

# 정부의 의료사고처리특례법 제정 관련 시민사회 토론회

2024년 6월 12일(수) 오전 10시  
경제정의실천시민연합 강당

## 주최

경제정의실천시민연합, 의료소비자연대, 한국환자단체연합회

### 발제 1 ● 우리나라 의료사고 민사책임, 형사책임 및 행정상 규제의 문제점과 입법 방향

발제자 박호균 (법무법인 히포크라테스 대표변호사)

### 발제 2 ● 정부의 의료사고처리특례법 제정안의 문제점과 주요 쟁점

발제자 안기종 (한국환자단체연합회 대표)

### 토론 ● 좌장 신현호 (법률사무소 해울 대표변호사)

송기민 (경제정의실천시민연합 보건의료위원장)

최재영 (의료소비자연대 정책위원장)

윤명 (소비자시민모임 사무총장)

안정희 (한국YWCA연합회 소비자운동부장)

이은영 (한국백혈병환우회 공동대표)



## < 목 차 >

■ 토론회 개요 .....	6
----------------	---

■ 발제 ① .....	9
--------------	---

### **우리나라 의료사고 민사책임, 형사책임 및 행정상 규제의 문제점과 입법 방향**

- 박호균 [법무법인 히포크라테스 대표변호사]

■ 발제 ② .....	73
--------------	----

### **정부의 의료사고처리특례법 제정안의 문제점과 주요 쟁점**

- 안기종 [한국환자단체연합회 대표]

■패널토론 [좌장 : 신현호 법률사무소 해울 대표변호사]...	111
------------------------------------	-----

송기민 [경제정의실천시민연합 보건의료위원장]

최자영 [의료소비자연대 정책위원장]

윤 명 [소비자시민모임 사무총장]

안정희 [한국YWCA연합회 소비자운동부장]

이은영 [한국백혈병환우회 공동대표]

## 정부의 의료사고처리특례법 제정 관련 시민사회 토론회

정부가 의대정원 증원과 함께 의료사고 위험이 높은 기피과 필수의료 지원 정책으로 의료계에 의료사고 형사처벌을 면제하거나 제한하는 내용의 의료사고처리특례법 제정 추진 계획도 발표했습니다.

이와 관련해 「의료분쟁 제도개선 협의체」가 구성되어 사회적 논의를 진행했으나 시민사회의 입증책임 전환 요구와 의료계의 의료사고처리특례법 제정 요구가 맞서 결론을 내지 못한 상황에서 정부가 일방적으로 마련한 의료사고처리특례법 제정안을 발표하는 상황이 발생했고, 시민사회 추천 의원들이 「의료분쟁 제도개선 협의체」를 탈퇴하는 파행을 거쳤습니다.

최근 「의료개혁특별위원회」가 구성되어 의료사고처리특례법 제정 관련 사회적 논의를 다시 시작했고, 산하 「의료사고 안전망 전문위원회」에서 구체적인 세부 논의를 진행하고 있습니다.

2025년 의대정원 증원 규모가 사실상 확정된 상태이므로 정부는 필수의료 정책 패키지 중에서 의료사고처리특례법 제정 추진에 속도를 낼 것이고, 개원한 제22대 국회에서도 의료사고처리특례법 제정안을 대표발의할 것으로 예상됩니다.

이에 우리나라 의료사고 관련 민사책임, 형사책임 및 행정상 규제의 문제점과 입법 방향 그리고 정부가 추진하고 있는 의료사고처리특례법 제정안의 문제점과 주요 쟁점에 대해 알아보고, 시민단체·소비자단체·환자단체의 의견을 공유하고 대외적으로 알리는 토론회를 개최하고자 합니다.

- 일시: 2024년 12월(수) 오전 10시
- 장소: 경제정의실천시민연합 강당
- 주최: 경제정의실천시민연합, 의료소비자연대, 한국환자단체연합회
- 순서

사회 : 남은경 (경제정의실천시민연합 사회정책국장)

시 간	내 용	비 고
10:00~10:10 (10분)	▪ 개회 및 사진촬영	
10:10~10:50 (40분)	▪발제① 우리나라 의료사고 민사책임, 형사책임 및 행정 상 규제의 문제점과 입법 방향 - 박호균(법무법인 히포크라테스 대표변호사) ▪발제② 정부의 의료사고처리특례법 제정안의 문제점과 주 요 쟁점 - 안기종(한국환자단체연합회 대표)	각 20분
10:50~11:25 (35분)	▪ 좌장 : 신현호(법률사무소 해울 대표변호사) ▪ 지정토론 - 송기민(경제정의실천시민연합 보건의료위원장) - 최자영(의료소비자연대 정책위원장) - 윤 명(소비자시민모임 사무총장) - 안정희(한국YWCA연합회 소비자운동부장) - 이은영(한국백혈병환우회 공동대표)	각 7분
11:30~11:50 (20분)	▪ 자유토론 및 질의응답	



## 발표

# 우리나라 의료사고 민사책임, 형사책임 및 행정상 규제의 문제점과 입법 방향

박호균

법무법인 히포크라테스  
대표변호사

# 우리나라 의료사고 민사책임, 형사책임 및 행정상 규제의 문제점과 입법 방향

- 의료사고처리특례법안의 위헌성 여부와 피해자 보호 필요성을 중심으로 -

박 호 군\*

## 차례

### I. 문제의 소재

1. 정부의 필수의료 패키지 정책 발표 및 「의료사고처리 특례법(안)」 공청회
2. 공공의료 위기의 원인과 적절한 해결방안에 관한 논의 필요성
3. 논의 범위

### II. 의료사고 민사책임, 형사책임 및 행정상 규제의 문제점과 입법방향

#### I. 의료사고 관련 민사책임 현황 및 개정 방향

##### 가. 민사책임 관련 현황

##### 나. 민사책임 관련 제도의 문제점과 개정 방향

##### (1) 재판지연 및 의료감정의 문제

(가) 의료감정 지연 및 공정성 문제

(나) 개정 방향

##### (2) 소송비용 부담 문제

(가) 소송비용 부담 제도 연혁, 입법례 및 불공정성 문제

(나) 개정 방향

##### (3) 의료계약 및 입증책임 전환 규정 도입 필요성

(가) 입증책임 전환을 담은 의료계약 도입 필요성

1) 논의 배경

2) 의료계약의 중요성, 사회 변화 및 의료면허 관리체계의 문제점

3) 기존 민사법 규정의 한계와 법적 안정성 결여

4) 소송실무상 증명곤란

5) 의료감정의 어려움과 증명곤란

6) 법원의 상반되는 판례의 등장과 피해구제 어려움

7) 비교법적 환경(불법행위법에서 계약법으로 이동)과 국내 민법개정 연구

(나)

#### 개정 방향

(4) 보상 제도 확대 필요성



## 2. 의료인의 행정상 규제 현황과 개정 방향

### 가. 의료인의 행정상 규제 현황 및 의료법 개정상 문제점

#### 나. 개정 방향

- (1) 의료사고 관련 업무상과실치사상죄에 대한 임의적 면허취소 규정 도입 필요성
- (2) 일반 형사범죄로 벌금형 처벌을 받을 경우 면허정지 도입 필요성

## 3. 의료인의 형사책임 현황과 입법방향

### 가. 의료인의 형사책임 현황

#### 나. 과실범에 대한 처벌 법제

#### 다. 현행법상 의료인에 대한 처벌 특례 규정

- (1) 응급의료에 관한 법률
- (2) 의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률

#### 라. 소결

## III. 의료사고처리특례법 제정안의 문제점 평가

### 1. 문제점

### 2. 교통사고 관련 민사책임과 형사책임 구조

#### 가. 교통사고 관련 민사 및 형사 책임의 근거 규정

- (1) 자동차손해배상보장법상 무과실책임 규정
- (2) 교통사고처리특례법상 처벌 특례
- (3) 관련 결정례
- (4) 소결

### 3. 특례법안 규정의 문제점과 평가

#### 가. 특례법안 주요 규정

#### 나. 문제점 및 평가

- (1) 적용 대상과 범위 측면의 위헌성
- (2) 피해자 보호(배상) 정책이나 입법 부재
  - (가) 민사배상 측면
  - (나) 보상 확대 측면
- (3) 의료인의 보험가입과 대불제도와와의 비교
- (4) 형사 처벌 및 행정상 규제 측면
  - (가) 현행 실무상 의료인에 대한 형사처벌 측면
  - (나) 행정상 규제 측면

(5) 특례법안의 구체적인 내용 관련 의견

IV. 의료사고 관련 개선방안 입법방향

1. 민사상 구제 제도
2. 행정상 규제
3. 형사처벌 관련 법규
4. 의료사고처리특례법안의 위헌성

□ 별지 관련 법률 규정

I. 문제의 소재

1. 정부의 필수의료 패키지 정책 발표 및 「의료사고처리 특례법(안)」 공청회

2024. 2. 1.경 정부는 필수의료 관련 4대 정책 추진 방향을 공식적으로 발표<sup>1)</sup>하였고, 이 중 ‘의료사고 안전망’ 관련 정책의 추진 배경으로 ‘충분한 피해자 소통, 배상을 전제로 한 의료사고 특례법 체계 도입’을 통해 ‘안정적 진료환경 조성’ 한다는 것이다. 이 중 의료사고 안전망 관련 구체적인 내용은 의료인에게 일정한 특혜나 예외를 주는 방향의 정책이고, 불가항력 보상 확대 관련 내용 정도를 제외하고는, 정작 환자측 권리구제를 위한 내용이 직접적으로 포함되어 있는지 불분명하다. 불가항력 사고에 대한 보상 제도는 이미 의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률에 있는 제도이므로<sup>2)</sup> 새로운 내용으로 보기 어렵고, 국가의 보상 제도를 확대한다는 방향은 의료사고 영역 외에도 사회 각 영역에서 국가의 재정이 허락하는 한 확대해야 한다는 점에서 구체적인 대안이 중요하고 명목적인 논의는 큰 의미가 없다.<sup>3)</sup>

\* 법학박사·법무법인 히포크라테스 대표변호사·대한의사협회 정회원(의사면허 제70\*\*\*호)·한국의료변호사협회 부대표·대한변호사협회 인권위원·대한변호사협회 산하 의료인권소위원회 위원장

1) 구체적으로 ① (의료인력 확충) 의사 수 확충, 교육수련 혁신, 전문의 중심 병원 전환 -> 사회 전반의 의사 수요충족, 좋은 일자리 확대, ② (지역의료 강화) 상급병원-중소병원-의원 역할 정립 및 네트워크 강화, 수요기능 중심 의료기관 구조 전환 등 지역완결 전달체계 - 우수 인력 확보, 투자 확대, 수도권 유출 최소화 등 지역 기반 강화, ③ (의료사고 안전망) 충분한 피해자 소통-배상을 전제로 한 의료사고 특례법 체계 도입 -> 안정적 진료환경 조성, ④ (공정 보상) 필수의료 친화 공정 지불보상체계 개편, 보상체계 왜곡 유발 비급여·미용의료 관리체계 확립한다는 것을 주요 내용으로 하고 있다.

2) 의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률 제46조(불가항력 의료사고 보상) ① 조정중재원은 보건의료인이 충분한 주의의무를 다하였음에도 불구하고 불가항력적으로 발생하였다고 의료사고보상심의위원회에서 결정한 분만(分娩)에 따른 의료사고로 인한 피해를 보상하기 위한 사업(이하 “의료사고 보상사업”이라 한다)을 실시한다.

② 보건복지부장관은 의료사고 보상사업에 드는 비용을 부담하여야 한다. <개정 2023. 6. 13.>

③ 삭제 <2023. 6. 13.>

④ 삭제 <2023. 6. 13.>

⑤ 제1항에 따른 의료사고보상심의위원회의 구성 및 운영, 보상의 범위, 보상금의 지급기준 및 절차 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다. <개정 2018. 12. 11., 2023. 6. 13.>

3) 일본에서 오래 전부터 의료사고 관련 보상 제도로 불가항력적 산과 분만 사고에 대해 2-3억 원 가량으로 보상하고 있으나, 우리나라는 한국의료분쟁조정중재원 출범 10년이 경과하였음에도, 3천만 원을 상한으로 하는 정도의 보상제도를 운영하고 있는 것이 전부이므로, 의료사고처리 특례법안 추진 여부와 무관하게, 이를 실효적으로 개선하려는 노력이 필요하다.

이후 정부는 2024. 2. 29.경 ‘필수의료 정책 패키지’ 중 의료사고 안전망 구축을 위해 「의료사고처리 특례법(안)」 제정 추진 관련 전문가·국민 의견수렴하는 것을 목적으로 하는 ‘의료사고처리 특례법(안) 공청회’를 개최하였다. 의료사고처리 특례법안(이하 ‘특례법안’이라고도 함)의 주요 내용은 의사가 보험에 가입하면 교통사고처럼 형사처벌을 면제하는 것이고, 실제로 교통사고처리 특례법을 벤치마킹하였다고 한다. 그런데 일부 언론에서 ‘교통사고 특례법은 운전자에게 잘못이 있다고 전제하고, 불가피한 사고였다는 점을 운전자가 입증하도록 한 반면, 의료사고 특례법안은 환자가 의사의 과실을 입증해야 하는 것을 전제로 하고 있다는 큰 차이점이 있고, 현재 의료소송은 심각한 정보 비대칭에도 불구하고 환자가 의사 과실을 입증하도록 해 환자에게 크게 불리하며, 이런 상황에서 의사에게 형사 면책까지 주어진다면 법의 저울은 의사 쪽으로 완전히 쏠릴 수 있다.’는 우려를 제기하기도 하였다.<sup>4)5)</sup>

## 2. 공공의료 위기의 원인과 적절한 해결방안에 관한 논의 필요성

정부의 정책 제안은, 공공의료의 위기 중 필수의료 분야의 의사 수 부족의 문제의 원인으로 의사의 형사책임 부담을 한 원인으로 지목하면서, 특히 의사 수 증원의 문제를 해결하기 위한 시책 중 하나로 의사의 형사책임 완화 제도를 제안하는 것으로 보인다.

오래 전부터 우리의 공공의료, 의료의 공공성, 국민건강보험의 보장성 등이 OECD 국가 중 최하위에 속한다는 취지의 우려와 비판이 제기되어 왔고, 나름대로 역대 정부와 국회는 공공의료의 개선을 위해 노력해 왔다고 볼 수 있으나, 응급실 뺑뺑이나 소아과 오픈런과 같은 사례로 접하고 있는 바와 같이, 우리는 필수의료 분야와 지방에 종사하는 의사가 부족한 현실에 직면해 있다. 이 같은 공공의료의 위기는 비단 우리나라만의 문제는 아니고 가까이 일본 역시 겪어오고 있는 현실이며 일본은 지역의사제 등을 통해 필수의료 및 의료낙후 지역의 의사 수 부족 문제를 해결하기 위해 노력을 기울이고 있는 것은 우리에게도 잘 알려진 사실이다.

필수의료 분야나 서울과 수도권을 제외한 지역에서 의사가 부족한 원인을 단적으로 지목하기는 어렵지만, 우리나라의 의료가 지나치게 영리화된 데 큰 원인이 있는 것으로 보인다. 전문의 과정을 밟지 않더라도 미용·성형 시술 분야에서 일하는 의사나, 필수 분야의 전문의 과정을 거쳤다고 하더라도 비급여 항목의 진료를 많이 할 수록 수입이 극대화 되는 구조가 오랫동안 방치, 고착화되어 왔다. 개원가 의사들은 그 과정에서 실손보험을 매개로 환자에게 불필요하거나 과잉으로 평가할 수 있는 도수치료, 안과 백내장 수술, 체외충격파 진료 등의 분야에서, 필

4) 동아일보, 의사 형사책임 면제, 기울어진 운동장 더 쏠릴 우려[황철수설/신광영], 2024. 2. 6. (<https://www.donga.com/news/Opinion/article/all/20240206/123421001/1>) (2024. 6. 7. 방문).

5) 중앙일보, 오피니언 신현호의 법과 삶, 의료인 형사책임특례는 평등원칙에 반한다, 2024. 2. 1. 게재 (<https://www.joongang.co.kr/article/25226122#home>) (방문일자 2024. 6. 9.)

수분야를 진료하는 의사들과 비교하여 상대적으로 더 높은 수입을 얻게 되었고, 이는 의료영역을 넘어 다른 일반적인 영역의 일반 국민들에게도 의사와 비교되는 소위 경쟁압박을 초래하였고, 초등학생부터 의대 진학을 목표로 사교육이 성행하는 기현상을 경험하고 있다. 국가의 미래 경쟁력과 발전에 도움이 될지 의문이다.

### 3. 논의 범위

이하에서는 의료사고처리 특례법안의 관련 문제들로 의료민사책임의 현황과 과제들, 의료인의 행정상 면허규제 공백 부분, 형사처벌의 현황과 법적 배경, 특례법안이 모방한 교통사고처리특례법의 법적 배경과 적용범위, 교통사고처리특례법상 중상해 특례 규정에 대한 위헌결정 등을 검토하고, 최근 논의되고 있는 의료사고처리 특례법안의 위헌성 여부, 피해자 보호를 위한 선결과제들 및 바람직한 입법방향 등에 대해 살펴보기로 한다.

## II. 의료사고 민사책임, 형사책임 및 행정상 규제의 문제점과 입법방향

### I. 의료사고 관련 민사책임 현황 및 개정 방향

#### 가. 민사책임 관련 현황

##### (1) 우리나라 의료소송에서 민사 제1심 본안사건 연간 접수 및 처리 내역

의료사고<sup>6)</sup>에 대한 의료민사책임이 문제되는 손해배상(의) 사건에 대한 최근 2011년 ~ 2022년 사이의 10여년간 처리 내역을 살펴보면, 2012-2013년에 1000-1100건 정도로 증가하는 경향을 보이다가 다소 감소하여 2014-2020년에 900-950건 내외로 비슷한 건수를 보이다가, 최근 2021-2022년에는 850건 정도로 감소하고, 접수된 사건수도 감소한 것으로 보인다.<sup>7)</sup>

6) 의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률 제2조 제1호에 의하면, 실정 규정으로 “의료사고”는 보건의료인(「의료법」 제27조제1항 단서 또는 「약사법」 제23조제1항 단서에 따라 그 행위가 허용되는 자를 포함한다)이 환자에 대하여 실시하는 진단·검사·치료·의약품의 처방 및 조제 등의 행위(이하 “의료행위등”이라 한다)로 인하여 사람의 생명·신체 및 재산에 대하여 피해가 발생한 경우를 말한다고 규정되어 있다. 관련 연구 논문으로 김경례, 소송외적 의료분쟁해결: 한국소비자원 의료피해구제 사례분석을 중심으로, 고려대학교 대학원, 박사학위논문, 2012, 52면 이하 참조.

7) 사법연감, 법원행정처, 2012 ~ 2023.

년도	금년 접수	처리											
		합 계	소 장 각 하 명 령	판결					소취 하 (간주 )	조 정	화 해	인낙	기 타
				원고 승	원고 일부 승	원고 패	각하	기 타					
2011	876	881	4	8	244	213	3	-	54	115	135	-	105
2012	1,00	922	3	8	272	221	5	-	70	105	126	-	112

## (2) 의료소송에서 민사 제1심 본안사건 청구인용 비율

민사 제1심 본안사건 청구인용 비율 측면에서 2011년-2014경에는 판결로 청구를 인용하는 비율이 더 높았으나, 최근에는 청구를 기각하는 비율이 더 높아짐을 확인할 수 있고, 판결은 아니지만 청구를 받아들인 것으로 평가할 수 있는 중이나 화해사건 수도 과거와 비교하여 최근에 감소한 것으로 보인다. 법원에서 의료사고 피해구제를 더욱 엄격하게 하면서 피해자 보호보다 의료기관의 방어 논리를 더 채용해 주고 있는 것으로 볼 수 있다. 다만 원고승소, 원고 일부승소, 조정, 화해 사건 수를 합한 수치로 보면 권리 구제 비율을 약 50-55% 내외로 평가할 수 있다.<sup>8)</sup> 다만 조정 및 화해로 종결된 사건의 경우, 민사소송 실무상 원고 청구 범위 내에서

	9												
2013	1,101	945	6	6	282	238	2	2	48	123	136	-	103
2014	946	960	11	14	287	265	6	-	64	92	108	-	113
2015	963	951	3	13	261	279	5	-	58	92	147	-	93
2016	970	943	20	6	283	239	5	-	64	94	138	-	94
2017	955	900	7	11	259	244	7	-	57	89	112	-	114
2018	950	795	3	7	248	218	2	-	44	79	94	-	100
2019	916	878	4	6	256	274	4	-	60	81	89	-	104
2020	950	928	4	7	308	259	4	-	58	78	84	-	126
2021	854	879	7	6	249	293	5	-	53	78	80	-	108
2022	768	855	8	9	233	263	1	1	40	85	110	-	105

8)

연도	내용	의료		
		처리건수	인용건수	비율(%)
2011		881	502	56.9
2012		922	511	55.4
2013		945	547	57.8
2014		960	501	52.1
2015		951	513	53.9
2016		943	521	55.2
2017		900	471	52.3
2018		795	428	53.8
2019		878	432	49.2
2020		928	477	51.4
2021		879	413	46.9
2022		768	437	56.9

대법원 정보공개청구 회신(2020. 10. 27.자 접수번호 1107)에 의하면, 2020년 사법연감 770면의 ‘(2) 처리내역별’의 처리 구분 중 중 ‘기타’ 항목은 ‘이송, 포기, 재정합의, 재정단독, 재배당, 각하결정 등’으로 구성되어 있다고 하는바, 이 중에서 포기 혹은 각하의 경우를 제외하고, 재정합의, 재정단독의 경우 사건처리 내역으로 보기 어려운 점이 있고, 이송과 재배당의

원고측에 일정한 조정 금액이 지급되는 경우가 대체적이나, 소액의 조정금액으로 확정되는 경우도 포함되므로, 어느 정도로 실질적인 권리 구제가 이루어지는지 등에 대한 자료 접근은 쉽지 않다.

## 나. 민사책임 관련 제도의 문제점과 개정 방향

### (1) 재판지연 및 의료감정의 문제<sup>9)</sup>

#### (가) 의료감정 지연 및 공정성 문제

의료감정의 문제점과 개선방향에 대해서 대한변호사협회(이하 ‘변협’) 인권위원회는 2023. 1. 3.경 ‘의료감정과 재판절차의 공정성, 객관성, 신속성 확보를 촉구한다’는 제목으로 성명서를 발표한 바 있다.<sup>10)</sup>

문헌상 확인되는 의료감정의 현황이나 문제점으로 연구자 마다 조금씩 차이는 있지만, 회신 기간의 장기화, 회신거부, 의료감정 계량화의 곤란성을 언급하는 경우<sup>11)</sup>, 회신의 장기화, 편파적 감정, 감정의 불명확성 및 부정확성을 언급하는 경우<sup>12)</sup>, 진료기록 감정의 공정성, 재판 장기화, 진료기록의 진실성의 문제점을 언급하는 경우<sup>13)</sup>, 감정회신 장기화, 저렴한 감정료, 감정의 정확성, 제도적 측면의 문제점(감정 반송 및 감정인 보호체계 미비)을 언급하는 경우<sup>14)</sup> 등 대체적으로 절차적 측면에서 감정회신의 지연, 감정의 반송, 감정료의 적절성과 같은 문제점이 지적되었고, 감정결과 측면에서 적정성이나 공정의 문제점이 지적되었다.

의료감정은 공정성, 객관성 및 절차적 적정성을 갖추어야 할 필요성이 있다. 그런데 의료감정(진료기록 감정 및 신체감정)은 공정성 및 객관성 문제는 별론으로 하더라도, 감정 자체가 지나치게 지연되고 있어서, 국민의 재판청구권에 심각한 제약으로 이어지고 있다.

대법원은 손해배상(의) 사건 등에서 감정 절차의 지연 및 이로 인한 재판 지연의 문제가 심각한 상황임에도, 관련 통계를 구체적으로 파악하거나, 외부에 자료를 공개하는 것을 주저하고 있는 것으로 보인다. 일선 법관들이 법원 내부 시스템에 쉽게 접근하여 감정 관련 재판 지연의

---

경우에도 당사자 입장에서는 사건처리 내역으로 보기 어려운데, 기타 항목은 청구인용 비율을 산정하는데 처리건수 자료로 삼기 어려운 측면이 있는 것으로 보인다.

9) 박호균, 의료감정의 실무상 문제점과 개선 방향, 대한의료법학회·대법원 추계공동학술대회, 의료감정제도의 문제점과 개선방안, 2022, 제2부 발제; 박호균, 의료감정의 실무상 문제점 및 입법적 개선방안 국회 세미나, 국회의원 조명희·국회의원 양정숙·대한변호사협회, 2023. 12. 15., 제2주제 발제 참조.

10) 대한변호사협회 인권위원회, 의료감정과 재판절차의 공정성, 객관성, 신속성 확보를 촉구한다, 2023. 1. 3.자 성명서(제 51-50호) 참조

11) 신현호, 의료소송 감정상의 문제점, 의료법학(제6권 제2호), 대한의료법학회, 2005, 65-74면 참조.

12) 양희진, 의료과오소송에서의 감정상 제문제, 의료법학(제9권 제2호), 대한의료법학회, 2008, 322-324면 참조.

13) 백경희, 진료기록감정 및 그 판단에 대한 법적 고찰 - 의료민사책임을 중심으로 -, 의료법학(제20권 제1호), 대한의료법학회, 2019, 99-103면 참조.

14) 신강욱, 의료감정제도에 관한 실증적 연구, 연세대학교 대학원, 박사학위논문, 2018, 68-95면 참조; 이 논문에서는 총 12명(감정의 9명, 의료기관 법무팀 혹은 원무팀 종사자, 보험사 직원)에 대한 심층면담 자료를 수집하여 결론을 도출하고 있는데, 감정을 수행하는 측의 입장이 주로 반영된 점을 고려할 필요가 있다.

문제를 확인하고 언론에 알리고 있는 상황인바<sup>15)</sup>, 대법원은 감정 절차의 지연과 관련한 통계, 정보 공개에 소극적인 것으로 보인다.

의료감정 외에 상임전문심리위원 제도 운영 현황에서도, 서면에 의한 의견 제출 비율이 매우 낮고, 이러한 관행은 당사자에게 반박의 기회를 제공하지 않을 뿐만 아니라, 의사 출신인 상임전문심리위원들이 비공식적으로 의견을 법원에 보고하는 등 재판에 개입하는 의혹을 살 수 있는 부분이다.

국민들은 재판비용으로 적지않은 인지대, 송달료 및 감정료 등을 지출하고 있으나, 의료영역에서 법원은 국민들의 실질적인 재판청구권을 보장하는 데 지나치게 소극적인 것은 아닌지 의문을 제기하지 않을 수 없다.

대한의사협회(이하 ‘의협’)은 각종 소송사건에서 법원과 수사기관 등의 촉탁을 받아 연간 약 1,500여건 내외의 의료감정을 수행하고 있다. 의협 입장에서 의료감정을 수행하는 것은 법원과 수사기관 등의 재판 업무를 도와주는 측면도 있으나, 의료감정 제도는 특정 사건의 재판 과정에서 의사라는 전문가 집단의 의견을 존중하는 측면도 있다. 그런데 의협에서 수행하는 감정 회신에 대해 실무에서 회신 지연과 고액의 감정료에 대해 비판이 적지 않고, 대학병원, 종합병원 등에서 이루어지고 있는 신체감정에 대해서도 반송 및 회신 지연, 고액의 신체감정 진료비용의 문제점이 심각한 상황이다. 감정회신 지연과 고액의 감정료는 고스란히 환자의 재판청구권 행사의 제약으로 이어지고, 의사들에 대한 국민들의 불신의 원인일 수 있다.

한국의료분쟁조정중재원(이하 ‘중재원’)은 연간 2,000건 이상의 감정서를 작성하고 있고, 최근 5년간 법원으로부터 약 300건 이상, 수사기관(검찰 및 경찰)으로부터 연간 400건 이상을 촉탁 받아 감정을 수행하고 있는 등 의료감정에서 중요한 역할을 하고 있다. 그런데 특정 사건에서 4-5인 가량의 감정위원이 감정하는 과정에서 반대의견이나 소수의견이 제시되는 것이 경험칙상 타당함에도, 이 같은 소수의견이 기재된 감정서의 예를 찾아보기 어렵다. 특정 과목은 지나치게 소수의 감정위원만 선정되어 있어 특정인의 성향에 따라 감정결과가 편파적일 위험성이 높은 문제점이 있다. 소수의견을 무시하거나 의사 출신인 상임감정위원과 현직 의사인 비상임감정위원이 감정서의 의료기관에 편향적인 결론을 정해 두고, 다른 위원들(법조인, 시민단체 관계자 등)을 설득하는 등 공정성 관련하여 실무자들 사이에 비판이 있다.

의료감정의 위와 같은 문제점은, 국민의 재판청구권의 심각한 제약으로 이어지고 있고 결국 의료영역에서 법치주의에 대한 위협이 되고 있다고 보아야 한다. 의료 영역에서 국민들은 법원에 의한 신속하고 공정한 재판을 받지 못하면서도 적지 않은 재판비용만을 부담하고 있는 것

15) 차기현, 法臺에서, '하(何)세월' 신체감정 이대로 좋은가, 법률신문, 2022. 3. 21.자 기사 (<https://m.lawtimes.co.kr/Content/Opinion?serial=177198>, 2022. 3. 30. 방문)

은 아닌지 깊은 우려를 금할 수 없다. 궁극적으로는 의료감정에서 공정성 및 객관성이 가장 중요한 일이겠으나, 가시적으로 확인할 수 있는 의료감정의 지연, 반송 문제라도 하루 속히 개선될 필요가 있다고 할 것이다.

#### (나) 개정 방향

1) 의료영역에서 국민의 재판청구권을 실효적으로 보장하기 위해서는 의료감정과 재판절차는 공정성, 객관성 및 절차적 적정성을 갖추 필요성이 있다. 그런데 의료감정(진료기록 감정 및 신체감정)은 공정성 및 객관성 문제 뿐만 아니라 감정 자체가 지나치게 지연되거나 감정 자체가 반송되는 등 심각한 문제가 지속되고 있다. 의료감정의 절차를 주도적으로 관리하는 법원은 감정의 적정성 관련 통계자료를 외부에 정확하게 공개하지 아니하고, 대한의사협회 등 일부 감정기관은 감정거부, 감정지연, 고액 감정료청구 등의 문제 해결에 소극적인 모습을 보이고 있다.

의료감정의 위와 같은 문제점은, 국민의 재판청구권의 심각한 제약이나 침해로 이어지고 있고, 결국 의료영역에서 법치주의에 대한 위협이 되고 있다. 의료 영역에서 국민들은 법원에 의한 신속하고 공정한 재판을 받지 못하면서도 적지 않은 재판비용만을 부담하고 있는 것은 아닌지 깊은 우려를 금할 수 없다.

2) 재판 절차의 주도권을 가지고 소송을 지휘하는 법원으로서, 의협 등 감정기관의 감정절차 지연, 반송 및 감정비용 책정 현황을 파악하여 구체적인 자료를 공개할 필요가 있고, 대법원이 발간하는 사법연감이나 각종 연구보고서에 자료를 명확히 남길 필요가 있다. 이는 일반 국민, 시민단체, 학계, 법실무가들, 국회의 제도 개선을 위한 토대가 될 수 있다.

대법원은 의료감정 반송, 지연 문제가 발생하지 않도록 대학병원, 종합병원 등 감정기관과 진지한 협의를 통해 감정기관 선정이 원활 하게 이루어질 수 있도록 대외적인 노력을 다해야 하고, 감정촉탁시에 구체적 회신일자를 특정하거나 회신을 촉구하는 등의 방법으로 감정회신이 지연되지 않도록 관리하여야 한다. 또한 대한의사협회의 감정비용은 예측 가능해야 하고 지나친 감정비용의 고액화를 막을 필요가 있으며, 신체감정 진료비용은 소위 비급여 영역에서 피감정인에게 상환에 대한 규제 없이 감정기관에 의해 청구되고 있으므로 법원에서 일정 부분 통제를 위한 노력이 필요하다(보건복지부, 국민건강보험공단이나 건강보험심사평가원에 신체감정 진료비용의 적정화를 위해 협조를 할 필요도 있을 것으로 보인다). 이 같은 개선 방안을 명확히 하기 위하여 대법원은 감정절차 관련 대법원규칙(감정예규)을 구체적이고 실효적인 내용으로 개정할 필요가 있다(변호사단체, 시민단체, 의협, 대한병원협회 등 관계 기관의 의견을 반영하는 것이 바람직하다).



의협 및 중재원의 익명 감정을 폐지하는 방향으로의 개선 필요성이 있고, 진료기록 감정은 선택적으로 채택을 고려하여 지나친 재판의 장기화를 막을 필요가 있으며(다만 판결시에 의료소송에서의 증명책임 완화 혹은 증명도 경감 법리를 고려해야 함), 신체감정은 원칙적으로 폐지하되 진료 받은 의료기관에서 발급 받은 진단서나 소견서 내용으로 대체하는 것을 적극 고려함으로써 옥상옥 같은 절차를 조속히 개선할 필요가 있다.

또한 법원은 의료감정에서 공정성 및 객관성을 담보할 수 있도록 감정인들에 대한 체계적인 교육과정을 마련하여야 하고, 사건의 결론을 의식하여 의사들에게 유리한 편파적인 감정을 하지 않도록 하여야 한다. 감정절차에 대한 지속적인 평가를 통해 공정성을 갖춘 감정인에 대해서는 인센티브 지급, 감정인이 속한 감정기관에 대한 의료등급 평가에서 혜택 부여 등 동기를 부여함으로써 감정의 공정성을 제고하기 위한 노력도 필요하다.

아울러 현행 의사출신 전문심리위원이 소송절차에 개입하게 될 경우, 전문심리위원이 진술할 수 있는 의견은 주로 일반적, 전문적 지식에 관한 의견에 국한되어야 하고, 사건 전체의 결론 또는 개개의 쟁점에 대하여 단정적인 판단을 제시하는 내용의 의견이 제시되지 않도록 운영하는 등 본래의 입법취지에 맞게 활용되어야 한다.<sup>16)</sup> 법원에서 전문심리위원으로부터 법률요건(과실 및 인과관계 등)에 대한 의견을 얻게 될 경우, 이러한 전문심리위원의 재판개입은 자기 재판금지라는 소송원칙에 반할 우려가 있을 뿐만 아니라, 의견서 등을 제출하지 아니하고 비공식적으로 재판의 결론에 개입할 위험성이 있으므로<sup>17)</sup>, 공식적인 절차를 통해 전문심리위원이 객관적, 전문적 의학지식에 관한 설명서나 의견서를 제출하게 하고, 당사자에게 이를 제공하고 반박의 기회나 의견 표명의 기회를 제공해야 할 것이다.

3) 한국의료분쟁조정중재원에서 수행되고 있는 감정에서는 소수의견을 무시하거나 의사 출신인 상임감정위원과 현직 의사인 비상임감정위원이 의료기관에 편향적인 감정서의 결론을 정해 두고, 다른 위원들(법조인, 시민단체 관계자 등)을 설득하는 등 공정성 관련하여 실무자들 사이에 비판이 적지 않다. 중재원의 감정위원은 임상의학실천 당시의 의료수준에 대한 객관적 기준을 제시하고, 객관적 기준에 따른 사실행위를 하였는지에 대한 평가를 함으로써 법원

16) 법원행정처, 전문심리위원 제도 해설, 2007, 22-23면 참조; 임채웅, 민사소송법의 전문심리위원에 관한 연구, 민사소송(제11권 제2호), 한국민사소송법학회, 2007, 181면, 192면 참조; 박호균, 의료소송에서 전문심리위원 제도에 관한 연구, 고려대학교 대학원, 석사학위 논문, 57-58면 참조.

17) 법원행정처가 2023. 12. 대한변호사협회에 제공한 손해배상(의·자·산) 사건 관련 자료에 의하면, ① 2022년 선고된 손해배상(의) 사건(합의 및 단독, 조정) 중에서, 상임전문심리위원이 지정된 사건의 수는 80건인데 이 중 상임전문심리위원이 의견서를 제출한 사건의 수는 27건(의견서 제출 비율 약 33%), ② 2019년부터 2021년까지는 126건 중 의견서를 제출한 사건의 수는 55건이라고 한다(의견서 제출 비율 약 43%)(종전 152건 중 의견서를 제출한 경우는 15건이라는 2022. 법원행정처의 회신은 착오가 있었다고 함). 2019년 - 2021년에 비해 2022년에 의견서 제출 비율이 다소 감소한 것으로 보이고, 당사자는 상임전문심리위원의 소송절차상 비공식적인 의견 제시에 대하여 탄핵할 수 있는 기회를 박탈당하고 있는 것으로 보인다.

(조정부)의 규범적 평가에 참고적 조언을 하는데 그칠 필요가 있다. 제도적으로 중재원의 상임 감정위원은 비의료인 출신으로 임용하고 감정부에 회의록 작성 의무를 부과하여 상임감정위원의 개인적 판단이 개입되지 못하도록 하는 방안을 고려할 필요가 있다.

4) 대한의사협회 등 감정기관은 전문가 집단으로서 감정거부, 감정지연, 고액 감정료 청구 등의 문제를 적극적으로 해결하려는 노력을 다하여야 한다. 의료감정은 의료영역에서 발생하는 문제에 대해 의료 전문가의 입장을 존중하는 의미도 있으나, 현행 의료감정의 현황을 보면 의료감정의 필요성 자체를 고민하게 하는 상황이다. 대한의사협회는 법원과 함께 의료감정에서 공정성 및 객관성을 담보할 수 있도록 감정인들에 대한 체계적인 교육과정을 마련하고, 감정절차를 획기적으로 개선하여야 한다.

5) 법원은 이미 시행 중인 대법원규칙 혹은 감정예규에 세부적인 내용을 충실히 규정하는 등 근거 규정을 조속히 마련하여 의료감정으로 인한 재판의 지연과 공정성 문제를 해결하기 위해 노력할 필요가 있다(법률 개정 이전에도 대법원은 가능한 범위에서 조속한 시일 내에 감정예규를 실효적이고 구체적으로 개정할 필요가 있다).

6) 입법적으로 국회는 의료 감정절차(감정기관 선정 및 회신 기간 개선) 및 감정비용의 적정성, 의료감정의 공정성과 객관성을 담보하기 위해서, 민사소송법, 의료법 등 관련 법률에 감정거부, 감정 고의지연, 편파감정을 방지하기 위한 입법적 노력을 다할 필요성이 있다. 의료감정의 공정성, 객관성 및 절차의 신속성 확보는 의료영역에서 국민들의 재판청구권을 실효적으로 보장하는 수단일 뿐만 아니라 궁극적으로 실질적인 법치주의를 보장하는 길이다.

## (2) 소송비용 부담 문제<sup>18)</sup>

### (가) 소송비용 부담 제도 연혁, 입법례 및 불공정성 문제

우리나라 최초의 민사소송법 제89조(소송비용부담의 원칙)에서는, 소송비용은 패소한 당사자의 부담으로 한다고 규정하면서도, 소송비용에 변호사 보수를 포함하는 규정을 두지 않음으로써<sup>19)</sup>, 당초 우리나라는 1990년까지 약 30년 동안 변호사 보수 각자 부담 방식을 취하고 있었다. 이는 지금의 일본이나 미국이 원칙적으로 따르고 있는 방식이다.

