

의료분쟁의 법적책임과 ADR제도의 효율적 운영방안*

A Study on Legal Liability and Efficient Planning for Alternative Dispute Resolution in Medical Disputes

남선모**

Seon-Mo Nam

〈목 차〉

- I. 서 론
- II. 의료분쟁의 법적 해결절차
- III. 중재를 통한 의료분쟁의 해결
- IV. 의료분쟁의 해결을 위한 ADR제도의 효율적 운영방안
- V. 결 론
- 참고문헌
- Abstract

주제어 : 의료분쟁, 대체적 분쟁해결제도, 의료중재원, 소비자원, 결정서, 소비자 보호

* 이 논문은 2016학년도 세명대학교 교내학술연구비 지원에 의해 수행된 연구임.

** 법학박사·세명대학교 법학과 교수 <2016.10.28. 한국중재학회 추계학술발표논문을 보정하였음>.

I. 서론

1. 연구 목적 및 필요성

“의료분쟁(medical dispute)”이란 의료사고(medical accident)¹⁾로 인한 의료진과 환자 측과의 다툼을 말하는 것이다. 최근 의료사고 문제가 지속적으로 증가함에 따라 보건복지부는 의료사고를 예방하기 위한 의료사고 주의 경보시스템 제도를 시행할 예정에 있다. 자주 발생하는 의료사고를 공개하고 해당 유형과 대처법을 의료기관과 국민에게 권고하는 내용의 ‘의료사고 주의보’ 제도가 포함된 ‘환자안전법 시행령 시행규칙’을 입법예고(2016.2.15.) 한데 이어 2016년 7월 29일부터 시행되고 있다.²⁾ 이 법에서 말하는 ‘환자안전사고’란 「보건의료기본법」 제3조 제3호의 보건의료인(이하 “보건의료인”이라 한다)이 환자에게 보건의료서비스를 제공하는 과정에서 환자안전에 보건복지부령으로 정하는 위해(危害)가 발생하였거나 발생할 우려가 있는 사고를 말한다. 일반적으로 의료사고는 의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률 (약칭: 의료분쟁조정법) 제2조(정의)에서 사용하는 용어에 따른다.³⁾ 이와 관련, 현행법에서 규정하고 있는 분쟁조정제도를 포함하여, 의료분쟁해결제도 중 재판 외의 대체적 분쟁해결제도 즉, 의료분쟁에 있어서 ADR (Alternative Dispute Resolution)의 효율적인 운영방안을 논의해 볼 필요성이 있으며 민형사책임과의 문제점도 함께 살펴볼 필요가 있다. 특히 분쟁해결과정에서 운영하는 소비자분쟁조정위원회의 적극적 개입으로 “조정을 하지 아니하는 결정”을 내릴 경우 의료진은 관련 사건 결정서를 근원으로 민·형사 사건의 입증자료로 활용하게 되는데 이는 오히려 소비자의 결정이 사용자 입장을 옹호라는 전형적인 부작용의 실태로 기능하게 된다. 본고에서는 현행 의료분쟁 해결제도의 문제점을 파악하고 효율적인 대안을 통하여 바람직한 의료분쟁 해결제도를 정립함으로써 환자의 권리실현 및 의료소비자의 보호에 일조를 하고자 한다. 나아가 의료분쟁조정법 제27조 제8항 및 소비자분쟁조정규칙⁴⁾ 제32조에 근거하

1) 의료사고(medical accident)란 의료 행위와 관련하여 주로 환자를 피해자로 하여 생기는 모든 사고를 포함하는 개념이며 사고의 발생원인이나 책임소재와 상관없이 결과로 의료시설을 이용하는 과정에서 발생하는 사고를 말하며, 이는 의료행위과정 중에서 발생하는 사고는 물론 각종 시설이나 기구의 결함으로 환자가 부상을 당한 경우 등 병원측의 환자관리나 시설관리면에서 발생하는 사고도 포함되는 넓은 의미로 사용된다.

2) 환자안전법(법률 제13113호, 2015.1.28., 제정)

3) 의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률 (약칭: 의료분쟁조정법), 법률 제10566호, 2011.4.7. 제정(시행 2012.4.8.). 제2조(정의) 1. “의료사고”란 보건의료인(「의료법」 제27조제1항 단서 또는 「약사법」 제23조제1항 단서에 따라 그 행위가 허용되는 자를 포함한다)이 환자에 대하여 실시하는 진단·검사·치료·의약품의 처방 및 조제 등의 행위(이하 “의료행위 등”이라 한다)로 인하여 사람의 생명·신체 및 재산에 대하여 피해가 발생한 경우를 말한다. 2. “의료분쟁”이란 의료사고로 인한 다툼을 말한다.

여 의료진이 조정을 거부할 경우에는 ‘조정을 하지 아니할 수밖에 없다는 규정’을 적용하는 대표적 사례로 보고 이에 대한 대처방안을 강구할 필요도 있다.

2. 연구 내용 및 방법

의료분쟁조정법과 소비자원의 소비자분쟁조정위원회의 역할 분석을 통해 문제점을 도출하고 그 대책을 강구하고자 한다. 현대의 대규모 종합병원에서 행해지는 전문적, 분업적 의료 활동은 진료과정에서 의료분업으로 인한 책임영역의 한계로 환자인 피해자는 더욱 의료사고의 위험성이 증대되고 나아가 의료과실⁵⁾에 대한 입증책임 또한 어렵게 하는 현실이다. 이러한 의료사고에 있어 의사의 과실을 인정하는 것은 어려운 현실이다.⁶⁾ 의료분업의 경우, 업무의 인수·인계를 분명히 하여 의료사고의 책임소재를 명확히 할 필요가 있어 보인다. 마취회복업무 담당의사의 과실을 인정한 사례를 참조할 필요가 있다.⁷⁾ 이를 토대로 의료과실의 인정범위에 관한 대법원의 입장을 분석하는 등 관련 판례를 연구의 방법으로 원용하고자 하였다. 나아가 소송으로 진행될 경우, 소멸시효와 공소시효 및 현행 의료소송의 입증책임의 범위에 대해서도 함께 검토하고자 하였다. 소멸시효⁸⁾는 민사소송에서 적용되는 것이며 공소시효는 형사소송⁹⁾에 적용되는 개념이다. 나아가 입증책임과 판

- 4) 소비자분쟁조정위원회조정서에대한집행문부여규칙은 대법원규칙 제1049호(1989.2.28., 제정)로 시행해 오다 대법원규칙 제1198호(1992.3.2., 타법폐지)로 폐지되었다. 그 후 소비자분쟁조정규칙으로 명칭변경 후 2011. 8.24. 전면개정과 2015. 3.16. 개정되어 시행되고 있다.
- 5) 의료과실이란 의료인이 진단과 치료과정에서 평균수준의 의료인이라면 마땅히 하여야할 주의의무를 게을리함으로써 발생시킨 과실을 의미한다. 이는 민사법상으로는 “일정한 사실을 인식할 수 있었음에도 불구하고 부주의로 인식하지 못한 것”을 의미하며, 형사법상으로는 “정상의 주의의무를 대만히 함으로 인하여 죄의 성립요소인 사실을 인식하지 못한 것”을 의미한다. 의료소송과 관련하여 판례는 의료인이 의료행위 등으로 발생시킨 사고라 하더라도 의료인에게 주의의무를 위반한 사실이 없으면 의료과실이라고 볼 수 없다고 판시하고 있다.
- 6) 대법원 97도1678, 의료사고에 있어서 의사의 과실을 인정하기 위해서는 의사가 결과발생을 예견할 수 있었음에도 불구하고 그 결과발생을 예견하지 못하였고 그 결과발생을 회피할 수 있었음에도 불구하고 그 결과발생을 회피하지 못한 과실이 검토되어야 하고, 그 과실의 유무를 판단함에는 같은 업무와 직무에 종사하는 일반적 보통인의 주의정도를 표준으로 하여야 하며, 사고 당시의 일반적인 의학의 수준과 의료환경 및 조건, 의료행위의 특수성 등이 고려되어야 한다.
- 7) 대법원 92도3283, 마취환자의 마취회복업무를 담당한 의사는 피해자의 의식이 완전히 회복될 때까지 주위에서 관찰하거나 적어도 환자를 떠날 때는 피해자를 담당하는 간호사를 특정하여 그로 하여금 환자의 상태를 계속 주시하도록 하여 만일 이상이 발생한 경우에는 즉시 응급조치가 가능하도록 할 의무가 있다. 피해자를 감시하도록 업무를 인계받지 않은 간호사가 자기 환자의 회복처치에 전념하고 있었다면 회복실에 다른 간호사가 남아있지 않은 경우에도 다른 환자의 이상증세가 인식될 수 있는 상황에서야 이에 대한 조치를 할 의무가 있다고 보일 뿐 회복실 내의 모든 환자에 대하여 적극적, 계속적으로 주시, 점검을 할 의무가 있다고 할 수 없다.
- 8) 의료소송의 시효에 관하여는 주로 불법행위로 인한 손해배상 소송의 시효를 적용하고 있으며 민법 제766조에 따라 의료사고가 발생한 날로부터 10년, 사고를 안 날로부터 3년이 지나면 소멸시효가 완성되어 손해배상을 청구할 수 없다. 이때 사고를 안 날이라는 것은 의료사고가 있었으나 그것이 의사의 과실이 있었기에 일어난 사고임을 모르다가 후에 그 사실을 안 날을 의미한다. 즉 의사의 가해 행위와 환자의 손해의 발생 사이에 인과관계가 있으며 위법하고 과실이 있는 것까지도 안 때를 말한다. 두 기간 중 어느 한 기간이 먼저 경과하게 되면 소송의 시효는 만료된다.

