

# 의료소송에서의 입증책임의 완화\*

-대법원 1999. 2. 12. 선고 98다10472 판결-

全炳南\*\*

I. 사실관계 및 판결요지	1. 입증책임 완화의 필요성
1. 사실관계	2. 입증책임완화의 이론
2. 법원의 판결	3. 판례의 태도 및 분석
II. 의료소송에서의 입증책임의 완화	4. 이 사건의 경우

## I. 사실관계 및 판결요지

### 1. 사실관계

가. 소외 망 홍○○은 1990. 2. 20. 피고 학교법인 ○○학원이 운영하는 순○○대학병원(이하 '피고 병원'이라 한다)에 입원하여 종합검진을 받은 결과 같은 달 25. 알콜성만성간염 및 복수증상이 있는 것으로 판정되어, 피고 병원 내과과장 피고 김○○가 망인의 주치의로서, 피고 병원 내과 1년차 전공의(레지던트)인 피고 변○○이 피고 김○○의 지도·감독을 받으면서 망인의 치료를 담당하여 왔다.

나. 그 치료 도중인 같은 해 3. 3.경에 망인이 중증도 식정맥류 및 진균증(칸다디아증)에 감염되어 있는 사실이 새롭게 발견되어 그에 대한 처방을 하게 되었는데, 그 당시 피고 김○○는 망인과 그의 처인 원고 김0

\* 2001. 10. 5.연대보건대학원 「의료와법」 고위자과정 교재

\*\* 변호사, 배재대 법무대학원 겸임교수.

에게 상태가 좋아졌다면서 치료경과가 계속 호전될 경우 퇴원도 가능하다는 취지의 말을 하였으며, 그 후 피고 변○○은 주치의의 처방에 따라 항진균제인 니스타틴(약품명 마이코스타틴)으로 목구멍을 행구는 구강세척방법으로 위 증상을 치료하였으나 그 치료 효과가 제대로 나타나지 않자, 같은 달 8.경 주치의인 피고 김○○와 상의도 없이 망인에게 외부 약국에서 항진균제인 니조랄(Nizoral) 현탁액을 구입하여 복용토록 하였다.

다. 망인은 종합검사 당시 심장에 별다른 이상이 없었음에도 불구하고 피고 변○○의 지시로 니조랄을 구입하여 복용하기 시작한 후인 같은 달 9.부터는 가슴을 조이는 듯한 강력한 흉통을 느끼면서 안구가 돌아가고 발작을 일으켰고, 이에 따라 순간적으로 혼수상태에 빠지는 현상이 하루에도 1회 내지 3회씩 반복되었으며, 같은 달 10.에는 발작이 심하여 침대에서 떨어지는 일까지 생겨, 간호사를 통하여 피고 변○○에게 알렸는데도 그 원인을 제대로 알지 못하여 치료를 하지 못하였음은 물론 진료기록부에도 이를 제대로 기록하지 않았다.

라. 피고 김○○는 그 사이에 한번도 회진을 한 적이 없으며, 그로부터 3일 후인 같은 달 12.에야 회진을 돌다 이러한 경과를 들었으나 별다른 처치를 하지 못하고 뇌파검사를 시행하기로 하면서 망인의 상태를 예의 관찰하자고만 하다가, 그 날 저녁 망인이 심장마비를 일으켜 완전히 의식을 잃고 혼수상태에 빠지자, 중환자실로 옮겨 그 판시와 같은 각종 응급소생술을 시행하였으나 다음날 05:00경 사망하게 되었다.

마. 한편 위 니조랄 현탁액은 그 주성분이 케토코나졸(Ketoconazole)로서, 이는 구강 등 신체 각 부위나 전신적인 진균 감염증의 치료에 사용되는 광범위 항진균제인데, 간독성이 있어 드물게는 간염을 유발하거나 악화시킬 가능성이 있으나, 망인의 신체에 대한 부검 결과 망인의 간부위에서는 니조랄의 부작용으로 이르게 되는 간괴사 등의 현상은 발견되지 않았으며, 망인의 사체부검 결과는 망인의 사인이 심근경색증으로 인한 것

인지 간기능악화인지 감정인마다 그 의견이 약간씩 달라 확정하기 어렵다.

## 2. 법원의 판결

[과실판단] 망인은 피고 병원에 입원할 당시 그 상태에 비추어 단기간 내에 사망에 이를 것이 예상되는 중증의 질환을 가지고 있었다고 보기는 어려움에도 불구하고 위와 같이 피고 병원에서 입원치료를 받던 중 한 달도 못되어 사망에 이르게 되었는바, 망인의 주치의인 피고 김○○와 그의 지도·감독을 받으면서 구체적인 치료를 담당한 피고 변○○으로서, 특히 망인에 대한 니조랄 처방 이후 망인이 앞서 본 바와 같이 반복적인 흉통, 발작, 일시적 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 것이다.

[인과관계의 판단] 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, 여기에다가 앞서 본 위 망인의 입원 당시 상태 및 피고들이 저지른 의료상 과실의 내용, 인과관계를 완전무결하게 입증하기 어려운 의료소송의 특수성 등의 제반 사정을 종합해 보면, 앞서 본 피고들의 과실과 망인의 사망 사이에는 인과관계가 있다고 추정하여 이를 인정함이 상당하다고 할 것이다.

