

## 醫療事故紛爭에 대한 判例의 傾向과 그 解決方案

金 祥 燦\*

### 目 次

- I. 序 論
- II. 醫療事故紛爭의 背景的 要因
  - 1. 醫療需要者側 要因
  - 2. 醫療供給者側 要因
  - 3. 社會的·制度的 要因
  - 4. 醫療傳達體系에 있어서의 醫療紛爭의 영향
- III. 醫療事故紛爭에 대한 判例의 傾向
  - 1. 醫療事故裁判의 實態
  - 2. 醫療事故紛爭의 法的 處理의 特性
- IV. 醫療事故紛爭의 合理的 解決方案
  - 1. 代替的 紛爭解決制度(ADR)의 활용
  - 2. 醫療鑑定制度의 改善
  - 3. 醫療事故 賠償責任保險制度의 檢討
- V. 結 論

### I. 序 論

오늘날 의료는 과학의 발달과 더불어 눈부신 발전을 하여 인간의 생명과 건강, 그리고 안락한 삶을 영위하게 하는데 크게 기여하고 있다. 그러나 그에 따라 의료사고(Medical Accident)는 나날이 증가하고 있으며 의료사고를 둘러싼 의료측과 환자측간의 분쟁은 날

\* 濟州大學校 法政大學 法學科 專任講師

로 증가되어 급기야 사회문제로 등장하기에 이르렀다. 원래 의료행위는 본질적으로 환자의 신체에 대한 侵襲(Eingriff in den Körper)을 수반하며, 사람의 신체는 기계와는 달라서 예측할 수 없는 생리적 또는 병리적 현상을 보여 기대한 치료효과가 없거나 예기치 못한 不祥事가 의료사고라는 형태로 나타나게 되는데, 이러한 사고 중에는 현대의학적인 수단과 방법으로는 방지할 수 없는 불가항력적인 것들도 있으며, 의료인의 부주의, 즉 과실에 의한 사고도 있다. 의료분쟁(Medical Dispute)은 의료행위로 인하여 나타난 결과가 환자측이 바라는 기대효과에 미치지 못함으로 말미암아 일어나게 되는데, 그것은 의사 등 의료인에게 의료과오(Medical Malpractice)가 있거나 또는 있다고 주장함으로써 생기게 된다. 이와 같은 의료분쟁의 증가로 말미암아 종래 인술이라는 차원에서 이해되었던 의사와 환자와의 관계는 법적인 추구를 받는 새로운 문제로 등장되고, 또 그 정도가 심화되고 있어 의료분쟁은 이제 분쟁당사자간의 개인적인 문제로서가 아니라 사회전체의 공동 관심사로 부각되기에 이르렀다.

우리나라에서는 종래 의료를 받는 것이 권리라기 보다는 하나의 시혜로 여기는 의식이 강하였기 때문인지 다른 나라에 비하여 비교적 의료분쟁이 크게 사회문제화되지 않았고 이에 관한 법이론적 연구의 역사도 매우 짧다. 의료분쟁이 사회문제로 대두하게 된 1980년대 이후에 이에 관한 연구가 본격화 되어 판례의 해설, 연구논문, 학위논문 등이 다수 발표되었고,<sup>1)</sup> 또 각 학회의 이와 관련한 세미나도 개최되었지만, 우리 나라에서는 미국이나 일본에서와 같이 이에 관한 판례의 축적도 많지 않을 뿐 아니라, 또한 의료분쟁 내지 의료사고에 대한 기존의 연구논문 등은 의료과오책임의 법률적 구성을 위한 것이 대부분이어서 의료분쟁의 문제해결을 위한 적절한 방안을 찾기에는 충분하지 못하였다고 할 수 있다. 이에 관한 그동안의 논의를 살펴보면, 미국법의 영향을 받아 주로 의료과오에서 발생하는 법률문제를 민사법적인 측면에서, 특히 특수불법행위 분야의 개별 주제로 다룬 논문이 대부분이며, 최근 대법원판례<sup>2)</sup>를 계기로 의사의 설명의무(informed consent) 등에 관한 일반적 논의가 전개되고 있는 정도이다.

본고에서는 의료사고분쟁의 배경적 요인을 살펴보고, 의료사고분쟁에 대한 판례의 경향을 검토한 후, 이를 바탕으로 분쟁의 합리적인 해결방안을 강구해보고자 한다.

1) 이에 관한 代表的인 것을 들면, 石熙泰, 「醫師의 說明義務와 患者의 自己決定權」, 『延世行政論叢』 第7輯, 延世大學校 行政大學院, 1980 ; 同, 「醫療過誤의 民事責任에 관한 研究」, 延世大大學院 博士學位論文, 1988 ; 李輔煥, 「醫療過誤로 인한 民事責任의 法律的 構成」, 『醫療事故에 관한 諸問題』, 裁判資料 第27輯, 法院行政處, 1985 ; 李駿商, 「醫療過失에 관한 研究」, 檀國大大學院 博士學位論文, 1983 등이 있다.

2) 예컨대, 大判 1987.4.28, 86 다카 1136 ; 同 1992. 4.14, 91 다 36710 ; 同 1994.4.15, 92 다 25885 ; 同 1994.4.15, 93 다 60953 등.

## II. 醫療事故紛爭의 背景的 要因

의료행위의 과정에 있어서 환자의 질병이 악화되거나 사상에 이르는 의료사고가 발생하는 원인은 의료인의 기술부족이나 주의태만 등 의료주체의 요인이 가장 직접적인 것이겠으나, 그와 더불어 의료본질적 요인·진료상황적 요인 등이 복합적으로 상호작용하게 된다.<sup>3)</sup> 또한 의료기관의 의료의 질 보장(quality assurance)노력을 담보할 제도적 장치와 정책의 부재가 의료사고가 일어날 가능성을 높이는 데 일조하고 있다.<sup>4)</sup>

의료사고분쟁은 의료사고를 둘러싼 의료측과 환자측간의 다툼을 말한다. 의료행위로 인하여 만족스럽지 못한 결과가 초래된 경우에 이를 환자측에서 인지하지 못하는 경우도 있고, 인지하고도 일부는 이해하거나 체념하기도 하지만 대개는 의료과오를 주장하면서 이에 대한 손해배상 또는 형사처벌 등을 요구하여 분쟁이 일어나게 된다.<sup>5)</sup> 물론 단순히 의료사고가 증가하였다고 하여 분쟁이 이에 비례하여 증가하는 것은 아니며, 그 밖의 여러 배경적 요인이 종합적으로 작용하여 분쟁이 생긴다. 그런데 1970년대 이후 미국이나 일본을 비롯한 선진제국에서 의료분쟁의 증가현상이 현저하게 나타나고 있으며, 우리나라에서도 1980년대 이후 더욱 급증하는 추세이다.

이렇게 의료기술이 발전됨에도 불구하고 의료분쟁이 증가하는 요인은 대체로 의료형태의 변화, 즉 대형화되고 조직화된 종합병원이라는 의료형태와 이로 인하여 의사와 환자간의 신뢰관계가 파괴됨으로 인하여 환자의 탈개인화(deindividualization)라는 현상이 생기는데 기인한다고 할 수 있다.<sup>6)</sup> 여기에서는 의료사고가 분쟁화되는 배경적 요인을 편의상 의료수요자측의 요인, 의료공급자측의 요인, 사회적·제도적 요인으로 나누어 설명하기로 한다.<sup>7)</sup>

### 1. 의료수요자측 요인

#### 가. 수진기회의 확대

의료분쟁의 증가현상은 근본적으로 의료사고 자체가 증가하기 때문에 나타난다. 그런데 의료사고의 수는 실제 의료처치를 실시한 회수와 거의 비례적으로 증가한다고 할 수 있고, 따라서 의료수요가 증가함에 따라 의료분쟁은 자연히 증가한다고 하겠다.

3) 韓國生産性本部, 「醫療被害救濟의 適正化延方案에 관한 研究報告書」, 1988, 71面.

4) 秋吳卿, 「醫療過誤論」, 育法社, 1992, 32面.

5) 醫療紛爭의 發生動機에 대하여는, 白樂院, “病院經營者 立場에서 본 病院醫療 紛爭의 豫防과 對策”, 「大韓病院協會誌」 1·2號, 1984, 34面 參照.

6) 文國鎮, 「醫療法學」, 靑林出版, 1992, 38面.

7) 韓國生産性本部, 前掲報告書에서는 醫療紛爭의 背景을 意識構造的 側面, 醫學·醫療制度的 側面 및 醫療事故處理의 側面으로 나누어 설명하고 있다. 同報告書, 79-84面.

우리나라도 경제수준이 많이 향상되고 정부에서 복지국가건설을 표방하여 의료보장정책으로 의료보험 및 의료보호사업을 확대 실시함으로써 의료비 부담이 경감되어 진료인구가 늘어나고, 또 일반국민도 다소 경제적 부담이 있더라도 자신의 생명과 건강을 보전·향상시키려는 의식을 갖게 됨에 따라 자연히 수진기회가 많아져 결과적으로 의료사고와 의료분쟁이 발생할 기회도 증가하게 된다. 한편 의료수요의 양적 증가로 대기시간은 늘어나는 반면 개인별 진료시간이 단축되고, 의사의 형식적 진료와 불친절은 환자측의 불신과 불만을 유발하여 분쟁으로 연결되는 요인이 되기도 한다.

### 나. 국민의 권리의식 향상

오늘날 경제수준의 향상과 더불어 사회가 민주화됨으로써 국민의 권리의식도 크게 달라졌고, 이에 따라 의료에 대한 사회적 가치관도 이전과는 전혀 다른 모습으로 변화하게 되었다. 즉, 종래에는 이른바 醫療父權主義(medical paternalism)에 입각하여 의사와 환자의 관계는 수직적·시혜적 성격을 띠어 왔었는데, 오늘날 소비자보호운동이 활발해짐에 따라 의료에 있어서도 患者主權(patient sovereignty)의식이 높아져 의사와 환자의 관계도 수평적·쌍무적인 관계로 인식하게 되었다. 1985년 우리나라에서 「소비자문제를 연구하는 시민의 모임」을 중심으로 하여 작성·공포된 '患者權利宣言'은 의사와 환자간의 인간성 회복, 환자의 자기결정권 및 정보요구권, 의사의 설명의무 등을 주요내용으로 하는 것으로서 消費者主權主義가 의료분야에서 대표적으로 표출된 것이다. 이로써 의료는 '베푸는 의료'에서 '참가하는 의료'로 변모해 가고 있다고 하겠다.

종래 인술의 차원에서 이해하였던 의료행위도 하나의 계약관계로 보고, 의사의 의료행위가 환자측에 만족할 만한 결과를 주지 않았을 때에는 바로 손해배상청구나 형사고소하는 경향이 거의 일반화되고 있다. 1989년 1월에 의료피해자와 유가족이 의료피해에 관한 공동대책을 모색하기 위하여 醫療事故家族協議會가 결성되었는 바, 이로써 의료분쟁도 조직화되어 하나의 사회운동으로 나아가고 있다고 할 수 있다.<sup>8)</sup>

### 다. 의료의 본질 등에 대한 이해 부족

의료행위는 신체에 대한 침습을 수반하므로 본질적으로 위험성을 띠게 되고, 한편 증상의 비정형성, 의료효과의 다양성 등으로 인하여 의료행위는 실험적 요소를 지닌다. 그리고 의료채무는 금전의 지급이나 물건의 인도를 목적으로 하는 보통의 채무와 같이 내용적으로 확정된 일정한 결과를 달성하여야 할 結果債務가 아니라, 환자의 증상에 따라서 주의 의무를 가지고 의학상의 기술에 따라 적절하다고 인정되는 최선의 조치를 취하도록 노력하는 手段債務(配慮債務)에 해당한다. 그런데 매스컴에 의하여 의료지식이 홍보되어 의료사고에 대한 인식은 높아졌으나 의료의 본질적 특성이라든가 의료채무의 법적 성격을 제

8) 週刊保健法律 1989.2.6. 1面 참조.

대로 이해하지 못하여 자신들이 기대한 ‘완전한 결과’ 만을 요구하고, 그 결과가 좋지 못한 경우에는 무조건 의사의 의료과실을 주장하게 됨으로써 분쟁으로 나아가게 되는 요인이 되는 것이다.

## 2. 의료공급자측 요인

### 가. 의료제공형태의 변화—영리화·대형화

현대의 의료교육은 질병을 객관화하여 보다 과학적인 진료방법을 가르치는데, 이러한 교육은 마치 그 질병을 인간으로부터 분리된 하나의 사물로 취급하기 쉽고, 인간이 지닌 질병을 진료한다기 보다는 마치 기계의 고장을 수리하는 것 같은 느낌을 주게 된다. 한편, 질병의 진단과 치료의 과학화를 추구하다 보면 자연스럽게 세분화된 전문성이 요구되고 첨단 과학적인 의료장비도 필요하게 되어 의료기관은 대형화되고 있으며, 이같은 의료기관의 대형화는 단독개업의 대신에 전문의나 고도로 분화된 전문요원으로 대체하게 되었다. 그 결과 종래의 의사와 환자 사이의 친밀한 인간관계를 전제로 한 왕진이나 단독치료는 종합 병원에서의 많은 의료진과 시설을 통한 ‘팀의료’에 의한 의료제공 형태로 전환됨으로써 의료의 비인간화에 따른 환자의 소외감을 조장하는 경우가 늘게 되고,<sup>9)</sup> 이러한 환자측의 심리상태도 의료분쟁 증가의 한 요인이 되고 있다.

또한 이러한 의료기관의 영리화는 전문화·분업화와 아울러 봉사정신의 희박화, 의사·환자관계의 비인격화를 야기시킴으로써 의료사고에 대한 도덕적·윤리적 해결을 불가능하게 하는 구조적 요인이 되고 있다.<sup>10)</sup>

### 나. 의사의 전근대적 의료관

사회가 민주화 되고 국민의 권리의식이 크게 향상되었음에도 의사들은 아직도 전근대적 의료관을 가지고 있어 과거의 전단적 의료에 대한 동경과 미련을 버리지 못하고 있는 형편이다. 즉, “환자에게 가장 유리한 의학적인 결정을 할 수 있는 권리와 책임은 의사에게 있다”는 이른바 醫療父權의 사고방식은 당연히 의료의 실제에 있어서도 구습을 버리지 못한 채 환자에게 신문하는 투로 반말을 한다거나, 구체적이고 상세한 질병을 호소하려고 하면 묻는 말에만 답변하고 시키는 대로만 하라고 한다든가, 시술방법을 선택하는데도 환자측의 의사를 묻거나 동의를 구하지 않는 등 권위주의적 성격을 띠고 있는데 이러한 의사의 태도는 환자측에 많은 반감을 일으킨다.

더구나 의료수요가 격증함에 따라 단시간내에 많은 환자를 진료해야 하는 이른바

9) 文國鎮, “病院과 患者의 關係—法律的인 問題를 中心으로—”, 『大韓病院協會誌』 16卷 3號, 1987, 24面 참조.

10) 韓國生産性本部, 前掲 報告書, 82面.

'rush medicine'의 경향은 의사로 하여금 전인격적 진료보다는 형식적 진료를 하게 하고, 종합병원 등 거대한 조직적인 의료체계 속에서의 진료는 자칫 책임회피적 진료에 그칠 우려가 있는데 이는 위와 같은 의사의 권위주의적 태도와 함께 환자측의 불만을 가중시켜 분쟁으로 나아가는 요인이 되고 있는 것이다.

#### 다. 의사의 직업적 체면의식

의사들은 전통적으로 자신의 직업적 명예를 중시하는데, 의료분쟁에 있어서도 손해배상으로 인한 금전적인 손실보다는 분쟁이 확대·공포되는 것, 특히 민·형사소송이 제기되어 피고로 법정에 서거나 수사기관에서 조사를 받는 것을 치명적인 불명예로 생각하고 있다. 이러한 직업적 체면의식으로 말미암아 의사들은 의료사고에 대한 책임 유무를 불문하고 사고 자체를 무마·은폐시키려는 경향을 보이고, 이에 따라 환자측으로 하여금 의료사고를 의식적으로 분쟁화하도록 조장하는 악순환적 요인이 되고 있다.<sup>11)</sup>

#### 라. 의료인의 의료법학에 대한 지식부족

현대의료의 발달로 환자측은 최고수준의 의료를 원하고 있으며 의사와 환자와의 관계가 계약관계화됨으로써 의사의 법적 의무는 다양화되고 고도화 되었음에도 의사들은 이를 민감하게 받아들이지 못하고 법이 요구하는 의사의 의무에 대하여 잘 이해하지 못한 상태에서 환자를 대하는 경우가 많다. 이는 근본적으로 의과대학의 교육과정 자체가 잘못된데서 비롯되는 것으로, 우리나라에서는 미국의 Medical Examiner와 같은 제도가 별도로 없어 모든 의사들이 M.E.노릇을 하여야 함에도 의과대학의 커리큘럼은 미국의 일반의과대학 과정의 것을 그대로 본따 醫療法規 내지 法醫學에 대한 강의가 너무 소홀히 되어 최소한의 법률지식도 제대로 갖추지 못한 채 의사로 배출되고 있는 것이다. 말하자면, 사회형태 및 의사와 환자와의 대인관계가 급속히 변화되고 있음에도 의사들의 법률지식이 이에 뒤따르지 못하는 것은 의료분쟁을 증가시키는 커다란 요인이 된다 하겠다.<sup>12)</sup>

#### 마. 의사수의 급증으로 인한 미숙한 의사의 진료가능성

어느 정도의 의사수가 적정인가 하는 문제는 그 나라의 국민소득수준·의료이용량·의사 진료생산성 등을 고려하여 정해질 것이지만, 우리나라에서는 1949년에는 登錄 의사수가 3,672명이었는데 1990년에는 42,554명이나 되어 1,158.9%로 급증하였다.<sup>13)</sup> 물론 의사의 수적 증가는 일반인에게 진료기회를 높여 주는 것으로 바람직한 것이기는 하지만, 한편 의사의 양산은 형식적으로는 자격이 있으나 자질과 경험이 부족한 의사들까지도 배

11) 韓國生産性本部, 上揭 報告書, 83-84面.

12) 文國鎮, 「醫療의 法理論」, 高麗大學校出版部, 1982, 13面.

13) 保健社會部, 「保健社會統計年譜」, 第36號, 1991, 101面 ; 韓國人口保健研究院, 「2000年을 향하여 우리나라 醫師人力長期需給에 관한 分析的 考察」, 1984, 108面 참조.

출하여 이들로부터 저질의 진료를 받을 가능성도 그 만큼 증가하는 것이다. 국민의 경제적 능력이 향상되고 건강의식이 높아짐에 따라 이제는 단순한 진료의 기회보다는 양질의 진료를 요구하는 추세에서 의료의 질적 관리를 하는 제도적 장치가 전제되지 않은 의사 양산은 의료사고분쟁 증가의 한 요인이 되는 것이다.