련하여 의료소송의 경우, 의료행위 과정에 있어서 의사의 과실을 입증할 수 있는 증거인 진료기록부 등은 거의 모두 병원 또는 의사에만 편중되어 있고 환자로서는 그 의료행위의 과정을 잘 알 수 없으므로 환자인 피해자로서는 과실 및 인과관계를 입증하는 것은 매우 어려운 현실적 문제가 대두되고 있다. 원고인 환자 측에서 피고인 의사의 고의 과실이 있다는 것과 또한 의사의 과실과 발생한 손해와 인과관계가 있다는 사실을 증명하는 것은 쉬운 일이 아니다. 이를 감안, 최근 환자 측에게 입증책임에 대한 부담을 완화시키고 있는 경향에 있다.¹⁰⁾ 이러한 사례를 연구의 방법으로 원용하고자 하였다.

3. 선행연구의 분석

우리 헌법에서는 모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가지며, 국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다(제35조 1항). 나아가 모든 국민은 보건에 관하여 국가의 보호를 받는다(제36조 3항). 이에 소관부처에서는 종합적이고 체계적인 보건 의료정책을 수립하고 시행할 의무를 부담한다.¹¹⁾ 국내의 연구동향은 선행연구를 분석하면 주로 의료사고의 민·형사책임의 소재에 대해 연구하고 있다. 이동명(2012)은 의료행위사고의 형사책임(법학연구 제46권, 한국법학회)에 대해, 이백휴 외(2011)는 의료분쟁조정제도의 실효적 운영방안(대한의사협회 의료정책연구소)에 대해 면밀하게 분석하였으며, 이재석(2013)은 의료안전과 형사법의 역할에서 의료사고에 대한 법적책임의 존재방식에 대해 형사법적 한계를 지적하면서 의료사고의 진상규명과 관련하여 중립적인 제3의 합의체 조사위원회의 설치를 요망하고 있다. 전지연(2011)은 의료사건에서 과실치사상이 성립에 필요한 과실, 인과관계와 그 증명(연세의료, 과학기술과 법 제2권 제1호)에 대해, 황승연(2013)은 의료분쟁조정제도 운영에 따른 문제점 및 개선방안(의료법학 제14권 제1호, 대한의료법학회)에 대해 연구하고 있다. ADR을 통한 의료분쟁의 해결방안에 대한 선행연구를 살펴보면 김병일(2005)은 ADR에 의한 의료분쟁 해결의 현황과 과제¹²⁾에서 그 해결방안으로 주로 민사법적인 조정과 화해를 중심으로 해결하는 방안을 모색하고 있으며, 원만한

9) 형사소송은 공소시효가 만료되면 소송진행이 불가능하므로 공소시효 만료 전에 고소를 하여야 한다. 의료과실의 경우 대개 업무상과실치사상죄에 해당하므로 형사소송법 제249조 제1항 제4호가 적용되어 7년의 공소시효가 적용되며, 따라서 사고 발생일로부터 7년 이내에 형사고소를 하여야 한다.

10) 대법원 2001.3.23. 99다48221, “피해자 측에서 일련의 의료행위과정에 있어 저질러진 일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실 있는 행위를 입증하고 그 결과와의 사이에 일련의 의료행위 외에 다른 원인이 개재될 수 없다는 점, 이를테면 환자에게 의료행위 이전에 그러한 결과의 원인이 될 만한 건강상의 결함이 없었다는 사정을 증명한 경우에 있어서는, 의료행위를 한 측이 그 결과가 의료상의 과실로 말미암은 것이 아니라 환자의 특이체질 등 전혀 다른 원인으로 말미암은 것이라는 입증을 하지 아니하는 이상, 의료상 과실과 결과 사이의 인과관계를 추정하여 손해배상책임을 지울 수 있도록 입증책임을 완화하는 것이 손해의 공평·타당한 부담을 그 지도원리로 하는 손해배상제도의 이상에 맞는다.”라고 하여 원고인 환자 측에게 입증책임에 대한 부담을 완화시키고 있다.

11) 현재 2009.2.26. 2007헌마 1285

12) 김병일 法學研究 第16卷 第1號, 충남대학교 법학연구소, 2005.12, 239 ~260면.

해결을 위해서는 의료 과실 보험의 활성화와 의료 분쟁의 중재 법률의 제정을 언급하고 있다. 김명엽(2013)은 의료분쟁조정법상의 문제점과 개선에 관한 고찰¹³⁾에서 보건의료인 측의 손해배상책임을 담보하는 적절한 개선방안의 마련과 의료분쟁조정법의 개정을 통해 의료분쟁을 신속 공정하고 효율적으로 해결하여 의료분쟁조정제도가 대체적 분쟁해결제도로써 활성화될 것을 주장하고 있다. 또한 외국과의 비교연구를 살펴보면 남준희(2009)는 독일의 의료분쟁과 대체적 분쟁해결방안(ADR)¹⁴⁾에 대해 독일 의료중재원과 의료감정위원회를 중심으로 ADR의 효율적 운영방안에 대해 제시하고 있다. 의사와 환자 사이의 불필요한 오해나 상호 간의 이해부족으로 인하여 의료분쟁은 종종 환자 측에 의한 감정적인 형사고소와 물리력을 동원하기까지 하는 극단적인 현상으로 이어지게 된다. 그 과정에서 의사는 방어진료와 치료결과에 대한 책임을 회피하기 위한 진료거부로 맞서게 된다.¹⁵⁾ 이와 관련, 우리나라의 의료분쟁 해결 시스템을 전반적으로 점검하여 우리 환경에 알맞은 의료분쟁해결방안을 시급히 구축해야 할 시점에 와 있다고 서술하고 있는데, 독일의 의료분쟁에 있어서 소송 이외의 해결방안의 하나로 각 연방주 의사협회에서 설치하여 실시하고 있는 의료중재원제도와 의료감정위원회제도의 현황과 제도를 분석하여 활성화 방안을 강구하고 있다. 이에 대해 현재 우리나라에서 실시하고 있는 한국의료분쟁조정중재원의 제도와 비교해 볼 때 독일 각 연방주 의사협회를 중심으로 운영되는 의료중재원제도와 비교·검토되는 부분이다. 이서영(2012)은 미국의 대체적 의료분쟁 해결 관련 법제 분석¹⁶⁾에서 미국이 1970년대부터 다양한 대체적 의료분쟁 해결 제도를 시도해 온 사례를 통해 우리나라의 대체적 의료분쟁 해결 제도의 운영에 있어 쟁점별 시사점을 도출하고 있다. 김정진(2013)은 중국 의료분쟁해결에 있어 협상 해결시스템 고찰¹⁷⁾에서 중국의 의료분쟁 현황과 발생 원인에 대해 의료분쟁을 해결할 수 있는 시스템에 대해 살펴보고 소송외적 해결방법인 협상, 행정조해, 중재의 유형을 열거하면서 특히 소송외적 해결방법인 협상을 세부적으로 분석 검토한 바 있다. 하지만 의료분쟁에 대한 구체적인 방법개선을 통한 실질적 개선방안에 대한 연구는 미비한 실정이다. 따라서 실효성 확보방안에 대해서는 기여하지 못하고 있는 실정에 있다. 특히 새로운 의료분쟁제도의 발전방안에 대한 연구 또한 미흡한 실정으로 관련제도의 개정이 필요해 보인다. 이에 본 연구를 통해 효율적인 방안을 제시할 것이다. 이를 위해 의료분쟁조정법과 소비자원의 소비자분쟁조정위원회의 역할 분석 외에도 관련 법률의 개정방안을 연구 방법론으로 원용하고자 하였다. 나아가 수술동

13) 김명엽, 의료분쟁조정법상의 문제점과 개선에 관한 고찰, 법률실무연구 제1권 제2호, 한국법이론실무학회, 2013.10, 115~145면

14) 남준희, 의료법학, 제10권 제2호, 대한의료법학회, 2009.12, 407~426면.

15) 남준희, 앞의 논문, 408면.

16) 이서영, 미국의 대체적 의료분쟁 해결 관련 법제 분석, 한국법제연구원, 연구보고서(비교법제 연구 12-20-2), 2012.6.

17) 김정진, 중국 의료분쟁해결에 있어 협상 해결시스템 고찰, 과학기술법연구, 19권 1호, 한남대학교 과학기술법연구원, 2013.

의서나 진료기록부의 조작방지를 위해 표준계약서를 현실화 하는 등으로 의료분쟁의 감소를 위한 표준모델을 제시하고자 한다. 이러한 배경으로 실증적 연구자료 위주로의 분석이 필요하며 의료법 외에도 응급의료에 관한 법률, 의료분쟁조정법, 소비자원의 소비자분쟁조정위원회의 역할 개선에 관한 연구가 연계되어야 할 것이다.

