

의료분쟁조정 신청절차에서의 입법적 개선방안에 대한 소고(小考)

- 의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한
법률 제27조를 중심으로 -

백 경 희*

차 례

- I. 서 론
- II. 우리나라 의료분쟁의 현황
 - 1. 법원을 통한 의료민사소송과 민사조정 현황
 - 2. 한국소비자원의 의료분쟁조정 현황
 - 3. 한국의료분쟁조정중재원의 의료분쟁조정 현황
- III. 의료분쟁에 대한 신청 절차 검토
 - 1. 의료분쟁조정법상 의료분쟁조정 신청 절차
 - 2. 민사소송법상 소 제기 절차
 - 4. 소비자기본법상 소비자분쟁조정 신청 절차
- IV. 불가항력 의료사고 보상제도와와의 관계
 - 1. 불가항력 의료사고 보상제도의 개요
 - 2. 보상을 위한 전제로 조정 개시의 필요
- V. 입법적 개선방안
 - 1. 조정 절차 참여에 관한 조항의 수정 필요성
 - 2. 대리인 범위 제한의 불합리성

* 인하대학교 법학전문대학원, 조교수

접수일자 : 2013. 4. 30 / 심사일자 : 2013. 5. 30 / 게재확정일자 : 2013. 6. 4

I. 서론

의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률(이하 ‘의료분쟁조정법’이라고 약칭한다)이 제정·공포되고, 그에 의하여 한국의료분쟁조정중재원이 2012. 4. 8. 개원한 이후 1년여의 시간이 흘렀다. 의료분쟁조정법은 제1조에서 나타나듯이 의료분쟁의 조정 및 중재 등에 관한 사항을 규정함으로써 의료사고로 인한 피해를 신속·공정하게 구제하고 보건 의료인의 안정적인 진료환경을 조성함을 목적으로 하고 있다. 특히 의료분쟁조정법이 의료사고로 인한 피해를 신속하고 공정하게 구제하는 것을 목표로 하고 있는 것은, 의료사고 자체가 지니고 있는 전문성과 밀실성, 폐쇄성 등으로 인하여 환자가 보건의료인에 대하여 의료사고에 대한 이의를 제기하는 것 자체에 진입장벽이 형성되어 있고, 의료분쟁에 의료과실과 인과관계를 입증하는 것에 상당한 시일과 경제적 비용이 소요되고 있는 현실에 대한 대안을 제시하려고 함에 있는 것으로 보인다. 그렇기 때문에 의료분쟁조정법의 도입으로 인하여 우리나라의 의료분쟁에 있어서 당사자 신청의 소송 대체 분쟁해결제(ADR; Alternative Dispute Resolution)의 기존의 틀에 대대적인 지각변동이 일어날 것으로 예상하였고, 기존에도 의료분쟁의 ADR의 역할을 하고 있던 민사조정법상의 조정, 중재법상의 중재, 소비자기본법상의 소비자분쟁조정 등의 제도보다 더 활성화될 것으로 인식되었다.

그러나 현재까지 한국의료분쟁조정중재원이 1년여의 시간 동안 의료사고의 피해구제와 의료분쟁 조정을 실제 시행한 결과를 표면적으로 분석해 볼 때, 의료분쟁조정법의 본래 취지에 맞게 의료소송으로의 이행 전에 조기에 의료분쟁을 종결시켰는지, 기존의 타제도와 비교할 때 우월한 성과를 거두었는지에 대하여는 다소 의문이 든다.

이와 같이 의료분쟁조정제도가 활성화되지 못한 이유에 대하여는, 아직까지 한국의료분쟁조정중재원이 개설한지 얼마 되지 않은 시점이기 때문에 국민과 보건의료인에 대한 홍보가 부족하다는 점도 그 하나일 것이나, 가장 중요한 원인은 다른 유사 ADR과 달리 의료분쟁조정법 제27조

제8항에서 ‘피신청인이 조정신청서를 송달받은 날부터 14일 이내에 조정절차에 응하고자 하는 의사를 통지하지 아니한 경우 원장은 조정신청을 각하한다.’고 하여 피신청인으로 지목되는 보건의료인 측에서 의료분쟁조정절차에 의무적으로 응하지 않아도 된다는 점 때문인 것으로 보인다.

이하에서는 우리나라 의료분쟁의 최근 현황을 각 기관이 진행해 온 내역을 통계를 통해 확인해 본 후, 의료분쟁조정법상 조정의 신청에 관한 조문인 제27조에 대한 입법안을 비교·점검한 후 다른 ADR 관련 법률이나 민사소송법상의 조문과 비교하여 불합리한 점이 있는지를 검토하고, 동조의 개선방안을 제시하고자 한다. 또한 2013. 4. 8.부터 시행이 되고 있는 불가항력적 산과 사고에 대한 무과실보상제도와 관련하여 동조가 미치는 영향 등에 대해서도 논의하고자 한다.

II. 우리나라 의료분쟁의 현황

우리나라에서 병원·의원·보건소 등 의료에 관련되는 장소에서 의료행위의 수급자인 환자를 피해자로 하여, 진단·검사·치료 등 의료의 전 과정에서 발생하는 인신사고인 의료사고가 발생하게 되면, 환자 측에서 의료사고가 의료종사자의 잘못이라는 가치개념이 개입되어 의료종사자를 상대방으로 지목하여 의료과오의 준부를 다투게 될 때 의료분쟁화(醫療紛爭化)가 된다.¹⁾ 이와 같이 의료사고가 의료분쟁으로 발전된 경우, 의료분쟁을 민사적으로 해결하기 위한 방법으로는 법원에 소를 제기하는 외에도 당사자 간 자율적으로 해결하려는 시도로 화해, 조정, 중재, 알선 등의 제도가 존재한다.

이하에서는 우리나라에서 의료분쟁이 해결되는 방법으로 활용되는 제도 중 가장 활발한 이용이 이루어지고 있는 제도를 비교하여 그 현황을

1) 신현호·백경희, 의료분쟁 조정·소송 총론, 육법사, 2011, 35-38쪽, 그러나 의료행위 과정에서 발생된 의료사고가 모두 의료분쟁화되는 것은 아니다. 이 중에서 의료인이 의료행위를 함에 있어서 주의의무 등을 태만히 하여 발생하는 과실행위가 의료분쟁의 주요대상이 되어 나타난다.; 신은주, “의료분쟁과 그 해결을 위한 새로운 방안 모색”, 『한국의료법학회지』 제7권 제1호, 한국의료법학회, 2000. 10, 89쪽

살펴보고자 한다. 그리하여 법원을 통한 의료민사소송과 민사조정제도, 한국소비자원을 통한 피해구제제도, 한국의료분쟁조정중재원을 통한 의료분쟁조정제도의 현황을 해당 기관에서 집계한 통계자료를 비교하기로 한다.²⁾

1. 법원을 통한 의료민사소송과 민사조정의 현황

우리나라의 의료민사소송의 건수는 1심 합의사건을 기준으로 할 때, 1990년대 후반부터 급증하기 시작하여 2003년도 이후 700건을 돌파한 이래 현재 800-900건대의 수를 유지하고 있는 추세이다.

우리나라 민사 1심 합의사건 중 의료과실소송의 건수는 2011년을 기준으로 1.67%정도의 비율을 차지하고 있는 것으로 나타나고 있다.³⁾ 전체 민사 1심 합의사건이 항소로 이행되는 비율이 49%임에 비해, 민사 의료과실소송의 1심 합의사건이 항소로 이행되는 비율은 67.1%로 불복률이 상당히 높은 편이다.

우리나라 민사 1심 합의사건과 그 중 의료과실소송의 처리건수와 인용건수 1989년도부터 2011년도까지 통계화하면, 다음 <표 1>의 내용과 같다.

