

# 분만관련 불가항력적 의료사고 보상제도에 있어 분담금부과에 관한 연구

— 헌법재판소 2018. 4. 26. 선고 2015헌가13 사건을 중심으로 —

범 경 철\*

- I. 문제의 제기
- II. 헌법재판소 결정(2015헌가13)의 개요
  - 1. 사건개요
  - 2. 헌법재판소의 판단
- III. 불가항력 의료사고 보상제도의 개관
  - 1. 이 사건 불가항력 의료사고 보상제도의 의의
  - 2. 보상대상 및 절차
  - 3. 불가항력 의료사고 보상기준
  - 4. 보상제도의 재원확립
- IV. 보건의료기관개설자에 대한 분담금부과의 위헌성
  - 1. 논의의 방향
  - 2. 법률유보원칙 위배여부
  - 3. 포괄위임입법금지원칙 위배여부
  - 4. 과잉금지원칙의 위배여부
- VI. 결어

## I. 문제의 제기

의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률(2011. 4. 7. 법률 제 10566호로 제정된 것, 이하 ‘의료분쟁조정법’이라 한다) 제46조 제1항에서는

\* 논문접수: 2018. 9. 14. \* 심사개시: 2018. 9. 14. \* 게재확정: 2018. 9. 28.

\* 경희대학교 법학전문대학원 교수.

한국의료분쟁조정중재원(이하 ‘조정중재원’이라 한다)이 불가항력적으로 발생한 의료사고 피해자에 대해 보상을 할 수 있다고 규정하고 있다. 의료분쟁조정법은 조정중재원의 불가항력 분만사고에 대한 보상금의 재원을 보건복지부장관의 예산지원(의료분쟁조정법 제46조 제2항) 또는 보건의료기관개설자 등 대통령령으로 정하는 자로부터의 분담금부과(의료분쟁조정법 제46조 제3항)를 통해 마련하도록 하고 있다.

이에 의료분쟁조정법 시행령 제21조에서는 위 분담금을 부담하는 보건의료기관개설자를 ‘분만실적이 있는자’로 구체화하면서, 그 분담비율에 대하여는 조정중재원이 불가항력 의료사고 피해자에 대한 보상금의 100분의 30으로 정하였다.<sup>1)</sup>

의료분쟁조정법에 대하여 분만의료기관 개설자들은 위 법령들이 기본권을 침해한다는 이유로 헌법소원 심판을 청구하였으나, 헌법재판소는 ‘개별 보건의료기관개설자가 부담하는 구체적인 분담액이 의료분쟁조정중재원장이 납부의무자인 보건의료기관개설자에게 보건복지부장관이 정한 방법으로 계산한 분담금을 부과하는 때에 비로소 확정되므로, 위 법령만으로 기본권을 직접적으로 침해한다고 볼 수 없다’고 하며 기본권침해의 직접성 요건을 갖추지 못했다는 이유로 분만의료기관 개설자들의 청구를 각하한 바 있었다(헌법재판소 2014. 3. 27. 선고 2012헌마590 결정).

그러나 최근 헌법재판소에서 의료분쟁조정법 제46조 제3항 중 ‘보건의료기관개설자의 범위’ 및 ‘보상재원의 분담비율’부분에 대하여 합헌 결정을 내린 바 있다(헌법재판소 2018. 4. 26. 선고 2015헌가13 결정, 이하 ‘이 사건 결정’이라 한다).

---

1) 의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률 시행령(2012. 4. 6. 대통령령 제23708호로 제정된 것) 제21조(보상재원의 분담비율 등) ① 법 제46조 제1항에 따른 의료사고 보상사업에 드는 비용(이하 이 조에서 “분담금”이라 한다)은 다음 각 호의 구분에 따라 부담한다.

1. 국가: 100분의 70
2. 보건의료기관개설자 중 분만(分娩) 실적이 있는 자: 100분의 30.

본고에서는 이 사건 결정에 대해 간략히 살펴본 후, 첫째, 위 분담금 부과  
근거 법령조항들이 법률유보원칙 및 포괄위임입법금지 원칙에 위반되는지 여  
부 둘째, 위 분담금 부과가 비례의 원칙에 반하여 청구인들의 기본권을 침해하  
는지 여부를 검토함으로써, 이 사건 결정이 타당한지 고찰해보도록 하겠다.

## II. 헌법재판소 결정(2015헌가13)의 개요

### 1. 사건개요

제청신청인들은 의사로서 의료분쟁조정법 제2조 제5호의 보건의료기관개  
설자이다.

조정중재원은 위 법률 제46조 제1항에 따라 보건의료인이 충분한 주의의무  
를 다하였음에도 불구하고 불가항력적으로 발생한 분만 의료사고에 대해 피해  
보상사업(이하 ‘이 사건 보상사업’이라 한다)을 실시하여야 한다. 조정중재원  
장은 이 사건 보상사업의 재원을 마련하기 위해 같은 조 제3항, 제4항 및 동법  
시행령 제21조에 의료사고 보상사업에 드는 비용의 100분의 70은 국가가,  
100분의 30은 보건의료기관개설자 중 분만실적이 있는 자가 분담하도록 규정  
되어 있어 이에 따라 2014. 11. 11. 제청신청인들에게 분담금 부과처분을 하였  
다(이하 제청신청인들에 대한 각 분담금 부과처분에 대해 ‘이 사건 처분’이라  
한다). 제청신청인들은 2014. 12. 12. 조정중재원장을 상대로 이 사건 처분의  
취소를 구하는 소를 제기하고(서울행정법원 2014구합74510), 그 소송계속  
중 위 법률 제46조 제3항 및 제4항에 대해 위헌법률심판제청신청을 하였다  
(서울행정법원 2015아10268).

서울행정법원은 ‘의료분쟁조정법 제46조 제3항 및 제4항은 분담금 납부의  
무자의 범위에 관한 기준, 분담금의 상한이나 산정기준에 관하여 전혀 규정하  
지 않은 채 대통령령에 위임하고 있다. 따라서 의료분쟁조정법 제46조 제3항  
및 제4항은 법률유보원칙 및 포괄위임금지원칙에 위배된다.’고 주장하며,

2015. 3. 24. 이 사건 위헌법률심판을 제청하였다.

## 2. 헌법재판소의 판단

### 가. 다수의견

#### (1) 이 사건 분담금의 법적성격

이 사건 분담금은 분만 과정에서 보건의료인이 충분히 주의의무를 다하였음에도 불가항력적으로 발생한 분만에 따른 의료사고로 인한 피해를 보상하고 안정적인 진료환경을 조성한다는 공적 과제의 수행을 위하여(의료분쟁조정법 제46조 제1항, 제3항), 분만 실적이 있는 보건의료기관개설자라는 특정 집단의 사람들에게 재화 또는 용역의 제공과 관계없이 강제적·일률적으로 부과된다(같은 법 시행령 제21조 제1항 내지 제3항). 이렇게 마련된 재원은 보상금이라는 제한된 용도로 쓰이고(의료분쟁조정법 제46조 제1항, 같은 법 시행령 제24조), 공적 과제는 이 사건 분담금 수입으로 마련된 재원을 보상금으로 집행하는 단계에서 실현된다. 따라서 이 사건 분담금은 재정조달목적 부담금에 해당한다.

#### (2) 심판대상조항의 법률유보원칙 위반여부

우리나라는 의료사고에 관하여 손해배상제도 이외에는 특별한 구제 방법을 제도화하지 않았다. 특히 분만의료사고는 그 원인이 판명되지 않는 경우가 많아 시의적절한 구제가 어려웠다. 이에 입법자는 이 사건 보상사업을 제도화하여 무과실 분만 의료사고로 인한 피해를 보상하도록 하면서, 다만 보상재원과 관련하여 분담금 납부의무자의 범위와 분담비율에 대해서는 법률에서 직접 정하지 않고 대통령령에 위임하였다. 그런데 보상의 전제가 되는 의료사고에 관한 사항들은 의학의 발전 수준이나 의료 환경 등에 따라 변할 수 있으므로, 보상이 필요한 의료사고인지, 보상의 범위를 어느 수준으로 할지, 그 재원을 누가 부담할지 등은 당시의 의료사고 현황이나 관련자들의 비용부담 능력 등을 중

합적으로 고려하여 결정해야 할 것이다. 따라서 분담금 납부의무자의 범위와 보상재원의 분담비율을 반드시 법률에서 직접 정해야 한다고 보기는 어렵고, 이를 대통령령에 위임하였다고 하여 그 자체로 법률유보원칙에 위배된다고 할 수는 없다.

### (3) 심판대상조항의 포괄위임금지원칙 위반여부

무과실 분만 의료사고로 인한 피해를 보상하기 위한 재원을 누구에게 어떤 기준으로 부담시킬 것인지는 분만 의료의 환경이나 의료기술 수준, 분만 의료사고를 둘러싼 분쟁의 형태 등 다양한 요인에 따라 달라질 수밖에 없다. 이를 적절하게 규율하기 위해서는 전문성을 가진 행정기관이 사회적·경제적 여건의 변화 및 의료정책의 변화 등을 고려하여 합리적으로 정하도록 할 필요가 있으므로, 위임의 필요성이 인정된다.