II. 의료분쟁의 법적 해결절차

1. 민사적 절차

의료분쟁사고는 금전과 지식 측면에서 의료기관인 병원측이 피해자보다 월등한 지위에 있으며, 나아가 이들 의료기관에서는 대부분 변호사의 조력을 받고 있어 무기 대등의 원칙에 미약하며 이를 감안하여 전문 변호사의 협력이 동반되어야 하며 소송비용도 감안되어야 할 사안이다. 특히 의료소송은 일반소송에 비해 절차 또한 복잡한 과정을 거치게 된다. 의료사고의 경우, 입증의 문제가 대두되는데 개연성이나 단순한 결과로서는 의료진의 과실이 인정되지 않는다. 현행 의료사고 분쟁의 경우, 결국에는 피해자측에서 병원이나 의사를 상대로 구체적인 의료사고 과실과 인과관계를 입증하도록 하고 있기 때문이다. 이는 하루빨리 시정되어야 하며, 병원이나 의료진은 자신들의 의료과실이 아님을 스스로 증명할 입증책임이 있다 할 것이다. 민사적 책임을 묻는다는 것은 결국 상대방에게 재산상의 손해나 불법행위에 대한 손해배상을 요구하는 것이다. 이를 살펴보면 그 원인에 따라 채무불이행 책임(민법 제390조) 또는 불법행위 책임(민법 제750조)으로 대별된다. 의료사고는 대부분 불법행위 책임으로 이는 의료행위 과정에서 의료인이 마땅히 취했어야 할 최선의 주의를 기울이지 않았음을 이유(계을리 한 행위)로 손해배상을 청구하는 것이다.¹⁸⁾ 구체적인 방법적 측면에서 살펴보면, 법률행위가 사기에 의한 것으로서 취소되는 경우에 그 법률행위가 동시에 불법행위를 구성하는 때에는 취소의 효과로 생기는 부당이득반환청구권과 불법행위로 인한 손해배상청구권은 경합하여 병존하는 것이므로, 채권자는 어느 것이라도 선택하여 행사할 수 있지만 중첩적으로 행사할 수는 없다.¹⁹⁾

18) 민법 제393조(손해배상의 범위)에서 말하는 의료계약 위반으로 인한 채무불이행 책임이란 의료인이 환자에게 진료비 등을 받고 의료행위를 하기로 한 계약(의료계약)을 충실히 이행하지 않았음을 이유로 손해배상을 청구하는 것이며 민법 제750조에서 말하는, 의료행위로 인한 불법행위 책임이란 의료행위 중에 의료인이 마땅히 취했어야 할 최선의 주의를 기울이지 않았음을 이유로 손해배상을 청구하는 것이다.

19) 대법원 1993.4.27. 선고 92다56087 판결, 동일한 사건에 대해서 채무불이행과 불법행위의 요건이 모두 갖추어져 있을 경우에는 채무불이행이나 불법행위 가운데 임의로 선택하여 손해배상을 청구할 수 있다. 다만, 둘 다 청구할 수는 없다.

(1) 불법행위로 인한 손해배상 청구

의료과실의 경우, 불법행위로 인한 손해배상 청구를 통해 소장을 작성할 수 있고 이어 대부분 사실조회신청서를 통하여 의사인 피고 소속 의료기관 소재지 관할 보건소에 사
실조회신청서를 통하여 정확한 인적사항을 조회할 수 있다. 이를 근거로 당사자 표시정정
신청서를 제출하여야 한다. 이 과정에서 피고는 재판적 변경을 위한 사건번호를 달리하는
소송으로 소송이송 신청서를 제출, 진행시킬 수 있는데 이를 대처하기 위해서는 다음과
같은 방안이 필요하다.

(2) 소송이송에 대한 대처방안

의료분쟁의 경우, 치료기관이 대부분 도심에 위치하고 있어 지방에서 상경하여 치료받
는 경우가 많다. 이러한 경우 진료기관은 피고로서 장거리 왕래 등 불편함을 이유로 소송
이송 신청을 하게 된다. 이에 대처하기 위해서 관련 법조나 판례를 인용할 필요가 있어
보인다. 신청인의 소송이송 신청에 대하여는 그 부당함을 의견서로 진술할 수 있다. 구체
적인 절차를 살펴보면 신청인이 이긴 소송을 수행하는데 많은 비용과 시간이 소요된다는
주장은 이유 없으며 이 법원에서 심리한다 하여 현저한 손해가 생기거나 소송 진행이 현
저하게 지연된다고 볼 사유도 없다.²⁰⁾ 관련 판례로, 소송물의 종류, 성질 및 범위는 원고
의 주장에 의하여 결정되므로 관할이 소송물의 종류, 및 성질에 의하여 결정되는 때에는
원고가 청구하는 바에 의하여 관할을 결정할 것인 바, 원심이 이 사건은 원고가 피고들에
게 대하여 금전반환을 구하는 소송이므로 특별한 사정의 주장 소명이 없는 한 채권자의
주소지가 채무 이행지라 할 것이므로 채권자의 주소지의 법원인 00지방법원에도 관할권이
있고, 위 법원에서 심리한다 하여 현저한 손해가 생기거나 소송 진행이 현저하게 지연된
다고 볼 사유도 없다고 인정하여 항고를 기각하였음은 정당하고²¹⁾ 아무런 위법이 있다할
수 없으므로 논지는 이유 없다.²²⁾ 관련 법조로는 민법 제467조(변제의 장소)를 들 수 있
는데 “채무변제는 채권자의 현주소에서 하여야 한다.”라고 의무화하고 있다.²³⁾ 민사소송법
제8조(의무이행지의 특별재판적)에서도 관련 내용을 인용해 볼 수 있다.²⁴⁾ 나아가 피고의

20) 신청인이 소송을 수행하는 데 많은 비용과 시간이 소요된다는 사정만으로 민사소송법 제35조에 정한 ‘현저
한 손해 또는 소송의 지연’을 가져올 사유에 해당하지 않는다.(대법원 2003. 8. 11.자 2003마863 결정 참조)
21) 당사자가 관할위반을 이유로 한 이송신청을 한 경우에도 이는 단지 법원의 직권발동을 촉구하는 의미밖에
없는 것이고, 따라서 법원은 이 이송신청에 대하여는 재판을 할 필요가 없고, 설사 법원이 이 이송신청을
거부하는 재판을 하였다 하더라도 항고가 허용될 수 없으므로 항고심에서는 이를 각하하여야 한다(대법원
1993.12.6. 자, 93마524, 전원합의체결정). 이송신청을 각하한다고 표현하였다 할지라도 위법은 아니며(65라
17), 민소법 제34조 제1항의 관할위반에 기한 이송신청을 각하하는 결정에 대한 특별항고는 부적합하다(84
그24, 95그59).
22) 대법원 1969. 8. 2.자 69마469 결정.
23) ① 채무의 성질 또는 당사자의 의사표시로 변제장소를 정하지 아니한 때에는 특정물의 인도는 채권성립당
시에 그 물건이 있던 장소에서 하여야 한다.
② 전항의 경우에 특정물인도이외의 채무변제는 채권자의 현주소에서 하여야 한다. 그러나 영업에 관한 채
무의 변제는 채권자의 현영업소에서 하여야 한다.

소송을 수행하는 데 많은 비용과 시간이 소요된다는 사정만으로 민사소송법 제35조에 정한 ‘현저한 손해 또는 소송의 지연’을 가져올 사유에 해당하지 않는다.²⁵⁾ 이를 종합해 보면 신청인의 소송이송신청서는 오로지 소송지연의 의도로 밖에 볼 수 없으며 피신청인은 신청인의 이러한 소송이송 신청은 지극히 부당함을 주장하는 외 소송이송신청서는 기각되어야 정당하고, 이에 아무런 위법이 있다할 수 없으므로 신청인의 논지는 이유 없다할 것이다. 결국 불법행위에 인한 손해배상 채무는 별다른 약정이 없는 한 채권자의 주소지에 변제하여야 할 것이므로 채권자의 주소지 법원에 그 관할권이 있다.²⁶⁾

(3) 신체감정에 대한 대처방안

신체감정촉탁신청서와 관련하여 재판부의 변론과정에서 의료과실 여부를 확인하기 위해 보통 신체감정을 의뢰하게 되는데, 이를 잘 판단하여야 할 것이다. 자칫하면 의뢰하지도 않은 부분에 대해 동문서답식의 감정결과를 보내온다거나 지정병원의 열악한 환경으로 오히려 더 악화된 결과회신으로 불리한 상황에 처하게 되는 경우가 있다. 이에 대비해 관련 내용에 대한 의사의 소견서가 있다면 이를 대처하도록 하여 별도의 신체감정 진행이 이루어지지 않도록 세심한 주의가 필요하다. 특히 신체감정 결과에 대한 미확인된 부분이 있다면 사실조회서에 의하여 확인할 수 있는데 회신이 늦어질 경우, 법원은 민사소송법 제 294조에 근거하여 사실조회서를 독촉할 수 있다. 촉탁기관과 관련하여, 대법원에서는 전국 종합병원급 대상 신체감정촉탁기관으로 지정하고 각 과별 의사명단을 등록하고 있다. 이는 법원내부 사이트에서 관리하며 담당의사는 사전 등록된 자 중 순번재로 임의 지정하고 있다.²⁷⁾ 효율적 진행을 위해서는 사전 진료과정에서의 진료기록 및 의사소견서 등의 자료를 제공하는 것이 효과적이다.

