

## 의료분쟁 해결과 ADR Medical Dispute Resolution and ADR

김 상 찬\* · 권 수 진\*\*  
Kim, Sang-Chan · Kwon, Soo-Jin

### 목 차

- I. 서론
- II. 의료분쟁 해결의 한계
- III. ADR에 의한 의료분쟁의 해결
- IV. 외국의 의료분쟁과 ADR
- V. 의료분쟁조정법의 입법 필요성
- VI. 결론

### 국문초록

의료분쟁을 민사소송에 의하여 해결하는 것은 의료행위의 특수성에 따른 환자 측의 입증곤란과 소송의 장기화로 인하여 환자측이나 의사측 모두 만족시키지 못하고 있는 것이 현실이다. 그러므로 의료분쟁의 해결은 화해, 조정, 중재 등 소송 이외의 대체적 분쟁해결방안(Alternative Dispute Resolution: ADR)을 적극적으로 도입해야 할 필요성이 절실한 상황이다. 특히 우리나라에서서는 민사소송에 의하기 보다는 형사고발, 또는 집단행동으로 이어지거나, 아예 체념하고 마는 극단적인 방법을 택하고 있는 경우도 많은 현실을 고려해 볼 때, 의료분쟁에 대하여 우리 실정에 맞는 신속한 분쟁해결 제도의 마련이 절실히 요구되고 있다.

이와 관련하여, 우리나라에서도 대한의사협회공제회를 통한 피해보상제도 및 의료심

---

논문접수일 : 2010.12.29

심사완료일 : 2011.1.24

게재확정일 : 2011.1.25

\* 제주대학교 법학전문대학원 교수

\*\* 제주대학교 법학전문대학원 법학전문석사과정

사조정위원회제도를 통한 구체절차를 두고 있지만, 소비자인 국민들의 불신으로 거의 이용되지 않고 있으며, 다만 한국소비자원 산하 소비자분쟁조정위원회를 통한 의료분쟁의 조정만이 조금이나마 이용되고 있는 실정이다.

또한 지금까지 의료분쟁조정제도를 위한 의료분쟁조정법을 입법하려는 노력이 많았지만, 아직까지 그 결실을 맺지 못하였는데, 합리적인 의료분쟁의 해결을 위하여 의료분쟁조정제도를 포함한 ADR제도의 구축이 시급한 시점에 있다고 할 것이다. 이 논문에서는 ADR을 통한 의료분쟁의 해결방안을 모색하고, 또한 의료분쟁조정법의 입법의 필요성에 대하여 제기하고 있다.

주제어 : 의료분쟁, 대체적분쟁해결, 의료분쟁조정법, 화해, 조정, 중재

## I. 서론

의료행위란 주관적으로는 병상의 예방과 치료를 목적으로 하고, 객관적으로는 그 방법이 현대의학에 근거한 진단 및 치료행위로서 의료인이 의학적인 판단 및 기술에 의하지 않으면 인체에 위해를 미칠 우려가 있는 일체의 행위를 말한다.<sup>1)</sup> 의료행위는 인간의 생명을 구하고 신체의 완전성을 확보하고자 하는 의사 등 의료인에 의한 치료행위를 말한다. 이러한 의료행위에는 필연적으로 인체에 대한 침습이 수반되고 생명과 건강에 대한 위협에 내재되어 있다.<sup>2)</sup> 또한 인간의 신체는 기계와 달라서 동일한 의료행위에 대하여도 환자마다 체질이나 나이 성별에 따라 그 효과가 판이하게 나타나기 때문에 전문가인 의사조차도 의료행위에 따른 결과를 100% 예측하거나 위협을 회피하는 것이 불가능한 경우가 많다.<sup>3)</sup> 또한 의료행위는 통상 의료인과 환자만이 존재하는 밀폐된 장소에서 이루어지는 경우가 많고, 의료행위의 불확실성으로 인하여 의료인이 어떠한 질병의 치료를 위하여 사용할 수 있는 기법은 다양하기까지 하다. 이러한 의료의 특수성으로 말미암아 의료사고가 발생한 경우 종종 의사와 환자 사이에 극도의 불신과 오해를 불러일으킨다. 이러한 의사와 환자 사이의 불필요한 오해나 상호 간의 이

1) 문국진, 「의료법학」, 청림출판, 1992, 14면. 의료행위에 관하여 자세히는 김상찬, 「의료와 법」, 도서출판 은누리, 2008, 13~21면 참조.

2) 김상찬, “의료사고분쟁에 대한 판례의 경향과 그 해결방안”, 「법과정책」 제3호, 제주대학교 법과정책연구소, 1997.8, 226면.

3) 김선중, 「의료과오소송법」 박영사, 2008, 13면.

해부적으로 인하여 의료분쟁은 종종 환자 측에 의한 감정적인 형사고소와 물리력을 동원하기까지 하는 극단적인 현상으로 이어지게 된다. 그 과정에서 의사는 방어진료와 치료결과에 대한 책임을 회피하기 위한 진료거부로 맞서게 된다. 이러한 의료분쟁의 경우 민사소송을 통한 해결방안은, 의료행위의 전문성과 밀행성으로 인한 환자 측의 입증곤란 및 그로 인한 소송의 장기화<sup>4)</sup>로 인하여 정상적인 소송절차를 통한 분쟁해결이 당사자 쌍방을 모두 만족시키지 못하고 있는 것이 현실이다.

위와 같은 의료행위의 특성에 비추어 볼 때, 소송에 의한 의료분쟁을 해결하는 방법은 상당한 시간과 비용이 소요되기 때문에 화해, 조정, 중재 등 소송 이외의 대체적 분쟁해결방안(Alternative Dispute Resolution: ADR)을 적극적으로 도입해야 할 필요성이 절실한 상황이다. 더욱이 우리나라에서 의료분쟁이 발생할 경우 소송절차상 입증곤란과 소송의 장기화로 인하여 정상적인 소송절차를 통한 권리구제를 모색하기 보다는 감정적인 형사고소와 민원제기, 나아가 극단적인 감정대립을 통한 인격침해 등이 발생하는 현실을 고려해 볼 때 의료분쟁 영역에서 소송 이외의 우리 실정에 맞는 신속한 분쟁해결기법의 마련이 절실히 요구되고 있다. 현재 우리나라에서 의료분쟁에 대한 민사소송 이외의 분쟁해결과 관련하여, 현행 의료법에서도 대한의사협회공제회를 통한 피해보상제도(의료법 제31조) 및 의료심사조정위원회제도(의료법 제70조 이하)를 통한 구제절차를 두고 있지만, 소비자인 국민들의 불신으로 거의 이용되지 않고 있으며, 다만 한국소비자원 산하 소비자분쟁조정위원회(소비자기본법 제60조 이하)를 통한 의료분쟁의 조정만이 대체적 분쟁해결방법의 하나로 조금이나마 이용되고 있는 실정이다.<sup>5)</sup> 지금까지 의료분쟁조정제도를 위한 의료분쟁조정법을 입법하려는 노력이 많았지만, 아직까지 그 결실을 맺지 못하였는데, 합리적인 의료분쟁의 해결을 위하여 의료분쟁조정제도를 포함한 ADR제도의 구축이 시급한 시점에 있다고 할 것이다. 여기에서는 ADR을 통한 의료분쟁의 해결방안을 모색하고, 보다 합리적인 의료분쟁의 해결방안으로서 의료분쟁조정법의 입법의 필요성을 강조하고자 한다.

4) 우리나라 의료분쟁기간은 1심법원에서 평균 2.6년, 2심법원에서 1.3년이 소요되고 있으며, 과별로는 볼 때 성형외과의 경우에는 총 소송기간이 평균 6.3년에 달하고 있다고 한다(법정철, 「의료분쟁소송」, 법률정보센터, 2003, 53면).

5) 한국소비자원에 접수된 의료분쟁 피해구제 신청건수는 2005년 1,093건, 2006년 1,156건, 2007년 940건, 2008년 603건으로 매년 감소추세에 있다(한국소비자원, 「2008년 소비자 피해구제 연보 및 사례집」, 한국소비자원, 2009, 251면).

## II. 의료분쟁 해결의 한계

### 1. 의료사고 책임의 법적구성

의료분쟁은 종국적으로 피해자인 환자 측이 가해자인 의사나 병원 측의 의료과실을 주장하면서 그로 인한 손해의 배상을 청구하는 형태로 나타난다. 이때 환자 측이 주장할 수 있는 청구원인은 민법상 계약책임과 불법행위책임이다. 통설과 판례에 따르면 양자는 경합한다(청구권경합설).<sup>6)</sup> 의료행위는 대부분 병원과 환자 사이에 체결된 의료계약에 기초해 행해지고 의료과실로 인한 악결과는 계약상의 의무 위반(불완전이행)이므로 환자측은 민법 제390조 이하에서 규정하고 있는 채무불이행책임을 물을 수도 있다. 그러나 실무에서는 불법행위책임을 묻는 사례가 절대 다수를 차지하고 있다. 이론적으로는 귀책사유의 입증책임, 소멸시효에 관하여 채무불이행책임을 묻는 것이 유리하지만 의료과실 소송에 있어서는 양 책임의 실질적인 차이가 없기 때문이다.

