

회복적 사법과 의료분쟁조정법상의 형사처벌특례제도

최 민 영*

국 | 문 | 요 | 약

의료행위는 그 행위태양의 다양성과 의료기술의 빠른 변화로 인해 명확하게 개념을 정의하기는 어렵다. 하지만, 의료행위가 의사와 환자 간의 신뢰관계를 본질로 하고 있음은 누구라도 동의하는 기본전제로서 최근 의료분쟁을 중심으로 한 형법적 논의에도 양 당사자를 고려하는 경향을 볼 수 있다. 특히, 의료분쟁조정법상의 형사처벌특례제도는 당사자간의 조정·중재·합의를 통하여 피해자의 피해를 배상해 주는 제도로써 의료분쟁을 해결하는 회복적 사법 프로그램의 일환으로 자리잡을 가능성을 가진다. 형사처벌특례제도의 시행에 따라 의료분쟁해결에서는 합의사항인 배상의 이행확보와 합의의 전제로서 사실관계의 규명이 무엇보다도 중요하게 되었다. 하지만, 이것이 곧바로 종래 형사사건으로 해결되던 의료분쟁사건의 민사화로 이어지는 것은 아니다. 회복적 사법 프로그램이 종래의 형사사법 시스템을 전적으로 대체할 수 없는 것처럼, 형사처벌특례 제도도 종래의 형사소송을 대체할 수는 없다. 동 제도는 어디까지나 형사사법시스템과의 공조를 통해서 운영되어야 하며, 형사조정 맥락 안에서 자리 잡아야 한다. 이러한 관점에서 형사처벌특례 제도상의 법적 요건과 법적 효과도 재고되어야 하고, 경미범죄와 중대범죄 사이에서 동 제도를 적절하게 활용할 수 있는 방안을 모색해 봐야 할 것이다.

❖ 주제어 : 회복적 사법, 의료분쟁조정법, 형사처벌특례조항, 의사와 환자간의 신뢰, 의료분쟁

* 한국형사정책연구원, 부연구위원

I. 들어가며

의료사고를 둘러싼 의료분쟁을 해결하기 위한 방안으로 2011년 4월에 「의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률 (이하 “의료분쟁조정법”)」이 제정되었다. 의료분쟁조정법은 1988년 대한의사협회가 「의료사고처리특례법」 제정을 건의한 이래로 장기간 논의되어 오다가 최근에서야 제정되기에 이른 법이다. 의료분쟁조정법은 의료분쟁의 조정 및 중재 등에 관한 사항을 규정함으로써 의료사고로 인한 피해를 신속·공정하게 구제하고 보건의료인의 안정적 진료환경을 조성하는 것을 목적으로 하여(동법 제1조), 한국의료분쟁조정중재원의 설립, 의료분쟁의 조정 및 중재, 의료사고 보상, 손해배상금 대불 등에 관한 규정들을 두고 있다.

본 논문은 의료분쟁조정법의 입법과정에서 그리고 동법이 시행된 이후에도 논란이 되고 있는 의료분쟁조정법상의 형사처벌특례제도에 대해 다루고자 한다. 우선, 형사처벌특례제도는 회복적 사법이념과 그 프로그램 시행에 비추어 볼 때, 그 이론적·경험적 정당성을 지닌 제도로 이해할 수 있다. 이러한 이해는 의료분쟁조정법상의 조정대상이 되고 있는 의료행위가 무엇보다도 의사와 환자의 신뢰관계를 기반으로 성립한다는 기본 전제에 기초하고 있다. 하지만, 의료행위가 의사와 환자의 신뢰관계를 기반으로 성립하는 개념인지는 현재 시행되고 있는 의료법 규정과 형법적 논의들을 살펴으로써 간략히 되짚어 볼 필요가 있다. 회복적 사법이념이 의료분쟁해결의 실마리로 등장할 수 있는 기초적 배경이 될 수 있기 때문이다. 아래에서는 이러한 문제의식을 출발점으로 하여 의료행위 개념의 본질(II)에 대해 간략히 살피고, 이를 기초로 회복적 사법이념이 어떤 측면에서 의료분쟁 해결에 있어 이론적 정당성을 부여해 줄 수 있는지를 논의한 이후(III), 의료분쟁조정법상의 형사처벌특례제도의 시행요건과 효과를 중심으로 회복적 사법이념에 형사처벌특례제도를 비추어 고찰하기로 한다(IV).

II. 의료행위의 개념: 대략의 윤곽과 그 본질

의료분쟁을 해결하는데 회복적 사법이념이 그 이론적 정당성의 기초로 작용하기 위해서는 의료행위가 어떻게 정의되고 있고, 어떠한 속성을 띠고 있는지부터 해명되어야 한다. 이를 위해서 아래에서는 현행 의료법상의 규정과 판례의 견해, 그리고 의료행위를 둘러싼 기존의 형법적 논의와 최근의 형법적 논의들을 간략히 짚어 보기로 한다.

1. 의료법상의 의료행위 규정과 판례의 견해

의료법상 의료행위 개념을 추단케 하는 규정들로는 의료인, 의료기재, 무면허 의료행위 등을 기술하고 있는 규정들이 있다. 우선, 현행 의료법¹⁾ 제12조 제1항은 의료인이 행하는 의료·조산·간호 등 의료기술의 시행을 의료행위로 본다는 규정을 두고 있다. 이어서 의료법 제2조에서 ‘의료인’은 의사·치과의사·한의사·조산사 및 간호사를 지칭한다고 규정하며 각각의 의료인의 업무의 내용을 기술한다.²⁾ 이 두 조항은 의료행위를 정의하고 있는 듯 보이지만, 실제로는 의료인 주체별로 행하는 각각의 행위유형을 나열함으로써 의료행위 개념을 간접적으로 밝히고 있다.³⁾ 다음으로, 의료법 제13조와 제14조에서는 의료행위를 위하여 필요한 도구·약품·기타 시설 및 재료를 의료기재라고 규정하여 의료행위의 수단을 통하여 의료행위 개념을 소극적으로 추론케 한다. 마지막으로, 의료법 제27조에서는 무면허 의료행위 등의 금지, 즉 의료인이 아니면 의료행위를 할 수 없고, 의료인도 면허된 것 이외의 의료행위를 할 수 없다고 규정함으로써 의료인과 면허라는 개념표지를 통해 역시 의료행위 개념을 간접적으로 추론케 한다. 하지만, 의료법상의 위 규정들은

1) 법률 제10609호, 2011.4.28 일부개정.

2) 의사는 의료와 보건지도를 임무로 하고, 치과의사는 치과 의료와 구강 보건지도를 임무로 하고, 한의사는 한방 의료와 한방 보건지도를 임무로 하고, 조산사는 조산과 임부·해산부·산욕부 및 신생아에 대한 보건과 양호지도를 임무로 하고, 간호사는 상병자나 해산부의 요양을 위한 간호 또는 진료 보조 및 대통령령으로 정하는 보건활동을 임무로 한다.

3) 이인영, 의료행위의 현대적 의의와 과제, 법과 정책연구 제7집 제1호, 2007, 36면.

