

人身事故에서의 勞働能力喪失率評價와 身體鑑定의 問題點

- 대법원 1995.5.11. 선고, 99다2171 판결 -

申 殷 周 *

〈目 次〉

一. 事件概要	1. 人身事故訴訟에 있어서 身體鑑定の 役割
二. 本 事案의 爭點	2. 鑑定醫의 適格性
三. 評釋을 위한 理論的 基礎	3. 身體鑑定
I. 鑑定에 관한 一般論	四. 本 判決의 檢討
1. 鑑定の 意義 및 必要性	1. 鑑定の 評價
2. 鑑定義務	2. 인과관계에 있어서 기여도의 문제
3. 鑑定節次	五. 맺음말
4. 鑑定結果의 採否	
II. 身體鑑定에 있어서 諸問題	

一. 事件概要

원고 갑은 1992.1.29. 덕산토건주식회사에서 업무상 재해를 당하여 좌측 제1수지 기저골 관절 내 골절의 상병으로 요양하다가 치료를 종결하고 1992.6.8. 근로복지공단 대전지역본부로부터 산업재해보상보험법상의 장애등급 제10급 제7호(한 손의 엄지손가락을 제대로 못 쓰게 된 사람)의 장애보상일시금 11,735,120원을 수령한 사실이 있다. 원고 갑이 1997.1.7. 교통사고를 당하여 소를 제기하였고 원심법원은 부산대학교 병원 정형외과 을이 작성한 신체감정서를 채용하여 갑이 이 사건 사고로 좌무지의 중수지관절부 탈구, 단무지신건파열 등의 상해를 입고 좌무지

* 한동대학교 법학부 교수

운동장해의 후유장해가 남아 형틀목공으로서의 가동능력의 25%를 상실하였다고 인정하였다. 원심법원이 채용한 감정서에 의하면 갑은 맥브라이드(McBride)의 “후유장해에 대한 종합평가표” II-8 항목을 준용하여 일반노동자로서 14%, 목공노동자(맥브라이드의 “손상의 부위에 대한 직업별장해등급표”상에 형틀목공직업이 없으므로 일반목공으로서 취급)로서 25%의 각 노동능력을 상실하였다고 기재되어 있다.

그런데 피고는 맥브라이드의 “후유장해에 대한 종합평가표”중 관절강직 무지 항목에는 II-8이 없으므로 위 감정결과를 직접증거로 채용하는 것은 타당하지 않고 갑의 후유장해는 본건 교통사고 이전에 발생했던 업무상 재해로 인한 기왕증에 의한 것이라고 다투며 상고하였다.

이에 대법원은 원심의 노동능력상실률평가에 있어서 채증법칙의 위배가 있다는 점, 노동능력상실률산정시 기왕증을 고려해야 한다는 피고주장을 배척한 것은 위법하다고 하여 사건을 원심에 파기환송하였다.

二. 本 事 案 的 爭 點

인신사고는 사람의 신체 또는 생명에 직접적인 손상을 발생시키는 것으로서 물건 또는 무체재산권 등과 같은 법익의 침해와 다른 특수성을 가진다. 특히 사망 또는 치명적인 후유장해가 남는 경우에 생명이란 오직 하나 뿐이기 때문에 그 어떤 것으로도 대체할 수 없다. 이러한 비대체성으로 말미암아 피해자는 피해를 손해액에 반영시킴으로써 침해로 인한 손해에 대해 최소한의 만족을 얻게 된다. 본 사건과 같이 후유장해가 남는 인신사고의 경우에 손해액산정에 있어서 노동능력상실률이 얼마인가에 따라서 손해액이 결정되므로 노동능력상실률의 평가가 중요한 의미를 가지게 된다. 그런데 어느 정도의 노동능력이 상실되었는가를 결정하기 위하여는 전문가의 신체감정이 중요한 판단자료가 된다. 본 사안에 있어서는 원심에서 노동능력상실률 판단을 위하여 채용된 감정결과가 문제된다. 따라서 이에 관한 타당성을 검토하기 위해 감정인의

자격과 장해평가방법 등에 관하여 고찰해 볼 필요성이 있다.

또한 인신사고로 인한 손해배상이 인정되기 위하여는 손해를 야기한 사고와 발생한 손해 사이에 인과관계가 존재해야 한다. 그런데 본 사안에 있어서 피해자는 본 사건 이전에 이미 동일한 부위에 사고가 있었고 이로 인한 후유장해판정을 받았기 때문에 이 사건사고와 후유장해사이에 인과관계가 존재하는지 여부가 문제된다. 본 사안에서는 인과관계의 존재 자체가 부정되는가 아니면 인과관계는 존재하나 이전 사고로 인한 후유증이 이 사건 사고로 인한 후유장해에 어느 정도 기여한 것으로 볼 것인가에 관해 검토할 필요성이 있다.

끝으로 기왕증에 의한 후유장해가 있는 경우에 누가 그 사실에 대한 입증책임을 부담할 것인가 하는 것이 문제된다. 따라서 이하에서는 제기된 문제점을 중심으로 검토하기로 한다.

三. 評釋을 위한 理論的 基礎

1. 鑑定에 관한 一般論

1. 鑑定の 意義 및 必要性

감정이라 함은 법관의 판단능력을 보충하기 위하여 특별한 학식경험을 가진 자에게 그 전문적 지식이나 경험법칙 또는 이를 이용하여 내린 판단을 보고시키는 증거조사를 말한다. 이 보고를 행하는 자를 감정인이라고 하고, 감정에서 얻은 증거자료를 감정결과 또는 감정의견이라고 한다.

감정의 대상으로 되는 것은 첫째, 재판의 대전제가 되는 법규 또는 경험칙이다. 법관은 그 직책으로써 법규전반에 대하여 정통하여야 하지만 외국법·관습법의 존부·내용을 모두 知得하고 있다고 할 수 없기 때문에 그 존부 및 내용에 대한 감정을 하여야 한다. 경험법칙의 경우에 특수한 전문적 지식이나 경험을 인정함에 있어서 법관이 이를 아는 것이

바람직스럽지만, 안다 해도 이러한 것은 우연한 것이기 때문에 재판의 공정성에 대한 국민의 신뢰를 유지하기 위해서나 법관이 전문가로서 유명한 경우라 하더라도 감정인과 그 의견의 採否를 결정하는 법관은 동일인이어서는 안된다고 하는 법의 요구(民訴法 제37조 3호)에 따라 이 경우에는 반드시 증명(즉 감정)을 필요로 한다고 하는 것이 우리나라 통설이다.

둘째, 재판의 소전제가 되는 사실판단에 대한 전문가의 지식경험이다. 예컨대 토지, 건물의 時價鑑定, 토지의 경계측량, 건물 등의 사용재료, 사람의 정신상태, 死因, 상해의 부위와 정도, 노동능력상실정도, 평균여명 등이다.

근래에 급격하게 증가하고 있는 의료소송, 약해소송 및 환경소송과 같이 사안의 쟁점이 고도의 전문적인 지식을 필요로 하는 영역에 있어서 법관의 판단을 보충하기 위하여 감정의 필요성이 많이 요구되고 있다.

2. 鑑定義務

감정에 필요한 학식경험이 있는 자는 일정한 경우(제306조 2항)를 제외하고는 감정의무를 부담한다(제306조). 그 내용은 출석의무·선서의무·감정의견보고의무이다. 이러한 의무는 감정을 명령받은 때에 개별적으로 발생하는 소송법상의 의무로서 그 위반시 일정한 제재를 받으나(제305조) 拘引은 할 수 없다(제 305조 단서).

3. 鑑定節次

1) 감정의 신청

감정은 원칙적으로 당사자의 신청에 의하여 행하지만 법원이 직권으로 감정을 명할 수도 있다(제 265조). 감정에 관하여는 특별한 규정이 없으면 證人訊問에 관한 규정이 준용된다(제305조:民訴規 제70조). 감정은 법관의 판단을 보충하는 것이기 때문에 당사자가 감정신청을 하더라도 이를 채용할 것인가의 여부는 법원의 자유로운 판단에 의하여 결정

하며 비록 그것이 유일한 증거방법이라 하더라도 불필요하다고 인정할 때에는 각하할 수 있다.¹⁾

2) 감정인의 선임

(1) 감정인의 선임방법

감정인은 법원이 지정하며(제308조) 당사자가 감정신청을 하면서 감정인을 지정하였다 하더라도 법원은 감정인 지정을 위한 人選에 있어서 구속을 받지 않는다. 감정인은 당사자이외의 제3자로서 전문적인 학식 경험을 갖춘자로 대체성이 있으며 감정인의 數에는 특별히 법률상 제한하는 규정은 없다. 감정인지정에 있어서 현실에 있어서는 법원이 일방적으로 지정하는 방법으로 감정인을 선임하지 않고 교섭에 의한 任意引受의 형식을 취하는 경우가 많다. 법원이 특정의 후보자와 감정인수 여부를 교섭하기 전에 소송절차 내에서 그 후보자를 선정하는 방식은 일정하지 않으나 다음과 같은 방식으로 이루어진다.

