

불가항력적 의료사고에 대한 국가보상의 공법적 검토

이 호 용*

- I. 문제의 제기
- II. 불가항력에 의한 의료사고
 - 1. 불가항력
 - 2. 의료사고
- III. 국가의 기능과 책임
 - 1. 국가의 기능
 - 2. 국가의 기능 확대에 따른 국가의 책임의 발전
 - 3. 국가 책임의 체계와 성격
 - 4. 사회적 위험과 국가의 위험 보장책임
- IV. 계약법에 의한 책임법이론 적용의 한계
 - 1. 의료의 공공성과 계약법에 의한 책임법이론 적용의 한계
 - 2. 불가항력에 의한 의료사고에 대한 국가보상의 성격-보상(補償)인가, 보상(報償)인가?
- V. 불가항력적 의료사고에 대한 사회보상
 - 1. 사회보상의 법리
 - 2. 사회보상의 유형 구분과 불가항력적 의료사고에 대한 사회보상의 성격
 - 3. 불가항력적 의료사고에 대한 사회보상의 근거
 - 4. 보상 의무의 구속력과 보상의 범위
- VI. 결 어

* 논문접수: 2010. 4. 7. * 심사개시: 2010. 5. 10. * 게재확정: 2010. 6. 10.

* 단국대 법과대학 교수, 원광대 경찰연구소 연구위원

* 이 논문은 2010. 4. 17. 한양대에서 개최된 2010년 대한의료법학회 춘계학술대회에서 주 제발표된 것으로 토론과정을 통해 수정된 것임.

I. 문제의 제기

우리나라에서 불가항력적 의료사고에 대한 국가보상제도에 관한 논의는 1990년대 이전부터 있었으며, 입법 여부에 대한 논의는 1997년경부터 있었던 것으로 기억한다. 이 제도는 그동안 의료계의 꾸준한 요구에도 불구하고 민법에서 정하고 있는 ‘과실책임의 원칙’에 배치되며, 의료사고의 원인 규명부실화 및 과실 책임에서 무과실 보상으로의 도피, 정부의 재정적 부담 과중 등의 이유로 도입되지 못하였다. 그런데 의료행위의 특성상 환자의 다양한 생리적 반응과 인체의 예측 불가능성에 기인하는 의료사고의 경우 그것이 의료인의 과실에 의한 것인지 불가항력적인 것인지 판단하기 어려운 경우가 많을 뿐더러 실제로 환자들은 의료행위의 성공가능성에 대한 기대수준이 높고 그에 대한 직접적이고 구체적인 정보도 많지 않으므로 기대수준 이하의 결과가 발생하면 의사의 과오로 인한 의료사고로 믿는 경향이 있다. 따라서 외적 요인에 의해 유발되어 명백히 불가항력적인 사고뿐만 아니라 과실을 입증할 수 없거나 과실과 무과실의 경계에 있는 의료사고의 경우 이에 대한 제도적 보상 방법이 마련되어 있지 않은 상황에서는 환자들은 농성, 폭력 등 불법적인 방법으로 자신의 피해를 구제 받으려는 경향이 있으므로, 이에 대한 합리적인 분쟁해결시스템의 마련이 절실하다.

한편, 사법연감에 따르면 1992년 82건에 불과하였던 의료소송이 2000년 519건에서 2005년 867건으로 증가하였으며, 2008년에는 894건에 달할 정도로 그 수가 꾸준히 늘어났다.¹⁾ 이와 같이 의료서비스에 대한 불만이나 분쟁이 증가되는 주된 이유 중의 하나는 환자들이 권리의식이 과거에 비해 상당히 높아졌기 때문이다. 최근 들어 의료소송에서 법원이 피해자의 입증 책임을 어느 정도 줄여주고 있어 피해자의 권리 회복 여건이 다소 나아졌다. 대법원의 판례 경향을 살펴보면, 1995년경부터 우리 대법원은 환자

1) 의료분쟁 중 의료심사조정위원회의 중재 등을 거친 분쟁을 제외한 민사소송 건수이다.

는 의사의 잘못을 입증하기 어렵기 때문에 환자 측에서 일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실 있는 행위를 입증하고 그 결과 사이에 다른 원인이 개입될 수 없었고, 특별한 건강상의 결함이 없었다는 것을 먼저 증명하면 의사는 그 잘못된 결과가 의료상의 과실로 인한 것이 아니라 다른 원인으로 인한 결과라는 것을 입증하지 않는 이상, 의사의 행위와 결과 사이의 인과 관계를 추정하는 것으로 보인다. 즉 피해자가 병원 측의 과오를 모두 입증하지 못하더라도 법원이 병원의 과오를 인정하는 경우가 과거에 비해 늘고 있는 것이다. 이와 같이 환자에 대한 권리구제가 과거보다 용이해졌을 뿐만 아니라 환자의 자신의 권리 의식이 과거보다 훨씬 증대되었다는 점도 불가항력적 의료사고에 대한 국가보상체계를 준비해야 하는 하나의 이유가 된다.

이런 점에서 불가항력적 의료사고에 대한 피해자 구제방안이 마련되어야 하는 당위가 인정되며, 그 방법의 하나로서 국가에 의한 보상 제도를 검토해 보는 것이 이 연구의 목적이다. 불가항력에 의한 의료사고에 대한 국가보상제도에 관한 공법적 쟁점이라고 한다면 과연 이 제도가 법적 정당성이 있는가 하는 것과 어떻게 구현할 것인가의 두 가지가 주된 내용이 될 것이다. 구현 방법에 대한 내용은 다음 기회로 미루기로 하고 이 연구에서는 불가항력에 의한 의료사고에 대한 국가보상의 법적 타당성과 보상의 원리에 관하여 공법적 관점에서 검토하고자 한다.

II. 불가항력에 의한 의료사고

1. 불가항력

법학에서 불가항력의 개념은 민법학의 불법행위법에서 ‘위험책임’ 이론을 성립시키는 과정에서 등장하였다.²⁾ 즉 위험책임의 일반조항내의 면책사유로서 불가항력 개념이 논의되었다. 불가항력의 개념은 로마법학자들이 사

