

醫療過誤訴訟에서의 立證妨害

- 대법원 1999.4.13, 선고, 98다9915 판결 -

裴炳日*

〈目 次〉

[사실개요]	1. 서론
[제1심 판결요지]	2. 입증방해에 대한 제재의 근거
[제2심 판결요지]	3. 입증방해의 효과
[상고이유]	4. 진료기록과 입증방해
[대법원 판결요지]	5. 결론

[사실개요]

1. 원고 A는 피고 법인산하 강동성심병원에서 치료를 받은 환자이고, 원고 A'과 A"는 A의 부모이다. 피고는 서울 강동구 길동 소재 강동성심 병원을 경영하는 의료법인이다.

2. 원고 A는 1990.11.23. 경부터 두통에 시달리다가 고열 및 오한에 구토 증세까지 생기자 11.26. 01:54경 피고법인의 위 병원 응급실로 가서 응급실 당직 인턴인 소외 C의 지시에 따라 혈압측정, 혈액 및 소변검사와 엑스레이 촬영검사를 받았다. 당직 레지던트인 공동피고 B는 11.26. 05:00경 원고 A를 진찰하였는데, 소변검사에서 백혈구가 200-300개 정도 검출되었고 고열과 탈수증세를 보이므로 우선 급성신우신염으로 진단하는 한편

* 嶺南大學校 法學部 教授

뇌막염도 의심스러워 그 진단에 필요한 척수액검사를 시행하려고 하였으나 A'가 해당전문의와 상의한 후 검사받겠다고 하여 보류하였다.

3. 피고 B는 A에 대하여 수액요법을 실시하고 켄타마이신과 세포탁심을 투여한 후 병실에 입원 조치한 뒤 11.26. 08:00경 신장내과 D에게 인계하였다.

4. 소외 D는 수액 및 영양을 공급하고, 확인된 신우신염을 치료하기 위한 항생제를 투여하면서 정기적인 회진을 통하여 치료경과를 관찰하던 중 A가 지속적인 두통 및 고열을 호소하자, 입원 4일 후인 1990.11.29. 신경과 과장인 공동피고 B'에게 경부강직 소견이 있어 뇌막염 증상이 의심된다는 이유로 진료를 의뢰하였고, B'는 진찰결과 뇌막염증세가 확인하다고 판단하였다.

이에 따라 원인 규명을 위하여 필수적인 척수액 검사를 11.29. 15:00경 실시하였는데 당시 A'와 A"가 병실에 없었기 때문에 A와 그 이모인 E에게 척수액검사의 필요성을 설명하고 양해를 구한 다음 척수액검사(요추천자)를 실시하였다. 검사결과 A의 병명은 결핵성 뇌막염으로 판명되었다.

5. 원고 A는 12.2.부터 신경과로 전과되어 치료를 받았으나 12.3.11:00경 2차로 척수검사를 실시한 이후 의식혼탁과 호흡장애를 보여 중환자실에서 치료를 받았으나 입원 1개월 이후에는 항결핵제의 투여등으로 인하여 신경계 염증은 호전되었으나 현재까지 하반신마비 및 배뇨와 배변장애가 있고 회복될 가망은 없다.

6. 원고 A에 대한 1990. 12.3.자 척수조영술 및 전산화 단층촬영 결과 뇌막염의 소견을 나타내었고, 12.6.실시된 척추자기공명촬영결과 흉추 4번 내지 8번에 걸친 척추염증과 지주막염의 병변으로 인하여 그 부위

이하로 가는 신경조직이 손상되어 하반신마비가 온 것임이 판명되었다.

7. 원고들은 피고측이 부적절하고 불실한 치료로 말미암아 원고 A가 하반신마비라는 개선불능의 장애를 입었으므로 피고 법인은 피고 B 및 피고 B'의 사용자로서, 피고 B, 동 B'는 불법행위자로서 연대하여 의료상의 과오로 인하여 원고들이 입은 모든 손해를 배상할 책임이 있다고 주장하면서 소송을 제기하였다.

[제1심 판결요지]

(서울지법 동부지원 1995.7.6,92 가합 17882): 원고패소

피고 B가 오진하였다고 볼 수 없을 뿐 아니라 원고 A에 대한 뇌막염 확진시기가 입원일로부터 3일정도 늦어진 사실과 원고의 불구사이에 상당인과관계가 있다고 할 수 없다.

피고들이 원고의 상태를 관찰하지 아니한 채 방치하였음을 인정할 증거가 없고, 피고측은 척수검사 이후 기본적인 영양을 공급하면서 항결핵제 및 항생제를 투여하고 보조요법치료를 하는 한편 환자의 병세를 계속 관찰하여 온 사실이 인정되므로 피고의 과실은 없다.

[제2심 판결요지]

(서울고등법원 1998.1.13, 95 나 30842): 원고패소

B와 B'가 원고 A에 대하여 한 진단 및 치료 등 일련의 의료행위 과정에 있어서 일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실있는 행위가 있었다는 점에 관한 아무런 입증이 없으므로 결국 동인들에게 의료상의 과실이 있었음을 전제로 하여 그들의 사용자인 피고에 대하여 구하는 원고들의 손해배상청구는 이유없이 기각한다.

