

의료사고 소송상 인과관계 추정

- 대법원 판례의 요지에 관한 소견 -

안 법 영

I. 문제의 인식	IV. 인과관계의 추정 기점으로로서 과실판단
II. 사실상 추정	V. 판례의 추이
III. 증명도의 경감과 문제점	VI. 결론적 소견

오늘 논제는, 이미 잘 알려진 바와 같이, 대법원이 1995. 2. 10. ‘다한증 사건’ 판결¹⁾에서 불법행위책임의 성립요건으로서 의료행위의 오류와 환자의 피해 발생 사이의 인과관계 증명에 관해 환자 측의 증명곤란을 해소하고자 그 입증부담을 경감하는 논지로써 제시한 이후, 10여 년 동안 적지 않은 의료사고 소송의 판결이유에서 인용되고 있는 다음 요지에 관한 소견을 제시하는 것이다.

“환자가 치료 도중에 사망한 경우에 있어서는 피해자측에서 일련의 의료행위 과정에 있어서 저질러진 일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실 있는 행위를 입증하고 그 결과와 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 전혀 다른 원인으로 말미암

* 고려대 법과대학 교수

1) ‘다한증 사건’ : 대법원 1995. 2. 10. 선고 93다52402 판결(공 1995, 1281).

은 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 하지 않을 수 없다.”

I. 문제의 인식

위 요지는 우선 2가지 관점에서 분리하여 검토되어야 할 것이다. 그 하나는 ‘다한증 사건’이라는 개별 사안에 관한 구체적인 판결 이유상 논거로서 파악하는 것이며, 다른 하나는 위 판결 논지의 해의를 통해 의료사고에 대한 불법행위 손해배상 책임귀속에서 인과관계 추정의 법리로서 고찰하는 것이다. 특히 후자의 관점은 위 논거가 다수의 의료사건 소송의 판결들에서 반복적으로 원용되면서 판례의 요지로 확립되어 가고 있어,²⁾ 그에 상응한 의료사고 소송에 고유한 인과관계 추정의 일반법리로서 의미를 검토하는 것이다.

그리고 이러한 검토에서 중요한 것은 또한 그 취지와 목적으로서, 의료행위에서 의사의 진료상 오류에 의해 환자에게 사망 등의 악결과가 발생하였다는 인과관계가 증명되지 않는 원인불명의 사안에서, 위에서 인용한 판결 요지의 전단부에서 밝히고 있듯이 의료의 특수성에 비추어,³⁾

- 2) 2003. 11. 27. 대법원 판결에서는 위 판례 요지에 의해 ‘입증책임을 완화하는 것이 당원의 확립된 판례’라고 하는 표현도 나타나고 있다. ‘청신경초종 사건’ : 대법원 2003. 11. 27. 선고 2001다20127 판결(공 2004, 5): “의료상 과실과 결과 사이의 인과관계를 추정하여 손해배상책임을 지울 수 있도록 입증책임을 완화하는 것이 당원의 확립된 판례이나(대법원 1995. 2. 10. 선고 93다52402 판결 참조), ...”.
- 3) 위 판결 논지의 전단부에서는 “원래 의료행위에 있어서 주의의무 위반으로 인한 불법행위 또는 채무불이행으로 인한 책임이 있다고 하기 위하여는 의료행위상의 주의의무의 위반과 손해의 발생과의 사이의 인과관계의 존재가 전제되어야 하나, 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 것인지 여부는 전문가인 의사가 아닌 보통인 으로서는 도저히 밝혀낼 수 없는 특수성이” 이 있다는 점을 실시함으로써, “환자 측이 의사의 의료행위상의 주의의무 위반과 손해의 발생과 사이의 인과관계를 의학

“의료상 과실과 결과 사이의 인과관계를 추정하여 손해배상책임을 지을 수 있도록 입증책임을 완화” 하는 것이라는 점이다.

