

치과에서의 의료사고와 의료분쟁의 이해

연세대학교 치과대학 교정학교실 부교수 황충주

국문요약

건강과 의료에 관심이 높아지면서 의료수요는 날로 증가하게 되었고 이에 따르는 의료분쟁 또한 증가하는 추세이다. 본의 아니게 발생한 의료사고는 의료분쟁으로 발전하게 되는데 과실과 악결과 그리고 이에 따르는 인과관계와 책임여부를 따지게 된다. 이를 규명하기 위해서는 의료인은 주의의무와 설명의무를 잘 수행했는지와 환자 또한 의무를 잘 수행했는지를 평가하게 된다. 일단 의료분쟁이 생기지 않도록 최선의 진료와 환자와의 대화가 요구되며 분쟁시 화해, 조정, 소송 등으로 해결하며 이 과정 각각에서의 준비와 대책을 세워야 할 것이다. 현재의 상황에서 언제 어디서 일어날지 모르는 의료분쟁을 방지하려면 진료기술의 숙련도를 높이고 발전하는 새로운 의학 정보를 얻는데 게으르지 말아야하며 특히 환자를 대하는데 진단, 치료과정, 치료의 후유증, 위험성에 관한 자세한 설명을 통하여 환자 스스로 결정할 수 있는 의료환경이 요구되며 가장 기본적인 의료기록부 작성에 관심을 가져야 할 것이다.

1. 서론

근래 전국민 의료보험이 실시되어 병원의 문턱이 낮아지고 전반적인 생활수준이 향상되고 건강과 의료에 관한 관심이 높아지면서 의료수요가 폭발적으로 증가하였고, 이에 따른 병원의 대형화 및 의료의 전문화 세분화는 의사와 환자의 관계를 인격적 내지 도덕적 관계에서 계약 내지 법률관계로 변화시키고 있다. 의술에 관한 일반인의 관념이었던 '의술이 인술' 이라거나 의술에 관한 막연한 경외심을 갖는 단계에서 벗어나 돈으로 병으로 고치는 전문기술로써 인식하게 되었다. 이런 변화되는 환경속에서 의료인 자신도 자부심이나 가

부장적인 은정주의에서 벗어나 전문 직업인으로서 의식과 날로 증가하고 있는 의료사고의 가능성에 대한 철저한 대비와 이해가 필요할 것이다.

2. 의료사고의 특징

의료행위는 인간의 건강증진이나 치료를 목적으로 하지만 본질적으로 인간은 복잡한 구조와 각 개인의 환경이나 유전적인 요건에 따라 다양한 변이를 나타내며, 체질에 따라 각종 투약이나 체질에 대하여 예기치 못한 반응을 나타내는 경우도 있기 때문에 예기치 않는 악결과 (손상)을 나타내게 된다. 의료사고란 의료행위가 시작된 때부터 끝날 때까지의 전과정에서 야기된 예기치 않은 불상사를 말하는 것으로 의료행위에 의한 것 뿐 아니라 의료용구로 인한 부작용 등이 포함된다. 그런데, 의료사고 중 의료행위를 행한 의료인이 법적 책임을 지는 것은 원칙적으로 의료과오에 한하게 되므로 의료사고와는 구분된다. 의료분쟁이란 의료사고를 출발점으로 한 의사측과 환자측의 상호간의 다툼을 말한다. 따라서 의료분쟁은 의료과오의 존재여부를 막론하고 환자측의 일방적인 문제제기로 분쟁화 한 것으로 의학상, 법률상 의사측의 아무런 과실이 없어도 발생할 수 있으며 제 3자가 문제를 야기시키는 경우도 있다. 의료분쟁의 원인은 의료인의 부주이나 기술미숙 등을 포함한 원인에 의해서도 발생하나 환자의 과거력이나 진료판단에 필요한 사항을 소홀히 알리거나 의사의 지시를 제대로 지키지 않은 협조위반이나 보통의 상식에 따르는 판단을 무시한 경우와 의료의 본질적인 원인과 의료의 제도적 원인에 근거한다. 의료분쟁은 일반적으로 환자측에서 의료인의 진료상 과실을 주장하면서 이에 대한 손해 배상 및 처벌 사과 등을 요구하는 형태로 나타난다. 그런데 간과해서 안될 것은 환자측에서 의료사고의 발생이 의료인의 고의로 한 것이 아니

라는 것을 어느 정도 인식하고 있기 때문에 좋지 않은 결과가 나왔다고 하여 무조건 의료분쟁으로 가지는 않는다. 특히 진료행위 도중의 사소한 감정대립이 계기가 되어 더욱 확대가 되는 경우가 있으며 일관성 없는 설명이나 치료과정, 고압적인 자세 등으로 인해 초기 대응이 안된 경우에 문제가 더 커질 수 있다.

의료사고 사건은 다른 법적인 문제와 달리 다음과 같은 몇 가지의 특성을 가지고 있다.

첫째, 의료과오 사건은 50%이상의 높은 화해(합의)비율을 보이고 있다. 환자 측에서는 경제적으로 열악하여 소송에 따르는 비용부담이 어렵고 전문성을 요하는 법적인 대응에 자신이 없기 때문에 화해를 하는 일면과 환자측의 의료기관 점거 등 비합법적인 위협수단으로 위기감을 느낀 의사측이 자신의 과실여부에 관한 구체적인 검증 없이 화해에 응하는 상반된 일면이 그 원인이다.

둘째는, 의료과오사건은 대체로 민사보다는 형사사건이 5 ~ 6배정도 많다는 것이다.

의료인과 환자측 사이의 감정의 대립과 격화, 의료인 및 의료기관의 사회적 지위를 악용하려는 의도, 의료과오에 따른 과실입증의 곤란함을 수사권의 발동으로 규명하려는 의도, 민사소송의 장기간의 시간소요의 원인으로 형사사건화 하는 경향이 있다.

셋째, 의료과오 사건은 그 전문성으로 인하여 책임인정여부를 판단하는데 과실, 인과관계를 설명하기 어렵다는 것이다.