## II. 의료소송에서의 입증책임의 완화

### 1. 입증책임 완화의 필요성

가. 민법 제390조는「채무자가 채무에 좇은 이행을 하지 않는 때에는 채권자는 손해배상을 청구할 수 있다. 그러나 채무자의 고의나 과실없이 이행할 수 없게 된 때에는 그러지 아니하다」고 규정하고 있고, 제750조는「고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다」고 규정하고 있다. 따라서 의료사고를 당한 환자가 의사에게 손해배상책임을 추궁하기 위해서는 입증분배의 원칙에 따라 채무불이행책임의 경우에는 ① 고의 또는 과실로 인한 불완전한 채무이행, ② 위법성, ③ 손해발생, ④ 의료행위와 손해 사이의 인과관계 등을, 불법행위책임의 경우에는 ① 의사측의 과실, ② 권리의 침해, ③ 손해의 발생, ④ 의료행위와 손해 사이의 인과관계 등을 입증하여야 한다.<sup>1)</sup>

나. 그러나 의료행위가 고도의 전문적 지식을 필요로 하는 분야이고(전문성), 그 의료의 과정은 대개의 경우 환자본인이 그 일부를 알 수 있는 외에 의사만이 알 수 있을 뿐이며(밀행성), 치료의 결과를 달성하기 위한 의료기법은 의사의 재량에 달려 있기 때문에(재량성) 손해발생의 직접적인 원인이 의료상의 과실로 말미암은 것인지 여부를 전문가인 의사가 아닌 보통인으로서로는 도저히 밝혀낼 수 없는 특수성이 있다.

따라서 환자측이 의사의 의료행위상의 주의의무위반과 손해의 발생과 사이의 인과관계를 의학적으로 완벽하게 입증한다는 것은 극히 어려우므로,<sup>2)</sup> 어떻게 하면 환자측의 입증곤란을 해소시킴으로써 증거법상의 이

1) 의사등의 손해배상책임을 추궁하기 위하여 불법행위나 채무불이행 중 어떠한 법률적 구성방법을 택하든 의료소송에 있어서는 그 특수성에 의하여 의사 등의 진료행위상의 부적절성, 소홀 등 잘못이나 과실을 실제로 환자측이 입증할 부담을 지게 되어 양자간에는 별다른 차이가 없다. 김성수/김도형, 의료판례의 종합적 분석 및 그 전망, 법조(1997.1.), 11면.

2) 헌법재판소 1990. 11. 19. 선고 89헌마116결정은 “의료관계소송은 의료라고 하는 극히 전

상인 '무기평등의 원칙'을 실현할 것인가 하는 문제가 대두된다.<sup>3)</sup> 이러한 문제는 의사에게 부당한 피해를 입히지 않는 범위내에서 환자의 입증책임 완화를 시키느냐 하는 점에 귀착되는데, 이에선 입증책임경감론(개연성설, 표현증명론, 사실상 추정론), 입증책임전환론, 입증방해론 등의 이론들이 제시된다.

## 2. 입증책임완화의 이론

### 가. 입증책임경감론

#### (1) 개연성설

민사소송에 있어서의 인과관계의 입증은 경험칙에 비추어 어떠한 사실이 어떠한 결과발생을 초래하였다고 시인할 수 있는 '고도의 개연성'을 증명하는 것이며, 그 판정은 통상인이라면 의심을 품지 아니할 정도로 진실성의 확신을 가질 수 있는 것임이 필요하다.<sup>4)</sup> 그러나 개연성설은 의료행위와 손해와의 사이에 인과관계는 고도의 개연성이 아닌 '상당정도의 가능성'이 있다는 것만을 입증하면 족하다는 것이다.

#### (2) 사실상 추정론

사실상 추정론은 개연성설에서 좀더 나아가 환자측의 입증을 경감하고자 등장한 이론이다. 즉, 당사자 일방이 입증책임을 지는 요건사실을 입증하지 않고 그 사실의 전제가 되는 간접사실을 증명한 경우에 법원이 그 증명된 간접사실에 경험법칙을 적용하여 주요사실을 추인하는 입증방

문직 분야에 관한 분쟁인데 일반당사자인 의사는 자신의 모든 지식과 경험을 동원하여 면책의 방법을 강구하는데 반하여 상대방사자인 환자나 가족은 의료의 문외한이기 때문에 그들이 의사와 정면으로 대결하여 자신의 주장을 설득력있게 전개하고 증거를 제시한다는 것은 매우 기대하기 어려운 것이다"라고 판시하였다.

- 3) 김민중, 의료과오소송상의 과실과 인과관계입증, 민사법학의 제문제(엄영진교수 화갑기념논문집, 1997), 720면 이하.
- 4) 대법원 1990. 6. 26. 선고 89다카7730 판결에서는 "민사소송에 있어서의 인과관계의 입증은 경험칙에 비추어 어떠한 사실이 어떠한 결과발생을 초래하였다고 시인할 수 있는 고도의 개연성을 증명하는 것이며 그 판정은 통상인이라면 의심을 품지 아니할 정도로 진실성의 확신을 가질 수 있는 것임이 필요하고 또 그것으로 족하다"라고 판시하였다.

법이다. 사실상 추정에서 따르면 환자에게 생긴 법익침해가 의료행위에 의하여 생긴 점에 관하여 어느 정도의 개연성을 인정한다면 이것을 일단 추정하고 의사측이 반증을 들지 않는 한 인과관계를 인정하여도 좋다고 하며, 이에 의하면인과관계는 여러 개의 간접사실에 대하여 경험칙을 적용하여 추정할 수밖에 없게 되는데, 판례가 인정한 인과관계의 추정을 위한 요소는 대체로 1) 당해 의료행위와 악결과와의 시간적 접근성, 2) 원인이 되는 의료행위의 의술의 준칙위반, 3) 타원인의 개입가능성 배제, 4) 통계적 인과관계 등이다.<sup>5)</sup> 사실상 추정이 인정되는 경우에 상대방은 구체적, 특징적인 사정의 증명(간접반증)에 의하여 추상적, 불특정적인 과실 추인을 방해, 저지할 수 있다.

