

# 의료분쟁조정제도 운영에 따른 문제점 및 개선 방안

황승연\*

## I. 머리말

## II. 조정제도의 특성에 따른 문제점 및 개선 방안

1. 조정제도의 특성
2. 제도에 대한 당사자의 이해 부족과 개선 방안

## III. 기구의 구성에 관련된 문제점 및 개선 방안

1. 의료분쟁조정위원회
2. 의료사고감정단

## IV. 조정절차에 관련된 문제점 및 개선 방안

1. 대리인의 범위 문제
2. 조정참여 의사 통지 요건의 문제
3. 조정절차의 기능적 구분 필요성
4. 조정결정에 대한 동의 기간
5. 소멸시효 관련 문제

## V. 기타 사항

1. 대불제도
2. 불가항력적 의료사고에 관한 보상

## VI. 맺음말

---

\* 논문접수: 2013.4.17. \* 심사개시: 2013.5.10. \* 수정일: 2013.6.5. \* 제재확정: 2013.6.10.

\* 한국의료분쟁조정중재원 상임 조정위원

\* 이 글은 2013. 4. 25. 한국의료분쟁조정중재원과 대한의료법학회가 공동개최한 “의료분쟁조정법 시행 1주년 성과와 과제” 세미나에서 발표한 내용을 보충, 정리한 것임.

## I. 머리말

2012. 4. 8. 「의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률」<sup>1)</sup>이 시행되고, 이에 따라 한국의료분쟁조정중재원(이하 “의료중재원”이라 약칭함)이 설립되어 의료분쟁을 해결하기 위한 조정·중재 업무를 시작하였다.

의료분쟁조정법에 따른 의료분쟁해결 제도는 입법 목적(제1조)에 선언된 대로 “의료사고로 인한 피해를 신속·공정하게 구제하고 보건의료인의 안정적인 진료환경을 조성”하기 위한 것이다.

국가가 의료분쟁의 조정·중재를 주된 업무로 하는 전문기구를 설립한 독특한 제도인데,<sup>2)</sup> 제도를 실제 운영함에 있어서 몇 가지 문제점이 있는 것으로 나타났다.

의료중재원이 설립된 이후에 의료분쟁조정의 실무에 종사하는 과정에서 부딪친 위와 같은 문제점을 점검하고, 향후 의료분쟁조정법에 따른 의료분쟁해결 제도가 성공적으로 정착할 수 있도록 그에 대한 개선 방안을 제시하여 본다.<sup>3)</sup>

## II. 조정제도의 특성에 따른 문제점 및 개선 방안

### 1. 조정제도의 특성

조정은 대체적 분쟁해결절차(Alternative Dispute Resolution, ADR)로서 소송과는 다른 특성을 가지고 있다.

- 1) 이하 “의료분쟁조정법”으로 약칭하고, 조문을 인용하는 경우에는 단순히 “법”이라 한다. 말미 참고문헌에 인용한 신현호·백경희, 의료분쟁조정·소송 각론 제2장 제6절에 의료분쟁조정법의 내용이 소개되어 있다.
- 2) 의료분쟁 해결 제도에 관한 외국의 입법례에 관하여는 말미 참고문헌에 인용한 연세대 의료법윤리학연구원, 의료분쟁조정제도 실행방안 연구 참조
- 3) 의료중재원이 설립된 2012. 4. 8. 이후 2013. 4. 30.까지 접수된 조정사건은 930건, 중재사건은 1건인 바, 중재판정에 대한 불복이 원칙적으로 허용되지 않는 중재절차의 특성 때문에 앞으로도 중재사건의 비율은 매우 작을 것으로 예상되는데, 이러한 현상은 예컨대, 언론중재위원회처럼 조정제도와 중재제도를 모두 운영하는 기관에 있어서 공통된 것으로 볼 수 있다. 이러한 실정을 고려하여 이 글에서는 조정제도를 대상으로 살펴본다.

소송은 법적 분쟁에 관한 당사자의 주장, 입장에 대하여 법원이 증거법칙에 따른 사실 인정을 바탕으로 하여 엄정한 법리에 따라 당해 법률관계에 대한 공권적 판단을 내리는 절차임에 비하여, 조정은 조정기관이 당사자에게 분쟁대상인 사실관계에 관련된 법률관계를 설명하고 합리적인 선에서 서로 양보하여 분쟁을 원만하게 해결하도록 설득하여 당사자 사이의 자발적인 합의를 권유하고 필요한 경우에는 적절한 합의안을 제시하여 분쟁 해결을 시도하는 절차인데, 위와 같은 절차적 차이에 따라 당연히 조정절차에서는 증거법칙에 따른 엄밀한 사실 인정과 법률관계에 대한 엄격한 판단을 내리는 것은 적절하지 않고, 당사자 사이에 형평을 맞추고 구체적 타당성이 있는 원만한 분쟁 해결이 우선되어야 한다.

특히 의료분쟁에 있어서는 ① 분쟁대상인 의료사고의 원인으로 지목된 의료행위가 일반적으로 보건의료인측의 일방적, 밀폐적 지배영역 안에서 이루어지고(의료행위의 밀행성), ② 인체의 구조 및 생리, 질병의 원인과 경과, 치료 방법 및 효과, 부작용 등 의료에 관련된 대부분의 사항은 고도의 지식과 경험을 요하는 전문적인 영역에 속하고(의료행위의 전문성), 한편으로 그 내용 중 아직도 밝혀지지 않은 사항이 많아서 의료행위의 결과를 예측하기 어려우며(의료대상의 불확실성, 예측곤란성), ③ 따라서, 질병에 관한 판단과 치료방법의 선택 및 실행에 관하여는 보건의료인측의 광범한 재량권이 허용되고(의료행위의 재량성), ④ 의료사고가 발생한 경우 보건의료인측은 당해 의료행위에 관한 구체적이고 상세한 정보를 공개하기를 거리끼는 경향이 있고, 의료사고에 관한 증거 역시 보건의료인측의 일방적 지배영역 안에 있는 점(의료정보의 편중성, 비대칭성) 등 환자측과 보건의료인측은 의료사고에 관한 책임 규명의 능력에 있어서 현저한 우열관계에 놓여 있다.<sup>4)</sup>

따라서, 의료분쟁에 관하여는 증거의 우열에 따라 일도양단의 판단을 하게 되는 소송절차에서는 당해 사건에 구체적 타당성 있는 해결책을 마련하기 어렵다 할 것이고, 위와 같이 입증능력에 있어서 현저한 우열관계에 놓여 있는

---

4) 의료행위의 특성에 관하여는 김선중, 『의료사고손해배상소송』, 2012, 육법사, 제44~47면, 신현호·백경희, 『의료분쟁조정·소송 총론』, 2011, 육법사, 제76~81면 참조.

환자측과 보건의료인측 사이에 형평을 맞추고, 의료행위가 이루어진 전 과정과 그 환경을 종합적으로 고려하여 당해 사건에 있어서 구체적 타당성 있는 원만한 분쟁 해결을 우선하는 조정제도에 의하여 의료분쟁을 해결하는 것이 의료사고로 말미암아 빚어지는 사회적 갈등을 한층 효율적으로 해소하는 방안이 될 수 있다 할 것이다.

의료분쟁조정법이 기본적으로 이러한 조정제도의 특성을 고려하여 제정된 것임은 당연하다.

## 2. 제도에 대한 당사자의 이해 부족과 개선 방안

그런데, 조정사건의 당사자 중에는 환자측이든 보건의료인측이든 가리지 않고, 위와 같은 조정절차의 특성을 이해하지 못하여 소송절차와 다른 점에 대한 불만을 표출하는 경우가 왕왕 있고,<sup>5)</sup> 그러한 이해 부족은 의료분쟁의 양 당사자가 조정제도의 이용을 꺼리는 요소로 작용할 가능성이 있는 바, 이는 제도에 대한 꾸준한 홍보와 구체적인 조정사건의 절차 진행 과정에서의 설명에 의하여 해소하여 나갈 문제라 할 것이다.

## III. 기구의 구성에 관련된 문제점 및 개선 방안

### 1. 의료분쟁조정위원회

#### 가. 조정부 구성의 획일성 문제

의료분쟁조정위원회는 분야별, 대상별 또는 지역별로 조정부를 구성하여

5) 예컨대, 환자의 경우 자신이 주장하는 내용에 대한 증거조사가 끝까지 이루어지지 않는 점에 대하여 불만을 가지는 경우가 있고, 보건의료인측의 경우 의료상 과오가 명백하게 나타나지 않는데도 조정부가 “책임이 없다”는 분명한 판단을 하지 않는다고 불만을 표시하는 경우가 있다.