[상고이유]

이 사건에서 나온 진료기록부는 하나가 아니라 두가지입니다. 그때 그때의 환자의 상태 및 변화하는 환자의 상태에 대하여 담당의사가 잠정적으로 또는 최종적으로 판단하는 진단명을 기재하고 그 처치방법을 기술하는 경과기록지(progress note), 그리고 의사지시지(order chart)는 이 사건에서 변조되고 가필되었습니다. 그 변조 및 가필에 대한 상세한 내용은 원심에서 제출된 원고들의 준비서면 주장내용을 그대로 원용합니다. 그 변조사실에 대하여는 피고 병원의 의사들 조차 인정하였습니다. 심지어 1991.1.6.부터 3달간의 진료기록부는 전혀 제출된 바 없으며, 그 진료기록부의 행방에 대한 추궁에 피고병원은 어떠한 대답도 한 바 없습니다.

진료기록부는 앞에서 언급한 바와 같이 의사의 과실여부를 확인할 수 있는 거의 유일무이한 증거입니다. 이러한 증거가 가필되고 변조되었다는 원고의 주장에는 두가지 있습니다. 첫째, 가필된 부분에 관하여 위에서 말씀드린 대로 결핵성뇌막염이라는 근거를 남기기 위한 목적으로 가필되었다는 것입니다. 둘째, 누락된 부분에 관하여 이 사건에서 누락된 진료기록부는 동 원고의 하반신마비증세가 시작되어 악화된 1990.11.30-12.2.까지로서, 피고병원이 동 원고에 대한 관찰과 처지를 소홀히 하였다는 것입니다. 그리고 무려 3달간의 진료기록부가 없어진 것은 동 원고의 예후와 관련한 피고병원의 과실을 감추기 위한 것이라는 점입니다.

그럼에도 원심은 이러한 주장에 대하여 어떠한 판단이나 평가를 내린 바가 없습니다.

이는 명백히 원고의 주장에 대한 원심의 판단유탈이라고 할 것입니다. 또한 진료기록부의 가필 및 변조행위 자체를 입증방해로 보아 피고병원에 불이익을 주었어야 하는 것입니다. 원심은 이러한 부분에 대하여도 전혀 판단하지 않았을 뿐 아니라 위 진료기록부상 가필된 부분이 피고병원이 주장하고 있는 결핵성뇌막염의 확증과 관련된 부분이라는 점에

대하여 전혀 고려하지 않았습니다. 막연히 피고병원의 주장만을 들어 동 원고에 대한 결핵성뇌막염이라는 판단을 하고 있는 것입니다. 이는 의료과오상 입증책임의 법리(입증방해의 원리)를 그릇되이 해석하여 채증법칙을 위배하고 사실을 오인한 위법이 있다고 할 것입니다.

[대법원 판결요지]

(대판 1999.4.13, 98 다 9915)

1. 의료행위에 있어서의 잘못을 원인으로 한 불법행위책임이 성립하기 위하여서도 일반적인 경우와 마찬가지로 의료상의 주의의무 위반과 손해의 발생이 있고 그 사이에 인과관계가 있어야 하며, 이 사건에 있어서와 같이 환자가 진료를 받는 과정에서 하반신마비가 발생하였다면 의료행위의 특수성을 감안하더라도 먼저 환자측에서 일반인의 상식에 바탕을 두고 일련의 의료행위과정에 의료상의 과실있는 행위가 있었고 그 행위와 하반신마비의 결과 사이에 다른 원인이 개재되지 않았다는 점을 입증하여야 한다.

2. 당사자 일방이 입증을 방해하는 행위를 하였더라도 법원으로서 이를 하나의 자료로 삼아 자유로운 심증에 따라 방해자측에게 불리한 평가를 할 수 있음에 그칠 뿐 입증책임이 전환되거나 곧바로 상대방의 주장 사실이 증명된 것으로 보아야 하는 것도 아니다.

1. 서 론

의료과오소송에서 환자가 의사의 과실이나 인과관계를 입증할 경우에 진료기록부나 각종의 검사기록(X-ray필립, 심전도, 병리검사기록), 수술 보고서, 간호기록 등이 중요한 기능을 한다. 이러한 진료기록들을 의사

가 훼손하거나 그 내용을 불명하게 만드는 것은 의료과오소송에서의 청구권 요건사실의 증명수단을 박탈하는 증명방해행위가 된다. 또한 의사가 수술중에 탈지면이나 가위같은 것을 수술부위에 빠뜨린 것을 잊어버린 채 봉합한 것을 후에 발견한 뒤 재수술하여 이를 회수한 것을 환자가 손해배상청구소송에서 증거로서 이용할까 봐서 이를 버리는 것은 의사의 과실을 직접 증명하는 증거방법을 멸실하는 것으로 역시 증명방해행위에 해당한다.

이와 같이 증명방해 또는 입증방해(Beweisvereitelung)라는 것은 증명책임을 부담하지 않는 자가 고의 또는 과실에 의한 행위 또는 부작위로 인하여 증명책임을 부담하는 당사자에 의한 증명을 못하게 하거나 곤란하게 하는 것을 말한다. 입증방해이론은 이러한 입증방해를 한 당사자에게 소송법상 일정한 불이익을 부과하여 제재라는 부담을 지우도록 함으로써 증명책임을 부담하는 당사자의 증명상의 불이익을 조정하려고 하는 것이다.

