

# 事故의 競合과 診療過誤責任\*

- 의료사고와 기타사고의 경합으로 인한 손해의 귀속을 중심으로 -

金 天 秀\*\*

I. 서 론	책임범위의 인과관계
II. 국내외의 논의	5. 공동불법행위 법리의 위상 및 적용
1. 국내의 논의	6. 의료사고 및 기타사고 경합의 특수성
2. 미국의 논의	
III. 본인의 입장	IV. 관련 사례
1. 서 설	1. 사고경합과 공동불법행위의 성부에 관한 판결
2. 손해배상책임의 일반론에 대한 입장	2. 기타사고와 의료사고 경합의 경우
3. 사고 경합에 있어서의 책임성립의 인과관계	3. 대법원 판결에 대한 검토
4. 책임성립 원인 경합에 있어서의	V. 결 론

## I. 서 론

어떤 결과의 발생에 기여한 원인이 단일한 경우가 오히려 예외적이라고 여겨질 정도로, 복수의 원인이 복합적으로 작용하여 하나의 결과를 야기하는 경우가 매우 많다.” 그럼에도 불구하고, 손해배상책임에 대한 논의는 원인과 결과 사이의 일대일 대응 관계를 전제로 하여 인과관계의 일반적 법리를 설정하여 왔고, 복수 원인인 경우는 매우 예외적이며 특수한 상황이라는 인식 아래 논의되어 온 것이 사실이다. 이는 원인과 결과 중 어디에 기점을 설정하여 타방에 접근하는가의 차이에 관계없이 그러

\*이 논문은 대한의료법학회와 법원의료법분야연구회의 공동학술대회(2004. 11. 20.자)에서 발표된 내용을 수정 보완한 것이다.

\*\*성균관대 법대 교수

1) 나아가서 Kionka, *Torts*(1999), at 31은 현실의 모든 사건이 복수의 원인(many causative antecedents)을 갖는다고 단언한다.

하다고 하겠다.<sup>2)</sup> 현실의 일반적 손해 상황과 다른 이러한 논의는 먼저 단순한 관계를 논의하여 이를 보다 복합적인 관계로 발전시키는 법학의 일반적 경향에 따른 것이라고 이해될 수는 있겠다. 아무튼 현실적 상황에 비추어 볼 때 일견 동일한 손해에 복수의 사고가 일견 경합되는 경우에 대한 논의는 매우 실익이 크다고 하겠다.<sup>3)</sup>

손해를 야기하는 원인들에는 타인의 행위, 피해자의 행위, 피해자의 상태,<sup>4)</sup> 자연의 힘 등이 있다. 이 논문은 이 중에서 타인의 행위가 복합적으로 손해 발생에 기여한 경우, 특히 그 가운데 의사<sup>5)</sup>의 진료과오<sup>6)</sup>가 복합적 원인의 하나인 경우를 살피고자 한다.<sup>7)</sup>

이하에서는 먼저 사고경합과 관련된 국내외의 논의를 정리하고 본인의 입장을 밝힌 뒤, 이에 관한 대법원 판결들, 특히 기타사고와 의사의 진료과오로 인한 의료사고가 동일인에게 연속해서 발생한 경우에 관한 것들

- 2) 즉 우리나라 독일에서는 한 원인을 기점으로 하여 그 사정거리에 속하는 손해는 어떤 것이 있는가를 논의하고 있음에 반하여, 미국의 불법행위법에서는 특정 손해를 기점으로 하여 역으로 그에 책임 있는 원인이 무엇인가를 추적한다. 하지만 이 모두 단일 원인과 단일 손해의 관계를 중심으로 하여 일반론을 전개하고 있다고 하겠다.
- 3) 사고의 경합이라는 용어, 가령 어떤 손해에 의료사고와 기타사고가 경합한다는 표현을 이 논문에서는 가치중립적으로 사용한다. 즉 각 사고와 그 손해 사이에 책임성립과 책임범위의 인과관계가 인정되는지 여부를 불문하고, 법률적 의미가 아니라 사회통념상 두 사고가 동일 손해에 일견 관련성을 갖는다는 정도의 의미에서 사고의 경합이라는 표현이 사용되는 것이다.
- 4) 이 피해자의 상태란 기왕증 등 피해자의 신체적 소인을 포함하는 것이다. 이에 대한 본인의 견해에 관하여는 김천수, “기왕증을 포함한 피해자의 신체적 소인 및 진단과오가 불법행위책임에 미치는 영향”, 성균관법학 제16권 제3호(2004), 31면 이하 참조.
- 5) 의료과오의 주체로서 의료인이라고 함은 의료법상의 그것을 의미하는 통상의 경우와 그 리고 보다 넓게 약사를 포함하는 경우, 더 나아가서 대체의료인을 포함하는 광의의 경우 등 있겠지만 여기서는 통상의 그것을 의미하는 것을 전제로 하며 일단 의료법상의 의사(혹은 그를 고용하고 있는 의료기관개설자)를 중심으로 한다. 대체의료와 관련하여서는 대한의료법학회, 「의료법학」 제5권 제1호(2004), 13면 이하에 수록된 6편의 논문 등 참조.
- 6) 여기서 진료과오 내지 그 책임이라 함은 의료인의 진료채무에 종속하는 부수의무인 진료준칙 위반 등 업무상 주의의무 위반, 내지 의료인에게 부과되는 전문가로서의 업무수행상의 주의의무 위반 내지 그 위반의 책임을 의미한다. 이와 달리 진료라는 채무 내지 업무의 온전한 이행 내지 수행에 종속하지 아니하는 설명의무 위반을 설명해태라고 하여 그 책임을 설명해태책임이라고 표현함이 종래 본인의 입장이다. 본인의 초기 논문에서는 설명과오책임이라는 표현을 사용하였지만 그 이후 설명해태책임으로 그 표현을 수정한 것이다.
- 7) 타인의 행위로 구성되는 복합적 원인에서 의료인의 진료과오가 포함되는 것이 그러하지 아니한 경우와 어떠한 점에서 다른가에 대한 본격적인 논의는 후술한다. 그러한 논의가 논제 선택의 적절성을 탐구하는 과정이겠지만 그 본질적인 차이점에 대한 논의는 진료과오책임에 대한 본격적인 논의로 연결될 수 있기 때문에 뒤에서 간략히 검토하기로 한다.

을 분석한다.<sup>8)</sup> 유의할 것은 이 논문에서 논의가 전개되는 후반부에는 공동불법행위가 언급될 수밖에 없지만, 불법행위책임의 성립 및 효과에 관한 기본적인 문제에서 출발하여 사고 경합의 문제에 대한 해결을 모색하고자 하는 이 논문은 인과관계 및 공동불법행위에 관하여 종래 논의되어 온 쟁점들을 본격적으로 다루고자 함이 아니다. 따라서 국내외의 논의를 소개함에 있어서도 이러한 인과관계나 공동불법행위 일반론의 종래 쟁점에 관한 논의를 소개하는 것은 생략하기로 한다.<sup>9)</sup> 다만 본인의 입장을 밝힘에 있어서는 관련된 책임법의 기본적인 쟁점들에 대한 사건의 요지를 언급하고 이를 토대로 하여 사고 경합의 문제에 대한 본인의 해법을 개진하기로 한다.

## II. 국내외의 논의

### 1. 국내의 논의

인과관계와 공동불법행위의 일반론에 관한 국내 문헌은 매우 많다. 그리고 의료사고와 기타사고의 경합에 관한 문헌들도 많이 있다. 이하에서는 후자의 문헌 가운데 사고 경합의 문제에 대한 해법으로서 저자 자신의 견해를 밝힌 것을 중심으로 살펴보기로 한다.<sup>10)</sup> 이하에서는 국내의 논

- 
- 8) 설명해태와 기타사고는 그 침해한 법익, 따라서 야기한 손해가 달라서 양자가 복합원인이 된다는 것은 예상될 수 없다. 이하의 의료사고는 진료과오로 인한 그것을 의미하는 것이다.
- 9) 이 논문의 주제와 관련된 문헌들을 정리하면서 느낀 소회의 하나는, 그 이전에 발표된 문헌에서 이미 언급하고 있는 일반론에 대하여 서브노트를 하듯이 기술하고 있다는 인상을 주는 문헌들이 적지 않아 아쉽다는 점이다. 특히 외국 논의에 대하여는 기존의 국내 문헌이나 일본 문헌을 인용도 없이 베낀 듯 보이는 문헌들이 많이 있다. 저자 자신이 직접 탐독하고 분석한 문헌의 내용이 아님에도 불구하고 기존 문헌에서 소개하고 있는 내용을 재탕하듯이 소개하거나 전제함은 학문적 양식의 문제가 있음은 물론이고 외국 논의에 대한 첫 문헌의 있을 수 있는 오류를 그대로 전파하는 숙주의 역할을 하는 위험한 논문작성법이라고 하겠다.
- 10) 이 논문의 주제에 관련된 문헌이지만 이 논문의 쟁점에 관하여 저자 자신의 입장이 개진되지 않은 문헌으로 다음과 같은 것이 있다: 이광범, “공동부법행위자의 기여율에 따른 감책이 가능한지 여부-대법원 1998.6.12. 선고 96 다 55631 판결-”, 판례실무연구 III (1998), 121면 이하; 최재천, “교통과실과 의료과실의 경합·판례를 중심으로-”, 보험법률 19호, 13면 이하; 허홍만, “공동불법행위의 성립과 효과 -자동차사고로 인한 손해 배상책임을 중심으로-”, 재판실무(창원지방법원, 1999), 209면 이하.

의 가운데 사고경합의 문제에 대한 저자 자신의 입장이 언급된 부분을 요약 또는 직접 인용하는 형태로 소개한다.”<sup>11)</sup>

(1) 공동불법행위에 대한 민법 제760조의 해석론을 전개하기 위한 전제로서 전체적 인과관계론을 채택하고, 동조 제1항의 공동불법행위는 주관적 공동관계가 있는 경우에 한정하여 인정하며, 기타 수개의 행위가 민법 제750조의 요건을 구비한 경우에 그 야기된 손해의 전부를 각 행위자가 배상해야 하고, 각 행위자 사이의 부담부분과 구상권을 과실상계의 법리를 유추하여 인정하자는 견해<sup>12)</sup>

(2) “교통사고후에 의사의 중과실이 있어 중한 결과가 발생한 경우에는 인과관계가 단절되어 공동불법행위가 성립하지 아니하고 가해운전자는 의료과오시까지의 손해만 책임을” 지며, “중과실에 해당되기 위해서는 인과관계가 단절될 수 있을 정도의 독립행위라고 할 수 있을 정도의 아주 중한 과실이여야 한다고 해석하여야 하고, 그 정도에 이르지 않는 경우에는 일단 공동관련성을 인정하여 공동불법행위의 성립을 인정하고 일부연대책임으로 해결하는 것으로 한다. 왜냐하면 쉽게 중과실로 인정한다면 가해운전자는 의료사고이후의 손해에 대한 책임을 면하게 되어 가해운전자에게는 부당한 이득이 되고 피해자에게는 손해로 되기 때문이다. 그리고 시간적, 장소적 관련성과 의료과오의 태양등으로 보아 두행위가 공동불법행위로 되는 경우에는 원칙적으로 두 행위자 모두 책임을 진다. 그러나 교통사고의 당초결과가 경미한데 의사의 과실로 인하여 아주 중한 결과로 되었다든가, 교통사고는 중한데 의료과오는 경하여 그 결과의 가중이 경미한 경우에 까지 사고운전자나 의사가 전손해를 책임진다고 하는 것은 불합리한 것으로 보이고 이는 구상의 문제만으로 해결하려고 해서는 안될 것이다. 이와 같은 경우에는 기여도에 의한 일부연대책임으로 가는 것이 합리적이라 할 것이다”는 견해<sup>13)</sup>

11) 국내의 논의를 학설로 유형화하기 곤란함은, 사고경합의 문제를 언급한 국내의 문헌들이 그 문제에 대한 각 쟁점들을 개괄적으로만 다루었거나 관련 판례의 태도를 지지하는 정도의 언급만 하였거나 일부 쟁점만 다룬 것이 대부분이기 때문이다.

12) 정태윤, “공동불법행위에 관한 연구”, 서울대 박사학위 논문(1994), 282면 이하, 294면 이하, 343면 이하 등 참조.

13) 이기중, “교통사고와 의료과오경합의 경우 공동불법행위의 성부”, 판례연구(부산판례연구회, 1994), 216면 이하.

