creative commons

COMMONS DEED

저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:

저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.

비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.

변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 이용허락규약(Legal Code)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

Disclaimer

dCollection

[UCI]I804:24011-200000236217

2008年 2月
博士學位論文

醫療過誤의 責任法理와 立證責任에 관한 研究

朝 鮮 大 學 校 大 學 院

法 學 科

金 大 錫

醫療過誤의 責任法理와 立證責任에 관한 研究

A study on the Burden of Proof with Principle of Liability for Medical Malpractice

2008年 2月 25日

朝 鮮 大 學 校 大 學 院

法 學 科

金 大 錫

醫療過誤의 責任法理와 立證責任에 관한 研究

指導教授 : 朴 運 吉

이 論文을 法學 博士學位申請論文으로 提出함

2007年 10月

朝 鮮 大 學 校 大 學 院

法 學 科

金 大 錫

金大錫의 博士學位 論文을 認准함

委員長 : 朝鮮大學校 教 授 印

委 員 : 朝鮮大學校 教 授 印

委 員 : 朝鮮大學校 教 授 印

委 員 : 光州女子大學校 教 授 印

委 員 : 朝鮮大學校 教 授 印

2007年 12月

朝 鮮 大 學 校 大 學 院

목 차

제1장 서 론 1
제1절 연구의 목적 1
제2절 연구의 범위와 방법 2
1. 연구의 범위 2
2. 연구의 방법 4

제2장 의료과오의 책임법리 4
제1절 의료행위의 특수성 7
1. 침습성 8
2. 전문성 8
3. 재량성 9
4. 구명성 9
5. 밀행성 9
6. 예측곤란성 10
7. 폐쇄성 10
제2절 의사와 환자의 의료계약 법률관계 10
1. 계약에 의한 의료행위 11
가. 특약이 없는 경우 12
나. 특약이 있는 경우 17
2. 계약에 의하지 아니한 의료행위 19
가. 법적 의무 없이 진료한 경우 19
나. 사무관리이론 20
다. 사실적 의료 21
3. 의료계약의 당사자 22
가. 의료인측 22

나. 환자측 23
다. 의료계약의 특질 29
라. 의료계약의 종료 30
제3절 의료과오의 책임 근거 31
1. 채무불이행책임 31
2. 불법행위책임 32
3. 의료과오 책임에 있어서의 입증의 문제 33
4. 불법행위책임과 채무불이행책임의 비교 34
가. 실체법상의 비교 34
나. 소송법상의 대비 38
다. 두 가지 책임의 관계 39
제4절 의료과오소송의 특수성 41
1. 의료과오소송 41
2. 불공정한 상황의 시정 41
3. 의료과오소송의 과제 42

제3장 의료과오소송의 입증문제 43
제1절 서설 43
제2절. 의료과오소송의 입증 대상 44
1. 의료과실 45
가. 주의의무와 위반 46
나. 주의의무의 내용 47
다. 주의의무와 허용된 위험의 이론, 신뢰의 원칙 50
라. 의사의 과실판정 기준 53
마. 의사의 주의의무의 범위 56
2. 인과관계 56
가. 인과관계와 과실의 연관성 58

나. 인과관계의 특수성 문제.....59
다. 책임성립적 인과관계론.....64
라. 인과관계의 존부판단의 기준.....74
마. 인과관계에 대한 우리나라 구체적인 사례.....76
제3절 의료과오소송의 입증 정도.....84
1. 과실의 입증.....85
가. 불법행위책임 법리에서의 과실의 입증.....87
나. 채무불이행책임 법리에서의 과실의 입증.....87
2. 인관관계의 입증.....88
3. 의료과오소송에서의 입증의 정도의 문제.....91
제4절. 의료과오소송에 있어서 입증책임의 문제.....92
1. 증거의 편재.....93
2. 입증책임의 분배.....94
가. 법률요건분류설의 의의.....94
나. 법률요건분류설의 문제점.....94
3. 의료감정.....98

제4장 의료과오소송에 있어서 입증책임 완화 방안.....99
제1절 서설.....99
제2절 입증책임경감론.....99
1. 개연성설.....101
가. 개연성설의개념.....101
나. 개연성성의 본질.....103
다. 개연성설의 보충이론.....105
라. 의료과오소송의 적용.....108
2. 사실상 추정론.....108
가. 사실상 추정론의 개념.....108

나. 사실추정론의 본질.....110
다. 사실상 추정론의 효과.....112
라. 추정효력의 번복.....113
마. 간접사실로부터 경험칙에 의한 추정.....115
바. 사실상 추정론이 적용된 경우 문제점.....122
3. 표현 증명(일응의 추정).....124
가. 표현증명의 개념.....125
나. 표현증명의 연혁.....126
다. 인과관계추정으로서의 표현증명.....127
라. 사실추정과 표현증명의 법리.....130
마. 표현증명의 적용범위.....131
바. 의료과오소송에서의 표현증명 적용.....132
사. 표현증명의 번복.....136
4. 확률적 책임론.....138
5. Res Ipsa Loquitur원칙 139
가. Res Ipsa Loquitur의 개념.....139
나. Res Ipsa Loquitur의 요건.....141
다. Res Ipsa Loquitur의 효과.....141
라. Res Ipsa Loquitur 법리의 적용.....142
마. 구체적인 적용 사례.....146
6. 종래 대법원 판례 및 하급심 판례의 인정 149
가. 간접사실에 의한 동시추정의 방식.....149
나. 구체적인 사례.....151
다. 위 판례들에 나타난 입증책임완화의 방법.....153
7. 소결.....154
제3절 입증방해론.....156
1. 입증책임의 법리.....156

가. 입증방해의 대한 논의 157
나. 입증방해의 대한 민사소송법의 규정 158
2. 입증방해의 대한 제재의 근거 159
가. 기대가능성설 159
나. 경험칙설 160
다. 신의칙위반설 161
라. 소송상협력의무위반설 162
마. 사실해명의무위반설 163
바. 검토 164
3. 입증방해의 요건 166
4. 입증방해의 관한 우리나라 판례의 분석과 평가 167
가. 판례의 태도 167
나. 우리나라 대법원 판례 169
다. 우리나라 대법원 판례입장의 분석 · 평가 172
5. 입증방해의 효과 174
가. 입증책임전환설 175
나. 자유심증설 176
다. 자유재량설 176
라. 검토 177
6. 의료소송에 있어서의 입증방해의 유형 179
가. 서증에 대한 입증방해행위 179
나. 검증물에 대한 입증방해행위 185
다. 감정에 대한 입증방해행위 185
라. 증인에 대한 입증방해행위 186

제5장 입증책임의 전환론 186
제1절 서설 186

제2절 입증책임전환론의 법리.....188
1. 입증책임 전환의 요건.....190
가 중대한 치료과오의 존재.....190
나 치료과오가 손해를 야기하는데 적합할 것.....192
2. 입증책임의 전환의 근거.....193
가. 판례상의 근거.....194
나. 학설상의 근거.....196
3. 입증책임전환에 대한 찬반론.....204
가. 입증책임 전환을 인정하는 견해.....204
나. 입증책임 전환에 대한 비판적인 견해.....206
4. 입증책임을 전환시킨 독일 사례.....209
5. 사견.....210
제3절 우리나라에서의 입증책임전환.....212
1. 입증책임 전환을 인정하는 견해.....212
2. 입증책임 전환에 부정하는 견해.....214
3. 우리나라의 학설과 판례.....216
가. 학설.....216
나. 판례.....217
제4절 소결.....219

제6장 결론.....221

<ABSTRACT>

A study on the Burden of Proof with Principle of Liability for Medical Malpractice

kim, Dae-Seok

Advisor : Prof, Park, Woon-Kil, Ph.D.

Department of Law,

Graduate School of Chosun University

With current swift development in medicine or medical treatment, though higher-quality medical services are being provided in comparison with those of the past, medical debates due to faults in medical services tend to be increasing. It seems that such tendency is influenced by promoted consciousness of patients in their right, collapse of reliability on medical service, and increased opportunities of legal structures. The damages to patients due to medical services are called medical accidents in medical services and only the faults are caused by doctors (medical institutes) are called medical faults. As they are provided to improve patients' health or treat their diseases even though medical services accompany invasion to human bodies, we use Chimseup(invasion) for differentiation from the term of 'infringement' against illegal behavior. In case that a patient has a disadvantage by invasion by a doctor to cure him, (1) is it desirable to resolve it by a lawsuit? (2) In case that a judgement is presented through a lawsuit, will both the doctor and the patient be satisfied ? In case of (1), it may cause

increase of medical charges accompanied by defensive medical service and insurance fee, and inclination of medical areas. In case of (2), it may cause distrust in medical staff, devastation of medical ethics and commercialism of medical services. However, when a medical lawsuit is presented, a judgement must follow, which may cause medical lawsuits to be abused. Medical lawsuits blame the doctor for debt failure or illegal behavior (Articles 390 and 750 of the civil law). There are many precedents that blame liability on illegal behaviors. Why? In case debt failure is blamed, the decision has to rely on imperfect performance charge and if so, the patient, a plaintiff, has to demonstrate the medical service is imperfect while the doctor has to demonstrate that he has no fault. At this time, it is difficult for patient to demonstrate the imperfectness of the medical service because he is not professional. However, in case that the illegal behavior is blamed, the patient has to demonstrate the fault of the doctor. In this case, it is difficult to expect the patient to demonstrate it perfectly and if the principle of demonstration liability is realized, it is apparent that the patient has a disadvantage in a lawsuit. So, if the patient demonstrates that there is a probability in demonstration of the doctors' fault, the patient's burden to demonstrate the fault of the doctor and causal relations tends to be mitigated or relieved. Furthermore, in some cases, as medical services are provided when the patient is unconscious, and the medial lawsuits are usually presented a considerable time after the patient's leaving the hospital, the patient has difficulty in disclosing the facts of the past. If this problem is abandoned and offenses and defenses between the doctor and the patient are observed, equity and fairness pursued by the civil procedure can not be achieved. Meanwhile, if a

disadvantage is given to the doctor in the lawsuit in consideration of non-professional aspect of the patient, it is also unfair. So, mitigation or transfer of the liability for demonstration can satisfy both the two parties at the same time. For the balanced viewpoint of this study with the goal of this study as an assumption, this study is to parallel a comparative analysis and a review on precedents in consideration of reality of the problem.

제1장 서 론

제1절 연구의 목적

최근 의학 내지 의료분야의 비약적인 발전으로 과거에 비하여 양질의 진료가 제공되고 있음에도 불구하고 의료과오를 원인으로 하는 의료분쟁은 증가하고 있는 추세에 있다. 이러한 경향은 환자 측의 권리의식의 고양, 의료서비스 신뢰관계의 붕괴, 법률구조 기회의 증가에 영향을 받은 것으로 보인다.

의료와 관련하여 환자에게 손해가 발생하는 것을 의료사고라 하고, 의사(의료기관)의 과실에 의한 경우만을 의료과오라고 한다. 의료행위는 인체에 대한 침해를 수반하지만 그것은 환자의 건강을 개선 내지 치유하기 위한 목적으로 행해지는 것이므로 위법행위에 의한 "침해"라는 용어와 구별하기 위하여 侵襲이라는 용어를 사용한다. 의사가 환자를 치료하기 위하여 침습을 하다가 환자에게 불이익을 발생한 경우 (1) 이를 소송으로 해결하는 것이 과연 바람직한 것인가? (2) 또 소송을 하여 판결이 나온 경우 의사 측이나 환자 측이 모두 만족할 수 있는가? (1)의 경우에는 방어진료에 수반하는 의료수가의 증가와 의료보험료 상승, 의료전문영역의 편중 현상을 초래하며, (2)의 경우에는 의료인에 대한 불신 조장하고 나아가 의료윤리 까지를 황폐화시키고 의료의 상업주의의 폐단을 초래한다. 그러나 의료소송이 제게 되는 경우에는 승패를 가려야 하는 현실 때문에 의료소송이 남용되는 것도 안타가운 실정이다. 의료소송은 대체로 의사에게 채무불이행책임 또는 불법행위책임을 묻는다(민법 제390조, 제750조). 판례에서는 불법행위로 책임을 구성하는 예가 많다. 그러한 이유가 어디 있을까? 채무불이행책임을 묻는 경우는 불완전이행책임에 의존하여야 하고, 그렇게 되면 원고인 환자 측은 진료가 불완전한 것을 입증하여야 하고 의사측은 과실 없음을 입증하여야 한다. 이 때 전문가도 아닌 환자 측에 대하여 진료 불완전의 입증을 기대하기는 어렵다. 방도를 달리하여 불법행위 책임을 묻는 경우에는 피해자인 환자 측이 의사 측의 과실을 입증하여야 한다. 이 경우에도 환자의 완전한 입증을 기대하기는 어려우며, 입증책임의 원칙을 관철한다면 환자 측이 소송상 불이익을 입을

것은 명백하다. 그러므로 환자가 의사의 과실을 증명함에 있어서 개연성이 존재한다는 것을 증명하면 과실을 추정하는 등 醫師의 과실과 인관관계를 증명하는 데 있어서 비전문가인 환자의 입증부담을 완화 내지는 쉽게 하여 주는 경향을 보이고 있다. 더욱이 진료가 환자의 무의식중에 행해진 경우도 있고 의료소송이 퇴원 후 즉 상당한 시간이 경과된 후에 제기되는 것이 보통이어서 환자 측은 이미 과거의 사실을 들추어야만 하는 어려움이 따른다. 만약 이러한 문제를 방임하여 의사 측과 환자 측의 공방을 지켜만 보아서는 민사소송이 추구하는 공평과 공정을 기할 수 없다. 한편 환자 측의 비전문성만을 고려하여 의사 측에 소송상 불이익이 생기도록 한다면 그것도 민사소송이 추구하는 이상에 어긋나는 것일 것이다. 그러므로 입증책임을 완화 내지 전환은 의료의 전문성과 당사자 간의 공평을 동시에 충족할 수 있는 것이어야 할 것이다. 이러한 연구의 목표를 전제로 하여 본 연구의 균형적 관점을 고려하기 위하여 비교법적인 연구, 문제의 현실성을 추구하기 위하여 판례 검토를 병행하고자 한다.

제2절 연구의 범위와 방법

1. 연구의 범위

본 논문은 연구범위는, 의료과오소송에서의 입증은 의료기록이 주 된 것이며, 이 기록은 전문용어로 기재되고, 그 보존은 의료기관이며, 진료과정에 대한 사실 인식에 대하여는 환자 측에 한계가 있을 수밖에 없고 소송은 의료가 종료한 후에 어느 정도 시간이 경과한 후에 행해지는 제반 문제점이 있으므로 환자의 입증을 완전하게 요구하는 것은 불공평하다는 점을 전제로 하면서 환자의 立證의 輕減 내지妨害, 나아가 그 轉換에 관하여서 한정하고자 한다. 본 연구를 효과적으로 논술하기 위하여 아래와 같은 순서로 기술한다.

먼저 제1장 '서론'에서는 본 연구의 목적과 연구방법을 제시하였다.

제2장에서는 의료과오에 관한 책임법리를 검토하였다. 의료행위, 의료사고와 의료과오를 개괄적으로 살펴본 후 의사와 환자의 법률관계에서 계약에 의

한 경우와 계약에 의하지 아니한 경우에 대해서 알아보고, 또 의료행위가 의료과오로 인정되면 법적으로 어떠한 책임을 물어야 하는가? 의료과오가 인정될 경우 의사나 의료기관을 상대로 물을 수 있는 법적책임은 불법행위책임, 채무불이행책임, 사무관리 책임 등이 문제된다. 실무에서는 주로 불법행위책임으로 구성하는 경우가 많다. 어떠한 책임을 묻던지 의사의 과실과 진료와 손해 사이의 인관관계의 탐색은 중요한 문제가 된다. 증거자료는 의사가 과실 전문용어로 기록하여 보존하므로 환자의 입장에서는 증거에 대한 접근이 쉽지 아니하다. 나아가 의료과오를 이유로 소송이 제기된 때는 보통 퇴원 후에 행해지는 경우가 많아 법원이나 환자의 입장에서는 과거의 사실을 들추어 내는 격이 되어 입증은 더욱 어려워지게 된다. 그럼에도 불구하고 다른 소송에서와 동일하게 사안을 처리할 경우 환자의 입장은 의사가 처한 상황에 비하여 불리하지 않는, 공평성 있는 입장이라고 말할 수 없다. 이러한 관점에서 의료소송의 과정에서는 소송구조에 어떠한 변화를 꾀할 수밖에 없다는 논점에 대해서 알아보고. 그리고 의료과오소송의 특수성에 관하여 살펴보기로 한다.

제3장에서는 의료과오소송의 입증문제에 대해서 고찰하였다. 일반적으로 의료과오소송 경우 환자측의 증거의 부족, 입증의 어려움 등을 고려하여 입증의 정도를 완화에 대해 구체적인 내용은 무엇인지 또한 어느 정도로 낮추어야 하는지 그 의문점에 대해서 살펴보고, 의료과오소송과 관련된 이론적 논점 중에서 가장 중요한 문제라고 할 수 있는 입증의 대상으로서 과실과 이에 따른 손해와의 인과관계의 문제에 대해서 알아본 후 의료과오소송의 입증의 정도 그 문제점에 대해서 고찰하였다

제4장에서는 의료과오소송에 있어서 입증책임의 완화 방안에 관하여 살펴보았다, 의료과오소송에서 환자와 의사간의 불평등성을 타협하기 위하여 입증부담자의 입증책임 완화의 효과를 가져다주는 이론적 대안이 꾸준히 논의 되어 왔다. 이것과 관련한 개연성설, 사실추정론, 표현증명(일응의 추정), 확률적 책임론, 마지막으로 Res Ipsa Loquitur법리 등이 주장되어 왔는데, 이에 관하여 먼저 그 견해의 내용을 검토한 후 의료과오소송에 있어서 이 이론을 어떻게 수용·적용할 수 있는지를 고찰하였다. 그리고 피고(의사측)가 부

당하게 증거를 은닉하거나 훼손 기타 폐기함으로써 원고(환자측)의 증명을 방해하거나 어렵게 하는 경우, 이에 대하여 소송상의 어떠한 제재를 가할 것인지 그 방법과 내용에 대하여 살펴보고, 이를 소송상 어떠한 법적 규율을 하여야 할 것인가에 관해 이론과 판례를 검토한다.

제5장에서는 입증책임전환에 관해서 고찰하였다. 의료과오소송에서 과실과 인과관계의 입증에 대한 어떠한 변화를 주어야 하고 어느 정도의 법적 효과를 부여할 것인지에 대한 논의되는 문제의 하나로서 입증책임의 전환 내지 완화문제가 거론 되었다. 이에 관하여 살펴보기로 한다.

제6장에서는 결론으로서 본론의 내용을 정리하였다.

2. 연구의 방법

의료과오소송으로 인한 입증책임완화 중에서 특히 완화 방법으로 입증책임 완화, 입증책임 전환, 입증책임 방해 등을 어떻게 하면 환자의 입증책임을 완화시켜 환자의 피해구제를 용이하게 하고, 의사에게도 지나치게 무거운 부담을 주지 않는 범위 내에서 환자측의 입증부담을 감경시킬 필요성이 있게 되었다. 이에 우리나라에서 출간된 단행본과 학위논문, 그리고 발표된 연구논문과 소수이지만 외국의 논문 등을 검토하여 국 · 내외에 적용되는 여러 이론을 정리 · 분석 하였고. 현재 의료과오소송에 관련 법규와 판례를 비교 · 검토하여 그 적용 실태를 연구 하였다. 의료과오소송 대한 광범위한 범위를 어떻게 하면 조금이나 쉽게 접근 할 수 있도록 노력하였다.

제2장 의료과오의 책임법리

의료행위는 인간의 생명에 관련된 건강과 질병을 대상으로 하는 의학의 사회적 적용[1] 즉, “의학적인 지식과 수단방법 즉 의술로써 질병을 진단하고 치료하는 것”[2] 이라고 정의할 수 있다. 반드시 질병과 관계된 경우에 한하

1) 김기령, 의료와 의권, 대한의학협회지, 제23권 제3호, 1980. 177면.

는 것은 아니고 질병치료 외에 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위를 말한다. 의료법은 “의료인이 행하는 진료 · 조산 · 간호 등 의료기술의 시행하는 것으로 규정하고 있다(제12조). 판례는, 처음에는 의료행위를 적극적으로 정의하여, 질병이 예방과 치료행위로 국한하고 그 밖의 성형시술은 의료행위에 포함시키지 아니하였다가[3] 그 후 태도를 변경하여 성형시술도 의료행위에 포함시켰다.[4] 또 무면허 의료행위에 관한 사건과 관련하여 의료인이 행하지 아니면 보건위생상 위해(危害)가 생길 우려가 있는 행위로 그 의미의 폭을 확장하였다.[5] 학설도 대체로 판례와 같이 정의하고 있으나[6] 의료행위는 고정적 개념으로 이해하는 것 보다는 사회와 개인의 가치관의 변화에 따라 구체적 사안에 따라 정할 수 있다는 견해[7], 진단 치료예방 외에 보건상 위해를 일으킨 수 있는 행위도 사회통념에 따라 그 때 그 때 정해야 한다고 주장하는 견도 있다.[8] 한편 판례는 의료행위를 “...예방 치료행위 외에 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위”라고 정의한데 대하여 의료행위의 개념상의 외연이 의학의 사회적 적용 또는 의술과 관련이 없는 분야에까지 확대될 수 있으므로 부당하다는 비판이 있다. 그러나 의료행위는 의료인만이 행하는 것을 전제하고 있으므로 그러한 비판은 적절하지 못하다. 따라서 판례와 같이 의료행위를 정의하는 것이 옳다고 생각된다.[9]

의료행위로서 일반적으로 승인되어 있는 것은, 질병의 치료 · 경감, 질병의

---

2) 김선석, 의료과오에 있어서 인과관계와 과실, 의료사고에 관한 제문제, 재판자료 제27집, 법원행정처, 1985. 3면.

3) 대판 1972. 3. 28, 72도342 ; 동 1978. 9. 26. 77도3156. 동 1981. 1. 11. 80도2974.

4) 대판 1974. 2. 26. 74도 1114.

5) 대판 1779. 5. 29. 77도2191. 대판 1999. 6. 25. 98도4714에서는, 의학적 전문지식을 기초로 하는 경험과 기능으로 진찰, 검안, 처방, 투약 또는 외과적으로 시술을 행하지 않으면 보건 위생상의 위해가 생길 우려가 있는 행위”라고 한다.

6) 이보환, “의료사고로 인한 민사책임 법률적 구성”, 의료사고에 관한 제문제, 법원행정청, 1985. 9면~10면.

7) 신현호, 의료소송총론, 육법사, 1997. 27면~28면.

8) 추호경, 의료과오론, 육법사, 1992. 23면.

9) 강신웅, 의료와 법률, 조선대학교 출판부, 2006. 4면에서 인용.

예방, 기형의 교정, 조산 · 낙태시술, 치료목적을 위한 환자에의 시험, 의술상의 진보를 위한 실험 등을 들 수 있다. 그러나 그 양상은 의학의 진보와 의료기술의 혁신, 의료에 대한 개인 내지 사회의 기대의 변화에 따라 변화한다. 어느 범위까지 의료에 대상으로 삼아야 하는 가는 의료의 적합성 나아가 의료윤리의 차원에서도 고려하여야 한다. 의료윤리는 의학의 향상, 사회인식의 변화, 가치관에 따라 영향을 받기도 한다.[10]

의료행위는 의료인에 의해서만 행해진다. 의료인은 의료법에서 정한 의료전문인들을 의미한다.[11] 의료사고란 함은 "의료행위가 개시되어 그 종료에 이르기까지의 과정에서 환자에게 발생한 손해를 의미한다.[12] 의료사고를 광의로 이해하면 의료과오 외에 병원의 시설결함으로 또는 다른 환자에 의한 피해, 의료기구의 결함으로 환자에게 생긴 손해 등 시설관리 면에서 발생하는 사고는 물론 신생아가 바뀐 경우 등도 의료사고라고 한다.[13] 좁은 의미로는, 의료사고 중에서 의료인의 과실에 의하여 환자에게 인체손해가 발생하는 경우만을 의미한다. 의료과오는 민사법상으로는 "일정한 사실을 인식할 수 있었음에도 불구하고 부주의로 인식하지 못한 것"으로 설명하고, 형법상으로는 "정상의 주의를 태만히 함으로 인하여 죄의 성립요소인 사실을 인식하지 못한 것이라고" 설명한다. 대개의 경우 의료과실은 의료과오를 전제로 하고 있다고 보는 견해[14], 환자인 원고는 의료과오소송에서 세 가지 요건, 즉 ① 의사에게 요구되는 주의의무 기준으로부터의 일탈, ② 원고가 손해를 입었다는 것, ③ 그러한 손해의 원인은 피고의 과실로 발생하였다는 것을 증명하여야 하는데, 이 세 가지 요건 중, 첫째의 것이 과실(과오)의 문제라 하

10) 김선석, 전게논문, 54면.

11) 의료법에서 제2조는 제1항은 "의료인이라 함은 보건복지부장관이 면허를 받은 의사 · 치과의사 · 한의사 · 조산사 및 간호사를 말한다(제2조 제1항). 의사는 의료와 보건지도에, 치과의사는 치과의료와 구강보건 지도에, 한의사는 한방의료와 한방보건지도에, 조산과 임부 · 해산부 · 산욕부 및 신생아에 대한 보건과 양호지도에, 간호사는 상병자 또는 해산부에 요양상의 간호 또는 진료의 보조 및 대통령령이 정하는 보건활동에 각 종사함을 임무로 한다고 규정하고 있다(동조 제2항).

12) 唄孝一, "現代醫療における事故と 過誤訴訟" 現代損害賠償法講座 4券, 日本評論社. 1974. 3面.

13) 신현호, 전게서, 31면.

14) 추호경, 전게서, 24면.

여 전문가의 과실을 과오라고 보는 견해[15] , 의료과실이란 의사가 환자를 진료하면서 당연히 기울여야 할 업무상요구되는 주의의무를 게을리 하여 사망, 상해, 치료지연 등 환자의 생명, 신체의 완전성을 침해한 결과를 일으키게 한 경우로서 의사의 주의의무위반에 대한 비난가능성을 의미한다. 의료과오란 일본에서 사용되기 시작한 용어이며, 영미법에서의 Medical negligence는 의료과실로, Medical malpractice는 의료과오로 번역하여 사용하는 것이 일반적이나 이를 특별한 구별하여야 할 실익이 없다고 생각한다.[16] 판례는 의료과실이란 용어를 사용하기도 하고[17], 경우에 따라서 진료상의 주의의무위반을 의료과실 내지 의료과오로 이해하여 양자를 같은 개념으로 이해하고 있다.[18]

제1절 의료행위의 특수성

의료는 전문적 지식을 가진 의료인에 한하여 행해지는 전문성, 환자의 신체에 危害를 가하는 侵襲性, 전문 의료인만이 수행할 수 있는 專門性, 환자의 건강상태에 부응하는 적절한 진료를 해야 하므로 전문인으로서의 판단에 따라 진료해야 되는 載量性, 환자는 전문적인 지식이 없는데다가 진료과정에서 구체적으로 어떠한 진료가 행해졌는지 알 수 없는 밀실의 진료가 행해지는 密行性, 적절한 시기에 진료를 개시하지 않으면 환자의 건강을 해치거나 생명의 위험성을 초래할 수 있는 單行性 내지 求命性, 진료에 최선을 다하여도 결과를 예측할 수 없는 豫測困難性 등의 특성이 있다.

---

15) 박동섭, “의료과오소송에 있어서의 인관관계(Ⅰ)”, 사법논법, 제12집, 법원행정청, 1981. 163면.

16) 임정평, “의료과오로 인한 손해배상의 특수성”고시연구, 1988. 118면.

17) 대법원, 1997. 8. 29. 선고 96다46903 판결.

18) 대법원, 1998. 2. 27. 선고 97다38442 판결.

1. 침습성

의료행위는 환자의 신체에 위해를 가하는 것을 전제로 한다. 의료인은 일반불법행위자의 침해와는 차원을 달리하므로 용어상 구별하기 위하여 침습이라는 말을 사용한다. 누구든지 자기 신체의 자유권을 가지며 자기신체에 대한 처분은 자기만이 결정할 수 있으므로 의료가 개시되기 전에는 반드시 환자의 승낙을 받아야만 위법성이 조각된다고 해석하여야 한다. 나아가 이러한 승낙이 환자의 자유로운 의사에 기초로 하여 행해지도록 하기 위하여 의사는 환자에게 그의 건강상태와 진료의 방법, 진료 후에 생길 수 있는 부작용 등을 설명하여야 한다. 환자는 의사의 설명을 통하여 자기결정권을 행사함에 있어서 요구되는 정보를 획득한다. 환자는 이 정보를 에 근거하여 자발적인 의사로 자기 신체에 대한 결정을 하게 된다. 이러한 과정이 이루지지 않으면 아무리 적절한 진료가 행해지더라도 위법성이 조각되지 않는다. 물론 예외는 있을 수 있다. 응급의료가 행해질 수밖에 없는 긴급한 상황 하에서는 의사의 설명의무는 생략될 수도 있다. 의료침습이 위법성이 조각되지 않은 경우에는 환자의 권리를 침해한 것이 되어 그에 대한 불이익이 따른다.

2. 전문성

의료행위는 고도의 전문적 지식과 기술을 필요로 한다. 의료인은 오랜 시간과 비용을 들여 의학 및 의료기술에 관한 전문적 지식을 습득하고, 오랫동안 스스로 필요한 기능과 기술을 익히는 수련과정을 거치기도 하지만 전문의료인이 된 후에도 신진기술을 따라잡기 위해 부단히 연구하고 의료지식에 관한 정보를 터득하여야 하는 입장에 있다. 그러므로 환자에게 구체적인 지시를 받음이 없이 환자의 건강상태에 적합한 진료 방법을 택할 수 있고 변화에 부응하는 적절한 처치를 할 수 있다. 이러한 전문성에서 재량성도 생긴다고 보아야 한다.

3. 재량성

의사의 환자에 대한 진료는 구체적인 경우에 획일화될 수 없고 그 처방이나 치료방법도 다양하게 개발되어 있는 경우 의사는 환자의 건강상태에 가장 적절하다고 판단되는 진료를 택할 수 있다. 수개의 진료 방법 중 어느 한 가지를 택하여 진료를 행할 지라도 그 선택된 진료방법이 임상의료에서 통상 행해지는 방법인 한 의사의 과실로 해석되지 않는다.[19)]

4. 구명성

의료행위는 인간의 건강을 개선하고 회복시키는 건강구제에 그 목적이 있다. 사람의 생명이 위독할 경우에는 신속하게 처치를 하지 않으면 진료의 기회를 상실하거나 환자에게는 치명적인 불이익이 생길 수 있다. 적절한 한 시기에 치료하는 것은 그 만큼 치료의 실효성을 높일 수 있다. 의사의 과실로 적절한 시기에 진료가 행해지지 아니할 경우 이행지체 불완전 이행 이행불능의 계약 책임이 문제 될 수 있으며 동시에 불법행위 책임도 경합적으로 발생할 수 있다.

5. 밀행성

의료행위는 밀실에서 이루어지는 경우가 많다. 이는 위생관리나 환자의 사생활 보호 또는 외과적 시술의 경우 진료의 원활을 기하기 위한 것이다. 그러므로 환자나 이해관계인들은 진료의 과정을 구체적으로 알 수 없게 되고 이러한 정보 부재는 의료소송에서도 그대로 반영될 수 있다. 그러므로 진료기록의 진실성과 그 보존은 진료에 대한 과정이나 결과를 논함에 있어서나 사후 환자의 권리구제에도 중요한 자료가 된다.

---

19) 대법원, 1996. 6. 25. 선고 94다13046 판결.; 대법원, 1984. 6. 12. 선고 82도3199 판결; 대법원, 1992. 5. 12. 선고 91다23707 판결.

6. 예측곤란성

환자의 신체구조 건강상태는 천차만별이다. 어떤 환자에게는 전혀 해가 되지 않는 의료행위가 다른 환자에게는 치명적인 것이 될 수 있다. 통상인에게 진료하는 방법으로 치료를 하였어도 특이체질의 환자에게는 이상증세를 보이기도 한다. 진료의 채무가 結果債務가 아닌 手段債務라고 하는 것도 이러한 특성을 고려한 것이다. 특이 체질의 경우에는 의사의 주의의무 위반으로서의 과실을 측정할 경우에 이를 고려할 수 있다.

7. 폐쇄성

이 폐쇄성은 의료행위의 특성이라기보다는 의료인들의 의식구조와 결부되어 있는 문제라고 할 것이다. 의료인들은 전문가로서 의사들의 세계에서 하나의 인적인 진지를 구성하고 있다. 환자의 의료에 대한 불만이 합리적인 근거위에 여과되지 않고 사회적으로 비정상화하는 경우에는 전문가 집단으로서의 이익단체의 성향을 견지하면서 대사회적으로 방어적인 자세를 취할 것은 명확한 일이다. 의료소송이 많아질수록 방어진료가 증대하고 그 결과 의료수가의 상승으로 보험료가 고액화 되는 사회적 부담이 발생한다. 또 의료인들 사이에는 침묵의 공모현상이 발생하여 의료의 투명성을 저해하는 폐단이 생길 수 있다. 이러한 현상이 의료소송에도 그 영향을 직간접으로 미친다고 할 수 있다.

제2절 의사와 환자의 의료계약 법률관계

의사와 환자간의 법률관계는 의료계약에 의해서 성립한다고 하는 점에 대해서는 대체로 의견이 일치되는 것 같다. 문제는 의사와 환자간의 법률관계가 계약이라고 한다면, 민법 채권편 전형계약 중 어디에 속하는가에 관해서 주장이 대립되고 있다. 본인 견해로는 의료 계약은 전형계약에 속한다기 보

다는 여러 개의 계약이 결합되어 있는 특수한 비전형계약의 일종인 의료계약으로 칭하였으면 한다. 어떻게 보든 의료계약은 환자가 의사에 대하여 자기의 정신적 · 육체적 질병의 치료를 행하는 행위 그 자체를 목적으로 즉 의료계약은 질병의 치료를 행하는 행위 그 자체를 목적으로 즉, 의료계약은 질병의 예방, 진료, 건강진단, 미용성형, 불임시술, 의치제작 등을 위하여 환자측과 의사측이 맺는 사법상의 계약이다.

의료계약에 있어서 의료행위의 법적 성질에 관해서는 여러 가지 학설의 대립이 있다. 일반적으로 의료행위의 급부는 진료를 위한 전과정에서 유기적으로 연결되어 있는 연관적 행위 전체를 가리키다. 즉, 의사의 의료의무는 내용적으로 확정된 결과채무라 할 수 없고, 의학적 지식과 의료기술을 총동원해서 환자의 질병이 치유될 수 있도록 노력하는 것을 내용으로 하는 행위 내지 수단채무라 할 수 있다. 따라서 의료행위는 위임계에 상당히 가까운 비전형계약이라는 견해도 있다.[20] 그러나 환자가 병원에 입원하여 진료를 받으며 수술 등을 받을 경우에는 위임 · 도급 · 임대차(병실의 사용관계) · 매매(급식관계)가 혼합된 비전형계약이 성립한다고 볼 수 있다.[21] 이에 대하여 구체적으로 살펴보면, 계약에 의한 경우와 계약에 의하지 않는 경우로 크게 나누어 볼 수 있고, 전자는 다시 특약이 있는 경우와 특약이 없는 경우로 분류할 수 있다.

1. 계약에 의한 의료행위

일반적으로 의사와 환자의 법률관계는 의료계약에 의하여 개시된다. 보통 의료계약은 환자가 진료를 요청하고, 의사가 이에 응하여 진료를 개시하면 성립한다. 의사는 진료 당시의 의학지식과 임상의학상의 원칙에 따라 환자를 진찰하고 질병에 대하여, 전문의는 전문의로서의 수준으로, 일반의는 일반의

---

20) 김형배, 채권각론, 박영사, 1998. 827면.

21) 독일에서는 병원에 입원하는 경우는 계약관계를 3가지로 구분하고 있다. ① 진료, 간호, 숙식 등의 모든 서비스를 급부의 내용으로 하는 총괄적 입원계약, ② 독립적 보수청구권을 가진 특별 임상의사 추가계약, ③ 환자가 위의 두 개의 계약을 체결하는 경우 등이 있다(김형배, 전게서, 828면).

로서의 수준(선량한 관리자의 주의를 기울여)으로 치료를 행하게 된다. 이에 대하여 환자는 그에 대한 보수를 직불하여야 한다. 그러므로 의료계약은 이와 같은 성립된 진료계약은 환자의 치유 · 전원 · 사망에 인하여 소멸된다. 그러나 환자의 파산 · 금치산 · 한정치산으로는 종료되지 않을 것이다.[22]

종래의 학설에 따르면 의료계약은 일종의 노무계약이라고 할 수 있다.[23] 반드시 환자의 질병을 완치시켜주는 것을 임무로 하지 아니하고 최선을 다하여 치료를 하여야 할 의무를 부담한다. 그러므로 의사의 진료행위는 결과를 반드시 달성해야 하는 것이 아니고 수단성을 지니고 있기 때문에 이를 수단채무라고 하기도 한다. 판례도 이와 같은 견해이다.

한편 민법 제3편 제2장에서는 14종의 전형 계약을 규정하고 있는데, 이 계약 중 의료계약은 위임에 가장 가까운 성질을 지니고 있다. 그러나 경우에 따라서는 계약당사자가 누구인지 확정하기 어려운 점이 있고, 채무내용을 특정할 수 없는 경우도 있으며, 보험진료와의 관계 등을 고려하면 위임이라고만 할 수 없는 경우도 있다. 환자와 사이에 질병의 완치라는 특약이 이루어진 경우에는 도급계약에 가까운 성질을 지니게 된다.

그리고 특히 환자와 의사 사이에 발병의 완치라는 특약을 맺은 경우에는 일반적인 경우와 달리 계약의 내용이 질병의 치료를 위한 최선의 주의의무라는 수단이 아니라 완치라는 결과에 있게 되어 의료계약의 법적 성격이 달라지게 되므로, 이러한 점들을 고려하면서, 아래에서는 의료계약을, 특약이 없는 경우와 있는 경우로 나누어 그 법적 성질을 살펴보고자 한다.[24]

가. 특약이 없는 경우

의료계약이 완치의 특약이 없이 성립된 경우 그 성질은 주로 계약의 해석문제에 귀착되며, 이에 대하여는 위임계약설, 준위임계약설, 도급계약설, 고용계약설, 무명계약설 등이 주장되고 있고, 판례도 국가에 따라서 차이가 있

---

22) 이보환, 전게논문, 22면.

23) 김민중, 의료계약, 사법행정, 1991. 1.(이하 “논문 II”라고 함). 38면.

24) 강신웅, 의료와 법률, 조선대학교 출판부, 2006. 2. 27면. 인용.

다. 아래에서는 의료계약의 성질에 대한 판례 및 학설을 알아본다.

(1) 판례

우리나라의 판례는 의료계약의 성질을 적극적으로 밝히고 있지 않고 있으나 진료채무가 수단채무인 점을 인정하고 있는데 이는 위임계약에 속한 것임을 간접적으로 표현하고 있는 것이라고 생각할 수 있다.[25)]

우리나라 민법상 위임계약은 일본처럼 법률행위에 한정되어 있지 아니하고, 단순히 "사무의 처리"를 위탁하는 것도 위임계약의 내용으로 삼을 수 있으므로, 의료계약도 위임계약이라고 하여 잘못이 없을 것이다. 그러나 진료계약의 특수성 때문에 위임계약 규정을 그대로 적용할 수 없는 경우도 있다.

즉, 위임계약은 무상성을 원칙으로 하고 있으나(민법 제686조), 의료계약은 보통 유상으로 행해지는 것이 현실이고, 수임인은 위임인의 승낙이나 부득이한 사정이 없으면 자기에 갈음하여 제3자에게 위임사무를 맡길 수 없으나(민법 제682조), 개인개업의 경우에 따라서 마취의 외과전문인의 조력을 받아 임무를 수행 할 있으며, 수임인은 위임인의 청구가 있는 때에 사무의 처리상황을 보고하고 그 전만을 보고할 의무가 있으나(민법 제683조), 의사는 사전설명의무가 있을 뿐 아니라, 환자가 중병에 이환된 경우에는 의사의 보고의무가 반드시 행하여져야 한다고 고집할 수 없게 된다.

(2) 학설

우리나라에서는 현행 민법에는 의료계약이라는 계약유형을 규정하고 있지 않아 아래와 같이 여러 가지 학설이 대립하고 있다.

(가) 위임계약설

의료계약의 진료행위라고 하는 사무처리를 목적으로 하는 위임계약으로 파악하는 견해로서 종래의 다수설[26)]과 일본판례[27)]의 입장이다. 그 근거로서

---

25) 대법원, 1993. 7. 27. 선고 92다15031 판결; 대법원, 1988. 12. 13. 선고 85다카1491 판결.

26) 곽윤직, 채권각론, 박영사, 2001. 341면~342면; 김민중, 전게논문 II, 38면; 김용한, 의료행위에 의한책임, 법조 제31권, 제6호 1983. 4면; 서광민, 의료과오책임의 법적 구성, 민사법학 제8호, 한국사법행정학회, 1990. 329면; 이은영, 채권각론, 박영사, 2004. 936면; 김승년, 의료과오에 대한 손해배상책임, 현대민법론, 고시계, 1982. 473면.

환자에 대해 최선을 다하여 치료한다는 사무처리를 목적으로 할 뿐 완치를 목적으로 하지 않는다는 점, 의사의 전문적 지식과 인격 등에 대한 신뢰를 근거로 하여 그의 재량으로 사무를 처리한다는 점, 의료계약이 유상으로 행해지고 있어서 무상이 원칙인 민법상의 위임과 다른 점은 있으니 이는 의료계약의 본질을 좌우하는 것은 아니며, 의사가 선량한 관리자의 주의의무로 진로에 임하는 위임계약과 속성을 같이 한다는 점들을 든다.

(나)도급계약설

이 학설은 일본의 다수설 또는 일부 판례의 입장[28]으로서 도급계약이란 일의 완성을 약속하고 이 결과에 대하여 보수지급을 약정함으로써 성립하는 민법상의 전형계약을 말하는 바(민법 제664조), 의료계약을 환자의 질병을 완치시킬 목적으로 하는 도급계약이라고 한다. 특히 일본에서도 일정한 명확한, 사항을 목적으로 하는 수술,[29] 미용정형,[30] 치과보철[31] 등은 도급 계약의 성질을 갖는 다는 견해가 있다. 예컨대 수술이나 치과의료 등에 관하여 의료계약이 질병의 완치를 목적으로 하는 계약이라는 견해가 있다.[32] 이 견해에 의하면 환자의 질병이 불치이면 의사는 진료비를 받을 수 없다는 결과가 된다. 이러한 해석은 의료계약의 보편적인 현상을 전제로 하여 해석한 것이 아니라면 타당성이 없다.

(다) 무명계약설

민법상의 위임, 고용, 도급계약으로 분류하여 이 규정들을 적용하는 것은 적절하지 않다는 것을 이유로 하여 민법상의 진형계약과는 그 성질을 달리하

---

27) 우리나라 판례는 아직 명확하게 설명하고 있지 않지만, 일본 판례는 위임계약설이 대부분이다(長野地載, 松本支部 昭和, 1957. 4. 3 판결(判例時報 682号 56面).

28) 高橋正春, 醫療行爲と法律, 醫療藥出版, 1980. 49면; 高址址判, 1966. 4. 21 醫療過誤 民事判例集, 東京 法會, 2042面.

29) 加藤一郎, 不法行爲法の研究,, 有斐閣, 1961. 5面; 野村好弘 , 醫療事故の民事判例, 有斐閣, 1971. 303 面.

30) 高橋正春, 醫療行爲と法律, 醫學書院. 1973. 22面.

31) 戒能通李, 債權各論, 巖松堂, 1946. 304面; 淸水兼男, 醫療過誤と醫師の民事責任, 民事法雜誌, 弟52卷 弟6号, 1965. 7面.

32) 加藤一郎, 前揭暑Ⅰ, 5面 ; 윤경현, 의료과오책임, 사법론집, 제6집, 법원행정처, 1975. 126面.

는 특수한 계약으로 보는 견해이다. 이 견해는 다시 특수한 무명계약이라는 견해[33]와 위임에 유사한 무명계약이라는 견해로 나뉜다.[34]

(라) 준위임계약설

의료계약은 환자의 사무를 처리하는 점에서 위임과 유사한 면이 있으나 그 사무의 내용이 법률행위가 아니라는 점에서 준위임계약이라고 하는 견해이다.[35] 이 견해는 일본에서의 통설이고 판례이기도 하다.[36] 일본 민법상의 위임계약은 법률행위만을 대상으로 할 것을 규정하고 있고(동 민법 제643조), 법률행위 외의 다른 사무처리를 대상으로 한 경우에는 준위임이라고 규정하고 있기 때문에(동 민법 제656조), 진료행위는 법률행위가 아닌 사실행위에 지나지 않으므로 위임계약으로 해석할 수 없다는 것이다.[37] 그러나 이에 대한 법적인 효력은 동일하고 구별할 실익이 없으므로 동일하게 다루어야 한다고 한다.[38] 우리민법은 법률행위이든 사실행위이든 모두 위임의 대상이 될 수 있다. 다만 의료계약의 특수성을 감안하여 민법전의 위임규정을 그대로 적용할 수 없다는 의미에선 준위임계약이라고 하는 견해가 있다.[39]

(마) 고용계약설

독일에서는 위임계약이 무상으로만 가능하도록 규정하고 있어 의료계약을 위임계약으로 분류할 수 없다. 그렇다고 일의 완성(완치)을 목적으로 하는

---

33) 권용우, 의료과오의 책임, 법률연구(연세대)제3집, 1982. 350면; 김현태, 불법행위론, 일조각, 1982. 300면; 석희태, 의료계약(중), 사법행정처, 1988. 11. 60면.

34) 김상용, 채권각론, 법문사, 2003. 505면; 김형배, 책권각론, 박영사, 2001. 862면; 이영환, 진료과오에 있어서 의사의 민사책임에 관한 연구, 동아대학교 박사학위논문, 1983. 10면.

35) 이보환, 전게논문, 23면; 김성길, 의사의 의료상 과오에 대한 법적 책임, 사법논집 3집, 법원행정처, 1972. 631면; 문국진, 의료의 법이론, 고려대학교출판부, 1982. 50면.

36) 大谷 實, 醫療行爲と法, 洪文堂,1980. 61面; 加藤一郎, 醫療行爲による 責任, 註釋民法(19) 有斐閣, 1965. 148面; 我妻榮, 債權各論(中二), 岩波書店, 1962. 549面; 談路剛久, 醫療契約, 新民法演習(4), 有斐閣, 1968. 183面; 神戶地裁, 龍野地判, 昭和, 42. 1. 25 判決; 長野地裁, 松本地判 昭和, 47. 4. 3. 判時 682号 56面, 大阪地判 昭和 46. 4. 19. 判時 646号 72面; 東京地判 昭和 46. 4. 14. 下民集, 22卷 3. 4号 372面; 菅野耕毅, 醫療契約法の理論, 信山社, 2001. 97面~99面. 102面 각주(9)에서 재인용.

37) 大谷 實, 前揭書, 61面.

38) 菅野耕毅, 前揭書, 97面~98面.

39) 이보환, 전게논문, 24면.

도급으로 분류하기도 적절하지 아니하여 의료라는 노무제공에 중점을 두어 고용계약이라고 해석하게 되었다. 이 견해는 독일에서의 통설이다.[40]

의료계약은 로마법 이래 고급노무로서 무상으로 행해졌고 설사 대가를 받은 경우에도 이를 보수(merces)가 아닌 사례(honorarium)로 이해하여 무상계약인 위임계약으로 파악하여 왔으나 현대에는 의료가 보통 유상행위로 이루어지고 있고 점을 고려하여 고용계약으로 분류하게 되었다.

(다) 독립계약설

의료계약은 독립적인 성질을 가진다고 보는 견해[41]이다. 이 견해에서는 의료계약은 여러 가지 특성을 지니고 있는 점을 거론 한다. 환자의 양태에 따라 진료를 획일화 할 수 없고, 존엄한 인간의 신체를 다루는 면 때문에 전문성이나 신뢰관계가 중시되는 점을 이유로 의료계약만의 독자성에 착안한 해석론이다. 즉 의료계약의 독자성에 비추어 민법상의 전형계약의 규정을 적용하는 것이 부적절하다는 것이다.

(3) 결언

의료계약의 법적 성질을 파악하기 위해서는 먼저 의료행위의 특수성을 고려하여야 할 것이다. 준위임계약설은 일본 민법에 의존한 해석론으로서 사무의 내용이 법률행위인 경우를 위임이라고 하고, 기타의 경우를 준위임이라고 구분한 데서 비롯된 해석이라고 할 수 있으나, 우리 민법전은 이를 구별하지 않고, 법률행위가 아닌 사무의 처리도 위임계약의 대상으로 보고 있으므로(동법 제680조), 의료계약을 준위임계약으로 해석하는 견해는 우리 민법과 어울리지 아니한 감이 있다. 고용계약설은 고용이란 사용자의 지시 명령에 복하여야 하는 관계인데 의료의 전문성을 고려하면 그렇게 해석하는 것은 옳지 않다. 또 도급계약설은 일의 완성을 내용으로 하는 것인데 의료행위는 의무의 내용이 '완치'가 아니라 '최선을 다할 것'을 내용으로 하는 점에서 의료의 수단성을 간과한 설이라고 할 것이다.[42] 물론 경우에 따라서 차과 진

---

40) Larenz, K, Schuldrecht II, 11, Aufl, 1977. S. 235; 추호경, 전게서, 66면.

41) 조형원, 의료분쟁과 피해자구제에 관한 연구, 한양대학박사학위논문, 1994. 80면.

42) 이보환, 전게논문, 25면.

료의 경우 그 내용이 도급의 성격과 유사한 면도 있으나 이는 어디까지나 국부적인 현상에 지나지 않는다. 무명계약설과 독립계약설은 의료계약의 특수성을 감안하여 민법상 전형계약에 관한 규정을 그대로 적용할 수 없다고 한 점은 타당하나, 계약의 내용이 구체적으로 무엇인지 설명할 수 없다는 단점이 있다고 말할 수 있다.[43] 생각건대, 진료행위는 환자의 신체조건에 따라 다르게 되는 점이 있으나 환자의 구체적인 지시를 받지 아니하고 전문적인 지식에 의하여 재량적으로 행해지고 의술의 발전에 따라 진료의 내용도 발전적으로 변경된다. 나아가 치료는 완치를 의미하는 것이 아니고 의사는 임무수행에 최선을 다하는 것을 의미한다. 이러한 점을 감안하면 의료계약은 위임계약의 실질을 지니고 있다고 할 수 있다. 다만 우리민법의 위임규정은 의료계약만을 전제하고 제정된 것은 아니므로 적절한 변용을 가하여 진료계약의 실질을 추구하는 해석이 이루어지도록 하여야 할 것이다.

나. 특약이 있는 경우

의사와 환자 사이에 질병의 완치 수술의 성공을 요건으로 하여 진료비를 지급하겠다는 특약이 있는 경우에 그러한 의료계약을 어떻게 이해하야 하는가, 이에 관해 견해가 대립되고 있다.

우리나라 다수설은 이러한 특약이 있는 경우에는 진료채무에 관해 결과채무를 부담하는 것으로서 도급계약이 체결된 것으로 이해하여야 한다고 한다.[44]

또 에이즈와 같은 불치의 질병을 제외하고는 현대의학상 완치가 가능하므로 이 가능한 경우에 한하여 도급계약으로 해석하는 것이 타당하다는 견해도 있다.[45] 또 반드시 완치한다고 하는 계약을 체결하였다 하더라도 부작용이 발생한 경우도 있으므로 의료의 특성에 비추어 이치에 맞지 아니하여 사회관념상 공서양속[46]에 반하는 것으로서 무효라고 부정하는 견해도 있다.[47]

---

43) 大谷 實, 前揭書, 62面.

44) 윤경현, 의료과오책임, 사법논집 제6집, 법원행정처, 1975. 125면; 加藤一郎, 不法行爲法の硏究, 有斐閣, 1961. 2面; 김승년, 전게논문, 474면; 김성길, 전게논문, 632면 .

45) 최재천, 의료과실과 의료소송, 서울 육법상, 2001. 160면.

46) 공서양속에 위반된 법률행위란 우선 그 내용 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하는 법률

생각건대, 아무리 의술의 발달하였다하더라도 진료의 과정에서 환자의 신체에 예측불허의 사건이 발생한 수 있다. 성형수술, 불임시술, 검사, 치과의 의치제작, 삽입 등이 성공가능성이 많은 것은 사실이나 의외로 의사의 과실 없이 부작용이 발생할 수 있다. 이러한 점에서 의료계약에 관하여 그 성공여부의 확률에 대한 경험칙 인식만을 근거로 성질론 운운 하는 것은 적절하지 않은 면이 있다. 그러므로 완치를 계약의 요건으로 하여 진료비 지급을 특약하였다면 의사의 과실이 없이 불치가 되더라도 의사는 진료에 대한 대가위험을 인수한 것으로 해석하는 것이 적절할 것이고,[48] 이러한 경우에 굳이 의료계약을 도급계약으로 분류할 필요는 없을 것이다. 의사의 과실로 인하여 완치하지 못한 경우나 불능이 발생한 경우에는 대가위험을 인수한 외에 이와는 별도로 손해를 배상하여야 한다.

한편 의료계약을 쌍무 · 유상계약으로 이해하는 견해가 있으나 이는 일반적으로 그렇다는 의미이고,[49] 민법상 쌍무계약의 법리를 그대로 적용하자는 것은 아니다. 쌍무계약의 원칙을 그대로 관철하는 경우에는 동시이행의 항변권의 원칙 등이 적용되어 불합리한 점이 생길 수 있다. 즉, 진료행위의 공익성 · 긴급성과 관련하여 급부가 반드시 교환적으로 행해져야 한다고 할 수 없는 경우가 있기 때문이다.[50]

입원시의 계약관계는 환자가 진료상 필요에 따라 입원하게 된 경우에 의사와 환자와의 사이에는 본래의 의료계약 외에 입원실의 임대차 등을 포함한 입원계약이 체결되는 데, 이러한 경우 병원은 환자에게 숙식의 제공을 비롯하여 간호, 보호 등의 입원에 따른 일체의 포괄적 채무를 부담하므로, 이러한 입원계약은 일종의 혼합계약으로서 성격을 가진다 하는 견해가 있다.[51]

행위를 가리킨다. 법률행위의 목적이 공서양속에 위반 되는가 아닌가는 단지 법률행위의 내용에 의하지 않고, 그 법률 행위에 구속력을 부여하는 경우에 현실적으로 발생하는 모든 결과를 고려하여 판단하여야 한다(김민중, 민법총칙, 두성사, 1995. 435면).

47) 青水兼男, 前揭論文, 759面.

48) 대가 위험을 인수한다는 말은 환자가 완치되지 않으면 진료의 보수를 받지 않는 것을 의미함.

49) 김정배, 채권각론, 박영사, 2001. 861면.

50) 김상용, 채권각론, 법문사, 2003. 507면.

51) 김정배, 전게서, 962면; 김민중, 전게논문Ⅱ, 39면.

그러나 의사는 병원설비 외에 간호사 등 이행 보조자로 구성되는 총체적인 의료급부를 제공하고 그에 대한 대가로 보수를 받는 다고 이해하는 것도 가능하다. 여행계약의 경우 여행사는 여행객의 목적지까지의 운송, 여행목적지 관람, 숙식제공, 귀환운송을 포함한 총체적 급부를 제공하고 그에 대한 반대급부로서 여행요금을 받는 것을 고려하면 의료급부에 관해서도 이러한 시각에서 이해할 수 있을 것이다.

2. 계약에 의하지 않은 의료행위

가. 법적 의무 없이 진료한 경우

의사와 환자 사이에는 의료계약이 체결되는 것이 보통이지만 환자 측의 진료의뢰가 없어도 의사는 진료해야 할 경우가 생긴다. 예컨대, 자동차 사고를 당한 사람을 교통경찰, 행인 등이 이송해 온 경우가 그렇다. 환자 자신은 의식불명상태이고, 법정대리인이나, 부양의무자 없이 병원에 운송 되어 왔을 때, 의사는 환자측의 의사와는 관계없이 진료를 개시하게 된다. 이러한 경우에 의사와 환자의 관계를 어떻게 이론 구성할 것인가에 관하여 견해가 나뉜다. 구조자가 환자를 위하여 병원개설자와 계약을 체결하는 제3자를 위한 계약이라는 견해, 의사 환자 간에 사무관리관계가 성립한다고 하는 견해,[52] 사실적 계약관계라고 하는 견해 등이 있다.[53]이 중에서 제3자를 위한 계약설은 환자와 아무런 관계도 없이 호의를 베푼 자에 대하여 진료보수 의무를 지우게 되어 불합리한 점이 있다. 이는 선량한 구조자의 상부상조의 정신을 감소시킨다는 문제점도 있다. 나머지 두 가지 견해에 관해서만 살펴본다.

---

52) 김민중, 전게논문Ⅱ, 40면; 서광민, 의료과오책임의 법적구성, 민사법학, 제8호, 1990(이하 논문Ⅱ라고 함), 336면.

53) 석희태, 의사와 환자간의 기초적 법률관계의 분석, 판례월보 1985. 8 (이한 논문Ⅱ라고 함), 13면~14면.

나. 사무관리이론

사무관리란 함은 의무 없이 타인을 위하여 사무를 관리하는 것으로, 사무관리관계가 성립하기 위해서는 관리자(의사)는 타인(환자)을 위해 사무(진료)를 괸리하는 의미가 있어야 하며 그 사무관리(진료)가 타인에게 해가 되거나 의사에 반한다는 것이 명백하지 않아야 한다.[54] 이러한 점에서 의사의 진료는 사무관리가 될 수 있다. 그 결과 민법상 사무관리 규정에 의하면, 의사는 환자에게 가장 이익이 되는 방법으로 치료를 하여야 하며 (민법 제734조 제1항), 환자의 의사를 알거나 알 수 있는 때에는 그 의사에 적합하도록 관리(치료)하여야 한다(동조 제2항). 의사는 환자 본인이나 상속인, 법정대리인이 일정한 의사표시를 할 때까지 진료를 계속하여야 한다(민법 제737조).다만 진료의 계속이 환자의 의사에 반하거나 환자에게 불리함이 명백한 때에는 그러하지 아니한다(동조 후단). 한편 긴급진료의 경우 의사의 진료과오가 있더라도 고의나 중대한 과실이 없으면 이로 인한 손해배상책임은 없다(민법 제735조), 진료에 관한 반대급부에 관해서는 환자 본인에게 지급의무를 부담시키는 것이 당연하고 그 범위는 의사가 지출한 필요비 또는 유익비 등의 비용을 상환하여야 하며 진료가 본인의 의사에 반한 것인 때에는 본인의 현존이익의 한도에서 상환할 의무를 진다(민법 제739조 제1, 3항). 다만 응급의료는 긴급사무관리로 다루어야 하는데, 이에 관하여는 의료법에 따라 의료인은 구급환자에 대하여 응급의료에관한법률이 정하는 바에 따라 응급처치를 행하여야 할 의무가 있으므로(동법 제16조 제2항) 이러한 범위에서 민법상 긴급사무관리는 성립할 여지가 없다.

환자의 부탁 없이 게시되는 의사와 환자의 법률관계를 사무관리로 이해하여 민법의 규정을 적용하면 불합리한 점이 생긴다. 첫째, 환자의 추정적 의사와 추정적 이익이 상반되는 경우, 예컨대 피아니스트인 환자의 손을 임상의학상 절단할 필요가 있을 때 민법 제739조 제1, 3항에 의하면 환자의 추정적 의사에 반한 경에는 손을 절단하지 못한다는 결과가 되어 불합리하게 된다. 둘째, 사무관리의 규정을 그대로 적용하게 될 경우, 의사는 필요비, 유익비 등

54) 석희태, 의사와 환자의 기초적 법률관계, 법률연구(연세대) 3집, 삼양사, 1983(이하 논문 III이라고 함), 170면; 淸水兼男, 前揭論文, 795面~796面.

의 비용을 넘는 보수청구권을 갖지 못하게 되고, 진료가 본인의 의사에 반하는 것인 때에는 환자의 현존이익에 한하여 청구할 수 있는 것으로 된다(민법 제739조 제1, 3항). 셋째, 사무관리자가 타인의 생명 · 신체 · 명예 또는 재산에 대한 급박한 위해를 면하게 하기 위하여 그 사무를 관리한 때에는 고의나 중대한 과실이 없으면 그 손해배상책임을 면하기 때문에(민법 제735조), 의사의 경과실로 인해 환자에게 손해가 발생하여도 의사는 면책되어 불합리하다. 이러한 문제점을 고려하면 적용하는 것은 부적절하며, 의사나 환자에게 공연히 불리하지 않도록 적절한 변용을 기하여야 한다.

결론적으로, 환자의 요청 없이 진료가 개시되는 경우에는 의사의 공익성이 요청되어 응급의료에관한법률 등 특별법이 의하여 진료가 강제되는 경우에는 사무관리가 성립하지 아니하고, 그 특별법에 의하여 계약이 형성되는 것으로 이해하여야 한다. 그 밖의 경우 예컨대, 의사가 환자와 같은 비행기에 탑승하였다가 위급한 상황이 발생한 경우에는 의료설비를 갖추고 있지 못하므로 그러한 경우에까지 응급의료의무가 있다고는 할 수 없을 것이다. 이러한 예외적인 경우에 특별법상의 응급의료의무가 발생하지 않을 경우에 한하여 민법상 사무관리는 성립할 수 있을 것이다.

다. 사실적 의료

사실적 계약관계(faktische Vertragsverhältnisse)이란 계약의 성립요건인 당사자의 합의가 존재하지 않더라도 일정한 사실관계가 존재하는 때에는 계약이 유효하게 성립하는 경우와 동일한 법률효과가 발생하는 것을 의미한다.[55] 사실적 계약관계론은 원래 독일에서 주창된 이래 주로 집단거래와 일정한 계속적 채권관계 내지 사회정형적 행위 등에 있어서 인정되고 있는 이론으로서, 명시 또는 묵시의 의사표시가 없어도 보통의 계약관계에 있어서와 마찬가지로 계약법의 규정을 적용한다. 전통적인 법률행위론은 청약과 승낙이라는 두 가지 의사표시의 합치로 성립하며 그 의사표시는 당사자가 완전한 능력자이고 의사와 표시가 일치하며 하자가 없는 경우에만 계약이 완전한 효

55) 이러한 사실적 계약관계론을 처음으로 논하고 문제를 제기한 사람은(Grünter Haupt)이다.

력을 발생한다고 본다. 이에 반하여 사실적 계약관계론은 이러한 법률행위론에 수정을 가하여 제한된 경우에 청약과 승낙에 해당하는 진정한 의사표시가 없더라도 당사자의 사실상의 행위 내지 용태나 혼동으로 계약이 성립함을 인정하고 의사포시가 당사자의 무능력이나 취소 등으로 인하여 효력을 잃는 경우에도 당사자 사이에 계약과 비슷한 법률관계의 성립을 인정한다. 이러한 사실적 계약관계론을 인정하게 되면 환자가 의식불명이어서 어떠한 의사표시를 할 수 없거나, 혹은 묵시의 의사표시 내지는 의사실현 등을 인정할 만한 사정이 없는 경우에 있어서, 환자 측에서는 환자의 생존유지를 위해 의사의 신속한 진료를 받아야 하고, 의시 측에서는 의료계의 자율규범 내지 직업윤리와 의료법상의 진료거부금지의무(의료법 제16조)에 의하여 진료를 행할 것이 요구되는 사실적 계약관계로 파악하는 것이 가능하고, 의사와 환자의 법률관계는 통상의 의료계약관계와 같이 계약법의 규정 내지는 이상에 의해서 규율될 것이다.[56]

3. 의료계약의 당사자

의료계약은 의료인과 환자 사이에 성립하기도 하지만 국가 또는 제3자의 개입에 의하여 성립되는 경우도 있으며, 의료계약을 의뢰한 환자가 미성년자자이거나 행위무능력자 또는 의사무능력자인 경우도 있는데, 전자의 경우에는 의료계약 당사자가 누구인가 후자의 경우에는 의료계약의 성립여부가 문제된다.

가. 의료인측

환자에 대하여 의료를 공급하는 측의 계약의 당사자가 되는 것은 사설 개업의나 의료기관 개설자 내지 경영주체이다.

그러나 진료하는 담당의사가 병원의 피용자인 경우에는 담당의사가 아니라

56) 석희태, 의료과오민사책임에 관한 연구, 연세대학교 대학원 박사학위논문, 1988. 8. 10면; 추호경, 전게서, 73면.

의료기관의 개설자이자 경영주체인 국가, 지방자치단체, 의료법인, 비영리법인, 정부투자기관(의료법 제30조)이 당사자가 된다. 실체 담당의사는 의료기관의 피용자로서 의무를 이행하는 이행보조자에 불과하다는 견해[57]과 의사는 독자적인 판단으로 일하는 전문가이기 때문에 병원과 담당의사는 환자에 대하여 연대채무로서의 관계에 있다고 보아야 한다는 견해[58]가 있다.

담당의사가 이행보조자에 불과하다는 견해에 의하면 담당의사를 상대로는 계약상의 채무불이행책임을 물을 수 없고, 불법행위책임의 추궁만이 가능하다.

사견으로는 병원이 진료보수청구권을 가지며 의사는 업무집행에 있어서 병원의 지시 · 명령에 복종하는 점을 고려하면 계약당사자로 보기는 어렵고, 이행보조자로 봄이 타당하다고 생각된다. 의사의 업무의 독립성 · 재량성 · 전문성을 고려하여 이행대행자로 파악하는 견해[59]가 있으나 이는 부당하다. 이는 법적지위의 독립성과 업무의 전문성을 혼동하는 설명이기 때문이다.

나. 환자측

환자가 행위능력인 경우에는 환자를 계약당사자로 보아야 합에는 별문제가 없다. 그러나 환자가 미성년자이거나, 행위능력이 없거나 의사능력이 없는 경우에는 누구를 당사지로 보아야 할 것인가 하는 문제가 생긴다.

(1) 환자의 단독인 경우

일반적으로 의사능력이 있는 행위능력자(미성년자, 한정치산자)는 재산상의 법률행위를 할 수 없다. 그런데 의사능력이 있는 미성년자가 혼자 와서 진료를 요구하고, 의료기관이 이에 응하여 진료계약이 체결된 후 행위무능력

---

57) 문국진, 의료법학, 창림출판, 1991. 87면; 中井美雄, 醫療過誤法, 青林書院, 1994. 61面; 일본에서는 이 설이 통설(加藤一郎, 註釋民法(19), 有斐閣, 1965(이하 책 II). 148面; 大谷 實, 前揭書, 67面; 新美育文, 前揭論文, 51面; 東京地判, (昭和50), 1975. 1. 20 . 判示 弟764号, 19面.

58) 이보환, 전게논문, 25면.

59) 석희태, 전개논문III, 169면.

을 이유로 계약을 취소할 수 있는가의 문제가 제기될 수 있다. 일반 원칙대로 취소할 수 있다는 설[60]도 있으나, 의료계약은 환자의 생명 · 신체에 이익을 주는 것이므로, 미성년자의 보호에 반하지 아니하므로 취소할 수 없다는 견해[61]가 있다 다만 미용성형수술, 불임수술, 임신중절수술 등과 같은 의료행위에 대해서는 진료가 실시되기 이전이라면 취소가 가능하다고 본다.[62] 이는 의료의 구체적인 사안에 따라 적절한 해결을 도모하기 위한 것으로 생각한다.

(2) 법정대리인의 동반한 경우

의사능력 있는 행위무능역자가 친권자 · 후견인 등의 법정대리인을 동반하여 진료를 요청하였을 때에는 누가 의료계약의 당사자인가에 대하여 학설이 대립된다.

우선 의료기관개설자와 환자간의 직접적인 계약관계로 보고, 다만 환자가 무자력인 때문에 동반된 법정대리인이 진료보수채무에 관하여 연대책임의무 또는 연대보증채무를 부담하는 것으로 보자는 직접계약관계설,[63] 미성년자가 법정대리인을 통하여 계약을 체결하는 것이라는 법정대리인에 의한 계약관계설,[64] 환자라는 제3자를 위한 법정대리인과 의료기관개설자간의 제3자를 위한 계약설이 성립한다는 견해가 대립한다.

미성년인 환자가 법정대리인을 동반하였을 때 누가 의료계약의 당사자가 되느냐는 의료기관의 진료보수청구권확보와 환자의 진료청구권 및 손해배상청구권과 관련하여 중요한 의미를 갖는다.

계약당사자가 미성년자인 환자인가 아니면 법정대리인인가 하는 것은 구체적 사정에 따라 결정하면 될 것이나 미성년자가 계약당사자로서 나서지 아니

60) 門脇 稔, 醫療過誤民事責任論, 東京, 酒井書店, 1979. 179面; 석희태, 전게논문Ⅲ, 169면.

61) 석희태, 전게논문Ⅲ, 174면; 이보환, 전게논문, 25면.

62) 석희태, 의사와 환자간의 기초적 법률관계의 분석, 판례월보, 제179호, 9면. 서광민, 의료계약의 법률관계, 고시계, 1992. 9. 42면; 김병태, 의료과오에 대한 의사의 민사책임, 전남대학교 대학원 박사학위논문, 1995. 2. 64면.

63) 新美育文, 前揭論文, 52面; 석희태, 전게논문, 175면.

64) 大谷 實, 前揭書, 67面.

한 경우에는 법정대리인이 계약당사자가 된다고 보는 것이 현실에 더 부합한 것 같다.[65] 제3자를 위한 계약설을 바로 주채무자를 법정대리인으로 보기 때문에 의료기관의 진료보수청구권 확보라는 점에서는 가장 합리적인 학설이다. 다수설에 의하면 제3자를 위한 계약의 성립에 반드시 제3자의 수익의 의사표시가 필요한 것은 아니다.

(3) 의사무능력자인 환자에 대한 진료를 법정대리인 · 배우자 · 부양의무 있는 친족이 요청한 경우

환자가 의사무능력자이기 때문에 법정리인이 진료요청을 한 경우에 의사와 환자 사이에는 직접적인 계약관계가 없다. 이러한 경우 당사자를 누구로 볼 것인가가 문제되는 바, 이에 대하여는 진료요청자가 친권자이거나 배우자인 경우 그리고 부양의무 있는 친족인 경우에는 다음과 같은 학설의 대립이 있다. 이에 대하여 개괄적으로 살펴보기로 한다.

(가) 대리설

환자 본인이 의사무능력자이거나 의식불명인 경우, 친권자인 법정대리인이 환자를 대리하여 계약을 체결하는 것이므로 환자 본인이 당사자가 된다거나 또 혼인 중에 있는 환자의 경우에는 부부 일방이 일상가사대리권의 범위 안에서 의식불명인 타방을 위하여 의사(의료기관)와 계약을 체결한다는 설이다.[66]

이 설에 대하여는 환자의 신체에 침해를 가하는 진료는 환자가 직접 결정할 사항이어서 대리와 친하지 않은 행위인데 과연 대리가 가능한가의[67] 의문이 있으며(민법 제832조),[68] 환자 본인을 당사자로 보게 되면 법정대리인이 진료보수를 부담하지 않게되어 대리행위에 묵시적인 연대 내지 단독의 진료보수부담의 특약이 있다고 보아야 하는 문제가 있고, 그리고 대리에 친할 수

---

65) 이보환, 전게논문, 27면.

66) 門脇 稔, 前揭書, 179面.

67) 新美育文, 前揭論文, 55面.

68) 민법 제832조: 부부의 일방이 일상가사에 관하여 제3자와 법률행위를 한 때는 다른 일방은 이로 인한 채무에 대하여 연대책임이 있다. 그러나 이미 제3자에 대하여 다른 일방의 책임 없음을 명시한 때는 그러 하지 아니하다.

없다는 의료행위 자체의 특성상 문제점이 있고, 특히 환자가 부부의 일방일 경우 의료행위가 때로는 불구의 결과를 낳기도 하고 생명을 잃을 수도 있고, 때로는 거액의 진료비를 부담할 수도 있는 진료계약를 과연 일상적인 가사로 볼 수 있느냐 하는 문제점이 있다.

판례 중에는 병원장이 치료 담당의사의 사용자로서, 소아로서 전혀 의사능력이 없는 원고와의 진료계약에 따른 적절한 치료의무를 다하지 못한 계약당사자로서 책임을 져야 한다고 하여, 의사능력 없는 환자를 진료계약에 따른 계약당사자로 전제하는 대리설의 입장에서 있는 것도 있다(1996.6. 5 선고 94가합95135 판결).

(나) 제3자를 위한 계약설

이 설은 친권자가 무능력자 또는 의식불명인 환자를 위하여 또는 부부일방이 타방을 위하여 각각 의료계약을 체결하는 "제3자를 위한 계약"이라고 본다.[69] 현재 우리나라의 대부분의 학자들이 이 설을 취하고 있다. 이 설은 취할 경우에는 환자가 의식을 회복한 후 과거의 진료행위를 인정하고 계속 진료를 받으면서도(환자가 자력이 있음에도 불구하고) 보수지급의무를 부담하지 않는다는 문제점이 있다.

(다) 부진정한 제3자를 위한 계약설

의료계약의 당사자는 의료진측과 친권자이지만, 의식불명인 환자와 같은 부부간에는 그들간의 협력의무 또는 부양의무의 대상자로서 진료를 행하는 부진정한 제3자를 위한 계약이라 보는 설[70]이다. 특히 이 경우에는 환자는 단순히 의료급부의 대상자로서의 지위를 가지는데 불과한 것으로 보는 설이다.

환자가 계약의 당사자가 아니므로 병원의 의료과오에 대하여 손해배상청구권을 인정한 수 없다는 문제점이 있다.

(라) 무권대리 내지 사무관리에 의한 의료계약설

---

69) 곽윤직, 채권각론, 박영사, 2001. 344면; 제3자를 위한 계약 또는 무권대리 또는 사무관리가 된다고 설명한다; 석희택, 전게논Ⅱ, 35면; 東京地判, 1975(昭和 50). 1. 20; 이보환, 전게논문, 28면; 서광민, 전게논문, 35면; 권용우, 전게논문, 16면; 文脇 稔, 前揭書, 179面.

70) 新美育文, 前揭書, 179面.

이 설은 친족 이외의 자가 의식불명의 환자를 위하여 진료를 요구하는 경우에는 원칙적으로 양자간의 사무관리에 의한 법률관계가 성립한다고 보는 학설이다. 이에 의하면 의사는 일단 사무관리자에게 진료의 내용을 설명하고 사무관리의 동의를 받아 긴급한 의료조치를 취할 수 있다고 한다.[71]

이 설에 의하면 무권대리인은 의식을 의복한 환자의 추인이 있다 하더라도 그가 무자력인 경우에 진료요청자인 친족에게 보수를 청구할 수 없고, 무의식상태가 장기간 계속되거나 무의식상태 계속 중 사망하는 경우에는 추인을 인정할 수 없어 그 상속인에의 청구가 불가능하게 된다는 문제점이 있다

(마) 검토

환자가 의사무능력자인 경우 의사의 입장에서 가장 중요한 문제인 의료보수지급의 확보를 만족스럽게 해결하여 주는 설은 '제3자를 위한 계약설이다.