의료행위 개념의 적극적인 내용을 밝히고 있지 않기 때문에 의료인, 의료행위, 의료기재 등의 용어만을 반복하여 순환논리를 통해 의료행위를 정의하는 오류에 빠지고 있다는 비판을 받는다.⁴⁾

대법원과 헌법재판소는 의료법상의 위 규정들을 기초로 하여 - 특히 의료법 제27조 제1항을 중심으로 - 의료행위를 ‘질병의 예방과 치료에 관한 행위로서 의학적 전문지식이 있는 자가 행하지 아니하면 사람의 생명, 신체나 공중위생에 위해가 발생할 우려가 있는 행위’라고 정의한다. 즉, 의료행위의 목적, 의료행위의 주체, 위험성 등 세 가지 개념표지를 통해 의료행위를 정의하고 있다.⁵⁾ 하지만 판례의 개념정의 또한 다음과 같은 비판에서 자유롭지는 못하다. 우선, 질병의 예방과 치료에 해당하는 행위들인 진찰, 검안, 처방, 투약, 외과수술 등의 행위유형은 추상적이어서 판례의 개념정의에 따르면 모든 행위를 의료행위로 파악할 수 있다는 것이다. 다음으로, 의사 이외에 다른 보건 의료인에게도 의료적 서비스의 자격요건을 허용하고 있는 현행 제도 아래에서 각각의 범위에 대한 필요자격 요건을 명시하지 않은 채로 무면허의료행위를 제한하고 처벌한다면 무면허의료행위에 대한 한계설정이 자의적으로 이루어질 수 있다는 비판이 있다. 마지막으로, 의료행위는 기본적으로 신체에 대한 위험성을 내포하고 있다는 점에서 판례의 위험성 개념표지는 불명확하다는 비판을 받는다.⁶⁾

4) 김경재, 의료법 제27조 제1항의 의료행위와 명확성의 원칙 - 헌법재판소 2008헌가19 등 (병합)결정을 중심으로, 공법학연구 제13권 제1호, 2012, 295면 이하; 이상돈·김나경, 의료법강의, 2009년, 2면 이하. 이런 비판에 따라 2007년 의료법 개정안에서는 의료행위를 ‘의료인이 각 의료인의 종별 전문지식을 근거로 하여 행하는 예방·치료·재활 및 연명치료 등을 위한 진찰, 검사, 처방, 투약, 시술, 조산, 간호 및 영양지도 등의 행위’로 규정하고자 하였다. 그러나 의료행위는 의료기술의 발전에 따라 변화가능성이 많으며, 모든 의료인들에게 공통되는 의료행위 개념을 입법 기술적으로 정의하는 것은 어렵고, 의료행위 개념을 신설한다 하더라도 결국 구체적인 해석은 법원의 판례에 의존할 수밖에 없다는 이유로 의료행위 정의규정은 삭제되었다. 이에 대해서는 광명섭, 의료행위 개념의 법제화 논의과정에 대한 고찰, 법과 정책연구 제7집 제1호, 2007, 10면 이하.

5) 대법원 2004.10.28. 선고 2004도3405; 대법원 2003.9.5. 선고 2003도2903; 대법원 2002.8.23. 선고 2002도2014; 2001.12.28. 선고 2001도6130; 대법원 1994.4.29. 선고 94도89; 대법원 1992.3.10. 선고 91도3340; 대법원 1987.12.8. 선고 87도2108; 대법원 1986.10.14. 선고 86도1678; 헌법재판소 2002.12.18. 선고 2001헌마370; 2005.3.31. 선고 2001헌바87.

6) 이인영, 앞의 논문, 43면 이하; 이상돈·김나경, 앞의 책, 3면 이하.

2. 의료행위에 대한 형법적 논의

의료법상 의료행위를 규정하는 있는 것으로 보이는 조항들은 의료인, 의료행위, 의료기재 등의 용어를 반복적으로 사용함으로써 의료행위 개념의 실질을 밝히고 있지는 못하다. 하지만, 동 규정들을 중심으로 한 판례의 견해는 의료행위의 목적, 의료행위의 주체, 위험성 등의 개념표지를 통하여 의료행위를 더 구체적으로 정의하고자 한다. 하지만, 판례의 견해도 여전히 의료인 중심의 개념규정의 틀에서 벗어나고 있지는 못하다. 의료행위에 대한 최근의 형법적 논의는 이러한 개념정의에서 일단의 변화를 보여주고 있다.

기존의 형법적 논의에서 의료행위는 구성요건에 해당하는 행위, 즉 입법자가 가벌적이라고 판단하는 사회적 침해행위로 정의되었다. 단지, 의료행위는 주관적인 치료목적과 객관적인 의술법칙에 합치되는 한, 형법 제20조의 업무로 인한 행위로써 그 위법성이 조각된다. 이러한 이해가 기존의 다수설과 판례의 입장으로서 ‘의사’의 치료행위에만 중점을 두어 의료행위를 규정하고자 한다.⁷⁾ 이 입장에서는 의사의 치료행위에 중점을 두어 의료행위를 이해하지만, 이것이 의료인에게도 유리한 이해방식으로 작용하지는 않는다. 의료행위가 애초에 상해죄의 대상으로 전제되고, 의료행위가 실패하지 않았을 때에만 형법상의 책임을 면하게 되기 때문에 의료인은 소극적인 방어적 진료에 머물고 만다. 이러한 문제를 해결하기 위해 의료행위의 상해죄 구성요건 해당성을 인정하지 않으려는 견해가 등장하였다. 무엇보다도 이 견해는 일상적인 언어사용 맥락에서 간주되는 상해행위와 의료행위는 본질적으로 다르다는 것을 주요 논거로 인용한다.⁸⁾ 이에 따르면 성공한 의료행위는 건강을 해한 것이 아니라, 오히려 이를 개선하고 회복시킨 것이므로 상해라고 볼 수 없다고 한다. 하지만, 이 견해에 의해서도 중국적으로 건강상태가 악화되면 상해행위가 존재한다는 ‘결과’ 중심의 평가를 하게 된다. 무엇보다도 이 견해 역시 다수견

7) 종래의 다수설로는 강구진, 형법강의, 1983, 62면; 배종대, 형법각론, 2010, 101면 이하; 유기천, 형법학, 1984, 193면; 정영석, 형법총론, 1989, 157면; 황산덕, 형법총론, 1989, 150면; 이에 대한 최초의 인정 판결은 대법원 1974.4.23. 선고 73도714.

8) 이에 대한 설명으로는 김나경, 전단적 의료행위의 형법이론 구성, 형사법연구 제19권 제2호, 2007, 91면 이하.

해와 같이 의사의 치료행위에만 중점을 둬으로써 환자의 의사에 대한 존중은 간과한다.

이러한 이해에 맞서서 근래에 의료행위를 환자의 자기결정권에 중점을 두고 보려는 방식이 등장하였다.⁹⁾ 이 입장에서는 환자의 승낙이 있고, 의료적 침습행위가 의술 법칙과 합치되는 한, 의료행위는 상해죄의 구성요건에 해당하지만 형법 제24조의 피해자의 승낙 법리에 의하여 위법성이 조각된다. 최근 대법원 판례도 의료행위를 피해자의 승낙에 의한 법리로 파악하려는 경향을 보이고 있다.¹⁰⁾ 이 입장에서는 환자를 의료행위의 단순한 객체로 보지 않고, 대등한 계약당사자로 보아 의료행위의 객관적인 의술합치성 만큼이나 의사의 설명의무를 중요시한다. 의사의 설명의무와 환자의 승낙이 의료행위 개념 형성에 고려되는 것은 비단 환자를 위한 것뿐만 아니라, 의사를 위한 것일 수 있다. 의료행위의 형법적 판단이 더 이상 의료행위의 결과에만 매이지 않기 때문이다.

