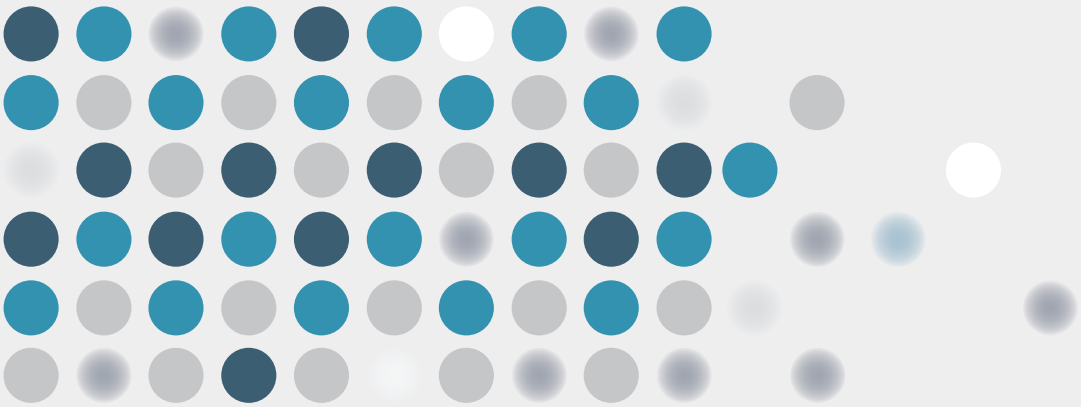
연구총서 15-AA-06

의료사고에 대한 분쟁조정과 형사책임

Arbitration of Disputes Caused by Medical Malpractice and Criminal Liability Thereof

최민영 | 이석배



KIC 한국형사정책연구원
KOREAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY

발간사

의사와 환자의 신뢰관계를 기초로 행해지는 의료행위는 의료사고가 발생했을 때, 기존의 소송이나 분쟁해결방법으로는 피해구제를 받기가 매우 어려웠습니다. 이로 인해 환자와 의사 간의 갈등은 의료분쟁으로 발전되어 더욱 확대되어 갔습니다. 이에 따라 지난 23년간 이러한 의료분쟁을 조정하기 위하여 관련법을 제정하고자 하는 시도가 지속적으로 있었습니다. 그 결과, 2011년 3월 11일 '의료사고 피해구제 및 의료분쟁조정 등에 관한 법률'이 제정되어 2012년 4월 8일부터 시행되어 오고 있습니다. 또한 동법의 시행 이후, 이에 기반하여 의료분쟁의 독립적인 조정기구로서 한국의료분쟁조정중재원이 2012년 4월부터 출범하였습니다. 이 기구의 출범 이후로, 의료분쟁조정 신청접수 건수와 조정 성립률은 증가세를 보이고 있고, 앞으로도 조정·중재 신청건수는 지속적으로 증가할 것으로 보입니다.

이러한 시점에서 '의료사고 피해구제 및 의료분쟁조정 등에 관한 법률'의 형사법적 쟁점과 그 밖의 주요쟁점들을 논의하고, 한국의료분쟁조정중재원과 의료분쟁조정제도 운영의 유용성 여부를 검토하여 더 나은 운영을 위한 개선방안을 도출하는 본 연구는 시의적절하다 할 것입니다. 이러한 연구의 필요성에 기초하여 본 연구는 의료사고와 의료분쟁의 개념을 정의하고, 이에 대한 형사법적 책임과 민사법적 책임의 관계를 검토하고, 의료사고에 대한 형사처분과 의료분쟁조정의 최근 경향을 분석하였습니다. 또한, 해외 주요 국가들의 다양한 의료분쟁조정제도들을 비교분석하여 우리에게 시사하는 착안점들을 제시하고, 의료분쟁조정제도와 형사법의 임무를 검토하여 현행 의료분쟁조정제도의 합리적인 운영을 위한 개선방안을 도출하고 있습니다.

이 연구가 의료분쟁조정제도와 관련한 향후의 정책운영에 기여할 수 있기를 바랍니

다. 끝으로 이 연구를 수행한 최민영 부연구위원과 바쁘신 중에도 연구를 성심껏 수행하신 단국대학교 이석배 교수님께 감사의 인사를 전합니다.

2015년 12월

한국형사정책연구원

원장 김 진 환

목 차

국문요약 ····· 1

| 제1장 | 서 론 (최민영) ····· 5

제1절 연구의 목적 ····· 7
제2절 연구의 범위와 방법 ····· 8

| 제2장 | 의료행위 및 의료사고의 개념과 법적 책임의 관계 (최민영) ····· 11

제1절 의료행위 및 의료사고의 개념과 법적 성격 ····· 13
1. 의료행위 및 의료사고의 개념과 특징 ····· 13
가. 의료행위의 개념 ····· 13
나. 의료사고 및 의료분쟁의 개념 ····· 15
다. 의료행위와 의료사고의 특징 ····· 16
2. 의료행위 및 의료사고의 형법적 개념과 성격 ····· 18
가. 의료행위의 형법적 개념 ····· 18
나. 의료행위 및 의료사고의 형법적 성격 ····· 18
제2절 의료사고 및 의료분쟁에 대한 형사 책임과 민사 책임의 관계 ····· 20
1. 의료사고 및 의료분쟁의 형사상 쟁점과 민사상 쟁점 ····· 20
가. 민사상 쟁점 ····· 20
나. 형사상 쟁점 ····· 21
2. 의료사고 및 의료분쟁의 형사 책임과 민사 책임의 비교 ····· 21
가. 규범목적의 비교 ····· 21
나. 인과관계와 객관적 귀속의 문제 ····· 22

다. 책임귀속의 구조 ····· 22
라. 입증책임 ····· 23
마. 소송의 절차와 성격 ····· 23
바. 민사판결과 형사판결의 비교 ····· 24
3. 의료사고에 대한 형사처벌의 의의와 한계 ····· 27
가. 의료사고와 형사책임의 한계 ····· 27
나. 형사책임의 독자적 인정 필요성 ····· 31

| 제3장 | 의료사고에 대한 법적 제재와 의료분쟁조정의 현황과 법제 (최민영) ····· 33

제1절 의료사고 및 분쟁의 현행 해결방안 ····· 35
1. 소송 ····· 35
2. 소송 이외의 방법 ····· 36
가. 화해 ····· 36
나. 중재 ····· 37
다. 조정 ····· 38
라. 소결 ····· 42
제2절 의료분쟁조정법의 제정경위와 내용 ····· 42
1. 제정배경과 과정 ····· 42
2. 주요내용 ····· 43
가. 의료분쟁의 조정 ····· 43
나. 불가항력 의료사고 보상제도 ····· 51
다. 손해배상금 대불제도 ····· 51
라. 형사처벌 특례제도 ····· 51
제3절 의료분쟁조정법 이전·이후 의료분쟁조정 및 소송 현황 ····· 52
1. 국내 주요기관 접수현황 ····· 52
2. 민사소송 현황 ····· 52
3. 형사소송 현황 ····· 54
4. 한국소비자원의 현황 ····· 54
5. 한국의료분쟁조정중재원의 현황 ····· 57
6. 소결 ····· 59

| 제4장 | 의료사고에 대한 분쟁조정과 형사책임의 비교법적 검토 (이석배) ····· 61

제1절 일본 ····· 63

1. 일본의 ADR(Alternative Dispute Resolution 재판외 분쟁해결) ····· 63

가. 일본의 재판외 분쟁해결절차의 이용촉진에 관한 법률(ADR법)의 제정과정 ····· 63

나. ADR법의 내용 ····· 64

다. 소송과 ADR의 관계: 두 가지 모델의 ADR ····· 67

2. ADR법의 시행이후 운용에 대한 평가 ····· 70

3. 일본의 의료 ADR의 발전과 운용상황 ····· 72

가. 일본의 의료 ADR: 의료분쟁 소송에서 탈소송화(脫訴訟化)로의 움직임 ··· 72

나. 의료 ADR의 운용상황 ····· 74

4. 의료기관측에서 바라본 의료 ADR ····· 85

5. 의료 ADR의 발전을 위한 과제 ····· 85

가. 의료 ADR에 대한 인지도의 확보 ····· 85

나. 인재의 확충과 재원의 확보 ····· 86

다. ADR에서 전문가(의사)의 참여모색 ····· 87

라. 비용부담의 문제해결 ····· 88

6. 의료법개정과 의료분쟁상황에서 의료 ADR 활용의 향후전망 ····· 89

가. 의료법개정의 경위와 신설규정 ····· 89

나. 의료법 개정에 의한 의료분쟁의 처리 ····· 91

다. 소결: 개정의료법의 한계 ····· 92

제2절 독일 ····· 93

1. 독일의 ADR 제도 ····· 93

가. ADR 운동의 세 가지 물결 ····· 93

나. 유럽에 나타난 ADR의 경향 ····· 94

다. 독일의 ADR 상황 ····· 95

라. 종합 ····· 99

2. 의료분쟁해결제도(의료 ADR) ····· 99

가. 의료분쟁 현황 ····· 99

나. 의료 중재기관 ····· 100

다. 감정위원회와 의료중재원의 공통원칙 ····· 104
라. 대표적 의료중재기관 ····· 106
마. 감정위원회와 의료중재원의 남은 문제 ····· 117
제3절 영국 ····· 120
1. ADR 제도 ····· 120
가. ADR 도입배경 ····· 120
나. 민사 법원조정제도 ····· 120
다. 제도내용 ····· 121
라. 평가 ····· 121
2. 의료분쟁해결제도 ····· 122
가. 의료분쟁해결 제도 ····· 123
나. 의료인 중심의 의료분쟁조정 관련기구 ····· 134
제4절 요약 및 평가 ····· 137
1. 일본의 의료 ADR ····· 137
가. 요약 ····· 137
나. 평가 ····· 138
2. 독일의 의료 ADR ····· 140
가. 요약 ····· 140
나. 평가 ····· 142
다. 기타 ····· 143
3. 영국의 의료 ADR ····· 144
가. 요약 ····· 144
나. 평가 ····· 146
4. 일본, 독일, 영국의 의료 ADR이 우리에게 시사하는 점 ····· 147
가. 공통적인 의료 ADR의 목표 ····· 147
나. 공통적인 문제점 ····· 148
다. 의료 ADR의 최근 경향 ····· 148
라. 우리 의료분쟁 조정·중재제도에 시사하는 점 ····· 149

| 제5장 | 의료사고 및 의료분쟁에 대한 조정과 형사법의 임무 (최민영) ····· 153

제1절 회복적 사법과 의료분쟁조정 ····· 155
1. 회복적 사법의 이념 ····· 155
2. 회복적 사법과 형사사법의 관계 ····· 157
3. 의료분쟁조정의 착안점으로서 회복적 사법? ····· 159
가. 의료분쟁조정과 회복적 사법의 목적 ····· 159
나. 조정결정의 주체 ····· 159
다. 조정위원과 감정위원에 의한 진술의 이용가능성 ····· 160
라. 의료사고 피해의 도식적인 산정 ····· 162
4. 소결 ····· 163
제2절 의료분쟁조정과 전통적인 사법 시스템의 임무 ····· 164
1. 의료분쟁과 사법시스템을 통한 문제해결의 한계 ····· 164
2. 의료분쟁조정의 절차법으로서 의료분쟁조정법 ····· 164
3. 의료분쟁조정과 사법시스템의 관계 ····· 165
가. 상호보완의 필요성 ····· 165
나. 임의적 조정전치주의와 구속력의 유무 ····· 165
다. 조정 이후 소송에서 증거사용의 문제 ····· 166
라. 시효중단 ····· 166
마. 무과실보상제도와 형사처벌특례제도 ····· 166
제3절 의료분쟁조정과 형사사법의 관계 ····· 167
1. 의료사고에 대한 형사책임 귀속의 기존 논의 ····· 167
가. 의료행위에서 의사의 주의의무 ····· 167
나. 의료사고에서 과실인정의 기준과 제한원리 ····· 168
다. 주의의무위반과 형사책임의 귀속 ····· 169
2. 의료분쟁조정제도의 도입과 형사책임의 변화: 형사처벌특례제도 ····· 170
가. 형법상 과실범 규정과의 비교 ····· 170
나. 교통사고처리특례법상 형사처벌특례제도와의 비교 ····· 171
다. 형사처벌특례제도의 실효성 여부 ····· 172
라. 형사처벌특례제도 도입에 따른 형사책임의 변화 ····· 174

| 제6장 | 결론: 의료사고에 대한 분쟁조정과 형사제재의 합리적인 방안 (최민영) ····· 177

제1절 의료분쟁에 대한 조정과 기존 형사제재의 개선방안 ····· 179
1. 임의적 조정전치주의 ····· 179
2. 의료분쟁조정의 자율성 확보 ····· 180
제2절 의료분쟁조정법의 쟁점검토 및 개선방안 ····· 180
1. 조정중재원의 조정제도 ····· 180
가. 감정 ····· 180
나. 조정 ····· 182
2. 손해배상금 대불제도 ····· 185
가. 법적 성격 ····· 185
나. 재원부담 주체 및 방법 ····· 186
다. 대불의 대상 ····· 187
라. 대불의 절차 ····· 187
마. 기타: 무자력 대불금의 경우 ····· 187
3. 불가항력 의료사고 보상제도 ····· 188
가. "불가항력"의 개념 ····· 188
나. 보상의 법적 성격 ····· 189
다. 헌법적 문제점 ····· 189
라. 보상사업의 재원마련 방안 ····· 190
4. 형사처벌특례제도 ····· 190
제3절 조정중재원의 적절한 위상과 업무분담내용 제안 ····· 191
1. 조정중재원의 독립성 보장 ····· 191
2. 한국소비자원과의 업무분담 ····· 192

참고문헌 ····· 195

Abstract ····· 205

표 차례

〈표 3-1-1〉 연도별 의료사고 관련 형사공판 및 민사소송 건수 ····· 36
〈표 3-3-1〉 연도별 의료분쟁 접수 현황 ····· 52
〈표 3-3-2〉 최근 5년간 의료사고 손해배상소송 1심 본안사건 통계 ····· 53
〈표 3-3-3〉 화해, 조정, 판결에 의한 의료분쟁 해결 현황 ····· 53
〈표 3-3-4〉 의료관계 형사공판사건 통계 ····· 54
〈표 3-3-5〉 한국 소비자원 처리 결과별 피해구제 현황 비교 ····· 55
〈표 3-3-6〉 연도별 진료과목별 피해구제 접수 현황 ····· 55
〈표 3-3-7〉 연도별 진료단계별 피해구제 접수 현황 ····· 56
〈표 3-3-8〉 연도별 피해유형 현황 ····· 57
〈표 3-3-9〉 조정·중재 접수 현황(사건접수일 기준) ····· 57
〈표 3-3-10〉 의료분쟁조정 개시현황 ····· 58
〈표 3-3-11〉 의료분쟁 조정·중재 처리현황(사건종결일 기준) ····· 58
〈표 3-3-12〉 보건의료기관 종별 조정성립률 현황(사건종결일 기준) ····· 59
〈표 4-1-1〉 도쿄3 변호사회 의료 ADR 실행모델 ····· 77
〈표 4-1-2〉 이바라기현 의료문제 중립처리위원회의 분쟁처리의 흐름 ····· 81
〈표 4-1-3〉 의료분쟁상담센터의 분쟁사건 해결절차 ····· 83
〈표 4-2-1〉 역대 감정인 집담회 개최 현황 ····· 111
〈표 4-2-2〉 노트라인 감정위원회 2013/2014 회기보고 ····· 116
〈표 5-3-1〉 과실치사상죄 형사공판사건 제1심 판결 ····· 174
〈표 6-3-1〉 조정중재원과 소비자원 비교 ····· 192

그림 차례

[그림 3-2-1] 한국의료분쟁조정중재원의 조정절차 ····· 44
[그림 3-2-2] 한국의료분쟁조정중재원의 중재절차 ····· 44
[그림 3-2-3] 한국의료분쟁조정중재원의 조정신청 절차 ····· 45
[그림 3-2-4] 한국소비자원의 피해구제 및 조정절차 ····· 50
[그림 4-2-1] 독일의 의료중재위원회별 州관할 ····· 101
[그림 4-2-2] 북독일 의료중재원 청구건수 증가추이 (1976-2014) ····· 113
[그림 4-3-1] NHS Litigation Authority의 사건 처리 과정 ····· 128
[그림 4-3-2] 회기별 배상청구 청구건수 추이 ····· 130
[그림 4-3-3] 2014/2015 접수된 임상의료과실 배상청구 건수 및 금액 ····· 132
[그림 4-3-4] 회기별 배상청구 종결건수 추이 ····· 132
[그림 4-3-5] 임상과실배상청구 및 임상과실에 대한 지출 ····· 133
[그림 4-3-6] 임상과실 및 비임상 배상청구에서의 비용절감 ····· 134

국문요약

1988년 이후로 지난 23년간 의료분쟁조정의 노력은 관련법 제정시도를 통해 지속되어 왔다. 그 결과, 2011년 3월 11일 '의료사고 피해구제 및 의료분쟁조정 등에 관한 법률'(이하, "의료분쟁조정법")이 제정되어 2012년 4월 8일부터 시행되어 왔다. 또한 의료분쟁조정법 시행 이후, 동법에 따라 의료분쟁의 독립적 조정기구로서 한국의료분쟁조정중재원(이하, "조정중재원")이 2012년 4월부터 출범하였다. 실제로, 조정중재원 출범 이후로 조정신청 접수건수와 조정 성립률은 증가세를 보이고 있고, 앞으로도 조정·중재 신청건수는 지속적으로 증가할 것으로 예상된다. 이러한 시점에서 의료분쟁조정법상의 형사법적 쟁점과 그 밖의 주요쟁점들을 검토하고, 조정중재원과 의료분쟁조정제도를 통한 실제 의료사고와 의료분쟁 해결사례들을 분석하고, 이전의 사례들과 비교분석함으로써 조정중재원과 의료분쟁조정제도 운영의 유용성 여부를 타진하고, 보다 나은 운영을 위한 개선방안을 도출할 필요가 있다.

본 보고서는 이러한 연구의 필요성에 기초하여 다음과 같은 쟁점들을 다루고 있다.

첫째, 의료사고 및 의료분쟁에 대한 형사법적 책임과 민사법적 책임의 관계를 검토한다. 의료사고와 의료분쟁은 대부분 형사법적 쟁점과 민사법적 쟁점이 함께 맞물리는 영역이다. 새로이 제정된 의료분쟁조정법의 각 쟁점들 - 무과실 책임제도, 형사처벌특례조항, 손해배상금의 대불청구, 입증책임의 전환 등 - 만 보더라도 이를 확인할 수 있다. 이러한 이유로 두 책임영역의 관계를 검토하고, 형사법적 영역의 독자적인 기능에 대해 논의한다. 결론적으로, 의료사고에서 의료인에게 부과되는 형사제재는 규범의 준수를 통한 예방적 기능에 있다.

둘째, 의료사고에 대한 형사처분과 의료분쟁조정의 최근경향을 분석한다. 의료사고에 대한 형사처분과 의료분쟁조정의 최근 경향을 제시된 통계자료들을 통해 간략히 스케치한다. 의료사고와 관련한 소송사건과 분쟁조정신청 건수는 해마다 증가하는 추세를 보이고 있다. 특히, 소송 중에 형사소송은 최근에 꾸준히 증가하는 추세를 보이고 있다. 또한, 조정중재원의 출범 이후, 한국소비자원으로의 조정신청 건수가 감소할 것이라는 예측과는 달리, 한국소비자원에 신청된 조정건수는 해마다 증가하고 있다.

셋째, 영국, 독일, 일본 등 주요 국가들의 의료분쟁해결을 위한 다양한 조정제도들을 비교분석한다. 우리보다 앞서서 의료분쟁조정 제도를 운영하고 있는 세 국가는 공통적으로 의료분쟁조정에 당사자가 임의로 참여하고 있고, 그 결과가 구속력을 갖지 않고 소송을 제기할 수 있는 길을 열어놓고 있다. 그리고 대부분 당사자 간의 자율적인 대화를 중심으로 조정이 이루어진다.

넷째, 의료사고 및 의료분쟁에 대한 조정제도와 형사법의 임무를 검토한다. 이를 위해 회복적 사법의 관점에서 현행 의료분쟁조정제도를 조망할 수 있는지 여부를 논의하고, 동시에 의료분쟁을 중심으로 한 형사조정과의 관계 속에서 변화하고 있는 형사법의 임무와 책임귀속의 문제를 검토한다. 결론적으로, 현행 의료분쟁조정제도를 회복적 사법의 관점에서 바라보기에는 무리가 있다. 금전적 배상 이외에 당사자 상호간의 진정한 이해와 용서가 이루어질 수 있는 절차를 마련하고 있지 않기 때문이다. 그럼에도 불구하고, 의료분쟁조정제도는 전통적인 형사사법을 통한 문제해결과는 다른 장점들을 가지고 있다. 따라서 조정과 형사사법을 통한 분쟁해결방식은 상호보완 관계에 있어야 한다. 하지만, 의료분쟁조정법에 도입된 형사처벌특례제도는 기존의 의료사고에 대한 형사책임의 문제를 변화시키고 있기 때문에 제도의 유지나 확대에 있어서는 신중을 요한다.

다섯째, 의료사고에 대한 분쟁조정과 형사 제재의 합리적인 방안을 제시한다. 기본적으로 분쟁 당사자는 소송과 조정을 선택할 수 있어야 한다. 즉, 임의적 조정전치주의 하에 의료분쟁조정은 이루어져야 하며, 조정의 결과가 소송에 영향을 미쳐서는 안 된다. 또한, 조정과정에서는 당사자 상호간에 충분한 대화가 이루어질 수 있는 절차가 마련되어야 한다. 이러한 전제 하에서 조정중재원의 위상, 조정중재원의 조정제도, 손해배상금 대불제도, 불가항력 의료사고 보상제도, 형사처벌특례제도 등에 대한 개선방안이 제시된다.

제1장

KOREAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY

서 론

최 민 영

제1장

서 론

제1절 연구의 목적

의사와 환자의 신뢰관계를 바탕으로 이루어지는 의료행위는 악결과가 발생하였을 때, 양 당사자 간의 의료분쟁으로 발전할 수 있다. 의료인 측은 의료행위의 특수성으로 인한 악결과의 불가피성을 설명하지만, 이 설명을 받아들이기 어려운 환자 측에서는 의료사고를 의료분쟁으로 발전시킨다. 특히, 우리나라에서는 1989년 이래로 전 국민에 대한 건강보험이 실시되면서 진료를 받는 환자 수가 급증하고, 2000년 의료법의 개정으로 환자 측에서 진료기록에 자유롭게 접근할 수 있게 되면서 의료분쟁 사건은 더욱 증가하였다.[1] 이에 따라 1988년 이후로 지난 23년간 의료분쟁조정의 노력은 관련법 제정시도를 통해 지속되어 왔다. 그 결과, 2011년 3월 11일 '의료사고 피해구제 및 의료분쟁조정 등에 관한 법률'(이하, "의료분쟁조정법")이 제정되어 2012년 4월 8일부터 시행되어 왔다. 또한 의료분쟁조정법 시행 이후, 동법에 따라 의료분쟁의 독립적 조정기구로서 한국의료분쟁조정중재원(이하, "조정중재원")이 2012년 4월부터 출범하였다. 실제로, 조정중재원 출범 이후로 조정신청 접수건수와 조정 성립률은 증가세를 보이고 있고, 앞으로도 조정·중재 신청건수는 지속적으로 증가할 것으로 예상된다.

따라서 의료분쟁조정법상의 형사법적 쟁점과 그 밖의 주요쟁점들을 검토하고, 조정중재원과 의료분쟁조정제도를 통한 실제 의료사고와 의료분쟁 해결사례들을 분석하고, 이전의 사례들과 비교분석함으로써 조정중재원과 의료분쟁조정제도 운영의 유용

1) 김민중, 의료의 법률학, 2011, 20면 이하.

성 여부를 타진하고, 보다 나은 운영을 위한 개선방안을 도출할 필요가 있다. 본 보고서는 이러한 연구의 필요성에 기초하여 다음과 같은 목적을 지닌다. 첫째, 의료사고 및 의료분쟁에 대한 형사법적 책임과 민사법적 책임의 관계를 검토한다. 의료사고와 의료분쟁은 대부분 형사법적 쟁점과 민사법적 쟁점이 함께 맞물리는 영역이다. 새로이 제정된 의료분쟁조정법의 각 쟁점들 - 무과실책임제도, 형사처벌특례조항, 손해배상금의 대불청구, 입증책임의 전환 등 - 만 보더라도 이를 확인할 수 있다. 이러한 이유로 두 책임영역의 관계를 검토하고, 형사법적 영역의 독자적인 기능은 어디에 있는지 논의한다. 둘째, 의료사고에 대한 형사처분과 의료분쟁조정의 최근경향을 분석한다. 의료사고에 대한 형사처분과 의료분쟁조정의 최근 경향을 제시된 통계자료들을 통해 간략히 스케치하고자 한다. 의료분쟁조정법 시행 전후의 통계자료들은 의료사고 및 의료분쟁의 합리적인 형사규제를 위한 정책 제시에 도움이 될 것이다. 셋째, 영국, 독일, 일본 등 주요 국가들의 의료분쟁해결을 위한 다양한 조정제도들을 비교분석한다. 우리보다 앞서서 의료분쟁조정 제도를 운영하고 있는 국가들을 검토함으로서 각 국가의 제도가 우리에게 던져주는 시사점들을 구체적으로 논의한다. 넷째, 의료사고 및 의료분쟁에 대한 조정제도 및 형사법의 임무와 책임귀속의 관계를 검토한다. 이를 위해 회복적 사법의 관점에서 현행 의료분쟁조정제도를 조망할 수 있는지 여부를 논의하고, 동시에 의료분쟁을 중심으로 한 형사조정과의 관계 속에서 변화하고 있는 형사법의 임무와 책임귀속의 문제를 검토한다. 다섯째, 의료사고에 대한 분쟁조정과 형사제재의 합리적인 방안을 제시한다. 현재의 의료분쟁조정제도와 기존의 형사제재가 어떠한 관계로 정립되어야 하는지, 그리고 의료분쟁조정법의 주요 쟁점과 조정중재원의 위상과 역할을 중심으로 형사제재 뿐만 아니라 사법적 제재의 합리적인 정책 방향을 제시하고자 한다.

제2절 연구의 범위와 방법

본 보고서는 의료행위 및 의료사고의 개념과 법적 책임의 관계(제2장), 의료사고에 대한 법적 제재와 의료분쟁조정의 현황과 법제(제3장), 의료사고에 대한 분쟁조정과

형사책임의 비교법적 검토(제4장), 의료사고 및 의료분쟁에 대한 조정과 형사법의 임무(제5장), 의료사고에 대한 분쟁조정과 형사제재의 합리적인 방안(제6장) 순으로 연구의 범위를 설정한다. 이러한 연구는 주로 기존 문헌의 참조, 비교법적 검토, 사례연구 등을 기초로 하는 문헌연구 중심으로 이루어졌다. 하지만, 때에 따라서 각각의 장에서 전문가의 자문을 통한 연구가 수행되기도 하였다.

제2장

KOREAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY

의료행위 및 의료사고의 개념과 법적 책임의 관계

최 민 영

제2장

의료행위 및 의료사고의 개념과 법적 책임의 관계

제1절 의료행위 및 의료사고의 개념과 법적 성격

1. 의료행위 및 의료사고의 개념과 특징

가. 의료행위의 개념

1) 현행 법률의 정의규정

우선, 현행 법률 중에 의료행위를 정의하는 법률 규정으로는 의료법 제12조 제1항을 언급할 수 있다. 이에 따르면, 의료행위는 "의료인이 행하는 의료·조산·간호 등 의료기술의 시행"을 말한다. 여기서 '의료인'은 의사·치과의사·한의사·조산사 및 간호사(동법 제2조 제1항)를 지칭한다.[2] 이들 조항은 의료행위를 정의하고 있는 듯 보이지만, 실제로는 의료인 주체별로 행하는 각각의 행위유형을 나열하여 의료행위 개념을 간접적으로 제시하고 있다.[3] 이외에도, 의료법 제13조와 제14조는 "의료행위에 필요한 기구·약품, 그 밖의 시설 및 재료"를 의료기재라고 규정하고 있고, 의료법 제27조는 무면허 의료행위 등의 금지, 즉 "의료인이 아니면 누구든지 의료행위를 할 수 없으며 의료인도 면허된 것 이외의 의료행위를 할 수 없다"고 규정하고 있다. 다시 말해서, 전자의 규정은 의료행위 수단을 통해, 후자의 규정은 의료인과 면허라는 개념을 통해 의료행위 개념을 역시 간접적으로 추론케 한다. 이들 규정 역시 의료행위

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 진료보조 및 대통령령으로 정하는 보건활동을 임무로 한다(의료법 제2조 제2항).

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

의 개념을 적극적으로 정의하는 것이 아니라, 소극적·간접적으로 밝히고 있다.

이로 인해 의료법상의 의료행위 정의규정은 의료인, 의료행위, 의료기재 등의 용어를 반복하여 순환논리를 통해 의료행위를 정의하는 오류에 빠져 있다는 비판을 받아왔다.[4] 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 요양지도 등의 행위"로 규정하고자 하였다. 하지만 의료행위는 의료기술의 발전에 따라 변화가능성이 많고, 모든 의료인에게 공통되는 의료행위 개념을 입법 기술적으로 정의하는 것은 어려우며, 의료행위 개념을 신설한다고 하더라도 결국 구체적인 해석은 법원의 판례에 의존할 수밖에 없다는 이유로 이 정의규정은 삭제되었다.[5]

이후, 최근에 제정된 "의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률"(이하, "의료분쟁조정법")[6]에서 재차 의료행위를 "보건의료인(의료법 제27조 제1항 단서 또는 약사법 제23조 제1항 단서에 따라 그 행위가 허용되는 자를 포함한다)이 환자에 대하여 실시하는 진단·검사·치료·의약품의 처방 및 조제 등의 행위"라고 정의함으로서 이전의 의료법상의 규정보다는 적극적으로 의료행위의 실질을 밝히고자 하였다.[7] 하지만, 이 정의규정 역시 의료행위의 고유한 특성을 고려할 때, 적절치 않다는 비판에서 자유로울 수는 없을 것이다.

2) 기존 판례의 입장

대법원과 헌법재판소는 위 규정들을 기초로, 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. 기존 판례는 이처럼 의료행위를 의료행위의 목적, 의료행위의 주체, 위험성이라는 세 가지 표지를 통해 정의하고 있다.[8]

---

4) 김경제, 의료법 제27조 제1항의 의료행위와 명확성의 원칙 - 헌법재판소 2008헌가19등 (병합) 결정을 중심으로, 공법학연구 제13권 제1호, 2012, 295면 이하; 이상돈·김나경, 의료법강의 제2판, 2013, 2면 이하.

5) 곽명섭, 의료행위 개념의 법제화 논의과정에 대한 고찰, 법과 정책연구 제7집 제1호, 2007, 10면 이하.

6) 법률 제10566호, 2011.4.7. 제정.

7) 의료분쟁조정법 제2조 제1호.

이러한 판례의 개념정의는 다음과 같은 점에서 비판을 받고 있다. 첫째, 질병의 예방과 치료에 해당하는 행위들인 진찰, 검안, 처방, 투약, 외과수술 등의 행위유형은 추상적이어서 모든 행위를 의료행위로 파악할 수는 없다. 둘째, 의사 이외에 다른 보건의료인에게도 의료서비스의 자격요건을 허용하는 현행 제도에서 각각의 범위에 대한 필요자격 요건을 명시하지 않은 채 무면허의료행위를 제한하고 처벌하는 것은 무면허의료행위에 대한 한계 설정을 자의적으로 행할 수 있는 위험을 내포한다. 셋째, 의료행위는 기본적으로 신체에 대한 위험성을 내포하고 있다는 점에서 판례의 위험성 개념은 불명확하다.[9]

나. 의료사고 및 의료분쟁의 개념

1) 의료분쟁조정법상의 개념정의

현행 법률에서 "의료사고"와 "의료분쟁" 개념은 의료분쟁조정법 제2조 제1호와 제2조에서 규정한다. 이에 따르면, 의료사고란 "의료행위로 인하여 사람의 생명·신체 및 재산에 대하여 피해가 발생한 경우"를 말하고, 의료분쟁이란 "의료사고로 인한 다툼"을 말한다.[10]

보통 의료사고는 협의의 의료사고와 광의의 의료사고로 구분할 수 있다. 협의의 의료사고는 의료행위과정에서 발생하는 악결과만을 말한다. 이에 반해, 광의의 의료사고는 병원의 환자관리나 시설관리 면에서 발생하는 사고도 포함한다. 예를 들어, 병실 바닥이 미끄러워 넘어져서 부상을 입은 경우, 정신병자가 발작을 일으켜 같이 입원해 있던 다른 환자를 칼로 찌른 경우 등이 이에 해당한다.[11] 의료분쟁조정법상의

---

8) 대법 2004.10.28. 2004도3405; 대법 2003.9.5. 2003도2903; 대법 2002.8.23. 2002도2014; 2001.12.28. 2001도6130; 대법 1994.4.29. 94도89; 대법 1992.3.10. 91도3340; 대법 1987.12.8. 87도2108; 대법 1986.10.14. 86도1678; 헌재 2002.12.28. 2001헌마370; 헌재 2005.3.31. 2001헌바87.

9) 이인영, 앞의 논문, 43면 이하; 이상돈·김나경, 앞의 책, 5면 이하.

10) 의료분쟁조정법상의 "의료분쟁" 개념과는 달리, 의료분쟁을 "의료인 측과 환자 측간의 일어나는 모든 다툼"이라고 정의함으로서 폭넓게 이해하는 견해도 있다. 이에 따르면, 의료분쟁은 의료인의 실질적인 의료행위 의무위배로만 국한되어 발생하지 않고, 의료 자체의 비윤리적인 문제, 혹은 의사의 법적·윤리적 책임과 무관하게 환자 측의 자의에 의해서도 발생할 수 있다. 즉, 의료분쟁은 의학적인 측면에서의 의료사고로 인해 발생할 뿐만 아니라, 사회적 관계의 측면에서도 발생할 수 있다. 이에 대해서는 황만성, 의료인과 환자간의 갈등해소를 위한 법적·제도적 방안, 한국형사정책연구원, 2005, 54면 이하.

의료사고는 협의의 의료사고를 의미하는데, 본 보고서에서 다루고자 하는 의료사고도 이에 국한된다.

2) 구별개념: 의료과오와 의료과실

의료사고는 누구의 잘못이라는 평가를 하지 않고, 단지 예기치 못했던 악결과가 발생했다는 의미로 사용되는 가치중립적인 개념이다. 이에 반해, 의료과오나 의료과실은 일방의 잘못을 의미하는 법률적인 개념이다. 의료과오란 일반적으로 의료행위 과정에서 범한 의료인의 잘못으로 고의행위를 제외한 의미로 사용된다. 그리고 의료과실은 의료과오와 동일한 의미로 사용되기도 하고, 구분되어 사용되기도 한다. 의료과오와 의료과실을 구분하는 견해는 의료과오를 법적 책임을 지울 수 있는 의료행위의 잘못을 총칭한다고 본다. 이에 반해 의료과실은 의료과오가 있다는 것이 객관적으로 증명된 상태, 혹은 의사의 주의의무 위반에 대한 비난가능성을 의미한다고 본다.[12]

결론적으로, 의료과실과 의료과오를 구분하든 아니든, 의료사고는 의료과오나 의료과실보다 더 넓은 개념이라고 볼 수 있다. 의료사고는 의료인의 잘못으로 발생한 경우뿐만 아니라, 환자 측의 원인이나 원인불명 등의 사유로 인해 발생한 불상사까지 포함하는 용어이기 때문이다. 본 보고서는 의료행위 과정에서 발생한 악결과로 인해 환자와 의료인 간에 생긴 다툼인 의료분쟁을 다룬다. 즉, 의료행위로 인해 발생한 악결과가 누구의 과실인지 입증하기 이전에, 양 상대방 간에 생긴 의료분쟁을 조정하는 법률을 주로 다룬다는 측면에서 본 보고서는 의료과오와 의료과실이라는 용어보다는 의료사고라는 용어를 사용할 것이다.

다. 의료행위와 의료사고의 특징

1) 의료행위의 선의성·의료사고의 약한 행위반가치성

의료행위로 인한 의료사고는 의료인이 환자의 생명과 신체를 보호하기 위한 목적에서 의료행위 과정에서 주의의무를 다하지 못하여 발생한 사고이다. 따라서 일반적인 범죄와는 달리, 의료사고는 그 전제되는 행위 자체가 치료 목적의 선의성을 가지고

11) 김재윤, 의료분쟁과 법, 2015, 5면.
12) 정현미, 의료과오의 형사법적 책임, 한국형사정책연구원, 1998, 21면 이하; 김재윤, 앞의 책, 7면.

있다. 따라서 의료사고라는 악결과의 반가치성은 치료목적이라는 행위가치에 의해 상쇄된다. 즉, 의료사고에서는 형사 불법을 구성하는 행위반가치가 다른 범죄에 비해 상대적으로 약하다.[13]

2) 의료행위의 침습성·긴급성·위험성

의사의 환자에 대한 치료행위는 신체에 대한 침습이 전제된다. 또한 의료행위는 응급환자처럼 적절한 시기를 놓치면 나쁜 결과를 초래할 수 있으므로 긴급성이 요구되고, 이 자체가 의료사고를 발생시킬 수 있는 개연성을 높인다. 즉, 의료행위는 그 자체로 위험성을 내포하고 있는 행위라고 할 수 있다. 특히, 산부인과, 외과, 내과, 정형외과, 신경외과 등의 분야는 다른 진료과목보다 의료사고가 발생할 개연성이 높다.[14]

3) 의료행위와 의료사고 간 인과관계의 불확실성

의료행위와 이로 인해 발생한 의료사고 간의 인과관계는 대부분 불분명하다. 과실로 판단되는 의료행위가 창출한 위험이 모든 의료행위에 수반되는 통상적인 위험인지 여부 자체가 불명확하기 때문이다.[15] 예를 들어, 사람의 신체는 개인마다 예측하기 어려운 생물학적 특성을 지니고 있어서 동일한 치료법에도 환자 개인의 상태에 따라 그 효과가 동일하게 나타나지 않는다. 따라서 개개인 모두에게 동일한 기준으로 인과관계를 귀속시키기 어려울 때가 많다.

4) 의료행위의 전문성·재량성

의료행위는 고도로 숙련된 의사들에 의해 행해지고, 고도의 전문성이 요구된다. 다른 전문적인 직업과 비교해서도 그 전문성이 더 세분화되어 있고, 이를 획득하기까지 걸리는 시간 또한 더 길다. 이로 인해 의사의 의료행위는 고도의 판단능력에 따른 의학적 결단이 요구되고, 그만큼 의사 개인의 재량성 또한 크게 작용한다.[16]

---

13) 이상돈·김나경, 앞의 책, 155면; 황만성, 의료분쟁조정법상 형사처벌특례제도의 쟁점과 과제, 의료형사 사건의 최근 경향과 쟁점, 2011년 대한의료법학회 춘계학술대회 발표문, 2011, 9면.
14) 황만성, 앞의 발표문, 9면.
15) 이상돈·김나경, 앞의 책, 155면.
16) 김재윤, 앞의 책, 54면.

2. 의료행위 및 의료사고의 형법적 개념과 성격

가. 의료행위의 형법적 개념

앞에서 언급한 것처럼, 의료행위는 날로 빠르게 변화하는 의학기술과 모든 의료인의 의료행위에 공통되는 개념표지를 추출하기 어렵기 때문에 그 개념정의 또한 쉽지 않다. 특정한 용어들로 의료행위를 정의하면, 그 개념은 지나치게 추상적이거나 구체적이게 되어 개념정의 규정으로서 그 기능을 못할 수도 있다. 그럼에도 불구하고, 형법적 측면에서 의료행위로 인한 의료사고를 논할 때에는 의료행위를 "의술의 법칙에 맞추어 행해지는 치료목적의 신체침해행위"라고 정의한다.[17] 즉, 신체에 위해를 가하는 위험성 있는 행위라는 점에 중점을 둔다. 결국, 의료행위로 인한 의료사고의 범죄성립 여부를 가릴 때에는 의료행위의 침습성과 이로 인한 위험성이 그 논의의 기초가 된다.[18]

나. 의료행위 및 의료사고의 형법적 성격

기존의 다수설에서 의료행위는 구성요건에 해당하는 행위, 즉 가벌적이라고 판단되는 사회적 침해행위로 이해되었다. 단, 이 때 의료행위가 주관적인 치료목적과 객관적인 의술법칙에 합치되는 한, 형법 제20조의 업무로 인한 행위로서 그 위법성이 조각된다. 이렇듯 기존의 다수설과 판례는 의사의 치료행위에만 중점을 두어 의료행위를 이해하였다. 즉, 이러한 방식의 이해는 환자를 치료의 "객체"로만 이해하여 환자의 입장을 전혀 반영하지 못할 수도 있다. 뿐만 아니라, 이것은 의료인에게도 유리한 방식으로 작동하지 않을 수 있다. 왜냐하면, 의료행위가 처음부터 상해죄의 대상으로 전제되고, 의료행위가 실패하지 않았을 때에만 그 책임을 면하게 되기 때문에 의료인은 소극적인 방어적 진료로 일관하게 되기 때문이다. 궁극적으로 이것은 환자에게도 이롭지 못하다.[19]

---

17) 황산덕, 형법총론 제7판, 1989, 150면; 이재상·장영민·강동범, 형법총론 제8판, 2015, 281면; 임웅, 형법각론 제6정판, 2015, 58면; 이영란, 형법학 각론강의 제3판, 2013, 51면.

18) 류부곤, 의료분쟁에 대한 형법적 대처에 있어서 새로운 논의 – 의료행위에 대한 형법적 평가와 조정제도를 중심으로, 법학연구 제23권 제1호, 2015, 27면.

19) 기존 다수설로는 강구진, 형법강의 제2판, 1983, 62면; 배종대, 형법각론 제9전정판, 2015,

이러한 문제를 해결하기 위해 의료행위의 상해죄 구성요건해당성을 배제하려는 견해가 등장하였다.[20] 이 견해는 통상적인 "상해"행위와 건강을 개선하고 회복시키기 위해 일시적으로 신체의 침습을 동반하는 "의료"행위는 본질적으로 다르다는 점을 강조한다. 이에 따르면, 건강을 개선하는 성공한 의료행위는 우선, 구성요건해당성이 배제된다. 다음으로, 건강의 침해를 가져오는 실패한 의료행위라도 주관적인 치료목적, 의학적 적응성, 의술법칙과의 합치, 의사의 설명의무 이행 등의 요건이 충족되면 구성요건해당성이 배제되는 것으로 본다. 하지만, 이 견해도 종국적으로 건강상태가 악화되면 상해행위가 존재한다는 '결과' 중심의 평가를 전제로 한다는 점을 고려하면, 기존 견해와 다를 것이 없을 수 있다. 또한, 구성요건 단계에서 의료행위의 불법성을 인정할 수 있는 모든 개념표지들을 검토하면, 위법성 단계에서 최종적으로 해당행위의 불법성을 확정지을 필요도 없게 되기 때문에 구성요건 단계와 위법성 단계를 구분지우는 범죄체계론 자체가 별 의미가 없게 될 것이다.[21]

이와 달리, 최근에는 위와 같은 의료행위의 결과중심 평가를 탈피하고, 환자의 자기결정권을 강조하여 의료행위를 이해하려는 견해들이 있다. 이 견해에 따르면, 의사의 설명에 기초한 환자의 승낙이 있고, 의료적 침습행위가 의술법칙과 합치하면, 의료행위는 상해죄의 구성요건에 해당하지만, 형법 제24조 피해자 승낙의 법리에 따라 위법성이 조각된다.[22] 최근의 대법원 판례도 이와 같은 법리를 따르는 경향을 보이고 있다.[23] 이 견해는 의료인과 환자 양 측의 입장을 모두 존중하고, 형법의 전통적인 범죄체계와도 합치한다는 점에서 가장 타당한 것으로 보인다.

하지만, 의료행위는 대부분 상해죄의 고의범이 아니라, 업무상과실치사상죄라는 과실범으로 평가된다는 점을 고려할 때, 환자의 승낙은 위법성 단계가 아니라 구성요

88면 이하; 유기천, 개정형법학 제25판, 1984, 193면; 정영석, 형법총론 제5판, 1989, 157면; 황산덕, 앞의 책, 150면; 이에 대한 최초의 인정판결은 대법 1974.4.23. 73도714.

20) 김일수·서보학, 새로 쓴 형법각론 제8판, 2015, 51면 이하; 이재상·장영민·강동범, 앞의 책, 282면; 김영환, 의사의 치료행위에 관한 형법적 고찰, 형사법학의 과제와 전망(계산 성시탁 교수 화갑기념논문집), 1993, 270면 이하; 오상원, 의료행위의 형법적 성격, 안암법학 제10호, 2000, 111면 이하.

21) 김나경, 전단적 의료행위의 형법이론 구성, 형사법연구 제19권 제2호, 2007, 94면 이하.

22) 김나경, 앞의 논문, 103면 이하; 임웅, 앞의 책, 2006, 59면; 오영근, 형법총론 제3판, 2014, 244면; 김성천·김형준, 형법각론 제5판, 2015, 63면; 박상기, 형법학, 2013, 147면; 이영란, 앞의 책, 51면; 신동운, 형법총론 제9판, 2015, 348면.

23) 대법 2007.5.31. 2005다5867; 대법 2006.11.23. 2005다11688; 대법 2002.10.25. 2002다48443.

건 단계에서 검토되어야 한다는 반론도 존재한다.[24] 이러한 반론은 환자와 의사 양측의 입장을 고려한다는 점에서 전자의 견해와 맥락을 같이 한다. 하지만, 대부분의 의료사고는 과실범으로 평가된다는 현실을 반영하여 의료행위의 구성요건해당성을 애당초 배제시키고자 한다. 일견 타당한 견해지만, 우리 형법해석에서 의사의 설명의무에 기초한 환자의 승낙여부가 독자적인 불법판단기준으로 성립하려면, 보다 면밀한 형법적 검토를 요할 것으로 보인다.[25]

제2절 의료사고 및 의료분쟁에 대한 형사 책임과 민사 책임의 관계

1. 의료사고 및 의료분쟁의 형사상 쟁점과 민사상 쟁점

가. 민사상 쟁점

의료분쟁이 발생하였을 경우, 환자는 우선 의사나 병원을 상대로 민사상 채무불이행, 또는 불법행위로 인한 손해배상청구를 제기한다. 민사소송에서 의사의 채무불이행책임 혹은 불법행위책임이 성립하기 위해서는 의사의 과실, 위법성, 손해발생, 주의의무 위반(과실)과 손해 발생 사이에 인과관계의 존재 등의 요건을 충족해야 한다. 이때, 가장 문제가 되는 것은 의사의 과실과 인과관계의 존재를 입증하는 것이다. 즉, 환자가 증거를 가지고 과실과 손해, 그리고 그 사이에 인과관계가 있음을 증명해야 한다. 하지만, 의료행위는 고도의 전문성을 띤 행위인 만큼, 환자 측에서 입증은 매우 어렵다. 이로 인해 환자 측의 입증책임을 경감시켜 주는 이론과 판례가 전개되기도 한다.[26] 만약, 의사의 과실과 환자의 손해, 인과관계의 존재가 입증되면, 의사 혹은 병원 측은 환자에게 금전적 손해배상을 해야 한다. 이때, 손해는 재산적 손해와 비재산

---

24) 김용희, 의료행위의 형법적 성격 고찰, 법학논집 제32권 제2호, 2010, 98면; 류부곤, 앞의 논문, 29면 이하.

25) 더 자세히는 신동일, 형법상 의료행위와 '설명의무', 형사정책연구 제14권 제1호, 2003, 221면 이하.

26) 이에 대한 보다 자세한 설명은 김상영, 의료과오의 입증에 관한 판례동향, 부산지방변호사회지 제14호, 1997, 56-57면 참조.

적 손해(위자료)로 구분된다. 최근에는 의사가 환자에게 질병과 치료방법 등에 대해 충분히 설명하고, 환자가 이를 이해한 후, 환자의 자율성에 기초하여 치료행위를 결정하도록 하는 의사의 설명의무가 중요시되고 있다. 이로 인해 의사의 설명의무 위반 역시 손해배상 청구의 근거가 된다.

나. 형사상 쟁점

환자가 사망하거나 중대한 상해를 입는 의료사고가 발생하였을 경우, 환자 측은 민사소송과 함께 형사소송을 제기하기도 한다. 의료과실에 대한 형사소송에 있어서도 민사소송처럼 과실의 내용과 판단기준, 인과관계의 확정과 객관적 귀속, 과실의 입증 등이 중요쟁점이 된다. 이때, 형법 제268조의 업무상 과실치사상죄가 문제되고, 의료법상의 여러 규정들에 대해서도 형사책임을 물을 수 있다.[27] 형사소송에서는 민사소송과는 달리, 의료사고에 대한 환자 측의 입증책임을 경감시키는 이론적 경향을 수용하기가 다소 어렵다. 물론, 증거의 입증책임을 지는 검사가 고도의 전문성을 요구하는 의료행위로 인한 의료사고에 대하여 모든 증거를 증명하는 것은 어렵다. 그렇더라도, 실체적 진실발견과 죄형법정주의를 이념으로 하는 형사소송에서 검사의 입증책임을 완화시키는 것은 신중한 검토가 필요할 것이다.[28] 이외에도 형사소송에서는 민사소송처럼, 의사의 설명의무를 위반하고 행한 치료행위, 즉 전단적 치료행위의 형사책임을 어떻게 다루어야 하는지가 논의된다.

2. 의료사고 및 의료분쟁의 형사 책임과 민사 책임의 비교

가. 규범목적의 비교

민법은 채권자 혹은 피해자에게 발생한 손해를 전보하는데 중점을 둔다. 이때, 손해전보는 금전배상을 원칙으로 한다. 형법은 민법과 달리, 경제적인 손해전보를 목적으

---

27) 의료법상의 규정들로는 진료거부금지위반(제15조), 세탁물처리위반(제16조), 비밀누설금지위반(제19조), 태아의 성감별금지위반(제20조), 기록열람제한위반(제21조 제1항), 변사체신고의무위반(제26조), 무면허의료금지위반(제27조 제1항), 허위·과대광고금지위반(제56조), 면허증대여금지위반(제87조 제1호) 등이 있다.

28) 김재윤, 앞의 책, 195면 이하; 정현미, 앞의 보고서, 96면 이하.

로 하지는 않는다. 물론, 형법이 추구하는 규범목적이 법익의 보호인지, 사회 윤리적 심정가치의 보호인지, 아니면 이 둘 모두를 추구하는지에 대해서는 견해의 대립이 있다. 하지만, 형법은 민법처럼 금전적 손해배상을 기본적인 규범목적으로 하지 않는다.[29]

나. 인과관계와 객관적 귀속의 문제

객관적 구성요건 성립여부에서 핵심적 지위를 차지하는 인과관계와 객관적 귀속의 문제에서 민사상 불법행위책임과 형사책임은 전체적으로 유사한 구조를 지니면서 개별적인 차이를 보인다. 형사책임에서는 인과관계보다는 객관적 귀속 여부가 객관적 구성요건해당성을 판단할 때 중요한 역할을 한다. 이와 달리, 불법행위책임에서는 여전히 인과관계, 특히 상당인과관계가 불법행위책임 여부를 판단할 때 결정적인 역할을 한다.[30]

다. 책임귀속의 구조

책임귀속의 측면에서 보면, 민사책임과 형사책임은 상당히 유사한 구조를 지닌다. 물론, 민법은 형법과 달리 법률행위책임, 법정책임, 신뢰책임을 규율하고 있는데, 이 중에서 법정책임, 특히 불법행위책임이 형사책임과 유사하다. 민사상 불법행위책임과 형사책임은 각각의 책임성립을 위하여 고의나 과실을 필요로 한다. 고의에 대해서는 두 책임 모두 동일한 기준을 사용하지만, 과실의 판단기준에 있어서는 차이를 보인다. 민사상 불법행위책임에서는 객관적 과실을 기준으로 그 성립여부를 판단하지만, 형사책임에서는 객관적 과실(객관적 주의의무 위반)과 함께 주관적 과실(주관적 주의의무 위반)을 책임의 판단기준으로 이용한다. 즉, 전문가로서 의사가 결과발생을 방지할 수 있는 개인적 능력과 의학적 수준을 갖추고 있어야 한다.[31] 이러한 책임귀속의

---

29) 이것은 "양천수, 의료사고에서 민사책임과 형사책임의 관계 – 법이론의 관점에서, 의료분쟁조정과 형사책임 – 한국형사정책연구원 내부 워크숍, 2015.08.27." 발표문 가운데 일부내용을 인용한 것이다.

30) 물론, 불법행위책임에 대한 학설 가운데는 상당인과관계가 아닌 다른 기준으로 책임귀속여부를 판단하려는 시도가 이루어지기도 한다.

31) 김재윤, 앞의 책, 149면; 양천수, 앞의 내부자료.

차이 때문에 형사상 과실이 인정되면 민사상 과실 책임은 인정된다. 하지만, 민사상 과실이 인정된다고 하여 바로 형사상 과실인정으로 이어지는 것은 아니다. 형사상 과실인정과 의사의 의료행위 간의 인과관계 입증은 민사의 경우보다 더 어렵다.[32] 그러나 판례는 형사책임과 민사책임 모두에서 객관적 주의의무 위반을 기준으로 책임 성립 여부를 판단한다.

라. 입증책임

형사사건과 민사사건은 실제 소송에서 입증책임의 정도가 다르다. 형사소송의 경우에는 "의심스러운 경우에는 피고인에게 유리하게"의 원칙에 따라 피고인인 의사 측의 과실 입증이 어려우면 피고인에게 유리한 판단을 해야 한다. 하지만, 민사소송의 경우에는 의사 측의 과실을 추정할 수 있고, 중대한 진료과실이 발생한 경우에는 입증책임이 의사에게 전환되거나 환자 측의 입증책임이 경감될 수 있고, 더 나아가 피고 측으로 입증책임이 전환될 수도 있다.[33]

마. 소송의 절차와 성격

소송절차와 성격에 있어 민사소송은 당사자주의를 취한다. 특히, 처분권주의와 변론주의가 민사소송 전반을 지배한다. 이와 달리, 형사소송에서는 직권주의가 적용된다. 처분권주의와 변론주의가 형사소송에서는 적용되지 않는다. 이러한 소송구조의 차이로 인해 동일한 사건을 대상으로 소송에 따라 그 결론이 달라지기도 한다. 왜냐하면, 민사소송의 경우에는 처분권주의로 인해 원고 측의 태도가 소송 결과에 영향을 미치지만, 형사소송에서는 영향을 미치지 않기 때문이다. 예를 들어, 민사소송에서는 원고의 의사에 따라 소송수행의 계속 여부부터 소 취하, 손해배상액의 인상까지 가능하다. 하지만, 형사소송에서는 원고 의사와 별개로 공익을 위한 수사가 진행된다. 따라서 민사소송에서 의사의 의료사고로 인한 불법행위책임이 인정되더라도 형사소송에서는 의사의 형사책임이 인정되지 않을 수 있고, 그 반대의 경우도 가능하다.[34]

---

32) 김재윤, 앞의 책, 149면.
33) 김재윤, 앞의 책, 110면 이하.
34) 김재윤, 앞의 책, 150면 이하; 양천수, 앞의 내부자료.

바. 민사판결과 형사판결의 비교

실제 아래의 두 판결은 동일한 사건에 대해 민사소송과 형사소송에서 다른 결론을 보이고 있다. 민사소송에서는 의료사고에서 의사의 과실을 추정하여 의사 측의 민사책임을 인정하였지만, 형사소송에서는 의사의 객관적 주의의무(결과발견 예견가능성과 회피가능성) 위반에 대한 검사 측의 입증이 없다고 하여 형사책임을 인정하지 않았다.

1) 사실관계

원고는 입이 벌어지지 않는 증상을 주소로 2011년 2월 28일 피고가 운영하는 병원(이하, “피고 병원”)에서 피고 병원 치과의사로부터 양측 악관절 강직증 진단을 받았다. 원고는 2011년 3월 22일 피고 병원에 입원하여 3월 23일, 치과의사 등으로부터 양측 악관절 성형술(이하, “이 사건 수술”)을 시행 받았다. 이 과정에서 담당 치과의사는 우측 하악과두를 박리하는 과정에서 유착된 조직을 분리시키는 기구인 프리어(freer)를 사용하다가 프리어 앞부분이 3cm 가량 파손되어 원고의 체내에 떨어졌고, 이후 우측 하악과두 부위에 출혈이 발생하자 담당의사는 거즈를 이용하여 압박지혈을 시행한 후 반대쪽 좌측 하악과두에 대한 수술을 시행하여 이를 완료하였다. 이후, 담당 치과의사는 다시 우측 하악과두에 대한 수술을 시행하여 하악과두를 삽입하기 전에 프리어 파편을 찾고자 했으나, 찾지 못하여 3월 23일 이동식 엑스레이 촬영을 하여 프리어 파편 위치를 확인한 후에 다시 탐색했으나 찾지 못했다. 이에 담당의사는 수술 부위를 봉합하고, 이 사건 수술을 종료하였다.

피고 병원 의료진은 2011년 3월 23일 원고를 중환자실로 전실하였다. 원고의 의식이 회복되지 않자, 담당의사는 같은 날 피고병원 신경외과에 협진을 의뢰하고, 원고의 뇌 시티 검사를 시행하였다. 검사결과 우측 뇌출혈 및 뇌부종 등의 소견이 확인되었고, 프리어 파편이 우측 전두엽에 있는 것으로 확인되었다. 이에 피고병원 신경외과 의료진은 3월 24일 원고에 대해 우측 두개골 절제술 및 혈종제거술을 시행하였다. 또한 위 수술 부위에 감염이 발생하여 피고 병원 신경외과 의료진은 4월 5일 염증 제거를 위해 광범위한 우측 뇌조직 절제술을 시행하였고, 위 수술 중 뇌조직을 제거하는 과정에서 프리어 파편도 제거되었다. 이로 인해 원고는 뇌손상을 입어 저작 및 개구장

애, 안면신경 마비, 사지 부전마비 등이 발생하였다.

2) 민사책임 인정

위 사안에 대해 법원은 담당의사의 과실을 인정하고, 피고 병원이 사용자로서 원고에게 손해배상책임을 진다고 판결하였다. 판결이유는 다음과 같다.[35]

이 사건 수술을 시행한 의사는 "프리어에 과도한 힘을 주어 프리어가 부러지게 해서는 안 되고, 프리어가 부러지더라도 이를 즉시 제거하여 부러진 프리어의 파편에 의해 주변 조직이 손상을 입지 않도록 해야 하고, 이를 찾지 못하거나 제거하지 못할 경우 프리어 파편이 두개강 내로 들어갔을 가능성을 대비하여 전문가인 신경외과 의사에게 자문을 구하거나 신경외과 의사를 호출하여 프리어 파편을 제거하게 해야 할 업무상 주의의무가 있었다."

하지만, 담당의사는 "수술과정에서 프리어를 사용하던 중 프리어에 과도한 힘을 주어 프리어가 파손되게 하였고, 그 프리어 파편을 곧바로 찾지 않고 만연히 거즈를 이용하여 압박지혈을 하는 등의 과정에서 프리어 파편이 두개강 내 뇌심부까지 밀려 들어가게 하였으며, 이후 엑스레이 촬영을 하여 프리어 파편의 위치를 확인한 후에 탐색을 하였으나 프리어 파편을 찾지 못하였음에도 신경외과 의사 등에게 도움을 요청하지 않고 만연히 수술 부위를 봉합하고 이 사건 수술을 종료하였다. 위와 같은 과실로 인하여 프리어 파편이 원고의 뇌심부까지 밀려 들어가 원고에게 뇌출혈 및 뇌부종이 발생하였고 이를 치료하기 위해 2회에 걸쳐 뇌수술을 받게 하여 원고로 하여금 뇌손상 등을 입게 하였다. 따라서 피고는 피고병원 소속의사의 사용자로서 위와 같은 과실로 인하여 발생한 손해를 배상할 책임이 있다."

3) 형사책임 부정

위 사건에 대해 원고는 업무상과실치상죄로 기소되어 1심에서는 벌금 10,000,000원을 선고받았고(프리어에 과도한 힘을 주어 프리어가 부러지게 한 과실에 대해서는 무죄를 선고함), 항소심에서는 금고 8월에 집행유예 2년을 선고받았으나(1심에서 무죄로 판단한 부분에 대해 유죄를 인정하여 1심 판결을 파기함), 대법원은 무죄의 취지로 원심판결을 파기하고 환송하였다.[36]

---

35) 서울중앙지법 2014.2.14. 2011가합96951.

법원은 원심의 판단을 다음과 같은 이유로 인정하지 않았다. "의료사고에서 의사에게 과실이 있다고 하기 위하여는 의사가 결과발생을 예견할 수 있고 또 회피할 수 있었는데도 이를 예견하지 못하거나 회피하지 못하였음이 인정되어야 하며, 과실의 유무를 판단할 때에는 같은 업무와 직종에 종사하는 일반적 보통인의 주의정도를 표준으로 하고, 사고 당시의 일반적인 의학의 수준과 의료환경 및 조건, 의료행위의 특수성 등을 고려하여야 한다(대법원 2011. 9. 8. 선고 2009도13959 판결 등 참조). 그리고 형사재판에서 공소가 제기된 범죄사실은 검사가 입증하여야 하고, 법관은 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 증거를 가지고 유죄를 인정하여야 하므로, 그와 같은 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다고 하더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없다(대법원 2002. 12. 24. 선고 2002도5662 판결 등 참조)."

이어서 법원은 다음의 구체적인 이유들을 언급하며 의사의 과실을 인정하지 않았다. "① 프리어를 수입하여 이 사건 병원에 공급한 회사는 관련 민사사건에서의 사실조회회신에서 프리어는 골막분리기의 일종으로 잇몸이나 뼈 주변을 감싸고 있는 얇고 연한 막을 박리할 때 사용하는데, 통상 10~15kg 이상의 하중까지도 견딜 수 있으므로 이 사건에서와 같이 얇고 연한 막을 박리하다가 프리어가 부러지는 것은 불가능하고, 다만 오랜 기간 동안 사용하였을 경우에 한하여 소독시 고열에 장시간 노출되거나 단단한 바닥에 떨어뜨리면 부러질 수 있다고 회신한 사실, ② 관련 민사사건의 진료기록감정에 의하더라도 프리어의 강도 및 굵기에 비추어 볼 때 수술 중 의사의 과도한 힘에 의하여 프리어가 부러질 가능성은 매우 희박하고, 다만 기구의 사용 연한이 오래되면 가벼운 동작에 의하여도 피로파절될 가능성은 있는 사실, ③ 피고인은 수사기관에서 이 사건 수술 2일 전에도 이 사건 프리어를 정상적으로 사용하였으며, 수술 전에 이 사건 프리어의 이상 유무를 확인했으나 별다른 이상이 없어 보였고, 박리를 하는 과정에서 가하는 힘이 그렇게 크지는 않기 때문에 부러질 줄은 몰랐다고만 진술한 사실, ④ 그 밖에 이 사건 프리어가 파절된 원인이나 피고인이 수술 중 과도한 힘을 주었다는 점에 부합하는 증거는 없는 사실 등을 알 수 있다. 이러한 사실관계를

36) 서울중앙지법 2013.6.27. 2011고단7512; 서울중앙지법 2013.11.7. 2013노2280; 대법 2014.5.29. 2013도14079.

앞서 본 법리에 비추어 보면, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인이 이 사건 프리어를 사용하면서 과도한 힘을 준 과실이 있다고 단정하기 어려울 뿐만 아니라, 피고인으로서는 통상 10~15kg 이상의 하중을 견딜 수 있는 이 사건 프리어가 얇고 연한 막을 박리하는 수술 과정 중에 부러질 수 있다는 결과를 예견할 수 없었다고 보이므로 설령 피고인이 이 사건 프리어를 사용하면서 약간 힘을 주었다고 하더라도 그것을 과실이라고 보기는 어렵다."