그런데 이 설을 취할 경우에는 환자가 의식을 회복한 후 자력이 있음에도 불구하고 보수지급의무를 부담하지 않는다는 문제점이 있다. 이러한 점을 감안하여 의사와 환자 간에 소급적으로 진료계약이 성립되는 것으로 이해하고 환자가 의식을 회복하지 못하는 경우에는 환자 자신을 위한 사무관리가 행해진 것으로 보아서, 제3자를 위한 계약과 환자, 의사간의 진료계약 또는 사무관리가 병존한다고 보는 것이 옳다고 생각한다.[72]

(4) 의사무능력의 환자에 대한 진료를 부양의무 없는 제3자가 요청한 경우

진료요청자가 민법 제974조 소정의 추상적 부양의무도 없는 친족, 친구, 지인 또는 면식도 없는 행인, 교통경찰관, 소방관, 사고의 가해자 등인 경우에 의사와 환자 그리고 환자를 후송한 자 사이의 관계에 대하여 학설의 대립이 있다. 이러한 경우의 의사와 환자 사이의 성립하는 법률관계에 관하여는 제3자를 위한 계약설, 사무관리설과 사실적 계약설이 대립하고 있다.[73]

제3자들 위한 계약설은 아무런 법적의무 없는 제3자가 환자를 위해 치료비 등을 지급해야 하는 문제점이 있어 수궁하기 어렵다.

---

71) 定균李司, 前揭書, 15面.

72) 이보환, 전게논문, 31면.

73) 이보환, 전게논문, 32면~33면.

사무관리설은 의료인이 환자에 대하여 사무관리를 한 것으로 되기 때문에 환자와 병원 사이에 법률관계가 생기고, 제3자와 의료인간에는 아무런 법률관계도 없게 된다. 사실적 계약관계설에서는 의료계약의 당사자는 환자와 병원이 되며 구조자인 제3자와 의료인 사이에는 아무런 법류관계도 생기지 않게 된다.

환자가 의사능력이 없는 경우에, 부양의무 없는 제3자가 요청에 의하여 진료가 개시된 경우에는 '제3자를 위한 계약'과 ' 무관리'가 병행된다고 해석하여야 할 것이다.

(5) 보험의료에 있어서 당사자

의료보험에 가입한 피보험자 및 그 피부양자인 환자가 의료보험지정의료기관으로부터 진료를 받는 경우, 환자와 의사의 법률관계를 어떻게 보아야 할 것인가에 대하여 학설이 나뉘어져 있다. 첫째, 의료기관은 환자와는 직접적인 관계는 없고, 보험자인 건강보험관리공단과 의료기관간의 계약관계에 따라 보험자의 보험급여의무를 대행할 뿐이고 환자는 그 이행의 수령자에 불과할 뿐이므로 의료기관은 환자에 대해서 계약상의 아무런 책임이 없다는 설, 둘째, 의료기관은 환자와의 사이에 직접적인 계약관계에 있다는 설, 셋째, 보험자인 관리공단은 의료기관과의 사이에 환자를 위한 제3자를 위한 계약을 체결한 것으로 보는 설, 넷째, 의료기관은 보험자와의 사이에는 제3자인 환자를 위한 계약관계에 있고, 환자와의 사이에도 직접적인 계약관계가 있다고 함으로써 두 계약관계의 병존을 인정하는 설 등이 있다. 보험의료의 경우는 그것이 사법과 공법의 교차영역에 있고, 건강보험관리공단과 의료기관간의 의료기관의 지정이 있게 되고 요양기관과 환자간의 진료관계의 형성 및 요양기관의 건강보험관리공단에의 진료비청구 등의 법률관계가 얽혀 있어 복잡하다.[74] 그러나 의료기관과 환자간의 직접적인 계약관계의 존재를 부인할 수 없고,[75] 건강보험관리공단과 의료기관간의 제3자를 위한 계약관계의 성립을 인정해야 함을 고려할 때, 보험의료의 경우는 건강보험관리공단과 요양기관

---

74) 석희태, 의료계약(상), 사법행정(한국사법행정학회), 1988. 9. 36면~37면; 김철수, 전게논문, 17면.

75) 김병태, 의료과오에 대한 의사의 민사책임, 전남대하교 박사학위논문, 1995. 2. 65면; 김철수, 전게논문, 20면.

사이에는 제3자를 위한 계약관계가 성립하고, 의료기관과 환자간에는 일반적인 진료계약관계가 성립한다고 보아야 한다.

다. 의료계약의 특질

의료행위의 전문성은 의료계약이 목적으로 하는 진료행위는 고도의 전문적인 지식 · 기술을 필요로 하는 것이다. 그런데 계약당사자의 일방인 의사는 전문가임에 반하여, 계약사자의 다른 일방인 환자는 대부분 의학에 전문적 지식이 없이 계약에 기하여 의사가 해야 할 채무로서의 진료 자체의 성격을 환자 스스로 결정할 수 없다. 따라서 환자는 담당의사에 대하여 양심에 따라 의학적으로 적절한 진료를 실시해 줄 것을 기대할 수밖에 없는 입장이고, 현실적으로도 의사의 직업인으로서의 윤리의식에 맡길 수밖에 없다.

의료채무의 추상성과 수단성은 진료는 전체적으로 각종의 진찰 · 검사를 거쳐서 진단을 함으로써 질병의 실태를 파악하고, 이에 대한 치료가 행하여지는 일련의 과정을 거친다. 그런데 현실적으로 인체조직기능의 복잡성 때문에 그 반응의 예측이 매우 곤란하고 환자의 경과 반응을 관찰하면서 진행되는 것이기 때문에 진료과정에서 행하여지는 개개의 진료행위는 그 것을 처음부터 구체적으로 예정할 수 없고, 의사는 환자의 용태를 살펴가며 각 시점 · 국면마다 적절하다고 생각되는 의료행위를 선택하고 실시할 수밖에 없다. 따라서 진료계약상 의사가 환자에 대하여 부담하여야 할 채무는 “의학적으로 적절한 치료를 행한다”고 하는“추상적 표현”에 그칠 수밖에 없고, 의사가 행하여야 할 개개 진료행위의 내용은 진료를 진행하면서 비로소 구체화되므로 의사의 채무는 전체로서 구체화된 특정의 결과를 달성해야 할“결과채무”가 아니라 질병의 극복을 위한 수단으로서 적절한 의료행위 자체를 행하여 할 “수단채무”에 지나지 않는다.

당사자의 협동관계는 환자와 의사간의 체결하는 의료계약의 기초에는 신뢰관계가 필요하다. 왜냐하면 환자는 자신의 신체 · 생명을 의사에게 맡기고 의사와 함께 치유를 향해 계속적 협동작업을 해야 하기 때문이다. 결국 의료계약에서 환자와 의사는 계약관계의 당사자임과 동시에 상호협력과 신뢰를 필

요로 하는 협동관계인 것이다.

환자의 자기결정권의 존재는 진료는 환자 자신의 생명과 신체를 대상으로 하여 행하여짐으로 그것이 질병의 치우를 목적으로 하여 행하여진다 하더라도 환자에게 때로는 신체에의 침습이나 고통 등의 부담을 일으키고, 때로는 생명의 위험조차 발생한다. 따라서 진료가 갖는 이러한 특성으로부터 진료과정에서 환자 자신에 의한 스스로의 운명에 대한 자기결정이 최대한 존중되어야 하고, 그것은 의료계약의 내용의 되어야 한다.

라. 의료계약의 종료

종료사유는 진료계약은 환자가 치유되거나(진료목적의 달성), 전원, 사망에 의하며, 또는 개원의 개인의 사망, 금치산, 한정치산, 기타 의사결격사유(의료법 제8조)가 발생함으로써 종료, 소멸된다.

그러나 환자의 파산, 금치산, 한정치선에 의해서는 종료되는 않는다고 보아야 한다.[76] 민법 제690조는 당사자 일방의 파산을 위임종료사유로 규정하고 있으나, 이 규정은 진료계약에 그대로 적용될 수 없다.

진료계약의 해지는 위임계약설의 입장에서 진료관계는 신뢰에 기초하는 관계이므로, 의사나 환자는 언제든지 진료계약을 해지할 수 있다(민법 제689조 제1항).

의사 쪽의 해지권을 제한하는 규정은 없다. 환자가 협력의무를 제대로 이행하지 않은 결과 의사와 환자 사이의 신뢰관계를 바탕으로 한 의료행위가 그 목적을 달성할 수 없는 경우에는, 의사는 진료계약을 해지할 수 있다고 보아야 한다. 다만 의사측의 진료계약 해지가 진료거부에 해당하는 때에는, 의사는 정당한 이유 없이 진료계약을 해지할 수 없다고 하여야 한다(의료법 제16조). 또는 의사가 부득이한 사유 없이, 수술을 목적에 두고 있는 경우처럼 불리한 시기에 진료계약을 해지할 때에는, 그로 인한 손해를 배상하여야 한다(민법 제689조 제2항).

---

76) 이보환, 전게논문, 21면.

제3절 의료과오의 책임 근거

의사와 환자의 관계는 계약 관계가 존재하는 경우도 있고 그렇지 아니한 경우도 있다. 전자의 경우에는 그 계약의 종류와 법적 성질이 문제되며, 후자의 경우에는 사무관리 내지는 불법행위의 성립이 문제된다. 소송실무에서는 의료과오소송의 청구원인이 계약책임인 경우 보다는 불법행위책임인 경우가 많다. 그 이유가 어디에 있는 것일까? 아래에서 살펴보고자 한다.

1. 채무불이행책임

진료채무는 하는 채무로서 전문가의 책임이 문제된다. 의료계약이 민법상 어떤 유형의 계약이며, 법적으로 어떠한 성질을 가지느냐는 의료과오의 문제를 풀어가는 데에 있어서 중요한 열쇠가 된다. 학설로서는 위임계약설[77], 도급계약설[78], 무명계약설[79] 등이 있으나 결론적으로는 위임계약설이 타당하다고 생각된다. 그러나 법적 성질이 위임계약이라고 하여 곧바로 민법의 위임규정이 그대로 적용될 수는 없을 것이다. 민법상의 위임규정은 의료관계

---

77) 위임계약설은 의료계약의 진료행위라고 하는 사무처리를 목적으로 하는 위임계약으로 파악하는 견해로서 종래의 다수설의 입장이다. 그 근거로서 환자에 대해 최선을 다하여 한다는 사무처리를 목적으로 할 뿐 완치를 목적으로 하지 않는다는 점, 의사의 전문적 지식과 인격 등에 대한 신뢰를 근거로 하여 그의 재량으로 사무를 처리한다는 점, 의료계약이 유상으로 행해지고 있어서 무상이 원칙인 민법상의 위임과 다른 점은 있으니 이는 의료계약의 본질을 좌우하는 것은 아니며, 의사가 선량한 관리자의주의의무로 진로에 임하는 위임계약과 속성을 같이 한다는 점들을 든다.

78) 도급계약설은 일본에서도 일정한 명확한, 사항을 목적으로 하는 수술, 미용적형, 치과보철 등은 도급계약의 성질을 갖는 다는 견해가 있다. 일본에서는 의료행위에 따라서는, 예컨대 수술이나 치과의료 등에 관하여 의료계약이 질병의 완치를 목적으로 하는 계약이라는 견해가 있다. 이 견해에 의하면 환자의 질병이 불치이면 의사는 진료비를 받을 수 없다는 결과가 된다. 이러한 해석은 의료계약의 보편적 인 현상을 전제로 하여 해석한 것이 아니라면 타당성이 없다.

79) 무명계약설은 민법상의 위임, 고용, 도급계약으로 분류하여 이 규정들을 적용하는 것은 적절하지 않다는 것을 이유로 하여 민법상의 진형계약과는 그 성질을 달리하는 특수한 계약으로 보는 견해이다. 이 견해는 다시 특수한 무명계약이라는 견해와 위임에 유사한 무명계약이라는 견해로 나뉜다.

외에 포괄적으로 전문가의 사무처리를 예상하여 제정된 규정이므로 실제로 의료채무의 특성을 고려하여 구체화한 규정은 많지 아니하기 때문이다. 그러므로 의료계약에 민법전상의 위임의 규정의 쓰임은 그리 많지 아니하다. 한편 의사에게 계약상의 책임을 묻는 경우에는 불완전이행이나 이행불능이 문제 될 것이며, 그중에서도 특히 불완전 이행의 책임을 묻는 경우에는 의사가 진료채무를 하자 없이 이행하였는가가 문제된다. 이 때 채무자인 의사의 진료가 계약의 내용의 좇아 이행하였는가를 검토함에 있어서는 법률의 규정, 계약의 취지, 거래관행, 신의성실의 원칙을 기준으로 하여 판단하게 된다. 입증의 문제에 있어서는, 통설 판례가 요건 분류설의 입장에 서있기 때문에 완전한 이행이 이루어져야 한다는 점과 진료가 불완전하다든지 불능상태에 있음은 채권자인 환자가 입증하여야 하고 자기가 수행한 진료가 과실 없이 행해졌다는 것은 의사가 입증하게 된다. 의료과오에 대한 책임을 계약책임 내지는 채무불이행책임으로 구성하는 주된 목적은 과실의 증명책임을 의사에게 부담시켜 원고 측의 입증부담을 경감시키는데 있다. 이러한 채무불이행책임으로 법리구성을 하는 것이 실제적, 이론적 측면에서 그 유용성이 있느냐에 대하여는 의문이다. 즉, 소송의 실무에서는 당사자를 확정하기 어려운 점이 있고(진료수용자와 신청자가 다른 경우, 보험계약관계가 병존한 경우 등에는 계약 당사자가 누구인지 확정하기 어렵다고 한다). 계약의 내용이 명확하지 아니하고(의료상의 채무는 수단채무이므로 계약 내용을 확정하기 어렵다), 의료계약당사자 외의 제3자에게 손해를 발생케 한 경우(예, 질병이 감염된 경우)에는 계약책임을 물을 수 없게 된다.[80]

2. 불법행위책임

의사와 환자의 법률관계는 계약관계에 의하지 않고 발생하는 경우도 있다. 이 때 이 관계를 사무관리로 해석하여야 할 지 계약이론에 의해서 설명하여야 할지가 문제된다. 의사의 진료의 잘못으로 인한 책임은 계약책임으로 물을 수 있겠으나 소송상으로는 불법행위책임으로 구성하는 경우가 많다. 계약

80) 오석락, 입증책임론, 박영사, 1996. 171면~172면.

책임으로 구성하여야 할 경우에는 이행불능으로 구성해야 할지, 불완전이행으로 구성하여야 할지 의문이 있으며 채무의 내용을 구체적으로 확정할 수 없는 문제점이 있다. 나아가 불완전이행책임을 묻는 경우에는 진료가 불완전하다는 것을 밝히려면 무엇이 완전한 진료에 해당한 것인가를 밝혀야 한다. 그러나 이는 비전문가인 환자에게 기대할 수 없다. 이러한 문제점 때문에 진료에 이행불능의 책임을 묻는 것이 사리에 부합한 것이 아니냐는 해석도 가능해진다. 이행불능의 경우는 적합한 치료의 기회를 놓친 것이 중요한 의미를 가지게 된다. 즉 환자는 완전한 진료가 무엇인가를 밝히는 것보다 적절한 시기에 진료를 하지 아니한 것을 책잡아야 한다고 말할 수 있다. 그러나 소송상으로는 이러한 구체적인 내용이 재판 전에 미리 밝히지는 것이 아니고 사후적으로 발견될 수 있을 뿐이다. 또 그 발견에도 한계가 있다. 이러한 점 때문에 의료과오 소송에서는 불법행위의 구성을 취하는 쪽을 선호하는 것이라고 생각된다. 그렇다면 의료과오 소송의 특성상 환자는 불법행위의 책임으로 법리를 구성하는 것이 소송편의상의 선택이 아니고 필연이 아닐까 하는 생각이 든다.[81] 의사의 책임을 어떻게 구성하든 의사의 과실은 입증되어야 한다. 계약책임의 경우는 채무자인 의사가 불법행위책임은 환자가 입증책임을 부담한다. 그러나 이러한 원칙을 그대로 관철하여서는 당사자대립주의의 이상을 실현할 수 없고 공정한 결과를 가져 올 수 없게 된다.

3. 의료과오 책임에 있어서의 입증의 문제

의료과오의 책임을 계약 책임으로 구성하려면 첫째, 의사가 실제로 이행한 진료의 실현이 계약의 취지에 비추어 불완전 하다는 것, 둘째, 의사에게 고의 과실이 있다는 것, 셋째, 그 진료가 법질서에 의하여 수긍할 수 없는 위법성이 있다는 것, 넷째, 의사에게 책임능력이 존재한다는 것, 다섯째, 진료의 결과 손해가 발생하였다는 인과관계가 존재한다는 것 등의 요건을 갖추어야 할 것이다. 한편 불법행위책임으로 구성하려면 의사가 고의과실로, 위법

81) 강신웅, 민법학의 현대적양상, (라암 서민교수, 정년기념논문집 간행위원회). 법문사, 2006. 5. 312면~313면에서 인용.

하게, 진료를 한 결과 손해가 발생하였다는 것 등의 요건을 갖추어야 한다. 이러한 요건 중 의사가 입증하여야 할 부분도 있으나 의료과오 책임의 관건이 되는 것은 의사의 고의 · 과실의 입증문제이다. 계약 책임의 경우에는 채무자인 의사가 자기에게 과실이 없음을 입증하여야 하고, 불법행위책임의 경우에는 피해자인 환자가 의사의 고의 과실을 입증하여야 한다. 나아가 설명의무의 이행에 관해서도 그 이행여부를 의사가 입증하여야 하는지 환자가 입증하여야 하는지 견해가 갈릴 수 있다.

의료과오 책임을 계약책임으로 구성하든 불법행위 책임으로 구성하든 의사의 과실을 취급하는 데에는 환자가 병원에서 경험한 사실을 토대로 할 수 밖에 없다. 그런데 그에 관한 진료의 과정이나 환자의 건강상태에 대한 상세한 상황은 진료기록에 담겨 있으며, 그 진료기록은 전문적인 의학용어로 쓰여지고, 나아가 그 기록의 보존 또한 의사측이 보존하고 있으므로 환자가 이를 열람하여 의사의 과오를 밝혀내기는 쉬운 일이 아니다. 더욱이 환자가 시술을 받는 경우에는 진료과정에 어떠한 사실이 있었는지조차 알 수 없는 경우가 많다. 설사 의사 측에게 어떤 과실이 있었다 하더라도 대체로 의료소송은 환자가 병원에서 퇴원하여 자기가 받은 진료가 과거의 사실이 된 후에 개시되는 경우가 많기 때문에 재판을 하는 법원의 입장에서도 어떠한 진료가 구체적으로 행해졌는가를 탐색하기는 지난한 일이다.

위와 같은 사정이 존재함에 있어서도 증거방법의 편재로 인한 불공평한 상황을 개선하지 않은 채, 당사자 대립구조에서 재판을 진행할 경우, 환자 측이 재판상 불이익을 당하는 것은 명백하다.

4. 불법행위책임과 채무불이행책임의 비교

가. 실체법상의 비교

과실 있는 행위와 불완전한 이행은 의료과오에 대한 책임은 불법행위책임으로 구성하게 되면, 의사에게 진료상 과실이 있었음을 전제로 하게 되고, 채무불이행책임으로 구성하면 의료인이 시행한 진료가 불완전한 것이었음을

전제로 하게 된다.

불법행위책임에 있어서 과실은 의사로서의 보통인(평균인)이 결과예견의무 및 결과회피의무에 위반한 것을 말한다. 즉, 보편적(평균적)(평균적이란 산술적인 의미가 아님)인 의학지식과 기술을 가진 의료인이라면 누구나 예견가능하고, 회피할 수 있었던 결과를 부주의로 인하여 발생시킨 것이 과실이다.

한편 채무불이행책임(계약책임)에 있어서도 보통(평균적) 의사라면 당연히 갖추고 있어야 할 의학지식(수준)으로써 환자를 진료하였어야 함에도 불구하고 이를 불완전하게 수행한 것에 대한 책임을 묻는다. 의무이행이 불완전하였다는 것은 그 이유가 의학적 지식의 부족에 있든 이미 수준은 갖추었으나 이를 게을리 한 데에 있든 상관없다. 여기서 의학의 수준은 당대의 최고 수준을 의미하는 것이 아니고 일반적으로 통용되는 수준을 의미 한다 그러므로 의료과오에 대한 불법행위책임에서의 과실과, 불완전이행책임에서의 불완전성은 실질적으로 그 의미가 동일하게 된다.

손해배상청구권의 소멸시효는 진료계약은 상행위라고는 이해되지 아니하고 채무불이행책임에 기한 손해배상청구권은 10년의 소명시효가 적용(민법 제162조 제1항)되는 반면 불법행위책임에 기한 손해배상청구권은 그 손해 및 가해자를 안 날로부터 3년(민법 제766조 제1항)이 경과함으로써 소멸한다. 우선 형식적으로는 채무불이행책임을 묻는 것이 채권자인 환자 측에 유리한 것처럼 보인다.

판례는, 여기서 손해를 안날이라 함은, 단순한 손해의 발생과 가해자를 안 날이 아니라, 손해의 발생, 위법한 가해행위의 존재, 가해행위와 손해의 발생과의 사이의 상당인과관계가 있다는 사실 등 불법행위의 요건사실에 대하여 현실적이고도 구체적으로 인식하였을 때를 의미한다고 할 것이고, 손해의 액수나 정도를 구체적으로 알아야 할 필요까지는 없다고 하더라도 피해자 등이 언제 불법행위의 요건사실을 현실적이고도 구체적으로 인식한 것으로 볼 것인지는 사실상 가능하게 된 상황을 고려하여 합리적으로 인정하여야 한다고 해석하고 있다.[82] 또 의료행위의 성질상 통상 일반의 불법행위와는 달리,

---

82) 대법원, 1982. 3. 9. 선고 (81다977, 81다카500); 대법원, 1989. 9. 26. 선고 89다카6584 판결. 대법원, 1994. 4. 26. 선고 93다59304 판결; 대법원, 1996. 8. 23. 선고 95다33450 판결.

그 과실의 유무는 쉽사리 일반인이 알 수 있는 것이 아니므로 진료계약상 과실에 의한 손해배상청구권의 존재를 알게 되는 시점은 상당히 늦추어질 수 있기 때문에 불법행위로 구성이 반드시 환자에게 불리하다고는 단정할 수 없다.[83]

실무에서는 의료과오를 불법행위 책임으로 구성하는 경우는 많은 것 같다. 만약 계약책임으로 구성한다면, 이행지체나 이행불능으로 구성하는 것은 불합리한 면이 있어 보인다. 즉 인체는 신비로운 점이 있어 의학으로 치료할 수 없는 한계가 있다. 의사가 아무리 노력을 기우려도 불치의 질병은 존재한다. 이러한 때에는 처음부터 치료가 불가능한 것이며, 진료의 불성실로 치료불능이 되는 것은 아니다. 그러므로 의사의 책임을 이행불능으로 구성하는 것은 근원적으로 문제가 있다. 다만, 의사가 치료하였는데 그 치료가 불완전하였다든지 의사로서 기우려야 할 주의를 게을리 하여 환자의 건강에 악영향을 미친 경우에 책임을 물어야 할 것이다. 그러므로 의사의 책임은 주로 불완전이행의 책임을 묻는 것이 합리적으로 생각된다. 더군다나 의료인의 책임은 결과채무가 아니고 수단채무인 점을 감안하면 더욱 그렇다.

피용자 또는 이행보조자의 고의 · 과실은 피용자(고용된 의사)가 사무집행에 관하여 제3자(환자)에게 불법행위로 손해를 발생케 한 때는 사용자(병원 경영자)가 배상할 책임이 있다(민법 제756조 제1항). 채무불이행 책임의 경우에는, 이행의 과정에 이행보조자(피용자인 의사)나 사용이 금지된 이행대리자(피용자가 아닌 다른 의사)의 과실이 있으면 그것은 바로 채무자 본인(병원경영자)의 책임으로 돌아가게 됨으로(민법 제391조), 채무불이행책임으로 구성하든, 불법행위책임으로 구성하든 피용자 또는 이행보조자의 고의 · 과실에 대하여 사용자 내지는 채무자가 책임을 지는 것은 마찬가지이다.

한편 불법행위상의 사용자책임은 사용자가 피용자의 선임 및 그 감독에 상당한 주의를 하였거나 상당한 주의를 하였더라도 손해가 발생하였을 경우에는 면책된다(민법 제756조 제1항). 그러나 채무불이행에 관해서는 민법에 그런 면책규정이 없다. 따라서 의료과오에 관하여 계약책임을 묻는 것이 환자에게 유리하다 볼 수도 있겠으나, 실제상 판례는 불법행위법상의 사용자의

83) 이보환, 의료사고로 인한 민사책임 법률적 구성”, 의료사고에 관한 제문제, 법원행정처, 1985. 40면.

면책에 관한 입증책임을 사용자에게 부담시킬 뿐 아니라[84] 면책을 거의 허용하지 않고 있는 실정이다.[85] 그러므로 두 가지 책임이 큰 차이가 있는 것은 아니다.

부진정연대책임은 불법행위에 기한 손해배상청구권은, 그 불법행위에 가담한 자가 數人인 경우, 민법 제760조가 적용된 결과 그들을 모두 부진정 연대책임을 지게 되는 반면,[86] 채무불이행에 기한 손해배상청구권이 數人에 대하여 성립되는 경우에는 그 채무는 별개 · 독립한 다수의 손해배상청구권이 존재하는 것으로 된다. 이러한 차이로 인하여 법인인 병원 혹은 고용의사에 대한 사용자 및 담당 의사를 피고로 한 불법행위 소송에서는 그 진료를 담당한 의사는 불법행위자 본인으로서는 책임을 질 수 있으나, 채무불이행책임을 묻는 경우에는, 진료계약의 당사자는 원고측과 병원 또는 그 사용자일 뿐이고, 실제 진료행위를 한 의사는 그의 이행보조자일 뿐이므로(민법 제391조)[87] 결국 진료계약당사자가 아닌 피용자인 의사에게는 직접 진료계약상 채무불이행에 기한 손해배상책임을 지울 수는 없게 된다.

지연손해금의 기산일은 불법행위에 기한 손해배상청구권은 그 손해가 발생한 불법행위가 있은 날로부터 지연손해금이 가산되지만, 채무불이행에 기한 손해배상청구권은 채무자가 지체에 빠진 것을 인식한 다음 날 혹은 이행최고일 다음 날부터 지연손해금이 가산되게 된다.

상계금지는 고의에 의한 불법행위를 기초로 한 손해배상청구권의 경우에는, 가해자(채무자)는 상계로 대항할 수 없으나, 피해자(채권자)는 상계할 수 있다(민법 제496조). 채무불이행에 기한 손해배상청구권의 경우에는 이 규정이 적용되지 아니하므로 가해자(피고)는 피해자(원고)에 대한 반대채권으로 상

---

84) 대법원, 1967. 9. 26. 선고 67다432 판결; 대법원, 1969. 1. 28. 선고 68다578 판결.

85) 대법원, 1964. 6. 2. 선고 63다804 판결.

86) 민법 제760조 : 제1항 수인이 공동의 불법행위로 타인에게 손해를 가한 때에는 연대하여 그 손해를 배상 할 책임이 있다. 제2항, 공동 아닌 수인의 행위 중 어느 자의 행위가 그 손해를 가한 것인지를 알 수 없는 때에도 전황과 같다. 제3항, 교사자나 방조자는 공동행위자로 본다.

87) 민법 제391조 : 채무자의 법정대리인이 채무자를 위하여 이행하거나 채무자가 타인을 사용하여 이행하는 경우에는 법정대리인 또는 피용자의 고의나 과실은 채무자의 고의나 과실로 본다.

계할 수 있다. 여기에서는 불법행위책임이 피해자에게 유리하다.

나. 소송법상의 대비

(1) 과실 및 불완전이행의 입증책임

불법행위책임이 있어서는 피해자(환자)가 가해자(의사)의 고의 또는 과실을 주장·입증할 책임이 있다(민법 제750조). 그런데 민법 제390조는 채무자가 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때에는 채권자(환자)가 손해배상을 청구할 수 있다고 규정하여, 채무불이행을 원인으로 손해배상을 청구하는 경우에는 채권자(환자)가 채무불이행사실을 입증하여야 한다. 즉 환자는, 의사가 주의의무의 위반으로 불완전한 시료를 하여 자기에게 피해가 발생하였다는 것을 입증하여야 한다. 그러나 그러한 입증은 비전문가인 환자에게 완전한 정도로(법관에게 확신을 줄 정도로)입증하게 할 수는 없다. 환자가 이러한 입증을 하면 채무자인 의사에게 과실이 있는 것으로 추정하고 이의 추정을 뒤집기 위해서 의사는 자기의 시료에 과실이 없다는 것을 입증하게 된다. 결국 앞서 설명한 바와 같이 의사의 책임을 불법행위로 구성할 때의 과실의 입증과 계약책임으로 구성할 경우의 불완전성에 관한 입증책임에 있어서는 즉 환자 측의 입증부담은 커다란 차이가 없게 된다.[88]

(2) 귀책사유의 입증책임

의사에게 불법행위책임을 물을 때는 피해자인 환자 측이 입증책임을 부담하여야 한다(민법 제750조). 채무불이행 책임을 물을 경우에는 채무자인 의사가 자기에게 과실이 없다는 것을 입증하여야 한다(동법 제390조). 후자의 책임을 묻는 경우에는 의사의 책임을 불완전이행으로 구성하여야 하며, 환자가 이를 입증하려면 그 전제로서 의료채무의 내용을 확정하여야 한다. 즉 의사가 이행하여야 할 완전한 진료의 의미를 알아야 한다. 그러나 전문가가 아닌 환자에게는 기대할 수 없으므로 의학과 환자의 생리적 사항 등 전문적인 영역에 관해서는 의사에게 밝히도록 하는 수밖에 없다. 이렇게 되면 불법행

88) 이보환, 전게논문, 41~42면.

위로 책임을 묻는 경우와 큰 차이가 없게 된다.

다. 두 가지 책임의 관계

불법행위책임은 원칙적으로 특별관계 없는 일반인 상호간에 있어서 일방의 위법행위로 인하여 발생한 손해의 배상책임이다. 이에 반해 채무를 이행책임은 당사자간의 채권, 채무라는 특별한 관계에서 일방의 위법행위 즉, 위법행위로 타인에게 손해를 가한 경우 그 배상책임을 목적으로 하고 있다는 점에서 공통된다.

즉, 의료과실이라는 위법행위를 의료계약의 측면에서 보면 채무불이행이고, 계약관계를 떠나 의사 측의 과실만을 보면 불법행위가 된다. 이와 같이 양 책임이 동일 사실에 의하여 동일 당사자간에 발생하는 경우가 있는데, 이 때 양 청구권의 경합을 인정할 것인가가 문제된다. 통설[89]과 판례[90]는 양 청구권의 실체적 경합을 인정하는 청구권 경합설의 입정에서 있으나 최근 이에 반대하는 견해가 실체법상 및 소송법상으로 제기되고 있다.

(1) 청구권경합설

두 가지 청구권은 각각 성립요건과 효과가 서로 달라 별개의 청구권이 라고 생각할 수 있고, 양자 사이의 자유로운 선택을 인정하는 것이 피해자인 채권자에게 유리하다는 실제적인 근거를 들고 있다. 통설이며 판례의 입장이다.[91]

---

89) 곽윤직, 채권각론, 박영사, 2001. 470~471면.

90) 대법원, 1967. 12. 5. 선고 67다2551판결.에서 “전세권자는 전세물인 가옥을 선량한 관리자의 주의로써 보관할 의무가 있고 계약이 해지되면 전세물을 반환하여야 하는 채무를 지는 것이므로, 전세권자의 실화로 인하여 가옥을 소실케 하여 그 반환의무를 이행할 수 없게 된 때에는 한편으로는 과실로 인하여 전세물에 대한 소유권을 침해한 것으로서 불법행위가 되는 동시에 한편으로는 과실로 인하여 채무를 이행할 수 없게 됨으로써 채무불이행이 되는 것이다.” 라고 하여 채무불이행과 불법행위책임 양자의 실체적 경합을 인정하였다. 대법원, 1959. 2. 19. 선고 4290민상571 판결; 대법원, 1962. 6. 21. 선고 62다102 판결은 같은 취지이다.

91) 곽윤직, 전게서, 470면~471면.

(2) 법조경합설

불법행위책임은 일반적인 책임이고, 계약책임은 특별한 책임이므로 특별한 책임 규정이 일반책임 규정을 배제하여 특별한 책임만 발생한다는 설이다. 우리나라 · 일본의 소수설이다.[92] 다만 이러한 법조경합설을 취하더라도 보험의료계약의 경우 의료계약의 당사자를 환자와 보험의료기관이라는 견해를 취한다면, 그 이행보조자인 의료를 담당한 의사에게 불법행위에 의한 손해배상을 청구할 수 있다고 세기게 될 것이다.

(3) 청구권규범통합설

이 견해에 의하면 피해자가 당사자가 다투는 이익은 실체는 하나이지만 권리 실현이라는 면에서 두 가지의 방법이 존재하는 것이므로 실제적으로는 1회의 소송으로 처리하는 것이 일반인의 법의식에도 맞고 거래계의 요청에도 부합한다는 점을 들고 있다.[93] 이러한 설명은 소송법에서의 신소송물이론을 배경으로 한다. 일리는 있으나 현행 법제상으로는 실용성이 없는 견해이다.

(4) 검토

채무불이행책임설과 불법행위책임설은 실질적으로는 큰 차이는 없다 어느 것이 반드시 우월하다고 할 수 없다. 문제는 법조경합설에 따르는 한, 다만 환자측이 불법행위책임으로 소를 제기한 경우에 법원이 채무불이행책임을 인정할 수 있느냐 하는 청구의 내용은 동일하고 거기에 손해배상의 성립요건이 주장 · 입증된 사실에 기하여 계약책임으로서 손해배상의 청구를 인정할 수 있다고 주장한다.[94] 판례는 청구원인이 다르면 소송물을 달리하는 구소송물이론을 취하고 있고, 변론주의원인이 인정되고 있으므로 법원이 당사자의 청구와 무관하게 불법행위청구의 재판에서 채무불이행책임을 인정할 수는 없을 것이다. 물론 법원이 신소송물이론에 입각하여 재판한다면 그렇게 할 수 있을 것이나, 현재로서는 청구권경합에 이하여 해결하는 것이 불가피하다.

---

92) 加藤一郎, 不法行爲法 法律全集, 22-Ⅱ, 有斐閣, 1974(이하 책 Ⅲ이라고함), 50面; 김기선, 채무불이행책임과 불법행위책임과 관계, 고시계, 137권, 61면.

93) 김정배, 민법학연구, 박영사, 1986. 452면.

94) 加藤一郎, 前揭書 Ⅲ, 51面.

제4절 의료과오소송의 특수성

1. 의료과오소송

일반적으로 민사소송에 있어서는 원고와 피고가 서로 공격 방어하는 모습을 법원이 지켜 본 후에 증인과 증거를 통하여 사실관계를 파악한 후에 제삼자적인 입장에서 당사자 누구에게든 불리하지 않은 공정한 판결을 하는 것이 가장 이상적일 것이다. 그러나 이러한 원칙을 관철할 경우 증거방법이나 전문지식이 없는 환자의 입장에서는 불리할 수밖에 없다. 진료의 기록은 의사측이 보존하며 그 기록은 전문 용어로 기재되어 일반인들은 해독을 할 수 없기 때문이다. 나아가 소송은 환자가 퇴원 후에 제기되는 것이 보통이므로 의료소송이 제기 되면 창고에 넣어 둔 진료기록을 찾아내는 것부터 그것이 법정에 제출되기에 이르기 까지 환자 측에게는 힘겨운 일이다. 이러한 불공평한 상황을 시정하지 아니하고는 의사나 환자 사이에 공평한 재판을 기대한 것은 어려운 일이다.

2. 불공정한 상황의 시정

우선 의료과오소송에 있어서 증거의 관건이 되는 것은 진료기록이며 이 기록들은 환자를 진료하거나 다른 병원으로 전원 한 경우에도 진료에 좋은 참고 자료가 될 뿐 아니라 소송에 있어서도 의사의 과실을 추구하는 데에도 증거 자료가 될 수 있으므로 의사들에게는 기록 보존의무가 있다는 규정을 두고 있다(의료법 제22조).

아무리 기록을 잘 보존한다고 할지라도 환자에게나 이해관계인에게 공개되지 아니하면 아무런 의미가 없으므로 환자 측에게 의료기록을 열람할 수 있는 청구권을 부여하고 있다(의료법 제21조). 이는 환자의 알권리를 충족시키는 것 뿐 아니라 자기의 신체를 진료한 과정을 알아봄으로써 의사의 과실을 찾아내는 데에 좋은 자료가 될 수 있기 때문이다.[95] 물론 위 두 규정의 실효성

95) 대판 1998. 1. 23 선고 97도2124 참조

을 담보하기 위한 벌칙을 규정하고 있다(동법 제90조,91조).

실무에서는 기록보존의무가 보장되고 열람청구권의 대상이 되는 문서에 대하여는 문서 제출명령을 내리기도 한다(민소법 제345조). 이 때 번역문도 함께 제출하게 하여 해독의 편의를 기하고 있다.[96] 한편 환자 측이 의사의 과실에 대한 입증이 어려운 경우에는 검찰의 힘을 빌어 수사를 하게 하는 경우도 있는 데 이때는 검찰청이나 형사법원에 소재한 수사기록 등에 대한 문서송부촉탁신청이 행해지기도 한다(민소법 제352조). 물론 사망사고가 발생하는 경우에는 신체 감정인의 도움을 받아 의사의 과실여부에 탐색하는 경우도 있으나 보통 감정인들이 의사인 경우가 대부분이어서 감정의 공정성에 대한 의문이 생길 수 있는 여지가 있다. 물론 진료 기록에 대한 폐기 처분의 우려나 개찬 은익 훼손 등이 행해질 수 있는데 이 경우에는 증거보전절차제도를 활용하여야 할 것이며(민소법 제375조), 이러한 행위들이 있을 경우에는 법관의 심증형성에 영향을 미치기도 할 것이다.

3. 의료과오소송의 과제

의료소송에서 당사자 대립구조를 관철하면 환자에게 불공평하므로 위에서 말한 바와 같이 환자를 보호하는 여러 가지 규정들을 두고 있으나 이것으로서도 의사들의 과실을 추궁하는 데에는 한계가 있을 수밖에 없다. 나아가 환자의 불이익이 반드시 의사의 과실에 그 원인이 있는 것인지 아닌지 알 수 없는 경우도 있을 수 있다. 그러므로 의료소송의 과제는 환자를 약자 취급하여 보호하여야 한다는 편견을 지양하고 환자의 불이익 상태를 만회하여 주되 의사에게도 억울함이 없게 하는 것이야 말로 최상의 과제라고 할 것이다. 아래에서는 의료소송에서 의사의 과실의 증명 문제를 검토하기로 한다.

96) 사법연수원 교재, 특수불법행위, 2004, 206-207면.

제3장 의료과오소송의 입증문제

제1절 서설

의료과오소송에서 의료행위는 고도의 전문지식을 요하는 분야로서 환자측이 증상 및 그에 대한 진료행위에 대하여 잘 알지 못하는 경우가 대부분이고, 치료방침의 선택 등의 결정권에 있어서 의사에게 상당한 재량권이 부여되어 있으며(재량성), 의료행위의 대부분이 환자측의 참여가 배제된 수술실 등에서 밀행적으로 이루어지고(밀행성), 진료기록 등 의료행위과정에 대한 기록과 정보가 모두 의사측에서 작성, 보관되고 있어 환자측의 정보에 대한 접근이 어렵고(정보의 편재), 환자 개개인의 각각의 증상에 따라 시행된 의료행위에 대한 반응이 다양하다(개체반응의 다양성)는 특성을 가지고 있고, 이러한 의료행위의 특성으로 말미암아 의료과오소송에 있어서 환자측으로서는 의사가 의료행위를 함에 있어 어떠한 잘못을 범하였고, 환자에게 발생한 나쁜 결과가 그러한 잘못에 기인한 것인지를 파악하는 것이 대단히 어렵다.[97]

따라서 의료과오소송에서 가장 문제가 되는 것은 바로 의사의 과실 및 그 과실과 손해 사이의 인과관계에 대한 입증이라고 할 수 있는데, 본래의 입증책임분배원칙에 의하면 의료과오소송에서도 원고인 환자측에서 의사의 진료상의 과실 및 그것과 손해 사이의 인과관계의 존재에 대하여 법관이 확신할 정도로 입증할 의무가 있고, 그러한 입증에 실패하는 경우 그에 따른 불이익은 환자측에게 돌아가게 되는데 이는 환자측의 정당한 권리구제마저도 어렵게 하는 경향이 있다. 따라서 의료과오소송에 있어서는 의사에게 불리한 피해를 입히지 않으면서 어떻게 하면 피해자에 대한 정당한 권리구제를 기할 수 있는가가 중심적인 문제가 되는데, 이점은 입증책임의 문제에 있어서 환자측의 입증부담을 경감하는 논의로 나타나고 있다.

---

97) 또한 의사들 사이에 나도 그와 같은 의료과오소송의 피고가 될 수 있다는 의식에서 의료과오소송의 피고가 된 의사를 감싸는 신분적 유대감이 널리 펴져 있고, 의료과오 여부를 감정할 감정인 역시 의사일 수밖에 없어 피해자에게 유리한 감정결과를 얻기 어렵도록 하고 있는데, 미국에서는 이를 conspiracy of silence라고도 한다.

제2절. 의료과오소송의 입증 대상

불법행위책임에 있어서 과실에 대한 입증책임은 환자가 부담하고 있다. 계약책임에 있어서 채무불이행의 귀책사유에 대하여는 본래 채무자(의사)가 입증하여야 하는 것이나, 의료행위에 있어서는 환자가 의사의 불완전이행책임을 묻고 있다. 따라서 환자는 의사의 잘못된 행위로 인한 진료행위의 잘못을 지적하여 의사의 불완전이행 사실을 입증하여야 하는 것이다. 그러나 앞서 말한 바와 같이, 의료행위에 있어서는 전문성, 재량성, 비공계성 등의 여러 성질이 있으므로 모든 의료행위에 대한 입증책임을 문외한인 원고에게 부담하도록 한다는 것은 손해분담의 공평이라는 관점에서 부당하다. 따라서 의료과오소송에서 환자로서는 의사의 과실에 대하여 일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실에 대하여만 입증하면 의사가 규범적 수준의 과실이 없음을 입증하여야 하도록 입증의 부담을 완화시키고 있다.[98]

일반적으로 과실이라 함은 추상적·규범적 개념인지, 의료인은 과실이 없음에도 책임을 져야 하는 것인가 이는 매우 부당하다고 생각한다. 의사는 자신의 무과실을 증명함으로써 과실책임을 면할 수 있을 것이다. 또한 환자는 '병원에 들어갔다가 죽어서 나왔다'라는 사실만 입증해서는 안되고, 특정한 어느 행위에 대하여 (일반인의 상식에 바탕을 둔 의료사의) 과실이 있음을 지적하여 입증하여야 할 것이다. 예를 들면, 산모가 조기에 양막이 파수되었고, 자궁경관의 개대가 미흡한 정도일 때, 의사가 이를 유도분만하다가 상황이 좋지 않아서 아이가 저산소증으로 인한 태아곤란증으로 태어나 결국 사망하게 된 사안이 있다고 가정하자. 그렇다면 의사는 환자가 특별히 지정한 과실에 대하여 추상적·규범적 수준의 과실이 없음을 증명해야 책임을 면할 수 있는 것이다. 조기양막파수가 있고 자궁경관의 개대가 미흡한 경우라도 산부인과 전문의로서는 전문가로서의 판단으로 볼 때 재량범위 내의 행위로서 자신이 판단하여 유도분만을 시행한 의료행위가 과실이 아님을 입증해야만 하는 것이다. 즉, 산모의 체중, 혈압, 맥박 등 모든 상태가 양호하다면 유도분만을 통하여 분만시킬 수 있다는 산부인과 학회의 논문이 있으며 산부

98) 대법원, 1995. 2. 10. 선고 93다52402판결; 대법원, 2003. 1. 24. 선고 2002다3822 판결.

인과 전문의들의 견해 또한 이와 일치한다고 주장하며, 위와 같은 논문이나 견해가 있음을 입증함으로써 책임을 면할 수도 있을 것이다. 따라서 의사는 환자가 지적한 과실에 대하여 자신이 주의의무를 다함으로서 과실이 없었음을 입증을 하도록 되어 있고, 그 입증이 정도는 추상적 · 규범적 수준의 과실에 해당하는 정도의 주의의무를 다하였다고 증명하여야 할 것이다.

규범적 수준의 과실은 의료기술이 발전함에 따라 점점 더 높아진다고 볼 수 있으므로, 앞으로의 행위 시마다 의료인들의 주의의무의 정도도 점점 높아질 것이다.[99] 이에 의료과오소송의 입증 대상인 의료과실과 인과관계에 대해서 살펴보기로 한다.

1. 의료과실

의료과실로 인한 민사책임은 불법행위책임이냐 채무불이행책임이냐에 따라 책임 발생요건을 나누어 볼 수 있다. 먼저 불법행위에 의한 민사손해배상책임의 일반적 발생요건은 ① 고의 · 과실로 인한, ② 위법한 행위로, ③ 타인에게 손해를 가하고, ④ 위 위법한 행위와 발생된 손해와의 사이에 인과관계가 있어야 하는 것이다.

채무불이행책임으로 구성할 경우에는 ① 고의 · 과실로 인한, ② 채무불이행으로 인하여, ③ 손해를 가하고, ④ 이러한 채무불이행과 손해 사이에 인과관계책가 있어야 한다는 등의 요건을 충족하여야 한다.

그런데 의료행위와 간은 수단채무에 있어서는 결과채무와 달리 이행지체나 이행불능으로 이해하는 것보다는 주로 불완전이행으로 이해하여야 한다는 것은 앞에서 설명한 바와 같다.

결국 불법행위책임요건인 고의 · 과실, 손해의 발생, 인과관계에 대한 설명은 모두 채무불이행 책임구성에 그대로 해당되므로 의료과오에 손해배상책임을 살펴보는데 있어서는 두 가지 책임을 구분할 필요가 없다. 그런데 의료과실의 경우에는 고의에 의한 의료행위는 보통 형사적 문제가 되기 때문에 민

99) 이경환, 의료과실소송에 있어서의 과실과 관련된 쟁점, 저스티스,(한국법학회), 통권 제77호 2004. 135면.

사소송에서는 의사의 과실만이 문제된다.

가. 주의의무와 위반

의료인의 민사책임은 의사의 과실을 요건으로 한다. 이러한 과실은 민사책임 뿐만 아니라 형사상 책임에서도 필요하다. 보통 과실이란 자기의 행위로 발행한 결과를 예측하여야 함에도 불구하고 부주로 이를 인식하지 못하고 어떤 행위를 하는 심리상태를 말한다. 환언하면 주의의무에 위반한 것을 말한다.[100] 의사의 과실은 주의의무를 위반하여 환자에게 인체상 · 재산상 · 정신상 손해를 발생시키는 것이다. 결국 주의의무위반이 의사의 과실 판정의 기초가 되고 의료과오에 있어서의 주의의무라 함은 유해한 결과가 발생되지 않도록 노력할 의무로서, 그에 위반하여 환자에게 손해를 끼친 때는 민 · 형사상의 법적책임이 발생한다.[101] 의료과실로 인한 손해배상청구소송에서는 의료의 전문성 때문에 주의의무위반의 여부를 가리는 것이 문제가 된다. 즉, 보통 민법상의 주의의무위반이라는 것은 추상적 과실 즉, 보통인에게 요구되는 주의를 위반한 것을 말하는데[102]

여기에서 보통이란, 당해 행위자가 처한 직업이나 사회적 지위를 고려하여 판단하는 것이므로 의료과실에 있어서 주의의무위반이 인정되기 위하여서는 보통의 의사(일반의, 전문의)에게 요구되는 주의의무를 위반한 것이 증명되어야 한다.

---

100) 과실은 그 전제로 되는 주의의무에 따라서 추상적 과실과 구체적 과실로 나누어지는데, 추상적 과실이란, 선량한 관리자의 주의를 결한 과실이고, 구체적 과실은 자기의 재산에 대해서와 동일한 주의를 결한 과실을 말한다. 위와 같은 구별의 기준에 관해서, 추상적 과실은 추상적으로 일반인 · 통상인을 기준으로 한 주의의무를 해태한 것이라고 설명되고 있다. 의사의 과실은 일반 의사로서 주의하여야 할 때 부주의로 의료사고를 발생케 한 것을 말한다.

101) 大谷 實, 前揭書, 115面~116面.

102) 대법원, 1947. 12. 30. 선고 4280민상145 판결; 대법원, 1978. 5. 23. 선고 78다436 판결.

나. 주의의무의 내용

의료과실로 인한 법적 책임에는 의사의 과실을 요건으로 하는데 그 과실 판정의 기초가 되는 것은 의사에게 요구되는 주의의무이다.[103] 이러한 의료과오에 있어서의 주의의무라 함은 유래한 결과가 발생되지 않도록 의식을 집중할 의무로서, 그것에 위반하여 타인의 생명 · 신체 등에 유해를 가한 경우에 민 · 형사상의 법적 책임이 추궁되어지는 것을 말한다. 그런데 의사의 과실은 통상인의 과실이 아닌 전문가,[104]의 과실이라는 점에 특색이 있으며, 따라서 의사의 주의의무도 전문가에게 요구되는 높은 수준의 주의의무 이다. 특별한 기술을 필요로 하는 직업에 종사한 자는 그의 업무에 임하여 그 직업에 숙련된 전문가가 갖추어야 할 능력을 기초로 고도의 주의를 기울여 행위하여야 한다.[105] 의료과오책임뿐만 아니라 일반불법행위에 있어서 법적 분쟁의 중심과제는 가해자의 행위에 있어서 주의의무가 특히 문제가 되는 의료행위의 전문성이라는 것에서 기인하는 것이다. 즉, 통상 민법상의 주의의무이라는 것은 통상인에게 요구되는 주의를 말한다. 여기서의 통상인이란, 당해 행위자가 처한 직위, 지위에 있어서의 통상인을 말하는 것이다. 그러므로 의료과오에 있어서 의사의 주의의무위반을 인정하기 위해서는 의사에게 요구되는 주의의무를 위반한 것이 증명되어야 한다.[106] 그런데 일반적인 불법행위책임에 있어서는, 그 주의의무를 인정하기 위한 기준요소들을 어느 정도 판례상으로나 학설상으로 제시되어 있으나, 의료과오에 있어서는 그 주의의무 판정의 기준이 전문성이라는 이유로 인하여 그 판정 기준이 구체적으로 제시되어 있지 않은 실정이다. 그러므로 본 장에서는 그러한 주의의무를 판정하기 위한기준으로서 어떤 것들이 고려 될 수 있으며, 또한 그러한 기준으로 제시되는 것이 어떤 것들이 있는가를 살펴보는 의사의 주의의무위반을 판정하는데 중요하리라 생각한다. 그리고 주의의무의 내용은 의료과오에 있어

---

103) 이은영, 불법행위법에서의 주의의무(하), 판례월보, 1986. 8. 26면.

104) 이은영, 채권각론, 박영사, 1996. 691면~692면.

105) 이은영, 전게서, 691면.

106) 석희태, 의료계약(중), 사법행정, 1988. 11. 60면.

서 문제되는 과실에 대하여, 일정한 악결과가 환자에게 발생한다는 것을 알고 있어야 함에도 불구하고 치료행위를 하는 보통의 의사에게 요구되는 주의를 게을리 하였기 때문에 이를 알지 못하고 치료행위를 하는 심리상태, 즉, 추상적 과실을 전제로 하여 주의의무의 내용을 "결과예견의무"와 결가회피의무"로 나누고 있다.[107]

(1) 결과예견의무

예견가능성이라 함은 일반인이라면 행위시에 예견할 수 있는 결과발생의 가능성을 말한다. 의사에게는 예견가능성 위험에 관하여 예견의무가 과하여진다. 여기서 결과발생가능성의 확률은 「확실히 발생한다」고 할 정도일 필요까지 없고, 임상의학적으로 실증되고 공개된 것을 판단하여 위험의 발생이 사정에 따라 있을 것으로 보이는 정도의 가능성이 있으면 충분하다. 그런데 통상 의료과오에서의 예견가능성은 다음과 같은 단계를 거치며 나타난다. 즉, ① 당해 의료과오 고유의 성질로서의 개별적인 위험 발생의 가능성의 유무, ② 적절한 회피조치의 유무, ③ 당해 진단에 의한 개체의 특수한 반응의 유무, ④ 위험에 대한 임상적·병리적 진단의 가능성 유무 등이다.[108]

한편 사실상 위험이 존재하더라도 아직 그 위험이 발견되지 아니하였거나, 그 위험발생의 과정이 일반 의사에게 알려지지 아니한 경우에는, 의학적으로는 예견이 가능하다고 할 수 있을지 몰라도 법적으로는 예견가능성이 있다고 볼 수 없다. 즉, 특정한 의사가 아니라 일반의사도 객관적인 예견가능성이 있어야 과실의 요건이 구성되는 것이며, 어떤 사정 아래에서는 일반 의사들도 예견 불가능한 경우라면 주의의무위반이 될 수 없다. 이러한 의사의 예견의무와 관련하여 문제가 되는 점을 정리해 보면 다음과 같다.

(가) 의학상의 위험은 그 발생의 가능성이 극히 낮은 경우에도 예견의무에 포함된다. 즉, 의사는 그 의무의 성질상 위험방지를 위해 시험 상 필요한 최선의 주의의무가 부과되어 있기 때문에 발생가능성이 거의 없는 위험에 대하여도 그것은 일반의사(당해 의사가 모르더라도)가 알고 있는 경우에는

107) 대법원, 1989. 6. 12. 선고 82도3199, 판결; 대법원, 1998. 2. 27. 선고 97다38442 판결.

108) 추호경, 의료과오론, 육법사, 1992. 94면.

예견의무가 있다.

(나) 그 위험은 현대 의학상 그 합리성이 실증되고 의료행위를 행하는 시점에서 당해 의사가 알고 있을 필요가 있다. 또한 과학적인 근거에 기초하여 확립된 의학지식이 아직 일반화되지 않는 단계에서도 당해 의사가 그 것을 알고 있는 경우에는, 의사에게는 가장 양질의 의료를 실시할 의무가 있기 때문에 예견의무가 있는 것으로 볼 수 있다.

(다) 예견의무는 진단 · 치료 전 검사, 치료의 선택, 치료행위, 수술 후의 관리 · 지도 등 각각의 행위가 환자의 생명 · 신체에 위험을 초래할 수 있는 한 당해 의료행위의 전반에 미친다. 그러므로 의사가 당해 의료행위 전반에 대한 위험방지를 위한 행위를 하지 않은 것은 주의의무위반이 된다.

이상으로 의사의 주의의무의 내용이 되는 결과예견의무위반을 인정하기 위해서는 위의 3가지 상황 등을 고려하여 판단하여야 할 것이다.[109)]

(2) 결과회피의무

어떤 행위를 함으로 인하여 위험한 결과가 발생할 수 있다는 인식 · 예견이 있으면 그러한 위험한 결과의 발생을 방지하기 위하여 결과 발생을 회피할 의무를 말한다. 한편 의료행위라는 것은 그 자체에 어느 정도의 위험을 내포하고 있고, 그러므로 의사가 그 환자를 처치함에 있어서 그러한 위험을 예견하고 있다고 하더라도 의료행위의 특수성 등으로 인하여, 그러한 위험을 감수하고라도 환자를 처치하지 않을 수 없는 경우가 발생할 수 있다. 이러한 경우에는 의사에게 주의의무를 위반 하였다고 말하기는 곤란할 것이다. 따라서 의료과오에서의 결과회피의무는 현대의학의 지식 · 기술에 의하여 일응 회피할 수 있는 위험, 즉, 결과회피가능성이 인정되는 경우에만 결과회피의무위반이 된다고 할 것이다. 그러므로 의사가 환자의 진료를 맡아 치료를 함에 있어서 환자의 질병이 더욱 악화를 방지하기 위한 조치를 의사가 얼마나 하였는가 여부로 의료과오에 있어서의 의사의 책임을 물을 수 있다. 그러므로 의사의 결과회피의무에 있어서 문제가 되는 것은 회피 가능한 위험에 대하여 채택한 조치의 상당성에 관한 것이다.[110)]

---

109) 大谷 實, 醫療行爲と法, 弘問棠, 1990. 119面~ 125面.

다. 주의의무와 허용된 위험의 이론, 신뢰의 원칙

(1) 허용된 위험의 법리

일반인의 예견가능성과 회피가능성에 비추어 볼 때, 위험성이 있다고 판단되면 그러한 위험성 있는 모든 행위를 금지하여야 하는가? 일정한 생활 범위에 있어서는 예견하고 회피할 수 있는 위험이라 할지라도 인간의 생존을 위하여 필요한 때에는 불가피하게 이를 허용하여야 할 경우가 있다. 이러한 위험을 "허용된 위험(das erlaubte Risiko)"이라고 한다. 이것은 종래의 형법이론에 의하여 과실이 긍정되는 사례에 관하여 과실책임을 부정하거나 혹은 생활영역에 있어서 정당한 인간의 생활 활동이 형벌에 의하여 규제받는 것을 자유롭게 하여주는 이론이다. 이 이론은 독일의 K. Binding, R. Merkel 등을 거쳐서 형성되었다.[111] 독일의 제국법원(Reichsgericht)은 "위법한 결과에 대해서 원인이 될 수 있는 가능성이 있고 또 그럴 것이 예견될 수 있는 일체의 행위는 그만두도록 해야 한다고는 결코 말할 수 없다고 판시하였다.[112]

이 법리가 등장하게 된 것은 오늘날 과학기술의 발달로 생긴 문명의 이기, 활동, 산업 등이 한편으로 인간의 복지에 유익을 주면서도, 다른 한편으로는 인간의 불완전성 때문에 생명, 재산에 위험이 현저하게 증가하게 되자, 이러한 활동을 보호, 조성함과 동시에 그로부터 생길 수 있는 위험을 최소화할 필요성에서였다. 의료행위는 인간건강을 위하여 반드시 필요하면서도 그로 인한 위험성도 적지 않다. 의사의 위험에 대한 예견가능성만을 착안하여 법적 제재를 함부로 가한다면 의료행위는 위축도리 수밖에 없고 결국 인간생활상의 복지에 영향을 미치게 될 것이다. 이러한 경우 의사의 책임을 제한하기 위해 등장한 것이 허용된 위험의 법리이다.

---

110) 추호경, 전게서, 95면.

111) R. Merkel, Die Kollision rechtsmäßiger Interssen. 1895. 61; 심헌섭, 과실범에 관한 연구-도로교통과 의료행위 등에서의 신뢰의 원칙에 대하여, 저스티스 10권1호, 159면,

112) RGSt. 30, 27.

(2) 신뢰의 원칙

원래 신뢰의 원칙(Vertrauensgrundsatz)은 사회적 위험의 적정한 분배라는 사상을 배경으로 도로교통과 관련하여 1935년 독일 제국법원의 판결에 의하여 최초로 인정된 후 각국의 판례와 학설이 과실책임의 제한원리로 인정하게 된 원칙이다. 신뢰의 원칙은 스스로 교통규칙을 준수한 운전자는 다른 교통관여자들도 교통규칙을 준수할 것이라고 신뢰하면 충분하다는 원칙을 말한다. 따라서 교통규칙을 준수한 운전자는 다른 관여자들이 규칙위반적으로 행동하리라는 것을 예견하여 이에 대한 방어조치를 취할 의무는 없으며, 그러한 신뢰의 결과 구성요건적 결과가 발생한 경우에도 그 신뢰가 상당성을 결하지 아니하는 한 발생한 결과에 대한 과실책임을 부담하지 아니한다. 그러므로 신뢰의 원칙은 허용된 위험이 적용된 특수한 경우이며 다른 관여자에 대한 신뢰가 행위자의 객관적 주의의무를 제한하는 기능을 한다.[113] 다만 신뢰의 원칙이 객관적 주의의무를 제한하는 경우 ① 구체적으로 예견의무를 제한하는가 ② 회피의무를 제한하는가[114] 아니면 ③ 양자를 모두 제한하는가[115]에 대해 견해가 대립한다. 신뢰의 원칙은 다른 관여자들이 규칙위반적으로 행동하리라는 것을 예견하여 이에 대한 방어조치를 취할 의무가 없다는 것이므로 양자를 모두 제한한다고 보는 견해가 타당하다고 본다.

이러한 신뢰의 원칙은 현재에는 도로교통의 영역뿐만 아니라 사회생활의 거의 모든 영역에서 일반적으로 적용되는 원칙, 즉, 사회생활에서 다수인의 행동양식이 관련되는 경우에는 모두 다 적용할 수 있는 원칙으로 인정되고 있다. 분업적인 의료활동의 경우도 다수인이 참여하는 활동이므로 이와 같은 신뢰의 원칙이 적용될 수 있을 것이다. 따라서 분업적 의료행위에서 각각의 의료인은 자신이 분담한 업무에서 주의의무를 성실히 이행하면, 다른 의료관

---

113) 다만 신뢰의 원칙이 객관적 주의의무를 제한하는 경우 ① 구체적으로 예견의무를 제한하는가 ② 회피의무를 제한하는가(정성근, 박광면, 형법총론, 삼지원, 2001. 434면. 아니면 ③ 양자를 모두 제한하는가(이재상, 형법총론, 박영사, 2004. 186면; 임웅, 형법총론, 법문사, 2003. 446면). 에 대해 견해가 대립 한다. 신뢰의 원칙은 다른 관여자들이 규칙위반적으로 행동하리라는 것을 예견하여 이에 대한 방어조치를 취할 의무가 없다는 것이므로 양자를 모두 제한한다고 보는 견해가 타당하다고 본다.

114) 정성근, 박광민, 전게서, 434면.

115) 이재상, 전게서, 186면; 임웅, 전게서, 446면.

여자도 그들의 자신의 주의의무를 성실히 이행할 것이라고 신뢰하면 충분하고 다른 의료인의 주의의무위반까지 예상하여 의료행위를 할 필요는 없다.

이러한 상호간의 신뢰를 통하여 역할을 분담한 행위자의 주의력을 자신이 맡은 일에만 집중시키게 함으로써 사고의 위험을 제거하거나 감소시키는 데에도 그 존재가 있다. 만일 그 역으로 분업적 의료행위에서 신뢰의 원칙이 적용되지 않고 다른 의료인이 맡은 바 업무를 제대로 수행하지 못할 것이라는 의심을 품는 경우에는 자신이 맡은 업무에도 집중할 수가 없다. 예컨대 수술시에 마취과 전문의와 집도의가 서로를 신뢰하지 않고 상대방을 감독하는 데에도 주의를 기울여야 한다면 각자의 주의가 분산되어 수술실에서 모든 형태의 공동작업은 어렵게 될 것이며, 이는 환자에게 추가적인 위험으로 연결될 것이다. 따라서 분업을 통한 의료행위에서 다른 의료인이 행한 치료행위에 대하여 이를 신뢰한 의료인은 형사책임을 제한하여야 할 것이다.[116]

이 원칙은 스위스, 오스트라아, 일본, 등에서도 받아들여지게 일반성을 띠게 되었다. 대판 1957. 2. 22(56도330)는 자동차 사고에서 이를 허용한 이래 계속 인정하고 있다.[117] 독일의 학설[118] 판례[119]는 의료분야에서도 이를 인정하고 있다.

우리 판례는 의료분야에서 이 원칙을 적용한다는 명백한 태도를 보인 것은 없으나,……수술의 지원 요청을 받은 의사가 다른 의사들과 협력하여 수술을 마쳤는데 그 뒤 나머지 봉합 등을 시행하던 과정에서 다른 의사의 착오로 이형수혈을 하여 환자가 사망한 사안에서 위 지원요청에 따라 수술을 담당하였던 의사의 과실책임을 부장한 사례 등이 있으며,[120] 이러한 판단이 신뢰의 원칙을 인정하고 있고 생각 할 수 있는 근거가 될 것으로 여겨진다.

---

116) 김운곤, 문정민, 의료행위와 신뢰의 원칙, 조선대학교 법학논총, 2005. 4. 42면.

117) 대법원, 1957. 2. 22. 선고 56도330 판결; 대법원, 1972. 2. 22 선고 71도2354 판결.

118) H. Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11, Aufl,, Berlin 1969. S. 133.

119) Goldhahn-Hartmann, Chirurgie und Recht, 1937, S. 58,; 심헌섭, 전게논문, 169면에서 재인용.

120) 대법원, 1970. 1. 27. 선고 67다2829 판결.

라. 의사의 과실판정 기준

(1) 의사의 과실

의사가 환자를 진료함에 있어서 어떤 과실을 범하는가는 상당히 다양한 모습으로 나타난다. 여기서는 진료상(의학상) 과실과 기술상과실로 나누어 생각해 볼 수 있다. 물론 의사가 진료함에 있어서 오진을 했다고 하여 바로 과실이 있는 것은 아니고 일정한 판단기준에 따라서 과실의 유무를 판단하여야 할 것이다.[121]

(2) 의학상 판단착오(오진)

오진이라 함은 의사가 환자에 대하여 의학상 잘못 진단하는 것을 말한다. 물론 여기에서 말하는 것은 제대로 진단하였다면 발생하지 않을 결과를 야기시켜 환자에게 손해를 가하는 경우이다. 다시 말하면 질환의 실체와 일치하지 않은 것을 말하나 이에는 오진이 의사의 과실에 귀착 되는가 어떤가는 결코 쉬운 문제가 아니다. 정확한 진단만 내릴 수 있다면 많은 질병을 적기에 치료하여 많은 환자에게 건강을 찾아줄 수 있을 것이다. 그러나 의학상 정확한 진단을 내리기는 매우 힘들고,[122] 이러한 의학상 오진은 어떤 경우는 의사 자신만 아는 경우가 있을 것이다. 일반인(법관을 포함)은 의사의 오진 여부를 잘 알 수 없다.[123]

(3) 오진에서 고려되어야 할 사항

---

121) 의사가 비록 오진을 하였어도 ① 의사로서 선택할 수 있는 재량행위에 속하는 경우, ② 보통 의사로서 피하기 어려운 오진의 범위에 속하는 경우, ③ 결과적으로 오진이 환자에게 유리한 결과를 가져온 경우는 의사에게 책임을 부담시키지 않는다.

122) 이문호, “의사의 오진” 여성중앙, 1972. 4. 특집에 의하면 동경대학교의 유명한 의과대학교수가 자기의 오진율이 14.2%라고 발표했을 때 의사들은 “그토록 정확하게 진단할 수 있었을까?” 하고 경탄 했으면, 우리나라에서도 1970년도 서울대학교 의과대학 부속병원내과에서 입원환자 중 외과로 전과되어 수술을 받을 환자를 대상으로 5년간 조사한 결과 오진율이 29.7%에 달한다고 발표하였다.

123) 오진은 ① 최종적으로 내린 진단이 객관적으로 의학의 기준에 비추어 환자가 실제로 보유한 질환과 불일치되는 경우, ② 건강한 상태로 어떤 특정한 병이 있다고 진단한 경우, ③ 실제로는 어떤 특정한 병이 있는데 건강한 상태로 진단한 경우 등을 들 수 있다.

의사에게 부과된 주의의무는 의학이 기준이 된다, 일반적으로 주의의무는 객관적으로 다루어지고 있으며, 여기에서 문제가 되는 것은 그 당시의 의사에게 널리 알려진 의학지식에 속하느냐, 즉, "일반적으로 인정된 원칙"에 해당하는가가 문제된다. 그런데 의료과실은 의학이 환자에게 응용되는 과정에서 생기는 것이기 때문에 여기서 말하는 위험은 통상 이른바 일상의 위험을 말한다. 따라서 병리학적인 엄밀성은 요구되지 않는다.[124] 또한 일상에서도 그 당시의 의학수준에 비추어 일반상식을 가진 의사에게 널리 알려져 있어야 하며 일부의 특수분야에서만 사용되어서는 안 된다.[125]

그리고 의사의 과실을 판단함에 있어서 관행은 다른 분야와는 좀더 다른 모습으로 나타난다. 의사의 행위가 의학계에서 통상 요구되고 있고, 그 의사가 그 요구에 따라서 행한 행위는 주의의무를 태만하였다고 할 수 없을 것이다. 이것은 의학적인 면이 의료에 잔존하고 있는 모습일 것이다. 이는 확실히 통상의 업무상 과실을 판단함에 있어서 관습을 취급하는 방법과는 달리 다른 직업군에 부여되지 않는 특권을 의사에게 부여하는 것이 되는데, 그 이유는 의학계에서 일반적으로 승인되어 행하여지고 있는 진료방법 등을 법원에 의하여 거의 그대로 합리적으로써 의사는 스스로의 손으로 법적 행위 기준을 설정하고 있는 것으로 되기 때문이다.[126] 이러한 사실은 점차 시정되고 있지만 아직까지 산간벽지나 농촌, 섬, 소도시 등에는 의료의 혜택이 도시에 비하여 소외되고 있다. 자본주의하에서는 어쩔 수 없는 현상이라 하겠지만, 의사의 과실판단 기준도 이를 감안 하여야 할 것이다.[127] 그리고 의사는 위험

---

124) 김선석, "의료과오에 있어서 인과관계와 과실" (의료사고에 관한 제문제). 재판자료 제27편, 법학행정처, 1985. 8면.

125) 추호경, 전게서, 107면: 학설 단계에 있는 것은 과연 치료에 도움이 되는지는 불문하고 학문적인 차원에서는 개입의 여지가 없을 것이다.

126) 김선석, 전게논문, 97면.

127) 이것에 관한 것으로는 미국판례들 들 수 있다. "의사회의 빈번한 집회, 학회지의 논문, 전반적으로 인정된 권위자의 저서 및 병원진료에 의해서 광범위하게 경험한 임상경험 등은 지방의사를 도회지 의사와 동등 이상의 조건에 놓이게 하였다. 지방의사라고 하여 대도시에 있어서의 평균적인 내과의사 또는 와과의사 보다 낮은 기술을 가지고 있다고 평가하면 대단히 분개할 것이다. 그래서 우리는 지방의사가 같은 촌이나 이와 유사한 촌에 있어서 다른 의사의 능력에 의해서만 판단되어야 한다고 주장하지 않는다"라고 1919년 미네소타 州 최고법원에서 판결을 내리고 있다.(Viita v. Fleming, Minn, 128, 1916; 추호경, 전게서, 114면.

허용의 범위가 어는 정도 인정되고 있다. 예컨대 자기가 손을 쓰지 않으면 틀림없이 사망 내지 이에 준하는 결과가 발생된다면 어느 정도 위험을 무릅쓰고 결단을 내려야 할 것이다. 이 문제는 의료의 발전과 질적 향상을 위하여 의사의 재량행위와 관계가 있어 보인다.

또한 긴급성에서도 기간적으로 조치가 시급하다고 하는 시간적 긴급성과 생사의 관한 중요한 문제라고 하는 사항적 긴급성이 있다. 예컨대 개복수술을 하였는데 출혈이 너무 심하여 가제를 넣어둔 체로 봉합 했다고 하는 것이 시간적 긴급성의 예이고, 위암으로서 그대로 놓아두면 생명에 지장이 있기 때문에 위험을 무릅쓰고 수술을 하는 것을 사항적 긴급성이라 한다.[128]

의사가 긴급한 치료를 할 것인가, 말 것인가의 여부는 그로 인한 이익과 충분한 준비를 다하지 못하고 치료를 하는 것으로부터 오는 위험을 비교형량하여 결정하여야 할 문제로서 긴급한 치료를 하는 이익이 크다고 판단되어 치료를 시작한 경우에 그 판단에 객관성이 있는 한, 그 결과에 대하여는 의사에게 책임을 묻는 것은 타당하지 않다고 생각한다.

(4) 기술상의 과실

의학상 진단에 비하면 비교적 입증이 쉽고 판례도 상당히 환자에게 승소판결을 많이 내리고 있는 경우가 의료기술상의 과오이다. 예컨대 투약(Mekication)의 경우, 주사로 약물을 투여할 것인가, 구강으로 투여할 것인가의 문제에서 식도 및 위장장애로 인한 환자에게는 주사로 약물을 투여하여야 하는데 기술적인 면에서 주사를 잘못하여 신체에 이상이 생기는 경우 그리고 종류, 분량에 관해 잘못된 경우에는 원칙상 과실이 있다고 볼 수 있다.

또한 약품의 종류를 확인 하고 주사기의 소독 정도를 확인하고 투여할 시기를 신중히 고려하여야 할 의무가 있을 것이다.[129]

그리고 의사는 환자에게 투약함에 있어서 투여할 약품의 확인의무와 복용방법 등의 설명의무 및 부작용의 발생에 대한 설명의무 등을 부담한다.[130] 따

---

128) 加藤一郎, “醫療行爲による 責任” 註釋民法(19). 153面.

129) 김선석, 전게논문, 112면.

130) 의약품 처방과오의 법리는 이덕환, 의료행위와 법, 문영사, 1981. 144면~170면.

라서 이에 대한 부주의는 모두 과실이 있다.[131]

마. 의사의 주의의무의 범위

의사의 주의의무는 통상 일반적인 의사가 의료행위를 하는데 기울이는 정도의 주의를 기준으로 한다. 일반적 의사란 동일한 처지 혹은 상황에 있는 의사 가운데 통상적으로 주의 깊고 신중하며 숙련된 의사를 의미한다.[132] 이와 같이 의료행위에 필요한 의사의 주의의무를 결정하는 기준으로 작용하는 표준적인 의사는 어떤 추상적이고 절대적인 기준에 의하여 미리 결정된 것은 아니다.[133]

일반 평균적인 의사의 주의의무는 "그 당시의 의학지식 및 의료기술"에 의하여 그 한계가 결정된다. 현대사회는 하루가 다르게 변모하고 있다. 특히 의료분야에서도 신종의 기술과 신종의 약 그리고 기계 등이 보급되고 있어 모든 의사에게 이것들을 갖추도록 요구할 수는 없다.[134]

2. 인과관계

의료과오소송에 있어서 인과관계는 의료행위를 한 자에게 손해배상책임을 지우기 위하여서는 의료행위상의 주의의무 위반, 손해의 발생 및 주의의무 위반과 손해의 발생 사이에 인과관계의 존재가 전제되어야 하는 것은 당연하다. 의사는 비난가능한 행위인 의료과오를 범하였고 손해가 그 의료과오에 의하여 발생하였으며 발생한 손해와 그 의료과오 사이에 책임설정적 인과관계 성립하는 경우에 손해배상이 책임을 지게 된다. 즉, 의료과오가 없었더라

---

131) 곽윤직, 전게서, 342면.

132) 이은영, 전게서, 927면.

133) 이러한 기준은 그 의사가 처한 환경, 의료관행, 전문성 등 구체적인 사정을 고려하여 결정한다.

134) 이러한 이유로 선진국에서는 개방형 병원이 보편화되고 있고 우리나라에서도 이것을 시도하고 있다. 즉, 중소도시의 조금만한 병원에 근무하는 의사가 자기 환자를 데리고 인근 큰 병원에 가서 그 병원의 의료진과 장비를 이용하는 것을 개방형병원이라고 한다.

