

의료분쟁조정법상 의료사고보상사업의 헌법적 쟁점

전 광 석*

- I. 문제의 제기
 - 1. 판단대상인 법률 및 시행령의 시행상황
 - 2. 판단대상인 법률 및 시행령의 내용
 - 3. 문제 및 이 글의 구성
- II. 의료사고의 특수성과 권리구제에 대한 배려의 필요성
- III. 헌법소원심판청구의 적법요건에 대한 판단
 - 1. 헌법소원심판 청구요건 일반
 - 2. 이 사안에 있어서 헌법소원심판청구의 적법성
 - 3. 補論; 위임의 구체성과 헌법소원심판청구
- IV. 의료분쟁조정법의 권리구제방법
 - 1. 입법목적
 - 2. 조정 및 중재
 - 3. 의료배상 공제조합
 - 4. 불가항력에 의한 의료사고보상
 - 5. 손해배상금 대불제도
- V. 의료사고로 인한 피해와 무과실책임
 - 1. 쟁점
 - 2. 헌법과 과실책임의 원칙
 - 3. 무과실책임의 필요성과 가능성
 - 4. 의료사고보상과 무과실책임
- VI. 분만에 따른 의료사고에 있어서 무과실책임 및 비용분담의 문제
 - 1. 분만과 의료사고
 - 2. 심사기준
 - 3. 비례의 원칙에 따른 심사
- VII. 요약 및 정리

* 논문접수: 2012. 5.5. * 심사개시: 2012. 5.10. * 게재확정: 2012. 6. 8.

* 연세대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사

I. 문제의 제기

1. 판단대상인 법률 및 시행령의 시행상황

「의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률」(이하 ‘의료분쟁조정법’)은 2011년 4월 7일 제정되어 2012년 4월 8일 시행되었다. 의료분쟁조정법 제46조 불가항력 의료사고 보상에 관한 규정은 2013년 4월 8일 시행될 예정이다. 의료분쟁조정법 제46조의 위임에 의하여 이에 관한 구체적인 사항은 동법 시행령 제18조에서 제24조까지에 규정되어 있으며 이들 규정 역시 2013년 4월 8일 시행될 예정이다.

2. 판단대상인 법률 및 시행령의 내용

이 글에서 판단대상인 의료분쟁조정법 제46조는 다음과 같은 내용을 규정하고 있다. 첫째, 보건의료인이 충분한 주의의무를 다하였음에도 불구하고 불가항력으로 발생한 분만에 따른 의료사고에 대한 보상사업(이하 “의료사고 보상사업”)을 실시한다. 이는 무과실보상의 원칙을 선언한 것이다. 실제 지급절차에 관한 시행령의 규정은 이를 보다 명확히 하고 있다. 즉 (의료사고에서 보건의료인의 과실이 있는 경우에는 통상의 조정 및 중재절차를 거치며), 과실이 인정되지 않는다는 취지의 감정서가 제출되고, 해당 의료사고가 보상심의위원회의 심의 대상이 될 것으로 판단되는 경우에는 의료사고의 피해자에게 보상을 청구할 수 있다는 사실을 알려야 한다(시행령 제24조). 둘째, 의료사고 보상사업의 대상은 분만에 따른 의료사고로 인한 피해로서, 분만과정에서 생긴 뇌성마비와 분만과정에서의 산모 또는 신생아의 사망이다(시행령 제22조). 셋째, 의료사고 보상사업은 한국의료분쟁조정중재원(이하 “조정중재원”)이 실시하며, 이에 대한 결정은 의료사고보상심의위원회(이하 “보상심의위원회”)가 담당한다. 보상심의위원회는 위원장 1명을 포함하여 7명의 심의위원으로 구성된다. 심의위원은 산부인과 전문의 2명, 조정위원회

의 조정위원 중 2명, 감정단의 감정위원 중 2명으로 구성된다(시행령 제18조). 보상금은 3천만원의 범위에서 뇌성마비의 정도를 고려하여 보상심의위원회에서 결정한다(시행령 제23조). 넷째, 의료사고보상사업에 드는 비용은 보건복지부장관이 일부를 예산의 범위에서 지원할 수 있으며, 일부는 보건 의료기관개설자 등에게 분담하게 할 수 있다. 이에 대해서 자세히는 대통령령으로 정한다. 2012년 4월 8일 제정된 시행령에 의하면 국가가 70%, 그리고 보건 의료기관개설자 중 분담실적이 있는 자가 30%의 비용을 분담한다(시행령 제21조 제1항 제1호 및 제2호).

3. 문제 및 이 글의 구성

아래에서 살펴보는 바와 같이 의료사고는 일반 사고에 비해서 특수성이 있고, 또 그렇기 때문에 권리구제에 있어서도 특별한 배려가 필요하다. 그런데 의료분쟁조정법이 도입한 불가항력적 의료사고에 대한 보상은 다음과 같은 두 가지 문제를 제기한다. 첫째, 의료사고에 대해서 일반적인 책임법적 원리에 해당하는 과실책임의 원칙 대신 무과실보상을 도입하여 결과적으로 무과실책임을 부과하는 데에 정책적 및 헌법적 정당성이 있는가 하는 문제이다. 의료사고로 인한 피해를 구제하는 필요성은 인정할 수 있다 하더라도 그것이 무과실책임을 인정하는 방법을 선택할 필연성이 있는가 하는 질문이다. 둘째, 불가항력적인 의료사고에 대해서 보건의료인의 과실을 묻지 않고 보상을 하는 필요성을 인정한다 하더라도 그러한 방법에 의한 보상의 비용을 국가와 보건의료기관개설자 간에 7:3의 비율로 분담하도록 하여, 결국 보건의료기관개설자로 하여금 비용의 일부를 부담하도록 하는 데에 정당성이 있는가 하는 문제이다. 셋째, 무과실보상을 실시하고, 그리고 설혹 비용의 일부를 보건의료기관개설자로 하여금 분담하도록 하는 데에 정당성이 있다고 하더라도 이러한 제도를 의료사고 전반이 아니라 분만에 따른 의료사고에 한정하여 적용하는 것이 평등의 원칙에 위반되는가의 문제이다.

이 글은 위에서 제시한 세 가지 문제에 접근하기 위하여 다음과 같이 구성한다. 먼저, 의료사고로 인한 피해구제에 있어서 특별한 배려를 필요로 하는 배경은 무엇인가를 알아본다(II). 이때 비로소 의료분쟁조정법 자체의 정당성이 인정되고, 또 의료분쟁조정법상 권리구제의 특수성에 대한 전반적인 이해를 할 수 있기 때문이다. 심판대상인 조문에 대한 헌법적 판단을 위하여 우선 헌법소원심판청구의 적법요건을 살펴보고 이 사안이 그러한 요건을 충족하는가를 알아본다(III). 헌법실체법적 판단은 다음과 같이 구성한다. 먼저, 새로이 제정된 의료분쟁조정법이 예정하고 있는 특수한 권리구제의 내용과 절차, 및 조직에 대해서 알아본다(IV). 의료분쟁조정제도 전반을 이해하는 기초 위에서 분만에 따른 의료사고에 적용되는 의료사고보상제도가 갖는 위치를 알 수 있고, 또 다른 제도들과의 비교를 통하여 체계적 정당성을 판단할 수 있을 것이기 때문이다. 이어 위에서 제기한 문제들, 즉 무과실보상을 적용하는 헌법적 정당성(IV), 분만에 따르는 불가항력에 의한 의료사고에 한하여 의료사고보상제도를 도입하고 보상비용의 일부를 보건의료기관 개설자에게 부담하도록 하는 규정의 평등권적 관련성(VI)을 차례로 논의한다. 마지막으로 논의를 요약하여 정리하면서 글을 맺는다(VII).

II. 의료사고의 특수성과 권리구제에 대한 배려의 필요성

의료사고로 인한 피해구제에 대해서 특별한 배려가 필요하고, 따라서 특별한 권리구제에 관한 논의가 필요한 이유는 의료사고에는 다음과 같은 특성이 있기 때문이다. 첫째, 의료사고는 생명과 신체 등 중대한 법익을 침해하는 결과를 가져온다. 그리고 이러한 피해는 개인의 생활에 일반적으로 장기적인 영향을 미친다. 이는 소득활동을 중심으로 하는 경제적 생활뿐 아니라 일상생활 및 사회생활에 장애를 줄 수 있고, 그 결과 피해자로 하여금 사회의 일원으로 참여하는 기회를 상실시킬 수도 있다(피해의 중대성과 장기적 영

향력). 둘째, 의료조치는 보건의료인에 의하여 이루어지며, 이들은 과학적·전문적 지식을 보유하고 있다. 이에 비해서 일반 국민은 이러한 지식에 관한 보건의료인과 비대칭관계에 있다. 이러한 비대칭관계는 의료사고에 대한 권리구제에 있어서 보건의료인이 지배적인 영향을 미치는 상황을 가져올 수 있다. 이 점에서 보건의료인을 생체권력(bio-power)의 주체라고 칭하기도 한다(가해자와 피해자 간 지식의 비대칭성).¹⁾ 셋째, 건강 및 질병 그 자체가 갖는 특성으로 인하여 발생하는 문제이다. 이는 질병 치료에 있어서 수요와 공급의 측면에서 모두 나타난다. 의료수요자인 환자의 입장에서 보면 질병은 개인의 건강상태에 따라서 매우 다양한 현상으로 나타난다. 그리고 질병은 건강상태를 일탈하였다는 의미에서 자연적인 현상이지만, 일탈 여부 및 정도에 어느 정도 환자의 주관적인 판단이 개재된다는 특징이 있다. 의료공급의 측면에서 보면 환자의 상황이 위와 같이 다양한 만큼 이러한 상황에서 어떠한 의료조치를 취할 것인가에 대한 판단 역시 일률적으로 이루어지기는 힘들다. 보건의료인에게는 환자가 구체적인 상황에서 건강을 회복하는데 가장 효율적인 수단을 선택할 가능성이 보장되어야 한다.²⁾ 여기에는 해당 의료조치가 갖는 효과에 대한 예측가능성이 포함된다. 그런데 이러한 예측가능성은 다시 환자가 신체기능적 혹은 심리적으로 특수한 상황에 있는 경우(불가항력적인) 의료기술의 불완전성이 함께 작용하여 의료사고로 이어질 수 있다. 이와 같은 상황에서 전통적인 과실책임의 원칙은 효과적인 권리구제를 위하여 기능하는데 한계가 있다(책임실현의 어려움).

