

의료사고에 있어서 과실

— 과실판단에 대한 판례의 태도를 중심으로 —

이 재 경*

I. 서론

II. 의료손해배상책임에서 과실

1. 과실의 체계상 지위
2. 과실판단 기준으로서 주의의무
3. 주의의무의 판단기준
4. 판례의 의료과실에 대한 취급

III. 의료과오 판례에서 과실증명

1. 일반인의 상식에 바탕을 둔 과실의 증명
2. 간접사실을 통한 과실추정
3. 간접사실을 통한 과실추정에 대한 제한
4. 중대한 치료상 잘못에 대한 인과관계의 추정법리

IV. 결론

I. 서론

의료사고는 의료의 제공에서 그 제공자나 수령자가 원하지 않은 결과가 발생한 그 자체를 의미한다.¹⁾ 의료사고에 대하여 의사 측에게 손해배상책임을 묻기 위해서는 가해행위, 위법성, 유책성의 요건이 충족되어야 한다. 본 논문의 대상이 되는 과실은 이 중 유책성의 요건에 해당한다.

* 논문접수: 2016. 12. 4. * 심사개시: 2016. 12. 14. * 게재확정: 2016. 12. 28.

* 원광대학교 법학전문대학원 부교수, 법학박사.

* 이 논문은 2015학년도 원광대학교의 교비지원에 의해 수행됨.

1) 김천수(김용담 편), 주석민법(채권각칙 7), 한국사법행정학회, 2016, 505면.

본 연구는 우리 판례가 의료과오소송에서 과실을 어떻게 판단하고 있는지를 검토하고자 한다. 그러나 본 연구는 판례의 구체적 타당성에 대한 검토를 목적으로 하는 것은 아니다. 의료손해배상에 관한 판례가 제시하고 있는 판결요지에 대한 검토가 본 글의 주된 검토 대상이다.

구체적 논의의 방법은 다음과 같다. 먼저 과실판단의 기준이 되는 주의의무의 내용과 주의의무의 판단기준이 되는 의학수준 혹은 의료수준의 의미에 대하여 검토한다. 다음으로 의료과오책임 판례에서 과실판단에 대한 판례의 흐름을 파악한다. 구체적으로는 판례가 과실판단을 위하여 증명을 요구하는 것이 무엇인지, 그것이 구체적 사실관계에서 어떻게 적용되고 있는지, 그리하여 판결요지가 의도하는 바가 과연 사실관계에 대한 구체적 판단에도 그대로 반영되고 있는 것인지를 살펴보고자 한다. 마지막으로 치료과정에서의 중대한 의학기술법칙의 위반이 있는 경우에 그 자체를 과실로 보고, 손해발생에 대한 인과관계를 추정하여 손해배상책임을 인정할 수 있는 여지가 있는지 살펴본다. 이를 위하여 중대한 치료상 잘못(grober Behandlungsfehler)이 있는 때에 인과관계에 대한 증명책임을 규정하고 있는 독일민법 제630조의 h 제 5항을 검토하고, 그 내용을 간단히 소개하기로 한다. 그러나 독일민법의 검토 및 소개가 독일민법 조문을 그대로 받아들이자는 주장의 논거로 활용하기 위함이 아님은 물론이다. 독일민법 규정도 오랫동안 전개되어온 독일 판례 및 학설의 논의를 조문화 시킨 것인 만큼 우리도 향후 의료계약의 입법논의에서 그러한 취지의 논의를 전개할 수 있는 여지가 있는지를 확인하고자 하는 것임을 밝혀두고자 한다.

II. 의료손해배상책임에서 과실

1. 과실의 체계상 지위

의료사고 내지는 의료과오²⁾에 대하여 의사측에 손해배상책임을 묻기 위해

서는 가해행위, 위법성, 유책성의 요건이 충족되어야 한다. 가해행위는 행위와 손해, 둘 사이의 인과관계로 구성된다.³⁾ 여기서 행위는 작위, 작위의무를 위반한 부작위를 포함한다. 주의하여야 하는 것은 부작위에 있어서 작위의무는 의료제공의무이지, 주의의무가 아니라는 점이다. 의료행위에서 주의를 다하여야 할 의무는 의료제공의무에 종속된 부수의무이다.⁴⁾⁵⁾

과실은 유책성의 단계에서 문제된다. 일반적으로 손해배상책임에서 유책성은 고의·과실을 포함한다. 그러나 의료과오책임에서 유책성은 과실만을 대상으로 한다. 의료인이 고의로 환자의 신체를 침해하였다면, 가해자가 의료인이라는 신분을 가지고 있는 것에 지나지 않는다. 이는 의료과오책임의 영역에서 다를 문제가 아니라 일반불법행위책임의 영역에서 다를 문제이다.

2. 과실판단 기준으로서 주의의무

과실은 부주의로 말미암아 타인에게 위법한 침해가 발생한다는 것을 알지 못하고서 어떤 행위를 하는 심리상태를 말한다.⁶⁾ 요컨대 과실은 부주의, 즉 주의의무 위반을 의미한다.

의료손해배상책임에 관한 판례 역시“의사가 진찰·치료 등의 의료행위를 함

2) 의료사고는 의료행위 후 원치 않는 결과가 발생한 경우로 누구의 잘잘못을 따지지 않는 가치중립적인 개념이다. 의료과오는 잘못이 있는 의료행위를 의미하는 것으로, 의료과오 때문에 발생한 손해에 대하여 배상책임을 묻는 것이 의료과오책임이다(김천수(김용답 편), 앞의 책, 505면).