용한 ‘vis maior’이라는 용어에서 비롯되며 불가항력의 개념 정의에 대해서는 주관설과 객관설의 대립이 있었으며, 이 논쟁은 19세기까지 계속되었다. 주관설의 대표학자인 Goldschmitt에 따르면 “불가항력은 거래에서 요청되는 주의뿐만 아니라 모든 이성적으로 가능한 주의의 행사에 의해서도 회피될 수 없는 사건이다”라고 정의한다. 그는 불가항력을 객관적으로 회피 불가능한 사건으로 보지 아니하고, 그 당시에 기율인 주의와의 관계에서 이를 결정하였다. 따라서 불가항력은 당시의 행위자의 용태(Verhalten)에 의존하는 상대적인 개념이다. 이 견해의 요점은 행위자에게 특별한 주의의 무(gegeisterten Sorgfaltspflicht)를 부담시키고 그 후 주관적인 불가피성(Unabwendbarkeit)을 판단한다는 데 있다.³⁾ 객관설의 창시자인 Exner는 오직 객관적 입장에서 파악해야 한다고 하면서 불가항력은 증거가 필요하지 않을 정도로 책임 없음이 물건의 성질상 명백히 인식 가능할 때 인정된다고 한다.⁴⁾ 즉 사고가 외부에서 유래된 것이어야 하며, 그 발생의 방법과 정도에서 볼 때 통상적인 생활의 경우에 기대되는 우연한 사고를 현저히 초월한 사고라고 한다.⁵⁾ 19세기 초까지는 Goldschmitt의 주관설이 오랫동안 지배하다가, 그 후에는 Exner의 객관설이 지배하였다. 그런데 양 이론은 그 어느 것도 완전하지 못하고 실제 운용상의 불합리를 보였다. 그래서 20세기에서는 양이론에 존재하는 좋은 요소를 종합하여 양극단의 이론을 절충하는 시도가 다양하게 이루어졌다. Enneccerus는 객관설로부터는 내적 사고(Inneren Zufaelen)와 외적 사고의 구별을 취하여 과실의 성립 여부와 관계없이 내적 사고에 대해서만 책임을 지도록 하고, 주관설로부터는 불가항력으로 인해 야기된 손해의 회피 가능성의 기준을 취하였다. 즉 불

2) 불가항력의 개념이 민법의 불법행위법에서 등장하였지만 이 개념을 공법적 관점에서 사용하는 데도 무방하다고 판단된다.

3) Peter Spaeth. Der Begriff der hoeheren Gewalt in deutschen und franzoesischen Recht, Diss., 1970, S. 17.

4) Exner. Der Begriff der hoeheren Gewalt (vis maior) im roemischen und heutigen Verkehrsrecht, S. 537.

5) Exner, aaO., S. 582.

가항력이란 외부에서 발생한 것으로서 그 손해의 결과가 이성적인 방법으로 기대할 수 있는 조치로서도 처리할 수 없었던 사고를 말한다.⁶⁾ 오늘날의 문헌의 압도적 다수는 의식적이든 무의식적이든 Enneccerus의 절충설을 따르고 있다.⁷⁾

의료사고에 있어 불가항력이란 무엇을 의미하는 것일까? 또 불가항력에 의한 것인지에 대한 판단은 누가 할 것인가는 아주 중요한 문제이다. 먼저 무과실과 불가항력의 개념은 서로 구별되는 개념이다. 물론 그 구분이 명확하지 아니하고, 양자의 경계에 서 있는 것이 실제로는 훨씬 많을 것이다. 다만 이것을 이론적으로 구분해 본다면 무과실에 의한 의료사고는 불가항력에 의한 의료사고보다 넓은 상위의 개념이다. 무과실에 의한 의료사고에는 의료인의 의료행위 즉 내적 사유(內的 事由)에 의한 무과실 의료사고와 외적 사유(外的 事由)에 의한 불가항력적 의료사고로 구분된다. 전자는 의료인의 의료행위를 통하여 발생한 사고이나, 의료인의 과실을 묻을 수 없는 경우이다. 이에 비하여 후자는 의료인이 전혀 예상하지 못하였던 다른 사유가 발생한 경우이다. 예를 들어 갑자기 죽을 수 있는 병 중에 심장마비란 병이 있다. 이것은 평소에는 멀쩡하며, 운동도 가능하고, 심지어 마라톤을 하는 사람도 있다. 그리고 건강검진 같은 것을 하여도 잘 나타나지 않는 경우도 많다. 심초음파 같은 검사를 하거나 24시간 심전도 등 일반 검진에 없는 정밀검사 시에 어느 정도 확인할 수 있는 병이라서 대부분의 사람들이 자신이 그런 문제가 있어도 모르는 경우가 많다. 이런 문제가 있었는데 모르고 있다가 병원에서 다른 문제로 수술 받다가 죽은 경우, 그 전 검사에서 정상으로 나왔다면, 불가항력이라고 할 수 있을 것이다.⁸⁾

그런데 이러한 내적 사유와 외적 사유가 과연 무엇을 의미하는 것인지

6) Enneccerus. Lehrbuch des Buerglichen Rechts, Recht der Schulderhaeltmiss, 15 Aufl, 1958, §200 I 참조.

7) 윤용석, “위험책임의 새로운 경향”, 『법학연구』, 제30권 제1호, 부산대법학연구소, 1988, 제322면.

8) <http://www.idomin.com/news/articleView.html?idxno=185636>, 2010, 4.23.

구체적인 경우에 적용하는 것은 어려울 뿐만 아니라 실제로 양자를 구분하여 이야기하는 것은 더욱 어려운 일일 것이다. 2009년 12월 국회에 제안된 의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률안에서는 다음과 같이 규정하고 있다. “제47조(불가항력 의료사고 보상) ① 국가는 보건의료인이 충분한 주의의무를 다하였음에도 불구하고 불가항력적으로 발생하였다고 의료사고보상심의위원회에서 결정한 의료사고에 대하여는 환자 등의 생명·신체 및 재산상의 손해에 대하여 예산의 범위 안에서 보상한다. ② 제1항에 따른 의료사고보상심의위원회의 구성 및 운영, 보상재원의 분담주체 및 비율, 보상의 대상 및 범위, 보상금의 지급기준 및 절차 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.” 여기에서 보는 바와 같이 ‘불가항력’ 여부를 주의의무 위반여부로 판단하고 있다. 이것은 불가항력과 무과실을 구분하지 아니한 오류라고 판단된다. 전술한 바와 같이 불가항력의 범위는 무과실의 범위보다 좁으며, 주의의무를 다하여도 발견할 수 없지만 여기에 그 발생사유가 외적인 것일 것을 요한다. 단순히 주의의무 위반이라고 한다면 과실을 입증할 수 없는 모든 사고가 여기에 포함되게 되어 적절하지 아니하다.

다음으로 불가항력인지 여부의 결정 주체는 누가 되어야 할 것인가? 위법안에서는 의료사고보상심의위원회가 하도록 되어 있다. 이 위원회는 의료적 전문성, 법리적 전문성, 사회적 형평성, 법적 정의 등의 가치를 모두 갖출 수 있도록 구성되어야 한다.

2. 의료사고

의료과오와 의료사고는 개념적으로 구분된다. 의료과오란 의료인이 의료행위를 함에 있어서 통상적으로 기울여야 할 주의를 게을리 하여 사망, 상해, 치료지연 등 환자의 생명, 신체의 안전성을 침해한 결과를 일으키게 한 경우로서 의료인의 주의의무 위반에 대한 비난가능성을 의미한다.⁹⁾ 이

에 비해 의료사고(medical accident)는 의사의 과실 여부와 관계없이 의료행위로 인하여 예기치 못한 역결과가 발생한 인신사고 일체를 의미한다. 하지만 현실에서 발생하는 의료분쟁의 경우 과오와 사고 사이의 구분이 명확하지 아니한 경우가 많다.¹⁰⁾

원래 사고(accident)는 뜻밖의 원치 않은 일이 발생한 것을 의미한다. 의료사고는 의료행위의 결과가 기대하지 않았던 나쁜 결과로 나타나는 모든 경우를 의미한다. 의료사고는 의료의 본질상 가지고 있는 불확실성에서 기인한 불가항력적으로 발생한 악결과와 의료과오에 의한 악결과로 구성된다.