3. 의료행위의 본질

의료행위에 대한 최근의 형법적 논의는 의료행위 개념의 주요한 두 축을 대등하게 보여주고 있다. 하나는 의사의 치료행위의 적합성을 중심으로 의료행위를 파악하는 측면이고, 다른 하나는 환자의 의사에 중점을 두어 의료행위를 파악하는 측면이다. 의료법 규정과 종래의 형법적 논의와는 달리, 최근의 논의는 의료행위를 환자의 치료를 목적으로 의사와 환자의 만남을 통해 상호적으로 이루어지는 과정 중에서 파악하고자 한다. 이러한 이해는 의료행위가 의사와 환자와의 신뢰관계를 본질로 하고 있음을 알게 한다.¹¹⁾

9) 형법상 의료행위와 환자의 자기결정권 문제를 다루는 문헌으로는 김영환, 의사의 치료행위에 관한 형법적 고찰, 성신탁교수회갑기념논문집, 1994, 269면 이하; 신동일, 형법상 의료행위와 '설명 의무', 형사정책연구 제14권 제1호, 2003, 221면 이하.

10) 대법원 2007.5.31. 선고 2005다5867; 대법원 2006.11.23. 선고 2005다11688; 대법원 2002.10.25. 선고 2002다48443.

11) 이상돈, 의료체계와 법, 2000, 5면.

III. 의료분쟁 해결의 실마리: 회복적 사법의 이념

의료행위가 의사와 환자와의 신뢰관계를 본질로 한다면, 의료사고가 발생하여 의료분쟁이 생겼을 경우에도 분쟁해결의 실마리는 의사와 환자의 신뢰관계를 어떻게 회복시키느냐에 달려 있다고 할 수 있다. 이와 같은 관점에서 보면, 최근 활발히 논의되고 있는 회복적 사법이념은 의료분쟁의 해결을 위해서도 적절한 착안점들을 던져줄 수 있을 것이다.¹²⁾ 회복적 사법에 대한 논쟁은 우리 사회에서 이전의 원상회복 논의에 뒤이어 2000년 전후부터 활발히 전개되어 왔다. 본 논문에서 전통적인 형사제재와 회복적 사법이념과 관련한 수많은 쟁점들을 다룰 수는 없다. 아래에서는 의료분쟁조정법상의 형사처벌특례제도의 이론적 정당화 작업과 관련한 쟁점들에만 국한시켜 논의를 전개해 나가기로 한다.

1. 회복적 사법의 특징

회복적 사법의 개념이 무엇인지에 관해서는 통일된 견해가 존재하지는 않는다.¹³⁾ 하지만, 회복적 사법개념이 가지는 공통적이고 핵심적인 특징들은 정리할 수 있다. 우선, 회복적 사법은 범죄로 인한 피해의 회복에 중점을 둔다. 여기서 피해의 회복은 단순히 피해자에 대한 배상만을 의미하는 것이 아니라, 범죄로 인해 사회공동체가 입은 피해의 회복까지도 포함한다. 특히, 피해자의 피해해복이란 단순한 물질적인 배상만을 의미하는 것이 아니고, 보안, 안전, 자기존중, 인간의 존엄성, 무엇보다도 균형감을 회복하려는 노력을 의미한다고 본다. 이런 의미에서 피해의 회복

12) 의료분쟁해결에 회복적 사법 이념을 그 이론적 기초로 삼으려는 논문들로는 이백휴, 의료분쟁에 있어 형사처벌특례제도의 확대 필요성과 방안, 한국의료법학회지 제19권 제1호, 2011, 112면 이하; 황만성, 의료분쟁조정법상 형사처벌특례제도의 쟁점과 과제, 2011년 대한의료법학회 춘계학술대회 발표문, 1면 이하.

13) 하지만, Marschall의 정의는 일반적으로 가장 많이 인용되고 있는 회복적 사법에 대한 개념이기는 하다. 그에 따르면, 회복적 사법은 “특정범죄에 이해관계가 있는 당사자들이 함께 모여서 범죄의 결과와 그것이 장래에 대하여 가지는 의미를 어떻게 다룰 것인지를 해결하는 과정”이라고 한다. 이에 대해서는 Marschall, The Evolution of Restorative Justice in Britain, European Journal of Criminal Policy and Research, Vol.4/4, 1996, 37면.

은 피해자와 가해자의 관계, 가해자와 지역공동체 그리고 전체로서의 사회공동체와의 유대관계를 복원하는 것을 말한다. 다음으로, 피해의 회복은 가해자와 피해자, 이해관계인의 자발적인 대화의 장을 통해 이루어진다. 회복적 사법의 이념 하에서는 범죄와 범죄의 결과를 공동체와의 연관성 속에서 관계된 모든 사람들이 직접 참여하여 자율적인 대화를 통해 문제를 해결한다. 마지막으로, 회복적 사법 이념에서는 지역공동체와 국가의 역할이 이전과는 다르게 전개된다. 이전에는 범죄에 대한 형사제재를 가해자 대 국가의 도식에 맞추어서만 생각할 수 있었던 반면, 회복적 사법에서는 피해자의 회복에 중점을 두기 때문에 생긴 변화들이다.¹⁴⁾

2. 회복적 사법과 형사사법의 관계

그렇다면, 범죄피해의 회복을 위해서 국가와 지역공동체의 역할은 어떻게 달라지고 있을까? 회복적 사법 이념이 논의되기 이전에도 피해자와의 합의를 유도하거나 피해자에게 손해를 배상하는 제도들은 형법·형사소송법상에서 존재해 왔다. 형의 집행유예, 형의 선고유예, 기소유예, 형사배상명령, 범죄피해자보상제도 등은 피해자를 직·간접적으로 돕는 제도들이다. 하지만 형사제재를 가할 때 당연하게 전제되는 국가 대 범죄자의 기본도식에서 벗어나 그동안 간과되어 왔던 피해자의 법적 지위를 논의하기 시작한 것은 원상회복¹⁵⁾과 회복적 사법이념이 등장한 때부터이고, 이 시점부터 국가와 지역공동체의 역할은 이전과 현격히 달라졌다고 볼 수 있다. 종래의 형사사법 시스템 아래에서는 국가가 피해자와 지역공동체를 대표하는 역할을 하기 때문에 피해자의 개입 없이 형사절차가 진행되었다. 하지만, 회복적 사법 아래에서는 피해자, 가해자, 지역 공동체 구성원, 국가의 대표자들이 각각 그들의 의견과 감정을 표현할 수 있다. 종래의 형사사법 시스템에서는 국가가 직접 범죄를 구성하는 일이 중점이 되었다. 반면에, 회복적 사법에서는 가해자가 자신의

14) 김성돈, 형사사법과 회복적 사법, 성균관법학 제17권 제1호, 2005, 410면 이하; 이호중, 한국의 형사사법과 회복적 사법 - 과거, 현재, 그리고 미래, 형사법연구 제19권 제3호, 2007, 309면 이하.

15) 우리나라에서 원상회복 논의는 1990년 이후부터 활발히 전개되었다. 이후, 원상회복 논의는 2000년 전후로 회복적 사법에 관한 논의로 그 성격이 변경되었다. 원상회복과 회복적 사법은 비슷한 개념으로 보인다. 다만 회복적 사법은 피해자, 가해자, 국가 이외에도 지역사회의 역할을 강조한다는 점에서 원상회복보다 더 넓은 범주의 개념으로 포섭될 수 있을 것으로 보인다.