3. 의료사고에 대한 형사처벌의 의의와 한계

가. 의료사고와 형사책임의 한계

1) 형사판결의 한계

이처럼, 동일한 의료사고를 대상으로 객관적 과실 인정여부를 판단하면서도 민사상 손해배상책임과 형사상 업무상 과실치(사)상 책임을 인정하는 데에는 다른 기준이 작동한다. 이것은 위의 사례처럼 굳이 민사판례와 형사판례를 비교하지 않더라도 알 수 있다. 아래의 의료사고(뇌동맥류 오진사건)는 제1심과 제2심에서는 의사의 업무상 과실을 인정하였지만, 대법원이 이를 부정하여 원심판결을 파기·환송하였다.[37]

[사실관계] 피해자(43세)는 1992. 6. 23.경부터 1주일간 도끼로 머리를 찍는 듯한 격심한 두통과 분출성 구토 증세를 보였고, 같은 해 7. 12.경 같은 증세와 함께 머리를 두 손으로 감싸고 "아이구, 아이구"하는 비명까지 지르는 등, 분출성 구토를 동반한 심한 두통증세를 보여, 같은 해 7. 20.경 위 병원 내과에서 외래진료를 받았고, 고혈압이라는 진단하에 혈압강하제를 복용하였으나, 여전히 위 병세가 낫지 아니하여, 위와 같은 두통과 구토에 관한 전문적인 진찰과 치료를 받기 위하여, 같은 해 8. 1.부터 15일간 동작구 소재 병원에 입원을 하게 됐다.

[제1심] 피해자에 대한 자세한 병력과 증세, 건강상태 등에 관하여 정확히 문진하여 위와 같은 증상을 파악함과 동시에, 초진 시 피해자의 측정혈압 수치가 130mmhg으로 최저혈압이 정상인보다 많이 높았기 때문에, 피해자가 단순 고혈압이 아닌 뇌압상승에 의한 2차성

37) 대구지법 2009.8.27. 2009고단49; 대구지법 2009.11.25. 2009노3100; 대법 2011.9.8. 2009도13959.

고혈압, 즉 뇌동맥류 파열에 의한 뇌지주막하 출혈 등 병인성 고혈압일 가능성이 충분하였으므로, 그 원인에 대한 정확한 진단을 위하여 뇌 씨티촬영, 척수액검사 등의 정밀검사조치를 취하여, 피해자의 두뇌에 있는 뇌동맥류 파열 여부를 조기발견하고, 뇌동맥류 제거수술을 함으로써 뇌동맥류의 대파열을 사전에 방지 할 수 있었음에도, 피고인에게 신경과 협의진료를 보내어 회신 받은 내용인 "뇌신경에 이상이 없다"는 취지의 위 소견을 경솔히 오신한 나머지, 피해자에 대한 병세를 제대로 관찰 내지 진단을 하지 아니하고, 혈압강하제만 계속 투여하면서 피해자의 위와 같은 병세 및 입원동기와는 무관한 복부 씨티촬영, 간초음파 검사를 실시하는 등 오진을 하여, 입원기간동안 계속적으로 진해되어 온 뇌동맥류 파열에 의한 지주막하출혈을 발견하지 못하고, 피고인은, 같은 해 8. 3.경 위 병원 신경과에서 피고인의 협의진료 요청을 받았으면, 피해자의 두통과 구토증세에 관한 정확한 병력, 두통의 초발시기, 두통의 부위와 강도 및 지속성 여부, 분사성 구토의 동반 여부 등에 대한 상세하고 정확한 문진과 아울러 안구운동 및 안저 검사, 대광반사, 구역반사 등을 포함한 뇌신경검사, 경부항직검사 등을 실시하여, 두통과 분사성 구토로 인하여 입원한 피해자의 뇌동맥류 파열에 의한 지주막하 출혈 가능성 여부를 면밀히 검토하여 진단하여야 함에도, 형식적인 문답과 무릎을 두드려 보는 타전검사만을 한 채, 위와 같은 기본적인 필수검사조차 실시하지도 아니함으로써, 위 증세를 발견하지 못한 채 정상인과 다름없다는 취지인 "이상소견 없다"고 오진을 하는 등, 피고인들의 위와 같은 순차적 업무상 과실로 인하여 피해자들에게 혈압강하제만 투여하였을 뿐, 뇌지주막하 출혈에 대한 근본적 치료를 하지 못함으로써, 피해자로 하여금 입원기간 내인 같은 해 8. 10.경 뇌동맥류 소파열에 의한 1차 지주막하 출혈을 야기시키고, 같은 해 11. 10. 2차 출혈을 야기 시키고, 같은 해 11. 19경 뇌동맥류 대파열에 의한 지주막하출혈로 인하여 같은 해 12. 4.경 병원에서 뇌동맥류 결찰수술을 받았으나, 회복되지 못하고 의식불명상태인 이른바 식물인간의 상태에 이르게 하는 상해를 입게 하였다.

[항소심] 피고인1은 내과 전문의, 피고인2는 내과 레지던트, 피고인A는 1992. 8.경 해당병원 신경과 전문의, 피고인B는 내과 전문의, 피고인C는 내과 레지던트이다. 피해자가 ooo병원에 입원하기까지 피해자에게는 지주막하출혈의 전형적인 증상인 격심한 두통과 분출성 구토 등이 나타났고, 내과 전문의인 피고1은 두통과 구토에 관한 전문적 진찰과 치료를 위하여 입원을 권유하여 피해자가 위 병원에 입원하게 되었고, 담당 의사인 피고인2는 뇌전산화단층촬영 및 뇌척수액검사를 하기로 진료계획을 세워 놓았던 사실, 그럼에도 불구하고 피고인들은 A에게 위와 같은 정밀검사의 필요 여부를 묻지도 아니한 채 A의 진료 회신서 만을 믿고 뇌혈관계통 질환을 배제한 채 다른 검사만을 한 결과 피해자의 계속되는 두통에 대해서는 단순한 편두통 내지 고혈압, 구토에 대해서는 단순한 만성위염, 지방간으로 인한 것으로 오진함으로써 피해자로 하여금 치료시기를 놓치게 하여 사지부전마비상태에 이르게 한 사실이 인정된다. 비록 내과 전문의인 피고인1과 내과 1년차 수련의인 피고인2에게 직접 신경과

소관인 지주막하출혈을 진단, 치료하기를 기대할 수는 없다 하더라도, 피고인들로서는 다시 그 때까지의 진료 경과에 비추어 피해자의 두통과 구토 증세에 관한 정확한 병력, 두통의 부위와 강도 및 지속성 여부, 분출성 구토의 동반 여부 등에 대하여 문진하고, 필요한 검사를 실시하거나 재차 협의진료를 요청하는 등 적절한 조치를 취하였어야 함에도 불구하고, A의 "현재로서는 이상 소견 없어 보입니다."라는 소견만을 경솔히 신뢰한 채 이를 게을리 하여 위와 같은 결과를 야기하였다 할 것이어서, 피해자에 대한 담당 주치의 및 전문의로서의 업무상의 주의의무를 다하였다고 볼 수 없으므로, 피고인들에게 과실이 없다고 할 수 없고, 또한 위에서 본 지주막하출혈을 의심할 만한 피해자의 여러 가지 증상과 당시의 의료 기술 수준에 비추어 위와 같은 오진이 불가피하였다고 볼 수도 없으므로, 이 부분 항소논지는 모두 이유 없다.

[대법원] 피해자는 1992. 6. 23.경부터 1주일간과 같은 해 7. 중순경 격심한 두통과 구토 증세를 보여 그 치료를 위하여 같은 해 7. 20. 위 병원 내과에서 소화기내과 전문의A와 순환기내과 전문의B로부터 외래 진료를 받았고, 같은 달 27. B로부터 다시 외래진료를 받았으나 모두 고혈압으로 진단되어 혈압강하제를 복용하였는데, 위 병세가 낫지 않아 두통과 구토에 관한 전문적 진찰과 치료를 위하여 1992. 8. 1.부터 같은 달 14.까지 위 종합병원에 입원하게 된 사실, 피해자나 가족은 입원 당시 피해자가 1992. 6.말경부터 위와 같은 증세와 속이 울렁거리고 메스꺼우며, 목이 뻣뻣한 증세로 고통을 받고 있다고 말하였으나, 실제로 입원 당시 피해자의 두통은 종전보다 완화된 상태였고, 목이 뻣뻣한 상태와 속이 울렁거리고 메스꺼운 상태는 남아 있었으나 입원 이후 구토를 하지는 아니하였던 사실, 피고인 2가 주치의로서, 피고인 1이 내과 전문의로서 피해자를 함께 진료하던 위 입원기간 중이나 피고인 1이 피해자의 퇴원 후 외래진료를 담당하였던 1992. 10. 19.경까지의 기간 동안에는 피해자에게 뇌지주막하출혈을 의심할 만한 정도의 두통과 구토 증세가 보이지 않았던 사실, 피고인 2는 피해자가 1992. 8. 1. 입원한 이후 주치의로서 일반적으로 요구되는 문진을 한 후, 이학적 검사와 신경학적 기본검사인 뇌신경 검사, 뇌막자극징후(경부항직), 감각신경, 운동신경, 심부전 반사 등을 실시하였으나 모두 정상으로 나타나자, 일응 피해자의 질환을 본태성 고혈압으로 추정하면서 일과성 허혈성 발작(뇌혈관 질환), 뇌막염 등에도 의심을 둔 후, 우선 내과 영역인 고혈압에 대한 치료를 수행하는 한편, 피고인 1과 의논을 거쳐 같은 달 3. 뇌혈관 질환 및 뇌압상승 등이 피해자의 증세의 원인일 가능성이 있는지 확인하기 위하여 같은 병원 내의 전문과인 신경과에 협의진료를 요청한 사실, 위와 같은 협의진료 요청을 받은 같은 병원 신경과 전문의 공소외 1은 피해자에 대한 문진과 안구운동 검사, 대광반사, 구역반사 등을 포함한 뇌신경검사, 운동검사, 감각검사, 경부항직 검사, 안저검사 등을 실시한 후, 피해자에게 이상 소견이 없어 보인다고 회신한 사실, 이에 피고인들은 위와 같은 협의진료 회신 결과를 믿고 그 이전 피고인 2가 피해자에 대하여 실시하려고

계획하였던 뇌전산화단층촬영 및 뇌척수액 검사 등을 실시할 필요가 없다고 판단한 후 피해자에게 뇌혈관계통 질환이 있을 가능성을 염두에 두지 않고 내과적 검사 및 고혈압에 대한 치료를 계속한 사실, 피해자는 입원 후 1주일 정도 지나면서 두통 증세가 경미하게 된 데 이어 점차로 두통과 구토증세가 없어지고, 혈압도 잘 조절되기에 이르자 피고인들은 같은 달 14. 피해자를 퇴원하도록 조치한 사실, 피해자는 퇴원 후 같은 해 10. 19. 피고인 1로부터 마지막 외래진료를 받기까지 두통과 구토 등 별다른 이상 없이 잘 지냈던 사실, 뇌동맥류파열에 의한 지주막하출혈은 뇌의 지주막과 연막 사이를 통과하는 뇌의 동맥 일부분이 주로 선천적인 요인으로 약하여 세월이 흐름에 따라 동맥의 내압(혈압)에 눌리어 서서히 부풀어 올라 풍선이나 혹 모양으로 되었다가, 이 부풀어 오른 부분(뇌동맥류)이 동맥의 내압에 견딜 수 없게 되어 파열하면서 뇌압을 상승시키는 질환인 사실, 경미한 뇌동맥류 파열에 의한 소량의 지주막하출혈은 뇌전산화단층촬영을 하더라도 발견할 가능성이 낮고, 뇌출혈 분야를 전문하는 의사가 아니라면 경미한 뇌동맥류 파열에 의한 소량의 지주막하출혈을 진단하기 어려운 사실, 입원하기 전 피해자에게 나타난 지주막하출혈은 경미한 뇌동맥류 파열에 의한 소량의 지주막하출혈로서 피해자의 입원 기간 중 또는 피고인 1의 외래진료 기간 중 뇌전산화단층촬영을 하거나 뇌척수액 검사를 하였다고 하더라도 이를 발견하기는 결코 쉽지 않았을 것으로 보이는 사실을 알 수 있고, 위와 같은 피해자에 대한 진료의 경과, 내과의사로서는 경미한 뇌동맥류 파열에 의한 소량의 지주막하출혈을 발견하기 어려운 점, 특히 피고인들이 신경과 전문의에 대한 협의진료 결과 피해자의 증세와 관련하여 신경과 영역에서 이상이 없다는 회신을 받았고, 그 회신 전후의 진료 경과에 비추어 그 회신 내용에 의문을 품을 만한 사정이 있다고 보이지 않자 그 회신을 신뢰하여 뇌혈관계통 질환의 가능성을 염두에 두지 않고 내과 영역의 진료 행위를 계속하다가 피해자의 증세가 호전되기에 이르자 퇴원하도록 조치한 점 등에 비추어 볼 때, 내과의사인 피고인들이 피해자를 진료함에 있어서 지주막하출혈을 발견하지 못한 데 대하여 업무상과실이 있다고 단정하기는 어렵다.

2) 의료행위의 특수성과 형법의 보충성 원칙

이처럼 의료사고에서 형사책임을 인정하기 어려운 것은 위에서도 언급한 것처럼, 의료행위의 특수성으로 인해 의료과실과 의료사고 결과 간의 인과관계 입증이 어렵기 때문이다. 무엇보다도 동일한 사건에 대해 민사상 책임을 인정하더라도 형사상 책임을 인정하지 않은 사례들도 존재한다. 왜냐하면, 형법에서는 보충성 원칙이 지배하기 때문이다. 즉, 의사의 과실에 대한 국가 형벌권은 의료사고로 인한 의료분쟁을 해결하기 위해 최후수단으로 투입되어야 한다. 만약, 의료사고에서 국가형벌권을 지나치게 이르게, 혹은 자주 투입한다면, 이는 의사들의 방어진료 혹은 진료기피 현상을 초래하

게 될 것이다. 궁극적으로 이것은 환자에게도 이롭지 못하다. 따라서 의료사고에서 형사책임을 인정하는 데에는 신중한 접근이 필요하다.

나. 형사책임의 독자적 인정 필요성

그렇다면, 의료사고의 책임귀속에서 형사책임을 독자적으로 인정할 필요성이 어디에 있는지 문제를 제기할 수 있다. 의료사고의 책임귀속은 대부분 민사상 손해배상책임으로 귀결된다고 생각할 수 있기 때문이다. 의료사고에서 형사책임을 독립적으로 인정할 필요성은 무엇보다도 규범의 준수를 통한 예방적 기능에 있다. 의료사고에서 민사책임으로의 귀속 과정에서는 개인의 책임원칙 뿐만 아니라, 손해를 공평하게 부담하기 위한 '공평 또는 형평의 원칙'도 적용된다. 이 원칙은 앞의 언급처럼, 입증책임의 완화나 경감으로 나타나기도 하고, 이후의 손해배상액 산정에서 과실상계를 통해서도 볼 수 있다. 이에 반해, 형사책임으로의 귀속은 엄격하게 과거에 발생한 의료사고에 대한 개인의 책임에 국한된다. 이렇게 되면, 형사책임 인정과정에서는 민사책임 인정과정에서보다 더욱더 "의료행위의 적정성" 여부에 중점을 두고, 상대적으로 의료논리에 더 집중하게 된다. 그리고 이 과정을 통해 의료인에게 부과되는 형사제재는 민사상 배상보다 규범의 예방적 기능과 준수기능을 더 잘 충족할 수 있게 할 것이다.[38]

38) 물론, 이러한 쟁점은 의료사고에 있어서 민사책임의 인정범위보다 형사책임의 인정범위를 좁게 규율해야 한다는 쟁점과는 별개의 문제이다. 더 자세히는 이상돈, 의료체계와 법 - 의료보험, 의약분업, 의료분쟁해결의 법철학적 성찰, 2000, 236면 이하.

제3장

KOREAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY

의료사고에 대한 법적 제재와 의료분쟁조정의 현황과 법제

최 민 영

제3장

의료사고에 대한 법적 제재와 의료분쟁조정의 현황과 법제

제1절 의료사고 및 분쟁의 현행 해결방안

1. 소송

본 보고서에서 다루고자 하는 의료사고는 손해배상을 전제로 하는 민사소송이나 의사의 업무상 과실치사상죄 여부를 다투는 형사소송의 형태로 제기된다. 최근에 의료사고와 관련하여 형사 고소된 건수와 민사소송이 제기된 건수는 아래와 같다. 아래 표와 같이, 의료사고로 인한 의료분쟁 사건은 해마다 증가하는 추세이며, 특히 형사고소가 제기된 건수의 증가추이가 높다.[39] 이러한 경향성은 의료사고의 경우, 환자가 입증책임의 부담을 덜기 위해 민사상 배상을 목적으로 형사소송을 이용하고자 하는 경향과 의사의 형사처벌을 통해 보상심리를 충족하려는 환자의 정서 때문인 것으로 추정된다. 하지만, 의료사고는 대부분 무혐의 처리되는 경우가 많으며, 이러한 경우 민사판결에도 영향을 주게 되므로 형사고소 또한 신중히 할 필요가 있다. 게다가 근래의 의료법 개정을 통해 진단서 등의 진료기록 확보가 이전보다 용이해진 상황을 고려하면, 입증책임의 부담을 덜기 위한 목적으로 형사소송을 이용하고자 하는 시도는 그 실익이 크지 않을 것으로도 보인다.[40]

---

39) 의료갈등의 발생원인과 전반적인 증가요인을 분석한 문헌으로는 황만성, 앞의 보고서, 23면 이하.

40) 김경례, 의료사고에서 민사책임과 형사책임의 한계설정 – 형사판례와 분쟁사례를 중심으로, 의료분쟁조정과 형사책임 – 한국형사정책연구원 내부 워크숍, 2015.07.23., 발표문 내부자료 인용.

〈표 3-1-1〉 연도별 의료사고 관련 형사공판 및 민사소송 건수[41]

단위 : 건

연도	2009년	2010년	2011년	2012년	2013년
형사공판	798	827	818	878	983
민사소송	911	871	876	895	1,101

2. 소송 이외의 방법

가. 화해

화해는 소송계속과 무관하게 법관 면전에서 화해의 합의가 이루어진 경우를 재판상 화해라 하고, 그 이외 화해의 합의를 재판외 화해라고 한다.

1) 재판외 화해

분쟁 당사자가 서로 양보하여 분쟁을 끝낼 것을 합의하고, 새로운 약정을 하면 당사자가 합의한 내용에 대해 새로운 법률관계가 창설된다(민법 제731조, 732조). 의료분쟁의 경우에도 당사자 간에 분쟁을 끝내고, 새로운 약정을 하게 되면 민법상의 화해계약에 의해 보통의 채권·채무 관계만 남게 된다. 화해계약은 의사표시를 요소로 하는 법률행위이므로 무효·취소 규정이 적용되지만, 착오를 이유로 취소할 수 없고(민법 제733조 본문), 후유증과 같은 후발적 손해에 대해 추가적인 손해배상청구를 할 수 없다.[42]

하지만, 화해가 화해 당사자의 자격 또는 화해의 목적인 분쟁 이외의 사항에 착오가 있을 때에는 취소할 수 있다(민법 제733조 단서). 또한, 당사자 간 화해계약이 성립된 후, 화해 당시에는 예상할 수 없었던 후유증이나 추가적인 수술 등의 후발적 손해가 발생한 경우에는 이에 대한 손해배상청구권이나 수술까지 포기한 것으로 볼 수는 없다.[43]

---

41) 사법연감, 2009-2013. 형사공판 건수는 의료관계 업무상과실치사상죄와 관련한 통계수치로 의료행위로 인한 사건뿐만 아니라, 무면허의료행위와 같은 비의료인의 행위까지 포함된 넓은 의미의 의료관계 사건통계를 의미한다.

42) 곽윤직, 채권각론(민법강의Ⅳ) 제6판, 2003, 334면; 김준호, 채권법 제5판, 2014, 757면; 김형배·김규완·김명숙, 민법학 강의 제14판, 2015, 1539면.

43) 김재윤, 앞의 책, 210면; 곽윤직, 앞의 책, 334면 이하; 이은영, 채권총론 제4판, 2009, 371면; 대판 1970.8.31. 70다1284.

2) 재판상 화해

재판상 화해는 화해의 내용이 법원에 의해 조서에 기재되어야만 판결과 동일한 소송종료의 효력이 인정된다. 재판상 화해는 제소전 화해와 소송상 화해로 구분된다. 제소전 화해는 민사소송이 제기되기 전에 단독판사 앞에서 화해신청을 하여 해결되는 절차(민사소송법 제385조)를 말하고, 소송상 화해는 소송계속 중 수소법원에서 행해지는 화해(민사소송법 제145조)를 말한다.[44] 또한, 법원의 개입여부와 정도에 따라 a. 당사자가 화해의 의사표시를 진술하거나 서면으로 제출하여 성립되는 화해(민사소송법 제148조 제3항), b. 법원이 당사자에게 화해를 권고하여 성립하는 화해(동법 제145조), c. 법원의 직권에 의한 화해권고결정에 의한 화해(동법 제225조 이하)가 있다.

나. 중재

중재는 "당사자 간의 합의로 사법상의 분쟁을 법원의 재판에 의하지 아니하고 중재인의 판정에 의하여 해결하는 절차(중재법 제3조 제1호)"를 말한다. 화해나 조정은 최종적인 결정이 당사자에게 유보되어 있는 반면, 중재는 일단 중재인에 의해 중재판정이 내려지면 당사자가 무조건 중재판정에 복종해야 한다.[45] 즉, 중재판정에 대해서는 강제집행할 수 있는 권리가 법적으로 보장된다.[46]

현행법상 중재제도는 중재법에 의한 상사중재, 노동쟁의조정법에 의한 노동중재, 정기간행물의 등록 등에 관한 법률에 의한 언론중재가 있다. 2011년 3월에 제정된 의료사고 피해구제 및 의료분쟁조정 등에 관한 법률(이하, "의료분쟁조정법")에 의하여 최근에는 의료분쟁에 대한 중재제도가 새로 도입되었다. 의료분쟁조정법이 시행되기 이전의 의료분쟁에 대한 중재는 중재법에 근거하여 설치된 대한상사중재원이 담당해 왔다. 대한상사중재원은 주로 외국인 환자와 우리나라 의료인 간에 발생한 의료분쟁을 중재하였다.[47]

---

44) 김재윤, 앞의 책, 207면 이하; 김형배·김규완·김명숙, 앞의 책, 1536면.
45) 함영주·황덕남, 분쟁해결방법론, 2010, 304면.
46) 김민중, 민사사건과 ADR, 법학연구, 2008, 25면.
47) 신현호·백경희, 의료분쟁조정·소송각론, 2012, 189면.

다. 조정

화해는 당사자 간의 직접적·자주적 교섭을 통해 합의를 이끌어 내고, 중재는 개별적·강제적인 방식으로 합의를 도출해 내는 반면, 조정은 중립적인 제3자가 당사자 사이에 개입하여 이들의 합의를 도출해 내는 분쟁해결절차이다. 조정은 소송에 비하여 경제적으로 큰 비용이 들지 않으면서 신속하게 처리되고, 다른 분쟁해결절차에 비해 당사자 간의 감정대립을 상대적으로 줄일 수 있는 장점이 있다.[48]

1) 의료법상 조정

1981년 12월, 의료법에 제54조의2 내지 제54조의8 규정이 신설되면서 의료분쟁조정기구로서 의료심사조정위원회가 설립되었다. 이후, 2007년 4월 의료법이 전면 개정되면서 의료심사조정위원회는 의료법 제70조 내지 제76조에 그 법적 근거를 두었다. 최근 2011년 4월, 의료분쟁조정법이 제정되어 한국의료분쟁조정중재원이 출범하게 됨에 따라 의료법 제70조 내지 제76조 규정은 삭제되고 의료심사조정위원회는 폐지되었다. 즉, 의료심사조정위원회는 한국의료분쟁조정중재원이 설치되기 이전에 의료분쟁조정을 담당하던 기구였다. 현재, 의료법상에는 의료분쟁조정을 규율하는 규정은 없다.[49]

2) 민사조종법상 조정

민사조종법상 조정은 당사자가 민사조종법에 의해 조정신청을 하는 방법과 당사자의 신청 혹은 직권으로 수소법원에서 조정에 회부하는 방법으로 나뉜다. 우선, 당사자의 조정신청에 의해 절차가 진행되는 경우, 조정담당판사가 직접 조정하거나(민사조정법 제7조 제1항), 조정위원회에서 조정하도록 하고 있다(민사조정법 제7조 제2항). 의료분쟁에 대해서는 조정담당판사가 의료지식과 경험이 부족하기 때문에 전문의가 조정위원으로 포함된 조정위원회에 맡기는 경향이 강하다. 우리나라에서는 제소 전에 먼저 의료분쟁조정신청을 하는 경우가 드물다. 이것은 조정절차에 대한 불신과 무지

48) 김재윤, 앞의 책, 215면; 신현호·백경희, 의료분쟁조정·소송총론, 2011, 443면.

49) 의료심사조정위원회는 존재하던 당시, 동 기구를 통한 조정제도의 활용이 미비하였고, 의료인과 의료피해자로부터 외면을 당하였다. 그 이유는 다음과 같다. 첫째, 비상근기구로서 형태만 갖추었을 뿐, 조정기구로서 기능을 수행하지 못하였다. 둘째, 이로 인해 이용실적이 저조하고, 신뢰성을 상실하였다. 셋째, 보건복지부장관, 시·도지사 산하기관으로 되어 있어 관주도적으로 운영되었고, 그 결과 공정성을 상실하였다. 이에 대해서는 전현희, 의료분쟁조정법의 쟁점사항 검토, 대한의사협회지 제43권 제10호, 2000, 953면.

에서 비롯된 것으로 보인다.[50]

다음으로, 수소법원이 조정에 회부하는 경우에는 a. 조정을 아니하는 결정, b. 조정의 불성립, c. 조정의 성립 등으로 결정을 내린다. 이때, 조정이 성립되지 않으면, 민사조정법 제30조는 강제조정을 원칙으로 하고 있다. 조정이 성립되면 조정조서가 작성되고, 이때 조정은 화해와 동일한 효력을 가진다(민사조정법 제29조). 법원에 의한 조정제도는 절차가 간이하고, 비용이 저렴하며, 조정위원들의 전문지식을 활용할 수 있고, 당사자 간의 감정대립이 크지 않으며, 소송과는 달리 비공개로 진행되어 사생활이 보장되고, 상대방의 임의이행을 기대할 수 있는 장점이 있다.[51]

3) 범죄피해자보호법상 조정

2005년부터 일부 검찰청에서 자율적으로 범죄피해자지원센터를 중심으로 형사조정을 시행해 온 이후로, 2007년 8월부터는 전국 검찰청에 설립된 범죄피해자지원센터 소속 형사조정위원회에서 형사조정을 전면 시행하였다. 이후, 이를 뒷받침하고자 2009년 10월 30일 "형사조정 실무운용 지침"(대검예규 제493호)이 제정되었고, 2010년 5월 14일 범죄피해자보호법 개정을 통해 형사조정제도에 대한 명문규정이 신설되었다.[52] 이에 따르면, 검사는 당사자의 신청 혹은 직권으로 수사 중인 형사사건을 형사조정에 회부할 수 있다(범죄피해자보호법 제41조 제1항). 하지만, 당사자의 동의가 없으면 조정은 성립하지 않고, 통상의 수사절차에 따라 수사를 진행한다. 만약 조정이 성립되어 고소가 취소된 경우에는 사건은 각하 처리된다. 다만, 이미 수사가 진행되어 경찰에 송치된 사건은 조정성립에도 불구하고, 범죄혐의가 입증된 경우에는 형사처벌하고, 정상을 참착하여 감경하거나 기소유예를 할 수 있다. 하지만, 조정이 성립하더라도 형사조정결정에 대해 이행력을 확보할 강제력은 생기지 않는다.[53] 이후, 형사조정제도를 좀 더 활성화시키기 위해 시한부 기소중지를 도입하고, 형사조정

50) 신현호·백경희, 의료분쟁조정·소송각론, 139면.
51) 신현호·백경희, 의료분쟁조정·소송총론, 444면 이하.
52) 점승헌, 형사조정제도의 활성화 방안, 원광법학 제29권 제1호, 2013, 124면 이하.
53) 다만, 조정성립 사항을 이행하지 않을 때에는 재수사하거나 조정성립과 이행에 따른 감경처분 등으로 우회적으로 이행력을 확보할 뿐이다. 이에 대해서는 대검찰청, 형사조정의 이론과 실무, 2013, 101면. 이로 인해 형사조정은 성립되더라도 추가적인 분쟁을 남길 여지를 남긴다. 따라서 민사확정판결과 같은 수준의 집행력을 부여하는 근거규정을 마련하여 실효성을 확보하자는 의견도 있다. 이에 대해서는 주재웅, 우리나라 형사조정제도의 실태 및 효과성 분석, 법률실무연구 제2권 제2호, 2014, 231면.

기간을 2개월에서 3개월로 연장하였다(대검예규 제603호).[54]

이와 같은 형사조정의 대상사건에는 의료분쟁도 포함된다.[55] 의료분쟁사건이 형사조정의 대상이 되는 경우, 형사조정위원회 조정위원으로 매번 의료관련 전문가가 참여하지는 않고, 대한의사협회나 한국의료분쟁조정중재원과 같은 외부 전문가 단체에 감정을 의뢰하는 경우가 많다. 이때 소요되는 사전조사 기간은 3개월의 형사조정기간에 산입되지 않는다. 만약, 감정의뢰 등의 사전조사 기간을 모두 포함시키면, 형사조정 종료 시까지 보통 6개월 이상의 시간이 소요된다.[56]

4) 소비자기본법상 조정

1999년 2월 구 소비자보호법(현행, "소비자기본법") 제28조 제2항이 개정된 이래로, 구 한국소비자보호원(현행, "한국소비자원[57]")은 의료분쟁 피해구제와 조정업무

54) 대검찰청, 앞의 책, 2013, 83면 이하.

55) 의료분쟁의 경우에는 의료의 특수성으로 인해 입증이 어려워 무혐의 처리되는 경우가 많고, 혐의가 있더라도 대부분 기소유예가 된다.

56) 이 내용은 서울 서부지방검찰청 식품의약조사부로부터 자문을 의뢰한 것이다. 참고로 2015년 1월에서 6월까지 각 죄명별 형사조정 성립률은 다음과 같다.

2015년 1~6월 각 죄명별 형사조정 성립률

죄명	폭행	상해	과실치상	업무상 과실치상	사기	절도	횡령	배임	명예훼손	정보통신 법 위반	무고	업무방해	점유이탈물 횡령
의뢰건수	341	139	13	7	243	57	29	4	7	10	2	23	7
성립건수	147	63	7	2	39	26	5	1	5	2	2	7	2
진행중	175	66	5	5	160	30	21	1	2	6	0	16	5
성립률 (%)	88.5	86.3	87.5	100	46.9	96.2	62.5	33.3	100	50	100	100	100
죄명	권리행사 방해	특가법 위반	모욕	주거침입	개인정보 보호법 위반	근로기준 법 위반	사문서위 변조	교통처리 특례법 위반	재물손괴	저작권법 위반	협박	감금	강제집행 면탈
의뢰건수	8	22	21	6	2	61	3	37	52	25	2	1	1
성립건수	0	8	8	1	0	11	1	8	30	7	0	1	0
진행중	8	13	12	5	1	44	0	23	22	18	2	0	1
성립률 (%)	-	88.8	88.8	100	-	64.7	33.3	57.1	100	100	-	100	-
죄명	강간치상	강제추행	건조물 침입	공무상 표시무효	교통방해	도로교통 법 위반	디자인보 호법위반	미성년자 약취	변호사법 위반	야간건조 물 침입 절도	아동복지 법 위반	성폭법 위반	여신금융법 위반
의뢰건수	1	1	1	2	1	4	2	1	1	3	1	1	1
성립건수	0	0	0	1	0	0	0	0	1	0	0	1	0
진행중	1	1	1	1	1	4	2	1	0	2	0	0	1
성립률 (%)	-	-	-	100	-	-	-	-	100	-	-	100	-

57) 한국소비자원은 1987년 7월 1일 소비자보호법에 의해 한국소비자보호원으로 설립된 이후, 2007년 소비자기본법(법률 제7988호, 2006.9.27. 전부개정)에 의해 설립된 법인이다.

를 시작하였다. 1999년 소비자보호법 개정 이전의 의료분쟁조정은 의료심사조정위원회를 통해 이루어졌다. 이후, 1999년 7월 1일, 한국소비자보호원에 의료팀이 신설되어 현재 의료분쟁 피해구제는 의료상담 -〉 의료피해구제(합의권고) -〉 소비자분쟁조정위원회(조정결정)의 3단계 절차를 거쳐 진행되고 있다.[58]

소비자분쟁조정위원회를 통해 성립된 조정결정은 재판상 화해와 동일한 효력을 갖는다(소비자기본법 제67조 제4항). 재판상 화해의 확정판결과 같은 효력을 가지므로 당사자는 분쟁조정이 이루어진 사안에 대해 소송을 제기할 수 없고, 소송 없이 바로 강제집행이 가능하게 된다. 하지만, 조정위원회의 조정결정에 대해 양 당사자 중 일방이라도 수락거부의사를 15일 이내에 서면으로 표시한 경우에는 조정결정이 성립하지 않으며, 이때에는 법원에 의한 민사소송절차를 따를 수밖에 없다.

5) 의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률(이하, "의료분쟁조정법")상 조정

2012년 4월 8일 의료분쟁조정법이 시행된 이래, 한국의료분쟁조정중재원(이하, "조정중재원")이 설립되어 의료분쟁해결을 위한 조정 및 중재업무를 맡고 있다. 조정중재원은 독립된 별도의 법인(의료분쟁조정법 제6조 제2항)으로서, 보건복지부장관의 지도와 감독을 받는다(동법 제16조 제1항). 조정중재원의 설립·운영 및 업무에 필요한 경비는 정부출연금과 조정중재원의 운영에 따른 수입금으로 충당된다(동법 제15조 제1항).

조정중재원은 의료분쟁조정위원회, 의료사고감정단, 사무국으로 구성되어 a. 의료분쟁의 조정·중재 및 상담, b. 의료사고 감정, c. 손해배상금 대불, d. 의료분쟁과 관련된 제도와 정책의 연구, 통계작성, 교육 및 홍보, e. 그 밖에 의료분쟁과 관련하여 대통령령으로 정하는 업무를 수행한다(동법 제8조). 조정중재원의 업무는 한국소비자원의 의료분쟁조정업무와 비교된다.[59] 한국소비자원과 비교하여 조정중재원의 가장 큰 차이는 조직 내에 "의료분쟁조정위원회"와 "의료사고감정단"을 두어 조정과 감정을 이원화하는 시스템을 두고 있다는 것이다.[60]

---

58) 김경례, 제소 전 의료분쟁 해결에 관한 연구 – 한국소비자원 의료분쟁 조정을 중심으로, 의료법학 제13권 제1호, 2012, 75면.

59) 이에 대한 자세한 논의는 후술한다.

60) 의료분쟁조정위원회는 1. 판사·검사 또는 변호사 자격이 있는 인사, 2. 보건의료인단체에서 추천한 인사, 3. 비영리 민간단체에서 추천한 인사, 4. 대학 등의 부교수급 이상의 직에 해당하

조정중재원의 조정은 조정조서를 작성한 때, 재판상 화해와 동일한 효력을 지닌다. 조정절차 중에 당사자 간에 합의가 이루어져 조정조서가 작성된 경우에도 이와 같다. 하지만, 어느 한 쪽이 거부하면 조정의 효력은 없다. 또한, 의료분쟁당사자는 조정부의 결정에 따르기로 서면으로 합의하고 중재를 신청할 수 있다. 중재신청은 조정절차 계속 중에도 할 수 있고, 당사자가 합의에 따라 조정부를 선택할 수도 있다. 중재판정은 확정판결과 동일한 효력이 있다.

라. 소결

이와 같이, 의료사고로 인해 발생한 의료분쟁은 소송 이외에도 화해, 중재, 조정 등의 방법을 통해 다양하게 해결될 수 있다. 이 중에 조정은 당사자 간의 감정대립이 비교적 심한 의료사고와 같은 사건에서 제3자가 개입하여 양 측의 의견을 듣고 원만한 합의를 이끌어 낼 수 있다는 점에서 큰 장점을 지닌다. 현재, 의료분쟁조정은 민사조정법, 범죄피해자보호법, 소비자기본법, 의료분쟁조정법 등의 다양한 통로를 통해 이루어질 수 있다. 한편으로는, 의료분쟁사건이 이처럼 다양한 절차와 제도를 통해 해결되는 것이 사회 전체를 고려하면, 바람직해 보일 수는 있다. 하지만, 어느 한 기관이 전문성을 갖추고 이를 중심으로 하여 의료분쟁조정 사건을 다루고, 다른 다양한 기관들이 이를 보완하는 것이 갈등해결의 일관성과 효율성 측면에서는 더 바람직할 수도 있을 것이다.

제2절 의료분쟁조정법의 제정경위와 내용

1. 제정배경과 과정

2008년 이후부터 우리 사회에서는 의료분쟁이 급격히 증가하기 시작하였다.[61] 이

는 인사(보건의료인 제외) 등 5인의 조정위원으로 구성된다(동법 제23조 제3항, 제20조 제2항). 의료사고감정단은 1. 의사전문의 자격 취득 후 2년 이상 경과하거나 치과의사 또는 면허 취득 후 6년 이상 경과한 인사, 2. 변호사 자격 취득 후 4년 이상 경과한 인사, 3. 외국의 자격 취득 후 4년 이상 경과한 인사, 4. 비영리 민간단체에서 추천한 인사 등 5인의 감정위원으로 구성된다(동법 제26조 제2항, 제7항).

로 인해 의료분쟁 당사자의 여러 가지 부담은 급증한 반면, 의료분쟁을 해결하기 위한 기존의 제도들은 한계를 보였다. 그 결과, 의료분쟁의 원만한 해결을 통해 환자의 의료사고에 대한 불안감을 해소해 주고, 의료인에게는 안정적인 진료환경을 보장하여 사회적 갈등과 비용을 감소시킬 수 있는 제도가 필요하게 되었다.

또한, 제14대 국회부터 이미 여러 해 동안 의료분쟁해결을 위한 다양한 법률안이 국회에 제출되었다. 하지만, 이해관련 당사자와 정부부처 간의 의견대립으로 합의도출이 어려워 법률제정으로까지 이어지지는 못했다. 즉, 제14대 국회부터 제17대 국회까지 의료분쟁조정 관련 법안은 꾸준히 제출되었는데, 무과실보상제도, 형사처벌특례조항, 입증책임 전환, 임의적 조정전치주의 등의 쟁점이 관련 당사자들 간에 첨예한 대립을 보였다. 결국, 제18대 국회에서 2009년 5월, "의료사고 피해구제에 관한 법률안"이 발의되었고, 이어서 6월, "의료분쟁조정 및 피해구제에 관한 법률안"이, 7월 "의료사고 피해구제법 제정에 관한 청원"이 제출되었다. 그 결과, 보건복지위원회 대안으로 제안하기로 의결하여 2009년 12월 그 대안이 보건복지위원회에서 가결되고, 이후 2011년 3월 국회 본회의에서 의결되었고, 2011년 4월 정부가 의료분쟁조정법을 공포하였다.[62]

2. 주요내용

가. 의료분쟁의 조정

의료분쟁조정법은 조정중재원에 의한 의료분쟁 조정절차에 대한 규정들을 주로 다루고 있다. 조정중재원의 조정절차는 조정중재원 설립 이전부터 현재까지 많은 수의 의료분쟁을 조정하고 있는 한국소비자원의 조정절차와 비교하여 함께 살펴볼 필요가 있다.

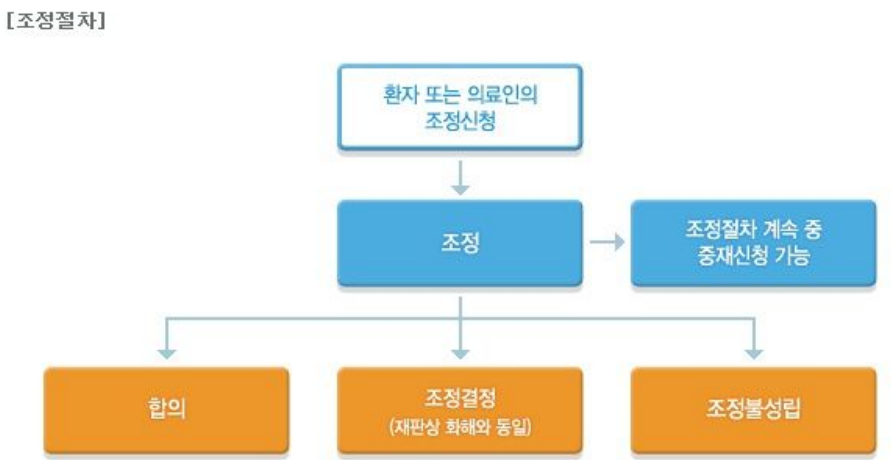
---

61) 예를 들어, 2000년 처리된 의료분쟁사건(민사소송, 한국소비자원, 의협공제회, 치협, 한의협, 의료심사조정위원회 처리건수를 합한 건수)은 1674건인데 비해, 2008년에는 3148건, 2009년에는 3472건, 2010년에는 3499건, 2011년에는 4034건으로 그 증가추세가 급증하였다. 이것은 조정중재원, 의료분쟁조정제도 소개, 2012와 각 기관 및 단체에 문의한 자료를 취합한 통계이다(이동학, 사회통합을 위한 의료분쟁의 조정과 중재, 저스티스 제134-3호, 2013, 447면 재인용).

62) 이동학, 앞의 논문, 448면.

1) 조정중재원의 조정절차

환자와 의료인 양쪽이 조정에 참여하여 조정결정에 동의하면 조정이 성립한다. 다른 한편, 양 당사자가 분쟁에 관해 조정부의 종국적 결정에 따르기로 서면으로 합의하고 중재를 신청할 수도 있다. 중재신청은 조정절차 계속 중에도 할 수 있고, 당사자 합의에 따라 조정부를 선택할 수도 있다(의료분쟁조정법 제43조). 조정과 중재의 절차는 아래 그림과 같다.



[그림 3-2-1] 한국의료분쟁조정중재원의 조정절차[63]

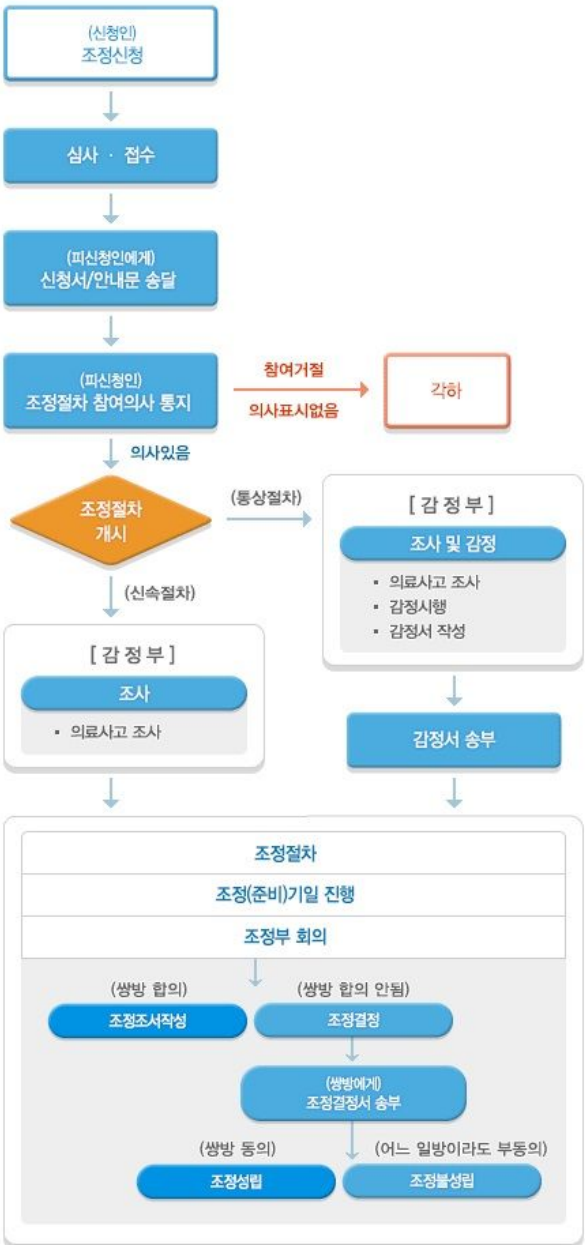
[그림 3-2-2] 한국의료분쟁조정중재원의 중재절차[64]

63) 한국의료분쟁조정중재원 홈페이지 https://www.k-medi.or.kr 참조.
64) 한국의료분쟁조정중재원 홈페이지 https://www.k-medi.or.kr 참조.

가) 조정의 신청

의료분쟁의 당사자나 대리인이 조정중재원에 분쟁의 조정을 신청하면, 조정신청서를 송달받은 피신청인이 조정에 응하고자 하는 의사를 조정중재원에 통지함으로써 조정절차는 개시된다. 조정절차가 개시되면, 조정위원장 및 감정단장이 각각 조정부와 감정부를 지정하여 사건을 배당한다. 감정부는 조정신청일로부터 60일 이내에 감정서를 작성하여 조정부에 송부하고, 조정부는 조정신청일로부터 90일 이내에 조정결정하여 조정결정서를 원장에 제출한다. 이때, 조정위원장은 조정결정서 정본을 7일 이내에 신청인과 피신청인에게 통지하고, 양 당사자는 조정결정서를 송달받은 날부터 15일 이내에 동의 여부를 통보한다(의료분쟁조정법 제27조 내지 제36조).

사건의 해결은 손해배상과 조정절차 중 합의로 나뉜다. 양 당사자가 조정결정에 동의하여 조정이 성립하면, 의료사고로 인해 환자에게 발생한 생명, 신체, 재산에 관한 손해, 보건의료기관개설자 혹은 보건의료인의 과실 정도, 환자의 귀책사유 등을 고려하여 손해배상액을 결정한다(동법 제35조). 혹은, 신청인이 조정신청을 한 후 조정절차 진행 중에 피신청인과 합의함으로써 절차가 종결될 수도 있다. 이때, 당사자가 합의한 내용에 따라 조정조서가 작성되고, 작성된 조정조서는 재판상 화해와 동일한 효력을 가진다(동법 제37조). 조정신청절차는 아래 그림과 같다.



[그림 3-2-3] 한국의료분쟁조정중재원의 조정신청 절차[65]

65) 한국의료분쟁조정중재원 홈페이지 https://www.k-medi.or.kr 참조.

나) 조정신청의 각하

조정중재원장은 제1호. 이미 해당 분쟁조정사항에 대해 법원에 소가 제기된 경우, 제2호. 이미 해당 분쟁조정사항에 대해 소비자기본법 제60조에 따른 소비자분쟁조정위원회에 분쟁조정이 신청된 경우, 제3호. 조정신청 자체로서 의료사고가 아닌 것이 명백한 경우에 조정신청을 각하한다(의료분쟁조정법 제27조 제3항). 여기서 제1호 규정은 비사법적 절차와 사법적 절차의 중복을 피하고, 임의적 조정전치주의를 실현한다는 의미를 지닌다. 그리고 제2호 규정은 소비자분쟁조정위원회에로의 신청에 한정되어 있으므로, 한국소비자원의 피해구제 절차를 통한 합의가 성립된 이후에도 당사자는 의료분쟁조정법에 따른 조정신청을 할 수 있음을 의미한다.[66]

2) 한국소비자원의 조정절차

현 소비자기본법에 따라 한국소비자원에 의한 조정절차는 의료상담 -〉 의료피해구제(합의권고) -〉 조정결정의 3단계를 걸치고 있다.

가) 의료상담

의료사고의 당사자인 환자는 공정거래위원회가 운영하고 한국소비자원, 민간소비자단체, 지방자치단체가 공동으로 제공하는 소비자상담센터에 상담을 신청할 수 있다. 의료소비자인 환자는 한국소비자원에 피해구제를 직접 신청할 수 있다(소비자기본법 제55조 제1항). 하지만, 이 경우에도 한국소비자원은 피해구제 이전 소비자상담센터를 통해 상담을 실시하여 피해구제 접수 여부를 결정하도록 하고 있다.

나) 의료피해구제

소비자상담센터는 환자와의 상담 이후 피해구제가 필요하다고 판단되면 한국소비자원에 그 처리를 의뢰한다. 한국소비자원은 피해구제 신청이나 의뢰가 있게 되면, 지체 없이 당해 사건의 관련 당사자에게 서면으로 그 사실을 통보해야 한다(동법시행령 제43조 제2항). 한국소비자원은 피해구제가 접수된 사안에 대해 시험검사나 사실조사 및 전문가 자문을 거쳐 피해구제신청 당사자에게 피해보상에 관한 합의를 권고할 수 있다(동법 제57조). 이 때, 합의권고에 따른 합의가 피해구제 신청을 받은 날부터

66) 김재윤, 앞의 책, 227면 이하.

30일 이내에 이루어지지 않으면 한국소비자원 원장은 즉시 소비자분쟁조정위원회에 분쟁조정을 신청해야 한다. 다만, 필요한 경우 60일 이내에 범위에서 처리기간을 연장할 수 있다(동법 제58조).

한국소비자원의 피해구제 처리절차는 소송제기와 동시에 종료되어야 한다. 당사자는 법원에 소송을 제기할 경우 이에 대한 통보의무를 가지며, 한국소비자원은 소제기 사실을 아는 즉시 당원의 절차를 중단하고 당사자에게 이를 통지해야 한다(동법 제59조). 이 규정 역시 앞의 조정중재원의 경우와 마찬가지로, 비사법적 절차와 사법적 절차가 중복되는 것을 막고, 임의적 조정전치주의를 실현하고자 함을 의미한다.

이때, 여기서의 소제기는 민사소송을 말한다. 따라서 형사소송으로 이미 판결이 종료된 이후, 혹은 형사절차의 진행 중에 한국소비자원이나 (앞의) 조정중재원에 분쟁조정신청은 가능하다. 아래 사례는 (드문 경우이기는 하나) 형사소송과 민사소송, 분쟁조정기관에 대한 분재조정신청의 관계를 보여주고 있다.

[사실관계] 신청인(여, 07년 生)은 2010년 10월 20일, 복강경하에 임파관종 절제수술을 받던 중에 방광이 손상돼 봉합했으나 요도-질 누공이 발생했다. 2011년 5월 27일, 신청인은 요도-질 누공에 대해 관헐적 교정술을 받았으나 실패했다. 2012년 2월 6일, 신청인은 신청외 대학병원에서 방광-질 누공으로 진단받고, 같은 해 5월 16일 방광-질 누 폐쇄술을 받았으나, 당시 괄약근 조절 문제로 요실금 상태였고, 향후 반흔성형술(항문 위 둔부 20cm, 복부 10cm)이 필요한 상태였다.

[신청인과 피신청인의 주장] 신청인은 이에 대해 수술 전 배를 누르면 통증이 있는 상태로, 림프관종(8cm)만 제거하는 간단한 수술이라고 주장하였다. 하지만, 소변 줄을 유지하지 않고 수술하여 소변이 방광에 차 방광을 종양으로 착각해 방광이 손상됐고, 질까지 봉합됐다는 설명을 들었다. 신청인은 어린이 집을 다니던 상태에서 수술 이후, 본 사고로 엄마가 회사를 퇴직하고 아이를 돌보는 등 수술 중에 방광을 손상해 장기간 고생했으며, 성장 후 성형수술을 받아야 하고, 냉대하증, 괄약근 손상으로 요실금이 있어 필요시 기저귀를 착용하는 실정이므로 상응하는 손해배상을 신청하였다. 이에 대해 피신청인은 영구적 노동능력 상실은 없고(수술부위 반흔 성형술로 교정 가능함), 3세 남짓 소아환자의 개호비는 5세 이후에 인정되는 점 등을 감안할 때, 과실이 인정되더라도 책임제한이 인정되어야 한다고 해명했다.

[조정신청 전후의 형사판결과 소제기] 이 사례는 환자의 임파관종 제거술 중에 방광이 손상된 사건으로, 의사 측은 2012년 10월 30일 업무상과실치상으로 약식명령(2012형제24538)을 통해 벌금 500만원을 선고받았다. 이후, 환자 측에서 한국소비자원의 소비자분쟁조정위원회에 분쟁조정을 신청하였고, 신청인은 조정결정이 이루어지기 전에 민사소송을 제기하겠다는 이유로 조정신청을 취하하였다.

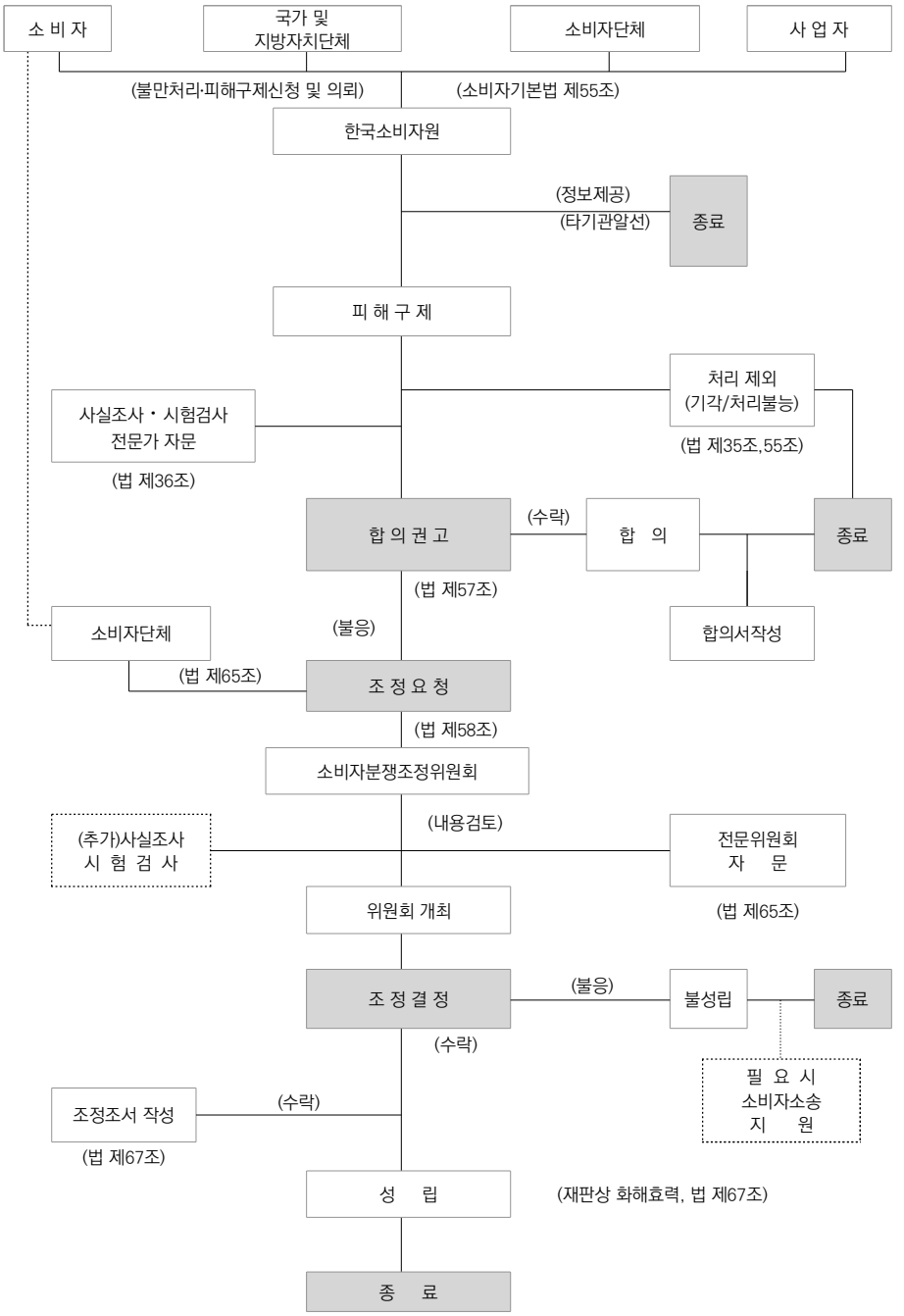
다) 조정절차와 조정결정

소비자분쟁조정위원회(이하, "조정위원회")는 한국소비자원 원장의 제청으로 공장거래위원장이 임명하는 위원장 1인, 상임위원 1인을 포함한 50인의 위원으로 구성되어 있으며, 비상임위원 48인은 전국적 규모의 소비자단체 및 사업자 단체 대표, 각계의 전문가(의료, 제조물 책임, 농업 등)로 구성되어 있다.

앞의 피해구제 절차를 거쳤으나 합의가 되지 않은 경우, 소비자가 조정신청을 요구하면 조정신청을 한다. 조정위원회는 분쟁조정 요청일로부터 30일 이내에 조정결정을 한다. 만약, 부득이한 사정으로 30일 이내에 조정을 마칠 수 없는 때에는 이 기간을 연장할 수 있다. 이때, 연장사유와 기한을 명시하여 당사자에게 통보해야 한다(동법 제66조).[67]

조정위원회는 분쟁조정을 위해 필요한 경우, 전문위원회 자문 및 이해관계인, 소비자단체 또는 주무관청의 의견을 청취할 수 있다(동법 제65조). 조정위원회에서는 양 당사자가 참석하여 의견을 진술할 수 있고, 최종결정에 대해 양 당사자에게 서면통보 후 15일 이내에 수락거부 의사가 없는지 여부를 확인한다. 이때, 양 당사자가 수락거부의사를 표시하지 않으면 조정이 성립된다. 만약, 일방이라도 수락거부의사를 서면으로 표시하면 조정결정이 성립하지 않으며, 이 경우에는 법원에 의한 민사소송절차에 따라 사건을 해결한다. 한국소비자원의 조정절차는 아래 그림과 같다.

67) 하지만, 기간연장 제한이 없기 때문에 분쟁을 지연시키는 결과를 초래하기도 한다. 이에 대해서는 김경례, 앞의 논문, 80면.



[그림 3-2-4] 한국소비자원의 피해구제 및 조정절차[68]

나. 불가항력 의료사고 보상제도

조정중재원은 보건의료인이 충분한 주의의무를 다하였음에도 불구하고 불가항력적으로 발생하였다고 의료사고보상심의위원회에서 결정한 분만에 따른 의료사고 피해를 보상하기 위한 사업(이하, "의료사고 보상사업")을 실시한다(의료분쟁조정법 제41조). 여기서, 의료사고 보상사업의 대상인 분만에 따른 의료사고는 분만과정에서 생긴 뇌성마비, 분만과정에서의 산모 또는 신생아의 사망을 말한다(동법시행령 제22조). 보상금액은 3,000만원의 범위에서 뇌성마미의 정도 등을 고려하여 보상심의위원회에서 결정한다(동법시행령 제23조). 조정중재원은 의료사고 보상사업에 드는 비용의 일부를 보건의료기관개설자 등에게 분담시킬 수 있다. 이 때, 국가는 70%의 부담비율을, 보건의료기관개설자 중 분만실적이 있는 자는 30%를 부담한다(동법시행령 제21조).

다. 손해배상금 대불제도

의료사고로 인한 피해자는 1) 조정이 성립되거나 중재판정이 내려진 경우 또는 조정절차 중 합의로 조정조서가 작성된 경우, 2) 한국소비자원의 소비자분쟁조정위원회의 조정에 의해 조정조서가 작성된 경우, 3) 법원이 의료분쟁에 관한 민사절차에서 보건의료기관개설자, 보건의료인, 그 밖의 당사자가 될 수 있는 자에 대하여 금원의 지급을 명하는 집행권원을 작성한 경우(판결이 확정된 경우에 한함)에 그에 따른 금원을 받지 못하면 미지급금에 대해 조정중재원에 이를 대신 지급해 줄 것을 청구할 수 있다. 손해배상금 대불에 필요한 비용(이하, "대불비용")은 보건의료기관개설자가 부담한다. 보건의료기관개설자가 부담하는 비용은 국민건강보험공단이 요양기관에 지급하여야 할 요양급여비용의 일부를 조정중재원에 지급하는 방법으로 부담할 수 있다(의료분쟁조정법 제47조).

라. 형사처벌 특례제도

의료사고로 인해 형법 제268조의 업무상과실치상죄를 범한 보건의료인에 대하여

---

68) 한국소비자원, 2013 소비자피해구제 연보 및 사례집, 2014, 22면.

의료분쟁조정법상의 조정이 성립하거나 조정절차 중 합의로 조정조서가 작성된 경우에는 피해자의 명시한 의사에 반해 공소를 제기할 수 없다. 하지만, 피해자가 신체의 상해로 인해 생명에 대한 위험이 발생하거나 장애 또는 불치나 난치의 질병에 이르게 된 경우에는 이 제도를 적용할 수 없다(의료분쟁조정법 제51조).

제3절 의료분쟁조정법 이전·이후 의료분쟁조정 및 소송 현황

1. 국내 주요기관 접수현황

의료분쟁조정법 시행 전후로 국내 주요기관에 접수된 의료분쟁의 현황은 아래와 같다. 아래에서 보듯이 의료분쟁의 접수건수는 모든 기관에서 대체로 증가하는 추세이다. 의료심사조정위원회는 의료분쟁조정법 시행 이후, 폐지되었기 때문에 2012년 이후부터는 접수건수가 없고, 2012년부터 한국의료분쟁조정중재원에서 의료분쟁을 접수하고 있다.

〈표 3-3-1〉 연도별 의료분쟁 접수 현황[69]

단위 : 건

접수기관	연도별 접수건수						
	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
의료심사조정위원회	8	25	6	53	-	-	-
법원(민사소송1심)	748	911	871	876	1,009	1,101	946
한국소비자원	603	711	761	833	1,015	981	1,024
한국의료분쟁조정중재원	-	-	-	-	503	1,398	1,895
처리건수 계	1,359	1,647	1,638	1,762	2,527	3,480	3,865

2. 민사소송 현황

의료사고와 의료분쟁이 발생했을 때, 사법적 해결방안으로 우선은 민사소송을 생각

69) 이동학, 사회통합을 위한 의료분쟁의 조정과 중재, 저스티스 제134-3호, 2013; 한국의료분쟁조정중재원 내부자료, 2012-2015.

하게 된다. 아래 두 개의 표는 최근 5년간 법원에 제기된 소송건수 및 처리상황을 보여주고 있다. 아래 통계를 보면, 법원에 접수되어 처리된 의료분쟁의 사건 수가 해마다 급증하고 있음을 알 수 있다. 이 중 법원에 의한 화해 및 조정 건수는 2011년까지 대체로 증가하다가 2012년에 감소되는 경향을 보이고 있다. 이는 2012년에 출범한 한국의료분쟁조정중재원의 영향이 있음을 추측케 한다. 하지만, 이러한 감소추세가 지속될지는 더 지켜봐야 할 것으로 보인다.

〈표 3-3-2〉 최근 5년간 의료사고 손해배상소송 1심 본안사건 통계[70)]

단위 : 건

연도	금년 접수	처리												항소
		합계	각하 명령	판결					소취하	조정	화해	인낙	기타	
				원고승	원고일부승	원고패	각하	기타						
2009	911	780	6	6	199	195	6	-	58	128	103	-	79	272
2010	871	782	4	7	196	171	6	-	59	140	106	-	93	260
2011	876	861	4	8	224	213	3	-	54	115	135	-	105	314
2012	1,009	922	3	8	272	221	5	-	70	105	126	-	112	332
2013	1,101	945	6	6	282	238	2	1	48	123	136	-	103	371
2014	946	960	11	14	287	265	6	-	64	92	108	-	113	403
누계	5,714	5,250	34	49	1,460	1,303	28	1	353	703	714	-	605	1,952

〈표 3-3-3〉 화해, 조정, 판결에 의한 의료분쟁 해결 현황[71)]

단위 : 건

구분	처리건수	조정	화해	판결*
2009	780	128	103	406
2010	782	140	106	380
2011	881	115	135	468
2012	922	105	126	506
2013	945	123	136	529(기타1건포함)
2014	960	92	108	572
계(건,%)	5,270(100)	703(13.3)	714(13.5)	2,861(54.3)

* 여기의 판결건수는 원고승, 원고일부승, 원고패, 각하의 합계를 말함.

