

# 의료과오소송에 있어서 과실과 인과관계의 인정에 관하여

- 경험칙을 중심으로 -

박 주 현 \*

- I. 의료과오소송에 있어서 과실 요건의 특수성
  - 1. 전문가 책임에서 과실의 객관화와 의료수준론
  - 2. 객관적 과실기준과 행위 위법성의 통합: 주의의무
- II. 의료과오소송에 있어서 인과관계 요건의 특수성
  - 1. 법적 인과관계와 사실적 인과관계
  - 2. 법적 인과관계와 위법성의 견련성
  - 3. 의료과오책임에 있어서 인과관계의 특성
- III. 사실인정과 비교기준으로서의 증거
  - 1. 성립요건과 요증사실
  - 2. 사실인정과 법률해석의 경계
  - 3. 사실인정의 소재로서 증거의 유형과 비교기준
  - 4. 사실인정에 있어서 비교기준의 기능
- IV. 사실인정에 있어서 경험칙의 작용
  - 1. 사실인정에 있어서 경험칙의 정의
  - 2. 경험칙의 개연성
  - 3. 경험칙 적용의 전제조건
  - 4. 과실 인정에 있어서 경험칙의 작용
  - 5. 인과관계 인정에 있어서 경험칙의 작용
- IV. 결 론

---

\* 의사, 이비인후과 전문의, 서울대학교 법과대학 박사과정 수료(민법학 전공), 성균관대학교 의과대학 박사과정(사회의학 전공).

## I. 의료과오소송에 있어서 과실 요건의 특수성

### 1. 전문가 책임에서 과실의 객관화와 의료수준론

일반불법행위에 있어서 과실은 행위자의 주관적 능력에 관한 것으로 객관적으로 평가되지만,<sup>1)</sup> 직업이나 직능, 기술 등을 시행하는 전문가에 대해서는 객관적 능력이 평가 대상으로 된다.<sup>2)</sup> 전문가의 주의의무는 일반인의 신뢰관계에 기초하기 때문에 일반적인 불법행위에서보다 고도의 주의의무를 부담한다. 즉 전문가는 일정수준 이상의 객관적 의무<sup>3)</sup>를 부담한다.

의료과오소송에서 법원은 ‘평균적 의사’ 또는 ‘보통의 의사’를 기준으로 주의의무를 평가하는데, 그 기준은 다른 직종보다도 높다.<sup>4)</sup> 의사는 자신의 전문분야 외에서도 그 전문분야의 통상적인 전문의 수준으로 평가받는다. 만일 의사가 그 수준을 보장할 수 없는 경우에는 당해 전문분야의 전문의에게 환자를 轉院해야 한다.<sup>5)</sup> 이러한 의사의 주의의무는 ‘의료행위를 할 당시 의료기관 등 임상의학분야에서 실천되고 있는 의료행위의 수준’으로 판단되며,<sup>6)</sup> 그 밖에도 진료환경, 의사가 행위 당시에 처한 상황의 위험성, 그 위험에서 처함으로써 얻을 수 있는 이익의 가치,<sup>7)</sup> 당해 행위 양식에 대한 이익의 가치 및 행위자의 능력 등이 고려된다.<sup>8)</sup> 의사의 주의의무 수준은 전문적인 직업규준에 의해서 결정되는데, 그것은 통상적으로 해당 전문분야에 있어 사려 깊고, 양심적이고, 경험 있는 의사로서 가능한 것인가에 따라 판단된다.<sup>9)</sup> 이러한 판단은 전문가의 감

1) (H. Koziol 執筆) P. Widmer (ed.), *Unification of Tort Law: Fault*, Kluwer, 2005, 16면 이하.

2) H. Koziol, P. Bydliński, R. Bollenberger, *Kommentar zum ABGB*, Springer, 2005, §1299 Rz 7.

3) 박주현, 배성호, 專門家責任法理와 消費者保護, *法學研究*(2), 韓國法學會, 1999, 7면 이하.

4) 管野耕毅, *醫療過誤責任의理論*, 信山社, 2001, 162면 이하.

5) 管野耕毅, 전게서, 164면 이하.

6) 대법원 1994.4.26. 선고 93다59304 판결(공 1994, 1468).

7) 管野耕毅, 전게서, 161면.

8) 대법원 1987. 1. 20. 선고 86다카1469 판결(집 35(1) 민, 17; 공 1987, 364).

9) 安法策, 産婦人科 診療와 醫師의 注意義務 : 大法院判決例의 分析을 중심으로, *의료법학*

정에 의존하는 경우가 많다.<sup>10)</sup> 왜냐하면 의료에 문외한인 일반인들은 주의의무나 과실을 평가할 수 있는 지식과 기술을 갖추고 있지 못하기 때문이다. 전문가 감정을 통해 주의의무의 내용은 의료수준<sup>11)</sup> 내지 의학적 상식<sup>12)</sup>으로 구체화된다. 이러한 의료수준은 실천적 수준을 의미하지만, 규범적으로 요구되는 수준으로 평가된다.<sup>13)</sup>

## 2. 객관적 과실기준과 행위 위법성의 통합: 주의의무

과실은 행위의 위법성을 전제로 하기 때문에, 과실과 위법성의 범주는 서로 중첩된다.<sup>14)</sup> 본래 과실과 위법성의 구분은 19세기 독일 법학의 역사적 소산이다.<sup>15)</sup> 독일에서 결과위법성설은 지배설이지만, 점차 행위위법성설의 주장도 늘어나고 있다.<sup>16)</sup> 행위위법성설은 객관적 주의의무 개념을 도입하고 있다.<sup>17)</sup>

또한 과실에 있어서도 거래의무의 개념이 등장하면서, 과실과 위법성 개념의 공통분모로서 주의의무의 개념은 과실과 위법성의 경계를 더욱 희석시킨다.<sup>18)</sup> 소송실무에서도 이러한 점이 엿보인다.

법원은 과실판단에 있어서 과실을 ‘심리상태’로 보지 않고 ‘주의의무’

創刊號, 2000, 89면.

10) 洪起汶, 전문가로서 변호사의 민사책임: 비교법적 고찰을 중심으로, *民事訴訟* 7(1), 韓國民事訴訟法學會, 2003, 41면.

11) 吉村良一, *不法行爲法*, 第3版, 有斐閣, 2005, 69면 이하.

12) 權五乘, 醫療過誤와 醫師의 注意義務, *民事判例研究* 4, 1982, 94면.

13) 대법원 1997. 2. 11. 선고 96다5933 판결(공 1997, 730). 평석으로는 崔載千, 醫師의 醫療行為에 있어서의 注意義務의 基準, *判例月報* 323, 1997, 11면 이하 참조.

14) Ch. von Bar, *Verkehrpflicht*, 1980, 172면 이하((U. Magnus, G. Seher 執筆) P. Widmer, 전게서, 106면에서 재인용).

15) 吉村良一, 전게서, 79면.

16) (U. Magnus, G. Seher 執筆) P. Widmer, 전게서, 105면.

17) (U. Magnus, G. Seher 執筆) P. Widmer, 전게서, 105면.

18) (U. Magnus, G. Seher 執筆) P. Widmer, 전게서, 105면 이하. 이와 관련하여 프랑스의 법학자인 Planiol은 과책(faute)을 ‘이미 존재하는 의무의 위반(la violation d’une obligation préexistence)’으로 정의하고 있는데, 그 ‘의무’의 개념은 법규의무 위반뿐만이 아니라 모든 상황에서 주의 깊고 성실하게 행동해야 할 일반적인 의무, 즉 주의의무를 포함한다((S. Galand-Carval 執筆) P. Widmer, 전게서, 96면).

위반으로 보고 있다. 특히 직업영역에서 가해자의 직위, 직업 및 기타 상황을 기초로 한 추상적 과실 수준을 상정하고 있다.<sup>19)</sup> 주의의무의 위반이 있는 경우 위법성은 따로 문제 삼고 있지 않다.<sup>20)</sup>

이러한 주의의무의 판단에 있어서 고려될 사항은 관습이나 관행과 같은 사회적 규범의 내용과 가해자가 처한 상황적 요소이다. 즉 법원은 행위 당시의 상황이 응급인지 여부를 고려하고, 만일 그 당시에 특정한 관습이나 관행 또는 사회통념, 그 밖에 기술 및 행위 규범과 합리적으로 행위 할 사회적 기대 등에 따라서 주의의무 위반을 평가해야 한다.<sup>21)</sup> 주의의무의 실제 평가에 있어서 예견 가능성과 손해회피가능성의 두 요소가 고려된다.<sup>22)</sup>

예견 가능성과 회피가능성의 판단에 있어서 그 기준을 가해자로 할 것인지 아니면 통상인으로 볼 것인지 견해가 나뉜다. 우리나라의 통설과 판례는 추상적이고 객관적인 과실기준<sup>23)</sup>을 취하고 있으나, 구체적이고 주관적 과실기준을 채택하고 있는 소수설도 존재한다.<sup>24)</sup> 통설 및 판례에 있어서 주의수준은 평균적이고 일반적인 의사의 능력에 있어서 기대 가능한 정도의 주의를 태만히 하는 것이다.<sup>25)</sup>

19) 崔相鎬, 不法行爲法에 있어서의 違法性과 過失, 安岩法學 1, 1993, 403면 이하.

20) 李銀榮, 不法行爲法에서의 注意義務(下), 判例月報 191, 1986, 33면 이하.

21) (J. Neethling 執筆) P. Widmer, 전게서, 215면 이하; (P. Widmer 執筆) P. Widmer, 전게서, 292면 이하. 유럽불법행위법 원칙 제4:102조 1항은 ‘행위에 요구되는 기준이란 동일한 상황에서 합리적 인간에게 요구되는 행위기준을 말하며, 특히 연관된 보호이익의 성격 및 가치, 당해 행위의 위험성, 당해 행위를 실행하는 자에게 기대되는 전문지식, 당해 손해의 예견 가능성, 관련 당사자들 사이의 긴밀한 상호관계 내지 특별한 신뢰관계, 예방수단 및 대체수단의 가능성과 비용을 고려하여 정한다’고 규정하고 있다.

22) 吉村良一, 전게서, 65면.

23) 대법원 1979.12.26. 선고 79다1843 판결(공 1980, 12494); 대법원 1967.7.18. 선고 66다 1938 판결(집15(2)민, 194); 대법원 2001. 1. 19. 선고 2000다12532 판결(공 2001, 502) 등.

24) 金亨培, 過失概念과 不法行爲 責任體系, 民事法學 4-5, 1985, 295면 이하.

25) 金相容, 不法行爲法, 法文社, 1997, 39면 이하; 吉村良一, 전게서, 70면 이하; 郭潤直, 債權各論, 再全訂版, 博英社, 1990, 630면 이하; 대법원 1967. 7. 18. 선고 66다1938 판결(집 15(2)민, 194); 대법원 2001. 1. 19. 선고 2000다12532 판결(공 2001, 502).

## II. 의료과오소송에 있어서 인과관계 요건의 특수성

### 1. 법적 인과관계와 사실적 인과관계

불법행위법 성립요건으로서의 인과관계는 크게 사실적 인과관계와 법적 인과관계로 구분된다. 사실적 인과관계는 자연발생적으로 존재하는 인과관계이며, 조건관계에 관한 공식, 즉 절대적 제약공식(*conditio sine qua non*)으로 판단된다.<sup>26)</sup> 이러한 공식 하에서는 손해를 발생시킨 모든事由는 동등한 원인으로 취급된다.<sup>27)</sup> 그러나 사실적 인과관계는 몇 가지 문제점을 가지는데, 起因力과 反復性이 낮은 경우를 준별하지 못하며,<sup>28)</sup> 並存的 내지 競合的 인과관계나 假定的 내지 追越的 인과관계의 인정 여부에 관한 문제를 해결하지 못한다.<sup>29)</sup>

이에 반해 법적 인과관계는 책임 귀속을 중심으로 확정된 사실과 손해 사이를 연결하는 기능을 하며, 상당성, 위법관련성 및 합법적인 대체행위 등의 고려를 통해서 평가된다.<sup>30)</sup> 이것에는 상당인과의 개념<sup>31)</sup>과 영미법에서의 근접인과(*proximate cause*)가 포함된다.<sup>32)</sup>

상당인과관계는 기본적으로는 사실적 인과관계를 전제로 하지만, 이에 덧붙여 “어떤(원인)이 있다면, 통상적으로(결과)가 있다”라는 추가적 관계를 요구한다.<sup>33)</sup> 각 나라마다 상당인과관계에 대한 명칭은 다른데, 프랑스법에서의 직접원인(*causalité directe*)은 실질적으로 상당인과의 역할을 수행한다.<sup>34)</sup> 그런데 상당인과관계설에 대해 사실적 인과, 보호범위, 손해의 금전적 평가를 명확히 구분하지 못한다는 비판이 제기되었다. 이러한

26) 管野耕毅, 전게서, 55면.