면 환자에게 손해가 발생하지 아니하였을 사정이 있는 경우에 인과관계가 인정되며,[135] 이에 관한 입증책임은 원칙적으로는 환자가 부담하지만 환자의 부담을 고려하여 다음에서 보는 바와 같은 입증책임 완화의 문제가 거론되고 있다. 그런데 민사분쟁에 있어서의 인과관계는 과학적 인과관계가 아니라 법적 견지에서 본 인과관계라고 볼 수 있는데, 이는 의료과오의 경우에도 마찬가지이다. 또한 의료과오가 성립하기 위하여는 의사의 행위와 환자의 사망 등과의 사이에 인과관계가 있어야 한다. 이것은 의료과오의 법적 구성을 어떻게 보든지(채무불이행 또는 불법행위) 다르지 않다.[136] 보통 인과관계라는 측면에서 보는 것인데 의료과오의 경우는 이들(귀책, 배상범위)에 선행하는 성립 그 자체에 관한 것이다. 의료과오에 있어서의 인과관계는 진료의 특수성・전문적인 의학의 분야와 관련되기 때문에 일상성을 갖는 타 분양의 경우에 비하여 그 이론구성과 선정이 대단히 어렵다. 따라서 의료과오소송의 심리에 있어서는 이 특수성을 인식하여 쟁점으로 되고 있는 것이 어떤 면에서의 인과관계 인가를 명확히 인식하고 입증의 대상으로 하는 것이 긴요하다.[137] 종래의 인과관계이론 중 의료과오에서 우리의 관심을 끄는 것은 상당관계이론(초창기에는 이것이 인정되었음)보다 개연성이론, 특히 일단추정의 이론(Res ipsa loquitur)이 중시 되고 있음을 본다. 이 일단추정의 이론은 영미에서 종래의 (proximate cause)의 이론을 수정하여 등장한 것으로 오늘날 미국을 비롯한 독일, 일본, 우리나라에서 의료과오에 있어서의 인과관계 이론으로 주목을 끌게 된 것은 사실이나 본고에서는 자세히 논하지 않고 뒤에 후설하기로 한다. 의료과오소송에서도 다른 특수한 불법행위의 경우와 마찬가지로 의사 등의 행위와 피해발생간의 인과관계가 입증되어야 그로 인한 피해의 배상을 요구할 수 있다. 이러한 경우에서의 인과관계란 과연 무엇을 의미하는지와 관련하여 이의 의미를 명확히 할 필요가 있을 것이다.[138] 하지

---

135) 에르빈 도이취, 양창수, 독일법에서의 인과관계의 증명과 입증경감, 저스티스, 제23권 제2호, 1991. 12. 115면.

136) 筋立明, 中井美雄, 編著, 醫療過誤 入門, 青林書院新社, 1979. 63面.

137) 鈴木俊光, 醫療過誤たおける 因果關係の 立證, ノュリスト N0427, 1969. 46面.

138) 박일환, 의료과오의 입증에 관한 독일법과 미국법의 비교법적 고찰, 법조, 1월호, 1985. 31면.

만 인과관계가 존재하느냐 또는 존재하지 않느냐 하는 '전체가 아니면 무'(all or nothing)의 형태로 논의되어 왔는바, 인과관계를 긍정하는 경우 모든 책임을 환자 측의 사유는 무시하고 의사 측에게 부담시키는 것은 부당하지 않는 가라는 비판이 제기되었다. 이의 해결을 위해 확률적 심증이론, 부분적 인과관계론 및 위험증가이론 등이 주장되고 있으나, 이들은 실정법적 근거를 결하고 있고 그 책임부담의 비율을 어떻게 객관화할 수 있게는가와 관련하여 의문이 있다 하겠다.[139] 그렇다고 하여 의료상의 나쁜 결과가 환자 측의 소인과 관련되어 있는 경우 이를 고려치 않고 의사측에 일방적으로 책임을 귀결시키는 것도 부당하다 할 것이므로 이러한 결과가 예견 가능한 것이었느냐의 유무에 의해 배상책임의 범위를 결정하는 것이 바람직할 것이다.[140]

가. 인과관계와 과실의 연관성

손해배상책임의 성리요건으로서의 인과관계와 과실은 의료과오에 있어서는 밀접한 관계를 맺고 있다고 함이 지적되고 있다.[141] 실무에 있어서도 의료과오의 인과관계와 과실의 문제는 서로 함께 논하여지고, 또 과실의 인과관계의 인정과는 불가분의 관계로 되는 예가 많이 있는바, 이는 의료과오에 있어서 인과관계와 과실은 대부분의 경우에 밀접한 관계에 있다고 함을 의미한다.[142]

소송상의 인과관계와 과실은 물론 법적평가 받게 되는 것이나 그 관계는 위에서 본바와 같이 의학상의 인과관계와 과실과 대응한다 할 것이다. 따라서 과실은 주의무의를 전제로 하고, 다시 그 주의의무는 앞에서 보는 것처럼 예

139) 양삼승, 의료과오로 인한 민사책임의 발생요건, 민법학논총(후암 곽윤직교수 회갑기념논문집), 박영사, 1985. 762면~763면.

140) 류승훈, 의료과오소송에서의 인과관계와 과실의 제문제 외법논집, 제4집, 한국외국어대학교 외국학종합 연구센터, 법학연구소, 1997. 204면.

141) 이준상, 의료과실에 있어서 인과관계와 과실, 단국대학교 박사학위논문, 1983. 77면~79면.

142) 김선중, 의료과오에 있어서 인과관계와 과실, 재판자료, 제27편, 1985. 73면.

견의무와 회피의무로 나누어나, 그 어느 것도 인과관계를 전제로 한다. 예견의무에 관해서는 일정한 주의 내지 행위라고 하는 원인이 있다면, 일정한 예견, 예컨대 특이체질의 발견이라고 하는 결과가 발생한다고 하는 인과관계, 또 회피의무에 관해서도 일정한 주의 내지 행위라고 하는 결과가 발생한다고 하는 인과관계가 전제로 되고 있다. 따라서 그 인과관계의 유무 내지 정도가 문제로 되는데, 일반적으로 인과관계의 의학적 해명도 및 개연성이 높을수록 그를 전제로 하는 주의의무도 보다 용이하게 된다. 일반적으로 환자의 생명·신체의 보호를 목적으로 하는 각종의 단속규정도 그와 같은 인과관계를 전제로 하는 주의의무가 상당한 정도로 객관화 될 때에 인정되게 되는 것이므로 그러한 규정위반은 과실과 함께 인과관계도 추정 받게 할 것이다.[143] 그리고 인과관계의 개연성도 낮을수록 주의의무도 인하되고 따라서 그에 위반할지라도 과실을 인정하지 어렵게 된다.

나. 인과관계의 특수성 문제

의료과실사건에 있어서의 인과관계는 다른 일반사건에서와는 다른 다음과 같은 특질이 있다.

(1) 사실적 인과관계의 중요성

배상의무자의 계약불이행 혹은 불법행위라고 평가되는 행위로서의 사실과 손해라고 평가되는 사실과의 손해라고 평가되는 사실과의 사이에 존재하는 「Conditio sine qua non」의 관계, 즉, 「해당 소송에서 다투어지고 있는 채무불이행 사실이 존재하지 않았을 것이다」라는 관계를 말한다.[144] 이러한 사실적 인과관계의 개념은 채무불이행의 경우에 비하여 불법행위에 있어서 특히 중요한 기능을 담당하게 된다. 채무불이행에 기한 손해배상에 있어서는 계약당사자와 계약의 내용이 처음부터 확정되어 있으므로 계약당사자 일방의 불이행과 손해와의 사이에 사실적 인과관계 존부의 판단은 대부분의 경우 간

143) 김선중, 전게논문, 74면~75면.

144) 平井宜雄, 損害賠償法の 法理, 東京大學出版會, 1971. 135面.

단하고도 명확하다. 이에 반하여 손해를 입게 됨으로써 비로소 관계를 맺는 것이고, 따라서 발생한 손해가 누구의 행위를 원인으로 하여 발생하여 되었던가 하는 사실적 인과관계의 존부가 먼저 논의되지 않으면 안된다. 특히 의료과오로 인한 손해발생에 관여하는 인원이 증가하며 나아가 각인의 치료과오로 있어서의 상호 관련성이 밀접하게 됨에 따라 발생한 손해가 누구의 행위에 기인하는 가를 명백히 하는 것이 지극히 복잡하고도 곤란한 경우가 많이 일어난다. 이러한 문제는 공해에 관한 소송의 경우도 동일한데 근래에 공해소송을 둘러쌓고 사실적 인과관계의 문제가 새롭게 조명을 받기에 이르렀다.[145] 사실적 인과관계의 문제는 불법행위법의 현대적 테마의 하나가 되고 있다. 이러한 사실적 인과관계의 기능은 특히 불법행위법에 있어서는 특별한 법률상의 관계를 맺지 아니하고 있던 사람들 사이에 불법행위라고 하는 구성을 통하여 법률관계를 설정하는 기능을 담당하게 된다. 따라서 손해배상청구에 있어서는 사실적 인과관계가 존재하는가의 여부가 먼저 논의되어야 하고, 그것이 존재하지 않는 다면 그 사유만으로써 원고의 손해배상청구는 이미 인정될 수 없는 것으로 된다. 이러한 의미에서 사실적 인과관계는 불법행위의 성립요건임과 동시에 이행되고 있는 당해 손해에 관해서 배상책임을 피고에게 묻기 위한 불가결의 조건이 된다. 사실적 인과관계의 존부판단의 기준은 원칙적으로「Conditio sine quanon」의 관계의 공식, 즉, 「당해 소송에서 다투어지고 있는 계약불이행의 사실이 존재하지 않았더라면 손해청구의 대상으로 되는 당해 손해의 사실이 발생하지 않았을 것이다.」라고 하는 공식에 의하여 결정되게 된다. 따라서 피고의 행위라고 하는 사실과 손해의 발생이라는 사실과의 사이에 전자가 존재하지 아니 한다면 양자 사이에는 사실적 인과관계의 존재가 긍정되게 된다. 그러나 사실적 인과관계라고 하여 인간의 의사와는 관계없이 객관적으로 존재하는 사실의 관계라고 할 수는 없는 것이고, 어떠한 사실을 어느 사건의 원인으로 생각할 것인가는 그 사건에 대한 관찰자의 목적, 입장에 따라 달라질 수 있는 것이므로 인과관계의 문제는 긍정적으로는 당해 관찰자의 가치판단의 문제라고 하는 점에 유의하여야 할 것이다. 물론 인과관계의 개념이 인간의 주관 내지 가치판단의 문제라고 할지

145) 澤井 裕, 公害の 司法的救濟, 一粒社, 1978. 221面.

라도 그 것이 법기술로서의 의미를 모두 잃어버리는 것은 아니다. 왜냐하면 인과관계라고 하는 개념이 사용되어지는 의미는 일정한 목적과의 관계에서 고려되어야 하는 것이고, 일정한 추상적 표준으로서는 무엇이 원인인가에 관해서 대다수 사람의 가치판단과 일치하는 것이며, 그 한에 있어서 인과관계는 개인의 가차판단을 초월하여 객관적으로 타당한 것으로 되어 다시 개인의 사고에 반영되게 되는데 법에 있어서는 항상 귀책아라고 하는 추상적 표준으로서의 인과관계가 논하여지지 않을 수 없고 이러한 표준으로서의 인과관계는 객관적인 사실로 전환되어 대다수의 사람들, 즉 사회평균인의 가치판단에 의하여 승인되어 있는 터이므로 객관적으로 타당한 것으로서의 인과관계를 전제로 하는 법 기술은 충분하고도 시제적인 의미로 가지게 되기 때문이다. 사실적 인과관계의 개념이 이와 같이 하나의 가치판단적 개념아라고 하는 점에서 위의 공식도 결국은 일응의 가치판단의 표준을 부여하는 것이라 할 것이므로 거기는 예외가 있을 수밖에 없다. 따라서 「Conditio sine quanon」의 관계가 존재하지 아니 하여도 사실적 인과관계를 긍정 하여야 되는 예외적인 경우가 있다. 즉, A의 행위와 B의 행위가 합하여 손해가 현실적으로 발생하였으나, A의 행위만으로써도 당해 손해가 생기는 경우에 위의 조건관계를 가지고 판단한다면, A의 행위도 B의 행위도 모두 손해와의 간에 사실적 인과관계를 갖지 않는 것으로 되는 부당한 결과로 되기 때문에 이러한 경우에 있어서는 위의 공식은 적용되지 않는다. 그러므로 사실적 인과관계 존부의 판단은 대개의 경우 위 공식에 의하여 결정된다고 하는 것만으로써 만족하지 않을 수 없다. 그리고 A라는 사실이 존재하지 않으면 B라는 사실이 발생하지 않는다고 하는 관계가 당해 소송의 사실관계의 평면에서 논리적으로 긍정된다면 그로써 족하다 할 것이고, 사실관계의 탐구에 의하여 B라는 결과의 부존재는 A라는 사실의 부존재만의 의해서 조건이 지워지는가 여부를 실제적으로 명백히 하여야 할 필요는 없다. 즉, A라는 사실이 B라는 사실의 유일한 원인이라고 하는 것은 아니다. 왜냐하면 어떤 사실의 원인이 항상 유일하여야 하는 것은 아닌 것이고, 더욱이 인관관계 개념이 가지는 성격을 생각할 때 A가 B의 유일한 원인이고 타의 원인은 그렇지 않다고 규정하는 것도 그 자체 하나의 가치판단에 지나지 아니한다 할 것인데 그렇게 규정하여야

할 객관적인 절차는 존재할 수 없기 때문이다. 따라서 의료과오소송에 있어서 귀책의 판단기준으로서의 인과관계 또는 인과관계의 기점으로 되는 피고의 행위와 인과관계의 종점으로서 사망 또는 상해라고 하는 원고의 손해와의 사이에 「Conditio sine quanon」의 관계가 인정되면 족하다 할 것인데, 위에서 말하는 피고의 행위를 일반적, 추상적으로 규정하기는 곤란하고, 피고의 일련의 행위의 과오 중에서 원고에 의하여 특정되어 주장되고 나아가 그 존재가 인정되는 한도에서 확정되는 행위라고 설명할 수밖에 없고, 그것이 구체적으로 어떤 것인가는 구체적 소송마다 다를 수밖에 없다. 그러나 불법행위의 경우에는 인과관계의 기점으로 되는 피고의 행위는 과실의 평가대상으로 되는 행위와 중복되는 경우가 허다 할 뿐만 아니라, 뒤에서 보는 바와 같이 특히 의료과오소송에 있어서 인과관계와 과실은 밀접한 관계가 있으므로 인과관계와 과실의 문제를 종합적으로 고찰하면, 인과관계는 과실이라고 평가되는 행위와 결과와의 관련을 명백하게 하는 것이라 할 것이고, 따라서 원인행위는 과실판단의 대상으로 되는 정도로 특정되어 있지 아니하면 안된다고 하는 논리상의 요청이 있다. 그러나 한편, 의료과오소송의 인과관계론에 있어 원인행위를 과실행위와 극히 고도의 의학적 판단이 소송의 중심이 되어 순연한 과학적 분쟁으로 되는 폐단을 가져오게 되므로 위와 같은 논리상의 과실제상의 난점을 지양하기 위하여 사실적 인과관계의 존부를 인정함에 있어서, 원인행위라고 판단되어지는 당해 행위를 과실행위의 개념보다 상위에서 개괄적으로 파악하는 것도 허용될 수 있다 할 것이다.[146] 즉, 어떤 종류의 의료행위의 과정에서 어떤 결과가 발생한 경우 그 의료행위의 어느 일부분의 거동이 원인이라고 하는 것을 구체적으로 명확히 하지 아니하고 당해 치료행위 전체를 한 개의 행위로서 취급하여 우선 그 것과 결과와의 인과관계를 판단함으로써 족하다 할 것이다. 이러한 개괄적 인과관계의 인정방법은 원인으로 된 개괄적 의료행위와 구체적 과실과의 관련 하에서 그 당부가 논하여 져야 할 것이므로 개괄적 의료행위로서 허용 될 수 있는 범위는 구체적 사례의 직접에 의해서 그 한계가 설정되어야 할 것이다. 이 점에 관련하여 과실의 선택적 인정을 허용한 일본의 판례로는 심몽성각기의 치료를 위하

146) 遠藤賢治, 醫療訴訟の 動向, 司法硏修所論集, 制51號, 1973. 111面.

여 주사함에 있어서 그 주사액이 불량이었거나 또는 주사기 소독이 불완전했던가의 그 어느 것이 과실이 있었다고 인정하였다고 할지라도 주사액의 불량, 주사기의 소독불완전은 모두 진료행위의 과실로 됨에 족한 것이므로, 그 어느 것인가에 과실이 있었다고 추단하여도 과실의 인정사실로서 불명 또는 미확정이라고 할 수 없다고 하였고, 후자의 판결은 포도상구균의 전염경로로서 주사기구가 시술자의 수지 또는 환자의 주사부위 등 그 어느 것의 소독불완전에 의하여 균이 원고의 체내에 투입하였기 때문에 발병한 것이라고 인정한 원심의 진료행위의 특수성에 비추어 볼 때 충분히 시인할 수 있다고 판시[147] 하고 있다.

(2) 과실과의 밀접한 관련성[148]

손해배상책임의 성립요건으로서의 인과관계와 과실은 의료과오에 있어서는 밀접한 관계를 맺고 있다고 함이 지적되고 있다.[149] 이는 인과관계는 원인행위와 결과와의 관련을 묻는 것이고, 과실은 그 원인행위에 대한 법적 평가이며, 따라서 원인행위는 과실의 측면이기 때문에 의료과오사건에 있어서 인과관계와 과실의 문제는 함께 어우러져 논하여지고, 또 과실의 인정과 인과관계의 인정과는 불가분의 작업으로 되는 경우가 일반적이다.

소송상의 인과관계와 과실은 물론 법적평가를 받게 되는 것이나 그 관계는 의학상의 그것과 대응한다 할 것이고, 따라서 과실은 주의의무를 전제로 하고, 인과관계의 개연도가 낮을수록 주의의무도 악화되고 따라서 그에 위반할지라도 과실을 인정하기 어렵게 된다. 그러나 여기에서 유의할 것은 과실이 있으면 항상 인과관계가 있고 인과관계가 있으면 항상 과실이 있다는 것을 당연시하여서는 안된다는 점이다. 이를 당연시하는 설명이 있으나,[150] 이는 의문이다. 인관관계가 증명되었으나 어떠한 과실도 없는 경우, 예컨대 의료과오소송을 심리한 결과 의료행위 당시의 의학수준상 최선의 주의를 다하여 의료행위를 한 것으로 인정되었고 당시의 의학수준에 의하면 인과관계의

147) 日 最判, 1957. 5. 10. 民集, 11券5號, 715面: 同 1964. 7. 28. 民集, 18券6號, 12面.

148) 김선석, 전게논문 73면~75면.

149) 이준상, 전게논문, 77면~79면; 김선석, 전게논문 73면~75면.

150) 박동섭, 의료과오소송에 있어서 인과관계 Ⅰ, 사법논집 제12집, 1981. 166면.

판명이 불가능한 상태였으나 심리 도중에 의학의 급격한 발전으로 인과관계가 있는 것으로 판명된 경우와 같은 사례가 있을 있기 때문이다. 인과관계와 과실이 서로 상관성을 갖기는 하나 궁극적으로 구별개념임을 전제로 이러한 상관성을 고려하여야 할 것이다.[151]

(3) 환자들의 특이성

일반적으로 환자들은 의사를 만나기 이전에 이미 어떤 질병으로 고통을 받아 왔기 때문에 의사로부터 치료를 받은 후 그의 상태가 악화되었다고 하여 그것을 바로 의사의 책임으로 돌리기는 어려울 것이다.[152] 즉, 악화된 상태의 원인이 환자 자신의 상태나 이미 가지고 있었던 질병 때문인지, 의사의 의료상의 개입이나 치료상의 과실 때문인지를 판단하기 어렵다. 따라서 의료사고가 발생한 경우 환자를 상해 이전의 상태와 상해 이후의 상태로 구분하기가 곤란하며,[153] 이 점도 인과관계의 입증을 어렵게 한다.

다. 책임성립적 인과관계론

우선 종래 인과관계에 관한 통설 · 판례인 상당인과관계설에 대하여 살펴본 후, 책임성립적 인과관계론의 법적 인과관계론, 역학적 인과관계론에 대해서 논하기로 한다.

(1) 상당인과관계설

이 설은 본래의 인과관계의 개념인 사실적 자연과학적 개념을 따르는 사실적 인과관계에 의한 조건설을 취하면 무제한 인과관계의 범위를 제한하기 위하여 사실적 인과관계의 개념만을 따르지 않고 그것에 적당히 제한을 가하여 사회생활상 일반적 지식 및 경험에 비추어 결과발생의 개연성이 존재하는지 여부에 따라 인과관계를 결정하지는 학설이다, 이 설에 의하면 단순히 개개

151) 손용근, 전게논문, 61면.

152) 박동섭, 전게논문, 59면~60면.

153) Joseph H. king Jr, p. 200

의 경우에 관하여 구체적으로 원인, 결과의 관계를 고찰하는데 그치지 않고 다시 이를 일반적으로 고찰하여 경험적 지식에 비추어 보아 그러한 사실이 있으면 그러한 결과가 발생하는 것이 보통이라고 생각되는 범위에서만 법률이 요구하는 인과관계 즉 법적 인과관계[154]가 있는 경우를 성립요건으로서의 인과관계 있는 경우로 인정하려는 견해이다. 이 설은 다시 그러한 사실이라는 기초가 될 사실의 범위를 어떻게 정하느냐에 관하여 행위당시에 행위자가 인식하거나 인식할 수 있는 사정을 기초로 하자는 주관설, 재판시에 있어서 행위당시에 객관적으로 존재한 모든 사정 및 행위 후의 사정이라도 예견가능한 것을 모두 기초로 하자는 객관적, 행위당시에 일반인이 인식할 수 있는 사정 및 행위자가 특히 인식할 수 있는 사정을 기초로 하자는 절충설 등으로 나뉘어 진다. 현재는 상당인과관계설 가운데 절충설이 통설 및 판례의 태도이다. 결국 우리나라의 통설과 판례에 의하면 책임성립 및 책임의 범위에 있어서 모두 사실적 인과관계가 아닌 법적 인과관계 개념을 취하는 상당인과관계를 취하여 배상범위결정에 있어서나 인과관계의 인정을 상당성 여부에 의존하고 있다. 그러므로 이러한 상당인과관계설에 따라 책임성립요건으로서의 인과관계는 당해 과실이 없었더라면, 당해 손해는 생기지 않았을 것이라고 하는 조건관계의 존재를 전제로 하고, 그 손해가 통상 발생하는 것이면 당연히 성립하고, 그 손해가 특별한 사정에 의한 것이라고 인정되는 경우에는, 가해자가 그 사정을 알았거나, 알 수 있었을 때에 한하여 성립한다.(민법 제393조 제1항과 제2항) 미국에 있어서도 거의 같은 내용의 기준이 적용되고 있다. 그 기준을 학자들은 “없었더라면 기준과”실체적인자(substantial factor)" 기준이라고 부르고 있다.[155] 이러한 상당인과관계설을 구체적인 손해배상건의 해결방법으로 적용하기에는 추상적이고 애매모호하여 불완전하다는 비판이 있을 뿐만 아니라, 논리적으로는 다소의 불적절함을 면할 수 없고,[156] 근래에 들어와서는 사실적 인과관계가 아닌 법적 인과관계 즉 상당인

154) 법적 인과관계는 조건설이 취하는 사실적 인과관계의 존재를 전제로 하고, 가해행위와 거기에서 생긴 손해 중 어느 범위를 가해자에게 배상시켜야 할 것인가라는 법적, 평가를 가리키는 것으로서 통상 귀책사유가 문제된다.

155) Joseph H. King, Jr, The Law of Medical Malpractice 193.

156) 이영환, 의료과오에 있어서의 의사의 민사책임에 관한 연구, 부산대학교출판부, 1997. 61면~69면.

과관계라는 개념은 완전배상의 원칙을 규정하고 있는 독일 민법 하에서 필요성에 의하여 발생된 독일 고유의 이론이고, 손해배상의 범위 등에 관하여 독일 민법과는 다른 구조를 가지고 있는 우리나라나 일본의 경우에는 책임성립에 요구되는 인과관계는 조건설에 따른 사실적 인과관계뿐이기에 상당인과관계이론은 우리 민법에서는 필요성이 없는 이론이라는 주장이 제기되고 있기는 하지만[157] 상당인과관계이론이 논리적으로 철저하지 못은 법학에 있어서의 인과관계는 자연과학적인 의미라기보다는 가치판단을 수반하는 것으로서 규범의 타당성의 문제이기 때문에 어느 정도 상대적일 수밖에 없는 것이고, 경험적, 일반적 표준에 따라 인과관계의 성립여부를 판단한다는 점에서 법사회적인 방법으로서 상당인과관계설이 타당하고, 이러한 상당인과관계설을 취하더라도 책임의 범위가 아닌 책임의 성립요건으로서 즉 의료과오소송에 있어서 손해배상청구권이 인용되기 위해서 전제로 되는 인과관계는 사실적이고 자연적이며 경험적인 인과관계라고 이해된다. 상당인과관계설을 취하더라도 상당인과관계의 기초를 이루는 것은 사실적이고 자연적인 인과관계라는 점을 고려하여 앞에서 살펴본 비판이 크게 문제되지도 않는다.

또한 실제에 있어서도 고도의 과학적 분야에 속하는 의료행위의 인과과정에 있어서 문제는 사실로서 그 치료행위로부터 사상이나 상해라고 하는 결과가 발생하였는가 여부, 즉 사실상의 인과관계에 있기에 의료과오소송에 관한 한은 상당인과관계이론에 의하더라도 책임의 성립여부에 대한 인과관계는 법적 인과관계가 아닌 사실상의 인과관계의 문제로 귀착된다 할 것이다.[158]

상당인과관계설에 대한 비판은 민법상의 통설 판례로 되어 있는 상당인과관계라는 관념이 과연 정당한가에 관하여 강한 의문을 제기하는 견해가 있다.[159] 이 견해의 논거는 다음과 같다.

상당인과관계설은 독일민법의 해석에서 비롯된 것이라고 볼 수 있다. 독일민법은 손해배상청구권을 발생시키는 요건사실, 즉, 책임원인이 일단 충족된

---

157) 이종복, “일반조항 불법행위법에 의한 손해배상책임의 제한” 사법행정, 1988. 10월호. 22면~23면.

158) 손용근, “의료과오소송에 있어서 입증의 경감에 관한 연구” 연세대학교 박사학위논문, 1996. 37면.

159) 김선석, 전게 논문, 59면.

이상 발생된 모든 손해가 배상되지 아니하면 안된다고 하는 기본원칙으로서의 완전배상원칙을 택하고 있다.[160] 완전배상원칙의 논리적 귀결은 채권자이익이 모두 그대로 배상으로 급여되어야 하고, 손해배상의무를 발생시키는 사실과 인과관계에서는 모든 손해가 배상되어야 하는 것이다. 이 인과관계 이외의 요건, 즉 손해의 예견가능성이나 또는 손해가 직접적인가 아니면 간접적인가 하는 것 등을 묻지 아니하고 모든 손해가 배상되어야 한다.[161]

그러나 이러한 완전배상의 원칙 자체가 현재의 사회적, 경제적 사정에 적합하지 아나한 뿐만 아니라, 위와 같은 법적 구성으로부터는 현실적으로 불공평 및 부당한 결과가 발생하는 것을 피할 수 없기 때문에, 이러한 결과를 제거하기 위하여 독일의 학설·판례가 손해배상의 범위에 관하여 상당인과관계라고 하는 개념을 정립하기에 이르렀던 것이다.[162] 그러나 우리의 손해배상은 독일민법과는 달리 불법행위의 손해배상을 규정한 부분이 채무불이행의 조항을 준용하고 있다. 즉, 민법 제393조는 손해배상의 범위를 당사자의 예견가능성에 의해 결정하도록 규정하고 있다. 그러므로 손해배상의 범위를 정함에 있어서 손해가 예견 가능한 것인가 여부를 알기 위하여, 어떠한 태양상에서 그 손해가 발생하였던가, 즉, 책임원인이 탐구되지 아니하면 아니 된다. 따라서 예견가능성의 판단은 계약불이행에 있어서는 계약목적, 당사자의 직업 등을 고려한 계약의 해석이라고 하는 조작에 의해서 정하여지게 되어 있다. 그리고 우리의 손해배상은 책임원인과 배상의 범위가 결합되어 있다고 할 것이며, 손해배상의 범위는 인과관계에 의하여 결정되어진다고 하는 명제는 민법 제393조를 두고 있는 우리 민법 아래에서는 무의미한 것에 지나지 아니한다고 보아야 한다. 왜냐하면, 손해배상의 범위에 관한 민법 제393조의 규정은 인과관계의 존재를 전제로 한 후 책임원인을 고려하여 법관의 정책적

---

160) 이 원칙은 손해를 발생시킨 태양, 행위자의 고의, 과오의 정도, 손해가 예견가능한가의 여부, 또 손해가 직접적인가 아니면 간접적인가 등에 의하여 손해의 범위는 영향을 받지 않는다고 하는 것을 의미하므로 책임원인과 손해배상의 원인은 단절되어 있다.

161) 바꾸어 말하면 손해배상의무를 발생시키는 사실이 존재하지 않았더라면 손해가 발생하지 않았을 것이라고 하는 관계가 인정된다면 그것만으로서 손해배상청구권의 요건이 충족되게 된다.

162) 인과관계라고 하는 개념은 완전배상의 원칙을 실현시키기 위한 법 기술에 지나지 아니한다. 따라서 인과관계개념도 갈수록 다의적이다.

가치판단에 의하도록 위임하므로써 개별적이고 구체적인 사정에 응하여 배상의 범위를 제한하고 있기 때문이다. 우리 민법의 해석으로서는 추상적이고 통일적인 상당인과관계라고 하는 개념의 정립은 아무런 의미가 없기 때문이다. 따라서 결국 우리 민법에 있어서는 인과관계는 손해배상청구권의 전제이며, 또 사실의 평가의 면에서 문제가 되는 사실적이고 자연적인 인과관계의 개념만이 필요하다. 그 이외의 요소는 개별적이고 구체적인 문제로 되는 것이며, 민법 제393조가 정하고 있는 바는 그 가치판단의 보호범위이고 상당인과관계의 문제는 아니라고 설명한다.[163] 또한 민법 제393조를 상당인과관계의 선언이라고 해석하는 통설의 입장을 승인하면서도, 의료소송이나 공해소송 등에 있어서 책임근거로 되는 인과관계는 사실적이고 자연적 인과관계라고 이해하는 인식이 강하게 일어나고 있다.[164] 의료과오에 관한 민사판례 중 이 점에 관련된 것을 약간만 검토해 본다면, 많은 판례들은 상당인과관계라는 용어를 사용하고 있다.[165] 위에서 문제되고 있는 필연적 인과관계가 바로 자연적 인과관계를 의미한다고 보기에는 난점이 있다. 예컨대 대법원은 "소외인이 사망한 것은 산부인과 전문의인 피고의 오진 때문이고 그 사이에는 상당한 인과관계가 인정된다. 즉, 소외인이 피고의 병원에 찾아와 임신증상이 계속된다는 사실을 알렸으므로 위 소외인에게 자궁외임신의 우려가 농후하고 특히 수란관 임신인 경우에는 임신 3개월 정도에서 수란관 파열의 위험이 있으므로 진료를 위하여 하복부를 누르는 등 압력을 주면 수란관파열에 의해 생명에 위험이 있으리라는 것은 산부인과 진료의인 피고로서는 쉽게 인식할 수 있었을 것이요, 그럼에도 불구하고 피고가 위 소외인을 다시 진찰한다고 피해자의 아랫배를 누르는 등 압력을 가하여 이것 때문에 수란관이 파열되고 이것이 원인이 되어 위 소외인이 사망하였다"[166] 이 판례 역시 의료행위에 있어서 의사의 과실과 발생한 손해사이에 상당인과관계를 인정한 판례라고 볼 수 있다.

---

163) 김선석, 전게 논문, 60면.

164) 권용우, "의료과오로 인한 민사책임". 법률신문, 1526호, 1984. 9면.

165) 대법원, 1976. 9. 14. 선고 76다1269 판결.

166) 대법원, 1969. 9. 30. 산고 69다1238 판결.

(2) 법적 인과관계

사실적 인과관계라고 하다라도, 어떠한 사실을 어떤 결과의 원인으로 생각할 것인가는 그 사건에 대한 관찰자의 입장에 따라 달라질 수 있는 것이다. 따라서 인관관계의 문제는 궁극적으로는 당해 관찰자의 가치판단의 문제라고 해야 할 것인데, 이와 같은 법률상의 가치판단에 따라 결정되는 관계를 법적 인과관계라고 한다.[167]

(3) 역학적 인과관계

최근 공해소송에서 활용되고 있는 역학적 인관관계의 사고는 자연적 사실적 인과관계론의 구체적 명확화를 위하여 매우 유용하다고 생각되므로,[168] 의료과오소송에 있어서 인과관계의 존부판단에 있어서 고려하여야 할 기준을 고찰하기에 앞서 역학적 인과관계론을 살펴보고자 한다. 물론 의료과오와 공해는 전자가 주로 개별적이고 구체적인 장애결과를, 후자가 집단적으로 발생한 질병을 대상으로 하기 때문에 유형을 달리하는 것도 있고, 또 의료과오의 법리와 집단현상에 대처하기 위하여 생긴 역학적 방법을 그대로 동일시 할 수는 없는 면이 있다고 할지라도 의료과오소송에 있어서 사실적이고 자연적인 인과관계를 추구함에 있어서는 역학적 인과관계론이 많은 참고가 된다고 본다, 교통사고로 인한 사상과 같이 가시적인 인간의 행위에 의한 경우 그 인과관계는 대개 인간의 정감에 의하여 충분히 이해될 수 있으나, 의료과오의 경우에 있어서는 인과관계의 기점이 사람의 행위에 의한 것임에도 불구하고 사상과 의료과오 사이에 연쇄관계가 전혀 가능성이 없고 그 과정 혹은 기구의 해명에 관해서는 과학을 필요로 하는 것이고, 그 인과관계는 자연적 인과관계, 과학적 인과관계일 것을 요한다. 그러나 대부분의 경우 일반인으로서는 그러한 인과관계를 사실상 개인적으로 인식할 수 없기 때문에 의료과오소송에 있어서의 인과관계는 그 인정방법과 그 존부판단의 기준이 극히 중요하고도 곤란한 문제로 된다. 그런데 한편 과학으로서의 역학은 현재 공해소송에 있어서는 극히 유용하고도 참으로 과학적인 입증방법이라하는 확신을

167) 김선석, 의료과오에 있어서 인과관계와 과실, 「의료사고에 관한 제문제」, 재판자료, 법원행정처, 제27집, 1985. 64면,

168) 遠藤賢治, 前揭 論文, 116面.

받기에 이르렀다.[169] 역학은 고도로 발달한 실험과학에 의해서 명백히 되지 아니한 분야에서도 그 병인을 추구하는 독립된 과학이지 결코 실험과학의 보조과학이 아니며 따라서 과학성 및 결론의 정도에 있어서도 실험과학에 의한 입증보다 뒤떨어지는 것이 아니다.[170] 그래서 역학은 환자 개인을 대상으로 하는 임상의학 및 환자 개체를 세포에 이르기까지 분석하여 연구하는 병리학 내지 기초의학과 함께 제3의 의학연구방법이라고 일컫어지고 있으며,[171] 위와 같이 이유로 말미암아, 「역학적인과관계의 존재가 확인된다면 법적 인과관계를 인정할 수 있다」는 원칙적 사고가 일본에서는 이른바 이타이이타이병(イタイイタイ病 판결[172])을 거쳐 판례, 학설상 정착되었다고까지 논하여지고 있는데[173] 뒤에서 보는 바와 같이 의료과오소송에 있어서도 인과관계 존부판단에 있어서 역학적 사고가 극히 유용할 뿐만 아니라 실무의 판결에서도 그 사고를 기초로 하고 있다고 말할 수 있다. 원래 역학이란 유행의 원인에 관한 학문아라고 간단히 말할 수 있고, 여기서 유행이라 함은 어떠한 정상적인 상태로부터 다른 현상이 일어나는 것을 의미 한다 인플루엔자 유행이라는 것도, 본래는 인플루엔자 환자가 소수인 것이 정상적임에도 환자가 어떠한 이유에서 어느 시점으로부터 증가하는 것을 말하는데 그 유행의 조건을 명백히 밝히는 것이 역학의 임무이다. 이처럼 질병의 원인을 현실의 구체적인 유행으로부터 환자집단의 관찰과 그를 둘러싸고 있는 여러 조건의 변화로부터 찾는다는 하는 것이 역학의 입장이다. 이 의미에서 역학은 모형화한 질환일반(구체적인 유형)으로부터 이에 관여하는 여러 조건을 탐구하는 것이라고 말할 수 있다. 그 예로써, 폐결핵의 예를 들어본다면 오늘날 폐결핵의 원인이 결핵균에 있다고 함에 이론을 제기할 사람이 없는 것임으로 결핵균에 감염 되는 것이 폐결핵의 원인이라고 할 수 있고, 따라서 폐결핵을 일반적으로

---

169) 富鳥照南, 因果關係 各論Ⅰ -四日市訴訟 を中心として-, 有泉 亨 監修, 現代損害賠償法講座 (5) 公害, 生活妨害, 日本評論社, 1973. 140面.

170) 富鳥照南, 前揭論文, 104面.

171) 石橋一晃, 因果關係 各論Ⅱ- イタイイタイ病 を中心として- 現代損害賠償法講座, 5券, 1973. 158面.

172) 富山地判, 1971. 6.30. 판결タイムス 264號, 103面.

173) 富鳥照南, 前揭論文, 142面.

모형화 하면 결핵균에 의한 폐감염증이라고 할 수 있다. 그러나 현실적으로 성인 90% 이상이 결핵균에 감염되어져 있음이 밝혀지고 있음에도 그 중 실제로 결핵증으로 되는 사람은 극히 일부에 지나지 않는다. 결국 감염과 발병과는 명백히 다른 것이고, 결핵균은 결핵증의 원인의 하나에 불과하다고 말할 수밖에 없다. 그러기 때문에 현재의 의학수준에서는 결핵환자 발생원인의 모두를 명백히 할 수는 없고 오히려 중요한 것은 현실적으로 결핵증이 발생하는 역학적인 조건, 즉, 각 집단에서의 집단면역상황, 영양섭취량, 과밀주거 등의 현실적인 여러 조건과 환자와의 사이에 여러 관계를 조사함에 있어서 제일 많이 사용되는 수단이 통계적인 수단 이므로 역학에 있어서 통계적 관찰은 제일 중요한 수단이라 할 것이다. 그리고 대개의 경우 질환의 연구에 있어서는 먼저 유행현상을 파악하여 그 여러 조건을 분석함으로써 그 원인을 명백히 하는 역학적 연구가 행하여진 다음에 그 결론에 의해서 보다 상세한 메카나즘을 실험적으로 추구하는 것이 일반적인 순서이다. 따라서 결코 실험적인 여러 결과를 모아서 이로써 원인이 되는 것은 아니고, 오히려 실험에 의해서 보다 상세한 메카니즘이 알려지는 관계에 있다고 할 수 있다. 이처럼 일반적으로 말하여 유행현상을 취하여 그것이 일어나는 조건을 상세히 관찰하여 일정한 결론을 내리는 것이 역학의 입장이다. 그런데 소송에서 인과관계를 문제삼은 경우, 예컨대 어떤 물질의 화학구조상 어느 측쇄가 염색체의 어느 측쇄를 어떻게 변화시키는가 하는 소견과 같은 과정상의 상세히 메카니즘을 필요로 하는 것이 아니고, 매연이 암을 일으키고[174] 사리도마이드(Thalidomide)[175] 가 기형아를 만들고 있다고 하는 것과 같은 인과의 기본적인 구조를 필요로 하는 것이며, 역학적 추구의 단계에서 이러한 인과의 기본적 구조가 대부분의 경우에 명백하게 밝혀지는 것이 가능하다 할 것이므로 역학은 인과의 기본적 구조를 밝히는 것에 충분한 답을 제공할 수 있게 된다. 오늘날 모든 과학분야에 있어서 인과관계의 상세한 메카니즘을 모두 밝힐 수 없다고 함은 과학의 미발달로 말미암아 어쩔 수 없는 것이고, 한편 법적 인과관계가 「사상 A가 존재하지 않는다면 B는 발생치 않을 것이다」라고

174) 古田克己, 疫學的因果關係と 法的因果關係論,ジュリスト 440號, 1969. 12. 106面.

175) 1960년대 초에 유럽에서 만든 수면제의 일종으로 임신초기의 부인이 사리도마이드를 복용하면 양팔과 양다리가 없는 기형아를 낳는다고 하는 것이 밝혀져 있다.

하는 정도를 요구하는 것이며, 역학 역시 자연과학으로서 자연적 인과관계에 크게 기여할 수 있다 할 것이다. 나아가 역학에서는 인과관계를 정함에 관하여 일반적으로 어떻게 생각하는가를 살펴보자, 역할에서는 어떤 질병이 일어나는 원인에 관해서 의학적으로 생각될 수 있는 몇 개의 인자를 추출하여 그 질병의 발생과의 관계를 조사하고(이 경우 통계학의 수단이 많이 사용된다) 다시 관련성이 높은 인자를 선택한 후 그 인자에 관하여 종합적으로 음미해 나가는데, 그 인자관계의 존부를 판단하기 위하여 통상 다음의 여러 조건을 충족시키는가의 여부를 검토하는 것이 일반적이다.[176] ① 그 인자가 질병의 일정기간 작용한 것일 것 즉 인자와 질병과의 시간적 관계, ② 그 인자의 작용하는 정도가 현저함에 따라 질병의 이환율이 높을 것, 즉 인자의 양과 결과와의 사이에 「양과 결과의 관계(Dose and Effect Relationship)」가 존재할 것, ③ 그 인자의 분포소장의 것, 예컨대 그 인자 내지는 작용물질이 제거된 경우, 그와 같은 집단에서는 질환의 이환율이 극히 낮을 것 ④ 그 인자가 원인으로서 작용하는 메카니즘이 생리학적으로 모순 없이 설명 가능할 것, 이는 전술과 같이 메카니즘을 세부에 걸쳐서 실험적으로 명백히 한다든가 또는 완전히 재현시키는 것을 의미하지는 아니한다. 그 이유는 그러한 것은 과학의 본질로부터 극히 곤란하기 때문이다. 따라서 위의 조건은 다만 생물학적으로 보아 일정한 합리성이 있을 것, 즉, 원리성의 관계를 설명할 수 있음을 의미함에 지나지 않는다. 예를 들어, 사리도마이드의 최기성에서, 사리도마이드는 인체 실험이 불가능하고 또 동물실험을 시도하여도 동물의 사리도마이도에 대한 감수성의 차이 때문에 그 실험이 성공할 수 없는 경우가 많이 있으나, 일부 종류의 동물에 유사시킨다고 하는 것이 충분히 생각되어 질수 있는 다른 실험결과가 있다고 하는 것과 같이 진술의 역학상의 3개의 현상에 덧붙여 존재한다면 좋다고 하여야 할 것이다. 위와 같은 4개의 관계가 존재한다면 그 인과관계를 인정 하는 것이 역학의 입장인 것인데, 이와 같은 사고방법은 어떤 의미에서는 일상생활에 있어서 우리가 무의식적으로 사용하고 있는 사고의 방법과 다분히 유사성이 있다고 말할 수도 있다.[177]

176) 古田克己, 前揭 論文, 107面.

177) 富鳥照南, 前揭 論文, 140面.

다만 위의 여러 조건 중 ④ 의 조건만은 필요치 않다고 하는 견해[178]도 있다. 그 견해에 의하면 ④ 의 조건이 엄격하게 요구된다고 한다면, 역학적 수단을 운운하는 의미는 전혀 없을 뿐만 아니라 법원의 사실 인정을 불가능하게 할 염려가 있다고 한다.[179] 그리고 나머지 다른 3개의 조건에 관해서도 그 모두를 동시에 만족시킬 필요도 없다. 따라서 만약 그 어느 조건에 관해서도 그 모두를 동시에 만족시킬 필요도 없다. 따라서 만약 그 어느 조건이 명백해 진다면 다른 조건의 내용은 완화되든가 불가능하게 되는 상호보충성, 상호보완성의 관계에 있다. 그리고 역학에서는 질병에 관여하는 모든 조건을 다음의 3개로 나누어서 생각한다. 첫째, 질병을 일으킴에 있어 직접으로 작용하는 물질이나 현상, 예컨대 세균이나 바이러스 등의 병원체, 혹은 중풍을 일으키는 물질이나 및 소음과 같은 물리적 현상, 이와 같은 일반적으로 작용물질 (Agent)이라고 부른다. 둘째, Agent가 작용하여 가는 환경조건 혹은 남자인가 여자인가 등의 숙주측의 조건, 이에 관한 예를 든다면, 이타이이타이병(イタイイタイ病)의 경우에 먼저 작용물질로서는 카드뮴을 들 수 있으나, 이 작용물질은 본래는 상류의 산에 매몰되어 있을 수도 있으므로 그 자체로서는 하등의 문제로 되지 아니 한다. 다음으로 경로에 관한 문제가 제기된다. 카드뮴은 그것이 음료수나 쌀 및 야채에서 나타날 때에만 작용물질로 된다. 끝으로 숙주측의 문제로서는 이를 조사 연구한 보고에 의하면, 환자집단의 역학적 특징으로서, ① 부인이 거의 대부분이다. ② 50세 전후에 발병한다. 즉 폐경 후에 발병한다. ③ 임신회수가 많은 사람일수록 발병률이 높다고 하는 점이 밝혀졌다. 이러한 현상은 신통천 유성의 모든 주민이 카드뮴을 섭취하였음에도 불고하고 발병자는 그 일부라고 하는 것과 대응하는 것이다. 그러나 이는 이 병의 원인(작용물질)이 카드뮴이라고 하는 것과 아무런 모순이 없는 것이다.

여기서 의학적 내지는 역학적 인과관계와 법률상의 인과관계와의 차이에 주목 할 필요가 있다. 역학은 자연과학의 아니므로 객관적 사실의 여러 관계를 모두를 아울러서 인식하는 것이 당연한 것이나, 법률상 인과관계의 인식은

178) 石橋一晁, 前揭 論文, 159面.

179) 澤井 裕, イタイイタイ病 判決と 鑛業法109條, 法律時報, 44券2號, 86面.

관여하는 모두를 논하는 것이 아니고 원인의 이해 중에 책임의 인식이 포함된다고 하는 일종의 가치판단을 수반하는 것이라는 점이 강조되어야 한다.

라. 인과관계의 존부판단의 기준

의료과오에 있어서 인관관계 존부판단의 기준을 생각함에 있어서 의학적 내지 역학적 인과관계의 사고를 그대로 도입하기에 어려운 면이 있다고 함은 위에서 언급한 바와 같다. 그러나 역학이 경험칙에 기한 과학적 인식을 근거로 하고 있는 점에서 그 판단과정은 「사실상의 추정」과 동일한 것이므로 인과관계의 존부에 관계되는 간접사실에 관해서는 성질에 반하지 않는 한 이와 같은 역학적 성과를 근거로 하여 유형적으로 고찰하는 것이 편리할 것이다. 원래 의료과오의 인과관계론에 있어서는 의료적 처치라고 하는 한정된 사실 중에서 원인행위를 탐구하는 것이므로 임상, 병리학적 인과관계의 입증도 무시될 것은 아니고 역학적 인과관계와 상관적으로 평가되지 아니하면 안된다. 할 것인바, 이러한 견지로부터 인과관계 존부판단에 있어서 고려하여야 할 사정을 유형별로 나눈다면 어떠한 사항을 들 수 있는가의 점이 문제로 된다. 예컨대 의사가 적량을 초과하여 약제를 복용과 사망과의 사이에 반드시 인과관계가 있다고 할 수는 없다. 환자의 개인차, 생체반응의 다양성 등에 의하여 적량을 초과한 약제를 복용하더라도 사망하지 않는 경우가 있고, 또 드물게 일어나는 심부전, 뇌출혈, 그 이외에도 다른 사인이 존재할 수 있기 때문이다. 그러나 위의 경우 근래의 학설, 판례에는 다음에서 보는 바와 같은 여러 사정으로부터 인과관계를 추정하고 있다. 그런데 그와 같은 여러 사정은 판례의 분석을 통하여 유형적으로 제시되고 있는바, 어떤 견해에서 그 유형적 사항으로 다음과 같다.[180]

① 의료행위의 규준위반(Kunst fehler): 원인이라고 보여지는 의료행위가 의학상식 내지는 의학원칙에 위반하는 것, 바꾸어 말하면, 의료행위에 객관적으로 무엇인가의 불만족한 점이 존재하는 것을 말하며, 이는 민법상의 과실개념과는 다른 것으로 법적평가를 받기 이전의 의학원칙위반을 의미한다.

---

180) 遠藤賢治, 醫療訴訟の 動向,(二), 司法硏修所論集, 1973. 117面.

② 의료행위와 결과와의 시간적 관계: 원인이라고 보여지는 의료행위와 결과와의 시간적 접착성을 말하는 것이므로, 결국 규준위반의 의료행위와 결과와의 시간적 접착성을 의미한다.

③ 일반적 · 통계적 인과관계: 동종의 의료행위에 의해서 동종의 결과가 발생할 가능성이 일반적 혹은 통계적으로 어느 정도 존재하는가의 문제 이다.

④ 의료행위의 양과 결과발생율: 의료행위에 양적 차이가 있는 경우, 양이 많을수록 당해 결과발생율이 높아지고, 의료행위가 존재하지 않거나 혹은 그 양이 적을 때에는 결과발생율도 낮아지는 관계에 있음을 말한다.

⑤ 의료행위의 내용과 결과발생율: 의료행위에 여러 종류의 방법이 있는 경우, 당해 의료행위의 전후에 다른 동종 내지 이종의 의료행위를 실시함에 대하여 어떠한 반응이 인정되는가 여부를 의미한다.

⑥ 의료행위와 생체반응의 생물학적 관련: 의료행위를 원인이라고 생각하는 경우, 그 작용기구가 임상의학적으로 모순 없이 설명될 수 있는가 여부의 문제이다.

⑦ 환자의 특이성: 당해 환자가 통상인과 현저하게 다른 특이체질을 가지고 있기 때문에 ② 내지 ⑥의 관계를 받아들이지 않는 특성의 보유자로 보여지는 가능성의 유무를 말한다. ⑧ 타원인의 개입: 당해 결과 발생의 가능성 있는 다른 원인이 개입할 여지가 이는 정도인가의 문제로서 통계론적 및 확률적 산출과 임상병리학적 파악이 시도된다.

⑨ 불가항력: 현대 의학상 당해 의료행위의 유무에 불구하고 결과발생이 회피불가능한 것인가 여부의 문제를 말한다. 또 다른 견해[181]에서는 위 유형적 사항중에서 ② 및 ③의 요소를 특히 강조하기도 한다. 그런데 위 유형적 사항중에서 ④,⑤,⑥,⑦의 요소는 넓은 의미에서의 ①의 요소에 포함시킬 수 있고, 또 ⑨의 요소는 ⑧의 요소에 포함시킬 수 있는 것이므로, 인과관계 존부판단의 기준으로서는 ①당해 의료행위와 장애결과와의 시간적 밀실성, ② 원인으로 되는 의료행위상의 의학원칙위반, ③ 타원인의 개존 여부, ④ 통계적 인과관계 등으로 요약하여 생각하는 것이 보다 간명하다 할 것이다. 물론 구체적 사례에서는 이상의 여러 요소를 하나 음미할 것도 없이 용이하게 의

181) 川井 健, 現代不法行爲法硏究, 日本評論社, 1973. 134面.

료행위와 결과와의 인과관계의 유무 내지 경로를 직접 인정할 수 있는 경우도 있을 수 있으나, 인과관계가 쟁점으로 되는 설례의 대부분은 위와 같은 여러 요소를 이루는 간접사실의 전부 내지 일부를 검토하여야 할 필요가 있는 것이고, 각 요소 단독으로 명확한 결론을 얻을 수 없는 경우 일지라도 상호 보강하여서 종합적으로 판단에 도달할 수 있는 경우가 적지 아니할 것이다. 따라서 이상의 여러 요소가 보다 많은 존재할수록 인과관계의 추정이 강력해 진다 할 것이고, 또 인과관계와 과실의 관련이라는 관점에서 살펴볼 때 의료행위의 규칙위반이 중대할수록 그 추정도 용이하게 이루어진다고 할 수 있으며, 현재 독일에서도 「진료상의 중대한 준칙위반이 존재하고 또 그 중대한 준칙위반이 실제에 발생한 것과 같은 손해를 야기를 성질이 있다고 한다면 인과관계는 추인된다」고 하는 판례가 확립되어 있다고 한다.

마. 인과관계에 대한 우리나라 구체적인 사례

아래에서는 책임성립요건으로서의 인과관계에 대하여 위에서 살펴본 유형에 따라서 우리 판례가 어떠한 경우에 인과관계를 인정하고 있는지 그리고 어떠한 경우에 인과관계를 부인하고 있는지에 구체적으로 살펴본다.

(1) 인과관계를 긍정한 사례

(가) 의료행위가 의료원칙상의 준칙을 위반하였다는 점에서 인과관계의 존재를 긍정한 사례

심부전증이란 심장의 펌프작용 기능에 장애를 가져와 선신혈관내로 혈액을 공급하지 못하여 인체 내 각 장기들에 산소와 영양공급에 장애를 일으켜 사망에 도달하게 할 수 있는 높은 위험을 지닌 심장의 병적상태를 말하는 것으로 급성심부전증을 일으키는 원인을 단정할 수는 없지만, 전신마취 후 삽관이 5분 이상 지연되면 급성심부전증이 유발될 수 있는 사실, 따라서 전신마취 후 바로 삽관을 실시하여야 하며 통상 삽관이 2분 내지 3분 지연되면 이를 중단하고 충분한 산소공급을 한 후 재차 삽관을 시도하여야 하는 사실, 마취의사는 마취 시작 전에 환자의 신체적 특성이 마취를 시행하는데 기술적

곤란을 야기할지 여부를 살펴야 하는데 이 사건의 경우 피고 마취전문의사가 좌측상완골 간부 분쇄골절에 대한 수술을 위한 전신마취를 시행함에 있어, 환자의 신체가 비대하고 특히 목이 짧고 후두개가 돌출하여 삽관에 장애가 될 수도 있으므로 상기도 검사를 실시하여 삽관 경로의 상태를 관찰하고 여러 가지 삽관법의 장단점과 부작용을 충분히 비교 검토하여 환자에게 가장 적절하고 안전한 삽관법을 선택하여야 하는데도 이를 소홀히 하고 전신마취 후 삽관을 시작하였다가 도중에 후두경을 통하여 후두개의 이상을 발견하고 곡날형 후두경을 통하여 삽관을 시도하다가 실패하자 마침내 삽관튜브를 교체하여 삽관을 시행하였고 그 과정에서 많은 시간이 소요됨으로써 자력으로 호흡이 불가능한 환자에게 산소공급이 일시 중단되거나 정상적인 호흡상태보다 적은 양의 산소가 공급되게 한 잘못이 있다면, 이러한 의사의 과실이 지방심으로 심폐기능이 원활하지 못한 환자에게 작용함으로써 급성심부전증을 일으켜 환자를 사망하게 한 사실을 추인할 수 있다.[182]

(나) 당해 의료행위와 결과 사이에 시간적 근접성이 인정된다고 인과관계의 존재를 긍정한 사례

간호사로 하여금 피해자에게 에피도신 5cc와 범피린 1cc의 주사를 놓게 하였는데, 이 두개의 주사는 본시 부작용의 소지를 가지고 있어서 허약한 피해자에게는 특히 위험성이 있었고 또 에피도신주사는 서서히 놓아야 할 것인데도 피고는 간호사에게 아무 지시도 하지 않은 까닭에 간호사가 짧은 시간 내에 그 주사를 놓은 탓으로 그는 주사가 끝나는 순간 구토를 하면서 쇼크를 이르켜 1시간 20분만에 심장마비로 사망한 사실을 족히 짐작할 수 있으므로 피해자의 사망과 피고의 치료행위와의 간에 인과관계를 인정할 수 있다.[183]

(다) 다른 원인의 개입가능성의 없다는 점에 중점을 두어 인과관계를 추정한 사례

원고는 양측선천성 고관절 탈구로 골반절골술 등을 시행받은 후에도 좌측고관절에 두통이 있어 좌측고관절 전치환술 및 우축고관절 진치환술을 시행

182) 대법원, 1994. 11. 25. 선고 94다35671 판결.

183) 대법원, 1972. 5. 9. 선고 71다2732 판결.

받았는데 우측고관절의 인공삽입물만 해리되어 이로 인해 고관절부 두통이 생겨 우측고관절 진치환술을 시행받았다면 인공고관절의 해리현상은 인공고관절 진치환술을 받고 상당기간이 경과한 후 나타날 수 있는 합병증인데, 보통의 경우 인공고관절의 수명은 약 15년인 사실, 그런데 원고의 경우 수술 후 불과 3년 남짓 지나 우측고관절에 해리현상이 나타난 사실, 그 후 원고가 00대학 부속병원에서 다시 우측고관절 전치환술을 시행 받은 후 약 4년여가 지난 현재까지 우측고관절에 해리현상이 나타나지 않고 있을 뿐만 아니라 피고병원에서 우측고관절에 앞서 전치환술이 이루어진 좌측고관절의 경우도 현재 심각한 정도의 해리현상은 나타나고 있지 아니한 사실을 인정할 수 있기에 피고병원에서의 우측고관절 전치환술 시행 후 원고에게 나타난 해리현상은 달리 그 원인이 밝혀지지 않고 있는 이상 피고가 우측고관절 전치환술을 시행함에 있어 인공삽입물의 삽입이나 대퇴골두와 비구의 정복을 부정확하게 한 잘못으로 인하여 발생한 것으로 추인된다.[184]

(라) 의학준칙위반과 다른 원인의 개입가능성이 없다는 것에 중점을 두어 인과관계를 추정한 사례

원고는 이 사건 수술을 받기 전에는 비중격천공이 발생할만한 다른 증세가 없었는데, 비축주의 이상변형을 교정하기 위한 비점막하연골절제술을 시행하였는데, 항생제를 복용하고 항생제주사를 맞았음에도 불구하고 의사가 이 사건 수술 후 감염예방을 있어서 연골을 과도하게 상처치료를 하여야 함에도 불구하고 항생제 주사만 놓아 주었을 뿐 수술부위에 적절한 상처치료를 하지 아니하였고 원고에게도 상처치료의 필요성을 가르쳐 주지 아니하여 위 원고가 수술 후 개인병원에서 치료를 받으면서 이를 게을리하였고, 그 레지던트도 원고를 진찰하면서 염증방지를 위한 적절한 상처치료를 하지 아니하고 단순히 코입구쪽의 소독거즈만을 교환해준 과실로 원고의 중격천공이 발생하였다면서 의사의 과실과 환자의 장애 사이에 인과관계가 있다[185]

(마) 시간적 근접성과 다른 원인의 개입가능성이 없다는 것에 중점을 두어 인과관계를 추정한 사례

---

184) 대법원, 1998. 12. 2. 선고 98가합81080 판결.

185) 서울지법 1993. 7. 21. 선고 92가합46504 판결.

원고는 의사로부터 대동맥판막치환술 및 승모판막재치환술을 시행 받았다. 그런데 이 수술 후 원고의 심장기능과 신장기능 및 의식상태는 회복기에 접어들었으나, 수술 직후 3시간이 경과된 시점부터 갑자기 원고에게 우측편마비, 구어장애 등의 관련 장애 등의 뇌경색증이 나타났다. 원고는 위 수술 당시 뇌경색으로 인한 후유증이 발생할만한 특별한 원인이 있는 특이체질도 아니고 별다른 임상소견이 없었고, 그 외 위 수술과 뇌경색으로 인한 후유증의 발현 사이에 다른 원인이 개재되었을 가능성은 특별히 발견할 수 없음에도 불구하고 위 수술 직후 3시간이 경과된 시점에 위와 같은 병변이 발생하였다면 원고의 위 후유장애는 의사가 기존의 조직판막을 재치환하는 과정에서 석회화된 기존 조직판막에 외부적인 충격을 가하여 이로 인하여 파절된 절편을 심장내에 떨어뜨리고 이후 수술부위에 대한 세척을 제대로 하지 않은 시술상의 잘못으로 인하여 초래된 것이라고 추정할 수밖에 없다.[186]

(2) 인과관계의 부인하는 사례

(가) 다른 원인의 개입가능성의 관점에서 인과관계를 부정한 사례

1) 환자가 회음부성형수술을 하였는 바, 그 후 출혈로 졸도하여 강남병원 응급실로 호송되어 입원치료를 받으면서 낭포제거수술을 받게 된 사안에서 회음부성형수술 후 1개월간은 남편과의 부부관계를 하여서는 아니 되는데 환자의 출혈이 수술 후 상당기간이 지난 시점에서 시작된 점으로 미루어 환자의 출혈이 수술 후 상당기간이 지난 시점에서 시작된 점으로 미루어 환자의 출혈은 이 사건 성형수술의 봉합실을 뽑고 나서 남편과의 성관계를 가지게 됨으로써 생긴 것으로 추정되므로 피고의 의료상의 과실과는 상당인과관계를 인정할 수 없다.[187]

2) 반측성안면경련증의 치료를 위한 뇌수술로 인하여 발생하는 후유증인 하자부전신마비의 발생원으로는, 소뇌혈관이나 뇌간의 손상, 환자의 전신적인 혈관장애, 환자의 특이체질 세 가지를 예상할 수 있는데, 피해자에게 그 원인의 하나인 전신적 혈관장애가 없었다는 사실 외에 환자의 특이체질이 구체적으로 어떠한 체질을 말하는지 밝히고 피해자의 체질이 그에 해당 하는지

186) 서울지법, 1994. 6. 8. 선고 92가합71883 판결.

187) 서울지법 1993. 8. 18. 선고 93가합888 판결.

여부를 심리판단함이 없이 피해자에게 전신적 혈관장애가 없었다는 사실만으로 바로 그 후유증의 발생이 집도의사가 수술함에 있어서 피해자의 소뇌혈관이나 뇌간에 손상을 가함으로 인한 것이라고 추정할 수 없으며, 또 수술의사가 반측성안면경련증 수술방법을 습득 시술한 이래 피해자에게 이르기까지 수술한 40명의 반측성안면경련증 환자중 이 사건과 같이 팔 · 다리의 부전신마비의 부작용이 발생한 것은 피해자가 처음인 사실, 일반적으로 본건 수술의사 정도의 뇌수술을 집도할 수 있는 의료상 기술을 가진 신경외과의사라면 통상 세심한 주의를 기울이면 뇌수술과정에서 소뇌혈관이나 뇌간을 손상함이 없이 시술할 수 있다는 사실만으로, 피해자의 하지부전신마비의 후유증이 죄측경부의 소뇌혈관과 안면신경의 접합부분을 분리하는 뇌수술의사의 과실에 기인한 것이라 추인할 수 없다.[188]

3) 내과의사인 피고가 환자에 대해 내시경검사를 받은 결과 심이지장구부에 심한 궤양과 혈흔이 존재함을 발견하였으나 이는 척추수술 후에 나타나는 스트레스성 궤양으로서 내시경검사시 주입된 가스로 인하여 복부팽만현상이 발생한 것이라고 판단하고 별다른 지시 않고 40분후 다시 재검사를 의뢰받았으나 검진을 않았는데 그 후 환자의 증세가 악화되어 X-선 촬영을 한 결과 십이지장에 직경 0.5센터 크기의 구멍이 뚫리어 범발성복막염 및 패혈증이 발생한 것이 확인되어 수술을 하여 호전된 후 퇴원하였는데, 갑자기 폐염, 급성신부전, 심폐정지 등이 원인이 되어 사망한 사안에서 환자는 수술 후 호전되어 퇴원하였고, 1년 이상 아무 이상이 없었고, 사망 당시 76세였으며 퇴원 후 파킨슨씨병이 발병하여 신경와과 등에서 치료를 받아 온 사실을 인정할 수 있으므로 환자의 사망은 피고의 수술 후유증에서 기인한 것이라고 단정할 수는 없다 할 것이고 달리 피고의 진료상의 과실로 인하여 사망에 으르게 되었다는 인과관계를 인정할만한 증거가 없다.(노환 및 파킨스씨병 등으로 인해 사망하였을 가능성 고려)

4) 일반적으로 이완성자궁출혈을 일으키는 원인은 신체의 빈약, 자궁질병, 임신중독, 쌍생아, 양수과다증, 고혈압 등 여러 가지 원인이 있을 수 있으므로 임신부의 건강부의 건강상태와 태아의 성장정도가 이완성자궁출혈의

188) 대법원, 1983. 11. 22. 선 83다카1350 판결.

원인이 된 여부를 판단하려면, 먼저 임신부의 빈혈의 정도, 저혈압의 수치 및 심장기능의 정도를 구체적으로 파악한 후에 이러한 신체조건과 태아의 성장정도에 비추어 과연 이완성자궁출혈을 일으킬 가능성이 있는지를 밝혀보아야 할 것이며 막연히 추상적으로 임신부가 저혈압이며 심장이 약하다는 사실과 태아가 16주 정도 되었다는 사실만 가지고 곧 이완성자궁출혈의 원인이 되었다고 단정할 수는 없는 것이므로 그와 같은 사실만으로서는 산부인과전문의가 낙태수술을 요청받고서 이를 거절하지 아니하고 내과전문의에 의한 부작용 유무의 확인을 거침이 없이 수술을 시행한 행위와 수술 후의 이완성자궁출혈로 인한 임신부의 사망 상이에 상당인과관계가 있다고 볼 수 없다.[189]

5) 환자가 대동맥판막치환술과 상행대동맥확장술 및 좌측주관상동맥입구확장술을 시행하였는데 그 후 심박동이 떨어지면서 쇼크가 발생해 개심하여 보니 우심방부위에 혈종이 있어 이를 제거한 다음 생리적 식염수로 세척을 하면서 출혈부위를 찾았으나 뚜렷한 출혈점은 찾을 수가 없어 봉합 후 퇴원했는데, 그 후 뇌전색이 발생한 사례

① 서울고등법원 1996. 7. 24. 선고 95나8043 판결은 환자에게 치료 직후에 뇌전색증이 발생한 경우에 있어서는 환자측에서 일응 일련의 의료행위 과정에서 저질러진 일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실 있는 행위를 입증하고 그 결과와 사이에 일련의 의료행위 외에 다른 원인이 개재될 수 없다는 점, 이를테면 환자에게 의료행위 이전에 그러한 결과의 원인이 될 만한 건강상의 결함이 없었다는 사정을 증명한 경우에 있어서는, 의료행위를 한 측이 그 결과가 의료상의 과실로 말미암은 것이 아니라 전혀 다른 원인으로 말미암은 것이라는 입증을 하지 아니하는 이상, 의료상 과실과 결과 사이의 인과관계를 추정하여 손해배상책임을 지울 수 있도록 입증책임을 완화하는 것이 손해의 공평 타당한 부담을 그 지도원리로 하는 손해배상제도의 이상에 맞는다고 할 것인데, 원고는 심장수술 이전에 특별히 뇌전색을 발생시킬 원인이 없었고 이 사건 심장수술과 위 뇌전색 사이에 다른 원인이 개재되었을 가능성을 찾아볼 수 없고, 의사 등은 이 사건 심장수술 전 원고에 대하여 심

189) 대법원, 1984. 7. 10. 선고 84다카466 판결.

도자법검사를 함에 있어서 원고에게 검사방법이나 위험성 등에 대하여 전혀 설명을 하지 않았고 원고의 승낙도 받지 않았으며 이 사건 심장수술을 함에 있어서도 설명의무를 위반하였고 수술 후 환자를 관찰하는 등의 사후조치도 소홀히 하였다는 점, 뇌전색이 발생한 후 위 이 00 등이 수술찌꺼기가 날아간 것이 그 원인이 되었을 가능성이 가장 크다고 말한 점 등을 미루어 환자의 뇌전색과 의사들의 설명의무위반 및 사유조치소홀 과실 사이의 인과관계를 추정하였다.

② 하지만 위 사건의 상고심인 대법원 1997. 7. 22. 선고 96다37862 판결에서는 첫 번째로 위 원심이 인과관계를 추정하는 근거사실의 하나로 뇌전색이 발생한 후 의사 이00 등이 수술찌꺼기가 날아간 것이 그 원인이 되었을 가능성이 가장 크다고 말한 점을 들고 있으나 의사들에게 죽종찌꺼기 제거 등에 과실이 없음은 원심이 인정했고, 의사가 수술찌꺼기가 들어간 것이 원인이 되었을 가능성이 크다고 말한 것은, 그 과실을 인정하는 취지에서가 아니라 불가항력이라는 취지에서 말한 것으로 인정되기에 미세한 찌꺼기가 생리적 식염수에 씻기지 아니하고 들어갈 가능성이 있는지, 이러한 미세한 찌꺼기조차 들어가지 못하도록 하는 것이 가능한지 등을 심리해 본 다음에 추정을 하지 않고, 의사의 위와 같은 말만을 근거로 곧바로 이러한 추정을 하는 것은 곤란하다고 할 것이다. 두번째로 원심은 의사 등이 수술 후 환자에 대한 사후관찰이나 적절한 대처를 소홀히 한 점을 인과관계 추정의 근거로 위와 같은 추정 근거의 하나로 들고 있으나 원고가 1990. 3. 6. 이 사건 심장수술을 받은 직후부터 시간당 250cc 내지 300cc 정도의 많은 출혈이 시작되어 계속되고 있었는데도 의사가 직접 원고의 상태를 관찰하지 않고 같은 날 18:00경 퇴근하였고, 그 후 같은 날 21:00경 혈압과 심박동이 떨어지면서 갑자기 쇼크가 발생하여 다른 의사 안00 등이 다시 2차 수술을 한 것은 사실이나 1차 수술 자체나 수술 후의 경과는 좋았고 가사 출혈에 문제가 있었다고 하더라도 그 출혈이 이 사건 뇌전색과 무슨 관계가 있는 것인지조차 밝혀지지도 않은 이 사건과 같은 경우에 있어서 1차 수술을 담당한 의사가 반드시 퇴근시각 후에까지 병원에서 대기할 의무가 있는 것인지 의문이 가지 않을 수 없고 1차 수술 후 부작용이 나타나자 의사 안00 등이 즉시 응급조치를

취한 다음 2차 수술을 하였으며 그 수술에는 아무런 잘못이 없다는 것이므로, 퇴근하였다는 사실만으로 이 사건 뇌전색의 결과에 대하여 상당인과관계가 있다고 할 수 있는 것인지도 의심스럽다고 하여 원심을 파기환송하였다.

③ 그리고 파기환송심인 서울고등법원 1998. 6. 23 선고 97나39140 판결에서는 1차 수술 자체나 수술 후의 경과는 좋았고, 1차 수술 후 출혈이 시작되었다고 시간이 지나면서 출혈은 상당히 감소하였으며, 가사 출혈에 문제가 있었다고 하더라도 그 출혈이 이 사건 뇌전색과 무슨 관계가 있는 것인지조차 밝혀지지도 않은 이 사건과 같은 경우에 있어서 1차 수술을 담당한 의사가 반드시 퇴근시각 후에까지 병원에서 대기할 의무가 있다고 할 수는 없다. 그리고 1차 수술 후 부작용이 나타나자 의사 안00 등이 즉시 응급조치를 취한 다음 2차 수술을 하였으며 그 수술에 어떠한 잘못이 없기에 의사가 퇴근하였다는 사실만으로 이 사건 뇌전색의 결과에 대하여 상당인과관계가 있다고 할 수도 없다고 하여 인과관계를 부인하였다.

(나) 통계적 인과관계와 다른 원인의 개입가능성의 관점에서 인과관계의 존재를 부인한 사례

의료법상 사용금지 된 감자기를 사용하였다 하여도 산모의 사망원인을 초래케 할 정도의 대출혈을 가져오는 자궁경관대파열이 생긴다는 것은 극히 희소한 예에 불과하고, 대부분의 경우 경관파열원인은 경관이 완전히 열려지기 전에 폭력으로 급속히 태아를 끌어내는 경우 또는 분만경력이 있는 여자로서 그 전 분만시의 손상으로 경관에 반흔조직이 있어서 충분한 신전역이 결여되어 있는데다가 분반시의 강한 진통으로 태아의 허다하다는 사실이 각 인정되는 본건에 있어서 위 산모의 자궁경관파열이 피고의 조산사가 사용하여서는 아니될 감자기를 잘못 사용하여 생긴 것이라고 인정할 증거가 없다.[190]

(다) 기왕증의 발현일 뿐이라고 이유로 인과관계의 존재를 부정한 사례

1) 환자가 무면허 침술가로부터 허리부위에 침을 맞은 후 하요부 이물질의 증상을 일으킨 사안에서 환자에게서 나타나는 제4~5요추 및 제5요추~제2척추간판 탈출증, 퇴행성 척추증(요추부), 척추강 협착증은 기왕증일 뿐이고 피고로부터 침을 맞은 것에서 비롯된 것이 아니며, 하요부 이물질의 증상으

190) 대법원, 1966. 2. 15. 선고 65다2405 판결.

로 인해서는 아무런 후유증이나 신체장애가 없고 치료대상이 되지 않는 사실을 인정할 수 있으니 위 인정사실에 의하면 환자에게서 나타나는 증상은 피고로부터 침을 맞은 것과 상당인과관계가 있다고 보기 어려우므로 원고들의 위 주장은 이유 없다.[191]

2) 흉부 X-선만 보고 자세한 검사를 시행하지 아니하여 폐암을 폐결핵으로 오인하여 폐암의 치료 및 생존률 등에 있어서의 특수성 및 환자의 사망시 등에 비추어 볼 때 피고가 환자에게 나타난 폐결절에 대하여 다른 폐질환을 의심하여 정밀검사를 권유함으로써 환자로 하여금 전문의료기관에서 추가검사를 받아 보도록 하였다고 하더라도 그 당시 폐암을 발견하고 조기에 항암치료를 받아 그로부터 약 6개월 후 완치됨으로써 폐암으로 인한 사망의 결과를 반드시 피할 있었으리라고 인정하기는 곤란하다 할 것이어서 환자의 사망의 결과가 의사의 진단상의 과실에 기인하였다고는 볼 수 없다.[192]

제3절 의료과오소송의 입증 정도

현실의 소송에 있어서는 법리적인 공방보다는 사실에 대한 입증의 문제가 더욱 중요하게 쟁점이 되는 경우가 많다. 이 같은 점을 고려해 볼 때 소송에 있어서 입증의 정도[193]를 어느 정도로 할 것인가는 무시할 수 없는 중요성을 갖는다고 할 수 있다. 여기에서는 의료과오소송에 있어서의 입증의 정도를 어느 정도로 할 것인지 살펴보기 전에 먼저 일반 민사소송에 있어서 입증의 정도를 간단히 살펴본다.

입증은 일정한 사실의 존부에 관하여 당사자가 법관의 확신을 얻기 위하여 하는 입증활동을 말하지만, 협의로는 법관이 사실의 존부에 관하여 증거에 의해 진실의 개연성이 충분하다는 확신을 얻은 상태를 의미한다. 이 후자의 경우에 있어서 입증도 즉, 입증의 정도는 재판상의 입증을 객관적 진실과의 관계의 있어서 어떻게 이해할 것인가에 따라 차이가 있다. 그리고 진위불명

191) 서울지법, 1992. 5. 29. 선고 91가합51684 판결.

192) 서울지법, 1998. 7. 29. 선고 97가합75156 판결.

193) 홍기문, 증명책임론, 전남대학교 출판부, 1999. 119면. 인용.

과 증명책임의 문제는 논리 필연적인 관계에 있다.[194] 민사소송에서 실체법이 규정하는 요건사실에 대한 사실인정을 함에 있어 개개의 요건사실의 증거가 얼마만큼 법관에게 확신을 주느냐 문제인데, 이와 같이 입증에 요구되는 증거의 양을 입증의 정도라고 한다.[195]

한편 입증의 정도와 증거의 판단의 개념은 서로 다르다. 즉, 입증의 정도는 증명에 있어서 요구되는 개연성의 정도를 정하는 것인데, 증거의 판단은 경험칙에 의하여 개연성의 정도가 증거자료에 의하여 사실상 적절히 도달되었는지의 여부를 확정짓는 것이다.[196]

1. 과실의 입증

의료과오의 불법행위이든 또는 채무불이행으로 법리구성을 하든 관계없이 의사의 과실을 입증함에 있어서 과실의 대상이 특정되어야 하고 또는 그 입증의 정도는 확신을 가질 수 있을 정도의 증명이어야 함은 인과관계의 경우와 같고 다만 인과관계의 입증과 비교하여 다른 점은 그 주체에 관해서라 할 것이다. 그러나 이러한 과실의 입증 역시 과실의 존부를 과학적으로 완전히 해명하는 것은 사실상 불가능하다 할 것이므로 일정한 범위에서의 제한 내지 완화가 행하여 져야 할 것이다. 즉, 과실의 내용을 결과예견의무 및 결과회피의무의 위반으로 보는 것이 일반적 입장이므로 원인행위와 결과간의 인과관계의 존부로부터 과실의 존부를 역추정하는 방법에 의해 과실의 유무를 추정하되 의료행위를 한 당시의 의학수준 내지 의료수준으로부터 결과예견 및 결과회피가 가능했는지를 고려하여 결정할 수 있을 것이다. 아울러 입증에서의 어려움을 완화하기 위한 방법으로서 일응추정 내지 사실상의 추정의 방법 등이 활용될 수 있을 것이다. 이에 대하여 개괄적으로 서술해보면,

일응추정은 일반적으로는 "일반적인 생활경험 즉, 경험칙에 따르면 어떠한 사실이 존재하는 경우에는 일반적으로 보아 어떠한 결과가 생기는 것이 보통

194) 東京裁判所 45.6. 29. 判決(判例時報, 615號), 38面.