### 3. 사회적·제도적 요인

#### 가. 의료지식의 보급 확대

각종 보도매체를 통한 의료지식의 보급은 의료사고에 대한 인지수준을 높여 주어 의료사고분쟁 증가의 한 요인이 된다. 또한 새로이 개발한 진단 내지 치료법과 의약품 또는 첨단장비를 사용함으로써 불치의 병으로 간주되었던 질병을 완치시켰다는 등의 보도내용은 일반인에게 의료지식을 공급해 주는 한편 환자측으로 하여금 비현실적인 기대를 가지게 한다. 즉, 최신의학이 개발한 의료기술 및 의약품의 이용에 수반되는 부작용이나 위험 부담이 완전히 배제될 단계에 이르지 못하였음에도 불구하고 환자측에서는 무조건 의학의 최고수준을 자신에게 적용시켜줄 것을 요구하고, 이러한 요구를 충족시켜 주지 못하거나 최신료법으로 인한 부작용이 나타났을 때, 의료기술의 개발에 따라 더욱 고도화되고 복잡해진 의료를 질적으로 평가할 수 있는 능력이 없는 환자측은 자신이 부담한 위험을 의사의 잘못 때문이라고 생각하게 되어 의료분쟁에 이르게 된다. 이와 같이 마스크의 편향된 의료지식의 보급은 의료를 받아들임에 있어서도 비판적인 성향을 조장하게 되고,<sup>14)</sup> 의료사고에 관한 기사를 다룸에 있어서도 대부분 환자측의 피해만을 중심으로 취재하여 그들을 옹호하는 경향이 있어 결국은 의료분쟁 증가의 한 요인이 되는 것이다.

#### 나. 불신풍조 등의 만연

현대에 이르러 경제적 가치를 중심으로 한 물질문명이 고도화됨에 따라 사회전반에 팽배하게 된 금전만능주의는 재산적·신체적 피해는 물론 정신적 문제에서까지 금전적인 보상을 요구하는 풍조를 수반하게 되었다. 또한 사회가 각박해짐에 따라 서로가 서로를 믿지 못하고, 분쟁의 도덕적·윤리적 해결이라는 종래의 풍습은 사라지고 사소한 분쟁도 법에 의존하려는 경향이 늘어나게 되었다.

이러한 경향하에서는 의료관계를 환자측에서 의사에게 돈을 지불하고 상품인 의사를 구입하는 식의 거래관계로 이해하게 되며 따라서 의사에 대한 존경은 사라지고, 진료를 받은 후 기대한 효과가 나타나지 않을 때에는 상품으로서의 의술을 불신하게 되며, 이와 같은 의사에 대한 깊은 불신은 의료분쟁을 증가시키게 된다.

14) 文國鎮, 前掲「醫療의 法理論」, 10面.

### 다. 의료심사조정기구의 활동 부진

의료사고로 인하여 의사와 환자 사이에 발생한 분쟁을 처리함에 있어서는 과실판정·손해사정 및 피해보상 등과 같은 기능적 요소들이 신속·공정하게 수행되어야 한다. 그런데 의료분쟁은 날로 증가함에도 이에 대한 시비를 가릴 공신력 있는 법적 기구가 없기 때문에 병원측과 환자측의 싸움은 불신감만 팽배한 가운데 감정적으로 격화되는 것이 보통이다. 1981년 12월 의료법 개정으로(법률 제3504호) '분쟁조정'의 장을 신설하여 중앙과 지방에 각각 醫療審査調停委員會를 설치하도록 하였으나 법령상의 조직과 기능이 전문성과 객관성이 미흡하였고, 1989년 11월 30일까지 전국의 의료심사조정위원회에서 모두 12건의 조정신청을 접수하였으나 7건 기각, 5건 반려로 1건도 조정에 성공하지 못하여 그 활동이 극히 미미한 상태이다.<sup>15)</sup>

한편 의료사고에 따른 피해보상의 재정적 위험을 분산시킴으로써 의료분쟁도 합리적 처리에 일익을 담당할 것으로 기대되었던 醫師賠償責任保險도 가입률의 저조와 수익률의 악화로 1970년대에 잠시 활성화되는 듯 하다가 거의 유명무실한 제도가 되어버리고 말았다.<sup>16)</sup> 또한 의료분쟁의 피해보상을 위한 공제사업을 1981년부터 大韓醫學協會共濟會에서 해왔고, 1987년 9월 28일 의료법 개정(법률 제3948호)으로 위와 같은 공제사업에 관한 법적 근거도 마련하였으나, 피해자구제의 관점보다는 분쟁의 효율적 처리를 통하여 의사를 보호하려는 의사단체의 자구책의 성격을 크게 벗어나지 못하고 있기 때문에 공정성을 인정 받지 못하고 있으며, 재정적인 기반도 취약한 실정이어서 의료분쟁의 해결에 큰 도움을 주지는 못하는 형편이다.<sup>17)</sup>

### 라. 사회적 보상제도의 불비

의료행위 과정에서 발생하는 불상사 중에는 의사의 잘못이 전혀 없이도 초래하는 경우가 많다. 건강한 상태에서 예방접종을 받다가 사고가 생기거나 별로 심한 병도 아닌데 치료 도중 사망하거나 하면 환자측에서는 그 손해에 대하여 보상받을 곳이 막연하므로 우선 의료과오를 주장하여 의사나 병원을 상대로 손해배상청구를 할 수 밖에 없게 된다. 그러나 의료행위에 내포된 위험을 '허용된 위험'이라고 한다면 의사의 과실도 아니고 환자의 질병의 정도 및 상태로 보아서 예상할 수 없었던 불상사의 결과로 빚어진 환자의 손해에 대하여는 이를 정확히 평가하여 그에 상당한 보상을 해 주는 제도가 필요한 것이고, 이러한 보상제도가 없는 한 의료분쟁은 계속 늘어갈 것이다. 이와 관련하여 예방접종이 국민의 공중보건위생의 향상에 불가결한 것이고 이것을 국민에게 강제하는 것이 부득이한 조치로서 시인한다면 이로 인하여 불가피하게 생긴 희생에 대하여는 상당한 보상을 하여야 하고, 그러한 보상제도 없이 그 위험을 강제한 국가의 조치는 불합리하다는 주장<sup>18)</sup>이 있

15) 保健社會部에서 國會保健社會委員會에 提出한 資料에 依함.

16) 金龍譚, "醫療賠償責任保險制度", 「醫療事故的 諸問題」, 裁判資料 第27輯, 法院行政處, 1985, 457-458面.

17) 秋昊卿, 前掲書, 44面.

는데 타당하다.

#### 4. 醫療傳達體系에 있어서의 醫療紛爭의 영향

##### 가. 防禦的 診療의 傾向

의료분쟁이 의료계 내부에 끼치는 가장 큰 영향을 든다면 낭비적이고 방어적 진료 경향이라고 할 수 있다. 방어적진료 또는 방어의학(defensive medicine)이라 함은 진료를 함에 있어서 의사들이 법적 제도를 의식하여 의사들 자신을 보호하기 위한 방법이나 조치를 취하는 것을 말하는 것으로 '의료분쟁의 예방의학'이라고까지 불리운다.<sup>19)</sup>

현재 대부분의 개업의나 병원에 종사하는 의사들이 의료사고의 문제를 의식해서 방어적 진료를 하고 있는 실정이다. 人道主義實踐醫師協議會가 1991년 실시한 의료윤리에 대한 설문조사에서 전공의의 49.5%, 개원 및 봉직의의 36.3%가 과잉진료를 한 적이 있다고 응답했다고 한다.<sup>20)</sup> 1983년 大韓醫學協會 共濟會에서 실시한 개원의사 의료분쟁관련 의식조사 결과에서도 의료분쟁에 대한 부담감을 '느끼지 않는다'라는 응답은 겨우 6.3%(168명)인데 반하여, '많이 느낀다'가 53.1%(1,425명), '보통이다'가 40.4%(1,805명)로서 결국 93.5%의 의사들이 항상 의료분쟁을 의식하면서 진료를 하고 있는 것으로 나타났다.<sup>21)</sup>

방어적 진료의 적극적인 면으로는 통상 의학적으로 반드시 필요하다고는 인정되지 않는 진단을 위한 검사나 치료절차를 채택하여 부분적인 過剩醫療 경향을 유발하는 것을 들 수 있고, 반대로 소극적인 면으로는 비록 통상적으로 의학상 필요한 절차라 하더라도 나중에 환자로부터 소송이 제기되는 것이 두려워 유보하거나 실시하지 않는 경우를 들 수 있다. 일본에서는 방어적 진료의 적극적인 면을 '過剩醫療', 그 소극적인 면을 '萎縮醫療'라고 부르고, 양자를 합쳐서 '保身醫療'라 부른다.<sup>22)</sup> 또한 의사들은 자기방어의식에서 특정 진료법이나 진단절차의 부작용에 대한 구체적인 자료를 공표하지 않으려는 경향이 있다.<sup>23)</sup> 이러한 방어적 진료의 경향은 환자에게 결국 의료비의 상승을 초래함은 물론 최선의 의료를 환자에게 제공한다는 의료의 목적달성에도 지장을 주고 결국은 의학발전 자체도 저해하게 되는 것이다.

18) 李駿商, 前掲論文, 136面.

19) 徐在寬, "韓國防禦醫學 小論—市民醫療慣行을 중심으로—", 「釜山醫師會誌」, 第22卷 5號, 1985, 43面.

20) 醫師新聞 1991.10.31, 6面 참조.

21) 大韓醫學協會共濟會, 「開院醫師 醫療紛爭關聯 意識調査」, 1983, 8-9面.

22) 加藤良夫, "醫療過誤訴訟가 醫療에 及ぼす影響について", 醫事法學叢書3, 「醫事紛爭·醫療過誤」日本評論社, 1986, 208面.

23) 許程, "醫療事故責任賠償保險에 관한 研究", 「現代醫療와 醫療過誤問題」, 大韓醫學協會研究論文集, 1978, 53面.

### 나. 의료비 등 경제적 부담의 가중

최근 가계나 국가재정에서의 의료비의 비중이 점차 높아져 가고 있는 것은 세계적인 추세라고 할 수 있다. 이와 같은 의료비 상승의 주원인은 인플레이션·인구증가 등이라고 할 수 있겠으나 그 밖의 상승요인 중에는 의료사고소송 또는 의료사고배상책임보험료에 관련된 비용도 무시할 수 없는 비중을 차지하고 있어, 의료분쟁은 의료비를 상승시키는 새로운 요인으로 제기되고 있다. 미국에서는 의료사고소송에 있어서 배상액의 규모가 크게 증가하여 보험시장이 붕괴될 국면에 이르고 의료계도 위기에 봉착하게 되자, 예컨대 Indiana주의 Medical Malpractice Act에서 전체 배상액을 제한하는 입법 조치까지 행하게 되었다고 한다.<sup>24)</sup> 의사의 자기방어의식에 의한 과잉진료도 의료비를 상승시키지만, 의료사고로 인한 손해배상비용·보험료 기타 경제적 손실도 결국은 환자가 지불하는 의료비에 전가되는 것이다.

### 다. 구급진료의 기피

구급진료 기피의 문제는 의료분쟁의 영향으로 생겨날 수 있는 또 다른 중요한 문제 중의 하나이다. 사고현장이나 개인의원에서 의사들이 구급진료를 기피하는 사례<sup>25)</sup>가 많은 것은 최소한의 의료비 보장이 명문화되어 있지 않은 것도 한 원인이 되겠지만, 의료사고로 말미암아 제소당하지 않을까 하는 심리적 요인이 상당히 작용하고 있기 때문이라고 하겠다. 의료법 제16조 제2항에는 “의료인은 구급환자의 응급조치를 보건사회부령이 정하는 바에 의하여 즉시 시행하여야 한다”는 의무규정을 두고 있으나 위와 같은 기피현상으로 그 실효성이 있다고 보기는 어렵고, 사고현장에서 또는 충분한 의료시설을 갖추지 못한 의료환경에서 불가피하게 제공되는 구급진료에 대하여는 면책할 수 있는 규정을 두어 의사의 심리적 부담감을 덜어 주는 것도 고려할만 하다.

### 라. 관련 의료요원 사용의 기피

의사가 의료행위를 함에 있어서는 보통 많은 의료관계인의 지원을 받게 되는데, 이 경우 의료과오에 기인한 책임은 그 보조자 등 의료관계인의 행위에까지 확대되게 된다. 의료기술의 다양성에 따라 근래에 늘어나는 각종 의료관계인의 활용추세에 비추어 보아 많은 의사들이 그 필요성은 인정하나 그 보조자들의 과실이 자신의 과실로 보게되는 것을 염려하여 의료관계인의 사용을 기피하는 경향이 생기게 된다.

24) 鄭照根·金敏圭, “醫療過誤責任의 法理”, 「東亞法學」, 第6號, 東亞大學學研究所, 1988, 350-351面 참조.

25) 美國에서도 구급진료로 인하여 의료과오소송에 걸려드는 것을 ‘應急室의 法的 陷穽’(legal traps in emergency room)이라 하여 의사들이 야간응급실 근무를 기피하는 경향이 있다. H. Hassard(ed.), *Medical Malpractice risks, protection, prevention*, Medical Economics Book Inc., 1966, pp.81-84.

### Ⅲ. 醫療事故紛爭에 대한 判例의 傾向

#### 1. 醫療事故裁判의 實態

의료사고재판이라 함은 의료사고와 관련하여 환자측이 의사측을 상대로 법원에 소송을 제기하거나 검사가 의사측을 공소제기 하여 이루어지는 민사·형사재판을 총칭하는 것을 말한다. 의료분쟁은 여러가지 형태로 나타나고 있으나 화해·조정이 이루어지지 않으면 종국적으로 사법적 해결을 위하여 민·형사상의 소송에까지 이르게 되므로 의료사고재판은 의료분쟁해결의 최후적 형태라고 할 수 있다.

우리나라의 의료사고재판의 실태를 파악하려면 전국 각지방법원, 고등법원 그리고 대법원에서 선고한 판결 전체를 자료로 하여야 할 것이나 그것을 모두 다 파악한다는 것은 사실상 불가능한 일이므로 본고에서는 대법원판결만을 분석대상으로 하였다.

먼저 의료사고재판의 추이를 보면, [표1]에서 보는 바와 같이 수집된 판례 총 88건 중에서 민사사건이 61건으로 그 점유율이 69.3%임에 반하여 형사사건은 27건으로 그 점유율이 30.7%였다. 민사사건에서는 의사측 유책율이 54.1%이고 형사사건에서의 유죄율은 48.1%여서 모두 그 책임을 인정하는 비율과 인정하지 않는 비율은 비슷한 편이다. 형사사건의 무죄율이 51.9%나 되는 것은 다른 일반 형사사건의 무죄율이 5%미만인 것에 비하여 현저하게 높은 편이다.

[ 표 1 ] 의료사고재판의 추이 건(%)

연도 \ 소송별	민 사		형 사		계
	유 책	무 책	유 죄	무 죄	
1956 - 1960	1	0	0	0	1
1961 - 1965	2	0	1	0	3
1966 - 1970	3	3	3	3	12
1971 - 1975	4	4	1	1	10
1976 - 1980	6	5	2	2	15
1981 - 1985	1	4	1	4	10
1986 - 1990	3	5	2	1	11
1991 - 1995	13	7	3	3	26
계	33(54.1)	28(45.9)	13(48.1)	14(51.9)	88
	61(100)		27(100)		

자료: 법원행정처, 법원공보(1972-1996), 대법원판결집(제4권 1집-제38권 4집) 참조

대법원판결만으로, 그것도 판례로서의 가치가 있다고 하여 자료로 수록된 것만으로 재판의 추이를 논한다는 것은 적절치 못한 것일지 모르지만, 아무튼 위 88건의 판례로만 볼 때 사건수는 1991-1995년 사이가 26건으로 가장 많고, 그 다음은 1976-1980년의 15건, 1966-1970년의 12건, 1986-1990년의 11건 순이다. 1960년대 후반부터 의료사고 소송이 증가하는 추세이다가 1980년을 고비로 오히려 줄어드는 듯한 현상을 보이는 것은 상고허가제의 채택과 어느 정도 관련이 있으리라고 생각된다. 책임인정율로 볼 때 민사의 경우 1980년 이전에는 50%이상을 계속 유지해 오다가 1980년에 들어서면서 20%(1981-1985)와 37.5%(1986-1990)로 감소하였으나, 1990년대에 와서 65%로 증가하고 있다.

다음으로 위 판결례를 진료과목별로 분석해 보면, [표2]에서 보는 바와 같이 산부인과 분야가 28건(31.8%)으로서 가장 많고, 다음이 내과 24건(27.3%)과 일반외과 12건(13.7%)순이다. 특히 형사사건에 있어서는 산부인과 분야가 그 40.7%인 11건으로 절대적인 다수를 차지하고 있다. 그런데 내과가 다른 분야에 비하여 사건 발생률이 높은 것은 의료과오 유무의 분쟁요소가 많이 있는 진단과 주사행위가 주로 내과의 영역에서 행해지기 때문이라고 할 수 있고, 그 다음으로 일반외과가 차지하고 있는 것은 외과적 수술의 높은 위험성 때문이라고 생각된다.

[ 표 2 ] 의료사고재판의 진료과목별 분석 건(%)

과 목	민 사			형 사			계
	유책	무책	계	무죄	유죄	계	
내 과	9	10	19	3	2	5	24(27.3)
일반외과	3	7	10	0	2	2	12(13.7)
정형외과	0	1	1	1	0	1	2( 2.3)
성형외과	1	0	1	0	0	0	1( 1.1)
신경외과	1	3	4	1	0	1	5( 5.7)
산부인과	11	6	17	4	7	11	28(31.8)
소 아 과	0	0	0	1	0	1	1( 1.1)
마 취 과	3	0	3	1	1	2	5( 5.7)
이비인후과	0	0	0	1	0	1	1( 1.1)
비뇨기과	0	1	1	0	0	0	1( 1.1)
안 과	1	0	1	0	0	0	1( 1.1)
정 신 과	1	0	1	1	2	3	4( 4.6)
기 타	3	0	3	0	0	0	3( 3.4)
계	33	28	61	13	14	27	88 (100)

끝으로 위 재판례를 진료내용별로 분석해 보면, [표3]과 같이 수술이 26건(29.0%)으로 가장 많고, 다음으로 10건(16.1%)의 처치, 9건(14.5%)의 주사, 7건(11.3%)의 진

단 순이다. 수술·처치·주사는 비교적 위험성이 높은 분야이고, 진단은 의료과오 유무의 다름에 있어서 가장 시발적인 것이기 때문에 다른 진료분야보다 문제가 되는 경우가 많게 된 것이라고 생각된다.

