

# 손해배상액 산정에 관한 최근 10년간 판례의 동향(下)

박 영 호 \*

## IV. 책임제한 관련 판례의 동향

1. 과실상계
2. 피해자의 소인에 따른 책임제한

## V. 민법 제765조에 의한 배상액 경감

## VI. 치료비 및 병실료

1. 기왕증에 대한 치료비

## VII. 신생아의 경우 개호가 필요한 시기(始期)

1. 의료사고 발생일로부터 개호비를 인정한 사례
2. 만 5세 이후부터(만 5세가 될 때까지는 개호비 제외)
3. 만 3세 이후부터 - 비교적 짧은 기간의 개호를 인정할 경우에
4. 만 4세 이후
5. 변론종결일 이후
6. 청구취지 감축을 통하여 원고가 구하는 바에 따라
7. 만 5세까지는 0.5인만 인정한 사례
8. 분석

## IV. 책임제한 관련 판례의 동향

피고 측의 책임을 제한할 수 있는 사유로는 크게 환자 측의 과실과 기왕증, 입증방해 등이 있는 바, 아래에서는 이에 대하여 자세히 살펴보기로 한다.

\* 논문접수: 2009. 10. 25. \* 심사개시: 2009. 11. 10. \* 게재확정: 2009. 12. 10.

\* 대구고등법원 판사

## 1. 과실상계

의료사고의 발생과 관련하여 환자 본인의 과실이 있는 경우에는 민법 일반 이론에 따라 당연히 과실상계를 할 수 있다. 의료과실소송 판결에서 주로 과실상계 사유로 나타나는 환자 측 과실의 유형으로는 진료참고 사항의 불고지, 진료에의 비협력, 위협하거나 비정상적인 진료의 의뢰 등이 있다.

### 가. 부족한 설명만 듣고 수술을 받은 과실

대법원 1995.2.10. 선고 93다52402 판결(일반인의 상식 판결)은 “원심이 과실상계 사유로서 인정한 소외 망 전○○가 피고 1등의 위에서 본 바와 같은 부족한 설명만을 듣고 수술을 받다가 이 사건 의료사고를 당하게 된 사실은, 위에서 판단한 바와 같이 피고의 설명의무위반을 이 사건 사고의 유일한 원인으로 보지 않은 이 사건에 있어서, 원심이 인정한 과실상계의 비율은 형평의 원칙에 비추어볼 때 오히려 과도하다는 생각이 들지언정 상고이유에서 지적하는 바와 같이 과소하다고 보이지는 아니한다.”면서 상고를 기각하여 부족한 설명만을 듣고 수술을 받은 것을 과실상계 사유가 되는 환자의 과실로 보고 있다.

### 나. 진료 관련사항의 불고지

#### (1) 임신사실을 불고지한 경우

대법원 1998.9.4. 선고 96다11440 판결은 구강저 봉와직염 환자에 대한 치과 의사의 진료상의 과실을 인정하고 위 치과 의사 소속 대학병원의 사용자책임을 인정한 사례에서, “위 망인은 사망 당시 만 18세 9개월로서 2.5cm 가량의 태아를 임신한 상태이었는데 이미 1992년 1월 29일 전문대학까지 졸업한 상태에서 사실혼관계에 있었던 만큼 위 망인은 본인이 임신 중일 가능성이 있다는 사실을 알고 있었을 것인데도 의사들이 1992년 7월 8일과 9일, 2회에 걸쳐 과거 병력에 관하여 문진하였으나, 위 망인은 이에 대하여 국민학교 때 맹장수술을 받은 사실 외에는 특별히 병을 앓은 사실이 없다고만 답변한 사실을

인정한 다음, 임신 중이라는 위 망인의 신체적 소인(신체적 소인)이 위 루드비히 안기나의 발생에 기여하였다고 할 것이므로 그와 같은 사정은 손해의 공평한 분담이라는 손해배상법의 이념에 입각하여 피해자 측의 사유로서 고려되어야 하므로 과실상계의 법리를 유추하여 그 손해배상의 범위를 감액함이 상당하다 할 것이라면서, 위 망인의 위 답변상의 과실과 신체적 소인이 이 사건 사고에 기여한 정도는 전 손해의 20% 정도로 봄이 상당하다.”고 판단하면서 진료 참고사항을 불고지한 것을 환자 의 과실로 보고 있다.

### (2) 술에 취해 통증 자체를 호소하지 않은 경우

서울고등법원 2006.5.30. 선고 2004나57627 판결은, 의사가 복강내 출혈상태에 있던 망인을 만연히 급성알코올중독 상태라고 판단하고 검사 및 처치를 소홀히 하여 사망에 이르게 한 사안에서, 망인이 내원 당시 술에 취한 상태에서 복부 통증 등을 호소하지도 않고, 의료진의 질문에 제대로 대답하지 않으면서 치료에 협조하지 않은 과실을 과실상계사유로 보면서도 그기에 추가하여 일반적인 관찰만으로는 외상성 복강내 출혈이 발생한 것으로 판단하기가 쉽지 않았던 사정을 들어 피고의 책임을 40%로 제한하였다.

### (3) 증상 발현 이후 늦은 내원

서울고등법원 2008.8.21. 선고 2007나111270 판결(대법원 2008다68586 판결로 심리불속행 기각되어 확정)은 피부 염증과 조직괴사의 경우 초기의 신속한 처치가 중요함에도 불구하고 증상이 발생한 지 4일이 지난 2006년 1월 31일에야 피고 의원에 치료를 위하여 다시 내원함으로써 증상의 악화나 감염의 확대에 어느 정도 기여한 것을 원고의 과실상계 사유로 보았다.

### (4) 퇴원 이후 증상 악화되었음에도 방치한 과실

서울고등법원 2006.7.11. 선고 2005나41599 판결(대법원 2006다53269 판결로 심리불속행 기각되어 확정)은, 보호자들이 퇴원 이후 망아의 얼굴

이 창백해지는 정도에 이르도록 병원에 전화를 해보는 이외에(실제 담당의사와 통화가 이루어지지 않는다는 점) 별 다른 조치를 취하지 않은 점을 환자 측 과실로 보았다.

## 다. 진료협조의무 위반

### (1) 환자의 진료협조 의무 여부

환자 측의 진료협력 의무를 명시적으로 인정한 대법원 판례는 없지만 서울고등법원 2009.8.20. 선고 08나83761판결(대법원 2009다70906호로 상고심 계류 중)은 “환자 및 그 보호자(이하 ‘환자 측’이라 한다)가 의사 또는 의료기관(이하 ‘의료인’이라 한다)에게 진료를 의뢰하고 의료인이 그 요청에 응하여 치료행위를 개시하는 경우에 의료인과 환자 측 사이에는 질병의 치료를 목적으로 하는 의료계약이 성립하고, 그 계약 목적의 달성을 위하여 의료인은 환자에 대하여 자신이 가진 모든 의료지식과 의료기술을 동원하여 환자를 진료할 의무 등을 부담하는 반면, 환자 측은 의사에게 자기의 질병, 증세, 병력, 체질 등 당해 진료에 필요한 사항을 숨김없이 사실대로 알려야 하는 고지의무와 함께 전문가인 의사의 의견을 존중하여 정밀검사의 실시, 약제의 복용 등과 같이 의사가 진료상 행하는 지시를 충실히 따라야 하는 협력의무를 진다.”고 설시하면서 환자 측의 고지의무와 진료협력의무를 명시적으로 인정하였다.

위 판결은 환자 측이 이러한 고지의무와 협력의무를 위반하여 질병의 치료라는 계약 목적을 달성할 수 없는 경우에는 의료인이 진료의무를 태만히 하였다거나 환자에 대한 진료과정상의 부주의로 인한 과실이 인정되지 않는 이상 의료인에게 그 책임을 물을 수 없다고도 최초로 판시하였다.

### (2) 치료 거부

① 대법원 2005.1.28. 선고 2003다14119 판결은 술에 취하여 배우자와 싸우고 살충제를 음독하여 내원한 환자가 위세척을 하려고 하였으나 고탐

을 지르면서 완강하게 거부하면서 결박을 풀고 고개를 돌리거나 얼굴을 마구 흔드는 바람에 위세척에 실패하였고, 이에 환자의 처에게 농약의 독성이 나타날 때에는 위 병원의 시설로 치료가 불가능하니 큰 병원으로 전원하라고 권유하여 큰 병원으로 전원하자마자 사망한 사안에서, 위세척을 거부한 망인의 과실을 60%로 본 원심 판결(서울고법 2003.1.30. 선고 2001나 73741 판결)을 그대로 인정하였다.

② 대법원 2007.10.12. 선고 2005다40976 판결은 환자에게 당초에 발생한 흉농과 기관지 늑막루가 호전되기는 하였으나 아직 증세가 계속되고 있던 상태에서 환자 및 그 보호자들이 기관지 늑막루에 대한 수술치료와 호지킨 임파종에 대한 항암치료를 거부함으로써 결국 호지킨 임파종이 폐 전체를 덮게 되어 환자가 사망한 사안에서는 환자의 사망 원인이 MRSA 감염에 의한 아니라 환자 측의 과실이라고 하여 환자의 사망에 대한 통상적인 손해배상을 부정하였다.

### (3) 검사에 협조할 의무 위반

대법원 2007.5.10. 선고 2006다72680 판결은, 망인(2003.1.22. 사망)이 1998년 8월 18일경부터 자궁출혈 등을 이유로 피고 병원에 내원하였는데, 피고는 2000년 5월 10일경에는 세포진검사결과 등에 비추어 자궁경부암의 확진을 위해 생검 등을 통한 자궁경부조직검사를 망인에게 적극적으로 권유·실시할 필요가 있었음에도, 망인의 증상을 만연히 자궁경부암과는 무관한 자궁내막으로부터의 비정상출혈, 즉 기능성 출혈로 보고 자궁경부암 유무의 확진을 위한 조치를 취하지 아니하여 자궁경부암을 조기에 발견하여 예후가 좋은 시기에 그 처치를 위한 수술을 받을 기회를 놓치게 한 진료상의 과실을 인정하면서, 다만 망인이 2001년 2월경 및 2001년 5월경 피고로부터 자궁암 검사를 받도록 권유하는 안내엽서를 받고도 피고 병원에 내원하지 않은 등 피고의 지시에 따르지 않은 사정 등을 감안하여 피고의 책임범위를 20%로 제한한 원심의 판단을 정당한 것으로 수긍하였다.

(4) 전원권유를 받고도 이를 거부하거나 전원을 지체한 경우

① 대법원 1996.6.25. 선고 94다13046 판결은, 의사가 교통사고로 좌측 족관절부 좌멸창 등의 상해를 입은 환자에게 상처 부위의 조직괴사에 대응하기 위하여 필요한 검사 내지 치료를 할 수 있는 병원으로는 종합병원밖에 없다고 설명하면서 종합병원으로 전원할 것을 권유하였음에도 환자가 이에 따르지 않고 개인병원으로 전원하였다가 결국 상태가 악화되어 발목절단을 하게 된 사안에서, 의사의 과실을 부인하고 발목절단은 환자 측이 의사의 종합병원으로의 전원권유를 무시한 것에 그 원인이 있는 것이라고 판단하였다.

② 서울고등법원 2007.12.18. 선고 2004나64892 판결(대법원 2008다6403호 판결로 심리불속행 기각되어 확정됨)은, 피고가 과실로 7세 소아에게 발생한 가와사키병을 제대로 진단하지 못하였고, 이로 인하여 치료시기를 놓침으로써 관상동맥류 등 합병증이 발생한 사안에서, 원고들도 다른 이비인후과의원에서 전원권유를 받고도 즉시 전원하지 않았고, 피고 의원에서 상급병원 진료의뢰서를 교부받은 뒤에도 전원을 다소 지체하였던 과실이 있는 점과, 가와사키병이 1차 의료기관인 피고 의원에서 평소 흔히 접할 수 있는 질병은 아닌 것으로 보이는 점을 들어 피고의 손해배상책임을 40%로 제한하였다.

③ 서울지방법원 북부지원 2000.10.5. 선고 99가합4317판결(서울고등법원 2000나5317호로 항소되었으나 항소취하로 확정) 또한 환자가 전원을 권유받고도 남편이 도착한 후에 전원하겠다고 하여 전원이 지체되게 한 환자 측 과실을 피고의 책임제한 사유로 인정하였다.

(5) 지시불이행

① 대법원 1983.5.24. 선고 82도289 판결은 환자가 의사로부터 蜂窠織炎(봉와직염) 또는 血栓性 靜脈炎으로 추정되니 정확한 병명을 알기 위하여 절개수술을 권유받았으나 이에 불응하고 퇴원하여 민간요법 치료를 하다가 3일 뒤에 다시 그 의사의 진찰을 받고 일단 종합병원에 가서 진단과 치료를

받을 것을 권고받았으나 경제적 사정을 호소하면서 그 의사에게 치료를 요구하여 우측 膝下部 절개수술을 하였으나 밤토ଳ만 한 응고된 血塊만이 검출되어 그 의사로부터 즉시 혈관촬영이 가능하고 수술시설이 갖추어진 종합 병원으로 갈 것을 강력히 지시받았음에도 이에 불응하고 민간요법으로 치료를 계속하다가 11일 후 다른 병원에서 壞死가 진행되고 있는 우측 下肢를 절단받기에 이른 사안에서 의사의 과실을 부인하고, 우측 하지 절단은 환자의 지시 불이행 과실의 결과로 판단하였다.