의료사고의 발생주체는 의사 또는 의료인에 한정되지 않는다. 누구에 의해서 발생하였는가가 중요한 것이 아니라 단지 예기치 못한 결과가 발생하였다는 점이 중요하다. 또 발생의 시기에 관해서는 의료행위가 개시되어 종료되기까지의 기간에 한정될 수 없다. 의료사고는 의료행위가 다 끝난 다음과 발견되는 경우도 많고 심지어는 수년이 지난 후에 예상외의 악결과가 나타나기도 하기 때문이다. 이와 같이 보면 의료사고는 '본래의 의료행위가 개시되어 종료되기까지의 과정이나 그 종료 후 당해 의료행위로 인하여 뜻밖에 발생한 원치 않았던 불상사'¹¹⁾ 정도로 정리할 수 있겠다.

III. 국가의 기능과 책임

이하에서는 불가항력적 의료사고에 대해 국가가 왜 책임을 져야 하는지 살펴보고자 한다.

9) 김선중, 『의료과오소송법』, 박영사, 2008, 제23면.

10) 이종인, 『불법행위법의 경제 분석』, 한울, 2006, 제237면.

11) 이재형, “의료사고 피해구제제도의 입법 방안에 관한 연구”, 『공주문화대학논문집』, 제27집, 공주문화대학, 2000, 제355~356면.

1. 국가의 기능

국가 작용의 범위는 국가의 기능범위에 따라 달라지는데, 국가가 담당하는 기능은 국가의 정치적·경제적·사회적 사정에 따라 많은 차이가 있다. 주지하듯이 자유로운 시민의 이익과 활동의 보장을 위한 근대법치국가는 자유방임주의를 기본원리로 삼았고, 그것의 실천과 유지를 최고의 미덕을 여겼다. 그 결과 작은 정부일수록 좋은 정부라는 관념이 지배하였고 이 시대의 국가는 소위 야경국가(夜警國家)라 하여, 소극적으로 질서유지에 필요한 기능을 수행할 뿐 국민의 생활분야에 적극적으로 개입하여 복리증진의 문제까지 배려하는 것을 금기시하였다. 이 시대의 국가는 질서유지기능이 주축이 되었으며, 따라서 이러한 국가형태를 질서국가라고 부르기도 한다.¹²⁾

그러나 자본주의 사회의 모순이 드러나기 시작한 19세기 후반부터는 자유방임주의에 자극된 자본주의의 급격한 발달과 인구의 도시집중, 과학기술의 발달 등으로 말미암아 자본주의 사회의 폐해현상인 기업의 집중과 결합 등 독점현상과 노사의 이해대립, 교통, 주택, 공해 등 생활환경의 보전, 개선과 자원의 보호 문제까지 새로운 경제적·사회적 문제를 야기했고, 이에 따라 국가는 종래와 같은 소극적인 야경임무에 집착하지 아니하고 적극적으로 사회 공공의 복리증진에 관한 기능을 담당하게 되었다. 이와 같이 국가기능의 중점이 소극적 질서유지에서 적극적 국민의 생활배려 내지 복리증진에 있는 국가를 복리국가(welfare state)라고 부른다.¹³⁾

다만, 국가의 주된 기능이 복리기능이라고 하여 종전의 질서유지기능이 복리증진기능에 의해서 대체되었다는 의미는 아니다. 이것은 상대적인 비중의 차이를 말하는 것이고, 현대 사회의 다양화, 범죄 문제 등으로 인해 질서유지기능도 그 내용과 범위 면에서 확대되었음은 말할 필요도 없다. 즉 질

12) 이호용, “국가행정측면에서의 보상체계의 구분과 예방접종사고보상의 법률관계”, 『한양법학』, 제23집, 한양법학회, 2008, 제459면 이하.

13) 이호용, 상계논문, 제459면 이하.

서유지기능은 복리증진기능의 전제가 되는 기능이고 결국 질서유지기능과 복리증진기능은 현대 국가를 움직이는 두 개의 바퀴와 같은 것이다.¹⁴⁾

2. 국가의 기능 확대에 따른 국가의 책임의 발전

이와 같이 현대 사회에서 국가기능의 확대 강화의 길을 가고 있다는 점은 각 국가마다 그 정도의 차이는 있을지 몰라도 공통된 현상이다. 또 현대 사회에서 국가기능의 증대 현상과 사회구조에 대한 국가관여의 질적 강화 현상 등을 생각한다면 환경피해, 교통피해, 소비자피해, 식품피해, 의약품 피해 등 이른바 현대의 구조적 피해로 불리는 것과 국가와의 관계를 부인하기 어렵다. 왜냐하면 구조적인 위험상태의 형성에 대해 사회구조의 결정적 역할을 하고 있는 국가가 책임이 없다고 하기는 어렵기 때문이다. 예컨대 의료법에서는 의료인이 환자에 대한 진료를 거부할 수 없다고 규정하고 있으며,¹⁵⁾ 의료의 공공성을 이유로 국가는 강력한 수가 통제 정책을 펴는 등 국가는 의료시장에 개입하고 있고, 그에 의해 국가는 의료 관계 구조 형성에 결정적인 역할을 하는 것이 사실이다. 또, 이러한 점은 다음과 같이 설명될 수도 있다. 의료서비스를 사적 시장에 완전히 맡겨 둔다면 의료사고로 인한 손해배상의 위험은 의료서비스의 가격에 반영이 되었을 텐데, 의료수가에 대한 통제로 그러한 가격 반영이 이루어지지 못하고 있으므로, 그에 대한 통제의 주체인 국가는 의료서비스 제공과정에서 발생한 피해에 대하여 개별의료인의 책임으로 귀속시키기 어려운 경우 국가가 이를 보전해 줄 수 있으며, 이렇게 하는 것이 국가가 의료서비스 공급 시장에 개입하는 것과 균형을 이룰 수 있다고 생각된다. 이것은 공공성이 인정되는 의료서비스에 대해 국가가 보편적 공급을 제도적으로 보장해 주면서 공급자인 의료인에게 부담될 수 있는 것 중 책임법의 원리에 의해 부담 지우기 어려

14) 이상규, 『국가보상법』, 법문사, 1995, 제17~18면.

15) 특히 최근 판례는 소극적인 진료도 진료 거부에 준한다는 판결을 내려 의료인의 진료 의무를 강화하는 경향을 보이고 있다.

운 것을 국가가 보전해 주는 것이 법적 형평의 측면에서 합리적이라는 것이다.¹⁶⁾

요컨대, 직접·간접을 불문하고 국가의 관여가 인정될 수 있는 경우에 원인자로서의 국가의 책임을 상정하는 것은 그 자체로서 합리적인 일이다. 이러한 맥락에서 현대 국가에서 국가책임의 발달은 하나의 뚜렷한 현상으로 이해하지 않을 수 없다.

3. 국가 책임의 체계와 성격

국가책임의 확립은 법치주의와 인권보장의 제도적 확립이라고 할 수 있으며, 그것이 구현된 것이 바로 국가에 의한 보상제도이다. 원래 국가의 보상책임제도는 국가작용에 대한 국민의 권리보호와 함께 국가작용에 기인한 '피해부담의 분배'라고 하는 관계자 간의 이해조정 문제로서 제도화된 것이다. 이로 인하여 현대 국가에서 국가책임의 법리의 전개는 국가책임의 확대를 지향하면서도 한편 국가책임을 제한하려는 노력이 함께 이루어지게 되었다.