### 2. 불법행위법의 기능과 의료사고책임

앞에서 살펴본 것처럼, 의료사고로 인한 손해배상 문제는 대부분 계약책임보다는 불법행위책임 문제로 다루어진다. 민법 제750조는 “고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다”라고 규정하고 있다. 이러한 규정형식은 불법행위의 개념을 개방적으로 열어 놓고 있는 것이며,<sup>7)</sup> 법관에 의한 법형성의 여지를 매우 폭넓게 인정할 수 있는 근거가 된다.<sup>8)</sup> 이에 따라 불법행위법에서는 그 내부적으로 환경, 교통사고, 지적재산권, 제조물책임 등 세부분야로 그 법리가 개별화되는 현상이 나타난다. 의료과실에 관한 불법행위 법리 역시 마찬가지라고 할 수 있다. 문제는 의료과실에 있어 현재 실무에서 적용되고 있는 불법행위법이 그 목적

6) 문정두 편, 「판례중심 의료소송」, 법조문화사, 1983, 75~78면; 오석락, 「입증책임론」, 일신사, 1993, 184-188면; 대법원 1993. 4. 27. 선고 92다56087 판결 등.

7) 박윤직편, 「민법주해(XVIII)」, 박영사, 2005, 125면; 권영준, “불법행위법의 사상적 기초와 그 시사점”, 고학수·허성욱 편, 「경제적 효율성과 법의 지배」, 박영사, 2009, 111면.

8) 독일민법 제823조, 제826조나 common law에 기초한 영미의 불법행위법에서는 불법행위의 개념을 개별적 유형으로 열거하고 있으나, 어느 법제에서나 불법행위법은 경교한 도그마틱에 얽매이기보다는 온당한 책임범위에 이르기 위한 신축적이고 유연한 운영이 불가피하다는 점에서 크게 다르지 않다고 한다(권영준, 상계논문, 113면).

이나 기능에 비추어 제대로 작동하고 있는가이다.

전통적으로 불법행위법의 목적 내지 기능에 대하여는 대략 다섯 가지를 들고 있다. 즉 첫째 피해자에 대한 보상, 둘째 법익침해행위의 억제 또는 예방, 셋째 위반행위자의 처벌, 넷째 피해자의 만족 다섯째 사회질서의 회복이 바로 그것이다. 그런데 최근에는 보상과 예방의 기능을 제외한 나머지 기능에는 큰 의미를 부여하고 있지 않는 것이 일반적인 경향이라고 한다.<sup>9)</sup> 그 이유는 우선 형법과 사법의 분리이다. 위반행위자에 대한 처벌이나 사회질서 회복 내지 사회방위는 본질적으로 형법의 역할이라고 할 수 있다. 이에 따라 피해자의 만족이라는 요소도 더 이상 설득력을 얻을 수 없다. 또한 고의에 의한 우발적 손해가 격증한 것도 이유로 꼽을 수 있다. 즉, 근대 이전의 사회구조에서는 대부분의 사고가 의도적 행위로 생긴 것이어서 행위자의 처벌이나 사회질서의 회복이라는 관점이 유효할 수 있었으나 현대사회에서 발생하고 있는 우발적 사고의 경우 이러한 것들이 더 이상 적절한 목표가 될 수 없다는 것이다.

### 3. 불법행위법을 통한 의료분쟁 해결의 한계

#### 가. 예방적 기능의 제약

미국에서는 법경제학의 관점을 통하여 불법행위법의 목적 내지 기능의 초점이 보상 기능에서 예방기능으로 크게 바뀌고 있으며, 이에 따라 불법행위법은 불법행위를 사회적 적정수준으로 낮추는 제도로서 이해되고 있다.<sup>10)</sup> 불법행위에서 과실의 인정여부에 관하여서도 이른바 '핸드 판사의 공식(Hand formula)<sup>11)</sup>'을 통하여 과실의 의미를 재관화하고 명확화 하였다. 즉 사고방지 비용이 사고의 기대손실보다 작은데도 그 사고방지노력을 하지 아니한 경우에는 과실이 성립하고 반대로 사고의 방지비용이 사고기대손실보다 큰 경우에는 사고방지노력을 하지 아니해도 과실이 되지 않는다는 것이다.<sup>12)</sup> 그러나 이러한 예방기능은 현재 우리나라 실정법으로서의 불법행위법이 손해배상에 더 중점을 두고 있다는 근본적인 한계를 가지고 있다. 즉 민법 제750조의 규정은 불법행위가 발생한 때 비로소 개입하고 책임의 크기도 손해의 크기에 비례하여 부과되는 것을 전제로 한다.<sup>13)</sup> 의료과실로 인한 불법행위소송 실무에서도 불법행위법의 예

9) 박윤직 전게서, 29~30면.

10) 불법행위법의 한계에 대하여는 박윤직, 전게서, 59~73면 참조.

11) Hand formula에 대하여 자세한 것은, 박세일, 「법경제학」, 박영사, 2006. 290~294면 참조.

12) 박지용, "의료분쟁에서 ADR의 의미", 「의료분쟁의 합리적 해결을 위한 토론회 자료」, 이화여자대학교 생명의료법연구소, 2009. 10면.

방적 기능을 고려하여 구체적인 배상액을 산정하는 것은 아니다. 다만 주목할 것은 인과관계에 대한 입증책임경감에 관한 판례이론이다. 물론 이러한 판례이론을 증거의 구조적 편재에서 오는 불합리를 시정하기 위한 공평의 원칙에 근거한 것이라고 볼 수 있으나 불법행위법의 예방적 관점에서 접근할 수도 있다.<sup>14)</sup> 의료과실이 발생한 경우 인과관계를 사실상 추정하고 쉽사리 의사 측의 반증을 허용하지 않음으로써 의사로 하여금 예견가능성과 회피가능성을 높이는 효과를 기대할 수 있는 것이다. 그러나 이에 대하여는 보다 정밀한 경제학적 분석이 요구된다고 할 수 있다. 이러한 판례이론으로 인하여 의사가 과잉·방어진료를 실시함으로써 사회적으로 적절한 의료비용 이상의 비용을 낭비하는 결과를 초래할 수도 있기 때문이다.<sup>15)</sup>

#### 나. 충분하지 않은 보상

의료사고에 대한 불법행위소송의 가장 치명적인 약점은 피해자인 환자 측에 대한 과소보상이라고 할 수 있다. 환자 측의 입장에서는 의사 측의 의료과실을 입증하여 불법행위법의 보상을 받는다고 하더라도 그 보상은 충분하지 않은 경우가 대부분이라는 것이다. 가장 큰 이유는 소송제도의 여러 가지 절차적 제약 때문이다.<sup>16)</sup> 소송절차는 기본적으로 소송당사자에게 비용과 시간을 요구한다. 이러한 부담은 지연손해금의 형태로 일부 회복될 수 있으나 회복되지 않는 무형적 손실이 여전히 남게 된다. 또한 의료소송의 경우 의료과실이나 손해액의 범위를 입증하는 것이 다른 소송 유형에 비하여 상대적으로 매우 어렵다고 할 수 있다. 그리고 우리 법원은 책임제한 법리를 통하여 매우 보수적으로 배상금을 산정하고 있다.<sup>17)</sup> 따라서 적어도 의료소송에 있어서는 불법행위로 실제 발생한 손해와 소송을 통하여 회복되는 손해 사이에는 언제나 격차가 존재할 수 있다. 특히 현실적·확정적 손해에 한하여 배상을 허용하는 판례<sup>18)</sup>의 입장에 의하면 이른바 희색지대에 존재하는 손해는 피해자인 환자의 위험부담으로 남게

13) 권영준, 전계논문, 122면.

14) 대법원 2001.3.23. 선고 99다48221 등 다수의 판결에서 “의료행위를 한 측이 그 결과가 의료상의 과실로 말미암은 것이 아니라 환자의 특이체질 등 전혀 다른 원인으로 말미암은 것이라는 입증을 하지 아니하는 이상 의료상 과실과 결과 사이의 인과관계를 추정하여 손해배상책임을 지울 수 있도록 입증책임을 완화하는 것이 손해의 공평·타당한 부담을 그 지도 원리로 하는 손해배상제도의 이상에 맞는다”라고 판시하고 있다.

15) 박지용, 전계 토론회자료, 10면.

16) 권영준, 전계논문, 129~131면.

17) 박지용, 전계토론회자료, 11면.