### (3) 일응의 추정 또는 표현증명론

고도의 진실개연성있는 경험칙을 이용하여 어느 사실로부터 다른 사실을 추정하는 경우를 일응의 추정이라고 하고, 이 경우 증명에 가까운 상태를 표현증명이라고 한다. 즉, 경험칙상 A라는 사실이 있으면 B라는 사실이 생기게 되는 정형적인 사상경과가 인정되는 경우에 A라는 사실로부터 B라는 사실을 추정하는 방법이다. 일응의 추정은 심증판구는 틀림없는 정도의 고도의 개연성을 가진 경험칙, 즉 경험원칙에 의한 사실상의 추정을 하는 것이므로, 통상의 사실상의 추정과 같이 사안의 사실관계를 상세히 구체적으로 주장·입증할 필요가 없다는 점에서 입증책임이 경감된다.

이에 대한 예로는 수술하면서 환자의 복강내에 메스나 거즈를 잔류시킨 경우, 성홍열 환자와 같은 방을 사용한 환자가 성홍열에 감염된 경우, 매혈환자로부터 수혈을 받은 자에게 매독이 나타난 경우, 근육주사 후 즉시 근육마비증상이 발생한 경우 등을 들 수 있다.<sup>6)</sup>

그러나 의료행위에 의하여 인체에 손해가 야기되는 경우에는 인체의 생물학적, 생리학적 현상이 대단히 복잡하고 미묘하여 고도의 개연성있는

5) 손명세·이인영, 산부인과 판례로 본 의료소송의 이해, 동림사(2001), 302면.

6) 의료소송에서 표현증명에 의하여 인과관계를 인정한 독일판례에 대한 자세한 설명은 강봉수, 의료소송에 있어서의 입증책임, 재판자료 27집, 법원행정처(1885), 315면 이하.

경험칙을 발견하기가 매우 곤란하다. 그러므로 의료소송에 있어서는 표현증명에 의한 추정이 별로 인정되지 않는 경향이 있고, 또한 표현증명에 의하여 얻어진 추정도 의사가 주장하는 다른 원인의 가능성에 의하여 용이하게 번복될 수 있는 한계가 있다.<sup>7)</sup>

#### 나. 입증책임전환론

위에서 본 입증책임의 완화(경감)와는 달리 입증책임의 주체를 전환시키자는 것이다. 즉, 의료소송에 있어서는 일반소송과는 달리 피고인 의사측이 자신의 과실이나 인과관계가 없음을 입증하도록 요구하는 것이다.

이러한 입증책임의 전환은 독일에서 지난 50여년간 판례에 의하여 발전되어 온 독특한 이론인데, 입증책임이 전환되기 위해서는 ① 의사가 중대한 과오를 유책하게 범하고, ② 그 과오가 당해 사안에서 실제로 발생된 손해를 야기하는 데에 일반적으로 적합할 때에는 과실과 손해발생 사이의 인과관계에 관한 입증책임이 전환되어 의사가 자기의 과실이 손해발생의 원인이 아니었음을 입증할 책임을 진다는 것이다.<sup>8)</sup>

결국 인과관계에 대한 입증책임이 전환되기 위해서는 먼저 의사의 중대한 진료상의 과실이 입증될 것이 필요하므로 환자측의 입증곤란은 여전히 남지만 인과관계에 대해서는 입증책임이 전환된다.

#### 다. 입증방해론

(1) 입증방해란 입증책임을 부담하지 않는 당사자가 입증책임을 부담하는 당사자의 입증을 곤란하게 하거나 방해하는 경우에 그 상대방에게 증거법상 어떤 불이익을 줌으로써 공평을 기한다는 이론이다. 일반적으로 입증방해를 인정하기 위해서는 적어도 입증을 방해하는 자가 법률이나 계약 또는 신의성실의 원칙이나 소송상 요구되는 협력의무를 고의·과실로 위반할 것을 요한다.

7) 김민중, 의료분쟁 판례의 동향과 문제점, 의료법학, 창간호(2000.5.), 40면.

8) 김상영, 의료과오의 입증에 관한 판례동향, 부산변호사회지, 14호(1996.12.), 50면.

예를 들면 ① 의사가 진료기록의무를 위반하여 기록을 하지 않거나 불완전하게 한 경우, ② 의사가 반드시 필요한 엑스레이 필름을 촬영하지 않았거나 분실 내지 제출을 거부하는 등 입증자료를 소멸하게 하는 경우, ③ 의료소송의 피고가 된 의사가 환자의 진료기록을 고치거나 훼손한 경우, ④ 의사가 실패한 수술에 있어서 자신을 보조하던 간호사를 해고하고 그 주소를 은닉하거나, 2차 수술에서 1차 수술당시 수술부위에 남긴 면구를 꺼내 없애 버린 경우 등을 들 수 있다.

(2) 입증방해의 근거, 요건, 효과 등에 관해서는 견해가 다양하게 나뉘나, 적어도 방해하는 자가 법률이나 계약 또는 일반적인 원칙(신의칙)이나 소송상 요구되는 협력의무를 고의, 과실로 위반할 것을 요한다.

