

醫療紛爭 解決에 관한 小論

박철규 치과의원 원장 박철규

목 차

서 론

— 의료사고의 사회문제화

본 론

— 의료행위의 법적성질

- 민법상 위임계약
- 민법상 사무관리

— 의료과오의 법적성질

- 불법행위
- 업무상과실치사상죄
- 손해배상책임

— 현행 의료분쟁 해결 절차

- 형사절차
- 민사절차
 - 화해계약과 시술동의서
 - 민사소송
 - 민사간이절차

결 론

— 의료분쟁해결을 위한 제안

- 입법론
 - 비송사건절차법 및 민사소송법의 개정
 - 의료사고처리특례법 제정
- 정책론
 - 의료사고보상보험제도 도입
 - 위원회방식의 의료분쟁조정기구 설립

I. 序 論

醫療서비스는 人間 生存에 必隨的인 用役으로서 現

代福祉國家의 국민에 대한 義務인 社會保障的 給付의 하나이다. 우리나라의 경우 醫療에 대한 국민일반의 前近代的 認識과 왜곡된 醫療傳達體系, 政治-經濟-社會-文化 등 전반에 걸친 前近代性, 行政 司法制度의 未備로 인해, 醫療서비스의 원활한 供給과 適正이 이루어지지 못하고, 그 효율이 크게 저하되어있다. 이로 인해 社會經濟的으로 큰 손실이 생기고 醫療事故와 紛爭이 급증하고 있으나 이를 원활히 해결하지 못하여 심각한 社會문제가 되어 있다. 이 논단에서는 醫療行爲와 醫療事故, 醫療紛爭의 解決, 立法政策論에 關해 法律的 問題를 중심으로 論해 보고자 한다.

II. 本 論

1. 醫療行爲의 法的 性質은 무엇인가?

醫療行爲는 民法상 委任契約 또는 事務管理의 두가지 경우에 해당한다.

가. 委任契約(위임계약)

患者 또는 그 保護者가 醫療人에게 診療를 依頼(의뢰)하는 경우인데 醫療行爲의 대부분이 여기에 해당한다. 民法 第 680條에 [委任은 當事者의 一方(委任人)이 相對方(受任人)에 대하여 一定한 事務의 處理를 위탁하고, 相對方이 이를 承諾함으로써 그 效力이 생긴다.]라고 규정하고 있다.

의료인은 義務로서 위임의 취지(診療의 依頼)에 따라 善良한 管理者의 注意로써 診療를 해야 할 義務와 業務上 秘密遵守義務(업무상 비밀준수의무)를 지며 대신에 權利로서 환자나 보호자등에게 費用先給請求權(비용선급청구권), 必要費償還請求權(필요비상환청구권) 無過失損害賠償請求權(무과실손해배상청구권), 報

酬支給請求權(보수지급청구권)을 갖게 된다.

나. 事務管理(사무관리)

保護者도 없는 心神喪失者를 응급진료 하거나 診療 依賴範圍를 넘어선 진료를 하는 경우가 이에 해당한다. 民法 第 734條 이하에 규정하고 있는데 [法律上 義務 없이 他人의 事務를 管理하는 것] 을 말한다. 사무관리는 당사자간의 계약이 아니고 일정한 요건을 갖출 때 채권 성립을 법적으로 당연히 인정해주는 法定 債權發生原因(법정 채권발생원인)이므로 엄격한 성립요건이 요구된다. 成立要件으로서 “타인을 위해서 행한다”는 事務管理意思(사무관리의사)가 있어야 하고 本人(타인)에게 不利하거나 본인의 意思에 反하는 것이 明白하지 않아야 한다는 점이 요구된다. 따라서 事務管理者로서 의료인은 善良한 管理者의 注意로서 진료의 性質에 쫓아 환자 본인의 意思에 適合하도록 진료하여야 한다. 이를 違反한 경우 無過失임에도 발생한 損害를 賠償할 責任을 져야한다 그 밖엔 권리와 의무에 있어서 위임의 경우와 거의 같다.