그러다가 1990. 1. 민사소송법을 개정하면서 변호사 보수를 소송비용에 포함시키고, 패소자

18) 이하 내용은, 박호균, 공익소송 등에서 소송비용 부담 제도의 문제점과 개선방향, 공익과 인권, 통권 제22호, 2022, 298면 이하 참조; 이외에도 『① 공익소송 등에서의 소송비용 부담의 문제점 및 개선방향에 관한 심포지엄, 대한변호사협회, 2018. 11, ② “공익소송 패소자부담, 공평한가?”, 공익소송 패소비용 부담에 따른 공익소송 위축효과와 제도개선 모색 토론회, 대한변호사협회, 2020, ③ 공익소송도 돈 있어야 하나요?, 공익소송 패소비용 제도개선을 위한 입법방안 모색 국회 토론회, 국회의원 백혜련, 대한변호사협회 등, 2021, ④ 공익소송 패소비용 제도개선을 위한 민사소송법 등 개정방안, 국회의원 박주민, 대한변호사협회 등, 2022』 참조. 이 중에서 필자는 위 ①과 ③, ④행사에서 발제를 맡은 바 있다.

19) 1990년 이전의 민사소송법[시행 1960.7.1.] [법률 제547호, 1960.4.4., 제정]

에게 부담시킬 수 있도록 규정 자체를 크게 변경하였다.<sup>20)</sup> 즉 변호사 보수 패소자 부담의 원칙은 1990년에 민사소송법 개정으로 신설된 규정에 의한 것이고, 우리 법제의 기본은 변호사 보수 각자 부담의 원칙을 따르고 있었다.

미국에서 주에 따라 다르지만 일반적으로 변호사비용은 소송비용에 포함되지 아니하고 변호사와 그 소송당사자간에 자유로이 결정할 수 있다. 보수는 변호사가 사건에 관하여 일한 시간으로 청구하는 관행이 일반적이다. 성공보수를 불법화한 주도 있다고 한다.<sup>21)</sup> 그러면서도 미국은 변호사비용부담에 관한 각자부담의 원칙에 대하여 몇 가지 예외를 인정하고 있다. 변호사비용의 각자부담의 원칙에 대한 예외는 제정법(statutes)과 코먼로(common law)에 의하여서만 허용이 된다.<sup>22)</sup>

각자부담의 원칙에 대한 가장 중요한 예외는 제정법에 의한 것이며, 이러한 예외를 두고 있는 연방법은 200여개 이상이 있고, 주법은 2000여개에 이른다고 한다. 패소자부담주의를 취하는 법들은 대체로 인권(civil rights)에 관한 소송, 소비자보호소송, 고용관계소송, 환경보호소송 등에 관한 것들이라고 한다. 주목할 점은 이 중에서 순수하게 패소자부담주의(two-way fee shifting)를 취하고 있는 예는 소수에 불과하고, 대부분의 제정법들은 편면적인 패소자부담주의(one-way fee shifting)를 채택하고 있다는 것이다. 편면적인 패소자부담주의는 원고가 소송에서 승소한 경우에는 상대방(패소자)에게 변호사비용을 청구할 수 있는 반면에 원고가 패소하더라도 상대방의 변호사비용을 물어 줄 필요가 없는 방식이다. 편면적 패소자부담주의는 (1) 승소한 당사자에게 변호사비용을 포함한 완전한 손해를 배상을 받도록 하고, (2) 공익적 소송을 적극적으로 유도하고, (3) 패소자의 불법행위를 처벌하거나 억제하고, 나아가 (4) 패소자가 부당하게 응소하여 다투는 등 사법제도의 남용하는 것을 억제하기 위하여 도입된 것이라고 한다.<sup>23)</sup>

일본에서는 당사자가 의뢰한 변호사에게 지급한 보수는 가령 그 자가 승소하여도 패소자로부터 상환시키지 않는다. 법원에 당사자가 지급한 또는 지급하여야 할 재판비용은 기본적으로 패소자가 부담한다는 규정이 있지만(일본 민사소송법 61조), 이는 법원에게 지급하여야 할 재판비용만으로 당사자가 사건을 의뢰한 변호사에게 지급한 보수에 대하여는 소송의 결과와 관계없이 당사자가 각자 부담하는 것으로 되어 있다고 한다.<sup>24)</sup>

20) 1990년 이후의 민사소송법[행 1990. 9. 1.] [법률 제4201호, 1990. 1. 13., 일부개정]

21) 주석민사소송법(II), 이기택 집필부분, 한국사법행정학회, 2012, 113면 참조.

22) 이종구, 민사소송에서의 변호사비용부담에 관한 비교법적 연구, -미국의 변호사비용에 대한 각자부담의 원칙과 편면적 패소자부담주의를 중심으로-, 경영법률, 제24권 제3호, 2014, 437면 참조.

23) 이종구, 민사소송에서의 변호사비용부담에 관한 비교법적 연구, -미국의 변호사비용에 대한 각자부담의 원칙과 편면적 패소자부담주의를 중심으로-, 경영법률, 제24권 제3호, 2014, 437-438면 참조.

24) 전병서, 소송비용의 부담에 관한 약간의 검토, 민사소송, 한국민사소송법학회, 제13권 제2호, 2009, 171면 참조.

즉 변호사 비용은 소송비용에 산입하지 아니한다. 그렇다고 하여 변호사비용 전부를 배상의 무로부터 완전히 방지하는 것은 아니고, 민법상의 불법행위 또는 채무불이행에 있어서 상당인 과관계론 혹은 부당항쟁의 이론에 의하여 그 배상책임을 인정하여 왔다고 한다.<sup>25)</sup>

일본의 이 같은 법제는 다른 입법적 시도는 있으나 국민으로부터 여러 측면에서 비판을 받아 변경되지 않고 있다.<sup>26)</sup>

독일에서 변호사는 독립의 사법기관으로서(연방변호사법 제1조), 구법원을 제외하고 변호사 강제주의가 채택되어 있으며, 그 비용에 관하여는 변호사가 수행한 소송절차의 사항에 따라 기본보수가 법정되어 있다고 한다. 구법원 사건을 포함한 소송에서의 변호사비용은 소송비용에 포함되어 패소자가 부담하게 된다고 한다. 변호사의 성공보수는 원칙적으로 금지되고, 변호사는 재판의 종류, 단계, 소가에 의하여 산정된 일정한 수수료를 1회에 한하여 재판의 승패에 관계없이 받게 되는데, 그 금액은 비교적 저렴하다고 한다. 법정액 이상의 수수료도 일정한 방식에 의한 합의가 있으면 인정되지만, 승소한 경우에 소송비용으로 상대방에게 부담이 명해지는 것은 법정액에 한한다. 한편 독일에서는 소송에 대비하여 소송비용보험이 널리 보급되어 있다고 한다. 보험에 의해 자기의 변호사비용이나 패소시의 상대방 변호사비용의 지급이 보장된다고 한다.<sup>27)</sup>

독일의 경우 변호사 보수 패소자부담 원칙을 따르는 것으로 알려져 있으나, 보수가 법정되어 있고 저렴하다는 것이므로, 변호사 보수를 패소자가 부담한다고 하더라도, 큰 부담이 되는 경우가 많지 않을 것으로 보인다. 즉 독일은 우리나라와 같이 변호사 보수 패소자 부담원칙을 일률적으로 적용함으로써 나타나는 공익소송에서의 사례나, 입증의 부담이 있는 사례에서 나타는 불합리한 경우가 근본적으로 발생하기 어려운 구조로 이해된다.

패소자부담주의를 취하고 있는 영국의 경우에도 동 제도가 가지고 있는 문제점을 극복하기 위하여 법률구조(legal aid)제도나 법률비용보험제도(legal expense insurance)등을 적극적으로 활용하고 있고, 영국의 노동조합(industrial union)은 산재로 인한 인사사고에 관하여 변호사비용 등의 소송비용을 부담하면서 원고를 대리하여 소송을 수행함으로써 당사자들의 변호사비용에 대한 부담을 덜어준다. 또한 영국민사소송법은 소송비용을 패소자에게 부담시킬 것인지, 그리고 부담시킬 경우에 그 액수를 어느 정도를 할 것인지에 대하여 법원의 재량을 인정하고 있고, 카운티법원의 소액사건의 경우에는 법정된 소송비용만 청구할 수 있게 하고, 변호사비용은 패소자에게 청구할 수 없도록 하고 규정하고, 산업위원회(industrial tribunals)에서의

25) 주석민사소송법(II), 이기택 집필부분, 한국사법행정학회, 2012, 113면 참조.

26) 전병서, 소송비용의 부담에 관한 약간의 검토, 민사소송, 한국민사소송법학회, 제13권 제2호, 2009, 173면 참조.

27) 전병서, 소송비용의 부담에 관한 약간의 검토, 민사소송, 한국민사소송법학회, 제13권 제2호, 2009, 170-171면; 주석민사소송법(II), 이기택 집필부분, 한국사법행정학회, 2012, 112면 참조.

해고 등 근로관계분쟁에 대한 소송비용에 대하여는 각자부담의 원칙을 채택하고 있다고 한다.<sup>28)</sup> 이와 같이 영국과 미국은 변호사비용에 관하여 패소자부담주의와 각자부담주의라는 서로 상반된 제도를 취하고 있지만, 각 제도에서 생기는 문제점을 고려하여 이를 보완하는 제도를 둠으로써 소송당사자들의 재판청구권을 실질적으로 보장하고, 사법정의를 실현함과 동시에 재판제도의 남용을 방지하고 있다. 두 나라의 태도는 승소자와 패소자 사이의 변호사비용부담 문제가 재판청구권의 보장과 소권의 남용의 방지라는 두 가지 목적을 동시에 달성하여야 하는 난제임을 보여준다.<sup>29)</sup>

### (나) 개정 방향

우리나라는 소송비용은 당사자 중 패소자의 부담을 원칙으로 한다. 패소의 이유, 패소자의 고의·과실을 불문하기 때문에 일종의 결과책임이다.<sup>30)</sup> 현행 민사소송 실무에서 일부패소의 경우 청구금액과 인용액의 비율에 따라 패소한 당사자로 하여금 비율적으로 소송비용을 부담케 하는 것이 일반적인 것으로 보이고, 패소한 당사자의 경제적 어려움이나 소송의 난이도, 입증의 어려움 등의 이유로 패소한 손해배상(의) 사건 등에서도 일률적으로 패소자부담의 원칙이 관철되고 있는 것으로 보인다.

이 때문에 가령 소액의 배상만 인정되는 손해배상 사건(성형의료사고, 고령의 환자 의료사고 사망사건, 고령의 피해자가 교통사고와 기왕질환이 경합되어 사망한 사건 등)에서는 일부 승소하였음에도 오히려 손해배상금 보다 많거나 비슷한 수준으로 의료기관이나 보험회사에 소송비용을 물어주어야 하는 사례 역시 빈발하고 있다. 즉 우리의 패소자부담 원칙은 승소한 당사자에게 오히려 ‘상처뿐인 영광’을 주는 문제점을 고스란히 가지고 있는 것이다.

사실 현행 변호사보수의 소송비용을 규정하고 있는 민사소송법 제109조는, 남소 방지의 목적이 있지만, 또 한편으로는 재판청구권의 보장이라는 중요한 목적도 동시에 보호해야 하는 규정이다. 재판청구권이 보장되지 않는 상황에서, 남소의 폐해를 지적하는 것은 논리적으로도 가능하지 않을뿐더러, 군사정권이나 독재정권에서나 가능한 논리들이다.

마치 소송비용의 패소자부담 원칙이 정의로운 것처럼 이야기 하고, 우리나라가 원래부터 패소자부담원칙을 따르고 있었던 것처럼 이야기하는 예가 많으나, 주지하듯이 1990년 무렵의 우리나라에서 변호사보수 각자 부담의 원칙에서 패소자부담 원칙으로 제도를 변경할 당시 오늘

28) 이종구, 민사소송에서의 변호사비용부담에 관한 비교법적 연구, -미국의 변호사비용에 대한 각자부담의 원칙과 편면적 패소자부담주의를 중심으로-, 경영법률, 제24권 제3호, 2014, 436면 참조.

29) 이종구, 민사소송에서의 변호사비용부담에 관한 비교법적 연구, -미국의 변호사비용에 대한 각자부담의 원칙과 편면적 패소자부담주의를 중심으로-, 경영법률, 제24권 제3호, 2014, 436면 참조.

30) 이시윤, 신민사소송법, 2015, 671면 참조.

날처럼 일반 소비자, 국민, 시민단체의 의견이 반영되기 어려운 시기였을 것으로 추측된다.

우리가 모방한 일본 민사소송법은 여전히 변호사 보수에 대해 각자 부담하는 원칙을 따르고 있고, 그렇다고 하여 일본에서 남소의 폐해가 문제되지 않고 있고, 오히려 우리나라 보다 절대적인 소송수가 적거나, 인구대비 소송사건 수는 우리보다 훨씬 더 적은 것으로 보인다.

우리나라에서 패소자부담 원칙으로 제도를 변경한 이래, 소송사건 수가 줄어들었다는 보고가 없고, 오히려 승소하면 소송비용을 패소자측으로부터 받아 낼 수 있다는 인식<sup>31)</sup>하에 화해나 조정율이 떨어지고 소송사건 화하는 비율이 높아지고 있는 것으로 보인다. 우리나라 사법연감에서 매년 보고되고 있는 소송사건 수가 증가하고 있는 것에 여러 가지 원인이 있겠으나, 변호사 보수 패소자부담원칙 역시 중요한 역할을 하고 있는 것으로 보인다.

교과서적으로도, 소송비용패소자부담의 원칙을 엄격하게 관철하면, 패소당사자에게 지나치게 가혹하여 공평에 반할 우려가 생기고, 원래 승소당사자가 소송에서 현실적으로 지출하는 비용은 그 승소당사자의 개성, 경제력, 소송에 대한 열의 등을 반영하여 그 범위와 액수가 정해지기 때문에 같은 사건에서도 당사자가 누구냐에 따라 달라지기 마련인데 이를 모두 패소당사자에게 부담시킨다는 것은 부당하고 공평에 반하게 되는 것이라고 하여,<sup>32)</sup> 일률적인 변호사 보수 패소자 부담원칙의 문제점을 지적하고 있다.

요컨대, 우리는 원래 일본이나 미국처럼 변호사 보수에 있어서는 각자 부담하는 방식을 따르고 있었고, 시민사회 단체나 일반 국민들의 충분한 검증 없이 군사정부 시대에 남소 방지라는 목적에 치중하여 민사소송법을 개정하였으나, 우리사회의 구조적인 문제점을 지적하는 등 순기능을 하고 있는 공익소송이나, 임상의료에서 의료진의 업무상의 주의의무를 확인하고 국민의 건강권을 보호하는 역할을 할 수 있는 의료소송에서 또 입증의 부담이 큰 영역의 전문가 소송에서 일률적인 변호사 보수의 패소자 부담 원칙을 관철함으로써 재판청구권의 과도한 제한이 발생하고 있는 영역이 있다. 이제 이를 공론화하고 문제점을 개선할 수 있는 민사소송법의 개정을 신중히 검토할 때가 되었다.

### **(3) 의료계약 및 입증책임 전환 규정 도입 필요성<sup>33)</sup>**

#### **(가) 입증책임 전환을 담은 의료계약 도입 필요성**

31) 여기에 소송대리 업무를 하고 있는 변호사들은, 승소하면 변호사 보수를 받을 수 있기 때문에, 화해하지 말고 소송을 통해 해결하도록 분쟁을 조장하는 측면이 없지 않고, 변호사 보수 역시 변호사보수의 산입에 관한 규칙을 상한으로 하여 약정하는 예가 공공연히 발생하고 있고, 변호사의 성과보수는 패소자에게 받아 낼 수 있는 소송비용으로 대체하는 형태의 약정도 적지 않은 것으로 보인다.

32) 강현중, 민사소송법, 2004, 714-715면 참조.

33) 이하 내용은, 박호균, 의료계약의 민법전 편입 필요성과 개정 방향, 진료계약의 민법 편입 개정을 위한 심포지엄, 국회의원 인제근·오기형·양정숙, 대한변호사협회 주최, 2022. 12. 9, 7면 이하 참조.

## 1) 논의 배경

건강보험심사평가원이 밝힌 심사실적에 의하면, 2021년 13.6억건을 심사하였다고 하는바<sup>34)</sup>, 건강보험심사평가원에서는 일반적으로 비급여를 제외한 급여 진료비에 대해 심사하므로, 국내에서 연간 13.6억건을 훨씬 상회하는 회수의 의료계약이 체결되고 있는 것으로 추산해 볼 수 있다. 이는 일상적으로 쉽게 접하는 운송계약, 근로계약에 못지 않을 정도의 계약 체결 빈도를 보이고 있다고 보아야 한다. 운송계약의 경우 특별법은 물론 민법 전형계약<sup>35)</sup>이 규정되어 있고, 근로계약은 민법의 전형계약 뿐만 아니라 근로기준법 등 각종 특별법을 통해 중첩적으로 계약관계를 규율하고 있다.<sup>36)</sup> 이러한 상황에서 의료계약에 관한 민법 규정의 부재나, 특별법 부재는 법적 안정성 측면에서 바람직하지 못한 입법 현실이라고 보아야 한다. 의료계약의 입법화 관련하여 10여년 전인 2011년 제3기 민법개정위원회 제5분과위원회 개정시안, 2012년 제4기 민법개정위원회 실무위원회 개정시안이 도출되는 등 민법 개정에 관한 충분한 논의가 있었고 이제 적지 않은 시간이 경과하였는바, 이하에서 의료계약의 민법 편입 필요성과 필요 규정, 국회에서 발의된 개정안, 대한변호사협회 산하 진료계약 TF에서 논의한 민법 개정안들에 대한 검토와 개정방향에 대해 살펴본다.

## 2) 의료계약의 중요성, 사회 변화 및 의료면허 관리체계의 문제점

### - 의료계약의 중요성

비전형계약인 의료계약은 사람의 생명과 건강에 관한 것이고, 반면 재산권의 이전에 관한 전형계약인 매매계약의 목적물은 신체, 생명 이외의 것이다. 그런데 재산권 관련 분쟁에서 일방이 계약을 위반할 경우 원상회복이나 금전배상을 통해 채권자가 권리를 회복하거나 피해를 배상받을 수 있으나, 의료계약 관계에서 환자에게 피해가 발생한 경우, 비록 금전배상을 통해 어느 정도 피해배상이 이루어질 수 있지만, 사망한 죽음은 돌이킬 수 없고, 손상된 신체 침해 역시 회복되기 어렵다. 이러한 측면에서 헌법상 가장 우위에 있는 생명권이 침해된 경우와 관련된 의료계약은, 민법전에서 전형계약으로 도입하여 두텁게 규율하고 다른 계약들과 다른 특성들을 감안한 규정들을 도입함으로써, 환자의 생명과 건강을 보호하고, 의료제공자에게도 예측 가능하고 안정된 진료환경을 조성할 필요가 있다.

34) 건강보험심사평가원, 2021년 진료비통계지표, 1. 의료보장별 심사실적 참조.

35) 민법 제9절의 2 여행계약 이하 참조.

36) 이외에도 최근에는 디지털콘텐츠계약에 관한 민법 개정안이 입법 예고되기도 하였다. 법률신문, 디지털콘텐츠계약법 도입을 위한 민법 개정안 입법예고, 2023. 1. 8.자 기사 (<https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?serial=184401>, 방문일자 2023. 3. 28.)

### - 사회 변화 및 의료면허 관리체계의 문제점

과거 우리나라에서 의사는 일반 국민들 보다 긴 교육기간을 거친 전문가 집단이라는 인식하에 때로는 선망의 대상이 되던 시점도 있었던 같다. 그러나 근래에 일반 국민들 중에 전공은 별론으로 하고 대학원 이상의 교육을 받은 사람들의 수가 증가하는 등 일반 국민들의 교육과 의식 수준이 크게 높아졌고, 특히 우리나라의 교육열은 권리 의식의 신장에 막대한 영향을 미친 것으로 보인다. 이와 같은 사회 변화에 따라 일반 시민들은 사회, 문화, 역사 등 인문학적 교육 측면에서 의사 집단에 못지 않은 혹은 상대적으로 높은 소양을 갖추고 있는 것 같다.

여기에 우리나라 의료법에서 강력 범죄를 범한 사람들도 의료인 자격을 유지하는 데 제한을 두지 않는 허술한 체계를 유지하는 탓으로 윤리적, 법적 측면에서 미달한 사람들도 의료인으로 활동하고 있는 사회적, 법률적인 문제점이 있다.<sup>37)</sup> 이 같은 상황과 현재, 그리고 미래에 우리 국민들은 비록 의사들의 수입이 타 직역보다 많은 것으로 알려져 있더라도 의사라는 전문가 집단을 향해 맹목적인 선망과 신뢰만을 할 수 없는 상황에 직면하여 있다.

이러한 상황을 고려하면 환자와 의사를 대등하게 취급할 수 있는 계약관계로 의료현장을 바라볼 필요성이 있다.

### 3) 기존 민사법 규정의 한계와 법적 안정성 결여

의료계약은 흔히 접할 수밖에 없고 중요하지만 민법의 전형계약에서 제외되어 있는 상황에서 종래 의료계약의 법적 성질에 대해 위임계약으로 보기도 하였으나, 위임계약에서 통상적으로 다루는 사무처리 위탁과 거리가 있다는 점, 위임계약에서 복임권을 제한하지만 의료기관에서 개설자 외에 다른 의료인을 통한 진료는 빈번하게 이루어지고 있는 점, 위임계약은 원칙적으로 무상인데 반해 의료기관에서 진료비를 유상으로 하고 있다는 점, 위임의 상호해지 자유와

37) 의사가 시행하는 의료행위에 일정한 재량성을 인정하는 이유는, 의사라는 전문직에 대한 신뢰와 이를 뒷받침해 줄 수 있는 자격에 대한 엄격한 관리가 가능하기 때문으로 보아야 할 것이다. 그런데 우리의 경우 의사 이외의 다른 전문직이나 외국의 의사와 비교할 때 문제점이 있다. 즉 우리 나라 다른 전문직의 경우 일반 형사범죄로 유죄판단을 받을 경우 등락취소 등의 규제가 가능하다(변호사법 제5조, 공인회계사법 제4조, 세무사법 제4조, 변리사법 제4조, 국가공무원법 제33조, 사립학교법 제22조 등). 또한 일반 형사범죄에 관련된 의사에 대해 외국에서 대체적으로 자격을 규제하는데, 일본은 벌금형 이상에서 면허를 규제하고(医師法 第四條, 第七條), 미국에서도 형사사건에서 유죄 전력은 면허 교부 자체가 불허되는 중요한 이유이며 [American College of Legal Medicine Textbook Committee, Legal Medicine, 7. Ed. 2007, p. 11; 정규원, 미국의 의료체제와 의료법체제, 법과 정책연구(제3권 제1호), 2003, 15면 참조], 독일에서는 직무관련 범죄가 인정되는 경우에 법원의 재판을 통한 직업금지 형법상 일반적인 형사제재의 하나이다[이석배, 독일에서 의료영역의 리베이트와 형법, 법학논총(제33권 제2호), 2013, 24-25면 참조]. 그러나 우리의 경우 의사가 환자에 대한 업무상과실치사상, 일반 형사범죄로 유죄판단이 있더라도 의사면허에 영향이 없는 실정이었다는바, 이로 인해 의사의 윤리의식과 자격관리에 문제점 있는 것 아닌가 하는 비판이 적지 않다[의료법 제8조 제4호; 의료법원론, 대한의사협회, 2008, 50면; 의료법 주석서, 의료문제를 생각하는 변호사모임, 박호균 집필 부분, 2020, 59면 이하 참조; 의사의 형사범죄와 면허 규제의 문제점 및 개선방향 심포지엄, 국회의원 남인순, 국회의원 권미혁, 대한변호사협회 주최, 2018. 4. 27.; KBS 추적 60분, 불멸의 의사면허, 2018. 11. 9. 방송; 의료법 일부개정법률안(남인순의원 대표발의), 의안번호(16440), 발의연월일 2018. 11. 8; 의료법 일부개정법률안(손금주의원 대표발의), 의안번호(15987), 발의연월일 : 2018. 10. 16 등 참조]. 우리의 현행 제도는 의사의 윤리와 자격규제를 보장하기 어려운 상황이다.



달리 의료계약은 의료법상 진료거부 금지 의무가 있다는 점 등 여러가지 이유로, 의료계약의 특성상 위임계약에 관한 규정을 준용하는 것에 무리가 있다는 지적이 오래 전부터 제기되어 왔다.<sup>38)</sup>

이러한 입법적 환경에서 의료사고가 발생할 경우 민사에서 불법행위와 채무불이행이라는 두 가지 책임법적 근거가 일반적으로 인정되고 있고, 실무상 양자를 분명하게 구별하지 않은 채 이러이러한 이유로 과실이 있다거나 책임이 인정된다는 방식으로 판결이유가 작성되고 있으나, 법원에서는 주로 불법행위책임을 염두에 두고 판단하고 있는 것으로 보인다.

불법행위법은 계약상의 의무가 없는 어떤 타인에게 가한 손해에 대해서 그 배상의 실현을 규율하는 것을 목적으로 한다.<sup>39)</sup> 반면 계약법은 전형계약에 관한 규정을 가지고 있거나 당사자의 의사를 통해서 계약내용을 조정할 수 있다. 그래서 계약책임에서 유형화는 그렇게 절실하다고 볼 수 없지만, 불법행위법에서는 성질상 당사자의 의사를 통한 조정 및 유형화가 사전에 기대되기 어렵기 때문에 판례 및 학설에 의한 유형화 작업이 중요하다고 한다.<sup>40)</sup> 그런데 의료사고에서는 계약책임이든 불법행위책임이든 주의의무 위반 즉 과실이라는 추상적 요건이 법률요건이기 때문에, 비록 의료계약으로 구성하더라도 다양한 의료계약의 내용만으로는 유형화가 쉽지 않은 측면이 있고, 의료책임 영역에서는 불법행위뿐만 아니라 계약책임 영역에서도 판례나 학설의 역할이 중요하다고 볼 수 있다.

의료사고 관련 민사사건에서 불법행위 혹은 계약책임을 청구원인으로 구성할 경우, 전자의 경우에는 민법 제750조에서 "고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다."고 규정하여 불법행위의 성립요건인 과실에 대해 환자측에서 의사의 과실이 있음을 증명하여야 하나, 후자의 경우 민법 제390조에서 "채무자가 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때에는 채권자는 손해배상을 청구할 수 있다. 그러나 채무자의 고의나 과실없이 이행할 수 없게 된 때에는 그러하지 아니하다."고 규정하고 있으므로 이행지체나 불완전이행을 원인으로 계약책임을 묻게 되면 환자가 의사의 과실을 증명할 필요가 없이 의사가 과실이 없음을 증명하여야 하는 결과가 되어, 계약책임으로 구성하는 것이 환자측에 증명부담 측면에서 크게 도움이 될 것으로 일응 보인다.

그러나 의료계약상 채무는 특별한 경우를 제외하고는 일반적인 채무와 달리 질병의 완치라

38) 박수근, 의료계약의 민법편입과 과제. 민사법학(60), 한국민사법학회, 2012, 197-200면 참조; 주석민법[채권각칙(5)], 김천수 집필부분, 한국사법행정학회, 2022, 58-59면에서, 민법의 전형계약 중 의료계약이 법률관계를 완전하게 포섭할 수 있는 계약의 유형은 없고, 의료계약은 '무명'의 노무제공 계약이라고 한다.

39) Esser/Weyers, Schuldrecht BD. II. 7. Aufl. 1991, S. 519. 주석민법[채권각칙(6)], 김형배 집필부분, 2004, 33면, 주 1) 참조; Zweigert/Kötz(Tony Weir trans), An Introduction to Comparative Law, 3. Ed. 1998, pp. 596-597; Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. 1996, S. 598; 국내 문헌으로 양창수 역(Zweigert/Kötz 지), 비교사법제도론, 1991. 출간되어 있다.

40) 주석민법[채권각칙(6)], 김형배 집필부분, 2004, 34면 참조.

는 결과의 달성을 목적으로 하는 결과채무가 아니라 질병의 완치를 위해 최선의 진료를 다하면 되는 수단채무에 해당하는 이유로<sup>41)</sup> "채무의 내용에 좇은 이행"을 하지 않은 사실 즉 불완전이행 사실까지 증명해야 하는데, 즉 진료채무의 불완전이행의 존부는 주의의무 위반이라는 과실 여부에 따라 좌우는 것이므로, 결국 계약책임에서도 불법행위책임에서도 마찬가지로 환자측에 '추상적인 요건'인 '과실'이라는 귀책사유에 관한 증명부담이 있게 되는 결과가 된다.<sup>42)</sup>

그래서 의료소송에서 불법행위책임이든 계약책임이든 보통 과실에 의한 악결과의 발생 즉 과실 및 인과관계를 주된 법률요건으로 볼 수 있고, 특히 의료민사책임의 존부는 과실 존부에 의존하게 되는데, 과실 개념의 추상성으로 인해 과실을 인정할 것인지 여부는 결국 개별 법관의 재량에 크게 의존할 수밖에 없다.

이는 의료책임 영역에서 법적 안정성을 훼손하는 주요 원인이라고 보아야 한다. 이와 같은 간극을 판례의 유형화를 통해 해소가 되는 것도 한 방안이겠으나, 우리나라 의료소송도 90년대를 전후로 활성화<sup>43)</sup>되기 시작하여 현재까지도 30여년이 되었지만, 유형화된 판례군을 통해 의료사고 영역에서 법적 안정성이 부여되었다고 보기 어렵다.

나아가 의료사고에서 의료감정을 통해 사실관계 및 주의의무에 관한 증거조사를 하게 되나, 통상 의료감정을 담당하는 감정인이 의사나 의료기관측에 편향적인 감정의견을 내 놓는 경우가 많고(심지어 과실과 같은 법률요건에 관한 의견이 버젓이 제시되는 경우가 허다한 문제점이 있음), 비전문가인 개별 법관은 이러한 의료감정 결과를 근거로 환자의 청구를 기각하는 문제점이 발생하고 있다.

의료계약을 민법의 전형계약으로 도입하여 최소한 의료제공자의 중요한 주의의무를 명확히 규정하고, 환자의 증명책임을 완화할 경우 위와 같은 법률요건의 추상성에서 비롯되는 증명의 부담 문제는 상당 부분 개선될 것이며, 법적 인정성을 부여할 것이다.

#### 4) 소송실무상 증명곤란

의료소송 영역에서 증명부담 내지 증명도 완화와 관련된 전통적인 관련 법리는 간접사실을 통해 과실과 인과관계를 추정하는 유형(이하 간접사실 법리라고도 함)<sup>44)</sup>이 지속되다가, 영미법

41) 대법원도 진료계약상 채무는 수단채무를 전제로 "의사가 환자에게 부담하는 진료채무는 질병의 치료와 같은 결과를 반드시 달성해야 할 결과채무가 아니라 환자의 치유를 위하여 선량한 관리자의 주의의무를 가지고 현재의 의학수준에 비추어 필요하고 적절한 진료조치를 다해야 할 채무 즉, 수단채무라고 보아야 할 것이므로, 위와 같은 주의의무를 다하였는데도 그 진료 결과 질병이 치료되지 아니하였다 하더라도 그 치료비는 청구할 수 있다"고 판시하고 있다(대법원 1993. 7. 27. 선고 92다15031 판결, 대법원 2001. 11. 9. 선고 2001다52568 판결 등 참조).

42) 오석락, 입증책임론, 1995, 170면 이하 참조.

43) 대법원 1993. 7. 27. 선고 92다15031 판결 등 참조.

44) 대법원은 "... 이 사건에서와 같이 환자가 수술 도중에 사망의 원인이 된 증상이 발생한 경우에는 그 증상 발생에 관하여 의료상의 주의의무 위반행위를 제외한 다른 원인이 있다고 보기 어려운 여러 간접사실들을 입증함으로써 그와 같은 증상이 의료상의 주의의무 위반행위에 기한 것이라고 추정하는 것도 가능하다(대법원 1993. 7. 27. 선고 92다15031 판결 등)고 판시

상 판례를 연상<sup>45)</sup>케 하는 일반인의 상식에 의한 과실 인정 후 인과관계를 추정하는 법리(이하 일반인의 상식 법리라고도 함)<sup>46)</sup>가 제시 된 후 위 두가지 판례 유형은 의료소송 사건의 판결에서 관련 법리로 제시되어 왔고, 이 같은 "두 유형의 판례"(이하 두 가지 법리 모두 '사실상 추정 판례'라고도 함)<sup>47)</sup>에 대해 다양한 견해가 제시되고 있으나, 환자측의 증명곤란과 의료사고의 특성을 고려하여 증명도 경감 내지 증명부담을 완화한 것으로 평가하는 것이 통설적이다.<sup>48)</sup>

일반인의 상식 법리를 통해 과실 증명 후 인과관계를 추정하는 법리는 과실의 증명도 기준을 완화하고 다른 원인 불개입을 조건으로 인과관계를 추정하는 방식인바 전반적으로 과실의 증명도를 완화함과 동시에 인과관계를 추정하는 법리라는 점이 그 주된 내용이라고 할 것이다. 그런데 현행 실무상 일반인의 상식에 비추어서도 전문가 감정 없이 과실을 증명할 수 있는 경우는 찾아보기 어렵고, 결국 이 후자의 판례는 "일단 환자측에서 과실을 먼저 증명"해야 한다는 점을 강조하기 위해 사용되는 경우<sup>49)</sup>가 많은 것으로 보이고, 이러한 판례<sup>50)</sup>를 실시하면서, 일부 사안에서는 환자측으로 하여금 일반 민사소송에서와 같이 고도의 개연성 있는 확신에 이를 정도로 과실과 인과관계의 증명을 요구하는 것 같은 판결<sup>51)</sup>도 있는 것으로 보인다.

---

하여 왔고, 현재도 이 법리는 많은 사례에서 관련 법리로 제시되고 있다; 유현정, 의료소송에서 과실과 인과관계의 증명 - 병원감염 판결을 중심으로 -, 고려대학교 법무대학원, 석사학위논문, 2014, 2-3면 참조.

45) 일반 상식(common knowledge) 이론은 의료소송에서 피해구제를 위한 중요한 법리로 알려져 있다(Marcia M. Boumil/Paul A. Hattis, Medical Liability in a nutshell, 3. Ed. 2011, pp. 60-61); 미국의 의료소송에 관한 판례 동향에 대한 연구 논문에서 "일반인의 상식(common knowledge)" 이론이라는 표현이 사용되었다(이동신, 미국의 의료과오소송에 관한 최근 판례의 동향, 외국사법연수논집(15), 재판자료 제80집, 법원도서관, 1998, 622면 이하 참조).

46) 대법원은 "... 이 사건에 있어서와 같이 환자가 치료도중에 사망한 경우에 있어서는 피해자측에서 일련의 의료행위 과정에 있어서 저질러진 일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실있는 행위를 입증하고 그 결과와 사이에 일련의 의료행위 외에 다른 원인이 개재될 수 없다는 점, 이를테면 환자에게 의료행위 이전에 그러한 결과의 원인이 될 만한 건강상의 결함이 없었다는 사정을 증명한 경우에 있어서는, 의료행위를 한 측이 그 결과가 의료상의 과실로 말미암은 것이 아니라 전혀 다른 원인으로 말미암은 것이라는 입증을 하지 아니하는 이상, 의료상 과실과 결과 사이의 인과관계를 추정하여 손해배상책임을 지을 수 있도록 입증책임을 완화하는 것이 손해의 공평·타당한 부담을 그 지도원리로 하는 손해배상제도의 이상에 맞다고 하지 않을 수 없다(대법원 1995. 2. 10. 선고 93다52402 판결)"고 하여, 종래의 과실과 인과관계를 동시에 추정하는 판례 법리와 다른 논지를 판시하였다.

47) 간접사실을 통해 과실과 인과관계를 추정하는 유형과 일반인의 상식에 의한 과실 인정 후 인과관계 추정하는 유형 모두 정도의 차이는 있으나, 주요사실을 추정한다는 측면에서, 전술한 사실상 추정론의 범주 내에 있는 것으로 보이므로, 두 유형에 대해 사실상 추정 판례로 평가해도 될 것으로 보인다.

48) 민유숙, 의료과오로 인한 손해배상소송에 있어서 인과관계·과실의 추정과 설명의무, 대법원판례해설, 법원도서관, 2005, 283면 이하 참조.

49) 대법원 2019. 2. 14. 선고 2017다203763 판결에서, 대법원은 "의료과오로 인한 손해배상청구 사건에서 일반인의 상식에 비추어 의료행위 과정에서 저질러진 과실 있는 행위를 증명하고 그 행위와 결과 사이에 의료행위 외에 다른 원인이 개재될 수 없다는 점을 증명한 경우에는 의료상 과실과 결과 사이의 인과관계를 추정하여 손해배상책임을 지을 수 있도록 증명책임을 완화하는 것이 대법원의 확립된 판례이다(대법원 1995. 2. 10. 선고 93다52402 판결 등 참조). 그러나 이 경우에도 의료상 과실의 존재는 피해자가 증명하여야 하므로 의료과정에서 주의의무 위반이 있었다는 점이 부정된다면 그 청구는 배척될 수밖에 없다(대법원 1999. 9. 3. 선고 99다10479 판결, 대법원 2011. 7. 14. 선고 2009다101916 판결 등 참조)"고 판시함으로써, 의료과실의 우선적인 증명을 강조하고 있다.

50) 대법원 1999. 9. 3. 선고 99다10479 판결, 대법원 2011. 7. 14. 선고 2009다101916 판결 등 참조.

51) 대법원 2019. 2. 14. 선고 2017다203763 판결 등 참조; 즉 이 판결에서 "의료과오로 인한 손해배상청구 사건에서 일반인의 상식에 비추어 의료행위 과정에서 저질러진 과실 있는 행위를 증명하고 그 행위와 결과 사이에 의료행위 외에 다른 원인이 개재될 수 없다는 점을 증명한 경우에는 의료상 과실과 결과 사이의 인과관계를 추정하여 손해배상책임을 지을 수 있도록

이 같은 법원 실무는 대법원에서 형성하여 왔던 두 가지 판례 법리의 의미 및 그 연혁적인 관계를 충분히 고려하지 못하고, 환자측의 증명도를 완화하기 위해 등장한 법리를 그 반대 취지의 법리로 활용하는 문제점이 있는 것으로 보인다. 수술상 사고와 같이 성질상 사실관계에 접근하기 어려워 과실의 증명이 어려운 사안에서, 위 일반인의 상식 법리를 먼저 제시하면서, 환자측으로 하여금 엄격하게 과실을 먼저 입증할 것을 요구하는 일부 실무 관행(비록 일반적이지는 않다고 하더라도)은 합리적이지 못한 측면이 있지만, 법률에 증명 관련 규정이 없으므로, 벌어지는 상황이다.