(3) “공동불법행위로 되지 않을 경우, 피해자는 차주와 의사 각자에 대하여 그 분담비율액만큼을 청구할 수 있을 뿐이므로 공동불법행위의 인정은 피해자 보호라는 측면에서는 상당한 의미를 가진다.”는 견해<sup>14)</sup>

(4) “종래의 공동불법행위 유형중에서 원인경합부분을 분리해서 일반 불법행위로서 구성하며, 이를 위해서 인과관계의 문제를 각 가해자간의 손해에 대한 야기력(원인력)을 법적가치판단을 하여 기여도(기여율)에 따라서 평가하고, 관련공동성의 해석은 좁혀서 고찰”하여, 우연한 복수의 가해자 사이의 분할책임을 인정하자는 견해<sup>15)</sup>

(5) “의사의 과실의 유무 및 대소에 관계없이 운전자의 행위와 결과간의 조건관계”를 예외 없이 인정하며,<sup>16)</sup> 사실적 인과관계에 있어서의 비율적 인과관계론의 적용을 부정하고,<sup>17)</sup> 책임의 범위에 관하여는 객관적 공동관련성설에 입각하여 공동불법행위의 성립을 인정하고 전부에 대한 연대책임을 인정하는 견해<sup>18)</sup>

(6) 선행사고 자체와 후속 사고에 의한 결과 사이의 인과관계 문제에 대하여, “교통사고와 의료과오의 경합의 경우에 의사의 과실의 유무 및 대소에 관계없이 운전자의 행위와 결과 사이에 운전자의 행위가 없었다면 결과는 발생하지 않았다고 하는 조건관계는 언제나 긍정된다. 그러나 책임성립에 관한 인과관계를 상당인과관계로 보는 입장에서는 운전자의 행위와 결과간의 인과관계는 사실적 인과관계가 아니라 법적 인과관계를 의미하므로, 예컨대 교통사고에 의한 상해의 정도가 경미하고 일반적인 의학상의 지식 내지 수준에 기한 요법이 시행되었다면 상해의 확대를 회피할 수 있었다고 하는 때에는 가해운전자에게 이러한 확대결과에 대하여 인과관계가 없게 되는 경우가 있을 수 있고, 의사의 과실이 결과발생과 관계가 없는 인격권의 침해로 되는 설명의무위반에 있는 경우와 같은

14) 전재중, “교통사고와 의료과오의 경합과 법적책임”, 대한법의학회지 18권 2호(1994), 69면.

15) 하윤수, “원인경합에 있어서의 책임분할에 관한 연구”, 동아대 박사학위 논문(1994), 239면 이하.

16) 김병태, “의료과오에 대한 의사의 민사책임”, 전남대 박사학위 논문(1995), 164면.

17) 상계논문, 165면.

18) 상계논문, 166면 이하.

경우에는 교통사고와의 사이에 경합으로 볼 수 있는 사실이 없다고 할 것이므로 의사의 과실과 결과간의 인과관계는 부정된다고 보아야 한다.”고 하면서,<sup>19)</sup> 손해배상의 범위에 대하여는 공동불법행위가 성립하는 경우에, “피해자가 그 기여도를 증명하는 것이 사실상 불가능하고 피해자 보호를 위한 민법 제760조 규정취지에 비추어 볼 때 공동불법행위자에게 연대책임을 인정하고 각 행위자들의 과실의 대소에 따른 평가는 내부의 구상관계로 처리하면 될 것이므로 통설과 판례의 입장은 타당하다고 본다. 다만, 공동불법행위자들의 책임범위가 명백하고 입증이 용이한 경우에는… 그 책임범위에 따른 분할 책임을 인정하는 것이 타당하”다고 하며,<sup>20)</sup> “의사의 중대한 과실로 인하여 손해가 확대되었거나 진료행위와 직접 관련이 없는 과실만이 있는 경우에는 교통사고 가해자의 행위와 확대 손해 사이에 상당인과관계가 부정된다. 그러므로 이 경우에는 각자의 행위와 손해와의 기여도를 각별로 산정하여 배상책임을 인정해야 된다.”고 하며,<sup>21)</sup> “제1사고로 부상한 피해자가 별개원인의 제2사고로 사망한 경우 제1사고 가해자의 배상범위를 사망시까지의 상실이익만으로 제한하면 제1사고로 노동능력감퇴가 생긴 피해자의 입장에서 볼 때에는 사망 이후의 일실이익손해에 관해 제1사고로 인한 노동능력감퇴에 따른 몫을 공제한 잔존노동능력에 해당하는 부분만을 배상받을 수 있을 뿐이라서 피해자는 자신이 포기하지 않았는데도 제1사고로 인한 감퇴된 노동능력에 상응하는 보상의 길이 막혀버리는 셈이 되어 부당한 결과가” 되므로 “제1사고와 제2사고의 조건적 관계 여부를 고려하지 않고 1차 불법행위 당시의 평균여명을 생존여명으로 추정하여 일실이익을 산정하는 것이 타당”하다는 견해<sup>22)</sup>

(7) 책임의 성립과 관련하여 판례상 나타난 사실을 “다른 경험적 사실이 개재된 경우”, “긴 시간적 간격이 있는 경우”, “피해자의 행위가 개재된 경우”, “사고후 피해자가 자살한 경우”, “일반적인 상해의 정도를 초

19) 장정희, “교통사고와 의료과오의 경합”, 재판실무연구(광주지방법원, 2000), 198면.

20) 상계논문, 211면.

21) 상계논문, 212면.

22) 상계논문, 213면.

과하는 경우”, “제3자의 행위가 개재되는 경우”, “의료사고와의 경합”, “가정적 인과관계”로 분류하여, 대체로 판례의 태도를 따르나, 1차사고와 2차사고 사이에 조건관계가 부인되는 경우 1차사고 가해자의 책임범위에 2차사고 시점까지 제한한 판례를 부정하고 그 평균여명까지의 1차사고 결과에 대한 책임을 묻는 것이 타당하다는 견해<sup>23)</sup>

사고경합의 문제에 대한 국내 논의의 특징은 이를 주로 공동불법행위의 측면에서만 고찰한다는 점이다. 그리하여 후속 사고의 가해자에게 과실이 없는 경우에는 그 가해자의 불법행위가 성립하지 않아 공동불법행위가 논의될 수 없다고 하여 논외로 취급하기도 한다.<sup>24)</sup> 하지만 이 논문에서는 근본적으로 인과관계의 측면에서 사고경합의 문제를 다루므로, 그 경우에도 선행사고 가해자에게 후속사고 결과를 귀책시킬 것인가의 논의를 하여야 한다고 본다.

## 2. 미국의 논의<sup>25)</sup>

미국에서도 인과관계에 대한 논의를 책임 성립의 그것(cause in fact)과 책임 범위의 그것(legal cause) 양자로 구분하는 경향이 강하다.<sup>26)</sup> 전자를 인정함에는 행위가 결과의 필요조건(necessary antecedent)이기만 하면 되고, 이는 미국의 판례상 “but for” 또는 “sine qua non” rule로 표현된다.<sup>27)</sup> 그런데 이러한 원인이 복수인 경우에는 이러한 “but for” 또는 “sine qua non” rule이 무용지물이 된다는 문제와 피고가 동일 손해에 대

23) 임종윤, “인과관계와 손해배상의 범위 -인신상해소송을 중심으로-”, 인권과 정의 제242호, 12-17면.

24) 장정희, 전제논문, 196면.

25) 미국의 논의는 Kionka, *supra* note 1를 중심으로 간략하게 소개한다. 이 논문을 학회에서 발표함에 있어서 작성된 발표문의 본인 입장을 수립함에 많은 시사점을 준 또 하나의 외국 논의는 독일의 그것이며 그 주된 문헌은 Deutsch/Ahrens, *Deliktsrecht*(4. Auflage)이었다. 하지만 논문의 분량 관계로 본인이 분석한 후자의 논의를 다른 기회에 미국에 대한 보다 자세한 논의와 함께 정리하여 소개하기로 한다.

26) Kionka, *supra* note 1 at 29; J. Spier(ed), *Unification of Tort Law: Causation*(2000), at 123; American Law Institute의 Restatement of the Law, Torts 2d의 제16장 편제 등 참조.

27) Kionka, *supra* note 1 at 29f.

하여 책임 있는 다른 사람이 존재한다는 이유만으로 면책되어서는 안된다는 인식의 충돌이 있고, 후자의 관점에서 공동불법행위의 논의가 전개된다.<sup>28)</sup> 두 운전자의 충돌 사고로 인하여 보행자가 다친 경우와 같이 복수 원인이 모두 필요조건이면 공모가 없었더라도 연대책임을 지며, 복수 원인 하나만으로도 동일한 손해의 야기가 가능했다면 각 원인행위자는 손해 전부(the whole loss)에 대하여 연대책임을 진다고 한다.<sup>29)</sup> 하지만 손해가 가분적이며 복수의 각 원인이 각 부분에만 책임이 있고 복수 원인행위자가 공모를 하지 않았으며 공동조직(joint enterprise)<sup>30)</sup>의 구성원이 아니면 각 행위자는 그 부분에만 책임을 지는 것이 일반적이지만,<sup>31)</sup> 이에 대하여 예외가 인정되는바, 그 한 경우가 선행행위자가 피해자를 후속행위자로 인한 추가적 손해의 위험에 노출시켰고 이것이 예견가능하였던 경우이며, 이러한 경우에 선행행위자는 손해 전부에 대한 책임을 지며 후속행위자는 자신이 야기한 부분만 책임을 진다는 것이다.<sup>32)</sup> 전통적인 법리에 의하면, 이 법리에도 전술한 예외가 인정되기는 하지만, 손해가 비록 이론적일지라도 가분적이면 원고의 손해배상도 (피고에게) 할당되어야 한다는 것이 그것이다.<sup>33)</sup> 이에 따르면, 원고인 피해자측은 피고의 기여도를 입증해야 하고 그 입증에 실패하면 손해배상을 전혀 받지 못하는 문제가 있는데, 미국 각주 법원들은 원고의 입증 기준을 완화하거나 기여도 입증책임을 피고에게 전환시켜서 복수 원인 사이의 공모성을 인정하거나 손해의 가분성을 부정하여 손해 전부에 대하여 모든 원인행위자들의 연대책임을 부과함으로써 원고의 구제를 도모한다.<sup>34)</sup> 한편 비난 가능한 행위는 복수이지만 그 일부만 책임 있는 경우(double fault and

28) *Id.* at 31.

29) *Id.*

30) 복수의 기업 등 주체가 명시 또는 묵시의 계약에 기하여 공동의 사업을 행할 목적으로 각 구성원이 전원을 위하여 관리 및 대리할 권한을 가지는 사업 또는 조직을 의미한다. 田中英夫, 英美法辭典(東京大學出版會, 2000) 참조.

31) 이러한 부분책임은 손해의 특정부분에 대응해야 하는 인정되는 것이 아니고 기여도(contribution) 내지 비율에 인한 부분책임도 허용되는 듯하다.

32) Kionka, *supra* note 1 at 32. 결과적으로 후속행위자가 책임지는 부분에 대하여는 양자의 연대책임이 인정되는 것이다.

33) *Id.* at 33

34) *Id.*



alternative liability),<sup>35)</sup> 캘리포니아 주 대법원은 인과관계 입증책임을 피고 측에 전가하여 피고들 중 한사람이 자신이 원고의 손해 원인이 아님을 입증하지 못하는 한 피고 모두에게 책임을 부과하였다.<sup>36)</sup>

미국의 손해배상범위론의 특징은 손해라는 결과를 놓고 그 원인을 역으로 추적하는 접근방법에 있다. 즉 독일과 우리는 행위의 관점에서 그 행위자의 배상책임이 어느 손해까지 미치는가를 판단하는 접근방법을 취하고 있다는 점에서 미국의 그것과 다르다. 미국의 경우 그 손해배상범위론은 결국 배상대상이 되고 있는 손해를 놓고 그 손해의 원인행위에 피고의 행위가 포함되는가를 따지는 것이다. 그렇게 포함되는 피고의 행위는 원고의 손해에 대한 proximate, legal, or responsible cause인 것이다. 여기서의 근접성(proximity)은 손해 원인인 가해행위와 그 결과인 손해 사이의 관계를 정의 내지 공정(justice or fairness)의 관점에서 바라본 것이다.<sup>37)</sup> 즉 전술한 cause in fact와는 달리 proximate, legal, or responsible cause는 규범적인 가치평가를 통과한 것이다. 이러한 평가를 통해 근접성이 인정되는 cause in fact가 복수인 경우 당해 손해에 대하여 복수의 원인행위자 모두 연대책임을 지는가의 여부는 전술한 바와 같다. 이러한 가치평가와 관련하여, nearest cause 법리, last human wrongdoer 법리, cause와 condition의 구분론, substantial factor 기준론, 예견가능성 이론, 직접성 이론, 개입원인과 중단원인의 이원론 등이 등장한다. 하지만 '개입원인과 중단원인의 이원론' 이외의 논의는 손해배상책임의 일반론에 해당하는 것이어서 이 논문에서 소개하지 않기로 하고,<sup>38)</sup> 이하에서는 개입원인과 중단원인의 이원론을 개관한다.

먼저 개입원인이란 intervening cause를, 중단원인은 superseding cause를 번역한 것으로 전자는 가치중립적인 것으로 그 후속원인이 후속결과

35) 두 사람이 원고를 향해 권총을 동시에 유책적으로 발사하였는데 그 중 한발만 명중하였고 이 명중한 총알이 누구의 것이었는지 증명되지 못하는 경우.

36) *Summers v. Tice* (Cal. 1948). 입증책임전환의 법리를 택한 캘리포니아 주와 달리, 일부 주에서는 "dubious concert of action"의 법리를 인정하였다. Kionka, *supra* note 1 at 33에서 재인용.

37) *Id.* at 89.

38) 이들에 대하여는 *See id.* at 90-98.