나아가 위 판결 요지의 내용상 이론적 기초가 함께 정립되어야 할 것이다. 위 요지는 환자 측의 증명부담을 경감하는 요건을 비교적 구체적으로 제시하고 있으며, 이와 관련해서 다양한 이론적 논의가 고려될 수 있으나, 가장 설득력이 있고 유력한 것은 이른바 ‘사실상 추정론’과 ‘개연성론’이라고 여겨진다.⁴⁾

그밖에 방법적 측면에서 본다면, 위 판결 요지는 실정 법규정의 적용을 위한 해석론이 아니라, 오히려 책임성립에 관한 실정 규정과 다르게 인과관계에 관한 증명책임을 예외를 인정하는 것이다. 따라서 이러한 판결 요지가 갖는 법기능적 의미는 해당 법제도(불법행위)와 그 실정 법규정(민법 제750조), 그리고 그 기반을 이루고 있는 책임귀속의 일반원칙(과책주의)과의 상관성이 함께 고찰되어야 한다.

Ⅱ. 사실상 추정

의료사고의 민사 손해배상소송에서 우리 판례는 ‘사실상 추정론’의 이

적으로 완벽하게 입증한다는 것은 극히 어려우므로”라고 하여 의료사고에서 인과관계 입증, 특히 환자 측의 입증부담을 지적하고 있다.

- 4) 위 요지에 관한 대법원의 입장은 ‘다한증 사건’ 판결에서 처음 천명된 것이 아니고, 그 동안 대법원이 입증의 경감에 관한 판례를 계속적으로 내어 오면서 부분적으로 정리되어 오던 의료과오소송에 있어서 인과관계와 과실에 관한 입장들을 종합적으로 정리하여 실시한 것이라는 견해는 손용근, 의료과오소송의 증명책임에 관한 대법원 최근판례 소고, 민사재판의 제문제(하), 1995, 167, 187면 참조. 그밖에 조희종, 의료과오소송(1996), 106면 이하: “사실상 추정설 또는 간접반증설의 입장을 취하였다.”; ‘다한증 사건’의 인과관계 추정 논지를 원용하지는 않은 ‘흉추골절진단 사건’ 판결[대법원 1998. 2. 27. 선고 97다38442 판결(공 1998, 872)]의 평석과 관련하여 판례의 전반적인 인과관계의 증명의 완화를 ‘사실상 추정’으로 평가하는 견해는 최재천, 의료과오소송에 있어서의 입증책임을 완화, 판례월보(1998. 10), 19, 26면 이하; 신현호, 의료소송총론(1997), 297면 이하에서는 동일한 요지를 인용한 서울고등법원 등의 하급심 판결을 개연성이론에 근거한 판결이라고 한다. 그밖에 단순히 ‘입증책임을 완화’라고만 평가하는 견해[이시윤, 민사소송법, 제4판(2001), 520면], 일련의 판결례를 “일단의 추정과 간접반증이론에 의한 증명책임을 완화”라고 하는 견해[정동윤/유병현, 민사소송법(2005), 516면] 참조.

론적 기초에서 주로 ‘시간적 근접성’ 과 ‘다른 원인의 불개재’, 그리고 그 밖의 사건 전개에의 정황 등을 고려하여, 의사의 진료상 과실행위와 환자의 피해 발생 사이에 인과관계를 추정하는 법리를 전개하고 있다.

‘다한증 사건’ 판결의 논지의 내용도, 넓게 본다면, 이러한 범주를 벗어나지 않고 있다고 판단된다. 또한 다른 한편으로는 위 요지를 원용하지 않고서 ‘사실상 추정론’에 기초하여 인과관계를 추정하는 판례의 흐름도 지속되고 있다는 점이 주목된다.⁵⁾ 그런데 양자의 판례 흐름은 진료상 오류에 관한 과실 판단과 환자의 악결과에 대한 인과관계를 동시에 추정하는 판결이유의 구성과 적용 사안에서 다소의 차이가 있다고 할 수 있겠으나, 그 실시된 논지의 실질에서는 크게 다르지 않다고 할 수 있을 것이다. 다만, ‘다한증 사건’의 논지는 인과관계 추정의 ‘요건’을 비교적 명확하게 제시한 점에서 판례 ‘요지’로서 실무상 기능성과 법적 안정성에 기여할 수 있을 것으로 여겨진다.

