법무법인 세승

우)135-918 서울 강남구 역삼동 707-2 비전타워 9층 전화: 02)3477-2131(代) 팩스: 02)3477-8842

문서번호 : 세승 12-0206 시행일자 : 2012. 2. 6.

수 신 : 대한산부인과학회 귀중

참 조 :

제 목 : **의료분쟁조정법 제46조 제3항의 위헌성 및 그 해석에 관한 검토 의견서**

1. 귀 학회의 무궁한 발전을 기원합니다.

2. 귀 학회에서 질의하신 내용에 관한 의견서를 송부하오니 업무에 참고하시기 바랍니다. 위 의견서는 본 법무법인의 동의 없이 다른 제3자에게 배포 또는 전송할 수 없음을 양지해 주시기 바랍니다.

3. 본 의견서는 변호사의 개인적인 견해이며 유권적인 해석은 아닙니다. 따라서 본 의견서의 해석과 관련하여 발생한 법률적 문제에 대해서 본 법인은 법적인 책임이 없습니다.

4. 본 의견서와 관련하여 문의사항이 있으시면 연락 주시기 바랍니다.

(Tel. 02-3477-2131 / 현두륜 변호사, 정혜승 변호사)

【 첨 부 】 의견서 1부. 끝.

의료분쟁조정법 제46조 제3항의 위헌성 및 그 해석에 관한 검토 의견서

2012. 2. 6.

법무법인 세승

대한산부인과학회 귀중

법무법인 세승

서울시 강남구 역삼동 707-2 비전타워 9층 TEL. 02)3477-2131, FAX. 02)3477-8842

<의견서 목차>

1. 질문의 배경 및 요지

2. 의료분쟁조정법 제46조의 내용

가. 입법 취지

나. 법규정의 체계

다. 보상금의 의미

(1) 헌법 제34조에 기한 사회보장수급권

(2) 이 사건 보상금의 경우

라. 문제점

3. 의료분쟁조정법 제46조 제3항의 위헌성

가. 이 사건 보상비용 분담의 성격

(1) 국가의 재원 조달 방법

(2) 특별부담금의 의의와 허용 여부

(3) 이 사건 보상사업 비용 징수의 성격 - 특별부담금

(4) 특별부담금의 적용에 관한 헌법재판소 판례

나. 특별부담금 부과의 위헌 여부에 대한 판단기준

다. 의료분쟁조정법 제46조 제3항의 위헌 여부

(1) 평등의 원칙 위반 여부

(가) 집단의 동질성

(나) 객관적 근접성 및 집단적 책임성

(다) 집단적 효용성

(라) 소결

(2) 과잉금지의 원칙 위반 여부

(가) 목적의 정당성

(나) 방법의 적정성

(다) 피해의 최소성 및 법익의 균형성

(라) 소결

(3) 위임입법의 한계 일탈

(가) 위임입법의 한계

(나) 이 사건 법률조항의 위헌 여부

(다) 부담금관리기본법 위반

(라) 소결

(4) 과실책임의 원칙 및 자유시장 경제질서 위반

(5) 자기결정권 침해

라. 소결

4. 이 사건 법률조항의 해석

5. 결론

의 견 서

1. 질문의 배경 및 요지

2012. 4. 8. 시행예정인 의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률(이하 '의료분쟁조정법'이라고 합니다) 제46조는 조정중재원이 분만 중 불가항력으로 발생한 의료사고를 보상하기 위한 의료사고 보상사업을 실시하고(동조 제1항 참조), 보건복지부장관과 보건의료기관개설자 등 대통령령으로 정하는 자가 보상사업에 드는 비용의 일부를 분담하게 할 수 있다고 규정하고 있습니다(동조 제2, 3항 참조)[1].

그에 따라 동법 시행령(안) 제21조 제1항에서는 보건의료기관개설자 중 의료사고 보상사업을 시행하는 연도의 분만 실적이 있는 의료기관의 개설자와 국가가 동등한 비율로 보상사업에 필요한 재원을 분담하도록 하고 있습니다.

---

1) 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 제1항에 따른 의료사고 보상사업에 드는 비용의 일부를 예산의 범위에서 지원할 수 있다.
③ 조정중재원은 제1항에 따른 의료사고 보상사업에 드는 비용의 일부를 보건의료기관개설자 등 대통령령으로 정하는 자에게 분담하게 할 수 있다.

서울시 강남구 역삼동 707-2 비전타워 9층 TEL. 02)3477-2131, FAX. 02)3477-8842

위와 관련하여 귀 학회는 1) 위와 같이 무과실 의료사고에 대한 보상비용을 의료기관 개설자에게 부담시키는 동법 제46조 제3항(이하 '이 사건 법률조항'이라고 함)이 헌법에 위반되는지 여부, 2) 이 사건 법률조항 '조정중재원은…의료사고 보상사업에 드는 비용의 일부를 보건의료기관개설자 등 대통령령으로 정하는 자가 보상사업에 드는 비용의 일부를 분담하게 할 수 있다.'라는 규정의 의미가 반드시 그 비용의 일부를 의료기관 개설자에게 부담시켜야 한다는 것인지, 그리고 만약 대통령령에서 의료기관 개설자에게 비용을 부담시키지 아니할 경우 상위 법률에 위반된다고 할 수 있는지 여부에 관해서 질의하였습니다.

2. 의료분쟁조정법 제46조의 내용

가. 입법 취지

2012. 4. 시행을 예정으로 의료사고로 인한 피해를 신속, 공정하게 구제하고 보건의료인의 안정적인 진료환경 조성을 목적으로 의료분쟁조정법이 제정되고 이를 구체화하는 동법 시행령안이 입법예고 되었습니다.

보건복지부는 위 시행령안을 입법예고하면서 '보건의료인이 충분한 주의의무를 다하였음에도 불구하고 불가항력적으로 발생하는 의료사고로 인하여 분만 중 신생아 및 산

서울시 강남구 역삼동 707-2 비전타워 9층 TEL. 02)3477-2131, FAX. 02)3477-8842

모가 사망하거나 영아가 뇌성마비 판정을 받는 경우에도 보상을 시행하여 산모가 안심하고 출산할 수 있는 환경을 조성하고자 한다.'고 밝혔습니다(참고자료 1. 2011. 11. 8. 자 보건복지부 보도자료 참조).

나. 법규정의 체계

○ 보건의료인이 충분한 주의의무를 다하였음에도 불가항력적으로 발생한 의료사고 : 의료사고보상심의위원회가 결정(의료분쟁조정법 제46조 제1항)

○ 분만에 따른 의료사고로 인한 피해 : 분만에 따른 뇌성마비, 분만 과정에서의 산모 또는 신생아의 사망(동법 시행령안 제22조 제1항 제2호)[2)]

○ 보상비용 : 3000만원 이내(동법 시행령안 제22조 제2항)[3)]

○ 보상비용 재원의 조달 : 보건복지부장관과 보건의료기관개설자 등 대통령령으로 정하는 자(의료분쟁조정법 제46조 제2, 3항)

---

2) 의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률 시행령 제22조(보상의 범위)
① 법 제46조 제1항에 따른 의료사고 보상사업은 다음 각 호의 사고를 대상으로 실시한다.
1. 분만에 따른 뇌성마비
2. 분만 과정에서의 산모 또는 신생아의 사망

3) 의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률 시행령 제22조(보상의 범위)
② 의료사고 보상사업에 따른 보상액은 3천만 원 범위 내에서 보상의 대상이 되는 사람이나 가족 등의 생계유지와 장해의 정도 등을 고려하여 보상심의위원회에서 정한다.

