에 따른 제도의 수정에 의해 그것은 실현 될 수 있다.

의료사고의 처리와 관련하여 우리가 추구하는 목표는 정부법안들이 선언하고 있는 바와 똑같이 '국민의 손해를 신속·공정하게 구제하는 것' 과 '의사의 안정적인 진료환경을 조성하는 것' 두가지이다. 문제는 어떠한 구체적 방법 내지 타협을 통하여 이 두가지 목표를 동시에 달성할 수 있는가이다.

의사를 중심으로 무엇이 적절한 타협인지를 생각해 볼 필요가 있다. 전문가에 대한 과도한 억압은 그들의 위축과 냉소주의를 초래하여 결국 국민 일반의 손실을 유발한다. 한편 전문가에 대한 지나친 보호는 그들의 도덕적·규범적 해이를 초래하고 국민 일반의 법과 국가의 기능에 대한 불신을 유발하여 이 또한 국민 일반의 손실이 된다. 그러므로 의사에 대한 과도한 억압도 과도한 보호도 되지 않도록 제도를 형성하는 것이 필요한 것이다.

소송전 조정제도는 신속성·공정성·전문성·경제성·원만성·비권력성·비정형성이라는 성격으로 인하여 하나의 분쟁해결 방식으로서, 홀륭

한 제도라고 할 수 있다. 무엇보다 각계의 전문가가 참여할 수 있고, 관계 당사자의 상호 양보에 의해 결론을 내린다는 것이 현대적 이상에 부합하는 장점이라고 생각한다. 문제는 조정담당자의 업무에 대한 성실한 집중을 어떻게 확보할 수 있는가이다. 그리고 조정제도의 존재 의의를 살리기 위하여는 조정절차를 강제적인 것으로 하는 것이 바람직하다고 생각한다.

한편 무과실책임보상제도와 과격행위자에 대한 가중처벌제도는 찬성하기 어렵다. 두 제도는 모두 당사자에 의해 악용될 여지가 있으며, 일반법 이론의 틀을 전반적으로 흐트리는 것이어서 현재로서는 수용하기 힘들다. 특히 이 제도가 목표로 하는 '과격행위 예방'은 범의식의 발전과 범집행의 합리화에 의해서 실현해야 하는 것이지, 필요 이상의 금전적 교섭이나 엄격한 처벌로써 추구해서는 안되는 일인 것이다.

의료배상공제회의 조직과 운영은 필요한 것이다. 다만, 이것을 형사책임의 감면제도와 연결시킬 것을 전제로 해서 판단할 때, 그 가입을 강제할 필요는 없다고 할 것이다.

그리고 책임배상보험제도의 경우 보험회사의 기업이윤을 위하여 보험료가 공제회비보다 높아질 가능성이 있으므로, 공제회 제도는 그 자체에 존재 의의가 있다.

의료사고에서 의사의 고의나 중대한 과실에 의한 것을 제외한 나머지 경우는, 그 행위의 반사회성을 인정하는 것이 쉽지 않다. 의업의 본질에 비추어 모든 의료과오(의사의 과실있는 의료사고)를 반사회적 행위로 보아 의사를 형사처벌하는 데에 국민적 합의가 이루어져 있다고는 생각하기 어렵다.

앞에서 소개한 방식에 의한 형사책임의 면제 또는 감경 제도를 지지한다. 다만 형벌의 범죄(사고)억지적 기능을 생각해 볼 때, 그 법의 해석과 운영은 엄격해야 할 것이다.

1995년에 정부가 확정하여 국회에 보낸 법안에는 앞에서 열거한 다섯 가지 요소 중 무과실책임보상 제도만을 제외하고 나머지가 모두 포함되어 있었다. 그 법안은 국회 상임위원회에서 매우 긍정적인 평가를 받고

있던 중이었다. 이것은 이 법안에 대한 법률가들과 정치인들의 동의를 뜻하는 것이었다. 그런데 대한의사협회의 일부가 갑자기 무과실책임보상 제도를 주장하며 그 법안의 통과를 반대하였다. 결국 그 법안은 국회 본회의에 상정되지 못하였다. '과도한 보호'에 대한 희망이 불러온 실수였다고 필자는 평가한다.

합리적 내용을 담은 특별법의 탄생을 기대한다.