3) 김천수(김용답 편), 위의 책, 507면 이하에 따르면 요건론과 효과론으로 구분되는 손해배상책임 체계에서 요건론을 가해행위, 위법성, 유책성으로 구분하여 요건삼분론이라고 표현한다. 가해행위는 다시 행위, 손해, 둘 사이의 인과관계로 구분한다. 효과론은 범위론과 산정론으로 구분하며, 범위론에서 규범목적설의 관점에서 배상범위에 들어오는 법익을 일차적으로 거르고, 다음으로 우리민법 제393조에 따른 통상손해와 특별손해로 배상범위를 이차적으로 거른다. 마지막으로 배상범위에 포함된 손해들에 대하여 배상금으로 지급해야 하는 액수 계산의 문제가 산정론에 해당하게 된다고 한다.

4) 김천수(김용답 편), 위의 책, 508면.

5) 이는 본 논문의 마지막에서 다루고 있는 중대한 치료상 잘못(Grober Fehler)과 관련하여 그것이 유책성 요소로서 과실 혹은 중과실이 아니라 의료준칙 준수주의무라는 종속적 부수로서의 의미를 가진다는 논의와 연결된다.

6) 김준호, 민법강의 제22판, 법문사, 2016, 1861면.

에 있어 사람의 생명·신체·건강을 관리하는 업무의 성질에 비추어 환자의 구체적인 증상이나 상황에 따라 위험을 방지하기 위하여 요구되는 최선의 조치를 취하여야 할 주의의무가 있다”고 하여, 최선의 조치를 하여야 할 주의의무를 위반한 것을 과실로 본다.

주의의무는 결과예견의무와 결과회피의무로 구성되며, 이러한 의무는 예견 가능성과 회피가능성이 있는 때에 인정된다. 판례 역시 예견대 분만 중 태아가 뇌손상을 입고 두개강내출혈이 생겨 뇌성마비가 발생한 사안에서 “통상의 주의력을 가진 산부인과 의사라면 아두골반불균형상태 또는 경계아두골반불균형상태의 가능성이 있음을 의심할 수 있다고 보이는데도 이러한 가능성을 전혀 예상하지 아니하여 이에 대한 대비를 하지 아니하였고, 분만 2기에 있어 5분마다 한 번씩 측정하여야 할 태아심음측정을 4회나 하지 아니한 채 만연히 통상의 질식분만의 방법으로 분만을 진행시키다가 뒤늦게 아두골반불균형 또는 이와 유사한 상태의 경우에는 피하여야 할 시술방법인 흡인분만의 방법을 무리하게 계속하여 태아를 만출시킨 의료상의 과실이 있다”⁷⁾고 하거나, 대장내시경 검사를 받은 후 심한 복통과 구토로 병원에 입원하여 치료를 받다가 사망한 사안에서, 환자에게 대장 천공 및 복막염이 발생할 가능성이 있는데 추가적 응급검사와 조치를 실시하지 않아 이러한 예견의무를 위반하였고, 환자에게 만연히 진통제만 처방하여 “환자의 구체적인 증상이나 상황에 따라 위험을 방지하기 위하여 요구되는 최선의 조치를 취하여야 할 주의의무를 위반”하였다⁸⁾고 하는 등 결과예견의무와 결과회피의무를 주의의무의 내용으로 판시하고 있다.

3. 주의의무의 판단기준

가. 초기 의료과오소송의 모습

의료과오소송 초기에 법원은 획일적인 기준을 제시하지 않고, 개별 사건에

7) 대법원 1992.5.12. 선고 91다23707 판결.

8) 대법원 2015.7.9. 선고 2014다233190 판결.

서 환자의 상태, 의사의 지식이나 경험, 진료환경 등을 고려하여 과실여부를 판단하였다. 예를 들어 안검부건막이식수술 시행 후 좌상안검의 거상근을 지배하는 신경에 손상을 주어 안검하수증을 입게 한 사안에 대한 판례를 살펴보기로 하자. 여기서 판례는 의료행위를 시행한 의사가 안과전문의가 아니라 일반 외과 의사였다는 점과 감정서에 따르면 환자는 좌상안검거근단축법을 사용하여 수술이 가능하였다는 점을 고려하고 있기는 하다. 그러나 판례는 의사의 주의의무의 내용을 구체적으로 밝히고 그러한 의무를 위반하였다고 설시하고 있지 않다. 판례가 과실인정의 근거로 제시하고 있는 것은 다음과 같다.

“안검부 건막이식 수술은 원고에 대한 치료방법으로 적합한 것이 아니었는데도 피고가 이를 시술하였고 그 수술방법도 적절치 못하였으며 그 결과 일단 이식한 건막을 3회에 걸쳐 제거하는 수술을 시행치 않을 수 없게 되었”다.⁹⁾

한밤중에 홀로 당직근무를 하고 있는 수련의가 극심한 호흡곤란을 호소하는 환자를 치료하는 중 환자가 사망한 사안의 경우에는 판례는 수련의라는 환자의 지위, 홀로 당직근무를 하고 있었다는 사정, 의료행위의 재량성 등을 고려하여 과실을 부정하였다. 구체적인 내용은 다음과 같다.

“그가 가지고 있는 의학지식에 의하여 그 치료방법으로 우선 호흡곤란을 완화시키기 위한 대증요법을 쓰기로 하고 그 대증요법에 일반적으로 쓰이는 주사약제를 선택한 다음 간호원에게 지시하여 적절한 방법에 따라 주사하였다면 그 진료방법이나 약제의 선택 및 사후의 처치과정에서 명백히 합리성을 결한 것이 아닌 한 그것은 의사의 재량에 속한다 할 것이므로 그 치료 중에 환자가 사망하였다 하여 의사에게 막바로 의료과오상의 책임을 물을 수는 없다.”¹⁰⁾

9) 대법원 1974.05.14. 선고 73다2027 판결.