[ 표3 ] 의료사고재판의 진료내용별 분석 건(%)

과 목	소송별	민 사			형 사			계
		유책	무책	계	무죄	유죄	계	
진단	단	1	3	4	1	3	4	8 ( 9.1)
주사	사	5	2	7	2	2	4	11 (12.5)
투약	약	1	1	2	0	0	0	2 ( 2.3)
마취	취	4	0	4	2	1	3	7 ( 8.0)
처치	치	5	4	9	2	2	4	13 (14.8)
수술	수	2	1	3	1	0	1	4 ( 4.5)
수분	수	9	12	21	3	2	5	26 (29.5)
분만	만	2	1	3	1	2	3	6 ( 6.8)
예방	접종	2	0	2	0	0	0	2 ( 2.3)
검사	사	0	1	1	0	0	0	1 ( 1.1)
환자	관리	2	3	5	1	2	3	8 ( 9.1)
기타	타	0	0	0	0	0	0	0 ( 0.0)
계		33	28	61	13	14	27	88 (100)

## 2. 醫療事故紛爭의 法的 處理의 特性

의료사고에 따른 의료분쟁은 일반적으로 환자측이 의사측의 의료과오를 주장하면서 이에 대한 손해배상 또는 형사처벌 등을 요구하는 행태로 나타나고 있다.

이러한 의료분쟁이 법적 소송으로까지 나아갔을 때의 의료사고사건은 다음과 같은 특성을 지니고 있다.

첫째, 의료의 전문성과 의료행위의 밀실적 성격 등으로 인하여 의료사고에 대한 법관의 판단에는 한계가 있으며 따라서 의료사고사건은 장기화되는 경향이 있다. 우리나라에서는 아직 심리기간에 대한 정확한 통계가 나와 있지 않지만, 일본의 경우를 보면 의료사고사건의 제1심 평균심리기간이 1970년에는 28.5月, 1971년에는 28.4月, 1972년에는 31.4月, 1973년에는 34.2月, 1974년에는 32.5月, 1975년에는 39.3月로서 통상사건보다 약3배 가까운 기간이 소요되고 있다.<sup>26)</sup> 또한 의료사고사건에 있어서는 법관이 의사의 과실 유무를 판단하기 위하여 거의 필수적으로 전문가인 다른 의사의 감정을 받아야 하며 따라서 감정의 공정성이 특히 요구된다.

26) 饗庭忠男, 「醫事紛爭」, 日本經濟新聞社, 1977, 34面.

둘째, 의료사고사건은 다른 일반사건에 비하여 책임인정율이 매우 낮은 편이다. 앞서의 대법원판례에서 본 바와 같이 민사의 경우에는 유책율이 48.8%, 형사의 경우에는 유죄율이 47.6%에 불과하고, 의료사고사범에 대한 검찰의 무혐의불기소처분의 비율이 80.7%나 된다. 우리나라에서는 정확한 통계자료가 없어 다른 일반사건과의 비교를 할 수 없는데 일본의 경우에는 1970년부터 1975년까지의 민사사건의 원고승소율을 보면 통상사건은 85.5%, 교통사건은 90.4%, 공해사건은 68.5%임에 반하여 의료사건은 37.3%밖에 되지 않는다고 한다.<sup>27)</sup>

셋째, 의료사고에 관한 법적 쟁점은 환자측에서 의사에 대한 위협수단으로 이용하는 경우가 많다. 의사의 입장에서는 의료사고사건이 단순히 금전적 배상의 문제가 아니라 사회적 명예 및 직업적 권위와도 직결되는 문제이므로 의료분쟁을 사적으로 음성화시키려는 경향이 있고, 이러한 의사측의 입장을 환자측이 이용하게 된다. 대개의 경우 민사상의 손해배상청구에 앞서 소송외의 합의·화해를 타진해 보고 그것이 안되면 형사고소 또는 진정을 하여 외압을 가함과 동시에 수사기관의 힘을 빌어 민사소송을 위한 증거자료를 수집하게 된다. 이러한 과정에서 의료사고와 관련된 분쟁은 사적으로 합의가 되어 끝나는 경우가 많다.

넷째, 의료사고사건에 대한 판결은 당해 사건에 있어서의 책임유무에 관한 판단의 결론임과 동시에 유사한 의료행위 및 의료사고의 처리에 미치는 모델적 영향이 매우 크다. 하나의 사건에 있어서 과오 유무에 관한 판단을 함에 있어서는 당시의 의료제도라든가 인적·물적 설비상황을 고려하여 당해 의료행위에 있어서 의사가 갖추어야 할 주의의무의 기초가 되는 의료기술의 수준을 제시하기 때문이다. 우리가 다른 사건에서보다도 의료사고사건에서 그 판례에 특히 더 유의하게 되는 것은 그러한 사정 때문이기도 하다.

#### IV. 醫療事故紛爭의 合理的 解決方案

의료사고분쟁은 다른 분쟁과는 달리 독특한 문제점을 내포하고 있다. 이러한 문제점 중에서 중요하다고 생각되는 것을 들면 다음과 같다.

첫째, 의사와 환자의 극한 대립과 이에 따른 의사의防禦的 醫療의 경향을 들 수 있다. 의료행위의 본질상 의료사고의 발생은 불가피한 일임에도 불구하고, 일단 의료사고가 발생하면 이로 인한 의사측과 환자측의 분쟁은 끝을 모르고 극한 대립을 하게 된다. 특히 일반 국민의 의료지식이 향상되었으나, 아직도 의사들은 환자들 위에서 군림하려는 전근대적인 자세를 버리지 못하여 환자의 불신과 불만을 가지도록 하고 있으며, 의료수요의 격증에 따라 단시간내에 많은 환자를 진료해야 하는 이른바 'rush medicine'의 경향은, 의

27) 饗庭忠男, 上掲書, 16面.

료기관의 대형화·영리화와 더불어 의사로 하여금 全人格的 診療보다는 형식적 진료를 하게 하여 위의 권위적 태도와 함께 환자측의 불만을 가중시켜 분쟁으로 나아가는 요소로 작용하게 된다.

이와 더불어 의사들의 직업적 체면의식, 의사의 법의학적 지식의 결여, 그리고 환자의 의학적 지식의 결여 등도 분쟁으로 치닫는 요인이 되고 있다. 말하자면 환자는 무조건 물리적으로, 또는 법적으로 투쟁을 하면 해결할 수 있다는 생각을 가지게 되고, 의사측은 직업적 체면 때문에 무조건 돈을 주고 무마하려는 경향은 의사와 환자간의 불신감을 더욱 조장시키고 있다. 그러나 무엇보다도 의료사고로 인한 분쟁을 처리함에 있어서 이에 대하여 調停해줄 수 있는 공신력 있는 법적 기구가 없기 때문에 의사측과 환자측은 불신감이 팽배한 가운데 감정적으로 격화되어 급기야 소송으로 갈 수 밖에 없는 것이 현실이다. 이로 인하여 '萎縮診療'나 '過剩診療' 등 이른바 방어적 진료의 경향을 보이고 있는 것이다.

두 번째의 문제점은 醫療鑑定의 病理이다. 원래 의료분쟁은 전문적, 기술적 측면을 가지고 있으며, 의료행위는 그 자체가 극히 전문적이어서 법관은 의사의 과실유무의 판단이나 법률상의 인과관계를 추정할 수 없어 결국 그 분야의 전문가의 도움을 받지 않으면 안된다. 즉, 의료분쟁에 있어서는 전문가인 의사의 감정을 받지 않고서는 의사의 과실 유무를 판정하기가 매우 어렵고, 따라서 의사의 감정이 법관의 심증을 굳히는데 중요한 역할을 담당해 왔다. 이러한 관점에서 감정은 의료분쟁에서의 입증문제의 핵심이라 할 만큼 그 역할이 크다.<sup>28)</sup> 그런데 의료분쟁에 있어서 감정인은 의사가 되는 경우가 거의 전부이다. 뿐만 아니라 전문분야가 매우 세분화·특수화 되어가고 있음에도 불구하고 극소수의 의사가 이른바 '萬能選手'로서 각분야의 세부적인 전문사항까지도 그 감정을 독점하다시피 하는 경향이 있고,<sup>29)</sup> 또 전문성을 갖춘 감정인이라도 의사 특유의 동료의식에서 좀처럼 의사쪽에 불리한 감정의견을 제시하려고 하지 않는 경향이 있다. 따라서 그 감정결과를 놓고 公正性和 信賴性이 항상 문제가 된다. 물론 감정결과와 취사선택은 감정을 의뢰한 법관의 자유로운 심증에 달렸고, 감정결과와 다른 판결을 내릴 수도 있기는 하지만, 워낙 전문적인 것이기 때문에 감정결과를 평가하고 취사선택을 하기 위해서는 어느 정도의 기본적인 의학지식이 요구되는데, 의학적·전문적 소양을 평소에 갖추지 못한 일반법관에게 위와 같은 판단을 기대하는 것은 무리가 아닐 수 없다. 여기에 감정을 둘러싼 '딜레마'가 생기게 된다.<sup>30)</sup> 그리하여 의료분쟁의 감정에 있어서는 감정사항의 추정 및 감정인의 선임문제, 감정결과에 대한 올바른 이해·인식과 평가에 의해 취사선택해야 하는 법관 및 검사의 자질, 그리고 감정결과를 무조건 불신하는 환자측의 태도 등의 특수한 문제점을 안고 있다고 하겠다.<sup>31)</sup>

28) A.Laufs, *Arztrecht*, München : C.H.Beck Verlag, 1988, S.111

29) 第6會 醫協·辯協共同세미나 資料, "診斷書 및 鑑定書의 法律的·醫學的 側面", 「大韓辯護士協會誌」, 1978.12, 36面.

30) 李永煥, "醫療紛爭에 있어서의 鑑定制度的 問題點", 「月刊考試」, 1988.6, 46面.

셋째 사회적 보상제도의 결여이다. 의료행위는 신체에 대한 侵襲을 수반하는 위험을 내포하고 있고, 또한 현대의학이 개발한 치료법과 의약품의 사용함에는 많은 위험부담이 있어 의료행위 과정에서 발생하는 불상사 중에는 의사의 과실이 없어도 발생하는 경우가 있다. 그러나 이러한 경우 환자측에서는 그 손해에 대하여 보상을 받긴 받아야 하는데 보상 받을 곳이 막연하므로 우선 의료과오를 주장하여 의사 또는 의료기관을 상대로 투쟁을 하는 것이다.

의료행위에 내포된 위험을 '허용된 위험'이라고 한다면 의사의 과실도 아니고 환자의 질병의 정도 및 상태로 보아서 예상할 수 없었던 불상사의 결과로 빚어진 환자의 손해에 대하여는 이를 정확히 평가하여 그에 상당한 보상을 해주는 제도가 필요한 것이고, 이러한 보상제도가 없는 한 의료분쟁은 계속 늘어갈 것이다.

의료사고로 인한 의료분쟁에 있어서, 의료측과 환자측의 불만의 양상은 매우 대조적이라 할 수 있다. 즉, 쌍방 모두 법이나 제도가 자기를 억압하고 상대방만 지나치게 보호한다고 생각하는 것이다. 그리하여 의료측에서는 진료회피 내지 위축진료라는 醫療危機로 발전해가고, 환자측에서는 의료와 법에 대하여 불신을 가지게 되며, 경우에 따라서는 폭력적 자력구제에 의존하게 되는 規範危機로 발전하게 된다. 이러한 상황에서 의료위기, 규범위기의 진전을 막고, 의료분쟁을 보다 합리적으로 해결하기 위한 연구는 무엇보다도 중요하다 하겠다. 따라서, 이하에서는 소송외적 분쟁해결제도의 활용방안, 의료감정제도의 개선방안, 그리고 의료배상책임보험제도의 도입가능성의 검토 등을 통하여 합리적인 의료분쟁해결방안을 강구해 보고자 한다.

## 1. 代替的 紛爭解決制度(ADR)의 활용

인간생활에서 마찰과 분쟁은 필연적인 것이고, 이를 다루는 방식도 오랫동안 다양하게 발전되어 왔다. 말하자면, 우리 사회에서 발생한 여러 형태의 분쟁은 재판절차에 한하지 않고, 당사자들 사이에서 和解나 調停 또는 仲裁과 같은 다양한 제도에 의해서 해결되고 있다. 이처럼 다양한 분쟁의 해결제도에 대하여 최근 각국의 논의는 어떻게 그 제도의 특징을 고려하여 유기적인 관련 속에 종합적으로 파악할 것이냐 하는데 인식이 점차 일반화되고 있다.<sup>32)</sup>

오늘날 미국에서는 소송에 의한 법적 해결에 대한 대안으로 代替的 紛爭解決制度(alternative dispute resolution, ADR)의 중요성이 강조되고, 이 ADR이 소송제도 이상 널리 활용되고 있으며, 이러한 경향은 독일에까지 영향을 미쳐 1991년 독일민사소송법개정법률에서는 재판외 분쟁해결의 제고를 위해 辯護士和解制度(Anwaltsvergleich),

31) 文國鎮, "醫療事故鑑定の 問題點과 效果的 改善方案", 「醫療過誤事犯의 實態와 對策」, 法務研修院, 1990, 108面.

32) 梁炳晦, "獨逸에서의 裁判에 의하지 아니한 紛爭解決方法", 「人權과 正義」, 1994.7, 36面.

獨自的 證據節次(selbständiges Beweisverfahren) 등을 새로 채택하였다.

우리나라에서도 民事調停法(1990.1.13. 법률 제4202호)의 제정을 계기로 조정제도를 활성화시키려고 노력하고 있으며, 최근 代替的 紛爭解決制度(ADR)에 대한 연구도 활발히 진행되고 있다.<sup>33)</sup> 그러나 아직도 법관의 절대부족으로 과중한 재판부담에도 불구하고 모든 사건을 모두 재판으로 해결하려는 경향이 일반적이라고 할 수 있다.

특히 의료분쟁은 불신감과 감정적 대립 등으로 인하여 소송으로 가는 경우가 많은 바, 여기에서는 의료분쟁을 代替的 紛爭解決制度, 즉 화해나 조정 등을 통하여 해결할 수 있는 길을 모색해 보고자 한다.

### 가. 화해제도의 활용

민사소송사건은 적정하고 효율적으로 해결되지 않으면 안되지만, 반드시 판결에 의해서 해결되어야만 하는 것은 아니고 오히려 당사자의 상호양보 의한 화해로 해결하는 것이 바람직한 경우가 많다. 그러나 우리나라의 경우 지방법원 民事1심 통상소송사건의 기제사건수에서 차지하는 화해의 비율은, 1988년 4.2%, 1989년 3.9%, 1990년 3.9%, 1991년 4.2%, 1992년 3.6%, 1993년 3.8%, 1994년 3.6%로서 극히 저조한 실정이다.<sup>34)</sup> 이는 日本의 1981년 31.2%, 1982년 30.5%, 1983년 31.7%, 1984년 31.2%, 1985년 31.2%, 1986년 32.5%로서 30%를 상회하는 것<sup>35)</sup>과 대조적이라 할 수 있다. 일본의 경우 이와같이 화해에 의하여 해결하는 비율이 높은 이유는, ①부득이 한 경우에만 소송을 제기하고 가급적 화해에서 해결하는 것을 바란다고 하는 법의식이 일반에게 존재하는 점, ②화해에서는 보다 체면을 손상하지 않고 해결할 수 있는 점, ③실체법적 기준에서 해방되어 구체적으로 타당한 해결이 가능하게 되고, 또 소송법적 제약으로부터 해방되기 때문에 입증책임이나 쟁점에 구애되지 않고 해결이 가능하게 되는 점, ④법관, 변호사의 시간적·정신적 부담을 경감할 수 있는 점 등을 들고 있다.<sup>36)</sup>

일반적으로 화해에 적합한 사건으로서, ①어느 쪽에도 이의가 있지만, 판결에서는 all or nothing으로 되는 경우, ②이 사건에 대한 판결을 받아도 다시 근본적 또는 파생적

33) 이에 관하여 상세히는 宋相現, “裁判에 의하지 아니한 紛爭解決方式의 理念과 展望”, 『人權과 正義』, 大韓辯護士協會, 1994.7 ; 梁炳晦, “ADR과 和解制度의 活性化”, 『民事訴訟法の 諸問題』, 金洪奎博士華甲記念, 三英社, 1992 ; 同, “獨逸의 辯護士和解制度”, 『人權과 正義』, 1994.1 ; 同, 上掲 “獨逸에서의 裁判에 의하지 아니한 紛爭解決方法” ; 張文哲, “裁判에 의하지 않은 紛爭解決方式(ADR)”, 『人權과 正義』, 1994.7 등 참조.

34) 法院行政處, 『司法年鑑』, 1989-1995 참조.

35) 都築 弘, “和解, 調停의 活用”, 『醫療訴訟의 現狀と展望』, 判例タイムズ 686號(臨時増刊), 1989. 3. 139面.

36) 太田知行·穗積忠夫, “紛爭解決方法としての訴訟上の和解”, 『法社會學の現代的課題』, 285面. 특히, 大石忠生·加藤新太郎, “訴訟上の和解の位置づけ”, 『訴訟上の和解の理論と實務』, 西神田編集室, 1987. 37面 참조.

문제가 있고 분쟁이 남는 경우, ③이 문제까지 해결할 수 있으면 뒤에는 완전히 관계없게 되는 경우, ④쌍방이 고집하고 있는 등의 이유로 다시 곤경에 빠지지 않도록 고려를 구하는 경우, ⑤그대로 진행하면 비용이 지나치게 많이 드는 경우, ⑥이웃관계, 친족관계이기 때문에 원만한 해결을 바라는 경우, ⑦당사자가 생각하고 있는 사건을 전망하는 것이 반드시 적절하지는 않은 경우 등이 있다고 일컬어진다.<sup>37)</sup>

의료소송에 있어서 화해의 이용상황을 보면, 우리나라에는 이에 대한 통계자료는 아직 없지만 일본의 경우를 살펴보면, 지방법원 민사1심 의료소송사건의 既濟事件數에서 차지하는 화해의 비율은, 1981년 46.7%, 1982년 45.5%, 1983년 37.1%, 1984년 43.6%, 1985년 39.7%, 1986년 40.2%로서, 위의 통상소송사건의 화해비율에 비교하면 상당히 높은 비율인 것을 알 수 있다. 이와 같이 의료소송에서 화해율이 높은 이유로서는 위의 太田知行교수 등의 견해인 ①내지 ④외에, 시간의 경과에 의하여 사건의 전망이 보이거나 또는 감정의 용화가 도모되는 점<sup>38)</sup> 및 의사측으로부터 지적되는 시간적·정신적 부담의 경감이 도모되는 점<sup>39)</sup> 등을 들 수 있을 것이다.