조정업무를 수행하는데, 각 조정부는 법조인 2명(현직 판사, 변호사 자격 보유자 각 1명), 보건의료인, 소비자권익위원, 학계위원 각 1명 등 5명의 조정위원으로 구성하게 되어 있고(법 제23조 제1항, 제3항), 조정부의 장은 판사·검사 또는 변호사의 자격이 있는 조정위원 중에서 위원장이 지명한다(법제23조 제2항).<sup>6)</sup>

그런데, 현행 의료분쟁조정법은 사건의 경중을 가리지 않고 모든 조정사건에 대하여 조정부가 조정결정을 하거나 조정조서를 작성하도록 규정하고 있는 바(제33조, 제37조), 환자측이 주장하는 손해가 비교적 경미한 경우나 쟁점이 단순하고 그에 대한 판단이 비교적 어렵지 않은 경우에도 일률적으로 5명의 조정위원으로 구성된 조정부가 조정사건을 처리하는 것은 인력, 시간, 비용의 측면에서 비효율적, 비경제적이라 할 것이다.

따라서, 사건의 종류에 따라 조정부를 다양하게 구성하여 처리하는 것이 합리적이라 할 것인 바, 뒤에 조정절차에 관한 부분에서 상세히 살피기로 한다.

#### 나. 판사 조정위원의 필수적 참여 문제

조정부를 구성하는 조정위원 5명에는 판사 1명이 반드시 포함되어야 하는데(법 제23조 제3항), 이는 조정의 공정성과 신뢰성을 꾀하려는 입법 목적에 따른 것이고, 실제로 조정절차에서 당사자들은 판사 조정위원의 의견을 비중 있게 받아들이는 것으로 보인다. 그런데, 현실적으로 법원에서는 의료분쟁조정법에서 정한 숫자만큼<sup>7)</sup> 판사를 비상임 조정위원으로 추천하기 어려운 것으로 보이고, 현재 5명의 판사가 비상임 조정위원으로 위촉되어 있다.<sup>8)</sup>

6) 현재 전원 경력 25년 이상의 변호사 자격을 가진 상임 조정위원 6명이 10개 조정부의 장으로 (일부 조정부는 겸임으로) 지명되어 있다.

7) 조정위원의 정원 100명을 기준으로 20개 조정부의 구성이 가능하고, 현재 10개 조정부가 구성되어 있으므로, 판사 위원은 현재 기준으로 10명이 필요하다.

8) 5명의 판사가 법원의 고유 업무를 수행하면서 부득이 10개 조정부의 비상임 조정위원을 겸하고 있기 때문에, 각 조정부의 조정기일 진행 등에 어려움이 있다. 즉, 판사 위원이 1주일에 한 번 이상 조정기일에 출석할 수 없는 것은 물론이고, 같은 판사 위원이 겸치는 양 조정부의 경우 판사 위원의 조정기일 참석 섭외에 어려움이 있으며, 판사 위원의 재판

또한, 앞서 기술한 바와 같이 상임 조정위원이 조정부장으로 지명되어 있고, 조정위원에 판사 1명이 반드시 포함되어야 하기 때문에, 다른 법조인 비상임 조정위원은 현실적으로 조정부 구성에 참여할 수 없게 되어 있다.

이러한 문제점을 해결하기 위한 방안은 조정부를 구성하는 법조인 조정위원 중 1명을 판사로 한정할 것이 아니라 <판사로 재직하고 있거나 일정 기간 이상 판사로 재직하였던 사람>으로 개정함이 적절하다 할 것이다.

#### 다. 조정위원의 정원 문제

조정위원의 정원은 100명인데, 그 구성 비율은 법조인 2/5, 보건의료인, 소비자권익위원, 학계위원 각 1/5로 규정되어 있다(법 제20조 제1항, 제2항).<sup>9)</sup> 그런데, 실제로 5명의 조정위원으로 조정부를 구성하여 조정기일 등 절차 진행을 하여야 하는 때에 비상임 조정위원들이 그 고유 업무로 인하여 조정기일 등에 참여할 수 없어서 결국 조정부를 구성하기 어려운 경우가 자주 생기고 있는데,<sup>10)</sup> 이러한 문제를 해결하기 위하여는 그러한 경우에 같은 직역의 다른 비상임 조정위원이 참여할 수 있도록 전체 조정위원의 정원을 증원할 필요가 있다.

#### 라. 제척사유의 범위 문제

법 제24조 제1항에서 조정위원에 대하여 제척사유를 규정하고, 제7항에서 조정위원의 업무를 보좌하는 사람(심사관), 감정위원 및 조사관에 대하여 준용하고 있다. 그런데, 제1항의 사유 중 아래와 같이 보건의료기관 종사 경력에

일정과 겹치지 않는 조정기일을 정하여야 하는데, 여러 조정부의 판사 위원이 같은 요일에 만 조정기일 참석이 가능한 경우도 있어서 조정장소 마련에도 어려움이 있을 뿐만 아니라, 판사 위원의 재판일정에 맞추어 조정기일을 정하려면 의료인 등 다른 비상임 조정위원의 일정이 마땅치 않은 경우도 있다.

9) 현재 상임 조정위원 6명과 비상임 조정위원 75명(법조인 15명<판사 5명, 변호사 10명>, 보건의료인 20명, 소비자권익위원 20명, 학계위원 20명) 합계 81명이 임명 또는 위촉되어 있다.

10) 특히 보건의료인 조정위원은 해당 조정사건의 진료과목을 기준으로 선정하는데, 이러한 기준을 설정한 목적을 이를 수 없는 경우가 자주 발생한다.

관하여 규정한 부분이 문제로 지적된다.

5. 조정위원이 해당 사건이 발생한 보건의료기관에 종사하거나 종사하였던 경우.

6. 조정위원이 해당 사건이 발생한 보건의료기관과 동일하거나 사실상 동일한 법인이나 단체에 종사하거나 종사하였던 경우.

7. 조정위원이 해당 사건이 발생한 보건의료기관과 동일하거나 사실상 동일한 법인이나 단체에 속하는 보건의료기관에 종사하거나 종사하였던 경우.

위와 같이 현재는 물론이고 과거에 해당 사건이 발생한 보건의료기관이나 그와 동일하거나 사실상 동일한 법인·단체 또는 그 법인·단체에 속하는 보건의료기관 등 대상기관을 광범위하게 규정하고, 또한, 그러한 보건의료기관이나 법인·단체에 종사한 경력 시기에 아무 제한을 두지 않고 제척되는 것으로 규정하였기 때문에, 대형 병원에서 발생한 의료사고의 경우 조정위원, 감정위원, 심사관, 조사관에 대한 제척 범위가 매우 넓어서 조정부나 감정부의 구성, 조정업무나 감정업무의 수행에 어려움이 발생하고 있는 바, 해당 보건의료기관이나 법인·단체에 종사한 경력이 끝나고 일정 기간(예컨대, 10년)이 지난 후에는 제척사유에 해당하지 않는 것으로 개정하는 것이 적절할 것이다.

#### 마. 비상임 조정위원의 전문성 문제

비상임 조정위원 중 일부는 조정제도의 구조, 조정절차의 내용 및 특성에 대한 이해 부족으로 인하여, 조정기일진행에 있어서 당사자의 입장을 이해하기보다 자신의 견해를 주입하려 한다든가 사안에 대한 단정적인 예단을 표출하는 등 조정절차와 조화되지 않는 행동을 하는 경우가 있는 바, 이러한 사정은 조정위원으로서의 전문성 교육과 조정절차 참여 경험의 축적에 의하여 개선될 것으로 기대된다.

## 2. 의료사고감정단

### 가. 감정부 구성의 획일성 문제

의료사고감정단은 분야별, 대상별 또는 지역별로 감정부를 구성하여 감정 업무를 수행하는데, 각 감정부는 보건의료인 2명, 법조인 2명(현직 검사, 변호사 자격 보유자 각 1명), 소비자권익위원 1명 등 5명의 감정위원으로 구성하게 되어 있고, 감정부의 장은 보건의료인 감정위원 중에서 단장이 지명한다 (법제26조 제7항, 제8항).<sup>11)</sup> 그런데, 현행 의료분쟁조정법은 사건의 경중을 가리지 않고 모든 조정사건에 관하여 감정부가 감정서를 작성하도록 규정하고 있는 바(제29조, 제33조 제3항), 환자측이 주장하는 손해가 비교적 경미한 사건이나 의료적 쟁점이 단순하고 그에 대한 감정이 비교적 어렵지 않은 사건에 관하여도 일률적으로 5명의 감정위원으로 구성된 감정부가 감정업무를 처리하는 것은 인력, 시간, 비용의 측면에서 비효율적, 비경제적이라 할 것이다. 따라서, 사건의 종류에 따라 감정부를 다양하게 구성하여 처리하는 것이 합리적이라 할 것인 바, 뒤에 절차에 관한 부분에서 상세히 살피기로 한다.