심판대상조항은 분담금 납부의무자의 범위를 대통령령에 위임하고 있다. 그런데 의료분쟁조정법 제46조 제1항은 불가항력 분만 의료사고로 인한 피해를 보상하기 위한 사업을 실시한다고 규정하고 있고, 앞에서 본 바와 같이 이 사건 보상사업의 목적은 무과실 분만 의료사고 피해자에게 그 피해의 일부를 보상하고 보건의료인의 안정적인 진료환경을 조성하기 위한 것이다. 의료분쟁조정법 제46조 제1항의 문언과 이 사건 보상사업의 목적을 종합해 보면, 심판대상조항이 대통령령에 위임하고 있는 분담금 납부의무자의 범위에는 분만 실적이 있는 보건의료기관개설자가 포함될 것이라는 점을 충분히 예측할 수 있다.

심판대상조항은 보상재원의 분담비율과 관련하여 그 기준이나 상한 등에 대해 정함이 없이 그 자체를 대통령령에 위임하고 있다. 이 사건 보상사업에 필요한 재원은 무과실 분만 의료사고의 유형 및 발생 건수, 보상 청구 현황 등에 따라 정해질 것이고, 의료분쟁조정법 제46조 제2항이 국가로 하여금 이 사건 보상사업에 드는 비용의 일부를 예산의 범위에서 지원할 수 있다고 규정하고 있으므로, 분담금 납부의무자가 부담할 비율은 국가가 지원할 수 있는 금액에

따라 달라질 것임을 예측할 수 있다.

결국, 심판대상조항이 분담금 납부의무자의 범위와 보상재원의 분담비율을 구체적으로 정하지 않고 대통령령에 위임한 것은 포괄위임금지원칙에 위반된다고 볼 수 없다.

나. 반대의견(재판관 이진성, 재판관 강일원, 재판관 이선애, 재판관 유남석의 의료분쟁조정법 제46조 제4항 중 ‘보상재원의 분담비율’ 부분에 대한 반대의견)

이 사건 보상사업의 사회보장적 성격과 의료분쟁조정법의 규정 내용 등을 종합하여 보면, 이 사건 보상사업의 비용 전부를 보건의료기관개설자에게 부담시켜서는 안 되고, 국가는 그 비용을 분담해야 한다. 나아가 무과실 분만 의료사고로 인한 사회적 손실의 공평한 부담이라는 측면에서 국가와 보건의료기관개설자 등 관련자 사이에 적절한 수준의 부담이 이루어져야 하고, 보건의료기관개설자에 대하여 과도한 부담을 강제하는 것은 허용될 수 없다.

이와 같이 국가는 무과실 분만 의료사고에 대한 이 사건 보상사업의 비용을 그 사회보장적 성격에 맞게 적절한 수준에서 분담해야 하고, 한편 보건의료기관개설자는 분만 의료사고에 과실책임이 없음에도 이 사건 보상사업과 관련성이 있다는 사유만으로 일반인이 부담하지 않는 특별한 부담금 납부의무를 부과받고 있다. 따라서 보상재원에 관한 국가와 보건의료기관개설자 사이의 분담비율은 보건의료기관개설자의 재산권 제한과 관련하여 매우 중요한 의미를 가진다. 그러므로 이 사건 보상사업 및 부담금 부과 근거가 되는 법률인 의료분쟁조정법이 보상재원의 분담비율에 관련한 세부적 사항의 결정을 행정권에 위임하기 위해서는, 법률 자체에서 적어도 분담비율을 정하는 기준이나 분담비율의 상한을 정해 둬으로써 부담금 납부의무의 범위에 관하여 행정권에 의한 자의적인 법률의 해석과 집행을 방지하고 보건의료기관개설자의 예측가능성과 법적 안정성을 확보할 것이 더욱 강하게 요청된다.

그럼에도 의료분쟁조정법 제46조 제4항은 보상재원의 분담비율에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다고 규정할 뿐, 분담비율을 정하는 기준이나 분담비율의 상한에 대해서 전혀 규정하지 아니하였고, 의료분쟁조정법의 전반적인 체계나 관련조항을 살펴보더라도 분담비율에 관하여 대통령령에 규정될 내용의 대강을 예측할 만한 단서를 찾을 수 없다. 더구나 이 사건 보상사업에 따른 보상의 범위, 보상금의 지급기준 역시 대통령령으로 정하도록 하고 있으므로(의료분쟁조정법 제46조 제4항, 같은 법 시행령 제22조, 제23조), 의료분쟁조정법의 규정 내용만으로는 보상금의 액수나 필요한 보상재원 규모를 가늠하기도 어렵다. 이러한 상황에서 보상재원의 분담비율까지 아무런 기준이나 한계 없이 대통령령에 위임된 결과, 분담금 납부의무에 관한 보건의료기관개설자의 법적 불안정성이 가중되고, 보건의료기관개설자가 분담금을 얼마나 부담할 것인지를 행정권의 전적인 재량에 맡긴 것이나 다름없게 되었다.

결국 의료분쟁조정법 제46조 제4항은 ‘보상재원의 분담비율’에 관하여 대통령령에 포괄적으로 위임함으로써 보상재원의 분담비율의 대강이 어떻게 될지를 전혀 예측할 수 없게 하고, 분담금 납부의무 범위와 관련하여 보건의료기관개설자의 법적 안정성을 현저히 해치고 있다. 따라서 의료분쟁조정법 제46조 제4항 중 ‘보상재원의 분담비율’ 부분은 포괄위임금지원칙에 반하여 헌법에 위반된다.

### III. 불가항력 의료사고 보상제도의 개관

#### 1. 이 사건 불가항력 의료사고 보상제도의 의의

대한의사협회가 1988년 ‘의료사고처리특례법’의 제정을 건의한 이후, 여러 건의 법률안이 상정되거나 폐기되면서 무려 23년 동안이나 논란이 되어 왔다. 지난 23년의 논쟁을 마감하고 제정된 의료분쟁조정법은 당사자 간 자율적 분쟁해결을 통하여 의료사고로 인한 피해를 적정하게 해결하고, 보건의료인의

안정적 진료환경을 조성한다는 내용을 기본이념으로 가지고 있다.<sup>2)</sup> 의료분쟁조정법 제1조 역시 의료분쟁조정법의 목적에 관하여 “의료분쟁의 조정 및 중재 등에 관한 사항을 규정함으로써 의료사고로 인한 피해를 신속·공정하게 구제하고 보건의료인의 안정적인 진료환경을 조성함을 목적으로 한다”고 규정하고 있다.

또한 산부인과 의료는 다른 의료영역에 비하여 상대적으로 불확실성이 큰 의료영역으로서, 의사의 과실이 없음에도 불구하고 건강한 산모, 태아 및 신생아에게 이상 징후가 갑자기 발생하여 응급상황으로 진행될 수 있는 가능성을 내포하고 있다. 또한 산부인과 분만에 있어서 확률적으로 일어날 수밖에 없는 병리학적인 상황들도 존재한다.<sup>3)</sup> 이는 산모나 신생아의 사망 또는 뇌성마비와 같은 중대한 결과에 대하여 피해자 측에서 불법행위책임의 성립요건인 과실을 증명하기 곤란하다는 것을 의미하는 것이기도 하다.<sup>4)</sup> 전체 의료분쟁에서 산부인과 관련 의료분쟁이 높은 비중을 차지하고 있는 것도 이와 같은 산부인과 의료의 특수성이 작용한 결과라고 볼 수 있다.<sup>5)</sup>

산부인과의 경우 불가항력으로 인한 의료사고가 빈번함에도, 산모 측에서는 의료인의 과실을 의심하며 때로는 과도한 피해보상요구로 이어지기도 한다. 또한 산부인과는 저출산 현상과 맞물려 점점 운영이 어려워지고 있다. 게다가 자칫 소송에서 ‘과실’이 인정되기라도 하면, 의사면허 박탈의 위험까지 있기 때문에 수련의들이 산부인과 전문의로의 길을 기피하고 있는 상황이다.<sup>6)</sup> 예전 일본에서 발생하였던 문제점이 우리사회에 그대로 노출되고 있고,<sup>7)</sup> 산

2) 김민중·김주경, “의료분쟁조정법을 둘러싼 쟁점과 합의”, 이슈와 논점, 2011, 1면.

3) 오수영·노정래, “분만 관련 불가항력적인 의료사고에 대한 의학적 이해: 양수색전증, 폐색전증, 태변흡인증후군과 뇌성마비에 관하여”, 대한의사협회지(제56권 9호), 2013, 785면.

4) 박지용, “의료분쟁조정법상 의료사고 보상사업의 법정책 방향에 대한 소고 - 보상요건, 절차 및 재원을 중심으로”, 법학논총(제30집), 2013, 174면.

5) 박지용, “산부인과 의료과오소송에 있어 판례상 책임제한의 법리”, 서울대학교 법학(제55권 2호), 2014, 485면.

6) 오수영·권자영·신정호·김암, “의료분쟁조정법 및 시행령이 산부인과 전문의의 향후 진료에 미치는 영향”, 대한산부회지(제55권 7호), 2012, 464면.

7) 신정호, “일본은 산부인과 위기를 어떻게 극복하였나?: 일본의 뇌성마비 무과실 보상제도

부인과의 안정적인 진료환경의 조성이 매우 시급한 상황이다.