1) 이와 같은 보건의료인의 사회적 지위에 관한 인식은 푸코(Michel Foucault)의 연구에 의하여 본격적으로 정리되었다고 한다. 이에 대해서는 예컨대, 이종찬(편), 『한국의료 대논쟁』, 소나무, 2000, 제52면 이하 참조.

2) 이와 같은 진료의 재량과 그 한계에 대해서는 예컨대 서울고법 2007.1.18, 2006누16382 참조. 이밖에 건강보험제도와 관련하여 부과되는 제한 및 그 정당성에 대해서는 헌재결 2007.8.30, 2006헌마417 참조.

III. 헌법소원심판청구의 적법요건에 대한 판단

1. 헌법소원심판 청구요건 일반

헌법소원심판청구가 적법하기 위해서는 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 청구인 자신의 기본권이(자기관련성) 다른 국가작용을 매개하지 않고 직접, 그리고 현재 침해되어야 한다(침해의 직접성과 현재성). 헌법소원심판에는 청구기간의 제한이 있다. 즉 청구사유가 있음을 안 날로부터 90일 이내에, 또는 청구사유가 있는 날로부터 1년 이내에 헌법소원을 제기하여야 한다(헌법재판소법 제69조 제1항). 법령에 의하여 직접 기본권이 침해되는 경우에는 법령이 시행된 사실을 안 날로부터 90일 이내에, 그리고 법령이 시행된 날로부터 1년 이내에 청구하여야 한다.³⁾ 이밖에 다른 법률에 구체절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후가 아니면 헌법소원심판을 청구할 수 없다(보충성의 원칙)(헌법재판소법 제68조 제1항 단서).

2. 이 사안에 있어서 헌법소원심판청구의 적법성

이 사건 헌법소원심판청구의 쟁점은 분만에 따르는 불가항력의 의료사고에 있어서 무과실책임의 원칙에 기초하여 분만실적이 있는 보건의료인으로 하여금 보상비용을 일부 부담시키는 것이 보건의료기관개설자의 기본권을 침해하는가 여부이다. 이에 관한 근거규정은 의료분쟁조정법 제46조이다. 다만 의료분쟁조정법 제46조는 재량규정으로 형성되어 있으며, 시행령 제21조에서 보건의료기관개설자 중 분만실적이 있는 자가 비용의 30%를 부담하도록 규정하고 있다. 시행령 제22조 이하는 그밖에 의료사고보상사업의 구체적인 사항에 대해서 규율하고 있다. 다만 이들 규정은 유예기간을 두고 있어서 2013년 4월 8일부터 시행된다.

3) 헌재결 1993.11.25, 89헌마36, 5-2, 제424면; 2000.4.27, 98헌가16등, 12-1, 제443면; 2000.6.1, 98헌마216, 12-1, 제634면 등 참조.

가. 기본권 침해

의료분쟁조정법 제46조와 시행령 제21조는 함께 작용하여 분만실적이 있는 보건의료기관개설자의 직업의 자유 및 재산권을 침해하는 효과가 있는 것은 분명하다. 따라서 기본권 침해의 자기관련성은 충족된다.

법령에 대한 헌법소원에서는 해당 법령이 집행에 의하여 비로소 개인의 기본권적 지위에 영향을 미치는 경우 법령 그 자체가 아니라 집행행위가 헌법소원심판의 청구의 대상이 된다. 그러나 법령이 집행행위를 매개하지 않고 직접 개인의 기본권을 침해하는 경우에는 기본권 침해의 직접성 요건을 충족한다. 의료분쟁조정법 제46조가 청구인의 기본권을 직접 침해하는가에 대해서는 논의의 여지가 있다. 이 규정은 재량규정으로 형성되어 있기 때문에 하위 규범에 의한 구체화가 필요하고, 따라서 해당 하위 규범 혹은 해당 하위 규범의 집행행위를 통하여 비로소 청구인의 기본권이 침해된다고 볼 수도 있다.⁴⁾ 그러나 다른 한편 이 규정이 분만에 따른 의료사고에 대한 보상에 있어서 보건의료기관개설자로 하여금 일부 비용을 부담하는 입법적 전제 하에 그 구체적인 내용을 시행령에 위임한 것으로 볼 수 있다. 이 경우 그 구체적인 내용에 관계없이 비용부담에 관한 결정 자체가 집행을 기다리지 않고 청구인의 기본권을 침해한다고 볼 수도 있다.

이에 비해서 시행령 제21조는 분만실적이 있는 보건의료기관개설자에게 비용부담의 의무를 부과하고 있고, 또 그 부담비율을 30%로 명확히 하고 있다. 이 규정에 대해서도 청구인의 기본권은 시행령 제21조에 의하여 직접 침해되는 것이 아니라 조정중재원장의 부과처분이라는 집행행위를 거쳐서 비로소 침해된다는 주장이 있을 수 있다. 그러나 구체적인 부과처분에 이르기 전에 이미 시행령에서 비용부담의무를 명확히 하고 그 부담비율까지 확정하고 있으므로 그 자체로서 이미 청구인의 기본권을 직접 침해하는 것으로 보

4) 이러한 결정으로는 예컨대 헌재결 1998.4.30, 97헌마141, 10-1, 제504면; 2008.2.28, 206헌마1028, 20-1(상), 제323면; 2008.9.25, 2007헌마233, 20-2(상), 제597면 등 참조.

아야 한다. 이와 같이 시행령 제21조는 집행행위를 매개하지 않고 직접 개인의 기본권을 침해하는 효과가 있기 때문에 기본권 침해의 직접성 요건을 충족한다.

의료분쟁조정법 시행령 제21조는 1년의 유예기간을 경과한 후 2013년 4월 8일 시행된다. 따라서 현재 기본권을 침해하는 것은 아니라는 주장이 있을 수 있다. 그러나 현재 기본권을 침해하지 않은 경우에도 앞으로 기본권 침해가 있을 것으로 틀림없이 예상되며, 사실 상 기본권 침해의 위험이 발생하였다고 판단되는 경우에는 예외적으로 기본권 침해의 현재성의 요건을 충족하는 것으로 본다.⁵⁾ 이와 같은 관점에서 법령의 시행에 있어서 유예기간이 있는 경우 유예기간이 종료되는 시점이 아니라 법령의 제·개정 시점에 이미 기본권 침해의 현재성이 있는 것으로 본다.⁶⁾ 따라서 의료분쟁조정법 제46조 및 시행령 제21조에 대한 헌법소원심판청구는 기본권 침해의 현재성의 요건을 충족한다.

나. 청구기간

이 사건 헌법소원심판은 법령에 대한 헌법소원심판으로서 법령의 시행과 동시에 기본권을 침해하는 효과가 있기 때문에 법령이 시행된 사실을 안 날로부터 90일 이내에 청구하여야 한다.⁷⁾ 이 사건 심판대상인 조문과 같이 유예기간이 있는 경우 유예기간이 종료되는 시점이 아니라 법시행일이 청구기간의 기산점이다.⁸⁾ 따라서 이 기간 내에 청구하는 경우 이 사건 헌법소원심판청구는 청구기간을 준수한 것이다.

5) 헌재결 1992.10.1, 92헌마68등, 4, 제668면 이하; 1994.12.29, 94헌마201, 6-2, 제523면 이하; 1995.11.30, 94헌마97, 7-2, 제688면; 1996.8.29, 95헌마108, 8-2, 제175면; 2000.6.29, 99헌마289, 12-1, 제935면; 2000.5.25, 2003헌마715, 18-1(하), 제119면 등 참조.

6) 헌재결 1994.12.29, 94헌마201, 6-2, 제523면 이하; 1996.3.28, 93헌마198, 8-1, 제250면 이하; 2000.6.1, 99헌마553, 12-1, 제703면 이하 등 참조.

7) 위 각주 3) 참조.

8) 헌재결 1996.3.28, 93헌마198, 8-1, 제251면 이하 참조.

다. 보충성의 원칙

법원에서 법령의 효력을 직접 다투는 소송은 존재하지 않는다. 따라서 의료분쟁조정법 제46조 및 시행령 제21조의 효력을 다투는 이 심판청구는 다른 법률에 구체절차가 없는 경우에 해당하며,⁹⁾ 보충성의 원칙 역시 충족한다.

3. 補論: 위임의 구체성과 헌법소원심판청구

의료분쟁조정법 제46조는 분만에 따르는 불가항력의 의료사고에 있어서 실질적으로 무과실책임에 기초하여 의료사고보상사업을 실시하도록 하고 있지만 구체적인 사항에 대해서는 대통령령에 위임하고 있으며, 특히 보건 의료기관개설자의 비용부담을 재량규정으로 형성하고 있다. 그리고 시행령은 이러한 비용부담을 국가와 보건 의료기관개설자가 7:3으로 부담하도록 규정하고 있다. 의료사고보상사업에 있어서 누가 비용부담자인가, 그리고 비용부담의 비율을 어떻게 할 것인가는 보건 의료기관개설자의 기본권 실현에 있어서 본질적 사항에 해당한다. 따라서 이에 대해서 직접적 입법적 결정을 하지 않은 것은 입법권은 국회에 속한다는 헌법 제40조에 위반되고, 또 이에 대한 구체적인 범위를 정하지 않고 대통령령에 위임하였다는 점에서 보면 위임의 구체성을 요구하고 있는 헌법 제75조에 위반된다.