### 나. 검사 감정위원의 필수적 참여 문제

감정부를 구성하는 감정위원 5명에는 검사 1명이 반드시 포함되어야 하는데(법 제26조 제7항 2호), 이는 감정의 전문성과 공정성을 꾀하려는 입법 목적에 따른 것이고, 실제로 감정절차에서 그러한 목적이 실현되고 있는 것으로 보인다. 그런데, 현실적으로 법무부에서 의료분쟁조정법에서 정한 숫자만큼<sup>12)</sup> 검사를 비상임 감정위원으로 추천하기 어려운 것으로 보이고, 현재 5명의 검사가 비상임 감정위원으로 위촉되어 있다.

11) 현재 전원 경력 25년 이상의 전문의 자격 보유자인 상임 감정위원 6명이 10개 감정부의 장으로 (일부 감정부는 겸임으로) 지명되어 있다.

12) 감정위원의 정원 100명을 기준으로 20개 감정부의 구성이 가능하고, 현재 10개 감정부가 구성되어 있으므로, 검사 위원은 현재 기준으로 10명이 필요하다.

의료전문 검사가 비상임 감정위원으로 위촉되면, 당해 의료사고에 관한 형사사건이 문제된 경우 직무에서 제척되어 결과적으로 의료전문 검사의 업무 가능 범위가 좁아지는 문제점이 있고, 감정부회의를 개최하기 위하여 검사 비상임 감정위원의 참석을 섭외함에 있어서 나타나는 어려움은 조정부의 경우 와 대동소이하다. 따라서, 감정부를 구성하는 법조인 감정위원 중 1명을 검사로 한정할 것이 아니라 <검사로 재직하고 있거나 일정 기간 이상 검사로 재직하였던 사람>으로 개정함이 적절하다 할 것이다.

#### 다. 감정위원의 정원 문제

감정위원의 정원은 100명인데(법 제25조 제2항), 감정부를 구성하는 감정 위원 5명 중 보건의료인이 2명이므로(법 제26조 제7항 제1호) 결국 전체 감정위원 중 보건의료인의 정원은 40명 전후가 된다.<sup>13)</sup>

그런데, 현재 보건의료계의 임상 진료과목이 40개를 넘게 세분되어 있는 실정에서<sup>14)</sup> 보건의료인 감정위원 40여 명으로는 모든 진료과목의 감정업무를 충실히 감당하기 어렵고, 또한, 보건의료인 비상임 감정위원들이 긴급한 진료 등 고유 업무로 인하여 감정업무에 참여할 수 없는 경우가 생기고 있으므로, 그러한 경우에는 다른 보건의료인 비상임 감정위원이 참여할 수 있도록 하기 위하여 감정위원의 정원을 적정한 규모로 증원할 필요가 있다.

13) 현재 상임 감정위원 6명과 비상임 감정위원 77명(법조인 23명<검사 5명, 변호사 19명>, 보건의료인 39명, 소비자권익위원 14명) 합계 83명이 임명 또는 위촉되어 있다.

14) 의료법 시행규칙 제41조에 일반 의과계열의 진료과목이 25개, 치과계열 진료과목이 10개, 한방계열 진료과목이 8개로 규정되어 있고, 그 외에도 약제 관련 의료사고는 위 진료과목과 별도로 다루어야 한다.

## IV. 조정절차에 관련된 문제점 및 개선 방안

### 1. 대리인의 범위 문제

#### 가. 보건의료기관개설자가 개인인 경우

법 제27조 제2항 제2호에 당사자인 법인의 임직원을 대리인으로 선임할 수 있도록 규정되어 있는데, 이는 당연히 보건의료기관개설자인 법인에 대하여 적용되는 규정이다.<sup>15)</sup> 그런데, 이에 대하여 그 범위를 확장하여야 한다는 법률개정안이 발의되어 있는 바, 그 발의 이유의 요지는 아래와 같다.<sup>16)</sup>

2010년 기준으로 우리나라 전체 81,681개 보건의료기관 중 국공립이거나 법인이 운영하는 것은 6.9%에 불과하여 개인이 운영하는 대다수 보건의료기관이 조정절차의 당사자가 되는 경우 해당 보건의료인 등이 직접 조정절차에 참석할 수밖에 없어 보건의료업무에 큰 지장을 초래할 우려가 있으므로, 대리인의 범위를 해당 보건의료기관의 임직원, 개설자 또는 보건의료인이 가입한 보험회사 및 공제조합의 임직원으로 확대함으로써, 의료현장에서 보건의료인의 공백을 줄여 보건의료인이 보건의료업무에 안정적으로 종사하도록 하고 의료사고로 인한 사회적 비용을 줄이는 데 이바지한다는 것이다.

이에 대한 보건복지부나 대한병원협회의 의견은; 개인이 설립한 보건의료기관의 임직원은 대리인으로 선임될 수 있도록 허용하되, 보험회사 또는 공제조합의 임직원이 조정절차에서 대리인으로 선임되는 경우에 조정을 위한 노력 보다는 사업적인 측면에 치우칠 우려가 있어 후자의 대리인 선임을 허용하는 것은 타당하지 않다는 것인 바, 이 의견에 찬동한다.

15) 민사소송법 제52조에서 법인 아닌 사단이나 재단을 법인과 동일하게 당사자능력을 부여하고 있으므로, 위 법조는 법인 아닌 사단이나 재단인 보건의료기관개설자에 대하여도 적용되는 것으로 보아야 할 것이다.

16) 문정림의원이 대표 발의한 “의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률 일부개정법률안”에 대한 국회 보건복지위원회 수석전문위원의 검토보고에서 요약 인용하였음.

#### 나. 외국인 환자의 경우

외국인 환자가 우리나라에 있는 보건의료기관에서 발생한 의료사고를 이유로 의료중재원에 조정이나 중재를 신청하는 경우, 본국에 가족이 있으나 현실적으로 조정·중재 절차를 대리할 수 없는 실정에서 외국인 환자 유치업자 등이 대리할 수 있는가 하는 문제가 있다.

법 제27조 제2항 제1호에 해당하는 사람이 있는 경우에 곧바로 같은 조항 제4호의 대리인 선임을 아무 제한 없이 허용하는 것은 법문에 정면으로 어긋나므로, 이러한 경우에는 조정부의 협의를 받아 대리인을 선임할 수 있는 것으로 해석하여 처리함이 적절한 것으로 보이나, 역시 법률 개정이 근본적 해결책이라 할 것이다.

### 2. 조정참여 의사 통지 요건의 문제

#### 가. 절차개시의 요건

피신청인이 조정신청서를 송달받은 날부터 14일 이내에 조정절차에 응하고자 하는 의사를 조정중재원에 통지함으로써 조정절차가 개시되고, 위 기간 내에 이를 통지하지 아니한 경우 조정신청은 각하된다(법 제27조 제8항).

피신청인이 조정절차에 참여하기를 원하지 않는 경우에는 조정신청서를 송달받고도 아무 의사표시를 하지 않은 채 가만히 있기만 하면 위 14일이 지난 때에 의료분쟁을 조정에 의하여 해결하려는 신청인의 의도는 원천적으로 차단되는 것으로 확정된다. 말하자면, 의료분쟁에 관한 조정이 신청된 경우에 그 조정절차가 개시되는지 여부를 일방적으로 결정할 권리를 피신청인에게 부여 한 것이다.

위와 같은 피신청인의 일방적인 결정권 행사의 결과, 의료중재원이 설립된 2012. 4. 8. 이후 2013. 4. 30.까지 접수된 조정신청 사건(930건) 중 40.2% (351건)의 조정절차가 개시되고, 516건은 피신청인의 참여 거부로 각하되었다.<sup>17)</sup>

## 나. 입법 목적에 위배

법 제27조 제8항은 의료사고로 인한 피해를 신속·공정하게 구제하고 보건의료인의 안정적인 진료환경을 조성하기 위한 의료분쟁조정법의 입법 목적에 위배된다 할 것이다.