#### (1) 화해권고의 시기

법원은 사건의 합리적 해결을 위하여 소송의 정도 여하를 불문하고 화해를 권고할 수 있으며(민소법 135조 1항), 따라서 준비절차, 변론의 어느 단계에서나, 증거조사중, 증거조사 종료후, 변론종결후, 그 뿐 아니라 확정전이면 판결선고 후에도 화해를 권고할 수 있다. 일반적으로 화해권고시기는 세가지로 대별할 수 있다. 즉, ①사실관계에 다툼이 없는 사건, 당사자가 법원의 관여에 의한 화해를 바라는 사건, 기타 이른 화해성립이 예상되는 사건에서는 변론의 초기 단계, ②주장의 정리나 서증의 증거조사가 실시되는 그 내용 등으로부터 사건이 대체로 파악된 그 단계, ③중요한 증인 혹은 본인신문 종료후 사건의 대체로 파악되면 그 단계 등 세 단계에서 화해를 권고하는 경우가 많다. 그렇지만 일률적으로 어느 단계에서 화해권고가 적당한가 하는 것을 판단하기는 어렵다.

하여간 화해를 권고하기 위해서는 법원이 사건에 관하여 정확히 파악하고 있어야 한다. 사건을 파악하지 않고 화해절차에 들어가는 것은 당사자를 설득하기 위한 시간의 낭비이며, 당사자들로 하여금 법원에 대한 신뢰를 저버리게 할 수 있다.

그래서 이들 일반론을 전제로 하여 의료소송에 있어서 화해권고의 시기를 생각해 보면, 의료소송에서도 드물게 형사사건기록이 있고, 주장의 정리와 그 형사사건기록 및 진료기록, 간호일지, 린트겐사진, 의학문헌 등의 서증에 대한 증거조사가 끝난 단계에서 화해를 권고하는 예도 있지만 대부분은 이러한 서증의 증거조사 외에 담당의사, 간호사, 환자본인, 때로는 의료전문가 등의 인증에 대한 증거조사, 특히 감정결과가 판명되고 쟁점인 과

37) 賀集唱, “民事裁判における訴訟指揮”, 『法曹時報』24卷 4號, 1972, 684面.

38) 松野嘉貞, “醫療過誤事件と和解”, 前掲『訴訟上の和解理論と實務』, 275面.

39) 我妻堯, “醫師からみた醫療過誤訴訟の問題點(座談會發言)”, 『新實務民事訴訟講座5(不法行為訴訟Ⅱ)』, 日本評論社, 1983, 368面.

실 혹은 인과관계의 입증을 일단 마친 단계에서 화해를 권고하는 것이 일반적이라 한다.<sup>40)</sup>

이와 같이 의료소송에 있어서는 비교적 조기에 화해를 권고하기가 어려운 것이 보통인데, 그 이유는 환자측에는 감정적 응어리, 말하자면 환자가 의사에 관하여 가지는 신뢰감, 기대감이 크면 클수록 나쁜 결과의 발생을 배신으로 느끼고, 금전의 지급 뿐 아니라 사회까지 요구하는 등, 조기에 화해하기 어려운 상황이 되기 때문이다.

## (2) 화해권고의 방법

모든 화해절차에서 법원이 제시한 화해안이 바로 당사자에게 받아들여지는 것은 아니다. 그 때문에 법원은 당사자를 설득하려고 노력하지만, 이 설득의 방법에 왕도는 없고 구체적 사안에 따라 다르며 경험이 무엇보다 중요하기 때문에 이에 관한 많은 연구가 필요하다.<sup>41)</sup> 여기에서는 의료소송에서의 화해권고의 방법에 관하여 고찰하려 한다.

① 의료소송에서는 환자측에 감정적 응어리가 있는 경우가 많기 때문에, 개별로 청취의 장을 마련, 다소 시간이 걸려도 충분히 대화를 하여 감정을 발산시키고 마음이 가라앉은 때에 증거재판주의나 경험칙 등 일반론을 설명하고, 다시 구체적사안에 대한 증거의 평가나 사건의 개요를 근거를 들어 설명, 오해할 여지가 있는 것은 조기에 제거하고, 감정의 완화를 도모하려고 노력하거나, 또는 감정적 대립이 없는 소송대리인에게 냉정한 판단을 구하여 동대리인의 협력을 얻을 수 있도록 설득한다.

② 의료소송의 화해의 자리에서도 당사자의 성격, 결단력 등을 미리 파악하여, 예컨대 원칙을 주장하는 것을 중시하는 당사자에게는 화해안이 어떻게 이치에 맞는가를 설명하고, 또 체면을 중시하는 당사자에게는 자존심을 상하지 않도록 용어나 표현방법을 사용하여야 한다.

③ 화해에 의한 해결이 바람직한 이유를 설명한다. 예컨대 첫째 분쟁의 조기·최종적 해결인 점, 둘째 화해안 자체가 사안에 따른 적정한 것으로 합리적인 것이라는 점, 셋째 화해로 인하여 적대감정이 완화되는 경우가 있다는 점 등을 단적으로 설명하여, 당사자의 자주적인 해결의 의욕을 끌어낸다.

④ 의료소송에서의 화해는 일단 증거조사가 종료한 단계에서 권고되는 경우가 많으므로 법원은 어느 정도의 심증을 가지고 있다. 그러므로 당사자 본인 또는 의사회 담당자, 보험회사담당자 등을 합석하도록 하여 근거 또는 심증에 따라 화해안을 제시하는 등 적극적으로 설득한다.<sup>42)</sup>

40) 都築 弘, 前掲 “和解, 調停의活用”, 140面.

41) 이에 관한 최근의 문헌으로, 梁炳晦, 前掲 “ADR과 和解制度의 活性化”; 李明雨, 「裁判上の和解에 관한 研究」, 建國大學校大學院 博士學位論文, 1993; 姜玆中, “韓國에서의 調停, 和解의 實務”, 「考試研究」 1991.3; 後藤勇·藤田耕三 編, 前掲 “訴訟上の和解의理論と實務” 등이 있다.

42) 都築弘, 前掲論文, 141面.

⑤일본의 武藤판사는 “...반드시 당사자 본인을 오도록 한다. 그것은 본인으로부터 어떤 정보를 얻을 수 있고, 최후의 결단은 본인만이 할 수 있기 때문이다. 그리고 화해의 장소는 화해실과 같이 독립된 방을 선택하고 본인에게 직접 사정을 듣는다. 인간은 타인이 없는 상태에서 마음을 터놓고 대화하면 비교적 진실을 말하게 된다.”<sup>43)</sup>고 하고 있다. 이처럼 화해의 자리에 당사자 쌍방을 대석시킨 후에 법관이 적당한 질문으로 당사자 본인, 경우에 따라서는 직접 관계자로부터 사정을 청취하는 것은 사안의 진상을 발견하는데 상당히 효과적이다. 이 방법으로 화해가 성립하는 경우가 많은데, 비록 화해가 이루어지지 않고 끝난다 하더라도 이후의 심리계획이 명백해진다고 하는 부수적 효과도 생기게 되는 것이다.

화해가 성립한 경우에는 반드시 調書에 기재하지 않으면 안되고(민소법 제143조 1호), 조서에 기재됨으로써 소송이 종료되며, 확정판결과 동일한 효력이 생긴다(동법 제206조).

의료소송은 손해배상청구소송의 하나이기 때문에, 화해조항의 중심은 일정액의 금액을 지급한다고 하는 지급조항인데, 위 금액의 명목을 어떻게 할 것인가 결정하기 곤란한 경우가 있다. 말하자면, 명목으로서 환자측은 손해배상금을, 의사측은 화해금·위로금을 고집하는 경우가 그것이다. 이것은 감정 및 명예상의 문제, 또는 과세상의 고려가 원인이라 할 수 있는데, 일본의 경우 법원은 금액에 합의가 되면 통상 무명의로 설득하는 예가 많다고 한다. 그것은 의사측에 있어서 무명의로 한다면 명예상 또는 심리상의 저항도 적고, 환자측에 있어서도 무명의의 금액은 화해조서에 기재되어 청구의 표시로 되어, 손해배상금의 성질을 가진다고 볼 수 있기 때문이다.

다음으로, 환자측이 의사측에 대하여 경우에 따라서는 책임을 인정한 후 사죄를 구하는 뜻의 精神條項의 기재를 요구하는 것이다. 법원으로서의 환자측에 정신조항은 법적으로 의미가 없음과 명예훼손 이외의 손해배상청구소송에서는 어디까지나 금전배상만을 구하는 것이라는 것을 설명하고 철회하도록 하는 수가 많다.

나아가, 의료소송의 화해조서에는 대개 소송물 전부에 관한 화해이고 이것으로 소송이 종료되는 것을 명시하기 위하여 ‘원고는 그 남은 본안청구를 포기한다’는 뜻의 권리포기조항이나, 이것으로 전면적 해결이고 당사자간에는 분쟁이 없다는 것을 명시하기 위하여 ‘원피고간에는 본 화해조항에 정한 외에 아무런 채권채무관계가 없는 것을 상호 확인한다’는 뜻의 포괄적인 清算條項을 기재하는데, 이들 조항의 기재가 이루어져도 화해성립시에 예상할 수 없었던 후유증이 발생된 경우에 환자측이 별도 후유증의 손해배상청구권의 행사를 방해하지는 못한다.<sup>44)</sup>

## 나. 조정제도의 활용

조정이라 함은 법관이나 조정위원회가 분쟁관계인 사이에 개입하여 화해로 이끄는 절차

43) 武藤春光, “民事訴訟における訴訟指揮について”, 『司法研修所論集』, 1975, 96面.

44) 都築弘, 前掲論文, 143面.

를 말한다. 조정은 당사자의 신청에 의하여 개시되는 것이 원칙이지만(민사조정법 제5조), 제1심 소송 계속중에도 受訴法院이 필요하다고 인정되면 직권으로 조정에 회부함으로써 개시되는 경우도 있다(동법 제6조). 이 조정회부제도가 인정되는 것은 당사자가 소송에 의하여 분쟁의 해결을 구하여 제소한 경우에도 사건의 종류나 성질에 따라서는 전문가인 조정위원의 관여에 의한 쪽이 적정타당한 해결이 도모된다고 생각되는 경우가 있기 때문이다. 조정절차는 판사인 조정장과 민간인인 조정위원 2인으로 구성된 조정위원회에 의해서 운영되고, 조정위원회는 사안을 조사, 조정안을 제시하는 등 당사자의 합의형성을 원조하여 당사자간에 합의가 성립하고, 조서에 기재되면 재판상의 화해와 동일한 효력이 인정된다(동법 제28-29조).

그런데, 비교적 오래된 자료이긴 하지만 일본의 동경지방법원에 있어서 의료소송의 조정회부 처리상황은 1978년 0건, 1979년 3건, 1980년 1건으로 매우 적은 형편이며, 또한 일본의 전국 법원에 있어서 의료사건의 최근의 신청, 조정회부건수는 연간 50건 전후, 조정성립비율은 약 60%정도인데, 책임론에서 다툼이 없었던 단계, 즉 손해액의 산정단계에서는 의료소송은 교통사고소송만큼 정형화되어 있지는 않지만, 과실상계가 결정되면 재산상의 손해 및 위자료는 기본적으로는 교통사고소송과 마찬가지로 산출할 수 있으므로, 조정회부에 적당한 사건이라고 보고 있다. 또한, 변호사, 의사 등의 전문가 조정위원의 충실을 도모하고, 당초부터 조정위원회의 구성원을 사건처리에 관여시키거나, 또한 당초부터 전문가 조정위원을 지정할 수 없는 사정이 있는 경우에는, 예컨대 의료당시의 의료수준이라든가 의료행위와 나쁜 결과와의 인과관계의 유무 등에 관하여, 정식감정에 대신한 방법으로 전문가 조정위원으로부터 그의 전문적인 지식경험에 기초한 의견을 청취할 수 있고, 나아가 의사측이 위의 배상책임심사회나 보험회사와의 관계에서 법원의 확실한 견해를 나타내 주기를 요구하는 경우에는 조정에 갈음하는 결정(민사조정법 제30조)을 행할 수 있으므로, 본인소송 등에서는 책임론의 단계에서 조정회부를 이용하는 것도 효과적일 것이다. 요컨대 조정할 수 있는 사건을 선별하여 운용할 수 있다면 의료소송에 있어서 조정회부도 충분한 성과를 올리는 것이 가능할 것이다.<sup>45)</sup>

#### 다. 의료분쟁조정법안의 검토

##### (1) 제정의 의의와 배경

1994년 8월 보건복지부(당시 보건사회부)에서 의료분쟁조정법안을 발표하였다. 이보다 앞서 1988년 대한의학협회에서 기초하여 보건사회부에 제정·건의하였던 '醫療事故處理特別法案'과 1990년 보건사회부에서 의료피해구제제도 도입을 위한 연구용역 의뢰를 하여 1991년 그 가안이 발표된 '醫療事故被害救濟法案'이 있었지만, 이 법안들은 공제사업, 의료분쟁심판, 조정 등의 내용도 포함하고 있으나 의료인의 형사처벌의 특례를 주요 내용으

45) 畔柳達雄, "醫療事故訴訟提起前の準備活動", 前掲「新實務民事訴訟法講座5」, 211面 참조.

로 하는 것이었다. 이 두 법안은 의료분쟁처리의 외형적 특징은 무조건 분쟁화와 화해의 경향이라고 보고, 의료사고에 있어서 의료인의 과실이 고의나 중과실이 아닌 경우에는 형사처벌을 면제하고 의료인의 처벌을 의료인단체에 일임하거나 아니면 의료과오심판위원회 같은 곳에서 의료인에 대한 제재를 하도록 하여 의료인으로 하여금 소신껏 환자의 진료에 임할 수 있도록 하는 내용의 특례법 제정이 요청된다는 것이다. 그러나 이러한 법안에 대한 많은 비판이 있어 왔고, 아직 제정되지 않고 있는 실정이다. 그런 가운데 醫療紛爭調停法案이 발표된 것이다.

### (2) 의료분쟁조정법안의 주요내용

1994년 8월 보건복지부에서 발표한 의료분쟁조정법안의 주요내용을 살펴보면 다음과 같다.

① 이 법안은 의료사고로 인한 피해의 조사와 분쟁의 조정을 위한 절차 등을 규정, 국민의 건강 및 재산상의 피해를 신속하고 공정하게 구제함을 목적으로 함(안 1조).

② 의료분쟁조정을 위하여 보건복지부에 중앙의료분쟁조정위원회를, 시·도에 지방의료분쟁조정위원회를 각각 설치하고 각 위원회에 사무국을 둠(안 3조, 9조).

③ 의료과실 뿐만 아니라 헌혈 및 수혈의 부작용, 의료용구의 부작용과 관련된 분쟁도 그 대상에 포함시키고 있음(안 4조).

④ 중앙 및 지방 조정위원회는 30인 이내의 위원으로 구성하되, 위원중 1/3은 변호사 및 법률학교수 등으로, 1/3은 의료인으로, 1/3은 소비자대표로 하도록 함(안 5조)

⑤ 의료분쟁에 관한 조사 및 조정업무를 수행하기 위하여 조정위원회에 조정위원 3인으로 구성되는 조사소위원회를 둠(안 8조).

⑥ 조정위원회의 조사업무를 보좌하기 위하여 조정위원회에 사무국직원으로 조사관을 둠(안10조).

⑦ 의료분쟁이 발생한 경우 관계당사자의 일방 또는 쌍방은 해당 의료기관이 소재한 시·도의 조정위원회에 조정을 신청하며, 조정신청은 의료사고를 안 날부터 3년, 의료분쟁이 원인이 종료된 날부터 10년 이내에 제기하도록 함(안 11조, 12조).

⑧ 의료분쟁에 관한 소는 이 법의 규정에 의한 조정절차를 거치지 아니하면 제기할 수 없도록 하되, 다만, 국가배상법에 의한 배상결정을 거치거나 이 법에 의하여 조정을 신청한 후 120일이 경과된 경우에는 예외로 함(안 13조).

⑨ 조사소위원회의 조정결정은 관계당사자가 배상금 또는 보상금을 지급받은 때에는 민사소송법에 의한 재판상의 화해가 성립된 것으로 봄(안 19조).

⑩ 의료과실로 인한 피해를 배상하기 위한 배상금은 의료기관이, 헌혈 또는 수혈부작용으로 인한 피해를 보상하기 위한 보상금은 大韓赤十字社가, 의료용구부작용으로 인한 피해보상금은 의료용구의 제조업소와 수입회사가 각각 부담함(안 22조).

⑪ 의료기관은 의료과실로 인한 손해배상을 위하여 醫療賠償責任保險에 가입토록 함(안 23조).

⑫ 배상금 또는 보상금으로서 지급된 금품에 대하여는 조세 기타 국가 또는 지방자치단체의 공과금을 부과하지 아니함(안 24조).

⑬ 의료분쟁으로 인한 피해자와 그 상속인 또는 4촌 이내의 친족을 제외하고는 누구든지 조정사건의 관계당사자를 조종·선동·방해하거나 조사·조정예 영향을 미칠 목적으로 개입하는 행위를 하여서는 아니됨(안 28조).

⑭ 의료기관이 책임보험을 가입한 경우에는 당해 의료기관이 종사하는 의료인에 대하여는 형사책임을 면제함. 다만, 의료인에게 고의 또는 중과실이 인정된 경우에만 예외로 함(안 32조).

⑮ 정당한 권한없는 제3자가 조정사건에 개입하는 경우에는 2년 이하의 징역 또는 1,000만원 이하의 벌금에 처하며, 의료기관이 책임보험에 가입하지 아니한 때에는 5천만원 이하의 과태료를 부과함(안 34, 35조).

### (3) 의료분쟁조정법안에 대한 비판

첫째, 이 법을 통하여 의사들의 형사책임을 면제시켜 주는 것은 분쟁해결의 효과적인 방안이 될 수 없다. 환자측에서 과실유무 판정이나 배상금에 불만이 있을 경우 이제는 형사상의 책임 추궁이 불가능하여 오히려 지금보다 분쟁이 더 격화될 우려가 있다. 이러한 의미에서 분쟁해결과 본 법안의 상관관계가 미약하다. 분쟁방지를 위해 특례법을 제정하여 의사의 형사책임을 면제시켜 준다는 것은 논리의 비약이다. 즉, 의사의 형사책임을 면제하는 것은 환자측에 대해서만 일방적인 희생을 강요하는 셈이 되고, 따라서 의사측만을 위한 제도라는 비판을 면치 못할 것이다.