70) 사법연감, 2009-2014.
71) 사법연감, 2009-2014.

3. 형사소송 현황

의료과실로 환자가 사망하거나 상해를 입으면 민사소송과 함께 형사소송이 제기된다. 이때, 형법상 업무상 과실치사상죄, 의료법, 보건범죄단속에 관한 특별조치법 위반이 문제된다. 최근 5년간 법원에 기소된 의료사고의 통계는 아래와 같다.[72]

〈표 3-3-4〉 의료관계 형사공판사건 통계[73]

단위 : 건

내용 / 연도	(업무상)과실치사상죄	의료법	보건범죄단속에 관한 특별조치법
2009	798	804	346
2010	827	806	257
2011	818	859	326
2012	878	805	311
2013	983	860	352
2014	1,096	875	221
계	5,400	5,009	1,813

4. 한국소비자원의 현황

한국소비자원에서 처리되는 의료사고 피해구제의 현황은 아래와 같다. 아래 표를 보면, 한국소비자원의 피해구제 건수는 2010년 734건, 2011년 821건, 2012년 999건, 2013년 981건, 2014년 1024건으로 나타나고 있다. 이 중, 당사자 간 합의의 건수는 2010년 305건, 2011년 356건, 2012년 390건, 2013년 273건, 2014년 208건으로 나타난다. 당사자 간 합의 건수는 2012년을 기점으로 감소하고 있음을 알 수 있다. 반면에 합의가 성립되지 않아 한국소비자원의 소비자분쟁조정위원회에 조정 신청된 건수들은 해마다 증가하고 있다. 조정신청 건수는 2010년 99건, 2011년 190건, 2012년 348건, 2013년 544건, 2014년 677건으로 증가하였다. 이러한 결과는 2012년 출범한 한국의료분쟁조정중재원의 조정업무가 한국소비자원의 조정업무에 큰 영향을

72) 이 통계는 의료행위로 인한 업무상 과실치사상죄에 한하지 않고, 무면허의료행위, 환자알선과 같은 비의료인의 행위가 포함되어 있기 때문에 의료사고 자체에 대한 정확한 통계는 아니다. 이에 대해서는 김재윤, 앞의 책, 32면.

73) 사법연감, 2009-2014.

미치지는 못하고 있음을 추측케 한다.

〈표 3-3-5〉 한국 소비자원 처리 결과별 피해구제 현황 비교[74]

단위 : 건, (%)

구 분		합 의						조정 신청	취하·중지	처리 불능	정보 제공	상담 기타	계*
		배상	환급	계약 해제	계약 이행	교환	소계						
건 수	2010	305 (41.6)		–	–	–	305 (41.6)	99 (13.5)	95 (12.9)	4 (0.5)	184 (25.1)	47 (6.4)	734 (100.0)
	2011	324 (39.5)	32 (3.9)	–	–	–	356 (43.4)	190 (23.1)	58 (7.1)	–	166 (20.2)	51 (6.2)	821 (100.0)
	2012	311 (31.1)	79 (7.9)	–	–	–	390 (39.0)	348 (34.8)	84 (8.4)	–	136 (13.6)	41** (4.2)	999 (100.0)
	2013	181 (18.5)	91 (9.3)	–	1 (0.1)		273 (27.8)	544 (55.5)	47 (4.8)	117 (11.9)			981 (100.0)
	2014	142 (13.9)	62 (6.1)	2 (0.2)	1 (0.1)	1 (0.1)	208 (20.4)	677 (66.1)	68 (6.6)		71 (6.9)		1,024 (100.0)

* 2010년 전체접수 건 중 2011년 2월 28일 당시 처리중이던 27건은 제외되어 있음.
2011년 의료피해구제 총 833건 중 2012년 2월 18일 기준당시 처리중이던 12건은 제외되어 있음.
2012년 의료피해구제 총 1,015건 중 2013년 2월 7일 기준당시 처리중이던 16건은 제외되어 있음.
** 상담기타에 처리 불능이 포함된 수치임

최근 한국소비자원에 접수된 진료과목별 피해구제 현황은 아래와 같다. 가장 최근인 2014년에 접수된 의료분쟁의 진료과목별 현황을 살피면, 정형외과가 178건(17.4%)으로 가장 많고, 다음으로 치과 150건(14.6%), 내과 131건(12.8%), 성형외과 104건(10.2%), 신경외과 89건(8.7%) 등의 순으로 나타난다.

〈표 3-3-6〉 연도별 진료과목별 피해구제 접수 현황[75]

단위 : 건, (%)

진료 과목		정형 외과	치과	내과	성형 외과	신경 외과	외과	피부과	한의원	산부 인과	안과	이비인 후과	기타*	계
연도별 접수 건수 (비율)	2010	118 (15.5)	107 (14.1)	87 (11.4)	71 (9.3)	63 (8.3)	66 (8.7)	27 (3.5)	20 (2.6)	36 (4.7)	20 (2.6)	12 (1.6)	134 (17.6)	761 (100.0)
	2011	91 (10.9)	101 (12.1)	122 (14.7)	87 (10.4)	79 (9.5)	58 (7.0)	28 (3.4)	36 (4.3)	65 (7.8)	25 (3.0)	15 (1.8)	126 (15.1)	833 (100.0)
	2012	141 (13.9)	108 (10.6)	142 (14.0)	130 (12.8)	97 (9.5)	97 (9.5)	39 (3.9)	22 (2.2)	67 (6.6)	29 (2.9)	25 (2.5)	118 (11.6)	1,015 (100.0)

74) 한국소비자원, 소비자 피해구제 연보 및 사례집, 2010-2014.
75) 한국소비자원, 소비자 피해구제 연보 및 사례집, 2010-2014.

진료과목		정형외과	치과	내과	성형외과	신경외과	외과	피부과	한의원	산부인과	안과	이비인후과	기타*	계
	2013	153 (15.7)	137 (14.0)	135 (13.8)	110 (11.3)	101 (10.3)	65 (6.7)	52 (5.3)	24 (2.4)	31 (3.2)	28 (2.9)	19 (1.9)	126 (12.8)	981 (100.0)
	2014	178 (17.4)	150 (14.6)	131 (12.8)	104 (10.2)	89 (8.7)	65 (6.3)	58 (5.7)	43 (4.2)	33 (3.2)	28 (2.7)	25 (2.4)	120 (11.7)	1,024 (100.0)

* 2010 비뇨기과 28건, 흉부외과 22건, 신경과 10건, 의약품 5건, 소아청소년과10건 등
2011 비뇨기과 20건, 흉부외과 20건, 신경과 11건, 의약품 3건, 소아청소년과 9건, 응급의학과 14건 등
2012 비뇨기과 16건, 흉부외과 17건, 의약품 5건, 소아청소년과 9건, 응급의학과 11건 등
2013 비뇨기과 16건, 흉부외과 13건, 신경과 11건, 의약품 5건, 소아청소년과 9건, 응급의학과 10건 등
2014 비뇨기과 15건, 흉부외과 12건, 신경과 14건, 의약품 19건, 소아청소년과 12건 등

최근 한국소비자원에 접수된 진료단계별 피해구제 현황은 아래와 같다. 가장 최근인 2014년에 접수된 진료단계별 피해구제 건수는 수술이 386건(37.7%)으로 가장 많았고, 다음으로 치료처치 202건(19.7%), 진단 141건(13.8%), 시술 106건(10.3%) 등의 순으로 나타났다.

〈표 3-3-7〉 연도별 진료단계별 피해구제 접수 현황[76]

단위 : 건, (%)

진료단계		수술	치료처치	진단	시술	진료비	투약	주사	검사	마취	기타*	계
연도별 접수 건수 (비율)	2010	333 (43.7)	213 (28.1)	97 (12.7)	-	30 (3.9)	23 (3.0)	16 (2.1)	9 (1.2)	2 (0.3)	38 (5.0)	761 (100.0)
	2011	266 (31.9)	268 (32.2)	105 (12.6)	60 (7.2)	35 (4.2)	23 (2.8)	17 (2.0)	7 (0.8)	3 (0.4)	49 (5.9)	833 (100.0)
	2012	343 (33.8)	297 (29.2)	143 (14.1)	64 (6.3)	56 (5.5)	27 (2.7)	21 (2.1)	15 (1.5)	2 (0.2)	47 (4.6)	1,015 (100.0)
	2013	324 (33.0)	275 (28.0)	136 (13.9)	71 (7.2)	58 (5.9)	13 (1.3)	16 (1.6)	14 (1.4)	-	74 (7.5)	981 (100.0)
	2014	386 (37.7)	202 (19.7)	141 (13.8)	106 (10.3)	58 (5.7)	43 (4.2)	24 (2.3)	13 (1.3)	3 (0.3)	48 (4.7)	1,024 (100.0)

* 2010 진찰검사 9건, 건강검진 6건 등
2011 병원관리·안전 7건, 제왕절개 9건, 자연분만 7건, 임신중절 2건, 건강검진 6건 등
2012 병원관리·안전 11건, 제왕절개 5건, 자연분만 5건, 임신중절 2건, 간호 3건 등
2013 병원관리·안전 7건, 제왕절개 6건, 건강검진 7건, 등
2014 병원관리·안전 4건, 제왕절개 4건 등

최근 한국소비자원의 피해구제 신청 건을 사고유형별로 보면 아래와 같다. 가장 최근인 2014년도 현황을 보면, 부작용·악화가 389건(38%)으로 가장 많았고, 다음으

76) 한국소비자원, 소비자 피해구제 연보 및 사례집, 2010-2014.

로 장애 93건(9.1%), 사망 85건(8.3%), 장기손상 71건(6.9%), 오진 64건(6.2%) 등의 순으로 나타났다.

〈표 3-3-8〉 연도별 피해유형 현황[77]

단위 : 건, (%)

구분		부작용 악 화	장애	사망	장기 손상	오진	감염	효과 미흡	설명 미흡	약해*	기타**	계
연도별 접수 건수 (비율)	2010	412 (54.1)	66 (8.7)	115 (15.1)	–	–	34 (4.5)	29 (3.8)	–	7 (0.9)	98 (12.9)	761 (100.0)
	2011	446 (53.5)	80 (9.6)	138 (16.6)	14 (1.7)	–	65 (7.8)	26 (3.1)	–	3 (0.4)	61 (7.3)	833 (100.0)
	2012	546 (53.8)	108 (10.6)	131 (12.9)	18 (1.8)	–	16 (1.6)	41 (4.0)	–	2 (0.2)	153 (15.1)	1,015 (100.0)
	2013	543 (55.4)	89 (9.1)	120 (12.2)	12 (1.2)	–	7 (0.7)	39 (4.0)	–	2 (0.2)	169 (17.2)	981 (100.0)
	2014	389 (38.0)	93 (9.1)	85 (8.3)	71 (6.9)	64 (6.2)	61 (6.0)	58 (5.7)	6 (0.6)	–	197 (19.2)	1,024 (100.0)

* 약해: 약물사고
** 계약금 등 진료비, 피해 불분명(주관적 증상) 등

5. 한국의료분쟁조정중재원의 현황

한국의료분쟁조정중재원에 접수된 의료분쟁 조정·중재 접수건수와 접수된 사건 중에 실제 조정이 개시된 현황은 아래와 같다. 개원 2년째인 2013년에 접수된 사건은 1398건으로 2012년 503건과 대비하여 177.9% 증가하였다. 2013년도에 접수된 1398건의 사건 중 실제로 조정이 개시된 사건은 551건으로, 조정 개시율은 39.7%였다. 2014년에 접수된 건수는 1895건으로 전년도와 대비하여 135.5% 증가하였으며, 조정 개시율도 45.7%로 해마다 증가하고 있는 추세이다.

〈표 3-3-9〉 조정·중재 접수 현황(사건접수일 기준)[78]

단위 : 건

	계	일평균	조정(중재) 접수			
			방문	온라인	우편	팩스
2012년	503	2.8	186	75(1)	228	14

77) 한국소비자원, 소비자 피해구제 연보 및 사례집, 2010-2014.
78) 한국의료분쟁조정중재원, 2014년도 의료분쟁 조정·중재 통계연보.

	계	일평균	조정(중재) 접수			
			방문	온라인	우편	팩스
2013년	1,398	5.6	355	307	627(1)	109
2014년	1,895	7.7	370(1)	457	967(1)	101

*괄호 안은 중재건수, 괄호 밖 숫자는 중재포함 건수

〈표 3-3-10〉 의료분쟁조정 개시현황[79)]

단위 : 건, %

구분	개시율	접수	개시	취하	각하
2012년	38.6	503	192	6	305
2013년	39.7	1,398	551	9	838
2014년	45.7	1,895	864	6	1,025

한국의료분쟁조정중재원의 조정·중재 년별 처리현황은 아래와 같다. 2013년은 2012년에 비해 전체적으로 실적이 증가하였고 해마다 증가하고 있는 추세이다.

〈표 3-3-11〉 의료분쟁 조정·중재 처리현황(사건종결일 기준)[80)]

단위 : 건

	계	조정·중재 개시									조정·중재 불개시		
		소계	중재	합의	조정결정			부조정 결정	취하	각하	소계	각하	취하
					소계	성립	불성립						
2012년	385	112	1	43	48	29	19	8	12	-	273	267	6
2013년	1,304	462	-	270	94	58	36	60	30	8	842	833	9
2014년	1,851	827	3	441	170	107	63	81	116	16	1,024	1,018	6

특히, 아래와 같이 조정 성립률은 조정이 개시만 되면, 대략 80% 이상을 상회하는 높은 수치를 보이고 있다. 이와 관련하여 주목할 만한 점으로는 당사자 합의를 통한 조정성립(2014년의 경우 441건) 건수가 일반적인 조정성립(동일년도, 107건) 건수보다 현저히 높다는 점이다.

79) 한국의료분쟁조정중재원, 2014년도 의료분쟁 조정·중재 통계연보.
80) 한국의료분쟁조정중재원, 2014년도 의료분쟁 조정·중재 통계연보.

〈표 3-3-12〉 보건의료기관 종별 조정성립률 현황(사건종결일 기준)[81]

단위 : 건, %

구분	계	중재	합의	조정결정		조정성립률
				성립	불성립	
2012년	92	1	43	29	19	79.1
2013년	364	-	270	58	36	90.1
2014년	614	3	441	107	63	89.7
상급종합병원	87	1	57	15	14	83.9
종 합 병 원	111	-	86	17	8	92.8
병 원	189	1	122	43	23	87.8
의 원	155	-	113	27	15	90.3
치 과 병 원	6	-	5	-	1	83.3
치 과 의 원	30	1	26	1	2	93.3
한 방 병 원	6	-	6	-	-	100.0
한 의 원	14	-	14	-	-	100.0
요 양 병 원	15	-	12	3	-	100.0
보건의료원	1	-	-	1	-	100.0

* 조정성립률= {(합의건수 + 조정성립건수)/(합의건수 + 조정성립건수 + 조정불성립건수)} ×100

6. 소결

의료사고와 관련한 소송사건과 분쟁조정신청 건수는 해마다 증가하는 추세를 보이고 있다. 특히, 소송 중에 형사소송은 최근에 꾸준히 증가하는 추세를 보이고 있다. 또한, 조정중재원의 출범 이후, 한국소비자원으로의 조정신청 건수가 감소할 것이라는 예측과는 달리, 한국소비자원에 신청된 조정건수는 해마다 증가하고 있다. 이와 동시에 조정중재원에 접수된 조정신청건수도 꾸준히 증가하고 있으며, 조정개시율도 서서히 증가하는 추세를 보인다. 조정중재원의 조정개시율은 현재 50%이하로 높은 수치는 아니다. 하지만, 일단 조정이 개시되면, 조정성립 비율은 80%를 상회한다. 이 중 당사자 간 합의 건수가 매우 높은 비중을 차지하고 있다.

81) 한국의료분쟁조정중재원, 2014년도 의료분쟁 조정·중재 통계연보.

제4장

KOREAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY

의료사고에 대한 분쟁조정과 형사책임의 비교법적 검토

이 석 배

제4장

의료사고에 대한 분쟁조정과 형사책임의 비교법적 검토

제1절 일본

1. 일본의 ADR(Alternative Dispute Resolution 재판외 분쟁해결)

가. 일본의 재판외 분쟁해결절차의 이용촉진에 관한 법률(ADR법)[82]의 제정과정

분쟁상황을 해결하는데 가장 주가 되는 것은 사법기관의 재판을 통한 것이다. 하지만 소송은 소송법에 규정된 여러 가지 구체적이고 엄격한 절차를 거쳐야하기에 개인이 스스로 이를 준비하기란 쉬운 일이 아니었다. 물론 재판소의 조정절차가 운용되고 있었지만 일반인이 느끼는 '재판소'에 대한 거리감으로 인해 분쟁해결을 위해 조정을 택하는 경우가 그리 많지 않아 실무상의 의미를 지녔다고 평가하기 어려웠다. 일본에서는 이러한 전통적인 사법제도의 한계를 극복하기 위한 대안으로 ADR(Alternative Dispute Resolution 재판외 분쟁해결)의 도입에 주목하였다. ADR은 소송에 비해 간이하고, 신속하며, 비밀성과 전문성 및 경제적인 측면 등에서 다양한 이점을 지니고 있다. ADR의 이러한 장점은 소액분쟁, 지적재산권분쟁, 건축분쟁, 의료분쟁, 프라이버시에 관한 분쟁, 가족 내에서의 분쟁, 이웃과의 분쟁, 중소기업 간의 분쟁 등에는 소송을 통한 해결 보다 긍정적으로 작용할 수 있을 것으로 기대되었다.[83] 사법제도개

82) 본 법령의 정식 명칭은 재판외 분쟁해결절차의 이용촉진에 관한 법률(裁判外紛争解決手続の利用の促進に関する法律)이다. ADR(Alternative Dispute Resolution)에 대응하는 일본어 법령명을 정하는 과정에서 논의가 있었으나 결국 사법제도개혁심사의회 의견서에서의 용어가 그대로 법제화 되었다(명칭의 적정성에 대한 논의에 대하여는 青山善充, 今、ADRに望むこと, 法律時報85巻4号, 2013, 7면 참조). ADR법으로 통칭된다. 본 보고서에서 ADR법은 특별한 언급이 없는 한「재판외 분쟁해결절차의 이용촉진에 관한 법률」을 지칭한다.

83) 山本和彦, ADR法とは何か, 法学セミナー631号, 2007.07, 22면.

혁심의회의 설치 이후 사법제도의 개혁에 필요한 시책이 검토되는 과정에서 ADR이 본격적으로 대두되었다. 2001년 사법제도개혁심의회가 공표한 의견서[84]에서는 'ADR이 국민에게 재판과 견주어보아도 충분히 매력적인 선택지가 될 수 있도록 이를 확대하고 활성을 도모해야 한다'고 밝히고 있다. 그리고 그 구체적인 방법으로 ADR에 관한 공통적·종합적인 제도기반 정비의 필요성이 언급되었다.[85] 이러한 사법제도개혁심의회의 의견을 수용하여 내각에 사법제도 개혁추진본부가 마련되었다. 그리고 그 산하에 설치된 「ADR검토회」[86]에서는 제1차 검토회에서 제3차 검토회(2002년 2월 5일부터 동년 4월 15일)에 걸쳐 관련기관의 의견청취와 일반 의견모집 등을 실시하였다. 이어 제4차 검토회에서 제9차 검토회에서는 ADR에 관한 기본이념, 절차, 조직운영 등에 관한 규율 및 시효중단에 관한 효력과 집행력의 부여 등에 관한 논의를 정리 하였다. 제17차에서 제20차에 걸친 재검토를 거쳐 2003년 8월에는 ADR에 관한 전반적 법제를 정비하는데 필요한 전반적 검토사항을 논점별로 정리하였다. 논의를 거듭하여 민간분쟁해결업무의 인증제도를 중핵으로 하는 법률입안방침을 정리하였다.[87] 이후 2004년 3월1일에는 중재법이, 2004년 11월, ADR법이 제정되었다. 「재판외 분쟁해결수속의 이용촉진에 관한 법률」은 2007년 4월 1일부터 시행되었다.[88]

나. ADR법의 내용

ADR법이 규정하고 있는 일본의 재판외 분쟁해결절차의 이용촉진에 관한 법률(이하, ADR법)의 내용을 간략히 살펴보면, 우선 총칙(제1장)에서는 목적규정(제1조), 정

84) 사법제도 개혁심의회의 의견서 「사법제도개혁심의회 의견서-21세기의 일본을 지지하는 사법제도」 http://www.veritas-law.jp/ronbun_doc/20091011154016_1.pdf, 35면 이하 참고.
85) 미국과 일본은 사법시스템과 분쟁해결방식의 차이가 있기 때문에 ADR의 활성화와 확충에 대하여 국가의 적극적인 지지 없이는 달성이 어렵다는 지적이 있다. 일본에는 사법형 ADR로 재판소의 조정이 존재하였고, 민사재판을 제기할 경우 필요하나 비용적 측면과 재판결과를 어느 정도 예측할 수 있기 때문에 분쟁당사자가 굳이 사법적 해결이 아닌 ADR을 선택할 필요성을 느끼기 어렵다는 점을 근거로 든다. 따라서 ADR법 내용의 문제를 차치하고라도 법을 제정하여 국가의 주도로 논의를 이끌고 기반을 형성하였다는 점은 긍정적인 부분이라고 평가한다. (이에 대한 자세한 내용으로는 山本和彦, ADR法とは何か, 法学セミナー631号, 2007.07, 22면.)
86) ADR검토회의 참여인원은 법학교수6명, 변호사1명, 실무가 3명의 11명으로 구성되었다. http://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/03adr.html 참고.
87) ADR입법에 관한 각 검토회별 논의를 구체적으로 정리한 논문으로는 홍성규, 일본ADR법의 주요내용과 시사점, 무역학회지 제32권 제2호, 2007.4, 176-177면 참조.
88) 山本和彦, ADR法とは何か, 法学セミナー631号, 2007.07, 21면.

의규정(제2조)이외에도 기본이념 등(제3조)과 국가 등의 책무(제4조)에 관하여 규정하고 있다. 특히 제1조[89]에서는 "분쟁 당사자가 그 해결을 도모함에 있어 상응하는 절차선택을 용이하게 하여 국민권리이익의 적절한 실현에 기여 한다"고 정의하고 있다. ADR의 기본이념에 대해 제3조 제1항에서는 "재판외 분쟁해결 절차는 법에 의한 분쟁의 해결을 위한 절차로써 분쟁 당사자의 자주적인 분쟁해결의 노력을 존중하며 공정하고 적절하게 실시되며, 전문적인 식견을 반영한 분쟁의 실정에 따른 신속한 해결을 도모하는 것이어야 한다."고 규정한다. 이는 ADR의 특성인 자주성, 공정성, 적정성, 전문성, 유연성, 신속성을 나타내고 있는 규정이라 할 수 있다. ADR법의 또 하나의 특징으로는 민간분쟁해결절차의 업무인증에 관한 규정이라 할 수 있다.[90]

이러한 제도로 인하여 개별 ADR기관에 대한 신뢰 형성을 기대할 수 있게 되었다. 물론 기존의 ADR기관도 각각 여러 방법으로 이용자의 신뢰를 얻기 위해 노력해 왔으나 현실적으로 이용자의 신뢰는 그리 높다고 할 수 없었다. 그리고 이용자의 개별 ADR에 대한 낮은 신뢰는 ADR기관 이용률을 저조하게 만드는 주요 요인이었다.[91]

인증의 대상은 ADR의 「업무」이다(제5조).[92] 따라서 복수의 업무를 실시하고 있다 해도 일부업무에 대해 인증을 받을 수 있다. 인증의 주체는 민간분쟁해결절차를 업으로 하는 자이기 때문에, ① 행정·사법형 ADR[93]이나 ② 중재등과 같은 '화해의 중개' 이외

---

89) 제1조【목적】 본 법률은 국내외 사회경제정세의 변화에 따른 재판 외 분쟁해결절차(소송절차에 의하지 않고 민사상의 분쟁해결을 하려는 분쟁의 당사자를 위해 공정한 제3자가 관여하여 그 해결을 도모하는 절차를 말함. 이하 동일)가 제3자의 전문적인 지견(知見)을 반영하여 분쟁의 실정에 따른 신속한 해결을 도모하는 절차로써 중요하게 여겨지는 점에 비추어 재판 외 분쟁해결절차에 관한 기본이념 및 국가 등의 책무를 정함과 동시에 민간분쟁해결절차의 업무에 관한 인증 제도를 마련하고, 아울러 시효중단 등에 관한 특례를 정하여 그 편리향상을 도모하는 등에 의해 분쟁의 당사자가 그 해결을 도모함에 상응하는 절차를 선택함을 용이하게 하여 국민의 권리이익의 적절한 실현에 기여함을 목적으로 한다.

90) 제1조 목적규정 참고.

91) 山本和彦, ADR法とは何か, 法学セミナー631号, 2007.07, 23면.

92) 제5조【민간분쟁해결절차의 업무인증】민간분쟁해결절차를 업으로 하는 자(법인이 아닌 단체에서 대표자 또는 관리자를 두고 있는 경우를 포함)는, 그 업무에 관하여 법무대신의 인증을 받을 수 있다.

93) ADR의 제공 주체에 따라 크게 ① 재판소가 관여하는 사법형 ADR(예: 민사조정, 가사조정), ② 독립 행정위원회와 행정기관 등이 관여하는 행정형 ADR(예: ⓐ준사법적절차를 동반하는 경우; 공정거래위원회, 특허심판 등, ⓑ알선·중재 등을 실행하는 경우; 공해등조정위원회, 국민생활센터, 노동위원회, 건설공사분쟁심의회, ⓒ분쟁의해결과는 별도로 사고조사에 한하는 경우; 지방공동단체의 소비자 피해구제위원회 등), ③ 그 외의 민간형 ADR로 분류할 수 있다. 사법형 ADR은 재판소 내에서 실시되는 것으로 조정등을 통한 분쟁해결이 그 예이다. 행정형 ADR은 독립행정위원회나 행정기관 등을 통해 이루어지는 것으로 공해등조정위원회, 건설공

의 ADR을 하는 자, ③ 법률에 근거한 ADR을 하는 자 등은 인증의 대상에서 제외된다.[94]

인증의 기준에 관하여는 제6조에 상세히 규정하고 있다. 그 중에서도 제6조 제5호는 절차를 실행하는 자가 변호사가 아닌 경우에 대해, 민간분쟁절차 해결에 법령의 해석적용에 관한 전문적 지식이 필요한 때에는 변호사의 조언을 얻을 수 있도록 조치를 취해 둘 것을 규정하고 있다. 이 규정으로 사건의 해결에 필요한 법률적 지식을 담보할 수 있으며, 변호사법 제72조[95]의 규정과의 문제를 해결할 수 있게 되었다.

그 밖에도 이용자의 보호의 관점에서, 비밀준수의무(제6조 제11호·제14호), 보수의 정당성에 관한 규정(제6조 제15호), 고충처리에 관한 규정(동조 16호)등이 규정되어 있다. 또 인증사업자에 대해서는 의무규정으로 이용자에 대한 절차실시자 선임·보수·절차진행 등에 관한 설명의무(제14조), 폭력단원등 사용금지의무(제15조), 절차실시기록의 작성·보존(제16조)이 있다. 또한 감독청에 의한 보고 및 검사(제21조), 권고(제22조), 인증의 취소(제23조)등의 감독규정이 있다. 이렇게 인증을 얻은 ADR 업무에 관하여는 특별 법적효과가 적용된다. 인증에 관한 명칭의 독점권을 인정받게 된다(제11조). ADR의 절차계속 중에 양당사자의 신청에 의한 소송절차의 중지를 인정하여(제26조) 조정전치규정이 있는 경우(이혼이나 급여개정 등)에도 인증 ADR의 실시에 의한 적용의 제외가 인정된다(제27조).

인증제도와 더불어 또 하나의 중요한 효과로써 시효의 중단에 관한 규정을 들 수 있다(제25조). 분쟁의 해결에서 ADR을 이용하다가 그 해결이 지연되는 경우에 재판을 통해서 해결하고 싶어도 원고의 청구권이 시효에 걸리는 경우가 있다(민법 제724조에 불법행위의 시효는 3년으로 규정되어 있음). 본법의 인증분쟁해결절차에 의해서 분쟁의 당사자간 화해가 성립될 기미가 보이지 않는 때, 절차 실시자가 당해인증분쟁해결

사분쟁심의회, 지방공동단체의 소비자피해구제위원회 등이 제공 주체가 된다. 민간형 ADR은 변호사회나 소비자 단체 등에서 운영하는 ADR로 변호사회중재센터, 일본상사중재협회 등이 제공하는 ADR을 의미한다.

94) 山本和彦, ADR法とは何か, 法学セミナー631号, 2007.07, 23면.

95) 변호사법 제72조【비변호사의 법률사무의 취급 등의 금지】변호사 또는 변호사 법인이 아닌 자는 보수를 얻을 목적으로 소송사건, 비송사건 및 심사청구, 이의신청, 재심사청구 등 행정청에 대한 불복신청사건 그 외 일반 법률사건에 관한 감정, 대리, 중재 혹은 화해 그 외의 법률사무를 취급 또는 이러한 것을 주선하는 것을 업으로 삼을 수 없다. 단, 이 법률 또는 다른 법률에 특별한 규정이 있을 경우에는 이에 한하지 않는다.

절차를 종료하는 경우가 문제가 된다. 이때 이미 3년이 경과되어 시효가 완성되어 버리면 원고에게 불리하기 때문에 법 제25조에서는 시효에 관한 특칙을 두고 있는 것이다. 즉, ADR에 의한 교섭이 실패한 경우라 하더라도 그때부터 1개월 이내에 소를 제기한다면 ADR절차에 의한 청구시의 제소로 인정된다.

다. 소송과 ADR의 관계: 두 가지 모델의 ADR

ADR의 도입을 둘러싸고 그 이념적 근거와 운용 모델형의 구축 등에 관한 첨예한 이론적 대립이 있었다. ADR법에서는 ADR과 재판과의 관계에 대해 명확하게 밝히고 있지 않다. 이에 대해 ADR과 종래의 재판제도와 법 시스템의 관계를 보충·협력관계로 보는 경우와 분리 독립적인 관계로 보는 견해가 있다. 전자의 경우 법지향적 ADR모델로 후자의 경우 대화자율형 ADR모델로 크게 구분할 수 있다.

1) 법지향적 ADR[96]

이는 분쟁처리는 원칙적으로 재판을 통한 법적해결이라는 인식에 근거한다. ADR은 재판제도를 보충해주는 위치로, 본래 소송이 해야 하는 '법적권리를 근거로 한 해결'을 가능한 빠르고, 저렴하고, 손쉽게 제공함을 기능적 목표로 삼는다.[97] 소송현장에서 의료문제를 다루어 의료문제에 정통한 환자측의 변호사와 의료기관측의 변호사가 서로의 입장에서 견해를 제시하고 또는 유사한 사안의 판례에서의 배상액을 제시하는 것으로 합의점을 찾는 것은 법지향적 ADR의 예라 할 것이다.[98] 일본의 ADR법 제3조에서는[99] ADR을 '법에 의한 해결'을 행하는 기관이라고 밝히고 있고, 민간 ADR기관에 대해 법무대신의 인증을 부여하는 시스템을 채용하고 있으며(제6

96) 이에 대해서는 논문별로 재판준거형 ADR, 소송보충형 ADR, 재판보완설 등의 용어가 다양하게 사용되고 있다. 용어의 통일을 위해 본 보고서에는 일본학술회 법학위원회에서 발표한 대외자료에 근거하여 법지향적 ADR이라는 용어를 사용하도록 한다.

97) 日本学術会議法学委員会医療事故紛争システム分科会, 医療事故をめぐる総合的紛争解決システムの整備へ向けて, 対外報告, 2008.4, 3면 참고.
(http://www.scj.go.jp/ja/info/kohyo/pdf/kohyo-20-t51-1.pdf)

98) 中村芳彦, 対話型医療事故紛争ADRについて, 法学セミナー631号, 2007.07, 38면.

99) ADR법 제3조【기본이념 등】재판외분쟁해결절차는 법에 의한 분쟁해결을 위한 절차로 분쟁 당사자의 자주적인 분쟁해결의 노력을 존중하면서 공정하고 적정하게 실행되어 전문적인 지견을 반영하여 분쟁의 실정에 적합한 신속한 해결을 도모하여야 한다.

조), 인증조건에 변호사의 조언을 얻을 수 있는 체제를 구비할 것(제6조의 제5호)을 포함하는 등에 미루어 볼 때 법지향적 ADR을 상정하고 있는 것으로 보여진다.[100] 법지향적 ADR을 지지하는 사람들은 ADR의 신뢰기반은 법이나 재판에 비롯하는 공정성에 근거한다고 한다. 이에 대해서 법지향적 ADR이 소송보다 더욱 권력적인 제도가 될 수 있다는 지적이 있다.[101] 우선 법지향적 ADR은 결국 금전적 배상을 중심으로 운용될 수밖에 없다. 소송에서는 그나마 법정에서 당사자간 주장과 입증과정을 통해 논의가 이루어질 수 있으나, 소송보다 간이하고 신속함을 전면에 내세우는 ADR의 경우 각자의 의견을 일방적으로 내세우는데 주력하게 될 경향이 크기 때문이다.

2) 대화자율형(對話自律型) ADR모델

대화자율형 ADR은 법지향적 ADR모델과는 달리 전통적인 사법제도와 거리를 두고 당사자가 자율적이고 창조적으로 문제를 해결할 수 있도록 돕는 것이 ADR이 추구해야 할 자세로 본다. 대화자율형 ADR을 지지하는 사람들은 재판제도가 제공하는 법적 해결이 분쟁당사자가 원하는 해결책과 괴리되어 있다는 점을 지적하며 ADR을 통해 철저히 당사자 스스로가 주체적·자율적으로 문제해결을 위해 노력해야 한다고 한다. 따라서 대화자율형 ADR모델은 각 기관이 제공하는 절차나 그 결과가 기존의 절차나 법적 해결결과에 얽매여야 할 필요는 없다. 오히려 재판을 통해서는 대응하기 어려운 당사자의 개별적 요구도 ADR의 다양성과 자율성을 발휘하여 해결할 수 있다.[102] ADR은 분쟁상황에서 당사자가 무엇을 원하는지 충분한 대화를 거쳐 '각자'에게 '최선'이라고 여겨지는 해결을 당사자들이 자율적으로 모색하는 과정을 거치는 것이 중요하기 때문이다. 그리고 이처럼 당사자가 구체적이고 자율적으로 분쟁해결절차를 거치며 ADR의 공정성이 구축된다고 주장한다.[103]

3) 의료ADR의 모델: 법지향적 ADR? 대화자율형 ADR?

위에서 살펴본 바와 같이 ADR의 모델은 크게 법지향적 ADR과 대화자율형 ADR로

---

100) 和田仁孝, 總論-ADRの基礎知識, 法学セミナー631号, 2007.07, 18면.
101) 中村芳彦, 対話型医療事故紛争ADRについて, 法学セミナー631号, 2007.07, 39면.
102) 和田仁孝, 總論-ADRの基礎知識, 法学セミナー631号, 2007.07, 19면.
103) 日本学術会議法学委員会医療事故紛争システム分科会, 医療事故をめぐる総合的紛争解決システムの整備へ向けて, 対外報告, 2008.4, 4면 참고.
(http://www.scj.go.jp/ja/info/kohyo/pdf/kohyo-20-t51-1.pdf)

나누어 볼 수 있다. 그렇다면 의료분쟁 사건에는 어떠한 ADR모델을 채용하는 것이 더욱 효율적이며, 또 실제로 어떠한 모델을 채용하고 있는 것일까. 먼저 의료 ADR에 법지향적 ADR모델을 채용하려는 입장에서는 최근에는 의료기관에서 진료기록카드 등의 증거자료를 자발적으로 제출하고 있으며, 의료소송에 관한 판례도 상당수 축적되어 있기에 소송과정을 거치지 않고도 사실인정과 법적판단이 가능하다고 한다.[104]

일본 후생노동성(厚生勞動省)의 「의료행위와 관련된 사망에 사인규명 등의 나아갈 길에 관한 검토회」[105]에서는 진료행위에 관련한 사망에 관해 원인을 규명하고 적절한 대응을 할 필요성에 대한 논의가 이루어졌다.[106]

여기에서 사인규명이 무엇을 위한 사인규명인가에 따라 ADR과의 관계가 결정된다는 지적이 있었다.[107][108] 즉 의사법 제21조[109]를 대신하여 신고의무를 부과하면서 신고서의 제출처가 경찰이 아닌 사고조사위원회로만 바뀐 것이라면, 사고조사위원회는 결국 형사처분이나 행정처분을 위한 '조사기관'의 역할에 지나지 않는다고 할 수 있다. 이런 관점에서 본다면 사실의 인정과 이에 대한 법적적용이라는 점에서 조사위원회는 법지향적 ADR에 가깝다.[110]

반면, 단지 피해자가 원하는 '진실규명'이라는 요구를 충족시켜주기 위한 것이라면 대화자율형 ADR의 성격을 포함하고 있다고 볼 여지도 있을 것이다. 의료분쟁은 '진실규명'이나 '사죄' 등 다양한 요구가 혼재되어 있고, 이를 해결하기 위해서는 당사자가

---

104) 中村芳彦, 対話型医療事故紛争ADRについて, 法学セミナー631号, 2007.07, 38면.

105) 2006년 의료제도개혁에 관한 국회심의에서는 제3자에 의한 조사 분쟁해결 등의 검토가 필요하다는 결의가 있었다. 후생노동성(이하, 후생성)은 법무성·검찰청과 협의하에 2007년 3월 「진료행위에 관련한 사망의 사인규명 등의 올바른 길에 관한 과제와 검토의 방향성」을 공표하였다. 2007년 4월 후생성에 「진료행위에 관련한 사망에 관한 사인규명등의 올바른 길에 관한 검토회」가 설치되었다.
이에 관하여는 http://www.mhlw.go.jp/stf/shingi/other-isei.html?tid=127273 참고.

106) 의료(진료)에 관한 사고에 대해 사인규명과 재발방지책을 중립적인 제3기관에서 전문적, 학술적으로 검토한다는 내용을 골자로 한다.

107) 中村芳彦, 対話型医療事故紛争ADRについて, 法学セミナー631号, 2007.07, 42면.

108) 의료의 안전확보를 향한 의료사고에 의한 사망의 원인규명·재발방지 등의 나아갈 길에 관한 시안에서는 의료기관과 유족 사이에서 분쟁이 해결되지 않는 경우의 선택지로 민사소송, 재판소에 의한 조정, ADR기관의 활용을 들고 있다. 그 중 어느 경우라 하더라도 사실관계의 명확화와 정확한 원인규명이 불가피 하다고 하여 사인규명의 필요성을 설명하고 있다. (http://www.mhlw.go.jp/topics/bukyoku/isei/i-anzen/kentou/dl/2f.pdf).

109) 일본 의사법 제21조: 의사는 사체 또는 임신4개월 이상의 사산아를 검안하여 이상이 있다고 인정된 때에는 24시간이내에 소관경찰서에 신고하여야 한다.

110) 佐藤彰, 対話型ADRをどう理解するか, 法学セミナー631号, 2007.07, 44면; 中村芳彦, 対話型医療事故紛争ADRについて, 法学セミナー631号, 2007.07, 42면.

서로 대화하고 자율적으로 해결해야 한다는 점을 들어 의료 ADR이 대화자율형 ADR 모델을 취해야 한다고 한다.[111] 일본학술회 의료사고분쟁처리 시스템 분과회에서도 의료사고분쟁처리 시스템의 나아갈 길에서 의료분쟁에 대화자율형 ADR의 적용을 지지하였다.

실제 ADR의 운용면에서 법지향적 ADR모델과 대화자율형 ADR모델이 극단적으로 대립하는 일은 그리 많지 않을 것으로 예상된다. 하지만 기존의 사법제도와의 거리를 어떻게 파악하는 것인지, 해결결과에 대한 법적타당성을 어디까지 인정해 주어야 하는 것인지, 또 ADR절차에서 자율성은 얼마만큼 중시하여야 할 것인지 등의 문제는 각각의 ADR제도의 설계 및 운용과정을 결정함에 중요한 부분이라 할 수 있을 것이다.[112]

2. ADR법의 시행이후 운용에 대한 평가

ADR법 시행이후 일본의 ADR은 제정전과 비교하여 눈에 띄게 확충되고 활성화되었다. 종래에는 분쟁의 해결은 법원의 전권사항으로 여겨왔다. 하지만 ADR의 도입이후에는 법원을 대신하여 분쟁상황을 일정조건을 갖춘 전문기관에 위탁하여 판결과 동일한 효과를 지니는 해결책(화해·조정·중재)을 제시할 수 있게 되었다. 이로 인하여 분쟁해결절차의 다양한 가능성이 제시되었다. 또한 법제정 전부터 존재하였던 ADR기관에서는 인증기준의 적합성에 따라 절차의 공정성을 도모하게 되었다.[113] ADR법 제정이후 민간형 ADR로 법무대신의 인증을 받은 ADR기관-소위 「해결서포트(かいけつサポート)」-는 일본스포츠 중재기관을 제1호 인증기관으로 2015년 기준 139개이다.[114] ADR법의 시행이후 민간형 ADR에서는 전문분야를 대상으로 하는 ADR(금융 ADR, 의료 ADR, 도산 ADR)이 나타났고, 행정형 ADR의 이용도 증가하였다.

---

111) 中村芳彦, 対話型医療事故紛争ADRについて, 法学セミナー631号, 2007.07, 42면. 실제 어떠한 모델을 채용하고 있는지에 관하여는 의료ADR의 운용현황을 살펴보며 개별적으로 언급하기로 한다.

112) 日本学術会議法学委員会医療事故紛争システム分科会, (対外報告)医療事故をめぐる総合的紛争解決システムの整備へ向けて, 2008.4, 4면.

113) 예를 들자면 금융ADR의 경우 금융상품거래법 제156조의38 이하, 은행법 제52조 62이하 등에서 실질적으로 ADR법상의 인증기준에 상당하는 요건을 규정하고 있었으나, ADR법 고유의 인증기준을 덧붙여 부과하게 되었다. (山田文, ADR法改正の課題, 法律時報85巻4号, 2013, 11면.)

114) 「かいけつサポート」는 인증분쟁해결절차를 의미한다. 법무법인의 인증을 받은 기관에 대하여는 http://www.moj.go.jp/KANBOU/ADR/jigyousya/ninsyou-index.html 참조.

ADR의 발전을 위한 환경조성을 위해 2004년 10월에 중재 ADR법학회가 설립되었다. 이 학회에는 중재 및 ADR의 연구자, 실무가가 그 성과 및 정보를 발표·교환하고 학술지 '중재와 ADR'에 주요한 연구결과를 발표하고 있다. 일견 ADR은 순조롭게 성장하며 자리 잡고 있는 것으로 보여 진다. 하지만 사업자의 증가에 비교해 분쟁처리 실적은 침체상태에 머물러 있는 추세다.[115] 이에 대한 원인으로는, 여전히 낮은 ADR의 인지도와 민간 ADR에 대한 저조한 신뢰도를 꼽는다. 때문에 혹 이용자가 신청을 하더라도 상대방이 이에 응하지 않아 ADR절차를 시행하지 못하는 경우가 적지 않다. 또한 ADR절차를 통한 화해계약의 성립 역시 절반에 미치지 못하여 민사조정 성립률(제17조의 결정은 포함하지 않음)과 비교해 보았을 때에도 큰 효과를 기대하지 못하는 실정이다. 또한 많은 민간 ADR기관이 재정적인 문제를 안고 있다는 점, ADR사업자내에서도 분쟁처리 실적의 격차가 크다는 점, ADR의 처리업종과 사업지역의 편중 역시 ADR활성화를 위한 걸림돌이 되고 있다.[116]

ADR법은 부칙 2조에서 "정부는 이 법률의 시행 후 5년이 경과한 상태에서 이 법률의 시행상황에 관하여 검토하고 필요하다고 인정되는 경우에는 그 결과를 기초로 필요한 조치를 강구하여야 한다"고 규정하고 있다. 2010년 설립된 일본ADR협회는 ADR의 개정을 준비하며 2011년 4월에 "ADR법 개정문제 검토 워킹 그룹"을 설치하여 회원 및 ADR단체에 설문을 실시하여 이를 분석하고 검토한 뒤, 2012년 "ADR법 개정을 위하여"[117]라는 제언서를 법무장관에 제출하였다. 법무성에서는 2013년 2월에 ADR법에 관한 검토회가 설립되었다. 본 검토회의 검토결과를 정리한 ADR법에 관한 검토회 보고서가 2014년 3월 법무장관에게 제출되어 있는 상태이다.[118]

또한 2013년에는 일본ADR법회의 개정문제 검토에 대한 워크숍에서 관련 ADR기관에 대한 설문조사를 실시하여 이를 분석하고 검토하여 논점을 정리하고 입법에 대한 제언을 공표하였다.[119][120]

---

115) 山田文, ADR法改正の課題, 法律時報85卷4号, 2013, 11면.
116) 一般財団法人 日本ADR 協会, ADR法の改正に向けて, 2012.04.01, 29면.
117) http://japan-adr.or.jp/teigen.pdf
118) http://www.moj.go.jp/content/000121361.pdf
119) http://www.moj.go.jp/content/000111919.pdf
120) 본 보고서는 일본의 의료ADR제도와 운용실태가 주된 관심사이기 때문에 ADR법 자체에 대한 자세한 검토는 생략하기로 한다. ADR법 개정의 과제와 제언에 대하여는, 각 협회의 제언서와 검토회의 회의록 및 山田文, ADR法改正の課題, 法律時報85卷4号, 2013, 11-16면 참조.

3. 일본의 의료 ADR의 발전과 운용상황

가. 일본의 의료 ADR: 의료분쟁 소송에서 탈소송화(脫訴訟化)로의 움직임

1970년 이후 의료소송의 정점을 이루던 2004년까지 의료관계 소송으로 제1심에 새로 접수된 사건은 매년 증가하여 약 10배가량이 증가하였다.[121] 의료소송의 증가[122]에 대해 환자 및 유족이 적극적으로 자신의 권리를 주장하게 된 것이라는 평가도 있다. 하지만 의료소송의 증가현상 이후 의료계에는 소위 '의료붕괴'라는 현상이 발생하였다.[123]

병원에서는 의료소송을 걱정한 나머지 문제가 발생할 여지의 환자는 치료는 하지 않거나, 바로 대학병원으로 이송하는 현상이 발생하였다. 이로 인해 대학병원에 환자가 집중되고, 정작 대학병원의 치료를 받아야 하는 환자는 오랜 시간을 기다려 제때 치료를 못 받는 경우까지 발생하게 되었다. 각 병원에서는 혹시 모를 소송에 대비하여 환자나 환자의 가족에게 방대한 동의서에 서명을 요구한다. 의학도들은 의료소송이 잦은 산과나 외과 보다는 비교적 소송이 적은 피부과나 안과 등에 몰린다. 이는 비단 의학도에 국한된 문제가 아니다. 기존의 산부인과 병원에서도 의료사고의 위험성이 높은 산과진료를 기피하는 추세를 보였다.[124]

이러한 위축의료, 방어의료적인 의료서비스의 이면에는 복잡다기한 원인이 존재하기에[125] 의료소송의 증가만으로 이러한 현상을 설명하기 어려울 것이다. 그렇지만

---

121) 児玉安司, 「医療ADR」, 法律時報85巻4号, 2013, 33면.

122) 일본최고재판소의 통계에 의하면 2003년의 1,110건 접수를 피크로 점차 줄어들어 2008년 732건의 접수 이후 약 800건대 전후를 유지하고 있다. 한편 후생노동복지성의 통계에서 의료사고로 환자가 사망한 건수는 연간 약 1,300-2,000건 정도로 발표되고 있다.

123) 의료붕괴의 현상과 원인에 관하여는 小松秀樹, 「医療崩壊立ち去り型サボタージュとは何か」, 2006; 「唐澤祥人, 「医療崩壊医師の主張」, 2008 참조.

124) 소위 「오오노병원사건(大野病院事件)」을 전환점으로 의료제도개혁에 대한 필요성에 대한 논의가 활성화 되었다. 2006년 3월 후쿠시마현립 오오노병원(福島県立大野病院)에서 유착태반의 산모(수사를 통해 전치태반이었음이 판명되었다)의 출산을 위해 제왕절개수술이 행해졌다. 산부인과 의사는 출산 전, 분만 시의 위험성을 설명하며 대학병원에서의 출산을 권유하였으나, 산모는 거리가 멀다는 이유로 이를 거절하였다. 태반의유착정도가 심하여 자궁을 적출하는 과정에서 방광에 약간의 손상이 발생하였다. 수혈 등의 조치를 취했으나 산모는 사망하였다. 산부인과 의사는 업무상 과실치사죄로 기소되었다. 재판에서 무죄를 선고받았으나 (福島地方判 平成20·8·20 의료판례) 이 사건 이후 각 지역에서 산과를 폐지하거나 산부인과의사가 줄어드는 현상이 나타났다.(中村芳彦、対話型医療事故紛争ADRについて, 法学セミナー631号, 2007.07, 38면.)

125) 의료사고와 의료분쟁에 관한 사회적 변화에 대하여는 児玉安司, 「医療ADR」, 法律時報85巻4

의료소송 증가가 이와 같은 현상에 미친 영향이 적지 않음은 부정할 수 없다.

한편 피해자 측에서도 의료소송이 항상 만족스러운 결과를 가져다주는 것은 아니었다. 의료기관에서 사고가 발생하여 중대한 피해를 입거나 혹은 목숨을 잃게 된 경우 피해자 측(환자 및 유족)이 취할 수 있는 가장 보편적인 수단은 민사소송을 통한 해결이었다. 그러나 의료사건의 심리를 위해서는 전문적 의학지식이 필요하며, 대체적으로 감정(鑑定)이 동반되는 경우가 많기 때문에 감정인의 확보에도 시일이 필요하다. 그 결과 의료소송은 일반 민사 제1심소송사건 전체와 비교해 보았을 때 심리기간이 약 3배정도 길며 평균 쟁점정리기일 횟수도 많은 등 전체적으로 장기화 되었다.[126] 또한 의료소송에서 발생하는 변호사 비용의 부담 및 법정출두에 그리고 증거수집에 대한 부담감 역시 간과할 수 없는 부분이다.

그리고 무엇보다 중요한 것은 피해자가 원하는 것은 단순히 '금전적 보상'만으로 해결하고자 하는 것이 아니라는 점이다. 왜 이러한 사고가 발생하였는지에 대한 명확한 설명과 이에 대한 진지한 사과 역시 의료사고의 피해자에게 중요한 부분이다. 하지만 소송은 그 성격상 대심구조로 공격과 방어형식의 수단을 취하고 있기 때문에 피해자가 원하는 '성실한 대응'이나 '대화', '사죄'등의 부분을 충족시키기가 어렵다. 의사 개인은 주의의무위반 및 인과관계에 관한 사실평가에 대한 주장과 입증을 통해 손해배상 책임의 여부를 다투어야하기 때문에 이 과정에서 피해자에게 반성·사죄 등에 응하기가 쉽지 않다.

이러한 문제 상황을 해결하기 위한 방안[127]으로 의료 분쟁해결 현장에서의 ADR의 활용에 대한 논의가 이루어졌다. 기존에도 의료분쟁상황의 해결을 위한 방법으로 의사회의 조정제도가 있었다. 하지만 의사회의 조정제도는 환자 측에서는 신청할 수

号, 2013, 33-35면 참조.

126) 最高裁判所事務總局, 裁判の迅速化に係る 検証に関する報告書 - 裁判所, 2013, 61면, (http://www.courts.go.jp/vcms_lf/20521001.pdf)참조

127) 의료 ADR이외에도 산과의 분야에서는 2009년 1월부터 가입된 분만기관에서 분만시 소정의 기준에 해당하는 중도뇌성마비가 발생한 경우 의료종사자의 과실유무와 관계없이 간호·개호를 위한 비용으로 총액 3,000만엔의 보상금을 지급하는 산과 의료보상제도가 도입되었다 (http://www.sanka-hp.jcqhc.or.jp/outline/purpose.html 참조). 또한, 의료분쟁에 대하여 직접해결을 하는 것은 아니지만 사고의 재발방지 및 원인규명의 관점에서 '진료행위에 관한 사망의 조사 분석 모델사업'을 실시하고 있다. 이는 진료행위에 관한 사망에 대해 원인을 규명하여 이를 유족과 의료기관에 전하여 재발방지를 도모한다. (http://www.mhlw.go.jp/topics/bukyoku/isei/i-anzen/med-model/ 참조)

없고, 손해보험과의 관계로 반드시 유책성 판단을 거쳐야 한다는 점에서 ADR과는 구별된다.[128] 이처럼 의료분쟁에 대한 소위 「탈 소송화」현상은 의료분쟁에 대한 의료소송의 한계에 대한 공통의 인식에서 비롯되었다고 볼 수 있을 것이다.[129]

나. 의료 ADR의 운용상황

의료분쟁에서는 재판에 의한 사법적 해결(판결에 의한 경우와 재판에 의한 화해를 포함) 이외에도 재판소에 의한 민사조정, 행정기관이 실시하는 알선·조정 및 사고조사, 그리고 민간의 ADR기관에 의한 알선·조정 등 다양한 기관이 여러 형태로 운영되고 있다.[130] 일본의 후생노동성(厚生勞動省)은 2008년 「진료행위와 관련된 사망에 사인규명 등의 나아갈 길에 관한 검토회」[131]에서의 검토결과에 입각하여 의료 ADR의 활용추진을 도모할 필요가 있음을 밝혔다. 2010년 3월부터는 「의료재판 외 분쟁해결기관연락조정회의」(이하, 「연락조정회의」라고 함)가 개최되어, 변호사회 등의 ADR의 설치기관의 각 대표자, 학식 있는 경험자등이 참가하여 각 ADR의 현황 및 과제에 관하여 정보와 의견을 교환하였다.[132] 의료분쟁의 특수성을 고려해 보았을 때 의료 ADR은 제소전에 분쟁을 해결하는 것으로 의료소송의 부담이 줄어들게 되어 의료불신의 해소 및 의료붕괴현상의 방지에 이바지할 것으로 기대 되었다.

또한 의료소송이라는 높은 장벽 때문에 권리를 구제받을 수 없었던 환자 측에서도 ADR을 통해 신속하고 적은 비용으로 권리를 구제받을 길이 열리게 되었다. ADR은 비공개적으로 이루어지기 때문에 절차가 공개되는 소송과 달리 비밀을 보장받을 수 있다는 점 역시 의료 ADR의 장점으로 평가되고 있다. 의료기관에서는 의료사고발생 후 초기 대응을 병원내의 직원이 조정(調停)적 방법을 이용하여 분쟁을 미연에 방지하고자 의료 중재(Healthcare Mediation)를 시도하였으며[133] 연간 1,000여명 정도의

---

128) 和田仁孝, 医療事故紛争ADR構築の背景と今後の展開, 法学セミナー631号, 2007.07, 43면
129) 村松悠史 , 医療ADRの試みと医療訴訟の実務的課題(上), 判例時報2128号, 3면.
130) 植木哲, 医療ADRの現在とこれから, 法律のひろば, 2014.11, 31면.
131) 이에 관하여는 http://www.mhlw.go.jp/stf/shingi/other-isei.html?tid=127273 참고.
132) 村松悠史 , 医療ADRの試みと医療訴訟の実務的課題(上), 判例時報2128号, 4-5면. 연락조정회의는 2011년 자동적으로 소멸하였다. 이에 관하여는 후술하는 의료법개정과 의료분쟁상황에서 의료 ADR 활용의 향후전망의 장에서 자세히 다루기로 한다.
133) 이 경우 병원의 직원이 실시하는 것은 제3자적 성격을 결여하고 있으므로 ADR이라고 할 수 없다는 회의적인 시각도 있다. (和田仁孝·手嶋豊·中村芳彦·長谷川剛, シンポジウム(2008년8

의료중재자(Healthcare Mediators)가[134] 육성되었다.

이러한 의료 ADR의 보급촉진을 향한 움직임은 의료소송의 한계를 인식하고 이를 극복하기 위함이었다. ADR을 절차에 별로 분류하면 ① 상담·조언, ② 조정형 절차(조정·화해·알선), ③ 재판형 절차(중재)가 있다. 그 중에서도 조정형 절차(특히 대화촉진형 조정)은 절차가 유연하게 운용되며, 환자의 감정을 충분히 수용하고 의사와 환자의 대화를 촉진시켜 당사자 사이의 신뢰관계를 회복시키며 사고발생의 본질에 가까이 다가갈 수 있다는 점이 기대되었다. 일본의 의료 ADR은 운용주체별로 크게 변호사주도형, 의사주도형, NPO법인 주도형으로 나눌 수 있다. 이하에서는 각 운용주체별로 의료 ADR이 어떻게 운용되고 있으며, 그 장단점은 무엇인지 검토해 보도록 한다.

1) 변호사회의 ADR

가) 설립 및 운용현황

2007년 4월 ADR법의 시행 후 동년 9월 도쿄변호사회·제1도쿄변호사회·제2도쿄변호사회(이하, 도쿄 3회라고 함)[135]가 연계하여 운용하는 전문 ADR로 각 변호사회의 분쟁해결센터·중재센터를 기반으로 의료분쟁상황에 대한 ADR을 실시한다. 현재 일본변호사연합회 산하에 전국9개소(11개의 변호사회)에 의료 ADR이 설립되어 운용되고 있다.[136] 도쿄 3회는 의료 ADR의 알선에서 의료분쟁에 경험이 풍부한 변호사를 의료기관측과 환자측 각 1명씩 대리인으로 선임하고 여기에 알선인 1명을 더한 3인 체제를 택하고 있다.[137] 하지만 아이치현 변호사협회의 ADR의 경우 변호사 1인 체제

월12일), 医療事故法学会仲裁とADR, 商事法務, 2009, 1면.)

134) 의료 메디에이터(医療メディエーター)는, 환자와 의료인이 만나는 장을 설정하고 대화를 촉진함으로써 관계 재구축을 지원한다. 의료 메디에이터(의료 대화 중개자)는 당사자의 자발적인 대화를 촉진하는 역할이며 대리나 대변을 하거나 "해결 방안"을 제시하지는 않는다. (의료 메디에이터 협회의 설명 http://jahm.org/ 참고).

135) 도쿄의 변호사회는 도쿄변호사회, 제1도쿄변호사회, 제2도쿄변호사회의 3개의 변호사회 가 있다. 각 변호사협회는 특별히 구역별로 구별되는 것은 아니며, 자격이나 업무영역이 나뉘는 것도 아니다. 자세한 내용으로는 http://www.nichibenren.or.jp/contact/consultation/legal_consultation/tokyo/ 참조.

136) 일본변호사 연합회의 의료 ADR에 관하여는 이하의 홈페이지 참조. http://www.nichibenren.or.jp/activity/resolution/adr/medical_adr.html 의료 ADR기관에 대한 ADR조사 결과에서 각 변호사회별 실적을 앙케이트 형식으로 공개하였다. (http://www.mhlw.go.jp/stf/shingi/2r9852000002knj9-att/2r9852000002kno3.pdf)

137) 변호사회의 ADR에서도 알선인의 수가 반드시 통일되어야 하는 것은 아니다. 예컨대 오사카 후쿠오카 변호사협회는 도쿄3회와 같이 3인 체제를 택하고 있지만, 히로시마, 센다이, 에히

를 원칙으로 하고 있다. 이하에서는 가장 먼저 의료 ADR을 도입한 아이치현 변호사협회와, 도쿄의 3변호사회의 의료 ADR의 운용실태에 대해 살펴보도록 한다.

(1) 도쿄변호사회·제1도쿄변호사회·제2도쿄변호사회의 ADR

도쿄 3회에서는 2010년 3월 의료 ADR의 검증보고서를 발표하였다.[138] 본 보고서를 중심으로 홈페이지의 자료를 추가하여 정리하면 다음과 같다.[139] 도쿄 3회의 의료 ADR은 2011년 3월말까지 합계 143건의 신청이 있었다. 그중 화해가 성립된 사건은 약 60%에 이른다. 알선인의 경우 환자측과 의료기관측에 각각 1명씩 그리고 또 한명의 변호사가 참가하여 총 3명이 알선인으로 선임된다(표 4-1-1 참조). 신청에서 화해계약의 성립까지 평균 5~6개월이 걸리며 3~4회의 기일을 걸친다. 1회의 기일에 소요되는 시간은 평균 1~2시간이다. 분쟁해결은 주로 금전적 배상을 통한 해결이다.[140] 화해금액은 소액(100만엔 미만)이 대부분이며 600만엔을 넘는 화해는 성립되지 않았다. 또한 화해가 성립한 사건에서 금전지급이외에 화해조항을 별도 부과하는 경우가 많았다.[141] 화해조항의 내용으로는 사죄, 재발방지, 비공개 조항 이외에도 신청인이 의료기관에서 난동을 부리지 않는 조항 등도 있었다. 도쿄3회의 ADR은 판례를 기반으로 한 변호사의 판단·평가에 대해 각 당사자자의 수용여부가 문제되는 것으로 사실상 법지향적 ADR에 가깝다고 할 수 있다.[142]

매현 변호사협회의 경우 환자측과 의사측 담당의 변호사 각1인이 알선을 담당하는 2인체제로 운영된다.

138) http://niben.jp/info/group20100524.pdf

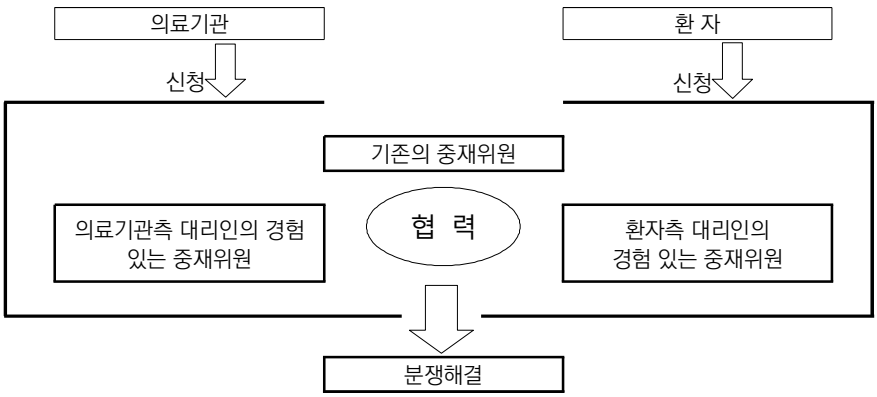
139) http://www.toben.or.jp/bengoshi/kaiketsu/qa/iryouadr.html

140) 하지만 금전적 해결이외에도, 피해자 측이(금전적 해결을 요구하는 것이 아니라) 진료의 경과 및 사인 혹은 후유장애등에 관한 설명을 요구하는 경우에도 신청이 가능하다. 또한 의료기관측에서도 신청이 가능하다. 西内岳, 「新·東京三会方式医療」の特徴の概要, 2011.10.31, 2면.

141) 보고서 26면.

142) 佐藤彰, 対話型ADRをどう理解するか, 法学セミナー631号, 2007.07, 46면.

