

# 분만 의료사고에 대한 보상사업

## -의료사고 피해구제 및 분쟁조정 등에 관한 법률 제46조에 관하여-

백경희\* · 안법영\*\*

- I. 문제의 제기
- II. 의료사고와 손해배상책임의 귀속
  - 1. 과책주의
  - 2. 보상사업과 민사책임귀속 원리
- III. 분만 의료사고 보상사업의 요건
  - 1. 문제점
  - 2. 보상사업의 구성요건
  - 3. 해결방안의 모색
- IV. 분만 의료사고 보상사업의 범위
  - 1. 문제점
  - 2. 분만의 개념과 유형
  - 3. 의료사고 보상사업의 적용범위
- V. 결론적 소견

## I. 문제의 제기

보건의료인은 환자의 생명과 신체에 대하여 불가피하게 치유를 목적으로 수술을 비롯한 마취, 수혈 등과 같은 일련의 침해를 야기할 수 있는 행위를 하는바, 의료행위가 지니는 침습성이라는 본질적 특수성이 있다. 이 과정에

\* 논문접수: 2011. 11. 3. \* 심사개시: 2011. 11. 10. \* 수정일: 2011. 11. 20. \* 게재확정: 2011. 12. 10.

\* 인하대학교 법학전문대학원 전임강사, 법학박사

\*\* 고려대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사

서 의료사고가 발생하여 보건의료인과 환자 사이에 의료분쟁이 야기된 경우,<sup>1)</sup> 법원에 소송을 제기하여 책임귀속의 판결을 받을 수도 있을 것이나, 이 같은 쟁송은 시간적·경제적 비용이 상당하다. 이를 타개하기 위하여 의료분쟁을 신속·공정하고 효율적으로 해결하고, 의료인에게 안정적인 진료환경을 조성하기 위하여 조정이나 중재라는 소송의 대체적 해결수단과 형사적 특례를 제공하며, 일부 무과실 의료사고에 대한 국가보상제도를 골자로 하는 특별법률의 제정이 20년 이상 논의되어 왔다.<sup>2)</sup> 그리고 오랜 시간 동안 표류하였던 해당 법률안은 ‘의료사고 피해구제 및 분쟁조정에 관한 법률(이하 ‘의료분쟁조정법’)’로 의결되어 2011. 4. 7. 공포되었다.

특히 동법 제46조에서는 보건의료인의 책임은 없으나 현대 임상의료의 한계로 초래되는 의료사고의 발생 시 그 피해에 대해 국가의 주도 하에 기금을 조성하여 피해를 보상하기 위한 규정을 두게 되었고,<sup>3)</sup> 제1항에서는 “보건의료인이 충분한 주의의무를 다하였음에도 불구하고 불가항력적으로 발생하였고 의료사고보상심의위원회에서 결정한 분만(分娩)에 따른 의료사고로 인한 피해를 보상하기 위한 사업(의료사고 보상사업)”의 시행을 예정하고 있다.

- 1) 의료사고 피해구제 및 분쟁조정 등에 관한 법률 제2조 정의와 같이 의료사고는 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, 의료분쟁은 의료사고로 인한 다툼을 의미한다. 즉, 의료분쟁은 의료사고 중 의료종사자의 잘못이라는 가치개념이 개입되어 발생하는 것이다; 신현호·백경희, 『의료분쟁 조정·소송 총론』, 2011, 제37면.
- 2) 의료사고에 관하여 의료소송 외에 환자의 피해구제를 위하여 보다 타당한 방법으로서 입증에 관한 여러 시도가 이루어져 왔고, 우리나라에서도 14대 국회부터 수차례 가칭 ‘의료분쟁조정법안’의 발의를 통하여 다양한 법안들이 제출되었다. 법안의 구체적 내용에 관하여는 보건복지가족위원회(수석전문위원 김종두), 『의료분쟁 조정 및 피해구제에 관한 법률안 검토보고』, 보건복지가족위원회, 2009. 11, 제7~8면 참조.
- 3) 보건의료인이 예견하거나 회피할 수 없는 영역에 해당하는 불가항력적 사고로 인한 악결과에 대한 위험을 온전히 의사와 환자에게만 부담하도록 하는 것에 대하여는 복지국가를 지향하고 널리 의료공보험을 실시하고 있는 우리나라의 현실에 부합하지 않으며, 의료행위가 지니고 있는 구명성과 공공성에도 맞지 않는다는 비판과 그 대응책으로 국가가 주도하여 피해구제 기금을 조성하여 불가항력적 사고의 경우, 예상하지 못한 악결과에 대하여 피해구제기금을 통하여 일정액으로 손해를 전보해 주는 것이 바람직하다는 주장이 제기되어 왔다; 신은주, “의료분쟁과 해결방안”, 『의료와 법률』, 한국의료법학회 창간호, 1996, 제21면.

그런데, 동조항이 의료사고 보상사업에 대하여 위험책임을 도입한 것인지 아니면, 특별희생에 대한 보상으로 이해하여야 하는지의 여부와 그 법적 근거, 특히 사회보장법적 관점에 비추어 그 법체계적 지위가 무엇인가에 관한 의문이 제기된다. 또한 동조항에서 보상사업의 요건으로서 ‘무과책’과 ‘불가항력’으로 발생한 ‘분만 의료사고의 피해’를 두고 있는데, 이 요건표지들의 어구상 일반적 의미를 그대로 따른다면, 보건의료인이 분만의료시술상 ‘무과책’으로 민사손해배상책임을 면하게 되어도, 해당 그 시술로 초래된 악결과가 불가항력적 사유에 의한 것이 아니라면 해당 보상사업의 적용범위에 들어가지 않게 된다는 난점이 발생한다.

2011. 11. 7. 동법률의 하위법령으로 시행령안이 입법예고된 상태이나, 위와 같은 문제점을 해결하기에는 미흡한 점이 있다. 따라서 근본적으로는 위 법률의 보상사업 시행의 기본요건을 구체화하기 위한 분만의료사고의 유형화 작업이 요청되며, 이를 통해 보상범위에 관한 논의가 이루어져야 할 것이다.

이하에서는 이와 같은 문제에 관해 우선 의료사고의 손해배상책임귀속과 보상사업의 법적 근거를 일별하여 개관하고(이하 II), 위 법률이 규정한 보상사업의 요건을 비판적으로 검토한 후(이하 III), 보상사업의 시행을 위한 시행령 등에서 구체화되어야 할 분만사고의 여러 가지 유형들을 판결례의 유형적 분석을 통해 그 범주를 고찰하고자 한다(이하 IV).

## II. 의료사고와 손해배상책임의 귀속

### 1. 과책주의

의료사고 피해구제 및 분쟁조정 등에 관한 법률 제1조에서는 “의료사고로 인한 피해를 신속·공정하게 구제하고 보건의료인의 안정적인 진료환경을 조성함을 목적으로” 하고, 동법 제35조는 조정부가 “의료사고로 인하여 환자에

게 발생한 생명·신체 및 재산에 관한 손해, 보건의료기관개설자 또는 보건의료인의 과실 정도, 환자의 귀책사유 등을 고려하여 손해배상액을 결정하<sup>4)</sup>도록 하며, 동법 제36조에서는 조정중재원장이 “분쟁의 조정 결과 의료사고에 대한 의료인의 과실이 인정되지 아니”하는 경우에 안내의무를 규정하고 있으며, 또한 동법 제46조에서는 “보건의료인이 충분한 주의의무를 다하였음에도 불구하고 불가항력적으로 발생”한 “분만에 따른 의료사고로 인한 피해를 보상하기 위한 사업을 실시한다”고 함으로써, 민사책임귀속의 기본원칙인 과책주의(Verschuldensprinzip)를 따르고 있다.<sup>4)</sup> 따라서 주지하듯이, 의료과실이 개재된 의료사고가 발생한 경우, 계약위반에 따른 민법 제390조 이하의 채무불이행책임과 동법 제750조 이하의 불법행위책임의 법리구성에 의한 손해배상의 청구가 가능하다. 양자의 어느 구성을 취하더라도 과책책임의 원칙에 따라 의료 측은 환자에 대한 진료에 있어서 요구되는 주의의무를 다하여야 하고, 이를 위반한 과실행위에 대한 비난가능성이 인정되어야만 한다.<sup>5)</sup>

대법원도 의료행위에 있어서 주의의무위반으로 인한 불법행위 또는 채무불이행으로 인한 책임이 있다고 하기 위해서는 의료행위상 주의의무의 위반,

4) 안법영, “산부인과 진료와 의사의 주의의무-대법원 판결례의 분석을 중심으로-”, 『의료법학』, 장간호, 2000, 대한의료법학회, 제52면 참조. 우리 민법전의 채무불이행법의 과책주의에 관하여는 양창수, “민법개정작업의 경과와 채권편의 개정검토사항 I(채권총칙)”, 『민사법학』, 제19호, 2001, 제22면; 안법영, “2001년 법무부 민법개정시안에 관한 소고-총칙편과 채권편을 중심으로-”, 『고려법학』, 제38호, 2002, 제161, 187면 이하 참조.

5) Vgl. A. Laufs, Unglück und Unrecht, Ausbau oder Preisgabe des Haftungssystem?, 1994, S. 1, 23: “Wer die Schuld im eigentlichen Sinne, die persönliche Vorwurfbarkeit im Zeichen des Schutzes der Verkehrserwartung nicht mehr als den Grund der Schadensatzrechnung erkennt, der wird die Pflichtwidrigkeit als Basis der Schadensatzpflicht zu betonen haben. Das Deliktsrecht schützt die Integrität gegen vermeidbares soziales Fehlverhalten. Wer ein Delikt begeht, tut Unrecht. An diesem Eckpfeiler des Rechts der zurechenbaren Schädigungen gilt es festzuhalten. Dessen Preisgabe brächte das gesamte gesetzliche System zum Einsturz.” 의료사고 민사책임을 계약책임으로 구성하든 불법행위로 구성하든, 모두 의사의 고의·과실로 인한 주의의무 위반으로 인하여 환자에게 신체·생명·건강 등에 침습적인 손해를 가하여야 하고, 양자 사이에 인과관계를 요한다. 다만 각각의 법률상 규정과 해당 법리에 따라 해당 요건에 관한 입증부담을 부담하는 자가 누구인지, 사용자의 면책가능성이 존재하는지, 손해배상청구권의 소멸시효가 어떠한지 등에 관하여 이론상 차이가 있다. 백경희, 『의료사고 민사책임을 성립과 범위에 관한 연구-새로운 쟁점을 중심으로-』, 고려대학교 박사학위논문, 2008. 12, 제10~15면 참조.

손해의 발생 및 주의의무의 위반과 손해발생과의 사이에 인과관계가 존재하여야 한다고 하여, 양자의 법리구성의 적용에 관하여 판시하고 있다.<sup>6)</sup>

## 2. 보상사업과 민사책임귀속 원리

### 가. 특별희생과 보상책임

분만을 위한 각종 진료도 의료행위로서, 위에서 개요로 제시한 바와 같이, 원칙적으로 과책주의가 적용된다. 따라서 분만시술을 시행한 의사 등의 과실 유무에 따라 환자 측이 입은 피해에 대한 배상 여부가 결정되는 것은 당연한 귀결이다. 그런데 의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률 제 46조 제1항에서의 무과책의 불가항력적 분만사고에 대하여는 보상사업을 시행하는 것으로 규정하게 되었는데, 과책주의가 적용되지 않는 보상영역을 상정하고 있다.

그러나 분만을 조력하는 의료행위나 산부인과 내의 분만시설을 그 본성상 위험원(危險源)은 아니고, 환자의 건강침해나 사망의 위해는, 정상적 진료에 대한 극히 예외적인 경우를 제외한다면, 근원적으로는 환자의 질병에서 기인하는 것이며,<sup>7)</sup> 동조항에서 피해에 대한 '배상'이 아닌 '보상'을 한다는 점에 비추어, 위 범조항이 의도하는 의료사고 보상사업은 위험책임법리가 적용되는 생활영역이라고 할 수 없을 것이다.<sup>8)</sup> 즉, 위 법률의 제정에 즈음하여 의

6) 대법원 2000. 9. 8. 선고 99다48245 판결 등.

7) Vgl. H.-L. Weyers, Empfiehlt es sich, im Interesse der Patienten und Ärzte ergänzende Regelung für das ärztliche Vertrag (Standes) und Haftungsrecht einzuführen Gutachten A für den 52. Deutschen Juristentag (1978), A 92; Ch. Katzenmeier, Arzthaftung (2002), S. 174 ff.

8) 민사보상책임의 귀속원리에 관하여는 안법영, 『교통소음 Immission과 민사책임』, 2001, 제112면 이하. 위험책임(Gefährdungshaftung)은 허용된 위험원(erlaubte Gefahrquelle)을 지배하는 자가 그의 이익을 위하여 그러한 위험시설 등을 운영한다면 그로 인하여 발생한 손해를 부담하여야 한다는 것이다. 위험책임의 성립에서는 행위자의 위법하고 책임 있는 행위의 평가를 전제하지 않으며, 또한 개별적인 침해가 발생한 경우에 위험한 시설의 경영이 법적으로 허용되어 있다는 것으로서 정당화되지 않는다. 다시 말하면 위험책임원리에 의한 손해의 귀속은 위법한 행위의 책임귀속이 아니라 허용된 위험을 감행한 자의 책임범위로 귀속시킴으로써 배분적 정의(verteilende Gerechtigkeit)를 실현하는 것이다. J. Esser,

료상 무과실의 불가항력적인 분만사고로 범위를 국한하여서라도 의료사고 보상사업을 우선적으로 시행하는 취지는, 분만의 의료적 특수성은 물론,<sup>9)</sup> 저출산 현상의 심화로 야기되는 공공에의 부정적 영향에 대응하여 출산을 장려하여야 하는 사회공익적 특수성이 반영되어 있다.<sup>10)</sup> 요약하면, 분만의료상 사고로 인한 산모 환자 측의 피해는, 불법(Unrecht)이 아니라 불행(Unglück)의 피해로서,<sup>11)</sup> 사회적 특별희생(sozialer Sonderopfer)으로서 배분적 정의에 기초한 보상으로 개념으로 파악하는 것이다.<sup>12)</sup>

의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률 제46조의 보상사업은, 그 법체계적 기초는 민사법적 책임귀속원리인 보상책임(Aufopferung-shaftung)의 원리에서 찾을 수 있는바, 계수연혁상 법체계적 인식 상 독일민사

Grundlage und Entwicklung der Gefährdungshaftung, 2. Aufl. (1969), §§ 11 f., S. 92 ff.; Esser-Schmidt, Schuldrecht I/1, 8. Aufl. (1995), § 8 II 3; Esser-Weyers, Schuldrecht II/2, 8. Aufl. (2000), § 53 1 b), S. 129; vgl. E. v. Caemmerer, Reform der Gefährdungshaftung, 1971, S. 15; E. Deutsch, Gefahr, Gefährdungshaftung, Gefährderrhöhung, 1. FS für K. Larenz (1971), S. 894 ff.; A. Reich, Gefahr-Risiko-Restrisiko, 1989, S. 75 ff., 88 ff. 특히 위험책임 원리의 배분적 정의(iustitia distributiva)의 실현에 관하여는 J. Esser, a. a. O., S. 69 ff.; S. Meder, Schuld, Zufall, Risiken, 1993, S. 209 ff. 참조. 그러나 의료행위는 본질적으로 사람의 생명을 구하고 신체의 완전성을 확보하기 위한 것이어서 의료기술에 준거하여 바르게 실시되는 의료행위에는 침습성이 있는 한편, 넓은 의미에서의 구명성(救命性)이라는 특성이 있기 때문에, 의료행위로 인하여 불가피하게 야기될 수 있는 악결과를 환경책임법에서 다루는 것과 같이 산업화에 수반되는 위험시설 및 설비에서 불가피하게 초래되는 위험과 같이 개념할 수 없다; 안범영, “산부인과 진료와 의사의 주의의무-대법원 판결례의 분석을 중심으로-”, 『의료법학』, 창간호, 2000, 제54면 참조.

- 9) 분만은 산모의 자궁으로부터 태아의 배출이 이루어지는 것이므로, 산모와 태아라는 복수의 생명·신체의 침습이 존재하여 산모와 태아 모두에게 위해를 야기하고, 산모와 태어난 신생아 모두에게 사상(死傷)이라는 악결과가 초래되면 그로 인한 금전적 손해배상액이 가중되게 된다. 더구나 최근 저출산 경향과 분만이 지니고 있는 고위험 때문에 산과전문의 인력수급에 차질이 초래되고 있어 악순환이 일고 있다; 민혜영·손명세·김기경, “산부인과 의료사고배상의 합리적 방안-유형별 구조분석을 중심으로-”, 『한국의료법학회지』, 제12권 제2호, 2004, 제86~87면 참조.
- 10) 위 법률의 제정과정에서도 드러나지만, 명확하게는 동법 시행령안에 관한 보건복지부 보도자료, 2011. 11. 8, 제2면 참조.
- 11) Vgl. A. Laufs, a. a. O.; ders., Delik und Gefährdung - Von der Schadenszurechnung zur Schadensverteilung? - Kritische Darstellung der Grundlinien in Lehre und Spruchpraxis, in: A. Laufs(Hrsg.), Die Entwicklung der Arzthaftung, 1997, S. 1, 7 ff.
- 12) 공법인 행정법적 특별희생의 보상에 관하여는 류지태·박중수, 『행정법신론』, 제14판, 2010, 제544면, 제560~561면; 홍정선, 『행정법원론(상)』, 제18판, 2010, 제749면; 석중현, 「희생보상청구」, 법률신문, 1988. 11. 3. 등 참조.