둘째, 동 법안은 적절한 피해보상제도를 갖추고 있지 않다. 동 법안은 의료과실 등으로 인한 피해를 배상 내지 보상하는 기관을 명시하고 있으며(동 법안 22조), 의료기관의 의료배상책임보험을 의무적으로 가입하도록 하고 있고, 책임보험에 가입하지 아니한 때에는 5천만원 이하의 과태료를 부과하도록 하고 있으나(동 법안 23조, 35조 2항), 헌혈 및 수혈, 그리고 의료용구부작용으로 인한 피해를 위한 보상에 대해서는 보상기관만 명시되었을 뿐 책임보험가입 조항이나 보상기금 같은 것이 명시되지 않았다. 또한 이 법안에서는 기존의 의료사고처리특례법안의 문제점을 많이 검토하고 시정하여 법안에 반영한 흔적이 보인다. 그러나 배상금지급 내용에 대하여는 명확한 규정이 없는데 지급절차 및 지급방법 등에 관한 규정을 명시하여 급여가 제한될 여지를 막아야 할 것이다.

셋째, 의료사고의 전문적 평가 및 처리기구에 대한 규정이 미흡하다. 동 법안에서는 의료분쟁조정위원회의 구성에 의료인과 변호사, 법률학교수 등 전문가와 소비자 대표가 각각 1/3씩 참여토록 하여 공정을 기하려고 하고 있다. 그러나 위원회의 구성을 전단적으로 하지 않도록 조정위원의 자격이나 위촉에 대하여 좀더 자세히 규정할 필요가 있을 것이다.

넷째, 사망사고에 대한 특례처리의 인정은 불합리하다. 교통사고처리특례법은 업무상과실·중과실치상죄에 한하여 반의사불벌의 특례처리를 인정하는데 불과함에 반하여 동 법안에서는 치사죄의 경우에도 특례처리를 인정하고 있다. 따라서 의료과오로 인하여 환자가

사망한 경우에도 의료인은 소속의료기관의 책임보험가입 사실만으로 전혀 형사처벌을 받지 않는 결과가 되는 바, 이는 지나치게 의료인을 보호하는 것이라는 비판을 면치 못할 것이다.

#### (4)사 건

현재 우리나라의 의료분쟁의 실태는 매우 심각한 국면에 들어서고 있는 단계라고 할 수 있다. 따라서 의료분쟁조정법의 제정을 통한 입법적 해결은 상당히 바람직하다. 이를 통하여 의료인에게 방어적 진료에서 벗어나 최선의 진료를 할 수 있는 여건을 제공함과 동시에 일반국민들에게는 의료비 부담이 가중되지 않으면서도 양질의 의료서비스를 받을 수 있도록 할 필요가 있다. 문제는 어느 쪽의 입장에 서느냐에 따라 그 접근방법이 크게 다르게 되는데, 이제까지 발표된 법안들의 내용은 대체로 의료인측의 편에서 의료분쟁 문제를 해결하려고 하는 경향이 강하였다. 그러나 이번에 발표된 의료분쟁조정법안은 지금까지 비판되었던 점들을 비교적 잘 보완하고 있는 것으로 보인다. 그런데 무엇보다도 중요한 것은 의료분쟁을 보다 공정한 입장에서 평가하고 해결해 주는 것이다. 이 법에 의하여 위촉되는 조정위원회가 공신력이 있어 그 판정에 따라 충분한 피해구제가 이루어진다면 분쟁이 신속하게 해결될 것이고 제도의 목적이 달성될 것이다. 그러나, 그렇지 못한다면 동 법안의 의의는 의료인의 형사처벌에 대한 특례를 인정하는 것 이외에 아무것도 아닐 것이다. 따라서 의료분쟁조정위원회의 공신력을 보장할 수 있도록 그 자격이나 위촉에 특별한 배려를 해야 할 것이고, 또한 의사나 의료기관 뿐만 아니라 헌혈·수혈의 부작용, 그리고 의료용구부작용에 따른 피해보상을 위해서도 책임보험의 가입, 보상기금의 마련 등 보상제도의 보완이 이루어져야 한다.<sup>46)</sup>

## 2. 醫療鑑定制度的改善

소송법상 鑑定(Sachverständigenbeweis)이라 함은 특별한 학식·경험을 가진 자에게 그 전문적 지식 또는 그 지식을 이용한 판단을 소송상 보고시켜, 법관의 판단능력을 보충하기 위한 證據調査이다.<sup>47)</sup>

의료분쟁을 해결하기 위한 법이론적 고찰이 다방면에서 행해져 왔음은 주지의 사실이다. 그러나 그 중에서도 아직 미개척 분야로서 최근에 문제점으로 부각되기 시작한 것이 감정을 둘러싼 제문제이다. 주지하는 바와 같이 원래 의료분쟁은 전문적·기술적 측면을 가지고 있다. 의료행위는 그 자체가 극히 전문적이고 그 대상이 되는 인체가 매우 다양하고 예측불가능한 것이어서 법관을 포함한 일반인으로서의 의사가 의료행위를 함에 있어서

46) 이와 관련하여, 輸血로 인한 에이즈(AIDS) 감염사고에 있어 채혈 당시 에이즈검사를 실시하지 않은 血液供給業者(大韓赤十字社)에게 손해배상책임이 있다고 한 서울민사지법 1993. 12.22. 92 가합 46696 판결을 주목할 필요가 있다.

47) 宋相現, 「民事訴訟法」, 博英社, 1994. 670面 ; 李時潤, 「民事訴訟法」, 博英社, 1994. 586面.

주의의무를 다하였는지 여부의 過失判斷이나 법률상의 因果關係를 추정할 수 없고 결국은 그 분야의 전문가의 조력이 있어야 한다. 그런데 의료분쟁에 있어서 감정의 대상은 의사와 환자이며, 감정인은 의사가 되는 경우가 거의 전부이다. 따라서 그 감정결과를 놓고 公正性和 信賴性이 언제나 문제가 된다. 물론 감정결과와 취사선택은 감정을 의뢰한 법관의 자유로운 심증에 달렸고, 감정결과와는 다른 판결을 내릴 수도 있는 것이지만, 워낙 전문적인 것이기 때문에 감정결과를 평가하고 취사선택을 하기 위해서는 어느 정도의 기본적인 의학지식이 요구되는데, 의학적·전문적 소양을 평소에 갖추지 못한 일반법관에게 위와 같은 판단을 기대하는 것은 무리이다. 여기에 감정을 둘러싼 '덜레마'가 생기게 된다.<sup>48)</sup> 그리하여 의료분쟁의 감정에 있어서는 감정사항의 추정 및 감정인의 선임문제, 감정결과에 대한 올바른 이해·인식과 평가에 의한 취사선택을 해야 하는 법관 및 검사의 자질, 그리고 감정결과를 무조건 불신하려고만 하는 환자측의 태도 등의 문제점을 안고 있는 것이 특징이다.<sup>49)</sup>

여기에서는 의료분쟁의 특성과 관련하여 감정제도를 평가하고, 제도상의 문제점을 검토함으로써 감정의 공정성을 어떻게 제도화시킬 것인가를 고찰하고자 한다.

## 가. 의료감정제도의 문제점

### (1) 감정인 선임과 감정인의 적격성

감정의 신청은 환자측이든 의사측이든 또는 쌍방 모두 하든 관계없지만,<sup>50)</sup> 어느 정도의 의료재판을 경험한 환자측 대리인의 입장에서는 역시 감정을 피하려고 할 것이다. 그 이유는 감정인의 공정성을 의심하기 때문이다.<sup>51)</sup> 그러나 당사자의 감정신청이 있는 경우에도 법원이 필요없다고 인정하면 却下할 수 있으며,<sup>52)</sup> 유일한 증거신청의 법칙은 감정신청에 적용되지 않는다.<sup>53)</sup> 이는 감정인의 지위에 관하여 대륙법계의 法官補助型을 취하는 입법례로 인한 당연한 귀결인 것이다. 말하자면, 감정인의 지위에 관하여 대륙법계의 법관보조형과 영미법계의 專門家證人型이 있는 바, 우리나라와 일본, 독일의 경우에는 감정인은 법관의 보조자로 취급되고 있으며,<sup>54)</sup> 그 선임은 법관의 재량에 위임되어(민사소송법 제 308조 참조) 당사자의 신청에 구속되지 않고, 다만 당사자는 법원이 지정한 감정인이 성

48) 李永煥, "醫療紛爭에 있어서의 鑑定制度의 問題點", 「月刊考試」, 1988.6, 46面.

49) 文國鎮, "醫療事故鑑定の 問題點과 效果的 改善方案", 「醫療過誤事犯的 實態와 對策」, 法務研修院, 1990, 108面.

50) E. Deutsch, *Arztrecht und Arzneimittelrecht*, Berlin, Heidelberg, New York : Springer-Verlag, 1983, S.112 ; A. Laufs, *a.a.O.*, S.113.

51) 加藤良夫, "鑑定をめぐる 實務上の 問題點", 「年報醫事法學2」, 日本評論社, 1987, 40面.

52) 大判 1960.2.25, 59 民上 52.

53) 中野貞一郎, 「過失の推認」, 弘文堂, 1979, 147面.

54) 宋相現, 「判例教材 民事訴訟法」, 法文社, 1982, 649面 ; 中野貞一郎, "科學鑑定の評價", 「司法研修論集」1984-II, 17面 ; A. Laufs, *a.a.O.*, S.111.

실히 감정을 수행할 수 없는 사정이 있는 때에는 이를 忌避할 수 있을 뿐이다. 다만, 감정인을 선임함에 있어서 당사자의 희망은 그것이 적절한 것이라면(예컨대, 감정인의 전문분야의 지정 등) 당연히 고려되어야 할 것이다.<sup>55)</sup> 이와 같이 감정인은 법관이 이를 지정하여 선임하지만, 현실적으로 그 선임은 법원이 일방적으로 지정하지 않고 교섭에 의한 任意引受의 형식을 취하는 것이 일반적이다.<sup>56)</sup>

그런데 법원이 특정한 후보자와 鑑定引受 여부를 교섭하기 전에 소송절차내에서 그 후보자를 선정하는 방식은 사실상 일정하지 않다. 첫째 방식은, 당사자가 人選문제까지를 포함하여 감정인 선임에 관한 모든 것을 법원에 白紙委任하는 방식이다. 이 경우에는 법원이 과거의 감정사례를 참작하든가 대학병원·연구소 등에 추천의뢰 또는 조회를 통하여 후보자를 탐색한다. 그러나 민사소송법 제309조의 忌避제도를 고려하여 확정적으로 감정인 지정절차를 취하기 전에 지정의 當否에 관하여 당사자의 의견을 듣는 것이 타당할 것이다. 그렇게 함으로써 일단 선임되었다가 忌避되는 사태를 피할 수 있기 때문이다. 둘째 방식은, 감정신청인 또는 당사자 쌍방으로부터 단일 또는 복수의 감정인 후보자를 추천하게 하여 그 중에서 적임자를 상대방의 반대가 없는 자로서 선정하는 방식이다. 셋째 방식은, 위 두가지 방식의 절충형으로서 법원과 당사자가 學會名簿 등을 놓고 그 중에서 반대가 없는 자를 선정하는 방식이다. 어느 방식을 택하든지 법원으로서 감정의 적격자가 누구인가를 판단하기 어려울 뿐 아니라, 간신히 후보자를 찾아내었다고 하여도 거절당하는 경우가 자주 있다.

## (2) 감정사항

감정에서는 무엇을 물어야 좋은가, 그리고 어떠한 전문가에게 문의하는 것이 좋은가 하는 것까지도 법관에게는 어려운 문제이다.<sup>57)</sup> 의료사고사건에 있어서 심판의 중심적 과제는 당해 사고가 발생한 행위과정 중에 법률적 의미에서의 '過失'이 있었는가 여부이다. 그러나 과실의 판단은 법관의 專權이라 할 수 있으며, 그러한 의미에서 과실의 유무와 같은 막연한 감정사항은 타당성이 없는 것이다.

그러나 의료소송에서는 통상 사건의 핵심부분이 법률가로서는 이해하기 곤란한 의학의 전문적 사항에 해당하기 때문에 사실관계를 해명하고 확정하여 가는 과정에서도 무엇이 심판의 대상인가를 알기 위하여 전문서적을 참조하거나 의학전문가의 도움을 받아서 의학 지식을 보충할 필요가 생기는 경우가 적지 않다.

일반적으로 적당한 시기에 감정신청이 채용되면 신청인이 구하는 감정주체가 감정사항이라고 하는 형태로 정리되어 법원에 제출되는 것이 보통인데, 당사자가 제출한 감정신청

55) 瀨木比呂志, "醫療訴訟における鑑定", 「醫療訴訟の現状と展望」(判例タイムズ 686 臨時増刊), 有斐閣, 1989.3, 108面.

56) 權光重, "訴訟의 節次上の 諸問題", 「醫療事故의 諸問題」, 裁判資料 第27輯, 法院行政處, 1985, 396面.

57) A. Laufs, a.a.O., S.111.

사항이 그대로 감정사항으로서 채용되는 것은 아니다. 반대당사자로부터 다른 사항이나 수정안이 제출될 수도 있고, 법원도 감정사항의 작성에 관여하여 추가삭제 또는 수정을 할 수 있기 때문이다.<sup>58)</sup> 법원으로서도 당사자가 제출한 감정신청사항을 거의 점검·정리하지 않고 그대로의 형태로 감정인에게 전해 주거나, 당사자의 주장 입증에 각 부분에서 대립하고 있는 재판기록을 그대로 넘겨주면서 '의사에게 과실이 있는가 없는가'라는 식의 감정을 하도록 해서는 안된다.<sup>59)</sup>

현 감정의 실태를 보면, 법적으로 판정을 내려야 할 과실의 유무에 관한 사항을 감정사항으로 하고, 그 다음에는 '기타 참고사항 일체'라고 표시하여 그 문맥으로 보면 당해 사건의 해결을 위한 판단을 전적으로 감정인에게 위임한다고 밖에 볼 수 없는 감정의뢰서가 많은데,<sup>60)</sup> 이러한 것은 시정되어야 할 점이다.

### (3) 감정의 평가

감정 그 자체의 증거가치에 대한 판단도 법원의 자유로운 판단에 의하여 결정되지만, 그 판단은 항상 論理法則과 經驗法則에 따르지 않으면 안된다. 감정에 관한 그의 당부를 판단하는 경우에 그 판단 자체가 전문적인 경험칙에 대한 이해를 뒷받침하지 않으면 안될 뿐 아니라 경험칙의 理解·抽出에 곤란을 수반하고, 경우에 따라서는 위법이 될 가능성도 없지 않다.<sup>61)</sup> 물론 감정은 법관의 판단능력을 보충하는 것이고 증거방법의 하나이므로 감정결과의 採否는 법관의 自由心證에 맡겨지게 되며(민소법 제187조), 채택하지 않는 데 대한 이유를 설명할 필요도 없다.<sup>62)</sup> 법원은 자기의 부족한 판단능력을 보충하기 위하여 감정의견에 따르는 것이 보통이지만, 그것에 따르지 않으면 안된다는 구속을 받는 것은 아니고 감정을 자유롭게 평가하여 그 採否의 결정권을 갖는 것이다. 감정의 전부 또는 일부를 채용하는 것도, 또는 전부 채용하지 않는 것도 자유이다. 또 현재의 상황에 관하여 감정을 시킨 것을 과거의 係爭時期의 사실을 판단하는 자료로 채용해야 하는 것인가는 事實審의 自由心證에 맡겨져 있다. 나아가 법원은 감정이 불충분하다고 생각되면 새로운 감정을 행하게 할 권리와 의무가 있다.<sup>63)</sup>

감정은 의료분쟁에서의 입증문제의 핵심이라 할 수 있다. 감정을 담당하는 감정인이 갖추어야 할 중요한 요건은 전문성과 공정성이다. 그런데 그동안의 우리나라의 감정 실태를 보면 위 두가지 모두 충분히 갖추어져 있지 못했던 것이 사실이다. 의료는 최근 들어 그 전문분야가 극히 세분화·특수화 되어가고 있음에도 불구하고 극히 일부의 의사가 이른바 '萬能選手'로서 각과의 세부적인 전문사항까지도 그 감정을 독점하다시피 하였고,<sup>64)</sup> 또 전

58) 中野貞一郎, "醫療過誤の手續的課題", 「法學セミナー」, 1976.9, 460面.

59) 畔柳達雄, 前掲論文, 12-13面.

60) 文國鎮, 前掲論文, 113面.

61) 古村節男·植木哲 編, 「醫療紛爭の事例と争點」, 金芳堂, 1985, 248面.

62) 大判 1982.7.13, 80 다 1954 : A. Laufs, a.a.O., S.109.

63) A. Laufs, a.a.O., S.116.

64) 第6會 醫協 辯協共同세미나資料, "診斷書 및 鑑定書의 法律的 醫學的 側面", 「大韓辯護士協會誌」.

문성을 갖춘 감정인이라도 의사특유의 동료의식에서 좀체로 의사쪽에 불리한 감정의견을 제시하려고 하지 않는 경향이 있었다. 앞에서 설명한 바와 같이 흔히 의료사고사건에서는 '의사가 의사를 재판한다'는 말이 있는데, 의사가 너무 동료의식을 앞세울 때 '어느 누구도 사건당사자임과 동시에 법관이 될 수 없다'고 하는 법의 이념과도 배치되게 된다. 그리하여 국민들 간에는 의료분쟁을 사법적으로 해결하려고 해서는 도저히 의사를 이길 수 없다는 불신이 광범위하게 퍼지게 되었다. 이러한 불신은 환자측으로 하여금 법을 통한 해결을 찾기보다는 물리적이고 비합리적인 방법을 택하도록 하는데 커다란 요인이 되었고, 또 사법적 해결을 구하는 경우에도 단순히 민사소송만을 하는 것이 아니라 형사고소를 먼저 하는 관행을 낳기도 하였다.