27) 山口俊夫, *フランス 債權法*, 東京大學出版會, 1986, 105면 이하.

28) 吉村良一, 전게서, 96면 이하.

29) (H. Koziol 執筆) J. Spier (ed.), *Unification of Tort Law: Causation*, Kluwer, 1999, 14면.

30) H. Koziol, 전게서, §1294 Rz 6.

31) (W. Widmer 執筆) P. Widmer, 전게서, 287면.

32) (W. V. H. Rogers 執筆) J. Spier, 전게서, 50면.

33) 管野耕毅, 전게서, 63면.

34) (J. Spier, O. A., Haazen 執筆) J. Spier, 전게서, 134면.

비판으로 등장한 것이 보호목적설이다. 보호목적설은 기본적으로 성립요건으로서의 인과관계를 사실적 인과관계로 평가하고, 단지 과실인정에 있어서 가해자의 손해방지의무의 범위, 즉 보호범위를 기준으로 한다.<sup>35)</sup> 독일 법원은 인과관계 판단에 있어 제약공식, 상당성 기준 외에 정책적인 고려를 근거로 삼는데, 이러한 정책적인 고려가 보호목적 법리와 관련 있다.<sup>36)</sup> 우리나라에 있어서 통설은 상당인과관계를 따르며, 판례도 공무원의 공법상 의무위반과 같은 일부의 사건유형을 제외하고는 통설적으로 상당인과관계를 따른다.<sup>37)</sup>

## 2. 법적 인과관계와 위법성의 견련성

법적 인과관계와 과실은 공통된 기능을 수행하는데, 그것은 바로 손해의 귀속을 제한하는 것이다. 보호목적설은 위법성을 가지고 인과관계를 통제한다. 특히, 부작위불법행위의 인과관계 인정에 있어서 인과요건 대신 위법성 연관요소가 실제 고려되고 있다.<sup>38)</sup> 물론 상당인과와 위법성사이에 차이점이 존재한다. 상당인과는 사후적으로 구체적인 행위를 특정손해와 관련시켜 평가되지만, 위법성은 당해 행위의 사전적인 위험성에 비추어 일반적·추상적인 관점에서 평가된다.<sup>39)</sup> 그러나 인과관계와 위법성사이에 긴밀한 관계가 있다. 상당인과관계설의 상당성과 고의·과실에서의 주의의무 내용인 예견 가능성은 상호 연결되어 있다. 상당성이란 ‘동일한 조건이 존재하는 경우에 동일한 결과를 발생케 하는 것이 보통이지 여부’에 대한 판단기준이고,<sup>40)</sup> 예견 가능성이란 ‘결과발생을 예견

35) 管野耕毅, 전게서, 63면.

36) (U. Magnus 執筆) J. Spier, 전게서, 66면 이하.

37) 대법원 1996. 1. 26. 선고 94다5472 판결(집 44(1)민, 14; 공 1996, 713) 判例評釋으로 安法榮 營業經營의 過失侵害와 責任歸屬의 因果的 標識, 判例研究 8, 高麗大學校, 1996, 175-249; (李尙勳 執筆) 民法注解(XVIII), 231면. 그러나 공무원의 공법상 의무 위반에 대해서는 보호규범설을 따르는 판례도 있다(대법원 1996. 10. 11. 선고 95다43679 판결(공 1996, 3302)).

38) 喬本佳辛, 責任法の多元的構造, 有斐閣, 2005, 48면.

39) H. Koziol, 전게서, §1295 Rz 11.

40) (李尙勳 執筆) 民法注解(XVIII), 231면 이하.

할 수 있음에도 부주의로 예견하지 못했는지'에 대한 판단기준이다.<sup>41)</sup> 특히 주의의무 수준은 추상적 기준인 평균인, 일반인을 기준으로 판단되기 때문에, 상당성에 있어서 '결과발생의 보통성'에 근접하게 된다. 따라서 위법성과 인과관계, 손해 및 과실 요건은 서로 중첩되어, '상당성'은 책임귀속의 전반적인 문제를 떠받치는 삼발이와도 같다.<sup>42)</sup>

### 3. 의료과오책임에 있어서 인과관계의 특성

의료에 있어서 과실과 인과관계는 밀접한 관련을 맺고 있으며, 특히 실무에 있어서 과실과 인과관계가 서로 휘감겨져 있다.<sup>43)</sup> 그러한 과실과 인과관계의 입증은 전문적 감정에 의존한다.<sup>44)</sup> 특히 동일 결과의 반복가능성이 기준이 되는 경우가 많고, 그 판단은 의학적 지식을 바탕으로 한다.<sup>45)</sup>

의료과오사건에서 인과관계 입증은 대개 직접적인 증거에 의해 이루어지는 않고, 주로 간접증거나 경험칙을 사용한 사실상 추정 내지 표현증명으로 추정된다.<sup>46)</sup> 특히 인과관계의 인정에 있어서 경험칙의 역할이 중요한데, 의학적 결과의 반복가능성이 바로 전문적인 경험칙에 해당된다. 의학적 지식을 통해 평가된 특정 결과의 반복성은 예견 가능성과 관련이 있어서 주의의무 위반의 증거로 활용될 뿐만 아니라, 상당성을 보여주는 하나의 기준으로서 인과관계의 인정 기준이 되기도 한다. 특히 이러한 결과의 반복성이 전형적인 경우에는 이를 기초로 하여 과실과 인과관계가 동시에 추정될 수 있다. 즉 일반적인 생활경험 내지 경험칙에 비추어 볼 때, 어떠한 사실이 통상적으로 특정 결과를 수반한다거나, 또는 특정 결과의 원인으로서 어떠한 사실이 알려져 있는 경우에는 특정한 결과를

41) (李尙勳 執筆) 民法注解(XVIII), 188면 이하.

42) (P. Widmer 執筆) J. Spier, 전계서, 112면.

43) 金先錫, 醫療過誤에 있어서 因果關係와 過失, 醫療事故에 관한 諸問題 裁判資料 27輯, 1985, 73면 이하.

44) 崔載千, 朴永浩, 의료과실과 의료소송, 育法社, 2001, 786면.

45) 崔載千, 朴永浩, 전계서, 786면.

46) 崔載千, 朴永浩, 전계서, 794면.

근거로 당해 사실과 결과 사이의 인과관계 및 유책성을 바로 인정할 수 있다.<sup>47)</sup> 그런데 이러한 경험칙 또는 생활경험이 적용되기 위해서는 전제가 되는 상황요소들을 갖추어야 하며, 증명에 있어서도 이러한 상황요소들이 발견되는 것이 중요하다.

### Ⅲ. 사실인정과 비교기준으로서의 증거

의료과오소송에서 경험칙이나 의학적 지식을 근거로 정황사실 또는 간접사실로부터 과실과 인과관계가 동시에 추정되고 있다. 이러한 현상을 이해하기 위해서는 사실인정에 대한 연구가 필요하다. 사실인정의 연구에 있어서 가장 중요한 자료는 판결문이다. 그러나 판결문에도 사실인정에 관해서 법원의 사실 확정과 법적판단을 분석할 만한 충분한 자료가 없다.

소송에 있어서 사실을 크게 원·피고의 주장사실과 법원의 인정사실로 나눌 수 있는데, 판결문에는 이러한 사실들이 모두 적혀 있지 않고, 법원은 사실인정 및 법적판단에 필요하다고 생각한 것들만 취사선택하여 판결문에 기재한다.<sup>48)</sup> 따라서 판례분석을 통한 사실인정에 관한 연구는 어느 정도 제한점을 갖는다. 사실인정의 과정을 연구하기 위해서는 먼저 사실인정과 관련된 몇 가지 개념의 이해가 필요하다.

#### 1. 성립요건과 요증사실

법률요건은 추상적으로 규정되어 있기 때문에, 사실인정에 있어서 요증사실을 무엇으로 보아야 하는 지가 중요하다. 요증사실의 개념에 따라서 당사자가 주장·입증해야 하는 사실의 내용이 달라지고, 법원의 사실인정도 달라진다. 즉 당사자는 불법행위 성립요건인 과실을 어느 정도까지 특정해야 하는지가 문제된다. 그런데 과실을 구성하는 주요사실이 추

47) 柳勝薰, 醫療過誤訴訟에서의 因果關係와 過失의 諸問題, 外法論集 4, 韓國外國語大學校, 1997, 294면.

48) 村松俊夫, 事實認定について, 民事訴訟雜誌 9(李健雄, 民事裁判과 事實認定, 民事證據法(上), 裁判資料 25輯, 1985, 9면에서 재인용).



상적인 ‘과실’인지 아니면 보다 구체적인 ‘과실행위’인지 여전히 학설상 논란이 있다.<sup>49)</sup> 추상적인 과실을 주요사실로 본다면 원고는 단지 피고의 과실을 주장하기만 하면 족하고, 구체적인 과실행위가 무엇인지를 적시할 필요는 없다. 그 경우에 소송에서 예측하지 못한 ‘행위’들이 과실행위로 인정받을 수 있어 피고가 적절한 방어권을 행사하지 못할 가능성이 있다.

이러한 문제의 대안으로 요건사실과 주요사실을 분리하는 방법이 제시되었다. 즉 추상적인 과실을 요건사실로 하고, 구체적인 과실행위를 주요사실로 하여 원고에게 구체적인 과실행위를 주장·입증하게 하는 것이다.<sup>50)</sup> 이에 대하여 ‘법원은 당사자에 의해서 현출되지 않는 주요사실이나 요건사실을 판결의 기초로 삼을 수 없다’고 하면서도 주요사실과 요건사실을 동일시하는 견해와,<sup>51)</sup> 요건사실을 ‘법률요건에 해당하는 사항’으로 이해하고 주요사실은 요건사실을 뒷받침하는 사실 그 자체라고 이해하면서 양자를 구별하는 견해<sup>52)</sup>로 나뉜다. 그러나 전자의 견해에 따르면이라도 요건사실이나 주요사실의 법적 판단에 중대한 것을 준주요사실로 보아서, 당사자가 이를 주장·입증해야 하기 때문에 절차법적인 효과면에서 두 견해는 차이는 없다. 결국 당사자는 과실행위를 특정하여 주장·입증해야 한다. 그러나 의료과오소송실무에 있어서 원고가 과실행위를 구체적으로 적시하지 않아도, 간접사실과 정황사실로부터 과실이 추정되는 경우가 많다.

“1, 2차 수술 직후에 馬尾神經症候群(cauda equina syndrome)의 증상이 발생한 점, … 원고에게 馬尾叢 손상으로 인한 급격한 하지마비 및 배변, 배뇨장애를 초래할 만한 특별한 원인이나 증상이 관찰되지 아니하였던 점, … 등을 종합하여 보면, 이 사건 1, 2차 수술 직후 나타난 위 원고의

49) 後藤勇, 民事裁判における經驗則, 判例タイムズ社, 1990, 16면 이하.

50) 三井哲夫, 要件事實の再構成, 信山社, 1992, 243면 이하.

51) 李時潤, 新民事訴訟法, 博英社, 2002, 386면 이하.

52) 호문혁, 민사소송법, 法文社, 2000, 303면.