2. 형사적 절차

피해를 당한 당사자(환자)에 의해 고소(형사소송법 제223조)나 고발(형사소송법 제234조)이 있는 경우에 수사기관의 수사가 진행된다. 수사 결과에 따라 검사의 기소여부가 결정되고, 기소하는 경우 형사재판 절차가 진행된다. 일반적으로 고소는 의료사고로 피해를

24) 재산권에 관한 소를 제기하는 경우에는 거소지 또는 의무이행지의 법원에 제기할 수 있다. 채무자가 채권자의 주소지에 와서 돈을 갚아야 하는 대여금, 보증금, 전세금, 손해배상금 등 ‘지참채무’는 채권자의 주소지가 의무이행지이므로 이를 관할하는 법원에 소를 제기할 수 있다. 금전반환을 구하는 소송에서는 특별한 사정의 주장 소명이 없는 한 채권자의 주소지가 채무이행지이다(69마469).

25) 대법원 2007. 11. 15.자 2007마346 결정.

26) 대구고법 1968.3.7. 68라4, 제1특별부판결, 재항고(이송신청각하결정에대한항고사건), 판시사항은 불법행위에 인한 손해배상 청구소송에 대한 재판관할권으로, 판결요지를 보면 불법행위에 인한 손해배상청구에 있어서 불법행위의 특별재판적과 피고(항고인)의 보통재판적에 법원 관할이 있다 할 것이나 한편 위 소송은 재산권에 관한 소로서 거소지 또는 의무이행지의 법원에도 제기할 수 있는 것이며 불법행위에 인한 손해배상 채무는 별다른 약정이 없는 한 채권자의 주소지에 변제하여야 할 것이므로 채권자의 주소지 법원에 그 관할권이 있다.

27) 감정인등 선정과 감정료 산정기준 등에 관한 예규(대법원재판예규 제 1485호, 시행 2014.9.12.) 참조.

입은 환자나 그 보호자 등 고소권을 가진 사람이 수사기관에 의료인을 처벌해 달라고 요구하는 것이고 고발이란 의료사고 피해자나 그 가족이 아닌 제3자가 수사기관에 의료인을 처벌해 달라고 요구하는 것이다. 의료과오에 대한 형사개입과 관련하여 의료인들이 주장하는 반대논거 중 하나는 과실행위를 처벌해도 장래 동종의 불법행위를 방지하는 것에 별다른 도움이 되지 않는다는 것이다.²⁸⁾ 향후 의료과실의 중한 정도에 따라 징벌적 배상제도의 도입이 필요한 부분이다. 의료분야는 이윤추구에 앞서 인간의 생명과 건강에 직결되는 의료서비스의 연장선으로 보아야 할 것이다. 이와 관련, 서울지방변호사회가 얼마 전 소속 변호사들에게 ‘징벌적손해배상 제도’ 도입 의견을 물은 결과 91%가 ‘도입해야 한다.’는 입장이었다.²⁹⁾ 고소장은 고소를 당하는 피고소인(의료인 또는 병원)의 주소지를 관할하는 수사기관에 제출하는 것이 원칙이다. 의료인에 대한 수사종료 후 검사는 공소제기 여부를 결정하게 되는데, 여기서는 수사종결처분 이후의 단계에 대해서 살펴보도록 한다.

(1) 수사종결처분 이후의 단계

피고사건이 범죄로 되지 아니하거나 범죄사실의 증거가 없는 때에는 판결로써 무죄를 선고하여야 한다(형사소송법 제325조). 이는 사건에 대하여 유죄로 인정할 증거가 없으면 피고인에게 무죄 판결을 내리고, 인정할 근거가 있으면 유죄 판결을 내리게 되는 것이다. 고소·고발사건에서 고소인 등에 대해 수사종결처분의 통지를 한 때에는 그 처분을 한 날로부터 7일 이내에 서면으로 그 취지를 통지하여야 한다(형사소송법 제258조 제1항). 보통 집행유예의 선고는 피고인이 3년 이하의 징역 또는 금고의 형을 선고 받았으나 그 정상에 참작할 사유가 있는 경우에 인정되고 있다(형사소송법 제321조). 재판결과에 불복할 경우, 상급법원에 상소할 수 있도록 하고 있다(형사소송법 제338조). 불복방법으로는 검찰 항고(검찰청법 제10조 제1항)를 할 수 있는데, 불기소처분의 통지를 받은 날로부터 30일 이내에 하여야 한다(검찰청법 제10조 제4항). 그 외 기소강제절차로서 재정신청(형사소송법 제260조)이 있다. 그런데 검찰청법상의 불기소처분에 대한 항고제도는 검찰 자체의 통제수단이라는 점에서 그 실효성을 기대하기 어렵다.³⁰⁾

(2) 재정신청서

고소인의 재정신청서에서는 사건번호와 인정사항을 기재 후 재정신청 취지에서는 피의자에 대하여 00법원 ‘형사부 공판에 회부한다.’ 라는 결정을 구한다는 취지를 기재한다. 재정신청이유에서는 고소배경 설명과 고소장 내용을 요약하고 검사의 불기소 이유에 대한 요지를 기재한 다음 항고이유를 구체적으로 적시한다. 이 후 첨부 증거와 결론에 이어 말

28) 이재석, 의료안전과 형사법의 역할, 법학연구 제53집, 한국법학회, 2014.3. 5면.

29) www.khan.co.kr/olympic/2012/article/view.html?artid=201607081520001..., 2016.11.14. 최종검색.

30) 정웅석·백승민, 형사소송법, 대명출판사, 2014, 259면.

미에 소속 00검찰청을 기재한다. 재정신청이 있으면 재정결정이 확정될 때까지 공소시효의 진행이 정지된다(형사소송법 제262조의 4 제1항).

(3) 재항고 이유서

재항고 이유서에서는 사건번호를 기재하고, 재정신청 ‘기각결정에 대한 재항고’ 라고 제목을 기재한다. 그 다음 재항고인과 피의자의 인적사항을 적시한 후 재항고기록접수통지서를 송달 받은 일자를 기재한다. 재항고인의 인적사항란에는 주소와 연락처(이메일 포함)를 구체적으로 기재하는 것이 효과적이다. 재항고 이유 사항에서는 우선 재항고에 대한 배경을 진술하면서 피의자의 불법행위 및 범죄사실에 대한 그 동안 소명한 자료를 바탕으로 간략히 요약할 필요가 있으며 수사기관의 불공정 수사진행이 있었다면 헌법 제11조 제1항 평등권, 헌법 제27조 제5항 재판절차에 의한 진술권을 침해 받은 사실을 소명하여 적법한 법적 판단을 요구할 수 있다. 이에 수사기관의 불기소이유서의 요지를 언급한 후 이에 대한 담당 수사관의 불공정수사 사실에 대해 일정별로 사실관계를 지적하고 그 동안 진행되었던 쟁점에 대해 구체적으로 지적한다. 이후 소견 및 결론에 이어 첨부증거를 기록하고 말미에 대법원 재판부를 기재한다.

3. 검토

민사소송의 경우, 의료행위와 의료사고 간의 개연성 인정 및 손해에 대한 적정한 분담이 작용하며, 이는 의료과실 증명의 어려움을 인정하여 입증책임을 경감시키고 있는 추세에 있다. 간접사실에 대한 입증은 근거로 의료사고의 과실을 추정하고 있는 부분을 확인할 수 있다.³¹⁾ 의료사고 발생에 다른 원인이 없다는 간접사실을 증명하는 정도면 의료인의 과실을 인정하고 있다.³²⁾ 그러나 여전히 입증책임은 피해자인 환자에게 전가시키고 있는 경향으로 보인다. 향후 의료소송에서는 피해자의 입증책임을 경감시키는 방안이 검토되어야 할 것이다. 형사소송의 경우, 무죄추정의 원칙이 일반소송의 경우에서처럼 그대로 적용되며 의료인의 과실이 있었다는 것에 의심할 여지가 없을 정도로 확실해야 기소하도록 하고 있다.³³⁾ 입증책임과 관련하여서는 검사에게 그 책임을 지우고 있다. 우리의 입법 운용은 의료과오에 대한 의료인의 공소제기에 있어 적용되어지는 죄명인 업무상 과실치사상죄는 단순한 과실로서 충분하다. 따라서 의사가 의료준칙에 따라 적절한 진단방법을 행하지 않거나 오진이 있는 때에는 원칙적으로 과실을 인정해야 한다.³⁴⁾ 그리고 의료사고에

31) 대법원 2000.7.7. 99다66328, 손해배상(의)

32) 대법원 2009.12.10. 선고 2008다22030 판결

33) 대법원 2003.2.11. 선고 2002도6110 판결

34) 대법원 1996.9.24. 선고 95도 245 판결.

대한 의료종사자의 과실을 인정하기 위한 요건과 판단 기준에 관한 판례를 살펴보면 의료 사고에 있어서 의료종사자의 과실을 인정하기 위해서는 의료종사자가 결과발생을 예견할 수 있었음에도 그 결과발생을 예견하지 못하였고 그 결과발생을 회피할 수 있었음에도 그 결과발생을 회피하지 못한 과실이 검토되어야 하고, 그 과실의 유무를 판단함에는 같은 업무와 직무에 종사하는 일반적 보통인의 주의 정도를 표준으로 하여야 하며, 이에 사고 당시의 일반적인 의학의 수준과 의료환경 및 조건, 의료행위의 특수성 등이 고려되어야 한다.³⁵⁾ 이를 종합하면 판례에서 민사소송의 경우 의료사고에 다른 원인이 없다는 간접사실을 증명하는 정도면 의료과실을 인정하여 손해배상할 것을 명하고 있지만, 형사소송의 경우 의사의 과실을 의심할 여지가 없을 정도로 확실해야만 유죄로 인정하고 있는 것이다. 향후 과실에 대한 입증책임의 완화로 의료소송 진행상의 어려움을 덜어주어야 할 것이다.