〈표 4-1-1〉 도쿄3 변호사회 의료 ADR 실행모델



(2) 아이치현(愛知縣) 변호사협회[143]

변호사회 중에서 가장먼저 의료분쟁을 취급해 온 것은 아이치현(愛知縣) 변호사회였다. 아이치현에서는 1997년 변호사회 내에 아이치현 변호사회 분쟁해결센터를 두고 의료분쟁사건을 담당해왔다. 2010년 아이치현 변호사회 분쟁해결센터 운영특별위원회에서 발표한 의료 ADR의 3년간 운용실태에 관한 자료에 의하면, 2007년에는 24건의 신청이 있었고 이에 대해 상대가 승낙한 건수가 20건으로(83.3%) 그 중 12건이 화해계약에 성공하였다(50%). 2008년에는 37건의 신청 중 33건이 분쟁해결절차를 거쳐(89.2%) 15건(40.5%)가 화해에 성립하였다. 2009년에는 40건의 신청 중 30건이(93.4) 이에 응하였고, 10건(25%)의 화해계약이 이루어졌다.[144] 이처럼 평균 80%를 넘는 높은 응답률의 요인으로는 의료사건을 취급하는 한정된 수의 법률사무소의 변호사가 의료기관측의 대리인이 된 경우가 많았고, 의료기관측도 설명의무를 다하고 싶다는 의지가 있었다고 분석하고 있다.[145] 아이치현의 경우 원칙적으로는 변호사 1명이 알선 및 중재인이 된다(사안에 따라서 예외적으로 3인까지 선임가능하다). 아이치

143) 아이치현 변호사협회 의료 ADR에 관한 자료는 동 변호사회 홈페이지 참고. (http://www.aiben.jp/page/assen/assenqa.html)

144) 厚労省医療裁判外紛争解決（ADR）機関連絡調整会議資料, 愛知県弁護士会紛争解決センターにおける医療ADR, 4-5면. (http://www.wam.go.jp/wamappl/bb13GS40.nsf/0/088d3f0c884e7dc4492576f60005bfba/$FILE/20100330_5shiryou2-2.pdf)

145) 村松悠史, 医療ADRの試みと医療訴訟の実務的課題(上), 判例時報2128号, 7면.

현의 경우 유책성을 다투는 사안도 취급한다.

(3) 소 결

변호사회가 주도하는 ADR의 특징은 재판에서의 대심·대결형을 본뜬 ADR이라고 할 수 있다. 경험이 풍부한 중재위원이 피해자측의 대리인과 의료기관측의 대리인이 되어 교섭을 위주로 하는 알선·중재가 기초를 이룬다. 이는 결국 변호사가 의료기관측과 환자측의 중재위원으로 분쟁의 처리에 종사하는 것으로-그 과정에서 의료의 전문가인 의사의 도움을 받을 수 있다고는 하나- 환자와 의료기관의 대립관계에 대한 대리를 기초로 한다. 이러한 변호사회의 의료 ADR의 운용방식에 대해서 재판으로 이어지지 못한 의료분쟁을 끄집어 내 이를 의료 ADR의 형식으로 처리하는 것으로 결과적으로 변호사의 직업영역의 확대를 노리는 제도로 사용하고 있다는 비판이 있다.[146]

나) 분쟁처리 절차

변호사회에서 운영하는 의료 ADR은 조정형 절차가 주를 이룬다.[147] 도쿄3회는 분쟁에서 과실의 유무를 따지는 것이 아니며 상호 대화를 통한 유연한 해결을 추구한다. 신청에 대하여 상대방이 응하면(상대가 응하지 않으면 그 시점에서 절차는 종료된다) 조정기일이 정해지고 조정이 실시된다. 전문가(의사)의 활용에 대해서는 도쿄3회에서는 이를 취하지 않고 있으며, 아이치(愛知), 센다이(仙台)에서는 소수의 사건에서 의사가 참가한 경우가 있다. 비용에 관하여는 신청비용을 신청인이 지불하고, 성공수수료(최종 해결액수에 따라 정한다)를 양당사자가 부담한다.

2) 이바라기현(茨城県)의사회 의료문제 중립처리위원회

가) 설립배경

기존에는 의료분쟁이 발생하면, 의료기관측은 의료사고보험에 의한 처리를 여부를

146) 植木哲, 医療ADRの現在とこれから, 法律のひろば, 2014.11, 35면.

147) 변호사회에 의한 의료 ADR과 재판소에 의한 조정과 소송의 차이는 다음과 같다. 우선, 재판소의 조정은 재판소가 조정위원을 선임하며 조정위원을 지명하는 것이 불가능하나, 의료 ADR에서는 의료사건의 경험이 풍부한 변호사가 알선인으로 선임된다. 이때 신청인은 알선인 명부에서 희망하는 알선인을 선택할 수 있다. 소송의 경우와 비교해 보면, 소송은 증거에 근거한 사실과 법적책임의 유무를 따지지만 ADR의 경우 증거에 근거한 법적 책임을 묻는 것이 아니기 때문에 증거가 불충분하더라도 대화를 통한 자주적인 분쟁해결이 가능하다. 또한 신청은 환자 뿐 아니라 의료기관측에서도 가능하다. 의료 ADR은 재판소에 의한 절차와는 달리 화해계약에 집행력을 부과하기 위해서 중재절차를 할 필요가 있다.

판단하기 위해 각 지방 의사회의 의료분쟁위원회에 그 적용을 신청한다. 분쟁처리위원회는 사고에 대한 유책여부를 판단하고 사안별로 각 분쟁사건을 해결을 위해 어떠한 보험이 적용되는가를 결정한다.[148] 이때 의료분쟁위원회에 신청이 가능한 것은, 의료사고보험의 사적성격상 당해의사회의 회원(의사)에 한정된다. 따라서 조정의 신청인이나 분쟁의 당사자인 환자는 신청이 불가능하다. 나아가 의료분쟁위원회의 심사경과 및 결과는 공표되지 않기 때문에 그 공평성·중립성·투명성에 대해 의문이 생기기 마련이었다. 분쟁의 내용에는 단순한 응대태도에 대한 불만 등 의료분쟁처리위원회의 대상이 되지 않는, 의료행위가 아닌 부분도 있었다. 또한 환자가 의료의 구조를 이해하지 못해 발생하는 오해도 포함되어 있어 의료기관의 입장에서 곤란한 상황이 발생하곤 했다.[149] 이바라기현 의사회에서는[150] 이러한 마찰이 환자와 의료기관의 의사소통의 부재에서 기인한다고 판단하고 문제 상황에 대한 설명 및 사죄를 통해 오해를 풀 수 있는 길로 의료문제 중립처리위원회를 설립하기로 하였다. 이후, 2006년 3월에 이바라기현 의료문제 중립처리위원회[151](이하 '의료문제 중립처리위원회'라고 함)를 발족하였다. 의료문제 중립처리위원회의 목적은 환자와 의료기관측이 대화할 수 있는 장소를 제공하고 중립적 입장에서 문제해결을 할 수 있도록 지원하는 것이다.[152] 따라서 의료행위에 대한 책임의 유무를 묻는 장소도, 배상액을 결정하는 장소도 아님을 분명히 선언하였다. 의료문제 중립처리위원회는 대화자율형 ADR을 채택하고 있다.[153]

나) 조정절차의 흐름

이바라기현의 ADR에서 이루어지는 것은 조정절차이다. 의료문제 중립처리위원회

148) 植木哲, 医療ADRの現在とこれから, 法律のひろば, 2014.11, 32-33면.
149) 植木哲, 医療ADRの現在とこれから, 法律のひろば, 2014.11, 32-33면.
150) 이바라기현 의사회에는 1964년부터 의사(醫事)분쟁처리위원회를 두고 의료기관과 환자사이의 문제에 대응해 왔다.
151) 이바라기현 의료문제 중립위원회에 관하여는 http://www.medsafe.net/contents/recent/97ibaragi.html 참조
152) 의료문제 중립처리위원회는 의료분쟁상황에서 누구라도 신청이 가능해 졌다는 점에서는 한발 나아간 제도라고 보여 진다. 하지만 외부에서 보았을 때 의료문재 중립처리 위원회 역시 의사회 산하의 기관으로 본다면 그 공정성·중립성·투명성의 문제가 완전히 해소되었다고 보기 어렵다는 평가도 있다.(植木哲, 医療ADRの現在とこれから, 法律のひろば, 2014.11, 33면.)
153) 小松満, 医療のADR(Alternative Dispute Resolution;裁判外紛争解決手續)の効果, 日本外科学会雑誌 第114卷 第2号, 2013, 97-98면.

의 처리 절차는 신청을 통해 시작되며, 알선·조정회의의 결과를 받아 의사회장에게 보고하는 것으로 종료된다. 신청은 환자측과 의료기관측 모두 가능하다. 신청에 대한 수리여부는 위원장이 판단한다. 원칙적으로 반사회적인 인물, 치과, 미용성형외과 이외에는 모두 수리한다. 의사회에서 운용비용의 전액을 부담하고 있기 때문에 신청 비용 및 해결이 성립된 경우의 수수료는 무료이다.[154] 알선·조정회의는 변호사 1명, 학식을 지닌 경험자·시민대표 중에서 1명, 의사위원 1명의 3명으로 구성된다. 회의의 위원장은 변호사 또는 학식 있는 경험자가 맡는다. 의사위원은 환자에게 의료행위 및 의료시스템에 대해 설명한다. 의료기관에 대해서는 환자에 대한 설명의무에 착오가 없었는지, 의료제공체제에 아무런 문제가 없었는지에 대해 확인한 후 환자와 진솔하게 대화할 수 있도록 권한다. 알선·조정회의는 당사자가 대화를 나누는 것을 지향하므로 피해자(환자)와 담당의사 본인의 출석을 원칙으로 하고 있다. 기일은 분쟁 관여자가 출석하기 쉬운 오후시간(오후6시반 이후)이 대부분이다. 그러나 환자가 사망하였거나 고령이어서 출석이 어려운 경우라면 친족이 출석을 대신할 수 있다. 의료기관측에서도 담당의사의 출석이 부득이하게 불가능한 경우라면 담당의의 직속상사 또는 원장 등이 출석을 대신할 수 있다. 하지만 출석을 대신하는 것은 반드시 의사여야 한다. 분쟁해결의 절차는 먼저 의원회의 역할을 확인한 후 환자측에서 제기하는 문제점과 요청을 듣는 것부터 시작된다. 이후 위원회가 환자측의 의견을 의료기관측에 전하고 그에 대한 대응을 다시 환자에게 전달한다. 이러한 과정을 반복하다 문제의 해결점에 근접하면 양측이 직접 대면하여 대화를 하게 된다. 또한 의료행위의 책임유무를 따지는 사례나 고액의 배상을 요하는 사례에 대해서는 의사분쟁처리위원회와 연계하여 처리한다(표 4-1-2 참조).[155] 2010년 기준 전체 54건의 신청 중 24건이(44%) 합의계약에 성공하였다.[156]

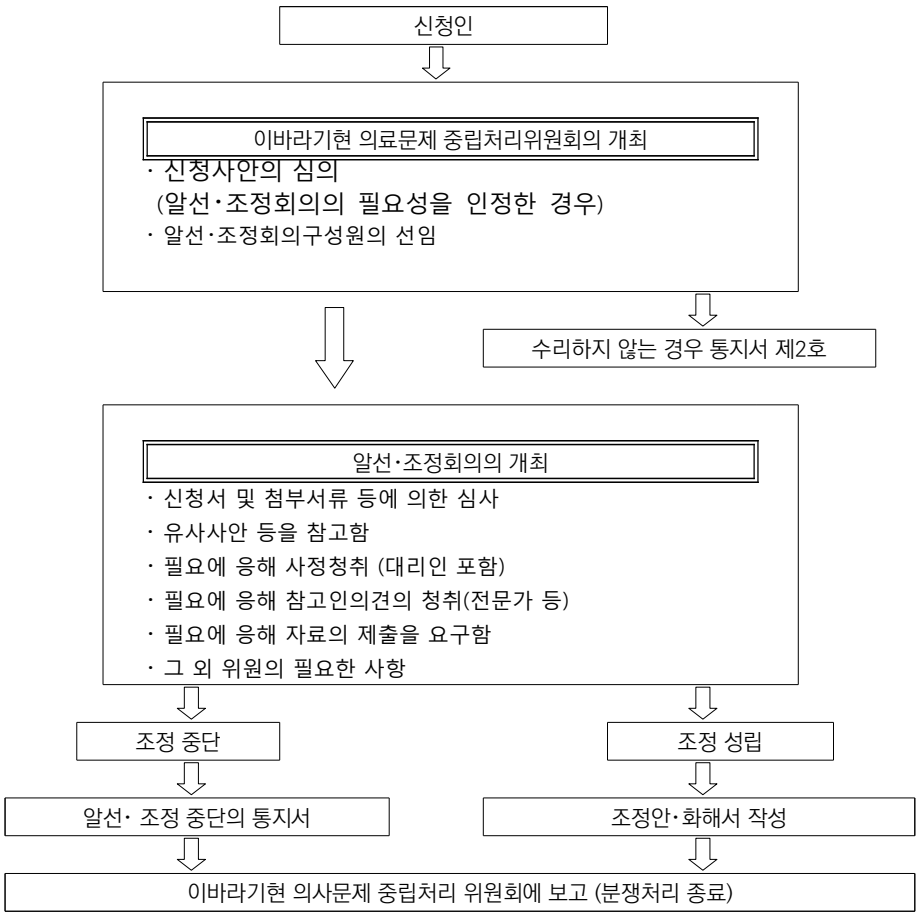
---

154) 운영자금의 전부를 이바라기현의사협회가 지출하고 있기 때문에(연간 400만엔 정도)중립성의 문제를 해소하기 위해서는 NPO법인의 설립이 요구된다는 지적으로는 村松悠史 , 医療ADRの試みと医療訴訟の実務的課題(上), 7면 참조.

155) 小松満, 医療のADR(Alternative Dispute Resolution;裁判外紛争解決手續)の効果, 日本外科学会雑誌 第114卷 第2号, 2013, 98면.

156) 石渡勇, 医療トラブルの対応, 2004, 5면. (https://www.pref.ibaraki.jp/hokenfukushi/koso/iji/koso/medsafecent/documents/01_4.pdf)

〈표 4-1-2〉 이바라기현 의료문제 중립처리위원회의 분쟁처리의 흐름



3) NPO법인 의사(醫事)분쟁연구회의 의료분쟁상담센터

가) 운영주체 및 설립배경

NPO법인에 의한 의료 ADR은 의료기관측 주도의 조직(의사회)나 변호사 주도의 조직(변호사회)에서 벗어나 실질적인 관점에서 전문적이고 중립적인 제3자가 의료분쟁을 처리를 담당하는 것을 목표로 한다. 이를 목적으로 세워진 단체가 치바시(千葉市)에 사무국을 둔 특정비영리법인 의사분쟁연구회의 의료분쟁상담센터이다(이하 치바 의료분쟁상담센터라 함). 치바현에서는 치바대학의학부, 치바현의사회, 치바현변호사회회원 등이 모여 정기적으로 학술회를 하는 '의사분쟁연구회'를 개최해 왔다. ADR법

의 제정시기에 의사분쟁연구회에서는 의료 ADR을 중심적인 연구주제로 정하고 의료분쟁상담센터를 설치하였다. 치바 의료분쟁상담센터는 2007년 6월에 법인격을 취득하고, 2009년 4월에 업무를 시작하여 동년 12월에는 법무대신의 인증을 얻었다.[157]

본 센터는 의료현장에서 환자 및 그 가족 등과 의료 기관 또는 의사, 간호사 사이의 쟁송(의료에 관한 분쟁)을 해결하기 위한 지원업무를 실행하고 있다. 치바 의료분쟁상담센터에 의한 ADR의 특징은 업무의 중심이 의료상담이며 여기에 의료분쟁 처리를 위한 알선·조정을 연동한다는 점이다. 즉 의료분쟁의 알선 및 조정 전에 반드시 전문가(의사 및 간호사)에 의한 의료 상담을 철저히 하여야 하는 이른바 의료상담전치주의를 취한다. 그 결과 의료분쟁의 대부분은 전문가에 의한 의료상담에 의해 해결된다(전체 건수의 7~80%정도). 상담에 의해 해결되지 못한 사안[158]에 대해서는 의사·변호사·학식 있는 경험자의 3인으로 이루어진 조정위원회에서 알선 및 조정이 이루어진다. 화해금액은 100만엔 전후로 경미한 진료과오 및 설명의무 위반의 사례가 대부분을 차지한다. ADR의 처리 건수를 살펴보면, 2012년에는 30건이 접수되어 그 중 10건의 응답이 있었다. 그 중 9건이 화해계약에 성립하고 나머지 1건은 일방적 이탈이었다. NPO법인에 의한 의료 ADR이 성공하기 위해 해결하여야 할 가장 큰 문제점으로는 전문상담원 및 알선·조정위원의 확보 및 재정확보[159]이다.

나) 분쟁사건의 해결절차

의료분쟁상담센터의 분쟁해결 절차는 의사·변호사·학식 있는 경험자의 3인으로 이루어진 합의체가 주재하는 조정절차이다. 의료분쟁의 해결을 위해서는 법률과 의학적 지식이 필요하다는 전제에서 각각의 전문가를 위원으로 구성한다. 피해자측(환자측)이 신청을 하려 하는 경우 먼저 상담 담당 의사 또는 간호사에 의한 상담을 하여야

---

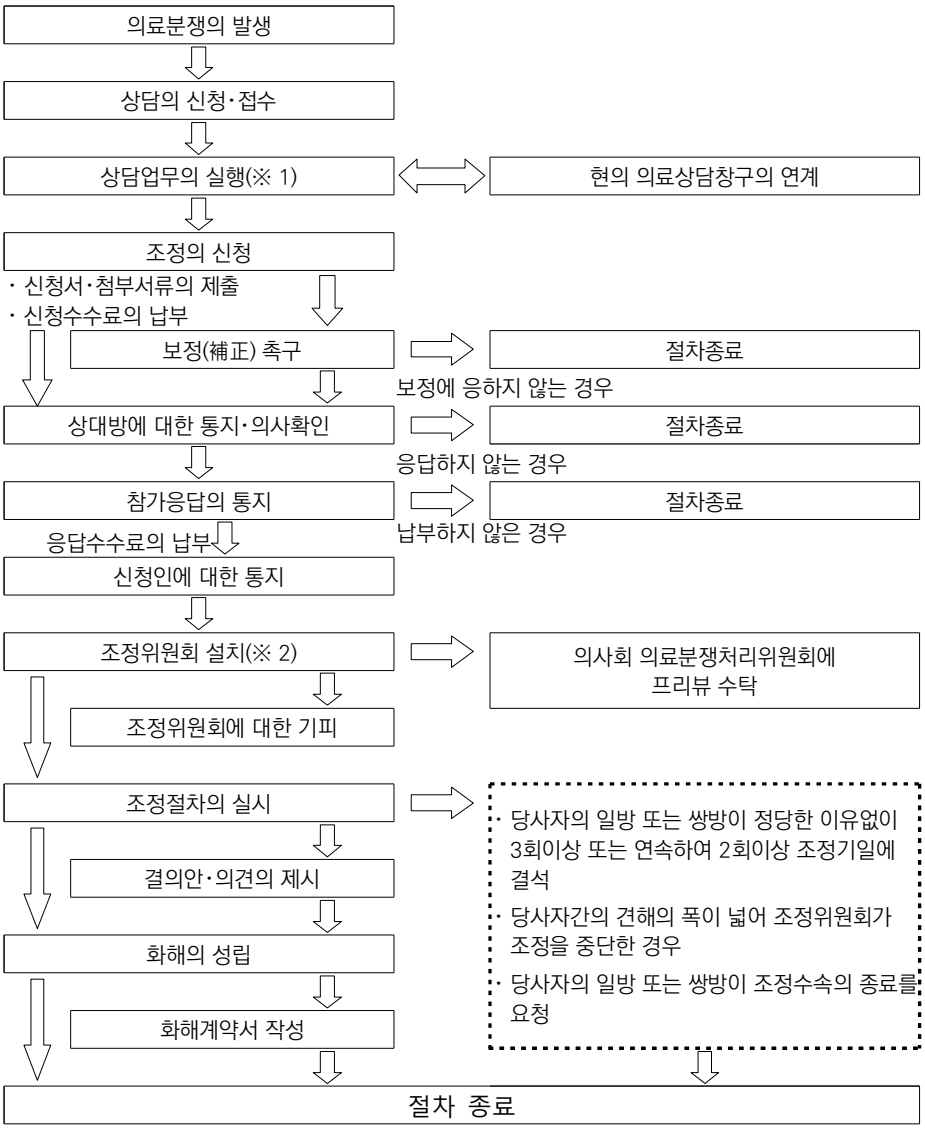
157) 植木 哲 編著 , 医療裁判から医療ADRへ, きょうせい, 2011, 188면.

158) 의료문제로 인한 상담사례는 ① 실제 의료과실에 해당하는 경우, ② 의료에 관한 장소에서 발생한 사고에 관한 사안, ③ 상담자는 의료사고라고 생각하지만 실제는 상담자의 일상 생활 속 에서의 문제나 정신적 문제로 인한 기타의 사안으로 크게 분류할 수 있다. 이중 의료ADR의 알선과 중재가 이루어지는 경우는 ① 의 경우에 한한다.(植木 哲 編著, 法律行為論の諸相と展開, 法律文化社, 2013, 415면 이하 참조.)

159) 치바 의료분쟁상담센터의 운용비용은 신청수수료, 기일 수수료, 화해성립수수료로 및 기부금에 의지하고 있다. 재정적문제의 해결을 위해 공적 또는 준 공적 조직으로 격상하는 방법(植木哲, 医療ADRの現在とこれから, 法律のひろば, 2014.11, 36면.)과 지방공공단체에서의 기부금을 받는 방법(村松悠史 , 医療ADRの試みと医療訴訟の実務的課題(上), 7면.)등이 언급되고 있다.

한다. 이 과정에서 조정에 적합하지 않다고 여겨지는 사안은 다른 절차를 취하도록 유도한다(표 4-1-3 참조).[160]

〈표 4-1-3〉 의료분쟁상담센터의 분쟁사건 해결절차



※ 1. 의사 또는 간호사가 의료자의 입장에서 조언
※ 2. 조정의원은 의사·변호사·학식을 지닌 경험자의 3인

160) http://www.moj.go.jp/KANBOU/ADR/jigyousya/0050/05-1-1.pdf 참조

(1) 상담

의료분쟁상담센터에서는 조정전에 상담절차를 제공하고 있다.[161] 상담비용은 무료이다. 상담내용을 살펴보면, 상담자의 사례에 대해 의료전문가의 입장에서 진찰서에 기재된 의료용어의 설명, 환자가 지닌 의문점에 대한 설명 및 해당 질병과 그 치료법에 대한 일반적인 설명이 이루어진다. 또한 이와 같은 의료행위에 대한 설명이외에도 센터의 조정절차의 전반적인 설명 및 신청의 방법, 신청후의 처리흐름, 비용에 관한 상담도 실시하고 있으므로 상담자가 조정신청을 할 것인지에 대한 판단을 할 수 있도록 도와준다.[162]

(2) 조정

상담자가 조정을 신청하는 경우, 조정신청서를 의료분쟁상담센터(이하 '센터'라고 함)에 보내야 한다. 센터에서 조정신청서를 수리하면, 서류의 불비가 있는지를 확인한 후 필요한 경우 보충할 것을 요구한다. 조정의 상대방에게 신청서 부본을 송부한 후, 센터의 조정절차를 이용할 것인지에 대해 묻는다. 센터의 조정절차를 이용하는 것은 당사자의 의사에 전적으로 맡겨져 있으므로 상대방은 신청서를 받아도 이를 거부할 수 있다. 조정절차의 이용여부에 대한 답변은 15일 이내로 정해져 있으나, 상대방의 사정에 의해 유동적으로 연장할 수 있다. 상대방이 조정을 수락한 시점에서 센터는 조정위원 3명을 선임한다. 조정절차를 주관하는 것은 의사·변호사·학식을 지닌 경험자의 합의체이다. 의료분쟁의 해결에는 의학과 법률의 지식이 동시에 필요하다는 전제하에 각 분야의 전문가를 합의체의 형식으로 구성하고 있다. 조정기일에는 별석조정방식이 원칙으로, 신청인과 상대방이 교환하여 조정위원과 대화한다.[163] 조정은 (a) 당사자 간의 화해가 성립된 경우, (b) 당사자의 일방이 조정의 종료를 희망하는 경우, (c) 화해성립의 여지가 보이지 않는 경우 종료된다. 이중 (c) 화해성립의 여지가 보이지 않는 경우라 함은 일방의 당사자가 화해할 의사가 없는 경우, 당사자의 일방 또는 쌍방이 일정 횟수 이상 기일에 결석한 때, 당사자 간의 주장의 간극이 넓어 조정의 계속이 곤란한 경우 등을 들 수 있다.

---

161) 상담은 전화를 통해 접수하고 상담은 치바의 센터에서 이루어진다. 상담시간은 1시간 전후로 진료기록 등의 자료를 지참하여 이에 대한 설명을 듣는다.
162) 植木 哲 編著, 医療裁判から医療ADRへ, 189면.
163) 村松悠史, 医療ADRの試みと医療訴訟の実務的課題(上), 7면.

4. 의료기관측에서 바라본 의료 ADR

의료기관측에서는 의료 ADR을 통한 조정이 성립되지 않아 소송으로 이어질 경우를 염두에 두고 사죄를 주저하거나 자신에게 불리한 자료를 제출하지 않는 경우가 있다. 또한 결국 의료 ADR에서도 의료소송과 동일하게 증거제출 및 의료과실행위에 대한 사실인정 과정이 있다는 점, 나아가 (기관에 따라 차이는 있지만) 자신의 의료 행위에 대해 의학적 관점에서 평가를 받는다는 것 역시 의료기관이 ADR을 선택하는데 소극적인 이유다.

이를 해결하기 위해서는 먼저 ADR에 적합한 사안을 가려내야 할 필요가 있다. 의료 ADR을 이용하면 소송으로 이어지지 않을 것이라는 점은 의료기관측에서 충분히 매력적인 부분으로 느낄 수 있기 때문이다. 분쟁상황 중 이미 환자와 의료기관측이 감정적으로 대립하고 있는 경우라면 기일에 마주하여 대화를 한다 하더라도 화해계약의 성립을 기대하기 어려운 경우가 다반사이다.[164] 의료 ADR에 적합한 사안을 가려내는 방법으로는 조정절차를 시행하기 전에 상담을 필수로 하는 치바 ADR모델이 참고가 될 수 있을 것이다. 실제로 치바 ADR모델의 경우, 조정절차로 나아가기전의 심도 깊은 상담만으로도 조정에 이르지 않고 상당수의 사건이 처리되었음을 보여주고 있다.[165] 이와 비슷한 형태로 센다이(仙台)와 오카야마(岡山)의 각 변호사회에서 조정의 신청 전에 법률상담을 할 것을 요건으로 두고 있다.[166]

5. 의료 ADR의 발전을 위한 과제

가. 의료 ADR에 대한 인지도의 확보

의료분쟁상황에서 의료 ADR이 본연의 역할을 수행하기 위해서는 무엇보다 신청자의 증가와 상대방의 응답을 전제로 한다. 이를 위해서는 이용자들이 손쉽게 의료 ADR의 정보를 접할 수 있고 또 이에 대해 충분히 이해할 필요가 있다. 신청의 증가를

---

164) 도쿄3변호사회 의료 ADR검증보고서에서는, 화해의 불성립에 관한 이유로 환자의 폭언과 과잉대응, 비판적이고 권위적인 태도 등을 들고 있다. (東京弁護士会・第一東京弁護士会・第二東京弁護士会, 東京三弁護士会医療検証報告書, 2010, 46면.)

165) 植木哲, 医療ADRの現在とこれから, 法律のひろば, 2014.11, 36면.

166) 村松悠史, 医療ADRの試みと医療訴訟の実務的課題(上), 判例時報2128号, 9면.

위한 노력의 일환으로 후쿠오카(福岡)에서는 지역신문의 일면에 ADR의 광고를 게재하기도 하였다. 또한 센다이(仙台)지역에서는 초임변호사들을 ADR 중재인의 보조로 채용하여 ADR을 친숙히 느낄 수 있도록 하는 등의 노력을 기울이고 있다. ADR은 대화를 통한 자율적 해결을 추구하기 때문에 상대방이 ADR 절차에 응하지 않으면 그 순간 ADR 절차는 종료된다. ADR에 대한 불응답은 특히 변호사회의 ADR에서 높게 나타난다. 이러한 현상은 의료기관측에서 보았을 때 법률가의 개입은 일면 소송과 동일하게 보여 의사가 책임을 추궁 당하게 될지도 모르는 불안감에서 기인한다고 추측할 수 있다.[167] 이를 해결하기 위해서는 변호사회의 ADR이 대화촉진적 기능을 가지고 있다는 점과 의료 ADR을 통해 오히려 의료소송을 피할 수 있다는 점을 충분히 설명할 필요가 있을 것이다.[168]

신뢰도의 확보를 위한 또 한 가지 방법으로 ADR사건에 대한 통계자료의 발표를 고려해 볼 수 있다. 물론 행정형 ADR의 경우 소관부처가 이미 통계적 수치를 발표하고 있으며, 변호사회에 의한 ADR은 일본변호사연합회가 통계자료를 제공하고 있다. 하지만 이는 ADR 전체 운영상황을 고려할 때 극히 일부에 해당한다. 정확한 통계자료의 제공은 제도의 운영에 대한 신뢰로 이어질 수 있을 것이다.[169]

나. 인재의 확충과 재원의 확보

ADR에 대한 신청이 이루어지고 절차가 진행될 경우, 이를 담당할 인재(알선인, 조정인 등)의 확보가 문제된다. 특히 변호사회의 ADR의 경우 의료분쟁의 경험이 있는 변호사임을 요하나[170] 이러한 특화된 변호사의 확보도 쉬운 일은 아니다. 따라서 이를 위한 전문적 교육이 요구된다.[171] 인재의 확보와 함께 문제되는 것이 운영을 위한 재원의 확보이다. 즉, ADR에 필요한 비용을 어떻게 조달하고 또 최종적으로

---

167) 변호사회 주관의 ADR에 대한 의료계의 거부감(醫와法의 대립)에 대하여는 2010년 7월7일 개최된 ADR기관연락조정회회의록 참조
(http://www.mhlw.go.jp/stf/shingi/2r9852000000jfhn.html)
168) 村松悠史, 医療ADRの試みと医療訴訟の実務的課題(上), 判例時報2128号, 8면.
169) 青山善充, 今、ADRに望むこと, 法律時報85巻4号, 2013, 7-8면.
170) ADR법 제3조의 기본이념에서는 전문적 지식을 반영하여 분쟁의 실정에 맞는 신속한 해결을 도모한다고 규정되어 있다. 따라서 절차의 실행자는 전문적인 지식을 요하기 때문에 의료ADR의 경우 의료분쟁의 경험이 있는 자가 절차의 실행자가 되어야 할 것이다.
171) 같은 견해로는 青山善充, 今、ADRに望むこと, 法律時報85巻4号, 2013, 8면.

누가 부담하는지는 재원의 확보에 중요한 부분이라 할 수 있다. 의료 ADR의 운영 상태를 살펴보면 의사회의 경우 협회의 회비에 의지하고 있다. NPO단체인 치바 의료분쟁상담센터의 경우 화해성립의 수수료와 기부금에 운영자금을 의지하고 있다. 이를 해결하기 위하여 지방공공단체의 보조금의 도입 등을 고려해 볼 수 있을 것이다.[172]

다. ADR에서 전문가(의사)의 참여모색

의료 ADR절차에 의사가 참여 하여야 하는지에 대해서는 많은 논의가 있어왔다. 이미 의료 ADR에 전문가의 입장에서 의사의 참여를 도입하고 있는 치바 의료분쟁상담 ADR은 의료사고 원인과 경과에 대한 진상규명을 위해서는 전문가(의사)의 의견이 필요하다고 한다. 반면, 도쿄 3회의 의료 ADR은 의사의 개입을 원칙적으로 인정하고 있지 않다.[173] 의사의 관여를 배제하는 이유에 대해서는 우선, 도쿄 3회가 다루는 사안은 의료과실의 유무를 다투지 않는 사안이라는 점(사안의 특수성)과 함께 의료행위에 대한 의학적 판단이 통일되었다고 할 수 없기에 그 합리성 판단에 대한 의문을 이유로 들고 있다. 나아가 의사가 참여함으로써 발생하는 중립성과 공정성의 담보라는 현실적 문제역시 의사의 참여를 배제하는 중요한 이유로 꼽고 있다. 결국 의사가 절차에 참여하는 기관(치바 의료분쟁상담센터)과 그렇지 않은 기관(도쿄 3회의 ADR) 모두 의료 ADR에서 의사가 의료행위에 대한 판단과 사고의 원인규명의 역할을 담당하고 있다고 본다. 단지 그 필요성의 여부에 따라 참가여부를 결정하는 것이다. 그렇다면 의료 ADR에서 의료행위에 대한 의학적 관점의 진상규명은 어떠한 의미를 지니고 있는가. 처음 의료 ADR의 도입을 검토할 때 '진실규명'의 중요성을 꼽은 점을 보았을 때 진실규명 자체는 분쟁해결과정에 간과할 수 없는 부분이라 할 것이다.[174] 때문에 보다 중요한 문제는 ADR절차에 의사의 참가에 대한 중립성과 공정성의 확보를 어떻

---

172) ADR에 대한 법적보조 등에 관한 검토에 대해서는 青山善充, 今、ADRに望むこと, 法律時報85卷4号, 2013, 9-10면 참조.

173) 변호사회의 ADR 중 아이치현 변호사 협회에서는 전문위원으로 의사의 관여를 요하고 있다. 그러나 실제 의사가 관여한 사안은 극히 적다고 한다. (児玉安司, 医療ADR, 法律時報85卷4号, 2013, 37면.)

174) 의료 ADR이 의료소송기능의 한계를 극복하고 당사자가 진정으로 원하는 진실규명 및 사죄에 대한 요구에 응하기 위해서는 분쟁해결과정에서 전문가(의사)의 의견이 불가결하다고 할 수 있다.(村松悠史, 医療ADRの試みと医療訴訟の実務的課題(上), 判例時報2128号, 8-9면 참조.)

게 할 것인지에 달려있다. 환자의 입장에서는 팔은 안으로 굽는다는 의심의 눈초리를 거두기가 쉽지 않기 때문이다. 특히 일반인에게 생소하고 어려운 의학의 분야에서 의사를 상대로 하는 분쟁에 의사가 관여한다는 점은 쉽게 수긍하기 어려운 부분이 있을 수도 있다. 이를 해결하기 위해서는 참여하는 의사가 '의학적 지식의 전문가'적 입장에서만 참여함을 분명히 밝히고 의료계 자체의 자성도 필요하다 할 것이다.

라. 비용부담의 문제해결

의료 ADR에서 의료기관이 배상금을 지급하는 경우[175]에는 배상책임보험[176]이 배상금지급의 절차에 응할 필요가 사실상의 전제조건이 된다. 하지만 의료사고의 경우 결과의 발생이 '사고'에 의한 것인지, '환자의 질병의 진행'에 의한 것인지를 구분하기가 쉽지 않다. 또한 의료 ADR의 경우 과실책임의 유무를 명확히 따지지 않기 때문에 배상책임보험은 과실 있음을 암묵적 전제로 하는 의료 ADR을 통한 배상금 지급에 소극적이라는 지적이 있다.[177] 이러한 문제의 해결을 위해서는 무엇보다 ADR기관이 보험사로부터 신뢰를 얻을 필요가 있다. 또한 의사배상책임보험 이외에도 산과의료보상제도[178]와 같은 무과실보상의 활용도 고려될 수 있다. 중증장애사안의 해결에는 개호(介護)복지에 관한 각종 사회보험제도의 활용이 문제해결의 도움을 줄 수 있을 것이다.[179]

---

175) 물론 ADR에 의한 화해에 손해배상금액이 없는 경우도 있다. 의료 ADR이 지향하는 것이 당사자의 상호이해에 의한 원만한 분쟁해결이라고 할 때 오히려 의료기관에 대한 배상금만을 전제로 이루어지는 ADR은 의료기관의 신뢰를 얻기 어려울 것이라는 의견도 있다.(児玉安司, 医療ADR, 法律時報85巻4号, 2013, 37면.) 또한 치바 의료분쟁상담센터는 일본의사회의 의료배상책임보험제도와의 관계에 대해서 배상책임의 문제를 제기하였다. 즉, 일본의 도도부현의 의사회에서는 100만엔까지의 손해배상액은 독자적으로 판단할 수 있으나 이를 초과하는 사안에 대해서는 일본의사회의 중립심사기구가 심사를 하도록 되어있다. 때문에 100만엔이 넘는 조정액에 대해서의 처리에 대한 대책이 필요하다고 한다.

176) 의료배상책임보험은 병원 등의 개설자가 계약자가 되고 개설자·관리자가 피보험자가 되는 병원배상책임보험, 병원이나 검진소에서 근무하는 의사가 가입하는 근무의 배상책임보험, 일본의사협회가 계약하고 일본의사협회의 회원을 피보험자로 하는 일본의사협회배상책임보험이 있다.

177) 村松悠史, 医療ADRの試みと医療訴訟の実務的課題(上), 判例時報2128号, 9면.

178) 분만시 발생하는 의료사고는 과실의 여부를 가리기 어려운 경우가 많으며 이로 인한 소송의 증가로 산부인과를 꺼리는 현상이 발생하였다. 이러한 문제를 개선하기 위하여 산과 의료관계자에 대한 무과실 보상제도가 창설되었다. 산과의료 보상제도에 관한 자세한 구체적인 내용에 관하여는 홈페이지(http://www.sanka-hp.jcqhc.or.jp/) 참조.

179) 児玉安司, 医療ADR, 法律時報85巻4号, 2013, 37면.

6. 의료법개정과 의료분쟁상황에서 의료 ADR 활용의 향후전망

가. 의료법개정의 경위와 신설규정

위에서 살펴본 바와 같이 일본에는 현재 3가지의 의료 ADR기관이 운영되고 있다. 2010년 3월26일 후생노동성 의정국 총무과 의료 안전추진실에서는 「재판외 분쟁해결(ADR)에 관한 정보공유·의견교환을 행함」을 목적으로 「의료재판외 분쟁해결(ADR) 기관연락 조정회의」를 발족하였다.[180] 여기서는 ① 의료 ADR에 관여되는 조직 등의 정보를 공유하고, ② 의료 ADR에 관여되는 조직 등의 의견교환이 이루어지게 되었다.

동 연락회의의 목적은 "진료행위와 관련한 의료사고 등이 발생한 경우에 의료기관과 의료행위를 받은 측의 분쟁해결수단의 하나로써 전문적인 의견을 반영하여 신속한 해결을 도모하는 수단으로 ADR기관의 활용"하는 것으로, ADR에 연관된 정보의 공유·의견교환을 위하여 ADR기관, 의료계, 법조계 및 환자단체 등의 대표자의 연락조정회의를 개최하는 것이었다. 이를 통해 어떠한 의료 ADR이 가장 공정·타당·효과적인가에 대한 논의가 기대 되었으나 실제 그에 미치지 못하고 단순한 연락조정에 그치고 말았다. 그와 함께 동 연락회의는 자연적으로 소멸되고 말았다.

의료 ADR기관의 연락조정회의가 종료된 단계에서 후생노동성 의정국 총무과 의료안전 추진실은 2011년 8월26일 「의료의 질 향상에 이바지 하는 무과실보상제도등의 나아가야 할 길에 관한 검토회」[181]를 열어 환자·가족(유족)의 구제 및 의료관계자의 부담경감의 관점에서 의료의 질 향상에 이바지하는 무과실보상제도등의 나아가야 할 길과 과제에 관한 폭넓은 검토를 실시하였다.

당초 검토회의 과제는 크게 3가지였다.[182] 첫째, 보상수준, 범위, 신청, 심사, 지불, 부담 및 관리구조의 나아갈 길에 대한 검토, 둘째, 의료사고의 원인 규명 및 재발방지 구조의 나아갈 길에 관한 검토, 마지막으로 소송과의 관계에 대한 검토를 하는 것이었다. 하지만 논의의 과정에서 무과실보상의 창설에 관한 논의가 대두되었고 이에 대해서는 다시 분리하여 검토해야 한다는 의견이 있었다. 그 결과 본 검토회의 아래에 「의료사고에 관한 조사구조 등의 나아갈 길에 관한 검토부회」[183]를 두고 의료사고의

180) http://www.mhlw.go.jp/stf/shingi/2r9852000002knj9-att/2r9852000002knon.pdf
181) http://www.mhlw.go.jp/stf/shingi/2r9852000001n6b1.html
182) http://www.mhlw.go.jp/stf/shingi/2r9852000001n6b1-att/2r9852000001n6ew.pdf

원인규명 및 재발방지구조 등의 나아갈 길에 대한 검토를 하였다. 13차례에 거친 검토회의의 결과 2013년 5월29일 「의료사고에 관한 조사, 구조 등에 관한 기본적인 방향」[184]이 정리되었다.

본 검토의 주된 골자는 진료행위에 의해 사망이 발생한 경우를 중심으로 의료기관은 유족에게 상황에 대한 설명을 하고, 제3기관에 신고함과 동시에 신속하게 병원내의 조사를 실시하여 그 결과를 제3기관에 보고하는 것이다. 이로 인하여 병원 내 조사의 방향과 제3기관의 방향이 다시 문제가 되었고, 이는 의료법의 개정으로 이어졌다.[185] 개정된 의료법은 제3장[186] 제1절에서 의료 안전 확보를 위한 조치를(원내 조사에 관한 규정), 제2절에서는 의료사고 조사·지원센터에 관한 규정(제3기관의 창설에 관한 규정)을 두고 서로 연계하여 적용된다. 즉, 의료사고(단 사망·사산사고에 한함)가 발생한 경우[187] 병원의 관리자는 ① 당해 사고에 관하여 의료사고 조사·지원센터에 보고 및 유족에게 설명하고(제6조의 10)[188], ② 스스로 사고원인을 조사하여 조사종료 결과를 의료사고 조사·지원센터에 보고함과 동시에 유족에게 사전에 설명하여야 한다(제6조의 11). 이에 대하여 신설규정인 의료사고 조사·지원센터는 ① 보고에 의해 수집한 정보를 정리 및 분석을 하여, 병원 등의 관리자에게 정리 분석한 결과를 보고하여야 한다. 또한 유족에 대하여도 동일한 보고를 하여야 한다(제16조의 16의 1-3호). ② 또 의료사고가 발생한 병원 등의 관리자 또는 유족에게서 당해의료사고에 대한 조사 의뢰가 있을 때는 필요한 조사를 할 수 있다. 조사를 종료한 때에는 그 조사

183) http://www.mhlw.go.jp/stf/shingi/2r98520000022qp8.html
184) http://www.mhlw.go.jp/stf/shingi/2r985200000339xk.html
185) 植木哲, 医療ADRの現在とこれから, 法律のひろば, 2014.11, 37면.
186) 2014년에 개정 시행일은 부칙에 정해져있으나 본 보고서에서 주로 검토하는 제3기관에 관한 의료법 제3장의 경우 2015년 10월1일 부터 시행.
187) 후생복지부, 의료법개정법안 참고자료, 2015.06.20., 23-25면 참조
188) 【의료법 제6조의10】 ① 병원, 진료소 또는 조산소(이하 이 장에서 「병원 등」이라 한다)의 관리자는 의료사고(당해 병원 등에 근무하는 의료종사자가 제공한 의료에 기인하여 또는 기원하는 것으로 의심되는 사망 또는 사산으로 당해 관리자가 당해 사망 또는 사산을 예기하지 못한 것으로 후생노동성령으로 정한 것을 말함. 이하 이 장에서 동일함)가 발생한 경우에는, 후생노동성령으로 정한 바에 의하여 지체 없이 당해 의료사고의 일시, 장소 및 상황 그 외의 후생노동성령에 정해놓은 사항을 제6조의15 제1항의 의료사고 조사·지원센터에 보고하여야 한다. ② 병원 등의 관리자는 전항의 규정에 의해 보고에서는 사전에 의료사고에 관련하여 사망한 자의 유족 또는 의료사고에 관련하여 사산한 태아의 부모 그 외의 후생노동성령에 정해진 자(이하 이 장에서 단순히「유족」이라 함)에 대해 후생노동성령에서 정해놓은 사항을 설명하여야 한다. 단, 유족이 없는 때 또는 유족의 소재가 불명한 경우에는 이에 한하지 않는다.

결과를 관리자 및 유족에게 보고하여야 한다(제6조의 17의 1호, 5호).

나. 의료법 개정에 의한 의료분쟁의 처리

이번 의료법 개정의 주안점은 각 의료기관이 행하고 있는 병원내의 조사와 제3자 기관인 의료사고조사·지원센터의 관계를 어떻게 위치시킬 것인지에 있다.[189]

전체적인 흐름은 다음과 같다. 대상이 되는 의료사고(사망과 사건에 한함)가 발생한 경우 의료기관은 제3기관에 보고하고(①), 필요한 조사를 시행(②)한 뒤, 조사결과에 대해 유족에게 설명하고 제3자 기관에 보고(③)한다. 제3자기관은 의료기관이 시행한 조사결과의 보고에 관련한 정리·분석(④)을 하여 의료사고의 재발방지에 관한 보급계발(啓發)을 행한다. 의료기관 또는 유족으로부터 조사의 의뢰(⑤)가 있는 경우에는 제3자기관이 조사(⑥)해 그 결과를 의료기관 및 유족에게 보고(⑦)한다.

이번 개정에서 신설된 제3자 기관인 의료사고 조사·지원 센터는 (1) 의료기관의 지원, (2) 원내조사 결과의 정리·분석, (3) 유족 또는 의료기관의 요청에 응한 조사의 실시, (4) 재발방지를 위한 보급 계발(啓發), (5) 의료사고에 관한 조사에 관여하는 자에 대한 연수 등을 적절하고 확실히 실행하는 새로운 민간 조직이다. 이 중 특히 주목을 끄는 역할은 (2) 원내조사 결과의 정리·분석과 (3) 유족 또는 의료기관의 요청에 응한 조사의 실시이다. 특히 (2)에 대해서는 '의료사고의 재발방지를 위해서 행해지는 것으로, 의료사고에 관여한 의료기관직종의 과실을 인정하기 위해서는 행하여지지 않는다'고 별도로 규정하고 있다.[190][191] 즉, 의료사고 조사·지원 센터의 신설로 인해 의료사고에 의한 사망의 원인을 규명할 수 있게 되었으나 이로 의료사고의 책임을 묻기 위해 조사를 요청할 수는 없다.[192] 그러나 모든 의료기관을 대상으로 의료사고

189) 의료사고에 관한 조사의 구조에 대해서는 http://www.mhlw.go.jp/file/06-Seisakujouhou-10800000-Iseikyoku/0000061204.pdf 참고.

190) 医療事故に関わる検査の仕組み等のあり方に関する検討部会, 「医療事故に関わる調査の仕組み等に関する基本的なあり方」について, 2013.05.29, 2면.

191) 이처럼 사고조사를 위한 원인 규명기관(재발방지를 동반한)이 사고의 원인은 조사하나 사고에 대한 책임으로 이어지는 것은 아닌 형태는 초기에 항공·철도·선박사고 등에 보여 지는 형태였다. 이후 식품 및 약품사고등에도 이러한 형태가 적용되고 있다. (植木哲, 医療ADRの現在とこれから, 法律のひろば, 2014.11, 38면.)

192) 의료사고 조사·지원센터는 원래 일본법학회가 제창한 「사인규명의료센터」에서 유래한 형태이다. 이 제도는 의료분쟁의 처리와는 무관하다. (植木哲, 医療ADRの現在とこれから, 法律のひろば, 2014.11, 39면.) 다만, 오해를 피하기 위해 덧붙이자면, 사인규명을 실시함으로써

사안을 축적하여 드문 사안에 대해서도 정보를 제공하는 것은 재발방지의 면에서는 일보 진화한 제도라 할 수 있다.

다. 소결: 개정의료법의 한계[193]

위에서 살펴본 바와 같이 의료사고 조사·지원센터의 활동은 의료분쟁의 처리의 관점에서 보면 한계를 지니고 있다. 따라서 유족은 의료사고로 인한 사망사건에 대한 조사가 끝난 후 별도로 다른 분쟁처리의 수단을 선택해야 하는 이중의 고통을 겪어야 한다.[194] 또한 개정 의료법 제6조의10에는 조사 대상사안이 사망과 사산[195]으로 제한되어 있다는 점도 지적되고 있다. 의료사고의 원인규명과 재발방지의 측면에서 생각하더라도 대상사안이 사망 및 사산 사안에 한정할 필요는 없다고 한다.[196] 결국 의료법이 개정되어도 의료분쟁의 해결은 기존과 동일하게 재판이나 조정, 민간의 ADR기관에 의하여야 할 것이다. 의료 분쟁상황에서 소송 및 ADR을 통한 해결에 관한 문제점과 해결방안은 앞에서 검토한 바와 같다.

의료책임을 물을 수 없게(의료 분쟁해결절차를 할 수 없음) 되는 것은 아니다. 이는 의료사고의 처리와 사고원인의 규명(재발방지를 포함)이 분리된 것임을 의미하는 것이다.

193) 의료법이 개정되고 아직 시행도 되지 않은 상태에서(2015년) 한계와 제언에 대한 언급은 조금 이른 감이 있으나, 이에 대한 연구논문을 기초로 새로운 제도를 소개하는 의미에서 정리하도록 한다. 한계에 대한 입법적 제언에 대해서는 植木哲, 医療ADRの現在とこれから, 法律のひろば, 2014.11, 39-41면 참조.

194) 결과 보고서를 소송절차에 증거로 사용할 수 있다는 견해에 대해서는 宮澤潤, 医療事故調査は紛争解決のツールとなり得るか, 律のひろば, 2014.11, 21-22면 참조.

195) 사망과 사산이 모두 대상이 되는 것은 아니며, 의료사고의 판단 여부도 의료기관의 관리자가 행하는 것으로 유족이 의료사고로 조사·지원센터에 보고할 수는 없다. 대상사안은 다음과 같다.

	의료가 원인으로 또는 기인하는 것으로 의심되는 사망 또는 사산	의료가 원인으로 또는 기인하는 것으로 의심되지 않는 사망 또는 사산
관리자가 예기하지 못한 경우	제도의 대상 사안	X
관리자가 예기한 경우	X	X

196) 의료법 개정의 계기가 되었던 「의료사고에 관한 조사 구조 등에 관한 기본적인 방향」에서도 조사대상이 진료행위에 관련하여 사망한 사례에 한정하지 않고 '사망사례 이외에 관하여는 단계적으로 확대해 나아갈 방향으로 검토 한다'고 되어있다.

제2절 독일

1. 독일의 ADR 제도

가. ADR 운동의 세 가지 물결

1970년대 독일의 법정책은 "사법으로 접근(Access to Justice)"이라는 상위개념아래 법에 대한 좀 더 나은 접근을 위한 노력, 특히 소외계층과 조직화되지 않은 이익단체, 예컨대 소비자단체 등을 위한 노력에 영향을 받았다.[197]

1977년 법사회학회에서 민사문제와 관련해 처음 문제가 제기된 이후,[198] 1980년대 ADR(Alternative Dispute Resolution)이라는 표제아래 소송의 대안절차, 즉 법원의 개입없는 분쟁해결절차를 제안하는 운동이 위에서 언급한 사회정책·법정책의 첫 번째 물결에 뒤따랐다.[199] 이 제2의 물결의 결과로 세 번째 물결은 1990년대 초부터 여전히 ADR이라고 불리지만, 좋은 사회정책은 갈등의 해결과정에서 당사자들이 개개의 갈등해결에 가장 적합한 형식을 선택할 수 있는 선택권이 보장되어야 한다는 변화된 의미(Appropriate Dispute Resolution)로 이해되는 ADR이 사회정책의 해안가에 도달했다.[200]

어떤 절차가 개개 갈등에 적합한 것인지는 당사자들이 어떤 목표를 추구하는지 또 어떤 갈등해결의 장애요소가 있는지에 따라 달라진다.[201] 선택권은 분쟁해결주재자의 단계에 따라 이해될 수 있다. 선택권은 당사자의 직접적인 협상과 같은 이익에 맞춰진 절차에서부터 간이심리(Mini-Trial), 사전중립평가(Early Neutral Evaluation) 등과 같이 협상에 집중할 수 있는 조정절차, 법에 따른 중재절차는 물론 가장 강한 단계의 분쟁해결주재자인 법원의 재판을 통한 판결까지 다양하다. 단계가 높으면 높을수록 비용이 더 들어가는 것도 일반적으로 개개절차의 옵션에 속한다.[202] 이 제3의

197) Cappelletti (Hrsg.), Access to Justice, 1978.
198) 양병희, ADR과 화해제도의 활성화, 1992, 396면.
199) 이 운동에 대하여는 Gottwald, Streitbeilegung ohne Urteil, 1981 참고.
200) Gottwald, Alternative Streitbeilegung (Alternative Dispute Resolution, ADR) in Deutschland, - Wege, Umwege, Wegzeichen -, FPR 2004, 163.
201) 각 갈등해결절차에 적합한 기준에 관하여는 Sander, Konflikt und Regelungsform, in: Gottwald/Strempel/Beckedorff/Linke (Hrsg.), Außergerichtliche Konfliktregelung - AKR-Hdb., 1997, 4.5.

물결은 본래 미국에서 시작되어, 호주, 캐나다, 영국 등 영미법계 국가에서, 특히 경제 영역에 대한 갈등관리시스템으로 각광을 받았다.[203]

나. 유럽에 나타난 ADR의 경향

비록 시간적으로는 지연되었지만, ADR로 불리는 이 제3의 물결은 많은 국가에서 받아들여졌다. 유럽에서 국가마다 상이하게 나타나는 ADR은 5개 경향으로 특징지을 수 있다.

① 분쟁처리는 더 이상 순수한 분쟁에 대한 결정이 아니며 법관에 의한 판결이나 법원의 중재로 가는 일방통행로로 간주되어서는 안된다. 오히려 갈등당사자들이 분쟁해결에서 선택가능성을 가져야 한다. 이것은 분쟁에 대한 결정뿐만 아니라 갈등처리 시스템 또는 시류에 맞는 시스템으로 사법의 역할에 대한 이해를 변화시킨다: 갈등관리로서 사법.[204]

② 국가의 분쟁처리시스템과 더불어 사적이고 영업적인 ADR 갈등관리시스템이 동시에 발전하였다: 사적·국가적 갈등처리의 공존.

③ ADR이 사법제도로 통합되는 것이 확인된다. 독일에서는 이제까지 분쟁처리(Schlichtung) 또는 조정(Mediation)만 있었으나, 법원은 ADR절차를 고유한 서비스로 제공하거나 당사자들을 외부 서비스로 가도록 권고한다. 이 법원의 그림자(Schatten der Gerichte), 즉 법원에 가까운 ADR은 미국이나 호주같은 나라에서 ADR의 신속한 확장을 위한 하나의 지남차 역할을 한다.[205] 이것은 변호사 또는 법관이 충고하거나 영미법계 국가에서 나타나는 것처럼 입법자나 법관이 법의 적용을 정리할 것이 ADR에 요구되는 것과 관련이 있다.

④ 사법시스템 통합의 결과는 ADR의 법제화 경향이다. 미국과 호주에서 ADR 실무는 규격화에 대한 촘촘한 옷을 입혔다.[206] 헤아릴 수 없이 많은 미국에서 개개 州

---

202) Duve, Mediation und Vergleich im Prozess, 1999, 79ff.
203) Brett/Goldberg/Ury, Getting Disputes Resolved, 1988; Constantino/Merchant, Designing Conflict Management Systems, 1996; Cronin-Harris, Building ADR into the Corporate Law Department, ADR Systems Design, 1997.
각국의 상황에 대하여는 Alexander (Hrsg.), Global Trends in Mediation, 2003 참고.
204) Gottwald: Rechtspflege als Konfliktmanagement, UNIVERSITAS 1996, 746.
205) Astor/Chinkin, Dispute Resolution in Australia, 2002, 258.

또는 연방의 규정들은 이미 모범법률에서 통일 규정이 통일조정법(Uniform Mediation Act)으로 제안되었다. 또한 예컨대 벨기에, 프랑스, 영국, 웨일즈와 같은 유럽 각국의 입법자들도 ADR 규정, 특히 조정(Mediation)에 관한 규정을 도입하였다.[207] 오스트리아는 2003년 민사중재법(ZivMediatG: Zivilrechts-Mediations-Gesetz)을 공포하였고, 그 한에서 민사에 관한 중재에 관하여 광범위하게 규정하였다.[208] 또한 EU는 그사이 ADR을 중요한 테마로 만들었고, EU의 "민·상사에 관한 분쟁해결의 대안절차에 관한 녹서(綠書)"에서 ADR에 대하여 규정화를 제안하였다.[209]

⑤ ADR절차에 대한 교육, 연수, 질적 표준화와 ADR제공자에 대한 전권부여가이드라인을 통한 ADR의 전문화. 이러한 경향은 새로운 지식영역을 습득하고, 새로운 실무영역에 대한 자율성을 획득하고, 시장진입을 통제하고, 국가적 승인과 전문직의 지위에 도달하는 방향으로 중재인처럼 노력하는 발전된 전문직으로 특징지어진다.

다. 독일의 ADR 상황

1) 법문화비교에서 ADR의 발전

위에서 언급했던 것처럼 독일에서 ADR의 발전은 법문화비교에서 나타났다. 법조계와 재계의 대표자들은 처음부터 열정적으로 ADR에 대한 학문적 동기를 따랐고, 경험을 통하여 실무에 적용하였으며 그로써 ADR운동을 비약적으로 발전시켰다. 특히 처음에는 ADR에 대하여 "수입감소에 대한 경고(Alarming Drop in Revenue)"라고 비아냥거렸던 변호사회가 일찍이 영미법계에서 ADR의 장점을 인지하고, 회원들을 ADR에서 트레이닝 시켰으며 중립적인 제3자를 세워서 아주 잘 만들어진 자체 조정센터를 설치하기도 하였다.[210] 독일에서 ADR은 1990년대 괄목할만한 실무의 이익과

---

206) 미국의 ADR발전에 대하여는 Gottwald, Mediation in den USA - ein Wegweiser, in: Henssler/Koch (Hrsg.), Mediation in der Anwaltspraxis, 2000, 185, 215. 호주의 ADR 발전에 대하여는 Gottwald, Zeitschrift für Konfliktmanagement 2003, 6 (Teil 1); Zeitschrift für Konfliktmanagement 2003, 109 (Teil 2) 참고.
207) 각국의 상황에 대하여는 Alexander (Hrsg.), Global Trends in Mediation, 2003 참고.
208) Zivilrechts-Mediations-Gesetz (ZivMediatG), Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich (Teil I) 2003, 123.
209) KOM (2002) 196.
210) Gottwald, Zeitschrift für Konfliktmanagement 2003, 6, 7.

관련이 있다. 미국의 민사절차는 특히 높은 비용과 오랜 기간에 대하여 좀 더 효율적인 독일의 사법체계로 변화에 광범위하고 강한 인상을 주었다.

영미법계의 ADR 발전과 비교해볼 때 독일의 ADR은 세 가지 특징이 있다.

첫째, ADR의 "과이론화(Übertheretisierung)". 시장은 이론적으로 요구된 ADR 모델에 어느 정도는 따라야 했다.[211] 이 점에서 미국의 ADR 모델들이 완전히 실용적이고 실무로부터 영향을 받아 발전한 것과는 구별된다.

둘째, 독일의 ADR 발전에서 ADR의 제3의 물결(Appropriate Dispute Resolution)의 기본사고로는 이해할 수 없는 ADR의 중재(Mediation)로 제한되는 특징이 있다. 극단적으로 말하자면, 독일에서 ADR은 아마도 중재라는 명칭의 매력 때문에 중재와 같은 의미로 사용하는 것 같다. 이 부분이 ADR의 모든 측면과 갈등해결의 가능성을 철저히 이용하고 절차적 선택을 철저히 제도화해서 사안의 해결을 목표로 하는 미국이나 호주와 같은 나라에서 ADR의 발전과는 현격히 구별된다. 미국이나 호주에서 ADR은 고정된 것이 아니라 열린 교육시스템으로 이해되고, 이미 지난 발전과정에서 현실적으로 변화되는 요구를 분쟁해결에 유연하게 조화시켰다.

셋째, 영미법계에는 없는 법영역의 외연에 따라 독립적인 전통적인 법의 영역에 따라 실무영역에서 중재의 분배가 이루어진 점이 눈에 띈다.[212]

2) 실무영역에서 중재의 제도화

독일에서는 이제까지 ADR 주장자들의 관점이 우선적으로 전형적인 중재에 한정되었다. 우선 입법자가 이미 규정한 친권·친자관계(Kindschaftsachen)[213] 중재를 의미있는 실무영역으로 볼 수 있다.[214] 또한 환경중재도 발전하고 있는 영역이다.[215] 기업

---

211) Alexander/Gottwald/Trenczek, Mediation in Germany, in: Alexander (Hrsg.), Global Trends in Mediation, 2003, 179, 201.

212) Gottwald, Alternative Streitbeilegung (Alternative Dispute Resolution, ADR) in Deutschland, - Wege, Umwege, Wegzeichen -, FPR 2004, 163, 165.

213) Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit(FGG)에 규정되었던 것이 2009. 9. 1. 부터 신법인 Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit(FamFG)에 의하여 규정되고 있다. 이에 대하여는 FamFG §151 이하 참고.

214) Mähler/Mähler, Familienmediation, in: Haft/v. Schlieffen, Handbuch Mediation, 2002, 891.

215) Zillessen, Umweltmediation, in: Haft/v. Schlieffen, Handbuch Mediation, 2002,

들은 세계화가 가져온 비용부담증가를 인지하였다. 기업들은 갈등관리가 법무팀의 비용절약, 기업의 수익성 재고와 일반적으로 성공적인 기업활동을 위한 기회라고 보았다. 기업들은 경제중재(Wirtschaftsmediation)이외에 다른 형태의 ADR을 자신들의 갈등관리에 포함시키기 시작하였고, 특수하고 개개 기업에 적합한 갈등관리시스템을 발전시켰다. 이 갈등관리시스템은 분쟁예방을 통하여 분쟁에 대한 갈등의 확대를 막고 대안적 분쟁해결절차를 통해 발생한 분쟁을 처리하며, 그로써 모든 ADR의 잠재성을 철저히 활용할 수 있다.[216] 이러한 경제영역과 노동영역에서 ADR의 통합이 미국처럼 광범위하지는 않지만, 사법시스템으로부터 분리되는 ADR의 제도화에 대한 아주 중요한 발전이다.[217]

3) 사법형 ADR의 제도화

법원의 부담가중이 중대한 문제로 나타나면서 법원사건의 신속한 처리를 위해 1974년 입법과 1990년 '사법간소화법', 1993년 '사법부담경감법' 등 입법에서 법원의 부담경감이 도모돼 왔었다.[218]

1999년 12월 15일 입법자는 '재판외분쟁조정촉진법' 제정을 통한 민사소송법시행법(EGZPO) 제15조a를 통해 재판전 분쟁중재를 강화하고자 했다. 각 州는 이 규정에 따라 소의 제기는 州정부를 통해 설치되거나 승인된 화해소(Gütestelle)에서 합의시도에 종속되도록 할 수 있는 의무적 조정제도의 채용이 가능하도록 하였다. 이 규정은 소송가액이 750유로 이하인 구법원(Amtgericht) 관할의 재산법상 분쟁, 이웃간 분쟁사건, 명예훼손 사건 등에 유효하다. 최고절차에서 청구가 주장된 경우는 예외로 한다.

이 개방적 규정은 분쟁조정을 시행할 것인지 아닌지, 또 입법자가 제시한 범위안에서 어떻게 절차의 형식을 구성할 것인지에 대하여는 개개 州가 자유롭게 결정할 수 있도록 하는 대담한 시도로 한걸음 나아갔다. 즉 州법률(Landesgesetz)로 소송을 제기하기 전에 ADR기관을 통한 먼저 거쳐야 하는 ADR 전치주의를 규정할 수 있다고 정했다. 일부 州들은 이 내용을 州이행법에 제정하였고,[219] 또 다른 州들은 이 규정들

---

216) Schoen, Konfliktmanagementsysteme in Wirtschaftsunternehmen aus deutscher und US-amerikanischer Sicht, 2003, 165ff.
217) Schoen, Konfliktmanagementsysteme in Wirtschaftsunternehmen aus deutscher und US-amerikanischer Sicht, 2003, 126, 131.
218) 한귀현, 행정상의 갈등해소를 위한 법제개선방안 연구, 한국법제연구원, 2004, 91면.