이러한 의료분쟁조정법의 입법목적 및 산부인과 의료의 특수성에 비추어, 본고에서 살펴보는 보상제도는 첫째, 분만 중 무과실에 의한 의료사고로 인하여 보건의료인에 대한 손해배상청구권을 가지지 못하는 환자 등에게 국가가 사회보장적 차원에서 그 피해액의 일부를 보상하고자 하는 것이며<sup>8)</sup> 둘째, 조정을 통한 신속한 사건해결을 도모함으로써 산부인과 의료에 있어 안정적인 진료환경을 만드는 것을 목표로 한다 할 수 있다.<sup>9)</sup>

## 2. 보상대상 및 절차

의료분쟁조정법 제46조의 내용은 다음과 같다. 제1항에서는 보건의료인이 충분한 주의의무를 다하였음에도 불구하고 불가항력으로 발생한 분만에 따른 의료사고에 대한 보상사업을 실시한다고 규정하고 있으며, 실제 지급절차에 관한 내용은 시행령에서 규정하고 있다.

과실이 인정되지 않는다는 취지의 감정서가 제출되고, 해당 의료사고가 보상심의위원회의 심의 대상이 될 것으로 판단되는 경우에는 의료사고의 피해자에게 보상을 청구할 수 있다는 사실을 알려야 한다(의료분쟁조정법 시행령 제24조 제1항). 이 후 제1항에 따른 고지를 받은 청구인은 고지 받은 날부터 14일 이내에 보상심의위원회에 불가항력 의료사고에 대한 보상을 청구할 수 있다(동조 제2항). 신청자가 14일 이내에 의료사고보상심의위원회에 보상을 청구하게 된다. 7명의 위원으로 구성된 의료사고보상심의위원회에서 재감정 혹은 추가 감정 후 보상이 결정되면 보상금을 지급하거나 혹은 보상을 기각할 수 있는 것으로 되어 있다. 의료사고보상심의위원회는 비상설로 운영되는 중재

---

의 소개”, 국회토론회 자료집(저출산 시대의 안전한 분만환경 조성방안), 2013, 89면.

8) 전광석, “의료분쟁조정법상 의료사고 보상사업의 헌법적 쟁점”, 의료법학(제13권 1호), 2012, 318-320면.

9) 한국의료분쟁조정중재원, “2015년도 불가항력 의료사고 보상재원 분담금 부과·징수 공고”, 2015, 3면.

원의 위원회이고, 산부인과 전문의 2명, 조정위원회 조정위원 2명, 감정단 감정위원 2명, 비영리단체 추천위원 1명으로 구성되며, 시행령 제22조에 따른 뇌성마비, 신생아 혹은 산모의 사망에 대해 심의, 보상금 지급 결정을 내리게 된다. 보상금은 3천만 원의 범위에서 뇌성마비의 정도 등을 고려하여 보상심의위원회에서 정한다(의료분쟁조정법 시행령 제23조).

### 3. 불가항력 의료사고 보상기준

불가항력 의료사고 각각의 경우에 있어 보상기준은 아직 정확히 공표되지는 않았으나, 뇌성마비와 신생아 사망에 대해서는 통상의 임신 분만이고 출생 체중이 2kg 이상, 재태주수가 34주 이상인 신생아가 분만 과정에서 뇌성마비나 신생아 사망이 발생한 경우에 보상 대상이 되는 것으로 알려져 있다. 다만 뇌 기형, 염색체 이상 등의 선천성 요인, 분만 후 감염증 등 신생아의 요인, 임부의 고의나 과실, 천재지변이나 비상사태에 의한 경우는 제외되며, 신생아 사망에 대해서는 분만 28일 이내에 사망한 경우가 대상이 될 수 있는 것으로 알려져 있다. 산모 사망에 대해서는 통상의 임신 분만이고 재태 주수가 20주 이상인 산모가 분만과정에서 사망한 경우로 하되, 유산에 의한 경우, 선천성 요인에 의한 경우, 분만 후의 감염증 등 후천성 요인에 의한 경우, 천재지변, 전쟁, 폭동 등의 비상사태에 의한 경우는 제외된다.<sup>10)</sup>

### 4. 보상제도의 재원확립

보건복지부장관은 의료사고 보상사업에 드는 비용의 일부를 예산의 범위에서 지원할 수 있다(의료분쟁조정법 제46조 제2항). 한편 조정중재원은 의료사고 보상사업에 드는 비용의 일부를 보건의료기관개설자 등 대통령령으로 정하는 자에게 분담하게 할 수 있으며(의료분쟁조정법 제46조 제3항), 보건의

10) 박순현, “불가항력 의료사고 보상제도 - 저출산 시대의 안전한 분만환경 조성방안”, 대한민국 국회, 2013, 36면.

료기관개설자의 범위, 보상재원의 분담비율 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다(의료분쟁조정법 제46조 제4항). 2012년 4월 8일 제정된 시행령에 의하면 국가가 100분의 70을, 그리고 보건의료기관개설자 중 분만실적이 있는 자가 100분의 30의 비용을 부담한다(의료분쟁조정법 시행령 제21조 제1항 제1호 및 제2호)고 규정되어 있다. 그리고 조정중재원은 분담금을 일반 예산과는 독립된 계정으로 관리·운영하여야 한다(같은 조 제4항).

## IV. 보건의료기관개설자에 대한 분담금부과의 위헌성

### 1. 논의의 방향

본고에서 살펴보는 법률조항들은 보건의료기관개설자 등에 대한 분담금부과처분을 통해 재산권을 제한하고 있다. 따라서, 기본권을 제한하는 내용의 본질적 사항은 법률에 근거해야 하며(법률유보원칙), 위와 같은 본질적인 사항을 시행령 등에 포괄적으로 위임하여서는 안 된다(포괄위임금지원칙). 이 사건 헌법재판소 결정에서는 법률유보원칙과 포괄위임금지원칙에 관하여만 판단하였으나, 본고에서는 이 사건 법률조항들이 보건의료기관 개설자들의 기본권을 침해하는지 여부에 대하여 살펴보겠다.

### 2. 법률유보원칙 위배여부

#### 가. 법률유보원칙의 의의

헌법은 법치주의를 그 기본원리의 하나로 하고 있으며, 법치주의는 행정작용에 국회가 제정한 형식적 법률의 근거가 요청된다는 법률유보를 그 핵심적 내용으로 하고 있다. 그런데 오늘날 법률유보원칙은 단순히 행정작용이 법률에 근거를 두기만 하면 충분한 것이 아니라, 국가공동체와 그 구성원에게 기본적으로적이고도 중요한 의미를 갖는 영역, 특히 국민의 기본권실현에 관련된 영역에

있어서는 행정에 맡길 것이 아니라 국민의 대표자인 입법자 스스로 그 본질적 사항에 대하여 결정하여야 한다는 요구까지 내포하는 것으로 이해하여야 한다 (이른바 의회유보원칙). 그런데 입법자가 형식적 법률로 스스로 규율하여야 하는 사항이 어떤 것인가는 일률적으로 확정할 수 없고 구체적 사례에서 관련 된 이익 내지 가치의 중요성, 규제 내지 침해의 정도와 방법 등을 고려하여 개별적으로 결정할 수 있을 뿐이나, 적어도 헌법상 보장된 국민의 자유나 권리를 제한할 때에는 그 제한의 본질적인 사항에 관한 한 입법자가 법률로써 스스로 규율하여야 할 것이다.<sup>11)</sup>

#### 나. 이 사건 분담금부과 규정이 법률유보원칙에 위배되는지 여부

의료분쟁조정법 제46조 제1항에서는 조정중재원이 분만에 따른 의료사고로 인한 피해를 보상하기 위한 사업을 실시한다고 정하고 있다. 같은 조 제3항은 분담금 납부의무가 ‘보건의료기관개설자 등’에게 있다고 정하고 있고, 같은 조 제4항은 ‘제3항에 따른 보건의료기관개설자의 범위’에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다고 규정하고 있다. 즉 분담금 납부에 있어서 기본적인 사항인 납부의무자의 범위에 대한 기본적인 사항에 관해서는 법률로 규정하고 있다.

또한, 의료분쟁조정법 제46조 제2항은 보건복지부장관이 제1항에 따른 의료사고 보상사업에 드는 비용의 일부를 지원할 수 있다고 규정하고,<sup>12)</sup> 같은 조 제4항은 보상재원의 분담비율에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정하고 있어서, 국가와 보건의료기관개설자 등이 보상재원을 분담하는 것을 내용으로 하고 있다. 이를 두고, 헌법재판소의 반대의견 및 일부학자들은 보상재원

11) 헌법재판소 2008. 2. 28. 선고 2006헌바70 결정; 헌법재판소 1999. 5. 27. 선고 98헌바70 결정 등 참조.

12) 류여해·박영규, “의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정제도 연구”, 경찰학논총(제7권 1호), 2012, 257면에서 “보건복지부장관은 제1항에 따른 의료사고 보상사업에 드는 비용의 일부를 예산의 범위에서 지원할 수 있다”고 규정한 법 제46조 제2항이 법률의 명확성의 원칙에 크게 어긋난다고 평가하기도 한다.