입증방해의 효과에 대하여는 ① 입증책임이 상대방에게 전환된다는 입증책임전환설,<sup>9)</sup> ② 입증방해행위를 하나의 자료로 하여 자유로운 심증에 따라 입증자의 주장의 진위를 판단한다는 자유심증설,<sup>10)</sup> ③ 형평을 고려한 소송상 제재로서 법원의 재량에 따라 입증자의 주장을 진실한 것으로 의제할 수 있다는 자유재량설<sup>11)</sup> 등으로 나뉜다. 이에 대하여 법원은 1999. 4. 13. 선고 98다9915 판결에서 진료기록의 일부를 가필 및 변조한 행위에 대하여「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」고 판시하여 자유심증설을 채택하고 있다.

### 3. 판례의 태도 및 분석

#### 가. 서 언

위에서 본 바와 같이 의료과오로 인한 손해배상청구소송에서 중요한

9) 오석락, 입증책임론, 박영사(1996), 188면.

10) 이시윤, 민사소송법, 564; 김홍규, 민사소송법, 603면; 정동윤, 민사소송법, 467면.

11) 강봉수, 의료과오소송에 있어서의 입증경감, 법조(26권 9호), 33면.



증명의 대상은 '의료과실' 과 '과실행위와 손해 사이의 인과관계' 이다. 이에 대하여 대법원은 다한증사건에 관한 대법원 1995. 2. 10. 선고 93다52420 판결에서 아래와 같이 판시한 이래 이 사건 대상판결을 포함한 많은 판례들이 이를 따르고 있다.<sup>12)</sup>

“원래 의료행위에 있어서 주의의무위반으로 인한 불법행위 또는 채무불이행으로 인한 책임이 있다고 하기 위하여는, 다른 경우에 있어서와 마찬가지로 의료행위상의 주의의무의 위반, 손해의 발생 및 주의의무의 위반과 손해의 발생 사이의 인과관계의 존재가 전제되어야 한다고 할 것이나, 의료행위가 고도의 전문적 지식을 필요로 하는 분야이고 그 의료의 과정은 대개의 경우 환자 본인이 그 일부를 알 수 있는 외에 의사만이 알 수 있을 뿐이며 치료의 결과를 달성하기 위한 의료기법은 의사의 재량에 달려 있기 때문에, 손해발생의 직접적인 원인이 의료상의 과실로 말미암은 것인지의 여부는 전문가인 의사가 아닌 보통인으로서는 도저히 밝혀낼 수 없는 특수성이 있어서 환자측이 의사의 의료행위상의 주의의무 위반과 손해의 발생과의 사이의 인과관계를 의학적으로 완벽하게 입증한다는 것은 극히 어려운 일이므로, 피해자측에서 일련의 의료행위 과정에 있어서 저질러진 일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실 있는 행위를 입증하고 그 결과와의 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 환자의 특이체질 등 전혀 다른 원인으로 말미암은 것이라는 입증을 하지 아니하는 이상, 의료상 과실과 결과 사이의 인과관계를 추정하여 손해배상책임을 지울 수 있도록 입증책임을 완화하는 것이 손해의 공평·타당한 부담을 그 지도원리로 하는 손해배상제도의 이상에 맞는다고 할 것이다”.

12) 대법원 1995. 3. 10. 선고 94다39567 판결; 대법원 1995. 12. 5. 선고 94다57701 판결; 대법원 1996. 6. 11. 선고 95다41079 판결; 대법원 1996. 12. 10. 선고 96다28158 판결; 대법원 1999. 4. 13. 선고 98다9915 판결; 대법원 1998. 2. 27. 선고 97다38442 판결 등.

나. 의료과실의 입증완화

(1) 상식적 과실입증

위에서 본 바와 같이 대법원은 환자측이 「일련의 의료행위 과정에 있어서 저질러진 일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실」 즉, 「상식적 과실」을 입증할 것을 요구하고 있다.

그런데 의료상의 과실이 의사(의료종사자)라는 전문직업적 주의규준에 의하여 설정된 주의의무위반 즉, '평균의 의사에게 요구되는 주의의무위반'을 의미하고, 그 수준은 진료 당시 이른바 임상의학의 실천에 의한 의료수준에 의하여 결정된다는 점에 비추어 보면,<sup>13)</sup> 판례에서의 이러한 태도변화는 과연 과실 유무의 판단기준이 「평균적 의사」로부터 「상식정도를 갖는 일반인」(이른바 추상적 일반인)으로 변경된 것인가, 즉, 주의의무규범 수범자의 표준을 변경한 것이 아닌가 하는 의문이 제기될 수도 있다.<sup>14)</sup>

이에 대하여는 ① 단순히 “이 판시는 그 입장에 어떠한 전환을 시사하는 것일까?” 라고 하여 문제 제기에 그치는 견해,<sup>15)</sup> ② 판례에서 언급한 일반인이란 여전히 평균적인 의사를 가리키는 것으로 아무런 입장변화가 없다고 하는 견해,<sup>16)</sup> ③ 판례가 일반인의 상식을 의사의 진료상 주의의무

13) 석희태, 의료과실 판단기준에 관한 학설, 판례의 동향, 의료법학, 창간호(2000.5.), 336면; 최재천, 의사의 의료행위에 있어서의 주의의무의 기준, 판례월보(1997.8), 15면 이하; 대법원 1999. 12. 10. 선고 99도3711 판결에 의하면 “의료사고에 있어서 의사의 과실을 인정하기 위해서는 의사가 결과발생을 예견할 수 있었음에도 불구하고 그 결과발생을 예견하지 못하였고 그 결과발생을 회피할 수 있었음에도 불구하고 그 결과발생을 회피하지 못한 과실이 검토되어야 하고, 그 과실의 유무를 판단함에는 같은 업무와 직무에 종사하는 일반적 보통인의 주의정도를 표준으로 하여야 하며, 이에는 사고 당시의 일반적 인 의학의 수준과 의료환경 및 조건, 의료행위의 특수성 등이 고려되어야 한다”고 판시하고 있다.