### (1) 입법 과정에서의 조정전치주의에 관한 논의 내용과 모순

필요적 조정전치주의의 채택 여부는 의료분쟁조정법의 입법 과정에서 논란이 되었던 중대한 사항이었다.<sup>18)</sup>

의료계는 분쟁해결에 소요되는 비용과 기간으로 인하여 환자와 의료인 모두에게 경제적·심리적 부담을 주는 소송절차보다는 분쟁을 원활하게 해결할 수 있는 조정제도를 적극적으로 활용할 필요가 있으므로 필요적 조정전치주의를 채택할 필요가 있다고 주장하였으나,<sup>19)</sup> 헌법상 보장되는 환자의 재판청구권 및 신속한 재판을 받을 권리를 침해할 우려가 있다는 반대의견이 받아들여져 임의적 조정전치주의를 채택하였다.<sup>20)</sup>

모든 의료분쟁을 조정제도에 의하여 해결하자는 의료계의 주장이 환자의 재판청구권 등을 침해할 우려가 있다는 이유로 임의적 조정전치주의를 채택하면서, 조정절차의 개시 여부를 일방적으로 결정할 권리를 피신청인에게 부여한 현행 법 규정은 입법과정의 위와 같은 논의 내용과 모순된다 할 것이다.

즉, 실제 조정신청의 대부분은 환자측에서 제기한 것인데, 환자측이 재판청구권의 행사를 유보하고 우선 조정신청을 하였음에도 불구하고 의료인측인 피신청인의 참여 거부로 조정절차가 아예 개시되지도 않은 채 조정신청이 각

17) 57건은 참여 여부 미확정이고, 나머지 6건은 신청 취하되었다.

18) 이하의 내용은 2009. 5. 22. 죄영희의원 등 의원 12명이 공동발의한 “의료사고 피해구제에 관한 법률안”에 대한 수석전문의원의 검토보고서에서 인용함.

19) 2009. 6. 4. 심재철의원 등 의원 15명이 공동발의한 “의료분쟁 조정 및 피해구제에 관한 법률안”에도 필요적 조정전치 조항(제33조)이 규정되어 있었다.

20) 의료분쟁에 관한 소송은 이 법에 따른 조정절차를 거치지 아니하고도 제기할 수 있다.(법 제40조)

하되는 결과는 의료분쟁을 가급적 조정제도에 의하여 해결하기를 원하였던 의료계의 의사에도 반하는 것이다.

#### (2) 환자측의 제도 이용 기회 봉쇄

의료중재원의 출범 후 접수된 거의 모든 조정신청은 환자측에서 제기한 것인데, 보건의료인측인 피신청인의 참여 거부로 조정신청이 각하된 경우 환자측은 의료인·법조인 등 전문가로 구성된 감정부와 조정부에 의한 공정·정확한 감정을 받을 기회 및 신속·공정하게 조정을 받아 보건의료인측과 의료분쟁을 원만하게 해결할 기회를 원천적으로 봉쇄당하였다 할 것이다.

#### (3) 환자측의 피해 확대 가능성

환자측은 의료분쟁을 해결하기 위하여 비용, 시간의 문제 때문에 어려운 소송 대신에 의료분쟁조정절차를 선택하여 노력과 시간을 들여 조정신청에 이른 것인데, 피신청인의 참여 거부로 조정신청이 각하된 경우에 환자측의 그러한 노력과 시간이 무위로 돌아가고, 다른 기관에 조정을 신청하거나 법원에 소송을 제기하여야 하는 등 경제적, 정신적 피해가 증가될 가능성이 있다 할 것이다. 조정신청의 각하에 따른 수수료 반환, 제출서류 반환 등 행정절차에 따른 노력과 비용 등 추가 손해도 발생한다 할 것이다.

#### (4) 조정신청의 사전 포기 가능성

의료중재원에 의료사고에 관한 상담을 하는 환자측 중 상당수는 피신청인이 참여를 거부하면 조정신청이 각하된다는 설명을 듣고 나서, “그러면 조정신청이 소용없다는 것인데, 형사고소나 하든지, 다른 데에 알아보겠다”는 반응을 보이는 경우가 많은 바, 위 조항이 그대로 유지된다면 결국 의료사고로 인한 피해 구제를 원하는 환자측 중 상당수가 의료분쟁조정제도 대신에 형사고소, 소송 제기 등의 방법을 선택할 수밖에 없는 결과가 초래될 것으로 보인다.

### (5) 조정제도의 목적과 충돌

조정절차에 있어서 양 당사자가 합의하거나 조정결정에 대하여 동의한 경우에만 그 합의나 조정결정이 법적 구속력을 가지는 것인데, 피신청인이 조정절차 참여 자체를 거부할 수 있도록 규정한 것은 의료분쟁의 해결을 전문 조정 기구에 맡긴다는 입법목적에 정면으로 반한다 할 것이다.

양 당사자가 합의하거나 조정결정에 대한 동의 방식으로 분쟁을 해결하려고 시도하는 것이 조정제도인데, 그 절차의 개시 여부 자체를 오로지 피신청인의 일방적인 결정에 맡기는 것은 부당하다 아니 할 수 없다.

반면에 중재절차에 있어서 양 당사자의 중재합의를 중재절차의 개시 요건으로 하는 이유는 중재판정은 당사자의 의사와는 상관없이 곧바로 법적 구속력을 가지기 때문으로 조정절차와는 본질적으로 다른 것이다.

### 다. 신속성 저하

감정부는 조정신청이 있는 날부터 60일 이내에 감정서를 작성하여 조정부에 송부하여야 하고(법 제29조 제1항), 조정부는 조정신청이 있는 날부터 90일 이내에 조정결정을 하여야 하는 바(법 제33조 제1항), 이는 물론 의료분쟁을 신속하게 해결하도록 처리기한을 규정한 것이다.<sup>21)</sup> 그런데, 조정신청이 접수된 후 피신청인에게 조정신청서가 송달된 때까지의 기간<sup>22)</sup>과 피신청인이 송달받은 후 참여 여부를 통지하여 그 통지가 의료중재원에 도달한 때까지의 기간<sup>23)</sup> 또는 피신청인이 아무런 통지를 하지 않은 채 조정신청서가 송달된

21) 의료중재원의 개원 이후 접수된 사건 중 2013. 4. 10.까지 피신청인의 참여로 절차가 개시된 314건(2012년 191건, 2013년 123건)의 평균 처리기간은 75일로 나타났는 바, 위 기간은 현재까지 피신청인의 참여율 저조로 절차개시된 사건이 예상보다 적기 때문인 것으로 분석되고, 향후 절차개시되는 사건이 늘어남에 따라 위 평균 처리기간은 상당 정도 길어질 것으로 예상된다.

22) 통상 1, 2일이 소요된다.

23) 피신청인이 참여 여부의 의사결정을 하는 데에 다소 시간이 걸리고, 특히 법인 등 규모가 커서 의사결정 구조가 복잡한 보건의료기관의 경우에 그 시간이 더욱 길어짐은 당연하다.

날부터 14일이 지난 때까지의 기간을 합친 기간 동안 조정절차의 개시 여부가 확정되지 않는다.

즉, 조정절차의 개시 여부가 피신청인의 일방적인 결정권 행사에 달려 있어서 절차 자체가 초기부터 지극히 불안정한 상태에 있는 것이다.

그리고, 위와 같이 조정신청이 접수된 후 최대 15, 16일이 지난 때까지는 조정절차의 개시 여부가 확정되지 않기 때문에<sup>24)</sup> 조정부나 감정부가 즉시 조정업무나 감정업무에 착수할 수 없어 실질적인 조정절차가 전혀 진행되지 않으므로, 위 규정은 의료분쟁을 신속하게 해결한다는 제도의 기본 목적을 중대하게 훼손하는 결과를 가져오고 있다.<sup>25)</sup>

#### 라. 처리기간의 사실상 단축 결과

감정부는 조정신청이 있는 날부터 60일 이내에 감정서를 작성하여 조정부에 송부하여야 하고, 조정부는 조정신청이 있는 날부터 90일 이내에 조정결정을 하여야 하는 바, 이는 의료분쟁을 신속하게 해결하도록 규정한 처리기한이다. 그런데, 위와 같이 조정신청이 접수된 후 피신청인의 조정참여 여부를 기다리는 동안 최대 15, 16일이 지날 때까지는 조정부나 감정부가 조정업무나 감정 업무에 착수할 수 없기 때문에 결과적으로 위 각 처리기한까지 업무를 수행할 수 있는 기간은 최대 15, 16일이 줄어드는 셈이 된다.