다만 이 규정은 위에서 지적한 바와 같이 보건 의료기관개설자의 비용부담 그 자체를 입법적으로 결정하는 내용을 포함하고 있는 한 기본권 침해의 직접성의 요건을 충족시키며, 위임의 불명확성 자체가 청구인의 기본권을 침해하는 것은 아니다. 따라서 위임의 구체성이 결여되었다는 이유로 헌법소원심판을 청구할 수는 없다. 위임이 구체성의 헌법적 심사기준은 의료사고보상사업을 위하여 보건 의료기관개설자에게 비용의 부과처분을 한 경우 이러한 처분의 취소를 구하는 소송을 제기하면서 처분의 근거가 되는 법률에

9) 대판 1994.4.26, 93부32; 헌재결 2003.10.30, 2001헌마700등, 15-2(하), 제149면 등 참조.

대한 위헌법률심판제청을 신청하는 경우 적용될 수 있을 것이다.

IV. 의료분쟁조정법의 권리구제방법

1. 입법목적

의료분쟁조정법은 위에서 설명한 바와 같은 의료사고의 특수성에 기초하여 수요자인 일반 국민과 공급자인 보건의료인의 상황을 함께 배려하는 목적으로 제정되었다. 구체적으로 일반 국민을 위해서는 의료사고로 인한 피해를 신속·공정하게 구제하고, 보건의료인을 위해서는 안정적인 진료환경을 조성하도록 하였다(의료분쟁조정법 제1조). 다만 전자의 목적이 뚜렷한데 비해서 후자의 목적은 보다 구체화되어야 한다.

2. 조정 및 중재

가. 조직

의료분쟁조정법은 의료사고를 둘러싼 의료분쟁을 신속·공정하고 효율적으로 해결하기 위하여 조정 및 중재제도를 두고 있다. 이를 관할하기 위하여 조정중재원을 설립한다(의료분쟁조정법 제6조). 조정중재원의 설립·운영에 필요한 경비는 정부출연금과 조정중재원의 운영에 따른 수입으로 충당한다(의료분쟁조정법 제15조). 의료분쟁의 조정 및 중재를 위하여 조정중재원에 의료분쟁조정위원회(이하 “조정위원회”)를 둔다. 이러한 업무를 지원하기 위하여 의료사고감정단(이하 “감정단”)을 둔다(의료분쟁조정법 제25조).

나. 조정

의료분쟁의 당사자 또는 대리인은 조정중재원에 분쟁의 조정을 신청할 수 있다. 당사자는 조정을 거치지 않고 직접 법원에 소송을 제기할 수 있으며

(의료분쟁조정법 제40조), 법원에 소를 제기한 경우 조정신청을 각하한다. 조정이 신청되면 조정부와 감정부가 지정되고 감정부의 감정서는 조정부에 제출된다(의료분쟁조정법 제27조). 조정부에서는 이해관계인이 출석하여 발언할 수 있다(의료분쟁조정법 제30조). 조정부는 조정신청이 있는 날로부터 90일 이내에 조정결정을 하여야 한다(의료분쟁조정법 제33조). 조정결정을 하는 경우 의료사고로 인하여 환자에게 발생한 생명·신체 및 재산에 관한 손해, 보건의료기관개설자 또는 보건의료인의 과실 정도, 환자의 귀책사유 등을 고려하여 손해배상액을 결정한다(의료분쟁조정법 제33조). 조정결정을 송달받은 신청인과 피신청인은 송달을 받은 날로부터 15일 이내에 동의 여부를 조정중재원에 통보하여야 한다. 15일 이내에 의사표시가 없는 경우 동의한 것으로 본다. 조정결정은 재판상 화해와 같은 효력이 있다(의료분쟁조정법 제36조).

다. 중재

의료분쟁의 당사자는 조정부의 결정에 따르기로 서면에 의한 합의를 하고 중재를 신청할 수 있다. 조정절차 계속 중에도 중재를 신청할 수 있다(의료분쟁조정법 제43조). 중재판정은 확정판결과 같은 효력이 있다(의료분쟁조정법 제44조).

라. 반의사불벌

의료사고로 인하여 업무상 과실치상죄가 성립된 경우에도 조정이 성립되거나 조정절차 중 합의가 성립된 때에는 피해자의 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없다. 다만 피해자가 신체의 상해로 인하여 생명에 대한 위험이 발생하거나 장애 또는 불난치의 질병에 이르게 된 경우에는 공소를 제기할 수 있다(의료분쟁조정법 제51조).¹⁰⁾

10) 이와 같이 예외 규정을 든 것은 업무상 과실 또는 중대한 과실로 인하여 중상해를 입은

3. 의료배상 공제조합

보건의료인단체 혹은 보건의료기관단체는 의료사고에 대한 배상을 목적으로 의료배상공제조합(이하 “공제조합”)을 설립·운영할 수 있다. 공제조합은 조합원이 납부하는 공제료를 재원으로 하여 운영한다(의료분쟁조정법 제45조).

4. 불가항력에 의한 의료사고보상

조정중재원은 보건의료인이 충분한 주의의무를 다했음에도 불구하고 불가항력으로 분만에 따른 의료사고로 인하여 피해가 발생한 경우 이를 보상하기 위한 사업을 실시한다. 이 법률의 내용에 대해서는 위 1.2.에서 설명하였으므로 생략한다.

5. 손해배상금 대불제도

의료사고로 인한 피해자가 조정 및 중재의 결과 배상액이 확정되었음에도 불구하고 배상금을 지급받지 못한 경우 조정중재원에 대불을 청구할 수 있다. 조정중재원이 손해배상금을 대불한 경우에 조정중재원은 해당 보건의료기관개설자 또는 보건의료인에게 그 대불금을 구상할 수 있다(의료분쟁조정법 제47조).

경우에도 공소를 제기할 수 없도록 하는 교통사고처리특례법 규정에 대해서 헌법재판소가 위헌 결정을 한 점을 고려한 것으로 보인다. 이에 대해서는 헌재결 2009.2.26, 2005헌마 764등, 21-1(상), 제156면 이하 참조.

V. 의료사고로 인한 피해와 무과실책임

1. 쟁점

의료분쟁조정법 제46조에 의한 의료사고 보상사업은 실질적으로 보건의료기관개설자에게 무과실책임을 부과하는 결과가 된다. 무과실책임을 법제화한 것이다. 이는 의료분쟁조정법 제46조 자체에서 보상의 요건으로 “보건의료인이 충분한 주의의무를 다하였음에도 불구하고 불가항력으로 발생”한 의료사고를 보상의 대상으로 하고 있고, 또 보상절차와 관련하여 시행령 제24조에서 “보건의료인의 과실이 인정되지 않는다”는 취지의 감정서가 제출되는 등의 요건이 갖추어진 경우 보상청구를 할 수 있다는 사실을 알려야 한다는 규정을 통하여 뚜렷하게 할 수 있다. 이는 일반적으로 책임법적 관계에서 과실책임의 원칙이 적용되는 것과 비교된다.

아래에서는 먼저 과실책임의 원칙이 헌법적 근거를 갖는가를 살펴본다. 책임법적 관계에서 과실책임의 원칙 대신 무과실책임의 원칙을 적용하는 것이 낫선 것은 아니다. 다만 과실책임의 원칙이 헌법적 근거를 갖는다면 무과실책임은 이를 제한하는 효과를 갖는다. 따라서 이러한 제한이 헌법적 정당성이 있는가의 여부에 대한 판단이 필요하다. 차례로 살펴보기로 한다.

2. 헌법과 과실책임의 원칙

헌법이 과실책임의 원칙을 책임법의 원칙으로 명시하고 있는 것은 아니다. 다만 다음과 같은 이유로 과실책임의 원칙은 헌법적 근거를 갖는 것으로 볼 수 있다. 먼저 기본권은 국가의 간섭을 받지 않고 자신의 생활영역에서 자율적인 결정을 할 수 있는 권리를 내용으로 한다. 그리고 이러한 자기결정권은 적극적으로 보면 자기결정에 의하여 발생한 결과에 대해서 스스로가 책임을 부담하여야 한다는 내용을 포함한다. 자기결정권은 소극적으로는 자신의 결정에 의한 행위가 아닌 다른 사람의 행위에 의하여 책임이 부과되어서는

안 된다는 내용을 갖는다. 모든 개인은 스스로가 목적성을 가지며, 다른 목적을 달성하기 위하여 수단화되어서는 안 된다는 내용이 포함되어 있는 인간의 존엄 조항이 자기책임의 원칙의 가장 기본적인 근거가 된다.¹¹⁾

3. 무과실책임의 필요성과 가능성

가. 원칙과 예외

위와 같이 과실책임의 원칙이 헌법적 근거가 있지만 헌법이 과실 없이 발생한 피해에 대한 권리구제를 전적으로 부인하고 있는 것은 아니다. 다만 과실책임의 원칙에 대한 예외를 인정하여 무과실책임의 원칙을 적용하기 위해서는 이를 정당화할만한 사유가 존재하여야 한다. 예컨대 자동차사고와 관련하여 동승자에게 발생한 피해에 대해서 과실책임의 원칙을 적용할 것인가의 여부 등의 문제를 단순히 입법정책적 사안이라고 볼 수는 없다.¹²⁾ 만약 이러한 문제가 입법정책적 문제라면 과실책임의 원칙이 헌법적 근거를 갖는다는 논리는 더 이상 타당하지 않을 것이기 때문이다. 과실책임의 원칙에 대한 예외로서 무과실책임의 원칙을 적용하는 계기로 다음과 같은 유형이 있다.