② 서울고등법원 1994.7.13. 선고 94나11561 판결은 脛장염으로 치료받다가 숨진 환자의 유족이 병원을 상대로 손해배상을 청구한 사안에서 담당 의사가 脛장염 치료를 위하여 금식 지시를 내렸는데도 환자가 몰래 물을 마시거나 과일을 먹은 사실이 인정된다면 그 환자의 사망은 의료사고라기보다는 환자의 비협조에 따른 병세 악화로 사망한 자연적 병사에 가깝다면서 환자가 의사의 지시에 따르지 않아 병세가 악화되어 숨진 경우 병원 측은 책임이 없다고 판시하였다.

③ 대법원 1999.3.26. 선고 98다45379, 45386 판결은 손바닥 파열상에 대한 수술 후 입원치료를 받던 환자가 화장실에서 흡연을 한 후 나오다가 쓰러져 사망한 사안에서 금연지시를 위반하고 흡연을 한 후 사망한 사안에서 병원 측 책임을 부정하였다.

④ 대구지방법원 2008.6.10. 선고 2007가합20 판결(확정)은 망인이 피고 병원 응급실에 1차 내원시, 다음날 아침 망인이 피고 병원 응급실로 3차 내원하였을 때에는 이미 응급실 당직의사로부터 다음날 외래로 내원하여 정확한 진찰을 받아보라는 지시를 받고도 이를 어긴 점, 2차 내원시에도 응급실 당직의사는 망인에게 기침이 심해지거나 가슴이 계속 아플 경우 다시 응급실로 내원할 것을 지시하였고, 인성 폐렴에 기인한 패혈증이 상당히 진행된 상태임에 비추어 그 전날 밤에도 기침이나 흉통 등의 증상이 계속되거나 더욱 심했을 것으로 추정되는데, 망인은 그 같은 지시를 어기고 너무 늦은 상태에서 내원하게 된 점, 진료기록상 명백하지는 않으나 망인이 음

주상태에서 내원하였고, 진료를 받음에 있어서도 자신의 주관적인 판단을 내세우며 검사 등에 비협조적이었던 것으로 추측되는 점 등 환자 측의 과실을 들어 피고의 책임을 제한하였다.

#### (6) 지시불이행시 무조건 의료인의 책임이 면제되는지 여부-의료인의 과실이 있는 경우는 아님

앞서 본 판례들 중에는 환자가 의사의 지시를 불이행한 경우에 의료인의 책임을 면제한 사례들이 일부 있지만, 대법원 1996.4.9. 선고 95다14572 판결은 “의료법 제22조에 “의료인은 환자 또는 그 보호자에 대하여 의료의 방법 기타 건강관리에 필요한 사항을 지도하여야 한다.”라고 규정되어 있다 하여, 환자 또는 그 보호자가 그 요양지도에 제대로 따르지 않는 경우에는 무조건 의료인의 책임이 전부 면제된다고 볼 수는 없다.”고 하여 비록 환자가 의료인의 요양지도에 제대로 따르지 않았다 하더라도 의료인의 과실이 있는 경우에는 책임이 감경될 수 있을 뿐 무조건 전부 면제되는 것이 아님을 밝히고 있다. 다만, 앞서 본 사례들 가운데 의료인의 지시를 불이행한 사안에서 의료인의 책임이 부정된 사안들은 달리 의료인의 의료행위상 과실을 찾을 수 없는 사안들이다.

### 라. 손해경감조치 의무 위반

#### (1) 자동차 사고

대법원은 교통사고와 관련하여 대법원 1992.9.25. 선고 91다45929 판결에서 이미 불법행위의 피해자에게 손해의 확대를 방지하거나 경감하기 위하여 노력하여야 할 일반적인 의무를 부과하면서, 손해경감을 위하여 필요한 조치를 취할 의무가 수술을 받아야 할 의무인 경우, 일반적으로 피해자는 그 수술이 위험 또는 중대하거나 결과가 불확실한 경우에까지 용인하여야 할 의무는 없다고 하겠으나 그러하지 아니하고 관례적이며 상당한 결과의 호전을 기대할 수 있는 수술이라면 이를 용인할 의무가 있고 이를 거부



하는 것은 합리적인 이유가 없다고 판시하여 손해경감을 위하여 상당한 호전이 기대되는 수술을 용인할 의무를 부과하고 있었다.

## (2) 의료사고에서의 인정

대법원이 이러한 손해경감조치의무로서의 수술용인 의무를 의료과실 소송에도 인정한 것은 대법원 2003.9.5. 선고 2003다5788 판결에서이다. 위 대법원 판결은 불법행위의 피해자가 손해경감조치의무를 이행하지 않을 경우에는 법원이 그 손해배상액을 정함에 있어 민법 제763조, 제396조를 유추적용하여 그 손해확대에 기여한 피해자의 의무불이행의 점을 참작할 수 있는 것이고, 그 손해경감조치의무가 수술을 받아야 할 의무일 경우, 관례적이며 상당한 결과의 호전을 기대할 수 있는 수술이라면 이를 용인할 의무가 있고 이를 거부하는 것은 합리적인 이유가 없다고 할 것이나, 일반적으로 피해자는 그 수술이 위험 또는 중대하거나 결과가 불확실한 경우까지만 용인하여야 할 의무는 없는데, 뇌수술 후인 2000년 1월 19일 다시 뇌컴퓨터단층촬영을 한 결과 좌측 전-측-두정뇌 부위에 양측으로 불룩한 저밀도의 음영이 보여 원고 등 보호자에게 재수술을 권유하였으나 이를 거절하였다고 하더라도, 당시 환자의 활력증후는 안정된 소견을 보였지만 반흔수상 태로써 동공반사가 없었던 정도였다면, 그 재수술의 결과는 불확실하였던 것으로 볼 수밖에 없다면서 재수술의 결과가 불확실한 경우에 손해경감조치로서 수술을 받아야 할 의무를 부정하였다.

## (3) 손해경감조치 위반으로 인하여 부정되는 손해배상의 범위

그 후 대법원 2006.8.25. 선고 2006다20580 판결은 “신의칙 또는 손해부담의 공평이라는 손해배상제도의 이념에 비추어 볼 때, 불법행위의 피해자에게는 그로 인한 손해의 확대를 방지하거나 감경하기 위하여 노력하여야 할 일반적인 의무가 있으며, 그 손해경감조치의무가 수술을 받아야 할 의무일 경우, 일반적으로 피해자는 그 수술이 위험 또는 중대하거나 결과

가 불확실한 경우에까지 용인하여야 할 의무는 없다고 하겠으나, 그렇지 아니하고 관례적이며 상당한 결과의 호전을 기대할 수 있는 수술이라면 이를 용인할 의무가 있고 이를 거부하는 것은 합리적인 이유가 없으므로, 그와 같은 수술을 거부함으로써 손해가 확대된 경우 그 손해 부분은 피해자가 부담하여야 할 것이고, 더 나아가 그러한 수술이 필요하다는 사실을 알면서도 상당한 기간 내에 수술을 받지 아니함으로 말미암아 확대된 손해 부분 역시 피해자가 부담하는 것이 공평의 견지에 비추어 타당하다고 할 것이지만, 그렇다고 하여 수술을 받는 데 필요한 상당한 기간이 지난 후의 손해 전부를 피해자의 귀책사유로 인한 것이라고 볼 수는 없으며, 상당한 기간 내에 수술을 받았더라도 개선될 수 없는 노동능력 상실 부분에 해당하는 일실수입 손해는 여전히 불법행위자가 부담하여야 한다.”라고 판시하여 손해경감조치 의무를 위반하고 필요한 수술을 받지 않았다 하더라도 상당한 기간 내에 수술을 받았더라도 개선될 수 없는 노동능력 상실 부분은 환자 측 과실과 무관하므로 가해자인 의료인이 그 손해배상 책임을 부담한다고 판시하였다.

#### (4) 손해경감조치 위반을 인정하고 책임제한 한 사례

① 서울고등법원 2006.5.30. 선고 2004나74486 판결(확정)은, 요추 4/5번 사이를 바늘로 천자한 후 척수강 내로 방사성 동위 원소를 주입하는 시술을 하는 과정에서 피고의 과실로 척수신경에 손상을 입힌 사안에서 피고 측의 책임을 인정하면서도 다만, 피해자가 손해경감조치로서의 재활치료를 소홀히 하여 증세가 악화되었을 가능성을 배제할 수 없다는 이유로 피고의 책임을 70%로 제한한 1심의 판단을 정당한 것으로 수긍하였다.

② 서울고등법원 2007.5.31. 선고 2006나87158 판결(대법원 2007다41904호로 상고심 계류 중)은, 의인성 안검하수 증상 개선을 위하여 쌍꺼풀수술을 시행하면서 피고가 눈 둘레 근육을 지나치게 올려 결찰하거나 수차례에 걸친 수술로 눈 둘레 근육을 섬유조직화시킨 과실을 인정하면서도,

상안검 재성형술을 시행할 경우 상당한 정도로 호전 내지 완치될 수 있다는 등의 이유로 피고의 책임을 60%로 제한하였다.

#### 마. 환자의 자살

① 대법원 2002.1.8. 선고 2001다40022(본소), 40039(반소) 판결은 정신병을 앓던 중 농약을 먹고 자살을 시도하여 입원치료를 받은 환자가 간호를 하던 가족들이 퇴원절차를 위하여 병실을 떠난 사이에 주사바늘을 빼고 비상계단 쪽으로 나가 4층 창문에서 투신하여 슬개골 등 다발성골절상을 입은 사안에서, 위 사고 당시 병원에는 누구보다도 환자의 정신병력을 잘 알고 있는 환자의 어머니와 언니가 그를 보호하고 있었으나, 병원의 반대에도 불구하고 환자의 거듭된 퇴원요청에 따라 보호자인 어머니와 언니가 함께 퇴원수속을 밟으러 1층으로 내려가면서 환자를 보호자 없이 방치하여, 그 사이 환자가 스스로 주사바늘을 뽑고 병실을 뛰쳐나가 복도 끝 창문을 통하여 투신하기에 이르렀으므로, 환자와 그 보호자들에게도 병원의 지시에 따르지 않고, 환자의 보호를 게을리 한 과실이 있고 그 과실비율은 전체의 80%로 봄이 상당하다고 판단한 원심 판결을 인정하였다.

② 대법원 2003.11.27. 선고 2003다41012 판결은 군복무 중 정신질환이 발발하였으나 치료 후 정상적으로 군복무를 마치고 사회생활을 하던 망인이 증상이 악화되어 아버지를 해치려고 하여 119에 의하여 국립 정신병원에 입원하여 보호실에 격리되어 치료를 받던 중 환자복 상의를 이용하여 보호실 내의 철망에 목을 매 자살한 사안에서, 망인이 정상인과 같은 완전한 의사결정능력을 보유하고 있다고 볼 수는 없다 하더라도 자신의 신체에 대한 위험성 등은 스스로 판별할 수 있는 정도의 의사능력은 갖고 있었다고 할 것임에도 스스로 보호실 철망에 환자복을 이용하여 목을 매어 자살을 기도한 잘못이 있다고 하여 망인의 과실비율을 70%로 인정하였다.

③ 서울고등법원 2006.2.14. 선고 2004나81828 판결(확정)은 만성 정신분열증 등으로 피고 병원의 정신과 폐쇄병동에 입원하였다가 다른 환자와

다투어 흥분한 나머지 침대에 결박 끈으로 묶여있던 환자가 그 결박 끈을 풀어 이를 가지고 목을 매 자살한 사안에서, 다른 병원에서도 사용하고 있던 이진 결박 끈을 사용하여 흥분 상태에 있던 망인을 더욱 자극할 위험성이 있어서 약간 여유를 두고 결박 끈을 뺐던 것에 과실이 없고, 환자가 목을 매어 자살하리라는 것을 예측하기 어려웠다고 하여 아예 피고의 책임을 부정하였다.

### 바. 무면허 의료행위의 의뢰

대법원 판례 가운데는 위법하거나 위험한 의료행위를 의뢰한 경우에 환자 측의 과실을 인정한 사례는 없다. 하지만, 하급심 판례 중에는 우측주관 절강직 및 류마티스 관절염 환자를 무면허 지압사가 전신 지압시 무리한 힘을 주어 운동장애를 초래한 사안에서 환자 스스로 무면허 지압사를 찾아간 점을 들어 환자에게 40%의 과실을 인정한 사례와<sup>1)</sup>, 환자가 무면허 의료행위임을 알면서도 이를 의뢰하였고, 부작용이 발생하였음에도 정상적인 의료기관을 늦게 찾아간 점을 들어 30%의 과실을 인정한 사례<sup>2)</sup>가 있다.

### 사. 공동불법행위자 각인의 과실비율이 다른 경우 피해자 과실 평가

일반 불법행위소송에서 대법원은 1991.5.10. 선고 90다14423 판결 이래로 “공동불법행위책임은 가해자 각 개인의 행위에 대하여 개별적으로 그로 인한 손해를 구하는 것이 아니라 그 가해자들이 공동으로 가한 불법행위에 대하여 그 책임을 추궁하는 것으로, 법원이 피해자의 과실을 들어 과실상계를 함에 있어서는 피해자의 공동불법행위자 각인에 대한 과실비율이 서로 다르더라도 피해자의 과실을 공동불법행위자 각인에 대한 과실로 개별적으로 평가할 것이 아니고 그들 전원에 대한 과실로 전체적으로 평가하여

1) 서울중앙지방법원 1997.2.24. 선고 96가합3499 판결.

2) 서울중앙지방법원 2004.10.13. 선고 2004나4996 판결.

야 하는 것이다.”라고 하여 공동불법행위에 있어서 피해자의 공동불법행위자 각인에 대한 과실비율이 서로 다르더라도 피해자의 과실을 공동불법행위자 각인에 대한 과실로 개별적으로 평가할 것이 아니고 그들 전원에 대한 과실로 전체적으로 평가하여야 한다는 입장을 취하고 있었다.

