

의료과오소송에 있어서 인과관계의 판단과 입증책임에 관한 판례의 최근 경향

- 일본 판례와의 비교를 중심으로 -

백 경 희 *

- I. 문제의 제기
- II. 의료과오에 관한 법적 책임구조
- III. 인과관계의 판단과 입증책임
 - 1. 의료과오에 있어서의 인과관계
 - 2. 의료과오 인과관계의 입증책임 경감 시도
- IV. 주의의무 위반과 악결과 간 인과관계 부재시 책임의 존부
 - 1. 논의의 소재
 - 2. 외국의 동향
 - 3. 우리나라 학계의 논의
- V. 판례의 동향
 - 1. 우리나라 판례의 태도
 - 2. 일본 판례의 태도
- VI. 검 토
 - 1. 인과관계 판단에 있어서 입증책임 경감 경향의 제한과 환자 측 입증책임의 강화
 - 2. 주의의무 위반과 악결과 간 인과관계 부재시에도 위자료 배상의 단초 마련

I. 문제의 제기

오늘날 의학은 급속도로 발전하여 평균수명 100세가 현실이 되어가고 있는 현재에도 아직 밝혀지지 않은 질병의 존재와 질환에 대한 기전과 치료 방법이 밝혀지지 않은 영역에 대하여는 확실한 대처방법이 없다는 현대의학의 한계로 인하여 의료사고는 도처에서 발생하고 있다.

과거에는 의료사고에 대한 대처에 있어 환자 측에서는 의료분야의 전문

* 변호사, 해울합동법률사무소

성과 밀실성이라는 장벽에 부딪혀 감히 법을 통한 구제를 시도조차 하지 못하는 경우가 대부분이었다. 그러나 사회전반에 걸쳐 권리의식이 강화됨에 따라 더 이상 의료영역은 법적 분쟁에 있어서의 성역이 아니며 이를 증명하듯이 의료과오소송은 매년 꾸준히 증가하고 있다¹⁾.

의료과오소송 역시 일반 민사소송과 마찬가지로 원칙적으로 의사 측인 피고에 대하여 손해배상책임을 구하는 환자 측인 원고는 의사의 과실이 존재한다는 점과 그 과실로 인해 환자에게 악결과가 발생하였다는 인과관계의 점을 밝혀야만 배상을 받을 수 있다. 그러나 이렇듯 원고인 환자 측에 입증책임을 부담하도록 할 경우 손해배상을 청구하는 원고인 환자 측은 의료에 대한 지식이 부족하고 의료행위 자체가 지니는 여러 가지 특수성으로 인하여 의료진의 과실과 인과관계를 입증함에 있어 어려움에 빠지게 될 수 밖에 없고, 비록 의사의 주의의무 위반의 존재가 확인되었다고 하더라도 악결과와의 사이에 인과관계가 단절된다면 아무런 배상도 받을 수 없는 상황이 발생하게 된다. 바로 이러한 점 때문에 학계에서는 의료과오소송에서 의료과실과 인과관계가 직접적인 증거에 의하여 밝혀지지 않는다고 하더라도 간접증거를 통해 이를 사실상 추정함으로써 환자 측의 입증책임을 완화하거나 경감하는 방식에 대하여 논의해 왔고, 의료과실과 악결과간의 인과관계가 부재하는 경우에도 소정의 범위 내에서 불법행위책임을 인정하고자 하였다. 판례는 환자 측의 입증책임을 완화 내지 경감에 관하여는 학계에 동조하는 경향을 보여 왔으나, 인과관계 부재시의 불법행위책임 인정에 대하여는 설명의무 위반의 경우를 제외하고는 이제껏 부정하는 입장을 취하여 왔다. 그런데 기존의 이와 같은 판례의 경향과 달리 환자 측에 대하여 구체적인 입증을 행할 것을 촉구하는 한편, 의료과실과 악결과 간 인과관

1) 위와 같이 의료영역의 특수성 때문에 의료과오에 관한 민사소송은 일반 손해배상청구사건과 구별되게 되고, 이로 인해 법원은 1989. 9. 1.부터 의료사고 손해배상청구사건을 '손해배상(의)'로 별도 분류하여 접수하고 있다. 특히 각급 법원에서 의료사고 손해배상청구사건에 관한 의료전담부를 따로 두어 사건을 배당하는 바, 서울중앙지방법원의 경우 제15민사부와 제18민사부, 서울고등법원의 경우 제9민사부, 제17민사부가 그러하다.

계가 없는 경우에도 의사에게 별도의 불법행위책임을 인정 강화하는 듯한 판시가 나타나 새로운 전환점을 제기하고 있다.

이에 본고에서는 의료과오소송의 법적 책임구조에 관하여 검토한 뒤, 인과관계의 판단과 입증책임, 인과관계 부재시의 책임 인정에 관한 우리나라 및 외국의 학계 논의를 살펴보고, 우리나라 판례와 일본 판례의 경향을 비교·검토하여 보기로 한다.

II. 의료과오에 관한 법적 책임구조

의료과오에 대한 민사책임은 책임귀속의 기본원리에 따라 과실책임과 무과실책임(위험책임)²⁾으로 대별되고, 과실책임은 계약책임과 계약외책임으로 나뉘며, 후자는 주로 불법행위책임이 중심을 이루고 있다. 따라서 의료과실이 개재된 의료사고가 발생한 경우 현행법상 계약위반에 따른 채무불이행책임과 불법행위에 기한 손해배상책임 양자의 법률적 구성이 모두 가능하다.

판례도 의사가 환자에게 부담하는 진료채무의 법적 성질에 관해 “의사가 환자에게 부담하는 진료채무는 질병의 치유와 같은 결과를 반드시 달성해야 할 결과채무가 아니라 환자의 치유를 위하여 선량한 관리자의 주의의무를 가지고 현재의 의학수준에 비추어 필요하고 적절한 진료조치를 다해야 할 채무, 이른바 수단채무라고 보아야 하므로 진료의 결과를 가지고 바로 진료채무불이행사실을 추정할 수는 없으며 이러한 이치는 진료를 위한 검사행위에 있어서도 마찬가지”라고 함으로써, 수단채무의 성격을 지닌다고 하여 의료과오를 채무불이행책임으로 구성하기도 하는 한편, “의료행위에 있어서 주의의무위반으로 인한 불법행위 또는 채무불이행으로 인한 책임이

2) 의료관계에 무과실책임법리를 적용하려는 법정정책적 관점이 제시되고 있으나, 이는 인간의 생명유기체를 대상으로 하는 의료의 본질 자체에 적합하지 않은 것으로 평가된다. 따라서 의료과실에 의한 사고에 대한 민사책임은 원칙적으로 해당 의료행위의 과책, 즉 환자의 생명·신체·건강 등의 보호법익을 침해한 행위의 위법성과 책임성이 있는 경우에 한하여 손해배상책임을 인정하여야 한다. ; 안법영, “산부인과 진료와 의사의 주의의무”, 의료법학(창간호), 한국사법행정학회, 2000, 54면.

있다고 하기 위하여는 의료행위상 주의의무의 위반, 손해의 발생 및 주의의무의 위반과 손해발생과의 사이에 인과관계가 존재하여야” 한다고 보아 의료과오가 불법행위의 성격도 지니고 있음을 판시한 바 있다.³⁾

의료과오를 계약책임으로 구성하는 경우나 불법행위로 구성하는 경우나 모두 의사의 고의·과실로 인한 주의의무 위반으로 인하여 환자에게 신체·생명·건강 등에 침습적인 손해를 가하고, 양자 사이에 인과관계를 요한다는 점에서는 차이가 없고 다만 그 주의의무 위반을 채무불이행으로 볼 것이냐 불법행위로 볼 것이냐의 차이가 있다. 그로 인하여 법규정과 법리에 따라 해당 요건에 관한 입증책임을 부담하는 자가 누구인지, 사용자의 면책가능성이 존재하는지, 손해배상청구권의 소멸시효가 어떠한지 등에 관한 차이가 존재하게 된다.⁴⁾⁵⁾

Ⅲ. 인과관계의 판단과 입증책임

1. 의료과오에 있어서의 인과관계

의료과오에 있어서 의사에게 발생한 전손해에 관한 책임을 귀속시키기

3) 대법원 2005. 9. 30. 선고 2004다52576 판결, 대법원 2000. 9. 8. 선고 99다48245 판결 등.

4) 현재 대다수의 판례는 산업재해사고 내지 교통사고와 의료사고가 결합되는 경우도 존재하여 공동불법행위책임이 문제되는 영역이 많고, 또한 사용자책임과의 관련하에 의료과오소송에 있어 불법행위책임법리를 적용하고 있는 것으로 보인다.

5) 입증부담에 있어서 채무불이행책임구성일 경우 채권자인 환자는 채무자인 의사가 급부를 이행하지 않았다는 사실만 입증하면 되고 나머지 귀책사유의 존부 등은 채무자인 의사가 부담하게 되나, 불법행위책임구성일 경우 피해자인 환자가 가해자인 의사의 고의, 과실까지 입증하여야 함에 차이가 있고, 사용자책임과 관련하여 채무불이행책임구성일 경우 민법 제391조에 의거 이행보조자인 고용의나 간호사의 과실에 대하여 채무자인 병원운영자는 면책가능성 없게 되나, 불법행위책임구성일 경우 민법 제756조 제1항 단서에 의거 선임·감독상 상당한 주의의무를 다한 경우 등에서 면책가능성이 있을 존재하게 되며, 손해배상청구권의 소멸시효 역시 채무불이행책임일 경우 민법 제162조에 따라 청구권 행사시부터 10년의 소멸시효기간을 두게 되고, 불법행위책임구성일 경우 민법 제766조에 따라 손해 및 가해자를 안 날로부터 3년, 불법행위 있는 날로부터 10년의 소멸시효기간을 두게 된다.; 범경철, 『의료분쟁소송 - 이론과 실제』, 법률정보센터, 2003, 230-233면.