첫 번째 방식으로는 당사자가 인선의 문제까지를 포함하여 감정인의 선임의 일체를 법원에 백지위임하는 방식이 있다. 두 번째 방식은 감정신청인 또는 당사자 쌍방으로부터 단수 또는 복수의 감정인 후보자를 추천하게 하여 그 중에서 상대방의 반대가 없는 자로서 후보자를 선정하는 방식이다. 세 번째 방식은 위 두가지 방식을 절충한 것으로서 법원과 당사자가 학회명부 등을 놓고 협의하여 후보자를 선정하는 방식이다.²⁾ 감정인 선임에 있어서 양 당사자가 감정인의 자질 또는 공정성 여부에 의문을 가지는 경우에 再鑑定, 再再鑑定 申請이 반복될 수 있기 때문에 법원과 당사자가 협의하여 후보자를 선정하는 방식이 타당할 것이며 전문분야별로 감정인 후보자 명부를 법원에 비치하여 두고 이 가운데서 감정인을 선임하는 것도 하나의 방법이 될 수 있다.

일단 법원이 감정인을 지정한 경우라 하더라도 감정을 명하기 전이라

1) 大判 1959. 5. 15. 宣告 4291民上477.

2) 權光重, "醫療訴訟의 節次上 諸問題", 재판자료 제27집, 396면 참조

면 감정인 지정을 취소할 수 있다. 감정을 명한 후라도 감정서를 제출하지 않는 한 또는 口述로 감정보고를 하기 전까지는 그 지정을 취소할 수 있다.

감정의 실효성을 확보하기 위하여 감정인은 감정에 관하여 필요한 때에는 법원의 허가를 얻어 타인의 토지, 주거나 시설안에 출입할 수 있으며, 이 경우에 감정인이 저항을 받을 때에는 경찰공무원에게 원조를 청구할 수 있다(제314조의 2).

(2) 감정인의 적격성

감정인은 당해 사항에 관하여 학식경험이 있는 자로서 적임이라고 사료되는 자이어야 한다. 한편 감정인은 대체성이 있다고 해도 그 사항에 대한 학식경험이 있는 적격자가 극히 소수인 경우가 많다.

3) 鑑定陳述

(1) 鑑定陳述의 方式

재판장은 감정인으로 하여금 서면이나 구술에 의하여 공동 또는 각별로 의견을 진술하게 할 수 있다(제 312조). 구술에 의한 경우 그 진술방법은 증인신문의 경우와 같이 당사자가 교호신문을 하게 되나(제305조) 실무상 구술에 의한 감정진술은 거의 행해지고 있지 않다. 대부분 감정의견을 서면으로 보고하게 한다.

(2) 書面陳述의 경우에 기재내용

서면에 의하여 감정진술을 하는 경우에 이 서면을 감정서라고 한다. 감정서의 기재내용은 법정되어 있지 아니하다. 대개 당사자, 사건번호, 사건명, 법원명, 감정을 받은 연월일, 감정사항, 감정주문, 감정이유, 감정에 소요된 기간, 감정서작성연월일을 기재하고 감정인이 서명날인한다.

감정서를 작성하여 보고하는 경우에 감정결과의 결론부분은 鑑定主文으로 표시되고 그 결론에 도달하는 판단과정은 鑑定理由로 표시하게 되는데 법률상 감정의견으로 되는 것은 감정주문이다. 사실판단에 대한 감정의견에 있어서 감정이유는 감정주문의 증명력을 근거지우는 자료로서의 의미만을 가질 뿐이고 법원이 감정결과를 채용할 것인지 여부는

다른 증거자료와 마찬가지로 자유심증으로 평가하게 되므로 감정이유의 說示가 없는 감정주문만 있는 감정을 채용해도 위법은 아니다. 그러나 의료과오소송에서처럼 경험법칙이나 이를 적용하여 얻은 사실판단을 보고하는 감정에 있어서는 감정주문보다 오히려 감정이유가 더욱 법원에게 의미있는 것이 된다. 감정인이 감정이유에 실시한 바에 의하여 의료행위의 각 단계별로 의학상 경험법칙에 비추어 보면 의료행위상의 과오가 있는지 여부에 대한 판단을 할 수 있기 때문이다. 이러한 점에서 의료과오소송에 있어서 감정은 법관의 판단을 보충시키는 중요한 기능을 감당하게 되는 것이다.

4. 鑑定結果의 採否

1) 援用의 要否

감정결과를 재판의 기초로 하기 위해서는 감정결과가 변론에 현출되기만 하면 법원이 이를 증거자료로 할 수 있다는 援用不要說과 감정결과가 변론에 현출되고 당사자가 감정결과를 원용하여야만 증거자료로 할 수 있다는 援用必要說로 견해가 나누어지고 있다. 원용필요설은 구술주의·직접주의라는 민사소송의 대원칙에 따라 법원이 법정외에서 한 증거조사의 결과나 수탁판사 또는 수명법관에 의한 증거조사결과를 당사자의 책임하에 변론에 상정하기 위해 원용이 필요하다고 주장한다. 원용이 필요하다는 견해가 우리나라의 다수설이며 판례는 원용이 필요하다는 입장³⁾과 원용이 필요하지 않다는 입장⁴⁾이 공존하고 있으며 실무상으로 당사자는 감정의 결과를 원용한다는 진술을 하는 것이 실정이다. 감정의 결과를 증거로 채용할 수 있는가는 다른 증거와 마찬가지로 법관의 자유심증에 의하여 감정이 법관의 지식을 보완해 주는 역할을

3) 대판 1971. 3. 23. 선고 70다182, 183사건에서 “당사자 쌍방이 원용하지 아니한 감정서를 증거로 한 것은 잘못이다”라고 판시함

4) 대판 1976. 6. 22. 선고 75다2227사건에서 “감정인의 감정결과는 당사자가 그것을 증거로 원용하지 않는 경우에도 법원은 그것을 증거로 할 수 있다”고 함.

하는 것이므로 변론에 현출이 되면 당사자의 원용이 없다 하더라도 증거자료로 삼을 수 있다고 하는 것이 타당할 것이다.⁵⁾

2) 鑑定結果의 採擇與否

감정의 결과를 증거로 채택할 것인가, 재감정을 할 것인가, 상반되는 감정결과의 견해 중 어느 것을 채택할 것인가는 다른 증거와 마찬가지로 법관의 자유심증에 의한다(제187조). 다만 동일한 감정인이 동일한 감정사항에 대하여 서로 모순되거나 매우 불명료한 감정의견을 제출하는 경우에 법원은 정확한 감정의견을 밝히도록 하는 적극적인 조치가 필요하다.⁶⁾ 감정결과를 채택하지 않는 경우에 그 불채택의 이유를 실시하지 않아도 위법하지 아니하다.

II. 身體鑑定에 있어서 諸問題

1. 人身事故訴訟에 있어서 身體鑑定의 役割

인신사고로 인한 손해배상청구소송에서 신체감정은 핵심적이고 기본적인 증거방법이 된다. 인신사고의 경우에 “신체상해”가 손해의 중심이 되고 있으므로 이 분야에 전문지식을 갖추고 있지 않은 법관은 그에 관한 지식을 보충하기 위하여 의사의 전문적 지식이 필요하다. 예컨대 교통사고의 경우에 있어서는 손해액산정에 있어서 노동능력상실률을 기준으로 하여 판단하므로 노동능력상실률을 평가하기 위하여 감정이 필요하게 되며, 의료과오소송에 있어서는 의료행위상의 과실이 있었는가 여부, 인과관계 존재여부를 판단하기 위하여 감정이 핵심적인 역할을 하게 된다. 인신사고소송에 있어서 신체감정을 통하여 후유장애의 유무, 그 내용과 정도, 장애의 영구성여부 및 인과관계의 유무 등을 판단하게 된다. 또한 신체감정에 터잡아 일실수입의 범위, 향후치료비, 보조기구대

5) 同旨:李時潤,民事訴訟法, 박영사, 1999, 603면; 鄭東潤,民事訴訟法, 법문사, 1997, 542면; 黃永穆,“檢證·鑑定에 관한 諸問題”, 裁判資料 제25집,551면

6) 大判 1993. 6. 10. 선고 94다10955 참조

금, 개호비를 산정하게 된다.