대법원 2000.9.8. 선고 99다48245 판결은 위와 같은 입장을 의료소송에도 처음으로 도입하였다.

## 2. 피해자의 소인에 따른 책임제한

### 가. 체질적 소인을 근거로 한 책임제한의 가부

#### (1) 일반 불법행위 소송

우리 대법원은 1977.9.13. 선고 76다1877판결이 “교통사고 이전에 간장 질환이 있던 피해자가 사고로 인한 부상으로 질병이 악화되어 사망한 경우에는 손해의 공평한 부담이라는 견지에서 교통사고가 사망이라는 결과 발생에 대하여 기여하였다고 인정되는 기여도에 따라 그에 상응한 배상액을 부담시켜야 한다.”고 판시하여 기왕증을 배상액 산정의 참작사유로 삼은 이래, 체질적 소인을 근거로 한 책임제한을 허용하고 있다.

#### (2) 의료소송

의료소송에서는 대법원 1992.5.12. 선고 91다23707 판결이 분만 중 태아가 뇌손상을 입고 두개강내출혈이 생겨 뇌성마비가 발생한 경우에 있어 출산을 담당할 의사에게 아두골반불균형상태 등의 가능성을 의심할 수 있는데도 그 대비를 하지 아니한 채 뒤늦게 흡인분만의 방법을 무리하게 계속하여 태아를 만출시킨 의료상의 과실을 인정하면서도, 태아가 분만 도중에 제대권락 현상이 발생하여 뇌손상에 어느 정도 기여하였다고 하더라도 그 기여도를 50%이상 본 것은 위법하다고 판시하여 간접적으로 체질적 소인을 근거로 책임제한을 할 수 있다는 판시를 하였다.

그 후 대법원 1995.4.14. 선고 94다29218 판결에서는 태아의 열악한 신체적 소인이 그의 사망에 기여한 정도를 원고 측의 과실상계사유와 함께 참작하여 피고 인수참가인이 부담하여야 할 손해배상액을 위 손해액의 30% 정도로 정한 원심을 타당하다고 판시하여 최초로 체질적 소인을 책임제한 사유로 삼을 수 있다고 직접적으로 판시하였다.

## 나. 체질적 소인을 근거로 한 책임제한의 근거

### (1) 불법행위 소송

일반적인 불법행위 소송 분야에서는 체질적 소인을 책임제한의 사유로 보아야 한다고 하면서도 그 근거와 관련하여서는 크게 대별하면 ① 체질적 소인인 기여하였다고 인정되는 기여도를 참작하여 그 비율 상당액만큼을 감액하여야 한다거나 그렇게 감액하는 것이 공평분담의 원칙에 비추어 타당하다는 취지로 기여도 감액설을 취한 대법원 1977.9.13. 선고 76다1877 판결, 대법원 1992.4.28. 선고 91다31517 판결, 대법원 1980.10.14. 선고 80다1213 판결, 대법원 2002.4.26. 선고 2000다16237 판결과, ② 일반조항을 원용한 감액설을 취하여 반드시 기여도에 상응하는 액수를 감액할 필요는 없고 그러한 기여도를 참작하여 감액하기만 하면 된다는 일반조항 원용설을 취한 대법원 1983.7.26. 선고 83다카663 판결 및 대법원 1991.5.28. 선고 90다17972 판결과, ③ 기여도 감액설 중 과실상계유추 적용설을 취한 대법원 1991.8.27. 선고 91다2977 판결, 대법원 1995.4.14. 선고 94다29218 판결, 대법원 2000.1.21. 선고 98다50586 판결, 대법원 1998.7.24. 선고 98다12270 판결 등이 있다.

### (2) 의료소송

의료소송과 관련하여서는 앞서 본 대법원 1995.4.14. 선고 94다29218 판결이 신생아의 열악한 신체적 소인이 그의 사망에 기여한 정도를 다른 과

실상계사유와 함께 참작하여 손해배상액을 그 손해액의 30% 정도로 판단한 원심이 타당하다고 판시하여 과실상계유추 적용설을 취한 듯한 간접적인 판시를 하였다. 그 이후 대법원 1998.7.24. 선고 98다12270 판결이 “가해행위와 피해자 측의 요인이 경합하여 손해가 발생하거나 확대된 경우에는 그 피해자 측의 요인이 체질적인 소인 또는 질병의 위험도와 같이 피해자 측의 귀책사유와 무관한 것이라고 할지라도, 그 질환의 태양·정도 등에 비추어 가해자에게 손해의 전부를 배상하게 하는 것이 공평의 이념에 반하는 경우에는, 법원은 손해배상액을 정하면서 과실상계의 법리를 유추적용하여 그 손해의 발생 또는 확대에 기여한 피해자 측의 요인을 참작할 수 있다고 하여 체질적 소인의 경우에 과실상계의 법리를 유추적용하여 피해자 측의 요인을 참작할 수 있다.”고 최초로 명시적으로<sup>3)</sup> 과실상계 유추적용설을 채택한 이래로, 우리 대법원 판결은 의료소송과 관련하여서는 일관되게 과실상계 유추적용설을 취하고 있다.<sup>4)</sup>

특히나 대법원 1999.12.7. 선고 99다43035 판결은 체질적 소인과 같이 피해자 본인의 잘못이 개재되어 있지 않은 사유로는 책임제한을 할 수 없다는 당사자의 주장을 명시적으로 배척하여, 환자의 잘못이 없더라도 체질적 소인만으로도 책임제한을 할 수 있음을 명시적으로 밝히고 있다.

---

3) 임준호, “의료과오소송에서 기여도에 의한 배상액의 비율적 인정: 체질적 소인·기왕증의 참작”, 『민사판례연구』, XXI XXI(99.12), 제389~413면에 의하면 과실상계유추적용설의 입장을 최초로 확정적으로 채택한 위 판결은 매우 진보적인 판례로서 의료소송뿐만 아니라 불법행위 손해배상 이론에 상당한 영향을 미칠 것으로 생각될 뿐만 아니라, 위 판결은 기여도를 노동능력상실률에 반영하는 방법을 취하지 아니하고, 전손해를 산정한 다음 책임의 제한부분에서 참작하는 방법을 취하고 있는데, 배상액산정 특히 일실이익, 장래의 치료비, 간호비, 보조구비용 등과 같은 장래의 손해를 산정하는 부분은 여차피의제적인 요소가 강하다는 점에 비추어 볼 때, 기여도를 가동능력상실률에 반영하는 방법을 취하기보다는, 총손해를 산정한 다음 과실상계와 더불어 책임의 제한요소로서 일괄 참작하는 방법을 취하는 것이 결과적으로 타당한 결론을 도출하는 데 유용한 방법이라고 생각한다고 하고 있다.

4) 대법원 2003.8.22. 선고 2002다63862 판결; 대법원 2003.7.25. 선고 2003다10261 판결; 대법원 2003.4.25. 선고 2002다70945 판결; 대법원 1998.7.24. 선고 98다12270 판결; 2000.1.21. 선고 98다50586 판결; 대법원 1999.12.7. 선고 99다43035 판결; 대법원 1998.9.4. 선고 96다11440 판결.

## 다. 체질적 소인의 참작 비율

의료소송에서는 대법원 1998.9.4. 선고 96다11440 판결이 최초로 명시적으로 “불법행위로 인한 손해배상 청구사건에서 과실상계 사유에 관한 사실인정이나 그 비율을 정하는 것은 그것이 형평의 원칙에 비추어 현저히 불합리하다고 인정되지 않는 한 사실심의 전권사항에 속한다.”고 판시한 후 임신 중이라는 환자의 신체적 소인(신체적 소인)이 질병의 발생에 기여하였다고 보아서 이를 과실상계의 법리를 유추·적용함으로써 피고의 손해배상책임을 80%로 제한한 원심의 판단을 정당하다고 판시하였다. 그 이후 대법원 1999.12.7. 선고 99다43035 판결, 대법원 2000.1.21. 선고 98다50586 판결, 2003.1.10. 선고 2000다57832, 57849 판결, 대법원 2003.7.25. 선고 2003다10261 판결, 대법원 2005.6.24. 선고 2005다16713 판결, 대법원 2006.12.21. 선고 2006다41327 판결, 대법원 2009.1.30. 선고 2006다56039 판결도 동일한 취지의 판결을 계속하여 선고하고 있다.

## 라. 체질적 소인 등의 고려 단계

### (1) 일반 불법행위 소송

일반 불법행위 소송에서는 기왕증의 기여도를 우선 일실이익 산정을 위한 노동능력상실률에서 참작하고, 기왕 치료비, 향후치료비, 보조구비, 개호비, 위자료 등 다른 손해항목에 관하여 판단할 때에도 기왕증의 기여가 있는지 따져서 항목별로 해당손해액의 산정에 참작하는 방법과 기왕증을 고려하지 않고 전체 손해를 계산한 다음 책임제한 단계에서 과실상계 사유와 유사하게 한꺼번에 책임제한을 하는 방법 두 가지 방법이 사용되고 있으나, 아직까지는 전자의 방법이 주로 사용되고 있다.

### (2) 의료과실소송

하지만, 의료과실소송 사건에서는 기왕증 기여도를 고려하지 않고 일실



이익, 기왕치료비, 향후치료비, 개호비, 보조구비 등 일체의 손해를 산정한 다음 책임의 제한 단계에서 환자의 기왕증 등 소인의 존재를(환자 측의 과실상계사유가 있는 경우에는 그와 함께) 실시하고, 기왕증의 원인과 정도, 기왕증과 현재 후유증과의 상관관계, 치료 경과, 피해자의 연령과 직업 및 건강 상태 등 제반 사정을 고려하여 합리적으로 기왕증의 기여비율(과실상계사유가 있는 경우에는 그 비율도 함께 고려한다)을 정한 다음, 이어 손해배상의 범위를 정함에 있어 책임의 제한 내지 과실상계 등의 항목에서 재산상 전 손해를 일률적으로 감액하는 것이 실무 예이다.

대법원 2002.5.17. 선고 2002다2225 판결은, “원심이 원고에게 추간판 변성이라는 기왕증이 있었고 그 기왕증이 추간판 내장증의 발생에 어느 정도 기여하였다고 보이지만 그 기여도를 의학적으로 정확히 산정할 자료가 없다는 이유로, 일실수익 산정 단계에서는 그 기왕증을 반영하지 않은 채 단지 피고들이 배상할 책임액을 제한함에 있어서 그와 같은 사정을 참작한 것은 수궁이 가고 여기에 기왕증의 기여도에 관한 범리오해의 위법이 있다고 할 수 없다”고 판시하였다.

### (3) 대법원 2002.4.26. 선고 2000다16237 판결의 제동

#### (가) 원심

위 판결의 원심인 서울고법 2000.2.10. 선고 97나24414 판결은 손해의 공평부담이나 형평의 원칙상 수술 전 위 원고의 신체적인 소인과 기왕증, 수술의 난이도 및 위험성 등을 의료과실로 인한 담당의사의 책임을 제한하는 사유로 인정하는 것이 타당하다고 할 것이라는 이유로, 이를 참작하여 이 사건 손해배상액을 산정함에 있어서 피고의 책임을 30%로 제한하였다.

#### (나) 판시

그런데 위 대법원 판결은 “① 원심이 인정한 사실관계에 의하여도 이 사건 사고 이후 원고에게 발생한 위 후유증은 이 사건 사고와 위 원고의 기왕

증이 경합하여 나타난 것이라고 보아야 할 것이 분명해 보이고, 비록 위 원고의 신체감정을 실시한 가톨릭 성가병원장의 신체감정 결과 및 사실조회 회보 결과에서 위 원고의 수술 전 상태를 알 수 없어 위 원고의 기왕증의 정확한 기여율을 알 수 없다고 하고 있다 할지라도, 위 원고가 이 사건 수술을 받기 전에 촬영한 엑스선 촬영사진 등이 존재함이 기록상 분명한 이 사건에 있어서는 원심으로서 위 사진 등을 위 신체감정병원에 송부하는 등의 방법으로 위 원고의 기왕증이 후유증에 기여한 정도를 심리할 수 있었다고 보아야 할 것이므로, 원심로서는 피고들의 책임제한 사유로만 위 원고의 기왕증을 참작할 것이 아니라, 위와 같은 방법으로 위 원고의 기왕증이 후유증에 기여한 정도를 좀 더 심리하여 확정된 후 그에 근거하여 손해배상 책임의 범위를 정하였어야 할 것이고, ② 위 원고의 후유증은 이 사건 수술을 통하여 삽입한 인공관절을 제거하는 바람에 좌측 고관절이 가관절 상태가 된 것이 주된 원인임을 알 수 있는바, 그렇다면 골수염을 완전히 치료한 후 다시 인공관절을 삽입하는 수술을 시행하면 위 원고의 주된 후유증은 개선이 될 가능성이 있다고 볼 여지도 충분히 있으므로, 원심로서는 위 신체감정병원 등에 인공관절을 다시 삽입하는 수술을 시행할 수 있는 가능성 여부 및 그 수술을 하게 된다면 위 원고의 후유증이 개선될 수 있는지 여부 등에 관하여 좀 더 심리하여 확정된 후 그에 근거하여 손해배상 책임의 범위를 정하였어야 할 것임에도, ③ 원심이, 피고들이 위와 같은 주장을 하고 있음에도 불구하고, ㉔ 기왕증이 후유증에 기여한 정도, ㉕ 위 원고의 후유증이 개선 가능한 것인지 여부에 관하여 전혀 심리·확정하지 아니한 채 만연히 위 신체감정병원의 신체감정 결과에만 의존하여 위 원고의 노동능력상실률이 49.6%에 달한다고 인정한 것은, ㉔ 기왕증이 있는 경우의 손해분담의 법리, ㉕ 노동능력상실률 산정에 관한 법리를 오해하여 심리를 미진함으로써 판결 결과에 영향을 미친 위법을 저지른 것이라고 보아야 할 것이다.”라고 판시하였다.