여기서, 국가는 어떠한 입장에서 어떠한 성격의 책임을 지는가를 생각해 볼 필요가 있다. 국가가 보상책임을 지는 근거는 그 발생하는 피해의 국가기인성(起因性)이라든가 국가생활에 내재하는 위험성 등에 의해 설명되는 것이 보통이나, 국가책임의 성격은 반드시, 일의적·통일적으로 파악할 수 있는 것이 아니라 국가보상의 성격 및 구체적인 보상 원인에 따라 다양하게 나타난다. 국가가 어떤 성격의 책임을 지는가에 대한 구분 즉, '국가에 의한 보상제도의 체계'는 어떻게 구성되는지 간단히 살펴보자.

16) 이 논문의 발표문에 대한 토론문 참조. 토론에서도 언급된 바와 같이 이와 같은 입장을 취하는 경우 건강보험수가의 대상이 되지 않는 의료행위로 인한 의료사고의 경우에는 보상대상에서 제외될 수 있다는 지적이 있을 수 있다. 그러나 의료수가에 대한 통제는 의료의 공공성을 설명하는 하나의 요소일 뿐이며, 의료의 공공성을 설명할 수 있는 다른 요인들도 많이 있으므로, 보상의 대상이 건강보험수가의 대상이 되는 의료행위로 인한 의료사고로 한정될 것은 아니다.

여기서 ‘국가보상제도’라고 하지 않고 ‘국가에 의한 보상제도’라고 하였는데, 이것은 양자가 서로 다른 의미로 쓰일 수 있기 때문이다. 일반적으로 행정상 손해전보제도로서 인정되는 국가보상(國家補償)이라 할 때는 ‘보상(補償)’이라는 표현을 쓰며, 이것은 ‘피해’에 대한 금전적 전보를 의미하는 것이다. 그러나 국가에 의한 금전적 보상은 반드시 피해 발생이 있는 것에만 한정되는 것은 아니고, 국가나 사회에 대한 기여와 공헌이 있는 경우나 국가가 널리 자기 의무를 다하지 못하였거나 널리 국가가 위험 보장의 책임을 져야 할 경우에도 보상을 하게 된다. 이 경우의 보상은 ‘보상(報償)’이 된다.

이와 같이 ‘국가에 의한 보상의 체계’는 일반적으로 행정상의 손해전보의 제도로서 이루어지는 국가보상(國家補償)과 국가나 사회에 대한 공헌 등을 이유로 하는 사회보상(社會報償)로 구분될 수 있다. 주지하다시피 행정상 손해전보제도 즉 국가보상(國家補償)제도는 다시 위법한 공권력으로 인한 피해의 배상인 국가배상제도와 적법한 공권력으로 인한 피해의 보상인 손실보상제도로 구분한다. 즉 국가보상(國家補償)제도를 이루는 양자는 모두 국가의 ‘공권력’ 즉 권력적 작용에 의한 개입을 전제로 하는 제도이다. 이에 비해, 사회보상제도는 국가나 사회를 위한 희생과 공헌에 대하여 보상을 하는 경우 혹은 널리 국가가 포괄적 의무를 지고 있으나 이것이 충분하지 못하여 피해가 발생한 경우에 보상을 하는 경우, 혹은 국가가 다양한 사회적 위험에 대한 보장을 배려하는 자 입장에서 보상하는 경우 등을 포괄하는 개념이다. 일부 견해¹⁷⁾에서는 이와 같이 구분하지 아니하고 행정상 손해배상과 손실보상 그리고 정책적 보상으로 삼분하기도 한다. 여기서 정책적 보상이란 광주민주화운동희생자보상과 같이 널리 국가 작용과 관련이 있는 희생 내지 피해에 대해 국가가 보상해 주는 것을 말한다고 한다. 즉 사회보상과 같은 범주의 것으로 이해된다. 그러나 이와 같이 위 세 가지의 보상형태를 병렬적으로 구분하는 것은 적절하지 아니하다. 왜냐하면 행정상 손해

17) 이상규, 전계서, 제26면 이하.

배상과 손실보상은 책임법 이론하에서 성립되는 것이고 사회보상은 사회보장적 차원에서 성립되는 것이기 때문이다.

4. 사회적 위험과 국가의 위험 보장 책임

전술한 바와 같이 현대를 살아가는 우리는 생태적 위험뿐만 아니라 생활 속에서 존재하는 다양한 사고 위험에 직면해 있다. 제조물에 의한 위험, 환경 침해의 위험, 의료사고의 위험 등이 그러하다. 법시스템 하에서는 이런 위험의 책임 귀속이 문제될 수밖에 없다. 그러나 고의 혹은 과실의 입증은 전제로 하는 전통적인 과실책임 이론만으로는 온전히 책임을 귀속시키기 어려운 경우가 많이 발생하였으므로, 따라서 전통적인 책임 이론 외에 책임 귀속의 문제를 해결하기 위하여 새로운 책임이론이 등장하고 있다. 예컨대 민법에서는 전통적인 과실책임주의와 상반되는 위험책임 혹은 무과실 책임이 제기되어 왔으며, 행정법에서도 국가가 위험상태를 조성한 것만으로도 책임이 있다는 소위 위험책임이 오래전부터 논의되어 왔다. 또 차원을 조금 달리하긴 하지만 형사법에서도 제조물 책임과 관련하여 생산자와 유통자의 위험가능성에 대한 형사책임이 문제시되고 있다. 이와 같이 책임 귀속 이론이 왕성하게 논의되는 것은 결국 위험의 책임은 방치될 수 없으며 누군가에게 귀속시킬 수밖에 없기 때문이다. 그 책임의 귀속자를 정하기 어려운 경우 국가가 나서지 않을 수 없다. 즉 국가는 위의 다양한 위험 상황에 대하여 이를 방치할 수 없으며 어떤 방법으로도 위험에 대한 예방 및 위험으로 인한 피해가 보전되도록 하여야 할 ‘위험으로부터의 보장 의무’가 있기 때문이다. 이와 같은 현대적 국가의 역할을 이해한다면 법치국가에서 복지국가로의 이전과 같이 복지국가에서 위험보장국가로의 이전을 제안하는 것¹⁸⁾은 상당히 의미가 있다.

18) 은승표, “사회학적 관점에서 본 손해전보”, 『토지공법연구』, 제19집, 한국토지공법학회, 2003, 제56~57면 참조.