서울시 강남구 역삼동 707-2 비전타워 9층 TEL. 02)3477-2131, FAX. 02)3477-8842

- 국가와 보건의료기관 개설자 중 의료사고 보상사업을 시행하는 연도의 분만 실적이 있는 의료기관 개설자가 동등한 비율로 부담(동법 시행령안 제21조 제1항)[4]

다. 보상금의 의미

(1) 헌법 제34조에 기한 사회보장수급권

우리나라 헌법은 제34조에서 모든 국민의 인간다운 생활을 할 권리를 규정하고 있는 바, 동조 제2항에서 제6항에 이르기까지 일련의 사회보장수급권을 보장하고 있습니다.[5]

사회보장수급권의 종류로는 ① 사회보험(사고발생 시 그 위험부담을 국가적인 보험기술에 의하여 다수인에게 분산시킴, 보험료를 부담한 사람에게 혜택이 돌아감을 전제로 함, 예 : 국민연금), ② 공적부조(생계의 유지가 곤란한 사람에게 국가가 최저생활에 필요한 급여를 제공, 대가를 부담하지 않음을 전제로 함, 예 : 의료급여), ③ 사회보상(국

4) 의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률 시행령 제21조(보건의료기관개설자의 범위 및 분담비율)
① 법 제46조 제1항에 따른 의료사고 보상사업에 필요한 재원(이하 본 조에서 "보상재원"이라 한다)은 다음 각 호의 자가 동등한 비율로 부담한다.
1. 국가
2. 보건의료기관 개설자 중 의료사고 보상사업을 시행하는 연도의 분만 실적이 있는 의료기관의 개설자

5) 대한민국 헌법 제34조
① 모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가진다.
② 국가는 사회보장·사회복지의 증진에 노력할 의무를 진다.
③ 국가는 여자의 복지와 권익의 향상을 위하여 노력하여야 한다.
④ 국가는 노인과 청소년의 복지향상을 위한 정책을 실시할 의무를 진다.
⑤ 신체장애자 및 질병·노령 기타의 사유로 생활능력이 없는 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받는다.
⑥ 국가는 재해를 예방하고 그 위험으로부터 국민을 보호하기 위하여 노력하여야 한다.

서울시 강남구 역삼동 707-2 비전타워 9층 TEL. 02)3477-2131, FAX. 02)3477-8842

가유공자가 사망 또는 노동능력이 상실된 경우 생활을 보장하기 위한 제도, 국가유공자등예우및지원에관한법률 등), ④ 사회복지(국가가 현금이나 현물이 아닌 공적 서비스의 제공을 통하여 어려움에 대한 보충적 지원을 하는 것, 아동복지법, 장애인복지법)의 네 가지 방법이 있습니다.

(2) 이 사건 보상금의 경우

의료분쟁조정법 제46조에서 정하는 불가항력 분만사고 보상금(이하 '보상금'이라 합니다.)은 보건의료인이 충분한 주의의무를 다하였음에도 불구하고 불가항력적으로 발생한 분만사고에 대해서 국가가 보상하기로 결정한 일종의 '위로금'이라고 할 수 있습니다.

따라서 가해자의 귀책사유를 전제로 손해가 발생한 경우 지급되는 손해배상과 그 성격이 구별될 뿐만 아니라, 수익자가 일정한 보험료를 부담하지도 않고(국가 또는 제3자가 지급), 생계유지가 곤란하거나 국가에 공로가 있는 자에게 지급되는 것도 아니며, 현금의 지급이라는 점에서 서비스의 제공도 아니므로, 일반적인 사회보장수급권의 범위 내에 해당하지도 않습니다.

결국 이 사건 보상금은 출산의 장려라는 정책적 목적을 위한 공적부조와 사회복지서비스의 결합 형태로 넓게 해석할 수는 있는바, "국가"가 일정한 사회복지 목적 달성을 위하여 시혜적으로 금전을 지급하는 제도라고 보는 것이 타당합니다.

서울시 강남구 역삼동 707-2 비전타워 9층 TEL. 02)3477-2131, FAX. 02)3477-8842

라. 문제점

이 사건 보상금은 국가가 국민에게 사회복지와 관련한 정책적 목적으로 시혜적으로 지급하는 금전입니다. 헌법이 제34조에서 정하는 인간다운 생활을 할 권리는 국가가 국민에 대하여 사회보장정책을 제공할 것을 규정하고 있을 뿐, 그 자체로 일반 사인(私人)에게 사회보장에 따른 급부를 지급할 의무가 인정되는 것은 아닙니다. 게다가 이 사건 보상금의 경우는 국가가 일정한 정책 목적 달성을 위하여 시행하는 제도라는 점에서 그 재원의 일부를 분만의료기관 개설자라고 하는 특정인 또는 특정집단에 조달시키는 경우 각종 기본권의 침해로 인한 위헌 문제가 발생할 수 있습니다.

그에 따라 이하에서는 의료분쟁조정법 제46조 제3항(이하 '이 사건 법률조항'이라고 함)이 무과실 분만사고 보상사업에 드는 비용의 일부를 보건의료기관개설자 등 대통령령으로 정하는 자에게 분담하게 할 수 있는 제도의 위헌 여부를 먼저 살펴보도록 하겠습니다.

3. 의료분쟁조정법 제46조 제3항의 위헌성

가. 이 사건 보상비용 분담의 성격

서울시 강남구 역삼동 707-2 비전타워 9층 TEL. 02)3477-2131, FAX. 02)3477-8842

(1) 국가의 재원 조달 방법

위 제2.항에서 살핀 바와 같이 이 사건 보상금은 사회보장수급권의 일종으로 저출산 현상을 타개하기 위한 정책적 목적을 가진 금전입니다. 사회적 기본권을 실현시킬 의무는 국가에게 있으므로, 위 보상금 지급에 관한 비용 역시 모두 국가가 부담하는 것이 원칙입니다.

국가가 재원을 마련하는 가장 큰 기초는 반대급부 없이 일반국민으로부터 강제적으로 부과징수하는 조세입니다(헌법 제38조, 제59조). 조세 외에도 각종 국가의 재산을 사용하는 사용료, 사회보험을 위한 사회보험료, 반대급부를 보장하지 않는 금전급부의무를 설정하고 강제적으로 국민에게 부과, 징수하는 특별부담금 등의 방법을 통해 국가가 재원을 조달하는바, 국가의 사업에 필요한 재원을 일반국민에게 부담시키기 위하여는 반드시 헌법적, 법률적 근거가 필요합니다.

(2) 특별부담금의 의의와 허용 여부

'특별부담금'이란 특정한 공익사업 등 일정한 행정목적을 달성하기 위하여 특정 또는 불특정의 관계인에게 부과하는 금전급부의무를 말합니다. 특별부담금은 공적기관에 의한 반대급부가 보장되지 않는 금전급부의무를 설정하는 것이라는 점에서 조세와 유사합니다. 그러나 특별부담금은 특별한 과제를 위한 재정충당을 위하여 부과된다는 점에서

서울시 강남구 역삼동 707-2 비전타워 9층 TEL. 02)3477-2131, FAX. 02)3477-8842

일반적인 국가재정수요의 충당을 위하여 부과되는 조세와는 구분되고, 무엇보다도 특별부담금은 특정집단으로부터 징수된다는 점에서 일반국민으로부터 그 담세능력에 따라 징수되는 조세와는 다릅니다.

특별부담금의 종류로는 ① 특정공익사업에 대한 재정충당을 목적으로 하는 부담금(예 : 학교용지부담금), ② 행정목적 달성을 위하여 부과대상자의 행위를 일정한 방향으로 유도하기 위하여 부과하는 유도적 부담금(예 : 수질개선부담금), ③ 유도적 기능과 의무이행확보기능을 함께 갖는 부담금(예 : 환경법상의 배출부과금)이 있습니다.[6)]

특별부담금의 허용 여부에 관해서 헌법재판소는 헌재 1999. 10. 21. 97헌바84 판결에서, "조세나 부담금과 같은 전통적인 공과금체계로는 현대국가의 새로운 행정수용에 원활하게 대처할 수 없기 때문에 특별부담금이라는 새로운 유형의 공과금을 도입할 필요성이 인정되고, 우리 헌법 제37조 제2항에 의하면 국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있도록 하고 있으므로, 국민의 재산권을 제한하는 특별부담금제도를 도입하는 것 자체는 헌법상 문제가 없다고 할 것이다. 다만, 특별부담금을 부과함으로써 국민의 재산권을 제한하는 법률규정이 헌법에 위배되지 않기 위하여는 헌법 제37조 제2항에서

6) 박균성, 박영사, 행정법강의 제8판, 1172면 참조. 참고로, 헌법재판소는 "일반적으로 특별부담금을 그 성격에 따라 다시 세분하면, ① 일정한 임무를 수행하기 위하여 재정경비를 조성하기 위한 목적을 가진 '재정충당 특별부담금'과, ② 법상의 명령이나 금지와 같은 직접적인 규제수단이 아니라 금전에 의한 간접적인 규제수단에 의하여 일정한 국가목적을 유도하고 조정하는 기능을 하는 '유도적 특별부담금'으로 나눌 수 있다."라고 보고 있습니다(헌재 1999. 10. 21. 97헌바84).