3. 의료인과 환자의 의무와 과실

(1) 의료인의 주의의무

의료계약의 중심적 내용은 환자에 대한 진찰, 진단, 투약, 마취, 치료 등 진료행위를 하여야 할 의무이다. 그러나, 의사는 병을 치료하기 위하여 충분한 조치를 다하여야 할 의무를 부담할 뿐이지 병을 완치시켜야 할 의무까지 부담하는 것은 아니다. 따라서 만일 의사가 필요한 주의의무를 다하여 의료행위를 하였다면 비록 예기치 않은 나쁜 결과가 발생하였어도 의사는 책임을 지지 않는다.

의료과오에 있어서 문제되는 과실은 이른바 추상적 과실로서, 이는 일정한 나쁜 결과가 발생하리라는 것을 알고 있어야 함에도 불구하고 통상인에게 요구하는 주

의를 요구하였기 때문에 이를 알지 못하고 어떤 행위를 하는 심리 상태를 일컫는다. 여기서 과실판단의 일반적 기준이 되는 '주의에 대한 의무'(주의의무)는 양식을 갖춘 보통의사가 하여야 할 주의, 평균적 의사가 가져야 할 주의라는 표현과 같은 뜻으로 사용된다. 과실의 일반적인 기준인 주의의무는 일정한 결과에 대한 예견의무와 회피의무로 나누어 고찰된다. 여기서 결과예견의무라 함은 의사가 의료행위에 의하여 환자에게 어떠한 결과가 초래 될 것이라는 사실을 예견하여야 할 의무를 말하며, 결과회피의무란 의료행위에 의하여 발생될 수 있는 좋지 않은 결과를 회피할 수 있도록 노력하여야 할 의무이다. 외국의 판례는 대학 병원 등은 일반 병원과는 달리 환자에 대한 고도의 주의의무가 있다고 판시하여 고급의료기관에 주의의무를 보다 고도화하고 있다. 우리나라는 '의사가 행한 의료행위가 그 당시의 의료수준에 비추어 최선을 다한 것으로 인정되어야 한다'고 판시하고 있으나 점차 외국의 고도의 주의의무를 요구하는 판례를 따라가는 추세이다.

(2) 과실판단의 구체적 기준

과실 판단의 일반적 기준이 되는 주의의무는 의료행위의 특성에 비추어 볼 때 추상적이고 애매한 경우가 많으므로 의료행위가 행하여지는 주변의 여러사정을 종합적으로 고려하여야 할 필요가 있다. 즉, 과실을 판단함에 있어서는 다음과 같은 기준이 고려된다.

① 의학의 수준

: 의료행위 당시에 행하여지고 있는 임상의학의 수준을 말하는 것으로 인간의 귀중한 생명과 건강을 다루는 의사로서는 항상 일반적인 의학수준에 따라가야 할 의무가 있으므로 이 의무를 게을리 하면 의사에게 과실이 있다고 할 것이다.

② 의료제도

: 의료관계자, 의료기관의 차이, 단속규정, 일반의와 전문의인지의 차이 등이 고려되어야 한다. 의료에 종사하는 보조자는 진료채무를 지는 의사의 이행보조자로 되어 그 책임이 의사에게 돌아간다. 의료를 담당하는 의사가 수련의 내지 일반의이나 전문의이나의 여부 및 그 전문과목에 따라 그 주의의무에 차이가 있다. 전문의는 전문분야에 대하여 일반의보다 높은 주의의무가 요구된다. 그리고 일반의는 자신이 충분히 할 수 없는 정도의 진료에 관해서는 전문의나 다른 병원에 소개하

거나 치료반도록 이송할 주의의무가 있으며 만약 이를 위반하여 진료를 하다가 의료과오의 발생시 의사는 전 원 의무 위반에 따른 과실이 인정된다.

③ 허용된 위험의 범위

: 의료기술이 위험하다고 하여 전적으로 금지시킬 수 없는 허용된 위험의 범리는 의료행위에도 적용되며 의료과실을 판단하는데 구체적 기준이 된다.

④ 신뢰의 원칙

: 여러 분업적 협력을 얻어 치료를 수행하는 경우 공동작업을 신뢰하고 주의의무를 다 할때에는 의사에게 책임을 지을 수 없다.

⑤ 의료환경

: 지역차로 인하여 의료환경이 나쁜 경우나 긴급을 요한 경우는 평상시와 같은 주의의무와 설명의무로 의사의 과실을 물을 수 없다.

⑥ 의료의 재량성

: 의사가 의료행위를 행함에 있어서는 그 전문성으로 말미암아 치료방법의 선택, 처치 등에 대하여 어느 정도의 자유로운 재량이 인정된다. 이러한 의료의 재량성은 일반적으로 승인된 의학이론에 의하여 행하여질 때 의사와 환자를 위하여 그 필요성이 인정된다.

⑦ 의료의 곤란성

: 진단이 곤란한 환자가 내원한 경우에는 의사에게 곤란성을 이유로 과실이 없음을 밝히고 있다.

⑧ 환자의 특이체질

: 과민 반응 또는 이상반응이라는 소인을 지녀 정상인에게는 전혀 문제가 되지 않는 자극에 대하여 비정상적인 반응을 일으키는 체질을 말한다. 특이체질로 인한 의료사고에 대하여는 불가항력이 인정되어 면책된다. 그러나, 의사가 특이체질여부에 관한 문진, 예비검사, 사후조치 등을 소홀하여 의료사고가 발생하였다면 의사의 주의의무위반에 따른 과실이 인정 될 수 있다.

⑨ 의료측의 특수사정

: 의료행위시의 생체반응의 다양성, 표현된 증상과 실제 하는 증상과의 차이, 치료경과에 따른 환자의 양태도 등을 들 수 있다.