그런데, 국가라고 할지라도 스스로 고의 또는 과실이 없는데도 불구하고 책임을 져야 한다면, 이것은 헌법적 근거를 필요로 한다. 우리 헌법은 전문에서 “우리들과 우리들 자손의 안전과 자유와 행복을 영원히 확보할 것을 다짐하면서”라고 규정하고 있고, 헌법 제34조제6항에서 “국가는 재해를 예방하고 그 위험으로부터 국민을 보호하기 위하여 노력해야 한다”고 규정하고 있을 뿐만 아니라 기본권 제한 입법의 한계를 규정하고 있는 헌법 제37조제2항의 ‘국가안전보장’을 외부의 적으로부터의 침입에 대한 것으로 한정하지 않고 널리 각종의 위험으로부터 안전보장인 것으로 넓게 해석하고, 질서유지와 공공복리를 보다 넓게 해석한다면 위험보장국가와 관련한 헌법적 토대가 마련된다고 할 것이다.¹⁹⁾

한편, 이러한 헌법학계의 논의는 사회복지학계에서 이야기하는 소위 복지국가의 현대화(modernizing)와 일맥상통하는 면이 있다. 사회복지학계에서는 21세기 들어서면서 새로운 사회적 위험(New Social Risk)과 대응하는 복지국가 현대화 논의를 복지국가이론의 중심적 쟁점으로 이해하고 있다. 즉, 현대가 직면하는 위험은 2차 세계대전 후 복지국가가 보장하고자 했던 종래의 사회적 위험(Old Social Risk)들과는 다른 새로운 종류의 위험(New Social Risk)이며, 이러한 사회적 위험의 분포와 규모를 포착하고 그에 대한 정책적 대응을 마련하는 것이 현대 복지국가의 가장 중요한 과제라고 한다. 기존 복지국가가 상정하는 위험범주와 위험 명세에 대한 사회정책적 차원에서의 대응과 적응을 넘어 새롭게 출현하는 사회적 위험을 복지국가 내부로 흡수하여 새로운 복지국가의 틀(New Welfare State Settings)을 만드는 것이 주요한 복지국가 개혁의 요구하고 한다.²⁰⁾ 이와 같이 사회 복지학에서의 새로운 흐름으로서의 ‘복지국가의 현대화’ 혹은 ‘복지국가 개혁’은 다양한 사회적 위험으로부터의 보장의무를 지닌 국가로서의 사명을

19) 은승표, 상계논문, 제78~79면.

20) 김철주·박보영, “새로운 사회적 위험의 도래와 복지국가의 현대화”, 『사회복지정책』, 제24집, 한국사회복지정책학회, 1998, 제317~319면 참조.

제시하는 것이어서 전술한 소위 ‘위험보장국가’이론과 일맥상통한다.

IV. 계약법에 의한 책임법이론 적용의 한계

1. 의료의 공공성과 계약법에 의한 책임법이론 적용의 한계

한국사회에서 보건의료에 대한 일반적인 인식은 이것이 매우 사적(private)이고, 개인적인(individual) 영역에 해당하는 문제라고 본다. 이러한 인식은 민간의료를 중요한 경험으로 가지고 있는 일반 국민은 물론이고, 정부의 정책 담당자, 보건의료 전문가, 일반 지식에게까지 강하게 뿌리 박고 있다. 그러나 이러한 인식은 전 세계적인 보편성의 관점에서 보면 매우 예외적인 것이다. 보건의료는 질병 때문에 그 구성원을 한 사회로부터 배제하지 않겠다는 의미에서 사회적 형평성과 연대를 달성하기 위한 가장 중요한 요소 중 하나이다. 따라서 현재 지극히 개인화된 서비스로 인식되고 있는 보건의료는 사회적 통합성의 유지와 발전을 위하여 불가결한 요소로서 이해되어야 한다.²¹⁾ 의료서비스는 일상생활의 필수재(necessary product)이며, 공공재(public product)이다. 전술한 바와 같이 의료의 공공성은 의료법에서 의사에게 진료거부 금지의무를 두고 있다는 점(의료법 제15조)에서 대표적으로 인식되며, 정부에 의한 보험 수가 통제 등에서 엿볼 수 있다.

이와 같이 의료서비스의 제공이 다른 일반 상품과 마찬가지로 계약 관계로서 이루어지고 있음에도 불구하고 의료서비스가 갖는 공공성으로 인하여, 의료사고에 관하여는 과실책임에 입각하는 계약법상의 책임이론을 완전히 적용하는 데에는 일정한 한계가 있다. 또 의료서비스는 다양한 환자

21) 김창엽, “보건의료의 공공성 확보를 위하여”, 『월간 복지동향』, 제4호, 나남, 1999, 제20면 참조.

의 체질이나 생리적 반응에 따라 달라질 수 있기 때문에 의료서비스의 소비자는 일반 소비상품의 소비자와는 달리 시장에서 경쟁적인 위치에 있지 못하며, 의료서비스에 내재되어 있는 위험과 그에 대한 인식은 정확하기 어렵기 때문에 효율적인 계약의 실현이 어려운 점²²⁾도 계약법상의 책임이론을 그대로 적용하는데 한계요소로서 작용하게 된다.

결국, 의료사고의 문제에 있어서 이것을 계약법상의 책임이론만으로 해결하고자 하는 것은 일정한 한계에 부딪힐 수밖에 없다. 계약법상의 책임이론 즉 과실책임주의의 토대에서 벗어나기 어렵기 때문이다. 따라서 불가항력적 의료사고에 대한 국가보상제도를 마련함에 있어서도 이것을 책임이론의 틀 안에서 사고하여서는 문제를 해결하기 어렵다.

2. 불가항력에 의한 의료사고에 대한 국가보상의 성격-보상(補償)인가, 보상(報償)인가?

같은 논지에서, 불가항력적 의료사고에 대한 국가보상은 무과실책임이론과는 구별하여 논하여야 한다. 기존의 자료와 연구결과들을 보면 불가항력에 의한 의료사고에 대한 국가보상을 무과실책임이론이라고 한다거나 입증책임전환이론과 논리적으로 연결시키고자 하는 논의들이 많은데, 이것은 적절하다고 하기 어렵다. 더욱이 서두에서 보는 바와 같이 불가항력적 의료사고에 대한 국가보상이 과실책임주의를 부인해야 한다거나 과실책임주의와 상치된다고 하는 견해는 여기서의 국가보상의 의의를 제대로 이해한 견해라고 보기 어렵다. 여기서의 국가보상에 과실책임주의를 적용한다는 말은 국가가 위법한 잘못을 하여 배상책임을 진다는 것을 전제로 하는 이야기이거나, 그렇지 않더라도 국가가 개입하여 발생한 손해에 대해서 불법행위적 책임을 진다는 이야기인데 의료사고에 대하여 국가는 이렇게 직접적으로 개입하였다고 하기 어렵다. 더욱이 무과실책임이론이라고 할 때는 가

22) Polinsky and Shavell. Handbook of Law and Economics, vol. 1, 2007, p. 353.

해자에게 과실의 입증의 입증이 되지 않았음에도 불구하고 책임을 지우는 것이지, 가해자 아닌 국가가 책임을 진다는 의미는 아니기 때문이다. 따라서 보험의 방식(특히 민간보험)을 이용한 무과실보상방법은 여기서 말하는 국가에 의한 보상제도와는 구별되어야 할 차원의 것이다. 다만 그것이 사회보험으로서 국가에 의한 개입 정도가 크다면 그 정도에 따라 그 중간적 형태의 것 혹은 국가보상에 가까운 것이 될 수 있을 것이다.