10) 대법원 1986.10.28. 선고 84다카1881 판결.

이상의 판례에 대해서는 다음과 같은 몇 가지 의문이 제기될 수 있다. 먼저 첫 번째 판례에서 법원은 일반외과 의사에게도 전문의에 준하는 정도의 주의 의무를 요구하고 있는 것인가 하는 점이다.¹¹⁾ 두 번째 판례에서는 법원은 수련의에게 요구되는 정도의 주의의무를 요구하고 있었던 것인가, 더 나아가 주의의무를 설정함에 있어서 한밤중에 홀로 당직근무를 하고 있다는 사정까지 고려하고 있는 것인가 하는 점이 문제될 수 있다. 근본적으로는 초기의 판례를 주의의무를 판단함에 있어서 법원이 객관적 과실설을 따른다거나 주관적 과실설을 따른다는 근거로 활용할 수 있는지가 문제될 수 있다. 이상의 모든 질문에 대한 답은 ‘그렇지 않다’이다. 오히려 의료과실에 대한 초기 판례는 특별한 기준 없이 개개 사건마다 판사가 소위 적당하다고 생각되는 선에서 의료과실 여부를 판단하였다고 평가하는 것이 더 설득력 있는 평가일 것이다.¹²⁾

나. 주의의무의 기준으로서 의학수준 혹은 의료수준

판례는 주의의무 위반을 과실로 본다. 주의의무는 의료수준을 기준으로 결정된다.

“인간의 생명과 건강을 담당하는 의사에게는 그 업무의 성질에 비추어 보아 위험방지를 위하여 필요한 최선의 주의의무가 요구되고, 따라서 의사로서는 환자

11) 남준희, “의료과오소송에서 요구되는 의사의 주의의무”, JEONBUK LAW JOURNAL, 전북대학교, 2010, 61면에서는 해당 판례는 “일반외과 전문이라 하더라도 해당 질병의 전문의인 안과의사나 성형외과 의사에 준하는 주의의무를 부담하여야 한다”고 판시하고 있다고 한다. 필자가 이 부분을 “안에 기술하고 있기는 하지만, 해당 판례에서는 이러한 내용을 명시적으로 밝히고 있지 않아 이러한 기술은 해당 판례에 대한 필자의 평가로 보인다.

12) “피고가 위 질환에 관한 세밀한 조사를 아니하고 문진과 청진 및 촉진을 하고 흉곽촬영, 소변·혈액검사 등으로만 위종양이나 위체양으로 진단하여 개복수술을 하기로 한 점은 경솔한 처사라고 보지 못할 바도 아니나 의료상 장결핵에 관한 오진율이 상당고율이며 시험적 개복수술이 그에 대한 확진방법이며 그 시술이 간단·용이하고 환자에 별스런 영향이 없을 바에야 본건 개복수술에 의하여 원고의 질병이 확진하기 어려운 장결핵으로 확인 판명된 결과를 보아 원고에게 무슨 손해가 발생하였다고 볼 수는 없다 할 것이다”라고 판시하고 있는 대법원 1978.12.13. 선고 78다1184 판결 등에서도 이러한 판례의 태도를 확인할 수 있다.

의 상태에 충분히 주의하고 진료 당시의 의학적 지식에 입각하여 그 치료방법의 효과와 부작용 등 모든 사정을 고려하여 최선의 주의를 기울여 그 치료를 실시하여야 하며, 이러한 주의의무의 기준은 진료 당시의 이른바 임상의학의 실천에 의한 의료수준에 의하여 결정되어야 한다.”¹³⁾

그러면서 판례는 의료수준은 “통상의 의사에게 의료행위 당시 일반적으로 알려져 있고 또 시인되고 있는 이른바 의학상식”을 의료수준이라고 하면서, 의료수준은 “진료환경 및 조건, 의료행위의 특수성 등을 고려하여 규범적인 수준으로 파악되어야 한다”고 한다. 요컨대 판례의 판결요지는 규범적 판단의 대상인 주의의무 위반을 파악하기 위한 기준으로서 의료수준을 다시 규범적으로 판단하여야 한다고 하고 있다. 여기서 의료수준에 대한 판단은 사실적 판단인가 규범적 판단인가 하는 의문이 생긴다. 만일 의료수준이 규범적 판단의 대상이라면, 의료수준을 규범적으로 판단하고, 이를 기준으로 주의의무를 다시 규범적으로 판단한다는 것은 과실에 대한 규범적 판단에 있어 동어반복에 지나지 않는다. 반대로 의료수준이 사실적 판단의 대상이라면 의료손해배상 판례의 고정된 판결요지로 쓰이고 있던 “의료수준을 규범적으로 파악”하여야 한다는 문구는 수정될 필요가 있다.

판례는 의료사고에 있어서 의료종사원의 과실평가에 관한 대법원 1987.1.20. 선고 86다카1469 판결에서 처음으로 의학수준이라는 기준을 제시하였다.