서울시 강남구 역삼동 707-2 비전타워 9층 TEL. 02)3477-2131, FAX. 02)3477-8842

정하고 있는 과잉금지의 원칙이 지켜져야 하고, 평등의 원칙에 위배되어서는 아니됨은 물론이다. 특히 조세유사적 성격을 지니고 있는 특별부담금의 부과가 과잉금지의 원칙과 관련하여 방법상 적정한 것으로 인정되기 위해서는, 이러한 부담금의 부과를 통하여 수행하고자 하는 특정한 경제적·사회적 과제에 대하여 특별히 객관적으로 밀접한 관련이 있는 특정집단에 국한하여 부과되어야 하고, 이와 같이 부과·징수된 부담금은 그 특정과제의 수행을 위하여 별도로 지출·관리되어야 하며 국가의 일반적 재정수입에 포함시켜 일반적 국가과제를 수행하는 데 사용하여서는 아니 된다고 할 것이다. 그러므로 부담금의 수입이 반드시 부담금의무자의 집단적 이익을 위하여 사용되어야 한다고는 볼 수 없으나, 부담금의무자의 집단적 이익을 위하여 사용되는 경우에는 부담금부과의 정당성이 제고되는 것이다."라고 판시하였습니다.

위와 같은 헌법재판소 판결이 나온 이후, 정부는 각 개별 법률에 근거하여 설치·운영되어 온 각종 부담금의 신설을 억제하고, 그 관리·운용의 공정성과 투명성을 제고하기 위하여 부담금의 설치·관리 및 운용에 관한 기본적인 사항을 규정하기 위하여 법률 제6589호로 부담금관리기본법을 2001. 12. 31. 공포하고, 2002. 1. 1.부터 시행해 오고 있습니다.

위 부담금관리기본법은 부담금을 "중앙행정기관의 장, 지방자치단체의 장, 행정권한을 위탁받은 공공단체 또는 법인의 장 등 법률에 의하여 금전적 부담의 부과권한이 부여된 자가 분담금, 부과금, 예치금, 기여금 그 밖의 명칭에 불구하고 재화 또는 용역의

서울시 강남구 역삼동 707-2 비전타워 9층 TEL. 02)3477-2131, FAX. 02)3477-8842

제공과 관계없이 특정 공익사업과 관련하여 법률이 정하는 바에 따라 부과하는 조세 외의 금전지급의무"라고 규정하고 있습니다(동법 제2조 참조).

그리고 부담금의 무분별한 설치를 제한하고 부담금운용의 공정성과 투명성을 보장하기 위하여 별표에서 설치가 인정되는 부담금을 제한적으로 열거하고 있습니다(동법 제3조 참조)[7].

(3) 이 사건 보상사업 비용 징수의 성격 - 특별부담금

이 사건 비용징수의 경우 국가가 징수주체가 되어 저출산 극복을 위한 출산 친화적 사회분위기 조성이라는 정책적인 목적을 위하여 의료기관개설자에게 금전을 부과합니다. 그리고 징수 대상이 일반 국민이 아닌 일정한 분만을 시행하는 의료기관개설자로 특정된다는 점, 일정한 정책적인 목적을 위하여 별도로 부과되어 관리된다는 점에서 조세와 구분됩니다. 결국 이 사건 보상사업의 비용을 의료기관개설자에게 징수하는 금전의 성격은 정책실현 목적의 특별부담금에 해당하고, 그 중에서 '재정충당 특별부담금'에 해당합니다.

(4) 특별부담금의 적용에 관한 헌법재판소 판례

7) 부담금관리 기본법 제3조(부담금 설치의 제한)
부담금은 별표에 규정된 법률에 따르지 아니하고는 설치할 수 없다.

서울시 강남구 역삼동 707-2 비전타워 9층 TEL. 02)3477-2131, FAX. 02)3477-8842

<불허되는 사례>

종류	성격	사실관계	결정이유
학교용지 부담금	재정충당 부담금	공동주택(아파트 등)를 지을 때 공동주택 부지 내 학교용지를 확보하기 위한 방법으로 공동주택 수분양자들에게 부담금을 징수 (헌재 2005. 3. 31. 2003헌가20)[8]	학교용지의 확보는 일반적인 공익사업이고, 수분양자들이 모두 학부모도 아니며 공동주택을 동시에 분양받았다는 사실 외에는 이해관계가 다르므로 일반 국민들에 비하여 밀접한 관련성을 갖는다고 보기 어렵다.
문화예술 진흥기금	재정충당 부담금	영화, 공연 등 관람시 판매하는 입장권에 문예진흥기금을 포함하여 판매하는 행위(헌재 2003. 12. 18. 2002헌가2)[9]	문화시설 이용자들이 공연 등을 관람한다는 이유로 다른 사람들과 구분할 만한 동질성 있는 집단으로 인정하기는 힘들다.

8) 의무교육이 아닌 중등교육에 관한 교육재정과 관련하여 재정조달목적의 부담금을 징수할 수 있다고 하더라도 이는 일반적인 재정조달목적의 부담금이 갖추어야 할 요건을 동일하게 갖춘 경우에 한하여 허용될 수 있다. 그런데, 학교용지부담금은 특정한 공익사업이 아니라 일반적 공익사업이거나 일반적 공익사업으로서의 성격을 함께 가지고 있는 공익사업을 위한 재정확보수단이다. 그리고 학교용지확보 필요성에 있어서 주택건설촉진법상의 수분양자들의 구체적 사정을 거의 고려하지 않은 채 수분양자 모두를 일괄적으로 동일한 의무자집단에 포함시켜 동일한 학교용지부담금을 부과하는 것은 합리적 근거가 없는 차별에 해당하고, 의무자집단 전체의 입장에서 보더라도 일반 국민, 특히 다른 개발사업에 의한 수분양자집단과 사회적으로 구별되는 집단적 동질성을 갖추고 있다고 할 수 없다. 나아가 학교용지확보의 필요성은 신규 주택의 건설·공급의 경우에 생겨나는 것이고, 그 정도는 개발사업의 목적이나 절차에 관계없이 개발사업의 결과로 공급되는 신규 주택의 수에 비례하여 결정된다고 보아야 할 것인데, 이 사건 법률조항은 학교용지부담금 부과대상 개발사업을 신규 주택의 공급 여부가 아닌 단순히 주택 공급의 근거 법률이 무엇이냐에 따라 정하고 있는바, 이는 합리성이 없는 기준에 의하여 자의적으로 제청신청인들을 불리하게 대우하는 것이다(헌재 2005. 3. 31. 2003헌가20).