18) 대법원 2001. 7. 13. 선고 2001다22833 판결 등 다수 판례.

된다. 여기에 변호사비용 등의 소송비용까지 고려하면 실제 원고에게 돌아가는 배상액은 더욱 적어질 것이다. 적어도 이론적으로는 이러한 격차를 줄이기 위하여 배상액을 산정하는 기준을 상향하거나 절차의 효율성과 신속성을 제고하여 손해를 최소화하는 것이 필요하다.<sup>19)</sup>

#### 다. 환자 측의 입증책임의 어려움

불법행위법을 통하여 의료분쟁을 해결하는데 있어서 또 하나의 한계는 원고인 환자 측의 입증책임, 즉, 가해자인 의사 측의 고의·과실, 인과관계 등에 대한 입증하는 것이 매우 어렵다는 것이다. 이른바 현대형 소송 중에서, 자동차사고 등에서는 자동차손해배상보장법 제3조를 특별히 규정하여 입증책임을 전환시키고 있으나, 의료사고인 경우에는 아직 이러한 특별규정이 없으므로, 환자 측에서 이러한 것에 대한 입증책임을 져야 하는데, 많은 어려움이 따른다.<sup>20)</sup> 이러한 어려움은 아래에서 살펴보는 ADR의 도입으로 어느 정도 해결할 수 있을 것이다.

### III. ADR에 의한 의료분쟁의 해결

#### 1. 의료분쟁

의료분쟁은 의사가 전문적 의학지식과 충분한 임상경험, 최신의 의료기술을 다했음에도 환자에게 기대된 효과가 나타나지 않거나 심지어 환자가 사망 또는 중대한 상해를 입는 등의 악화된 결과가 나타나 다툼이 있는 것으로 의사 등 의료인에게 의료과실이 있거나 또는 있다고 주장함으로써 발생한다.<sup>21)</sup> 의료법 제70조 제1항에서는 의료행위로 인하여 생기는 분쟁을 의료분쟁이라고 칭하고 있다.

의료행위는 본질적으로 인간의 신체에 대한 침습을 수반하게 되고 또한 인간의 신체는 체질에 따라 각종 투약이나 처치에 대하여 예상치 못한 반응을 나타내는 경우도 있기 때문에 예기치 못한 악결과가 나타나는 경우가 있다. 이와 같이 예기치 못한 악결과가 나타나는 경우를 총칭하여 의료사고라고 하며, 의료사고를 둘러싼 의료인과 환자

19) 박지용, 전계 토론회자료, 11면.

20) 김선중, "새로운 심리방식에 따른 의료과오소송의 심리와 실무상 문제", 「사법논집」, 제32집, 법원도서관, 2001, 35면.

21) 김재윤, 「의료분쟁과 법」, 을곡출판사, 2006, 1면.

측 또는 의료기관 상호간에 다툼이 제기된 것을 의료분쟁이라고 한다.<sup>22)</sup> 현대사회에서는 대부분의 사람들이 출생에서부터 사망에 이르기까지 의료서비스의 혜택을 받고 있다. 의료서비스의 양적 팽창은 의료기술과 의학지식의 급속한 발전이라는 질적 성장뿐만 아니라 대형병원 위주의 대량의료공급체계의 등장이나 정부의 의료보험정책의 확대가 그 주요한 원인이다.<sup>23)</sup> 이러한 의료서비스의 양적·질적 확대는 이에 비례하여 사고의 확률 내지 위험성 또한 증가시키고 있다. 이러한 의료사고는 많은 경우 의료분쟁으로 이어지며<sup>24)</sup> 의료분쟁은 꾸준히 증가하고 있는 실정이다.<sup>25)</sup>

## 2. 민사조정

민사조정법에 의한 조정제도는 화해와 판결 사이에서 그 존재의의가 있고, 소송기간도 조정이 판결보다 짧다. 조정제도는 소송에 비하여 경제적이고 간편하며 무엇보다 당사자간의 감정대립을 상대적으로 줄일 수 있다는 장점이 있다. 특히 인과관계나 과실입증이 쉽지 않은 의료소송에 있어서는 조정제도의 활성화가 다른 여타 소송에 비하여 시급히 필요하다. 우리나라 조정제도는 당사자가 민사조정법에 의하여 조정신청을 하는 방법과 수소법원에서 당사자의 신청 혹은 직권으로 조정에 회부하는 방법 등이 있다. 의료소송에 대하여는 조정담당판사가 의료지식이나 경험이 부족하기 때문에 전문의가 조정위원으로 있는 조정위원회에 맡기는 경향도 있다.<sup>26)</sup> 2001년도에 도입된

- 22) 김광우, "진료의 입장에서 본 병원의료분쟁의 예방과 대책", 「대한병원협회지」 제111호, 대한병원협회, 1984.1·2, 37면; 이승길, "의료과실의 판단 기준과 그 유형", 증부대학교 논문집 14집, 2000, 248면.
- 23) 정부 의료보험정책의 확대로 인한 의료서비스의 양적 팽창을 극적으로 보여주는 예가 미국의 메디케어(Medicare), 메디케이드(Medicaid) 프로그램이다. 메디케어의 경우 제도 시행 이듬해인 1967년 1,950만 명이던 급여대상자는 2007년 4,400만명에 이르게 되었으며 2020년에는 그 대상자가 6,100만 명에 이를 것으로 예상되고 있다(유승훈·박은철, 「의료보장론」, 신광출판사, 2009, 232면).
- 24) 의료분쟁의 발생원인에 대하여 이를 크게 의료계 내부요인과 외부요인으로 나누고, 전자로는 의료의 기계화, 의료기술의 고급화, 의료인의 태도, 의료인의 의료법리에 대한 무지 등을, 후자로는 국민의 권리의식 신장, 의료인에 대한 인식 변화, 의료의 본질에 대한 이해 부족, 사회적 보상제도의 결여 등을 들고 있다(김재윤, 전거서, 18~22면).
- 25) 현재 우리나라에서 의료사고 내지 의료분쟁이 얼마나 발생하고 있는지에 관한 객관적이고 정확한 통계자료를 구하는 것은 쉽지 않다. 다만, 국회보건복지위원회의 「보건의료분쟁의 조정 등에 관한 법률안 검토의견」 3면에 의하면 의료분쟁해결기관의 연도별 접수건수는 2000년 1,476건, 2001년 1,753건, 2002년 1,955건, 2003년 1,832건, 2004년 2,120건으로 지속적인 증가추세에 있다. 여기에서 의료분쟁해결기관이란 법원, 한국소비자원, 의협공제회, 의료심사조정위원회 등을 모두 포함하는 것이다.



새로운 민사소송제도로 인하여 의료소송에서 조정비율이 급격히 높아졌다. 종결사건에서 조정이 차지하는 비율이 상당히 높아졌으나,<sup>27)</sup> 계속 증가하고 있지는 않다.<sup>28)</sup>

### 3. 재판상 화해

재판상 화해는 분쟁당사자가 법원에서 서로 양보하여 분쟁을 종결짓는 것으로서 소송상 화해(민사소송법 제135조)와 소송전의 화해(동법 제355조)가 있다. 의료소송에서는 소송계속 중 법원의 권유나 당사자 간의 대화를 통하여 소송상 화해가 이루어지는 경우가 적지 않은 바, 이때 작성된 화해조서는 확정판결과 같아 강제집행을 할 수 있다. 일본에서는 의료소송에 대하여 소송상의 화해에 의하여 종료되는 비율이 대단히 높다. 일본의 모든 지방법원 제1심 민사통상소송사건 중 40~50%는 판결로, 30~35%는 화해로, 나머지는 취하 등에 의하여 종결되는 것으로 다년간 정착되어 있다.<sup>29)</sup>

### 4. 화해계약

화해란 당사자 간에 다툼이 있는 법률관계에 대하여 서로 양보하여 그 다툼을 마치고 합의하여 분쟁을 종료하기로 약정함으로써 성립하는 계약이다. 의료사고 발생시 피해자들이 선택하는 분쟁해결방법에는 여러 가지가 있을 수 있으나, 의료분쟁의 해결방법에 관한 한 조사연구에 의하면, 자체적 해결(화해) 79.85%, 대한의협공제회를 통한 해결 7.0%, 민사판결에 의한 해결 6.9%, 형사고소 후 합의 4.2%, 민사소송 후 화해에 의한 해결 3.1% 등으로 나타나고 있다.<sup>30)</sup> 화해는 환자와 의사가 서로 양보하여 당사

26) 서울지법 의료전담재판부에서는 전문의 50여명을 조정위원으로 위촉하여 의료사건을 조정하고 있다. 다만 전문의에 의한 의료사건조정에 대하여 전문적 지식이 양적으로 많을수록 해답을 찾기는 점점 어려워진다는 것이다. 너무 전문화되면 조금만 차원을 달리해도 올바른 결정을 내릴 수 없게 된다고 한다. 영미에서는 전문가를 배심원으로 선정하는 것을 금한다고 하면서 비판적인 견해도 제기되고 있다(김영난, "전문화와 법관", 법률신문 3034호).