법에서 이른바 침해책임(Eingriffshaftung)의 일종으로 파악할 수 있다. 이는 또한 분만시술상 의료적 과책으로 귀속시킬 수 없는 악결과는 출산에 관한 우리의 사회적 요청에 비추어— 비록 출산 그 자체가 본질상 사회적 공공의 기여를 목적으로 하는 것은 아닐지라도—하나의 “사회적 특별희생(sozialer Sonderopfer)”으로서 산모와 신생아가 입은 악결과를 특별희생으로서 보상을 실정화한 것으로 볼 수 있다.<sup>13)</sup>

## 나. 법체계의 연혁적 비교

의료사고 보상사업이 사회적 특별희생으로 민사법적 보상책임원리에 법적 기반을 두고 있을지라도, 법제도적 보상사업의 적절한 시행을 도모하기 위한 법리구성의 구체화를 위해서는, 그에 상응하여 총론적으로 사회법적 관점도 함께 검토되어야 할 것이다.<sup>14)</sup> 이와 관련하여 우리 법제의 계수연혁상 사실상 연원을 이루는 독일의 사회법유형사(Sozialrechtstypengesichte)를 간단하게 일별하는 바, 오늘날의 공법상 행정법적 사회보장법 체계로의 발전 형성에서 위 법률에 의한 보상제도의 법체계적 지위를 최소한 가늠해 볼 수 있을 것이다.

### (1) 유형적 발전의 개관

독일의 사회법(Sozialrecht)의 기능, 특히 개인 재화결핍을 배제한다는 특징으로서 특수한 유형은, 전반적으로 기능적으로 동등하거나 유사한 법형성이전의 또는 법이 아닌 다른 선행적 형태로부터 출발하여, 오늘날 좁은 의미의 사회법 유형과의 융합적인 형태로 발전하였다.<sup>15)</sup> 즉, 관행과 관습으로부터

13) 안법영·백경희, “의료사고 보상사업상 보상청구권의 법적 의미에 관한 일별”, 한국의료법학회 발표 논문(2011. 12. 게재 예정) 참조.

14) 여기에서 “사회법”이라는 용어는 민사법적 관점에서 자유주의적 과책원칙의 책임귀속에 대비하여 보상책임원리의 지도원리로서 사용한다. 우리나라의 미국적 사회보장법 도입에 비추어 “사회법”이라는 용어의 사용에 관해 회의적인 견해는 전광석, 『한국사회보장법론』, 제8판, 2010, 제76면 참조.

터 관습법, 그리고 중국적으로 제정법으로의 발전이라고 할 수 있는데, 법제화에 의한 실정법률상 규율은 공법적 영역에 속하는 사회법 전형의 것들에 국한되지 않았고, 대개는 “사회적” 사법(soziales Privatrecht)이었다.<sup>16)</sup>

법제화에 의한 규율은 조직적 형성(organisatorische Ausgestaltung)을 통해서 이루어지지만, 그 방식에 있어서 임의성과 강제성의 구별이 중요하지는 않다. 또한 자조(自助)적인 것(Selbsthilfe)과 타조(他助)적인 것(Fremdhilfe)으로 구별할 수 있는바, 전자의 경우에는 법적으로 사회보장적 급부를 담보한 제도에서의 강제적 참여가 의무화되며(예를 들어 사회보험), 후자의 경우에는 법질서가 보장하기 위해서는 해당 주체에게 그 이행을 의무화한다. 그러나 그 이행의 담보 정도는 본질적으로 크지 않은바, 그것을 장려하거나 단지 가능하게 하는 정도에 그치기도 한다.<sup>17)</sup> 그리고 체계의 쌍무적 형성(Synallagmatische Ausgestaltung)이라는 관점에서는 보장된 수요층이 보험적 선급부에 기초하는 사회보험 등의 보장(Vorsorge)<sup>18)</sup>과 그러한 선급부(先給付, Vorleistung) 없는 보장(Versorgung)으로 구별된다. 후자의 경우에는 그 같은 보장이 다양한 사유에 의해 정당화되는 바, 기여한 사회 공헌이나 희생 등이거나, 이러한 정당화사유가 전혀 없는 경우에는 단지 그 필요성에만 의존하기도 한다.<sup>19)</sup>

선급부 없는 보장은 종종 법률상 의무에 기인하기도 하는데, 사법적 보장구상들(privatrechtliche Versorgungskonzepte)로서는 경영적 사회급여의 노동법적 구상, 손해배상법의 책임법적 구상, 가족부양의 배려구상, 그리고 공법적인 것으로서 공무원보장의 근무법적 구상, 책임법적으로 동기화된 사회적

15) H. Bley, Sozialrecht, 5. Aufl. (1983), A I 5, S. 32 ff.

16) 자선 등과 같은 법 외적인 것들과 법적 규율이 이루어지는 것들로 나뉘며, 후자는 그 법제화의 정도에 따라 임의적 수혜와 의무적 수혜(obligatorische Gebrauch)로 대별될 수 있다. H. Bley, a. a. O., A I 5, a), b), S. 33.

17) Vgl. H. Bley, a. a. O., A I 5, b) dd), S. 33.

18) 사회보장기본법 제3조 제2호 : “사회보험이란 국민에게 발생하는 사회적 위험을 보험의 방식으로 대처함으로써 국민의 건강과 소득을 보장하는 제도를 말한다.”

19) 이에 관하여 배려(Fürsorge)라고 하여, 고유의 정당화사유가 있는 선급부 없는 보장(Versorgung)과 구별한다. Vgl. H. Bley, a. a. O. S. 34.



보상(haftungsrechtlich motivierte soziale Entschädigungsrecht), 사회적 배려의 일부 영역들(사회부조 등)<sup>20)</sup>이 열거된다.<sup>21)</sup>

나아가 보장급여의 주체에 따라서는 개인적, 그리고 제도적 부조(扶助)로 구별할 수 있는데, 후자는 대개 집단적 부조(kollektive Hilfe, Gruppenhilfe)로서 예를 들어 법인격을 갖춘 단체들을 통해 법적으로 가능성을 확보한다.<sup>22)</sup> 제도적 부조(institutionelle Hilfe)는 복합기능적 내지 특수보험의 단일기능적 기관들을 통해 주어질 수 있다.<sup>23)</sup>

이상에서 일별한 사회법적 발전 연혁은 복지적 보장의 일정한 발전은 여러 기본요소들인 복합적으로 조화를 이루어지며, 나아가 각종 보장들의 체계의 지속적인 개선과 그 정도의 고도화로 이어진다는 것을 보여준다.<sup>24)</sup>

## (2) 소결

위와 같은 사회법적 유형발전의 연혁에 비추어 본다면, 의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률 제46조의 보상사업은 공법, 특히 행정법적 사회보장법의 체계적 구울로 발전·확립되지 않은 단계에서의 민사법체계에서의 사회복지적 보상제도의 한 유형이라고 할 수 있을 것이다.

그 내용은 선급부(先給付, Vorleistung) 없는 보장(Versorgung)으로 의

---

20) 사회보장기본법 제3조 제3호: “공공부조(公共扶助)’란 국가와 지방자치단체의 책임 하에 생활 유지 능력이 없거나 생활이 어려운 국민의 최저생활을 보장하고 자립을 지원하는 제도를 말한다”. 제4호: “사회복지서비스’란 국가·지방자치단체 및 민간부문의 도움이 필요한 모든 국민에게 상담, 재활, 직업의 소개 및 지도, 사회복지시설의 이용 등을 제공하여 정상적인 사회생활이 가능하도록 지원하는 제도를 말한다”. 제5호: “관련복지제도’란 보건, 주거, 교육, 고용 등의 분야에서 인간다운 생활이 보장될 수 있도록 지원하는 각종 복지제도를 말한다.”

21) Vgl. H. Bley, a. a. O. S. 34.

22) 의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률 제45조(의료배상공제조합의 설립·운영) ① 보건의료인단체 및 보건의료기관단체는 의료사고에 대한 배상을 목적으로 하는 의료배상공제조합(이하 “공제조합”이라 한다)을 보건복지부장관의 인가를 받아 설립·운영할 수 있다. ② 공제조합은 법인으로 한다. ③ 공제조합은 의료사고에 대한 배상금을 지급하는 공제사업을 운영하여야 한다.

23) Vgl. H. Bley, a. a. O., A I 5, b) ee), S. 35.

24) Vgl. H. Bley, a. a. O., A I 5, c), S. 35 f.

료적 분만시술상 특별희생에 대한 보상으로서, 사법적으로 손해배상법의 책임법적 구상을 기초로 보건의료인에게 귀책에 의한 손해배상책임이 인정되지 않는 것을 요건으로 한다. 그러므로 법제화된 체계적 공법적 사회보장은 아니지만 그 기본이념 실현에 상응하는 범주에서,<sup>25)</sup> 민사법상 책임법적으로 동기화된 피해전보(haftungsrechtlich motivierte Entschädigung)로서, 그리고 민사법에 대응하는 사회법적 관점에서는 위 법률에 의해 설치되는 조정중재원에게 타조(他助; Fremdhilfe)의 보상사업의 시행을 의무화한 ‘법정의 제도적 비선급보장’의 일종이라고 할 수 있겠다.

### III. 분만 의료사고 보상사업의 요건

#### 1. 문제점

의료분쟁조정법 제46조는 그 표제를 “불가항력 의료사고 보상”이라고 하여, 동조 제1항에서 보상사업을 의무화하고 있다. 그리고 그 사업의 시행주체를 “조정중재원”으로, 그 대상은 “보건의료인이 충분한 주의의무를 다하였음에도 불구하고 불가항력적으로 발생”한 “분만(分娩)에 따른 의료사고로 인한 의료사고의 피해”로 하며, 그 대상적 요건의 판정을 “의료사고보상심의위원회에서 결정”하도록 규정하고 있다.<sup>26)</sup> 그리고 동조 제3항은 조정중재원으로 하여금 그

25) 사회보장기본법 제1조는 “사회보장에 관한 국민의 권리와 국가 및 지방자치단체의 책임을 정하고 사회보장제도에 관한 기본적인 사항을 규정함으로써 국민의 복지증진에 기여함을 목적”으로 하며, 동법 제2조에서는 “사회보장은 모든 국민이 인간다운 생활을 할 수 있도록 최저생활을 보장하고 국민 개개인이 생활수준을 향상시킬 수 있도록 제도와 여건을 조성하여, 그 시행에 있어 형평과 효율의 조화를 도모함으로써 복지사회를 실현하는 것을 기본 이념”으로 하는 것을 밝히고, 동법 제3조 제1호에서 “사회보장”이란 질병, 장애, 노령, 실업, 사망 등의 사회적 위험으로부터 모든 국민을 보호하고 빈곤을 해소하며 국민 생활의 질을 향상시키기 위하여 제공되는 사회보험, 공공부조, 사회복지서비스 및 관련복지제도”라고 정의하고 있다.

26) 국회본회의 최종 의결에 상정된 “의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률안(대안)”, 의안번호 11088(2011. 3. 10.) 보건복지위원장 제안과 동일.

보상사업의 소요비용의 일부를 시행령에 의해 “보건의료기관개설자 등”에게 “분담하게 할 수” 있도록 하며, 동조 제4항은 위 보상사업의 시행을 위한 “의료사고보상심의위원회의 구성 및 운영”, “보상의 범위, 보상금의 지급기준 및 절차 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정”하도록 규정하고 있다.

위 사업의 사회적 복지보장은, 비록 극히 한정된 의료분야에만 적용될지라도, 상당한 의미를 갖는다. 그러나 해당 사업조직을 구성하고 시행령 등이 마련함에 있어서는, 위 법률의 제정 과정에서 이미 정책적으로 우려한 소요 재정 조달 등에 문제뿐만 아니라, 나아가 그 적용상 보상을 위한 의료사고의 판단 기준요건의 구체화에서도 적지 않은 법리적 의문점들이 표출될 것이라고 예상되는바, 이하에서는 동 법률조항의 구성요건적 표지들에 관한 일반적 의미를 일별하여 문제점을 구체화하고, 입법과정에서의 논의를 검토하여, 그 해결의 적합한 착안점을 찾아보고자 한다.

## 2. 보상사업의 구성요건

### 가. 보상요건의 표지들

#### (1) 무과책 의료사고의 피해

우선적으로 검토되어야 할 것은 보상대상인 “의료사고”이다. 위 조항에서는 의료적 분만진료에서 “보건의료인이 충분한 주의의무를 다하였음에도 불구하고 불가항력적으로 발생”한 의료사고를 보상요건으로 하고 있다. 그리고 의료사고에 대한 민사책임귀속은 과책주의를 원칙으로 하는바, 그로부터 제외되는 의료사고로서 분만진료를 행한 의료 측의 “무과책(Verschuldensunabhängigkeit)”으로 손해배상책임이 인정되지 않는 것을 요건적 전제로 하는데, 이는 이미 입법제안의 취지와 그 심의과정에서도 드러난 바와 같이 명백하다.<sup>27)</sup>

---

27) 국회사무처, 제298회 국회본회의의사록, 제2호, 20면(2011. 3. 11. 오후 2시); 최종 의결의 법률안(대안)은 제안설명을 한 최영희 의원과 “심재철 의원이 각각 대표발의한 제정

위와 같이 일견 간명해 보이는 “무과책 보상(verschuldensunabhängige Kompensation)”이라는 입법취지와는 달리, 법제화된 위 실정조항의 문구상 표현은 전혀 명료하지 않다. 왜냐하면 위 보상요건에 해당하는 분만 의료사고는 의료 측의 ‘진료기술상 무과책’이어야 하고, 또한 그 악결과의 발생이 ‘불가항력’이어야 한다는 것이다. 따라서 불가항력적으로 발생한 악결과는, 그 자체로서 병행적으로 함께 갖추어져야만 하는 다른 요건, 즉 의료 측에 ‘주의의무위반의 과실(Fahrlässigkeit)’ 내지 그에 대한 책임비난을 포함한 ‘과책(Verschulden)’ 판단에서 당연히 배제되는바, 이는 전자의 보상요건적 표지가 후자의 요건표지를 포함하기 때문이다.<sup>28)</sup> 다시 말하면 “불가항력적으로 발생한 분만시술상 의료사고”는 “보건의료인”이 분만진료상 “충분한 주의의무를 다하였음”에 포함되는 일부 유형에 불과하다.

결과적으로 위 조항의 보상요건상 2개의 표지들은 중복적이다. 따라서 어느 하나의 요건표지가 불필요하게 이중적으로 부연되어 있다면,<sup>29)</sup> 어느 하나의 요건을 도외시하고서 다른 하나의 것만을 보상구성요건의 표지로 삼을 수도 있을 것이다. 그렇지만 ‘무과책’과 ‘불가항력’의 요건표지는 그 내용과 기능에서 동일하지 않으며, 전자의 함의폭이 넓기 때문에 곧바로 어느 요건 표지만을 주된 것으로 판단할 수 없는 난점이 있다.<sup>30)</sup> 그렇지만 보상사업의

안 2건과 박은수 의원이 소개한 청원을 병합심사한 것”이다.

- 28) 불가항력(不可抗力)의 국어사전적 뜻은 ‘① 사람의 힘으로 저항하거나 막아낼 수 없는 힘, ② [법률] 외부에서 생긴 사고로부터 오는 손해의 발생이 사회통념상의 주의나 예방, 즉 그 방지에 필요하다고 인정되는 모든 방법을 동원하여도 피할 수 없는 일로 풀이되어 있다. 고려대학교 민족문화연구원, 『한국어대사전』, 2009, 참조.
- 29) 보건복지부, 2011. 11. 8.자 보도자료 2면에서는 ‘불가항력 의료사고’에 관해 “보건의료인이 충분한 주의의무를 다하였음에도 불구하고 불가항력적으로 발생하는 의료사고”라는 보완 설명으로 내용으로 보도하였는데, 무의미한 동어반복에 불과하다.
- 30) 법제사법위원회계자구 검토보고서에서조차도, 그 보고서의 명칭과 달리, 법률안(대안) 정책적 내용의 적정성에 관한서만 검토한 점이 드러난다. “불가항력으로 인한 의료사고 보상의 적정성 여부(안 제47조)”. “제정안은 보건의료인의 과실이 없는 의료사고에 대하여 국가가 예산의 범위에서 환자 등에게 보상할 수 있는 법적 근거를 신설하고자 함”, “무과실의 의료사고로 인하여 보건의료인에 대한 손해배상청구권을 가지지 못하는 환자 등에게 국가가 사회보장적 차원에서 그 피해액의 일부를 보상하고자 하는 입법취지는 궁정적으로 평가되나”, “제정안에서 보상금 지급의 법적 근거만 마련하고, 의료사고보상심의위원회의 구성 및 운영, 보상재원의 분담주체 및 비율, 보상의 대상 및 범위 등에

시행을 위한 구체화 작업이 남겨져 있는 현시점에서 이를 곧바로 입법상 오류라고 단정하기보다는, 우선적으로 위 법률의 입법상 위 조항에 관한 발의안와 심의에 관한 입법과정을 일별하고, 그 해결방안의 실마리를 모색하여만 할 것이다(이하 나).

## (2) 의료사고 민사책임의 과책 판단

민사책임귀속의 판단에서 과실은 그 전제로서 주의의무(Sorgfaltspflicht)의 설정을 요하는바, 그 주의의무의 설정에서는 또한 필수적 전제로서, 계약관계이든 계약 외적 관계이든 해당 거래영역, 즉 여기에서는 분만 의료분야에서 그 의무가 지향하여야 할 보호법익이 상정되어야 한다. 주지하듯이, 의료관계에서의 그것은 사람의 생명과 신체, 건강 등인 최우선이자 최고의 보호법익들이다. 또한 주의의무의 설정에서 고려되어야 하는 세부규준들은 보호법익과 행위자의 행태가 침해할 수 있다는 것을 인식하여 예견하고, 그 침해에 대한 회피를 기대할 수 있는가라는 것이다. 다시 말하면, 가해행위자의 주지적·주의적 규준들로서 법익침해의 인식·예견가능성(Erkennbar-und Voraussehbarkeit)과 기대·회피가능성(Zumutbar-und Vermeidbarkeit)이며, 그로써 요구되는 주의의 정도는 해당 거래영역에서 일반에게, 즉 의료에서는 해당 임상의료 전문분야에서 일반적으로 요청되는 최소한의 객관적 주의기준(objektiver Sorgfaltsmaßstab als Mindestschutz)을 기초로 한다.