Ⅲ. 증명도의 경감과 문제점

소송에서 법관이 요건사실의 진부를 판단함에 있어서는 자유로운 확신에 의한다(자유심증주의).⁶⁾ 이에 관해 민사소송법 제202조는 “법원은 변

5) 이에 관한 상세한 논의는 유보하며, 일련의 판결례들만을 제시한다. ‘콜레라 예방 접종 사건’ : 대법원 1977. 8. 23. 선고 77다686 판결(공 1977, 10246); ‘출산 뇌성마비 사건’ : 대법원 1992. 12. 8. 선고 92다29924 판결(공 1993, 431); ‘척추전방유합 수술 사건’ : 대법원 1993. 7. 27. 선고 92다15031 판결(공 1993, 2381); ‘전방경추유합 수술 사건’ : 대법원 1995. 3. 10. 선고 94다39567 판결(공 1995, 1586); ‘망막박리유착 수술 사건’ : 대법원 1995. 3. 17. 선고 93다41075 판결(공 1995, 1702); ‘흡입분만 사건’ : 대법원 1997. 2. 11. 선고 96다5933 판결(공 1997, 730); ‘개심수술 뇌전색 사건(II)’ : 대법원 1997. 7. 22. 선고 96다37862 판결(공 1997, 2621); ‘흉추골절진단 사건’ : 대법원 1998. 2. 27. 선고 97다38442 판결(공 1998, 872); ‘대동맥박리 사건’ : 대법원 2000. 7. 7. 선고 99다66382 판결(공 2000, 1878); ‘척추관협착증 사건’ : 대법원 2002. 8. 23. 선고 2000다37265 판결(공 2002, 2176); ‘뇌혈관조영술 사건’ : 대법원 2004. 10. 28. 선고 2002다45185 판결(공 2004, 1929) 참조.

6) 이시윤, 앞의 책, 499면 이하: 자유심증주의(freie Beweiswürdigung)라 함은 사실의 진부를 판단함에 있어서 법관이 증거법칙에 제약을 받지 않고, 변론의 전취지와 증

론 전체의 취지와 증거조사의 결과를 참작하여 자유로운 심증으로 사회 정의와 형평의 이념에 입각하여 논리와 경험의 법칙에 따라 사실주장이 진실한지 아닌지를 판단한다”고 규정하고 있다. 여기에서 법관의 확신은 실제 생활에 적용될 수 있는 정도의 정확성, 즉 의심을 완전히 배제할 수 없으나 그 의심에 침묵을 명할 정도의 정확성을 의미한다. 다시 말하면 자연과학적 증명이 아니라 ‘역사적 증명(historischer Beweis)’으로서 ‘고도의 개연성의 확신’을 말한다. 따라서 객관적으로는 고도의 개연성을, 주관적으로는 법관의 확신을 요구한다.⁷⁾

그런데 의료사고에 관한 법적 분쟁에서 특히 문제가 되는 것은, 비록 엄밀한 자연과학적 증명이 아닌 역사적 증명이라 할지라도, 의사의 진료상 오류로 인해 환자에게 피해가 발생하였다는 사실적 원인관계가 규명되지 않고, 비록 확률적으로나마 낮은 가능성도 밝혀지지 않은 채 인과관계가 원인불명(non liquet)이 되는 경우이다.⁸⁾

개별 사안으로서 ‘다한증 사건’ 판결에서는, “피해자측에서 일련의 의료행위 과정에 있어서 저질러진 일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실 있는 행위를 입증”토록 한 논지에 따라, 인과관계의 추정 기점으로 삼은 ‘진료상 과실행위’를 판단함에 있어서 일련의 정황적인 간접증거들을 통해, 그리고 설명의무의 위반을 추가로 포함하여, 환자 측의 증명부담을 완화 내지 경감함으로써 구체적 타당성 있는 판결 결과들도 모아왔음은 다언을 요하지 않는다.⁹⁾

거자료를 참작하여 형성된 자유로운 심증으로 행할 수 있는 원칙이다. 이에 대립하는 원칙은 법정증거주의(formelle Beweisregeln)로서, 증거능력이나 증거력(증거가치)이 법률로 정해져 있어 법관이 사실인정에서 반드시 이러한 증거법칙에 구속되는 원칙을 말한다.

