

의료사고 관련 특별법 제정에서의 새로운 논쟁점

석 희 태*

- I. 서론
- II. 특별법제정 동향개요(도표)
- III. 주요쟁점에 관한 관견

I. 서론

의료사고 관련 특별법 제정의 논의는 20년 가까이 계속되어 왔다. 어느 시기에는 의사쪽의 강한 희망에 따라 추진되기도 하였고, 어느 시기에는 정부, 시민단체, 국회의원 등에 의해 추진되기도 하였다. 법안 내지 건의안의 내용은 중심적 입법추진자가 누구인가에 따라 서로 상당한 차이를 드러내었다. 그 만큼 법제정에 관심을 갖는 각 집단의 의료관, 사회관, 복지관, 정의관에 차이가 있음이다.

예컨대, 형사처벌특례나 무과실보상제 등에 대하여는, 사회경제적 강자인 의사집단 내지 의료기관에 대한 지난친 배려라는 비판론과 전문가 집단의 사회적 이탈방지와 국민일반에게 돌아갈 결과적 불이익을 방지하기 위해 불가피하다는 옹호론으로 대립한다.

한편 민사입증책임의 전환 등에 대하여는, 전문가 내지 복지활동주체에 대한 지나친 억압이라는 비판론과 비전문가인 국민일반 내지 사회경제적 약자의 국가규범질서에 대한 기본적 불신풍조의 예방과 그 이익의

* 경기대학교 법과대학 교수 / 법학박사

적정한 보호를 위해 불가피하다는 옹호론으로 차이를 드러내는 것이다.

법은 편파적이어서는 안된다. 어느 한 집단의 희망이나 이익만에 기여해서는 안되는 것이다. 그렇다고 소수의 이익이나 상대적으로 중요도가 낮은 이익에 얽매어 다수의 혹은 중대한 이익을 외면하는 것도 곤란하다. 오직 당대의 합리적·생산적 정의 관념에 부합하는 내용으로 법이 제정되는 것이 요망된다.

아래에서 1988년 이후의 특별법제정에 관한 주요 제안을 개관하고, 주요 쟁점에 관한 관견을 피력하고자 한다.¹⁾

1) 이 주제에 관해 필자는 여러차례 관견을 밝힌 바 있다. 주요쟁점에 관해서는 석희태, “최근 한국의료법학계의 주요과제 - 의료사고처리에 관한 특별법 제정의 동향 -” 「의료법학」제3권 제 2호(2002. 12) 참조

Ⅱ. 특별법 제정 동향 개요(도표)

사 기	제안주체	법률명칭	경과 및 결과
1998	대한의학협회	「의료사고처리특별법」시안	대한변호사회와 공동세미나에서 제기
1991	보건사회부	「의료피해구제법」시안	공청회 회부에 그침
1994	정부	「의료분쟁조정법」안	국회제출. 1995년 법사위 심의중 의료계 불만으로 중단 1996. 2 14대 국회 임기만료로 법안 폐기
1997	국회의원 김병태, 정의화 각각 독자적 제안	「의료분쟁조정법」안	1999년 보건복지위 의결 후 법사위 심의에서 합의 실패로 본회상정 못함 15대 국회임기만료로 법안 폐기
1997	보건복지부	「의료분쟁조정법」안	법무부 이견으로 차관회의 상정 못함
1997	대한의사협회	「의료분쟁조정법」시안	법무부 반대로 성안 안됨
1998	보건복지부	「의료분쟁조정법」안	법무부, 공정위, 행자부 등 반대로 관계부처 협의중단
2002	국회의원 이원형 외 43인	「의료분쟁조정법」안	2003년 국회공청회 후 보건복지위 소위에서 검토했으나 2004년 16대 국회 임기 만료로 법안폐기
2002	의료발전특별위원회	「의료분쟁조정법」시안	정부에 건의 하였으나 법무부, 공정위, 기획예산처 반대
2005	국회의원 이기우	「의료사고예방 및 피해구제에 관한 법률」시안	법안작성 및 논의 중
2005	경제정의실천시민연합	「의료사고피해구제법」시안	국회에 입법 청원

Ⅲ. 주요쟁점에 관한 관견

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 실현될 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.

흔히 엿들 수 있는 ‘의사는 사회적 강자, 환자는 사회적 약자’라는 사회역학적 전제논리는 근거가 희박한 과장논법이면서, 실용상 법적 정의 구현에 도움이 되지 않는 습관화된 도식논법이기 때문에, 그 탈피가 중요하다 하겠다. 무엇보다 이러한 국민의 생명건강 복지와 관련된 정의구현의 과제를 정치적 타산으로 접근하는 것은 「정의와 복지의 왜곡」을 불러올 가능성이 있으므로 배격되어야 할 태도이다.

이하에서 쟁점별 관견을 기술한다.²⁾

(1) 민사 입증책임의 전환

의료과오 민사책임을 추구하는 소송에서 종래 법원의 일반적 태도는 의료과오 행위를 불법행위로 전제하여 고의·과실 요건의 입증책임이 원고 즉 환자측에 있다는 원칙을 지켜 왔다.