위해서는 의사의 의료행위와 환자의 사상(死傷)이라는 악결과 사이에 인과관계가 필요하다. 통상 인과관계라 함은 어떤 원인이 있으면 어떤 결과가 발생한다는 것으로 상당인과관계를 뜻한다.⁶⁾

의료과오에 있어서의 인과관계는 다른 민사사건과 달리 사실적 인과관계의 존부의 판단이 난해하다는 점과 의료과실과 인과관계가 서로 밀접한 관련성을 지닌다는 특수성을 지니고 있다.⁷⁾ 왜냐하면 의료는 고도의 전문성과 재량성, 폐쇄성, 밀실성, 개별성 및 예측곤란성, 과학적 증명에 있어서의 한계로 인하여 일반인이 지니는 경험칙만으로는 의사의 의료행위 중에 어떠한 과실이 존재하는 것인지조차 특정하기가 곤란하며, 의료과오에 있어 가장 중요한 증거인 진료기록부가 의사 측에 있고 의료과오의 발생지 역시 의료기관이라는 점을 감안할 때 의사의 의료과실과 악결과 사이의 사실적 인과관계를 쉽게 판단하기가 어렵게 되는 것이다. 더구나 현대 의학으로도 풀 수 없고 정복되지 아니한 부분이 산재해 있고 발생한 악결과에 환자의 특이한 체질적 소인이나 기왕증이 기여된다는 점에서 인과관계의 존부 판단은 더더욱 난관에 봉착하게 된다.⁸⁾

2. 의료과오 인과관계의 입증책임 경감 시도

의료과오에 있어 인과관계와 의료과실 자체의 증명이 난해한 것에 더하여 현행 우리나라의 법원은 의료과오소송에 있어 주로 불법행위책임법리에 의하여 해결하고 있는 것이 대부분이라는 실정에 따른다면 그 입증책임은 원칙적으로 손해배상을 청구하는 자인 환자가 부담하게 되는데, 환자의 입장에서 이러한 법리의 원칙적인 적용은 가혹하다고 할 수 있다.

이렇듯 환자 측의 증명곤란을 극복시키고 무기대등의 요청을 충족시켜 공

6) 인과관계이론의 변천에 관한 상세한 논의는 이영환, “의료과오에 있어서의 인과관계 이론과 입증책임에 관한 연구”, 부산대학교 법학연구 제26권 제1호, 부산대학교 법학연구, 1983, 52면 이하 참조.

7) 범경철, 전거서, 261-262면; 보건환경범죄론, 사법연수원, 2005, 105-114면.

8) 김민중, “의료분쟁 판례의 동향과 문제점”, 『의료법학』 (창간호), 한국사법행정학회, 2000, 35-37면.

정한 절차를 구할 권리를 보장시키기 위해 의료소송에 있어서는 입증책임 자체를 의사 측에 부담시키자는 입증책임전환론과 같은 강경한 입장에서부터, 입증에 관해서는 원칙적으로 일반법리를 적용하여 환자 측이 부담하지만 일응 그 입증책임을 경감시키자는 입증책임경감론이 등장하게 되었다.⁹⁾

가. 표현증명론

표현증명이란 경험칙상 어떠한 사실이 있으면 다른 사실이 생기게 되는 전형적인 관계가 인정되는 경우 어느 사실로부터 다른 사실을 추정하는 증명방법을 말하는 것인데, 의료과오소송에 있어서 표현증명의 법리는 의사가 처치상 과오를 범하고 이러한 과오가 의료경험에 비추어 발생한 손해를 전형적으로 초래하는 경우에는 일응 인과관계를 추정하도록 하며¹⁰⁾ 또한 의료처치결과 손해가 발생하였는데 이러한 손해는 의료경험에 비추어 볼 때 의사의 처치상 과오에서 유래하였다고 볼 수 있는 경우¹¹⁾에는 의사의 처치상 과실이 있음을 추정하도록 하는 것이다.

표현증명의 법리는 입증책임을 부담하는 당사자의 입증책임을 경감시키기 위해 어느 정도 전형적인 개연성 있는 사실을 통해 추정하는 것이므로 위와 같이 표현증명을 통해 추정된 사실에 대하여 상대방은 경험칙상 전제되는 사실이 부존재한다거나 추정되어진 사건의 전개과정과 다른 경로를 통해 사건이 진행될 가능성이 있다는 점을 입증하는 등 법관이 얻은 확신을 뒤흔들 수 있을 정도의 증거 제시를 통해 추정을 번복할 수 있다¹²⁾.

9) 이시윤, 『신민사소송법』, 박영사, 2003, 457-458면, 범경철, 전게서, 261-291면.

10) 즉, 의료행위에 있어서의 인과관계에 관한 표현증명의 기초는 의사의 치료과실, 환자의 건강손상 및 일반적인 생활 경험을 토대로 하는 인과관계의 개연성이라고 한다.; 김천수, “의사책임소송에 있어서의 입증문제에 관한 고찰 - 독일의 의사책임법 이론을 중심으로 -”, 법정논총 제7집, 대구대학교 출판부, 1993, 123면 참조.

11) 척수주사 후 즉시 마비현상이 발생된 경우나 수술부위에 거즈나 메스를 잔류시킨 경우와 같이 전형적인 의사의 처치상 과오라고 볼 수 있는 사례들이 그 예이다.

12) 김상영, “의료과오소송에 있어서의 인과관계, 과실의 입증책임”, 부산대학교 법학연구 제37권 제1호, 부산대학교 법학연구소, 1996, 200-213면; 범경철, “의료소송에서 환자의 입증책임의 완화”, 전북법학 논집 제1집, 전북대학교 법학연구소, 2000, 260-268면; 조재건, “의료과오소송에 있어서의 입증책임”, 민사법연구 제8집,

나. 입증책임전환론

의사가 잘못된 의료행위를 통하여 고의 또는 중대한 과실로 환자를 위험에 처하게 하고 그 위험으로 인해 손해를 발생하였다고 볼 수 있는 경우 잘못된 의료행위와 손해 사이에 인과관계가 없음을 의사가 입증하도록 하여 환자 측에서 입증하도록 되어 있는 입증책임을 의사 측에 전환시키는 것으로 독일의 판례를 통해서 전개되어 오고 있다. 즉, 독일연방법원은 의사의 “중대한 치료과오”가 있음이 입증될 수 있고 그러나 환자가 치료영역에 있어서 의학의 경험상 동일한 종류의 손해를 야기시킬 수 있는 위험을 창출하지 않았다면, 입증책임을 전환을 통하여 인과관계의 문제에 있어서 환자의 입증곤란을 덜어주어 왔다.¹³⁾

독일판례가 들고 있는 입증책임을 전환요건은 ① 의사가 고의 내지 중과실로 볼 수 있을 정도의 의료과오를 범할 것, ② 그 과오가 당해 사안에서 실제로 발생한 손해를 야기하는데 인과관계가 있을 것이다. 이 중 위 ①의 요건을 원고인 환자 측에서 입증하면 의사는 자신의 과오가 손해발생의 원인이 아니라는 점을 입증할 책임을 지게 된다고 한다¹⁴⁾.

다. 입증방해론

입증방해론은 입증책임을 부담하는 자의 입증이 상대방의 유책한 방해행위로 인하여 곤란하거나 불가능하게 되는 경우에 입증책임을 부담하지 않는 상대방에게 증거법상 어떤 불이익을 가함으로써 공평을 유지하려는 것이다.

특히 의료사고 발생시 의료과오의 개재 여부를 판단할 수 있는 가장 중요한 증거인 진료기록의 은닉, 폐기, 위변조를 가한 경우가 대표적이다.

그리고 입증방해를 행한 측에 대한 증거법상의 제재로는 입증책임을 전

대한민사법학회, 2000, 303-306면.

13) 김천수, 전제논문, 119면 참조.

14) 김상영, 전제논문, 213-219면; 범정철, 전제논문, 268-270면; 조제건, 전제논문, 306-307면.

환하도록 하거나 법관의 자유심증에 따라 입증책임부담자의 주장이 진실한 것으로 인정할 수 있도록 하는 것이 논의되고 있다¹⁵⁾.

라. Res Ipsa Loquitur 원칙

Res Ipsa Loquitur란 “사물 내지 현상은 그 자체 스스로가 말한다”는 내용의 라틴어인데, 이 원칙은 의료과실에 대한 직접적인 증거는 없으나 의미 있는 간접적 또는 정황적인 증거가 있는 경우 정황으로부터 추론을 이끌어 내는 방법으로 의료과실을 입증하자는 것이다.¹⁶⁾

위 원칙의 적용요건으로는 ① 손해가 누군가의 과실이 개재 되지 않았다면 통상 일어나지 않는 경우일 것, ② 손해가 피고 측의 배타적 지배하에 있는 사람 또는 시설에 의하여 발생된 것일 것, ③ 원고의 어떠한 행위도 그 손해를 야기시키지 않았을 것, ④ 사건의 설명가능성이 원고보다 피고에게 더 있다고 보여질 것 등이다. 위 원칙을 도입한 미국은 배심원제도가 운영되고 있는 바, 위 원칙과 배심원제도가 결합하게 되면 배심원은 환자 측에 대하여 동정적인 것이 보통이므로 의사가 반증에 성공하기가 어려워 결과적으로 입증책임 전환과 같은 효과를 가져온다고 본다¹⁷⁾¹⁸⁾.

15) 김상영, 전계논문, 220면; 범경철, 전계논문, 271-273면; 조재진, 전계논문, 307면.

16) 동원칙은 영국의 불법행위소송에서 사용되다가 1900년대 초 미국의 의료과오소송에서 제3의 객관적인 전문가의 도움에 지나치게 의존하는 경향을 완화하고자 동원칙으로 입증될 수 있을 만한 경우의 의료과오소송에서 도입되기 시작하였다고 한다.

17) 조재진, 전계논문, 307-309면.