이러한 입증방해이론은 증거수집에 방해를 하면 일정한 제재를 부담시킨다고 함으로써 방해자가 상대방의 증거수집활동을 방해하지 못하도록 하는 미리 예방하는 예방적 기능과 일단 방해행위가 있는 경우에는 방해자에게 불리한 사실을 의제할 수 있도록 하는 제재적 기능을 함께 가지고 있다.

입증방해의 개념은 종래 문헌¹⁾에 의하여 간간히 나왔으나, 최근에 대법원에서도 이를 정면으로 인정하고 있고,²⁾ 이견 판결이 두 번째로 나온 것으로 전자의 판결에서는 입증방해를 인정한 데 대하여 이견 판결

1) 이시윤, 민사소송에 있어서 입증방해행위, 고시계, 1973.4.; 김용담, 민사소송에 있어서의 입증방해, 사법행정, 1984.6.; 유재선, 증명방해, 재판자료 제 25집, 1985.; 오용호, 민사소송에 있어서의 증명방해, 사법논집 제 17집, 1986.; 김용욱, 입증방해행위, 고시연구, 1988.4.; 손용근, 민사소송에 있어서 입증방해에 관한 이론과 판례의 검토, 저스티스 29/3, 1996.12.; 손용근, 입증방해 효과론의 비판적 분석, 민사소송(1), 1998.; 양병희, 의료사고소송에 있어서의 입증방해, 사회과학논총 제 18집(건국대), 1994.; 신은주, 의료과오소송에 있어서 입증책임, 경희대 박사학위논문, 1992.; 오석락, 입증책임론, 박영사, 1996.

2) 대판 1995.3.10, 94 다 39567

에서는 입증방해를 인정하지 않았다.

독일의 경우에는 1887.11.19. Reich 법원이 입증책임을 부담하는 상대방의 입증을 고의 또는 과실에 의하여 불가능하게 한 자는 상대방의 입증책임을 주장할 수 없고, 오히려 상대방의 주장이 진실하지 않다고 하는 것을 충분히 밝히지 못하는 경우에는 상대방의 주장이 진실한 것으로 인정하지 않으면 안된다고 하였다.

처음 라이히법원은 입증을 못하게 한 행위가 동시에 계약상의 의무에 위배되는 경우에만 입증책임을 전환을 인정하였으나, 후에 계약관계 이외의 경우에도 인정하기에 이르렀다.

독일 연방법원(BGH)도 입증책임을 전환을 인정하였다.³⁾ BGH는 입증방해의 기준으로 하는 것은 증거방법을 보존해야할 실제법상의 의무위배의 유무이고, 그 근거는 배상의무 혹은 신의성실의 원칙의 위배를 들고 있다.

2. 입증방해에 대한 제재의 근거

민사소송법상 입증방해에 관한 개별적인 규정은 두고 있지만(제 320조, 제 321조, 제 331조, 제 332조, 제 338조, 제 341조), 일반적인 규정은 두고 있지 않다. 이러한 개별규정은 입증과 관련하여 일정한 부작위에 대하여 제재를 가하는 것으로 문서제출명령 신청자에게 일정한 증거법상의 이익을 주는 형태로 작용을 한다. 따라서 입증방해행위에 대한 직접적인 불이익을 규정하고 있는 것은 아니라는 점에서 일반규정이라고 할 수 없다.

우리나라의 학설은 실정법이 정하고 있는 경우에만 한하지 아니하고 모든 증거방법에 대하여 입증방해라는 관념은 인정하고 이에 대한 특별한 효과를 부여하여야 한다는 점에서는 일치하고 있다. 그러나 어떠한

3) BGH, Ur.v.17.12.1968-VI ZR 212/67

근거에 기하여 특별한 효과를 인정할 것인가 그리고 특별한 효과라는 것은 어떠한 것인가에 대하여 학설은 갈라진다.

먼저 전자의 경우 입증방해에 대한 제재의 근거에 대하여 살펴보기로 한다.

2.1. 기대가능성설

입증방해에 대한 제재로서는 법관의 자유심증으로는 불충분하고 입증책임의 전환이 타당하다고 한다. 이러한 전환은 실체법상의 의무 위반이라는 일반적인 법률효과로서는 근거지울 수 없고, 입증책임분배의 원칙에 의해서만 가능하다. 그리고 입증책임법칙은 기대가능성(어느 당사자에게 증명을 기대할 수 있는가)을 기준으로 정하여져야 한다. 입증자의 상대방의 작위 부작위에 의하여 입증자의 증명이 기대될 수 없는 경우에는 기대불가능을 야기한 책임이 있는 상대방은 그 점에 대하여 입증자의 증명책임을 주장할 수 없고, 이에 따라 입증책임을 전환된다고 한다.⁴⁾

이 견해에 대하여는 독일 민법 제 282조, 제 285조로부터는 기대가능성에 의한 입증책임을 분배라는 일반원칙이 나올 수 없다. 만약 이를 인정하더라도 개개의 소송에 있어서 기대가능성을 조사하여 입증책임을 분배하는 것이 되어 법적 불안정을 야기하게 된다. 또한 계약관계도 없는 경우에 손해감소 의무의 침해, 불법행위에 의한 손해배상청구가 입증책임을 전환이 되는가 하는 것은 설득력이 없다는 비판이 있다.⁵⁾

2.2. 실체법상 의무위반설

BGH는 실체법상의 의무위반로 인한 손해배상 의무를 입증방해의 근거로 하고 증거방법의 상실에 관하여 입증자에게 생긴 불이익을 입증책임

4) Blomeyer, Die Umkehr der Beweislast, AcP 158, S.103.