---

관한 입법사항을 대통령령에 포괄하여 위임하고 있는 입법방식의 적절성 여부 등에 대하여 검토할 필요성이 있음”만을 제시하고, 검토안은 공백으로 남겨져 있다. 또한 국회본회의 제안설명에서도 드러나듯이, “법안 제정 논의가 시작된 지 23년만에 의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률안(대안)이 국회 본회의에 상정되는 것”이라고 하고 있는데, 보상사업의 대상적 요건에 관해서는 세밀한 검토 없이 시행령 등에 위임하는 것에 그치고, 정책적 타협에만 관심이 집중되어 있었다고 아닐 수 없다. 국회사무처, 제298회 국회, 법제사법위원회회의록, 제1호(2011. 3. 9.): 법률안(대안) 심의 가결 후 대화; “자, 그러면 통과시킵시다. … 와, 오늘 진짜 큰 거 했다. 이거 하나 큰 거 했다. 정말이야. … (위원장 추가 확인 질의에 대해) … 공치사하려고 자꾸 몇 번을 묻는 거야. 다 이의가 없는데, ‘이의 없습니까?’, ‘이의 없습니까?’ … 복지부 차관님! 이것은 우리 박수 한번 치고 넘어갑시다. (박수) … “30년 숙제를 이제 해결하게 됐습니다. 정말로 감사합니다.”

나아가 오늘날 전문분업화된 거래에서는 일반적 기준을 일원화할 수 없으며, 개별 분야들의 위험영역에 따라 특화된 전문직업상 주의기준(ein berufsspezifischer Sorgfaltsmaßstab)이 설정되는바, 그에 관한 기준은 각종 법규정, 기술적 규제규정, 거래관행, 합의내용 등에 의해 정해진다.<sup>31)</sup> 결론적으로 의료상 진료기술에서 요구되는 바는 해당 임상의료의 전문직업적 주의의무로서, 과책주의의 견지에도 불구하고, 고도의 객관화가 이루어져 있다.<sup>32)</sup>

### (3) 불가항력과 우연성

불가항력(不可抗力)의 국어사전적 뜻은 ‘사람의 힘으로 저항하거나 막아낼 수 없는 힘’이다. 법적 의미로서는 통상 외부에서 일어난 사건 내지 사고로서, 보통 일반적으로 필요하다고 인정되는 주의나 예방으로써 그것을 막지 못하는 것이다. 그에 관한 전형적인 예시는 태풍·홍수·지진·낙뢰·전쟁 등과 같은 천재지변(天災地變)에 해당하는 것이다.<sup>33)</sup>

31) 안법영, “의료사고의 불법행위책임”, 『고려대학교 법학논집』, 제33집, 1997, 제231, 262면 이하, 제274면 이하; 안법영, “산부인과 진료와 의사의 주의의무-대법원 판결례의 분석을 중심으로-”, 『의료법학』, 창간호, 2000, 대한의료법학회, 2000, 제49, 58면 이하; 안법영, “영업경영의 과실침해와 책임귀속의 인과적 표지”, 『고려대학교 법학연구소 판례연구』 제8집, 1996. 9, 제175, 218면 이하; 해당 거래영역에서 주의기준을 정할 특별한 기준이 없는 경우에는 중국적으로 법관의 평가적 판단에 설정되어야 하며, 이때에는 일방 당사자의 행위자유(Handlungsfreiheit)와 타방 당사자의 법익보호(Schutz von Rechtsgütern)의 교량이어야 하는바, 위해(危害)되는 법익의 보호성, 행위의 사회적 유용성, 손해발생의 개연성, 요구되는 주의기준을 준수할 수 있는 경제적 기대가능성을 고려하여야 한다. Vgl. statt aller A. Laufs/W. Uhlenbruck, Handbuch des Arztrecht, 2. Aufl. (1999), § 99; Esser-Schmidt, a. a. O., § 2 III, IV; Esser-Weyers, a. a. O., § 55 II, III; Soergel/M. Wolf, § 276 BGB, 12. Aufl. (1990), Rn. 68 ff., 90 ff., 99.

32) 각종 전문직업적 분야, 특히 의료에서도 객관적 주의의무의 위반인 과실의 기준은 고도화되면서 그에 관한 의사에 대한 주관적 비난가능성이 약화되어 위험책임에 근접한다는 문제점이 지적되었다. Vgl. statt aller A. Laufs, Unglück und Unrecht, 1994, S. 1, 31: “eine Art Zwischenstufe”; ders., Delik und Gefährdung-Von der Schadenszurechnung zur Schadensverteilung?-Kritische Darstellung der Grundlinien in Lehre und Spruchpraxis, in: A. Laufs (Hrsg.), Die Entwicklung der Arzthaftung, 1997, S. 1, 20 ff.; F. J. Pelz, Verschulden-Realität und Fiktion-Die Ärztliche Haftung in der Rechtsprechung, in: A. Laufs (Hrsg.), Die Entwicklung der Arzthaftung, 1997, S. 41 ff.

33) 그밖에 [법률] 외부에서 생긴 사고로부터 오는 손해의 발생이 사회통념상의 주의나 예방, 즉 그 방지에 필요하다고 인정되는 모든 방법을 동원하여도 피할 수 없는 일로 풀이되어

위와 같은 불가항력의 의료사고인 경우에 손해배상책임을 면하는 사유는 구성요건상 소극적인 면책사유(免責事由)이다. 무과책의 책임귀속의 면책, 특히 위험책임의 배제이다. 이러한 면책은 애당초 위험원의 경영 없이는 손해가 발생하지 않았을 것이지만, 불가항력(höhere Gewalt)에 의해 경영자의 통제의 밖에 있는 이른바 불가피한 사건(unabwendbares Ereignis)의 인과적 요인에 기인하는 점에서 인정된다. 그렇지만 위험책임의 귀속에서 이러한 관점이 당연하거나 사고의 본질에서 연유하는 것이 아니라, 책임자의 위험범위를 고려한 판단에 근거한다.<sup>34)</sup> 따라서 불가항력적 사유의 면책은 과책원칙과의 경계선상에서는 유동성을 보이고 있다고 할 수 있는바, 주의 기준의 고도화는 상이한 책임준칙의 적용에도 불구하고 동일한 책임귀속의 결과를 오도할 수도 있다. 따라서 입법에서는 이러한 책임원리의 적용범주를 고려한 판단이 중요하다.<sup>35)</sup>

---

있다. 고려대학교 민족문화연구원, 한국어대사전(2009) 참조. Vgl. Deutsches Rechts-Lexikon, Bd. 2, 2. Aufl. (1992): "Höhere Gewalt (Schuldrecht) bezeichnet ein von außen einwirkendes Ereignis, das auch bei Anwendung allergrößter Sorgfalt nicht vermieden werden kann, wie Sturm, Erdbeben, Hagel, und Blitz. H. G. ist Ausschlussgrund für einige Taätbestände der Gefährdungshaftung, ..." 독일의 사고책임법(Haftpflicht)에는 불가항력에 관한 경영의 외적 요인을 중심으로 하는 객관설이 자리를 잡았다고 한다. Vgl. J. Esser, Schuldrecht, 2. Aufl.(1960), § 59, 4 c), § 207, 4.

34) Vgl. Esser-Weyers, Schuldrecht II/2, 8. Aufl.(2000), § 63 II b), S. 270 f.; M. R. Will, Quellem erhöhte Gefahr, 1980, S. 285 ff. 이에 관한 불가항력(höhere Gewalt)과 우연성(Zufälligkeit), 그리고 불가피성(Unabweidbarkeit)에 관한 보통법으로부터 전개된 19세기 후반 논의의 개관적 소개는 윤용석, "위험책임의 새로운 경향-불가항력에 의한 면책가능성-", 『부산대학교 법학연구』, 제30권 제1호, 1988, 제311, 314면 이하 참조. 이 경우에 불가항력의 면책사유는, 법익침해의 결과에 대한 위법성 판단을 유보한다면, 의무위반에 행위에 대한 위법성조각은 아니다. 왜냐하면 위험책임은 과책의 존부를 묻지 않는 이른바 무과책의 책임(verschuldensunabhängige Haftung)으로서 의무위반의 과실행위에 대한 위법성 판단 자체가 없기 때문이다. 법익침해라는 결과불법론의 관점에 관해서는 박윤직, 『채권총론』, 제6판, 2011, 제35-36면 참조.

35) Vgl. Esser-Weyers, a. a. O., S. 271; Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2, 13. Aufl. (1994), § 84 I 4b, III 2d, S. 612, 624; Schwab, Einführung in das Zivilrecht, 13. Aufl. (1997), Rn. 360 f., 364. 독일의 항공책임법(LuftVG), 원자력배상법(AtomG)의 경우에는 불가항력에 의한 배상책임의 면제를 인정하지 않는다(Esser-Weyers, a. a. O., § 64 3, 6). 원자력손해배상법 제3조(무과실책임 및 책임의 집중 등) ① 원자로의 운전 등으로 인하여 원자력손해가 생긴 때에는 당해 원자력사업자가 그 손해를 배상할 책임을 진다. 다만, 그 손해가 국가 간의 무력충돌, 적대행위, 내란 또는 반란으로 인한 경우에는 그러하지 아니하다.

또한 채무불이행법에서도 채무자의 귀책사유(Vertretenmüssen)가 없는 경우로서 불가항력의 개념표지가 예시되기도 하는바, 채무이행에 장애가 되는 전쟁·대규모 재해·법적 금지조치(예: Embargo) 등이 이에 해당한다. 이 경우에 제품생산에 필요한 원료의 품질이나 인력난 같은 경제사정은 불가항력에 해당되지 않는다.<sup>36)</sup> 이러한 경우에는 채무자의 귀책사유 자체가 없어, 면책사유가 아니라 불가항력에 의한 급부장애(Leistungsstörung)에 불과하며, 결과적으로 채무불이행책임 자체가 성립하지 않는다. 나아가 우리 민법 전에서는 물권편의 전전세권(轉傳貫權), 전질권(轉質權)에 관한 일부조항에서 불가항력의 개념표지를 찾아볼 수 있는데,<sup>37)</sup> 여기에서도 불가항력은 과책주의가 적용되지 않는 경우로서 천재지변, 이웃의 화재, 질물의 소실 등이 예시되고 있다.<sup>38)</sup>

---

<개정 2001.1.16.> …; 제조물책임법 제4조(면책사유) ① 제3조의 규정에 의하여 손해배상책임을 지는 자가 다음 각호의 1에 해당하는 사실을 입증한 경우에는 이 법에 의한 손해배상책임을 면한다. 1. 제조업자가 당해 제조물을 공급하지 아니한 사실, 2. 제조업자가 당해 제조물을 공급한 때의 과학·기술수준으로는 결함의 존재를 발견할 수 없었다는 사실, 3. …, 동법 제6조(면책특약의 제한) 이 법에 의한 손해배상책임을 배제하거나 제한하는 특약은 무효로 한다. 다만, …; 유류오염손해배상 보장법 제5조(유조선의 유류오염 손해배상책임) ① 유조선에 의한 유류오염손해가 발생하였을 때에는 사고 당시 그 유조선의 선박소유자는 그 손해를 배상할 책임이 있다. 다만, 그 유류오염손해가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 손해를 배상할 책임이 없다. 1. 전쟁·내란·폭동 또는 천재지변 등 불가항력으로 발생한 경우, 2. 유조선의 선박소유자 및 그 사용인이 아닌 제3자의 고의만으로 발생한 경우, 3. 국가 및 공공단체의 항로표지 또는 항행보조시설 관리의 하자만으로 발생한 경우… 그밖에 물권법상 소유권의 방해배제청구권에도 불가항력의 면책사유를 유추 적용할 수 있는가에 관하여는 Larenz/Canaris, a. a. O., § 86 V 3e 참조.

- 36) 대법원 2002. 9. 4. 선고 2001다1386 판결(공 2002, 2312): “천재지변이나 이에 준하는 경제사정의 급격한 변동 등 불가항력으로 인하여 목적물의 준공이 지연된 경우에는 수급인은 지체상금을 지급할 의무가 없다고 할 것이지만, 이른바 IMF 사태 및 그로 인한 자재수급의 차질 등은 그와 같은 불가항력적인 사정이라고 볼 수 없다”. 김형배, 『채권총론』, 제2판, 1998, 제170면; 주석민법/이은영, 『채권총칙(1)』, 제3판, 2009, 제488면 참조.
- 37) 제308조(전전세등의 경우의 책임) 전세권의 목적물을 전전세 또는 임대한 경우에는 전세권자는 전전세 또는 임대하지 아니하였으면 면할 수 있는 불가항력으로 인한 손해에 대하여 그 책임을 부담한다. 제314조(불가항력으로 인한 멸실) ① 전세권의 목적물의 전부 또는 일부가 불가항력으로 인하여 멸실된 때에는 그 멸실된 부분의 전세권은 소멸한다. … 제336조(전질권) 질권자는 그 권리의 범위 내에서 자기의 책임으로 질물을 전질할 수 있다. 이 경우에는 전질을 하지 아니하였으면 면할 수 있는 불가항력으로 인한 손해에 대하여도 책임을 부담한다.



그리고 불가항력과 함께 통상은 면책사유이지만, 보다 일반적인 법개념으로서 우연성(Zufälligkeit)을 들 수 있다. 이 개념표지는 일반적으로 법률적합성(Gesetzesmäßigkeit)이 인식되지 않는 사고(Ereignis)를 의미하며, 특히 책임 있게 야기된 사건에 대립하여 어느 개인에게 과책 없는 사건을 가리킨다.<sup>39)</sup> 따라서 불가항력보다 그 적용범위가 넓고 외적 요인에 의한 것으로 한정되지도 않는다.<sup>40)</sup> 특히 실정적 조항으로서 우연성과 관련된 것은 우리 민법상 채무불이행법 제392조(이행지체 중의 손해배상)는 계수연혁상 독일민법 제287조에서 유래하는바, 동조 본문은 지체채무자에게 무과실의 채무불이행책임을 규정하고, 동조 단서에서는 가정적 인과상황에서 우연한 사정을 면책사유로 하고 있으며, 동법 제537조가 규정하고 있는 쌍무계약의 채무자위험부담주의의 요건 내용은 양당사자 모두에게 우연한 사정을 요건으로 하는 것이다.<sup>41)</sup>

38) 주석민법/윤대성, 『물권 (3)』, 제3판, 2001, § 제308, 276면 이하; 주석민법/고준석, 『물권 (3)』, 제3판, 2001, § 제336, 459면 이하 참조.

39) Vgl. Esser-Weyers, Schuldrecht II/2, 8. Aufl. (2000), § 63 II b), S. 270 f.; M. R. Will, *Quellem erhöhter Gefahr*, 1980, S. 285 ff. 이에 관한 불가항력(höhere Gewalt)과 우연성(Zufälligkeit), 그리고 불가피성(Unabweidbarkeit)에 관한 보통법으로부터 전개된 19세기 후반 논의의 개관적 소개는 윤용석, “위험책임의 새로운 경향-불가항력에 의한 면책가능성-”, 『부산대학교 법학연구』, 제30권 제1호, 1988, 제311, 314면 이하 참조. 이 경우에 불가항력의 면책사유는, 법익침해의 결과에 대한 위법성 판단을 유보한다면, 의무위반에 행위에 대한 위법성조각은 아니다. 왜냐하면 위험책임은 과책의 존부를 묻지 않는 이른바 무과책의 책임(verschuldensunabhängige Haftung)으로서 의무위반의 과실행위에 대한 위법성 판단 자체가 없기 때문이다. 법익침해라는 결과불법론의 관점에 관해서는 곽윤직, 『채권총론』, 제6판, 2011, 제35-36면 참조.

40) Vgl. J. Esser, *Schuldrecht*, 2. Aufl. (1960), § 59 4 a). 독일민법 제278조의 우연한 사정의 내용의 일부로서 불가항력을 제시하는 K. Larenz, *Schuldrecht I*, 14. Aufl. (1987), § 23 I b), S. 제347면 참조.

41) 민법 제392조는 “이행지체 중의 손해배상”의 표제 하에, “채무자는 자기에게 과실이 없는 경우에도 그 이행지체 중에 생긴 손해를 배상하여야 한다. 그러나 채무자가 이행기에 이행하여도 손해를 면할 수 없는 경우에는 그러하지 아니하다”고 규정하고 있다. 독일민법 제287조: “채무자는 지체 중의 각 과실에 책임이 있다. 그는 우연에 대해서도 급부로 인한 책임을 진다. 다만, 그 손해가 적시의 급부의 경우에도 발생하였을 경우에는 그러하지 아니하다”고 규정하고 있다. Vgl. BGB § 287 *Verantwortlichkeit während des Verzugs*. Der Schuldner hat während des Verzugs jede Fahrlässigkeit zu vertreten. Er haftet wegen der Leistung auch für Zufall, es sei denn, dass der Schaden auch bei rechtzeitiger Leistung eingetreten sein würde; Esser-Schmidt, *Schuldrecht I/2*, 8. Aufl. (2000), § 28 I a), S. 117. 나아가 이 경우에 채권자에게 단순한 손실이 발생할 가능성만으로는 면책이 인정되지 않는다. Vgl. MünchKomm/Ernst, 4. Aufl. (2003), § 287 BGB, Rn. 4.

#### (4) 소결

이상의 보상사업의 요건상 어의적 내지 범일반적 개념표지들에 비추어 보면, 의료분쟁조정법 제46조의 법문상 의료사고 보상의 대상을 포착하는 표지는 ‘분만의료 진료상 무과책’, 그리고 ‘불가항력’으로 발생한 ‘분만 의료사고의 피해’라고 할 것인데, 이와 같이 ‘무과책’과 ‘불가항력’은 병행적으로 함께 갖추어져야 할 표지로 규정되어 있지만, 불가항력(höhere Gewalt)의 개념표지는, 천재지변 등과 사유를 내용으로 하고 있어 진료기술상 무과책성(Verschuldensunabhängigkeit) 개념보다 그 함의 폭이 좁다.<sup>42)</sup> 또한 법기술적 기능면에서는 무과책 책임귀속 구성요건의 소극적 면책사유로써, 그리고 그와 근접된 우연성(Zufälligkeit)도 과실 내지 과책이 책임의 성립요건이 아닌 경우에서 가정적 인과과정(hypothetischer Kausalverlauf)을 전제로 하는 면책사유로 규정되어 있는 것을 알 수 있다. 그러므로 입법상 조문편집에서 부적합한 개념표지를 법문의 용어로써 사용하였다는 점을 확인할 수 있으며, 그 내용에 비추어서도 분만시술상 보건의료인의 ‘무과책’으로 판정되어 민사손해 배상책임을 면하게 되어도, 결과적으로 남겨진 악결과가 천재지변과 같은 불가항력의 사유에 의한 것이 아니라면 의료사고 보상사업의 적용범위에 해당하지 않으면, 분만상 의료사고에 대응한 사회복지의 정책적 보상사업이 법기술적 소홀함으로 인해 무위로 그치게 되는 어처구니없는 결말을 초래하게 될 것이다. 아마도 위 법률의 제정자는 이러한 결과를 의도하지 않았을 것이다.