#### 5) 의료감정의 어려움과 증명곤란

의료감정(진료기록 감정 및 신체감정)<sup>52)</sup>은 의료소송에서 책임을 인정받기 위해 필수적으로 요청되는 주요 증거조사 절차이다. 의료감정은 민사상 손해배상(의)(= 의료소송) 사건 뿐만 아니라, 형사 및 행정사건에서도 재판의 결론에 지대한 영향을 미치는 중요한 증거자료가 된다. 그런데 의료감정은 공정성 및 객관성 문제 뿐만 아니라 감정 자체가 지나치게 지연되고 있는 문제점이 심각하다.<sup>53)</sup> 대한의사협회 등 감정기관은 감정거부, 감정지연, 고액 감정료청구 등의 문제를 해결하는 데 소극적인 모습을 보이고 있고, 의료감정 절차를 관리하여야 하는 법원은 감정의 지연과 반송 등 절차적 적정성 관련 통계자료를 외부에 정확하게 공개하지 못하고 있는 것으로 보인다.

의료감정 절차는 감정인등 선정과 감정료 산정기준 등에 관한 예규(재판예규 제1204호, 시행 2008. 3. 1., 이하 ‘감정예규’)<sup>54)</sup> 및 민사소송법령에 따라 규율되고 있으나, 실무상 의료감정의 문제점은 공공연하게 인식되고 있다.

앞서 본 바와 같이, 문헌상 확인되는 의료감정의 현황이나 문제점으로 연구자 마다 조금씩 차이는 있지만, 회신기간의 장기화, 회신거부, 의료감정 계량화의 곤란성을 언급하는 경우<sup>55)</sup>,

록 증명책임이 완화된다. 그러나 이 경우에도 의료상 과실의 존재는 피해자가 증명하여야 하므로 의료과정에서 주의의무 위반이 있었다는 점이 부정된다면 그 청구는 배척될 수밖에 없다.”고 하는바, 후자의 판시 내용(= 의료상 과실의 존재는 피해자가 증명하여야 한다)에 주목하여, 일선 법원에서 “일반적인 민사소송에서와 같은 고도의 개연성 있는 확신에 이를 정도의 과실의 증명을 요구”하는 것으로 보이는 경향을 종종 하여 왔다.

52) 감정은, 법원의 판단능력을 보충하기 위하여 전문적 지식과 경험을 가진 자로 하여금 법규나 경험칙(대전제에 관한 감정) 또는 이를 구체적 사실에 적용하여 얻은 사실판단(구체적 사실판단에 관한 감정)을 법원에 보고하게 하는 증거조사이다(법원행정처, 법원실무제요(민사소송 III), 2017, 1486면 참조). 본고에서 사람의 진료에 관한 경과가 기재된 의무기록, 진료기록 등을 주된 감정 목적물로 하는 증거조사를 진료기록감정, 생존한 사람의 신체를 주된 감정목적물로 하는 증거조사를 신체감정이라 한다.

53) 법률신문, 진료기록 감정에 최소 6개월… 소송 당사자 속 탄다, 2020. 3. 23.자 기사 (<https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?serial=160291>, 2022. 11. 25. 방문); 차기현, 法臺에서, '하(何)세월' 신체감정 이대로 좋은가, 법률신문, 2022. 3. 21.자 기사 (<https://m.lawtimes.co.kr/Content/Opinion?serial=177198>, 2022. 3. 30. 방문).

54) 2008. 제정되어 이후 수회 개정되어 오다가 2022. 3. 16. 최종 개정되었다.

회신의 장기화, 편파적 감정, 감정의 불명확성 및 부정확성을 언급하는 경우<sup>56)</sup>, 진료기록 감정 절차와 관련 감정의 공정성, 재판 장기화, 진료기록의 진실성 문제점을 언급하는 경우<sup>57)</sup>, 감정 회신 장기화, 저렴한 감정료, 감정의 정확성, 제도적 측면(감정 반송 및 감정인 보호체계 미비)의 문제점을 언급하는 경우<sup>58)</sup> 등 대체적으로 의료감정의 문제점으로 절차적 측면에서 감정회신의 지연, 감정의 반송, 감정료의 적절성 문제점이 지적되었고, 감정결과 측면에서 적정성이거나 공정의 문제점이 지적되어 왔다.

이러한 의료감정상 문제점 역시, 고스란히 의료소송에서 증명곤란의 어려움에 처해 있는 환자측의 권리 구제를 더욱 어렵게 하는 요인이라고 할 것인바, 의료계약의 입법화를 통해 증명의 부담을 경감할 필요성이 있다고 할 것이다.

#### 6) 법원의 상반되는 판례의 등장과 피해구제 어려움

앞서 본 바와 같이, 우리 법원은 간접사실을 통해 과실과 인과관계를 추정하는 법리<sup>59)</sup>, 일반인의 상식에 의한 과실 인정 후 인과관계를 추정하는 법리<sup>60)</sup>를 형성하여 왔는바, 이는 환자측의 증명곤란과 의료사고의 특성을 고려하여 "책임성립 단계에서 과실과 인과관계에 관한 증명도 경감 내지 증명부담을 완화" 한 것이다.

그런데 위와 같은 사실상 추정 법리를 제한하거나 과실 추정을 부정하는 데 인용되고 있는 판결례로 소위 '일반적 합병증 판례<sup>61)</sup>'의 논지는 "① 의료행위로 후유장해가 발생한 경우 후유장해가 당시 의료수준에서 최선의 조치를 다하는 때에도 의료행위 과정의 합병증으로 나타날 수 있거나 그 합병증으로 2차적으로 발생될 수 있다면, ② 의료행위의 내용이나 시술 과정, 합병증의 발생 부위·정도, 당시의 의료수준과 담당 의료진의 숙련도 등을 종합하여 볼 때에 그 증상이 일반적으로 인정되는 합병증의 범위를 벗어났다고 볼 수 없는 한, 후유장해가 발생되었다는 사실만으로 의료행위 과정에 과실이 있었다고 추정할 수 없다."는 것이다.

위 일반적 합병증 판례의 논지에 의하면, "합병증"은 "최선의 조치를 다하는 때에도 발생할 수 있는 것(과실 없는 합병증으로서 불가피한 것)"과 "최선의 주의를 다하지 못해 발생한 것

55) 신현호, 의료소송 감정상의 문제점, 의료법학(제6권 제2호), 대한의료법학회, 2005, 65-74면 참조.

56) 양희진, 의료과소송에서의 감정상 제문제, 의료법학(제9권 제2호), 대한의료법학회, 2008, 322-324면 참조.

57) 백경희, 진료기록감정 및 그 판단에 대한 법적 고찰 - 의료민사책임을 중심으로 -, 의료법학(제20권 제1호), 대한의료법학회, 2019, 99-103면 참조.

58) 신강욱, 의료감정제도에 관한 실증적 연구, 연세대학교 대학원, 박사학위논문, 2018, 68-95면 참조; 이 논문에서는 총 12명(감정의 9명, 의료기관 법무팀 혹은 원무팀 종사자, 보험사 직원)에 대한 심층면담 자료를 수집하여 결론을 도출하고 있는데, 감정을 수행하는 측의 입장이 주로 반영된 점을 고려할 필요가 있다.

59) 대법원 1993. 7. 27. 선고 92다15031 판결, 1998. 2. 13. 선고 97다12778 판결, 2000. 7. 7. 선고 99다66328 판결 등 참조.

60) 대법원 1995. 2. 10. 선고 93다52402 판결 참조.

61) 대법원 2019. 2. 14. 선고 2017다203763 판결, 대법원 2008. 3. 27. 선고 2007다76290 판결 등 참조.

(과실로 인한 합병증으로서 회피할 수 있었던 것)”을 구분하고 있음을 알 수 있다.

합병증	
최선의 조치를 다하는 때에도 발생한 합병증 (과실 없는 합병증, 불가피한 것)	최선의 조치를 다하지 못해 발생한 합병증 (과실 있는 합병증, 회피가능한 것)

통상적으로 과실의 증명을 위해서는 악결과 발생 과정에 최선의 조치를 다하지 못하였다는 점을 증명하여야 하나, 일반적 합병증 판례의 논지는 일반적 합병증의 범위 일탈이라는 사정을 과실 추정의 간접사실로 들고, 원고측으로 하여금 발생한 "일반적인 합병증의 범위" 및 당해 사건에서 발생한 "악결과가 일반적인 합병증의 범위를 일탈한 것이라는 사정"을 증명하도록 분배하고 있다.

한편, 우리 판례가 그동안 인과관계의 추정을 위한 요소로 제시하고 있는 간접사실로 "의료 행위의 준칙위반, 시간적 근접성, 신체부위의 동일성, 일반적·통계적 인과관계, 다른 원인의 개재가능성 배제"를 들 수 있고, 이 중 일반적·통계적 인과관계라는 간접사실과 관련하여 "동종의 의료행위에 의해서 동종의 결과가 발생할 가능성(확률)이 일반적이고, 또한 통계상 어느 정도 그 가능성이 존재하여야 하고, 당해 의료행위에 특수한 사정, 우연한 사정에 기해 결과가 발생한 경우나 통계상 결과발생의 개연성이 전혀 없는 경우는 이에 해당되지 않는 것"으로 설명되고 있다.<sup>62)</sup>

따라서 그동안 우리 판례에 기초하여 인과관계가 추정되기 위해서는 당해 사건에 발생한 악결과는 적어도 일반적·통계적 가능성이 있는 결과라는 점을 증명해야 하는바, 위 일반적 합병증 판례의 논지에 의하면 인과관계 추정을 위한 원고측의 증명 노력은 역으로 과실을 부정하기 위한 간접사실이 되어(일반적인 합병증의 범위 내에 있게 되므로), 환자측으로서는 인과관계 증명 혹은 과실 증명의 두 가지 중 어느 하나의 증명에 실패하게 되어 청구 기각을 면하기 어렵다는 결과가 된다. 일반적 합병증 판례의 논지는 이 같은 문제점을 노정하고 있다.

위 일반적 합병증 판례(대법원 2008. 3. 27. 선고 2007다76290 판결)와 달리 외국에서는 가령 *Pry v. Jones*, 487 S.W.2d 606 (Ark. 1972) 사안에서 법원은 일반의 상식 원칙이 사례를 배심원에게 전달되도록 하는 것을 허용하였는데, 그 사안에서 원고의 요관이 자궁적출술 도중 손상되었다고 주장되었으며, 수술 과정이 복잡하고 그 성질상 요관에 매우 근접한 위치에서 절개가 필요할지라도, 그럼에도 불구하고 그 사안은 전문가 증언 대신에 일반인의 상식 준칙과 함

62) 김선중, 의료사고 손해배상소송, 2014, 467-468면; 김선중, 의료과오소송법, 2005, 391면 참조; 대법원 2000. 7. 7. 선고 99다66328 판결; 이외에도 대법원 2012. 5. 9. 선고 2010다57787 판결, 대법원 2015. 2. 12. 선고 2012다6851 판결 등 참조.

께 배심원에게 전달되는 것이 허락되었다.<sup>63)</sup> 자궁적출술 과정에서 발생한 후유증에 대한 외국의 리딩 케이스는 오히려 증명책임을 완화하여 피해구제를 할 필요성이 있는 선례로 제시되고 있다는 점도 주목할 만하다.

이와 같이 대법원은 의료과실과 인과관계의 법률요건의 증명책임 분배나 증명 관련하여, 상반되는 판례를 제시하고 있으서면서도, 이를 시정하는 판시를 오랫동안 하지 못하고 있고, 심지어 그 문제점도 인식하고 있지 못하는 것 같다.<sup>64)</sup> 이는 의료민사책임 영역에서 법원 역할의 한계를 드러내는 것으로 보아야 한다. 다만 독일과 같이 대법관 및 법관의 수가 많은 나라에서는, 지속적인 관심과 판례 발전을 통해 문제점을 스스로 시정해 가면서 올바른 판례를 정립해 갈 수도 있지만, 우리의 현실은 대법관 수나 법관 인력이 한정되어 있으므로, 주요 사회적 관심사가 되는 사안에 대해서 집중적으로 역량을 집중할 수밖에 없고, 개별 피해 사례에 해당하는 의료사고에서는 충분한 역량을 활용할 수 없는 사법체계적인 문제와 한계가 있는 것으로 보인다. 우리의 경우 의료계약을 민법전에 도입하여 법적안정성과 환자의 권리 보호를 도모할 필요성은 더 높다고 볼 것이다.

#### 7) 비교법적 환경(불법행위법에서 계약법으로 이동)과 국내 민법개정 연구

앞서 본 바와 같이, 의료민사책임은 불법행위와 계약 책임을 근거로 한다. 우리나라에서 종래 불법행위를 중심으로 논의가 되어 오다가<sup>65)</sup>, 근래에는 미용성형영역에서 계약법적 법리 구성<sup>66)</sup>을 하는 사례도 등장하였을 뿐만 아니라, 우리나라에서 과실추정과 증명부담의 전환 문제와 관련하여 환자의 권리를 보장하기 위한 방향으로 입법에 관한 의견이 적지 않고<sup>67)</sup>, 독일에 서 진료계약이 민법전<sup>68)</sup>에 도입되는 등 국내는 물론 외국에서도 의료사고에 대한 계약법적 근거의 중요성이 강조되고 있다.<sup>69)</sup>

우리나라 민법[법률 제471호, 1958. 2. 22., 제정]이 1960. 1. 1. 시행되었는데, 현재까지

63) 우리의 경우 현재 사실상 추정을 제한하는 판례로 대법원 2008. 3. 27. 선고 2007다76290 판결이 있는바, 이 판례의 기초 사안은 자궁적출술로 인해 요관이 손상된 경과인바, 우리나라는 사실상 추정을 제한하는 사례(피해구제를 엄격하게 하는 판례)로 언급되고 있는데 반해, 영미에서는 오히려 전문가 증언도 없이 피해구제를 하기 위한 리딩 사례로 언급되고 있다는 점에서, 우리의 일반적 합병증 판례의 문제점에 대해 더 심각하게 고민해 보아야 할 것이다.

64) 상세 내용은, 박호균, 의료민사책임의 귀속과 증명에 관한 연구, 고려대학교 대학원, 박사학위논문, 2021, 182-278면 참조.

65) 우리나라에서는 피해자가 불법행위(민법 제750조)를 이유로 책임을 추궁하는 것이 일반적인 경향이었지만 1960년대 이후에는 채무불이행책임(민법 제390조)을 묻는 사례도 발견된다[주석민법[채권각칙(7)], 석희태 집필부분, 한국사법행정학회, 2004, 528면; 이은영, 채권각론, 2007, 924면 등.].

66) 안범영, 미용성형의료 - 우리 판결례와 독일 판결례의 비교 · 분석적 소고 -, 의료법학(제16권 제1호), 대한의료법학회, 2015.

67) 김종길, 민법상 전형계약으로서 의료계약 - 독일법과의 비교를 중심으로 -, 법제연구(제47권), 한국법제연구원, 2014, 366-367면 참조; 윤석찬, 의료계약의 민법전 도입 가능성, 재산법연구(제36권 제2호), 한국재산법학회, 2019, 63면 이하; 박수근, 의료계약의 민법편입과 과제, 민사법학(60), 한국민사법학회, 2012, 265면 이하 참조.

68) 독일민법 제630a조 이하 참조.

69) Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, 7. Aufl. 2014, Rn 303.

60여년이 경과하였고, 2015년에는 민법에 전형계약으로 여행계약<sup>70)</sup>이 편입되는 등의 입법 연혁과 사회변화와 외국의 입법 상황을 고려할 때, 우리도 환자의 권리 구제를 보장하고, 의료제공자의 주의의무를 명확히 규정할 필요성 있다. 의료계약은 사실상 전형계약으로 볼 수 있을 정도로 익숙한 계약이고, 이제는 비교적 장기간 적지 않은 판례와 이론이 축적되어 입법화를 할 만한 충분한 환경이라고 보아야 한다.<sup>71)</sup>

독일에서는 2013년부터 환자권리법(Patientenrechtegesetz)에 근거하여 진료계약이 민법전에 전형계약으로 규정되었고, “제8절 고용 및 이와 유사한 계약들” 아래에 제1관 고용에 이어 제2관 “진료계약(Behandlungsvertrag)”이라는 제목으로 제630a조부터 제630h조까지 총 8개의 조문을 도입하였고, 이로써 의료제공자의 여러 종류의 의무가 명확하게 되었으며 이는 의료계약 당사자에게 법적 안정성을 제공하였다고 볼 수 있다.<sup>72)</sup>

## (2) 민법 편입시 필요 규정

의료계약은 환자의 권리 구제와 임상의료현장에 법적안정성을 제공하는 데 큰 역할이 기대되고, 이미 외국에서 전형계약으로 도입되어 많은 판례도 집적되고 있다. 국내 민법 개정 논의 및 독일의 입법례 등을 고려할 때, 의료계약의 개념 규정, 정보제공의무, 사전동의, 설명의무와 같은 의료제공자의 의무를 담은 규정, 과실과 인과관계를 추정하는 규정이 기본적으로 포함되어야 하고, 나아가 의료법과 중복될 수도 있지만 진료기록 작성과 보존의무, 비밀유지의무와 같은 의무도 의료계약 규정에 편입시키고, 독일과 같이 진료기록 작성이나 보존의무와 관련하여 일정한 사실관계에 관한 증명담보 기능을 포함하는 규정도 도입하는 것을 고려할 필요가 있다.

### (나) 개정 방향

#### 1) 최근 발의된 법률안

의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률 일부개정법률안(정청래의원 대표발의, 의안번호 8325)<sup>73)</sup>에 의하면, 아래와 같은 안을 담고 있는바, 이는 의료사고로 인한 손해배상

70) 민법 제9절의 2 여행계약, 제674조의2 내지 제674조의 9 참조.

71) 윤석찬, 의료계약의 민법전 도입 가능성, 재산법연구(제36권 제2호), 한국재산법학회, 2019, 40면 참조.

72) 윤석찬, 앞의 논문, 46면, 63-64면 참조.

73) 제안이유 및 주요 내용

- 최근 환자 진료행위 이후 갑작스런 사망 등에 대한 의료사고 분쟁에서의 책임 판단 문제로 수술실 cctv 설치 등 의료사고 입증책임에 대한 국민의 목소리가 높아지고 있음.

- 의료행위는 전문적이고 폐쇄적인 특성상 환자나 환자 보호자가 진료에 대해 정확히 인식하는 것이 불가능하며, 진료과정 및 수술실·중환자실 등에서 일어난 일을 통해 의사 과실의 인과관계를 밝히는 것이 매우 어려워 그 피해를 입증하기가 사실상 불가능한 실정임.

- 또한 쟁점이 되는 의무기록을 확보하더라도 용어, 자료해석, 판독 등 모든 요소가 고도로 전문화되어 일반인이



책임 여부 결정에 있어, 의료기관 측에서 주의의무 위반(과실) 없음을 입증하도록 입증책임을 전환하는 것이다(안 제5조제4항).<sup>74)</sup>

현 행	개 정 안
제5조(국가·보건의료기관개설자 및 보건의료인의 책무 등) ① ~ ③ (생 략) <신 설>	제5조(국가·보건의료기관개설자 및 보건의료인의 책무 등) ① ~ ③ (현행과 같음)  ④ <u>보건의료기관개설자는 당해 보건의료기관의 보건의료인이 의료 기술을 행하는 과정에서 발생한 의료사고로 인하여 환자가 입은 생명·신체 및 재산상 피해를 배상할 책임을 진다. 다만, 다음 각 호에 해당하는 때에는 그러하지 아니하다.</u>  1. <u>보건의료기관개설자 및 보건의료인이 의료행위간 주의를 게을리하지 아니 하고, 보건의료기관의 시설·장비 및 인력의 무과실을 증명한 때</u>  2. <u>해당 의료사고가 환자의 고의에 의한 행위로 인한 것일 때</u>  ⑤·⑥ (현행 제4항 및 제5항과 같음)
④·⑤ (생 략)	

또한, 「의료사고 피해구제에 관한 법률안」(최영희의원안, 제1804919호) 제4조<sup>75)</sup>에도 유사한 내용을 담고 있다.

전문가인 의사를 상대로 과실을 입증하는 것은 현실적으로 어려움.

- 이에 국민의 생명권·건강권 확보와 위법 부당진료를 받는 것을 막고 억울한 피해가 발생하지 않도록 보건의료기관이 의료사고에 대한 입증책임을 지도록 하고자 함(안 제5조).

74) 보건복지위원회 수석전문위원 홍형선, 386회국회(임시회) 제1차 보건복지위원회, 검토보고

75) 입증책임 전환(제4조)

제4조(의료사고배상책임) ① 보건의료기관개설자는 해당 보건의료기관의 보건의료인이 의료기술을 행하는 과정에서 발생한 의료사고로 인하여 환자가 입은 생명·신체 및 재산에 관한 피해를 배상할 책임을 진다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우 그러하지 아니하다.

1. 보건의료기관개설자 및 보건의료인이 의료사고에 관하여 주의의무를 다하고 보건의료기관의 시설·장비 및 인력의 흠이 없음을 증명한 때
2. 의료사고가 환자의 고의로 인하여 발생한 때

## 2) 대한변호사협회 논의안

대한변호사협회 산하 의료인권소위원회, 진료계약의 민법 편입 개정을 위한 TF(이하 진료계약 TF)에서(활동기간 2021 - 2022)는, 기존 민법개정위원회 등의 논의와 외국의 법제를 참고하여, 대법원 판례를 주로 입법화 하는 정도의 입증책임 완화 규정을 도입하는 내용으로 아래와 같은 개정안을 제안하였다.<sup>76)</sup>

### ○ 신·구조문대비표

현행	개정안
	<p><b>제11절의2 의료계약</b></p> <p>제692조의2 내지 제692조의6 생략</p> <p>제692조의 7 (손해배상의무)</p> <p>① 의료제공자는 의료계약상의 의무를 위반하여 발생한 환자의 손해를 배상할 의무가 있다.</p> <p>② 진단, 치료, 요양 기타 의료적 처치 도중이나 그 후 환자에게 중한 결과의 원인이 된 증상이 발생한 경우에는 그 증상 발생에 관하여 의료상의 주의의무 위반행위를 제외한 다른 원인이 있다고 보기 어려운 경우, 그와 같은 증상은 의료상의 주의의무 위반행위에 기한 것으로 추정한다.</p> <p>③ 환자가 진단, 치료, 요양 기타 의료적 처치 도중 건강상태가 악화되거나 사망한 경우 일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 주의의무 위반행위와 의료행위 이전에 그러한 결과의 원인이 될 만한 건강상의 결함이 없었다는 사정을 증명한 경우에 있어서는 의료상의 주의의무 위반행위로 환자의 손해가 발생한 것으로 추정한다.<sup>77)</sup></p> <p>④ 의료제공자가 시행한 진단, 치료, 요양 기타 의료적 처치에 관하여 필요한 인력 또는 시설 등의 필요한 의료조건을 갖추지 못한 경우에, 환자의 손해는 이로 인해 발생한 것으로 추정한다.</p> <p>⑤ 의료제공자가 의료상 요청되는 본질적 처치와 그 결과를 제692조의 6에 반하여 환자의 의무기록에 기재하지 않았거나 의무기록을 보관하지 않은 때에는 그 의료제공자가 위의 처치를 하지 않은 것으로 추정한다.</p> <p>⑥ 의료제공자가 현저하게 불성실한 진료를 행한 경우, 환자에게 재산상의 손해없는 경우에도 손해배상의 책임이 있다.</p> <p>제3장 사무관리</p>
<신 설>	

76) 박호균, 의료계약의 민법전 편입 필요성과 개정 방향, 진료계약의 민법 편입 개정을 위한 심포지엄, 국회의원 인재근·오기형·양정숙, 대한변호사협회 주최, 2022. 12. 9, 7면 이하 참조.

	제734조 ~ 제737조 제738조 (준용규정) 제683조 내지 제685조 및 제692조의2 내지 제692조의7의 규정은 사무관리에 준용한다. 제739조, 제740조
--	---

## ○ 제안 배경

조문의 위치는, 독일처럼 고용계약 뒤에 제안하자는 의견도 있었지만 종래 우리나라에서 의료계약에 대해 위임계약 준용 관련 논의가 많았다는 점이나 2011-2012년 민법 개정 시안들을 고려하여, 위임계약(제3편 제2장 제11절) 뒤에 제11절의2로 규정하는 것을 제안하였다.

구체적인 개정안 조문들로, 제692조의2 (의료계약의 의의), 제692조의3 (정보제공의무), 제692조의4 (동의), 제692조의5 (설명의무), 제692조의 6 (의무기록), 제692조의 7 (손해배상의무), 제738조 (사무관리 준용규정)을 제안하였다.

제692조의2 (의료계약의 의의)에서 유상과 무상을 모두 포함하는 포괄적인 형태로 하되, 분만 과정의 과실로 태아가 사산된 경우 소액의 위자료만 문제되는 실무는 임신부 진료 현장에서 지나치게 비윤리적인 약습을 유도하는 문제점이 있어 태아의 지위를 보호하는 규정을 추가하였다. 제692조의3 (정보제공의무)에서는 설명의무와 달리 전단에 정보제공의무를 규정하고 우리 실무상 지도·설명의무로 알려진 내용을 후단에 삽입하였고, 판례 법리를 바탕으로 제692조의4 (동의), 제692조의5 (설명의무)를 제안하였다. 제692조의 6 (의무기록)에서 의료법과 중복되는 내용이지만 공법상 의무에 그치고 있는 내용을 의료계약상 의료제공자의 의무로 도입하는 것을 제안하였다. 제692조의 7 (손해배상의무)에서 원칙적으로 과실책임을 주의적으로 규정하고, 과실 혹은 인과관계 추정, 의무기록 미작성시에 일정한 사실의 추정, 현저히 불성실한 경우에 위자료 배상 근거 규정을 제안하였다. 끝으로 제738조 (사무관리 준용규정)의 경우 예외적인 응급상황이나 통상적이지 못한 의료환경에 처한 환자(구치소, 수형자 등)를 고려하여 함께 제안하였다.

제안근거를 보충하면, 의사의 주의의무 관련 판례<sup>77)</sup>, 과실 혹은 인과관계를 추정하는 우리의 대법원 판례로 간접사실을 통해 과실과 인과관계를 추정하는 법리<sup>78)</sup>, 일반인의 상식에 의한 과실 인정 후 인과관계를 추정하는 법리<sup>80)</sup>, 지도설명 의무 관련 판례<sup>81)</sup>와 지도설명의무 관련

77) 대법원 2003. 11. 27. 선고 2001다20127판결 참조

78) 대법원 2005. 10. 28. 선고 2004다13045 판결, 대법원 2008. 2. 14. 선고 2006다48465 판결, 대법원 2010. 7. 8. 선고 2010다20563 판결 등 참조.

79) 대법원 1993. 7. 27. 선고 92다15031 판결, 1998. 2. 13. 선고 97다12778 판결, 2000. 7. 7. 선고 99다66328 판결 등 참조.

의료법 제24조<sup>82)</sup>, 설명의무 관련 확립된 판례<sup>83)</sup>와 의료법상 설명의무 규정<sup>84)</sup>, 독일민법 제 630a조 내지 제630h조<sup>85)</sup>, 네덜란드민법, 유럽법원칙 서비스계약편, 2011년 제3기 민법개정위원회 제5분과위원회 개정시안, 2012년 제4기 민법개정위원회 실무위원회 개정시안 등과 그동안 학계의 연구결과 등이 근거가 될 수 있다.

다만, 진료계약 TF 개정안 중에서, 설명의무 관련 증명책임 분배 규정이 제외된 것으로 보이는데, 이렇게 입법화되면 환자측에서 증명의 부담이 있게 되고, 현행 판례보다도 더 권리구제가 엄격해질 수 있을 뿐만 아니라, 독일민법의 입법례 조차도 따라가지 못하는 문제가 있을 수 있다. 현재 설명의무를 다하였다는 점에 대한 증명의 부담은 의료인측에 있다는 것이 법원의 확립된 판례이므로, 이를 반영한 증명 부담 규정을 추가할 필요성이 있다.<sup>86)</sup>

### 3) 입증책임 전환 필요성

의료계약은 체결 빈도나 계약의 목적이 생명과 건강을 다룬다는 특수성에 비추어 어떤 법률관계 보다 강도 높은 보호와 법적 안정성이 필요한 분야이다. 의료계약의 지위, 사회 변화 및 의료면허 관리체계의 문제점, 기존 민사법 규정의 한계와 법적 안정성 결여 문제, 소송상 문제점과 법원 역할의 한계, 비교법적 환경(불법행위법에 계약법으로 이동)과 민법개정에 관한 연구 등을 종합적으로 고려할 때, 더 늦지 않게 우리나라 민법전에 의료계약을 전형계약으로 도입할 필요성이 있고, 이를 통해 환자의 증명곤란 완화, 의료제공자와 임상의료현장에 법적 안정성을 제공할 수 있을 것이다.

의료계약을 도입하게 되면 책임 인정의 근거가 되는 조문의 입증책임이 중요한 문제가 될

80) 대법원 1995. 2. 10. 선고 93다52402 판결 참조.

81) 대법원 2005. 4. 29. 선고 2004다64067 판결, 대법원 2010. 7. 22. 선고 2007다70445 판결 참조.

82) 의료법 제24조(요양방법 지도)의료인은 환자나 환자의 보호자에게 요양방법이나 그 밖에 건강관리에 필요한 사항을 지도하여야 한다.

83) 대법원 1999.12.21. 선고 98다29261 판결, 대법원 2015. 10. 29. 선고 2015다13843 판결 등 참조

84) 의료법 제24조의2(의료행위에 관한 설명)① 의사·치과의사 또는 한의사는 사람의 생명 또는 신체에 중대한 위해를 발생하게 할 우려가 있는 수술, 수혈, 전신마취(이하 이 조에서 “수술등”이라 한다)를 하는 경우 제2항에 따른 사항을 환자(환자가 의사결정능력이 없는 경우 환자의 법정대리인을 말한다. 이하 이 조에서 같다)에게 설명하고 서면(전자문서를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)으로 그 동의를 받아야 한다. 다만, 설명 및 동의 절차로 인하여 수술등이 지체되면 환자의 생명이 위험하여지거나 심신상의 중대한 장애를 가져오는 경우에는 그러하지 아니하다.

85) 독일민법 제630h조의 제1항 내지 제5항 등 증명 관련 조항은 의료진측에 증명부담이 있도록 규정되었는데, 환자측의 증명에 유리한 측면이 있다. 그런데 이는 환자가 “약자”로 보이기 때문에 환자를 도와야 한다는 개인 보호 목적을 추구한 것으로 볼 수 있으나, 제630h조는 사회적 역할과 관련하여 일정한 개인을 보호하는 목적을 추구하는 것 보다는 증명의 부담을 적절하게 분배함으로써 의료책임 소송에서 무기평등 원칙을 실현하는 것을 중요한 목적으로 한다는 평가가 있다(BT-Drs. 17/10488, S. 28; 안법영, 의료판례에서의 인과성과 책임귀속의 판단 : 독일법원 판결례와의 비교 고찰, 의료법학(제14권 제1호), 대한의료법학회, 2013, 208면; 이재경, 독일민법의 의료계약에 관한 연구, 중앙법학회(제19권 제1호), 2017, 22-23면 참조).

86) 독일민법 제630h조 제2항 참조; 대법원 1999.12.21. 선고 98다29261 판결, 대법원 2015. 10. 29. 선고 2015다13843 판결 등 참조.

것인데, 변협 논의안은 입증책임을 다소 완화하는 정도로 현재와 별다른 차이가 있다고 보기 어려워 보이므로, 증거의 편재와 증명곤란 등을 고려할 때, 최근 발의된 법안들과 같이 입증책임을 전환하는 형태가 바람직할 것으로 보인다.

#### (4) 보상 제도 확대 필요성

불가항력 사고에 대한 보상 제도는 이미 의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률에 있는 제도이고<sup>87)</sup>, 국가의 보상 제도를 확대한다는 방향은 의료사고 영역 외에도 사회 각 영역에서 국가의 재정이 허락하는 한 확대해야 한다는 점에서 구체적인 대안이 중요하고 명목적인 논의는 큰 의미가 없다.<sup>88)</sup>

## 2. 의료인의 행정상 규제 현황과 개정 방향<sup>89)</sup>

### 가. 의료인의 행정상 규제 현황 및 의료법 개정상 문제점

(1) 우리나라 대부분의 전문직의 경우 형사적으로 금고 이상의 형의 선고를 받는 경우 전문직과 관련한 등록이나 자격이 취소되는 형태의 법률 규정을 두고 있으나(변호사, 공인회계사, 세무사, 변리사, 국립대학 및 사립대학 교수, 공무원 등), 그동안 의사와 같은 의료인의 경우 일반 형사범죄(횡령, 배임, 절도, 강간, 업무상과실치사상 등)나 일반 특별법위반 등으로 금고 이상의 형사처벌을 받더라도 의사의 면허에 영향이 없는 법률 형태를 유지하고 있는 차이점이 있었다.<sup>90)</sup> 또한 파산선고를 받으면 대부분의 다른 직역에서는 공무원, 교수, 변호사, 공인회계사, 변리사, 법무사, 세무사 등의 자격을 제한하고 있으나(파산선고를 받은 자의 자격을 제한하는 법률이 200여 개에 이른다고 함)<sup>91)</sup>, 의료인은 파산선고를 받더라도 의료인의 자격에 영향을 주지 않는다.

87) 의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률 제46조(불가항력 의료사고 보상) ① 조정중재원은 보건의료인이 충분한 주의의무를 다하였음에도 불구하고 불가항력적으로 발생하였다고 의료사고보상심의위원회에서 결정한 분만(分娩)에 따른 의료사고로 인한 피해를 보상하기 위한 사업(이하 “의료사고 보상사업”이라 한다)을 실시한다.

② 보건복지부장관은 의료사고 보상사업에 드는 비용을 부담하여야 한다. <개정 2023. 6. 13.>

③ 삭제 <2023. 6. 13.>

④ 삭제 <2023. 6. 13.>

⑤ 제1항에 따른 의료사고보상심의위원회의 구성 및 운영, 보상의 범위, 보상금의 지급기준 및 절차 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다. <개정 2018. 12. 11., 2023. 6. 13.>

88) 일본에서 오래 전부터 의료사고 관련 보상 제도로 불가항력적 산과 분만 사고에 대해 2-3억 원 가량으로 보상하고 있으나, 우리나라는 한국의료분쟁조정중재원 출범 10년이 경과하였음에도, 3천만 원을 상한으로 하는 정도의 보상제도를 운영하고 있는 것이 전부인바, 의료사고처리 특례법안 논의와 무관하게, 이를 실효적으로 개선하려는 노력이 필요하다.

89) 박호균, 의료인의 형사범죄와 면허 규제의 문제점 및 개선방향(입법적 측면을 중심으로), 의사의 형사범죄와 면허 규제의 문제점 및 개선방향 심포지엄, 국회의원회 남인순, 국회의원 권미혁, 대한변호사협회 주최, 2018. 4. 27. 참조; 의료법주석서, 의료문제를 생각하는 변호사 모임, 박호균 집필 부분, 2020, 59면 이하 참조.

90) 지금부터 20여년 전인 2000년 이전의 우리나라 의료법에서는, 의사가 업무상과실치사와 같은 범죄로 금고 이상의 형사 처벌을 받을 경우, 면허를 취소할 수 있도록 규정하고 있었다.

91) 서울중앙지방법원 파산부 실무연구회, 개인파산·회생실무, 2015, 17면.

최근 법률개정으로 의료인이 업무상과실치사상을 제외하고 23년 만에 일반 형사범죄로 금고 이상의 형사처벌을 받게되면, 필요적으로 면허가 취소되도록 의료법이 개정되었다.<sup>92)</sup> 잘 알려

92) 의료법[시행 2024. 5. 20.] [법률 제19421호, 2023. 5. 19., 일부개정]

◇ 개정이유 및 주요내용

금고 이상의 실형을 선고받고 그 집행이 끝나거나 그 집행을 받지 아니하기로 확정된 후 5년이 지나지 아니한 자 등은 의료인이 될 수 없도록 하고, 의료인이 결격사유에 해당하면 그 면허를 취소하도록 하되, 의료행위 중 업무상과실치사상죄를 범하여 금고 이상의 실형을 선고받는 등의 경우에는 그 면허를 취소하지 아니하도록 하며, 면허 취소 후 재교부받은 의료인이 자격정지 사유에 해당하는 행위를 한 경우에는 면허를 취소할 수 있도록 하는 한편, 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 의료인 면허 발급 요건을 취득하거나 국가시험에 합격한 경우 면허를 취소할 수 있도록 하면서 면허를 재교부할 수 없도록 하고, 면허가 취소된 의료인에 대한 면허 재교부 요건으로 일정한 교육프로그램 이수를 추가하며, 병원급 의료기관에 일정한 자격을 갖춘 교육전담간호사를 배치하도록 의무화하고, 국가는 교육전담간호사 운영에 필요한 비용의 전부 또는 일부를 지원할 수 있도록 하는 등 현행 제도의 운영상 나타난 일부 미비점을 개선·보완함.

◇ 신구조문대비표

의료법 [법률 제18468호, 2021. 9. 24., 일부개정]	의료법 [법률 제19421호, 2023. 5. 19., 일부개정]
제8조(결격사유 등) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 의료인이 될 수 없다. 1. ~ 3. (생략) 4. 이 법 또는 「형법」 제233조, 제234조, 제269조, 제270조, 제317조제1항 및 제347조(허위로 진료비를 청구하여 환자나 진료비를 지급하는 기관이나 단체를 속인 경우만을 말한다), 「보건범죄단속에 관한 특별조치법」, 「지역보건법」, 「후천성면역결핍증 예방법」, 「응급의료에 관한 법률」, 「농어촌 등 보건 의료에 관한 특별 조치법」, 「시체 해부 및 보존 등에 관한 법률」, 「혈액관리법」, 「마약류 관리에 관한 법률」, 「약사법」, 「모자보건법」, 그 밖에 대통령령으로 정하는 의료 관련 법령을 위반하여 금고 이상의 형을 선고받고 그 형의 집행이 종료되지 아니하였거나 집행을 받지 아니하기로 확정되지 아니한 자 <신 설> <신 설>	제8조(결격사유 등) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 의료인이 될 수 없다. 1. ~ 3. (현행과 같음) 4. 금고 이상의 실형을 선고받고 그 집행이 끝나거나 그 집행을 받지 아니하기로 확정된 후 5년이 지나지 아니한 자 5. 금고 이상의 형의 집행유예를 선고받고 그 유예기간이 지난 후 2년이 지나지 아니한 자 6. 금고 이상의 형의 선고유예를 받고 그 유예기간 중에 있는 자
제65조(면허 취소와 재교부) ①보건복지부장관은 의료인이 다음 각 호의 어느 하나에 해당할 경우에는 그 면허를 취소할 수 있다. 다만, 제1호의 경우에는 면허를 취소하여야 한다. 1. 제8조 각 호의 어느 하나에 해당하게 된 경우 <단서 신설>	제65조(면허 취소와 재교부) ①보건복지부장관은 의료인이 다음 각 호의 어느 하나에 해당할 경우에는 그 면허를 취소할 수 있다. 다만, 제1호·제8호의 경우에는 면허를 취소하여야 한다. 1. 제8조 각 호의 어느 하나에 해당하게 된 경우. 다만, 의료행위 중 「형법」 제268조의 죄를 범하여 제8조제4호부터 제6호까지의 어느 하나에 해당하게 된 경우에는 그러하지 아니하다.