5) Prölss, Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozeß, 1966, S.91f.

의 전환으로 조정한다고 한다.

이 견해에 대하여는 증거방법이 있으면 증거가 성공할 것이라는 것을 전제로 하는 것이나 이는 법원의 증거판단에 의하고 증명력의 심사는 증거에 대한 사실확정 그 자체이기 때문에 타당하지 않다는 비판이 있다.⁶⁾

2.3. 협력의무(소송촉진의무) 위반설

소송법률관계에 유래하는 협력의무(소송촉진의무)의 관념을 인정하고 그 의무위반을 근거로 입증방해의 제재를 인정하는 견해로서 다음과 같이 여러 가지로 설명한다.

먼저 이 견해는 소제기에 의하여 법원과 당사자사이에 소송법률관계가 성립하고 이러한 법률관계로부터 당사자에게 소송상의 의무가 생긴다. 당사자는 자기가 가지고 있는 것을 소송사건의 신속하고 적정한 해결을 위하여 제공해야 할 의무 즉 협력의무(Mitwirkungspflicht)를 부담한다고 하는 견해가 있다.⁷⁾

둘째 소송법률관계로부터 법원에 대한 관계에서의 당사자의 협력의무를 인정하고, 고의 또는 과실에 의한 입증방해 모두에 대하여 특별한 효과를 인정한다고 하는 견해가 있다.⁸⁾

셋째 각 당사자는 법원 및 상대방에 대하여 성실하고 세심한 소송수행에 의한 소송사건의 해결에 협력해야할 의무를 소송법률관계로부터 가진다. 이러한 소송상의 의무 중 먼저 당사자의 협력의무 및 소송촉진의무(Förderungspflicht)를 들 수 있다고 하는 견해가 있다.⁹⁾

위의 논자들은 소송상 의무를 설명하는 때에 입증방해를 거론하는 정도로 상세한 논지를 전개하고 있지는 않다.

6) Blomeyer, a.a.O., S.102.

7) Nikisch, ZPR 2,Aufl.(1952)§46 I

8) Schönke-Schröder-Niese, ZPR 8. Aufl.(1956), §2 III

9) Bernhardt, ZPR, 3,Aufl(1968), §1 VI

마지막으로 소송법에서 파생되는 양당사자의 협력의무와 해명의무가 입증의 상대방에게 있고, 그 불이행에 관하여 상대방에게 책임이 있는 경우에 입증방해의 제재가 허용된다는 견해가 있다.¹⁰⁾

이 견해에 대한 비판은 소송상 의무가 문제로 되기 때문에 소송 그 자체에 있어서의 행위만 고려될 수 있기 때문에 소송개시전의 행위는 소송상 의무로서 파악할 수 없다고 한다.¹¹⁾

우리나라에서도 이를 따르는 학설이 있다.¹²⁾

2.4. 사실해명의무 위반설

이 설은 소송상 협력의무위반설의 한 분파이지만, 협력의무위반설이 소송전의 입증방해행위를 설명하지 못한다는 비판을 극복하기 위하여 제기된 설이다.

실체적 진실의 발견이 민사소송의 목적이기 때문에 입증책임을 부담하지 않는 당사자의 일반적인 소송상 사실해명의무(allgemeine prozessuale Aufklärungspflicht)를 인정하여야 한다는 논리적 기초위에 소송상 일반적인 사실해명의무를 소송개시전까지 확장시켜 논하고 있다.¹³⁾

2.5. 신의칙 위반설

신의성실의 원칙을 민사소송에서도 그 적용을 인정하고 신의성실의 원칙 위배를 근거로 하여 입증방해를 인정한다. 신의성실 원칙의 민사소송에 있어서의 적용은 독일에서는 당초 부정되었으나, 1933년 10월 27일 독일 민사소송법 개정을 계기로 긍정설이 통설화되었다.

증명방해에 대하여 신의칙 위배를 근거로 하여 그것에 특별한 제재를

10) Peters, ZZP 82, S.205f.

11) Gerhardt, AcP 169, S.297.

12) 강봉수, 의료과오소송에 있어서의 입증경감, 법조 29권 6호, 33; 손용근, 민사소송에 있어서 입증방해에 관한 이론과 판례의 검토, 99.

13) Stümer, ZZP 98, S.156f.

인정하는 견해이다. 여기에는 악의에 의한 증명방해만을 인정하는 설¹⁴⁾과 고의 또는 과실에 의한 입증방해는 신의성실에 위배되지만 아무런 독립적인 소송상의 효과가 없다는 설¹⁵⁾이 있다. 우리 민사소송법도 제 1조에서 신의성실의 원칙을 규정하고 있다. 이 견해가 우리나라의 다수설이다.¹⁶⁾

2.6. 선행행위와 모순되는 행위의 금지 위반설

신의성실의 원칙의 파생원칙인 선행행위와 모순되는 행위의 금지 (venire contra factum proprium)의 원칙 위반에서 입증방해의 제재에 대한 근거를 찾는다.