에 관한 국가와 보건의료기관개설자 사이의 분담비율은 보건의료기관개설자의 재산권 제한과 관련하여 매우 중요한 의미를 가진다고 하며 누가 납부의무자가 될 것인지, 분담금의 상한 및 분담금의 비율의 정도는 중요한 사항으로 법률로 정하여야 한다는 주장을 펼치나<sup>13)</sup> 첫째, 불가항력적으로 발생하는 분만에 따른 의료사고의 수 및 보상의 정도에 대해 예측하기 어렵고,<sup>14)</sup> 이에 따라 분담금 부담자의 범위 역시 달라질 것이라는 것은 자명하며 둘째, 재원마련 등에 있어 여러 가지 입법례의 검토 등이 필요한 점<sup>15)</sup>에 비추어 구체적인 분담금 산정기준, 혹은 분담금의 상한이 법률에서 정해야 할 정도로 본질적인 사항이라 보기는 어렵다고 할 것이다.

그렇다면, 분담금 납부의무자의 범위에 대한 기본적인 본질적인 사항에 대해서는 법률에서 규율하고 있고, 본고에서 살펴보는 분담금 납부의무자의 구체적인 범위, 구체적인 분담금 산정기준은 혹은 분담금의 상한을 반드시 법률로써 정해야 할 사항으로 볼 수 없으므로 본고에서 살펴보는 법률조항들은 법률유보원칙에 위배되지 않으며,<sup>16)</sup> 헌법재판소의 다수의견이 타당하다 생각한다.

의료분쟁에 관한 민사절차에서 보건의료인들에게 금원 지급을 명하였음에도 그에 따른 금원을 지급받지 못하였을 경우에는 조정중재원에 손해배상금 대불을 청구할 수 있고, 이 조정중재원의 손해배상금 대불을 위한 재원마련에 보건의료기관개설자가 부담하는 규정을 두었는데(의료분쟁조정법 제47조 제

---

13) 박지용, “의료분쟁조정법상 의료사고 보상사업의 법정책 방향에 대한 소고 - 보상요건, 절차 및 재원을 중심으로”, 법학논총(제30집), 2013, 183면; 전광석, 앞의 논문, 303면 참조.

14) 국회사무처, 제285회 국회 보건복지가족위원회회의록(법안심의회소위원회) 제2호(2009. 12. 16), 제14면.

15) 조형원, “의료과오소송 입증책임 관련 입법의 동향”, 의료법학(제9권 1호), 2008, 148면.

16) 한두희, 앞의 논문, 277면에서 시행령 제21조는 제1항에서 국가와 보건의료기관개설자 간의 분담비율은 명확히 정하면서도, 제2항에서는 “제1항 제2호에 따라 보건의료기관개설자가 분담해야 할 금액은 보건복지부장관이 정하는 방법에 따라 원장이 부과한다”고 규정함으로써 각각의 보건의료기관 개설자가 얼마의 분담금을 납부해야 하는지는 사실상 장관이 별도로 정할 기준에 맡기고 있다고 보아 법률유보원칙에 반한다고 주장한다.

2항), 위 의료분쟁조정법 제47조 제2항에 대한 위헌법률심판제청 사건(헌법재판소 2014, 4. 24. 선고 2013헌가4 결정)에서 헌법재판소는 “의료분쟁조정법 제47조 제1항은 손해배상금 대불제도의 기본적인 사항에 관해 규율하고 있고, 같은 조 제4항은 사실상 대부분의 보건의료기관개설자에 적용될 수 있는 징수방법을, 같은 조 제3항, 제7항은 대불비용 부담금의 관리에 관한 기본 사항도 규율하는 등 대불비용 부담금에 관련된 기본권 제한의 본질적인 사항에 관해서는 법률에서 이를 규율하고 있으므로, 구체적인 부담액을 대통령령에 위임한 심판대상조항이 법률유보원칙에 위배된다고 보기 어렵다.”고 결정한 바 있다.

### 3. 포괄위임입법금지원칙 위배여부

#### 가. 포괄위임입법금지원칙의 의의

헌법 제75조는 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다”라고 규정하여 위임입법의 근거를 명시하는 한편, “구체적으로 범위를 정하여” 위임하도록 하여 위임의 한계를 제시하고 있다. 법률에 미리 대통령령으로 규정될 내용 및 범위의 기본사항을 구체적으로 규정하여 둠으로써 행정권에 의한 자의적인 법률의 해석과 집행을 방지하고 의회입법의 원칙과 법치주의를 달성하고자 하는 헌법 제75조의 입법 취지에 비추어 볼 때, “구체적으로 범위를 정하여”라 함은 법률에 이미 대통령령 등 하위법규에 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 구체적이고도 명확하게 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률 그 자체로부터 대통령령 등에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 함을 의미한다. 그리고 이와 같은 위임입법의 구체성, 명확성의 요구 정도는 그 규율대상의 종류와 성격에 따라 달라질 것이지만, 특히 국민의 기본권을 직접적으로 제한하거나 침해할 소지가 있는 법규에서는 구체성, 명확성의 요구가 강화되어 그 위임의 요건과 범위가 일반적인 급부행정법규의 경우보다 더 엄격하게 제한적으로 규정되어야 하는 반면에, 규

을대상이 지극히 다양하거나 수시로 변화하는 성질의 것일 때에는 위임의 구체성, 명확성의 요건이 완화되어야 할 것이다.<sup>17)18)</sup>

## 나. 이 사건 분담금부과 규정이 포괄위임입법금지원칙에 위배되는지 여부

### (1) 분담금납부의무자의 범위에 관한 판단

#### (가) 위임의 필요성

포괄위임입법금지와 관련하여 이 사건 법률조항의 ‘분만사고’의 해석이 문제될 수 있으나,<sup>19)</sup> 본고에서는 분담금 부과처분을 받는 ‘보건의료기관개설자’에 한정하여 논의를 진행하고자 한다.

보상제도의 재정에 관한 상황은 당시 사회적·경제적 상황에 따라 매우 다양하고 수시로 변화될 것이 예상된다. 그러므로 분만에 따른 불가항력 의료사고의 발생현황에 대한 의학적·통계적 분석이 필수적이다. 이러한 점에 비추어, 개별 보건의료기관개설자들의 부담액이나 납부의 절차 등에 관련된 기술적이고 세부적인 사항은, 전문적 판단이 필요하고 수시로 변화하는 상황에 대응해야 할 필요가 있어 법률로써 자세히 정하지 말고 대통령령에 위임하는 등 탄력적으로 규율할 필요성이 크다.

#### (나) 예측가능성

보상제도의 입법목적이나 내용, 입법경위 또는 의료분쟁조정법 제46조 제3항의 ‘보건의료기관개설자 등’이라는 문구를 살펴보면, 같은 항의 위임에 의하

---

17) 헌법재판소 1999. 1. 28. 선고 97헌가8 결정; 헌법재판소 1995. 11. 30. 선고 91헌바1 결정 등 참조.

18) 이러한 판단은 의료분쟁의 손해배상대불제도, 응급의료법상 미수금 대불청구제도와 유사한 논의의 구조를 갖는다. 범경철, “응급의료에 있어서 의사의 미수금 대불청구권”, 의료법학(제4권 1호), 2003, 345면 이하 참조.

19) 안법영·백경희, “분만 의료사고에 대한 보상사업 - 의료사고 피해구제 및 분쟁조정 등에 관한 법률 제46조에 관하여”, 의료법학(제12권 2호), 2011, 40면 이하 참조.

여 대통령령으로 정하여질 분담금 납부의무자의 범위는 의료사고와 연관이 있는 자, 그 중에서도 의료행위를 하는 보건의료인 측으로 한정된다고 볼 수 있다.

보상제도가 무과실 의료사고 중 분만에 따른 의료사고만을 보상한다는 점 및 보건의료기관개설자가 납부의무자로 정해져 있는 점을 고려하면, 의료분쟁조정법 제46조 제4항의 위임에 의하여 대통령령으로 정하여질 보건의료기관개설자를 결정하는 기준으로 분만과 관련된 의료행위가 행해지는지 여부와 그 의료행위의 양이 고려될 것임을 예측할 수 있다.<sup>20)</sup> 또한 보상제도에 필요한 재원총액은 무과실의 분만에 따른 의료사고의 발생현황과 피해자의 보상청구 건수에 따라 정해지며, 국가가 지원할 수 있는 금액은 국가예산 상황에 따르므로, 보상재원의 분담비율은 보상금의 총액과 국가의 예산 배정정도를 함께 고려하여 정해질 것임을 예측할 수 있다.

또한 심판대상조항이 적용되는 ‘보건의료기관개설자’라는 집단은 그 특수성·관련성·전문성으로 인해 분담금의 산정기준 등이 예측 가능한 자들이라는 점도 고려해야 할 것이다.

#### (다) 소결

이러한 점들을 종합해 볼 때, 본고에서 살펴보는 법률조항에서 하위법령에 위임한 보건의료기관개설자들의 구체적인 분담금산정비율 등은 그 위임의 필요성이 인정되고, 수권 법률인 의료분쟁조정법의 관련 조항들을 유기적·체계적으로 해석함으로써 하위법령에 규정될 내용의 대강도 예측할 수 있다. 따라서 위 의료분쟁조정법 법률조항은 포괄위임입법금지원칙에 위배되지 아니한 다할 것이다.