2) 본고에서 소개하는 소송 대체 분쟁해결제도 외에도 의료법 내에 대한의사협회 공제회를 통한 중재·조정제도가 존재하였다. 이는 1981년도 의료법 개정 시 신설된 것으로 대한의사협회 공제회는 의료사고 분쟁 시 신속하게 회원의 신변과 재산을 보호하고, 의사나 환자 상호 간에 피해가 최소화될 수 있도록 수습·중재·조정을 최우선으로 행하며, 사건의 정도에 부합하는 적정수준의 보상금을 심사·지급하는 업무를 주요 목적으로 설립되었다. 그러나 공제회 가입이 임의가입형태를 취하고 있고 낮은 납입금과 낮은 보상액으로 위험분산기능이 취약하다는 점 때문에 한계가 있고, 실제로도 그 운영 실적이 저조하였다. 더구나 운영주체가 대한의사협회이기 때문에 환자의 입장에서 비록 합의안이 도출된다고 하더라도 그 공정성에 의심을 하게 되고, 만약 당사자가 동의하지 않을 경우에는 아무런 효력이 없기 때문에 실효성 역시 크지 않았던 것으로 평가된다. 이 때문에 대한의사협회 공제회를 통한 ADR 제도는 의료법에서도 삭제되어 더 이상 운영되지 않는다.; 김민규, “우리나라 의료과소소송의 실태와 의료분쟁 해결방안”, 『비교사법』 제10권 제4호, 한국비교사법학회, 2003. 12, 247-249쪽, 전병남, “의료분쟁조정법안(약칭)의 민사법적 고찰”, 『의료법학』 제11권 제1호, 대한의료법학회, 2010. 6, 15쪽

3) 현재 법원행정처에서 발간되는 사법연감에 2012. 9. 27. 발간된 내역을 기준으로 2011년도까지 통계를 산출하고 있는 상황이므로, 2012년도의 내역에 대하여는 참고하기 어려우므로, 본고에서는 의료분쟁 중 의료소송의 현황에 대하여는 2011년도까지의 내용을 기초로 서술하고자 한다.

<표 1> 민사 1심 본안사건 청구인용 비율

연도	합 의 사 건			의 료		
	처리건수	인용건수	비율(%)	처리건수	인용건수	비율(%)
1989	32,421	22,582	69.7	42	33	78.6
1990	37,861	25,832	68.2	68	50	73.5
1991	47,503	32,697	68.8	88	59	67.0
1992	42,066	26,788	63.7	81	49	60.5
1993	31,961	21,334	66.8	137	94	68.6
1994	33,988	20,397	60.0	163	87	53.4
1995	39,228	25,910	66.0	115	57	49.6
1996	44,091	29,783	67.5	229	138	60.3
1997	48,351	31,475	65.1	303	155	51.2
1998	49,766	32,618	65.5	475	283	59.6
1999	41,109	25,758	62.7	396	234	59.1
2000	40,454	24,887	61.5	361	205	56.8
2001	35,552	21,474	60.4	585	365	62.4
2002	28,001	17,040	60.9	492	268	54.5
2003	31,939	20,385	63.8	735	379	51.6
2004	35,163	21,865	62.2	755	401	53.1
2005	40,930	25,053	61.2	772	456	59.1
2006	40,633	24,245	59.7	749	422	56.3
2007	44,359	26,566	59.9	932	520	55.8
2008	48,880	29,821	61.0	894	535	59.8
2009	53,387	32,349	60.6	911	515	56.5
2010	51,897	31,232	60.2	782	449	57.4
2011	53,437	31,853	59.6	881	502	57.0

출처: 신현호·백경희, 의료분쟁 조정·소송 총론, 육법사, 2011, 50면, 2012 사법연감, 법원행정처, 2012, 538, 615면.

한편 위 민사 의료과실소송의 1심 합의사건이 판결 외의 처리방법으로써 조정·화해⁴⁾ 등으로 종결되는 내역을 구체적으로 살펴보면 다음 <표 2>와 같다.

4) 이 경우의 조정은 수소법원 조정사건을 의미한다.

<표 2> 민사 1심 본안사건 처리 통계

년도	금년 접수	처 리											향소
		합계	각하 명령	판 결				취하	조정	화해	인낙	기타	
				원고승	원고 일부승	원고패	각하						
1989	69	42	-	11	20	2	1	4	-	2	-	2	8
1990	84	68	-	21	22	3	2	12	-	7	-	1	4
1991	128	88	2	18	40	14	-	12	-	1	-	1	12
1992	75	81	1	8	37	12	-	16	-	4	-	3	15
1993	179	137	-	27	59	12	-	28	-	8	-	3	9
1994	208	163	-	36	41	38	-	26	-	10	-	12	22
1995	179	115	2	13	35	32	2	19	6	3	-	3	25
1996	290	229	6	36	54	34	1	40	36	10	2	10	51
1997	399	303	3	36	75	67	3	57	31	13	-	18	73
1998	542	475	4	84	123	98	3	70	59	16	1	17	74
1999	508	396	2	29	112	70	4	50	82	11	-	35	104
2000	519	361	3	29	106	86	-	47	62	8	-	20	115
2001	666	585	16	35	143	80	5	58	182	5	-	61	150
2002	671	492	2	10	109	103	6	62	137	11	1	51	167
2003	755	735	4	39	168	184	1	66	119	52	1	1	267
2004	802	755	5	8	178	195	3	58	146	69	-	93	273
2005	867	772	4	6	182	166	1	54	183	85	-	91	239
2006	979	749	3	9	191	170	2	75	140	82	-	77	243
2007	766	932	2	5	223	240	2	72	160	132	-	96	280
2008	748	894	1	8	218	219	5	47	133	176	-	1	302
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	881	4	8	244	213	3	54	115	135	-	106	314

출처: 신현호·백경희, 의료분쟁 조정·소송 총론, 육법사, 2011, 50쪽

2. 한국소비자원의 의료분쟁조정 현황

한국소비자원은 소비자기본법에 의거하여, 의료서비스에 대한 피해구제가 접수되면, 의료분쟁에 대한 전담부서에서 사실조사를 하고 전문위원의 자문을 얻어 당사자에게 합의를 권고한 후, 만약 합의가 이루어지지 않을 경우 원장이 소비자분쟁조정위원회에 분쟁조정 신청을 할 수 있도록 되어 있다.

의료서비스와 관련한 소비자 불만과 피해구제업무를 담당하는 의료팀이 신설된 것은 1999. 7. 1.부터인바, 이로부터 2012년도까지 한국소비자원에 접수된 전체 피해구제 신청 건 중 의료서비스 피해구제 신청 건수의 내역은 다음 <표 3>과 같다.

<표 3> 의료서비스에 대한 피해구제 신청 현황

연도 \ 내용	의료서비스 피해구제 건수	전체 피해구제 대비 비율
1999	272	5.5
2000	450	5.7
2001	559	7.0
2002	727	7.9
2003	661	8.0
2004	885	11.4
2005	1,093	11.2
2006	1,156	10.3
2007	940	10.3
2008	599	8.2
2009	711	3.0
2010	756	3.2
2011	833	3.0
2012	1,015	3.4

출처: 한국소비자원에서 발간한 2007년-2012년 소비자 피해구제 연보 및 사례집에서 해당 내용을 발췌하여 도표화함.

<표 4> 의료분쟁 처리결과별 피해구제 현황

연도 \ 내용	합의성립			조정 신청	정보 제공	취하·중지	상담기타·처리불능	계
	배상	환급	계약 이행					
2009	258	8	2	161	152	97	33	711
2010	305		·	99	184	95	51	734 ⁵⁾
2011	324	32	·	190	166	58	51	821 ⁶⁾
2012	311	79	·	348	136	84	81	999 ⁷⁾

출처: 한국소비자원에서 발간한 2007년-2012년 소비자 피해구제 연보 및 사례집에서 해당 내용을 발췌하여 도표화함.

- 5) 접수 건 중 당시 처리중인 27건이 제외됨.
- 6) 접수 건 중 당시 처리중인 12건이 제외됨.
- 7) 접수 건 중 당시 처리중인 16건이 제외됨.

의료서비스에 대한 피해구제 신청의 처리결과에 관한 현황은 <표 4>와 같다.

3. 한국의료분쟁조정중재원의 의료분쟁조정 현황

의료분쟁조정법에 의하여 2012. 4. 8.부터 설립된 한국의료분쟁조정중재원을 통하여 2012년 동안 처리된 조정·중재의 현황은 다음 <표5>와 같다. 이 중 조정의 경우 피신청인의 동의가 있어야만 조정절차가 개시될 수 있기 때문에, 앞서 살펴본 의료민사소송과 조정, 한국소비자원의 피해구제와 달리 조정의 개시와 관련된 항목이 추가된다.