행위에 대해 책임을 부담할 것을 인정하고, 피해자의 입장에서 책임을 어떻게 질 것인지를 논의하여 사후의 대안을 마련하는 것을 중점으로 한다.¹⁶⁾

형사사법 시스템에서는 국가가 강제력을 동원하여 범죄를 응보하는 것을 중심으로 하고, 회복적 사법에서는 자율성을 지니고 피해자의 피해와 가해자·피해자간의 관계를 회복하는 것을 중심으로 하기 때문에 회복적 사법이 형사사법보다 민주적이고 인간적인 제도인 것처럼 보일 수 있다. 이러한 이해의 방향에 맞추어 실제로 회복적 사법에 의해 종래의 형사사법을 대체하려는 입장이 존재한다. 이 입장에서는 형사사법과 회복적 사법이 핵심코드가 다르고 작동방식도 상이하기 때문에 같은 차원에서 조화 혹은 절충될 수 있는 것이 아니라 대립 혹은 긴장관계 속에 있다고 본다. 그래서 양자를 별개의 것으로 보고, 회복적 사법을 형사사법과는 독자적인 제도로 이해하여 전자를 통하여 후자를 대체하고자 한다.¹⁷⁾

하지만, 회복적 사법이 형사사법을 전적으로 대체할 수 있는 것은 아니다. 그 이유는 다음과 같다. 우선, 가해자나 피해자가 회복적 사법의 프로그램에 참여하기를 거절한 경우, 혹은 회복적 절차가 개시되었더라도 합의에 실패한 경우에는 회복적 사법의 프로그램이 적용될 수 없다.¹⁸⁾ 다음으로, 회복적 사법에서 당사자 간의 화해는 대부분 일정한 급부, 즉 가해자의 배상을 통해 이루어지는데, 여기에는 형법이 민사강제의 최후수단으로 전락할 위험이 존재한다.¹⁹⁾ 물론, 회복적 사법은 필연적으로 민·형사적인 제재의 성격이 공존할 수밖에 없는 제도이다. 하지만, 이것이 곧 형사사법의 민사화를 초래하는 것이어서는 안 된다. 우리 법체제는 민사와 형사가 뚜렷하게 차별화되어 있다. 민사상 손해배상은 특정한 권리침해에 대하여 과거 지향적 시각에서 피해자가 사후적으로 그 침해를 구제받는 성질을 띠는 반면, 형사 제재는 범죄에 대한 과거지향적 응보논리뿐만 아니라 범죄예방을 목적으로 하는

16) 형사사법제도와 회복적 사법의 구체적인 차이에 대해서는 김성돈, 앞의 논문, 420면 이하.

17) 이에 대한 자세한 설명으로는 김용세, 형사제재시스템과 회복적 사법, 형사법연구 제23호, 2005, 238면 이하; 이진국, 회복적 사법과 형사사법의 관계에 관한 소고, 피해자학 연구 제14권 제2호, 2006, 77면 이하.

18) 이 경우에는 전통적인 형사사법 시스템으로 돌아가 범죄가 다시 분명해질 때까지 공식적인 형사사법의 과정을 거쳐야 한다. 이러한 점에서 회복적 사법은 본질적으로 공식적인 형사사법절차의 지지가 없이는 유지될 수 없는 제도로 이해된다. 이에 대해서는 김성돈, 앞의 논문, 423면.

19) 김용세, 앞의 논문, 241면.

일반예방 및 특별예방과 같은 미래지향적 성격을 띠고 있다. 게다가 중요한 형법적 법익의 보호필요성이 있는 영역에서도 국가가 형벌권을 철회한다면 법과 질서는 확립되기 어려울 것이다.²⁰⁾ 마지막으로, 회복적 사법의 프로그램을 적용하기에 부적절한 범죄들이 있다. 예를 들어, 소외계층이나 사회적 약자를 상대로 한 사기, 절도, 불량식품에 의한 가벼운 건강침해 등이 그것이다.²¹⁾ 이러한 경우에 피해자는 합의절차 속에서 하나의 도구로 전락하고, 가해자의 형벌감면이라는 목적달성에 고려되는 하위요소로 변질될 수 있다. 이러한 이유들로 회복적 사법과 전통적인 형사사법은 조화와 절충의 관계 속에서 공존할 수밖에 없는 것이다.

3. 회복적 사법과 형사조정

그렇다면, 회복적 사법이념은 실제의 형사사법 제도 속에서 어떻게 구현될 수 있을까? 회복적 사법이념을 구현하고 있는 현재의 대표적인 형사사법 제도로는 형사조정을 생각할 수 있다.²²⁾ 검찰은 2007년부터 전국 55개 범죄피해자지원센터에서 형사조정제도를 시행하고 있다. 우리의 형사조정제도의 대략은 다음과 같다. 먼저 검찰에 고소장이 접수되면 고소된 사건을 배당받은 검사는 사안의 경중, 혐의유무 등 사건을 검토하여 형사조정에 의뢰함이 상당한 사건은 배당 후 1주일 이내에 형사조정에 회부하여야 한다(형사조정 실무운용지침 제10조). 형사조정은 검사의 직권뿐만 아니라 당사자, 즉 피의자 및 범죄피해자의 신청으로도 가능하다(범죄피해자보호법 제41조 제1항). 또한, 경찰에 송치된 고소사건과 형사사건도 검찰에 접수된 고소사건과 마찬가지로 형사조정에 의뢰함이 적절한 사건은 형사조정에 의뢰될

20) 이러한 이유에서 회복적 사법은 상대적으로 경미한 범죄 또는 그 성격상 반드시 범죄로 취급할 필요가 없는 범익침해행위의 해결에만 적합해 보인다고 한다. 중대한 범죄행위에서는 손해가 회복되고 피해자가 납득했다라도 국가적 제재의 가능성은 여전히 남는다. 이에 대해서는 김용세, 한국의 형사사법체제와 회복적 사법, 형사법연구 제20호, 2003, 359면.

21) 김용세, 형사제재시스템과 회복적 사법, 형사법연구 제23호, 2005, 243면.

22) 회복적 사법의 프로그램은 조정모델, 회합모델, 서클모델로 유형화하는 것이 일반적이다. 이 중 어떤 모델이 우리 사회에 적합할지는 여전히 논의 중이다. 현재는 소년사법과 관련하여 회합모델을 선호하는 것을 제외하고는 대체로 조정모델을 선호하고 있다. 이에 대해서는 이호중, 앞의 논문, 318면 이하.

수 있다(형사조정 실무운용지침 제25조). 의뢰된 사건은 관할 지청의 형사조정위원회 위원 3인으로 구성된 개별조정위원회의 조정절차에 들어간다. 형사조정기간은 형사조정위원회에 형사조정이 회부된 날로부터 2개월 이내로 한다. 조정절차가 종료하면 조정의 결과가 검사에게 송부된다. 이 때 검사는 형사조정이 성립되어 고소가 취소되거나 합의서가 작성된 사건에 대해서는 각하처분하고, 이 경우에도 범죄 혐의가 있다고 인정되는 때에는 수사절차를 개시하되 합의결과를 반영하여 감경된 처분을 할 수 있다(동 지침 제22조, 제27조).

이러한 검찰의 형사조정제도는 범죄피해자보호법상의 형사조정 규정들(동법 제41조에서 제46조)을 그 법적인 근거로 하여,²³⁾ 검찰에 고소된 경미사건을 조정의 대상으로 하고 있다(범죄피해자보호법 시행령 제46조). 형사조정제도의 목적은 ‘피의자 및 범죄피해자간 형사 분쟁에 대하여 공정하고 원만한 해결을 통해 범죄피해자의 피해를 실질적으로 회복함과 아울러 지역사회의 동참을 통한 형사 분쟁의 자율적 해결을 촉진(형사조정 실무운용 지침 제1조)’하는데 있다. 현재 이 제도가 당사자 간의 갈등해소라는 형사정책적 이념에 적절한 제도인지에 대해서는 비판하는 견해들이 있다.²⁴⁾ 더 논의가 되어야겠지만, 독자적인 형사제대로 기능하기 위해서는 형사조정의 목표를 명확히 하고, 형사조정에 대한 근거법제를 범죄피해자보호법에서 분리하여 형사절차법에 규율하는 작업이 선행되어야 할 것으로 보인다.²⁵⁾

23) 범죄피해자보호법은 2010년 5월에 전면 개정되어 같은 해 8월부터 시행되었는데, 이때부터 형사조정제도가 동법에 들어오게 되었다. 동법이 개정되기 이전에는 형사조정제도가 법적 근거가 없다는 비판 하에 검찰 자체의 지침 - 2007년의 고소사건 형사조정 실무 운용지침, 2009년의 형사조정 실무운용 지침 - 에 의해 운용되었다. 하지만, 동법이 개정되면서 동법을 근거로 동법 시행령에서도 형사조정을 규정하였고(동법 시행령 제46조에서 제54조), 대검찰청에서도 예규 548호로 형사조정 실무운용지침을 개정하였다. 이러한 일련의 과정에 대한 설명으로는 김재희, 현행 범죄피해자보호법상 형사조정제도의 검토, 피해자학연구 제19권 제1호, 2011, 266면 이하; 이정원, 우리나라 형사조정제도의 시행현황과 개선방향, 법조 제656호, 2011, 12면 이하.