#### 나. 입법과정의 검토

위 법률 제46조의 보상사업에 관한 위 논점에 국한하여 입법과정을 추급

42) 참조로 용어에 관해 부연하면, 과책원칙(過責原則, Verschuldensprinzip)을 통상 과실책임 원칙이라고 하고 있는바, 그 의미가 민사책임귀속의 주의의무위반으로서 과실(過失, Fahrlässigkeit)과 다르다는 것을 올바르게 인식하고 있다면 혼용하는 것도 무방하다. 나아가 무과실(無過失)이라는 용례도 보다 정확하게는 무과책(無過責, Verschuldensunabhängigkeit)이다. 무과책은 과책이 없거나 없어야 한다는 의미가 아니라, 과책의 존부를 묻지 않는다는 의미로서, 그 실제적인 내용은 사실상 없는 소극적 개념표지이다.

하여 보면, 최종의결에 관한 국회본회의의사록 제안설명에서는 “...보건의료인이 충분한 주의의무를 다하였음에도 불구하고 불가항력적으로 발생한 분만에 따른 의료사고에 대하여는 국가가 보상하도록 하려는 것 등입니다”라고 기록되어 있다.<sup>43)</sup>

이러한 제안 내용은 실정화된 조항의 표현과 동일하므로, 아무런 해결의 실마리를 찾을 수 없다. 그러나 위 법률안에 기초가 주요 의원발의 법률안 등에서는 부분적으로 ‘불가항력’ 요건표지에 관한 취지 및 의도가 드러난다.<sup>44)</sup>

최영희 의원이 대표로서 발의한 법률안에서는, 해당 조항을 “국가는 보건의료인이 충분한 주의의무를 다하였음에도 불구하고 환자의 특이체질 또는 과민반응으로 인하여 발생하는 등 불가항력적으로 발생하였다고 위원회에서 결정한 의료사고에 대하여는 환자의 생명·신체 및 재산상의 손해에 대하

43) 국회사무처, 「제298회 국회본회의의사록」, 제2호, 제20면(2011. 3. 11. 오후 2시). 그밖에 제안 내용상 “국가가 보상한다”는 내용의 일부는 옳지 않다. 동법 제46조 제2항은 “보건복지부장관은 제1항에 따른 의료사고 보상사업에 드는 비용의 일부를 예산의 범위에서 지원할 수 있다”고 하고 있을 뿐이며, 동조 제3항에서는 “조정중재원은 제1항에 따른 의료사고 보상사업에 드는 비용의 일부를 보건의료기관개설자 등 대통령령으로 정하는 자에게 분담하게 할 수 있다”고 규정하고 있는바, 앞에서 살펴본 사회법적 보장의 유형상 조정중재원이라는 기관을 통한 제도적 집단적 외조보상(kollektive Fremdhilfe)을 근간으로 하며, 그 일부 재원을 국고가 지원을 예정하고 있을 뿐이다. 제안 설명을 한 의원은 국가가 보상사업을 하는 것으로 입법안(의안번호 4919, 의료사고 피해구제에 관한 법률안, 최영희 위원 대표)을 발의한 바 있고, 최종 의결안 심의에 주요 입법안으로 고려되었을 뿐이다.

44) 국회사무처, 「제298회 국회본회의의사록」, 제2호, 제20면(2011. 3. 11. 오후 2시); 최종 의결의 법률안(대안)은 제안 설명을 한 최영희 의원과 “심재철 의원이 각각 대표발의한 제정안 2건과 박은수 의원이 소개한 청원을 병합심사한 것”이다. 심재철 의원이 대표 발의한 「의료분쟁 조정 및 피해구제에 관한 법률안」, 2009. 6. 4, 박은수 의원이 제출한 「의료사고피해구제법 제정을 위한 청원」, 2009. 7. 15, 2009. 5. 22. 최영희 의원이 대표 발의한 「의료사고 피해구제에 관한 법률안」, 2009. 5. 22.

건 명	의안 번호	발의자· 소개자	회부일자	전체회의의 상정	법안소위 상정
의료사고 피해구제에 관한 법률안	1804919	최영희의원	'09.5.25	제284회 국회 (정기회) 제9차 전체회의 ('09.11.20)	제284회 국회 (정기회) 제3차 법안심사소위 ('09.11.27)
의료분쟁 조정 및 피해구제에 관한 법률안	1805033	심재철의원	'09.6.5		
의료사고 피해구제법 제정에 관한 청원	1800088	박은수의원	'09.7.15		

여 보상하도록 함(안 제45조)”이라는 제안이유를, 심재철 의원이 대표로서 발의한 법률안에서는 “국가는 보건의료인이 충분한 주의의무를 다하였음에도 불구하고 분만 시 원인불명 또는 불가항력적으로 발생하였다고 위원회에서 결정한 의료사고에 대하여는 최고 5천만 원의 범위 내에서 환자의 생명·신체 및 재산상의 손해에 대하여 보상하도록 함(안 제46조)”이라는 제안이유를 표명하였다.<sup>45)</sup>

이들 법률안에 관한 보건복지가족위원회 검토보고에서는 의료계의 찬성 의견으로서, “현행 「의료법」은 의료인이 환자에 대하여 진료를 거부할 수 없도록 하여 의료인의 계약의 자유를 제한하고 있으므로 당사자의 과실이 없는 사고는 국가가 책임을 질 필요가 있다는 의견임, 의료행위는 환자 개개 증상의 비정형화로 인하여 보건의료인이 충분한 주의의무를 다하였음에도 불구하고 환자의 특이체질 또는 과민반응 등으로 인하여 발생하는 등 불가항력적으로 의료사고가 발생할 가능성이 상존하고 있으므로 따로 제한적 무과실 책임 보상제도를 도입할 필요가 있다는 것임, 다만, 무과실보상에 따른 무분별한 소송제기 가능성 등의 문제점이 있으므로, 의학적 판단에 의한 가이드라인을 마련하고 위원회의 전문성 확보가 전제되어야 한다”는 의견과 함께, 동 법률안 제45조 제1항 단서에서 “그 피해가 질병의 자연적인 진행과정 또는 환자의 정신적 후유증으로 인하여 발생하였거나 환자의 고의에 의한 행위로 발생한 경우”에는 보상하지 아니한다고 규정하고 있기는 하지만, “고의”가 있음을 입증하기가 매우 어렵다는 점을 고려하여 피해가 환자의 중대한 과실에 의한 행위로 발생한 때에도 보상에서 제외할 필요가 있다는 의견도 제시되었음”으로 보고하고,<sup>46)</sup> 검토의견에서는 국가보상의 도입에 관해 전반적으로

45) 최영희 의원 대표발의 “의료사고 피해구제에 관한 법률안”, 의안번호 4919(2009. 5. 22.); 심재철 의원 대표발의 “의료분쟁 조정 및 피해구제에 관한 법률안”, 의안번호 5033(2009. 6. 4.) 제안 이유 참조.

46) 보건복지가족위원회 검토보고, 최영희 의원 대표발의 법률안, 2009. 11, 제46면 이하 및 심재철 의원 대표발의 법률안, 2009. 11, 제46면 참조. 후자의 검토보고는 찬성의견에서 전자 검토보고와 동일하게 서술되어 있는바, 보상제도에 관한 요건구성의 차이를 전혀 인식하지 못하였거나, 후자의 법률안에 관해 별도의 의견수렴이 없었다고 여겨진다.

부정적 의견을 보이는 외에는, 동 법률안 보상사업의 요건에 관하여는 구체적인 의견이 없다.<sup>47)</sup>

그러나 2009. 12. 16. 국회 보건복지가족위원회(법안심의회소위원회)에서는 불가항력 요건에 관한 다음과 같이 진지하고 흥미로운 논의가 있었다.<sup>48)</sup>

수석전문위원의 보고에서 “...셋째, 불가항력인 의료사고가 있을 때 분야를 한정하지 않고 모든 책임을 국가가 지도록 가져가면 좋겠다고 한 반면에 보상 책임을 지는 대상을 분만 의료사고로 한정을 하고 있습니다. 청원안은 이에 대한 언급을 두지 않기 때문에 국가 보상을 하는 것은 불가하도록 되어 있습니다.” 입증부담과 관련하여서는, “결국 입증책임을 못하면 불가항력적으로 잘못이 없음에도 불구하고 결국은 방어진료가 됩니다.” 이어서 수석전문위원의 보고에서 “불가항력적인 의료사고에 대해서는 국가가 보상을 하고 보상 재원으로 기금을 조성하는 문제입니다. 특이체질이라든가 과민반응 등 여러 가지 불가항력적으로, 제한적이거나 무과실 책임 보상제도를 도입할 필요가 있다는 것이 의료계 입장이고요, 책임 규명을 조금 소홀하게 하는 모델해저드가 나오지 않겠느냐는 등 반대의견도 있음...”, “불가항력적인 것을 국가보상 하는 것으로 범위만 문제지...”, “무과실 보상이 우리나라에도 예가 있는데요. 전염병 예방 백신 같은 경우... 지금 하나 걱정되는 것은 제도 운영을 할 때 어떻게 운영이 될지 이 부분은 약간 걱정이 됩니다. 나머지는 과실이 없다는데 과실이 없는 게 불가항력인지 아닌지 이게 애매하고, 그랬다면 과실이 있는 건 배상을 해 주고 과실이 없는 것은 보상으로 갈 그럴 위험성이 있습니다. 그러니까 그런 조정절차에 가면 배상이든 보상이든 다 된다는 거지요. 좀 명확하게...”, “과실이 없다는 것은 불가항력하고 같은 이야기 아닙니까? 그 차이가 있습니까?”, “조금 다르지요”, “불가항력이 아닌데 과실이 없다고 판정을 할 수가 없을 건데요. 불가항력일 때만...”, “그러면

47) 위 각 검토보고, 제50면 이하 참조.

48) 국회사무처, 「제285회 국회 보건복지가족위원회회의록(법안심의회소위원회)」, 제2호, 2009. 12. 16.

보상의 범위가 굉장히 넓어질 수가 있고요.”, “불가항력이라고 하는 데도요?”, “예, 그러니까 ‘과실이 있다’라는 이 부분”, “애매한 것은 다 보상으로 넘겨 버리는 거지요.”, “그리고 과실… 판정 자체가…”, “… 무과실 입증은 어떻게 할 거냐, 과실이 없다는 것을 증명하기 위해 또 다른 기준을 가지고 불가항력적인 사고인지 아닌지…”, “그런 것을 불가항력이라고 하지 않아요. 의사로서 최선을 다해도 어쩔 수 없이 오는 이것을 불가항력이라고 하지…”, “과실이 없다고 그래서 다 무과실로 가는 것은 아니지요.”, “불가항력적인 의료사고”, 무과실 판단과 논의의 혼선을 빚으며,<sup>49)</sup> “불가항력이라는 것이 의학적으로, 의사가 최선을 다해서 아무리 좋은 시술을 해도 어쩔 수 없는 그런 것이 불가항력이거든요. 사람으로서 어떻게 할 수 없는 것이 불가항력이고요.”, “불가항력이라는 이야기는 10%라도 과실이 있으면 불가항력이 아니에요. 그러니까 완전하게 전혀 과실이 없을 때…”, “10% 과실이 있다고 해도 배상을 해 주는 것입니다.”, “과실이 있는…”, “실무에 가서 과실이 있느냐 없느냐 했을 때 없는 것은 다 불가항력이라는 것입니다. 그래서…”, “불가항력이라는 말에… 위원이 생각하는 불가항력… 또 그렇게 생각하지 않는 불가항력의 개념이 있는…”, “실제로 실무에서는 그게 구분이 안 된다. 이것은 개념에 불과한 거예요.”, “그러니까 그 개념 가지고 또 난리를 칠 수가 있어요.”, “그래서 불가항력이라는 추상적 규정을 하면 안 된다…”, “이 규정 자체에 문제가 있는 거예요.”<sup>50)</sup> “결국 불가항력으로 된 것은 소송까지 갈 거예요, 조정에 의해서는 해결되지 않을 거예요.”, “불가항력이라는 것이 너무 추

49) 국회사무처, 전계 회의록, 제12면: “아니, 그러니까 지금 여기서는 불가항력을 얘기하는 거 아니에요, 무과실이 아니고?”, “그러니까 제 얘기의 초점은 그렇게 운용될 위험성이 있고 그러다 보면 과실을 입증하는 게 애매하기 때문에 입증하는 절차를 정치(精緻)하게 안 밟고…”, “자꾸 이렇게 얘기해 봤자 소용없으니까, 이게 지금 전혀 연구가 안 되어 있는 상태예요. 그리고 재정도… 이 조항을 넣어야 되는 취지는 옳다고 보거든요. … 이것은 넣어두는 것으로 하고 대상하고 또 금액은… 이런 것들을 연구해서…”, “그것은… 시행령에서 할 것이니까…”, “연구를 해서 나중에 시행하는 방법으로 하는 것이 옳다고 생각합니다”.

50) 국회사무처, 전계 회의록, 제13면: “예를 들어 과실이 없는 산부인과 뇌성마비의 경우에 해 준다든지 몇 가지를 찍어서 규정하는 것으로 가야 됩니다. 그렇게 하지 않으면 배상 아니면 보상에 다 해당되거든요”.

상적 개념… 왜냐하면 시대가 발전하면 불가항력이라는 것이 또 바뀌거든요. 지금까지는 불가항력이었는데 시간이 조금 지나면 또 불가항력이 아닐 수 있는 것이기 때문에 이것은 굉장히 모호한 개념… 이것 때문에 싸움이 벌어질 수 있기 때문에 이것을 법률에 넣기에는… 이 규정이 잘못된 거예요.”, “감정단에서 과실이 입증되지 않으면 무과실이라는 것하고 불가항력하고는 좀 차이가 있는 것… 일단 그 문구를 넣어 놓고 그 시행 시기는 좀 더 많은 연구를 거쳐서 한 1~2년 정도 유예기간을 거쳐서 시행하는 것으로…”<sup>51)</sup>, “그러니까 불명확한 규정을 사용해서 법률에 쓰면 안 돼요. 그것을 다 법률에 넣어야…”, “국가보상 근거 규정을 두려면, 실무에서는 의사가 주의의무를 다했음에도 불구하고 사고가 발생했을 때는 특이체질, 불가항력입니다. 다른 것 없습니다. 의사가 주의의무를 다했다면 무엇 때문에 사고가 나겠어요. 근거 규정을 두는 것이 이런 불명확한 개념을 쓰지 말고 차라리 ‘국가는 보건복지부령이 정하는 이런 경우에 한해서 보상할 수 있다’고 하고…”<sup>52)</sup>, “구체적으로 적시하는 것이지요.”, “그러니까 근거 규정을 두고 내용은 복지부령으로 해서 방금 말씀하신 뇌성마비의 경우에 심의를 거쳐서 불가항력적인 경우에 한한다든지, 이렇게 몇 가지를 적시하는 게 합리적일 것 같습니다.”<sup>53)</sup>

---

51) 국회사무처, 전계 회의록, 제13면: “일본의 경우 불가항력이나 아니냐를 판단하는 기구가 따로 있어요. 일본의료기능평가기구라는 재단법인으로 … 지금 산부인과 쪽에서만 적용하고 있는데요. 뇌성마비가 불가항력이나 아니냐를 보는 기준이 두 가지가 있어요. 두 가지 기준을 정해 놓고 선천성 뇌성마비 이런 것은 다 제외하는 거예요. 우리나라도, … 감정단에서 과실이 있다, 없다 하는 것 가지고 여기에서 불가항력을 적용시키는 것은 조금 곤란한 것 같고 불가항력이나 아니냐를 판단하는 기구가 따로 있어야 된다는 것이지요.”