하지마비 및 배변, 배뇨장애는 피고 병원의 의료진들이 시술과정에서 수술기구 등으로 위 원고의 척수신경을 과다하게 압박하거나 손상하게 한 과실로 인하여 초래된 것이라고 추인함이 상당하다...”<sup>53)</sup>

허리디스크 수술을 시행 받는 원고에게 수술 직후 수술부위 이하의 척수신경이 마비되는 마미신경증후군이 발생하였다. 원고는 수술과정에서 수술기구 등으로 신경을 무리하게 견인하거나 신경을 박리하여, 이로 인하여 손상되었다고 주장하였고, 법원도 이를 인정하였다. 이 사건에서 ‘수술기구 등으로 척수신경을 과다하게 압박하거나 손상’시킨 구체적인 과실행위는 입증되지 않았다. 다만 법원은 수술 전에 마비 증상이 없었던 점과 마비와 수술 사이에는 시간적 접촉성이 있었던 점을 근거로 과실과 인과관계를 동시에 추정하였다. 인정된 과실행위는 사실상 추정이라는 법률판단 도구를 사용하여 만들어진 법적 허구에 불과할 뿐이며, 자연과학적인 진실이 아니다. 신경손상의 원인이 원고가 주장한 신경견인이나 압박행위가 아니라 신경혈관의 血栓으로 인한 閉塞일 수도 있다. 그런데 의료과오소송에 있어서 주요사실인 과실행위가 원고에 의해서 쉽게 입증될 수 있는 것이 아니기 때문에, 사실상 추정을 통하여 원고의 입증부담을 완화시키는 것이다. 그 경우에 원고는 주요사실에 대해 주장 책임만 부담하게 되고, 실질적으로는 입증책임을 부담하지 않게 된다. 이것을 도식화<sup>54)</sup>하면 다음과 같이 표현할 수 있다.

원고의 주장 및 증명책임	간접/정황사실 입증	요건사실인정	판결
주장책임의 완수 ----->			청구인용
입증책임의 완수 ----->	..... 증명책임의 부담 .....		청구기각
입증책임의 완수 ----->	----- 사실상추정 법리 ----->		청구인용

53) 서울고등법원 2003. 11. 6. 선고 2003나21515 판결(미공간 판결, 출처: 법원 판결문 전산망).

54) P. Murphy, *Murphy on evidence*, 9th ed., 2005, 69면의 도식을 수정함.

사실상 추정은 판결의 구체적 타당성을 높이기 위해 불가피한 측면도 있지만, 주요사실에 대한 법관의 자의적인 인정을 허용하여 당사자 처분권주의(민사소송법 제203조)를 침해할 소지를 높인다. 구체적인 타당성을 높이면서도 주요사실에 대한 법관의 자의적 해석을 배제하기 위해서는, 주요사실의 해석에 대한 기준을 마련하는 것이 중요하다.

## 2. 사실인정과 법률해석의 경계

요건사실의 인정은 법률행위의 해석<sup>55)</sup> 내지 법의 적용과 유사한 면이 있다. 일반적으로 법의 적용은 법률적 삼단논법을 통해서 이루어진다. 즉 법규를 대전제로 하고, 인정된 사실을 소전제로 하여 결론을 내린다. 그런데 소전제를 이루는 인정사실은 대전제와 전혀 무관한 것이 아니며, 사실인정에 있어서도 법적판단의 영향을 받는다.<sup>56)</sup> 사실인정은 크게 ‘과거사실의 내용 확정’과 ‘그 사회적 의미의 해석’으로 나눌 수 있는데, 바로 후자가 법적판단에 영향을 받을 수 있는 부분이다. 특히 민법 제750조의 개방적인 성립요건의 사실인정을 위해서는 과거의 사실내용의 확정만이 아니라 법적 평가 내지 판단이 필요하다. 따라서 사실인정에서 과거의 사실내용의 확정과 그에 대한 법적 판단이 분리되어있지 못하다.<sup>57)</sup> 사실인정의 과정에 있어서 사실내용이 확정된 후 법적 판단이 뒤따르는 것으로 생각될 수 있으나, 실제 재판에 있어서 이 두 과정이 명확히 구분되지 못한다. 법관은 직관으로 이미 결론을 감지하고 다만 삼단논법으로 논리적으로 결론을 재구성할 뿐이어서,<sup>58)</sup> 사실인정을 한 다음에 법적

55) 嚴英鎮, 法律行爲의 解釋, 法學論叢 9, 檀國大學校, 1968, 14면에서는 法律行爲 解釋의 過程은 ‘表示意思의 意味를 定하고, 法律行爲의 內容을 定하며, 그것이 지니는 社會的 意味를 發見하는 것’이라고 하고, 대법원 1995. 8. 11. 선고 94다26745,26752 판결(공1995, 3119)에선 法律行爲의 解釋을 ‘當事者가 附與한 客觀的 意味를 明確히 하는 것’이라고 한다.

56) Stammier, *Theorie der Rechtswissenschaft*, 2. Aufl., Halle 1923, S.402ff(金允求, 民事法에 있어서 判決三段論法의 機能: 不確定 概念의 適用을 中心으로, 法學論考 14, 淸州大學校, 1982, 34면에서 재인용).

57) 李健雄, 전계논문, 1985, 22면.

58) 金允求, 전계논문, 35면.

판단을 행한다고 말하기 어렵다. 내용적인 측면에 있어서도 사실인정과 법적판단의 경계는 명확하지 않다. 일반적으로 성립요건은 많은 사건 유형을 포섭하기 위하여 추상적으로 규정되는데, 반대로 개별 사건이 성립요건에 해당하는지를 결정하기 위해서는 법적판단 내지 법적평가가 필요하다. 가령 민법 제750조의 조문에 포섭될 수 있는 불법행위 유형은 매우 넓어서, 동조의 성립요건에 대한 사실인정은 법적 판단을 수반해야 한다. 물론 사실의 개념을 어떻게 정의하는지에 따라서 사실인정에 법적판단이 필요 없다고 생각할 수도 있다. ‘사실’이 증명력만을 평가하여 인정된 역사적인 생활사실을 의미하는지, 아니면 생활사실을 법적으로 재구성하여 얻어낸 법률사실인지에 따라서, 사실인정에서 법적 판단의 필요 여부가 결정된다.<sup>59)</sup> 사실인정의 대상이 법률사실이라면, 사실인정의 과정은 당사자의 사실주장 및 거증활동과 법원의 채증 및 심증형성에서 종결되는 것이 아니라 법원의 법적판단의 과정도 포함해야 한다. 가령 ‘사실상 추정’을 살펴보자. 사실상 추정이란 어떤 사실이 있으면 경험칙에 근거하여 다른 사실을 인정한다는 것인데,<sup>60)</sup> 만일 심증형성과 법적판단이 절연되어 있다면 사실상 추정이란 용어의 사용은 불필요하다. 왜냐하면 간접사실이나 정황사실과 같은 생활사실의 진위여부 판정으로 ‘사실인정’은 종료되며, 그 이후의 문제는 법률해석이나 법적판단에 맡겨야 하기 때문이다. 따라서 사실상 추정으로 인정된 사실은 생활사실이 아니라, 요건사실과 같은 법률사실이기 때문에 사실인정에 있어서 법적 판단이 섞여 있다.

### 3. 사실인정의 소재로서 증거의 유형과 비교기준

소송에서 법원은 원고의 주장사실에 대한 진실성 및 개연성을 평가하여 인정하고, 그것을 근거로 원고의 청구를 인용한다. 즉 법원은 요건사실을 인정하고 법률효과를 부여한다. 요건사실의 인정은 과거의 생활사

59) 李健雄, 전계논문, 29면.

60) 호문혁, 전계서, 428면.

실들 중에서 법률요건에 부합하는 소재를 선별하여 법적으로 의미 있는 허구를 만드는 과정인데, 이 과정에서 법원은 그 소재를 마음대로 가져다 쓸 수 없다. 즉 원고가 주장·입증을 통해 소송 안으로 들어온 구성소재만을 사용할 수 있다(민사소송법 제203조). 구성소재의 종류에는 제한이 없으나, 법원은 논리와 경험의 법칙에 따라서 그것을 인정하여야 한다(민사소송법 제202조).

이러한 구성소재가 바로 증거이다. 즉 사실인정은 증거에 기초한다. 증거는 주요사실 내지 요건사실의 증명가능성 여부에 따라서 직접증거와 간접증거로 나뉜다.<sup>61)</sup> 즉 직접증거는 주요사실을 증명할 수 있는 증거인데 반하여, 간접증거는 주요사실 이외의 사실(간접사실이나 정황사실)을 증명하는 증거이다. 증거를 구분하는 다른 기준은 증거의 증명력 내지 개연성이다. 그 기준에 따라서 결정적인 증거(*der deterministische Beweis*)와 비결정적인 증거(*der indeterministische Beweis*)가 구분된다.<sup>62)</sup> 결정적 증거는 당사자 간의 다툼이 없는 증거나 일응 추정되는 증거이고, 비결정적 증거는 그러지 못한 증거이다. 또 다른 증거의 분류기준으로 질적 증거(*der qualitative Beweis*)와 양적 증거(*der quantitative Beweis*)가 있다. 예를 들면, 통계적인 사실에 대한 증거는 양적 증거에 해당하며, 일반적인 사상이나 사실을 묘사하는 것은 질적 증거이다.<sup>63)</sup> 증거의 형식에 따라서 크게 인적 증거와 물적 증거로 나뉠 수 있는데, 인증에 해당하는 것이 증인이나 감정인, 당사자 본인의 증언에 해당하며, 물증에 해당하는 것이 문서와 검증물이다.<sup>64)</sup>

증거는 ‘사실인정’과 ‘법적판단’의 과정을 통해서 요건사실화 된다. 이때 어떤 증거는 개연성이 높은 직접증거로서 쉽게 성립요건을 인정시키지만, 다른 증거는 간접사실과 경험칙이 되어서 사실상 추정을 통한 다

61) 호문혁, 전게서, 365면.

62) I. Berg-Winters, *Der Anscheinsbeweis im Arzthaftungsrecht*, 1. Aufl., Lang, 2005, 28면.

63) Bohne, *Zur Psychologie der richterlichen Überzeugungsbildung*, S. 12 (I. Berg-Winters, 전게서, 42면에서 재인용).

64) 호문혁, 전게서, 364면.

른 증거들과의 결합과정을 거쳐서 요건사실을 인정하게 한다. 한편 증거 중에는 ‘관습’이나 ‘의료수준’, ‘사회규범’의 내용을 담은 것도 있는데, 이러한 증거는 주의의무 수준, 위법성 등의 추상적 법률요건을 평가하는데 기준으로 활용된다. 이와 같은 증거들을 ‘비교기준’이라고 한다. 증거의 유형을 정리하면 다음과 같다.<sup>65)</sup>

- ① 주요사실에 관한 직접 증거
- ② 간접사실이나 정황사실에 관한 간접 증거
- ③ 경험칙, 관습, 의료수준, 자연법칙과 같이 가치 평가적 요소를 지니는 비교기준 (standards of comparison)

앞의 두 가지 유형은 당해 사건에 있어서 구체적인 사실에 대한 증거이고, 마지막 증거 유형은 구체적인 사실에 대해 비교기준을 제시하는 일반적 사실로서의 증거이다. 따라서 비교기준 증거는 당해 사건에서 발생한 구체적인 사실을 비교하여 평가한다는 점에서 규범적인 성격을 지닌다. 특히 이 유형의 증거는 증거들 사이의 관계를 설정하고, 개연성 있는 경험칙을 제공함으로써 법관의 사실인정에서의 심증을 형성하게 하며, 추상적인 법률요건을 구체화하는 기능을 담당한다.

#### 4. 사실인정에 있어서 비교기준 (standard of comparison)의 기능

##### (1) 증거의 증명도를 평가하는 기능

증거들은 내적 일관성만이 아니라 다른 증거들 사이에도 일관성도 갖추어야 하는데,<sup>66)</sup> 만일 그러지 않다면 그 증거는 증명력을 잃게 된다. 그러한 증거의 내적 및 외적 일관성은 비교기준에 의해 평가될 수 있다.

내적 일관성이 문제되었던 사건<sup>67)</sup>에서, 피고는 소외 병을 위하여 원고와

65) P. Murphy, 전게서, 24면의 내용을 재구성함.