24) 이에 대해서는 김용욱, 한국의 형사조정: 회복적 사법 프로그램인가?, 형사정책연구 제19권 제2호, 2008; 이진국, 회복적 사법의 관점에서 본 형사조정실무의 문제점, 형사정책연구 제19권 제1호, 2008; 최영승, 현행 형사화해제도의 실태 및 문제점, 피해자학연구 제15권 제1호, 2007.

25) 이전의 형사조정제도가 법적 근거 없이 내부지침에 의해 시행되었기 때문에 범죄피해자보호법 안에 이에 대한 근거규정을 두었다. 하지만, 내부지침의 일부내용을 법령 안에 포함시켰다는 점에서 독자적인 형사절차법, 즉 형사소송법이나 특별법으로 형사조정을 규율해야 한다는 비판은 여전히 제기되고 있다. 이에 대해서는 김재희, 앞의 논문, 277면 이하; 이정원, 앞의 논문, 23면 이하. 일례로, 독일에서는 1999년에 발효된 「가해자-피해자 조정의 형사절차법적 정착에 관한 법률」을

IV. 회복적 사법과 의료분쟁조정법상의 형사처벌특례제도

지금까지 논의한 바와 같이, 회복적 사법이념은 가해자와 피해자, 이해관계인과의 자발적인 대화의 장을 통한 피해자의 피해회복에 중점을 둔다. 그리고 국가가 직접 범죄를 구성하는 종래의 형사사법 시스템과 달리, 가해자가 자신 행위의 책임을 부담할 것을 인정하고, 피해자의 입장에서 사후의 대안을 마련하는 것을 특징으로 한다. 하지만, 회복적 사법은 종래의 형사사법을 전적으로 대체할 수 있는 제도로 보지는 않고, 전통적인 형사사법과 조화와 절충의 관계 속에 있는 것으로 보았다. 현재 회복적 사법이념이 구현된 제도로는 검찰에 고소된 경미사건을 대상으로 하는 형사조정제도가 있다. 의료분쟁조정법상의 형사처벌특례 제도도 그 요건과 효과를 살펴보면, 의료분쟁 해결에 있어 회복적 사법이념이 구현된 제도로 이해할 수 있다. 아래에서는 형사처벌특례조항의 형법적 쟁점들을 살핀 이후, 어떠한 측면에서 동 조항이 회복적 사법이념의 구현으로 볼 수 있는지, 그리고 회복적 사법이념의 구현으로 볼 때 앞으로 어떠한 측면들이 더 고려되어야 하는지를 논의한다.

1. 형사처벌특례제도와 형법상의 조항들

가. 의료분쟁조정법상의 형사처벌특례제도

의료분쟁조정법 제51조는 조정이 성립하거나, 조정절차 중 합의로 조정조서가 작성되거나, 화해중재판정서가 작성된 경우에 형법상 업무상과실치상죄에 한하여 반의사불벌의 특례를 인정하고 있다. 하지만 피해자가 신체의 상해로 인하여 생명에 대한 위험이 발생하거나 장애 또는 불치나 난치의 질병에 이르게 된 경우에는 동조항을 적용하지 않는다.

통해 형사사건에 대한 조정제도가 폭넓게 활용될 수 있는 길이 열렸다. 이 법률은 조정절차의 참여자를 피해자와 가해자에 국한시키지 않고 범죄행위에 대한 이해관계인으로까지 확대시키고 있다.

나. 형법 조항들과의 비교

1) 과실의 정도에 따른 비교

형법은 원칙적으로 고의범을 처벌하며 (제13조) 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 예외적으로 과실범을 처벌한다 (제14조). 형법에서는 주의의무위반에 따라 과실범을 세 가지 유형 - 과실, 업무상 과실, 중과실 - 으로 구분한다. 사람의 신체·생명은 형법상 가장 중요한 법익으로 간주되기 때문에 ‘과실’로 사람의 신체나 생명을 침해한 경우에는 각각 과실치상죄(제266조)나 과실치사죄(제267조)로 처벌하도록 규정하고 있다. 그리고 ‘업무상 과실’과 ‘중과실’로 사람의 신체·생명을 침해한 경우에는 가중처벌하고 있다 (제268조). 형법상 과실치상죄는 반의사불벌죄로 규정하고 있고, 과실로 인한 것이라도 사망이라는 결과를 초래한 경우, 업무상 과실로 상해의 결과를 초래한 경우, 중과실로 상해의 결과를 초래한 경우는 반의사불벌죄로 규정하고 있지 않다. 의사에 의한 의료행위는 업무로 인한 행위에 해당하기 때문에 의료사고가 발생한 경우 ‘과실’만 인정되는 경우는 거의 없고, 보통 ‘업무상 과실’에 해당하게 되어 업무상과실치상죄로 반의사불벌죄가 적용되지 않게 된다. 이에 반해 의료분쟁조정법 제51조는 업무상과실치상죄에 한해 반의사불벌을 인정하고 있다. 여기서 일반적인 ‘과실’이나 ‘업무상 과실’ 이외에 중과실도 동조의 적용을 받는지 여부가 문제될 수 있다. 형법 제268조는 업무상과실치상죄를 규정하면서 중과실과 업무상 과실을 동일한 법정형으로 규정하고 있기 때문이다. 이러한 규정의 구조상 중과실도 의료분쟁조정법상의 형사처벌특례조항에 해당한다고 볼 수도 있다. 하지만, 업무상과실과 중과실은 그 법적 성격이 전혀 다르기 때문에 중과실이 형사처벌특례조항의 적용을 받는다고 단정지을 수는 없다.²⁶⁾

2) 침해의 결과에 따른 비교

형법에서는 과실로 사람을 상해에 이르게 한 경우에 그 상해의 정도가 경한지

26) 교통사고처리 특례법 제3조가 중과실의 경우에 형사처벌특례를 인정하고 있다는 점을 근거로 의료사고의 경우에도 중과실의 형사처벌특례를 인정해야 한다고 보는 견해가 있다. 이에 대해서는 이백휴, 앞의 논문, 116면. 하지만, 교통사고와 의료사고를 동일한 기준에서 판단하는 것은 무리라고 보인다.

중한지를 묻지 않고 동일한 법정형을 부과하고, 반의사불벌죄로 규정하고 있다. 하지만, 사망의 결과가 초래된 경우에는 이보다 중하게 처벌하고 반의사불벌죄를 적용하지 않는다. 이에 반해 의료분쟁조정법 제51조는 업무상과실치상죄(중상해 제외)에 한하여 반의사불벌죄를 규정하고 있다. 즉, 의료분쟁조정법은 과실로 초래된 법익침해의 결과가 ‘경상해’인지, ‘중상해’인지에 따라 반의사불벌죄의 적용여부를 달리 하고 있다.