나. 위험원에 대한 지배와 행위책임

가해자가 위험이 발생할 가능성이 높은 생활관계인 위험원(危險源)을 지배하는 위치에 있으면서 본인의 이익을 위하여 혹은 본인의 유인에 의하여 타인을 접근시킨 경우이다. 이 경우 가해자는 위험이 발생할 개연성을 인식한 것이기 때문에 이에 상응하는 책임을 묻더라도 이러한 책임이 기대가능성이

11) 이에 비해서 헌법재판소는 자기책임의 원칙 및 과실책임의 원칙의 헌법적 근거로 헌법 제119조 자유주의경제질서 혹은 헌법 제10조 행복추구권을 들고 있다. 헌재결 1998.5.28, 96헌가4등, 10-1, 제534면 이하; 2005.7.21, 2004헌가30, 17-2, 제14면 등 참조. 자기책임원칙의 헌법적 근거에 관한 논의로는 예컨대 김주경, “도로교통법 제71조의 15 위헌제청사건-헌재결 2005.7.21, 2004헌가30-”, 헌법판례연구 7(2005), 제319면 이하 참조.

12) 이를 입법정책적 문제라고 보는 결정으로는 헌재결 1998.5.28, 96헌가4등, 10-1, 제533면 참조.

없다고 볼 수는 없다. 가해자의 이익이나 유인과 같은 계기가 존재하지 않는 경우에도 피해자의 권리를 구제하는 것은 중요한 법적 과제이다.¹³⁾ 그러나 가해자 본인의 이익이나 유인이라는 상황이 존재하지 않으면서 단순히 해당 생활관계에서 위험이 발생할 가능성이 높다는 이유만으로 무과실책임을 부담시키는 것은 피해자의 권리구제를 위해서 가해자의 이익을 지나치게 희생시키는 것으로 과실책임의 원칙에 대한 예외를 인정하는 사유라고 보기 힘들다.¹⁴⁾ 피해자의 권리구제의 중요성을 인식하는 경우 이는 가해자에게 무과실책임을 인정하는 방법이 아닌 다른 방법이 강구되어야 할 것이다.

위와 같은 관점에서 보면 헌법재판소가 자동차손해배상보장법 제3조 단서 제2호 위헌제청사건에서 교통사고가 발생한 경우 무상동승 혹은 호의동승의 경우에도 무과실책임에 의하여 배상책임을 부담시키는 규정을 합헌으로 결정한 것은 검토가 필요하다. 헌법재판소가 이 규정에 대해서 합헌결정을 한 논거는 다음과 같다. 첫째, 교통사고에 있어서는 사고당사자들의 책임소재를 밝히기 어렵고 그것을 소송절차에서 입증하기 힘들다. 둘째, 교통사고 피해에 있어서는 가해자의 책임 보다는 피해자에 대한 공평하고 타당한 보상이 더 중요한 법적 과제이다. 셋째, 따라서 교통사고 피해에 대한 권리구제에 있어서 운전자에게 어느 정도의 책임을 지울 것인지는 입법정책적인 문제이다.¹⁵⁾

사실 위와 같은 논리는 헌법재판소가 부인하고 있기는 하지만 위험책임을 넘어서서 결과책임에 가까운 것으로 보아야 한다. 공평하고 타당한 권리구제가 중요한 법적 과제라고 하면서도 가해자의 피해에 대한 행위책임은 전혀 중요한 비중을 차지하고 있지 못하기 때문이다. 헌법재판소의 논리 중 주목을 해야 하는 것은 우리나라에서 자동차운전자는 책임보험에 의무적으로 가입하여야 하며(자동차손해배상보장법 제5조), 따라서 배상액의 상당 부분은 책임보험에 의하여 충당될 수 있다는 사정을 제시한 것이다. 따라서 만약 책

13) 헌재결 1998.5.28, 96헌가4등, 10-1, 제532면 참조.

14) 이에 관한 다른 나라의 입법례에 대해서는 아래 각주 16) 참조.

15) 헌재결 1998.5.28, 96헌가4등, 10-1, 제536면 이하 참조.

임보험에 의하여 가해자의 배상부담을 경감시키는 제도가 없는 경우에도 해당 심판대상인 규정에 대해서 합헌결정을 할 수 있는지는 의심스럽다. 그러나 책임보험에 의한 보상의 범위를 넘는 경우가 얼마든지 있을 수 있고, 그 정도가 가해자에게 기대할 수 없는 경우도 있을 것이기 때문에 책임보험에 의한 보상의 가능성만으로 무과실책임을 부과하는 정당성이 있다고 보기는 힘들다.¹⁶⁾

다. 위험책임과 무과실책임

가해자가 위험이 발생할 가능성이 높은 생활관계 혹은 시설을 지배하고 있으면서 동시에 생활관계 혹은 시설의 특성으로 인하여 과실이 없이도 과학기술적인 한계로 인하여 피해가 발생할 수 있어 과실책임을 요건으로 해서는 피해에 대한 구제가 거의 불가능하다고 인정되는 경우가 있다. 원자력손해배상법이 무과실책임에 의한 손해배상을 인정하는 것이 대표적인 예이다(원자력손해배상법 제3조).

원자로의 운전 등으로 인한 원자력 피해는 핵연료물질의 방사선 작용 등이 고도의 기술과 관련된 행위로서 현재의 과학기술에 비추어 충분한 주의의무를 다한 경우에도 발생할 가능성이 있다. 이 경우에도 과실책임을 적용한다면 경우 피해에 대한 구제는 거의 이루어질 수 없다. 이는 전형적인 위험책임에 해당하며, 따라서 원자력손해배상법은 무과실책임의 원칙을 명백히 한 것이다. 위에서 설명한 자동차사고로 인한 피해의 경우 운행자가 자동차라는 위험원을 지배하고 있기는 하지만 주의의무 위반에 대한 판단에 기초하여

16) 실제 외국의 입법례를 보면 호의동승의 경우에도 운전자에게 무과실책임을 부담시키는 입법례는 드물다. 영국과 미국은 과실책임을 적용하고, 독일, 스위스, 그리고 일본에서는 엄격한 책임을 묻지 않고 책임을 감경하고 있다. 프랑스의 경우 무과실책임을 인정하고 있으나 피해자의 과실이 사고의 원인인 경우에는 운전자의 면책을 인정하고 있다고 한다. 현재결 1998.5.28, 96헌가4등, 10-1, 제537면 참조. 예컨대 형법에서 위험사회가 전개되면서 위임책임을 인정할 필요성은 증가하지만 이 경우 전통적인 행위책임과 긴장관계가 발생하는 문제에 대해서는 예컨대 김영환, “위험사회의 책임구조 변화”, 허영(편), 『세계화와 법적 과제』, 경세원, 2008, 제153면 이하 참조.

가해자의 책임과 피해자에 대한 권리구제의 필요성이 조정될 가능성이 있는 경우와 비교된다. 이러한 원칙을 유지하면서 피해자의 권리구제를 의하여 충실한 방법론을 모색하는 것은 별개의 입법정책적인 문제이다. 그럼에도 불구하고 헌법재판소가 원자력손해배상법과 자동차손해배상보장법에 의한 책임의 성격을 같은 것으로 분류한 것은 옳지 않다.¹⁷⁾

라. 근로자보호의 헌법적 요청과 무과실책임

헌법 제32조는 노동의 기회와 함께 노동환경에 관한 권리를 보장하고 있다.¹⁸⁾ 이를 실현하는 대표적인 법률이 근로기준법과 산업재해보상보험법이다. 고용관계는 사용자와 근로자인 당사자가 대등한 관계에서 계약에 의하여 성립된다. 그러나 근로자가 고용관계에 진입하면 근로자는 사용자의 이익에 기여하는 활동을 하며, 사용자의 지시 및 명령에 종속되는 인적 종속성을 갖는 관계에서 사용자는 근로자의 업무를 지배하며, 이에 상응하여 근로자를 보호할 의무를 진다. 이러한 의무는 근로기준법에 업무상 부상 또는 질병이 발생한 경우 사용자에게 재해보상의 의무를 부과하고, 이는 무과실보상의 성격을 갖는 형태로 구체화되었다(근로기준법 제78조 이하). 또한 사용자와 근로자 간의 법률관계에서 재해보상을 보다 안정적으로 실현하기 위하여 국가가 보험자가 되어 운영되는 산업재해보상보험법으로 발전하였다.¹⁹⁾ 이 법에 의하여 업무상 발생한 부상 또는 질병에 대해서 공적 급여가 지급되며, 이때 역시 업무상 부상 또는 질병이 발생한 데에 사용자의 과실이 급여의 요건은 아니다.²⁰⁾ 그리고 이러한 무과실보상에 상응하여 보상이 이루어지는

17) 이 밖에 헌법재판소는 환경정책기본법과 근로기준법을 무과실책임을 두고 있는 예로 들고 있다. 그러나 근로기준법 상 재해보상에 있어서 무과실책임을 적용되는 것은 위험 책임을 근거로 하는 것이 아니라 아래에서 보는 바와 같이 근로자의 보호라는 전혀 다른 논거에 기초해 있다. 아래 라. 참조.

18) 헌재결 2007.8.30, 2004헌마670, 19-2, 제305면 참조.

19) 이러한 방법론의 진화에 대해서는 전광석, 『한국사회보장법론』, 집현재, 2012, 제382면 이하 참조.

20) 대판 1981.10.13, 81다카351; 1994.5.24, 93다38826 등 참조.

범위 내에서 사용자의 책임은 면제되도록 하고 있다.²¹⁾

4. 의료사고보상과 무과실책임

가. 이론적 접근

(1) 예외적으로 무과실책임을 적용하는 정당성?

의료사고는 위 II.에서 설명한 바와 같은 특성이 있으며, 따라서 권리구제에 있어서도 특별한 배려가 필요하다. 의료분쟁조정법이 제정된 이유도 여기에 있다. 그렇다고 의료사고의 피해자에 대한 권리구제가 전적으로 입법정책적 문제이며 헌법적 평가의 대상이 아니라고 할 수는 없다.²²⁾ 이는 의료분쟁조정법 자체에서도 명확히 하고 있다. 위에서 설명한 원자력손해배상법 및 근로기준법은 원자력 피해구제 혹은 근로자에 발생한 업무상의 재해에 대한 보호에 입법목적이 있다. 이에 비해서 의료분쟁조정법의 입법목적이 이에 한정되어 있지는 않다. 즉 의료분쟁조정법은 의료사고로 인한 피해에 대한 신속·공정한 피해구제와 보건의료인에 대한 안정적인 진료환경의 조성을 균형 있게 입법목적으로 제시하고 있다(의료분쟁조정법 제1조).