진 것처럼 대통령이 간호법 제정안과 의료법 개정안 중 의료법에 대해서 거부권을 행사하지 않아 법률이 개정된 것이다. 그러나 여전히 2000년<sup>93)</sup> 개정 의료법과 마찬가지로 반복적인 의료사고로 다수의 환자를 사상케 한 의료인에 대해서는 금번 개정에서 면허를 취소하지 않는 법률 형태를 종전과 같이 유지하였는데, 적어도 임의적 면허 정지, 취소 규정을 도입할 필요성에 관한 논의가 예상된다.

2023. 5. 19. 개정 의료법 제8조 제1호 내지 제6호 사유에 해당하는 사람은 의료인이 될 수 없고, 의료인 면허를 받은 이후에 면허 기간 중 제8조 각 호 사유에 해당하거나 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 의료인 면허 발급 요건을 취득하거나 국가시험에 합격한 경우 면허가 취소된다(필수적 취소, 제65조 제1항 단서). 위 개정 의료법은 구 의료법의 제8조 제4호 결격사유(의료 관련 범죄에 한해 결격사유로 규정하는 방식)를 폐지하고, 제8조 제4호를 개정하고 제5호부터 제6호까지를 신설하면서 일반 형사범죄로 결격사유를 확대하였다.

위 개정 의료법에서 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 의료인 면허 발급 요건을 취득하거나 국가시험에 합격한 경우를 필수적 면허취소 사유로 신설하였는데(제65조 제1항 제8호), 의

<p>2. (생략)</p> <p>&lt;신설&gt;</p> <p>3. ~ 7. (생략)</p> <p>&lt;신설&gt;</p> <p>②보건복지부장관은 제1항에 따라 면허가 취소된 자라도 취소의 원인이 된 사유가 없어지거나 개선(改悛)의 정이 뚜렷하다고 인정되면 면허를 재교부할 수 있다. 다만, 제1항 제3호에 따라 면허가 취소된 경우에는 취소된 날부터 1년 이내, 제1항제2호에 따라 면허가 취소된 경우에는 취소된 날부터 2년 이내, 제1항제4호·제6호·제7호 또는 제8조제4호에 따른 사유로 면허가 취소된 경우에는 취소된 날부터 3년 이내에는 재교부하지 못한다.</p>	<p>2. (현행과 같음)</p> <p>2의2. 제2항에 따라 면허를 재교부받은 사람이 제66조제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우</p> <p>3. ~ 7. (현행과 같음)</p> <p>8. 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 제5조부터 제7조까지에 따른 의료인 면허 발급 요건을 취득하거나 제9조에 따른 국가시험에 합격한 경우</p> <p>②보건복지부장관은 제1항에 따라 면허가 취소된 자라도 취소의 원인이 된 사유가 없어지거나 개선(改悛)의 정이 뚜렷하다고 인정되고 대통령령으로 정하는 교육프로그램을 이수한 경우에는 면허를 재교부할 수 있다. 다만, 제1항제3호에 따라 면허가 취소된 경우에는 취소된 날부터 1년 이내, 제1항제2호·제2호의2에 따라 면허가 취소된 경우에는 취소된 날부터 2년 이내, 제1항제4호·제6호·제7호 또는 제8조제4호부터 제6호까지에 따른 사유로 면허가 취소된 경우에는 취소된 날부터 3년 이내, 제8조제4호에 따른 사유로 면허가 취소된 사람이 다시 제8조제4호에 따른 사유로 면허가 취소된 경우에는 취소된 날부터 10년 이내에는 재교부하지 못하고, 제1항제8호에 따라 면허가 취소된 경우에는 재교부할 수 없다.</p>
--	--

93) 2000년 이전 의료법에서는 의사가 업무상과실치사상 범죄로 금고 이상의 형의 선고를 받는 경우, 의사면허 취소 규정을 두고 있었다.

료인 면허를 받기 위해 필요한 대학이나 전문대학원 졸업이 취소된 사안이 사회적으로 이슈가 되면서<sup>94)</sup> 의료법에 도입되었다. 또한 이 경우에는 면허가 취소되면 재교부할 수 없는 규정도 함께 도입되면서 의료법에 그동안 없었던 영구제명 제도가 사실상 도입되었다(의료법 제65조 제2항 단서).

형사범죄 관련 필수적 면허취소 사유(제65조 제1항 각 호 외의 부분 단서 및 같은 항 제1호, 제8조 제4호부터 제6호까지의 규정) 적용 시점 관련, 형사범죄의 발생시점이 위 개정 의료법 시행일인 2023. 11. 20. 이후인 경우에는 범죄의 종류를 구별하지 않고 금고이상의 형인지 여부에 따라 면허취소 여부가 결정되고, 2023. 11. 19. 이전의 형사범죄는 종전의 규정에 따라 범죄의 종류와 금고이상의 형인지 여부에 의해 면허취소 여부가 결정된다(부칙 제2조 참조).

(2) 일본의 경우, 의사에 대해 벌금 이상의 형사처벌이 이루어질 경우, 면허취소 또는 (3년 이내) 의료업 정지처분을 규정하고 있다. 따라서 일본에서 ‘벌금형 이상의 형사처벌’을 받을 경우, ‘해당 의사는 면허취소 혹은 3년 이내의 의료업 정지 처분’을 받을 수 있다.<sup>95)</sup> 이는 우

94) 손덕호·김지환, ‘의전원 입학취소는 정당’ 판결에 조민 “향소”...의사면허 취소 미뤄져(종합), 조선일보, 2023. 4. 6.자 기사, [https://biz.chosun.com/topics/topics\\_social/2023/04/06/YGAVG25JQVDNJFYQLGYZ5Y5QGY/](https://biz.chosun.com/topics/topics_social/2023/04/06/YGAVG25JQVDNJFYQLGYZ5Y5QGY/) (2024. 1. 7. 방문); 권지담, 복지부 “조민 의사면허 취소 절차중”, 한겨레, 2022. 4. 8.자 기사, <https://www.hani.co.kr/arti/society/rights/1038170.html> (2024. 1. 7. 방문)

95) 일본 의사법(医師法) 참고규정

#### ◆ 의사법 ◆

(쇼와 23년 7월 31일 법률 제201호)

최종 개정 일자 : 헤세이 26년(2014년) 6월 13일 법률 제69호

제2장 면허

제3조

미성년자, 피성년후견인 또는 피보좌인은 면허를 주지 않는다.

제4조

다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게는 면허를 주지 않을 수 있다.

1. 심신의 장애로 인하여 의사의 업무를 적정하게 수행 할 수없는 사람으로서 후생노동성령으로 정하는 것
2. 마약, 대마 또는 아편 중독자
3. 벌금 이상의 형에 처해진 사람
4. 제3호에 해당 하는 자를 제외하고는 의학 분야 관련 범죄 또는 부정행위가 있는 자

제7조

의사가 제3조에 해당하는 때에는 후생노동장관은 그 면허를 취소한다.

2 의사가 제4조 각 호의 어느 하나에 해당하거나 의사로서의 품위를 손상시키는 행위가 있을 때에는 후생노동장관은 다음 각호의 처분을 할 수있다.

1. 계고
2. 3년 이내의 의료업 정지
3. 면허의 취소

#### {◆医師法◆

(昭和二十三年七月三十日法律第二百一十号)

最終改正年月日:平成二六年六月一三日法律第六九号

第二章 免許

第三条



리나라의 경우 의사가 일반 형사범죄로 설령 실형을 선고 받더라도, 의사의 자격에 영향이 없었던 것과 큰 차이를 보인다. 독일의 경우 의사가 형사범죄와 관련이 될 경우, 일반 형사처벌과 별도로 보안처분으로서 직업금지 명령이 가능하고<sup>96)</sup>, 이외에도 의사의 직무를 수행하는 데에 의사의 형법위반에 대해서 확정판결 혹은 법원명령에 따라 의사의 직무수행에 부적합하거나 의심이 있다고 판단된다면 면허의 취소나 사전정지가 가능하다(연방의사법 제5조 제1항, 제2항, 제6조 제1항 제1호)<sup>97)</sup>.

미국에서는, 예외 없이, 면허를 교부 받기 위해서는, 선량한 도덕적 성격이 필요하고, 형사사건에서 유죄 전력은 면허 교부 자체가 불허되는 중요한 이유이며, 심지어 유죄 판결의 근거가 된 범죄가 의료행위와 관련이 없다고 하더라도 마찬가지로 알려져 있다.<sup>98)99)</sup>

未成年者、成年被後見人又は被保佐人には、免許を与えない。

#### 第四条

次の各号のいずれかに該当する者には、免許を与えないことがある。

- 一 心身の障害により医師の業務を適正に行うことができない者として厚生労働省令で定めるもの
- 二 麻薬、大麻又はあへんの中毒者
- 三 罰金以上の刑に処せられた者
- 四 前号に該当する者を除くほか、医事に関し犯罪又は不正の行為のあつた者

#### 第七条

医師が、第三条に該当するときは、厚生労働大臣は、その免許を取り消す。

2 医師が第四条各号のいずれかに該当し、又は医師としての品位を損するような行為のあつたときは、厚生労働大臣は、次に掲げる処分をすることができる。

- 一 戒告
- 二 三年以内の医業の停止
- 三 免許の取消し}

96) 독일형법 제70조 [직업금지명령] 제1항에서 ‘자신의 직업과 관련된 의무를 위반한 위법행위로 인하여 유죄선고를 받는 경우, 법원은 행위자와 행위에 대한 종합평가를 통해 직업, 직업 일부, 영업 혹은 영업 일부의 계속되는 수행 중에 규정된 유형의 현저한 위법행위를 범할 위험이 있는 것으로 인정된다면 그에게 1년 이상 5년 이하 동안 직업, 직업 일부, 영업 또는 영업 일부의 수행을 금지할 수 있다. 법정 상한이 행위자로부터 예상되는 위험의 방지를 위하여 충분하지 않은 것으로 예상되는 경우에는 직업금지를 영구히 명할 수 있다.’고 규정하고 있다(Strafgesetzbuch § 70 (1) 참조){Strafgesetzbuch (StGB), Berufsverbot, § 70 Anordnung des Berufsverbots, (1) Wird jemand wegen einer rechtswidrigen Tat, die er unter Mißbrauch seines Berufs oder Gewerbes oder unter grober Verletzung der mit ihnen verbundenen Pflichten begangen hat, verurteilt oder nur deshalb nicht verurteilt, weil seine Schuldunfähigkeit erwiesen oder nicht auszuschließen ist, so kann ihm das Gericht die Ausübung des Berufs, Berufszweiges, Gewerbes oder Gewerbebezweiges für die Dauer von einem Jahr bis zu fünf Jahren verbieten, wenn die Gesamtwürdigung des Täters und der Tat die Gefahr erkennen läßt, daß er bei weiterer Ausübung des Berufs, Berufszweiges, Gewerbes oder Gewerbebezweiges erhebliche rechtswidrige Taten der bezeichneten Art begehen wird. Das Berufsverbot kann für immer angeordnet werden, wenn zu erwarten ist, daß die gesetzliche Höchstfrist zur Abwehr der von dem Täter drohenden Gefahr nicht ausreicht.}

직무관련 범죄가 인정되는 경우에 직업금지는 독일에서는 형법상 일반적인 형사제재의 하나이고, 법원의 재판을 통하여 이루어진다는 점에서 차이가 있다(이석배, 독일에서 의료영역의 리베이트와 형법, 법학논총 제33권 제2호, 2013, 24-25면 참조).

97) 이석배, 의사의 범죄와 직무금지, -독일의 적용례를 중심으로-, 의사의 형사범죄와 면허 규제의 문제점 및 개선방향 심포지엄, 국회의원회 남인순, 국회의원 권미혁, 대한변호사협회 주최, 2018. 4. 27.

## 나. 개정 방향

### (1) 의료사고 관련 업무상과실치사상죄에 대한 임의적 면허취소 규정 도입 필요성

의료법 및 면허 규제는, 의료인들만의 문제가 아니라, 일반 국민들의 생명과 직결되는 중대한 사안이고, 일반 형사범죄나 특별법 위반 등 형사처벌을 받게 된 의료인에 대해 의사면허 취소·정지와 같은 행정처분을 규정한 의료법 개정을 통해, 우리 사회에서 대표적 전문직인 의료인의 직업윤리가 바로 설 수 있도록 법률적, 제도적으로 뒷받침할 필요가 있고,<sup>100)</sup> 최근 의료법 개정은 이를 명문화 한 것이다.

그러나 2023. 의료법 개정 당시 의료인 면허를 받은 이후 의료행위 중 형법 제268조(업무상과실·중과실 치사상)<sup>101)</sup>의 죄를 범하여 제8조 제4호부터 제6호까지의 어느 하나에 해당하더라도 면허를 취소할 수 없도록 예외를 두었는데, 의료사고로 환자를 사상케 하더라도, 면허에 아무런 규제를 할 수 없는 상태이다. 이 때문에 업무상 과실행위로 여러 명의 환자를 죽음에 이르게 하거나 상해의 피해를 주어 금고형을 선고받는 의료인, 가령 故 신해철 사건에서 문제된 바 있었던 의사와 같은 의료인의 면허를 규제할 수 없는 상황은 계속될 것으로 보인다.

따라서 의료사고로 업무상과실치사상 범죄로 환자를 사상케 한 의료인에 대하여 필수적으로 면허를 취소하는 규정의 도입에 대해서는 장기적으로 의료인의 윤리적 수준, 범죄 현황, 국민 감정 등을 고려하여 검토할 일이나, 적어도 업무상과실치사상으로 금고 이상의 형의 선고를 받은 의료인에 대하여 ‘임의적 면허취소’ 규정은 조속히 도입을 검토할 필요가 있다.

이와 관련하여, 의료계 내에서 필수의료 위축을 우려할 수 있는데, 반복적인 의료사고로 환자를 사상케 하는 의료인에 대해 규제를 하지 않는다는 것은 전문직에 대한 관리 측면이나 국민의 건강과 생명, 보호 측면에서 타당하지 않다. 다만 임의적 면허취소 위원회를 의료인 중심으로 구성하여 의료계 스스로 문제 의료인에 대한 징계를 할 수 있도록 기회를 주되, 법률과 의료를 아울러 판단할 수 있는 변호사와 같은 규범적 측면에서의 전문가, 국민과 피해자의 입장에서 평가할 수 있는 일반 시민들이 50% 이상 위원으로 위촉될 필요성이 있다.

### (2) 일반 형사범죄로 벌금형 처벌을 받을 경우 면허정지 도입 필요성

보건복지부장관은 의료법 제66조 제1항의 각 호의 사유에 해당하는 경우, 의료인의 면허자

98) Invariably, “good moral character” is required for licensure. A typical reason for denying a license on that ground is a prior criminal conviction, even if the crime on which the conviction was based has no obvious connection with the practice of medicine.)(American College of Legal Medicine Textbook Committee, Legal Medicine, 7th ed, 2007, 11면.)

99) 정규원, 미국의 의료체계와 의료법체계, 법과 정책연구, 제3권 제1호, 2003, 15면 참조.

100) 박호균, 의료인의 형사범죄와 면허 규제의 문제점 및 개선방향(입법적 측면을 중심으로), 의사의 형사범죄와 면허 규제의 문제점 및 개선방향 심포지엄, 국회의원회 남인순, 국회의원 권미혁, 대한변호사협회 주최, 2018. 4. 27.

101) 형법 제268조(업무상과실·중과실 치사상) 업무상과실 또는 중대한 과실로 인하여 사람을 사상에 이르게 한 자는 5년 이하의 금고 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.

격을 1년의 범위에서 정지시킬 수 있다. 제66조 제1항 제1호 ‘품위 손상’의 행위의 범위는 대통령령으로 정하는데 ‘학문적으로 인정되지 아니하는 진료행위, 비도덕적 진료행위, 거짓 또는 과대 광고행위, 불필요한 검사를 시행하거나 부당하게 많은 진료비를 요구하는 행위, 금품을 수수하는 행위, 환자 유인행위, 약국개설자와 담합하는 행위’ 정도가 규정되어 있다.<sup>102)</sup>

그러나 정작 살인죄, 강간죄, 성범죄, 폭력행위등처벌에관한법률위반 등 일반적인 형사범죄가 누락되어 있어, 면허정지와 같은 최소한의 규제도 하기 어렵다.

개정 의료법에서 일반 형사범죄로 금고이상의 형을 선고 받는 경우에 면허를 필요적으로 취소하도록 개정되었으므로, 일반 형사범죄로 금고형에 미치지 못하는 벌금형 이하의 형을 선고 받는 경우에 대하여 품위 손상 행위 정도로 보아 시행령에 면허자격 정지 처분 사유로 규정하거나, 의료법에 명확히 면허정지 처분의 근거를 마련하는 것이 개정 의료법의 취지에 부합할 것으로 보인다.

일부 연구자의 논문에서도 ‘형법상 새로운 보안처분으로서 직업금지를 신설하여 법원에서 금고 이상의 형으로 유죄를 선고할 때 일반적 형사범죄를 저지른 의료인에 대해 6월 이상 5년 이하의 기간 동안 의료인으로서 직업수행을 금지할 수 있게 함으로써 의료인과 의료기관에 대한 국민의 신뢰성을 제고할 필요’가 있다는 것인바,<sup>103)</sup> 우리나라 현행 의료법상의 행정상 규제

102) 의료법 시행령 제32조(의료인의 품위 손상 행위의 범위)

① 법 제66조제2항에 따른 의료인의 품위 손상 행위의 범위는 다음 각 호와 같다.

1. 학문적으로 인정되지 아니하는 진료행위(조산 업무와 간호 업무를 포함한다.)
2. 비도덕적 진료행위
3. 거짓 또는 과대 광고행위

3의2. 「방송법」 제2조제1호에 따른 방송, 「신문 등의 진흥에 관한 법률」 제2조제1호·제2호에 따른 신문·인터넷신문, 「잡지 등 정기간행물의 진흥에 관한 법률」 제2조제1호에 따른 정기간행물 또는 제24조제1항 각 호의 인터넷 매체[이동통신단말장치에서 사용되는 애플리케이션(Application)을 포함한다]에서 다음 각 목의 건강·의학정보(의학, 치의학, 한의학, 조산학 및 간호학의 정보를 말한다.)에 대하여 거짓 또는 과장하여 제공하는 행위

가. 「식품위생법」 제2조제1호에 따른 식품에 대한 건강·의학정보

나. 「건강기능식품에 관한 법률」 제3조제1호에 따른 건강기능식품에 대한 건강·의학정보

다. 「약사법」 제2조제4호부터 제7호까지의 규정에 따른 의약품, 한약, 한약제제 또는 의약품외품에 대한 건강·의학정보

라. 「의료기기법」 제2조제1항에 따른 의료기기에 대한 건강·의학정보

마. 「화장품법」 제2조제1호부터 제3호까지의 규정에 따른 화장품, 기능성화장품 또는 유기농화장품에 대한 건강·의학정보

4. 불필요한 검사·투약(投藥)·수술 등 지나친 진료행위를 하거나 부당하게 많은 진료비를 요구하는 행위

5. 전공의(專攻醫)의 선발 등 직무와 관련하여 부당하게 금품을 수수하는 행위

6. 다른 의료기관을 이용하려는 환자를 영리를 목적으로 자신이 종사하거나 개설한 의료기관으로 유인하거나 유인하게 하는 행위

7. 자신이 처방전을 발급하여 준 환자를 영리를 목적으로 특정 약국에 유치하기 위하여 약국개설자나 약국에 종사하는 자와 담합하는 행위

② 삭제

103) 김재운, “의료인 형사범죄에 대한 형사제재로서 직업금지 도입에 관한 연구”, 일감법학(제49호), 2021, 256-257면 참조.

가 지나치게 허술한 단면을 뒷받침한다고 볼 수 있다.

### 3. 의료인의 형사책임 현황과 입법 방향

#### 가. 의료인의 형사책임 현황

(1) 의사와 같은 의료인이 어느 정도로 형사책임을 부담하고 있는지 여부와 관련하여, 국내에서 공적인 자료를 찾기 어렵다. 이 때문에 연구논문의 자료를 통해 의료인의 형사책임의 정도를 파악해 보기로 한다. 비교적 의료사고 관련 의사의 형사책임에 관한 현황을 구체적인 자료에 접근한 것으로 보이는 한 연구에서 ‘2000-2020년(20년 동안)의 법원 판례 중 업무상 과실치사상 판결을 수집하되, 이 중 교통사고 등 의료사고와 무관한 것으로 보이는 판결을 제외하여(의사에는 한의사, 치과의사 포함한 수치), 전체 의료인 및 유사직역종사자들에 대한 형사판결 총 428건 중 전체 의사의 형사판결건수(295) 중 진료과실건수(의사의 과실인정건수 207건), 의사의 유죄건수/무죄건수(198건/97건)을 검토한 결과, 의료인 처벌 통계중 의사의 처벌 비율은 65%(의사의 유죄 총 198건/총 의사 형사판결건수 295건)’라고 한다.<sup>104)</sup> 이 논문의 분석 결과에 비추어 법원에서 최근 20년 동안 의사에 대해 295건 정도의 형사 판결이 있었다는 것이므로, 최근 20년 동안 연간 약 15건 이내의 형사 기소가 이루어졌음을 알 수 있다.

이와 관련하여, 위 논문에서 약식기소(벌금형을 구형한 사건)는 더 많았을 것으로 추정된다고 하나<sup>105)</sup>, 검찰에서 의사에 대하여 업무상과실치사상으로 기소할 때 합의가 되는 등의 사정이 없는 한 약식기소 보다는 구공판 하는 경향이 있는 것으로 보이고, 약식기소를 하였다고 하더라도 피고인이 정식재판청구하는 경우가 많은 점에 비추어 보면, 막연하게 약식기소가 많았을 것이라는 취지의 추측성 논문 내용은 근거가 부족한 것으로 보인다.

결과적으로 위 논문의 분석자료와 추측성 주장을 선해하면, 의사에 대한 형사기소는 연간 15건 내외로 이루어지고 있다고 보는 것이 타당해 보이고, 이외에 의료인의 형사책임의 정도를 실증적으로 설득력 있게 보고한 논문이나 공간된 자료는 찾기 어려워 보인다.

또한 위 논문에서 전체 형사무죄비율에서 1심은 2015(0.58%), 2016(0.59%), 2017(0.71), 2심은 2015(1.72%), 2016(1.47%), 2017(1.58%)의 순인데 반해, 의료사고 업무상과실치사상 및 치사 사건의 무죄율 32%는 매우 높은 수준이라고 평가하고 있는데<sup>106)</sup>, 이 같은 분석의 타당성은 별론으로 하고, 만약 형사법원에서 의사의 무죄율이 높다면 그 원인으로, ① 검찰의 무리한 기소, ② 의료감정 과정에서 의사협회의 구명활동(편파감정, 불공정 감정) 정도를 생각해

104) 이진국, 김기영, “의사의 업무상과실치사상 책임에 관한 실증적 분석과 정책적 함의”, 한국의료법학회지 제29권 제2호, 2021, 55면 등 참조.

105) 같은 논문 56면 참조.

106) 같은 논문 62면 참조.

볼 수 있는바, 위 ①의 경우 형사 사법 체계 전반에 대한 신뢰의 문제로 본고의 논의에서 제외하고(다만, 실무 경험상 검찰이 굳이 의사에 대해서 무리한 기소를 한다고 보기는 어렵고, 오히려 의사들은 자력을 바탕으로 적극적으로 전관 변호사나 전문 변호사를 선임하여 다투기 때문에, 오히려 일반 피의자들과 비교하여 불기소하는 비율이 더 높을 것으로 추정된다), 형사 재판 단계에서 의사인 피고인측에서 의료감정을 신청하면 의사협회 혹은 의료감정원에서 의사에게 유리한 취지의 감정결과를 회신하는 위 ②의 사유가 무죄율이 높은 주된 이유일 것으로 추정된다.

(2) 한편, 의사에 대한 우리나라 형사책임 관련하여, 의사협회 산하 의료정책연구소에서 나온 최근 자료에 의하면, ‘2013년~2018년 우리나라에서 검사가 의사를 업무상과실치사상죄로 기소한 건수는 연평균 754.8건이고, 이는 일본 경찰 신고 건수(연평균 82.5건) 대비 9.1배이고, 영국 의료과실 의심 관련 과실치사 경찰 접수 건수(연평균 24건) 대비 31.5배이며, 독일 1990년~2000년 비자연적 사망과 상해 의심사례로 법의학감정서가 접수된 건수(연평균 444건) 대비 1.7배 높은 수치이다.’고 하면서, ‘우리나라의 높은 기소율은 소극진료의 원인이 될 뿐만 아니라 의사의 의료행위가 국가의 공권력에 의하여 침해되고 있다는 것을 단적으로 보여주는 것이다. 이에 경찰과 검찰의 기소 남용에 대한 제한이 필요하다.’고 하면서 ‘우리나라에서 의사에 대한 의료사고 관련 업무상과실치사상의 죄로 형사 기소율이 매우 높으므로, 개선이 필요하다’는 취지로 주장하고 있다.<sup>107)</sup>

그러나 위 의료정책연구소 자료의 핵심 요지는 ‘검사가 의사를 업무상과실치사상죄로 기소한 건수는 연평균 754.8건’이라는 것인데, 주장의 근거가 된 원 자료인 ‘검찰청, 연도별 범죄분석 해당 부분 및 용어 해설 등’을 확인하면, 기소 수치가 아닌 범죄자 수치를 말하고, 여기서 ‘범죄자’는 기소가 된 피고인이 아니라 ‘피의자’를 말하는 것으로 형사기소되었다는 자료가 전혀 아님을 알 수 있다.<sup>108)</sup> 따라서 위 의료정책연구소의 주장(= 우리나라에서 검사가 의사를 업무상과실치사상죄로 기소한 건수는 연평균 754.8건)은, 적어도 ‘수사가 계류 중인 피의자’와 수사를 종결하고 ‘기소되어 형사 재판에 넘겨진 피고인’의 용어 자체도 구별하지 못한 형편 없는 자료임을 알 수 있다. 의료소송 민, 형사, 행정 실무를 경험하여 온 실무자들 입장에서 납득이 되지 않는 자료였는데, 필자가 직접 원 자료를 조사한 결과 심각한 오류가 있음을 확인하였고 실망감을 금할 수 없다. 대한의사협회 산하 위 의료정책연구소의 위 자료는 대대적으로 홍보되

107) 김형선, 이진국, 김기영 공저, “의료행위의 형벌화 현황과 시사점”, 의료정책연구소, 2022, 100-102면 등 참조.

108) 2018 범죄분석, 검찰, 500면에 ‘단위, 명(피의자원표)’ 기재 및 같은 자료 502면 참조; 2019 범죄분석, 검찰, 500면에 ‘단위, 명(피의자원표)’ 기재 및 같은 자료 502면 참조; 2019 범죄분석, 검찰, 용어해설(면수가 특정되어 있지 않으나, 표지를 1면으로 할 때 12면 참조)에 의하면, ‘범죄자는 범죄사건에 대한 유·무죄 여부와는 상관없이 형사 피의자를 의미함’으로 분명히 기재되어 있다.

어, 언론에 빈번하게 인용되어 왔고,<sup>109)</sup> 심지어 법학박사 출신의 교수<sup>110)</sup>, 현직 법관<sup>111)</sup>조차도 연구논문이나 행사자료에서, 위 의료정책연구소의 주장이 타당함을 전제로 논리를 전개하고 있는바, 실로 개탄하지 않을 수 없는 상황이다.

위 의료정책연구소의 자료는, 그 전체적인 자료의 분량이나 참고자료, 연구자들의 추단되는 역량을 고려할 때, 단순 실수로 보기 어려울 정도로 보이고, 대한의사협회와 의료정책연구소가 만약 의도적으로 여론을 호도하기 위하여 허위 정보, 왜곡 정보를 생성하고 이를 퍼뜨려, 의사들에게 유리한 법과 제도를 만들기 위한 기초자료로 활용하였다면, 향후 큰 비판에 직면할 수 밖에 없을 것으로 보인다.

결국 의료정책연구소의 위 자료에서 연평균 기소건수는 형사기소된 사건 수가 아니라 수사기관에 계류 중인 범죄자 수(피의자 수)에 불과하여 잘못된 수치임에 분명하고, 엉뚱한 결론에 이르고 있음을 알 수 있다. 실무상 경험과 사법연감 자료에 의하면, 법원에 접수된 민사 의료소송 사건 수가 연간 8-900건 접수되고 있고, 이 민사사건의 2.5%(연간 20-22.5건) 보다 낮게 형사기소가 이루어진 것으로 분석하고 있는 앞서 본 논문<sup>112)</sup>의 자료가 실제 형사사건 기소건수를 더 설득력 있게 제시하고 있는 것으로 보인다. 결국 의사에 대한 형사기소는 연간 15건 내외로 이루어지고 있다고 보는 것이 타당해 보이고, 실무상 경험에 비추어도 받아들일만하다.

(3) 한편, 우리나라와 비교해 볼 수 있는 외국 의사의 형사처벌 현황 관련하여, 영미법계의 대표적 국가인 영국과 미국, 대륙법계인 독일과 일본은 업무상과실치사상에 관련한 공식적인 통계 자료가 없다고 하며, 연구 논문 및 보고서도 연구자에 따라 다르게 조사되고 있다고 한다.<sup>113)</sup> 그럼에도 불구하고 일부 외국의 연구자료를 근거로 의사의 형사 기

109) 의협신문, '하루 3명 꼴 형사기소' 의사 사법 리스크 '상상초월', 2023. 10. 24.자 기사(<https://www.doctorsnews.co.kr/news/articleView.html?idxno=151803>)(방문일자 2024. 6. 8.) ; 메디게이트 뉴스, 한국 의사 기소건수 일본의 265배, 영국의 895배...의사와 환자 관계 해치는 '형사소송', 의사 형사처벌특별제도 중과실로 확대하고 조정·중재·합의에 따른 반의사불벌 특례 인정해야, 2024. 1. 7.자 칼럼(<https://medigatenews.com/news/1609303550>)(방문일자 2024. 6. 8.) 참조.

110) 정소영, “의료사고처리특별법의 과제 — 잉글랜드 Gross Negligence Manslaughter와 스코틀랜드 Culpable Homicide의 비교를 중심으로 —”, 법학연구 34권 1호, 연세대학교 법학연구원, 2024, 469-470면 참조.

111) 문현호, 의료소송에서 인과관계 및 설명의무에 대한 최근의 논의, 2023년 추계공동학술대회, 대법원·대한의료법학회, 2023, 24면 참조; 더욱 심각한 것은, 동일한 사안(수술장을 이탈한 마취과 의사가 적절한 조치를 하지 않은 사안)에 대한 민사판결(대법원 2023. 8. 31. 선고 2022다219427 판결) 및 형사판결(대법원 2023. 8. 31. 선고 2021도1833 판결)에서, 민사판결은 피해자의 청구를 일부 인용하였으나, 형사판결에서는 유죄 판단을 한 항소심 판결을 파기하였는데, 실제로 대법원 판결에 관여한 것으로 추정되는 법관(재판연구관)이 형사판결을 파기하게 된 근거로 위 의료정책연구소의 주장(= 우리나라에서 검사가 의사를 업무상과실치사상죄로 기소한 건수는 연평균 754.8건)이 정확하다는 전제에서, ‘의료과오사건의 과도한 형사처벌은 의사들이 필수의료 영역을 기피하는 근본적 원인 중 하나로 인식’ 되고 있다는 입장을 밝히고 있는바, 잘못된 정보에 의하여, 형사판결 조차 왜곡되고 있음을 추단할 수 있는바, 연구자나 법실무가, 시민단체에서 매우 심각하게 받아들여야 할 사안으로 사료된다.

112) 김형선, 이진국, 김기영 공저, “의료행위의 형벌화 현황과 시사점”, 의료정책연구소, 2022, 100-102면 등 참조.

113) 같은 자료, 98면 등 참조.

소 건수가 적다는 주장을 하기도 하나<sup>114)</sup>, 각 나라의 의료체계, 민사책임 인정 정도, 공적 보험, 공공의료나 의료의 공공성, 보상 제도, 행정상 규제, 형사 기소로 인한 법적 불이익의 정도 등에 따라 형사 사건의 기소의 의미는 다르다고 보아야 한다.

가령, 우리나라 의료계에서 예를 많이 들고 있는 영국의 경우, 영국은 NHS(국가보건서비스) 시스템을 취하고 전 국민에게 무상의료를 제공하며, 약 10% 정도인 민간병원을 제외하고 대다수 의료진이 공무원 신분을 가지는 것으로 알려져 있다.<sup>115)</sup> 이외에도 영국(잉글랜드와 스코틀랜드)에서는 의료사고 피해자들에 대하여 NHS(국가보건서비스)가 책임지고 금전적 보상을 행한다고 하며, General Medical Council(GMC)에서 의사면허에 대하여 자율규제를 하면서도, 교통사고나 거짓말 등 의료사고가 아닌 개인적인 사건·사고를 이유로도 의사면허를 정지하거나 박탈하는 등 의사의 자격을 엄격하게 관리하고 있다고 한다.<sup>116)</sup>

이외에도 앞서 본 바와 같이, 일본, 독일, 미국 등에서 의사가 형사처벌을 받거나 유죄의 전력이 있는 경우 의사의 자격을 박탈, 정지 하는 등 엄격하게 관리하고 있으나, 우리나라는 약 23년 동안 의사의 일반 형사범죄에 대해서 아무런 면허 규제를 하지 않아왔고, 그나마 2023년 개정된 의료법에서도 의료사고 관련 업무상과실치상 범죄를 반복적으로 저지른 의사에 대해서도 면허 규제를 할 수 없는 상태일 뿐만 아니라 일반 형사범죄로 벌금형 이하의 처벌을 받는 경우에도 최소한의 일시적인 면허정지 처분 근거 규정도 마련하고 있지 않다. 따라서 외국의 예가 우리나라 의사들의 형사처벌을 면제해야 할 근거가 된다고 볼 수 없다.

백보를 양보하여 만약 가정적으로 우리나라 의사들에 비해 외국의 의사들에 대한 형사처벌 비율이 낮다면(그와 같은 근거자료도 희박하다), 그만한 사회적 시스템이 갖추어져 있거나, 외국의 의사들의 윤리적인 수준이 갖추어져 의사 사회 내의 자정작용을 통해 형사 범죄 비율이 낮다고 볼 수 있으므로, 오히려 외국의 현황은 우리나라 의사들의 윤리적인 수준을 높이기 위한 자료로 활용하는 것이 우리의 미래 의료체계를 바람직하게 확립하는데 도움이 될 것이다.

## 나. 과실범에 대한 처벌 법제

우리나라 형법 제14조(과실)에서 ‘정상의 주의를 태만함으로 인하여 죄의 성립요소인 사실을 인식하지 못한 행위는 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하여 처벌한다’고 규정하고 있는 바, 형법과 각종 특별법상 형사처벌 규정은 고의범을 전제로 하고, 과실범은 아주 예외적으로 처벌하고 있는데, 형법에서 과실치사상죄, 과실교통방해죄, 과실일수죄, 과실폭발물성물건파열

114) 같은 자료, 101-102면 참조.

115) 정소영, “의료사고처리특례법의 과제 - 잉글랜드 Gross Negligence Manslaughter와 스코틀랜드 Culpable Homicide의 비교를 중심으로 -”, 법학연구 34권 1호, 연세대학교 법학연구원, 2024, 468면 참조.

116) 같은 논문, 481-482면 참조.

죄, 과실가스전기등방류죄, 과실가스전기등공급방해죄, 실화죄, 장물죄 등에서 예외적으로 과실범을 처벌하고 있다. 이 같이 예외적으로 과실범을 처벌하는 규정을 두고 있는 것은 이들 규정에 의한 보호법익에는 중대한 가치가 있기 때문일 것임은 다언을 요하지 않고, 이는 국민의 위임을 받은 입법자가 국회에서 선택한 것이며, 다소 차이는 있더라도 선진국에서도 이 같이 중대한 보호법익이 문제되는 영역에서는 고의범에 국한하지 않고 과실범에 대해서도 형사처벌을 예정하고 있다.

따라서 업무상과실치사상죄의 경우 많은 사람의 생명, 건강과 관련되는 업무에 종사하고 있는 철도 기관사, 비행기나 선박의 기장, 건설업자 등 다른 전문가 집단과의 형평성까지 고려하여야 하는 범죄 유형이므로, 의료인에 한해서만 업무상과실치사상죄 처벌 자체를 자제하여야 한다는 일부 견해는, 자칫 우리 사회의 안전과 직결되는 버팀목을 허무는 것일 수 있어서 신중한 접근이 필요하다.

필자가 느끼기에는 그동안 의료인에 대해서 전문가로서 존중하는 의미로 가급적 경한 형사처벌을 해 오던 사법적 관행이 있었던 것 아닌가 하는 생각이 들고(소위 일반인들이 언급하는 유전무죄라는 비판적 시각도 가능하다), 그런데 전술한 바와 같이 우리나라 의료인의 형사범죄에 대한 의료법상 면허규제가 과거와 달리(2000년 이전과 달리) 형사상 범죄를 저지르더라도 국내의 다른 전문직과 다르게 면허에 별다른 영향을 주지 않는 제도를 약 20년 이상 유지하여온 결과, 현재 우리나라 일부 의료인들의 경우(현행법의 맹점을 이용하도록 조언하는 변호사의 역할을 받아) 의료사고로 사상의 결과가 발생하여 설사 형사처벌을 받더라도 면허에는 지장이 없다는 인식이 팽배해 있는 것으로 보이고, 여기에 근래에 의료배상책임보험이 다소 확대되면서 민사배상책임은 보험을 통해 해결하고, 형사책임은 거의 문제되지 않거나 문제가 되더라도 면허에는 지장이 없다는 등 윤리적 기준이 허물어진 것은 아닌가 하는 우려를 하지 않을 수 없다.

만약 과실범에 대한 처벌이 형사정책적으로 문제가 있다면, 의료인 외에도 사회 전반적으로 형사법 개정을 검토하는 것은 별론으로 하더라도, 의료인에게만 특혜를 주자는 주장은 근거도 부족할 뿐만 아니라 국가의 생명보호 의무를 방기하는 문제점을 초래한다고 보아야 할 것이다.