에 대한 선행원인 행위자의 책임을 배제하는가의 여부를 불문한 것이며, 후자는 그 책임을 배제하는 후속원인을 의미한다. 즉 중단원인은 개입원인에 포함되는 것이다. 이 개입원인은 선행원인에 시간을 달리하여 후속하는 것이다.<sup>39)</sup> 이 개입원인과 중단원인의 이원론에 의하면, 후속원인이 중단원인이라면 후속결과는 선행원인의 책임범위에서 배제된다는 것이며, 시간을 달리하는 개입원인의 문제를 손해배상 범위의 인과관계 문제로 다루고 있는 것이다.<sup>40)</sup> 아무튼 문제는 이 개입원인 가운데 중단원인이 구별되는 기준이며 이는 다음과 같다.

우선 개입원인은 그 개념상 제한적 요소가 있다. 즉 개입원인은 선행원인의 기초가 되는 사실상태, 즉 선행상태(fact situation)를 변경시킨 것이어야 한다.<sup>41)</sup> 그런데 그러한 변경력 있는 후속원인이라고 하여도, 선행행위자가 그러한 후속원인을 예견할 수 있었고 이를 고려했어야 한다면 그는 그 개입한 후속원인에도 불구하고 여전히 후속결과에 대한 책임을 진다.<sup>42)</sup> 또한 후속원인이 개입할 위험이 선행원인 행위의 과실을 인정하는 근거 그 자체라면 선행행위자는 후속결과에 대하여 책임을 진다.<sup>43)</sup> 즉 이러한 경우에 그 예견가능성은 쉽게 인정되는 것이다. 나아가서 선행원인이 후속결과의 충분조건이며 후속원인이 예견가능하였다면, 후속원인에 의하여 선행행위에 의한 손해의 본질이 아니라 그 외연만(effect of the harm)을 변경시키거나 그 외연의 확산이 방지된 경우에 그 변경 내지 확산된 결과에 대하여 선행행위자는 책임을 진다.<sup>44)</sup>

이러한 예견가능성 유무의 판단은 사후적으로 이루어지므로 확대 인정

39) 시간적으로 동시에 발생한 원인은 병발원인(concurrent cause)라고 하며 이에 대하여 Kionka는 전술한 바와 같이 책임성립의 인과관계인 cause in fact의 논의에서 다루고 있다. See id. at 29ff.

40) 후속하는 바와 같이 본인은 이 개입원인의 문제를 역시 책임성립의 인과관계 문제로 함께 다룬다.

41) Kionka, *supra* note 1 at 98.

42) *Id.* at 98-99.

43) 그래서 가솔린을 다량 흘린 선행행위자는 그 점화의 위험 때문에 과실이 인정되는 것이며, 그 점화가 타인의 독립적인 행위로 이루어진 것이라고 하여 선행행위자가 면책되지 않는 것이다. *Id.* at 99.

44) 가령 실화 행위의 위험에는 타인이 화재신고를 늦게 할 위험이나 바람의 방향이나 속도가 예견 범위 내에서 바뀔 위험을 통상 포함하는 것이다. *Id.*

되는 경향이 있어, 후속원인이 예견불능한 것이 아니거나 특이한 것이 아니라면, 설사 통상인이 실제로 그러한 후속원인을 염두에 두지 않음이 명백한 경우라고 하여도 후속원인의 예견가능성이 인정된다.<sup>45) 46)</sup>

개입원인이 후속결과에 대한 선행행위자의 책임을 배제하는 중단원인이 되려면, 그 개입원인과 그 결과가 모두 예견불능이어야 한다.<sup>47)</sup> 따라서, 도난에 대하여 적절하게 대비하지 않은 자동차 소유자는 차량절도범의 과실 운전으로 인한 피해자에 대하여 책임을 지지 않지만, 부랑이나 만취자의 집 단주거지에 차를 방치한 경우와 같이 그러한 결과가 초래될 가능성이 통상의 경우보다 높은 위험을 예견할 수 있었던 경우에는 책임이 있다.<sup>48)</sup>

후속결과는 선행행위가 창출한 위험 범위 내의 것으로서 예견이 가능하지만, 개입한 후속원인이 예견불능인 경우에 대하여도,<sup>49)</sup> 선행행위자는 책임이 인정된다.<sup>50)</sup> 결국 개입원인의 예견가능성 여부는 불문하며, 그 개입원인에 의하여 초래된 결과의 예견가능성 유무가 관건으로 되어 있다고 하겠다.

이에 대하여 두 가지 예외가 인정된다. 즉 개입원인이 제3자의 고의행위이거나 범죄행위인 경우,<sup>51)</sup> 그리고 선행행위가 창출한 위험이 일정한 행위의무자에 의하여 발견된 경우이다.<sup>52)</sup> 이러한 경우에는 그 개입원인이 충분히 강력하고 독립적이어서 책임을 피고로부터 개입한 제3자에게 전가시키고 선행행위자는 면책될 수 있다는 것이다.<sup>53)</sup>

45) 따라서, 자동차로 보행자를 친 운전자는 보행자가 무의식상태로 차도에 놓여서 다른 차가 역과할 가능성, 또는 의사에 의한 진료과오의 가능성을 미리 고려하지 않는 것이 보통이지만, 이러한 후속원인들은 특이하지 않고 개연성이 없는 것이 아니므로 중단원인이 되지 못한다. *Id.* at 99-100.

46) 예견이 가능한 후속원인의 유형으로 인간의 행위로 타인의 범행 등 과실 행위, 구조자의 과실행위, 피해자의 자살 등이 인정되며 이에 대하여는 *See id.* at 100.

47) *Id.*

48) *Id.* at 100-101. 이러한 경우를 운행자성 여부에 의하여 차주의 책임 여부를 판단하는 우리와 달리, 마치 우리 민법 제393조 제2항의 특별손해의 법리와 유사한 접근을 하고 있다.

49) 가령 전신주가 부식하여 저절로 쓰러져 보행자를 상해할 과도한 위험이 상존하였는데, 차량의 과실 운행으로 전신주가 넘어져서 원고가 다친 경우 등. *Id.* at 101.

50) *Id.*

51) 전술한 전신주 사건의 예에서 전신주를 제3자가 고의로 무너뜨린 경우. *Id.* at 101-102.

52) 위험한 물건을 선행행위자가 아이에게 주었으며, 그 부모가 그 사실을 발견하였음에도 불구하고 이를 빼앗지 아니한 경우, 또는 포장과 달리 위험한 물건이 담겨 있는 제품을 소매상이 발견하였음에도 불구하고 이를 시정하지 아니하고 계속 판매한 경우. *Id.* at 102.

53) *Id.*

### Ⅲ. 본인의 입장

#### 1. 서 설

사고 경합으로 인한 손해배상책임의 귀속이라는 문제는 종래 논의구조에서 보면 불법행위로 인한 손해배상책임의 특수한 영역에 속하는 세부적인 쟁점이므로, 그 주제에 대한 본인의 입장을 전개하려면 불법행위책임 일반론에 대한 본인의 입장을 먼저 선택하거나 정리하는 것이 선결문제라고 하겠다. 이러한 불법행위책임 일반론에 대한 입장의 선택은 더 이상 연구할 여력이 없어진 시점 즉 변경의 가능성이 외적 강제 등으로 없어진 시점에서 피력되어야 함에도 불구하고 아직 연구의 필요성과 가능성이 남아 있는 시점에서 부득이 일단의 선택을 밝히게 되어 부담스럽다. 하지만 논리적인 전제들이 많은 주제를 맡은 탓에 그 부담스러운 작업을 이하에서 하고자 한다.

일반론을 전개함에 있어서 불법행위책임법을 보는 시각을 먼저 정리하고자 한다. 아래의 일반론은, 손해는 피해자가 감수함이 원칙이며 예외적으로 일정한 요건하에 타인에게 전가된다는 점[손해감수의 원칙], 피해자로부터 가해자에게 예외적으로 전가된 손해는 원칙적으로 그 가해자의 직접적인 행위로 현실적으로 야기된 것에 한정되어야 한다는 점[자기책임의 원칙],<sup>54)</sup> 피해자 등을 특별히 보호할 필요성이나 가해자에 대한 비난가능성의 추궁은 공동불법행위법 등 특별규정 내지 특수법리의 전개에서 반영되어야 하며 일반론의 전개에는 그러한 측면의 반영을 자제해야 한다는 점[가치중립의 원칙],<sup>55)</sup> 특별한 실익이 있거나 논리적 오류가 있

54) 장정희, 전제논문, 196면에서도 “우리 민법은 원칙적으로 자기책임의 원칙에 입각하고 있기 때문에 자신의 과실에 의하여 야기된 손해부분에 대해서만 행위자는 책임을 부담하도록 되어 있다.”고 한다.

55) 그리하여 손해의 공평한 분담을 기본 원리로 하면서 예외적인 경우에 한하여 손해의 적절한 분산을 고려한다. 즉 일반불법행위는 가해자와 피해자 사이의 손해의 공평한 분담이라는 종래의 원리가 유효하지만, 특수 영역인 공동불법행위의 법리는 다수의 가해자 사이에 손해를 적절하게 분산하는 관점도 있음을 전제로 해서 이해되어야 할 것이다. 이는 책임보험이나 제조물책임 등에서 인정되는 손해의 사회적 분산으로 가는 중간과정의 이념이라고 하겠다. 가해자 상호간의 구상권을 이해하는 하나의 틀로 이러한 분산이라는 관점을 생각할 수 있을 것이다.

지 않는 한 논의 구도나 쟁점에 대한 접근 방법은 종래의 전통적인 방법을 유지한다는 점[보수적 접근의 원칙] 등을 전제로 한다.

## 2. 손해배상책임의 일반론에 대한 입장

불법행위로 인한 손해배상책임에 관한 논의는 책임의 성립과 범위 그리고 배상액의 산정이라는 3 단계로 구분될 수 있으며, 그 책임은 가해행위와 유책성 및 위법성이라는 3 요건으로 성립되고, 가해행위는 행위와 손해 그리고 양자 사이의 인과관계라는 3 요소로 이루어진다고 하겠다. 한편 책임능력은 유책성의 전제이거나 책임귀속의 근거가 아니라 행위의 요소라고 하겠다. 책임능력이 부인될 정도의 정신 상태의 행동은 법적 평가 대상이 될 수 없으며 이러한 경우에 가해행위 요건의 제1요소인 행위의 존재 자체가 부정되고 다른 요소 내지 요건의 충족 여부를 검토할 것도 없이 문제의 손해에 대한 그 책임무능력자의 불법행위책임은 부정되는 것이다. 다만 민법 제755조의 책임이 문제되는 경우에 비로소 다른 요건 내지 요소의 검토가 필요할 것이다. 나아가서 이러한 사건이, 유책성을 구성요건 및 위법성에 연계시키면서 유책성의 전제로서 책임능력을 요구하는 시각<sup>56)</sup>과 정면으로 충돌하는 것은 아니라고 생각한다. 양자의 조화는 책임능력을 행위제어능력과 책임변식능력으로 구분하고 후자를 과실의 한 요소로 흡수하면 가능하다고 하겠다. 이에 대하여는 추후 별도의 논문에서 상세하게 논술하기로 한다.

인과관계는 책임성립요건으로서의 인과관계와 책임범위를 설정하는 인과관계라는 이원적 구조로 되어 있다고 하겠다.<sup>57)</sup> 책임성립의 인과관계는 행위와 손해 사이의 사실적 인과관계라고 하겠다. 그리고 책임범위의 인과관계는 법익의 보호여부 및 손해의 귀속여부에 대한 판단이라는 두 단계를 거쳐 인정된다. 기본적으로 침해된 법익 항목이 가해행위로부터 보

56) 가령 Deutsch/Ahrens, *supra* note 25 Rdnr. 15 참조.

57) 본인의 박사학위논문("환자의 자기결정권과 의사의 설명의무", 서울대학교 대학원, 1994)도 이러한 입장에서 논의를 전개하였다. 그 실익은 특히 책임범위의 인과관계에서 확인되었다.

호되어야 하는가 즉 그 침해의 책임이 가해자에게 귀책되는가의 여부는 일정한 의무를 위반한 가해행위를 불법행위로 규정하여 금지하는 규범이 의무를 설정한 목적 등에 의하여 기본적으로 설정되며, 그 귀책된 법익침해의 구체적 손해가 책임범위에 포함되는지의 여부는 민법 제393조의 법리에 의하여 결정된다고 하겠다.

### 3. 사고 경합에 있어서의 책임성립의 인과관계

#### (1) 전제 및 논의 방법

책임성립의 인과관계에 대한 특수한 경우가 있다. 즉 사고 경합의 경우이다. 사고경합은 셋 이상의 사고가 경합하는 경우도 있겠지만 두개의 사고가 경합하는 경우를 전제로 논의하고자 한다. 그리고 기본적으로 유의해야 할 점은 이 논의가 동일 손해에 대한 복수 원인에 관한 것이다.

사고 경합은 여러 경우로 구분되어 논의될 수 있다. 논의의 효율성을 위하여, 먼저 사고 사이의 시간적 관계, 그리고 각 사고가 일정한 결과를 야기하였는지의 여부, 그리고 결과가 병존하는 경우에 그 동일성 여부 등의 기준으로 구분하여 논의하는 것이 좋다고 본다.