의료조치는 생명 및 신체를 대상으로 하고 있으며, 따라서 의료조치를 제공하는 업무는 위험원(危險源)로서의 성격을 갖는다고 할 수 있다. 그러나 위험원의 성격을 어느 정도 갖고 있다는 이유만으로 피해구제에 있어서 과실책임의 원칙에 대한 예외를 인정할 수 있는 것은 아니다. 과실책임의 원칙에 대한 예외를 인정하기 위해서는 보건의료인이 위험이 발생할 가능성이 높은 생활관계를 지배하며, 동시에 의료기술의 예측가능성의 한계, 그리고 피해의 광범위성으로 인하여 충분한 주의의무를 했음에도 불구하고 피해가 발생할 가능성이 있으며, 이와 같은 이유에서 과실책임의 원칙을 적용할 경우 피해에 대한 구제가 거의 불가능한 영역이라고 볼 수 있어야 한다. 그런데 의료조

21) 산업재해보상보험법의 다양한 기능에 대해서는 전광석, 전계서, 제384면 이하 참조.

22) 위 각주 12) 참조.

치가 이러한 유형에 해당한다고 볼 수는 없다. 이는 의료분쟁조정법이 이 글에서 다루는 분만에 따르는 의료사고 이외의 경우에는 과실책임의 원칙을 그대로 유지하고 있는 태도에서도 알 수 있다.²³⁾ 또 이 점에서 의료분쟁조정법은 위험원을 지배하는 생활관계임과 동시에 과학기술적인 불완전성을 이유로 과실책임을 적용하는 경우 권리구제가 거의 불가능해지는 원자력손해배상법과는 체계를 달리한다.²⁴⁾

오히려 의료조치의 경우 의사의 의료행위와 환자의 특별한 신체 및 심리상황이 함께 작용하여 의료사고가 발생하는 경우도 얼마든지 있다. 이러한 이유에서 의료분쟁에 있어서 과실책임을 엄격히 적용하지 않고 피해를 구제할 수 있는 방법을 입법적으로 구상할 수 있다. 그러나 과실책임 자체를 부인하고 무과실책임을 적용하도록 하는 것은 헌법상 근거를 갖는 자기책임의 원칙을 위반한다. 이에 대한 예외를 인정할 만한 정당화 사유가 없기 때문이다.

(2) 직업의 자유, 재산권과 과잉금지의 원칙

의료사고 피해에 대한 권리구제에 있어서 실질적으로 무과실책임을 적용하는 것은 보건의료인의 직업행사의 자유와 재산권을 침해한다. 이미 언급한 바와 같이 무과실책임을 적용하여 의료사고로 인하여 발생한 피해를 구제하는 목적 자체는 정당성이 있다(목적의 정당성). 그러나 의료행위는 보건의료인의 직업행위로서 국가의 간섭을 받지 않고 자유롭게 실현될 수 있어야 한다. 또 이는 직업행위이기 때문에 적정한 수익성이 보장될 수 있도록 형성되어야 한다.²⁵⁾ 따라서 보건의료인에게 본인의 귀책사유가 없이 직업적 및

23) 이에 대해서는 아래 나. (1) 참조.

24) 위 V. 3. (3) 참조.

25) 이에 대해서는 전광석, "국민건강보험의 법률관계-헌법적 접근의 가능성", 『의료법학』, 제2권 제1호, 2001, 제304면 이하; Josef Isensee, "Das Recht des Kassenarztes auf angemessene Vergütung", Vierteljahresschrift für Sozialrecht(1995), 제345면 이하; Rainer Hess, "Angemessenheit der Vergütung und angemessenes Arzthonorar-aus der Sicht der ärztlichen Selbstverwaltung", Vierteljahresschrift für Sozialrecht(1995), 특히 제375면 이하 등 참조. 이밖에 BVerfGE 88, 제144면 이하, 특히 제159면 이하 참조.

경제적 불이익을 가하는 것은 직업의 자유 및 재산권을 제한하는 효과를 갖는다. 이러한 직업의 자유에 대한 제한이 정당성을 갖기 위해서는 그러한 제한의 목적이 정당하여야 할 뿐 아니라, 취해지는 수단이 목적을 달성하기 위하여 적합하여야 하고(수단의 적합성), 또 목적에 기여하는 여러 수단 중 기본권 제한을 최소화하는 수단이 선택되어야 한다(침해의 최소성). 마지막으로 제한되는 기본권적 이익과 이를 제한하여 얻는 공익이 균형관계에 있어야 한다(법익 균형성).²⁶⁾

의료사고로 인하여 발생한 피해의 구제라는 목적을 달성하기 위하여 보건 의료인에게 과실이 없음에도 불구하고 실질적으로 보상책임을 묻는 것은 적절하고 합리적인 방법이라고 할 수 없다.²⁷⁾ 이는 보건의료인의 자기책임의 원칙에 위반되기 때문이다. 의료분쟁조정법은 의료사고로 인한 피해의 특수성과 보건의료인의 직업적 특수성을 모두 고려하여 조정과 중재라는 방법을 고안하고 있다.²⁸⁾ 이에 비해서 무과실책임을 적용하는 것은 한편으로는 보건의료인의 직업의 자유를 위축하는 효과가 있으며, 다른 한편 본인의 귀책사유 없이 경제적 불이익이 가해지는 결과가 된다. 따라서 무과실책임을 적용하는 것은 최소침해의 원칙에도 반한다. 보건의료인에게 무과실책임을 부과하는 것은 법익균형의 원칙에도 반한다. 보건의료인으로서 충분한 주의의무를 다했음에도 불구하고 비용부담의 책임을 부과하는 것은 의료사고로 인한 피해구제가 조정 및 중재 등의 방법으로 이루어질 수 있다는 점을 고려하면 침해되는 기본권적 법익의 정도가 중대하기 때문이다.

26) 과잉금지의 원칙에 관한 최근 문헌으로는 예컨대 황치연, “과잉금지원칙”, 『헌법재판 주요 선례연구』, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2012, 제235면 이하 참조.

27) 이에 대해서 자세히는 아래 V. 3. (2). 1) 참조.

28) 위 IV. 2. 참조.

나. 체계적 접근

(1) 의료분쟁조정법의 체계

실제 위에서 설명한 바와 같은 이유에서 의료분쟁조정법은 일반적으로 의료사고로 인한 피해에 대한 구제를 형성함에 있어서 과실책임의 원칙을 유지하고 있다. 다만 의료사고의 특수성을 고려하여 보건의료인의 이익과 환자의 이익을 절충하는 가능성을 법제화하고 있다. 이는 의료분쟁조정법상 조정위원회의 구성에 대표적으로 나타나 있다. 조정위원회는 5분의 2는 판사·검사 또는 변호사의 자격이 있는 사람을, 5분의 1은 보건의료에 관한 학식과 경험이 풍부한 사람으로서 보건의료단체 또는 보건의료기관단체에서 추천한 사람을, 5분의 1은 소비자권익에 관한 학식과 경험이 풍부한 자로서 비영리민간단체에서 추천한 사람을, 그리고 5분의 1은 대학 등에서 부교수급 이상 또는 이에 상당하는 직에 있거나 있었던 사람으로서 보건의료인이 아닌 사람으로 구성하도록 하고 있다(의료분쟁조정법 제20조). 중립적인 지위에 있는 법률전문가, 보건의료인과 소비자를 대표하는 자, 그리고 공익을 대표하는 자가 균형 있게 참여할 수 있도록 배려하고 있음을 할 수 있다. 실제 조정부에는 판사를 포함하여 법률전문가가 2명, 그리고 각 분야에서 1명씩 참여하도록 하고 있다(의료분쟁조정법 제23조). 결국 의료분쟁조정에 있어서 보건의료인의 이익과 의료사고피해자의 이익이 균형 있게 대표되도록 하고, 공익인사가 참여하는 구조 속에서 조정이 이루어지도록 하고 있다. 이로써 의료분쟁조정법은 의료사고로 인한 피해구제에 과실책임의 원칙이 적용되는 소송에 비해서 피해자에게 권리구제의 가능성을 제고하는 조직법적 배려를 하고 있다. 이밖에 의료분쟁조정법은 대불제도 등을 통하여 실제 배상이 실행될 수 있도록 하는 조치를 취하고 있다.

그러나 다른 한편 의료분쟁조정법이 일방적으로 피해자의 권리구제를 우선하는 법익으로 인정하고 있는 것은 아니다. 이는 위에서 살펴본 바와 같이 의료분쟁조정의 조직법적인 내용 뿐 아니라 실체법적으로는 과실책임의 원

칙을 그대로 유지하고 있는 점에서도 알 수 있다. 이밖에 반의사불벌제도를 도입하여 조정이 이루어진 경우 공소제기의 가능성을 제한하는 규정(의료분쟁조정법 제51조), 보건의료인의 위험분산을 위하여 의료배상공제조합의 설치근거를 둔 점(의료분쟁조정법 제45조) 등은 의료분쟁조정법이 피해의 구제 뿐 아니라 보건의료인의 안정적 진료가능성을 보장하는데 균형 있게 비중을 두고 있다는 것을 알 수 있다.

(2) 체계일탈의 정당성?