27) 이 비율이 1997년14.6%, 1998년16.1%, 1999년 27.6%, 2000년 21.9%이었으나, 2001년 40.19%, 2002년 37.5% 등으로 2배 가까이 높아져 이 제도가 어느 정도 실효를 거두고 있음을 알 수 있다(김선중, "새로운 심리방식에 따른 의료과오소송의 심리와 실무상 문제", 「새로운 사건심리방식의 이해와 전망」, 재판자료 제97집, 법원도서관, 2002, 295면).

28) 최근의 의료사고 손해배상소송 제1심 통계를 보면, 조정으로 처리한 건수가, 2001년 182건, 2002년 137건, 2003년 119건, 2004년 146건, 2005년 183건, 2006년 140건, 2007년 160건, 2008년 133건 등으로 크게 증가하지 않고 있다(법원행정처, 「사법연감」, 2002-2009).

29) 이충상, "일본의 민사소송에 있어서의 화해와 조정", 「외국사법 연수론집」, 재판자료 제81집, 법원도서관, 1998년, 11면.

자 간의 다툼을 자치적으로 해결하는 것이므로 다른 해결방법보다 그 존재의의가 매우 크다고 할 수 있다.

## 5. 조정

### (1) 의료심사조정위원회의 의료분쟁조정제도

1981년 의료법이 개정되면서 의료분쟁조정위원회가 구성되어 운영되고 있다. 의료분쟁이 발생한 경우 원칙적으로는 지방의료심사조정위원회에서 조정하나, 2개 이상의 시·도의 관할에 속하거나 지방의료심사조정위원회에서 조정하기 어렵다고 결정된 사건에 대하여는 중앙의료심사조정위원회에서 조정한다(의료법 제54조의 4). 그러나 의료심사조정위원회는 업무를 전담하는 기구가 없고 강제력이 없으며, 특히 조정이 이루어지는 경우 배상책임을 져야 하는 의료인 쪽이 조정에 동의하지 아니함으로써 조정이 이루어지지 않고 있는 실정인바, 현재 의료심사조정위원회에 접수되거나 조정이 이루어지는 건수는 매우 적어서 유명무실한 위원회가 되고 있다.<sup>31)</sup>

### (2) 한국소비자원의 의료분쟁조정제도

1999년 소비자보호법이 개정되면서 의료분쟁조정업무를 할 수 있게 되었는데, 2006년에 소비자기본법으로 바뀌면서 한국소비자원으로 명칭을 바꾸고, 그 내용도 대폭 개정하였다. 피해구제신청이 접수되면 ① 상담 ② 상건경위 파악 및 의무기록검토 ③ 해당의료기관에 대하여 피해구제접수통보 및 해명요구서 발송 ④ 사실조사와 전문가 자문에 의한 과실판단 ⑤ 당사자 설득 및 합의권고 ⑥ 합의서 및 사건보고서 작성 등의 순서로 의료분쟁조정이 실시된다. 만약 당사자간 합의가 이루어지지 않을 경우에는 의료분쟁조정위원회에 상정한다. 한국소비자원을 통하여 상담된 의료분쟁건수는 2000년 450건, 2001년 559건, 2002년 727건, 2003년 661건, 2004년 885건, 2005년 1,093건, 2006년 1,156건, 2007년 940건, 2008년 603건으로, 대체로 완만하게 증가하다가 최근에는 오히려 감소추세에 있다.<sup>32)</sup>

30) 민혜영·손명세, "의료사고시 환자로부터 배상요구경험과 지불한 배상액에 영향을 미치는 요인에 대한 분석", 「보건행정학회지」 제9권 제2호, 한국보건행정학회, 1999, 109면.

31) 위원회가 설치된 원년인 1982년부터 1997년까지 15건이 접수되어 2건이 조정되었고, 2002년부터 2005년 사이에 접수된 50여건 중 조정이 이루어진 건수는 4건에 불과하다고 한다(김상찬, 전게서, 115면; 차일권·오승철, "의료리스크 관리의 선진화를 위한 의료배상보험에 관한 연구", 「정책연구자료2006-2」, 보험개발원보험연구소, 2006, 38면).

## N. 외국의 의료분쟁과 ADR

### 1. 일본

#### 가. 일본의사회의 분쟁처리위원회

일본은 의료사고가 발생한 경우 분쟁처리를 위하여 '일본의사회 배상책임보험 분쟁처리규정' 및 '배상책임 심사회규약'을 마련하고 있다. 1973년 사단법인 일본의사회에서 주관하는 의사배상책임보험제도가 발족되었고 현재 일본의사회의 의사배상책임보험이 가장 많은 수의 피보험자를 확보하고 있다. 의사배상책임보험은 장래의 불확실한 거액의 비용지출을 현재의 확정적인 소액비용의 납부로 대체함으로써 피해자에 대한 보상을 원활히 하는 동시에 가해자의 과도한 경제적 부담을 완화시켜주는 기능을 하고 있다.<sup>32)</sup> 의료사고가 발생하면, 의사배상책임보험과 관련하여 일본의사회 및 각 도도부현 의사회의 분쟁처리위원회에서 사건에 대하여 조사하고 보험회사가 배상책임심사회에 심사를 청구하는 절차를 거쳐서 분쟁을 해결하고 있다.

#### 나. 조정

일본에서 의료분쟁의 해결에서 가장 큰 역할을 행하고 있는 것이 시담(示談) 및 소송상이 화해이다. 일본에서도 의료분쟁에 대하여 민사조정제도가 시행되고 있는데, 일본 민사조정제도의 내용은 우리나라와 거의 동일하지만 원칙적 조정기관이 조정위원회인 점, 조정신청 각하제도가 일본에는 존재하지 않는 점, 강제조정의 결정여부가 법원의 재량에 맡겨져 있는 점 및 조정성립의 효력에 있어서 조정에 회부되어 조정이 성립된 사건이나 조정에 갈음하는 결정이 확정된 사건은 소가 취하된 것으로 간주하다는 점(일본 민사조정법 제20조 제2항) 등에서 우리와 다르다.

#### 다. 화해

일본에서는 제1심 민사통상소송사건 중 40-50%는 판결로, 30-35%는 화해로, 나머지

32) 이 중 피해처리 비율은 연도별로 다르지만 대체로 35-40%정도라고 보고되고 있다(한국소비자보호원, 「의료피해구제의 효율적 처리방안 모색을 위한 세미나자료」, 2006.).

33) 김용담, "외국의 의료사고 처리제도에 관한 고찰", 「대한병원협회지」, 제17권 제12호, 1998, 12면; 김재형·전영주·박종렬, "일본의 일본의사회의사배상책임보험", 「법학연구」, 제18집, 한국법학회, 2005, 650면.

는 취하 등에 의하여 종결되는 것으로 다년간 정착되어 있다.<sup>34)</sup> 특히 의료사건은 대부분 어려운 사건으로서 민사단독사건에 비하여 민사합의사건의 비율이 상당히 낮은 일본에서조차도 의료사건은 거의 합의사건으로 회부하는 결정을 하고 있음에도 불구하고 의료사건의 화해율이 다른 사건보다 오히려 높은 점이다.

의료소송의 화해율이 다른 소송에 비하여 높은 것은 일본에서는 법원의 역할이 차지하는 비중이나 영향이 의료소송에 있어서는 다른 소송에 비하여 훨씬 크다는 것을 나타내준다. 실제로 일본에 있어서 의료사건의 경우에 법원은 사건내용을 잘 파악하고 적극적으로 화해를 권고하고 있는 것으로 보이며, 결코 의사가 사실상의 폭력 또는 수사기관의 구속경고 때문에 화해하는 것이 아니다. 또한 일본에서는 이러한 소송상 화해뿐만 아니라 당사자간의 화해 즉, 우리나라의 화해계약과 유사한 시담(示談)에 의하여 의료분쟁이 해결되는 예가 많은데, 시담은 대부분 위에서 설명한 일본 의사배상책임보험의 배상책임심사회를 통해 이루어지고 있다.

