

## 의료분쟁과 화해

- 체계적인 의사소통과정을 통한 자율적 분쟁처리 -

류 화 신\*

### I. 들어가며

최근 의료분야에도 첨단기술과 거대자본이 도입되면서 의료환경은 급격히 변화하고 있다. 종래 비(非)의료 영역이 의료화(medicalization)되고 의료가 산업화되면서 의료행위의 수는 증가하고 의사의 전문가주의도 확장되었다. 그런데, 환자도 과거의 환자가 아니다. 안전할 권리, 알 권리, 자유선택의 권리, 의사반영의 권리로 대표되는 소비자주의(consumerism)의 사상적 영향으로 환자의 권리의식이 높아지고 TV·인터넷 등의 매체를 통해 환자는 더 좋은 의료서비스에 대한 정보력과 폭넓은 선택권을 보유하게 되었다.<sup>1)</sup> 즉, 전문가로서의 의사의 권위가 미치는 영역이 넓어졌다고 해도 그 영향력은 과거보다 공고화되지 못했다. 이러한 의료환경의 변화는 의사와 환자간의 관계 또한 새롭게 정립될 것을 요구하였다. 과거 일방적인 권위와 신뢰의 관계에서 상호 객관적인 권리의무의 관계로의 변화가 요구되었다. 그리고, 새로운 위기를 맞아 공통된

취약성을 발판으로 동료의사의 의료사고에 대하여 관대한 태도를 취하는 의료계의 내부충성 문제 또한 전문가집단의 자기규제능력을 떨어뜨리는 요인일 뿐 아니라 더 나아가 환자의 불신을 키우는데 한 몫을 하고 있다.

본 논문은 오늘날 증가된 의료소송의 원인을 이러한 변화된 사회흐름에 적응하지 못한, ‘의사와 환자의 관계 맺기 실패’에서 찾고자 한다. 이는 분쟁연구를 위한 법인류학적 접근방식에서와 같이 ‘보다 나은 현실 만들기’라는 실천적 관점에서 출발하는 것이다. 지난 10여년간 우리 사회는 의료분쟁에 대한 특별법 제정을 수차 시도하였으나, 조정전치주의, 배상책임방식, 형사처벌특례 등 법안 쟁점사항을 둘러싸고 관계부처간 의견대립 및 이해관계자들의 반발 등으로 계속되는 난항을 겪고 있다. 법의 기능이 인간사회의 갈등이나 분쟁을 유형화하고 이를 적절히 해결하기 위한 보편된 규칙을 발견하여 제시하는 것이라면, 의료분쟁이라는 주요한 사회적 이슈에도 불구하고 그에 대한 법적 처리기제는 우리 사회에서 여전히 불완전한 상태라고 볼 수 있

\* 충북대학교 법과대학, 043-261-3589. lawdeo@chungbuk.ac.kr

1) 지난 2006. 9. 27. 현행 소비자보호법이「소비자기본법」으로 명칭이 변경되면서, 입법목적 또한 종래 소비자보호 위주의 소비자정책에서 탈피하여 소비자의 올바른 선택과 정당한 권리행사, 소비자안전·교육의 강화 등으로 소비자권익을 증진하고 소비자주권을 강화하는 방향으로 전면 개정되었다(2007. 3. 28. 동법 시행예정, 단, 소비자단체소송제도의 도입에 관한 규정은 2008. 1. 1.부터 시행).

다. 그 뿐 아니라 의료분쟁이 발생하더라도 사회적으로 당사자간의 화해에 의한 해결을 장려할 것인지, 법관의 재판을 통한 해결을 장려할 것인지 여부조차도 단언하기는 어렵다. 화해가 당사자간 자율적 해결방식으로서 좋은 기능을 수행하기도 하지만, 경우에 따라서는 때를 쓰는 사람이 유리하고 양보하는 사람이 손해를 보는 예가 많아서 오히려 일반인의 법감정이 침해당할 우려가 있다. 따라서 화해의 긍정적 효과와 실제적 정당성을 비교·형량하여 화해를 결정하는 지혜가 필요하다. 2) 일반적으로, 분쟁의 가액이 큰 경우, 당사자들의 사회경제적 지위가 달라 협상력에 큰 차이가 있어서 3) 공정한 협상이 기대될 수 없는 경우에는 이러한 화해를 포함한 재판 외 분쟁해결제도(ADR)보다 공식적인 재판이 더 적절한 것으로 평가된다. 그럼에도 불구하고 재판지연 및 인지대, 송달료, 증인여비, 변호사보수 등의 소송비용, 감정대립, 재판과정의 기술적 난해성 등의 문제와 그 동안 환자의 치료비부담 문제, 경우에 따라서는 소송결과에 대한 기대이익의

손실 등 양측에서 부담하는 유·무형의 사적 분쟁해결 비용과 국가가 사법제도를 유지·운영하는 데 지拂하는 소송제도운영비용 등을 절감하는 차원에서, 화해는 가장 단순하면서 가장 전형적인 분쟁처리 모습이며, 여전히 분쟁해결제도로서 큰 역할을 수행하고 있다고 할 것이다. 4) 다만, 의사의 진지하고도 적극적인 대화 기술과 병원 내 조정(調整) 5) 시스템의 작동이 원활한 협상을 위한 관건이라는 점이 본 논문에서 나아가고자 하는 방향이다. 본 논문은 의료분쟁을 민사책임의 견지에서 검토하되, 의료분쟁도 분쟁인 만큼 일련의 과정을 거치며 그 과정에서 의료사고가 의료분쟁으로 반드시 발전하는 것은 아니라는 점을 전제하고, 이 과정에서 의사와 환자간 대화의 간극(gap) 내지 소통장애가 의료분쟁에 미치는 영향과 의사소통 방법, 화해착오에 대한 법적 처리 문제 등에 관해 살펴보고자 한다. 이를 위하여 의료분쟁의 개념과 과정에 대해 먼저 설명하기로 한다.

2) 정동윤, 유병현, 민사소송법, 서울: 법문사, 2006 : 18.

3) 물론, 일방적인 힘의 우위의 관계라면 갈등의 표출 자체가 억제될 가능성이 크다. 한편, 의사와 환자의 관계가 실질적으로 대등하지 않다고 하더라도 양 당사자간의 자율적 분쟁처리과정이 이러한 사회적 힘(social power)에 의해서만 이루어지는 것은 아니다. 왜냐하면, 분쟁당사인 환자 또한 자신의 입장을 '정당화' 하기 위해 규범을 끌어오기 때문이다. 규범에 의하여 사회적 힘의 관계를 역전시킬 수도 있는 것이다. 여기서 말하는 규범은 법규범에 한정되지 않고 종교규범, 사회규범, 도덕규범을 포괄하는 넓은 의미의 당위체계이다(황승흠, 분쟁과 질서의 법사회학, 서울: 성신여자대학교 출판부, 2005 : 62 및 76-77 ; 더 자세한 내용에 대해서는 본 논문 각주 21) 참조). 양 당사자가 이러한 규범에 근거하지 않고 자신의 목적을 달성시키고자 할 때, 혹은 정보의 불균형으로 인해 소송에서의 승산에 대해 상대적으로 '낙관적 사고'를 가질 때 사법 절차를 통한 법원의 판결을 구하게 된다.