2. 醫療過誤(의료사고)의 法的 性質

廣義의 醫療事故는 “진료행위와 관련하여 환자에게 발생된 기존 질환의 악화나 새로운 질환의 야기” 를 말하는 것으로, 진료자에게 책임이 없는 경우인 狹義의 醫療事故와 진료자에게 고의나 과실이 있는 醫療過誤를 포괄하는 개념이다. 이 논단에서는 사회문제로서의 의료사고를 다루므로 귀책사유에 따른 분류의 실익이 없으므로 넓은 의미의 의료사고 개념을 취하고자 한다

의료과오의 법적 성질은 무엇인가?

醫療過誤는 民事, 刑事상의 不法行爲이며 刑事상의 業務上 過失致死傷罪(업무상과실 치사상죄)를 해당하는 범죄행위이다.

가. 不法行爲

不法行爲란 他人에게 損害를 주는 違法한 행위이다. 불법행위의 成立要件으로서, 첫째 손해라는 結果가 發生하여야 하고, 둘째 가해자의 행위와 손해사이에 因果關係가 있어야 하며, 셋째 행위에 있어서 故意 또는 過失이 있어야 하고, 넷째 그 행위가 違法하여야 하며, 다섯째로 행위자가 責任能力이 있어야 한다.

불법행위의 效果로서 民事상의 損害賠償責任과 刑事

責任(형사처벌)이 발생한다. 民事責任은 “피해자 개인에 대하여 책임을 지는 것”으로서 공평의 원리에 입각하여 피해자의 손해를 전보시키고 당사자간 이해의 조정을 목적으로 하는 것이다. 손해에는 재산적 손해와 비재산적 손해가 있는데, 비재산적 손해는 주로 신체, 정신, 명예, 정조등에 관한 것으로서 이의 손해배상을 특히 慰籍料(위자료)라고 한다. 가해자는 損害의 산정에 따라 賠償할 義務를 진다. 가해자가 이에 응하지 않을 경우엔 피해자는 民事訴訟절차를 거쳐 승소한 후 가해자 재산에 대하여 強制執行할 수 있다.

<관련문제> 診療拒否는 불법행위가 되는가?

의료행위의 성질이 사무관리 또는 위임 계약이므로 私的自治의 원칙이 적용되야 하나 의료서비스는 사회 복지적, 필수적 급부이므로 계약자유의 원칙에 있어서의 契約締結(체결)의 自由가 극히 制限되게 되었다. 즉, 의료인은 醫療法뿐만 아니라 社會慣習과 條理에 의해서도 正當한 理由없이 진료거부를 할 수 없다. 따라서 진료를 거부하여 환자에게 피해가 발생하고, 진료거부행위와 환자의 상태악화 또는 사망의 결과에 대하여 相當因果關係를 인정할 수 있는 경우엔 민사상 불법행위책임은 물론이고, 형사상 불법행위로서 傷害罪, 또는 傷害致死罪의 책임까지 져야 한다.

그러나 거부에 正當한 이유 또는 社會的으로 相當한 理由가 있을 때에는 違法성이 阻却(조각)되어 민형사상 불법행위와 형사상의 범죄가 성립되지 않으므로 책임이 없다.

나. 業務上 過失 致死傷罪(업무상 과실치사상죄)

刑事처벌은 행위자에게 社會에대한 責任을 지우고 범죄의 재발방지를 목적으로 하는 것이다. 본 죄는 刑法 第 268조에 “業務上 過失로 인하여 사람을 死傷에 이르게한 자는 5년 이하의 禁錮 또는 2000만원이하의 罰金에 처한다.” 라고 규정하고 있다.

본 죄는 일정한 업무자가 業務上 行爲를 함에 있어서 過失로 사람을 사상에 이르게 하는 경우엔 업무상 注意義務의 程度가 일반과실보다는 높기때문에 책임을 加重시키는 신분범죄의 하나이다. 따라서 범죄의 主體는 ‘社會生活상의 地位에 基하여 계속적으로業務에 從事하는 者’로서 업무의 繼續性이 있어야 한다(계속할 의사가 있는 경우라면 1회의 행위로도 업무상과실의 책임을 져야한다.).