#### (2) 복수의 사고가 동시에 이루어진 경우

먼저 경합하는 복수의 사고가 동시에<sup>58)</sup> 이루어진 것인가 아니면 순차적으로 이루어진 것인가에 따른 구분이 필요하다.<sup>59)</sup> 동시에 이루어진 경우에는 그 경합하는 사고들이 결과의 충분조건 또는 필요조건인지의 여하에 따라, 모두 필요조건인 경우, 모두 충분조건인 경우, 일부만 충분조건인 경우의 셋으로 나뉜다. 모두 필요조건이라면 각 사고는 결과에 대하여 책임성립 인과관계가 인정된다. 하지만 경합사고의 전부 또는 일부가 충분조건인 경우에 경합 사고 일부는 현실의 인과 연쇄의 과정에서 배제될

58) 엄밀한 의미에서 동시란 없을 것이다. 사고 발생 시기에 약간의 차이가 있더라도 선행 사고 고유의 결과가 야기되기 전에 후속사고가 발생하였다면 그들은 동시에 발생한 사고라고 보아도 될 것이다.

59) 공간적 차이도 언급이 가능하지만 시간적 차이에 비하여 그 의미가 별로 없다고 하겠다.

가능성이 있는 것이다. 이러한 불명료성 위험을 누가 부담하는가의 문제가 있다. 인과관계 입증책임의 귀속 주체인 피해자에게 부담시키는 원론적 접근이 타당한가의 문제가 있다. 이 경우의 가해자 집단에 대한 비난 가능성이 모두 필요조건인 경우보다 높다고 볼 수 있음에도 불구하고, 입증책임의 원론적 접근에 의하여 피해 구제가 불가능하게 함은 공평하지 못할 것이다. 하지만, 그렇다고 하여 현실화되지 않은 사고의 행위자에게 책임을 지우는 것도 정의에 부합하지 않는 것이다. 본인은 인과관계론의 일반론에서는 후자의 입장을 취한다. 즉 전부 또는 일부가 충분조건인 경우에 피해자가 그 책임성립 인과관계의 입증책임자로서 입증에 실패하면 피해의 구제를 받을 수 없게 된다. 다만 공동불법행위의 법리가 적용될 수 있는 경우라면 이러한 인과관계의 입증책임이 면제되어 구제를 받게 되는 것이다.<sup>60)</sup>

### (3) 복수의 사고가 순차적으로 이루어진 경우

복수의 사고가 순차적으로 진행된 경우에는, 첫째로 각 사고가 각각 결과를 야기한 경우, 둘째로 선행사고가 결과를 야기하기 이전에 후속사고가 결과를 야기한 경우, 그리고 셋째로 선행사고가 결과의 전부를 야기하였고 후속사고는 결과의 야기에 기여한 바가 없는 경우로 구분할 수 있다.

#### 1) 복수의 사고에 각각 결과가 발생한 경우

첫째의 경우, 선행사고와 후속사고가 각각 일정한 결과를 야기한 경우에, 후속사고로 인한 결과가 선행사고로 인한 결과와 동일성을 유지하는 손해인가의 여부를 구분하여 논의하여야 할 것이다.

##### 가. 두 결과 사이에 동일성이 인정되는 경우

선행사고로 인한 결과와 후속사고로 인한 결과 사이에 동일성이 인정되는 손해라면 그 손해란 선행사고의 결과를 후속사고가 악화시킨 경우이며,<sup>61)</sup> 이 때 그 악화된 부분과 선행사고 사이의 책임성립 인과관계가

60) 이러한 점을 고려한다면 민법 제760조의 적용요건은 완화되어야 하며 그러한 점에서 판례와 다수설의 입장인 객관적 공동설이 타당하다고 하겠다.

61) 후속사고가 독립된 결과를 야기하지도 않고 선행사고의 결과를 악화시킨 경우도 아니라면 후속사고도 일정한 결과를 발생시킨 경우라는 전제에 부합하지 않고, 이는 후술하는 가정적 인과관계의 상황에 해당한다고 하겠다.

인정되는가의 문제가 있다. 선행사고의 결과와 후속사고의 결과 사이에 동일성이 인정되는 한 그 책임성립 인과관계는 인정될 것이고, 후속사고도 그 동일성이 인정되는 손해 전부에 대하여 책임성립의 인과관계가 인정된다.<sup>62)</sup> 동일성이란 두 사고 사이의 시간적 간격이 있더라도 인정될 수 있다. 가령 선행사고로 인한 입원치료가 계속되는 과정에서 발생한 후속사고의 결과 사이에는 동일성이 인정될 수 있다고 하겠다. 즉 선행사고의 결과를 제거하기 위한 일련의 과정에서 나타난 사고라면 그 결과는 선행사고 결과의 연속선상에 있는 것으로서 일체성을 띤다고 할 것이다. 선행사고의 가해력이 여전히 지속된 상태에서 나타난 결과라는 점에서 선행사고로 나타난 일단의 결과와 일체의 관계에 있다고 보아야 할 것이다. 이처럼 일체성을 띤 경우도 동일성의 개념 범위에 포함되어야 할 것이다.

#### 나. 두 결과 사이에 동일성이 부인되는 경우

선행사고로 인한 결과와 후속사고로 인한 결과 사이에 동일성이 부정되는 경우, 즉 후속사고의 결과가 독립적인 손해라면, 선행사고 인한 손해와의 사이에는 선행사고만이 그 책임성립 인과관계가 인정될 것이다. 하지만, 후속사고의 독립적 결과와의 사이에 후속사고 외에 선행사고에게도 책임성립의 인과관계가 인정되는가의 여부는 또 경우를 나누어 논의되어야 한다. 즉 선행사고에 의하여 형성된 사실 상태가 그 후속사고 내지 그 결과의 조건인가의 여부가 관건이며, 이는 선행사고에 의하여 조성된 사실상태가 후속사고에 의하여 변경되었는지의 여부에 따라 판단해야 할 것이다. 그 변경이 인정되면 선행사고와 후속사고 결과 사이에는 책임성립의 인과관계가 부인될 것이다. 다만, 그 변경이 선행사고가 초래한 사실 상태의 자연스러운 경과에 입각한 전형적 내지 유형적인 변화라면, 선행사고는 그 후속결과에 대하여 조건이 되어 양자 사이에는 책임성립의 인과관계가 인정될 것이다.

그 사실 상태가 후속사고에 의하여 변경되었는가 아니면 선행사고의 전형적 내지 유형적인 변화인가의 여부를 판단하는 기준의 하나로, 후속사고 및 변경된 사실 상태가 선행사고시에 예견되었거나 통상적으로 예

62) 그렇다고 하여 후속사고의 책임범위 인과관계가 그 손해 전부에 대하여 인정된다는 것은 아니다.



견이 가능하였는지의 여부를 들 수 있다. 선행사고가 고의의 가해행위라면 예견가능성이 과실의 경우보다 크게 인정될 것이다.

선행사고와 후속사고의 결과 사이에 책임성립의 인과관계가 인정되지 않는 경우는, 선행사고가 후속사고 결과에 대한 적극적인 선행조건이 아니라 선행사고 내지 그 결과가 후속 결과를 위한 수동적인 선행상태에 불과한 경우라고 하겠다. 따라서 이 경우에는 선행사고의 가해자는 그 직접 결과에 대하여 책임을 질뿐이고, 그 결과가 신체적 상태에 후속사고의 시점까지 잔존하는 경우에는 그 잔존하는 결과는 가령 신체적 소인의 하나가 되는 것이다.

두 사고의 시간 차이도 선행사고 내지 그에 의하여 형성된 사실 상태가 그 후속사고 내지 그 결과의 조건인가의 여부를 판단함에 고려될 수 있다. 하지만 그 시간 차이가 그 판단에 결정적인 요인은 아니다. 다만 추상적으로 언급한다면, 두 사고의 시간상 차이가 후술하는 바와 같은 의미가 있을 정도라면 후속사고로 인한 결과에 대하여 선행사고가 책임성립의 원인이 될 수 없을 것이다. 문제는 어느 정도의 차이가 그러한 경우 인가의 구체적인 기준의 설정은 사고의 내용에 따라 달라질 수밖에 없고,<sup>63)</sup> 그 판단은 사회통념에 맡기는 수밖에 없지만, 가령 선행사고로 인한 결과에 대하여 의학적으로 치유가능성을 가지고 시행되는 처치의 단계가 지나간 시점의 진료과정에서 의료사고가 발생한 경우라면 선행사고와 후속 의료사고로 인한 결과 사이에 책임성립의 인과관계가 부정되어야 할 것이다. 즉 선행사고로 인한 영구적이거나 장기간 지속될 휴유증을 치료하는 과정에서 의료사고가 발생한 경우를 생각해 볼 수 있다.<sup>64)</sup> 이렇게 본다면 각 사고 사이의 시간 차이라는 숫자 자체는 의미가 크지 않다고 할 수 있겠다.

(63) 선행사고와 후속사고 결과 사이의 상당인과관계를 부정한 후술 87다카2723 판결의 경우에는 1개월여의 차이가 있었고, 그 상당인과관계를 인정한 후술 92다4871 판결의 경우 그 시간적 차이는 8개월여가 되었다.

(64) 동일손해에 대한 경우라면, 선행사고의 가해자가 그 사고의 결과에 대하여 부담해야 하는 손해배상책임의 범위가 확정될 수 있으며 그 배상액의 산정이 가능한 단계라고 하겠다. 이는 결국 기여도의 분리가 가능한 경우이고, 책임범위의 인과관계의 문제에서 다루어질 것이다.

## 2) 복수의 사고 일방에만 결과가 발생한 경우

위의<sup>65)</sup> 둘째와 셋째의 경우를 본다. 여러 사고가 순차적으로 진행된 경우에, 결과에 대하여 사고가 경합하는 것과 같은 외관을 갖지만 사실상 경합하지 않는 경우가 있다. 선행사고가 발생하였지만 어떤 결과도 발생시키지 아니하고 후속사고만이 결과를 야기한 경우인 소위 추월적 인과관계의 경우에, 선행사고와 그 결과 사이에는 책임성립 인과관계 자체가 부정되는 경우가 있다. 즉 첫째의 경우에서 후속사고의 결과가 선행사고의 결과와의 관계에서 동일성이 없이 독립적인 경우와 마찬가지로, 선행사고가 조성한 사실상태가 후속사고의 결과 야기에 조건이 된 경우가 아니라면 그러할 것이다.<sup>66)</sup> 선행사고에 의하여 이미 결과가 야기되었는데 후속사고가 발생한 경우, 소위 가정적 인과관계의 경우에 후속사고에게는 책임성립 인과관계가 부인된다고 하겠다. 이들 두 경우에 사고의 경합은 없는 것이다.

## 4. 책임성립 원인 경합에 있어서의 책임범위의 인과관계

동일손해에 대하여 책임성립의 인과관계가 인정되는 사고 즉 원인이 복수인 경우에, 각 책임성립의 원인에게 전술한 두 단계, 즉 규범의 목적에 의한 법익 귀속 및 민법 제393조에 의한 손해 귀속 여부의 판단을 거쳐 각 원인에 책임범위의 인과관계가 인정되어 동일 손해의 배상책임이 각 사고의 가해자에게 귀속된다면, 책임범위의 인과관계에 있어서도 특수한 논의가 필요하다. 즉 동일 손해에 대하여 분할책임을 인정할 것인가의 여부와 그 분할의 방법에 대한 논의가 필요하다. 먼저 손해의 동일성이 전제로 된다는 점을 유의해야 한다. 각 원인에 각각 귀속하는 복수의 손해에 대하여 복수 원인의 인과관계 문제나 공동불법행위를 논의함은 잘못이라고 하겠다. 즉 책임범위에 포함되는 각 손해는 일체성이 인정되

65) III. 3. (3)의 도입문 참조.

66) 가령 선행행위자가 피해자의 음식에 서서히 반응하는 독물을 치사량만큼 투입하였고 피해자가 그 독물의 영향을 받기 이전이어서 평소의 그의 행동양식대로 출근 등을 하다가 교통사고 등 후속사고를 당한 경우에 선행행위자는 그 사망 결과에 어떠한 조건도 되지 못하는 것이다.

는 최소의 것을 각 단위로 하여 각각 평가될 것이다.

발생한 동일 손해 가운데 각 사고에 대응하는 부분을 특정할 수 있는 경우도 있다. 즉 동일손해이므로 두 사고 모두 그 손해에 대하여 책임성립의 인과관계에 있음은 전술한 바와 같다. 이러한 특정성이 인정되면 각 사고의 책임자는 각각에 대응하는 부분에 대하여만 단독으로 책임을 부담하는 것이 원칙이라고 하겠다. 다만 공동불법행위책임이 인정되는 경우는 후술하는 바와 같이 별론으로 함은 물론이다. 그러한 특정성이 부정된다면 두 행위자는 동일손해에 대한 기여도에 따른 비율적 분할책임을 짐이 원칙이라고 하겠다. 하지만 공동불법행위라는 특별규정이 적용되는 경우라면 분할책임에 대한 예외가 인정됨은 특정성이 인정되는 경우와 같다.