9) 첫째, 문예진흥기금의 모금대상인 시설을 이용하는 자를 공연 등을 관람한다는 이유만으로, 역사적·사회적으로 나아가 법적으로, 다른 사람들과 구분할만한 동질성 있는 특별한 집단으로 인정하는 것은 대단히 무리라고 할 것이다. 현대 문화국가에 있어서는 공연장 등의 이용이, 선택된 문화적 향수자라고 구획될 만한, 특정한 국민에게만 한정되는 것이 아니기 때문이다. 둘째, 문예진흥기금의 납입금의무를 지는 사람들이, 똑같은 일반 국민인데도, 우연히 관람기회를 갖는다고 하여 이로써 여타의 다른 국민 또는 일반 납세자보다 문화예술진흥의 목적을 달성하는 데 대하여 객관적으로 더 근접한 위치에 있다고 볼 수는 없다. 공연 등을 관람하는 것은 모든 국민에게 일상적으로 용이하게 접근이 가능하기 때문에 일반 관람자로서의 국민들 중에 누구를 특별히 문화예술의 진흥이라는 공적 과제에 더 근접한 위치에 있다고 자리매김을 하는 것은 너무나 무리한 일이다. 셋째, 공연 등을 관람하는 일부의 국민들만이 문화예술의 진흥에 집단적으로 특별한 책임을 부담하여야 할 아무런 합리적인 이유도 발견되지 아니한다. 오히려 이들은 일반납세자로서 공연 등의 관람료에 포함된 부가가치세를 부담함에도 불구하고, 세금의 부담에서 한 걸음 더 나아가, 문예진흥기금의 납입이라는 추가적인 책임과 부담까지 안고 있는 것이다. 넷째, 문예진흥기금이 공연관람자 등의 집단적 이익을 위해서 사용되는 것도 아니다. 현실적으로 문예진흥기금은 문예진흥을 위한 다양한 용도로 사용되고 있지만, 그것이 곧바로 공연관람자들의 집단적 이익을 위한 사용이라고 말할 수는 없는 것이다. 공연 등을 보는 국민이 예술적 감상의 기회를 가진다고 하여 이것을 집단적 효용성으로 평가하는 것도 무리이다. 공연관람자 등이 예술감상에 의한 정신적 풍요를 느낀다면 그것은 헌법상의 문화국가원리에 따라 국가가 적극 장려할 일이지, 이것을 일정한 집단에 의한 수익으로 인정하여 그들에게

서울시 강남구 역삼동 707-2 비전타워 9층 TEL. 02)3477-2131, FAX. 02)3477-8842

<허용되는 사례>

종류	성격	사실관계	결정이유
수질개선 부담금	유도적 부담금	먹는 샘물 수입판매업자에게 일정한 수질개선부담금을 부과(헌재 2004. 7. 15. 2002헌바42)[10]	수돗물 우선정책을 유지하기 위하여 먹는 샘물의 소비를 간접적으로 억제하기 위한 것
국외여행자 납부금	유도적 부담금	해외여행시 일정한 납부금을 내게 하는 제도(헌재 2003. 1 30. 2002헌바5)[11]	내국인 국외여행자의 증가는 관광수지 적자를 가중시키므로 내국인 국외여행자만을 대상으로 한정하는 경우 합리성을 가짐

경제적 부담을 지우는 것은 헌법의 문화국가이념(제9조)에 역행하는 것이다. 위와 같이 이 사건 문예진흥기금의 납입금 자체가 특별부담금의 헌법적 허용한계를 벗어나서 국민의 재산권을 침해하므로 위헌이라 할 것이고 그렇다면 납입금의 모금에 대하여 모금액·모금대행기관의 지정·모금수수료·모금방법 등을 대통령령에 위임한 심판대상 법조항들은 더 나아가 살펴볼 필요도 없이 위헌임을 면치 못할 것이다(헌재 2003.12.18, 2002헌가2).

10) 부담금은 조세에 대한 관계에서 어디까지나 예외적으로만 인정되어야 하며, 어떤 공적 과제에 관한 재정조달을 조세로 할 것인지 아니면 부담금으로 할 것인지에 관하여 입법자의 자유로운 선택권을 허용하여서는 안 된다. 부담금 납부의무자는 재정조달 대상인 공적 과제에 대하여 일반국민에 비해 '특별히 밀접한 관련성'을 가져야 하며, 부담금이 장기적으로 유지되는 경우에 있어서는 그 징수의 타당성이나 적정성이 입법자에 의해 지속적으로 심사될 것이 요구된다. 다만, 부담금이 재정조달목적뿐 아니라 정책실현목적도 함께 가지는 경우에는 위 요건들 중 일부가 완화된다. 우리나라의 자연환경, 수자원의 현황, 국민의 소득수준 등의 여러 요소와 사정을 종합적으로 고려할 때 음용수에 관하여 국가가 수돗물 우선정책을 추진하는 것은 합리적인 정책형성권 행사로서 존중되어야 할 것인데, 수돗물과 대체적·경쟁적 관계에 있는 수입 먹는샘물이 음용수로 사용되는 것이 증가하면 그만큼 수돗물 우선정책은 위축되게 되고, 나아가 수입 먹는샘물을 선택할 경제적 능력이 부족한 저소득층 국민들로 하여금 질 낮은 수돗물을 마시지 않을 수 없게 하는 결과를 초래할 것이다. 그러므로 먹는샘물 수입판매업자에게 수질개선부담금을 부과하는 것은 수돗물 우선정책에 반하는 수입 먹는샘물의 보급 및 소비를 억제하도록 간접적으로 유도함으로써 궁극적으로는 수돗물의 질을 개선하고 이를 국민에게 저렴하게 공급하려는 정당한 국가정책이 원활하게 실현될 수 있게 하기 위한 것으로서, 부과에 합리적인 이유가 있으므로 평등원칙에 위배되는 것이라 볼 수 없다(헌재 2004.07.15, 2002헌바42).

11) 국외여행자납부금은 관광사업의 효율적 발전 및 관광외화수입의 증대라는 과제를 위한 관광진흥개발기금의 재원을 마련하는 동시에, 내국인의 국외여행을 간접적으로 규제함으로써 관광수지 적자를 억제하고 국내 관광사업의 활성화를 유도하기 위하여 내국인 중 국외여행자라는 특정집단으로부터 재정충당 및 유도적 성격을 지닌 특별부담금이다. 국외여행자납부금의 재정충당 및 유도적 성격에 비추어 볼 때, '내국인 국외여행자'는 일반인과 구별되는 사회적으로 동질성을 가지는 특정집단으로서 관련된 공익적 과제 등에 관하여 집단적 책임이 있을 뿐만 아니라, 기금의 운용을 통한 관광시설의 개선 등 국내 관광 사업의 발전과도 객관적인 관련성이 있다. 한편, 전체 인구 중 20%를 넘지 않는 상대적으로 소수(少數)인 내국인 국외여행자가 관광수지적자에 대한 직접적 원인을 제공하고 있다는 점에 비추어 보면, 입법자가 관광진흥개발기금의 재원확대를 위하여 일반 국민을 대상으로 한 조세의 방법을 선택하지 아니하고, 내국인 국외여행자만을 부과대상으로 한정한 현행 납부금제도를 선택한 것은 나름대로 합리성을 가진다. 한편, 이 사건 납부금이 일반적인 재정수입에 포함되는 것이 아니

서울시 강남구 역삼동 707-2 비전타워 9층 TEL. 02)3477-2131, FAX. 02)3477-8842

나. 특별부담금 부과의 위헌 여부에 대한 판단기준

헌법상 국민의 모든 권리와 자유는 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로서 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적 내용을 침해할 수 없습니다(헌법 제37조 제2항). 따라서 국가가 국민의 기본권을 제한하는 법률을 제정함에 있어서도 그 목적이 헌법이나 법률의 체제상 그 정당성이 인정되어야 하고(목적의 정당성), 그 목적의 달성을 위하여 그 방법이 효과적이고 적절하여야 하며(방법의 적정성), 기본권 제한조치가 보다 완화된 형태와 방법을 모색함으로써 기본권 제한이 필요 최소한도에 그치도록 해야 하며(피해의 최소성), 그 국가작용에 의하여 보호하려는 공익과 침해되는 사익을 비교형량할 때 보호되는 공익이 더 커야합니다(법익의 균형성). 이를 '과잉금지의 원칙' 또는 '비례의 원칙'이라고 합니다.

또한 특별부담금은 일반인이 아닌 특정인이나 특정 집단에게 특별한 금전적 의무를 부담시키고 있기 때문에, 헌법상 평등의 원칙과 밀접한 관련이 있습니다. 헌법재판소는 평등의 원칙과 관련하여 다음과 같은 헌법적 한계를 준수해야 한다고 판시하고 있기 때문에, 그에 부합되는지 여부를 우선 검토할 필요가 있습니다.