4) 분쟁을 처리해야 할 필요가 있을 때 분쟁당사자가 선택할 수 있는 분쟁처리방식으로는, (1) 일방적 결정방식인 도피(기피)와 투쟁(실력행사·자력구제), (2) 쌍방적 협의방식인 화해(협상), (3) 제3자 관여방식인 법원에 의한 재판과 재판 외 분쟁해결방식(ADR)이 있다(송상현, 민사소송법, 서울: 박영사, 2004 : 7). 살피건대, 도피는 분쟁당사자가 그의 자존심을 억누르고 문제를 잊으면서 분쟁관계로부터 빠져나오는 것을 말하며, 투쟁은 직접적·일방적으로 행동을 결정하는 것을 말한다. 종래 의료분쟁이 오늘날보다 적었던 이유에는 환자가 당해 의사나 병원에 불만이 생기더라도 다른 의사나 병원을 선택할 수 있기 때문에 분쟁을 기피한 요인도 작용한 것으로 보인다. 한편, 현실적으로는 환자측에서 가장 원시적인 분쟁해결방식인 실력행사 또는 자력구제 수단을 사용하여 의사측을 압박하는 경우도 있는데, 이는 엄연히 업무방해죄 등 범죄에 해당되어 형사처벌의 대상이 될 수 있다(대법원 2004. 11. 25. 선고 2004도6408 판결). 그리고 제3자 관여방식 중 재판 외 분쟁해결방식(ADR)에는 제3자 개입양상에 따라 알선, 조정, 중재 등의 대체적 분쟁해결방식이 있으며, 이 방식도 법원형 ADR과 특별한 분쟁상황에 맞추어진 행정관여형 ADR로 나눌 수 있다. 마지막으로, 쌍방적 협의방식인 화해는 당사자간에 자율적인 교섭을 통해 분쟁을 처리하는 방식으로서, 그 종류로는 민법상 화해와 재판상 화해(재소 전 화해와 소송상 화해)가 있다. 간혹 화해를 대체적 분쟁해결방식에서 제외하는 경우도 있을 수 있으나 화해야말로 불만이 있는 일방이 직접 상대방과 부딪혀서 분쟁해결을 협의하는 가장 대표적인 분쟁처리기제라고 할 수 있다. 그리고 본 논문에서 대상으로 삼고 있는 화해는 법원과 연계하지 않은, 민법상 화해계약을 의미하는 것이다.

5) 여기서의 조정(調整)은 제3자(법관 또는 조정위원회)가 독자적으로 분쟁해결을 위한 타협방안을 마련하여 당사자의 수락을 권고하는 대체적 분쟁해결방식의 조정(調停)과 다르다. 본문에서의 조정(調整)은 의료사고를 낸 의사가 아닌 제3자의 관여가 있지만 이는 병원조직 내부에서의 조정을 의미하며 병원은 책임법상 환자와의 관계에서 의사와 같은 책임의 주체이므로 실질적으로 제3자가 아니다. 본 논문에서는 이러한 의미에서 조정(調整)이라는 용어를 사용함을 거듭 밝힌다.

## II. 의료분쟁

### 1. 개념

#### 1) 의료사고, 의료과오, 의료소송과의 관계

의료사고란, 의료기관에서 환자의 진단, 검사, 치료 등 의료의 전(全)과정에서 발생하는 인신사고 일체를 의미한다.<sup>6)</sup> 의사의 과실 여부와 관계없으며, 의료행위와 직접 관련이 없는 환자관리나 시설관리와 관련된 사고도 포함된다.<sup>7)</sup> 따라서 병실 바닥이 미끄러워 넘어지면서 환자가 부상을 입게 된 경우, 의료기구의 결함으로 환자가 부상을 당한 경우, 신생아가 뒤바뀐 경우 등도 의료사고의 개념에 포함될 수 있다. 그러나 입원환자와 아무런 관련이 없는 자가 입원환자의 병실에 무단 출입하여 입원환자의 휴대품을 절취한 경우<sup>8)</sup>는 의료사고에 해당되지 않는다. 의료사고에 해당하려면 진료와 직접 관련성은 없더라도 진료와 전혀 무관하게 발생해서는 안 되며, 의료사고는 사람이 부상하거나 사망하는 인신사고이기 때문이다. 환자측이 이러한 의료사

고를 인식하고 이를 분쟁화하는 과정을 거칠 때 의료사고는 분쟁으로 표면화되며,<sup>9)</sup> 사고가 발생하더라도 환자측이 이를 감수할 때에는 더 이상 분쟁으로 발전하지 못한다.

의료사고는 의사측의 부주의(과오)에 의해 발생하는 경우와 불가항력적으로 발생하는 경우로 나눌 수 있다. 법해석상, 의료인은 의료행위를 함에 있어서 사람의 생명·신체·건강을 관리하는 업무의 성질에 비추어 환자의 구체적인 증상이나 상황에 따라 위험을 방지하기 위하여 요구되는 최선의 조치를 취하여야 할 주의의무가 있다. 의료과오란, 이러한 주의의무를 위반함으로써 위험한 결과의 발생을 예견할 수 있었음에도 불구하고 이를 예견하지 못하였거나 그러한 결과를 회피할 수 있었음에도 불구하고 이를 하지 못한 경우에 인정되는 과실<sup>10)</sup>을 말한다.<sup>11)</sup> 따라서 의사나 의료기관이 당사자가 되더라도 예를 들어, 신생아 교체 사건의 예는 의료상 과오와 관련되지 않으므로 의료과오사건에 해당하지 않는다.<sup>12)</sup> 의료사고가 발생원인이나 책임소재 등에서 벗어나 객관적 사실에 대한 존재의 개념이라면,