(3) 설명의무

의료시설의 대규모화와 의료의 영리사업화 등과 같은 의료상황의 변화는 의사와 환자와의 신뢰관계를 저해시키고 있으며 이의 회복은 환자의 적극적인 참여에

의해서만이 회복 될 수 있다. 이를 위해서는 적극적인 의료인의 설명을 근거로 환자가 자신의 의견과 희망을 개진하고 구체적인 치료를 결정하므로 이루어진다. 그리하여 의사에게는 설명의 의무가, 환자에게는 자기결정권을 갖게된다. 설명의무란 의사가 환자를 치료함에 있어서 질병의 상태 및 치료방법, 위험성, 환자가 지켜야할 주의 사항을 설명하여야할 의무를 말한다. 이는 첫째 환자의 승낙에 관한 설명의무와 둘째 진료의 경과 및 처치방법 효과 등을 알려주는 보고의무, 셋째 진료 중 후 환자의 준수사항을 지시, 권고해야 할 지도의무이며 가장 중요 시 되는 것은 첫째의 설명의무이다. 최근의 판결은 형식적으로 주고받는 서약서 등은 구체적 설명 없이 받은 것이기 때문에 무효라는 것이다. 재판부는 '의료행위로 신체에 중요한 위험이 따르는 경우 환자는 스스로의 의사에 따른 승낙권을 행사하기위해 진단결과, 앞으로 시행할 의료방법과 수단, 그 의료방법에 부수되는 위험성 합병증 및 후유증 등을 알 권리가 있으며 의사는 그에 대응하는 설명을 할 의무가 있음'을 명시하였다. 그러나, 재판부는 환자의 의무도 강조하여 '환자는 의사의 기본적인 설명에 대해 특히 관심 있는 부분 등에 관해 질문을 해 의사로부터 자세한 설명을 요구해야 한다'며 환자측도 이를 적극적으로 요구하지 않은 책임을 전체 배상액의 30%정도의 책임을 지우고 있다.

(4) 환자의 의무와 자기 결정권

의사가 환자에게 예상되는 의료행위 및 관련사항 등을 환자에게 설명하여 환자로 하여금 자기의 진료여부 및 방법 등을 결정 할 수 있는 자율적인 권리 내지 승낙 할 수 있는 지위를 환자의 자기 결정권이라 한다. 여기에는 진단설명, 경과설명, 위험설명 등이 포함된다.

의료인이 환자를 진료하는데는 환자의 협조가 필요하다. 교정환자는 지시에 따른 장치 장착, 구강위생을 좋은 상태로 유지하여야 할 의무가 있고 자신의 병력이나 특이체질을 의료인에게 알릴 의무가 있다. 이러한 의무를 환자의 진료협조 의무라 하는데 이는 의료계약상 당연한 법적 의무이며 만일 환자가 이 의무를 이행하지 않으면 의사는 환자와의 의료계약을 해지 할 수 있으며 의료사고가 환자의 진료협조 의무위반에 기인한 것이라면 의사는 손해배상책임을 부담하지 않는다.

또한 환자는 의료인의 진료업무에 대해 진료비를 지급할 의무를 부담한다.

4. 의료과실에 의한 인과관계의 인정기준

의료과실이 성립하기 위해서는 의료행위와 악결과와의 사이에 인과관계가 필요하다. 그러나, 의료소송에 있어서 의료에 문외한인 환자가 인과관계를 주장·입증하는 것은 쉽지 않다.

이러한 어려움이 의료소송에 있어서 인과관계의 특징이라고 볼 수 있다. 예를 들어 교통사고와 같은 통상의 불법행위의 경우 대개 가해자의 행위와 피해 결과와의 사이에 사실적 인과관계는 인간의 오감으로 확인할 수 있다. 그런데, 의료소송에 있어서는 의료이 극히 고도의 특수전문영역에 속하기 때문에 통상이 갖는 경험칙만으로는 의사의 의료행위와 환자에게 발생한 결과와의 사이의 사실적 인과관계가 판단할 수 없는 경우가 적지 않다. 또 의학이 발달한 현재에도 의학상 불분명한 점은 적지 않게 존재하고 있을 뿐 아니라, 환자 개인의 특이체질문제가 있어 이를 더욱 곤란하게 한다. 따라서 이 사실적 인과관계에 대한 판단의 곤란성이 의료소송에 있어서의 인과관계를 논하고자 하는 가장 커다란 특색 중 하나이고 이를 극복하고자 하는 노력이 학설과 판례를 통하여 지금도 계속되고 있다.

우선 민사책임에 있어서는 형사책임에 있어서와 같은 엄밀성이 필요하지는 않다.

이것은 손해의 공평한 분담이라는 민사책임의 목적에 부응해서 고려되면 충분하기 때문이다. 이러한 이유로 판례는 사실상의 추정이론을 적용하여 폭넓게 인과관계를 인정하고 있다. 환자는 의사의 과실을 직접적으로 입증하지 못하였다고 하더라도 일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실이 있는 행위임을 입증하고 그 결과와의 사이에 일련의 의료 행위 외에 다른 원인이 개재될 수 없다는 점을 증명한 경우에 있어서는 의료상과실과 결과사이의 인과관계를 추정하여 손해배상책임을 지우는 방향으로 나아가고 있다(대법원 1998. 2. 13. 선고 97다12778판결 참조). 이는 의료소송이라는 대표적인 전문가 소송에서 비전문가인 환자의 권리를 쉽게 구제하여 손해의 공평부담을 이루려는 판례법상의 이론이다.

의료사고시 사고경위를 재현할 수 없어 자연과학적

인 증거가 불가능에 가깝고, 설사 가능하다고 하더라도 의학에 대한 전문지식부족으로 의사의 과실을 입증하기 어렵기 때문에 인과관계의 사실상 추정을 하게되며 다음과 같은 점에 대한 주장입증만으로도 인과관계를 추정하고 있다.

즉, 인과관계를 인정하는 기준으로서 ① 의료행위의 미숙 ② 의료행위와 결과와의 시간적인 근접성 ③ 일반적 통계적 인과관계 ④ 의료행위의 양과 결과발생을 ⑤ 의료행위의 내용과 결과발생을 ⑥ 의료행위와 생체반응의 생물학적관련 ⑦ 환자의 특이성 ⑧ 타 원인의 개입 ⑨ 불가항력 등의 여러 요소를 살펴 종합적으로 판단을 한다.