#### 다. 현행법상 의료인에 대한 처벌 특례 규정

(1) 응급의료에 관한 법률에서 이미 응급의료종사나 응급처치 제공의무를 가진 자가 응급환자에 대해 응급의료를 제공하는 과정에서 사상의 결과가 발생하더라도, 응급의료행위에 불가피성이 있고 중대한 과실이 없다면, 임의적으로 형을 감면할 수 있는 규정을 마련하여 시행 중에 있다.<sup>117)</sup>



(2) 뿐만 아니라, 의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률에서도, 「형법」 제268조의 죄 중 업무상과실치상죄를 범한 보건의료인에 대하여 조정이 성립한 경우, 중상해를 제외하고, 피해자의 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없도록 규정하고 있다.<sup>118)</sup>

#### 라. 소결

따라서 실무상 경험과 사법연감 자료 등에 의하면, 법원에 접수된 민사 의료소송 사건 수가 연간 8-900건 접수되고 있고, 이 민사사건의 2.5%(연간 20-22.5건) 보다 낮게 형사기소가 이루어진 것으로 분석하고 있는 앞서 본 논문<sup>119)</sup>의 자료가 실제 형사사건 기소 건수를 더 설득력 있게 제시하고 있는 것으로 보이며, 결국 의사에 대한 형사기소는 연간 15건 내외로 이루어지고 있다고 보는 것이 타당해 보이며, 실무상 경험에 비추어도 받아들일만 하다. 그래서 우리나라 의사들에 대해 외국과 비교하여 과도하게 형사처벌하고 있다는 일각의 주장은 근거도 부족할 뿐만 아니라, 엄격하게 이루어지고 있는 외국의 의사자격 규제를 고려하지 못한 주장이다.

앞서 본 바와 같이, 과실범 처벌의 특례를 도입하는 일은 타 분야와의 형평성 측면이나 국가의 생명보호 의무 등에 비추어 바람직하지 않다.

이미 현행법은 응급상황에서 의료인의 처벌을 감경하도록 규정하고 있고, 상대적으로 중하지 않은 상해의 결과로 의료인이 형사적으로 어려움을 겪는 일을 줄여주기 위하여 중재원 조정시에 반의사불벌죄로 규정하는 등 형사처벌 특례를 규정하고 있다. 그럼에도 불구하고 오히려 의료기관이나 의료인들이 중재원의 조정시에 반의사불벌죄라는 특례 규정을 제대로 활용하지 않

117) 응급의료에 관한 법률 제63조(응급처치 및 의료행위에 대한 형의 감면) ① 응급의료종사자가 응급환자에게 발생한 생명의 위험, 심신상의 중대한 위해 또는 증상의 악화를 방지하기 위하여 긴급히 제공하는 응급의료로 인하여 응급환자가 사상(死傷)에 이른 경우 그 응급의료행위가 불가피하였고 응급의료행위자에게 중대한 과실이 없는 경우에는 정상을 고려하여 「형법」 제268조의 형을 감경(減輕)하거나 면제할 수 있다.

② 제5조의2제1호나목에 따른 응급처치 제공의무를 가진 자가 응급환자에게 발생한 생명의 위험, 심신상의 중대한 위해 또는 증상의 악화를 방지하기 위하여 긴급히 제공하는 응급처치(자동심장충격기를 사용하는 경우를 포함한다)로 인하여 응급환자가 사상에 이른 경우 그 응급처치행위가 불가피하였고 응급처치행위자에게 중대한 과실이 없는 경우에는 정상을 고려하여 형을 감경하거나 면제할 수 있다. <개정 2016. 5. 29.>

[전문개정 2011. 8. 4.]

118) 의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률 제51조(조정성립 등에 따른 피해자의 의사) ① 의료사고로 인하여 「형법」 제268조의 죄 중 업무상과실치상죄를 범한 보건의료인에 대하여는 제36조제3항에 따른 조정이 성립하거나 제37조제2항에 따라 조정절차 중 합의로 조정조서가 작성된 경우 피해자의 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없다. 다만, 피해자가 신체의 상해로 인하여 생명에 대한 위험이 발생하거나 장애 또는 불치나 난치의 질병에 이르게 된 경우에는 그러하지 아니하다.

② 제3장제2절에 따른 중재절차에서 「중재법」 제31조에 따른 화해중재판정서가 작성된 경우에도 제1항과 같다.

119) 김형선, 이진국, 김기영 공저, “의료행위의 형벌화 현황과 시사점”, 의료정책연구소, 2022, 100-102면 등 참조.

고 있는 것은 아닌지 생각해 볼 일이다(의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률에서 중재원에 조정을 신청하는 것은, 피해 환자 뿐만 아니라, 의료인 및 의료기관에서도 신청할 수 있도록 규정하고 있다). 이와 같은 법제나 그동안의 실무 현황에도 불구하고, 추가적으로 일반적인 특례를 더 확대 규정한다는 것은, 매우 신중해야 할 것이다.

오히려 그동안 의료인에 대해 관대한 수사 혹은 관대한 형사 처벌 관행이나 문제점은 없는지 점검해야 하고, 특히 형사재판에서 타 분야 보다 무죄율이 높다면, 당초 기소가 잘못되었을 것이라는 가능성 보다, 형사재판 절차에서 이루어지는 의료감정에서 의료인에 편파적인 불공정한 감정회신으로 인해서 무죄율이 높은 것일 수 있으므로, 의료형사 절차에서 의료감정 절차를 획기적으로 점검하거나, 의료감정의 불공정성을 전제한 수사와 재판 실무 개선이 필요할 것으로 보인다.

### III. 의료사고처리특례법 제정안의 문제점과 평가

#### 1. 문제점

앞에서 본 바와 같이, 정부는 2024. 2. 29.경 ‘필수의료 정책 패키지’ 중 의료사고 안전망 구축을 위해 「의료사고처리 특례법(안)」 제정 추진 관련 전문가·국민 의견수렴하는 것을 목적 ‘으로 하는 ‘의료사고처리 특례법(안) 공청회’를 개최하였다. 특례법안의 주요 내용은 의사가 보험에 가입하면 교통사고처럼 형사처벌을 면제하는 것이고, 실제로 교통사고처리 특례법을 벤치마킹하였다고 한다. 이와 관련하여 일부 언론에서 ‘교통사고 특례법은 운전자에게 잘못이 있다고 전제하고 불가피한 사고였다는 점을 운전자가 입증하도록 한 반면, 의료사고 특례법은 환자가 의사의 과실을 입증해야 하는 것을 전제로 하고 있다는 큰 차이점이 있고, 현재 의료소송은 심각한 정보 비대칭에도 불구하고 환자가 의사 과실을 입증하도록 해 환자에게 크게 불리하며, 이런 상황에서 의사에게 형사 면책까지 주어진다면 법의 저울은 의사 쪽으로 완전히 쏠릴 수 있다.’는 우려를 제기하기도 하였다.<sup>120)</sup>

그런데 특례법안은 입법례 측면이나 그동안의 논의 배경 등이 부족할 뿐만 아니라, 막연하게 우리나라 의사의 처벌이 외국에 비해 높다는 왜곡된 정보에 기인한 것으로 보인다(앞에서 의료인의 형사책임 현황 관련, 대한의사협회 산하 의료정책연구소의 자료에 심각한 오류가 있을 뿐만 아니라, 실무상 경험과도 큰 괴리가 있음을 지적하였고, 외국의 경우 우리나라와 달리 행정상 규제를 매우 엄격하게 하여 왔다는 차이가 있다는 점 등을 지적하였다).

이하에서 특례법안이 모방한 교통사고처리특례법 등의 법적 배경과 내용, 교특법 관련 위헌

120) 동아일보, 의사 형사책임 면제, 기울어진 운동장 더 쏠릴 우려[황설수설/신광영], 2024. 2. 6. (<https://www.donga.com/news/Opinion/article/all/20240206/123421001/1>) (2024. 6. 7. 방문).

판결 내용 등을 살펴보고, 앞서 본 의료사고 관련 민사책임 현황 및 개정 방향, 의료인의 행정상 규제 현황과 개정 방향, 의료인의 형사책임 현황과 입법방향 등에 비추어, 최근 제안된 특별법안의 문제점을 검토하기로 한다.

## 2. 교통사고 관련 민사책임과 형사책임 구조

### 가. 교통사고 관련 민사 및 형사 책임의 근거 규정

#### (1) 자동차손해배상 보장법상 무과실책임 규정

자동차손해배상 보장법(이하 ‘자배법’)이 시행되기 이전에 교통사고 피해자는 민법 제750조, 제756조<sup>121)</sup>를 근거로 가해자의 고의 또는 과실, 사고의 위법성, 위법행위와 손해사이의 인과관계 등 불법행위의 성립요건을 모두 주장 및 입증해야 비로소 손해배상을 받을 수 있었지만, 자배법 시행 이후에는 위 요건을 모두 입증할 필요 없이 운행자에 대하여 자동차의 운행으로 인하여 손해를 입었다는 점만 주장, 입증하면, 고의 또는 과실 유무를 불문하고 운행자의 배상책임이 인정되고, 반면 운행자가 면책요건을 주장, 입증해야 책임에서 벗어날 수 있다.<sup>122)</sup><sup>123)</sup> 실무상 면책요건을 입증하는 것이 매우 어렵게 규정되어 있기 때문에 자동차로 인해 손해배상 책임은 사실상 무과실책임으로 이해되고 있고, 교통사고 피해자는 교통사고를 당하더라도 적어도 자배법을 통해 손쉽게 민사상 손해배상을 받을 수 있는 것이다.

#### (2) 교통사고처리특별법상 처벌 특례

교통사고 가해자의 경우 형법상 업무상과실치사상죄로 처벌될 수 있는데, 교통사고처리특별법(이하 ‘교특법’)에서는 가해자가 도주차량 범죄, 사고 후 음주측정불응죄와 중앙선 침범 등 12대 과실 유형 및 중상해를 초래한 경우를 제외하고, 업무상과실치상죄(業務上過失致傷罪) 또는 중과실치상죄(重過失致傷罪)와 중대한 과실로 재물을 손괴한 경우에도, 보험가입을 조건으

121) 민법

제750조(불법행위의 내용) 고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다.

제756조(사용자의 배상책임) ①타인을 사용하여 어느 사무에 종사하게 한 자는 피용자가 그 사무집행에 관하여 제삼자에게 가한 손해를 배상할 책임이 있다. 그러나 사용자가 피용자의 선임 및 그 사무감독에 상당한 주의를 한 때 또는 상당한 주의를 하여도 손해가 있을 경우에는 그러하지 아니하다.

②사용자에 갈음하여 그 사무를 감독하는 자도 전항의 책임이 있다. <개정 2014. 12. 30.>

③전2항의 경우에 사용자 또는 감독자는 피용자에 대하여 구상권을 행사할 수 있다.

122) 자동차손해배상 보장법 제3조(자동차손해배상책임) 자기를 위하여 자동차를 운행하는 자는 그 운행으로 다른 사람을 사망하게 하거나 부상하게 한 경우에는 그 손해를 배상할 책임을 진다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 그러하지 아니하다.

1. 승객이 아닌 자가 사망하거나 부상을 당한 경우에 자기와 운전자가 자동차의 운행에 주의를 게을리 하지 아니하였고, 피해자 또는 자기 및 운전자 외의 제3자에게 고의 또는 과실이 있으며, 자동차의 구조상의 결함이나 기능상의 장애가 없었다는 것을 증명한 경우

2. 승객이 고의나 자살행위로 사망하거나 부상을 당한 경우

123) 서울중앙지방법원, 손해배상소송실무(교통·산재), 2017, 8면 등 참조.

로 공소(公訴)를 제기할 수 없도록 가해자에 대한 형사처벌 특례를 규정하고 있다.<sup>124)</sup>

124) 교통사고처리 특례법

제3조(처벌의 특례) ① 차의 운전자가 교통사고로 인하여 「형법」 제268조의 죄를 범한 경우에는 5년 이하의 금고 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.

② 차의 교통으로 제1항의 죄 중 업무상과실치상죄(業務上過失致傷罪) 또는 중과실치상죄(重過失致傷罪)와 「도로교통법」 제151조의 죄를 범한 운전자에 대하여는 피해자의 명시적인 의사에 반하여 공소(公訴)를 제기할 수 없다. 다만, 차의 운전자가 제1항의 죄 중 업무상과실치상죄 또는 중과실치상죄를 범하고도 피해자를 구호(救護)하는 등 「도로교통법」 제54조제1항에 따른 조치를 하지 아니하고 도주하거나 피해자를 사고 장소로부터 옮겨 유기(遺棄)하고 도주한 경우, 같은 죄를 범하고 「도로교통법」 제44조제2항을 위반하여 음주측정 요구에 따르지 아니한 경우(운전자가 채혈 측정을 요청하거나 동의한 경우는 제외한다)와 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위로 인하여 같은 죄를 범한 경우에는 그러하지 아니하다. <개정 2016. 1. 27., 2016. 12. 2.>

1. 「도로교통법」 제5조에 따른 신호기가 표시하는 신호 또는 교통정리를 하는 경찰공무원등의 신호를 위반하거나 통행금지 또는 일시정지를 내용으로 하는 안전표지가 표시하는 지시를 위반하여 운전한 경우
2. 「도로교통법」 제13조제3항을 위반하여 중앙선을 침범하거나 같은 법 제62조를 위반하여 횡단, 유턴 또는 후진한 경우
3. 「도로교통법」 제17조제1항 또는 제2항에 따른 제한속도를 시속 20킬로미터 초과하여 운전한 경우
4. 「도로교통법」 제21조제1항, 제22조, 제23조에 따른 앞지르기의 방법·금지시기·금지장소 또는 끼어들기의 금지를 위반하거나 같은 법 제60조제2항에 따른 고속도로에서의 앞지르기 방법을 위반하여 운전한 경우
5. 「도로교통법」 제24조에 따른 철길건널목 통과방법을 위반하여 운전한 경우
6. 「도로교통법」 제27조제1항에 따른 횡단보도에서의 보행자 보호의무를 위반하여 운전한 경우
7. 「도로교통법」 제43조, 「건설기계관리법」 제26조 또는 「도로교통법」 제96조를 위반하여 운전면허 또는 건설기계조종사면허를 받지 아니하거나 국제운전면허증을 소지하지 아니하고 운전한 경우. 이 경우 운전면허 또는 건설기계조종사면허의 효력이 정지 중이거나 운전의 금지 중인 때에는 운전면허 또는 건설기계조종사면허를 받지 아니하거나 국제운전면허증을 소지하지 아니한 것으로 본다.
8. 「도로교통법」 제44조제1항을 위반하여 술에 취한 상태에서 운전을 하거나 같은 법 제45조를 위반하여 약물의 영향으로 정상적으로 운전하지 못할 우려가 있는 상태에서 운전한 경우
9. 「도로교통법」 제13조제1항을 위반하여 보도(步道)가 설치된 도로의 보도를 침범하거나 같은 법 제13조제2항에 따른 보도 횡단방법을 위반하여 운전한 경우
10. 「도로교통법」 제39조제3항에 따른 승객의 추락 방지책의무를 위반하여 운전한 경우
11. 「도로교통법」 제12조제3항에 따른 어린이 보호구역에서 같은 조 제1항에 따른 조치를 준수하고 어린이의 안전에 유의하면서 운전하여야 할 의무를 위반하여 어린이의 신체를 상해(傷害)에 이르게 한 경우
12. 「도로교통법」 제39조제4항을 위반하여 자동차의 화물이 떨어지지 아니하도록 필요한 조치를 하지 아니하고 운전한 경우

제4조(보험 등에 가입된 경우의 특례) ① 교통사고를 일으킨 차가 「보험업법」 제4조, 제126조, 제127조 및 제128조, 「여객자동차 운수사업법」 제60조, 제61조 또는 「화물자동차 운수사업법」 제51조에 따른 보험 또는 공제에 가입된 경우에는 제3조제2항 본문에 규정된 죄를 범한 차의 운전자에 대하여 공소를 제기할 수 없다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 제3조제2항 단서에 해당하는 경우
2. 피해자가 신체의 상해로 인하여 생명에 대한 위험이 발생하거나 불구(不具)가 되거나 불치(不治) 또는 난치(難治)의 질병이 생긴 경우
3. 보험계약 또는 공제계약이 무효로 되거나 해지되거나 계약상의 면책 규정 등으로 인하여 보험회사, 공제조합 또는 공제사업자의 보험금 또는 공제금 지급의무가 없어진 경우

② 제1항에서 “보험 또는 공제”란 교통사고의 경우 「보험업법」에 따른 보험회사나 「여객자동차 운수사업법」 또는 「화물자동차 운수사업법」에 따른 공제조합 또는 공제사업자가 인가된 보험약관

### (3) 관련 결정례

헌법재판소는, 교통사고처리특례법 제4조 제1항 등 위헌확인 사건{2009. 2. 26. 2005헌마 764, 2008헌마118(병합) 전원재판부}에서, “교통사고 피해자가 업무상 과실 또는 중대한 과실로 인하여 ‘중상해’를 입은 경우에 대하여, 이 사건 법률조항은 자동차 수의 증가와 자가운전 확대에 즈음하여 운전자들의 종합보험 가입을 유도하여 교통사고 피해자의 손해를 신속하고 적절하게 구제하고, 교통사고로 인한 전과자 양산을 방지하기 위한 것으로 그 목적의 정당성이 인정되며, 그 수단의 적절성도 인정된다. 그러나 교통사고 피해자가 신체의 상해로 인하여 생명에 대한 위험이 발생하거나 불구 또는 불치나 난치의 질병에 이르게 된 경우, 즉 중상해를 입은 경우(형법 제258조 제1항 및 제2항 참조), 사고발생 경위, 피해자의 특이성(노약자 등)과 사고발생에 관련된 피해자의 과실 유무 및 정도 등을 살펴 가해자에 대하여 정식 기소 이외에도 약식기소 또는 기소유예 등 다양한 처분이 가능하고 정식 기소된 경우에는 피해자의 재판 절차진술권을 행사할 수 있게 하여야 함에도, 이 사건 법률조항에서 가해차량이 종합보험 등에 가입하였다는 이유로 교통사고처리특례법 제3조 제2항 단서조항(이하, ‘단서조항’이라고 한다)에 해당하지 않는 한 무조건 면책되도록 한 것은 기본권침해의 최소성에 위반된다. 한편 우리나라 교통사고율이 OECD 회원국에 비하여 매우 높고, 교통사고를 야기한 차량이 종합보험 등에 가입되어 있다는 이유만으로 그 차량의 운전자에 대하여 공소제기를 하지 못하도록 한 입법례는 선진 각국의 사례에서 찾아보기 힘들며, 가해자는 자칫 사소한 교통법규위반을 대수롭지 않게 생각하여 운전자로서 요구되는 안전운전에 대한 주의의무를 해태하기 쉽고, 교통사고를 내고 피해자가 중상해를 입은 경우에도 보험금 지급 등 사고처리는 보험사에 맡기고 피해자의 실질적 피해회복에 성실히 임하지 않는 풍조가 있는 점 등에 비추어 보면 이 사건 법률조항에 의하여 중상해를 입은 피해자의 재판절차진술권의 행사가 근본적으로 봉쇄된 것은 교통사고의 신속한 처리 또는 전과자의 양산 방지라는 공익을 위하여 위 피해자의 사익이 현저히 경시된 것이므로 법익의 균형성을 위반하고 있다. 따라서 이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 위반하여 업무상 과실 또는 중대한 과실에 의한 교통사고로 중상해를 입은 피해자의 재판절차진술권을 침해한 것이라 할 것이다.”고 판시하는 등 업무상과실 또는 중대한 과실로 인한

또는 승인된 공제약관에 따라 피보험자와 피해자 간 또는 공제조합원과 피해자 간의 손해배상에 관한 합의 여부와 상관없이 피보험자나 공제조합원을 갈음하여 피해자의 치료비에 관하여는 통상비용의 전액을, 그 밖의 손해에 관하여는 보험약관이나 공제약관으로 정한 지급기준금액을 대통령령으로 정하는 바에 따라 우선 지급하되, 중국적으로는 확정판결이나 그 밖에 이에 준하는 집행권원(執行權原)상 피보험자 또는 공제조합원의 교통사고로 인한 손해배상금 전액을 보상하는 보험 또는 공제를 말한다.

③ 제1항의 보험 또는 공제에 가입된 사실은 보험회사, 공제조합 또는 공제사업자가 제2항의 취지를 적은 서면에 의하여 증명되어야 한다.

교통사고로 말미암아 피해자로 하여금 중상해에 이르게 한 경우에 공소를 제기할 수 없도록 규정한 부분은 청구인들의 재판절차진술권 및 평등권을 침해하여 헌법에 위반된다고 판단하였다.

#### (4) 소결

(가) 교통사고처리특례법은 전국민(운전면허가 있든 없든)을 대상으로 하여, 형사처벌 특례를 규정하는 법률이고, 제정시점부터 사망 사건은 특례 대상에서 제외하였고, 중상해의 경우 위헌 판결을 거쳐 특례에서 제외하고 있다. 그래서 특례가 적용되는 형사범죄는 경미한 상해사건이고, 그것도 가해자의 도주차량 범죄, 사고 후 음주측정불응죄와 중앙선 침범 등 12대 과실 유형은 특례에서 다시 제외하는 등 가해자에 대한 적절한 응보를 통해 피해자 보호, 교통사고의 억제 등을 꾀하고 있다.

(나) 무엇보다 교통사고 영역은, 자동차손해배상 보장법에 따라 가해자에 대해 사실상 무과실책임을 인정하고, 엄격한 면책요건에 대한 입증책임을 부담하게 하는 등 적어도 민사영역에서만이라도 피해자를 두텁게 보호하고 있다.

(다) 최근 음주운전 교통사고, 초등학교 앞 교통사고 등이 사회적으로 문제화되면서, 전반적으로 교통사고 관련 법규나 처벌이 가중되는 방향으로 법률이 개정되어 왔다. 따라서 만약 교통사고 영역에서 사망 사건이나 중상해 사건이 발생한 경우, 형사 처벌 특례를 추진한다거나, 형사책임의 감경을 시도하는 등의 입법 시도가 있다면, 이미 헌법재판소에서 중상해에 대한 형사처벌 특례가 헌법에 위반된다고 판단한 이상 헌법에 위반된다고 보아야 할 것임은 물론, 그와 같은 시도는 국민적 저항에 직면할 것임은 명약관화하다.

### 3. 특례법안 규정의 문제점과 평가

#### 가. 특례법안의 주요 규정

특례법안에서는 필수의료행위<sup>125)</sup>, 형사처벌 특례<sup>126)</sup>, 보험 등에 가입한 경우의 특례<sup>127)</sup>, 필

125) 특례법안

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. “의료행위등”이란 의료인이 환자에 대하여 실시하는 진단·검사·치료·의약품의 처방 및 조제 등의 행위를 말한다.
2. “의료사고”란 의료행위등으로 인하여 사람의 생명·신체 및 재산에 대하여 피해가 발생한 경우를 말한다.
3. “의료인”이란 「의료법」 제2조제1항에 따른 의사·치과의사·한의사·조산사 및 간호사를 말한다.
4. “필수의료행위”란 「응급의료에 관한 법률」 제2조제1호에 따른 응급환자에 대한 의료행위등과 중증질환·분만 등 생명과 신체에 중대한 위해가 발생할 수 있거나 난이도가 높은 의료행위등으로서 대통령령으로 정하는 것을 말한다.

126) 제4조(처벌의 특례) ① 의료인이 의료행위등으로 인하여 「형법」 제268조의 죄를 범한 경우에는 5년 이하의 금고 또는 2천

수의료행위에 대한 형의 감면<sup>128)</sup> 규정을 두고, 업무상과실치상죄 또는 중과실치상죄를 범한 의료인에 대해, 12가지 유형(절차적 규정들 위반 유형 및 몇 가지 유형의 진료상 과실 유형) 및 중상해를 초래한 경우를 제외하고, 보험(또는 공제) 가입을 조건으로, 공소를 제기할 수 없도록 하였다.

만원 이하의 벌금에 처한다.

- ② 의료행위등으로 제1항의 죄 중 업무상과실치상죄 또는 중과실치상죄를 범한 의료인이 「의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률」 제45조의2제1항의 보험 또는 공제에 가입한 경우에는 **피해자의 명시적인 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.**
1. 의료인이 「의료법」 제21조제1항 및 제3항에 따른 기록의 전부 또는 일부에 대한 열람 또는 사본 교부 요청을 정당한 사유 없이 거부한 경우
  2. 의료인이 「의료법」 제22조제1항에 따른 진료기록부, 조산기록부, 간호기록부, 그 밖의 진료에 관한 기록(같은 법 제23조제1항에 따른 전자의무기록을 포함하며, 추가 기재·수정된 경우 추가 기재·수정된 진료기록부등 및 추가 기재·수정 전의 원본을 모두 포함한다. 이하 “진료기록부등”이라 한다.)을 기록·작성·보존하지 아니하거나 진료기록부등을 거짓으로 작성하거나 고의로 사실과 다르게 추가 기재·수정한 경우
  3. 의료인이 「의료법」 제38조의2제2항, 제6항 및 제9항을 위반하여 영상정보를 촬영·보관하지 아니하거나 변조·훼손한 경우
  4. 의료인이 「의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률」 제27조 제4항에 따라 조정신청서를 송달받은 날부터 14일 이내에 조정절차에 응하고자 하는 의사를 통지하지 아니한 경우
  5. 「의료법」 제24조의2제1항에 따라 설명하고 동의를 받은 내용과 다른 내용의 수술, 수혈, 전신마취로 의료사고가 발생한 경우
  6. 진료기록과 다른 의약품이 투여되거나 용량 또는 경로가 진료기록과 다르게 투여되어 의료사고가 발생한 경우
  7. **환자나 수술 부위를 착오하여 다른 환자나 부위를 수술한 경우**
  8. 약제에 대한 필수적인 과민반응조사를 하지 아니하고 약제를 투여한 경우
  9. 혈액형이 일치하지 아니하는 혈액을 수혈한 경우
  10. 유효기간이 경과하거나 변질된 의약품을 사용한 경우
  11. 1회용 의료기구를 재사용하여 감염시킨 경우
  12. **의학적으로 인정되지 아니하거나 의학적 판단에 의하지 아니한 의료행위등을 한 경우**

#### 127) 특례법안

제5조(보험 등에 가입된 경우의 특례) ① 의료인이 「보험업법」 제4조, 제126조 및 제128조, 「의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률」 제45조에 따른 보험 또는 공제에 가입된 경우에는 제4조제2항 본문에 규정된 죄를 범한 의료인에 대하여 공소를 제기할 수 없다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 제4조제2항 단서에 해당하는 경우
  2. 피해자가 신체의 상해로 인하여 생명에 대한 위험이 발생하거나 불구가 되거나 불치 또는 난치의 질병이 생긴 경우(제2조제4호에 따른 필수의료행위로 인하여 발생한 경우는 제외한다)
  3. 보험계약 또는 공제계약이 무효로 되거나 해지되거나 계약상의 면책 규정 등으로 인하여 보험회사, 공제조합 또는 공제사업자의 보험금 또는 공제금 지급의무가 없어진 경우
- ② 제1항에서 “보험 또는 공제”란 「의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률」 제45조의2제1항에 따른 의료인을 가입 대상으로 하여 「보험업법」에 따른 보험회사나 「의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률」에 따른 공제조합 또는 공제사업자가 인가된 보험약관 또는 승인된 공제약관에 따라 **피보험자와 피해자 간 또는 공제조합원과 피해자 간의 손해배상에 관한 합의 여부와 상관없이** 피보험자나 공제조합원을 갈음하여 피해자의 치료비에 관하여는 통상비용의 전액을, 그 밖의 손해에 관하여는 보험약관이나 공제약관으로 정한 지급기준금액을 대통령령으로 정하는 바에 따라 우선 지급하되, 종국적으로는 확정판결이나 그 밖에 이에 준하는 집행권원(執行權原)상 피보험자 또는 공제조합원의 의료사고로 인한 손해배상금 전액을 보상하는 보험 또는 공제를 말한다.
- ③ 제1항의 보험 또는 공제에 가입된 사실은 보험회사, 공제조합 또는 공제사업자가 제2항의 취지를 적은 서면에 의하여 증명되어야 한다.

#### 128) 특례법안

제6조(필수의료행위에 대한 형의 감면) 의료인이 환자에게 발생한 생명의 위험, 심신상의 중대한 위해 또는 증상의 악화를 방지하기 위하여 제공하는 **필수의료행위로 인하여 환자가 사망**에 이른 경우 그 필수의료행위가 불가피하였고 「보험업법」 제4조, 제126조 및 제128조, 「의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률」 제45조에 따른 보험 또는 공제에 가입된 경우에는 정상을 고려하여 제4조제1항의 형을 감경(減輕)하거나 면제할 수 있다. 다만, 제4조제2항 단서에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.



또한 특례법안은 더 나아가 필수의료행위로 인해 발생한 ‘중상해’에 대해서 보험가입을 조건으로 공소를 제기할 수 없게 하고, 필수의료행위로 인하여 환자가 ‘사망’에 이른 경우에도, 위 12가지 유형을 제외하고, 보험가입을 조건으로 임의적으로 형을 감면할 수 있도록 규정하고 있다.

## 나. 문제점 및 평가

### (1) 적용 대상과 범위 측면의 위헌성

앞서 본 바와 같이, 교통사고처리특례법은 전국민(운전면허 소지 불문)을 대상으로 하여, 형사처벌 특례를 규정하는 법률이고, 1981년 제정<sup>129)</sup>시점부터 ‘사망 사건은 특례 대상에서 제외’하였고, ‘중상해의 경우 위헌 판결을 거쳐 특례에서 제외’하고 있다. 그래서 특례가 적용되는 형사범죄는 경미한 상해사건이고, 그것도 가해자의 도주차량 범죄, 사고 후 음주측정불응죄 뿐만 아니라 중앙선 침범 등 12대 과실 유형은 특례에서 다시 제외하는 등 가해자에 대한 적절한 응보를 통해 피해자 보호, 교통사고의 억제 등을 꾀하고 있다.

그런데 의료사고처리특례법안은, 정부에서도 교통법을 모방하였다는 점을 명시적으로 밝히거나 비교하고 있는데, 전국민을 대상으로 하는 것이 아니라, 의사면허를 취득한 특정 의료인에 대한 형사처벌 특례를 규정하는 법안이므로, 평등원칙에 반한다고 보아야 한다. 만약 특례법안이 통과된다면, 우리나라 소방관, 경찰관, 비행기 기장, 선박 기장, 건설기술자나 노동자, 산업 현장 등 각종 직역이나 분야에서도 특례법안을 주장할 수 있고, 이를 막을 명분을 찾기 어려울 것으로 예측된다.<sup>130)</sup> 그래서 적용 대상 측면 하나만 놓고 보더라도, 특례법안은 평등원칙을 위반하는 법안으로, 헌법에 위반되는 것으로 사료된다.

또한, 특례법안은, 필수의료행위로 인해 발생한 ‘중상해’에 대해서 보험가입을 조건으로 공소를 제기할 수 없게 하고, 필수의료행위로 인하여 환자가 ‘사망’에 이른 경우에도, 위 12가지

129) 구 교통사고처리특례법[시행 1982. 1. 1.] [법률 제3490호, 1981. 12. 31.], 제정이유

자동차의 운전이 국민생활의 기본요소가 되어가는 현실에 부응하여 교통사고를 일으킨 운전자에 대한 형사처벌등의 특례를 정함으로써 교통사고로 인한 피해의 신속한 회복을 촉진하고 국민생활의 편익을 증진하려는 것임.

①자동차등의 운전자에 업무상과실 또는 중대한 과실로 사람을 상해하거나 타인의 재물을 손괴한 경우 신호위반·중앙선침범·무면허운전·주취운전등으로 인한 사고를 제외하고는 피해자의 의사에 반하여 당해 운전자를 처벌할 수 없도록 함.

②교통사고를 일으킨 자동차등의 교통사고로 인한 피해에 대한 손해배상금 전액을 보상하는 보험 또는 공제에 가입된 때에는 피해자로부터 처벌을 원하지 아니하는 의사가 있는 것으로 보아 당해 교통사고를 일으킨 운전자를 처벌하지 아니하도록 함.

③허위의 보험 또는 공제가입에 관한 증명서류를 발급하거나 이를 행사한 자에 대하여 3년이하의 징역 또는 300만원이하의 벌금에 처하도록 함.

130) 같은 취지의 칼럼으로, 중앙일보, 오피니언 신현호의 법과 삶, 의료인 형사책임특례는 평등원칙에 반한다, 2024. 2. 1. 게재 (<https://www.joongang.co.kr/article/25226122#home>)(방문일자 2024. 6. 9.)



유형을 제외하고, 보험가입을 조건으로 임의적으로 형을 감면하도록 규정하고 있는데, 이미 교  
특별에서 사망사건을 형사처벌 특례에서 제외하고 있고, 사망이 아닌 중상해의 결과 관련 특례  
를 규정하는 것에 대해 헌법재판소에서 위헌판단을 한 상황이므로, 특례법안의 중상해 및 사망  
사건에 대한 특례 규정은 위헌으로 보아야 한다.

필수의료행위라는 개념으로 헌법 위반을 피할 수 있는지 여부 관련하여, 필수의료행위라는  
것은 상대적인 개념이고, 가령 일반적으로 필수분야가 아니라고 여기는 성형외과, 피부과의 경  
우에도, 기형을 교정하는 각종 수술이 시행되고 있고, 흑색종이라는 피부과 종양은 생명을 앗  
아갈 수 있는 질환이므로, 성형외과나 피부과에서도 필수의료행위 보다 중요한 의료행위가 적  
지 않다. 이외에도 다른 전문 분야에서도 필수의료행위는 적지 않은데, 결국 의료행위 전반으  
로 확대될 수밖에 없고, 필수냐 비필수냐 하는 어려운 사회적 논란을 야기할 것인바, 바람직한  
논란인지 의문이다.

실무상 경험에 의하면, 의료사고 관련 형사책임을 무겁게 진 경우는, 필수의료분야의 의사가  
아니라, 대부분 비필수 분야, 미용·성형의료 영역에서 사고를 초래한 의사들이다.<sup>131)</sup> 그래서  
필수의료 분야의 의사들을 위해서 형사처벌 특례를 논의한다는 것은, 법원 실무나 형사 실무를  
제대로 파악하지 못한 데서 비롯된 것은 아닌지 우려된다. 의료사고특례법안을 제정하면, 필수  
의료 분야의 의사 수가 증가할 수 있다는 객관적인 자료는 찾기 어렵다. 미용·성형외과나 비보  
험 영역에서 의료사고로 중상해, 사망 사건이 빈번히 발행하고 있고, 이 경우 실무상 필수의료  
분야에 비해 형사처벌 가능성이나 처벌 수위가 높음에도 불구하고, 미용·성형 분야로 의사들이  
몰리는 현상은 이를 뒷받침한다고 볼 수 있다.

또한 필수의료행위라는 개념을 어렵게 개념 규정하고, 어느 정도 그 외연을 확정할 수 있다  
고 가정하더라도, 본래 의료행위라는 것은 인간의 생명과 건강을 지키기 위한 필수적인 행위로  
출발하였는데, 환자가 필수의료행위 진료를 받는 과정에서 의료인의 잘못이 개입되었다고 하  
여, 가해자인 의사를 형사처벌하지 못하도록 한다는 것을, 직관적으로 국민감정상 용인할 수  
있는지도 의문이다(강력하고 광범위한 국민적 저항이 예상된다). 물론 필수의료행위로 인한 중  
상해 및 사망에 대한 특례는, 교특별에 대한 기존 헌법재판소 결정에서 보는 바와 같이, 과잉  
금지원칙을 위반하는 등의 이유로 평등권 및 피해자의 재판절차진술권을 침해하여 위헌으로  
사료된다.

무엇보다 의료사고로 인한 생명권 침해가 교통사고로 인한 생명권 침해보다 경미하다거나

131) 고 신해철의 의료사고를 초래한 의사는, 필수분야를 전공한 의과의사이나, 정작 비만수술이라는 미용, 성형 분야의 수술을  
하여 사고를 초래하였고, 수술실 CCTV가 의료법에 도입된 계기가 된 고 권대회 군의 사망을 초래한 의사는 성형외과 전문  
의로 안면윤곽술이라는 성형수술을 시행하였다.

가치가 없다는 등의 가정은 생각하기 어렵기 때문이다.

## (2) 피해자 보호(배상) 정책이나 입법 부재

### (가) 민사배상 측면

앞서 보나 바와 같이, 교통사고 영역은, 자동차손해배상 보장법에 따라 가해자에 대해 사실상 무과실책임을 인정하고, 엄격한 면책요건에 대한 입증책임을 부담하게 하는 등 적어도 민사영역에서만이라도 피해자를 두텁게 보호하고 있다.

그런데, 의료사고 피해자(상해, 사망)는, 민사상 배상을 받기 위하여, 민법 일반규정(불법행위 혹은 채무불이행책임)의 엄격한 법률요건(고의 또는 과실, 위법성, 손해와 의료행위 사이의 인과관계)를 입증해야 하고, 그나마 이 입증을 위해 의료소송 실무에서 필수적으로 의료감정을 법원에서 요구하고 있으나, 정작 그 의료감정에서 감정인인 의사들이, 앞서 본 바와 같이, 감정지연, 감정반송, 편파적이거나 불공정한 감정결과를 회신하고 있고, 이로 인해 의료사고 피해자측에서 권리를 구제 받는 일은 매우 어려운 상황이다. 설상가상으로 의료사고 피해자가 소송에서 패소하면, 사회, 경제적으로 우위에 있는, 의사, 의료기관의 변호사보수까지 피해자가 부담해야 하는 법제이다.

따라서 특례법안이 모방하고 있는 교특법은, 교통사고 배상책임이 손쉽게 인정되는 것을 전제로 형사처벌 특례를 고안한 것인바, 이번 특례법안은 의료사고로 인한 피해자들에 대한 손해배상, 피해자 보호를 선결적으로 해결하지 않은 채, 성급하게 의료인의 형사처벌 특례를 제안한 것으로 보인다. 교특법상 특례를 위해 가장 중요한 부분이 민사상 책임을 먼저 인정하는 것인데, 정작 이 부분에 대한 고려는 부족한 것으로 평가된다.

결국 특례법안의 제대로 추진되기 위해서는, 위에서 검토한 적용대상이나 적용범위의 위헌성에 대한 문제점 외에도, 의료사고 피해자의 손해배상책임을 제대로 인정하기 위한 시도가 선행되어야 할 것이다.

### (나) 보상 확대 측면

특례법안의 추진 배경으로 보상 확대가 언급되고 있는데, 이는 특례법안의 직접적인 근거로 보기 어렵다. 특례법안의 내용에 보상이 확대될 수 있는 근거는 없는 상태이고, 보상 제도는 중재원의 불가항력 의료사고 보상 사업을 어느 정도로 확대할 것인가 하는 주제이고, 의료사고 피해자에 대한 보상확대는 특례법안이나 금번 의료인 형사책임 완화 논의와 별개로 당연히 추진해 가야 하는 과제로 보인다.

앞서 본 바와 같이, 불가항력 사고에 대한 보상 제도 역시 이미 의료사고 피해구제 및 의료

분쟁 조정 등에 관한 법률에 있는 제도이고<sup>132)</sup>, 국가의 보상 제도를 확대한다는 방향은 의료 사고 영역 외에도 사회 각 영역에서 국가의 재정이 허락하는 한 확대해야 한다는 점에서 구체적인 대안이 중요하고 명목적인 논의는 큰 의미가 없다.<sup>133)</sup>

### (3) 의료인의 보험가입과 대불제도와 비교

현재 한국의료분쟁조정중재원은 손해배상금 대불제도를 운영하고 있는바, 대불제도는 의료사고로 인한 피해자가 법원의 판결 및 한국의료분쟁조정중재원의 조정성립 등으로 확정된 금원을 지급받지 못하였을 경우 한국의료분쟁조정중재원이 우선 미지급금을 지급하고 추후 손해배상의무자에게 구상하는 제도이다.<sup>134)</sup> 피해자 입장에서는 가해 의사의 자력이 없는 경우에도 대불금을 지급받음으로써 손해를 배상받을 수 있는 상황이다.