Ⅲ. 중재를 통한 의료분쟁의 해결

1. 의료조정제도의 문제점

민사소송의 경우 입증책임은 원칙적으로 손해배상을 청구하는 측인 원고(피해자)측에 있다. 다만 전문분야나 특수한 영역의 경우 그 입증책임을 전환하고 있는데, 보험업법이나 제조물 책임 분야에서 일부 입법례를 찾아 볼 수 있다. 이러한 연유로 의료중재원이나 소비자원의 의료팀에서 의료분쟁의 조정을 시행해 오고 있다. 그러나 이러한 제도 역시 의료기관이나 의료인의 조정거부로 그 실효성에 많은 의문을 제기하고 있는 실정에 있다. 앞에서 살펴본 바와 같이 의료분쟁조정법이 입법취지에 맞게 효과적으로 기능한다면 조정 과정을 통하여 의료기관과 환자 측 양당사자 간의 소모적인 갈등을 없애고 원만한 합의를 이끌어 내는데 기여할 수 있는 제도이다. 이러한 여러 제도는 ADR의 효율적 운용방법과 분쟁에 대한 해결결과의 효력범위와도 상관되는 문제이다. 이 중 효율적 운용방법에서 살펴보면, 분쟁해결절차를 기준으로 ADR을 분류할 경우 절차주재자의 개입 정도에 따라 상담, 조정형 절차(조정, 알선 등), 재단형 절차(중재, 재정 등)로 나누어 볼 수 있다. 상담의 순수한 형태는 상담담당자가 상대방 당사자와 직접 접촉하지 않고 일방 당사자인 상담자에게만 조언을 제공하고, 협상 기타의 방법에 의한 해결을 촉구하는 방법이다.³⁶⁾ 향후 이를 보완하여 제도를 발전시키고자 한다면 의료기관은 물론 의료과실을 유발한 의사는 배

35) 대법원2007.9.20. 선고 2006도 294 판결.

36) 강수미, 행정형 ADR의 현황과 개선방안, 중재연구 제25권 제4호, 한국중재학회, 2015..12, 55면.

상책임보험의 가입을 의무화하고 의료사고별 보험료를 할증하는 방안이 도입되어야 할 것이다. 이렇게 되면 의료행위에 주의를 기울이려는 자정의 노력을 배가시킬 것이다. 사실 의료분쟁조정법이 제정되기 전 각종 판례들은 의료사고의 특성을 감안하여 입증책임을 완화하거나 전환하는 추세를 반영하여 왔다.³⁷⁾ 하지만 입증책임전환을 둘러싸고 18대 국회의 입법안에도 불구하고 정부에서는 대안법안을 제시하며 “왜 환자나 의사가 입증을 하게 하느냐? 감정단을 만들어 판단하면 될 것”이라 하여 의료분쟁조정법이 시행되게 된 것이다. 이러한 조정제도는 모든 의료분쟁에 관하여 한국소비자원이나 조정중재원에 조정 신청이 가능하도록 하고 있다. 그런데도 조정제도를 이용하지 않고, 어려운 경제사정에도 불구하고 의료소송을 진행한다든가 법원에 조정을 신청한 사례가 늘고 있는 추세에 있다. 이들은 왜 이 같은 선택을 한 것일까?³⁸⁾ 이러한 현상은 앞에서 살펴본 바와 같이 원고(환자)에게 입증책임을 강화하고 있고, 이는 조정불성립의 경우에도 소위 “결정서”를 통보하여 의료기관이나 의료인의 소송상의 입증자료로 활용토록 하는데 근거하기 때문이다. 소비자자원이나 조정중재원은 재판기관이 아니며 조정불성립의 경우에는 기초사실이나 판단을 언급하지 말아야 할 것이다. 이는 피고(의료기관이나 의료인)측의 조정거부로 인한 결과이기 때문이다. 조정을 거부한 자에게 “결정서”를 통보하는 것은 모순된다.

2. 소위 ‘결정서’의 문제점

소비자분쟁조정위원회는 조정 불성립의 경우에도 소위 “결정서”를 시행하고 있는데, 이는 소비자기본법 제67조 제 1항의 규정에 의거하여 조정결정 내용을 신청인과 피신청인에게 통보하고 있다. 이를 살펴보면 제목으로 “소비자분쟁조정위원회 분쟁조정회의 결정”에 이어 사건번호와 사건명을 기재하고 있다. 주문으로는 “이 사건 분쟁조정 신청에 대하여는 조정하지 아니한다.”라고 기재하면서 그 이유를 장황하게 실시하고 있다. 주요 내용으로는 기초사실과 판단을 근거로 “주문과 같이 결정한다.”라고 기재하고 있다. 이어 말미에 위원장, 상임위원 외 기타 위원(7명 정도)의 서명과 날인을 받고 있는 실정에 있다. 이러한 소위 “결정서”는 주문에서 표기한 바와 같이 “조정하지 아니한다.”라는 이유 실시에는 “의료기관 혹은 의료인의 부동의로 인한 조정불성립”이라고 간단·명료하게 적시하면 되는 것으로 판단된다. 그럼에도 불구하고 그 이유를 장황하게 실시함으로써 의료진측에서는 일반 소송으로 진행되는 과정에서 의견서 및 답변서로 적극 활용하고 있는 실정에 있다. 이렇게 되면 소비자원은 오히려 의료기관(피고측)의 “사용자원”으로서의 대변하는 것으로, 이러한 역기능은 하루 속히 폐쇄되어야 할 것이다. 사실 분쟁조정회의 참여 위원

37) 대법원 2000.7.7. 99다66328, 손해배상(의)

38) http://www.medioseo.or.kr/bbs/board.php?bo_table=s41&wr_id=9, 2016.10.18. 검색

들은 재판기관이 아니기 때문에 기초되는 사실과 판단에서 정확성과 공정성이 의심되는 부분이 없지 않다. 이러한 소위 “결정서”를 획득하기 위해 의료진은 일방적인 진술을 하게 되며 결국 이를 적극 활용하여 재판의 입증자료로 사용하게 되는 것이다. 소비자분쟁조정위원회의 분쟁조정회의는 분쟁조정신청에 대하여 “조정성립”의 경우에만 결정을 하고 “조정 불성립”의 경우에는 분쟁조정회의 자체를 개최하지 말아야 할 것이다. 이러한 회의를 개최하거나 참여하여 사용된 비용은 부당이득으로 간주되어야 하고 이는 최초 회의까지 소급하여 반환하여야 할 것이다. 이러한 부당이득은 소비자가 먼저 배상하고 회의 개최와 관련하여서는 소비자분쟁조정위원회 위원장과 사무국장에게 구상하고 참여와 관련하여서는 각 위원에게 구상하여야 할 것이다.

3. 소결

의료분쟁이 발생한 경우, 이를 해결할 수 있는 방법으로는 크게 일반적인 소송으로 해결하는 방안과 ADR로 대별해 볼 수 있다. 전자의 경우에는 법원이 소송을 관장하고 당사자들이 엄격한 절차와 방법에 따라 진행되며 재판의 결과는 강제적으로 집행이 되는 반면 많은 비용과 시간이 소요되는 단점이 있다. 한편 알선이나 조정, 중재 등 대체적 분쟁해결방법은 소송제도에 비하여 가지는 장점도 적지 않다.³⁹⁾ 의료분쟁을 적절한 시점에 잘 해결하기 위해서는 분쟁의 실마리를 잘 이해하고 처리할 수 있는 전문가를 양성하는 것이 무엇보다 중요하다. 전문성을 구비하여 분쟁당사자들의 쟁점내용을 잘 이해하고 양보할 수 있도록 설득하여 적절한 해결책을 제시할 때 향후 의료분쟁의 해결책에 대한 실효성을 기대해 볼 수 있을 것이다. 인간의 신체적 고통이 따르는 문제는, 이를 오랜 시간에 걸쳐서 진행하게 되면 비용뿐만 아니라 건강의 악화 요인으로 작용되어 단심으로 끝낼 수 있는 중재제도로의 외연 확장이 요구되는 부분이다. 향후 관련 기관의 “조정불성립”의 경우에는 중재제도를 활용할 수 있는 방안이 모색되어야 할 것이다. 예로서 피고역할로서의 의료기관이나 의료인 측의 조정거부로 인한 “조정 불성립”의 경우에는 분쟁조정회의 자체를 개최하지 말아야 할 것이다. 결과적으로 분쟁조정회의가 개최되지 않았다면 피고 측인 의료인의 “부동의로 인한 조정불성립”이라고 명시하면 되는 것으로 보이며, 이는 의료조정제도의 문제점에서 살펴보았듯이 조정을 거부한 자에게 “결정서”를 통보하는 것은 모순되기 때문이다.