- 7) 이시윤, 앞의 책, 504면; 정동윤/유병현, 앞의 책, 489면 참조.
- 8) 양삼승, 의료과오로 인한 민사책임의 발생요건, 민법학논총(1985), 746, 746, 751면; 조희중, 의료과오소송(1996), 100면 참조.
- 9) 안법영, 의료사고의 불법행위책임 -대법원과 독일연방법원(BGH) 판결의 비교 고찰-, 법학논집(고려대학교 법학연구소), 제33집(1997), 231면 이하] 242면 이하: “대법원은 인과관계의 증명에 관해 일반원칙을 견지하면서도 이를 완화하고 있다. 즉, 의사의 과실 진료행위와 손해 사이의 인과관계를 의학적으로 완벽하게 입증하는 것이 아니라「일련의 의료행위 과정에 있어서 저질러진 일반인의 상식에 바탕을 둔

그렇지만 위 논지가 이후의 다수의 의료사고 판결에서 원용되는 일반적인 판례의 '요지'로서는 그 법적 당위성을 재검토하여야 한다. 물론 위 요지는 '다한증 사건' 판결에서와 같은 과실 판단과 그 외에 '시간적 근접성'으로서 '치료도중에 환자 사망 등의 결과 발생'과 '다른 원인의 불개재'를 요건으로 하고 있으나, 이러한 기준들만으로는 인체유기체의 반응으로 인한 원인불명에 관한 합리적 의문을 배제할 수 없다. 왜냐하면 '다한증 사건'에서도 살펴볼 수 있는 유형의 환자 병변은, 비록 자연과학적 인과율이 아니라 법적인 인과관계의 판단에 의할지라도, 애당초 의료 전문가인 해당 의사 개인뿐만 아니라 현대 의학 자체가 확증할 수 없기 때문이다. 따라서 위 판례 요지가 의료 측에 요구하는 "그 결과가 의료상의 과실로 말미암은 것이 아니라 전혀 다른 원인으로 말미암은 것이라는 입증" 또한 사실상 불가능하다.¹⁰⁾ 이러한 결과는 이미 위 논지의 논거가 최초로 제시된 '다한증 사건' 판결에서도 명확히 드러난다.¹¹⁾

이러한 입증 완화는, 대법원이 '뇌혈관조형술사건' 판결에서 정당하게

의료상의 과실 있는 행위」를 증명토록 하여 환자 측의 입증을 경감하고 있는 것이다. 결과적으로 위와 같은 판단은 책임을 설정하기 위한 인과관계로서 의학적으로 규명된 존재적 원인관계를 전제하고 있으나, 실질적으로는 규범적 평가에 의한 책임귀속의 판단을 내리고 있는 것이다. 그러므로 위 사건 판결에서 대법원은 환자가 치료 도중에 사망하였다는 개별 사건 상황의 특수성을 전제하고 있는바, 위와 같은 증명완화를 의료사고 일반에 적용할 수 있는가라는 의문이 남는다.”

10) 실무적 관점에서도 “의료과오소송이 일어나는 분쟁사실의 실체를 감안하면 거의 불가능한 일”로 보여진다고 한다. 손용근, 앞의 글, 민사재판의 제문제(하), 1995, 167, 188면 참조.

11) 안법영, 앞의 글, 법학논집(고려대학교 법학연구소), 제33집(1997), 231, 247면 이하에서 “일련의 수술과정 이외의 다른 원인이 개재되지 않았다는 것만으로 인과관계를 추정하여 책임을 귀속시킬 수 없다. 위 판결에서는 개재된 다른 원인이 없다는 증명을 환자 측에 요구하고 있으나 의사 측에서 수술 전 검사를 시행하고, 수술을 받기에 적합한 건강 상태라는 진단을 전제하여 수술을 한 이상 이러한 입증분배는 무의미하다. 병원 진료 실무상 수술 전 사전검사를 거치고 있는 한, 모든 수술상 돌발사고는 의사의 진료오류에 의해 발생한 것으로 추정될 것이기 때문이다. 이러한 사실적 가능성은 자연적 원인관계만을 추정할 수 있을 뿐이며, 이로써 입증전환을 인정하는 것은 원인책임(Kausalhaftung)을 지우는 것과 다를 바 없다.”고 하였다. 그런데 이에 대해 “수술에 적합한 건강상태와 문제가 된 부작용의 원인 내지 소인이 없었을 정도의 건강상태가 구분되어야 하며, 판례의 태도가 후자임은 다언을 요하지 않는다”고 하는 비판적(?) 견해를 표명하고 있다. 김천수, 진료과오책임의 입증

지적인 바와 같이,¹²⁾ “의사의 과실로 인한 결과 발생을 추정할 수 있을 정도의 개연성이 담보되지 않는 사정들을 가지고 막연하게 증한 결과에서 의사의 과실과 인과관계를 추정함으로써 결과적으로 의사에게 무과실의 입증책임을 지우는 것”으로서, 의료생활에서 환자 스스로 부담하여야 하는 일상의 위험을 정당한 이유 없이 질병치료에 조력한 의사에게 전가시키는 결과를 초래한다.