- 6) 여기서 의료기관이란, 의료행위와 관련된 장소로서(법경찰, 의료분쟁과 소송 -이론과 실제-. 서울 : 법률정보센터, 2003 : 11-12.) 형식적 공간개념, 즉 병원의 건물만을 말하는 것이 아니라 의사를 포함한 의료진의 진료행위가 이루어지는 실질적 공간개념을 의미한다. 따라서 의사가 왕진을 가서 치료를 하는 중에 발생한 사고와 응급구조차를 타고 가는 중에 발생한 사고 또한 의료사고에 해당된다(전현희, 의사들을 위한 법률강좌. 서울 : 청년의사, 2004 : 66). 한편, 정신질환자가 의료기관을 무단으로 이탈하여 의료기관 밖에서 자신을 해하거나 타인을 해한 경우와 같이 의료행위가 의료기관 내에서 이루어지는 과정에서 인신사고의 결과발생이 의료기관 밖에서 이루어지는 경우에도 넓게 의료사고에 해당된다고 본다.
- 7) 같은 입장으로, 법경찰, 앞의 글, 11-12 : 신현호, 의료소송총론. 서울 : 육법사, 1997 : 31 ; 최재천, 박영호, 의료과실과 의료소송. 서울 : 육법사, 2001 : 45 ; 반면에, '의료행위'의 결과가 기대하지 않았던 나쁜 결과로 나타나는 모든 경우를 의료사고로 이해하는 사회학적 입장으로는, 김정화, 의료사고와 분쟁의 현황과 쟁점 : 의료사회학적 접근. 한국사회학 1998 : 32 : 403-404.
- 8) 이러한 경우에도 의료기관이 입원환자에게 보호의무 위반으로 인한 법적 책임을 면할 수는 없다. 보호의무를 계약상의 의무로서 인정할 것인지 여부에 관한 민법상의 지위논란에도 불구하고 판례는 신의성실의 원칙(민법 제2조 제1항)을 근거로 의료인측의 손해배상책임을 인정하고 있다. 이 사건에 관한 대법원 2003. 4. 11. 선고 2002다63275 판결에 의하면, 환자가 병원에 입원하여 치료를 받는 경우 병원은 진료뿐만 아니라 환자에 대한 숙식의 제공을 비롯하여 간호, 보호 등 입원에 따른 포괄적 채무를 지는 것인 만큼 병원은 병실의 출입자를 통제·감독하든 그것이 불가능하다면 최소한 입원환자에게 휴대품을 안전하게 보관할 수 있는 시정장치가 있는 사무실을 제공하는 등으로 입원환자의 휴대품 등의 도난을 방지함에 필요한 적절한 조치를 강구하여야 할 신의칙상 보호의무가 있다고 하고, 이를 소홀히 하여 입원환자와는 아무런 관련이 없는 자가 입원환자의 병실에 무단출입하여 입원환자의 휴대품 등을 절취하였다면 병원은 그로 인한 손해배상책임을 지며, 입원환자에게 귀중품 등 물건보관에 관한 주의를 촉구하면서 도난시에는 병원이 책임질 수 없다는 설명을 한 것만으로는 병원의 과실에 대한 손해배상책임까지 면제되는 것은 아니라고 한다.
- 9) 김정화, 앞의 글 : 405.
- 10) 의료행위에 있어서의 과실은 의사가 주의를 기울여 최선을 다한다는 심리적 요소로서는 충분하지 않고, 의사로서 통상 지녀야 할 의학적 지식과 기술을 갖추어야 한다(대법원 1984. 6. 12. 선고 82도3199 판결). 이처럼 의사 기타 의료인의 과실은 그 성질상, 직업인으로서 요구되는 주의의무를 위반한 업무상 과실에 속한다.
- 11) 지원림, 민법강의. 서울 : 홍문사, 2005 : 327.
- 12) 김선중, 최신실무 의료과오소송법. 서울 : 박영사, 2005 : 15 ; 의료관계자의 부당파업, 병원관리상의 하자의 경우에도 마찬가지이다.

『한국의료윤리교육학회지』 제9권 2호(통권 제16호) : 2006년 12월

의료과오는 법적으로 의료인의 의료행위를 평가하고, 더 나아가 민사상 손해배상책임과 형사처벌, 행정상 제재와 같은 법적 책임을 수반하는 근거가 되는 법적 가치판단의 개념이라고 할 수 있다.<sup>13)</sup>

더 나아가 의료소송<sup>14)</sup>이라고 함은, 실무상 ‘의료과오소송’이라고 하여 의료행위 중 의료인의 과실에 기하여 발생한 사고에 대해 배상책임을 묻는 민사재판절차로서 좁게 해석함이 무방하다고 생각된다. 본 논문에서는 의료분쟁 또한, 의료과오 여부에 따른 민사상 손해배상책임 분쟁에 한정하여 기술하고자 한다.

## 2) 의료분쟁의 의료법상 정의

의료분쟁에 대한 실정법상 정의는, 의료법 제54조의 2 제1항<sup>15)</sup>에서 ‘의료행위로 인하여 생기는 분쟁’이라고만 간략히 언급되어 있을 뿐, 이 법에서 사용하는 용어의 일반적 정의 규정은 법률 내에 존재하고 있지 않다.<sup>16)</sup> 여기에 법원은, 무면허의료행위를 금지하는 의료법 제25조 소정의 ‘의료행위’의 의미에 관하여, “의학적 전문지식을 기초로 하는 경험과 기능으로 진찰, 검안, 처방, 투약 또는 외과적 기술을 시행하여 하는 질병의 예방 또는 치료행위 이외에도 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행

위”라는 일관된 견해를 유지하고 있으므로,<sup>17)</sup> 의료분쟁의 의미를 어느 정도 짐작할 수 있을 뿐이다.

그런데, 계약법적 관점에서 의료행위는 의사가 환자에게 행하여야 하는 혹은 환자가 의사에게 요구할 수 있는 일정한 행위, 즉 의료계약상 급부(給付)로서의 의미를 가지는데, 그렇다면 급부의무 이외에 앞서 본 의료기관의 환자보호나 시설관리 등 보호의무 위반 여부로 인해 발생한 다툼을 여전히 이러한 의료분쟁의 범위에 포함시킬 수 있는가 하는 의문이 생긴다.<sup>18)</sup> 의료분쟁의 개념범위를 확정할 수 있을 때, 의료법상 의료분쟁조정기구인 의료심사조정위원회의<sup>19)</sup> 역할범위가 정해질 수 있으며, 실제 소비자보호원의 소비자분쟁조정위원회의 업무대상도 명확해 질 수 있을 것이다.

생각건대, 의료법 규정상 의료행위로 ‘인하여 생기는’의 의미를 어떻게 보느냐에 따라 본래의 급부의무에 의한 것으로만 한정할 것인가 아니면 본래의 급부인 의료행위를 행함으로 인하여 생기는 환자보호나 시설관리 등 보호의무에 의한 것도 포함할 것인가의 입장이 달라질 수 있으나, 이 경우는 이를테면 민법상 손해배상의 범위를 정하는 인과관계 요건이 아니므로 위 보호의무 위반 여부에 대한 다툼도 포함하여 ‘의료사고를 주원인으로 한 환자측과 의료인간의 다툼’ 정도로 넓게 해석하는 것이 타당하다고 할 것이다.

13) 존재와 가치의 관계에 대해서는, 호세 옴파르트, 정중후 역, 법철학의 길잡이, 서울 : 경세원, 2006 : 192-193.

14) 의료소송에 대해서도 의사의 의료상 처치나 병원의 인적·물적 관리 또는 의료전달체계 등 모든 의료과정과 관련하여 제기되는 민사소송, 형사소송, 행정소송을 총괄하는 개념으로 이해하는 입장으로는, 김선중, 앞의 글, 15.

15) 이 법에 의하면, ‘의료행위로 인하여 생기는 분쟁(이하 “의료분쟁”이라 한다)을 조정하기 위하여 보건복지부장관 소속하에 중앙의료심사조정위원회를 시·도지사 소속하에 지방의료심사조정위원회를 둔다’고 규정하고 있다.

16) 법체계상 의료법 내에 의료분쟁에 관한 일반적 용어 정의가 구비될 필요가 있다.

17) 대법원 1999. 6. 25. 선고 98도4716 판결 참조

18) 참고로, 현행 환경분쟁조정법 제2조는 “환경분쟁”이라는 용어를 “환경피해에 대한 다툼과 환경기술개발지원에관한법을 제2조 제2호의 규정에 의한 환경시설의 설치 또는 관리와 관련된 다툼”이라고 넓게 정의하고 있다.