그렇다면 인과관계의 입증은 누가 하여야 하는가? 의료과오로 인한 책임을 계약책임으로 묻든 불법행위 책임으로 묻든 인과관계의 입증은 원고로 되는 환자측에서 의사의 의료행위로 인하여 환자에게 사상의 결과가 생긴 것 또는 의사가 필요한 의료(치료)행위를 하지 않음으로 인하여 환자에게 사상의 결과가 생긴 것을 주장·입증하여야 한다. 그런데 앞의 과실의 입증책임에서 이미 언급하였듯이 환자측은 의료행위의 특수성에 따른 제 요인으로 인하여 인과관계를 입증하기가 곤란하다. 이러한 입증의 곤란으로 말미암아 입증책임을 경감하기 위한 이론으로서 개연성설과 표현증명의 이론이 대두되고 있다.

그런데, 이러한 인과관계의 입증곤란을 경감시키기 위한 이론은 통상 개연성 이론이라고 일컬어지며 <시간적·근접성·통계적인 측면·다른 원인의 개재가능성의 부정 등>의 종합에 의한 추정을 통하여 개연성만을 원고가 입증하면 피고의 책임을 인정하는 것이다. 그리고 이와 같이 인과관계의 입증과 관련하여 이의 추정을 인정하는 경향은 최근 의료과오 판례에 있어서는 환자측이 여러 정황사실의 종합에 의한 추정을 통하여 의사측의 과실과 인과관계에 대하여 그 개연성만을 입증하면 일단 과실과 인과관계가 있다고 추정되고, 이에 따라 입증책임이 전환된 의사측에서 적극적으로 과실과 인과관계가 없음을 입증하지 못하면 책임이 인정되게 된다. 결국, 인과관계의 입증은 과실의 입증책임에서 언급하였듯이 인체의 다양성과 가변적 위험성을 고려하여 구체적인 사안과 개연성에 따라 인과관계의 추정을 신중하게 인정하여야 할 것이다. 따라서 개연성이 낮은 경우에는 인과관계가 부정되고 의료과오

책임도 인정되지 않게 된다.

5. 치과의사와 의사의 과오의 판단 기준

치과의사의 경우는 의사의 진료술식상의 과실과 주의의무를 다하였는지에 관한 사항에 대하여 다음 몇가지의 추가의무사항을 준수하였는가의 여부에 따라 그 과오여부를 판단한다.

① 숙련성 소지의 의무

정상적, 일반적, 통상적으로 할 수 있는 진료수준보다 미숙하다고 인정되는 모든 것은 치과의사의 잘못으로 판단한다.

② 설명 및 동의의 반복적 확인 의무 진료내용 및 예후에 대해 환자에게 충분히 설명을 한 뒤 환자의 동의를 얻어야 할 의무가 있다. 특히 치과의사에게는 반복적 확인의 의무가 필요하다. 예를 들어 발치의 경우 환자에게 설명 및 동의를 구하였다고 하더라도 환자의 동의여부를 반복적으로 확인해야 할 의무가 있다.

의료분쟁시 이러한 설명, 동의의 과정이 입증되지 않으면 치과의사의 잘못으로 판단한다.

③ 치료결과에 대한 책임의 의무

진료술식상의 하자가 없다하더라도 치료결과가 나쁘면 치과의사의 책임으로 되어 있다.

결과적으로 현재 의료사고 분쟁에 대한 법률적 해석은 의사에 비해 치과의사가 다소 불리하게 적용되고 있다. 특히, 치료결과에 대한 책임의무는 치과의사에게 무한책임을 요구하는 조항으로 앞으로 수정되어야 할 대표적인 판례이다. 더욱이 의무기록에 대한 훈련이 상당히 잘 되어있는 의사의 경우와 달리 치과의사의 경우 차트 작성을 소홀히 하는 경우가 많아 실제 의료사고가 발생했을 때 술식상의 하자여부를 입증하기 어려운 경우도 많다.

6. 분쟁시 해결방법

의료인이 환자의 질병을 치료하는 입장에서 병의 완치는 결과채무를 부담하는 것이 아니라 치료를 요구하는 환자가 희망하는 질병의 치유의 결과를 향하여 최선을 다하여 주의의무를 시행하는 수단채무이다. 그러나, 환자측은 치료에 일단 의구심이 들게 되면 무조건 의료인의 과실로 몰고 가게 되는데 의료인이 기본

적인 주의의무와 적법성의 요건 등을 갖추었다면 설사 치료의 완치가 없다고 하더라도 법적인 책임을 지지는 않는다. 대개 상호간의 다툼이 있어 생긴 분쟁은 크게 화해, 재판상 화해, 조정, 중재 중 하나로 해결하게 되는데 그중 당사자 사이의 합의가 가장 바람직한 해결 방법이나 서로의 의견 차이로 합의가 되지 않는 경우 소송으로 가게 된다. 의사가 적법한 의료행위를 하였는지, 또는 주의의무를 성실히 하였는지 여부를 가릴 필요가 있는 경우는 '의료과오로 인한 법적인 책임' 여부를 따지게 된다. 이러한 법적인 책임은 민사상책임과 형사상 책임을 따지게 되는데 민사상책임은 '손해배상 책임'을, 형사상책임은 '업무상 과실 치사상죄'의 여부를 따지게 된다. 이 밖에 의료인이 행정상의 단속법규를 위반한 경우는 그 벌칙으로 일정한 형벌 또는 과태료를 물게 된다. 책임의 본질에 있어서 형사책임상의 과실은 과실의 존재위에 가벌성의 유무에 대한 판단이 중시되며 민사책임상의 과실은 발생된 손해에 대한 피해자의 구제라는 면이 중시된다. 형법을 적용하기 위해서는 주의의무위반 여부를 따져야 한다. 형사상 과실이 인정되면 민사상과실도 인정되는 것이 일반적이나 민사상 과실이 인정된다고 하여 바로 형사상과실이 인정되는 것은 아니다.