195) 오용석, 민사소송에 있어서의 입증의 정도와 개연성에 관한 이론(상), 인권과 정의, 제165호 1990. 93 면.

196) 오용석, 전게논문, 93면.

이라거나 또는 어떠한 결과는 일반적으로 그 원인이 어떠한 사실에 기인한다는 것이 알려져 있는 경우에는 특정한 경우에 있어서 원인과 결과사이의 구체적 인과관계나 특정한 행위의 과실의 유무에 관한 주장이나 입증을 요하지 않고 바로 그 관련성을 인정할 수 있다"는 것이다. 따라서 이를 의료과오의 경우에 적용시켜 보면, "의사가 의료과오를 범하였는데 의료경험에 따르면 그러한 과오가 이미 발생한 손해를 전형적으로 야기할 수 있거나", 또는 "의료행위의 결과 손해가 발생하였고 그 손해는 의료경험에 따르면 어느 귀책사유 있는 의료과오에 그 원인을 돌릴 수 있는 경우"에는 원고의 주장이나 입증이 없더라도 특정한 인과관계를 이끌어 낼 수 있다는 것이다.

그러나 여기에서 주의하여야 할 것은 손해의 원인을 이루는 사실관계가 소송에서 더 이상 분명해 지지 않는 경우 그 불명료성이 바로 의사의 부담으로 돌아가는 것은 아니라는 것이다. 즉 의사에게 어떤 중대한 진료상의 과오가 있었다는 것이 확인되지 않거나, 의학에서 인과관계나 치료방법에 다툼이 있는 경우 또는 인과관계의 진행을 받아들일 사실관계의 전제조건이 충분히 연구되지 않는 경우 및 경험칙에 따르면 두 개의 다른 사건진행의 가능성이 고려될 수 있고 그 중 하나가 다른 하나보다 좀 더 가능성이 많음에 지나지 않은 경우 등에는 위 표현증명의 이론이 적용될 수 없을 것이다.[197]

사실상의 추정은 입증책임을 지는 당사자가 주요사실의 입증에 갈음하여 간접사실을 증명한 경우에 법관은 그 간접사실로부터 주요사실을 추단하여 고도의 개연성이 있다는 심증을 얻게 하면 상대방이 이에 대하여 그런 사실이 없다든지 다른 사실에 의하여 피해가 발생하였다는 것을 입증하여 법관의 심증을 흔들어야 한다. 이 추정을 번복시키지 못하면 소송상 불이익을 의사의 잘못이 있음이 추정된다. 추정을 번복시키려면 의사는 불임시술에 성공은 하였으나 생식능력이 자연적으로 복원되었다든지 환자가 시술직후 주의 사항을 준수하지 아니하여 임신했다는 사실을 입증하여야 하는 것과 같다. 우리나라의 제도와 유사한 제도가 외국에서도 이이 개발되어 운영되고 있으며 이를 소개하면 다음과 같다.

사실상의 추정론은 완전한 입증방법이 아니며, 인체는 신비로운 것이어서

152) 강봉수, "의료소송에 있어서의 입증책임", 재판자료, 제27집, 법원행정처, 1985, 316면; 박일환, 전게논문, 31면; 양삼승, 전게논문, 757면~758면.

진료의 반응이 환자마다 다양하기 때문에 변수가 많은 점 등을 고려하면 의료과오 사건에 무조건 적용할 수 없는 한계를 지니고 있다.[198] 이 두 가지 방법 등이 활용될 수 있을 것이다.

가. 불법행위책임 법리에서의 과실의 입증

의료과오책임을 불법행위책임에 의해 법리구성하는 경우 이에 대한 특별규정이 없으므로 일반적인 불법행위책임원칙에 따라서 증명책임이 결정된 것이다. 현행 민법은 불법행위책임발생의 요건으로서 타인에게 손해를 가한데 대하여 고의 또는 과실이 있어야 한다는 과실책임주의를 취하고 있다. 그런데 이러한 과실은 불법행위책임이 성립하기 위한 요건이므로 이의 입증은 그 성립을 주장하는 피해자가 하도록 되어 있다. 그러나 이러한 과실의 적극적인 입증을 피해자에게 부담시킬 경우 이는 결국 피해자구제의 곤란으로 연결될 것이다.

특히 의료과오의 경우 의료가 의학이라는 전문영역의 문제인 이상 본인이 자인하거나 외형상 명백한 과실인 경우를 제외하고는 의사의 고의, 과실을 증명하기가 쉽지 않을 것이다. 이러한 피해자의 입증곤란을 완화 내지 경감하기 위하여 의사측에 구체적으로 어떠한 주의의무위반이 있었는가에 대해 충분한 입증이 없다고 하더라도 의사에 대한 어떠한 과실의 입증이 있을 때에는 사실상의 추정에 의하여 의사의 과실을 인정하여야 할 것이다.[199]

나. 채무불이행책임 법리에서의 과실의 입증

의료과오책임을 채무불이행(불완전이행)책임으로 법리구성하는 경우에는 그 귀책사유 즉 고의, 과실의 증명책임이 채권자에 있는 것이 아니라, 그 부존재의 증명책임 채무자에게 있다고 보는 것이 우리 통설, 판례의 입장이다.

---

198) 강신웅, “의료와 법률” 조선대학교 출판부, 2006. 2. 211면.

199) 류승훈, 의료과오소송에서의 인과관계와 과실의 제문제, 한국외국대학교 법학연구소, 외법논집제4집, 1997. 12. 320면~321면.

그 논거로서, 첫째, 채무자는 채무가 발생한 때부터 채무의 이행이 예기되고 있고, 둘째, 민법 제390조의 예외규정인 제397조 제2항의 반대해석상 금전채무이외의 채무의 불이행에 관하여는 채무자는 자기에게 과실이 없음을 항변할 수 있으므로 채권자측에서 채무자의 과실을 입증함을 요하지 않는다고 함이 논리적이며, 셋째, 위 제390조가 채무자의 무과실을 이유로 한 면책을 규정함에 있어서 단서의 형식을 취하고 있는 점, 넷째로, 불법행위가 시민으로서의 일반적인 주의의무의 위반임에 대하여 채무불이행은 이미 성립되어 있는 구체적 주의의무의 위반이라는 점에 있어서 양자는 그 입증의 주체가 다른 것이 합리적이라는 점 등을 들고 있다. 그리하여 위와 같이 증명책임을 채무자에게 부담케 하는 것이 의료과오를 계약책임으로 법리구성하는 큰 이유라 할 것이다.[200]

이상에서의 일반론에 따르면 의사에게 증명책임이 있는 것으로 되나, 일반적으로 의료과오의 경우에는 채무불이행책임으로 법리구성을 하더라도 증명책임이 채권자인 환자측에 지급이나 물건의 인도를 목적으로 하는 등의 보통의 채무와 같이 내용적으로 확정된 일정한 결과를 달성하여야 할 결과 채무가 아니라, 환자의 증상에 따라 주의의무를 가지고 의학상의 기술에 좇아 적당하다고 인정되는 처치를 취하도록 노력하는 수단채무에 불과한 것이므로 의사측에서 환자의 증상에 따라 자기의 판단에 따라 적당하다고 인정되는 조치를 취한 이상 일응의 의료채무의 이행으로서의 급부는 있었다고 보아야 할 것이고 따라서 그 의료채무의 이행이 주의의무를 결하여 의학상의 기술수준에 적합하지 아니하여 과실이 있다는 점을 채권자인 환자측에서 이를 입증하여야 한다는 것이다.

2. 인관관계의 입증

인과관계와 관련하여 가장 중요하고 곤란한 문제가 어떠한 사실이 어느 정도까지 증명되었을 때에 인과관계의 존재가 인정될 수 있겠는가 하는 것이다.[201] 특히 의료과오사건에 있어서의 인과관계의 존부는 일반 생활상의 사

200) 석희태, “의료과오에 관한 민사책임 구조”, 판례월보, 9월호, 1989. 20면.

회현상은 아니라 할 것이고 계속하여 발전하고 의학 및 아직 해명되지 아니한 생체의 반응, 기능과 이에 대한 의료행위와의 관련성에 대한 것이므로 그 인정과정에서 필연적으로 전문분야의 지식이 개입되지 않은 수 없는 것이다.

그러나 다만 의료과오에서의 인과관계는 의학적 메카니즘의 해명이 궁극의 목적은 아니라 할 것이므로 많은 경우에 인관의 과정에 존재하는 여러 가지 간접사실에 충분히 신뢰할 수 있는 경험칙을 활용함에 의하여 인과관계의 존부를 판단하여야 할 것이다. 의료과오로 인한 민사책임이 문제로 되는 소송에 있어서는 그 인관관계가 당해 재판관의 확신에 이를 정도로 증명되어야 한다는 것이 일반적으로 승인된 원칙이라 할 수 있는데, 여기서의 재판관이 확신을 가진 상태라 함은 일반적으로 역사적 사실로서 증명되면 족하고 과학적으로까지 증명될 필요는 없다고 하겠다.[202] 즉 의료과오는 고도로 발전된 과학적인 분야에서의 사고이기 때문에 소송에 있어서도 의사측으로부터 과학논쟁이 제기되는 것이 오히려 보통으로 되어 있지만 민사재판에 있어서의 목적은 인과관계를 과학적으로 증명하려는데에 있는 것이 아니라 당사자간의 분쟁을 공평하게 해결하려는데에 있는 것이므로 역사적 증명으로 족하다 하겠다.[203]

입증의 정도와 증거자료의 거의 의학지식에 있어 의사와 환자사이에는 격차가 있고 증거자료의 거의 모두를 의사측이 갖고 있기 때문에 의료소송에 있어 환자측이 의사의 과실 및 그 결과사이의 인과관계를 입증하기는 매우 어려우므로 환자측의 입증부담을 경감하여 준다는 취지에서 수술방법 선택의 위험성 내지 불합리성을 상당한 정도로 추정케 하는 자료가 제출되면 의사측에게 이에 대한 반증을 하게하고 그러한 반증이 없는 경우 의사측의 과실을 인정하는 것이 타당할 것이다.[204]

---

201) 崔高裁, 昭和 50.10. 24 判決. 이와 관련하여서는, 소송상의 인과관계의 입증은 일점의 의심도 허용할 수 없는 자연과학적 증명이 아니라 경험칙에 비추어 전 증거를 종합, 검토하고 특정한 사실이 특정한 결과발생을 초래한 관계를 시인할 수 있는 고도의 개연성을 증명하는 것이며, 그 판정을 보통사람이 의심의 여지가 없음 정도의 진실성의 확신을 가질 수 있는 것을 필요로 하며, 또한 그것으로 충분하다.

202) 대법원, 1977. 8. 23. 선고 77나686 판결.

203) 양삼승, 전게논문, 752면.

204) 서울지법 북부지원 1989. 2. 23. 선고 87가합400 판결.

외형적 불완전설의 방법은 사실상의 추정의 방법을 더욱 철저화 시킨 것으로서 의료과오에 관해서 채무불이행의 법리구성을 하는 경우 "선택항의 특정"을 완전히 제거해 버리면 의료행위의 직후에 이변이 생긴 경우 즉 외형적 불완전이 생긴 경우에는 이로써 바로 불완전이행의 있었다고 추인하고 따로이 인과관계에 관한 환자측의 주장, 입증을 필요로 하지 않는다는 것이다.

그러나 이에 의해 인과관계의 존재를 인정한다 하여도 이로써 바로 의사의 책임이 발생하는 것은 아니고 과실론으로 실질적인 다툼이 옮겨져 의료기관에 의한 무과실의 항변이 행하여지게 된다는 점에서 비판되어 지고 있다.[205]

우리 법원은, "의료행위에 있어서 주의의무위반으로 인한 불법행위 또는 채무불이행으로 인한 책임이 있다고 하기 위하여는 의료행위상의 주의의무위반과 손해의 결과발생과의 사이에 인과관계의 존재가 전제되어야 하나 의료행위가 고도의 전문적 지식을 필요로 하는 분야이고, 그 의료의 과정은 대개의 경우 환자 본인이 그 일부를 알 수 있는 외에 의사만이 알 수 있을 뿐이며, 치료의 결과를 달성하기 위한 의료기법은 의사의 재량에 달려 있기 때문에 손해배상의 직접적인 원인이 의료상의 과실로 말미암은 것인지 여부는 전문가인 의사가 아닌 보통인으로서는 도저히 밝혀낼 수 없는 특수성이 있어서 환자측이 의사의 의료행위상의 주의의무 위반과 손해의 결과발생사이의 인과관계를 의학적으로 완벽하게 입증한다는 것은 극히 어려우므로 환자가 치료도중에 사망한 경우에 있어서는 피해자측에서 일련의 의료행위관정에 있어서 저질러진 일반적인 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실이 있는 행위를 입증하고 그 결과의 사이에 일련의 의료행위 외에 다른 원인이 개재될 수 없는 점, 이를테면 환자에게 의료행위 이전에 그러한 결과의 원인이 될만한 건강상의 결함이 없다는 사정을 증명한 경우에 있어서는 의료행위를 한측이 그 결과가 의료상의 과실로 말미암은 것이 아니라 전혀 다른 원인으로 말미암은 것이라는 입증을 하지 아니하는 이상 의료상의 과실과 결과와의 사이의 인관관계를 추정하여 손해배상책임을 지울 수 있도록 입증책임을 완화하는 것이 손해의 공평, 타당한 부담을 그 지도원리로 하는 손해배상제도의 이상에 맞는다고 하지 않을 수 없다"고 판시하였다.[206] 이러한 판례의 태도는, 피해자측에서

205) 양상승, 의료과오로 인한 민사책임의 발생요건, 민법학논총(1권), 후암곽윤직교수회갑기념, 1985. 12. 756면~757면.

의료상의 과실 있는 행위를 입증하고 그 결과와의 사이에 의료행위 외에 다른 원인이 개재될 수 없다는 점을 증명할 경우 의료상의 과실과 결과 사이의 인과관계를 사실상 추정할 수 있다는 것으로 사실상 추정설을 따른 것으로 보인다.

우리 법원은 또한 전신마취 후 수술도중에 심정지가 발생하여 뇌손상으로 인한 전신마비증세를 초래한 의료사고와 관련하여 같은 취지의 입장을 밝히고 있는 바, 피해자측에서 일련의 의료행위과정에 있어서 저질러진 일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실 있는 행위를 입증하고 그 결과와의 사이에 일련의 의료행위 이전에 그러한 결과의 원인이 될만한 건강상의 결함이 없었다는 사정을 증명한 경우에 있어서는, 의료행위를 한 측이 그 결과가 의료상의 과실로 말미암은 것이라는 입증을 하지 아니하는 이상 의료상 과실과 결과사이의 인과관계를 추정하여 손해배상책임을 지울 수 있도록 입증책임을 완화하는 것이 손해의 공평, 타당한 부담을 그 지도원리로 하는 손해배상제도의 이상이 맞는다고 판시하였다.[207]

3. 의료과오소송에서의 입증의 정도의 문제

의료과오소송에 있어서의 입증의 정도를 일반 민사소송에 있어서와 동일하게 파악할 수 있을 지는 의문이 있다. 의료과오의 경우 인과관계의 증명이 곤란하다는 문제점은 있으나 증명이 정도 그 자체는 변함이 없다. 그러나 일반적으로 의료과오소송의 경우 환자 측의 증거의 부족, 증명의 어려움 등을 고려하여 증명의 정도를 완화하여야 한다는 개연성설이 주장되고 있다. 개연성설에 의할 때 심증의 정도를 낮추어야 하는 점은 분명하나 그 구체적인 내용은 무엇인지 또한 어느 정도로 낮추어야 하는지에 대해서는 아직도 의문점이 많다. 개연성에 관하여 뒤에서 후설하기로 한다. 그러나 의료과오소송에 있어서 일반적인 민사소송에 있어서와 동일한 정도의 심증의 정도를 요구한

206) 대법원, 1995. 2. 10. 선고 93다52402 판결; 대법원, 1995. 12. 5. 선고 94다57701 판결.

207) 대법원, 19995. 2. 선고 93다52402 판결; 대법원, 1995. 3. 10. 선고 다39567 판결; 대법원, 1996. 6.11. 선고 95다41079 판결.

다면 이는 사실상 의료과오사건에서 환자 측의 구제는 거의 불가능하게 되어, 이는 당사자간의 공평한 손해분담을 꾀하는 손해배상법의 근본취지에도 부합하지 않는다. 따라서 의료과오소송에 있어서 심증의 정도는 일반적인 경우보다 낮게 하는 것이 타당하다고 보며, 그 구체적인 심증의 정도는 앞으로 더 연구할 필요가 있다고 보여진다. 미국의 판례는, 의사의 행위가 환자의 상해를 야기하였다는 법률적확증(Legal Certainty) 그 원인이었을 것이라는 것만을 증명하도록 요구하고 있다. 즉 의료과오사건에서 가장 일반적으로 적용되는 기준은, 환자의 상해가 거의 확실히(More Likely Than Not) 피고의 행위로 말미암아 발생한 것이라는 정도만을 증명하면 된다는 것이다.[208]

제4절 의료과오소송에 있어서 입증책임의 문제

입증책임이란 어느 당사자가 어떤 사실을 입증해야 할 책임을 말 하는데, 만약 입증책임이 있는 어느 당사자가 그 사실에 대하여 입증을 못하면 그 사실은 소송상 없는 것으로 취급된다. 따라서 입증책임은 결국 어느 당사자가 이를 다하지 못할 경우 소송상 받게 될 불이익 또는 위험이다.[209] 이러한 입증책임의 분배에 관한 법칙은 일반적으로 로마법에서 찾을 수 있다. 로마법상의 「사실을 주장하는 자는 입증을 하여야 하고 부정하는 자는 입증을 하지 않아도 된다」(D 22, 3 [de prob], 23)라고 하는 2개의 성문법칙이 있는데 이것이 합쳐서 「입증을 긍정하는 자에게 있고 부정하는 자에게는 없다」라는 法諺이 나오게 되고, 다시 여기에서 단순 긍정적 입증책임, 즉 부정적(소극적) 사실이 아니라 긍정적 사실에 대해서만 입증을 요한다는 원칙이 성립한다.[210] 이처럼 긍정적 사실을 주장하는 자는 입증책임을 부담하지만 부정적 사실을 주장하는 자는 입증책임을 부담하지 않는다고 보고 이론은 증거법의 발달에 따라 Weber 및 후속자들에 의해서 논의되어 많은 변천을 거쳐서

---

208) 박동섭, “의료과오소송에 있어서의 인과관계(II)”, 사법논집, 제20집, 1989. 255면~256면.

209) 정동윤, 민사소송법, 법문사, 1995. 500면.

210) 홍기문, 증명책임론, 전남대학교 출판부, 1999. 110면~112면.

독일에서는 Leonhard 나 Rosenberg, 미국에서는 Thayer나 Wigmore에 의해서 현대의 입증책임분배이론이 확립되었다[211] 이러한 입증책임의 분배는 사실관계가 불분명한 경우 어느 당사자에게 입증책임을 지우는가에 따라 소송의 승패가 좌우될 수 있기 때문에 매우 중요한 문제이다. 따라서 의료과오소송에서의 입증의 완화를 논의하기 전에 우선 입증책임의 분배를 분명히 할 필요가 있다. 왜냐하면 입증책임의 소재가 먼저 결정되어야만 입증의 완화가 문제될 수 있기 때문이다. 입증책임의 분배에 대해서는 우선 증거의 편재를 살펴보고, 그 다음으로 입증책임분배에 대한 종래의 통설과 판례의 입장인 법률요건분류설을 살펴 이를 의료과오소송에 적용할 때 과연 타당한지 여부와 그 문제점에 대하여 검토한 다음 이 후에 의료감정에 대해서 논하기로 한다.

1. 증거의 편재

의학에 대해서 문외한인 환자가 전문가인 의사를 상대로 의료과오로 인한 손해배상청구소송을 제기한 경우에, 의료행위에 관한 증거의 대부분이 의사측에게 편재하고 있기 때문에 환자는 증거수집이 어려워 입증곤란에 빠지게 되어 매우 불리한 입장이 된다. 즉 진료기록, 방사선촬영사진 등 중요한 증거를 의사가 작성, 보관하고 있기 때문에 환자가 의료과오를 증명하는 것이 곤란하게 되는 것이다. 또한 환자는 소송에 필요한 의료에 관한 지식을 얻기 위하여 의사의 협력을 얻어야 하는데, 실제 이러한 의사의 협력을 얻는 것이 용이하지 않을 뿐만 아니라 의료과오소송에 정통하고 있는 전문변호사도 많지 않으므로, 원고인 환자가 의사의 과실을 정확하게 파악하여 주장하는 것도 대단히 곤란하다. 이와 같은 증거의 편재로 인해 의사측에서 환자측의 입증을 곤란하게 하거나 방해하는 경우가 있는데, 이를 입증방해라고 한다.

입증방해가 민사소송에 있어서 일반적인 문제임에는 틀림이 없고 그 근거에 관해서는 공평의 원칙과 신의칙에 위반하는 것으로 보아야 할 것이다.[212] 현행 민사소송법은 입증방해에 대한 소송상의 제재에 관하여는 일반적 규정을

211) 홍기문, 상게서, 111면.

212) 양병희, 의료사고소송의 있어서의 입증책임,- 독일의 판례와 학설을 중심으로-, 건국대(사회과학), 제18집, 1994. 77면.

두지 않고, 부분적으로 몇 개의 개별 규정을 두고 있다.

2. 입증책임의 분배

가. 법률요건분류설의 의의

입증책임의 분배기준에 관한 학설이 몇몇 있으나 오늘날 우리의 통설과 판례의 입장은 법률요건분류설을 취하고 있다. 이를 규범설이라고도 한다. 이는 독일의 Rosenbergm가 주장한 이래 독일, 일본 등에서도 이를 취하고 있다. 여기서 규범이란 개별적인 법조문이 아니라 권리근거, 권리장애, 권리멸각 혹은 권리행사저지 등의 법조문의 총체를 의미한다.[213] 이 설은 어떠한 법률효과를 주장하는 자는 그 법률요건에 해당하는 요건사실을 입증해야 한다. 규범은 그 성질에 따라 권리발생의 근거를 규정하는 규범(권리근거규범), 법률효과의 발생을 방해하는 규범(권리장애 규범), 법률효과를 소멸하도록 하는 규범(권리멸각규범), 법률효과의 실현을 배제하거나 저지하는 규범(권리행사저지규범) 등이 있다고 한다. 따라서 권리를 주장하는 원고는 권리근거규정의 요건사실을 입증해야 하고, 권리의 발생을 부정하는 피고는 권리멸각규정, 권리저지규정, 권리장애규정의 요건사실을 입증해야 한다. 즉 당사자는 법률효과가 자신에게 도움이 되는 규범, 즉 자신에게 유리한 규범의 요건을 입증해야 한다.[214]

나. 법률요건분류설의 문제점

의료과오를 불법행위책임으로 구성하는 경우, 법률요건분류설에 의할 때 의사의 과실과 그로 인한 손해의 발생, 그리고 과실과 손해와의 인과관계를 모두 피해자인 환자 측에서 입증해야 한다. 또한 의료과오소송에서 법률요건분류설에 따라 환자 측에서 과실과 인과관계에 대한 입증책임을 부담하는 것

---

213) Rosenberg, Die Beweislast, 5.Aufl, 1965. S. 98ff., 105f.

214) Rosenberg, a,a, O., S. 98f.

을 그대로 수궁해야 하는지에 대해서는 의문이 있을 수 있다. 앞서 법률요건분류설에 의하면 증거가 의사측에 있는 상황에서 과실과 인과관계에 대한 입증책임을 전적으로 환자 측에게 부담시킨다면 이는 사실상 환자에 대한 구제의 포기나 다름없기 때문이다. 따라서 의료과오의 영역에서 법률요건분류설의 관찰이 정당한지를 먼저 검토해 볼 필요가 있다.

앞서 본 바와 같이 전통적인 소송형태, 즉 원고가 피고에 대해 계약위반의 책임을 묻는 채무불이행소송이나 사건진행의 경과를 밝히기가 그다지 어렵지 않은 일반불법행위소송에서는 법률요건분류설의 입장이 극히 타당하다고 보여 진다. 왜냐하면 상대방에 대해 계약위반의 책임을 묻는 자는 그 계약의 성립을 계약문서 등을 통해 쉽게 입증할 수 있기 때문이다. 이러한 경우에 계약의 성립을 주장하는 자에게 그에 대한 입증책임을 지우는 것이 결코 부당하다고 할 수 없으며 오히려 계약의 성립을 부정하는 자에게 그 계약의 성립에 대한 입증책임을 부담시키는 것이 부당할 것이다.

그리고 일반적인 불법행위에 있어서도 피해자(권리자)는 자신이 가해자의 행위로 인해 손해를 입었다는 사실을 입증하는데 큰 어려움이 없을 것이기 때문에, 피해자가 가해자의 가해행위로 인해 손해를 입었다는 사실을 입증케 하는 것은 타당하고 오히려 가해자에게 입증책임을 부담시키는 것은 무관하게 책임을 지는 경우가 있을 수 있어 부당하다. 이와 같이 전통적인 소송에서 법률요건분류설의 입장은 현실적으로 정당한 결과를 가져오면서, 법적으로도 분명한 입증책임분배의 기준을 제공한다는 점에서 그 타당성에 의문을 제기하기 힘들다. 그러나 전통적인 소송형태와는 다른 현대형 소송에서는 이와 같은 법률요건분류설의 입장이 타당하다고 쉽게 속단할 수 없다. 이러한 형태의 소송에서도 법률요건분류설은 그 정교한 논리에 따라 입증책임분배의 기준을 제시한 장점은 있다. 그러나 현실적으로는 그 타당성에 의문이 제기될 수밖에 없는데, 불법행위에 의할 경우 과실과 인과관계의 입증책임을 모두 피해자가 져야 하므로 피해주민이 공장 측의 과실 및 손해와의 인과관계를 모두 입증해야 한다. 이는 가해의 원인행위를 자신은 지배에 두고 있는 가해기업자 측과 공해물질의 오염경과에 대한 지식이 전혀 없는 피해주민측의 입장을 비교하여 볼 때 부당한 것이 아닐 수 없다. 이러한 논리는 마치

계약관련소송에 있어서 계약성립의 사실의 존재와 권리장애사실이나 권리저지사실 및 권리멸각사실의 부존재 등에 대한 입증책임을 모두 권리자에게 부담시키는 것과 크게 다를 것이 없다. 계약관련소송에서 이와 같은 입증책임의 분배는 권리자에 대하여 지나치게 무거운 부담을 지워 사실상 권리보호가 불가능하게 된다. 사건에 대한 입증의 가능성이 일반적인 불법행위소송과는 크게 다른 공해사건에서 일반적인 불법행위와 입증책임의 분배를 같게 한다면 이는 계약관련소송에서 모든 입증책임을 권리자에게 지우는 것과 비슷한 측면이 있음을 간과해서는 안 된다. 대법원도 이러한 점을 고려하여 공해소송에서는 원인물질의 생성, 유출과 원인물질의 피해물질에 도달을 입증하면 가해자인 공장 측에서 당해 원인물질의 무해함을 입증하여야 한다는 입장을 취하고 있다.[215]

의료과오소송에서도 위와 같은 주장이 가능하다. 즉 의료행위에 있어 그 치료의 방법은 의사가 결정하고 이의 능동적인 수행 또한 의사에 의해서 이루어지고, 환자는 수동적으로 치료를 받기만 하는 처지에 놓여 있는 것이 의료행위의 실상이다. 그러므로 의료행위를 의사가 전적으로 지배하고 있다고 하기는 어려울지 모르나 의사 쪽에서 의료행위의 경과를 충분히 숙지하고 있다는 점만은 부인할 수 없다. 반면에 환자 측은 의료행위가 어떻게 진행되는지조차 잘 알 수 없는 경우가 많다.[216] 이렇게 볼 때에 공해소송에 이와 같이 환자 측에서 일정한사실의 존재를 주장하면 의사 측에서 과실과 인과관계가 부존재함을 입증하도록 하는 이론구성이 충분히 가능 하다고 생각된다. 더 나아가서 의료과오소송에서 과실과 인과관계에 대한 입증책임을 의사측에 지우는 것도 반드시 불가능한 것은 아니라고 보여 진다. 법률요건분류설에 의할 경우 위와 같은 결론을 도출하기 어려운 측면이 있는 것이 사실이지만 부합하는 측면이 있다고 생각된다. 뒤에서 살펴보겠지만 독일 판례는 일정한 요건아래 형평(Billigkeit)의 원리에 의거하여 인과관계에 대한 입증책임을 전환하고 있어 의료과오소송에서의 법률요건분류설의 획일적인 적용을 어느

215) 대법원, 1984. 6. 12. 선고 81다558 판결.

216) 최근의 대법원판례가 의료행위에서 입증의무의 이행을 중시하고 설명의무의 불이행시에 이에 대한 위자료 배상을 명하는 것은 환자의 자기결정권존중이라는 측면에서 바람직한 것으로 평가된다.

정도 배제하고 있다.[217] 따라서 위험영역이론 내지는 형평의 원리 아래 의료과오소송에서의 과실과 인과관계에 대한 입증책임을 의사측에 부담시키는 것도 반드시 불가능한 것은 아니라고 판단된다. 한편 의료과오소송에서 과실에 대한 입증책임을 의사측에게 지운다고 하더라도 의사측이 반드시 의료과오책임을 지게 되리라고 볼 수는 없다. 왜냐하면 의료채무는 병의 완치라는 일의 완수를 목적으로 하는 결과채무가 아니라 의술의 법칙에 따라 성실하게 환자를 치료하여야 하는 수단채무[218]에 불과하기 때문에 의사는 자신이 의학의 법칙에 맞게 의료행위를 하였다는 것은 소송에서 입증하기만 하면 면책될 수 있고, 또한 의학의 전문가로서 그 같은 사실을 충분히 입증할 수 있으리라고 보여지기 때문이다. 즉, 의료채무의 수단채무성을 고려할 때 의사가 자신에게 과실이 없는 경우 이를 입증할 수 없는 경우란 별로 없을 것으로 생각된다. 오히려 의사측에게 입증책임을 지움으로써 환자측에서 의학지식의 부족으로 의사의 과실을 입증하지 못하여 의료과오소송에서 패소하는 폐단이 어느 정도 완화될 수 있는 측면이 있는 것이 아닐까 생각된다.

---

217) 법률요건분류성에 의할 때 입증책임은 소송의 진행과 관계없이 법에 의해 획일적으로 정해진 것으로써 소송도중에 입증책임이 전환된다는 것은 생각하기 어렵다.

218) 수단채무라는 용어는 1928년 프랑스의 R. Demogue 교수가 그의 저서「채권법총론(Traité obligationsengén ral)」에서 처음으로 계약상의 채무를 수단채무와 결과채무로 구분하여야 할 필요성을 주장하면서 등장하였다. R. Demogue교수는 과실의 입증책임을 누가 부담하느냐에 대한 문제와 관련 하여서였다. 당시 프랑스에서 불법행위책임의 경우는 피해자가 가해자의 과실을 입증하여야 하지만 채무불이행책임의 경우는 제1147조, 제1148조에 의하여 채무불이행의 사실만으로도 채무자의 과실이 추정 되므로 채무자가「외적 원인(une cause étrangére)」의 존재를 입증하여 자신에 대한 과실추정을 깨어야 하는, 채무자에게 보다 엄격한 책임을 지우는 것으로 인식하고 있는 상황에서 불법행위책임에서나 채무불이행책임에서나 증명책임의 주체는 동일하다고 보았던 것이다. 그러나 뒤몰랭(Dumoulin)에 의해 연유한다는 견해도 있으나 출전은 밝히지 않고 있다. 민법주해 IX 채권(2), 박영사, 1995. 198면; 송오식, 의료과오의 계약법적 구성, 한국민사법학회 호남지회, 2007. 19면; 김동훈, 계약법에서 과실책임주의의, 비교사법, 6권3호(통권11호), 1999. 258면; 이하 프랑스에서의 논의는 남효순교수의 논문을 의존하였음, 다만 남교수는 행위채무라는 표현을 사용하고 있으나 행위채무는 하는 채무의 개념과 유사 하다고 할 수 있어서, 일반적인 사용례에 따라 수단채무로 바꾸어 사용하였다; 대법원 1993. 7. 23. 선고 92다15031 판결.

3. 의료감정

의료라고 하는 극히 전문적인 분야에 있어서 법관이 사안의 실체를 정확히 파악하는 것은 용이하지 않다. 따라서 법관은 전문감정인으로 의사의 도움을 필요로 하게 되는데 의사가 감정인으로서의 적격성에 대하여 문제가 되는 것은 의사가 그의 동료인 의사에게 불리한 정보를 제공하지 않으려는 沈黙의 共謀(conspiracy silence)로 인하여 사실관계의 파악이 어렵고 또한 의학수준이 끊임없이 진보하여 날로 형상되고 있기 때문에 그 사람이 갖는 전문적 지식이 현대의 의학수준에 달하고 있는가의 여부이다.[219]

우리나라에서 감정인의 선정은 법관이 그 인선을 직권으로 행하며 당사자의 신청에 구속되지 않는다. 감정의 방식 서면이나 구술에 의하여 공동 또는 개별적으로 의견을 진술하게 할 수 있다(동법 제339조), 그런데 실제는 감정인이 법정에 출석하여 선서를 하게하고 감정 의뢰가 있으면 대개가 이를 피하거나 거절하게 되는 것이 현재의 실정이다. 이 경우에 대한 제도적 보완조치가 필요하다고 생각된다. 이에 대한 개선책으로서 감정을 할 만한 적격성을 갖춘 일정한 범위의 전문가들을 각 분야별로 세분화하여 추천 받아 그 명부를 미리 작성해 두고 법원과 협의해서 순번제로 해당 사항에 관하여 감정을 위촉할 수 있게 하는 방법을 모색해야 할 것이다. 또한 감정인이 불응방지나 중립성을 유지하고 경비 등의 부담을 고려하여 국가에서 법원마다 감정기관을 설치하여 감정인이 거기에 와서 감정할 내용이나 자료 등을 검토하고 또한 각종검사기관 등을 사용할 수 있도록 조치할 필요도 있다고 본다.

219) 本井選, 醫療過誤訴訟たお ける鑑定の評價, 「判例タイムズ」, 415号, 48面.

제4장 의료과오소송에 있어서 입증책임 완화 방안

제1절 서설

의료과오는 있어서도 안될 일이지만 없을 수도 없는 일이다. 의료인이 神이 아닌 이상 발생하게 되는, 의료인의 과실을 평가하는 기준인 의료과오는 늘 있을 수밖에 없고 그런 만큼 "의료과오를 없애자"는 말은 바른말이 아니다. "의료과오를 줄이자"라는 말일 것이다. 특히 의료과오를 원인으로 한 손해배상청구권소송에서는 그 입증책임을 누가에게 부담시키느냐 하는 문제는 소송의 승패에 결정적인 영향을 미치게 되므로 입증책임의 분배는 소송에 있어서 매우 중요한 의미를 가지고 있다.

소송상 일정한 사실의 존재가 입증되지 않은 경우, 그로 인해 불리한 법률판단을 받게 되는 당사자 일방의 위험이 입증책임인데, 의료과오소송에 있어서의 입증의 문제는 일반소송과는 달리 의사측에 증거의 대부분이 偏在되어 있으므로 환자측은 패소가능성이 높다. 즉 진료일지는 의사가 독점하고 있으며 감정인이나 감정증인 역시 의사이므로 의사에게 불리한 진술이나 감정결과를 기대하기는 어렵다. 따라서 이와 같은 증거법상의 문제점들을 극복하기 위하여 입증책임경감론과 입증책임전환론, 입증책임방해론 등이 논의되어 왔다. 여기에서는 그 중의 하나인 입증책임경감론을 살펴보고자 한다. 이는 환자측이 부담하는 입증책임 자체를 경감하는 이론으로 의료과오소송의 입증과 관련하여 대부분의 연구가 집중되어 있는 분야이기도 하다.[220]

제2절 입증책임경감론

종래 우리나라에서는 의료소송과 관련한 학문적 내지는 이론적 연구가 부족하고 의료소송의 과실과 인과관계가 서로 밀접한 관계에 있어 그 인정유무

220) 박종렬, 의료과오소송의 입증책임 경감에 관한 연구, 한국법학회 학회집「법학연구」, 2003. 1. 191면에서 인용.

가 불가분의 작업으로 되는 경우가 많았던 관계로 의료소송의 경우에 과실과 인과관계를 명시적으로 구분하지 않고 막연히 그 입증책임의 완화를 논하여 왔고, 의료소송에서는 특히 인과관계의 입증은 의료소송의에서 환자측의 손해배상청구권이 인용되기 위해서는 불법행위에 기한 책임이든, 혹은 채무불이행에 기한 책임이든 그 어느 것이나, ① 의사 측의 과실 즉 주의의무위반, ② 위법성 또는 불완전이행, ③ 손해의 발생, ④ 의료행위와 손해와의 사이에 인과관계가 존재할 것이 요구하는 4가지 사유로 인하여 사실상 불가능에 가까웠기에 의료소송과 관련하여 입증책임의 경감이라고 하면 당연히 인과관계에 대한 입증책임의 경감으로 생각하거나, 인과관계와 과실에 대한 입증책임 경감을 구분하지 않고 외국에서 의료소송에서의 인과관계와 과실에 대한 입증책임 경감 방법으로 논의가 되던 개연성설, 사실상 추정론, 표현증명(일응의 추정론), Res Ipsa Loquitur 이론을 인과관계의 입증책임 경감이론 만으로 열거하여 와서 마치 의료과실에 대한 입증책임은 경감되지 않는 듯한 뉘앙스까지 풍기게 되었으나, 사실은 이러한 우리나라에서의 의료소송에서의 인과관계에 대한 입증책임 경감론에는 과실에 대한 입증책임 경감론도 융화되어 있다고 보아야 할 것이다.

그러나 추정의 개념을 부인하는 견해도 있다. 즉, '형사소송에서의 추정은 검사의 입증의 부담을 덜어준다는 정책적 요청에서 유래되었기 때문에 추정사실 부존재의 입증책임을 다하지 못한 피고인은 참으로 범죄를 행하였기 때문에 이를 부인한다.[221]

논리의 일관성이라는 면에서는 타당하다고 하겠으나, 무죄추정의 원칙이 입증책임 분배의 추정규정이 아님은 이미 알고 있듯이 수궁할 수 없으며, 현실적으로 법조문상에 추정규정이 존재하기 때문에 설득력도 없다.

여기서 살펴 볼 것은 의료과실에서의 입증책임분배에 대하여 다른 소송에서와는 다른 어느 정도의 수정이 필요하기는 하되 그것을 입증책임을 감경하거나 완화하는 방법으로 수정하자는 주장으로 이에는 개연성설, 사실상 추정론, 표현증명의 법리(일응의 추정론), res ipsa loquitur의 법리 등에 대하여 차례로 살펴 본 후 우리나라에서는 이러한 이론들을 실제로 어느 정도 수

221) 차용석, 전게 논문, 620면.

용하여 우리 판례들은 입증책임에 대하여 어떠한 태도를 취하고 있는지 구체적으로 살펴보고자 한다.

1. 개연성설

가. 개연성설의 개념

개연성설 환경오염으로 인한 피해의 구제를 목적으로 한 공해소송에서 입증상의 난점을 극복하기 위하여 연구된 개연성설이다. 이는 처음에 일본의 실체법학자인 德本 鎭에 의하여 鑛害로 인한 손해배상을 청구하는 경우에 있어서의 광업권자의 행위와 손해의 발생간의 인과관계에 관한 피해자의 입증책임을 완화하려는 목적으로 제창된 이론으로, 그 기본원리리가 그 뒤 대두된 산업공해 일반의 인과관계에 관하여도 그대로 타당한 것으로 이해되어 통설로 정착하게 되었다. 우리 판례[222]도 이를 정명으로 받아들이고 있으며, 우리나라의 많은 학자들도 이를 지지하고 있다.[223]

개연성설이 무엇인지에 관하여는 학자들간에 견해가 반드시 일치하는 것은 아니다. 개연성설의 기본적 입장은 위에서 본 바와 같이 환경오염으로 인한 피해의 구제를 목적으로 한 공해소송에서 입증상의 문제점을 극복하기 위하여 연구된 이론인데 의료과오소송에서도 의료행위의 밀실성, 기술의 재량성, 의료인 상호간의 폐쇄성[224]으로 인하여 환자의 입증활동이 현저히 곤란하다

---

222) 대법원, 1974. 12. 10. 선고 72다1774 판결.

223) 최식, 공해사건에서의 인과관계의 입증, 사법행정, 1974. 2. 83면; 이태재, 공해의 사법적 구제에 있어서의 인과관계론, 사법행정, 1974. 4. 18면; 이윤근, 공해의 재판소고, 법조, 23권, 1호, 1974. 1. 17면; 권용우, 공해로 인한 손해배상청구와 인과관계의 입증, 법조, 23권, 2호, 1974. 2. 51면.

224) 의료과오에 대한 법이론은 의료행위의 특성이라고 할 수 있는 위 세 가지의 성질을 동일차원상에 두고 환자, 법률가가 소송절차에서 법적 책임판단의 전제적 제요건이 되는 "사실해명의 곤란성"이라는 관점에서 파악되어 왔다. 그리하여 이것은 소송에서 다투는 의사 · 환자간의 증명책임의 분배문제로 자리 잡게 되었는데 통상의 경우라면 환자가 법적 책임요건의 존재에 관하여 증명책임을 져야 하지만 의료과오에서는 증명책임을 경감하거나 또는 의사측에 전환하는 방책이 제시되기에 이르렀다. 이 논리의 관점은 의료과오소송에서는 책임판단상 중요한 사실의 해명이 의학을 잘 모르는 보통 사람인 환자 또

는 점을 근거로 인과관계의 입증을 경감시켜 주고자 도입된 이론이다.[225]

개연성설을 주장하는 학자에 의하면[226] "공해소송에 있어서의 인과관계의 증명은 개연적 정도의 심증을 형성시키면 족하다" 또는 "원고는 인과관계의 존재의 개연성을 증명하면 족하고, 피고는 반증으로써 인과관계가 존재하지 아니한 것을 증명하지 아니하는 한 그 책임을 면할 수 없다"는 것을 말하는 것이라고 한다, 이는 입증의 정도에 대하여 법관으로 하여금 확신을 갖게 하는 상태는 원칙으로는 100% 내지 그에 가까운 정도에 이르는 심증형성을 낳게 하는 상태를 가리키는 것이지만, 환경소송에 있어서는 특별한 고려에 의하려 그보다 경도의 심증을 형성하는 것으로 족하다고 보고 있다.[227] 공해사건에 있어서 인과관계의 입증책임을 완화해야 할 것이라는 근거는[228] ① 피해자는 과학적 지식과 자력에서 결함이 있고 조사 능력이 없고, ② 가해자인 기업은 과학적 지식과 자력이 있고 조사 능력도 있고, ③ 과학적으로 해명되지 않다고 하여 인과관계를 부정할 근거는 되지 않고, ④ 공적기관에서의 현장조사는 하지 않는 경우가 많고, 하였더라도 공표되지 않는 경우가 많다는 등의 4가지가 있다.

이 개연성설에 의하면, 공해소송에 있어서 인과관계에 대한 입증을 통상의 불법행위와 같은 정도로 확실한 증명을 요구하면, 입증이라는 법적 테크닉 때문에 본래 구제되어야 할 피해자가 구제를 받을 수 없게 되는 점을 고려하여 공해로 인한 피해가 발생하였다고 주장될 경우에는 가해공장에서 인과관계의 부존재에 대하여 반증하지 않는 한, 인과관계의 존재를 인정한다. 이와 같은 생각은 기본적으로 의료소송에서도 유지되어야 할 것이다. 의료소송에

는 법률가에게는 곤란한 문제이나 의사 · 의료행위종사자측에서는 그렇지 않다는 사실인식의 전제가 빝바닥에 깔려 있다.

225) 安田實 著, 因果關係の立證, 林 豊 編, 現代民事裁判の課題(9), 新日本法規出版社, 1991. 471面~474面.

226) 德本 鎭, 鑛害訴訟たおける因果關係, (公害法研究), 日本評論社, 1969, 72面 ; 西原道雄, 公害た對する 司法的救濟の特質と機能, 公害法研究, 1969. 35面; 加藤一郎, 醫療行爲による責任, 註釋民法(19), 有斐閣, 1973. 151面.

227) 손용근, 전게 논문, 72면 ; 천경송, 공해소송에 있어서의 인과관계의 입증, 사법논집, 제8집, 1977. 130면.

228) 中川善之助 · 兼子一監修, 實務法律大系, 青林書院新社, 1979. 66面 .

서는 전술한 바와 같이 의료행위의 특질이 뿌리 깊게 반영된다. 특히 의료의 전문성, 밀행성, 재량성, 폐쇄성, 등은 환자의 입증활동에 커다란 장애가 되고 있다. 그 곤란성은 공해사건과 같거나 더 크다고 할 수 있다.

현재 우리나라의 의료과오판결에서는 개연성이론에 근거한 것이 많이 보이는데, 실무상 의료소송에서는 환자가 입증한 증거의 무게를 의사가 항변하거나 부인하는 증거의 무게보다 우월하다고 보일 정도까지 증명이 이루어지면, 개연성을 인정하는 사례가 적지 않다.[229]

나. 개연성설의 본질

개연성설의 본질에 관해서는 크게 두 가지 나뉘는데, 하나는 영미법사의 증거우월(preponderance of evidence)의 법리를 적용하여 환경소송에 적용하려는 증거우월설과, 또 하나는 사실상의 추정의 이론에 의하여 입증책임의 사실상의 전환을 꾀하려는 사실추정응용입증책임전환설 이다.

(1) 증거우월설

증거우월설은 영미법상의 증거의 우월(preponderance of evidence)의 법리를 도입하여 환경소송에 적용하려는 견해인데, 이 설은 원고가 주장하는 사실과 피고가 주장하는 사실을 도출하려는 견해이다.[230] 이 견해에 의하면 인과관계의 입증은 역사적 입증에 해당하는 것이므로 엄밀하게 자연과학적 방법에 의하여 입증되어야 하는 것이 아니며, 또한 법적 처리에 있어서의 입증의 정도는 사안의 성질에 따라 다를 수 있는 것이므로 형사소송에 있어서는 합리적인 의심의 여지가 없는 정도의 입증이 요구되나 일반 민사소송에 있어서는 특수한 경우를 제외하고는 합리적으로 고찰하여 증거의 비중이 다른 편보다 우월한 것으로 나타나는 정도의 입증으로써 족하다고 한다. 다시 말하면 전자에 있어서는 係爭事實의 존부의 인정이 피고인에 대한 형벌권의 행사

229) 대법원, 1989. 7. 11. 선고 88다카26246 판결.

230) 加藤一郎, 日本の公害法總括, 「ジュスト」, 第310号, 1964. 11. 104面; 野村好弘, 公害の紛爭處理と被害者の救濟, 常國地方行政學會, 1970. 45面; 구연창, 공해와 인과관계에 관한 판례연구(1), 법조(24권8호), 1975. 8. 79면.

와 직결되는 만큼 실체적 진실이 추구되어 엄격한 입증을 요구하게 되나, 후자에 있어서는 辯論主義 · 當事者處分權主義가 지배하는 관계로 대등한 양 당자자간에 있어서 증거의 비중을 대비하여 보다 우월한 증거의 보유자에게 유리한 판결을 하게 되는 것이다. 이 설은 대하여는 영미법상의 증거의 우월은 증거의 상대적 우세를 뜻하는 것이라기보다는 '배심으로 하여금 係爭事實의 부존재보다 그 존재가 더욱 확실하다고 사실인정을 하게 하는 증명'을 뜻하는 것으로서[231] 그 증명의 정도는 민사소송에 있어서의 증명의 정도와 실질적인 차이가 없는 것이므로[232] 특히 환경소송 등에 있어서와 같이 입증과 관련하여 특별한 취급이 요청되는 특수소송에 있어서는 증거의 우월이 증거의 상대적 우세와 동일한 개념이라고 해석하는 것이 아닌 이상, 피해자의 입증부담의 완화에 별다른 도움을 주는 것이 되지 못하거나[233] 소명과 증명을 구별하는 우리 법제상 영미법상의 증겁법칙을 일반원칙으로서 도입할 수 있을 것인가 하는 점과 피고측의 반증도 개연성의 입증정도로서 무방하게 되지 않는가 하는 점에서 난점이 있다는[234] 비판이 있다.

(2) 사실추정응용 입증책임전환설

사실상의 추정의 이론에 의하여 입증책임의 사실상의 전환을 모색하려는 이 설은 인과관계의 입증책임은 피해자가 부담하나 형사사건의 경우와는 달리 손해의 부담이 문제되는 것이므로 엄격한 증명은 필요하지 않고 개연적 증명으로 족하나, 일단 개연성의 존재가 입증된 경우에는 사실상의 추정의 경우와는 달리 기업은 인과관계의 부존재를 적극적으로 입증하지 않는 한 손해배상청구를 면할 수 없다는 설이다. 이 설은 일찍이 일본의 德本 鎭에 의하여 손해배상청구에 따르는 인과관계의 입증을 극복하기 의하여 주장된 것으로 牛山 積 등에 의하여 환경오염피해일반에 관하여도 타당한 이론으로 받

231) McCormick, Hand book of the Law of Evidence, 3ed, 1984, p. 957; Ladd, Carlson, Cases and Materials on Evidence, 1972, p. 1203.

232) 中島弘道, 證據責任の研究, 有斐閣, 1973. 95面; 田中和夫, 證據法, 新版(有斐閣), 1971. 31面~32面.

233) 野崎幸雄, 因果關係 · 總論-實體法上 · 訴訟法上の諸問題, 有泉 亨 監修, 損害賠償講座(5), 日本 評論社, 1969. 124面.

234) 전창조, 공해의 사법적 구제의 법리에 관한 연구, 동아대 논문집, 11권, 1975. 133면.

아들여졌으며 많은 학자들의 지지를 받고 있다.[235] 德本 鎭에 의하면 이 이론은 종래 사실상의 추정 또는 일응의 추정으로 불려진 사실추정법칙을 응용한 경우라고 하면서 인과관계의 입증은 그 인과관계가 존재한다는 점에 관하여 상당한 정도의 개연성을 나타내는 것으로서 충분하다고 하고, 이러한 개연성에 기하여 인정된 손해가 진실한 손해가 아니라는 것은 결국 가해자측에서 입증하지 않으면 안되는 점과, 형식적으로는 어떻든 실질적으로는 인과관계의 입증책임이 가해자에게 전환되는 셈이 된다고 한다.[236]

다. 개연성이론의 보충이론

개연성설에는 위에서 지적된 바와 같은 모순 외에도 원고의 증명의 정도가 개연성을 족하다고 하면, 피고의 반증도 이론상 개연성의 정도로 족한 것이 되어야 하므로 결과적으로 피해자의 구제가 실현되지 않는다고 하거나[237], 개연성설의 내용은 추상적임을 면할 수 없는 것이므로 인과관계의 인정에 소극적이기 쉬운 법원에 대한 주의적이론 이상은 아니라는[238] 등의 비판이 있다. 이러한 비판은 개연성설이 입증부담의 완화의 요청을 증명도의 영역에서만 해결하려고 하기 때문에 생기는 필연적인 결과라고 하겠다. 그러나 개연성설이 환경소송의 특질에 착안하여 피해자의 입증부담을 완화하려고 하는 인식 그 자체의 당위성을 부정할 수 없는 것이므로 당초 실체법학자들에 의하여 불완전하게 정립된 개연성설의 결함을 소송법적으로 보완하려는 이론이 많이 등장하게 되었다. 그 대표적인 예는 일본의 談路剛久, 好美淸光, 竹下守夫, 竹下守夫등이 간접반증론리를 중심으로 한 개연성설의 재구성시도인데 이는 新蓋然性設이라고 불러지기도 한다.[239]이 새로운 이론은 종래의 개연성

---

235) 牛山 積, 公害訴訟の因果關係論, 法律時報, 40卷, 10号, 1969. 9. 85面; 전창조, 전게논문, 131면.

236) 德本 鎭, 前揭論文, 205面.

237) 東 李行, 公害訴訟の理論と實務, 有信棠, 1971. 176面.

238) 淡路剛久, “水質汚濁”, 有泉 亨 監修, 現代損害賠償法講座(5) 公害・生活妨害, (日本評論社), 1973. 221面; 伊藤 眞, 早川メツキ工場廢液事件, 別冊ジュリスト, 43号, 1974. 5. 47面.

설이 막연하게 피해자의 입증책임을 경감하려고 한데 대해서 가해자측에 간접반증책임을 과하는 모습으로 명확하게 이론구성을 하는 한편 경험칙이 작용하는 영역을 명확히 하고 이를 확충하여 피해자의 입증의 범위는 완화 내지 경감하는 반면 가해자의 반증의 범위는 확대하려고 하는 것이라고 할 수 있다.

(1) 역학적 인관관계론[240]

疫學(epidemiology)이라 함은 병원균 또는 유독물질의 발견을 직접 목적으로 하지 않고 집단현상으로서의 질병의 消長과 자연적 또는 사회적 제도인과의 상관관계를 통계적 방법으로 규명하고 개연적으로 명백해진 결과에 의하여 질병의 방지억합의 방법을 발견하려는 학문이라 할 것인데, 이 역학상의 인과관계가 인정되는 경우에 가해자가 피해자의 질병에 관하여 다른 원인이 존재한다는 입증을 않는 한 법적 인과관계를 인정할 수 있다고 보자는 것이 역학적 인과관계론이라 할 수 있다. 그리고 가장 보편적인견해에 따라 이를 요약하여 설명하자면 역학상의 인과관계는 보통, ① 특정한 인자가 발병의 일정기간 전에 작용하는 것일 것, ② 그 인자의 작용하는 정도가 현저할수록 발병의 이환율이 높을 것, ③ 그 인자의 분포소장이 관찰된 유행의 특성과 모순 없이 설명될 수 있을 것, 즉 소장의 원칙이 있을 것, ④ 그 인자가 요인으로서 작용하는 메카니즘(mechanism)이 생물학적으로 증명될 것 등 네 가지 조건을 충족하는 여부에 의하여 판단하게 되며, 법적 인과관계는 그 중 ① 내지 ③의 조건만 충족하면 되고, 나머지 ④의 조건, 즉 메카니즘은 완전히 해명되지 아니하여도 되나 이 역학적 조건은 보편적 적용성이 있으며, 필연성 내지 필연성에 가까운 개연성을 가지는 것이므로 인과관계의 확정에 있어서 안심하고 적용할 수 있는 판단기준이 될 수 있다고[241] 설명되고 있다.

---

239) 구연창, 전게논문, 96면; 伊藤 眞, 前揭論文, 48面.

240) 인과관계를 인정하는데 있어 역학의 수법은 받아들여 그 입증의 경감을 도모하려는 것, 의료소송에서 역학적 인과관계론이 채택된 판결로는 산부인과의 원내 신생아실의 살모네라 감염증 집단발생사건(廣島地製 吳支 , 昭和, 1958. 9. 16 판결)에서 살모네라 감염증의 발생이 원내감염에 의한 것인지 여부의 인정에서 골관절결핵의 이환이 스테로이드제의 주사의 의한 것인지 여부를 인정하는데, 각각 채용된 사례가 대표적인 것이다.

241) 石貞一晃, 前揭論文, 158面.

(2) 간접증명과 일응의 추정종합론

인과관계의 존재라고 하는 종합적 사실을 몇 개의 주요사실로 분석한 다음 그 중 일부를 간접입증에 의하여 입증하면 나머지 사실을 일응의 추정에 의하여 追認되며, 가해자측에서 피해자가 행한 간접사실의 입증을 동요시키거나(반증), 다른 간접사실을 입증(간접반증)하지 않으면 안된다는 이론이 있는데, 그 중 하나가 입증대상 유형화론이고 다른 하나는 복합적 입증주제론이다. 입증대상 유형화론은 개연성설의 구체적 전개에 있어서는 심증의 정도를 대상으로 할 것이 아니라 입증주제를 분석하여 어떤 사실의 입증이 있으면 사실의 자연적인 추이로써 인과관계의 입증이 있다고 인정할 것인가라는 형식으로 그 명제를 바꾸는 것이 오히려 적절하다고 주장하였던 실무가 東孝行의 시사를 談路 助,가 발전시킨 것이다. 이 주장에 의하면 개연성설의 구체적 전개의 방향을 입증의 정도를 낮추려는 것으로부터 인과관계를 구성하는 사실의 발전과정에 따라 입증의 대상을 구체화 · 유형화하는 것으로 전환함으로써 개연성설을 판단 기준화하는 것보다 발전적인 것이 되고 여기에 간접반증이론을 결합하여 개연성설을 재구성하게 된다.[242]

다음으로 복합적 입증주제론인데, 이 이론은 인과관계는 단일한 사실이 아니고 복수의 사실이 결합된 것이므로 이를 유형적으로 고찰하여야 한다고 주장한다. 이러한 견해들에 대하여는 인과관계의 분해와 유형화의 정확성에 관하여 의문을 표시하거나 간접반증의 이론을 채용한다고 하더라도 원고의 입증이 보통의 경우보다 낮은 정도의 개연성으로 족한 것이로는 되지 않는다거나[243] 사안을 지나치게 유형화 · 고정화함으로써 사실인정의 경직화를 초래하게 되고, 실제상 직접반증과 간접반증은 반드시 명확하게 구별되는 것도 아니라는[244] 등의 비판이 있다.

---

242) 談路剛久, 前揭論文, 3面. 한편 복수원인자의 경우의 법률구성에 관하여는 이정우, 공해에 대한 사법적구제, 저스티스 12호, 1973. 12. 79면; 牛山 積, 公害における因果關係, ジュリスト, 458号, 1970. 8. 384面.

243) 賀集 唱, 擧證責任 -間接を反證中心として-, 別冊ジュリスト, 39号, 213面.

244) 藤田耕三, 水質汚濁事件,と因果關係, 中川善之助 · 兼子一監修, 實務法務大系, 6卷, 青林書院新社, 1975. 243面.

라. 의료과실소송의 적용

의료소송에서의 인과관계의 입증책임은 원칙적으로 환자에게 있고, 의료소송의 경우에도 의료행위의 특성상 공해소송과 마찬가지로 법관이 확신을 가질 정도로 엄밀하게 입증을 하는 것이 사실상 불가능하고, 의료행위과정에서의 과실을 인정하여야 하는 증거는 거의 모두 병원 또는 의사 측에 편중되어 있고, 환자로서는 그 의료행위의 과정도 아 수 없기에 이 경우에도 원고측의 소송의 경우에도 원고인 환자 측의 입증을 완화하기 위해 인과관계가 엄밀하게 입증되지 않더라도 상당한 개연성이 있다면 인과관계를 인정하여도 좋다는 견해가 학설이나 판례 중에 나오게 되었다. 그렇기 때문에 의료소송에서의 개연성설에 대한 이론은 대부분이 鑛害 사건의 문제해결 방법으로 제시된 공해소송의 그것이 그대로 응용되고 있다. 의료소송에서 이러한 개연성설을 적용하여야 한다는 논의는 이러한 개연성설이 처음 만들어진 환경소송에 비하여는 아직까지 미미한 점이 있다.[245]

2. 사실상 추정론

가. 사실상 추정론의 개념

사실상의 추정론은 입증책임경감을 위해 일본에서 주장된 개연성설에서 좀 더 나아가 보다 더 입증을 경감하기 위해 주장된 학설로 일본에서 등장하였다. 이 이론은 환자에게 생긴 법칙침해가 의료행위에 의하여 생긴 점에 관하여 어느 정도의 개연성을 인정한다면 이것을 일응 추정하고 의사 측이 반증을 들지 않는 한 인관관계를 인정하여도 좋다고 하고, 더욱이 입증책임의 점에서도 원고 측에서 그 결과가 의료행위에 즈음하여 생겼다는 것과 그것이 의료행위임의 의하여 생겼다고 하는 정도의 개연성에 관하여 일응의 주장책임을 하면 그것으로 입증책임은 다한 것으로서 그것이 의사의 행위에 의한

245) 의료과오소송에의 개연성설 적용에 대한 상세한 논의는 손용근, 의료과오소송에 있어서 입증의 경감에 관한 연구, 연세대학교 박사학위논문, 1998. 71면 이하.

것이라고 하는 일응의 주장을 하고 전문가인 의사 측에서 반증을 하지 않는 한 인과관계를 인정하여야 한다는 견해인데, 이러한 이론을 주장한 加藤一郎 교수의 견해[246]에 의하면 의료과실 소송에 있어서 인과관계는 여러 개의 간접사실에 경험칙을 적용하여 추정될 수밖에 없게 된다. 또한 사실상 추정론은 의료과오소송에 있어서 인과관계는 여러 개의 간접사실에 경험칙을 적용하여 추정될 수밖에 없게 되는데, 판례상 인과관계의 추정을 위한 요소로 나타난 것을 분류하면 ① 당해 의료행위와 악결과 사이의 시간적 근접성, ② 원인으로 되는 의료행위의 의술의 준칙위반, ③ 타원인의 개입 부정 ④ 통계적 인과관계 등을 들 수 있다. 그런데 이러한 요소들을 표현증명을 인정받기 위한 요소로 드는 학자도 있으나,[247] 일본의 경우에는 단순히 기술상 과실과 의학상 판단에 잘못된 과실 가운데 단순히 기술상 과실의 경우에는 표현증명을 통하여 특별한 사정이 없는 한 의사의 과실이 경험칙에 의하여 거의 전형적으로 인정되는 경우 즉, 이러한 과실이 있으면 정형적 사상경과에 의하여 환자에게 발생한 결과가 일반적으로 발생하는 것이 고도의 개연성이 있는 경우에만 인정되고 그밖에 대부분의 경우의 의학상 판단을 필요로 하는 행위의 경우에는 여러 가지 간접사실에 경험칙을 적용하여 인과관계를 추정하는데 이러한 경우 반드시 정형적 사상 경과가 인정되는 것은 아니기 때문에 즉, 어떠한 의료행위에 과실이 있다고 하여 정형적 사상경과가 인정되는 것은 아니기 때문에 위에서 살핀 요소들은 결국 사실상 추정을 인한 간접사실이라 할 것이다. 또한 사살상의 추정론은 여전히 환자측인 원고 쪽에서 어떤 결과가 의료행위에 즈음하여 생겼다는 것과 그것이 의료행위에 의하여 생겼다고 하는 정도의 개연성에 관하여 일응의 주장을 하여야 하고 그에 대한 입증책임을 부담하고 있다는 점에서 결과와 의료행위의 존재 자체만으로 일응 의사측의 손해배상책임을 인정하는 것으로 하는 것과 같은 입증책임의 전환은 아니라고 할 수 있다. 그러나 인과관계와 과실의 존재를 엄격히 입증하여야 한다는 종래의 전통적인 입증책임이 완화된 정도에 상응하는 입증의 부담이 의사측에 전환되었다는 측면에서는 부분적으로 입증책임을 전환하는 결과가 사

---

246) 加藤一郎, 醫師の 責任, 損害賠償責任の研究(上), 我妻先生還曆紀念, 有斐閣, 1957. 151面~152面 .

247) 신현호, 의료소송총론, 육법사, 1997. 305면.

실상 초래되었고, 그 점에서는 입증책임이 전환되었다고 하여야 보다 정확하다고 보인다. 그렇게 되면 의사측에서는 어떤 결과가 의료행위에 의한 것이 아님을 반증으로 제시하여야 하고, 그렇지 못하는 한 손해배상책임을 지게 된다. 그만큼 의사는 반증을 제시하여야 할 입증의 부담이 있는 것이고 결과적으로 입증책임을 전환하는 결과를 안게 된다.

나. 사실추정론의 본질

사실상의 추정은 법관이 경험칙을 이용하여 증거 내지 간접사실의 증명력을 평가, 종합하는 사실인정의 과정 내지 그 결과이므로 자유심증의 하나의 態樣에 불과하고 자유심증 범위내에서의 증거평가 규칙이며,[248] 증명책임의 분배와는 직접적인 관계가 없는 점에서 법률상의 추정과 다르다.

그러나 이에 대하여 사실상의 추정이 판례의 직접에 의하여 고정된 이론의 틀을 형성하자, 사실상의 추정이 법관을 구속하는 근거에 대하여 많은 이설이 있다.[249] 즉, 사실상의 추정은 단순한 자유심증 범위내의 증거평가가 아니라 사실불해명에 의한 敗訴의 위험을 어느 당사자에게 부담시킬 것인가 하는 실체법적 정의 판단이 행해지는 법적 평가이므로 반증책임의 한도에서 증명책임분배의 가능을 하는 실체법적 성질을 가진다는 견해와 사실상의 추정은 판례의 집적에 의하여 형성된 관습법의 일종으로서 증거고량규정이라는 견해[250] 그리고 사실상추정의 경우에 증명책임의 전환이 생기는 듯이 판시한 일부 판례에 찬동하는 견해 등이다.

그러나 사실상의 추정이 법관을 구속하는 것은 그것이 관습법이거나 실체법이기 때문에 아니라 재판과 자유심증주의[251]의 본질에서 연유하였다고 할 것이다.

사실상의 추정은 그 어감으로부터 직접증거에 의한 사실인정의 경우보다 약

---

248) 오석락, 입증책임론, 박영사, 1996. 98면; 김홍규, 민사소송법, 삼양사, 1996. 424면; 中野貞一郎 , 過失の推定, 弘文常, 1987. 11面~19面.

249) 中野貞一郎, 前揭論文, 12面~20面.

250) 村上博已, 證明責任の硏究, 有斐閣, 1982. 43面~44面.

251) 김홍규, 민사소송법 제5판, 삼양사, 2002. 450면.

한 심증에 의한 사실인정을 허용하는 경우인 것처럼 느껴지는데, 실제로 일본의 中島弘道는 사실상의 추정은 일반의 확실한 심증보다 약한 개연적인 심증으로 재판하는 경우라고 단정하고 그 이유는 사실상의 추정에 의하여 법관이 주요사실에 대하여 개연적 심증을 얻었음에도 불구하고 상대방이 패소의 위험을 무릅쓰고 반증을 제출하지 아니하는 사정은 증명책임부담자의 입증부족을 보완하는 정황증거가 되기 때문이라고 하며, 이러한 의미에서 사실상의 추정에 의하여 증명책임의 부담이 경감된다고 한다.[252]

그러나 반증불제출의 사정이 비록 변론의 전취지로서 심증형식 중 하나의 자료는 될 수 있지만 본증이 충분히 제출되지 못한 상태에서 상대방의 반증불제출의 사정만을 참작하여 사실을 인정함은 증명책임분배의 법칙의 반할 뿐만 아니라 법률상의 근거 없이 증명과 소명의 중간적 심증으로 사실인정을 하는 결과가 되어 부당하다. 사실상의 추정은 미약한 심증에 의한 사실인정을 허용하는 경우 즉, 사실인정에 있어서 증명도[253]를 저하시킨 경우가 아니라 간접사실에 경험칙을 적용하여 주요사실을 추정하는 자유심증의 한 경과로서 증명의 방법에 그 특성이 있을 뿐이고 증명임에는 변함이 없으므로 거기에 필요한 법관의 심증은 일반의 증명과 동일한 정도의 확신을 요하여 사실상의 추정의 허용여부는 결국 그것에 의하여 법관이 사실인정에 필요한 심증을 얻었는가에 의하여 결정된다.[254]

법률상의 추정은 증명책임분배의 법칙과 마찬가지로 사물의 개연성뿐만 아니라 공평의 요구, 증명의 難易, 사건의 신속한 해결 등도 고려하여 규정하고 있으나, 사실상의 추정은 사물의 개연성에 기한 순수한 사실판단의 법칙으로서 어떤 법조의 요건사실을 인정할 경우인가에 따라 차이가 생기지 않고

---

252) 中島弘道, 擧證責任の硏究, 152面~153面.

253) 민사소송에 있어서 사실인정에 필요한 증명도에 관하여 종래의 통설은 형사소송에 있어서와 마찬가지로「합리적 의심에 침묵을 명할 수 있을 정도」(beyond a reasonable doubt) 또는「통상인이 일상생활에 있어서 의심을 품지 않고 그 판단에 안심하고 행동할 정도」(대, 1974. 2. 10. 선고 74다1774 판결)의 증명을 요한다고 보았으나, 최근에는 민사소송에 있어서 주요사실의 인정에 필요한 증명은 형사소송에 있어서의 범죄사실의 인정에 필요한 증명도 보다는 다소 떨어지는 증명으로도 무방하고 영미법에서 처럼「증거의 우월」(preponderance of evidence)의 정도로 족하다는 견해가 우세해지고 있다. 오석락, 전게서, 143면~161면.

254) 中野貞一朗, 前揭論文, 27面; 村上博已, 證明責任の연구, 有斐閣, 1982. 44面.

형평의 요구나 합목적적 고려 등에 대하여는 白紙 라고 함이 일반적 견해이다.[255]

이러한 견해는 법관이 사실인정을 함에 있어서는 당사자 사이의 구체적 형평을 고려할 것이 아님을 전제로 하고 있지만 사실인정의 실제에 있어서는 어느 당사자를 유리하게 취급함이 사회정의와 형평의 이념에 부합된 것인가를 고려하고 있는 것이 아닌가 생각된다. 뿐만 아니라 우리 민사소송법 제187조는 당사자의 살실주장의 진실여부를 「사회정의와 형평의 이념에 입각하여 논리와 경험의 법칙에 따라」 판단할 것을 요구하고 있다.

따라서 자유심증주의하에 있어서는 증명력에 관한 법정의 定率表가 인정되지 아니하고 경험칙의 개연성도 법관의 자유심증에 의한 판단에 맡겨져 있는 것이며 각개의 구체적 소송에서 증명의 難易과 상관되어 사회정의와 형평의 이념에 의하여 상대적으로 파악되는 것이라 할 것이다. 또한 이 점에서 최근의 공해소송, 의료과오소송, 제조물책임소송 등 증명이 곤란한 특수유형의 소송에서 사실상 추정에 있어서 증명책임의 기초이념인 사회정의와 형평을 실현할 수 있는 것이 아닌가 생각한다. 특히 위와 같은 취지를 명백히 하여 공해사건의 인과관계에 관해 간접반증이론을 받아들여 이를 구체적으로 판시한 판결[256]도 있다.

다. 사실상 추정론의 효과

사실상의 추정론은 입증책임을 부담하는 당사자가 주요사실의 증명에 갈음하여 간접사실을 증명한 경우에 경험칙을 적용하여 그 간접사실로부터 주요사실을 추인하도록 하고 있는데 여기에서 경험칙은 예외적인 사태를 전혀 배제할 수 없는 것은 아니지만 고도의 진실 개연성을 갖는 것을 말하므로 진실담보기능을 발휘할 수 있게 되고 법관이 사실인정의 과정에서 간접사실로부터 얻은 심증으로 주요사실을 추인하는 것을 말하므로 결국 이 이론은 자유심증의 한 형태에 불과하다고 할 것이다.[257] 즉, 사실상 추정은 법관의 합리

255) 兼子一, 推定の本質及び效果についで, 民事法研究, 第1卷, 302面; 村上博已, 前揭書, 44面.

256) 대법원, 1984. 6. 12. 선고 81다556 판결.

적 자유판단으로써 이미 존재가 확인된 어떠한 다른 사실로부터 직접적으로 경험하지 아니한 법률요건사실 또는 그에 이르는 중간적 사실의 존재를 추리해 내는 심리과정으로서 확실성에 근접하는 개연성을 내포하는 경험칙을 토대로 한 것이므로 법관의 사실인정에 있어서 법이 요구하는 정도의 확신성을 만족시켜 주기는 하나, 그 반면 위 경험칙은 전혀 인정되지 않는 절대적 논리칙은 아닌 까닭에 역시 위 추정과 반대되는 사실이 존재할 가능성은 언제나 있는 것이며 따라서 위와 같이 사실상의 추정에 의하여 불리한 사실을 인정받게 되는 상대방이 반증에 의하여 위 추정을 뒤엎을 수 있는 것이다.

사실상의 추정론은 여전히 환자 측인 원고 쪽에서 어떤 결과가 의료행위에 즈음하여 생겼다는 것과 그것이 의료행위에 이하여 생겼다고 하는 정도의 개연성에 관하여 일응의 주장을 하여야 하고 그에 대한 입증책임을 부담하고 있다는 점에서 결과와 의료행위의 존재 자체만으로 일응 의사 측의 손해배상책임을 인정하는 것으로 하는 것과 같은 입증책임의 전환은 아니라고 할 수 있다.

그러나 인과관계의 존재를 엄격히 증명해야 한다는 종래의 전통적인 입증책임론의 입장에서 볼 때 입증책임이 완화된 정도에 상응하는 입증의 부담이 의사 측에 전환되었다는 측면에서 보면 부분적으로 입증책임을 전환하는 결과가 초래되었다고 하여 그 한도 내에서 입증책임이 전환되었다고 하여야 한다는 견해도 있다.[258]

라. 추정효력의 번복

사실상의 추정은 추정의 기초가 되는 간접사실의 증명과 이에 대한 경험칙의 적용에 주요사실의 추정이란 단계적 구조를 갖고 있다. 따라서 추정을 다투는 상대방의 입증방법은 간접사실의 증명단계에서 그 직접반증을 제출하여 본증의 간접사실을 존부불명의 상태에 빠뜨려 추정을 사전에 저지하는 방법과 이미 간접사실이 증명된 경우에 경험칙의 적용단계에서의 추정이 보통 직

257) 김선석, 의료과오에 있어서 인과관계에 관한 제문제, 법조 37권 8호, 1988. 20면.

258) 손용근, “의료과오소송의 증명책임에 관한 대법원 최근판례 소고” 민사재판의 제문제(하), 1995. 182면.

접증명이 곤란한 경우에 이용되는 것이므로 그 주요사실에 대한 실제의 사건은 경험칙과 다른 경과를 거쳤을 가능성이 있음을 즉, 경험칙의 예외사유가 있음을 나타내는 별개의 사실[259]을 증명함으로써 추정효력을 飜覆하는 두 가지 방법을 생각할 수 있다. 그 외에도 이론상으로는 추정사실인 주요사실에 대한 직접반증도 생각할 수 있으나, 사실상의 추정의 기초인 간접사실을 경험칙에 의하여 주요사실의 존재를 추인케 하는 함이 있어서 추정의 전제사실로서 기능할 뿐만 아니라 직접반증의 증명력을 상실케 하는 보조사실로서도 기능하므로 직접반증에 의한 추정효력의 飜覆方法은 거의 성공하기 어렵다고 할 것이다.