의료분쟁에 관한 민사절차에서 보건의료인들에게 금원 지급을 명하였음에

20) 한두희, 앞의 논문, 273면에서 예시규정으로 보건의료기관개설자 하나만을 실시하고 있고, 제46조 제4항은 대통령령으로 정할 사항으로 “제3항에 따른 보건의료기관개설자의 범위”를 들고 있는 점 등에 비추어 보면, 입법자는 보건의료기관개설자를 분담 주체에 포함시키되 그 외에 필요하다면 보건의료기관개설자와 함께 분담할 자를 시행령에서 적절히 정할 것을 기대하였음을 알 수 있다고 주장한다.

도 그에 따른 금원을 지급받지 못하였을 경우에는 조정중재원에 손해배상금 대불을 청구할 수 있고, 이 조정중재원의 손해배상금 대불을 위한 재원마련에 보건의료기관개설자가 부담하는 규정을 두었는데(의료분쟁조정법 제47조 제2항), 동 조항에 대한 위헌법률심판제청 사건(헌법재판소 2014, 4. 24.자 2013헌가4 결정)에서 포괄금지원칙위배 여부와 관련 헌법재판소는 “개별 보건의료기관개설자들의 부담액이나 납부절차 등에 관련된 기술적이고 세부적인 사항은, 전문적인 판단이 필요하고 수시로 변화하는 상황에 대응해야 하므로 하위법령에 위임할 필요가 있다. 그리고 손해배상금 대불제도의 입법목적 및 관련 조항을 종합하면, 대불비용 부담금을 부과하는 산정기준으로 의료행위에 따른 위험성의 정도 차이와 의료기관에서 행해지는 의료행위의 양 등이 주로 고려될 것임을 예측할 수 있고, 시행 초기에 대불비용 부담금이 적립된 후의 추가적인 부담은 대불이 필요한 손해배상금의 총액이 증가하는 정도와 결손이 발생하는 정도를 고려하여 정해질 것임도 충분히 예측할 수 있으므로 심판대상조항은 포괄위임입법금지원칙에 위배되지 아니한다”고 결정한 바 있다.

## (2) 보상재원의 분담비율에 관한 판단

### (가) 위임의 필요성 및 예측가능성

이 사건 헌법재판소 결정(2015헌가13)의 반대의견은 ‘의료분쟁조정법 제46조 제4항은 보상재원의 분담비율에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다고 규정할 뿐, 분담비율을 정하는 기준이나 분담비율의 상한에 대해서 전혀 규정하지 아니하였고, 의료분쟁조정법의 전반적인 체계나 관련조항을 살펴보다도 분담비율에 관하여 대통령령에 규정될 내용의 대강을 예측할 만한 단서를 찾을 수 없다.’고 주장한다.

그러나 이 사건 보상제도는 처음 도입되는 단계에 있으므로 필요한 분담금이 어느 정도 수준으로 유지되고 있어야 하는지를 제도 운영 이전에 입법단계에서 예측하기 어렵다.<sup>21)</sup> 보상에 필요한 전체적인 재원의 액수는 보상제도를 실제로 운영하는 과정을 통해서 추산할 수밖에 없다. 그리고 국가와 보건의료

기관개설자 사이의 분담비율의 산정기준 혹은 분담비율의 상한을 법률에서 정해야 하는 것이 아닌지도 문제될 수 있다. 그러나 국가는 보상제도에 드는 비용을 예산의 범위에서 지원할 수 있는 바(의료분쟁조정법 제46조 제2항), 입법자가 국가 예산의 변화를 모두 예측할 수 없고, 그러한 변화에 대응하여 그때마다 법률을 개정하는 것도 용이하지 않다는 점에서 분담비율에 관해서 미리 법률로써 자세히 정하지 아니하고 대통령령에 위임하는 것은 어느 정도 불가피하다고 할 것이다. 입법자 역시 이러한 한계를 인식하고 의료분쟁조정법 시행령 제21조에서 ‘보건복지부장관은 제21조제1항에 따른 보상재원의 분담비율이 적절한지를 2019년 4월 8일까지 검토하여 분담비율의 조정 또는 유지 등의 조치를 하여야 한다.’라고 규정한 바 있다.

#### (나) 소결

이 사건 헌법재판소 결정의 다수의견에서는 위와 관련한 부분은 실시하지는 않았으나, 위와 같은 이유로 이 사건 헌법재판소 결정의 반대의견은 타당하지 않다 생각한다.

## 4. 과잉금지원칙의 위배여부

### 가. 제한되는 기본권

위 분담금과 관련하여 이 사건 헌법재판소 결정(2015헌가13)에서 부담금의 정당화 요건을 살피는 것으로 위헌성 여부의 논란은 어느 정도 해결 되었다고 볼 수 있다. 하지만, 의료분쟁조정법 제46조에 기한 부담금부과처분은 보건 의료인의 재산권을 제한함과 동시에, 직업수행의 자유를 제한한다. 재산권과

---

21) 부담금 상한에 대한 어려움을 알아볼 수 있는 위 제도에 대한 입법과정에 대한 자료는 아래 논문들에 상세히 설명되어 있다. 전병남, “의료분쟁조정법안(약칭)의 민사법적 고찰”, 의료법학(제11권 1호), 2010, 48면; 한두희, “의료분쟁조정법 시행을 둘러싼 몇 가지 쟁점에 대한 고찰”, 법조(통권 675호), 2012, 244면; 윤석찬, “의료분쟁조정법의 주요 쟁점과 평가”, 재산법 연구(제29권 3호), 2012, 283면; 박인화, “의료분쟁의 합리적 해결을 위한 입법방향”, 입법조사연구(제252호), 1998, 174면.

관련한 판단은 나중에 다루기로 하고 직업수행의 자유(헌법 제15조)와 관련하여 살펴보도록 한다.

합헌적 법률해석 원칙에 비추어 굳이 ‘직업수행의 자유’ 침해여부를 살피는 것이 적절한가에 관하여 논란이 있을 수 있다. 그러나, 시간이 지나 보건의료기관 개설자들이 다시 헌법소원을 제기할 가능성이 없는 것은 아니므로, 기본권 침해 여부에 대해 선제적으로 살피는 것은 의의가 있다고 할 수 있다.

### 나. 심사기준

헌법 제37조 제2항에 의하면 국민의 자유와 권리는 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으므로, 기본권을 제한하는 입법은 비례의 원칙에 따라 입법목적의 정당성과 그 목적달성을 위한 방법의 적정성, 침해의 최소성, 그리고 그 입법에 의해 보호하려는 공공의 필요와 제한되는 기본권 사이의 균형성을 모두 갖추어야 한다. 덧붙이자면, 입법자가 선택한 수단이 의도하는 입법목적에 달성하고 촉진하기에 적합해야 하고(방법의 적정성), 입법목적에 달성하기에 똑같이 효율적인 수단 중에서 가장 기본권을 존중하고 적게 침해하는 수단을 사용해야 하며(침해의 최소성), 법률에 의하여 국민에게 야기되는 효과, 즉 기본권의 침해의 정도와 법률에 의하여 실현되는 공익의 비중을 전반적으로 비교형량하였을 때 양자사이의 적정한 비례관계가 성립해야 한다(법익의 균형성).

그리고 직업의 자유도 다른 기본권과 마찬가지로 절대적으로 보호되는 것이 아니며 공익상의 이유로 제한될 수 있다. 특히 직업수행의 자유에 대한 제한은 인격발현에 대한 침해 효과가 일반적으로 직업선택 그 자체에 대한 제한에 비하여 적기 때문에, 그에 대한 제한은 보다 폭넓게 허용된다. 그러나 이 경우에도 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙이 준수되어야 한다.<sup>22)</sup>

---

22) 헌법재판소 2005. 4. 28. 선고 2003헌바40 결정 참조.

## 다. 판단

### (1) 목적의 정당성

본고 보상제도의 도입 취지로 ‘피해자 구제’만이 언급되었고, 보상제도에 따른 보상을 받기 위해서는 보건의료인에게 과실이 없음이 확인되어야 하므로, ‘보건의료인의 안정적인 진료환경 조성’은 보상제도의 목적이 될 수 없다는 주장이 있다. 즉 보상제도의 입법목적은 사회보장적 ‘피해자 구제’라는 공법적 성격으로 한정짓는 것이다.<sup>23)</sup>

그러나 의료분쟁조정법 제46조 제1항은 “조정중재원은 보건의료인이 충분한 주의의무를 다하였음에도 불구하고 불가항력으로 발생하였다고 의료사고 보상심의위원회에서 결정한 분만에 따른 의료사고로 인한 피해를 보상하기 위한 사업을 실시한다.”고 규정하고 있다. 언뜻 보면 ‘피해자 구제’만이 입법 목적으로 볼 수 있을 것이다. 그러나 불가항력으로 인한 의료사고 여부를 결정하는 주체는 ‘보상심의위원회’이고, 보상제도는 ‘의료사고로 인한 피해의 신속·공정한 구제 및 보건의료인의 안정적인 진료환경’을 입법목적으로 하는 의료분쟁조정법상의 절차 안에서만 가능한 점을 고려해야 한다. 덧붙이자면, 다음과 같다. 첫째, ‘피해자 구제’만이 위 법의 목적이었다면 의료분쟁 절차 개시 여부와 상관없이 소송을 통하든지 다른 증명에 의해 ‘불가항력으로 발생한 의료사고’라는 점이 밝혀진 경우에도 이용가능 하였어야 한다. 그러나 본고의 보상제도는 의료분쟁조정법상의 임의조정 또는 중재 절차의 진행 중에, 보건의료인의 과실이 인정되지 않는다는 취지의 감정서가 제출되는 경우에만 한정적으로 이용가능하다. 둘째, 피해자는 조정절차에 불복하여 소송을 제기하는 경우 위 무과실보상절차를 이용할 수 없게 되는 바, 소송에서의 증명의 난이도, 소송기간 등을 고려할 때 충분한 손해배상이 이루어지지 않을 가능성을 무시할 수 없다. 즉, 피해자가 보상제도를 이용함으로써 추가적인 후속 분쟁을 신속히 종결

23) 이호용, 앞의 논문, 75-79면; 안법영·백경희, “분만 의료사고에 대한 보상사업 - 의료사고 피해구제 및 분쟁조정 등에 관한 법률 제46조에 관하여”, 의료법학(제12권 2호), 2011, 16-19면.