<표 5> 조정·중재 처리 현황

구분	접수	개시	종료	사건 종결							진행
				합의	조정 결정				기각	취하	
					성립	불성립	미확정	소계			
전체	804	299	196	98	35	27	2	64	14	20	103

출처: 현두륜, “의료분쟁조정제도 운영에 따른 문제점 및 개선방안”, 의료분쟁조정법 시행 1주년 성과와 과제 세미나, 2013, 69쪽

Ⅲ. 의료분쟁에 대한 신청 절차 검토

앞서 살펴본 바와 같이 의료분쟁의 해결절차로 의료분쟁조정법을 통한 한국의료분쟁조정중재원의 조정절차가 추가됨에 따라 의료분쟁의 당사자의 분쟁해결에 대한 제도의 선택의 폭이 넓어진 것은 사실이다. 그런데 제도가 추가되었다는 것만으로 피해자의 구제가능성이 높아졌다거나 의료분쟁이 신속·공정하게 효율적으로 해결된다는 결과와 직결된다고 보기는 어렵다. 특히 의료분쟁조정법상 의료분쟁조정의 신청 절차는 기존의 민사소송법상의 소제기 절차나 소비자기본법상의 피해구제 절차와 달리 피신청인이 한국의료분쟁조정중재원에 조정 거부사실을 표명하거나 일정 기간 동안 조정에 응하고자 하는 의사를 통지하지 않을 경우 조정 절차

자체가 개시조치 되지 못한다. 이 때문에 2012년도에 한국의료분쟁조정 중재원이 개원한 이래 실제 당사자 일방이 신속·공정·효율적인 분쟁해결을 위해 사건을 접수한 수가 804건이지만, 과반을 넘어 약 60%에 육박하는 505건이 피신청인 측에서 조정을 거부하거나 조정에 응하지 아니하여 조정이 개시되지도 못함으로써, 제도가 신설된 지 1년이 된 현 시점에서 벌써부터 제도가 유명무실하다는 평가를 받는 원인을 제공하고 있다.⁸⁾ 이외에도 의료분쟁조정법상 의료분쟁 조정 신청 절차와 관련하여 대리인의 범위에 있어서도 열거적인 규율이 과연 타당한지도 의문이다.

그러므로 이하에서는 현행 의료분쟁조정법상의 의료분쟁조정 신청 절차를 살펴본 후 민사소송법상의 소 제기 절차, 민사조정법상의 조정 신청 절차, 소비자기본법상의 피해구제 절차를 각각 비교한 후, 의료분쟁조정법이 도입되는 단계에 함께 계류된 다른 입법안에 규율된 조정 신청 절차와의 비교를 통하여 현행 의료분쟁조정법상의 의료분쟁조정 신청 절차의 입법 경위와 적절성 여하를 살펴보고자 한다.

1. 의료분쟁조정법상 의료분쟁조정 신청 절차

(1) 의료분쟁조정 개요

의료분쟁의 당사자는 2012. 4. 8.부터 이 법을 통하여 한국의료분쟁조정 중재원의 조정절차를 통한 해결을 선택할 수 있게 되었다. 의료분쟁조정법은 임의적 전치주의를 채택하고 있기 때문에, 당사자는 한국의료분쟁조정중재원에 대한 조정신청 외에도 법원에 소를 제기하거나 다른 ADR 제도를 이용할 수도 있다(의료분쟁조정법 제40조). 의료분쟁의 경우 단발성의 분쟁이기 때문에 그 해결이 유사한 다른 소송사건에 미칠 가능성이 희박하고, 의사와 환자 양측 모두 승패의 전망을 알 수 없기 때문에 당사자가 느끼는 심적 부담감이 높아 소 제기 전의 절차로서 조정이나 협상에 응할 가능성이 다른 일반 사건보다 높다는 점을 감안할 때,⁹⁾ ADR의

8) 2013. 4. 27. JTBC 기사(김백기 기자), “조정 거부하면 그만? ... 환자들 두 번 울리는 의료분쟁조정”, 2013. 4. 26. 법률신문 기사(채영권 기자), “의료분쟁조정중재원 조정에 의사들 참여 거부 심각”

활용이 다른 사건에서보다 실효성이 있을 것으로 전망되므로 임의적 전치주의로 규정한 것이 과연 타당한가에 대하여는 논의가 존재한다.¹⁰⁾

의료분쟁조정원장이 조정신청을 접수하여 조정위원회와 감정단에 이를 통지하여 사건이 배당되면, 관할 조정부는 감정단의 감정의견을 참작하여 사건의 조정신청이 있는 날부터 특별한 사정이 없는 한 90일 이내에 조정결정을 하여야 하며(의료분쟁조정법 제33조), 그 조정결정서 정본을 7일 이내에 신청인과 피신청인에게 송달하여야 한다. 조정이 성립되면 재판상 화해와 동일한 효력이 있다(의료분쟁조정법 제36조).

(2) 조정의 신청에 대한 법조문 고찰

1) 현행법률의 내용

조정 신청과 관련하여 의료분쟁조정법 제27조에서 그 절차와 관련된 내용을 두고 있다. 즉, 제27조에서는 제1항에서 ‘의료분쟁의 당사자 또는 그 대리인(이하 "신청인"이라 한다)은 보건복지부령으로 정하는 바에 따라 조정중재원에 분쟁의 조정을 신청할 수 있다.’고 하고, 제2항에서 대리인의 선임에 관한 규정으로 ‘당사자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람을 대리인으로 선임할 수 있다. 다만, 제4호의 경우에는 제1호에 해당하는 사람이 없는 경우에 한정한다.’고 하면서 ‘1. 당사자의 법정 대리인, 배우자, 직계존비속 또는 형제자매, 2. 당사자인 법인의 임직원, 3. 변호사, 4. 당사자로부터 서면으로 대리권을 수여받은 자’를 열거하고

9) 함영주(황덕남 자문), 분쟁해결방법론, 진원사, 2010, 226-227쪽

10) 신은주, “의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률에 있어서 조정제도 및 향후전망”, 『한국의료법학회지』 제19권 제1호, 한국의료법학회, 2011. 6, 145-146쪽, 이에 대하여는 심재철 의원안에 대한 보건복지위원회의 심사의견에 상세하게 기술되어 있다. 즉, 필요적 전치주의의 경우 의료분쟁에 소요되는 경제적 부담을 완화하고, 분쟁해결을 간소화하며, 신속한 피해구제를 도모할 수 있다는 점을 이유로 하여 의료계에서 찬성하였고, 임의적 전치주의의 경우 헌법상의 기본권인 국민의 재판을 받을 권리를 침해할 우려가 있고 기존에 행정심판제도도 필요적 전치주의를 포기하고 임의적 전치주의를 채택하고 있다는 점을 이유로 하여 서울지방변호사회, 의료소비자시민연대, 보건복지부가 이를 찬성하였다고 한다.; 김종두(보건복지가족위원회 수석전문위원), 의료분쟁 조정 및 피해구제에 관한 법률 일부개정법률안심사보고서, 2009. 12, 19-24쪽

있다. 동조 제3항은 ‘원장은 제1항에 따른 조정신청이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우 신청을 각하한다.’고 하면서 ‘1. 이미 해당 분쟁조정사항에 대하여 법원에 소(訴)가 제기된 경우, 2. 이미 해당 분쟁조정사항에 대하여 『소비자기본법』 제60조에 따른 소비자분쟁조정위원회에 분쟁조정이 신청된 경우, 3. 조정신청 자체로서 의료사고가 아닌 것이 명백한 경우’를 두고 있으며, 제4항 내지 제5항에서 송달과 사건 배당에 관한 내역을 규율하고 있다. 동조 제7항과 제8항에서는 원장의 조정신청 각하사유에 대하여 규정하고 있는데, 이를 구체적으로 살펴보면 제7항에서 ‘1. 신청인이 조사에 응하지 아니하거나 2회 이상 출석요구에 응하지 아니한 때, 2. 신청인이 조정신청 후에 의료사고를 이유로 『의료법』 제12조 제2항을 위반하는 행위를 한 때 또는 『형법』 제314조제1항에 해당하는 행위를 한 때, 조정신청이 있는 후에 소가 제기된 때’를, 제8항에서 ‘피신청인이 조정신청서를 송달받은 날부터 14일 이내에 조정절차에 응하고자 하는 의사를 통지하지 아니한 경우’로 규정하고 있다. 즉, 조정의 개시는 동조 제8항에서와 같이 제4항에 따라 조정신청서를 송달받은 피신청인이 조정에 응하고자 하는 의사를 조정중재원에 통지함으로써 이루어지도록 하고 있다. 그 외에 동조 제9항은 조정신청 각하의 조정위원장과 감정단장에의 고지를, 제10항은 조정신청 기간, 제11항·제12항은 피신청인의 결정과 관련된 내용이다.

2) 법제정 당시 계류되었던 각 입법안과의 비교

가. 최영희 의원안¹¹⁾

최영희 의원안에서 의료분쟁 조정의 신청 절차는 제19조에서 규율하였다. 그 내용을 살펴보면, 제1항에서 ‘의료분쟁의 당사자 또는 그 대리인(이하 “신청인”이라 한다)은 보건복지가족부령으로 정하는 바에 따라 위원회에 분쟁의 조정을 신청할 수 있다.’고 하고, 제2항은 송달과 책임보험 등 가입한 보건의료기관개설자 등의 경우 보험사업자에 대한 통지에

11) 최영희 의원이 대표발의한 ‘의료사고 피해구제에 관한 법률안’은 2009. 5. 22. 회부되었고, 의안번호는 1804919이다.