(다) 위 판결의 의미

1) 일괄적인 책임제한 방식에 대한 제한으로 해석하는 견해

위 판결이 “기왕증이 후유증에 기여한 정도를 심리할 수 있었다고 보아야 할 것이므로, 원심으로서의 피고들의 책임제한 사유로만 위 원고의 기왕증을 참작할 것이 아니라, 위와 같은 방법으로 위 원고의 기왕증이 후유증에 기여한 정도를 좀 더 심리하여 확정된 후 그에 근거하여 손해배상 책임의 범위를 정하였어야 할 것이다.”라고 판시한 부분을 들어 기왕증이 후유증에 기여한 정도를 알 수 있는 경우 정형외과와 같은 분야에는 기왕증 기여도를 고려하지 않고 일실이익, 기왕 치료비, 향후치료비, 개호비, 보조구비 등 일체의 손해를 산정한 다음 이어 손해배상의 범위를 정함에 있어 책임의 제한 내지 과실상계 등의 항목에서 재산상 전 손해를 일률적으로 감액하는 것이 불가능하고 정확한 기왕증 기여도를 산정하여 각 항목 별로 손해배상액을 개별 항목별로 산정하여야 한다는 취지의 판시로 해석하는 견해도 있다.

2) 손해배상액 계산 후 일괄적인 책임제한 방식에 대한 제한은 아님

하지만, 위 판결의 판시가 진정으로 위와 같은 판시인지는 불명확하고, 위 판결이 문제 삼은 것은 기왕증이 있었음에도 이를 고려하지 않았을 뿐만 아니라 개선의 가능성이 있었음에도 마치 후유증의 치료가 불가능하여 증상이 고착된 것처럼 회신되어 온 신체감정 결과에 따른 노동능력상실률 산정을 그대로 취신한 원심 법원의 판단은 노동능력상실을 산정에 대한 심리를 다하지 않은 것이라는 것이므로, 위 판결이 손해배상액 계산 후 일괄적인 책임제한 방식을 제한한다는 입장을 취한 것으로 해석하는 것은 곤란해 보인다.

특히나 대법원 판결은 체질적 소인 이외에도, 의료행위의 특수성, 수술의 위험성 등 또한 책임제한의 사유로 삼고 있는데 이를 수학식처럼 계산하여 각 개별 손해항목별로 계산하는 것은 불가능하여, 이와 같은 責任輕減事由들은 개개 노동능력상실율의 산정단계에서 고려하는 것은 불가능하므로,

결국 기왕증이라는 체질적 소인만을 고려한다면 몰라도 다른 여러 가지 요소들을 고려하여 책임제한을 하는 경우에는 그러한 요소들이 손해발생에 기여한 비율을 적절히 정하여 그에 따라 피해자의 재산상 전체 손해를 일률적으로 감액하는 방법을 취할 수밖에 없다 할 것이다.

그런데 앞서 본 바와 같이 위 대법원 2002.4.26. 선고 2000다16237 판결의 원심인 서울고법 2000.2.10. 선고 97나24414 판결은 체질적 소인 이외에도 수술의 난이도 및 위험성 등을 그 요소로 들었는바, 위와 같은 사유는 노동능력상실단계에서 고려하는 것이 불가능하므로, 결국 위 사건에서도 어차피 종래 일반적인 의료소송에서와 마찬가지로 손해배상액을 산정한 다음 전체 손해액을 일률적으로 감액할 수밖에 없을 것이다.

### 3) 체질적 소인 기여도를 정확히 감정 가능할 때는 책임제한이 아닌 노동능력상실 단계에서 먼저 반영하여 정확한 손해배상액 계산해야

하지만, 위 대법원 판결은 체질적 소인의 기여도를 정확히 감정 가능한 경우에는 이를 토대로 체질적 소인이 기여한 부분을 공제한 노동능력상실율을 근거로 손해배상액을 계산하여야 하고, 그와 같이 좀 더 정확한 손해배상액을 계산하는 것이 가능함에도 불구하고 재판부에서 주먹구구식으로 책임제한 비율이 사실심의 전권사항이라는 이유로 재량권을 남용하여 정확한 손해배상액을 계산하지 않고 책임제한 단계에서 임의로 책임제한 사유로만 삼아 부정확하게 기왕증의 기여도를 감안하여서는 안 된다는 입장은 명확하게 취하고 있다.

따라서, 기왕증이 후유증에 기여한 정도가 어느 정도인지 밝힐 수 있을 때에는 최대한 노력을 하여 그 비율을 밝힌 다음 그에 상응하는 손해배상액을 정확히 계산해낸 다음 책임제한 단계에서는 다시 의료행위의 특수성이나 다른 여러 가지 요소를 참작하여 일괄적으로 다시 책임제한을 하여야 한다는 의미로 해석함이 타당하다 할 것이다.

4) 위 판결 선고 이후에도 계속하여 손해배상액 계산 후 일괄적인 책임제한 방식 고수되고 있음

위 대법원 2002.4.26. 선고 2000다16237판결이 선고된 이후에 선고된 의료소송 판결인 대법원 2004.2.27. 선고 2003다38061판결, 대법원 2003.8.22. 선고 2002다63862판결, 대법원 2003.7.25. 선고 2003다10261판결 등에서도 여전히 과실상계유추용설을 취하고 있고, 모두 재산상 전 손해를 산정한 다음 기왕증의 기여도만큼 일괄하여 비율적으로 감액한 원심을 용인하고 있다는 점을 참작하면, 위 대법원 2002.4.26. 선고 2000다16237판결은 기왕증이 있는 경우에 기왕증이 기여한 부분을 제외한 노동능력상실을 정확히 계산할 수 있을 뿐만 아니라 치료 종결이 되지 않아 노동능력이 개선 가능성에도 불구하고 임의로 잘못된 노동능력상실율을 근거로 손해배상액을 계산하여서는 곤란하다는 즉 원심 판결의 전체 손해액 계산의 토대가 된 노동능력상실율 판단에 문제가 있다는 판결로 해석함이 상당하다.

따라서 정형외과 등의 의료사고의 경우라 하더라도 기왕증이 기여한 정도를 정확히 감정할 수 있는 경우에는 기왕증이 기여한 부분을 감안하여 감정되어온 노동능력상실율 토대로 전체 손해를 계산한 다음, 다시 한 번 더 책임제한 단계에서 의료행위의 특수성이나, 기왕증이 의료소송에서 가지는 의미의 특수성, 질병의 위험성 등을 고려하여 한꺼번에 책임제한 할 수 있다고 봄이 상당하다. 또한, 실제 실무도 의료과실소송의 경우라도 기왕증이 기여한 정도를 고려한 노동능력상실율이 감정되어 올 경우 이를 토대로 손해배상액을 계산하고, 다시 여러 가지 사정을 참작하여 책임제한을 하고 있다.

5) 치료비의 경우 치료비 계산 단계에서 기왕증 부분 공제한 후 다시 체질적 소인, 질병의 위험도 등을 근거로 책임제한 하는 것과 유사

아래에서 보는 바와 같이 치료비의 경우에 “당해 의료행위에 소요된 치료비와, 의료과실과 무관한 향후치료비”는 결국은 기왕증의 치료에 소요된 치료비로 보아야 할 가능성이 큰데, 이러한 경우에 의료실무편람이나 하급심 실무에서 ① 이 부분의 치료비를 의료과실로 인한 치료비와 구분할 수 있을

경우에는 손해배상액 계산 단계에서 치료비를 계산할 때 미리 그 부분을 원고 측의 손해배상액에서 제외하고, 책임제한 단계에서 의료행위의 특수성 등을 근거로 다시 책임제한을 하고, ② 기왕증으로 인한 치료비와 의료사고로 인한 치료비를 구분할 수 없는 경우에는 전체 치료비를 손해배상액으로 계산한 다음, 책임제한 단계에서 그 비율 산정시에 그 부분을 고려하여 비율을 정하고 있는 것과 같은 맥락으로 보인다.

#### 6) 사전

결국, 위 대법원 판결은 ① 손해배상액 계산 단계에서 체질적 소인 즉 기왕증을 고려한 손해배상액 계산이 정확히 이루어질 수 있는 경우에는 기왕증이 현 후유장애에 기여한 정도를 좀 더 심리하여 확정된 다음 일실수입 산정 단계에서 기왕증을 반영하고 그 후 이와 별도로 책임제한을 하여야 할 것이고, ② 다만 그 기여도를 의학적으로 정확히 산정할 자료가 없거나 감정이 불가능한 경우에는 일실수입 등의 산정 단계에서는 그 기왕증을 반영하지 않고 책임제한 사유로만 기왕증을 참작하여야 한다는 의미로 해석함이 상당하다.

대법원 판결이 위와 같은 견해를 취한 것은, 기왕증의 기여도를 확정할 수 있음에도 이에 대한 심리를 거치지 않고 객관적인 자료도 없이 막연하게 책임제한을 할지도 모른다는 우려에 대한 견제장치가 아닌가 생각된다.

### 마. 체질적 소인의 참작 범위-치료비, 간호비 산정에도 별도로 참작할 것인지 여부

#### (1) 책임제한 사유로만 기왕증 기여도를 참작할 경우

체질적 소인이 일실수입 등에 기여한 정도를 알 수 없어 책임제한 단계에서만 기왕증 기여도를 참작하는 경우에는 일실수입, 치료비, 간호비 등을 산정함에 있어 일률적으로 기여도를 참작하게 되므로 체질적 소인을 치료비, 간호비 산정에도 별도로 참작할지 여부에 대한 문제가 발생하지 않는다.

## (2) 책임제한과 별도로 일실수입 등 손해배상액 산정 단계에서 기왕증 기여도를 참작하는 경우

하지만, 앞서 본 대법원 2002.4.26. 선고 2000다16237 판결 등의 태도에 따라 일실수입, 치료비, 개호비 등의 손해배상액 산정에 기왕증이 기여한 정도를 구체적으로 밝혀낼 수 있는 경우에는 일실수입뿐만 아니라, 치료비 및 개호비 산정에 있어서도 기왕증 기여도를 참작해야 하는지 여부가 문제된다.

이에 관하여, 교통사고와 관련된 판례이기는 하지만 대법원 1999.6.11. 선고 99다7091 판결과 대법원 2001.10.26. 선고 2001다56072 판결은 노동능력상실률의 판정에 있어서 기왕증의 기여도를 고려함에 그칠 것이 아니라, 피고가 지출한 치료비를 공제하고 원고의 개호비를 산정함에 있어서도 원고의 기왕증으로 인한 기여도를 참작하여 계산하여야 옳았다고 판시하여 치료비 및 개호비 산정에도 기왕증 기여도를 참작하여야 한다는 입장을 취하고 있다.

## (3) 추가적인 병증이 발병한 경우

대법원 2002.7.12. 선고 2001다2068 판결은 “사고로 인하여 이미 입은 수상부위의 손상 자체로 인하여 어느 정도 손해가 발생한 상태에서 이에 대한 치료를 담당하는 의료기관의 과실과 위 손상으로 인한 후유증이 경합하여 수상부위에 추가적인 병증이 발병함으로써 그 손해가 확대된 경우에는, 법원은 의료기관의 불법행위로 인한 손해배상액을 정함에 있어서 위 손상 자체의 손해에 대한 기여도를 참작하여야 함은 물론 위 손상이 추가적인 병증의 발병에 기여한 정도도 참작하여야 하는 것이 손해의 공평부담이라는 견지에서 타당하다.”고 판시하여 추가적인 병증에 대하여도 기왕증의 기여도를 참작하여야 한다는 입장을 취하고 있다.

위 판결은 원고의 우안에 거대 열공성 망막박리와 증식성 유리체 망막병증 등 합병증으로 인하여 그 시력이 안전수치 10cm로 거의 완전히 상실된 후유

증이 생긴 의료과실 소송에서 원고의 거대 열공성 망막박리는 ① 피고 병원의 의사들이 위 원고에 대한 진단 및 치료를 함에 있어 그 판시와 같은 주의의무를 다하지 못하여 우안에 잔존하는 이물을 발견·제거하지 못한 과실이 있고, 이러한 과실은 위 원고에게 그 후 발병된 거대 열공성 망막박리와 증식성 유리체 망막병증 등 합병증과 그로 인해 야기된 시력상실에 주요원인이 되었다고 판단하고, ② 한편 사고 당시 이물질이 각막, 수정체, 초자체를 통과하여 수정체 후낭에 박힐 정도로 그 속도 및 충격이 강하였으므로 그 때 발생한 견인력과 이 사건 이물이 안구 내에 잔존하고 있음으로써 발생한 견인력 등이 원고에게 발병된 거대 열공 망막박리의 한 원인이 되었기에 위 원고에 대한 1차 수술 시에 즉시 이 사건 이물까지 제거하였더라도 위와 같은 합병증 및 그에 따른 시력손상은 어느 정도 불가피하였다고 판단하면서 위 사고가 위 원고의 후유장애에 기여한 비율은 전체의 70% 정도로 봄이 상당하고, 따라서 피고 병원 의료진의 이 사건 의료과실이 그 후유장애에 기여한 책임비율은 30%로 한정된다고 판시한 원심을 그대로 인정하였다.