(1) 화해

민법 제731조에 의하면 화해라함은 다툼이 있는 법률관계의 당사자가 서로 양보하여 그들 사이의 분쟁을 끝낼 것을 약정하는 계약을 말한다. 법적 분쟁에 의해서는 변호사 선임등 경제적부담과 법적인 대응에 관한 번거러움이 있으므로 법적 분쟁으로 가기 전에 행하는 좀 더 보편적인 해결방법이다. 화해계약이 성립하기 위해서는 당사자 사이의 분쟁이 있어야하고, 당사자가 서로 양보하여 분쟁을 끝마쳐야 하고, 당사자는 처분 능력이나 권한을 가지고 있어야하며 당사자 사이 분쟁을 끝내는 합의가 있어야 한다. 화해 당사자는 화해할 권한이 대리권에 포함되어 있어야하며 그렇지 않은 경우는 무권대리 내지 표현대리가 된다. 일반적으로 화해에 관한 대리권을 수여 받아 계약을 체결하는 것으로 다루어지나 화해의 대리권을 수여 받지 않고 합의한 경우는 무권대리가 되어 정당한 화해의 효력이 발생하지 않는다. 화해를 통하여 계약이 체결되면 특별한 사정이 없는 한 그 효력이 발생하고 종전의 법률관계를 바탕

으로 한 권리의무관계는 소멸되는 것으로 계약 당사자 간에는 중전의 법률관계가 어떠하였는지를 묻지 않고 화해계약에 의하여 새로운 법률관계가 생기는 것으로 인정하고 있다. 다시 말하면 화해계약은 화해 이전의 종래 법률관계를 확정적으로 소멸시키고 대신, 그 동안 다투어 왔던 법률관계가 화해계약의 내용으로 변경, 확정되는 효력이 있게 된다. 그러나, 착오가 발생하여 불공정한 법률행위로 인정되는 경우는 화해 자체가 무효로 처리되게 된다.

불공정한 법률행위라 함은, 객관적으로는 급부와 반대급부 사이에 현저한 불균형이 존재하고, 주관적으로는 위와 같은 불균형이 패해를 입은 당사자의 궁박·경솔 또는 무경험을 이용하여 이루어진 경우를 말하는데, 이를 일명 폭리행위라고도 한다. 우리 민법 제 104조는 불공정한 법률행위를 무효로 하고 있는데, 이의 입법취지에 관하여는 ① 법은 거래에 있어서 당사자 사이에 거의 대등한 급부가 이루어진 것을 이상으로 하고 있기 때문에 이와 크게 거리가 먼 경우에는 불공평·불균형한 행위로서 법은 이에 조력할 수 있다는 점. ② 법은 법률관계가 당사자의 자유스러운 판단에 의하여 실현됨을 이상으로 하는데 당사자 일방의 궁박·경솔·무경험 등의 이유로 정당한 판단을 할 수 없을 때에 그 거래행위는 무효로 할 수밖에 없다는 점을 들 수 있다. 여기서 「궁박」은 벗어날 길이 없는 어려운 상태(급박한 곤궁)를, 「경솔」은 의사를 결정할 때에 그 행위가 결과나 장래에 관하여 보통인이 하는 고려를 하지 않는 심적 상태를, 「무경험」은 일반적인 생활경험이 부족하다는 것을 각각 의미한다. 또한, 대리인에 의한 법률행위인 경우에 학설·판례는 대리행위자의 법리를 적용하여 궁박은 효과의 귀속자인 본인을 기준으로 판단하고, 경솔·무경험은 대리인을 기준으로 판단하는 것으로 이해하고 있다. 그러나, 대리인이 본인의 지시에 따라 법률행위(대리행위)를 한 때에는 본인은 대리인의 경솔·무경험을 주장할 수 없다(116조 2항).

의료과오로 인한 손해배상에 관한 화해에 있어서도 실제에 있어서 남편의 수술 도중 사망하자 장사를 치르기도 전에 전후의 사정을 모른채 저액으로 합의하는 경우나 환자가 뇌사상태에 빠지자 당황한 나머지 몇 억을 배상하기로 합의하는 경우 등이 종종 있으며, 이와 같은 경우에는 상대방의 궁박·경솔 또는 무경험으로 인하여 현저하게 공정성을 잃은 경우에는 불공정한

법률행위로 무효로 다루어지게 된다. 화해는 이에 의하여 확정되는 법률관계의 내용이 비록 진실에 부합하지 않더라도 다툼을 끝맺으려는 당사자 사이의 합의이므로 당사자가 합의한 사항인 화해의 내용이 진실한 법률관계와 일치하지 않음이 발견되어 화해의 대상이 된 '다툼의 대상이 되었던 사항'에 착오가 있더라도 화해계약을 취소할 수 없다. 이것은 민법 제 733조에 의해 '당사자가 합의한 사항인 화해의 내용이 진실한 법률관계와 일치하지 않음이 입증되더라도 착오가 있음을 이유로 화해의 의사표시를 취소할 수 없다'라는 것에 근거한 것이다. 그러나 당사자들이 합의할 당시에 기정사실로 전제하고 다루지 않았던 사항인 「다툼의 대상이 되지 않은 사항」(화해의 전제가 된 사항)에 관하여는 당사자가 다툼을 끝내려고 합의한 사항이 아니므로, 이는 착오를 이유로 화해계약을 취소할 수 있다(732조 단서).

민법 제733조도 화해의 효력과 착오에 관하여 「화해계약은 착오를 이유로 하여 취소하지 못한다. 그러나, 화해당사자의 자격 또는 화해의 목적인 분쟁 이외의 사항에 착오가 있는 때에는 그러하지 아니하다」라고 규정하여 이를 밝히고 있다. 그러므로, 제733조 본문과 단서의 의미를 중심으로 화해계약과 착오에 있어서 원칙적으로 취소할 수 없는 경우인 「분쟁의 내용」(분쟁대상)과 예외적으로 취소할 수 있는 경우인 「당사자의 자격」과 「화해의 목적인 분쟁 외의 사항」에 관하여 구체적으로 알아야 할 것이다. 화해의 목적인 분쟁에 관한 착오(착오를 이유로 화해를 취소할 수 없는 경우)가 무엇인지 먼저 알아보면 다음과 같다. 판례는 「현실의 화해계약에 있어서 무엇이 구체적으로 다루어져서 상호 양보에 의하여 결정된 사항이고 무엇이 화해의 전제 내지 기초로 예정됨으로써 화해의 목적인 분쟁 이외의 사항에 해당하는가는 행위의 전과정을 살펴봄으로써 판단할 의사표시해석의 문제이다」라고 판시하고 있다. 따라서, 주장된 착오가 화해의 목적이 된 분쟁에 관한 것(즉 당사자가 다툼의 대상으로 하여 상호 양보에 의하여 결정한 사항 자체인 것)일 때는 착오를 이유로 화해를 취소할 수 없게 되나, 구체적으로 이를 확정하는 것은 각 사안에 따라서 판단될 문제이다.