대한 규정을 두었으며, 제3항에서 ‘제2항에 따라 조정신청서를 송달받은 피신청인이 조정에 응하지 아니하고자 할 때에는 송달받은 날부터 7일 이내에 조정의 거부에 관한 의사를 위원회에 통지하여야 한다.’고 하였으며, 제4항에서 대리인과 관련하여 ‘『변호사법』에 따른 변호사, 환자의 법정대리인·배우자·직계친족·형제자매는 제1항에 따른 대리인이 될 수 있다.’고 하였고, 마지막 제5항에서는 조정신청기간에 대하여 규율하였다. 한편 제24조 제1항에서는 조정을 하지 아니하는 결정을 할 수 있는 사유에 대하여 규정하였는데, ‘1. 이미 법원에 제소된 사건이거나 조정신청이 있는 후 소가 제기된 때, 2. 보건의료기관개설자가 제19조제3항에 따라 조정에 대하여 거부 의견을 통지한 때, 3. 신청된 사건의 내용이 조정대상으로서 적합하지 아니하다고 인정되는 때, 4. 신청인이 부당한 목적으로 조정신청을 한 것으로 인정되는 때, 5. 신청인이 조사에 불응하거나 2회 이상 출석요구에 불응한 때’가 그것이다.

나. 심재철 의원안¹²⁾

심재철 의원안에서 의료분쟁 조정의 신청 절차는 제20조에 규정을 두고 있었다. 그 제1·2·3·4항은 최영희 의원안 제19조 제1·2·4·5항과 같이 조정 신청, 송달과 통지, 대리인, 조정신청기간에 대하여 동일하게 규율하고 있다. 즉, 의료분쟁 조정 신청 절차에 있어 최영희 의원안 제19조 제3항의 조정 거부 의사 통지에 관한 규율만이 심재철 의원안에서 배제된 것을 제외하고 양자의 내용은 일치한다. 그 당연한 결과로 심재철 의원안 제24조 제1항의 조정을 하지 아니하는 결정에 있어서도 최영희 의원안의 조정 거부 의견 통지한 경우가 조정을 하지 아니하는 결정 사유로 기술되지 않았다는 것에서만 차이점을 보이고 있을 뿐이다.

다. 시민단체 청원안¹³⁾

마지막으로 시민단체 청원안에서 의료분쟁 조정 신청 절차는 제20조에

12) 심재철 의원이 대표발의한 ‘의료분쟁 조정 및 피해구제에 관한 법률안’은 2009. 6. 4. 회부되었고, 의안번호는 1805033이다.

13) 박은수 의원이 제출한 ‘의료사고피해구제법 제정을 위한 청원’은 2009. 7. 15. 회부되었고, 의안번호는 1800088이다.

그 규율을 두었다. 시민단체 청원안 역시 최영희 의원안과 동조 제1항 단서 규정이 추가되었고, 제4항의 대리인의 범위가 일부 상이하다는 점, 조정신청기간이 신청조항에서 배제되었다는 점을 제외하고 동일한 구조와 내용을 지녔다. 동조 제1항 단서는 ‘환자는 보험사업자 또는 공제조합을 상대로 직접 조정신청을 할 수 있다.’는 것이고, 제4항은 ‘대리인의 자격은 변호사, 법정대리인, 배우자, 4촌 이내의 친족에 한한다.’고 하였다. 한편 제25조에서는 조정을 하지 아니하는 결정에 대하여 규정하였는데, 이 역시 최영희 의원안과 일치한다.

(3) 법제사법위원회의 체계자구검토보고서 내용

법제사법위원회에서는 위 세 가지 입법안을 토대로 하여 보건복지위원회 대안으로 채택된 의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률안¹⁴⁾ 중 의료분쟁조정 신청 절차에 대한 제27조에서 단지 제8항의 조정 개시 요건이 불분명하다고 하여 이를 보완하는 것에 그쳤다.

즉, 제정안이 신청인의 조정 신청에 따라 곧바로 조정을 개시하고 피신청인이 7일 이내에 조정 거부에 관한 의사를 통지한 경우에는 원장이 조정신청을 각하하도록 한 것에 대하여, 조정이 개시되면 피신청인으로서 감정부의 조사를 위한 출석의무와 문서 등 자료제출 의무를 부담할 뿐만 아니라, 감정위원 또는 조사관이 보건의료기관을 출입하여 물건의 조사·열람 또는 복사하는 것에 응하여야 하고, 이를 위반한 경우에는 벌금형 또는 과태료의 제재를 받게 되므로 조정의 개시 여부는 피신청인에게 중요한 사항으로서 조정 개시에 관한 피신청인의 명확한 의사표시가 담보되어야 할 것이라는 점을 이유로 하여, 피신청인이 14일 이내에 조정에 응하고자 하는 의사를 통지한 경우에 조정을 개시할 수 있도록 하고, 통지를 하지 아니하는 부작위의 법적 효과를 조정 개시에 대한 부동의로 보아 조정신청을 각하하는 것으로 수정하였다.

14) 최종 의결의 법률안(대안)은 제안설명을 한 최영희 의원과 심재철 의원이 각각 대표 발의한 제정안 2건과 박은수 의원이 소개한 청원을 병합심사한 것이다.

(4) 입법안과 현행법의 조정신청 절차 비교

앞서의 입법안과 현행법의 조정신청 절차를 비교하여 도표화하면 다음과 같다.

<표 6> 법률안과 현행법의 조정신청 절차 비교

구분	「의료분쟁 조정 및 피해구제에 관한 법률안」 (심재철 의원안)	「의료사고 피해구제에 관한 법률안」 (최영희 의원안)	의료사고 피해구제법안 (시민단체 청원안)	현행 의료분쟁 조정법
조정 전치	필요적 조정전치(제33조)	임의적 조정전치(제33조)	임의적 조정전치(제35조)	임의적 조정전치(제40조)
조정 거부/개시	규정 없음	피신청인 조정 거부시 조정을 하지 않는 결정할 수 있음 (제19, 24조)	피신청인 조정 거부시 조정을 하지 않는 결정할 수 있음 (제20, 25조)	원장이 조정신청 각하 (제27조)
대리인의 범위	변호사, 환자의 법정대리인·배우자·직계 친족·형제자매 (제20조)	변호사, 환자의 법정대리인·배우자·직계 친족·형제자매 (제19조)	변호사, 법정대리인, 배우자, 4촌 이내의 친족 (제20조)	1. 당사자의 법정대리인, 배우자, 직계존비속 또는 형제자매 2. 당사자인 법인의 임직원 3. 변호사 4. 당사자로부터 서면으로 대리권을 수여받은 자 (제27조)

2. 민사소송법상 소 제기 절차

(1) 소 제기의 개요

민사소송(Zivilprozess, civil procedure)은 개인적 견지에서는 사권의 존재를 확정하여 사권의 보호를 도모하고, 국가적 견지에서는 사법질서 유지를 목적으로 하는 재판절차로 정의된다.¹⁵⁾ 그러므로 민사소송은 국가기관인 법원이 판결을 목적으로 대립하는 원고와 피고를 참여시켜 전개하는 모든 소송행위의 통합적인 과정이며, 재판상의 절차이다. 이러한 민사소송의 절차 중 소의 제기는 원고가 재판할 법원, 상대방인 피고, 그리고 심판의 대상을 정하고 소장을 내는 것으로, 이로써 소송절차가 개시된다.¹⁶⁾

(2) 법조문 고찰

민사소송법이 요구하는 필요적 기재사항과 원고 또는 대리인의 기명날인 내지 서명이 갖추어진 소장(訴狀, complaint)이라는 서면을 제1심법원에 제출하게 되면 소가 제기되는 것이다(민사소송법 제248, 249조).

이와 같이 소가 제기되면 법원은 소장의 부분을 피고에게 송달하여야 하고(민사소송법 제255조), 피고는 원고의 청구를 다투는 경우에는 소장의 부분을 송달받은 날부터 30일 이내에 답변서를 제출하여야 한다(민사소송법 제256조). 만약 피고가 위 답변서를 제출하지 아니한 때에는 법원은 청구의 원인이 된 사실을 자백한 것으로 보고 변론 없이 판결할 수 있다(무변론판결, 민사소송법 제257조).¹⁷⁾ 따라서 피고는 원고의 소 제기를 회피할 수 없으며, 피고는 상대방이 되어 원고의 청구에 대하여 자백을 하거나 다투는 등의 행위를 하여야 한다.