2. 鑑定醫의 適格性

인신사고의 경우에 법원은 과실유무, 인과관계존재유무, 손해액산정을 위해 의사에게 신체감정촉탁을 하게 된다. 감정촉탁결과는 의학적 신체기능장애율로서 1차적 평가이고 손해배상을 위한 법적 개념인 노동능력 상실률로 평가되기 위해서는 피해자의 나이, 교육정도, 종전직업의 성질, 경력, 기능숙련의 정도, 유사직종이나 타직종으로 전업가능성과 그 확률 기타 사회적·경제적 조건을 모두 참작하여 경험칙에 의한 2차적인 법적 평가를 거쳐야 한다. 그런데 법관이 노동능력상실률을 산정하는 경우에 법적 평가가 행해지는 2차적 평가는 추상적이므로 1차적 평가인 의학적 신체기능장애가 손해의 범위를 정하는 결정적인 자료가 되기 때문에 신체감정결과의 정확성은 매우 중요한 의미를 가지게 되며 아울러 공정성과 객관성을 위하여 감정의 적격성이 문제된다. 인신사고에 있어서 배상액산정을 위해 피해자의 노동능력상실률에 심리의 초점이 집중되고 있으므로 鑑定醫가 작성하여 송부해 온 신체감정서의 내용이 타당한 것인지에 관하여 소송당사자들의 논란이 생길 수 있으므로 감정의 적격여부가 특히 문제된다. 따라서 법원이 대학병원과 같은 단체에 감정을 촉탁하는 경우에 감정의가 감정을 함에 있어서 세심한 주의를 필요로 한다. 예컨대 교통사고로 인한 피감정인의 후유장애의 내용이 신경정신과분야에 속하는 것임에도 불구하고 신경외과전문의사가 자신의 전공분야의 장애 뿐만 아니라 신경정신과영역에 속하는 장애에 대하여까지 감정을 하는 경우에는 감정의 적격성이 문제될 수 있다. 이러한 경우에는 그 신체감정결과 결론이 타당한 것이라 하더라도 당사자 일방이 신경정신과 전문의가 아니므로 그 결론을 받아 들일 수 없으니 신경정신과 전문의에게 재감정을 실시해 달라고 요청할 수 있고, 이러한 요청을 법원이 그대로 배척하는 것이 어렵게 되어 재감정을 하게 된다. 따라서 재감정으로 인하여 소송비용의 증가와 소송지연을 낳게 되

므로 감정인은 자신의 전공영역에 속하는 장애에 대해서만 감정을 해야 한다. 경우에 따라서 타과 전문의들과 공동으로 감정을 하여야 할 필요성이 있는 경우에는 협진을 통하여 감정을 하고 이러한 결과 얻은 결론이라는 것을 기재하는 것이 바람직하다고 하겠다. 그러므로 법원에서 종합병원이나 대학병원에 신체감정을 촉탁하는 경우에 병원은 신체감정 촉탁서에 첨부되어 있는 진단서 등을 참조하여 해당 분야의 감정의를 정확하게 판정하여 배당하여야 한다.

신체감정을 하는 감정의는 법원에서 보낸 신체감정촉탁서의 항목에 따라 신체감정서를 작성하게 된다. 감정의는 신체감정서 작성시에 우선 후유장애의 내용이 맥브라이드 후유장애표상의 어느 항목에 해당하는지를 정확하게 기재해야 한다. 이 때 피감정인의 직업에 따른 직업계수를 함께 기재하여야 한다. 맥브라이드 후유장애평가표의 해당항목을 기재하지 아니하면 법원에서는 신체감정인의 평가가 제대로 되었는지를 확인할 수 없기 때문이다. 맥브라이드 후유장애표에 해당항목이 없는 경우 국가배상법 시행령의 별표에 해당항목이 있는 경우 이를 기재하여야 한다. 둘째, 한시장애로 판정할 경우에는 그 장애의 기산점이 언제인가를 명확하게 기재해야 한다. 그렇지 않으면 예컨대 향후 5년이라고 함은 그 기산점이 상해를 입은 시점인지 신체감정을 한 때로부터인지 알 수가 없기 때문이다. 셋째, 향후치료에 관한 판정을 할 경우에 그 향후치료가 필요한 이유와 내용을 명확하게 기재하여야 한다. 또한 수술을 받아야 할 때에는 그 수술비에 대한 중간이자를 언제부터 언제까지의 기간만큼 공제해야 하는지를 알 수 없으므로 그 수술을 언제 받아야 하는지를 기재해야 한다. 넷째, 보조기구비용에 관하여 판정을 할 때에는 그 필요성과 내용을 기재하고 보조기구의 비용이 중등품으로 가격이 얼마인지, 그 수명은 어느 정도인지, 그것이 필요한 기간을 기재하여야 한다. 아울러 보조기구가 신체기능장애를 보완시켜 주는 기능을 갖는 경우에는 이 기구의 착용으로 신체기능장애율의 변동이 있는지를 감정서에 기재해야 한다. 다섯째, 여명에 관한 판정을 할 경우에 간혹 여명단축은

있을 것 같으나 어느 정도 여명이 단축되는지에 관하여는 보고나 자료가 없다는 이유로 이를 감정서에 기재하지 아니하고 감정서를 법원에 회보하면, 법원은 이에 관하여 다시 재감정을 하여야 하므로 이런 경우 감정 의사 혼자서 이를 판단하기 어려우면 다른 감정 의사들과 상의하여 이를 기재해 주어야 할 것이다.⁷⁾

3. 身體鑑定

1) 後遺障害에 있어서 身體鑑定

(1) 후유장애에 있어서 신체장애율과 노동능력상실률

장애라 함은 질병 또는 상해로 인한 부상이 완치가 되지 않고 합병증이나 후유증에 대해서 충분한 치료를 했는데도 완전 회복이 되지 않고 남는 영구적인 정신적 또는 육체적 훼손상태를 말한다. 장애에 관한 평가에 있어서 신체장애율이라 함은 순수한 의학적 방법으로 신체장애의 정도를 백분율(%)로 평가한 것을 말한다. 한편 노동능력상실률은 신체장애율과 직업, 연령, 성별, 전업가능성 등 사회적·경제적 조건을 고려하여 백분율로 평가한 것으로서 법적 평가를 말한다.

장애평가는 증상이 고정된 후, 즉 치료를 종결한 후 신체에 남은 증상이 자연적 경과로 도달된다고 생각되는 최종의 상태에 이른 때에 이루어져야 한다. 그런데 장애평가를 할 시점에 이르지 않은 상태에서 장애평가를 하는 일이 종종 있는데 이는 정확한 장애평가를 하기에 성숙되지 않은 상태이므로 객관적이고 정당한 감정이 이루어지기 위해 鑑定醫는 장애평가시기에 이르렀을 때 비로소 장애평가를 행해야 한다.

(2) 신체장애평가방법

신체장애를 평가하는 방법에는 크게 두가지가 있다. 신체장애등급표를 만들어서 해당되는 등급을 선정하는 장애등급방식과 신체장애의 신체장

7) 安起煥, "법원에서 본 신체감정에 있어서 몇가지 문제점", 제9차 한국배상의학회학술대회 (1995), 46면

해율표나 노동능력감퇴율표를 만든 다음 그 속에서 해당되는 신체장애율이나 노동능력감퇴율을 찾아내는 신체장애율표 또는 노동능력감퇴율표 방식이다. 신체장애배상에 관한 국내법은 전자의 방법을 취하고 있고 AMA.방법은 후자 중에서도 신체장애율표 방식을, 맥브라이드 방법은 노동능력감퇴율표 방식을 각각 취하고 있다.