간접사실에 대한 직접반증은 일반의 반증으로서 그 대상이 동시에 본증의 대상이므로 법관의 심증에 그 존재를 의심케 하는 정도의 입증 즉, 그 간접사실을 존부불명의 상태에 빠뜨리는 것으로 목적을 달성할 수 있으나 간접반증을 본증의 대상인 간접사실을 그대로 둔 채 이와 양립가능하면서 동시에 주요사실의 존재와는 모순, 抵解되는 별개의 사실을 대상으로 하는 것이므로, 그 별개의 사실 자체에 대하여는 법관으로 하여금 확신에 이르게 하는 정도의 완전한 증명을 하지 아니하면 그 목적을 달성할 수 없어 추정효력에 의한 주요사실추정의 불이익을 받게 된다. 따라서 추정을 다투는 상대방이 부담하게 되는 위와 같은 간접반증사실의 확정책임을 증명책임과 대비하여 간접반증책임이라고도 한다. 그리하여 간접반증을 본증이라고 하는 견해도 있으나,[260] 이는 간접반증사실을 기준으로 하여 본 것이고, 주요사실을 기준으로 하여 보면 주요사실의 추인을 망설이게 하여 그 존부불명의 상태에 빠뜨리기만 하면 목적을 달성하게 되는 증명책임부담자의 상대방의 입증작용이므로 반증임에는 변함이 없다.

이와 같은 간접반증이 허용될 수 있는 근거는 사실상의 추정은 경험칙을 전제로 하는 추리이고 경험칙은 항상 예외의 가능성을 유보하고 있다는 점에

---

259) 간접반증의 대상인 사실은 주요사실의 존재를 추인케 하는 사실 즉, 간접사실과 동일한 차원에 속하는 사실이지만 주요사실의 인정에 소극적으로 가능하는 사실이므로 흔히 이를 간접사실이라고 하는 것은 엄격한 의미에서는 부정확한 표현이다(김선석, 일반적조항의 증명책임, 사법논집 제14집, 1983.12. 281면.

260) 이시윤, 민사소송법, 박영사, 1995. 586면.

있다. 재판실무에 있어서는 이러한 예외의 사유를 보통 「특별한 사정」 또는 「특단의 사유」라고 하는 바 이것이 곧 간접반증의 증명주제가 된다.[261] 이러한 간접반증이론[262]은 종래 판례가 사실상의 추정의 경우에 그 추정을 다투는 상대방에게 부담 시켜온 반증책임의 실체를 체계적으로 해명하여 실무자에게 보다 안정된 사실판단을 할 수 있게 하는데 크게 기여할 뿐만 아니라, 증명책임분배의 법칙의 출발점 내지 이상인 사회정의와 형평의 이념을 실현할 수 있도록 이론적 근거를 마련하였다는 데에 그 공헌이 크다고 하겠다.[263]

마. 간접사살로부터 경험칙에 의한 추정

의료과오소송에서 인과관계의 입증은 곤란한 경우가 많이 때문에 원고인 환자측의 구제방법으로써, 그 고도의 개연성의 입증은 명백한 과학적인 증명이 되지 않는한 간접사실로부터 경험칙에 의한 사실상의 추정[264]을 근거로 추인하는 것이 기본으로 된다. 가령, 한 개 한 개의 간접사실을 주요사실과 결부되는 것이 경미하더라도 다각적인 복수의 간접사실이 상호 보강되거나 결합함에 의해 그 개연성[265]이 비약적으로 높아지기 때문에 보다 많은 간접

---

261) 실무상으로는 항변사유도 특별한 사정 또는 특단의 사유라고 하는 경우가 많으므로 특별한 사정 또는 특단의 사유가 모두 간접반증의 주제인 것은 아니다.

262) 간접반증이 성공한 경우 판결문에는 보통 「원고(또는 피고)는 ····라고 주장하므로 살피건대 ····증거(본증)에 의하면 A, B사실(간접사실)을 인정할 수 있으나, 한편 ···· 증거(간접반증)에 의하여 C사실(간접반증사실)을 인정할 수 있어 위 A, B사실로부터 원고가 주장하는 ·····사실(주요사실)을 추인하기 어렵고 달리 이를 인정할 증거가 없으므로 원고의 위 주장은 이유 없다」고 판시한다.

263) 오석락, 전게서, 141면~142면; 대법원, 1974. 12. 10. 선고 74다1774 판결.

264) 윤규한, “간접 증명”, 재판자료(제25집), 1985. 386면. 법률상 추정에 의해서 입증책임의 전환이 발생함에 대하여 사실상 추정의 분야는 간접사실에다 경험칙을 결과 적용한 법관이 주요사실의 존재에 관하여 심증을 형성하는 자유심증의 영역내일뿐 입증책임의 문제는 아니므로 그로 인하여 입증책임의 소재가 변동되지 않는다는 점에서 양자는 분명하게 구별된다고 한다.

265) 대법원, 199. 6. 26. 선고 다카7730 판결은 “민사소송에 있어서의 인과관계의 입증은 경험칙에 비추어 어떠한 사실이 어떠한 결과발생을 초래하였다고 시인할 수 있는 고도의 개연성을 증명하는 것이며 그 판정은 통상인 이라면 의심을 품지 아니할 정도로 진실성

사실의 입증이 시도되어져야 할 것이다.

여기서 여러 개의 간접사실에 대해 경험칙을 적용하는 요소로서는 당해 의료행위와 악결과와의 시간적 접근성, 원인이 되는 의료행위의 의술의 준칙위반, 타 원인의 개입가능성 배제, 통계적 인과관계[266] 등이고, 이를 바탕으로 사실상 추정이 인정되는 경우에는 상대방은 구체적, 특징적인 사정의 증명(간접반증)에 의하여 추상적, 불특정적인 과실의 추인을 방해 · 저지할 수 있다.[267]

따라서 간접사실로부터 경험칙에 의한 추정을 위하여는 간접사실을 충분히 평가하여 경험칙을 원용할 필요가 있고, 이 경우 당해 소송에 있어서 입증의 곤란성 등으로 인하여 경험칙에 의한 추론이 넓게 허용될 수 있다. 인과관계의 유무의 판단에서 간접사실의 유형은 작위와 부작위의 의료과오에 공통한 간접사실의 유형으로서 분석되는 것이고 의료과오소송에서 원고가 의사의 책임원인에 해당한다고 주장하는 진료행위(작위 · 부작위)에 의하여 환자의 死傷에 발생했다는 인과관계를 피고가 다투는 형태로서, 관념상 다음의 2대의 측면으로 분리될 수 있는데, 각각 판단방향이 다르고, 또한 중요시되는 간접사실의 유형이 다르다고 생각된다.

(1) 다른 원인과의 판별의 문제

환자에게 발생한 死傷의 결과가 원고가 주장하는 진료행위(작위 · 부작위)에 의한 것인가, 이것과는 전혀 관계없는 다른 원인에 의항 것인가라는 판별이 다투어 지는 경우이다. 피고가 주장하는 다른 원인 원고가 책임원인에 해당한다고 주장하는 일정한 진료행위나 환자의 질환에 대한 일련의 진료행위와는 전혀 관련이 없는 환자의 다른 疾患이나 素因에 의한 반응 · 발증이라고 주장되는 것이 많다. 이와 같은 다른 원인과의 판별의 문제로서 인과관계가 인정되는 경우에는 원고가 책임원인에 해당된다고 주장하는 작위 · 부작위의

의 확신을 가질 수 있는 것임이 필요하고 또 것으로 족하다"고 판시하고 있다.

266) 손명세, 이인영, 산부인과 판례로 본 의료소송의 이해, 동림사, 2001. 302면. 그 외에 의료행위처치의 부존재, 의료행위 양과 결과발생율, 의료행위의 내용과 결과발생율, 의료행위와 생채반응의 생물학적 관련, 환자의 특이성, 불가항력도 들어지고 있다.

267) 전병남, "의료소송에서의 입증책임의 완화", 의료법학(제2권 제2호), 2001. 343면.

진료행위와 결과와의 조건관계라는 판단을 먼저 고려하고, 이를 전제로 하여 작위 · 부작위라는 진료행위가 피고가 주장하는 환자의 다른 질환이나 소인의 어느 쪽이 환자의 당해 사상의 결과의 원인으로 인정되는가를 판단한다면 족하다는 경우이다.

다른 원인의 부존재의 입증의 정도에 관하여 원고에게 다른 원인 부존재의 확정책임이 있는 것인가(피고의 반증은 직접반증), 피고에게 다른 원인존재의 확정책임이 있는 것인가(이른바 간접반증)가 문제될 수 있다. 다른 원인의 부존재라는 소극적 사실의 입증[268]은 그것이 자체로는 곤란하나, 원고가 주장하는 원인의 존재와 다른 원인의 부존재와를 각각 분리하여 판정하는 것은 아니다. 통상인이 당해 사상의 결과가 오로지 다른 원인에 의한 것은 아닌가라는 합리적인 의심을 갖지 않는 것이라면 이것과 표리로 원고 주장의 원인이 고도의 개연성을 가진 귀결관계에 있다고 할 수 있다. 따라서 원고가 주장하는 원인과 상반하는 다른 원인에 대해서는 그 존재를 나타내는 구체적인 증거나 특단의 사정이 존재하지 않고 일반적인 가능성에 그치는 것이다. 그러나 원고가 주장하는 원인에 대해서는 진료 경과나 환자의 증상 등을 검토한 후 환자의 사상의 원인에 구체적인 가능성이 긍정된다면 원고가 주장하는 원인을 추인해야 한다고 본다. 환자의 안면경련의 근치를 위해 행행진 腦神經減壓手術 후 바로 발생한 腦內血腫 등으로 사망한 사안에 대해 血腫의 원인이 수술에 있는 것을 의심할 구체적인 사정이 인정되는 것에 피고주장의 다른 원인인 고혈압성뇌내출혈에 의한 血腫발생은 극히 낮은 가능성이 있는 것으로 본건 수술의 조작상에 잘못이 있었던 것으로 추인할 수 없는 것으로서 혈종의 원인이 본건 수술에 있다는 것을 부정한 원심판결의 인정판단에는 경험칙위배가 있다[269]고 하여 파기시켰다.

그리고 다른 원인과의 판별의 문제에서는 작위나 부작위의 과오 모두 다른

---

268) 최판, 1964. 7. 28. 민집 18권 6호, 1241면은 마취주사의 포도상구균감염사례에서 소거법에 의한 원인의 특정을 인정했다. 소거법에 의한 인정은 입증이 곤란한 사례에서 사실인정의 수단으로서 당해 사고의 원인으로 될 가능성이 있는 원인 A, B, C,를 상정하고 각각의 구체적 사실을 검토하여 이들 중 B, C를 부정하고 최고 가능성이 있는 A가 원인이라고 인정하는 방법이다. 이것은 다른 원인의 가능성이 많고 적음에 따라 원고가 주장하는 사고 원인의 추인에 직접 영향을 미치는 것이다.

269) 日最判, 1999. 3. 23. 判例時報, 1677号, 195面.

원인의 가능성에 대한 사실이 중요한 요소로 되고, 과오인 진료행위가 현실로 행하여져 신체에 의학적, 물리적인 침해가 된 작위의 의료과오의 경우, 간접사실의 각 유형이 넓게 판단 요소로 되었던 역사적 사실로서 추인이 될 수 있다. 이것은 엄밀한 과학적 증명과는 다른 법적인 인과관계의 증명에서는 통상인의 입장에서 본 상식적인 판단으로서 환자에게 행해진 당해 진행위의 시기 · 양(내용)· 부위와 환자의 발증의 시기 · 정도 · 부위에 따른 각각의 상관관계의 유무나 정도라는 요소가 중요성을 가지게 되고, 이것이 의학적(생물학적)으로 설명하는 것이 가능하다면,[270] 인과관계는 인정되기 쉽다. 이들의 상관관계를 중시하여 인과관계를 긍정한 판례는 水虫治療를 위해 뢴트겐線照射의 발생과의 인과관계를 긍정한 것[271]과 熱傷患者에 대한 항생물질의 계속적, 광범위한 투여와 난청과의 인과관계를 긍정한 것[272]이 있다.

(2) 회피가능성의 문제

원과가 주장하는 회피의무가 다하여지고, 회피조치가 위해진 경우에 환자의 사상을 회피할 수 있었을 것이라는 가능성이 다투어지는 경우에 환자의 이환되어 진료행위의 대상으로 있던 질환이나 진료과정 중에 환자에게 발생한 병상이 부득이한 진행인가의 판별이 쟁점으로 되는 경우이다.

의학적, 물리적 침해가 된 작위의 과오의 경우(예컨대, 수술기구 조작의 잘못, 부작용 있는 약제의 투여)는 과오가 없었다면 당해 사상의 결과는 발생하지 않았을 것이라고 용이하게 판단되는 경우가 많기 때문에 주로 부작위의 과오의 경우에 문제로 된다. 이러한 경우에는 특히 환자측의 입증곤란을 경감을 예측함에 있고 당시의 전제사실[273]이 역사적 사실의 인정에 관계되는 것도 실질적으로 다투어질 수 있는 것인가, 단순히 회피조치가 취해진 경우의 예측에 대하여 다투어지는 것인가에 의하여 규범적인 요청의 정도가 다르

270) 橋本英史, "醫療過誤訴訟にぉける因果關係の問題", 新 · 裁判實務大系, 2000. 221面.

271) 日最判, 1969. 6. 29. 民集, 23卷2号, 211面.

272) 福岡最判, 1990. 6. 29. 判例タイムズ, 741号 211面.

273) 예컨대, 예방접종의 문진의무의 경우에 禁忌者 해당성의 유무, 검사의무위반의 경우에 당시 환자의 발암의 유무, 분만감시의무위반에서 당시 태아의 사망의 유무를 들 수 있다.

다고 생각된다. 그러나 전제사실의 문제는 특히 피고인 의사측의 의무위반 주에 전세사실의 문제에 관한 인정자료가 부족한 실정이었던 경우에 그 불이익을 모두 원고 환자측에게 부담시키는 것은 조리에 반하는 결과로 될 수 있으므로 개별의 사안의 따라 신중하게 고려하는 것이 필요하다.

환자의 소인과의 경합의 문제는 원고 주장의 원인과 배타적, 택일적인 다른 원인과의 판별의 문제인데, 의사의 책임원인과 다른 원인 등이 경합하여 당해 사상의 결과가 발생했다고 판단되는 경우로써, 이 경우에는 사실적 인과관계는 긍정되지만 다른 원인과 경합한 것을 어떻게 고려하는가가 문제된다.

이와 관련하여 원고가 피고 의사측의 책임원인에 해당한 진료행위를 어느 형태로 특정하여 구성하는가는 동시에 인과관계에서 원인을 구성하는 것이므로 인과관계의 입증의 성부에 직접적으로 영향을 치미는 것으로 된다.

여기서 원고는 책임원인(회피의무위반)의 유무의 판단이 가능한 정도로 그 책임원인에 해당하는 진료행위를 개괄적으로 특정하고, 이것이 환자의 당해 사상의 원인인 것을 주요사실로서 주장 · 입증하면 족한 것으로 된다면 인과관계의 입증의 곤란성을 상당정도 경감하는 것이 될 수 있다. 이와 관련된 판례로써 '피고가 투여한 복수의 약제 중 한개 또는 복수의 상호작용인 것'[274]이라는 택일적 · 개괄적인 인정을 허용하였다.

실무상 다른 원인으로서 문제되는 경우가 많은 것은 '환자의 소인과의 경합'이고 의료과오 소송에 특유한 문제가 있고, 사례에 따라 경우를 분리하여 고찰하는 것이 필요하다고 본다. 의사의 과오와의 경합으로서 문제되는 환자의 소인, 질환이나 병상이 처음부터 환자와 의사와의 진료계약의 목적으로 되어 이 진료행위에 책임원인이 인정되고, 이들을 대상으로 하는 회피의무위반이 인정되는 경우 또는 그 환자의 소인 등이 단독으로는 손해를 발생시키지 않는 경우에 어느 것도 책임원인과 당해 사상에 의한 전손해액 사이의 인과관계가 긍정되는 경우에는 원칙으로서 당해 소인 등을 의사의 책임원인과 마찬가지로 귀책에 상당한 원인으로서 손해를 비율적으로 감액할 필요는 없다고 본다.[275]

---

274) 日最判, 1997. 2. 25. 判例時報, 1598号, 70面.

275) 박일환, "의료소송에서의 인과관계의 증명", 대법원판례해설(제12호), 1990. 148면~149면은 確率的責任論이라고 표현하면서, 인과관계가 인정되면 전책임을 치고 인정되지 않

판례중에는 여명기간의 문제나 남겨진 후유증의 문제에 대하여 비율적 감액을 해야할 이 유로서 '환자의 소인과의 경합'으로서 판시한 것으로 "환자의 골절치료처치가 적절하게 되었다면 환자가 현재의 강한 후유증이 남는 것은 낮다고 생각되는 것으로서 과실을 긍정하고 환자의 후유증 주에 5할은 의사의 처치여하에 관계없이 골절자체에 기인하여 발생한 것이 상당하다고 하여 가해행위와 피해자의 질환이 함께 원인으로 되어 손해가 발생한 경우에 가해자에게 손해의 전부를 배상시키는 것이 공평을 결한 때에는 과실상계의 규정을 유추적용하여 피해자의 당해 질환을 참작할 수 있는 것으로서 5할을 감액했다.[276]

환자의 질환에 대한 의사의 진료행위에 과실이 있고 환자의 소인에 의해서 여명 기간이 한정된 경우나 후유증이 남겨진 경우의 손해액산정의 방법으로서는 과실과 환자의 소인과의 경합이라는 개념을 이용하여 감액할 수 있다.

행해져야 할 진료행위가 전혀 행하여지지 않았다는 부작위의 경우는 현실의 원인력이나 신체에의 침해는 존재하지 않기 때문에 행해져야 할 진료행위의 내용에 관한 진료상의 주의의무위반의 존재나 정도나 의학상의 통계적 자료가 비중을 차지하는 것이 많고 회피가능성의 문제에서는 이것들이 중심으로 된다. 그리고 의학상의 통계적 자료는 그 수치만으로는 고도의 개연성을 충족하지 않는 경우에도 직접 귀책판단에 직결시키는 것은 아니고, 간접사실의 한 개로서 진료상의 주의의무위반의 존재나 정도와 병행하여 인과관계의 추정이나 책임원인과의 일체적 판단을 하는 것의 적부를 고려해야 할 것이다.

(3) 인과관계의 종합적 판단

학설에는 책임원인에 해당하는 진료행위의 개괄적인 특정이라는 관점보다

으면 무책임이라는 법원리를 수정하여 부분적인 책임을 인정하는 것으로써 환자측은 당초부터 어느 정도의 위험을 감수할 수밖에 없었는데도 불구하고 의사의 과실이 있다는 이유만으로 위험에 대한 부담까지 의사에게 전가시키는 것은 타당하지 않다는데 이론적 근거가 있으나, 당초부터 존재하였던 위험률을 정확히 한다는 것은 불가능하고, 위험률은 의학적 견지에서만 파악될 수 있는 것이 아니며 구체적 사간마다 위험률을 결정하는 조건이 다르기 때문에 현실적인 소송에서는 공허한 이론으로 전락하게 되어, 인과관계가 인정되면 전책임을 지고 인정되지 않으면 무책임이라는 원칙을 지킬 수밖에 없고 다만 진료비 산정에서만 위험률을 고려할 수 있을 뿐이라고 한다.

276) 京都地判, 1994. 2. 25. 判例時報, 1524号, 83面.

넓게 각각 책임원인(과실)의 판단은 일정한 작위 · 부작위라는 진료행위로 나누지 않고 일련의 진료행위의 프로세스전제를 종합적으로 평가하여 행해져야 할 것이라 하고, 그와 같은 프로세스로서의 과실진료와 손해 사이의 인과관계로 족하다는 것에 의하여 개별의 진료행위 상호의 인과관계를 문제로 하지 않으므로 환자측의 구제를 도모할 것을 제창하는 설이 있다.

즉, 단순히 경우나 과오가 초보적인 경우는 인과관계와 과실의 유무를 단적으로 고찰하는 것으로 족하나, 진료가 복잡하고 높은 것인 경우는 진료행위전체로서의 행위 · 불행위와 결과 사이의 인과관계와 과실의 유무가 종합적으로 고찰되어야 할 것이고 또한 일련의 행위전체와 결과 사이의 인과관계를 고려한다면 단적으로 인과관계를 긍정한 후 이들 일련의 행위에 과실이 있는가를 판단하는 것이다.[277] 그리고 진료가 단순한 경우만 초보적 과오인 경우는 인과관계와 과실의 유무를 분리하여 고찰하는 것으로 족하고, 진료가 복잡하고 고도한 경우는 진료행위 전체로서의 행위 · 부작위와 결과 사이의 인과관계와 과실의 유무가 종합적으로 고찰되어야 할 것이고, 일련의 행위전체와 결과와의 인과관계를 고려한다면 단적으로 인과관계는 긍정한 후 이들 일련의 행위에 과오가 있는가가 판단되어야 한다[278]고 한다.

일정한 진료행위에 대하여 책임원인(주의의무위반)의 유무를 판단함에 당해 진료행위에만 국한시키지 않고, 일련의 진료행위의 전체를 종합하여 보는 관점이 중요하게 되는 경우가 있다. 또한 계속적인 부작위가 책임원인을 구성하는 사안으로 각각의 시점에서의 회피가능성을 문제로 할 수 있다. 복수의 진료행위의 부작위가 문제로 되는 경우에 개별의 진료행위의 의학적인 결과의 회피가능성의 정도(구명율 · 치유율)가 낮은 경우에도 이것들은 종합하고, 회피가능성이 증가하여 전체로서 인과관계가 추인되는 경우가 있기 때문에 개별의 부작위의 구명율은 낮다고 생각되는 사안에서는 보다 많은 책임원인에 해당하는 부작위가 인정되고, 종합된 것이 인과관계를 긍정하므로 유익하게 된다. 또한 과실을 구성하는 진료행위가 많은 만큼 인과관계의 추정이나 인과관계와의 일체적인 판단을 해야 할 규범적인 요청이 강하다고 본다.

---

277) 吉田邦彦, “痲醉事故と醫療水準論に關する 考察(下)”, ジュリスト, 1106号, 90面.

278) 草野眞人, “患者の異常本質”, 新 · 裁判實務大系(1), 靑林書院, 2000. 269面.

따라서 일정한 진료행위에서 책임원인(과실) 및 인과관계의 유무에 관한 분석을 사안에 따라 가능한 한 일련의 의료행위를 종합평가한다(또는 인과관계의 추정이나 책임원인과 인과관계의 일체적인 판단을 하는)면 각 경우의 사안에서 보다 더 상당한 판단이 될 수 있다. 그러나 단순히 의료과오소송전반의 판단의 구성으로서 일련의 진료행위를 일괄하여 평가하고 과실 및 인과관계를 판단해야 한다라는 취지라면 판단의 대상이 사안마다 필요성 이상으로 증가하기 때문에 반드시 환자측의 입증경감에 도움이 되지 않고, 종합적 평가라는 방법을 지나치게 강조하여, 환자에게 발생한 당해 사상의 결과에 대하여 의사측에게 귀책을 상당하다고 하여야 할 근거가 불명확한 대로 책임이 긍정될 염려가 있다.[279]

바. 사실상 추정론이 적용된 경우 문제점

앞에서 본 바와 같이 최근에 선고되는 판례들은 종래에 사용되던 사실상 추정의 방법으로 간접사실로부터 고의와 과실을 동시에 추정하는 판례는 93다52402 판결 선고된 1개월 뒤 1995. 3. 10. 에 선고된 대법원 94다39567 판결의 요지에는 위 93다52402 판결의 요지를 설시하여 마치 위 사안에 일반인의 상식에 비추어 보더라도 사실상 추정의 방법에 의하여 추정을 하지 않더라도 누구나 알 수 있는 명백한 과실이 있는 듯한 암시를 주면서도 판례에서는 "원심이 확정한 사실관계에 비추어 보면 원고의 사지부전신마비증세가 이 사건 수술 직후에 나타났고, 그 증상에 대한 최종적인 의학적 진단명이 혈류부족으로 인한 제6 및 제7 경추부위의 척수위축증으로 밝혀져 그 부위가 이 사건 수술부위와 일치되며, 이 사건 수술 전후를 통하여 원고에게 척수위축으로 인한 하반신 마비를 초래할 만한 특별한 원인이나 증상이 관찰되지 아니하고, 나아가 척수위축으로 인한 하반신마비가 생기는 원인들 중 세균감염, 신경근 동맥이 압박을 받으면 동맥경련 또는 혈전증이 생겨 척수병변을 발생시킬 수 있고, 척수 또는 전면척수동맥이 수술중 외과적인 원인에 의하

279) 橋本英史, 前揭論文, 229面은 특히 책임원인 및 인과관계에 공통하는 당해 사상의 회피가능성의 문제에 주의하지 않아, 규범적 판단이라기보다 감각적으로 인과관계가 인정될 가능성이 있음을 지적하고 있다.

여 손상되면 운동마비 감각장애 등의 증상을 일으킬 수 있는 것이라면, 비록 시술상의 잘못 이외의 알 수 없는 원인으로 합병증이 발생하는 확률이 1% 미만으로 알려졌다고 하더라도, 원고의 사지부전신마비 증세는 피고 000가 시술과정에서 수술기구 등으로 원고의 전면척추동맥 또는 신경근 동맥을 과다 압박 또는 손상하게 하여 척수혈류장애를 초래하였거나, 또는 원고의 제6 또는 제7 경추부위의 척수를 손상시킨 잘못으로 인하여 초래된 것이라고 추정할 수밖에 없다는 할 것이다"라고 하여 종래와 같이 간접사실에 의하여 과실과 인과관계를 동시에 추정하여 위 93다52402 판결과는 전혀 무관한 판시를 하여 종래 사용하던 간접사실에 의한 과실과 인과관계의 동시 추정과 위 93다52402 판결이 채택한 일반인의 상식에 의거한 과실의 입증이 서로 상이하다는 것을 고려하지 않은 판시를 하고 있다.[280] 그런데 이러한 대법원 1995. 3. 10. 선고 94다39567 판결이 위와 같이 93다52402 판결이 선고된 1개월 직후에 선고된 점을 참작하면 위 94다399567 판결은 ① 일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실 입증과 ② 간접사실에 의한 과실과 인과관계의 동시추정이라는 두 체계 사이의 관계를 정립하기 이전에 설시된 것이고, 그 이후에 등장하는 대법원 판례들이 대부분 위 양자를 구분하여 서로 다른 판시 방법을 취하고 있다는 것을 고려하면 충분히 그 사정을 이해할 수 있다고 보인다. 하지만 대법원 판례의 태도는 그렇다 하더라도 많은 하급심 판례들은 간접사실에 의하여 과실과 인과관계 양자를 동시에 추정하고 있고, 당해 의사의 행위에 93다52402 판결이 말하는 일반인의 상식에 반할 정도로 명시적인 과실이 없는 경우의 설시에 있어서도 별 다른 생각 없이 무조건적으로 93다52402 판결의 설시를 인용하는 경우가 아직까지도 많은 바, 전통적인 방법에 따라 간접사실에 의하여 과실과 인과관계 양자를 동시에 추정하는 경우에는 93다52402 판결의 판시를 무조건적으로 인용하여서는 안 될 것으로 보인다. 그리고 구체적 기준 제시의 미흡한 점을 보면 미국에서의 Res Ipsa Loquitur원칙에서 보듯이 미국에서는 최근에 일반인의 상식으로 과실을 판단함에 있어서 그러한 일반인의 상식이 반드시 layperson 자신의 소박한 문외한적 상식에 국한되는 것이 아니며, 오늘날과 같이 전문화되고 복잡단화되어

280) 신은주, 의료과오사건에 있어서 과실의 입증 및 입증방해, 판례월보, 제305호, 1996. 34면.

가는 사회에서는 다른 분야에 종사하는 자로서는 의료에 관련한 엄청나게 발달되고 세분화되고, 전문화된 지식을 종래 전무가로부터 관련 된 사안에 대하여 여러 가지 설명을 듣는 등 다소간의 조력을 들을 뒤에 일반인이 가지게 되는 상식으로 보고 있다. 개인적으로는 현재 우리나라의 법원 실무가 의료전문가인 의사들이 문제가 되는 의료행위에 과실에 없다고 침묵의 공모를 하고 있는 많은 경우에 있어서도 의사협회의 감정서안 법관들이 피고 의사의 행위에 의료과실이 있다고 인정하고 있는 상황이므로 위 93다52402 판결에서 말하는 "일반인의 의사들의 감정이나 법정 증언 및 의학교과서 등을 참고하여 형성된 의료의 문외한인 일반 법관들의 상식으로 봄이 타당할 것으로 생각되고, 조만간 일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실이 무엇인지에 대한 구체적인 기준 제시가 대법원 판례를 통해서 이루어 질 것으로 생각한다.

3. 표현 증명(일응의 추정)

표현증명(Anscheinsbeweis; prima facies evidence)은 단순한 경험칙이 아닌 정형적 사상관계를 갖는 고도의 경험칙을 적용하여 사실을 추정하는 사실판단의 법칙으로서, 추정이 번복되지 않는 한 본래 입증책임을 부담하는 당사자는 간접사실의 증명으로 입증을 다 할 수 있는 입증완화의 한 방법이다. 이러한 표현증명의 법리가 종래부터 재판실무상 불법행위에 의한 손해배상청구소송에서 종종 이용되어 왔는바, 이는 요건 사실인 과실의 인정뿐만 아니라 인과관계의 경우에도 적극적으로 활용되고 있으며 특히 의료소송에 있어서는 원고측의 입증경감에 크게 기여하고 있다.[281] 표현증명은 입증책임과 자유심증의 경계에 존재하는 것[282]으로 지금까지 그의 가치평가와 체계적인 정리에 대한 논의가 활발한데 의료과오의 범위에서 표현증명에 대한 원칙들이 어떻게 적용되는지에 관해서 고찰해 본다.

---

281) 오대성, 의료과오소송에 있어서 표현증명에 관한 고찰, 조선대 법학논총, 제4집, 1998. 155면.

282) Musielak, Die Grundlagen der Beweislast im Ziwilprozeß, 1975. S.83.

가. 표현증명의 개념

표현증명은 사실상 추정의 하나로[283] 요증사실에 갈음하여 간접사실을 증명하고 이 간접사실로부터 고도의 개연성을 가진 경험칙에 의거하여 요증사실을 추정하는 것을 말한다.[284] 즉, 경험칙상 어떤 사실이 있으면 어떤 다른 사실이 생기게 되는 정형적 사상경험(typischer Geschehensablauf)이 인정되는 경우에 어떤 사실로부터 다른 사실을 추정하는[285] 방법을 독일에서는 특히 표현증명이라고 한다. 정형적인 사상경과는 통례성과 일반성의 특징을 가지고 있으므로 구체적으로 판단해야 할 사건이 그때 그때 생활영역의 경험칙과 일치하는 요건이 달성된 경우에는 일응 입증된 것으로 인정한다.[286] 그러므로이 증거원칙은 어떠한 확정된 원인으로부터 특정한 결과를 결론지음으로써 일응 입증된 것으로 보거나 또는 어떤 확정된 결과로부터 특정의 원인을 결론 지움으로써 당사자의 주장을 일응 입증된 것으로 보는 것이다. 정형적 사상경과라는 관념은 표현증명의 허용범위를 정하는 기능을 하고 있지만 반드시 객관적인 규준을 부여한 것이라고는 할 수 없다. 사상경과가 정형적인지, 아닌지는 생활경험에 따라 판정될 수밖에 없기 때문에 정형적 사상경과라는 관념은 그 자체에 실질적인 내용을 가지고 있는 것은 아니다. Hainmuller는 경험법칙을 어떠한 법적 사실인정에 별 의미가 없는 단순경험칙(einfache Erfanrungssatze), 예외가 없을 정도로 확실한 절대경험칙(absolute Erfanrungssatze)과 예외가 없는 것은 아니지만 특별히 신뢰할 수 있는 경험원칙(Erfanrungssatze)의 세 가지로 나누어 표현증명은 경험원칙을 이용할 수 있는 경우에 가능하다고 한다.[287] 이것에 의해서 모든 경험칙이 표현증명을 위해 이용될 수 없다는 것이 나타난다. 표현증명에 이용될 수 있는 경험칙은 항상 반복하여 동일한 경과가 법칙의 기초를 이루어 있어야 하

---

283) 中野貞一郎, 過失の推定, 弘文堂, 1987. 16面.

284) 藤原弘道, 一應の推定と證明責任の轉換, 構座 民事訴訟, 第5卷, 弘文堂, 1981. 129면.

285) BGZ 136, 356; RGZ 138, 199; RGZ 163, 27; BGHZ 2, 1, 5; BGHZ 39, 103, 107.

286) Gaupp, Beweisfragen im Behmen ärztlicher Haftungsprozesse, 1966. S. 279.

287) Hainmüller, Der Anscheinsbeweis und die Fahrlässigkeit im heutigen deutschen Schadenserastzprozeß, 1966, S.96.

고 경험원칙이 현재에도 통용되어야 하며 경험이 그 조건과 결과를 알기 쉬운 형태로 표현되어야 하고 그 면제의 내용을 그대로 인식할 수 있고, 그 이용에 있어서 일의적으로 말할 수 있어야 한다고 한다.[288] 일부의 판례와 학자는 정형적인 적용을 위해 적합하다고 한다.[289] 그러나 표현증명을 넓게 인정하는 경우에는 사실관계에 대한 정확하고 객관적인 진술을 제고할 가능성이 적어 지게 된다. 이와 같이 표현증명은 경험칙이 의한 사실추정이라는 점에서 간접증거의 일종이지만 여러 개의 간접사실을 분석하여 여러 개의 경험칙에 따라 추정을 하는 정황증거(Indizienbeweis)와 구별된다.[290]

나. 표현증명의 연혁

표현증명의 유래에 관하여는 학자가의 견해가 일치하지 않으나 영국 증거법상 이미 19세기 초에 형성된 Prima facie evience의 원칙에서 유래된 것이 아닌가 추측되고 있다. 영국법상 Prima facie evience 원칙은 주로 선박충돌의 경우에 적용되었는데 같은 무렵 독일의 판결에서도 주로 선박충돌 사건에 있어서 이 표현증명의 원리가 여러 가지 문안으로 나타나게 된 것은 해상법 분야의 국제적 성격에 유래한다고 보인다. 이러한 표현증명의 법리는 어느 나라에서나 당초 그 적용범위가 제한되었으나 그 후 사법운영의 실무상 다른 해상사건 더 나아가 민법 특히 손해배상 사건에로 그 적용범위가 확장되면서 영미법상으로는 “Res Ipsa Loquitur”의 법리로, 독일법상으로는 “Anscheinsbeweis"의 법리로 발전하였을 것이라고 추측된다. 그런데 Res Ipsa Loquitur의 원칙에 근원을 두고 발전한 것이 표현증명일 뿐이고, 오늘날 영미법상 Prima facie evience는 배심재판에 있어서 석명 혹은 반박되지 아니하는 한 그 증명사항을 배심에게 보내는데 충분한 증거이고 타의 증거에 의하여 얻어지기도 하지

---

288) Hainmüller, a.a.O., S. 96; Walter, Der Anwendungsberich des Anscheinsbeweises, ZZP 90, 279.

289) Musielak, Die Grundlagen der Beweislast im Ziwilprozeß, 1975. S. 87; Gaupp, op. cit., S. 47.

290) Rosenberg, Beweislast, 5 Aufl., S. 184; Musielak, op. cit., S. 87; Gaupp, op, cit, S. 47.

만, 그렇지 아니한 한 증거에 의하여 증명되고 있는 쟁점에 대하여 유리한 평결을 얻기에 충분한 증거로서 이해되기에 Prima facie evience는 “추정의 관념에 상당한 것”이라고 하는 의미와 “배심에게 보내기에 충분하다”는 법원조직법과 관련한 중요한 의미를 가지고 있는데 독일에 계수된 표현증명은 Prima facie evience의 앞의 의미한 계수되었다고 설명되고 있다.

다. 인과관계추정으로서의 표현증명

(1) 표현증명의 적부

원고가 입증한 간접사실을 바탕으로 하여 경험칙의 개연도가 기분으로 된다. 그러나 소송상의 인과관계에 대하여 규범적 관점이 필요하게 된다. 이 표현증면의 추정의 적부에서도 규범적 관점이 고려되어, 법적인 가치판단이 된 경우가 있다. 인과관계에 관하여 표현증명을 인용한 사례로서 과실의 내용인 예견가능성에 관련된 금기자 해당성을 추정한 것인데 동시에 책임원인(문진의무위반)과 피접종자의 부반응에 의한 후유증발생 사이의 인과관계에 관해서도 접종에 부반응의 발생원인으로서 피접종자가 금기자에 해당되는 것을 추정하는 것이다. 만일 예진의무를 다 했다면 금기자인 것을 식별할 수 있고 접종에 의한 부반응의 발생을 회피할 수 있었던 것으로서 그 추정의 이유로서 고도의 개연성을 열거하는 데 이 사안은 예방접종규칙에 규정되어 있는 문진(예진)의무위반이라는 과실의 정도가 높은 부작위의 과오의 사례이고, 전제사실의 문제에서 문진의무를 다하지 않았다는 피고인 의사측의 의무위반에 의해서 피접종자가 금기자에 해당하는가 아닌가를 인정할 자료가 없고 불명한 것을 모두 피접종사측의 불이익으로 귀결한 것은 상당하게 않기 때문에 피고측이 ‘금기자를 식별하기 위한 예진이 모두 행하여져 금기자에 해당한다고 인정되는 사유를 발견할 수 없었다는 것, 피접종자가 후유장애를 발생시킨 개인적 소인율 갖고 있었다는 등의 특단의 사정’[291]을 입증해야할 것이다라는 규범적인 가치판단이 그 추정의 배경이라고 본다.

---

291) 日最判, 1991. 4. 19. 判例時報, 1386号, 35面.

(2) 표현증명의 규범적 가치판단

일응의 추정의 방법을 구체적인 사안에 대하여 적용하는 것의 당부를 검토하기 앞서 당해 소송에서 인과관계상의 쟁점이 다른 원인과의 판별의 문제인가, 회피가능성의 문제인가에 의하여(또는 전제사실의 문제를 포함하는가에 의해서) 또한 원고가 주장하는 책임원인에 해당한 진료행위가 작위인가 부작위인가에 의해 그 입증의 곤란성의 원인이나 그 정도가 다르기 때문에 규범적 관점을 부가해야 할 것인가 아닌가, 또는 어느 정도 부가해야 할 것인가가 다르게 된다고 생각한다.

일반적으로 다른 원인과의 판별의 문제에서 특히 작위의 경우에는 역사적 사실의 증명으로 적절한가, 오로지 다른 원인에 의한 것인가 아닌가라는 사례에서는 의사의 책임원인에 전혀 관계없는 결과에 대하여 의사측에게 귀책할 위험을 피해야 할 요청이 있기 때문에 위의 규범적 관점을 부가해야 할 요청은 기본적으로는 강하지 않고, 간접사실로서의 경험칙을 가진 개연도 자체가 중요하게 된다. 따라서 간접사실의 유형에 해당하는 사실을 보다 다각적으로 입증할 필요성이 있다고 본다.

이에 대해 회피가능성의 문제에서는 특히 부작위의 인과관계의 경우는 법적인 인과관계의 측면이 강하고, 규범적 관점을 부가해야 할 요청이 강하다.

또한 전제사실의 문제가 있는 경우는 사안에 있는 개별의 가치판단이 중요하게 된다. 특히 피고 의사측의 의무위반으로 인한 전제사실에 대한 인정자료가 부족한 경우, 그 불이익을 모두 원고 환자측에게 부담시켜 조리에 반하지 않게 배려하는 것이 강하게 요구 된다. 사례로서 의사에게 간병변의 환자에 대한 간세포암의 여러 검사의 해태에 의한 조기발견의무위반을 인정하여 검사해야할 시기에 검사하더라도 반드시 이상이 검출된다고 단정할 수 없으나, 환자측의 일정한 시기에 암을 발견할 수 있는 일반적 개연성이 있는 것을 입증한다면 족하고, 그 시기에 발견 불가능한 특별한 사정은 의사측이 입증해야 한다[292]고 판시하고 있다.

여기서 부작위의 경우의 회피가능성의 문제는 간접사실에 대한 의학상의 통계적 자료가 중요하게 되는데 그것이 충분치 못하다는 염려가 있고, 또한 위

292) 大院地判, 1992. 1. 29. 判例タイムズ, 783号, 180面.

의 수치 자체는 위의 판단에서 개연도가 충분하지 않는 경우에도 간접사실에 관하여 원고가 적어도 책임원인인 회피의무위반(과실)의 정도가 높은 부작위의 사실을 입증한 경우에는 피고에 의해서 '당해 환자의 구체적인 상황으로 보아 당해 사상을 회피할 수 있었을 것에 합리적인 의심을 갖게 하는 특단의 사정'의 입증이 되지 않는 한 당해 부작위와 당해 사상 사이의 인과관계의 존재를 추정해도 좋다고 본다.[293]

또한 회피가능성의 문제 외의 다른 원인과의 판별의 문제에 있어서도 원고가 주장하는 책임원인에 해당한 진료행위(작위 · 부작위)가 인정될 수 있는 경우에는 환자의 생명 · 신체의 보호를 목적으로 하는 각종의 법률규정위반을 구성하는 경우를 포함하여 책임원인인 회피의무위반(과실)의 정도(내지 진료상의 주의의무위반의 정도)가 높은 등 추정을 하게 되는 법적인 요청이 강하게 된다.

또한 작위의 경우의 회피가능성의 문제도 당해 사안에서 입증의 곤란성 등으로 부작위의 경우와 마찬가지의 가치판단이 필요한 경우에도 위와 마찬가지의 추정을 해도 좋다고 생각된다(예컨대 의약품의 첨부문서의 기재의 금기자에 대한 약제의 투여나 부작용이 있는 약제의 규정량을 초과하여 되어진 경우, 당해 사안의 특수성으로부터 추정의 방법을 취하는 것이 상당한 사례가 예상될 수 있다). 그리고 다른 원인과의 판별의 문제도 원고가 당시의 의료수준상의 주의의무 위반의 정도가 높은 작위 · 부작위가 행해진 사실 및 환자에게 발생한 당해 사상의 결과(또는 이것에 이른 증상)가 위 주의의무를 회피 할 수 있었던 위험성 · 병상의 악화에 대응한 것을 입증한 경우에는 위와 마찬가지로 추정해도 좋다고 본다.

간접사실을 가진 경험칙의 개연도의 관점으로 고찰하여, 생명 · 신체의 보호를 목적으로 하는 각종의 법률규정 등은 일정한 행위(주의)가 있다면 일정한 회피가 될 수 있는 개연도가 높고 이와 같은 인과관계를 전제로 하는 주의의

---

293) 예컨대 의료수준으로서 확립된 임상상 정착된 정형적 · 기본적인 진료행위의 부작위가 회피의무위반을 구성하는 경우나 법률규정에 위반의 경우이다. 의약품의 첨부문서의 사용상의 주의사항에 위반한 경우가 이것에 준한다. 이점에 대하여 주의의무의 해태에 의해 생긴 환자의 신체상황(혈압치)의 추이의 불명확을 해당 의사에게는 없고 환자의 불이익에 귀결하는 것은 조리에 반한다. 과실의 정도가 높다고 말 수 없는 경우는 개별의 가치판단으로 보다 과실에 의한 추정의 적부가 검토되어야 할 것이다.

무가 상당한 정도로 객관화된 때에 설정될 수 있으므로 이들의 규정위반은 과실과 함께 인과관계를 추정시키는 것이 되고, 중대한 결과발생을 야기할 개연성이 극히 높은 행위(작위 · 부작위)가 되는 경우에 인정되는 진료상의 중대한 부처치가 있는 경우나 위험방지를 위한 중요한 기술규칙위반의 경우에도 인과관계가 추정된다.

라. 사실추정과 표현증명의 법리

사실상의 추정은 법관의 합리적인 자유판단으로서 이미 존재가 확인된 어떠한 다른 사실(법률요건 이외의 사실)로부터 직접적으로 경험하지 아니한 법률요건사실 또는 그에 이르는 중간적 사실의 존재를 추리해 내는 심리과정으로서 확실성에 근접하는 개연성을 내포하는 경험칙을 토대로 한 것으로 법관의 사실인정에 있어서 법이 요구하는 정도의 확신성을 만족시켜 주기는 하나, 그 반면 위 경험칙은 전혀 인정되지 않는 절대적 논리적은 아닌 까닭에 역시 위 추정과 반대되는 사실이 존재할 가능성은 언제나 있는 것이며 따라서 위와 같이 사실상의 추정에 의하여 불리한 사실을 인정받게 되는 상대방이 반증에 의하여 위 추정을 뒤엎을 수 있는 길은 항상 열려 있는 것이다.[294] 그리고 사실상의 추정과 표현증명의 관계는 ① 경험칙의 도움을 빌린다는 점, ② 통상의 증명도가 요구된다는 점, ③ 단순한 반증에 의해서도 추정이 깨어진다는 점에서는 공통되고 있다는 등이 있다. 사실상 추정의 법리와 표현증명 양자가 독일 민사소송에서 제도적으로 모두 인정되는 것은 사실이나 이 양자의 관계에 대하여는 여러 가지 견해의 대립이 있다. 첫 번째로 불법행위 또는 적극적 채권침해로 인한 손해배상책임발생의 요건으로서 과실 및 인과관계의 증명에 있어서는 표현증명의 법리를 그 이외의 분야에 있어서는 사실상의 추정의 법리를 각각 적용하자는 견해로, 많은 독일 판례들이 이를 적용하고 있으나, 표현증명 이론 적용영역의 확대와 더불어 귀책사유와 인과관계 이외의 요건 사실의 인정에 있어서도 표현증명의 법리를 적용한 판례[295]가 상당수 나오고 있어, 그 합리성이 점차 떨어지고 있다. 그러나 어쨌

294) 김성수, 독일민사소송에 있어서 표현증명의 법리, 「외국사법연수논집」,재판자료 19집 행정처, 1983. 394면.

든 독일의 대다수의 판례에서는 사실상 추정의 법리가 과실 및 인과관계의 증명에 대하여는 적용되지 않고 있기 때문에 독일에서 과실 및 인과관계의 입증책임의 경감을 논할 때 사실상 추정의 법리가 별도로 논의되지는 않고 있다. 두 번째로는 표현증명이란 사실상의 추정 중 그 추론의 기초가 된 경험칙의 법칙성이 특히 강력하여 그 기초사실만으로써 능히 법관의 확신을 일의 키기에 충분한 경우를 가르키는 것이라는 견해로 이러한 견해가 학설의 일반적인 경향이고 또한 가장 온당한 것 같다. 우리나라의 일반적인 견해도 표현증명은 일응의 추정과 동일한 것으로서, 사실상의 추정은 경험칙에 의해 이루어지는 것이고, 표현증명은 그 중에서도 고도의 개연성을 가진 경험칙에 의해 이루어지는 추정이라고 하고 있다.[296]

결국 사실상 추정과 표현증명 양 법리는 모두 확정된 사실을 기초로 자유심증의 범위 내에서 생활경험칙에 의하여 법적요건사실을 인정하는 것을 합리화시키기 위하여 형성 발전된 이론적 장치로서 후자는 전자를 근본출처로 하여 그 전형적이고도 중심적인 과제로서 독립된 형태로 발전한 이론이며 전자의 핵과 같은 위치에 있는 것으로 파악함이 타당할 것이다.

마. 표현증명의 적용범위

표현증명은 이른바 정형적 사실경과가 존재하는 경우에만 적용된다는 것이 일반적인 견해다.[297] 이에 대해서 정형적 사상경과에 의한 표현증명은 각 사안의 특별한 상태를 기초로 한 표현증명으로 개별적 표현증명(Individualanscheinsbeweis)을 인정하는 견해가 있다.[298] 이 견해는 매독수혈사건[299] 과 수영장익사사건에 대한 판결[300]을 예로 들어 정형적인 사상경과는 생활경험에 의해서 발생

295) BGH, VersR 1959-443, 1962-551, HRUR 1960-384.

296) 정동윤, 민사소송법, 법문사, 1995. 514면.

297) Jauernig, Zivilprozeßcht, 22. Aufl, 1988, S.183; Rosenberg, schwab, op. cit., S.694; Gaupp, op. cit., S.47; 정동윤, 민사소송법, 법문사, 1990. 459면.

298) Kegel, Der Individualanscheinsbeweiw und die Verteilung der Beweis last nach überwiegender Wanrscheinlichkeit, Festgabe für Kronstin, 1967, S.329ff,

299) BGH, VersR 1957, 252

한 개연성을 의미하므로[301] 표현증명은 드물고 명확한 개별적인 사건들에도 적용될 수 있다고 한다. 그 이유는 정형적이라는 개념은 상대적이고 그것에 의해서 나타난 원칙은 그때 그때 결정되어야 할 사정과 관련하여 정해질 수 있기 때문이라고 한다.[302]

이러한 사상경과의 정형성이 존재하는 경우에 손해배상법에 있어서 과실과 인과관계의 확정을 위해 표현증명을 이용한다. 인과관계에 관한 표현증명은 사상경과가 동일함으로 인하여 가해사실과 일정한 결과와의 인과관계를 인정하거나 그 반대로 인정하는 경우에 이용된다. 독일에 있어서는 예컨대 가해자가 보호법규, 사고방지규정이나 손해예방의 일반적인 의무를 위반한 경우 및 의학적, 화학적 및 물리학적 전개과정의 판단이 문제되는 경우에 인과관계의 문제를 이 법리에 의하여 해결하고자 하고 있다. 그러나 독일판례는 인과관계의 증명에 관하여는 독일민사소송법 제287조를 폭넓게 해석함으로서 그 범위내에서 표현증명법리의 적용이 다소 축소되고 있다. 그러나 민사소송법 제287조가 적용되지 않는 범위 즉, 책임발생의 인과관계(haftungsberunden Kausalitat)에 대한 입증에는 여전히 표현증명이 의미 있게 된다.[303] 따라서 여기에서는 민소법 제286조의 적용범위에 표현증명에 대한 원칙들이 적용된다.

바. 의료과오소송에서의 표현증명의 적용

환자가 의료과오소송을 제기함에 있어서는 원칙적으로 그는 위법한 의료행위와 손해발생사이의 인과관계와 피고의 고의 또는 과실을 입증해야 한다. 그러나 의료과오의 특수성으로 인하여 환자는 인과관계와 귀책사유를 입증하는 것이 곤란한 경우가 대부분이다. 따라서 환자는 표현증명을 이용하여 입증의 곤란함을 꾀할 수 있기 때문에 의료과오소송에 있어서는 표현증명이 중

300) BGH, NJW 62, 959f.

301) Kegel, op. cit., S.333; Kollhosser, "Anscheinsbeweis und freie richterliche Beweiswürdigung, AcP 165, S.328.

302) Kegel, op. cit., S. 328.

303) Gaupp, op. cit., S. 48.

요한 영향을 미친다. 즉, 환자에게 손해가 발생하고 정형적인 사상경과가 존재하는 경우에 환자는 입증을 할 필요 없이 법관의 자유심증의 방법으로 일정한 인과관계 또는 의사의 고의·과실을 추론하게 된다.

독일의 판례는 인과관계와 과실의 표현증명을 이용함에 있어서 사실관계가 불확실하게 된 것에 관한 해명을 원칙적으로 의사가 부담하는 것이 아니라는 것을 강조하고[304] 이러한 이유에서 의료과오소송에서 표현증명의 적용을 제한하고 있다.

표현증명을 적용함에 있어서 표현증명이 개별적으로 책임발생에 관한 인과관계 및 책임범위에 관한 인과관계를 포함하는지에 대해서 문제된다. 즉, 최초의 손해가 발생하고 일정한 시간이 지난 뒤 1차손해로부터 발생한 후속손해사이에 인과관계에 대해서 이 법리를 이용할 수 있는지가 문제될 수 있다. 이에 대해서 독일에서는 민소법 287조의 규정이 일반적으로 법관에게 책임범위의 인과관계의 판단을 위해 충분한 법칙 근거를 제공하고 있기 때문에 문제되지 않는다.[305] 우리나라의 손해배상법은 손해배상의 범위에 관한 제393조의 규정이 인과관계의 존재를 전제로 한 후에 책임원인을 고려하여 법관의 가치판단에 이하도록 함으로써 개별적이고 구체적인 사정에 따라서 배상의 범위를 제한하고 있기 때문에 손해배상의 범위는 인과관계에 의해서 결정된다고 하는 것은 무의미하다.[306] 따라서 우리 민법에 있어서는 손해배상청구권의 전제가 되는 사실적이고 자연적인 인과관계의 개념만이 필요하고 그 이외의 요소는 개별적이고 구체적인 사정에 의하여 배상의 범위를 결정하기 위한 정책적 가치판단의 문제로 되므로 책임발생의 인과관계와 책임범위의 인과관계로 나누어야 할 실익이 없으므로 표현증명이 책임발생에 관한 인과관계 및 책임범위에 관한 인과관계를 포함하는지에 관해서도 문제될 여지가 없게 된다. 더구나 의료과오에 있어서 고도의 과학분야에 속하는 의료행위의 인과과정에 대해서 통상손해와 특별한 사정에 의한 손해와의 구별은 용이하지도 않고 인과관계의 존재를 인정함에 이르는 과정이 의료과오에서는 가장

---

304) RGZ 78, 435; 128, 123; BGHZ 4, 144.

305) Gaupp, op. cit., S. 48; Uhlenbruck, Beweisfragen im ärztlichen Haftungsprozeß, NJW 1965, S. 1960.

306) 김선석, 전게논문, 60면.

곤란한 점이므로 인과의 과정에 존재하는 여러 가지 간접사실과 함께 경험칙을 이용함으로써 인과관계의 존부를 확정할 수 있게 되는 것이다.

일반적으로 환자에게 발생한 손해와 의사의 책임 있는 치료과오가 일응 추정할 수 있는 경우에 인관관계에 대한 표현증명이 성립한다. 즉 의사가 의학적 경험에 따르면 정형적으로 발생되는 그러한 손해를 야기시키는 치료과오를 범한 경우에 적용된다. 따라서 법관은 표현증명의 원칙을 기초로 하여 확정된 사실에 미루어 발생된 결과와의 관계를 추론할 뿐만 아니라 발생된 결과에 미루어 원인으로서 일정한 사실을 추론할 수 있게 된다.[307] 그러나 이것이 의사의 치료 또는 침습의 결과로서 환자에게 발생한 모든 건강침해가 원칙적으로 의사의 기술과오(kunstfehler) 또는 과실로 인한 것이라는 것을 의미하는 것은 아니다.[308] 그런데 표현증명을 적용하기 위하여 중대한 치료과오에 의할 것이 요구되는 것은 아니다. 중대한 치료과오가 존재하는 경우에는 인과관계에 관해서는 책임을 전환할 수 있게 된다. 최근 독일에 있어서는 인과과계에 관해서는 표현증명이론의 적용이 줄고 있으며 주로 귀책사유에 관하여 이 이론을 적용하는 경향이 있다.[309] 그 이유는 법원이 의사의 과실을 인정하면서 그 과실을 중과실로 판단하지 않은 경우가 드물다는 소송상 결과로부터 나온다. 따라서 인과관계에 대해서는 표현증명의 적용보다 입증책임을 전환하는 방향으로 나가고 있다. 법원이 이러한 태도를 취하고 있는 것은 소송에서 의사의 과실이 확인될 정동이면 이미 중과실로 평가함에 손색이 없다고 하는 법관의 인식이 밑바탕에 깔려 있기 때문이라고 생각한다. 또한 의학에 있어서 치료방법에 다툼이 있거나 일정한 사상경과의 인정을 위한 사실상의 요건이 충분히 인정될 수 없는 경우에는 경험칙이 충분한 개연성을 발생시키는데 적합 하지 않기 때문에 표현증명은 적용되지 않는다.[310] 즉 의학에서 인과관계나 치료수단의 선택 등에 대해 다툼이 있거나 또는 인과관계의 진행에 대한 전제조건이 충분하지 않은 경우에는 표현증명의 법리가 적용될 수 없게 된다. 그리고 경험칙에 따르면 두개의 사상경과의 가능성이 고려

307) BGH NJW 1956, S. 1638; Rosenberg, Schwab, a.a.O., S. 694.

308) Uhlenbruck, Beweisfragen im ärztlichen Haftungsprozeß, NJW 1965, 1958.

309) Franzki, a.a.O., S. 55.

310) Uhlenbruck, a.a.o., S. 1509; kaufmann, a.a.O., S. 26.

될 수 있는 경우에는 표현증명을 이용하여 하나의 가능성이 다른 하나의 가능성보다 더 개연성이 있다는 것을 추론할 수 없다.[311] 그러나 병의 증상이 다른 원인을 가질 수 있지만 하나의 가능한 원인에 대해서만 구체적인 근거가 존재하는 경우에는 다른 원인은 진지하게 고려되지 않고 표현증명을 이용하여 후자의 원인에 대해서 인정될 수 있다[312]고 한다.

과실에 대한 표현증명은 발생된 손해 또는 가해과정의 형태에 근거하여 경험적 또는 과학적으로 성립할 수 있는 개연성이 의사의 과오를 나타내 주고 있다는 것을 전제로 한다. 과실의 표현증명의 사건들에 있어서는 일반적으로 인과관계도 일응 확정 되게 된다. 그러므로 침해가 있으면 이로 인한 손해가 과실에 원인이 있다는 것과 이러한 잘못이 동시에 과실의 결과로 발생되었다는 것을 손해발생으로부터 일응 추정하게 된다.

표현증명을 이용하여 과실을 입증하는 경우에 입증책임 있는 당사자는 발생된 사실에 대해 생활경험에 따라 의사에게 귀책사유가 있다는 것을 추정할 수 있는 사정을 확실히 입증해야 한다. 이것에 의해 법관이 이러한 사실을 확신하게 되면 발생된 사실에 대한 원인이 입증되게 된다. 그러나 손해발생의 사실관계가 완전하게 해명될 수 없는 경우에 이러한 불확실함은 원칙적으로 의사의 부담으로 되지 않는다. 독일 BGH의 판례는 의사가 치료를 실패한 경우에 어떻게 잘못됐는데에 관한 추론은 인간의 신체에 있어서 복잡한 생물학적, 생리학적 경과에 대해서는 적당하지 않다고[313] 함으로써 표현증명을 적용하는 한계선을 나타내 주고 있다.

이와 관련하여 표현증명은 중대한 치료과오인 경우에만 적용되어야 한다고 주장하여 표현증명의 적용범위를 제한하고자 하는 견해가 있다. 이 견해에 따르면 의료활동의 특수성으로 인하여 의사는 증거법상 특권을 부여받게 된다. 그러나 의료활동의 특성이 바로 그러한 특수한 지위를 요구하는 것은 아니며[314] 이러한 제한 없어도 의료활동의 특성을 충분히 고려할 수 있기 때문에 중대한 치료과오의 경우에만 표현증명을 적용할 필요는 없다고 하겠다.

311) BGH VerR 1954, 224; NJW 1957, 1230.

312) BGH NJW 1954, 718; BGH VerR 1960, 416.

313) BGH VerR 1962, 169; 1965, 792f.

314) Gsupp, a.a.O., S. 53; Kaufmann, a.a.O., S. 26.

특히 표현증명의 기초가 되기 위하여 의학적 경험칙이 필요한데 의학에서는 표현증명을 적용할 수 있는 의학적 경험칙이 존재하지 않는 경우가 흔하기 때문에 표현증명은 번복되기 쉽고 이러한 이유로 해서 의료과오소송에 있어서 표현증명의 적용에 한계를 나타내 주며 동시에 이러한 사정은 의사에게 있어서는 하나의 안전장치가 되는 것이다. 또한 구체적인 경우에 완전히 증명되어야만 하는 특별한 사정으로 인하여 경험칙이 작용할 수 없는 경우가 있기 때문에 의사에게는 광범위한 방어가능성[315]이 열려 있으므로 표현증명을 이와 같이 제한하는 것은 타당하지 않다. 따라서 표현증명의 기초로 될 수 있는 의학적 경험칙이 존재하는지를 검토해야 한다.

사. 표현증명의 번복

의료과오소송에 있어서 표현증명은 비교적 충분한 경험칙이 많이 존재하지 않고 있으며 의사는 비정형적인 사상경과를 입증하여 쉽게 추정을 번복시킬 수 있기 때문에 환자를 위하여 기능을 할 수 있는 여지는 넓지 않다.

표현증명을 이용하여 인과관계 및 귀책사유를 추정하기 위해서는 먼저 간접사실이 입증되고 이 입된 간접사실로부터 고도의 개연성을 가진 요증사실을 추정하기 때문에 이를 번복시키기 위해서는 간접사실의 입증을 다투는 방법과 간접사실과 양립할 수 있는 다른 간접사실을 증명함으로써 추정을 방해하게 된다.

의료과오소송에 있어서 피고측인 의사는 먼저 표현증명의 기초로 삼고 있는 전제들이 존재하지 않거나 잘못되었다는 것을 입증함으로써 추정을 번복할 수 있다.[316] 이러한 경우에는 적용하게 될 경험칙이 없기 때문에 충분한 개연성도 일어나지 않게 된다.

그런데 의료활동에 있어서는 정확하고 신뢰할 수 있는 경험칙이 없는 경우가 흔하기 때문에,[317] 즉, 표현증명이 인정되기 위하여는 정형적 사상경과에

315) Uhlenbruck, op. cit., S. 1061.

316) RGZ 90, 71.

317) Gaupp, op.cit., S. 53.

의한 경험칙이 존재해야 하는데 의료과오소송에 있어서는 객관적인 진료내용의 세부적인 사실관계의 재현이 곤란하고 구체적인 경우에 따른 의사의 행위규준의 객관적 설정이 곤란하며 개인차가 많은 환자의 생체기능반응의 예측곤란으로 인하여 일정한 요건과 결과의 관계가 명확하게 제시되는 경험칙의 존재가 거의 인정되지 않게 되며 이와 같은 경험칙의 결여가 의료행위의 특질을 이루고 있어서[318] 표현증명을 쉽게 번복할 수 있게 된다. 또한 피고측인 의사는 다른 사상경과의 존재, 예컨대 의사의 오진으로 인하여 긴급한 맹장수술을 하루 늦게 행하여 환자가 사망한 경우에 의사는 환자가 적기의 수술에도 불구하고 사망하였을 가능성이 존재한다는 것을 입증하면 인과관계에 대한 표현증명은 배제된다.[319] 그리고 의사는 비정형적인 사상경과를 입증함으로써 표현증명에 의한 추정을 번복함으로써 책임을 면할 수 있다. 더 나아가서 표현증명의 요건은 특별하게 조사되어지며 일반적으로 승인된 정형적인 규칙만이 표현증명을 추론하는 기초로 할 수 있기 때문에 의료과오소송에 있어서는 생물학적 · 생리학적 사상경과의 복잡성이라는 요소를 고려하게 된다.

따라서 이러한 사상경과가 구체적으로 정확히 증명될 수 없는 경우에는 이미 표현증명을 적용하기 위해 필요한 경험칙은 존재하지 않게 되어 환자에게 발생한 침해는 숙명적인 것으로[320] 받아 들여야 하는 결과를 가져오게 된다.

이와 반대로 의사는 정확하게 확립된 의학의 경험칙이 적게 존재하기 때문에 유리한 뿐만 아니라 인체에서의 작용경과의 예측가능성의 결여가 의사에게 더욱 유리하게 작용하게 된다.

따라서 의사는 질병경과의 종류에 따라 발생된 손해가 치료과오와 관계없이 발생할 수 있다는 사실을 제출함으로써 표현증명을 번복시킬 수 있게 된다.

---

318) Gaupp, Ibid., S. 53; 오석락, 전게서, 171면.

319) BGH VerR 1958, 849; 1962, 528.

320) Baumgärtel, Das Wechselspiel der Beweilastverteilung im Arzthaftungsprozeß, Gedächtnisschrift für Rudolf Bruns, 1980, S. 96.

4. 확률적 책임론

의료소송에서 인관관계의 존부가 일도양단식으로 확정될 수 없는 어려움을 해결하기 위해 일본에서 나온 견해로, 독일에서는 위험증가설이라고도 불리워 진다. 본래부터 존재하였던 위험의 정도 즉, 사망가능성을 감안하여 의사와 환자 사이에 책임을 분할하여 인정하자는 입장이다. 전통적인 민법 이론상 인과관계가 인정되면 전책임을 지고 인정되지 않으면 무책임이라는 법원리를 이 경우 수정하여 부분적인 책임을 인정하는 것이 상호 합리적이라는 사고에서 출발한 이론이다. 환자측으로서는 어차피 당초부터 어느 정도의 위험을 감수할 수밖에 없었는데도 불구하고 의사의 과실이 있었다는 이유만으로 그와 같은 위험에 대한 부담까지 의사에게 전가시키는 것은 타당하지 않다는데 이론적 근거가 있다.[321] 일본의 하급심판결[322] 가운데는 이러한 확률적 책임론에 근거하여 인과관계의 시인에 의문이 남은 경우 이를 손해액의 산정에서 고려한 것이 있다. 그러나 위 이론은 비록 법적근거가 없다는 측면에서 뿐만 아니라 그 이론 자체가 내포하고 있는 어려움으로 인해 사실상 실현 불가능한 것이라 하지 않을 수 없다. 왜냐하면 당초부터 존재하였던 위험률을 정확히 확정한다는 것이 불가능하기 때문이다. 위와 같은 위험률은 의학적 견지에서만 파악될 수 있는 것이 아니며 구체적 사건마다 위험률을 결정하는 조건(어느 병원에서 어떤 의료진에 의해 어떤 시기에 의료처치를 받느냐에 따라 그리고 당사자의 개인적 요소에 의해 달라진다)이 다르기 때문에 현실적인 소송에서는 수학적으로 확정될 수 있다면 입법을 통하여서나 판례를 통하여 이를 도입하여야 할 것이지만 위 이론은 이론자체의 결함으로 결국 적용 불가능한 것이라 하겠다. 다만 우리는 과실상계 내지는 부당이득·손익상계의 측면에서 이익 같은 사고방식을 어느 정도 도입해 볼 수 있지 않을까 생각되나 현재의 법리상 적극적 손해의 경우에는 이익 도입이 어렵고 위자료의 산정에서만 이와 같은 확률을 어느 정도 고려할 수 있을 뿐이라 하겠다.[323]

---

321) 박일환, 의료소송에서의 인과관계의 증명, 대법원판례해설 12호, 1989. 147면 이하.

322) 釧路地裁 網走地判 昭和 54. 1. 19. 高松地判 昭和 55. 3. 27.

5. Res Ipsa Loquitur

가. Res Ipsa Loquitur의 개념

미국에서도 의료과오소송에 있어서 과실과 인과관계를 입증할 책임은 환자인 원고에게 있다. 일반 배심원들이 적절한 주의의무의 기준과 그것에 위반되었는지를 형가하는 것이 매우 어렵기 때문에 대다수의 의료과오소송에서 입증과 설득책임이 있는 원고가 전문가 증언(expert testimony)에 의하여 의사의 과실을 입증할 것이 요구되고 있다. 그런데 환자측이 그들을 위하여 증언해 줄 전문가를 찾는데 어려움이 있고 비용이 너무 많이 소요되는 등 문제점들이 지적되자 전문가 증언의 필요 없이 의료과오소송을 수행하는 방법들이 제시되었는데, ① 피고 의사 자신을 제고하는 증인으로서 증언하도록 하고 더 나아가 패고 의사가 전문가 증언을 제공하는 수준까지 증인신문을 하도록 허용하고, ② 의사의 법정 외 진술을 전문가 대신으로 사용하게 하며, ③ 의사의 과실이 배심원들에게 너무도 명백한 경우 전문가 증언을 요구하지 않도록 하며(일반인의 상식이론), ④ Res Ipsa Loquitur 원칙의 적용 등이 그것이다.[324]

Res Ipsa Loquitur라는 말은 사물 자체가 스스로 말한다(the thing speaks for itself)라는 내용의 라틴어로서 과실 없이는 보통의 경우 발생하지 아니하는 형태의 설명이 안 되는 상해사실 그 자체로부터 과실은 추정될 수 있다는 내용이다. 이 법칙은 영미법에서 원고가 피고의 과실을 입증할 책임을 부담한다는 요건에 대한 가장 큰 예외로 과실에 대한 직접적인 증거는 거의 없으나 의미 있는 간접적인 또는 정황적인 증거가 있는 사건에서 빈번히 주장되고 있으며, 주로 정확증거로 과실을 인정할 수 있는 사건에 적용된다.

이 원칙은 1863년에 불법행위소송에 관하여 영국의 Byrne v. Boadle 사건에 대한 영국의 재정법원(Court of Exchequter)의 판결에서 나타났으며, 2년 후

---

323) 최재천, 박영호, 전게서, 856면~867면.

324) 이동신, 미국의 의료과오소송에 관한 최근 판례의 동향, 재판자료 80집, 법원도서관, 1998. 618면.

Scott v. Lonurt 그리고 Katherine Docks회사의 사건에서 그 내용이 확립되었다.[325] 이 사건에서 법관인 폴록 경(Baron Pollock)은 변호사에게 질문을 하면서 우연히 Res Ipsa Loquitur이라는 라틴어를 사용하였던 것이다. 그 사건에서는 길을 걷고 있던 원고가 피고의 다락에서 떨어졌는지에 관하여 직접적인 증거를 제시할 수는 없었다. 그러나 법원은 Res Ipsa Loquitur를 근거로 그 사건의 배심회부를 허용하였다. 전체의 사정이 스스로 말하고 있고 그래서 피고는 자기 혹은 자기의 고용인 측의 과실이 아닌 그 이외의 사정으로 인하여 그 통이 다락 밖으로 떨어질 수 있음을 제시하는 - 예컨대, 낯선 사람이 상점에 침입하여 창문 밖으로 그 통을 던졌음을 증명하는 등 - 책임을 스스로 지게 되었다.

이 법칙은 과실이 정황으로부터 추론을 이끌어내는 방법으로 입증될 수 있는 사건에서만 적용된다. 일반적으로 이러한 정황은 그 발생원인에 대하여 믿을만한 설명이 없거나 누군가의 과실이 없이는 일어나지 않는 사건들을 포함한다. 이 법칙은 어떤 치료과정에 알려져 있거나 인식된 위험이 현실화된 경우에는 적용되지 않는다.

표현증명과 Res Ipsa Loquitor원칙은 효과면에서 차이가 있다. 즉, 표현증명을 번복키기 위해서는 피고가 자신에게 책임이 없는 다른 사상경감가 존재함을 주장 · 입증하면 충분하다. 표현증명의 경우도 고도의 개연성이라는 일반적으로 타당한 증명도가 요구되지만 이를 번복시킬 수 있고, 이러한 경우에 피고는 인과관계 또는 과실의 부존재까지 증명할 필요는 없고 반대사실의 증명만으로 족하다. 이때 피고가 반증을 제시하면 법관의 심증은 동요되므로 표현증명에 의해 원고의 입증책임이 피고에게 전환되는 것은 아니다.[326]

한편 Res Ipsa Loquitor원칙하에서는 과실의 추정을 번복하기 위해서는 피고가 원고의 손해발생이 피고자신의 주의의무위반에 기한다는 것보다 그렇지 않는 쪽이 보다 더 개연성이 있다는 것을 증명하여야 하므로 피고에게 불리한 입증책임이 전환됨을 의미한다. 이러한 차이는 증명도와 배심제도의 유무에 따른 것[327]이라고 할 수 있다.

---

325) 오대성, 의료과오소송에 있어서 표현증명에 관한 고찰 - 판례를 중심으로, 조선대법학논총 제4집, 1998. 164면.

326) 春日偉知郎, “表見證明”, 判例タイムズ, 686号, 35面.

나. Res Ipsa Loquitur의 요건

이 원칙은 결국 상황증거(circumstantial evidence)의 일종으로서 1905년 Wigmore[328]에 의하여 정리되었고 그 후에도 계승되어 왔는데, 그 후의 통설로 된 바에 의하면 ① 손해가 누군가의 과실이 없이는 통상 발생하지 않는 것일 것 ② 손해가 피고의 배타적 지배 하에 있는 사람 또는 시설에 의하여 발생된 것일 것 ③ 원고의 과실경합이 없을 것을 요건으로 하며, 그밖에 가끔 사건 설명 가능성이 원고보다 피고에게 더 있을 것이 4번째 요건으로써 꼽히기도 한다.[329]

위 요건들 중 원고가 가장 입증하기 어려운 부분이 ① 손해가 누군가의 과실이 없이는 통상 발생하지 않는 것일 것이라는 요건이다.

다. Res Ipsa Loquitur의 효과

배심은 원고가 제출한 증거에 대하여 사실적인 면에서 판단한다. 배심의 판단은 법관의 판단이나 지시에 구속되지 아니하고 자유롭게 행해진다. 배심이 원고의 증거를 인정하는 판단을 하면 피고에 대해서 어떠한 효과가 발생하는가, 州에 따라 다를 수 있으나 크게는 세 가지로 구분할 수 있다. ① 피고의 과실을 추인한 것으로 보는 것, ② 피고의 과실을 추정하는 것, ③ 입증책임을 피고에게 전환한다는 것, ① 은 원고의 입증을 인정하기는 하지만 그 것이 곧 원고의 승소로 귀결되지는 않는다. 피고는 이에 대하여 반증을 하여 원고의 피해는 자기와 무관하다는 것을 입증하여야 한다. ② 에서는 피고의 과실이 추정되어 이 추정을 번복할 수 있는 충분한 증거를 제출하지 않는 한 원고의 승소의 지시평결이 이루어 진다. ① 과 다른 점은 증거제출의 무가 피고에게 이전하는 것이다. ③ 의 경우에는 피고의 추정을 동요시킬만한 입증을 하는 것으로는 부족하고 그 자신이 주의의무를 게을리 하지 않았

327) 오대성, 전게논문, 154면.

328) Evidence 1st Ed, Wigmore, p 2509.

329) The Law of Medical Malpractice, Joseph H, King, JR. p 115.; The Law of Torts 4th Ed., Prosser, p 214.; 오대성, 전게 논문. 164면.

다거나 손해가 피고와는 무관계한 다른 사정에 의하여 발생하였다는 것을 개연성이 강한 정도로 입증하지 않는 한 패소하게 된다. 이러한 이론상의 차이는 실제로는 의미가 없는 경우가 있다. 그 이유는 배심원들은 의학에 관해서 문외한인 경우가 일반이므로 환자에 대한 동정심을 발휘하여 결국 원고의 승소로 이어지는 경우가 많기 때문이다.

라. Res Ipsa Loquitur 법리의 적용

(1) 의료소송에서의 지위

다른 불법행위소송에서와는 달리 의료과실 소송에서는 의사의 과실을 입증하기 위한 반드시 전문가 증언(expert testimony)을 요하고 있기 때문에[330] 의료소송에 있어서는 침묵의 공모 등으로 인하여 exprt testimony를 확보하는 것이 어려운 경우에 다른 상황증거만을 입증함으로써 의사 측의 과실을 추정(inference) 받을 수 있는 Res Ipsa Loqitur 원칙은 미국에서는 의사의 과실을 입증하기 위한 필수적인 요건인 전문가 증언을 회피하는 가장 중요한 수단으로 활용되고 있다. 물론 common knowledgetheory 또는 전문가 증언 없이 의사 측의 과실을 인정할 수 있는 유용한 수단이기는 하지만 의사의 과실이 일반인이 보더라도 너무나 명백한 경우는 사실상 드물기 때문에 실제로 재량성과 전문성이 보장되는 복잡한 진단이나 시술상의 문제와 관련되어 있는 대부분의 의료소송에서 환자 측에서는 Res Ipsa Loquitur의 원칙에 의하여 expert testimony를 회피하고자 한다.

(2) 의료소송에의 구체적인 적용 과실 및 인과관계의 추정

Res Ipsa Loquitur 원칙은 의료과실 소송에 적용되기 시작한 것은 1900연대 초기이다.

이러한 Res Ipsa Loquitur 원칙은 그 이전에는 만일 의료소송에 이 법리가 적용된다면 의사는 모든 의료사고에 대하여 책임을 질지도 모른다는 이유 때문에 많은 州에서 거부되었었다. 의료과오소송에서 이 법리가 최초로 적용된

330) Roberts v. Gale, 1494). Farldy v. Mesdows, 185 W. Va. 48, 404 S.E2d 537 (1991).