한편, 의료의 공공성을 이유로 국가는 의료서비스 계약 관계에 개입하고 있고 이 개입이 강제적이고 권력적인 것이어서 의사와 환자 사이에 자유로운 계약 성립이 어려우며, 결국 의료서비스의 제공은 국가의 의사대로만 이루어지며, 의사는 다만 국가가 지시하는 방법과 절차에 따라 의료서비스를 제공해야만 한다는 관계를 전제로 하여 의료기관을 공무수탁사인(公務受託私人)으로 본다 고 하면, 불가항력에 의한 의료사고의 국가보상은 행정상의 손실보상의 법리로 이해할 수도 있지 않느냐는 반론이 제기될 수 있다. 이 견해에 따르면 소위 행정법상의 희생보상의 법리에 따라 보상을 청구할 수 있고, 이에 관한 보상 절차와 방법에 관한 법제만 마련되면 된다고 할 수 있다. 생각건대 이 주장과 같이 의료서비스 시장에 대한 국가의 공권적 장악력이 다대(多大)하여 국가가 지시하는 대로 의료기관이 이를 수행할 뿐이라고 한다면 이것은 공무수탁사인이라고 보기보다는 오히려 공의무부담사인(公義務負擔私人)이라고 봄이 타당하다. 공의무부담사인은 말 그대로 공적인 의무만 질뿐 스스로 행정처분의 권한을 행사하지 못한다. 따라서 의료기관을 공무수탁사인으로 보고 행정상 손실보상론을 적용하는 것에는 상당한 무리가 있다. 더욱이 불가항력적 의료사고에 대한 국가보상제도가 성안되어 시행되기 위해서는 그 재원의 마련이 필요하고 재원은 결국 국민의 호주머니에서 나올 수밖에 없다는 점을 감안하면 국민을 어떻게든 설득시켜야 할 터인데, 다소 설득력이 부족한 법리로서 설득시키고자 하는 것은 적당하다고 할 수 없다.

끝으로 입증책임의 전환의 문제는 법률관계 당사자인 환자와 의사간에

균형을 맞추기 위해서 무과실 국가보상책임을 인정하고 입증책임의 전환을 수용하는 것과 같은 일종의 부담의 배분이라고 이해할 수는 있겠지만, 이것이 불가항력적 의료사고에 대한 국가보상제도와 논리적으로 연결되는 바는 아니다. 따라서 입증책임의 전환을 불가항력적 의료사고에 대한 국가보상과 논리적으로 연결시키거나 그것의 성립을 위한 이론적 전제로서 이야기하는 것은 법리적으로 이해하기 어렵다.

결국 불가항력적 의료사고에 대한 국가의 보상은 행정상의 손해배상도 손실보상도 아니므로 책임법에 의해서 이해하려고 해서는 안 된다. 책임의 귀속이 어려운 피해 상황에 대하여 국가는 목적론적인 입장에서 그 자체로서 보상을 해 주어야 한다는 것이다.

한마디로 말하자면, 불가항력적 의료사고에 대한 국가보상제도는 과실 책임체제를 떠나는 것이고 과정(process)에서 결과(outcome)로 논점을 전환하는 것이다.²³⁾ 따라서 불가항력에 의한 의료사고에 대한 국가보상은 책임법원리에 따른 보상(補償)이 아니라 사회보상에 의한 보상(報償)이라고 이해되어야 한다.

V. 불가항력적 의료사고에 대한 사회보상

1. 사회보상의 법리

가. 사회보상법리의 등장

인류의 역사는 전쟁을 통하여 이루어져 왔다. 전쟁으로 많은 국가와 문명이 소멸하고 새로운 국가와 문명이 탄생했으며, 전쟁에 필요한 각종 무기를 개발하기 위하여 과학기술이 발달하였다. 이러한 전쟁은 직접적으로

23) C.C. Havighurst. Medical Adversity Insurance—Has Its Time Come?, Duke L. J., 1975, p. 1240f.

는 군대조직과 병사의 동원 없이는 불가능하다. 따라서 전쟁으로 발생하는 전사상자와 그 유가족을 돌보는 것은 시대를 막론하고 국가의 책임이었다. 원래 사회보상은 전쟁희생자에 대한 보상으로 출발하였다.²⁴⁾ 따라서 사회보상은 가장 오래된 사회보장의 하나이다. 공동체의 이익에 기여하는 행위 중에서 이를 원인으로 개인에게 신체의 손상 등 피해가 발생하였을 때 국가가 이에 대한 책임에 기초하여 일정한 보상을 하는 것은 보편적인 입법례이다. 여기에는 희생에 이르게 된 국가의 강제력이 계기가 되었다. 그러나 오늘날 국가책임에 기초한 보상은 전시피해에 그치지 아니하고 평시에 발생하는 피해로 확대되고 있다. 또 희생의 원인이 되는 국가의 선행행위가 존재하지 않는 경우에도 공공체에 기한 개인의 행위 자체에 대하여 보호의 필요성이 인식되고, 이로써 사회보상급여가 목적론적인 급여로서 성격을 띠어가고 있는 추세가 발견된다. 이것은 개인의 피해를 운명으로 돌리고 국가가 방치하는 것은 정의의 관념에 맞지 않는다고 판단하였기 때문이다²⁵⁾

나. 사회보상 범위의 확대

사회보상제도는 매우 역사적이고 정치적인 제도라 할 수 있다. 따라서 국가 및 민족의 역사와 사회가 복잡하고 위협에 속해 있을수록 발달하는 것이 사회보상제도의 특징이다. 사회보상에 의한 보호범위는 다음과 같이 확대되었다.

첫째, 개인이 해당행위를 하는데 있어 국가가 강제력을 행사한 경우이다. 예컨대 군복무 중에 발생한 재해가 대표적인 예이다. 둘째 국가가 강제력을 행사한 것은 아니라 단순히 권고한 행위를 한 결과 개인에게 피해가

24) 20세기에 두 차례의 세계대전의 패전으로 많은 사상자와 유가족이 발생한 독일에서 연방부양법(Bundesversorgungsgesetz)을 통하여 그들에 대한 보상을 한 것이나, 동구권에 억류되었던 독일 국민들에 대하여 억류자보호법(Haeflingshilfegesetz)으로 보상한 것이 바로 사회보상의 초기 모습이다.

25) 천광석, “사회보상의 국제기준 및 국제적 보상”, 『공법연구』, 제30집 제1호, 2002, 제171면.

발생한 경우이다. 예방접종피해가 여기에 속한다. 셋째 국가가 해당 상황이 발생하는데 강제력을 행사하지도 구체적인 권고를 한 것도 아니며, 행위의 동기가 개인의 자발적인 의사에 있는 경우에도 보호의 대상에 포함된다. 의사상자예우에 관한 법률이 보호하는 행위가 여기에 속한다. 넷째 범죄피해이다. 범죄피해는 그 자체가 공동체의 이익에 기여하는 것이 아니며 또 국가의 장요가 존재하는 것도 아니다. 이 점에서 범죄피해에 대한 보상은 다른 사회보상과 보호의 원인관계를 달리한다. 이 밖에 오늘날 산업기술의 발전과 환경의 변화에 따라서 개인이 처하게 되는 위험상황에 대한 국가의 책임이 사회보상의 차원에서 논의되고 있는 점에 주목할 필요가 있다. 불가항력적 의료사고에 대한 국가의 보상도 바로 여기에 속한다.