(가) 국내법

신체장애에 대한 배상과 관련하여 현행법상으로는 국가배상법, 근로기준법, 산업재해보상보험법, 자동차손해배상보장법의 각 시행령에 신체장애평가방법이 규율되어 있다.

각 시행령에 규정한 바에 의하면 129種의 장애를 그 경중에 따라 14등급으로 구분하여 장애등급표를 마련하고 있다. 장애등급표는 영구적 신체장애를 부위별로 器質的 장애(절단)와 기능적 장애(마비,강직)를 14등급에 배열시키고 129종의 장애는 眼에서 下肢에 이르기까지 器官과 부위별 또는 신경·정신계통에서 생긴 것을 시력, 청력, 언어 및 저작장애, 척추 및 사지운동마비, 眼球·眼瞼運動障害, 변형, 절단, 단축, 假 관절, 장기기능장애 및 결손, 생식기장애, 정신 및 신경기능장애, 치아의 보철 및 醜狀 등이 포함되어 있다. 다만 산업재해보상보험법 시행령은 129종의 장애를 加減하여 133종으로 늘렸고 129종 가운데 정형외과 영역에 속하는 것이 70종이다.

국내법의 장애평가방식은 일본에서 사용되고 있던 후유장애등급표를 번역한 것으로 신체장애등급계수가 적어 간편하고 신체장애등급표에 해당조항이 없을 때에 가장 가까운 조항에 준하여 등급을 정할 수 있도록 하고 있어 편리한 점이 있기는 하나 다음과 같은 점에서 문제가 있다.

첫째, 신체장애율인지 노동능력상실률인지 불분명하다는 점이다. 국내법에서 노동능력상실률이 표시되어 있으나 평균적 노동능력상실률을 표시한 것으로 이는 직업이나 연령과는 연관이 없고 다만 피해자의 장애보상을 위한 지급급여일수를 10으로 나눈 것으로서(표 1참조) 진정한 노동능력상실률이라고 볼 수 없다.

[표 1]

(근로기준법, 산업재해보험법, 자동차손해배상보장법)

신체 장해 등급	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14
노동 능력 상실 률(%)	100	100	100	92	79	67	56	45	35	27	20	14	9	5
*보상 금지 급일 수	1,340	1,190	1,050	920	790	670	560	450	350	270	200	140	90	50

*.장해보상일시금산정에 필요한 평균임금 支給日數

(국가배상법)

신체 장해 등급	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14
노동 능력 상실 률(%)	100	100	100	90	80	70	60	50	40	30	20	15	10	5

다만 국가배상법에서는 이 수치를 다소 변경시켜서 합리화하고자 하나 이도 진정한 의미의 노동능력상실률이라고 말하기 어렵다.

둘째, 복합장해평가방법이 불합리하다. 신체장해가 둘 이상 있는 복수장해에 대해서 산재법에서는 병합(조정)에 관한 규정이 있어 그에 따라 1내지 3등급을 올려 주고 있으며 국가배상법에서는 따로 종합평가등급표를 만들고 있고 自賠法에서는 1등급만 올려 주고 있어 평가가 각각 다르게 되는데 그 산정근거가 무엇인지는 알 수 없다.

셋째, 등급간의 간격이 너무 크고 계수간의 차이가 불명확하다. 정신 및 신경계통 또는 흉복부 장기의 장애등급간의 간격이 3급(현저한 장애)과 7급(장애가 남은 사람)사이에 등급이 없어⁸⁾ 등급간의 간격이 너무 크다. 또한 예컨대 특히 경이만 노무(5급), 경이한 노무(7급), 노무범 위제한(9급)사이의 구별이 명확하지가 않아 감정의에 따라 이에 대한 해석이 다를 수 있다. 장애표현에 있어서도 예컨대 특히 쉬운일 이외에는 종사하지 못하는 사람(산재보험법 시행령 제5급), 쉬운일 이외에는 종사하지 못하는 사람(제7급), 종사할 수 있는 일이 상당한 정도로 제한된 사람(제9급)이라고 불명확하게 표현하고 있어 그 구별이 어렵다.

넷째, 신체장애등급분류의 세칙인 장애등급판정요령의 내용이 막연하고 오류가 많다. 장애등급판정요령의 감별점에 표시된 바에 의하며 정상기능의 1/4, 1/2, 또는 3/4으로 표시되어 있는데 실제로 신경기능을 숫자적으로 표시하는데는 어려움이 많다.

다섯째, 잘 쓰는 손(팔)에 대한 고려가 전혀 되어 있지 않다. 예컨대 오른손 잡이의 경우에는 오른 손이 잘 쓰는 손인데 오른손·왼손의 차이를 두고 있지 않다.

마지막으로 각종 검사법이나 장애를 표현하고 분류하는 의학적 수준이 시대에 뒤떨어져 있다. 예컨대 청력검사에 있어서 소리와 귀까지의 거리로 장애도를 분류하고 있는데 요즈음 병원에서 이러한 방법을 거의 사용하지 않고 청력검사계를 쓰고 있다. 또한 전신관절 및 脊柱 운동각도 측정방법에 있어서 180度에서 실제운동각도를 뺀 각도로서 관절의 운동각도로 하고 있어서 불편하며 척주의 운동각도를 서서 재지 않고 앉아서 재므로 척주의 前後屈 운동각도는 체위에 따라 많은 차이가 나게 된다.⁹⁾

8) 다만 산재법에서는 그 사이에 5급이 있다.

9) 임광세, "현행신체장애평가의 문제점과 개선방안, 한국배상의학회 논문집 제1집, 1992, 491면

(나) 맥브라이드 방법

미국 정형외과의사교수인 Mc Bride가 1936년에 저술한 노동능력상실평가(Disability evaluation)라는 책에 기재되어 있는 장애평가방법이다. 원래 자동차 종합보험에 가입한 차량에 부상당한 피해자에 대하여 自賠法の 14등급으로 된 장애등급표에 따라 장애등급 또는 노동능력감퇴율을 평가하게 되어 있었으나 1986년 9월부터 맥브라이드 방법에 따라 노동능력상실률을 평가하고 있다.

맥브라이드방식은 먼저 표 15에 해당되는 직업과 장애의 소속부위를 찾아 손상변수를 찾아낸 다음에 해당 장애를 찾아서 이것과 합치되는 數字가 그 장애와 직업에 해당되는 노동능력상실률이 된다. 맥브라이드 표는 30세의 일반노무자를 기준으로 노동능력상실률을 표시하고 있으며 연령에 따르는 노동능력상실률의 변화도 표시되어 있으나 신체장애율은 표시되어 있지 않다. 따라서 이 방법으로 노동능력상실률을 표시할 때에는 반드시 직업이 명기되어야 한다.

맥브라이드 방식에 의하면 노동능력상실률을 평가하는 방법으로 장애를 신체의 14부위별, 280직업별, 또 직종에 따라 9등급으로 종합·분류하였으며 직업은 물론 연령과 좌우 손잡이 요소까지 참고하였고 세분된 장애의 종류는 820종 이상에 달하며 이것은 직종에 따라 9등급으로 다시 나누고 있다. 따라서 이 방식이 가지고 있는 장점으로서는 첫째, 환자별로 노동능력상실률이 표시되어 있어서 피해자의 장애를 객관적으로 평가하는데 아주 편리하다. 둘째, 연령별로 노동능력상실률을 산출할 수 있다는 점이다. 셋째, 조항간의 차이가 명확하고 장애등급 판정요령같은 세칙이 특별히 필요하지 않다. 또한 관절이나 척주의 운동각도 측정법이나 정상운동범위가 합리적이다. 넷째, 복수장애의 병합평가에는 병합계산표를 이용함으로써 합리적인 평가가 가능하다. 이와 같이 맥브라이드 방식은 한편으로는 현행법이 가지고 있는 단점들을 극복하는 장점들을 가지고 있으나 다른 한편으로는 많은 단점도 가지고 있다.¹⁰⁾

10) 林光世, 새로운 身體障害評價法, 중앙문화사, 1999, 45면 이하

첫째, 내용이 틀리거나 우리나라 실정에 맞지 않은 점이 많다. 장애의 경중과 노동능력감퇴율이 부합되지 않는 경우, 손상변수와 노동능력감퇴율의 증가정도가 서로 부합하지 않는 경우, 기본적인 노동능력감퇴율(30세 일반 도시노무자의 全身障害率)과 손상변수 1의 그것이 일치되지 않는 경우 등에서 비슷한 장애와 정도에 맞추어서 노동능력상실률을 105개소에서 교정하였다. 또한 직업별로 노동능력상실률이 표시되어 있으나 그간에 직업에 따라 큰 차이가 있어서 이를 그대로 적용하는 것이 타당하지 않게 되었다.