입증방해에 대한 법적평가에 있어서는 나중에 소송에서 상대방에게 불리하게 작용하는 소송전의 행위를 무시하여서도 아니되고, 그러한 입증방해를 고려하지 않음으로써 입증책임을 부담하는 당사자에게 현실적으로 불리하게 작용하게 되는 구체적인 소송상태를 도외시하여서도 안 된다.

소송상대방의 입증을 유책하게 방해하거나 곤란하게 한 자가 그러한 행위로 말미암아 상대방이 처한 입증곤란의 상태에서부터 자기에게 소송상 이익을 이끌어내려고 해서는 안되는 것인데도 불구하고 이를 이용하여 소송상 이익을 보려고 하는 것은 선행행위와 모순되는 행동이기 때문에 제재를 받아야 한다.¹⁷⁾

이 견해에 대하여는 구두변론의 일체성의 원칙과 그 필요성 때문에 이 원칙을 소송에 있어서 무조건 적용하는 것은 타당치 않다는 비판이 있다.¹⁸⁾

14) Hellwig, System des Deutschen Zivilprozeßrechts, Bd. I (1912), S.460.

15) Baumgärtel, ZJP 69, S.106

16) 김홍규, 민사소송법, 603; 이시윤, 민사소송법, 564; 정동윤, 민사소송법, 466

17) Gerhardt, a.a.O., S.308.

18) Baumgärtel, a.a.O., S.120

2.7. 경험칙 적용설

증명방해에 대하여 경험칙 적용의 한 경우로 생각하여 자유심증의 문제로서 파악한다. 입증자의 주장사실이 진실이 아니라면 상대방은 입증을 방해하지 아니하고 오히려 지지하였을 것인 데, 상대방이 이를 방해한 것은 증거조사의 결과를 두려워하였기 때문이라는 경험칙을 그 근거로 한다. 이러한 경험칙은 입증방해가 상대방의 고의에 의한 경우에만 대상이 된다.¹⁹⁾

이 견해에 대하여는 입증방해가 과실에 기인한 데에는 그 경험칙을 인정하기 어렵다는 비판이 있다.²⁰⁾

2.8. 위험영역설

손해배상청구소송에 있어서 손해원인이 가해자의 위험영역(Gefahrenbereich)에서 유래하는 경우에는 입증책임분배의 일반원칙은 변경되어 가해자가 요건사실의 반대사실에 관한 입증책임을 부담한다. 불법행위의 영역에 있어서도 귀책규범의 객관적 및 주관적 요건사실의 부존재의 입증책임은 피고에게 있다. 이것은 피해자는 입증에 궁한 상태(Beweisnotstand)에 있고, 가해자는 입증을 가장 잘 할 수 있는 상황에 있기 때문이다.²¹⁾ 따라서 이 견해에 의하면 고의 또는 과실에 의한 입증방해의 효과는 모두 입증책임의 전환이다.²²⁾

이 견해에 대하여는 위험영역의 한계설정이 곤란하다는 비판이 있다.²³⁾

19) Rosenberg, Die Beweislast, 5.Aufl., (1965) S.191; Hainmüller, Der Anscheinsbeweis und die Fahrlässigkeitstat im heutigen deutschen Schadensersatzprozeß, (1966) Anm.129.

20) Blomeyer, a.a.O., S.98; Prölss, a.a.O., S.92; Gerhardt, a.a.O., S.298

21) Prölss, a.a.O., S.65ff

22) Prölss, a.a.O., S.93.

23) Rosenberg-Schwab, ZPR, 10.Aufl.(1969), §118 III 3.

2.9. 형평설

입증책임을 부담하지 않는 당사자의 고의 또는 과실에 의한 입증방해의 경우에 당사자간의 형평(Billigkeit)을 근거로 하여 특별한 효과를 인정한다.

입증책임을 부담하는 당사자의 상대방의 고의 과실에 의한 입증방해에 대하여 입증책임을 전환을 인정한다.²⁴⁾

2.10. 사 견

민사소송법 제 1조는 법원은 소송절차가 공정·신속하고 경제적으로 진행되도록 노력하여야 하며, 당사자와 관계인은 신의에 좇아 성실하게 이에 협력하여야 한다고 민사소송에서의 신의성실의 원칙을 규정하고 있다.

이는 소송에서의 무기대등의 원칙을 의미하고 따라서 입증책임을 부담하는 자가 고의로 입증방해를 하는 경우에는 신의성실의 원칙에 의하여 이에 대한 제재를 하여야 한다는 것이 타당하다고 할 것이다.

3. 입증방해의 효과

입증방해에 대하여 어떠한 제재를 가할 것인가에 대하여 입증책임전환설과 자유심증설, 자유재량설의 3가지 견해가 있었으나 최근에는 방해유형설이 주장되고 있다. 이들 견해는 앞서의 제재의 근거에 관한 학설과 논리적 연관성을 가진다. 그러나 반드시 논리적 필연성을 가지는 것은 아니다.