정리해 보면 사회보상도 원래는 국가의 개입과 관여에 의해 발생한 피해에 대하여 국가가 보상해 주는 것으로 출발하였다. 다만 그 인과관계를 명확히 밝히기는 어려운 경우에 적용되었다. 이와 같이 보면 사회보상은 행정상 손해전보인 국가보상(國家補償)제도(특히 국가배상제도)에 대하여 보충적인 제도로서 출발한 것이 아닌가 생각된다.

2. 사회보상의 유형 구분과 불가항력적 의료사고에 대한 사회보상의 성격

전술한 바와 같이 사회보상의 유형은 다양하다. 애초에는 사회보상이 전쟁 유공자에 대한 보상에서 출발하였다고 한 것처럼, 사회보상의 제1유형은 ‘희생’과 ‘기여(혹은 공헌)’에 대한 보답으로서의 보상이다. 보상(報償)이라고 할 때 ‘값을 보(報)’자를 쓰는 이유도 바로 여기에 있다. 예컨대, 국가 유공자 혹은 독립유공자에 대한 국가의 보상, 의사상자에 대한 국가에 보상이다.

사회보상의 제2유형은 ‘희생’에 대한 구조이다. 이것은 ‘희생’과 관련하여 넓은 의미에서나마 국가의 의무가 있다고 인정되는 경우이다. 국가의 의무를 입증하지 못하더라도 적어도 국가기인성 내지 국가관련성은 인정되어야

한다. 예컨대, 범죄피해자에 대한 보상, 법에 의해 강제된 예방접종의 사고에 대한 보상,²⁶⁾ 재난을 당한 자에 대한 구조, 그리고 불가항력적 의료사고에 대한 보상 등이 여기에 속한다. 제2유형의 보상은 ‘희생’에 관점을 둔 것이므로, 범죄피해자구조제도에서와 마찬가지로 ‘구조’라는 표현을 쓰는 것이 더 적확(的確)하다. 다만 구조라는 표현이 권리성을 저해하는 것이라는 지적이 있을 수 있으나, 피해에 대한 국가기인성이 직접적이고 구체적인 것이라고 보기는 어려우므로 ‘불가항력적 의사사고 구조’ 제도라고 표현하는 것이 적절하다.

3. 불가항력적 의료사고에 대한 사회보상의 근거

불가항력적 의료사고에 대한 국가보상의 법이론적 근거는 무엇일까? 이 부분에 대한 직접적인 연구는 없다. 하지만 이것이 사회보상의 하나라는 점을 토대로 법이론적 근거로서 제시될 법한 몇 가지의 견해를 정리해 볼 수 있다. 첫째는 은혜설이다. 국가는 불가항력적 의료사고에 대하여 법적 책임은 없지만 어떠한 도의적인 책임이 있다는 것이다. 이것은 의료의 공공성 혹은 그로 인한 의료에 대한 국가의 통제에 국민 건강의 관점에서 중요한 국가의 작용이며 따라서 그에 대한 반대급부로서 일정한 의무를 지게 된다는 것이다. 이 경우에는 구제를 하더라도 이는 법적인 의무가 아니라 의료사고라는 뜻밖의 재해로 정신적, 경제적으로 비참한 상황에 놓인 피해자에 대한 동정의 표시로서 인도주의적 견지에서 피해자에게 일종의 자선을 베푸는 것이다. 학설적 의미가 희박한 견해이다. 둘째는 사회보장설이다. 의료사고로 피해를 입은 자나 그 유족이 생활유지에 어려움을 겪는 경

26) 예방접종사고보상의 경우 사회보상으로도 이론구성이 가능하며, 행정상 손실보상의 한 유형인 희생보상으로서도 이론구성이 가능하다. 그런데 보상에 대한 국가의 책임과 보상액의 측면에서는 손실보상의 유형으로 이론구성하는 것이 피해자인 환자에게 유리하다. 반대로 보상을 책임져야 할 국가의 입장에서는 사회보상으로 보는 것이 유리할 수 있다. 이호용, 전계논문, 제463~464면 참조.

우에 국가가 사회보장의 일환으로 피해자의 생계의 유지를 위하여 원조해 주어야 한다는 견해이다. 셋째 사회적 위험설이다. 의료는 위험성과 불가예측성을 내포하는 것이어서 이러한 사회적 위험에 대해서는 사회전체가 피해를 함께 부담해야 한다는 입장이다. 마지막으로 사회연대설이다. 이것은 사회 내에 존재하는 연대의무에 근거한다. 각 공동체의 구성원은 불가항력에 의한 의료사고 피해자에 대하여 연대의식을 가지고 고통을 함께 나누어야 한다는 것이다. 생각건대 사회연대설과 사회적 위험설을 결합하여 이해함이 적당하다.

4. 보상 의무의 구속력과 보상의 범위

책임법에 의한 보상(補償)과 사회보상에 의한 보상(報償)은 실질적인 면에서 다음과 같은 점에서 차이가 있다. 즉, 국가는 둘 중 어떤 것에 의무와 책임을 강하게 귀속시킬 것인가 하는 점을 생각해 보면, 보상(補償)의 경우 널리 국가작용에 의한 피해의 원인이 전제되는 것이므로 국가는 보상하지 않을 수 없고, 그것은 법률의 규정이 없더라도 보상에 대한 논리의 성립이 가능하다. 그러나 보상(報償)에서는 그 여부가 재량적일 수 있다. 여기서의 재량이란 입법 재량을 의미하는 것이다. 불가항력적 의료사고에 대한 국가보상의 경우, 입법재량 중에서도 다소 넓은 입법재량이 적용될 여지가 있다. 이렇게 보면 불가항력적 의료사고를 위한 구조 제도를 시행하기 위한 입법에 대한 국가의 구속의무는 다소 약하다고 하겠다. 왜냐하면 이 보상은 사회적 위험으로부터 국민을 보호해야 할 책무에서 비롯되는 것이나, 결국 법제도는 사회구성원들의 공감대적 가치에 의해 성립되는 것이므로, 이 의료사고라는 위험이 얼마나 국민들의 피부에 절실하게 와 닿는 것인지에 의해 판단할 수밖에 없기 때문이다. 또, 보상의 취지가 명확하고, 제한적이며, 최소한의 것을 추구할 수밖에 없다. 관련 사유가 발생하였다고 하여 당연히는 보상해 주지 않을 것이다. 뿐만 아니라 보상이 가능한 경제적

사정이 되었을 때 비로소 보상이 이루어지기도 한다.

이와 같이 보면 의료사고로 인한 피해가 불가항력적인 것이라고 하여 언제나 구조가 이루어질 것이 아니라 구조의 대상을 한정해 주는 것이 적당하다. 예컨대 국민기초생활대상자 혹은 차상위계층자를 대상으로 한다거나 또는 일정한 재산수준 이하의 계층만을 대상으로 하는 것과 같이 구조의 대상을 저소득자 내지 기타의 사회적 약자로 한정함이 적당하다.