Ⅳ. 인과관계의 추정 기점으로서는 과실 판단

‘다한증 사건’ 판결에서 형성된 위 판례의 요지는, 의료사고에서 일반적으로 승인·적용되는 의료전문적 주의 기준에 의한 과실판단과 달리, 인과관계를 추정하는 기점으로서는 “일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실”을 환자 측이 증명하는 것을 요건으로 하고 있다.

위와 같은 판례 요지의 의미에 관해 다양한 견해가 제시되고 있는바, 의료의 주의의무의 판단기준을 변경한 것인가라는 의문을 제기하기도 하고,¹³⁾ 여기에서 말하는 일반인이란 여전히 평균적 의사라고 하는 견해,¹⁴⁾

및 설명의무의 이행, 의료법학 창간호(2000), 289, 303면 참조. 의료 문외한으로서 의료의 실제에 관한 언급은 차치하더라도, 이미 다수의 판결례에서도 알 수 있듯이, 해당 진료와 관련하여 야기될 수 있는 각종 부작용과 환자의 기왕증 등의 소인에 관해 고도의 상세한 사전검사의무가 부과되고 있는 점을 고려한다면, 위와 같이 구분하는 것은 납득하기 어려운 점이 있다.

12) ‘뇌혈관조영술 사건’ : 대법원 2004. 10. 28. 선고 2002다45185 판결(공 2004, 1929). 위 판례의 설시는 “의료행위는 고도의 전문적 지식을 필요로 하는 분야로서 전문가가 아닌 일반인으로서의 의사의 의료행위의 과정에 주의의무 위반이 있는지의 여부나 그 주의의무 위반과 손해발생 사이에 인과관계가 있는지 여부를 밝혀내기가 극히 어려운 특수성이 있으므로 수술 도중 환자에게 사망의 원인이 된 증상이 발생한 경우 그 증상 발생에 관하여 의료상의 과실 이외의 다른 원인이 있다고 보기 어려운 간접사실들을 입증함으로써 그와 같은 증상이 의료상의 과실에 기한 것이라고 추정하는 것도 가능하다”는 것을 전제로 하고 있다. ‘대동맥박리사건’ : 대법원 2000. 7. 7. 선고 99다66328 판결(공 2000, 1878) 참조,

13) 양창수, 최근중요민사판례동향 - 의료과오 -, 민법연구 제4권(1997), 425, 445면 참조,

14) 최재천, 의사의 의료행위에 있어서의 주의의무의 기준, 판례월보 제323호(1997. 8), 11, 14면 참조. 그런데 이 견해는 동저, 의료과오소송에 있어서의 입증책임을 완화

그리고 환자 측의 ‘과실’의 증명부담을 경감하는 것으로 해석하기도 한다.¹⁵⁾ 또한 판례가 “의학적 문외한인 환자 측이 행하는 진료과실의 입증에 의학적 엄밀성을 요구하는 것을 포기한 것”이라고 하면서, “즉 거칠게 의사의 진료상의 행태 가운데 문외한 즉 일반인의 상식에 입각하여 납득할 수 없는 점을 주장 입증함으로써 의사 측의 진료과실이 일단 인정되도록 한 것이 판례의 태도”라고 하는 견해,¹⁶⁾ 나아가 ‘다한증 사건’ 판결 이후의 판결례에서도 의료의 전문직업적 주의기준을 적용하는 점에 비추어 일반적인 판단기준이 일반인으로 변경된 것은 아니지만, 위 판결의 ‘일반인의 상식’은 영미법상의 common knowledge로서 의사가 아닌 일반인(layperson)의 그것으로 보는 것이 타당하다는 견해¹⁷⁾도 있다.