19) 의료분쟁상황에 대한 행정부산하의 조정위원회로서, 조정이 성립되면 민사소송법의 규정에 의한 화해조서와 동일한 효력, 즉 재판상 화해와 같은 효력이 인정된다(의료법 제54조의 7 제3항). 그러나 조정사건이 거의 없어서 이 제도는 실제 유명무실하며, 현재는 소비자보호법에 의한 한국소비자보호원의 소비자분쟁조정위원회에 의하여 분쟁조정이 성과를 거두고 있다. 한국소비자보호원의 조정도 조정이 성립되면 재판상 화해와 같은 효력을 가지는데, 당사자 사이에 조정조서와 동일한 내용의 합의가 성립된 것과 같은 효력을 인정하고 있는 건설산업기본법 제78조 제4항 및 환경분쟁조정법 제33조 제2항에 비추어 조정의 성립에 재판상 화해와 같은 효력을 인정하는 것은 법관에 의한 재판을 받을 권리를 침해할 수 있다는 법리상 문제가 있다(정동윤, 유병현, 앞의 글 : 18 참조).

## 2. 분쟁의 과정과 의사소통

분쟁도 하나의 과정을 거친다. 일반적으로, 분쟁이 되기 위해서는 먼저 당사자 사이에 물리적 접촉이 있고, 더 나아가 상호작용이 이루어지고, 이러한 상호작용이 불만과 갈등의 요소를 가질 것이 전제가 된다. 여기서, 불만이란 어떤 상황이 '부당하다'고 느껴지는 것을 말하며, 그러한 부당함은 당사자의 상식적인 법감정<sup>20)</sup>에 비추어서 문제가 있다는 생각을 말하는 것이다. 갈등은 부당한 요구를 하는 상대방과 직면하는 것을 말한다. 이처럼 갈등은 단순한 사실의 불일치가 아니라 일방의 요구가 받아들여지지 않는 불일치과정을 의미하며, 다른 사람의 요구를 부정하는 것에서부터 갈등이 시작된다.<sup>21)</sup> 그리고 이러한 갈등이 가라앉지 않고 외부로 표출될 때 분쟁으로 발전하게 되는 것이므로, 분쟁과정에서 이러한 경로를 차단할 수 있다면 분쟁은 갈등단계에서 가라앉을 수 있다. 그리고 기능주의적 관점에서 볼 때, 분쟁은 당사자간에 자율적으로 해결되어 가능하다면 사회관계의 다른 영역에 미치는 파급을 줄이는 것이 바람직하다고 한다.<sup>22)</sup>

일반적으로, 의사측은 환자측이 의료의 불확실성<sup>23)</sup>이라는 자체의 특수성을 제대로 이해하지 못하고 의료 능력에 대한 지나친 기대감과 착각을 갖고 있다가 의료

사고가 발생하면 의사의 과실에 의한 것이 아닌지를 먼저 의심하는 경향이 있다고 본다.<sup>24)</sup> 물론 의료는 불확실성을 가진다. 그런데, 이러한 불확실성은 의료계 자체에서도 갈등요소를 지니고 있다. 하나는, 의사측이 이러한 불확실성 내지 불가항력에 대해 국민적 차원의 이해를 당부하면서도 종래의 의사의 지배적 관계가 유지되기를, 전문가로서의 권위가 하락되지 않기를 기대한다는 점이다. 또 하나는, 의료사고 후 불확실성 내지 불가항력에 대한 주장은 의학이 확실성을 바탕으로 한 '과학'임을 강조해 온 평소 입장과 모순될 수밖에 없다는 점이다.<sup>25)</sup> 그러나 소비자주의 등 최근 변화된 사회 환경에 적응한 환자는 의사의 전문가 지위를 인정하면서도 과거보다 훨씬 더 많은 정보를 요구하며, 이를 바탕으로 새로운 의사와 환자와의 관계를 원한다.

이 때, 필요한 것이 당사자간의 의사소통이다. 의료사고가 발생한 후 환자측은 의사와의 의사소통을 통해 복잡한 의료행위가 어떠한 방법으로 이루어졌는지, 자신들에게 어떠한 일이 발생하였는지에 대한 정확한 정보를 얻을 수 있다. 환자측은 의료사고가 그들의 삶을 어떻게 변화시킬 것인가 하는 '사회의학적 관점'에서 사고를 인식하고 향후치료에 대한 확답을 기대한다. 반면에, 의사측은 '생의학적 관점'에서 일정정도의 의료사고가 발생하는 것은 불가피하며, 의료사고를 자연

20) 이러한 법감정은 특정한 상호작용을 갈등관계로 발전시키는데 기여하고 나아가 분쟁으로 확대시키는데 작용한다. 법감정에서 거론되는 규범은 상당히 모호한 것이며, 체계성이나 통일성이 갖추어지지 않은, 그래서 임의로 해석될 수 있는 여지를 가진다. 분쟁으로 발전하려면 양 당사자가 모두 법감정의 지지를 받고 있다고 생각하는 것이 보통이다(황승홍, 앞의 글 : 142-143).

21) Abel R, A comparative theory of dispute institutions in society. Law & society review 1973 ; 8/winter : 227-228(황승홍, 앞의 글 : 55-56에서 재인용).

22) 황승홍, 앞의 글 : 55 및 70.

23) 이러한 불확실성을 유형화하자면, 의료지식의 한계에 따른 불확실성과 의료행위의 결과를 포함한, 의료지식의 실제적용에 있어서의 불확실성, 그리고 환자개인의 특이성으로 인한 불확실성 등이 있을 수 있다. 심지어 이제는 의료사고에 대한 환자반응의 불확실성이 추가될 상황에 처해 있다.

24) 이러한 환자측의 요인이 최근 의료분쟁의 한 증가원인이라는 입장으로는, 전병남, 의료분쟁해결과 민사조정제도, 의료법학 2004 ; 5(2) : 393-394.

25) 이에 대해서는, 김정화, 앞의 글 : 401 ; "의사들은 과학이라는 용어들을 사용하여 그들이 달성한 업적들을 발표하고, 과학이라는 이름 하에 경쟁자들을 제거하기도 하고 매도하기도 하였다. 이 때 사용되는 과학이라는 용어는 정확성과 합리성, 그리고 이해가능성을 의미하는 것으로 사용하였다. 즉 이 때 의료란 불확실성이 아닌 '확실성'을 바탕으로 한 '과학'인 것이다. 일단 의료사고가 발생한 경우에는 의료가 가지고 있는 '불가항력적' 혹은 '의료의 특수성'을 주장하는 모순된 행동양식을 의사들은 가지고 있는 것으로 보인다"