따라서 피해 환자 입장에서는 이미 대불제도가 존재하는 이상, 특례법안의 보험 가입 여부는 환자측에서 특별히 도움을 주는 내용으로 볼 수 없고, 반면 손해배상책임이 인정되었을 경우 의료기관측의 경영상의 어려움을 예방할 수 있는 제도로서, 의료인측에 도움되는 제도로 보인다. 다만, 근래에 일부 사건에서 배상범위가 과거보다 확대되는 경우가 있으므로, 규모가 작은 개인 의료기관의 경영상 어려움을 막기 위하여, 보상의 범위를 확대하는 공적 보험을 도입하는 방안에 대해서는 긍정적으로 평가한다(현재에도 사보험 혹은 공제 형태의 의료사고배상책임보험 상품이 있으나, 보상한도가 어느 정도 한계가 있는 것으로 알려져 있으므로, 이 부분은 정부나 국회에서 관심을 가질 필요가 있다).

### (4) 형사 처벌 및 행정상 규제 측면

#### (가) 현행 실무상 의료인에 대한 형사처벌 측면

의료인에 대한 업무상과실치사상 처벌 관련 법원과 검찰 실무 관련, 우리나라 의사들에 대해

132) 의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률 제46조(불가항력 의료사고 보상) ① 조정중재원은 보건의료인이 충분한 주의의무를 다하였음에도 불구하고 불가항력적으로 발생하였다고 의료사고보상심의위원회에서 결정한 분만(分娩)에 따른 의료사고로 인한 피해를 보상하기 위한 사업(이하 “의료사고 보상사업”이라 한다)을 실시한다.

② 보건복지부장관은 의료사고 보상사업에 드는 비용을 부담하여야 한다. <개정 2023. 6. 13.>

③ 삭제 <2023. 6. 13.>

④ 삭제 <2023. 6. 13.>

⑤ 제1항에 따른 의료사고보상심의위원회의 구성 및 운영, 보상의 범위, 보상금의 지급기준 및 절차 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다. <개정 2018. 12. 11., 2023. 6. 13.>

133) 일본에서 오래 전부터 의료사고 관련 보상 제도로 불가항력적 산과 분만 사고에 대해 2-3억 원 가량으로 보상하고 있으나, 우리나라는 한국의료분쟁조정중재원 출범 10년이 경과하였음에도, 3천만 원을 상한으로 하는 정도의 보상제도를 운영하고 있는 것이 전부인데, 이를 실효적으로 개선하려는 노력이 필요하고, 의료사고 처리 특례법 추진을 위한 반대 급부로 활용할 자료가 되는 것은 바람직하지 못하다.

134) 이하 의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률 제5장, 제47조 및 제 48조 참조;  
<https://k-medi.or.kr/web/lay1/S1T867C868/contents.do> (방문일자 2023. 9. 17.) 참조.

외국과 비교하여 과도하게 형사처벌하고 있다는 일각의 주장은 근거도 부족할 뿐만 아니라, 엄격하게 이루어지고 있는 외국의 의사자격 규제를 고려하지 못한 주장이다.

무엇보다 이미 현행법은 응급상황에서 의료인의 처벌을 감경하도록 규정하고 있고, 상대적으로 중하지 않은 상해의 결과로 의료인이 형사적으로 어려움을 겪는 일을 줄여주기 위하여 중재원 조정시에 반의사불벌죄로 규정하는 등 형사처벌 특례를 규정하고 있다. 이와 같은 법제나 그동안의 실무 현황에도 불구하고, 추가적으로 일반적인 특례를 더 확대 규정한다는 것은, 매우 신중해야 할 것이다.

오히려 그동안 의료인에 대해 관대한 수사 혹은 관대한 형사 처벌 관행이나 문제점은 없는지 점검해야 하고, 특히 형사재판에서 타 분야 보다 무죄율이 높다면, 당초 기소가 잘못되었을 것이라는 가능성 보다, 형사재판 절차에서 이루어지는 의료감정에서 의료인에 편파적인 불공정한 감정회신으로 인해서 무죄율이 높은 것일 수 있으므로, 의료형사 절차에서 의료감정 절차를 획기적으로 점검하거나, 의료감정의 불공정성을 전제해 수사 및 재판 실무 개선이 필요할 것으로 보인다.

#### (나) 행정상 규제 측면

2023. 의료법 개정 당시 의료인 면허를 받은 이후 의료행위 중 형법 제268조(업무상과실·중과실 치사상)<sup>135)</sup>의 죄를 범하여 제8조 제4호부터 제6호까지의 어느 하나에 해당하더라도 면허를 취소할 수 없도록 예외를 두었는데, 의료사고로 환자를 사상케 하더라도, 면허에 아무런 규제를 할 수 없는 상태이다. 이 때문에 업무상 과실행위로 여러 명의 환자를 죽음에 이르게 하거나 상해의 피해를 주어 금고형을 선고받는 의료인, 가령 故 신해철 사건에서 문제된 바 있었던 의사와 같은 의료인의 면허를 규제할 수 없는 상황은 계속될 것으로 보인다.

따라서 의료사고로 업무상과실치사상 범죄로 환자를 사상케 한 의료인에 대하여 필수적으로 면허를 취소하는 규정의 도입에 대해서는 장기적으로 의료인의 윤리적 수준, 범죄 현황, 국민 감정 등을 고려하여 검토할 일이나, 적어도 업무상과실치사상으로 금고 이상의 형의 선고를 받은 의료인에 대하여 ‘임의적 면허취소’ 규정은 조속히 도입을 검토할 필요가 있다.

또한 개정 의료법에서 일반 형사범죄로 금고이상의 형을 선고 받는 경우에 면허를 필요적으로 취소하도록 개정되었으므로, 일반 형사범죄로 금고형에 미치지 못하는 벌금형 이하의 형을 선고 받는 경우에 대하여 품위 손상 행위 정도로 보아 시행령에 면허자격 정지 처분 사유로 규정하거나, 의료법에 명확히 면허정지 처분의 근거를 마련하는 것이 개정 의료법의 취지에 부

135) 형법 제268조(업무상과실·중과실 치사상) 업무상과실 또는 중대한 과실로 인하여 사람을 사상에 이르게 한 자는 5년 이하의 금고 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.

합할 것으로 보인다.

#### (5) 특례법안의 구체적인 내용 관련 의견

특례법안은 특례를 규정하면서도 12가지 유형(절차적 규정들 위반 유형 및 몇 가지 유형의 진료상 과실 유형)의 예외를 규정하고 있는바, 절차적 규정들의 완결성에 의문이 간다. 추가적인 유형의 중요 절차규정이 도입되면, 다시 법률을 개정해야 하는데, 현실적으로 개정이 어렵기 때문에 개정이 필요하지 않는 수준으로 완결성을 갖추어야 할 것으로 보인다.

또한 몇 가지 유형의 진료상 과실 유형을 예외 사유로 규정하고 있는데, 구체적 규정 방법과 추상적 규정 방법, 행위 유형별 과실을 규정하는 방법 등에 대한 깊이 있는 연구가 필요한 분야이다.

의료과실은 크게 실무상 진료상 과실과 설명의무 위반으로 구분<sup>136)</sup>되고 판례를 통해 구체화되는데, 학자마다 분류가 다양하나 진단, 주사, 투약, 수술, 수혈, 마취, 요양·간호 등의 지도 과실과 같이 구분하기도 한다.<sup>137)</sup> 의료과실을 진료상 과실과 설명의무 위반이라는 전통적인 시각에서 크게 구분하되, 전자의 경우는 검사상 과실, 진단상 과실, 처치상 과실, 지도·설명 의무 위반, 조직구성상 과실 등으로 유형을 나눌 수 있다.<sup>138)</sup>

오늘날 환자가 뒤바뀌는 전통적인 유형의 사건 외에도, 매우 다양한 영역과 분야에서 엉뚱한 사고가 발생하고 있는데, 특례법안의 예외 규정들은, 체계적인 측면이나 연구의 깊이 등의 측면에서, 수용할 만한 수준으로 보기 어렵다. 물론 특례의 예외를 수용할 것인가 하는 문제는, 위에서 본 특례법안의 위헌성 등의 문제점이 해결된 후에 고려할 사항이라고 볼 것이다.

### IV. 의료사고 관련 개선방안 및 입법방향

#### 1. 민사상 구제 제도

##### 가. 의료감정 제도 개선

의료사고 피해구제 절차에서, 실무상 의료감정을 필수적으로 요구하고 있는바(법원의 의료감

136) Pauge/Offenloch, *Arzthaftungsrecht*, Neue Entwicklungslinien der BGH-Rechtsprechung, 14. Aufl. 2018, Rn 164ff.; Laufs/Katzenmeier, *Arztrecht* 7. Aufl. S. 103ff, S. 335ff.; Deutsch/Spickhoff, S. 185ff., S. 261ff.; D. Giesen, *Arzthaftungsrecht*, 4. Aufl. 1995, Rn. 68ff., Rn. 200ff.; 2015, 김용빈, *의료과실의 의미와 판단기준*, 99면 이하 참조. 이 논문에서는 의료과실의 구체적인 유형으로 진료상 과실 및 설명의무 위반 외에 수인한도를 넘는 불성실한 진료를 유형으로 언급하고 있다.

137) 이은영, 채권각론, 2007, 931-933면; 백경희, *의료사고 민사책임의 성립과 범위에 관한 연구 : 새로운 쟁점을 중심으로*, 고려대학교 대학원, 박사학위논문, 2009(이하 '의료사고 민사책임의 성립과 범위에 관한 연구'), 32면 이하 참조. 이 논문에서도 진단상의 과실, 수술상의 과실, 경과관찰 및 전원상의 과실, 주사상의 과실, 투약상의 과실, 수혈상의 과실, 마취상의 과실, 설명의무 위반으로 유형을 구분하고 있다.

138) MüKoBGB/Wagner § 630h Rn. 98ff., 105ff. 다만 설명의무 위반 유형은 상론하지 않고 본고의 주제와 관련되는 범위에 서만 살피기로 한다.

정 및 중재원의 감정), 의료감정의 절차지연으로 인한 재판지연의 문제와 의료감정 결과의 불공정성 문제 역시 심각한 상황이다.

이러한 의료감정의 지연과 불공정성의 문제를 해결하기 위해, 법원, 의협, 종합병원, 중재원의 실무적인 노력이 절실한 상황이고, 입법적으로 국회는 의료 감정절차(감정기관 선정 및 회신 기간 개선) 및 감정비용의 적정성, 의료감정의 공정성과 객관성을 담보하기 위해서, 민사소송법, 의료법 등 관련 법률에 감정거부, 감정 고의지연, 편파감정을 방지하기 위한 입법적 노력을 다할 필요성이 있다. 의료감정의 공정성, 객관성 및 절차의 신속성 확보는 의료영역에서 국민들의 재판청구권을 실효적으로 보장하는 수단일 뿐만 아니라 궁극적으로 실질적인 법치주의를 보장하는 길이다.

#### **나. 소송비용 부담 제도 개선**

우리나라는 소송비용은 당사자 중 패소자의 부담을 원칙으로 하면서, 패소한 당사자의 경제적 어려움이나 소송의 난이도, 입증의 어려움 등의 이유로 패소한 손해배상(의) 사건 등에서도 일률적으로 패소자부담의 원칙이 관철되고 있는 것으로 보인다. 이 때문에 가령 소액의 배상만 인정되는 손해배상 사건(성형의료사고, 고령의 환자 의료사고 사망사건, 고령의 피해자가 교통사고와 기왕질환이 경합되어 사망한 사건 등)에서는 일부 승소하였음에도 오히려 손해배상금보다 많거나 비슷한 수준으로 의료기관이나 보험회사에 소송비용을 물어주어야 하는 사례 역시 빈발하고 있다. 즉 우리의 패소자부담 원칙은 승소한 당사자에게 오히려 ‘상처뿐인 영광’을 주는 문제점을 고스란히 가지고 있는 것이다.

우리는 원래 일본이나 미국처럼 변호사 보수에 있어서는 각자 부담하는 방식을 따르고 있었고, 시민사회 단체나 일반 국민들의 충분한 검증 없이 군사정부 시대에 남소 방지라는 목적에 치중하여 민사소송법을 개정하였으나, 우리사회의 구조적인 문제점을 지적하는 등 순기능을 하고 있는 공익소송이나, 임상의료에서 의료진의 업무상의 주의의무를 확인하고 국민의 건강권을 보호하는 역할을 할 수 있는 의료소송에서 또 입증의 부담이 큰 영역의 전문가 소송에서 일률적인 변호사 보수의 패소자 부담 원칙을 관철함으로써 재판청구권의 과도한 제한이 발생하고 있는 영역이 있다. 이제 이를 공론화하고 문제점을 개선할 수 있는 민사소송법의 개정을 신중히 검토할 때가 되었다.

#### **다. 입증책임 전환을 담은 법률 필요**

의료계약은 체결 빈도나 계약의 목적이 생명과 건강을 다룬다는 특수성에 비추어 어떤 법률관계 보다 강도 높은 보호와 법적 안정성이 필요한 분야이다. 의료계약의 지위, 사회 변화 및

의료면허 관리체계의 문제점, 기존 민사법 규정의 한계와 법적 안정성 결여 문제, 소송상 문제점과 법원 역할의 한계, 비교법적 환경(불법행위법에 계약법으로 이동)과 민법개정에 관한 연구 등을 종합적으로 고려할 때, 더 늦지 않게 우리나라 민법전에 의료계약을 전형계약으로 도입할 필요성이 있고, 이를 통해 환자의 증명곤란 완화, 의료제공자와 임상의료현장에 법적 안정성을 제공할 수 있을 것이다.

의료계약을 도입하게 되면 책임 인정의 근거가 되는 조문의 입증책임이 중요한 문제가 될 것인데, 증거의 편재와 증명곤란 등을 고려할 때, 최근 발의된 법안들과 같이 입증책임을 전환하는 형태가 바람직할 것으로 보인다.

개정 방법으로 일반법인 민법에 포괄적인 규정을 담는 방안, 기 발의된 법안과 같이 입증책임 전환 내용이 포함된 특별법(의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률)을 개정하는 방안 모두 가능할 것으로 보인다.

## 라. 보상 제도 확대

불가항력 사고에 대한 중재원 보상 제도는 이미 의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률에 있는 제도인바<sup>139)</sup>, 이를 실효적으로 확대할 필요성이 있다.

## 2. 행정상 규제

의료사고로 업무상과실치사상 범죄로 환자를 사상케 한 의료인에 대하여 필수적으로 면허를 취소하는 규정의 도입에 대해서는 장기적으로 의료인의 윤리적 수준, 범죄 현황, 국민 감정 등을 고려하여 검토할 일이나, 적어도 업무상과실치사상으로 금고 이상의 형의 선고를 받은 의료인에 대하여 ‘임의적 면허취소’ 규정은 조속히 도입을 검토할 필요가 있다. 다만 임의적 면허취소 위원회를 의료인 중심으로 구성하여 의료계 스스로 문제 의료인에 대한 징계를 할 수 있도록 기회를 주되, 법률과 의료를 아울러 판단할 수 있는 변호사와 같은 규범적 측면에서의 전문가, 국민과 피해자의 입장에서 평가할 수 있는 일반 시민들이 50% 이상 위원으로 위촉될 필요성이 있다.

139) 의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률 제46조(불가항력 의료사고 보상) ① 조정중재원은 보건의료인이 충분한 주의의무를 다하였음에도 불구하고 불가항력적으로 발생하였다고 의료사고보상심의위원회에서 결정한 분만(分娩)에 따른 의료사고로 인한 피해를 보상하기 위한 사업(이하 “의료사고 보상사업”이라 한다)을 실시한다.

② 보건복지부장관은 의료사고 보상사업에 드는 비용을 부담하여야 한다. <개정 2023. 6. 13.>

③ 삭제 <2023. 6. 13.>

④ 삭제 <2023. 6. 13.>

⑤ 제1항에 따른 의료사고보상심의위원회의 구성 및 운영, 보상의 범위, 보상금의 지급기준 및 절차 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다. <개정 2018. 12. 11., 2023. 6. 13.>

현행 개정 의료법의 면허정지 사유로 살인죄, 강간죄, 성범죄, 폭력행위등처벌에관한법률위반 등 일반적인 형사범죄가 누락되어 있어, 면허정지와 같은 최소한의 규제도 하기 어렵다. 개정 의료법에서 일반 형사범죄로 금고이상의 형을 선고 받는 경우에 면허를 필요적으로 취소하도록 개정되었으므로, 일반 형사범죄로 금고형에 미치지 못하는 벌금형 이하의 형을 선고 받는 경우에 대하여 품위 손상 행위 정도로 보아 시행령에 면허자격 정지 처분 사유로 규정하거나, 의료법에 명확히 면허정지 처분의 근거를 마련하는 것이 개정 의료법의 취지에 부합할 것으로 보인다.

### 3. 형사처벌 관련 법규

실무상 경험과 사법연감 자료 등에 의하면, 법원에 접수된 민사 의료소송 사건 수가 연간 8-900건 접수되고 있고, 이 민사사건의 2.5%(연간 20-22.5건) 보다 낮게 형사기소가 이루어진 것으로 분석하고 있는 앞서 본 논문<sup>140)</sup>의 자료가 실제 형사사건 기소 건수를 더 설득력 있게 제시하고 있는 것으로 보이며, 결국 의사에 대한 형사기소는 연간 15건 내외로 이루어지고 있다고 보는 것이 타당해 보인다. 그래서 우리나라 의사들에 대해 외국과 비교하여 과도하게 형사처벌하고 있다는 일각의 주장은 근거도 부족할 뿐만 아니라, 엄격하게 이루어지고 있는 외국의 행정상 의사자격 규제를 고려하지 못한 주장이다.

과실범 처벌의 특례를 도입하는 일은 타 분야와의 형평성 측면이나 국가의 생명보호 의무 등에 비추어 바람직하지 않다.

이미 현행법은 응급상황에서 의료인의 처벌을 감경하도록 규정하고 있고, 상대적으로 중하지 않은 상해의 결과로 의료인이 형사적으로 어려움을 겪는 일을 줄여주기 위하여 중재원 조정시에 반의사불벌죄로 규정하는 등 형사처벌 특례를 규정하고 있다. 그럼에도 불구하고 오히려 의료기관이나 의료인들이 중재원의 조정시에 반의사불벌죄라는 특례 규정을 제대로 활용하지 않고 있는 것은 아닌지 생각해 볼 일이다(의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률에서 중재원에 조정을 신청하는 것은, 피해 환자 뿐만 아니라, 의료인 및 의료기관에서도 신청할 수 있도록 규정하고 있다). 이와 같은 법제나 그동안의 실무 현황에도 불구하고, 추가적으로 일반적인 특례를 더 확대 규정한다는 것은, 매우 신중해야 할 것이다.

오히려 그동안 의료인에 대해 관대한 수사 혹은 관대한 형사 처벌 관행이나 문제점은 없는지 점검해야 하고, 특히 형사재판에서 타 분야 보다 무죄율이 높다면, 당초 기소가 잘못되었을 것이라는 가능성 보다, 형사재판 절차에서 이루어지는 의료감정에서 의료인에 편파적인 불공정

140) 김형선, 이진국, 김기영 공저, “의료행위의 형벌화 현황과 시사점”, 의료정책연구소, 2022, 100-102면 등 참조.



한 감정회신으로 인해서 무죄율이 높은 것일 수 있으므로, 의료형사 절차에서 의료감정 절차를 획기적으로 점검하거나, 의료감정의 불공정성을 전제해 수사와 재판 실무 개선이 필요할 것으로 보인다.

#### 4. 의료사고처리 특례법안의 위헌성

가. 교통사고처리특례법은 전국민(운전면허 소지 불문)을 대상으로 하여, 형사처벌 특례를 규정하는 법률이고, 1981년 제정시점부터 ‘사망 사건은 특례 대상에서 제외’하였고, ‘중상해의 경우 위헌 판결을 거쳐 특례에서 제외’하고 있다. 그래서 특례가 적용되는 형사범죄는 경미한 상해사건이고, 그것도 가해자의 도주차량 범죄, 사고 후 음주측정불응죄 뿐만 아니라 중앙선 침범 등 12대 과실 유형은 특례에서 다시 제외하는 등 가해자에 대한 적절한 응보를 통해 피해자 보호, 교통사고의 억제 등을 꾀하고 있다.

그런데 의료사고처리특례법안은, 정부에서도 교통법을 모방하였다는 점을 명시적으로 밝히거나 비교하고 있는데, 전국민을 대상으로 하는 것이 아니라, 의사면허를 취득한 특정 의료인에 대한 형사처벌 특례를 규정하는 법안이므로, 평등원칙에 반한다고 보아야 한다. 만약 특례법안이 통과된다면, 우리나라 소방관, 경찰관, 비행기 기장, 선박 기장, 건설기술자나 노동자, 산업 현장 등 각종 직역이나 분야에서도 특례법안을 주장할 수 있고, 이를 막을 명분을 찾기 어려울 것으로 예측된다.<sup>141)</sup> 그래서 적용 대상 측면 하나만 놓고 보더라도, 특례법안은 평등원칙을 위반하는 법안으로, 헌법에 위반되는 것으로 사료된다.

또한, 특례법안은, 필수의료행위로 인해 발생한 ‘중상해’에 대해서 보험가입을 조건으로 공소를 제기할 수 없게 하고, 필수의료행위로 인하여 환자가 ‘사망’에 이른 경우에도, 위 12가지 유형을 제외하고, 보험가입을 조건으로 임의적으로 형을 감면하도록 규정하고 있는데, 이미 교통법에서 사망사건을 형사처벌 특례에서 제외하고 있고, 사망이 아닌 중상해의 결과 관련 특례를 규정하는 것에 대해 헌법재판소에서 위헌판단을 한 상황이므로, 특례법안의 중상해 및 사망 사건에 대한 특례 규정은 위헌으로 보아야 한다.

본래 의료행위라는 것은 인간의 생명과 건강을 지키기 위한 필수적인 행위로 출발하였는데, 환자가 필수의료행위 진료를 받는 과정에서 의료인의 잘못이 개입되었다고 하여, 가해자인 의사를 형사처벌하지 못하도록 한다는 것을, 직관적으로 국민감정상 용인할 수 있는지도 의문이다(강력하고 광범위한 국민적 저항이 예상된다). 물론 필수의료행위로 인한 중상해 및 사망에 대한 특례는, 교통법에 대한 기존 헌법재판소 결정에서 보는 바와 같이, 과잉금지원칙을 위반

141) 같은 취지의 칼럼으로, 중앙일보, 오피니언 신현호의 법과 삶, 의료인 형사책임특례는 평등원칙에 반한다, 2024. 2. 1. 게재 (<https://www.joongang.co.kr/article/25226122#home>)(방문일자 2024. 6. 9.)

하는 등의 이유로 평등권 및 피해자의 재판절차진술권을 침해하여 위헌으로 사료된다. 의료사고로 인한 생명권 침해가 교통사고로 인한 생명권 침해보다 경미하다거나 가치가 없다는 등의 가정은 생각하기 어렵기 때문이다.

나. 뿐만 아니라 앞서 본 바와 같이, 우리나라 현행 의료사고 관련 피해자 보호(배상) 정책이나 입법 부재, 형사 처벌 및 행정상 규제 측면의 문제점, 특례법안의 구체적인 문제점 등을 고려할 때, 선결적으로 해결해야 할 문제들이 산적해 있는 상황에서의 특례법안의 논의는, 위헌성 논란 외에도, 사상누각이라는 비판을 피하기 어려울 것으로 보인다.

따라서 이상과 같은 의료사고 관련 민사, 행정, 형사상 현황과 문제점, 개선방안이나 입법방향, 교통사고처리특례법안의 법적 배경과 내용, 의료사고 관련 보호법익은 우리 헌법이 최우선으로 가치로 삼고 있는 국민의 건강과 생명이라는 점과 국가는 국민에 대한 보호의무를 다해야 한다는 점 등을 종합적으로 고려하여, 특례법안에 관한 논의는 매우 신중히 이루어질 필요가 있다.

## □ 별지 관련 법률 규정

### ○ 민법

제390조(채무불이행과 손해배상) 채무자가 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때에는 채권자는 손해배상을 청구할 수 있다. 그러나 채무자의 고의나 과실없이 이행할 수 없게 된 때에는 그러하지 아니하다.

제750조(불법행위의 내용) 고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다.

제756조(사용자의 배상책임) ①타인을 사용하여 어느 사무에 종사하게 한 자는 피용자가 그 사무집행에 관하여 제삼자에게 가한 손해를 배상할 책임이 있다. 그러나 사용자가 피용자의 선임 및 그 사무감독에 상당한 주의를 한 때 또는 상당한 주의를 하여도 손해가 있을 경우에는 그러하지 아니하다.

②사용자에 갈음하여 그 사무를 감독하는 자도 전항의 책임이 있다. <개정 2014. 12. 30.>

③전2항의 경우에 사용자 또는 감독자는 피용자에 대하여 구상권을 행사할 수 있다.

### ○ 형법

[시행 2023. 8. 8.] [법률 제19582호, 2023. 8. 8., 일부개정]

제268조(업무상과실·중과실 치사상) 업무상과실 또는 중대한 과실로 사람을 사망이나 상해에 이르게 한 자는 5년 이하의 금고 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.

[전문개정 2020. 12. 8.]

○ 자동차손해배상 보장법 ( 약칭: 자동차손배법 )

[시행 2023. 5. 16.] [법률 제19055호, 2022. 11. 15., 일부개정]

제3조(자동차손해배상책임) 자기를 위하여 자동차를 운행하는 자는 그 운행으로 다른 사람을 사망하게 하거나 부상하게 한 경우에는 그 손해를 배상할 책임을 진다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 그러하지 아니하다.

1. 승객이 아닌 자가 사망하거나 부상한 경우에 자기와 운전자가 자동차의 운행에 주의를 게을리 하지 아니하였고, 피해자 또는 자기 및 운전자 외의 제3자에게 고의 또는 과실이 있으며, 자동차의 구조상의 결함이나 기능상의 장애가 없었다는 것을 증명한 경우
2. 승객이 고의나 자살행위로 사망하거나 부상한 경우

제4조(「민법」의 적용) 자기를 위하여 자동차를 운행하는 자의 손해배상책임에 대하여는 제3조에 따른 경우 외에는 「민법」에 따른다.

○ 교통사고처리 특례법 ( 약칭: 교통사고처리법 )

[시행 2017. 12. 3.] [법률 제14277호, 2016. 12. 2., 일부개정]

제3조(처벌의 특례) ① 차의 운전자가 교통사고로 인하여 「형법」 제268조의 죄를 범한 경우에는 5년 이하의 금고 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.

② 차의 교통으로 제1항의 죄 중 업무상과실치상죄(業務上過失致傷罪) 또는 중과실치상죄(重過失致傷罪)와 「도로교통법」 제151조의 죄를 범한 운전자에 대하여는 피해자의 명시적인 의사에 반하여 공소(公訴)를 제기할 수 없다. 다만, 차의 운전자가 제1항의 죄 중 업무상과실치상죄 또는 중과실치상죄를 범하고도 피해자를 구호(救護)하는 등 「도로교통법」 제54조제1항에 따른 조치를 하지 아니하고 도주하거나 피해자를 사고 장소로부터 옮겨 유기(遺棄)하고 도주한 경우, 같은 죄를 범하고 「도로교통법」 제44조제2항을 위반하여 음주측정 요구에 따르지 아니한 경우(운전자가 채혈 측정을 요청하거나 동의한 경우는 제외한다)와 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위로 인하여 같은 죄를 범한 경우에는 그러하지 아니하다. <개정 2016. 1. 27., 2016. 12. 2.>

1. 「도로교통법」 제5조에 따른 신호기가 표시하는 신호 또는 교통정리를 하는 경찰공무원

등의 신호를 위반하거나 통행금지 또는 일시정지를 내용으로 하는 안전표지가 표시하는 지시를 위반하여 운전한 경우

2. 「도로교통법」 제13조제3항을 위반하여 중앙선을 침범하거나 같은 법 제62조를 위반하여 횡단, 유턴 또는 후진한 경우
3. 「도로교통법」 제17조제1항 또는 제2항에 따른 제한속도를 시속 20킬로미터 초과하여 운전한 경우
4. 「도로교통법」 제21조제1항, 제22조, 제23조에 따른 앞지르기의 방법·금지시기·금지장소 또는 끼어들기의 금지를 위반하거나 같은 법 제60조제2항에 따른 고속도로에서의 앞지르기 방법을 위반하여 운전한 경우
5. 「도로교통법」 제24조에 따른 철길건널목 통과방법을 위반하여 운전한 경우
6. 「도로교통법」 제27조제1항에 따른 횡단보도에서의 보행자 보호의무를 위반하여 운전한 경우
7. 「도로교통법」 제43조, 「건설기계관리법」 제26조 또는 「도로교통법」 제96조를 위반하여 운전면허 또는 건설기계조종사면허를 받지 아니하거나 국제운전면허증을 소지하지 아니하고 운전한 경우. 이 경우 운전면허 또는 건설기계조종사면허의 효력이 정지 중이거나 운전의 금지 중인 때에는 운전면허 또는 건설기계조종사면허를 받지 아니하거나 국제운전면허증을 소지하지 아니한 것으로 본다.
8. 「도로교통법」 제44조제1항을 위반하여 술에 취한 상태에서 운전을 하거나 같은 법 제45조를 위반하여 약물의 영향으로 정상적으로 운전하지 못할 우려가 있는 상태에서 운전한 경우
9. 「도로교통법」 제13조제1항을 위반하여 보도(歩道)가 설치된 도로의 보도를 침범하거나 같은 법 제13조제2항에 따른 보도 횡단방법을 위반하여 운전한 경우
10. 「도로교통법」 제39조제3항에 따른 승객의 추락 방지 의무를 위반하여 운전한 경우
11. 「도로교통법」 제12조제3항에 따른 어린이 보호구역에서 같은 조 제1항에 따른 조치를 준수하고 어린이의 안전에 유의하면서 운전하여야 할 의무를 위반하여 어린이의 신체를 상해(傷害)에 이르게 한 경우
12. 「도로교통법」 제39조제4항을 위반하여 자동차의 화물이 떨어지지 아니하도록 필요한 조치를 하지 아니하고 운전한 경우

[전문개정 2011. 4. 12.]

제4조(보험 등에 가입된 경우의 특례) ① 교통사고를 일으킨 차가 「보험업법」 제4조, 제126조, 제127조 및 제128조, 「여객자동차 운수사업법」 제60조, 제61조 또는 「화물자동차

운수사업법」 제51조에 따른 보험 또는 공제에 가입된 경우에는 제3조제2항 본문에 규정된 죄를 범한 차의 운전자에 대하여 공소를 제기할 수 없다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 제3조제2항 단서에 해당하는 경우

2. 피해자가 신체의 상해로 인하여 생명에 대한 위험이 발생하거나 불구(不具)가 되거나 불치(不治) 또는 난치(難治)의 질병이 생긴 경우

3. 보험계약 또는 공제계약이 무효로 되거나 해지되거나 계약상의 면책 규정 등으로 인하여 보험회사, 공제조합 또는 공제사업자의 보험금 또는 공제금 지급의무가 없어진 경우

② 제1항에서 “보험 또는 공제”란 교통사고의 경우 「보험업법」에 따른 보험회사나 「여객자동차 운수사업법」 또는 「화물자동차 운수사업법」에 따른 공제조합 또는 공제사업자가 인가된 보험약관 또는 승인된 공제약관에 따라 피보험자와 피해자 간 또는 공제조합원과 피해자 간의 손해배상에 관한 합의 여부와 상관없이 피보험자나 공제조합원을 갈음하여 피해자의 치료비에 관하여는 통상비용의 전액을, 그 밖의 손해에 관하여는 보험약관이나 공제약관으로 정한 지급기준금액을 대통령령으로 정하는 바에 따라 우선 지급하되, 종국적으로는 확정판결이나 그 밖에 이에 준하는 집행권원(執行權原)상 피보험자 또는 공제조합원의 교통사고로 인한 손해배상금 전액을 보상하는 보험 또는 공제를 말한다.

③ 제1항의 보험 또는 공제에 가입된 사실은 보험회사, 공제조합 또는 공제사업자가 제2항의 취지를 적은 서면에 의하여 증명되어야 한다.

[전문개정 2011. 4. 12.]

○ 의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률 ( 약칭: 의료분쟁조정법 )

[시행 2020. 10. 8.] [법률 제17212호, 2020. 4. 7., 일부개정]

제51조(조정성립 등에 따른 피해자의 의사) ① 의료사고로 인하여 「형법」 제268조의 죄 중 업무상과실치상죄를 범한 보건의료인에 대하여는 제36조제3항에 따른 조정이 성립하거나 제37조제2항에 따라 조정절차 중 합의로 조정조서가 작성된 경우 피해자의 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없다. 다만, 피해자가 신체의 상해로 인하여 생명에 대한 위험이 발생하거나 장애 또는 불치나 난치의 질병에 이르게 된 경우에는 그러하지 아니하다.

② 제3장제2절에 따른 중재절차에서 「중재법」 제31조에 따른 화해중재판정서가 작성된 경우에도 제1항과 같다. <끝>



## 발표

### 정부의 의료사고처리특례법 제정안의 문제점과 주요 쟁점

안기종

한국환자단체연합회  
대표





## 정부의 의료사고처리특례법 제정안의 문제점과 주요 쟁점

(2024.06.12.)

한국환자단체연합회  
안기중 대표

### ▶ 4대 필수의료 정책 패키지-의료사고 안전망 구축

#### 의료사고 형사처벌 완화 특례법 제정 논의 배경

의료소송이 많은 난이도 높은 진료를 하는 필수의료 의사와 전공의 기피현상이 심화되자

의료사고 피해자와 유족의 입증 부담 완화 및 신속하고 충분한 피해 구제를 전제로



의료사고 형사처벌을 완화하는 특례법 제정에 대한 사회적 논의를 시작함

## ▶ 4대 필수의료 정책 패키지-의료사고 안전망 구축

### 「의료분쟁 제도개선 협의체」 사회적 논의 파행

보건복지부는 2023년 11월 2일부터 법조계(한국형사법학회, 한국법학교수회, 대한변호사협회), 의료계(대한의사협회, 대한병원협회, 대한민국의학한림원), 소비자계(경제정의실천시민연합, 소비자공익네트워크, 한국환자단체연합회) 등 관련 이해관계자가 참여하는 「의료분쟁 제도개선 협의체」(이하, 협의체)를 구성해 의료사고 피해자 구제방안과 의료인의 의료사고 부담 완화를 방안을 찾는 사회적 논의를 진행했다.

그러나 7차까지 진행된 회의에도 불구하고 <의료계의 의료사고처리특례법 제정 요구>와 <소비자계의 의료사고 관련 입증책임 전환 요구>가 팽팽히 맞서 더 이상의 회의 진행이 어렵게 되자, 정부는 협의체에서 논의되지 않은 의료계에 유리한 내용으로 2024년 2월 1일 일방적으로 의료사고처리특례법 제정 계획을 발표했다.

이에 협의체에 참여한 환자단체·소비자단체·시민단체 추천 위원들이 모두 협의체를 탈퇴해 사회적 논의는 중단되었다.

협의체는 환자단체·소비자단체·시민단체 추천 위원들이 모두 탈퇴한 후에도 추가로 회의를 2차례 열어 의료사고처리특례법 제정안을 마련해 2024년 2월 29일 공청회를 개최했다.

## ▶ 4대 필수의료 정책 패키지-의료사고 안전망 구축

### 국민과 함께하는 민생토론회

2024.02.01 <생명과 지역을 살리는 의료개혁>을 주제로 개최된 <국민과 함께하는 민생토론회>에서 윤석열 대통령과 조규홍 보건복지부장관은 「①의료인력 확충, ② 지역의료 강화, ③ 의료사고 안전망 구축, ④ 보상체계 공정성 제고」를 내용으로 하는 4대 필수의료 정책 패키지를 공개했다.



(출처: KBS)

#### 패키지 3 의료사고 안전망 구축

- ◆ (의료인) 충분한 환자 권리구제 전제 형사처벌 특례법 체계 도입, 보험공제 기반 민사소송 및 고액 배상 부담 완화
- ◆ (피해자) 실효적 보상체계 마련, 소송 전 의료인-피해자 간 소통 합의 → 소모적 소송 최소화,禮를 갖춘 신속충분한 구제 보장

## ▶ 4대 필수의료 정책 패키지-의료사고 안전망 구축

### 국민과 함께하는 민생토론회

#### □ 의료인 형사처벌 부담 완화

① (특례법 체계 도입) 보험·공제 가입을 전제로 의료사고 대상 공소제기를 제한하는 '의료사고처리특례법' 제정 추진('24)

\* 환자 동의 無, 의학적 판단 근거 無, 조정·중재 참여 거부 등은 특례 제외

- (반의사 불벌) 책임보험·공제 가입 시 피해자의 명시적 의사에 반하여 공소제기 불가
- (공소 제외) 피해 전액 보상 종합보험·공제 가입 시 공소제기 無
- (刑의 감면) 특위 필수의료 업무상 과실치사상죄 감면 방안 검토

◆ 특례 적용 범위(사망사고 포함 여부, 미용·성형 제외 등) 논의 추진

〈의료인 형사처벌 부담 완화 방안〉으로는 〈반의사불벌죄 특례, 공소제기 불가 특례, 필수의료행위 사망 임의적 감면 특례〉 포함함

## ▶ 4대 필수의료 정책 패키지-의료사고 안전망 구축

### 국민과 함께하는 민생토론회

(출처: KBS)

② (수사 개선) 특례법 도입 前 수사 및 처리 절차 개선('24)

- 형사조정 및 의료분쟁 조정·중재\* 적극 활용, 전문가\*\* 의견 반영 확대 및 감정 의뢰 前 피의자 측 소명 기회 부여

\* 조정·중재 시 공소권 없음 처분(의료분쟁조정법 제51조)

\*\* 의료자문위원 형사조정 참여, 합의 시 기소유예 등 양형 참작 사유 적극 반영

- 불필요한 소환조사 자제 및 신속한 수사, 중과실 없는 응급의료 사고에 대해 刑 감면 규정 적극 적용



윤석열 대통령은 민생토론회에서 2017년 발생한 이대목동병원 신생아 4명 중 환자실 집단사망 사건 관련해 경찰과 경찰의 과도한 의료인 소환 및 수사에 대해 언급했다.