여기에서는 이들 견해에 대한 개별적인 구체적 검토는 유보한다. 다만, 위 요지가 태동한 ‘다한증 사건’이라는 개별 판결에서는, 이미 3.에서 지적한 바와 같이, 환자 측의 과실입증의 정도를 경감하였다는 점은 분명하다. 그렇지만 위와 같은 요지상 표현인 “일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실” 자체를 그대로 일반화하는 법리를 구성함으로써, 환자 측이 일반인의 상식으로 진료행위의 오류라고 판단하는 수준에서 증명한(?) 과실행위를 기초로 하여 원인불명의 인과관계를 추정하는 경우에는 손해

판례월보(1998. 10), 19, 28면 이하, 주 21)에서는 이미 제시한 견해를 수정하려는 것 인지는 알 수 없으나, “일반인의 상식에 바탕을 둔 의사의 과실 있는 행위”라는 논지의 표현에서 “일반인의 상식에 바탕을 둔” 부분을 강조하면, 임상의학 수준에 바탕을 둔 과실이 아닌 일반인의 상식에 바탕을 둔 과실로서 그 정도만큼 증명책임이 완화될 수 있다고 한다.

15) 석회태, 의료과실 판단기준에 관한 학설·판례의 동향, 의료법학 창간호(2000), 330, 347면: “판례의 취지는 주의의무규범 수범자의 표준을 변경하고자하는 것이 아니다. 그것은 입증의 정도에 관한 것이다.”; 김천수, 앞의 글, 의료법학 창간호(2000), 289, 299면 이하: “... 결국 증명도에 관한 문제이다... 위 판례의 태도도 이러한 증명도 완화를 위한 입장을 취한 것이라고 하겠다. 물론 판례는... 인과관계의 입증 완화에 역점을 두고 그를 위해 진료과실의 입증 부분도 그 정도를 비교적 완화한 것이라 하겠다.”

16) 김천수, 앞의 글, 의료법학 창간호(2000), 289, 300면 참조.

17) 박영호, 의료과소송에 있어서 과실과 인과관계의 입증과 그 방법, 저스티스 제77호(2004. 2), 90, 117면 이하.

배상 책임귀속에 관한 실체법적 관점에서 의문이 제기될 수 있다. 즉, 환자의 피해 발생이 진료에 의한 것이라는 인과관계가 명확히 확인된 사안에서도 해당 진료상 의료전문적인 과실이 없으면 의사에게 책임을 귀속시킬 수 없는 반면, 인과관계가 규명되지 않은 사안에서는 오히려 일반인의 상식 수준에서, 그것도 증명도가 낮추어진 다른 정황적 간접사실들에 의한 과실행위의 증명만으로 인과관계를 추정하고, 위에서 언급한 바와 같이, 의료 측이 그에 대한 반증이 사실상 불가능하여 번복시킬 수 없는 한 종국적으로 책임을 귀속시키는 것은 타당하지 않다.

또한 이러한 인과관계의 추정은 소송상 의사 측에 증명의 필요를 전가시켜, 위 3.에서 지적한 바와 같이, 증명책임의 사실상 전환을 통한 무과실의 증명책임을 지움으로써 사실상 결과책임에 근접하게 되므로, 의료사고의 법적 책임귀속의 근간을 이루는 과책주의에 반하는 결과를 초래한다.

나아가 일반의 논리칙에 비추어 보더라도, 어느 미확증 사실의 추정은 확증된 원인사실을 기초로 이루어져야만 할 것이다. 따라서 그 기점으로 삼는 진료상 오류의 과실행위는, 이른바 원인력 있는 과실점으로서 그로부터 추정되는 환자의 악결과를 발생시키기에 적합한 고도의 개연성을 갖추어야 한다. 이러한 관점에서 발표자는 이미 ‘다한증 사건’ 판결을 독일연방법원의 판결례와 비교·검토하여 위 ‘요지’ 상 인과관계의 요건을 일반적 법리로서 구성한다면, 환자의 악결과를 초래하기에 개연적인 (개연적으로 적합한) ‘중과실’로 해석하는 것이 타당하다는 비판적 관점을 제시한 바 있다.¹⁸⁾ 최근 ‘일반인의 상식에 바탕을 둔 과실’을 영미의