66) A. J. Moore, P. Bergman, D. A. Binder, *Trial Advocacy: Inferences, Arguments and Techniques*, West, 1996, 45면.

67) 대법원 1999. 4. 9. 선고 98다57198 판결(공 1999, 849).

차용금 보증계약을 체결하였으나 그 후에 피고가 보증계약서의 진정성을 부정하였다. 법원은 “증인 정이 원고로부터 돈을 빌릴 당시 2차에 걸쳐 현장에서 피고가 계약서(서증)에 직접 捺印을 찍는 것을 보았다고 하면서도 피고가 어느 손가락으로 무인을 찍었는지는 모른다고 증언한 점… [중략]…에 비추어, 위 증인의 증언은 捺印 감정 결과를 배척할 정도로 신빙성이 있다고 보기는 어렵다”고 하여 증인의 증언을 채택하지 않았다. 증인 정은 ‘피고가 계약서에 무인을 찍었음을 목격하였다’고 진술하면서도, ‘피고가 어느 손가락으로 무인을 찍었는지는 모른다’고 답변하였다. 상식에 비추어 보면, 무인을 찍은 것을 목격한 자가 어느 손가락을 이용하여 날인했는지를 모를 수는 없다. 상식이라는 비교기준에 비추어 볼 때 증인 정의 진술은 내적 일관성을 결여한 것이다.

증거와 증거 사이에도 일관성이 결여될 수 있다. 가령 동일한 사안에 대해 서로 양립 불가능한 증거들이 존재하는 경우, 증언의 경우에 증인이 새로운 진술을 하여 기존 진술을 번복한 경우, 또는 증거가 상식이나 경험칙, 자연법칙에 비추어 가능성이 희박한 경우이다. 이러한 경우는 증거의 증명력에 손상을 주기 때문에, 당해 증거가 채택되기 위해서는 당사자들은 증명력을 보완하는 새로운 증거를 제출할 필요가 있다.

비교기준은 바로 제출된 개별 증거들의 증명력을 높이거나 낮추게 하여 채택 또는 기각시키는 데 큰 역할을 행한다. 다음은 비교기준인 ‘理致’에 의해서 증거의 증명력이 평가된 사건이다.<sup>68)</sup>

“월심에서 피고 등은 승용차를 운전하여 3차선을 따라 시속 약 50Km의 속력으로 진행하고 있었는데 소외 시내버스 운전사 을이 같은 방향으로 2차선을 따라 진행 중이던 [다른] 시내버스와 경쟁하여 4차선을 따라 위 버스를 제한시속 60Km를 훨씬 초과한 시속 80 내지 90Km의 속력으로 운행하다가 앞서 진행 중인 승용차를 추월하려고 이에 근접한 채 3차선으로 진입하다가 위 버스의 좌측 앞 범퍼부분으로 위 승용차의 우측

68) 대법원 1991. 5. 28. 선고 91다7767 판결(공 1991, 1759).

뒷부분을 충격하고 그 충격으로 인하여 위 승용차가 4차선 상으로 우회 전하는 순간 위 버스의 좌측 앞 범퍼부분으로 우측 앞 문짝 중앙부분을 다시 충격함으로써 승용차를 전복케 한 사실을 인정하였다…[중략]… 버스가 옆 차선의 승용차를 추월하여 그 차선으로 진입하려고 하였다면 승용차를 앞질러서 진입을 시도하는 것이 마땅한데도 승용차의 뒤에서 진입하려다가 그 뒷부분을 충격하였다는 것은 도무지 이치에 닿지 않으며, 또 원심 인정에 의하더라도 버스의 속력은 승용차의 속력보다 훨씬 빨랐으므로 버스가 승용차를 앞질러서 진입하려고 하던 중에 위 승용차가 더 빨리 앞질러 와서 위 승용차의 뒷부분을 충격케 된 것이라고 보기도 어렵다. 결국 위 원심인정은 증거의 가치판단을 그르쳐 사실을 잘못 인정하였거나 그 설시이유에 모순이 있어 도저히 유지될 수 없으므로 이 점에 관한 논지는 이유 있다.”

원심은 ‘속도가 느린 피고의 승용차가 속도가 빠른 소외 을의 버스를 추월하려고 하다가 승용차의 우측 뒷부분을 버스의 좌측 앞부분에 충돌시켰다’는 사실을 인정하였다. 그러나 대법원은 ‘추월하려는 차는 추월당하는 차의 앞에서 차선을 변경하지, 뒤에서 차선을 변경하지 않는다’는 理致와 ‘속도가 낮은 승용차가 속도가 높은 버스에 추월을 당하는 경우, 속도가 느린 승용차가 더 빨리 앞질러 와서 승용차의 뒷부분을 충격케 할 수 없다’는 경험칙을 들어 원심의 증거의 가치판단에 잘못이 있다고 판시하였다. 이치나 경험칙에 대한 별도의 증명과정을 거치지 않았는데, 이것들은 공지의 사실이나 현저한 사실에 속하기 때문에 법원이 당사자의 주장이나 증거가 없이도 그것을 채용할 수 있었다.

## (2) 간접사실이나 정황사실로부터 주요사실을 추정하는 기능

간접사실이나 정황사실 자체만으로 요건사실을 인정하기에는 부족하고, 이러한 사실들을 가지고 법적 허구를 가공하게 해 주는 다른 증거가 필요하다. 그중 하나가 비교기준(standard of comparison)이다. 비교기준은 당해 사건에만 적용될 수 있는 구체적 사실이 아니라 일반적으로 적용



가능한 추상적인 사실을 말한다. 그런데 비교기준이라고 모든 사안에 적용될 수 있는 것은 아니다. 비교기준을 당해 사건에 적용할 수 있도록 하는 연결고리가 필요한데, 그것이 바로 간접사실 또는 정황사실들이다. 간접사실과 정황사실들은 당해 사안에서 비교기준의 적용이 가능한지를 판별하게 하는 단서이다.

비교기준의 대표적인 작용이 경험칙에 의한 사실상 추정이다. 경험칙은 간접사실 내지 정황사실과 결합하여 주요사실이나 요건사실을 추정하게 한다. 사실상 추정은 ‘일반적 사실을 가지고 개별적 사실을 추정하거나 적용’시키는 기능을 갖고 있다.

가령 피고 의사가 비장과열로 내원한 환자를 수술하지 않고 방치하여 사망에 이르게 한 사건<sup>69)</sup>에서 법원은 “脾臟 단독손상 시의 수술사망률은 1% 이하이며, 타 장기의 치명적 손상 시에만 사망률은 10~25%로 높아지고, 위와 같은 수술은 경험 있는 집도의 1인과 보조의사 1인이 전신마취 하에 실시할 수 있다”는 경험칙과 의료규준을 인정하여, 통상적인 경험칙에 비추어 다른 원인이 개재될 수 없다는 점을 피고가 입증하지 않는 이상 인과관계가 추정된다고 판시하였다. 이러한 경험칙에 기초한 추정의 밀바탕에는 법정책의 고려가 있다. 본 사건에서 법원은 ‘손해의 공평·타당한 부담을 그 지도원리로 하는 손해배상제도의 이상에 맞게 입증 책임을 완화 한다’고 판시하였다.

### (3) 추상적인 성립요건을 구체화 하는 기능

법률의 추상적 내용을 구체화하기 위해서 법률해석이 필요한데, 비교기준은 바로 이러한 법률해석에 도움을 준다. 그것은 개별 사안에서 가령 고의 또는 과실이나 신의성실, 권리남용, 주의의무와 같은 추상적 요건을 어떻게 해석할지 그 기준을 제시한다. 다음에서 예시된 사건은 水路의 소유자가 수로를 폐쇄함에 있어서 권리남용이 인정된 판결이다.<sup>70)</sup>

69) 대법원 2000. 9. 8. 선고 99다48245 판결(공 2000, 2074).

70) 대법원 1991. 10. 25. 선고 91다27273 판결(공 1991, 2826).

“권리남용이라 함은, 권리자가 그 권리를 행사함으로써 인하여 사회적 경제적으로 얻는 이익보다 상대방에게 과대한 손해를 입히는 결과가 됨에도 불구하고, 권리자가 권리행사라는 구실로 상대방에게 손해를 가할 것만을 목적으로 하거나 또는 객관적으로 우리의 통념상 도저히 용인될 수 없는 부당한 결과를 자아내는 등 공공복리를 위한 권리의 사회적 기능을 무시하고, 신의성실의 원칙과 국민의 건전한 권리의식에 반하는 행위를 하는 것을 뜻한다고 할 것으로서 어느 권리행사가 권리남용이 되는가의 여부는 각 개별적이고 구체적인 사안에 따라 판단되어야 할 것이다…[중략] 원고가 그 소유자로서 다른 방법으로는 몰라도 그 수로의 폐쇄를 뜻하는 방법으로 소유권을 행사하는 것은 원고자신에게는 큰 이익이 없는 반면에 피고에게는 새로운 수로개설을 위한 막대한 시간과 비용이 필요하여 그 피해가 극심할 뿐만 아니라 재산권의 행사는 공공복리에 적합하게 행사해야 한다는 기본원칙에도 반하므로 권리남용에 해당한다.”

권리남용이란 구체적으로 ‘권리행사로 인하여 얻는 이익보다 상대방에게 과대한 손해를 입히는 결과가 됨에도 불구하고, 행사하는 것’이다. 본 판결에서 ‘수로의 폐쇄’를 ‘소유자 자신에게는 큰 이익이 없는 반면에 상대방에게는 새로운 수로개설을 위한 막대한 시간과 비용이 필요하게 하는 소유권의 행사’로 판단하였다. 본래 권리남용은 ‘상대방에게 손해를 가할 것만을 목적’으로 하는 주관적 요건을 충족해야 하는데, 이것이 ‘상대방에게 막대한 시간과 비용이 필요하게 하는 소유권의 행사’라고 구체화되었다. ‘수로의 폐쇄’가 그런 소유권의 행사에 해당하는지 여부는 사회통념과 같은 비교기준에 의해서 판단된다. 당해 사건에서 수로가 갖는 지역사회에서의 의미가 중요할 것이다. 권리남용의 다른 사례로서 ‘외국에 이민을 가 있어 주택에 입주하지 않으면 안 될 급박한 사정이 없는 딸이 고령과 지병으로 고통을 겪고 있는 상태에서 달리 마땅한 처처도 없는 아버지와 그를 부양하면서 동거하고 있는 남동생을 상대로 자기 소

유 주택의 명도 및 퇴거를 청구한 한' 사건<sup>71)</sup>에서 법원은 다음과 같이 판시하였다.

“피고 갑의 경우에는 고령과 지병으로 인하여 자기의 자력 또는 근로에 의하여 생활을 유지할 수 없으므로 원고로서는 피고 갑을 부양할 의무와 책임이 있다 할 것이고, 이처럼 부양의무 있는 자가 특별한 사정도 없이 또한 부의 주거에 관하여 별다른 조치를 취하지 아니한 채 단지 이 사건 주택의 소유권자임을 내세워 고령과 지병으로 고통을 겪고 있는 상태에서 달리 마땅한 처치도 없는 부인 피고 갑에 대하여 이 사건 주택에서의 퇴거를 청구하는 것은 부자 간의 인륜을 파괴하는 행위로서 권리남용에 해당된다.”

법원은 ‘부양의무가 있는 자녀가 부모에게 특별한 사정도 없이 다른 부양조치를 취하지 않은 채 마땅한 처치도 없는 부모를 주택에서 퇴거하는 행위’를 반인륜적인 행위라고 평가하고, 이를 권리남용으로 인정하였다. 본 사건에서와 같이 권리남용의 구체적인 유형은 윤리나 도덕 등의 비교기준에 의해서 구체화될 수 있다.

다음은 주의의무에 관한 판결이다. 주의의무의 수준은 통상적으로 관련 법규나 거래관행, 관습에 의해서 정해진다. 다음의 사건에서 법원은 교통사고에 있어서 교통관계자들의 신뢰의 원칙을 바탕으로 한 주의의무의 한도를 정하였다.<sup>72)</sup>

“신뢰의 원칙은 상대방 교통관계자가 도로교통의 제반법규를 지켜 도로교통에 임하리라고 신뢰할 수 없는 특별한 사정이 있는 경우에는 그 적용이 배제된다고 할 것이나, 신호대기를 위하여 정지하여 있는 자동차의 운전자는 특별한 사정이 없는 한 뒤에서 오토바이가 진행하여 오는 것을 보았다고 하더라도 그 오토바이도 신호대기를 위하여 정지하리라고

71) 대법원 1998. 6. 12. 선고 96다52670 판결(공 1998, 1856).