52) 국회사무처, 전계 회의록, 제14면: “그전에 일본은 … ‘보상 자격’ … 2009년 1월 1일 이후 출생자로 … 부합한 것으로 승인을 받은 뇌성마비 아기라고… 28주 이후 분만된 아기인 경우, 사례별 심의를 통해 보상 대상이 될 수 있고, 출생 시 무게가 2000g 이상이고 임신기간이 33주 이상… 심각도 1 또는 2급으로 인정된 뇌성마비로 인한 중증 장애…”

53) 국회사무처, 전계 회의록, 제14면: 보건복지가족부 유보 의견 제시가 있고, 제15면: 동소위원회 위원들 논의: “이게 아주 심도 있는 판단이 필요하잖아요. 벼락에 맞아 죽은 사람에 대해 국가에서 보상이 되나요, 안 되나요?”, “안 되지요.”, “그러니까 의사도 과실이 없고, 남들 다 맞고 사는 주사 한 대 맞았는데 특이체질로 쇼크사로 죽었다면 국가의 책임을 어디까지, 국민의 생명 안전을 어디까지 보상해 주느냐? 지금 벼락 맞아 죽은 사람을 보상해 주나요, 안 해 주나요? 없지요? 그냥 재수 없어서 죽은 것으로…”, “천재지

위와 같은 국회 보건복지가족위원회(법안심의소위원회) 세부적 검토 논의는 있는 후, 2011. 2. 국회 법제사법위원회 법안심사제2소위원회에서 위 법률안(대안)에 관해 위원장은, 정부입법으로 하여 법무부에서 정식으로 한번 검토의 필요성이 있었어야 한다는 점에 아쉬움을 표명하였다.<sup>54)</sup> 이후 2011. 3. 동 소위원회에서 전문위원 보고를 통하여 문제점을 지적함에 그치고, 추가적 의견은 개진되지 않았다.<sup>55)</sup>

#### 다. 소결

이상의 입법관련 자료들에서는 동법률 제46조의 보상사업의 대상인 “불가항력적으로 발생”한 분만 의료사고에 관한 요건표지에 관해 의미 있는 사항은 “환자의 특이체질 또는 과민반응으로 인하여 발생하는 등”으로 발생한 것, 그리고 “그 피해가 질병의 자연적인 진행과정 또는 환자의 정신적 후유증으로 인하여 발생하였거나 환자의 고의에 의한 행위로 발생한 경우”는 배제하

---

면이니까…” 이에 대해 수석전문위원: “전쟁이라든가 천재지변은 다 빠집니다. 앞의 회의록, 제16면: “이 법 논의가 어제오늘 나온 것이 아니고 17대 때에…”, “하라고 한다고 해서 복지부가 할 리도 없고 또 못하는…”, “나중에 의결할 때 다시 논의하도록…”, “그 정도까지 하면 될 것 같습니다”, “다음”, “형사처벌 특례…”

54) 국회사무처, 「제287회 국회 법제사법위원회회의록(법안심사제2소위원회)」, 제2호, 2010. 2. 24. 제8~9면: “무과실 보상제도의 남용 위험 검토, … 이 무과실 판단을 공정하게 하지 않을 경우… 과연 국민세금으로 메워줄 수 있는 부분이나에 대한 그 논의가 필요한 것 같고…”, 이춘석 위원은 “무과실보장을 인정할 것인가, … 다른 법에… 연관성이 있는 … 때문에… 여기서 다 논의되는 것이 어렵기 때문에 법무부에 이것에 대한 공식적인 의견을 조율할 필요가 있을 것 같아요.” 이에 앞서 2010. 2. 16일자 제287회 국회 법제사법위원회에서도 위 법률안(대안)이 심의되었으나 동조 보상사업의 요건에 관한 논의는 찾아볼 수 없다. 국회사무처, 「제287회 국회 법제사법위원회회의록」, 제2호, 2010. 1. 16. 제63면 이하 참조.

55) 국회사무처, 「제298회 국회 법제사법위원회회의록(법안심사제2소위원회)」, 제1호, 2010. 3. 9. 제56~57면: “첫째, 불가항력적 의료사고의 보상, 두 번째, 합의된 경우에 형사처벌 특례… 세 번째, 입증책임을 전환… 첫 번째, 불가항력 의료사고 보상에 관해서는 원안을 다소 수정하여서 보상하는 대상을 예산 문제라든가… 분만 사고로 제한하는 것으로 관련 부처와 합의를… 소소위 의견은 포괄 위임된 재원분담주체, 보상대상 등을 법률에 명시하여 입법방식의 적절성을 제고하는… 분만에 따른 의료사고로 한정하고, 예산을 좀 지원하고, 또 의료기관 개설자한테 그 비용을 일부 분담하게 할 수 있는, 대통령령에 위임하는 범위를 보다 구체화하는 것으로 규정하였습니다.”



는 것으로 의도한 의원발의 법률안이 있었다는 것과 “분만시 원인불명 또는 불가항력적으로 발생”, 그리고 해당 위원회에서는, 그 정확한 내용상 연관성은 불확실하지만, 법체계성에 비추어 법무부의 전문적인 소견을 요하는 사항이 있다는 점을 지적한 것으로 요약할 수 있겠다.

이와 같이 입법과정의 추급에서 드러난 사항들로부터 “불가항력”이라는 보상요건의 구체화에 고려할 수 있는 것은, 분만의 의료적 진단기술에서 임부와 태아 및 출생아의 소인으로 인한 악결과가 불가항력적 사유로 인해 의료 측에 과책이 없는 경우에 한정한다는 것이다. 그렇지만 이러한 보상요건의 한정은 그 내용상 의문이다. 왜냐하면 환자 측의 소인인 특이체질 또는 과민반응으로 인한 악결과는, 과책주의상 의료 측의 면책사유는 정당하지만, 그에 대해 사회적 복지차원의 보상을 하는 것이 납득할 수 없는 것이다. 왜 그러한 환자 측 소인에 의한 불가항력 의료사고가 사회적 복지차원의 보상대상이 되어야 하는가? 오히려 그러한 소인 없이 의료 측의 민사손해배상책임이 무과책으로 배제되어 환자 측에서 ‘감내할 수 없게’ 남겨진 피해를 보상하여야 마땅할 것이다. 해당 대표의원 발의 법률안의 전반적 취지는 정책적으로 수긍할 수 있으나, 그 요건구성은 적합성이 없다고 하지 않을 수 없다.

그리고 다른 의원발의 법률안에서는 불가항력과 대등하게 “원인불명”이 제시되어 있는바, 위 법률조항의 불가항력에 원인불명의 개념표지도 포함되어야 하는지 여부에 관해서도 재검토를 요한다. 그러나 실정의 법률조항 문구는 명백히 불가항력만을 명시하고 있어 ‘원인불명’ 표지를 추가하는 것은 사실상 곤란할 것이다.

이상에서 살펴본 바와 같이 “무과책”이라는 소극적 표지와 더불어, ‘소극적인(negativ)’ 면책적 개념표지인 “불가항력” 표지가 ‘적극적인(positiv)’ 요건표지로 전환되어 규정된 원인을 단정할 수 없겠으나, 민사책임법의 학리에 비추어 보면, 무과책, 이른바 무과실의 책임귀속에서 면책요건의 전형이 “불가항력”이라는 점에서 찾을 수 있을 것이다. 비록 국회 보건복지가족위원회(법안심의회소위원회)의 논의가 있었으나 그에 대한 해결을 위해 구체적이고

가시적인 시도가 있었다고는 보이지 않는다. 하지만 민사책임귀속에서 무과책이 되는 사안의 예로서 익숙한 전형으로 불가항력을 들고 있는데, 일견 국회도서관에 비치되어 있을 법률용어사전조차도 참조하지 않고서 만연히 그 같은 표지를 보상의 적극적 요건으로 편집하는 오류가 있었다고 폄하적 상상도 할 수 있겠으나, 의원발의 법률안들의 해당 조항들에 제시된 여러 추가요건들을 삭제·수정한 조항으로써 법률안(대안)이 최종적으로 상정된 점에 비추어 보면, 보상의 확대를 제한하려는 정책적 의도가 개재되었으리라는 개연적 추측이 더욱 설득력이 있을 것이다.

소결적으로 위 법률의 제정과정의 논의를 평가한다면, 입법과정에서는 정책적인 정치적 결정이 중요하지만, 실질적으로 제정된 법률은, 법치국가에서 그 자체로서 객관적인 규범력을 갖게 되고, 그 효력은 일반적 어의에서 출발할지라도, 당사자들의 서로 대립하는 이해관계에서 전개되는 법적 쟁송에서는 법개념적 규준적 의미에 의해 구현될 것이다. “불가항력”의 개념은, 독일법계에서 오랜 역사과정에서 법학적으로 형성되었으며, 계수연혁상 민법을 비롯한 법률들에서 그 법기능적 역할을 하고 있는바, 그에 관해 상대적으로 손쉽게 인식·파악할 수 있는 단순한 서술문구로 치부할 수 없는 문제점이 내재되어 있다.

### 3. 해결방안의 모색

#### 가. 과책판단과 그 한계 - 주관적 기대가능성

위의 가.에서 살펴본바, 의료의 전문직업적 주의의무는 상당한 정도의 객관화가 이루어져 있고, 또한 의료과학기술의 발달과 더불어 더 한층 고도화될 것이다. 또한 무과책의 위험책임원리의 적용에서도 지적되듯이, 의료사고 의료분쟁조정법 제46조의 ‘무과책 보상책임귀속’의 법리에 기초한 보상에서도 그 무과책의 판단은, 법정책적으로 판단이 수반하는 한, 그 경계가 유동적일 수 있다. 그러나 과책주의를 견지하는 한, 그 판단은 인간의 행위역량에 비추어 요구될 수 있는 수준을 초월할 수는 없으며, 그러는 한 과책 판

단의 개인적 주관성, 즉 분만의료에서 객관적으로 설정되는 전문임상의의 규범적 주의요구가 그 표준이 되는 개인의 역량 이상인 때에는 “보건의료인이 충분한 주의의무를 다하였음”을 인정하지 않을 수 없을 것이다.<sup>56)</sup>

위 조항과 조만간 실정적으로 구체화되어야 할 해당 시행령 등에 따라 의료사고보상심의위원회가 “불가항력적으로 발생하였다” “결정”하여야 할 “분만(分娩)에 따른 의료사고”는 입법취지(ratio legis)에 비추어, 위에서 언급한 주의의무 설정의 기준상 그 사고로 인한 악결과의 인식·예견과 회피·기대의 가능성의 최고임계점에서부터 획정되어진다고 할 수 있다. 보다 세밀하게 본다면, 특히 객관화되어 설정된 주의의무를 위반한 고의(Vorsatz) 및 과실(Fahrlässigkeit)의 행위자에 대한 책임성(Schuldhaftigkeit)을 포함하는 과책(Verschulden) 판단에서는 주관적 비난가능성 판단을 내포한다. 이 같은 비난가능성은 법익침해의 객관적 회피가능성에 대한 객관적 기대가능성은 객관적 과실판단의 범주에 속하지만, 주관적 기대가능성 판단(subjektive Zumutbarkeit)에 관한 과책판단에서는 그 한계에 도달한다.

## 나. 불가항력 표지의 제한적 해석

위 법률 제46조 제4항에서는 “보상금의 지급기준 및 절차 등에 관하여 필

---

56) 의료민사책임귀속에서 전문적이고 객관화된 주의기준을 적용하는 것은 의사에 대한 형법적 책임비난을 의미하는 것은 아니다. 민사법적 직업책임의 귀속은, 그 법윤리적 기초에 있어서 비록 주관적 비난을 완전히 배제하고 있는 것은 아니지만, 요구되는 질적 수준의 흠결을 금전적으로 보상시키는 데 있으며, 이러한 목적은 어느 누구도 정확하게 요구되는 주의를 다할 수 없어 이미 예정된 경우에도 적용될 수 있다. 오늘날 의료법(Medizinrecht)은 환자보호를 목표로 하고 있는바(Patientenschutzrecht). 의료직의 사법적 규율(Juridifizierung des Arztberufs)도 환자보호라는 측면에서 이루어지고 있다. Vgl. A. Laufs, Arzt und Recht im Wandel der Zeit, MedR 1986, S.163; ders., Arzt und Recht im Umbruch der Zeit, NJW 1995, S. 1591. 이러한 질적 수준은 인격적 비난 내지 개인적 약점을 타하는 것이 아니라 제도로서의 의료(Medizin als Institution)에 주어진 신뢰에 상응하는 것이다. 즉, 의료의 전문성 내지 전문가로서의 의사의 권위가 의료행위를 정당화 한다는 관점에서 위와 같은 민사책임귀속의 당위성의 확보되는 것이다. 안법영, “산부인과 진료와 의사의 주의의무-대법원 판결례의 분석을 중심으로-”, 『의료법학』, 장간호, 2000, 제49, 61면 각주 26). Vgl. E. Steffen, Grundlagen und Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Arzthaftpflicht, ZVersWiss 1990, S. 35 f.

요한 사항은 대통령령으로 정”하도록 하고 있는바, 동시행령에서는 의료전문적 기준이 세밀하게 반영되어야 할 것이다. 여기에서 의료기술적 기준들은 제46조 제1항의 구성요건의 표지를 토대로 선정되어야만 하는 것 또한 법치국가의 원리상 당연한 요청이라 할 것이다.

이상과 같은 검토에 비추어 본다면, 의료분쟁조정법 제46조의 ‘불가항력의 표지’는 어의적 개념상 가장 근접하면서도 보상사업의 입법취지를 구현하기 위해서는, 계수연혁 등을 고려한 법체계 및 법학적 개념에 비추어 보상책임원리가 적용되는 이른바 ‘침해책임(Eigriffshaftung)’의 규준적 표지로서 “통제불가성(Unkontrollierbarkeit)”을 보완하여,<sup>57)</sup> “통제할 수 없는 우연성(unkontrollierbare Zufälligkeit)”으로 구체화하는 방안을 고려할 수 있을 것이다.<sup>58)</sup> 여기에서 불가항력의 표지를 대체하여 수정하는 우연성 표지

57) Vgl. J. Esser, Schuldrecht, 2. Aufl., 1960, § 53, 6, § 59, 5: “Als ‘unkontrollierbare Risiken’ ausgleichsbedürftig sind nicht nur die eigentlichen Betriebsunfälle, sondern auch die normalen Betriebsschäden aus zugelassenen gefahrbringenden Anlage.”

58) 다른 한편 이러한 요건의 완화는 보상사업이 초래하는 분만의료사고 분야에서의 도덕적 해이와 소요재원의 난점이 정책적으로 신중히 검토되면서 시행령이 마련되어야 할 것이다. 이에 관하여는 이미 제285회 국회 보건복지가족위원회에서 개진된바, 특히 의료계가 보상제도의 도입을 찬성하고 시민단체 측이 반대한 정황에 비추어, 실무에서 의료 측의 과실이 없다고 하면서 곧바로 불가항력이라고 판정하여 보상을 결정하게 될 우려도 적지 않을 것이다. 국회사무처, 「제285회 국회 보건복지가족위원회회의록(법안심의소위원회)」, 제2호, 2009. 12. 16, 제10면: 수석전문위원 보고: “반대는 시민연대 입장입니다. 여러 가지 입장에서 보면 과실 책임 원칙이라는 것이 우리나라 민사법 체계인데 안 맞지 않느냐. 또 이 부분에 대해서 좋은 게 좋다고 다 이쪽으로 넘겨버리면 이렇게 해서 모든 재원이 많이 소요되면 부담을 많이 안게 될 것이다. 안 그러면 엄격하게 책임을 규명할 텐데 책임 규명을 조금 소홀하게 하는 모럴해저드가 나오지 않겠느냐는 등 반대의견도 있음을 말씀드립니다”. 제11면: 전현희 의원: “...무과실 보상해 줄 필요성은 인정하는데 이게 제도 운영을 할 때 어떻게 운영이 될지 이 부분은 약간 걱정이 됩니다. 예를 들면 지금 조정절차에 회부를 해서 감정당이나 거기서 ‘과실이 있다’라고 판정이 되면 그것은 배상을 해 주는 거구요. 그리고 나머지는 과실이 없다가 되는데 과실이 없는 게 불가항력인지 아닌지 이게 애매하고, 그랬다면 과실이 있는 건 배상을 해 주고 과실이 없는 것은 보상으로 갈 그럴 위험성이 있습니다. 그러니까 그런 조정절차에 가면 배상이든 보상이든 다 된다는 거지요.”; 전계 의사록 제12면: 동 의원: “제 얘기의 초점은 그렇게 운용될 위험성이 있고 그러다 보면 과실을 입증하는 게 애매하기 때문에 입증하는 절차를 정치(精緻)하게 안 밟고 아예 잘 모르겠다. 그냥 보상절차로 가자 이럴 위험성이 높다는 겁니다. 시민단체가 걱정하는 것도 그 부분이고요. 그래서 불가항력 보상을 해 줄 필요성은 있는 데 저도 동의를 하는데 이 부분에 대한 장치를 매우 정치하게 그리고 범위도 한정하고 이럴 필요성이 있다는 거지요.” 또한 이에 관해서는 간략하나마 최종적으로 국회의 법률안(대안)의

는, 위 2. 가. 1)항에서 제시한 과책판단상, 의료적 분만시술상 요구되는 주의의무 준수의 기대가능성의 한계를 초과하는 지점으로부터 적용될 수 있을 것이다. 또한 위 보상사업의 취지에 비추어, 민사적 손해배상책임귀속의 한계에서 초래되는 분만의료상 “사회적 희생”을 보상책임법리에 기초하여 사회 복지적 차원에서 시행되는 것을 고려하여,<sup>59)</sup> 보완적인 통제불가능 표지에서는 의료 측의 무과책으로 인하여 손해배상책임으로부터 배제된 의료사고 피해를 환자 측이 스스로 부담하여 감내하는 것이 사회의 배분적 정의에 합당하지 않다는 평가로서 정당화되어야 할 것이다(soziale Unerträglichkeit).

그렇지만 여기에서 대안으로 고려하는 우연성 표지 또한, 그 본질이 면책을 위한 소극적 구성요건의 법개념적 용어들로서의 그 기능적 한계성을 극복하지는 못한다. 따라서 법정책적으로는 중·장기적으로는 해당 법조항의 표제와 불가항력이라는 용어는 종국적으로 개정하는 것이 바람직하다고 아니할 수 없다.

그리고 위에서 일별한 입법과정에서 제시된 사항들에서는 환자 측의 소인으로서 “특이체질, 과민반응 등”으로 인한 분만의료사고 피해는 보상대상에서 배제되어야 할 것이며, “그 피해가 질병의 자연적인 진행과정 또는 환자의 정신적 후유증으로 인하여 발생하였거나 환자의 고의에 의한 행위로 발생한 경우”, “고의” 입증의 난점에 비추어 “피해가 환자의 중대한 과실에 의한 행위로 발생”한 피해도 보상에서 제외하는 것 등에 대해서는 적극적으로 재검토되어야 할 것이다.

나아가 “분만 시 원인불명”의 분만의료사고의 피해는 실체법적 책임구성요건상 인과관계(Kausalität) 내지 위법성관련(Rechtswidrigkeitszusam-

---

심의과정에서 지적된 바 있다. 국회사무처, 「제287회 국회 법제사법위원회회의록(법안심사제2소위원회)」, 제2호, 2010. 2. 24. 제8면 소위원장 박영선 위원 의견 참조.