18) Res Ipsa Loquitur 원칙은 표현증명론과 효과면에서 차이가 있는 바, 전자의 경우 피고인 의사가 과실의 추정을 번복하기 위해서는 원고의 손해발생이 피고 자신의 주의의무 위반에 기한다는 것보다 그렇지 않는 쪽이 보다 개연성이 있다는 것을 증명하여야 하므로 피고에게 불리한 입증책임이 전환되는 효과가 발생함에 반해, 후자의 경우 피고가 표현증명을 번복시키기 위해서는 피고가 자신에게 책임이 없는 다른 경과가 존재함을 주장·입증하면 충분하며, 반대사실의 증명으로도 족하므로 입증책임 전환의 효과까지 가져오지는 않는다.; 박종권, “의료과오소송의 입증책임전환론”, 『비교사법』 제14권 제1호, 한국비교사법학회, 335-336면 참조.

IV. 주의의무 위반과 악결과 간 인과관계 부재시 책임의 존부

1. 논의의 소재

의사의 주의의무 위반의 유형 중 설명의무 위반의 경우에는 “설명 의무” 자체가 지니는 특수성에 따라 설명의무의 위반으로 인하여 악결과와의 인과관계가 인정될 경우 외에 비록 악결과와의 인과관계가 부재하더라도 환자 측이 선택의 기회를 잃고 자기결정을 행사할 수 없게 됨에 대한 정신적 고통에 관한 위자료를 배상하도록 하는 법리가 판례와 학설을 통하여 정립되어 있으나, 그 외의 의사의 주의의무 위반에 대하여는 의사의 의료과오가 존재하더라도 환자에게 발생한 악결과와의 사이에 인과관계가 없는 경우 의사에게 어떠한 책임을 추궁할 수 있느냐에 관하여 논의가 분분하여 왔다.

2. 외국의 동향

가. 미국의 경우

미국에서 역시 종래 의료과실과 악결과 간에 인과관계가 인정된 경우에만 의사의 손해배상책임이 성립되었기 때문에 불성실한 의료행위가 존재하더라도 난치병이나 불치병 등 그 사망이 확실한 경우에는 인과관계가 인정되지 않아 의사의 손해배상이 부정되어 ‘all or nothing’의 결과를 가져오는 점에 착안하여, 환자 측에 발생하는 이러한 불이익을 단지 환자의 정신적 손해라는 위자의 문제로만 치부하여 환자의 법익을 가볍게 처리하는 것은 부당하고 또한 환자 측이 부담하는 인과관계 입증의 곤란성을 극복하기 위해서는 ‘기회상실론’이 도입되어야 한다는 주장이 대두되었다.

즉, 미국에서의 ‘기회상실론’이란 의료과오가 없었더라면 당해 환자가 보다 나은 결과를 얻을 수 있는 기회는 확실하지 않다고 할지라도, 의사의 과실이 환자로부터 그와 같은 기회를 박탈한 것이 확실한 경우, 의사의 과실이 환자의 손해의 일원인 내지 주원인이라는 것을 환자 측은 어떻게 입

증하여야만 하는 것인가라는 환자 측의 입증이론이라고 한다.¹⁹⁾ 이에 해사구조의 법리²⁰⁾를 의료과오소송에 적용하여 ‘실질적인 가능성 (substantial possibility or substantial factor)’을 기준으로 의사가 실질적인 구명 또는 생존기회를 박탈하였기 때문에 의사 측의 책임을 인정하여 환자의 구제를 도모하는 입증완화적 접근방법인 Hicks 이론²¹⁾과 기존의 Hicks 이론이 ‘기회’가 최종적인 악결과를 회피하는 것이 가능했는지 여부에 따라 판단되었기 때문에 기회의 상실로는 all or nothing에 의하여 완전배상은 배제되어 왔다는 점에서 기회를 박탈당한 환자 측의 실질적인 손해배상 측면에서의 구제를 도모하기 위하여 Joseph H. King에 의하여 발표된 ‘기회’를 보호해야 할 이익 개념으로 상정하여 보다 나은 결과를 얻을 기회의 상실을 배상할 가치 있는 독자적 손해로 보아 생존가능성을 토대로 완전히 배상받아야 한다는 소위 King 이론²²⁾이 존재한다.

나. 일본의 경우

일본에서도 하급심 판결을 토대로 ‘기대권의 침해’, ‘연명이익의 상실’, ‘치료기회의 상실’, ‘현저히 불성실한 진료’ 등의 기준을 제시하면서 의사의

19) 배성호, “의료과오소송과 기회상실론”, 『인권과 정의』 제310호, 대한변호사협회, 2002. 6., 1-2면.

20) 배성호, 전제논문, 9면, 이는 업무과오소송인 Gardner v. National Bulk Carriers, Inc 판결에서 「만약 선장의 부작위가 구조의 합리적인 가능성을 박탈한 것이라면 인과관계는 입증되고, 여기에서의 의무해태가 주원인이라고 하는 것은 명백하다. 일단 증거에 의하여 구조의 합리적인 가능성이 주장된다면, 그 가능성의 다과에도 불구하고 상황에 따라 의무를 전적으로 무시하고 구조를 시도조차 하지 않았다는 것에 대해서는 책임이 있다」는 법리를 전개한 것이다.

21) 배성호, 전제논문, 10면 이하; 강신웅, “미국 기회상실론의 수용 여부 검토”, 비교사법 제9권 제4호, 한국비교사법학회, 2002. 12., 273-275면 참조, Hicks v. United States 판결에 의하여 정립된 법리인바, 이 사건에서 법원은 의사가 환자에 대한 보다 면밀한 진단을 통하여 환자의 상태와 병명을 확정하여 긴급수술을 하였을 경우 환자의 구명가능성이 높았음에도 불구하고 환자에 대한 초진시 이를 현저히 해태한 경우 위 해사구조의 법리에 따라 ‘구조할 수 있는 상당한 가능성’ 기준에 의하여 「피고가 환자의 생존의 실질적인 가능성을 박탈한 경우 피고에게는 책임이 있다」고 판단하였다.

22) 배성호, 전제논문, 14-18면; 강신웅, 전제논문, 276-286면.

주의의무 위반이 특정되지 않거나 그 의무 위반이 발생한 손해와의 사이에 명확한 인과관계가 인정되지 않는 경우 정신적 위자료 및 변호사비용 정도의 배상을 인정하여 피해자의 구제를 도모하는 경향이 1970년대경부터 나타나기 시작했고, 최근 최고재판소 판결례를 통하여서도 확인되어 ‘기대권 침해론’이 형성되게 되었다.²³⁾

이러한 일본의 판례경향에 대하여는 무리하게 무인과관계론상의 논리를 전개하여 피고에게 손해배상책임을 인정하고 의료과오소송에서 “기대권의 침해”라는 문언을 빌어 소액의 손해배상액을 산정하여 사안의 해명을 도리어 애매하게 만들었다는 비판²⁴⁾과 함께 치료의 유효성이 낮다고 하여 태만한 의사가 면책되어야 한다면 부당할 뿐만 아니라 과학성이라는 이름하에 과도한 증명책임을 환자에게 부담시켜 왔던 일련의 소송실무에의 소박한 반성으로서 바람직하다는 찬성²⁵⁾이 함께 공존하고 있다.

3. 우리나라 학계의 논의

우리나라에서도 위 미국·일본 등에서 제기되어 정립되어 온 ‘기회상실론’ 내지 ‘기대권 침해론’을 수용하려는 움직임이 학계에서 나타나고 있다.²⁶⁾

이 견해는 환자의 ‘진료기회를 보장받을 권리’를 보호법익으로 상정하여 의사의 검사·진단·처치 및 수술 등의 일반적인 의료행위에 대한 과실판단의 전제가 되는 행위의무 위반 여부를 판단하기 곤란하거나 과실이 인정되더라도 그것과 손해와의 사이에 인과관계를 인정하기 곤란한 경우 환자의 손해 또는 사망에 대한 상당 정도의 가능성의 존재가 증명될 때 의사의

23) 김민규, “진료기회보장론과 인과관계 및 위자료배상의 신경향”, 『비교법학』 제15집, 부산외국어대학교 비교법연구소, 2004, 175-178면.

24) 櫻天節夫, 判決評論 第232號(1978), 25면, 김민규, 전계논문, 179면에서 재인용.

25) 石川寛俊, 期待權の展開と證明責任のあり方, 判例タイムズ 第686號(1989), 25-26면, 김민규, 전계논문, 180-181면에서 재인용.

26) 정태윤, “기회상실의 손해에 대한 연구”, 『비교사법』 제5권 제1호, 한국비교사법학회, 1998, 171면 이하; 이종태, “의료과오소송과 기회상실이론”, 법률신문 제3020호, 2001. 10. 22., 14면; 김민규, 전계논문, 167면 이하.

책임을 인정하자는 것으로 증명책임의 완화경향과 위자료의 법적 기능의 확대 추세의 하나로 파악하고 있다.²⁷⁾

V. 판례의 동향

1. 우리나라 판례의 태도

가. 종래 판례의 태도

(1) 인과관계의 추정을 통한 입증책임의 경감 경향

판례는 위와 같이 환자 측이 의료사고에 있어서의 인과관계를 입증하기가 어렵다는 점을 인식하여 ‘의료행위가 고도의 전문적 지식을 필요로 하는 분야이고, 그 의료의 과정은 대개의 경우 환자나 그 가족이 일부를 알 수 있는 점 외에 의사만 알 수 있을 뿐이며, 치료의 결과를 달성하기 위한 의료기법은 의사의 재량에 달려 있는 것이기 때문에 손해발생의 직접적인 원인이 의료상의 과실로 말미암은 것인지 여부는 전문가인 의사가 아닌 보통인으로서 도저히 밝혀 낼 수 없는 특수성이 있어서 환자 측이 의사의 의료행위상의 주의의무위반과 손해의 발생과 사이의 인과관계를 의학적으로 완벽하게 입증한다는 것은 극히 어려우므로, 이 사건에 있어서와 같이 환자가 치료도중에 사망한 경우에 있어서는 피해자 측에서 일련의 의료행위 과정에 있어서 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 그 결과 사이의 인과관계를 추정하여 손해배상책임을 지을 수 있도록 입증책임을 완화하는 것이 손해의 공평·타당한 부담을 그 지도원리로

27) 김민규, 전제논문, 197-208면.