## 2. 미 국

미국의 의료분쟁처리는 전형적으로 민사소송에 의존하였다. 미국에서는 1970년대 이래 의사의 책임이 엄격화되고 그 손해배상액이 급증하였다. 인디애나주에서는 1970년에서 1975년 사이에 의료사고에 의한 손해배상 소송이 매년 평균 42%씩 증가하였고, 평균 손해배상액은 264%, 의료사고의 손해배상보험료는 410%가 상승하였다.<sup>35)</sup> 이와 같은 의료사고에 의한 손해배상 부담의 가중은 위축진료 내지 과잉진료 등 방어적 진료행태로 이어지고, 이로 인하여 증가된 직·간접비용은 궁극적으로 소비자에게 전가된다. 이러한 악순환을 해결하기 위하여 소송제도의 개혁이 시작되어 조정, 중재, 제소전 화해 등 소송의 분쟁조정제도 즉, ADR을 장려하는 방향으로 진행되었다.<sup>36)</sup>

ADR제도는 미국에서 발달한 만큼 미국에서는 의료분쟁을 해결하기 위한 종래의 전통적인 ADR유형과 더불어 이를 변형한 각종 ADR유형이 많이 등장하고 있다. 또한 하나의 법원 안에서 각종 ADR제도를 마련하여 두고 소장 및 답변서 접수 후에 법원 소속 분쟁내용분석가로 하여금 분쟁내용을 분석하여 그 해결에 가장 적합한 분쟁해결 방법을 결정하도록 한 다음 그에 따라 사건을 처리하는 Multidoor Courthouse제도까지

34) 이충상, 전계논문, 11면.

35) Danzon P.M., *Medical Malpractice Liability, in Liability, Perspectives and Policy*, edited by Litan R.E. and C. Winston, the Brookings Institution, 1988, p.121.

36) 김천수, "의료분쟁과 ADR", 「제46회 공동학술대회 발표자료」, 한국비교사법학회, 2005, 22면.

시행하고 있다.<sup>37)</sup> 나아가 미국에서는 당사자의 ADR 참여를 법적으로 강제하거나 판사가 ADR의 이용을 권유하는 강제적 ADR의 방법도 적극 활용하고 있다. 이러한 제도 이외에도 미국에서는 재판의 선행절차로 의료인의 과오여부를 판단하기 위해 의료인, 변호사, 일반인과 법관으로 구성되는 심사위원회에서 과실여부를 판단하고 심사를 한 후, 조정결정을 하고 조정결정일로부터 90일 이내에 어느 쪽도 결정내용을 반박하지 않으면 이는 최종적이고 구속력 있는 결정이 되어 적당한 법정에 접수되도록 하는 재판전 심사(Pretrial Screening)제도도 시행되고 있다.<sup>38)</sup>

#### 가. 소송상 화해

미국에서는 거의 모든 당사자가 변호사를 선임하고 기일(Trial)전에 상당히 오랜 기간 동안 디스커버리(discovery)절차를 거치기 때문에 재판전에 이미 사실관계의 대부분이 파악되어 판결결과를 정확하게 사전에 예측할 수 있기 때문에 90%이상의 사건이 당사자 간의 자주적 분쟁해결절차에 의하여 해결되고 있어 상당수의 의료분쟁이 소송상 화해에 의하여 해결되고 있다. 소송상 화해를 촉진하기 위한 소송법상 장치로써, 연방민사소송규칙은 제16조에서 연방지방법원 판사는 기일전 협의절차에서 당사자 본인 등에게 화해가능성 등에 관하여 협의할 수 있고 필요한 경우 ADR의 이용을 권고할 수 있다고 규정하고 있고, 제68조는 원고가 소송계속 중 피고의 화해제의를 거부한 다음 제의된 화해조건보다 불리한 판결을 선고받은 경우에는 원고는 화해제의를 일 이후의 소송비용을 부담하여야 한다고 규정하고 있다.

#### 나. 법원중재(Court-Annexed Arbitration)

흔히 법원중재라고 할 때는 소가가 일정한 액수에 미달하는 민사소송이 제기된 경우 몇 가지 예외를 제외하고는 반드시 법원에서 선임한 중재인의 중재판정을 거쳐야만 통상의 민사소송절차를 밟을 수 있도록 하는 강제적 법원중재를 의미하는데, 현재 20개 이상의 주법원 및 일부 연방지방법원에서 채택하고 있다고 한다. 이러한 중재인의 구속력에 관하여는 당사자의 어느 일방이 불복하면 전혀 구속력이 인정되지 않는 경

37) 권순일, "미국의 멀티도어 코트하우스(Multidoor Courthouse)제도에 관한 고찰(콜롬비아대학 법원 운영실태를 중심으로)", 「저스티스」, 제26권 제1호, 한국법학원, 1993 참조.

38) 재판전 심사제도는 신속하고 합리적인 분쟁해결을 도모한다는 장점이 있는 반면, 결정의 구속력이 없어 실효성이 없고, 오히려 평균소송지불액을 증가시키고 분쟁해결시간의 감소 여부도 불확실하다는 지적도 있다(장정진, "의료분쟁해결제도의 문제점과 개선방안", 서울대학교대학원 석사학위논문, 1999, 79면).

우도 있고, 워싱턴주와 같이 trial에서 중재안 이상의 판결을 얻지 못하면 trial을 신청한 이후의 소송비용과 상당액의 변호사비용을 부담시키는 경우도 있다.

이러한 강제적 법원중재를 채택한 근본이유는 사건처리의 지연과 과중한 소송비용을 해결하기 위하여 소액사건에 관하여는 경제성에 입각하여 신속·간편하게 사건을 처리할 수 있게 함으로써 소송당사자는 물론 법원에도 도움을 주자는데 있다.

#### 다. 법원조정(Court-Annexed Mediation)

법원 이외의 다른 기관에서 행해지는 조정 이외에 법원에서 직접 조정하거나 법원의 부속된 기관에서 조정에 관여하는 것으로 앞서 본 법원중재와는 중재 대신 조정을 거치도록 한 점 외에는 거의 내용이 동일하다.

### 3. 독일

#### 가. 의료분쟁 현황과 ADR

1970년대 이후 독일에서도 의사와 환자의 관계는 상호신뢰와 보호의 관계가 아닌 책임전가의 관계로 인식되는 경향이 두드러지고 있다. 환자와 의사 간 발생하는 분쟁의 주된 원인은 진료의 결과로 환자에게 치유와 증상의 개선이 아닌 신체적, 정신적 건강상의 악화 및 의사의 실수라고 여겨지는 여러 형태의 신체침습에 따른 환자 측의 불만을 들 수 있다. 의료과실로 인하여 의사와 환자 사이에 신뢰가 무너지고 엄청난 실망을 함으로써 극단적인 감정싸움으로까지 발전하는 경향이 상당히 많은 것이 오늘날 독일에서의 현실이다.<sup>39)</sup> 의료분쟁이 발생할 경우 환자는 통상적인 민사소송절차를 통하여 피해구제를 받을 수 있다. 그러나 환자 측의 비용부담이 적지 않고, 의료소송의 경우 소송의 장기화 현상이 뚜렷해지고 있으며, 비전문가인 법관의 재판을 통하여 판단을 받는 것에 대한 거부감 등으로 인하여 의료분쟁이 발생할 경우 독일에서는 통상적인 소송절차를 통하지 않고 해결하고자 하는 요구가 점점하였고, 이에 따라 의료분쟁의 경우 통상적인 소송 이외의 대체적 해결방안을 찾는 노력을 기울여 왔다. 그와 같은 현실을 반영하여, 현재 독일 각 연방주별 의사협회에서는 다른 손해배상영역에 비하여 소송절차로 이행하는 비율이 높은 의료분쟁을 줄이고 자율적인 해결방법을 모색하고자 하는 노력의 일환으로 의료중재원과 의료감정위원회를 설치하여 운영하고 있는데, 독일 각 연방주별로 설치되어 있는 의료중재원과 의료감정위원회에 대한 관심

39) Eberhardt, Zur Praxis der Schlichtung in Arzthaftpflichtfällen NJW 1986 Heft 12, S.747.

이 학계는 물론 대중매체에서도 많은 관심을 끌고 있다.

독일의 경우 1970년대까지도 의료분쟁영역에서 조정과 중재의 역할에 대하여 회의적인 시각이 우세하였으나<sup>40)</sup>, 1990년대에 들어서면서 의료과오소송은 한해 3만여 건에 달하여 그 전에 비하여 5배 이상 증가하고<sup>41)</sup> 이에 따라 미제사건의 증가로 인한 소송기간의 장기화, 그로 인한 판결만족도의 한계 및 소송의 경우에 드는 과도한 비용부담, 정신적 충격을 야기하기도 하는 소송의 영향, 의료분쟁과 같은 난해한 분야에는 법원의 재판이 다소 부적절하다는 견해가 설득력을 얻게 됨에 따라, 의료분쟁영역에 있어서도 신속한 분쟁해결이 가능한 조정과 중재제도를 적극적으로 활용해야 한다는 견해가 최근 들어 압도적으로 늘어나게 되었다.<sup>42)</sup> 독일의 의료분쟁 중재제도에 대하여 개관하면 다음과 같다.