즉 헌법재판소는 "특별부담금은 조세의 납부의무자인 일반국민들 중 일부가 추가적으

라 각종 관광시설의 건설 등 한정된 용도에만 사용된다. 또한 일반적으로 국제선 항공료 등이 이 사건 납부금보다 훨씬 고액이라는 점등 여러 가지 사정에 비추어 볼 때, 이 사건 납부금이 이른바 '침해의 최소성의 원칙'이나 '법익균형성의 원칙'에 위배된다고 볼 수도 없다. 따라서, 이 사건 법률조항이 과잉금지의 원칙에 위배하여 내국인 국외여행자의 재산권 등의 본질적인 내용을 침해하였다고 볼 수 없다(헌재 2003.01.30, 2002헌바5).

서울시 강남구 역삼동 707-2 비전타워 9층 TEL. 02)3477-2131, FAX. 02)3477-8842

로 부담하는 또 하나의 공과금이므로 국민들 사이의 공과금 부담의 형평성 내지 조세평등을 침해하지 않기 위해서는 특별부담금은 일반인과 구별되는 동질성을 지니어 특정 집단이라고 이해할 수 있는 그러한 사람들에게만 부과되어야 하고(집단의 동질성), 특별부담금의 부과를 통하여 수행하고자 하는 특정한 경제적, 사회적 과제와 특별히 객관적으로 밀접한 관련성이 있어야 하고(객관적 근접성), 그리하여 그러한 과제의 수행에 관하여 조세외적 부담을 져야 할 책임이 인정될 만한 집단에 대해서만 부과되어야 할 것이며(집단적 책임성), 특별부담금의 수입이 특별부담금의 납부의무자의 집단적 이익을 위하여 사용되어야 할 것(집단적 효용성)이다. 다만 재정충당목적의 특별부담금인 경우 구체적인 사안별로 위와 같은 헌법적 요건은 일부 완화될 수도 있지만 적어도 객관적 근접성과 집단적 책임성은 특별부담금의 본질적인 허용요건이라고 보아야 할 것이다(헌재 2003. 12. 18. 2002헌가2 참조).“라고 판시하였습니다.

그 외에도 위임입법의 한계 일탈 여부 및 과실책임의 원칙이나 자유시장경제질서에 반하는지 여부도 문제될 수 있습니다.

다. 의료분쟁조정법 제46조 제3항의 위헌 여부

(1) 평등의 원칙 위반 여부[12)]

12) 특별부담금은 평등원칙 위반 여부가 먼저 문제되고, 헌법재판소는 평등원칙 위반에 관한 구체적인 기준을 제시하고 있으므로, 본 건에서도 평등의 원칙 위반 여부를 먼저 검토할 필요가 있습니다.

서울시 강남구 역삼동 707-2 비전타워 9층 TEL. 02)3477-2131, FAX. 02)3477-8842

앞서 언급한 바와 같이, 특별부담금 부과행위가 평등원칙 위반에 해당되는지와 관련해서, 1) 집단의 동질성, 2) 객관적 밀접성, 3) 집단적 책임서, 4) 집단적 효용성 등의 요건을 충족하고 있는지 여부가 문제됩니다.

(가) 집단의 동질성

일단 본 건 보상금의 일부를 보건의료기관 개설자 중에서도 '의료사고 보상사업을 시행하는 연도의 분만 실적이 있는 의료기관의 개설자'에게만 부과(의료분쟁조정법 시행령안 제21조 제1항 제2호)하고 있는데, 이는 일반인 또는 다른 보건의료기관 개설자와 구분되는 동질성을 지니어 특정 집단이라고 볼 수 있습니다. 따라서 이 요건은 일응 충족되는 것으로 보입니다.

(나) 객관적 근접성과 집단적 책임성

특별부담금의 부과를 통하여 수행하고자 하는 특정한 경제적, 사회적 과제와 특별히 객관적으로 밀접한 관련성이 있어야 하고(객관적 근접성), 그리하여 그러한 과제의 수행에 관하여 조세외적 부담을 져야 할 책임이 인정될 만한 집단에 대해서만 부과되어야 합니다(집단적 책임성). 그런데, 이 사건 법률조항이 수행하고자 하는 과제와 보상금의 비용 분담 사이에 특별히 밀접한 관련성이 존재하는지, 그리고 분만의료기관 개설자가 그러한 과제의 수행에 관하여 조세외적 부담을 져야 할 책임이 인정되는지 여

서울시 강남구 역삼동 707-2 비전타워 9층 TEL. 02)3477-2131, FAX. 02)3477-8842

부에 관해서 의문이 있습니다.

불가항력으로 발생한 분만사고에 대하여 보상을 지급하고자 하는 정책적 목적은 '저출산을 극복하고 출산 친화적 사회분위기를 조성하기 위하여 산모가 안심하고 출산할 수 있는 환경을 만든다.'[13]는 데 있습니다(참고자료 1. 2011. 11. 8.자 보건복지부 보도자료 참조).

그러나 저출산은 늦은 결혼, 막대한 양육비와 육아 부담, 개인주의적 경향 등의 복합적인 원인 때문이지, 분만과정에서 신생아 또는 산모가 사망하거나 뇌성마비상태에 빠질 것을 염려하기 때문은 아닙니다. 보건복지부의 영아사망자수 및 영아사망[14]률 통계에 따르면 2008년에는 3.4%, 2009년에는 3.2%에 지나지 않음을 알 수 있고(참고자료 2. 2011. 영아사망자수 및 영아사망률 통계), 모성사망자수 통계에 따르면 2008년에는 출생아 10만 명당 39명만이 사망하였고 그 중에서도 직접 산과적 사망 수는 35명에 지나지 않습니다(참고자료 3. 2011. 모성사망자 수 및 모성사망비 통계). 우리나라는 OECD 국가의 평균 영아사망률(2008년 기준 4.6%)과 비교하여도 낮은 편(2008년 기준 3.2%)에 속합니다(참고자료 4. 2008 OECD 국가 영아사망률 비교 통계). 게다가 위 영아사망률은 출생 후 1년까지를 측정한 것인데 영아사망 3명 중 1명만이 생후 1주 이내의 초기신생아기에

13) 한편, 일부에서는 '분만사고의 경우에 대부분 환자측이 소송을 제기하고 그 과정에서 의료기관은 의료과실이 없다고 하더라도 일정 금액을 지급하는 선에서 조정이 이루어지고 있기 때문에, 어차피 의료기관이 비용을 부담하게 된다. 그리고, 소송이 제기되지 않더라도 의료기관이 도의적 책임을 피하기는 어렵다.'는 등의 이유로, 분만의료기관의 비용 부담을 정당화하려는 주장을 하기는 하나, 이와 같은 현실적 사정이 비용 부담의 법적 근거가 될 수 없습니다. 또한, 이러한 사정은 이 사건 법률조항의 정책적 목적과는 무관하다고 생각합니다.

14) 영아사망률에서 의미하는 영아는 출생 후 1년까지의 영아를 의미합니다.

서울시 강남구 역삼동 707-2 비전타워 9층 TEL. 02)3477-2131, FAX. 02)3477-8842

발생하는 것으로 미루어(참고자료 5. 영아사망 원인 분석 중 2쪽 참조) 그 중 분만 중에 사망하는 비율은 더욱 낮을 것입니다.

결국 분만 중에 일어날 불가항력적인 사고를 염려하여 출산을 기피한다고 보기는 매우 어렵고, 이 사건 보상금의 지급이 저출산에 대응하는 정책이 될 수 있는지 의문인 상황에서 그에 대한 보상 기금을 국가가 아닌 분만의료기관개설자에게 부담시키는 것은 '객관적 근접성' 요건에 위반됩니다.