의료분쟁조정법 제46조는 분만에 따르는 의료사고에 한해서는 보건의료기관개설자에게 일부 비용을 부담하게 하여 실질적으로 무과실책임을 부과하고 있다. 이는 다른 책임법적인 체계, 그리고 의료분쟁조정법 자체의 체계와 별도의 선택을 한 것이다. 입법자는 선택한 가치체계가 일관성을 갖도록 하여야 하며, 이는 다른 체계와의 관계에서(체계 간 정당성), 그리고 같은 법률체계 내에서 존중되어야 한다(체계내적 정당성).²⁹⁾ 다만 입법자가 선택한 체계가 일탈하는, 이른바 체계부정합이 나타나는 경우 이것이 곧 헌법 위반은 아니다. 적극적으로 보면 이와 같이 체계를 일탈하는 정당성이 있는 경우 헌법에 위반되는 것은 아니다. 그러나 소극적으로 보면 체계일탈의 정당성이 없는 경우에는 평등의 원칙에 위반하게 된다.³⁰⁾

원자력손해배상법의 경우 이미 앞에서 언급한 바와 같은 이유에서 무과실책임에 따른 권리구제를 하도록 하고 있다. 그러나 의료사고로 인한 피해는 원자력손해배상법과 같은 특성을 공유하지 않는다.³¹⁾ 그럼에도 불구하고 분만에 따르는 의료사고에 대해서 실질적으로 무과실책임을 인정하고 있는 것은 다른 상황을 같게 취급한 것으로 정당성이 없다. 체계내적으로 보면 의료

29) 헌재결 2003.6.26, 2001헌마699, 15-1, 제764면; 2003.9.25, 2003헌바16, 15-2(상), 제301면 이하; 2004.11.25, 2002헌바66, 16-2(하), 제333면 이하 등 참조.

30) 이에 대해서는 전광석, 『한국헌법론』, 집현재, 2011, 제261면 이하 참조.

31) 위 V. 3. (3) 참조.

분쟁조정법은 위에서 설명한 바와 같이 과실책임의 원칙을 유지하면서 피해자의 권리구제와 보건의료인의 안정적 진료환경을 조성하는 목적으로 조정 및 중재제도를 도입하였다. 그런데 분만에 따르는 의료사고에 한하여 무과실책임을 적용하는 것은 의료분쟁조정법에서 입법자가 선택한 체계를 일탈한다. 다만 이미 언급했듯이 이러한 체계일탈이 곧 헌법에 위반되는 것은 아니며, 그러한 체계일탈에 정당한 사유가 있는가의 여부가 중요한 쟁점으로 나타난다. 아래에서 이 문제에 대해서 살펴보기로 한다.

VI. 분만에 따른 의료사고에 있어서 무과실책임 및 비용분담의 문제

1. 분만과 의료사고

의료조치는 비정상적인 건강상태를 정상적인 상태로 회복시키기 위한 목적의 조치이다. 이에 비해서 분만은 비정상적인 건강상태라고 할 수는 없다. 그러나 분만에 있어서도 의료과학적 및 기술적인 조치가 필요하다는 점에서 보건의료인의 업무영역에 속한다. 그리고 분만에 있어서도 다른 의료조치와 마찬가지로 보건의료인의 주의의무가 요구된다. 따라서 분만에 따르는 의료사고로 인한 피해를 구제하는 데 있어서 원칙적으로 과실책임의 원칙이 적용된다. 그럼에도 불구하고 의료분쟁조정법이 분만에 따르는 의료사고에 한하여 다른 의료사고와는 차별하여 실질적으로 무과실책임을 인정하는 정당성이 있는가에 대한 검토가 필요하다.

2. 심사기준

의료분쟁조정법은 일반적인 의료사고와 분만에 따른 의료사고에 대한 책임관계를 차별하여 취급하고 있다. 즉 전자의 경우에는 과실책임의 원칙을

적용하고, 후자의 경우에는 무과실보상을 위한 비용을 일부를 부담시키고 있다. 평등권 심사에 있어서 차별은 일반적으로 자의금지의 원칙에 의하여 합리적 이유가 있으면 정당화된다. 그러나 헌법이 직접 차별을 금지하는 기준에 따른 차별이 이루어지거나, 차별금지영역에서 차별이 이루어진 경우, 그리고 차별취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한이 가해지는 경우에는 차별취급의 목적과 수단 간의 비례관계가 성립하는가의 여부에 대한 심사가 필요하다.³²⁾

일반적인 의료사고와 분만에 따른 의료사고에 대한 차별취급은 헌법이 명시적으로 차별을 금지하는 사안에 해당하지는 않는다. 그러나 의료사고의 경우 일반적으로 과실책임의 원칙을 적용하고, 이에 비해서 분만에 따르는 의료사고에 한하여 의사에게 충분한 주의의무를 다하였음에도 불구하고 일부 비용부담의 책임을 지우는 것은 분만에 종사하는 보건의료기관개설자에게 자기책임에 의하지 않은 과도한 경제적 부담을 준다. 그리고 그 결과 직업의 자유를 위축시키고, 또 재산적 불이익을 가한다는 의미에서 직업의 자유 및 재산권을 중대하게 제한하는 효과가 있다. 따라서 이 사안은 비례의 원칙에 의한 평등권 위반 여부가 심사되어야 하는 경우에 해당한다.³³⁾

3. 비례의 원칙에 따른 심사

가. 목적의 정당성; 특별한 보호의 필요성

분만에 따르는 의료사고에 있어서 무과실보상을 하는 입법목적이 어디에 있는가는 명확하지 않다. 다음 몇 가지를 생각할 수 있다. 첫째, 개인적인 차원에서의 보호의 필요성이다. 즉 분만사고는 특히 신생아가 피해자인 경우

32) 헌재결 1999.12.23, 98헌마363, 11-2, 제787면 이하; 2001.2.22, 2000헌마25, 13-1, 제404면 이하 등 참조.

33) 기본권에 대한 중대한 제한이 있다는 이유로 비례의 원칙에 따른 심사가 이루어진 예로는 헌재결 2003.3.27, 2002헌마573, 15-1, 제336면; 2003.9.25, 2003헌마30, 15-2(상), 제510면; 2006.3.30, 2005헌마598, 18-1(상), 제447면; 2009.2.26, 2005헌마764등, 21-1(상), 제175면 등 참조.

그 피해의 과급효과가 전 생애에 이르기 때문에 특별한 보호의 필요성이 있다. 둘째, 사회적 보호의 차원이다. 현재 우리 사회는 극심한 저출산의 경향을 보이고 있다. 저출산의 원인은 다양하다. 가족 형성의 시기가 점차 늦어지고 그 결과 여성이 임신을 포기하거나 꺼리는 상황, 여성의 경제적 및 사회적 참여가 활발해지면서 임신과 분만으로 인하여 이러한 활동을 중단하거나 포기하여야 하는 상황, 그리고 이러한 상황에서 임신과 분만 후 이전의 사회적 및 경제적 활동에 복귀하는 가능성이 낮다는 사실에 대한 우려, 양육문제가 아직 사회화되어 있지 않기 때문에 여성이 취업 후 일과 가정을 병립하기 어려운 상황, 우리 사회에 특유한 자녀 교육의 어려움, 특히 사교육비 지출의 부담 등이 함께 작용하여 세계적으로 가장 낮은 출산율을 보이고 있다. 이러한 상황에서 분만에 따르는 의료사고는 부모 등 가족에게는 또 다른 부담으로 작용하며, 따라서 이러한 위험에 대한 사회적 보호의 필요성 때문에 분만에 따르는 의료사고 보상사업을 도입하였다고 볼 수 있다.

위와 같이 의료사고보상사업을 실시하는 개인적 및 사회적 차원에서의 목적은 모두 정당하다. 전자, 즉 개인적 차원의 입법목적은 질병에 대한 사회적 보장(헌법 제34조) 및 가족부담의 경감을 통한 가족의 보호(헌법 제36조)라는 공익에 기여한다. 후자, 즉 사회적 차원은 출산율의 증진을 통하여 우리 사회의 지속가능성을 보장하는 목표에 기여하는 효과가 있다. 그러나 분만에 따르는 의료사고에 한하여 무과실책임에 기초하여 보건의료기관개설자에게 보상비용의 일부를 부담시키는 수단이 이러한 목적을 달성하기 위하여 적합한 수단인가, 적합한 여러 수단 중에 기본권을 최소한으로 제한하는 수단인가, 그리고 법익균형성을 충족하는가는 아래에서 살펴보는 바와 같이 의문이다.

나. 수단의 적합성과 최소침해성, 그리고 법익균형성

(1) 적합성; 사법적 수단에 의한 공적 목적의 실현 시도

수단의 적합성에 대한 판단에 있어서 입법재량이 널리 인정된다.³⁴⁾ 또 특

히 사회적 관련성이 강한 입법에 있어서는 실험입법의 필요성도 인정된다. 따라서 입법자가 현저하게 불합리하고 불공정한 수단을 선택한 경우에 한하여 수단의 적합성은 부인된다.³⁵⁾ 이와 같은 완화된 기준에 따라 보더라도 분만에 따르는 의료사고를 다른 의료사고와 차별하여 보건의료기관개설자에게 무과실책임을 부담시켜 보상하는 방법은 임신 및 분만을 특별히 보호하는 목적을 달성하기 위하여 적합한 수단은 아니다.

분만에 따르는 의료사고 그 자체와 이로 인하여 가족들이 갖게 되는 부담에 대한 해결은 별개의 법률관계를 구성한다. 전자는 손해배상의 방법이, 그리고 후자는 사회보상의 방법이 적용되어야 한다. 즉 전자의 방법을 통하여 배상책임을 부담시킬 수 없거나 혹은 충분한 배상이 이루어질 수 없는 경우에 사회적 차원에서 보상을 하도록 하여야 한다. 신속한 권리구제를 위하여 사회보상을 먼저 하고 보건의료기관개설자에게 배상책임이 있는 경우 구상권을 행사하도록 하는 것은 가능하지만 이 역시 손해배상책임을 존재한다는 사실을 전제로 했을 때 선택할 수 있는 해결방법이다.