<관련문제> 무면허醫療行爲(돌팔이)의 법률적 취급

부정의료행위는 行政法, 즉 보건범죄단속에 관한 특별조치법 등의 醫療關係法 위반으로 行政刑罰대상으로서의 개념이며, 민사상 또는 형사상으로는 '업무로서의 醫療행위'로 평가하여 동일하게 다루어지므로, 돌팔이 진료계약 자체는 私法상 유효하고, 돌팔이가 진료하다 사고를 내면 이 또한 자격자의 경우와 같이 業務上 과실치사상죄로 처벌받게 된다.

業務上過失이란 當該 業務의 집행상 一般的으로 필요한 注意를 怠慢(태만) 하여 結果發生을 豫見하지 못한 것을 말한다. 刑法上 傷害의 개념은 의학적 개념이 아니고 法律上의 概念으로서 生理的 機能의 完全性的 毀損(훼손)이라는 說이 判例와 通說의 태도이다. 判例는 症狀의 惡化, 食慾不振, 睡眠障導도 상해로 인정한 바 있다. 그러나 결과방지의 期待可能性이 없었을 때에는 責任이 阻却되어 범죄가 성립되지 않는다.

<관련문제> 安樂死의 법적성질과 허용여부

死期가 臨迫(임박)한 不治의 환자가, 瀕死(빈사)상태에서 견딜 수 없는 極甚(극심)한 肉體的 苦痛에 시달릴때 환자 本人의 意思에 의하여, 오로지 人道的 견지에서, 醫師에 의해 醫學的 方法에 따라, 死期를 앞당겨 환자를 안락하게 死亡시키는 것을 安樂死 라고 하는데, 형법상 囑託 承諾 殺人罪(촉탁승락살인죄)의 構成要件에 該當하는범죄다. 안락사의 法的 許容與否에 대해, 위의 엄격한 조건하에서 이루어 진다면 超法規的 違法性 阻却事由로서 위법성이 阻却되어 범죄가 성립되지 않는다는 견해가 유력하다. 그러나 직접 법률에 規定할 것인지는 醫療政策 및 刑事政策 문제로서 활발히 논의되고 있고 최근 미국의 한 주에서 입법하여 80세 노파에 시술된 바 있다.

3. 현행 의료분쟁 해결 절차

가. 刑事訴訟節次

A. 搜查: 수사는 告訴, 告發, 自首와 犯罪認知에 의해 시작된다. 搜查機關이 범죄의 嫌疑를 인지하고 직접 수사에 착수하는 것을 실무상 入件이라 부른다. 告訴는 被害者 기타의 告訴權者가 수사기관에 범죄사실을 申告하여 범인의 訴追를 구하는 의사표시를 말한다. 피해자 아닌 告訴權者에는 피해자의 法定代理人, 피해자의

親族등이 있고 告訴의 效果로서 檢事는 고소가 수리된 날로부터 3월 이내에 搜查를 完了하여 公訴提起 여부를 결정해야할 의무를 진다. 嫌疑者는 수사가 개시되면 刑事被疑者의 지위를 갖는다.

搜查의 民主化와 人權保障을위해 辯護人選任權, 證據保全請求權, 押收 搜索 檢證時의 參與權, 陳述拒否權, 調書의 閱覽 增減 變更 請求權, 接見交通權, 拘束適否 審査請求權, 拷問의 絕對的 禁止, 違法募集證據의 증거능력 制限, 令狀法律主義, 拘束期間의 制限, 強制處分에 대한 準抗告制度등을 보장하고 있다.

B. 公訴: 공소의 제기(起訴)는 檢事가 搜查를 終結하고 法院에 피의자에 대한 刑事裁判을 請求하는 것으로 이 때부터 피의자는 刑事被告人이 되고 正式 裁判節次가 시작된다. 우리나라 형사소송법은 국가기소독점주의와 기소편의주의를 채택하여 起訴猶豫 등의不起訴處分制度를 두고 있고 약식절차로서 略式命令制度를 두고 있다.