3.1. 입증책임 전환설

입증을 방해한 경우에는 입증책임자의 입증책임을 상대방에게 전환되

24) Rosenberg-Schwab, a.a.O., §118 III 6

어 그 증거에 관하여 주장하는 사실과 반대사실을 입증하지 않으면 안 된다는 견해이다.

이 견해에서도 제재의 근거를 구체적인 사건에 있어서 입증책임분배의 기대불가능성에 두고 입증책임을 전환시키는 견해²⁵⁾와 제재의 근거를 위험영역설에 두고 입증책임전환을 인정하고 있는 견해²⁶⁾가 있다.

이 견해에 대하여 증거방법에 의하여 입증책임자의 주장을 인정할 수 있는지 여부에 관하여 법원이 긍정적인 심증을 얻지 못하여도 입증방해가 있다는 것으로부터 승패가 결정나게 되므로 부당한 결과가 생길 수 있고, 이 경우 경미한 실수에 의한 입증방해자까지 입증을 강요하는 것은 옳지 못하다는 비판이 있다.²⁷⁾ 또한 입증책임전환설에 의하면 소송절차의 진행중에 입증책임이 전환되므로 절차의 불안정이 생길 가능성이 있다고 한다.

우리나라에서도 민사소송법상 명문의 규정이 있는 경우(제 320조, 제 321조, 제 331조, 제 332조)이외에도 의사가 의료법상의 의무에 위반하여 진료부에 기재하지 않거나 당연히 기대되는 검사를 하지 않는 경우, 수술보조자인 간호사를 해고하여 그 소재를 숨기는 경우등에는 입증책임의 전환을 인정할 수 있다고 하면서 이를 따르는 학설이 있다.²⁸⁾

3.2. 자유심증설

입증책임자의 입증을 방해하였을 경우 독일 민사소송법 제 444조의 규정에 유추하여 법관은 자유로운 심증(freie Beweiswürdigung)에 따라 그 증거에 관하여 입증책임자가 주장하는 사실을 진실한 것으로 인정할 수 있다는 견해이다.²⁹⁾ 증거평가설이라고도 한다. 방해의 태양이나 정도,

25) Blomeyer, a.a.O., S.98

26) Prölss, a.a.O., S.94.

27) Peters, a.a.O., S.215

28) 오석락, 前掲書, 188.

29) Peters, a.a.O., S.215.

그 증거의 가치, 비난가능성의 정도를 고려하여 자유재량으로 방해받은 상대방의 주장의 진실여부를 가려야 한다고 한다.

이 견해는 우리나라의 다수설이고,³⁰⁾ 판례의 입장이다. 즉 대판 1995.3.10,94 다 39567에서는 의료분쟁에 있어서 의사측이 가지고 있는 진료기록등의 기재가 사실인정이나 법적판단을 함에 있어 중요한 역할을 차지하고 있는 점을 고려하여 볼 때 의사측이 진료기록을 변조한 행위는 그 변조한 이유에 대하여 상당하고도 합리적인 이유를 제시하지 못하는 한 당사자간의 공평의 원칙 또는 신의칙에 어긋나는 입증방해행위에 해당한다 할 것이고 법원으로서 이를 하나의 자료로 하여 자유로운 심증에 따라 의사측에게 불리한 평가를 할 수 있다고 하면서 피고 의사측에게 패소판결을 선고하였다.

자유심증설에 대하여는 경험칙 위반설에 기하여 자유심증설을 주장할 경우에 과실에 의한 입증방해를 규율할 수 없다는 비판이 있다.³¹⁾

또한 증거에 의한 평가를 하여 사실인정을 하는데 있어 자유심증이라는 관념과 입증방해에 대한 제재라는 관념은 서로 다른 것인데 자유심증설은 논리전개에서 이를 혼동하고 있다는 비판이 있다.³²⁾

3.3. 자유재량설

입증방해의 효과로서 법원이 구체적인 사안을 고려하여 자유재량으로 입증책임자의 주장을 진실한 것으로 의제할 수 있다는 견해이다.³³⁾

자유재량설과 자유심증설은 모두 상대방에 대한 제재를 법원의 자유에 맡기고 있지만, 전자는 순수하게 제재라는 차원에서 행하지만 후자는 그 평가를 사실인정차원에서 고려하는 것이라는 점에서 차이가 있다. 이 견해는 사실해명의무 위반설과 관련이 있다. 이 견해에 대하여는

30) 이시윤, 민사소송법, 564; 김홍규, 민사소송법, 603; 정동윤, 민사소송법, 467

31) Blomeyer, a.a.O., S.98.

32) 강봉수, 전제논문, 31.

33) Stürmer, a.a.O., S.132.