72) 대법원 2003. 4. 11. 선고 2003다3607,3614 판결(공 2003, 1176).

신뢰하면 족한 것이지, 정지하지 아니하고 앞쪽의 신호대기 중인 자동차를 피하여 오른쪽으로 진로를 변경하여 갓길을 따라 오던 속도 그대로 진행하다가 자동차 전방으로 갑자기 진로를 변경할 것까지 예상하여 진행신호가 들어온 경우에도 출발을 하지 않고 정지하여 오토바이의 동태를 살핀다든가 하는 등의 안전조치를 취할 주의의무는 없다. … [중략] … 진로를 변경하고자 하는 차의 운전자는 상당한 거리를 확보한 뒤에 진로를 변경하여야 할 주의의무가 있고, 이는 갓길에서 도로로 진입하는 경우라 하여 달라지지 않으며, 도로를 운행하는 자동차의 운전자로서는 특별한 사정이 없는 한 다른 차량도 정상적으로 그 차로를 유지하면서 진행하고, 정상적인 통행에 장애를 줄 정도로 갑자기 타인의 진행차량 전방으로 급히 진입하지는 않으리라고 신뢰하는 것이 보통이라고 할 것이므로, 편도 2차로 도로의 2차로를 운행하는 자동차의 운전자에게 오른쪽 갓길을 따라 진행하여 오던 오토바이가 갑자기 자신의 진행방향 앞으로 진로를 변경하리라는 것까지 예상하여 운전할 주의의무는 없다.”

이 사건에서 법원은 ‘도로를 운행하는 자동차가 정상적인 통행에 장애를 줄 정도로 갑자기 타인의 진행차량 전방으로 급히 진입하지는 않는다’는 교통의 관행에 대한 신뢰를 근거로 ‘자동차의 운전자에게 오른쪽 갓길을 따라 진행하여 오던 오토바이가 갑자기 자신의 진행방향 앞으로 진로를 변경하리라는 것까지 예상하여 운전할’ 주의의무를 부정하였다. 직업과 관련된 주의의무 수준은 그 직업에서 행해지는 관행이나, 직업의 행위규준에 의해서 결정될 수도 있다. 특히 의료와 같은 전문직에 있어서 실무에서 행해지고 있는 의료수준이나 의료규준은 주의의무 수준을 구체적으로 결정된다.

“의사가 진찰 치료 등의 의료행위를 함에 있어서는 사람의 생명·신체·건강을 관리하는 업무의 성질에 비추어 환자의 구체적인 증상이나 상황에 따라 위험을 방지하기 위하여 요구되는 최선의 처치를 행하여야 할 주의의무가 있다고 할 것이나 의사의 이와 같은 주의의무는 의료행위를

할 당시 의료기관 등 임상의학분야에서 실천되고 있는 의료행위의 수준을 기준으로 판단하여야 할 것이므로, 의사가 행한 의료행위가 그 당시의 의료수준에 비추어 최선을 다한 것으로 인정되는 경우에는 의사에게 환자를 진료함에 있어서 요구되는 주의의무를 위반한 과실이 있다고 볼 수 없다.”<sup>73)</sup>

주의의무의 수준이 의료행위의 수준 내지 의료규준에 의해서 구체화됨에 있어서 구체적인 의료규준이 무엇인지 확인하는 것이 중요하다. 그러나 일반인들은 의료규준이나 의료수준을 알지 못하기 때문에, 그것은 통상적으로 전문가 감정에 의해서 확인된다.

## IV. 사실인정에 있어서 경험칙의 작용

### 1. 사실인정에 있어서 경험칙의 정의

법원은 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과를 참작하여 자유로운 심증으로 사회정의와 형평의 이념에 입각하여 논리와 경험의 법칙에 따라 사실주장이 진실한지 아닌지를 판단한다(민사소송법 제202조). 이때 논리칙과 경험칙이 바로 사실인정의 도구이다.<sup>74)</sup> 일반적으로 경험칙이란 ‘인간의 경험에서 귀납적으로 얻어지는 사물에 대한 지식이나 법칙’인데,<sup>75)</sup> 경험칙은 크게 상식적인 경험칙(공지의 경험칙)과 전문적인 경험칙으로 구분할 수 있다.<sup>76)</sup> 그 구분에 따라서 당해 경험칙에 대한 전문가 감정이 필요한지가 결정된다. 즉 상식적인 경험칙은 증명을 요하지 않지만, 전문적인 경험칙은 증명을 요한다.

73) 대법원 1994. 4. 26. 선고 93다59304 판결(공 1994, 1468).

74) 訴訟에서 經驗則의 機能은 事實認定 以外에도 法律解釋이나 法律行爲 解釋의 道具로서도 使用된다(本間義信, 訴訟における經驗則の機能, 講座民事訴訟法 5, 弘文堂, 1983(昭和58), 71면 이하; 金光年, 間接事實과 經驗則, 判例研究 4, 서울地方辯護士會, 1991, 11면).

75) 대법원 1992. 7. 24. 선고 92다10135 판결(공 1992, 2533).

76) 호문혁, 전게서, 373면.

경험칙을 이용한 사실인정에서 법규의 적용을 위한 법률적 삼단논법이 사용된다.<sup>77)</sup> 이를 비교하여 그림으로 나타내면 다음과 같다.

법규 (대전제)	경험칙 (대전제)
주요사실 (소전제)	간접사실 (소전제)
판단 (결론)	주요사실의 추정 (결론)

주요사실에 대한 직접증거가 없거나 그 증거가 곤란한 경우에 경험칙을 이용하여 간접사실이나 보조사실만으로 주요사실을 추론해 낼 수 있다. 이를 사실상의 추정이라고 한다. 이것은 법률상의 추정과는 다르다. 첫째, 사실상 추정은 객관적 증명책임의 문제와는 관련이 없으며 단지 입증정도를 완화시키는 작용을 할 뿐이다. 즉 사실상 추정은 직접증거에 대한 증명력을 보강시키며, 어떤 간접사실로써 다른 간접사실을 추인하게 한다. 둘째, 사실상 추정은 법률상의 추정과는 달리 간접반증에 의해서 복멸될 수 있다.<sup>78)</sup>

판례에 나타난 경험칙으로는 “일용 노동자의 가동연한이 55세”<sup>79)</sup>라는 일반적인 관행뿐만이 아니라, “혈통에 관한 족보의 내용은 믿을 만하다”라는<sup>80)</sup> 상식, “지구는 둥글다”라든지 “백조는 희다”, “사람은 죽는다”라는 자연과학적 법칙, 그리고 “사람은 자신의 이익을 위하여 합리적으로 행동한다”는 사회과학적 법칙,<sup>81)</sup> 및 사회생활에 있어서 도의, 조리, 관례, 거래상의 관습<sup>82)</sup>, 사회통념이나 도덕률과 같은 사회규범<sup>83)</sup> 등을 포함한

77) 後藤勇, 전계서, 2면 이하.

78) 호문혁, 전계서, 428면; 李時潤, 전계서, 452면; 上原敏夫, 池田辰夫, 山本和彦, 民事訴訟法 (第4版), 有斐閣, 2003, 149면; Leo Rosenberg, *Die Beweislast*, 5. Aufl., München, 1965, 223면.

79) 대법원 (全) 1989. 12. 16. 선고, 88다카16867 판결(집 37 (4) 민, 241)에서 法院은 可動年 限이 55歲라는 慣行은 더 이상 經驗則이 아니라고 하여, 可動年 限을 上向調整하여야 한다고 判示하였다.

80) 대법원 1997. 3. 3. 선고, 96스67 판결(공 1997, 1227).

81) 金大彙, 統計資料와 法院에 顯著한 事實: 事實的 規範으로서의 經驗則, 法曹 494, 1997.11, 162면 이하.

82) 대법원 1976. 7. 13. 선고 76다983 판결(집 24(2) 민 212; 공 1976, 9299)에서 法院은 ‘事實인 慣習은 一般生活에 있어서의 一種의 經驗則에 屬한다’고 하여 當事者의 主張이

다. 도덕률은 신의칙이나 공서양속과 같이 법에 의해서 포섭되기도 하지만, 법 규정에 없는 도덕률은 경험칙을 통한 사실인정이나 구체적인 법률해석에 의해서 표명되기도 한다. 판례에서 도덕률을 법감정이나, 법의식, 사물의 본성, 법적 양심으로 부르기도 한다.<sup>84)</sup> 따라서 경험칙의 범위를 넓게 볼 때 사실인정이 사실문제와 법률문제 영역 사이에 존재한다.<sup>85)</sup> 경험칙의 적용 자체는 사실문제이지만, 통설과 판례에 따르면 경험칙의 위반은 상고이유로서 법률문제가 된다.<sup>86)</sup>

아직 우리 학설 및 판례는 경험칙의 범위에 대해선 명확히 언급하지 않고 있다. 만일 도덕률과 사회통념을 모두 경험칙의 범주에 포함시킨다면, 경험칙은 사실인정의 영역만이 아니라 법률해석의 전 영역을 관장할 것이며, 이로 인해 경험칙에 과부하가 걸릴 지도 모른다. 의료과오소송에 있어서 주의의무의 구체화에 중요한 역할을 하는 의료규준(lege artis)도 경험칙으로 본다면, 경험칙의 범위가 너무 커져서 사실문제와 법률문제의 경계가 더욱 불명확하게 될지도 모른다. 따라서 본 연구에서는 경험칙이란 ‘귀납적 경험을 통한 가치중립적인 사상 및 인과에 대한 인식’이라고 정의하면서, 경험칙의 범위를 국한하고자 한다.

## 2. 경험칙의 개연성

경험칙은 당사자의 주장·입증을 통하여 또는 법원의 직권으로 상정된다.<sup>87)</sup> 법원이 경험칙을 인정하기 위해서 경험칙의 개연성과 사안에 대한 적용가능성을 심사하고 평가해야 한다. 먼저 경험칙의 개연성에 대해 살

---

나 立證에 拘碍됨이 없이 스스로 職權에 의하여 判斷할 수 있다고 判定하였다.

83) R.M. Dworkin, Lord Devlin and the enforcement of morals, *The Yale Law Journal* 75, 1956, 986면 이하; 朴龍喆, 法과 社會, 論文集 20, 慶北大學校 教育大學院, 1988, 5면 이하.

84) 金大榮, 法源理에 관한 研究, 서울大學校 博士學位論文, 1992, 263면 이하.

85) 事實認定은 事實問題이면서 同時に 上告理由가 되는 法律問題이다(대법원 1970.10.23. 선고, 70누117 판결(집 18(3)행, 52); 호문혁, 전게서, 374면; 李時潤, 전게서, 388면).

86) 柳根完, 經驗則: 民事訴訟法 §§187條에 關하여, *司法研究資料* 4, 1977, 153면; 李勇雨, 判例를 통해서 본 經驗則, *民事證據法(上)*, *裁判資料* 25輯, 1985, 127면.

87) 대법원 1977. 4. 21. 선고 76다983 판결(집 24(2)민, 212).