할 수 있는 것이다. 이것은 보건의료인에게도 일정한 반사적 이익을 가져다준다. 이를테면, 심리적으로 안정적인 의료환경을 조성할 수 있는 것이다.<sup>24)</sup> 이러한 점을 종합한다면, 보상제도에 대하여 ‘보건의료인의 안정적인 진료환경 조성’이라는 입법목적도 아울러 가능하다고 볼 수 있다.

불가항력적 의료사고 보상제도의 입법목적인 ‘산과 의료사고 피해자의 구제’ 그리고 ‘보건의료인의 안정적인 진료환경’은 국가안전보장, 질서유지, 공공복리 등에 반한다고 볼 수 없다.

## (2) 수단의 적합성

수단의 적합성을 판단함에 있어서 입법재량이 널리 인정되며,<sup>25)</sup> 입법자가 현저하게 불합리하고 불공정한 수단을 선택한 경우에 한하여 수단의 적합성은 부정된다.<sup>26)</sup>

이 사안의 수단의 적합성을 판단 할 때, 입법의 목적을 피해자의 구제라는 공법적 성격으로 한정짓는다면, 공법적 목적을 달성하기 위해 사법상의 당사자에게 귀책사유 없는 책임을 지우는 결과가 되어 수단의 적합성에 위배된다고 볼 수도 있다.<sup>27)</sup>

그러나, 본고의 보상제도에 의하여 의료사고로 인한 분쟁이 조기에 종결되므로, 위 보상제도로 인한 궁극적인 이익은 결국 보건의료기관 개설자에게 돌아간다.<sup>28)</sup> 이러한 점에 비추어 보건대, 보건의료인 중 산과의료 실적이 있는 자에게 이 불가항력 의료사고 보상제도 재원마련에 일정부분 분담을 시키는

---

24) 오수영·권자영·신정호·김암, 앞의 논문, 464면에서는 산과 의료분쟁으로 인한 산부인과 전공의 수의 감소를 주장하고 있다. 하지만, 무과실 의료사고 보상제도를 통해서 의료분쟁이 줄어들면 오히려 의료인에게 안정적인 진료환경을 조성할 수 있어 산과 전공의 수 감소 등의 문제도 해결할 가능성이 있다.

25) 헌법재판소 1998. 5. 28. 선고 96헌바83 결정 참조.

26) 헌법재판소 2003. 1. 30. 선고 2001헌가4 결정 참조.

27) 전광석, 앞의 논문, 321면.

28) 정호성, “의료분쟁조정법 입법방안: 의료제도발전특별위원회 의결안을 중심으로”, 국회 보건복지위원회, 2003, 5면 이하.

것이 목적달성에 현저히 부적합하다 볼 수도 없다. 또한 우리나라 여러 법제상 과실책임원칙이 절대적으로 관철되어야 하는 것도 아니다.<sup>29)</sup>

### (3) 침해의 최소성

(가) 보건의료인의 ‘무과실책임’으로 설정한 것이 불가피한 수단인지 여부

과실책임주의를 관철하여도 의료분쟁조정법의 법률조항이 달성하고자 하는 입법목적에 충분히 달성할 수 있다면, 위 법률조항에 의한 재원부담부과는 보다 완화된 방법이 있음에도 선택된 것으로서 침해의 최소성에 반하는 것이 된다. 그러나 첫째, 보건의료인과 일반인 사이의 의료지식의 비대칭성 둘째, 과실판단 증명에 있어 보건의료인의 절대적인 유리함 등의 이유로 의료사고 발생 시 과실책임주의에만 근거한다면 의료사고 피해자의 구제는 요원하게 된다. 특히 산부인과의 의료사고의 특성 상 불가항력적인 요소가 일정부분 존재하는데,<sup>30)</sup> 이 부분에 대해 책임을 전적으로 피해자에게 지울 수도 없다할 것이다.

(나) 보상재원 마련에 30%의 부담을 시키는 것이 최소한의 것인지 여부

분담비율에 관하여 객관적 근거확보가 부족한 상태로 분담비율을 정한 것은 흠이라 할 수 있다.<sup>31)</sup> 하지만, 이러한 분담비율을 정함에 있어 입법재량을 현저히 불합리하게 또는 자의적으로 행사한 것이라 단정할 정도로 높지 않는 한 입법재량에 속하는 문제라 할 것이다.<sup>32)</sup> 현재 이 보상제도는 과도기적 운영상태이므로, 전적으로 보건의료인에게 부담을 시키지 않는 한 최소침해성 요건에 반한다고 판단하기도 어렵다 할 것이다.<sup>33)</sup> 그리고 불가항력 사안에 대

29) 전현희, “의료분쟁조정법의 쟁점사항 검토”, 대한의사협회지(제489호), 2000, 960면에 의하면 원자력손해배상법, 환경정책기본법, 근로기준법 등에서 무과실책임을 인정하고 있다.

30) 조용균, “양수색전증”, 대한산부회지(제42권 11호), 1999, 2401면; 오수영, “뇌성마비의 최신지견”, 대한산부회지(제50권 9호), 2007, 1202면.

31) 보건복지부, 앞의 보고서, 6면.

32) 헌법재판소 1995. 4. 20. 선고 91헌바11 결정 참조.

한 정부의 지원 비율은 고정된 것이 아니며,<sup>34)</sup> 사안의 특성을 감안하여 사회적 합의를 통해 결정해야 할 부분이라 생각한다.

#### (4) 법익의 균형성

불가항력 의료사고 보상제도는 질병에 대한 사회적 보장(헌법 제34조 제5항 참조) 및 가족부담의 경감을 통한 가족의 보호(헌법 제36조 제3항) 그리고 사회적 차원으로 보자면 출산율 증진을 통한 우리사회의 지속가능성을 보장하는 것 까지도 설정해 볼 수 있다.

이에 비하여, 위 보상제도의 재원마련의 부담을 통해 재산권 및 직업수행의 자유 등에 제한을 받는다고 볼 수 있으나 전체적인 부담금의 정도가 크지 않은 점, 부담금 미납에 따른 제재조치가 없다는 점을 고려할 때, 보건의료기관 개설자가 입게 될 불이익보다 보상재원을 마련하여 국민의 생명·신체를 보호하고자 하는 공익이 더욱 큰 이상, 불가항력 의료 보상제도의 부담금부과 조항은 법익의 균형성도 충족하고 있다.

또한 의료서비스는 일상생활의 필수재이며, 공공재이다. 이러한 의료의 공공은 의료법에서 의사에게 진료거부 금지의무를 두고 있다는 점(의료법 제15조 제1항 참조),<sup>35)</sup> 자율경쟁이 아닌 적정 수의 의사의 수를 보장하고 있는 점, 정부에 의한 보험 수가 통제 등의 점에서 엿볼 수 있다. 공공적 성격 때문에 의료업계가 일정수준 이상의 이익을 보고 있는 점 역시 합헌론의 근거가 될 수 있다고 생각한다.

---

33) 논리적으로 국가가 비용전부를 부담하는 것이 타당하므로 최소침해성 원칙에 반한다는 의견에 전광석, 앞의 논문, 321면.

34) 보건복지부, 앞의 보고서, 7면에서는 재해보험 등에서 보상금재원을 만들 경우에 정부의 재원부담비율을 비교하였으나, 본고에서는 지면상 생략하였다.

35) 이호용, 앞의 논문, 14면.

## V. 결어

불가항력 의료보상제도의 운영에 있어, 공법적 손실보상영역에 사인인 보건의료기관을 끌어들이어 의료인의 일방적 희생을 요구한다는 비판이 있다. 이에 대해 헌법재판소 결정은 법률유보원칙 및 포괄위임입법금지원칙에 의거하여서만 합헌이라 판단을 하였다(이는 위헌법률심판 절차에서 제청법원이 법률유보원칙 및 포괄위임입법금지원칙만을 주장하였기 때문이긴 하다).

하지만, 본고에서는 위 헌법재판소 결정례에 더하여 불가항력 의료보상제도를 운영하기 위한 분담금 부과가 보건의료기관개설자들의 재산권을 침해하는지 여부에 대해 과잉금지원칙에 비추어 타당함을 논증하였다.