하는 손해배상제도의 이상에 맞는다고 하지 않을 수 없다'고 판시하여²⁸⁾ 일정한 요건 하에서 인과관계를 추정하여 환자 측의 입증부담을 경감 내지 완화시키는 경향을 보여 왔고 상당한 판례를 축적시켜 왔다.

대법원은 ① 태아의 두개내출혈 등 두부손상이 분만 당시 의사의 과오에 의한 것으로 보이고, 출산 전후를 통하여 달리 뇌성마비의 원인이 될 만한 모체 또는 태아의 감염이나 이상을 인정할 자료가 없다면 태아의 두부손상이 뇌성마비의 원인이 된 것으로 추정하였고²⁹⁾, ② 의사의 전방경추융합술 시행 이후에 사지부전마비증세가 발생한 경우 비록 시술상의 잘못 이외의 알 수 없는 원인으로 합병증이 발생하는 확률이 1% 미만으로 알려졌다고 하더라도, 원고의 사지부전마비증세는 의사가 시술과정에서 수술기구 등으로 원고의 전면 척추동맥 또는 신경근 동맥을 과다압박 또는 손상하게 하여 척수혈류장애를 초래하였거나 또는 원고의 제6또는 제7 경추부위의 척수를 손상시킨 잘못으로 인하여 초래된 것이라고 추정하였으며³⁰⁾, ③ 미숙아가 적절하고 집중적인 소생, 보육을 받았다면 생존가능성이 50% 정도는 되었다고 봄이 상당하다면, 의사가 생존가능성이 없다고 속단하여 살리기 위한 응급조치나 소생술을 시행하거나 전과를 시행하지 아니한 과실과 그 신생아의 사망 사이에는 인과관계를 인정하였고³¹⁾, ④ 환자의 목 뒷부분에 생긴 혹에 대해 단순한 지방종으로 진단하고 이를 제거하는 수술을 시행함에 있어 전신마취 수술 도중 심정지가 발생하여 뇌손상으로 인한 전신마비증세를 초래한 의료사고에서 환자의 뇌손상 원인인 심정지가 이 사건 마취 및 수술 도중에 일어났고, 이 사건 마취 및 수술과 위 환자의 뇌손상 사이에 다른 원인이 개재되었을 가능성을 찾을 수 없으며, 마취 시행전 심전도 검사 등을 하지 아니하는 등 시술 전 또는 시술 중 대처를 소홀히 했다는

28) 대법원 1995. 2. 10. 선고 93다52402 판결, 대법원 1995. 3. 10. 선고 94다39567 판결, 대법원 1995. 12. 5. 선고 94다57701 판결, 대법원 1996. 6. 11. 선고 95다41079 판결, 2001. 3. 23. 선고 99다48221 판결.

29) 대법원 1992. 12. 8. 선고 92다29924 판결.

30) 대법원 1995. 3. 10. 선고 94다39567 판결.

31) 대법원 1995. 4. 14. 선고 94다29218 판결.

점을 종합 참작하여 보면, 환자의 뇌손상은 의료진의 이 사건 수술과정에서의 잘못으로 인한 것이라고 추정할 수밖에 없다고 판시하였으며³²⁾, ⑤ 신결핵에 따른 신장 적출수술 중 하대정맥 열상으로 인한 과다출혈이 있었고 수술 후 저산소성 뇌손상에 의한 기질성 장애 등의 후유장애가 발생한 의료사고에서, 대출혈에 대응하는 효과적인 지혈조치와 수혈이 적시에 이루어지지 못한 것으로 봄이 상당할 것이고, 원고의 뇌손상이 다른 원인으로 생겨났다고 볼 수 있는 특단의 사정을 찾을 수 없다면, 위 원고의 후유장애는 이 전 수술과정에서의 잘못을 비롯한 의료과실에 기인한 것이라고 추정할 수밖에 없다고 판시하였으며³³⁾, ⑥ 체육실기시험으로 앞·뒤구르기를 하고 난 직후부터 흉부 통증을 느끼기 시작하여 상당 기간 치료 후에도 계속하여 흉부 통증을 호소하여 왔으며 치료를 종료한 상황에서도 제4흉추진구성 압박골절이 진단되고 제3·4흉추가 유합되어 있으며 그로 인하여 흉부동통 및 척추운동 제한의 장애가 남은 것으로 판명된 경우, 위 환자는 앞·뒤구르기 과정에서 제4흉추부 압박골절을 당하였던 것으로 추정함이 상당하므로, 만일 필요한 적절한 조치를 취하였을 경우 위와 같은 후유장애의 발생을 막을 수 있었음에도 불구하고 그러한 조치를 취하지 아니한 채 치료 가능한 기간이 경과하였거나 취해서는 안 될 조치를 취하는 바람에 위와 같은 결과가 발생한 것이라면 그 진료에 관여한 의사들이 자신이 처한 의료환경, 위 환자의 특이체질 기타 구체적 상태 등으로 인하여 그러한 조치를 취하지 아니한 특별한 사정에 관하여 납득할 만한 이유를 제시하고 이를 입증하지 않는 한, 그 의료상의 과실과 결과 사이의 인과관계는 사실상 추정된다³⁴⁾고 하고, ⑦ 망인이 간질환으로 치료를 받고 있었으나, 망인이 피고병원에 입원할 당시 그 상태에 비추어 단기간 내에 사망에 이를 것이 예상되는 중증의 질환을 가지고 있었다고 보기는 어려움에도 불구하고 위와 같이 피고병원에서 입원치료를 받던 중 한 달도 못 되어 사망에

32) 대법원 1996. 6. 11. 선고 95다41079 판결.

33) 대법원 1996. 12. 10. 선고 96다28158, 28165 판결.

34) 대법원 1998. 2. 27. 선고 97다38442 판결.

이르게 되었는데, 망인의 주치의인 피고 3과 그의 지도·감독을 받으면서 구체적인 치료를 담당한 피고 1로서는 망인에 대한 니조랄 처방 이후 망인이 반복적인 흉통, 발작, 일시적인 혼수상태 등을 나타냈으므로, 이러한 경우 마땅히 그 원인을 규명하여 그것이 니조랄과 관련이 있는 것이라면 투약을 즉각 중단시키고, 니조랄과 관련이 없는 것이라면 심장계통 등의 이상을 의심하여 이에 적절히 대처하는 등 조치를 취하였어야 함에도 불구하고, 아무런 조치도 취하지 아니한 채 만연히 이를 방치하였을 뿐만 아니라, 나아가 위와 같이 반복되는 징후에 따라 예상되는 만약의 긴급사태에 대한 대비 또한 소홀히 한 과실이 있다고 할 것이며, 망인의 사인을 심근경색 등 심장계통의 이상 또는 간기능의 악화 중 그 어느 하나로 단정하기 어려운 점은 있으나, 그 요인들이 복합적으로 작용하여 위 망인이 사망에 이르게 된 것이라고 보는 데에 큰 무리가 없다고 할 것이고, 여기에 의료소송의 특수성 등의 제반사정을 종합해 보면, 피고들의 과실과 망인의 사망 사이에는 인과관계가 있다고 추정하여 이를 인정함이 상당하다고 할 것이라는 원심의 판단에 인과관계의 입증책임에 관한 법리오해의 위법이 없다고 하였으며,³⁵⁾ ⑧ 심장수술 도중 발생한 대동맥박리현상으로 인하여 환자가 사망한 경우, 그 대동맥박리는 심장수술을 위한 캐놀라 삽관 직후에 나타나 그 수술 이외에는 다른 원인이 개재하였을 가능성이 없고, 그 발생 부위도 캐놀라 삽관과 연관하여 볼 수 있는 부위로 보이고, 환자에게 심장수술 전후를 통하여 대동맥박리를 초래할 만한 특별한 질환이나 증상이 관찰되지 아니하였으며, 또 대동맥에 캐놀라를 삽입하는 과정에서 부적절한 시술로도 대동맥박리가 나타날 수 있는데다가, 심장수술 과정에서의 잘못된 이외의 합병증으로 대동맥박리가 발생할 수 있는 확률도 극히 미미하게나마 있지만 그 경우도 주로 혈관질환을 보유하고 있는 환자들에게서 나타난 것이라는 사정 등에 비추어, 그 대동맥박리는 결국 대동맥박리가 일어날 수 있는 원인 중에서 부적절한 캐놀라 삽관에 의하여 초래된 것이라고 추정할

35) 대법원 1999. 2. 12. 선고 98다10472 판결.

수밖에 없다고 하였고,³⁶⁾ ⑨ 산모가 산전 소변검사 결과 요당 약양성 반응을 보이는 등의 사정이 있었는데 이에 대해 별다른 조치를 취하지 않은 채 질식분만 방식으로 분만을 유도하던 중 태아가 거대아인 관계로 견갑난산을 하게 되어 태아에게 상완신경총 손상이 발생한 경우에도 인과관계를 추정하였고,³⁷⁾ ⑩ 분만담당의사가 질식분만을 시도하던 중 여의치 않자 제왕절개술을 시술하였으나 신생아는 출생 후 12시간여 만에 사망한 사안에서 태아의 심박동 측정 결과가 다양성심박동감소 양상을 나타내면서 그 최저점이 정상수치의 절반에도 미치지 못하는 등의 상태가 점점 악화되었음에도 불구하고 위 피고가 이를 태아의 안전에 별다른 영향이 없는 조기심박동감소로만 판단하여 집중적인 관찰과 처치를 소홀히 하고 나아가 제왕절개술을 결정하고서도 2시간이 넘어서야 시술을 함으로써 필요한 조치를 지체한 과실이 존재한다고 추정하고 이로 인하여 신생아가 사망하였음이 추정된다고 하였다.³⁸⁾

(2) 인과관계 부재시 책임 전면 부정

그러나 판례는 위와 같이 인과관계에 있어 환자 측이 부담하는 입증책임을 완화한다고 하더라도 ‘의료행위를 한 자에게 손해배상책임을 지우기 위

36) 대법원 2000. 7. 7. 선고 99다66328 판결.