C. 不起訴處分: 불기소처분중에서 起訴猶豫는 피의 사건에대해 소송조건이 구비되고 범죄의 嫌疑가 충분한 경우에도 檢事가 犯人의 연령, 성행, 지능과 환경, 피해자에 대한 관계, 범행의 동기, 수단과 결과, 범죄 후 정황등을 參酌하여 공소를 제기하지 않는 것을 말한다. 검사의 불기소 처분에 대해 不服하는 경우 고소인 또는 고발인은 관할 고등검찰청장에게 抗告할 수 있고 항고기각처분에 대해 검찰총장에게 再抗告 할 수 있다

D. 正式裁判: 實體재판으로서 第一審, 抗訴審, 上告審의 三審制 이다.

E. 略式節次: 원칙적으로 書面審理만으로 피고인에게 벌금, 과료를 과하는 간이한 형사절차로서 약식절차에 의해서 財産刑을 과하는 것을 略式命令이라 한다. 벌금이나 과료에 처할 輕微한 사건이고 犯證이 명백한 경우 재판의 신속을 기하고 公開裁判에 따르는 피고인의 사회적, 경제적, 심리적 고통을 덜어주기 위한 제도로서 檢事가 공소제기와 동시에 서면으로 법원에 청구한다. 약식명령에 불복하여 7일 이내에 정식재판을 청구할 수 있고, 약식명령이 확정되면 效力은 確定判決과 동일하다.

나. 民事節次.

A. 私法的 解決

a. 民法상의 和解契約: 당사자가 서로 讓步하여 분쟁

을 종료할 것을 약정함으로써 성립하는 계약이다(민법 제731조). 화해계약의 효과로서 계약의 내용에 따라 서로의 권리와 의무를 승인하고 다투어졌던 法律關係가 確定되며 동일사항에 대해 다시 다툴 수 없다. 계약에 취소, 무효, 해제의 원인이 있을 경우 화해의效力이 소멸하나 착오로 인한 취소는 허용되지 않는다.

<관련문제> 手術同意書의 법적성질과 효력

수술동의서의 법적 성질은 免責조항을 포함한 委任契約書인데, “발생할 수 있는 결과에 대해 모든 책임을 지지 않는다.” 라는 부분에 대해 判例는 “민법 제2조의 信義誠實의 원칙과 權利濫用 禁止의 원칙, 민법 제103조의 反社會秩序行爲의 禁止 민법 제104조의 不公正行爲의 禁止 규정을 들어 위 면책조항을 例文으로 解釋하여 效力이 없다(無效)”라고 判示 하였다. 과실은 주의의무의 違反程度에 따라 輕過失(일반 과실)과 重過失로 나뉘는데 重過失은 조금만 주의를 하였더라면 결과발생 가능성을 인식하고 결과발생을 방지할 수 있었을 정도로 주의의무 위반정도가 심한 것을 말한다. 故意와 重過失에 대한 免責(면책)條項은 민법 제2조, 103조, 104조에 의해 效力이 없고, 일반적주의의무를 위반한 輕過失에 대한 免責約定은 有效하므로 수술동의서에 면책조항을 들때 면책범위를 경과실로 한정함으로써 면책조항의 실효성을 확보할 필요가 있다

B. 民事裁判에 의한 해결

a. 民事訴訟 : 피해자(원고)가 법원에 가해자를 불법행위를 이유로 損害 賠償請求訴訟을 제기한다. 그러나 현행 법체계상 불법행위(의료과오)의 立證責任은 原告(피해자)에게 있으므로, 대부분의 경우 입증능력이 없는 患者가 敗訴하고 있는 현실이다.

b. 裁判上 和解 : 提訴前和解와 訴訟상의 和解가 있는데 제소전 화해는 소송전에 당사자가 법원에 출석하여 화해하는 것(민사소송법 제355조)이고 소송상 화해는 소송중에 당사자가 서로 양보하여 분쟁을 종지할 것을 약정하는 것(민사소송법 제206조)이다.