불가항력 의료보상제도의 분담금 부과가 민사책임의 중요 원칙인 과실책임 원칙에 거스르는 측면이 존재한다. 그리고 불가항력 분만사고 분담금을 미납하고 있는 보건의료기관개설자도 40%나 된다고 한다.<sup>36)</sup>

오랜 논의 끝에 만들어진 의료분쟁조정법이 처음부터 매끄럽게 운영되기는 어려울 것이다. 하지만, 이는 의료사고 피해자를 위한 국가정책으로 합리성이 있으며, 동시에 의료분쟁의 조기종결 효과로 의료계 역시 이익을 얻는 측면이 분명 존재한다. 분담금의 납부를 통한 보상재원의 확충은 불가항력 의료보상제도를 빠르게 정착시킴으로서 분만과정에서 발생한 의료사고 피해자의 고통과 오해를 경감시키고 의료인의 안정적 진료환경 구축에 큰 도움이 될 것이다. 다만, 의료계에서 제기되는 문제점을 보완하는 노력을 게을리 하지 말아야 할 것이다.

불가항력 의료사고 보상제도가 문제점이 아주 없는 것은 아니다. 감정단의 인적 구성과 조사,<sup>37)</sup> 감정 절차의 문제, 보상의 대상과 진단기준의 문제 등<sup>38)</sup>

36) 분만사고 급증.. 병원 40% '불가항력 분담금' 미납, 「메디파나뉴스」, 2017. 7. 15.

37) 신은주, “의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률에 있어서 조정제도 및 향후 전망”, 한국의료법학회지(제19권 1호), 2011, 151면에서 조정은 조정위원이 그 분야에 얼마나 전문적인 능력과 열정을 가지고 공정하고 성실하게 업무를 수행하는가에 따라 조정의 성립 여부가 달려 있으므로, 조정의 효과를 제대로 달성할 수 있기 위해서는 조정 업무를 수행할 수 있는 전문적인능력이 의료나 법률에 대한 전문지식보다 더 갖추어져야

세부적으로 해결해야 할 과제가 산적해 있다. 불가항력 의료사고 보상제도가 정상적인 궤도에 하루 속히 진입하여 해묵은 갈등을 치유하는 제도<sup>39)</sup>로 발돋움하기 위해서 세부적인 절차상 문제를 해결하는 것도 중요하다. 하지만, 어느 때 보다도 의료과실 판단에 있어서 과실책임주의에서 벗어나는 사고의 전환이 필요한 시점이다.

---

한다고 본다.

38) 이백휴, “의료라고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률상 감정제도의 문제점과 개선방안”, 법과 정책연구(제11집 4호), 2011, 1271면 이하 참조.

39) 이동학, “사회통합을 위한 의료분쟁의 조정과 중재”, 저스티스(제134권 3호), 2013, 22면.

[ 참 고 문 헌 ]

<국내문헌>

- 곽순헌, “불가항력 의료사고 보상제도 - 저출산 시대의 안전한 분만환경 조성방안”, 『국회토론회 자료집(저출산 시대의 안전한 분만환경 조성방안)』, 대한민국 국회, 2013.
- 강원희, “의료분쟁과 보험제도에 관한 고찰”, 『보험학회지』 제37집, 한국보험학회, 1991.
- 김명엽, “의료분쟁조정법상의 문제점과 개선에 관한 고찰”, 『법률실무연구』 제1권 2호, 한국법이론실무학회, 2013.
- 김민규, “의료사고에 대한 무과실보상제안들”, 『동아법학』 제17권, 동아대학교 법학연구소, 1994.
- 김민중, “의료분쟁조정법의 기본이념과 현실”, 『의료법학』 제14권 1호, 대한의료법학회, 2013.
- 김민중·김주경, “의료분쟁조정법을 둘러싼 쟁점과 함의”, 『이슈와 논점』, 국회입법조사처, 2011.
- 김봉철, “공법적 시각에서 본 의료분쟁조정법”, 『토지공법연구』 제57집, 한국토지공법학회, 2012.
- 김용빈, “의료과오소송에 있어 입증책임 완화에 따른 의료과실의 의미와 판단기준”, 『의료법학』 제9권 1호, 대한의료법학회, 2008.
- 김종두, “의료분쟁 조정 및 피해구제에 관한 법률안 검토보고”, 『보건복지가족위원회 검토보고서』, 대한민국 국회, 2009.
- 김천수, “의료분쟁과 ADR”, 『비교사법』 제32호, 비교사법학회, 2006.
- 남준희, “독일의 의료분쟁과 대체적 분쟁해결방안(ADR): 독일 의료중재원과 의료감정위원회를 중심으로”, 『의료법학』 제10권 2호, 대한의료법학회, 2009.
- 류여해·박영규, “의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정제도 연구”, 『경찰학논총』 제7권 1호, 원광대학교 경찰학연구소, 2012.
- 민혜영·원서연·선준구·김소윤, “일본 산과 무과실의료보상제도 고찰”, 『한국의료법학회지』 제17권 2호, 한국의료법학회, 2009.

- 민혜영·손명세·김기경, “산부인과 의료사고배상의 합리적 배상방안 - 유형별 구조분석을 중심으로”, 『한국의료법학회지』 제12권 2호, 한국의료법학회, 2004.
- 박인화, “의료분쟁의 합리적 해결을 위한 입법방향”, 『입법조사연구』 제252호, 국회도서관 입법조사연구실, 1998.
- 박준수, 「의료분쟁의 해결방안에 관한 연구」, 동아대학교 박사학위논문, 2012.
- 박지용, “의료분쟁조정법의 내용과 향후 과제”, 『변호사』 제42집, 서울지방변호사회, 2012.
- \_\_\_\_\_, “의료분쟁조정법상 의료사고 보상사업의 법정책 방향에 대한 소고 - 보상요건, 절차 및 재원을 중심으로”, 『법학논총』 제30집, 숭실대학교 법학연구소, 2013.
- \_\_\_\_\_, “산부인과 의료과오소송에 있어 판례상 책임제한 법리 - 하급심 판례의 분석을 중심으로”, 『서울대학교 법학』 제55권 2호, 서울대학교 법학연구소, 2014.
- 박현수·김암·오수영, “의료분쟁조정법상 불가항력 의료사고 보상제도의 문제점과 개선방향”, 『대한주산학회지』 제24권 2호, 대한주산의학회, 2013.
- 범경철, “응급의료에 있어서 의사의 미수금 대불청구권”, 『의료법학』 제4권 1호, 대한의료법학회, 2003.
- 신은주, “의료사고 피해구제 및 분쟁조정 등에 관한 법률에 있어서 조정제도 및 향후전망”, 『한국의료법학회지』 제19권 1호, 한국의료법학회, 2011.
- \_\_\_\_\_, “의료과오소송 입증책임론의 전개와 발전”, 『의료법학』 제9권 1호, 대한의료법학회, 2008.
- 신정호, “일본은 산부인과 위기를 어떻게 극복하였나?: 일본의 뇌성마비 무과실 보상제도의 소개”, 『국회토론회 자료집(저출산 시대의 안전한 분만환경 조성방안)』, 대한민국 국회, 2013.
- 신현호, “최근 의료민사소송의 현황과 문제점”, 『한국의료법학회지』 제18권 2호, 한국의료법학회, 2010.
- 안법영, “산부인과 진료와 의사의 주의의무 - 대법원 판결례의 분석을 중심으로”, 『의료법학』 창간호, 대한의료법학회, 2000.
- 안법영·백경희, “분만 의료사고에 대한 보상사업 - 의료사고 피해구제 및 분쟁조

- 정 등에 관한 법률 제46조에 관하여”, 『의료법학』 제12권 2호, 대한의료법학회, 2011.
- \_\_\_\_\_, “의료사고 보상사업법상 보상 청구권에 법적 의미에 관한 일별”, 『한국의료법학회지』 제19호, 한국의료법학회, 2011.
- 연세대학교 의료법학윤리학연구원, “의료분쟁조정제도 실행방안 연구”, 보건복지부, 2009.
- \_\_\_\_\_, “불가항력 의료사고 보상사업의 효율적 운영방안 연구용역 최종보고서”, 보건복지부, 2012.
- 오수영, “뇌성마비의 최신지견”, 『대한산부회지』 제50권 9호, 대한산부인과학회, 2007.
- 오수영·권자영·신정호·김암, “의료분쟁조정법 및 시행령이 산부인과 전문의의 향후 진로에 미치는 영향”, 『대한산부회지』 제55권 7호, 대한산부인과학회, 2012.
- 오수영·노정래, “분만 관련 불가항력적인 의료사고에 대한 의학적 이해: 양수색전증, 폐색전증, 태변흡인증후군과 뇌성마비에 관하여”, 『대한의사협회지』 제56권 9호, 대한의사협회, 2013.
- 윤석찬, “의료분쟁조정법의 주요 쟁점과 평가”, 『재산법연구』 제29권 3호, 한국재산법학회, 2012.
- 이동학, “사회통합을 위한 의료분쟁의 조정과 중재”, 『저스티스』 제134권 3호, 한국법학원, 2013.
- 이백휴, “의료라고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률상 감정제도의 문제점과 개선방안”, 『법과 정책연구』 제11집 4호, 한국법정책학회, 2011.
- 이백휴·이열·최진우, “의료분쟁조정제도의 실효적 운영방안”, 『대한의료정책』, 대한의사협회 의료정책연구소, 2011.
- 이상국, 산재보상책임의 이론적 배경 및 보상책임의 발전에 관한 연구, 『노동법논총』 제11집, 한국비교노동법학회, 2007.
- 이인영, “무과실의료사고의 피해구제에 관한 법정책의 고찰”, 『의료법학』 제4권 1호, 대한의료법학회, 2003.
- \_\_\_\_\_, “무과실의료사고의 피해자 구제제도를 위한 실태조사 및 인식도 조사에 관한 연구”, 『의료정책연구소 보고서』, 대한의사협회, 2003.