59) 위 II., 안법영·백경희, “의료사고 보상사업상 보상청구권의 법적 의미에 관한 일별”, 한국의료법학회 발표 논문(2011. 12. 게재 예정) 참조. 보건복지부 보도자료(2011. 11. 8.): “저출산 극복을 위한 출산 친화적 사회분위기 조성을 위하여 동법에서 규정하고 있는 불가항력 의료사고의 보상 대상을 분만에 따른 뇌성마비 및 분만과정의 산모 또는 신생아 사망으로 정함으로써 산모가 안심하고 출산할 수 있는 환경을 조성하고자 하였으며, 이를 위한 불가항력 의료사고 보상금 재원은 국가와 분만실적이 있는 보건의료기관의 개설자가 부담토록 하겠다고 밝히고 있다.

menhang)의 결여인 때에는 위 법률 제46조 제1항의 “무과책 판단”에서 해소될 수 있겠으나, 조정의 절차적 내지 민사소송법적 입증곤란으로 인한 “진위 불명(non liquet)”이 된 의료사고분쟁의 피해를 포함시킬 수 있는지 여부 및 그 범위는 보다 신중한 재검토를 요한다.<sup>60)</sup>

## IV. 분만 의료사고 보상사업의 범위

### 1. 문제점

의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률 제46조 제1항은 앞에서 살펴본 요건표지를 충족한 “분만(分娩)에 따른 의료사고”를 의료사고 보상사업의 대상으로 정하고, “보상의 범위, 보상금의 지급기준 및 절차 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정”하도록 규정하고 있다. 따라서 동법의 시행령을 통하여 보상의 범위 및 의료기관이 보상재원의 일부를 부담하게 하는 구체적 절차가 제정되어야 한다. 그런데 최근 의료사고 보상사업의 범위와 필요한 재원의 마련과 관련하여 보건복지부와 대한산부인과협회의 의견이 충돌하면서 법의 세부규정인 시행령과 시행규칙의 제정이 난항을 겪어왔다.

이에 대하여 대한산부인과협회 등은 의료기관의 자원 부담이 의무규정으로 되어 있지 않다는 점과 일본의 산과 무과실 보상제도를 비교하면서, 의료기관이 보상사업에 드는 비용의 일부를 부담할 수 없다는 입장을 제시하는 한편, 보상의 대상에 관하여 일본과 같이 신생아의 뇌성마비 사고에 국한될 것인가 아니면 산모와 신생아에게 발생한 사상(死傷)까지 포함할 것인가에 관하여는, 후자로 확대하여야 한다는 논의를 주장하였다.<sup>61)</sup> 반면 보건복지부는

60) 안법영·백경희, “의료사고 보상사업상 보상청구권의 법적 의미에 관한 일별”, 한국의료법학회 발표 논문(2011. 12. 게재 예정) 참조.

61) 「청년의사신문」, 2011. 10. 25. 기사, “불가항력적 의료사고 보상재원, 누가 부담해야 하나.”

2011. 11. 8. 시행령안을 입법예고하면서 제21조 제1항에서 분만 의료기관이 비용의 절반을 부담하도록 하고, 제22조에서 보상의 범위를 규정하여, 제1항에서는 보상사업의 대상을 분만에 따른 뇌성마비와 분만 과정에서의 산모 또는 신생아의 사망으로 한정적으로 열거하였고, 제2항에서 보상액의 상한선을 3천만 원으로 하되 보상의 대상이 되는 사람이나 가족 등의 생계유지와 장해의 정도 등을 고려하여 보상심의위원회에서 정하도록 하고 있다.

그런데, 시행령안이 구현하고자 하는 상위 법률인 의료분쟁조정법에서는 보상사업의 대상으로서 ‘분만의료사고’의 종류에 관하여는 아무런 제한을 예정하지 않고 있음에도 불구하고 시행령 안에서는 동법률 제46조에서 규정하고 있는 불가항력 의료사고의 보상의 대상이 되는 경우를 ‘분만에 따른 뇌성마비와 분만과정에서의 산모 또는 신생아 사망’으로 한정하였는데, 이것이 분만 의료사고 보상사업의 목적인 저출산 극복을 위한 출산 친화적 사회분위기를 조성하고 산모가 안심하고 출산할 수 있는 환경을 조성하고자 한 것인지는 의문이다.

그러므로 이하에서는 분만의 개념과 판례에서 나타난 구체적 실례를 살펴 보아 실제 분만사고의 범주가 어떠한지 확정된 후(이하 2.), 일본의 산과 무과실 보상제도와 보건복지부의 시행령 입법예고안의 재원 마련과 보상의 범위를 비교하여 분만 의료사고 보상사업의 취지에 부합하는 적절한 범주를 검토하고자 한다(이하 3.).

## 2. 분만의 개념과 유형

### 가. 분만의 개념

분만(delivery)은 자궁 내 태아와 태반을 포함한 그 부속물이 만출력에 의해 산도를 통과하여 모체 밖으로 배출되는 현상을 말한다. 보통 임신기간을 기준으로 하여 37주 이후 분만하는 경우를 만삭 분만으로, 임신 37주 이전에 분만하는 경우는 조산(preterm birth)<sup>62)</sup>이라고 칭한다. 또한 임신 42주 이

후에 분만하는 경우는 과속 분만이다.

자연분만의 경우 정상진통<sup>63)</sup>을 하다가 자궁경부가 완전히 개대되어 분만이 임박하게 되면 회음부를 소독을 한 후, 아두(兒頭)가 회음부에 가까이 위치하게 되면 아두만출 후 견갑분만을 행한 뒤 태트를 걸찰하고, 태반을 만출 시킴으로써 종료된다.

제왕절개(cesarean delivery)는 복벽과 자궁벽의 절개를 통해 태아를 분만하는 것으로 선행 제왕절개를 시행한 경우, 난산, 둔위, 태아곤란증 등의 적응증으로 인하여 시행된다<sup>64)</sup>.

## 나. 분만사고의 범주와 구체적 유형

### (1) 분만사고의 범주

산부인과(obstetrics and gynecology)<sup>65)</sup>의 진단 영역 중 분만사고는 산과의 영역에서 자궁 내 태아가 모체 밖으로 배출되면서 발생하는 시기에 국한된다고 할 것이다. 그러나 초음파 검사, 유전적 질환에 관한 유전자 검사(genetic tests), 신경관 결손의 선별 검사 등 산전관리와 진단, 임신성 당뇨 검사,<sup>66)</sup> 태아 심박동 검사,<sup>67)</sup> 수축 자극 검사<sup>68)</sup> 등을 통하여 태아와 산모에

62) 대한산부인과학회, 『산과학(Obstetrics)』, 2007, 제561면; 유산(abortion)이 통상 임신 20주 이하의 태아만출로 사용되므로 조산은 20주를 지나 37주까지로 분류된다.

63) 진통은 자궁경부의 소실 및 개대를 유발하는 자궁수축으로 고전적으로 정의되며, 분만을 위한 진통과정은 자궁경관소실 및 경관개대기인 진통 제1기를 지나, 태아만출기인 진통 제2기, 태반분리 및 만출기인 진통 제3기의 3단계로 크게 나뉜다; 대한산부인과학회, 상계서, 제293~294면.

64) 대한산부인과학회, 상계서, 제405~406면.

65) 산부인과는 여성의 생식 기능과 연관된 정상 생리 및 질병을 다루는 의학 분야로 산과와 부인과로 나뉜다. 산과는 임신, 출산, 산욕기를 다루며, 고위험 임신이나 임신과 관련된 각종 질환에 대해 소아과(신생아에 대한 진료는 소아과 담당), 내과 등 타진료과와 긴밀한 협의를 통해 진료한다. 특히 분만과정을 통하여 출생한 신생아에 대하여는 산부인과 전문의에서 소아과 전문의에게 전의(轉醫)되게 된다. 부인과는 부인병을 다루는 분과로 다시 성병을 포함한 양성 생식기 질환을 다루는 일반부인과학, 악성 생식기 종양을 다루는 부인종양학, 불임, 폐경, 호르몬 이상을 다루는 생식내분비학, 배뇨 이상, 골반 장기 탈출증을 다루는 비뇨부인과학으로 나뉜다. 부인과의 경우 질환의 특성상 진단과 치료를 위하여 영상의학과, 병리과, 내과, 외과, 비뇨기과, 방사선종양학과와의 협진이 이루어지게 된다.



대한 진단·검사가 분만 시까지 영향을 미치는 경우 — 예를 들어 산모에 대한 임신성 당뇨 검사나 태아에 대한 초음파의 결과는 산모와 태아의 상태를 지속적으로 감시하고 예측하는 것을 목적으로 하므로 이에 대한 의사의 주의 의무의 위반이 존재하여 분만 시 의료사고가 야기되거나 현대 임상의학의 실천 수준상 그 결과가 실제 분만과정과 분만 후의 산모와 태아의 상태와 완전 무결하게 일치하지 못하여 분만 시 예기치 못한 의료사고가 발생하는 경우가 그것이다 — 도 있으므로 분만 전후의 일련의 과정을 검토하여 분만의료사고를 결정하여야 할 것이다.

## (2) 분만의료사고 판결례의 유형

### (가) 분만방법 선택과 시기에 관련된 사고

#### 1) 산전진단상 과실을 인정한 사건<sup>69)</sup>

대법원은 분만 직전까지 산모인 원고 2나 태아인 원고 1 모두 특이소견 없이 정상상태이었음에도 불구하고 정상분만 직후 원고 1은 체중 약 4.2 kg, 신장 52 cm의 거대아로서 좌상완신경총마비 증세가 발생한 사안에서 “질식 분만에 의한 거대아출산의 경우 완신경총마비 증세가 나타날 확률은 질식 분만에 의한 정상체중의 신생아출산의 경우보다 훨씬 높은 점, 위 증세 발생에 다른 원인이 개재되었을 구체적인 가능성은 찾아볼 수 없는 점 등을 참작하여 볼 때, 정상출생아의 정상분만의 경우에도 상완신경총마비 증세가 나타

---

66) 임신 24~28주에 50 g의 포도당 용액을 경구 복용한 후 2시간 후에 혈액 검사를 하여 임신성 당뇨의 위험이 있는지 확인한다. 양성이 나왔을 경우 100 g의 포도당 용액을 경구 복용한 후 복용 직전부터 1시간 간격으로 4회 채혈하는 확진 검사를 실시한다. 비만 임신 부에게 정상체중 임신부보다 많이 발현된다. 대한산부인과학회, 전게서, 제160면 참조.

67) 모체 심박동과 구별되는 태아심박동을 듣거나 확인하는 것으로 자궁 수축이 없는 상태에서 태아의 심장박동수를 20분 이상 연속적으로 체크하여 심장박동수 변동의 패턴을 보고 태아의 안녕을 확인한다. 임상에서는 비수축검사(nonstress test, NST)나 도플러를 통해 측정한다; 대한산부인과학회, 전게서, 제144면, 제256~258면.

68) 자궁의 수축에 대한 태아심박수의 반응을 기초로 한 검사로 조기 진통에서 자궁 수축의 빈도를 확인하거나, 만삭에서 정상 진통 시 수축이 적절한지, 태아의 상태에는 문제가 없는지를 확인한다; 대한산부인과학회, 전게서, 제255~256면.

69) 대법원 1999. 6. 11. 선고 99다3709 판결 등.

나고 거대아라고 하여 모두 제왕절개수술을 하는 것은 아니며 원고 2가 원고 3을 3.7 kg 체중으로 질식분만에 의하여 출산한 경험이 있는 경산부라는 점을 감안하더라도 결국 원고 1의 위 증세는 피고 의원의 담당 진료의나 분만 의가 정기진찰 당시 및 산전검사를 통하여 원고 1이 거대아인 점과 산모인 원고 2에 대한 골반 크기에 관하여 예측하고 그 결과에 따라 제왕절개수술 등 적절한 대비책을 강구하지 못한 과실로 인하여 발생하였다고 추정할 수밖에 없다고 할 것”이라고 하면서 산전진단의 부적절성을 과실로 지적하였다.

#### 2) 분만방법 선택상 과실을 인정한 사건<sup>70)</sup>

대법원은 “산모인 원고 2가 분만 전에 미리 3회나 진찰을 받고 거대아로 인한 난산의 가능성을 알리고 제왕절개에 의한 분만을 요청하는 등 안전분만을 하고자 임신부로서 할 바를 다하였는데 오히려 피고 법인의 병원에서 이를 가볍게 받아들였거나 무시하였고, 또 원심이 인정한 바에 의하면 일반적으로 분만 중 탯줄이 태아의 목에 감기는 경우(제대권락현상)가 생기고 그와 같은 경우는 22.7%(1회 감기는 경우가 20%, 2회가 2.5%, 3회가 0.2%) 가량이나 되며 보통의 경우에는 이와 같은 제대권락 현상만으로는 별다른 문제가 생기지 아니한다는 것인 바 이로 미루어 보면, 이 사건에서 가사 제대권락 현상이 원고 1의 뇌손상에 기여를 한 바가 있다고 하여도 같은 원고 1이 뇌손상을 입고 두강 내 출혈이 생긴 것은 주로 원고 2에 대한 장시간의 분만지연이나 아두골반불균형 또는 이와 유사한 상태의 경우 피하여야 할 흡인분만시술을 무리하게 계속한 것에 기인한 것”이라고 하여 수술방법의 선택상의 과실을 지적한 바 있다.

#### 3) 제왕절개술 지연을 과실로 인정한 사건<sup>71)</sup>

대법원은 “질식분만의 시도 중 태아곤란증을 뚜렷하게 시사하는 만기심박동감소 양상이 발생한 경우는 물론, 다양성심박동감소와 같이 그것만으로는 태아곤란증이라고 보기는 어렵더라도 이와 더불어 태아의 심박동수가 시간의

70) 대법원 1992. 5. 12. 선고 91다23707 판결.

71) 대법원 2006. 10. 27. 선고 2004다2342 판결.

경과에 따라 정상수치보다 훨씬 낮아지고 그 빈도 및 정도가 악화되는 등 태아의 병적인 상태에 대한 의심을 배제할 수 없는 상황이 발생하였다면 분만을 담당하는 의사로서는 즉시 내진을 하여 제대탈출 여부를 확인하고 임신부의 체위변경, 산소 및 수액공급 등의 조치를 취하여야 하고, 만약 그 후에도 태아의 심박동 측정결과가 개선되지 않고 태아곤란증을 시사하는 양상이 나타날 때에는 제왕절개술을 통한 즉각적인 분만을 시도하는 등 산모와 태아의 안전을 위하여 필요한 조치를 신속히 취하여야 할 주의의무가 있는 바, 태아의 심박동 측정결과가 다양성심박동감소 양상을 나타내면서 그 최저점이 정상수치의 절반에도 미치지 못하는 등의 상태가 점점 악화되었음에도 불구하고 피고가 이를 태아의 안전에 별다른 영향이 없는 조기심박동감소로만 판단하여 집중적인 관찰과 처치를 소홀히 하고 나아가 제왕절개술을 결정하고서도 2시간이 넘어서야 시술을 함으로써 필요한 조치를 지체한 과실이 있다”고 판단하였다.

4) 제왕절개술의 적응증에 해당하지 아니한다고 보아 과실이 부정된 사건<sup>72)</sup>

하급심법원은 신생아인 원고의 몸무게가 4.8kg으로서 질식분만이 위험하므로 제왕절개술을 선택하였어야 함에도 불구하고 무리하게 질식분만을 진행하여 원고에게 좌측 상완신경총마비증세가 발생한 사안에서 진료기록 감정회신문상 의학적 소견의 내용을 토대로 “산모가 당뇨가 없는 경우 제왕절개적응증의 기준은 5kg이고 달리 산모가 제왕절개적응증에 해당한다고 볼 증거가 없으므로 이를 전제로 한 원고의 주장은 이유 없다”고 하여 의료인의 과실을 부정하였다.

(나) 분만기술상 사고

1) 무리한 흡입분만상 과실을 인정한 사건<sup>73)</sup>

대법원은 “흡입분만을 시작한 초기까지도 위 원고와 태아가 모두 정상으로

72) 서울중앙지방법원 2010. 1. 28. 선고 2008가합48099 판결.

73) 대법원 1997. 2. 11. 선고 96다5933 판결.

진단되었고, 출산을 전후하여 모체나 태아에 두개내혈종이나 태변흡입증후군을 일으킬 만한 어떤 이상이 있었음을 인정할 자료도 없는 점, 위 병원의 진료기록부에 신생아의 머리에 가변성종괴가 있는 것으로 기재되어 있고 두개내혈종(추정)과 태변흡입증후군이 진단명으로 기재된 점, … 상당한 시간 동안 헛되이 흡입분만을 시도하다가 그러한 위급한 상황이 발생하였는데도 불구하고 흡입분만을 계속한 점 등에 비추어 볼 때, 위 신생아의 머리에 생긴 가변성종괴나 두개내혈종은, 흡입분만에 충분한 경험이 없는 위 전공의들이 여러 차례의 흡입분만의 시도가 분만이 전혀 진전되지 아니하여 실패하였음에도 불구하고 아두골반불균형을 전혀 의심하지 못한 채 과도하게 흡입분만을 시도한데다가 흡입분만기를 서투르게 다루면서 태아의 상태를 잘 살피지도 아니한 채 장시간 무리한 힘을 가하여 흡입분만을 시도함으로 인하여 아두골반불균형인 태아의 머리가 산도에 압박되어 두개내에 출혈을 일으켰기 때문에 발생한 것으로 추정되고, 위 두개내출혈로 인한 뇌저산소증으로 태아가 태변을 다량 흡입함으로써 중증의 태변흡입증후군이 발생하였으며, 위 두개내출혈로 인한 혈종과 태변흡입증후군이 원인이 되어 태아 사망의 결과가 발생한 것이라고 추정함이 상당하다”고 판단하였다.