18) 안법영, 앞의 글, 법학논집(고려대학교 법학연구소), 제33집(1997), 231, 240면 이하, 과실 판단과 관련해서는 272면 이하: “대법원이 이러한 기준 제시는 위 사건의 개별적 상황에 비추어 이해될 수밖에 없을 것이다.” “결론적으로 위 판결에서 대법원은 피고 의사의 성의 없는 진료상 일련의 사소한 부주의들을 사후적으로 환자 사망이라는 극단적 사태의 심각성에 비추어 환자에 대한 신체침해의 위법행위로 평가하고 있다. 이러한 판단은 위에서 지적한 바와 같이 결과 발생에 대한 개연성 없는 정황들을 양적으로 합산하여 과실의 규범적 판단을 대체하는 것으로서 타당하지 않다. 수술 결과가 환자 사망으로 나타났다는 것만으로는 의사의 과책

common knowledge theory에서 표출된 “의사의 과실이 일반인이 보더라도 너무나 명백한 경우”라고 하는 견해에 대해서도 문구의 표현적 동일 내지 유사성과 아울러, 비교적 방법의 기능적 등가성에 비추어 우리 법체계에서는 ‘중과실’로 보는 것이 타당하다는 소견을 개진한 바 있다.¹⁹⁾

V. 판례의 추이

위 판례의 요지는 ‘다한증 사건’ 판결 이후에 부분적으로 불명확성을 보이다가,²⁰⁾ 1990년대 후반부터는 최근에 이르기까지 위 판례 요지를 원용하는 판결들 대부분은 진료상 의사의 오류에 대한 의료전문적 과실 판단을 상세히 제시하고 있다.²¹⁾ 또한 그러한 과실이 부인된다는 논거로써 인과관계의 추정 자체를 명백하게 부인하는 판결례²²⁾ ‘도 나타나고 있다.²³⁾

이러한 판결례들이 그 타당성에 있어 긍정적으로 평가될 수 있는 한, 이

(Verschulden)을 인정할 수 없으며, 대법원은 이러한 과실 판단을 기초로 인과관계를 추정하고 있는 바, 환자 사망의 원인인 뇌경색의 발생원인이 불명인 위 판결 사건에서 더욱 합리성이 결여된다. 의사의 진료상의 과실행위가 그러한 결과를 초래하기에 개연성이 있을 때, 즉 중과실의 진료행위가 환자의 사망을 초래하기에 적합한 경우에만 책임귀속 요건으로서 인과관계의 추정이 가능하다.”

19) 최근 대법원에서 개최된 2005. 11. 19. 대한의료법학회의 박영호의 발표, 의료과실의 입증방법에 관한 안법영, 토론자료 3-4면 참조.

20) ‘전방경추융합술 사건’ : 대법원 1995. 3. 10. 선고 94다39567 판결(공 1995, 1586).

21) ‘계류유산 패혈증 사건’ : 대법원 1995. 12. 5. 선고 94다57701 판결(공 1996, 188); ‘펜토탈 심정지 사건’ : 대법원 1996. 6. 11. 선고 95다41079 판결(공 1996, 2113); ‘결핵신 적출 사건’ : 대법원 1996. 12. 10. 선고 96다28158, 28165 판결(공 1997, 313); ‘니조랄 사건’ : 대법원 1999. 2. 12. 선고 98다10472 판결(공 1999, 517); ‘거대아 좌상완신경총마비 사건’ : 대법원 1999. 6. 11. 선고 99다3709 판결(공 1999, 1381); ‘폐전색증 사건’ : 대법원 2000. 1. 21. 선고 98다50586 판결(공 2000, 470); ‘복강내출혈 사건’ : 대법원 2000. 9. 8. 선고 99다48245 판결(공 2000, 2074); ‘기관지경련 사건’ : 대법원 2001. 3. 23. 선고 99다48221 판결(공 2001, 936); ‘당뇨산모 견갑난산 사건’ : 대법원 2003. 1. 24. 선고 2002다3822 판결(공 2003, 705); ‘임신중독증 사건’ : 대법원 2003. 11. 27. 선고 2001다2013 판결(공 2004, 1); ‘청신경초종 사건’ : 대법원 2003. 11. 27. 선고 2001다20127 판결(공 2004, 5) 참조.

22) ‘척수신경마비 사건’ : 대법원 1999. 4. 13. 선고 98다9915 판결(공 1999, 863); ‘시신경염 사건’ : 대법원 1999. 9. 3. 선고 99다10479 판결(공 1999, 2032) 참조.