“의료사고에 있어서 의료종사원의 과실은 일반적 보통인을 표준으로 하여 요구되는 주의의무를 결한 것으로서 여기에서 일반적 보통인이라 함은 추상적인 일반인이 아니라 그와 같은 업무와 직무에 종사하는 사람을 뜻하는 것이므로, 결국 이와 같은 사람이라면 보통 누구나 할 수 있는 주의의 정도를 표준으로 하여 과실유무를 논하여야 하며 이에 는 사고당시의 일반적인 의학의 수준과 진료환

13) 대법원 2013.12.12. 선고 2013다31144 판결; 대법원 2010.7.22. 선고 2007다70445 판결; 대법원 1997.2.11. 선고 96다5933 판결 등.

경 및 조건, 의료행위의 특수성 등이 고려되어야 한다.”

이후 대법원 1994.4.26. 선고 93다59304 판결에서 “의사가 행한 의료행위가 그 당시의 의료수준에 비추어 최선을 다한 것으로 인정되는 경우에는 의사에게 환자를 진료함에 있어서 요구되는 주의의무를 위반한 과실이 있다고 볼 수 없다”고 하여 의료수준을 과실평가의 기준으로 삼았다.

그러나 “병원이 현재의 의학수준 및 당시 임상의학분야에서 실천되고 있는 의료행위의 수준에 비추어 필요하고 적절한 진료조치를 다하였다고 볼 수는 없으므로 이는 병원의 의료과실에 해당한다”고 한 대법원 1997.8.29. 선고 96다46903 판결과 같이 의학수준과 의료수준을 병렬적으로 제시하기도 하였다.

최근에는 “의사의 이와 같은 주의의무는 의료행위를 할 당시 의료기관 등 임상의학 분야에서 실천되고 있는 의료행위의 수준을 기준으로 삼되, 그 의료수준은 통상의 의사에게 의료행위 당시 일반적으로 알려져 있고 또 시인되고 있는 것을 뜻”한다고 하여 의료행위의 수준을 의료수준과 동일한 의미로 사용하면서 의료수준이라는 용어를 주로 사용한다.¹⁴⁾

다. 주의의무 위반에 대한 판단

의료과실에서 주의하여야 하는 것은 의료수준에 미치지 못하는 의료행위가 과실이 아니라 의료수준에 부합하는 의료행위를 하기 위하여 “최선의 주의”를 다하지 않은 것이 과실이라는 점이다. 이는 판례와 같이 의료수준을 기준으로 주의의무 위반 여부를 판단하는 경우에도 마찬가지이다.

14) 의료는 의학이라는 학문을 기반으로 임상에 적용된다. “의학”수준을 의료과실의 판단기준으로 하면, 임상에 보편적으로 적용되고 있지 않은 “학문”수준을 기준으로 하는 것으로 이해될 여지가 있다. 그러한 점에서 의학수준을 의료수준으로 대체하여 사용하는 것은 용어의 정확한 사용이라는 점에서 타당하다고 할 것이다. 그러나 형사판례에서는 “과실의 유무는 같은 업무에 종사하는 일반적인 의사의 주의 정도를 표준으로 하여 판단하여야 하며, 이 때 사고 당시의 의학의 수준, 의료환경과 조건, 의료행위의 특수성 등을 고려하여야 한다”고 하여 최근까지도 의학수준이라는 용어를 사용하고 있다(대법원 2015.6.24. 선고 2014도11315 판결).

의료과오소송에서 과실에 대한 판단은 다음과 같은 순서로 이루어져야 한다. 먼저 환자에게 실제 행해진 의료행위가 현재의 의료수준에 부합하는지에 대한 사실적 판단이 이루어져야 한다. 의료수준에 부합하는 행위였다고 하여 그것이 곧 “최선의 조치”를 다한 것이라고 할 수는 없다. 예를 들어 A와 B 치료 방법 중 하나를 선택한 경우를 생각해 볼 수 있다. 의사는 재량으로 A와 B 중 A를 선택하였다. A와 B는 모두 의료수준에 부합하는 치료였다. 그러나 A를 선택한 것은 합리적인 범위를 벗어난 것이었다. 그렇다면 A라는 치료는 의료수준에 부합하는 행위이지만, A를 선택한 것은 최선의 조치를 다한 것이 아니므로 과실이 인정된다. 판례 역시 “의사는 진료를 행함에 있어 환자의 상황과 당시의 의료수준 그리고 자기의 지식경험에 따라 적절하다고 판단되는 진료방법을 선택할 상당한 범위의 재량을 가진다고 할 것이고, 그것이 합리적인 범위를 벗어난 것이 아닌 한 진료의 결과를 놓고 그중 어느 하나만이 정당하고 이와 다른 조치를 취한 것은 과실이라고 말할 수는 없다”¹⁵⁾고 하여 의료수준에 부합하는 행위인 때에도 합리적 범위를 벗어난 선택이라면 과실이 인정된다고 한다. 그러나 합리적 범위를 벗어났다는 것이 구체적으로 무엇을 의미하는지는 분명하지 않다. 이 때문에 이러한 판결요지를 적용하고 있는 판례의 경우에도 구체적 사실관계에서 합리적 범위를 벗어났다고 하여 과실을 인정하고 있는 경우는 없다. 결과적으로 법원은 의료수준에 부합하는 의료행위에 대해 쉽게 과실을 인정하지 않는 것으로 보인다.

반면 의료행위가 의료수준에 부합하지 않는다고 하여 곧바로 “최선의 주의”를 다하지 않은 것은 아니다. 의료수준에 부합하지 않는 의료행위였다고 하더라도 의료인이 근무하고 있는 병원의 규모, 의료법상 의료기관의 종류, 의사가 가지고 있는 자격의 종류 등을 고려하여 최선의 주의를 기울였는지를 판단하여야 한다. 예를 들어 A 질병을 앓고 있는 甲환자에 대하여 어떠한 치료가 행해져야 하는지, 그 치료의 내용으로 행해져야 하는 구체적 행위가 무엇인지는 전

15) 대법원 2015.2.26. 선고 2013다27442 판결.