분만에 따르는 의료사고에 대해서 무과실책임을 인정하고 보상비용의 일부를 보건의료기관개설자에게 부담시키는 것은 공법적 목적을 달성하기 위하여 사법상의 당사자에게 귀책사유 없는 책임을 지우는 결과가 된다. 이는 불공정한 수단을 사용하여 차별취급을 한 것으로 수단의 적합성에 위반된다.³⁶⁾

사회적 측면에서 보면 저출산으로 인하여 사회의 지속가능성이 유지될 수 없다는 문제는 중요한 공익과 관련된 사안임에는 틀림없다. 그러나 위에서 살펴본 바와 같이 저출산의 원인은 다양하며, 이는 주로 자녀양육과 관련된 부담, 그리고 특히 여성의 경우 자녀양육 등을 내용으로 하는 가정유지의 부담과 경제활동을 병행하기 어렵다는 사정에 기인한다.³⁷⁾ 따라서 분만에 따

34) 헌재결 1998.5.28, 96헌바83, 10-1, 제635면 이하 참조.

35) 헌재결 2003.1.30, 2001헌가4, 15-1, 제7면 이하; 2005.7.21, 2004헌가30, 17-2, 제13면 이하 등 참조.

36) 위 각주 35) 참조.

37) 이에 대해서는 위 VI. 3. (1) 참조.

르는 의료사고를 보호하여야 하는 필요성은 있지만 이러한 수단이 저출산의 사회문제를 극복하는데 기여하는 수단이라고 볼 수는 없다. 의료사고보상사업이 합리적인 정책수단이 될 수 없다는 데에는 다음과 같은 고려도 있다. 즉 현재 산부인과에서 수익성이 낮다는 이유로 분만조치를 꺼려 한다는 사실은 널리 알려져 있다. 그런데 만약 다른 의료조치와 달리 분만에 따르는 의료사고에 한하여 보건의료기관개설자에게 차별적으로 불공정한 부담을 부과한다면 의료사고보상사업은 입법취지와는 달리 이들에게 분만진료를 더욱 회피하는 원인이 될 가능성도 있다.

(2) 최소침해성

분만에 따르는 의료사고를 보호하여야 하는 필요성은 있으며, 이를 실현하는 수단은 다양하다. 먼저, 의료분쟁조정법이 채택하고 있는 방법이다. 즉 기존의 과실책임을 엄격하게 적용할 경우 피해가 구제되기 어렵다는 점을 주목하여 조정 및 중재를 통하여 책임원칙을 완화하여 적용할 수 있는 가능성이 있다. 다음, 분만에 따른 의료사고가 갖는 사회적 측면을 주목한다면 국가가 보상제도를 형성하여 분만에 따른 피해를 구제할 수 있다. 특히 이 방법은 전자의 방법으로 피해가 구제될 수 없는 경우 보충적으로 적용하여 피해구제를 보장하는 방법이 될 수 있다. 의료사고보상사업에서 보상비용의 전부를 국가가 부담하게 한다면 이는 이러한 방법에 해당한다. 이와 같은 방법으로 분만사고로 인한 피해가 구제될 수 있는데도 불구하고 일반 의료사고와 달리 무과실에 기초한 의료사고보상사업을 하고 이에 대한 재원의 일부를 보건의료기관개설자로 하여금 부담하게 하는 수단은 차별의 정도가 필요 이상으로 중대하며, 따라서 최소침해의 원칙에 위반된다.

(3) 법익균형성

분만에 따르는 의료사고에 대해서 무과실책임에 기초하여 행하는 보상사업은 엄격하게 보면 정책적인 목적에서 인정되는 보상으로서의 성격을 갖는

다. 이에 비해서 무과실책임에 기초하여 보상비용의 일부를 부담하는 보건의료기관개설자의 법익은 본인의 귀책사유 없이 제한된다. 따라서 전자의 법익이 후자의 법익과 균형을 이룬다거나 혹은 우월하다고 볼 수 없기 때문에 법익의 균형성도 침해된다.

다. 비용분담의 법적 성격과 헌법적 판단

의료분쟁조정법 제46조는 의료사고보상사업에 소요되는 비용의 일부를 보건의료기관개설자 등에게 분담하게 할 수 있도록 하였다. 이러한 위임에 의하여 시행령 제21조 제1항 제2호는 보건의료기관개설자 중 분만실적이 있는 자가 보상비용의 30%를 부담하도록 하고 있다. 이와 같은 제도에 대한 이해방법은 다음과 같은 두 가지이다.

(1) 집단적인 책임의 분산을 위한 제도로 이해하는 방법

이는 분만실적이 있는 보건의료기관개설자 등으로 하여금 의료사고보상사업에 소요되는 비용을 집단적으로 부담하게 하여 한편으로는 의료사고로 인한 피해보상을 위한 재원을 마련하고, 다른 한편 이로써 보건의료기관개설자의 재정부담을 분산시키는 목적을 갖는다고 이해하는 방법이다. 그러나 보건의료기관개설자의 일부 비용부담을 이와 같이 이해하기 위해서는 보건의료기관개설자가 분만진료를 받는 국민에 대해서 집단적인 책임을 부담하는 원인관계가 존재하여야 한다. 여기에 해당하는 대표적인 예가 산업재해보상보험법에 의한 업무상의 재해에 대한 보상이다. 여기에서는 사용자가 근로자에 대한 보호의무에 기초하여 업무상의 재해에 대한 보상의무를 부담한다.³⁸⁾ 산업재해보상보험법에서는 사용자의 이러한 책임을 분산하기 위하여 사용자 집단에겐 사전에 보험료를 납부하게 하고 이를 보상의 재원으로 하고 있다. 또 예컨대 원자력손해배상법은 원자력시설이라는 위험원을 지배하고 있는 자에게 원자

38) 위 각주 19) 참조.

력피해에 대한 위험책임을 기초하여 손해배상책임을 부과하고 있다.

그런데 분만에 따르는 의료사고에 있어서는 위에서 이미 설명한 바와 같이 보건의료인과 피해자 사이에 보호의무가 인정되는 것도 아니고, 또 보건의료인이 분만시술과 관련하여 위험원을 지배하고 있다는 이유로 위험책임을 부담시키는 것도 타당하지 않다. 따라서 의료사고보상사업의 일부 비용을 보건의료기관개설자 등에게 부담시키는 것은 정당한 원인이 없는 재산에 대한 불이익처분이고, 또 이로써 보건의료인이 직업행사를 통하여 수익을 발생시키는 기회를 본인의 책임 없이 훼손한다는 점에서 재산권과 직업의 자유를 침해하는 국가의 부담행위라고 볼 수 있다.

(2) 특별부담금으로 이해하는 방법

(가) 특별부담금의 법적 성격과 보건의료기관개설자 등의 비용부담

의료사고보상사업에 충당하기 위하여 보건의료기관개설자 등에게 부과되는 일부 비용부담이 특별부담금에 해당하는가? 특별부담금은 일반적으로 특별부담금이 부과되는 행위를 억제하거나 그러한 행위에서 파생하는 경제적 부담을 스스로 지도록 유도·조정하여 특정한 사회·경제적 정책의 실현을 목적으로 하거나(정책실현목적 부담금) 혹은 재정조달을 목적으로 한다(재정조달목적 부담금).³⁹⁾ 특별부담금은 개인에게 재정적 부담이 되기 때문에 예외적이고 최소한으로 허용된다. 현재 부담금관리기본법에서는 특별부담금이 무분별하게 부과되는 것을 방지하기 위하여 법률에 의하지 않고는 설치할 수 없도록 하고 있다(부담금관리기본법 제3조 및 별표). 현재 이 법에 의료사고보상사업에 대한 부담금은 열거되어 있지 않다. 아래에서는 이러한 실정법적 한계를 차치하고, 보건의료기관개설자의 의료사고보상사업에 대한 일부 비용부담이 특별부담금에 해당하는가, 그리고 특별부담금의 정당화 조건

39) 헌재결 1998.12.24, 98헌가1, 10-2, 제829면 이하; 2003.1.30, 2002헌바5, 15-1, 제86면 이하; 2003.7.24, 2001헌바96, 15-2(상), 제58면 이하; 2007.5.31, 2005헌바47, 19-1, 제578면 이하 등 참조.

을 충족시키는가에 대해서 살펴본다.

의료사고보상사업의 일부 비용부담은 보건의료기관개설자로 하여금 분만에 따르는 의료사고를 줄이도록 유인하는 효과가 있지는 않다. 왜냐하면 의료사고보상사업은 이미 과실을 요건으로 하지 않기 때문에 주의의무를 제고하는 효과를 가질 수는 없다. 그렇다면 일부 비용부담은 의료사고로 인하여 발생한 피해를 구제하는 데 소요되는 비용을 부담하는 재정적 기능을 수행한다.⁴⁰⁾ 그러나 보건의료기관개설자 등이 이러한 비용을 부담할 특별한 관계에 있지는 않기 때문에 이를 특별부담금이라고 볼 수도 없다. 또 설혹 특별부담금이라고 하더라도 다음과 같은 이유에서 특별부담금의 정당화 요건을 충족하지 못한다.

(나) 특별부담금의 부과요건과 보건의료기관개설자 등의 비용부담

특별부담금을 부과하기 위해서는 다음과 같은 요건을 갖추어야 한다. 집단적 동질성, 객관적 근접성, 집단적 책임성 및 집단적 효용성의 요건이 그것이다. 다만 이중 객관적 근접성과 집단적 책임성이 특별부담금이 본질적인 요소이며, 집단적 동질성과 효용성은 엄격히 요구되지는 않는다.⁴¹⁾ 분만 실적이 있는 의료기관개설자 등이 부담하는 비용이 그러한 요건을 충족하는가에 대해서 살펴본다.

첫째, 특별부담금은 조세를 재원으로 시행되는 일반적인 공익사업이 아닌 특별한 공익사업으로서의 성격을 가져야 한다. 분만에 따르는 의료사고에 대한 보상사업은 일반적으로 의료사고로 인한 피해는 중대하고 장기간 지속된다는 점에서 모든 국민에 관련되어 있는 위험이며, 따라서 일반적인 공익사업이지 분만하는 국민에 한정된 위험은 아니다. 분만에 따르는 의료사고를 일반적

40) 이러한 예로 학교용지부담금을 들 수 있다. 이에 대한 헌법적 판단으로는 헌재결 2005.3.31, 2003헌가20, 17-1, 제294면 이하; 2008.9.25, 2007헌가9, 20-12(상), 제424면 이하 등 참조.