것은 Boucher v. Larochelle 사건이다. 이 사건은 피고인 의사가 어린이의 골절된 팔을 마취하여 치료하다가 수술도중 어린이가 사망 하였던 것이다. 원고는 사망의 원인으로 의사가 부주의하게 마취수술을 시행하였음을 주장하였으나 이를 직접 증거에 의하여 증명할 수는 없었다. 뉴햄프셔 Superior Court는 Res Ipsa Loquitur라는 표현은 사용하지 않았으나 증상의 경우 적절하게 시행된 마취에 의해서 상박골절의 직접적인 결과로는 환자가 사망하지 않는다는 것은 일반적인 상식(common knowledge)이라는 이유로 위 원칙을 적용하여 의사의 과실을 인정하였다.

이 판례는 Res Ipsa Loquitur의 첫 번제 요건, 누군가의 과실이 있었다는 사실을 의학의 문외한도 상식적으로 판단할 수 있을 정도의 주의의무 위반으로 보았고, 이러한 점에 대하여 환자는 감정인을 적용함으로써 의사들의 침묵의 공모를 타파하기에 이른 것이다. 의료소송에서 Res Ipsa Loquitur doctrine이 적용되는 경우에는 배심원은 의학 전문가의 증언 없이도 과실을 추정할 수 있다.[331] 의료소송의 경우에 있어서 많은 州에 있어서는 Res Ipsa Loquitur doctrine이 적용되기 의하여는 사실상 일반인(layperson)이 그들의 상식이나 경험에 비추어 보았을 때 의사의 과실이 없다면 환자 측에 생긴 상해가 보편적으로는 존재하지 않는다는 것을 알 수 있어야 한다고 한다.[332]

그리고 Res Ipsa Loquitur에 의해 과실의 추정이 이루지게 되면, 피고 의사가 과실이 있다는 점을 입증하여야 하는 입증책임이 환자에게 없고 오히려 없다는 점을 입증할만한 증거를 제출하는 경우에도 그 피고의 Summary Judgment 신청을 기각하여야 한다.[333]

(3) 의료소송에서의 위 원칙의 요건들에 대한 변형

① 첫 번째 요건 인정에 전문가의 증언에 의한 조력을 허용

일반 불법행위 소송에서의 전통적인 Res Ipsa Loquitur 원칙의 적용례에 의하면 과실의 추정을 얻기 위하여서는 첫 번째 요건 즉 손해가 누군가의 과실

---

331) Graham v. Thompson, 854 S. w. 2d 797, 799 (Mo.App. W.D. 1993).

332) Hasemeier v. Smith, 361 S. w.2d 697, 700 (Mo. 1962)

333) Schaffner v. County Hosp. Inc. 336 S.E.2d 116, 118 (N.C. App. 1985).

이 없이는 통상 발생하지 않는 것이라는 점을 배심원의 일반 상식이나 (common Knowledge), 일상 경험(everyday experience)에 의하여 인정할 수 있어야 하였다.[334]

하지만 의료소송에 있어서는 일반인인 배심원(lay jurors)의 일반 상식과 일상 경험만으로 위 원칙의 첫 번째 요건 인정하기에 너무나 부족하였기에 대다수의 주에서 '의료소송에 있어서는' 위 원칙의 첫 번째 요건을 인정하기 위하여 배심원들의 이해를 돕는데 전문가 증언을 허용할 수 있게 하여, 전문가가 '누군가의 과실이 없는 정상적인 경우에는 건강침해는 일어나지 않는다'는 정도의 감정이나 증언을 한 경우에도 위 Res Ipsa Loquitur 원칙이 적용 가능하다고 인정하기에 이르렀다.[335] 하지만 소수의 주에서는 아직까지도 의료소송에 있어서도, 일반 불법행위 소송에서의 전통적인 Res Ipsa Loquitur 원칙에서와 같이 일반인(layperson)의 지식 범위 내에서 첫 번째 요건을 인정할 수 있는 경우에만 과실의 추정을 인정하고 있다.[336] 그런데 Res Ipsa Loquitur를 인정하기 위한 첫 번째 요건의 인정에 전문가 증언의 조력을 허용하지 않고 일반 배심원의 상식으로 첫 번째 요건의 인정에 수 있어야 하는 경우는 사실상 common knowledge theory는 어떠한 점에서도 전문가 증언을 요구하지 않음에 반해 Res Ipsa Loquitur 원칙만을 들고 있는 경우가 많다. 하지만 Res Ipsa Loquitur를 인정하기 위한 첫 번째 요건이 인정에 전문가 증언의 조력을 허용하는 다수의 주에서는 common knowledge theory와 Res Ipsa Loquitur 원칙은 common knowledge theory는 어떠한 점에서도 전문가 증언을 요구하지 않음에 반해 Res Ipsa Loquitur 원칙을 적용하기 위해서는 위 원칙의 첫 번째 요건인 손해가 누군가의 과실이 없이는 통

---

334) Prosser and Keeton, Torts §39, at 247 [5th ed]; Restatement [Second] of Torts §328 D, comment d 참조. 판례로는 Fogal v. Genesee Hospital, 41 App. Div. 2d 468, 474~75, 344 N. Y. S. 2d 552, 560~61(4th Dept, 1973) 참조.

335) Seneris v. Haas. 45 Cal, 2d 811, 291. pd, 2d 915(1955), kerr v Bock, 5 Cal 3d 321, 324, 486 p2d 684, 686[1971]; Walker v. Rumer, 72 Ill 2d 495, 500, 381 NE2d 689, 691 [1978].

336) Le Pelley v. Grefenson, 101 Idaho 422, 426, 614 p2d 962, 966 [1980]; Orkin v. Holy Cross Hosp. of Silver Spring Inc, 318 Md 433, 569, A2d 207, 209 [1990]; Todd v. Eitel Hosp., 306 Minn 254, 260-261, 237 NW2d 357, 361-362 [1975]; Haddock v. Amspiger, 793 SW2d 943, 951 [Tex 1990].

상 발생하지 않는 것이라는 점은 전문가 증언에 입증되거나 배심원의 일반상식이나 경험에 의하여서 인정될 수 있는 것이어야 한다는 추가적인 요구사항이 있다는 점[337]에서 차이가 있기에 전문가 증언이 없어도 과실을 추정할 수 있는 경우로 common knowledge와 Res Ipsa Loquitur doctrine 양자를 들고 있는 경우가 많고, Res Ipsa Loquitur doctrine은 단순히 앞에서 본 일반적인 상식 이론의 다른 측면이 아니라 필요한 요건이 갖추어진 경우 정황증거의 사용을 허용한다는 이론과 목적을 가진 별개의 이론으로 취급을 받으며, 전문가 증언에 의해 입증될 특정의 과실행위뿐만 아니라 그들의 행위가 어떻게 일어났는지 명확하지 않은 점에 대하여도 위 법칙의 적용을 함께 주장하는 것이 보통이다.[338] 이와 같이 전문가 증언에 의하여 Res Ipsa Loquitur 원칙이 적용되는 경우에는 누군가의 과실이 없는 정상적인 경우에는 건강침해가 일어나지 않는다는 정도로 감정됨으로써 족하므로 환자로서는 의사의 구체적 과실을 밝히지 아니하고서도 사건을 prima facie case 로 만들 수가 있게 되었고 의사들은 동료의사의 과실을 구체적으로 적시하는 일을 피할 수 있어 감정에 비교적 쉽게 응하게 되어 환자 측의 입증곤란이 완화될 수 있다.[339]

② 두 번째 요건의 사실상 포기 내지는 폐기

의료소송에서는 위 원칙에 두 번째 요건인 손해가 피고의 배타적 지배하에 있는 사람 또는 시설에 의하여 발생된 것일 것이라는 요건과 관련하여서도, 1944년 Ybarra v. Spangard 사건[340]이래도 누구에게 과실이 있었는지 밝혀지지 않은 경우에 그 여러 사람 전부가 연대책임을 지도록 하였는데, 이러한 판결의 태도는 위 원칙의 두 번째 요건인 배타적 지배를 현실적인 것(actual exclusive control)에서 지배 가능한 것(right of control and opportunity to exercise it)으로까지 확대한 것으로서 사실상 두 번째 요건의 포기를 의미 한다.[341] 위 사건은 환자가 맹장수술 후 마취에서 깨어나면서 오른쪽 상

337) Smallwood v. Mitchell, 264 N,J. Super. 295 (App. Div. 1993), certif, den. 134 N,J. 481 [1993].

338) Marcia Mobilia Boumil, Clifford E. Elias, 전게서, 60~61면.

339) 강봉수, 전게논문, 346면

340) 25 Cal, 2d 486, 156 p. 2d 687, 162 ALR 1258.

해를 입은 것을 발견하게 되었고 그 후 어깨 및 팔에 마비증세가 생기게 되자 수술준비를 한 의사, 수술을 집도한 의사, 마취사, 병원의 소유 및 관리자, 간호원들을 상대로 손해배상을 청구한 경우인데, 이 사건에서 Suprene Court of California는 환자가 의식이 없는 상태에서 치료받던 중 통상적이 아닌 상해를 입은 경우에는 환자의 신체 또는 위 상해의 원인이었을 수 있는 기구들을 지배하고 있던 위 피고들에게 모두 과실이 있는 것으로 추정되고 이에 대하여 그 들은 자신에게 잘못이 없음을 밝혀야 한다고 함으로써 Res Ipsa Loquitur의 적용을 시인 하였다. 판결 이래 캘리포니아 법원뿐만 아니라 다른 주에서도 이를 따르고 있으나 그 근거는 서로 차이가 있다.[342] 그리고 위 판례에 대하여 각주의 판례는 이를 따르는 것과 반대 하는 것[343]으로 나뉘었다.

마. 구체적인 적용 사례

이러한 Res Ipsa Loquitur 원칙 구체적으로 적용되는 예를 유형적으로 고찰하여 보면 다음가 같다.[344]

(1) 수술 후 환자의 몸에 이물질이 남겨진 사례들

대부분의 법원들은 위 법칙이 환자의 몸속에 이물질을 남긴 피고 외과의 의사에게 적용된다고 하여 왔다. 그 전형적인 예가 수술 후 환자의 몸속에 스폰지를 남긴 많은 사례들이다. 그 외에도 위 법칙은 가제, 유리조각, 바늘, 주사침, 수술도구 등이 수술부위에 남겨진 사례들에 적용되었다. 그러나 이에 대하여 의사측이 이외의 대출혈을 막기 위하여 짧은 시간에 많은 가제

---

341) 강봉수, 전게논문, 제347면; Die Beweisregln im Arzthaftungs-prozess, Dietmar Franzki, 167.

342) 박일환, 전게논문, 31면.

343) Rhides v. De Haan, 184 Kan, 473 p. 2d 1043[1959], 반대하는 다른 주법원에서는 단지 처치의 실패만으로는 이 법리의 적용근거가 될 수 없다는 명제에 입각하는 종래의 엄격한 입장을 고수하고 있다.

344) 강봉수, 의료소송에 있어서의 증명책임, 「의료사고의 관한 제문제」. 재판자료 제27집, 1985. 345면 재인용 함.

를 사용했다거나 없어진 물건을 찾으려다가 갑작스런 혈압강하로 생명이 위독하게 되어 찾는 일을 포기하기 않으면 안되었다는 등의 피치 못할 사정을 입증할 경우에는 추정이 번복된다.[345] 그러나 찾는 것을 포기한 경우에는 의사는 뒤에 환자에게 이물질의 잔류가능성을 알려주어야 하며 이를 위반하였을 때는 역시 이 점에 주의의무위반이 있게 된다.[346]

예컨대, Benson v. Dean 사건[347]에서 피고 외과의사가 원고의 위궤양 부위를 수술한 뒤 절개부위를 접합하는 과정에서 바늘이 부러져 그 일부분이 상처 속에 남게 되었다. 그 의사는 원고에게 이 사실을 알리지 않았다. 먼저, 바늘이 부러진 것이 피고의 과실로 인한 것인지에 관하여 위 법칙의 적용이 허용되었으나 피고가 수술용 바늘을 수술시 최대한 주의를 기울이는 경우에도 때때로 부러진다는 것을 입증하자 법원은 원고의 다른 증명이 없는 한 과실이 추론이 충분히 반박되었다고 하였다. 그러나 위 사례에서는 피고가 원고에게 바늘이 부러진 것을 알리지 않은 점 때문에 결국 피고의 책임이 인정되었다.

(2) 수술부위와 떨어진 곳이 상해가 발생한 사례들

법원은 또 전통적으로 수술부위와 떨어진 다른 건강한 신체부위가 수술 후 손상된 경우에도 위 법칙을 채택하여 오고 있다. 반면에 그 손상부위가 수술범위 내에 있는 경우 법원은 그 정황을 위 법칙의 적용을 거부하는 근거로 제시하여 왔다. 예컨대, Fehrman v. Smirl사건[348]에서 피고가 원고의 전립선을 제거하는 수술을 하면서 약 1.5인치 떨어진 괄약근(sphindter)에 손상을 입혀 원고가 소변조절을 할 수 없게 되었다. 법원은 위 사례가 다른 remote injury cases와 바로 구별된다면서 위 의사가 주의의무를 다하였다면 그와 같은 손상이 없었을 것이라는 점은 일반인의 상식범위 내에 속하지 않는다고 하였다. 결국 수술부위와 손상부위가 멀리 떨어져 있다든가 가까이 위치하고

---

345) Dietmar Franzki, Die Beweisregeln im Arzthaftungsprozess p 161.

346) Dietz v. King 184 F. Supp. 944(Va. 1960).

347) Benson v. Dean, 133 N. E. 125(Ct. App. N. Y. 1921); Noonan v. Dessloch, 43 N. E. 2d 838(Ct. App. N. Y. 1942).

348) Fehrman v. Smirl, 121 N. W. 2d 255, 267(S. Ct. Wis. 1963).

있다든가 하는 사정은 위 법칙의 적용여부를 절대적으로 결정하지 않고 다만 한 가지의 요인에 불과하다는 점이 명백하게 되었다.

(3) 진단 및 처치사고 사례들

오진 또는 치료방법 선정의 잘못이 문제되는 경우에는 그것은 일반인의 판단능력 외의 것이므로 그것만으로는 위 원칙을 적용할 수 없다는 것이 일반적인 견해이다.

그러나 수술부위의 세균감염에 대하여는 철저한 소독이 없었음이 입증되지 않는 한 의사의 과실에 관하여 Res Ipsa Loquitur가 적용되지 않는다는 것이 일반적인 견해이다. 법원도 진단이나 처치법의 선택에 있어서의 잘못이 주장된 사례들에 대해서도 최근까지 위 법칙의 적용을 주저하여 왔다. 그러나 어떤 절차가 상식의 문제로서 필수적인 진단 방법이 된 경우에 치과의사가 X-ray촬영을 하지 않아 일부 치아를 남겨두고 발치를 한 사례[349]에서 X-선검사란 극히 일반적인 진단방법이어서 이 검사를 하지 아니한 것이 잘못이라는 것은 문외한도 알 수 있고 그 촬영을 하였다면 미처 제거되지 않은 치아부분을 발견할 수 있었다면서 위 법칙의 적용을 긍정하였다.

(4) 마취사고와 주사사고 사례들

과거에 법원은 보통마취나 약물주사의 시행에 의하여 손상을 입은 환자의 사례들에서 위 법칙의 적용을 주저하여 왔다. 그러나 그 후의 몇 몇 사례들을 법원이 이러한 의료활동 영역에 위 법칙을 적용함에 있어 덜 주저하게 되었음을 보여준다.

예컨대, 캘리포니아주법원은 약물주사에 의해 상해를 입은 두 사례[350]에서 전문가 증언의 도움을 받아 위 법칙의 적용을 긍정하였고, 그 외 다른 주 법원들도 마취 후 뇌의 영구적인 손상을 입었거나,[351] 절추마취주사 후 손상을 입은 사례.[352] 등에서 역시 위 법칙이 적용된다고 하였다. 그러나 이러한 사

349) Butts v. Watts, 290 S. w. 2d 777(Ct. App Ky. 1958).

350) Wolfsmith v. Marsh, 337 p. 2d 70(S. Ct. Cal. 1959); Seberus v. Haas, 291 p. 2d 915(S. Ct. Cal. 1955).

351) Voss v. Briwell, 364 p. 2d 955(S. Ct. Kan. 1961).

례들은 그 사실관계에서 이전의 판결들과 명백히 구별되지는 않는다.

6. 종래 대법원 판례 및 하급심 판례의 인정 방식[353]

가. 간접사실에 의한 동시추정의 방식

의료행위는 고도의 전문적 지식을 필요로 하는 분야이고, 그 치료의 결과를 달성하기 위한 의료 기법은 의사의 재량에 달려 있기 때문에 일반인으로서는 의료과실을 판단하기 위한 주의의무기준을 잘 모르기에 의사가 누가 보더라도 명백하게 과실이라고 말할 수 있는 터무니없는 실수를 하지 않은 이상 전문적인 재량적인 판단의 범주 내에서 행한 의료행위에 대하여 그러한 행위가 의료과실에 해당하는지 여부를 가려내기도 어렵고, 또한 의료행위와 관련한 書名인 의료행위의 경과를 기록한 의무기록지나 간호기록지는 모두 의사측에서 작성하고 관리하기 때문에 이러한 의무기록지나 간호기록지가 그것을 작성한 의사 자신의 의료과실을 입증하기 위한 書名으로 사용될 가능성은 거의 희박하기에 의료소송에 있어서 의사의 과실을 입증할 수 있는 가장 직접적인 수단으로 가장 유력하게 생각해 볼 수 있는 것은 의사 측이 작성한 의무기록지 등을 검토하고 다른 의사가 증인으로서나 또는 감정인으로서 의사 측의 의료행위에 과실이 있다는 점을 밝혀 주는 것인데, 의사들의 동료의식이나 침묵의 공모로 인하여 동려 의사들로부터 의사 측의 의료행위에 과실이 있다는 진술이나 감정을 확보하기도 매우 힘들기에 전문가인 의사가 아닌 보통인으로서는 의료과실소송에서의 주요사실을 직접적으로 입증하기가 사실상 불가능하였다.

그럼에도 우리나라 대법원 판례는 1980년대까지만 해도 의료소송에 대한 입증책임 완화에 대하여 다수 무관심한 태도를 보였기 때문에 의료소송에 있어서 인과관계와 과실을 구분하여 입증책임을 경감한다는 발상은 전혀 보이지

---

352) Walker v. Distler, 296 p. 2d 452(S. Ct. Idaho. 1956).

353) 박영조, “의료과오소송에 있어서 과실과 인과관계의 입증과 그 방법”, 한국법학원(저스티스). 통권 제77호, 2004, 2. 110면.

않았다.

그런데 그 무렵 대법원 판결은 다른 분야의 손해배상사건에서 주요사실에 대한 직접적인 입증이 없는 경우라 하더라도 간접사실에다 경험칙을 적용하여 운전 중에 자동차가 전복하는 사고가 발생하였다면 일단 운전수의 고의 또는 과실에 기인한 것으로[354], 탄광내의 천반붕락 사고로 인한 압사사고는 일응 시설물의 하자에 기인한 것으로[355], 부동산소유권이전등기에 소요되는 서류 일체를 임치한 경우에 그 부동산의 처분권한을 부여한 것으로 [356], 소멸시효완성 후에 채무를 승인하거나[357], 취득시효완성 후에 상대방의 소유를 인정하고 합의한 다음 소유권이전등기청구의 소를 취하한 경우[358]에 시효완성사실을 알면서 그 이익을 포기한 것으로, 기존채무에 관하여 어음 또는 수표를 발행한 경우에는 일응 채무의 이행확보 또는 지급방법으로 발행한 것으로[359], 은행의 자기수표를 교부할 경우에는 현금 대신에 교부된 것(즉 대물변제)으로[360]각 추정하여 직접적인 증거가 없음에도 불구하고 간접적인 사실로부터 직접적인 사실에 대한 자유심증을 형성할 수 있다는 판시를 계속하여 하여오고 있었다.

이에 우리 대법원 판례 및 하급심 판례는 앞서 본 바와 같이 의료소송에 있어서 의료행위의 밀행성, 전문성, 증거의 편재 등에 비추어 환자 측으로서는 직접증거로 의료상 어떠한 과실의 입증한다거나 인과관계를 입증하기가 어려운 점을 감안하여 의료소송의 경우에는 여러 가지 간접사실에 경험칙을 적용하여 과실과 인과관계는 서로 구별되는 개념으로 다른 소송 분야에서는 양자의 입증은 별개의 문제이고 간접사실로 이를 추정하는 경우에 있어서도 그 추정을 위한 전제되는 간접사실 또는 별개임에도 의료소송의 경우에는 의료과실과 인과관계는 상호 밀접한 관련이 있는 관계에 있어 과실이 입증되기만

354) 대법원, 1969. 10. 29. 선고 4292민상67 판결.

355) 대법원, 1969. 12. 30. 선고 69다1604 판결.

356) 대법원, 1973. 3. 13. 선고 73도181 판결.

357) 대법원, 1967. 2. 7. 선고 66다2173 판결.

358) 대법원, 1973. 9. 29. 선고 73다762 판결.

359) 대법원, 1962. 8. 30. 선고 62다311 판결.; 대법원, 1967. 2. 21. 선고 66다2355 판결.

360) 대법원, 1961. 12. 21 선고 4294민상324 판결.

하면 곧바로 인과관계가 도출되는 경우가 많이 있었던 관계로 다른 소송에서처럼 원고의 과실을 확정한 후 그 과실과 손해 사이의 인과관계를 따지는 논리 전개 방식을 따르지 않은 채 의료과실과 인과관계 인정 단계를 구별하지 않고 여러 가지 간접사실에 경험칙을 적용하여 "(여러 간접사실)에 비추어 보면(또는 와 같은 사정하에서 라면), 결국 (어떠한) 손해는 (어떠한) 과실로 인하여 초래된 것이라고 추정할 수밖에 없다"는 식으로 과실과 인과관계를 동시에 추정하는 설시를 하여 왔고 간접사실로는 주로 시간적 근접성과 타원인의 개입가능성의 부존재 등이 주로 거론되었다.

이러한 우리 대법원 판례의 설시 태도의 대하여 "우리 대법원 판례가 의사에게 과실이 있다고 인정된 경우에는 인과관계의 존재는 그대로 추정된다고 판시하고 있고(명시적으로 인관관계의 존부에 관한 설시가 없더라도 인과관계가 있음을 전제로 손해배상책임을 긍정하고), 그와 반대로 과실이 없다고 인정된 경우에는 인과관계의 존재도 부정된다고 판시하고 있는 것이 일반적이다"라고 분석하고 있는 분도 있으나[361], 아래에서 보는 바와 같이 우리 대법원 판례는 인관관계와 과실을 동시에 추정하기 위해 그 간접적인 전제사실들을 따로 인과관계와 과실을 위한 부분으로 구분하지 않고 한꺼번에 설시하고 있을 뿐이지 과실이 있다고 인정된다고 인과관계가 그대로 추정된다고 판시하지는 않고 있으며, 과실이 없다고 인정되는 경우에는 인과관계에 대한 판단에 나아갈 필요가 없으므로, 과실이 없다고 인정되는 경우에는 인과관계의 존재도 부정된다고 판시하고 있다는 부분의 견해 또한 다소 어색한 표현이다.[362]

나. 구체적인 사례

이와 같이 의료소송에 있어서 우리 대법원과 하급심은 의료소송에 있어 여러 가지 간접사실에 경험칙을 적용하여 의료과실과 인과관계를 동시에 추정

---

361) 박동섭, "의료과오소송에 있어서 인과관계(II)", 사법논집, 제20집, 1989. 12. 277면~178면.

362) 그럼에도 불구하고 대법원, 1993. 96다2815828165 판결의 재판연구관 검토보고서 등에도 이러한 주장이 여과 없이 인용되고 있다.

한 최근의 대법원 판례로는 아래와 같은 것들이 있다.[363]

(1) 대법원 1995. 3. 10. 선고 94다39567 판결

원심이 확정한 사실관계에 비추어 원고의 사지부전신마비증세가 이 사건 수술 직후에 나타났고, 그 증사에 대한 최종적인 의학적 진단명이 혈류부족으로 인한 제6 및 제7 경추 부위의 척수위축증으로 밝혀져 그 부위가 이 사건 수술부위와 일치되면, 이 사건 수술전후를 통하여 원고에게 척수위축으로 인한 하반신 마비를 초래할 만한 특별한 원인이나 증상이 관찰되지 아니하고, 나아가 척수위축으로 인한 하반신마비가 생기는 원인들 중 세균감염, 탈수초성 및 혈관성으로 인한 경우에는 각 특유한 전구증상이 나타나는데도 원고에게는 이러한 전구증상이 없었으므로 외상성 또는 원인불명의 두 가지 만이 남게 데다가, 신경근 동맥이 압박을 받으면 동맥경련 또는 혈전증이 생겨 척수병변을 발생시킬 수 있고, 척수 또는 전면척수동맥이 수술 중 외과적인 원인에 의하여 손상되면 운동마비 감각장애 등의 증상을 일으킬 수 있는 것이라면, 비록 시술상의 잘못 이외의 알 수 없는 원인으로 합병증이 발생하는 확률이 1퍼센트 미만으로 알려졌다고 하더라도, 원고의 사지부전마비증세는 피고 000가 시술과정에서 수술기구 등으로 원고의 전면척추동맥 또는 신경근 동맥을 과다압박 또는 손상하게 하여 척수혈류장애를 초래하였거나, 또는 원고의 제6 또는 제7경추 부위의 척수를 손상시킨 잘못으로 인하여 초래된 것이라고 추정할 수밖에 없다고 할 것이다.

(2) 대법원 1995. 3. 17. 선고 93다41075 판결

환자의 저산소뇌후유증으로 인한 신경마비증세가 의사의 전신마취 시술 직후 회복과정에서 나타난 것으로서 위 시술과 위 증세의 발현 사이에 다른 원인이 개재되었을 가능성을 찾아볼 수 없으며, 1차 수술을 받았을 당시에도 전신흡입마취로 인한 이상증세가 전혀 없었고, 또 2차 수술 개시 전 마취 적

363) 아래에 설시된 판결 이외에도 대법원, 1993. 7. 27 선고 92다15031 판결, 대법원 1996. 12. 10. 선고 96다28158,28165 판결, 대법원, 1998. 2. 27. 선고 97다38442 판결, 대법원, 1999. 6. 11. 선고 99다3709 판결, 대법원, 2000. 7. 7. 선고 99다66328 판결. 등이 이에 해당한다.

합 여부 판정을 위한 제반 검사결과에서 보듯이 당시 호흡기계 질환을 앓고 있었고 것도 아닐뿐더러 수술 전의 병력상 기흉을 유발할 수 있는 특이체질자라고 볼 소인을 발견할 수 없는 점 등에 비추어 보면, 이 같은 기흉이 발생될 수 있는 네 가지의 원인 중 '과도양압으로 인한 폐포파열 또는 삽관시 식도손상' 등 환자의 책임으로 돌릴 수 없는 진신흡입마취 과정에서 적절치 못한 시술(과실)이 바로 이 같은 기흉의 유발 및 이로 인한 청색증 내지 피하기종이 초대된 원인이 된 것으로(인과관계) 추정할 수밖에 없다.

(3) 대법원 1998. 2. 13. 선고 다12778 판결.

원심이 같은 취지에서, 위 장애0은 평소에 건강한 학생이었을 뿐만 아니라 간질상태의 병력이나 소인을 보인 적이 전혀 없고 이 사건 상해 이후의 진단이나 관찰에서도 간질의 소인이 될 만할 특별한 특성이 발견되지 아니하며 그 밖에 다른 원인이 개재될 수 없었던 점 및 피고가 장재0에게 시주 또는 투여한 약물들에게 앞서 인정한 바와 같은 부작용이나 과민반응이 있을 수 있는 점과 피고의 이사건 시주와 투약 및 이 사건 상해의 발생 사이의 시간적인 근접성과 그 진행 경과 등에 비추어 볼 때 의료전문가인 피고가 장재0의 위 상해가 피고가 장재0에게 시주하거나 투여한 약물의 부작용이나 과민반등의 의한 것이 아니라는 점에 대한 뚜렷한 입증을 하지 못하고 있는 이 사건에서 장재0의 위와 같은 상해는 피고가 장재0에게 시주하거나 투여한 약물들의 부작용이나 과민반응으로 인하여 야기된 것으로 추정하는 것이 합리적이라고 할 것이다.

다. 위 판례들에 나타난 입증책임완화의 방법

위 의료소송 판례들에 나타난 사례들이 인관관계 추정의 근거로 모두 다 (1) 의료행위와 장해결과와의 시간적 접착성, (2) 타원인의 개재 가능성의 부존재를 들고 있고, 구체적인 과실의 예를 들면서 그러한 과실로 인하여 악결과가 발생하였다고 추정하고 있는 점(일응의 추정론은 구체적 과실의 특정 없이 과실을 추정한다) 등에 비추어 보면 우리 대법원이 채용하고 있는 의료

소송에서의 입증책임 감경의 방법은 일본에서 인과관계의 입증완화에 주로 사용되고 있는 사실상 추정론과 같은 구조임을 알 수 있고, 대법원 1998. 2. 27. 선고 97다38442 판결은 아예 구체적으로 "사실상 추정"이라는 용어까지 사용하고 있는 바, 비록 일본에서는 주로 이러한 사실상 추정론이 주로 인과관계의 입증완화에 사용되고 있기는 하지만 의료과실의 입증완화에도 역시 적용되는 것이고, 종래 일본과 우리나라에서는 의료과실소송에서 의료행위의 과실 자체의 입증과 그 입증책임의 완화에 관한 문제는 따로이 논의되지 않고 인관관계에 관한 입증책임의 완화문제와 관련하여 함께 논의되어 왔을 뿐이니 인과관계에 관한 입증책임을 완화하는 논리는 그대로 과실의 입증과 관련하여 적용될 수 있는 이론으로 생각되고 그렇게 설명되어 지고 있는 점 등을 참작하면,[364] 우리나라의 대법원 판례는 의료과실과 인과관계 양자에 대하여 사실상 추정의 방법으로 그 입증책임을 완화하고 있다고 봄이 상당하다 할 것이다.

7. 소결

최근의사의 의료과오를 이유로 손해배상을 구하는 소송이 증가하는 경향을 보이고 있다. 의료과오소송에서 가장쟁점이 되는 문제는 의사의 과오 및 그 과오와 손해 사이의 인과관계에 관한 증명이라고 할 수 있다. 인과관계의 증명을 흔히 '입증'이라고 부르며, 입증책임을 누가 부담하는가 하는 문제는 의료과오소송에서 승패를 좌우할 수 있을 정도로 소송상 중요한 문제이다.

의료과오책임에서도 역시 입증책임의 분배에 관한 일반원칙에 따라서 당사자가 각각 자기에게 유리한 상황을 주장하고 필요한 경우에는 입증하여야 한다.

의료과오소송에서 환자측에게 있어 가장 난감한 입증책임에 대하여 입증책임경감론은 그 입증문제를 해결하기 위하여 가장 먼저 도입된 이론이다. 그 중 현재 실무에서 응용되어지고 있는 개연성설, 사실상추정, 표현증명들은 각국의 법제와 시대상황에 따라 학설 · 판례에 의해 발전되어 온 이론들로써

364) 대법원, 2000. 7. 7. 선고 99다66328 판결에 대한 재판연구관 검토 보고서 참조.

어느 측면에서는 우리의 실정에 일정한 한계를 내포하는 것이기도 하다. 그 중에서 표현증명은 간접사실만의 증명으로 요증사실을 추정함으로써 의료과오에 관한 한 적합한 입증방법이기에 이를 응용하는 것이 바람직하다고 생각된다. 경험칙을 이용하여 환자의 입증책임을 완화해 줄 수 있는 표현증명이 환자의 입증곤란을 극복하는데 적지 않은 도움을 주고 있다. 표현증명은 경험칙상 어떤 사실이 있으면 어떤 다른 사실이 필요적으로 생기게 되는 정형적사상경과가 인정되는 경우에 어떤 사실로부터 다른 사실을 추정하는 방법이다. 환자는 표현증명을 이용하여 인과관계와 의사의 과실을 법관의 자유심증의 방법으로 추론함으로써 입증의 곤란을 극복할 수 있게 된다. 그러나 의료활동에 있어서는 정확하고 신뢰할 수 있은 경험칙이 존재하지 않는 경우가 많기 때문에 피고측인 의사는 표현증명의 기초가 되고 있는 전제가 존재하지 않는다는 것을 입증하거나 그 전제가 잘못되었다는 것을 입증함으로써 이러한 추정을 번복할 수도 있다. 또한 의료활동에 있어서 경험칙은 대개 의학전문지식에 속하는 것이고, 이러한 경험칙의 존부에 대한 판단은 의학전문가의 감정에 의존할 수밖에 없기 때문에 표현증명을 적용하기가 곤란한 경우가 많다.

실무상으로는 우리 대법원이 표현증명(사실상의 추정론)을 응용하고 있으나, 너무 단조로운 표현증명은 의사측에 과도하게 불리하게 작용하여 입증상의 형평에 문제가 있을 것으로 보인다.

그리고 Res Ipsa Loquitur 원칙은 우리와는 소송법제가 다른 미국법에서 발전한 제도이므로 우리 실무나 해석에 곧바로 직접 적용될 수는 없겠지만, 이 법리의 영향을 받아 독일 판례가 발전시킨 것이 표현증명의 법리라고 이해하는 해석[365]도 있을 만큼 그 바탕은 표현증명 내지 사실상 추정론과 상통하는 면이 있다고 본다. 따라서 그 풍부하게 직접된 사례는 우리 의료과오소송의 운용에 좋은 참고자료가 될 수 있을 것으로 생각된다.

365) 송상현, 민사소송법, 신정3판, 박영사, 2002. 634면.

제3절 입증방해론

1. 입증방해론의 법리

입증방해라 함은 일반적으로 입증책임을 부담하지 않는 당사자가 입증책임을 부담하는 당사자(상대방)에 의한 입증을 곤란하게 하거나 입증을 방해하는 것을 말한다. 다시 말하면 입증책임을 부담하지 않는 당사자가 고의 또는 과실에 의한 행위(작위 또는 부작위)로 입증책임을 부담하고 있는 당사자에 의한 증거의 수집 · 제출을 불가능하게 하거나 곤란하게 하는 것을 입증방해라고 한다.

이 경우 법원이 사실인정 후에 입증의 방해를 받은 당사자의 주장에 관하여 그 당사자에게 유리한 조정이 행하여진다. 예컨대, 의료사고소송의 피고가 된 의사가 환자의 진료기록을 고치거나 훼손한 경우, 공해의 가해기업이 인과관계를 불명하게 하기 위하여 공장시설 전체를 철거하거나 그 자료를 전혀 남기지 않도록 하는 경우를 들 수 있다.

이와 같이 입증책임을 부담하지 않는 당사자가 고의 또는 과실에 의한 행위(작위 또는 부작위)로 입증책임을 부담하는 자의 입증을 불가능하게 하거나 곤란하게 하는 경우에도, 입증책임분배의 일반원칙을 그대로 적용하는 것은 합리적이라고 할 수 없을 뿐만 아니라 입증제도 나아가 민사소송제도의 기본이념이라 할 수 있는 공평에 반하여 된다. 특히 의료과오소송에서는 대부분 의사측에 증거가 편재되어 있어 상대방이 협력하지 않으면 입증이 곤란하다고 할 수 있다. 이에 당사자의 무기평등의 원칙에 입각하여 환자측에 평등한 기회를 부여하여야 한다. 이러한 입증방해이론은 한편으로는 상대방의 증거수집활동을 방해하지 못하도록 하는 예방적 기능을 가지고 당사자의 증거수집활동을 적정하게 규율하는 것을 목적으로 하지만 다른 한편으로는 일단 방해행위가 있는 경우에는 방해자에게 불리한 사실을 의제하는 제재적 기능을 가지고 증거에 관한 양당사자의 공평을 보장하려는 목적을 가지고 있다.[366]

---

366) 정동윤, 민사소송법, 법문사, 1998. 466면~467면.

입증방해가 있는 경우에 입증책임을 부담하는 당사자는 구체적 사실진술과 구체적 증거신청을 하지 못하여 사실관계해명을 할 수 없게 된다. 이는 결국 입증책임을 부담하는 당사자에게는 자신에게 유리한 소송자료제출의 방도가 봉쇄된 상태에서 소송상 책임만을 강요당하는 불합리한 것이고, 법원에게는 공정하고 진실에 합치하는 사실인정에 의한 재판을 행할 수 없도록 하는 것이다. 이 경우 사실인정에 있어서 그와 같은 사정이 입증책임을 부담하는 당사자의 이익으로 조정되어야 한다는 것이 입증방해론 이다.

본 논문은 현행 의료과오소송에 있어서 입증방해에 관한 일반적인 내용을 개괄적으로 살펴보면서 그에 대한 문제점이 있으면 그의 제거나 완환시키는 방법 등을 제시하고자 한다. 입증방해인 제재와 근거 대한 외법의 학설 및 판례를 분서하고 검토하였다.

가. 입증방해에 대한 논의

우리나라에서도 입증방해에 대한 이론이 1970년대부터 논의되기 시작하였고, 우리나라 판례 대법원 1995. 3. 10. 선고 94다39567 판결이 의료소송과 관련하여 입증방해이론을 채택하여 자유로운 심증에 기하여 상대방에게 불이익을 줄 수 있다고 설시한 이래 이에 근거한 판례들이 다수 등장하고 있다.[367] 또한 입증방해라는 개념자체는 독일에 있어서 오래 동안 문헌에서도 소홀히 단편적으로만 다루어지다가 1987년에 독일제국재판소(RG)이 입증책임을 부담하고 있는 상대방의 입증을 유책하게(schuldhaft) 불가능하게 한 자는 상대방의 입증책임을 주장할 수는 없고 상대방의 주장을 진실한 것으로 인정하였다.[368] 독일헌법재판소에서도 1958년 위 원칙을 승인하여 입증책임을 지고 있지 않는 당사자가 유책하게 사실을 불명료한 상태에 이르게 하였을 때에는 거증에 있어서의 결함은 그 자의 책임으로 돌아간다고 판시한[369]

367) 대법원, 1999. 4. 13. 선고 98다9915 판결; 대법원, 1999. 9. 17. 98다62893 판결; 대법원, 2000. 1. 21. 98다50586판결.

368) 윤재선, 증명방해, 「민사증거법(상)」 재판자료 제25집 (서울: 법원행정처, 1985), 456면.

369) BGH VersR 1958. 705.

이후 본격적으로 문제되기 시작하였다. 오늘날 연방대법원(Bundesgerichthof)에 이르기까지 일관하여 입증방해에 대하여 소송상의 제재를 과하고 있으며 학설 또한 판례의 태도에 대하여 긍정적인 입장에서 이론을 전개하고 있다.[370]

나. 입증방해에 대한 민사소송법의 규정

(1) 獨逸 및 日本

독일이나 일본의 경우에도 입증방해에 대하여 일반적으로 규정하고 있지 않고, 개별적인 규정만을 두고 있을 뿐이다. 일본 민사소송법 제224조, 제232조, 제208조(1996. 6. 26. 공포된 개정된 일본 민사소송법)에는 우리 민사소송법 제320조, 제321조, 제338조, 제341조와 조문표제의 표현 일부가 조금 다를 뿐 내용이 같은 규정이 있고, 독일 민사소송법 제427조, 제444조, 제446조에는 우리 민사소송법 제320조, 제321조, 제341조와 비슷한 규정이 있다.

(2) 우리나라

현행 우리나라 민사소송법은 입증방해행위에 대한 일반적인 규정을 두고 있지 않고 개별적인 규정을 두는데 그치고 있다.

① 서증에 관하여 제349조와 제350조는 당사자가 문서제출명령에 응하지 아니하는 때나, 상대방의 사용을 방해할 목적으로 제출의무 있는 문서를 훼손 하거나 이를 사용할 수 없게 한 때에는 법원은 그 문서에 관한 상대방의 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있다고 규정하고 있다. 그리고 제360조는 대조에 필요한 필적이나 인영 있는 문서 기타 물건의 제출 또는 송부의 경우에 제350조를 준용하고 있고, 제361조는 대조에 적당한 필적이 없는 때에는 법원은 대조하기 위하여 상대방에게 그 문자의 수기를 명할 수 있는데, 상대방이 정당한 이유 없이 제1항의 명령에 응하지 아니한 때에는 법원은 문서의 전부에 관한 신청자의 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있다. 필치를 변경하

370) 윤재선, 전게 논문, 456면.

여 수기한 때에도 같다고 규정하고 있다.

② 검증의 목적물에 대하여서도 제349조와 제350조의 규정이 준용되도록 하고 있다.(동법 제366조).

③ 당사자본인심문절차에 있어서는 당사자가 정당한 사유 없이 소환에 응하지 아니하거나 선서 또는 진술을 거부한 때에는 법원은 신문사항에 관한 상대방의 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있도록 규정하고 있다(동법 제369조). 위와 같은 규정들은 입증과 관련한 어떤 부작위에 대하여 일정한 부담을 지우는 것으로서 예컨대, 진료기록부의 훼손부분이 노출되어 증거상 불리하게 되는 것을 감추기 위하여 제출명령에 응하지 아니한 경우에 명령신청자에게 일정한 증거상의 이익을 주는 등의 형식으로 작용하게 된다. 훼손과 같은 방해 행위에 대한 직접적인 불이익을 규정하고 있는 것은 아니라는 점에서 일반규정이라고 할 수 없는 것이다.

2. 입증방해에 대한 제재의 근거

입증책임자의 입증을 불가능하게 하거나 곤란하게 한 경우에 소송상 제재가 따라야 한다는 데에는 학자들 사이에서 견해가 일치되고 있다. 그러나 그러한 제재를 가하는 근거에 대해서는 아래와 같은 여러 가지 견해가 있다.

가. 기대가능성설

Blomeyer[371]는 입증방해행위에 이하여 본래 이루어진 입증책임을 부담하는 당사자에 대한 입증책임의 분배는 기대가능성한 것이 되어 버린다는 일반적인 원칙을 제시하면서 채무자가 증거에 보다 가까이 있어 그에게서만 입증을 기대할 수 있기 때문에 법률이 입증책임을 전환하고 있는 독일 민법 제282조, 제285조에서 위 원칙을 이끌어낼 수 있다고 한다. 그러나 Schmidt의하면 입증책임은 추상적이고 법률적인 규준을 제시하는 것이고 기대가능성(Zumutbarkeit)이라는 명확하지 아니한 개념에 의하여 개개의 사건에 따라

371) Blomeyer, Die Umkehr der Beweislast, AcP 158(1958), S.102ff.

간단히 분배되어질 수 없는 것이기 때문에 이 견해에는 찬성할 수 없는 입장을 취하고 있다.[372]

나. 경험칙설

경험칙설은 한마디로 불리하기 때문에 입증방해행위를 하는 것으로 보는 것은 경험칙이므로 방해자에 대하여 부담을 가한다는 주장이다. 즉 입증방해를 경험칙 적용의 한 사례로서 자유심증의 문제로 다루면서 상대방은 입증책임 있는 당사자에 의하여 주장된 사실이 진실하지 않다면 그 입증을 방해하지 아니하고 바로 이를 지지할 것인데 그 입증을 방해함으로써 증거조사를 두려워하고 있다는 것을 밝히 준다고 하는 경험칙을 인정하고 입증방해는 이러한 경험칙 적용의 한 사례라고 하며,[373] 독일 민사소송법 제444조는(우리 민사소송법 제350조)는 이것을 기초로 한 것이라고 한다. 그리고 위와 같은 입증방해에 있어서 경험칙은 입증방해가 상대방의 고의에 의한 경우에만 적용된다고 본다. 경험칙설에 입각한 또 다른 견해[374]는 생활경험칙에 의하면 법률적인 보존의무와는 달리 별도로 당사자는 장차 예견되는 소송에서 자신의 이익을 위하여 사용될 수 있는 대상을 소중하게 보관할 것이기 때문에 이러한 경험칙에 대하여 이에 어긋나는 판단의 기회를 제공하여 줄 수 있는 사실을 주장하는 당사자는 이러한 경험칙과는 다른 사실을 주장하여야 한다는 설명을 하고 있다. 경험칙설에 대한 비판은 경험칙설에 대한 견해 대하여 Schumann- Leipold[375]는 입증을 두려워하지 아니하고 입증방해행위를 한 당사자에 대해서는 적용될 수 없다거나, 고의 없이 부주의하게 상대방의 입증을 방해하거나 곤란하게 한 자는 자기에게 불이익한 소송상태를 피할 것을 이용한 것이라는 경험칙이 없이 때문에 과실에 의한 입증방행위에 있어서는 경험칙을 이용한 자신의 역추론이 이루어지지 않으므로 과실에 의한 입증방

372) Schmidt, System des Beweislast, JuS 1975, S.430 ff., S.435.

373) Rosenberg, Die Beweislast, 5 Aufl.,1965. S.191.; 오석락, 김형배, 강봉수, 공역, 입증책임론, 1995. 박영서. 204면.

374) Musielak- Stadler, Grundfragen des Beweisrechts, JuS 1980. S.92.

375) Schumann- Leipold, Ziviprozessordnung, 1972. §282 Anm. IV 7b.

해행위에 대해 제재를 할 수 없다는 문제점이 있다는 비판이 있으며, 또 Blomeyer[376] 도 이러한 경험칙은 입증되는 바와 같이 입증을 두려워하지 아니하고서 입증방해행위를 한 당사자에 대하여는 적용되어질 수 없다고 하여 이를 각 비판하고 있다.

다. 신의칙위반설

Hellwig[377]는 당사자는 자신의 악의의 행위로부터 어떠한 유리한 것도 이끌어내서는 안되기 때문에 입증책임을 부담하지 아니하는 당사자가 고의로 입증을 불가능하게 할 때에는 독일 민법 제242조가 규정하고 있는 신의칙에 따라 제재가 따라야만 한다고 주장한다. 신의칙위반성의 하나라고 생각되는 다른 견해[378]는 신의칙에서 파생되어 나오는 선행행위에 모순되는 행위의 금지(Verbot der venire contra factum proprium)의 원칙에서 입증방해행위의 제재근거를 찾고 있다. 이 견해에 의하면 입증방해에 대한 법적 평가에 있어서는, 나중의 소송에 있어서 상대방에게 불리하게 작용하는 소송 전의 행위를 무시하여서도 안되고, 그 입증방해를 고려하지 않음으로써 입증책임을 지고 있는 자에게 현실로 불리하게 작용하게 되는 구체적 소송상태를 도외시하여서도 안되며, 입증방해에 대한 제재를 가하여야 할 정당성은 소송 상대방의 입증을 방해하거나 곤란하게 한 자가 그러한 행위로 말미암아 상대방이 처하게 된 증명곤란의 상태로부터 이득을 끌어내려고 하는 것은, 법적인 평가에 있어서는 선행행위에 대한 허용할 수 없는 모순이라고 하는 법의 일반원리로부터 나온다고 주장하였다.

신의칙위반설에 대한 비판은 입증곤란의 상태의 원용은 구체적인 소송상황에 있어서 신의칙에는 위반되지만 의무위반으로는 보여지지 않는 경우가 있을 수 있다는 비판 및 신의칙을 정하고 있는 독일 민법 제242조가 새로운 법적 문제를 모두 해결할 수 있는 일반적 형평규범(Billigkeitsnorm)이 아니고

376) Blomeyer, a.a.O. S. 98f.

377) Hellwig, System des Deutschen Zivilprozessrechts, Bd. Ⅰ., 1912(Neudruck), S. 460.

378) Gerhardt, Beweisvereitelung im Zivilprozessrecht, AcP 169(1969) 302ff.; Schneider, Die Beweisvereitelung, MDR 69,. 9f.

개별적인 해결방법에 불과한데, 입증방해는 일반적인 의미를 지니는 문제이기 때문에 신의칙에 의한 해결은 방법적으로 오류이며 신의칙이라는 일반적 원칙은 소송상의 협력의무라고 하는 형태로 구체화되어 있기 때문에 신의칙의 문제가 아닌 협력의무의 문제로 이를 살펴야 할 것이라는 비판이 있다.[379] 그리고 선행행위에 모순하는 행동의 금지위반이라는 견해에 대해서는 입증자가 입증을 방해하는 행위와 그로 인하여 생긴 입증곤란상태를 이용하려는 태도 사이에는 서로 상충되는 바가 없고 오히려 시종일관된 것이므로 여기에 서로 모순된 행동을 금지하는 원칙이 적용될 여지가 없다는 비판이 있다.[380] 즉 소송에서 사실해명이 불가능해진 것에 의존하려고 하는 기대를 가지고 증거방법을 없앴다고 생각하는 것은 무리이고 특히 모순행위의 금지를 주장하는 Gerhardt 자신이 그러한 기대가 있다고 말하고 있지 않다. 더욱이 소송이 행해진 때에 소송 전 자기의 지배영역 안에서 발생한 사실해명방법의 부존재에 의존하려고 하는 것은 결국 입증은 오로지 패소의 위험을 부담하고 있는 당사자가 행하지 않으면 안된다고 하는 기본원칙을 반영하는데 불과하기 때문이라는 것이다.

라. 소송상협력의무위반설

Peters[381] Stürnner[382]는 사실의 수집에 있어서 일반적으로 소송상에서 파생되는 양당사자의 협력의무와 석명의무를 인정하고 입증방해행위는 이러한 의무에 대한 위반으로 보고 있다. 이에 대하여 Arens[383] 는 실체법상의 제출의무 내지 협력의무의 위반만이 원칙적으로 소송상의 불이익을 가져올 수 있는 것이며 일반적인 소송상의 협력의무라는 것은 아무런 근거가 없다고

379) Prölss, Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozeß, 1966. S. 91.

380) Stümer, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, ZZP 98, 91.

381) Peters, Beweisvereitelung und Mitwirkungspflicht des Beweisgegners, ZZP 82. 209.

382) Stümer, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, 1976. 85ff., 378ff.

383) Arens, Zur Beweisvereitelung im System des Zivilprozeßrechts, 法曹, 1983. 2月號 87面.

비판하고 있다.

마. 사실해명의무위반설

입증방해에 대하여 일정한 제재를 가하는 것은 소송법상 요구되는 사실해명의무를 위반하였기 때문이라는 것이 해명의무위반설이다. 소송상 협력의무위반설의 요청이고 또 진실발견이 민사소송의 목적이기 때문에 입증책임을 부담하지 않는 당사자의 일반적인 소송상 사실해명의무(allgemeine prozessuale Aufklärungspflicht)를 인정하여야 한다는 논리적 기초 위에서 소송상 일반적인 사실해명의무를 소송개시전의 발전시켰다는 점에서, 소송전의 입증방해행위를 해명하고 있지 못하다는 협력의무위반설에 대한 비판을 극복하였다. 사실해명의무는 독일인 Stürner 교수가 주장한 견해로서 우리나라에서도 지지자가 있다.[384] 사실해명의무라 함은 당사자에게도 인정되는 의무로서 특히 입증책임을 부담하는 당사자가 상대방의 생활영역에 속하는 사실관계를 요증사실로 함으로써 그 구체적 내용을 전혀 알 수 없는 경우에 자기의 권리주장에 관하여 합리적인 기초가 있다는 것을 명백할 만한 실마리를 제시하면 상대방은 자기가 알고 있는 사실관계를 해명할 의무가 있다.[385] 예컨대 공장폐수의 유출로 인한 피해자가 공장의 소유자 또는 점유자를 상대로 소송을 제기한 경우에 피해자는 자기의 피해가 공장폐수로 인하였다는 점만 명백히 하면 공장의 소유자 또는 점유자가 폐수의 생성 및 유출경로를 밝혀야 하는 것과 같은 의무이다. 증거제출과정에서 요구되는 사실해명의무는 소송전의 의무를 수반하지 않은 경우에는 소송 수행 전에 고의 또는 과실로 사실해명방법을 멸실하거나 처음부터 그러한 방법을 만들지 않은 경우에는 공동화해 버리기 때문에 이러한 결점을 제거하기 위하여 소송상의 해명의무를 소송 이전의 시점까지 확장 시켜야 할 필요가 있다. 그래서 독일 민사소송법(ZPO) 제93조(즉시인낙의 경우의 비용), 제93조b(주거에 관한 명도소송에 있어서의 비용) 제1항 후단. 제2항, 제3항, 제94조(청구권이전이 있는 경우의 비용)와

384) 정동윤, 민사소송법, 법문사 ,1995. 523면.

385) 강현중, 민사소송법, 박영사, 2002. 524면.

제444조(증서인멸 효과)로부터 법률 자체가 소송법률관계에 대해 의무창설적인 사전효를 부여 하고 있고, 이것이 특히 증거보전 분야로 옮겨와 소송상의 사실해명의무에 대한 사전효를 인정하게 된다고 하였다.

사실해명의무위반성에 대한 비판은 사실해명의무가 인정되는 경우에는 입증책임을 부담하지 않는 당사자도 사실관계를 해명할 의무를 진다고 하는 점에서 입증책임을 부담한 자의 증거제출책임이 완화될 수는 있겠지만 이 의무의 근거가 되는 실체적 진실발견의 주체가 법원이 됨으로써 당사자는 자칫 실체적 진실발견을 위한 정보제공자로 전락될 우려가 있고, 이러한 견해는 변론주의를 배제시킬 수 있는 데까지 나아가는 우려가 있기 때문에 사실의 확정을 당사자의 주도에서 법원의 주도로 바꾸어 놓아 실체법상 사적 자치의 소송상 발현인 당사자 대등 관계가 소멸하게 되어 타당하지 못하다는 비판이 있다.[386]

바. 검토

입증방해행위에 대한 제재근거를 어디에서 구하느냐에 관하여 여러 가지 학설이 있으나 어떤 하나의 견해로 충분히 설명되어질 수 없다고 본다. 어느 견해가 가장 타당한 것인가는 각 학설들의 이론적인 근거를 검토해봄으로써 얻어 낼 수가 있을 거라고 생각한다. 우선, 기대불가능성설은 모든 유형의 소송에서 기대가능성을 조사하여 입증책임을 분배하는 것이 법적 안정성을 해치게 될 것이고, 기대가능성이란 관념 자체가 추상적인데다가 입증법적인 근거도 정확하지 않다는 점이 있다.

경험칙설은 상대방이 입증을 방해한 것은 증거 조사의 결과를 두려워하였기 때문이라는 경험칙을 근거로 내세우나, 입증방해 자체로부터 곧바로 입증자의 주장사실이 진실하다는 확실한 추량이 나오는 것이 아니며, 입증방해가 과실에 기인하는 것인 때에는 그와 같은 경험칙의 존재를 인정할 수 없으므로, 그럴 가능성이 있다는 건만으로 곧바로 일반적인 원리로 받아들이기는 무리가 있다.

386) Arens, Zur Aufklärungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei im Zivilprozess, ZZP 96, S.21.

민사소송일반에서 적용되고 있는 경우에도 적용하자는 견해로서 신의칙위반설은 이익교량에 의하여 신의칙위배를 판단하려는 것이나, 신의칙만 가지고는 입증방해를 인정하는 기준 · 요건이 불명확하다는 문제점이 있고 과실에 의한 입증방해행위에 대해서 제재를 가할 수 없게 된다.

사실해명의무위반설은 당사자의 협력의무를 너무 지나치게 일반화시킨 견해로 법적 근거 없이 해명의무라는 포괄적 의무를 인정할만한 근거 규정이 없으며, 당사자로 하여금 정보제공역할자로 전락시킬 우려가 있어 부당하다.

끝으로 협력의무위반설은 양 당사자에게 일반적인 소송전의 입증방해행위를 설명하지 못한다거나 민사소송에 있어서는 당사자는 원칙적으로 아무런 의무도 부담하지 않고 그가 어떻게 행동할 것인지를 자유롭게 결정할 수 있다는 점을 간과하고 있고, 또한 양 당사자에게 증거방법을 보존하고 훼손하지 않을 일반적인 의무를 인정하는 근거가 충분히 해명되고 있지 않으며 구체적인 사건에서 양 당사자가 부담하는 증거법상의 의무가 무엇인지를 명확하게 설명하지 못하다는 비판이 있다. 그러나 이러한 비판에 대하여서는 다음과 같은 재 비판이 있다. 소송전의 입증방해행위를 설명하지 못한다는 비판에 관하여서는 협력의무가 반드시 소송계속중인 경우에만 문제되는 것이 아니고 일정한 경우에는 사전협력의무가 인정 될 수 있으며 그와 같은 사전협력의무가 인정되는 경우에는 소송 전의 입증방해행위가 당연히 협력의무를 위반한 입증방해행위로 된다. 또한 협력의무설의 비판으로서 민사소송에 있어서의 당사자 자치의 점을 간과하고 존재하지도 않는 증거방법의 보존에 관한 의무를 전제로 학설을 전개하고 있다는 내용에 대하여서는 오늘날 민사소송이 완전한 당사자 자치인가는 의문이고 갈수록 양당사자에게 진실이나 신의성실에 기초하여 소송법상 행위를 할 것을 요구하는 것이 증가하고 있으며 그러한 경향에 따라 일정한 범위에 한정하여 양당사자에게 협력의무가 인정된다면 그 의무를 근거를 하여 얼마든지 당사자에게 증거방법을 훼기하거나 변조하지 아니할 의무가 부과할 수 있다고 한다.[387]

입증방해행위의 제재근거를 어떻게 보느냐에 따라 입증방해행위의 요건을 정하고 그에 대한 효과를 인정하는데에 차이가 있을 것이지만, 입증방해행위

387) 손용근, 의료과오소송의 증명책임에 관한 대법원 최근판례 민사재판의 제문제(하) [송천이시윤박사화갑기념논문집] 1995. 10. 179면.

의 중점은 오히려 구체적인 사건에 있어서 어떠한 경우에 입증방해가 있었다고 볼 것이며, 법원이 이를 어떻게 고려할 것이냐에 달려 있다고 생각한다.

3. 입증방해의 요건

입증방해의 요건은 서술할 입증방해의 효과와 함께 입증방해에 대한 제재의 근거를 어디에서 찾는가 하는 문제와 논리적으로 연결되어 있다. 입증방해에 관한 설명이 어떤 근거 아래 어떤 요건을 갖추었을 때 어떤 효과를 갖는가는 식으로 전개되지 못하여 통일적이고 체계적인 이해를 함에 어려움이 있다고 하겠다.

입증방해의 요건으로 거론되는 것으로는 첫째, 객관적 요건으로 증거보전의무의 위반 또는 사안해명에의 협력의무에 대한 위반이 존재(의무위반)하여야 한다. 입증방해의 제재를 하기 위해서는 그 전제로 제출의무 내지 보존의무가 인정되어야 한다는 입장이다. 이 입장에서도 실체법상 증거보존의무가 인정되는 경우에만 증거보존의무 내지 제출의무가 있다는 것이다. 입증방해의 근거에 관한 학설과 대비시켜 볼 때, 기대가능성설을 취하고 있는 입장에서는 실체법상 증거본전의무가 인정되는 경우에 한하여 의무위반이 요구된다는 견해를 취하고 있으며, 협력의무위반설에서는 일반적인 의무를 인정하면서 이러한 의무위반이 입증방해의 요건으로 되는 것으로 보고 있음을 알 수 있다.

둘째, 이러한 의무위반에 의하여 요건사실의 해명불능이 생겨야(인과관계) 한다.

셋째. 주관적 요건으로 의무위반이 유책적일 것이 요구된다.

넷째. 의무위반행위가 공평한 소송행위 요청에 반하는 것이라고 하는 규범적 평가가 더하여진다. 즉 객관적 요건 중에 의무위반행위가 소송계속 중에 이루어진 것인지의 유무는 주관적 요건의 판단에 중요한 요소가 되며, 입증방해의 효과를 발생하기 위해서는 그의 전제로서 해명의무 또는 증거보전의무의 내용을 특정하고, 의무위반에 해당하는 사실을 주장 · 입증하지 않으면 안 된다. 의무위반행위가 있다고 하더라도 다른 대체증거에 의하여 사안의

해명이 가능한 경우에는 입증방해로 인정되지 않는다. 진료기록의 기재가 불완전하거나, 그 기록의 일부가 빠진 경우에도 이것이 외의 증거의 제출 · 이용이 면제된다는 의미는 아니라고 할 수 있다.

입증방해의 요건에 관해서는 다른 논의에 비해 상세하게 되지 못하고 있다고 지적이 있다. 그 이유는 대체로 요건사실의 입증책임과 관련하여 입증방해가 부수적으로 다루어지기 때문이라고 하며, 또한 입증방해의 사례가 다양하기 때문에 이를 유형화하기 어렵다는 점을 들기도 한다.[388] 그러나 지금까지의 학설과 판례의 주된 논의로 집중되어 왔고, 아직까지도 진행중인 상태이기 때문에 어떤 근거에 관한 학설이 보편적인 우세가 될 때 통일적인 설명이 가능할 것이라고 하는 견해도 있다.[389]

독일의 Musielak[390]는 의무위반이 있을 경우에 대하여 논하였는데 증거제출의무가 요구되지 않는다고 하여 이를 입증방해의 요건에 포함시키지 않았다. 증거방법의 보존의무에 관계없이 현재 또는 장래에 제기될 수 있는 소송에 있어서 자기에게 유리한 증거방법을 주의 깊게 보존하고 제시할 것이라는 경험칙이 있기 때문에 증거방법의 보존의무가 존재 하지 않는 경우에도 상대방이 불리한 평가를 받을 가능성이 있으므로 제출의 무가 요구되지 않는다고 한다. 그러나 그와 같은 경험칙이 존재한다 하더라도 이것이 법원으로부터 참작되어져야 한다는 것은 오랫동안 언급되어지지 않은 것으로 이러한 결론은 잘못된 전제에 입각하고 있다는 비판이 있다.

4. 입증방해에 관한 우리나라 판례의 분석 및 평가

가. 판례의 태도

입증방해에 대한 판례는 많은 수가 집적되지 않은 관계로 어떠한 입장을 취하고 있다고 일반화하기에는 한계가 있다고 여겨진다. 대체로 우리나라

388) 신은주, 전게 논문, 121면.

389) 손용근, 전게 논문, 181면,

390) Musielak, Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess, S.140.

판례의 입장을 태도에서 보자면 의료분쟁에 있어서 의사 측이 가지고 있는 진료기록 등의 기재가 사실인정이나 법적 판단을 함에 있어 중요한 역할을 차지하고 있는 점을 고려하여 볼 때, 의사측이 진료기록을 변조하는 행위는, 그 변조 이유에 대하여 상당하고도 합리적인 이유를 제시하지 못하는 한, 당사자간의 공평의 원칙 또는 신의칙에 어긋나는 입증방해행위에 해당한다 할 것이고, 법원으로서는 이를 하나의 자료로 하여 자유로운 심증에 따라 의사 측에 불리한 평가를 할 수 있다고 하면서 입증방해에 대한 제재의 근거에 관하여는 신의칙위반설을 효과에 관하여서는 자유심증설을 취하고 있다고 볼 수 있다.[391]

대법원 판례[392]의 판결에서 보면, 당사자 일방이 입증을 방해하는 행우를 하였더라도 법원으로서는 이를 하나의 자료고 삼아 지유로운 심증에 따라 방해자 측에게 불리한 평가를 할 수 있음에 그칠 뿐 입증책임이 전환되거나 곧바로 상대방의 주장 사실이 입증된 것으로 보아야 하는 것은 아니다.

또한 하급심에서도 의료과오와 관련하여 여러 개의 판례들이 보인다.[393] 우리나라 판례는 입증방해에 대한 제재의 근거에 관하여는 신의칙위반설을 효과에 관하여서는 자유심증설을 취하고 있지만 아직은 일반화하기에는 성급한 면이 있다. 신의칙위반설이나 자유심증설이 주류를 이루는 입장 보다는 거기에서 좀 더 나아가 다른 주장들이 지지를 얻어가고 있는 추세가 세계적인 일반의 신조류라고 보므로 그런 점까지 감안하면 앞으로 본격적인 입증방해의 문제가 소송실무에서 제기되어 논의될 경우 판례의 이러한 입장은 언제든지 변경될 가능성이 있다고 본다. 최근에 의료소송에 다루어진 경우가 있으므로 판결의 내용을 자세하게 살피기로 한다.

---

391) 대법원, 1995. 3. 10. 선고 94다39567 판결.

392) 대법원, 1994. 4. 13. 선고 98다9915 판결.

393) 배병일, 의료과오소송에서의 입증방해, 의료법학 창간호, 2000, 215면 이하. (입증방해에 대한 제재의 근거에 관하여서는 신의칙위반설을, 제재의 효과의 관하여서는 고의에 의한 적극적인 입증방해를 한경에는 입증책임의 전환으로서 제재를 하여야 하고, 과실에 의한 소극적인 입증방해의 경우에는 자유심증설에 따라 제재를 하자는 견해); 최재천, 의료과오소송의 있어서의 입증방해, 판례월보, 1999. 12. 16면 이하(제재의 근거에 관하여는 소송상 협력의무위반설을, 제재의 효과에 관하여서는 입증책임전환설의 입증을 취하는 견해).

나. 우리나라 대법원 판례

(1) 의사칙의 진료기록(차트)의 진단명의 일부가 흑색볼펜으로 가필되어 원래의 진단명을 식별할 수 없도록 변조된 사안[394]

이 사건은 의료과오를 원인으로 하는 손해배상청구소송의 입증책임과 관련하여서도 중요한 의미를 지니는 판결이기도 하다. 이하에서는 진단명의 일부가 흑색볼펜으로 가필되어 원래의 진단명을 식별할 수 없도록 의료인측이 의사기록의 일부를 변조한 것과 관련하여 입증방해를 관련된 부분만 검토하기로 한다.

(가) 사실관계

먼저 위 판결의 원심판결이었던 대법원 1994. 6. 22. 선고94다39567 판결에서 인정하고 대법원이 원심판결을 그대로 지지함으로써 확정되었다. 대법원의 원심은 이 사건 소제기후 의사진료기록(차트) 등에 대한 제1심 법원의 심증조사기일에 제출된 1987. 3. 16. 최종 작성된 피고 김00 명의 의사진료기록(차트) 및 레지던트 소외 황00 명의의 의사진료기록(차트)의 기재 중 원고에 대한 진단명의 일부가 흑색볼펜으로 가필되어 원래의 진단명을 식별할 수 없도록 변조되어 있다면서 이를 피고들의 과실을 추정하는 사유의 하나로 자료로 삼았음을 옳다고 판시하였다. 원고측은 피고측의 상대로 손해배상청구 하였다.

(나) 상고이유에 대한 판단

대법원은 최종적으로 피고측의 상고를 기각하였다. 상고이유에 대하여 대법원은 “의료분쟁에 있어서 의사측이 가지고 있는 진료기록 등의 기재가 사실인정이나 법적 판단을 함에 있어 중요한 역할을 차지하고 있는 점을 고려하여 볼 때, 의사측의 진료기록을 변조한 행위는, 그 변조이유에 대하여 상당하고도 합리적인 이유를 제시하지 못하는 한, 당사자간의 공평의 원칙 또는 신의칙에 어긋나는 입증방해행위에 해당한다 할 것이고, 법원으로서는 이를 하나의 자료로 하여 자유로운 심증에 따라 의사측에게 불리한 평가를 할 수 있다고 할 것이다”그런데 피고측의 원래의 진단명을 알 수 없도록 진료

394) 대법원, 1995. 3. 10. 선고 94다39567 판결.

기록부를 변조했고, 피고측이 그 변조이유에 대하여 상당하고도 합리적인 이유를 제시하지 못하고 있는 이 사건에 있어서, 이는 명백한 입증방해행위라 할 것이므로, 원심이 이를 피고 김 0 0의 수술과정상의 과오를 추정하는 하나의 자료로 삼았음을 옳고, 거기에 소론과 같은 입증방해행위에 관한 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다고 판시하여 이 부분에 대하여 상고이유를 배척하였다.

(2).의사측의진료기록부(차트)의 진료명을 가필하거나 변조된 전혀 제출되지 않은 사안[395]

(가) 사실관계

원고 甲은 두통 및 고열, 오한에 구토 증세로 응급실에서 제반 검사를 받고, 먼저 급성신우신염으로 진단하고 뇌막염도 의심스러워 그 진단에 필요한 뇌척수액검사를 시행하려고 하였으나 원고의 부모가 해당전문의와 상의한 후 검사받겠다고 하여 보류하였다. 입원 후 신장내과 전문의는 수액 및 영양을 공급하고, 확인된 신우신염을 치료하기 위한 항생제를 투여하면서 정기적인 회진을 통하여 치료경과를 관찰하던 주 원고가 지속적인 두통 미 고열을 호소하자, 입원 4일 후 경부강직 소견이 있어 뇌막염증상이 의심된다는 이유로 신경과 과장에게 진료를 의뢰하였고, 신경과 과장은 진찰결과 뇌막염증세가 확실하고 판단하여 원인규명을 위하여 척수액 검사의 필요성을 설명하고 척수액검사를 실시하였고, 검사결과 원고의 병명은 결핵성 뇌막염으로 판명되었다. 원고는 신경과로 전과되어 치료를 받았으며 2차로 척수검사를 실시한 이후 의식혼탁과 호흡장애를 보여 중환자실에서 치료를 받았으나 현재까지 하반신마비 및 배뇨장애 등 회복불능의 장애를 입었다. 척추자기공명촬영결과 척수염증과 지주막염의 병변으로 인하여 그 부위 이하로 가는 신경조직이 손상되어 하반신마비가 온 것임이 판명되었다. 이에 원고들은 피고측의 의료행위에 과실이 있다고 소송을 제기 하였다. 제1심 판결(서울지법 동부지원 1995.7. 6. 선고92가합17882)에서는 피고가 오진하였다고 볼 수 없을 뿐만 아니라 원고에 대한 뇌막염 확신시기가 입원일로부터 3일 정도 늦어진 사실

395) 대법원, 1999. 4. 13. 선고 98다9915 판결.

과 원고의 불구사이에는 상당인과관계가 있다고 할 수 없고, 피고들이 원고를 방치하였다고 볼 만한 증거도 없고 그 치료방법에고 과실이 없다고 판결하였고, 제2심판결(서울고등법원 1998. 1. 13. 95나30482 판결)에서도 피고들의 진단 및 치료 등 일련의 의료행위 과정에 있어서 일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실있는 행위가 있었다는 점에 관한 아무런 입증이 없으므로 사실상 의료상의 과실을 인정하지 않은 1심판결을 그대로 지지하였다.

(나) 사고이유에 대한 판단

상고이유에 대하여 대법원은 진료기록이 가필된 점을 참작 입증방해행위를 인정하면서도 의료행위에 있어서의 잘못을 원인으로한 불법방해행위이 성립하기 위하여서도 일반적인 경우와 마찬가지로, 의료사의 주의의무위반과 손해의 발생이 있고 그 사이에 인과관계가 있어야 하고, 의료행위의 특수성을 감안하더라도 먼저 환자측에서 일반인의 상식에 바탕을 두고 일련의 의료행위 과정에 의료상의 과실 있는 행위가 있었고 그 행위와 하반신마비의 결과 사이에 다른 원인이 개재되지 않았다는 점을 입증하여야 하는데, 이 사건의 경우 일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실 있는 행위가 있었다는 점에 관한 입증이 없으므로, 위에서 살핀 피고의 입증방해행위를 참작하더라도 "당사자 일방이 입증을 방해하는 행위를 하였더라도 법원으로서는 이를 하나의 자료로 삼아 자유로운 심증에 따라 방해자측에게 불리한 평가를 할 수 있음에 그칠 뿐 입증책임이 전환되거나 곧바로 상대방의 주장 사실이 입증된 것으로 보아야 하는 것은 아니다."의료상 과실을 추정할 수는 없다고 판시하여 이 부분의 상고이유를 배척 하였다.

이 사건에 있어서 진료기록부 가필행위가 있었지만, 원고 측이 일발인의 상식에 바탕을 두고 일련의 의료행위 과정에 의료상의 과실 있는 행위가 있었고 그 행위와 손해(하반신마비)의 발생 사이에 다른 원인이 개재되지 않았다는 점을 입증하지 못하였다는 점에서 법원이 진료기록부 가필행위를 방해자측에게 불리한 평가를 할 수 있음에 그칠 뿐 입증책임이 전환되거나 곧바로 상대방의 주장 사실이 증명된 것으로 보아야 하는 것은 아니라고 한 법원의 판단은 타당하다고 본다.

다. 우리나라 대법원 판례입장의 분석 · 평가

의사는 초진 환자에 대한 진찰 및 간단한 검사소견에 근거하여 의심되는 병의 상태를 설명하고, 대체적으로 이 시기에는 투약을 하면서 치료경과를 관찰하거나 보다 정밀한 검사를 권하기도 한다. 초진시에 확신을 가질 정도의 질환이며 진료기록부에 진단명을 기록하고 그 병명에 적절한 치료를 하게 된다. 그러나 초진시에 진단에 확신을 갖지 못할 경우 여러 가지 의심스러운 진단명을 진료기록부에 기록하고, 정밀검사 결과 또는 질병의 경과에 따라 진단명이 다르다고 판단될 경우, 전에 기록된 진료기록부의 진단명을 지우거나 가필 수정하는 것이 보통이며, 또한 환자의 상태가 고정된 경우에는 진료기록부의 경과일지에 고정된 내용을 적고 별다른 변화가 없으면 그 이후의 환자의 경과에 대한 기록을 경시하는 것이 일반적인 의료관행으로 이루어지고 있다. 따라서 무조건 진료기록이 없다거나, 진료기록부의 가필 및 수정 자체를 의사의 과실을 숨기기 위한 변조행위로 보는 것은 옳지 않다. 그러나 의사가 진료기록이 가필 또는 변조되거나 불제출이 있는 경우는 고의에 의한 적극적인 입증방해로 보아 입증책임의 전환이 있어야 하고, 당해 행위가 입증방해행위가 아니라는 점을 의사측에서 밝혀야 하고 그러한 입증을 하지 못한 경우는 의료과오에 대하여 의사측에 과실이 있는 것으로 추정하여야 할 것이다. 그리고 일본 신민사소송법은 입증방해의 효과를 규정한 제224조 제3항에 의하면, “다른 증거에 의하여서는 당해문서의 구체적인 내용 및 그 문서에 의하여 입증할 사실을 입증함이 현저히 곤란한 경우에는 그 사실에 관한 상대방의 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있다”고 규정하야 일정한 요건사실까지도 인정할 수 있도록 개정하고 있는 점을 참고로 할 수 있을 것이다.[396]

그리고 대법원 선고 94다39567 판결은 진료기록부에 있어서 상당한 합리적인 이유가 없는 가필 또는 변조행위를 입증해행위로 보고 있으나, 대법원 선고98다9915 판결은 진료기록이 가필된 점까지 감안하여 자유로운 심증에 따라 위와 같은 사실인정을 하였음에도 불구하고 원심의 조치가 정당하다고 대

396) 정무원, 진료기록변조와 의료소송, 법률신문, 1999. 1. 14, 2면.