입증방해가 있으면 상대방인 입증책임자의 주장사실을 진실한 것으로 의제한다는 것인데 이러한 의제는 결과적으로 입증책임의 전환이 되어 타당하지 못하다는 비판이 있다.³⁴⁾

3.4. 방해유형설

요건사실의 증명과 직접 관계가 있는 증명력이 높은 증거에 대한 고의 과실에 의한 입증방해와 증명력이 그보다 떨어지는 증거에 대한 고의에 의한 입증방해의 경우에는 제재의 강도가 높은 의제의 효과를 부여하고, 그렇지 아니한 나머지 증거에 대한 과실에 의한 입증방해 및 증명력에 대한 평가가 불능상태인 증거에 대한 입증방해의 경우에는 법관의 자유심증에 따라 제재유무를 정하자는 견해이다. 이는 방해행위의 대상이 된 증거의 종류와 행위의 태양에 따라 그 효과를 달리하는 것이다.³⁵⁾

3.5. 사 견

입증방해의 경우 자유심증을 인정하는 것만으로는 입증방해에 대처하기에는 불충분하다. 소송에서의 입증자는 상대방에 의한 입증방해 때문에 50% 승소기회를 놓치게 되는데 이러한 불이익은 입증책임의 전환에 의하여만 조정될 수 있다. 또한 입증방해이론을 인정하게 되면 상대방이 소송에서의 패소를 두려워하여 입증방해를 하지 않으려고 주의를 하게 되는 예방적 사고(Präventivgedanke)가 생기게 되기 때문에 입증방해의 효과로서는 입증책임의 전환이 인정되어야 할 것이다.

4. 진료기록과 입증방해

4.1. 진료기록

의료법 제 21조 제 1항은 의료인은 각각 진료기록부, 조산기록부 또는

34) Musielak-Stadler, JuS 1980, S.741

35) 손용근, 민사소송에 있어서 입증방해에 관한 이론과 판례의 검토, 108.

간호기록부를 비치하여 그 의료행위에 관한 사항과 소견을 상세히 기록하고 서명하여야 한다고 규정하고, 제 2항에서는 제 1항의 규정에 의한 진료기록부, 조산기록부 또는 간호기록부는 보건복지부령이 정하는 바에 의하여 이를 보존하여야 한다고 규정하고 있다. 이에 따라 의료법 시행규칙 제 17조에는 진료기록부 등의 기재사항에 대하여 규정하고, 제 18조에서는 환자의 명부는 5년, 진료기록부는 10년, 처방전은 5년, 수술기록은 10년, 검사소견기록은 5년, 방사선 사진 및 그 소견서는 5년, 간호기록부는 5년, 조산기록부는 5년, 진단서 등 부분은 3년 동안 보존하여야 한다고 규정하고 있다.

또한 혈액관리법 제 12조 제 1항은 혈액원은 보건복지부령이 정하는 바에 의하여 혈액관리업무에 관한 기록을 작성 비치하여야 한다고 규정하고, 제 2항은 제 1항의 규정에 의한 기록은 기록일로부터 보건복지부령이 정하는 기간동안 이를 보존하여야 한다고 규정하고 있다. 약사법 제 25조는 약사 또는 한약사가 약국에서 조제한 처방전은 조제한 날로부터 2년간 보존하여야 한다고 규정하고 있다. 마약법 제 14조 제 3항은 마약취급자와 마약관리자는 마약관련 장부를 3년간 이를 보존하여야 한다고 규정하고 있다. 향정신성의약품관리법 제 21조 제 2항은 향정신성의약품관련 처방전을 2년간 보존하여야 한다고 규정하고 있다. 장기등 이식에 관한 법률 제 25조 제 1항은 뇌사판정기관의 장은 뇌사판정서 및 회의록 기타 뇌사판정에 관련된 자료를 15년간 보존하여야 한다고 규정하고 있다. 또한 제 2항은 장기등의 적출 또는 이식에 관한 기록을 보존하여야 한다고 규정하고 있다.

중전의 응급의료에 관한 법률 제 21조는 출동한 응급구조사가 속한 기관과 응급환자를 진료한 의료기관은 출동사항과 처치내용 기록을 5년간 보존하여야 한다고 규정하고 있다.

4.2. 진료기록의 작성의무와 열람청구

의료법 제 21조 제 1항은 의료인은 각각 진료기록부·조산기록부 또

는 간호기록부를 비치하여 그 의료행위에 관한 사항과 소견을 상세히 기록하고 서명하여야 한다고 규정하고 있는데 이와 같은 규정에 의하여 의료인이 환자측에 대하여 진료기록 작성의무를 부담하는가. 이와 같은 의료법상 규정취지는 의료업무의 행정상 감독이나 단속이 주된 목적이므로 이에 따라 의사의 진료기록작성의무가 환자에 대한 사법상의 작성의무라기 보다는 행정관청에 대한 공법상의 작성의무라고 보아야 하지만, 진료기록 작성의 의미는 여기에 머물지는 않는다고 할 것이다. 환자에 대한 확실한 진료는 장기간에 걸친 진료기록의 작성을 필요로 하고 그런 의미에서 진료기록의 작성은 의사의 적절한 진료의무의 일부로서 인정할 수 있을 것이다. 특히 최근 의료법 개정에서 제 20조 제 1항 단서에서 환자, 그 배우자, 그 직계존비속 및 배우자의 직계존속(배우자·직계존비속 및 배우자의 직계존속이 없는 경우에는 환자가 지정하는 대리인)이 환자에 관한 기록의 열람·사본교부 등 그 내용확인을 요구한 때에는 환자의 치료목적상 불가피한 경우를 제외하고는 이에 응하여야 한다고 규정하고 있다(다만 이 규정은 2000.7.13.부터 시행된다). 또한 장기 등 이식에 관한 법률 제 26조는 이식의료기관의 장은 장기 등의 적출 또는 이식에 관한 기록을 열람시키거나 사본을 교부하여야 한다고 규정하고 있다. 이와같은 환자의 진료기록에 관한 열람청구권의 인정은 의사에게 사법상의 진료기록의 작성의무를 인정하는 근거가 된다고 할 것이다.