## ▶ 4대 필수의료 정책 패키지-의료사고 안전망 구축

### 국민과 함께하는 민생토론회

잠깐 좀 국가라고 하는 것은 가장 기본적으로 어린이를 위한 나라가 돼야 됩니다. 그래서 저는 지금 우리 의료 시스템의 문제 중에 이런 소아과 오픈런이 가장 심각하다고 생각을 하는데, 제가 이것 때문에 작년에 연건동 서울대 소아과 병동에 가서 우리 의사 간 호사분들하고 간담회를 했었는데, 뭐 보상 체계도 중요하고 다 중요한데 소아과의 기피가 이렇게 집중적으로 발생하게 된 것이 과거에 <이대목동병원 신생아 사망 사건>으로 엄청난 의료인들이 수사기관에 불려 가서 조사를 받고 또 기소도 당하고 이런 일들이 이제 벌어졌습니다. 그러니까 보상 체계를 좀 강화해서 월급으로 올려주고 수당을 줘도 싫다 이겁니다. 이런 송사에 휘말리면 그로 인한 피해는 엄청나다. 그래서 이제 많은 소아과 인력들이 다른 분야로 막 넘어갔는데, 마침 이제 법무부 검찰국장이 왔기 때문에 이 법무 검찰에 제가 대통령으로서 당부하는 얘기가 하나 있습니다. 이 고소 고발이라는 게 억울한 피해자가 자기의 권리를 구제받기 위해서 하는 부분도 있지만, 또 이것이 어떤 민사나 이런 중재 과정에 있어서 상대방을 압박하는 수단으로 활용되는 경우도 많이 있습니다. 우리가 "전략적 고소 고발"이라고 하는데 전문가를 상대로, 특히 필수 의료 전문가를 상대로 하는 이런 고소 고발이 들어왔다고 그래서 어떤 전문가들이 참여하는 중재 절차라든지 이런 것 없이 검찰에서 또 경찰에서 직접 의사들을 막 불려 제끼고, 압박하고 이렇게 하는 것은 저도 뭐 과거에 이런 의료사고 사건을 처리한 적이 있습니다만 제가 솔직히 그 사건 한 건을 처리하기 위해서 한 달 동안 다른 일을 못 하고 미제를 수백 건을 남기면서 그 사건을 처리하기 위해서 공부를 했습니다. 지방에 근무할 때 연건동 서울대 병원 앞에 영어 의료 책자를 보기가 어려웠니까 한국, 우리말로 된 거 또 영어 책자도 같이 사서 비교해 가면서 다른 일을 다 중단하고 그리고 영상, 사진 이런 거를 사무실 유리창에 전부 붙여놓고 거기에 막대한 시간을 투입을 했습니다. 제가 이 말씀을 왜 드리는 거냐면, 그만큼 이게 열의를 가지고 공부를 하지 않으면 처리하기가 어려운 건데 이거는 그야말로 전문성이 필요한 사건처리다. 이 말이예요. 그런데 그런 준비도 없이 그냥 의사를 부르고 조사를 하고 이렇게 압박을 하게 되면은 다 병원을 떠나게 돼 있습니다. 그러니까 의료사고와 관련한 고소 고발이 있다고 해서 즉시 막 조사에 착수하고 하는 것은 그거는 정말 우리 환자를 위해 빠트리는 일이라는 점을 좀 이런 법무 정책적 입장에서 좀 신중하게 좀 해 달라는 당부를 하고 싶습니다.

**윤석열 대통령이 민생토론회에서 2017년 발생한 <이대목동병원 신생아 4명 중환자실 집단 사망 사건> 관련해 검찰의 과도한 의료인 소환 및 수사 관행에 대해 개선을 당부했던 내용**

## ▶ 4대 필수의료 정책 패키지-의료사고 안전망 구축

### 국민과 함께하는 민생토론회

□ 피해자 권리구제체계 확립(소송 前 조정·중재 및 선제적 보상 활성화)

① (조정·중재) 공정한 감정 기회 보장 등을 위해 '의료분쟁조정법'상 조정·중재 참여 거부 시 형사처벌 특례 적용 제외

- 신뢰성·공정성 제고를 위한 의료분쟁 조정·중재 제도 혁신\* 병행

\* 감정부 구성 합리화, 소수의견 기재 강화, 수탁 감정 개선, 감정 절차 표준화 등

② (책임보험) 형사처벌 특례법 체계 도입의 전제인 충분한 피해 보상을 위해 모든 의사 또는 의료기관의 책임보험·공제\* 가입 의무화

\* 현행 책임보험: 일부 민간보험, '의료사고배상공제'(의사협회 운영)

※ (의료사고배상공제) ▲ 가입현황('22.3): 의원급 34%(16,033명), 병원급 19%(813개)

▲ 최대 보상 5억원 시 年 보험료: 외과계 1,200만원, 산부인과 1,173만원, 내과계 120만원

**<의료사고 피해자 권리구제 방안>으로는 <의료분쟁 조정·중재 제도 혁신>을 병행하겠다는 내용본**

## ▶ 4대 필수의료 정책 패키지-의료사고 안전망 구축

### 국민과 함께하는 민생토론회

- 종합보험·공제 개발, 보험료 지원방안(필수진료 科, 전공의 등) 마련

< 참고: 의료사고 책임보험 해외사례 >

- ▶ (일본) 의사회 가입 시 의료배상책임보험 자동 가입, 회비에 보험료 포함
- ▶ (독일) 민간보험 배상책임제 운영, 의원급 의사 가입 의무화, 병원은 선택가입

③ (공공인프라)<sup>특위</sup> 공제 개발·운영(실효적 손해배상 + 보험료 적정화), 피해자 소통·상담, 안전관리 지원을 위한 가칭 '의료기관안전공제회' 설립\* 추진

\* 영유아보육법 근거 특수법인인 '보육시설안전공제회' 설치·운영 사례 참고

〈의료사고 피해자 권리구제 방안〉으로는 〈의료분쟁 조정·중재 제도 혁신〉을 병행하겠다는 내용뿐

## ▶ 4대 필수의료 정책 패키지-의료사고 안전망 구축

### 국민과 함께하는 민생토론회

□ 불가항력 의료사고 보상 강화

- (분만사고) 무과실 분만 사고 피해자 보상금 국가지원 확대(70→100%), 현실에 맞는 보상금 한도 설정
- (분만 外) 소아 진료 등 불가항력 의료사고 유형·사례 의학적 입증 시 적용 대상 확대 검토

〈의료사고 피해자 권리구제 방안〉으로는 〈의료분쟁 조정·중재 제도 혁신〉을 병행하겠다는 내용뿐



## ▶ 4대 필수의료 정책 패키지-의료사고 안전망 구축

### 보건복지부 의료사고처리특례법 제정안 공청회

- (반의사불벌 특례) ▲일반 상해 ▲중상해는 특례를 적용하되, ▲피해자 본인이 사망하여 처벌불원 의사표시가 불가능한 사망은 제외
  - 책임보험 가입 전제
- (종합보험 특례) ▲일반 상해는 특례를 적용하여 공소권 없음하고, ▲중상해는 필수의료만 공소권 없음, ▲사망은 필수의료만 임의적 감면
- (필수의료) ▲「응급의료법」에 따른 응급의료와 ▲중증질환·분만 등 생명·신체에 중대한 위해가 발생할 수 있거나 난이도가 높은 필수진료 (→ 하위법령 위임)

#### [의료사고처리 특례법]

제2조(정의) 4. "필수의료행위"란 「응급의료에 관한 법률」 제2조제1호에 따른 응급환자에 대한 의료행위등과 중증질환·분만 등 생명과 신체에 중대한 위해가 발생할 수 있거나 난이도가 높은 의료행위등으로서 대통령령으로 정하는 것을 말한다.

#### [응급의료에 관한 법률]

제2조(정의) 1. "응급환자"란 질병, 분만, 각종 사고 및 재해로 인한 부상이나 그 밖의 위급한 상태로 인하여 즉시 필요한 응급처치를 받지 아니하면 생명을 보존할 수 없거나 심신에 중대한 위해(危害)가 발생할 가능성이 있는 환자 또는 이에 준하는 사람으로서 보건복지부령으로 정하는 사람을 말한다.

**2024.02.27.** 보건복지부 안 법무부는 필수의료에 중시하는 의료진들의 사법 부담을 낮추기 위한 「**의료사고처리 특례법**」 제정안을 공개했고, **2024.02.29.** 국회도서관에서 **공청회**를 개최했다.

〈의료인 형사처벌 부담 완화 방안〉으로는 〈반의사불벌 특례, 공소제기 불가 특례, 필수의료행위 사망 임의적 감면 특례〉 포함함

## ▶ 4대 필수의료 정책 패키지-의료사고 안전망 구축

### 보건복지부 의료사고처리특례법 제정안 공청회

- (면책 제외 사유) ▲진료기록(= 배상책임 판단 자료) 누락 ▲의료분쟁조정 (= 감정·배상 절차) 거부 ▲의학적 상당성을 현저히 결여한 경우(→ 설명의무 위반, 기타 중과실 등)

#### [면책 제외 사유(의료사고처리 특례법 제4조 제2항 각 호)]

- ▲ 본인에 관한 기록 열람 또는 사본 교부 요청 거부(1호), 진료기록부등 미기재·허위 기재 등(2호), 영상정보 미활용·변조 등(3호)
- ▲ 「의료분쟁조정법」 상 조정불응(4호)
- ▲ 설명하고 동의를 받은 내용과 다른 내용의 수술 등(5호), 진료기록과 다른 의약품 투여(6호), 환자나 수술 부위 착오(7호), 필수적 과민반응조사 하지 않고 약제 투여(8호), 다른 혈액형 수혈(9호), 변질된 의약품 사용(10호), 1회용 의료기구 재사용 감염(11호), 의학적으로 인정되지 아니하거나 의학적 판단에 의하지 아니한 의료행위등(12호)

## ▶ 4대 필수의료 정책 패키지-의료사고 안전망 구축

### 한국의료분쟁조정중재원 「의료분쟁 조정 및 감정 제도혁신 TF」

한국의료분쟁조정중재원은 2024년 3월 21일 의료계(대한병원협회, 대한중소병원회), 법조계(대한변호사협회, 한국의료변호사협회), 소비자·시민단체(경제정의실천시민연합, 한국소비자단체협의회), 학계, 보건복지부, 한국의료분쟁조정중재원 등 12명으로 「**의료분쟁 조정 및 감정 제도혁신 TF**」를 구성해 세차례 정부가 의료개혁 4대 과제로 추진 중인 「**의료사고 안전망**」 구축을 위한 의료분쟁 조정·감정 제도의 혁신과제를 논의했다.

의료분쟁 조정의 실효성 강화, 감정의 신뢰도 제고 등 **의료분쟁 조정·감정 제도 개선**, 의료사고의 정보비대칭 완화를 위한 **대국민 정보제공 방안**, 기타 법령 정비사항 등

## ▶ 4대 필수의료 정책 패키지-의료사고 안전망 구축

### 의료개혁특별위원회 「의료사고 안전망 전문위원회」

정부는 2024년 4월 25일 「① 의료인력 확충, ② 지역의료 강화, ③ **의료사고 안전망 구축**, ④ 보상체계 공정성 제고」를 내용으로 하는 4대 필수의료 정책 패키지 추진을 위한 사회적 논의기구로 위원장(1인), 공급자단체(10인)·수요자단체(5인) 대표 또는 추천 전문가, 분야별 전문가(5), 정부위원(6인) 등 총 27인이 참여하는 **대통령 직속 「의료개혁특별위원회」** 출범했다.

「**의료개혁특별위원회**」는 (1) **의료인력 전문위원회**, (2) **전달체계·지역의료 전문위원회**, (3) **필수의료·공정보상 전문위원회**, (4) **의료사고 안전망 전문위원회** 4개의 전문위원회에서 **쟁점사항에 대해 세부 논의**를 진행한다.

## ▶ 4대 필수의료 정책 패키지-의료사고 안전망 구축

### 의료개혁특별위원회 「의료사고 안전망 전문위원회」

「의료개혁특별위원회」 산하 「**의료사고 안전망 전문위원회**」는 2024년 5월 16일 1차 회의를 시작했고, 병원계, 수요자단체(경제정의실천시민연합회, 녹색소비자연대, 한국환자단체연합회), 법조계, 학계 등 10명 참여해 현재 2차 회의(5월 30일)까지 진행했다.

#### ① 「의료사고처리특례법」 제정안 보완

○ 정부가 마련한 「의료사고처리특례법」 제정안 내용 중 <환자 권익증진> 및 <최선을 다한 진료 보호> 양 측면의 보완 방안 검토

→ 「의료사고처리특례법」 제정안 이외 **의료분쟁조정법 개정, 의료사고 피해자·유족의 형소고소 최소화 방안, 입증책임 완화·전환 등 논의**

#### ② 의료분쟁 조정제도 혁신

○ 현행 의료분쟁 조정, 중재 제도 혁신 방안(**조정절차 개시 요건 확대, 공정성·전문성 제고 위한 위원 구성, 정보 비대칭 완화 방안 등**) 논의를 통해 환자 입증부담 완화 및 권리구제 강화

#### ③ 새로운 의료사고처리시스템 전환 지원

○ 의료사고 보험 공제 관련 검토사항(가입 대상, 범위 등) 및 **보험료 지원**

○ 실효적 공제 개발·운영, 피해자 소통·상담, 의료기관 안전관리 강화 등을 지원할 공공인프라(의료기관 안전공제회) 설치 방안 마련

## ▶ 의료사고처리특례법 제정안 내용

### 의료사고처리특례법 제정안 내용

법률 제 호

#### 의료사고처리 특례법안

제1조(목적) 이 법은 업무상과실 또는 중대한 과실로 의료사고를 일으킨 의료인에 관한 형사처벌 등의 특례를 정하여 의료사고로 인한 피해의 신속한 회복을 촉진하고 의료인의 안정적인 진료환경을 조성하여 국민 보건환경과 국민생활의 편익을 증진함을 목적으로 한다.

정부는 <의료사고처리 특례법안>이라는 법률명으로 **제1조~제8조의 본문과 제1조~제2조의 부칙**으로 구성된 <의료사고처리특례법 제정안>을 공개함



## ▶ 의료사고처리특례법 제정안 내용

정부가 준비중인 **의료사고 피해자 및 유족 권리구제 방안**

**의료사고 입증책임 전환 ×**

**충분하고 신속한 손해배상 ○**

**의료분쟁 조정·중재 제도 개선**

**책임보험 또는 공제 의무가입**

## ▶ 의료사고처리특례법 제정안에 포함된 7개 특례 내용(01)

### 책임보험 가입 시 반의사불벌죄 특례

■제4조(처벌의 특례) ① 의료인이 의료행위등으로 인하여 「형법」 제268조의 죄를 범한 경우에는 5년 이하의 금고 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.

② 의료행위등으로 제1항의 죄 중 업무상과실치상죄 또는 중과실치상죄를 범한 의료인이 「의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률」 제45조의2제1항의 보험 또는 공제에 가입한 경우에는 피해자의 명시적인 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

① 의료인이 책임보험에만 가입해 있으면, 환자에게 **의료사고로 경상해 또는 중상해를 입혀도 환자가 형사처벌을 원하지 않는다는 의사**를 표시하면 경찰·검찰이 더 이상 수사를 할 수 없도록 했다.

## ▶ 의료사고처리특례법 제정안에 포함된 7대 특례 내용(02)

### 중합보험 가입 시 공소제기 불가 특례

■ 제5조(보험 등에 가입된 경우의 특례) ① 의료인이 「보험업법」 제4조, 제126조 및 제128조, 「의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률」 제45조에 따른 보험 또는 공제에 가입된 경우에는 제4조제2항 본문에 규정된 죄를 범한 의료인에 대하여 공소를 제기할 수 없다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 제4조제2항 단서에 해당하는 경우
2. 피해자가 신체의 상해로 인하여 생명에 대한 위험이 발생하거나 불구가 되거나 불치 또는 난치의 질병이 생긴 경우(제2조제4호에 따른 필수의료행위로 인하여 발생한 경우는 제외한다)
3. 보험계약 또는 공제계약이 무효로 되거나 해지되거나 계약상의 면책 규정 등으로 인하여 보험회사, 공제조합 또는 공제사업자의 보험금 또는 공제금 지급의무가 없어진 경우

② 의료인이 중합보험에 가입해 있으면, 환자가 경상해를 당했을 때는 환자의 동의 여부와 상관없이 경찰·검찰에 형사고소 자체를 하지 못하도록 했다. 환자가 중상해를 당했을 때는 「교통사고처리특례법」 상 동일 규정이 2009년 위헌결정을 받은 전례를 고려해 경찰·검찰에 형사고소를 할 수 있도록 했지만, 중상해가 필수의료행위로 발생한 경우에는 환자의 동의 여부와 상관없이 경찰·검찰에 형사고소 자체를 하지 못하도록 했다.

## ▶ 의료사고처리특례법 제정안에 포함된 7대 특례 내용(03)

### 중합보험 가입 시 필수의료행위 사망 임의적 감면 특례

■ 제6조(필수의료행위에 대한 형의 감면) 의료인이 환자에게 발생한 생명의 위험, 심신상의 중대한 위해 또는 증상의 악화를 방지하기 위하여 제공하는 필수의료행위로 인하여 환자가 사망에 이른 경우 그 필수의료행위가 불가피하였고 「보험업법」 제4조, 제126조 및 제128조, 「의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률」 제45조에 따른 보험 또는 공제에 가입된 경우에는 정상을 고려하여 제4조제1항의 형을 감경(減輕)하거나 면제할 수 있다. 다만, 제4조제2항 단서에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

③ 의료인이 중합보험에 가입해 있으면, 환자가 필수의료행위로 인하여 사망한 경우에는 경찰·검찰에 형사고소 및 판사에 의한 형사 재판은 가능하지만 판사가 형사처벌을 임의적으로 면제하거나 감경할 수 있도록 했다.

## ▶ 의료사고처리특례법 제정안에 포함된 7대 특례 내용(04)

### 12개 유형 이외 모든 중과실 의료사고 특례

④ 의료인이 의료행위 관련한 **중과실로 경상해·중상해·사망 의료사고**를 발생시켜도 반의사불법죄 특례, 공소제기불가 특례, 필수의료행위 사망 임의적 감면 특례 **모두 적용 받을 수 있도록** 했고, 진료기록·영상정보 조작, 의료분쟁 조정·중재 참여 거부, 무면허 의료행위·불법 대리수술, 예방가능한 환자안전사고, 비의료행위 등 **12개 유형에 대해서만 특례를 제외**하도록 했다.

#### ■제4조(처벌의 특례) 제1항 **반의사불법죄 특례**

~~~ 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

#### ■제5조(보험 등에 가입된 경우의 특례) 제1항 **공소제기불가 특례**

~~~ 다만, 다음 각 호의 어느 하나(1. 제4조제2항 단서에 해당하는 경우)에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

#### ■제6조(필수의료행위에 대한 형의 감면) **필수의료행위 사망 임의적 감면 특례**

~~~ 다만, 제4조제2항 단서에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

## ▶ 의료사고처리특례법 제정안에 포함된 7대 특례 내용(04)

#### ▶ 진료기록·CCTV영상 위·변조

- ▶ 1. 의료인이 「의료법」 제21조제1항 및 제3항에 따른 기록의 전부 또는 일부에 대한 열람 또는 사본 교부 요청을 정당한 사유 없이 거부한 경우
- ▶ 2. 의료인이 「의료법」 제22조제1항에 따른 진료기록부, 조산기록부, 간호기록부, 그 밖의 진료에 관한 기록(같은 법 제23조제1항에 따른 전자기록을 포함하며, 추가기재·수정된 경우 추가기재·수정된 진료기록부등 및 추가기재·수정 전의 원본을 모두 포함한다. 이하 "진료기록부등"이라 한다.)을 기록·작성·보존하지 아니하거나 진료기록부등을 거짓으로 작성하거나 고의로 사실과 다르게 추가기재·수정한 경우
- ▶ 3. 의료인이 「의료법」 제38조의2제2항, 제6항 및 제9항을 위반하여 영상정보를 촬영·보관하지 아니하거나 변조·훼손한 경우

#### ▶ 의료분쟁조정 참여 거부

- ▶ 4. 의료인이 「의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률」 제27조 제4항에 따라 조정신청서를 송달받은 날부터 14일 이내에 조정절차에 응하지 하는 의사를 통지하지 아니한 경우

#### ▶ 무면허의료행위·불법대리수술

- ▶ 5. 「의료법」 제24조의2제1항에 따라 설명하고 동의를 받은 내용과 다른 내용의 수술, 수혈, 전신마취로 의료사고가 발생한 경우

#### ▶ 예방가능한 환자안전사고

- ▶ 6. 진료기록과 다른 의약품이 투여되거나 용량 또는 경로가 진료기록과 다르게 투여되어 의료사고가 발생한 경우
- ▶ 7. 환자나 수술 부위를 착오하여 다른 환자나 부위를 수술한 경우
- ▶ 8. 약제에 대한 필수적인 과민반응조사를 하지 아니하고 약제를 투여한 경우
- ▶ 9. 혈액형이 일치하지 아니하는 혈액을 수혈한 경우
- ▶ 10. 유효기간이 경과하거나 변질된 의약품을 사용한 경우
- ▶ 11. 1회용 의료기구를 재사용하여 감염시킨 경우

#### ▶ 비의료행위

- ▶ 12. 의학적으로 인정되지 아니하거나 의학적 판단에 의하지 아니한 의료행위등을 한 경우

**열거된 12개 유형 이외 모든 중과실 의료사고에 대해 반의사불법 특례, 공소제기 불가 특례, 필수 의료행위 사망 임의적 감면 특례 모두 적용**

### 12개 유형 이외 모든 중과실 의료사고 특례



▶ 의료사고처리특례법 제정안에 포함된 7대 특례 내용(05)

모든 의료인 적용 특례

■ 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

3. “의료인”이란 「의료법」 제2조제1항에 따른 의사·치과의사·한의사·조산사 및 간호사를 말한다.

⑤ 반의사불법죄 특례, 공소제기 불가 특례, 필수의료행위 사망 임의적 감면 특례 적용 대상자는 의료법 상 의사·치과의사·한의사·조산사 및 간호사로 정의해 모든 의료인이 포함되도록 했다.

▶ 의료사고처리특례법 제정안에 포함된 7대 특례 내용(06)

모든 의료행위 적용 특례

■ 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. “의료행위등”이란 의료인이 환자에 대하여 실시하는 진단·검사·치료·의약품의 처방 및 조제 등의 행위를 말한다.

⑥ 반의사불법죄 특례, 공소제기 불가 특례, 필수의료행위 임의적 감면 특례 적용 대상 의료행위를 의료인이 환자에 대하여 실시하는 진단·검사·치료·의약품의 처방 및 조제 등의 행위로 정의해 미용·성형을 포함한 모든 의료행위가 포함되도록 했다.

## ▶ 의료사고처리특례법 제정안에 포함된 7대 특례 내용(07)

### 사망 의료사고 임의적 감면 필수의료행위 범위 특례

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

4. “필수의료행위”란 「응급의료에 관한 법률」 제2조제1호에 따른 응급환자에 대한 의료행위등과 중증질환·분만 등 생명과 신체에 중대한 위해가 발생할 수 있거나 난이도가 높은 의료행위등으로서 대통령령으로 정하는 것을 말한다.

⑦ 필수의료행위 사망 임의적 감면 특례 적용을 받는 <필수의료행위>를 “「응급의료에 관한 법률」 제2조제1호에 따른 **응급환자에 대한 의료행위등과 중증질환·분만 등 생명과 신체에 중대한 위해가 발생할 수 있거나 난이도가 높은 의료행위등**으로서 대통령령으로 정하는 것”으로 정의해 필수의료행위 범위에 대한 의료계의 사회적 합의 불가능 상황을 고려하면 **미용·성형을 제외한 모든 의료행위가 포함되도록** 했다.

## ▶ 의료사고처리특례법 제정안의 문제점(01)

① **위헌 논란이 계속되고 있고, 중상해 교통사고에 대한 공소제기 불가 규정 관련해 실제 2009년 위헌결정을 받은 「교통사고처리 특례법」을 참조해 「의료사고처리특례법 제정안」을 마련했다**

▶ 헌법재판소 2009. 2. 26. 선고 2005헌마764 결정

- 우리나라는 ... **심각한 교통사고율**에도 불구하고, ... 종합보험 등의 가입을 이유로 ... 면책하여 ... 중상해를 입은 **피해자의 재판절차진술권**의 행사가 근본적으로 봉쇄됨으로써 **교통사고의 신속한 처리 또는 전과자의 양산 방지**라는 공익을 위하여 위 피해자의 **사익이 현저히 경시된 것**이므로 **법익의 균형성**을 위반하고 있다 ...

→ 「교통사고처리특례법」에 대한 현재 결정은 **공익(교통사고의 신속한 처리, 전과자 양산 방지)과 사익(중상해 피해자의 재판절차진술권)을 비교하여 사익이 더 크다고 본** 사안임

## ▶ 의료사고처리특례법 제정안의 문제점(02)

② 「교통사고처리특례법」은 「자동차손해배상보장법」에 규정된 입증책임 전환을 전제로 제정되었지만, 「의료사고처리특례법 제정안」뿐 만 아니라 우리나라 그 어떤 법률에도 의료사고 관련 입증책임을 전환한 규정은 없다.

### 입증책임 전환 규정 ○

▶ 자동차손해배상보장법 제3조(자동차손해배상책임)

자기를 위하여 자동차를 운행하는 자는 그 운행으로 다른 사람을 사망하게 하거나 부상하게 한 경우에는 그 손해를 배상할 책임을 진다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 그러하지 아니하다.

1. 승객이 아닌 자가 사망하거나 부상을 당한 경우에 자기와 운전자가 자동차의 운행에 주의를 게을리 하지 아니하였고, 피해자 또는 자기 및 운전자 외의 제3자에게 고의 또는 과실이 있으며, 자동차의 구조상의 결함이나 기능상의 장애가 없었다는 것을 증명한 경우
2. 승객이 고의나 자살행위로 사망하거나 부상을 당한 경우

## ▶ 의료사고처리특례법 제정안의 문제점(03)

③ 「교통사고처리특례법」은 생명 경시 풍조를 조장하고, 교통사고 방지 노력을 게을리하게 만든다는 이유로 폐지 논란이 계속되고 있는 것처럼, 「의료사고처리특례법 제정안」 또한 환자 생명 경시 풍조를 조장하고, 환자안전사고(의료사고) 방지 노력을 게을리하게 만든다는 동일한 비판이 제기된다.

[2018.07.05./뉴스1] 주승용, 교통사고특례법 폐지·대체입법 추진...“피해자 보호”  
“교통사고 피해자가 억울함 없게 법체계 개선”

주승용 바른미래당 의원은 교통사고처리특례법(이하 교특법)을 폐지하고 이를 대체하기 위한 법안 마련에 착수했다. 주 의원은 5일 보도자료를 내 "우리나라 교통사고 지표가 OECD(경제협력개발기구) 가입국 중 최하위 수준을 벗어나지 못하는 것은 교통사고 피해자 보호가 아닌 가해자 편의 위주의 법체계에 그 문제가 있다"며 "실제로 자동차 종합보험에 가입하면 형사처벌을 면할 수 있다는 점을 악용, 교통사고는 돈으로 해결할 수 있다는 인식이 만연돼 인명경시 풍조를 낳고 있다"고 밝혔다. 주 의원은 이에 교통사고 가해자의 책임을 명확히 하기 위해 현행 교특법을 폐지하고 대체입법을 마련하는 취지의 로드맵을 수립했다.





## ▶ 의료사고처리특례법 제정안의 문제점(06)

⑥ 「의료사고처리특례법 제정안」에서 피해자를 위한 권리구제 내용으로 특례 적용을 받기 위해서는 책임보험 또는 공제조합 가입을 의무화하고 있지만, 피해자 입장에서는 의료사고 입증이 중요하고, 의료인이 손해배상을 충분히 할 수 있는 자력이 충분한지는 상대적으로 중요하지 않다. 인사는 다른 직업군에 비해 경제적 능력이 좋은 경우가 많고, 한국의료분쟁조정중재원에서 운영 중인 <손해배상금 대불제도>를 통해 의료인이 손해배상을 할 자력이 없거나 부족할 때 우선 지급받을 수 있기 때문이다.

### [손해배상금 대불제도]

: 손해배상금 대불제도는 의료사고로 인한 피해자가 법원의 판결 및 한국의료분쟁조정중재원의 조정성립 등으로 확정된 금원을 지급받지 못하였을 경우 한국의료분쟁조정중재원이 우선 미지급금을 지급하고 추후 손해배상의무자에게 구상하는 제도입니다.

▶ 적용대상: (한국의료분쟁조정중재원) 조정이 성립되거나 중재판정이 내려진 경우 또는 조정절차 중 합의로 조정조서가 작성된 경우, (한국소비자원) 「소비자기본법」 제67조제3항에 따라 조정조서가 작성된 경우, (법원) 법원이 의료분쟁제 관한 민사절차에서 보건의료기관개설자, 보건의료인, 그 밖의 당사자가 될 수 있는자에 대하여 금원의 지급을 명령하는 집행권원을 작성한 경우

▶ 적용시기: 2012년 4월 8일 이후 발생한 의료사고에 대하여 적용됩니다.

▶ 대불범위: 확정된 손해배상금에서 배상의무자로부터 지급받지 못한 금액에 한하여 대불을 청구할 수 있습니다. 손해배상금 이외의 조정·중재·소송비용, 판결확정일 이후의 지연손해금 등은 대불청구의 대상에서 제외됩니다.

## ▶ 의료사고처리특례법 제정안의 문제점(07)

⑦ 의료인의 업무상과실의 비고의성·비의도성을 근거로 형사책임 특례를 허용하는 의료사고처리특례법과 같은 특별법을 제정하면, 업무상과실을 일반과실에 비해 업무의 전문성으로 인해 주의의무를 더욱 강화해 안전사고를 예방하려고 중하게 형사처벌하는 입법취지를 몰각시킬 우려가 크고, 의료인 이외 다른 직역에서 업무상과실의 형사책임 특례를 허용하는 특별법 제정 요구가 급증할 가능성이 크다.



## ▶ 의료사고와 형사고소

### 의료사고 관련 의료인 대상 특례제도

#### 1. 의료분쟁조정법 상 의료사고 형사처벌 특례 → 경고실에 의한 경상에 의료사고 반의불발진 (의료분쟁조정법 제51조)

■ 의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률 제51조(조정 성립 등에 따른 피해자의 의사)

- ① 의료사고로 인하여 「형법」 제268조의 죄 중 업무상과실치상죄를 범한 보건의료인에 대하여는 제36조제3항에 따른 조정이 성립하거나 제37조제2항에 따라 조정절차 중 합의로 조정조서가 작성된 경우 피해자의 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없다. 다만, 피해자가 신체의 상해로 인하여 **생명에 대한 위험**이 발생하거나 **장애 또는 불치나 난치의 질병**에 이르게 된 경우에는 그러하지 아니하다.
- ② 제3장제2절에 따른 중재절차에서 「중재법」 제31조에 따른 **화해중재판정서**가 작성된 경우에도 제1항과 같다.

#### 2. 응급의료법상 의료사고 형사처벌 특례 → 업무상과실치사상죄 임의적 감면 (응급의료법 제63조)

■ 응급의료에 관한 법률 제63조(응급처치 및 의료행위에 대한 형의 감면) ① **응급의료종사자**가 응급환자에게 발생한 생명의 위험, 심신상의 중대한 위해 또는 증상의 악화를 방지하기 위하여 긴급히 제공하는 응급의료로 인하여 응급환자가 사상(死傷)에 이른 경우 그 **응급의료행위가 불가피**하였고 응급의료행위자에게 **중대한 과실이 없는** 경우에는 정상을 고려하여 「형법」 제268조의 죄를 감경(減輕)하거나 면제할 수 있다.

② 제5조의2제1호나목에 따른 **응급처치 제공의무를 가진 자**가 응급환자에게 발생한 생명의 위험, 심신상의 중대한 위해 또는 증상의 악화를 방지하기 위하여 긴급히 제공하는 응급처치(자동심장충격기를 사용하는 경우를 포함한다)로 인하여 응급환자가 사상에 이른 경우 그 **응급처치행위가 불가피**하였고 응급처치행위자에게 **중대한 과실이 없는** 경우에는 정상을 고려하여 **형을 감경하거나 면제**할 수 있다.

#### 3. 의료법상 업무상과실치사상죄 면허취소 특례 → 의료인 면허취소 대상 제외 (의료법 제65조제1항제2호 단서)

■ 제65조(면허 취소와 재교부) ① 보건복지부장관은 의료인이 다음 각 호의 어느 하나에 해당할 경우에는 그 면허를 취소할 수 있다. 다만, 제1호·제8호의 경우에는 면허를 취소하여야 한다.

1. 제8조 각 호의 어느 하나에 해당하게 된 경우. 다만, 의료행위 중 「형법」 제268조의 죄를 범하여 제8조제4호부터 제6호까지의 어느 하나에 해당하게 된 경우에는 그러하지 아니하다.

## ▶ 의료사고와 형사고소

### 의료사고 형사처벌 관련해 기피과 필수의료 인사가 원하는 것

**인사가 형사고소를 당해 형사재판을 받아도 대부분 불기소처분, 무죄나 벌금형이 선고되는 것은 알지만, 형사수사 단계에서 경찰과 검사로부터 범진자 취급을 당하며 모멸감을 느끼지 않도록 해달라는 것임**  
(공소제기 불가 특권을 강력히 요구하고 있음)



**(해법) 의료사고 피해자와 유족이 형사고소를 하지 않도록 하는 제도 및 입법 개선이 핵심임**

## ▶ 의료사고와 형사고소

### 최근 5년(2017~2021년) 인사의 업무상과실치사상죄 관련 현황

<과실치사상의 죄로 검찰에 입건·송치된 범죄자 수> (단위: 명)

| 구분                | 평균                 | '17            | '18            | '19            | '20            | '21            |
|-------------------|--------------------|----------------|----------------|----------------|----------------|----------------|
| 업무상과실치사상죄<br>(의사) | 5,597.4<br>(778.6) | 5,441<br>(720) | 5,588<br>(877) | 5,845<br>(783) | 5,966<br>(868) | 5,147<br>(645) |

\* 출처: 검찰청 통계자료 「범죄분석」, 범죄자 직업 '17년~'21년

<과실치사상의 죄로 형사재판을 받은 사람 수(1심)> (단위: 명)

| 구분   | 계      | 자유형  | 집행유예 | 재산형   | 선고유예 | 무죄   | 공소기각 | 기타   |
|------|--------|------|------|-------|------|------|------|------|
| '17년 | 1,168  | 70   | 432  | 495   | 18   | 66   | 30   | 75   |
| '18년 | 1,160  | 57   | 423  | 471   | 19   | 84   | 39   | 67   |
| '19년 | 1,241  | 43   | 502  | 490   | 17   | 80   | 37   | 72   |
| '20년 | 1,095  | 62   | 432  | 419   | 6    | 79   | 40   | 57   |
| '21년 | 1,388  | 87   | 551  | 486   | 11   | 144  | 47   | 62   |
| 평균   | 1210.4 | 63.8 | 468  | 472.2 | 14.2 | 90.6 | 38.6 | 66.6 |

\* 출처: 법원 통계자료 「사법연감」, 죄명별 형사재판 인원 현황(1심) '17년~'21년

최근 5년(2017~2021년) 업무상과실치사상죄로 검찰에 송치되는 인사는 약 778명이다. 과실치사상죄(업무상과실치사상죄+과실치사상죄)로 형사재판 1심 판결을 받는 인사는 연간 약 1210명이고, 이 중 약 5%(약 63명)가 자유형을 선고받았다. 한달 평균 5명 정도이고, 여기에는 교통사고 등도 포함되고, 무자격자 대리수술을 교사하거나 의료사고를 조직적으로 은폐하기 위해 진료기록을 위변조하는 의료법위반죄가 포함된 경우가 많으므로 순수하게 의료사고 관련 업무상과실치사상죄로 자유형을 선고받는 경우는 극히 일부에 불과하다.

## ▶ 의료사고와 형사고소

(출처: KBS)

### ② (수사 개선) 특례법 도입 前 수사 및 처리 절차 개선(24)

- 형사조정 및 의료분쟁 조정·중재\* 적극 활용, 전문가\*\* 의견 반영 확대 및 감정 의뢰 前 피의자 측 소명 기회 부여
  - \* 조정·중재 시 공소권 없음 처분(의료분쟁조정법 제51조)
  - \*\* 의료자문위원 형사조정 참여, 합의 시 기소유예 등 양형 참작 사유 적극 반영
- 불필요한 소환조사 자제 및 신속한 수사, 중과실 없는 응급의료 사고에 대해 형 감면 규정 적극 적용



~~~ 소아과의 기피가 이렇게 집중적으로 발생하게 된 것이 과거에 <이대목동병원 신생아 사망 사건>으로 엄청난 의료인들이 수사기관에 불려 가서 조사를 받고 또 기소도 당하고 이런 일들이 이제 벌어졌습니다. 그러니까 보상 체계를 좀 강화해서 월급으로 올려주고 수당을 줘도 싫다 이겁니다. 이런 송사에 휘말리면 그로 인한 피해는 엄청나다. 그래서 이제 많은 소아과 인력들이 다른 분야로 막 넘어갔는데, ~~~ 그만큼 이제 열의를 가지고 공부를 하지 않으면 처리하기가 어려운 건데 이거는 그야말로 전문성이 필요한 사건처리다. 이 말이예요. 그런데 그런 준비도 없이 그냥 의사를 부르고 조사를 하고 이렇게 압박을 하게 되면은 다 병원을 떠나게 돼 있습니다. 그러니까 의료사고와 관련한 고소 고발이 있다고 해서 즉시 막 조사에 착수하고 하는 것은 그거는 정말 우리 환자를 위험에 빠뜨리는 일이라는 점을 좀 이런 법무 정책적 입장에서 좀 신중하게 좀 해 달라는 당부를 하고 싶습니다. ~~~

윤석열 대통령은 2024년 2월 1일 개최된 「국민과 함께하는 민생토론회」에서 2017년 발생한 「이대목동병원 신생아 4명 중환자실 사망사건」을 언급하면서 경찰·검찰의 불필요한 소환 조사 자제하고 신속하게 수사하고, 중과실이 없는 응급의료사고에 대해 형 감면 규정 적극 적용하겠다고 약속했다.

## ▶ 의료사고와 형사고소

의료사고 피해자와 유족이  
형사고소를 하는 이유

① 올분 해소

② 형사 처벌

③ 증거 확보

④ 진실 규명

## ▶ 의료사고와 형사고소

의료사고 피해자와 유족의 형사고소를 최대한 줄이는 방법



의료사고 피해자와 유족의 올분 해소와 피해구제



## ▶ 우리나라 의료사고 현주소

### 의료사고/의료소송의 특수성

구명성  
침습성  
위험성

전문성  
밀실성  
편중성

형사처벌 완화 또는 면제 요구

입증책임 완화 또는 전환 요구

의료인

피해자/유족

## ▶ 우리나라 의료사고 현주소

### 의료소송에서 판례의 경향

의료과실과 손해 발생 사이의 인과관계의 입증책임은 피해자인 환자가 부담한다. 다만, 판례는 의료행위의 특수성을 고려하여 ① 피해자가 의료상의 과실 있는 행위를 입증하고 ② 그 결과와 사이에 일련의 의료행위 외에 다른 원인이 개재될 수 없다는 점, 이를테면 환자에게 의료행위 이전에 그러한 결과의 원인이 될 만한 건강상의 결함이 없었다는 사정을 증명한 경우, 의료상 과실과 결과 사이의 인과관계를 추정하여 손해 배상책임을 지울 수 있도록 하여 환자의 입증부담을 완화하는 경향을 보이고 있다.(대법원 1995. 2. 10. 선고 93다52402 판결 참조)

실제 의료소송에서 인과관계를 추정해 환자의 입증책임을 완화하는 판결은 드물다.