## 나. 감정제도의 개선방향

### (1) 감정인 선임상의 개선책

이와 같은 불신의 악순환을 해소하는 가장 빠른 길은 감정의 공정성을 확보하는 것 뿐이다. 이를 위해서는 먼저 적절한 감정인의 선임이 중요하며 신중을 기해야 한다. 그러나, 현실적으로 법원에서 전문가에게 감정을 의뢰하면 대개는 이를 피하려 한다는 이유로, 감정인은 법관이 직권으로 지정해야 함에도 불구하고 그 선임은 아예 법원서기가 하며, 그 서기에게 단골의사가 있어서 그 의사는 자기의 전문분야 뿐만 아니라 전문분야가 아닌 경우까지도 감정하는 이른바 萬能選手와 같이 감정을 한다고 한다.<sup>65)</sup>

이와 같이 일반적으로 임상의는 감정에 익숙하지 못하며, 감정인이 되는 것을 피하는 경향이 강하다고 일컬어지고 있는데, 임상의가 감정인이 되는데 소극적인 이유는, 대체로 ①감정서 작성의 번거로움, ②반대신문 등으로부터 받는 고통, ③감정사항의 부적절, 소송관계자의 감정결과에 대한 이해 부족, ④일방당사자의 편을 든다고 하는 당파성의 의심을 받을 우려 등을 들 수 있다.<sup>66)</sup> 그러므로 감정인선임을 용이하게 하기 위한 방법으로서, ①에 관하여는, 감정을 명하는데 있어 경험이 없는 의사에 대하여는 법원이 감정서의 최소한의 기재사항이나 기재방법 등을 설명하는 것이 바람직하며, ②,③에 관해서는, 합리적이고 적절하며, 신속한 감정이 이루어질 수 있도록 제반 조건을 조성해 줄 필요가 있으며, 이밖에도 감정사항의 확정, 감정결과와 보고 등에 관하여 배려할 필요가 있을 것이다. 특히 ④에 관하여는, 쌍방당사자 신청에 의한 감정이나 공동감정의 실시를 고려하는 것이 좋다고 생각된다.<sup>67)</sup>

감정의 공정성을 확보하기 위해서는 무엇보다도 감정인의 선임을 보다 신중하게 함으로

1978.12, 36面.

65) 李永煥, 前掲 "醫療過誤紛爭에 있어서의 鑑定制度의 問題點", 52-53面; 秋昊卿, 前掲書, 301面.

66) 加藤一郎 鈴木潔 監修, "醫療過誤紛爭をめぐる諸問題", 「法曹時報」第26卷 2號, 317-318面; 山口繁, "民事事件における 鑑定の諸問題", 「自由と正義」, 29卷 7號, 74面 等.

67) 瀬木比呂志, 前掲論文, 108面 이하.

써 환자측의 불신의 여지를 최소한으로 줄여야 한다. 현실적으로 감정인의 선임이 어려워 과행적으로 행하고 있는 상황을 감안한다면, 의사회나 의과대학 등에서 각기 책임이라고 판단되는 鑑定人候補者名簿를 작성하도록 하여 법원당국과 협의해서 순번제로 해당사항에 관하여 감정하게 한다든지, 의학의 여러 분야의 전문가로 구성된 감정인을 확보하기 위한 鑑定人登錄制를 도입할 필요도 있으며, 재판 등에 있어서 감정인의 기능과 역할 등을 명확히 법정함으로써 자격관리를 함과 동시에 그에 상응하는 처우를 함으로써 감정인의 선임에 따른 불신과 잡음을 없애야 할 것이다.

### (2) 國立鑑定機關 설치의 필요

감정인의 불응의 방지나 감정인의 중립성의 유지, 감정경비의 부담 등을 고려한다면, 감정의 공정성의 확보를 위한 궁극적인 개선책의 하나로 국립감정기관을 설치해야 할 것이다. 참고로 외국의 경우를 살펴보면, 독일의 경우 1975년부터 1977년까지 각주의 의사회는 의료분쟁의 급증에 대응하기 위하여 순수한 의료과오의 유무를 판단하는 鑑定機關(Gutachterstelle)과 그 판단에 덧붙여서 배상액의 문제까지 다루는 調停機關(Schlichtungsstelle)의 두가지 기관을 설립하고 있다. 그러나 특이한 점은 조정기관에서도 현실적으로는 감정기능을 주로 다루고 있다는 점이다. 이러한 기관은 각주의사회가 임명한 의사와 법률가로 구성된 위원회의 형태로 운영되고 있는데, 서독 전체의 연간건수(약 5-6천건)의 과반수가 이들 기관에 제출되고, 이들 기관에 의해서 확정되는 비율도 30%정도 되며, 환자의 승소율도 20-30%에 이르고 있어 기관의 중립성을 인정받고 있다.<sup>68)</sup>

또한, 의료감정의 특수성에 의하여 복수인의 감정이 필요한 경우가 많은데 공동감정을 최대한 활용하여 그 공정을 기하도록 할 필요가 있다고 하겠다.<sup>69)</sup> 또 醫師賠償責任保險制度라든가 醫療紛爭調停制度가 완비되어 감정인이 아무런 심리적 부담없이 정확한 감정의견을 제시할 수 있는 제도적인 뒷받침도 필요하다.

### (3) 이해하기 쉬운 鑑定書의 작성

감정이 아무리 잘 이루어졌다 하더라도 감정서의 내용이 너무 어렵게 작성되어 전문적인 지식을 가지지 않은 사람은 이해할 수 없다고 한다면 그 효용이 반감될 것이다. 그러므로 감정서의 내용이 의학관계 전문가가 아닌 사람, 즉 법관은 물론 원고나 피고 등 누구든지 충분히 이해할 수 있도록 쉽게 작성할 필요가 있다고 하겠다. 그리고 정확한 감정서의 작성을 위해서는 의과대학 교육과정에서 醫療法學과 법의학 교육을 충분히 실시하여 언제든지 감정인이 될 수 있는 의사들로 하여금 소송절차 등에 대하여 기초적인 법률소양을 갖추도록 하여야 할 것이다.

### (4) 감정인과 법관의 자세변화의 필요

68) 高嶋英弘, "西ドイツの鑑定-調停機關", 『醫事法學』, 日本評論社, 1987, 80-81面; A. Laufs, a.a.O., S.175; E. Deutsch, a.a.O., S.117ff.  
69) 李永煥, "醫療過誤紛爭處理를 위한 몇가지 制度上的 問題點", 『東亞法學』, 第6號, 1988, 280面.

의료분쟁에 있어서의 감정의 문제는 결국 전문가의 의견과 법관의 판단이라는 간단한 관계로 집약된다고 할 수 있다. 감정에 임하는 법관과 감정인의 태도의 문제인데, 법관은 의료사고소송은 전문가재판이라 하여 책임회피적으로 감정의외할 것이 아니라 과학적 합리성과 법적 처리상의 필요성이 뒷받침된 성실한 자세를 보여야 할 것이고, 감정인도 종래와 같이 의사라는 이유만으로 의사측에 일방적으로 유리한 감정을 하던가, 또는 자기의 전문분야가 아닌 경우까지도 감정하는, 지극히 형식적인 감정을 해서는 안될 것이다. 나아가 보다 공정한 감정의 결과를 얻기위하여 감정인은 성실하게 감정자료를 준비하는 자세가 필요하다. 감정에 있어 무엇보다 중요한 것은 감정의 공정성이며, 그에 따른 이해관계인을 비롯한 국민의 신뢰라는 점을 명심하고 과학적 정확성과 준법률가로서의 공정성을 갖추도록 노력해야 할 것이다.

### 3. 醫療事故 賠償責任保險制度의 檢討

#### 가. 醫療배상책임보험의 의의

醫療賠償責任保險이란 피보험자인 의사가 법률의 규정 또는 계약에 의하여 환자 등 제3자에 대하여 일정한 재산적 급부를 해야 할 법률상의 배상책임을 부담하는 경우에 그로 인하여 입게 될 손해의 填補를 목적으로 하는 보험을 말한다.<sup>70)</sup>

이 제도는 일찌기 미국에서 채택한 이래 독일, 일본 등 제 선진국에서 많이 이용되고 있는 실정이다. 책임보험의 필요성은 의료사고로 인한 손해배상청구소송이 급격하게 증가하는 현상에 따르는 환자측의 막대한 손해배상액의 청구와 의사의 진료행위에 대한 불신 등으로 여러가지 불평불만의 노골적인 행위와, 한편 환자측의 권리의식의 향상, 의료보험제의 확대, 의사들의 업무량의 과다와 이에 수반하는 보조자들의 비숙련성 등과, 또한 판례의 동향이 정책적인 측면에서 환자측에게 유리한 판결이 늘어나고 있는 현상 등이 그 주요원인<sup>71)</sup>이 되고 있다. 이러한 불합리성을 방지하고 의사들이 안심하고 진료행위를 할 수 있도록 함으로써 醫療萎縮 등의 현상을 방지하기 위한 방책으로 등장한 것이 바로 이 醫療賠償責任保險制度이다.

우리나라에서는 그 필요성은 인정하면서도 아직까지 이 제도가 확립되어 있지는 않으며, 다만 손해보험의 일종으로 상법 제719조 내지 제726조에서 책임보험에 관하여 규율하고 있다. 그러나, 의사는 신용과 명예를 중요하게 여기는 직업이며 의료배상책임은 다른 책임에 비하여 그 성질상 특수한 문제들을 가지고 있기 때문에 그 보험의 운영에 있어서 특별한 배려가 필요함은 물론 특수성에 알맞는 독립제도의 확립이 필요하다고 본다. 그러

70) 金龍譚, “醫療賠償責任保險制度”, 「醫療事故에 관한 諸問題」, 裁判資料 第27輯, 法院行政處, 1985, 447面 ; 李永煥, 前掲 “醫療過誤紛爭處理를 위한 몇가지 制度上的 問題點”, 283面.

71) 金龍譚, 上掲論文, 447面 ; 野田寬, 「醫事法(中)」, 靑林書院, 1987, 449面 ; 畔柳達雄, “醫師賠償責任保險”, 「ジュリスト」 691號, 1979, 110面 참조.

므로, 여기에서는 선진제국의 제도, 특히 일본과 미국의 제도와 우리나라에서의 醫療賠償擔保制度를 비교·검토함으로써 醫療賠償責任保險制度의 도입과 적절한 운용방안 등을 모색하고자 한다.

## 나. 일본의 제도

### (1) 연혁 및 특징

일본에서 이 제도가 처음으로 실시된 것은 1963.6.5. 日本大藏省이 醫師賠償責任保險을 인가할 때 부터이다.<sup>72)</sup> 당시 인가를 받았던 安田火災는 잘 되지 않아 실제의 운영은 보험회사와 여기에 집단적으로 가입한 各都道府縣醫師會의 의료분쟁처리담당자(이른바 의사분쟁처리위원회)와의 협의에 맡겼다고 한다. 그리하여 1960년대 중반까지는 전국의 개업의에게까지 보급이 되어 상당한 역할을 수행했다. 그러나 점차 여러가지의 폐단이 나타나게 되었다. 즉 각지의 의사분쟁위원회가 자칫하면 보험사정대행기관과 같은 성격을 나타내는 경향이 생기고 판례가 피해자구제를 위하여 '일응의 추정' 이론을 많이 인용하였을 뿐만 아니라 1960년대 후반에 이르러서는 배상액의 고액화 등으로 종래의 분쟁해결방식으로는 이에 대응하기 힘들게 되었다. 이 제도는 1972년 3월 재검토가 행해져, 첫째로 의사의 책임은 엄격한 과실책임이어야 할 것, 過失의 存否에는 엄격한 의학적 판단이 충분히 반영되도록 하기 위하여 특별심사기구를 구비한 高額醫療賠償責任保險制度를 전국적 규모로 확립·실시해야 하며, 둘째로는 의사의 과실이 없는데도 불가피하게 생긴 중대한 피해에 대해서는 국가적 규모로 損失補償基金을 창설하고, 셋째로 현행 재판제도와 별개의 국가기구로서 분쟁처리기구창설의 검토 등을 제안하고 있다.<sup>73)</sup> 그러나 이 제안들은 첫 번째의 제안을 제외하고는 모두 실현되지는 못하였다. 또 1980년대 초에 학계와 실무계에서 이른바 의료사고심판소 설치에 대한 논의가 있었으나 실현되지 못하였다. 여기에서는 日本醫師會 醫事賠償責任保險制度의 주요특징과 내용을 살펴 보면 다음과 같다.

1972.7.1.부터 발족한 日本醫事賠償責任保險制度는 적정한 과실의 유무를 판정하여 단기간에 확실하게 분쟁처리를 하는 것이 그 목적이다. 그리고 그 주체는 醫師會이고 관계자의 협력을 얻어 창설되었다. 그리고 이 제도는 종래의 보험제도와는 달리 보험계약자가 일본 의사사회 자체이고, 피보험자가 일본 의사회의 A회원<sup>74)</sup>이고 제3자적 입장에서 의사의 적정한 과실의 유무를 판단하는 기관으로서 賠償責任審査委員會(이하 審査會로 약칭)를

72) 畔柳達雄, 上掲論文, 110面.

73) 日本醫師會法制委員會, 「醫療事故의 法的處理とその基礎理論に關する報告書」, 日本醫師會雜誌 8卷 2號, 1972, 183면 이하.

74) 會費負擔額을 정함에 있어서 會員을 A·B·C 3종류로 나누고 있다. 보통 開業醫나 이에 준하는 醫師에게는 通常의 會費를 부과시키는데, 이것이 A會員이다. 1977년도의 보고에 의하면, 會員數 95,241명중 A회원이 69,734명 B회원이 23,450명 C회원이 2,057명이라고 한다. 手嶋豊, 「醫療事故における被害者救済と事故法の役割」, 「判例タイムズ」 563號, 36面.

설치하고 있으며 보험자로부터 지급되는 배상액한도는 피보험자에게 연간 1억엔(면책금액 100만엔 이하)인 것이 특징이다.

## (2) 주요 내용

① 제도의 운영 : 먼저 의사가 환자측으로부터 배상청구를 받은 경우에는 일본의사회에 보험처리를 부탁하게 된다. 이 때의 의사회는 보통 그 의사가 소속하고 있는 지구의 의사회이다. 그리고 대부분의 경우 의료사고 담당이사가 그 일을 도와 주며, 때에 따라서는 환자측과 交渉하기도 한다. 地區醫師會는 의사로부터 보험처리를 부탁받으면 都道府縣醫師會에 그 사실을 통지한다.

이 경우에는 환자측과의 교섭 등을 포함하는 모든 분쟁처리에 관한 대리권까지도 부여되는 것이 보통이다. 都道府縣醫師會는 당해 의사 및 地區醫師會의 협력하에 사실조사를 개시함과 동시에 필요한 경우에는 의사를 대리하여 환자측과 교섭한다. 이 때 교섭담당자는 의사회의 이사나 고문변호사인 경우가 많다.

다음에는 조사와 심사단계인데 보험처리를 부탁받은 일본의사회는 형식적 심사를 하여 수리여부를 결정하고 수리한 경우에는 보험자에게 연락한다. 보험자는 즉시 調査委員會에 조사를 부탁한다. 이 위원회는 각종 진료과의 전문의와 의료분쟁전문변호사 등으로 구성된다. 먼저 사건의 조사를 담당하는 의사가 都道府縣醫師會의 협력을 얻어 자료를 수집하기도 하고 의학적 측면에서 사실관계를 조사하고 특히 의학적으로 보아 과실의 유무를 연구한다. 그 후에 조사위원회의 전 위원에게 토의시키고 그 결과 문제점이 정리되면 사건이 審査會에 상정된다. 심사회는 보험자나 피보험자에게 영향을 주지 않는 제3자적 판정기관이고 보험자나 의료관계자들은 그 판단에 구속된다. 심사회는 의학관계학식전문가 6명, 법률관계학식전문가 4명, 계 10명으로 구성되어 있다. 심사회는 단순히 책임의 유무만을 판정하는 것이 아니고 당해사건의 처리를 위한 기본적 방침도 결정한다. 끝으로 심사회의 결론이 나면 양 분쟁당사자에게 그리고 보험자 및 일본의사회에 회답한다. 그리하여 無責이면 환자측에 대하여 그 이유를 설득시킨다. 만약 이에 불복하면 소송으로 가게 된다. 그리고 이 경우 의사가 패소하면 보험금이 지급된다. 유책인 경우에는 심사회의 판정에 따르면서 회원이 지급할 배상액에서 100만엔을 공제한 금액이 보험자로부터 전보된다.

② 보험료 : 1965년대에는 의료배상책임사고의 경우는 I형은 1사고 100만엔(년간 300만엔), II형은 200만엔(년간 600만엔), III형은 300만엔(년간 900만엔), 시설책임사고의 경우는 I형은 1명 50만엔(1사고에 대하여 진료소 100만엔, 병원 300만엔), II형은 I형의 배액, III형은 3배액이 전보의 한도였다. 이에 대한 보험료는 I형 2,600엔(일반병원 1병상 230엔, 특수병원 120엔 등), II형 3,900엔(병원은 1병상 350엔, 180엔, 80엔), III형 4,800엔(420엔, 220엔, 100엔)으로서 단체할인이 있다.

그러나 그후 1979년에 이르러서는 의료배상책임사고에 대해서는 1사고당 1억엔(년간 3억엔), 시설책임에 대해서는 1명당 1억엔(1사고당 6억엔)으로 하는 보험액이 최고였다. 이에 대한 보험료도 일반병원이 1병상당 4천수백엔, 특수병원이 그 4분의 1정도이다. 또

일반진료소 개설자의 보험료는 약 500,000엔이라고 한다.<sup>75)</sup>

(3) 문제점

일본의 의료배상보험제도는 일본 실무의사의 50% 이상이 이 제도에 참여하고 있다. 그러나 문제점은 이 제도의 적용범위가 제한되고 있는 점이다. 즉 A회원인 자연인에 국한되고 배상금액이 100만엔 이상에 한정되고 있어,<sup>76)</sup> 병원·진료소 등의 관리자책임이 카바되지 못하고 있어서 최근에는 醫師賠償責任保險이 배상보험회사에서 매출되고 있다.<sup>77)</sup> 즉 국공립병원, 대학병원 등 이른바 법인대상보험 등이 생산물책임과 합쳐져서 그 운영상황이나 성격 등이 충분히 검토되어야 된다고 보고 있다. 또한 국공립병원, 대학병원 등은 중환자를 많이 다루기 때문에 많은 사고가 발생할 염려가 있고 소송에서도 사용자책임 등의 문제도 개입되어 의료측의 패소율이 높기 때문에 최근에는 대학병원·지방자치단체 등이 독자적으로 의배책임보험에 가입하고 있다고 한다.<sup>78)</sup> 의료사고의 특질로 보아 무과실사고의 구제가 필요하다고 보고 있으며, 예방접종법이나 결핵예방법 등이 이미 시행되고 있고 최근에는 '醫藥品副作用被害救濟基金法'의 제정(1979년 제정, 1987년 개정) 등이 주목된다. 요컨대, 일본에서의 최근의 동향은 사회보험 내지 사회보장적 조치를 강구하려는 경향이 농후하다고 할 수 있다.<sup>79)</sup>

다. 미국의 제도

(1) 연혁과 전개

醫療賠償責任保險制度가 가장 발달한 나라는 미국이다. 미국에서 의료배상책임보험제도가 정착된 것은 1920년대로서 이때부터 의사·변호사·회계사 등 각종 전문직에 대한 손해배상책임소송이 많이 발생한 결과에서 유래한다고 한다. 그러나 미국에서는 1960년대에 들어서면서부터 의료사고소송이 격증하고<sup>80)</sup> 피해자측으로부터 고액의 손해배상청구가 받아들여 지면서 의사책임보험료도 폭발적으로 상승하게 되었다. 즉 1960년부터 1970년

75) 畔柳達雄, 前掲 '醫師賠償責任保險', 112-114面.