이처럼 그 최소 단위로서의 동일손해라고 할지라도 그 손해에 대한 금전적 배상은 가분적이라고 보아, 동일 범의침해 및 그로 인한 동일 손해에 대한 귀책원인이 복수이면 각 원인행위자는 각 기여도에 따라 분할책임을 지는 것이 원칙이라고 하겠다. 이러한 태도가 자기책임의 원리에 부합한다고 하겠다. 즉 동일 손해이므로 손해 자체를 분할하여 각 원인과의 대응 부분을 특정할 수 없지만, 각 기여도를 고려한 손해 배상액 분할을 허용해야 할 것이다.

문제는 그러한 특정성 및 기여도의 입증이다. 이를 주장하고 입증해야 하는 것은 가해자라고 하겠다. 즉 피해자는 손해의 동일성 및 가해자들이 그 동일손해의 책임성립 및 책임범위의 인과관계에 있음을 주장 및 입증하면 되는 것이라고 하겠다. 다만 공동불법행위가 인정되는 경우라면 가해자들의 특정성 및 기여도 입증을 통한 책임의 감면은 허용되지 않음은 후술하는 바와 같다.

## 5. 공동불법행위 법리의 위상 및 적용

이러한 사고 경합의 논의에 대한 특별규정이며 분할책임의 원칙에 대하여 예외를 규정한 전형적인 예가 공동불법행위에 관한 민법 제760조이다. 공동불법행위의 법리가 책임법에서 차지하는 위상, 즉 공동불법행위

에 관한 민법 제760조 규정은 인과관계에 관한 특별규정이라는 점을 염두에 둘 필요가 있다. 동조 제1항은 책임범위 인과관계의 특별규정이며,<sup>67)</sup> 제2항은 책임성립 및 책임범위 인과관계의 특별규정이라고 하겠고, 제3항은 교사와 방조를 그 실행과 일체의 행위로 묶어서 책임성립 및 책임범위의 인과관계 문제를 해결하여 실행 행위자의 그것을 교사나 방조 행위자의 그것으로 의제하고 있는 규정이라고 하겠다.<sup>68)</sup> 즉 동조는 피해자의 보호와 손해의 분산이라는 측면에서 책임성립 인과관계의 입증 및 분할책임 등에 대하여 예외를 인정한 것이라고 하겠다. 나아가서 동조 제1항과 제3항에는 가해자에 대한 가중된 비난가능성도 고려되었다고 하겠다. 따라서, 견해에 따라서는 가해자의 기여도 입증에 따라 감책된다고 하지만, 사건으로는 기여도에 따른 감책을 배제하고자 함이 공동불법행위 법리의 요체라고 할 것이며 따라서 제2항에서도 기여도 감책을 허용해서는 안된다. 이렇게 해석하는 것이 손해의 적절한 분산이라는 관점에 부합한다고 하겠다. 다만 제2항이 적용된다는 것은 손해와의 사이에 책임성립 인과관계가 인정되는 행위를 특정할 수 없는 경우에도 피해자인 원고의 손해배상청구를 인정하겠다는 의미이고, 이는 인과관계 입증책임 귀속으로 인한 원고의 불이익을 제거하고자 하는 것이라고 하겠다. 따라서 행위자가 그 책임성립 인과관계의 부존재를 입증하여 면책되는 것까지 배제하는 것은 아니라고 하겠다. 결과적으로 책임성립 인과관계의 입증책임이 원고에서 피고로 전환되는 것이다.

이상에서 인과관계론의 일반론을 먼저 언급하고 공동불법행위를 언급했지만, 실제의 사례를 불법행위책임의 관점에서 접근함에 있어서는 결

67) 다만 실행에 가담하지 아니한 공동모의자에게도 동항을 적용하는 판례(대판 1957. 3. 28. [4289 민상 551]. 곽윤직, 채권각론(2000), 528면에서 재인용)를 지지한다면, 민법 제760조 제1항을 책임성립의 인과관계에 대한 특별규정으로 이해해야 하는가의 의문이 있을 수 있다. 공동모의와 결과 사이의 인과관계를 인정하여 이 판결을 이해하는 입장(곽윤직, 동면)을 취하면 그렇게 불 필요는 없을 것이다. 이러한 접근에는 인과관계를 무리하게 인정한다는 지적이 가능할 것이며, 이보다는 실행 미가담의 공동모의에 민법 제760조 제3항을 유추적용하는 것으로 해결하는 것이 타당할 것이다.

68) 이 조항과 관련하여, 판례는 방조행위와 불법행위 사이의 상당인과관계를 요구한다(대판 1998. 12. 23. [98다31264]). 사건으로는 그러한 관계가 부인되는 방조는 동항의 방조에 해당하지 않는다고 할 것이다. 즉 방조행위 개념범위의 문제로 해결함이 논의를 보다 간명하게 한다고 하겠다.

국 공동불법행위의 성립 여부를 먼저 검토하고 그 성립이 부정되는 경우 인과관계론 등 책임법의 일반론에 따른 검토를 하게 될 것이다. 이 경우에 민법 제760조 제1항의 “공동의”를 어떻게 해석하는가가 매우 중요하다. 피해자의 두터운 보호와 가해자 집단에 대한 비난가능성을 형량해야 한다는 관점에서는 주관설에 입각하지 않을 수 없지만 그 주장되는 가해자가 다수라는 점에서 피해자 손해를 분산시키는 효과가 있다는 점을 고려하여, 객관설이 타당하다고 하겠다.

## 6. 의료사고 및 기타사고 경합의 특수성

경합되는 사고가 의료사고와 기타사고인 경우에는, 기타사고가 선행하며 의료사고가 후속하는 것이 통상적인 예이고, 그 예외는 매우 희박할 것이다.<sup>69)</sup> 그 예외적인 상황이라면, 일방사고와 타방사고 사이의 관계에 있어서 이를 의료사고 아닌 기타사고들 사이의 경합과 달리 취급될 특별한 이유는 없다고 하겠다. 따라서 통상적인 예이며 특별한 논의의 의미를 찾을 수 있는 경우란 후속사고가 의료사고인 경우, 즉 동일인이 기타사고와 의료사고를 순차적으로 당하여 피해를 입은 경우이다. 이 경우에 있어서 후속하는 의료사고의 결과가 선행사고의 결과와 동일성을 갖지 못하는 경우에도 전술한 바와 같이 일정한 경우에 선행사고에 조건성이 부여될 수 있어서 선행사고와 의료사고 결과 사이에 책임성립의 인과관계를 부여할 수 있을 것인가를 살펴본다.

그 진료과정에서 의사의 고의에 의한 의료사고는 선행사고 가해자에게 예상할 것을 기대할 수 없는 특수한 경우이므로 그러한 고의에 의한 의료사고의 경우에 선행사고의 조건성은 배제되어야 한다고 할 것이다. 고의에 의한 의료사고가 선행사고의 조건성을 배제한다면 의료사고가 중과실로 발생한 경우에도 이를 부정할 수 없을 것이다. 즉 결과에 대한 의욕은 물론 그 인식조차 없었지만, 정황상 결과 발생 가능성을 인식하는 것이 매우 용이하여 이를 인식하였다면 결과를 매우 용이하게 예방 내지

69) 가령 의료사고로 인하여 전원하던 중 교통사고를 당한 경우, 수술중 진료과오와 제조물 결함 등 다른 가해 원인이 동시에 기여한 경우 등 예외적인 상황이 있을 수 있다.

회피할 수 있었음에도 불구하고 이를 못한 경우로서 고의에 가까운 정도의 과실이라고 가정한다면, 이러한 의료사고에 의한 것으로서 선행사고와 동일성이 부정되는 결과라면, 그 결과에 대하여 선행사고에게 책임성립 인과관계는 부정되어야 한다고 할 것이다. 그렇다면 경과실의 의료사고는 선행사고의 조건성을 배제할 수 없는지 의문이다. 즉 통상적으로 의사가 기울이는 주의를 기대할 수 있다면 그러한 경과실에 의한 의료사고도 선행사고의 조건성을 배제하기에 충분하다고 할 것이다.

하지만, 신체적 범익을 침해하는 기타사고에는 진료가 불가피하게 후속하게 되고<sup>70)</sup> 따라서 의료사고에 의한 일정한 결과가 발생할 가능성이 상존한다는 특성이 있다고 하겠다. 진료행위의 후속이 불가피하다는 점은 그 후속하는 진료상의 사고 결과가 선행사고의 결과와 동일성이 부정되는 경우라고 하여도 선행사고에 귀책될 가능성을 높인다고 하겠다. 즉 기타사고 내지 그 결과가 의료사고 내지 그 결과의 조건으로 평가될 가능성이 매우 높다는 점이다. 기타사고로 인한 상해에 진료가 후속하는 것은 충분히 예상될 수 있는 것이므로 그러하다. 따라서 그 진료에 수반하는 사고의 위험 역시 예상의 범위에 들어가는 것이다. 이러한 특수성은 진료과정상의 의사의 유책성의 단계에 따라 선행사고의 조건성을 배제할 수 있는가를 논의함에 고려되어야 할 것이다. 결국은 고의, 중과실, 경과실, 무과실 등의 의료사고 중에서 의료사고의 결과에 대한 선행사고의 조건성을 어느 단계에서부터 인정할 것인가의 선택이다. 의료사고의 위와 같은 특수성을 어느 정도 고려하는가에 따라 달라질 것이다. 적어도 고의 의료사고의 결과에는 선행사고의 조건성을 부정하여도 좋을 것이다. 그리고 중과실을 증명법상 고의를 보완하는 기능으로 보는 시각에서는 이 역시 마찬가지로 보아도 좋을 것이다.”<sup>71)</sup>

70) 장정희, 전제논문, 195면은 교통사고와 의료사고가 동시에 발생하는 것이 아니라 후자가 후속함을 언급하고 있다. 하지만, 동면의 이 언급이 신체적 범익침해의 선행사고에 진료행위가 후속하는 것이 필연적이어서 후속 진료과오의 결과를 선행사고에 귀책시킴에 고려하고자 한 언급이 아님은 물론이다.

71) 장정희, 전제논문, 198면은 선행교통사고와 후속 의료사고 결과 사이의 조건관계는 항상 인정된다고 한다.

## IV. 관련 사례

우리 대법원 판례에 의사의 진료과오로서의 의료사고와 기타사고가 복합원인을 구성하는 사례가 몇 건이 있다. 이하에서는 우선 사고경합의 경우에 공동불법행위가 성립하기 위한 요건을 다룬 판결을 소개하고, 이어서 기타사고와 의료사고가 경합한 판결들의 사실과 판결의 내용을 간략히 정리한다.

### 1. 사고경합과 공동불법행위의 성부에 관한 판결

대법원 1989. 5. 23. 선고 87다카2723 판결<sup>72)</sup>

이 사건은 병원측의 시설하자 등이 문제되었을 뿐 진료과오에 관한 것은 아니지만 사고 경합의 논의에서 유의해야 할 점에 대한 대법원의 태도가 표명된 것이어서 아래에서 소개한다.

#### (1) 사실관계

원심이 확정한 바에 의하면, “망 김형노가 1984. 8. 8. 11 : 30경 전남대학교 후문 근방 도로상에서 피고 일신중기주식회사 소유 덤프트럭 운전수의 운전 잘못으로 그 차에 치어 뇌좌상중등중, 뇌기저부골절우측, 두피하혈중 등의 상해로 전치 8주를 요할 부상을 당하고 즉시 전남대학교 의과대학부속병원에 입원하여 치료를 받던 중 1984. 9. 10. 06 : 00경 병실을 빠져나와 비상계단 아래의 땅으로 추락하여 뇌간부 손상으로 사망”한 사건이다.

#### (2) 대법원 판결

원심은 운전자 측(일신중기주식회사)과 병원 측(이 사건에서는 동 병원 설치 유지자로서의 대한민국이 피고)의 공동불법행위를 인정하였지만, 대법원은 “양 행위가 시간과 장소에 괴리가 있고 결과발생에 있어서도 양 행위가 경합하여 단일한 결과를 발생시킨 것이 아니고 각 행위의 결

72) 법원공보 1989.7.15.(852), 974면 이하.

과 발생을 구별할 수 있으므로 그러한 경우에는 공동불법행위가 성립한다고 하기 어렵다. ... 원심으로서는 피고 일신중기주식회사의 배상책임을 정함에 있어서는 피해자 김형노의 추락사를 개의치 아니하고 동인이 교통사고로 부상한 결과 입게 된 손해를 심리하여 그 배상을 명하여야 할 것이고 피고 국의 배상책임을 정함에 있어서는 피해자가 병원에서 추락사하므로 인하여 발생한 손해를 산정(이때에 교통사고로 인한 손해액과 중첩되지 아니하도록 유의하여야 할 것이다)하여 각기 그 배상을 명하여야 할 것이고 전 손해액에 대하여 연대배상을 명한 것은 잘못이라 할 것이다.”라고 하여 원심판결을 파기하였다.