한편 당사자의 이름으로 소송행위를 하거나 소송행위를 받는 제3자로서의 소송상의 대리인(訴訟上の 代理人)으로는 본인의 의사에 의하여 대

15) 이지윤, 신민사소송법 제5판, 박영사, 2010, 4쪽

16) 이지윤, 앞의 책, 5쪽

17) 이지윤, 앞의 책, 242-244쪽

리인이 된 임의대리인(任意代理人)과 본인의 의사와 관계없이 법률의 규정 등에 의하여 대리인이 된 법정대리인(法定代理人)이 있다. 전자의 경우로는 지배인, 선장, 국가소송수행자 등의 법률상 소송대리인과 변호사와 같은 소송위임에 의한 소송대리인을 들 수 있다. 후자의 경우로는 미성년자의 친권자인 부모 또는 후견인과 같은 실체법상의 법정대리인(민사소송법 제51조)과 소송무능력자를 위해 수소법원에 그를 대리해 줄 특별대리인의 선임을 신청할 수 있도록 하는 소송상의 특별대리인(민사소송법 제62조), 그리고 법인 등 단체의 대표자(민사소송법 제64조)를 들 수 있다.

3. 민사조정법상 민사조정 신청 절차

(1) 민사조정의 개요

판결에 의한 분쟁해결은 일도양단(all or nothing)으로 되어, 당사자 간에 감정의 골이 깊어지게 되어 분쟁의 종식이 아니라 새로운 분쟁의 시작이 되기도 한다. 반면 화해는 당사자 간의 상호양보를 전제로 하기 때문에 이미 분쟁이 야기되어 감정적으로 대립된 당사자가 제3자의 개입 없이 이루어지기는 어려운 점이 많다. 이와 같은 제도의 난점을 보완하기 위하여 법관이나 조정위원회가 제3자로 나서서 합의를 도출해 내는 것이 조정제도의 본래 목적이다. 조정제도는 소송에 비하여 경제적으로 신속하게 처리되며, 무엇보다 당사자 간의 감정대립을 상대적으로 줄일 수 있다는데 장점이 있다.

(2) 민사 조정 신청에 관한 법조문 고찰

우리나라의 조정제도는 당사자가 민사조정법에 의하여 조정신청을 하는 방법(민사조정법 제2조)과 수소법원에서 당사자의 신청 혹은 직권으로 조정에 회부하는 방법의 두 가지가 있다. 조정신청사건은 조정담당판사가 처리한다(민사조정법 제7조 제1항). 조정전담판사는 직접 조정하거나 조정위원회로 하여금 조정할 수 있다. 다만 당사자가 조정위원회에서

의 조정을 신청하는 경우에는 반드시 조정위원회에서 조정하도록 하고 있으나(민사조정법 제7조 제2항), 당사자의 신청이 없더라도 의료분쟁에 대하여는 조정담당판사가 의료지식이나 경험이 부족하기 때문에 전문의가 조정위원으로 있는 조정위원회에 맡기는 경향이 강하다. 본안소송을 제소 받은 수소법원은 필요하다고 인정하는 경우에는 항소심판결전까지 소송이 계속 중인 사건을 결정으로 조정에 회부할 수 있다(민사조정법 제6조).

조정의 신청은 관할법원에 서면으로 신청하거나 구술로 할 수 있다(민사조정법 제5조 제1항). 조정신청서나 조정신청조서는 지체상금에 대한 부담이 있기 때문에 지체 없이 피신청인에게 송달하여야 하고(민사조정법 제14조), 만약 피신청인에게 송달할 수 없는 경우에는 조정담당판사는 상당한 기간을 정하여 주소의 보정을 명하여야 한다(민사조정규칙 제2조의 2 제1항). 신청인이 주소를 보정하지 아니한 때에는 조정담당판사는 명령으로 조정신청서를 각하하여야 하고, 각하명령에 대하여는 불복의 신청을 하지 못한다(민사조정규칙 제2조의 2 제2항, 제3항). 다만, 공시송달에 의한 소송진행이 가능하다고 인정되는 때에는 조정이 성립되지 아니한 것으로 사건을 종결시킬 수 있다(민사조정규칙 제2조의 2 제2항 단서).

이와 같이 조정의 신청을 통하여 조정에 회부되면 ① 조정을 하지 아니하는 결정, ② 조정의 불성립, ③ 조정의 성립 등으로 결론지어 진다. ③의 경우는 임의조정으로 끝나는 경우와 강제조정으로 끝나는 경우가 있다. 첫째, 조정을 하지 아니하는 결정은 예를 들어 매일 죽은 사람의 묘소에 가서 참배하도록 하는 조정을 신청한다든지 앞으로 의업에 종사하지 못한다는 내용으로 조정신청을 하는 것과 같이 조정함이 적당하지 아니하거나 부당한 목적으로 조정신청한 경우에 내리게 되는 결정이다. 둘째, 조정이 불성립되는 경우는 당사자 간에 합의가 이루어지지 않거나 합의내용이 상당하지 않은 경우에 내리는 결정이다. 셋째, 조정이 원만히 성립되면 조정조서가 작성되고, 조정은 화해와 동일한 효력이 있게 된다(민사조정법 제29조).¹⁸⁾ 조정담당판사는 합의가 성립되지 아니한 사건 또는 당사자 사이에 성립된 합의의 내용이 상당하지 아니하다고 인정한 사

건에 관하여 상당한 이유가 없는 한 직권으로 당사자의 이익 기타 모든 사정을 공평한 해결을 위한 결정을 하여야 하는바(민사조정법 제30조), 민사조정에서는 이와 같은 강제조정이 원칙에 해당한다.

한편 민사조정법에서 대리인과 관련하여서는 민사소송법의 규정을 준용하도록 하고 있다(민사조정법 제38조 제1항).

4. 소비자기본법상 소비자분쟁조정 신청 절차

(1) 소비자분쟁조정의 개요

1999년 소비자기본법이 개정되면서 의료분쟁에 대하여 한국소비자원에서 의료분쟁조정업무를 할 수 있게 되었다. 소비자기본법은 소비자의 권익을 증진하기 위하여 소비자의 권리와 책무, 국가·지방자치단체 및 사업자의 책무, 소비자단체의 역할 및 자유 시장경제에서 소비자와 사업자 사이의 관계를 규정함과 아울러 소비자정책의 종합적 추진을 위한 기본적인 사항을 규정함으로써 소비생활의 향상과 국민경제의 발전에 이바지함을 목적으로 하고 있는 것으로 소비자의 불만이나 피해가 신속·공정하게 처리될 수 있도록 소비자기본법상 소비자분쟁조정에 관한 규정을 두고 있다.

환자와 보건의료인은 환자의 진료청약과 보건의료인의 진료승인이라는 합의하에 성립하는 진료계약 또는 의료계약에 의하여 구속되기 때문에¹⁹⁾ 소비자기본법상 환자는 소비자에, 보건의료인은 사업자의 범주로 보아 이들 간의 분쟁도 소비자분쟁조정절차에 따른 해결이 가능하다. 소액의 의료분쟁에서 실효성 있는 성과를 보이고 있으나,²⁰⁾ 의료인이 상근하지는 않고 자문만을 구하는 단계에 그치기 때문에 의료에 관한 전문지식을 통한 문제 해결은 여전히 부족하다는 등의 이유로 합리적이고 객관적인 조정안을 제시하는 것에는 한계가 있다고 평가된다.²¹⁾

18) 신현호·백경희, 의료분쟁 조정·소송 각론, 육법사, 2012, 147-148쪽

19) 신현호·백경희, 앞의 22)각주의 책, 89-90쪽

20) 분쟁가액이 적은 경우에는 소송보다는 한국소비자원에 피해구제신청을 하는 경향에서 비롯된다.; 전병남, 앞의 논문, 21쪽

(2) 피해구제 및 소비자분쟁 조정에 관한 법조문 고찰

소비자와 사업자 사이에 발생한 분쟁에 관하여 국가 및 지방자치단체가 제16조 제1항의 규정에 따라 설치된 기구에서 소비자분쟁이 해결되지 아니하거나 합의권고에 따른 합의가 이루어지지 아니한 경우 당사자나 그 기구 또는 단체의 장은 조정위원회에 분쟁조정을 신청할 수 있다(소비자기본법 제65조 제1항). 소비자분쟁조정위원회의 위원장은 분쟁조정을 마친 때에는 지체 없이 당사자에게 그 분쟁조정 내용을 통지하여야 하고, 이 통지를 받은 당사자는 그 통지를 받은 날부터 15일 이내에 분쟁조정 내용에 대한 수락 여부를 조정위원회에 통보하여야 한다. 이 경우 15일 이내에 의사표시가 없는 때에는 수락한 것으로 본다(소비자기본법 제67조 제1항, 제2항).