펴보자. ‘모든 사람은 죽는다’와 같이 예외를 허용하지 않는 경험칙은 예외를 허용하는 통상적인 경험칙과 구분지어 경험법칙(Erfahrungsgesetz)이라고 불린다. 가령 ‘위암 1기 환자의 조기수술에 대한 5년 생존율은 90%이다’라는 경험칙이 있다고 가정해보자. 당해 환자는 10% 정도의 사망 가능성을 갖는다. 예외가 희박한 경험칙은 고도의 개연성을 갖지만, 예외가 많은 경험칙은 개연성이 희박하다. 고도의 개연성을 갖는 경험칙을 정형적 사상경과(typischer Geschehenablauf)라고 하는데, 이것은 표현증명(Anscheinbeweis)에 이용된다.<sup>88)</sup>

법원은 개연성이 높은 경험칙만이 아니라 개연성이 낮은 경험칙도 사용한다. 개연성의 정도는 상대적이기 때문에, 사실인정에 있어서 어느 정도의 개연성이 필요한지에 대해 논란이 있다. 형사재판에서는 허용되는 경험칙의 개연성 정도는 합리적인 의심을 배제할 수 있을 정도의 고도이어야 하지만,<sup>89)</sup> 민사재판에 있어서는 상당한 정도의 개연성으로 족하다.<sup>90)</sup> 그런데 경험칙을 표현한 판결문을 보면, 경험칙 안에 구체적인 확률<sup>91)</sup>이 표현된 경우도 있지만, 대부분의 경우에는 구체적인 확률이 표현되어 있지 않다. 확률이 표현되지 않은 경험칙의 개연성은 경험칙의 진위 여부, 즉 ‘경험칙의 확실도’<sup>92)</sup>에 따라서 결정된다. 확률이 표시된 경험칙의 경우에는 경험칙 내에 표시된 확률과 경험칙 자체의 확실도가 다를 수 있다. 가령 ‘위암 1기 환자의 5년 생존율은 90%이다’라는 명제가 참일 확률이 50%라고 한다면, 90%의 확률과 50%의 확률 중 어느 것이 경험칙의 개연성을 나타내는가? 이러한 논의는 일견 모순이 있다. 경험칙 안에 표시된 ‘90%’의 확률과 경험칙의 확실도인 ‘50%’의 확률은 의미상으로는

88) 李時潤, 전계서, 454면 이하.

89) 대법원 2000. 2. 25. 선고 99도1252 판결(공 2000, 890).

90) 대법원 1974. 12. 10. 선고 72다1774 판결(집 22(3)민, 106; 공 1975, 8214). 본 判例는 公害訴訟에서 因果關係에 관한 經驗則의 蓋然性を 다루었다.

91) 確率は 때로는 量詞나 頻度副詞에 의해서 表示되는 境遇도 있다. 가령 ‘모든’이라든지, 또는 ‘一部’라는 量詞나, ‘거의’, ‘자주’ 라는 頻度副詞는 蓋然性的 確率을 나타낸다.

92) 鄭鋪仁, 事實誤認과 經驗則, 刑事證據法(上), 裁判資料22輯, 1984, 113면 이하에서는 經驗則이라는 命題 自體의 眞偽의 確率이라는 意味에서 蓋然性과는 다른 ‘經驗則의 確實度’라는 用語를 사용한 것으로 보인다.



동일 평면에 있어서 양립불가능하다. 즉 경험칙 안에 표시된 확률과 경험칙의 확실도 모두 개연성을 의미한다. 이를 보다 구체적으로 살펴보자.

위암 1기 환자의 조기수술(early intervention)에 대한 5년 생존율에 대해 10명의 전문가에게 감정을 의뢰했는데, 5명의 전문가는 그 생존율이 90%라고 회신했고, 5명은 그 생존율이 80%라고 회신했다고 가정해보자. ‘위암 1기 환자의 5년 생존율은 90%이다’라는 경험칙의 개연성은 50% (10명 중 5명)라고 말할 수 있는가? 이 경우 경험칙 안에 표현된 확률과 경험칙의 확실도의 의미를 엄밀히 구별할 수 없으며, 어느 누구도 당해 경험칙에 대한 진위 여부를 확신할 수 없다. 위암 환자의 전체 생존율을 조사하지 않는 이상 - 이러한 작업은 현실에서는 거의 불가능한 작업이다 - 정확한 위암 환자의 생존율을 알 수는 없다. 여기서 법관은 환자의 생존율을 80%나 90%로 인정할지, 아니면 그 사이 값으로 인정할지 문제에 직면한다. 생존율이 단지 인과관계 성립의 인정에만 관여하는 경우에는 그 문제가 별다른 중요성을 갖지 못하지만, 인과율에 따른 배상액을 산정하는 경우에는 배상액 산정에 있어서 중요한 선결문제로 된다. 그러나 우리나라의 학설과 판례는 인과율에 따른 배상액 산정을 인정하고 있지 않기 때문에 그 문제는 별로 중요한 의미를 갖지 못한다.

### 3. 경험칙 적용의 전제조건

경험칙은 자연법칙과는 달리 언제나 성립하는 것이 아니라 특정의 전제조건 하에서만 성립된다.<sup>93)</sup> 즉 경험칙을 적용하기 위해서는 그에 대한 전제가 필요하다. 간접사실이나 정황사실은 경험칙의 적용을 위한 전제조건이 될 수 있다.

“망인의 활력징후가 비교적 좋아서, 즉각적인 응급개복술 실시가 가능한 병원으로 전원하였다면 망인의 생존할 가능성이 높았다.”<sup>94)</sup>

93) Weber, *Der Kausalitätswelt im Zivilprozess*, S. 175 (I. Berg-Winters, 전게서, 30면에서 재 인용).

94) 대법원 2005.6.24. 선고, 2005다16713 판결(미공간 판결, 출처: 법원 판결문 전산망).

위의 사건에서 법원은 ‘즉각적인 응급개복술(을) 실시하였다면 망인의 생존가능성이 높다’는 경험칙을 인정하고 있다. 그런데 이러한 경험칙이 언제나 성립하는 것은 아니다. 환자 상태가 내원하기 전부터 좋지 않다면, 그 환자의 생존 가능성은 그다지 높지 않다. 생존가능성이 높다는 경험칙이 적용되기 위해서는, ‘망인의 활력징후가 비교적 양호하다’라는 간접사실이 증명되어야 한다. 원고는 이러한 간접사실만을 입증하였고, 법원은 경험칙과 간접사실을 근거하여 인과관계라는 요건사실을 인정하였다. 이러한 점에서 원고의 입증 부담이 완화되었다. 만일 피고가 내원 당시부터 환자의 전신상태가 좋지 않다는 사실을 입증하면, 위 경험칙은 적용될 수 없어서, 인과관계와 피고에 대한 책임귀속이 부정되었을 것이다.

그런데 동일한 경험칙이라도 그 전제에 따라서 경험칙의 개연성이 달라진다. 가령 ‘위암 1기 환자에서 조기수술에 대한 5년 생존율은 90%’라는 경험칙을 가정해보자. 5년 생존율이 90%라는 경험칙의 전제는 환자의 위암 病期(stage of disease)가 1기이고 수술을 시행하였을 때이다. 만일 원고의 위암 병기가 4기이거나 병기가 1기라고 해도 원고가 수술을 받지 않고 항암치료를 시행 받는다면 이 경험칙은 적용될 수 없다. 그 이유는 생존율이 병기와 치료방법에 따라서 달라지기 때문이다. 따라서 법원은 경험칙의 개연성을 평가하여 적용하기 전에 당해 사안에 있어서 경험칙의 전제조건이 충족되는지를 살펴야 한다.

“원고가 초산부로서 비교적 나이가 많은 35세이고, 임신성 당뇨가 있고, 兒頭不均衡이 의심되는 이른바 위험군 산모이므로,··· 지속적인 관찰을 하여야 한다.”<sup>95)</sup>

위의 사건에서 법원은 ‘산모가 초산이고, 나이가 많고, 당뇨가 있으며, 兒頭不均衡이 의심되는 경우, 산모는 위험하다’라는 경험칙을 인정하고

95) 대법원 2002.11.26. 선고 2002다4498 판결(미공간 판결, 출처: 법원 판결문 전산망).

있다. ‘초산’과 ‘고령’, ‘당뇨’, ‘兒頭不均衡’<sup>96)</sup>이 이 경험칙의 전제조건이다. 이러한 경험칙의 개연성을 평가하기 위해서는 전제조건을 만족해야 하며, 다른 조건 하에서는 경험칙의 개연성이 달라진다. 위의 경험칙은 ‘산모의 지속적인 관찰’에 대한 근거를 제공하여 예견 가능성을 높임으로써 필요한 주의의무의 수준을 상승시킨다. 그러나 이러한 경험칙의 전제조건이 만족되지 않는 경우에는, 즉 산모가 초산이 아니고, 임신적령이며, 당뇨가 없는 건강한 산모의 경우에는 이 경험칙의 개연성은 떨어지며, 주의의무의 수준도 상승시키지 못한다.

#### 4. 과실 인정에 있어서 경험칙의 작용

원고가 피고의 구체적인 과실행위를 적시하는 경우에, 통상적으로 원고는 표면적으로 드러난 피고의 행위 중에서 과실행위라고 인정될 수 있는 구체적인 행위를 주장하고, 그에 대한 직접증거를 들어 주요사실을 입증한다. 반면에 원고가 발생한 결과로부터 원인으로서는 작용 가능성이 있는 가상의 행위들을 열거하는 경우에는,<sup>97)</sup> 가상의 행위를 직접 증명할 수는 없고 단지 개연성 있는 경험칙과 간접증거들을 사용하여 주요사실인 과실의 존부를 입증한다. 이때에는 사용되는 경험칙의 개연성이 중요하다. 전형적인 사상경과를 보이는 경험칙과 간접사실은 주요사실을 바로 추정하게 하는데, 이를 일응추정 또는 표현증명이라고 한다. 다음의 판결은 전형적인 사상경과를 보이는 경험칙을 사용하여 과실행위를 추정했다고 ‘보이는’ 판결이다.<sup>98)</sup>

“...이 사건에 있어서와 같이 환자가 치료 도중에 下半身完全麻痺 등

96) 兒頭骨盤不均衡(Cephalopelvic disproportion): 胎兒의 頭圍가 母體의 骨盤에 비해 큰 境遇이며, 難産의 原因이 된다(이우주, *의학사전* 2판, 아카데미서적, 1996 참조).

97) 당사자들의 主張事實을 바탕으로 경험으로 보아 損害의 結果에 대한 原因으로서 어떤 허물 있는 行爲에 추급되고 다른 원천을 推斷케 해주는 事實은 밝혀지지 않는 경우에 결국 定型的 事件展開가 있다고 할 수 있다(金聖洙, *獨逸民事訴訟에 있어서 表見證明의 法理*, *外國司法研修論集*(5), *裁判資料* 19輯, 1983, 440면).

98) 대법원 1995. 3. 10. 선고 94다39567 판결(집 43(1) 민, 123; 공 1995, 1586).

四肢不全痲痺症狀이 발생한 경우에 있어서는 환자 측에서 일응 일련의 의료행위 과정에서 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 말미암은 것이라는 입증을 하지 아니하는 이상, 의료상 과실과 결과 사이의 인과관계를 추정하여 손해배상책임을 지을 수 있도록 입증책임을 완화하는 것이 손해의 공평·타당한 부담을 그 지도원리로 하는 손해배상제도의 이상에 맞다고 할 것인바, … [중략] … 원고의 사지부전마비증세가 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 수술 전후를 통하여 원고에게 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 전구증상이 나타나는데도 원고에게는 이러한 전구증상이 없었으므로 외상성 또는 원인불명의 두 가지만이 남게 되는데다가, 신경근 동맥이 압박을 받으면 동맥경련 또는 혈전증이 생겨 척수병변을 발생시킬 수 있고, 척수 또는 前面脊髓動脈이 수술중 외과적인 원인에 의하여 손상되면 운동마비 감각장애 등의 증상을 일으킬 수 있는 것이라면, 비록 시술상의 잘못 이외의 알 수 없는 원인으로 합병증이 발생하는 확률이 1% 미만으로 알려졌다고 하더라도, 원고의 四肢不全痲痺症勢는 피고가 시술과정에서 수술기구 등으로 원고의 前面脊椎動脈 또는 神經根 動脈을 과다압박 또는 손상하게 하여 脊髓血流障礙를 초래하였거나, 또는 원고의 제6 또는 제7 頸椎部位의 脊髓를 손상시킨 잘못으로 인하여 초래된 것이라고 추정할 수밖에 없다고 할 것이다.”