## 2. 중재제도 현황

### 가. 의료중재기관

독일은 1970년 이후 의료분쟁이 증가함에 따라 민사소송 뿐 만 아니라 의사를 형사고발하는 사례도 늘어나게 되었다. 이에 따른 대책으로 독일 연방 각 주 의사협회는 1975년에서 1976년 사이에 의료분쟁을 법정 이외의 방법으로 해결하기 위한 노력의 일환으로 각 연방주를 담당하는 의료중재원과 의료감정위원회를 개설하기에 이르렀다.<sup>43)</sup>

각 연방주별로 설치되어 있는 의료중재원과 감정위원회의 목적은 의료분쟁이 발생할 경우 의사와 환자 사이에 소송 이외의 대체적 분쟁해결방법으로서 중재를 통하여, 의료행위로 인해 피해를 입은 환자 측에 대하여 합당한 보상을 신속하게 해주고, 한편 의사에게는 근거 없는 형사고소나 부적절한 민사소송에 피소되는 것으로부터 보호해줌으로써 의사와 환자 사이의 관계를 개선하고, 궁극적으로 의료에 대한 국민들의 신뢰를 확보하는데 있다.

40) Kilian, Alternative Konfliktbeilegung in Arzthaftungsstreitigkeiten, VersR 2000, S.942.

41) Vgl. Ju Ve-Handbuch Wirtschaftsknzleien 1998/99, S.336.

42) Trossen, Integrierte Mediation Zeitschrift für Konfliktmanagement ZKM, 2001, S.159.

43) 1975. 4. 바이에른 의사협회가 처음으로 독일 보험회사인 HUK 연합과 계약을 체결하고 의료배상문제를 취급하는 의료중재원을 개설하였고, 1975년 12월 노르트라인 의사협회가 의료감정위원회를 개설하였으며 그 후, 전 독일에 걸쳐 6개의 의료중재원과 3개의 의료감정위원회를 개설되었다.

나. 북독일 의료중재원의 중재절차

독일 16개 연방주 중에서 Berlin, Bremen, Hamburg를 비롯한 9개 주의 의사협회를 관장하고 있고 그 이외의 다른 연방주에 대한 의료분쟁해결에서 선도적 역할을 담당하고 있는 북독일 의료중재원(Norddeutschen Schlichtungsstelle)이 있다.<sup>44)</sup>

북독일 의료중재원은 하노버에 본부가 있는데 북부 독일 연방주 의사협회에 의하여 설치되어 있는 사법상의 단체로서, BGB 제1025조 이하에 규정되어 있는 중재재판소는 완전히 다른 지위의 조직체이다. 독일 민법에서 인정되는 중재재판소는 당사자들의 동의를 토대로 중재인을 구성하고 중재절차는 민사소송의 한 단면으로 평가되며, 중재판정은 당사자들 사이에서 판결과 같은 효력을 갖지만, 각 연방주별 의사협회에서 의료관계법에 의거하여 설립한 의료중재원은 위와 같은 민사소송법규정이 준용되지 않는다. 따라서 독일에서 의료중재원의 중재결정에 대하여 당사자 사이에 중재결정에 대한 자발적인 합의에 도달하지 않는 한 어떠한 법적 구속력도 가지지 않는다.

16개 연방주 중 9개 연방주를 관할구역으로 하는 북독일 의료중재원은 4명의 법률가 및 33명의 명예회원으로 구성되어 있는데, 명예회원 가운데 절반 정도는 은퇴한 의사들이고 의장은 반드시 의사 중에서 선출한다. 이에 반하여 의료감정위원회는 5명의 명예회원으로 구성되고, 임기는 4년이며 회장은 반드시 변호사 자격이 있는 법률로서 4년간의 법관경력을 갖춘 자이어야 한다.<sup>45)</sup> 중재절차는 의료과오로 인하여 피해를 입었다고 주장하는 환자가 제기하는 것이 보통이나, 의사 또는 병원이 환자를 상대로 제기하는 것도 가능하며, 소송관계자는 소송을 신청한 환자, 배상당사자로 지목된 의사나 병원, 그리고 보험회사이다. 구체적인 사안별로 의사 1명과 법률가 1명이 팀을 이루어 사건을 처리하는데, 중재절차<sup>46)</sup>는 크게 환자 또는 의사의 신청, 필요한 서류요청, 감

44) 그 이외에 Dresden에 개설되어 있는 Sachsen 의료중재원, Saarbrücken에 개설되어 있는 Saarland 의료중재원, Stuttgart에 있는 Baden-Württemberg 의료중재원, München에 있는 Bayern 의료중재원, Frankfurt am Main에 개설되어 있는 Hessen과 Rheinland-Pfalz 의료중재원이 있다. Nordrhein-Westfalen 주는 다른 독일 연방주와는 달리 하나의 의료중재원이 설치되어있지 않고 그 대신에 앞서 본 바와 같이 Nordrhein 의사협회에서 설치한 의료감정위원회(본부는 Düsseldorf)와 Westfalen-Lippe 의사협회가 설치한 의료감정위원회(본부는 Münster)가 분리되어 설치되어 있다. 한 주에 2개의 의사협회가 존재함으로써 각각의 의사협회에서 별도의 위원회를 설치한 결과로 보인다. Hessen과 Rheinland-Pfalz의 경우에는 앞서 본 의료중재원과 별도로 감정위원회가 프랑크푸르트에 설치되어 있다.

45) Nordrhein 의사협회에서 개설한 감정위원회의 경우이다.

46) 각 주별 중재위원회의 절차는 통일되어 있지 않다. Bayern 주 중재위원회는 4명의 회원으로 구성되어 있는데 그 중 2명이 의사로 구성된다. 1명은 일반의이고 나머지 1명은 구체적 사안과 관계가 있는 전문의이다.



정, 중재판정으로 크게 나눌 수 있다. 사건의 약 90%는 외부 의료진에게 감정을 의뢰하고 있는데, 평균 13.7개월의 시간이 소요된다고 한다.<sup>47)</sup> 의료중재원에서 진행하는 중재절차에 대하여 환자의 참여여부는 자유이고 절차에 필요한 모든 비용은 원칙적으로 의사협회를 대리한 보험회사에서 부담하므로 환자 측의 비용은 무료이다. 중재절차의 제기로 시효는 중단되는데, 중재절차는 가능한 신속하고 원만하게 사건을 해결하는 것을 목표로 한다. 앞서 본 바와 같이 중재절차는 환자 또는 의사 및 의사의 보험사에 의하여 해소됨으로서 개시되고, 중재제안과 동시에 종결되나, 만약소송관계인 중의 어느 일방이 중재절차를 반대하거나, 중재절차에 동의하였다고 하더라도 절차를 진행하던 중 중재절차에 대한 동의를 철회하면 중재절차는 자동적으로 중지되며 더 이상 진행되지 않는다.

## V. 의료분쟁조정법의 입법 필요성

의료분쟁이 증가하고 있음에도 의료인들은 분쟁해결을 위한 노력을 하지 않고 환자 측은 형사고발, 난동 등 일탈행위로 이어지는 것이 일반화된 것은 의료 분쟁을 합리적으로 해결할 수 있는 의료관계법이나 제도적 장치가 미비되었기 때문이라고 할 수 있다. 의료관계법 또한 의료인에게 행정적 의무를 부과하는 의미만을 가질 뿐 적절한 의료분쟁을 조절하는 기능을 가지지 못하고 있다. 의료소비자인 국민들은 합리적인 해결 방식을 찾지 못해 정당한 배상을 받지 못하기 때문에 불법적인 일탈행동에 매달리게 되고, 의료인은 의료인대로 방어 진료를 할 수 밖에 없는 것이 현실이다.

의료사고로 인한 손해는 우선 환자측이 부담하게 된다. 따라서 환자측에서는 가급적 의료사고의 법적 책임이 의료진에 있다고 주장하게 되고 또한 반사적으로 의료진에서는 자신들의 책임이 아닌 다른 원인으로 의료사고가 발생하게 되었다고 항변한다. 이에 법적 분쟁으로 발전하게 되는데 과연 의료사고가 의료인의 과실로 인하여 발생된 것인지 아닌지 하는 점을 객관적이고 중립적인 입장에서 판단할 제도적 장치가 없어

47) Klaus-Dieter Scheppokat und Johann Neu, Der Stellenwert von Schlichtung und Mediation bei Konflikten zwischen Patient und Arzt, VersR 2002, S.397. 다른 연방 주 중재위원회 및 감정위원회의 경우를 살펴보면, Saarland의 경우 9~12개월, Baden-Württemberg의 경우 3~6개월, Bayern의 경우 6~12개월, Hessen과 Rheinland-Pfalz의 경우 1년 미만의 시간이 소요되었다. Nordrhein 감정위원회의 경우에는 14개월, Westfalen-Lippe 감정위원회의 경우에는 6~10개월이 소요되었다고 한다. 자세한 것은 Lothar Eberhardt, Zur Praxis der Schlichtung in Arzthaftpflichtfällen NJW 1986 Heft 12, S.747.