또한 '불가항력적 분만사고'라 함은 '보건의료인이 충분한 주의의무를 다하였음에도 불구하고 불가항력적으로 발생한 사고' 즉, '무과실 사고'를 의미합니다. 무과실 사고는 '과실 여부가 불분명한 경우' 또는 '과실과 장애 발생 사이의 인과관계가 불분명한 경우'와는 구별됩니다. 불법행위로 인한 손해배상책임이 인정되기 위해서는 가해자에게 고의나 과실이 인정되어야 하고, 그로 인하여 손해가 발생하여야 합니다(민법 제750조). 따라서, 의료인에게 과실이 없다면 손해배상책임이 발생하지 않습니다. 의료의 특성상 과실 여부가 불분명하거나 과실과 손해사이의 인과관계가 불분명한 경우가 있을 수 있고, 이러한 경우에 '입증책임 완화'나 '사실상 추정'이론에 따라 피해자의 입증부담을 줄일 수는 있습니다. 그러나, 명백한 무과실 사고에 대해서 의료인에게 배상책임을 부담시킨다면, 민법의 일반원칙은 물론 우리나라 자유시장 경제질서에도 위반될 수 있습니다. 따라서, 분만의료기관 개설자가 무과실 분만사고에 대한 비용을 부담시키는 것은 '집단적 책임성' 요건에도 위반된다고 할 수 있습니다.

서울시 강남구 역삼동 707-2 비전타워 9층 TEL. 02)3477-2131, FAX. 02)3477-8842

(다) 집단적 효용성

특별부담금의 수입은 특별부담금 납부의무자의 집단적 이익을 위하여 사용해야 한다는 것이 '집단적 효용성' 요건입니다. 그러나 이 사건 보상 기금은 분만을 실시하는 의료기관개설자를 위하여 사용되는 것은 아니고, 분만사고를 당한 환자나 그 가족에게 돌아가게 됩니다. 보는 시각에 따라서는 분만사고를 당한 환자나 그 가족들에게 보상이 됨으로써, 분만사고가 발생한 의료기관에게도 경제적 이득이 발생할 수 있다고 생각할 수 있습니다. 그러나 무과실 사고 보상으로 인하여 분만의료기관에게 반드시 경제적 이득이 발생한다고 할 수 없고, 그러한 경제적 이득이라는 것도 '반사적 이익'에 불과합니다. 그리고 무과실 의료사고에 대한 보상비용이 그러한 반사적 이익을 초과할 수도 있습니다. 오히려 무과실 분만사고에 대한 분만의료기관의 금전적 보상을 강제할 경우, 분만을 실시하는 의료기관의 의욕을 저하시킬 수도 있습니다. 따라서 본 건 비용징수는 '집단적 효용성' 요건을 충족한다고 보기 어렵습니다.

(라) 소결

위와 같이 이 사건 보상금이 과연 정책적 목적을 달성할 적당한 방안인지 의문이고, 보상 기금의 징수는 특정 사회적 경제적 정책목적과 부담금의 부과 사이에 존재하는 상관관계가 없을 뿐만 아니라, 집단적 책임성과 집단적 효용성의 요건에도 위반됩니다. 결국 이 사건 특별부담금은 합리적인 이유도 없이 분만의료기관개설자를 다른 일반인

서울시 강남구 역삼동 707-2 비전타워 9층 TEL. 02)3477-2131, FAX. 02)3477-8842

이나 의료인과 달리 불리하게 대우하였기 때문에, 평등의 원칙에 위반된다고 판단됩니다.

(2) 과잉금지의 원칙 위반 여부

무과실 분만사고에 대한 보상비용을 분만 의료기관 개설자에게 부담시키는 것은 의료기관 개설자의 재산권과 행복추구권에서 파생되는 자기결정권을 제한할 수 있습니다. 그러나 헌법상 국민의 모든 권리와 자유는 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으므로 이 사건 법률조항 역시 아래와 같은 헌법적 한계를 준수하고 있는지 여부가 문제됩니다.

(가) 목적의 정당성

무과실 의료사고에 대한 보상제도는 '저출산 극복을 위한 출산 친화적 분위기 조성'이라는 공익적 목적이 있고, 이러한 행정 목적은 정당하다고 할 수 있습니다.

(나) 방법의 적정성

위와 같은 공익적 목적 달성을 위해 분만사고에 대한 무과실 보상제도가 적정한 방법인지에 관해서는 위 평등의 원칙 위반 중 '객관적 근접성' 요건 충족 여부에서 살펴본

서울시 강남구 역삼동 707-2 비전타워 9층 TEL. 02)3477-2131, FAX. 02)3477-8842

바와 같이 의문이 있습니다. 출산율이 낮은 이유는 분만사고로 인한 위험 때문이 아니라, 높은 양육비와 생활비, 늦은 결혼, 출산 및 보육에 대한 지원 부족 등 다른 경제적·사회적 요인 때문입니다. 따라서 저출산 문제를 해결하기 위한 가장 적절한 방법은 위와 같은 경제적·사회적 요인을 해결하는 것이지, 무과실 분만사고에 대한 보상은 적절한 방법이 아니라고 보입니다.

(다) 피해의 최소성 및 법익의 균형성

만약 무과실 분만사고에 대한 보상제도를 통해서 저출산 문제 해결에 도움이 된다고 하더라도 그 비용의 절반을 분만 의료기관 개설자에게 부담시키는 것은 의료기관 개설자의 재산권을 침해하므로, 피해의 최소성 및 법익의 균형성 요건을 충족하여야 합니다.

원칙적으로 의료인은 무과실 의료사고에 대해서 법적인 책임이 없습니다. 그럼에도 불구하고, 이 사건 법률조항은 분만 의료기관에 대해서 무과실 분만사고에 대해서 보상비용을 분담시키고 있습니다. 무과실 분만사고에 대한 보상제도는 국가가 저출산 문제 해결이라는 공익을 달성하기 위하여 정책적으로 도입한 만큼, 그 비용은 전액 국가 또는 공공기금에서 지불함이 타당합니다. 특히 현재 낮은 분만수가 등으로 의료인들은 분만을 기피하고 있는 상황에서, 분만 의료기관에 대해서 보상비용을 부담시키는 것은 분만 기피 현상을 더욱 가속화할 우려가 있습니다. 그런 상황에서 보상비용의 절반을 분만 의료기관에게 부담시키는 것은 행정목적 달성에는 도움이 안 됨은 물론 오히려

서울시 강남구 역삼동 707-2 비전타워 9층 TEL. 02)3477-2131, FAX. 02)3477-8842

공익에 피해를 가할 가능성이 있습니다. 그러한 점에서 이 사건 법률조항은 피해의 최소성과 법익의 균형성 요건을 충족하고 있다고 보기 어렵습니다.

(라) 소결

결국 이 사건 법률조항은 무과실 분만사고 보상 부담금 부과에 있어서 방법의 적정성, 피해의 최소성 및 법익의 균형성을 갖추지 못하였기 때문에, 헌법 제37조 제2항의 비례의 원칙에 위반되었다고 판단됩니다.

(3) 위임입법의 한계 일탈

(가) 위임입법의 한계

헌법 제75조는 "대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항…에 관하여 대통령령을 발할 수 있다."고 규정함으로써 위임입법의 근거를 마련함과 동시에 위임은 '구체적으로 범위를 정하여' 하도록 하여 그 한계를 제시하고 있습니다. 이와 같이 입법을 위임할 경우에는 법률에 미리 대통령령으로 규정될 내용 및 범위의 기본사항을 구체적으로 규정하여 둠으로써 행정권에 의한 자의적인 법률의 해석과 집행을 방지하고 의회입법과 법치주의의 원칙을 달성하고자 하는 헌법 제75조의 입법취지에 비추어 볼 때, '구체적으로 범위를 정하여'라 함은 법률에 대통령령 등 하위법규에 규

서울시 강남구 역삼동 707-2 비전타워 9층 TEL. 02)3477-2131, FAX. 02)3477-8842

정될 내용 및 범위의 기본사항이 가능한 한 구체적이고도 명확하게 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률 그 자체로부터 대통령령 등에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 함을 의미한다고 할 것이고, 그 예측가능성의 유무는 당해 특정조항 하나만을 가지고 판단할 것은 아니고 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합적으로 판단하여야 하며, 각 대상법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야 합니다. 그리고 이와 같은 위임의 구체성·명확성의 요구 정도는 그 규율대상의 종류와 성격에 따라 달라질 것이지만 특히 처벌법규나 조세법규와 같이 국민의 기본권을 직접적으로 제한하거나 침해할 소지가 있는 법규에서는 구체성·명확성의 요구가 강화되어 그 위임의 요건과 범위가 일반적인 급부행정의 경우보다 더 엄격하게 제한적으로 규정되어야 하는 반면에, 규율대상이 지극히 다양하거나 수시로 변화하는 성질의 것일 때에는 위임의 구체성·명확성의 요건이 완화되어야 할 것입니다(헌재 1998. 2. 27. 95헌바59 ; 헌재 1999. 3. 25. 98헌가11 등).