을 州법으로 이행입법할 것인지 결정할 수 있도록 연구기관에 평가를 맡겼다.[220] 독일법은 예컨대 소비자파산절차에서 소송외적 합의시도와 같이 유사한 특수영역을 다른 법영역과 연결하는 것을 이미 알고 있다.[221]

1999년 12월 15일 입법자가 '재판외분쟁조정촉진법' 제정을 재판전 분쟁중재를 강화하고자 했던 이 규정들이 소송전분쟁해결의 문을 여는 동안에 입법자는 소송진행 중에 상호 합의하는 분쟁해결을 계획하였다. 이미 노동사건 재판에서처럼, 현재 민사소송에서도 결국 분쟁에 대해 결정해야 하는 법관 앞에서 이루어지는 화해절차가 연결되어 있다. 이러한 연결이 실제로 소송과 비교하여 당사자들의 이익에 기여하는 것이 있는지는 아직 확실하지 않지만,[222] 이러한 계획은 2002년 민사소송법개정을 통해 제278조에 반영되었다.[223]

독일민사소송법(ZPO) 제278조에 따라 법원은 조정적 분쟁해결, 화해와 관련해 모든 소송절차에서 법적 분쟁 혹은 개별적 쟁송사항의 조정해결을 고려해야 한다.[224] 더 흥미로운 것은 법원이 적절한 사례라고 생각하는 경우 당사자에게 소송외 분쟁해결절차를 제안할 수 있다고 규정하고 있는 점이다.[225] 이때 당사자들은 절차의 중단을 명령하는 결정을 받는다.[226] 입법자는 여기서 중재로 보낼 것을 생각했지만, 이 규정을 넘어서 다른 형태의 ADR로 나아갈 수 있는 길도 열려있다. 이 규정을 근거로 독일에서 일부 법원은 사법형 중재를 시험운영하였다. 광범위한 시험운영은 최근에는 니더작센의 2개의 구법원(Amtgericht)과 2개의 주법원(Landesgericht), 행정법원(Verwaltungsgericht)과 사회법원(Sozialgericht) 각각 한곳에서 이루어졌으며, 학문적으로도 지지되고 있다. 물론 장기적인 관점에서 중재뿐만이 아니라 넓은 절차의

---

219) 이에 대한 자세한 내용은 Prütting, (Hrsg.), Außergerichtliche Streitschlichtung. Ein Handbuch für die Praxis, 2003 참고.
220) 여기 속하는 州는 바덴뷔템베르크州(Baden-Württemberg), 바이에른州(Bayern), 노트라인-베스트팔렌州(Nordrhein-Westfalen).
221) 독일파산법(InsO) 제305조 제1항 제1호.
222) Gottwald, Alternative Streitbeilegung (Alternative Dispute Resolution, ADR) in Deutschland, - Wege, Umwege, Wegzeichen -, FPR 2004, 163, 165.
223) 독일민사소송법(ZPO) 제278조 제2항에서 제4항.
224) 독일민사소송법(ZPO) 제278조 제1항.
225) 독일민사소송법(ZPO) 제278조 제5항.
226) 독일민사소송법(ZPO) 제278조 제5항 제2문, 제251조; Koalitionsentwurf vom 4. 7. 2000, BT-Dr 14/3750, 130.

선택 가능성과 목적에 맞는 사례운영을 이용하는 분쟁해결시스템에 대한 이러한 종류의 실험을 확대할 것이 기대된다.

라. 종합

독일은 환경문제로 인한 갈등에 대해 환경영향평가법(UVPG) 등 환경법제가 잘 발달했고, EU차원에서 강화된 환경보호기준을 수용하면서 환경관련 갈등관리에 중요한 역할을 하고 있다.

전통적인 분쟁해결방법으로서 화해제도가 일찍부터 많이 이용됐고 조정이나 중재는 여러 분야에서 활발히 이용되고 있다. 최근에는 ADR기법의 다양성과 최신성을 구비해 전자데이터 매체를 둘러싼 분쟁에 대한 ADR까지 완비하고 있는 추세이다.

최근에는 EU의 ADR-가이드라인(Die Richtlinie 2013/11/EU des Europäischen Parlaments und Rates vom 21. Mai 2013 über die alternative Beilegung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten)과 2016년 1월 시행예정인 ODR-규정(Die Verordnung (EU) Nr. 524/2013 des Europäischen Parlaments und Rates vom 21. Mai 2013 über die Online-Beilegung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten)이 소비자와 기업 사이에 대안적 분쟁해결을 통해, 소비자의 법원에 접근을 제한하지 않으면서도 EU시장에서 경쟁력, 성장, 일자리 창출, 신뢰를 후원하고 소비자보호의 수준을 높이고 EU회원국의 ADR을 강화하기 위하여 제정된 EU의 법규정이다. 하지만 ADR-가이드라인 제안이유 14에서 의료서비스는 제외하였으므로 여기서 자세히 다루지는 않는다.[227]

2. 의료분쟁해결제도(의료 ADR)

가. 의료분쟁 현황

1970년대 이후 독일에서도 의사와 환자관계가 책임전가 관계로 인식되는 경향이

227) ADR-가이드라인 제안이유 14: "이 가이드라인은 2011년 3월 9일 자 유럽 의회와 이사회가 제시한 국경을 넘나드는 보건에서 환자의 권리 실현을 위한 가이드라인 2011/24/EU의 제3조 a항의 의미에서 보건서비스제공에는 적용하지 않는다."

두드러지고 있으나 의료분쟁의 조정과 중재역할에 대해 회의적이었다. 하지만 최근 10년간 의료소송이 한해 3만여 건으로 이전에 비해 5배 이상 증가해 미제사건의 증가로 인한 소송기간의 장기화와 그로 인한 판결만족도의 한계 및 소송에 드는 과도한 비용부담, 의료분쟁과 같은 난해한 분야는 법원의 재판이 부적절하다는 견해가 설득력을 얻게 돼 조정과 중재제도를 활용해야 한다는 견해가 증가하게 됐다.[228]

나. 의료 중재기관

1) 개요

1970년대 초부터 의사에 대한 법원의 배상의무부과와 형사고소가 급격히 증가하였고, 그 절차가 긴 시간이 소모되며, 의료사건의 증거조사·증거채택·감정 등에 어려움이 있으며 일반적으로 피해자인 원고의 비용부담 등의 이유로 소송외적 해결방안을 위해 독일연방의 모든 州의사협회는 1975년에서 1978년 사이에 5개의 의료중재원(Schlichtungsstelle)[229]과 4개의 감정위원회(Gutachterkommission)[230]를 설치하였다. 1990년 통독이후 구동독 州의사협회들 중 작센州 의사협회만 독립된 중재원을 설치하고 다른 구동독 4개 州의사협회는 북독일 의료중재원에 편입되었다.[231]

228) 남준희, 독일의 의료분쟁과 대체적 분쟁해결방안(ADR), 의료법학 제10권 제2호, 2009, 410면, "환자건강이 악화되거나 사망한 경우 환자측은 의사가 실수를 범하고도 의사로부터 얻을 수 있는 정보의 양이나 명료함, 정확성에 불만이 있어 피해의식을 갖고, 의사측은 의료의 특성을 무시한 대중의 소송병이 발현되는 것으로 생각하는 경향이 있다며 서로 책임을 전가하는 관계가 됐다. 의료행위로 인해 피해보상을 청구하는 사례가 전체 입원환자의 3.7%에 이른다."

229) 하노버(Hannover), 슈투트가르트(Stuttgart), 뮌헨(München), 마인츠(Mainz).

230) 뒤셀도르프(Düsseldorf), 뮌스터(Münster), 자아브뤼켄(Saarbrücken), 프랑크푸르트-마인(Frankfurt/Main).

231) Laufs/Kern-Ulsenheimer, Handbuch des Arztrechts, 2010, §113 Rn. 1.

[그림 4-2-1] 독일의 의료중재위원회별 州관할

국가의 사법권에 대한 대안으로서 의료중재원(Schlichtungsstelle)은 고도의 전문지식과 객관성을 통한 의사와 환자의 이익에서 신속한 소송외적 합의를 이끌어내었다. 의료중재원은 환자에게는 근거있는 손해배상과 위자료 요구를 관철하고, 의사에게는 근거없는 손해배상과 위자료 요구에 대한 방어를 시도하였다. 아울러 의심스러운 사안의 경우에는 "솔직한 중개자(ehrliche Makler)"로서 양자의 이익을 조율하기 위해 노력하였다.

연방들의 상이한 운영세칙에도 불구하고 또한 손해를 인정할 것인지 인정한다면 어떻게 손해를 산정할 것인지에 대하여 "중재안(Schlichtungsvorschlag)"으로 입장을 취하는 의료중재원과 제기된 의료과실 또는 설명의무위반과 그로부터 야기된 손해에 대한 의학 감정에 국한된 업무를 하는 감정위원회(Gutachterkommission)의 이중성에도 불구하고 이러한 공동의 목적설정은 유효하다.[232] 하지만 적합한 사례들에서 당사자들의 동의가 있어야 중재시도 또는 중재안이 만들어질 수 있다.[233] 1975년에서

232) Weizel, Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen, 1999, 242 ff.
233) Rumler-Detzel, Die Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen für

1995년 사이에 총 62,368건이 신청되었고, 그 중 1/4 내지 1/3 정도의 사례에서 책임이 인정되었다. 1997년에는 총 8,884건이 신청되었고 2008년에는 총 10,967건까지 그 수가 증가하였다.[234]

의료중재원(Schlichtungsstelle)과 감정위원회(Gutachterkommission)의 중요한 실무상 차이는 인적 적용범위에 있다. 의료중재원(Schlichtungsstelle)은 책임보험협회(HUK-Verband)와 의사협회 사이의 계약에 기초한다. 그래서 개개 州의사협회의 회원이며 책임보험에 가입된 피보험자인 의사만이 의료중재절차(Schlichtungsverfahren)에 참여할 수 있다. 즉 부분적으로 특별규정이 있기는 하지만 원칙적으로 공공의료기관은 의료중재절차에 참여할 수 없는 반면, 책임보험자는 의료중재절차에 공식적으로 참여한다.[235] 이와 달리 감정위원회(Gutachterkommission)의 인적 심사관할은 개별 州의사협회와 조각같이 규정에 맞게 정착하여 전체적인 의사협회 구성원들까지 미친다.

의료중재원 또는 감정위원회는 의사와 환자가 관여하는 것이 원칙이다. 병원과 같은 의료기관 자체가 관여하는 것은 ADR 기관을 설치할 때 크게 고려했던 것은 아니다. 다만 각각 의사회마다 다른데 예를 들어 북독일 의료중재원은 보험에 가입한 병원의 관여를 인정하고 있다.

의료중재원은 각 州의 의사회와 보험회사가 모여 설립한 것이다. 의료중재원의 역할은 의사책임을 둘러싸고 환자와 의사의 분쟁을 소송외에서 해결하는 것이다. 의료중재원은 감정의견을 제시하거나 예외적으로 손해인정 또는 중재를 실시한다. 따라서 환자와 의사뿐 아니라 의사가 가입한 책임보험회사가 당사자로서 중재절차 초기부터 참가하는 것이 특색이다. 보험회사가 동의하지 않으면 원칙적으로 중재원절차는 진행되지 않는다. 절차비용은 원칙적으로 보험회사가 부담한다. 보험회사를 중재원절차에 끌어들임으로써 의사에 대한 책임배상청구를 원활하게 진행할 수 있는데 의미가 있다.

감정위원회는 각 州의 의사회 규약에 기초해서 설립된 것이다. 감정위원회 역할은

Haftpflichtstreitigkeiten zwischen Ärzten und Patienten, VersR 1988, 6; Bodenburg · Matthies, Ärztliche Gutachter- und Schlichtungsstellen Theorie und Praxis eines Modells, VersR 1982, 729.

234) Eissler, Die Ergebnisse der Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen in Deutschland – ein bundesweiter Vergleich, MedR 2005, 280.

235) Laufs · Kern-Ulsenheimer, Handbuch des Arztrechts, 2010, §113 Rn. 2.

의료과오 유무에 대해서만 공정하게 판단해서 환자의 불필요한 부담을 덜어주는 반면, 의사에게는 근거 없는 비난으로부터 벗어날 수 있게 하는데 있다(감정위원회규칙 제1조 제3항). 감정위원회 절차에서는 의사와 환자만이 당사자이고, 의사가 가입한 보험회사는 절차에 관여할 수 없다. 절차비용은 보험회사가 부담하는 것이 아니고 의사회가 부담한다. 이와 같이 중재원과 감정위원회는 차이가 있지만, 감정을 중심으로 하는 점에서 환자가 중재원 또는 감정위원회 중 어느 절차를 택하더라고 양자 사이에 본질적 차이는 크지 않다.[236]

2) 감정위원회와 의료중재원의 사물관할

소극적으로는 확정적으로 결정되고 계류중인 소송절차, 의료비분쟁, 5년 이상 지난 배상청구, 직무불이행과 부당한 감정서 작성사례 등은 감정위원회와 의료중재원의 사물관할로부터 벗어난다. 적극적으로는 감정위원회와 의료중재원은 의료과실의 사례에서 환자를 지원하는 손해배상과 위자료청구의 감정 또는 중재를 사물관할로 한다. 이 사물관할에 설명의무위반도 포함되는지 여부는 규정의 문언으로부터 명확하지는 않으며 실무에서도 통일적으로 적용되지는 않는다.[237]

3) 감정위원회와 의료중재원의 역할

감정위원회와 의료중재원의 인적 구성은 상이하게 규정되어 있다. 감정위원회는 장기간의 법관경력을 가진 위원장과 서로 상이한 전공분야에 전문적 지식을 가진 4명의 의사가 위원으로 참여한다. 의료중재원은 의사협회에서 선출한 최대 4인의 위원과 당해 사건과 직접적으로 관련된 전문분야의 특수한 경험을 자문할 수 있는 의사가 위원장으로 참여한다. 여기에 해당사건 당사자인 의사와 환자, 각각을 위해 특별히 신뢰할 수 있는 사람이 참여하는데, 여기서 특별히 신뢰할 수 있는 자는 의사 또는 법조인에 한정된다.[238] 감정인은 차후에 있을 수 있는 법원의 절차에서 전문가로 위촉될 수 있다. 감정인이 사실관계를 작성했다는 것만으로 편파성의 근거가 되지 못한다.

---

236) 정영수, 의료분쟁의 합리적 해결을 위한 연구, 민사소송 제14권 제2호, 2010, 642면.
237) Franzki, Der Arzthaftungsprozess in: Arzt und Patient zwischen Therapie und Recht, 1981, 177.
238) Laufs · Kern-Ulsenheimer, Handbuch des Arztrechts, 2010, §113 Rn. 4.

다. 감정위원회와 의료중재원의 공통원칙

감정위원회와 의료중재원의 절차와 형식이 개별적인 부분에서 상이하기는 하지만, 3가지 특징적인 공통원칙이 도출될 수 있다.

1) 자의성(임의성: Feiwilligkeit)

자의성 원칙은 감정위원회와 의료중재원의 절차에 양당사자인 환자와 의사(중재원 절차의 경우 책임보험자)의 동의를 전제로 한다. 즉 절차를 강제당하지 않고 당사자가 합의하지 않으면 절차가 개시되지 않는다. 즉 환자와 의사(책임보험자)는 감정위원회나 의료중재원에 감정이나 중재를 신청할 것인지 아닌지, 절차에 참여하여 결과를 받아볼 것인지를 자유롭게 결정할 수 있다. 환자는 감정위원회나 의료중재원의 절차가 개시되기 이전이나 개시된 이후에도 법원에 소송을 제기할 수 있다. 마찬가지로 감정위원회나 의료중재원에 반대하고 소송외적 분쟁해결 방식을 차단하는 것은 의사(책임보험자)의 재량에 속한다.[239] 중재절차의 경우 보험회사가 이를 거절한 경우에도 의사가 보험회사가 부담하는 감정비용을 자신이 부담하겠다는 의사를 표시하면 절차는 개시될 수 있다. 실무에서 의사 측에서 감정위원회나 의료중재원의 절차를 거부하는 비율은 2% 미만으로 아주 예외적이다.[240]

2) 비구속성(Unverbindlichkeit)

감정위원회와 의료중재원은 독일민사소송법 제1025조 이하에서 말하는 중재법원이 아니다. 따라서 감정위원회와 의료중재원은 당사자들에게 구속력 있는 결정을 하는 것이 아니라 구속력 없는 확인과 권고안을 낼 뿐이다. 즉 당사자가 감정결과에 동의할 수 없거나, 중재안이나 책임보험자의 조정안이 부적절하다고 생각하면 법원에 정식절차로 나아갈 수 있다.[241] 감정위원회와 의료중재원을 통해 확정된 사실관계와 그에 대한 평가의 구속력 없음은 환자가 동일한 증거제출로 전체 증거채택을 되풀이하고 다른 전문가를 요청하여 이루어질 수 있거나 이루어져야 하는 민사소송에도

239) Laufs · Kern-Ulsenheimer, Handbuch des Arztrechts, 2010, §113 Rn. 6.
240) Eberhard, Die Aufgabe von Schlichtungsstellen und Gutachterkommissionen, Gynäkologe 1989, 397.
241) Laufs · Kern-Ulsenheimer, Handbuch des Arztrechts, 2010, §113 Rn. 7.

그대로 적용된다. 물론 사실심법관은 자신에게 제출된 감정위원회와 의료중재원의 감정서를 서증(Urkundenbeweis)으로 채택할 수도 있다.[242] 그래서 소송비용보조절차(Prozesskostenhilfeverfahren)에서 그 이외의 전문가 감정이 무조건 필요한 것은 아니다.[243]

이러한 규정과는 무관하게 감정위원회의 감정과 의료중재원의 중재안의 현실적 구속력을 부인할 수는 없다. 왜냐하면 감정위원회와 의료중재원의 입장은 한편으로 대부분 전문적 지식에 기초해 이루어지고, 다른 한편으로 양 당사자의 신청에 기인하므로 일방 당사자가 제출하는 감정서와는 그 무게가 다를 수밖에 없기 때문이다. 그래서 감정위원회나 의료중재원의 절차종료 이후에 단지 10%-15% 정도의 사례만 소송으로 나아간다.[244]

3) 수수료 면제(Die Gebührenfreiheit)

감정위원회와 의료중재원의 절차는 수수료가 없다. 즉 감정위원회의 경우 의사협회가 부담하고 의료중재원의 경우 보험회사가 부담하기 때문에 절차진행이나 공무상(von Amts wegen) 이루어지는 전문가 감정서 모두 비용이 들지 않는다. 하지만 비용면제는 예컨대 변호사비용(환자 측은 대략 50%가 변호사를 선임하는 반면 통상적으로 변호사에 의해 대리될 수 없다)이나 바덴-뷔르템베르크(Baden-Württemberg)나 자아란트(Saarland)같은 州에서 법률가 자문료, 의사나 환자 측이 요구한 감정비용과 같은 절차외적인 비용에는 적용되지 않는다.[245] 감정위원회 혹은 의료중재원의 절차개시는 바로 당사자 사이에 소송전 해명과 합의에 기여하기 때문에, 이 절차의 진행과정에서 의사나 환자 측에 발생하는 변호사비용은 소송전 필수적인 법적 준비 비용으로 간주되고 따라서 계약법상·불법행위법상 손해배상청구가 제기된 경우에 지불능력이 있다고 본다.[246] 감정위원회와 의료중재원의 결정과 권고의 의미와 관련하여 경우에

---

242) BGH VersR 1987, 1091, 1092.
243) OLG Köln VersR 1990, 311.
244) Smentkowski, Erfolgreiche Streitschlichtung mit hoher Akzeptanz, Der Chirurg BDC 2004, M 354.
245) Weizel, Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen, 1999, 154 ff.
246) LG Baden-Baden MedR 1987, 159; Hans OLG Bremen MedR 2003, 639 f.
반면 Weizel, Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen, 1999, 175는 의사의 경우 절차와 소송을 통해 오히려 배상을 하는 입장이기 때문에 이러한 견해는 옳지 않다고 한다.

따라서 형사소송을 포함하는 이후의 절차에서 의사와 환자 측에서 변호사 선임은 대부분 불필요하지 않다. 왜냐하면 의학적 지식과 판단은 법적으로 평가되어야 하고 특히 입증책임의 관점에서 법률가의 조언을 필요로 하는 추가적인 문제가 제기되기 때문이다.[247] 또한 중재절차의 결과는 때때로 환자에게 의사에 대한 형사소송의 출발점이 되기도 한다. 이러한 관점에서 이러한 前단계에서 변호사 선임이 의사에게는 긴급한 것으로 추천될 수 있다.[248]

라. 대표적 의료중재기관

1) 북독일 의료중재원

가) 개요

1976년 설립된 북독일 의료중재원은 처음에는 베를린, 브레멘, 함부르크, 니더작센, 슐레스비히-홀슈타인 5개 州의사협회에서 시작하여, 현재 베를린, 브란덴부르크, 브레멘, 함부르크, 메클렌부르크-포어포메른, 니더작센, 자아란트, 작센-안할트, 슐레스비히-홀슈타인, 튀링엔 10개 州 의사협회가 가입되어 있는 독일 최대의 ADR기관으로 환자, 의사, 책임보험회사에게 의료책임분쟁의 소송외적 해결을 위한 플랫폼을 제공하고 있다. 북독일 의료중재원은 매년 대략 4,300건을 처리하고 있으며, 니더작센 州의사협회가 운영을 맡고 있다.

의료중재원은 환자, 의사, 책임보험회사 등 모든 참여당사자에게 객관적이고 전문적이며 현재 의학적 기준과 법적 기준, 특히 최근의 의사책임판례에 따라 분쟁의 소송외적 해결을 위해 양질의 서비스를 제공하기 위해 노력한다. 의학적, 법률적 전문지식은 중재원 결정의 포기할 수 없는 기초이다.[249]

북독일 의료중재원은 법원에 소송으로 나아가는 것을 피하고, 환자, 의사, 책임보험회사 등 당사자들이 좀 더 합리적으로 수용할 수 있도록 하는 것을 목표로 한다. 당사자 신청에 대한 신속한 처리, 당사자의 참여권, 법적 청문권, 절차의 투명성, 결정의 명확성, 친절성, 절차중단의 자유 등을 통해 사건처리의 전문성을 개선해 가고 있다

---

247) Hans Hans OLG Bremen MedR 2003, 639, 640.
248) Laufs · Kern-Ulsenheimer, Handbuch des Arztrechts, 2010, §113 Rn. 9.
249) http://www.norddeutsche-schlichtungsstelle.de/

고 한다.[250] 효율적인 중재원 조직과 기술적인 장치를 마련함으로써 모든 중재원 구성원들에게서 업무진행을 부단히 개선하기 위해 노력하고 있다. 그래서 의료중재원의 조직과 절차는 지속적으로 시험 중이다. 이점은 중재원의 증명된 서비스질 관리시스템을 통해서 확신할 수 있다고 한다.[251] 이러한 방식으로 의료중재원은 정당한 신뢰와 정당한 기대에 합치하도록 청구에 대하여 서비스를 제공하기 위해 노력한다.

결국 환자의 안전과 의료사고의 예방을 위해서 고유한 의료서비스의 질을 개선하는 것이 중요하다. 의료중재원의 결정이 좋아지면 좋아질수록 의료교육과 재교육에 대하여 사용할 수 있는 자료가 좋아진다.

나) 의료중재원 절차

북독일 의료중재원은 절차규정(Verfahrensordnung)에 따라 운영된다. 이 규정은 처음에는 순수이론적인 관점에서 출발하여, 그 운용과정에서 실무적인 관점이 받아들여졌으며 2011년 전면개정되었다. 새로운 절차규정은 2012년 1월1일부터 시행되었고. 2014년 자아란트의 참여로 2014년 1월 1일 마지막 개정된 규정이 현재 시행중이다.

(1) 절차진행의 조건

하노버(Hannover)에 위치한 북독일 의료중재원의 토지관할은 과실이 추정되는 의료행위가 이루어진 지역이 베를린, 브란덴부르크, 브레멘, 함부르크, 메클렌부르크-포어포메른, 니더작센, 자아란트, 작센-안할트, 슐레스비히-홀슈타인, 튀링엔 10개 州의 의사협회 영역에 속하는 경우이다. 의사의 과실이 추정되는 의료행위에 대한 환자의 손해배상청구가 기초가 되는 분쟁의 소송외적 해결이 북독일 의료중재원의 사물관할이다. 이와 반대로 감정행위에 대한 심사나 의사에 대한 환자의 일반적인 불만제기는 의료중재원의 관할에 포함되지 않는다.[252]

중재신청권한은 과실이 추정되는 의료행위의 상대방인 환자, 환자로부터 손해배상청구를 받은 의사, 병원소유자와 보험자에게 있다. 중재절차는 당사자가 신청서를 중재원에 우편으로 제출함으로 개시된다. 절차는 서면으로 진행되고 자유형식의 신청

250) http://www.norddeutsche-schlichtungsstelle.de/aufgaben-ziele/
251) http://www.norddeutsche-schlichtungsstelle.de/aufgaben-ziele/
252) http://www.norddeutsche-schlichtungsstelle.de/das-schlichtungsverfahren/verfahrensablauf/

서로 충분하다.[253] 의료중재원의 절차에 참여는 임의적이며, 참여의무는 없다. 따라서 신청서가 접수되면 다른 절차참여자들의 동의를 받아야 한다. 이러한 목적은 청구의 상대방(의사, 병원, 보험자)이 첨부서류와 함께 신청서를 작성할 수 있도록 하기 위함이다.

(2) 사실관계 규명과 감정위탁서 작성

의료중재원은 조사의 원칙에 따라 가능한 신속하고 세밀하게 사실관계를 명확히 하는 것이다. 즉 해당 환자의 진료기록, 손해발생 전후에 환자를 진료했던 의사의 진료기록 병력 등 의료기록, 의사 및 병원 치료기록 등의 서류 원본 또는 복사본을 취급하기 때문에 당사자에게 승낙서를 제출하도록 하고 있다. 아울러 책임보험, 건강보험, 관청, 법원 등에서 보관하는 소견서, 감정서 등도 함께 활용된다. 절차참여자들은 상호 협력할 의무가 있고 특히 사실관계 해명에 필요한 정보를 지체 없이 제공할 의무가 있다.

서류가 모두 제출되면, 의료중재원의 의사 위원과 사건을 검토할 법률가 위원은 당해 사건에 적합한 감정인을 선임하고 감정인에게 보낼 질문지를 작성한다. 모든 절차 참여자는 이에 대하여 보완요청을 할 수 있다.

(3) 외부 감정의 위탁

원칙적으로 의료중재원의 절차에는 외부전문가 감정의 위탁이 예정되어 있다. 북독일 의료중재원은 매년 대략 3000여건의 외부감정을 요청한다. 그러나 예외적으로 의학적으로 명확하게 판단할 수 있는 문제이기 때문에 책임에 대한 판단에 대하여 많은 노력을 필요로 하는 외부감정이 불필요한 경우에는 감정없이 사안의 구성이 가능하다. 또한 사안에 따라서 여러명의 감정인에게 감정이 필요한 경우도 있을 수 있다. 외부감정인의 감정서가 의료중재원에 도착하면, 중재절차의 참여자들에게 감정의견이 보내진다.

---

253) 신청서 기재사항은 신청인 성명, 주소, 생년월일, 상대방 성명, 주소 등이다. 중재원은 환자의 진료기록, 병력 등 의료기록, 의사 및 병원 치료기록 및 의사 보험회사 기록 등의 서류 원본 또는 복사본을 취급하기 때문에 당사자에게 승낙서를 제출하도록 하고 있다. 의사와 병원 중 누구에게 손해배상을 청구할지, 신체적 및 금전적 손해액은 얼마인지, 손해발생 전 5년 이내 및 손해발생 후 치료받은 의사 및 병원 명칭, 소재지, 전문분야, 이미 상대방에게 손해배상 청구를 했는지, 형사 또는 민사소송절차가 계속 중인지, 보험을 적용하고 있는지, 보험회사 명칭 등의 질문표가 첨부된다.

(4) 감정의 활용과 책임문제에 대한 판단

의료중재원의 의사 위원과 법률가는 의학적, 법률적 관점에서 감정서를 심사한다. 의료중재원은 감정인의 평가에 구속되지 않는다. 감정서의 심사에서 이 감정서에 대한 당사자들의 의견도 함께 고려된다. 의료중재원은 의사 위원이 감정인으로서 내린 의사의 의학적 감정을 기초로 다른 의학적 평가를 내릴 수도 있다. 반면 의학적 판단이 일치하는 경우에도 판례에 의해 형성된 입증책임의 원칙과 같은 법적 고려를 근거로 의사의 행위에 대하여 상이한 판단을 내릴 수도 있다.[254]

의료중재원의 업무는 의사의 책임에 대한 최종의견으로 종결된다. 중재절차의 종결에서 환자의 청구가 받아들여진 경우에 필요한 손해배상액의 산정절차는 환자와 책임보험자 사이에 직접적으로 이루어진다.

(5) 당사자의 새로운 사실에 대한 진술이 있는 경우 再判斷

새로운 사실에 대한 진술이 있는 경우 의료중재원은 다시 결정을 하며, 경우에 따라서는 다시 외부 감정인에게 감정을 요청하기도 한다. 새로운 再判斷이 이루어지면 중재절차는 최종적으로 종결된다. 앞의 일반론에서 본 것처럼 여기서 의료중재원을 통한 책임문제에 대한 판단은 당사자들에게 구속력이 없으며, 당사자들은 의료중재원의 판단에 불복하여 공식적인 법적 절차를 밟을 수 있다.

다) 의료중재원의 전문성과 투명성 확보를 위한 최근의 노력

(1) 의료중재원에서 환자대변인

2012년 1월 1일부터 시행되는 새로운 절차규정에서 북독일 의료중재원에 환자대변인이 새롭게 도입되었다. 환자대변인은 회원 州의사협회가 공동으로 선임한다. 환자대변인은 의료중재원의 다른 위원과 마찬가지로 독립적이고 법과 법률에만 구속된다. 환자대변인은 의료중재원에서 일반적인 환자의 이익을 대변하는 임무 이외에도 절차진행에 대하여 구체적인 환자의 불만이 공식적인 이의신청으로 제기된 경우 환자의 신청서에 대한 열람권을 갖는다. 또한 북독일 의료중재원에 매년 보고서를 제출하는 것도 환자대변인의 임무에 속한다.

---

254) http://www.norddeutsche-schlichtungsstelle.de/das-schlichtungsverfahren/verfahrensablauf/

북독일 의료중재원에 속하는 10개의 州의사협회는 은퇴한 하노버 신파 루터교회의 부목사인 곳프리드 바스무트(Gottfried Wasmuth)를 2012년부터 2년간 환자대변인으로 선임하였으며, 2013년 협회의 결정으로 2015년 말까지 임기를 연장하였다.[255]

독립적인 환자대변인의 임무는 절차의 공적인 투명성을 확보하는 것이다. 환자대변인은 자신의 정보권을 주장하고 의사와 법률가의 학제간 회의에 참석하여 의료중재원 안에서 손해배상청구에 대한 판단에 기초가 되는 조정과정과 결정과정에 대하여 이해하고 일반적인 환자이익의 관점에서 업무진행과정을 관찰할 수 있는 가능성을 열어놓고 있다. 환자대변인은 개별사안에 대한 의료중재원의 결정에는 참여하지 않는다. 왜냐하면 일반적으로 난해한 의학적, 법률적 문제가 해결되어야 하기 때문에, 이러한 전문적인 평가를 전문가가 아닌 사람에게 기대할 수는 없기 때문이다.

(2) 의료과실보고시스템(MERS: Medical Error Reporting System)

북독일 의료중재원의 결정에서 나타난 데이터는 MERS를 통해 수집된다. MERS는 북독일 의료중재원에서 2000년에 시작하여, 독일 연방 전체에 2006년부터 사용되었다. 수천의 중재원 결정으로부터 얻는 이 풍부한 자료들은 수많은 강연과 출판물의 기초로서 의료과실의 예방을 지원하는 목적에 기여하고 있다.

2006년부터 2012년 사이에 북독일 의료중재원의 구성원들은 학술대회, 서비스개선회의, 연수회 등에서 327회의 강연을 열었으며, 북독일 의사협회지와 인터넷사이트에 246개의 사례연구를, 국내외 학술지에 연구자료를 출간하였다. 또한 수많은 연구서를 발간하기도 하였다.

2005년에는 니더작센 州의사협회와 북독일 의료중재원의 대표자들이 "환자안전과 위험관리(Patientensicherheit & Risikomanagement)"라는 연구팀을 발족하였다. 이는 2011년부터 니더작센 州의사협회의 산하그룹으로 조직되었다. 이러한 주도적인 목표설정은 환자의 안전, "의료과실에서 배움(Lernen aus Behandlungsfehlern)"이라는 테마를 공격적으로 다루고, 의료과실을 다룸으로써 보건과 관련된 새로운 의식과 새로운 "의료안전문화"를 만들어내는데 기여하였다. 이러한 방식으로 북독일 의료중재원은 의료분쟁의 해결이라는 핵심업무 이외에도 환자의 안전이라는 테마에도 기여

255) http://www.norddeutsche-schlichtungsstelle.de/patientenvertretung/der-patientenvertreter-in-der-schlichtungsstelle/

하고 있다.

(3) 감정인집담회(Gutachterkolloquium)

감정서의 질은 직접적으로 의료중재원 결정의 질에 영향을 미친다. 그래서 의료중재원에 의해 위탁된 감정에 대하여 지속적으로 감정의 질을 심사하고 감정의 질을 극대화하는 것은 중재원의 우위성을 확보하기 위한 중요한 과제이다.

전문가가 가진 경험을 교환하고 공동작업에 따른 감정의 효과를 극대화하기 위한 노력으로 2008년 처음으로 외부감정인을 초청하여 감정인집담회을 열었다. 감정으로부터 얻어낸 수많은 지식을 우선적으로 해당영역의 전문가들이 활용할 수 있고 그로써 이미 인정된 높은 감정의 질도 더욱 향상될 수 있다. 이 전문가 집담회는 시간이 흐르면서 상설기구화 되었다. 초창기에는 특정 의료영역에 국한하여 이루어지던 것이 최근에는 전 의료영역에 대한 집담회로 확대되었다. 역대 감정인 집담회(Gutachterkolloquium: Optimierung von Arzthaftungsgutachten) 개최현황은 다음과 같다.

〈표 4-2-1〉 역대 감정인 집담회 개최 현황

년도	개최일	개최지	주제
2008	2008. 11. 21.	Berlin	응급외과, 정형외과 (Unfallchirurgie und Orthopädie)
2009	2009. 11. 20.	Berlin	외과, 종양학 (Chirurgie und Onkologie)
2010	2010. 12. 03.	Berlin	산과, 부인과 (Gynäkologie und Geburtshilfe)
2011	2011. 06. 16.	Berlin	마취·통증과 (Anästhesiologie)
	2011. 12. 02.	Tuttlingen	
2012	2012. 03. 09.	Berlin	성형외과 (Plastische Chirurgie)
	2012. 06. 22-23	Berlin	내과, 일반의(가정의) (Innere Medizin und Allgemeinmedizin)
2013	2013. 02. 16.	Berlin	의료과실, 입증책임 등을 포함하는 전의료영역의 감정문제 (Fachübergreifend)
	2013. 06. 22.	Berlin	
	2013. 08. 31.	Berlin	
	2013. 09. 27.	Bochum	
	2013. 11. 09.	Berlin	
2014	2014. 02. 15.	Berlin	의료과실, 입증책임 등을 포함하는

년도	개최일	개최지	주제
	2014. 05. 17.	Berlin	전의료영역의 감정문제 (Fachübergreifend)
	2014. 09. 13.	Berlin	
	2014. 11. 01.	Berlin	
	2014. 11. 29.	Bochum	
2015	2015. 02. 14.	Berlin	의료과실, 입증책임 등을 포함하는 전의료영역의 감정문제 (Fachübergreifend)
	2015. 06. 06.	Berlin	
	2015. 09. 26.	Berlin	
	2015. 11. 21. (예정)	Bochum	

라) 북독일 의료중재원의 각종 통계

(1) 자체평가: 소송회피율 90.9%[256]

의료중재원은 의료분쟁을 종결하고 절차참여자들을 설득하여 법원에 의한 소송을 피하는 것이 최우선의 목표이다. 북독일 의료중재원은 2007년 말 이 목표와 관련하여 의료중재원의 결정을 수용하고 법원의 소송을 회피한 비율에 대한 조사를 시작하였다. 같은 해에 있었던 같은 사건에 대한 법원의 여러 심급은 통계에서 중복해서 집계된다. 그래서 2002년 결정통계를 기본으로 사용하였다.

당시 손해배상청구를 받았던 의사나 병원이 가입되어 있던 책임보험자에 따르면, 2002년 중재절차가가 종결된 전체 800건 중 583건(72.9%)은 청구가 기각되었고, 217건(27.1%)은 청구가 인용되었다. 위에서 활용된 800건 중 727건(90.9%)은 민사사송을 피할 수 있었다. 물론 나머지 73건(9.1%)은 법원에 소송절차로 나아갔다. 이 통계에 따라 북독일 의료중재원의 소송회피효과는 90.9%로 나타났다. 법원과 비교하여 신속하고 비관료적인 절차는 시간이 흐름에 따라 의료인들 뿐만 아니라 변호사들에게도 가장 선호하는 민사소송의 대안으로 고려되고 있다.

(2) 북독일 의료중재원 중재신청건수 추이

1976년부터 운영되기 시작한 북독일 의료중재원의 중재신청건수는 지속적으로 증가해오고 있다.

1990년 10월 3일부터 브란덴부르크, 메클렌부르크-포어포메른, 작센-안할트, 튀

256) http://www.norddeutsche-schlichtungsstelle.de/fakten-und-zahlen/evaluation/

링엔의 4개 州의사협회가 참여하고, 2014년 1월 1일부터는 자아란트 州의사협회가 참여하였다.

[그림 4-2-2] 북독일 의료중재원 청구건수 증가추이 (1976-2014)

2) 노트라인 감정위원회

가) 개요

1975년에 설립된 노트라인 의료과실 감정위원회(Gutachterkommission für ärztliche Behandlungsfehler)는 노트라인 의사협회에 속한 독립적인 기구로, 운용책임자는 노트라인 의사협회장이다. 감정위원회는 자체 규정에 따라 노트라인 의사협회에 속한 의사에 대해 진단 또는 치료에 대하여 의료과실이 있는지 없는지, 의료과실을 통해서 환자에게 건강상의 손해가 발생되었는지 혹은 예상할 수 있는 고통을 받은 것인지에 대하여 분쟁이 제기되거나 입장의 차이가 있는 경우 이에 대한 심사를 임무로 한다.

감정절차에 참여자는 의료과실을 주장하는 환자와 그 상대방 의사이다. 경우에 따라서 법정대리인이 당사자를 대신할 수 있으며, 당사자가 사망한 경우에는 유족이 대신할 수 있다. 또한 독일 민사소송법 제157조에 따라 변호사를 선임할 수 있으며, 이 경우 선임계를 제출해야 한다.

감정위원회의 운용비용은 노트라인 의사협회가 부담하고 전문감정절차는 수수료 없이 진행된다.[257] 하지만 당사자가 변호사의 선임할 경우에 그 비용은 자비로 한다.

위에서 본 것처럼 노트라인 감정위원회는 자체 규정에 따라 의사에게 의료과실이 있는지 없는지, 의료과실을 통해서 환자에게 건강상의 손해가 발생되었는지 혹은 예상할 수 있는 고통을 받은 것인지 등을 심사한다. 의료과실이 문제되는 의사는 노트라인 州의사협회에 속하는 경우에 한한다. 즉 행정구역상 뒤셀도르프나 쾰른에서 일하거나 일했던 의사를 대상으로 한다.

나) 감정위원회의 운용

노르트라인 감정위원회의 감정절차는 일방 당사자(환자 또는 의사)가 신청서를 감정위원회에 제출함으로써 개시되며, 상대방이 감정위원회의 절차에 동의하면 절차가 개시된다. 감정위원회 절차는 원칙적으로 서면주의에 의한다.

감정위원회의 절차에 참여하는 것은 자유의사에 따르며 임의적이다. 또한 감정위원회의 감정결정은 당사자들에게 구속력이 없다. 그러나 감정위원회의 감정결정은 대부분의 경우 의료분쟁의 소송외적 해결의 기초가 된다.

같은 사안이 이미 법원의 소송이나 검찰에 의한 수사절차가 종결된 경우 또는 계류중이거나 동시에 개시된 경우에 감정위원회는 일반적으로 절차를 진행할 수 없다. 마찬가지로 문제가 제기된 의료행위가 청구가 있는 시점에서 5년이상 경과한 경우에도 감정위원회는 절차를 진행하지 않는다.

다) 노트라인 감정위원회 구성

감정위원회는 법관의 자격을 가진 법률가를 위원장으로 하고, 외과의사, 내과의사, 병리학자, 개업 일반의 5인의 위원으로 구성되며, 의사협회장이 4년을 임기로 위촉한다.[258] 개개 감정위원에 대하여 최소한 1인의 대리인을 선임하고, 감정위원이 궐석에 대하여 보궐 위촉된 위원의 임기는 잔여임기로 한다. 의사협회장은 5인의 위원 이외에도 필요하다고 판단되는 다른 의사들을 위원으로 선임할 수 있다.[259] 과거에 의사협회 또는 기타 의사단체에서 근무했거나 프리랜서로 활동했던 사람은 감정위원이나 감정

257) http://www.aekno.de/page.asp?pageID=64
258) 노트라인 감정위원회 규정 제4조 제1항, 제2항.
259) 노트라인 감정위원회 규정 제4조 제3항.

위원의 대리인이 될 수 없다.[260]

감정위원회는 감정절차의 운영을 위해 의사협회장을 운영위원으로 한다. 모든 감정신청서는 운영위원인 의사협회장에게 보내지고, 운영위원은 당사자들의 입장과 사실관계 확인을 위한 감정의견을 받아 감정위원회에 제출하고, 감정위원들에게 사실관계에 대한 설명을 하는 등 감정위원회의 절차를 준비하는 역할을 한다.

대략 50여명에 달하는 감정위원회의 명예직 위원(의사 또는 법률가)들은 당사자들의 주장과 관련 의료기록 등을 토대로 사실관계를 심사하고 평가한다. 평가의 결과 감정위원회의 공식적인 감정서의 작성이 불필요하다고 판단되는 경우에는 감정위원회 운영위원인 의사협회장이 당사자들에게 감정의견으로 통보한다.

이 감정의견에 대하여 송달(nach Zustellung)일로부터 1개월 이내에 이의를 제기할 수 있다. 공식적인 감정보고서 작성이 필요하다고 판단된 경우와 감정의견에 대하여 이의제기가 있는 경우에는 감정위원회에서 결정을 통해 최종감정서를 작성한다.

감정위원회의 결정은 최소한 위원장과 3인 이상의 위원 또는 그 대리인(전체 5중인 4인 이상)이 참석하여 다수결로 한다.[261] 하지만 감정위원회의 최종감정서는 감정위원 전원이 참석한 가운데 의견을 들어 최종적으로 작성된다. 감정위원회의 결정에서 의견의 일치가 이루어지지 않은 경우에도 감정서 작성은 다수결로 하지 않으며, 반대의견이 있는 경우에는 그 이유를 적시하여 감정보고서에 병기한다.[262] 대체로 감정위원회의 절차는 12개월에서 15개월이 소요된다.

라) 노트라인 감정위원회 최근 활동

2014년 11월 22일 뒤셀도르프에서 열린 노트라인 의사협회 총회에서 노트라인 감정위원회 위원장이자 고등법원장(Präsident des Oberlandesgericht)인 디이터 라움(Dieter Laum)의 지난 2013/2014 회기보고가 있었다.[263] 라움은 "이미 신뢰는 얻었고, 그 신뢰는 많은 업무를 만들었다"고 하여, 이 회기의 성과는 감정위원회에 대한 환자와 의사의 신뢰의 표출이라고 평가하였다. 노트라인 의료과실 감정위원회는 지난 회기(2013년 10월 1일 ~ 2014년 9월 30일) 총 2,259건을 종결처리 하였다.

260) 노트라인 감정위원회 규정 제4조 제4항.
261) 노트라인 감정위원회 규정 제7조.
262) 노트라인 감정위원회 규정 제10조.
263) http://www.aekno.de/page.asp?pageID=5214

의료과실 인정비율은 28.8%로 지난 회기 수준이다. 매년 증가하던 노트라인 의료과실 감정위원회 신청건수는 지난 2013/2014 회기에는 안정화되었다.

2013/2014 회기의 통계는 다음과 같다.

〈표 4-2-2〉 노트라인 감정위원회 2013/2014 회기보고

	통계기간 (2013. 10. 1.- 2014. 9. 30.)	직전 통계기간 (2012. 10. 1.- 2013. 9. 30.)	역대전체 (1975. 12. 1.- 2014. 9. 30.)
I.			
신청건수	2,210	2,235	49,077
2. 종결건수	2,259	2,153	47,314
2.1. 감정결과 보고	1,315	1,240	32,512
a) 감정위원회 운영책임자: 의사협회장 (규정 제5조제4항제1문: 감정의견)	(1,102)	(987)	-
b) 감정위원회 전원회의 결정 (규정 제10조 감정보고서)	(213)	(253)	-
2.2. 감정위원회 위원장의 형식적 보고 (절차진행곤란 등)	248	255	4,791
2.3. 기타 종결(신청취하, 관할위반 등)	245	296	7,344
2.4. 감정의견 작성 이후 미진행 건수	451	362	2,665
3. 현재 진행중인 건수	1,763	1,812	-
(2.1.+2.4. 중) 의료과실을 인정한 건수 (과실인정비율)	509 (28.82%)	466 (29.09%)	11,241 (31.95%)
II.			
규정 제5조제4항제2문에 따른 감정결과에 대한 감정위원회의 결정신청 건수 (I. 2.1.+2.2.에 대한 이의신청비율)	335 (21.26%)	304 (20.33%)	7,714 (21.58%)
2. 이의신청종결 건수	325	299	7,522
2.1. 감정위원회 전원회의 결정 (I. 2.1b 제외)	314	281	7,260
(감정의견과 결론이 다른 건수)	(16)	(26)	(475)
2.2. 기타 종결(신청취하, 관할위반 등)	9	18	262
3. 현재 진행중인 건수	186	174	
III.			
감정위원회 감정보고서 결정 전체 건수 (I. 2.1b + II. 2.1.)	527	534	

마. 감정위원회와 의료중재원의 남은 문제

1) 시효문제(Verjährungsproblematik)

중재절차가 진행되는 동안 독일민법 제204조 제1항 제4호에 따른 의료과실에 대한 손해배상청구와 위자료 청구 시효는 의사와 환자의 동의로 중단된다.[264] 이는 3년의 시효가 경과한 후 설명의무위반으로 근거지어진 손해배상청구 또는 위자료 청구의 경우도 마찬가지로 유효하다.[265] 이것은 1978년 1월 1일 개정독일민법 제852조 제2항 규정의 문언과 목적과 관련하여 인정되었고,[266] 지금은 독일민법 제204조 제1항 제4호를 통해 명확하게 규정되었다.

구민법과 다르게 현행 독일민법 제204조 제1항 제4호는 계약법상·불법행위법상 청구권을 포괄적으로 규정하며, 동일하게 3년의 시효를 규정하고 있다.[267] 그러나 시효의 중단은 항상 양 당사자 사이에만 효력이 있다는 점이 고려되어야 한다. 그러니까 다른 잠재적 청구대상(병원운영자, 다른 의사나 의료인 등)은 의료중재원의 절차에 잘못 참여한 경우에 독일민법 제204조 제1항 제1호에 따른 시효중단의 목적에 비추어 소송이 제기되어야 한다.

2) 소송계속성(Rechtshängigkeit)

위자료청구가 소송에서 계속성에만 구속적이고 감정위원회와 의료중재원의 절차는 계속성을 인정하지 않았던 구민법 규정은 1990년 7월 1일 민법 제847조 제1항 제2문의 보완없는 삭제를 통해 사라졌다. 그 때까지는 손해산정의 영역에서 가해자(보험자)가 피해자에 대하여 결여된 소송계속성에 대한 항변을 포기하는 데에 합의할 가능성을 이용하였다. 이러한 종류의 합의는 법적으로 허용되었고, 가해자(보험자)가

---

264) Franzki, Der Arzthaftungsprozess in: Arzt und Patient zwischen Therapie und Recht, 1981, 179; Bodenburg/Matthies Ärztliche Gutachter- und Schlichtungsstellen Theorie und Praxis eines Modells, VersR 1982, 729, 733.

265) Matthies, Probleme der Verjährung bei Anrufen einer ärztlichen Gutachteroder Schlichtungsstelle, VersR 1981, 1099, 1100.

266) Matthies, Probleme der Verjährung bei Anrufen einer ärztlichen Gutachteroder Schlichtungsstelle, VersR 1981, 1099, 1101.

267) 舊독일민법 제852조의 의료책임에 대한 계약법상 청구권에 적용문제에 대하여는 Matthies, Probleme der Verjährung bei Anrufen einer ärztlichen Gutachteroder Schlichtungsstelle, VersR 1981, 1099, 1101 참고.

자신의 설명내용에 대한 신뢰와 믿음에 구속되는 결과를 낳았다. 즉 위자료청구가 피해자의 생존기간에 소송계속적인 것으로 해야 했는지 아닌지로 다루어져야 했다. 이러한 협상이 지금은 불필요하다.

3) 고소기간(Strafantragsfrist)

독일형법 제229조, 제230조에 따른 과실치상죄의 고소기간은 형법 제77b조에 따라 3개월이라는 점을 지적할 필요가 있다. 이 때문에 의료중재원의 참여가 고소기간의 중지를 불가능하게 하거나 아니면 고소의 유지는 희망하는 중재절차를 불가능하게 한다.

물론 검찰이 공소제기의 "특별한 공익(besondere öffentliche Interesse)"을 인정하고[268] 또한 소송에서 보조기소인으로 참여할 권한이 막히지 않는 경우에는, 하자있거나 기간이 도과한 고소도 형사소추를 불가능하게 하지는 않는다는 점은 깊이 생각해 볼만 하다. 물론 환자가 감정위원회나 의료중재원의 자료를 고소의 근거로 사용한다면, 이것은 신뢰에 위반되는 것으로 검찰에 의한 공무상 조치는 정당하게도 부정된다.[269] 왜냐하면 의사는 합의를 목표로 하는 절차에 참여하였고 그것을 이유로 국가기관을 통해서 불이익을 받으면 안 되기 때문이다. 이는 어쨌든 일반적으로 받아들여지는 원칙인 "공정절차(fair trial)의 원칙"에 반한다.[270]

4) 심문청구권(審問請求權) 문제

독일 기본법 제103조는 판결을 내리기 전에 사실문제 및 법률문제에 대해 당사자에게 의견 표명할 기회를 보장하고 있다.[271] 의료분쟁해결을 위한 ADR은 당사자가 선택하지만 중재원 또는 감정위원회는 환자와 의사의 신뢰관계 유지와 회복을 목적으로 하고, 환자와 의사에 대한 공평하고 적정한 판단기관이므로 심문청구권을 보장돼야 한다.

통설은 심문청구권의 구체적인 내용을 정보제공, 의견표명, 판단에 대한 배려의

---

268) Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis, 2003, Rn. 244.
빠른 협상을 위한 고소는 "특별한 공익"을 인정하지 않는다. 이에 대하여는 Goetze, Arzthaftungsrecht und kassenärztliches Wirtschaftlichkeitsgebot, 1989, 61 참고.

269) Laufs · Kern-Ulsenheimer, Handbuch des Arztrechts, 2010, §113 Rn. 14.

270) StA Düsseldorf, 1995년 5월 23일 처분 Az. 810 Js 83/95; 2000년 7월 7일 처분 Az. 810 Js 579/00; Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis, 2003, Rn. 244.

271) 심문청구권은 제93조에 의해 재판상 절차에 적용될 뿐이고 ADR에는 적용되지 않는다는 견해와 절차적 기본권으로서 재판절차 뿐 아니라 ADR에도 적용된다는 견해가 있다.

3단계로 구분한다.[272] ADR이 환자와 의사 신뢰관계를 유지 및 회복시키는 것을 목적으로 하는 이상 이 목적을 달성하기 위해 당사자를 단순히 절차의 대상으로 취급해서는 안 된다. 절차의 주체로서 당사자가 의견을 적극적으로 표명할 기회를 보장해 주는 것이 분쟁해결의 실효성을 높일 수 있다.[273]

구체적으로 감정인에 대한 질문 및 의견표명이 인정되고, 중재원 또는 감정위원회 판단에 대해 이의권이 부여되는데, 이는 의료분쟁 ADR에서 매우 중요한 역할을 담당한다.[274] ADR 기관의 노력이 무산되지 않으려면 당사자의 의견진술 기회부여는 필요하다. 또한 신청 및 절차개시 단계에서 뿐 아니라 감정인이 감정의견을 당사자 쌍방에게 명확하게 제시하는 등 절차의 전 단계에서 당사자 이해 및 판단을 위한 배려도 필요하다.

5) 절차의 통일문제

독일 의료분쟁해결을 위한 ADR은 크게 중재원과 감정위원회로 구별되지만, 구체적인 절차는 각 지역 의사회마다 다르다. 또한 의료중재원을 설치한 州도 있고, 전문감정원만을 설치한 州도 양자가 모두 설치된 州도 있다. 당사자는 의사가 소속된 의사회가 설치한 ADR만 이용할 수 있기 때문에 의료분쟁에 대한 구체적인 ADR이 조금씩 다를 수밖에 없다.[275]

---

272) 절차 진행 중 양당사자가 충분한 정보를 공유하는 것은 매우 중요하다. 감정결과만을 당사자에게 전달하는데 그치는 것은 당사자의 절차보장에 미흡하다. 당사자가 의견을 표명하기 위해서 중요한 정보를 제공받을 필요가 있다. 구체적으로는 당사자가 제출한 자료를 그대로 상대방에게 보내거나 기간을 정해서 당사자에게 의료기록을 열람할 수 있도록 하는 방법이 있다. 의료과오에 대한 감정을 위촉받은 감정인에 관한 정보는 당사자에게는 중요한 정보이다. 따라서 현재 모든 중재원 및 감정위원회에서는 감정인 성명을 당사자에게 공개하고 있다(북독일 중재원규칙 제5조 제1항).

273) 다만, 모든 사항에 대해 당사자에게 의견을 표명하게 하는 것은 절차가 지연될 우려가 있고 당사자 합의를 지나치게 강조하는 것도 문제가 있다. 따라서 최종 판단이 다소 지연되더라도 그것을 정당화할 정도의 중요한 사항에 국한해서 당사자에게 의견을 표명할 기회를 부여하는 것이 적절하다.

274) 중재원 또는 감정위원회 판단 근거가 불명확한 경우나 당사자주장이 제대로 평가되지 못한 경우 당사자에게 이의권이 보장되지 않으면 분쟁을 해결할 수 없게 되고, 나중에 보험회사와 재판외 교섭 또는 당사자 제소가 어려워질 것이다.

275) 다만, 매년 1회 전국 조정소와 감정위원회의 상설회의를 개최해 각종 통계를 통한 활동 상황 및 감정인의 자질 문제에 대해 상호 의견을 교환하고 있다.

6) 의료계의 동업주의

감정위원회는 공정한 감정을 실시해야할 기관으로 각 의사회에 설치돼 있지만, 의료과오가 문제된 경우 당해 의사와 같은 의사회에 소속된 의사가 판단하기 때문에 ADR의 중립성과 독립성이 문제될 수 있다. 중재원 또는 감정위원회는 재정적으로 의사회에 의존하고 있지만, 인적 관계에서는 독립하고 있다. 감정인의 중립성이 문제될 경우는 민사소송법상의 감정인의 제척 및 기피제도가 준용되고 있다.

제3절 영국

1. ADR 제도

가. ADR 도입배경

대륙법계 다른 유럽 국가들에 비해 영국은 상대적으로 ADR제도가 잘 확립됐는데, 미국의 영향을 많이 받은 형태이다. 1990년대를 기점으로 민간 ADR기구가 창설되기 시작했고, 상원의원이던 울프경의 사법개혁에 의해 1999년 민사절차법(Civil Procedure Rules: 이하 CPR)이 통과된 후 법원에 의한 ADR 활용이 제도적으로 장려되기 시작돼, 비영리 ADR 기구도 본격적으로 활성화 됐다. ADR 형태로 옴브즈만(Ombudsman), 규제기관(Regulators), 중재(Arbitration), 조정(Mediation), 중립평가(Neutral Evaluation), 화해(Conciliation), 전문가결정(Expert Determination)이 있으나 영국에서 ADR은 조정(Mediation)과 동의어로 가장 많이 활용되고 성공적으로 평가받고 있다고 한다.[276]

나. 민사 법원조정제도

울프경 개혁의 결과 민사절차법(CPR)이 1999년 4월 시행돼, 법원이 적극적으로 사건을 관리함으로써 사건을 공정하게 처리할 수 있게 하는 목적이 있다. 사건을

276) 이로리, ADR의 활성화와 법원의 역할, 경영법률 제19집 제3호, 2009, 488-489면.

공정하게 처리하는 것은 a) 당사자들이 동등한 선상에 있을 것을 보장, b) 비용 절감, c) 비례적인 방식으로 사건 처리(관련 금액, 사건의 중요성, 사안의 복잡성, 당사자의 재정적 지위) d) 신속하고 공정한 처리보장, e) 다른 사건에 자원을 배분할 필요성을 고려하면서 법원 자원의 적절한 몫을 배분할 것을 의미한다. 사건의 적극적인 관리는 법원이 대안적 분쟁해결이 적절하고, 절차의 이용촉진을 고려할 경우, 당사자가 대안적 분쟁해결절차를 이용하도록 장려하는 것을 포함한다.

다. 제도내용

ADR 절차가 적용되는 분쟁형태는 개인의 인적침해(personal injury), 임상과실(clinical negligence), 건설 및 기술(construction and engineering), 명예훼손(defamation), 직업상 손해배상(professional indemnity), 사법재심(judicial review), 질병청구(disease and illness claims), 주택파손(housing disrepair), 임차료체불에 근거한 점유청구(possession claims based on rent arrears) 등이다.[277]

조정거부에 대한 패널티로 법원이 비용과 관련된 명령을 할 때, 일반적인 원칙은 패소한 당사자가 승소한 당사자의 비용을 부담하는 것이나, 다른 명령을 내릴 수도 있다. 패소자부담원칙 예외를 인정할 때는 당사자의 행동 기타 모든 사정을 고려해, 어느 당사자가 누구에 대해 언제, 어느 정도의 소송비용을 지급해야 하는가를 결정할 수 있다. ADR에 의한 소송의 회피 또는 종료를 위해 노력 여부도 당사자 행동의 하나로 고려된다는 사실을 분명하게 규정하고 있다.[278]

라. 평가

우리나라도 분쟁의 성격상 ADR을 통한 분쟁해결이 가능한 경우에도 분쟁당사자 간의 악화된 감정이나 관계로 인해 '법대로'의 소송을 통한 분쟁해결을 추구하는 경향이 있다. 한국의 소송중심의 분쟁해결문화에 비추어 시비를 가리는 법원의 판결이 아닌, ADR제도에 대한 사회 전반의 낮은 인식과 신뢰가 ADR이 활성화 되지 못하는

277) 영국 법무부(Ministr of Justice) 홈페이지 참고(http://www.justice.gov.uk/).
278) 김민중, 사법형 ADR의 발전방향(2010), 185면.

원인으로 볼 수 있다.

ADR 활성화 장벽을 고려해 제도적으로 법원이 조정 등을 통한 분쟁해결이 가능한 성격의 사건 유형을 선별해 소송 전, 소송 중 조정제도를 설명해 권고할 수 있는 제도적 장치가 필요하다.

영국법원의 소송 전 프로토콜제도 도입(일정 유형의 분쟁에 적용)도 고려해 볼 수 있다. 조정의 질을 보장하기 위해 조정인의 자격, 조정의 비밀유지 및 조정결과의 집행력 보장, 조정의 출소기한과의 관계 등을 관련 법적 문제를 규정하는 것이 필요하다. 또한 조정제도에 대한 신뢰를 위해 조정 및 협상이론과 실무교육을 통해 조정인의 적극적인 태도 및 조정의 질 향상을 확보하는 것이 필요하다.[279]

2. 의료분쟁해결제도

영국은 1948년 도입한 국가보건서비스(National Health Service, NHS)를 유지하고 있으며, 이에 따라 보건의료서비스에 정부의 개입정도가 상당히 높은 편이다. NHS 하에서 의료서비스는 일부민간부분을 제외하고 대부분은 공공부문에서 이루어지고 있다. 따라서 의료분쟁 역시 NHS 관련 의료기관이 주가 되며, NHS에 대한 의료과실로 인한 청구건수도 꾸준히 증가하고 있다.[280] 이에 대한 대응책으로 NHS 산하에 NHS소송당국(NHS Litigation Authority, NHSLA)를 설립해 운영하고 있으며, 사적인 영역에서는 의사공제조합인 의사방어연합(MDU: Medical Defence Union), 의사보호협회(MPS: Medical Protection Society), (PMP: Premium Medical Protection), 스코틀랜드 의사·치과의사 방어연합(MDDUS: the Medical and Dental Defence Union of Scotland) 등에 의해 배상하고 있다.[281]

---

279) 이로리, ADR의 활성화와 법원의 역할, ADR의 활성화와 법원의 역할, 경영법률 제19집 제3호, 2009, 508면.

280) 한동운 · 황정혜, 영국 NHS의 모성서비스 관련 의료과오보상제도의 경험과 그 함의, 의료법학, 제11권 제2호, 2010, 183면.

281) MDU는 대표적인 의사공제회로 1885년 2명의 변호사를 포함해 5명으로 시작된 조직으로 상대방의 잘못된 진술에 대응하기 위해 조직돼 1905년 48개 사례 중 45개를 승소했다.

가. 의료분쟁해결 제도

1) NHS Litigation Authority (NHSLA)

가) NHSLA 개요

NHSLA는 의료소송에 대한 보상을 위해 1995년 11월에 특별보건당국(Special Health Authority)으로 설립되었으며 NHS 소속의 비영리 기관으로 보험회사는 아니다. 하지만 영국 전체를 담당하는 것은 아니고 스코틀랜드와 웨일즈는 별개의 시스템이 존재한다. NHSLA의 설립목적은 NHS 산하 의료기관의 임상과실에 의해 발생하는 비용을 최소화하고, 근거없는 환자측의 배상청구에 대하여 적극 대처함으로써 NHS의 재원을 보호하는 데에 있다. NHSLA의 현재 임무는 2006년 국가보건서비스법(National Health Service Act 2006)에서 제4장 제28조, 제29조에서 규정하고 있다. 2013년 4월 1일부터 국가임상평가서비스(National Clinical Assessment Service: NCAS)도 NHSLA에 편입되었다.