39) 김용길, 금융분쟁에 있어서 ADR제도의 효율적인 운영방안, 중재연구 제24권 제2호, 한국중재학회, 2014.6, 64면.

IV. 의료분쟁의 해결을 위한 ADR제도의 효율적 운영방안

1. 의료중재의 활성화

의료사고가 발생한 경우 의료인에게는 형법 제268조(업무상과실)를 적용할 수 있는데 피해자 측에서 의료인의 불법행위로 인한 민사상 손해배상이나 업무상 과실치상죄를 이유로 형사 고소하는 경우가 대부분이다. 이렇게 되면 비용이나 시간적 경과로 인한 경제적 측면을 고려하지 않을 수 없다. 중재는 사법상의 법률관계에 대하여 분쟁당사자간에 합의에 의하여 이미 발생하였거나 앞으로 발생할 분쟁의 전부 또는 일부를 제 3자인 중재인을 선정하여 그 중재인의 판정에 복종하는 제도로서 조정에 비하여 당사자를 구속하는 강제력이 더 크기 때문에⁴⁰⁾ 이를 효율적으로 활용할 수 있는 장점이 있을 것이다. 이에 관한 방안으로 소비자원의 의료분쟁 사건의 조정 부분에서는 일정한 한계가 있기 때문에 중재인을 통한 중재로서의 해결방안이 바람직해 보인다. 「의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률」(약칭: 의료분쟁조정법)은 의료인의 과실로 환자에게 상해나 사망 등의 사고를 일으켰을 경우 그 상황에 따른 의료분쟁의 처리와 관련한 사항을 조정한 법률이다.⁴¹⁾ 이 법률이 시행되어, 2012.4.8. 부터 한국의료분쟁조정중재원(이하, “조정중재원”)이 업무를 시작하게 되었다.⁴²⁾ 의료 분쟁의 피해자는 조정중재원에 분쟁의 조정을 신청할 수 있으며, 의료사고로 인한 피해를 신속하게 구제받을 수 있는 방법이 마련되어 시행되고 있다. 아울러 당사자들이 서면으로 합의하는 경우 조정부의 중국적 결정에 따르기로 하는 중재를 신청할 수도 있다. 조정중재원의 조정부는 조정위원들로 구성되는데 조정위원은 법률가, 의료인, 소비자 권익에 관한 학식과 경험이 풍부한 자 등으로 구성된다(의료사고감정단은 의료인·법조인 각 2명씩, 소비자권익위원 1명 등 5명으로 구성). 의료사고감정단은 의료과실 유무 등에 대해 직접 조사하여 감정서를 작성하고, 의료분쟁조정위원회는 감정 결과를 바탕으로 손해배상액을 산정하여 중재 판정을 내리는 구조로 되어 있다. 피해자가 중재신청을 해도 의료기관이 중재에 불응한다고 어떠한 조치가 따르는 것은 아니기 때문에 임의조정이 가능하다. 다만 조정신청을 받아들여 조정을 한다면 성립된 조정이나 중재결정은 확정판결과 동일한 효력이 있게 된다. 조정의 성립이나 재판상화해로 소송이 끝나는 경우에

40) 김용길, 앞의 논문, 75~76면.

41) 의료분쟁조정법(법률 제10566호)은 2011년 4월 7일 제정됐으며 2012년 4월 8일부터 시행됐다. 의료분쟁의 조정 및 중재 등에 관한 사항을 규정함으로써 의료사고로 인한 피해를 신속·공정하게 구제하고 보건의료인의 안정적인 진료환경을 조성함을 목적으로 한다(제1조).

42) 한국의료분쟁조정중재원(Korea Medical Dispute Mediation and Arbitration Agency)은 의료분쟁조정법에 따라 의료사고의 신속·공정한 피해구제 등을 담당하기 위해 2012년 4월 8일 출범한 보건복지부 산하 공공기관이다.

는, 확정판결과 동일한 효력이 있게 된다. 조정중재원의 조정불성립으로 인한 의료분쟁은 한국소비자원 의료팀에 그 조정을 의뢰하게 되는데, 여기서도 조정불성립시에는 상부기관인 공정거래위에 재의결을 신청할 수 있는 구조로 되어 있다, 이러한 복잡한 구조는 의료사고에 대한 분쟁조정과 형사제재의 합리적인 방안의 필요성을 제시하게 된다. 한국소비자원의 경우, 조정불성립의 경우에는 의료측의 부동의로 인한 조정불성립을 통보하면 되는 것인데, 소비자원의 적극적 개입으로 소위 “결정서”를 채택하여 당사자에게 통보함으로써 피고인 의료진측에서는 이를 활용, 소송의 자료로 사용하고 있는 실정에 있다. 이렇게 됨으로써 소비자원의 역할은 오히려 역기능으로 작용하여 “사용자원“으로서의 역할로 전환되게 되는 구조이다. 이렇기 때문에 소비자원의 이런 기능은 폐쇄하고 현실적으로 의료중재원에서 그 기능을 흡수·통합할 필요가 있으며 공정거래위에 그 기능을 확대하는 방안이 요구된다. 소비자원의 피해구제 기능 중 의료피해 분야는 의료중재원에서 그 기능을 흡수·통합하고 소비자분쟁조정위원회는 소비자기본법 제60조에 근거하여 한국소비자원에 소비자분쟁조정위원회를 설치하여 운영하고 있는데, 소비자분쟁에 대한 조정요청 사건을 심의하여 조정결정을 하는 준사법적인 기구이다. 이 또한 의료분쟁 사건은 의료중재원으로 이첩할 수 있도록 관련법의 개정이 요구되는 부분이다. 특히 공정거래위원회가 상위기관으로서 소비자원의 의료피해구제 사건은 소비자원을 거치지 않고 직접 처리하는 방안 외에도 의료중재원에서 처리할 수 있도록 관리하는 방안이 모색되어야 할 것이다.

2. 효율적 운영 방안

최근 가수 신00의 사망을 계기로 의료사고 논란이 뜨겁다. 이와 관련, 의료분쟁의 자동 개시를 위한 소위 ‘신해철法’이 복지위를 통과하여 사망·중증상해 등 의료사고 때 병원·의사의 동의가 없어도 조정절차를 개시할 수 있도록 하였다.⁴³⁾ 이와 더불어 의료사고로 인한 분쟁이 크게 늘어나는 추세에 있다. 중국에서는 2009년 의료손해책임에 대한 전문규정

43) 2016.2.17. 국회 보건복지위원회는 법안심사소위원회와 전체회의를 열고 ‘의료사고 의료분쟁조정법’(일명 신해철법) 개정안을 통과시켰다. 이 개정안의 골자는 의료사고가 발생하여 조정신청이 있으면 피신청인(의사·병원)의 동의 여부를 묻지 않고 분쟁조정이 자동개시 될 수 있도록 하는 방안이다. 그동안 분쟁조정법은 유명무실한 조정제도도 인해 의료소송으로 이어져, 사회적 비용이 커지는 부작용이 발생하였다. 2015년도 의료분쟁조정신청 사건은 1,311건이 접수되어 이 중 750건(56%)은 피신청인의 불응으로 개시조차 되지 못했다. 중증상해의 정의 및 범위는 시행령으로 정하게 된다(한국경제 2016.2.18. A33면 참조). 이를 자세히 살펴보면 의료분쟁조정법(법률 제14221호, 2016.5.29., 일부개정, 시행 2016.11.30.) 제27조(조정 신청) 3. 조정신청이 있는 후에 소가 제기된 때 ⑧ 제4항에 따라 조정신청서를 송달받은 피신청인이 조정에 응하고자 하는 의사를 조정중재원에 통지함으로써 조정절차를 개시한다. 피신청인이 조정신청서를 송달받은 날부터 14일 이내에 조정절차에 응하고자 하는 의사를 통지하지 아니한 경우 원장은 조정신청을 각하한다. ⑨ 원장은 제8항에도 불구하고 제1항에 따른 조정신청의 대상인 의료사고가 사망 또는 다음 각 호에 해당하는 경우에는 지체 없이 조정절차를 개시하여야 한다. 이 경우 피신청인이 조정신청서를 송달받은 날을 조정절차 개시일로 본다.(신설 2016.5.29.) 1. 1개월 이상의 의식불명 2. 「장애인복지법」 제2조에 따른 장애등급 제1급 중 대통령령으로 정하는 경우이다.