이것이 의료의 특수성에 비추어 반드시 정의관념에 부합하는 것은 아니라는 비판이 다대하였던 것도 사실이다.

이에 대한 해결방안은 대개 세가지로 나타난다.

① 일응추정·표견증명 등의 논리에 의한 원고측 입증부담의 경감 방식, ② 법의 규정으로써 입증책임을 원고에서 피고에게로 전환시키자는 법정책적 방식, ③ 의료과오행위를 채무불이행으로 평가하여 고의·과실 요건의 입증책임이 원고가 아닌 피고 측 의사측에 있다고 하자는 원론적 방식 등이 그것이다.

일응추정 등의 이론에 관하여는 그것이 원고의 보호에 충분치 않다는 등, 논리적으로 설득력이 부족하다는 등의 비판이 가해진다.

채무불이행론에 관하여는 의료행위가 수단채무성을 지니므로 채무불이행사실의 증명과 고의과실 존재의 증명이 구분이 될 수 없게 되고, 따라서 여전히 부담은 존속하게 될 것이라는 비판이 가해진다.

입증책임의 법정책적 전환론에 관하여는 그것이 과연 법이론 전 체계 상 수용할 수 있을 만큼 전 국민의 법의식 내지 정의관념에 충실히 부합

2) 관견중 많은 부분은 논리전개상 필요하고 필자의 지론에 변함이 없으므로, 전제 논문의 내용을 그대로 전재하였음.

하는가라는 의문제기가 뒤따른다.

일반적으로 손해배상책임 성립요건의 입증책임 귀속 및 그 전환의 문제는 매우 중요한 법이론적 과제이다. 그것은 오랜 역사성과 국민총체적 정의관념이 관련되기 때문이다.

입증책임의 전환에는 명료한 법논리적 이유와 설득력 그리고 충분한 담론이 필요한 것이다.

의료과오민사책임요건에 관한 대법원의 태도와 논리는 최근 10여년간 상당히 진보하여 왔다. 1995년의 판결(대법원1995. 2. 10 선고, 93다52402판결)로 대표되는 대법원 판례이론은 원고의 과실과 인과관계 요건에 관한 일응증명과 피고의 인과관계 부존재에 관한 증명(타원인 개재의 항변)으로 요약되는 것인바, 아직 많은 비난점을 내포하고 있기는 하나 상당히 설득력 있고 실용적인 입장이라는 평가를 받고 있는 것이다.

현 단계에서는 판례이론과 학설의 풍부한 발전을 기대하면서, 국민적 담론을 전개해야 할 것이며 입법적 결단은 시기상조라고 본다.

(2) 무과실 책임보상제도와 과격행위자 가중처벌제도의 채용

이에 대하여는 찬성하기 어렵다. 두 제도는 모두 당사자에 의해 악용될 여지가 있으며, 일반법이론의 틀을 전반적으로 흐트리는 것이어서 현재로서는 수용하기 힘들다.

특히 이 제도가 목표로 하는 “과격행위 예방”은 법의식의 발전과 법집행의 합리화에 의해서 실현해야 하는 것이지, 필요 이상의 금전적 교섭이나 엄격한 처벌로써 추구해서는 안되는 일인 것이다.

(3) 독립적 조정절차의 신설

소송전 조정제도는 신속성·공정성·전문성·경제성·원만성·비권력성·비정형성이라는 성격으로 인하여 하나의 분쟁해결 방식으로서, 훌륭한 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 하겠지만, 임의적 절차로써도 상당한 성과를 거둘 수 있을 것으로 예측한다.³⁾ 시간과 비용 및 분위기 면에서 조정절차는 당사자를 위해 충분한 장점이 있기 때문이다. 상사중재제도나 언론중재제도의 성과는 많은 긍정적 사실을 시사한다.

(4) 의료배상공제회의 조직

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.

(5) 형사책임의 감면

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 생각하

3) 전계논문 제225면에서는 조정전치주의를 지지한바 있다.

기 어렵다.

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

(6) 법률의 명칭

앞에서(도표) 본바와 같이 지금까지 의료사고의 처리에 관련된 특별법 제정제안이 내걸었던 법률의 명칭은, ‘의료사고처리특례법’, ‘의료피해구제법’, ‘의료분쟁조정법’, ‘의료사고예방 및 피해구제에 관한 법률’ 등이었다.

생각건대 법률의 명칭은 가능한 한 그 내용을 포괄하여야 하고, 특별한 이유가 없는 한 특정주체 편향적이 아니라 중립적 공통적이어야 한다. 더욱이 어떤 주체의 위법적 내지 탈규범적 상태만을 강조하는 듯한 표제의 선택은 신중한 성찰을 요한다.

그런 점에서 의료분쟁조정만을 내걸거나, 환자측 피해구제만을 강조하는 명칭은 적절치 않다고 하겠다.

「의료사고처리특례법」혹은「의료복지증진 및 의료사고처리에 관한 법률」등이 타당하다고 본다.