문의인지 수련의인지에 따라 달라지지 않는다. 그런데 A 질병에 대한 치료의 내용으로 행해져야 하는 구체적 행위를 하지 않았다고 하더라도 해당 병원에 치료를 할 수 있는 인력과 장비가 구비되어 있지 않았다는 등의 사정이 있는 때에는 과실이 부정될 수 있다. 요컨대 의료수준은 주의의무 위반여부를 규범적으로 판단하기 위한 전단계로 사실적 판단의 대상이라고 할 것이다.

그렇다면 판례는 과연 위와 같이 논리를 전개하고 있는가? 그렇지 않다. 의료수준을 기준으로 최선의 처치를 행하여야 한다고 판시하고 있는 대법원 1994.4.26. 선고 93다59304 판결도 사실관계와 판결이유를 살펴보면 임상의학 분야에서 실천되고 있는 의료행위의 수준에 부합하는 의료행위는 곧 최선을 다한 의료행위로 취급되어 ‘의료행위의 수준에 도달함’이 곧 ‘처치에 있어서 최선을 다함’으로 이해되고 있음을 알 수 있다.

이를 좀 더 구체적으로 살펴보기로 한다. 해당 판례 사안은 제왕절개수술로 태어난 과숙아가 소아과 전문의인 피고에게 인계될 당시 몸에 태변이 착색되어 있다는 보고를 받고도 기관 내에 삽관을 하여 태변을 흡인 제거하는 조치를 취하지 않은 것이 과실인가 하는 점이 문제가 된 것이었다. 판례에서 밝히고 있는 바, 의료행위를 할 당시의 의학수준에 비춘 의학적 견지에 따르면 신생아가 태변을 흡입한 경우에 의사가 취하여야 할 처치는 태반흡입의 심한 정도에 따라 다른데, 경증인 경우에는 상태를 보아가면서 보통의 건강한 신생아와 같은 기본적인 처치를 하고, 중등증인 경우에는 산소의 공급 항생제의 투여 흉부의 엑스선촬영 동맥혈 가스검사 등을 시행하며, 호흡곤란이 심한 중증인 경우에 비로소 인공호흡과 함께 기관내의 삽관을 통하여 태변을 흡인 제거하는 처치를 취하면 된다고 하였다. 그런데 원고는 그 증상이 경증 내지 중등증에 해당하기 때문에 소아과 의사인 원고에게 반드시 기관내 삽관을 하여 태변을 흡인 제거하여야 할 의무는 없었다고 판시하였다. 요컨대 경증, 중등증, 중증에 따른 처치방법을 준수하기만 했다면 최선의 주의를 다한 것으로 보고 있는 것이다. 그러면서 한편으로는 중증 환자에게 곧바로 기관내 삽관을 하여 태변을 흡입하는 것이 과잉진료가 될 수 있다는 점을 고려하고 있다.

이러한 판례의 태도는 다음과 같이 정리될 수 있다. 판례는 ‘의료수준 + 최선의 처치를 위한 주의’를 주의의무로 보지 않는다. 판례는 의료수준에 부합하지 않는 의료행위 = 주의의무 위반이라고 본다. 그러면서 의료수준을 정할 때에 의학상식이나 의료기관의 프로토콜과 같은 의료지침 뿐만 아니라 그러한 진료와 과잉진료가 될 수도 있다는 규범적 판단까지 하고 있는 것이다.

그러나 이러한 판례의 태도는 다음과 같은 문제가 있다. 먼저 의료과실을 판단함에 있어서 의료수준에 미치는 의료행위였는지가 중요한 문제가 되면서, ‘최선의 처치를 위한 주의’는 그 의미를 잃어버리고 있다. 같은 맥락에서 규범적으로 판단되어야 하는 주의의무 위반은 의료수준으로 대체되고, 사실적 판단대상인 의료수준¹⁶⁾은 오히려 규범적으로 판단된다는 점도 지적하고자 한다. 보다 근본적으로는 규범적으로 판단되어야 하는 주의의무를 규범적으로 판단되어야 하는 의료수준을 기준으로 판단하도록 하는 것은 규범적 판단의 중복이거나 혹은 동어반복에 지나지 않는다는 점을 지적하고 싶다.

의료과실을 판단하기 위해서는 수많은 요인들을 평가하여야 하기 때문에 의료수준을 별도로 인정할 필요가 없다거나¹⁷⁾, 의료과오책임법에 있어서 민사책임법상 가장 중요한 책임요소인 귀책사유로서의 “과실”만 판단하면 그것으로 충분한 것이고, 다시 옥상옥(屋上屋)으로 “의료수준”이라는 개념을 일부러 사용할 필요가 없을 뿐만 아니라 오히려 민사책임체계상 혼란을 초래하는 것은 아닌가라는 우려를 저버릴 수 없다는 비판 역시 필자의 문제의식과 궤를 같이하는 것이라고 할 것이다.¹⁸⁾

16) 김민규, “의료수준론”, 법이론과 실무, 영남민사법학회·영남민사소송법학회, 37면; 김일룡, “의료수준의 개념에 대한 판례의 비판적 고찰”, 의생명과학과 법(제11권), 원광대학교 법학연구소, 2014, 25면에 따르면 의료수준의 개념은 순수한 의학적 지식을 의미한다고 한다. 그러나 의료수준의 개념이 사실적 판단 대상이라고 하더라도 순수한 의학적 지식만을 의미하는 것은 아니다. 의학교과서와 같은 문헌상의 지식 이외에도 그러한 지식을 실천하는 데에 적용되는 의료기관 내의 프로토콜 등이 포함되는 의학지침 내지는 의료지침을 의미한다고 할 것이다. 물론 이 때 프로토콜이 관행을 의미하는 것은 아니다.