그렇다면 화해의 목적인 분쟁 이외의 사정에 관한 착오(착오를 이유로 화해를 취소할 수 있는 경우)는 어떤 것인가? 판례는 '화해의 목적인 분쟁 이외의 사

표1. 화해(합의서)의 예

▣ 화해(합의서)

화해 (합 의) 서

○○○(치과의사)을 갑, ○○○(환자측)을 을로 하여 다음과 같이 화해가 성립하였다.

제1조 갑은 ○년 ○월 ○일 을에 대하여 치료를 했으며, 그 결과에 있어서 유감의 뜻을 표하는 바이다.

제2조 갑은 을에 대하여 전조에 따른 위로금(화해금)으로서 금 ○○○원정을 서기 ○년 ○월 ○일까지 을에게 지불하도록 한다.

제3조 본 화해성립 후는 갑, 을 공히 상호의 인격을 존중해서 종래 감정을 해소하도록 힘쓴 을은 갑의 신망을 손상하지 않도록 하며 전조외에 금후 일체 갑에 대해서 하등 청구를 하지 않는다.

본 화해서의 성립을 증명하기 위해서 본서를 2통 작성하여 갑, 을 공히 각기 1통씩 보관한다.

1998. . . 주소 성명 갑 (인)

주소	성명	갑	(인)
주소	성명	을	(인)
주소	입회인성명		(인)

항'이라 함은 「분쟁의 대상이 아니라 분쟁의 전제 또는 기초가 된 사항으로써 쌍방 당사자가 예정한 것이어서 상호 양보의 내용으로 되지 않고 다툼이 없는 사실을 말한다」라고 판시하고 있다. 따라서, 당사자가 합의할 당시에 다툼의 대상이 되지 않은 사항에 관하여 착오에 빠진 경우(즉, ① 화해의 기초 또는 전제에 관한 것이고, ② 당사자 쌍방이 모두 이에 관한 착오에 빠진 경우)에는 그 착오가 민법 제109조에 따라 법률행위의 내용의 중요부분의 착오라는 것을 화해의 취소를 주장하는 자가 입증하여 위 착오자에게 증과실이 있음을 상대방이 입증하지 못하는 한 화해계약을 한 착오자는 취소권을 가지게 된다.

또한, 여기서 착오를 이유로 화해계약을 취소할 수 있는 내용인 「당사자의 자격」과 화해의 목적인 「분쟁 이외의 사항」과의 관계는 앞 것이 뒷 것의 한 예시라고 할 수 있다.

또한 판례는 다음과 같은 경우에 착오가 화해의 목적이 된 「분쟁 이외의 사항」이라는 이유에서 화해를 취소할 수 있는 것으로 다루고 있다.

① 판례는 「화해계약에서 결정된 사항과 진실과의 차이의 정도가 당사자의 주장범위를 현저히 넘고 당사자가 그 주장범위를 넘는 부분에 대하여는 별로 의문을 갖지 아니하여 다툼의 대상으로 삼지 아니하고, 따라서 상호양보의 내용으로 한 바도 없었음이 명백하게 인정된다면 그 주장범위를 넘는 사항에 관하여 착오가 있는 것은 화해의 전제 내지 기초에 착오가 있는 경우에 해당된다」고 판시하고 있다.

② 판례는 「환자가 의료과실로 사망한 것으로 잘못 알고 의사와 환자의 유족 사이에 의사가 일정의 손해배상금을 지급하고 유족은 민·형사상의 책임을 묻지 않기로 화해가 이루어졌으나 그 후 부검 결과 사인이 치료행위와는 무관한 것으로 판명된 경우, 위의 사인에 관한 착오는 화해의 목적인 손해배상의 액수, 민·형사사건의 처리문제 등에 관한 것이 아니고 다툼의 대상도 아니며 상호 양보의 내용으로 된 바도 없는 그 전제 내지 기초에 관한 착오이므로 이를 이유로 위 화해계약을 취소할 수 있다」고 판시하고 있다.

③ 판례는 「환자가 의료과실로 사망한 것으로 전제하고 의사가 유족들에게 손해배상금을 지급하기로 하는 합의가 이루어졌으나, 그 사인이 진료와는 관련이 없는 것으로 판명되었다면 위 합의는 그 목적이 아닌 망인의 사인에 관한 착오로 이루어진 화해이므로 착오를 이유로 취소할 수 있다」고 판시하고 있다.

④ 판례는 「피해자측이 가해자와의 사이에 사고가 오로지 피해자의 과실로 인하여 발생한 것을 자인하고 치료비를 포함한 합의금을 받고 일체의 손해배상청구권을 포기하기로 합의한 경우 위 사고가 피해자의 과실로 인하여 발생하였다는 사실은 쌍방 당사자 사이에 다툼이 없이 양보의 대상이 되지 않았던 사실로써 화해의 목적인 분쟁의 대상이 아니라 그 분쟁의 전제가 되는 사항에 해당하는 것이므로, 위 사고 발생에 가해자의 과실이 경합되어 있는데도 피해자측이 피해자의 일방적 과실에 의한 것으로 착각하여 위와 같은 합의를 한 것이라면 착오를 이유로 합의, 즉 화해계약을 취

소할 수 있다」고 판시하고 있다.

(2) 조정

조정 에 의하여 의료분쟁을 해결함에 있어서는 재판 을 통하여 흑백을 가리는 것보다 인정과 도리를 존중 하여 원만한 해결을 구하는 경향이 강하므로 분쟁당사 자의 우호적 해결이 가능하다는 장점이 있다. 조정 에 의한 경우에는 신속하고 경제적으로 분쟁을 해결할 수 있다. 이와같이 조정에 의하는 경우에는 판결에 의해 나타나는 전무 아니면 전부(all or nothing)의 결과를 피하고 양 당사자가 납득할 수 있는 결과를 도출할 수 있기 때문에 의료분쟁해결을 위한 적절한 방법이 될 것이고 분쟁이 해결된 후에도 분쟁당사자 사이에 원한 이나 감정적 문제를 남기지 않는다.