VI. 결 어

의료사고의 피해자 구제에 있어서도 전통적이고 일반적인 방법은 과실책임주의에 근거한 책임법적 방법이다. 그러나 의료사고에 있어서는 신체의 복잡한 유기적 구조와 체질의 다양성과 특이성, 복잡하고 복구할 수 없는 사실관계, 의료영역에서 증가되어 가는 기계화, 첨단화, 조직화로 위험원이 더욱 증가되고 있다.²⁷⁾ 따라서 경직된 과실책임의 준수만으로는 문제를 해결하기 어렵다는 인식이 확대되고 있다. 전통적인 과실책임주의에 입각한 일반 손해배상책임법의 원칙에 따라 피해자에게 손해를 전보해주는 방식만을 고수한다면 의사로 하여금 방어의료를 하게 하고, 의사와 환자 사이의 불신이 더욱 깊게 되므로 의사와 환자 누구에게도 이익이 되지 않는다. 따라서 의사책임을 부담시키는 기본원리인 과실책임과는 단절된 원리로서 사회보상의 원리에 의한 구제가 필요하다.

이 제도는 그동안 민법에서 정하고 있는 ‘과실책임의 원칙’에 배치되며, 의료사고의 원인 규명부실화 및 과실 책임에서 무과실 보상으로서의 도피, 정부의 재정적 부담 등의 이유로 반대하는 의견이 많았으나, 이러한 견해는 적절하지 않음을 본문에서 확인하였다. 먼저 의료행위를 직접 담당하지

27) 이인영, “무과실의료사고의 피해자 구제제도를 위한 실태조사 및 인식도 조사에 관한 연구”, 『의료정책연구소 보고서』, 2003, 제32면.

아니하는 국가에게 과실책임 여부를 이야기한다는 것은 어불성설(語不成說)이며, 의로서비스에 대한 국가의 개입을 이유로 의로서비스를 공무수탁 사무로 보고 의료인을 공무수탁사인으로 보아 국가배상책임 혹은 행정상 손실보상책임을 물을 수 있다는 의견에 대해서도 처분권한이 없이 국가에 의한 의무만 담당하게 되는 점으로 볼 때 공의무부담사인으로 보는 것이 적절하다는 점 및 국가의 개입만으로는 부족하고 국가 행위의 직접성이 인정되지 않는 한 책임법에 의한 보상을 인정하기는 어렵다고 판단된다. 따라서 과실책임이론과는 독립된 사회보상의 원리에 의해 보상할 수밖에 없다. 다음으로 과실 책임에서 무과실 보상으로의 도피가 만연될 것이라는 우려도 그대로 수용하기는 어렵다. 왜냐하면 일단 전술한 바와 같이 ‘무과실’과는 무관하며, 이 제도에 의한 보상은 사회보상으로서 그 성질상 ‘보충적’이며, ‘최소한’에 그칠 수밖에 없다. 그렇다면 현실적으로 보상의 범위 즉 보상의 액수에서도 과실 책임에 의한 배상의 경우보다 훨씬 적을 수밖에 없다. 이 제도에 의한 보상(적은 보상)을 받고자, 과실 책임에 의한 배상을 쉽게 포기할 리는 없을 것이기 때문이다.

아울러, 전술한 바와 같이 불가항력적 의료사고에 대한 국가보상제도는 입증책임 전환이나 다른 배상제도와의 관계는 논리적으로는 단절되어 있으나, 균형적 부담이라는 측면에서 입증책임의 전환이나 강제적 책임보험제도 등과 함께 하는 것이 적당하다.

주제어 : 의료사고, 사회보상, 위험 보장 국가, 보충적 보상

[참 고 문 헌]

1. 국내문헌

- 김선중, 『의료과오소송법』, 박영사, 2008.
- 김창엽, “보건의료의 공공성 확보를 위하여”, 『월간 복지동향』, 제4호, 나남, 1999.
- 김철주·박보영, “새로운 사회적 위험의 도래와 복지국가의 현대화”, 『사회복지 정책』, 제24집, 한국사회복지정책학회, 1998.
- 윤용석, “위험책임의 새로운 경향”, 『법학연구』, 제30권 제1호, 부산대법학연구소, 1988.
- 은승표, “사회학적 관점에서 본 손해전보”, 『토지공법연구』, 제19집, 한국토지 공법학회, 2003.
- 이상규, 『국가보상법』, 법문사, 1995.
- 이인영, “무과실의료사고의 피해자 구제제도를 위한 실태조사 및 인식도 조사에 관한 연구”, 『의료정책연구소 보고서』, 의료정책연구소, 2003.
- 이재형, “의료사고 피해구제제도의 입법 방안에 관한 연구”, 『공주문화대학논문집』, 제27집, 공주문화대학, 2000.
- 이종인, 『불법행위법의 경제 분석』, 한울, 2006.
- 이호용, “국가행정측면에서의 보상체계의 구분과 예방접종사고보상의 법률관계”, 『한양법학』, 제23집, 한양법학회, 2008.
- 전광석, “사회보상의 국제기준 및 국제적 보상”, 『공법연구』, 제30집 제1호, 2002.

2. 외국문헌

- Enneccerus. Lehrbuch des Buerglichen Rechts, Recht der Schulderhaeltmiss, 15 Aufl, 1958.
- Exner. Der Begriff der hoeheren Gewalt (vis maior) im roemischen und heutigen Verkehrsrecht, 1970.
- Havighurst, C.C. Medical Adversity Insurance-Has Its Time Come? Duke L. J., 1975.
- Spaeth, Peter. Der Begriff der hoeheren Gewalt in deutschen und franzoesischen Recht, Diss., 1970.
- Polinsky and Shavell. Handbook of Law and Economics, vol. 1, 2007.

A Study on Irresistible Medical Accidents Victims Relief System in the Perspective of Public Law

Lee, HoYong

Prof. Dr. Lee, HoYong, Dankook University, College of Law

=ABSTRACT=

Medical practice is characterized by various physiological response and un-capacity of prediction, therefore when medical accident occur it's hard to prove medical professionals' mistake. Though medical accident by medical professionals' mistake will be compensated anyhow, about irresistible medical accidents, no one should be not bound to compensate, victims get into very difficult situation. So, the nation don't negligent irresistible medical accidents but compensate anyway. As in the past, to the legal principle's constitution of irresistible medical accidents, theory of liability without fault was adapted, and it was said this theory was illogical in theory of liability with fault. But the subject of compensation to irresistible medical accidents is nation, nation don't participate in medical treatment therefore there is no room to occur mistake. And it is not reasonable to regard medical agency as a truster of public service, to cast to it responsibility of medical accidents. The problem of compensation to irresistible medical accidents is understood under the theory of social compensation. Social compensation is consisted of compensation to sacrifice and contribution to nation and society and compensation to sacrifice revealed under danger, the compensation to irresistible medical accidents belongs to the latter. This is near to concept of relief, is applied to national compensation system supplementarily, and compensation have no option but to compensate minimum.

And there are not relation between national compensation system of irresistible medical accidents and proof liability transposition and theory of liability with-

out fault, merely in side of sharing responsibility burden between medical treat-er and victim, it is reasonable to discuss transportation of proof liability and compulsive liability insurance together.

Keyword : Irresistibility, Medical accident, Social compensation, Risk pro-tection nation, Complementary compensation