## 2) 흡입분만 시술과정상 과실을 부정한 사건<sup>74)</sup>

대법원은 자연질식분만 도중 흡입분만을 실시하여 분만한 신생아가 분만 후 경막하출혈, 골막하출혈 등으로 사망한 사안에서, “진료기록부 중 흡입분만 기재부분이 다른 부분과 글씨체 등에서 서로 달라 보이거나 이는 분만 직후 간호사 등이 망아의 몸무게 등을 먼저 기재하고 의사가 산모 등에 대한 산후 처치 후 분만과정에 대한 설명을 추가로 기재했기 때문으로 볼 여지가 충분하고, 흡입분만 기재부분의 내용대로 의사가 흡입분만을 시도할 당시 이미 망아의 머리가 보일 정도로 분만이 진행된 상태였다면 망아의 두정부가 아닌 측두부나 좌측이마에 흡입컵을 부착시키는 것이 오히려 용이하지 않았을 것

74) 대법원 2011. 3. 10. 선고 2010다72410 판결.

으로 보일 뿐만 아니라, 설령 망아의 좌측이마 윗부분에 흡입컵을 부착한 사실이 있다 하더라도 그로 인해 경막하출혈 등의 위험이 높아진다고 볼 만한 뚜렷한 자료도 없는 점 등을 고려하면 의사가 흡입분만을 실시하면서 망아의 좌측이마 윗부분에 흡입컵을 부착한 것이 의료상 과실에 해당한다고 보기 어렵고, 나아가 골막하출혈의 경우, 자연질식분만에서도 발생할 수 있는 합병증이므로 망아에게 골막하출혈이 있었다는 사정만으로 의사가 흡입컵의 음압과 그 증가속도를 제대로 살피지 아니하여 망아의 머리에 무리한 힘이 가해지도록 한 과실이 있다고 단정하기 어려움”이라고 하면서, 위 흡입분만 기재부분을 믿을 수 없다고 판단한 후, 흡입분만 시술과정에 의사의 과실이 있었고 그 과실과 망아에게 생긴 경막하출혈 등 사이의 인과관계도 추정된다고 단정한 원심판단을 파기하였다.

#### (다) 분만 후 관리소홀

##### 1) 분만 후 합병증 대비에서의 과실을 인정한 사건<sup>75)</sup>

대법원은 “오○○의 사망 원인은 희소한 양수색전증으로 인한 것이라고 보기보다는 일반적인 산모 사망의 주원인을 차지하는 이완성자궁출혈 등에 의한 분만 후 심한 출혈로 봄이 상당하다고 판단하고, 나아가 피고 1은 소외 망 오○○의 수술 후의 상태로 보아 분만수술 후 산후출혈 등 합병증의 가능성을 예견하였거나 예견할 수 있었음에도 불구하고, 그에 대비하여 신선한 혈액을 준비하여 두거나 수술 후 위 오○○의 경과 및 후시 발생할지도 모르는 합병증에 대비한 관찰과 검사를 태만히 한 채 수술 직후 수련의 등에게 위 오○○에게 이완성자궁출혈 등의 합병증이 일어날 가능성이 있다는 점과 그에 대비하라는 말만 하고서 그 합병증에 대비한 구체적인 지시도 없이 수술 직후 바로 퇴근하여 버림으로써 그 결과 위 오○○의 산후출혈이 신속히 감지되지 못하고, 따라서 위 오○○이 신속하고 적절한 조치 또한 받지 못하여 결

75) 대법원 1997. 8. 22. 선고 96다43164 판결.

국 사망에 이르게 한 과실이 있다고 전제하고, 그렇다면 위 오○○은 피고 1 및 당직 간호원, 의사들의 경합된 과실로 인하여 사망하였다고 판단하였는 바, 기록에 비추어 살펴보면 원심의 사실인정과 판단은 정당하다”고 하였다.

#### 2) 분만 후 출혈에 관하여 과실을 부정한 사건<sup>76)</sup>

하급심법원은 산모에 대하여 유도분만 진행 중 태아의 심박동 수치가 비정상적으로 측정되어 응급 제왕절개수술을 시행한 후 산모가 대량출혈에 의한 저혈량성 쇼크 및 범발성 혈액응고장애와 폐부종이 발생하여 사망하였고 부검 결과 양수색전증으로 사인이 밝혀진 사안에서 의료인이 산후출혈에 대한 관찰 및 처치를 시행하였고 수혈과 전원에 있어서 주의의무를 다하였다고 보아 과실을 부정하였다.

### 3. 의료사고 보상사업의 적용범위

#### 가. 일본의 산과 무과실 보상제도

일본은 2009. 1.부터 산전진단을 통하여 정상 상태임이 확인되었던 태아가 분만 도중 뇌성마비로 태어난 경우에 한하여 ‘재단법인 일본 의료기능 평가기구’의 심사를 통하여 최대 3천만 엔의 범위 내에서 보상을 하도록 하였다. 이는 일본 내 산부인과 의사의 절대적 부족과 분만 서비스를 제공하지 않는 의료기관이 증가함에 따라, 산과의료 제공이 충분하지 않은 지역이 발생하고 있어 그 대책으로 마련되었다. 즉, 분만과 관련하여 발생한 중증의 뇌성마비 및 그 가족이 떠안을 수 있는 경제적 부담에 대하여 제도적으로 신속한 보상을 제공하고, 분만 시 뇌성마비와 같은 의료사고가 발생한 원인을 수집·분석함으로써, 그러한 의료사고가 재발하는 것을 방지하고 그 과정을 통해 의료사고 발생과 관련된 모든 정보의 공개를 통하여 궁극적으로 산과의

76) 서울동부지방법원 2008. 6. 19. 선고 2007가합8103 판결, 동사건은 원고 측이 항소하여 서울고등법원 2008나63064 사건으로 계류되었고, 재판부의 조정에 갈음하는 결정을 통하여 피고 측이 원고 측에게 ‘위로금’ 명목으로 3천만 원을 지급하는 것으로써 종결되었다.

료의 질을 향상하고, 모든 산모가 안심하고 분만할 수 있는 환경조성을 목표로 하고 있다.<sup>77)</sup>

일본의 산과 무과실 보상제도에 있어 보상 범위는 뇌성마비아 중에서도 대상자는 1, 2급 상당의 장애로 진단받은 중증 뇌성마비아로 제한되어 있으며, 미숙아의 일부나 선천성 장애의 경우는 제외된다. 일본의 산과 무과실 보상 제도에서 재원은 민간보험과의 연계 하에 출산 및 육아 공공보험을 활용하여 지불하도록 되어 있다. 산과 무과실 의료사고 보상을 받기 위해서 임신부는 30,500엔의 금액을 분만 전 분만기관에 지불하고, 분만기관은 이를 운영조직에 대하여 부금 형태로 지불하며, 운영조직은 부금을 민간보험회사에 보험료로 지불하게 된다. 신생아가 제도에서 보상하는 중증 뇌성마비에 해당하는 경우 민간보험회사는 운영조직을 통하여 분만기관에 보험금을 지급하고, 분만기관은 임신부에게 보상금(약 3천만 엔)을 직접 지불한다. 반면 신생아가 정상 분만되는 경우 임신부는 정부로부터 받는 출산보조금 35만 엔과 함께 처음 지불했던 30,500엔을 돌려받게 된다.<sup>78)</sup>

일본의 산과 무과실 보상제도의 운영조직은 재단법인 일본의료기능평가기구로 분만기관의 제도 가입등록, 보험료징수, 보상대상 여부의 결정, 원인 분석에 의한 장기적인 보상금 지급절차 등의 업무를 시행하고 있다. 한편 제도에 가입한 분만기관에 한하여 보상이 적용되므로 산모가 제도에 가입하지 아니한 분만기관에서 뇌성마비아를 출산한 경우에는 산과 무과실 보상을 받

---

77) 재단법인 일본의료기능평가기구, 『산과의료보상제도 제도해설편』, 2009, 제1면, 민혜영·원서연·선준구·김소윤, “일본 산과 무과실의료보상제도 고찰”, 『한국의료법학회지』, 제17권 제2호, 2009, 제196~197면에서 재인용.

78) 민간보험회사가 직접 산모로부터 보험료를 받지 않고 분만기관 및 운영조직을 경유하여 보험료를 받는 이유에 대하여 일본의료기능평가기구의 설명에 의하면, 산과무과실보상 제도는 일반 민간보험회사의 보험상품이 아니고, 운영조직이 설계한 보상제도라는 기본 개념을 전제로 하여 출발한 것이기 때문이라고 설명하였다. 또한 공보험이 아닌 민간보험에 의뢰한 이유에 대하여는 공보험으로 하려면 제도를 시행하는 데 많은 시간이 소요되기 때문이라고 한다. 다만, 이 제도는 보상만을 하기 위한 것이 아니라 심사, 원인분석까지의 전체적인 과정을 고려한 공적인 성격을 갖는 제도이며, 공적 제도에 민간보험의 체계적인 시스템을 활용하는 것이라고 밝혔다. 민혜영·원서연·선준구·김소윤, 전제 논문, 제199~200면 참조.

을 수 없게 된다.<sup>79)</sup>

### 나. 보건복지부의 시행령 입법예고안의 보상범위

보건복지부는 2011. 11. 7. 의료분쟁조정법 시행령안과 시행규칙안을 입법예고하였다. 보건복지부는 그 취지를 2012. 4. 새로운 의료분쟁조정제도 시행을 위한 의료분쟁조정중재원 설립 및 운영 등에 관한 세부규정 마련하고, 특히 ‘저출산 극복을 위한 출산 친화적 사회분위기 조성을 위하여’ 동법을 제46조에서 규정하고 있는 “불가항력 의료사고의 보상 대상”을 분만에 따른 뇌성마비 및 분만과정의 산모 또는 신생아 사망으로 정함으로써 산모가 안심하고 출산할 수 있는 환경을 조성하고자 하였으며, “이를 위한 불가항력 의료사고 보상금 재원은 국가와 분만실적이 있는 보건의료기관의 개설자가 부담토록 하였다”고 설명하였다.<sup>80)</sup>

위 시행령안은 법 제46조의 의료사고 보상사업의 보상범위에 관해 “신생아 뇌성마비와 산모 또는 신생아의 사망”까지 대상으로 하기로 하였고(안 제22조 제1항), 보상액은 “3천만 원의 범위 내에서 보상의 대상이 되는 사람이거나 가족 등의 생계유지와 장애의 정도 등을 고려하여 보상심의위원회에서 정”하도록 하였으며(안 제22조 제2항), 재원의 마련은 “국가와 보건의료기관 개설자 중 의료사고 보상사업을 시행하는 연도의 분만 실적이 있는 의료기관의 개설자가 동등한 비율로 부담”하도록 하였다(안 제21조 제1항).

### 다. 검토

의료사고 보상사업의 요건을 규율한 법률조항의 문구는 분만의료사고 중 보건의료인의 무과책에도 불구하고 악결과로 초래되는 피해를 명시하고 있어서 의료사고 보상사업의 시행을 위해서는, 위에서 살펴본 바와 같이, 1) 무

79) <http://www.sanka-hp.jcqh.or.jp/outline/index.html>(일본의료기능평가기구 홈페이지).

80) 보건복지부 보도자료, 2011. 11. 8.



과책 분만의료사고의 불가항력 표지를 구체화하는 방안과, 2) 그 대상을 구체화하는 방안, 그리고 3) 1)과 2)의 표지를 절충하여 구체화하는 방안이 고려될 수 있을 것이다.

일본의 산과 무과실 보상 제도와 보건복지부의 위 법률 시행령안 제22조는 위 3가지 방안 중 2)와 같이 그 대상을 구체화하는 방안이라고 할 것이다.

먼저 우리나라에서도 의료사고 보상사업의 범위를 일본의 산과 무과실 보상제도와 같이 분만으로 인하여 신생아에게 중증의 뇌성마비가 발생한 경우에 국한하여 운영하자는 주장<sup>81)</sup>과 관련하여, 우리나라의 의료사고 보상사업과 일본의 산과 무과실 보상제도를 동일시할 수 없는 구조적 차이가 있으므로 이를 수용하기는 어렵다. 첫째, 보상기금의 재원 확보에서는, 일본과 같이 민간보험의 가입을 통한 보험금의 확충을 전제하고 있지 않고, 국가와 의료기관이 부담하도록 예정하고 있다. 둘째, 우리나라는 의료사고 보상사업이 민간보험과 연계되어 있지 아니하므로, 분만 보건의료인이 민간보험에 가입하였는지 여부를 묻지 않고, 전체 분만기관을 대상으로 하고 있다. 셋째, 일본은 산과 무과실 보상의 대상을 중증 뇌성마비자로 제한하고, 평가를 통해 보상이 인정될 경우에 3천만 엔(2011. 11. 기준 약 4억 5천만 원 상당)을 지급받게 되나, 우리나라의 경우 의료사고 보상사업을 예정하는 법률제정에 기초가 된 여러 법률안들을 살펴볼 때, 보상금은 법조 실무에서 무과실 의료사고의 경우 위로금으로 지급되는 정도에서 그칠 가능성이 높아,<sup>82)</sup> 그

---

81) 연세대학교 의료법윤리학연구원, 『의료사고 피해구제 및 의료분쟁조정 등에 관한 법률 실행방안 연구』, 연세대학교 산학협력단, 2010. 12. 제32~34면; 동 연구보고서는 시행규칙(안)으로 “제21조 (불가항력 의료사고의 보상) 조정중재원은 보건의료인이 충분한 주의의무를 다하였음에도 불구하고 불가항력으로 발생한 분만 시 의료사고로 인하여 발생한 뇌성마비의 피해를 보상하기 위한 사업(이하 “의료사고 보상사업”이라 한다)을 실시하기 위하여 조정중재원장 소속 하에 불가항력 의료사고에 관한 업무 등을 관장하는 의료사고 보상심의위원회(이하 “보상심의위원회”라 한다)를 둔다”는 내용을 제시하고 있다.

82) 의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률이 제정과정에 있어서 기초가 된 심재철 대표의원 법률안과 최영희 대표의원 법률안의 경우, 전자는 “제46조(원인불명 또는 불가항력 의료사고보상의 대상 등) ① … ② 국가는 환자 등이 「산업재해보상보험법」·「자동차손해배상보장법」·「제조물책임법」 등 다른 법률에 따라 제1항에 따른 손해에

보상의 정도가 다를 것으로 예상된다.<sup>83)</sup>

다음으로 보건복지부의 시행령 입법예고안의 타당성에 대하여 살펴보면, 보상사업의 취지와 배분적 정의에 어긋나는 측면이 있다. 첫째, 보상금액이 3,000만 원 내로 한정된 상태에서 다시 분만에 따른 뇌성마비와 분만 과정에서 산모 또는 신생아의 사망만으로 열거하여 범위를 축소할 근거가 없다. 특히 산모 또는 신생아의 사망에 비견될 정도의 중장해가 발생하는 경우를 배제하는 것은 형평에 반한다. 예를 들어 앞서 분만사고의 유형으로 든 판례사안 중 보건의료인의 과실 없이 분만 후 산모에게 대량출혈이 발생하여 산모가 사망하는 경우도 있지만, 간신히 산모가 생명은 구하였으나 치명적인 중장해를 입게 되는 경우도 있다. 이 양자 중 우열을 가리기는 어려울 것이나 후자가 전자보다 산모와 가족이 받게 될 육체적·정신적·경제적 고통이 더 클 수도 있는데, 전자만을 보상의 대상으로 삼는 것은 법감정에 반한다. 둘째, 보상금액이 지나치게 저액이고 재원 마련에 대한 한계가 예상된다. 시행령안 제22조 제2항은 보상금액을 3,000만 원의 범위 내에서 보상의 대상이 되는 사람이나 가족 등의 생계유지와 장애의 정도 등을 고려하여 보상심의위원회에서 정하도록 하였다. 사망 사고는 별론으로 하고 신생아가 뇌성마비로 평생을 살아가야 한다는 점을 감안한다면 보상금액이 산모가 안심하고 출산할 수 있는 환경을 조성하기에는 부족하다. 더구나 시행령안 제21조 제1항

---

대하여 배상 또는 보상을 받은 경우에는 그 배상 또는 보상받은 금액의 범위 안에서 보상 책임을 면한다. ③ 제1항에 따른 의료사고보상금의 한도액은 5천만 원으로 한다”라고 규정하였고, 후자는 “제45조(불가항력 의료사고 보상의 대상 등) ①… ② 국가는 환자 등이 「산업재해보상보험법」·「자동차손해배상보장법」·「제조물책임법」 등 다른 법률에 따라 제1항에 따른 손해에 대하여 배상 또는 보상을 받은 경우에는 그 배상 또는 보상받은 금액의 범위 안에서 보상책임을 면한다. ③ 제1항에 따른 불가항력 의료사고보상금의 한도액은 5천만 원으로 한다.”고 규정하였는바, 특히 의료사고보상금의 한도액을 5천만 원으로 제한하여 법실무에서 의료사고가 의료인의 무과책로 판명된 경우, 위로금 차원에서 조정을 행할 때의 금액 정도를 상정하였다.

83) 더구나 일본 후생노동성은 2011. 8. 무과실 보상제도를 산과에서 전과(全科)로 운영하기 위한 구체적 논의가 진행되고 있기 때문에 일본이 시행한 산과 무과실 보상제도의 대상 범주를 그대로 수용할 이유는 없을 것이다. 日, 무과실 의료사고 보상제 확대 검토, 2011. 8. 28. 연합뉴스 참조.

에서 보건의료기관 개설자 중 의료사고 보상사업을 시행하는 연도의 분만 실적이 있는 의료기관의 개설자가 의료사고 보상사업에 필요한 재원의 반액을 부담하도록 하고 있어 분만을 전문으로 하는 산과 전문의의 수가 절대적으로 부족한 현 시점에 분만을 더욱 기피하는 현상이 가중되고 산과 전문의가 배출되지 않을 우려가 있다.<sup>84)</sup> 이는 재원 마련에 대한 철저한 검증과 대책 없이 입법이 먼저 이루어진 것에 따른 결과이다.<sup>85)</sup><sup>86)</sup>

그러므로 법률조항에 명시된 바와 같이 “무과책으로 인하여 손해배상으로 부터 배제된 분만사고 중 그 피해를 환자 측이 스스로 부담하여 감내하는 것이 사회의 배분적 정의에 합당하지 않은 분만사고”로 발생한 악결과의 피해를 그 보상대상의 범위로 하는 것이 타당하다. 이는 분만사고의 유형상 범주에 해당하는 의료사고에서 현대임상의학의 실천수준에 비추어 보건의료인에게 주의의무위반의 과책을 인정하지 않은 판결례들이 구체적 예시로서 고려될 수 있을 것이다. 또한 보상금액의 확대와 사업의 재원 확보와 관련하여 우리의 현 시점을 반영할 수 있는 적극적 대안이 필요하다.