4.3. 의료과오소송에서의 입증방해행위의 유형

의료과오소송에서의 입증방해행위는 고의에 의한 적극적인 방해행위와 과실에 의한 소극적인 방해행위로 구분할 수 있다. 고의에 의한 적극적인 방해행위로 볼 수 있는 것으로는 의사의 과실로 수술후 남겨진 탈지면의 제거 및 폐기, 진료기록부 등 의료기록등의 훼손 및 멸실, X-ray 필름의 분실 등이 있다. 특히 진료기록부와 관련하여서는 진료기록부의 가필, 변조 및 멸실등이 있다. 일반적으로 진료기록부는 시간적 순서에

따라 지체없이 기재하여야 하나, 의료관행상 한꺼번에 기재하는 경우가 많을 것이다.

과실에 의한 소극적인 방해행위로는 의사가 진료행위의 일환으로 당연히 해야 할 검사등을 하지 않았는 경우(최근 이 경우 간경변환자에 대하여 간세포암을 조기에 발견하기 위한 검사를 실시하지 않았다는 주의의무위반과 환자의 사망사이에 인과관계가 인정된다는 판례³⁶⁾가 있다)나 진료기록부의 불기재 또는 아예 진료기록부를 비치하지 않는 경우가 있다.

4.4. 사 건

환자는 의료법 제 21조 제 1항 단서에 의하여 의사에 대하여 진료기록에 관한 열람청구권을 가진다고 할 것이고, 이에 따라 의사는 환자에 대하여 진료기록에 관한 작성의무가 있다고 할 것이다. 이러한 진료기록 작성의무는 의사의 진료채무에 부수하는 하나의 주의의무로서 이를 해태하여 입증방해를 할 경우에는 이에 대한 제재를 하여야 할 것이다. 이 경우 고의에 의한 적극적인 입증방해행위에 대하여는 입증책임의 전환에 의한 제재를 하여야 할 것이고, 과실에 의한 소극적인 방해행위에 대하여는 자유심증설에 의한 제재가 있어야 할 것이다.

5. 결 론

대법원판결 중 의료과오소송에서의 입증방해와 관련한 것으로는 1995.3.10,94 다 39567의 판결과 본건의 판결등 2건이 있다. 전자의 판결에서는 —진료기록의 기재 중 원고에 대한 진단명의 일부가 흑색볼펜으로 가필되어 원래의 진단명을 식별할 수 없도록 변조되어 있다면, 피고측이 그 변조이유에 대하여 상당하고도 합리적인 이유를 제시하지 못하

36) 日本 最高裁 1999.2.15.

고 있는 이 사건에 있어서, 이는 명백한 입증방해행위라 할 것이므로, 원심이 이를 피고의 수술과정상의 과오를 추정하는 하나의 자료로 삼았음은 옳고—라고 하여 진료기록부에 있어서 상당한 합리적인 이유가 없는 변조행위를 입증방해행위로 보고 있다. 이에 비하여 본 건에서는—원심은 이 사건 진료기록이 가필된 점까지 감안하여 자유로운 심증에 따라 위와 같은 사실인정을 하였으므로 원심의 조치는 정당하고—라고 하여 진료기록에 가필이 있었던 것에 대하여 입증방해행위로 보지 아니하고 있다. 그런데 원심에서는 가필 뿐 아니라 변조되고 심지어 3개월간의 진료기록부가 멸실된 데 대하여는 아무런 법적판단을 하지 않은 것은 문제가 있다고 할 것이다.

민사소송법 제 1조는 법원은 소송절차가 공정 신속하고 경제적으로 진행되도록 노력하여야 하며, 당사자와 관계인은 신의 좇아 성실하게 이에 협력하여야 한다고 규정하고 있다. 또한 의료법 제 21조는 의사를 비롯한 의료인은 진료기록부, 조산기록부, 간호기록부등을 기록하여 보존하여야 한다고 규정하고 있다.

생각건대 위에 본 바와 같이 실정법상 보관의무가 있는 진료기록등을 훼손하거나 인멸 혹은 불제출등으로 입증방해를 한 입증책임자는 신의 성실의 원칙에 근거하여 제재를 가하여야 할 것이다. 다만 고의에 의하여 적극적인 입증방해를 한 경우에는 입증책임의 전환으로서 제재를 하여야 하지만, 과실에 의한 소극적인 입증방해의 경우에는 자유심증설에 따라 제재를 하는 것이 타당하다고 사료된다.

따라서 본 건의 경우에는 진료기록부의 가필, 변조 및 불제출이 있기 때문에 고의에 의한 적극적인 입증방해로 보아 입증책임의 전환이 있어야 하고 이에 대한 피고 병원측의 입증여부를 원심법원에서 심리하여야 했었다. 그리고 그러한 입증을 하지 못하는 경우에는 의료과오에 대하여 병원에게 과실이 있는 것으로 추정하여야 할 것이다.