14) 석희태, 전제논문, 347면.

15) 양창수, 민법연구(제4권), 박영사(1997), 445면: 이에 대하여 최재천변호사는 양창수교수의 문제인식을 기준을 변경한 것으로 이해하는 견해로 인용하고 있다. 최재천, 의사의 의료행위에 있어서의 주의의무의 기준, 판례월보(1997.8), 14면.

16) 최재천, 전제논문, 14면. 다만 최재천변호사는 ‘일반인의 상식에 바탕을 둔’부분을 강조하게 되면 입증책임 완화쪽으로 해석될 여지가 더 많다. 입증의 주체는 여전히 여느 소송과 마찬가지로 일반인이겠지만 임상의학 수준에 바탕을 둔 과실이 아니라, 일반인의 상식에 바탕을 둔 과실로 해석하면 그만큼 입증책임이 완화될 수 있는 것’이라고 하고 있다. 최재천, 의료과소송에 있어서의 입증책임의 완화, 판례월보(1998.10.), 29면.

의 판단기준으로 설정된 것이라고 하면서, 의학에 대하여 문외한인 일반인의 상식에 비추어서도 의료상 과실있는 행위로 판단될 정도의 의사의 진료행위는 의사에게 요구되는 주의를 현저히 결한 중과실 행위를 의미하는 것으로 해석할 수밖에 없다고 보는 견해,<sup>17)</sup> ④ 위 판례이론은 진료상 과실의 기준설정과 관련한 것이 아니라 다만 환자측의 입증부담의 완화 내지 경감으로서의 증명도의 문제로 보는 견해<sup>18)</sup> 등이 있다.

그러나 판례이론은 주의의무규범 수범자의 표준 및 주의의무 자체의 수준에 대하여는 아무런 영향을 미치지 않는다. 즉, 의료행위에 있어서의 과실은 '통상의 일반적인 의사 또는 표준적 평균적인 의사'가 그 당시의 의학지식과 의료기술에 따른 주의의무를 위반한 업무상 과실임에는 변함이 없다. 다만 위 판례는 환자측에게 손해발생의 원인이 되는 과실 즉, '원인력있는 과실'<sup>19)</sup>에 대한 입증 대신에 '일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실있는 행위'를 입증하기만 하면 과실을 입증한 것으로 봄으로써 과실의 입증책임을 경감하고 있다. 즉, 환자는 '표준적인 의사의 지식과 기술'이 아닌 '일반인의 상식'에 바탕을 둔 과실행위를 입증하면 손해배상청구의 요건사실인 의사의 과실이 입증된 것으로 봄으로써 상당히 입증을 완화하고 있다.

한편 대법원이 규정하고 있는 '일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실'의 실례로는, ① 다한증사건<sup>20)</sup>에서 '피고의사가 수술의 일부분을 다른 의사들에게 맡기고 늦게 수술에 참여하여 수술 도중 피부 및 근육을 절개해 놓고 기다린 시간이 다소 경과하는 등의 소홀함'과 '환자가 수술을 받은 다음 회복실을 거쳐 병실로 온 16:15 이래 의식을 찾지 못하였고,

17) 안법영, 의료사고의 불법행위책임, 법학논집(고려대 법학연구소, 1997), 271면 이하.

18) 석희태, 전계논문, 247면; 김성수/김도형, 전계논문, 18면; 김천수, 진료과오책임의 입증 및 설명의무의 이행, 의료법학(창간호), 289면; 신은주, 의료과오사건에 있어서 과실의 입증 및 입증방해, 판례월보(1996.2), 34면; 이상돈, 의료형법, 14면.

19) 원인력있는 과실이란 손해발생과 인과관계가 있는 과실을 지칭하는 것으로, 다분히 상식적 과실에 대응하는 개념으로 설정된 것으로 보인다. 김성수/김도형, 전계논문, 17면; 안법영, 산부인과 진료와 의사의 주의의무, 의료법학(창간호), 89면.

20) 대법원 1995. 2. 10. 선고 93다52402 판결.

같은 날 16:45경부터는 입에 거품을 물고 경련이 시작되어 가족들이 담 당간호사에게 증상을 호소하였음에도 21:00경에서야 비로소 조치를 취한 점'을, ② 척수검사후 하반신마비사건<sup>21)</sup>에서는 “병원의사가 1990. 11. 29. 척수검사를 한 후부터 같은 해 12. 3.까지 위 원고의 상태를 관찰하지 않고 방치하였음”을 들고 있다.