NHSLA설립 초기에는 규모가 큰 사건들만 다루어왔으나, 2002년부터 NHS를 상대로 제기되는 모든 분쟁은 일원화되어 NHSLA에 통지되어 처리되고 있다.[282]

NHSLA의 기본 업무는 소송관리의 일원화이며, 업무는 크게 배상청구의 관리(Managing Claims), 분쟁의 해결(Resolving Disputes), 위험관리와 배상청구감소를 위한 NHS의 보조(Helping the NHS to Manage Risk and Reduce Claims), 전문자문(Professional Advice) 등으로 나뉜다.[283]

배상청구관리 영역에서 NHSLA는 산하 의료기관들을 대표하는 NHS에 대한 의료과실과 기타 배상청구를 관리, 분쟁을 신속하고 공정하게 해결하는 업무를 수행한다. 하지만 부당한 문제제기를 방어하고 NHS의 구성원과 재원을 보호하는 역할을 한다. 또한 2013년 4월부터 독립적인 국가보건서비스 제공자에게 직접 보상금을 지급한다.[284]

분쟁해결 영역에서 NHSLA는 최근 20년간 배상청구를 적극적으로 관리한 전문지식을 이용하여 가능한 한 법적 비용을 낮게 유지하고 법원 밖의 적절한 장소에서

---

282) Quraishi · Hammett · Todd · Bhutta · Kapoor, Malpractice litigation and the spine: the NHS perspective on 235 successful claims in England, European Spine Journal 21 (2012), p. 196-199 참고.
283) http://www.nhsla.com/AboutUs
284) http://www.nhsla.com/AboutUs

배상문제가 해결된다는 점을 보장한다. 또한 소송의 재정관련 결과를 관리한다.

위험관리와 배상청구감소를 위한 영역에서 NHSLA는 배상청구로부터 얻은 교훈을 공유하고, 환자와 의료진의 안전을 위한 개선을 위해 노력하고 있다. NHSLA의 위험관리기준에 따라 각 기관 평가가 이뤄지며 평가기준은 3단계로 구분된다. 각 기관은 평가받을 단계를 선택해 평가받은 후 결과에 따라 등급이 부여된다. 평가등급에 따라 보험료 할인이 이뤄지며 위험관리기준과 평가과정에 관한 워크숍과 세미나가 지속적으로 한다.[285]

또한 국가보건서비스 제공자가 위험을 효율적으로 관리할 수 있도록 위험관리 기준을 세우고 관리하며, 기금의 지급이 공정하고 공평하며 위험을 반영한다는 점을 확실히 함으로써 안전관리를 제공한다.

전문 자문 영역에서 NHSLA는 NHS와 보건부에게 인권, 판례, 공평한 의료급여, 연령차별, 동일 임금 지불 등 다양한 이슈에 대하여 법적, 전문적 자문을 제공한다. 또한 치과, 약제, 지역보건, 안과 등에서 NHS와 계약에 영향을 미치는 보건위원들의 결정과 관련된 증가하는 분쟁을 처리한다. 최근에 통합된 NCAS를 통하여 의사, 치과의사, 약사의 임상에 대한 문제의 해결을 돕고 있다. 그밖에도 미래 발생 비용에 대해 보건부에 권고, NHS 소송범위 외에 발생하는 여러 가지 문제에 대해 보건부에 권고를 하고 있다.[286]

나) NHSLA에 의한 의료분쟁 해결

위에서 본 것처럼 NHSLA는 산하 의료기관들을 대표하는 NHS에 대한 임상·비임상 배상청구를 관리하고, 가능한 한 빠르게 조사하여 공정하고 신속하게 분쟁을 해결하는 역할을 한다.[287] NHSLA는 사건과 관하여 필요한 정보와 증거를 수집하면 바로 본안에 대하여 정보에 기초한 결정을 내린다. 책임이 존재한다고 판단한 경우에는 대개 협상에 의해서 배상청구액을 산정하고 분쟁을 해결에 이르게 된다. 반면 부당한 문제제기의 경우에는 NHS의 구성원과 재원을 방어하고 보호하는 역할을 한다. NHSLA

---

285) 보험료 할인은 1등급은 10%할인, 2등급 20%, 3등급 30% 할인이 이뤄지며 재심사는 1등급은 2년 후 2,3등급은 3년 후에 이뤄지나 기관사정에 따라 재심사 기간 이전에 심사를 요청할 수 있다. 매년 2회씩 만족도조사와 민원 피드백 등을 실제 위험관리기준과 평가과정에 적극 활용해 기준과 평가과정 개정이 지속적으로 연계돼 이뤄지고 있다.

286) http://www.nhsla.com/AboutUs

287) http://www.nhsla.com/Claims/Pages/Handling.aspx

는 부당한 배상청구를 배척할 수 있는 강력한 플랫폼을 보장하는 데에 적절한 전문적인 증거를 수집하고, 공식적인 분쟁청구에 대해 확실하고 논리정연한 답변서를 발부함으로써 NHSLA는 적은 비용으로 배상청구의 96%를 소송외에서 해결하고 있다.[288]

영국의 모든 NHS기관을 위하여 분쟁해결비용이 시간이 흐름에 따라 커지는 위험정보(risk pools)의 관리 또한 NHSLA의 업무에 속한다. 더욱이 매우 효율적인 비용으로 수집된 위험정보는 NHS가 가지고 있는 위험의 경향을 분석하고, 정보를 공유할 수 있는 거대한 데이터베이스를 제공한다.

(1) NHSLA의 분쟁처리 기금

NHSLA는 NHS에 대해 제기되는 분쟁을 5가지 계획에 따라 처리한다. 임상에서 의료과실과 관련된 3가지 계획(CNST, ELS, the ex-RHA)과 의료진과 방문객의 상해에 대한 책임 등과 같은 비임상 위험과 관련된 계획(LTPS, PES, 둘을 합쳐 통칭으로 RPST)등을 처리한다.[289]

㈀ 1995년 4월 처음 시행된 CNST(Clinical Negligence Scheme for Trusts)는 기금으로 NHSLA가 관리하며, CNST는 임상에서 있는 의료과실을 보상하고 배상청구와 위험에 대한 대처를 위한 목적의 기금으로 조성되었다. CNST는 1995년 4월 1일 이후 일어난 NHS 산하기관의 모든 임상에서 일어난 의료과실을 처리한다. 이 기금은 회원들의 자발적인 참여로 이루어지며, 민간의료기관은 원칙적으로 여기에 참여할 수 없지만, NHS와 협약에 의해 NHS 환자를 치료한 경우에는 가능하다.[290] 해당의료기관들은 매년 공제회비를 납부해야한다. NHSLA는 통상 NHS 고용중에 일어난 고용자의 과실이 NHS 사용자에게 책임이 있다는 원칙하에 분쟁을 처리한다.[291]

㈁ ELS(Existing Liabilities Scheme)는 보건부에 의해서 조성되었고 1995년 1월 1일 이전에 일어났던 사건에 관해 NHS기관에 대해 제기된 임상분쟁을 보상하는 기금이다.[292]

㈂ Ex-RHA(Ex-Regional Health Authorities Scheme)는 ELS와 마찬가지로 보건부에 의해서 조성된 상대적으로 작은 규모의 계획으로, 1996년 사라진 지역보건당국(Regional Health Authorities)에 대한 임상분쟁을 보상하기 위한 기금이다.[293]

---

288) http://www.nhsla.com/Claims/Pages/Handling.aspx
289) http://www.nhsla.com/Claims/Pages/Handling.aspx
290) http://www.nhsla.com/Claims/Pages/Clinical.aspx
291) http://www.nhsla.com/Claims/Documents/NHS%20Indemnity.pdf; NHS Litigation Authority, Report and Accounts 2014/15, 16th July 2015, p.16.
292) NHS Litigation Authority, Report and Accounts 2014/15, 16th July 2015, p.16.

㈑ RPST(Risk Pooling Schemes for Trusts)는 LTPS(Liabilities to Third Parties Scheme)와 PES(Property Expenses Scheme)을 통칭하는 것으로 모두 자발적으로 참여하는 비임상 사고에 대한 배상을 위한 기금으로, 1999년 4월 1일 이후에 발생한 사건에 적용된다. CNST처럼 RPST도 회원이 조성한 기금으로 독립채산제로 운영된다.[294]

(2) 소송외 분쟁해결

2002년부터 모든 분쟁은 그 크고 작음에 관계없이 NHSLA가 맡아왔다. 예외가 있기는 하지만 원칙적으로 3년의 시효가 적용되며, 분쟁의 마무리까지 대략 평균 18개월이 소요된다.

(가) 소송외 분쟁해결을 위한 노력

NHSLA는 배상청구를 소송까지 가지 않고 해결하기 위해서 노력하고, 사안에 따라 적절하다고 판단되면 공식적인 중재를 포함한 다양한 ADR을 선택해 이용하고 있다. 특히 전문변호사로 구성된 패널을 활용하여, 적절한 배상액을 산정하여, 청구를 그대로 받아들일 것인지, 합의할 것인지, 소송에 응할 것인지 등을 결정한다.

또한 과실에 의한 손해로 고통받고 있는 NHS 환자, 의료진, 방문객에게 공정한 해결책을 제시하기 위해 노력하고, 배상청구처리를 통해 얻는 자료를 공유하고 장래에 사고발생의 위험을 줄이기 위해서 노력하고 있다.

(나) 중재서비스 제공

NHSLA는 2014년 7월 31일 중재서비스(The NHSLA Mediation)를 시작하였다. NHSLA의 중재서비스는 단지 금전적인 보상을 넘어서 소송을 제기할 필요성을 제거하기 위해 문제해결을 위해 함께 노력하는 환자, 환자의 가족, NHS 의료진 등을 지원하기 위해 고안되었다. NHSLA는 중재에 적합한 사안이라도 판단하면, NHS와 NHS 의료진에게 중재를 제안한다. 제안을 받아들이면 NHSLA는 다양한 배경을 가진 전문변호사 패널들 중에 선출된 독립적이고 공인된 중재인과 연결한다. 중재에 동의한 배상청구인의 소송대리인 측에서 약간의 거부감이 나타나기도 했지만, 현재 이 새로운 중재제도는 어느 정도의 성과를 보이기 시작했다.

---

293) NHS Litigation Authority, Report and Accounts 2014/15, 16th July 2015, p.16.
294) NHS Litigation Authority, Report and Accounts 2014/15, 16th July 2015, p.16.

〈대표적인 중재성공사례[295] – 직접적인 사과와 사건에 대한 충분한 설명의 필요성〉

수술 후 합병증으로 고통받던 환자의 사망과 관련하여 배상청구가 접수되었다. 중재는 사망한 환자의 유족인 부인, 딸 그리고 NHSLA의 분쟁담당팀장, CNST의 의료부장, 간호부장, 법무담당 관리자가 참석하였다. 이 사건은 매우 감정적인 사건이었다. 배상청구는 중재당일에 결정되었고 유족인 부인으로부터 매우 긍정적인 피드백을 받았다. 유족은 중재를 시작하고 바로 이루어진 CNST 변호사의 사건개요설명을 환영하였고, 이는 좋은 분위기를 조성하고 합의를 용이하게 하였다. 유족은 CNST의 의료부장과 간호부장에게 직접 불만을 말할 수 있는 기회를 가졌고, 합의문의 내용에 의료부장과 간호부장이 중재에서 유족과 나누었던 설명과 논의의 내용을 자세하게 문서로 유족에게 보내는 내용에 동의하면서 중재에 성공하였다.

(다) 보건부 책임의 비임상 과거사건 처리

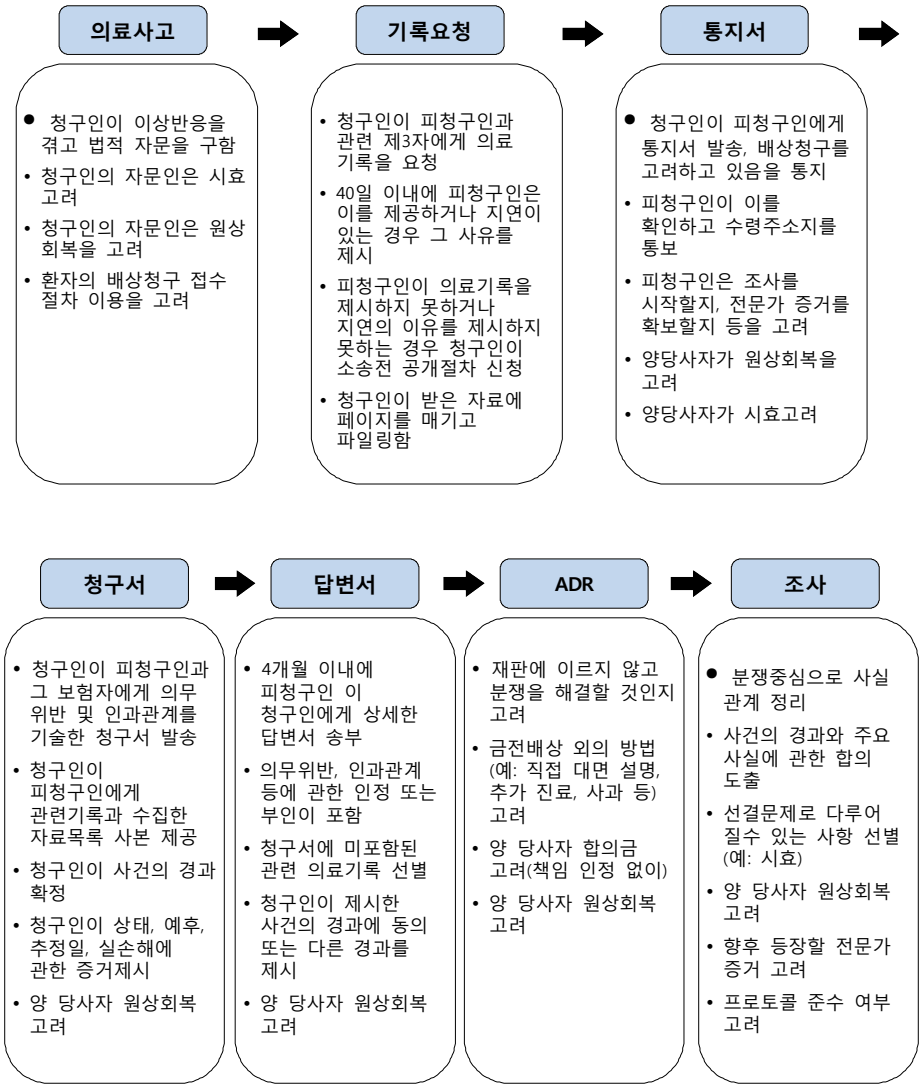
2013년 12월부터 NHSLA는 해산된 NHS의 기구들을 대신하여 영국 보건부(Department of Health)의 과거 비임상 법적 책임 사건들을 처리한다. 이와 관련된 배상청구의 거의 대부분은 직업병과 관련되는 배상청구로 대다수가 석면관련 질병이나 청력손상의 원인이 되는 소음과 관련된 것이다.

물론, 법적 쟁점은 석면에 노출되는 기간이 짧거나 낮은 단계의 소음과 청력손상 사이의 의학적 인과관계 의문이 있을 때 발생한다. 이에 대한 조사는 복잡하고 난해하다. 예컨대 NHS 탄생이전에 석면에 부당하게 노출되었다고 주장하는 경우가 있다. 이러한 배상청구의 경우 증거를 찾는 것은, NHS 직원이 10년이상 석면에 노출되었다고 배상청구한 내용을 해결하는 것만큼 매우 복잡하다. 석면노출은 기금들에 의해 운영되는 7개의 지정 병원에서 발생했다. 해당 기간 동안 기금들 사이에 병원의 운영권 변동이 있었을 뿐만 아니라 직원들도 이동이 있었다. 일부 사례는 기금병원의 직원들이 기금에 방문했을 때 노출이 일어난 것으로 밝혀졌다. 결과적으로 수많은 병원이 폐쇄되었다.

조사의 어려움에도 불구하고, NHSLA는 짧은 기간 동안의 석면노출과 낮은 단계의 소음에 의한 청력손상을 이유로 하는 상당한 배상청구 사례를 해결하였다.[296]

---

295) NHS Litigation Authority, Report and Accounts 2014/15, 16th July 2015, p.24.



[그림 4-3-1] NHS Litigation Authority의 사건 처리 과정

(3) 소송을 통한 해결

소송외 분쟁해결의 노력으로 해결되지 않으면 소송을 통해 문제를 해결한다. NHSLA는 전문변호사 패널에 의해 미리 산정한 적정 배상액 수준에서 합의가 이루어지지 않은 경우 소송을 통해 분쟁을 해결한다. 이는 부당한 배상청구에 대하여 NHS

296) NHS Litigation Authority, Report and Accounts 2014/15, 16th July 2015, p.25.

구성원과 재원을 보호하기 위한 노력이다.

〈대표적 사례 - 과다청구에 대한 적극적 방어와 소송비용의 환수〉

원고는 병원 주차장에서 넘어져 발목에 부상을 입었다. 그는 NHS를 상대로 소송을 제기했고, 200,000파운드(£) 이상의 일실손해를 포함한 250,000파운드(£) 이상의 손해배상을 청구하였다. NHSLA은 부상에 대한 책임은 인정하였지만, 청구액이 너무 과다하다고 판단하였다. 2012년 10월 NHSLA는 배상액 25,000파운드(£)로 제36차 협상안을 제시하였으나, 원고는 받아들이지 않았다.

2014년 4월 재판이 열렸다. 재판과정에서 원고의 청구에 대한 증거가 없음이 밝혀졌다. 재판 과정에서 원고는 NHSLA가 처음 제시한 협상안을 받아들이겠다고 요청했다. 그와 같은 행동으로 원고는 소송이 진행된 18개월 동안 발생한 NHSLA의 방어비용 25,000파운드(£) 가량에 대하여 법적 책임을 지게 되었다. 원고가 2012년 10월 NHSLA의 협상안을 받아들였더라면, 법률비용은 2,500파운드(£) 이하로 해결될 수 있었다.

1990년 영국정부는 NHS에 배상급여를 도입, 1996년 개정법으로 소송당사자는 변호사가 그들의 사건에 승소하지 못하면 변호사비용도 지불하지 않는 규정(no-win, no-fee footing) 때문에 의료분쟁이 많이 증가해 영국 법률회사 200개 중 50개는 의료과오사건 업무를 하고 있다.[297] 의료분쟁이 증가하는 가장 큰 이유는 피고측 변호인의 경우 소송 승패와 무관하게 정기적으로 대가를 지불하는 NHS가 있지만, 배상청구를 하는 원고측 변호인은 승소의 경우에만 대가를 지급받는 CFA(conditional fee agreement)시스템 하에 있기 때문이다.[298] 즉 NHS를 상대로 배상청구를 하는 환자(원고)는 패소하더라도 변호인에게 소송비용을 부담하지 않기 때문에 변호인이 소송대리를 수임한다면, 환자의 입장에서는 부담이 크지 않다.

소송에서 패소한 경우 승소한 상대방 당사자에게 지불해야 하는 소송비용의 일부 또는 전부를 지급하는 보험인 ATE(After the Event) 보험[299]의 경우, 2013년 4월

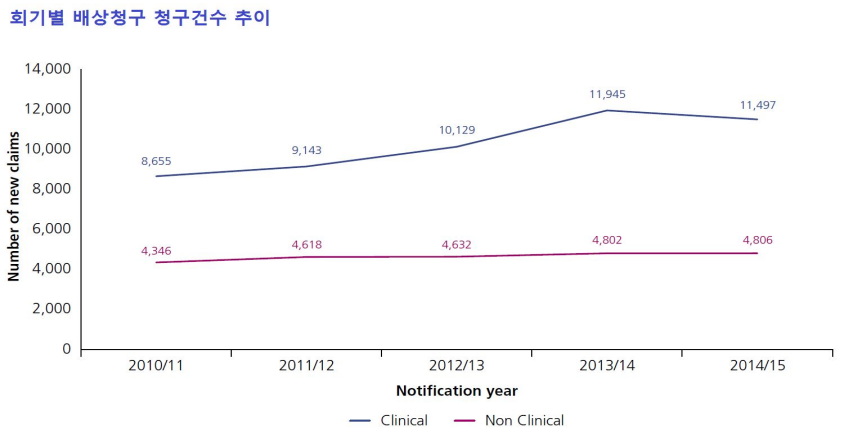
297) 손명세, 의료분쟁조정제도 실행방안 연구, 보건복지가족부, 2009, 80면, 2004년 한 연구에 의하면 연간 약 7,500건의 의료과오소송이 발생하고 있고 2001~2년에 의료과오소송 비용은 NHS예산의 1% 미만인 4억 4천 6백만 파운드이다.

298) Mackenzie, The NHSLA 2014/15 annual report: 99 percent of all statistics only tell 49 percent of the story, LEXOLOGY 2015. 7. 21.(http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=2f87c1fb-f038-4351-8f1e-15aff2df18cf).

1일 이전에 가입된 ATE 보험의 경우 패소한 피고는 할증보험료를 지불해야 한다. 반면 2013년 4월 1일부터 가입된 ATE 보험의 경우 패소한 피고에게 할증보험료를 받을 수 없다. 다만 예외적으로 배상청구인의 전문가 감정비용을 충당받을 수 있는 특정 임상과실사건들의 경우 ATE 보험은 패소한 피고에게 할증보험료를 부담시킬 수 있다.

(4) 최근 분쟁해결 현황

최근 보고서에 따르면 2014/2015 회기에 지난 회기보다 약간 감소한 11,497건의 임상과실배상청구(clinical claim)가 제기되었으며, 같은 기간에 비임상배상청구(non-clinical claim)도 4,806건, 합계 16,303건의 배상청구가 접수되었다.[300]



[그림 4-3-2] 회기별 배상청구 청구건수 추이[301]

지난 3년간 새로운 배상청구의 수가 꾸준히 증가해 오는 동안, 2013년 4월 1일 시행된 LASPO(Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012)에 의해 도입된 민사소송에 대한 자금지원제도의 변경에 따라 결국은 배상청구의 증가율이 낮아질 것이라고 예측하였다.[302]

---

299) 경우에 따라서 다른 비용도 담보할 수 있음.
300) NHS Litigation Authority, Report and Accounts 2014/15, 16th July 2015, 18. 이 자료에는 잉글랜드 이외 지역(스코틀랜드, 웨일즈)이나 개업의와 의료인중심 의료분쟁조정기구(MDU 등)의 자료가 포함되어 있지 않다.
301) NHS Litigation Authority, Report and Accounts 2014/15.
302) NHS Litigation Authority, Report and Accounts 2014/15, 16th July 2015, 19.

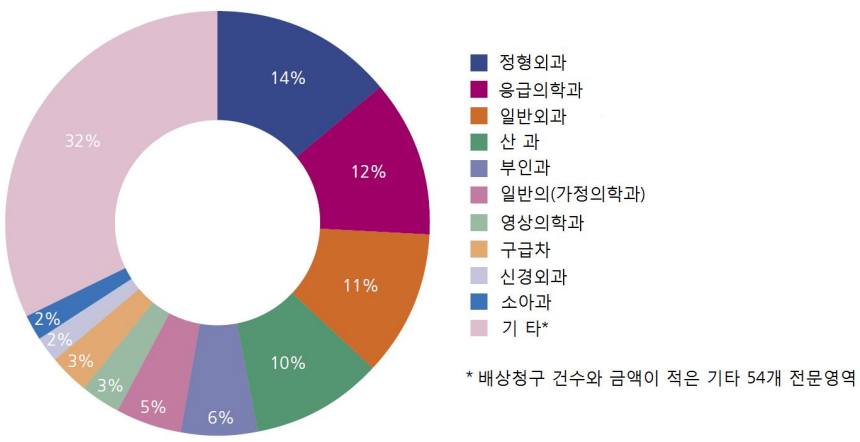
LASPO는 자금조성을 개혁하고 원고측 변호인이 피고에게 기본비용의 100%이상의 성공보수를 받는 것을 방지하였다. LASPO의 시행 직전에 이루어진 강력한 마케팅 캠페인은 원고측 변호인이 배상청구에 성공보수를 부과할 수 있는 LASPO 시행 이전에 근거하여 체결되는 배상청구건수가 2013/2014 회기와 2014/2015 회기에 걸쳐서 상당한 증가를 보였다. 성장의 둔화는 LASPO 시행 이전 계약에 기초한 배상청구 건수의 감소예측과 일치한다.

하지만 지속되는 많은 수의 배상청구는 NHSLA, 법률 자문단는 물론 NHS 전체에 중요한 문제를 제기했다. 2014/2015 회기에 매달 평균 958건의 의료과실 배상청구가 접수되었음에도 불구하고, NHSLA는 신속하게 사건을 처리하기 위해 노력해왔다.

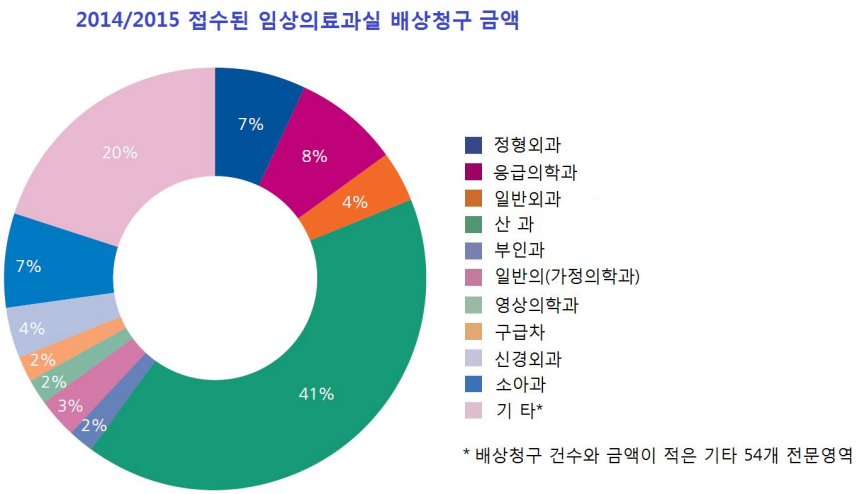
반면 NHSLA는 상당한 수의 부당한 배상청구를 접수했고 이에 대하여 방어했다. 2014/2015 회기에 임상과실 배상청구의 46%이상과 비임상배상청구의 45%가 손해배상 없이 종결되었다.

2014/2015 회기 임상과실 배상청구 건수는 정형외과(14%), 응급의학과(12%), 일반외과(11%), 산과(10%) 순으로 나타났으나, 배상청구액은 산과(41%)가 가장 높았으며, 응급의학과(8%), 정형외과(7%), 소아과(7%) 순으로 나타났다.

2014/2015 접수된 임상의료과실 배상청구 건수

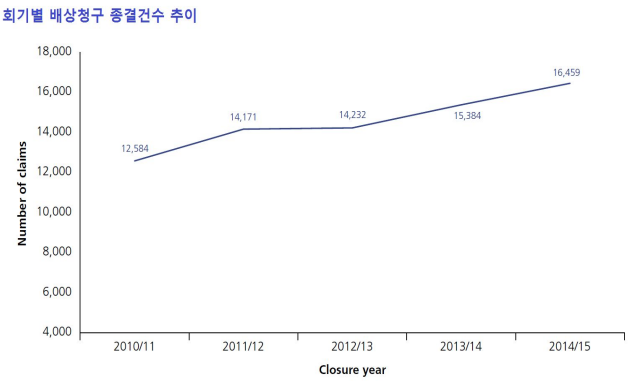


* 배상청구 건수와 금액이 적은 기타 54개 전문영역



[그림 4-3-3] 2014/2015 접수된 임상의료과실 배상청구 건수 및 금액[303]

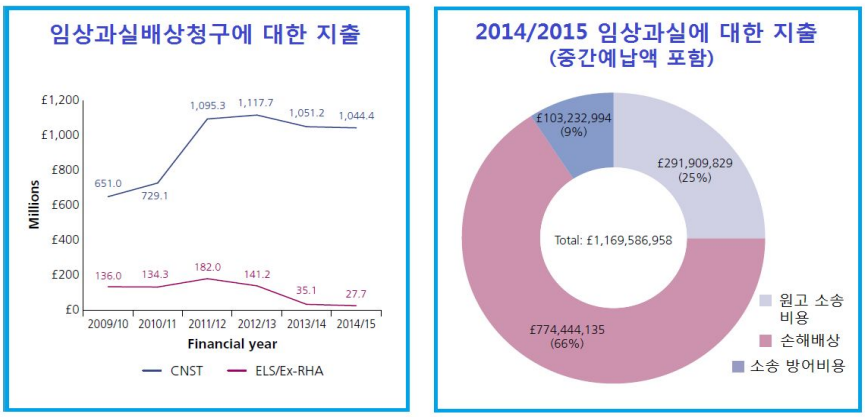
2014/2015 회기에 2013/2014 회기보다는 1,075건 증가한 16,459건의 배상청구가 종결되었으며 종결건수는 지속적인 증가추세에 있다. 이는 NHSLA의 지속적인 전문성 향상노력의 결과로 보여진다.[304]



[그림 4-3-4] 회기별 배상청구 종결건수 추이[305]

303) NHS Litigation Authority, Report and Accounts 2014/15.
304) NHS Litigation Authority, Report and Accounts 2014/15, 16th July 2015, 19. 이 보고서는 이러한 처리건수의 증가가 양질의 서비스를 제공하기 위해 NHSLA가 직원의 전문성을 위해 노력하고 강도 높은 업무의 결과라고 자찬하고 있다.
305) NHS Litigation Authority, Report and Accounts 2014/15.

2014/2015 회기에 지출한 예납액을 포함한 전체 임상과실청구에 대한 비용은 1,169,586,958 파운드이다. 이 중에 NHS의 법률서비스 이용비용과 승소한 배상청구인에게 지불한 법률비용은 전체 비용 중에 1/3정도로 큰 비중을 차지하였다.



* 위 표는 NHS 구조조정 결과 2013년 4월 1일 보건부로 이송된 배상청구에 대한 배상액 9천7백5십만 파운드(£97.5M)를 제외한 금액이다.

[그림 4-3-5] 임상과실배상청구 및 임상과실에 대한 지출306)

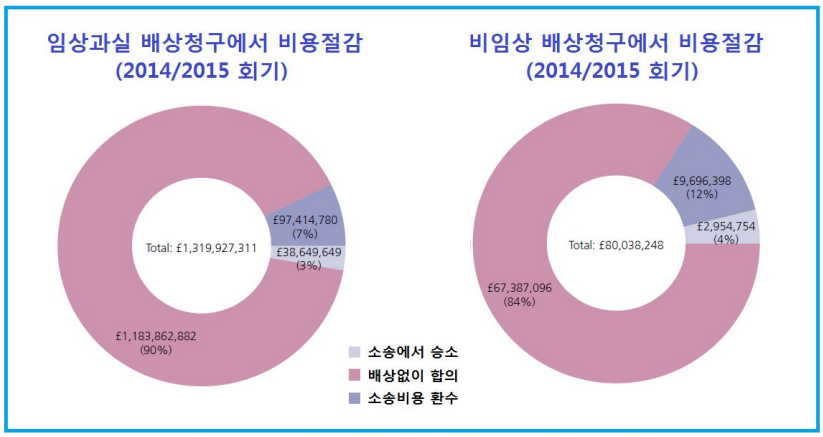
NHSLA는 2014년 7월 31일부터 중재서비스(The NHSLA Mediation)를 시작하였다. NHSLA는 중재에 적합한 사안이라도 판단하면, NHS와 NHS 의료진에게 중재를 제안한다. NHSLA의 중재서비스는 다양한 배경을 가진 패널들 중에 선출된 독립적이고 공인된 중재인과 연결한다. 이 중재서비스는 배상청구인의 소송대리인과 기타 이해관계자들의 관심을 끌고 있다.

NHSLA는 2015년 3월 31일까지 65건에 중재를 제안하였고, 이 중 9건의 중재가 이루어졌고 14건의 중재제안이 받아들여져서, 2015년 4월 이후에 중재일정이 잡혀있거나 일정조정중이다.

NHSLA는 부당한 배상청구에 대하여 NHS 구성원과 재원을 보호하기 위해서 끊임없이 노력한다. 따라서 소송외 분쟁해결의 노력으로 해결되지 않으면 소송을 통해 문제를 해결한다. 따라서 NHSLA는 상당한 수의 사건은 소송을 통해 해결하였다. 2014/2015 회기에 64%의 임상과실사건과 63%의 비임상사건에 대하여 성공적으로

306) NHS Litigation Authority, Report and Accounts 2014/15.

방어하였고, 그 결과 NHS는 약 4천1백6십만 파운드를 절약하였다.[307][308]



* 위 표에는 NHSLA의 협상에 의해 합의금에서 절감된 합의금과 즉시 또는 사내변호사에 의해 합의된 5만 파운드 미만의 배상청구는 포함되지 않았음.

[그림 4-3-6] 임상과실 및 비임상 배상청구에서의 비용절감[309]

나. 의료인 중심의 의료분쟁조정 관련기구

의료인 중심의 의료분쟁조정기구들은 공제회 성격으로 의료법적 문제, 민원상담, 배상청구 등의 문제처리에서 회원들에게 전문적인 변호, 개인적 지원, 적극적인 방어수단을 제공한다. 이 기구들은 맞춤형서비스를 통해 법적 지원은 물론이고 손해배상까지 도움을 주고 있다. 이 기구들은 회원의 이익만을 위해 노력하는 비영리단체이다. 이 기구들은 실제 임상에서 분쟁의 경험이 있는 의사들에 의해 구성되고 유지된다.

의사방어연합(MDU: Medical Defence Union), 의사보호협회(MPS: Medical Protection Society), (PMP: Premium Medical Protection), 스코틀랜드 의사·치과의사 방어엽합(MDDUS: the Medical and Dental Defence Union of Scotland) 등이

307) NHS Litigation Authority, Report and Accounts 2014/15, 16th July 2015, 25.
308) NHSLA가 법무 비용 감소를 목적으로 법적 의무 없이 도의상 지급한 합의금액은 다루고 있지 않기에 실제 어느 정도가 절약된 것인지는 명확하다고 보기 어렵다. 이러한 비판으로는 Ring · Talbot · Price · Dunkow, Wrist and scaphoid fractures: A 17-year review of NHSLA litigation data, Injury - International Journal of the Care of the Injured 46 (2015), 682-686.
309) NHS Litigation Authority, Report and Accounts 2014/15.

이에 해당한다.[310] 아래에서는 이들 중 가장 오래되고 최대 규모의 의사중심 의료분쟁 조정기구인 MDU에 대하여 살펴본다.

1) MDU의 업무

이 중 대표적인 MDU는 미래에 발생할 사건의 위험을 줄이고, 발생한 사건 변호를 지원하는 것이 목적으로 1885년 설립된 의료방어조직으로, 의사, 치과의사와 다른 보건의료전문가를 포함한 회원들에 의해 소유된 상호공제보험이다. 치과의사를 위한 특별 부서로 치과의사방어연합(DDU: Dental Defence Union)을 두고 있다.[311]

주요업무는 회원들에게 의료법 또는 윤리문제에 직면한 경우에 전문적인 조언과 지원을 한다. 구체적으로 ① 기밀성과 동의와 같은 환자치료로 발생하는 문제에 대한 24시간 의료법적·윤리적 상담서비스, ② 불만처리에 대한 지원과 결정, ③ 유해사건 조사, ④ 징계절차 지원, ⑤ 전문적인 성과, 행위나 보건에 관해 GMC(General Medical Council)[312]와 같은 등록기관의 절차 지원, ⑥ 회원이 제공한 임상치료에 대한 형사상 조사 지원 등이다. 그 밖에도 MDU는 NHSLA에서 지원하지 않는 의료과오청구에 대한 여러 가지 서비스와 재보험을 회원에게 제공한다.[313]

사건처리를 위해 참여하는 사람은 의사, 사건 담당자이고 경우에 따라서 변호사가 참석하기도 한다. 법적 절차는 의무기록을 공개한 후 청구에 대한 상세한 반응을 결정하는데 3개월 정도 걸린다.[314]

---

310) MDU는 대표적인 의사공제회로 1885년 2명의 변호사를 포함해 5명으로 시작된 조직으로 상대방의 잘못된 진술에 대응하기 위해 조직돼 1905년 48개 사례 중 45개를 승소했다.

311) MDU, 2014 annual report and accounts 참고.

312) GMC는 1858년 Medical Act에 의해 설립된 위원회로, 다음의 4가지 주요기능을 한다. 자격을 갖춘 의사 등록을 갱신, 좋은 치료방법을 지도, 의학교육의 질을 향상, 치료의 타당성에 의심이 있는 의사에 대한 단호하고 공정한 조치 등이다. 자세한 것은 http://www.gmc-uk.org/ 참고.

313) http://www.themdu.com/choose-mdu/benefits

314) 손명세, 앞의 보고서, 88면. 법적절차가 시작되면 법정은 엄격한 시간예정표를 요구해 양당사자가 이를 지켜야만 한다. 청구가 종결된 건에 대한 분석(청구분석, 불만분석, 약화사고분석으로 분류)과 경향파악을 데이터베이스로 구축해 위험관리에 활용하고 있다.

2) MDU의 배상현황 – 대표적으로 척추수술관련 배상내용[315]

MDU는 2014년 한해동안 손해배상과 법무비용으로 대략 4천3백5십만파운드(£)를 지불하였고, 의학적 자문비용으로 2천6백5십만파운드(£)를 지출하였다.[316] 배상청구건수가 가장 많은 정형외과, 응급의학과를 중심으로 하는 척추수술과 관련된 배상사례의 내용을 검토해본다.

MDU가 2002년부터 2010년 사이에 척추 수술과 관련된 총 235건의 종료된 분쟁을 검토하였으며, 그 중 144건은 척추 외상/급성 수술, 91건은 임의적 척추 수술에 관한 것이다. 척추 수술의 결과로 상해를 입은 환자들에 대한 손해배상 및 법무비용으로 지불한 금액은 900만파운드(£)에 달한다. MDU가 정형외과 독립진료에서 발생한 255건의 청구를 분석해 본 결과 합의에 이른 정형외과 관련 청구 중 척추 수술이 가장 고비용이면서 가장 흔한 분야였다(전체 청구의 약 4분의 1에 달하는 22%를 차지).[317] 56건의 척추 수술 관련 청구는 감압, 추간판절제술, 유합술 등의 처치 이후에 발생하였다. 정형외과 전문분야 전체에서 합의금으로 지급된 금액은 소독거즈 미제거에 대한 800파운드(£)부터 어깨 수술 이후 부분 마비가 온 환자에게 지급된 100만파운드(£)를 웃도는 금액까지 다양하다. 전체적으로 가장 빈번한 사유는 결과불만족(49건)이었으며 오진단 혹은 진단 간과(33건), 신경 손상(32건), 엉뚱한 수술부위 또는 처치(26건) 순이었다.

---

315) Quraishi · Hammett · Todd · Bhutta · Kapoor, Malpractice litigation and the spine: the NHS perspective on 235 successful claims in England, European Spine Journal 21 (2012), p. 196-199 참고.

316) MDU, 2014 annual report and accounts 참고.

317) Roberts, Managing risk in orthopaedics. Independent Practitioner July 2007 참고.

제4절 요약 및 평가

1. 일본의 의료 ADR

가. 요약

1) 일본의 의료 ADR의 도입이유는 크게 두 가지로 나누어 볼 수 있다. 우선 의료소송의 증가현상으로 가속화된 의료계의 소위 '의료붕괴' 현상을 방지하기 위한 점이다. 의료인의 의료분쟁이 많은 진료과(특히 산과) 회피 현상을 막는데 기여할 수 있을 것으로 생각하였다. 또한 피해자 측에서도 민사소송의 특성상 피해를 주장하는 피해자가 손해를 입증해야 하는데 의료소송의 특성상 감정인 확보의 어려움, 긴 심리기간, 법률비용 등을 절약할 수 있는 수단이기도 하다. 특히 의료분쟁의 경우 감정적인 경우가 많고, 사고원인에 대한 정확한 설명과 진지한 대화·사과와 같은 피해자의 감정적인 해결이 필요하다. 하지만 공격과 방어가 이루어지는 특성을 가진 소송을 통해서는 금전적인 배상 이외에 감정적인 문제에 대한 해결은 어렵기 때문이다.

2) 도쿄 3회의 의료 ADR의 경우 화해가 성립된 경우는 대략 60%에 이르고, 민사소송에 의하는 경우보다는 짧은 기간 안에 해결하였으며 금전적 배상 이외에 추가조항을 부과한 경우가 많았다. 부가된 추가조항은 주로 사죄, 재발방지, 비공개 조항 이외에도 신청인이 의료기관에서 난동을 부리지 않는 조항 등이었다. 아이치현 변호사회의 의료 ADR도 화해절차에 참여한 비율은 80%이상이고 이중 화해성공률은 매년 30-50%수준이다. 변호사회 주도의 ADR은 양측의 대리인이 참여하여 기존의 판례수준에서 화해를 하는 방식으로 사법형 ADR(법지향형 ADR)에 가까우며, 실제로는 변호사의 직역확대를 위한 수단이라는 비판을 받기도 한다.

이 변호사중심의 ADR의 특징은 우리나라의 의료분쟁조정중재원과 마찬가지로 조정·화해절차에 참여가 임의적이라는 점이 특징이다.

3) 이바라기현 의사협회 의료문제 중립처리위원회는 기존의 의료분쟁위원회가 공평성·중립성·투명성에 의심을 받으면서, 이러한 오해를 풀고 중립적이고 공정한 결정을 하기 위해 2006년 3월 발족하였다. 중립처리위원회의 목적은 환자와 의료기관측이 대화할 수 있는 장소를 제공하고 중립적 입장에서 문제해결을 할 수 있도록 지원하는

것으로, 의료행위에 대한 책임의 유무를 묻는 장소도, 배상액을 결정하는 장소도 아님을 분명히 선언하였다. 의료문제 중립처리위원회는 대화자율형 ADR로 볼 수 있다.

기존의 의료분쟁위원회가 협회 회원인 의사만 신청이 가능했던 것과 달리, 의사와 환자 모두 신청이 가능하며, 비용은 의사회에서 부담하므로 무료이다. 이 위원회는 양당사자의 원만한 대화를 통해 문제를 해결하는 것을 지향하므로 환자측과 의사측 모두 출석함이 원칙이며, 대략 44%가 합의에 도달할 수 있었다.

4) NPO에 의한 ADR은 의료인 또는 변호사 주도의 중재에서 벗어나 중립적인 제3자가 중재를 시도함으로써 문제를 해결하는 데에 초점을 두고 있다. 이 기구는 의료상담을 의료분쟁의 조정과 연결하는 의료상담전치주의를 취한다. 대략 70-80%의 사안은 의료상담으로 해결되고 있으며, 상담으로 해결되지 못한 사안은 의사, 변호사, 해당분야 학식있는 전문가 3인으로 구성된 조정위원회에서 조정이 이루어진다.

나. 평가

일본에서 의료분쟁의 ADR이 여러 형태로 운영되고 있지만 실효면에서는 일본에서도 아직까지 회의적인 입장이 지배적인 것으로 보인다.

1) 일본의 ADR도 참여의 임의성으로 신청의 상대방이 신청에 응하지 않으면 ADR은 진행될 수 없다. 특히 ADR의 경우 소송과는 달리 감정적이고 정서적인 부분에 대한 해결이 중요한 의미를 가질 수 있는데, 실제로는 나중에 제기될지도 모르는 소송에 대비하여 과실인정이나 진정한 사과에 대하여 소극적인 자세를 보이는 것으로 나타났다. 이 점은 특히 변호사회의 ADR에서 더 크게 나타난다. 또한 인증을 받았다고는 하지만 민간기관에 의료분쟁의 해결을 맡기는 것에 대한 신뢰도의 향상도 역시 중요한 과제이다. 의료 ADR의 역할이 강화되기 위해서는 신청자의 증가와 상대방의 대응이 전제가 된다. 이 점은 의료 ADR이 장차 일어나게 될 의료소송을 피할 수 있는 수단이라는 점에 대한 홍보가 중요한 역할을 할 수 있을 것으로 보인다.

2) ADR 확대를 위해서는 전문적인 업무담당자 양성이 필요하다. 아울러 전문적인 업무담당자가 의사인 경우에는 더욱 더 그 공정성을 담보할 수 있는 장치가 필요하다. 이와 아울러 ADR에 의료인의 참여도 마찬가지의 과제를 가지고 있다. 위에서 본 일본의

의료 ADR 중 변호사회의 ADR은 의사를 배제한다. 그 이유는 공정성의 확보에 있다.

의료 ADR에서 원인규명은 의료인에 의해서 이루어질 수밖에 없다는 점은 인정하지만, 의료인이 ADR에 참여할 경우 중립성과 공정성을 어떻게 확보할 수 있는가의 문제가 남는다. 특히 일반인의 입장에서는 생소하고 어려운 의학의 분야에서 의사를 상대로 하는 분쟁에 의사가 관여한다는 점은 쉽게 수긍하기 어려운 점이고, 팔은 안으로 굽는다는 의심의 눈초리를 거두기가 쉽지 않을 수도 있다. 이를 해결하기 위해서는 참여하는 의사가 '의학적 지식의 전문가'적 입장에서만 참여함을 분명히 밝히고 의료계 자체의 자성도 필요하다 할 것이다.

NPO의 ADR처럼 상담전치주의를 취하면 화해성립의 가능성이 높아질 것으로 예상되기는 하지만, 이 역시 의료부분의 상담은 의료인에 의해서 이루어지기 때문에 같은 문제를 가지고 있다. 따라서 상담과정에서 필터링의 기준과 상담결과에 불복할 경우 그에 대한 절차의 마련도 필요하다.

3) 이러한 ADR을 통해서 의료인 또는 의료기관이 배상금을 지급하는 경우 책임보험이 배상금지급에 따라야 한다는 전제가 없다면 ADR은 무의미하다. 실제로 의료 ADR은 의료인에게 과실이 있는지 여부를 판단하지 않고 배상 또는 보상이 이루어지는 경우도 있는데, 이 경우 과실을 전제로 하는 책임보험은 배상금 또는 보상금의 지급에 소극적인 태도를 취할 수밖에 없기 때문이다. 일본에서 의료인의 산과 기피현상을 막고 과실판단이 어려운 분만사고 등에 대비하여 시행중인 산과의료보상제도와 같이 과실여부를 구별하지 않는 무과실보상의 활용도 고려해볼 필요가 있다.

4) 2014년 개정되고 2015년 10월 1일부터 시행한 의료법에 의료사고조사·지원센터를 신설하여, 진료행위에 의해 사망이 발생한 경우를 중심으로 의료기관은 유족에게 상황에 대한 설명을 하고, 제3기관에 신고함과 동시에 신속하게 병원내의 조사를 실시하여 그 결과를 제3기관에 보고하도록 하는 제도를 도입하였다. 하지만 이 조사는 의료사고의 재발방지를 위해서 행해지는 것으로 의료인 또는 의료기관의 과실을 확인하기 위한 것이 아니다. 따라서 의료사고의 책임을 묻기 위한 조사는 요청할 수 없도록 하고 있다. 이 부분이 실제 의료분쟁에서 손해를 입증하기 어려운 환자 또는 유족의 입장에서는 아쉬운 점이 있을 수 있으나, 재발방지의 측면에서는 진일보한 제도라는 평가를 받고 있다.

2. 독일의 의료 ADR

가. 요약

1) 법원의 부담가중이 중대한 문제로 나타나면서 법원 사건의 신속한 처리를 위해 1974년 입법과 1990년 '사법간소화법', 1993년 '사법부담경감법' 등 입법에서 법원의 부담경감이 도모돼 왔었다. 1999년 12월 15일 입법자가 '재판외분쟁조정촉진법' 제정하였고, 재판전 분쟁중재를 강화하고자 했던 이 규정들이 소송전분쟁해결의 문을 여는 동안에 입법자는 소송진행중에 상호 합의하는 분쟁해결을 계획하였다. 이러한 계획은 2002년 민사소송법개정을 통해 제278조에 반영되었다. 입법자는 여기서 중재로 보낼 것을 생각했지만, 이 규정을 넘어 다른 형태의 ADR로 나아갈 수 있는 길도 열려있다.

2) 1970년대 초부터 의사에 대한 법원의 배상의무부과와 형사고소가 급격히 증가하였고, 그 절차가 긴 시간이 소모되며, 의료사건의 증거조사·증거채택·감정 등에 어려움이 있으며 일반적으로 피해자인 원고의 비용부담 등의 이유로 소송외적 해결방안을 위해 독일연방의 모든 州의사협회는 1975년에서 1978년 사이에 5개의 의료중재원(Schlichtungsstelle)과 4개의 감정위원회(Gutachterkommission)를 설치하였다. 1990년 통독이후 구동독 州의사협회들 중 작센州 의사협회만 독립된 중재원을 설치하고 다른 구동독 4개 州의사협회는 북독일 의료중재원에 편입되었다. 초창기에는 의료분쟁의 조정과 중재역할에 대해 회의적이었으나, 최근 의료소송이 한해 3만여 건으로 이전에 비해 5배 이상 증가하고, 소송기간의 장기화와 그로 인한 판결만족도의 한계 및 소송에 드는 과도한 비용부담, 의료분쟁과 같은 난해한 분야는 법원의 재판이 부적절하다는 견해가 설득력을 얻게 돼 조정과 중재제도를 활용해야 한다는 견해가 힘을 얻게 되었다.

3) 독일의 의료중재원은 각 州의 의사회와 보험회사가 모여 설립한 것이다. 의료중재원의 역할은 의사책임을 둘러싸고 환자와 의사의 분쟁을 소송외에서 해결하는 것이다. 의료중재원은 감정의견을 제시하거나 예외적으로 손해인정 또는 중재를 실시한다. 따라서 환자와 의사뿐 아니라 의사가 가입한 책임보험회사가 당사자로서 중재절차 초기부터 참가하는 것이 특색이다. 보험회사가 동의하지 않으면 원칙적으로 중재

원 절차는 진행되지 않는다. 보험회사를 중재원 절차에 끌어들임으로써 의사에 대한 책임배상청구를 원활하게 진행할 수 있는데 의미가 있다. 반면 감정위원회는 각 州의 의사회 규약에 기초해서 설립된 것이다. 감정위원회 역할은 의료과오 유무에 대해서만 공정하게 판단해서 환자의 불필요한 부담을 덜어주는 반면, 의사에게는 근거 없는 비난으로부터 벗어날 수 있게 하는데 있다. 감정위원회 절차에서는 의사와 환자만이 당사자이고, 의사가 가입한 보험회사는 절차에 관여할 수 없다. 절차비용은 보험회사가 부담하는 것이 아니고 의사회가 부담한다. 이와 같이 중재원과 감정위원회는 차이가 있지만, 감정을 중심으로 하는 점에서 환자가 중재원 또는 감정위원회 중 어느 절차를 택하더라고 양자 사이에 본질적 차이는 크지 않다.

4) 감정위원회와 의료중재원은 의료과실의 사례에서 환자를 지원하는 손해배상과 위자료청구의 감정 또는 중재를 사물관할로 한다.

감정위원회와 의료중재원의 절차와 형식이 개별적인 부분에서 상이하기는 하지만 3가지 공통점이 있다. 즉 ① 중재 또는 감정절차에 양당사자인 환자와 의사(중재절차의 경우 책임보험자 포함)의 동의를 전제로 함(임의성), ② 감정위원회와 의료중재원은 당사자들에게 구속력 있는 결정을 하는 것이 아니라 구속력 없는 확인과 권고안을 제시함(비구속성), ③ 감정위원회의 경우 의사협회가 부담하고 의료중재원의 경우 보험회사가 부담하기 때문에 절차진행이나 공무상 이루어지는 전문가 감정서 모두 무비용(수수료 면제) 등이 그것이다.

5) 중재절차가 진행되는 동안 독일민법 제204조 제1항 제4호에 따른 의료과실에 대한 손해배상청구와 위자료 청구 시효는 의사와 환자의 동의로 중단된다. 그러나 시효의 중단은 항상 양 당사자 사이에만 효력이 있다. 즉 다른 잠재적 청구대상(병원운영자, 다른 의사나 의료인 등)에 대하여는 시효중단의 효력이 없다.

독일형법 제229조, 제230조에 따른 과실치상죄의 고소기간은 형법 제77b조에 따라 3개월이다. 이 때문에 의료중재원의 참여는 고소기간의 중지를 불가능하게 하거나, 소송이 제기된 경우 절차를 진행하지 않는 의료중재원이나 감정위원회의 규정 때문에, 고소의 유지는 희망하는 중재절차를 불가능하게 한다. 물론 검찰이 공소제기의 "특별한 공익(besondere öffentliche Interesse)"을 인정하는 경우 또는 소송에서 보조기소인으로 참여할 권한이 막히지 않는 경우에는 하자있거나 기간이 도과한 고소도

형사소추가 가능하기는 하다. 물론 환자가 감정위원회나 의료중재원의 자료를 고소의 근거로 사용한다면, 이것은 신뢰에 위반되는 것으로 검찰에 의한 공무상 조치는 부정된다. 왜냐하면 의사는 합의를 목표로 하는 절차에 참여하였고 그것을 이유로 국가기관을 통해서 불이익을 받으면 안 되기 때문이다. 이는 일반적으로 받아들여지는 원칙인 "공정절차(fair trial)의 원칙"에 반한다.

나. 평가

임의적으로 이루어지는 의료중재원과 감정위원회의 장단점을 비교해보면, 다음과 같은 점이 있다.

1) 장점

초기에 비해서 모든 당사자들에게 이 기관들의 이용률이 높아지는 것은 몇 배 증가한 소송외절차를 통한 소송의 대체효과가 증가하는 가시적인 특징으로 나타난다.

○ 중재자 또는 감정인이 가진 고도의 의학적 지식
○ 구성원의 독립성, 중립성, 진실성
○ 감정이 민사소송에서 서증(Urkundenbeweis)의 방식으로 채택되고 사용될 가능성에 따른 전공의 포괄하는 감정[318]
○ 공식적인 소송의 리스크 없이 진행되는 간소화된 절차
○ 소송 전 입증곤란에 따른 환자에 대한 비용 없는 도움
○ 모든 이익 그리고 자주 반대되는 이익까지 반영되는, 만족도가 약 87%에 달하고 민사소송과 형사소송을 피하는데 기여하는 소송외적 합의의 요구[319]
○ 의료중재절차에 참여하는 의사에 대한 청구권의 시효의 중단
○ 환자에게 유리한 결정 이후에 책임보험자를 통한 청구의 빈번한 조율

2) 단점

물론 여기에는 이 제도들의 "그림자"와 비판점도 존재함은 당연하다.

---

318) BGH VersR 1987, 1091.
319) Weizel, Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen, 1999, 115 ff.

○ 증인신문이나 구두절차 없는, 절차참여자에게 경과에 대한 정보제공 없는, 전문가 감정에 대한 이의제기 기회가 없는 전적인 절차의 서면주의(독일기본법 제103조 제1항 법적 청문권의 침해)[320]
○ 법적 물음과 결과에 결정적인 역할을 하는 인과관계 문제에 대한 불충분한 또는 잘못된 집중
○ 의료중재원과 감정위원회 모두 의사협회를 중심으로 설립된 기관으로서, 중립성과 독립성에 대한 의심
○ 사실관계 조사에서 위원회의 어려움
○ 증거조사에서 오류의 가능성
○ 입증책임문제에 대한 미고려
○ 대부분의 중재 또는 감정원에서 예상하지 못한 감정결정 또는 중재권고안에 대한 이의제기 가능성
○ 매우 긴 절차진행기간(평균 8-14개월, 이보다 훨씬 긴 기간이 소요되는 경우도 있음)[321]
○ 절차모델, 즉 의료중재원 절차와 감정위원회 절차의 상이성과 그에 따른 과실확정 수치의 지역적 편차
○ 가능한 후속절차와 경우에 따라 나타날 수 있는 중대한 이해관계에 의한 편파성의 우려를 이유로 하는 감정인의 익명성[322]
○ 형사소송 또는 민사소송과 연결될 수 있는 의료인 또는 환자 측면에서 불리한 결정의 선결효과(Präjudizwirkung) 가능성

다. 기타

전체적으로 사람들은 의료중재와 의료감정위원회가 "의사-환자-관계를 완화시키는" 작용을 하며 그로써 의사, 환자, 의사협회, 보험회사협회, 법원, 검찰, 변호사

320) Katzenmeier, Außergerichtliche Streitbeilegung in Arzthaftungssachen, AnwBl 08, 822.
321) Katzenmeier, Außergerichtliche Streitbeilegung in Arzthaftungssachen, AnwBl 08, 822; Weizel, Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen, 1999, 56 ff.
322) VG Minden MedR 1996, 469, 475; auch das OVG Münster NJW 1999, 1802.

등 모두에게 긍정적인 역할을 한다는 점을 확인할 수 있다. 북독일 의료중재원과 바이에른 의료감정원의 경우 책임보험이 직접적으로 신청권과 법적 청문권을 가지고 절차에 참여한다. 그 밖의 의료중재원이나 감정위원회에서 책임보험회사가 결정을 받고 그에 대한 의사표명을 할 수 있다.

3. 영국의 의료 ADR

가. 요약

1) 1990년대를 기점으로 민간 ADR기구가 창설되기 시작했고, 1999년 민사절차법(Civil Procedure Rules: 이하 CPR)이 통과된 후 법원에 의한 ADR 활용이 제도적으로 장려되기 시작하고, 비영리 ADR 기구도 본격적으로 활성화 됐다. ADR 형태로 옴브즈만, 규제기관, 중재, 조정, 중립평가, 화해, 전문가결정 등이 있으나 영국에서 ADR은 조정(Mediation)이 가장 많이 활용되고 성공적으로 평가받고 있다.

2) 영국은 1948년 도입한 NHS를 유지하고 있으며, 이에 따라 보건의료서비스에 정부의 개입정도가 상당히 높은 편이다. NHS 산하에서 의료서비스는 일부 민간부분을 제외하고 대부분은 공공부문에서 이루어지고 있다. 따라서 의료분쟁 역시 NHS 관련 의료기관이 주가 되며, NHS에 대한 의료과실로 인한 청구건수도 꾸준히 증가하고 있다. 이에 대한 대응책으로 NHS 산하에 NHSLA를 설립해 운영하고, 사적인 영역에서는 MDU, MPS, PMP, MDDUS 등에 의해 배상하고 있다.

3) NHSLA는 의료소송에 대한 보상을 위해 1995년 11월에 특별보건당국으로 설립되었으며 NHS 소속의 비영리 기관으로 보험회사는 아니다. 하지만 영국 전체를 담당하는 것은 아니고 스코틀랜드와 웨일즈는 별개의 시스템이 존재한다. NHSLA의 설립목적은 NHS 산하 의료기관의 임상과실에 의해 발생하는 비용을 최소화하고, 근거없는 환자측의 배상청구에 대하여 적극 대처함으로써 NHS의 재원을 보호하는 데에 있다. NHSLA의 현재 임무는 2006년 National Health Service Act 제4장 제28조, 제29조에서 규정하고 있다. 2013년 4월 1일부터 국가임상평가서비스인 NCAS도 NHSLA에 편입되었다.

4) NHSLA는 배상청구를 소송까지 가지 않고 해결하기 위해서 노력하고, 사안에

따라 적절하다고 판단되면 공식적인 중재를 포함한 다양한 ADR을 선택해 이용하고 있다. 특히 전문변호사로 구성된 패널을 활용하여, 적절한 배상액을 산정하여, 청구를 그대로 받아들일 것인지, 합의할 것인지, 소송에 응할 것인지 등을 결정한다.

NHSLA설립 초기에는 규모가 큰 사건들만 다루어왔으나, 2002년부터 NHS를 상대로 제기되는 모든 분쟁은 일원화되어 NHSLA에 통지되어 처리되고 있다. 예외가 있기는 하지만 원칙적으로 3년의 시효가 적용되며, 분쟁의 마무리까지 대략 평균 18개월이 소요된다.

NHSLA는 2014년 7월 31일 중재서비스를 시작하였다. 이는 단지 금전적인 보상뿐만 아니라 감정적인 문제의 동시 해결을 통해 소송을 피하기 위해서 도입하였다. 즉 소송외에서 문제해결을 위해 함께 노력하는 환자, 환자의 가족, NHS 의료진 등을 지원하기 위해 고안되었다. NHSLA는 중재에 적합한 사안이라도 판단하면, NHS와 NHS 의료진에게 중재를 제안한다. 제안을 받아들이면 NHSLA는 다양한 배경을 가진 전문변호사 패널들 중에 선출된 독립적이고 공인된 중재인과 연결한다. 중재에 동의한 배상청구인의 소송대리인 측에서 거부감이 나타나기도 한다.

5) 소송외 분쟁해결의 노력으로 해결되지 않으면 소송을 통해 문제를 해결한다. NHSLA는 전문변호사 패널에 의해 미리 산정한 적정 배상액 수준에서 합의가 이루어지지 않은 경우 소송을 통해 분쟁을 해결한다. 이는 부당한 배상청구에 대하여 NHS 구성원과 재원을 보호하기 위한 노력이다.

6) 의료인 중심의 의료분쟁조정기구인 MDU, MPS, PMP, MDDUS 등은 공제회 성격으로 의료법적 문제, 민원상담, 배상청구 등의 문제처리에서 회원들에게 전문적인 변호, 개인적 지원, 적극적인 방어수단을 제공한다. 이 기구들은 맞춤형서비스를 통해 법적 지원은 물론이고 손해배상까지 도움을 주고 있다. 이 기구들은 회원의 이익만을 위해 노력하는 비영리단체이다. 이 기구들은 실제 임상에서 분쟁의 경험이 있는 의사들에 의해 구성되고 유지된다. 이 기구들도 중재를 시도하기는 하지만, 그 이름에서 나타나듯이 중립적이라기 보다는 의사의 편에서 분쟁해결을 시도한다.

나. 평가

1) 위에서 본 것처럼 영국의 의료 ADR은 NHSLA나 MDU 같은 중립적인 기구라기보다는 보험회사나 공제회의 법무팀과 같은 역할을 한다. 따라서 중립적인 기구가 중재하는 것과는 약간의 차이가 있어 보인다. 즉 ADR 이후에서야 조사가 이루어지는 것으로 보아 일반 보험회사의 보상팀에 의하여 이루어지는 협상과 큰 차이가 없어 보인다. 배상청구를 한 원고 측의 청구액이 자신들이 산정한 배상액에 비해 과다하다고 판단한다면 소송에 의해 해결하는 것도 역시 같은 측면을 보여준다.

2) 위의 사건진행절차 표에서 나타나는 것처럼 NHSLA가 전문가 의견 등을 포함한 과실여부와 인과관계 등에 관해 수집한 자료를 첨부한 배상금청구서(Letter of Claim) 수령 전까지는 거의 의미 있는 일을 하지 않는다고 봐야 한다. NHSLA는 종종 의료기록 및 관련 기록을 처음부터 제공해 주지 않는 경우가 있고 이로 인해 원고측 변호인은 조사의 마무리는 고사하고 시작 전까지 이를 확보하기 위해 상당한 양의 노력과 비용을 들여야 한다. 내부의 의료진으로부터 리스크 평가 및 1차적 자문을 무료로 구할 수 있기 때문에, 시간과 비용을 절약할 수 있는 피고측 변호인은 전혀 그러한 부담이 없다.

3) 우리나라와 마찬가지로 영국의 경우도 민사소송에서 증명책임은 원고에게 있기 때문에 이러한 장벽을 넘기 위해 증거를 수집해야 하는 당사자도 원고이다. 때로는 청구 성립 여부만을 조사하기 위해서 독립 전문가 의견을 포함한 매우 광범위하고 고비용의 소송 전 조사를 원고가 담당해야 하는 점, 많은 의료과오소송은 그 가액에 관계없이 매우 복잡하며 경험 많은 원고 측 변호인이 조사부터 소송 제기까지 상당한 양의 일을 요하는 과정이라는 점, 그리고 이것이 바로 소송비용을 증가시키고 있는 점이다.

4) 이러한 점들을 종합하면 영국정부 역시 어떤 변화이건 간에 작든 크든 실질적인 효과가 발생하기 위해서는 시간이 걸린다는 사실을 알고 있고, 그 때까지 유일한 방법은 사법체계에 대한 접근권을 최대한 제약하여 궁극적으로는 국가 의료체계에 의해 손해를 입은 환자들이 가지는 공정하고 정당한 배상을 받을 권리를 박탈하는 것이라고 믿는 듯하다.