위의 사건에서 법원이 과실 및 인과관계의 인정에서 사실상 추정을 사용했는지 아니면 표현증명을 사용했는지에 대해 논란이 있다.<sup>99)</sup> 법원의 판시에 따르면 ‘일응 일련의 의료행위 과정에서 … 의료상 과실과 결과 사이의 인과관계를 추정한다’고 하여 표현증명을 채택하고 있는 것처럼 보이기도 하지만, 사실상 추정을 사용했는지 아니면 표현증명의 법리를 사용했는지는 명확하지 않다. 그 이유는 판결문에서 경험칙의 구체적인 내용 및 개연성의 정도가 나타나있지 않기 때문이다.<sup>100)</sup> 이 사건에서 법원이 인정한 사실은 ‘하반신 마비라는 합병증의 발생이 척추수술의 직후에 발생하였다’는 점, ‘하반신 마비를 발생시킬 만한 별다른 사유가 없다’는 점, ‘수술 중 척수의 혈관 손상이 당해 합병증을 발생시킬 수 있다’는 경험칙 등이다. 판결에서 표현된 ‘일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실 있는 행위의 입증’이라는 기준은 매우 모호하다. 원고가 과실행위에 대한 작은 ‘실마리’라도 주장·입증하지 않았음에도 불구하고 법원이 이를 인정한 것이기 때문에, ‘원고 측이 입증해야 할 과실이 무엇인지의 기준은 설정해 놓고 실제로 행한 과실판단은 설정해 놓은 기준에 의하여 판단한 것이 아니라 발생한 손해와 여러 가지 발생경위로부터 과실을 역으로 추론함으로써 스스로 설정한 기준마저도 포기하고 있다’라는 비판을 받고 있다.<sup>101)</sup> 이 사건에서 법원이 과실행위를 추정함에 있어서 사용된 경험칙은 ‘수술 중 척수의 혈관 손상이 당해 합병증을 발생시킬 수 있다’는 것이다. 이 경험칙의 전제조건은 ‘수술 중의 척수의 혈관 손상’이다. 그런데 본 사건에서 수술 중 척수의 혈관손상이 발생하였다는 사실이 입증된 바가 없으며, 경험칙 사용의 전제조건을 갖추지 못하고 있다. 단지 ‘합병증의 발생’으로부터 ‘역으로’ 경험칙의 전제조건을 다시 추정하고 있다. 결과적으로는 ‘합병증의 발생’과 ‘과실행위의 존재’를 바로 연결시켰다. 이것은 유책성 판단을 결과불법에 의존시킴으로써 과

99) 孫容根, 醫療過誤訴訟의 證明責任에 관한 大法院 最近判例 小考, 民事裁判의 諸問題(下): 松泉 李時潤博士華甲紀念論文集, 1995, 187면 이하.

100) 孫容根(1995), 전개논문, 188면 이하.

101) 申殷周, 醫療過誤事件에 있어서 過失의 立證 및 立證妨害, 判例月報 305, 1996, 34면 이하.

실책임주의를 무력화시킨 것이다.

한편 과실행위의 평가는 경험칙만으로는 부족하다. 왜냐하면 경험칙은 사상이나 인과에 대해 귀납적으로 형성된 인식이기 때문에 그 자체는 가치판단이 결여되어 있다고 볼 수도 있기 때문이다.<sup>102)</sup> 그러나 위 사건에서 법원은 과실행위로 간주하고 있는 ‘수술 중 혈관손상’에 대하여 구체적으로 심사하고 있지 않다. 그에 대한 가치평가를 위해서는 ‘예견 가능성’과 ‘회피가능성’을 심사해야 하며, 당해 의료기준(lege artis) 또는 의료수준이 그 심사기준으로 될 것이다. 본 사건에서 과실의 인정 기준을 정리하여 요약하면 다음과 같다.

#### <과실의 인정기준>

- ① 수술과 합병증 발생의 시간적 근접성
- ② 다른 원인의 부존재
- ③ 상정된 과실행위의 합병증 발생에 대한 개연성(경험칙)

### 5. 인과관계 인정에 있어서 경험칙의 작용

많은 의료과오소송에 있어서 간접사실과 경험칙을 사용하여 과실과 인과관계가 동시에 추정된다. 위의 사건에서도 개연성 있는 경험칙에 의해서 과실과 인과관계가 동시에 추정되었다. 생활경험에 입각한 사건경과의 정형성에 근거하여, 책임의 기초를 이루는 행위와 손해발생 사이에 인과관계가 추정될 수 있다.<sup>103)</sup>

소송실무에서 인과관계 인정의 실질 기준은 앞에서 언급한 과실인정과 크게 다르지 않다. 즉 시간적 근접성과 다른 원인의 개입 불가능성이 필요하다. 시간적 근접성은 비교적 증명하기 쉽다. 의사나 간호사가 작성하는 의무기록(medical record)에는 - 물론 그러한 기록의 내용에 대한 진위

102) 經驗則의 範圍를 社會道德 내지 規範으로 擴張한다면, 經驗則은 價値判斷을 包含하지 만, 이 부분에서는 일단 經驗則을 價値判斷이 包含되지 않은 概念으로 想定하였다.

103) 金聖洙, 獨逸民事訴訟에 있어서 表見證明의 法理, 外國司法研修論集(5), 裁判資料 19輯, 1983, 433면.

여부는 다투어질 수도 있지만 - 수술에 관한 기록, 환자의 증상 및 징후의 변화 등이 적혀있다. 그런데, 바로 이러한 것을 가지고 다른 원인의 개입 불가능성이 증명하는 것은 어렵다. 한편 다른 원인의 개입 불가능성이라는 소극적 사실에 대해 원고가 입증해야 하는지, 아니면 다른 원인의 개입가능성이라는 적극적 사실을 피고가 입증해야 하는지 논란이 있을 수 있다.

통상적인 인과관계의 판단에 있어서 절대적 제약 공식을 사용하지만, 경험칙과 간접사실을 통한 추정에 있어서는 이러한 절대적 제약공식을 사용할 수 없다. 사실상 추정을 적용한 사건에서는 대개 피고의 과실행위가 명확히 입증되지 않았기 때문에, 절대적 제약공식의 가정조건인 피고의 과실행위가 없다는 점을 상정하기 힘들다. 그렇다고 과실행위가 아닌 치료행위로 가정조건을 대치시킨다면, 절대적 제약 공식의 책임 제한 기능은 상실될 것이다. 따라서 새로운 책임 제한공식이 필요한데, 본 연구에서는 이를 수정된 공식이라고 잠정적으로 부른다. 이것들을 도식화하여 비교하면 다음과 같다,

절대적 제약 공식 : 피고의 (과실) 행위가 없다면, 손해는 발생하지 않았을 것이다.(책임 귀속의 공식)

수정된 공식 : 다른 원인이 개입되었다면, 피고의 행위가 없어도 손해는 발생했을 것이다.(면책의 공식)

인과관계의 증명에서 절대적 제약공식은 통상적으로 원고에 의해서 주장되고 그 공식의 개연성에 대한 입증은 원고에 의해서 이루어진다. 반면에 피고는 항변으로서 그 공식 적용의 전제요소인 피고의 과실행위가 없음을 주장하거나, 그 공식의 개연성이 없음을 주장할 수 있다. 절대적 제약공식이 인정된다면, 피고에게 책임이 귀속될 것이다. 그러나 반대로 면책의 공식이 인정된다면, 피고에게 책임이 귀속될 수 없다.

다음의 사건에서 법원은 인과관계 인정을 위해 절대적 제약공식을 인

정하였는데, 이 사건에서 원고는 노면의 비닐 물질이 있어 이를 회피하려고 우측으로 자동차를 회전시킨 순간 갓길에 주차된 피고의 차량과 충돌하여 손해를 입었다.

“고속도로에서의 갓길의 기능이 긴급자동차, 도로보수차량 등의 통행을 위한 것만은 아니므로, 설령 갓길 중 주차한 자동차가 차지한 부분을 제외한 나머지 부분으로 긴급차량이나 도로보수차량들이 통과할 수 있을 정도의 여유가 있다고 하더라도 그 주차가 허용되는 것은 아니고, 나아가 고속도로를 진행 중이던 자동차가 돌발사태에 대피하기 위하여 갓길로 급우회전을 한 경우 그 갓길에 주차된 자동차가 없었더라면 충돌사고가 발생하지 아니하였을 상황이라면, 특별한 사정이 없는 한 갓길에서의 불법주차와 충돌사고 사이에 상당인과관계가 있다고 할 것이다.”<sup>104)</sup>

원심<sup>105)</sup>은 ‘갓길에 주차된 자동차가 없었더라면 충돌사고가 발생하지 않았을 것’이라는 절대적 제약 공식에 대해서 상당성이 없다고 하여 부정하였는데, 상고심은 이러한 공식의 상당성을 긍정하여, 갓길에 주차한 피고의 과실과 원고의 손해 사이의 인과관계를 인정하였다. 이 사건에선 ‘갓길에 자동차를 주차’한 피고의 과실은 다툼이 없었으나 인과관계의 인정에 있어서 원고와 피고 사이에 다툼이 있었다. 여기서 절대적 제약 공식은 인과관계의 인정에 중요한 역할을 하였다.

한편 법원은 인과관계를 통제함에 있어서 절대적 제약 공식을 사용하지 않고, 수정된 공식을 사용하여 인과관계를 통제할 수도 있다. 공해소송이나 의료과오소송에 있어서 법원은 원고의 입증부담을 경감하기 위해 특정의 조건이 충족되는 경우에 경험칙을 사용하여 인과관계를 추정한다. 경험칙의 사용에 대한 전제조건은 타원인의 개입불가능성과 추정된 원인과 결과 사이의 시·공간적 접촉성이다.

따라서 원고는 인과에 대한 경험칙과 그 경험칙에 대한 전제조건의 충

104) 대법원 1997. 3. 11. 선고 96다33808 판결(공 1997, 1052).

105) 서울지방법원 1996. 7. 3. 선고 96나11609 판결(미공간 판결, 출처: 법원 판결문 전산망).



족을 간접증거들에 의해서 입증하기만 하면 되고, 피고는 책임을 벗어나기 위해 그러한 경험칙에 개연성이 없음을 입증하거나 타원인의 개입가능성을 입증해야 한다.

이 경우 입증책임이 전환되었다고 할 수는 없는데, 왜냐하면 원고가 경험칙과 그 전제조건에 대해 여전히 증명책임을 부담하기 때문이다. 인과관계가 추정된 이후에 피고는 위의 수정된 공식을 이용하여 그 공식의 개연성을 증명하면 추정으로부터 벗어날 수 있다. 다음의 사건에서 피고는 수정된 공식을 사용하여 인과관계에서 벗어났다.

“환자는 이러한 인과관계의 추정을 받기 위하여 적어도 의료행위 이전에 그러한 결과의 원인이 될 만한 건강상의 결함이 없었다는 사정을 입증하여야 하는 것인데, 이 사건에서 환자에게 위 사고 이전에 이미 치매를 표상하는 기질적 정신장애의 증세가 있었다는 사실은 위에서 본 바와 같으므로, 피고들에게 진료상의 과실이 있다고 할지라도, 현재 환자의 치매증세와 이러한 과실 사이에서 인과관계가 추정되지 아니한다고 할 것이다.”<sup>106)</sup>

위 사건에서 정신과 병동에 입원한 노령의 환자가 침상에서 낙상하여 치매증상이 발생하였다. 법원은 인과관계의 추정의 전제조건으로서 ‘의료행위 이전에 그러한 결과의 원인이 될 만한 건강상의 결함이 없었다’는 사실의 증명을 요구하였다. 즉 원고는 타원인의 개입불가능성을 입증해야 했다. 피고가 ‘사건 이전에도 치매를 나타내는 기질적인 정신장애가 있었다’는 사실을 주장·입증함으로써 책임귀속에서 벗어날 수 있었다.

앞의 두 사건에서 제약공식을 이용한 인과관계의 인정방식과 수정된 제약공식을 이용한 인과관계의 추정방식을 비교하여 표로 정리하면 다음과 같다.

106) 대법원 2002. 8. 27. 선고 2001다19486 판결(공 2002, 2284).