- 이재경, 독일 의료과오책임의 구조와 입증 책임의 전환에 관한 연구, 『원광법학』 제30집 4호, 원광대학교 법학연구소, 2014.
- 이호용, “불가항력 의료사고에 대한 국가보상의 공법적 검토”, 『의료법학』 제11권 1호, 대한의료법학회, 2010.
- 전병남, “의료분쟁조정법안(약칭)의 민사법적 고찰”, 『의료법학』 제11권 1호, 대한의료법학회, 2010.
- 전광석, “의료분쟁조정법상 의료사고보상사업의 헌법적 쟁점”, 『의료법학』 제13권 1호, 대한의료법학회, 2012.
- 전현희, “의료분쟁조정법의 쟁점사항 검토”, 『대한의사협회지』 제489호, 대한의사협회, 2000.
- 정용엽, “의료사고피해구제법안상 무과실책임주의의 도입 문제”, 『의료법학』 제7권 2호, 대한의료법학회, 2006.
- 정호성, “의료분쟁조정법 입법방안: 의료제도발전특별위원회 의결안을 중심으로”, 『의료분쟁조정법 제정에 관한 공청회 자료집』, 국회보건복지위원회, 2003.
- 조용균, “양수색전증”, 『대한산부회지』 제42권 11호, 대한산부인과학회, 1999.
- 조정호, “불법행위 책임에 관한 고찰 - 과실책임과 무과실책임을 중심으로”, 『사회과학연구』 제13집 2권, 영남대학교 사회과학연구소, 1993.
- 조형원, “의료과오소송 입증책임 관련 입법의 동향”, 『의료법학』 제9권 1호, 대한의료법학회, 2008.
- \_\_\_\_\_, 「의료분쟁과 피해자구제에 관한 연구」, 한양대학교 박사학위논문, 1994.
- 표희진, 「불가항력 의료사고 보상체계에 대한 비교제도론적 연구 - 한국, 미국, 일본, 뉴질랜드, 스웨덴을 중심으로」, 연세대학교 대학원 법학석사 학위논문, 2015,
- 최상희, “무과실책임의 현대적 의미”, 『법학연구』 제12권 1호, 충북대학교 법학연구소, 2001.
- 한두희, “의료분쟁조정법 시행을 둘러싼 몇 가지 쟁점에 대한 고찰”, 『법조』 제675호, 법조협회, 2012.

<인터넷·기타자료>

국회사무처, 제285회 국회 보건복지가족위원회회의록(법안심의회소위원회) 제2호, 2009.

한국보건사회연구원, “불가항력의료사고 보상사업의 효율적 재원 운영방안 정책 토론회 자료집”, 2015.

한국의료분쟁조정중재원, “2015년도 의료분쟁 조정·중재 통계연보”, 2016.

한국의료분쟁조정중재원, “2015년도 불가항력 의료사고 보상재원 분담금 부과·징수 공고(제2015-32호)”, 2015.

보건복지부, “규제영향분석서 - 불가항력 의료사고 보상제도 재원 분담 비율 재검토 기한 설정”, 2016.

의협신문, “불가항력 의료사고 보상재원 계속 내라고?”, 2016. 4. 30.

메디파나뉴스, 분만사고 급증.. 병원 40% 「불가항력 분담금」 미납, 2017. 7. 15.

<http://www.aekno.de> 독일의료중재원 홈페이지

<http://www.acc.co.nz> 뉴질랜드 무과실보상제도 관련 홈페이지

<http://www.nica.com> 미국 무과실보상제도 기관 홈페이지

<http://www.sanka-hp.jcqh.co.jp/outline/index.html> 일본의료기능평가기구 홈페이지

[국문초록]

분만관련 불가항력적 의료사고 보상제도에 있어  
분담금부과에 관한 연구

- 헌법재판소 2018. 4. 26. 선고 2015헌가13 사건을 중심으로 -

범정철(경희대학교 법학전문대학원)

「의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률」(이하 ‘의료분쟁조정법’이라 한다)에서는 보건의료인이 충분한 주의의무를 다하였음에도 불구하고 분만 중 불가항력적으로 발생한 의료사고에 대하여 국가가 예산의 범위 안에서 그 피해자에게 보상하도록 하고 있다(의료분쟁조정법 제46조). 지금까지 의료사고 피해자가 소송을 통해서만 피해회복을 기대할 수 있었던 것에 비한다면 획기적인 법률이라 할 수 있다. 그런데, 이러한 의료사고보상사업에 드는 비용의 100분의 30은 보건의료기관개설자 중 분만 실적에 있는 자가 부담하고 있는 바(의료분쟁조정법 시행령 제21조), 이 분담금 부과 조항이 분만 과정에서의 산모·신생아 사망 등의 사고가 의사의 과실이 없이 불가항력적으로 발생했음에도, 의사들에게 책임을 묻는 것은 아닌지 문제가 되어 왔다.

그러나 최근 헌법재판소에서 분담금 부과와 관련한 의료분쟁조정법 제46조 제3항 중 ‘보건의료기관개설자의 범위’ 및 ‘보상재원의 분담비율’ 부분에 대하여 합헌 결정을 내린 바 있다(헌법재판소 2018. 4. 26. 선고 2015헌가13 결정, 이하 ‘이 사건 결정’이라 한다).

이 사건 결정에서는 법률유보원칙 및 포괄위임입법금지원칙에 의하여만 판단하였으나, 본고에서는 실질적인 판단도 가미하였다. 이 사건 분담금은 과잉금지원칙에 비추어 보더라도 보건의료기관개설자들의 재산권을 침해하지 않는 점을 논증하였다.

불가항력 의료보상제도의 분담금 부과가 민사책임의 중요 원칙인 과실책임원칙에 거스르는 측면이 존재한다. 그러나 의료사고보상사업은 의료사고 피해자를 위한 국가정책으로 합리성이 있으며, 동시에 의료분쟁의 조기종결 효과로 의료계 역시 이익을 얻는 측면이 분명 존재한다. 분담금의 납부를 통한 보상재원의 확충은 이러한 의료사고보상제도를 빠르게 정착시킴으로서 분만과정에서 발생한 의료사고 피해자의 고통과 오해를 경감시키고 의료인의 안정적 진료환경 구축에 큰 도움이 될 것이다.

주제어: 의료분쟁조정법, 분만의료사고 보상제도, 무과실 책임, 부담금, 의료과실

## **A Study on Imposing Contribution in the Compensation for Uncontrollable Medical Malpractice during Delivery**

Kyung Chul, Beom

*Professor, Kyung Hee University Law School*

### **=ABSTRACT=**

The 「Act on Remedies for Injuries from Medical Malpractice and Mediation of Medical Disputes」(hereinafter referred to as ‘the Act on Mediation of Medical Disputes’) provides that the state should compensate the victims of medical accidents occurred irresistibly in childbirth despite that health and medical service personnel fulfilled their duty of care for their damage within the range of its budget(Article 46 of the Act on Mediation of Medical Disputes). Given that victims of medical accidents could expect damage recovery only through lawsuits thus far, this act can be said to be a groundbreaking act. However, However, as 30% of the costs for such medical accident compensation projects are borne by those who have records of childbirth among the founders of health and medical institutions (Article 21 of the Act on Mediation of Medical Disputes), there has been a question about whether doctors are held responsible despite that the accidents such as the deaths of mothers and newborn babies occurred irresistibly without doctors' fault.

However, recently, the Constitutional Court ruled that 'the range of founders of health and medical institutions' and 'share ratios of finances for compensation' in Article 46 (3) of the Act on Mediation of Medical Disputes' related to the imposition of the share of costs are institutional (Constitutional Court ruling dated April 26, 2018, 2015Heonga13, hereinafter referred to as 'the ruling in the case').

Although the ruling in the case was made based on only the principle of statutory reservation and the principle of ban on comprehensive authorization, this paper added a practical judgment. This paper proved that the share of costs in

this case has the nature of burden charges in pursuit of study and does not infringe on the property rights of the founders of health medical institutions even in light of the principle of proportionality because there is a legitimate reason for imposing the burden charge.

The imposition of the share of costs in the system for compensation for medical accidents occurred irresistibly is against the principle of liability with fault in part. However, the medical accident compensation projects are rational a national policy for the victims of medical accidents and the medical world clearly gains some benefits from the effect to terminate medical disputes. The expansion of finances for compensation through the payments of the share of costs will reduce the suffering and misunderstanding of victims of medical accidents occurred in the process of childbirth and will be very helpful to the construction of stable treatment environments of medical workers by quickly establishing the medical accident compensation projects as such.

Keyword: Medical Dispute Arbitration Act, Medical malpractice compensation, Special charge, Absolute liability, Medical negligence.