23) 그밖에 환자 측의 상고 이유에 대한 판단으로서 ‘다한증사건’ 판결의 인과관계 추

를 통해 위 판례 요지에 관한 해의적 소견을 검증(verification)할 수 있을 것이다. 비록 중과실의 판단이 아닌 의료사고 일반의 의료전문적인 과실 판단이지만 과실 증명 자체를 경감 내지 완화하여 인과관계를 추정하지 않는다는 점에서 발표자의 관점을 부분적으로 확증(confirmation)하며, 동시에 과실 입증을 경감한다는 견해에 대한 반증(falsification)으로 드러나고 있다.

Ⅶ. 결론적 소견

간략하나마 이상에서 살펴본 ‘다한증 사건’ 판결의 인과관계 추정 논지는 10여 년 동안 다수의 판결이유에서 원용하는 판례의 ‘요지’가 되었는데, 원인불명의 의료사고 소송에서 환자 측의 인과관계의 증명책임에 관한 실체적 요건으로 정립되어 가고 있다. 즉, 의료의 특수성으로 인하여 환자 측이 의료과실로 인한 피해를 증명할 수 없는 상황요건을 전제하면서, 추정의 전제로서 환자 측이 의료의 과실을, 그리고 의료 측이 다른 원인으로 인한 환자의 피해라는 것을 증명토록 하여 인과관계를 추정하는 고유의 법리를 형성하고 있다고 평가할 수 있다. 이러한 법리의 형성은 추정에 의해 소송상 증명의 필요가 전환되는 것에 그치는 것이 아니라 실질적으로는 증명책임의 분배를 새로이 규정하는 것이다. 이러한 의미에서 ‘다한증 사건’ 판결의 논지에서 시원하여 다수의 판결례를 통해 정립되어 가는 인과관계 추정 요지는 의료사고소송에서 환자 측의 그 입증의 부담을 완화 내지 경감시키는 관습상 법리가 법원에 의해 발전적으로 형성(richterliche Rechtsfortbildung)되는 단계에 있다고 할 수 있다.

그러므로 최근 판결례들에서 볼 수 있듯이 의사의 ‘진료상 과실’을 의

정의 요지상 요건으로서 환자 측에서 “의료행위 이전에 그러한 결과의 원인이 될 만한 건강상의 결함이 없었다는 사정을 입증”하여야 한다는 논거로써 청구를 배척한 대법원 판결은 ‘두부손상치매 사건’: 대법원 2002. 8. 27. 선고 2001다19486 판결(공 2002, 2284) 참조.

료전문적 관점에서 상세한 논거로서 판단하고, 이어서 인과관계를 추정하기 위해 ‘다한중 사건’ 판결의 요지를 원용하는 방식으로 나아가고 있는바, 이에 관해 보다 엄밀한 비판적 검토가 요망된다.

(참고문헌)

- 김천수, 진료과오책임의 입증 및 설명의무의 이행, 의료법학 창간호 (2000), 289면 이하,
- 박영호, 의료과오소송에 있어서 과실과 인과관계의 입증과 그 방법, 저스티스 제77호(2004. 2), 90면 이하.
의료과실의 증명방법, 2005. 11. 19. 대한의료법학회 발표문
- 석희태, 의료과실 판단기준에 관한 학설·판례의 동향, 의료법학 창간호(2000), 330면 이하.
- 손용근, 의료과오소송의 증명책임에 관한 대법원 최근판례 소고, 민사재판의 제문제(하), 1995, 167면 이하.
- 신현호, 의료소송총론, 1997,
- 안법영, 의료사고의 불법행위책임 -대법원과 독일연방법원(BGH) 판결의 비교 고찰-,
법학논집(고려대학교 법학연구소), 제33집(1997), 231면 이하.
- 양삼승, 의료과오로 인한 민사책임의 발생요건, 민법학논총(후암곽윤직교수화갑기념), 1985, 746면 이하.
- 양창수, 최근중요민사판례동향 - 의료과오 -, 민법연구 제4권(1997), 425면 이하,
- 이시윤, 민사소송법, 제4판, 2001,
- 정동윤/유병현, 민사소송법, 2005,
- 조희종, 의료과오소송, 1996.
- 최재천, 의사의 의료행위에 있어서의 주의의무의 기준, 판례월보 제323호(1997. 8), 11면 이하.
의료과오소송에 있어서의 입증책임의 완화, 판례월보(1998. 10), 19면 이하.