종전의 대법원판결들은 모두 기왕증(내지 피해자 측의 소인)이 있는 상태(선행상태)에서 의료과실이 경합되어 결과가 발행한 경우 그 기왕증(내지 피해자 측의 소인)의 기여도를 참작하는 형태로 피고 측의 책임을 제한한 것이었는바, 이 사건의 경우 각막손상(1차 사고)의 시력상실(결과)에의 기여분은 종래와 같은 구조(선행-후행)가 된다고 볼 수 있으나, 망막열공에 의한 시력상실의 부분에 관한 한 1차 사고(손상) 자체의 기여는 의료과실에 선행하는 관계가 아니라 병존적으로 기여하는 관계에 있기 때문에 종래의 경우와는 그 구조가 같다고 볼 수 없다. 그러나 망막열공의 원인을 의료과실과 수상 당시의 손상 모두에 있다고 인정하는 이상 각각의 기여도를 고려하여 의료기관의 의료과실에 따른 손해배상액을 정하는 것은 손해의 공평부담이라는 견지에서 타당하다고 할 것이고, 이 사건 대법원판결은 이와 같은 법리를 최초로 선언한 것으로서 그 의의가 있다.



## 바. 체질적 소인 이외의 책임제한 사유

대법원 1998.7.24. 선고 98다12270 판결은 가해행위와 피해자 측의 요인이 경합하여 손해가 발생하거나 확대된 경우에는 그 피해자 측의 요인이 체질적인 소인 또는 질병의 위험도와 같이 피해자 측의 귀책사유와 무관한 것이라고 할지라도 당해 질환의 태양·정도 등에 비추어 가해자에게 손해의 전부를 배상시키는 것이 공평의 이념에 반하는 경우에는, 법원은 그 손해배상액을 정함에 있어서 과실상계의 법리를 유추적용하여 그 손해의 발생 또는 확대에 기여한 피해자 측의 요인을 참작할 수 있다고 판시하여, 기왕증과 같은 체질적 소인이 아니더라도 당해 질병의 위험도나 당해 질환의 태양·정도 등도 책임제한 사유로 할 수 있다는 태도를 취하고 있다.

## 사. 구체적인 책임제한 비율

환자 측의 과실 외에도 많은 책임제한 사유들이 있다는 점이다. 교통사고나 산재사고 등과 같은 경우 건강한 사람에게 노동능력상실이나 사망을 초래하는 것에 비하여 의료사고는 이미 건강상의 문제점이 있는 환자에게 발생하였다는 점, 의료행위 자체에 그로 인한 위험성이 있다는 점, 그 결과가 의료행위 자체의 부작용인지 과실이 있었는지 불명확한 경우 과실을 추정하는 경우가 있다는 점, 그 결과를 초래할 원인이 여러 가지인 경우 인과관계의 추정에 의해 손해배상책임을 지운다는 점 등에 비추어 건강에 아무런 문제가 없는 환자에게 발생한 의료사고로서 과실이나 인과관계가 명확하다는 등 특별한 사정이 없는 한 의료과오소송에서의 책임제한의 폭은 다른 손해배상소송에 비하여 커질 수밖에 없을 것이다. 그런 이유로 의료과오소송에서는 의사의 책임을 80%를 초과하여 인정하는 경우는 거의 찾을 볼 수 없었다.

### (1) 의사의 책임을 80%로 제한한 경우

대법원 2003.7.25. 선고 2003다10261 판결은 패혈증은 치사율이 16% 내지 46%에 이르는 치명적인 병인 점 및 원고 1이 낮은 신체저항력으로 자

궁 부위로 침투한 아시네토박터바우마니균을 이기지 못하고 패혈증을 앓게 되고 이를 극복하지 못한 점 등에 비추어 위 원고의 식물인간상태로 인한 손해를, 치료를 담당하였던 의사 측에 전부 부담하게 하는 것은 공평의 원칙상 부당하다는 이유로 위 원고의 이 사건 패혈증 발병경위와, 패혈증의 치사율 등 모든 사정을 참작하여 피고의 손해배상책임을 80%로 제한한 원심을 그대로 인정하였다.

위 사안에서는 원고는 피고 병원 응급실에 도착할 당시에는 하복부 통증이나 욕지기 등의 증상 이외에는 별다른 증상이 없었고, 활력증후(혈압, 맥박 수, 호흡 수, 체온 등)도 정상이었는데, 그 이후 피고 병원 입원한 이후에 패혈증을 의심할만한 증후를 나타내기 시작하였음에도 피고 병원 의사들이 패혈증을 진단해 내지 못하는 바람에 그로 인하여 사망한 것으로, 당초의 증상과 사망한 패혈증과는 별다른 인과관계가 없었다.

## (2) 의사의 책임을 70%로 제한한 경우

① 대법원 2002.5.28. 선고 2002다9288 판결은 뇌동맥류파열로 지주막하출혈이 발생한 환자에게 뇌MRI 검사 후 뇌동정맥기형으로 오진하고 뇌CT 검사를 시행하지 않아 치료 중 재출혈이 발생하여 식물인간이 된 사안에서 원고가 피고 병원에 입원할 당시 침상에서의 절대안정을 지시받았음에도 불구하고 그 지시를 어긴 점, 뇌동맥류 파열로 인한 지주막하 출혈의 경우 그 상태가 헌트와 코스니크의 지주막하 출혈의 중증도 분류상 Grade II 상태인 경우 조기수술을 시행하면 그 예후가 비교적 양호한 것으로 알려져 있기는 하나 그 수술 후에도 완치되지 아니할 가능성이 남아있는 점 등 이 사건 변론과정에 나타난 제반 사정을 감안하여 피고의 손해배상 책임비율을 70%로 제한한 원심을 그대로 인정하였다(위 사안도 입원 다시에 제대로 진단했다면 그 예후가 양호한데도 피고의 과실로 식물인간에 빠진 사안이다).

② 대법원 2001.7.27. 선고 2000다55744 판결은 근시교정을 위한 엑시머레이저수술 후 염증방지를 위해 사용한 스테로이드 점안제에 의해 스테로

이드녹내장이 발생한 사안에서 스테로이드녹내장이 스테로이드성 점안제를 사용하는 모든 환자에게서 발생하는 질환이 아니고 그 중 체질적인 소인을 가지고 있는 일부의 환자에게서만 나타나는 질환이며, 스테로이드녹내장의 경우 스테로이드성 점안약의 투약을 중지하고 안압이 정상범위 내로 떨어질 경우에는 더 이상 시야결손이 진행하지 아니하는데도 위 원고는 안압이 정상범주 내로 떨어진 이후에도 상당 기간 동안 녹내장이 진행, 악화됨, 위 원고가 이 사건 수술 이전에 이미 고도근시인 상태였고 이 경우는 정상시력을 보유한 사람들보다 위와 같은 녹내장의 발병가능성이 높은 점 등을 감안하면, 위 원고의 체질적인 소인이 이 사건 손해의 발생 및 그 확대의 한 원인이 되었다고 보아 피고의 손해배상책임을 70%로 제한한 원심을 그대로 인정하였다(위 사안도 당초에는 스테로이드 녹내장이 없었는데, 수술 이후 위 원고가 눈의 통증을 호소하여 안압이 상승되었음을 확인하였음에도 녹내장이 발생 여부를 확인하지 않아 녹내장이 새로이 발생한 사안임).

③ 대법원 2005.9.28. 선고 2005다15819 판결은 오토바이를 타고 가다가 넘어지는 사고로 다량의 출혈과 전두부, 좌측안와부 골절 등의 상해를 입은 상태로 피고 병원 응급센터로 후송되어 와서 치료를 받다가 식물인간이 된 사안에서, 오토바이 사고로 인한 뇌손상의 결과로 수반되는 이차적인 뇌손상에 의한 호흡마비의 가능성을 전혀 배제할 수는 없는 점, 후송되는 동안 다량의 출혈로 인하여 어느 정도의 저혈량 상태에서 위 미다졸람의 반복 투여로 인한 호흡부전과 함께 복합적으로 심정지를 유발시키거나 악화시키는 요인으로 작용하였을 가능성을 배제할 수는 없는 점, 약물에 의한 부작용의 경우에 그 계통의 약물을 전혀 사용하지 않는 방법 이외에는 그 부작용의 발생을 완전히 막을 수 있는 방법은 없다는 점, 다량의 출혈이 있는 경우 뇌손상은 짧은 시간 내에도 일어날 수 있다는 점, 원고의 연령 등 제반 사정에 비추어 피고가 배상해야 할 책임의 범위를 70%로 제한한 원심을 그대로 인정하였다(당초 손해가 중하기는 하지만 식물인간이 될 정도는 아닌데 원고의 진단명을 저혈량성 쇼크로 오진하는 바람에 원고에 대

하여 적절한 대중치료를 하지 못하고 부적절하게 미다졸람 5mg을 추가 투여한 것이 증세를 악화시켜 저산소성 뇌손상에 이르게 한 사안임).

### (3) 의사의 책임을 60%로 제한한 경우

① 대법원 2002.4.23. 선고 2002다2416 판결은 여고생이 임신중절수술 후 자궁이완으로 인한 출혈이 발생하여 피고병원으로 전원된 후 과다출혈로 인한 저혈량성 쇼크 및 급성 호흡곤란 증후군으로 사망한 사안에서, 사망가능성이 높은 임신 25주에 임신중절을 요구한 점 및 내원 당시 이미 출혈이 과다하여 사망할 가능성이 높았던 점을 들어 의사의 책임을 60%로 제한한 원심을 그대로 인정하였다.

② 대법원 2002.5.28. 선고 2001다67393 판결은 협심증이 의심되는 환자에 대하여 운동부하검사를 시행하던 중 심전도로 협심증을 확인할 수 있었음에도 운동을 중단시키지 않고 계속하도록 한 과실로 환자가 사망한 사안에서, 망인은 왼쪽 및 오른쪽 관상동맥이 모두 중증 동맥경화증으로 막혀 있었고 특히 좌심실 파열 부위에 가까운 곳에서는 동맥경화증으로 95% 이상 막혀 있었으며 수개월 전부터 심근경색증을 겪고 있었음에도 초진을 담당한 가정의학과 전문의에게 간헐적인 흉통만을 이야기하였을 뿐 별다른 증세를 이야기한 적이 없고, 위 운동부하검사를 시작하기 이전에 피고 의사가 검사 도중 흉통이 생기거나 견딜 수 없으면 이야기를 하라고 지시하였음에 불구하고 제 4단계로 넘어갈 때까지 별다른 이야기를 하지 않았던 점, 위 운동부하검사는 심전도 그래프에만 전적으로 의존하여 기계적으로 판단하는 것이 아니라 그와 함께 검사자가 피검사자의 증상 출현의 유무, 혈압과 맥박의 변화 양상을 관찰하여 결과를 해석하는 방법으로 진행하는 것으로 협심증의 유무에 관한 판단에서 어느 정도 검사자의 주관적 판단이 작용할 여지가 있는 점 등을 감안하여 피고들의 손해배상책임을 60%로 제한한 원심을 그대로 인정하였다.

③ 대법원 2001.2.27. 선고 2000다67914 판결은 교통사고 후 우측 후두부 두개골 골절과 동반한 후두부 뇌출혈은 성공적으로 제거하였으나 반층손상

부위인 좌측 전두부에 지연성 뇌출혈이 발생하였음을 간과하여 사망한 사안에서, 망인이 안전모를 착용하지 아니하고 위 오토바이의 뒷자리에 탔다가 머리를 심하게 다치는 위 사고를 당하였고, 당시 운전에서 서투른 운전자가 밤중에 비가 내려 미끄러운 도로를 과속으로 운행하는데도 이를 제지하거나 안전운전을 촉구하지 아니한 끝에 위 사고가 일어났으며, 그 사망의 직접적인 원인의 하나인 지연성 뇌실질내출혈은 중증 두부손상 환자의 경우에도 발생 빈도가 비교적 낮을 뿐 아니라 일단 발생하면 치사율이 매우 높은 위험한 병증인 사실 등을 참작하여 피고들이 배상하여야 할 손해액을 산정함에 있어 그 범위를 전 손해의 60%로 제한한 원심을 그대로 인정하였다.

④ 대법원 2004.2.27. 선고 2003다38061 판결은 회음부열상제거술을 받은 후 저산소증으로 의식을 상실하였다가 회복되어 응급장비와 간호사가 배치되어 있는 중환자실에서 집중관찰치료를 받던 중 간호사의 관찰의무 소홀로 이상증상이 뒤늦게 발견되어 5분 이상의 무호흡 상태에 의한 비가역적 뇌손상을 입은 사안에서, 무호흡 상태에 빠진 후 피고병원이 이를 즉시 발견하고 최선을 다하여 심폐소생술을 실시하였다 하더라도 그와 같은 나쁜 결과를 회피하지 못할 가능성이 있는 점, 환자의 상태가 갑자기 악화되기 이전에는 특별히 환자의 상태가 나빠질 것으로 예측할 만한 징후가 없어 한순간도 뻔수 없을 만큼 집중적 관찰의 대상이었다고 보기 어려운 점, 피고병원의 심폐소생술로 인하여 환자가 자가호흡을 회복하여 사망에는 이르지 아니한 점 등을 참작하여 피고의 책임범위를 60%로 제한한 원심을 그대로 인정하였다.

#### (4) 의사의 책임을 50%로 제한한 경우

① 대법원 1999.12.7. 선고 99다43035 판결은 기계에 손이 말려들어가는 상해를 입은 후 침대생활로 폐색전증에 걸렸는데 이를 모르고 처음으로 침대를 벗어나 걸어서 병실 내에 있는 화장실 문을 열고 들어가는 순간 갑자기 쓰러져 의식불명의 상태에 빠져 사망한 사례에서 이 사건 수술 후 반드시 침대에 누워 있어야 할 필요가 있었던 점, 폐색전증의 예방이 불가능하다는 점 등

을 이유로 의사의 책임을 50%로 제한한 원심을 그대로 인정하였다.