17) 김일룡, 위의 글, 23면에서는 의료과실을 판단하기 위해서는 수많은 요인들을 평가하여야 하기 때문에 의료수준을 별도로 인정할 필요가 없다고 한다.

18) 김민규, “의료과오책임소송에 있어서 「의료수준」 개념의 재구성”, 동아법학(제41호), 동

4. 판례의 의료과실에 대한 취급

우리 판례는 많은 경우 과실이 없다는 이유로 의료과오에 따른 손해배상책임을 부정한다. 그러나 한편으로는 과실이 부정되는 경우인지, 인과관계가 부정되는 경우인지를 분명히 밝히지 않는 경우도 많다. 예컨대 요추천자를 통하여 뇌수조조영술을 받고 약 4일 후부터 하지마비 증상을 보이다가 그 후 유착성 지주막염으로 진단받은 사안에서, “유착성 지주막염이 위 시술을 시행하는 과정에서의 소독이나 무균조작을 소홀히 하는 등의 피고 병원 의료진의 잘못으로 지주막이 병원균에 감염 내지 오염된 데서 비롯된 것이라고 인정하기 어렵다”¹⁹⁾고 하여 손해배상책임을 부정하였다. 판례는 요추천자를 통한 뇌수조조영술 시술시 요구되는 주의의무를 설정하지 않았다. 손해배상책임이 부정되는 근거가 과실에 있는지 인과관계에 있는지 분명히 밝히지 않고 잘못에서 비롯된 것이 아니라고 하여 손해배상책임을 부정하고 있다. 이러한 경향은 판례가 간접사실을 통하여 과실과 인과관계를 동시에 추정하면서 더욱 두드러진다.

하급심 법원은 위법성 판단이 문제되는 사안을 과실의 문제로 다루기도 한다. 예를 들어 혈중칼륨 농도가 오류라고 판단하여 고칼륨혈증에 대한 치료를 하지 않고 경과관찰을 한 의료진의 처치가 과실은 아니라고 하여 손해배상책임을 부정하면서, 그 이유로 “최선의 진료는 아니라 하더라도 합리적인 재량의 범위를 벗어”나지 않았다는 점을 든다.²⁰⁾ 그런데 최선의 진료를 하지 않은 것은 그 자체로 과실이다. 법원이 합리적인 재량범위를 평균인을 기준으로 판단한 것이라면 재량범위 이탈은 주의의무 위반으로 과실이다. 그렇다면 여기서 최선의 진료는 과실판단과는 다른 영역의 문제라고 할 수 있다. 여기서 최선의 진료가 과실에 대한 정의에서 사용되는 “최선의 진료를 하여야 할 주의의무”라고 본다면 최선의 진료는 아니지만 과실은 아니라는 위 문장은 그 자체로 모순이다. 그러나 여기서 최선의 진료를 과실에서 말하는 최선의 진료 즉 평균인을

아대학교 법학연구소, 2008, 169면.

19) 대법원 2012.10.11. 선고 2011다100138 판결.

20) 대법원 2008.7.24. 선고 2007다80657 판결.

기준으로 하는 최선이 아니라 최고수준의 주의의무를 가진 자를 기준으로 하는 최선으로 본다면 “최선의 진료는 아니”라는 문장은 “위법한 행위”라고 이해할 수 있다. 그렇다면 이 사안은 위법하지만 유책하지는 않아 손해배상책임이 부정된 것이라고 할 수 있다.

의료과오 책임에서 위법성을 별도로 판단할 수 있는 가능성은 수인한도²¹⁾를 근거로 의료과오 책임의 성립여부를 판단하는 대법원 2014.2.13. 선고 2013다 77294 판결이나, 대법원 2006.9.28. 선고 2004다61402 판결에서도 찾아볼 수 있다. 두 판례는 모두 주의의무 위반과 손해 사이의 인과관계를 부정한다. 그러나 “주의의무의 정도가 일반인의 처지에서 보아 수인한도를 넘어설 만큼 현저하게 불성실한 진료를 행한 것”이라면 그 자체로 위법한 것으로 본다. 그러면서 수인한도를 넘어선 위법한 행위에 대하여 배상하여야 하는 손해는 위자료로 한정한다. 이것이 불법행위법상 신체침해에 대한 손해배상은 인정되지 않지만 너무 심한 부주의에 대해서는 일정한 배상을 하여야 한다는 취지인지, 불성실한 진료도 주의의무인 위반인 것인지, 아니면 성실한 진료를 받기를 기대하는 환자의 기대권 침해에 대한 배상인 것인지 불분명하다. 첫 번째 경우라면 너무 심한 부주의라면 불법행위법상 위법성 이외의 다른 요건, 즉 유책성이나 인과관계 손해에 대한 고려 없이 무작정 배상책임을 인정하는 것이 타당한지 의문이다. 두 번째 경우라면 불성실한 진료를 주의의무라고 볼 수 있는가, 그렇다면 주의의무 위반에 따른 손해배상을 위자료로 한정하는 것이 옳은가 하는 의문이 제기될 수 있다. 마지막으로 기대권 침해의 문제라면 위자료 배상으로 한정하는 것은 이해할 수 있다. 그러나 의료에서 기대권이 배상범위에 들어오는 법익인지, 현저한 불성실을 어떻게 판단할 것인지 문제된다. 이는 소위 친절하지 않은 의료행위에 대해 위자료를 인정하여야 하는가 하는 문제이다.