둘째, 한시적 장애와 영구적 장애가 혼합되어 있는 점이다. 국내법이 나 A.M.A. 장애평가지침에는 영구적 장애만 다루고 있으나 맥브라이드 표 14에는 절단, 강직과 같은 영구적 장애 외에 좌상, 염좌, 기관지염, 위궤양과 같은 일시적 장애와 골절, 관절염, 척추간반 탈출증과 같이 치료를 하면 완치될 수 있으나 일부는 영구적 장애로도 될 수 있는 장애, 즉 한시적 장애와 영구적 장애형이 혼합되어 있으며 맥브라이드는 후자를 進行型이라고 부르고 있다. 따라서 이 표14에 따라 피해자의 노동능력상실률을 평가하면 이 진행형이나 한시적 장애를 영구적 장애와 똑같이 취급하기 쉽게 되는 결과, 많은 혼란을 일으키고 있다.

셋째, 신체장애에 대한 평가가 정형외과 분야로 편중되어 있고 그 이외의 분야는 너무 간단하게 취급하고 있다. 장애 종류 820종 중에 정형외과 영역에 속하는 것이 563종이다. 특히 신경정신계통에 있어서는 평가표가 빈약하다. 예컨대 말초신경이나 뇌신경의 불완전마비는 그 정도에 따라 여러 가지가 있을 수 있는데 한가지 뿐이며 실어증도 중등도(30%)와 고도(74%)의 두가지 종류밖에 없다.

넷째, 직종이 편중되어 있고 근로자를 단순히 屋內·屋外근로자만 분류하고 있다. 맥브라이드 표15에 올라 있는 직업은 거의가 노무직이며 사무직이나 기술직이 별로 없어 산업재해환자에 대해서는 사용할 수 있겠으나 자동차사고 환자용으로 사용할 수 없다. 자동차종합보험 약관을 보면 외상후유증의 노동능력상실률은 맥브라이드식 평가방법에 따라 우

내 또는 옥외 근로자를 기준으로 평가하게 되어 있는데 그렇게 되면 두 가지 직업의 노동능력감퇴율은 약 80%는 같게 되므로 직업별로 노동능력상실률을 평가하였다고 말할 수는 없다. 또 모든 직업을 옥내, 옥외 근로자로 분류하는 것은 타당한 분류방법이라고 할 수 없다.

다섯째, 장애분류와 평가방법이 지나치게 현재의 의학수준에 뒤떨어져 있다. 맥브라드 표 14에 나오는 병명이나 검사법에는 요즈음 사용하지 않는 것이 있으며 신체장애의 표현 및 분류방식이 시대에 뒤떨어져 있다. 薦腸骨 또는 腰薦部 症候群(sacroiliac or lumbosacral syndrom)이나 섬유조직염과 같은 병명, 사람의 말소리로 청력을 검사하는 방법 등은 요사이는 사용하지 않는다. 또 그 표에는 두부, 뇌, 척수의 III 운동성 失調(ataxia)란 항목이 있는데 병명은 중추신경계의 晚期梅毒인 脊髓로(tabes dorsalis)의 옛날에 사용하던 異名이며 표 14에서는 이 병의 특징적 증상인 양측하지의 마비와 電擊痛의 정도로 노동능력감퇴율을 평가하게 되어 있다. 이러한 사실을 모르는 의사 중에는 失調(ataxia)를 운동성약화(motor weakness)로 해석하여 증상이 맞지 않음에도 불구하고 뇌손상으로 인한 반신 불완전마비의 노동능력상실률을 이 항목에 적응시키는 의사도 있다.

마지막으로 노동능력감퇴율평가의 타당성과 손상변수 표의 내용이 불명확하다. 표14에 표시되어 있는 노동능력상실률이 어떻게 산출되었는지에 대해서는 아무런 설명이 없어서 그 수치의 타당성을 검토할 수 없다. 예컨대 요골신경손상의 손상변수를 맥 브라이드 표15의 셋째 신체부위인 신경계통에 적용할 것인가 또는 요골신경이 분포되어 있는 아랫팔이나 손에 적용할 것인가에 대해서 아무런 설명이 없다. 또 뇌의 손상후 유증이나 정신장애를 신경계통과 頭部 중 어느 쪽에 적용시키느냐 하는 것이 자주 문제가 된다.

표 15에서 표시하고 있는 손상변수를 보면 일반 옥내·외 노무자의 신경계통은 3이고 頭部는 5로 되어 있는 반면에 전기나 기계 技士는 신경계통이 주로 7이고 頭部는 주로 5로 되어 있다. 손상변수가 많으면 많

을수록 노동능력감퇴율이 증가하게 되어, 이것을 되풀이하면 옥내·외 노무자는 신경계통보다 頭部에 더 많은 노동능력 감퇴율이 인정되고 있으나 각종 技士는 이와 반대로 신경계통이 頭部보다 더 중요시되고 있다고 말할 수 있다. 이것은 직업을 옥내·외 노무자로만 분류하게 되어 있는 자동차 종합보험의 약관에 따르기 때문에 일어나는 현상이다.

(다) AMA법

AMA법은 미국의학협회(AMA)산하各科 전문분야 의학자들로 구성된 신체장애등급평가위원회에서 제정한 “Guides to Evaluation of Permanent Impairment”의 내용을 말한다. 1971년 처음 간행된 이래 1993년까지 네차례의 개정이 이루어지고 있다.

AMA법은 각과 전문의가 전문분야의 신체장애에 대해서 최신의학을 기초로 하여 작성하여 합리적이라는 점 외에 다음과 같은 장점을 가지고 있다. 첫째, 신체장애율을 표시하고 있는 점이다. 노동능력감퇴율은 비의학적으로 평가되므로 이것을 포기하고 신체장애의 정도를 의학적으로 평가하여 신체장애별로 평가하여 백분율로 표시하고 있다. 또한 장애의 범위가 표시되어 있어 신체장애를 정밀하게 분류평가할 수 있다. 신체장애율이 표시되어 있는 평가방법은 AMA장애평가법 이외에 캘리포니아 주 방법밖에 없다. AMA법은 질환별로도 신체장애율을 표시하고 있다.

둘째, 관절운동의 기능적 比例值(relative value)를 표시하여 정확도를 높이고 있다. 맥브라이드 표에도 관절운동이 운동종류별로 나누어져 있으나 기능적 비례치는 명시되어 있지 않은 채로 해당되는 노동능력감퇴율이 표시되어 있으며 운동종류의 數도 적고 불완전해서 장애평가가 정밀하지는 못한다. 반해 일부 주요관절의 운동을 두 개 내지 세 개의 운동 종류별로 나누고 그 기능적 비례치를 표시하고 있어 장애평가가 정밀하다.

셋째, 잘 쓰는 손(팔)에 대하여 고려하고 있다. AMA법에 표시되어 있는 신체장애율은 잘 쓰는 손(팔)에 대한 것이며 잘 안쓰는 손(팔)에

대해서는 신체장애율이 5-50%일 때에는 5%, 51-100%일 때에는 10%를 감한다. 뇌나 척수의 신체장애율표에서는 잘쓰는 손(팔)과 잘 안쓰는 손(팔)에 대한 신체장애율이 따로 표시되어 있다.

이러한 장점과 함께 AMA법은 우리나라 실정에 맞지 않는 점이 있으며 노동능력감퇴율이 아니고 신체장애율이 표시되어 있어서 피해자의 상실된 수입액을 산정하려면 다시 노동능력감퇴율을 산출해 내야 하므로 번거롭다는 점과 외상후유증에 대하여는 소홀히 취급하고 있다는 점이 단점으로 지적되고 있다.¹¹⁾

(3) 신체장애평가방법의 개선방안

각각의 장애평가방법에는 문제점들이 있다. 국내법은 현재 통일되어 있지 않으며 신체장애등급인정방법의 결함이 있고 맥브라이드방법과 AMA방법 또한 현재 실정과 우리 실정에 맞지 않은 면이 있다. 따라서 현재 우리나라의 실정에 맞는 장애평가방법이 제정될 필요성이 시급하다. 다만 그 때까지만이라도 시대에 뒤떨어진 맥브라이드 방법에 의한 것보다 AMA법에 의하여 평가하는 것이 바람직하다는 것이 다수 의학자들의 견해¹²⁾로 보여진다.