대리인과 관련하여 소비자기본법에서 단체소송의 원고가 소송대리인으로 변호사를 선임하도록 하는 것을 제외하고(소비자기본법 제72조) 특별한 제한 규정은 없으며, 소비자분쟁 조정에서는 그 절차와 관련하여 규정이 없는 경우 민사조정법 등을 준용하도록 하고 있다(소비자기본법 제69조).

IV. 불가항력 의료사고 보상제도와 의 관계

1. 불가항력 의료사고 보상제도의 개요

의료분쟁조정법 제46조 제1항은 ‘보건의료인이 충분한 주의의무를 다 하였음에도 불구하고 불가항력적으로 발생하였다고 의료사고보상심의위원회에서 결정한 분만(分娩)에 따른 의료사고로 인한 피해를 보상하기 위한 사업’을 불가항력 의료사고에 관한 보상사업으로 정하여 환자 측에 대한 피해 보상을 할 수 있도록 규정하고 있다. 그 보상범위에 관하여는 의료분쟁조정법 시행령에서 ‘신생아 뇌성마비와 산모 또는 신생아의 사

21) 정영수, “의료분쟁의 합리적 해결을 위한 연구”, 『민사소송』 제14권 제2호, 한국민사소송법학회, 2010. 11, 633쪽

망'으로 제한하여 대상으로 하기로 하였고(제22조 제1항), 보상액은 '3천만 원의 범위 내에서 보상의 대상이 되는 사람이나 가족 등의 생계유지와 장애의 정도 등을 고려하여 보상심의위원회에서 정'하도록 하였으며(제22조 제2항), 비용은 국가가 70/100을, 보건의료기관 개설 자 중 의료사고 보상사업을 시행하는 연도의 분만 실적이 있는 의료기관의 개설자가 30/100을 부담하는 것으로 충당하고 있다(제21조 제1항).²²⁾

원칙적으로 분만행위도 의료행위의 하나이기 때문에 과실책임주의가 적용되어 분만행위를 시행한 의사 등의 과실 유무에 따라 환자 측이 입은 피해에 대한 배상 여부가 결정되어야 할 것이다. 그런데 분만행위는 산모와 태아²³⁾라는 복수의 생명·신체에 대한 침습이 이루어지므로, 본래 1인의 환자에 대한 생명·신체에 대한 침습을 원형으로 하는 일반적인 의료사고와 달리, 산모와 태아 모두에게 위해를 야기할 수 있는 위험성이 있고,²⁴⁾ 현재의 저출산현상의 극복을 위하여 출산 친화적 사회분위기를 조성할 필요가 있으며,²⁵⁾ 이 때문에 산과 전문의의 수급상 불균형이 지속되고 있으므로, 이러한 문제점을 보정하기 위하여 일정한 범위의 산과 사고가 '무과책 보상(verschuldensunabhängige Kompensation)'으로서 불가항력 의료사고로 규정되기에 이르렀다.²⁶⁾ 그리고 그 보상요건에 해당하는

-
- 22) 청년의사신문 2011. 10. 25.자 기사, “불가항력적 의료사고 보상재원, 누가 부담해야 하나.”, 사회보험 하에서 진료를 하다가 의료과오가 발생한다는 점과 의료수가의 결정 등 진료의 여건을 보험자가 조성한다는 점 등을 고려할 때 국가를 대신하는 보험자의 일정한 역할도 필요하다는 견해로는 조형원, “의료과오소송 입증책임 관련 입법의 동향”, 『의료법학』 제9권 제1호, 대한의료법학회, 2008, 148쪽, 시행령안에서는 국가와 보건의료기관 개설 자 중 의료사고 보상사업을 시행하는 연도의 분만 실적이 있는 의료기관의 개설자가 동등한 비율로 부담하도록 하는 것이었으나, 의료단체의 저항이 거세었고 무과실 보상제도의 취지에 부합하지 않는다는 측면에서 최종적으로 위와 같이 비율이 조정되었다.
 - 23) 헌법재판소 2008. 7. 31. 선고 2004헌바81 결정에 나타난 바와 같이 ‘모든 인간은 헌법상 생명권의 주체가 되며, 형성 중인 생명인 태아에게도 생명에 대한 권리가 인정되어야 한다. 따라서 태아도 헌법상 생명권의 주체가 되며, 국가는 헌법 제10조에 따라 태아의 생명을 보호할 의무가 있다’고 하여 태아도 산모와 마찬가지로 생명권의 주체가 될 수 있다.
 - 24) 민혜영·손명세·김기경, “산부인과 의료사고배상의 합리적 방안 —유형별 구조분석을 중심으로—”, 『한국의료법학회지』 제12권 제2호, 한국의료법학회, 2004, 86-87쪽
 - 25) 보건복지부, 2011. 11. 8.자 보도자료 참조
 - 26) 동조항의 법적 성격이 위험책임을 도입한 것인지 아니면 특별희생에 대한 보상인지

분만 의료사고는 의료 측의 ‘진료기술상 무과책’이어야 하고, 또한 그 악 결과의 발생이 ‘불가항력’이어야 하는바, 이는 구성요건상 소극적인 면책 사유(免責事由)로 위험책임의 배제의 성격을 지닌다.²⁷⁾ 이러한 면책은 처음부터 위험원의 경영이 없었다면 손해가 발생하지 않았을 것이지만, 불가항력(höhere Gewalt)에 의해 경영자의 통제의 밖에 있는 이른바 불가피한 사건(unabwendbares Ereignis)의 인과적 요인에 기인하는 점에서 인정된다고 파악된다.²⁸⁾

2. 보상을 위한 전제로 조정 개시의 필요

불가항력 의료사고 보상제도와 관련하여 보상심의위원회의 구성과 보상금의 지급절차에 대하여는 의료분쟁조정법 시행령을 통하여 구체화하고 있다. 그 중 동시행령 제24조 제1항에서는 ‘보상심의위원회 위원장은 의료분쟁의 조정 또는 중재 절차의 진행 중 해당 의료사고에서 보건의료인의 과실이 인정되지 않는다는 취지의 감정서가 제출되고, 해당 의료사고가 보상심의위원회의 심의 대상이 될 것으로 판단하는 경우에는 조정 또는 중재 절차의 당사자에게 그 사실과 보상심의위원회에 보상을 청구할 수 있다는 사실을 알려야 한다.’라고 되어 있고, 동조의 이하의 조항에서 보상의 청구와 보상심의절차, 보상금의 지급 결정 등에 대하여 규율하고 있다.

그렇다면 산과 사고 중 불가항력 의료사고로 무과실 보상을 받기 위하여 그 필수적인 전제로 의료분쟁조정 절차가 개시되어 진행되어야만 그 대상이 될 자격이 갖추어진다는 것으로 요약된다. 그런데 앞서 살펴본

에 관한 논의로는 안법영·백경희, “의료사고 보상사업상 보상청구권의 법적 의미에 관한 일별 —의료사고 피해구제 및 분쟁조정 등에 관한 법률 제46조에 관하여—”, 『한국의료법학회지』 제19권 제2호, 한국의료법학회, 2011, 90-96쪽.

27) 이와 같은 보상요건에 관한 해석에 대한 논의로는, 안법영·백경희, “분만 의료사고에 대한 보상사업 —의료사고 피해구제 및 분쟁조정 등에 관한 법률 제46조에 관하여—”, 『의료법학』 제12권 제2호, 대한의료법학회, 2011, 20-40쪽.

28) Vgl. Esser-Weyers, Schuldrecht II/2, 8. Aufl.(2000), § 63 II b), S. 270 f. 윤용석, “위험책임의 새로운 경향 —불가항력에 의한 면책가능성—”, 『법학연구』 제30권 제1호, 부산대학교, 1988, 311, 330쪽 이하. 법익침해라는 결과불법론의 관점에 관해서는 곽운직, 채권총론 제6판, 박영사, 2011, 35-36쪽.

바와 같이 의료분쟁조정 절차의 경우 피신청인이 조정을 거부하는 의사를 명시하거나 이를 명시하지 않더라도 14일이 경과되면 한국의료분쟁조정중재원장으로부터 조정신청이 각하되는바, 결국 불가항력 의료사고에 해당하는 사건이라고 하더라도 피신청인의 행위에 의하여 그에 대한 판단은 물론 보상을 받을 수 있는 기회까지 박탈될 가능성이 존재한다.