2. 회복적 사법의 이념에 비추어 본 형사처벌특례제도

가. 환자와 의사를 위한 형사처벌특례제도

형사처벌특례제도는 조정·중재·합의를 요건으로 피해자에게 의료사고로 인한 피해를 신속하고 공정하게 구제받도록 하고, 가해자에게 피해자의 피해에 대해 인정하고 이를 배상해 줌으로써 당사자 간의 신뢰를 회복하는 방향으로 분쟁을 해결하도록 돕는다. 이를 위해서는 무엇보다도 피해자에 대한 적절한 배상이 담보되어야 한다. 의료분쟁조정법에서는 피해자가 조정결정 이후에도 그에 따른 금원을 지급받지 못하였을 경우를 대비하여 미지급금에 대하여 조정중재원에 대불을 청구할 수 있도록 하였다(동법 제47조). 조정중재원의 대불제도는 의료기관이 손해배상금의 지급을 지체하는 경우에 신속하게 배상금을 지급받을 수 있도록 하고, 의료기관에 지불능력이 없는 경우에도 배상금을 지급받을 수 있도록 하였다.²⁷⁾ 우선, 이러한 점에서 형사처벌특례제도는 회복적 사법이념이 구현된 제도 중의 하나로 이해할 수 있다.

더 나아가 형사처벌특례제도를 회복적 사법이념이 구현된 제도로 볼 때, 동 제도는 환자와 의사 모두를 위한 제도로 기능하게 된다.²⁸⁾ 왜냐하면, 형사처벌특례 적

27) 신은주, 의료분쟁조정제도 안정적 정착과 실효적 운영을 위한 과제와 대책, 국회 국민건강복지포럼 주최 “의료분쟁조정제도의 안정적 정착과 실효적 운영을 위한 과제와 대책” 발제문, 2011, 20면.

28) 동 제도의 도입을 반대하는 입장은 의료인이라는 특정 직업군에 한해서만 형사처벌특례를 인정하는 것은 다른 일반인들과 비교하여 평등원칙에 위배된다고 본다. 뿐만 아니라 형사처벌특례제도가 오히려 의사로서의 주의의무를 소홀히 하게 하는 기능을 할 수 있다고 한다. 이에 대해서는 보건복지가족위원회, 의료분쟁 조정 및 피해구제에 관한 법률안 검토보고서, 2009.11, 60면 참조; 전현희,

용의 전제가 되는 조정, 중재, 합의가 이루어지기 위해서는 가해자와 피해자간의 자발적 참여 하에 사실관계의 충분한 해명이 이루어져야 하고, 가해자가 가해자의 역할을 수용하려는 태도를 지니고 있어야 하기 때문이다. 즉, 드러난 사실관계가 범죄구성요건을 충족시켜야 하고, 공소제기가 가능한 수준으로 규명되어야 한다. 사실관계가 분명하지 않은 채 다툼이 지속된다면 회복적 사법 프로그램의 일환으로 형사처벌특례제도가 적용되기는 어려울 것이다.²⁹⁾ 실제로 의료분쟁조정법에서는 의료사고에 대한 사실관계를 규명하기 위해 의료사고 감정단(이하, “감정단”)을 두고 있다. 감정단은 의료분쟁의 조정 또는 중재에 필요한 사실조사, 의료행위 등을 둘러싼 과실 유무 및 인과관계의 규명, 후유장애 발생 여부 등 확인, 다른 기관에서 의뢰한 의료사고에 대한 감정업무를 수행한다 (의료분쟁조정법 제25조).³⁰⁾

나. 형사처벌특례제도와 형사소송의 관계

형사처벌특례 제도를 의사와 환자, 즉 양 당사자의 관계회복을 위한 회복적 사법 프로그램의 일환으로 보더라도 동 제도는 어디까지나 종래의 형사사법 시스템과의 보완관계 속에서 시행되어야 한다. 이것은 회복적 사법 프로그램이 형사사법 시스템과의 조화와 절충 없이는 이루어질 수 없다는 논리와 맥을 같이 한다. 현행 형사처벌특례제도에서는 당사자, 특히 ‘피해자’의 의사를 중시하여 조정절차가 이루어진다. 그래서 분쟁의 당사자가 조정절차를 원하지 않을 때에는 조정절차를 거치지 않고도 소송을 제기할 수 있고(의료분쟁조정법 제40조), 조정절차가 진행 중인 경우에도 소를 제기할 수 있다(동법 제27조 제3항 제1호). 또한 조정결정 이후, 이

의료분쟁조정법의 쟁점사항 검토, 대한의사협회지 제43권 제10호, 2000, 956면 이하 참조. 이에 반해 형사처벌 특례인정의 문제는 형평성의 차원에서 접근해서는 안 된다는 반대견해가 존재한다. 이에 따르면 동 문제는 형사정책적 고려에서 출발하는 입법재량의 사안이라고 보고, 형사처벌특례 제도는 형사정책적 견지에서 필요하다고 한다. 이에 대해서는 오영근·김재봉, 의료과실에 있어 형사처벌특례 인정 여부에 관한 연구, 보건복지부, 2009, 126면 이하 참조.

29) 이호중, 앞의 논문, 319면 이하.

30) 물론, 감정단이 사실조사 뿐만 아니라 과실 유무 및 인과관계의 존부에 대한 규범적 판단까지 하도록 한 것은 적절치 않다는 비판이 존재한다. 그리고 환자가 입증부담을 덜기 위해 소송의 전 단계에서 조정신청을 하여 사실관계를 파악한 이후, 조정신청을 철회하고 소송을 제기하기 위한 방법으로 감정단을 이용할 소지가 충분하다는 우려도 있다. 이에 대해서는 신은주, 앞의 자료, 25면 이하.

결정에 불복하는 경우에도 소송을 제기하여 법원의 판단을 받을 수 있다.³¹⁾ 이런 측면에서 보면, 회복적 사법 프로그램의 일환인 형사처벌특례제도는 어디까지나 종래의 형사사법 시스템의 뒷받침을 받아 유지될 수 있는 제도라 할 수 있다.³²⁾

다. 형사처벌특례제도 적용범위의 효과와 한계

1) 적용범위의 세분화 필요성

이렇게 형사처벌특례제도는 형사소송제도의 보완 없이는 시행될 수 없는 제도임에도 불구하고, 여전히 형사처벌특례제도를 통해 형법이 민사강제의 최후수단으로 전락하는 것이 아니냐는 우려가 있을 수 있다. 실제로 검찰에서 시행되고 있는 형사조정제도는 민사적 분쟁 성격의 고소사건에 대하여 조정을 거치도록 함으로써 이러한 우려를 높이고 있다.³³⁾ 회복적 사법 프로그램이 가해자의 급부행위를 통해 피해자의 피해를 회복시킨다는 특징 때문에 민·형사간 제재의 성격이 혼재하는 것은 피할 수 없는 일이다. 하지만, 민사법 영역과 형사법 영역은 분명한 각각의 역할을 가지고 있다. 형사처벌특례제도도 이러한 우려로부터 자유로울 수는 없다. 여기서 형사처벌특례제도 적용범위의 한정 및 그 효과에 대한 실천적인 쟁점들을 논의할 필요가 생긴다.

이와 관련하여 형사처벌특례제도에서는 주의의무위반의 내용에 따라 업무상 과실과 중과실³⁴⁾을 생각할 수 있고, 법익침해의 결과에 따라 경상해, 중상해, 사망을 고려할 수 있다.³⁵⁾ 이 중에서 의료분쟁조정법 제51조는 업무상 과실에 의한 경상해

31) 의료분쟁조정법상의 임의적 전치주의에 대한 설명으로는 신은주, 앞의 자료, 28면 이하 참조.