	통상적인 인과관계 인정방식	인과관계의 추정방식
인과관계 통제공식	절대적 제약공식	수정된 공식
원고의 주장 및 입증 내용	피고의 과실 절대적 제약공식의 개연성	타원인의 개입불가능성 원인과 결과의 시·공간적 접촉성 <sup>107)</sup> 수정된 공식의 비개연성
피고의 주장 및 입증 내용	타원인 개입 가능성 절대적 제약공식의 비개연성	타원인의 개입가능성 수정된 공식의 개연성
공식 인정의 효과	피고의 책임귀속	피고의 면책
공식의 기능	인과관계 인정의 기준	인과관계 추정의 통제
공식의 개연성에 대한 입증책임	원고 측	피고 측

현재 의료과오소송에서 인과관계의 추정방식을 따르는 판결들이 많다. 이 경우 과실 및 인과관계의 추정에 있어서 타원인의 개입불가능성이 중요한 역할을 하는데, 이에 대해 몇 가지 문제가 있다.

첫째, 과실과 타원인 사이의 관계를 고려하지 않아서, 타원인이 존재하는 경우에 인과관계의 추정이 부인되기 쉽다. 과실과 타원인 사이의 관계에서 결과에 대하여 우월적인 인과관계를 갖거나 타원인과 중첩적인 인과관계를 가질 수도 있다. 타원인의 개입가능성이 존재하는 경우에, 그러한 점이 고려되지 않고 인과관계의 추정이 부정되는 경우가 많다. 이러한 태도는 나름대로 이유가 있다. 인과관계를 추정하고 있는 많은 판결들에선 과실행위의 내용이 확정되지 않는 경우가 많다. 이러한 경우에 법원은 인과관계의 추정을 제한적으로 운영해야 하며, 타원인의 개입가능성이 있으면 인과관계의 추정을 숙고해야 한다.

둘째, 원고가 주장 및 입증해야 하는 타원인의 개입불가능성은 소극사

107) 因果關係의 推定에 있어서 時間的 接着性 및 他原因의 介入不可能性에 대해서는 孫容根, 醫療過誤訴訟에 있어서 證明的 輕減: 大法院 最近判例를 中心으로, 比較私法 3(1), 1996, 24면 이하를 參照. 특히 時間的 接着性은 修正된 條件公式에서만 重要한 것이 아니라, 因果性의 本質을 나타내는 것이다. D. Hume, *A treatise of human nature*, Oxford Univ. Press, 1978, 173면 이하에서 좋은 因果性에 관하여 사람들 사이에 存在하는 觀念을 8가지로 證하였는데, 그중에서 時間과 關聯된 것이 바로 時間的 接着性과 原因과 結果의 先後關係이다. 그는 “The cause and effect must be contiguous in space and time. The cause must be prior to the effect.”라고 記述하였다.

실이기 때문에, 타원인의 개입가능성이라는 적극사실보다 입증하기 어렵다. 따라서 원고가 타원인의 개입불가능성을 입증할 수 없는 경우에, 법원은 ‘이에 반하는 증거가 없는 한’ 바로 그것을 인정할 가능성이 높다. 이것은 실질적으로는 타원인의 개입가능성의 입증을 피고에게 전환시키는 효과가 있다.

이러한 제한점에도 불구하고 의료과오판결에 있어서 위와 같은 인과관계 및 과실에 대한 추정방식이 많이 사용된다.

## V. 결 론

소송에 있어서 당사자에게 가장 중요한 것은 판결의 결과이며, 대부분의 불법행위 소송에 있어서 소송의 성패는 사실인정에 좌우된다고 해도 과언이 아니다. 특히 의료과오소송에 있어서 과실과 인과관계의 인정이 중요하고, 원고가 승소한 사건의 경우에 과실과 인과관계가 경험칙과 간접사실에 의해서 동시에 추정되는 경우가 많다. 이러한 현상은 한편으론 법원이 피해자의 권리구제를 위해서 노력하고 있다는 증거이기도 하지만, 피고에게 불리하게 사실상 추정이 남용되고 있지 않는가라는 우려를 낳는다. 심리에 있어서 공정성과 형평성을 담보하고 판결의 통일성을 지향하면서도 피해자의 권리구제를 위해선 사실인정에 대한 올바른 기준이 마련되어야 한다. 본 연구의 목적은 사실인정의 방식과 기준을 체계화시키는 것인데, 주로 판결문의 분석을 통해서 체계화를 시도하였다.

본 연구에선 사실인정에 있어서 경험칙의 작용을 중심으로 연구하였는데, 연구에 있어서 가장 어려운 점은 경험칙의 범위를 정하는 것이었다. 경험칙의 범위를 달리 함에 따라서 사실인정에 있어서 경험칙의 작용과 기능이 크게 달라진다. 그러나 아직 경험칙에 대한 개념이 명확히 정립되지 않고 있다. 경험칙의 범위를 매우 넓게 잡아서 도덕률이나 직업규범을 포함시킨다면, 경험칙에 과부하가 걸리게 되고, 법률해석 또는 법적판단이 사실인정의 단계로 모두 통합된다. 반대로 경험칙의 범위를 매우

좁게 잡아서, 일상생활에서의 사상경과 정도로만 인식한다면 경험칙의 작용은 오로지 증거가치의 판단기준으로만 작용할 것이다. 본 연구에선 후자의 입장을 따랐다. 그 이유는 넓은 범위의 경험칙이 사실인정과 법률해석의 경계를 무너뜨리고, 이것이 사실인정의 분석을 더욱 어렵게 할 수 있기 때문이다.

본 연구는 아직 초보적인 수준에도 미치지 못하고 더 많은 진보를 위해선 판결례의 분석과 유형화 작업이 필요하다고 생각한다. 또한 책임귀속의 요건인 과실과 인과관계의 개념정립과 아울러, 절차법에서의 증거 및 요증사실에 대한 심도 있는 공부도 필요할 것으로 생각한다.

[ 참고 문 헌 ]

1. 국내문헌

- 郭潤直(1990). 『債權各論』再全訂版. 博英社.
- 郭潤直(2005). 『民法注解』(XVIII). 博英社.
- 權五乘(1982). “醫療過誤와 醫師의 注意義務”. 『民事判例研究』4.
- 金光年(1991). “間接事實과 經驗則”. 『判例研究』4. 서울地方辯護士會.
- 金大彙(1992). “法源理에 관한 研究”. 서울大學校 博士學位論文.
- 金大彙(1997). “統計資料와 法院에 顯著한 事實: 事實의 規範으로서의 經驗則”. 法曹 494.
- 金相容(1997). 『不法行爲法』. 法文社.
- 金先錫(1985). “醫療過誤에 있어서 因果關係와 過失, 醫療事故에 관한 諸問題”. 『裁判資料』27輯.
- 金聖洙(1983). “獨逸民事訴訟에 있어서 表見證明의 法理, 外國司法研修論集(5)”. 『裁判資料』19輯.
- 金允求(1982). “民事法에 있어서 判決三段論法의 機能: 不確定 概念의 適用을 中心으로”. 『法學論考』14. 清州大學校.
- 金亨培(1985). “過失概念과 不法行爲 責任體系”. 『民事法學』4·5.
- 柳根完·經驗則(1977). “民事訴訟法 §§187條에 關하여”. 『司法研究資料』4.
- 柳勝薰(1997). “醫療過誤訴訟에서의 因果關係와 過失의 諸問題”. 『外法論集』4. 韓國外國語大學校.
- 박수현·배성호(1999). “專門家責任法理와 消費者保護”. 『法學研究』(2). 韓國法學會.
- 朴龍喆(1988). “法과 社會”. 論文集 20, 慶北大學校 教育大學院.
- 孫容根(1995). “醫療過誤訴訟의 證明責任에 관한 大法院 最近判例 小考”. 『民事裁判의 諸問題』下. 松泉 李時潤博士華甲紀念論文集.
- 孫容根(1996). “醫療過誤訴訟에 있어서 證明의 輕減: 大法院 最近判例를 中心으로”. 『比較私法』3(1).

- 申殷周(1996). “醫療過誤事件에 있어서 過失의 立證 및 立證妨害”. 『判例月報』 305.
- 安法榮(1996). “營業經營의 過失侵害와 責任歸屬의 因果的 標識”. 『判例研究』 8. 高麗大學校.
- 安法榮(2000). “産婦人科 診療와 醫師의 注意義務: 大法院判決例의 分析을 중심으로”. 『의료법학』 創刊號.
- 嚴英鎭(1968). “法律行爲의 解釋”. 『法學論叢』 9. 檀國大學校.
- 李健雄(1985). “民事裁判과 事實認定: 民事證據法(上)”. 『裁判資料』 25輯.
- 李時潤(2002). 『新民事訴訟法』. 博英社.
- 李勇雨(1985). “判例를 통해서 본 經驗則: 民事證據法(上)”. 『裁判資料』 25輯.
- 이우주(1996). 『의학사전』 2판. 아카데미서적.
- 李銀榮(1986). “不法行爲法에서의 注意義務(下)”. 『判例月報』 191.
- 鄭鏞仁(1984). “事實誤認과 經驗則: 刑事證據法(上)”. 『裁判資料』 22輯.
- 崔相鎬(1993). “不法行爲法에 있어서의 違法性과 過失”. 『安岩法學』 1.
- 崔載千(1997). “醫師의 醫療行爲에 있어서의 注意義務의 基準”. 『判例月報』 323.
- 崔載千·朴永浩(2001). 『의료과실과 의료소송』. 育法社.
- 호문혁(2000). 『민사소송법』. 法文社.
- 洪起汶(2003). “전문가로서 변호사의 민사책임: 비교법적 고찰을 중심으로”. 『民事訴訟』 7(1). 韓國民事訴訟法學會.

## 2. 외국문헌

- 管野耕毅(2001). 『醫療過誤責任의 理論』. 信山社.
- 喬本佳辛(2005). 『責任法의 多元的 構造』. 有斐閣.
- 吉村良一(2005). 『不法行爲法』 第3版. 有斐閣.
- 本間義信(1983). “訴訟における經驗則의 機能”. 『講座民事訴訟法』 5. 弘文堂.
- 山口俊夫(1986). 『フランス 債權法』. 東京大學出版會.
- 三井哲夫(1992). 『要件事實의 再構成』. 信山社.
- 後藤勇(1990). 『民事裁判における經驗則』. 判例タイムズ社.

- I. Berg-Winters(2005). *Der Anscheinsbeweis im Arzthaftungsrecht*, 1. Aufl., Lang.
- R.M. Dworkin(1956). Lord Devlin and the enforcement of morals, *The Yale Law Journal* 75.
- D. Hume(1978). *A treatise of human nature*, Oxford Univ. Press.
- H. Koziol, P. & Bydlinski, R.(2005). *Bollenberger, Kommentar zum ABGB*, Sptinger.
- A. J. Moore, P. & Bergman, D. A. Binder(1996). *Trial Advocacy: Inferences, Arguments and Techniques*, West.
- J. Spier (ed.)(1999). *Unification of Tort Law: Causation*, Kluwer.
- P. Widmer (ed.)(2005). *Unification of Tort Law: Fault*, Kluwer.

## The Presumption of the Faults and Causation in Medical Negligence Litigations using the Standards of Comparison

Joo Hyun Park, Dr.

### =ABSTRACT=

To succeed the claim of medical negligence, the plaintiff should establish the medical profession's fault, and the causation between the fault and damages. The faults are judged on *lege artis*, which is based on expert witness. However, judges often infer the faults and causations from circumstantial evidences and patients' injuries. This presumptions depend on the law of nature(*Erfahrungsgesetz*). The law of nature can explain the typical development of the event. If the circumstantial evidences were in accordance with that, the faults and causations would be able to be recognized by the judges. Therefore the standards of comparison such as *lege artis* or the law of nature play an important role for medical negligence liabilities to be imputed to doctors or hospitals. The factual elements necessary to assume the fault is similar to those of the causation, for the concept of the fault is correlated with that of the causation. The elements include the temporal and spatial proximity between damages and defendant's medical treatments, no existence of other causations, the probability of bed results developed by the medical treatments, and so on. These enable the fault and causation to be assumed at the same times.

Key Words : medical negligence, fault, causation, law of nature, circumstantial evidence, expert witness, standard of comparison, presumption of fact