37) 대법원 2003. 1. 24. 선고 2002다3822 판결; 한편 이 건에서 대법원은 판결이유에서 ‘...앞에서 본 피고의 주의의무 위반, 즉 과실과 원고 1의 상완신경총 손상으로 인한 후유장애와의 인과관계는, ① 피고가 원고 2가임신성 당뇨 상태에 있게 된 것을 진단해 내지 못하였고, ② 위 원고의 임신성 당뇨로 인해(적어도 다른 원인들과 함께) 거대아를 출산하게 되었고, 이로 인해(적어도 다른 원인들과 함께) 견갑난산이 되었으며, ③ 피고가 거대아 출산과 견갑난산을 예견하지 못함으로써 제왕절개술이 아닌 질식분만 방법을 택하게 되었고, ④ 그 견갑난산 과정에서 피고의 분만시술상의 과실이 더하여지거나 또는 불가피하게 상완신경총 손상이 발생한 것인바, 이와 같은 인과관계는 원고들이 입증하여야 하는 것이 아니라 피고에게 입증책임이 전환되어 있으므로, 피고는 적어도 그 인과관계를 이루는 사실들 중 어느 하나의 부존재를 입증하여야만 그 책임을 면하게 된다.’고 판시하였는데, 이는 간접사실 등을 통하여 피고의 의료과실과 인과관계를 사실상 추정하게 되었으므로 적기한 부분에 대하여 의료과실이 없거나 다른 원인이 개재되었음을 피고가 입증하여야 한다는 것을 의미하는 것으로 보인다.

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

하여서는 의료행위상의 주의의무위반, 손해의 발생 및 주의의무위반과 손해의 발생과 사이에 인과관계의 존재가 전제되어야 하는 것은 당연'하다고 하고, '의료행위에 있어서의 잘못을 원인으로 한 불법행위책임이 성립하기 위하여서도 일반적인 경우와 마찬가지로 의료상의 주의의무 위반과 손해의 발생이 있고 그 사이에 인과관계가 있어야'³⁹⁾ 한다고 보아 원칙적으로 인과관계가 부존재할 경우에는 의료진의 책임을 전면 부정하여 왔다.

대법원은 ① 정신병원에서 입원치료를 받고 있던 고령의 정신병환자가 병원 의사의 관리소홀로 병실에서 넘어져 두부외상을 입고 그 후 치매증상을 보이게 된 사안에서, 그 환자가 사고 이전에 이미 치매를 표상하는 기질적 정신장애의 증세가 있어 사고 이전부터 서서히 진행되어 증세가 고착된 것이고 위 사고는 이러한 치매증상의 발전 과정에 우연히 개재된 사고로서 위 사고로 인한 두부외상은 후유증을 남기지 않고 자연치유되었으므로 비록 의사에게 진료상의 과실이 있다고 하더라도 현재 환자의 치매증세와의 사이에서 인과관계가 추정되지 않는다고 하여 원고 측의 청구를 모두 기각한 바 있고,⁴⁰⁾ ② 의사가 환자에 대한 척수검사시술을 하면서 주사바늘을 잘못 찔러 그의 척추신경을 손상시킴으로써 하반신마비를 초래하였다고 보기 어렵고, 또 위 의사가 척수검사를 한 후 환자의 상태를 관찰하지 않고 방치하였음이 인정되지도 아니하므로, 결국 환자에 대한 일련의 의료행위과정에 있어서 일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실이 있는 행위가 있었다는 점에 관한 입증이 없다 하여 원고들의 이 사건 손해배상청구를 배척한 것은 정당하다고 하였으며,⁴¹⁾ ③ 백내장 수술 후 검진 당시 환자가 비문증을 호소한 데 대하여 의사가 망박박리를 판단하기 위한 검사를 하지 아니한 것이 환자의 시각장애를 초래한 직접적인 원인이 되었다고 단정할 수 없다고 하여 상당인과관계를 부인하여 설명의무위반으로 인한 위자료 배상을 제외한 원고 측의 청구를 기각하였다.⁴²⁾

39) 대법원 1999. 4. 13. 선고 98다9915 판결.

40) 대법원 1997. 7. 22. 선고 95다49608 판결.

41) 대법원 1999. 4. 13. 선고 98다9915 판결.

42) 대법원 2002. 8. 27. 선고 2001다19486 판결.

나. 최근 판례의 새로운 경향

(1) 과실·인과관계의 추정에 있어서의 제한

그러나 판례는 최근 환자 측의 입증책임을 경감 내지 완화시킨다는 취지를 고수하는 한편 환자 측에서 의사의 과실을 좀 더 구체화하여 주장·입증할 것을 촉구하고 있는 판시를 행하여 막연히 의료행위 전후의 환자의 상태변화만 가지고 의사의 과실과 악결과간의 인과관계를 추정하는 것을 제한하는 듯한 태도를 보이고 있다.

대법원은 ① 청신경초종 제거술을 받은 환자에게 수술 중 감염으로 뇌막염이 발생한 사안에서 일련의 의료행위 과정에 있어서 일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상 과실의 존재는 환자 측에서 입증하여야 하는 결과 의료과정에서 어떠한 주의의무 위반의 잘못을 인정할 수 없다면 그 청구는 배척될 수밖에 없다고 하면서 환자 측에서 뇌막염의 감염방지나 뇌실내 출혈 등 망인의 신체·생명에 지장을 초래한 중대한 결과 발생의 방지를 위하여 시술의사로서 취하여야 할 구체적인 조치가 무엇이었는데 이를 다하지 아니함으로써 그러한 주의의무를 위반한 의료상의 과실이 있었는지에 관한 특징을 다하지 못하였고, 집도의사가 사고 당시 일반적인 의학수준에 비추어 볼 때 수술로 인한 감염을 막기 위하여 필요한 조치를 다하였다고 보아 환자 측의 청구를 모두 배척하였고⁴³⁾, ② 심한 어지럼증으로 입원한 환자가 뇌경색의 진단을 받고 뇌혈관의 이상 여부를 확인하기 위해 뇌혈관조영술 검사를 받던 중 뇌경색으로 의식을 상실한 사안에서 의료과실 및 인과관계에 있어 환자 측의 입증책임을 경감 내지 완화시킨다는 취지는 인정하나 “그 경우에도 의사의 과실로 인한 결과발생을 추정할 수 있을 정도의 개연성이 담보되지 않는 사정들을 가지고 막연하게 중한 결과에서 의사의 과실과 인과관계를 추정함으로써 결과적으로 의사에게 무과실의 입증책임을 지우는 것까지 허용되는 것은 아니다.”라고 하였으며,⁴⁴⁾ ③ 내시경적 역

43) 대법원 2003. 11. 27. 선고 2001다20127 판결.

44) 대법원 2004. 10. 28. 선고 2002다45185 판결.

행성 담체관조영술(ERCP) 검사 후의 급성췌장염은 검사 건수의 5% 정도에서 발생할 수 있고 특별한 병적인 상태가 없는 경우에도 발생할 수 있다는 점, 망인에 대한 ERCP 검사 경과 중에 문제가 될 만한 사정이 보이지 않는다는 점, 당시 망인의 상태에 비추어 급성췌장염의 발생기전이 망인에게 전혀 없다고 볼 수만도 없는 점 등을 고려하여 ERCP 검사 후 망인에게 급성췌장염이 발생하였다는 사실만으로 피고 병원 의료진에게 그 검사과정에서 원고 주장과 같은 과실을 인정하기 어렵다고 판단하여⁴⁵⁾ 환자 측에서 의사의 과실과 악결과와의 인과관계를 좀 더 명확하게 구체화할 것을 요구하는 듯한 판시를 행한 바 있다.

(2) 인과관계 부재시 책임의 인정

또한 대법원은 의료진의 주의의무 위반과 환자에게 발생한 악결과 사이에 인과관계가 부존재할 경우라도, 의료진의 주의의무 위반의 정도가 일반인의 입장에서 수인한도를 넘어설 만큼 현저하게 불성실한 진료를 행한 것이라고 평가될 정도에 이른 경우에는 그 자체로서 별도의 불법행위를 구성하는 것이며, 이 경우 전손해의 배상을 구할 수는 없더라도 환자 측이 입은 정신적 고통은 배상하여야 한다고 하여 의료진의 책임을 인정하였다.

대법원은 망아가 피고 병원에서 전신마취 수술을 받은 후 기면 내지 혼미의 의식상태에 놓여 있다가 사망한 사건에서, 망아의 사망은 뇌동정맥기형이라는 망아의 특이체질에 기한 급성 소뇌출혈로 인하여 발생한 것으로서 피고 병원 의료진에게 망아의 사망과 상당인과관계가 있는 과실이 있다고 인정할 수 없으나, 피고 병원 의료진이 망아의 기면 내지 혼미의 의식상태에 따른 환기 및 산소공급 조치를 제대로 취하지 아니하고 마취과 전문의 혹은 수술 집도의에게 적절한 보고 조치를 취하지 아니하는 등 다소 미흡한 조치를 취한 사안에서 대법원은 “의료진의 주의의무 위반으로 인한 불법행위의 책임을 묻기 위해서는 의료행위상 주의의무의 위반, 손해의 발

45) 대법원 2007. 5. 31. 선고 2005다5867 판결.

생 및 그 양자 사이에 인과관계가 존재한다는 점이 각 입증되어야 할 것인 바, 의료행위의 속성상 환자의 구체적인 증상이나 상황에 따라 위험을 방지하기 위하여 요구되는 최선의 조치를 취하여야 할 주의의무를 부담하는 의료진이 환자의 기대에 반하여 환자의 치료에 전력을 다하지 아니한 경우에는 그 업무상 주의의무를 위반한 것이라고 보아야 할 것이지만, 그러한 주의의무 위반과 환자에게 발생한 악결과 사이에 상당인과관계가 인정되지 않는 경우에는 그에 관한 손해배상을 구할 수 없다.”는 원칙을 적시하면서도 “다만, 그 주의의무 위반의 정도가 일반인의 처지에서 보아 수인한도를 넘어설 만큼 현저하게 불성실한 진료를 행한 것이라고 평가될 정도에 이른 경우라면 그 자체로서 불법행위를 구성하여 그로 말미암아 환자나 그 가족이 입은 정신적 고통에 대한 위자료의 배상을 명할 수 있으나, 이때 그 수인한도를 넘어서는 정도로 현저하게 불성실한 진료하였다는 점은 불법행위의 성립을 주장하는 피해자들이 이를 입증하여야 한다”고 판시하여 악결과와 의료과실간의 인과관계가 부재시에도 의료진의 책임인정이 가능하다고 하였다⁴⁶⁾⁴⁷⁾.