위와 같이 조정사건의 처리기간이 사실상 단축되면, 감정부는 그만큼 사실조사 및 감정을 마쳐야 하는 기한에 쫓기게 되고, 조정부는 당사자에게 당해 의료사고에 관한 사실관계 및 법률관계를 설명하고 분쟁을 원만하게 해결하도록 설득하기 위하여 필요한 시간이나 당사자 사이에 형평을 맞추고 구체적 타당성 있는 합의안을 마련하기 위한 시간이 위와 같이 단축된 기간만큼 부족

24) 실제로 위와 같이 2013. 4. 10.까지 피신청인의 참여로 절차가 개시된 314건의 접수 후 절차개시까지의 평균 소요기간은 12.1일로 나타났다.

25) 예컨대, 사안이 단순하거나, 어려운 쟁점 없이 손해배상액에 관한 다툼만 있는 경우에도 피신청인의 참여 여부 통지를 기다려야 한다.

하게 되어, 그러한 사정은 결국 조정제도에 의한 의료분쟁 해결의 가능성을 낮추는 원인으로 작용할 수 있다.

#### 마. 각하된 사건의 신청인 불만 야기

피신청인의 참여 거부로 조정신청이 각하된 경우에 신청인(주로 환자측)의 제도에 대한 불신, 무용론, 불만감 등이 발생하는 것은 당연한 일이다.

의료중재원이 2012. 9. 3.~2013. 1. 11. 위와 같이 각하된 사건의 신청인 126명에 대하여 실시한 의료분쟁조정제도에 대한 전반적인 만족도에 관한 설문조사에 58명이 응답하였는데, 만족도는 40.3%(23명)에 불과한 것으로 나타났고, 응답자의 58.1%(43명)가 법 제27조 제8항의 개정이 필요하다는 의견을 나타냈다.

#### 바. 법 개정의 필요성

이러한 여러 사정을 고려하면, 법 제27조 제8항은 폐지되어야 마땅할 것으로 생각된다. 참고로, 현행 의료분쟁조정법의 제정 과정에서 국회 보건복지위원회는 2개의 의원 발의안<sup>26)</sup>과 1개 청원안<sup>27)</sup>을 심리한 결과 이를 모두 폐기하고, 2009. 12. 29. 보건복지위원회 대안을 발의하여 2011. 3. 11. 국회 본회 의에서 의결하였다. 그런데, 당초 위 보건복지위원회의 대안 제27조 제8항은 “조정신청서를 송달받은 피신청인이 조정에 응하지 아니하고자 할 때에는 송달받은 날부터 7일 이내에 조정의 거부에 관한 의사를 조정중재원에 통지하여야 한다. 이 경우 원장은 결정으로써 조정신청을 각하한다.” 고 되어 있었다가 법사위원회 검토 과정에서 현행법과 같이 변경되었는바, 조정절차의 개시 여부를 일방적으로 결정할 권리를 피신청인에게 부여하는 규정은 위에서 본 바와 같이 어느 것이나 타당성이 없다 할 것이다.

---

26) 앞서 인용한 최영희의원이 대표 발의한 법률안과 심재철의원이 대표 발의한 법률안

27) 2009. 7. 15. 박은수의원이 소개한 “의료사고 피해구제법 제정에 관한 청원”

### 사. 피신청인의 재판청구권 등 관련 사항

피신청인의 조정참여 의사 통지를 조정절차개시의 요건에서 제외하는 내용으로 법률을 개정하는 것은 피신청인의 재판청구권 및 신속한 재판을 받을 권리를 침해하는 것 아닌가 하는 논란이 있을 수 있는데, 다음과 같은 점을 고려하면 부정적으로 생각된다.

첫째, 조정절차가 개시된 후에도 언제든지 어느 쪽 당사자도 당해 의료분쟁에 관한 소송을 제기할 수 있음은 법 제40조가 분명하게 규정하고 있고, 더구나 그러한 소송이 제기되면 조정신청은 각하된다(법 제27조 제7항 제3호).

둘째, 의료분쟁에 관한 소송이 제기되지 않은 상태에서 이루어진 조정신청에 따라 조정절차가 개시되는 것인데,<sup>28)</sup> 그러한 효과가 그때까지 당해 의료분쟁에 관한 소송을 제기하지 않은 피신청인의 재판청구권 및 신속한 재판을 받을 권리를 침해한다는 주장은 법리상 맞지 않는다.

셋째, 조정절차가 개시된 후에 피신청인은 신청인과 합의할 것인지 여부나 조정결정에 동의할 것인지 여부를 모두 자유롭게 결정할 수 있으므로, 당해 의료분쟁의 해결 방안에 관하여 아무런 제한을 받지 않는다.

## 3. 조정절차의 기능적 구분 필요성

### 가. 현행 법 규정의 문제

앞서 기술한 바와 같이, 현행 의료분쟁조정법은 모든 조정사건을 5명의 조정위원으로 구성된 조정부가 처리하도록 규정하고 있고(제33조, 제37조), 또한, 사건의 경중이나 난이도에 따라 구분된 절차를 규정하고 있지 않은 바, 그 결과 현행 의료분쟁조정제도가 비효율적, 비경제적으로 운영되는 측면이 있다 할 것이다.

---

28) 이미 동일한 의료분쟁에 관한 소송이 제기된 상태에서 이루어진 조정신청은 각하된다(법 제27조 제7항 제1호).

## 나. 개선 방안

### (1) 조정부의 구성 인원

모든 조정사건을 현재와 같이 5명의 조정위원으로 구성된 조정부가 처리하는 것은 과다한 인력과 비용을 투입한 비효율적인 제도 운영이라 할 것이고,<sup>29)</sup> 사건의 경중이나 난이도에 따라 조정부를 다양하게 구성하여 처리하는 것이 합리적이라 할 것이다.

효율적인 합의체 의사결정기구의 구성이라는 관점에서 조정부를 3명의 조정위원으로 구성하는 것이 적절한 것으로 보이고, 굳이 현행과 같이 5명의 조정위원으로 구성되는 조정부도 유지하는 경우에는 그 조정부는 사회적으로 중대한 문제가 제기되었거나 선례적 가치가 있는 사건 등 특별히 중요한 조정 사건에 한정하여 처리하도록 하는 것이 효율적인 것으로 보인다.

3명의 조정위원으로 구성하는 경우 다음과 같은 역할을 각기 담당하는 위원 각 1명으로 구성하는 것이 적절할 것으로 보인다.

① 법조인 위원: 절차의 진행 및 법률적 의견 제시, ② 보건의료인 위원: 의료적 의견 제시, ③ 소비자권익위원 또는 학계위원: 환자 측의 권익 옹호.

또한, 예컨대, 환자측이 주장하는 손해가 비교적 경미한 사건이나 쟁점이 단순하고 그에 대한 판단이 비교적 어렵지 않은 사건은 조정위원 1명으로 구성되는 단독 조정부에서 처리하도록 하는 것이 효율적인 제도 운영 방안이라 할 것이다.

### (2) 조정절차의 구분

#### (가) 감정절차의 필수성 문제

앞서 기술한 바와 같이 현행 의료분쟁조정법은 사건의 경중을 가리지 않고 모든 조정사건에 대하여 감정부가 감정서를 작성하도록 규정하고 있다(제29

29) 의원입법이 아니라 정부제출안에 따라 제정되었더라면, 관련 부처 사이에 인원과 예산에 관한 검토, 협의가 이루어져서 효율적인 조정부 구성 방안이 마련되었을 것이다.

조, 제33조 제3항).

그런데, 의료분쟁에 관한 조정사건 중에는 의료사고에 관한 보건의료인의 책임 발생 요건인 의료 과오의 유무 및 의료행위와 악결과 사이의 인과관계 유무에 관하여 굳이 감정이 필요하지 않거나 적절하지 않은 경우가 있다.<sup>30)</sup>

이러한 경우에는 감정절차를 거치지 않고 곧바로 조정절차를 진행할 수 있도록 절차를 간소화하는 것이 신속하고 효율적인 분쟁해결을 가능하게 하는 방안이라 할 것이다.

#### (나) 신속절차

이와 관련하여 현재 의료중재원에서는 「신속절차에 관한 규정」을 제정, 시행하고 있다. 위 규정 제2조에는 조정부장이 신속절차에 회부할 수 있는 조정사건을 다음과 같이 열거하고 있다.

1. 신청금액이 500만 원 이하인 소액사건.
2. 당사자가 사실관계 및 과실의 유무 등에 대하여는 큰 이견을 보이지 않고 손해배상의 액수에 대하여만 주로 다투는 사건.
3. 과실의 유무가 명백하거나 사실관계 및 쟁점이 간단하여 감정의 필요성이 크지 않은 사건.
4. 기타 당사자 간의 합의가 용이할 것으로 판단하는 사건.