스런 학습과정으로 이해한다.<sup>26)</sup> 형사책임특례 및 무과실배상제도에 대한 입법안에 관심을 가지는 것도 이러한 이유이다. 분쟁당사자가 정보를 공유하지 못할수록 소제기시 자신의 승소확률과 승소금액을 객관적인 수준보다 낙관적으로 사고하는 경향이 높아지고, 이는 화해의 가능성을 떨어뜨리고, 재판을 통한 분쟁해결방법에 의지하는 요인이 될 수 있다.<sup>27)</sup> 1998년 국내에서, '의료사고를 경험한 가족들이 의료분쟁을 제기하는 원인'을 조사한 연구<sup>28)</sup>가 있었다. 연구결과, 피해자가 사고원인에 대한 주장을 받아들일 수 없어서, 사고원인을 규명하기 위해서, 경각심을 주어 또 다른 피해자가 발생하는 것을 방지하기 위해서 등의 이유가 포함된 '향후 사고방지' 요인과 사고원인에 대한 불충분한 해명, 병원측의 무성의한 태도, 의사측의 불손한 태도, 용서를 구하지 않아서 등의 이유가 포함된 '의사의 태도에 대한 불만' 요인이 주된 분쟁제기 원인으로 드러났다. 상대적으로 치료비 및 위자료 등의 '보상' 요인은 중요한 동기가 아니었다. 의사들이 의료사고를 분쟁화하는 환자의 기초적 동기를 경제적 보상이라고 직감적으로 여기는데 비해, 환자측은 의사가 설명을 하지 않고, 주의 깊게 듣지 않으며, 정직하지 못하다는 인상을 가지게 되면서 자신들의 사건을 '공식화하기 위해' 분쟁이라는 수단을 선택한다는 것이다.

이렇듯 의료사고 후 의사와 환자는 충분한 대화를 통해 서로간의 이해 차이를 좁히고 상호 수용할 수 있는 해결점을 찾는 것이 보다 중요함에도 불구하고, 실제로 이러한 의사소통에 많은 어려움을 겪고 있다. 아래에서는 미국에서 시행된 한 시범모델을 참고로 이러한 소통장애를 해결하기 위한 구체적 실천방안에 대해 살펴보기로 한다.

### Ⅲ. 소통장애를 위한 해결방안

#### 1. 의사소통 사례 - 미국의 시범모델 소개

##### 1) 연구배경 및 연구방법

미국은 1970년 첫 현대적 의료분쟁위기 이후 의료관리면에서 많은 문제점을 드러내 왔다. 해마다 많은 환자들이 의료사고를 경험하고 있음에도 불구하고 불법행위시스템은 의료사고를 당한 환자들의 요구에 효과적으로 대응해 오지 못했다. 그 결과, 소송이 빈번해지고 더 치열해지는 경향을 보였다. 전반적인 보험시스템도 위기를 맞았다. 2001년 이후 미국의 경제부진으로 많은 주(州)에서 보험회사가 철수하거나 파산하게 되고, 지불능력 있는 회사는 위험이 높은 고객을 거부하고 보험료를 인상하게 되었다. 동시에, 테러를 포함한 세계적인 보험쇼크로 인해 재보험자들은 의료사고와 같이 예견치 못한 분야에 갑자기 부족해진 자본을 쏟아 붓기를 꺼리게 되었다.<sup>29)</sup> 반면, 환자의 안전을 중요시하는 운동은 계속 발전하였다. 의사로서도 의료의 질을 향상시키고 소송으로 인한 리스크를 관리하는 데에 모두 이익이 되는 분쟁처리방안을 신중히 검토하게 되었다. 그 하나의 개혁안으로 제시된 것이, 환자나 그 가족에게 의료의 질적인 문제점에 대한 정보를 주어 환자의 안전이 향상될 수 있는 기회를 갖게 하자는 것이었다. 본 연구는 펜실베이니아에 소재한 4개 병원(의과대학 포함)에서 3개 병원에 교육프로그램을, 1개 병원에 분쟁조정서비스를 무상으로 제공하면서 2년간 공동으로 작업되었다.

26) 김정화, 앞의 글 : 408.

27) 화해에 있어서 이른바 '상대적 낙관주의'에 관하여는, 박세일, 법경제학, 서울 : 박영사, 2004 : 660-667.

28) 조항석, 이선희, 손명세, 의료사고를 경험한 가족들이 의료분쟁을 제기하는 원인, 가정의학회지 1998 ; 19(3) : 274-290.

29) Sage W, The forgotten third: liability insurance and the medical malpractice crisis, health affairs 23 ; 4, NY: Project HOPE, 10-13.

## 2) 연구결과

본 연구결과에서도, 의료사고 후에 환자가 바라는 것과 의사가 제공하는 것 사이에는 상당한 불일치가 있음이 드러났다. 환자는 사고에 대한 기본적인 정보를 원하고, 사고로 인해 금전적인 고통을 겪지 않을 것을 확인하고 싶어 하며, 적절한 사과와 재발 방지에 대한 약속을 원했다. 그러나 의사들은 과실이 있었다는 말과 과실의 원인이 무엇인지, 어떻게 사건을 미연에 막을 수 있었는지, 그리고 앞으로는 어떻게 달리 조치할 수 있는지 등에 대해 거의 언급하지 않은 채, 단어 사용을 극도로 자제하며 환자를 대하였다.

본 연구는, 소송보다 신속하고 소송을 감소시킬 수 있는 의료사고 소통 및 조정(調整) 프로그램에 기초한 분쟁해결책을 제시하고 있다. 따라서 의사와 병원관리자, 기타 의료공급자들이 의료사고를 당한 환자와 효율적으로 대화하고, 사고를 통해 배우며, 환자와 그 가족의 관심사에 어떻게 대응하여야 하는지를 알려주며, 타당한 손해배상청구에 대해 적정하고 비용-효과적인 결론을 제시해 준다. 요약하면, 다음과 같다.

- ① 의사 및 의료전문가들은 환자와의 적극적인 대화에 있어서 의사소통기술이 매우 유용하다는 인식을 가지고 이를 발전시켜야 한다.
- ② 병원은 조직 내부에 의료과오에 관해 환자와 대화를 계획하고 수행하는데 도움을 줄 수 있는 전문 컨설턴트를 육성하여야 한다.<sup>30)</sup>
- ③ 병원은 환자와 대화하기 전에 의사, 환자의 안전책임자, 그리고 리스크 관리자들에게 미리 충분한 시간을 갖고 계획을 세우도록 권장하여야 한다.
- ④ 의사와 병원책임자, 기타 의료관련 종사자들은 의료사고 후에 환자와 그 가족에게 적절한 사과를 하여야 한다.

- ⑤ 병원과 숙련된 선임의사들은 의료사고 후 의료종사자들을 지원하고 브리핑할 기회를 제공한다.
- ⑥ 병원은 차후 발생할지 모를 배상요구를 처리하기 위하여 가능한 빨리 조정(調整)에 임해야 한다.