46) 대법원 2006. 9. 28. 2004다61402 판결.

47) 그러나 대법원은 해당 사안에서 위와 같은 법리를 실시하면서 “비록 위와 같은 수술 후 관리 소홀의 점에 관한 피고 병원 의료진의 주의의무 위반의 점이 인정된다고 하더라도, 더 나아가 그러한 주의의무 위반의 정도가 일반인의 수인한도를 넘어설 만큼 현저하게 불성실한 진료를 행한 것으로 평가될 정도에 이르렀음이 입증되지 아니하는 한 피고 병원의 위자료 배상책임을 인정할 수 없다 할 것인데, 이 사건에 있어서 원심이 인정한 사실만으로 피고 병원에게 불법행위책임을 물을 수 있을 정도로 피고 병원 의료진이 일반인의 수인한도를 넘어서 현저하게 불성실한 진료를 행한 잘못이 있었다고 단정할 만큼 충분한 입증에 이르렀다고 볼 수 있는지 의문이 든다”고 판시하며 고등법원에 사건을 다시 심리·판단하도록 환송하였다. 이후 이 사건은 서울고등법원 2006나98134 사건으로 계류되었고 원고 측의 수인한도를 넘어서는 현저히 불성립증여부가 관건이었으나 최근 법원의 화해권 고결정을 통하여 종결되었다.

2. 일본 판례의 태도

가. 종래 판례의 태도

(1) 과실·인과관계의 추정

일본 최고재판소는 의료과오 소송에 있어서는 여러 가지의 특수성이 논의되고 있지만, 결정적인 근거로 된 소송 자료가 의사 측에 편재된 점이 당사자의 대등성을 크게 손상시키고 적절한 권리 실현을 막고 있다는 지적은 이미 많이 이루어지고 있으며 이는 학계에서 소위 “정보 편재 소송”이라는 특성으로 환자 측의 주장입증의 곤란성을 어떻게 극복하고 권리의 실현을 도모하도록 하는 방법을 강구하는 것이 민사소송제도의 운용에 있어서 하나의 문제이라고 지적받고 있다’고 판결이유에서 실시하며 “원래 법은 사안의 특수성이나 피해 구제의 필요성에 따르기 때문에 무과실책임, 중간책임, 또는 중과실책임등의 특수 유형을 설치하여 실질적으로 공평하게 해결할 것을 요구하고 있으며, 공작물책임법리, 자동차손해배상 보상법리 등이 그것이다. 그리고 명문의 규정이 없더라도 해석에 의하여 이러한 불평등을 시정하려는 시도는 이루어져야 한다.

즉 원고의 입증이 곤란한 의료과오소송이나 공해소송 등에 있어 거증책임의 전환이나 과실의 추정 법리등의 실천 이론의 구축이 도모되고 있는 것이다.

이러한 법리의 연장으로서 본건과 같이 환자 측이 막대한 입증의 곤란을 겪어지게 될 것 같은 경우에는 역으로 의사 측에 있어 적극적으로 무과실을 입증할 것 같은 소송상의 배려가 있어야 한다”고 하여 의료과오소송에 있어 과실과 인과관계를 추정하여 왔다⁴⁸⁾.

최고재판소는 ① 무통분만을 위한 마취를 위해 주사를 시행한 후 포도상구균의 번식으로 원고의 경막외농양 및 압박성 척수염이 발생한 경우, 이는 상기 주사에 즈음하여 주사기구, 시술자의 손가락 또는 환자의 주사부

48) 최고재 제3소법정 平成 8년 1월 23일 선고 平4(才)251호.

위의 소독이 불완전(소독 후의 오염을 포함) 등이 문제되고, 이와 같은 불완전한 상태에서 마취주사를 한 것은 의사의 과실이라고 하고 이러한 소독의 불완전은 모두 진료행위인 마취주사에 즈음한 과실이라고 하기에 충분한 것이라고 하면서 의사의 진료행위로서의 특수성에 비추어 보아 구체적으로 그 어느 쪽의 소독이 불완전했다는 것을 확정하지 않아도 과실의 인정사실로서 부당하다고는 할 수 없다고 해석해야 한다고 하였고,⁴⁹⁾ ② 충수 삭제 수술을 받는 과정에서 발생한 심장 정지등에 의하여 뇌에 중대한 손상을 입은 장애가 발생한 사안에서 의사가 의약품을 사용한 데 즈음하여 의약품의 효능설명서에 기재된 사용상의 주의사항에 따르지 않아 그에 의하여 의료사고가 발생한 경우에는 이에 따르지 않았던 것에 대한 특별한 합리적 이유가 없는 한 해당 의사의 과실이 추정된다고 판시하였으며,⁵⁰⁾ ③ 화농성수막염으로 인해 유아가 입원치료를 받고 그 병환이 호전되고 있던 단계에서 의사가 그 치료의 일환으로 룬발 요추 천자에 의한 수액 채취와 페니실린의 주입시술을 행한 뒤 유아가 구토, 경련의 발작 등을 일으키고 이것이 계속되어 우반신 경련성 부전마비, 지능장애 및 운동장애 등의 병변이 생긴 경우 타에 특별한 사정이 없는 한 의사의 의료과실과 그 후의 발작 등 및 이것에 계속된 병변과의 인과관계를 부정한 원심의 판단이 경험칙에 반한다고 하여 파기환송한 바 있다.⁵¹⁾

(2) 인과관계 부재시 책임의 부정

최고재판소는 의사에게 의료과오로 인한 손해배상책임을 부담하게 하기 위하여서는 의료행위상의 주의의무위반, 손해의 발생 및 주의의무위반과 손해의 발생과 사이에 인과관계의 존재가 전제될 것을 요구하고 원칙적으로 인과관계가 부존재할 경우에는 의료진의 책임을 전면 부정하여 왔다.

최고재판소는 ① 미숙아망막증에 관한 여러 의료사고 사건에 있어서 “체

49) 최고재 제3소법정 昭和 39년 7월 28일 선고 昭38(オ)714호.

50) 최고재 제3소법정 平成 8년 1월 23일 선고 平4(オ) 251호.

51) 최고재 제2소법정 昭和 50년 10월 24일 선고 昭48(オ) 517호.

중 1400그램, 재태주 31주 미만, 위독한 호흡 장애가 있던 극소 미숙아에 대한 담당의사의 예방 내지 치료의 방법이 당시에 있어서 미숙아망막증에 관한 학술상의 견해나 임상상의 식견으로서 일반적으로 수용되고 있던 방법에 거의 따라서 행해졌고 당시의 의학수준에 적합한 것으로 소아과 의사로서의 재량의 범위를 초과한 상당하지 않은 경우, 담당의사가 위 미숙아에 대하여 취한 산소 공급 관리상의 조치에 과실은 없다”고 하여 원고 측의 손해배상청구를 모두 기각하였고,⁵²⁾ ② 원고 측이 미숙아망막증에 의하여 실명한 것을 이유로 한 위자료의 청구와 관련하여서도 “사람의 생명 및 건강을 관리하는 업무종사자는, 그 업무의 성질에 비추어 위험방지를 위해 필요한 최선의 주의의무를 다할 것이 요구되지만, 위 주의의무의 기준으로 되는 것은 일반적으로 진료 당시의 이른바 임상의학의 실천에 있어서 의료수준이고, 의사는 환자와의 특별한 합의가 없는 한, 위 의료수준을 초과한 의료행위를 전제로 한 치밀하고 성실한 의료를 다할 당연한 주의의무까지 부담하는 것은 아니고, 그 위반을 이유로 한 채무불이행책임, 불법행위책임을 지는 것은 아니”라고 하여 원고 측의 위자료 청구도 기각하였다.⁵³⁾

나. 최근 판례의 태도

(1) 인과관계 부재시 위자료의 인정 추세

그런데 일본의 경우에도 의사의 과실과 환자에게 발생한 악결과 간의 인과관계가 부재하더라도 만약 적절한 의료행위가 시행되었더라면 환자가 생존하였을 가능성이 존재하였을 경우에는 의사의 과실로 인하여 환자가 생존가능성을 침해받은 것이므로 의사는 이에 대한 정신적 고통을 배상하여야 한다는 하급심판례를 통하여 축적되어 오다가 최근 최고재판소에 의하여 인정되기 시작하여 활발하게 원용되고 있는 추세이다.

최고재판소는 ① 흉통의 자각증상이 있는 환자에 대하여 의사가 당시 의

52) 최고재 제3소법정 昭和 54년 11월 13일 선고 昭52(オ) 915호, 최고재 제3소법정 昭和 63년 1월 19일 昭57(オ) 1127호.

53) 최고재 제2소법정 平成 4년 6월 8일 선고 昭62(オ) 362호.