조정사건이 신속절차에 회부된 경우 감정절차는 당해 사건이 통상절차로 복귀할 때까지 정지되고, 조정부장은 합의권고 등을 위하여 조정준비기일을 지정하고, 당사자 쌍방을 소환하여 대면회의를 진행하는 등 조정준비절차를 진행할 수 있다(위 규정 제4조 제3항, 제4항).

신속절차 진행 중 당사자 사이에 합의가 이루어지면 당연히 조정조서가 작성되고 사건은 종결되나, 합의가 이루어지지 않는 경우 조정부장은 통상절차

30) 예컨대, 보건의료인측이 의료 과오에 관하여는 다투지 않고 손해액에 관하여만 다투는 사건. 특히 후유장애로 인한 일실이익을 청구하지 않고 적극적 손해와 위자료만 청구하는 사건의 경우에는 감정의 필요가 전혀 없다 할 것임.

로 복귀하는 결정을 하고, 이 경우 정지된 감정절차가 속개된다(위 규정 제5조).

#### (다) 신속절차의 특례 필요성

신속절차 진행 중 당사자 사이에 합의가 이루어지지 않는 경우 조정사건은 통상절차로 복귀하여 감정절차를 거쳐야 하는데, 위 규정 제2조에 제2호나 제3호에 해당하는 사건<sup>31)</sup>에 관하여는 원래 감정의 필요성이 없다 할 것이므로, 위와 같은 사건은 감정절차를 거치지 않고 조정결정을 할 수 있는 특례를 규정하는 것이 적절하다 할 것이다.

#### (라) 사물관할 제도의 원용

신청금액이 일정 금액 이하인 사건은 원칙적으로 조정위원 1명으로 구성되는 단독 조정부에서 처리하도록 하고, 감정절차에 있어서도 5명의 감정위원으로 구성된 감정부가 아니라 감정위원 1명으로 구성되는 단독 감정부에서 감정하도록 하는 것이 효율적인 방안이라 할 것인 바, 이러한 방안 역시 법 개정 사항임은 물론이다.

### 4. 조정결정에 대한 동의 기간

신청인과 피신청인은 조정결정서 정본을 송달받은 날부터 15일 이내에 조정결정에 대한 동의 여부를 조정중재원에 통보하여야 하고, 15일 이내에 의사표시가 없는 때에는 동의한 것으로 본다(법 제36조 제2항).

민사조정법 제34조 1항에 조정을 갈음하는 결정에 대한 이의신청 기간을 2주일로 정한 것에 상응하는 규정인데, 기간을 민사조정법보다 하루 더 길게 규정할 만한 합리적인 이유는 보이지 않으므로, 의료분쟁의 신속한 해결이라는

31) 당사자가 사실관계 및 과실의 유무 등에 대하여는 큰 이견을 보이지 않고 순회배상의 액수에 대하여만 주로 다투는 경우(제2호)나 과실의 유무가 명백하거나 사실관계 및 쟁점이 간단하여 감정의 필요성이 크지 않은 경우(제3호)

입법 목적에 따라 민사조정법과 동일하게 2주일로 정하는 것이 적절한 것으로 보인다.

## 5. 소멸시효 관련 문제

### 가. 시효기간

조정신청은 의료사고의 원인이 된 행위가 종료된 날부터 10년, 피해자나 그 법정대리인이 그 손해 및 가해자를 알 날부터 3년 내에 하여야 하는 바(법 제27조 제10항), 이는 민법 제766조에 정한 불법행위의 소멸시효기간을 원용한 것으로 보인다. 그런데, 환자가 진료계약에 따른 손해배상책임을 묻는 경우의 소멸시효기간은 10년인데, 이에 따른 조정신청을 하는 경우에도 법 제27조 제10항에 따라 각하하는 것은 타당하지 않고, 소송에서도 항변사유에 불과한 소멸시효기간의 도과 문제는 민법의 일반규정에 맡기고, 법 제27조 제10항을 삭제하는 것이 타당하다 할 것이다.

### 나. 시효의 중단

#### (1) 시효중단에 관한 규정

법 제42조 제1항: 조정의 신청은 시효중단의 효력이 있다. 다만, 그 신청이 취하되거나 각하된 때에는 그러하지 아니하다.

#### (2) 문제점

법 제42조 제1항 단서에 따르면 조정신청이 취하되거나 각하된 때에는 조정신청에 의하여 발생한 시효중단의 효력이 소급적으로 소멸하고 별소의 제기 시점에 비로소 시효중단의 효력이 새로 발생할 수 있는 것에 그치는데, 이는 민사조정법에 따른 조정신청의 경우와 비교하거나<sup>32)</sup> 소멸시효의 완성이

---

32) 민사조정법 제35조 ① 조정신청은 시효중단의 효력이 있다.

임박한 시점에 조정신청이 된 경우에 나타나게 되는 불합리한 결과에 비추어 보아 적절하지 않다.

민사조정법에 따른 조정신청이 취하(또는 취하간주)된 경우에, 1개월 이내에 소를 제기하면 시효중단의 효력이 그대로 유지되고(제35조 제2항 단서), 한편, 위 법률 제36조 제1항 각 호에 해당하는 경우 조정신청한 때에 소를 제기한 것으로 간주되어 자동적으로 조정절차에서 소송절차로 이행되는데, 제35조 제1항에 따라 역시 시효중단의 효력이 그대로 유지된다.<sup>33)</sup>

또한, 환자측이 조정신청을 하였는데 의료기관측에서 법원에 채무부존재확인의 소를 제기함으로써 법 제27조 제7항 제3호에 따라 각하된 경우를 환자측의 조정신청이 부적법하여 각하된 경우와 같이 취급하는 것은 부당하다 할 것이다. 한편, 소멸시효의 완성에 임박하여 조정신청이 된 경우, 예컨대, 환자측이 2012. 4. 10. 의료사고로 인한 손해가 발생한 것을 알고서 2015. 4. 5. 민사법원에 조정을 신청하였다가 5. 10. 조정신청을 취하한 후 6. 8. 손해배상청구 소송을 제기한 경우에 조정신청 시에 발생한 시효중단의 효력이 유지되어 상대방의 소멸시효 항변은 인정되지 않는 반면에, 동일한 조건에서 환자측이 2015. 4. 5. 의료중재원에 조정신청을 하였는데 4. 7. 신청서를 송달받은 피신청인이 4. 21.까지 조정 참여 의사를 통지하지 아니하면 조정신청은 각하되고, 신청인이 당일 손해배상청구 소송을 제기한 경우에도 의료분쟁조정법 제42조 제1항 단서가 적용되어 시효중단의 효력이 발생하지 않으므로, 위 소송에

② 당사자의 신청에 의한 조정사건에 관하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있는 때에는 1개월 이내에 소를 제기하지 아니하면 시효중단의 효력이 없다.

1. 조정신청이 취하된 때

2. 제31조제2항에 따라 조정신청이 취하된 것으로 보는 때

제36조 ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 조정신청을 한 때에 소가 제기된 것으로 본다.

1. 제26조에 따라 조정을 하지 아니하기로 하는 결정이 있는 경우

2. 제27조에 따라 조정이 성립되지 아니한 것으로 사건이 종결된 경우

3. 제30조 또는 제32조에 따른 조정을 갈음하는 결정에 대하여 제34조제1항에 따른 기간 내에 이의신청이 있는 경우

33) 결국 민사조정법에 따른 조정신청에 따른 시효중단의 효력이 소멸되는 경우는 조정신청이 취하(취하간주)된 후 1개월 이내에 소를 제기하지 않은 경우뿐이다.

서 상대방의 소멸시효 항변(“2015. 4. 10. 소멸시효가 완성되었다”)이 받아들여지게 된다.

### (3) 개선 방안

따라서, 조정신청이 취하되거나 각하된 경우에도 그 후 1개월 이내에 제소한 때에는 조정신청 시점에 발생한 시효중단의 효력이 그대로 유지되도록 다음과 같이 개정함이 적절한 것으로 보인다.

제42조 ① 제27조 제1항에 따른 조정의 신청은 시효중단의 효력이 있다. 다만, 그 신청이 취하되거나 각하된 때(조정신청이 있은 후 보건의료기관개설자 또는 보건의료인이 소를 제기하여 각하된 경우는 제외한다)에는 1개월 이내에 소를 제기하지 아니하면 그러하지 아니하다.