## 2. 기타사고와 의료사고 경합의 경우

(1) 대법원 1993. 1. 26. 선고 92다4871 판결<sup>73)</sup>

### 1) 사실관계

원심이 인정한 바에 의하면, “소외 용성용이 1984. 7. 10. ... 택시에 치어 ... 상해를 입고, 강남성모병원에서 응급치료를 받은 후 7. 13. 피고 경영의 ... 의원에 입원하여 7. 19.경 피고로부터 환부에 대한 1차 수술을 받았으나 수술부위에 천공이 생기고 고름이 나오는 등 골수염 및 골절부위 부전유합 증세를 보여 12. 11.경 해당 골절부위 관혈적 정복술 및 금속제 교정, 골이식 수술을 다시 받은 결과 골절부위유합상태도 양호하고 별다른 합병증의 조짐도 보이지 아니하여 1985. 3. 초순경에는 피고의 권고에 따라 구입한 보행보조기만 착용하고서 혼자 걸어 다닐 정도로 호전되어 더 이상 입원할 필요 없이 퇴원하여 통원치료만 며칠 받으면 족하니 퇴원해도 무방하다는 권유를 피고로부터 받던 중 3. 20.경 위 병원원장실에서 피고로부터 관절굴신운동을 시키는 물리치료를 받게 되었다. ... 피고는 진찰용 침대에 위 용성용을 옆드리게 하고 손으로 그의 좌측다리를 이리저리 꺾는 방법으로 관절굴신운동을 시키는 물리치료를 시행하게 되었는데, 이러한 경우 의사로서는 환자의 관절강직상태에 맞추어 무리가 가지 아니하는 범위 내에서 조

73) 법원공보 1993. 3. 15. (940), 849면 이하. 이 판결에 대한 평석으로 이기중, 전계논문 참조.



심하면서 위와 같은 굴신운동을 시켜야 하는데도 불구하고 위 용성용의 환부관절강직상태를 잘 살펴보지 아니한 채 다리를 이리저리 꺾어 위 용성용이 그 무릎에 굉장한 통증을 느껴 이를 호소하는데도 이를 무시하고 2분 내지 3분간 계속적으로 무리하게 위 다리를 꺾어 환부 내의 금속고정물이 이완되고, 위 골절부위가 다시 골절되었다(위 용성용이 위 물리치료를 받을 때까지 위 물리치료 외에는 넘어지거나 제대로 유합되었던 그 환부가 다시 골절될 정도로 다리에 충격을 받은 일이 없었다). ... 위 물리치료 후에는 위 용성용이 좌측대퇴부의 통증을 피고에게 수차 호소하였으나 피고는 간호원을 통하여 뜨거운 수건으로 찜질만 시키다가 1주일만에야 환부를 확인하고 엑스선촬영을 하여 본 결과 위와 같이 금속내고정물이 이완되고 제대로 유합되었던 골절부위가 다시 골절되었음을 확인하여, 4. 4.에 3차로 관혈적 정복술 및 금속재고정술을 시행하였으나 환부에서 고름이 나오고 위 3차 수술 후 3개월이 경과하도록 골유합이 되지 아니하자 7. 23. 그를 국립의료원으로 옮겨 입원하여 치료를 받으라고 하였다. ... 위 용성용은 1985. 7. 23.부터 1987. 6. 12.까지 위 국립의료원에서 좌측대퇴골 부전유합 및 골결손 등으로 좌측대퇴골이 6cm 내지 7cm 소실된 상태에서 입원 및 통원을 하면서 금속고정물제거, 우비골혈관이식 및 내고정시술을 받았고, 그 사이인 1986. 3. 18.부터 8. 4.까지는 권혁채정형외과에서 입원 및 통원치료를 받았으며, 한편 원고는 위 용성용의 위 국립의료원 및 위 권혁채정형외과에 대한 치료비채무를 보증한 관계로 그의 치료비로서 1987. 6. 19.까지 위 국립의료원에 금38,492,450원, 1986. 10. 13.까지 위 권혁채정형외과에 금2,182,000원 합계금40,674,450원을 지급하였다.”

하지만, 원심과는 달리 대법원은, “위 용성용은 피고가 경영하는 이광범정형외과의원에 입원하여 관혈적 정복술 및 금속판고정술과 골이식수술 등의 치료를 받은 결과 골절부위의 유합상태가 양호하게 되어 1985. 3. 중순경에는 보조기를 구입하여 착용하고 보행연습을 할 정도가 되었고, 1985. 3. 20. 당시에는 피고로부터 이제 얼마간 물리치료만 받으면 퇴원할 수 있다는 말을 들을 정도로 치유된 사실을 인정할 수 있을 뿐, ... 1985. 3. 20. 당시 위 용성용의 상태가 조만간 퇴원할 수 있을 정도로 호전되어 있었거나 이미 완치의 정도에까지 이르렀다고 보이지는 아니”한

다고 보아,<sup>74)</sup> 원심이 “그 당시 위 용성용이 거의 완치되었다가 피고의 과실로 인하여 제대로 유합된 골절부위가 다시 골절된 것처럼 사실을 인정”한 것은 잘못이라고 한다.

## 2) 대법원 판결

대법원은, 후속사고인 의료사고가 이미 거의 완치된 부위를 재골절시킨 것이라고 보고 선행사고인 교통사고와 재골절 상해 사이의 상당인과관계를 부정한 원심을 파기하였다.

대법원은 일반론으로, “교통사고로 인하여 상해를 입은 피해자가 치료를 받던 중 치료를 하던 의사의 과실 등으로 인한 의료사고로 증상이 악화되거나 새로운 증상이 생겨 손해가 확대된 경우에는, 특별한 다른 사정이 없는 한 그와 같은 손해와 교통사고 사이에도 상당인과관계가 있다고 보아야 할 것이므로, 교통사고와 의료사고가 각기 독립하여 불법행위의 요건을 갖추고 있으면서 객관적으로 관련되고 공동하여 위법하게 피해자에게 손해를 가한 것으로 인정된다면, 공동불법행위가 성립되어 공동불법행위자들이 연대하여 그와 같은 손해를 배상할 책임이 있”다는 입장을 취하였다.

이 사건에 대하여, “위 용성용은 이 사건 교통사고로 인하여 좌측대퇴골 분쇄골절 등의 상해를 입고 피고가 경영하는 정형외과의원에 입원하여 치료를 받던 중 의사인 피고의 물리치료상의 과실로 말미암아 유합되었던 골절 부위가 다시 골절된 것으로서, 그 당시 원래 골절되었던 상해부위가 상당한 정도로 치유되었다고 하더라도, 특별한 다른 사정이 없는 한 위와 같은 재골절과 이 사건 교통사고 사이에도 상당인과관계가 있다고 보아야 할 것이므로, 이 사건 교통사고와 의료사고는 위 용성용이 위와 같은 재골절로 인하여 입은 손해에 대한 관계에서 공동불법행위를 구성한다...” 라고 판시하였다.

## (2) 대법원 1994. 11. 25. 선고 94다35671 판결<sup>75)</sup>

### 1) 사실관계

원심판결이 확정된 사실로는 “피고 1의 승용차 운행상의 과실로 인하

74) 대법원은 “완치의 정도에까지 이를 정도로 치유되었다면 의사의 위와 같은 물리치료만에 의하여 쉽사리 재골절되지는 아니하였을 것이”라고 한다.

75) 법원공보 1995.1.1.(983), 99면 이하.

여 10주간의 가료를 요하는 좌측 상완부 간부 분쇄골절등의 상해를 입은 소외 1이 그 상해부위에 대한 수술을 위한 전신마취를 시행받다가 급성 심부전증을 불러 일으켜 사망의 결과에 이르게” 된 사건이다.

2) 대법원 판결

대법원은 전술한 92다4871 판결과 같은 일반론을 전제로 해서 이 사건에 대하여, “기록상 망인의 사망이 마취의사인 소외 2의 중대한 과실<sup>76)</sup>에 기인하는 것이라는 등 교통사고의 가해자인 피고 1에게 망인의 사망의 결과에 대한 책임을 부담시키는 것이 상당하지 아니하다고 인정되는 특단의 사정을 찾아볼 수 없는 이 사건에 있어서, 망인의 사망과 위 교통사고 사이에도 상당인과관계가 있다고 보아야 할 것이다.”고 하였다.

(3) 대법원 1997. 8. 29. 선고 96다46903 판결<sup>77)</sup>

1) 사실관계

원심이 확정된 사실에 의하면, “피고 1이 야기한 교통사고로 인하여 약 16주간의 치료를 요하는 좌경골 개방성 분쇄골절, 좌비골 분절골절 및 좌외과 견열골절상 등의 상해를 입은 장헌기가 그 상해 부위에 대한 수술을 위하여 전신마취를 시행하고 수술을 받던 중 심한 관상동맥경화증 및 만성허혈성심질환에 속발된 급성심근경색증을 일으켜 사망”한 사건이다.

2) 대법원 판결

대법원은 전술한 92다4871 판결과 같은 일반론을 전제로 해서 이 사건에 대하여, “기록상 장헌기의 사망이 수술을 담당한 의사들의 중대한 과실에 기인하는 것이라는 등 교통사고의 가해자인 피고 1에게 장헌기의 사망의 결과에 대한 책임을 부담시키는 것이 상당하지 아니하다고 인정되는 특단의 사정을 찾아볼 수 없는 이 사건에 있어서, 장헌기의 사망과 피고 1이 야기한 교통사고 사이에도 상당인과관계가 있다고 보아야 할 것이고, 한편 양 행위의 결과 발생을 구별할 수 있는 경우에 해당한다고 할 수도 없는 이상, 이 양 행위는 객관적 관련공동성이 있는 일련의 행위

76) 이를 이유로 하여 선행행위자와 후속 결과 사이의 상당인과관계를 부인하는 태도는 일본의 하급심 판결(東京地判 79. 7. 3. 判例時報 947-63)에서도 나타난다.

77) 판례공보 1997.10.1.(43), 2851면 이하.

로서 공동불법행위의 요건을 충족하였다고 할 것이므로 피고 1은 공동불법행위자로서 피고 재단법인 피고 2 병원과 연대하여 장헌기의 사망으로 인한 손해를 배상할 책임이 있다”고 하였다.

(4) 대법원 1998. 11. 24. 선고 98다32045 판결<sup>78)</sup>

1) 사실관계

원심이 확정된 바에 의하면, 피해자가 “피고가 일으킨 교통사고로 약 10주간의 치료를 요하는 좌고관절후방 탈구 및 좌대퇴골두 관절 내 골절 등의 상해를 입고 상해 부위에 대한 수술을 받기 위하여 전신마취를 하고 수술을 받던 중 앞서 본 바와 같은 의료과실로 사망한” 사건이다.

2) 대법원 판결

대법원은 전술한 92다4871 판결과 사실상 같은 일반론을 전제로 해서 이 사건에 대하여, “정송성의 사망이 그를 치료한 의사의 중대한 과실에 기인한 것이라는 등의<sup>79)</sup> 특별한 사정이 없으므로 교통사고와 정송성의 사망 사이에는 상당인과관계가 있고,<sup>80)</sup> 교통사고와 의료사고는 객관적으로 관련·공동성이 있는 일련의 행위로서 공동불법행위가 성립하므로 위 피고는 공동불법행위자로서 정송성의 사망에 따른 손해를 배상할 책임이 있다”고 한 원심의 판단을 정당하다고 하였다.

(5) 대법원 2000. 9. 8. 선고 99다48245 판결<sup>81)</sup>

1) 사실관계

78) 판례공보 1999. 1. 1.(73), 14면 이하.

79) 이 판결의 일반론은 92다4871 판결의 전술한 일반론 위에 중요한 삽입구가 추가된 것이다. 즉 확대손해와 선행행위 사이의 상당인과관계를 부정하는 특별한 사정으로 “의사에게 중대한 과실이 있다는 등의” 예를 명시하고 있다. 이 특별사정의 예는 음미할 필요가 있다. 이에 대하여 후술한다. 이러한 특별한 사정의 예시는 전술한 94다35671 판결, 96다46903 판결에서도 나타난 것으로 이를 일반론에 최초로 포함시킨 것이 98다32045 판결이다.

80) 이 판결을 소개함에 있어서 대법원이 상당인과관계를 교통사고와 ‘의료사고’ 사이에 인정한 것으로 표현하는 경우가 있다. 그러한 소개는 ‘의료사고’라는 표현으로 판결의 ‘사망’을 지칭하는 것을 의도한 것으로 이해된다. 이 논문에서는 의료사고는 경합 원인이며 사망이 그 결과이고 이 후속원인이 야기한 확대 손해가 선행원인에 귀책되는가의 문제를 다루는 것이므로 양자를 판결처럼 구분하여 사용하기로 한다.

81) 판례공보 2000. 11. 1.(117), 2074면 이하.