32) 이러한 점을 고려하면, 환자가 입증책임의 부담을 덜기 위해 형사처벌특례제도를 이용할 수 있다는 우려 - 즉, 환자가 조정을 신청하여 사실관계를 파악한 이후, 조정을 철회하고 소송을 제기한다는 우려는 동 제도가 어느 정도 감수할 수밖에 없는 또 다른 한계가 아닐까 한다.

33) 이러한 측면에서 검찰의 형사조정제도는 가해자-피해자간의 관계회복, 피해자의 피해회복이라는 회복적 사법이념의 실현보다는 현실의 남고소 비율을 줄이고자 시행되는 제도라고 비판을 받기도 한다. 이에 대해서는 이진국, 앞의 논문, 2008, 6면 이하.

34) 중과실이 형사처벌특례제도의 적용대상인지 여부는 현행법의 해석상 불명확하나, 일단 포함시켜서 고려해 보아도 무방할 듯 하다.

35) 주의의무위반의 내용(업무상과실/중과실)과 법익침해의 결과(경상해/중상해/사망)에 따라 6가지 경우의 수를 상정한 문헌으로는 이백휴, 앞의 논문, 125면.

에 한해서만 특례적용을 인정한다. 이에 대해 의료분쟁의 발생시 형사처벌의 사례는 많지 않기 때문에 형사처벌특례제도의 실효성을 높이기 위해 중과실, 중상해의 경우에까지 그 범위를 확대하자는 견해가 있다.³⁶⁾ 하지만, 형사처벌의 사례가 많지 않다는 이유로 형사처벌특례제도를 활용할 수는 없다. 업무상 과실과 중과실은 법정형이 동일하지만, 그 내용과 성격이 상이하기 때문이다. 다만, 중상해의 경우까지 동 제도를 적용할 수 있으리라는 주장은 경청할 만하다. 왜냐하면, 의료행위는 의사의 과실 정도와 관계없이 피해자의 상태에 따라 중상해가 발생할 수 있는 특성을 지니고 있기 때문이다. 이와 관련하여 교통사고처리특례법(이하, “교특법”) 제4조 제1항 본문 중 ‘중상해’를 입은 경우에 공소를 제기할 수 없도록 규정한 부분을 위헌이라고 적시한 헌법재판소의 결정이 문제될 수 있다.³⁷⁾ 실제로 동 판결 이후에 교특법은 중상해가 발생한 경우 특례적용을 배제시켰고, 동 위헌결정과 법률 개정이 의료분쟁조정법상의 형사처벌특례제도에서 중상해를 배제시키는 주요 근거가 되었다고 한다.³⁸⁾ 실제로 양 사안이 형사처벌의 특례를 다룬다는 점에서 동일해 보이기는 한다. 하지만, 현재의 위헌결정은 종합보험에 가입한 경우 공소제기를 금지한 교특법 제4조 제1항의 사안에 국한된다. 조정·중재·합의를 요건으로 반의사불벌죄를 구성하는 의료분쟁조정법상의 형사처벌특례와는 그 전제조건이 다르다. 조정·중재·합의의 요건은 피해자의 의사를 적극적으로 반영하고, 환자와 의사 간의 신뢰회복에 중점을 두고자 하는 조향으로 해석할 수 있다.³⁹⁾ 이렇게 본다면, 상해의 효과에 차등을 두어 피해자의 의사를 고려하는 것이 동 조항의 입법취지에

36) 이백휴, 앞의 논문, 125면.

37) 헌법재판소 2009.2.26. 선고 2005헌마764. 동 결정은 교통사고 피해자가 업무상 과실 또는 중대한 과실로 인한 교통사고로 말미암아 피해자로 하여금 ‘중상해’에 이르게 한 경우, 가해차량이 종합보험 등에 가입되었다는 이유로 면책되도록 한 것은 피해자의 재판절차진술권과 평등권을 침해한 것으로 보았다.

38) 이백휴, 앞의 논문, 117면.

39) 실제로 1994년부터 제안되어 온 동 제도에 관한 입법안에는 종합보험·종합공제에 가입한 것을 요건으로 처벌의 특례를 주자는 법률안도 상당수 있었다(1994년, 1997년, 2002년, 2005년, 2006년, 2009년의 입법안 변화에 대한 상세한 기술로는 오영근·김재봉, 앞의 보고서, 106면 이하 참조). 하지만, 형사처벌특례제도를 피해자의 피해회복과 가해자와 피해자의 관계회복을 기초로 하는 회복적 사법이념 구현의 한 형태로 볼 때에는 조정·중재·합의를 요건으로 하는 현재의 제도가 종합보험 가입을 전제요건으로 하는 이전의 법률안들보다 더 적합할 것으로 보인다.

더 부합할 것으로 보인다. 즉, 중상해의 경우에는 반의사불벌을, 경상해의 경우에는 이보다 더 강한 구속력을 가진 공소제기금지의 특례를 적용할 수 있다. 반의사불벌의 경우에는 피해자에 의한 임의성 때문에 조정이 성립되었더라도 언제든지 의사를 철회할 수 있고, 피해자가 처벌불원의 의사를 수사기관에 명시적으로 하지 않는 이상 조정여부와 관계없이 형사처벌이 가능하기 때문이다.⁴⁰⁾

2) 형사처벌특례제도 적용의 한계

회복적 사법의 프로그램, 특히 가해자-피해자 조정은 상대적으로 경미한 범죄나 그 성격상 반드시 범죄로 취급할 필요가 없는 법익침해행위에 적합하다는 의견도 있다. 하지만, 최근에는 경험적 연구에서 경미한 범죄 뿐만 아니라 일정한 유형의 중대범죄에 대해서도 가해자-피해자 조정을 통한 갈등해소 방식이 유용하다는 사실이 밝혀지고 있다. 피해자 보호 사상의 관점에서 보더라도 피해자의 정신적·물질적 피해의 회복은 그만큼 더 중요하다고 할 수 있다. 하지만, 중대범죄나 다수의 피해자가 연루된 사건까지 모두 회복적 사법의 대상에 포함시키기 위해서는 일단 피해회복과 화해중재에 관한 축적된 경험과 정밀한 실무모델이 전제되어야 한다. 그런데, 형사처벌특례제도만이 아니라 의료분쟁조정법상의 조정제도는 최근에 시행되기 시작하였다. 당분간은 의료분쟁 사건을 대상으로 피해자-가해자 조정과 피해회복의 경험을 축적하고 실무운용을 위한 준칙을 마련할 필요가 있을 것이다. 이러한 측면에서 의료분쟁조정법이 동 법의 시행을 위해 1년의 유예기간을 둔 것, 특히, 형사처벌특례제도는 다른 조정사건과 다르게 2년의 유예기간을 상정한 것은 눈여겨 볼만 하다. 뿐만 아니라, 중범죄의 경우에는 비록 형사조정이 성사되었다 하더라도 형사사건으로서 공공의 이익이 고려되어야 하기 때문에 이에 대한 법적 효과는 경미범죄의 경우에 비하여 차등화될 필요도 있다.⁴¹⁾ 이런 관점에서 경과실/중과실/업무상과실이라는 주의의무위반의 정도와 경상해/중상해/사망의 법익침해 결

40) 하지만, 사망의 결과까지 특례제도를 적용할 수는 없다고 본다. 피해자의 피해회복이라는 동 제도의 입법취지를 오히려 훼손시킬 수 있기 때문이다.

41) 김용세, 형사제재시스템과 회복적 사법, 형사법연구 제23호, 2005, 251면; 김용세, 한국의 형사사법체제와 회복적 사법, 형사법연구 제20호, 2003, 366면 이하; 이진국, 앞의 논문, 21면.