V. 입법적 개선방안

1. 조정 절차 참여에 관한 조항의 수정 필요성

(1) 타 법제와의 균형

의료분쟁조정법 시행 전후를 통괄하여 의료분쟁의 해결을 위한 대표적인 분쟁해결제도인 의료민사소송, 민사조정, 한국소비자원의 피해구제 등의 신청절차를 비교해 볼 때, 그 어디에서도 의료분쟁조정법의 조정신청 절차에서와 같이 일방 당사자가 일정 기간 동안의 의사 불표명이 거부로 간주되어 신청이 개시되지도 못한 채 각하되는 경우는 찾아보기가 어렵다.

또한 의료분쟁조정법의 도입 과정을 살펴볼 때, 대안이 참고로 삼은 최영희 의원안과 시민단체 청원안에서도 일방 당사자의 거부 의사가 명확히 표시된 경우 조정을 하지 아니하는 결정을 하는 것으로 기재되어 있을 뿐, 일방 당사자의 일정 기간 동안의 의사 불표명이 거부 의사로 간주되고 각하하여 조정 개시와 결부 짓는 것에 관한 규정은 없었다. 이와 같은 규정은 대안이 법제사법위원회가 체계자구 검토를 하면서 최영희 의원안과 시민단체 청원안이 조정 개시에 대하여 명확하게 규율하지 않았다는 이유로 수정을 하게 된 것이라고 하나, 원안의 내용이 민사조정법상 유사한 절차를 기초로 규율을 시도하였던 점을 고려할 때, 법제사법위원회의 검토의견은 오류가 있는 것으로 보인다.

더구나 법원의 인력 부족과 소송 건수의 폭주로 각종 분쟁, 그 중에서도 의료, 환경, 정보통신 등 전문 분야에서 발생하는 분쟁은, 법원이 아닌 전문성을 갖춘 조정기관들이 해결하여 법원의 사건 부담을 줄이고 법

원의 재판역량을 복잡한 사건에 집중시킬 방안이 필요한 현 시점에서,²⁹⁾ 그리고 의료분쟁조정법이 제정된 연유도 바로 그와 접점이 있다는 점을 감안한다면, 현행 의료분쟁조정법 제27조 제8항은 삭제하거나 일정 기간의 의사 불표명을 조정 거부가 아닌 ‘참여의 의사’로 간주하여 피신청인의 참여를 유도하는 것이 바람직하다고 보인다.³⁰⁾

또한 의료분쟁조정법은 피신청인이 14일 이내에 조정에 응할 것인지 여부를 결정하도록 하였는데, 그 시간이 당사자에게 있어 의료분쟁의 원인에 대해 검토하고 분석하여 조정 참여를 결정하기에는 시간적으로 부족하므로, 그 기간을 연장하여 절차의 적극적 참여를 고취시키는 방향으로 전환할 필요가 있다.³¹⁾

(2) 불가항력 의료사고 보상제도와와의 관계

의료분쟁조정법과 그 시행령을 통한 보상 절차에 비추어 볼 때, 보상 심의위원회에서 심의대상이라고 판단하기 위한 전제요건으로 의료분쟁의 조정이나 조정 절차가 개시·진행되어야 하는 것으로 파악된다.

그런데 앞서 살펴본 바와 같이 의료분쟁조정 절차의 경우 피신청인이 조정을 거부하는 의사를 명시하거나 이를 명시하지 않더라도 14일이 경과되면 한국의료분쟁조정중재원장으로부터 조정신청이 각하되는바, 결국 불가항력 의료사고에 해당하는 사건이라고 하더라도 피신청인의 행위에 의하여 그에 대한 판단은 물론 보상을 받을 수 있는 기회까지 박탈될 가능성이 존재한다. 무엇보다 보상사업의 재원 마련과 관련하여 의료계와 가장 많이 마찰을 빚은 부분이 바로 불가항력 의료사고 보상제도이기 때

29) 2013. 4. 25. 법률신문, “법원, 소송 폭주 … 해결책은 ADR”

30) 김민중, “의료분쟁조정법의 기본 이념과 현실”, 의료분쟁조정법 시행 1주년 성과와 과제 세미나, 2013, 54-56쪽, 피신청인의 조정 참여 거부로 조정신청이 각하된 경우 신청인을 대상으로 의료분쟁조정제도에 대한 전반적인 만족도를 조사한 결과 만족도는 40.3%에 불과한 것으로 나타났고, 응답자의 58.1%가 제27조 제8항의 개정이 필요하다는 의견을 나타냈다고 한다.; 황승연, “의료분쟁조정제도 운영에 따른 문제점 및 개선방안”, 의료분쟁조정법 시행 1주년 성과와 과제 세미나, 2013, 115쪽

31) 신현호·백경희, “현행법상 의료분쟁에 있어서 당사자 신청의 소송 대체 분쟁해결제도: 의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률을 중심으로”, 『법학평론』제 3권, 서울대학교 법학평론 편집위원회, 2012. 12, 212-213쪽

문에, 현재와 같이 의료계가 조정에 불응하는 추세가 지속될 경우 보상을 받아야 할 의료사고에 대하여 적절한 보상을 하지 못하는 결과가 되어 제도가 유명무실화될 우려가 크다.

그러므로 의료분쟁조정법에서 불가항력 의료사고 보상제도가 법의 취지에 맞게 운용되기 위해서는 적어도 의료분쟁조정이 개시되어 진행될 수 있는 토대를 만들 필요가 있다. 더 나아가 불가항력 의료사고의 요건이 구비된 산과사고의 경우 일방 당사자의 조정 거부 의사가 명백하더라도 직권으로 보상을 할 수 있도록 입법적 개비가 필요할 것으로 보인다.³²⁾

2. 대리인 범위 제한의 불합리성

의료분쟁조정법상 조정의 신청시 대리인과 관련하여 제27조 제2항에서 규율을 두고 있는데, 동조항에서 대리인이 될 수 있는 자를 열거적으로 제한하는 것이 과연 합리적인지 의문이다.

제1호의 ‘당사자의 법정대리인, 배우자, 직계존비속 또는 형제자매’의 규정과 제3호의 ‘변호사’의 경우, 의료분쟁조정법의 입법과정을 살펴볼 때 입법안의 내용과 일치한다. 즉, 각 입법안에서도 대리인을 변호사와 환자의 법정대리인, 배우자, 일정범위 내 친족으로 제한하였고, 그 이유는 명확하지 않으나 환자의 의사에 반하거나 환자와 상반된 이해관계가 있는 자가 의료분쟁조정을 신청하는 등 그 신청이 남발되는 것을 막기 위하여 환자와의 관계를 기준으로 제한을 둔 것으로 보인다. 제2호는 ‘당사자인 법인의 임직원’을 규정하였는데, 이는 의료기관이 의료법인이나 사회복지법인, 재단법인 등에 의해 설립된 경우를 위한 것으로 이해된다. 그런데 제4호에서는 제1호에 해당하는 자가 없는 경우 ‘당사자로부터 서면으로 대리권을 수여받은 자’도 대리인이 가능하다고 되어 있는데, 이는 환자가 가족이나 친족 등이 없고 변호사를 선임할 상황이 되지

32) 그 외에도 2013. 4. 8. 이후의 의료사고로 불가항력 의료사고의 범주에 속하는 사건이 법원이나 한국소비자원 등에서 계류 중이거나 무과실로 판명된 경우에는 각 기관의 연계 등을 통하여 한국의료분쟁조정중재원에 이를 통지하여 보상을 받을 수 있도록 할 필요가 있다고 사료된다.

않고 직접 거동하기가 어려운 경우를 대비한 것으로 사료된다.

그러나 조정의 신청시의 대리인에 대하여는 민사소송법이나 민사조정법을 통하여 이미 정비된 규정과 법리가 발달되어 있기 때문에 이를 준용하는 것으로 충분하며, 굳이 위와 같이 제한할 필요성은 크지 않다. 예를 들어 당사자에게 제1호의 해당자 외에 민법상 후견인이 존재하는 경우도 있음을 감안할 때 제1호의 범위로 제한을 두는 것은 다른 법률과 충돌되며, 마찬가지로 민법상 후견인임에도 제1호의 범위에 해당하지 않으므로 제4호를 통하여 서면으로 대리권을 수여받는 것 역시 어폐가 있다. 따라서 의료분쟁조정법에 조정 신청시 대리인에 관하여 민사소송법을 준용하도록 하거나, 적어도 민법과의 관계에서 볼 때 혼란을 가져올 수 있는 제4호는 삭제하는 것이 타당할 것이다.