21) 이것이 불법행위법 중 환경침해에 따른 손해배상책임의 영역에서 논의되고 있는 수인한도론과 동일한 의미라고 할 수는 없다. 그럼에도 판례가 위법성에 대한 판단인 수인한도라는 용어를 사용하고 있기 때문에 이 판례가 위법성에 관한 것인지, 과실에 관한 것인지, 혹은 기대권 침해 혹은 치료기회 침해라는 새로운 유형의 손해에 대한 배상에 관한 것인지에 대해서는 의견이 분분하다.

이처럼 법원은 결과적으로는 손해배상책임을 부정하면서, 그 근거가 가해 행위가 없기 때문인 건지, 위법하지 않기 때문인 건지, 과실이 없기 때문인 건지, 아니면 인과관계가 없기 때문인 건지를 분명히 하지 않는다. 이는 우리 판례가 주의의무 위반과 인과관계만을 중심으로 불법행위의 성립 여부를 판단하기 때문인 것으로 생각된다.²²⁾

물론 결과 면에서 판례의 구체적 타당성에 문제가 있다는 지적은 아니다. 이는 개개 사안별로 차이가 있을 것이다. 그러나 적어도 의료과오를 포함한 모든 불법행위의 영역에서 동일한 사안에 대해 어떤 경우에는 위법하여 배상책임이 부정된다거나, 어떤 경우에는 과실이 없어 배상책임이 부정된다고 판단하는 것이 바람직한 것으로 생각되지는 않는다. 판례가 의료과오소송에서 불법행위법 체계상 요건론 중 무엇이 결여되어 손해배상책임을 부정하고 있는지를 분명히 밝혀줄 필요가 있다.

III. 의료과오 판례에서 과실증명

판례는 의료과오소송에서 환자 측의 입증곤란을 해결하기 위하여 많은 시도를 해 왔다. 이는 일반인의 상식에 따른 과실증명과 인과관계의 추정→간접사실을 통한 과실과 인과관계의 추정→개연성에 의한 추정제한으로 정리할 수 있다. 이에 관하여 좀 더 자세히 살펴보기로 한다.

1. 일반인의 상식에 바탕을 둔 과실의 증명

의료과오소송에서 환자측이 겪는 가장 큰 어려움은 과실 및 인과관계의 입

22) 김중현, “독일 불법행위책임에서 위법성과 과실의 체계적 지위”, 법학연구(제49집), 한국법학회, 2013, 351면; 박동진, “불법행위법에서의 주의의무”, 비교사법(제9권), 한국비교사법학회, 2002, 158면에서도 불법행위책임과 관련하여 판례는 인과관계와 주의의무의 위반만을 중심으로 불법행위의 성립 여부를 판단하는 경향이 있다는 점을 지적하고 있다.

증곤란이다. 이 때문에 판례는 입증부담을 경감시키는 노력을 계속해 왔다. 환자측의 입증부담을 경감시킨 최초의 판례라고 소개되고 있는 다한증 판례²³⁾는 일반인 상식 수준에서 과실증명과 인과관계의 추정이 주된 내용이다.

“환자가 치료 도중에 사망한 경우에 있어서는 피해자측에서 일련의 의료행위 과정에 있어서 저질러진 일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실있는 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 결과사이의 인과관계를 추정하여 손해배상책임을 지을 수 있도록 입증책임을 완화하는 것이 손해의 공평·타당한 부담을 그 지도원리로 하는 손해배상제도의 이상에 맞다고 하지 않을 수 없다.”

이 판례가 나온 이후 일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실 있는 행위가 어떤 의미를 갖는지에 대해서는 여러 가지 견해가 제시되었다. 먼저 판례가 의료의 주의의무의 판단기준을 의사 평균인에서 일반인으로 완화한 것인가 하는 의문이 제기되었다.²⁴⁾ 다음으로 판례가 일반인의 상식을 의사의 진료상 주의의무의 판단기준으로 제시한 것으로 이해하는 견해가 있다.²⁵⁾ 이 견해는 그러나 의학적으로 문외한인 일반인의 평가기준을 적용하여 의사의 의료상 주의의무를 설정하는 것은 옳지 않다고 하여 판례의 태도를 비판한다. 다만 “판례를 긍정적으로 평가할 수 있다면, 의학 비전문의의 일반적 상식에서 비추어서도 의

23) 대법원 1995.2.10. 선고 93다52402 판결.

24) 양창수, “최근중요민사판례동향 - 의료과오”, 민법연구(제4권), 1997, 425, 445면에서 이러한 의문을 제기하고 있으나, 그에 대한 답은 제시하고 있지 않다.

25) 안법영, “의료사고의 불법행위책임”, 고려법학(제33집), 고려대학교 법학연구원, 1997, 271면.

료상 과실있는 행위로 판단될 수 있는 의사의 진료행위는 의사에게 요구되는 주의를 현저히 결한 중과실 행위를 의미하는 것으로 해석할 수밖에 없을 것"이라고 한다.²⁶⁾ 그러나 공무원이 직무상 불법행위를 한 경우 국가 또는 지방자치단체가 배상책임을 지는 외에 공무원 개인도 불법행위책임을 진다는 것이 외에 과실에서 경과실과 중과실을 특별히 구분하지 않는 것이 민법의 태도인데, 일반인 상식에 비추어서 의료상 과실있는 행위를 중과실로 보는 것이 구체적으로 어떤 의미를 갖는지 의문이다.