료수준에 비추어 볼 때 감별진단 및 부정맥 감시 등을 소홀히 하여 심근경색을 진단함에 실패하여 결국 사망에 이른 경우 “의사가 과실에 의하여 의료수준에 들어맞는 의료를 행하지 않았던 것과 환자의 사망과의 사이의 인과관계의 존재는 증명되지 않았지만 위 의료가 행해지고 있었다면 환자가 그 사망의 시점에 있어 생존하였을 상당 정도의 가능성의 존재가 증명된 경우 의사는 환자가 위 가능성을 침해받았던 것에 의하여 입었던 손해를 배상하여야 할 불법행위에 의한 손해배상책임을 진다”고 하면서 “생명을 유지하는 것은 사람에 있어 가장 기본적인 이익이고, 위 가능성은 법에 의하여 보호받은 것이 당연하며, 의사가 과실에 의하여 의료수준에 부합하는 의료를 행하지 않은 것에 의하여 환자의 법익이 침해받았던 것이라고 할 수 있기 때문”이라 하고, 이 경우 의사는 그 불법행위에 의하여 원고가 받았던 정신적 고통에 대하여는 위자료의 지불의무가 있다고 판시하였고,⁵⁴⁾

② 환자가 소아과 개업의사에 대하여 주위적으로 개업의사가 적시에 종합 의료기관에 전송하여야 할 의무를 소홀히 했기 때문에 환자에게 무거운 뇌장해를 남겼다는 점에 대한 의료과오로 인한 전손해배상을 구하고, 예비적으로 개업의사의 전송의무위반과 환자의 무거운 뇌장해와의 사이에 인과관계가 인정되지 않는다 하더라도 무거운 뇌장해를 남기지 않았을 상당 정도의 가능성이 침해받았음을 이유로 불법행위에 근거한 손해배상을 청구한 사안에서 의사에게 환자를 적시에 적절한 의료기관에 전송해야 할 의무를 소홀히 한 과실이 있지만 환자의 중대한 후유증과는 인과관계가 없더라도 상기 전송이 행해져서 동의료기관에서 적절한 검사 및 치료 등의 의료행위를 받았다면 환자에게 중대한 후유증이 남지 않았을 상당 정도의 가능성의 존재가 증명된 때에는 의사는 환자가 상기 가능성을 침해받았던 것에 의하여 입었던 손해를 배상해야 할 불법행위책임을 진다고 하였으며,⁵⁵⁾

③ 한편 스킨스 위암에 의하여 사망한 해당 환자에 대하여 위의 내시경검사를 실시한 의사가 적절한 재검사를 행하였더라면 환자가 그 사망의 시점에 있

54) 최고재 제2소법정 平成 12년 9월 22일 선고 平9(才) 42호.

55) 최고재 제3소법정 平成 15년 11월 11일 선고 平14(受) 1257호.

어 생존하고 있었을 상당 정도의 가능성이 있었다고 하면서 환자의 유족이 의사에 대하여 진료계약상 채무불이행책임을 구한 사안에서, 전기의 불법 행위책임을 법리는 진료계약상의 채무불이행책임에 대해서도 마찬가지로 해석된다고 하여 채무불이행책임도 인정하였다.⁵⁶⁾

(2) 과실·인과관계 추정의 제한 및 인과관계 부재시 위자료의 인정

일본의 경우에도 의료과오소송의 특성상 과실·인과관계 등에 있어 환자 측의 입증책임을 대폭 완화하려는 경향을 지니면서도 하급심판결에서는 지나친 사실상의 추정을 제한하고자 하는 한편, 이로 인해 인과관계가 부정 되더라도 발생한 손해의 공평타당한 분배를 위해 소정의 위자료를 인정하려는 움직임도 있다.

동경지방법판소는 피고가 경영한 진료소에서 출산한 망아가 분만의 과정에서 저산소성 허혈성 뇌증을 발증한 것에 의한 손해배상을 청구한 사안에서, “상기 뇌증의 원인 사실은 진통촉진제의 투여에 있는 것이라고 인정하고, 진통촉진제의 점적투여에 있어 분만감시장치를 장착하는 등 분만감시를 해야 할 주의의무를 해태하였다고 하여 의사의 과실을 인정하나, 해당 과실과 망아의 뇌장애와의 사이의 인과관계에 관하여는 가사 상기 과실이 없었다면 본건과 같은 위독한 저산소성 허혈성 뇌증이라고 하는 후유 장애가 남지 않았던 것에 대하여 상당 정도의 가능성이 있던 것은 인정되지만 그 이상 고도의 개연성이 존재한 것의 증명이 다하여졌다고 말할 수 없다고 하여 인과관계를 부정하면서도, 한편 피고로부터 적절한 의료행위를 받았더라면 상기 중대한 후유증이 남지 않았을 상당한 정도의 가능성을 침해

56) 최고재 제1소법정 平成 16년 1월 15일 선고 平14(受) 1937호; 의사에게 적시에 적절한 검사를 행한 것이 당연 진료계약상의 의무를 소홀히 한 과실이 있고, 그 결과 환자가 조기에 적절한 의료행위를 받는 것을 하지 않았던 경우에 있어, 상기 검사 의무를 소홀히 한 의사과실과 환자의 사망과의 사이의 인과관계의 존재는 증명되지 않더라도, 적시에 적절한 검사를 행한 것에 의하고 병변이 발견되고 해당 병변에 대하고 조기에 적절한 치료 등의 의료행위가 행해졌더라면 환자가 그 사망의 시점에 있어한 생존하고 있던 상당 정도의 가능성의 존재가 증명된 때에는, 의사는 환자가 상기 가능성을 침해받았던 것에 의하여 입었던 손해를 배상해야 할 진료계약상의 채무불이행책임을 지는 것이라고 해석한 것이 상당하다.

받았던 것에 의한 손해를 배상해야 할 불법행위책임이 피고에게 있다”고 하여, 망야의 정신적 손해에 관한 위자료와 변호사 비용 상당의 일부 손해 배상청구가 인용한 바 있다.⁵⁷⁾

VI. 검 토

1. 인과관계 판단에 있어서 입증책임 경감 경향의 제한과 환자 측 입증책임의 강화

위에서 살펴본 바와 같이 그동안 입증책임의 영역에 있어서 다소 환자 측에 대하여 관대한 입장을 견지해 왔던 법원도 대법원 2004. 10. 28. 선고 2002다45185 판결을 통하여 “의사의 과실로 인한 결과 발생을 추정할 수 있을 정도의 개연성이 담보되지 않는 사정들을 가지고 막연하게 중한 결과에서 의사의 과실과 인과관계를 추정함으로써 결과적으로 의사에게 무과실의 입증책임을 지우는 것까지 허용되는 것은 아니다.”라고 판시하여 인과관계가 규명되지 않은 사안에서는 오히려 일반인의 상식 수준에서 다른 정황적 간접사실들에 의한 과실행위의 증명만으로 인과관계를 추정하는 것을 지양하도록 하고, 악결과를 초래하였다고 볼 개연성이 있는 주의의무 위반이 개재되었는지를 판단하여야 할 것을 판시하여 입장을 변화를 나타내고 있는 것으로 보인다. 최근 하급심의 실무에 있어서도 이러한 경향이 대두되고 있는데, 재판부는 변론준비절차를 통하여 쟁점을 정리하는 단계에서 환자 측인 원고에 대하여 막연히 환자가 의료행위 전에는 온전하였다가 의료행위가 개재된 후 건강이 악화되었다는 사실만을 주장만으로 일관하지 말고 악결과와 연관성이 있다고 보이는 의료진의 구체적인 과실을 지적할 것을 요구하고 있다는 것은 의료과오소송에도 조심스러운 변화가 나타나고 있다.⁵⁸⁾

57) 동경지방법재판소 平成 18년 3월 15일 선고 平14(7) 10365호.

58) 물론 실무에 있어 지역적 차이가 존재하기도 하는데, 이와 같은 새로운 경향은 의료전담부가 별도로 존재하는 서울중앙지방법원의 경우 강하게 나타나고 있다고 생

이는 그간 판례가 의료과오소송에 있어서 환자 측에게 입증책임의 부담을 감경하여 환자 측을 보호하려 했던 경향이 오히려 의사의 의료행위에 있어서의 소신을 지나치게 위축시키고 심지어 책임을 감당하지 못한 의사가 경제적으로 파산하거나 목숨까지 끊게 되는 사고까지 발생하자 그 환자 측에 대한 입증책임 감경에 제동을 걸기 시작한 것으로 보인다. 더구나 의료사고 발생시 의료과오가 진정으로 개재되었는지 여부에 관한 입증과 판단이 그만큼 수월하지 않고, 손해의 공평타당한 분배가 실사례에서는 환자에 대한 손해의 전보 및 의료인의 면책이라는 두 가지 쟁점에 있어 일도양단할 수 없다는 점 등에 기인한 것으로 보인다.

아직까지 우리나라의 경우 하급심 및 대법원 판례는 각각의 사례마다 구체적 타당성을 고려하여 판단하고 있기 때문에 인과관계 및 입증책임에 관한 논의를 일관되게 정리하지 못하는 것으로 사료된다.

물론 일본의 경우에도 의료사고의 특수성으로 인해 판례의 태도가 정립되었다고 보기는 어려우나, 적어도 위에서 적기한 하급심 판결의 경향과 같이 손해의 공평타당한 분배를 위하여 환자 측에 대하여 인과관계의 입증에 있어 고도의 개연성을 요구하는 한편 인과관계가 부정되더라도 정신적 고통에 대한 위자료 등의 배상을 적극적으로 고려하는 해석은 새로운 시도라고 보여진다.

우리나라에서도 법적 안정성과 이를 통한 재판결과에 대한 국민의 신뢰를 확립하기 위해서라도 향후 적어도 유사사례군에 있어서는 인과관계 및 입증책임에 관한 구체적 기준의 정립이 시급하다고 할 것이며, 환자 측과 의사 측 모두가 수궁할 수 있도록 의료사고에 있어서의 손해를 배분할 수 있는 제도적 장치가 필요하다고 보인다.

2. 주의의무 위반과 악결과 간 인과관계 부재시에도 위자료 배상의 단초 마련

우리나라 판례는 의사 측의 주의의무 위반에 있어서도 세분화하여 판단하고 있으며 악결과와의 인과관계와의 연관을 염두에 두어 비록 일부 주의의무 위반이 인정된다고 하여도 인과관계가 단절될 경우에는 책임을 부정하여 왔으나, 대법원 2006. 9. 28. 선고 2004다61402 판결을 통해서 이러한 경우에도 그 주의의무 위반의 정도가 일반인의 수인한도를 넘어설 정도로 현저히 불성실한 진료를 한 경우에는 환자 측이 입게 된 정신적 고통에 대한 위자료를 배상하도록 하였다.