② 대법원 2002.2.6. 선고 2001다67256 판결은 칼에 찔린 환자가 좌측 외장골동맥 출혈로 사망한 사안에서 환자가 가해자에게 이유 없이 시비를 걸었던 점, 의사가 칼날길이 10cm의 칼에 찔린 사실을 숨기고 넘어져서 다쳤다고 진술하거나 가위에 찔렸다고 진술하여 피부로부터 깊은 곳에 있는 위 동맥이 손상된 사실을 진단하기 어렵게 하였던 점, 복부에 혈액이 고이는 경우 흔히 보이는 증상을 보이지 않은 점 등을 이유로 가해자와 의사의 책임을 일체로 평가하여 50%로 제한하였다.

③ 대법원 2002.10.8. 선고 2002다4979 판결은 응급실 당직의사가 자궁외임신을 진단하지 못하여 사망에 이른 사안에서, 심한 통증이 있음에도 이를 참기만 하다가 혼수상태에 빠진 다음에야 응급실에 간 사실, 산부인과 의사로부터 자궁외임신의 가능성이 있다는 사실을 듣고도 ‘호떡을 먹고 체했다’고 진술하여 응급실 당직의가 자궁외임신을 의심하기 어렵게 하였으며 위와 같은 문진결과와 당시 하혈이 없었으므로 부인과적 문제를 의심하기 어려웠다는 사정 등을 종합하여 의사 측의 책임을 50%로 제한한 원심을 그대로 인정하였다.

④ 대법원 2003.6.13. 선고 2003다5269 판결은 선천성심장병인 심장중격결손증에 대한 개심술로 저산소성뇌손상을 입고 사지의 강직성 마비 등의 장애를 입은 사안에서, 원고가 선천적으로 심장병을 앓고 있었고, 정상아에 비하여 다소 발달장애를 보이고 있었던 점, 개심술 등 위 원고에 대한 의료행위의 특성, 기타 변론에 나타난 여러 사정을 참작하여 피고의 손해배상책임을 50%로 제한한 원심을 그대로 인정하였다.

⑤ 대법원 2006.12.21. 선고 2006다41327 판결은 피고들의 과실을 인정하면서 루푸스와 신경성경화증은 모두 합병증을 일으킬 가능성이 높고 현재의 의료수준으로는 완치 가능성이 없는 질환이라는 점을 고려하여 피고들의 책임비율을 50%로 제한한 원심을 그대로 인정하였다.

(5) 의사의 책임을 40%로 제한한 경우

① 대법원 2000.1.21. 선고 98다50586 판결 폐색전증으로 산모가 사망한 사안에서, 폐전색증은 제왕절개 수술을 받은 산부들에게도 드물게 나타나는 병인 점, 그 진단이나 사전 예방이 용이하지 아니하고 일단 발병하면 치사율이 높은 점, 망인이 폐전색증의 대표적인 증세인 돌발적인 호흡 곤란을 보인 것은 수술 다음날 05:20경이고, 그 후 의사 소외 2 등의 응급처치에는 별다른 잘못이 없는 점, 소외 2 등이 망인의 폐전색증을 적기에 진단하였다 하더라도 망인이 사망하였을 가능성을 배제할 수 없는 점 등을 감안하여 피고의 손해배상책임을 40%로 제한한 원심을 그대로 인정하였다.

② 대법원 2002.2.18. 선고 2001다67409 판결은 십이지장 천공에 의한 복통을 마비성 장폐쇄증으로 진단하여 십이지장 천공에 대한 수술이 늦어져 패혈증으로 사망한 사안에서 마비성 장폐쇄증과 복막염의 감별이 곤란한 점, 패혈증의 원인균주가 항생제에 대한 내성이 강하여 적기에 수술하였더라도 사망할 가능성이 높았던 점, 기관지 천식만으로도 노동능력이 11 내지 65% 상실된다는 점, 기관지 천식에 의한 저항력 감소로 패혈증이 촉진될 수 있다는 점을 들어 의사의 책임을 40%로 제한한 원심을 그대로 인정하였다.

③ 대법원 2005.6.24. 선고 2005다16713 판결은 망인이 피고 ○○병원 내원 시 이미 복부에 자상을 입은 후 약 30분이 경과하여 상당 정도의 출혈이 있었을 것으로 보이는 점, 위 소외 1 등은 피고 ○○병원의 중환자실에 빈 병상이 없어 망인을 다른 병원으로 전원시켜야 했는데, □□병원 등 피고 ○○병원 주위의 응급의료지정기관에도 중환자실에 빈 병상이 없는 것으로 확인되어 피고 ○○병원으로 전원시키지 않고 응급개복술을 실시할 수 있는 다른 병원으로 전원시켰다 하더라도 전원이 상당 시간 지연되었으리라는 점, 12시간 이내에 수술이 이루어진 복부둔상 환자에 대한 조사에 의하면 쇼크 후 1시간 이내에 응급개복술이 실시되어도 사망률이 17.1%에 이르고, 1시간이 경과되어 수술이 이루어진 경우에는 41.8%에 이르는 점 등을 인정한 후, 피고 ○○병원에게 이 사건 사고의 모든 책임을 지우는 것

은 신의칙과 형평의 원칙에 비추어 불합리하므로, 피고 ○○병원의 책임 비율을 40%로 제한한 원심을 그대로 인정하였다.

#### (6) 의사의 책임을 30%로 제한한 경우

① 대법원 2002.7.12. 선고 2001다2068 판결은 우안 각막열상, 외상성 백내장 및 안내 이물질 등이 발생한 환자의 안내 이물질을 완전히 제거하지 못하여 망막박리가 발생하여 우안의 시력장애를 초래한 사안에서, 환자의 질병 자체가 망막박리의 한 원인이 되었고, 각막열상 자체만으로도 상당한 시력손상을 가져왔을 것이라는 점을 들어 의사의 책임을 30%로 제한하였다.

② 대법원 2003.4.25. 선고 2002다70945 판결은 전원 초기에 신경과적 진단을 하였다고 하더라도 환자의 뇌출혈을 발견하였다고 단정하기 어려운 점, 환자의 뇌출혈은 심한 뇌부종 및 뇌 헤르니아를 동반한 중증에 해당하므로 미리 발견하여 수술 등 처치를 하였다고 하더라도 뇌사 혹은 식물인간 상태에 이르렀을 가능성이 큰 점 등을 고려하여 보면 피고의 책임범위를 30%로 제한함이 상당하다고 판단한 원심을 그대로 인정하였다.

③ 대법원 2003.8.22. 선고 2002다63862 판결은 환자가 피고 병원으로 전원될 때부터 자간전증의 증상을 보였고, 그 밖에 조기 양막파열, 쌍태임신, 빈혈, 감염 등 여러 가지 심각한 임신합병증들을 보이고 있었으므로 제왕절개수술 후에 그 증상이 악화될 소지가 충분히 있었고, 실제로 위 합병증들이 폐부종의 원인이 되거나 이를 악화시키는 요인이 되었던 점, 산모의 경우에는 기침, 호흡곤란 등의 일반적인 증세만으로는 자간전증이나 폐부종으로 단정 짓기가 용이하지 아니한 점, 피고 병원의 의료진이 뒤늦게라도 폐부종을 발견한 후에는 여러 가지 조치를 취한 점 등을 고려하여 피고의 책임을 30%로 제한한 원심을 그대로 인정하였다.

④ 대법원 2007.5.10. 선고 2006다15779 판결은 양성 신경초종은 수술 전에는 진단을 하기가 매우 어렵고 오진을 하는 경우가 빈번하며 그 확진을 위하여 수술이 필수적인 점, 신경초종의 치료는 수술의 방법뿐이고 종양의



절제시 어느 정도 신경조직이 손상되는 것은 불가항력적인 점, 신경초종 절제수술시 종양이 크고 정상 신경조직과 밀착되어 있거나 경계가 불분명한 경우 등에는 신경손상이 동반될 수 있는 점 등의 사정을 참작하여 피고의 책임범위를 30%로 제한한 원심을 그대로 인정하였다.

#### (7) 의사의 책임을 25%로 제한한 경우

① 대법원 2006.6.16. 선고 2005다12612 판결은 망인의 사망은 그가 기왕에 가지고 있던 체질적 소인인 관상동맥질환이 상당부분 원인을 제공한 점, 일반적으로 골절상은 통증이 심하고 시간이 경과될수록 골절 부위의 출혈 내지는 종창이 심해져 수술 후 합병증 내지 여러 병발증 발생의 빈도가 높아지므로 피고 측 의료진으로서 망인에 대하여 수술을 해야 할 필요성이 있었던 점, 망인이 기왕에 가지고 있던 관상동맥경화의 정도는 석회화를 동반한 고도의 관상동맥경화에 해당하여 이 사건 수술, 마취 등의 유인이 아니더라도 일상생활 도중에 발생할 수 있는 다른 유인에 의하여 언제든지 발병할 수 있는 상황에 있었고, 이 경우 사망의 가능성이 높았을 것으로 보이는 점, 망인에게도 기왕의 질병인 관상동맥질환이 있음에도 마취 전 방문기록지의 작성을 거부하고 과거 병력을 묻는 간호사의 질문에 제대로 응하지 않은 과실이 있는 점 등의 사정을 피고가 배상하여야 할 손해액을 산정함에 있어 참작하여 피고의 책임범위를 25%로 제한한 원심을 그대로 인정하였다.

② 대법원 2009.1.30. 선고 2006다56039 판결은 선행의 중대한 교통사고로 인하여 원고 정○○이 입게 된 골절의 정도와 주위 조직의 손상 등의 복합적인 원인이 감염 발생 및 위험성의 증가에 상당한 정도로 영향을 미친 점, 당시 감수성이 있는 항생제인 반코마이신을 투여하였어도 골절의 유합 여부는 내고정과 관련된 문제이므로 이를 예측하기 어려운 사정이 있는 점, 위 수술 부위에서 농이 발생되었으므로 수술 부위의 감염이 발생된 것을 알 수 있고 골수염 발생의 위험인자가 될 수는 있으나 이것이 바로 골수염으로 진행된 상태라고 단정할 수 없는 점, 외상을 받은 조직이 혈액순환을 손상시켜서

골과 연부조직을 괴사시키거나 외부에 노출된 골에서 세균이 증식하여 골수염을 일으키게 되는 등 골수염 발생에 다양한 원인이 개재될 수 있는 점, 피고 의사가 감염 이후에 수술 부위 금속핀 삽입부의 감염을 치료하기 위하여 금속핀 교체술을 시행하였고, 일리자로프 외고정 장치를 제거하고 장하지 석고를 고정하는 시술을 하는 등 최선의 노력을 다하였던 점 등의 사정을 참작하여 피고들의 손해배상책임을 25%로 제한한 원심을 그대로 인정하였다.

#### (8) 의사의 책임을 20%로 제한한 경우

① 대법원 2001.9.5. 선고 2001다32755 판결은 생후 1년 7개월된 환아에게 좌측서혜부탈장 수술을 시행한 후 발생한 저나트륨혈증의 진단 시기를 놓쳐 환아가 사망한 사건에서 이 사건 저나트륨혈증은 그 발생 원인을 밝힐 수 없으며 매우 급격하게 심화되었을 뿐 아니라 일단 저나트륨혈증이 발생된 경우 그 치료가 어려운데다가 그 정도가 심한 경우 사망률이 50%에 이르는 등 예후도 극히 불량한 것을 이유로 의사의 책임을 20%로 제한하였다.

② 대법원 2006.3.24. 선고 2005다37345 판결 제왕절개수술에 의하여 40~50%의 태반조기박리 상태에서 태어난 태아가 얼마 지나지 않아 태아 곤란증으로 사망한 사안에서 태반조기박리는 산전에 확진을 내리기 어려운 질환이라는 점, 태반조기박리가 발생한 경우에 그 진행속도가 빨라 신생아의 사망률이 높은바, 이 사건에서 피고 병원의 의료진이 제왕절개수술을 좀 더 빨리 시행하였다 하더라도 신생아의 사망을 막기 어려웠을 가능성을 전혀 배제할 수 없는 점, 태아심박동수가 하락한 것을 발견한 후 즉시 피고 병원의 의료진이 제왕절개수술을 시행하고, 수술실에 소아과 수련의 3년차를 대기시키는 등 적절한 응급조치를 취한 점 등을 참작하여 피고의 책임범위를 20%로 제한한 원심을 그대로 인정하였다.

#### (9) 분석

최근의 하급심 판결들은 50% 이하의 책임을 인정하는 경향이 강하고, 당

초에는 없던 증세인데 피고 의사 측에서 부적절하게 대응하여 새로이 발생하거나 당초에 있던 증세라도 적절히 치료하였다면 개선될 수 있는 것인데 이를 명백히 오진하고 간과하여 아무런 치료도 하지 않는 바람에 환자에게 중증의 결과가 새로이 발생한 경우에 주로 피고 측에 80%나 70%의 책임을 인정하고 있다. 93다52402 판결 등의 판지에 따라 인과관계를 추정하여 의료과실 책임을 인정하는 사건이 늘면서 그에 대한 반대급부로서 의료행위의 특수성과 체질적 소인을 고려하여 책임을 대폭 제한하는 사례가 늘면서 최근 하급심 판례들 가운데 소액의 손해배상책임을 인정하는 경향을 따르는 판결들이 더욱 증가하고 있다.