## V. 기타 사항

### 1. 대불제도

#### 가. 대불제도의 내용

의료사고로 인한 피해자가 확정된 조정결정, 조정조서, 법원의 확정판결 등 집행권원을 가지고 있음에도 불구하고 그에 따른 금원을 지급받지 못하였을 경우 미지급금에 대하여 조정중재원에 대불을 청구할 수 있고(법 제47조 제1항), 조정중재원은 피해자에게 손해배상금을 대불한 후에 그 손해배상금을 지급하지 않은 보건의료기관개설자 또는 보건의료인에게 그 대불금을 구상할 수 있으며(제6항), 보건의료기관개설자는 손해배상금의 대불에 필요한 비용을 부담하여야 한다(제2항).

대불제도는 의료사고로 인한 환자측의 피해 중 보건의료인측이 보상하여야 하는 금액이 법원의 판결이나 조정결정 등에 의하여 확정된 경우에 그 금액의

지급을 보장하여, 일차적으로는 환자측의 경제적 곤란을 방지하고 간접적으로는 의료분쟁조정제도의 내실을 기한다는 행정목적을 달성하기 위한 것으로 보인다.

#### **나. 대불제도에 관한 위헌 논란 경과**

의료분쟁조정법의 제정 과정에서 보건의료인측이 손해배상책임을 지는 경우 그 이행을 담보하기 위한 방안으로 손해배상보험 또는 손해배상공제 가입을 의무화하자는 논의가 있었는데, 보건의료인측에 지나친 부담을 준다는 이유로 그 대안으로서 대불제도가 채택되었다. 그런데, 대한의사협회와 같은 의료인 단체는 대불제도가 의료인측의 재산권을 과도하게 제한하는 등 위헌임을 주장하면서 의료분쟁조정법에 따른 조정절차 참여 거부의 명분으로 내세우고, 또한, 일부 의료인들(30명)은 2012. 5. 31. 서울행정법원에 손해배상금 대불시행 및 운영방안 공고처분 취소소송(2012구합20304)을 제기하면서 법 제47조 제2항, 제4항에 대한 위헌심판제청을 신청하였는데(2012아3670), 위 법원은 같은 해 12. 7. 대불제도가 다음과 같이 행정목적을 위하여 필요, 적절한 제도이기는 하지만, 대불비용 부담액을 대통령령에 위임한 법 제47조 제2항 후단이 위헌의 소지가 있다는 이유로 현법재판소에 위헌 여부 심판을 청하여, 2013. 1. 21. 현법재판소 2013현가4로 접수되어 심리중이다.

#### **다. 대불제도와 관련된 갈등 해소 방안**

위 법원이 판시한 바와 같이 대불제도는 개설자라면 누구나 안고 있는 의료 사고 발생과 경제사정 악화 위험부담을 분산시키는 이익을 향유할 수 있도록 도입된 제도인데, 일부 의료인단체에서는 대불제도의 운영에 대한 거부 의사 를 표시하고 있다.

대불제도가 규정된 입법 경위와 의료인 단체의 위와 같은 입장을 고려하면, 현행 대불제도를 의료중재원에서 운영하는 것보다는 대한의사협회와 같은 보

건의료인단체나 보건의료기관단체에서, 또는 위 단체들이 법 제45조에 따라 설립하는 의료사고에 대한 배상을 목적으로 하는 의료배상공제조합에서 현행 대불제도 또는 보건의료인측의 손해배상책임 이행을 담보하기 위하여 적절한 다른 제도를 자율적으로 운영하는 것이 적절하고, 그러한 운영 체제가 대불제도로 인한 의료인 단체의 의료분쟁조정법에 대한 불신을 해소하는 방안이 될 수 있다 할 것이다.

## 2. 불가항력적 의료사고에 관한 보상

### 가. 보상 대상과 기준

조정중재원은 보건의료인이 충분한 주의의무를 다하였음에도 불구하고 불가항력적으로 발생하였다고 의료사고보상심의위원회<sup>34)</sup>에서 결정한 분만에 따른 의료사고로 인한 피해를 보상하기 위한 사업(의료사고 보상사업)을 실시하는데(법 제46조 제1항), 위 보상제도는 2013. 4. 8.부터 시행되었다(부칙 제1조 단서).

보건복지부장관은 의료사고 보상사업에 드는 비용의 일부를 지원할 수 있고, 일부를 보건의료기관개설자 등에게 분담하게 할 수 있는데, 보상재원의 분담비율, 보상의 범위, 보상금의 지급기준 및 절차 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다(법 제46조 제2항 내지 제4항).<sup>35)</sup>

의료행위는 본질적으로 환자의 신체에 대한 침습을 수반하여 의료사고 발생의 위험을 상시 내포하고 있고, 개인별 증상의 비정형성과 개인차로 인하여

34) 의료사고보상심의위원회는 위원장 1명을 포함한 7명의 심의위원으로 구성하는데, 심의 위원은 산부인과 전문의 2명, 조정위원회의 조정위원 중 2명, 감정단의 감정위원 중 2명, 「비영리민간단체 지원법」 제2조에 따른 비영리민간단체에서 추천하는 사람 1명을 원장이 위촉하고, 비상임으로 임기는 3년으로 연임할 수 있으며, 위원장은 심의위원 중에서 원장이 임명한다(시행령 제18조).

35) 의료사고 보상사업에 드는 비용("분담금")은 국가가 100분의 70, 보건의료기관개설자 중 분만 실적이 있는 자가 100분의 30을 분담하고(시행령 제21조 제1항), 보건의료기관 개설자가 분담해야 할 금액은 원장이 부과하며, 조정중재원은 분담금을 일반 예산과는 독립된 계정으로 관리·운영하여야 한다(시행령 제21조 제2항, 제4항).

정상적인 진단 또는 처치 등을 하는 경우에도 오히려 환자에게 나쁜 결과가 초래될 수 있는 등 예측곤란성이 있어서, 의학적 한계로 발생할 수밖에 없는 의료사고 즉, 불가항력적이거나 원인불명인 의료사고의 피해자에 대한 구제제도를 마련하려는 취지의 규정이고, 당초 국회 보건복지위원회 대안에는 불가항력적 의료사고 일반에 관한 보상을 규정한 조항<sup>36)</sup>이 있었으나, 최종심의 과정에서 분만사고의 경우에만 보상하는 것으로 제한되었다.

시행령에 따르면 보상사업의 대상이 되는 사고는 (1) 분만 과정에서 생긴 뇌성마비와, (2) 분만 과정에서의 산모, 또는 신생아의 사망이고(제22조), 3천만 원의 범위에서 뇌성마비의 정도 등을 고려하여 보상심의위원회에서 정한다(제 23조).

#### 나. 불가항력의 개념

의료사고 보상사업의 대상이 되는 의료사고는 보건의료인이 충분한 주의의무를 다하였음에도 불구하고 불가항력적으로 발생하였다고 인정되는 분만사고이다. 따라서, 보건의료인이 충분한 주의의무를 다하였음에도 불구하고, 즉 보건의료인의 의료과오 없이 발생한 분만사고이지만 불가항력적으로 발생한 것은 아니라면, 그러한 분만사고로 인한 손해는 의료사고 보상사업의 대상이 되지 않는데, 여기서 불가항력의 개념이 문제된다.

불가항력<sup>37)</sup>은 외부로부터 오는 사실로서 거래상 보통 요구되는 정도의 주의나 예방방법을 강구하더라도 손해의 발생을 방지할 수 없는 것을 의미하고,<sup>38)</sup> 사법상의 책임 또는 채무 기타 불이익을 면제하는 표준으로 사용되는

36) “국가는 보건의료인이 충분한 주의의무를 다하였음에도 불구하고 불가항력적으로 발생하였다고 의료사고보상심의위원회에서 결정한 의료사고에 대하여는 환자 등의 생명신체 및 재산상의 손해에 대하여 예산의 범위 안에서 보상한다”(제47조 제1항).

37) vis maior; act of god; hoehere Gewalt; force majeure.

38) 당사자들의 지배영역 밖에서 발생한 사건으로서 통상의 예방수단을 다하여도 방지할 수 없었을 위해, 즉, “외부성, 회피불가능성이 결합된 장애요소”라고 설명된다(대법원 2008.7.10. 선고 2008다15940,15957 판결, 2007.8.23. 선고 2005다59475,59482,59499 판결).

개념인데, 보통의 무과실보다는 엄격한 개념이다.<sup>39)</sup>

의료분쟁조정법에서는 민법 제390조나 제750조에 따라 의료사고의 발생에 관하여 고의 과실이 없는 보건의료인에게 책임을 인정하지 않는 원칙을 확인하고, 그 중 불가항력으로 인하여 발생한 의료사고는 의료사고 보상사업의 대상으로 규정한 것이다.