의료소송 비용의 감소에 반대하는 사람은 없을 것이다. 다만 이를 달성하는 최고의

방법은 원천적으로 NHS 내에서 의료사고의 빈도와 정도를 감소시키는 것, 그리고 사고 발생 시 빠르고 적절하게 대응하는 것이라고 생각한다. 보건부와 NHSLA는 의료사고 문제 해결을 위해 다양한 방법을 통해 최선의 노력을 기울이고 있다고 주장할지 모르나 일방의 편에 서 있는 것으로 보인다.

4. 일본, 독일, 영국의 의료 ADR이 우리에게 시사하는 점

가. 공통적인 의료 ADR의 목표

위에서 검토한 일본, 독일, 영국 3개국의 의료 ADR은 모두 의료소송으로 나아가기 전단계에서 분쟁을 원만하게 해결하는 것을 목적으로 한다. 또한 환자의 입장에서 감정인을 확보하고 감정비용에 대한 부담 등 실제 소송에 대비하여 많은 비용과 시간을 지불해야 하는 문제점을 보완할 수 있는 수단이기도 하다. 또한 공격과 방어를 중심으로 이루어지는 소송의 특성상 사고원인에 대한 정확한 설명과 당사자간의 진지한 대화와 사과는 사실상 불가능하며, 의료소송의 중요한 원인이라 볼 수 있는 감정적인 문제에 대한 해결이 어렵다는 점에 착안하여, 이러한 감정적인 부분도 어느 정도 해소할 수 있는 절차라는 점에서 단순한 소송의 대안이라고 하기 보다는 소송에서 해결할 수 없는 문제까지도 해결할 수 있는 분쟁해결수단이다.

비용과 관련하여 (이 부분이 단점이 될 수도 있지만) 대부분 무료로 운영된다. 이 점은 환자(피해자)에게는 강력한 유인책으로 작용할 수 있다. 특히 전문가의 감정을 무료로 받을 수 있다는 점은 감정인 선정이나 비용에 대한 부담을 느낄 수 있는 환자에게는 ADR제도의 이용을 촉진할 수 있는 수단이기도 하다.

참여가 임의적이고 그 결과가 구속력을 갖지 않고 소송을 제기할 수 있는 길을 열어놓고 있는 점도 공통적인 특성이다. (현실적인 문제와는 별개로) ADR에서 나온 결론에 불만이 있다면, 그 결론과 다른 결과를 요청하는 소송을 제기할 수 있는 점도 공통적이다. 하지만 소송 이전에 분쟁해결을 그 목표로 하기 때문에, 소송이 제기된 경우에는 ADR 절차를 진행하지 않는다. 이 점은 ADR의 목적에 비추어 당연한 결과라고 본다.

만약 ADR에 참여한 것 때문에 차후 소송에 나아갈 경우 불이익을 받는다면 이는

ADR의 목적에 반한다. 따라서 형사고소권과 손해배상청구권의 시효를 중단해서 ADR의 참여로 소송의 기회가 사라지는 것을 방지하는 대책은 물론, ADR에서 당사자의 진술이나 제출한 증거로 인하여 불이익을 받지 않도록 소송에서는 그대로 증거로 가져다 쓰는 것을 방지하는 대책 등을 두고 있다.

나. 공통적인 문제점

일본, 독일, 영국 3개국의 의료 ADR은 일본의 변호사회에서 운영하는 것을 제외하면 모두 의사협회와 그 관련 단체 또는 의료보험과 관련이 있다. 이러한 기관에 의해서 운영되는 ADR은 그 중립성과 공정성에 의심을 받는다. 특히 ADR의 구성에 의사가 많이 참여하면 할수록 팔은 안으로 굽는다는 비난의 화살을 피할 수 없다. 이는 일본의 NPO처럼 ADR에 상담전치주의를 택하는 것도 마찬가지이다. 어차피 의료상담은 의료인에 의해서 이루어질 수밖에 없기 때문이다.

이러한 ADR 기관의 중립성에 대한 의심은 일반인들에게 소송전 ADR로 가는 발길을 막는 요소이다. 특히 서면주의로 이루어지는 ADR의 경우 감정절차와 결과에 대하여 이의제기의 기회가 없다는 점은 이러한 의심을 더욱 크게 할 수 있다. 또한 이러한 서면주의는 진술권에 대한 침해가 될 수도 있다(독일의 경우 독일기본법 제103조 제1항, 우리나라의 경우 형사사건에 대하여 헌법 제27조 제5항).

다. 의료 ADR의 최근 경향

기존의 ADR은 주로 사법형 ADR로 당사자 참여 없이 서면심사를 중심으로 이루어졌다. 특히 독일의 경우는 여전히 서면심사를 중심으로 하는 사법형 ADR에 가깝다. 하지만 최근 일본과 영국의 경향은 그 무게가 의료인의 과실여부에 따라 결론을 내리는 것이 아니라, 당사자간의 대화를 통해 분쟁을 해결하는 자율형 ADR형태로 옮겨지고 있다.

일본의 경우 2015년 10월부터 시행중인 의료법에 따라 환자와 (사망사건의 경우, 특히) 그 보호자에게 그 과정을 설명함으로써 당사자간의 정서적이고 감정적인 문제를 해소하고 재발방지 대책을 마련하는 데에 중점을 두고 있다. 이 점은 산과무과실보

상제도와 같은 과실여부와 책임소재 판단없이도 감정적인 문제와 금전적인 문제를 모두 해결할 수 있는 방안도 하나의 역할을 하고 있다.

영국 NHSLA도 2014년 7월부터 중재서비스를 통해 중립적인 중재인을 선임하고 당사자간에 대화와 충분한 설명을 통해, 특히 의료진의 진심어린 사과를 통해 환자(피해자)와 그 가족들의 감정적인 문제를 해소하고 이해를 이끌어 냄으로써 원만한 해결에 이르도록 노력하고 있다.

여기서 다시한번 강조할 점은 조정 또는 중재과정에서 있었던 피해에 대한 사과가, 그 결정결과의 비구속성 때문에 발생할 수 있는 차후 소송에서 불리한 증거로 채택되고 사용된다면 이 절차들은 실효성을 담보할 수 없다는 점이다.

라. 우리 의료분쟁 조정·중재제도에 시사하는 점

1) 최근의 ADR은 자율형으로 흐르는 경향이다. 자율형 ADR에 비해서 사법형 ADR은 실제 의료소송으로 진행되는 가장 큰 문제인 감정적인 문제의 해결에 큰 도움이 되지 않는다. 감정적인 문제가 해결되지 않은 상태에서 원했던 결과를 받지 못하면 소송으로 진행될 것은 예견할 수 있다. 우리나라의 '한국의료분쟁조정중재원'에 의해서 이루어지는 조정·중재는 서면주의에 따르고 있으며, 감정결과와 그 결과에 대한 판례의 입장들이 종합적으로 고려되어 결론이 도출되는 사법형 ADR로 볼 수 있다.

특히 「의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률(이하 의료분쟁조정법)」 제28조는 [의료사고의 조사]라는 표제하에 제1항에서 출석요구, 자료 등 제출요구, 제2항에서 의료인 등에 대한 소명요구, 제3항에서 의료기록 등에 대한 조사·열람·복사권을 규정하고, 제1항과 제2항을 위반한 경우 제54조 제1항 제2호, 제3호에서 500만원 이하의 과태료를 부과, 제3항의 권한행사를 거부·방해한 경우 3000만원 이하의 벌금형에 처할 수 있도록 하고 있다는 점에서 전형적인 사법형 ADR이라고 볼 수 있다.

실질적 조사권이 없는 독일의 사법형 ADR이 받는 비판을 고려하면 더욱 강력한 조사권을 가지고 실질적으로 사법과 유사한 결과를 도출할 수 있다는 점에서는 긍정적으로 평가할 수 있다. 그러나 이러한 사법형 ADR은 법원의 재판과 마찬가지로 양 당사자 모두 주의의무위반 및 인과관계에 관한 사실평가에 대한 주장과 입증을 통해 민형사상 책임의 여부를 다투어야 하기 때문에 이 과정에서 피해자에게 반성·사

죄 등에 응하기가 쉽지 않다. 이러한 상황에 조사에 비협조 행위에 대한 벌칙규정을 두고 있는 점은 의료인 등이 더욱 방어적으로 행동할 수밖에 없도록 만든다. 이러한 과정에서 감정적인 문제가 해결될 가능성은 없다.

형사정책적으로 이러한 감정적 문제가 해결되지 않으면 임의적인 절차인 조정·중재는 소송전 분쟁해결 능력이 낮아질 수밖에 없다. 민사소송을 넘어 제기되는 대부분의 의료형사소송은 감정적인 문제의 해결을 위한 경우가 많기 때문이다.

2) 법적으로 조정결정은 구속력이 없지만 조정위원에 현직 법관이 필수적으로 포함되어 있는 현실에서(「의료분쟁조정법」 제23조 제3항) 과연 현실적인 구속력을 부정할 수 있는지는 의문이다. 사법형 ADR을 취하는 독일의 경우도 '현직 법관'이 아니라 '10년 이상 경력의 전직 법관'을 위원으로 하고 있다. 현직 법관을 위원으로 하고 있는 것이 한편으로 조정의 공정성 확보를 위해서 도입한 것으로 보이지만, 다른 한편으로는 그 '공정성'이라는 굴레 때문에 소송으로 나아가는데 심리적 압박이 된다면 이는 헌법 제27조 제1항에서 보장하고 있는 '재판을 받을 권리'에 대한 실질적 침해가 되고, '재판을 받을 권리'는 형해화되어 법전에만 존재하는 권리가 될 수 있다.

더욱이 조정결정에 불복하여 법원에 소송을 제기한 경우(「의료분쟁조정법」 제40조), 법원이 「의료분쟁조정법」 제8조 제2호에 근거하여 '한국의료분쟁조정중재원'에 감정을 요구하여 그 결과에 따라 판결을 내린다면, 실질적으로 더욱 더 심각한 재판받을 권리에 대한 침해가 될 수 있다. 위에서 검토한 세 국가 모두 ADR에 현직 법관이 참여하는 경우는 없다.

3) ADR과정에서 감정적인 문제의 해결을 위해서는 정확한 사건경위의 설명과 유감표시 등이 매우 중요하다. 이 점은 감정적인 형사 고소·고발로 이어지는 건수를 줄일 수 있다는 점에서 매우 의미가 있는 절차이다. 하지만 현행 우리 '한국의료분쟁조정중재원'의 운영방식에 따르면 감정적인 문제의 해결절차가 없다. 감정적인 문제의 해결이 없이는 피해자의 '용서'도 있을 수 없다. 단지 금전적인 '합의'만 있을 뿐이다. 그리고 이 금전적인 '합의'는 「형법」 제268조 '업무상과실치상죄'에 대한 불처벌 의사로 의제되고, 금전적인 보상 또는 배상으로 형사 고소·고발(처벌의사표시)권의 포기가 된다. 이러한 과정은 피해자학의 관점에서도 매우 부적절하다.

의료분쟁 조정·중재제도의 활성화를 위해서는 형사처벌특례제도의 확대가 필요하

고, 그러기 위해서는 단순히 금전적으로 충분한 배상이 아니라 피해자의 진심에서 우러나는 '용서'가 전제되어야 한다. 물론 조정절차에서 의료인의 사과 등 분쟁해결을 위해 했던 노력이 실제 소송에 이르게 됐을 때 불리한 증거로 사용되어서는 안 된다는 점이 전제가 되어야 한다. 왜냐하면 합의를 목표로 하는 절차에 참여하였고 그것을 이유로 국가기관을 통해서 불이익을 받는 것은 "공정절차(fair trial)의 원칙"에 반하기 때문이다.

실제 외국의 사례에서도(특히 영국 NHSLA의 대표적 중재사례 참고) 당사자간의 진실한 대화, 충분한 설명과 사과 등은 피해자의 처벌의사와 금전적 배상 또는 보상의 액수에도 차이가 나는 것으로 나타난 것처럼, 당사자간의 감정적인 문제를 해결하기 위한 절차가 필요하다. 이러한 절차를 통해 피해자의 정서적인 부분을 위로할 수 있다면 형사처벌 특례조항의 범위를 확대하는 것도 가능하다고 생각한다.

4) 형사처벌 특례조항의 확대가 필요하다면, 다른 한편에서는 무과실보상제도의 확대 역시 필요하다. 현재 「의료분쟁조정법」 제46조에서 분만사고에 한하여 무과실의료사고에 대한 보상제도를 두고 있다. 무과실사고가 많은 산과의 경우에 일본도 동일하게 무과실보상을 하고 있다.

단지 의료과실이 없으므로 어떠한 보상도 받을 수 없고, 당신의 운명이라는 결론에 수긍할 수 있는 피해자는 없다는 점에서 형사처벌특례 범위의 확대와 마찬가지로 무과실보상제도 역시 분만사고 이외의 범위로 점차 확대할 필요가 있다. 무과실사고는 의료행위를 허용하고 있는 한 사회가 부담해야 할 몫이라고 생각한다.

제5장

KOREAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY

의료사고 및 의료분쟁에 대한 조정과 형사법의 임무

최 민 영

제5장

의료사고 및 의료분쟁에 대한 조정과 형사법의 임무

제1절 회복적 사법과 의료분쟁조정

의료사고로 인한 의료분쟁사건을 소송의 방법을 통해 해결하고자 하면, 의료행위의 특수성으로 인해 입증의 어려움과 절차진행의 장기화 문제가 발생할 수 있다. 특히, 형사소송은 - 형사소송을 통한 의료분쟁 해결의 독자적 의의가 있음에도 불구하고 - 형법의 보충성 원칙으로 인해 제한된 범위의 의료사고 해결에만 유용할 수 있다. 이에 반해 소송 외의 방법을 통한 의료분쟁의 해결은 의사와 환자, 양 당사자 간의 합의점을 도출함으로써 의료사고로 인한 피해를 신속하고 공정하게 해결할 수 있는 장점을 지닌다. 특히, 조정의 방법을 통한 사안의 해결은 당사자 간의 감정대립이 심하여 쉽게 합의점을 도출할 수 없는 의료사고에서 제3자가 개입하여 양 측의 의견을 듣고, 양 측의 동의를 얻어 합의를 이끌어 낸다는 장점이 있다. 아래에서는 이러한 의료분쟁조정이 회복적 사법의 이념에 부합하는지 여부를 논한다.

1. 회복적 사법의 이념

형사사건에서 회복적 사법 프로그램 활용을 위한 UN 기본원칙[323] 제2호에 따르면, 회복적 사법절차란 피해자와 가해자, 그리고 필요한 경우 범죄의 영향을 받은 개인 또는 지역사회의 구성원이, 일반적으로 알선중재자(facilitator)의 도움을 받으면서 범죄로부터 발생한 문제의 해결에 적극적으로 함께 참여하는 절차를 의미한다.

323) United Nations, Basic Principles on the Use of Restorative Justice Programmes in Criminal Matters(UN), 2000.

회복적 사법은 역사적으로 책임주의에 뿌리를 두고 있는 응보형법의 체계내재적 문제점과 1970년대 중반에 등장한 재사회화 형법의 위기를 그 배경으로 하고 있다. 전통적인 형법에 대한 정당성 위기의 목소리는 복잡한 배경을 가지고 있는 범죄사건을 법·논리적으로 축소해버리는 기존의 방식에 반대하면서, 사건의 배후에 있는 가해자, 피해자 그리고 지역사회의 갈등을 해소시키는 방향으로 재편되어야 한다는 점을 강조하게 되었다. 회복적 사법은 이러한 논의의 한 가운데에서 전통적인 형법의 대안 또는 형법의 패러다임 전환으로 등장하게 되었다.[324]

일반적으로 회복적 사법이 그 잠재력을 발휘할 수 있기 위해서는 회복적 사법의 다음과 같은 세 가지 요소, 즉 사회적 요소, 참여적 요소, 배상적 요소가 모두 최대한으로 실천되어야 한다. 첫째, 사회적 요소란 범죄를 법적 맥락에서 이해하는 것이 아니라, 사회적 맥락에서 이해하고 처리한다는 것을 내용으로 한다. 규범체계를 취하고 있는 법 전통에 의하면, 범죄는 법익에 대한 침해 내지 규범에 대한 침해로 이해되었고, 이 과정에서 범죄피해자는 행위의 객체에 불과하였다. 이에 반해 회복적 사법에서는 범죄를 피해자에 대한 침해 내지 사람들 간의 관계에 대한 장애 내지 교란으로 이해하고 있다. 이 점에서 회복적 사법절차에서는 범죄로 인하여 파괴된 사람들 간의 관계를 회복 내지 복원하는 것에 그 초점이 맞추어져 있고, 이 과정에서 범죄피해자가 중요한 요소로 작용한다. 둘째, 참여적 요소는 조정절차에서 유래된 것으로서 조정과 밀접하게 연결되어 있다.[325] 참여적 요소는 일반적으로 범행 당사자의 회복적 사법절차에의 참여의 자율성과 그 절차 속에서의 대화의 자율성을 전제로 하고 있다. 셋째, 배상적 요소는 좁게는 범죄로 인하여 발생한 피해를 회복하는 것을 말하지만, 보다 엄밀하게 보면 갈등의 해소와 밀접하게 관련되어 있다. 피해자와 가해자를 회복적 절차에 적극적으로 참여시켜서 갈등의 해소에 집중함으로써 피해를 배상하고 회복하기 위한 수단과 방법을 찾게 된다. 여기서 피해란 단순히 물질적인 손해뿐만 아니라 정신적·감정적 피해까지 포괄하는 개념이다.

---

324) 회복적 사법의 개념에 관한 상세한 논의로는 이호중, 회복적 사법(Restorative Justice) - 이념과 법이론적 쟁점들, 피해자학연구 제9권 제1호, 2001, 29면 이하; 이진국·오영근, 형사사법체계상 회복적 사법이념의 실천방안, 2006, 57면 이하.

325) 예컨대 47개국의 회원국으로 구성된 유럽평의회 각료위원회가 채택한 권고 제1999-19호는 조정모델을 회복적 사법의 실천방식으로 정하고 있다(Council of Europe, Mediation in penal matters. Recommendation No. R (99) 19, 1999).

학계나 실무의 일부는 회복적 사법을 논의함에 있어 범죄로 인하여 발생한 피해의 회복 그 자체만을 강조한다. 그러나 피해 그 자체의 회복은 범죄의 결과반가치를 탈락시키거나 감쇄시키는 작용밖에 하지 못한다. 행위반가치를 탈락시키거나 감쇄시키기 위해서는 반드시 범행당사자 간의 자율적인 만남을 통한 '분쟁의 해소'가 요구된다.[326]

2. 회복적 사법과 형사사법의 관계

이렇듯, 회복적 사법 하에서는 자율적으로 피해자의 피해와 피해자·가해자 간의 관계를 회복하는 것을 중심으로 한다. 반면, 전통적인 형사사법 시스템에서는 국가가 강제력을 동원하여 범죄를 응보하는 것을 중점으로 한다. 때문에 회복적 사법이 형사사법보다 민주적이고 인간적인 제도인 것처럼 보이기도 한다. 이러한 배경에서 기존의 형사사법 시스템과 회복적 사법 프로그램의 관계를 어떻게 설정해야 하는지에 대한 논의가 전개된다.[327]

첫째, 범죄의 처리 과정에서 회복적 사법과 전통적인 형사사법 시스템을 각각 독자적으로 파악하는 입장이 있다. 이를 독립적 모델이라고 하는데, 이에 따르면 국가기관의 가해자에 대한 소추 및 유죄판결은 가해자와 피해자 간의 화해와 전혀 다른 차원에서 움직인다. 예를 들어, 국가기관에 의해 피고인에 대한 유죄판결이 확정된 이후에도 민간기관을 통한 가해자와 피해자 간의 화해 모색은 별개로 이루어진다.[328]

둘째, 회복적 사법을 통하여 전통적인 형사사법을 완전히 대체하고자 하는 입장이 있다. 이것을 형벌폐지모델이라고 부르는데, 이에 따르면 개인적 법익에 대한 범죄에 대해서는 전통적인 형사사법 시스템의 적용 대신에 회복적 사법 프로그램을 통한 해결을 꾀한다. 그리고 이 과정에서 범죄로 인한 당사자 간의 분쟁이 해소되면, 추가적으로 국가형벌권을 개입시키지 않는다.[329]

---

326) 이진국, 회복적 사법의 이념에 비추어 본 의료분쟁조정제도, 의료분쟁조정과 형사책임 – 한국형사정책연구원 내부 워크숍, 2015.08.27., 내부자료 4면 이하 재인용.

327) 이호중, 회복적 사법 이념과 형사제재체계의 개편, -트로이목마의 투입? 값싼 형벌신상품의 개발?, 형사법연구 제22호(특집호), 2005, 495면 이하; 김용세, 형사제재시스템과 회복적 사법 - 회복적 사법의 이념과 형사제재체계의 개편(이호중)에 관한 의견을 겸하여, 형사법연구 제23호, 2005, 224면 이하; 이진국, 회복적 사법과 형사사법의 관계에 관한 소고, 피해자학연구 제14권 제2호, 2006, 69면 이하.

328) 이진국, 앞의 발표문, 6면.

329) 김용세, 앞의 논문, 238면 이하.

하지만, 독립적 모델은 전통적인 형사사법과 완전히 동떨어져 있어 가해자로 하여금 화해를 촉진할 유인책이 되지 못하고, 이로 인해 피해자 보호에 미흡하다는 문제가 있다. 또한, 형벌폐지모델은 회복적 사법이 형사사법을 다음과 같은 점에서 전적으로 대체할 수 없기 때문에 부적절한 것으로 보인다. 우선, 가해자나 피해자가 회복적 사법 프로그램에 참여하기를 거부하거나 회복적 절차 개시 이후에 합의에 실패한 경우에는 회복적 사법이 더 이상 적용될 수 없다.[330] 다음으로, 공공의 이익에 관한 범죄를 당사자 간의 손해배상문제로 전락시킬 위험이 있다. 물론, 회복적 사법은 민·형사적 제재의 성격이 공존하는 제도이다. 하지만, 이것이 곧바로 형사사법의 민사화를 초래해서는 안 될 것이다. 민사상 손해배상은 특정한 권리침해에 대해 피해자가 사후적으로 그 침해를 구제받는 성격을 띤다. 반면, 형사제재는 범죄에 대한 과거지향적 응보뿐만 아니라, 범죄예방을 목적으로 하는 일반예방 및 특별예방의 미래지향적 성격을 가진다. 더 나아가서, 중요한 형법적 법익의 보호필요성이 있는 영역에서도 국가의 형벌권이 철회된다면 법과 질서의 확립은 요원한 일이 될 것이다.[331] 마지막으로, 회복적 사법을 적용하기에는 부적절한 범죄들이 있다. 예를 들어, 소외계층이나 사회적 약자를 상대로 한 사기, 절도 등이 이에 속한다.[332]

셋째, 이러한 이유들로 회복적 사법과 형사사법을 조화와 절충의 관계 속에서 이해하는 입장이 있다. 이 견해가 세 가지 중 가장 적절해 보인다. 예를 들어, 오늘날 독일 등 선진 외국의 회복적 사법 프로그램은 전통적 형사사법의 구조 속에서 회복적 사법을 실천하는 방향으로 가고 있다. 이 때, 회복적 사법의 이념을 전통적 형사사법의 구조 속에서 실천해야 한다는 것은, 회복적 사법 프로그램을 통하여 범행 당사자 간의 화해가 이루어진 경우에는 가해자를 처벌할 필요성이 없거나 줄어들었으므로 검사는 소추에 대한 공익이 존재하지 않는 한, 절차를 종결하고 법원은 처벌의 필요성이 없는 한 형벌을 감경하거나 면제하는 혜택을 부여해야 함을 의미한다.[333]

---

330) 이런 경우에는 형사사법 시스템으로 돌아가 공식적인 형사사법의 과정을 거쳐야 한다. 따라서 회복적 사법은 공식적인 형사사법절차의 존재 없이는 유지될 수 없는 제도로 보인다. 이에 대해서는 김성돈, 형사사법과 회복적 사법, 성균관법학 제17권 제1호, 2005, 423면.

331) 따라서 회복적 사법은 경미한 법익의 침해범죄에만 국한되어 적용되어야 한다는 주장으로는 김용세, 한국의 형사사법체제와 회복적 사법, 형사법연구 제20호, 2003, 359면.

332) 김용세, 앞의 논문 (2005), 243면.

333) 형사사건에서 회복적 사법 프로그램의 활용을 위한 UN 기본원칙 제15호도 "회복적 사법 프로그램에서 이루어진 합의 결과는 사법적 결정이나 판결에 반영되어야 한다."고 명시하고 있

3. 의료분쟁조정의 착안점으로서 회복적 사법?

그렇다면, 의료분쟁조정법상의 의료분쟁조정은 회복적 사법의 범주 안에 포섭될 수 있을까? 의료사고로 발생한 의료분쟁에서 환자와 의사, 즉 피해자와 가해자 간의 상호합의를 도출한다는 측면에서 볼 때, 일응 이에 대해 긍정적인 답을 도출할 법도 하다. 하지만, 아래와 같은 측면에서 의료분쟁조정법상의 의료분쟁조정과 회복적 사법은 차이를 보인다.

가. 의료분쟁조정과 회복적 사법의 목적

의료분쟁조정법상 의료분쟁조정의 목적은 "의료사고로 인한 피해를 신속·공정하게 구제하고 보건의료인의 안정적인 진료환경을 조성"하는데 있다(동법 제1조). 회복적 사법의 목적은 "잘못을 바로잡는 것"에 있는데,[334] 이것은 의료분쟁조정의 목적인 '피해의 신속하고 공정한 구제와 보건의료인의 안정적인 진료환경 조성'과는 미묘한 차이를 보인다. 회복적 사법의 목적과 이념에 따르면, 안정적인 진료환경 조성은 회복적 사법이 작동하여 산출하는 결과는 될 수 있지만, 목적에 부합하지는 않는다. 또한, 피해의 신속한 구제도 회복적 사법의 목적과는 거리가 있다. 신속한 일처리는 회복적 사법과는 무관하기 때문이다. 피해의 공정한 구제만이 의료분쟁조정과 회복적 사법이 유사하게 추구하는 목적이 될 수 있을 것이다.[335]

나. 조정결정의 주체

회복적 사법을 실무에서 실천할 때 알선중재기관과 알선중재자의 역할은 회복적 사법의 성공여부를 판가름할 정도로 중요하게 강조되고 있다. 알선중재기관에 자격과 자질을 갖춘 알선중재자가 없는 경우에는 범행 당사자 간의 직접적인 만남과 대화를 이끌어낼 수 없게 되고, 이는 곧 회복적 사법의 실패로 이어질 수 있기 때문이다.

알선중재자의 활동에서 핵심이 되는 것은 분쟁당사자들을 매개해 주는 것이다.

다. 이에 대해서는 이진국, 앞의 발표문, 6면.

334) 하워드 제어 · 조균석 외 역, 회복적 정의실현을 위한 사법의 이념과 실천, 2015, 43면.

335) 강지명, 회복적 사법에 비추어 본 의료분쟁조정, 의료분쟁조정과 형사책임 – 한국형사정책연구원 내부 워크숍, 2015.07.23., 내부자료 3면.

외국의 일반적인 사례를 보면, 가해자와 피해자 간의 분쟁은 우선 수사기관에 대한 고소 또는 고발의 형식으로 나타나게 되며, 그 이후 법적인 기준에 따라 사안을 규명하는 절차를 밟게 된다. 발생한 사건을 법적인 문제로 끌어들임으로써 범죄를 둘러싸고 발생한 복잡한 현실은 사법기관이 판단할 수 있는 사안으로 정리되고, 이 과정에서 범죄사건을 둘러싼 불필요한 요소는 배제된다. 여기서 알선중재자는 범행당사자의 주관적 평가를 도움으로 당해 사건의 사회적 의미를 재구성하는 과제를 부담한다. 이 점에서 순수한 법적인 기준에 초점을 맞춘 형사사법기관과 당해 사건의 사회적 차원까지 문제 삼는 알선중재자의 역할은 확연히 구분된다.

문제는 의료분쟁조정제도의 경우, 조정위원은 회복적 사법 절차에서 말하는 알선중재자의 역할을 뛰어넘는다는 것이다. 회복적 사법 절차에서 조정위원의 역할은 단순히 범행당사자의 만남을 주선하고, 조정절차에서 당사자 간의 원만한 대화를 이끌어가는 사회자로 그친다. 조정과정에서 모든 대화는 범행당사자들 간의 자율에 맡겨져 있다. 이를 통하여 당사자 간의 원만한 갈등해결을 촉진시키는 것이 회복적 사법의 이념에 부합하기 때문이다. 이에 반해, 의료분쟁조정 절차에서는 당사자보다는 조정위원의 역할이 더 부각된다. 의료분쟁조정 절차에서는 의료사고의 전문성 때문에 사실관계의 규명이 더 중요하기 때문이다. 이러한 결론은 의료분쟁조정법 제23조 제3항에서 "조정부는 조정부의 장을 포함한 조정위원 과반수의 출석과 출석위원 과반수의 찬성으로 의결한다"고 명시하고 있는 데서 알 수 있다. 의료분쟁조정 절차에서 조정위원이 5명이나 된다는 점, 이러한 조정위원들 대부분이 전문가라는 점을 고려하면, 조정절차에서 당사자들은 조정위원들의 의견에 사실상 종속되게 된다. 이것은 당사자를 통한 자율적인 범행회복과는 거리가 있다. 즉, 의료분쟁조정 절차가 내용상 회복적 사법 절차와는 많이 다르다는 것을 알 수 있다.[336]

다. 조정위원과 감정위원에 의한 진술의 이용가능성[337]

형사사건에 대한 조정은 국가기관의 수사행위가 아니라 당사자 간의 자율적인 대화를 통한 분쟁해결방식이다. 따라서 조정절차에서는 당사자 간의 허심탄회한 대화를

336) 이진국, 앞의 발표문, 8면 이하.
337) 이진국, 앞의 발표문, 9면 이하.

최대한 장려해야 한다. 하지만, 조정위원과 감정위원이 조정절차에서 행한 진술이 추후 공식적인 수사절차나 공판절차에서 증거로 사용될 때, 조정제도의 의미는 퇴색될 수밖에 없다. 이러한 점에서 조정위원과 감정위원의 진술을 공식적인 형사절차에서 증거로 사용할 수 없도록 증언거부권을 인정하거나 증거능력을 배제하는 것과 같은 대안이 필요하다.

조정위원과 감정위원의 증언거부권이 실제로 문제되는 사례는 의료분쟁조정이 결렬되어 정식의 형사절차로 이행된 사례에서 찾아볼 수 있다. 이러한 사례에서 형사사법기관은 결렬된 의료분쟁조정 절차에서 참가자들이 기존에 진술하였거나 설명했던 내용들을 공판절차에서 조정위원 또는 감정위원을 증인으로 소환하여 신문하고픈 유혹에 빠질 수 있다. 특히, 행위자(의료인)가 의료분쟁조정 절차에서 범행을 자백한 경우에는 더욱 그러하다. 이러한 측면에서 조정위원이나 감정위원을 증인으로 신문하는 것은 실체적 진실의 발견이나 형사절차의 효율성 제고의 측면에서 일정한 장점을 가진다.

그러나 조정위원이나 감정위원에 대한 증인신문을 허용하는 경우에는 분쟁조정절차에 참가한 당사자들의 개인적인 비밀유지에 대한 이익에 반하게 될 뿐만 아니라, 회복적 사법의 기능과 의미가 위태롭게 되며, 종국적으로는 당사자가 분쟁조정에 참가하는 것 자체를 꺼려하게 할 수 있다. 이 점에서 조정위원이나 감정위원에게 증언거부권을 부여하는 문제는 분쟁조정제도의 실천에 적지 않은 의미를 가진다. 하지만, 현행 형사소송법 제147조와 제149조는 조정위원과 감정위원에게 증언거부권을 인정하지 않고 있다.

의료분쟁조정절차가 제 기능을 발휘하기 위해서는 조정절차에서 이루어진 협의내용의 신뢰성이 보장되어야 한다. 공개적이고 두려움 없는 분위기를 창출하는 것이야말로 분쟁조정절차의 본질적인 기능요건이기 때문이다. 그러므로 조정절차의 보호와 효율적인 형사소추 간에 이익을 형량할 때에는 분쟁조정절차의 보호가 우선되어야 한다. 당사자의 진술에 대한 신뢰성 보장 없이는 자율적으로 구성된 분쟁조정절차가 의미를 지닌다고 볼 수 없기 때문이다. 이 점에서 입법론적으로는, 분쟁조정절차에서 당사자가 행한 진술의 신뢰성과 비밀성을 보장하기 위하여 조정위원과 감정위원에게 증언거부권을 인정하는 방향으로 형사소송법을 개정하는 것이 바람직할 것으로 보인다.

물론, 조정위원과 감정위원에게 증언거부권을 부여한다고 하여, 이것이 곧바로 조정절차에서 이루어진 당사자 진술의 전면적인 보호로 이어지는 것은 아니다. 분쟁조정절차가 결렬된 이후에 속행된 정식의 형사절차에서 형사사법기관이 피해자를 증인으로 소환하여 신문하는 경우에는 기존의 분쟁조정절차에서 피고인이 행한 진술이나 자백에 대한 신뢰보호 내지 비밀보장이 깨질 수 있고, 이것은 피고인의 입장에서 보면 매우 위험한 상황이 될 수도 있기 때문이다.[338] 따라서 분쟁조정절차에서 당사자가 행한 진술내용과 협의내용의 비밀을 보다 효과적으로 보호하기 위하여 공식적인 형사절차에서 그 진술내용이나 협의내용에 대한 증거능력을 부정하는 방안도 고려할 필요가 있다.

라. 의료사고 피해의 도식적인 산정

의료사고로 인한 피해는 다음과 같은 점에서 일반적인 범죄와는 다른 특성을 지닌다. 첫째, 피해의 산정과정에서 전문적인 의료지식이 필요하다. 둘째, 의료사고가 범죄의 기본 형태인 고의범이 아니라 '과실'로 발생한다. 셋째, 안정적인 진료환경이 유지되지 못해 의료사고가 발생하고, 이로 인해 가해자로 인식되는 보건의료인도 피해를 입을 수 있다. 의료분쟁조정법상의 의료분쟁조정은 이러한 측면들을 포괄적으로 다루고 있는 것으로 보이고, 이것은 피해자의 피해뿐만 아니라, 가해자와 공동체의 피해까지 다루고자 하는 회복적 사법의 이념과 부합할 수 있을 것으로 보인다.

하지만, 의료분쟁조정이 이루어지는 실제 절차들은 의료사고 피해의 산정을 다소 기계적으로 행할 가능성을 내포하고 있다. 본래 회복적 사법의 목적인 '잘못된 것을 바로 잡는다'는 것은 피해자가 입은 피해를 가능한 한 충분하게 회복하기 위해서 적극적으로 조치해야할 가해자의 책임을 의미한다. 이 때 다루어질 피해의 범위는 좁게는 피해자의 피해부터 넓게는 피해자, 영향을 받은 공동체, 가해자 모두의 피해로까지 확장이 가능하다. 즉, 피해자, 공동체, 가해자의 요구나 필요에 따라서 피해의 범위는 유동적으로 달라질 수 있다. 그리고 피해의 산정은 피해자, 가해자, 공동체 간의 대화를 통해서 이루어진다. 이 과정에서 피해의 원인이 논의되고, 피해의 범위가

338) Walther, Täter-Opfer-Ausgleich: Vermittler im Zeugenstand?, ZRP 30, 1997, 397면.

산정되어 가해자가 부담해야 할 회복책임의 범위가 산정된다. 하지만, 피해자와 가해자 간의 감정적인 대립이 심한 의료분쟁에서는 양 당사자가 대면하여 상호간에 사과와 용서가 이루어지는 대화의 장이 열리기는 매우 어렵다. 양 당사자들은 자신의 이익을 위해서 각자의 입장과 요구만을 전달하기 쉽다. 이 때, 회복적 사법의 이념이 작동하기 위해서는 그 프로그램 진행자의 과감한 조정이 필요하고, 이런 측면에서 의료분쟁절차의 조정자는 당사자 각각의 요구가 무엇인지를 파악할 수 있는 능력과 그 요구가 피해의 회복을 위한 요구인지를 가를 수 있는 혜안이 필요하다. 이러한 측면에서 의료분쟁조정 절차에 참여하는 조정위원들이 전문적인 조정기술을 습득할 수 있도록 하는 규정이 의료분쟁조정법상에 마련될 필요가 있을 것이다.[339]

4. 소결

결론적으로, 의료분쟁조정법상의 의료분쟁조정제도는 소송 외의 대안적 분쟁해결 방식 중의 하나로 회복적 사법의 이념으로 운영될 가능성을 가지고는 있다. 하지만, 회복적 사법의 실천이념은 피해의 배상 자체에 있는 것이 아니다. 오히려, 회복적 사법은 당사자 간의 자율적 참여를 기반으로 용서, 화해, 반성, 관계의 회복 등으로 구성된 대화를 통해 당사자 간의 갈등 해소를 주된 요소로 삼는다는 점에서 현 의료분쟁조정제도의 목표를 넘어선다. 즉, 의료분쟁조정제도의 운영방식과 내용은 회복적 사법 프로그램과는 다소 다르다. 따라서 의료분쟁조정제도가 회복적 사법의 이념 속에서 운영되기 위해서는 피해의 산정과 회복이라는 결과물에 중점을 두지 말고, 범죄의 발생 원인을 규명하고, 현재의 분쟁 상태까지 어떻게 갈등이 발생해 왔는지를 파악하여 이 주관적인 갈등을 해소하는데 더 큰 의미를 부여해야 할 것이다. 덧붙여서, 의료사고는 의료행위의 전문성으로 인해 객관적인 사실관계 확정이 전제되어야 한다는 점, 이로 인해 양 당사자 간의 갈등해소 이전에 사실관계 확정에 많은 에너지가 투입되고, 피해자가 이 전문성에 종속될 수밖에 없다는 점, 설혹 사실관계가 확정되더라도 의료사고와 의료분쟁의 특수성으로 인해 양 당사자 모두 자신의 입장을 양보하

339) 강지명, 회복적 사법에 비추어 본 의료분쟁조정, 의료분쟁조정과 형사책임 – 한국형사정책연구원 내부 워크숍, 2015.07.23., 내부자료 4면. 회복적 사법의 관점에서 조정기술을 교육받을 수 있는 국내기관으로는 한국평화교육훈련원, 한국비폭력대화센터, 평화를 만드는 여성회의 갈등해결센터 등이 있다.

기 어렵다는 점 등을 고려하면, 궁극적으로 의료분쟁조정제도를 회복적 사법의 맥락 속에 위치 지우기는 적절하지 않을 수 있다는 점을 염두에 두어야 할 것이다.

제2절 의료분쟁조정과 전통적인 사법 시스템의 임무

1. 의료분쟁과 사법시스템을 통한 문제해결의 한계

이처럼, 의료분쟁조정은 회복적 사법의 맥락 속에 적절히 위치지우기는 어렵다. 그럼에도 불구하고, 의료분쟁조정은 전통적인 형사사법을 통한 문제의 해결과는 다른 장점들을 지니고 있다. 전통적인 사법시스템을 통한 문제해결은 다음과 같은 한계들을 지니고 있다. 우선, 전통적인 민법과 형법을 통한 의료분쟁의 해결은 의사들로 하여금 방어 진료의 경향을 확대시킨다. 방어 진료의 확산은 궁극적으로 환자에게도 이롭지 않다. 다음으로, 전통적인 사법시스템을 통한 의료분쟁의 해결은 일반 시민들의 의료소송에 대한 수요를 확대시킨다. 이것은 사법의 업무 부담을 증대시켜 전통적인 책임원칙에 근거한 소송보다는 효율성 중심의 소송으로 그 중점을 변화시킬 것이다. 결국, 전통적인 사법에 근거한 규범의 적용 자체가 위협받는 모순이 발생할 수밖에 없다. 마지막으로, 이러한 경향들로 인하여 전통적인 사법 시스템을 통한 해결방식은 의사와 환자, 양 상대방으로부터 지지를 얻지 못하고, 저항에 부딪히게 될 것이다.[340]

2. 의료분쟁조정의 절차법으로서 의료분쟁조정법

위와 같은 문제들을 지양하기 위해서 법은 의료행위를 직접 조종하거나 의료분쟁해결의 구체적인 내용을 직접 규정해서는 안 된다. 대신, 법은 의사와 환자 양 측이 자율적으로 분쟁을 해결할 수 있는 "절차"나 "조직" 등을 규율하는 역할을 해야 한다. 만약 양 측의 자율적 분쟁해결이 어려우면, 적어도 양 측이 동의할 수 있는 분쟁해결방식을 마련해야 할 것이다. 이러한 배경에서 제정된 법이 의료분쟁조정법이다. 즉,

340) 이러한 현상을 의료분쟁조정의 "트릴레마(Trilemma)"라고 부를 수 있다. 더 자세히는 이상돈, 앞의 책, 220면 이하.

의료분쟁조정법은 기존의 사법시스템을 통한 분쟁해결의 한계를 극복할 수 있는 규범절차로서 다음과 같은 의의를 가진다. 우선, 의료분쟁조정법은 소송 이전에 환자와 의사가 자율적으로 분쟁을 해결할 수 있도록 한다. 다음으로, 의료분쟁조종법은 의료배상책임보험 등의 형태로 의사로 하여금 환자에게 손해를 배상케 하고, 환자도 소송보다 쉽게 손해배상을 받을 수 있도록 하고 있다. 마지막으로, 의료분쟁조정법은 의사의 책임유무나 손해배상 기준을 구체적으로 제시하지 않고, 조정을 담당하는 조직과 절차만을 규정한다.[341]

만약, 의료분쟁조정법이 입법목적대로 제대로만 기능한다면, 조정과정을 통하여 의사와 환자의 소모적인 감정 갈등을 완화시켜 양 측의 적절한 합의를 이끌어 내는데 기여할 수 있을 것이다. 또한, 환자는 소송의 비용을 들이지 않고, 손해배상을 받을 수 있고, 의사는 의료사고를 낸 경우 배상책임보험의 할증에 대한 부담으로 인해 향후의 의료행위에 주의를 기울이려는 노력을 자율적으로 하게 될 것이다.

3. 의료분쟁조정과 사법시스템의 관계

가. 상호보완의 필요성

이처럼, 의료분쟁조정을 위한 절차법적 시스템은 기존의 사법시스템이 가진 한계들을 보완하여 극복할 수 있는 가능성을 가지고는 있다. 하지만, 의료사고와 의료분쟁의 특수한 성격으로 인해 양 측의 적절한 합의가 도출되지 못할 때, 의료사고가 형사법적 측면에서 조망되어야 할 때에는 전통적인 사법 시스템이 투입되어야 할 것이다. 따라서 의료분쟁조정과 사법시스템은 원칙적으로 상호간에 각자가 지닌 한계를 보완하는 방식으로 운영되어야 한다.

나. 임의적 조정전치주의와 구속력의 유무

의료분쟁의 조정과 사법시스템이 상호보완적인 관계에서 운영되려면, 당사자는 조정과 소송을 임의로 자유롭게 선택할 수 있어야 한다. 따라서 의료분쟁조정에의

341) 이상돈, 앞의 책, 224면 이하.

참여는 원칙적으로 임의적이어야 하고, 그 결과가 구속력을 갖지 않아야 한다. 만약 분쟁의 당사자가 조정의 결과에 만족하지 않으면 이와 별도로 소송을 제기할 수 있는 길도 열어 놓아야 할 것이다. 이것이 조정제도가 지닌 가장 큰 장점인 자율성에도 부합하는 방식이다. 하지만, 분쟁의 조정은 소송 이외의 방식을 통한 분쟁해결을 목표로 하기 때문에 소송이 제기된 경우에는 조정절차를 진행하지 않도록 해야 한다.

다. 조정 이후 소송에서 증거사용의 문제

만약 필요적 조정전치주의를 선택하면, 조정의 당사자는 소송이 지닌 장점을 활용할 수 있는 기회가 차단될 것이다. 조정과정에서의 진술과 제출된 자료, 조사결과 등이 소송에서 그대로 인용될 가능성이 높아지기 때문이다. 이것은 임의적 조정전치주의를 택하더라도 (그 인용가능성이 전자의 경우보다 낮을 수는 있겠지만) 크게 다르지 않을 수 있다. 따라서 의료분쟁조정 과정에서 당사자가 행한 진술이나 제출한 증거로 인해 불이익을 받지 않도록, 소송에 조정과정에서 획득한 증거들을 사용하는 것을 방지해야 할 것이다. 조정에 참여한 것 때문에 이후 소송에서 불이익을 받는다면, 조정에의 자율적 참여 자체가 어려워질 수 있고, 혹 조정에 참여하더라도 적극적으로 조정과정에 임할 가능성은 더욱 낮아질 것이다.

라. 시효중단

조정은 소송에 비해 비용과 시간을 절약할 수 있는 장점을 지니고 있다. 그렇다고 하더라도, 조정에 참여하는 기간에는 형사고소권과 손해배상청구권의 시효를 중단해서 조정에 참여한 것으로 인해, 이후에 소송의 기회가 사라지는 것을 방지하는 대책은 필요하다. 조정절차에 참여한 사실이 이후의 소송제기에서 불리한 영향을 미치지 않아야 하기 때문이다.

마. 무과실보상제도와 형사처벌특례제도

의료사고의 당사자가 조정과 소송을 선택할 수 있다고 하더라도, 양자의 방법을

통하여 의료사고로 인한 갈등을 해결할 수 없는 경우들이 적지 않다. 의료과실이 입증되지 않거나, 의료과실이 없는 의료사고가 대표적인데, 이러한 무과실사고의 경우에도 피해자가 피해를 보상받을 수 있는 시스템은 필요할 것이다. 무과실사고는 의료행위가 존속하는 한, 사회가 연대하여 부담해야 할 부분이기 때문이다.

더불어, 의료사고의 피해자는 조정 혹은 소송을 거쳐 금전적인 보상이나 배상을 받더라도, 분쟁의 과정에서 의사와 생긴 감정적인 문제가 풀리지 않는 경우들이 많다. 이 경우, 의료분쟁조정의 과정에서 피해자의 불처벌 의사표시가 있으면 형사처벌이 불가능하도록 한 형사처벌특례제도는 양 당사자 간의 감정적인 문제를 해결할 수 있는 통로로 사용될 수 있다. 즉, 형사처벌특례제도가 금전적인 배상을 목적으로 한 단순한 합의의 수단으로 이용되는 것이 아니라, 양 당사자 간에 진정한 사과와 용서가 이루어지도록 돕는 제도로 정착될 수도 있다. 이에 대해서는 아래에서 더 자세히 논하기로 한다.

제3절 의료분쟁조정과 형사사법의 관계

1. 의료사고에 대한 형사책임 귀속의 기존 논의

현행 의료분쟁조정법에 도입된 형사처벌특례제도는 의료사고에 대한 기존의 형사책임을 변화시키고 있다. 이에 대해 논하기 전에 지금까지 의료사고는 어떠한 법적 논리로 형사책임이 부과되어 왔는지 간단히 살펴보기로 한다.

가. 의료행위에서 의사의 주의의무

의료사고가 형법적으로 문제되는 경우는 살인죄나 상해죄와 같은 고의범의 형태가 아니라, 대부분 과실범의 형태이다. 즉, 의료행위로 인한 형법상의 범죄는 대부분 업무상과실치사상죄에 해당한다. 형법상 과실이란 정상의 주의를 태만히 함으로서 죄의 성립요소인 사실을 인식하지 못하는 것을 의미한다. 과실범의 구성요건해당성도 고의범처럼 결과반가치와 행위반가치가 충족될 때 성립되는데, 과실범의 행위반가치

는 주의의무위반에, 결과반가치는 결과발생과 결과에 대한 인과관계에 있다. 따라서 과실범에 해당하려면, 주의의무위반, 결과발생, 행위와 결과 사이의 인과관계가 필요하다.[342]

의료사고에서 문제되는 과실도 이러한 형법상의 과실개념이 적용된다. 즉, 과실판단의 기초는 의사의 주의의무이다. 여기서 의사의 주의의무란 "의료행위 당시 일반 의학적 지식정도의 능력을 갖춘 의사가 통상적으로 베풀어야 할 주의의무"를 말한다. 그리고 이러한 주의의무는 통상인의 주의의무가 아니라, 전문가로서의 주의의무일 것을 요구한다. 의료행위에서 의사는 일반인보다 결과발생에 대한 예견가능성이 크고, 따라서 주의의무를 다하여 결과를 회피할 의무가 있다고 보기 때문이다. 이처럼 주의의무는 결과예견의무와 결과회피의무라는 내용을 가진다.[343] 그리고 주의의무위반을 어떤 기준에 의해 판단할 것이냐는 객관설과 주관설이 대립하고 있다. 객관설은 사회일반인의 주의능력을 판단기준으로, 주관설은 행위자의 개별적인 주의의무위반을 판단기준으로 삼는다. 구성요건 단계에서 주의의무는 행위자 개인에 대한 책임비난과 구별되어야 하므로 사회일반인을 기준으로 삼는 객관설이 더 타당할 것으로 보인다.[344]

나. 의료사고에서 과실인정의 기준과 제한원리

1) 과실인정의 기준

의료행위는 특수한 성격을 지니기 때문에 위와 같은 일반적인 과실이론만으로는 의료과실을 판단하기 어려울 때가 많다. 이로 인해 일반적인 과실 이론을 다음과 같이 구체화시키고 있다. 우선, 일반적·객관적 기준으로 의학수준과 재량성을 판단기준으로 삼는다. 즉, 의사는 의료당시의 의학수준에 적합한 행위를 할 주의의무가 있다. 여기서 의학수준에 적합한 행위는 "일반적으로 인정되는 의학의 원칙"을 말한다. 다른 한편에서 의료행위는 일정한 법칙을 상정하더라도 의술의 적용대상에 따라 그 반응이 다를 수 있기 때문에 일정법칙을 일률적으로 적용할 수는 없다. 따라서 의사는 일정범

342) 배종대, 형법총론 제11판, 2013, 685면; 오영근, 앞의 책, 125면; 이재상·장영민·강동범, 앞의 책, 187면.
343) 더 자세히는 정현미, 앞의 보고서, 44면 이하.
344) 배종대, 앞의 책(2013), 688면; 오영근, 앞의 책, 130면; 이재상·장영민·강동범, 앞의 책, 189면; 임웅, 형법총론 제4판, 2012, 495면.

위 내에서 어느 정도 재량을 행사하여 의료행위를 할 수 있다.[345]

다음으로, 개별적·구체적 기준으로 지역성, 전문성, 긴급성을 판단기준으로 삼는다. 첫째, 지역성은 "지방벽지에서 근무하는 의사에게 대도시의 의사와 같은 수준의 의료를 요구할 수 없고, 양자 간에 주의의무 기준이 다르게 적용되어야" 하는 원칙을 말한다. 둘째, 전문성은 (의료주체에 따라 주의의무가 달라지기도 하지만) 대체로 모든 진료 시에 당해 전문의와 같은 주의를 요함을 말한다. 셋째, 긴급성은 긴급한 의료상황에서 의사에게 평상시와 같은 정도의 주의의무를 요구할 수 없음을 의미한다.[346]

2) 주의의무위반의 제한원리

과실이론에서는 주의의무위반의 제한원리로서 허용된 위험의 법리와 신뢰의 원칙이 논의된다. 의료사고에서도 이 두 가지 원리가 적용된다. 허용된 위험의 법리상, 의료행위는 언제나 위험성을 내포하고 있으므로 의학적 적응이 있고, 의술의 법칙에 따라 환자의 동의에 의해 이루어지는 치료행위는 법적으로 문제되지 않는다고 본다.[347] 또한, 신뢰의 원칙에 따라 각 의료인은 자신의 업무에서 주의의무를 성실히 이행하면, 다른 의료인도 자신의 주의의무를 성실히 이행할 것이라고 신뢰하면 족하고, 다른 의료인의 주의의무위반까지 예상하여 의료행위를 할 필요가 없다고 본다. 이러한 신뢰의 원칙은 동등한 자격을 가진 수평적 의료분업에서 그대로 적용되고, 상하 감독관계에 있는 수직적 의료분업에서는 그 적용이 제한된다.[348]

다. 주의의무위반과 형사책임의 귀속

형법상 과실범에서는 행위와 결과 사이에 인과관계가 존재해야 한다. 따라서 의료

---

345) 더 자세히는 정현미, 앞의 보고서, 48면 이하. 이와 같은 의료행위의 재량성에 대해 대법원은 다음과 같이 의사의 재량권을 폭넓게 인정하고 있다. "의사는 진료를 행함에 있어 환자의 상황과 당시의 의료수준 그리고 자기의 지식경험에 따라 적절하다고 판단되는 진료방법을 선택할 상당한 범위의 재량을 가진다고 할 것이고, 그것이 합리적인 범위를 벗어난 것이 아닌 한 진료의 결과를 놓고 그 중 어느 하나만이 정당하고 이와 다른 조치를 취한 것은 과실이 있다고 말할 수는 없다(대법 2008.8.11. 2008도3090)."

346) 더 자세히는 정현미, 앞의 보고서, 56면 이하.

347) 김재윤, 앞의 책, 169면 이하; 정현미, 앞의 보고서, 60면 이하; 최재천·박영호·홍영균, 의료형법, 2003, 104면 이하.

348) 김재윤, 앞의 책, 171면 이하; 이상돈·김나경, 앞의 책, 166면 이하; 정현미, 앞의 보고서, 64면 이하.

사고에서도 과실로 업무상과실치사상죄의 책임을 지우려면 의료행위와 환자의 사망 혹은 상해 사이에 인과관계가 존재해야 한다. 의료사고의 과실판단에서도 형법상의 일반적인 인과관계이론과 객관적 귀속이론이 적용된다.[349]

2. 의료분쟁조정제도의 도입과 형사책임의 변화: 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 동 조항을 적용하지 않는다. 이러한 형사처벌특례제도는 형법상의 과실범 규정들과 교통사고처리특례법상의 형사처벌특례제도와 다음과 같은 점에서 차이를 보인다.

가. 형법상 과실범 규정과의 비교

1) 과실의 정도

우리 형법은 주의의무위반에 따라 과실범의 유형을 과실, 업무상 과실, 중과실로 구분하고 있다. 우선, 사람의 신체와 생명을 "과실"로 침해한 경우에는 과실치상죄(제266조)와 과실치사죄(제267조)로 처벌한다. 다음으로, "업무상 과실"과 "중과실"로 사람의 신체와 생명을 침해한 경우에는 이를 가중하여 처벌한다(제268조). 형법상 과실치상죄는 원칙적으로 반의사불벌죄에 속하지만, 업무상과실과 중과실로 상해의 결과를 초래한 경우에는 반의사불벌죄에 속하지 않는다. 형법상 의사에 의한 의료행위는 업무로 인한 행위에 속하므로 의료사고가 발생한 경우 "과실"만 인정되는 경우는 거의 없고, 보통 "업무상 과실"에 해당하여 업무상과실치상죄로 반의사불벌죄가 적용되지 않는다.

이에 반해, 의료분쟁조정법상의 형사처벌특례제도는 업무상과실치상죄에 대해 반

349) 인과관계이론에는 조건설, 합법칙적 조건설, 원인설, 상당인과관계설, 중요설 등이 있고, 객관적 귀속이론에는 위험창출이론, 위험실현이론, 회피가능성 이론, 규범의 보호목적론 등이 있다.

의사불벌을 인정한다. 이 때, “업무상 과실” 이외에 중과실도 동 제도의 적용을 받는지 여부가 문제될 수 있다. 형법 제268조가 업무상과실치상죄를 규정하면서 중과실과 업무상 과실을 동일한 법정형으로 규정하고 있기 때문이다. 그러나 업무상 과실과 중과실은 그 법적 성격이 전혀 다르므로 중과실이 동 제도의 적용을 받는다고 볼 수는 없을 것이다.[350]

2) 침해의 결과

우리 형법은 과실로 사람을 상해에 이르게 한 때, 그 상해의 정도가 경한지 중한지 상관없이 동일한 법정형을 부과하여 반의사불벌죄로 규정한다. 그러나 사망의 결과에 이른 때에는 이보다 중하게 처벌하고, 반의사불벌죄를 적용하지 않는다. 이에 반해, 의료분쟁조정법상의 형사처벌특례제도는 중상해를 제외한 업무상과실치상죄에 한해 반의사불벌죄를 적용한다. 다시 말해, 형사처벌특례제도는 “경상해”와 “중상해”를 구별하여 반의사불벌죄의 적용여부를 다르게 하고 있다.

나. 교통사고처리특례법상 형사처벌특례제도와의 비교

의료분쟁조정법상의 형사처벌특례제도는 교통사고처리특례법상의 형사처벌특례제도와 비교하여 그 요건과 적용범위를 다음과 같이 더 좁게 설정하고 있다.

1) 요건

교통사고처리특례법상의 형사처벌특례제도는 가해자, 즉 운전자가 종합보험 등에 가입되어 있거나(동법 제4조 제1항), 피해자가 처벌불원 의사를 명시적으로 표시한 경우(동법 제3조 제2항)에는 공소제기를 면할 수 있도록 하고 있다. 즉, 운전자의 종합보험 가입여부와 피해자의 처벌불원 의사표시를 선택적으로 규정한다. 이에 반해, 의료분쟁조정법상의 형사처벌특례제도는 조정이 성립된 경우(혹은 조정조서가 작성된 경우나 화해중재판정서가 작성된 경우)와 피해자의 처벌불원 의사표시를 중첩적으로 요구하고 있다.[351]

---

350) 최민영, 회복적 사법과 의료분쟁조정법상의 형사처벌특례제도, 형사정책연구 제23권 제2호, 2012, 145면.

351) 김재윤, 의료분쟁조정법상 형사처벌특례제도의 도입에 따른 형사책임의 변화, 의료분쟁조정

2) 과실의 정도

또한, 교통사고처리특례법상의 형사처벌특례제도는 업무상과실치상죄와 중과실치상죄 모두를 적용대상으로 하면서, 11개의 한정된 사유[352]에 한해서만 그 적용이 배제되는 것으로 하고 있다. 이에 반해, 의료분쟁조정법상의 형사처벌특례제도는 업무상과실치상죄에 한해서만 적용된다.[353]

3) 침해의 결과

교통사고처리특례법 제4조 제1항은 피해자가 "중상해"를 입은 경우, 가해차량이 종합보험 등에 가입되어 있으면 공소를 제기할 수 없도록 규정하고 있었다. 하지만, 이 규정에 대한 헌법재판소의 위헌결정[354] 이후, 교통사고처리특례법은 중상해가 발생한 경우 특례적용을 배제시켰다. 이것은 의료분쟁조정법에서도 중상해의 특례적용을 배제시키는 주요 근거가 되었다.[355] 그 결과, 현행 교통사고처리특례법과 의료분쟁조정법은 중상해의 결과에 대해서는 동일하게 특례적용을 배제하고 있다.

다. 형사처벌특례제도의 실효성 여부

의료분쟁조정법상 형사처벌특례제도는 의료인에 대한 특혜라는 비판을 고려하여 그 적용범위를 최소화하여 시행되었다.[356] 하지만, 동법의 조정과 중재 절차에 의료인의 적극적인 참여를 유도하기 위해 그 적용범위를 중과실치상죄까지 확대하고, 적용

과 형사책임 - 한국형사정책연구원 내부 워크숍, 2015.07.23., 발표문 내부자료, 3면 이하.

352) 교통사고처리특례법 제3조 제2항 단서.

353) 이백휴·이얼·최진우, 의료분쟁조정제도의 실효적 운영방안, 의료정책연구소, 2011, 100면; 한두희, 의료분쟁조정법 시행을 둘러싼 몇 가지 쟁점에 대한 고찰, 법조 제675호, 2012, 284면 이하.

354) 헌재 2009.2.26. 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.

355) 이백휴, 의료분쟁에 있어 형사처벌특례제도의 확대 필요성과 방안, 한국의료법학회지 제19권 제1호, 2011, 117면.

356) 이 제도는 수많은 찬반논쟁 끝에 도입되었다. 이러한 찬반논거에 대한 구체적인 내용으로는 오영근·김재봉, 의료과실에 있어 형사처벌특례 인정 여부에 관한 연구, 보건복지부, 2009, 109면 이하.

효과도 반의사불벌이 아니라 공소제기금지로 규정해야 한다는 주장도 제기된다.[357] 형사처벌특례제도가 필요한 제도인지, 그리고 그 적용범위와 효과의 확대가 필요한지는 동 제도가 현재 실효성 있는 제도로 기능하고 있는지에 대한 검토를 필요로 한다. 결론적으로 말하면, 아래와 같은 점들로 인해 형사처벌특례제도의 실효성은 현재 거의 미비해 보인다.

첫째, 형사처벌특례제도는 의료인의 적극적인 참여를 유도하기 위한 목적으로 도입되었다. 하지만, 지난 3년 동안의 조정·중재 처리현황과 조정·합의·중재 개시건수를 살펴보면, 조정·중재 신청과 개시건수는 예상과 달리 그다지 높지 않다.[358] 둘째, 의료분쟁조정법에 따라 조정, 합의, 중재가 성립하더라도 피해자는 성립결과에 불만족하면 공소제기에 반대의사를 표시하지 않을 수도 있다. 이렇게 되면, 조정성립 여부와 무관하게 의료사고는 업무상과실치상죄로 처벌이 가능해진다. 현재, 조정중재원에서 조정 등이 성립한 경우, 피해자가 처벌불원의 의사표시를 했는지에 대한 통계는 존재하지 않는다. 하지만, 아래의 표를 보면 형사처벌특례제도 도입 전후를 비교할 때, 업무상과실치상죄 공소제기 건수가 그다지 큰 변화가 없었음을 추측할 수 있다.[359] 셋째, 형사처벌특례제도를 중과실치상죄로까지 확대하면, 그 실효성을 높일 수 있다는 주장이 있다. 하지만, 실제로 의료인은 의료과실에 대해 업무상과실치상죄나 과실치사죄로 기소되지 중과실치상죄로 기소된 예는 거의 없다.[360]

---

357) 이백휴·이얼·최진우, 앞의 보고서, 106면 이하; 한두희, 앞의 논문, 289면 이하.

358) 앞의 제2장 표.11을 참조하면, 조정·중재 처리현황은 2012년 385건, 2013년 1304건, 2014년 1851건이고, 이 중 조정·중재가 개시된 건수는 2012년 112건, 2013년 462건, 2014년 827건이다. 이것은 조정중재원이 전체 의료분쟁 발생건수를 연간 3만 건으로 계상했을 경우 의료분쟁조정 신청이 약 20%인 연간 6,000여 건에 이를 것으로 예상한 것에 훨씬 못 미친다. 이에 대해서는 이상영 외, 의료분쟁조정중재제도 활성화를 위한 정책과제와 대책, 한국보건사회연구원, 2012, 29면.

359) 아래 통계에는 업무상과실치상죄 이외에 중과실치상죄, 업무상과실치사죄가 모두 포함되어 있어 정확한 수치를 나타내고 있지는 않다. 하지만, 간접적인 추측은 가능하다.

360) 김재윤, 앞의 발표문, 6면 이하. 법원도서관의 판례검색 시스템 '법고을 LX'에 중과실치상죄로 검색을 하면, 그동안 중과실치상죄로 유죄가 선고된 건수는 총 13건이다. 이 중 의료인이 중과실치상죄로 유죄가 선고된 것은 단 1건에 불과하다.

〈표 5-3-1〉 과실치사상죄 형사공판사건 제1심 판결[361]

단위 : 건

내용 \ 연도	2010	2011	2012	2013
과실치사상의 죄*	827	818	878	983
공소기각	19	24	22	31

* 과실치사상의 죄는 과실치상죄(형법 제266조), 과실치사죄(형법 제267조), 업무상과실·중과실치사상죄(형법 제268조)를 말함.

라. 형사처벌특례제도 도입에 따른 형사책임의 변화

1) 회복적 사법이념의 구현?