참 고 문 헌

1. 국내 문헌

- 곽윤직, 채권총론, 제6판, 박영사, 2011
- 김민중, “의료분쟁조정법의 기본 이념과 현실”, 의료분쟁조정법 시행 1주년 성과와 과제 세미나, 2013
- 김형배, 채권총론, 제2판, 박영사, 1998
- 김민규, “우리나라 의료과오소송의 실태와 의료분쟁 해결방안”, 『비교사법』 제10권 제4호, 한국비교사법학회, 2003. 12
- 민혜영·손명세·김기경, 산부인과 의료사고배상의 합리적 방안 - 유형별 구조분석을 중심으로 -, 『한국의료법학회지』 제12권 제2호, 2004,
- 신은주, “의료분쟁과 그 해결을 위한 새로운 방안 모색”, 『한국의료법학회지』 제7권 제1호, 한국의료법학회, 2000. 10
- _____, “의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률에 있어서 조정제도 및 향후전망”, 『한국의료법학회지』 제19권 제1호, 한국의료법학회, 2011. 6
- 신현호·백경희, 의료분쟁 조정·소송 총론, 육법사, 2011
- _____, 의료분쟁 조정·소송 각론, 육법사, 2012
- _____, “현행법상 의료분쟁에 있어서 당사자 신청의 소송 대체 분쟁해결제도: 의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률을 중심으로”, 『법학평론』 제3권, 서울대학교 법학평론 편집위원회, 2012. 12
- 안법영·백경희, “분만 의료사고에 대한 보상사업 —의료사고 피해구제 및 분쟁조정 등에 관한 법률 제46조에 관하여—”, 『의료법학』 제12권 제2호, 대한의료법학회, 2011
- _____, “의료사고 보상사업상 보상청구권의 법적 의미에 관한 일별 —의료사고 피해구제 및 분쟁조정 등에 관한 법률 제46조에 관하여—”, 『한국의료법학회지』 제19권 제2호, 한국의료법학회, 2011
- 이시윤, 신민사소송법, 제5판, 박영사, 2010
- 윤용석, “위험책임의 새로운 경향 —불가항력에 의한 면책가능성—”, 『법

- 학연구」 제30권 제1호, 부산대학교, 1988
- 정영수, “의료분쟁의 합리적 해결을 위한 연구”, 『민사소송』 제14권 제2호, 한국민사소송법학회, 2010. 11
- 조형원, “의료과오소송 입증책임 관련 입법의 동향”, 『의료법학』 제9권 제1호, 2008.
- 전병남, “의료분쟁조정법안(약칭)의 민사법적 고찰”, 『의료법학』, 제11권 제1호, 대한의료법학회, 2010. 6
- 주석민법, 물권(3), 한국사법행정학회, 제3판, 2001
- , 채권총칙(1), 한국사법행정학회, 제3판, 2009
- 함영주(황덕남 자문), 분쟁해결방법론, 진원사, 2010
- 황승연, “의료분쟁조정제도 운영에 따른 문제점 및 개선방안”, 의료분쟁조정법 시행 1주년 성과와 과제 세미나, 2013
2013. 4. 27. JTBC 기사, “조정 거부하면 그만? … 환자들 두 번 울리는 의료분쟁조정”
2013. 4. 26. 법률신문 기사, “의료분쟁조정중재원 조정에 의사들 참여 거부 심각”
- 청년지사신문 2011. 10. 25.자 기사, “불가항력적 의료사고 보상재원, 누가 부담해야 하나.”
2013. 4. 25.자 법률신문 기사, “법원, 소송 폭주 … 해결책은 ADR”

2. 통계 자료

- 2012 사법연감, 법원행정처, 2012. 7.
- 2011 사법연감, 법원행정처, 2011. 7.
- 2012 소비자 피해구제 연보 및 사례집, 한국소비자원, 2013. 4.
- 2011 소비자 피해구제 연보 및 사례집, 한국소비자원, 2012. 3.
- 2010 소비자 피해구제 연보 및 사례집, 한국소비자원, 2011. 3.
- 2009 소비자 피해구제 연보 및 사례집, 한국소비자원, 2010. 4.
- 2008 소비자 피해구제 연보 및 사례집, 한국소비자원, 2009. 4.
- 2007 소비자 피해구제 연보 및 사례집, 한국소비자원, 2008. 7.

3. 입법 자료

- 국회 의안번호 4919, 의료사고 피해구제에 관한 법률안, 최영희 위원 대표발의 법률안, 2009. 11.
- 국회 의안번호 1805033, 의료분쟁 조정 및 피해구제에 관한 법률안, 심재철 의원 대표발의 법률안, 2009. 11.
- 국회 의안번호 11088, 의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률안(대안), 2011. 3. 10.
- 국회 보건복지가족위원회 검토보고, 심재철 의원 대표발의 법률안, 2009. 11.
- 국회 보건복지가족위원회 검토보고, 최영희 의원 대표발의 법률안, 2009. 11.
- 국회 보건복지가족위원회(수석전문위원 김종두), 의료분쟁 조정 및 피해구제에 관한 법률안 검토보고, 보건복지가족위원회, 2009. 11.
- 국회사무처, 제285회 국회 보건복지가족위원회회의록(법안심의회소위원회), 제2호, 2009. 12. 16.
- 국회사무처, 제287회 국회 법제사법위원회회의록(법안심사제2소위원회), 제2호, 2010. 2. 24.
- 국회사무처, 제298회 국회 법제사법위원회회의록(법안심사제2소위원회), 제1호, 2010. 3. 9.
- 국회사무처, 제298회 국회본회의의사록, 제2호, 2011. 3. 11.

4. 외국 문헌

Esser, J. - Weyers, H.-L., Schuldrecht Bd. II/2, 8. Aufl., 2000

<국문초록>

의료민사소송은 그동안 의료행위가 지니고 있는 전문성, 밀실성, 폐쇄성 등의 여러 가지의 특수성으로 인하여 소송이 장기화되고 경제적 비용이 상당하게 소모되었다. 또한 법원의 판결이 이루어지더라도 당사자들이 이를 신뢰하지 못하는 등의 이유로 신속성과 공정성에 문제점이 지적되었다. 이 때문에 소송 대체적 분쟁해결제도로서 의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률상의 의료분쟁조정 및 중재 절차가 탄생하게 되었다.

그러나 의료분쟁조정법 제27조 제8항에서 피신청인이 14일 동안 의사를 표명하지 않는 경우 거부 의사로 간주되고, 이 경우 한국의료분쟁조정중재원장이 각하결정을 하여야 한다고 규율함으로써, 조정의 개시 조차 순탄치 않은 것이 현실이다.

본고에서는 우리나라 의료분쟁의 최근 현황을 확인해 본 후, 의료분쟁조정법상 조정의 신청에 관한 조문인 제27조에 대한 입법안을 비교·점검한 후 다른 ADR 관련 법률이나 민사소송법상의 조문과 비교하여 불합리한 점이 있는지를 검토하고, 동조의 개선방안을 제시하고자 한다. 또한 2013. 4. 8.부터 시행이 되고 있는 불가항력적 산과 사고에 대한 무과실 보상제도와 관련하여 동조가 미치는 영향 등에 대해서도 논의하고자 한다.

주제어 : 의료민사소송, 의료분쟁조정, 조정신청, 각하, 불가항력 의료사고

医療紛争調整申請節次きでの立法の改善策についての小考

白景喜*

医療民事訴訟は、これまでの医療行為が持っている専門性、密室性、閉鎖性などのいくつかの特殊性により、訴訟が長期化して経済的コストがかなり消費された。また、法院の判決がなされたとしても、当事者がこれを信頼していないなどの理由で、迅速性と公正性に問題点が指摘された。このため、訴訟代替紛争解決制度として、医療事故の被害救済と医療紛争調停等に関する法律上の医療紛争調停や仲裁手続が誕生することになった。

しかし、医療紛争調整法 第27条第8項の被申請人が14日間の意思を表明していない場合は、拒否の意思であると考えられ、この場合、韓国の医療紛争調停仲裁委員長が却下の決定をしなければならぬと規律することで、調停の開始も順調ないのが現状である。

本稿では、わが国の医療紛争の最近の状況を確認した後、医療紛争調整法の調整の申請に関する条文の第27条の立法案を比較・確認した後、他のADR法や民事訴訟法上の条文と比較して、不合理な点かを検討し、同調の改善案を提示しようとする。また、2013. 4. 8日から施行となっている不可抗力の医療事故に対する無過失補償制度について同調が及ぼす影響などについても議論したい。

キーワード：医療民事訴訟、医療紛争調停、調停申請、却下、不可抗力の医療事故

* 仁荷大學校 法學專門大學院, 助教授