법원은 판시하여, 진료기록에 가필이 있었던 것에 대하여 입증방해행위로 보고 있지 않다. 그런데 원심에서는 가필뿐 아니라 변조되고 심지어 3개월간의 진료기록부가 멸실된데 대하여 아무런 법적 판단을 하지 않은 것은 문제가 있다고 보여 진다. 전자 사건은 상기 조건을 만족하였고, 후자의 사건은 상기조건을 만족하지 않았다는 점에서 서로 상반된 판결이나 두 판결 모두 타당하다고 본다. 그리고 입증책임의 효과에 대하여는 입증책임의 전환론이나 입증책임의 전환과 유사하게 법원이 구체적인 사안을 고려하여 자유재량으로 입증책임자의 주장을 진실한 것, 즉, 상대방의 주장 사실이 증명된 것으로 보도록 하고 있는 자유재량설의 입장을 부인하고 자유심증설의 입장을 확고히 지지하고 있는 것으로 보인다. 우리나라 대법원판례가 이와 같이 계속하여 이러한 태도를 견지하고 있는 한 이에 반하여 요건사실의 입증과 직접관계가 있는 증명력이 높은 증거에 대한 고의, 과실에 의한 입증방해와 증명력이 그 보다 떨어지는 증거에 대한 고의에 의한 입증방해의 경우에는 제재의 강도가 높은 의제의 효과를 부여하고 그렇지 아니한 경우에는 법관의 자유심증에 따라 제재유무를 정하자는 입장[397]은 수용될 여지가 없어 보인다. 또한 자유심증설에 의하더라도 요건사실의 증명과 직접 관계되는 증거에 대한 입증방해와 증명력이 낮은 증거에 대한 입증방해의 경우의 심증하는 차이가 있게 마련이어서 굳이 앞에서 살핀 입장을 취하고 않아도 될 것으로 보인다. 우리 대법원 판례가 위에서 살핀 바와 같이 입증방해의 근거에 대하여 제재설을 취하지 않고 신의칙설을 확고히 취하고 있는 이상은 입증방해의 효과에 대하여 다른 증거관계를 두루 살펴 실체적인 진실에 부합하는 판단을 내릴 수 있는 자유심증설이 아니라, 다른 증거관계에 따라 일응 실체적인 진실과는 다르더라도 자유재량에 따라 의사의 과실을 의제하는 자유재량설을 취하기는 어려워 보인다. 결국 우리 판례가 입증방해의 효과에 대하여 자유심증설을 취하고 있는 결과로 다른 과실이 없는데 입증방해만으로 의사의 과실이 추정될 수는 없고, 입증방해는 결국 다른 과실과 더불어 의사의 과실에 대한 법관의 추정을 더 확실히 해주는 효과만 있다 할 것이다. 위에서 우리 판례가 입증방해를 인정한 사안들에 있어서 다른 과실이 있고, 입증방해가 없는

397) 손용근, 전게 논문, 200면.

경우에는 입증방해가 있다 하더라도 의사의 과실이나 인과관계를 추정하지 않은 것은 이 때문으로 분석된다. 그리고 입증방해행위에 대하여 입증방해론을 적용하고 문서제출명령을 확충함으로써 증거의 구조적 편재현상을 시정하여, 당사자에게 유용한 증거자료를 제시하고 입증자의 입증이 방해된 경우, 방해의 태양, 정도, 방해된 증거의 가치, 다른 증거의 유무 등을 고려하여 방해자에게 불이익을 줌으로써 당사자간의 권리분쟁을 처리하는 실질적인 당사자간의 평등을 실현하고, 환자의 입증책임의 완화에 큰 역할을 할 수 있을 것이다.

본인의 견해로서도 판례상 입증방해론의 이론적 근거들 중 입증방해에 대한 제재의 근거에 관하여는 신의칙위반설을 효과에 관하여서는 자유심증설을 취한다고 생각 한다.

5. 입증방해에 관한 효과

입증방해의 가능한 태도의 다양성은 도식적인 원인을 곤란하게 하고 있다. 그러나 입증방해행위를 입증책임의 전환으로 해결하려는 견해는 경과실과 고의에 의한 입증방해행위 사이에 차이를 둘 수 없기 때문에 너무 고정된 규률에 얽매여 있다고, 민사소송상 서증(재320조, 제321조)이나 당사자본인신문(제339조)의 경우에 있어서 상대방의 방해행위에 대한 제재로서 법원은 입증책임을 부담하는 당사자의 주장의 진실을 고려하여 이러한 행위를 자유로이 평가할 수 있기 때문에, 판결되어질 사안의 뉴앙스와 특수성을 고려하여 이에 알맞고 탄력성 있게 반응할 수 있는 가능성을 제고하여 주고 있는 자유로운 증거판단의 범주에서 해결하려는 견해가 보다 실제적이라고 하겠다.

그리하여 청구가 입증방해 없이도 이유 없었을 것이라는 진지한 가능성이 존재하는 경우에는 입증이 방해된 당사자는 그의 청구를 기각당하여야만 할 것이다. 그러나 자유로운 증거판단설을 주장하는 학자들은 입증방해의 비중이 개개의 사간에 있어 입증의 정도는 자유로운 증거판단에 의하여 자유재량으로 정하여질 것이 예상된다.[398] 그리고 여기에서도 입증의 정도의 재량은

398) Peters, a.a.O., S.200ff, 218.

입증방해로 인한 손해의 인과관계에 대한 증명에 있어서의 입증의 정도에 관련되지 아니하고, 상대방이 입증을 방해한 요건사실의 징표에 대한 증명에 있어서의 입증의 정도에 관련된다고 할 것이다.

그리고 우리나라의 판례는 입증방해행위에 대하여 규정하고 있는 민소법 제320조와 관련하여 대법원[399]은 문서제출명령에 의하여 당사자가 문서를 제출하지 아니하였다 하더라도 상대방의 주장을 진실한 것으로 인정하느냐의 여부는 법원의 자유로운 심증에 의하여 결정되는 것이므로 법원은 다른 사정이 있으면 거증자의 주장을 진실한 것으로 인정하지 아니할 수 도 있다고 판시하여 입증방해행위르 자유로운 증거판단의 범주에서 고려하여야 할 것이라는 입장을 견지하고 있다.

또한 입증방해에 대해서 소송상 부담을 어느 정도 가할 것인지에 대하여도 견해가 나뉘고 있다. 일반적으로 입증방해행위자에게 입증책임이 전환된다고 하는 입증책임전환설과 법관이 자유심증의 범위내에서 입증자의 주장의 진위를 자유롭게 평가하는 것이라는 자유심증설 및 법관의 자유재량으로 입증자의 주장을 진실한 것으로 의제할 수 있다는 자유재량설로 나뉘어져 있다고 볼 수 있다.

가. 입증책임전환설

입증을 방해한 경우에는 입증책임자의 입증책임이 상대방에게 전환되어 입증상대방은 그 증거에 관하여 주장하는 사실과 반대 사실을 입증하지 않으면 안된다는 입장이다. 예컨대 의사가 당초에 기록한 진료기록부의 기재를 훼손하였기 때문에 의사의 과실이 입증불가능하게 되었다면 그러한 입증방해행위로 인하여 이제는 의사가 과실이 존재하지 아니하였다는 것을 입증하지 아니하는 한 의사에게 과실이 있었다는 것으로 되는 것이다. 독일판례가 이 입장을 취하고 있다,[400] 또 입증을 방해한 경우에는 입증책임자의 입증책임이 전환되어 상대방이 그 증거에 관하여 반대사실을 증명하지 않으면 안된다는 입

399) 대법원, 1974. 10. 8. 선고 74다1153 판결.

400) RGZ , 29; 60, 147; 76, 297; BGH NJW 1951. 643; BGH VersR 1955, 344; BGH NJW 1972. 1131.

장이다. 예를 들어 가해자가 교통사고발생장소를 변경하여 피해자 측이 가해자의 과실을 증명하기 어렵게 만들었으면, 가해자 측이 무과실임을 입증하지 않으면 안된다는 것이다.[401] 그러나 이 설은 방해행위의 양상과 정도를 전혀 고려하지 않는 점에서 너무 융통성이 없고 경미한 방해행위에 대해서도 입증책임을 전환하므로 방해자에게 너무 가혹하다는 난점이 있다.

나. 자유심증설

입증책임자의 증명을 방해하였을 경우 독일 민사소송법 제444조의 규정을 유추하여 법관은 자유로운 심증으로 그 증거에 관하여 입증책임자가 주장하는 사실을 진실한 것으로 인정할 수 있다는 입장으로, 독일에서는 소수의 판례가 취하고 있는 입장으로 학설로는 다수설이다. 우리나라에서는 입증방해행위에 대하여 규정하고 있는 민사소송법 제320조, 제321조, 제331조, 제341조가 증거에 관한 상대방의 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있다고 하고 있고, 한편 입증방해에 대하여 입증책임의 전환을 인정하는 것은 탄력성 없으므로 자유심증설이 타당하다고 보는 견해이다.[402]

다. 자유재량설

입증방해의 효과로서 법원이 구체적인 사안을 고려하여 자유재량으로 입증책임자의 주장을 진실한 것으로 의제할 수 있다는 견해이다. 민사소송에 있어서 양 당사자는 소송전에도 증거방법의 보존 또는 증거방법의 제공을 명하는 소송상의 해명의무를 부담하고 사실해명의무를 저해하는 행위가 있는 경우에 이것에 대해 제재가 가하여지는 것인데 자유심증설에 따르면 법관의 자유로운 증거평가에 의하여 패소의 위험을 부담하는 당사자의 주장을 진실한 것으로 인정하고 그 주장이 허위라는 것의 해명을 상대방에게 위임하는 효과

---

401) 이시윤, 민사소송에 있어서 입증방해행위, 고시계, 국가고시학회, 1973. 4. 24면.

402) 이시윤, 전게논문, 26면; 김용담, 민사소송에 있어서의 입증방행, 사법행정처, 1984. 6. 50면.

를 가지게 되어 증거평가와 입증책임의 전환의 구별이 유동적인 것으로 되어 버리므로 입증방해가 있는 경우에 그 효과를 탄력적으로 인정할 필요가 있다는 입장이다. 즉, 입증책임전환이라고 하는 경직된 효과에 의해서 경미한 실수로 입증방해를 한 자에게 입증을 강요하는 것은 부당하므로 법원이 자유재량에 의하여 입증책임자의 주장을 진실한 것으로 의제하여야 한다는 것이다.

자유재량설은 상대방에 대한 제재를 법원의 자유에 맡기고 있는 점에서 자유심증설과 동일하지만 후자는 그 평가를 사실인정의 차원에게 고려하는 것이고 전자는 순수하게 제재라는 차원에서 행하는 점에 차이가 있다.

이 견해는 다만 자유재량을 무한대로 인정하는 것이 아니라 자유심증과의 관계에서 법원의 명백한 심증에 반하는 경우에는 입증방해의 효과를 인정해서는 안될 것이라고 한다. 법원 이미 입증책임자가 입증방해이론을 남용하려고 하는 경우 또는 극히 경미한 과실에 의한 입증방해에 있어서 입증책임자의 주장과 반대되는 사실이 어는 정도 소명된 경우에는 입증방해를 이유로 입증책임자의 주장을 전반적으로 받아들여서는 안된다고 한다.

우리나라에서도 일부 견해는 이를 지지하고 있다.[403]

라. 검토

입증방해행위에 대한 제재의 근거에 관하여 여러 학설로 나뉘어져 있는데 입증방해의 요건 및 효과에 견해 나뉘어져 있어서 이들의 통일적이고 체계적인 이해에 어려운 면이 있다.

입증책임전환설은 입증방해에 대한 명문규정(민사소송법 제349조, 제350조)이 입증책임전환을 인정하고 있지 않다는 점, 그 외에 입증방해의 경우 법관의 확신 없이 혹은 확신에 반하여서 증거법상의 결과를 이끌어내도록 함으로써 입증방해라는 사실관계의 정형성을 과대평가한 것이라는 점에서 타당하지 못하다. 또한 입증책임전환설을 인정하고 있는 독일의 판례도 입증책임이 전환에 이를 수 있는 입증경감을 인정함으로써[404] 입증책임 전환이라는 고정된

403) 강봉수, 의료과오소송에서의 입증경감, 법조, 1980. 6. 31면.

404) BGH NJW 1978, 2337.

규준에 따르는 것을 피하고 있다. 일반적으로 입증방해는 상대방이 유책적으로 행한 경우와 유책성이 없는 방해행위로 나누어 볼 수 있는데, 독일의 판례의 대부분은 여전히 유책적인 입증방해행위에 대해서만 입증책임전환을 인정하고 있다. 또한 입증방해의 경우에 소송상 불이익의 인정여부를 법관의 자유심증에 맡기는 자유심증설은 주장된 사실의 진위와 증거방법의 증거가치에 관한 판단에 있어서 법정증거주의에 의하지 않고, 논리의 법칙과 경험칙에 기초한 법관 자신의 자유로운 심증에 따라 판단하도록 되어 있으므로 이를 입증방해에도 관찰 하려는 것이다. 이 설은 증거에 의한 평가를 하여 사실을 인정하는데 있어서의 자유심증이란 관념과 입증방해에 대한 제재라는 관념은 서로 다른 것인데 이를 혼동하고 있다고 비판이 있지만,[405] 여러 가지 형태로 나타나는 입증방해에 대하여 신축성 있게 대처할 수 있다. 따라서 입증방해행위에 대한 소송상의 제재는 법원이 입증책임을 부담하는 당사자의 주장의 진실을 고려하여 이러한 입증방해행위를 자유로이 평가할 수 있는 자유심증주의에 의하여 증거평가시에 자유로이 평가할 수 있으므로 입증뱅해만이 결정적이라는 것은 거의 있을 수 없게 되고, 당사자의 변론의 전취지와 증거조사의 결과와 상대방의 입증방해행위를 한 사정과 유책에 대한 비난의 내용과 정도를 고려하여 법원의 재량에 의하여 평가할 수 있고, 판결되어질 사안의 구체적 특수성을 고려하여 이에 알맞고 탄력성 있게 반응할 수 있는 가능성을 제공하게 되므로 적절한 해결방법인 자유심증설이 타당하도 보겠다.

자유재량설에 대하여는 자유심증과의 관계에서 법원의 명백한 심증에 반하여 입증방해의 효과를 인정해서는 안 될 것이며 제재보다는 실체적 진실발견이 우선되어야 한다. 또한 공평의 원칙상 입증책임자가 입증방해이론을 남용하려고 하는 경우 또는 극히 경미한 과실에 의한 입증방해에까지 입증방해를 이유로 입증책임자의 주장을 전반적으로 받아들여서는 안된다.[406] 입증방해에 대한 제재의 근거로서 해명의무에서는 권리의 기초가 찾아질 수 없으며 입증방해행위에 대한 의제라고 해서 심증과 관계없이 진실이 의제를 할 수

405) 강봉수, 전게 논문, 31면.

406) Stümer, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, ZZP 132, 224ff.

없고 이러한 의제는 결과적으로 입증책임의 전환에 필적하는 것이므로 타당하지 않다는 비판이 있다.[407]

6. 의료소송에 있어서의 입증방해의 유형

입증방해행위 의료과오소송뿐만 아니라 다른 민사소송 등 어느 분야에나 있을 수 있다. 실정법에서 미리 예상하지 못한 입증방해행위는 얼마든지 있을 수 있지만, 입증방해의 예시규정이라 볼 수 있는 우리 민사소송법 제349조, 제350조만으로는 일부분의 입증방해행위를 다룰 수 있을 뿐이다. 이러한 다양한 형태의 입증방해행위를 유형화하는 것은 실정법에 규정되어 있는 경우에만 한정하여 입증방해를 인정할 것인가, 규정이 없는 다른 증거법방에 대하여도 입증방해이론을 적용할 수 있을 것인가 하는 범위를 결정하는데 중요한 의미를 갖는다. 우리 민사소송법에 규정되어 있는 몇 개의 개별규정을 근거로 하여 의료과오소송에 있어서의 입증방해이론이 어떻게 적용될 수 있을 것인지 입증방해행위를 유형에 따라 살펴보고자 한다.

가. 서증에 대한 입증방해행위

의료소송 과정에서는 의사의 과실을 입증하기 위하여 여러 가지 자료가 필요한데 의료법에서는 각종 자료의 기재의무를 부과하고 있어 의사로서는 이러한 자료들을 기재할 의무가 있어 반드시 이러한 자료를 기재하기는 하나 문제는 이러한 자료들을 의사들이 소지하고, 그 내용도 전문적인 것이어서 환자들로서는 그것을 쉽게 이해할 수 없다. 만일 의사들이 이와 같은 의료방사선촬영필름, 심전도기록, 수술기록, 임상기록 및 환자진료카드와 같은 서증들을 제출하지 않으면 감정인도, 법원도 의료과실에 대하여 판단할 수 없게 되기 때문에 의사의 과실을 인정하는 것은 불가능하게 된다.

결국 의사에 대한 손해배상청구의 실현은 정확하게 기록된 이러한 자료에 거의 전적으로 의존하고 있다고 할 수 있는데, 의사가 이러한 진료기록부를

407) Musielak-Stadler, Grundfragen des Beweisrechts, JuS 1980 S.741.

제출하지 않거나 정상적인 방법으로 작성하지 않고, 사후에 작성하거나 수정한 경우에는 앞에서 살핀 바와 같이 입증방해로 보아 통상의 소송에서 입증방해에 부과하는 것 이상의 증거법상 일정한 불이익이 부과될 수 있고, 독일 연방대법원은 이와 같이 진료기록을 나중에 작성, 보충하거나 변경한 경우에 환자의 주장이 입증된 것으로까지 인정하고 있다.[408]

그런데 의료소송에서의 서증에 있어서 가장 문제가 되는 것은 진료기록부 내지는 의무기록이고 이러한 진료기록부에 대한 입증방해 형태로 생각해 볼 수 있는 것은 진료기록부 내지는 의무기록의 사후 변경 내지는 조작 또는 진료기록부의 미제출 등이다. 진료기록부의 사후 변경 내지는 조작이 입증방해로서 인정되고 그 경우에는 자유심증에 따라 입증방해자에게 불이익이 가해질 수 있다는 것을 알 수 있다.

여기서는 서증에 관한 입증방해 가운데 진료기록부 문서로서의 성질을 가지는지, 환자가 의사에게 정확한 진료기록에 대한 권리를 주장할 수 있는지, 문서제출명령과 관련하여 소송에서의 어떤 관계에 있는지, 진료기록부의 미제출 즉 문서제출명령에의 불응과, 제출의무 있는 문서의 훼기, 진료기록부의 증명력은 어느 정도인 것인지가 문제가 되는 사항들을 살펴보기로 한다.

(1) 진료기록부의 문서로서의 성질

우리의 의료법 제21조는 제1항 "① 의료인은 각각 진료기록부, 조산기록부 또는 간호기록부를 비치하여 그 의료행위에 관한 사항과 소견을 상세히 기록하고 서명하여야 한다.② 제1항의 규정에 의한 진료기록부, 조산기록부 또는 간호기록부는 보건사회부령이 정하는 바에 의하여 이를 보존하여야 한다"라고 규정하여 의사에게 자신이 진찰한 환자에 대한 진료기록부 등을 비치 기록, 보존하여야할 의무가 있음을 부과시키고 있으며, 동 의료법시행규칙 제17조 1호에 의하면 환자의 인적 사항 및 주된 증상, 진단결과, 진료경과 및 예견, 치료내용 및 그 일시 등을 기록하도록 하고 있다. 현행법상 진료기록부 기재시기에 관한 명문의 규정은 없으나 진료기록부에 진료일시분을 기재하도록 되어 있다. 또한 진료기록부는 난해 하여서는 안된다. 의사가 바뀌어

408) BGH NJW 1963. 389.

도 환자의 상황을 손쉽게 알 수 있도록 기록하여야 기재의무를 다한 것이라고 할 수 있다.

진료기록부의 문서로서의 성질에 관하여, 진료기록부는 제3자에게 읽히기 위한 문서라기보다는 기재자인 의사의 개인적 메모로서의 문서라고 하는 본질을 가지고 있는(간호사등이 기재하는 간호일지 등의 보조록은 의사의 진료를 위한 자료로서 작성되는 것이므로 기재자의 메모임과 동시에 병원 내부에 있어서는 의사에 대한 보고문로서의 성질을 갖는다) 한편 감독청에 대한 보고문서로서 부수적 성질을 가지고 있다. 그렇다고 해서 진료기록부가 환자에게 보이기 위한 의미에서의 보고문서인 성질까지도 보유하고 있는 것은 아니므로 민사소송법 제344조에 해당하는 문서에 해당하지 않는다고 하는 견해가 있다.[409] 그러나 진료기록부가 단속법규인 의료법에 의하여 감독청에 제시할 의무(의료법 제49조)가 부과되고 있는 점에서 보면, 진료기록부를 단지 의사 또는 병원 내에서만 의미를 가지는 내부문서라고만 할 수는 없다. 또한 진료기록부가 환자에게 보이기 위한 의미에서의 보고문서인 성질까지도 보유 한다고 볼 수 없다고 하고 있으나, 행정청의 감독은 본래 적정한 의료의 확보를 위하여 행해지는 것이므로 환자의 이익을 떠나서 생각할 수는 없다. 이러한 목적에 비추어 본다면 감독청에 대한 보고문서로서 성질과 함께 환자에 대해서도 보고문서로서의 성질을 가진다고 할 수 있을 것이다.[410]

독일의 학설과 판례[411]는 의사가 적정하게 진료기록부를 작성할 의무를 환자에 대해서 부담한다고 하고 있다. 이후 정면으로 의사에게 환자에 대한 의사의 당연한 치료상의 의무로부터 적정한 진료기록작성의무가 있음을 인정하였다.[412]

(2). 의사의 진료기록부작성의무

---

409) 伊藤瑩子, “診療錄の義務上の取扱と法律上の取扱をめぐる(下)”, 判例タイムズ 302號, 1974. 41~51면.

410) 권광중, 의료소송의 절차상의 제문제, (의료사고에 관한 제문제), 재판자료 제27집, 1985. 363면.

411) BGH NJW 1978, 1681.

412) BGH NJW 1978, 2337.

의사에게 진료기록작성의무가 있는지에 대해서는 다툼이 있었다. 독일에서는 과거의 판례는 의사가 수술 및 마취기록, 임상경과기록, 그 밖의 환자에 대한 여러 가지 사항에 대해 사실적인 기록을 하는 것은 단지 치료내적인 의미를 가지는 것으로 정확한 기록에 대해 실체법적 청구권이 환자에게 인정되지 않는다고 하였다. 즉 의사는 환자에 대한 기록을 해도 되고, 하지 않아도 되는 의사의 치료내적인 비망록에 불과하다고 보았던 것이다.[413] 이러한 입장에 따라면 의사는 사정에 따라서 부정확한 기록을 하여도 전혀 의무위반이 아니며, 필요에 따라 의료과오의 입증을 자기 뜻대로 방해할 수 있게 된다. 이 견해[414] 진료기록부가 환자 측이 의료과오를 입증하는데 가장 중요한 입증자료라는 점에서 볼 때 환자에게 심히 부당한 일이기 때문에 환자에 대한 의사의 진료기록은 의사의 권리가 아니라 의무로 파악하게 되었고, 이를 행하지 않는 경우에는 의료과오소송에서 의사에게 입증책임전환으로 갈 수 있는 불이익을 줄 수 있다고 하고 있다.[415]

(3) 진료기록부의 문서제출명령

문서제출명령은 법원이 당사자의 신청에 의하여 문서제출의무가 있는 문서소지자에게 문서의 제출을 명하여 이에 따라 제출된 문서를 증거로 조사하는 것을 말한다.

의료과오소송에 있어서 의사가 작성한 진료기록부를 서증으로 제출(외국어로 기제 된 것은 그 역문도 첨부하여)하고, 제3자(앞서 진료한 의사 등)가 소지 하고 있는 진료기록부에 대하여는 당사자의 신청에 의하여 법원이 송부촉탁의 절차를 취하여 소지자가 이에 응하여 법원에 송부하고 이를 당사자가 서증으로서 제출하든가, 법원 의에서의 서증조상의 형식으로 증거자료로서 이용되는 경우가 많다.

문서제출명령은 문서의 소지자가 그 제출의무를 부담하고 있는 경우에 한하여 인정되는 것으로 실무상 문서제출명령의 신청이 가끔 행하여지는 경우가

413) BGH JZ 1963, 369; BGH VersR 1963, 168.

414) BGHZ 72 137.

415) BGH NJW 1978, 2337.

있으나, 그 소지인이 의사측인 경우는 그 대부분은 법원의 임의제출의 권고가 받아들여져 임의제출되든가 또는 열람되어 그 신청자체가 철회되는 경우가 흔히 있다.

원고의 요구가 있음에도 불구하고 피고 또는 제3자인 의사가 진료기록부의 임의제출을 하지 않거나, 송부촉탁에 응하지 아니하는 경우에 법원은 제출의무 있는 문서라고 하여 그 제출을 명할 수 있는가? 문서제출명령은 증거를 가지고 있는 주체로부터 문서를 강제로 현출시키는 제도이므로, 현행법상 문서제출명령제도는 의료과오소송에 있어서의 증거의 구조적 편재가 존재하는 상황을 생각하면, 당사자 간의 실질적 대등을 회복하는 하나의 수단으로서의 역할을 담당한다고 할 것이다.

(4) 진료기록의 증명력

적정한 진료를 위하여는 먼저 진료에 대한 기재내용이 정확해야 하고 그 기재된 것은 특별한 사정이 없는 한 그 기재의 사실이 존재한다는 것을 추정하는 추정력이 생기게 된다.[416] 따라서 기재 누락이 있는 경우에는 일반적으로 그러한 사정이 없었다는 추정을 유도하거나 의사의 부주의에 대한 정황증 거론 되는 경우도 있다.[417] 진료기록은 그 자체가 고도의 증명력을 갖기 때문에 정정이나 추가는 의사의 성실성의 결여로부터 진료행위 전제의 적정성에 영향을 미쳐서 과실을 긍정하는 요인이 될 수 있기 때문에 선의의 정정이었음을 설명 또는 해명해야 할 필요가 있게 되며, 오기가 있게 되는 경우에는 기재된 것과 같은 사실이 존재하지 않았다는 것이 되어 진료기록의 증명력을 부정하게 된다. 기록의 내용적 정당성 또는 완전성 및 기록작성의 시점에 관한 분쟁은 의사가 기록을 제출하지 않은 것과는 구별된다.[418] 의사가 소송상 문서제출의무가 존재함에도 불구하고 이러한 의무를 이행하지 않는 경우에는 민사소송법 제349조의 기본사상에 따라서 그에게 불이익을 부담시

416) 이영환, 의료소송에 있어서의 진료기록과 그 열람청구권에 관하여, 고시계, 1990. 6. 61면.

417) 東京地判, 1973. 3. 25. 判例時報 738號 39面. ; 名古屋地判, 1971. 3. 5. 判例時報, 623號 52面.

418) Baumgärtel, a.a.O.,S. 101.

킬 수 있기 때문이다. 진료기록의 증명력과 관련하여 문제될 수 있는 것은 분쟁이 발생한 후에 이를 분실하거나 멸실한 경우이다. 이러한 경우에는 의료관계자에 의한 은닉 또는 훼손의 의심을 받을 가능성이 있기 때문에 제출할 수 없는 합리적인 해명이 없는 경우에는 의사가 불이익을 부담하여야 한다.

(5) 진료기록부제출명령과 의사의 비밀유지의무

의사 또는 의사의 직에 있었던 자는 그 업무처리 중 지득한 환자의 비밀을 누설해서는 안된다(형법 제317조 제1항), 의사는 의료법 또는 다른 법령에서 특히 규정된 경우를 제외하고는 그 의료에 있어서 지득한 타인의 비밀을 누설하거나 발표하지 못하며(의료법 제19조), 환자에 관한 기록을 열람시키거나 그 기록의 내용탐지에 응하여서도 안된다(동법 제20조),

의사가 진료기록부를 법원에 제출하는 경우에 의사의 비밀준수의무와의 관계가 어떻게 되며, 나아가 법정에서 증언을 하는 경우 의사의 비밀준수의무는 어디까지 인정되는 것인지가 문제가 된다. 환자에 대해 부담하는 의사의 비밀준수의무는 의사와 환자사이의 특별한 관계에서 찾을 수 있다. 즉 의사와 환자사이의 신뢰관계를 기초로 하여 환자는 의사에게 모든 것을 털어 놓을 것이 요구되고 있기 때문이다. 이 같은 비밀준수의무는 환자의 개인적인 이익뿐만 아니라 의료처치라는 일반적인 이익과도 연결된다.[419] 일본의 판결은 문서제출의무는 법원의 심리에 협력할 공법상의 의무로서 기본적으로 증인의무, 증언의무와 동일한 성격을 갖는 것이라고 하면서[420] 문서제출명령에 대한 거절권을 인정하고 있다. 그러나 의사의 비밀준수의무는 절대적인 것은 아니다. 비밀준수의무는 환자의 이익보다 우세한 공익의 요청이 있는 경우에는 법률의 규정에 의하여 이를 위반하여도 문제되지 않을 수 있다. 예컨대 전염병에 대한 대책이나 환자를 통한 질병의 전파를 피하기 위해 의사에게 특정질병에 대해서는 당해관청에 고질할 것을 요구하고 있다(전염병예방법 제4조 내지 6조, 후천성면역결핍증예방법 제5조),

---

419) Laufs, a.a.O., S. 238.

420) 東京高裁, 1977. 7. 1. 決定.

나. 검증물에 대한 입증방해행위

검증에 있어서 의사의 입증방해가 되는 경우에 의사에게 입증과 관련한 어떤 부담을 가하고 환자측에 입증과 관련한 어떤 이익을 부여하여야 하는 것은 입증방해론의 일반원리에 비추어 지극히 타당하다. 이러한 의사가 검증의 목적물을 대한 제거함으로써 입증을 방해할 수 있다. 예컨대 수술부위에 면구(Tupfer)를 잔류시킨 의사가 소송제기 전에 재수술로 면구를 제거시킨 사안에서, 의사는 환자가 장차 손해배상을 청구하는 경우에 면구의 크기가 문제된 것을 예견하고 이를 보관할 의무가 있음에도 이를 위반하였으므로 면구 크기의 불명확성은 의사의 불이익으로 되어야 한다고 함으로써 의사의 입증방해를 인정한 판례[421]에 대하여, 의사에게 면구를 보관해야 할 의무가 없음을 이유로 판결을 비난하고 있는 견해[422]가 있다. 당사자는 사실 관계의 해명을 위해 서로 협력할 소송상 의무를 부담함으로 의사는 면구를 보관할 의무가 있다고 할 것이다.

다. 감정에 대한 입증방해행위

피고인 의사의 영상학적 검사결과(X-Ray, CT, MRI사진 등)의 제출을 거부하거나 이를 작성하지 않은 경우뿐만 아니라 영상학적 검사결과를 분실한 경우에도 입증방해를 인정할 수 있을 것이다.

독일에서는 다음과 같은 경우에는 감정에 대한 입증방해행위를 인정하고 있는데, 우리의 경우에도 다음과 같은 경우에는 입증방해행위를 인정할 수 있을 것이다.[423]

① X-선조사후, 조사기간, 결과에 관한 기록을 자세하게 하지 않아 X-선 화상에 대한 의사의 과실판단을 불능케 한 경우(RG Warn. 1936 Nr. 169.; RGZ 171, 168).[424]

---

421) BGH VersR 1955, 344.

422) Gaupp, a,a,O., S. 58.

423) 유재선, 전게 논문, 459면. (1~4 판례) 재인용.

② 원고로부터 제출된 감정서가 그의 진실에 맞지 않는 진술에 근거하고 있다는 피고의 주장이 정당한지의 여부에 관하여 의학적인 감정인으로부터 진료되어지는 것을 원고가 거절한 경우(BGH VersR 1955. 768).
③ 감정인이 토지에 출입하여 토지감정을 행하는 것을 방해한 경우(RG Recht 1923 Nr. 501) 등의 독일 판례가 있다.

라. 증인에 대한 입증방해행위

사고의 유일한 목격증인과 같이 사실관계의 해명에 관건을 쥐고 있는 중요한 증인의 소재를 상대방만이 알고 있으면서 이를 숨기는 등 거증자의 증거신청을 방해하는 경우와 거증자가 신청한 증인을 상대방이 증언하지 못하도록 폭행, 협박 또는 사술을 쓰는 경우 등에는 증인에 대한 입증방해가 성립한다고 할 것이다.

제5장 입증책임의 전환론

제1절 서설

앞에서 살펴본 입증책임경감이론의 입증에서 더 나아가 입증책임의 완화만으로는 의료소송의 특성상 환자의 권리를 보호하기가 부족하다며, 의료소송의 경우에는 입증책임분배의 일반원칙을 특수한 경우에 예외적으로 수정하여 입증책임을 상대방인 의사측에게 완전히 전환시켜 버리자는 입장이 있는데 이것이 입증책임전환론이다. 하지만 주요한 입증책임의 대상은 주로 귀책사유인 고의와 과실 또는 인과관계인데, 이러한 입증책임전환론이 주장되는 독일에서도 귀책사유인 고의와 과실 및 인과관계 양자 모두에 대하여 입증책임을 전환하자는 견해는 아직까지 없다. 그것은 귀책사유 및 인과관계 양자의 입증책임을 모두 전환시켜 버리면 너무 일방적으로 환자에게 유리하게 되고

424) 강봉수, 전게 논문, 326면.

의사에게는 일방적으로 불리하게 되어 당초 환자와 의사의 입증책임의 공평을 꾀하기 위해 입증책임전환론이 제기된 근본사상에 반하기 때문이다. 하지만 입증책임전환의 대상에 대하여는 과실과 인과관계 양자가 논의되고 있는데, 과실에 대한 입증책임전환은 채무불이행책임으로 손해배상청구를 구성할 때에만 논의되고 있고, 인과관계에 대한 입증책임전환은 불법행위책임구성 및 채무불이행책임구성 양자 모두에게 논의되고 있다. 이러한 입증책임전환론은 주로 독일에서 논의되고 있는데, 우리나라의 경우에는 아직 논의가 미미한 실정이다. 그러나 법률요건분류설이 지배하고 있는 현재의 소송현실상 전면적인 입증책임의 전환은 그 도입에는 상당한 문제점이 있다고 보인다.

귀책사유에 관한 입증책임전환론 보면 불법행위 귀책사유에 있어서 불완전이행이 주로 문제가 되고 있는데, 우리 민법 제390조는 「채무자가 채무 내용에 좇아 이행을 하지 아니할 때에는, 채권자는 손해배상을 청구할 수 있다. 그러나 채무자의 고의나 과실 없이 이행할 수 없게 된 때에는 그러하지 아니 한다」라고 채무자의 무과실을 면책사유로서 단서의 형식으로 규정하고 있어 채무자에게 귀책사유의 부존재에 관한 입증하도록 규율함으로써 귀책사유에 대한 입증책임을 전환시키고 있다. 또한 독일 민법 제282조 및 제285조에서 채무자가 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때에는 채무자는 손해배상을 청구할 수 있다고 하여 귀책사유의 입증책임을 채무자에 부담시키고 있는데, 이러한 이행불능과 이행지체의 경우의 입증책임을 채무자인 의사에게 부담시킬 수 있는 규정을 이러한 규정이 없는 의료소송에서 주로 문제되는 불완전이행의 경우에도 유추적용하여 일반적인 입증책임원칙에 반하여 입증책임을 전환할 수 있는가에 대하여 독일에서 논의되고 있다.

최근 국회에서는 의료소송은 증거가 의사 측에 편중되어 있고, 의료행위는 일반인의 입장에서 의사의 과실 여부, 인과관계에 대한 입증을 한다는 것이 매우 어렵다는 점을 감안하여 그 입증책임을 전환하여 민법상의 계약행위, 불법행위로 인한 손해배상에 대한 과실책임주의, 민사소송법상의 원고의 입증원칙에 대한 특례를 입법화하려고 한다.[425]

---

425) 제259회 임시국회에서 2006년 4월 21일 보건복지위원회에 상정된 "의료사고 예방 및 피해구제에 관한 법률안" 제4조 제1항에서 "보건의료개설자가 당해 보건의료기관의 보건

먼저 독일에서의 입증책임전환론의 대한 논의와 우리나라에서의 입증책임전환에 대한 논의에 대한 것을 살펴보고, 입증책임전환의 관하여 독일의 판례와 학설 그리고 우리나라의 경우를 검토해보기로 한다.

제2절 입증책임전환론의 법리

독일 판례는 약 1940년전부터 의료과오소송에 있어서 일정한 경우에 인과관계에 관한 입증책임을 의사측에게 부담시키는 이론을 전개하여 왔다. 이에 관한 최초의 판례로 알려지고 있는 1940년대의 라이히법원(RG)판결[426]을 보면, 의사가 치료하던 환자로부터 이상이 생겼다는 연락을 받고도 즉시 왕진하지 아니하고 환자에게 힘든 보행연습만을 지시한 결과 병세가 더욱 악화된 사안에 대하여, 의사가 잘못된 치료행위를 통하여 의식적으로 또는 경솔하게 무관심함으로써 환자를 위험에 처하게 한 경우에는 잘못된 치료행위와 손해사이에 인과관계가 없음을 의사가 입증하여야 한다는 입증책임의 전환을 인정하였다. 그 후 독일연방대법원도 독일제국법원의 판례를 그대로 받아들였는데 다만 입증책임전환의 요건에 관하여는 표현상 약간의 변동이 있었다. 이와 같이 초기의 독일연방대법원(BGH) 판례에서는 "고의 또는 경솔로 인한 위험"[427] 또는 "중대하게 경솔하고 유책한 치료상 과실"[428]등을 입증책임전환의 전제조건으로 실시하였으나 1960년대 이후부터는 "경솔한 행동 또는 중대한 치료사과오를 유책하게 범한 것 [429] 이라는 표현을 사용하였고, 그 이후의 독일연방대법원(BGH)는 1967년 판결에서는 의사가 책임 있는 사유로 중대한 처치과오를 범하였고 그 처치과오가 발생할 경우 의사는 독일연방대법원(BGH)의 일관된 판례에 따라 인과관계 진행의 불완전한 해명성에 대한

의료인이 의료기술을 행사하는 과정에서 발생한 의료사고에 대하여 원칙적으로 만사상의 책임을 지도록" 한다는 입증책임을 의사에게 전환시키자는 법률안이 추진되고 있다.

426) RG Warn. 1941, Nr, 14(1940. 6. 21. 판결).

427) BGH, VersR 58, 849.

428) BGH LM Nr.25 zu §286(c)ZPO

429) BGH VersR 62, 528.

위험을 부담한다. 의사가 일반의료 기술원칙에 대한 중대한 침해를 함으로 인하여 적절한 의료처치의 경우, 어떠한 상태로 되었을까 하는 것이 해명될 수 없는 상태로 나타난 경우 의사는 이를 거의 해명할 수 없는 환자보다는 더 접근하여 있기 때문에 입증위험의 부담을 않게 되는 것이라고 하여 고의 또는 경솔이라는 주관적인 요건에서 중대한 처치과오라는 객관적 요건으로 그 관점을 전환하였다.[430] 그러나 최근 독일 법원은 종래의 엄격한 입증책임 전환이론을 다소 완화하는 듯한 태도를 보여주고 있다. 즉, 의사가 중과실을 범한 경우라도 당해사건의 구체적인 상황에 비추어 입증책임을 전환시킬 필요가 있는지 아니면 다른 입증경감수단을 통하여서도 환자의 목적을 달성할 수 있는지 따져 볼 것을 요구하고 있는 판례가 나오고 있는 것이다.[431] 여기서 입증책임전환에 이르는 정도로 입증경감이 가능하다는 것의 의미가 무엇인지는 명백하지 아니하나 연방대법원은 적어도 입증책임전환이라는 예외적 원리를 최후의 수단으로 보며, 그에 앞서 다른 방법에 의한 입증경감을 우선 검토하여 보는 것이 합당하다는 태도를 보인 것이라 해석할 수 있다.[432] 이러한 판례는 중대한 치료과오에만 한정하지 말고 환자의 입증부담을 경감시키기 위한 새로운 시도로 입증도의 인하를 시도하고 있는 방법으로 여겨진다. 이와 같이 판례가 입증책임의 전환에 이를 수 있는 입증경감을 인정하고 있는 것에 대하여 지나치게 유연성을 강조함으로써 법적 안정성을 해치고 있다는 비판을 받고 있다.[433]

---

430) BGH NJW 1967. 1508면; BGH NJW 1974, 1424.

431) BGH NJW 1978. p 2337; B호 NJW 1981, p 2513.

432) Dietmar Franzki, Die Beweisregeln im Arzthaftungsprozess, 62.

433) Giesen, Wanalungen des Arzthaftungsrecht, 2. Aufl., 1984. S. 95. 판례가 치료상의 중대한 과오와 그렇지 않은 과오들 구별하여 전자만을 인과관계의 입증책임전환의 요건으로 취하고 있는데 그와 같이 구별하는 뚜렷한 이유가 없고 의사가 증거에 보다 가까이 있다는 것에 의하여 실체법상의 책임여건을 수정하여 입증책임의 전환을 인정하는 것은 지나친 것으로서 독일 법률 어디에도 그에 관한 근거가 될만 한 조항을 찾을 볼 수 없으므로 판례의 태도는 않다는 지적이 있다(Prölss, ZZP82, 468(Urteilsanmerkung).

1. 입증책임 전환의 요건

의료과오소송에서 인과관계에 대한 입증책임이 전환되면, 의사가 진료상의 과실이 없었음을 입증하여야하므로 인과관계에 관한 입증책임이 전환되어 표현증명[434]보다 더 강하게 환자 측의 입증이 감경된다.[435] 따라서 입증책임이 전환된 경우, 의사는 자기의 치료가 적절한 것이었더라도 손해발생은 방지되지 못했을 것이라는 점에 대한 입증을 하기가 사실상 어려우므로 의사가 패소할 가능성이 높아지기 때문에 환자의 보호가 이루어지게 된다. 이와 같은 입증책임의 전환은 법률에서 직접적으로 규정하고 있지 않으므로 법적으로 입증책임분배를 규정하고 있는 특별규정에 근거를 둔 해석 또는 유추를 통하여 해결하고 있다. 인과관계에 관하여 입증책임의 전환을 인정하는 독일의 판례는 모든 경우에 입증책임의 전환을 인정하는 것이 아니고 일정한 요건을 갖추고 있는 경우에 한정하여 이를 인정하는데 그 요건을 보면 다음과 같다.

가. 중대한 치료과오의 존재

의료과오의 인과관계에 대한 입증책임이 전환되기 위해서는 의사에게 중대한 치료과오가 있다는 것이 확정되어야 한다. 독일의 판례는 의사가 분명히 또는 심한 정도로 통상 인정된 의료법칙을 침해한 경우, 의사가 일반적으로 알려지고 통상적인 예방작업이나 근본적인 행위규범을 위배한 경우 또는 의사로서의 주의의무를 아주 현저히 해태한 경우에 중과실을 인정하고 있다. 중과실인지 여부를 확정함에 있어서는 치료과오시의 의료수준에 따른다. 즉

---

434) 입증책임을 부담하는 자가 요증사실(직접사실)의 증명에 갈음하여 간접사실(증빙)을 증명한 경우 경험칙에 의거하여 그 간접사실로부터 요증사실을 추인하는 것으로서 일응의 증명(prima facie Beweis, Anscheinsbeweis, Beweis des ersten Anscheins)이라고도 한다. E Detsch, Arztrecht und Arzneimittdlrecht, Sprieger-Verlag, 1983, S.105~106

435) 표현증명이론은 전형적인 사건진행과정에서 어느 사실을 입증된 것으로 보는 입증평가의 영역에서 기능 하는 반면, 입증책임전환론은 어느 사실이 증명되지 아니한 경우 누가 그 불이익을 부담하여야 하는가의 문제를 결정하는 기능을 하고 있다. 박일환, 의사의 진료과실과 의사책임소송에서의 입증책임(Die Arztlicher Behandlunsfehler und die Beweilast im Arzthaftproze): 독일에서의 학설 · 판례를 중심으로, 재판자료, 제24집, 1984. 12. 148면.

의사가 치료시점에서의 의료 수준에 의하면 의문이 없는 것으로 보여진 치료방법을 선택하고 있는 경우에는 비록 후에 의학의 진보에 의하여 당시 사용하였던 방법이 다른 평가를 받게 되어도 의사를 비난 할 수 없다. 의사의 중대한 치료과오가 있는 경우에 중대한 치료과오의 존재에 대해서는 환자측이 입증하여야 하고 피고인 의사는 손해의 결과가 과오에 기인한 것이 아니라는 것을 입증하여야 한다.[436] 그런데, 예를 들어 맹장수술을 받은 환자의 혈압이 급격히 하락하였는데 이것이 수술부위의 내출혈 때문이라는 것을 인지하지 못하여 이미 때가 늦은 상태에서 재수술에 착수한 경우에 의사는 재차의 수술이 적시에 이루어졌어도 죽었을 것이라는 점을 입증하여야 인과관계가 부정되어 책임을 면하게 되는 것이다. 그러나 이와 같이 사실을 입증하는 것은 실제로 거의 불가능하다. 독일연방대법원은 의사의 처치가 분명히 또는 심한 정도로 통상 인정된 의료법칙을 침해한 경우와 의사의 주의의무를 해태할 경우 중과실을 인정하고 있다.

독일 판례에서는 중대한 치료과오에 대한 입증책임의 전환이론은 '전부 아니면 전무' (Alles oder Nichts; all or nothing)에 귀착되는 결과를 가져온다.[437] 즉 중대한 치료과오라고 인정되면 인과관계에 관한 입증책임은 전환되고 환자는 통상 승소하게 되는 반면에, 의사의 과오행위가 중대하지 않은 것으로 평가되는 경우에 환자는 입증책임을 부담하고 그러한 경우에 환자가 표현증명에 성공하지 못하는 한 환자는 패소하게 된다.[438] 이러한 결과는 의료과오소송이 처음부터 중대한 과오가 존재하는지의 여부를 둘러싸고 치열한 공방이 진행되게 한다. 독일 연방대법원은 의료과오의 중대한 여부를 판단함에 있어 그 과오가 손해의 크기에 어떠한 영향을 미쳤는지와 관련이 없다는 태도를 취하고 있다.[439] 즉 중대한 치료과오에 관한 판례는 불법한 행태의 존부 및 정도에 의거하고 있으며 그 결과의 경중에는 의거하고 있지 않다.

독일 연방대법원은 여기서 중과실의 경우에 입증책임을 전환한다는 엄격한 기준을 포기하였으나, 환자를 입증의 곤궁으로부터 보호한다는 입장이 변화

436) RGZ 171, 171; BGH NJW 1956, 1835; BGH VersR 1965, 91.

437) Franzki, a, a, O, S. 65ff.

438) 손용근, 전게 논문, 150면~151면.

439) BGH NJW 1986, 1540.

된 것은 아니다. 오히려 중대한 처치과오가 있는 경우에도 가장 강력한 무기인 입증책임의 전환이 구체적 사안에서 필요한 것인지 또는 다른 입증의 경감을 통하여 이루고자 하는 목표에 도달할 수 있는지 여부는 사실심 법관에 결정되어 진다는 것이다. 즉 입증책임의 전환은 특별한 원칙으로 최후의 무기로 동원되어져야 하는 것이다.[440]

나. 치료과오가 손해를 야기하는데 적합할 것

입증책임을 전환시키는 또 하나의 요건은 그 치료과오가 실제로 발생한 손해를 야기하기에 적합한 성격을 가지고 있어야 한다.[441] 그런데 당해 치료과오가 건강침해를 야기하는데 적합한가를 판단함에 있어서는 고도의 개연성이 요구되지는 않지만, 다만 치료과오가 이미 발생한 것과 같은 종류의 손해를 야기할 수 있을 것이라는 가능성만으로 충분하다. 예를 들어 미숙아의 산소공급의 경우 산소부분압을 측정하지 아니한 것은 잘못된 과잉의 산소공급을 야기하기에 적합하고, 성숙되지 아니한 신생아에 대한 산소의 과잉공급은 후수정체섬유증식증에 대한 틀림없는 원인- 즉 산소과잉공급은 늘 그러한 증상을 초래하고 산소과잉공급 없이는 그러한 증상이 초래되지 아니한다는 의미에서의-이 되는 것은 아니지만, 후수정체섬유증시증 발생의 가능성을 높여주는 것은 틀림없다. 왜냐하면 이와 같은 가능성은 너무 과도하거나 또는 장기간의 산소 공급에 따라 증가하기 때문에 산소공급은 아주 엄격하게 감독되어야 하는 것이다. 어느 구체적 상황 즉 중대한 치료과오가 구체적인 질병이 발생할 가능성을 높였다면 이러한 상황은 구제적 진행과정의 이론적 가능성을 나타낼 뿐만 아니라, 언제 어떠한 경로로 그 질병이 구체적 경우에 야기되었는지 확정될 필요도 없이 그 질병이 원인 내지는 공통원인으로써 고려되어지고 그러한 질병을 초래하는데 적합하다고 인정되는 것이다.[442] 많은 경우 중대한 의무해태는 그것이 의료처치 근본원칙에 위반된 것으로 인과관

---

440) Franki Die Beweisregeln im Arzthaftungsprozess, S.62.

441) BGH NJW 1978, 2337; BGH NJW 1981, 2513.

442) Kammergericht VersR. 1981, 681.; OCG Frankfurf VersR, 1979. 39.

계의 진행에 영향을 준 인접한 손해원인으로 바로 입증책임의 전환이 고려될 수 있다는 것을 뜻하지는 않는다. 왜냐하면 인접한 손해원인으로 보여지지 않는 처치의 해태도 경우에 따라서는 중대한 처치과오 못지않게 처치과정의 해명성을 어렵게 만들 수 있기 때문이다. 확정된 치료과오의 결과로서 어떤 건강침해가 있을 것인가에 관한 판단은 법관의 경험과 의학적 지식에 기초하여 행하게 된다. 의료수준에 비추어 치료과오가 이미 발생한 손해를 야기할 수밖에 없다고 하는 경우에는 당해 치료가 손해에 대한 적합한 원인으로 된다. 이 경우에 손해야기에 대한 일반적 적합성으로 충분하며 구체적 사건의 경과로부터 인과관계에 대한 의문이 있다고 해도 그 의문이 일반적 적합성을 동요시킬 수 없다. 이러한 의문은 단지 의사에게 부담된 인과관계 부존재의 입증이 되었는지 여부를 고려할 때에 참작할 여지가 있다.[443] 결국 입증책임 전환의 요건으로서 원인적격성은 우월적개연성에 의해서 확정하는 것이 아니라 치료과오의 결과유형론에 의해 발생한 손해가 그 치료과오에 의해서 야기되었다고 하는 점에 의하여 판단되어지게 되는 것이다.[444] 그러나 독일연방대법원[445]은 처치과오로 인하여 직접적으로 발생된 침해가 전형적인 사건진행과 부합하지 아니한 채 더 나아가 새로운 장애를 초래하였을지 모르는 경우에는 입증책임은 전환되지 않는다고 판시하여, 최초 및 제1차 손해사이의 경계를 확정하는 것이 어렵다는 것을 간과하지 않았다. 즉 의사책임소송에 내재하는 환자의 입증곤란의 조정이라는 규범목적에 의해 보호되지 아니하는 이면의 손해는 입증책임의 전환에 의해 파악될 수 없는 것이라고 분명히 밝히고 있다.

2. 입증책임의 전환의 근거

채무불이행 책임에 관하여 우리 민법은 개개의 구성요건을 열거하는 입법태도를 취하고 않고 제390조에서 포괄적 원칙을 제시함으로써 추상적으로 규

443) Baumgärtel/ Wittmann, Handbuch der Beweilast im Privatrecht, Bd Ⅰ, S. 613.

444) Giesen, Wandlungen des Arzthaftungsrecht, 2. Aufl., 1990. S, 95.

445) BGH NJW 1970, 123.

율하는 입법주의를 채택하고 있는 반면에, 현행 독일 민법은 이행지체와 이행불능의 두 개의 채무불이행유행에 대해서 각각의 요건 · 효과를 규정하는 개별구성요건의 열거주의를 취하고 있다.
진료채무의 불이행은 이행불능 또는 이행지체가 아니라 불완전이행인 것이 대부분인데 불완전이행에 대한 명시적 규정이 없는 독일 민법 제282조, 제285조를 불완전이행의 유추적용 할 수 있을 것인가 하는 문제가 생기게 되었다.

가. 판례상의 근거

의료과오소송에 있어서의 인과관계의 입증의 문제를 당사자 쌍방에게 공평하게 분배되도록 해결하여 보려는 노력의 하나로 제기된 것이 바로 입증책임의 전환이론이다.
즉 의사가 중대한 의료과오를 유책하게 범하고, 그 과오가 당해 사안에서 실제로 발생된 손해를 야기하는 데에 일반적으로 적당한 것일 때에는, 의사가 자기의 과실이 손해발생의 원인이 아니었음을 입증할 책임을 지게 된다는 것이다. 이는 독일의 판례가 전개 · 발전시켜 온 이론으로 인과관계에 관한 입증책임전환의 근거를 공정한 이익형량(gerechere Interessenabwägung) 또는 신의 성실의 원칙(Treu und Glauben)에서 구하기도 하나 대체로 공형사상(Billigkeitserwägungen)에서 그 기초를 구하고 있다. 의사가 일반적으로 승인된 의료법칙을 현저하게 위반한 경우에, 적정한 치료를 하였다면 환자의 건강상태가 어떻게 진전되었을 것인가에 관하여 명백히 밝힐 수 없는 상황을 야기시킨 데에 잘못이 있다는 것이다. 그러므로 의사는 환자보다도 입증위험을 부담함을 있어서 보다 가까이 있게 되므로 의사가 입증책임을 부담하는 것이 타당하다고 한다.[446] 이때 "보다 가까이"라는 용어가 사용되어 입증책임전환의 근거로 위험영역설을 채용하고 있다고 생각할 수 있으나,[447] 이설을 채용하고 있는 것은 아니라, 오히려 판례는 의사가 중대한 치료과오에

446) BGH NJW 1967, 1508.

447) Prölss, Beweislast im Sdhadensersatzprozeß, 1968, S.97.

대한 사실관계를 해명할 수 없는 상태를 초래하였다는 점에 입증책임전환의 실질적인 근거를 두고 있으므로 민법상의 손해배상법의 기초가 되고 있는 것과 동일한 맥락에서 의사의 중대한 과오에 입증책임의 전환의 근거를 찾고 있다. 그러므로 입증책임전환의 실질적 범위도 이 과실책임주의가 기준이 되는 것이다. 왜냐하면, 중대한 치료과오에 따른 결과로서 손해는 통상 의사가 그 손해를 예견할 수 있기 때문이다. 이와 같이 입증책임의 전환은 과실책임주의와 형평의 관념에서 지지되고 있다. 그리고 독일 판례는 불완전이행의 경우에 귀책사유에 관한 입증책임을 의사에게 전환시키고자 하는 독일민법 제282조, 제285조의 유추적용을 부정하여 불완전이행의 경우 귀책사유에 관한 입증책임을 전환하지 않고 있으며,[448] 위험영역설에 따라 입증책임을 분배하고 있다. 독일연방대법원 (BGH)의 판례에서 보면,[449] 판례가 이러한 입장을 취하는 기본적인 논거 내지 이유는 아무리 훌륭한 의사라도 기계와 같이 정밀하고 정확하게 움직일 수 없으며, 책임범위에 따라 입증책임의 분배가 이루어지기 때문에 손해의 원인이 채무자의 위험범위에서 초래되었을 경우 제282조에 따라 입증책임이 전환된다는 것이다. 이와 같은 견해의 근거로 채권자는 채무자만큼 채무자의 조직 및 위험범위에 대해 앞을 내다볼 수 없을뿐더러 채무자가 그와 같은 이행과정에 전형적으로 관련된 위험을 모두 제거하리라는 것을 믿는다는 점을 들고 있다. 손해배상사건의 경우 자신의 위험영역과 전문지식의 범위를 벗어난 사건의 진행과정에 대해 입증을 하는 것은 기대될 수 없다는 것이다. 독일연방대법원(BGH)는 분명하게 제282조의 유추적용은 소위 말하는 신뢰관계가 있는 경우에만 긍정하였다. 예컨대 수술시 사용한 기구불량(예컨대 마취시 호스 불량으로 산소공급이 되지 않은 경우)[450]또는 피부소독을 위해서 오염된 알콜을 사용하고 있는 경우[451] 등이 이에 해당한다. 판례가 이와 같이 기술도구상용에 있어서 흠결이 있는 경우에만 제282조를 유추적용하는 것은 의사가 실제로 발생한 사건 경과를 지배가능한 것이기 때문이라고 한다. 즉 의사 또는 병원 조직이 빈틈이 없고 적

448) BGB NJW 1980, 1333, BGD VersR,1967 , S.664.

449) BGHZ 8, 239, 241 ; 23, 288, 290.

450) BGH NJW 1978. 584.

451) BGH NJW 1978. 1683.

절하게 대응할 경우에는 이러한 결과는 발생하지 않기 때문이다.[452] 여기서 주의해야 할 것은 의사가 사용한 의료전문기구의 기능에 대해 그것이 결함이 없다고 하는 것까지 의사가 입증하여야 면책되는 것은 아니라는 것이다. 만일에 의사에게는 그 기구가 제대로 기능하지 않은 것이 그가 인식할 수 없는 조립상의 결함 때문이라고 하는 경우에는 기계제조자가 책임을 부담해야 하고 의사는 책임을 부담하지 않는다. 따라서 결함 있는 의료전문기구에 대한 의사의 책임은 증거법상으로도 제조자의 책임과 엄격히 구별하고 있다. 그러므로 의사에게 요구할 수 있는 주의의무는 의사가 의학의 지식수준에 합치하고, 전문가에 의하여 정기적으로 관리되어지고 있는 의료전문기구를 사용하였다는 것과 그 의사와 전문가가 기구의 조작에 관한 사용상 지시를 정확하게 알고 있으며 의료기구가 정상적으로 작동하고 있는지 여부를 검사하고 감독하는 것이라고 보며 이러한 정도의 객관적 주의의무를 위반하면 과실이 있는 것이 되는 것이다.[453]

나. 학설상의 근거

진료채무의 불완전이행이 있는 경우에 귀책사유의 입증책임을 의사에게 부담시키기 위하여 독일 민법 제282조, 제285조를 유추적용하여야 한다는 것이 독일 다수설의 태도이다.[454] 다수설은 독일 판례가 위험영역에 따라 입증책임을 분배하고 있는데 대하여 이행불이행이나 이행지체에 관한 규정들 속에는 이미 위험영역의 관념이 고려된 것이고, 결과에 있어서도 위 규정들을 준용한 경우와 판례가 행하고 있는 위험영역에 다른 입증책임분배의 경우 상호간에 아무런 차이가 없으므로 위험영역을 내세울 필요가 없이 위 규정을 적용해야 한다고 한다. 그러나 이에 반하여 독일 민법 제282조, 제285조의 유추적용을 부정하고 입증책임분배의 일반원칙을 그대로 적용해야 한다는 견해

452) Baumgärtel/ Laumann/ Srieder/ wittmann, Handbuch der Beweislast im Privatrecht, Bel, 1981, S.671f.

453) B호 NJW 1978. 584.

454) Raape, Die Bewislast bei positiver Vertragsverletzung, Zuleich ein Beitrag zur Uberlassung von gefahrdrohender Beschaffenheit, A체 141, 217ff.

가 있다.[455] 통상 의사는 치료 당시의 의료수준에 따른 적정한 치료를 행하는 것 외에는 환자에게 그 이상의 약속을 하는 것이 아니고 기대된 치유결과를 부담하는 것도 아니다. 의사의 약속을 하는 것이 아니고 기대된 치유결과를 보증하는 것도 아니다. 의사는 진료계약에 기초하여 치유라는 결과의무를 부담하는 것이 아니고 객관적으로 요구된 신중함을 가지고 의학적으로 승인된 적정한 치료를 행할 것을 법적으로 약속하고 있는 것이다. 이러한 의미에서 의사의 계약상 의무는 결과 관련적 급부의무가 문제되는 것이 아니라 행위관련적 급부의무가 문제된다. 이러한 의미에서 의사에 대한 계약책임의 영역에 있어서 입증책임분배는 위와 같은 급부의무에 관한 실체법상 기초 위에서 분배되어야 한다는 것이다.[456] 이 주장에 의하면 입증책임의 분배는 채무자에 의해서 떠맡게 된 급부위험의 표현에 다르지 않다고 한다. 따라서 채무자는 입증책임의 분배에 의해서 그가 부담하는 것을 넘어서는 급부위험을 부담해서는 안된다고 한다. 치유라는 결과는 의사의 급부위험의 외면적인 측면에 존재하는 것으로 치유의 결과가 어째서 발생하지 않았는지, 그 밖의 건강침해가 어떻게 해서 발생하였는지가 소송상 해명되지 않은 경우에 계약 고유의 급부위험에 따라 입증책임을 분배할 이상 거기에서 더 나아가 다시 의사에게 불이익하게 분배하는 것은 허용되지 않는다는 것이다.[457]

그리고 법률의 규정 없이 입증책임의 전환을 인정할 수 있는 근거에 대해서는 학자에 따라 차이가 다르게 전개되어 있다. 입증책임전환을 인정하는 학설상의 근거는 다음과 같다.

(1) 개연성 고려설과 공평한 손해분담에서 근거를 구하는 견해

Gaupp[458] 는 입증책임전환의 근거로 우선 개연성고려를 들고 있다. 독일민법 제891조는 등기의 추정력을 인정하여 등기권리자의 권리의 존부에 대한 입증책임을 면제하고 있는데 이러한 입증책임면제의 근거 중의 하나가 등기상태와 실제권리상태와의 일치에 대한 높은 개연성이 존재하고 있다는 것이

455) Stoll, Haftungsverlagagerung durch beweisrechtliche Mittel, AcP 176, 156ff.

456) Stoll, a.a. S. 156.

457) Stoll, a..a. S. 140ff.

458) Gaupp, Beweisfragen im Rahmen arztlicher Haftungsprozesse, pp 1969. S. 93~94.

고, 또 상속증서의 추정력에 관한 독일 민법 제2365조 및 점유계속추정에 관한 독일 민법 제938조는 모두 개연성을 근거로 하여 변칙적인 입증책임분배들 인정하고 있으며 안전사고방지규정 위반의 경우에 판례와 통설이 그 위반과 사고사이의 인과관계에 대해 특히 높은 개연성이 존재하기 때문에 입증책임을 전환하고 있다. 그러나 의학상의 원칙도 의학적 경험을 기초로 의료사고방지를 위하여 만들어진 것이므로 안전사고방지규정[459]과 유사하고다고 할 수 있다.[460] 즉 의사가 중대한 치료과오를 범하고 잘못된 치료에 의하여 환자에 손해가 발생한 경우에 의사의 잘못이 손해원인이라는 것에 대한 고도의 개연성이 존재한다고 할 수 있으며, 위와 같은 개연성고려에 근거하여 인과관계에 관한 입증책임의 전환을 인정할 수 있다는 것이다. 그러므로 위와 같은 개연성고려설에 의하면 환자의 피해가 의사의 과오에 의하여 발생한 것이어야 하고, 의사의 과오는 손해가 구체적으로 발생한 것처럼 이 같은 손해를 야기하는데 적합한 것이어야 한다.[461] 입증책임전환이 인정되기 위하여는 개연성 고려의 측면에서 보아 의료기술위반(Kunstfehler)은 물론 그 의료기술위반이 실제로 발생된 손해의 원인이 되기에 적합할 것이 요구되며, 다른 한편 공평한 손해배상의 측면에서 볼 때 의사의 단순한 과실만으로 입증책임전환을 인정하면 의사측에게 불공평하므로 중대한 과실까지 있을 것이 요구된다는 것이다. 또한 공평손해분담설에 견해에 의하면 의료과오소송에 있어서는 입증책임분배에 있어서 귀책사유에 대한 고려를 중요한 것으로 인정하고 있으므로 입증위험을 실체법과 관련하여 분배할 수 있다고 본다. 즉 진위불명의 사건에서 입증책임원칙에 따라서 판단한 결과 패소한 당사자의 권리는

---

459) 등기추정에 대한 독일 민법 제891조(Gesetziche Vermutung: 법률상의 추정), 점유추정에 대한 독일민법 제938조(Vermutung des Eigenbesitzes: 자주점유의 추정)는 개연성을 근거 로하여 변천적인 입증책임분배를 인정하고 있으면, 안전사고방지규정(Unfallverhütungsvor-schriften)위반 경우에 판례와 통설이 그 위반과 사고 사이의 인과관계에 대해 특히 높은 개연성이 존재하기 때문에 입증책임을 전환하고 있다

460) 개연성설은 첫째, 간접반증의 입증책임을 가중하여 법관의 경험칙의 적용범위를 확대하며, 둘째, 원고가 피해에 대한 가능성을 분명히 한 경우에는 피고 측에서 자기가 원인자가 될 수 없다는 사정을 간접반증하지 않는 한 인과관계는 긍정되며, 셋째, 원고가 피고에 의한 피해사실을 입증한 경우에는 피고 측에서 자기가 원인자가 될 수 없다는 사정을 간접반증하지 않는 한 인과관계는 긍정된다. 임치룡, “환경소소에서의 인과관계와 입증”, 재판자료, 제94집, 2002. 86~87면.

461) BGH VersR 1958, 849; BGH NJW 1068, 2293.

실현되지 못하게 되는 것과 같이 실체법과 입증책임의 문제는 밀접하게 관련이 되어 있고, 이러한 한도에서 권리와 권리실현은 불가분의 관계에 있기 때문에 입증책임분배원칙의 범위에 서도 그 규범이 권리발생적인 것인지, 권리장애 또는 권리멸각적인 것이지는 실체법상의 평가의 문제로 본다. 이것으로부터 일정한 사건형태에 있어서 그때 그때 문제가 되는 법률영역에서 입증책임을 면제할 수 있는 특수한 실체법적 기준에 따라서 입증책임을 분배할 수 있다는 것을 끌어낼 수 있다고 한다. 즉 입증책임분배의 원칙이 포기될 수 있을 것이며 책임법에 있어서 실체법상 손해의 결과를 부담시키는 것과 유사한 방법으로 입증위험을 부담시킬 수 있다고 한다. 따라서 공평한 손해분배라는 손해배상법상 원칙은 입증책임분배나 그 전환에서 고려될 수 있으며, 공평한 손해분담이라는 인정하는 근거로서 존재하게 된다. 그러므로 공평한 손해분담의 측면에서 보면 의사의 단순한 과실에 의해서 입증책임을 인정하는 것은 의사에게 불공평하기 때문에 중대한 과실이[462] 있을 것이 요구된다고 한다.

Gaupp는 의료과오소송에 있어서 인과관계에 관한 입증책임전환의 근거[463]로 개연성고려와 공평한 손해분담의 측면에서 구하였으며, 법률의 규정 없이 입증책임전환을 그 근거를 구하고 있다.[464] 그의 이론에 따르면 법원의 법형성기능[465]은 이러한 법형성이 없다면 법의 기본정신이 해를 입게 되는 상태 즉 법적 긴급상태(Rechtsnotstand)가 생기는 경우에만 가능한 것인데, 의사에게

---

462) 입증책임전환이 인정되기 위해서는 개연성고려의 측면으로써 의료기술위반((kunstfehler)과 그 의료기술위반이실제로 발생된 손해의 원인이 되기에 적합할 것이 요구되며, 다른 한편 공평한 손해분배의 측면에서 볼 때 의사의 단순한 과실만으로 입증책임전환을 인정하면 의사 측에게 불공평하므로 중대한 과실(객관적 의무위반과 주관적 비난가능성도 포함)까지 요구되는 것이다.

463) 판례의 법형성적 효력에 의해서 축적된 유형화된 판시내용은 입증완화를 위한 여러 모델들을 시도하고, 구체적이고 개별화된 사건에 직접 적응되어지고 있으므로, 우리나라에서도 위험책임영역에서 인과관계 추정에 관한 입법적 보완이 필요하다고 한다. 장재현, 유화신, “인과관계입증과 위험책임”, 경북대법학논고, 제17권 2001. 159면.

464) Gaupp, a.a, O., S. 75f.

465) 법원의 법형성기능은 만일 법형성이 없다면 법의 기본정신이 해를 입게 되는 상태 즉 법적 긴급상태(Rechtsnotstand)가 생기는 경우에만 가능한데, 의사에게 중대한 과실이 인정되는 의료소송에서는 인과관계의 입증에 관하여 법적 긴급상태가 발생하므로 일반적인 법질서와 가치에 내재된 원리에 법원이 법 형성이 가능하다는 것이다.

중대한 과실이 인정되는 의료소송에서는 인과관계의 입증에 관하여 위에서 본 법적 긴급상태가 발생하므로 일반적인 법질서와 가치에 내재된 원리에 따라 법원의 법형성이 가능하다는 것이다.

(2) 위험영역이론

Franzki는 입증책임전환의 근거로 Gaupp가 들고 있는 두 가지 근거에 추가하여 위험영역이론(Gefahrenbereichstheorie)을 들고 있다.[466] 위험영역이론은 이행지체 · 이행불능에서 귀책사유에 관한 입증책임을 채무자에게 부담시키는 내용의 독일 민법 제282조 제285조, BGB가 적극적 채권침해에도 적용되는가를 검토하는 과정에서 판례가 전개한 이론으로서 그 내용은 손해의 원인이 가해자의 지배영역내에 있는 경우는 그에 관하여 책임이 없음을 가해자가 입증해야 한다는 것이다. 이러한 위험영역설은 주로 앞에서 살핀 과실에 관하여 생긴 것인데, 일부 학자들은 이 설을 인과관계에 관하여도 뒤 이론이 적용되어야 한다고 주장하고 있으며 판례와 일부학설은 불법행위 특히 제조물책임에까지 그 적용범위를 확대하고 있다. 이러한 견해를 주장하는 입장에서는 의료과오에 있어서, 환자가 의사의 활동영역을 들여다보기 어렵기 때문에 증거곤궁상태에 있고, 의사는 손해에 보다 가까이 있어 손해발생의 원인에 대한 해명이 더 가능하며 또 의사가 자기에게 해명의무가 있음을 알게 되면 손해발생방지를 위하여 온 힘을 다 기울일 것이므로 예방적 목적을 실현할 수 있다는 점들을 들어 의료과실의 경우야 말로 위험영역이론의 적용에 적합한 경우라고 한다.[467]

(3) 기대가능성설

이 견해[468] 는 입증방해에 있어서와 마찬가지로 입증책임전환의 근거를 기대가능성이 있는지 여부로부터 구하고 있다. 즉, 어떠한 입증책임분배라면 입증을 기대하는 것이 가능한 것인가 하는 관점에서 그 근거를 구하고 있다.

---

466) Dietmar Franzki, Die Beweisregeln im Arzthaftungsprozess p 87.

467) Prölss, ZZP 82, 468(Urteilsanmerkung).

468) Blomeyer, Die Unkehr der Beweisrecht, 158, S.105f.

특히 의료과오소송에 있어서는 그 특성으로 인하여 표현증명을 이용하는 경우에도 반증에 의하여 쉽게 동요될 수 있기 때문에 입증책임의 전환을 인정해야 한다고 한다. 의료과오소송에 있어서는 치료과실이 입증된 경우에도 여기서 발생한 손해는 증상에 따라 적절한 치료가 행하여 졌어도 가능한 것이고 또한 성공의 가망이 없어도 수술을 하지 않으면 안된다고 하는 경우도 존재한다. 그러므로 치료과실의 입증만으로 손해의 인과관계까지 추정할 수는 없는 것이며 표현증명을 이용함으로써 통상 환자는 반증이 용이하게 이루어질 수 있는 것의 불이익을 감수해야만 하는 것이 된다. 그러나 의사가 고의 또는 경솔하여 환자를 위험상태에 빠뜨려서 손해가 발생한 경우에 인과관계의 존재에 대한 증명을 환자에게 강요해서는 안되고 의사에게 자신이 행한 중대한 과실의 책임을 부담시키는 것이 타당하다고 한다. 다만 입증책임을 전환하는 경우에도 그 요건을 완화하여 입증책임이 의사에게 불이익을 이전시키는 위험을 경계해야 한다고 하고, 따라서 이러한 위험을 회피하기 위해서 의사에게 중대한 과실이 있는 경우에 국한하여 입증책임을 전환해야 한다고 보고 있다.

(4) 규범목적설

이 견해[469]는 입증책임전환의 근거를 규범목적을 활용하여 구하고자 하는 입장으로 침해된 행위의무의 목적이 특정의 신체적 위험에 대한 보호뿐만 아니라 이와 적절하게 연관된 입증의 곤궁에 대한 회피하려는 것에 있는 이상 이 규범목적은 입증책임의 전환을 요구하고 있는 것이라고 한다. 쉽게 말하자면 법규의 목적 때문에 입증책임의 전환이 가능하다는 것으로 규범의 목적(Normzweck)이 입증책임의 전환을 결정하는 것이고 의무위반의 경중은 아무런 관련이 없다고 한다. 이 견해에 의하면 독일의 민법 제823조 제2항에 있어서 보호법규위반의 경우에 그때 그때 피고는 그의 위반행위가 손해의 원인이 아니라는 것을 입증하여야 하는 것이 되어 입증책임이 피고에게 전환된다.

469) Stoll, Die Beweislastverteilung bei positiven Vertragsveletzungen, Festschriftfür von Hippel, 1967, S. 558~559.

(5) 가설적 인과관계설

Hanau에[470] 의하면 의료소송의 경우 판례는 작위와 결과 사이의 실제적 인과관계의 입증을 다루는 것이 아니라 대개의 경우 의무에 위배된 부작위의 인과관계 즉, 지시된 행동에 따를 경우의 가설적 사건진행이 중요한 것이라고 한다. 그에 의하면 의료사고는 의무위반의 작위와 결과 사이의 실제적인 인과관계는 확정되었으나 그 결과가 지시된 다른 작위를 한 경우에는 배제될 수가 있었는지 여부가 의심스러운 경우와 흡사하다. 이와 같은 경우에는 가해자가 서설적인 예비적 원인(hypothetische Reserveursache)에 대한 입증책임을 부담한다는 원칙에 착안하여 Hanau는 이와 같은 원칙을 내리고 있다. 따라서 의무위배의 부작위에 대한 인과관계가 문제되는 한 가설적 인과관계의 입증에 적용되는 원칙에 따라 입증책임이 의사에게 전환된다고 한다. 그와 동시 Hanau는 입증책임의 전제조건오로서 중대한 처치과오를 확정하는데 반대하고 있다. 이 설을 입증책임전환반대설로 분류하는 견해[471]도 있으나 이 견해는 어디까지나 판례가 취하고 있는 입증책임전환의 근거나 전제조건에 반대하는 것으로 이 견해도 부작위에 대한 인과관계의 경우에는 입증책임이 의사에게 전환된다고 보는 점에서는 입증책임전환설의 입장이되 다만 판례에 대해서는 비판적인 입장에 서 있을 뿐이다.

(6) 입증책임전환의 근거에 관한 비판

입증책임의 전환을 근거에 관하여 위에서 지적한 바와 같이 여러 가지 견해를 검토하였다. 이들 견해에 대해서 비판을 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 우선 독일 판례가 중대한 치료과오가 있는 경우에 의사가 증거에 보다 가까이 있다는 논거 아래 입증책임을 전환하고 있는데 대하여서는 다음과 같이 비판을 하고 있다. 판례가 치료상의 중대한 과오와 그렇지 않은 과오를 구별하여 전자만을 인과관계의 입증책임전환의 요건으로 취하고 있는데, 그와 같이 구별하는 뚜렷한 이유가 없고 의사가 증거에 보다 가까이 있다는 것에 의하여 실체법상의 책임요건을 수정하여 입증책임의 전환을 인정하는 것

470) Hanau, NJW, 1968. p 229 ; Die Beweisregeln im Arzthaftungsprozess, Franki Dieter p 76.

471) 손용근, 전게 논문, 135면.