또한 신체장애평가를 하는 의사가 제대로 신체감정을 하기 위해서는 평가표의 완비만으로 되는 것은 아니다. 감정의 판정요령과 방법에 대하여 습득하지 않으면 전문분야 의사라 하더라도 제대로 신체감정평가를 할 수 있는 것은 아니므로 보수교육 등을 통하여 감정서작성이나 장애진단서를 작성하도록 하여야 할 것이다. 이와 같이 감정평가방법의 완비와 감정평가에 대한 의사의 보수교육을 통하여 과학적이고 정확한 장애평가가 이루어질 수 있을 것이다.

2) 인과관계의 存否

(1) 사고와 인과관계유무

의료사고 또는 교통사고 등에 의한 인신사고에 있어서도 다른 불법행

11) 임광세, 전게서, 51면

12) 정인희, 신체장애법: 임광세, 전게논문, 501면

위의 경우와 마찬가지로 사고와 신체에 발생한 손해 사이에 인과관계가 존재해야 한다. 인신사고에 있어서 인과관계는 피해자에게 발생한 현재의 증상이 사고에 의하여 발생한 것인가, 본인의 체질적 소인 또는 기왕증이 현재 증상에 기여하였는가, 기여하였다면 현재의 증상에 어느 정도 기여하였는가에 대하여 판단하여야 한다. 그런데 이러한 평가를 함에 있어서 신체감정이 필요하게 된다.

그런데 예컨대 교통사고의 경우에 사고에 의하여 팔이 절단된 경우에는 신체장해와 사고 사이에 인과관계가 있는지 여부를 판단하는데 큰 문제가 될 것이 없으나 인과관계유무에 대해 감정이 문제될 수 있는 것은 신체감정 이외에 다른 증거조사 결과에 의하면 사고와 신체장해 사이에 인과관계가 없는 것으로 보이나 인과관계가 있는 것으로 감정을 하는 경우이다. 이러한 현상은 피병이나 정신분열증의 경우에 감정의가 사고를 발병요인으로 보는 경우이다. 대개 이러한 경우에 감정의가 피해자 측으로부터 압력을 받거나 피해자에 대한 연민에 의하여 이러한 감정을 하게 되는데, 이 경우에 무엇보다도 공정한 판결을 위하여 올바른 감정을 해야 한다는 감정의의 사명감이 요구된다.

2) 기여도의 문제

피해자에게 잔존하는 장해가 전적으로 사고로 인한 것이 아니고 기왕에 존재하고 있는 질환이나 피해자가 이전부터 가지고 있던 체질 또는 성격적인 素因이 경합하여 존재하는 것인 경우에 이러한 기왕증 또는 개인적 소인이 결과에 미친 영향을 기여도라 하고 손해를 평가함에 있어서 그 기여한 정도를 고려해야 한다

교통사고의 경우보다 의료과오사건의 경우에 기왕증이나 개인적 소인에 의하여 기여도를 참작하여 판결한 예는 드물게 나타난다. 대부분 건강한 사람이 사고를 당하여 피해를 입게 되는 교통사고와 달리 의료과오사건의 경우에는 건강한 사람이 아니라 사고가 발생하기 이전단계에 이미 질환을 가지고 있었기 때문에 기여도를 참작하는 것이 상당히 어려운 문제가 된다.

(1) 기여도판정방법에 관한 학설

피해자에게 기왕에 존재하고 있는 질환, 이른바 기왕증이 잔존하는 장애에 어느 정도 기여하였는가를 판단하는 방법에 대해 첫째, 사고의 기여도를 판정하는 기준을 설정한 후 인과관계를 비율적으로 인정하는 방법이다. 즉 가능성, 개연성, 확실성의 개념을 도입하여 기여도의 단계를 0%에서 100%까지 11단계로 나누어 매 10%마다 1단계씩 올리는 방법으로써 일본의 와다나베교수가 주장하고 있다.¹³⁾ 둘째, 장애와 기왕증이 인정되는 정도에 따라 0%, 25%, 50%, 75%, 100%로 하여 A,B,C,D,E,F의 5단계로 구분하는 방식이다.¹⁴⁾ 셋째, 장애에 외상이 관여한 개념을 중심으로 개입(관여도 100%), 증악(80%), 상승(50%), 촉진(20%), 무관(0%)으로 구분한 후 각 해당관여도에서 10%를 가감하는 방법으로 優 및 劣의 개념을 도입하는 방법이다.¹⁵⁾

생각건대 첫 번째 방법은 너무 세분화하여 구분하고 있어서 실제로 적용시에 복잡하고 세 번째 방법은 해당관여도를 설정함에 있어서 의사의 주관적 판단이 개입이 소지가 많은 단점이 있다. 두 번째 방법은 기준이 비교적 객관적이고 간단명료하여 사용하는데 편리한 장점을 가지고 있어서 위 견해 중에서는 가장 타당하다고 하겠다.

(2) 기여도 판정에 있어서 감정의의 문제점

법원이 기왕증의 기여도 참작을 함에 있어서 의사의 감정서는 중요한 참작자료가 된다. 그러나 기왕증 유무에 대한 감정의가 신체감정서에 피해자진술만을 그대로 믿고 '기왕증이 없었다'고 하거나 '병력상 기왕증은 없었던 것으로 추정된다'고 기재하는 경우가 많고 또 기왕증이 있다는 감정의견을 표시하는 경우에도 '병력상 기왕증이 있는 것으로 보인다'거나 '퇴행성병변이 있어 기왕증으로 사료됨'으로 기재하면서 기여도비율에 대한 기재가 없는 경우도 허다하여 법관의 판단을 보조해

13) 度邊富雄, "事故の寄與度の割合的認定", 循環科學, 1986, 83面

14) 林光世, "身體障害 鑑定書 作成上の要點", 한국배상학회 논문집 제1집, 337면

15) 文國鎮, "傷害 및 損害評價의 法醫學的 考察", 한국배상학회 논문집 제1집, 475-476면

주는 자료로서 기능하지 못한다. 따라서 감정의는 피해자의 진술에만 의존하지 말고 각종임상자료에 기초한 객관적 자료에 의하여 기여도를 산출할 것이 요청된다.

(3) 판례의 태도

잔존한 질환에 기왕증이 기여한 경우에 판례에 의하면 기왕증이 있는 경우, 그것이 잔존질환 또는 사망의 결과발생에 기여하였다고 인정되는 정도에 따라 피해자의 전 손해 중 그에 상응한 부분은 피해자가 부담하는 것이 손해의 공평한 부담이라는 견지에서 타당하다는 기본적인 입장에 '자유심증의 범위내에서 변론에 나타난 기왕증의 원인과 정도, 기왕증과 후유증의 상관관계, 피해자의 나이와 직업 및 건강상태 등 제반사정을 고려하여 합리적으로 판단해야 한다'고 판시하고 있다.¹⁶⁾ 그러나 법원이 기여도참작을 하는 경우에도 과학적 판단이 아니라 제반사정을 고려하여 법적 평가를 하는 것이지만 납득할 만한 객관적이고 구체적인 기준의 제시없이 기여도참작을 하고 있는 사례도 있어 수긍하기 어려운 점도 있다고 하겠다.

四. 本 判 決의 檢 討

1. 鑑 定의 評 價

1) 鑑 定醫의 鑑 定

감정인이 감정을 함에 있어서는 전문적 학식경험에 따라 공정하고 성실하게 감정의견을 진술하여야 한다. 또한 감정이 법관의 판단을 보충하는 기능을 담당하고 있는 것이므로 법관이 이해할 수 있도록 감정서를 작성할 필요가 있다. 따라서 의학적 용어를 남용하거나 여러 검사에 대한 소견을 나열하거나 장황한 병상기록을 기재함으로써 오히려 본래

16) 大判 1996. 9. 10. 선고 94다59677; 1996. 8. 23. 선고 94다20730; 1995. 7. 14. 선고 95다16738 등 참조

의 취지를 호도할 우려가 있으므로 구체적 사실에 충실하되 법관이 이해할 수 있도록 기재하고 감정인의 견해와 반대되는 의견이 있으면 그 의견을 기재하여 법관이 비판적인 태도를 취할 수 있고 적절한 질문을 통하여 객관적인 판단을 할 수 있도록 하는 것이 바람직하다고 여겨진다.