원심이 인정한 바에 의하면, “...피고 1은 ... 청암농장이라는 ... 관광농원의 소유자 겸 경영자이고, 피고 2는 ... 소재 병원의 운영자, 피고 3은 위 병원에서 피고 2에게 고용된 외과의사이며, 소외 망 이운길은 위 청암농장에서 체육시설을 사용하던 중 복부에 상해를 입고 위 파티마병원에서 피고 3으로부터 치료를 받다가 다른 병원으로 이송 중 사망한 자이고, ... 소외 망인은 ... 단합대회에 참가하여 ... 축구골대를 향하여 뛰어가면서 점프를 하여 축구골대의 전면 상단 가로대 부분을 손으로 잡다가 그 충격으로 앞으로 넘어지는 축구골대와 함께 지면으로 떨어지면서 축구골대의 전면 가로대 부분이 망인의 상복부를 충격하여 복강내출혈상 등을 입었다. ... 위 축구골대는 ... 지면에 고착시키는 장치가 없는 이동식으로 된 것으로서 ... 성인남자가 손으로만 밀어도 골대가 흔들려 넘어질 우려가 있는 불안정한 상태였는데 위 사고 당시 위 축구골대에는 아무런 고착장치가 설치되어 있지 아니하였다. ... 위 사고 직후 동료 직원인 지영희 등은 망인을 위 병원으로 후송하여 같은 날 15:25경 위 병원 응급실에 도착하여 위 병원 외과의사인 피고 3으로부터 치료를 받게 되었는데, ... 그 당시 망인의 의식은 정상적이었고, 복부통증을 호소하고 복부에 좌상이 있었으며, 혈압은 130-90으로 활력징후는 정상적이었다. ... 피고 3은 지영희에게 ... 보호자에게 연락을 취해 달라고 요청하고 간호사에게 수술준비를 하도록 지시하는 한편, 다른 장기의 동반 손상 여부 등 보다 자세한 상태를 확인하기 위해 같은 날 16:00경 복부 컴퓨터단층촬영을 실시하였으며, 위 촬영시 망인이 장파열 상태이므로 경구조영제가 아닌 혈관조영제를 사용하여 촬영하였다. ... 같은 날 16:30경에 결과가 나온 복부 컴퓨터단층촬영 소견상 망인은 복강 내 공기와 소량의 복수가 있고, 비장에 가느다란 검은 선이 보여 비장손상의 가능성이 있으며, 복수 가운데 군데군데 고밀도 음영이 보여 복강내출혈 가능성이 있고, 장간막내에 혈종으로 생각되는 7×7×3cm 크기의 연부조직음영이 관찰되어, 외상에 의한 소장파열 및 장간막내 혈종의 가능성, 비장 손상의 가능성이 있는 상태였고, 피고 3도 위 촬영결과를 보고 비장손상 등을 의심하였다. ... 망인의 처인 원고 하금숙 ... 위 원고는 집과 가까운 병원에서 치료를 받을 수 있는지 여부를 알아봐 달라고 부탁하였다. ... 피고 3은 보호자가

원한다면 다른 병원으로 옮겨도 좋다고 하였다. ... 위 피고는 위와 같이 컴퓨터단층촬영 결과 망인의 비장손상 의심이 있음에도 위 파티마병원으로부터 자동차로 1시간 정도 걸리는 거리에 있는 한마음외과의원으로 이송하여도 이송 도중 망인의 상태가 크게 악화되지는 않을 것이라고 만연히 생각하고 전원을 하도록 하라고 하였다. ... 피고 3은 망인에게 ... 수혈지시를 하는 한편, 전원소견서에 ... 내용을 기재하여 파티마병원의 구급차로 망인을 한마음외과의원으로 이송하게 하였다. ... 망인은 위 파티마병원 응급실에 도착할 때부터 이송할 무렵까지 의사소통이 가능할 정도로 의식이 있었는데, 피고 3은 망인의 전원을 결정함에 있어서 망인이나 망인의 처인 위 원고에게 직접 그 당시 망인이 시급히 수술을 받아야 하는 응급상태에 있었음에 대하여 설명을 한 바는 없었으며, 망인은 한마음외과의원으로 전원된다는 것을 알고 위 병원 간호조무사인 소외 연상미에게 통증을 호소하면서 여기서 수술을 받게 하지 어디로 데려가는 것이냐고 말하는 등 불만을 표시하였다. ... 망인을 태운 구급차에는 망인 이외에 구급차의 운전기사와 지영희만이 승차한 후 같은 날 17:00경 파티마병원을 출발하였는데 후송 도중인 18:00경 신갈인터체인지 부근에서 망인이 불편을 호소하는 등 의식이 있었으나 같은 날 18:10경 한마음외과의원에 도착하여 확인한 때에는 이미 사망한 상태였으며, 사후 부검을 실시하지 아니하였고, 망인의 사인은 장파열 및 복강내출혈 등으로 인한 허혈성 쇼크로 추정되었다.”

## 2) 대법원 판결

이 판결에서 대법원이, “사고로 인하여 상해를 입은 피해자가 치료를 받던 중 치료를 하던 의사의 과실 등으로 인한 의료사고로 증상이 악화되거나 새로운 증상이 생겨 손해가 확대된 경우에는, 의사에게 중대한 과실이 있다는 등의 특별한 사정이 없는 한 확대된 손해와 최초의 사고 사이에도 상당인과관계가 있다고 할 것이고, 위와 같은 특별한 사정의 존재에 관한 입증책임은 최초의 사고를 야기한 자에게 있다고 할 것이다.”라고 실시한 일반론은, 기본적으로 전술한 92다4871 판결의 일반론을 바탕으로 하여, 94다35671 판결 및 96다46903 판결에서 실시되었고 98다32045 판결에서 일반론에 추가한 “의사의 중대한 과실”, 즉 확대손해와

선행행위 사이의 인과관계를 부인하는 특별한 사정의 예시를 그대로 수용하고 있으며, 이 판결에서는 더 나아가서 그 입증책임의 소재를 명시하였는바 선행행위자 즉 인과관계를 부인하는 자에게 그 입증책임이 있음을 분명히 하였다.

대법원은 이 사건에 대하여, “피고 3의 과실은 인정되지만, 그에게 중대한 과실이 있음을 인정할 증거는 없는 이 사건에 있어, 원심이 최초의 사고와 망인의 사망 사이의 인과관계를 인정한 것은 정당하”라고 하였다.

### 3. 대법원 판결에 대한 검토

#### (1) 사고경합과 공동불법행위의 성부 그리고 인과관계론

87다카2723 판결에서, 선행사고와 후속사고 사이의 시간 및 장소의 괴리, 각 사고의 결과의 동일성 결여를 이유로 하여 공동불법행위 성립을 부정하였다. 이 사건에서 선행사고의 결과는 전치 8주의 상해이고 후속사고의 결과는 사망이다. 대법원은 양 사고의 가해자에게 민법 제760조의 책임을 물을 수 있는가의 여부에 대한 판단을 하였을 뿐이다. 하지만 공동불법행위의 성립이 부정되었다고 하여 선행행위자와 후속손해 사이의 성립 및 범위의 인과관계를 입증해서 그 손해를 선행행위자에게 귀책시키는 것이 완전히 배제되는 것은 아니다.

이 사건의 경우처럼 양자의 결과에 동일성이 부정되는 경우에 선행결과에 대하여는 선행사고 가해자가 단독책임을 진다. 하지만 후속결과에 대하여는 선행사고의 조건성이 있는지 검토되어야 한다. 그리하여 조건성이 인정되면 선행사고와 후속사고의 가해자 모두에게 책임성립의 원인이 인정되며, 사망이라는 동일한 손해가 각 가해자의 책임범위에 속하는지를 판단해야 할 것이다. 생명이라는 신체적 법익은 운전자의 안전운전 의무를 부과한 규범의 목적에 포함될 것이며 공작물 책임의 규범의 보호 목적에도 포함될 것이고, 그렇다면 그러한 법익침해의 결과로서의 손해는 통상의 손해와 인식 가능한 특별사정에 의한 손해의 범위에서 양 가해자에게 귀책될 것이다. 다만 양자 모두 또는 일부가 전술한 특정성 및 기여도의 입증을 통해 가해자는 분할책임을 질 수도 있다. 하지만 후속

손해인 사망에 대하여 민법 제760조 제2항의 책임이 인정되면 전술한 특정성 및 기여도의 입증을 하더라도 분할책임은 허용되지 않음은 전술한 바와 같다.<sup>82)</sup>

## (2) 선행사고와 의료사고의 경합에 관한 대법원 판결의 검토

### 1) 일반론의 분석

92다4871 판결에서 99다48245 판결에까지 계속 언급된 일반론, 즉 “교통사고로 인하여 상해를 입은 피해자가 치료를 받던 중 치료를 하던 의사의 과실 등으로 인한 의료사고로 증상이 악화되거나 새로운 증상이 생겨 손해가 확대된 경우에는, 특별한 다른 사정이 없는 한 그와 같은 손해와 교통사고 사이에도 상당인과관계가 있다고 보아야 할 것이므로, 교통사고와 의료사고가 각기 독립하여 불법행위의 요건을 갖추고 있으면서 객관적으로 관련되고 공동하여 위법하게 피해자에게 손해를 가한 것으로 인정된다면, 공동불법행위가 성립되어 공동불법행위자들이 연대하여 그와 같은 손해를 배상할 책임이 있는 것이다.”라고 설시된 일반론은 98다32045 판결부터는 확대손해와 선행사고인 교통사고 사이의 상당인과관계를 부인하는 “특별한 다른 사정”의 한 예로 94다35671판결과 96다46903의 당해 사건 관련 설시에서 언급되어 온 “치료한 의사의 중대한 과실”을 포함시켰으며, 이는 99다48245 판결에서도 원용되었고, 동 판결에서는 그러한 입증책임은 “최초의 사고를 야기한 자”에게 있다는 점이 일반론에 추가되었다.

이러한 대법원의 일반론에 의하여 선행사고에 확대손해가 귀책되는 경우를 분석하면 다음과 점이 유념되어야 한다.

첫째, 선행사고와 의료사고가 순차적으로 발생한 경우라야 한다.

둘째, 의료사고는 선행사고로 인한 상해를 치료하던 의사의 과실이어야 한다.

셋째, 의료사고로 피해자의 증상이 악화되었거나 새로운 증상이 생긴 경우라야 한다.

82) 이러한 사건의 경우에 가해자 불명에 관한 공동불법행위 규정이 적용될 수 있는지에 대하여는 추후 더 검토할 필요가 있다.



넷째, 선행사고와 그 확대손해 사이에 상당인과관계를 부정할 만한 특별한 사정이 없어야 하며, 치료 의사의 중대한 과실이 그 특별한 사정에 해당하고, 이 특별한 사정에 대한 입증책임은 선행사고를 야기한 자에게 있다.

이상의 일반론은 선행사고와 후속사고가 각 결과를 야기하였고 두 결과 사이의 동일성이 인정는 경우와 부정되는 경우 모두에 대한 것이다. 대법원은 선행사고로 인한 상해를 치료하는 과정에서 의료사고가 발생하였으므로 일단 그 후속사고의 결과와 선행사고 사이의 상당인과관계를 원칙적으로 인정하고 예외적으로 선행사고 야기자가 그 관계를 부정할만한 특별한 사정을 입증하면 그 관계를 부정하겠다는 것이다. 대법원은 인과관계를 성립과 범위의 그것으로 구분하지 않는 입장이므로, 이 특별한 사정이 어떠한 인과관계를 부정하는 것인지 알 수 없다. 하지만 여기서 의료사고가 선행사고로 인한 상해를 치료하던 중에 발생하였다는 점에서 일단 인정되는 상당인과관계는 책임성립의 그것으로 여겨진다. 다만, 의료사고의 중과실로 부정되는 상당인과관계는 후속사고가 선행사고 결과를 악화시킨 경우 즉 두 결과 사이의 동일성이 인정되는 경우에는 책임 범위의 인과관계를 부정하는 것이라고 보아야 하며, 후속사고로 새로운 증상이 야기된 경우 즉 동일성이 부정되는 경우에는 책임성립의 인과관계가 부정되는 경우라고 할 수 있겠다.

## 2) 위 일반론을 적용한 각 판결의 검토

### 가. 92다4871 판결에 대한 검토

전국 택시운송사업조합연합회가 육운진흥법 제8조 및 같은법시행령 제11조에 따라서 그 내부에 공제조합을 설치하여, 공제계약을 체결한 택시운송사업자가 그 소유자동차의 운행으로 인한 교통사고로 제3자에게 치료비 등 손해배상책임을 지게 되는 경우에, 그 조합원을 대위하여 그 손해를 보상하는 공제사업을 수행하고 있다. 이 경우의 공제사업은 성질상 상호보험과 유사한 것이므로, 상법 제664조를 유추적용하여 “손해가 제3자의 행위로 인하여 생긴 경우에 보험금액을 지급한 보험자는 그 지급한 금액의 한도에서 그 제3자에 대한 보험계약자 또는 피보험자의 권리를 취득한다”는 보험자대위에 관한 상법 제682조를 준용할 수 있다고 한 점과 관

련하여, 가해자 상호간의 구상권이 상법 제682조의 대위 객체 권리, 즉 제3자의 행위로 인하여 생긴 손해의 배상청구권에 해당하는가의 의문제기는 이 논문에서는 보류하고, 일단 이를 긍정하는 전제에서 논의를 전개한다.

이 판결에서 이 논문 관련 핵심 쟁점은 선행사고로 인한 손해가 거의 완치되었는가 여부에 따라 원심과 대법원이 선행사고와 후속손해의 인과관계를 달리 보았다는 점이다. 사실확정의 당부가 아니라 것처럼 선행사고로 인한 손해에 대한 진료가 어느 정도 진행된 단계에서 선행사고와 후속손해 사이의 책임성립 인과관계를 부정할 것인가의 문제이다. 같은 부위의 동종 상해이고 의료사고가 발생한 계기로 선행사고가 인정되는 경우에도 그러한지 등에 대한 검토가 필요하다.