은 지나친 것이다. 독일 법률 어디에도 그에 관한 근거가 될 만한 조항을 찾아 볼 수 없으므로 판례의 태도는 타당하지 않다는 지적이 있다.[472]

둘째, 위험영역이론은 위험영역의 개념이 불분명하고 피해자 측에서 손해가 가해자의 위험영역에서 발생하였다는 것을 입증책임 하여야 하는데 문제가 있다. 즉 원고는 손해의 원인이 피고의 위험영역에서 일어났다는 것을 입증해야 하므로 의료과오소송의 경우 환자 측에서 그와 같은 것을 입증하여야 하는데, 환자의 허약체질, 질병 등 외부적인 사정이 손해의 본질적인 원인이 되는 경우도 있으므로 의료과오사건에 있어서는 인과관계가 불확실한 경우에 손해의 원인이 의사의 위험영역이론은 입증책임의 전환을 인정하는 근거로 충분하지 않다고 보지 않을 수 없다. 독일의 경우 환자의 입증곤란을 극복하기 위하여 위험책임을 도입하는 것은 통설에 의해 거부되고 있다.[473]

판례도 위험영역설을 적용하는데 주저하고 있는데, 이는 아무리 우수한 의사라 하더라도 기계와 같이 정밀하게 일할 수 없고 의학이 아무리 발달하였다 하더라도 인체내의 현상을 완전히 밝힐 수 없다는 점 등에 비추어 의사에게 치료상의 실패의 책임을 전가시킬 수 없다는 것을 그 주된 논거로 하고 있다. 이 이론을 체계화한 Prölss 자신도 의료과오소송에 있어서 인과관계의 입증에 관하여는 위험영역설을 적용하는 것을 부정하고 있는데 이 점은 의료과오소송의 입증책임에 관한 한 위험영역설이 상당한 맹점을 가지고 있다는 것을 보여주는 것이라고 할 만하다. 그는 위험영역은 우선 피고가 자기의 지배하에 있는 사실적, 법률적 수단에 의하여 피해자를 배제하고 지배할 수 있고, 그가 피해자에 비해 지배할 수 있는 현재 진행 중인 외계의 변화가 이에 속한 다고 한다.[474]

피해자는 발생된 손해의 원인이 이러한 영역에서 발생하였다는 것을 입증해야 하며, 이것이 입증되면 피고는 과실의 부존재와 인과관계의 부존재를 발생하였다는 것을 입증하는 것은 바로 인과관계의 입증이 되기 때문에 피해자 측의 입증경감의 효과를 달성할 수 없게 된다. 즉 손해의 원인이 위험영역에

472) Prölss, ZZP 82, 468(Urteilsanmerkung).

473) Deutsch, JZ 1978, 277(Urteilsanmerkung).; Laufs, a,a. O., S. 353ff.

474) Prölss, a.a.O., S. 83ff.

서 발생하였다는 것을 입증함에 있어서 의사가 의료법칙에 적합하게 치료를 하여도 당해 손해는 발생하였을 것이라고 하는 경우에도 손해의 원인이 의사의 위험영역 내에서 발생할 수 있으며, 그 전제가 입증되지 않은 때의 입증책임이 문제이다. 따라서 의료과오소송에 있어서는 위험영역설은 객관적 주의의무위반에 대해서는 입증책임전환을 도출해 낼 수 있지만 인과관계에 대해서는 그렇지 않다는 것이다.

셋째, 기대가능성설에 대하여서는 그 기준이 불명확하고 통일적으로 공식화할 수 없어서 입증책임분배의 범위에 있어서 특히 중요한 법적 안정성을 해치게 되므로 입증책임전환의 근거로 타당한 것으로 볼 수 없다는 비판을 가할 수 있다.

넷째, 규범목적설은 입증책임전환의 근거로 규범목적을 들고 있는데 이러한 규범목적에 이하여 입증책임전환이라는 분배는 일정한 종류의 의무위반의 결과로서 인정된다.

그러나 의사의 주의의무는 결코 입증의 불이익으로부터 환자를 보호한다고 하는 목적을 가지고 있는 것은 아니기 때문에[475] 이는 입증책임의 전환을 인정하는 근거로 설득력이 없다고 하겠다.

3. 입증책임전환에 대한 찬반론

가. 입증책임 전환을 인정하는 견해

독일 판례상의 입증책임전환을 긍정적인 입장에서 정리한 것으로는 우선 Gaupp[476]의 견해를 들 수 있다. 이 견해에 의하면 법률의 규정 없이 입증책임 전환을 인정할 수 있는 방법론적 근거를 판례를 통한 법원의 법형성작용에서 구하였다. 그의 이론에 따르면 법원의 법형성기능은 이러한 법형성이 없다면 법의 기본정신이 해를 입게 되는 상태, 즉 법적 긴급상태(Rechtsnotstand)가 생기는 경우에 가능한 것인데, 의사에게 중대한 과실이

475) Prölss, ZZP 82, 474.

476) Gaupp, Beweisfragen im Rahmen arztlicher Haftungsprozesse, 90.

인정되는 의료과오소송에서는 인과관계의 입증에 관하여 위에서 본 법적 긴급상태가 발생하므로 법원의 법형성이 가능하다는 것이다. Gaupp는 입증책임전환이 인정되기 위하여는 개연성고려의 측면에서 보아 의료기술위반은 물론 그 의료기술위반이 실제로 발생된 손해의 원인이 되기에 적합할 것이 요구되며, 다른 한편 공평한 손해분배의 측면에서 볼 때 의사의 단순한 과실만으로 입증책임전환을 인정하면 의사 측에게 불공평하므로 중대한 과실(객관적 의무위반 뿐 아니라 주관적 비난가능성도 포함)까지 있을 것이 요구된다고 한다.

Franzki의 견해는 Gaupp가 들고 있는 위 두 가지 근거에 추가하여 위험영역이론을 들고 있다. 위험영역이론의 내용은 손해의 원인이 가해자의 지배영역 내에 있는 경우는 그에 관하여 책임이 없음을 가해자가 입증하여야 한다는 것이다. 그는 의료과오에 있어서 환자가 의사의 활동영역을 들여다보기 어렵기 때문에 증거곤란상태에 있고, 의사는 손해에 보다 가까이 있어 손해발생의 원인에 대한 해명이 더 가능하며 또 의사가 자기에게 해명의무가 있음을 알게 되면 손해발생 방지를 위하여 온 힘을 다 기울일 것이므로 예방적 목적을 실현할 수 있다는 점들을 들어 의료과오의 경우야 말로 위험영역이론을 적용하는 것에 대한 적합한 경우라고 한다. 그 밖에 개연성의 원리에 따라 높은 정도의 위험영역 즉 중대한 치료과오가 요구되고, 손해의 공평한 분배 즉 과실책임주의에 따라 주관적인 의무위반이 요구된다고 하며 이 때 주관적 의무위반은 중한 정도일 필요가 없다고 하였다.

Stoll에 의하면 행위의무의 내용에 따라 입증책임전환 여부를 결정해야 한다고 주장한다. 즉 부담하고 곤란까지 제거하는 것을 내용으로 하는 경우에는 의무위반행위가 있으면 그에 따라 입증책임도 전환된다는 것이다. 그러나 과연 치료의무에 입증곤란을 구제하는 의무까지 포함되어 있는지는 의문시된다.[477]

Blomeyer[478]는 의료과오소송에서 환자는 치료과오와 건강침해 사이의 인과관계를 입증하기가 곤란하고 법원에서 표현증명의 법리를 통하여 이러한 입

477) Franki, a.a.O.,S. 81.

478) Blomyer, Zivilprozeßrecht, 2. Aufl.,1985,S. 394.

증곤란을 완화하고 있지만, 이는 의사에 반증에 의해 쉽게 번복될 수 있기 때문에 환자는 항상 불리한 지위에 놓이게 된다고 한다. 따라서 의사가 고의나 중과실로 치료상 위험을 초래한 경우에는 의사 스스로 입증책임을 부담하여야 한다는 식으로 논리를 전개하고 있다.

나. 입증책임 전환에 대한 부정하는 견해

입증책임의 전환에 비판적인 입장을 취하고 있는 견해[479]에서는 입증책임의 전환을 판례가 인정하고 있는 것처럼 중대한 치료과오에 한정하고 있는 것에 대하여 비판을 가하면서 가정적 인과관계에 기하여 의사가 입증책임을 부담한다고 주장한다. Hanau는 의료과오에서 주로 문제되는 것은 작위와 결과간의 인과관계가 아니라 부작위와 결과와의 인과관계, 즉 의무에 알맞은 작위가 있었더라면 어떻게 되었겠는가 하는 가정적인 결과에 관한 것이라고 전제한 다음 이러한 부작위의 인과관계가 소위 가정적 인과관계의 경우와 유사하므로 입증책임부담에 있어서도 양자를 동일하게 취급할 수 있다고 한다.

가정적 인과관계란 현실적으로 손해를 발생시킨 원인외에 다른 원인이 있어서 현실적인 원인이 없었더라도 어차피 다른 원인에 의하여 동일한 손해가 발생되었을 것인가 하는 문제이다. 그리하여 가정적 인과관계에서는 일단 의무위반행위와 결과간의 실제의 인과관계가 인정된 것을 전제로 하고, 다만 의무위반행위가 없었더라도 다른 원인(가정적 원인)에 의하여 동일한 결과가 발생되었을 것인가 하는 점만이 문제된다. 그리고 이 경우 가정적 원인에 대한 입증책임은 가해자가 부담한다고 본다.

Hanau는 바로 이와 같은 이론을 의료과오에서 부작위의 인과관계에 적용하여 가정적 결과(의무에 적합한 행위를 하였더라도 동일한 결과가 났을 것이라는 점)에 관하여 가해자인 의사에게 입증책임을 부담시킬 수 있다고 주장한다. 따라서 입증책임의 전제조건으로서 치료과오가 중대한 것인가의 여부는 입증책임전환과 아무런 관계가 없다는 것이다. 그러나 이러한 Hanau의 견해는 우선 의료과오가 반드시 부작위의 경우에만 한하지 않는다는 점에 대한

479) Hanau, NJW 1968, 229f. (Urteilsanmerkung).

비판이 있다.

그리고 계속해서 이 견해에 대한 비판으로서 가정적 인과관계의 반대론이 인정되는 한 실제 발생한 손해는 예비적 원인이 되는 가정적 인과관계에서의 의무에 적합한 행동의 경우에도 일어날 수가 있다는데 대한 입증책임을 가해자가 부담하는 것은 의문의 여지가 없으나, 이와 같은 입증책임의 전환은 환자측이 실제적인 가해행위와 손해발생 사이의 인과관계를 입증한 다음에만 비로소 문제로 되므로, 가정적 인과관계에서는 의무위반행위와 결과 간의 인과관계는 일단 인정되고 다만 그 외의 다른 원인의 개입의 문제된 경우로서 이에는 인관관계 자체가 아니라 실제로는 책임귀속일 뿐이어서 가정적 인과관계에 관한 입증책임 원리를 인과관계 존부 자체를 문제 삼는 의료과오소송에서는 적용시킬 수 없다는 점이 대두되고 있다.[480]

(1) 입증책임의 비판론

입증책임의 전환에 비판적인 입장을 취하고 있는 다른 견해를 살펴보면 다음과 같다.

Musielak[481]은 판례가 입증책임을 전환한다고 한 경우에 있어서 입증책임이 객관적 입증책임을 의미하는 것인지, 그렇지 주관적 입증책임을 의미하는 것이지가 분명하지 않다고 비판하면서 판례가 인정하고 있는 입증책임 전환은 그 실질에 있어서 표현증명과 차이를 가지는 것인지에 대해 의문을 나타내고 있다. 우선 판례가 입증책임전환의 요건으로서 의료기술상의 규칙의 대해 의도적으로, 경솔히 또는 중대한 위반을 하였고 그 위반이 실제로 발생한 손해를 야기하기에 적합하고 동시에 손해에 접근하고 있을 것을 요구하고 있는데, 이것은 결국 치료과오와 손해사이의 인과적인 관련에 대해서 고도의 개연성이 확정되어야 한다는 요구를 표현한 것에 불과하다고 보고 있다. 왜냐하면 손해에 적합하고 동시에 접근한 것으로 돌리는 것은 바로 고도의 개연성이 존재하는 경우에 그와 같이 보는 것과 마찬가지이므로 결국 입증책임전환과 표현증명은 차이가 없다는 것이다. 또한 의료과오소송에 있어서 인과관

480) Franzki, a.a. O., S.78.

481) Museilak, Die Grunalagen der Beweislast im Zivilproress, S. 153ff.

계의 표현증명은 의사의 반증에 의하여 용이하게 동요될 수 있기 때문에, 입증책임을 전환을 필요가 있다고 하는 주장에 대해서도 다음과 같은 비판이 있다. 즉 의사 측에서 그와 같은 반증에 성공하는 것은 표현증명의 기초가 되는 경험칙에 의하면 가능하지 않다고 하는 구체적인 사실이 입증되는 경우에 한정되므로 반증이 성공하는 경우에는 판례이론에 의한 입증책임의 전환도 발생하지 않게 된다는 것이다. 왜냐하면 이 경우에 있어서는 의사가 범한 과오가 손해에 대한 적절하고 또한 근접한 원인으로 보는 것은 가능하지 않으며 가까이 있다고 하는 관념 속에는 고려해야 할 손해원인을 비교하여 경험칙에 따라서 개연성의 높고 낮음의 판단을 필요로 하는 비교의 요소가 이미 포함되었기 때문이라는 것이다.

따라서 비판론은 판례가 입증책임을 전환함으로써 인과관계의 해명이 완전하지 않은 것에 대한 위험을 환자로부터 의사가 대체하려고 하는 것이라고 하면서, 입증책임전환을 인정하고 있는 사례들은 사실상 표현증명의 요건이 충족되어 있으므로, 인과관계의 경과가 충분히 해명되지 않은 경우의 위험을 의사에게 부담시키고자 하는 판례의 목적은 인과관계의 표현증명에 의해서도 달성할 수 있으므로 구태여 입증책임을 전환시키지 않아도 된다고 한다.

Musielak의 견해에 의하면, 입증책임전환의 요건으로 과오가 손해발생원인으로서 적합할 것을 내세움으로써 결국 판례는 높은 정도의 개연성을 요구하는 것이고 이것은 표현증명의 요건에 해당하므로 이 경우 표현증명을 인정함으로써 족하고 별도로 입증책임전환을 인정할 필요는 없다고 한다. 이와 같이 인과관계에 대한 표현증명을 이용하는 경우에도 치료과오의 중대성에 의거하는 것이 아니므로 입증책임전환에서 보다 더욱 엄격한 요건을 필요로 하지 않는다고 한다.[482]

(2) 재비판론

입증책임의 전환과 표현증명과의 차이에 대해 의문을 나타내는 위와 같은 비판에 대하여 표현증명의 법리와 입증책임전환의 이론사이의 경계는 유동적인 것이기는 하지만 입증책임전환과 표현증명과는 동일한 역할을 부담하는

482) Musielak, a.a.O., S.125ff.

것은 아니고, 오히려 양자는 입증의 정도에 있어서 차이를 나타내고 있다는 논거적 기초아래 이를 비판하는 재비판론이 있다. 즉 표현증명의 경우에는 건강침해가 이러한 치료과오와는 별개의 원인에 의해서 발생하였다고 하는 진지한 가능성을 의사 측에서 입증하고 그러한 입증에 의하여 법관의 확신을 동요시킴으로써 추정이 번복되게 된다. 그러나 입증책임이 전환되면 건강침해가 치료과오에 의한 것이 아니라는 것의 반대사실에 대한 완전한 입증을 의사에게 요구하게 되기 때문에 의사는 치료과오가 손해 발생의 원인이 아니라는 것을 법관에게 확신시키지 않으면 안되므로 Musielak의 견해에 반대하고 있다.[483]

Maassen은 증명에 있어서 심증의 정도는 우월적 개연성으로써 족하며 통설·판례와 같이 확실에 가까운 개연성까지 필요한 것이 아니라고 전제하고 판례가 인과관계에 관하여 입증책임전환을 인정한 경우는 모두 그 요건에서 우월적 개연성이 얻어진 경우이므로 이로써 인과관계는 이미 입증된 것이며 별도로 입증책임전환을 고려할 필요가 없다고 한다.

4. 입증책임을 전환시킨 독일 사례

의료과오소송에 있어서 입증책임을 원고인 환자 측에 부담시키고 있다. 독일의 판례는 다음에서 보는 바와 같이 진료상의 중대한 치료과오가 있고, 그 치료과오가 실제로 발생한 건강침해를 야기하기에 적합한 성질의 것이면 인과관계에 관한 입증책임을 피고인 의사 측에 전환하고 있다.

① 내출혈을 인지 못한 경우[484]

맹장 수술 후 의사가 내출혈을 발견하지 못하여 사망한 사고에 있어서 감정인은 맹장 수술 후 때때로 급성 심부전증을 일으키는 수가 있고 이러한 내출혈은 극히 드물지만 이 사고에서는 배농관은 응고한 혈액에 의해 막힐 수 있고, 혈압 저하 증상이 현저했음에도 불구하고 의사가 내출혈을 인지하지

483) Baumgärtel/ Wittmann, Die Beweislastverteilung im Arzthaftungsprozeß, JA 1979, 116.

484) BGH NJW 1968, 2291.

못한 것은 중대한 과실로 일반적으로 인정된 의사의 기준에 반하는 것으로 그러한 과실이 없었더라도 동일한 결과가 발생하였을 것이라는 입증책임이 의사에게 있다고 판시하였다.

② 주사기 사용상의 부주의[485]

좌골신경통의 치료를 위해 의사로부터 요추주사를 맞은 환자가 약 2주일 후 세균감염에 의해 야기된 중독성 순환장애로 사망한 사고에 있어서 동 세균감염이 위 주사에 의한 것인지 문제가 되었다. 법원은 의사가 전날 밤 주사액을 넣고 탈지면만을 덮은 채 병원의 책상위에 방치해 두었던 주사기를 그대로 사용했다고 하는 진료상의 중대한 과실을 범하였으며 그러한 과실은 세균감염을 야기시킬 수 있는 것이므로 입증책임전환의 요건이 충족되었다고 판정하여 의사에게 입증책임을 부담시켰다.

③ 적절한 처치를 게을리한 경우[486]

왼쪽 팔괄절 골절의 치료를 받은 환자가 통증과 고열 등 감염 증상이 있었음에도 의사는 연락을 받고도 곧바로 적절한 후속조치를 취하지 않고 패혈증이 나타난 이후 뒤 늦은 환부절개치료를 하였으나 여의치 못하여 결국 왼쪽 팔꿈치관절까지 절단하게 된 사건에서, 법원은 감염 자체에 대하여는 의사의 과실을 인정하지 않았지만 감정에 의하면 즉시 조치를 취하지 않으면 안될 비정상적이고 위험한 병발증의 증상이었음에도 불구하고 전화연락을 받고도 지체 없이 원고인 환자를 왕진하지 아니 한 점에 과실이 있다고 보고, 공평한 이익형량상 의사의 의무위반과 손해 간의 인과관계에 관한 입증책임을 환자에게 전적으로 부담시킬 수는 없고 오히려 의사가 그러한 과실이 없었더라도 동일한 결과가 발생하였을 것이라고 의사 자신에게 책임이 없음을 입증토록 해야 한다고 판시하였다.

5. 사견

피고가 반증을 제출하는 것은 법관의 형성된 심증을 동요시켜 적어도 입증

485) BGH NJW 1960, 1185.

486) BGH 1958. 10. 14 판결, VI ZR 186/57(LM Nr. 15 ZPO §287 VersR 58, 849.

책임이 작용할 수 있는 상태로 이끌어 가려는 노력에 지나지 아니하므로, 소송의 과정 중 당사자가 증거를 제시하지 않으면 불리하게 되는 상태는 진정한 의미의 입증책임의 문제가 아니고 법관의 구체적 심증의 문제이기 때문에 입증책임전환이라는 용어는 적절치 못하다.[487] 그리고 의료의 접근가능성, 질적 수준, 안전성이라는 세 요소를 고양시키는데 중요한 요소로 등장하는 것 가운데 하나가 방어진료로서 의료분쟁의 합리적 해결 방안은 방어진료의 경향을 완화시키고 이것이 의료의 접근가능성, 질적 수준을 고양시킬 것이므로 의료분쟁 해결의 관점은 피해자의 구제에만 있는 것이 아니라는 인식하에 분쟁해결의 시스템을 보아야 한다는 주장도 제기되고 있다.[488]

의료과오소송에서 인과관계에 대해 입증책임의 전환을 인정하는 것은 독일의 판례에 의한 법형성작용에 의하여 인정된 것인데, 특별법규[489]에 의하여 입증책임전환이 인정되는 경우와 달리 우리나라에서는 이러한 규정이 존재하지 않는 의료과오소송의 경우, 이익형량의 필요 때문에 법원이 판례로서 입증책임을 전환하는 것에 대해서는 우리나라에서와 같이 성문법주의를 취하고 있는 나라에서 법원의 법형성작용의 결과에 대해 법원성을 인정할 수 있겠는가의 문제와 관련되는데, 판례의 법규범성을 부정하는 견해[490]는 판례현상의 사실적인 면을 중시하여 판례의 법적 구속력의 기초를 사회적 필요성, 법원의 권위와 관계자의 합의에서 찾고 있다.[491] 그런데 사회생활이 다양하게 변천하면서 법률제정 당시에 예상할 수 없는 현상이 일어나는 경우도 존재하게 되므로 이러한 현상은 판례에 의하여 보완될 수밖에 없고 이러한 판례가 확립되면 법적 안정성도 해치지 않게 되므로 제한적으로 판례에 의한 법형성을

---

487) 노종상, 불법행위소송에 있어서 입증책임의 전환, 사법논집, 제5집, 1974. 271면.

488) 김천수, 의료분쟁과 ADR, 비교사법, 제13권 제1호, 2006. 45~46면.

489) 민법 제750조에서는 불법행위의 성립요건으로서 고의 · 과실은 손해배상을 청구하는 피해자에게 입증책임이 있다는 하고 있으나, 자동차손해배상보장법 제3조에서는 자동차운행에 의한 생명 · 신체상해를 사유로 하는 손해배상의 경우에 대해서는 가해자의 고의 · 과실에 관한 입증을 피해자가 부담하는 것이 아니라 가해자 측에서 무과실의 입증책임을 부담하는 것으로 되어 있어서 고의 · 과실의 입증책임을 전환 시키고 있다.

490) 곽윤직, 민법총칙, 2005. 박영사, 21면.: 김상용, 민법총칙, 법문사, 1995. 28면.

491) 김욱곤, 판례의 법원성, 김중한교수회갑기념논문집, 현대민법학의 제문제, 박영사, 1981. 21면.

인정할 수 있다고 본다.

제3절 우리나라에서의 입증책임전환

1. 입증책임 전환을 인정하는 견해

의료과오사건과 같이 정보가 편재되어 있고 전문적 내용을 포함하고 있는 소송의 경우에는 피해자인 환자 측이 의사 측의 과실이나 인과관계를 입증한다는 것이 극히 곤란한 경우가 많다. 따라서 소송의 적정·공평 이상의 실현을 위해 일반적인 소송의 경우와는 달리, 의료과오소송에서 일정한 요건을 갖춘 경우에는 인과관계에 관한 입증책임전환을 인정할 수 있다는 견해[492]가 있다. 독일에 있어서 의사의 중대한 치료과오사이의 인과관계에 관하여, 야기하기에 적합한 경우에는 손해발생과 치료과오사이의 인과관계에 관하여, 법원의 법형성작용에 근거하여 입증책임을 전환하고 있듯이, 우리나라에 있어서도 의사의 중대한 치료과오가 있는 경우에 이와 같은 근거와 요건으로 입증책임의 전환을 인정할 수 있을 것이라 하고, 의료과오소송에서 판례가 취하고 있는 전통적인 입증책임원칙에서 벗어나 일정한 요건아래 입증책임전환을 인정하는 방향으로의 판례의 태도변화를 촉구하고 있기도 하다. 그런데 대법원은 의료과오와 환자의 사망 간에 인과관계를 인정한 사례에서 "일반외과전문의가 환자를 치료함에 있어 방사선 사진 상에 나타나 있는 선상골절상이나 이에 따른 뇌실질내출혈 등을 발견 내지 예견하지 못하여 환자를 제때에 신경와과 전문의가 있는 병원에 전원 시켜 확정적인 진단 및 수술을 받을 수 있는 필요한 조치를 취하지 아니한 경우 그러한 조치를 취했을 경우의 구명율이 50%라면 '특별한 사정'이 없는 한 의사의 과실과 환자의 사망 사이에는 인과관계를 인정함이 상당하다"[493]고 판시 하고 있다. 여기서 '특별한 사정'이란 결국 의사 측에서 적극적으로 입증을 하여 다른 원인에 의

492) 신은주, 의료과오소송에 있어서 인과관계에 관한 입증책임의 전환, 법조 제41권 제6호, 1991. 126~127면.

493) 대법원, 1989. 7. 11. 선고 88다카26246 판결.

한 결과라는 것을 증명하지 못하는 것이라고 할 수 있으므로 이를 넓게 본다면 입증책임의 전환이라고 할 수 있다고 한다.[494] 또한 한국의 소송실무상 설명과 이에 따른 동의라는 가장 기초적인 의료법의 원칙이 무시되고 있다는 점, 진료기록부 작성이 대단히 불성실하고 소송상 제출되는 진료기록부의 기재가 변작의 가능성이 너무도 높다는 점, 의료행위에 대한 가점제도가 제도상 미비하고 의사협회나 의사개인의 영향으로부터 자유롭지 못한 가능성이 너무도 높다는 점, 모든 의료사건의 경우 의사들의 항변이 그저 불가항력적이라거나 원인불명이라는 점 또는 신체적 특이성의 결과라는 점을 항변사유로 제출하는 것이 일반적이어서 소송실무상 드러나는 문제점을 생각해 볼 때 과실에 대한 입증책임은 입증책임의 완화수준으로 해결한다 하더라도 인과관계에 대한 입증책임이라도 전환시키는 것이 타당하다고 한다.[495]

한편 입증책임이 충분히 기능할 수 있기 위해서는 비교적 명확히 기준을 제시해 주는 법률요건분류설[496]이 타당하지만, 의료과오소송을 비롯하여 제조물책임소송 및 특히 환경오염소송에 있어서 적절한 해결이 곤란하기 때문에 이들 견해를 참고하여 입증책임의 경감이나 전환 등을 인정하여 실질적인 공평을 꾀하는 것이 타당하며, 입증책임의 전환에 있어서는 특히 현대형소송 즉 환경소송이나 의료과오소송, 제조물책임소송 등에 있어서 그 실질에 맞는 입증책임분배의 재구성이 시도되어야 함은 주지의 사실이고, 특히 입증방해의 경우까지 입증책임의 형식적 적용을 고집하는 것은 입증책임의 기본이념인 공평과 질서의 관념에 어긋나는 것이므로 민사소송법 제321조(상대방의 문서사용방해의 효과)등의 유추하여 적절한 구제가 베풀어져야 할 것이라고 한다.[497]

그리고 표현증명의 성립을 인정한다고 하더라도 의사 측에서 반증에 의하여 그 추정을 번복하기는 다른 경우와는 달리 그렇게 어렵지 않게 되어 그 실질

494) 박일환, 의료소송에서의 인과관계의 증명, 대법원판례해설, 제12호, 1990. 11. 149면.

495) 최재천, 의료과오소송에 있어서 입증책임의 완화, 판례월보, 제337호, 1998. 10. 29면~30면.

496) 결과적으로 입증책임전환을 인정하지만 법률요건분류설의 입장을 유지하면서 입증책임의 전환을 인정하는 것은 심히 곤란하다는 견해;김선석, 증명책임의 연구, 제1권, 육법사, 1991. 210면~212면.

497) 김인섭, 송순근, 입증책임에 관한 연구, 관동대 논문집, 제22권 제1호, 1994. 346면.

적 기능이 별로 기대에 못 미치는 경우가 있을 수도 있는 상황이 된다면 의사측의 과실에 관한여서는 사실상 추정론이나 일등의 추정론을 채용하다라도 인과관계에 관하여서는 독일의 경우처럼 입증책임을 정면으로 전환하는 새로운 방식에 의해서 균형을 잡아가면서 상황에 비추어 가장 적절하다고 생각되는 새로운 방법을 시도해 볼 수도 있을 것이다.[498] 아울러 의사책임소송에서 환자의 입증책임을 덜어주고 당사자간에 무기평등을 기하기 위해서는 독일에서의 입증책임전환이론의 수용이 검토되어야 할 것이며, 의사책임소송 등 특수소송에서 입증책임분배의 재구성이 요망된다는 견해[499] 들이 입증책임전환을 인정하자는 주장이다.

2. 입증책임 전환에 부정하는 견해

우리나라에서는 인과관계에 대한 입증책임전환에 대해 반대하는 견해[500]가 다수설인 것으로 보인다. 유력한 견해[501]에 의하면 의료과오소송에 있어서 입증책임완화의 필요성은 인정되지만 입증책임분배에 관한 법률요건분류설을 따르면서 입증책임전환을 인정하는 것은 심히 곤란하고 표현증명에 의하여도 입증의 어려움을 어느 정도 완화시켜줄 수 있으므로 굳이 인과관계에 관한 입증책임전환을 인정할 것은 아니라고 한다. 법규의 구성상 인과관계란 채무불이행이나 불법행위의 어느 경우에 있어서나 권리근거 규정의 요건사실로써 원고인 환자 측이 입증책임을 부담해야 하는데 판례에도 없는 상태에서 입증책임전환을 인정하는 것에 반대하면서 표현증명의 적극적인 활용가능성을 강조하였다. 또한 입증책임의 전환의 분배를 정하는 경우에 쓰여질 수 있으나, 그러한 경우라 할지라도 입증책임은 구체적인 소송의 심리경과에 관계없이 법규의 구조에 의하여 추상적 · 일의적으로 당초부터 결정되는 것이므로 심리

498) 손영근, 의료과오소송의 증명책임에 관한 대법원 최근판례 소고, 이시윤박사화갑시념논문, 민사재판의 제문제(하), 1995. 10. 189면.

499) 이덕환, 의사소송책임에 있어서의 입증책임, 한양대 법학논총, 제12집, 1995. 126면.

500) 김상영, 의료과오의 입증에 관한 판례동량, 부산지방변호사회지, 재14호, 1996. 52면; 김선석, 전게논문 27면,

501) 김선석, 증명책임의 연구 (제1권), 육법사. 1991. 210면~212면.

의 정도에 따라 당사자의 일방으로부터 타방에게 이전 · 전환하는 것이 아니고 당초부터 일정불변이라 할 것이다. 그런데 실제에는 어떤 사실에 관하여 입증책임을 부담하는 당사자가 본증으로서 일응 유력한 증거를 제출했다고 한다면 상대방은 반대의 증거를 제출할 필요에 처하게 되나, 이 경우에 있어서도 상대방의 증거는 어디까지나 반증에 지나지 아니한다. 이를 입증책임의 전환이라고 부르는 경향이 있으나 바른 용어법이라고 할 수 없다. 그러므로 의료과오소송에 있어서 인과관계에 대한 입증책임을 원칙적으로 원고인 환자 측에서 부담하나 구체적니 소송의 경과에 따라 일정한 사실이 입증된 것을 조건으로 하여 그에 대한 입증책임이 원고인 환자 측으로부터 피고인 의사 측에게 전환된다는 논리는 받아들일 수 없다고 한다.[502] 그리고 표현증명이 단순한 반증에 이해서도 쉽게 진위불명에 빠진다는 것에 대하여는, 경험칙의 적용을 배제하는 특단의 사정에 관해서도 간접반증이 아닌 반증이로서 족하다고 한다면, 일응의 추정에 있어서 쓰여지는 경험칙은 고도의 개연성을 가지는 것이라고 하는 전제를 무시하는 결과로 되는 것이고, 그렇게 되면 일응의 추정을 하는 것 자체부터가 문제로 된다 할 것이므로 표현증명이나 일응의 추정이 단순한 반증에 의해서도 쉽게 진위불명에 빠진다는 것에는 찬성할 수 없다고 한다. 인과관계에 대한 입증책임전환의 요건으로서 내세우는, 첫째, 의료행위상의 중대한 과오, 둘째, 그리고 중대한 과오 있는 당해 의료행위가 당해 손해를 일으킬 수 있는 충분한 적합성을 가질 때에는, 당해 의료행위와 당해손해발생과의 사이에 인과관계가 존재하는 것으로 사실상 추정될 수 있으므로 실제상 동일한 결과가 된다고 한다. 이러한 경우에 피고인 의사로서는 그러한 추정의 저지를 위하여 간접반증사실을 입증하지 않으면 안되는데, 여기서 간접반증사실이라 함은, 인과관계의 존재를 추인케 하는 간접사실과는 양립 가능한 다른 사실로서 주요사실인 인과관계의 존재에 대한 추인을 주저케 하고, 또는 그 존재를 의심케 하는 정도의 것이면 족하나, 반면 그 간접반증사실은 경험칙의 적용을 저지시키려고 하는 것이기 때문에 그 존

502) 김선석, 전게서, 210~212면. 그리고 인과관계에 대한 입증책임 전환의 요건으로서 내세우는, 첫째, 의료행위상의 중대한 과오, 둘째, 중대한 과오 있는 당해 의료행위가 당해 손해를 일으킬 수 있는 충분한적합성을 존재하는 것으로 사실상 추정될 수 있으므로 실제상 동일한 결과가 된다고 한다.

재에 관해서는 법관으로 하여금 확신에 이르게 할 정도의 입증을 하여야 하므로, 간접반증은 주요사실을 기준으로 하여 볼 때에는 반증에 지나지 아니하지만, 그 간접반증사실을 기준으로 하여 본다면 본증이라 할 것이다. 그러나 간접반증사실의 존재에 대한 증명으로서는 본증이라 할지라도 간접사실로부터 추정되는 주요 사실의 존재에 대해서는 의연히 그 주요사실의 주장자가 입증책임을 부담하는 것이고 입증책임의 전환이 발생하는 것은 아니라고 하며 이론상 무리가 많은 입증책임전환이론을 굳이 내세울 것은 못된다고 한다. 이와 입장이 비슷한 독일의 입증책임 전환이론은 입증경감의 방법을 입증책임의 차원으로까지 끌어올린 점이 특이하다고 평가하면서도 이러한 선례가 없었던 우리나라에서는 이를 선뜻 받아들이기는 쉽지 않다고 하는 견해가 있다. 이 견해[503]는 경험칙의 적용 즉 사실상 추정내지는 일응의 추정의 방법에 의한 사례 분석을 통해 이를 유형화하여 과실 및 인관관계의 논리를 찾아야 할 것이라고 한다.

3. 우리나라의 학설과 판례

가. 학설

불완전이행에 있어 입증책임의 분배의 이행지체와 이행불능과의 균형을 고려하여, 채무자 측에서 이행한 사실을 입증하고 채권자는 이것이 불완전하다는 것을 입증해야 한다. 그 근거로서는 통상적인 경우 급부가 이미 이행된 경우 그 이행의 결과를 지니고 있는 것은 채권자이므로 채권자가 이행결과의 불완전성을 입증하는데 보다 용이한 입장에 있기 때문이라는 것을 들고 있다.

우리 민법 제390조에서도 채무불이행에 의한 손해배상청구권의 성립요건으로서 「채무자가 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때」라는 포괄적인 규정을 두고 있어, 독일 민법과는 달리 불완전이행을 채무불이행의 제3의 유형으로 인정하는 실정법상의 근거가 되고 있다. 또한 동조 단서가 「채무

503) 강봉수, 전게논문, 352면.

자의 고의나 과실 없이 이행할 수 없게 된 때에는 그러하지 않다」고 규정하여 고의 · 과실에 관한 입증책임을 채무자에게 전환시키고 있다. 이러한 입증책임분배원clr에 의하면 환자는 이행이 불완전함을 입증하여야 하고, 의사는 귀책사유의 부존재에 대한 입증책임을 부담하게 된다. 그러므로 환자가 진료채무의 이행이 불완전하다는 것을 구체적으로 입증하기 위하여서는, 실시된 진료가 선관주의의무에 위반하여 발생한 것이라는 점을 입증하여야 한다. 왜냐하면 환자가 완치되지 않았다고 해서 불완전이행이 곧바로 인정 되는 것은 아니고 결과에 관계없이 의사에게 요구되는 주의의무를 위반한 경우에 비로소 불완전이행이 인정되기 때문이다. 그런데 한편 의사가 부담하고 있는 진료채무는 이미 앞에서 살펴 본 바와 같이 수단채무라 할 것이므로, 의사 또는 그의 이행보조자가 진료방법의 선택과 실시에 있어서 선량한 관리자로서의 주의를 충분히 기울였는지 여부를 기준으로 하여 이행의 불완전을 판단하게 되므로, 보통 결과채무의 불이행의 경우라면 채무자 측의 과실에 의한 것이라는 것이 귀책사유의 존재문제가 되지만, 의료과오소송에 있어서는 이행의 불완전 개념에 포함되어 환자 측의 입증책임의 범위에 속하는 결과가 되는 것이다. 즉 의사의 요건사실을 입증한 후에 비로소 의사의 귀책사유 부존재의 입증이 등장하게 되고, 원고가 요건사실의 입증에 실패하면 피고의 면책이 항변의 판단에 들어가기도 전에 주의의무위반에 대한 입증이기 때문에 의료과오를 채무불이행으로 구성하여 과실에 대한 입증책임을 의사에게 전환시키고 있다 하여도 실질에 있어서는 이행채무의 불환전성의 주장, 입증과정 속에 이 내용이 포함되게 되므로 채권자인 환자에게 입증경감이 이루지지 않게 되는 결과가 되며 결국 결과에 대한 입증책임을 전환시키는 것이 무의미하게 될 수 가 있다.[504]

나. 판례

귀책사유에 관한 입증책임의 전환은, 채무불이행적 구성을 하는 경우에 민법 제390조의 규정에 이행불능과 이행지체와 달리 구성하게 된다. 즉 이행채

504) 강봉수, 전게논문, 318면.

무의 불완전성을 채권자가 입증해야 하기 때문에 원고인 환자는 의사의 선관주의의무위반으로 이행채무가 불완전하다는 것을 입증해야 하기 때문에, 제390조에 이하여 인정된 귀책사유에 관한 입증책임의 전환이 실질적인 의미를 갖지 못하게 된다. 그러므로 귀책사유에 관한 불법행위에 기초하여 손해배상청구를 하는 경우와 마찬가지로 표현증명이론을 이용함으로써 입증을 완화하거나 우회적으로 설명의무의 이행에 관하여 의사에게 입증책임을 부담시킴으로서 입증을 완화하게 된다. 또한 채무불이행 책임에 있어서 귀책사유는 추정되므로 채무자가 자기에게 고의 · 과실이 없음을 입증하여야 면책된다는 것은 우리 판례에 의하여서도 그대로 받아들여지고 있다. 이에 관해서는 다수의 판례들이 있다,[505]

그중 하나만 예를 들어 보면, 「일반적으로 채무불이행으로 인한 손해배상청구에 있어서 그 불이행의 귀책사유에 관한 입증책임은 채무자에게 있으므로 동업계약에 따라 서로 업무를 분담하여 동 업체를 운영하여 오다가 동업자 중 1인이 그 맡은 업무를 수행하지 아니하기 때문에 부득이 제3자을 고용하여 그 업무를 대행케 함으로써 손해가 발생한 경우에 있어서 동업계약에 따른 업무수행의무불이행의 귀책사유에 관한 입증책임은 업무를 수행하지 않은 그 업무자에게 있다고 보아야 한다.」[506]라고 판시하고 있으므로 채무불이행의 경우는 책임을 묻는데 있어서 귀책사유에 관한 입증책임의 전환이 의료과오소송의 경우는 실질적으로 채권자에게 별다른 의미가 지적이 우리나라 판례의 경우에도 가해질 수 있을 것이다. 그리고 의사가 환자에게 부담하고 있는 진료채무의 법적성질과 그에 따른 채무불이행의 인정여부에 관하여 우리 판례 역시 수단채무설을 취하고 있다. 즉 「의사가 환자에게 부담하는 진료채무는 질병의 치료와 같은 결과를 반드시 달성해야 할 결과채무가 아니라 환자의 치료를 위하여 선량한 관리자의 주의의무를 가지고 현재의 의학수준에 비추어 필요하고 적절한 진료조치를 다해야 할 채무 이른바 수단채무라고 보아야 하므로 진료의 결과를 가지고 바로 진료채무불이행 사실을 추정할 수 없으며 이러한 이치는 진료를 위한 검사행위에 있어서도 마찬가지다」라고

505) 대법원, 1972. 11. 28. 선고 72다982 판결; 1985. 3. 26. 선고 84다카1864 판결.

506) 대법원, 1985. 3. 26. 선고 84다카1864 판결.

판시 하고 있다.[507]

제4절 소결

독일에서는 의사의 중대한 치료과오가 존재하고 그 과오가 손해를 야기하기에 적합한 경우에는 손해발생과 치료과오사이의 인과관계에 관하여, 법원의 법형성작용에 근거하여 입증책임을 전환하고 있다. 이러한 입증책임의 전환은 의사 측의 반증에 의하여 진위불명에 빠질 수 있는 표현증명과는 달리 의사 측에서 반대사실에 대한 입증책임을 부담시키는 점에 있어서 환자 측의 입증곤란에 대한 보다 강력한 구제방법이라 할 것이다. 그렇다고 환자 측의 입증곤란에 대한 대책만 지나치게 강조하다 보면 의사의 책임을 부당하게 확대하여 의사로 하여금 위축진료 내지 방어적 진료를 하게 만드는 결과가 될 수 있다. 의료과오소송에서 입증책임전환은 우리나라 의료과실 소송실무에서 한번도 채택된 적이 없고, 일본에서도 긍정적인 도입을 주장한 학설이 있으나,[508] 아직 크게 호응을 얻지 못하고 있는 실정이고, 위 이론의 영향을 받은 것으로 보이는 하급심판결도 몇 개 보이지만, 판례로 정립하였다고는 볼 수 없다. 특히 인과관계의 입증책임전환의 도입에 대하여는 반대하는 견해가 아직은 훨씬 많다. 이러한 견해 가운데는 의료과오에 있어서 입증책임완화의 필요성은 인정되지만 법률요건 분류설에 의하면서 입증책임전환을 인정하기에는 어려움이 있고 표현증명에 의하여도 입증의 어려움을 어느 정도 완화시켜줄 수 있으므로 굳이 인과관계에 관한 입증책의 전환을 인정할 것은 아니라고 하면서 표현증명의 적극적인 활용가능성을 강조하다는 점에서 독일에서 인과관계에 관한 입증책임의 전환에 대해 반대하는 Musielak의 견해와 유사한 견해를 피력하는 것도 있다.[509] 소송의 심리경과에 따라 이리저리 전환되는 것은 입증의 필요뿐이고, 진위불명의 경우에 입을 불이익인 입증책임은 법규가 변경되지 않는 한 일정불변이라고 보는 것이 타당하다는 견해도 이와

---

507) 대법원, 1988. 12. 13. 선고 85다카13332, 13349 판결.

508) 中野貞一郎, 醫療裁判における 證明責任 ジュリッスト 548號, 1981. 312面.

509) 김선석, 의료과오에 있어서 인과관계에 관한 제문제, 법조 383호, 1988. 27면.

동일한 태도이다.[510] 이와 비슷한 견해로는 독일의 입증책임전환이론은 입증경감방법을 입증책임의 차원으로까지 올린 점은 특기한 만 하나 이러한 방향의 노력이 없었던 우리나라에서는 아무래도 선뜻 이에 동조하기는 어려우며 일본에서도 역시 사정은 동일하다는 견해가 있다.[511]가 다수설이다. 반면 판례의 법원성을 인정하고 있는 견해[512] 하지만 독일에서는 이러한 입증책임전환에 대하여 이러한 이론이 일정한 요건하에서 공평성과 적절한 손해분담 고려하여 법원의 법형성작용으로 인정된 것임에 착안하고 공해소송에 있어서 법원이 가해자에게 가해행위와 손해발생 사이의 인과관계에 관하여 사회형평의 관념에서 가해자에게 실질적으로 인과관계의 입증책임을 전환하고 있음에 비추어 볼 때 법원의 법형성작용에 의한 입증책임전환의 가능성을 의료과오소송에서도 기대할 수 있다는 견해도 있다.[513] 그러나 다소간의 위험이 따르지 아니하는 의료행위란 있을 수가 없으며, 의료행위를 필요로 하는 것도 바로 질병에 걸린 환자란 점이다. 이런 관점에서 본다면 질병의 진행에 따른 결과에 대하여 의사는 스스로 질병이란 운명에 빠진 환자보다는 책임이 적다고 하여야 할 것이므로 의료소송에서도 과실책임의 원칙이 지켜져야 함은 말할 것도 없는 것이고, 사실심법관은 모든 수단을 동원하여서 사실관계의 해명에 노력하여야 할 것이라면서도 모든 노력에도 불구하고 사실관계가 해명되지 아니하는 최후의 경우에 표현증명이론 또는 입증책임전환이론 등의 적용가능성을 검토하여야 할 것이지 초래된 결과나 입증된 의사의 과실만으로 성급하게 위 법리를 맹목적으로 적용하여 결론을 내려서는 아니될 것이라면서 다소간의 입증책임전환론 도입의 가능성에 대해서 긍정하는 견해도 있다.[514] 이러한 독일의 판례에 의하여 입증책임전환이론이 형성된 점에 비추어 볼 때 진위불명의 경우에 입을 불이익인 입증책임은 법규가 변경되지 않는 한 일정불변이라고 보는 것은 설득력이 떨어지고 위와 같은 입증책임전환

---

510) 김상영, 의료과오의 입증책임에 관한 판례의 동향, 부산지방변호사회지 14호, 1996. 52면.

511) 강봉수, 전게 논문, 352면.

512) 김중한, 김학동, 민법총칙, 1995. 박영사, 18면.

513) 신은주, 전게 논문, 125면~127면.

514) 박일환, 전게 논문, 390면.

의 두가지 요건을 엄격히 적용할 때 의료과오사건 중 입증책임전환이 인정될 수 있는 가능성이 있는 부분이 상당하게 제한되게 되는 점 및 과실이 중대하면 인과관계의 존재를 추인할 수 있는 개연성이 증대한다는 점에 비추어 볼 때 의사의 진료행위를 완전하게 위축시킬 정도로 입증의 부담을 의사에게 이전시킨다고 보여지지도 아니하므로 지금 당장으로서는 이의 도입이 어렵겠지만, 우리 법체계와 상충되지 않는 범위내에서 이미 공해소송이나 의료소송에서 사실상 추정론 등 기존의 입증책임에 대한 예외가 이미 어느 정도 인정된 이상 여기에서 더 나아가 입증책임전환의 도입여부에 대하여도 신중한 재검토는 이루어져야 한다고 본다.

제6장 결론

이상에서 의료과오의 책임법리와 의료과오소송에 있어 소송제도의 문제점, 특히 입증책임의 분배에 관한 종래의 이론과 그 문제점을 검토하고 이에 대한 새로운 이론들이 의료과오소송에 적용가능성이 있는 것을 살펴보았다. 의사에게 손해배상책임을 묻기 위에서 그의 법적 근거를 불법행위책임을 구성하든 또는 계약채무불이행으로 구성하든지 원고(환자측)가 승소하기 위해서는 원고가 손해에 대한 인과관계와 피고(의사)의 과실을 환자 측에서 입증해야 하지만 의료소송은 고도의 전문성과 기술성이 필요한 의료분야에 문외한인 환자가 과연 인과관계와 과실에 대한 입증을 할 수 있을지 의문시 될 것이다.

왜냐하면 환자는 의료지식도 없을 뿐만 아니라 모든 증거가 의사에게 편중되어 있고 의료사고를 감정해 주는 감정인도 모두 의사여서 환자측이 입증하기란 대단히 어렵기 때문이다. 이러한 의료행위의 특수성으로 인해 주요사실을 직접 입증할 수 있는 경우가 드물기 때문에 법실무상 간접사실을 차례로 입증해 나감에 따라 주요사실을 간접적으로 입증하는 경우가 대부분일 것이다. 그러므로 의료과오소송의 이러한 특성을 고려한 문제해결을 위해서는 지금까지 우리의 학설과 판례가 견지하고 있는 입증책임에 관한 일정한 한계를 지닐 수밖에 없다. 특히 증거를 보유 하고 있는 의사 측에 의해서 행해지는

입증방해행위 등을 고려한다면, 전통적인 민사소송으로는 해결이 어려움이 있을 것이며. 만약 의료과오소송에서 환자측에게 의사의 진료상 과실 및 그것과 손해간의 인과관계의 존재를 법관이 확신할 정도로 입증을 요구한다면 손해를 발생시킨 가해자로 하여금 입증이라는 소송상의 기술 때문에 그 책임을 면하게 하는 한편 실제로 피해를 입은 피해자로 하여금 증거의 편재와 입증곤란 등으로 인해 적정한 구제를 받을 수 없게 되어 공평하지 못하다는 비판을 받아왔다. 이러한 의료과오소송의 현실은 인식하고 의료행위의 특성을 감안하여 손해의 공평한 분담이라는 불법행위제도의 본래의 취지를 구현, 증거법상의 이상인 이른바 무기평등의 원칙의 실현 차원에서 환자 측의 입증곤란을 완화 · 경감하려는 대표적인 방법으로 입증책임경감이론, 입증책임전환이론, 입증방해이론 등이 있는데 우선으로

의료과오소송에서 입증책임경감이론은 입증책임분배에 관한 종래의 기본원칙을 유지하면서 다만 원고의 입증부담을 감경시켜 주어 의사와 환자측에게 비교적 공평하다고 볼 수 있다. 이는 의료소송에서 야기된 원고측의 입증곤란을 해결하기 위한 가장 최초의 방안이 활발하게 연구가 진행되고 있고 최근의 우리의 판례경향이기도 하다.

우선 입증책임경감이론 즉, 개연성설, 사실상의 추정, 표현증명, 미국의 Res Ipsa Loquitor의 법리 등에 대해서 하나씩 정리해 보고. 그리고 입증책임 전환과 입증방해행위에 대해서 살펴보기로 한다.

먼저 개연성설은 공해소송 내지 환경오염소송에서는 대법원판례에 의해 개연성이론이 확립 · 정착이 되었으나, 공해소송에서는 과실을 입증하기 위한 방법으로 그 입증사항이 정형화되어 있지만 의료과오소송에서는 입증사항이 사건마다 특유하기 때문에 의료과오소송에 개연성이론을 적용하기에는 곤란한 점이 있다고 하겠다. 왜냐하면 환경소송에서는 과실을 입증하기 위한 방법으로 그 입증사항이 정형화되어 있어 의료소송에서는 입증사항이 사건마다 특유하기 때문이다. 또한 원고는 의료행위와 환자의 손해사이에 개연적으로만 입증하면 인과관계는 성립된 것으로 추정하고, 다만 피고(의사)가 그 추정된 인과관계나 과실의 부존재에 대해서 입증을 해야만 손해배상책임을 면하게 된다는 것이다. 그 결과 위에서 말한 사실상의 추정과 거의 같게 되어

환자측의 입증부담은 아주 경미한데 반해 의사의 반증부분은 너무 무거워 진다. 즉 이는 과실추정이 너무 쉽게 이루어 질 수 있어 사실상 거의 입증책임 전환에 이르게 된다. 따라서 환자에 비해 의사측의 부담이 커 공평한 입증책임의 분배하고 말하기는 어렵다고 보겠다.

그리고 사실상의 추정은 입증책임을 부담하는 당사자가 주요사실의 입증에 갈음하여 간접사실을 입증하는 경우에 경험칙에 의거하여 그 간접사실로부터 주요사실을 추인하는 것이다. 즉 원고의 입증활동을 통해 환자의 손해가 의료행위로 인한 발생하였다는 점에 어느 정도 개연성만 있으면 인과관계 일응 추정되고 이를 번복하기 위해서는 의사측이 반증을 들어 자신의 무과실 추정되고 이를 번복하기 위해서는 의사측이 반증을 들어 자신의 무과실 또는 인과관계의 부존재를 입증해야 한다. 따라서 의료소송에서의 인과관계는 전문가인 의사가 반증을 들지 않는 한 결국 원고(환자)가 주장 · 입증한 여러 개의 간접사실을 기초로 경험칙에 의해 추정될 수밖에 없다는 것이다. 최근 우리의 판례 중에 이러한 사실상의 추정에 입각한 사례가 일부 보이고 있다.

그러나 이는 간접사실에 대한 기준의 보호하여 이를 확대할 경우 법관에 따라 입증책임경감보다는 자칫 입증책임전환에 이를 우려가 있다.

표현증명은 입증책임을 전환시키는 것은 아니고 다만 경험칙의 도움을 얻어 법관의 요증사실에 대한 확신을 얻는 자유심증의 한 작용이다. 이러한 입증(추정)된 상태를 번복시키기 위해서는 상대방이 경험칙 또는 그 전제사실의 부존재 혹은 특별한 사정의 존재 등을 입증해야 한다. 그러나 그러한 추정이 번복되지 않는 한, 본래의 입증책임자는 간접사실의 입증만으로 입증책임을 다하게 되므로 원고의 입증책임은 경감 된다고 보겠다. 또한 경험칙상 어떤 사실이 있으면 다른 어떤 사실의 존부에 대하여 고도의 개연성을 가질 때, 즉 정형적 추상경과가 인정되는 경우에 그 어떤 사실로부터 다른 사실을 추정하는 입증방법 또는 그 입증된 상태를 말한다. 이처럼 표현증명은 강한 개연성을 갖는 하나의 경험칙에 의한 사실추정이라는 점에서 간접증거에 의한 입증이지만 사실상의 추정과는 조건이 더 엄격하다.

Res Ipsa Loquitur 법리는 우리의 소송법제와 다른 영미법에서 발전한 제도이므로 우리 실무나 해석에 곧바로 직접 적용되기는 어렵다고 보겠다. 그러

나 이 법리의 영향을 받아 독일 판례가 발전시킨 것이 표현증명의 법리라고 볼 수 있어, 그 성격은 표현증명이나 사실상 추정론과 일면 상통하는 점이 있다고 본다. 따라서 영미국가에서 풍부하게 집적된 사례는 우리 의료과오소송의 운용에 좋은 참고자료가 될 수 있으리라 생각된다.

다음은 입증책임전환이론에 대해서는 우리나라의 의료과오소송실무에서 채택된 적이 없으나, 독일에서는 의사의 중대한 치료과오가 존재하고 그 과오가 손해를 야기하기에 적합한 경우에는 손해발생과 치료과오사이의 인과관계에 관하여, 법원의 법형성작용에 근거하여 입증책임을 전환하고 있다. 이러한 입증책임의 전환은 의사측의 반증에 의하여 진위불명에 빠진 수 있는 표현증명과는 달리 의사측에서 반대사실에 대한 입증책임을 부담시키는 점에 있어서 환자 측의 입증곤란에 대한 보다 강력한 구제방법이라 할 것이다. 그러나

의료과오소송에서 입증책임전환의 필요성은 인정되지만 법률요건분류설을 따르면서 입증책임전환을 인정하기에는 어려움이 있고, 표현증명에 의하여도 입증의 어려움을 어느 정도 완화시켜 줄 수 있으며, 또한 의료과오소송에서 입증문제에서 근본요체를 이루고 있는 의사의 감정의견이라는 입증수단을 통해 성공을 거둔다면 굳이 입증책임전환론의 도입을 불필요 하다고 보겠다. 의료과오소송에서도 과실책임의 원칙은 지켜져야 할 것이며, 사실심법관은 모든 수단을 동원하여 실체적 진실발견을 위해 노력하여야 한다. 의료행위로 초래된 악결과나 의사의 과실만으로 성급하게 입증책임의 전환의 법리를 적용하여 결론을 내려서는 아니 될 것이다. 입증하기 곤란하다는 점만을 강조하여 실체적 진실 발견을 외면한 채 현실적인 환자의 피해라는 사실, 즉 피해보호에만 초점을 두어 대뜸 입증책임의 전환에까지 나아가는 것은 너무 일방적으로 환자 측의 입장을 고려한 것이 되어 당사자 간에 공평하게 입증책임을 분배하고자 하는 입증책임의 분배에 관한 기본이념을 근본적으로 훼손할 뿐만 아니라 원래 환자 측의 입증부담을 경감ㆍ완화하려던 목적을 초과하는 것이고 의사와 환자의 입증부담에 있어서의 형평을 깨뜨리는 것이라고 본다.

그런데 입증책임분배 원칙은 양자택일적인 것으로써 법적 안정성을 위한 것

이므로 법률의 규정에 근거하지 않고 도출한 수는 없다. 그러한 경직된 입증책임분배의 원칙은 끊임없이 변화하는 생활관계에 대해 적절한 입증책임규정의 조절이 어렵기 때문에 법과 현실의 괴리를 없애기 위하여 입증책임분배의 범위에서 법적 안정성을 고려한 법원의 법형성작용이 중요한 역할을 담당할 수 있을 것이다. 한편 중대한 의료과오에 관한 인과관계의 입증책임을 전환하기 위한 우리나라 판례는 보이지 않는 것은 의료과오소송이 가지는 특수성을 외면하는 것이므로, 의사의 중대한 치료과오가 존재하고 이를 원인으로 손해가 발생했다는 요건이 충족된다면, 의료과오소송에서 인과관계에 관한 개연성고려와 공평한 손해분담의 측면을 근거로 하면서 판례에 의한 법원의 법형성작용을 통하여 의료과오소송의 입증책임전환을 인정함으로써 입증책임을 경감하는 노력이 필요한 시점이라고 본다. 그리고 입증책임의 경감이론 대한 판례와 학설이 정립되어 있지 않은 현실에서, 급격한 입증책임전환론은 받아들이기 보다는 기존의 입증경감이론에 대한 연구와 법원의 확립이 우선 이루어져야 할 것이라는 견해도 타당한 일면이 있다고 본다.

입증방해행위는 의료과오소송에서 의사에게 민사상 손해배상책임을 지우기 위해서는 의료상의 과실 즉 의사로서의 주의의무위반 뿐만 아니라 의사의 과실과 환자의 생명, 신체에 대한 손해 사이에 인과관계가 증명되어야 한다. 즉, 소송에 있어서는 사실주장과 입증책임의 원칙하에 사실심리가 진행된다. 의사의 진료상의 의무위반 내지 불완전이행의 입증책임은 기본적으로 원고인 환자측에 있고, 피고인 의사측은 그러한 원고의 사실주장에 대한 반론으로서 채무불이행에 관한 귀책사유의 부존재를 주장하는 것으로 전개된다.

그러나 의료정보가 전적으로 의사가 장악하고 있는 현 실정에서 의사는 소송이 진행되거나 소제 전에도 진료기록부의 훼손 내지 변조는 언제나 가능하다. 이와 같은 입증방해행위에 대해서는 증거법상 일정한 제재가 필요하다는 점에 있어서는 견해가 공통되고 있다. 현행 우리 민사소송법은 입증방해행위의 소송상 제재에 관하여 일반적 규정을 두고 있지 않고, 부분적으로 몇 개의 개별규정, 즉 우리나라 민법 제349조와 제350조를 두어 당사자가 문서제출명령에 응하지 아니하는 때나 상대방의 사용을 방해할 목적으로 제출의무 있는 문서를 훼손하거나 이를 사용할 수 없게 한때에는 법원은 문서에 관한

상대방의 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있다고 규정하여 입증방해행위에 대하여 제재를 하고 있다. 우리나라 대법원 판례는 입증방해에 대한 제재의 근거에 관하여서는 신의칙위반설을, 제재의 효과에 관하여서는 자유심증설을 지지하고 있다. 그리고 의료법 제21조에 근거하여 양 당사자에게 일반적인 소송상의 협력의무를 인정하고 있는 협력의무위반설이 타당하다고 보며, 입증방해행위에 대해서 소송상 불이익을 어느 정도 가할 것인지에 대해서는 주장된 사실의 진위와 증거방법의 증거가치에 관한 판단에 있어서 법정 증거주의에 의하지 않고, 여러 가지 형태로 나타나는 입증방해에 대하여 신축성 있게 대처할 수 있으며, 논리의 법칙과 경험칙에 기초한 법관 자신의 자유로운 심증(자유심증)에 따라 불이익의 인정여부를 판단하는 자유심증설이 타당하다고 하겠다.

결론적으로 의료과오소송에 있어서 입증상의 문제를 해결하기 위해서 의사의에게 과중한 책임을 지우면, 그 피해는 결국 환자에게 최종적으로 돌아온다는 것을 알아야 한다. 따라서 의사가 손해배상의 위험을 덜고 소송에 휘말리지 않기 위해 방어진료나 광잉진료 더 나아가서는 아예 진료를 거부할 경우, 환자는 물론이고 의료발전에도 저해될 수 있기 때문이다. 그러므로 의료과오소송과 관련하여 환자의 보호와 의사의 책임을 균형 있게 조율하는 것이 요청되는 바, 이러한 방안으로써 의료과오책임을 사회화함으로써 의사의 책임을 덜어주는 의료배상책임제도의 도입이 필요하며, 현행의 민사소송제도적 틀 안에서 입증책임의 조정만으로 의료과오소송의 문제를 해결한다는 것은 한계가 있으므로 앞으로 의료분쟁조정법이 빠른 시일 내에 제정되고, 조정부와 같은 특별심리기관에서 조정전치주의에 의하여 조정이 가능하게 되면 전문가인 의사의 참여도 있을 것이라고 생각한다.

참 고 문 헌

1. 국내문헌

가. 단행본

강신웅, 민법학의 현대적양상, (라암 서민교수, 정년기념논문집 간행위원회). 법문사, 2006.

_____, 의료와 법률, 조선대학교 출판부, 2006.

곽윤직, 민법총칙, 2005. 박영사,

_____, 채권각론, 박영사, 2001.

권용우, 의료과오로 인한 민사책임. 법률신문, 1526호, 1984.

김기령, 의료와 의권, 대한의학협회지, 제23권 제3호, 1980

김민중, 민법총칙, 두성사, 1995.

김상용, 민법총칙, 법문사, 1995.

_____, 채권각론, 법문사, 2003.

김선석, 증명책임의 연구 (제1권), 육법사. 1991.

김욱곤, 판례의 법원성, 김중한교수회갑기념논문집, 현대민법학의 제문제, 박영사, 1981.

김운곤, 문정민, 의료행위와 신뢰의 원칙, 조선대학교 법학논총, 2005.

김정배, 민법학연구, 박영사, 1986.

_____, 채권각론, 박영사, 2001.

김현태, 불법행위론, 일조각, 1982.

김형배, 채권각론, 박영사, 1998.

김홍규, 민사소송법 제5판, 삼양사, 2002.

_____, 민사소송법, 삼양사, 1996.

문국진, 의료법학, 창림출판, 1991.

_____, 의료의 법이론, 고려대학교출판부, 1982.

석희태, 의사와 환자의 기초적 법률관계, 법률연구(연세대) 3집, 삼양사, 1983

송상현, 민사소송법, 신정3판, 박영사, 2002.

신현호, 의료소송총론, 육법사, 1997.
양삼승, 의료과오로 인한 민사책임의 발생요건, 민법학논총(후암 곽윤직교수 회갑기념논문집), 박영사, 1985.
오석락, 입증책임론, 박영사, 1996.
이덕환, 의료행위와 법, 문영사, 1981.
이은영, 채권각론, 박영사, 1996.
_____, 채권각론, 박영사, 2004.
이정우, 공해에 대한 사법적구제, 저스티스 12호, 1973.
정동윤, 민사소송법, 법문사, 1995.
_____, 민사소송법, 법문사, 1998.
최재천, 의료과실과 의료소송, 서울 육법상, 2001.
추호경, 의료과오론, 육법사, 1992.
홍기문, 증명책임론, 전남대학교 출판부, 1999.

나. 논문

강봉수, “의료소송에 있어서의 입증책임”, 재판자료, 제27집, 법원행정처, 1985,
_____, 의료과오소송에서의 입증경감, 법조, 1980.
구연창, 공해와 인과관계에 관한 판례연구(1), 법조(24권8호), 1975.
권광중, 의료소송의 절차상의 제문제, (의료사고에 관한 제문제), 재판자료 제27집, 1985.
권용우, 의료과오의 책임, 법률연구(연세대)제3집, 1982.
김도형, “의료판례의 종합적 분석 및 그 전망” 법조협회, 1997.
김민중, 의료계약, 사법행정, 1991. 1.(이하 “논문 II”라고 함).
김병태, 의료과오에 대한 의사의 민사책임, 전남대하교 박사학위논문, 1995.
김상영, 의료과오의 입증책임에 관한 판례의 동향, 부산지방변호사회지 14호, 1996.
김선석, 의료과오에 있어서 인과관계에 관한 제문제, 법조 37권 8호, 1988.
_____, 의료과오에 있어서 인과관계와 과실, 의료사고에 관한 제문제, 재판자료 제27집, 법원행정처, 1985.
김선중, 의료과오에 있어서 인과관계와 과실, 재판자료, 제27편, 1985.
김성길, 의사의 의료상 과오에 대한 법적 책임, 사법논집 3집, 법원행정처,

1972.
김성수, 김도형, 의료판례의 종합적 분석 및 그 전만, 법조, 1997.
_____, 독일민사소송에 있어서 표현증명의 법리, 「외국사법연수논집」,재판자료 19집, 행정처,1983.
김승년, 의료과오에 대한 손해배상책임, 현대민법론, 고시계, 1982.
김용담, 민사소송에 있어서의 입증방행, 사법행정처, 1984.
김용한, 의료행위에 의한 책임, 법조 제31권, 제6호 1983.
김인섭, 송순근, 입증책임에 관한 연구, 관동대 논문집, 제22권 제1호, 1994.
김천수, 의료분쟁과 ADR, 비교사법, 제13권 제1호, 2006.
노종상, 불법행위소송에 있어서 입증책임의 전환, 사법논집, 제5집, 1974.
류승훈, 의료과오소송에서의 인과관계와 과실의 제문제 외법논집, 제4집, 한국외국어대학교 외국학종합 연구센터, 법학연구소, 1997.
박동섭, 의료과오소송에 있어서 인과관계(Ⅱ), 사법논집, 제20집, 1989.
_____, 의료과오소송에 있어서의 인관관계(Ⅰ), 사법논법, 제12집, 법원행정청, 1981.
박영조, 의료과오소송에 있어서 과실과 인과관계의 입증과 그 방법”, 한국법학원(저스티스). 통권제77호, 2004,
박일환, 의료소송에서의 인과관계의 증명, 대법원판례해설(제12호), 1990.
_____, 의료과오의 입증에 관한 독일법과 미국법의 비교법적 고찰 2, 법조 제34권 제34호, 1985.
박종렬, 의료과오소송의 입증책임 경감에 관한 연구, 한국법학회 학회집「법학연구」, 2003.
서광민, 의료과오책임의 법적 구성, 민사법학 제8호, 한국사법행정학회, 1990.
석희태, 의료과오에 관한 민사책임 구조, 판례월보, 9월호, 1989.
_____, 의료계약(상), 사법행정(한국사법행정학회), 1988.
_____, 의료계약(중), 사법행정처, 1988.
_____, 의사와 환자간의 기초적 법률관계의 분석, 판례월보 1985. 8 (이한 논문Ⅱ라고 함),
_____, 의료과오민사책임에 관한 연구, 연세대학교 대학원 박사학위논문, 1988.
손영근, 의료과오소송의 증명책임에 관한 대법원 최근판례 소고, 이시윤박사

화갑시념논문, 민사재판의 제문제(하), 1995.
_____, 의료과오소송에 있어서 입증의 경감에 관한 연구, 연세대학교 박사학위논문, 1996.
송오식, 의료과오의 계약법적 구성, 한국민사법학회 호남지회, 2007.
신은주, 의료과오사건에 있어서 과실의 입증 및 입증방해, 판례월보, 제305호, 1996.
_____, 의료과오소송에 있어서 인과관계에 관한 입증책임의 전환, 법조 제41권 제6호, 1991.
양상승, 의료과오로 인한 민사책임의 발생요건, 민법학논총(1권), 후암곽윤직교수회감기념, 1985.
오대성, 의료과오소송에 있어서 표현증명에 관한 고찰 - 판례를 중심으로, 조선대법학논총 제4집, 1998. 1
오용석, 민사소송에 있어서의 입증의 정도와 개연성에 관한 이론(상), 인권과 정의, 제165호 1990.
윤경현, 의료과오책임, 사법논집 제6집, 법원행정처, 1975.
윤규한, “간접 증명”, 재판자료(제25집), 1985.
윤재선, 증명방해, 「민사증거법(상)」 재판자료 제25집 (서울: 법원행정처, 1985),
이경환, 의료과실소송에 있어서의 과실과 관련된 쟁점, 저스티스,(한국법학회), 통권제77호 2004.
이덕환, 의사소송책임에 있어서의 입증책임, 한양대 법학논총, 제12집, 1995.
이동신, 미국의 의료과오소송에 관한 최근 판례의 동향, 재판자료 80집, 법원도서관, 1998.
이보환, 의료사고로 인한 민사책임 법률적 구성, 의료사고에 관한 제문제, 법원행정청, 1985.
이시윤, 민사소송에 있어서 입증방해행위, 고시계, 국가고시학회, 1973.
이영환, 의료소송에 있어서의 진료기록과 그 열람청구권에 관하여, 고시계, 1990.
_____, 진료과오에 있어서 의사의 민사책임에 관한 연구, 동아대학교 박사학위논문, 1983.
이은영, 불법행위법에서의 주의의무(하), 판례월보, 1986.
이종복, 일반조항 불법행위법에 의한 손해배상책임의 제한, 사법행정, 1988.

임정평, 의료과오로 인한 손해배상의 특수성, 고시연구, 1988.
전병남, 의료소송에서의 입증책임의 완화, 의료법학(제2권 제2호), 2001.
정무원, 진료기록변조와 의료소송, 법률신문, 1999.
천경송, 공해소송에 있어서의 인과관계의 입증, 사법논집, 제8집, 1977.
최재천, 의료과오소송에 있어서 입증책임의 완화, 판례월보, 제337호, 1998.
추호경, 의료과오론, 육법사, 1992.

2. 일본문헌

가. 단행본

加藤一郎, 不法行爲法 法律全集, 22-Ⅱ, 有斐閣, 1974.
_____, 不法行爲法の研究,, 有斐閣, 1961
_____, 醫療行爲による 責任, 註釋民法(19) 有斐閣, 1965.
戒能通李, 債權各論, 巖松堂, 1946.
高橋正春, 醫療行爲と法律, 醫療藥出版, 1980.
菅野耕毅, 醫療契約法の理論, 信山社, 2001.
崎幸雄, 因果關係 · 總論-實體法上 · 訴訟法上の諸問題, 有泉 亭 監修, 損害賠償講座 (5), 日本評論社, 1969.
淡路剛久, "水質汚濁", 有泉 亭 監修, 現代損害賠償法講座(5) 公害 · 生活妨害, (日本評論社), 1973.
談路剛久, 醫療契約, 新民法演習(4), 有斐閣, 1968.
大谷 實, 醫療行爲と法, 洪文堂, 1980.
_____, 醫療行爲と法, 弘問棠, 1990.
德本 鎭, 鑛害訴訟たおける因果關係, (公害法研究), 日本評論社, 1969,
東 李行, 公害訴訟の理論と實務, 有信棠, 1971.
藤原弘道, 一應の推定と證明責任の轉換, 構座 民事訴訟, 第5卷, 弘文堂, 1981.
門脇 稔, 醫療過誤民事責任論, 東京, 酒井書店, 1979.
我妻榮, 債權各論(中二), 岩波書店, 1962.
安田實 著, 因果關係の立證, 林 豊 編, 現代民事裁判の課題(9), 新日本法規出版社, 1991.
田中和夫, 證據法, 新版(有斐閣), 1971.

中島弘道，證據責任の研究，有斐閣，1973.
中野貞一郎 ，過失の推定，弘文常，1987.
_____ ，前掲論文，27面；村上博已，證明責任の연구，有斐閣，1982.
中井美雄，醫療過誤法，青林書院，1994.
中川善之助・兼子一監修，實務法律大系，青林書院新社，1979.
川井 健，現代不法行爲法研究，日本評論社，1973.
村上博已，證明責任の研究，有斐閣，1982.
澤井 裕，公害の 司法的救濟，一粒社，1978.
平井宜雄，損害賠償法の 法理，東京大學出版會，1971.

나. 논문

加藤一郎， 醫師の 責任， 損害賠償責任の研究(上)， 我妻先生還曆紀念， 有斐閣，1957.
_____，日本の公害法總括，「ジュスト」，第310号，1964.
古田克己，疫學的因果關係と 法的因果關係論,ジュリスト 440號，1969.
橋本英史，“醫療過誤訴訟にぉける因果關係の問題”,新裁判實務大系，2000.
藤田耕三， 水質汚濁事件,と因果關係， 中川善之助 ・ 兼子一監修， 實務法務大系，6卷，青林書院新社，1975.
富鳥照南，因果關係 各論Ⅰ -四日市訴訟 を中心として-，有泉 亨 監修，現代損害賠償法講座（5）公害，生活妨害，日本評論社，1973.
西原道雄，公害た對する司法的救濟の特質と機能，公害法研究，1969.
石橋一晁， 因果關係 各論Ⅱ- イタイイタイ病 を中心として- 現代損害賠償法講座，5券，1973.
野村好弘，公害の紛爭處理と被 害者の救濟，常國地方行政學會，1970.
牛山 積，公害訴訟の因果關係論，法律時報，40卷，10号，1969.
_____，公害における因果關係，ジュリスト，458号，1970.
遠藤賢治，醫療訴訟の 動向，司法研修所論集，制51號，1973.
_____，醫療訴訟の 動向,(二)，司法研修所論集，1973.
伊藤 眞，早川メツキ工場廢液事件，別冊ジュリスト，43号，1974.
伊藤瑩子， “診療錄の義務上の取扱と法律上の取扱をめぐる(下)”， 判例タイムズ 302號，1974.

中野貞一郎, 醫療裁判における 證明責任 ジュリッスト 548號, 1981.
清水兼男, 醫療過誤と醫師の民事責任, 民事法雜誌, 弟52卷, 弟6号, 1965.
草野眞人, “患者の異常本質”, 新・裁判實務大系(1), 青林書院, 2000.
唄孝一, “現代醫療における事故と 過誤訴訟” 現代損害賠償法講座 4券, 日本評論社. 1974.

3. 서양문헌

Baumgärtel, Das Wechselspiel der Beweilastverteilung im Arzthaftungsprozeß, Gedächtnisschrift für Rudolf Bruns, 1980,
Baumgärtel/ Laumann/ Srieder/ wittmann, Handbuch der Beweislast im Privatrecht, Be I, 1981,
Baumgärtel/ Wittmann, Die Beweislastverteilung im Arzthaftungsprozeß, JA 1979,
Blomeyer, Die Umkehr der Beweislast, AcP 158(1958), S.102ff.
Blomyer, Zivilprozeßrecht, 2. Aufl.,1985,
Fehrman v. Smirl, 121 N. W. 2d 255, 267(S. Ct. Wis. 1963).
Fogal v. Genesee Hospital, 41 App. Div. 2d 468, 474~75, 344 N. Y. S. 2d 552, 560~61(4th Dept, 1973)
Gaupp, Beweisfragen im Behmen ärztlicher Haftungsprozesse, 1966.
Giesen, Wanalungen des Arzthaftungsrecht, 2. Aufl., 1984.
Graham v. Thompson, 854 S. w. 2d 797, 799 (Mo.App. W.D. 1993).
Hainmüller, a.a.O.,S.96; Walter, Der Anwendungsberich des Anscheinsbeweises, ZZP 90, 279.
Hale v. Venuto, 137 Cal App.3d 910, 187 Cal.T.Rptr. 357(Cal.App.4 Dist. 1982).
Jauernig, Zivilprozeßrcht, 22. Aufl, 1988, S.183; Rosenberg, schwab, op. cit., S.694
Joseph H. King, Jr, The Law of Medical Malpractice 193.
Kegel, Der Individualanscheinsbeweiw und die Verteilung der Beweis last nach überwiegender Wanrscheinlichkeit, Festgabe für Kronstin, 1967,

Ladd, Carlson, Cases and Materials on Evidence, 1972,
Larenz, K, Schuldrecht II, 11, Aufl, 1977.
McCormick, Hand book of the Law of Evidence, 3ed, 1984,
Musielak- Stadler, Grundfragen des Beweisrechts, JuS 1980.
Musielak, Die Grundlagen der Beweislast im Ziwilprozeß, 1975.
Musielak-Stadler, Grundfragen des Beweisrechts, JuS 1980
Prölss, Beweislast im Sdhadensersatzprozeß, 1968,
Rosenberg, Die Beweislast, 5.Aufl, 1965.
Schaffner v. County Hosp. Inc. 336 S.E.2d 116, 118 (N.C. App. 1985).
Schmidt, System des Beweislast, JuS 1975,
Stümer, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, 1976.
Uhlenbruck, Beweisfragen im ärztlichen Haftungsprozeß, NJW 1965,
Walker v. Distler, 296 p. 2d 452(S. Ct. Idaho. 1956).

; ;