형사처벌특례제도는 조정, 합의, 중재를 요건으로 가해자가 피해자에게 피해를 배상해주어 당사자 간의 분쟁을 해결하도록 돕기 때문에 회복적 사법이념이 구현된 제도로 볼 수도 있다. 만약, 동 제도를 통해 금전적인 배상 이외에 양 당사자 간에 진정한 사과와 용서가 이루어진다면, 더할 나위 없을 것이다. 하지만, 앞서의 논의에서 보았듯이, 의료분쟁조정법상 의료분쟁조정제도의 운영방식과 내용은 회복적 사법 프로그램과는 다소 다르다. 의료분쟁조정제도 속에 회복적 사법이념이 구현되려면, 피해의 산정과 회복이라는 결과보다는 당사자 간의 주관적인 갈등을 해소하는데 중점을 두어야 한다. 그러나 현행 의료분쟁조정제도는 가해자를 통한 피해의 금전적 배상에 무게를 두고 있다. 형사처벌특례제도도 이러한 의료분쟁조정제도의 하나로서 이러한 비판으로부터 자유로울 수는 없다. 따라서 현행 형사처벌특례제도가 회복적 사법이념이 구현된 제도로서 기존의 형사책임을 변화시키고 있다고 단정 지을 수는 없을 것이다.[362]

2) 형사책임의 민사책임화

형사처벌특례의 혜택으로 인해 피해자의 피해배상을 강조하면, 피해배상이 업무상과실치상죄라는 범죄유형에 대한 법적 효과로 인정될 수 있다. 이것은 이 범위 내에서 가벌적 법익침해에 대한 형사책임이 민사상 손해배상책임으로 전환되는 결과를 낳는다. 즉, 의료인이 범한 업무상과실치상죄의 형사책임이 민사책임으로 흡수되고, 업무

361) 사법연감, 2010~2013.
362) 이러한 주장으로는 류부곤, 앞의 논문, 36면 이하; 이백휴·이얼·최진우, 앞의 보고서, 103면; 최민영, 앞의 논문, 146면; 황만성, 앞의 발표문, 1면 이하.

상과실치상이라는 불법행위에 대한 형벌을 국가가 부과하지 않고, 의료분쟁 당사자의 사적 처리를 통해 해결함으로서 이 범위 내에서 형법의 독자성은 사라지게 된다.[363]

3) 과실범 이론의 공동화

형법은 원칙적으로 고의범을 처벌하며(제13조), 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한해 예외적으로 과실범을 처벌하고(제14조), 그 형벌도 고의범에 비해 현저히 가볍다.[364] 하지만, 현대산업사회에서 생명·신체와 같은 법익은 고의보다는 과실에 의해 침해되는 경우가 빈번하기 때문에 형법이론에서 과실범의 중요성은 더욱 강조되고 있다. 의료분쟁조정법상의 형사처벌특례제도는 이러한 과실범 중 업무상과실치상죄에 대해 과실범 처벌의 특례를 둔 규정이다. 그런데 이러한 형사처벌특례제도의 도입 이전에 우리 형법은 의료사고에서 의료인의 과실책임을 제한하기 위하여 주의의무위반의 판단기준으로 재량성, 허용된 위험의 법리, 신뢰의 원칙이라는 과실범 이론을 발전시켜 왔다. 따라서 이러한 과실범 이론을 적용시키기도 전에 당사자 간의 합의에 따른 처벌불원의 의사표시만 있으면, 공소제기를 할 수 없도록 한 형사처벌특례제도는 과실범이론의 발전을 저해하고 이를 공동화시킬 수 있다.[365]

4) 의료인에 대한 형사책임의 완화

형사처벌특례제도가 도입되면서 수많은 찬반논의가 있었지만, 결론적으로 이 제도는 의료인이라는 특정 직업군에 한해 형사책임을 특별히 완화하고 있는 듯 보인다. 물론, 의료행위의 특수성, 즉 재량성과 위험성은 고려되어야 한다. 하지만, 이것은 과실범의 주의의무위반 단계에서 고려하면 될 문제이지, 특정 직업군에 대해 예외적인 형사처벌특례제도를 도입하는 방식으로 해결할 문제는 아니다.

이와 관련하여 교통사고처리특례법상의 형사처벌특례제도와 동 제도가 비교되곤 한다. 하지만, 교통사고처리와 관련한 형사처벌특례제도는 누구나 잠재적 교통범죄자가 될 수 있다는 점, 교통량의 급격한 증대와 잠재적 사고가능성이 증대하고 있다는

---

363) 김재윤, 앞의 발표문, 8면.

364) 형법은 과실범으로 실화죄(제170조), 과실폭발성물건파열등죄(제173조의2), 과실일수죄(제181조), 과실교통방해죄(제189조 제1항), 과실치사상죄(제266조, 제267조, 제268조), 과실장물취득죄(제364조)를 규정한다.

365) 김재윤, 앞의 발표문, 9면 이하.

점, 경미한 대물교통사건까지 포함하여 이들 모두 형사범화할 때 발생하게 되는 형사사법기관의 업무부담 가중과 심리부실화가 우려된다는 점을 고려하여 경미한 교통사고의 소송법적 해결을 통하여 비범죄화 효과를 달성하려고 도입된 것[366]이지 특정 직업군의 특수성만을 고려하여 도입된 것은 아니다.[367] 따라서 의료분쟁조정법상의 동 제도와 교통사고처리특례법상의 형사처벌특례제도를 동일한 기준에서 판단하는 것은 무리라고 보인다.

366) 박미숙, 교통사고처리특례법의 문제점과 개선방향, 형사정책연구 제15권 제3호, 2004, 236면 이하.
367) 김재윤, 앞의 발표문, 11면.

제6장

KOREAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY

결론: 의료사고에 대한 분쟁조정과 형사제재의 합리적인 방안

최 민 영

제6장

결론: 의료사고에 대한 분쟁조정과 형사제재의 합리적인 방안

제1절 의료분쟁에 대한 조정과 기존 형사제재의 개선방안

1. 임의적 조정전치주의

현행 의료분쟁조정법은 조정절차를 거치지 않고도 소송을 제기할 수 있도록 함으로서 임의적 조정전치주의를 택하고 있다. 다만, 조정신청 이후 당사자가 소송을 제기한 경우에는 조정신청이 각하된다. 조정제도의 실질화를 위해 필요적 조정전치주의를 주장하는 견해도 있다.[368] 그러나 조정과 소송은 당사자가 임의로 선택할 수 있어야 한다. 이것이 조정의 자율성을 확보하는 기초인 동시에 당사자가 신속하게 재판을 받을 권리를 보장받을 수 있는 기반이다. 즉, 원칙적으로 조정은 당사자들의 동의를 전제로 이루어져야 하고, 조정결과는 강제적인 구속력을 지니지 않고, 이후의 소송결과에 영향을 미치지 않아야 한다. 이러한 관점에서 현행 조정절차의 조정위원에 현직 법관이 필수적으로 포함되도록 하고 있는 것은 재고를 요한다. 이후에 소송이 제기된다면, 소송결과에 영향을 미치지 않으리란 보장이 없기 때문이다. 동일한 관점에서 감정절차에 현직 검사가 감정위원으로 참여하고, 감정관련 조사과정에서 비협조적인 당사자에게 형사제재를 가하도록 한 점 역시 크게는 임의적 조정전치주의의 기본취지에 부합하지는 않을 것이다.

---

368) 이외에도 필요적 전치주의는 조정신청절차만 거치면 감정단이 의료과실 유무를 조사하기 때문에 신청인의 비용부담이 없어 불필요한 사회적 경비를 감소시키고, 소송절차가 끝날 때까지 장기간 기다리는 대신에 조정을 통해 조기에 판단 받을 수 있고, 전문조정위원들의 지식을 활용할 수 있는 장점을 가진다고 한다. 더 자세히는 신현호, 보건복지가족위원회 의료분쟁조정관련 법안 공청회 자료집, 2007, 39면 이하.

2. 의료분쟁조정의 자율성 확보

의료분쟁조정법에 따른 의료분쟁조정은 전문가의 감정결과와 이에 대한 규범적 판단이 종합적으로 고려되어 조정결과가 도출된다. 이 과정에서 당사자 상호간에 충분한 대화와 이해, 설명이 이루어질 수 있는 절차와 제도는 마련되어 있지 않다. 심지어, 현행 의료분쟁조정의 주체는 의료인과 환자라기보다는 감정과 조정절차를 이끌어가는 감정위원과 조정위원인 것처럼 보이기도 한다. 즉, 현재의 조정절차에는 조정의 결과도출에 당사자가 직접 참여할 수 있는 제도가 마련되어 있지 않다. 분쟁의 조정은 의료과실을 기존의 규범의 틀에 맞추어 재단하고, 이에 기초하여 도식적으로 산정된 금전적인 배상을 한다고 해서 해결되는 것은 아니다. 당사자 간의 자율적인 대화를 통해 상호간에 진정한 이해가 이루어질 때 비로소 해결된다고 볼 수 있다. 현행 조정절차에 이러한 제도가 마련될 수 있도록 해야 하고, 조정을 돕는 조정위원들 역시 이러한 조정능력을 갖추고 조정을 중재해야 할 것이다.

제2절 의료분쟁조정법의 쟁점검토 및 개선방안

1. 조정중재원의 조정제도

의료사고에 대한 조정중재원의 조정이 기존의 조정제도와 가장 다른 점은 의료사고 감정단과 의료분쟁조정위원회를 두어 “감정”과 “조정”을 이원화시키고 있는 것이다.

가. 감정

1) 의료사고감정단 (이하, “감정단”)

가) 감정단의 업무 및 감정위원의 구성

감정단은 의료사고에 대한 사실관계를 규명하는 기관이고, 이를 위해서는 전문적인 의학지식을 바탕으로 사실관계를 규명하는 작업이 필요하다. 그런데 현재 감정부는 의료인과 법조인을 각 2명씩 포함시켜 사실조사 뿐만 아니라, 과실의 유무 및 인과관

계의 존부까지 규명하도록 하고 있다. 하지만, 과실과 인과관계 판단은 규범적인 판단으로서 조정절차에서 조정위원이 중재역할을 할 때, 당사자의 관심사에 따라 적절히 이에 대한 판단을 하도록 하는 것이 더 바람직하다. 이렇게 될 때 당사자의 관심사에 부합하도록 적절한 조정이 이루어질 수 있을 것이다. 만약, 이렇게 감정단의 업무가 한정된다면, 현재처럼 법조인 2명을 감정위원으로 구성하는 방식도 재고를 요한다.[369]

나) 감정위원의 증원 및 전문성 확보

의료분쟁조정법에서는 감정단을 50명 이상 100명 이내의 감정위원으로 구성하도록 하고 있다. 감정위원 중 의료인의 비율은 40%(5명 중 2명)이므로 100명의 감정위원을 구성하더라도 의료인의 숫자는 40명이다. 그런데 현재 의료 전문 과목이 40개 넘게 세분화되어 있는 상황에서 이 숫자는 턱없이 부족하다. 따라서 전문과목별로 의료인 출신의 감정위원을 확보할 필요가 있다. 전문 과목 당 의료인 감정위원을 2-3명으로 구성하려면, 적어도 감정위원을 100-200명으로 상향 조정할 필요가 있다.[370]

2) 감정절차

가) 탄력적인 운영

의료분쟁조정법은 모든 사건에 대해 5명의 감정위원으로 구성된 감정단의 감정절차를 거치도록 하고 있다. 하지만, 명백한 의료과실에 대해서는 감정이 필요하지 않거나 의료인 측이 이에 대해 다투지 않는 경우에도 감정은 필요하지 않다. 또한, 진료기록감정이 필요하지 않은 사건에서도 감정은 생략할 수 있고, 사안이 단순한 사건은 1인의 단독 감정부에서도 신속한 감정이 가능하다. 효율적인 제도 운영을 위해 간이감정절차에 대한 규정을 의료분쟁조정법에 신설할 필요가 있다.[371]

---

369) 신은주, "의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률"에 있어서 조정제도 및 향후전망, 한국의료법학회지 제19권 제1호, 2011, 143면 이하; 신현호·백경희, 현행법상 의료분쟁에 있어서 당사자 신청의 소송 대체 분쟁해결제도: 의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률을 중심으로, 법학평론 제3권, 2012, 210면 이하; 이백휴, 「의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률」상 감정제도의 문제점과 개선방안, 법과 정책연구 제11집 제4호, 2011, 1280면.

370) 최장섭, 의료분쟁조정제도 운영상의 문제점 및 개선방안, 의료법학 제15권 제2호, 2014, 106면; 황승연, 의료분쟁조정제도 운영에 따른 문제점 및 개선방안, 의료법학 제14권 제1호, 2013, 93면; 현두륜, 의료분쟁조정법 시행에 따른 성과와 과제, 의료법학 제14권 제1호, 2013, 139면.

371) 최장섭, 앞의 논문, 109면; 황승연, 앞의 논문, 92면.

나) 벌칙의 적용

감정단은 사실조사에 있어 적극적인 조사활동을 할 수 있다. 만약, 출석요구, 자료제출 요구 등에 응하지 아니하면 과태료 부과처분이나 벌금 부과처분을 받을 수 있다. 감정단의 이와 같은 권한은 실질적으로 영장 없는 압수수색을 가능케 하는 강력한 것이다. 하지만, 자율적인 분쟁해결제도인 조정절차에서 벌칙을 통해 조정에 협조할 것을 강제하는 것은 적절치 않아 보인다. 당사자의 자율적인 의사를 존중하여 벌금부과의 형사 처벌규정은 삭제하고, 피신청인의 비협조적인 태도에 대해서는 사실인정 등의 과정에서 불이익을 주는 방법으로 제재를 가할 수 있을 것이다.[372]

다) 소송절차에의 원용 방지

환자는 소송에서의 입증부담을 덜기 위해 조정중재원에 조정신청을 하여 감정을 통해 사실관계를 파악한 이후, 조정신청을 철회하고 소송을 제기할 가능성이 있다. 뿐만 아니라, 조정이 성립되더라도 소송을 제기할 수 있기 때문에 감정 및 조정절차에서 행한 증거들이 이후의 소송에서 원용될 가능성이 있다. 이렇게 되면, 조정절차에서 당사자들은 허심탄회한 진술과 적절한 증거들을 제출하지 않게 될 것이고, 이것은 실질적인 감정과 조정이 이루어지는 것을 방해하게 될 것이다. 뿐만 아니라, 처음부터 환자는 조정절차를 증거 수집을 위한 수단으로 악용할 수도 있다. 의료분쟁조정법에서는 조정절차에서 행한 분쟁당사자의 의견진술을 소송에서 원용할 수 없도록 하고 있다. 이러한 진술의 원용제한과 같이 물적 증거에 대해서도 원용을 제한하는 규정이 필요하다.[373]

나. 조정

1) 의료분쟁조정위원회 (이하 “조정위원회”)

가) 조정위원회의 구성

조정위원회는 조정위원으로 의료인, 소비자대표, 학자가 각각 1명, 법조인 중에서 2명으로 총 5명으로 구성되어 있다. 이렇게 산술적으로 인원을 배분한 것은 각 분야의

372) 이백휴, 앞의 논문, 11면; 최장섭, 앞의 논문, 110면.
373) 신은주, 앞의 논문, 153면; 이백휴, 앞의 논문, 16면 이하.

전문가를 통해 객관적이고 공정한 조정이 이루어질 수 있도록 하기 위함이다. 하지만, 조정위원은 각 분야의 전문성뿐만 아니라, 조정능력 자체가 중요하기 때문에 이러한 산술적 배분이 조정제도에 적합할지는 재고를 요한다. 또한, 조정부는 조정부의 장을 포함한 조정위원 과반수의 출석과 출석위원 과반수의 찬성으로 의결하도록 되어 있다. 하지만, 조정이 당사자의 자율성을 기초로 이루어지는 제도임을 감안할 때, 조정위원들의 주도적인 진행보다는 당사자들이 조정절차에 적극적으로 참여할 수 있는 방안을 모색해야 할 것이다.[374]

나) 조정위원의 증원 및 전문성 확보

조정위원의 정원은 비상임으로 50명 이상 100명 이내로 구성된다. 하지만, 실제 5명으로 구성된 조정부를 구성할 때, 비상임 조정위원들이 고유 업무로 인해 조정기일에 참여할 수 없어 조정부를 구성하기 어려울 때가 많다. 이러한 경우에 대비하여 조정위원의 정원을 증원할 필요가 있다.[375] 또한, 조정은 조정위원 각 분야의 전문성만큼, 아니 그보다 더 조정업무 자체를 수행할 수 있는 조정능력이 더 중요하다. 하지만, 의료분쟁조정법은 조정위원들이 조정이나 중재를 위한 전문성을 갖추기 위한 어떠한 제도도 마련하고 있지 않다. 전문적인 조정위원 양성을 위한 제도와 교육과정 마련을 위한 규정이 신설되어야 할 것이다.[376]

다) 조정위원의 선택가능성

조정중재원에 조정신청이 되면 위원장은 관할 조정부를 지정하여 사건을 배당한다. 하지만, 소송이나 중재에 비해 조정은 당사자들의 자율성을 존중하는 장점을 가진 제도임을 감안할 때, 조정절차를 당사자들이 어느 정도 통제하는 방안이 모색되어야 한다. 이러한 측면에서 분쟁을 해결할 조정위원을 조정중재원 뿐만 아니라, 당사자가 조정위원들 중에서 직접 선택할 수 있도록 하는 방안도 고려할 만하다. 예를 들어, 우선 당사자가 조정위원이나 조정부를 선택하도록 하고, 이를 하지 않은 경우에 한해 위원장이 조정부를 지정하는 방법도 있다.[377]

---

374) 신은주, 앞의 논문, 141면 이하.
375) 황승연, 앞의 논문, 90면.
376) 신은주, 앞의 논문, 151면.
377) 신은주, 앞의 논문, 150면 이하.

2) 조정절차

가) 조정 이전의 상담절차

조정중재원은 의료분쟁을 신속·공정하고 효율적으로 해결하는 것을 목적으로 한다. 이를 위해서는 상담업무도 중요하다. 의료사고 발생 이후, 초기에 환자가 어떤 상담을 받느냐에 따라 그 선택이 달라질 수 있기 때문이다. 조정 신청 이전에 당사자들이 납득할 수 있도록 충분히 상담을 하고, 조정대상이 되는 분쟁과 그렇지 않은 분쟁을 구분하여 조정의 필요성이 있는 사건이 신청되도록 할 필요가 있다.[378]

나) 피신청인의 동의로 인한 개시

의료분쟁조정법은 피신청인이 조정신청서를 송달받은 날로부터 14일 이내에 조정절차에 응하겠다는 의사를 조정중재원에 통지해야 조정절차가 개시되는 것으로 하고 있다. 이 규정으로 인해 조정신청 사건 중에 실제로 조정이 개시되는 사건은 많지 않고, 조정제도의 무용성에 대한 논의까지 일고 있다. 하지만, 일방의 신청으로 조정절차가 개시되면 자율적인 분쟁해결제도인 조정의 근본취지에 부합하지 않는다는 반론이 있을 수 있다. 그래서 피신청인의 동의로 인한 개시규정을 삭제하고, 14일 이내에 조정절차에 참여하지 않겠다는 의사를 통지하지 않으면 동의하는 것으로 간주하는 내용으로의 개정이 필요하다는 견해도 있다.[379] 하지만, 대부분 의료분쟁조정의 신청은 환자 측이 한다는 점에서 이 규정은 환자 측에 제도이용의 기회를 원천적으로 봉쇄하는 규정일 수 있다. 게다가 피신청인은 조정이 개시되더라도 조정절차의 과정에서 본인이 원치 않는 조정의 결과에 대해 부동의 표시를 할 수 있다. 이 규정은 삭제되는 것이 바람직할 것으로 보인다.[380]

다) 대리인의 범위

의료분쟁조정법에서는 당사자인 법인의 임직원을 대리인으로 선임할 수 있다. 이것은 보건의료기관개설자인 법인을 말한다. 하지만, 개인이 운영하는 보건의료기관은 이에 해당하지 않아 조정절차의 당사자가 되는 경우, 해당 의료인이 직접 조정절차에

---

378) 신은주, 앞의 논문, 154면; 현두륜, 앞의 논문, 136면.
379) 최장섭, 앞의 논문, 99면 이하; 현두륜, 앞의 논문, 135면.
380) 이동학, 앞의 논문, 476면; 황승연, 앞의 논문, 96면 이하.

참석하여야 하므로 의료 업무에 큰 지장을 초래할 수 있다. 따라서 대리인의 범위를 해당 보건의료기관의 임직원으로 확대할 필요가 있다.[381]

라) 탄력적인 운영

의료분쟁조정법은 모든 사건에 대해 5명으로 구성된 조정위원회의 조정을 거치도록 하고 있다. 하지만 환자 측이 주장하는 손해가 경미하거나 단순한 사안은 효율성 측면에서 조정위원회의 수나 구성을 탄력적으로 운영하는 것이 필요하다. 또한, 앞의 언급처럼 굳이 감정이 필요하지 않은 사안에 대해서는 감정절차를 거치지 않고 바로 조정절차가 진행될 수 있도록 절차를 간소화하는 것이 바람직할 것이다.[382] 의료분쟁조정법에 이에 대한 규정을 신설하는 방안을 고려할 필요가 있다.

마) 감정 및 조정 기간

감정부는 조정신청이 있는 날부터 60일 이내(1회에 한해 30일 연장 가능)에 감정서를 작성하여 조정부에 송부하여야 하며, 조정부는 조정신청이 있는 날부터 90일 이내(1회에 한해 30일까지 연장 가능)에 조정결정을 해야 한다. 결국 최대 120일 이내에 조정절차는 마무리되어야 한다. 그러나 의료분쟁조정법에 규정된 감정과 조정기간은 너무 짧다. 게다가 실무상 신청서가 접수되고 처리된 이후, 피신청인에게 송달되고 다시 14일의 기간이 소요되면 감정절차가 시작되는 시점은 신청서가 접수된 이후 20여 일이 지난 시점이다. 따라서 감정과 조정 기간을 각각 연장하고, 조정기간이 도과되었을 경우, 조정기간 관련 규정의 효력을 어떻게 볼 것인지에 대한 법개정이 필요하다.[383]

2. 손해배상금 대불제도

가. 법적 성격

손해배상금 대불제도에서는 대불에 필요한 비용을 “보건의료기관개설자”가 부담하도록 하고 있다. 이러한 대불비용의 법적 성격에 대하여는 조세, 예치금, 부담금 등으

381) 황승연, 앞의 논문, 94면.
382) 황승연, 앞의 논문, 89면 이하; 현두륜, 앞의 논문, 137면.
383) 대체적 분쟁해결제도의 취지에 비추어 조정기간이 도과되면 조정불성립으로 볼지, 아니면 훈시규정으로 보고 당사자 동의 하에 연장이 가능한지에 대한 논의가 필요하다. 신은주, 앞의 논문, 148면; 신현호·백경희, 앞의 논문, 212면 이하; 현두륜, 앞의 논문, 140면 이하.

로 보는 견해가 있을 수 있다. 현재 대불비용은 사용목적이 손해배상금 대불에 한정되어 있고, 부과대상자도 보건의료기관개설자로 한정되어 있어 조세로 보기는 어렵다. 또한, 대불비용은 예치금으로서의 성격도 가지고 있지만, 현행 의료분쟁조정법에는 예치금 관리에 대한 규정도 없기 때문에 예치금으로도 보기 어렵다. 결론적으로, 손해배상금 대불의 재원을 보건의료기관개설자에 한해 징수한다는 점에서 대불비용을 특별 부담금의 일종으로 보는 견해가 많다.[384]

이렇게 대불비용을 특별 부담금으로 본다면, 대불비용 부과는 재산권을 제한하게 되기 때문에 부담금 부과요건 등의 주요사항은 법률에 규정되어 있어야 한다. 하지만, 의료분쟁조정법은 징수주체와 부과방법만 규정하고 있고, 구체적인 금액, 납부방법 및 관리 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 위임하고 있다(동법 제47조 제2항).[385]

나. 재원부담 주체 및 방법

특별 부담금은 국민 중 일부가 추가적으로 부담하는 별도의 공과금이다. 따라서 형평성과 평등원칙에 반하지 않아야 한다. 이 제도의 당사자에는 보건의료기관개설자 뿐만 아니라 보건의료인, 환자도 포함된다. 하지만, 부담금 부과를 보건의료기관개설자에 한정시킨 것은 평등원칙에 반할 수 있다. 뿐만 아니라, 의료사고를 야기한 자와 손해배상 책임을 지는 자가 다르기 때문에 자기책임의 원리에 반할 수도 있다.[386] 또한, 재원부담 방법과 관련하여 대불비용의 산정기준과 방법, 부과 요율 등은 법률을 통해 규정하는 것이 타당하다. 하지만, 이에 대한 사항은 현재 의료분쟁조정법 시행령 제27조에서 규정하고 있다.

---

384) 더 자세히는 김봉철, 공법적 시각에서 본 의료분쟁조정법, 토지공법연구 제57집, 2012, 394면; 이백휴, 의료분쟁조정법상 손해배상금 대불제도의 문제점과 개선방안, 의료법학 제12권 제2호, 2011, 167면; 장창민, 의료분쟁조정법상 손해배상금 대불제도에 관한 일고, 법학연구 제34집, 2011, 223면; 정영철, 손해배상대불금에 대한 헌법적 정당성 검토, 한국의료법학회지 제20권 제1호, 2012, 36면 이하; 최장섭, 앞의 논문, 116면.

385) 이백휴, 앞의 논문, 174면. 이에 대해 헌법재판소는 법률유보원칙과 포괄위임입법금지 원칙에 반하지 않는다고 보고 있다(헌재 2014.4.24. 2013헌가4).

386) 이백휴, 앞의 논문, 176면 이하.

다. 대불의 대상

의료분쟁조정법은 대불의 대상에 동법에 따른 조정, 중재, 합의가 성립된 경우 이외에도 소비자원에 의해 조정이 성립된 경우, 법원에 의해 금원지급을 명하는 집행권원을 작성한 경우까지 포함시키고 있다. 하지만, 한국소비자원과 조정중재원의 조정의 성격이 같다고 볼 수 없는 점, 법원에 의한 판결은 당사자가 간의 자율적 의사로 결정되지 않고 손해배상액이 높다는 점 등을 고려할 때, 의료분쟁조정법을 통해 조정, 중재, 합의가 이루어진 경우로 그 대상을 한정시키는 것이 바람직하다. 또한, 이것이 조정을 통한 분쟁해결이라는 입법목적에 부합하고, 조정중재원의 조정제도를 활성화시키는 데에도 기여할 수 있다. 그렇지 않을 경우, 이 제도는 의료분쟁조정법에 의한 절차보다 다른 절차에 의해 더 많이 활용되어 조정중재원이 "채무변제를 위한 제3자"로 전락할 수도 있다.[387]

라. 대불의 절차

의료분쟁조정법에는 조정금 지급을 얼마나 지체해야 대불청구를 할 수 있는지에 대한 규정이 없다. 그래서 환자는 조정결정문에 기재된 변제시기를 도과하면 곧바로 대불청구를 할 수 있다. 하지만, 피해자는 대불청구 이외에 강제집행을 별도로 할 수 있다. 따라서 피해자가 각 집행권원에 따른 절차를 사전에 거쳐서 변제받지 못한 경우에 한하여 대불제도를 이용할 수 있도록 하는 것이 바람직하다.[388]

마. 기타: 무자력 대불금의 경우

만약, 조정중재원이 보건의료기관개설자로부터 대불금을 회수하지 못한 경우, 즉 해당기관이 변제 자력이 없는 경우 이로 인한 손실을 어떻게 할 수 있는지에 대한 대안은 현재 없다. 조정중재원이 국민건강보험공단으로부터 의료인에게 지급할 요양급여비용을 대불금으로 상계 처리할 수는 있다. 하지만, 의료인이 보험급여와는 무관

387) 이동학, 앞의 논문, 478면; 이백휴, 앞의 논문, 179면 이하; 장창민, 앞의 논문, 234면 이하; 전병남, 의료분쟁조정법안(약칭)의 민사법적 고찰, 의료법학 제11권 제1호, 대한의료법학회, 2010, 50면.

388) 이백휴, 앞의 논문, 182면; 전병남, 앞의 논문, 49면.

한 비급여 대상을 진료하여 공단으로부터 지급받을 요양급여비용이 없는 경우에는 환자의 손실을 피할 수는 없다.[389] 이에 대한 대안이 필요할 것으로 보인다.

3. 불가항력 의료사고 보상제도

가. "불가항력"의 개념

불가항력 의료사고의 보상이 되려면, "충분한 주의의무를 다하였음에도 불구하고 불가항력적으로 발생한 의료사고"여야 한다. 이때, "불가항력"의 해석과 관련하여 다음과 같이 견해가 나뉜다. 우선, 무과실 의료사고와 불가항력 의료사고를 구별하여 전자가 후자를 포함한다고 보는 견해가 있다. 즉, 불가항력 의료사고는 무과실 의료사고의 한 유형이라는 것이다.[390] 다음으로, 양 자를 구별하지 않고, 동일한 의미로 해석하는 견해가 있다. 이 견해는 민법에서 채무불이행이나 불법행위를 규율할 때, 불가항력이라는 개념이 없고, 의료분쟁조정법에서 불가항력에 대한 정의규정을 두고 있지 않다는 점 등을 그 근거로 내세운다.[391]

만약 첫 번째 견해처럼 양자를 구분하면, 보상이 가능한 의료사고의 범위가 지극히 협소해져 피해자를 보호하기 어렵게 된다. 따라서 명확한 근거 없이 불가항력의 개념을 엄격하게 해석할 필요는 없을 것으로 보인다. 즉, 불가항력은 무과실과 동일한 의미로 해석해도 무방하다.[392]

---

389) 전병남, 앞의 논문, 49면.

390) 이 견해는 불가항력과 무과실을 다음과 같이 구분한다. 무과실은 진료 시술상의 무과책성, 소극적 요건 표지를 말하고, 불가항력은 천재지변 등의 사유, 적극적 요건 표지를 말한다. 이 때, 무과실과 불가항력은 중복되는 측면들이 있고, 무과실의 개념 폭이 불가항력보다 더 넓다고 한다. 이에 대해서는 백경희·안법영, 분만 의료사고에 대한 보상사업 – 의료사고 피해 구제 및 분쟁조정 등에 관한 법률 제46조에 관하여, 의료법학 제12권 제2호, 2011, 22면; 황승연, 앞의 논문, 110면. 다른 한편에서는 무과실과 불가항력을 준별하더라도 무과실 의료사고는 내적사유, 즉 의료인의 의료행위에 의한 것을 말하고, 불가항력적 사고는 외적 사유에 의한 것을 말한다고 보기도 한다. 이에 대해서는 이호용, 불가항력적 의료사고에 대한 국가보상의 공법적 검토, 의료법학 제11권 제1호, 2010, 63면.

391) 한두희, 앞의 논문, 271면.

392) 박지용, 의료분쟁조정법상 의료사고 보상사업의 법정책 방향에 대한 소고 – 보상요건, 절차 및 재원을 중심으로, 법학논총 제30집, 2013, 11면; 최장섭, 앞의 논문, 112면 이하.

나. 보상의 법적 성격

동 제도를 통해 피해자는 의료인의 과실이 없는 경우에도 보상을 받을 수 있다. 이때, 이 제도는 사회보장적 차원에서 보상금을 지급함으로서 산모나 뇌성마비 환아 및 가족에게 안정적인 지원 대책을 마련하는 것을 그 목적으로 하고 있다. 즉, 동 보상제도는 사회보장적 성격을 갖는 사회보장제도로 볼 수 있다. 따라서 의료분쟁조정법 제46조의 보상사업은 국가가 국민의 보건권과 건강권을 확대·강화하려는 입법적 정책의 결과로 보아야 할 것이다. 즉, 분만사고와 관련하여 피해자 측은 국가에 대해 보상을 요구할 개인적 공권을 가진다.[393]

다. 헌법적 문제점

현재 동 제도의 보상사업에 필요한 재원은 국가가 70%, 의료기관 개설자가 30%를 부담하고 있다. 하지만, 보상제도의 법적 성격을 사회보장제도로 보고, 이에 대한 재원을 국가가 부담해야 하는 것으로 본다면, 분만 실적이 있는 의료기관의 개설자가 합리적 근거 없이 이를 부담하는 것은 문제가 있다고 보인다. 이것은 분만의료인의 직업의 자유[394]와 일반적 평등원칙[395]을 침해할 가능성이 있다.[396] 만약, 동 제도를 계속 유지하고자 한다면, 분만의료인의 보상의무를 폐지하고 국가가 보상사업의 재원을 마련하는 방안을 강구해야 할 것이다. 또한, 분만과 관련한 의료사고 뿐만 아니라, 다른 의료사고에도 동 제도를 확대하는 방안도 고려할 만하다.

---

393) 김봉철, 앞의 논문, 390면; 박지용, 앞의 논문, 184면 이하; 백경희·안법영, 앞의 논문, 19면; 최장섭, 앞의 논문, 115면.

394) 헌법 제15조는 직업선택의 자유를 보장하고 있고, 이것은 직업의 자유를 말한다. 직업의 자유에는 직업수행의 자유도 포함된다. 이에 대해서는 권영성, 헌법학원론, 2010, 574면.

395) 동 제도는 산부인과의사와 비산부인과의사, 그리고 산부의과 의사 중에서도 분만의사와 비분만의사를 차별하는 내용을 담고 있다.

396) 김봉철, 앞의 논문, 391면 이하; 전광석, 의료분쟁조정법상 의료사고보상사업의 헌법적 쟁점, 의료법학 제13권 제1호, 2012, 327면; 한편, 헌법재판소는 동 조항과 관련한 헌법소원심판에서 청구인의 기본권이 직접 침해되지 않는다는 이유로 심판청구를 각하하였다(헌재 2014. 3.27. 2012헌마590).

라. 보상사업의 재원마련 방안

동 제도의 사회보장적 성격을 고려하면, 보상사업에 필요한 재원은 원칙적으로 국가가 부담하는 것이 타당할 것이다. 이외에도 국가가 대부분을 부담하면서 일정 부분은 보건의료개설자가 아닌 산모 측이 소정의 보험료를 통하여 충당하는 방식도 고려할 수 있다.[397]

4. 형사처벌특례제도

동 제도는 앞 장의 논의처럼, 의료인의 의료과실로 중상해의 결과를 제외한 상해의 결과가 발생했을 때, 피해자의 처벌불원 의사표시가 있으면 조정·중재·합의된 사건에 대해 "업무상과실" 치상죄에 한하여 형사처벌의 특례를 인정하고 있다. 이러한 제도와 관련하여 일부에서는 업무상과실 이외에도 중과실까지 특례의 범위를 확대하고, 반의사불벌에서 공소제기금지로 그 법적 효과를 확대하자는 주장이 있다. 하지만, 실제 현실에서 의료분쟁조정법을 통한 조정·중재 신청 및 개시사건이 예상보다 많지 않다는 점, 동 제도가 도입되고 난 이후에도 업무상과실치상죄로 공소 제기된 의료사고 사건수의 변동이 미비하다는 점, 그리고 업무상과실 이외에 중과실로 기소된 의료사고는 지금까지 거의 없다는 점 등을 고려하면, 형사처벌특례제도를 확대하자는 주장은 설득력이 떨어진다. 또한, 형법 이론적으로도 동 제도는 형사책임의 독자적인 영역을 축소시키고, 그간 발전되어 온 과실범 이론을 공동화시킨다. 따라서 이론적으로도 형사처벌특례제도를 확대시키는 것은 적절치 않아 보인다. 만약, 동 제도의 유지나 확대를 통해 의료인과 환자 간의 깨어진 신뢰를 회복하고자 한다면, 단순한 금전배상 이외에 양 당사자 간의 주관적인 감정의 회복이 이루어질 수 있는 대안이 먼저 제시되어야 할 것이다.

이외에도 형사처벌특례제도는 특정 직업군인 의료인에 한해 형사책임을 완화시키고 있다는 비판을 피할 수는 없다. 이 제도는 현재 환자보다는 의료인에게 유리한 측면이 많다. 형사처벌특례제도를 현재와 같이 유지시키거나 더 확대하고자 한다면,

397) 보상사업의 재원마련에 대한 구체적인 방안모색은 본 보고서의 집필목적을 넘어선다. 향후 이에 대한 구체적인 논의가 필요할 것이다.

환자에게도 유리한 반대급부가 제공되어야 할 것이다. 따라서 현행 의료분쟁조정법에 의료과실 입증과 관련하여 인과관계 추정규정을 두는 방안도 고려할 만하다.[398]

제3절 조정중재원의 적절한 위상과 업무분담내용 제안

1. 조정중재원의 독립성 보장

조정중재원은 공정하고 객관적인 업무를 처리하기 위하여 정부로부터 독립하여 자율적인 기구로 운영되어야 한다. 이에 따라 조정중재원은 법인으로 독립하여 설립되었다(의료분쟁조정법 제6조). 하지만, 조정중재원은 보건복지부 장관의 지도·감독을 받으며 필요한 경우에는 보건복지부 장관이 조정중재원에 대해 사업에 관하여 지시하거나 명령할 수 있다. 또한 조정중재원은 매년 업무계획서와 예산서를 작성하여 보건복지부 장관의 승인을 받아야 하고 결산보고서와 이에 대한 감사의견서를 작성하여 매년 보건복지부 장관에게 보고하여야 한다. 그리고 보건복지부 장관은 필요한 경우에 조정중재원에 대하여 업무·회계 및 재산에 관한 사항을 보고하게 하거나 감사할 수 있다(동법 제16조).

조정중재원은 비영리법인이다. 따라서 주무관청인 보건복지부를 통해 법인의 목적을 달성하고 있는지 감독을 받아야 한다. 하지만, 조정중재원의 독립성 보장을 위해 보건복지부의 역할은 여기에 그쳐야 할 것이다. 보건복지부 장관이 조정중재원에 사업에 관하여 지시하거나 명령할 수 있도록 규정한 것은 조정중재원의 독립성을 훼손할 수 있다. 왜냐하면, 조정중재원 운영에 필요한 비용은 정부출연금으로 하고 있기 때문에 보건복지부의 사업지시나 명령을 따르지 않을 수 없기 때문이다. 또한 보건복지부 장관이 직접 조정중재원의 업무뿐만 아니라 회계 및 재산, 인적 구성 등 모든 부분에 관여할 수 있도록 한 것도 조정중재원의 자율성을 침해할 수 있다. 재고를 요한다.[399]

---

398) 민사소송에서 환자 측의 인과관계 입증곤란 문제를 해결하고, 동시에 의사에게 무과실 입증책임을 지우는 것까지는 허용하지 않는 범위에서 다음과 같이 인과관계 추정규정을 둘 수 있다. "의료상의 과실에 의하여 환자의 생명·신체 및 재산에 대하여 피해가 발생한 경우, 그 과실과 발생한 피해가 시간적으로 근접하고 의료행위 이외에 다른 원인이 개재될 수 없다는 사실을 증명하면 그 피해는 의료상의 과실로 인하여 발생한 것으로 추정한다(의료분쟁조정법안 제25조의2). 이에 대해서는 김재윤, 앞의 발표문, 12면.

2. 한국소비자원과의 업무분담

조정중재원 출범 이전에 대부분의 의료분쟁조정은 한국소비자원에서 담당해 왔다. 하지만, 한국소비자원의 조정은 대부분 소액사건 위주였고, 감정의 전문성이 담보되는 기구나 제도가 있지는 않았다. 이로 인해 조정중재원 출범 이후, 한국소비자원의 위상과 역할에 대한 우려가 있어 왔다. 하지만, 예상과는 달리 한국소비자원은 조정중재원 출범 이후에도 많은 의료분쟁사건을 처리하고 있다.[400] 또한, 한국소비자원은 소액사건 뿐만 아니라 고액사건도 처리해 왔다. 뿐만 아니라, 조정중재원 역시 한국소비자원처럼 대부분 소액사건 위주의 사건처리 경향을 보여주고 있다. 다만, 조정성립률이 한국소비자원보다 조정중재원이 높은데, 이것은 한국소비자원이 피신청인의 참여의사에 관계없이 우선 조정절차를 진행하기 때문이다.

〈표 6-3-1〉 조정중재원과 소비자원 비교[401]

구분	의료분쟁조정중재원				한국소비자원	
	2012년(4월~12월)		2013년		2012년 (1월~12월)	2013년
조정 건수	신청	개시	신청	개시	321건	705건
	503건	192건	1,398건	551건		
조정 성립률	82.3% (성립 131건, 불성립 28건)		90.7% (성립 382건, 불성립 39건)		59.0% (성립 79건, 불성립 55건)	69.2% (성립 292건, 불성립 130건)
총 배상액	약 11억 7,000만원		약 36억 7,600만원		약 17억 900만원	약 51억 8,700만원
평균 배상액	약 770만원		약 870만원		약 1, 270만원	약 1,200만원
최고 배상액	9,000만원		2억 9,200만원		약 2억 4,000만원	약 3억 3,000만원

따라서 한국소비자원의 의료분쟁조정 업무를 폐지하거나, 조정중재원의 업무와

399) 신은주, 앞의 논문, 140면.

400) 한국소비자원과 의료분쟁조정중재원의 연도별 처리 현황

구분	2012. 4. 부터	2013	2014. 9. 까지	합계(건)
한국소비자원	793	981	795	2,569
의료분쟁조정중재원	192	551	637	1,380

401) 2014. 10. 20. 국회의원 김현숙, 보도자료.

한국소비자원의 업무를 차별화시켜야 한다는 주장은 현재로서는 무리일 것으로 보인다. 물론, 조정중재원은 한국소비자원에 비해 많은 인력과 전문성을 확보하고 있다. 장기적으로는 조정중재원이 순수한 의료사고 영역에 대한 의료분쟁조정을 담당하고, 한국소비자원이 병원서비스 불만이나 진료비 과오납 같은 소비자 불만사항에 대한 업무를 담당하는 것도 고려할 수는 있다. 하지만, 조정중재원의 운영과 제도가 아직 미흡한 점들이 많고, 실제 현실에서 양 기관의 차이가 보이지 않기 때문에 당분간은 양 기관이 의료분쟁해결 기구의 다원화 차원에서 존립하는 것이 타당할 것으로 보인다.[402]

402) 소비자기본법(제35조 제2항)과 의료분쟁조정법(제27조 제3항)에서는 현재 양 기관의 조정절차가 중복되어 진행되지 않도록 규율하고 있다. 더 자세히는 전병남, 한국소비자원 의료분쟁조정제도의 개선방안, 한국소비자원 2015년 의료세미나 『의료분쟁 해결의 효율화 방안』 발표문, 2015.6.29., 37면 이하.

참고문헌

[국내문헌]

[단행본]

강구진, 형법강의 제2판, 박영사, 1983.

곽윤직, 채권각론(민법강의Ⅳ) 제6판, 박영사, 2003.

권영성, 헌법학원론(2010년판), 법문사, 2010.

김민중, 의료의 법률학, 신론사, 2011.

김성천/김형준, 형법각론 제5판, 도서출판 소진, 2015.

김일수/서보학, 새로 쓴 형법각론 제8판, 박영사, 2015.

김재윤, 의료분쟁과 법, 율곡출판사, 2015.

김준호, 채권법 제5판, 법문사, 2014.

김형배/김규완/김명숙, 민법학 강의 제14판, 신조사, 2015.

박상기, 형법학, 집현재, 2013.

배종대, 형법총론 제11판, 홍문사, 2013.

배종대, 형법각론 제9전정판, 홍문사, 2015.

신동운, 형법총론 제9판, 법문사, 2015.

신현호/백경희, 의료분쟁조정·소송총론, 육법사, 2011.

신현호/백경희, 의료분쟁조정·소송각론, 육법사, 2012.

오영근, 형법총론 제3판, 박영사, 2014.

유기천, 개정형법학 제25판, 일조각, 1984.

이상돈/김나경, 의료법강의 제2판, 법문사, 2013.

이상돈, 의료체계와 법 – 의료보험, 의약분업, 의료분쟁해결의 법철학적 성찰, 고려대학교 출판부, 2000.

이영란, 형법학 각론강의 제3판, 형설출판사, 2013.
이은영, 채권총론 제4판, 박영사, 2009.
이재상/장영민/강동범, 형법총론 제8판, 박영사, 2015.
임 웅, 형법총론 제4판, 법문사, 2012.
임 웅, 형법각론 제6정판, 법문사, 2015.
정영석, 형법총론 제5판, 법문사, 1989.
최재천/박영호/홍영균, 의료형법, 육법사, 2003.
하워드 제어/조균석 외 역, 회복적 정의실현을 위한 사법의 이념과 실천, KAP, 2015.
함영주·황덕남, 분쟁해결방법론, 진원사, 2010.
황산덕, 형법총론 제7판, 방문사, 1989.

[논문]

곽명섭, 의료행위 개념의 법제화 논의과정에 대한 고찰, 법과 정책연구 제7집 제1호, 한국법정책학회, 2007.
김경례, 제소 전 의료분쟁 해결에 관한 연구 – 한국소비자원 의료분쟁 조정을 중심으로, 의료법학 제13권 제1호, 대한의료법학회, 2012.
김경제, 의료법 제27조 제1항의 의료행위와 명확성의 원칙 - 헌법재판소 2008헌가19등(병합)결정을 중심으로, 공법학연구 제13권 제1호, 한국비교공법학회, 2012.
김나경, 전단적 의료행위의 형법이론 구성, 형사법연구 제19권 제2호, 한국형사법학회, 2007.
김봉철, 공법적 시각에서 본 의료분쟁조정법, 토지공법연구 제57집, 2012.
김상영, 의료과오의 입증에 관한 판례동향, 부산지방변호사회지 제14호, 부산지방변호사회, 1997.
김성돈, 형사사법과 회복적 사법, 성균관법학 제17권 제1호, 성균관대학교 비교법연구소, 2005.
김영환, 의사의 치료행위에 관한 형법적 고찰, 형사법학의 과제와 전망, 계산 성시탁 교수 화갑기념논문집, 계산 성시탁 교수 화갑기념논문집간행위원회, 1993.

김용세, 형사제재시스템과 회복적 사법 - 회복적 사법의 이념과 형사제재체계의 개편(이호중)에 관한 의견을 겸하여, 형사법연구 제23호, 한국형사법학회, 2005.

김용세, 한국의 형사사법체제와 회복적 사법, 형사법연구 제20호, 한국형사법학회, 2003.

김용희, 의료행위의 형법적 성격 고찰, 법학논집 제32권 제2호, 청주대학교 법학연구소, 2010.

남준희, 독일의 의료분쟁과 대체적 분쟁해결방안(ADR), 의료법학 제10권 제2호, 대한의료법학회, 2009.

류부곤, 의료분쟁에 대한 형법적 대처에 있어서 새로운 논의 – 의료행위에 대한 형법적 평가와 조정제도를 중심으로, 법학연구 제23권 제1호, 경상대학교 법학연구소, 2015.

박미숙, 교통사고처리특례법의 문제점과 개선방향, 형사정책연구 제15권 제3호, 한국형사정책연구원, 2004.

박지용, 의료분쟁조정법상 의료사고 보상사업의 법정책 방향에 대한 소고 – 보상요건, 절차 및 재원을 중심으로, 법학논총 제30집, 2013.

백경희/안법영, 분만 의료사고에 대한 보상사업 – 의료사고 피해구제 및 분쟁조정 등에 관한 법률 제46조에 관하여, 의료법학 제12권 제2호, 2011.

손명세, 의료분쟁조정제도 실행방안 연구, 보건복지가족부, 2009.

신동일, 형법상 의료행위와 '설명의무', 형사정책연구 제14권 제1호, 한국형사정책연구원, 2003.

신은주, "의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률"에 있어서 조정제도 및 향후전망, 한국의료법학회지 제19권 제1호, 2011.

신현호/백경희, 현행법상 의료분쟁에 있어서 당사자 신청의 소송 대체 분쟁해결제도: 의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률을 중심으로, 법학평론 제3권, 2012.

양병회, ADR과 화해제도의 활성화, 민사소송법의 제문제, 경허 김홍규박사 화갑 기념 논문간행위원회(편), 삼영사, 1992.

오상원, 의료행위의 형법적 성격, 안암법학 제10호, 안암법학회, 2000.

오영근/김재봉, 의료과실에 있어 형사처벌특례 인정 여부에 관한 연구, 보건복지가족부, 2009.

이동학, 사회통합을 위한 의료분쟁의 조정과 중재, 저스티스 제134-3호, 한국법학원, 2013.

이로리, ADR의 활성화와 법원의 역할, 경영법률 제19집 제3호, 한국경영법률학회, 2009.

이백휴, 의료분쟁에 있어 형사처벌특례제도의 확대 필요성과 방안, 한국의료법학회지 제19권 제1호, 한국의료법학회, 2011.

이백휴, 「의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률」상 감정제도의 문제점과 개선방안, 법과 정책연구 제11집 제4호, 2011.

이백휴, 의료분쟁조정법상 손해배상금 대불제도의 문제점과 개선방안, 의료법학 제12권 제2호, 대한의료법학회, 2011.

이백휴/이얼/최진우, 의료분쟁조정제도의 실효적 운영방안, 대한의사협회 의료정책연구소, 2011.

이상영 외, 의료분쟁조정중재제도 활성화를 위한 정책과제와 대책, 한국보건사회연구원, 2012.

이인영, 의료행위의 현대적 의의와 과제, 법과 정책연구 제7집 제1호, 한국법정책학회, 2007.

이진국, 회복적 사법과 형사사법의 관계에 관한 소고, 피해자학연구 제14권 제2호, 한국피해자학회, 2006.

이진국/오영근, 형사사법체계상 회복적 사법이념의 실천방안, 한국형사정책연구원, 2006.

이호용, 불가항력적 의료사고에 대한 국가보상의 공법적 검토, 의료법학 제11권 제1호, 2010.

이호중, 회복적 사법 이념과 형사제재체계의 개편, -트로이목마의 투입? 값싼 형벌신상품의 개발?, 형사법연구 제22호(특집호), 한국형사법학회, 2005.

이호중, 회복적 사법(Restorative Justice) - 이념과 법이론적 쟁점들, 피해자학연구 제9권 제1호, 한국피해자학회, 2001.

장창민, 의료분쟁조정법상 손해배상금 대불제도에 관한 일고, 법학연구 제34집, 2011.

전광석, 의료분쟁조정법상 의료사고보상사업의 헌법적 쟁점, 의료법학 제13권 제1호, 2012.

전병남, 의료분쟁조정법안(약칭)의 민사법적 고찰, 의료법학 제11권 제1호, 대한의료법학회, 2010.

전현희, 의료분쟁조정법의 쟁점사항 검토, 대한의사협회지 제43권 제10호, 대한의사협회, 2000.

점승헌, 형사조정제도의 활성화 방안, 원광법학 제29권 제1호, 원광대학교 법학연구소, 2013.

정영수, 의료분쟁의 합리적 해결을 위한 연구, 민사소송 제14권 제2호, 한국민사소송법학회, 2010.

정영철, 손해배상대불금에 대한 헌법적 정당성 검토, 한국의료법학회지 제20권 제1호, 2012.

정현미, 의료과오의 형사법적 책임, 한국형사정책연구원, 1998.

주재웅, 우리나라 형사조정제도의 실태 및 효과성 분석, 법률실무연구 제2권 제2호, 한국법이론실무학회, 2014.

최민영, 회복적 사법과 의료분쟁조정법상의 형사처벌특례제도, 형사정책연구 제23권 제2호, 한국형사정책연구원, 2012.

최장섭, 의료분쟁조정제도 운영상의 문제점 및 개선방안, 의료법학 제15권 제2호, 대한의료법학회, 2014.

한귀현, 행정상의 갈등해소를 위한 법제개선방안 연구, 한국법제연구원, 2004.

한동운/황정혜, 영국 NHS의 모성서비스 관련 의료과오보상제도의 경험과 그 함의, 의료법학 제11권 제2호, 대한의료법학회, 2010.

한두희, 의료분쟁조정법 시행을 둘러싼 몇 가지 쟁점에 대한 고찰, 법조 제675호, 법조협회, 2012.

현두륜, 의료분쟁조정법 시행에 따른 성과와 과제, 의료법학 제14권 제1호, 대한의료법학회, 2013.

홍성규, 일본ADR법의 주요내용과 시사점, 무역학회지 제32권 제2호, 한국무역학회, 2007.

황만성, 의료인과 환자간의 갈등해소를 위한 법적·제도적 방안, 한국형사정책연구원, 2005.

황승연, 의료분쟁조정제도 운영에 따른 문제점 및 개선방안, 의료법학 제14권 제1호, 대한의료법학회, 2013.

[외국문헌]

[단행본]

Alexander, Nadja/Gottwald, Walther/Trenczek, Thomas, Mediation in Germany, in: Alexander, Nadja (Hrsg.), Global trends in mediation, Verlag Dr.Otto Schmidt, 2003.

Astor, Hilary/Chinkin, Christine, Dispute Resolution in Australia, LexisNexis Butterworths, 2002.

Constantino, Cathy A./Merchant, Christina Sickles, Designing Conflict Management Systems, Jossey-Bass, 1996.

Cronin-Harris, Catherine, Building ADR into the Corporate Law Department. ADR Systems Design, CPR Institute for Dispute Resolution, 1997.

Duve, Christian, Mediation und Vergleich im Prozeß, Verlag Dr.Otto Schmidt, 1999.

Franzki, Harald, Der Arzthaftungsprozess, in: Jung, Hieke/Schreiber, Hans-Wilhelm (Hrsg.), Arzt und Patient zwischen Therapie und Recht, Enke, 1981.

Goetze, Erik, Arzthaftungsrecht und kassenärztliches Wirtschaftlichkeitsgebot, Springer, 1989.

Gottwald, Walther, Streitbeilegung ohne Urteil, Mohr Siebeck, 1981.

Gottwald, Walther, Rechtspflege als Konfliktmanagement, UNIVERSITAS, 1996.

Gottwald Walther, Mediation in den USA - ein Wegweiser, in: Henssler, Martin/Koch Ludwig (Hrsg.), Mediation in der Anwaltspraxis, Dt. Anwaltverlag, 2000.

Katzenmeier, Christian (Hrsg.), Außergerichtliche Streitbeilegung in Arzthaftungssachen, AnwBl, 2008.

Laufs, Adolf/Kern, Bernd-Ruediger, Handbuch des Arztrechts, C.H.Beck, 2010.

Mähler, Gisela/Mähler, Hans-Georg, Familienmediation, in: Haft, Fritjof/v. Schlieffen, Katharina, Handbuch Mediation, C.H.Beck, 2002.

Prütting, Hanns (Hrsg.), Außergerichtliche Streitschlichtung: Handbuch für die Praxis, C.H.Beck, 2003.

Sander, Elisabeth, Konflikt und Regelungsform, in: Gottwald, Walther/Strempel, Dieter/Beckedorff, Rainer F/Linke, Udo (Hrsg.), Außergerichtliche Konfliktregelung - AKR-Hdb., Hermann Luchterhand Verlag, 1997.

Schoen, Torsten, Konfliktmanagementsysteme für Wirtschaftsunternehmen: aus deutscher und US-amerikanischer Sicht, Verlag Dr.Otto Schmidt, 2003.

Ulsenheimer, Klaus, Arztstrafrecht in der Praxis, C.F.Müller, 2003.

Ury, William L./Brett, Jeanne M./Goldberg, Stephen B., Getting Disputes Resolved: Designing Systems to Cut the Costs of Conflict, Jossey-Bass, 1988.

Weizel, Isabel, Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen für Arzthaftpflichten, Verlag Dr. Kovac, 1999.

小松秀樹, 医療崩壊立ち去り型サボタージュとは何か, 朝日新聞社, 2006.

唐澤祥人, 医療崩壊医師の主張, 毎日新聞社, 2008.

植木 哲 編著 , 医療裁判から医療ADRへ, ぎょうせい, 2011.

植木 哲 編著, 法律行為論の諸相と展開, 法律文化社, 2013.

[논문]

Bodenburg, Reinhard/Matthies, Karl-Heinz, Ärztliche Gutachter- und Schlichtungsstellen Theorie und Praxis eines Modells, VersR, 1982.

Cappelletti, Mauro/Bryant, Garth/Nicolò, Trocker, Access to justice: Comparative general report, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht/The Rabel Journal of Comparative and International Private Law, 1976.

Eissler, Manfred, Die Ergebnisse der Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen in Deutschland-ein bundesweiter Vergleich, MedR Medizinrecht, 2005.

Gottwald, Walther, Gerichtsnahe Mediation in Australien - Antworten von "Down Under" auf deutsche Fragen, Zeitschrift für Konfliktmanagement(Teil Ⅰ), 2003.

Gottwald, Walther, Gerichtsnahe Mediation in Australien - Antworten von "Down Under" auf deutsche Fragen, Zeitschrift für Konfliktmanagement(Teil Ⅱ), 2003.

Gottwald, Walther, Alternative Streitbeilegung (Alternative Dispute Resolution, ADR) in Deutschland, - Wege, Umwege, Wegzeichen -, FPR, 2004.

Matthies, K. H., Probleme der Verjährung bei Anrufen einer ärztlichen Gutachteroder Schlichtungsstelle, VersR, 1981.

Quraishi, N. A./Hammett, T. C./ Todd, D. B./Bhutta, M. A./ Kapoor, V., Malpractice litigation and the spine: the NHS perspective on 235 successful claims in England, European Spine Journal 21, 2012.

Ring, J./Talbot, C./Price, J./Dunkow, P., Wrist and scaphoid fractures: A 17 - year review of NHSLA litigation data, Injury - International Journal of the Care of the Injured 46.4, 2015.

Roberts, K., Managing risk in orthopaedics, Independent Practitioner July, 2007.

Rumler-Detzel, Pia, Die Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen für

Haftpflichtstreitigkeiten zwischen Ärzten und Patienten, VersR, 1988.

Walther, Susanne, Täter-Opfer-Ausgleich: Vermittler im Zeugenstand?, ZRP 30, C.H. Beck, 1997.

山本和彦, ADR法とは何か, 法学セミナー 631号, 日本評論社, 2007.

中村芳彦, 対話型医療事故紛争ADRについて, 法学セミナー 631号, 日本評論社, 2007.

和田仁孝, 總論-ADRの基礎知識, 法学セミナー 631号, 日本評論社, 2007.

佐藤彰, 対話型ADRをどう理解するか, 法学セミナー631号, 日本評論社, 2007.

和田仁孝, 医療事故紛争ADR構築の背景と今後の展開, 法学セミナー 631号, 日本評論社, 2007.

青山善充, 今、ADRに望むこと, 法律時報 85巻4号, 日本評論社, 2013.

山田文, ADR法改正の課題, 法律時報 85巻4号, 日本評論社, 2013.

児玉安司, 医療ADR, 法律時報 85巻4号, 日本評論社, 2013.

村松悠史 , 医療ADRの試みと医療訴訟の実務的課題(上), 判例時報 2128号, 判例時報社, 2011.

和田仁孝/手嶋豊/中村芳彦/長谷川剛, シンポジウム-医療事故ADRの課題と可能性, 仲裁とADR 4号, 仲裁ADR法学会 商事法務, 2009.

宮澤潤, 医療事故調査は紛争解決のツールとなり得るか, 法律のひろば 67巻11号, ぎょうせい, 2014.

植木哲, 医療ADRの現在とこれから, 法律のひろば 67巻11号, ぎょうせい, 2014.

小松満, 医療のADR(Alternative Dispute Resolution; 裁判外紛争解決手續)の効果, 日本外科学会雑誌 114巻2号, 2013.

Abstract

Arbitration of Disputes Caused by Medical Malpractice and Criminal Liability Thereof

Choi Min-young · Yi Suk-bae

Efforts to mediate medical disputes have continued for the last 23 years since 1998 through the establishment of related laws. As a result, the Relief of Medical Accident Damages and Mediation of Medical Dispute Act (hereinafter referred to as the Medical Dispute Mediation Act) was enacted on March 11th, 2011 and took effect from April 8th, 2012. In addition, pursuant to the same Act, the Korea Medical Dispute Mediation and Arbitration Agency (hereinafter referred to as K-Medi) was launched in April 2012 as an independent arbitration organ for medical conflicts. After the launch of K-Medi, the number of applications filed for arbitrations and the number of those reaching a settlement shows an upward trend indeed. And it is expected that the number of arbitration and mediation applications will continue to increase down the road. At this point in time there is a need to examine the utility of the operation of K-Medi and medical dispute arbitration system, and to come up with ways to improve the operation of the same by reviewing controversial criminal law issues under the Medical Dispute Mediation Act and other major sticky issues, analyzing medical accidents and actual cases of resolving medical accidents through K-Medi and medical dispute mediation system, and comparing such cases with previous ones.

Based on the aforementioned need for research, this report deals with the following issues:

First, it reviews the relationship between criminal and civil liability regarding medical accidents and disputes. In most cases, medical accidents and disputes are the areas where civil and criminal liability issues intertwine with each other. One can look no further than important clauses of the newly enacted Medical Dispute Mediation Act such as no-fault liability, exceptional clause on criminal punishment, proxy payment request for damages, reversal of the burden of proof, etc to confirm this. For this reason, the relationship between the two liability areas is reviewed, and the intrinsic functions of criminal liability area are discussed. In conclusion, criminal penalties imposed upon health professionals are for preventive functions through observance of norms.

Second, this report analyzes recent trends in criminal punishment and medical dispute arbitration in connection with medical malpractice. Tendency of late in criminal punishments and medical conflict arbitration with respect to medical accidents is briefly reviewed through statistics set forth. The number of litigations and applications for dispute arbitration is on an upward trend every year. Of legal proceedings, a criminal suit in particular is steadily increasing lately. Further, contrary to the prediction that the number of arbitration application filed with the Korea Consumer Agency would decrease due to the establishment of K-Medi, such number actually gets larger year by year.

Third, this report compares and analyzes various arbitration regimes employed by countries like the U.K, Germany, Japan, etc to resolve medical

disputes. What those 3 countries that put in place medical dispute arbitration system ahead of Korea have in common is the fact that parties to a medical conflict participate in an arbitration process as they wish, the decision of an arbitration does not have binding force, and the parties may file a law suit. In addition, an arbitration process makes progress through free and voluntary talks between the parties.

Fourth, this report reviews the role of arbitration system and criminal law in medical malpractice and medical disputes. For this purpose, this report explores the possibility of viewing the current medical dispute arbitration system from the restorative justice perspective. At the same time, it examines the role of criminal law in medical disputes which is changing in relation to that of criminal mediation, and the issue of attribution of responsibility. To conclude, it is impossible to look at the current medical dispute arbitration system from the perspective of restorative justice because there is no process prepared where bona fide understanding and forgiveness take place, except for a mere monetary compensation. Nevertheless, resolution through medical dispute arbitration system has various upsides compared with resolution through a traditional criminal law. Therefore, dispute resolution through arbitration and through criminal law should have a mutually reinforcing relationship. However, prudence should be exercised in retaining or extended enforcement of exceptional clause on criminal punishment that has been integrated into the Medical Dispute Mediation Act since it is altering the existing issue of criminal accountability of medical accident.

Fifth, this report proposes sensible measures for dispute resolution and criminal punishment regarding medical malpractice. Basically, parties to a dispute should be able to choose between a law suit and arbitration. In other

words, a medical dispute should be arbitrated under the transposition system of arbitration before the litigation, and the outcome of arbitration should not affect litigation. Furthermore, there should be a process where parties to a dispute talk with each other at length. Based on the foregoing premise, this report offers a variety of improvement measures for the status of K-Medi, arbitration system of K-Medi, proxy payment for damages, no-fault medical accident compensation, and exceptional clause on criminal punishment.

연구총서 15-AA-06

의료사고에 대한 분쟁조정과 형사책임

발 행 | 2015년 12월
발 행 처 | 한국형사정책연구원
발 행 인 | 김 진 환
등 록 | 1990. 3. 20. 제21-143호
주 소 | 서울특별시 서초구 태봉로 114
전 화 | (02)575-5282
홈 페 이 지 | www.kic.re.kr
정 가 | 10,000원
인 쇄 | 현대아트컴 (02)3708-7500
I S B N | 978-89-7366-511-2 93360

연구원의 허락 없이 보고서 내용의 일부 또는 전체를 복사하거나 전재하는 행위를 금합니다.