의료분쟁을 합리적으로 해결해 주지 못하고 있는 실정이다. 현재 의료법에 의한 의료심사조정위원회가 있지만 유명무실하고, 의사협회에서 실시하는 공제사업 또한 보상한도액이 낮아 실효성이 적은 실정이다.<sup>48)</sup>

이와 같은 이유로, 의료분쟁해결을 위한 합리적인 제도가 필요하고, 의료분쟁조정법의 입법이 필요한 것이다.

## 1. 주요쟁점

과거 수차례에 걸쳐 의료분쟁조정에 관한 법률안이 국회에 상정되곤 하였으나, 여러 가지 이유로 입법되지 못하였다. 지금까지 의료분쟁조정법의 입법에 있어서 주요한 쟁점은, 무과실보상, 조정전치주의, 신분보장과 난동방지이다. 무과실에 대한 보상은 의료분쟁조정법에서 다룰 수 있는 범주의 문제가 아니라 국민복지와 관련된 새로운 법률을 만들어서 해결해야 할 문제라는 인식에서, 민법의 근간을 이루는 과실 보상의 원칙에 따라 의사의 과실에 대하여 의사들이 보상기금을 마련해야 한다는 것이었다. '조정전치주의'의 경우 국민들이 신속히 재판을 받을 수 있는 기회를 제한하여 위헌의 소지가 높다는 이유로 비판받고 있었고, '난동방지'의 경우 현행 폭력에 관한 법률로도 충분히 법적인 보장이 가능하기 때문에 분쟁조정법에 명시할 필요가 없다는 비판도 있었다.

## 2. 의료분쟁조정법 입법안

그동안 여러 차례 국회에 상정된 바 있는 의료분쟁조정법의 내용을 모두 살펴볼 수 없는 관계로, 여기에서는 2008년 6월경 심재철 의원 등 15인이 제안하여 국회에 상정되었으나 2009. 12. 29. 대안폐기가 의결된 '의료사고 피해구제 및 의료분쟁조정 등에 관한 법률안'(이하 '의료분쟁조정법률안')에 대해서만 살펴보려고 한다.

### 가. 주요내용

이 안에서는 의료분쟁조정중재원의 설립, 의료분쟁조정위원회의 설치, 의료사고감정단의 설치, 의료분쟁의 조정 및 중재절차, 의료배상공제조합의 설립 등의 내용을 담고

48) 김상찬, 전계서, 114~116면; 박인화, "의료분쟁의 합리적인 해결을 위한 입법방향", 「입법조사연구」, 통권 제252호, 국회도서관 입법조사분석실, 1998, 174면 이하.

있다.

(1) 안 제6조 제1항에서는 의료분쟁을 신속·공정하고 효율적으로 해결하기 위하여 한국의료분쟁조정중재원을 설립한다고 규정하고 있다. 조정중재원은 법인으로 하며 필요한 곳에 그 지부를 설치할 수 있도록 규정하고 있다(동조 제2항, 제3항). 조정중재원의 업무로는 의료분쟁의 조정·중재 및 상담, 의료사고 감정, 손해배상금대불, 의료분쟁 관련 제도와 정책의 연구 및 통계작성, 교육 및 홍보 등을 들고 있다(안 제8조).

(2) 안 제19조 제1항에서는 의료분쟁을 조정하거나 중재하기 위하여 조정중재원에 의료분쟁조정위원회를 두도록 규정하고 있다. 조정위원회는 조정부의 구성에 관한 사항, 조정위원회의 의사에 관한 규칙의 제정·개정 및 폐지, 그 밖에 위원장이 부의하는 사항을 심의·의결한다.

(3) 안 제25조 제1항은 의료분쟁의 신속·공정한 해결을 지원하기 위하여 조정중재원에 의료사고감정단을 두도록 규정하고 있다. 감정단은 의료분쟁의 조정 또는 중재에 필요한 사실조사, 의료행위를 둘러싼 과실 유무 및 인과관계의 규명, 후유장애 발생 여부 등 확인 및 다른 기관에서 의뢰한 의료사고의 감정 등의 업무를 수행한다. 조정위원회의 조정부에 대응하여 감정단도 그 업무를 효율적으로 수행하기 위하여 분야별, 대상별, 지역별 감정부를 둘 수 있다(안 제26조 제1항). 또한 감정위원의 업무를 보좌하기 위하여 의사·치과의사 및 한의사, 약사, 한약사, 간호사 등을 조사관으로 둘 수 있다(동조 제12항).

(4) 조정신청이 접수되면 원장은 조정위원회와 감정단에 각각 이를 통지하고 이에 따라 위원장과 단장은 지체 없이 조정부 및 감정부를 지정하고 사건을 배당하게 된다(안 제27조 제4항 내지 제6항). 이때 조정신청은 의료사고의 원인이 된 행위가 종료된 날로부터 10년, 피해자나 법정대리인이 그 손해 및 가해자를 안 날로부터 3년 이내에 하여야 한다(동조 제10항). 한편 신청인은 조정신청을 한 후 조정절차 진행 중에 피신청인과 합의할 수 있고, 이때 조정부는 조정절차를 중단하고 당사자가 합의한 내용에 따라 조정조서를 작성해야 한다. 이렇게 작성된 조서는 재판상 화해와 동일한 효력이 있다(동조 제37조). 또한 당사자는 분쟁에 관하여 조정부의 종국적 결정에 따르기로 서면으로 합의하고 중재를 신청할 수 있다(안 제44조 제1항). 중재판정은 확정판결과 동일한 효력이 있다(안 제45조 제1항).

(5) 보건의료인단체 및 보건의료기관단체는 의료사고에 대한 배상을 목적으로 하는 의료배상공제조합을 보건복지가족부장관의 인가를 받아 설립·운영할 수 있다(안 제37조). 보건의료기관개설자는 의료사고로 인하여 환자가 입은 생명·신체 및 재산상의 손해를 배상하기 위하여 보건의료기관 또는 보건의료기관개설자 명의로 책임보험 또

는 책임공제에 가입하도록 하고, 종합보험 또는 종합공제에 가입할 수 있다(안 제38조 및 제40조).

#### 나. 검토

새로운 시스템은 보상적 기능, 예방적 기능 및 전문성의 강화라는 세 가지 요소를 충족시킬 수 있는 방향으로 설계되어야 할 것이다. 폐기되기는 했지만, 위의 의료분쟁 조정법틀안은 기존의 시스템에 비하여 위 세 가지 요소를 포함한 시스템으로서 의미가 있다. 법조인, 의료인 등 전문가로 구성된 조정위원회와 감정단을 각각 독립된 조직으로 만들고 감정단의 감정결과를 토대로 조정부에서 조정안을 마련하는 체계는 공정하고 합리적인 조정안을 도출해 낼 수 있는 구조를 갖추었다고 평가된다. 그리고 분쟁 조정원은 의료분쟁에 대한 data base를 구축하여 향후 의료사고의 발생을 예방하는 기전으로 활용한다면 예방적 기능 또한 향상될 것이다. 또한 신속한 분쟁해결을 위하여 단기의 조정기간을 설정한 것이나 불가항력 의료사고 보상제도 및 손해배상금 대불제도를 규정한 것은 보상적 기능을 강화할 수 있는 요소로 작용될 수 있을 것이다. 의사나 병원의 입장에서든 형사처벌 특례 조항을 통하여 형사처벌의 부담에서 벗어나 환자 진료에 집중할 수 있는 긍정적인 효과를 얻을 수 있을 것이다.

그러나 이번 의료분쟁조정법틀안에서는 위와 같은 입증책임 전환규정은 두지 않고 그 대신 의료사고감정단을 설치하여 공정하고 객관적인 의료감정을 실시하고 조정위원회에서 이를 토대로 조정안을 마련하도록 하고 있다. 입증책임 전환을 통하여 불법행위법의 기능적 기초인 보상 및 예방의 기능이 보다 원활하게 작용될 수 있다는 관점이 가능한 반면, 환자의 억제노력, 즉 의료사고 발생을 방지하기 위해 환자가 기여할 수 있는 주의수준이나 행위수준이 낮아져 비효율성이 나타날 것이라는 관점도 가능할 것이다. 또한 이러한 극단적인 입증책임 전환으로 의사의 지나친 방어진료가 발생하여 전체의 사회적 비용은 증가될 수 있다는 관점도 검토할 가치가 있다.<sup>49)</sup> 의료소송에 있어서 입증책임의 전환 문제는 제조물책임이나 자동차손해배상책임과는 달리 쉽사리 수용할 수 없다는 주장<sup>50)</sup>도 가능하다. 법경제학적인 관점에서 의료소송에 있어서 입증책임의 전환은 쉽게 결론을 내릴 수는 없다. 그러나 앞에서 살펴본 것처럼, 현재의 불법행위법에 의한 해결에서 가장 어려운 점 중의 하나가 입증책임의 문제라는 것을 감안하면, 향후의 입법에서 입증책임의 전환 또는 경감방안을 마련할 필요가 있다.