41) 헌재결 1999.10.21, 97헌바84, 11-2, 제453면 이하; 2003.12.18, 2002헌가2, 15-2(하), 제381면; 2005.3.31, 2003헌가20, 17-1, 제308면 등 참조.

인 의료사고와 달리 취급하는 것 자체가 정당성이 없다는 것이다.⁴²⁾

둘째, 특별부담금의 납부의무자는 일반 국민과는 구별되는 동질성을 지니는 특정한 집단에 해당하여야 하며(집단 외적 동질성), 또 납부의무자 사이에 동질성이 있어야 한다(집단 내적 동질성). 분만실적이 있는 보건의료기관 개설자 등은 분만진료를 담당하고, 따라서 의료사고의 잠재적인 원인제공자 집단에 해당하기 때문에 일반 국민과 구별되는 외적 동질성이 있다고 볼 수는 있다. 그러나 분만에 따르는 의료사고는 그 책임이 개별적으로 귀속될 수 있는 사안이기 때문에 분만을 담당하는 보건의료기관개설자 등이 의료사고에 대한 보상에 있어서 집단 내적 동질성이 있다고 보기는 힘들다.

셋째, 특별부담금 납부의무자가 특별부담금을 부과하여 수행하고자 하는 특정한 경제적·사회적 과제와 특별히 객관적으로 밀접한 관련성이 있어야 한다(객관적 근접성). 분만에 따르는 의료사고에 있어서 과실이 없음에도 불구하고 보상을 하는 제도는 의료사고를 사회화하여 해결하려는 시도이다. 그렇다면 이러한 제도형성에 있어서 진료의 당사자인 보건의료기관개설자 등은 이제 더 이상 권리구제의 법률관계에서 당사자의 범위에 속하지 않는다. 즉 더 이상 보상이라는 주관적 과제, 그리고 저출산 등의 사회문제에 관련된 객관적인 과제와 특별히 밀접한 관련성이 있지 않다는 것이다. 따라서 의료사고보상사업의 일부 비용 부담은 객관적 근접성의 요건도 충족시키지 못한다.

넷째, 관련 과제 수행에 관하여 조세 이외의 특별한 부담을 져야 할 책임이 인정될만한 집단이어야 한다(집단적 책임성). 분만에 따르는 의료사고가 갖는 사회적 측면을 고려하면 오히려 의료사고보상사업은 국가가 일반적인 보상을 위한 제도를 설치하여 운영하여야 하는 사안이다. 이 점에서 보면 의료사고보상사업은 분만에 종사하는 보건의료기관개설자 등의 “집단적 책임”이 아니라 국가의 일반적인 사업으로서 “국민적 연대성”에 기초하여 이루어져야 한다. 따라서 의료사고보상사업에 대한 일부 비용을 보건의료기관개설자 등

42) 이에 대해서는 위 VI. 1. 참조.

이 납부하는 것은 집단적 책임성의 요건도 충족하지 못한다.

다섯째, 특별부담금은 그 수입이 특별부담금 납부자의 이익을 위하여 사용되어야 한다(집단적 효용성). 보건의료기관개설자 등이 납부하는 비용은 분만에 따른 의료사고로 인한 피해에 대한 보상을 위하여 사용된다. 그런데 분만에 따르는 의료사고로 인한 피해는 개인적인 차원에서 그 책임이 분만실적이 있는 보건의료기관개설자에 귀속되는 것이 아니고, 사회적인 차원에서 보면 국가의 과제영역이다. 이 점에서 보면 보상비용에 대한 부담이 납부의무가 있는 보건의료기관개설자의 이익을 위하여 사용된다고 볼 수도 없다. 따라서 의료사고보상비용의 일부 부담은 집단적 효용성의 요건도 충족하지 못한다.

VII. 요약 및 정리

1. 의료사고는 피해의 중대성과 장기성, 가해자와 피해자 간 지식의 비대칭성, 그리고 책임실현의 어려움 등의 특성이 있기 때문에 피해구제에 있어서 특별한 배려가 필요하다. 2012년 시행되는 의료분쟁조정법은 이를 반영하여 피해자의 권리구제와 보건의료인의 안정적인 진료환경을 함께 보호하는 입법목적을 갖는다.

2. 그러나 의료분쟁조정법 제46조 및 시행령 제21조 이하에 규정되어 있는 불가항력적으로 분만에 따르는 의료사고에 대해서 보건의료기관개설자에게 보상비용의 일부를 부담시켜 실질적으로는 무과실책임을 지우는 것은 보건의료기관개설자의 직업행사의 자유와 재산권 및 평등권을 기준으로 헌법적 심사가 필요하다.

3. 의료분쟁조정법 시행령 제21조는 보건의료기관개설자의 기본권을 현재, 그리고 집행행위를 매개하지 않고 직접 침해하기 때문에 헌법소원심판 청구의 요건을 충족시킨다. 또 청구기간과 보충성의 원칙을 충족하는데 문제가 없다. 의료분쟁조정법 제46조는 기본권 침해의 직접성의 요건을 충족

시킨다고 볼 수 있으나 논의의 여지는 있다. 또한 이 규정이 위임의 구체성에 관한 헌법 제75조에 위반되기는 하지만 이 논점은 위헌법률심판에서 주로 다루어질 문제이다.

4. 헌법의 자기책임의 원칙으로부터 과실책임의 원칙이 도출된다. 무과실 책임이 예외적으로 적용될 수 있지만 이를 위해서는 특별한 정당성이 있어야 한다. 예컨대 원자력손해배상법상의 위험책임에 기초한 무과실책임과 근로기준법 및 산업재해보상법상 사용자의 근로자보호의무로 도출되는 무과실 책임에 의한 재해보상이 이러한 예에 속한다.

5. 의료사고는 보건의료인이 위험원(危險源)을 전적으로 지배하고 과실책임을 적용해서는 권리구제가 거의 불가능하다고 볼 수 있는 사안은 아니다. 그럼에도 불구하고 분만으로 인한 의료사고에 대해서 보건의료기관개설자가 보상사업의 일부 비용을 부담하는 것은 이들의 직업의 자유와 재산권을 침해한다.

6. 일반적인 의료사고와 분만에 따르는 의료사고를 구분하고 전자의 경우 과실책임의 원칙을 적용하면서 조정 및 중재제도를 두고, 후자의 경우 무과실책임에 기초하여 보상비용의 일부를 보건의료기관개설자 등으로 하여금 부담하게 하는 것은 평등의 원칙에 위반된다. 이때 평등권 심사에서는 비용 부담을 통하여 보건의료기관개설자 등의 기본권에 대한 중대한 제한이 발생하기 때문에 자의금지의 원칙이 아니라 비례의 원칙이 적용된다. 이러한 비용부담은 수단의 적합성과 최소침해성, 그리고 법익균형의 원칙을 위반하여 목적을 달성하기 위하여 필요한 차별의 정도를 일탈한다.

7. 의료사고보상사업 비용의 일부 부담은 특별부담금에 해당하지 않는다. 설혹 특별부담금에 해당한다 하더라도 집단적 동질성, 객관적 근접성, 집단적 책임성 및 집단적 효용성 등 특별부담금의 정당화 요건을 충족하지 못한다.

주제어 : 의료분쟁조정법, 의료사고, 분만사고, 의료사고보상사업, 특별부담금

[참 고 문 헌]

- 김영환, “위험사회의 책임구조 변화”, 허 영(편), 『세계화와 법적 과제』, 경세원, 2008.
- 김주경, “도로교통법 제71조의 15 위헌제청사건-헌재결 2005.7.21, 2004헌가30”, 『헌법판례연구7』, 2005.
- 이종찬(편), 『한국의료 대논쟁』, 소나무, 2000.
- 전광석, 『한국사회보장법론』, 집현재, 2012.
- 전광석, 『한국헌법론』, 집현재, 2011.
- 전광석, “국민건강보험의 법률관계-헌법적 접근의 가능성”, 『의료법학』, 제2권 제1호, 대한의료법학회, 2001.
- 황치연, “과잉금지원칙”, 『헌법재판 주요 선례연구』, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2012.
- Rainer Hess, “Angemessenheit der Vergütung und angemessenes Arzthonorar-aus der Sicht der ärztlichen Selbstverwaltung”, Vierteljahresschrift für Sozialrecht, 1995.
- Josef Isensee, “Das Recht des Kassenarztes auf angemessene Vergütung”, Vierteljahresschrift für Sozialrecht, 1995.

A Constitutional Review on Compensation for Medical Malpractice during Delivery

Cheon Kwang Seok

Yonsei Law School

=ABSTRACT=

A medical malpractice case requires special legal protection, considering its characteristics, such as seriousness and long term effects of its damages, medical information asymmetry between practitioners and patients, and difficulties in realization of liability. Taking the points above into consideration, Medical Malpractice Arbitration Act of 2012(MAA) has legislative intent to protect the rights of the injured from medical malpractice, while protecting the stability of medical practice by providing arbitration as an alternative dispute resolution. However, constitutional review is required for one new scheme of compensation for medical injuries during delivery, which is implemented in MAA of 2012, especially with regard to freedom to exercise occupation, property, equality under the Constitution. Two important aspects are 1. according to the law, absolute liability applies to compensation for damages during delivery without negligence of practitioners; and 2. the practitioner bears some portion of the cost, 30% in the law above. This article aims to analyze this new institution in various aspects of the Constitution, and, as a result, it does not comply with constitutional criteria.

Keyword : Medical malpractice compensation, Medical Dispute Arbitration Act, Medical Malpractice Arbitration Act(MAA), Negligence, Absolute liability, Special charge