대법원이 환자에게 상식적 과실을 입증토록 함으로써 입증책임을 경감한 점에 대하여는 긍정할 만하나, 이에 대하여는 ‘일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실’이라는 판례의 기준설정이 지나치게 추상적이며, 그 내용이 모호하다는 비판을 피할 수 없다. 즉, 판례는 위에서 본 바와 같이 ‘수술대기시간이 길어진 점’이나 ‘환자를 장시간 방치한 점’을 ‘일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실’의 한 예로 들고 있으나, 상식적 과실이 무엇을 의미하는지가 분명치 않다. 그것이 의료행위에 과실이 있다는 실마리만을 환자측이 입증하면 된다는 의미인지 명확하지 않으므로 구체적 기준설정이 필요하다 할 것이다.<sup>22)</sup>

## (2) 위험영역이론에 의한 입증완화

한편 판례는 환자측에서 최소한 상식적 과실은 입증되어야 한다고 전제하면서도, 환자가 상식적인 과실마저도 적극적으로 입증하지 못하는 경우에도 발생한 결과를 초래할 수 있는 여러 원인 중 다른 가능성을 배제한 끝에 ‘의사의 지배영역내에 있는 수술상의 어떤 특정의 행위’가 상정되는 경우에 의사의 과실을 추정한다. 이는 곧 발생한 손해 및 그 발생경위만으로 의사의 특정한 과실을 추정한 것으로 볼 수 있다.

대법원은 전방경추융합수술사건<sup>23)</sup>에서 “원고의 사지부전마비가 이 사건 수술 직후에 나타났고, 그 증상에 대한 최종적인 의학적 진단명이 혈류부족으로 인한 제6 및 제7 경추부위의 척수위축증으로 밝혀져 그 부위가 이 사건 수술부위와 일치되며, 이 사건 수술전후를 통하여 원고에게

21) 대법원 1999. 4. 13. 선고 98다9915 판결.

22) 신은주, 전제논문, 34면.

23) 대법원 1995. 3. 10. 선고 94다39567 판결.

척수위축으로 인한 하반신 마비를 초래할 만한 특별한 원인이나 증상이 관찰되지 아니하고, 나아가 척수위축으로 인한 하반신마비가 생기는 원인들 중 세균감염, 탈수초성 및 혈관성으로 인한 경우에는 각 특유한 전구 증상이 나타나는데도 원고에게는 이러한 전구증상이 없었으므로 외상성 또는 원인불명의 두가지 만이 남게 되는 데다가, 신경근 동맥이 압박을 받으면 동맥경련 또는 혈전증이 생겨 척수병변을 발생시킬 수 있고, 척수 또는 전면척수동맥이 수술 중 외과적인 원인에 의하여 손상되면 운동마비 감각장애 등의 증상을 일으킬 수 있는 것이라면, 비록 시술상의 잘못 이외의 알 수 없는 원인으로 합병증이 발생하는 확률이 1퍼센트 미만으로 알려졌다고 하더라도, 원고의 사지부전마비증세는 피고 김영수가 시술 과정에서 수술기구 등으로 원고의 전면척추동맥 또는 신경근 동맥을 과다압박 또는 손상하게 하여 척수혈류장애를 초래하였거나, 또는 원고의 제6 또는 제7 경추 부위의 척수를 손상시킨 잘못으로 인하여 초래된 것이라고 추정할 수밖에 없다고 할 것이다”고 판시하였다.

이러한 판시는 최소한 상식적인 과실만큼은 입증되어야 한다는 기준설정을 포기한 것이 아닌가 하는 의심이 들긴 하지만,<sup>24)</sup> 환자가족이 배제된 채 의사들만이 참여한 수술실에서 전신마취하에 수술을 하는 경우와 같이 피해자측에서 일련의 의료행위 과정에서 어떠한 의료행위가 행하였는지 조차도 알 수 없는 경우에도 의사의 과실행위를 입증할 수 있는 여지를 남겨 두었다는 점에서는 의의가 있다고 볼 수 있다.

#### 나. 인과관계의 입증완화

##### (1) 개연성이론

의사의 과실로부터 결과가 발생하였을 확실성은 아직 없고 단지 개연성만이 인정될 수 있는 경우에도 인과관계를 인정한다.<sup>25)</sup>

대법원 1989. 7. 11. 선고 88다카26246 판결은 “일반외과전문의인 갑이

24) 김성수/김도형, 전계논문, 19면/ 신은주, 전계논문, 35면.

25) 이상돈, 의료행법, 법문사(1998), 14면

환자 을을 치료함에 있어서 방사선 사진상에 나타나 있는 선상골절상이나 이에 따른 뇌실질내출혈 등을 발견내지 예견하지 못하여 을을 제때에 신경외과 전문의가 있는 병원에 전원시켜 확정적인 진단 및 수술을 받을 수 있는 필요한 조치를 취하지 아니한 경우 그러한 조치를 취했을 경우의 구명율이 50퍼센트라면 특별한 사정이 없는 한 갑의 과실과 을의 사망과의 사이에는 인과관계를 인정함이 상당하다”고 판시하였다.

(2) 사실상 추정론

민사분쟁에 있어서의 인과관계는 과학적 인과관계가 아니라 법적 견지에서 본 인과 관계를 말하는 것이고,<sup>26)</sup> 인과관계의 입증은 추호의 의혹도 있어서는 안되는 자연과학적 증명은 아니고 경험칙에 비추어 모든 증거를 종합 검토하여 어떠한 사실이 어떠한 결과발생을 초래하였다고 시인할 수 있는 고도의 개연성을 증명하는 것이며 그 판정은 통상인이라면 의심을 품지 아니할 정도로 진실성의 확신을 가질 수 있는 것임을 필요로 한다.<sup>27)</sup>

그런데 대법원은 위와 같이 의료과실이 입증되면 “피해자측에서...일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실 있는 행위...와 그 결과와의 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 환자의 특이체질 등 전혀 다른 원인으로 말미암은 것이라는 입증을 하지 아니하는 이상, 의료상 과실과 결과 사이의 인과관계를 추정”함으로써 인과관계의 증명에 관하여 일반원칙을 견지하면서도 이를 완화하고 있다. 즉, 의사의 의료과실행위와 손해 사이의 인과관계를 의학적으로 완벽하게 입증하는 것이 아니라 타원인의 개입가능성(시간적 접촉성도 부수적 요소로 고려한 것으로 보임)이 없다는 점을 입증하면 인과관계를 추정함으로써, 인과관계에 관한 입증책

26) 대법원 1977. 8. 23. 선고 77다686 판결.