위 대법원 판결의 내용에 대하여 일본 판결레나 기회상실론의 연장선이라고 보는 견해도 있으나⁵⁹⁾, 위 대법원 판결과 일본 판결레는 서로 유사한 듯하면서도 상이한 점이 있다고 생각된다. 첫째, 일본의 판결은 생존가능성이나 기대권 등으로 악결과를 회피할 가능성이라는 기준을 제시하여 악결과와의 인과관계를 완전히 단절시켜 판단한다고 보기 어려운 사정이 있으나, 위 대법원 판결에 있어서는 망아는 급격한 질환의 악화로 전원 등 적절한 조치를 취하였더라도 사망하였을 것이라고 판시하여 생존가능성을 부정한 상태에서도 위자료 배상이 가능하다고 판단하는 차이가 있고, 둘째로 일본 판결이나 기회상실론의 경우 환자의 생존가능성이나 기대권, 진료받을 기회의 박탈만으로 주의의무 위반을 인정하여 곧바로 위자료 등의 배상을 인정하고 있음에 반해 위 대법원 판결은 주의의무 위반이 인정되더라도 이것에 더하여 일반인의 처지에서 보아 수인한도를 넘어설 만큼 현저하게 불성실한 진료가 있어야 불법행위를 구성하여 위자료의 배상이 가능하다고 하여 그 요건을 엄격하게 파악하고 있는 차이가 있다. 이를 도표화하면 다음과 같다.

59) 양창수, “2006년 분야별 중요판례 분석”, 법률신문 제3558호, 2007. 5. 31., 11면.

<표 6-1> 일본과 우리나라 판례의 태도 비교

	일본	우리나라
생존 가능성 등 요부	<p>필요</p> <ul style="list-style-type: none"> - 사망의 시점에 있어 생존하였을 상당 정도의 가능성의 존재가 증명되어야 함 - 환자에게 중대한 후유증이 남지 않았을 상당 정도의 가능성의 존재가 증명되어야 함 	<p>불요</p> <ul style="list-style-type: none"> - 1심·2심에서도 망아는 급격한 질환의 악화로 검사·병변제거술·전원 등 적절한 조치를 취하였더라도 사망하였을 것이라고 판시하고, 대법원에서도 망아의 사망은 뇌동정맥기형에 의해 발생한 것이라고 보아 생존가능성을 부정
수인 한도의 요부	<p>불요</p> <ul style="list-style-type: none"> - 주의의무 위반과 위와 같은 생존가능성 등의 증명으로 족함 	<p>필요</p> <ul style="list-style-type: none"> - 불성실한 진료라는 의사의 주의의무 위반에 더하여 이것이 일반인의 수인한도를 넘어설 정도여야 할 것을 요구함

특히 우리나라 대법원 판결에서는 일본 판결례와 비교해 볼 때 이제껏 환경소송 영역에서 사용하여 왔던 “수인한도”라는 척도를 추가적으로 사용하였으나, 대법원은 물론 파기환송된 고등법원에서도 해당 사건이 강제조정으로 종결됨으로 인하여 의료과오소송에서의 “수인한도”의 입증방법과 판단기준에 대하여는 해당 사건에서 어떻게 해석될 수 있는지에 관하여는 구체적으로 판시한 바 없다.⁶⁰⁾⁶¹⁾ 그러므로 그 입증책임부담자인 환자 측에

60) 대법원은 “망아의 구체적 증상하에 의료진에게 일반적 의학상식 및 임상의학의 현실에 비추어 통상적으로 요구되는 필요한 조치가 무엇인지, 그러한 조치를 피고 병원의 의료진이 스스로 용이하게 취할 수 있었음에도 이를 게을리 한 것인지, 아니면 담당 수술 집도의 등에게 보고하여 그로 하여금 즉각 필요한 조치를 취하도록 하였어야 함에도 이를 게을리 한 것인지 등 위 주의의무 위반의 정도가 일반인의 수인한도를 넘어서는 것인지 여부의 판단에 필요한 모든 사정에 관하여 먼저 심리한 다음 위자료 배상책임의 존부 및 그 적정한 액수 여하를 판단하였어야 한다”고 하였으나, 이것이 수인한도의 기준을 제시한 것이라고 보기에 지나치게 추상적이다.

61) 환경소송과 관련하여 수인한도가 불법행위를 구성하는지 여부에 관한 척도가 문제된 사안과 관련하여서는 대법원 2004. 10. 28. 선고 2002다63565 판결이 존재한다. 동판결에서는 “건물신축으로 인한 일조방해행위가 정당한 권리행사로서의 범위를 벗어나 사법상 위법한 가해행위로 평가되기 위해서는 그 일조방해의 정도가 사회통념상 일반적으로 인용하는 수인한도를 넘어야 하고, 일조방해행위가 사회통념상 수인한도를 넘었는지 여부는 피해의 정도, 피해이익의 성질 및 그에 대한 사회적 평가, 가해 건물의 용도, 지역성, 토지이용의 선후관계, 가해방지 및 피해회

서는 과연 의사의 주의의무 위반이 수인한도를 넘는다는 것을 어떻게 입증할 것인지는 아직까지 미지수로 남아있어 향후의 기준 마련에 관하여는 학계와 실무에서 추가로 논의되어야 할 것으로 보인다⁶²⁾.

피의 가능성, 공법적 규제의 위반여부, 교섭경과 등 모든 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다”고 하고, “구체적인 수인한도를 판단하기 위하여는 일조피해를 받는 건물이 이미 다른 기존 건물에 의하여 일조방해를 받고 있는 경우에는 그 일조방해의 정도와 신축건물에 의한 일조방해와의 관련성 등도 고려하여 신축건물에 의한 일조방해가 수인한도를 넘었는지 여부를 판단하여야 한다”고 하여 수인한도의 기준을 제시한 바 있다.

- 62) 실제 대법원이 적시한 바와 같이 그 수인한도를 넘어서는 정도로 현저하게 불성실한 진료하였다는 점은 불법행위의 성립을 주장하는 피해자인 원고 측이 입증책임을 부담하게 되는 바, 과연 원고 측에서 이를 입증할 수 있을 것인지에 있어서는 다시 미궁에 빠지게 되어 결국 원고 측에게 다시 입증책임을 강화시키는 것과 같은 인상을 준다.

[참고 문헌]

- 곽윤직(2005). 『채권각론』. 서울:박영사.
- 김형배(2001). 『채권각론』. 서울:박영사.
- 박영호(2005). 『의료분쟁과 법』. 서울:법률정보센터.
- 범경철(2003). 『의료분쟁소송 - 이론과 실제』. 서울:법률정보센터.
- 신현호(1997). 『의료소송총론 - 의료행위와 의사의 법적 책임』. 서울:육법사.
- 신현호(2005). 『의료소송총람』. 서울:법률정보센터.
- 이시윤(2003). 『신민사소송법』. 서울:박영사.
- 의료과오 손해배상(2003). 사법연수원.
- 보건환경범죄론(2005). 사법연수원.
- 강신웅(2002). “미국 기회상실론의 수용 여부 검토”. 『비교사법』, 9(4).
- 김민규(2004). “진료기회보장론과 인과관계 및 위자료배상의 신경향”. 『비교법학』, 제15집. 부산외국어대학교 비교법연구소.
- 김민중(2000). “의료분쟁 판례의 동향과 문제점”. 『의료법학』 창간호.
- 김상영(1996). “의료과오소송에 있어서의 인과관계, 과실의 입증책임”. 『부산대학교 법학연구』, 37(1).
- 김천수(1993). “의사책임소송에 있어서의 입증문제에 관한 고찰 - 독일의 의사 책임법리론을 중심으로 -”. 『법정논총』, 제7집. 대구대학교 출판부.
- 김천수(2000). “진료과오책임의 입증 및 설명의무의 이행 - 대법원 1999. 9. 3. 선고 99다10497 판결 -”. 『의료법학』 창간호.
- 박종권(2007.). “의료과오소송의 입증책임전환론”. 『비교사법』, 14(1).
- 범경철(2000). “의료과오소송에 있어서 환자의 입증책임의 완화”. 『전북법학논집』, 제1집.
- 배성호(2002). “의료과오소송과 기회상실론”. 『인권과 정의』, 제310호.
- 손용근(1999). “의료과오소송의 입증경감에 관한 판례의 최근 동향”. 『민사법연구』, 제7집.
- 안법영(1997). “의료사고의 불법행위책임 - 대법원과 독일연방법원(BGB) 판결

- 의 비교 고찰-”. 『법학논집』, 제33집. 고려대학교 법학연구소.
- 안법영(2000). “산부인과 진료와 의사의 설명의무 - 대법원판결례의 분석을 중심으로 -”. 『의료법학』.
- 이영환(1983). “의료과오에 있어서의 인과관계이론과 입증책임에 관한 연구’ 『부산대학교 법학연구』, 26(1).
- 정태윤(1998). “기회상실의 손해에 대한 연구”. 『비교사법』, 5(1).
- 조재건(2000). “의료과오소송에 있어서의 입증책임”. 『민사법연구』 제8집.
- 양창수(2007). 2006년 분야별 중요판례 분석. 『법률신문』, 5.31:11.
- 이종태(2001). 의료과오소송과 기회상실이론. 『법률신문』, 10.22:14.

Judgement of causation and burden of proof in medical malpractice litigation

Kyoung Hee Baek, Lawyer

Shin's Law office

=ABSTRACT=

To succeed the claim of medical malpractice litigation, the patient as a plaintiff should establish the medical fault of a physician as a defendant, and the causation between the fault and damages. Because of the extraordinary nature of medical province, however, this application of a legal principles is rigorous with the patient. In addition, given the causation between the validation of physician's fault and damage is not attested, patient is not awarded anything.

In order to overcome a difficulty of patient's verification and ensure the right to fair process, it was demonstrated the lightening of burden of proof in medical malpractice litigation and the acceptance of the responsibility for an illegal act in a prescribed range in the absence of the causation between the physician's fault and damage.

This paper deals with the judgement of causation and burden of proof in medical malpractice litigation, and the acceptance of responsibility in the absence of the causation between the physician's fault and damage. Also, this study recommends a tendency of our precedent through the comparative case method of ours and Japan.

Keywords : Medical care, Medical malpractice, Causation, Burden of proof, Theory of loss of chance
--