우선 의료과실등으로 인하여 피해를 입었다고 주장 하는 자는 서면 또는 구술로 조정신청을 한다.(민사조 정법 제5조). 당사자의 신청에 의하여 조정절차가 개시 되지만 소송사건을 법원의 직권에 의하여 조정에 회부 할 수 있다. 즉, 제1심 수소법원은 당사자가 소송에 의 한 분쟁해결을 요구하여 소를 제기하여 온 경우에도 사건의 종류나 성질에 따라서 전문가조정위원의 관여 에 의한 조정으로 분쟁을 해결하는 것이 적정·타당하 다고 인정되는 경우에는 소송이 계속중인 사건을 결정 으로 조정에 회부할 수 있다(동법 제6조).

조정담당판사 또는 조정위원회는 사건이 성질상 조 정을 함에 적당하지 아니하다고 인정하거나 당사자가 부당한 목적으로 조정을 신청한 것임을 인정하는 때에 는 조정을 하지 아니하는 결정으로 사건을 종결시킬 수 있다.(동법 제26조). 또한 당사자 사이에 합의가 성 립되지 않거나, 성립된 합의의 내용이 적절하지 않다고 인정하는 경우에는 조정담당판사나 조정위원회는 조정 이 성립되지 아니하는 것으로 사건을 종결시켜야 한다.

당사자 사이에 합의가 성립하고 합의된 사항이 조서 에 기재되면 조정이 성립하고 그 기재는 재판상의 화 해와 동일한 효력을 가지게 된다. 따라서 확정판결과 동일한 효력을 가지게 되므로 합의를 기재한 조정조서 는 소송에 있어서 판결서와 같은 효력을 갖게 된다.

민사조정법에 의하여 조정을 하는 경우에 그 절차가 비교적 잘 정비되어 있으므로 의료사건을 해결하는데 이 절차를 이용하여 해결하는 것이 바람직할 것이다. 물론 의료사건의 특성상 조정에 의한 해결이 바람직하 므로 조정전치주의와 강제조정을 도입하는 경우에 소

송에까지 이르지 않고 분쟁을 해결하는 사건이 증대할 것이다. 그러나 조정담당자가 당사자의 의견진술을 진 지하게 청취하고 진료기록부를 비롯한 증거에 대하여 전문가에 의한 조사를 하고, 감정결과가 나와 쟁점이 되는 과실이나 인과관계에 대한 입증이 되어 사건에 대한 전망이 보일 때 적절한 조정안을 제시하여야만이 조정이 성립될 것이다.

(3) 민사소송

모든 사고가 소송화 되지는 않으나 당사자인 의사측 과 환자측의 합의의 의견접근이 실패하게 되면 사건화 (소송화)의 조짐이 보인다. 이때 당사자는 의료사고를 전문적으로 다루는 법률사무소나 변호사를 찾아 소송 에 관한 상담을 하게 된다. 의료사고가 일단 사건화가 되면 이와 관련된 기본자료(진찰기록지, 방사선사진, 상하악 모형, 구강내 사진 등)를 보존하고 이것을 복사 하여 손실이나 파손에 대비할 뿐 아니라 변호사에게 줄 자료로 준비한다. 기본자료를 중심으로 치료과정의 상태를 일목요연하게 정리하여 소송대리인 뿐 아니라 재판부의 의학적 전문지식을 보충하고 사실관계를 정 확히 밝혀서 재판부를 설득할 수 있는 작업이므로 짜 임새 있게 준비하는 것이 필요하다. 이것을 토대로 재 판부의 심증을 자기쪽에 유리하게 형성시키기 위해서 는 소송과 준비과정 중에 참고문헌이나 보충자료의 수 집을 통하여 자신의 주장을 간단 명료하게 전달시키는 것이 중요하다.

사건화 된 경우는 환자측이 소장부분 이라는 서면을 1심 법원에 제출하게 되면 의료인은 피고로 표시된 소 장과 함께 변론기일 소환장이 송달되는데 이로써 소송 이 진행됨을 알게된다. 만일 변호사에게 위임할 경우라 면 적어도 최초 변론기일 전까지는 변호사를 선임하여 답변서를 제출할 수 있도록 하여야한다(당사자가 변론 에서 진술하고자 하는 사항을 기재하여 기일에 앞서 법원에 제출하는 서면을 준비서면이라 하고 그중 피고 가 최초로 제출하는 서면을 답변서라고 한다.). 변호사 에게 위임하기로 결정이 되었다면 소송위임장을 변호 사에게 제출하고 착수금을 지급하게 된다. 착수금 지급 시는 정식 영수증을 수령하여 세금신고에 대비한다. 소 송위임이 끝나면 선임 변호사에게 사건의 개요를 설명 하고 소송에 참고가 될 내용이나 증거자료를 소개하고 법률적인 대응방안을 논의하여 답변서를 쓸 준비를 하 게 한다. 특히 소송자료들을 제출할 때는 사전에 하자

가 없는지 검토하도록 하고 외국어로 된 것은 번역본을 준비한다. 재판 결과 승소하게 되면 변호사에게 적정한 승소사례금을 지급하고, 패소하게 되면 변호사와 상의하여 항소를 준비한다. 항소기간은 민사소송의 경우 판결송달일로부터 14일, 형사소송의 경우는 판결 선고일로부터 7일이므로 기일을 넘기지 않도록 변호사와 긴밀히 연락하여야 한다.

(4) 형사소송

형사소송은 국가기관인 검사에 의하여 공소가 제기되는 만큼 실제적인 단계는 수사, 공판, 최종변론과 변론의 재개, 판결의 선고, 상소 등의 형사절차의 진행에 따른다. 고소란 범죄의 피해자나 그와 일정한 관계에 있는 고소권자가 수사기관에 대하여 범죄사실을 신고하여 범인의 처벌을 구하는 의사표시를 말한다. 의료사고가 발생하면 고소에 의하여 수사가 개시되는 것이 일반적이다.