27) 대법원 1990. 6. 26. 선고 89다카7730 판결.

임을 완화하고 있다.

그런데 대법원의 인과관계 추정이 어떠한 입증책임완화이론에 입각하고 있는지의 여부에 대하여는 ① 사실상 추정이라는 견해,<sup>28)</sup> ② 표현증명 또는 일응의 추정이라는 견해<sup>29)</sup>가 대립되어 있으나, 사실상 추정론에 입각한 것으로 보인다. 표현증명의 경우라면 고도의 개연성이 있는 경험칙이 있어야 하며 전제사실에 대한 증거가 있어야 하는데, 나쁜 결과와 의료과실행위의 시간적 근접성, 타 행위의 개입가능성의 부존재 등의 낮은 정도의 진실개연성, 즉 '결과발생의 개연성'의 증명만을 요구할 뿐이고, 또 이러한 간접사실을 종합하여 치료행위와 결과 사이의 인과관계를 추론하는 방법을 사용하는 것으로 보아 사실상 추정론에 입각하고 있다고 보아야 할 것이다.

이러한 인과관계에 관하여 환자측의 입증책임을 경감하는 판례의 경향은 타당한 것으로 보이나, 환자의 입증을 완화하기 위하여 의사에게 지나치게 무거운 의무를 부담시켜 의사가 사실상 결과책임을 부담하게 되면 의사는 그 책임을 면하기 위하여 위험부담이 있는 치료를 포기하거나 방어진료를 하게 됨으로써 의료행위가 위축되고, 환자가 부담하여야 할 의료비용도 크게 확대될 우려가 있다. 따라서 환자의 입증완화를 위한 이러한 노력은 이러한 부작용이 발생하지 않도록 의사와 환자의 이해관계를 적절히 조정하는 정도에 한정되어야 할 것이다.

#### 4. 이사건의 경우

##### 가. 과실에 대하여

##### (1) 니조랄을 투여한 것이 과실인지 여부

우선 환자는 위내시경 검사를 하는 과정에서 중증의 식도진균증(칸디

28) 손명세, 이인영, 전게서, 305면; 최재천, 의료과실과 의료소송, 육법사(2001), 853면; 손용근, 의료과소송에 있어서 입증의 경감에 관한 연구, 연세대 박사학위논문(1996.12.), 85면; 김천수, 전계논문, 305면; 김민중, 전계논문, 37면; 신은주, 전계논문, 33면.

29) 이시윤, 전게서, 581면; 이상돈, 전게서, 15면; 김상영, 전계논문 49면.

디아증)이 발견되었는데, 알콜성 만성간염환자에게 식도진균증이 발생하였다면 이는 그의 신체면역기능이 현저히 저하되어 있음을 나타내는 것인 동시에 그 면역기능의 저하로 위 감염증이 전신에 확대되어 치명적인 결과가 초래될 위험성이 많으므로 반드시 그 치료가 필요하고, 항진균제인 니스타틴 용액을 구강세척방법으로 처방하였음에도 효과가 나타나지 않자, 식도진균증에 대하여 가장 우선적으로 선택되는 약제인 항진균제 니조랄을 투여하도록 한 조치를 하였다면, 투약상의 과실은 없다고 볼 수 있다.

그리고 니조랄은 간독성이 있어 드물게는 간염을 유발하거나 악화시킬 가능성이 있으므로 간질환 병력환자 등에게는 이를 투여함에 있어서 신중을 기해야 하고, 2주이상의 장기간 이를 투여하는 경우에는 정기적인 간기능 검사를 병행하는 등 임상적, 생화학적 관찰을 하여야 하는 약제인데, 환자는 니조랄을 투여한 후 4일만에 사망하였고, 또 부검소견상 망인의 간부위에 니조랄의 부작용으로 이르게되는 간괴사 등의 현상이 발견되지 않은 점 등을 고려해볼 때 피고병원이 환자에 대한 니조랄 투여시에 관리를 소홀히 한 과실이 있다고 볼 수도 없다.

(2) 니조랄 투여 후에 발생한 증상에 적극 대처를 하지 못한 것이 과실인지

법원은 의사가 “니조랄 처방이후 환자에게 나타난 증상의 원인을 규명하여 니조랄과 관련이 있으면 투약을 즉각 중단시키고, 니조랄과 관련이 없으면 심장계통 등의 이상을 의심하여 이에 적절히 대처하는 등 조치를 취하여야 함에도 불구하고, 아무런 조치도 취하지 아니한 채 이를 방치하였을 뿐만 아니라, 그 징후에 따라 예상되는 만약의 긴급사태에 대비하지 못한 과실’이 있다고 판시하고 있다. 그런데 니조랄 투여후에 시행한 간기능검사에서 그 이전에 비하여 간기능이 특별히 악화되었다고 보이지 아니하고, 특히 망인에 대한 부검결과에서도 간부위에는 니조랄의 부작용으로 야기되는 간괴사 등의 현상은 발견되지 않는 점을 고려한다면, 망인에게 나타난 흉통 등의 증상은 니조랄의 투여와는 인과관계가 없다 할 것이므로, 병원이 니조랄의 투약을 즉각 중단시키지 않은 것을 두고 ‘원



인력있는 과실'이라고 볼 수는 없다.