과간의 관계를 재고해야 할 것이다. 오히려 경미사건의 경우에는 회복적 사법 프로그램의 일환인 조정사건이 가해자를 지나치게 통제할 수 있고, 중범죄의 사건에는 합의의 남용으로 비례성 원칙에 적절치 않은 형이 선고될 수도 있다. 양 극단 사이에서 적절하게 균형을 잡는 일이 필요하다.

V. 나가며

의료행위는 그 행위태양의 다양성과 의료기술의 빠른 변화로 인해 명확하게 개념을 정의하기는 어렵다. 하지만, 의료행위가 의사와 환자 간의 신뢰관계를 본질로 하고 있음은 누구라도 동의하는 기본전제로서 최근 의료분쟁을 중심으로 한 형법적 논의에도 양 당사자를 고려하는 경향을 볼 수 있다. 특히, 의료분쟁조정법상의 형사처벌특례제도는 당사자간의 조정·중재·합의를 통하여 피해자의 피해를 배상해 주는 제도로서 의료분쟁을 해결하는 회복적 사법 프로그램의 일환으로 자리 잡을 가능성을 가진다. 형사처벌특례제도의 시행에 따라 의료분쟁해결에서는 합의 사항인 ‘배상’의 이행확보와 합의의 전제로서 사실관계의 규명이 무엇보다도 중요하게 되었다. 하지만, 이것이 곧바로 종래 형사사건으로 해결되던 의료분쟁사건의 민사화로 이어지는 것은 아니다. 회복적 사법 프로그램이 종래의 형사사법 시스템을 전적으로 대체할 수 없는 것처럼, 형사처벌특례제도도 종래의 형사소송을 대체할 수는 없다. 동 제도는 어디까지나 형사사법시스템과의 공조를 통해서 운영되어야 하며, 형사조정의 맥락 안에서 자리 잡아야 한다. 이러한 관점에서 형사처벌특례 제도상의 법적 요건과 법적 효과도 재고되어야 하고, 경미범죄와 중대범죄 사이에서 동 제도를 적절하게 활용할 수 있는 방안을 모색해 봐야 할 것이다. 마지막으로, 회복적 사법 프로그램의 일환으로서 형사처벌특례 제도가 본래의 입법목적대로 시행되기 위해서는 조정·중재·합의의 공정하고 중립적인 성립과 적절한 배상의 확보가 무엇보다도 중요하다. 이를 위해서 조정중재원의 위상과 역할, 운영방식, 배상의 산정방식, 완전배상의 확보방법 등이 향후 지속적으로 논의되어야 할 과제로 남는다.

참고문헌

1. 단행본

- 강구진, 형법강의, 1983.
배종대, 형법각론, 2010.
유기천, 형법학, 1984.
이상돈, 의료체제와 법, 2000.
이상돈 · 김나경, 의료법강의, 2009년.
정영식, 형법총론, 1989.
황산덕, 형법총론, 1989.

2. 논문

- 곽명섭, 의료행위 개념의 법제화 논의과정에 대한 고찰, 법과 정책연구 제7집 제1호, 2007.
김경제, 의료법 제27조 제1항의 의료행위와 명확성의 원칙 - 헌법재판소 2008헌가19 등 (병합)결정을 중심으로, 공법학연구 제13권 제1호, 2012.
김나경, 진단적 의료행위의 형법이론 구성, 형사법연구 제19권 제2호, 2007.
김성돈, 형사사법과 회복적 사법, 성균관법학 제17권 제1호, 2005.
김영환, 의사의 치료행위에 관한 형법적 고찰, 성시탁교수화갑기념논문집, 1994.
김용세, 한국의 형사사법체제와 회복적 사법, 형사법연구 제20호, 2003.
김용세, 형사제재시스템과 회복적 사법, 형사법연구 제23호, 2005.
김용욱, 한국의 형사조정: 회복적 사법 프로그램인가?, 형사정책연구 제19권 제2호, 2008.
김재희, 현행 범죄피해자보호법상 형사조정제도의 검토, 피해자학연구 제19권 제1호, 2011.
보건복지가족위원회, 의료분쟁 조정 및 피해구제에 관한 법률안 검토보고서, 2009.11.
신동일, 형법상 의료행위와 ‘설명 의무’, 형사정책연구 제14권 제1호, 2003.

- 신은주, 의료분쟁조정제도 안정적 정착과 실효적 운영을 위한 과제와 대책, 국회 국민
건강복지포럼 주최 “의료분쟁조정제도의 안정적 정착과 실효적 운영을 위한
과제와 대책” 발제문, 2011.
- 오영근 · 김재봉, 의료과실에 있어 형사처벌특례 인정 여부에 관한 연구, 보건복지부,
2009.
- 이백휴, 의료분쟁에 있어 형사처벌특례제도의 확대 필요성과 방안, 대한의료법학회지
제19권 제1호, 2011.
- 이인영, 의료행위의 현대적 의의와 과제, 법과 정책연구 제7집 제1호, 2007.
- 이정원, 우리나라 형사조정제도의 시행현황과 개선방향, 법조 제656호, 2011.
- 이진국, 회복적 사법의 관점에서 본 형사조정실무의 문제점, 형사정책연구 제19권 제1
호, 2008.
- 이진국, 회복적 사법과 형사사법의 관계에 관한 소고, 피해자학 연구 제14권 제2호,
2006.
- 이호중, 한국의 형사사법과 회복적 사법 - 과거, 현재, 그리고 미래, 형사법연구 제19권
제3호, 2007.
- 전현희, 의료분쟁조정법의 쟁점사항 검토, 대한의사협회지 제43권 제10호, 2000.
- 최영승, 현행 형사화해제도의 실태 및 문제점, 피해자학연구 제15권 제1호, 2007.
- 황만성, 의료분쟁조정법상 형사처벌특례제도의 쟁점과 과제, 2011년 대한의료법학회
춘계학술대회 발표문.
- Marschall, Tony F., The Evolution of Restorative Justice in Britain, European
Journal of Criminal Policy and Research, Vol.4/4, 1996.

Restorative Justice and Exceptional Clause on Criminal Punishment in the Medical Dispute Adjustment Act

Min-Young Choi*

Medical practice is a concept that is hard to define due to its manifold aspects and rapid advancement of medical technology. However, it is on the premise that medical practice is based on trust between doctors and patients, which leads to a tendency to consider the both parties in the case of medical disputes regarding the Criminal Law. Particularly, an exceptional clause on criminal punishment in the Medical Dispute Adjustment Act is a part of Restorative Justice, which is potentially to be established as a proper system for the purpose of restoring trust between doctors and patients and of both parties' interests. As an exceptional clause on criminal punishment becomes enforced, it came to be the most crucial for the agreed 'compensation' to be guaranteed in resolving medical disputes. However, it does not necessarily mean that the cases of medical disputes which have to be regarded as criminal cases become of civil cases. An exceptional clause on criminal punishment has to be operated through mutual cooperation with the conventional criminal justice system, and it should be settled within the context of criminal conciliation. In this regard, legal requirement and legal force on the exceptional clause on criminal punishment have to be reconsidered. In other words, relations between the degree of violation to the duty of care (minor negligence, serious negligence, negligence in the conduct of business) and the consequences (minor injury, serious injury, death) should be examined, while leading to differentiate the legal force such as prohibition of indictment or voluntary reduction.

* Associate Research Fellow, Korean Institute of Criminology

- ❖ Key words : restorative justice, Medical Dispute Adjustment Act, exceptional clause on criminal punishment, trust between doctors and patients, medical disputes.