(나) 이 사건 법률조항의 위헌 여부

이 사건 법률조항은 무과실 분만사고에 대한 보상비용을 분만 의료기관에게 분담시킴으로써 분만의료기관 개설자의 재산권 등을 직접적으로 제한하고 있습니다. 특히 보상비용의 분담자, 분담비율, 분담방법 등은 보상기금 마련에 있어서 중요하고도 본질적인 입법사항이므로, 이에 관한 사항을 하위법규에 위임함에 있어서는 위임의 구체성·명

서울시 강남구 역삼동 707-2 비전타워 9층 TEL. 02)3477-2131, FAX. 02)3477-8842

확성이 보다 엄격하게 요구된다 할 것입니다.

그런데 이 사건 법률조항은 '조정중재원은…비용의 일부'를 '보건의료기관 개설자 등' '대통령령으로 정하는 자에게 분담하게 할 수 있다.'라고만 규정하고 있어서, 분담비율, 비용 분담자의 범위, 비용 부담 방법 등에 관한 위임의 범위를 전혀 구체적으로 정하고 있지 않습니다. 따라서 이 사건 법률조항만으로는 대통령령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 없습니다.

무과실 분만사고에 대한 보상제도는 분만 의료기관 개설자들에게 직접적으로 영향을 미치는 입법사항이므로, 입법자가 이에 관하여 법률로써 직접 규정하는 것에 어려움을 느낀다 하더라도, 적어도 보상비용의 분담자, 분담비율, 분담방법에 관하여 대강의 기준이라도 스스로 정하고서 행정입법에 위임하였어야 합니다. 그런데도 이 사건 법조항은 이에 관하여 아무런 한계를 설정하지 않음으로써 보상비용의 분담에 관하여 행정권의 전적인 재량에 내맡긴 것이나 다름없습니다[15].

(다) 부담금관리기본법 위반

15) 구 문화예술진흥법 제19조 제5항 등 위헌제청사건에서, 헌법재판소는 문예진흥기금 모금의 모금액·모금대행기관의 지정·모금수수료·모금방법 및 관련자료 기타 필요한 사항을 대통령령에 위임하고 있는 구 문화예술진흥법 제19조 제5항 및 제19조의2 제3항이 헌법 제75조상의 포괄위임입법금지의 원칙 등에 위배된다고 판시하였습니다(2003. 12. 18. 선고 2002헌가).

서울시 강남구 역삼동 707-2 비전타워 9층 TEL. 02)3477-2131, FAX. 02)3477-8842

특히, 앞서 언급한 바와 같이 1999년 이후 특별부담금 부과에 관한 헌법재판소 판결이 나온 이후로 정부는 각종 부담금의 신설을 억제하고, 그 관리·운용의 공정성과 투명성을 제고하기 위하여 법률 제6589호로 부담금관리기본법을 2001. 12. 31. 공포하고, 2002. 1. 1.부터 시행해 오고 있습니다.

부담금관리기본법은 무분별한 부담금의 설치를 제한하기 위하여 별표에 규정된 법률에 따르지 아니하고는 부담금을 설치할 수 없다고 규정하고 있습니다(동법 제3조 참조). 그런데 부담금관리기본법 별표 중에는 의료분쟁조정법이 포함되지 않았습니다(참고자료 2. 부담금관리 기본법 별표 참조). 따라서 부담금관리기본법의 근거 없이 설치한 본 건 특별부담금은 위 부담금관리기본법 제3조에 부합되지 않습니다.

또한 동법 제4조는 '부담금 부과의 근거가 되는 법률에는 부담금의 부과 및 징수주체, 설치목적, 부과요건, 산정기준, 산정방법, 부과요율 등(이하 "부과요건등"이라 한다)이 구체적이고 명확하게 규정되어야 한다.'라고 규정하고 있는데, 의료분쟁조정법 제46조 제3항은 부담금의 부과 주체, 부과요건, 산정기준과 산정방법을 법률에서 구체적이고 명확하게 정하지 아니한 채 시행령에 위임하고 있습니다. 따라서 부담금관리기본법 제4조에도 부합되지 않습니다.

(라) 소결

서울시 강남구 역삼동 707-2 비전타워 9층 TEL. 02)3477-2131, FAX. 02)3477-8842

결국 이 사건 법률 조항은 구체적으로 범위를 정하지 아니한 채 입법사항을 포괄적으로 대통령령에 위임한 것이어서 헌법 제75조에 규정된 포괄위임입법금지원칙에 위배된다고 할 뿐만 아니라, 부담금관리기본법에도 저촉된다고 할 것입니다.

(4) 과실책임의 원칙 및 자유시장 경제질서 위반

헌법 제119조 제1항은 "대한민국의 경제질서는 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다."고 규정하여 사유재산제도, 사적자치 및 과실책임의 원칙을 기초로 하는 자유시장 경제질서를 기본으로 하고 있음을 선언하고 있습니다(헌재 1998. 5. 28. 96헌가4등). 한편, 민법 제750조는 "고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다."고 규정함으로써, 과실책임주의를 불법행위와 손해배상책임에 관한 기본원칙으로 삼고 있습니다.

그런데 이 사건 법률조항은 무과실로 인한 분만사고의 경우에 의료인에게 사실상 금전적인 보상책임을 부과하고 있기 때문에, 과실책임주의 원칙에 위반될 여지가 있습니다[16].

16) 한편, 헌법재판소는 1998. 5. 28. 96헌가4, 97헌가6・7, 95헌바58(병합) 사건에서 '자유시장 경제질서를 기본으로 하면서도 사회국가원리를 수용하고 있는 우리 헌법의 이념에 비추어, 일반불법행위책임에 관하여는 과실책임의 원리를 기본원칙으로 하면서 이 사건 법률조항과 같은 특수한 불법행위책임에 관하여 위험책임의 원리를 수용하는 것은 입법정책에 관한 사항으로서 입법자의 재량에 속한다고 할 것이므로, 이 사건 법률조항이 위험책임의 원리에 기하여 무과실책임을 지운 것만으로 자유시장 경제질서에 위반된다고 할 수 없다.'라고 판시하고 있으므로, 단순히 무과실책임을 규정한 사실만으로 위헌이라고 할 수는 없고, 과잉금지의 원칙 위반 또는 평등권 침해 여부 등을 검토해야 합니다.

서울시 강남구 역삼동 707-2 비전타워 9층 TEL. 02)3477-2131, FAX. 02)3477-8842

(5) 자기결정권 침해

모든 국민은 자기가 결정하지 않은 것이나 결정할 수 없는 것에 대하여는 책임을 지지 않고, 책임부담의 범위도 스스로 결정한 결과 내지 그와 상관관계가 있는 부분에 국한되어야 하는데, 이는 헌법 제10조 행복추구권에서 유래하는 권리입니다(헌재 2004. 6. 24. 2002헌가27)[17].

따라서 불가항력적인 무과실 의료사고에 대하여 국가가 사회보장적 차원에서 보상금을 지급하는 것은 장려할 만한 일이나, 분만을 시행하는 의료기관의 개설자들에게도 그 보상기금을 징수하는 것은 결국 의료인의 통제권 내지 결정권이 미치지 않는 범위까지 간접적으로 책임을 지우는 결과가 되므로 위 자기책임의 원칙[18]에 위반될 수도 있습니다.

---

17) 헌법 제10조가 정하고 있는 행복추구권에서 파생되는 자기결정권 내지 일반적 행동자유권은 이성적이고 책임감 있는 사람의 자기의 운명에 대한 결정, 선택을 존중하되 그에 대한 책임은 스스로 부담함을 전제로 한다. 자기책임의 원리는 인간의 자유와 유책성, 그리고 인간의 존엄성을 진지하게 반영한 원리로서 그것이 비단 민사법이나 형사법에 국한된 원리라기보다는 근대법의 기본이념으로서 법치주의에 당연히 내재하는 원리로 볼 것이고 헌법 제13조 제3항은 그 한 표현에 해당하는 것으로서 자기책임의 원리에 반하는 제재는 그 자체로서 헌법위반을 구성한다고 할 것이다(헌재 2004. 6. 24. 2002헌가27).