따라서 이 사건에서 고려되어야할 피고병원의 과실이란 심장계통의 이상을 의심하여 그에 대한 조치를 취하지 아니하였고, 그로 인하여 예상되는 사태에 대비하지 못한 점인데, 피고병원이 망인이 호소하는 증상에 대하여 아무런 조치를 취하지 아니한 것이 명백하므로, 피고병원의 과실을 인정하는데에는 별다른 어려움은 없다. 다만 심장계통의 이상을 의심할 경우에는 어떠한 검사 및 조치를 취하여야 하고, 그로 인하여 예상되는 긴급사태란 어떠한 것이며, 그 사태에 대비하기 위한 조치에는 어떠한 것이 있는지의 여부에 대하여는 구체적인 언급이 없다는 점이 아쉽다.

한편 피고병원의 위와 같은 행위 즉, '흉통 등의 원인을 알지 못하여 치료를 하지 않았음은 물론 진료기록부에도 기재하지도 않은 점', '한번도 회진을 한 적이 없으며 그로부터 3일 후에야 회진을 돌다 이러한 경과를 들었으나 별다른 처치를 하지 않은 점' 등은 판례가 언급한 바의 "일련의 의료행위 과정에서 저질러진 일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실"에 해당한다고 볼 수 있다.

#### 나. 인과관계에 대하여

법원은 사실상추정에 의하여 아래의 요소들을 고려하여 피고병원의 과실과 환자의 사망사이에 인과관계를 추정하였다.

- 1) 망인이 심근경색등 심장계통의 이상 또는 간기능악화 등이 복합하여 사망에 이르렀다.
- 2) 망인이 피고병원에 입원할 당시 그 상태에 비추어 단기간 내에 사망에 이를 것이 예상되는 중증의 질환을 가지고 있었다고 보기가 어려움에도 피고병원에 입원치료를 받던 중 한 달로 못되어 사망에 이르렀다.
- 3) 피고병원이 흉통 등에 대하여 적절한 조치를 취하지 아니하고 방치한 것뿐만 아니라 예상되는 만약의 긴급사태에 대비 또한 소홀히 한 과실이 있다
- 4) 피고가 망인의 사인은 심근경색증으로서 피고의 망인에 대한 니조랄 처방은 망인의 사인과는 아무런 관련이 없다고 하나, 망인의 사인이

불가항력에 해당한다는 점을 인정할 자료가 없다.

인과관계의 존부를 확정하기 위해서는 사망원인과 그에 기여한 원인행위를 명확하게 규명하여 한다. 그런데 법원은 국립과학수사연구소의 망인에 대한 사인감정결과를 종합하여 망인의 사인을 심근경색 등 심장계통의 이상과 간기능악화 등의 복합작용으로 판단하였다. 그렇다면 환자에게 나타난 흉통, 발작, 혼수상태는 심장계통이상과 간기능악화로 인하여 발생한 복합적인 증상들이고, 피고병원이 이를 방치하였기 때문에 결국 사망에 이르렀다는 결론이 된다. 즉, 흉통, 발작, 혼수상태 → 방치(과실행위) → 심근경색, 간기능악화 → 사망라는 인과관계가 인정된다는 것이다(다만 피고병원에서 원인규명을 하지 않았기 때문에 흉통, 발작, 혼수상태의 원인이 심근경색에 의한 것인지, 간경변으로 인한 것인지를 명백히 알 수 없다). 물론 법원은 이러한 도식적 관계에 대하여는 구체적인 언급이 없지만 전반적인 취지로 보아 이러한 관계를 추정하고 있음을 알 수 있다. 그러나 사실상 추정에서 요구되는 경험법칙상 위와 같이 흉통, 발작, 혼수상태에 대하여 아무런 조치를 취하지 아니하면 심근경색 또는 간기능이 악화되어 사망에 이를 수 있는지, 즉 피고병원의 과실과 사망사이의 인과관계가 경험법칙에 의하여 추정될 수 있는지 여부에 대한 언급이 없다는 점이 문제로 지적될 수 있을 것이다.

한편 이와 같이 사실상 추정이 이루어진 경우에는 피고병원측에서 '사망이 의료상의 과실로 말미암은 것이 아니라 환자의 특이체질 등 전혀 다른 원인에 의하여 말미암은 것'이라는 반증을 제시하여야 하는데, 이 사건의 경우에는 피고병원측에서 환자가 흉통, 발작, 혼수상태를 호소하는 경우에 어떠한 조치를 취하더라도 심근경색이나 간기능악화로 인한 사망결과를 회피할 수 없다는 점을 증명하지는 못하였다. 오히려 이 사건의 경우에는 환자가 흉통, 발작, 혼수상태를 호소한 직후에 사망한 것이 아니라 이러한 증상이 반복적으로 나타났으며, 망인의 사인중의 하나인 심근경색도 급성이 아닌 진구성이라는 점을 감안한다면 이러한 반증을 제시하기는 어려웠을 것이다.

다. 결국 이 사건은 법원이 피고병원의 과실, 인과관계에 대하여 구체적인 판단이 없다는 점에 대하여는 아쉬움이 남긴 하지만 전반적인 사실 관계에 비추어 볼 때 피고병원의 손해배상책임을 인정하는 데에 있어서는 별다른 무리는 없는 것으로 보인다.