76) 그러나 실제로는 100萬圓 이하의 배상액을 무는 경우가 많다고 한다. 그리고 '日醫責任保險'의 대상이 아닌 임의가입의 '醫師賠償責任保險'의 경우는 100만엔 이하도 가능하다. 渡邊良夫, "醫療裁判と賠償保險", 「ジュリスト」, 548號, 1973, 328面.

77) 현재, 일본의 醫師賠償責任保險制度는 일본의사회에 입회되면 자동적으로 피보험자가 되는 日本醫師會醫師賠償責任保險과 임의로 각 의사가 가입하는 醫師賠償責任保險로 양분되어 있다. 手嶋豊, 前掲 "醫療事故における被害者救済と事故法の役割", 36面.

78) 畔柳達雄, 前掲論文, 114面.

79) 일본에서는 '醫藥品副作用被害救濟基金法'을 개정하여, 1987年 부터는 '醫藥品副作用被害救濟研究振興基金'이라 개칭하였다. 野田寛, 前掲書, 448-449面 ; 畔柳達雄, 上掲論文, 117面.

80) 手嶋豊, 前掲 "醫療事故における被害者救済と事故法の役割", 43面 ; 新美文, "醫療過誤と民事法學", 「法律時報」, 53卷 14號, 1981, 156面 ; Department of Health, Education and Welfare, Report of the Secretary's Commission on Medical Malpractice, DHEW Pub. No.(O.S.) 73-88(App.1973).

사이(10년간) 외과전문의의 보험료는 10배로 뛰어 오르고 그 밖의 의사의 보험료도 5배로 뛰었으며 이러한 현상은 점차 가속화되어져 보험회사는 의료사고책임보험에서 손을 떼려는 경향이 늘어갔다. 그 원인은 여러가지가 있겠으나 특히 치료후 상당한 기간이 경과한 후에도 소송을 제기할 수 있는 길을 열어 놓았기 때문에 보험료의 사정이 곤란해진 점이 지적되고 있다. 이러한 보험료의 상승은 결국 전문의료인들의 직업적 책임과 관련해서 치명적인 것이 되어 왔다.<sup>81)</sup> 따라서 이때부터 의사들은 소송을 두려워하여 防禦醫療(defensive medicine)의 경향으로 나아가면서 불가피한 경우에는 위협을 의식하고 이를 회피하려는 경향이 보이고, 의사들이 처음부터 보험가입을 포기하려는 경향 즉, 이른바 '맨발로 뛰자(going bare)'라고 하는 말이 전문가들 사이에 유행하게 되었다고 한다.<sup>82)</sup> 그래서 미국에서 1970년대는 이른바 의료사고배상보험의 위기(Malpractice Insurance Crisis)시대라고 일컬어졌다.<sup>83)</sup> 요컨대 미국에서는 일찍부터 의료배상책임보험제도를 채택하였으나 그동안 의료사고로 인한 손해배상청구의 폭주와 손해배상인정액의 폭등, 보험료 인상·보험보상범위의 축소에 따른 의사들의 보험가입의 기피, 이에 따르는 보험회사의 철수 등 각종 '醫療過誤危機'를 맞고 있는 실정으로 이에 대한 특별한 대책이 국가적 차원에서 여러 방면으로 연구·검토되고 있다.<sup>84)</sup>

## (2) 전보범위

미국의 의료배상책임보험은 피보험자에 따라서 보험계약약관이 세분되어 있으나, 이를 대별하여, ①내과의·외과의·치과의 배상책임보험(Physicians', Surgeons', and Dentists', Professional Liability Insurance), ②기타의 의료전문인 배상책임보험(Miscellaneous Medical Professional Liability Insurance), ③병원 배상책임보험(Hospital Professional Liability Insurance)으로 나누는 것이 보통이다.

내과의·외과의·치과의 배상책임보험은 개인개업의(동업자 Partnership도 이에 준한다)가 보험기간중 의료업무의 수행 또는 불수행으로 야기한 손해로 인하여 환자에게 가한 손해에 대하여 배상책임을 지는 경우에 이를 전보하는 보험이다. 기타의 의료전문인배상책임보험은, 위 내과의, 외과의, 치과의 이외의 의료전문인, 즉 chiropradists(발治療醫), chiropractors(척추指壓士), dental hygienists(齒科衛生學者), medical or X-Ray technicians(醫療, X-Ray 技士), opticians(光學士), pharmacists(藥劑師), physiotherapists(物理療法家), nurses(看護師), optometrists(檢眼士) 등의 의료전문종사자의 업무수행상의 과오로 인한 손해배상책임

81) Myron F.Steves Jr., *A Proposal to Improve the Cost to Benefit Relationships in the Medical Professional Liability Insurance System*, 19 Duke Law Journal, : 1305, p.1317 (1975).

82) New York Times(1976.11.29)에 의하면 보험에 가입하지 않고 의료업무를 스스로 계속하는 것을 'going bare'라고 하며 의사자신이 모든 위협을 스스로引受한다는 것을 의미한다.

83) Barbara Werthmann, *Medical Malpractice Law : How Medicine Is Changing The Law* (1984), p.127.

84) Myron F.Steves Jr., *op.cit.*, pp.1318-1319.

을 전보한다. 병원배상책임보험은, 위 내과의, 외과의, 치과의배상책임보험과 기타의 의료 전문인배상책임보험이 전문인 개인을 피보험자로 하는데 반하여, 병원을 개별단위로 하여 이를 피보험자로 하는 보험이다.

(3) 보험약관 내용

보험약관의 내용은 각각의 보험계약에 따라서, 또 주에 따라서 그 내용을 달리하므로 일률적으로 말할 수는 없지만, 대표적이라 할 수 있는 것을 살펴 보기로 한다.

①책임의 범위 : 책임의 범위는 의료전문인의 업무수행상의 과오로 타인에게 상해(injury)를 가하고, 이로 인하여 피보험자가 배상책임을 부담함으로써 입은 손해를 전보하는 것이다.

②책임한도 : 보험약관상 청구당(per claim)한도액과 총액(aggregate)이 정하여져 있는 것이 보통이다.

③손해사고발생주의 : 미국에서의 의료배상책임보험에 있어서는, 보험회사가 보험기간중(during the policy period) 발생한 의료사고에 대하여 전보책임을 지는, 이른바 發生主義(on the basis that loss is triggered by the occurrence of the act during the policy period)를 원칙으로 하고 있었다. 그러나 발생주의는 필연적인 결과로서 청구의 장기화(long tail of claims)를 초래하게 되고, 이것은 보험회사를 괴롭히는 요인이 되었다. 이에 현재에 이르러서는 대다수의 주가 뒤에서 보는 바와 같이 Lloyd's 약관의 이른바 請求時主義(claims made forms)를 채택하게 되었다.

④면책 : 미국에서는 의료배상책임보험이 위에서 본 바와 같이 세분되어 있는 결과, 각 보험계약상의 적용범위가 엄정되어 있다.

⑤보험사고처리상의 특칙 : 보험회사는 피보험자에 대한 배상청구에 대하여 이를 방어할 권리·의무를 가지며, 독자적인 조사권을 갖고, 필요하다고 인정할 때에는 화해를 할 수도 있다. 그러나, 보험회사의 지급액, 화해액 또는 판결액이 보험금을 초과한 때는 그러하지 아니하다.

⑥Lloyd's約款 : i) claim-made policy : 미국에서의 의료배상책임보험약관이 보험사고발생주의를 원칙으로 하고 있었고, 이것이 보험실무상 곤란한 문제를 제기하는 것임은 앞에서 본 바와 같다. 그래서 Lloyd's에서는 이 문제를 해결하기 위하여 1967년부터 이른바 claim-made 約款을 도입하게 되었다. claim-made policy는, 의료사고가 언제 발생하였느냐 하는 것을 고려함이 없이 보험기간중 보고된 청구에 대하여서만 보험회사가 이를 전보한다는 것이다. 이러한 claim-made policy는, 첫째 발생주의(occurrence form)에 따른 청구의 장기화를 피할 수 있으며, 둘째 보험자로 하여금 청구기간(day limits)을 갖게 하고, 셋째 보험회사로서는 보험기간내의 보험금액과 장래의 보험료율의 예측을 용이하게 하는 효과를 가지게 한다. 이러한 Lloyd's의 claim-made policy는 미국에서는 St. Paul보험회사가 1975.6.30.부터 처음 도입한 이래, 현재 대다수의 주에서 이를 허용하고 있다.

ii) 불소급의 원칙(Retroactive date) : Lloyd's約款에서는 또한 약관상의 基準日(Retroactive date) 이전에 피보험자가 범하였거나 범하였다고 주장되는 청구에 대하여 보험회사가 전보책임을 지지 않는다는 규정을 두고 있다.

iii) 善隣友好條項(Good Samaritan clause) : Lloyd's約款은, 비록 보험약관상 예정된 의료사무는 아닐지라도, 피보험자가 선의로 사고 또는 응급치료를 위한 好意治療를 수행함에 있어 저지른 과오로 말미암아 배상청구를 당한 때에는 이를 전보한다고 규정한다.

iv) Lloyd's約款은 특정의 개별적 의료행위에 대하여 별개의 보험료를 정한다.

v) 기본적 면책 : Lloyd's약관상으로 위법행위, 알콜 또는 마약중독자에 대한 의료행위, 불임시술(병리학상 불가피한 경우 제외)과 砒素와 체중조절약 사용은 면책사유가 된다.

#### (4) 보험현황

의료배상책임보험이 미국에서 가장 잘 발달하기는 하였으나, 그 제도의 운영이 순탄한 것만은 아니다. 그 단적인 예로 1975.5. 미국의 의사들 사이에서 의료배상책임보험의 과도한 보험료 부담에 항의하여 발생한 파업을 들 수 있다. 그보다 앞서, 대형보험회사들이 손해율악화로 의사배상책임보험의 분야로부터 철수하고 있었고, 일부의 특수한 중소보험회사들만이 영업을 하고 있었는데, 보험료를 한꺼번에 2-3배 인상할 것을 선언했기 때문에 고액의 보험료에 시달리던 의사들이 이를 감당할 수 없다고 하여 파업을 시작했던 것이다. 그러나 실제로 위 의사들이 파업에 있어서 항의의 대상은 보험회사를 향한 것만은 아니었고, 오히려 의료사고를 이유로 하여 의사에게 과해지는 손해배상액의 고액화에 반성을 촉구하고, 손해배상액의 고액화가 계속된다면 의사라는 직업이 존립하기 어렵다는 항의였다는 점에 기묘한 점이 있다.

그래서 오늘날에 이르러서는 의료배상책임보험의 위기가 말하여지고<sup>85)</sup> 의사들이 아예 보험가입을 포기하거나(going-bare), 병원의 경우 보험가입 대신에 일정한 기금을 적립하여 스스로 장차 있을 손해배상청구에 대비하는(self-insurance, 또는 captive insurance의 형태로)경향이 있다고 한다.<sup>86)</sup> 이러한 현상은 우연이 아니다. M. Summer가 조사한 바에 따르면, Texas주 Dallas에 있는 Baylor대학병원은 1974년에 보험료로 78,000불을 지급하였는데, 같은 보험금액을 지급받기 위하여 1975년에는 그 12배인 902,000불을 지급하였다. 또 Washington D.C의 한 아동병원은 1975년에 보험료로 233,000불을 지급받았으나 1976년 무려 2,350,000불을 지급하여야 하였다. 그러나 이러한 보험료의 놀라운 증액에도 불구하고 보험회사의 수지가 좋은 것도 아니며, 그러한 사정은 지금도 마찬가지라고 한다.

#### (5) 주요 특징

원칙적으로 일본의 제도와 같이 과실책임주의를 바탕으로 형성되어 있으나 일본과는 달

85) Michael Summer, *The Dollars and Sense of Hospital Malpractice Insurance*, pp.2f

86) Michael Summer, a.a.O., pp.59f

리 세분화되어 내과·외과와 같은 전문의별책임보험과 기타 의료전문인배상책임보험(내과·외과·치과의 등을 제외한 기타 의료전문인, 예컨대 약제사·간호사 등)과 병원을 한 단위로 하는 병원배상책임보험 등이 있다. 기타 책임의 범위와 한도가 정해져 있음은 일본의 경우와 거의 비슷하다. 미국에서의 책임보험제의 한 특징은 의사의 업무상의 행위로부터 발생하는 개인적 책임에 국한되지 않고 사용자와 피사용자간의 관계와 같이 피보험자가 법적 책임을 져야 할 관계에 있는 모든 사람들의 업무상의 행위에서 발생하는 손해를 전부 전보한다는 점이다.<sup>87)</sup>

## 라. 우리나라의 현행 의료배상보험제도의 내용

### (1) 현황

우리나라에서의 의료배상책임보험제도의 발달은 극히 부진하였다. 우리나라에서는 의료사고가 생길 경우를 대비하여 그 손해배상을 담보해 주는 제도로서 두가지 유형이 있다. 그 하나는 '醫師共濟會' 제도이고 다른 하나는 보험의 일종으로서 의료배상책임보험제도이다. 즉, 1973년부터 1978년까지 醫師職業危險擔保特別約款을 붙여 배상책임보험을 매출한 보험회사는 3개의 보험회사가 있었으나, 그나마 총계약건수도 단지 280건에 총보험료도 3,564,000원에 지나지 않았다.<sup>88)</sup> 그러나 손해율은 아주 높아 370%에 이르러서 결국 우리나라에서는 이 종류의 보험이 아직까지는 보험회사측으로 보아 매력없는 것임을 알 수 있다. 이하에서는 두 제도를 나누어 살펴보기로 한다.

### (2) 共濟會 制度

우선 공제회제도의 연혁과 사업목표 및 전망을 살펴보면, 이 제도는 大韓醫學協會가 중심이 되어 1978.4.에 의사배상책임보험(안)의 제도를 연구기초한 바 있고, 그 후 1980.5.에 醫師共濟組合(案)의 연구가 있었으며 1981.4. 醫協定期代議員總會에서 공제회를 설치할 것을 결의하고 1981.11.1에 공제회를 처음으로 설치·발족시켰다. 공제회에는 공제회운영위원회, 공제회집행위원회, 공제회심사위원회(중앙본부 및 각지부), 공제회본부사무국(의협부서) 및 지부사무국(각 시·도 의사회사무국), 공제회시·도지부 주재사무소-부산(경남지부 포함), 대구(경주지부 포함), 광주(전남·북지부 포함) 등이 있고, 기타 인천, 경기, 강원, 충북, 충남, 제주 등에도 지부가 있다.

주요 업무목표는 의료분쟁의 자체적 대처기능 확대, 의료분쟁예방·수습·조정·중재·지원 등의 강구, 적정보상제도 개발 및 진료권 보호유지, 의료분쟁처리의 민사배상제도정립(형사지양), 의료사고의 법적 처리제도의 설치 등이다. 현재 개업의의 47%가 가입하고 있고 날이 갈수록 증가하는 추세에 있으나 종합병원이나 성형외과, 피부비뇨기과 등은 거의 가

87) Richard S. L. Roddis & Richard E. Stewart, *The Insurance of Medical Losses*, 19 *Duke Law Journal.*, 1281, pp.1290-1291(1975).

88) 金龍譚, "醫療賠償責任保險制度", "醫療事故에 관한 諸問題", 「裁判資料」 第27輯, 法院行政處, 1985, 458面.

입하지 않고 있다고 한다. 이 이유는 보상금이 최고 2,100만원이고, 1구좌당 연간 30만원인데 대해 보상금이 300만원인 까닭에 소규모의 의원에게 다소 도움을 주는 정도에 불과하기 때문이다.

다음으로 규약의 주요내용을 살펴보면 다음과 같다.

①가입방법, 절차 및 유효기간 : 가입대상은 병의원 개원의 및 근무의이고 다만 종합병원근무의는 개별적으로 희망에 의한다. 그리고 근무처와 관계없이 마취의가 포함된다(규약 제3조). 그러나 전술한 바와 같이 종합병원의 가입은 없다. 가입기간에 대해서는 정기가입기간의 경우는 매년 9.25-10.20이고 신청접수는 가입대상회원의 소속 시·도에 있는 의사회이다. 단 서울지구는 각 구로 되어 있다. 중간가입의 경우는 정기가입기간 이후 수시로 가입할 수 있다. 다만 유효기간은 가입시부터 10일이 경과한 후이다. 가입명의를 변경하는 경우는 신청인이 원장으로 된 경우나 가입회원부재로 代珍醫를 두는 경우 등이며 명의변경신청은 변경신청자의 시·도의사회를 경유하여 공제회 본부에 제출하여야 한다(유효기간은 접수일로부터 10일이 경과한 때 적용) (규약 제5조 3). 또한 유효기간 만료시부터 계속 가입할 경우에는 납부금의 감면, 보상금의 가산, 면책금 적용면제 등의 혜택이 있다(동조 4).

②가입납부금 : 가입납부금은 가입자의 실제 진료행위를 기준으로 하여 정한 가입종별에 따라 납부하여야 하며 가입종별에 따라 가입구좌당 납부금이 다른데, 1종은 구좌당 30,000원, 2종은 60,000원, 3종은 120,000원, 특종A는 180,000원, 특종B는 300,000원이며, 보상한도액은 3,000,000원까지 이다.

또한 정신과입원진료를 2종 가입대상으로 보고 자살, 자해행위사고로 인한 것은 보상대상에서 제외한다.

③사건접수 및 처리 : 가입자는 사고가 생기면 사고정보요령에 의해 즉시 전화로 소속 시·도의사회 또는 본부에 접보시켜야 하며 사건을 接報받은 시·도의사회는 지체없이 본부에 보고하여야 한다. 시·도의사회는 사고의 접보와 동시에 '사건처리지침'에 의해 관련자료를 구비하여 서면보고를 하고 사건의 진행경과를 다시 중간보고하도록 되어 있다. 정당한 이유없이 접보·보고·제출 등을 지연시키는 경우에는 규약 제12조에 의하여 보상금의 지급을 제한받는다.