c. 賠償命令制度 : 刑事訴訟에 附帶하여 民事責任을 묻는 제도로 訴訟促進등에 관한 特例法에 규정되어있다.

d. 仲裁에 의한 해결 : 제3자인 仲裁人의 判定에 따라 분쟁을 해결하기로 仲裁契約를 맺고 이에 기하여 중재인이 행하는 私的審判節次로서 仲裁法에서 규율하고 있다. 따라서 수술동의서등에 중재계약조항을 넣고 중

재인을 미리 보사부 소속의 시·도 의료심사조정위원회나 의학협회 또는 치과의사협회의 의료분쟁조정기구로 정할 수도 있다.

e. 민사조정제도 : 사안이 간단, 경미한 경우 단독심판사가 법률관계를 분석하여 정식 소송전에 양당사자간의 이해를 조정하여 사건을 종결 짓는 제도로서 조정이 이루어지면 확정판결과 동일한 효과가 생긴다

III. 結 論

1. 醫療紛爭의 解決을 위한 제안(立法論, 政策論)

가. 立法論

A. 非訟事件節次法과 民事訴訟法の 改正 : 통설적 견해에 따르면 非訟事件이라함은 소송사건과 대비하여 “國家의 後見的 介入이나 權利 配慮가 필요한 私人間의 생활관계에 관한 것 중에서, 그 판단을 法院의 裁量에 일임해 법원이 合目的的으로 처리하는 것이 가장 타당한 사건”을 말한다. 비송사건절차의 성질은 법원에 의한 民事行政이다.

서론과 본론의 1, 2에서 거론한 醫療行爲와 醫療過誤의 特殊性을 고려할때 의료사고는 비송사건으로 다루는 것이 효율적이다. 現代型 訴訟의 이론에 따라 立證責任을 轉換하여 의료사고에 있어서 의료인이 無過失의 입증책임을 지도록하고, 대신에 의료사고보상보험에 가입한 경우 일정범위의 의료과오에 대해서는 형사면책을 하는 것이 바람직하다. 이를 위해선 궁극적으로 비송사건절차법과 민사소송법을 개정하고 형사면책에 관한 특례법의 제정이 필요하다.

<참고> 現代型訴訟理論

공해, 의료, 상품제조자책임소송등의 사건은 集團性, 社會問題性을 갖고 있으며, 그 일의 성질이 危險性과 고도의 專門性을 갖고 있다. 證據가 가해자측에 편재해 있기 때문에, 실제로 피해자인 원고는 가해자의 불법행위에 대한 입증을 할 수 없어 거의 패소하게 된다. 민사소송절차의 가장 중요한 원리이자 이념인 當事者對等主義를 실현하고 권리구제 및 소송의 적정을 이루기 위해, 解釋論 또는 立法에 의해 원고의 立證責任을 緩和하거나, 가해자의 과실을 추정하여 가해자에게 무과실의 입증책임 지도록 입증책임을 轉換하는 소송형

대를 現代型 訴訟이라 한다.

B. 醫療事故處理特例法の 制定 및 醫療事故보험제도 立法趣旨는 첫째, 소극적 방어적 진료를 지양하여 의료 서비스를 원활하고 적정하게 공급하기 위한 사회 정책적 목적과 둘째, 許容된 危險의 法理에 따라 의료인의 책임을 경감하고, 의료분쟁을 신속하고 공평하게 해결하기 위한 것이다. 궁극적으로 의료사고의 행정적, 민형사적 문제를 통일적으로 규율하는 특별법(의료분쟁조정법)을 제정하면 좋겠지만, 비송사건절차법과 민사소송법에서 의료과오를 다루도록 개정하는 것이 어려운 만큼, 의료과오의 민사문제는 보험제도로 해결하고, 醫療事故시 醫事保險에 의해 민사분쟁이 해결되도록 되어있는 경우엔 최소한 일정범위의 醫療過誤에 대한 刑事上 責任만이라도 免除받을 수 있도록 하는 형사특별법(의료사고처리특례법)의 제정이 시급하다