일견 선행사고와 후속 결과 사이의 상당인과관계를 부정한 원심은 선행사고로 인한 골절과 후속사고로 인한 골절은 동일성이 없다고 본 것이며, 이 경우에 원심은 선행사고와 후속 결과 사이의 책임성립 또는 책임범위의 인과관계를 부정한 것이다. 대법원은 두 골절 사이의 동일성을 인정하였고 선행사고와 후속 골절 사이의 상당인과관계를 인정하여 후속골절에 대한 선행사고와 후속사고 사이의 경합을 인정하여 공동불법행위책임을 인정한 것이다. 원심과 대법원 사이의 판단 차이는 사실 문제이지 법리문제라고 보이지는 않는다. 즉 선행사고로 인한 골절이 거의 완치되었는가의 여부에 대한 판단에 그 차이가 있을 뿐이다.

생각건대, 거의 완치된 상태가 아니라면 동일성의 인정이 가능하며 그러한 경우라면 악화된 결과와 선행사고 사이에 책임성립 인과관계가 인정되며 다만 책임범위와 관련하여 특정성 및 기여도 입증을 통해 각 가해자는 책임범위 감축이 가능할 것이며, 양자 사이의 공동불법행위가 인정되면 그러한 감축이 허용되지 않음은 전술한 바와 같다. 거의 완치된 상태라면 동일성이 부정될 것인가에 대한 판단을 해야 할 것이다. 이는 사실 판단의 문제이나, 그리하여 동일성이 부정된다면 후속사고 내지 그 결과에 대한 선행사고의 조건성이 인정되는지의 여부를 판단해야 한다. 이 사건에서 후속사고가 중과실이라고 볼 수 있는지 아니면 경과실에 불과한지의 판단이 우선 필요한바, 중과실이라고 여겨지지 않는다. 그렇다면 위 조건성이 인정되어 선행사고와 후속 결과 사이에 책임성립의 인과

관계가 인정된다고 하겠다. 그렇다면 원심의 사실판단을 전제로 하여도 후속 결과에 대하여 선행사고의 가해자는 그 결과와의 사이에 책임성립 인과관계가 인정되고 객관적 관련공동설에 입각할 경우 후속사고 가해자와의 사이에 공동불법행위자로서의 연대책임이 인정될 것이다.

나. 94다35671 판결에 대한 검토

선행사고인 교통사고로 인한 10주 가료를 요하는 상해 부위의 수술을 위한 전신마취를 시행하는 중에 급성심부전증이 발생하여 사망한 사건이다. 대법원은 의사의 중대한 과실 등 일반론에서 말하는 특별한 사정의 존재를 부인하였고 이에 선행사고와 후속 결과인 사망 사이의 상당인과 관계를 인정하였고 선행사고의 가해자의 후속사고의 가해자의 공동불법행위의 성립을 인정하였다.

생각건대, 이 사건에서의 후속사고는 선행사고의 연속선상에서 발생한 것이므로 양 사고의 결과는 일체성을 띤다. 따라서 선행사고와 후속사고 결과 사이에 책임성립 인과관계가 인정된다. 마취과정에서 삼관법의 선택상 잘못 등에서 의사의 중대한 과실이 인정될 수 있는가는 사실 판단의 문제로서 여기서는 판단을 유보한다.<sup>83)</sup> 나아가서 전술한 바와 같이 객관적 관련공동설에 입각한다면 양 가해자 사이의 공동불법행위가 인정되므로, 전술한 특정성이나 기여도의 입증을 통한 책임범위의 감축은 허용되지 않을 것이다.

다. 96다46903 판결에 대한 검토

선행사고인 교통사고로 인하여 16주 치료를 요하는 상해 부위의 수술을 받던 중 사망한 사건으로서, 검토의 내용은 94다35671 판결에서 언급한 것과 같다.

라. 98다32045 판결에 대한 검토

선행사고인 교통사고로 인하여 10주 치료를 요하는 상해를 입은 피해

83) 이 판결에서 선행사고와 후속사고의 각 결과 사이에 동일성이 인정되므로, 그 동일성이 부정되는 경우에 선행사고와 후속사고 결과 사이의 책임성립 인과관계의 인정여부에 대한 고려사항으로서의 치료상 중대한 과실의 유무를 판단함은 의미가 없다고 하겠다. 후속사고 가해자의 중과실 여부가 기여도 판단에는 의미가 있지만, 구상권 행사의 경우가 아니고, 공동불법행위를 이유로하여 피해자가 가해자들에게 손해배상을 청구하는 소송에서는 기여도에 따른 감축이 부정되므로 역시 그 판단은 무의미하다고 하겠다.

자가 그 수술 중 마취의 부작용으로 사망한 사건으로서, 검토의 내용은 94다35671 판결에서 언급한 것과 같다.

마. 99다48245 판결에 대한 검토

선행사고는 공작물하자로 인한 상해이었고 초기 진료를 한 의료기관에서 환자에게 비장 손상 가능성이 의심되었음에도 불구하고 1시간 여 거리의 다른 병원으로의 이송을 허용하여 이송 중 환자가 사망하자, 환자측이 하자 있는 공작물 소유자, 전원을 허용한 의료기관 개설자, 그 전원을 허용한 의사 등을 상대로 손해배상을 청구한 사건이다.

이 판결의 특징은 위에서 본 일반론의 요건에 부합하는 것인지에 대하여 의문이 있을 수 있다는 점이다. 전술한 일반론은 후속하는 의료사고가 선행사고로 인한 상해를 치료하던 의사의 과실이고, 의료사고로 피해자의 증상이 악화되었거나 새로운 증상이 생긴 경우에 적용되는 것이다. 이 사건은 적극적인 치료 과정상 발생한 의료사고가 아니라 전원 중 발생한 것이다. 즉 후속사고가 의사가 선행사고로 인한 결과인 상해를 치료하는 의학적 처리를 적극적으로 하는 과정에서의 과실이 아니라 환자측의 전원 요구를 의학적 준칙에 반하여 수용하였다는 점에 있는 것이다. 그래서 일반론의 적용에 의문의 여지가 있을 수 있다. 그리고 이 사건이 과연 진료과오사건인가 아니면 설명해태 사건인가의 의문의 여지도 있을 수 있다. 만일 후자라면 교통사고 가해자와 설명의무를 해태한 의사측은 각기 침해한 법익이 다르므로 공동불법행위자가 근본적으로 될 수 없음은 물론이다. 하지만 전원을 허용하지 않고, 설사 환자의 부인이 거절하더라도 의식 있는 성인 환자 자신의 결정으로, 상황에 따라서는 환자 본인의 의사 확인 절차 없이도 응급처치를 하였어야 하는 상황에서 이를 아니하고 전원을 허용하였음은 의학준칙에 반하는 부작위에 의한 진료과오라고 평가되는 것이다. 그렇다면 침해 법익은 교통사고와 마찬가지로 신체적 법익이 된다고 하겠다. 그리고 이러한 진료과오는 교통사고로 인한 상해의 진료과정에서 발생한 것이라고 본다면 이 사건도 전술한 일반론에 부합하는 사건이라고 하겠다.

한편 위 대법원 판례상의 각 사례를 살펴보면, 94다35671 판결, 96다46903 판결, 98다32045 판결은 선행사고의 가해력이 존속하는 것으로 판

단된다. 하지만 99다48245 판결의 경우, 선행원인인 제조물결함 및 공작물하자의 가해력이 수술 지연 및 전원 허용이라는 후속행위로 인한 사망에까지 미치는 것인지에 대하여는 의문이 있을 수 있다. 하지만 초기 응급처치와 전원 조치 등 일련의 과정을 진료의 과정이라고 보아도 될 것이고, 그 진료의 과정은 선행사고의 결과인 상해에 의하여 야기된 과정이라고 본다면 후속사고 결과인 사망도 선행사고의 결과인 상해의 연속선상에 있어 일체성이 인정되는 결과라고 하겠다.

그렇다면 이 사건에 대한 검토의 내용도 94다35671 판결에서 언급한 것과 같다고 하겠다.

## V. 결 론

이상에서 기타사고와 의료사고가 경합한 경우에 있어서 선행사고인 기타사고 가해자가 후속사고인 의료사고 결과에 대하여 어떠한 관계에 있는가를 살펴보았다. 책임법의 전반적인 체계에서 이러한 사고경합의 문제를 살펴보았다. 공동불법행위의 법리가 적용되기 이전에 인과관계론에서 사고경합의 경우에 관한 논의가 선행되어야 하며 이를 바탕으로 공동불법행위의 특수한 법리가 적용되어야 한다고 보았다. 책임성립의 인과관계를 C1, 책임범위의 인과관계를 C2, 선행사고를 E1 후속사고를 E2, 선행결과를 D1, 후속결과를 D2라고 하여 본인의 입장을 요약하면 다음과 같다.

C1 논의에 관한 본인의 입장은 먼저 E1과 E2가 동시에 발생한 경우와 순차로 발생한 경우를 구분하는 것으로 출발한다. 동시발생의 경우에는 E1과 E2가 모두 필요조건인 경우에는 모든 관계의 C1을 인정하고, 기타의 경우에는 모든 관계의 C2를 부인한다. 순차발생의 경우는 E1과 E2가 각각 D1과 D2를 발생시킨 경우, D2만 발생한 경우, D1만 발생한 경우로 3분하였다. 이 세 경우를 분설하면 아래와 같다.

가장 복잡한 경우로서 D1/D2 모두 발생한 경우에, 먼저 D1과 D2의 동일성 여부를 또 나누어, 그 동일성이 인정되는 경우에 D2에 대하여 E2는 물론 E1과의 C1을 인정한다. 그 동일성이 부정되는 경우에, E1-D2 사이

의 C1 인정여부가 문제인데, 이는 E1에 의하여 조성된 사실 상황이 E2에 의한 D2 발생의 조건이었지만 E2에 의하여 변경된 경우인가, 아니면 그 사실 상황이 그대로 유지된 경우인가의 여하를 구분하여, 전자의 경우에는 E1-D2 사이의 C1을 인정하고, 후자의 경우에는 그 C1을 부인한다. 하지만 E1에 의하여 조성된 사실 상황의 변경이 자연적이며 유형적인 것이거나 E2가 대한 예견가능한 것이라면, 그 변경에도 불구하고 E1-D2 사이의 C1을 인정한다. E2에 대한 예견가능성은 그 행위자의 고의/중과실/경과실/무과실의 각 단계에 따라 달라질 수 있으며, 고의/중과실의 그것에 대하여는 위 예견가능성을 부정한다. 이러한 논리로 대법원 판례의 태도를 존중하기로 한다. 기타사고로 인한 인신상해에는 진료가 필수적으로 수반하는 특성이 진료과오라는 E2의 예견가능성 판단에 고려되어야 한다. 이러한 관점에서 본다면 E1과 E2 사이의 시간차이의 의미는 크지 않다고 하겠다.

그리고 D2만 발생한 소위 추월적 인과경과의 경우에는 E1이 D2의 조건이면 E1-D2 사이의 C1을 인정하며 그렇지 않으면 그 C1을 부인한다. D1만 발생한 가정적 인과경과의 경우에 E2와 D1 사이의 C1은 당연히 부인된다.

C2 논의에 관한 본인의 입장을 요약한다. 기본적으로 책임범위에 포함되는 범익인지 여부의 판단은 규범목적설에 입각하며, 각 범익 침해로 인한 손해가 그 범위에 포함되는지 여부의 판단에는 민법 제393조의 법리를 적용시킨다. 이러한 바탕 위에, 동일한 범익 내지 손해에 대한 C1 및 C2가 E1과 E2 모두에 인정되는 경우에는 각 가해자가 그 특정성 내지 기여도를 입증하여 각 분할책임을 원칙적인 것으로 보았고, 그로 인하여 부분적으로 나타나는 불합리한 점은 공동불법행위의 특칙으로 해결하는 것으로 보았다. 민법 제760조 제1항은 전술한 분할책임을 원칙으로 하는 C2에 대한 특칙이고, 제2항은 C1 및 C2의 특칙이며 가해자의 C1 부재 입증으로 면책을 허용하고, 제3항은 행위 일체성 의제로 인한 C1 및 C2의 특칙이라고 보았으며, 특정성 내지 기여도 입증에 의하여 C2의 특칙을 배제하는 것을 부정하였다.

나아가서 진료과오와 기타 사고가 경합한 사건에 대한 대법원 판결들

을 검토하였다. 사실관계에 대한 대법원의 입장을 존중하고 그 논리 전개  
의 과정에 대한 분석을 제외한다면 결론에 대하여는 대체적으로 찬성하  
는 편이다. 다만 그 사건에 대하여 책임법적 고찰을 하면서 소송당사자에  
포함되지 않았거나 그들이 주장하지 않아 판결에 나타날 수 없었던 점들  
도 일부 검토하였다.

그리고 본인이 생각한 쟁점들을 중심으로 국내외 논의의 각 견해들과  
관련 판결들을 정리하여 소개하고자 하였지만, 이는 본인이 검토한 미국  
논의의 상세한 내용과 독일의 논의에 대한 소개와 함께 다음 기회로 미  
루기로 한다.