18) 헌법재판소는 '어떠한 행위를 법률로 금지하고 그 위반을 어떻게 제재할 것인가 하는 문제는 원칙적으로 위반행위의 성질, 위반이 초래하는 사회적 경제적 해악의 정도, 제재로 인한 예방효과 기타 사회적 경제적 현실과 그 행위에 대한 국민의 일반적 인식이나 법감정 등을 종합적으로 고려하여 입법자가 결정하여야 할 분야이나, 법적 제재가 위반행위에 대한 책임의 소재와 전혀 상관없이 이루어 지도록 법률이 규정하고 있다면 이는 자기책임의 범위를 벗어나는 제재로서 헌법위반의 문제를 일으킨다. 헌법 제10조가 정하고 있는 행복추구권에서 파생되는 자기결정권 내지 일반적 행동자유권은 이성적이고 책임감 있는 사람의 자기의 운명에 대한 결정·선택을 존중하되 그에 대한 책임은 스스로 부담함을 전제로 한다. 자기책임의 원리는 이와 같이 자기결정권의 한계논리로서 책임부담의 근거로 기능하는 동시에 자기가 결정하지 않은 것이나 결정할 수 없는 것에 대하여는 책임을 지지 않고 책임부담의 범위도 스스로 결정한 결과 내지 그와 상관관계가 있는 부분에 국한됨을 의미하는 책임의 한정원리로 기능한다. 이러한 자기책임의 원리는 인간의 자유와 유책성, 그리고 인간의 존엄성을 진지하게 반영한 원리로서 그것이 비단 민사법이나 형사법에 국한된 원리라기보다는 근대법의 기본이념으로서 법치주의에 당연히 내재하는 원리로 볼 것이고 헌법 제13조 제3항은 그 한 표현에 해당하는 것으로서 자기책임의 원리에 반하는 제재는 그 자체로서 헌법위반을 구성한다고 할 것이다(헌재 2003. 7. 24. 2001헌가25)'라고 판시한 바 있습니다.

서울시 강남구 역삼동 707-2 비전타워 9층 TEL. 02)3477-2131, FAX. 02)3477-8842

라. 소결

위와 같이 무과실 분만사고에 대한 보상비용을 분만 의료기관 개설자에게 부담시키는 이 사건 법률조항은 분만의료기관 개설자의 헌법상 기본권인 재산권, 평등권, 자기결정권을 침해할 뿐만 아니라, 헌법상의 위임입법의 한계를 일탈함으로써 위헌의 소지가 크다고 사료됩니다. 또한, 과실책임원칙과 자유시장 경제질서에도 위반될 수 있습니다.

4. 이 사건 법률조항의 해석

의료분쟁조정법 제46조는 조정중재원이 분만 중 불가항력으로 발생한 의료사고를 보상하기 위한 의료사고 보상사업을 실시하고(제1항), 보건복지부장관과 보건의료기관개설자 등 대통령령으로 정하는 자가 보상사업에 드는 비용의 일부를 분담하게 할 수 있다고 규정하고 있습니다(제2, 3항 참조). 그에 따라 동법 시행령(안) 제21조 제1항에서는 보건의료기관개설자 중 의료사고 보상사업을 시행하는 연도의 분만 실적이 있는 의료기관의 개설자와 국가가 동등한 비율로 보상사업에 필요한 재원을 부담하도록 하고 있습니다.

위와 관련해서 1) '조정중재원은…의료사고 보상사업에 드는 비용의 일부를 보건의료기관개설자 등 대통령령으로 정하는 자가 보상사업에 드는 비용의 일부를 분담하게 할

서울시 강남구 역삼동 707-2 비전타워 9층 TEL. 02)3477-2131, FAX. 02)3477-8842

수 있다.'는 의료분쟁조정법 제46조 제3항(이 사건 법률 조항)의 의미가 반드시 그 비용의 일부를 의료기관 개설자에게 부담시켜야 한다는 것인지, 아니면 상황에 따라서 그 비용의 일부를 의료기관 개설자에게 부담시키지 아니할 수도 있는지, 2) 그리고 만약 대통령령에서 의료기관 개설자에게 비용을 부담시키지 아니할 경우 상위 법률에 위반된다고 할 수 있는지 여부에 관해서 해석상 논란이 있습니다.

일반적으로 법률의 해석과 관련하여 논란이 있을 경우, 그 문언의 사전적 의미에 따라 판단해야 합니다. 이 사건 법률조항은 '…비용의 일부를 분담하게 한다.' 또는 '비용의 일부를 분담시켜야 한다.' 라고 되어 있지 아니하고, '비용의 일부를 분담하게 할 수 있다.'라고 되어 있습니다. 따라서 그 문언의 의미상 이는 기속규정이 아니라 재량규정이라고 해석해야 할 것입니다.

기속규정의 경우 법률에서 위임한 내용을 구체적으로 대통령령으로 정하지 아니하거나 위임의 범위를 초과할 경우 상위 법률에 위반되어 무효하고 할 수 있으니, 재량규정의 경우 하위 법령을 기속하는 것은 아니기 때문에 '합리적 재량의 범위 내'라고 한다면 상위법에 위반된다고 할 수 없습니다.

그런 점에서 볼 때, 보상비용의 일부를 의료기관 개설자에게 분담시킬지 여부 그리고 그 분담비율을 어떻게 정할지는 여러 가지 정책적 요소를 종합적으로 고려해서 대통령령에서 정할 수 있습니다. 만약 이 사건 법률조항에도 불구하고 의료기관 개설자에게

서울시 강남구 역삼동 707-2 비전타워 9층 TEL. 02)3477-2131, FAX. 02)3477-8842

비용을 부담시키지 아니하는 것이 공익에 부합된다고 판단되면, 보상비용을 의료기관 개설자에게 분담시키지 아니할 수도 있습니다.

특히 이 사건 법률조항의 위헌 여부에서 살펴 본 것처럼, 무과실 분만사고에 대해서 분만 의료기관 개설자에게 비용을 분담시키는 것은 헌법에 위반될 가능성이 있는 상황이라면, 대통령령에서 그 비용의 일부를 의료기관 개설자에게 분담시키지 아니하도록 규정하는 것은 상위법인 의료분쟁조정법에 위반된다고 할 수 없습니다. 이러한 해석이 헌법조화적인 해석방법이라고 할 수 있습니다.

5. 결론

위와 같이 이 사건 법률조항은 분만의료기관 개설자의 재산권, 평등권, 자기결정권을 침해함은 물론 위임입법의 한계를 일탈하였으므로, 위헌이라고 판단됩니다. 한편, 이 사건 법률조항의 문언상 보상 기금의 일부를 의료기관개설자에게 분담시킬지 여부는 행정부의 재량에 속하는 사항이라고 할 것이고, 이 사건 법률조항의 위헌적 성격 등을 고려해서 하위법령인 대통령령에서 보상기금의 일부를 의료기관개설자에게 부담시키지 아니한다고 하더라도, 이를 상위법에 위반된다고 보기는 어렵습니다.

서울시 강남구 역삼동 707-2 비전타워 9층 TEL. 02)3477-2131, FAX. 02)3477-8842

참 고 자 료

1. 참고자료 1. 2011. 11. 8.자 보건복지부 보도자료 참조

1. 참고자료 2. 부담금관리 기본법 별표

1. 참고자료 3. 2011. 영아사망자수 및 영아사망률 통계

1. 참고자료 4. 2011. 모성사망자 수 및 모성사망비 통계

1. 참고자료 5. 2008 OECD 국가 영아사망률 비교 통계

1. 참고자료 6. 영아사망 원인 분석

2012. 2. 6.

법무법인 세승

담당변호사 현 두 륜

담당변호사 정 혜 승

서울시 강남구 역삼동 707-2 비전타워 9층 TEL. 02)3477-2131, FAX. 02)3477-8842