49) 박지용 전계토론회자료, 20면은 입증책임 전환규정을 신설하지 않고 일종의 직권적 요소를 가미하는 것이 바람직한 입법태도라고 하고 있다.

50) 이종인, 「불법행위법의 경제학」, 한울아카데미, 2010, 287~296면.

## V. 결 론

의료행위의 특수성에 비추어 의료사고가 일어날 가능성은 항상 존재한다. 그러므로 의료사고와 이로 인한 분쟁을 최소화하기 위하여, 의료제도의 개선, 배상보험제도의 도입, 의료분쟁조정제도의 도입 등 다각적인 노력이 필요하다.

이미 살펴본 바와 같이, 미국이나 일본 등 외국의 경우에는 의료분쟁을 해결하는 방법은 민사소송을 통하여 해결하거나 ADR에 의한 해결이 일반적임을 알 수 있다. 그러나 우리나라의 경우, 민사소송에 의하거나 ADR에 의하여 해결하는 비율이 매우 낮은 것으로 나타나고 있다. 민사소송은 오랜 기간이 소요되고 변호사 비용이 너무 비싸서 승소하더라도 실익이 별로 없다고 인식되고 있으며, 한국소비자원 등에서 ADR에 의한 해결을 시도하기는 하나 그 이용은 매우 적은 편이다.

결국 의료분쟁을 해결하기 위해서는 현재로서는 민사소송 보다는 조정, 중재, 화해 등 ADR에 의한 해결이 가장 바람직한 방법이라고 할 수 있지만, 아직 외국처럼 활성화되지는 못하고 있는 실정이다. 의료분쟁의 해결에서도 법원연계형 ADR 뿐만 아니라 민간형 ADR제도의 활성화가 매우 시급하다고 할 수 있다. 특히 그동안 수차례에 걸쳐 국회에 법안이 상정되었다가 폐기되기를 거듭한 의료분쟁조정법의 입법은 무엇보다 시급한 과제이다. 현재 우리나라의 경우 이러한 체계적이고 합리적인 의료분쟁해결제도가 마련되지 않았기 때문에 의료사고의 피해자인 환자 측에서는 의료사고를 당하고도 분쟁화하지 않고 체념하거나, 물리력 행사 등 극단적인 해결방법을 찾는 경우가 많으며, 의사 측에서도 보상하지 않고 해결하려 하거나 사적으로 보상해주고 대충 해결하려는 음성적인 방법이 일반적이 되고 있다.

그러므로 보다 체계적이고 공신력 있는 의료분쟁조정법을 조속히 제정하여 의료분쟁을 합리적으로 해결하기 위한 틀을 마련하는 것이 무엇보다 시급한 과제이다.

## 참고문헌

- 곽윤직 편, 「민법주해(XⅧ)」, 박영사, 2005.  
 김상찬, 「의료와 법」, 도서출판 온누리, 2008  
 김선중, 「의료과오소송법」, 박영사, 2008.  
 김재윤, 「의료분쟁과 법」, 을곡출판사, 2006.

- 문국진, 「의료법학」, 청림출판, 1992.
- 문정두 편, 「판례중심 의료소송」, 법조문화사, 1983.
- 박세일, 「법경제학」, 박영사, 2006.
- 범경철, 「의료분쟁소송」, 법률정보센터, 2003.
- 법원행정처, 「사법연감」, 2002-2009.
- 오석락, 「입증책임론」, 일신사, 1993.
- 유승흠·박은철, 「의료보장론」, 신광출판사, 2009.
- 이종인, 「불법행위법의 경제학」, 한울아카데미, 2010.
- 한국소비자원, 「2008년 소비자 피해구제 연보 및 사례집」, 2009.
- 한국소비자보호원, 「의료피해구제의 효율적 처리방안 모색을 위한 세미나 자료」, 2006.
- 권순일, “미국의 멀티도어 코트하우스제도에 관한 고찰(콜롬비아특별구 법원의 운영실태를 중심으로)”, 「저스티스」 제26권 제1호, 한국법학원, 1993.
- 권영준, “불법행위법의 사상적 기초와 그 시사점”, 고태수·허성욱 편, 「경제적 효율성과 법의 지배」, 박영사, 2009.
- 김광우, “진료의 입장에서 본 병원의료분쟁의 예방과 대책”, 「대한병원협회지」 제111호, 대한병원협회, 1984.
- 김상찬, “의료사고분쟁에 대한 판례의 경향과 그 해결방안”, 「법과정책」 제3호, 제주대학교 법과정책연구소, 1997.
- 김선중, “새로운 심리방식에 따른 의료과오소송의 심리와 실무상 문제”, 「사법논집」 제32집, 법원도서관, 2001.
- , “새로운 심리방식에 따른 의료과오소송의 심리와 실무상 문제”, 「새로운 사건심리방식의 이해와 전망(재판자료 제97집)」, 법원도서관, 2002.
- 김용담, “외국의 의료사고 처리제도에 관한 고찰”, 「대한병원협회지」 제17권 제12호, 1998.
- 김영난, “전문화와 법관”, 법률신문 3034호
- 김재형·전영주·박종열, “일본의 일본의사회 의사배상책임보험”, 「법학연구」 제18집, 한국법학회, 2005.6.
- 김천수, “의료분쟁과 ADR”, 「제46회 공동학술대회 발표자료」, 한국비교사법학회, 2005.
- 민혜영·손명세, “의료사고시 환자로부터 배상요구경험과 지불한 배상액에 영향을 미치는 요인에 대한 분석”, 「VI보건행정학회지」 제9권 제2호, 한국보건행정학회, 1999.
- 박인화, “의료분쟁의 합리적인 해결을 위한 입법방향”, 「입법조사연구」 통권 제252호,

- 국회도서관 입법조사분석실, 1998.,
- 박지용, “의료분쟁에서 ADR의 의미”, 「의료분쟁의 합리적 해결을 위한 토론회 자료」, 이화여자대학교 생명의료법연구소, 2009.
- 이충상, “일본의 민사소송에 있어서의 화해와 조정”, 「재판자료집」, 제81집, 법원행정처, 1998.
- 차일권 · 오승철, “의료리스크 관리의 선진화를 위한 의료배상보험에 관한 연구”, 「정책연구자료 2006-2」, 보험개발원보험연구소, 2006.
- Danzon P.M., Medical Malpractice Liability, in Liability, Perspectives and Policy, edited by Litan R.E, and C. Winston, the Brookings Institution, 1988.
- Eberhardt, Zur Praxis der Schlichtung in Arzthaftpflichtfällen NJW 1986.
- Klaus-Dieter Scheppokat und Johann Neu, Der Stellenwert von Schlichtung und Mediation bei Konflikten zwischen Patient und Arzt, VersR 2002.
- Kilian, Alternative Konfliktbeilegung in Arzthaftungsstreitigkeiten, VersR 2000.
- Lothar Eberhardt, Zur Praxis der Schlichtung in Arzthaftpflichtfällen NJW 1986.
- Trossen, Integrierte Mediation Zeitschrift für Konfliktmanagement ZKM, 2001.

[Abstract]

## Medical Dispute Resolution and ADR

Kim, Sang-Chan

*Professor, Law School, Jeju National Univ.*

Kwon, Soo-Jin

*The Master's Course, Law School, Jeju National Univ.*

Medical dispute to resolve by litigants is patients and physicians both sides is a reality that does not satisfy. Because of the patient proved difficult and long litigation according to the distinctiveness of medical practice. Therefore, the resolution of medical disputes is need for active intervention is desperately needed the Alternative Dispute Resolution(ADR) proceedings other than Reconciliation, Mediation, Arbitration, etc.

Especially, in our country for medical dispute are rapid Dispute Resolution System for our situation to prepare the urgently required. Because contacting than a criminal prosecution, civil litigation, or lead to collective action or, and has extremely resignation more.

In this regard, In Korea there are remedies Korean Medical Association Credit Union Compensation system and to Medical Review Coordinating Committee Institutions. However, of the people are not used almost in disbelief, so Medical Dispute Resolution has been used a little bit, through The Consumer Mediate Dispute Commission under The Korea consumer agency. In addition, for Medical Dispute Resolution System Medical Dispute Adjustment was a legislative effort to until now, but this was not results yet. So, ADR system prepare to important at this time, reasonable to resolve medical disputes including Medical Dispute Resolution System.

In this paper, through ADR system looking for ways to resolve medical disputes, and in addition it Suggests need for legislation of medical disputes adjustment.

**Key Words** : Medical Dispute, Alternative Dispute Resolution(ADR), Medical Dispute Adjustment, Reconciliation, Adjustment, Arbitration