## 2. 의사소통을 위한 구체적 실천방안<sup>31)</sup>

### 1) 대화기술의 훈련

의료사고에 대해 환자와 대화를 순조롭게 진행하기 위해서는 교육이 선행될 필요가 있다. 의사에게는 생소하지만, 교육의 핵심은 바로 '적극적으로 들어주려는 의사소통기술'에 있다. 오랫동안 들어주며 갈등을 해결하고자 하는 이러한 기술은 환자와의 대화에 있어서 매우 유용하다. 이러한 교육의 목적은 첫째, 병원의료진에게 분쟁 해결에 대한 간략한 안내와 대화기술을 제공하는 것이며, 둘째, 경험 많은 숙련된 핵심 의료진들로 하여금 환자와의 대화 준비를 돕게 하고, 직접 대화에 참여도 하면서, 나중에 경과보고를 할 수 있도록 준비하게 하는 것이다. 이러한 의사소통기술을 소유한 핵심 의료진들이 있다면 대화가 순조롭게 진행될 가능성이 크다. 이들은 대화할 때마다 의료사고 재발방지를 위해 어떻게 시스템을 변화시켜야 할지에 관해서도 고민하게 된다. 그런데, 실제 위에서 말한 대화기술을 터득하기란 쉽지 않다. 분쟁당사자인 의사는 중립적일 수 없기에 더 어려울 수 있다. 그 뿐 아니라, 자신의 경력에서 몇 번 있을지도 모를 그러한 대화를 위해 그 시간을 할애할 것을 설득한다는 것도 쉬운 일은 아니다. 그러나 의사소통을 위한 기술습득은 부단한 훈련을 통해 향상될 수 있으며, 오늘날 의사는 의료라는 본래의 업무 외에 언제든지 분쟁에 휘말릴지도 모를 리스크에도 대응할 준비를 갖춰야 한다.<sup>32)</sup>

30) 이러한 컨설턴트는 직위나 신분과 상관없이 분쟁 조정(調整)이나 폭넓은 대화기술을 가진 사람이라면 누구나 가능하며, 환자와의 대화과정에서 습득한 지식을 통해 환자의 건강상 안전을 더욱 향상시킬 수 있는 방법을 응용·발전시켜 나가야 할 의무를 진다.

31) Liebman C & Hyman C, A mediation skills model to manage disclosure of errors and adverse events to patient, health affairs 23 ; 4, NY: Project HOPE, 22-32.

32) 本ノ元直樹, 의료사고가 발생하면 -의사에게 바라는 것- 의료분쟁을 변호하는 입장에서, 페인클리닉 2002 ; 9 : 994.

## 2) 대화 계획

의료사고를 환자에게 알리는 일은 무척 어려운 일이며, 이를 잘못 수행할 경우 그 결과는 매우 심각할 수 있다. 이를테면, 환자와 의사의 관계는 단절되고, 앞으로 일어날 수 있는 의료과오사건을 예방할 수 없으며, 스트레스는 증가하고, 결국 소송으로 이어지게 된다. 따라서 대화의 계획을 세우는 과정이 매우 중요하다. 이를 기획하는 자는 누구이며, 사건에 대해 알려진 바가 무엇이고, 33) 어떠한 조사가 추가로 더 이루어져야 하는지, 그리고 누가 대화의 리더가 될 것인지, 환자와 가족들이 어떠한 질문을 할 것인지 등을 모두 고려하여 계획을 세울 필요가 있다. 물론, 의사도 자신의 진료에 대한 환자의 질문에 대답할 준비를 하여야 한다. 의료사고를 설명하는 과정에서 사용될 실제 어휘들을 미리 생각하고 계획하는 데에 시간을 투자하여야 한다.

### ① 누가 참여할 것인가

누가 당해 의료사고에 대해 가장 많은 정보를 소유하고 있는지, 누가 환자와 그 가족과의 관계가 가장 좋은지, 누가 그 대화를 가장 잘 이끌어갈 기술을 가지고 있는지, 누가 감성적으로 환자와 가장 잘 대화할 수 있는지 등을 고려하여야 한다.

### ② 무엇을 말할 것인가

의사가 통제할 수 없는 사건이었다고 하더라도 가장 중요한 것은 어떤 일이 벌어졌고 왜 발생하였는지에

대해 그 시점에서 알려진 모든 정보를 환자에게 제공하여야 한다는 것이다. 그러한 정보가 없다면 환자와 그 가족들은 부정적인 원인을 의사의 탓으로 돌리게 되고, 분노는 더 커지게 된다. 또, 누가 추가진료에 대한 비용을 부담할 것인지에 대해서도 답변할 준비가 되어 있어야 한다.

### ③ 환자는 무엇을 원하는가

대화참여자에게 중요한 기술은 환자가 무엇을 원하는가를 듣는 것이다. 환자와의 대화에서 의사는 주로 자신의 과실 여부에 대해 무슨 말을 할 것인지에 관심을 갖지만, 앞서 언급한 바와 같이, 이보다 환자의 말에 귀 기울이려는 의사소통기술이 필요하다. 적극적으로 들어줄 때, 의사는 환자와 가족에게 관심을 갖고 주의를 기울이게 되며, 자신이 그들의 걱정과 염려를 정확히 판단하고 있는지를 점검하고, 그들이 느끼는 감정을 이해하게 된다. 이렇게 할 때, 환자나 그 가족이 지속적으로 대화에 동참할 것을 기대할 수 있다.

### ④ 대화의 목표는 무엇인가

대화에 참가하는 의사의 목표와 병원경영진의 목표에는 다소 차이가 있을 수 있다. 의사는 환자와의 관계 혹은 자신의 명성이나 이미지에 최소한의 피해만을 본 채 가능한 빨리, 고통 없이 그 대화를 극복하려고 한다. 반면, 병원측은 조직시스템의 실패, 의료종사자간의 의사소통문제 등에 대한 정보수집과 같은 부가적인 목적에 관심을 가지게 된다.<sup>34)</sup> 대화 참여자들 간의 목표가 서로 다름을 인식하게 되면

33) 의료분쟁에 있어서 의사측이 가지고 있는 진료기록 등의 기재가 사고상황이나 치료내용 등을 확인함에 있어 중요한 역할을 차지하는데, 이를 변호할 경우 소송법상 입증방해(立證妨害)로서 평가되어 차후 법원이 이를 하나의 자료로 하여 자유로운 심증에 따라 의사측에 불리한 평가를 내릴 수 있다(관련사건으로는, 대법원 1999. 4. 13. 선고 98다9915 판결, 대법원 1995. 3. 10. 선고 94다39567 판결, 대법원 1974. 10. 8. 선고 74다1153 판결 등이 있다).

34) 물론 실제에서는 병원측도 병원에 대한 평판 때문에 어떤 공식적인 행동을 취하지 않는 경우가 많다. 이러한 경향 때문에 2002. 3월 미국 펜실베이니아 주는 중(重)한 의료사고에 대해 7일 이내에 병원이 환자에게 서면으로 통지할 것을 의무화하는 법안을 처음 마련하였고, 그 뒤를 이어 네바다와 플로리다가 같은 취지의 법안을 정비하였다. 이러한 새 법률은 환자의 안전과 소송리스크를 해결함에 있어서 많은 이익과 혜택을 이끌어내는 계기가 되고 있다.

35) '실수를 인정하는 것' 또한 최소한 일관적으로 친절할 것을 요구하는 의학적 선행의 원칙에 속한다. 환자를 이롭게 하는 것에 헌신하기로 한 전문직으로서 의사는 자신의 부적절한 행동을 환자에게 알릴 의무가 있다. 이미 법은 의사에게 치료뿐만 아니라 이미 시작한 치료에 대한 환자들의 질문에 최소한 진실하고 완전하게 대답하는 방향으로 가도록 주의를 환기시키고 있다(래난 길론, 박상혁 역, 의료윤리, 서울 : 아카넷, 2005 : 286-288).