고소나 고발을 당하게 되면 검찰청(또는 경찰청)에서 피의자에게 소환장이 송달되어 검찰청에 출두해야 한다. 사건이 변호사를 선임하여야 하는 경우라면 가능한 빨리 변호사를 선임하여 변호인의 도움을 받아야 한다. 검사 또는 사법경찰관은 수사에 필요한 경우 피의자의 출석을 요구하여 진술을 들을 수 있는데 이를 피의자신문이라고 한다. 대부분의 의료인은 법에 대해 문외한이기 때문에 법률적으로 매우 불리한 증언임에도 불구하고 검사의 유도신문에 걸려 자신도 모르게 증언하여 나중에 결정적으로 불리해지는 경우가 많기 때문에 변호사와의 철저한 사전 준비가 필요하다. 검사의 예상신문 내용과 법률적 문제점에 대해 변호사와 상의하여 피의자 신문에 대비하도록하고 참고인 증인 등으로 추가 소환이 예상되는 사람들도 같이 모여 서로 의견과 진술이 엇갈리지 않도록 준비한다. 검사의 자료제출 요구가 있을 경우에는 사전에 변호사와 충분히 검토한 다음 제출하여 사후 진술시 실수하지 않도록 주의하고 제출된 서류는 복사하여 후일 소송 수행시 참고자료로 활용한다.

검사의 사건처리는 피의자와 고소인의 진술과 참고인의 진술을 토대로 조서를 작성하고 범죄사실이 명확하거나 수사를 계속할 필요가 없는 경우는 수사를 종결하게 된다. 또한 사법경찰관이 범죄를 수사하였을 때에는 관계서류와 증거를 검사에게 송부하여야 한다. 검

사의 사건처리방법에는 공소의 제기, 불기소처분 및 타관송치가 있다. 불기소처분으로 중요한 것으로는 기소유예와 무혐의처분이 있다. 의료분쟁이 발생하여 형사사건이 진행된 경우라면 의료인은 가능한 무혐의처분이 되도록 최선을 다하는 것이 중요하다. 일단 무혐의처분이 된다면 의료인은 향후 민사나 다른 법적절차에서도 다소 유리한 입장을 취할 수 있기 때문이다. 검사의 불기소처분에 불복하는 고소인 또는 고발인은 그 검사가 속하는 지방검찰청 또는 지청을 거쳐 관할 고등검찰청의 장에게 서면으로 항고장을 제출하여 항고할 수 있다. 또한 항고를 기각하는 처분에 대하여는 검찰총장에게 재항고할 수 있으며 항고, 재항고의 절차를 모두 거친 후에는 헌법재판소에 헌법소원 심판을 청구할 수 있다.

수사의 결과 검사가 피의자에 대하여 유죄판결을 받을 수 있다고 판단할 때에는 공소를 제기한다. 검사가 공소를 제기함에는 관할 법원에 공소장을 제출하여야 하며 법원의 심판범위는 공소장에 기재된 내용에 특정된다. 공판기일이 지정되면 검사, 변호인 피고인에게 통보되며 해당기일에 소환되며 공판기일 전에 서류나 물건을 증거로 법원에 제출할 수 있다. 피고인 심문과 증거조사가 끝나면 검사의 의견 진술과 피고인, 변호인의 최후진술을 끝으로 변론을 종결하게 된다. 판결은 공판정에서 판결문에 의해 선고하며 판결의 선고는 재판장이 하여야하고 형을 선고하는 경우에는 재판장은 피고인에게 상소할 기간과 상소할 법원을 고지하여야 한다.

7. 결론

‘법률의 무지는 정당화되지 않는다’는 말은 우리에게 의미하는 바가 많다. 환자만 보면 된다는 생각속에 지나던 어떤 순간 본의 아니게 의료분쟁에 휩싸이게 되기 때문이다. 환자들의 치료결과에 대한 불만과 요구도가 날로 증가하고 있으며 의료인에게 무한책임을 요구하여 자꾸 불리하게 가는 법률환경은 의료인으로 하여금 방어적 진료를 하도록 강요하고 있다. 일단 의료분쟁이 생기지 않도록 최선의 진료와 환자와의 대화가 요구되며 소송화가 되면 느긋한 마음과 철저한 준비와 대비가 필요하다.

현재의 상황에서 언제 어디서 일어날지 모르는 의료

분쟁을 방지하려면 진료기술의 숙련도를 높이고 발전하는 새로운 의학 정보를 얻는데 게으르지 말아야하며 특히 환자를 대하는데 진단, 치료과정, 치료의 후유증, 위험성에 관한 자세한 설명을 통하여 환자 스스로 결정할 수 있는 의료환경이 요구되며 가장 기본적인 진료기록부 작성에 관심을 가져야 할 것이다. 좀 더 나아가 의료인이 최선을 다했다면 의료인의 정당한 지위와 권리가 보장되며 존경받을 수 있는 법률환경이 되도록 노력하여야 할 것이다.

참고문헌

1. 김민중 : 의료계약, 사법행정, 1991, 1: 44-45.
2. _____ : 의료사고의 생활법률, 제일법규, 1997.
3. 김영규 : 의료소송실무자료집 상하, 제일법규, 1997.
4. 김종열 : 의료분쟁과 대책, 건치 임상강좌 요약, 1997.
5. 신은주 : 의료분쟁과 그 해결방안, 의료와 법률, 1996, 1:15-21.
6. 신현호 : 의료소송총론, 육법사, 1997.
7. 이영준 : 민법총칙, 박영사, 1990.
8. 문국진 : 의료의 법리론, 고려대학교 출판부, 1982.
9. 장재현 : 의료과오소송의 민사책임에 관한 법리, 동국대학교 대학원 논문집, 1983, 22:118-119.
10. 전하은 : 의사의 설명위반과 가정적 승낙, 재판과 판례, 1995, 210-211.
11. 박일환 : 의료사고의 제문제, 재판자료, 1985, 22:15