#### 다. 보상사업 비용의 분담 문제

위와 같이 의료사고 보상사업은 보건의료인이 충분한 주의의무를 다하였음에도 불구하고 불가항력적으로 발생한 분만에 따른 의료사고로 인한 피해를 보상하기 위한 사업인데, 보건복지부장관이 그 사업에 드는 비용 중 일부를 보건의료기관설자 중 분만 실적이 있는 자가 분담하게 할 수 있도록 규정한 법 제46조 제2항에 대하여 산부인과 의료계에서는 위 법조가 위헌이라고 주장하는 바, 그 주장의 당부는 향후 헌법재판소에서 가려질 것이므로,<sup>40)</sup> 여기서는 일부 의료계에서 위와 같은 위헌 주장을 들어서 의료분쟁조정 절차에 불참하는 명분으로 삼고 있어서 제도의 정착에 장애 요소로 작용하고 있다는 점을 지적하는 것에 그친다.

#### 라. 보상청구에 따른 조정·중재절차의 중단과 재개

의료분쟁조정위원회의 위원장은 의료분쟁의 조정·중재절차의 진행 중 해당 의료사고에서 보건의료인의 과실이 인정되지 않는다는 취지의 감정서가 제출되고, 해당 의료사고가 보상심의위원회의 심의 대상이 될 것으로 판단하

39) 예컨대, 당사자의 질병, 기업시설의 하자는 당사자의 과실에 기한 것이 아니더라도 불가항력은 아니다. 불가항력의 개념에 관한 상세는 참고문헌에 인용한 백경희·안법영, “분만 의료사고에 대한 보상사업”, 『의료법학』, 제12권 제2호, 제24~28면 참조.

40) 다만, 위헌 논란에 있어서 위 법조의 입법 경위가 고려되어야 할 것인 바, 당초 위 법조는 산부인과 의료계에서 분만사고로 인한 환자측의 시위 등 물리적 행사로 진료업무에 현저한 저해가 발생하므로, 그 문제가 반드시 해결되어야 한다는 요구를 하여 그 해결책으로 도입된 것이라고 한다.

는 경우에는 조정·중재절차의 당사자 중 의료사고의 피해자(청구인)에게 그 사실과 보상심의위원회에 보상을 청구할 수 있다는 사실을 알려야 하고, 청구인은 고지받은 날부터 14일 이내에 보상심의위원회에 불가항력 의료사고에 대한 보상을 청구할 수 있다(시행령 제24조 1항, 2항).

위원장은 위 보상청구가 있는 경우에는 조정·중재절차를 중단하고, 해당 사건의 기록 일체를 보상심의위원회에 보내야 한다(시행령 제24조 3항).

보상심의위원회는 심의 결과 보상금을 지급하지 않기로 결정된 경우에는 해당 사건의 기록 일체를 자체 없이 의료분쟁조정위원회의 위원장에게 보내야 하고, 위원장은 중단된 조정 또는 중재 절차를 재개하여야 한다(시행령 제24조 5항).

## VI. 맷음말

1988년 이래 의료분쟁을 신속·공정하게 합리적으로 해결하기 위한 입법 논의가 계속된 끝에 마침내 2011. 4. 7. 의료분쟁조정법이 제정, 공포되고, 그에 따른 의료분쟁해결 제도가 출범한지 1년이 지났다.

의료분쟁을 신속·공정하게 해결할 수 있는 전문기구에 대한 높은 기대가 반영되어 2013. 4. 30.까지 1년 남짓한 기간에 930건의 조정신청이 있었으나, 앞서 기술한 바와 같이 그중 351건에 대하여만 조정절차가 개시되었는데, 그 가운데 취하나 각하되지 않고 종결, 확정된 185건 중 156건이 합의나 조정결정 동의에 의하여 분쟁이 종국적으로 해결되어<sup>41)</sup> 의료분쟁으로 인한 사회적 갈등의 해소에 상당 부분 기여하였다 할 것이다.

다만, 현행 제도의 운영과정에서 앞서 살펴본 바와 같은 여러 문제점이 나타

41) 취하 22건, 각하등 21건, 합의에 따른 조정조서 작성 116건, 조정성립(조정결정에 대한 동의) 40건, 조정불성립(조정결정에 대한 부동의) 29건으로서, 조정조서 작성이나 조정결정이 확정된 사건은 185건임.

났고, 이에 대하여 실무에 종사하는 입장에서 생각한 개선 방안을 제시하였는 바, 그러한 개선 방안에 대한 폭넓은 논의를 거쳐서 적절한 결론이 도출되고, 그 내용이 반영된 법령 개정이 조속히 이루어져서, 의료분쟁을 신속하고 공정하게, 또한 효율적으로 해결하는 의료분쟁조정제도의 조기 정착에 기여할 것을 기대하여 본다.

**주제어 :** 조정부의 구성, 감정부의 구성, 위원의 정원, 절차의 효율성, 신속 절차, 조정참여 통지

[ 참고문헌 ]

- 김선중, 『의료사고손해배상소송』, 육법사, 2012.
- 백경희·안법영, “분만 의료사고에 대한 보상사업”, 『의료법학』, 제12권 제2호, 2011.
- 신현호·백경희, 『의료분쟁조정·소송 총론』, 육법사, 2011.
- \_\_\_\_\_, 『의료분쟁조정·소송 각론』, 육법사, 2012.
- 이백후, “의료분쟁조정법상 손해배상금 대불제도의 문제점과 개선방안”, 『의료법학』, 제12권 제2호, 2011.
- 연세대 의료법윤리학연구원, 『의료분쟁조정제도 실행방안 연구』, 2009.
- 법원행정처, 『조정실무』, 2002.

## The Problems in the Medical Dispute Mediation Process According to the "Act on Remedies for Injuries from Medical Malpractice and Mediation of Medical Disputes" and the Alternative Proposals

Hwang, SeungYun

*Standing Mediator in K-MEDI*

### =ABSTRACT=

Korea Medical Dispute Mediation and Arbitration Agency, “K-MEDI” in abbr. herein-after, is established on Apr. 9, 2012 according to the law cited in the title above for the purpose of settling medical disputes in a prompt, fair and efficient manner. Two special professional organizations are established in K-MEDI, one of them is Medical Dispute Mediation and Arbitration Committee(hereinafter referred to as the “Mediation Committee”) and the other Medical Malpractice Appraisal Board(hereinafter referred to as the “Appraisal Board”), the mission of the latter is to investigate the facts concerning the disputed medical conduct and to research as to and appraise whether the medical conduct was negligent and whether a causal relationship exists. Each panel organized in the Mediation Committee or the Appraisal Board shall be comprised of five mediators or appraisers, including necessarily a judge or a prosecutor respectively and any disputed case regardless of the scale, the importance or the complicity shall be handled by a panel. As the system is not thought efficient or economic, the number of the members comprising a panel or total members comprising the Mediation Committee or the Appraisal Board should be adjusted, and the process should be versified, including the “Rapid Process,” for instance.

A petition for the mediation of a medical dispute shall be rejected if the respondent fails to notify K-MEDI of his/her intention to accede to the mediation within 14days

from the day on which the petition for the mediation was served(Art. 27 Cl. 7). As the option of an arbitrary decision whether the mediation proceedings shall be commenced or not given to the respondent by the clause is thought unfair, making the process unstable, and moreover, diminishing the purpose of the system established by the law cited above for solving the medical disputes, the clause shoud be amended not to allow the respondent the option of such an arbitrary deci-sion.

K-MEDI shall conduct the “Program for Compensation of Medical Accidents”(Art 46) according to which unavoidable injuries caused by the medical accidents in the cour-se of childbirth and the “Advances for Damages”(Art. 47) that are the compensating moneys paid to victims in medical malpractice cases who fail to receive money at all or partly from the operator or the professional of a public health or medical institution although he/she has a final and conclusive right to be paid by them. Some operators or professionals of such institutions claim that both the programs violate their fundamental rights assured by the constitution, and that it be a justifica-tion of refusal to accede to the mediation. As any of the programs needs not to be conducted by K-MEDI, it may be a proper solution to change the conductor of the programs to avoid the unproductive controversy.

(The expression of the title and the contents of the Act is cited from [www.klre.re.kr](http://www.klre.re.kr).)

Keyword: The number of the members comprising a panel, Total members comprising the Medi-ation Committee or the Appraisal Board, Efficiency of the process, “Rapid Process,” to accede to the mediation.