▶ 우리나라 의료사고 현주소

**의료사고 피해자/유족이 겪는 현실**

설명 듣지 못함  
사과 받지 못함  
형사 고소 전과

형사처벌 무죄  
민사소송 패소  
손해배상 소액

소송비용 고액  
소송기간 장기  
입증책임 환자

상실의 고통

의료소송 과정에서의 울분

▶ 우리나라 의료사고 현주소

**의료사고 피해자/유족 이중 고통**

형사고소(경찰)

형사고소(검찰)

형사재판(법원)

의료사고전담반

전문사건이송제도

(엄격한) 증거재판주의

대부분 불기소처분

대부분 무죄

형사재판 결과 → 민사재판에 불리하게 작용

한국의료분쟁조정중재원

한국소비자원

민사재판(법원)

기각(패소)

기각(패소)

기각(패소)

고액의 상대방 소송 비용과 변호사 비용 부담

## ▶ 의료사고 피해 유가족의 울분과 사회적 고통

보건과 사회과학  
제54집(2020, 8): pp. 5~40.  
<https://doi.org/10.37243/kahms.2020.54.5>

### 의료사고 피해 유가족의 울분과 사회적 고통: 사회적 불공정은 어떻게 상실의 고통을 심화시키는가? <sup>†</sup>

권시정\* · 유명순\*\* · 이현정\*\*\*

세월호와 가습기 피해 유가족의 울분을 연구한 경험이 있는 서울대 보건대학원 유명순 교수와 서울대 인류학과 이현정 교수가 참여해 의료사고로 자녀와 사별한 후 의료소송을 경험한 부모 7인의 울분과 사회적 고통을 연구했다.

## ▶ 의료사고 피해 유가족의 울분과 사회적 고통

### 의료사고 피해 유가족의 고통 완화를 위한 네 가지 방안

첫째, 의료사고 발생 시, 의료진의 진정성 있는 사과와 위로가 반드시 수반되어야 한다. 이를 위해 미국에서는 의료진의 사과를 장려하기 위해 환자와 의사소통 시 사용한 공감, 유감, 사과 등의 표현을 민사적 법적 책임에 대한 시인으로 여길 수 없게 법적으로 보장하는 사과법(apology law)을 시행하고 있다(이원, 박지용, 장승경, 2018).

둘째, 의료진과 병원은 의료사고 발생 경위와 대책에 대해 피해자들이 납득할 수 있는 설명을 제공해야 한다. 그러나 참여자들이 보기에 의료진이나, 병원 측은 사건의 진상을 규명할 의사가 없어 보였다. 이들이 바라는 것은 자녀를 “살려내라”는 것이 아니라, 어떠한 이유로 자녀가 사망했으며, 왜 그러한 일이 발생했는지 진실을 밝히는 것이었다. 이와 관련해 미국의 일부 주에서는 환자에게 예상치 못한 결과가 발생했을 때 의료진이 사고가 발생한 이유에 대한 설명, 공감의 표현 등을 의무화하는 디스클로저법(disclosure law)을 시행하여 병원 차원에서 의료사고에 대한 조사를 독려한다. 단, 디스클로저법에 의한 의사-환자 커뮤니케이션 과정에서 의료진의 발언에 대해 법적 효력은 제한된다(Mastroianni, Mello, Sommer, Hardy, & Gallagher, 2010).



## ▶ 의료사고 피해 유가족의 울분과 사회적 고통

### 의료사고 피해 유가족의 고통 완화를 위한 네 가지 방안

셋째, 감정제도의 공정성을 보장할 수 있는 제도 개선이 필요하다. 참여자들은 같은 의사집단이 동료의 과실을 감정한다는 것 자체가 피해자에게 불리할 수밖에 없다고 지적했다. 따라서 참여자들은 감정제도의 공정성을 제고하기 위한 국가 주도의 검토기관이 신설되기를 희망했다. 복수의 감정인이 감정하는 일본의 사례도 참고가 될 수 있다(곽종훈, 2020).

넷째, 의료사고 피해 유가족들이 의료소송 과정에서 정보와 정서적 도움을 얻을 수 있는 자조 집단이 필요하다. 의료사고는 누구에게나 예상치 못한 사건으로 신속하게 대응하기 어렵고, 참여자들은 자녀가 의료사고로 사망한 후 대인기피증을 겪으며 자발적인 사회적 고립을 택했다. 또한 자녀의 의료사고에 어떻게 대응할 것인가를 둘러싸고 가족 갈등이 발생한 경우, 가족 결에서도 ‘외로움’을 느꼈다. 같은 아픔을 공유하는 의료사고 피해 유가족 자조 집단이 활성화된다면 정보교환과 함께 정서적 위로 주고받기가 가능해질 것으로 예상된다

## ▶ 의료사고 관련 피해자와 유족의 울분 해소와 피해구제 방안

### 사회적 논의가 필요한

### 의료사고 관련 피해자와 유족의 울분 해소와 피해구제 방안

- 01) 환자안전사고(의료사고) 설명의무 도입
- 02) 환자안전사고(의료사고) 소통하기 또는 사과법 도입
- 03) 의료사고 입증책임 완화 또는 전환
- 04) 의료분쟁조정법 상 자동개시 범위 확대
- 05) 의료감정 공정성 · 객관성 확보 - 국립의료감정원 설립

## ▶ 이대목동병원 신생아 4명 중환자실 사망사건

(사건개요) 2017년 12월 16일 이대목동병원 신생아중환자실에서 인큐베이터 치료를 받던 환아 4명이 연쇄 사망했다. 오후 5시 44분부터 오후 9시 8분까지 순차적으로 환아 4명에게 심정지가 발생했고, 의료진의 심폐소생술에도 불구하고 오후 9시 31분부터 10시 53분까지 82분 동안 모두 사망했다.

(출처: 헬로tv채널25시)



### 병원 사과

대상: 언론 → 올분 ↑      대상: 유족 → 올분 ↓

### 의료인 사과

1심 형사재판 결심공판에서 유족이 참석한 가운데 의료인들은 눈물을 흘리며 유족에게 사과의 뜻을 전했다.

### 민사소송 아닌 사적 합의 선택

손해배상금 사적 합의

(부검결과) 국립과학수사연구원은 2018년 1월 12일 “간호사가 영양주사제를 취급하는 과정에서 시트로박터 프룬디균을 신생아 4명에게 감염시켰고, 이로 인해 발생한 패혈증으로 사망했을 것으로 추정된다.”는 부검결과를 발표했다.

(1심판결) 1심 형사재판부는 “의료진들이 감염관리를 부실하게 한 과실은 인정되지만, 이런 과실이 환아들이 패혈증으로 사망할 때 직접 작용했다는 인과관계는 합리적으로 입증되지 않았다.”고 판시하며 의료인 7명에게 무죄를 선고했다.

## ▶ 이대목동병원 신생아 4명 중환자실 사망사건

(사건개요) 2017년 12월 16일 이대목동병원 신생아중환자실에서 인큐베이터 치료를 받던 환아 4명이 연쇄 사망했다. 오후 5시 44분부터 오후 9시 8분까지 순차적으로 환아 4명에게 심정지가 발생했고, 의료진의 심폐소생술에도 불구하고 오후 9시 31분부터 10시 53분까지 82분 동안 모두 사망했다.

(부검결과) 국립과학수사연구원은 2018년 1월 12일 “간호사가 영양주사제를 취급하는 과정에서 시트로박터 프룬디균을 신생아 4명에게 감염시켰고, 이로 인해 발생한 패혈증으로 사망했을 것으로 추정된다.”는 부검결과를 발표했다.

### 엄격한 입증책임

(형사재판) 1심 형사재판부는 “의료진들이 감염관리를 부실하게 한 과실은 인정되지만, 이런 과실이 환아들이 패혈증으로 사망할 때 직접 작용했다는 인과관계는 합리적으로 입증되지 않았다.”고 판시하며 의료인 7명에게 무죄를 선고했다.

불리하게 영향을 미쳤을 개연성이 큼

민사소송 패소/사적합의 없음

유족 올분 ↑

병원/의료인  
사과하지 않았을  
가능성이 큼



## ▶ 의료사고 관련 의료분쟁 발생 이유

의료사고 발생 초기  
형사고소나 재판의 증거가  
될 것에 대한 우려

의료기관/의료인이  
의료사고 피해자/유족에게  
설명과 위로, 공감, 유감 등  
애도의 표현을 못하는 현실

듣지 않는 의사  
믿지 않는 환자



의료사고가  
형사고소나 의료소송으로  
이어지는 이유

의료사고 피해자/유족과  
의료기관/의료인 간의  
소통 부재 때문

## ▶ (방안①) 환자안전사고 설명의무 도입

20대 국회 더불어민주당 정춘숙 의원 환자안전법 개정안 대표발의  
(2019.09.23.)

### 환자안전사고 설명의무법

폐기

■ 환자안전법 개정안 제4조(보건의료기관의 장과 보건의료인의 책무)

- ① 보건의료기관의 장과 보건의료인은 환자안전 및 의료 질 향상을 위하여 국가와 지방자치단체의 시책을 따라야 한다.
- ② 보건의료기관의 장과 보건의료인은 환자안전사고가 발생하지 아니하도록 시설·장비 및 인력을 갖추고, 필요한 의무를 다하여야 한다.
- ③ 보건의료기관의 장과 보건의료인은 환자안전사고가 발생한 경우 그 때부터 7일 이내에 피해를 입은 환자 또는 환자의 보호자에게 보건복지부령으로 정하는 바에 따라 환자안전사고의 내용 및 사고경위 등을 충분히 설명하여야 한다.

■ 환자안전법 개정안 제5조(환자의 권리와 책무) ① 모든 환자는 안전한

보건의료(「보건의료기본법」 제3조제1호의 보건의료를 말한다. 이하 같다)를 제공받을 권리를 가진다.

- ② 환자안전사고로 인하여 피해를 입은 환자와 환자의 보호자는 환자안전사고의 내용 및 사고경위 등을 알 권리를 가진다.
- ③ 환자와 환자의 보호자는 환자안전활동에 참여하여야 한다.

▶ (방안②) 환자안전사고 소통하기법 또는 사과법 도입

의료기관·의료인의 위로, 유감, 공감 등의 의사표시를 형사재판에서 증거로 사용할 수 없도록 보호하는 법률

**환자안전사고 소통하기법(disclosure law)  
또는 사과법(apology Law)**

미국 37개 주, 영국, 호주, 홍콩 등에서 제정되어 시행

(우려의 목소리) 의료사고 발생 시 의료인이 처음에는 의료과실을 인정하는 뇌양스의 위로, 공감, 유감 등의 말로 피해자를 안심시켜서 피해자는 부검을 하지 않고 장례를 치른 후 보상을 기다렸는데 나중에 의료인이 사실은 의료과실을 인정한 것이 아니라 위로, 유감, 공감 등의 말을 했을 뿐이라며 말을 바꾸면 이미 장례까지 치른 후라서 부검도 하지 못하고 의무기록은 조작된 경우가 많아서 소송 의욕이 꺾인 피해자 입장에서는 난감하게 됨

▶ (방안②) 환자안전사고 소통하기법 또는 사과법 도입

20대 국회 자유한국당 김상훈 의원 환자안전법 개정안 대표발의  
(2018.03.20.)

폐기

**환자안전사고 소통하기법(disclosure law)  
또는 사과법(apology Law)**

■ 환자안전법 개정안 제4조의2(환자안전사고의 공개 및 설명)

① 보건의료기관개설자 및 보건의료인은 환자안전사고가 발생한 경우 그 피해자와 보호자에게 환자안전사고의 내용을 공개하고 경위를 알리는 등 환자안전사고에 관한 충분한 설명이 이루어질 수 있도록 노력하여야 한다. (환자안전사고 설명의무법)

② 제1항에 따른 공개와 설명이 이루어지는 과정에서 보건의료기관개설자 또는 보건의료인이 행한 위로, 공감, 유감의 표현 등은 민사상·형사상 재판, 행정처분 및 「의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률」에 따른 의료분쟁 또는 중재의 과정에서 보건의료기관 또는 보건의료인의 책임에 대한 증거로 할 수 없다. (환자안전사고 소통하기법/사과법)



## ▶ (방안③) 의료사고 입증책임 완화 또는 전환

독일은 이미 2013년 100여년 간 축적된 판례를 정리하여 민법에 진료계약 규정을 신설하여 환자의 권리를 두텁게 보호하고 있다. 독일 진료계약법은 의사는 환자에게 진단, 치료, 부작용 정보는 물론 진료비용에 관해서 서면으로 설명하도록 하였다. 의료인은 진료 전에 치료 동의를 받아야 하고, 다른 치료방법에 관해서도 설명하여야 한다. 가장 중요한 것은 수술실·진료실 등 의료인이 관리하는 영역에서 발생한 중대 사고에 대해서는 과실을 추정하고 있다.

(출처) 중앙일보 2023년 8월 10일 신현호 변호사 [오피니언] 민법에 의료계약 조항 신설해야

독일 민법은 진료계약의 경우 의료인에 의해 완전히 통제 가능한 일반적 인 위험이 실현되면 의료인의 과실이 추정되고, 의료인이 본인의 과실이 아니라는 사실을 입증하도록 하고 있다.

우리나라도 의료사고 입증책임 완화 또는 전환 입법화 필요

## ▶ (방안③) 의료사고 입증책임 완화 또는 전환

### 의료사고 입증책임 전환 입법화

(※17대 국회에서 열린우리당 이기우 의원 2005년 12월 08일 대표발의) → 폐기

■의료사고 예방 및 피해구제에 관한 법률 제정안 제4조(의료사고배상책임)  
① 보건의료기관개설자는 당해 보건의료기관의 보건의료인이 의료기술을 행하는 과정에서 발생한 의료사고로 인하여 환자가 입은 생명·신체 및 재산상 피해를 배상할 책임을 진다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 때에는 그러하지 아니하다.

1. 개설자 및 보건의료인이 당해 의료사고에 관하여 주의의무를 태만히 하지 아니하고, 보건의료기관의 시설·장비 및 인력의 흠이 없음을 증명한 때
2. 당해 의료사고가 환자의 고의에 의한 행위로 인한 것인 때

## ▶ (방안③) 의료사고 입증책임 완화 또는 전환

### 의료사고 입증책임 전환 입법화

(※21대 국회에서 더불어민주당 정청래 의원 2021년 2월 25일 대표발의) → 폐기

■ 의료분쟁조정법 제5조(국가·보건의료기관개설자 및 보건의료인의 책무 등)  
 ④ 보건의료기관개설자는 당해 보건의료기관의 보건의료인이 의료 기술을 행하는 과정에서 발생한 의료사고로 인하여 환자가 입은 생명·신체 및 재산상 피해를 배상할 책임을 진다. 다만, 다음 각 호에 해당하는 때에는 그러하지 아니하다.

1. 보건의료기관개설자 및 보건의료인이 의료행위간 주의를 게을리하지 아니하고, 보건의료기관의 시설·장비 및 인력의 무과실을 증명한 때
2. 해당 의료사고가 환자의 고의에 의한 행위로 인한 것일 때

## ▶ (방안④) 의료분쟁조정법 상 조정절차 자동개시 범위 확대

### 의료분쟁조정법 상 조정절차 자동개시 범위 확대

■ 의료분쟁조정법 제27조(조정 신청)

① 의료분쟁(이하 “분쟁”이라 한다)의 당사자 또는 그 대리인은 보건복지부령으로 정하는 바에 따라 조정중재원에 분쟁의 조정을 신청할 수 있다.

③ 제4항에 따라 조정신청서를 송달받은 피신청인이 조정에 응하고자 하는 의사를 조정중재원에 통지함으로써 조정절차를 개시한다. 피신청인이 조정신청서를 송달받은 날부터 14일 이내에 조정절차에 응하고자 하는 의사를 통지하지 아니한 경우 원장은 조정신청을 각하한다.

⑤ 원장은 제8항에도 불구하고 제1항에 따른 조정신청의 대상인 의료사고가 사망 또는 다음 각 호에 해당하는 경우에는 지체 없이 조정절차를 개시하여야 한다. 이 경우 피신청인이 조정신청서를 송달받은 날을 조정절차 개시일로 본다.

1. 1개월 이상의 의식불명
2. 「장애인복지법」 제2조에 따른 장애인 중 장애 정도가 중증에 해당하는 경우로서 대통령령으로 정하는 경우

■ 의료분쟁조정법 제27조(조정 신청)

① 의료분쟁(이하 “분쟁”이라 한다)의 당사자 또는 그 대리인은 보건복지부령으로 정하는 바에 따라 조정중재원에 분쟁의 조정을 신청할 수 있다.

③ 제4항에 따라 조정신청서가 피신청인에게 송달됨으로써 조정절차를 개시한다.

의료분쟁조정법상 조정절차 개시를 위해 피신청인의 조정참여 의사를 확인하는 규정은 의료사고로 인한 피해를 신속·공정하게 구제하고 보건의료인의 안정적인 진료환경을 조성하려는 입법 목적과 모순되고, 조정절차를 두고 있는 타법에서는 조정절차를 개시할 때 피신청인의 동의를 받도록 하는 규정이 없고, 한국소비자원에서의 조정 절차도 피신청인의 동의를 개시 요건으로 하지 않기 때문에 현재와 같이 사망 또는 1개월 이상의 의식불명, 중증 장애로 자동개시 요건을 제한해서는 안되고, 모든 의료사고에 대해 허용해야 한다.



## ▶ (방안⑤) 의료감정의 공정성·객관성 확보

### 한국의료분쟁조정중재원 「의료분쟁 조정 및 감정 제도혁신 TF」

의료분쟁 조정의 실효성 강화, 감정의 신뢰도 제고 등 의료분쟁 조정·감정 제도 개선, 의료사고의 정보비대칭 완화를 위한 대국민 정보제공 방안, 기타 법령 정비사항 등

**입증책임 완화 또는 전환을 대체할 수 있는 <의료분쟁 조정·감정 제도의 혁신 방안> 도출이 가능할까?**

### 의료감정만을 전문적으로 수행하는 <국립의료감정원> 설립 필요

의료적 전문성을 갖춘 충분한 의사 인력을 확보해 의료감정만을 수행하는 <국립의료감정원>을 설립하고, 의료감정을 현재와 같이 조정을 위한 수단이 아닌 경찰, 검찰, 법원, 소비자원 등에서도 판단의 근거로 삼을 수 있을 정도의 신뢰성이 담보되는 전문성 있는 의료감정을 수행해야 함

<국립의료감정원>에서는 의사 1인의 단독 감정이 아니라 현행 의료분쟁조정법상 5인 감정부회의를 참조해 복수의 의사로부터 의료감정을 실시하는 복수감정 방식과 의사가 아닌 위원이 집의하고 토론하는 컨퍼런스 방식을 결합해 공정하고 객관적인 의료감정 결과를 도출함

## ▶ 의료사고 관련 피해자와 의료인의 법적부담 완화 방안

### 사회적 논의가 진행 중인 의료사고 관련 의료인 법적 부담 완화 방안

- 01) 의료분쟁조정법 상 의료사고 형사처벌 특례제도 개정
- 02) 불가항력 의료사고 무과실 보상제도 확대
- 03) 필수의료 육성 및 지원에 관한 법률 제정

## ▶ (방안 ①) 의료분쟁조정법 상 의료사고 형사처벌 특례제도 개정

### 의료사고 예방 및 피해구제에 관한 법률 제정안 의료사고 형사처벌 특례제도

17대 국회에서 이기우 의원 등이 대표발의한 의료사고 발생 시 환자나 유족이 부담하는 **과실 입증책임**을 **의료인이 부담하는 의료사고 피해구제에 관한 법률 제정안(대안)**이 우여곡절 끝에 **2007년 6월 29일 국회 보건복지위원회 법안소위를 통과**했다. 그러나 보건복지위원회 전체회의에서 의사단체의 반대로 상임위원회 문턱을 끝내 넘지 못하고 결국 폐기되었다.

**의료사고 형사처벌 특례(○) = 입증책임 전환(○) + 책임보험 의무가입(○)**

- ▶ **의료사고 예방 및 피해구제에 관한 법률안 상 <8대 중과실> → 적용 배제**
- ▶ **의료사고 예방 및 피해구제에 관한 법률안 상 <업무상과실치사죄(사망)> → 적용**
- ▶ **의료사고 예방 및 피해구제에 관한 법률안 상 <업무상과실치상죄(경상해/중상해)> → 적용**

■ 의료사고 예방 및 피해구제에 관한 법률 제4조(의료사고배상책임) ①보건의료기관개설자는 당해 보건의료기관의 보건의료인이 의료기술을 행하는 과정에서 발생한 의료사고로 인하여 환자가 입은 생명·신체 및 재산상 피해를 배상할 책임을 진다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 때에는 그러하지 아니하다.

1. 개설자 및 보건의료인이 당해 의료사고에 관하여 **주의의무를 태만히 하지 아니하고, 보건의료기관의 시설·장비 및 인력의 흠이 없음을 증명**한 때
2. 당해 의료사고가 환자의 고의에 의한 행위로 인한 것인 때

**입증책임 전환(○)**

## ▶ (방안 ①) 의료분쟁조정법 상 의료사고 형사처벌 특례제도 개정

### 의료사고 예방 및 피해구제에 관한 법률 제정안 의료사고 형사처벌 특례제도

**의료사고 형사처벌 특례(○) = 입증책임 전환(○) + 책임보험 의무가입(○)**

■ 제38조(책임보험등에의 가입의무) ①보건의료기관개설자는 의료사고로 인하여 환자(환자가 사망한 경우에는 손해배상을 받을 권리를 가진 자를 포함한다. 이하 “환자등”이라 한다)가 입은 생명·신체 및 재산상의 손해를 배상하기 위하여 보건의료기관 또는 보건의료기관개설자 명의로 **책임보험등에 가입하여야 한다.**

**책임보험 의무가입(○)**

■ 제52조(종합보험등에 가입된 경우의 형사처벌 특례) ①보건의료인이 「형법」 제268조의 죄를 범한 경우 제40조의 규정에 의한 **종합보험 또는 종합공제에 가입된 경우에는 피해자의 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없다.** 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 의학적으로 인정되지 아니하거나 사회상규에 위배되는 의료행위 등을 한 경우
2. 무자격자로 하여금 의료행위 등을 하게 하거나 면허된 이외의 의료행위를 하게 한 경우
3. 약제에 필수적인 과민반응조사를 하지 아니하고 약제를 투여한 경우
4. 처방과 다른 약제를 사용하거나 처방전이 없이 의약품을 조제한 경우
5. 혈액형이 적합하지 아니하는 혈액을 수혈한 경우
6. 수술 또는 치료, 조제, 투약과정에서 환자를 혼동한 경우
7. 유효기간이 경과하거나 변질된 의약품을 사용한 경우
8. 「의료법」 제21조 및 제21조의2에 의한 진료기록부등(전자기록부를 포함한다)의 위·변조가 확인된 경우

**의료사고 형사처벌 특례(○)**



▶ (방안 ①) 의료분쟁조정법 상 의료사고 형사처벌 특례제도 개정

의료분쟁조정법 상 **의료사고 형사처벌 특례제도**

18대 국회에서 **의료분쟁조정법 제정안이 새로 발의되어 2017년 4월 7일 제정 되었지만, 이번에도 의사단체의 반대로 입증책임 전환 규정은 빠졌다.** 대신 한국의료분쟁조정중재원 설립과 이를 중심으로 한 **의료분쟁조정위원회와 의료사고감정단** 구조로 의료분쟁 조정·중재를 담당하도록 했다.

- 의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률 제51조(조정성립 등에 따른 피해자의 의사)
- ① 의료사고로 인하여 「형법」 제268조의 죄 중 **업무상과실치상죄를 범한 보건 의료인에 대하여는 제36조제3항에 따른 조정이 성립하거나 제37조제2항에 따라 조정절차 중 합의로 조정조서가 작성된 경우 피해자의 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없다.** 다만, 피해자가 신체의 상해로 인하여 **생명에 대한 위험이 발생하거나 장애 또는 불치나 난치의 질병에 이르게 된 경우에는 그러하지** 아니하다.
- ② 제3장제2절에 따른 중재절차에서 「중재법」 제31조에 따른 **화해중재판정서가 작성된 경우에도 제1항과 같다.**

**의료사고 형사처벌 특례(△) = 입증책임 전환(×) + 책임보험(△:대불제도)**

- ▶ **현행 의료분쟁조정법 상 <중과실> → 적용 배제**
- ▶ **현행 의료분쟁조정법 상 <업무상과실치사죄(사망)> → 적용 배제**
- ▶ **현행 의료분쟁조정법 상 <업무상과실치상죄(중상해)> → 적용 배제**
- ▶ **현행 의료분쟁조정법 상 <업무상과실치상죄(경상해)> → 적용**

▶ (방안 ①) 의료분쟁조정법 상 의료사고 형사처벌 특례제도 개정

환자안전사고  
설명 의무

환자안전사고  
사고·유감·위로 표시

**의료사고 형사처벌 특례(△) = 입증책임 전환(×) + 책임보험(△:대불제도)**

**한국의료분쟁조정중재원 조정 또는 중재 성립**

의료분쟁조정법 제51조제1항 **의료사고 형사처벌 반의사불벌죄 특례 규정을 개정해 중상해까지 범위를 확대하는 방안 (공소제기 불가 특례 ×)**

경상해 → 적용

중과실 → 적용 제외

사망 → 적용 제외

생명 위험/장애/불치·난치의 질병(중상해) → 적용 확대 논의(?)

## ▶ (논점②) 불가항력 의료사고 무과실 보상제도(분만)

### 불가항력 분만 의료사고 무과실 보상제도

우리나라는 보건의료인이 충분한 주의의무를 다했음에도 불구하고 불가항력적으로 분만 과정에서 생긴 뇌성마비와 분만 과정에서의 산모 또는 신생아의 사망에 대해 일정 금액을 보상하는 불가항력 분만 의료사고 무과실 보상제도를 의료분쟁조정법 제46조에 근거해 제2013년 4월 8일부터 시행하고 있다. 현재 보상금액은 상한이 3천만 원이고, 2023년 6월 13일 이전까지 재원은 국가가 70%를 부담하고 나머지 30%는 분만 실적이 있는 보건의료기관 개설자가 부담하고 있다.

**의료분쟁조정법 제정 당시 불가항력 분만 의료사고 무과실 보상제도에 대해 시민단체·소비자단체·환자단체는 첫째 의료과실이 없다고 판명되면 손해배상을 하지 않는 것이 과실책임의 대원칙이고, 둘째 의료사고 피해자나 유족이 실제 진실발견 노력보다는 손쉬운 보상을 선택하는 도덕적 해이에 빠질 위험이 있고, 셋째 산부인과 분만사고에 대해서만 무과실 보상제도를 적용하고 타 진료과의 의료사고에는 적용하지 않는 형평성 문제가 있다는 이유로 제도 도입 자체를 반대했었다.** 특히, 의료의 전문성과 정보의 비대칭성으로 인해 불가항력 의료사고가 아니라 의료과실이 있는데도 의료사고 피해자나 유족이 의료과실을 입증하지 못하는 경우도 많다.

더불어민주당 신현영 의원은 2022년 5월 23일 불가항력 분만 의료사고 무과실 보상제도 관련 보상 재원 중 분만 실적이 있는 보건의료기관 개설자가 부담했던 30%를 없애고 100% 전액 국가가 부담하도록 하는 의료분쟁조정법 개정안을 대표발의해 국회를 통과했고, 2023년 6월 13일부터 시행되고 있다. → (환자단체 입장) 무과실 보상제도는 국가가 비용을 전액 부담하는 것이 원칙이다. 따라서 저출산으로 분만 의료기관 감소와 산부인과 전공의 감소로 인한 분만의료기관 인프라 확충 차원에서라도 불가항력 분만 의료사고 무과실 보상제도 관련 보상 재원 중 분만 실적이 있는 보건의료기관 개설자가 부담했던 30%를 국가가 부담하는 신현영 의원의 법안과 정부가 「필수의료 지원대책」에 포함된 것에 반대할 이유는 없다.

## ▶ (논점②) 불가항력 의료사고 무과실 보상제도(소아)

### 불가항력 소아 의료사고 무과실 보상제도 확대

(※21대 국회에서 더불어민주당 신현영 의원 2023년 7월 27일 대표발의 했으나, 보건복지위원회 법안심사소위원회까지만 심의되었고, 국회의원 임기만료로 폐기)

■의료분쟁조정법 제46조(불가항력 의료사고 보상) 개정안

① 조정중재원은 보건의료인이 충분한 주의의무를 다하였음에도 불구하고 불가항력적으로 발생하였다고 의료사고보상심의위원회에서 결정한 분만(分娩)에 따른 의료사고 및 소아 진료 중 발생한 중대한 의료사고로 인한 피해를 보상하기 위한 사업(이하 “의료사고 보상사업”이라 한다)을 실시한다.

(제안이유) 현행법은 보건의료인이 충분한 주의의무를 다했음에도 불구하고 불가항력적으로 발생한 분만에 따른 의료사고에 대하여 국가가 보상하도록 하고 있다. 최근 소아과 의료진 부족으로 인한 대형병원 소아 진료 중단 사태, 소아과 오픈런 현상 등 소아 의료 붕괴현상이 현실화되고 있는데, 의료진들이 소아과를 기피하는 이유 중 하나가 의료사고에 대한 부담 때문이라는 의견이 있다. 이에 불가항력 의료사고로 인한 피해 보상 대상을 소아 진료 중 발생한 중대한 의료사고로 인한 피해까지로 확대함으로써, 소아를 진료하는 의료기관의 부담을 줄이고 양육 및 소아 의료에 대한 국가 책임을 강화하고자 한다.

의료분쟁조정법 제정시부터 불가항력 분만 의료사고 무과실 보상제도가 도입되어 시행되고 있으므로 소아 진료에 확대 적용하는 것을 환자단체 입장에서 반대할 필요는 없으나, 소아 진료 중 발생한 중대한 의료사고에 대해서만 불가항력 무과실 보상제도를 적용할 특별한 이유를 찾기 힘들고 타 진료과의 불가항력 의료사고에는 적용하지 않는 형평성 문제는 여전히 존재한다.



## ▶ (방안③) 필수의료 육성 및 지원 등에 관한 법률 제정

### 필수의료 육성 및 지원 등에 관한 법률 제정안

(※21대 국회 국민의힘 이중성 의원 대표발의 2023년 4월 21일) → 폐기

■ 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “필수의료”란 국민의 생명과 건강에 직결되어 적절한 조치를 취하지 아니하면 생명을 보존할 수 없거나 심신에 중대한 위해(危害)가 발생할 가능성이 있는 의료서비스로서 보건복지부령으로 정하는 의료서비스를 말한다.

■ 제17조(필수의료종사자의 필수의료 시행에 대한 형의 감면)

필수의료종사자가 환자에게 발생한 생명의 위험, 심신상의 중대한 위해 또는 증상의 악화를 방지하기 위하여 긴급히 시행하는 필수의료로 인하여 환자가 사상(死傷)에 이른 경우 다음 각 호에 모두 해당하는 때에는 정상을 고려하여 「형법」 제268조의 형을 감경(減輕)하거나 면제할 수 있다.

1. 필수의료종사자가 시행한 필수의료에 불가피하였을 것 (임의적 감면)
2. 제5조에 규정된 설명의무 등을 정실히 이행하였을 것
3. 필수의료종사자에게 중대한 과실이 없을 것

## ▶ (방안③) 필수의료 육성 및 지원 등에 관한 법률 제정안\_형사특례

### 필수의료 육성 및 지원 등에 관한 법률 제정안

(※21대 국회 더불어민주당 신현영 의원 대표발의 2023년 6월 14일) → 폐기

■ 제2조(정의)

1. “필수의료”란 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 의료서비스를 말한다.
  - 가. 국민 생명과 건강에 직결된 분야로서, 적절한 조치를 취하지 아니하면 생명을 보존할 수 없거나 심신에 중대한 위해 또는 장애가 발생할 가능성이 있는 의료서비스로 대통령령으로 정하는 것
  - 나. 지리적 문제 또는 수요와 공급의 불일치에 따른 의료공백 영역으로 대통령령으로 정하는 것

■ 제13조(불가항력 의료사고) ① 보건의료인이 충분한 주의의무를 다하였음에도 불구하고 불가항력으로 발생한 의료사고의 형사적 처벌은 감경하거나 면제할 수 있다. (임의적 감면)

② 불가항력 의료사고와 관련한 피해자 보상 비용은 국가가 지원하여야 한다. 지원에 대한 구체적 사항은 대통령령으로 정한다.

## ▶ (방안③) 필수의료 육성 및 지원 등에 관한 법률 제정안\_형사특례

### 필수의료 육성 및 지원 등에 관한 법률 제정안

(※21대 국회 국민인심 **홍석준 의원** 대표발의 2023년 10월 04일) → 폐기

#### ■제2조(정의)

1. "필수의료"란 응급의료·외상·암·심뇌혈관질환·중환자·중증감염병·분만 등 국민의 생명에 직결된 분야로서 적절한 조치를 취하지 아니하면 생명을 보존할 수 없거나 심신에 중대한 위해(危害)가 발생할 가능성이 있는 대통령령으로 정하는 의료서비스를 말한다.

■제15조(처벌의 특례) ① 다음 각 호에 따른 필수의료행위로 인하여 「형법」 제268조의 죄 중 업무상과실치사상죄에 해당하는 의료사고를 발생시킨 필수의료종사자에 대하여는 **형을 감경하거나 면제한다. (필요적 감면)**

1. 암, 뇌혈관질환, 심장질환, 중증외상, 중증화상, 희귀질환 등 보건복지부장관이 정하여 고시하는 중증질환, 희귀질환 및 중증난치질 환자에 대한 진료, 처방, 투약 또는 외과적 수술(시술을 포함한다)을 하는 행위

2. 환자의 생명을 구하기 위하여 적극적 조치가 필요한 위험도 높은 수술(시술을 포함한다)을 시행하는 행위

3. 「응급의료에 관한 법률」 제2조제1호에 따른 응급환자에 대한 진료, 처방, 투약 또는 외과적 수술(시술을 포함한다)을 하는 행위

4. 분만과정에서의 산모 및 신생아에 대한 의료행위

5. 그 밖에 제1호부터 제4호까지의 규정에 준하는 경우로서 보건복지부령으로 정하는 의료행위

② 제1항에도 불구하고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 **형을 감경하거나 면제하지 아니한다.**

1. 피해자의 승낙을 받지 않고 필수의료행위를 한 경우. 단, 추정적 승낙이 있는 경우는 제외한다.

2. 의학적으로 인정되지 아니하거나 사회상규에 위배되는 필수의료행위 등 의학적 판단에 의하지 아니한 필수의료행위를 한 경우

3. 의료사고에 있어 진료기록의 위조, 변조 등 필수의료행위와 관련된 중대한 사실을 은닉한 경우

4. 무면허자로 하여금 필수의료행위 등을 하게 하거나 면허된 것 이외의 필수의료행위를 한 경우

③ 제1항제1호부터 제4호까지의 규정에 따른 필수의료행위의 **구체적인 범위는 보건복지부령으로 정한다. (친고죄)**

④ 제1항 각 호에 따른 필수의료행위로 인하여 「형법」 제268조의 죄 중 업무상과실치사상죄는 **고소가 있어야 공소를 제기할 수 있다.**

## ▶ (방안③) 필수의료 육성 및 지원 등에 관한 법률 제정안\_형사특례

### 필수의료 육성 및 지원 등에 관한 법률 제정안

▶ 국민인심 **이중성 의원** 대표발의 필수의료 육성 및 지원 등에 관한 법률 제정안  
: 필수의료종사자 → 업무상과실치사상죄 → **임의적 감면**

▶ 더불어민주당 **신현영 의원** 대표발의 필수의료 육성 및 지원 등에 관한 법률 제정안  
: **보건의료인** → **형사적 처벌** → **임의적 감면**

▶ 국민인심 **홍석준 의원** 대표발의 필수의료 육성 및 지원 등에 관한 법률 제정안  
: 필수의료종사자 → 업무상과실치사상죄 → **필요적 감면 + 친고죄**

「필수의료 육성 및 지원 등에 관한 법률」에 관련 3개의 법안은 「교통사고처리특례법」이나 「의료분쟁조정법」에서는 허용하지 않은 피해자가 사망하거나 신체의 상해로 인하여 **생명에 대한 위험**이 발생하거나 **장애 또는 불치나 난치의 질병**에 이르게 된 경우(**중상해**)까지 필수의료종사자 또는 보건의료인의 **업무상과실치사상죄** 또는 **형사적 처벌**을 임의적 감면 또는 필요적 감면할 수 있도록 규정하고 있다. 필수의료의 개념과 필수의료종사자 범위가 불명확해 보건복지부령을 통해 정해야 하는데, 이는 **형의 감면 대상을 보건복지부가 결정하는 것으로서 적절하지 않다.**



▶ 의료사고 피해자와 유족이 형사고소를 하지 않는 환경 조성

의료사고 피해자와 유족이 형사고소를 하지 않는 환경 조성

의사와 전공의가 의료소송이 많은 난이도 높은 필수인료를 기피하는 현상의 심각성

환자도 충분히 인식하고 있고 신속히 해결방안을 찾아야 한다고 생각

↓  
해결방안과 추진 순서에 있어서 환자/국민과 의사 간 차이가 있을 뿐

↓  
▶ (환자/국민) 의료사고 피해자와 유족의 올분 해소와 피해구제를 위한 제도적·입법적 조치로 형사고소를 하지 않는 환경 조성부터

▶ (의사) 의료사고 피해자와 유족으로부터 형사고소를 당하지 않도록 하는 의료사고처리특례법 제정부터

감사합니다

Nothing about Patient without Patient



## 정부의 의료사고처리특례법 제정 관련 시민사회 토론회

### 토 론





## 송 기 민

경제정의실천시민연합 보건의료위원장



-----MEMO

-----MEMO

-----MEMO





# 최 자 영

의료소비자연대 정책위원장



-----MEMO

-----MEMO

-----MEMO





**정부의 의료사고처리특례법 제정 관련 시민사회 토론회**

**윤 명**

**소비자시민모임 사무총장**



-----MEMO

-----MEMO

-----MEMO





## 안 정 희

한국YWCA연합회 소비자운동부장



-----MEMO

-----MEMO

-----MEMO





**정부의 의료사고처리특례법 제정 관련 시민사회 토론회**

**이 은 영**

**한국백혈병환우회 공동대표**



-----MEMO

-----MEMO

-----MEMO





## 자유토론 및 질의응답



-----MEMO

-----MEMO

-----MEMO