각 참여자들의 이해관계에 부합하는 대화계획을 세울 수 있다.

### 3) 대화 진행

의료사고 후 적절한 형태의 사과야말로 환자와 의사간의 신뢰를 다시 쌓을 수 있는 주요수단이다. 사과에는 연민(공감)의 사과가 있고 책임의 사과가 있는데, 의사는 과실 후에 “유감이다. 이 일이 생겨서…….”와 “유감이다. 내가 당신에게 이렇게 해서…….”라는 두 가지 사과가 모두 필요하다.<sup>35)</sup> 그러나 의사의 책임소재가 분명할 때 의사가 자신의 책임을 인정하지 않은 채 부분적인 사과를 하는 경우에는 환자의 감성에 부정적인 영향을 미치며, 문제해결 가능성을 떨어뜨린다. 이는 차라리 사과를 하지 않음만 못하다. 완전히 진실을 드러내고 사과하게 되면, 환자는 의심을 풀고 만족하게 된다. 한편, 사과가 자신의 잘못을 인정하는 것으로 간주되고 책임소재의 증거로 사용되어 법정에서 불리하게 작용될 수도 있다. 따라서 의사나 병원은 사과를 함으로써 발생하는 법적인 결과에 대해 변호사 등에게 자문을 구해야 한다. 사과함으로써 얻게 되는 장점과 그 위협적 요소 사이에서 선택할 수 있는 자격도의 사나 병원에 있다.

### 4) 대화 후 관리

의료사고 후 의사는 여러 면에서 정신적 스트레스(이르테덴, 부끄러움, 죄책감, 양심의 가책, 또는 자신들의 경력에 나쁜 영향이 미칠 수 있다는 두려움 등과

같은 감정 변화)를 겪게 되므로, 동료의사들로부터의 정서적인 도움이 필요하다. 한편, 의료사고 후 의사는 동료의사들과 함께 자신이 겪은 의료사고로부터 환자의 안전을 위해 그들이 배울 수 있는 것이 무엇인지를 토의할 시간을 갖기를 희망한다. 이러한 공개과정에서 다른 동료의사들 또한 많은 도움을 얻게 되며, 동료의사들로부터 정서적인 도움을 받은 의사는 의료사고 후에도 편안하게 환자와 대화하고 질문에 대답할 수 있게 된다.

한편, 병원은 신속히 환자의 손해배상요구에 응하고, 적절한 사과와 정보교환, 의료관행이나 정책 변경 등 의료사고 문제를 원만히 해결할 수 있는 조정(調整) 시스템을 개발시켜 나가야 한다. 그 외에도 일본에서는 2005. 3월 국립대학병원장회의에서 의료사고 발생시 과실의 유무나 중증 여부 등에 따른 공개지침<sup>36)</sup>을 마련하여 같은 해 4월부터 이를 시행하고 있는데, 이러한 의료기관의 투명성은 환자중심 의료를 지향하고자 하는 노력의 일환이라고 할 수 있다.

## IV. 화해 성립과 화해 착오

언급한 바와 같이, 의료사고가 발생하더라도 양 당사자가 마주앉아 적극적으로 대화하고 자율적인 교섭을 통해 협상으로 이끈다면, 분쟁은 더 이상 소송으로 발전하지 않을 수 있다. 이러한 합의는 민법상 화해계약의 효력을 발생시킨다. 화해는 (1) 화해의 목적이 되

36) 이 지침에 의하면, 과실이 없는 합병증과 과실은 있으나 그 후 회복된 사례 등 종래 공개를 요구하지 않은 사례에 대해서도 보고하도록 함으로써 ‘숨기지 않는다’는 입장을 취하고 있다. 이 지침에서의 공개방법은 (1) 사고발생 후 기급적 신속하게 기자회견 등을 통해 공개, (2) 조사 후 홈페이지 등에 공개, (3) 일정 기간별로 보고, (4) 연도별로 보고 등 4가지로 분류되며, (3)과 (4)는 대학명을 익명으로 한 다음, 대학병원 의료정보네트워크(UMIN)의 홈페이지상에 공개된다고 한다. 그리고 공개기준은, 과실이 있고 사망 또는 중증인 경우는 ‘1’, 과실이 있고 중증이었으나 회복된 예는 ‘2’(중대한 과실의 경우는 ‘1’), 과실이 없고 예상했던 합병증은 ‘3’, 과실이 없고 예상하지 못한 합병증 등은 ‘4’(공개가 재발방지로 연결되는 경우는 ‘3’)로 분류하였다. 과실 유무는 각 병원이 이를 판단한다(일본 아사히신문, 2005, 3, 4, 자 기사 참조).

『한국의료윤리교육학회지』 제9권 2호(통권 제16호) : 2006년 12월

는 의료분쟁이 존재하고, (2) 당사자가 상호양보하며, (3) 분쟁을 종지시키려는 당사자간의 합의<sup>37)</sup>를 요건으로 하며, 일단 화해가 성립하면, 다툼대상의 법률관계가 확정되어 이를 다시 주장하지 못한다(민법 제731조).

화해가 착오로 이루어진 경우, 착오를 이유로 화해계약을 취소할 수 있는가가 실무상 문제될 수 있다. 일반적으로, 화해는 분쟁을 그 대상으로 하므로 화해의 속성상 분쟁 자체에 관한 착오를 이유로 화해급부의 반환을 청구할 수는 없다. 그렇지 아니하고 화해로 일단 양보한 것을 후에 다시 다룰 수 있게 한다면, 화해는 아무런 효과도 없는 것이 되고 만다. 그러나, 화해의 대상이 아닌 사항에 관한 착오를 이유로 화해의 효력을 다투는 것을 허용하지 않을 이유는 없다. 따라서 '화해 당사자의 자격 또는 화해의 목적인 분쟁 이외의 사항'에 착오가 있는 때에 우리 민법은 화해를 취소할 수 있음을 명시하고 있다(제733조).<sup>38)</sup> 이와 같이, 화해의 취소 여부는 문제의 착오가 분쟁의 대상이였는가 여부에 달려 있다.<sup>39)</sup> 즉, 다툼도 의심도 없는 사실로서 양해된 사항에 관한 것인 때에는 화해계약을 취소할 수 있다. 예를 들면, 환자가 의료과실로 사망한 것으로 잘못 알고 의사와 환자유족 사이에 손해배상 등에 관한 화해가 이루어졌으나 그 후에 환자의 사인(死因)이 의사의 치료행위와는 전혀 무관한 것으로 판명된 경우라면, 당시 화해의 목적은 손해배상의 액수, 민·형사사건의 처리 문제 등에 관한 것이고, 망인의 사인에 관한 착오는 다툼의 대상도 상호양보의 내용으로도 된 바가 없는 그 전제 내지 기초에 관한 착오이므로 이를 이유