으로 불법행위법(侵權責任法)⁴⁴⁾을 제정하였으며 2010년 인민조정법(人民調解法)⁴⁵⁾이 제정된 후 ADR의 신속성과 경제적 효율성에 의존하고 있는데, 이는 심화되는 의료소송에 대응하기 위한 일련의 과정으로 이해할 수 있다. 특히 한중 FTA 체결로 중국의료시장의 개방에도 관심이 집중되는 분야이다. 2010년 의료사고 손해배상 소송은 876건에서 3년 만에 26%가 증가한 추세에 있다. 하지만 의료소송에서 환자 측이 승소하는 것은 쉽지 않다.⁴⁶⁾ 향후 피고(의료진)측에 의료과실이 아님을 스스로 증명할 입증책임을 지울 필요가 있는 부분이다. 이와 관련, 피고는 의료분쟁조정법 제27조 제8항 및 소비자분쟁조정규칙 제19조 제2호, 제32조에 근거하여 피고가 조정을 거부할 경우에는 “조정을 하지 아니할 수밖에 없다는 규정”을 잘 알고 있으며, 이를 악용하는 경우를 살펴볼 수 있다. 이 과정에서 의료과실을 은폐하기 위해 진료기록부를 이중으로 작성하였다면 이는 의료법 위반 행위에 해당한다.⁴⁷⁾ 이와 함께 소비자의 분쟁결정 또한 의료진의 소비자권고에 대한 조정 거부로 인해 조정을 하지 아니할 수 있는 근거가 된다. 피고(의료기관)측은 의료중재원이나 소비자의 권고를 일체 거부할 수도 있는 것이다. 이런 사안을 감안하여 의료분쟁의 기준을 매뉴얼화 하고 일정 기준에 부합하면 조정을 거부할 수 없도록 강제하는 방안이 마련되어야 할 것이다. 또한 치료병원을 폐원하여 환자를 다른 프렌차이즈 점으로 전원할 수도 있는데, 이는 의료사고를 유발하고, 사건 다툼이 시작되어 서둘러 전원하는 사례가 있는 등 의료사고를 은폐하는 기술로 기능한다. 이러한 행위는 징벌적 손해배상제도로 의율하고 프렌차이즈 지점에서의 전원허용을 제한하여야 할 것이다. 이를 예방하고자 일반적으로 공정거래위 표준약관을 사용하도록 하는 약관을 정비할 필요가 있어 보인다. 한편

44) 中華人民共和國侵權責任法(중화인민공화국 침권책임법)은 2009년 12월 26일 중화인민공화국 제11기 전국인민대표대회 상무위원회 제12차 회의에서 통과되었고, 이에 공포하며, 2010년 7월 1일부터 시행한다(중화인민공화국 주석 호급도). 제2조 민사권을 침해한 경우 본 법에 따라 침권책임을 부담해야 한다. 본 법의 민사권이라 함은 생명권, 건강권, 성명권, 명예권, 영예권, 초상권, 프라이버시권, 혼인자유권, 감호권(監護權, 후견권), 소유권, 용익물권, 담보물권, 저작권, 전리권(專利權, 특허권, 실용신안권, 디자인권), 상표전용권, 발견권(發現權), 고권(股權, 주주권, 지분), 계승권(繼承權, 상속권) 등의 인신(人身, 신분) 및 재산권이 포함된다.

45) 中華人民共和國人民調解法(중화인민공화국 인민조정법)은 2010년 8월 28일 제11차 전국인민대표대회 상무위원회 제16차 회의 통과, 제2조 이 법에서 인민조정이란 인민조정위원회(人民調解委員會)가 설득, 소통 등의 방법으로 당사자가 평등하게 협상을 진행한다는 전제 하에서 자발적으로 조정협의를 달성하여 민간분쟁을 해결하는 활동을 말한다. 제3조 인민조정위원회의 민간분쟁의 조정은 마땅히 다음의 원칙을 준수하여야 한다. (一) 당사자 간에 자발적이고 평등하게 조정을 진행한다. (二) 법률, 법규와 국가 정책을 위배하지 아니한다. (三) 당사자의 권리를 존중하고 조정으로 인하여 당사자가 법에 따라 중재, 행정, 사법 등 경로를 통하여 자신의 권리를 수호하는 것을 저지하지 아니한다. <http://world.moleg.go.kr/World/EastAsia/CN/law/7723?y=9...2016.11.22..검색>

46) 법률신문(2014. 11.6.), 가수 신혜철씨 사망 계기로 본 의료소송, 환자측 완전승소 전체사건의 0.54% 불과.

47) 의료법위반(대법원 1998.1.23, 선고, 97도2124, 판결), 의사가 환자를 진료하는 경우에는 의료법 제21조 제1항에 의하여 그 의료행위에 관한 사항과 조건을 상세히 기록하고 서명한 진료기록부를 작성하여야 하며, 진료기록부를 작성하지 않은 자는 같은 법 제69조에 의하여 처벌하도록 되어 있는바, 이와 같이 의사에게 진료기록부를 작성하도록 한 취지는 진료를 담당하는 의사 자신으로 하여금 환자의 상태와 치료의 경과에 관한 정보를 빠뜨리지 않고 정확하게 기록하여 이를 그 이후 계속되는 환자치료에 이용하도록 함과 아울러 다른 의료관련 종사자들에게도 그 정보를 제공하여 환자로 하여금 적절한 의료를 제공받을 수 있도록 하고, 의료행위가 종료된 이후에는 그 의료행위의 적정성을 판단하는 자료로 사용할 수 있도록 하고자 함에 있다.

의사의 진료방법의 선택으로 인한 과실의 경우, 의사의 업무상과실을 부정하는 입장에 있다.⁴⁸⁾ 이러한 여러 방안을 도출하여 중재로서의 기능을 활성화할 필요가 있는데, 특히 분쟁해결기구의 결합적 조정중재방안으로는 분쟁이 제기되었을 경우에 일차적으로 전문기관의 조정에 의해 해결하고, 조정이 결핍되면 분쟁당사자간 중재합의를 하여 법적인 판단을 요하는 중재로 연결하는 방안이 우선적으로 고려되어야 소송으로 다투는 불편과 경제비용을 절감할 수 있게 되어 그 실효성이 보장된다 하겠다.⁴⁹⁾ 나아가 소비자기본법상의 집단분쟁조정제도를 활용하는 방안이다. 집단분쟁조정제도는 동일한 유형의 피해를 입은 소비자에 대해 일괄적 분쟁조정을 실시해서 다수의 피해자에 대해 구제가 가능한 제도를 말한다.⁵⁰⁾ 이는 최근 치과시술과 관련하여 상용화되고 있는 임프란트 시술의 과정에서 찾아볼 수 있는 사례이다. 이와 관련, 치과 보철물 탈락 재장착은 책임관리기간 1년 내 무료이며 “1년 후 재시술비는 의사의 귀책이 없을시 환자 부담”으로 지우고 있는데 시술 후 3회 이상 탈락되었다면, 이는 의사의 귀책으로 보아야 하고, 책임관리기간 또한 별도 약정한 바 없을 경우에는 이로부터 피고는 부당이득을 취하였다고 볼 수 있다. 이러한 피고의 의료행위 과정은 진료기록부에 상세히 기록되도록 의료법을 개정하여야 할 것이다. 그리고 지난 5월, 19대 마지막 임시국회에서 사망과 중상해에 해당하는 의료사고에 한해 의료분쟁조정이 피신청인인 의료인의 동의 없이 자동으로 개시될 수 있도록 하는 근거를 담은 의료분쟁조정법 일부개정법률이 개정되어 .2016.11.30..부터 시행된다. 의료사고로 인해 사망이나 1개월 이상 의식불명 혹은 장애등급 1등급 판정을 받게 된 피해자나 가족이 조정중재원에 조정신청을 하면 피신청인인 의사나 병원의 동의가 없어도 분쟁조정이 자동으로 진행된다. 그리고 조정중재원의 이사는 의사의 수를 줄이는 방향으로 개선되어야 할 것이다. 현재는 의사의 자격을 제한하는 규정을 두고 있지 않다(의료분쟁조정법 시행령 제4조 및 제9조).⁵¹⁾ 특히 간사의 역할 증대로 중재인 중에서 선임되어야 할 것이다.

48) 대법원 2008도3090, 의사는 진료를 행함에 있어 환자의 상황과 당시의 의료수준 그리고 자기의 지식경험에 따라 적절하다고 판단되는 진료방법을 선택할 상당한 범위의 재량을 가지는 것이고, 그것이 합리적인 범위를 벗어난 것이 아닌 한 진료의 결과를 놓고 그 중 어느 하나만이 정당하고 이와 다른 조치를 취한 것은 과실이 있다고 말할 수 없다. 소아외과 의사가 5세의 급성 림프구성 백혈병 환자의 항암치료를 위하여 쇄골하 정맥에 중심정맥도관을 삽입하는 수술을 하는 과정에서 환자의 우측 쇄골하 부위를 주사비늘로 10여 차례 찔러 환자가 우측 쇄골하 혈관 및 흉막 관통상에 기인한 혈흉으로 인한 순환혈액량 감소성 쇼크로 사망한 사안에서 담당 소아외과 의사에게 형법상 업무상 과실이 없다고 할 것이다.

49) 서정일, 조정제도의 통합적 운용방안에 관한 연구, 중재연구 제223권 제2호, 한국중재학회, 2013.6.51면.

50) 이병준, 소비자법 내에서의 소비자기본법상의 집단분쟁조정제도의 역할과 과제, 중재연구 제18권 제3호, 한국중재학회, 2008.12. 146면.