#### 아. 부검 미시행을 책임제한 사유로 볼 수 있는지 여부

대법원 1997.8.22. 선고 96다43164 판결은 산모의 사망 원인을 명확히 밝힐 수 있는 부검이 원고 측의 요구에 의하여 시행되지 않은 점을 책임제한의 사유로 들고 있는 것은 적절하지 않다고 판시하였다. 부검을 거부하였다는 사유는 부검을 하였다면 그 사망원인을 밝힐 수도 있었을 것임에도 불구하고 원고 측의 요구에 의하여 부검을 하지 못하였다는 것으로 절차적인 사유에 불과한 것으로, 일종의 증명방해라고 할 수 있는 것이다. 그러나 위와 같은 절차적인 사유로서 실제적인 책임제한의 요소로 삼는 것은 다소 부적절하다. 유족들이 반드시 부검을 실시하여야 할 의무가 있는 경우이면 몰라도 그러한 특별한 사정이 없는 경우에는 이를 가해자의 책임제한의 사유로 들 수는 없을 것이다.

## V. 민법 제765조에 의한 배상액 경감

민법 제765조는 손해배상의무자는 그 손해가 고의 또는 중대한 과실에 의한 것이 아니고 그 배상으로 인하여 배상자의 생계에 중대한 영향을 미치

게 될 경우에는 법원에 그 배상액의 경감을 청구할 수 있고, 법원은 그러한 청구가 있는 때에 채권자 및 채무자의 경제 상태와 손해의 원인 등을 참작하여 배상액을 경감할 수 있다고 규정하고 있다.

채무자가 주로 의사나 병원으로서 상당한 자력이 있는 의료과실 소송의 경우에도 이러한 민법 제765조에 의한 배상액 경감을 할 수 있는지와 관련하여 대법원 1996.5.10. 선고 93다40454 판결은 “과실상계 사유에 관한 사실인정이나 그 비율을 정하는 것은 형평의 원칙에 비추어 현저히 불합리하다고 인정되지 아니하는 한 사실심의 전권사항에 속한다고 할 것이고, 민법 제765조 소정의 배상액경감 사유에 관한 사실인정이나 그 비율을 정하는 것도 마찬가지로 사실심의 전권사항에 속한다고 할 것인바, 이 사건 의료사고에 있어서 위 피고들 소송대리인의 과실상계 주장을 배척하고 과실상계 사유가 없다고 보는 한편, 위 피고들이 배상할 손해배상책임액을 위 민법의 규정에 따라 전체의 1/2로 경감한 원심의 판단은 정당하고, 거기에 소론과 같이 과실상계 사유에 관한 사실인정이나 배상액경감 비율의 인정에 심리미진 또는 법리오해의 위법은 없다고 판시하여 과실상계를 유추적용하지 않고 민법 제765조에 따른 손해배상액 경감을 인정하였다.

## VI. 치료비 및 병실료

### 1. 기왕증에 대한 치료비

#### 가. 의료사고 발생한 시점까지의 치료비

의료사고 발생 전의 치료비는 환자 측에 현재의 의학수준에 비추어 필요하고 적절한 진료조치를 다해야 할 채무 측, 수단채무라고 보아야 할 것이므로, 만일 위와 같은 주의의무를 다하였는데도 그 진료 결과 질병이 치료되지 아니하였다 하더라도 환자는 의사에게 그 치료비를 지불할 의무가 있

다 할 것이다.<sup>5)</sup> 비록 의료사고가 발생하여 진료결과가 좋지 않다 하더라도 의료사고 발생한 시점까지의 치료비는 지급할 의무가 있다.

대법원 2002.6.14. 선고 2002다9325 판결은 환자 측에서 입원한 시점부터 의료사고가 발생한 시점까지의 자신들이 지급한 치료비를 손해액으로 청구한 사안에서 환자가 입원한 때부터 사고가 발생한 때까지 발생한 치료비지급액은 위 사고로 인한 손해라고 할 수 없다면서 환자 측의 청구를 배척한 원심판결을 그대로 인정하였다.

## 나. 후유증에 대한 치료비 및 향후 치료비

의사의 의료행위에도 불구하고 환자가 완치되지 않아 계속적으로 치료비가 지급되어야 할 경우에 그러한 치료비는 누가 분담할 것인가에 대하여는 상당한 논란이 있다.

### (1) 의료과실이 없는 경우

대법원 2001.11.9. 선고 2001다52568 판결, 대법원 2002.10.25. 선고 2002다48443 판결은 수술 결과 환자의 질병이 치료되지 아니하고 후유증이 남게 되었다 하더라도 의사로서는 수술에 따른 치료비를 청구할 수 있다 할 것이고, 그 후유증이 의사의 치료 상의 과실로 인한 것이라고 볼 수 없는 이상 의사로서는 후유증이 나타난 이후에 증세의 회복 내지 악화 예방을 위하여 이루어진 진료에 관한 비용도 청구할 수 있다고 판시하였다.

### (2) 의료과실이 있는 경우

#### (가) 일반론

의사가 선량한 관리자의 주의의무를 다하지 아니한 탓으로 오히려 환자

---

5) 대법원 1988.12.13. 선고 85다카1491 판결; 대법원 1993.7.27. 선고 92다15031 판결; 대법원 2001.11.9. 선고 2001다52568 판결 등 참조.

의 신체기능이 회복불가능하게 손상된 경우 그로 인한 후유증세의 치유 또는 더 이상의 악화를 방지하기 위한 치료행위는 진료채무의 본지에 따른 것이 되지 못하거나 손해전보의 일환으로 행하여진 것에 불과하여 병원 측으로서 환자에 대하여 그 수술비 내지 치료비의 지급을 청구할 수 없다 할 것이다.<sup>6)</sup>

(나) 의사 측에서 치료비 중 지급을 구하지 못하는 범위

그렇다 하더라도 대법원 2003.4.25. 선고 2002다70945 판결이 후유증에 대한 치료비 중 상당 부분은 피고의 과실과 인과관계가 있다고 단정할 수 없을 뿐만 아니라, 가사 치료비 중 본인부담금 10,464,740원 전액이 피고의 과실과 상당인과관계가 있다고 하더라도 그 중 원고 측이 부담하여야 할 금액은 금 7,325,318원(10,464,740원 × 0.7)이라고 판시한 원심을 그대로 인용한 점에 비추어 보면, 결국 의사의 과실로 인하여 추가로 발생한 치료비의 지급을 구할 수 없다는 의미일 뿐 의사의 책임비율 범위를 넘어서는 부분에게까지 진료비를 청구할 수 없다는 의미는 아닌 것으로 해석하는 것이 타당하여야 할 것이다.

(다) 환자가 치료비를 지급하지 않은 경우 손해배상 청구를 할 수 있는지

대법원 2002.6.14. 선고 2002다9325 판결은 환자가 치료비를 지급하지 않고 있는 경우에 피고 병원이 위 원고를 계속 치료하고 있으며 피고들의 과실책임이 인정되는 이상, ① 피고 법인은 그 책임비율 범위 내의 치료비를 위 원고에게 청구할 수 없으므로 위 치료비 중 피고들의 책임비율 범위 내의 부분에 대하여는 위 원고에게 손해가 발생하였다고 할 수 없고, ② 위 치료비 중 피고들의 책임비율을 초과하는 부분은 어차피 위 원고가 부담하여야 할 부분이므로 위 원고가 그 금액 상당의 손해를 입었다고 할 수도 없

6) 대법원 2003.4.25. 선고 2002다70945 판결; 대법원 1993.7.27. 선고 92다15031 판결.

다면서 환자 측에서 아직 치료비를 지급하지 않은 경우에는 치료비에 대한 손해배상을 청구하지 못한다고 판시하였다. 대법원 2003.4.25. 선고 2002다70945 판결 또한 유사한 취지의 판시를 하였다.

대법원 2008.4.11. 선고 2006다62348 판결 또한 피고 병원의 의료과실이 인정되고, 환자 측에서 지급하지 아니한 치료비가 있는 사안에서, 피고 법인이 산정한 치료비 총액 중 원고가 지급하지 아니한 잔액에는 ① 진료채무의 본지에 따른 것이 되지 못하거나 손해전보의 일환으로 행하여진 것에 불과하여 애당초 피고 법인이 위 원고에게 이를 청구할 수 없는 부분이 포함되어 있을 것인데 이에 관하여는 위 원고에게 현실적으로 손해가 발생하였다고 할 수 없고, ② 나머지 피고 법인의 책임으로 돌릴 수 없는 부분에 관하여는 원래 위 원고가 부담하여야 할 것이므로, 결국 위 원고가 아직 피고 법인에 지급하지 않은 치료비와 관련하여서는 위 원고에게 손해가 발생하였다고 인정할 수 없다고 판시하였다.

(라) 피고 스스로 제공한 상급 병실료는 치료비 청구 못함

대법원 2002.6.14. 선고 2002다9325 판결은 의료과실이 있는 경우라 하더라도, 원고에 대한 치료가 종결되어서도 식물인간 상태로 고정되어 보존적 치료만 필요한 원고를 의료과실소송이 계속되는 동안 피고들의 불법행위 책임 유무와 원고에 대한 고급병실의 필요성 여부에 대한 법률적 판단이 아직 내려지지 않은 상태에서 원고를 1인용 고급병실에 계속하여 입원시킨 것은 피고가 스스로 묵인한 것이므로 그러한 고급병실에 대한 대가를 원고에게 청구할 수 없다고 판시하였다.

(3) 설명의무 위반이 있는 경우의 치료비 및 후유증에 대한 치료비 등

대법원 2001.11.9. 선고 2001다52568 판결은 설명의무와 의사가 진료채무의 본지에 따른 선량한 관리자로서의 주의의무를 별개임을 인정하면서 의료상의 주의의무를 다한 이상 설명의무를 위반했다고 하더라도 의사가

치료비나 후유증 등에 대한 치료비를 청구할 수 있다는 입장을 밝혔다.

## VII. 신생아의 경우 개호가 필요한 시기(始期)

의료사고로 인하여 뇌성마비 등으로 태어난 유아에 대하여 개호비를 인정할 때 어느 시점부터 개호의 필요성을 인정할 것인가가 문제된다.

### 1. 의료사고 발생일로부터 개호비를 인정한 사례

#### 가. 서울고등법원 2008.1.29. 선고 2005나81832 판결

원고가 출생 직후부터 한 번도 눈을 못 뜨고, 전신 상태가 뻣뻣해지고, 뇌실질 및 뇌실내 다발성 급성 출혈로 인하여 뇌성마비, 사지마비, 중증의 정신지체에 빠진 사안에서 1일 8시간의 개호가 필요하다면서 의료사고 발생일부터 개호비 청구를 인정함(제1심은 변론종결일까지 개호비 지급 증거가 없다는 이유로 변론종결일 이후의 개호비만 인정함).

#### 나. 서울남부지방법원 2007.4.26. 선고 2004가합3582 판결(서울고등법원 07나56113호로 강제조정확정)

원고가 출생시 난산으로 인한 신생아 가사로 저산소성 뇌손상 또는 뇌출혈 등으로 뇌병변 장애 2급 판정을 받은 사안에서 의료사고 발생일로부터 여명 종료일까지 개호비를 인정하였다.

### 2. 만 5세 이후부터(만 5세가 될 때까지는 개호비 제외)

#### 가. 서울고등법원 2009.2.3. 선고 2004나35139 판결(대법원 2009다23245판결에서 심리불속행 기각 확정됨)

위 사안에서 원고는 사지경직성 마비, 경련, 인지저하 등으로 인하여 음식



물 섭취, 착탈의, 대소변, 체위변경, 이동 등 일상생활의 대부분의 영역에서 타인의 도움을 필요로 하기는 하나, 건강한 유아라고 하더라도 통상 5세가 될 때까지는 부모 등 타인이 일상생활을 일일이 돌보아 줄 필요가 있는 것이므로 의료 사고로 인한 개호는 5세가 되는 날부터 필요하다고 인정함. 한편, 피고가 만 5세 이후 변론종결시까지 위 원고가 개호비를 지출한 증거가 없으므로 변론종결 이후 여명종료시까지만 개호비를 인정하여야 한다고 주장하나, 위 원고의 연령과 신체 상태에 비추어 그의 아버지 박○○ 등 근친자의 개호를 받았으리라 추단되므로 피고의 위 주장은 받아들이지 아니함.

#### **나. 수원지방법원 2009.7.9. 선고 2007가합21378 판결**

위 판결은 만 5세가 될 때까지 개호인이 필요하지 않다는 점을 원고가 자인함.

#### **다. 인천지방법원 2008.8.20. 선고 2005가합14171 판결**

위 판결은 원고는 감정일인 40개월 당시 기어다니기, 앉기, 서기는 불가능하고 앉은 자세도 혼자서 힘으로는 유지를 잘 못하는 정도로 누운 자세에서 몸통 뒤집기만 비정상적 양상으로 할 수 있고, 심한 정신지체 상태로 사회적 연령은 9개월 정도에 불과한 뇌성마비 증상을 보이고 있어서 개호인이 하루 종일 원고의 옆에 붙어 있으면서 필요에 따라 개호를 해야 할 것이나, 개호인이 계속적으로 어떠한 일을 하여야 하는 것은 아니고 수면 시간을 제외한 시간 동안 간헐적으로 원고를 돌보는 것으로 족하며, 또한 유아가 만 5세 이전에는 통상 부모가 돌보아 주어야 하는 점 등 개호의 필요성 및 목적, 원고 의 나이와 상태 등을 종합하여, 원고가 만 5세가 되는 날인 2009. 8. 7.부터 성인 1인의 1일 8시간 개호가 필요하다고 인정함.