로 화해계약을 취소할 수 있다는 것이다.<sup>40)</sup>

반면에, 이비인후과 전문의인 피고로부터 축농증 수술을 받은 환자인 원고에게 뇌종양 등의 증세가 발생하자 원고와 피고 사이에, 수술 후 발생한 새로운 증세에 관하여 '그 책임소재와 손해의 전보'를 둘러싸고 분쟁이 있어 오다가 이를 종결짓기 위하여 피고가 원고에게 일정금액을 지급하기로 한 약정에 기하여 원고가 그 약정금의 지급을 청구하자, 피고가 피고의 수술과 원고의 후유증 사이에는 아무런 인과관계가 없으므로 위 약정은 효력이 없다고 주장하는 것은 타당하지 않다. 경우라면, 위 화해계약을 취소할 수 없다. 법원도 이 사안에서 피고의 수술행위와 원고의 수술 후 증세사이의 인과관계 유무 및 그에 대한 귀책사유의 유무는 분쟁의 대상인 법률관계 자체에 관한 것으로서 피고가 원고의 수술 후의 증세가 피고의 수술행위로 인한 것이 아니라거나 그에 대하여 피고에게 귀책사유가 없다는 등의 이유를 들어 화해계약을 취소할 수 없다고 판시하고 있다.<sup>41)</sup> 이에 따르면, 피고의 행위와 원고의 손해발생 사이의 인과관계 및 피고의 귀책사유라는 손해배상책임 발생의 개별요건을 분쟁의 대상으로 보고 있는 것이다.

## V. 나오며

의료분쟁이 어떻게 사회적으로 처리되어야 할 것인가는 오늘날 우리 사회가 당면한 과제이기도 하다. 의료분쟁 또한 당사자들의 접촉(진료계약) → 상호작용

37) 이 때, '민·형사상 일체의 청구를 포기한다'라는 내용의 부제소특약을 하는 것이 통상적이다.

38) 독일 민법 제779조 제1항도 같은 입장이다. 법률관계에 관한 당사자간의 다툼 또는 불명확함이 상호양보에 의하여 제거되는 계약인 화해(Vergleich)는, 그 계약의 내용상 확정된 것으로서 그 기초가 된 사실이 실제와 부합하지 않고, 또 그 사정을 알았다면 다툼 또는 불명확함이 발생하지 않았을 경우에는 효력이 없다고 한다.

39) 이와 같은 입장은 고대 로마법에까지 거슬러 올라간다. 로마법에서도 화해(transactio)의 대상이 된 분쟁 자체에 관한 착오는 허용되지 않았으며, 다만 화해의 '기초'에 착오가 있었던 경우에는 법리(기초원리)상 '확실한 것으로 기초에 놓여진 사정이 사실과 불일치한다면 화해의 효력은 없는 것으로 해석되었다(곽윤직 편, 민법주해 XVI, 서울 : 박영사, 1997 : 233).

40) 대법원 2001. 10. 12. 선고 2001다49326 판결, 대법원 1991. 1. 25. 선고 90다12526 판결, 대법원 1990. 11. 9. 선고 90다카22674 판결 등

41) 대법원 1995. 10. 12. 선고 94다42846 판결

(의료공급과 수급) → 불만(부당함) → 갈등(요구의 불일치) → 분쟁화(외부로의 표출)의 과정을 거치며, 이때 소송으로의 발전 여부는 의사와 환자간의 의사소통에 크게 좌우된다. 즉, 대부분의 의료분쟁은 의사와 환자간의 신뢰가 깨어지는 데에서 비롯되는데, 의사가 환자와의 대화를 회피하거나 혹은 환자와 그 가족에게 주변화를 경험하게 하는 일방적인 의사소통을 강행한다면 분쟁은 촉발되고 감정대립으로 인해 소송으로 발전하기 쉽다. 반면에, 의사와 환자간에 서로의 정보가 공유되고 양질의 의사소통이 이루어진다면 의사는 의료행위 중에 자신이 간과했던 정보가 무엇인지를 인식하고 학습할 수 있으며, 환자와 그 가족들이 우려하는 바를 이해하게 되면서 환자의 신뢰가 유지된 채 상호양보 하에 화해에 이를 가능성이 더 커지게 된다. 물론 화해가 가장 적절하고 언제가 가능한 분쟁처리방식일 수는 없으나 가장 비용절감적이며 전형적인 분쟁해결 기제임에는 두말할 나위가 없다. 이러한 화해는 민법 제731조에 의한 화해계약의 효력을 발생시키며 분쟁 자체에 관한 착오를 이유로 화해계약을 취소하는 것은 원칙적으로 허용되지 않는다.

오늘날 소비자주의의 영향으로 환자의 권익증진이 사회적 이슈가 되고 있는 가운데, 의료행위에 있어서도 환자중심의 의료, 정보에 입각한 의사결정이 크게

강조되고 있을 뿐 아니라, 더 나아가 의료사고에 있어서도 투명성, 공개성, 양질의 의사소통 등이 크게 부각되고 있다. 따라서 본 논문은 의료소송에 대한 책임법적 처리에 중점을 두고 있는 종래의 연구에서 다소 전환하여, 당사자간 의사소통을 통하여 의료분쟁이 자율적으로 처리될 수 있는 화해의 과정과 효과에 대해 주목하게 되었다. 의료분쟁에서 ‘가능하면 환자에게 말을 적게 하라’와 같은 전통적인 자기방어적 규범을 수정하고자 하는 의사측의 리더십이 필요하다고 할 것이다. 이를 위하여 본 논문은 미국의 한 시범모델을 참고로 의료사고 후 의사측이 환자와 순조롭게 소통할 수 있는 대화기술을 훈련하고 대화의 계획을 세우는 구체적인 방안을 살펴보았으며, 더 나아가 새로운 의사-환자간의 관계정립을 통해 의료분쟁을 원만히 해결할 수 있는 병원 내 조정(調整)시스템의 개발 등에 관해 언급하였다. 이 또한 ‘보다 나은 현실 만들기’라는 실천적 관심에서 출발하고 있음은 모두(冒頭)에 제시한 바와 같다. ■

**색인어** : 환자-의사 의사소통, 의료분쟁에서의 화해, 정보공개 대화

## Medical Disputes and Compromise

Ryoo Hwa-Shin\*

This paper examines the relationship between poor physician-patient communication and litigation. The most important factor leading to a compromise in a medical dispute following an adverse event is a match between what the patient wants and what the physician provides. The following recommendations, based on the pew demonstration mediation and ADR project in Pennsylvania hospitals, are given: 1) that physicians and other health care professionals develop an awareness of the communications skills most likely to be useful during disclosure conversations; 2) that hospitals recruit or train in-house experts available as consultants to aid in planning, conducting, and debriefing disclosure conversations; 3) that hospitals encourage physicians, patient safety officers, and risk managers to spend time planning before conducting disclosure conversations; 4) that physicians, hospital representatives, and other health care providers offer an appropriate apology after an adverse event or error; 5) that hospitals and senior physicians provide opportunities for debriefing and support for health care professionals after an error; 6) that hospitals use mediation as soon as practical after an adverse event to settle potential claims. Taking steps to improve disclosure conversations and using alternatives to litigating medical malpractice claims will help hospitals reduce costs, improve patient safety, and restore trust.

● **Keywords** : Physician-patient communication skills, Compromise in medical disputes, Disclosure conversations

---

\* College of law, Chungbuk National University