감정의가 신체장해평가를 하고 이를 기재함에 있어서도 감정의는 평가시기가 성숙하였을 때 올바른 평가를 한 후 평가근거를 제시하여야 할 것이다. 따라서 증상이 가변적이거나 어느 정도 시간이 경과되어야 증상이 고착되는 경우에는 가변적인 증상이 고정된 후에 감정평가를 하여야 하고 후자의 경우에는 예후에 관한 판정이 가능하다면 증상이 고착되기 전이라도 장해율감정은 할 수 있으나 그 예후의 판정에 보다 신중을 기하여 행할 필요가 있고 예후가 불가능한 경우라면 특별한 사정이 없는 한 감정을 보류하여야 한다.

한편 장해율 판정에 있어서 교통사고나 의료과오에 의한 경우에는 많은 문제점을 가지고 있음에도 맥브라이드표에 의해 평가하고 있는 것이 우리의 실정인데 이 때에 적용할 평가항목을 구체적으로 적시하고 노동능력상실율을 산정할 수 있도록 하기 위하여 어느 직업계수를 적용한 것인지를 밝혀 주는 것이 바람직하다. 경우에 따라서 후유장해의 내용에 그대로 들어 맞는 항목이 없을 때에는 그와 가장 유사한 항목을 준용하여 행하고, 적용할 항목은 있으나 세부적인 항목이 없는 경우에는 그 장해항목 중 어느 하나의 항을 준용하되 그 항의 상실률의 일부(예컨대 1/2, 1/3 또는 30%, 50%정도)에 해당한다고 봄이 상당하다는 의견을 기재하는 것이 바람직하다. 이러한 경우에 후유장해는 있으나 적용항목이 없다거나 어느 항목상의 상실률의 일부만을 적용할 사안임에도 그 상실률 전부를 그대로 적용하는 경우 또는 아무런 근거도 제시함이 없이 상실률을 기재하는 것은 법관이 감정을 공정하고 객관적으로 판단하는 자료로서 타당하다고 할 수 없다.

원심에서 채용한 감정서에 의하면 맥브라이드표에는 형틀목공 직업이

없으므로 일반목공으로 취급하여 맥브라이드 표 Ⅱ-8항목을 준용하여 일반노동자로서 14%, 목공노동자로서 25%의 각 노동능력을 상실하였다고 기재되어 있다. 그런데 맥브라이드표에는 관절강직 무지항목에는 Ⅱ-8이라는 항목이 없다. 따라서 감정의가 어떤 방법으로 노동능력상실률을 평가했는지 알 수 없으며 공정하고 객관적인 감정을 한 것인지도 의문시된다. 이러한 점에서 본 사안에 있어서 감정인의 태도는 올바르다고 할 수 없다.

2) 감정에 대한 법원의 평가

감정은 법관의 판단을 보충하는 것으로서 증거방법의 하나이다. 그러므로 감정결과의 採否는 법관의 자유심증에 맡겨져 있다. 그런데 동일한 감정인이 동일한 감정사항에 대하여 서로 모순되거나 매우 불명료한 감정의견을 내놓고 있는 경우에 법원이 이를 직접증거로 하여 사실인정을 하기 위하여는 특별히 다른 증거자료가 뒷받침되지 않는 한 그 감정인에 대하여 감정서의 보완을 명하거나 감정증인으로의 신문방법 등을 통하여 정확한 감정의견을 밝히도록 하는 등의 적극적인 조치를 강구하여야 한다는 것이 판례의 입장이다.¹⁷⁾

본 사안에 있어서 원심은 감정인이 감정서에 기재한 내용을 그대로 채용하여 노동능력상실률을 평가하고 있다. 그러나 상술한 바와 같이 감정인이 감정서에 기재한 노동능력상실률은 맥브라이드표 상에는 존재하지 않는 것이어서 법원이 이를 직접적인 증거자료로서 인용하기 위해서는 적극적인 조치를 취하여서 정확한 감정의견을 밝힌 후 감정결과로서 채용했어야 할 것이다. 따라서 원심법원이 감정인이 구체적으로 장애평가방법 중의 어느 방법을 기준으로 하여 평가한 상실률인지를 확인할 필요가 있으며 감정내용이 불명료한 경우에는 감정서의 보완을 명하거나 감정증인으로의 신문방법 등을 통하여 감정의견을 정확하게 밝혀야 한다. 그런데 원심법원이 이를 행하지 않고 무비판적으로 감정의견

17) 大判 1994. 6. 10. 선고 94다10955 참조

을 채용하여 감정서 기재대로 노동능력상실율을 인용한 것은 타당하지 못하다고 하겠다.

2. 인과관계에 있어서 기여도의 문제

1) 인과관계의 유무

본 사안에 있어서 원고는 본 사건 사고가 있기 이전에 업무상 재해로 인하여 좌측 제1수지 기저골 관절 내 골절로 치료요양을 받았으나 좌측 제1 수지 중수지 관절운동영역이 1/2 이상 제한되어 한 손의 엄지손가락을 제대로 못쓰게 되는 후유증으로 장애등급 제10급 제7호의 판정을 받아 장애보상금을 수령한 사실이 있다. 그런데 본 사건 사고로 인하여 좌무지의 중수지관절부 탈구, 단무지신건파열 등의 상해를 입었고 좌무지 운동장애의 후유장애가 남았다. 따라서 원고의 후유장애와 본 사건 사고로 인한 그것이 동일하므로 원고에게 남은 후유증이 본 사건사고와 인과관계가 있는 것인가 하는 것이 우선 문제되고 인과관계가 존재한다면 이 사건 사고이전의 업무상 재해로 인한 장애, 즉 기왕증이 본 사건 사고에 의한 후유장애에 얼마나 기여한 것인가 하는 것이 문제된다.

우선 본 사건과 같이 기왕증이 있는 경우에 사고로 인하여 동일한 증상의 질환이 남은 경우에 과연 후유장애와 사고 사이에 인과관계가 존재한다고 볼 것인지 여부를 판단하는 것은 용이하지 않다. 인과관계가 존재하는지 여부는 다른 증거조사와 함께 신체감정을 통하여 판단하게 되므로 감정의의 역할은 매우 중요하다. 따라서 감정인은 가능하다면 피해자의 사고 전의 病歷資料 등을 구하여 기왕의 병력에 보다 많은 관심을 가지고 장애가 사고에 의한 것인지 여부에 대한 의견서를 작성하여야 한다. 그런데 본 사안에 있어서는 감정인이 이에 대해서까지 감정의견을 진술하고 있지는 않다. 이는 아마도 감정촉탁항목에 인과관계존재의 유무에 대한 항목이 없었기 때문이고 법원이 노동능력상실율에 대해서만 감정촉탁을 한 것으로 추측된다.

그런데 본 사안에 있어서 원고에게 남은 후유증은 기왕증에 의한 그

것과 일치하고 있어서 이 사건사고와 후유증 사이에 인과관계가 있다고 할 것인가를 판단하는 것은 상당히 어려운 문제라고 하겠다. 따라서 이 점을 판단하기 위하여는 이 사건 사고로 인한 부상부위와 남아 있는 질환과의 관계, 남아 있는 질환에 기왕증이 어떠한 기여를 하였는가에 관한 신체감정이 필요하며 이러한 감정결과를 토대로 하여 제반 사정을 고려하여 인과관계에 대한 법적 평가가 이루어져야 할 것이다.

2) 기왕증에 의한 기여도참작

본 사안에 있어서 후유증과 본 사건 사고 사이에 인과관계가 있다고 전제한다면 노동능력상실률을 판단함에 있어서 원고가 가지고 있던 기왕증이 본 사건 사고로 인하여 남아 있는 질환에 어느 정도 기여하였는지를 참작하는 것이 손해의 공평한 부담이라는 측면에서도 타당하다.¹⁸⁾

본 사건에 대하여 원심법원은 이 사건 사고 이전에 후유장해로 장해보상금을 수령한 사실을 인정하면서도 “그와 같은 사정만으로 위 원고에게 기왕증으로 인한 노동능력상실이 있었다는 점을 인정하기에 부족하다”는 이유로 원고에 대한 노동능력상실률산정에 있어서 기왕증을 고려해야 한다는 피고의 주장을 배척하였다. 이 점에 대해 대법원은 장해보상일시금의 지급원인과 장해내용을 살펴 보면 오히려 원고에게 기왕증에 의한 후유장해가 있는 것으로 보인다고 지적하고 있다.