가입자 또는 소속의사회는 사건이 발생되었을 때 손해의 방지 또는 경감을 위해서 일체의 방법을 강구하고 공제회본부에 통지하여야 하며 공제회가 사고를 접보하였을 때에는 사건발생상황에 따라 다음 사항에 대한 심사위원회의 심의를 거쳐서 '사건처리지침'에 의해 처리·대응하여야 한다. i)난동에 대한 합법적 조치강구, ii)난동으로 진료방해가 되었을 때에는 가입자의 의사에 따라 또는 지부의 판단에 따라 공제회지부의 주관으로 고발조치한다. iii)사건처리에 대한 대응조치의 강구와 사건의 내용을 의학적·법학적으로 연구·검토하여 이를 심사에 적용한다. iv)기타 회원의 신변보호책을 도모한다.

④보상대상 및 적용한계 : 이 규약에 의거 가입자에게 심사를 거쳐 지급하는 보상대상

을 중앙심사위원회에서 결정하는 보상과 사건처리상 지급해야 할 부담금, 기타 타당한 손실액 등이며, 이밖에도 법적 처리에 의한 보상(귀책사유 여부와 관계없이 소송비용, 재판 결과 부담하게 되는 배상금 등)과 손해보상(타의료기관 이송비, 국가의료기관진료비, 후유장해보상, 사망위자료보상 등), 그리고 휴업손해보상(난동 등으로 부득이 휴업한 경우 1일-15일의 범위내에서 휴업에 대한 보상을 지급한다. 단 휴업사유가 자의 등의 단순한 진료업무중지의 경우는 제외된다) 및 사건처리 대책비(사건이 심각하여 그 처리·수습·조정 등을 위하여 가입자와 소속 의사회에서 직접 관여하여 적정대책을 강구하는 등의 지원이 필요한 경우는 귀책사유에 불구하고 해당 보상금을 10-15%의 범위내에서 사건처리 대책비)를 지급한다.

보상적용의 한계에 관하여 중요한 경우는 다음과 같다. i) 1개월 이상 유효기간이 중단된 경우에는 적용되지 않는다. ii) 2개이상 가입유효기간이 겹쳐서 의료사고발생의 원인과 결과의 시기 및 가입종별 또는 구좌수가 다른 경우에는 납부금 및 보상액이 낮은 쪽으로 적용한다. iii) 인턴 등 비가입자가 진료에 관여한 경우(현저한 태만, 가입자 부재중에 임의 진료, 보조원이 가입자의 처리지시를 무시하여 발생한 사고) 등은 적용에서 제외된다. 또 가입자의 진료라도 그 책임요건이 의료기관관리, 환자관리 등에 있어서는 그 보상의 법적 책임이 병·의원장 또는 과장 등의 책임자를 상대로 한 민사배상사건으로서 당해 병·의원장 및 책임자가 가입하지 않은 경우 등도 적용되지 않는다.

⑤ 보상제한 : 다음 각호에 해당하는 경우에는 보상액이 감액된다.

i) 의료행위가 관계당국의 유권해석에 저촉되는 경우(해당 학회에서 인정하지 않는 사항 등), ii) 사고의 보고지연, 자체처리 후 보고 등 조사·심사 등에 상당한 지장을 초래한 경우, iii) 자료제출 등을 이유없이 하지 않는 경우, iv) 의사로서 현저히 직무를태만히 하거나 의사의 윤리에 위배되는 경우 및 그 보조자 등의 현저한 태만 등의 경우, v) 합동의료 중 비가입자 또는 다른 의료인의 책임에 기인한 사건, vi) 유효기간내의 진료행위가 아닌 경우, vii) 사건 자체가 제3자로부터 보상받을 수 있는 경우, viii) 사건의 처리와 관련하여 대위권을 행사할 수 있는 産災, 自保, 不妊施術 등에 의한 보상이 있는 경우, 기타 인과관계가 없는 사고, 가입자가 이행의무를 준수치 않음으로 인해 증가된 손해, 사건상황을 부정기제한 경우 등이다(규약 제12조).

⑥ 면책대상 및 범위 : 다음의 경우는 공제회에서 책임을 지지 않는다.<sup>89)</sup> 무면허의료행위, 고의의 사고, 가입자의 친족에 대한 손해보상, 의사의 지시없이 행한 종업원의 귀책배상금, 受診者側과 특수계약을 맺음으로 인해 가중된 손해, 전쟁·변란·폭동·노동쟁의·천재지변 등으로 인한 손해, 의료시설의 화재 등을 비롯한 각종 시설미비·하자 등의 관리 잘

89) 基本免責金은 30만원으로 이는 가입자가 부담한다. 다만 회원가입한 市道醫師會 및 50명 이상의 市·區·郡 醫師會의 회원과 共濟會 제1기부터 계속 가입한 회원(1-6기 연속가입)은 免責金 적용이 제외된다. 단, 3-6기 연속 가입한 회원의 경우 50%를 적용한다. 또한 제10조 2호의 규정에 의한 소송비도 제외된다.

못에 기인한 손해, 시설주체가 가입자가 아닌 예방접종 등으로 인한 손해, 미용 또는 이에 준하는 것을 목적으로 한 의료행위, 핵물질사용으로 인한 사건, 공인되지 않은 특수진료행위에 의한 사건, 진료자의 병태여부에 불문하고 임의자발적인 행동에 의해 유발된 손해 등이다(규약 제13조).

⑦ 보상처리 : 보상금지급에 대하여는 사건상황에 의해 중앙심사위원회의 심사를 거쳐 사정한다. 보상액은 가입유효기간중 사건의 발생 및 보상지급회수에 관계없이 그 총액을 해당 期の 보상지급한도액의 범위내에서 확정·지급한다. 보상금의 확정집행은 중앙심사위원회의 사정에 따라 집행위원회에서 지급한다(제14조, 15조). 가입자는 사건의 처리 및 심사결정통보서에 대하여 규약에 저촉되는 사실이 있거나 심사처리가 부당하다고 판단될 때에는 이의를 신청할 수 있다. 이 신청은 해당 본인이 직접 작성하여 소속 의사회를 경유하여 제출하여야 한다(제16조).

셋째로, 공제회제도의 문제점을 살펴보면 다음과 같다. 우선, 이 제도가 외국의 경우와 같이 보험제가 아닌 점이 문제가 된다. 둘째로는 보상금액이 적고(매년 1구좌당 30만원에 보상액이 겨우 300만원) 물론 보상액을 많이 받으려면 구좌수를 늘리면 되겠지만(7구좌까지 가능) 30만원짜리 7구좌를 가입해도 배상금은 2,100만원을 초과하지 못한다. 그러므로 대규모의 개업의에게는 크게 도움을 주지 못할 뿐 아니라 소규모의 개업의들은 수입이 적어 구좌수를 늘릴 수도 없고, 대규모의 종합병원들이 가입하지 않는 것은 최고보상한도액이 2,100만원을 초과하지 못하기 때문에 사망사고 등의 경우에는 별도로 손해배상을 물어야 하는 부담이 있다. 일본이나 미국과 같이 소액의 납부금에도 불구하고 고액의 배상금이 나올 수 있는 보험제도로의 活性化 방안이 강구되어야 할 것이다. 물론 이렇게 하는 경우 보험회사측의 도산 우려가 없지는 않으나 외국의 경우와 같이 여러 보험회사가 합작하여 이를 커버하는 방법도 강구되어야 할 것이다.

결국 우리나라에서도 외국의 예와 같은 醫師責任賠償保險制度의 설립이 요청되지만 외국의 책임보험제도의 미비점을 잘 검토하여 이를 보완하여 시행할 수만 있다면 전회원이 가입(강제가입)할 수 있을 것이다. 또한 외국의 제도에서 보면 의료과오심사위원회의 구성이 명시되어 있는데, 우리나라 심사위원회의 구성에 관해서는 규약이나 공제회가입안내 '팜프렛'에서도 전혀 찾아 볼 수가 없다. 심사위원회의 구성원중 의사가 몇명 들어가 있는가에 따라 일반환자들의 신뢰도가 좌우되는 점을 고려하여야 할 것이다.

### (3) 개별 약관상의 의료배상책임보험제도

현재 우리나라 보험회사에서는 배상책임보험 보통약관에 醫師職業危險擔保 특별약관과 醫療施設 특별약관을 부가하여 보험계약을 체결함으로써, 명목상으로나마 의료배상책임보험제도가 실시되고 있는데,<sup>90)</sup> 그 내용을 요약하면 다음과 같다.

우선, 담보위험에 대하여 특별약관 1조는, "우리회사가 보상할 배상책임보험보통약관1

90) 金龍譚, 前掲論文, 457面 이하.

의 손해는 피보험자 그의 피용인 그 밖의 피보험자의 업무보조자가 의료업무를 수행함으로써 타인(업무의 대상이 되는 사람)에게 입힌 신체장애(장해로 인한 사망은 포함)로 생긴 손해만으로 합니다. 회사는 보험기간중 행한 업무로 생긴 손해를 보상하여 드립니다"라고 한다.

① 행위주체 : 본 특약에 있어서 피보험자는 통상 의료기관의 개설자인 법인, 의사 등이지만, 피보험자는 물론, 피보험자의 사용인 또는 업무보조자 즉, 간호사, 조산사, 린트겐기사, 약제사 등이 일으킨 사고라도, 피보험자가 이러한 자들의 사용자 또는 감독자로서 법률상 책임을 지게 되고, 이를 부담함으로써 손해를 입는 경우에는 전보대상이 된다. 다만 보험회사는 고의의 경우를 제외하고는 피보험자의 피용인 또는 피보험자의 업무보조자에 대하여 대위권을 행사하지 아니한다(특별약관 3).

② 의료업무 : 본 특약에서 말하는 의료업무라 함은, 판례·학설에서 말하는 의료행위와 동의어라고 이해된다. 판례·학설상의 의료행위의 개념에 대하여는 입장을 달리하는 몇개의 견해가 있지만, 본 특약과 관련하여서는, '사람의 질병의 진찰·치료·예방을 목적으로 하여, 현대의학이 인정하는 방법에 따라 행하는 행위'라고 정리하여 좋을 것이다.

③ 타인에게 입힌 신체장해 : 본 특약이 다른 특약과 다른 점은, 타인에게 입힌 신체장해만을 담보한다는 것이다. 따라서 재물손괴로 인한 것은 전보대상에서 제외된다. 여기서 말하는 '타인'은 '업무의 대상이 되는 사람'에 한정된다.

④ 보험사고 : 특약 제1조 제2항은 "보험기간중에 행한 업무로 생긴 재해를 보상"한다고 규정함으로써, 보험사고에 대하여 이른바 損害事故說의 입장을 취하고 있다.

둘째로 면책위험에 대하여 살펴보면,

① 본 특약의 면책위험으로 문제가 되는 것은 의료시설 특별약관으로 담보되는 '피보험자가 소유·사용 또는 관리하는 보험증권에 기재된 의료시설 또는 의료시설의 운용에 따른 보험증권기재의 작업수행으로 인한' 사고와 본 특약과의 관련이다. 본 특약은 의료업무 그 자체에 기인하고, 더욱이 당해 의료행위의 대상자에게 생긴 손해만을 담보하는 것임에 대하여, 시설특약은 병원의 건물, 기기, 비품 등 의료업무나 일반관리업무를 행하기 위한 시설·설비의 소유·사용·관리에 기인하는 사고에 의한 손해를 담보하는 것이다. 그러나 이 양자의 구별이 항상 명확한 것이라고는 할 수 없고, 특히 의료용기계·기구 등에 의한 사고에 대하여는, 사고의 형태에 따라 적용할 특약이 다를 수 있다.

② 그 밖에, 본 특약은 명예훼손 또는 비밀누설로 생긴 손해, 비용을 유일한 목적으로 하는 업무로 생긴 손해, 업무의 결과를 보증함으로써 가중된 손해, 소정의 면허가 없는 의사 또는 치과의사가 행한 업무로 생긴 손해에 대하여는 면책되는 것으로 규정한다(특약 2).

#### 마. 의료배상책임보험제도의 도입

의사의 과실이 없어도 발생될 수 있는 것이 의료사고라고 한다면, 그러한 사고에 대하여 손해배상 또는 보상을 할 수 있는 사회적 보상제도가 강구되어야 한다는 측면에서 의

료배상책임보험의 중요성은 아무리 강조해도 지나치지 않을 것이다. 그러므로 우리나라에서도 이러한 의료배상책임보험제도의 도입과 더불어 이의 활성화가 이루어져야 한다. 이를 위해서는,

첫째, 자동차사고배상책임보험과 같이 義務保險化하는 것이다. 모든 의료기관 내지 의사로 하여금 책임보험에 가입토록 하고 가입하지 않는 경우에는 제재를 가하도록 하는 것이다. 이와 관련하여 앞에서 본 바와 같이 1994.8 보건사회부에서 발표한 '의료분쟁조정법안'에서의 책임보험 의무가입과 미가입시 과태료 조항(동 법안 23조, 35조 2항)은 매우 바람직한 규정이라 할 수 있다.

둘째, 책임보험에 따른 배상액이 상당해야 한다. 만약 그 배상액이 상당하지 않을 경우 그 제도는 유명무실하고 말 것이기 때문이다.

셋째, 책임보험료의 문제도 신중을 기하여 책정할 필요가 있다. 위에서 살펴본 바와 같이 우리나라의 경우에 지금까지 이 제도가 활성화되지 못한 근본적인 이유는 책임보험료는 비싼데 배상금은 적어 의료인의 입장에서 기피사유가 되었고, 보험회사측에서는 배상금이나 배상건수에 비하여 상대적으로 보험료가 적어 도산의 위기에 직면하게 된 때문이다. 따라서 보험회사와 가입자 모두에게 바람직한 보험료의 책정이 필요할 것이다.

## V. 結 論

최근 의학 내지 의료분야의 눈부신 발전과 더불어 오히려 증가 추세에 있는 의료분쟁은 의료수요의 급격한 증가와 그에 따른 대량의 의료의 공급으로 인하여 의료가 비인격화되고, 그로 말미암아 의사와 환자 사이의 신뢰관계가 붕괴된데서 그 주된 이유를 찾을 수 있을 것이다.

원래 의료행위는 본질적으로 치료 등의 목적을 위해서이기는 하나 환자의 신체에 대한 侵襲을 수반하게 되고, 종종 예기치 않은 惡結果가 발생하여 환자측과 의사간의 분쟁은 피하기 어려운 문제이다. 이러한 의료분쟁은 의사들에게 있어서는 의료분쟁에 시달려 많은 시간을 빼앗김은 물론, 정신적으로도 큰 고통을 받고 있으며, 환자측의 입장에서도 의사의 自己防禦的 진료, 救急診療 기피, 필요이상의 過剩診療 등으로 적절한 진료를 받지 못함과 아울러 의료비부담이 가중되고 있는 형편이다. 이제 의사와 환자와의 분쟁은 새로운 사회문제로 등장되고, 의료분쟁은 사회전체의 공동관심사로 부각되기에 이르렀다. 본고는 이러한 형편에서 의료사고로 인하여 발생하는 의료분쟁의 구조와 실태를 고찰하고, 의료진과 환자간의 의료분쟁을 보다 합리적으로 해결을 위한 방법을 모색하고자 하였다. 이를 要約하면 다음과 같다.

첫째, 의료분쟁에 있어 의사와 환자의 극한 대립과 의사의 방어적 진료경향을 방지하기 위해서 代替的紛爭解決制度의 활용이 절실히 요구된다. 특히 화해나 조정을 통하여 의료

사고로 인한 분쟁의 자주적 해결을 유도하여야 할 것이다. 그러기 위하여 의료전문가와 법률전문가들로 구성된 조정위원회 등이 조속히 설치되어야 할 것이다. 오늘날 미국에서는 소송에 의한 법적 해결에 대한 대안으로 대체적 분쟁해결제도(alternative dispute resolution, ADR)의 활용되고 있고, 독일에까지 영향을 미치고 있는바, 우리도 이 제도의 적극적인 활용이 필요하다.

둘째, 중립적 의료감정기관의 설립이다. 현행 감정제도는 감정인을 선임하는데 있어서나 감정을 하는데 있어서 공정하고 중립적인 감정을 하고 있다고 할 수 없다. 그래서 환자는 그 감정 결과를 불신하게 되고 결국 이를 기초로 한 판결에 승복할 수 없게 된다. 그러므로 감정의 결과에 양측 모두가 믿고 따르도록 하기 위하여 의료감정은 공정하고 객관적으로 이루어져야 한다. 의료사고사건이 점차 늘어나고 있는 우리나라의 현실에서 이러한 鑑定人候補者名簿를 법원에 작성·비치하여 순번제로 당해 사항에 관하여 감정을 할 수 있는 방법을 모색해야 한다. 나아가 궁극적으로는 國立醫療鑑定機關을 설립하여 완전히 중립적인 감정을 하도록 조치해야 한다.

셋째, 醫療賠償責任保險制度의 도입이다. 의료배상책임보험제도는 의사들이 안심하고 진료행위를 할 수 있도록 함으로써 醫療萎縮 등의 현상을 방지하기 위한 방책으로 등장한 제도이다. 이 제도는 일찌기 미국에서 채택한 이래 독일, 일본 등 선진제국에서 많이 이용되고 있는 실정이다. 그러나 우리나라에서는 그 필요성은 인정하면서도 아직까지 이 제도가 확립되지 못한 실정인데, 의사는 신용과 명예를 중요하게 여기는 직업이며 의료배상책임은 다른 책임에 비하여 그 성질상 특수한 문제들을 가지고 있기 때문에 그 보험의 운영에 있어서 특별한 배려가 필요함은 물론 특수성에 알맞는 독립된 제도의 확립이 무엇보다 시급하다.

주지하는 바와 같이 의료사고로 인한 의사와 환자와의 분쟁이 날이 갈수록 심해지고 있는 것은 한마디로 의사와 환자간의 신뢰관계가 무너졌기 때문이라고 말할 수 있다. 이러한 신뢰관계를 회복하기 위해서 의사와 환자는 상호 협력을 아끼지 말아야 할 것이다. 의사는 항상 환자들에게 군림하여온 구시대적인 자세를 고쳐야 할 것이며, 환자도 의사를 믿고 진료를 맡기는 자세가 무엇보다 필요하다. 또한 국가는 의료사고의 당사자인 의사와 환자에게 보다 객관적이고 합리적인 분쟁해결제도를 마련함으로써 피할 수 없는 의료분쟁을 빠른 시간내에 종결시킬 수 있도록 해야 할 것이다. 지금까지 몇차례 시도되었으며, 최근 다시 논의되고 있는 '의료분쟁조정법'의 제정논의는 이를 이러한 문제를 해결해 보려는 하나의 시도라 할 수 있다. 공청회 등을 통한 각계의 의견수렴을 거친후 의료진이나 환자측이 모두 만족할 수 있는, 그리고 의료분쟁을 해결하는데 최선의 도움이 될 그러한 법과 제도로 정착되기를 기대해 본다.