#### **라. 서울서부지방법원 2007.10.17. 선고 2005가합3700 판결(서울고등법원 2007나123563호로 계류 중)**

위 판결은 원고가 40개월인 변론종결일 현재 고개를 가눌 수 있고, 혼자

않을 수 있고 기어다닐 수 있으며, 잠깐 잡고 설 수 있는 정도로 약 10개월 정도의 운동발달을 보이고 있으며, 미세 운동, 사회성, 언어 모두 지연되어 있는 발달 지연 소견과 함께 진찰상 전신의 강직을 보이고 있어 강직성 뇌성마비의 상태이어서 개호인이 하루 종일 원고의 옆에 붙어 있으면서 필요에 따라 개호를 하여야 할 것이나, 개호인이 계속적으로 어떠한 일을 하여야 하는 것은 아니고 수면 시간을 제외한 시간 동안 간헐적으로 원고를 돌보는 것으로 족하며, 또한 유아가 만 5세 이전에는 통상 부모가 돌보아 주어야 하는 점 등 개호의 필요성 및 목적, 원고의 나이와 상태를 종합하여 원고가 만 5세가 되는 날인 2008년 9월 14일부터 여명기간 종료일인 2043년 10월 20일까지의 개호비를 지급하여야 한다고 인정하였다.

#### 마. 서울고등법원 2006.11.9. 선고 2006나14693 판결

위 판결은 출생 시의 의료사고로 사지마비가 된 원고에 대하여 정상아의 경우에도 5세에 이르기까지는 부모의 개호가 필요하다고 봄이 상당하므로 원고가 5세가 되는 2000년 7월 26일부터 여명 종료일인 2013년 7월 25일까지의 개호비 청구만을 인정하였다.

### 3. 만 3세 이후부터 - 비교적 짧은 기간의 개호를 인정할 경우에

#### 가. 서울중앙지방법원 2008.4.23. 선고 2006가합69139 판결<sup>7)</sup>

위 판결은 원고들이 출산일인 2003년 11월 25일부서의 이 사건 변론종결일에 가까운 2008년 3월 28일까지 5년간의 개호비만을 구한 사안에서 건강한 아이라도 만 3세가 될 때까지는 부모 중 적어도 일방의 개호가 필요하다고 할 것이므로, 2006년 11월 25일부터 원고들이 구하는 바에 따라 2008년 3월 28일까지의 개호비만을 인정하였다.

7) 하지만 위 판결의 항소심인 서울고등 2009.7.9. 선고 2008나47949판결은 의료사고 발생일부터 개호비를 전액 인정함. 현재 대법원 09다59558호로 상고심 계류 중.

#### **나. 서울동부지방법원 2007.9.21. 선고 2004가합4704 판결**

위 사안은 신생아가 태어난 후 만 4세가 되기 전에 사망한 사안에서 망인이 3세가 된 날(2004. 8. 13.)부터 사망일인 2005년 3월 9일까지 하루 0.5인의 성인여자에 의한 간호비를 인정하였다.

### **4. 만 4세 이후**

#### **가. 대구고등법원 2007.6.20. 선고 2006나5483 판결**

경증의 뇌성마비 증상과 중증의 지능 발달 장애가 있고, 양쪽 눈마저 실명한 상태의 신생아에 대하여 간호인이 하루 종일 원고 옆에 붙어 있으면서 계속적으로 어떠한 일을 하여야 하는 것은 아니고 간헐적으로 원고를 돌보면 족하다고 인정하면서 일반적으로 건강한 유아라고 하더라도 태어나서 4년 정도가 지날 때까지는 24시간 부모의 보살핌이 필요하다고 보이므로, 원고의 간호비를 만 4세가 되는 다음 날부터 간호비를 인정하고 있다.

#### **나. 광주지방법원 2006. 12. 12. 선고 2005가합5920 판결**

위 판결은 일반적으로 건강한 유아의 경우라도 4세가 되기 전까지는 부모의 도움이 필요하므로 별도의 간호가 필요하다고 볼 수 없는 점을 들어 4세가 되기 이전의 간호비 청구를 배척하고, 만 4세가 되는 다음날인 2002년 9월 10일부터 같은 달 23일까지 14일간의 간호비 청구만 인정함.

### **5. 변론종결일 이후**

#### **가. 수원지방법원 2009.9.10. 선고 2008가합9078 판결**

변론종결일까지 원고가 변론종결일까지 간호를 받았거나 간호비를 지출하였다는 증거가 없다는 이유로 변론종결일 이후의 간호비만 인정

**나. 대구지방법원 2008.10.7. 선고 2007가합4312 판결(대구고등법원 2008나10816호로 화해권고 확정)**

신생아인 원고가 신체감정서 작성일인 2006년 12월 6일부터 8년간 성인 1인의 1일 6시간의 개호가 필요하다고 인정하면서도 원고가 이 사건 변론 종결일인 2008년 9월 2일까지 개호비를 지출하였음을 인정할 증거가 없다는 이유로 변론종결일 다음날 이후의 개호비만 인정함.

**다. 부산지방법원 2007.11.28. 선고 2005가합1509 판결(부산고등법원 08나191호로 강제조정확정)**

위 판결은 변론 종결일까지 개호비를 지출하였다고 볼 증거가 없으므로, 변론종결일 다음날부터 여명 종료일까지 개호비를 인정하였다.

**6. 청구취지 감축을 통하여 원고가 구하는 바에 따라**

**가. 원고가 생후 3년 6개월이 지난 이후의 개호비만 구한 사례-서울 서부지방법원 2009.10.16. 선고 2008가합9563 판결**

위 판결은 2005년 6월 10일생의 신생아가 출산시에 입은 상해로 개호가 필요한 사안에서 원고가 구하는 바에 따라 약 3년 6개월 후인 2009년 1월 1일부터의 개호비만 인정.

**나. 원고가 생후 약 4년이 지난 이후의 개호비만 구한 사례 -서울동부지방법원 2006.12.14. 선고 2004가합2753 판결(서울고등법원 2007나12465호로 확정)**

위 판결은 2002년 8월 5일생의 신생아가 출산시에 입은 상해로 음식물 섭취와 배뇨, 배변, 체위 변경 등 모든 일상생활 활동을 혼자 할 수 없게 되어 개호인이 필요한 사안에서 개호기간을 사고 및 퇴원일 이후로서 원고들이 구하는 바에 따라 출생 후 약 4년 뒤인 2006년 7월 24일부터 인정하였다.

**다. 원고가 생후 약 2년 4개월이 지난 이후의 간호비만 구한 사례 - 서울중앙지방법원 2006.10.31. 선고 2003가합49059 판결(서울고등법원 2006나107069호로 확정)**

위 판결은 2003년 4월 29일생 신생아가 입은 의료사고에 대하여 원고들이 구하는 바에 따라 출생 후 약 2년 4개월이 지난 2005년 8월 11일부터의 간호비만 인정하였다.

**라. 장애아를 출산한 부모들이 장애아 출산으로 인한 손해를 구하면서 생후 1년 이후의 간호비를 자신들이 입은 손해로 청구한 사례 - 서울서부지방법원 2006.12.6. 선고2005가합4819 판결(서울고등법원 2007나6958호로 조정성립)**

위 판결은 원고들이 구하는 바에 따라 장애아로 출산된 신생아가 만 1세가 된 2005년 4월 20일부터 만 15세가 되는 2019년 4월 20일까지 168개월간의 간호비를 부모들의 손해로 인정함.

위 판결은 피고 측에서 정상아의 경우에도 만 5세까지는 일반적으로 부모 등의 조력이 필요하므로 만 5세가 될 때까지의 간호비 청구는 이유 없다고 주장하나, 만 1세 이후의 간호비 상당의 손해도 경험칙상 장애아 출산으로 인하여 추가되는 비용으로서 피고가 배상하여야 하는 손해의 범위에 포함된다고 봄이 상당하다면서 피고의 주장을 배척함.

**7. 만 5세까지는 0.5인만 인정한 사례**

**가. 서울동부지방법원 2008.9.19. 선고 2005가합1535 판결(서울고등법원 08나94358호로 계류 중)**

원고는 보행을 제외한 모든 일상생활 동작을 독립적으로 수행하지 못하고 앞으로도 여명 기간까지 간호인의 도움이 필요함을 인정할 수 있으나, 원고에 대한 간호 내용은 간호인이 계속적으로 어떤 일을 해야 하는 것이

아니고 간헐적으로 시중을 들어주는 정도이므로 1일 도시지역 성인 여자 1명의 개호가 필요하다고 인정하면서도, 다만, 정상아의 경우에도 5세에 이르기까지는 보호자의 개호가 필요하다고 봄이 경험칙상 상당하므로 원고가 5세가 되는 2006년 11월 9일까지는 1일 4시간 개호를 위한 성인여자 0.5인의 개호만을 인정하고, 그 다음날부터 여명 종료일인 2029년 11월 8일까지는 성인 여자 1인의 개호를 인정하였다.

#### 나. 서울고등법원 2007.4.19. 선고 2006나64780, 64810

위 판결은 원고가 독립적인 보행과 일상생활 수행이 불가능하므로 일상 생활에 필요한 동작을 도와주어야 하나, 뇌성마비인 원고에 대한 개호는 위와 같은 개호의 내용에 비추어 개호인이 계속적으로 어떤 일을 해야 하는 것은 아니고 간헐적으로 시중을 들어주는 것에 불과한 사안에서 원고에게 신체감정일로부터 4년간 개호가 필요하다고 인정하면서, 다만 정상아의 경우에도 5세에 이르기까지는 부모의 개호가 필요하다고 봄이 상당하므로 원고가 피고 병원을 퇴원한 다음날인 2002년 1월 10일부터 5세가 되는 2006년 12월 23일까지는 1일 4시간 개호를 위한 성인 여자 0.5인의 개호만을 인정하고, 그 다음 날부터 신체감정일인 2004년 8월 19일부터 4년이 되는 2008년 8월 18일까지는 성인 여자 1인의 개호를 인정하였다.

### 8. 분석

신생아가 중증의 뇌성마비나 뇌병변 장애 등으로 인한 사지마비 증세 등으로 인하여 전혀 움직이지 못하거나 그 마비의 정도가 심하여 통상적인 신생아를 돌보는 정도를 초과하여 집중적인 개호가 필요한 경우에는 출생시부터 개호비 손해를 인정하지만, 통상적인 뇌성마비나 경증의 뇌성마비의 경우에는 만 4세나 5세까지는 개호비를 인정하지 않고 그 이후의 개호비를 인정하고 있는 것이 하급심의 통상적인 추세이나, 아직까지 대법원의 명시적인 판결은 없다. 만 5세 이후부터 개호비를 인정한 서울고등법원 2009.

2.3. 선고 2004나35139 판결을 대법원에서 심리불속행으로 확정하는 바람에 개호비 등이 명시적으로 다루어지지 않았기에 아직 대법원의 공식적인 견해는 없다고 보는 것이 타당해 보인다. 하급심 판결들은 대체로 신생아의 개호비와 관련하여 어떠한 형태로든지 일정한 기간 동안은 이를 손해로 인정하지 않는 것이 현재의 추세이다.

**주제어** : 손해배상 범위, 설명의무, 위자료, 기회상실, 조연설명, 지도설명, 자기 결정권, 위자료 산정 기준, 책임제한, 과실상계, 치료비, 병실료, 개호비

[ 참 고 문 헌 ]

- 김재형, “한약업사의 설명의무- 의사의 설명의무 법리의 연장선상에 있는가? 연  
구대상판결: 대법원 2002.12.10. 선고 2001다56904 판결(공 2003, 327)”,  
『인권과 정의』, 제334호, 2004.
- 김천수, “의사의 설명과오책임에 관한 국내 판례의 분석 민사재판의 제문제”, 『송  
천이시윤박사화갑기념논문집(상)』 김천수 민사실무연구회·한국민사소  
송법학회, 1995.
- 박영호, “설명 의무 위반 및 치료기회상실을 근거로 한 가족들의 독자적 위자료 청  
구권”, 『법조』, 제58권 제2호, 2009.
- \_\_\_\_\_, “의료소송상 기회상실 이론의 도입에 관한 소고”, 『사법논집』, 제46집,  
2008.
- 임준호, “의료과오소송에서 기여도에 의한 배상액의 비율적 인정: 체질적 소인·  
기왕증의 참작”, 『민사판례연구』, XXI XXI, 1999.



## The Trend of Precedents about Calculation of Damage Compensation for Last Decade

Young ho Park

*Daegu District Court of Korean Supreme Court*

### =ABSTRACT=

This thesis introduces the trends of Korean courts' ruling on damages in medical malpractice cases for past 10 years.

First of all, Korean courts' ruling have had a tendency to pay only non-economic damages for not taking the informed consent.

If a doctor cannot get the informed consent from a patient, he compensate only non-economic damages for the infringement of self-determination rights of patient. It's enough for the plaintiff to prove the infringement of self-determination rights, if the plaintiff just want to get non-economic damages.

The Korean Supreme court have ruled that if plaintiffs want to get economic damages for the infringement of self-determination rights or informed consent, plaintiffs must prove that the infringement of self-determination rights is the proximate cause of the economic damages of patient.

There is another tendency for the Korean Supreme court to limit the damages in medical malpractice cases on the ground of patient's diseases' dangerousness or patient's idiosyncrasy.

In the past courts often limit the damages only to 70~80% of total damages, but now a days courts mostly limit the damages to 20~30%.

This thesis also introduce the Korean courts' trends about Valuing damages in personal injury actions awarded for gratuitously rendered nursing and medical care.

Keyword : Informed consnet, Pain and suffering, Loss of chance, Family, Damage, Limitation of damage, Cmparative damage, Selbstbestimmungsrecht, Diagnoseaufklärung, Erlaufsaufklärung