51) 제4조(조정중재원의 이사) 법 제10조제1항에 따라 조정중재원에 두는 이사 중 원장, 법 제19조에 따른 의료분쟁조정위원회의 위원장(이하 “위원장”이라 한다) 및 법 제25조에 따른 의료사고감정단(이하 “감정단”이라 한다)의 단장(이하 “단장”이라 한다)을 제외한 이사는 다음 각 호의 사람 중에서 위촉한다.1. 보건의료인단체 또는 보건의료기관단체에서 추천하는 사람 1명 2. 「비영리민간단체 지원법」 제2조에 따른 비영리민간단체에서 추천하는 사람 1명 3. 「고등교육법」 제2조에 따른 대학이나 공인된 연구기관에서 부교수 이상 또는 이에 상당하는 직위에 재직 중이거나 재직하였던 사람 1명 4. 기획재정부·법무부 및 보건복지부의 고위공무원단에 속하는 일반직공무원 또는 3급 일반직공무원(이에 상당하는 특정직공무원을 포함한다) 각 1명

V. 결 론

최근 환자가 마취된 후 원래 집도의가 아닌 다른 집도의가 들어와 대리 수술하는 의사 바뀌치기 일명 ‘유령 수술’ 논란이 가중되고 있다. 검증이 되지 않은 의사가 대신 수술하여 후유증이 심각하다는 것이다. 이런 사건들이 발생하면 환자인 피해자뿐만 아니라 가족들의 불안을 증대시키는 요인으로 작용한다. 대책으로 ‘의료법 개정안’과 수술 동의서에 집도의와 보조의사의 성명을 명기하고 실제 수술의사가 동일하다는 내용의 확인란을 ‘명시하는 시행령’을 개정할 필요가 있다. 의사(집도의)가 자주 교체되는 의료기관이 발생하기 때문이다. 보건복지부는 2016.2.16. 1회용 의료기기의 재사용 금지 및 처벌 규정을 강화하는 내용의 ‘의료법’ 일부 개정안이 국회 보건복지위원회 법안심사소위원회를 통과했다고 밝힌데 이어 일부개정법(법률 제13658호)이 2016.9.30.부터 시행되고 있다. 주요 내용으로, 제1절 자격과 면허 중 제4조(의료인과 의료기관의 장의 의무) ⑥ 규정에서 “의료인은 일회용 주사 의료용품(한 번 사용할 목적으로 제작되거나 한 번의 의료행위에서 한 환자에게 사용하여야 하는 의료용품으로서 사람의 신체에 의약품, 혈액, 지방 등을 투여·채취하기 위하여 사용하는 주사침, 주사기, 수액용기와 연결줄 등을 포함하는 수액세트 및 그 밖에 이에 준하는 의료용품을 말한다. 이하 같다)을 한 번 사용한 후 다시 사용하여서는 아니 된다.”라고 명시하고 있다(신설 2016.5.29.). 개정안에 따르면 주사기 등 1회용 의료기기를 재사용하면 의사면허를 취소하고 최대 5년 이하의 징역형 및 2천만원 이하의 벌금을 내릴 수 있도록 규제를 강화하는 내용을 담고 있다. 향후 조정신청 내용이 명백한 거짓이 아닌 경우 모든 의료사고로 확대하여 제도의 실효성을 높이고 의료사고 피해 환자의 권리를 확대하는데 기여할 수 있도록 시행령의 개정이 필요해 보인다. 특히 의료소송에서는 의사의 과실과 의료사고 사이의 인과관계에 대한 환자의 입증책임을 경감해 주는 방향으로 입법이 추진될 필요가 있어 보이며, 의료사고의 입증책임이 개선되어야 할 것으로 판단된다. 의료사고가 접수된 의료기관에서는 폐업신고를 하지 못하도록 하고 프랜차이즈 지점으로의 전환을 제한할 필요가 있어 보이는 부분이다. 의료사고는 장기 진료 등으로 사고발생 시점이 흐려지기 때문에 피해자는 사고경위서를 잘 기억할 수 있도록 메모할 필요가 있다. 이러한 다툼 때문에 의사는 진료기록을 이중으로 작성하는 등 조작하려 할 수 있다. 따라서 의료피해자는 최대한의 기억력을 되살려 사고의 진행과정에 대한 상세한 경위를 기록해야 할 필요가 있고 매 진료기록의 발급을 의무화하여야 할 것이다. 그리고 조정중재원에서는 상임조정위원의 임용자격 기준으로 판사, 검사, 변호사 자격으로 10년 이상 법조경력에 있는 사람으로 제한하고 있는데 이는 의료분쟁조정에서 따온 업무의

한계로 보이며 중재인이나 심리학 및 법학교수 경력자로 대체되어야 하고 판사, 검사, 변호사 자격을 요구하는 것은 재판기관의 기능으로 변질될 우려가 있다. 이러한 문제점에 대해 개정방안을 제시함으로써 관련기관에서는 이러한 방안을 활용하게 될 것이며 의료분쟁의 원활한 해결을 위한 제도에 기여하게 될 것이다.

참고문헌

- 김태명, 판례형법각론, 피앤씨미디어, 2016.
- 배종대, 형사정책, 홍문사, 2015.
- 유기천, 개정형법학(총론강의), 법문사, 2011.
- 이재상 외, 형법각론, 박영사, 2016.
- 정웅석·백승민, 형사소송법, 대명출판사, 2014.
- 최병천, 판례중심 형법각론, 피앤씨미디어, 2016.
- 강수미, 행정형 ADR의 현황과 개선방안, 중재연구 제25권 제4호, 한국중재학회, 2015.12.
- 김명엽, 의료분쟁조정법상의 문제점과 개선에 관한 고찰, 법률실무연구 제1권 제2호, 한국 법이론실무학회, 2013.10.
- 김병일, ADR에 의한 의료분쟁 해결의 현황과 과제, 法學研究 第16卷 第1號, 충남대학교 법학연구소, 2005.12.
- 김용길, 금융분쟁에 있어서 ADR제도의 효율적인 운영방안, 중재연구 제24권 제2호, 한국 중재학회, 2014.6.
- 김정진, 중국 의료분쟁해결에 있어 협상 해결시스템 고찰, 과학기술법연구, 19권 1호, 한 남대학교 과학기술법연구원, 2013.
- 남준희, 독일의 의료분쟁과 대체적 분쟁해결방안(ADR), 의료법학, 제10권 제2호, 대한의료 법학회, 2009.12.
- 서정일, 조정제도의 통합적 운용방안에 관한 연구, 중재연구 제23권 제2호, 한국중재학회, 2013.6.
- 이동명, 의료행위사고의 형사책임, 법학연구 제46권, 한국법학회, 2012.5.
- 이병준, 소비자법 내에서의 소비자기본법상의 집단분쟁조정제도의 역할과 과제,, 중재연구 제18권 제3호, 한국중재학회, 2008.12.
- 이백휴 외, 의료분쟁조정제도의 실효적 운영방안, 대한의사협회 의료정책연구소, 2011.12.
- 이서영, 미국의 대체적 의료분쟁 해결 관련 법제 분석, 한국법제연구원, 연구보고서(비교

법 제 연구 12-20-2), 2012.6.

이재석, 의료안전과 형사법의 역할, 법학연구 제53집, 한국법학회, 2014.3.

전지연, 의료사건에서 과실치사상이 성립에 필요한 과실, 인과관계와 그 증명, 연세의료, 과학기술과 법 제2권 제1호, 2011.2.

황승연, 의료분쟁조정제도 운영에 따른 문제점 및 개선방안, 의료법학 제14권 제1호, 대한 의료법학회, 2013.6.

경찰청, 통계자료 범죄백서, 2013, 대검찰청, 범죄분석, 2013, 법무연수원, 범죄백서, 2014
법원행정처, 사법연감, 2014, 법무부, 중국형사법, 2008

Phillip E. Johnson, Criminal Law, 1990

대법원 1996.9.24. 선고 95도 245 판결

대법원 2000.7.7. 99다66328, 손해배상(의)]

대법원 2009.12.10. 선고 2008다22030 판결

대법원 2003.2.11. 선고 2002도6110 판결

대법원 2007.9.20, 선고, 2006도294, 판결

대법원 1969. 8. 2.자 69마469 결정

대법원 2007. 11. 15.자 2007마346 결정

대구고법 1968.3.7, 68라4, 제1특별부 판결

ABSTRACT

A Study on Legal Liability and Efficient Planning for Alternative Dispute Resolution in Medical Disputes

Seon-Mo Nam

Medical dispute means the dispute between the hospital and the patient due to a medical accident. In general, medical accidents must be in accordance with the terms that are used in the medical dispute adjustment method stated in Article 2 (definition). In relation to this, there is a need to discuss an efficient operation scheme for Alternative Dispute Resolution (ADR) in medical disputes. In addition, it is necessary to look at issues of civil liability and criminal liability. In particular, in the consumer dispute arbitration committee, there is a case to make a “decision not to adjust” in aggressive intervention in the process of conflict resolution. The medical staff, on the basis of its “decision,” can use this as a proven material for civil and criminal cases. This is rather upon the determination of the consumer council as a typical side effect to defend the user’s perspective. This is the “decision” as was expressed from an order, “not adjusted.” It is also determined to be easy and clearly timely. In the medical litigation, it is requesting the burden of proof of a patient’s cause-and-effect relationship with the doctors committing negligence and medical malpractice. This seems to require the promotion of legislation in the direction to reduce future cases. It is determined that the burden of proof of medical accidents must be improved. The institution receiving the medical accident should prevent a closure report. Further, it is necessary to limit the transition to a franchise point. In this paper, we understand the problems of the current medical dispute resolution system, trying to establish a medical dispute resolution system desirable through an efficient alternative. In addition, it wants help in the protection and realization in medical consumers’ and patients’ rights. The relevant authorities will take advantage of these measures. After all, this could contribute to the system for a smooth resolution of a medical dispute.

Key Words : Medical Disputes, Alternative Dispute Resolution, Medical Arbitration, Consumer Agency, Written Decision, Consumer Protection