---

84) “무과실 보상금 의사에 전가하면 분만실 폐쇄도 고려”, 2011. 11. 7. 「청년 의사」 기사 참조.

85) 국회사무처, 「제285회 국회 보건복지가족위원회회의록(법안심의회소위원회)」, 제2호, 2009. 12. 16, 제14면: 보건복지가족부 의견 제시; “...무과실 의료사고에 대한 보상제도가 보편화된 것은 아니고 일부 국가에서 일부 행위에 대해서만 제한적으로 하고 있습니다. 일본 같은 경우에도 법에 규정을 두고 하는 게 아니고 예산으로 선택적으로 하고 있습니다. 사실 국가보상상제도를 도입하는 것 자체에 대해서는 좀 더 깊은 검토가 필요합니다. 왜냐하면 재정 문제를 우선적으로, ... 그 외에도 무과실 보상을 해 줄 때 의료사고의 원인을 규명하는 절차 자체가 부실화될 우려도 있는 것이고... 다른 분야와의 관계에 있어서 형평성 문제도..., 그래서 저희들은 무과실 의료사고 보상에 대해서는 지금 당장 법에 담는 것보다는 좀 더 논의를 해 가지고, 제도를 시행하면서 어떤 문제가 있는지를 살펴보고 그 후에 법적으로 도입하는 것이 바람직하다고 생각합니다.” 보건복지가족부 보건료정책관: “그 취지는 충분히 동감합니다마는 현재 무과실 의료사고에 대한 대상이나 범위나 실적이나 데이터를 우리가 하나도 안 가지고 있습니다. ... 돈이 얼마나 들고 이런 것을, 또 시행령에 어떻게 담을 것이냐 이런 것이 전혀 없기 때문에 우선 조정제도를 운영해 가면서 데이터가 쌓이면 하는 게 맞지, 지금 저희들이 한다고 하더라도 사회적 합의를 얻어 내기가 힘들 것 같습니다.”

86) 사회보험 하에서 진료를 하다가 의료과오가 발생한다는 점과 의료수가의 결정 등 진료의 여건을 보험자가 조성한다는 점 등을 고려할 때 국가를 대신하는 보험자의 일정한 역할도 필요하다는 견해로는 조형원, “의료과오소송 입증책임 관련 입법의 동향”, 『의료법학』, 제9권 제1호, 2008, 제148면.

## V. 결론적 소견

의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률의 제정은 환자와 의사 모두 의료분쟁에 관한 소송으로 인하여 유발되는 시간적·경제적·정신적 고통을 줄일 수 있는 혁신적인 틀을 제공하였다는 점과 민사책임법의 과책주의를 견지하면서 분만의료사고 보상사업의 범주 내에서는 환자 측의 피해를 사회적 특별희생으로서 포착하여 그에 대한 보상을 받을 수 있도록 함으로써 사회복지적 구제를 강화하였다는 점에 특징이 있다.

그러나 의료사고 보상사업의 요건에서는 ‘의료상 무과책’과 ‘불가항력’으로 발생한 ‘분만 의료사고의 피해’로 규율하고 있는데, 이를 법문 그대로 이해할 경우 보건의료인이 주의의무를 다하여서 민사손해배상책임이 면하더라도 해당 분만시술의 악결과가 불가항력의 사유에 의한 것이 아닐 경우에는 분만 의료사고 보상사업이 적용되지 않게 된다는 난점이 노정된다. 이는 동조항의 무과책과 불가항력의 법개념 표지가 서로 그 함의폭에서 중복·상충되면서도, 불가항력의 함의폭이 극히 협소하고, 또한 소극적 면책요건의 표지로서 적극적 보상요건의 표지로서 그 기능적 역할에 부적합하기 때문이다.

의료사고에 대한 민사법적 손해배상책임의 귀속은, 의료의 본성에 맞게 과책원칙을 견지하는 한, 인간의 행위역량에 비추어 요구될 수 있는 수준을 초월할 수 없다. 따라서 의료영역에서 요청되는바, 객관적으로 설정되는 전문임상의 주의표준이 개인의 역량 이상인 때에는 보건의료인이 충분한 주의의무를 다하였다고 하여야 할 것이다. 나아가 ‘무과책의 보상요건’으로 하는 것은 분만의료사고 피해를 환자 측이 스스로 부담하여 감내하는 것이 사회의 배분적 정의에 합당하지 않다는 평가로서 정당화되어야 할 것이다. 이러한 관점에서 보상사업의 요건인 ‘불가항력’의 표지는 그 취지에 맞게 수정 해석되어 구체화되어야 할 것이고, 위에서 잠정적 대안 개념으로 제시한 ‘불가피한 우연성’ 표지 또한, 소극적 구성요건의 법개념들로서의 그 기능적 한계성이 있어, 법정책적으로는 중국적으로 개정을 고려하여야 할 것이다.

나아가 의료사고 보상사업의 대상인 분만의료사고에 대하여도 유형적 분석에 의한 구체화가 이루어져야 할 것이다. 최근 일본의 산과 무과실 보상제도와 비교하여, 신생아가 분만사고로 인해 뇌성마비에 이른 경우에 한정하는 견해가 주장되고 있고, 보건복지부 시행령안 제22조에서는 분만에 따른 뇌성마비와 분만 과정에서의 산모, 또는 신생아의 사망으로 한정하여 열거하고 있다. 그러나 우리나라의 의료사고 보상사업의 제도적 체계와 취지의 차이에 비추어, 우리나라에서 의료사고 보상사업의 대상을 일본이나 보건복지부의 시행령안 제22조와 같이 축소할 필연성은 없다고 아니할 수 없다. 따라서 종래 판결례를 통해 축적된 분만의료사고들의 유형들, 예를 들어 산모 내지 신생아의 사상 등의 악결과들을 분석하여 보상사업의 취지와 요건에 적합한 의료사고를 선별·정리하는 연구가 본격화되어야 할 것이다.

**주제어** : 의료행위, 분만행위, 의료과실, 특별희생, 보장, 무과책, 불가항력, 무과책 보상, 사회법, 침해책임, 보상책임

[ 참고 문 헌 ]

1. 국내문헌

- 곽윤직, 『채권총론』, 제6판, 박영사, 2011.
- 김형배, 『채권총론』, 제2판, 박영사, 1998.
- 류지태·박중수, 『행정법신론』, 제14판, 박영사, 2010.
- 민혜영·손명세·김기경, “산부인과 의료사고배상의 합리적 방안-유형별 구조분석을 중심으로-”, 『한국의료법학회지』, 제12권 제2호, 2004.
- 백경희, 「의료사고 민사책임의 성립과 범위에 관한 연구-새로운 쟁점을 중심으로-」, 고려대학교 대학원 박사학위논문, 2008. 12.
- 석종현, “희생보상청구”, 『법률신문』, 1988. 11. 3.
- 신은주, “의료분쟁과 해결방안”, 『의료와 법률』, 창간호, 한국의료법학회, 1996.
- 신현호·백경희, 『의료분쟁 조정·소송 총론』, 육법사, 2011.
- 안법영, “2001년 법무부 민법개정시안에 관한 소고-총칙편과 채권 편을 중심으로-”, 『고려법학』, 제38호, 2002.
- \_\_\_\_\_, 『교통소음 Immission과 민사책임』, 법문사, 2001.
- \_\_\_\_\_, “산부인과 진료와 의사의 주의의무-대법원 판결례의 분석을 중심으로-”, 『의료법학』, 창간호, 대한의료법학회, 2000.
- \_\_\_\_\_, “영업경영의 과실침해와 책임귀속의 인과적 표지”, 『판례연구』, 제8집, 고려대학교 법학연구소, 1996. 9.
- \_\_\_\_\_, “의료사고의 불법행위책임”, 『고려대학교 법학논집』, 제33집, 1997.
- 양창수, “민법개정작업의 경과와 채권편의 개정검토사항 I(채권총칙)”, 『민사법학』, 제19호, 2001.
- 윤용석, “위험책임의 새로운 경향-불가항력에 의한 면책가능성-”, 『부산대학교 법학연구』, 제30권 제1호, 1988.
- 전광석, 『한국사회보장법론』, 제8판, 법문사, 2010.
- 조형원, “의료과오소송 입증책임 관련 입법의 동향”, 『의료법학』, 제9권 제1호, 2008.
- 홍정선, 『행정법원론(상)』, 제18판, 박영사, 2010.
- 대한산부인과학회, 『산과학(Obstetrics)』, 군자출판사, 2007.
- 의료법윤리학연구원, 『의료사고 피해구제 및 의료분쟁조정 등에 관한 법률 실행

방안 연구』, 연세대학교 산학협력단, 2010. 12.

“日, 무과실 의료사고 보상제 확대 검토”, 「연합뉴스」, 2011. 8. 28.

주석민법, 『물권 (3)』, 한국사법행정학회, 제3판, 2001.

주석민법, 『채권총칙 (1)』, 한국사법행정학회, 제3판, 2009.

“불가항력적 의료사고 보상재원, 누가 부담해야 하나.”, 「청년 의사신문」, 2011. 10.

25. 기사.

고려대학교 민족문화연구원, 『한국어대사전』, 2009.

## 2. 외국문헌

Behrends, O./Knütel, R./Kupisch, B./Seiler, H. H. (Hrsg.), Corpus Iuris Civilis  
· Text und Übersetzung II (Digesten 1-10), 1995.

Bley, H., Sozialrecht, 5. Aufl., 1983.

Deutsch E., Gefahr, Gefährdungshaftung, Gefahrerhöhung, 1. FS. für K. Larenz,  
1971, S. 111 ff.

Deutsches Rechts-Lexikon, Bd. 2 u. 3, 2. Aufl., C. H. Beck, 1992.

Ernst, W., Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, 1978.

Esser J., Schuldrecht, 2. Aufl., 1960

Esser, Grundlage und Entwicklung der Gefährdungshaftung, 2. Aufl., 1969.

Esser, J. - Schmidt, E., Schuldrecht Bd. I/1, 8. Aufl., 1995, Bd. I/2, 8. Aufl., 2000.

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

Katzenmeier, Ch., Arzthaftung, 2002.

Larenz, K., Schuldrecht I, 14. Aufl., 1987.

Larenz, K./Canaris, C.- W., Schuldrecht II/2, 13. Aufl., 1994.

Laufs, A., Arzt und Recht im Wandel der Zeit, MedR 1986, S. 163 ff.

Laufs, A./Uhlenbruck, W., Handbuch des Arztrechts, 2. Aufl., 1999.

Laufs, Arzt und Recht im Umbruch der Zeit, NJW 1995, S. 1591 ff.

Laufs, Delik und Gefährdung-Von der Schadenszurechnung zur Schadensverteilung?

-Kritische Darstellung der Grundlinien in Lehre und Spruchpraxis, in: A.  
Laufs(Hrsg.), Die Entwicklung der Arzthaftung, 1997, S. 1 ff.

Laufs, Unglück und Unrecht, Ausbau oder Preisgabe des Haftungssystem?, 1994.

- Meder, S., Schuld, Zufall, Risiken, 1993.
- Münchener Kommentar, BGB, Schuldrecht Allgemeiner Teil, Bd. 2, 4. Aufl., 2003.
- Pelz, F. J., Verschulden-Realität und Fiktion-Die Ärztliche Haftung in der Rechtssprechung, in: A. Laufs (Hrsg.), Die Entwicklung der Arzthaftung, 1997, S. 41 ff.
- Reich A., Gefahr-Risiko-Restrisiko, 1989
- Schwab, D., Einführung in das Zivilrecht, 13. Aufl., 1997.
- SoergelKommentar, BGB, Schuldrecht I, 2A, 12. Aufl., 1990.
- Steffen, E., Grundlagen und Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Arzthaftpflicht, ZVersWiss 1990, S. 35 ff.
- v. Caemmerer E., Reform der Gefährdungshaftung, 1971.
- Weyers, H.-L., Empfiehlt es sich, im Interesse der Patienten und Ärzte ergänzende Regelung für das ärztliche Vertrag (Standes) und Haftungsrecht einzuführen Gutachten A für den 52. Deutschen Juristentag, 1978.
- Will, Michael R., Quellen erhöhter Gefahr, 1980.
- Windscheid, B./Kipp, Th., Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 2, 9. Aufl., 1906.

### 3. 입법자료

- 국회 보건복지가족위원회 검토보고, 심재철 의원 대표발의 법률안, 2009. 11.  
\_\_\_\_\_, 최영희 의원 대표발의 법률안, 2009. 11.
- 국회 보건복지가족위원회(수석전문위원 김종두), 의료분쟁 조정 및 피해구제에 관한 법률안 검토보고, 보건복지가족위원회, 2009. 11.
- 국회 의안번호 11088, 의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률안(대안), 2011. 3. 10.
- 국회 의안번호 1805033, 의료분쟁 조정 및 피해구제에 관한 법률안, 심재철 의원 대표발의 법률안, 2009. 11.
- 국회 의안번호 4919, 의료사고 피해구제에 관한 법률안, 최영희 의원 대표발의 법률안, 2009. 11.
- 국회사무처, 제285회 국회 보건복지가족위원회회의록(법안심의회소위원회), 제2호, 2009. 12. 16.



국회사무처, 제287회 국회 법제사법위원회회의록(법안심사제2소위원회), 제2호, 2010. 2. 24.

\_\_\_\_\_, 제298회 국회 법제사법위원회회의록(법안심사제2소위원회), 제1호, 2010. 3. 9.

\_\_\_\_\_, 제298회 국회본회의의사록, 제2호, 2011. 3. 11. 오후 2시.

#### 4. 인터넷자료

일본 의료기능평가기구 홈페이지: <http://www.sanka-hp.jcqh.or.jp/outline/index.html>.

## **Eine kritische Betrachtung über das Kompensations- Zusicherungsgeschäft und die Typenanalyse für die medizinische Geburtsbehandlungsfehler**

Kyoung Hee, Baek / Bup-Young, Ahn

*Law School, Inha Universitaet, Hochschullehrerin / Law School, Korea  
Universitaet, der ordentliche Universitaetsprofessor*

### **=ABSTRACT=**

In dieser Arbeit ist zum ersten allgemeiner Überblick auf die Verschuldensprinzip, das grundsätzlich für die Unfalls-Haftung im Bereich der medizinischen Behandlungsfehler noch immerhin gelten, in aller Kürze angeführt und zugleich in rechtsvergleichender Weise auf die sozialrechtliche Typenentwicklung in Bezug auf die haftungsrechtlich motivierte Entschädigung. Gemäß dem § 46 Gesetzes zur Abhilfe für medizinische Beschädigungen und auf die Mediation-Schlichtung für medizinische Streitigkeiten ist die rechtssystematische Bedeutung des Kompensations-Zusicherungsgeschäfts als eine Art institutioneller Fremdversorgung zu erfassen. Demzufolge geht es hauptsächlich um die Problematik von tatbeständlichen Merkmalen der Kompensation im § 46 obigen Gesetzes (unten 1) und im Bezug auf die im voraus von GF-Ministerium bekanntgegebene AO (provisorische Fassung) von 8. 11. 2011. um die Analyse einer Reihe von KHG-Entscheidungen über ärztliche Geburtsbehandlungsfehler (unten 2). Dabei ist noch die Geltungsbereich mit entsprechendem Kompensationssystem in Japan zu vergleichen (unten 3).

1. Der terminologische Sinn von “höhere Gewalt” ist sowohl semantisch wie auch juristisch-rechtstechnisch eine negative Voraussetzungen für haftbar machende Gefährdungstatbestand. Nicht nur im Inhalt und Umfang verträgt dieser Rechtsbegriff sich nicht mit dem anderen tatbeständlich parallel zu erfüllenden Merkmal, also “die Beschädigung aus unverschuldeter ärztlicher Geburtsvorsorge”, weil die jene enger als die diese auf dem Begriffsfeld ist, sondern auch im dogmengeschichtlichen,

auch doch rechtstechnischen Sinne ist die Terminologie von “höhere Gewalt” ungeeignet, für den kompensatorischen Tatbestand als ein positives Merkmal, zu sein, statt derer, m. E. sollte der Begriff von “unkontrollierbarer Zufälligkeit” als Lösungsansatz verwendet werden. Dazu ist auch die ratio legis zur institutionellen Einführung des obigen Kompensations-Zusicherungsgeschäfts, das sich auf die Entschädigung des für Patienten unerträglichen Verlustes gerichtet, d. h. gerade die Ausgabe des nachteilsausgleichenden Einstehens für Unglück, nicht für Unrecht, zu berücksichtigen.

2. Die Typen der KHG-Entscheidungsfällen im Bereich von Gynäkologie könnten diagnostisch bzw. therapeutisch im folgenden differenziert sein werden; je nach der Kriterien von der Weise und dem Zeitpunkt zur Geburtshilfe, technischen Behandlungsfehlern beim Geburtsvorgang, und Besorgungsfehlern nach dem Geburt u. dgl.

3. Die japanische verschuldensunabhängige Kompensation ist eigentlich eine Art institutionelle Vorsorge, die anders als koreanische Versorgungssystem auf Grund privatsicherungsfinaler Vorleistung gewärleistet wird. Der kompensatorische Bereich beschränkt sich auf die schwere infantile Zerebralparese (Cerebralparese) beim medizinischen Geburtsbehandlung.

Schließlich würde diese Arbeit erwünscht sein, zur Konkretisierung des Voraussetzungen für die Kompensation nach § 46 Abs. 1 u. 4 des obigen Gesetzes beitragen zu können, welcher spätestens am 8. 4. 2013. zur Geltung gebracht sein sollte.

Schlüsselwort: Arzthaftung, Geburtsbehandlung, Behandlungsfehler, Sonderopfer, Versorgung, Verschuldensunabhängigkeit, höhere Gewalt, verschuldensunabhängige Kompensation, Sozialrecht, Eingriffshaftung, Aufopferungshaftung
--