원심법원이 아무런 납득할 만한 근거없이 노동능력상실률을 산정함에 있어서 기왕증을 고려해야 한다는 피고들의 주장을 배척한 것은 타당하지 않다. 장해판정은 치료가 종결된 후 증상이 완전히 고착된 때에 하는 것이며, 후유장해라 함은 증상이 치료된 후에도 회복 또는 해소되지 못하고 남은 신체기능의 상실을 말한다. 그러나 실무상 그 장해의 존속기간이 전기간에 걸쳐 존속하는가, 일부기간에 걸쳐 한시적으로 잔존하느냐에 따라 영구장해와 限時障害로 구분하고 있다. 한시장해인 경우에는

18) 대판 1994. 11. 25 선고 94다1517; 1995. 7. 14. 선고 95다16738; 1996. 94다20730; 1996. 9. 10. 선고 94다59677 등 참조

감정인은 언제부터 언제까지인지에 대하여 언급하여 주어야 한다. 따라서 본 사안에 있어서 원고의 기왕증이 본 사건 사고로 인한 결과에 기여한 정도를 참작하는 경우에 종전에 입은 사고로 인한 장애가 영구장애인지, 한시장애인지 여부를 심리하고 한시장애라면 그 기간은 어느 정도인지를 우선 판단하여야 한다. 영구장애라면 질환이 영구적으로 잔존하는 것이므로 기왕증으로서 참작하는데 한시장애보다 용이할 것이다. 판결내용에 나타난 바에 의하면 본 사건의 원고의 경우에 있어서는 한시장애라고 볼 만한 점이 없으므로 영구장애라고 본다면 본 사건사고로 인한 장애에 원고에게 이미 존재하는 기왕증이 기여하고 있는 것을 인정하는 것은 어렵지 않다고 하겠다. 그럼에도 불구하고 기왕증을 고려하여야 한다는 피고의 주장을 배척한 원심의 판단은 타당하지 않으며 이 점을 지적한 대법원의 판단은 타당하다. “피해자가 기왕의 장애로 인하여 이미 노동능력의 일부를 상실한 경우 당해 사고로 인한 노동능력 상실의 정도를 산정하기 위하여는 기왕에 존재하고 있던 장애와 당해 사건 사고로 인한 장애를 합쳐 현재의 노동능력 상실의 정도를 알아 내고 여기에서 기왕의 장애로 인한 노동능력상실의 정도를 감하는 방법으로 산정함이 타당하다”¹⁹⁾고 대법원이 실시하고 있는 바와 같이 원심은 원고의 전체의 노동능력상실률에서 위 기왕증이 기여한 바를 기왕증의 원인과 정도, 상해의 부위 및 정도, 기왕증과 전체 상해와의 관계, 치료 경과, 원고의 연령과 직업 및 건강상태 등 제반사정을 참작하여 평가하여야 한다. 이와 같은 방법으로 노동능력상실률을 산정하여야 하므로 기왕의 장애와 후행장애를 합쳐 현재 노동능력상실률을 밝혀 내고 여기에 기왕의 장애로 인한 노동능력상실정도를 감하는 등 기왕의 장애로 인한 노동능력상실정도를 참작하여야 할 것이다.

3) 기왕증의 인정과 입증책임

대법원은 원심이 기왕증을 고려하여야 한다는 주장을 배척한 것에 대

19) 大判 1996. 8. 23. 선고 94다20730 등 참조

해 “피고가 원고 주장의 후유장해가 기왕증에 의한 것이라고 다투는 경우 피고의 위 주장은 소송법상의 인과관계의 부인이고 따라서 원고가 적극적으로 그 인과관계의 존재, 즉 당해 사고와 상해 사이에 인과관계가 있다거나 소극적으로 기왕증에 의한 후유장해가 없었음으로 입증하여야 할 것이다”라고 하면서 원심이 기왕증에 대한 입증책임을 전도시키고 있어서 위법하다고 지적하고 있다.

그런데 본 판결의 내용에 의하면 원고에 대한 노동능력상실률산정에 있어서 기왕증을 고려하여야 한다는 피고의 주장을 원심이 배척하고 있다. 판시내용에서 나타난 바에 의하면 피고가 주장한 것이 후유장해가 기왕증에 의한 것이라는 것인지, 후행후유장해에 기왕증이 기여하였다는 것인지 명확하지 않다. 만약 전자의 주장이라면 원고에게 잔존하는 증상은 후행사고에 의한 후유장해가 아니라는 것이므로 인과관계의 존재를 부인하는 것이라고 할 것이고 후자라면 일응 인과관계는 존재하나 후행후유장해에 전행후유장해가 기여하였다는 것으로 해석할 수 있다.

입증책임분배에 관하여 규범설에 의하면 불법행위의 경우에 인과관계 존재에 대한 입증책임은 피해자에게 있다. 따라서 본 사안에 있어서 피고가 주장하는 것이 전자의 경우라면 인과관계자체를 부인하는 것이므로 우선 인과관계가 존재한다는 것을 피해자인 원고가 입증하여야 하고 피고는 기왕증에 의하여 손해가 확대되었다는 등 기왕증이 손해결과에 기여하고 있다고 하는 항변사유가 된다. 따라서 원심이 이와 같은 판단 없이 피고의 주장을 배척한 것은 입증책임에 관한 법리를 전도시킨 것이라고 하겠다.

五. 맺음말

본 사안을 통하여 법원이 감정인이 제시한 감정결과에 대해 어떻게 평가해야 하는가 및 노동능력상실률을 산정함에 있어서 상실률을 결정하기 위하여 중요한 역할을 담당하고 있는 신체감정에 대해 고찰해 보

았다. 아울러 노동능력상실률을 산정함에 있어서 기왕증이 있는 경우에 어떻게 기여도를 참작하는지에 관하여도 고찰하였다. 이미 상술한 바와 같이 신체감정의 경우에 아직 우리 실정에 맞는 적절한 장애평가방법을 가지고 있지 못하여 많은 문제점이 지적되고 있음에도 불구하고 여전히 교통사고나 의료과오와 같은 인신사고에 있어서 맥브라이드법에 의하여 장애평가가 이루어지고 있는 점은 시급히 시정되어야 한다고 하겠다. 또한 장애평가를 하고 있는 감정의가 실제로 감정에 대한 교육을 받지 못하여 장애평가를 제대로 하지 못하고 있어서 법관의 지식을 보충하는데 그다지 도움이 되지 못하는 경우도 존재한다. 따라서 이를 시정하기 위하여 의사에게 이에 대한 교육이 이루어질 필요가 있다고 하겠다.

마지막으로 기왕증이 있는 경우에 당해 사고로 인하여 잔존하는 증상에 대해 그 기여도를 참작하는 것은 손해의 공평한 부담이라는 손해배상법의 이상에도 부합한다. 그러나 기여도 참작을 하는 경우에 좀 더 세심한 주의가 필요하다고 하겠다. 특히 의료과오사건의 경우에는 이미 환자가 건강한 사람이 아니라 질환을 앓고 있는 상태에서 사고가 발생한 것이므로 기여도참작을 일반적으로 인정하는 것은 환자에게 항상 부정적으로 기능하게 된다. 따라서 체질적 소인에 의한 기여도 참작을 하는 경우에는 다른 인신사고보다 좀더 면밀한 연구와 세심한 적용이 필요하다고 할 것이다. 또한 교통사고의 경우에 있어서 많이 문제가 되고 있는 것으로서 염좌와 추간반탈출증간의 진단과 추간반탈출증에 대한 시장해로 판단할 것인지, 영구장해로 판단할 것인지에 대해 의사들간에 異論이 있고, 척추간반탈출증의 발생에 있어서 加齡的 現象의 관여도에 대해서도 의견이 분분하여 이 분야에 대한 많은 연구가 축적되어야 할 것이다.

이와 아울러 법관도 감정서를 정확하게 이해하기 위하여 이에 상당하는 지식의 습득도 필요하고 특히 상반되는 감정을 전문적인 입장에서 비판할 수 있어야 할 것이다.