<참고> 허용된 위험의 범위

현대사회에 있어서 여러가지 필수적 시설이나 업무가 그 성질상 위험을 내포하고 있는 경우엔 어느 정도 그 위험을 사회적으로 허용하여 책임을 경감해야 한다는 법이론이다.진료행위 자체가 항상 위험성을 내포할 뿐 아니라 원칙적으로 진료거부가 인정되지 않기 때문에 위험의 공평한 분배와 사회적 부담을 위해 꼭 도입되어야 할 개념이다

나. 政策論

A. 醫療事故保險 制度의 實施 : 첫째, 의료사고 처리 특례의 전제로서, 둘째, 의료사고시 민사분쟁의 신속하고 공평한 해결, 의료 서비스의 원활하고 적정한 공급, 진료시의 공평한 위험 부담을 위하여 꼭 필요한 제도로서 의료사고시 민사적 손해배상의 보장을 주목적으로 한다. 기본적으로 의료인에게 강제 책임 보험으로서 의료사고보험에 가입하도록 입법해야 한다. 보험제도를 실시하면 보험제정의 적립문제가 필연적으로 의료비의 상승을 야기할 수 밖에 없으나 의료인과 소비자인 일반 국민들에게 공평하게 배분되도록 실시되어야 하겠다.

B. 公正한 醫療紛爭調停機構의 설립 : 현행 의학협회 등의 의료사고공제회 및 정부의 의료분쟁조정기구는 그 公正性에서 일반 국민의 불신을 받고있어 紛爭調停및 被害補償機能을 잘 수행하지는 못하고 있는 형편이므로, 의료인의 책임을 회피시키고 사건을 무마하

기 위한 것이 아니라 의료사고의 原因과 責任을 규명하고 환자와 의료인 간의 利害關係를 公正하게 調停할 수 있도록, 소비자를 대표하는 전문위원, 의료계를 대표하는 전문위원, 행정-법조인 자격을 갖는 공익위원으로 구성된 <의료분쟁조정위원회>가 준사법적 독립행정기구로서 설립되어야 하며 통합법률로서의 의료분쟁조정법안에 입법되어야 하겠다

IV. 맺음말

의료분쟁은 우리나라에서만도 1년에 2000여건이 발생하고 있으나, 의료분쟁을 조정하고 해결할 수 있는 사회적 장치나, 행정기구, 사법제도의 未備로 인해 의료분쟁을 원만히 해결할 방법이 없어서, 의료인의 책임회피와 피해자의 실행행사라는 악순환을 거듭하며 국민의 의료에 대한 不信을 조장하고 醫療의 원활한 供給과 適正을 歪曲, 심화시켜 심각한 社會問題가 되고 있다. 사회문제로서의 의료분쟁을 해결하기 위해서는 政府, 消費者團體, 醫療界, 法曹界등이 참여하여 국가적 차원에서 합심하고 노력하는 것이 필요하다.

醫療분쟁조정법의 制定 노력과 醫事保險制度의 도입에 즈음하여 줄고가 의료행위의 제반적 법률문제에 대한 일반치과의사들의 이해를 넓혀 줄 수 있기를 기대한다.

참고문헌

1. 김주수, 민법개론, 전정1판, 삼영사, 1989.
2. 강태만, 형법강의, 초판, 법경출판사, 1987.
3. 정동윤, 민사소송법, 보정판, 법문사, 1989.
4. 백형구, 형사소송법, 전정증보판, 한국사법행정학회, 1989.
5. 한국판례연구원, 판례소법전, 증보10판, 청림출판, 1988.
6. 추호경, 의료판례해설, 초판, 법문사, 1988.
7. 이영준, 민법총칙, 제2판, 박영사, 1987.
8. 황적인, 체권각론, 증보판, 박영사, 1987.
9. 이재상, 형법총론, 증판, 박영사, 1988.
10. 진계호, 형법각론, 제5판, 대왕사, 1987.