다음으로 이 판례를 환자측의 증명부담 경감으로 이해하는 견해들이 있다.²⁷⁾ 구체적 내용에 있어서는 일반인의 상식이 입증되면 당연히 평균적인 의사의 기준으로 보더라도 과실이 있다고 보아야 한다는 것이 판례의 취지라고 하거나,²⁸⁾²⁹⁾ 일반인 상식에 바탕을 둔 의료상 과실행위가 입증되면, 과실 존부에 대한 논증을 끝나고, 피고는 인과관계 부존재를 증명하여 면책될 수 있을 뿐이라거나,³⁰⁾ 모든 본증에 반증이 허용되어 법관의 심증이 동요되도록 의사측이 반증할 수 있다는 등 약간씩 차이를 보인다.

2. 간접사실을 통한 과실추정

이후 판례는 간접사실을 통해 의료상의 주의의무 위반과 인과관계를 동시에 추정하기도 한다.³¹⁾

26) 안범영, 앞의 글, 272면.

27) 박영호, “의료과오소송에 있어서 과실과 인과관계의 입증과 그 방법”, 저스티스(통권 제 77호), 116면 이하; 석희태, “의료과실 판단기준에 관한 학설, 판례의 동향”, 의료법학(창간호), 대한의료법학회, 347면 이하; 김천수, “진료과오책임의 입증 및 설명의무의 이행”, 의료법학(창간호), 289면 이하.

28) 박영호, 위의 글, 116면.

29) 그러나 일반인의 상식이 평균적인 의사의 의학상식과 동일하지 않다는 점에서 일반인의 상식이 인정되면 당연히 평균적인 의사의 기준으로 보더라도 과실이 있다고 볼 수는 없을 것이다. 오히려 이 견해가 일반인의 상식에 비추어 보더라도 의사의 과실이 너무나 명백한 경우를 의미하는 것이라면 그러한 때에 더 이상 동료의사의 증언이나 감정은 필요 없다고 볼 수도 있지만, 그러한 정도의 과실은 중과실이라고 볼 수도 있을 것이다.

30) 석희태, 위의 글, 348면.

31) 대법원 2000.07.07. 선고 99다66328 판결.

“의사의 의료행위가 그 과정에 주의의무 위반이 있어 불법행위가 된다고 하여 손해배상을 청구하는 경우에도 일반의 불법행위와 마찬가지로 의료행위상의 과실과 손해의 발생 및 그 과실과 손해발생 사이의 인과관계가 있어야 하는 것이고, 이에 대한 입증책임은 환자 측에서 부담한다고 할 것이지만, 의료행위는 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 전문가가 아닌 보통인으로서의 의사의 의료행위의 과정에 주의의무 위반이 있는지의 여부나 그 주의의무 위반과 손해발생 사이에 인과관계가 있는지 여부는 이를 밝혀내기가 극히 어려운 특수성이 있으므로, 이 사건에서와 같이 환자가 수술 도중에 사망의 원인이 된 증상이 발생한 경우에는 그 증상 발생에 관하여 의료상의 주의의무 위반행위를 제외한 다른 원인이 있다고 보기 어려운 여러 간접사실들을 입증함으로써 그와 같은 증상이 의료상의 주의의무 위반행위에 기한 것이라고 추정하는 것도 가능하다.”

구체적으로 이 판례는 환자의 사망을 초래한 대동맥박리는 ① 심막중격결손 수술을 위한 캐놀라 삽관 직후에 나타난 것이라는 점, ② 따라서 이 사건 수술 이외에는 다른 원인이 개재하였을 가능성이 없다는 점, ③ 그 발생 부위 또한 이 사건 캐놀라 삽관과 연관하여 볼 수 있는 부위라는 점, ④ 환자에게 이 사건 수술 전후를 통하여 대동맥박리를 초래할 만한 특별한 질환이나 증상이 관찰되지 아니하였다는 점, ⑤ 대동맥에 캐놀라를 삽입하는 과정에서 대동맥내막에 대한 직접적인 열상이나 기계적인 압박 등 부적절한 시술로도 대동맥박리가 나타날 수 있다는 점, ⑥ 심장수술 과정에서의 잘못 이외의 합병증으로 대동맥박리가 발생할 수 있는 확률은 0.16%에 불과하고, 그 또한 주로 고협압 등 혈관질환을 보유하고 있는 환자들에게서 나타난 것이라는 점 등을 고려하여, 환자의 사망은 캐놀라를 삽입하는 과정에서 대동맥내막을 손상시키는 등 부적절한 캐놀라 삽관에 의하여 초래된 것이라고 추정하였다.

판례는 의료행위의 일련의 과정에서 환자가 사망한 경우에, 간접사실을 양적으로 합산하여 환자에게 행해진 의료행위에 무언가 오류가 있었을 것이고, 그러한 오류는 의사의 주의의무 위반에 기한 것이고, 주의의무 위반으로 환자에게 손해가 발생하게 되었다는 것 전부를 추정한다. 그런데 의료행위에 오류가 있었다는 것은 의학적 판단이고, 그러한 오류가 주의의무 위반에 의한 것이라는 점은 규범적 판단이며, 인과관계에 관한 것은 사실적 판단이다. 그런데 이를 손해발생과 상당한 정도의 개연성도 인정되지 않는 사정들을 종합하여 한꺼번에 추정하는 것은 타당하지 않다. 이는 의료행위의 과정에서 환자의 체질적 소인이나 의료행위의 특성에서 발견되는 알 수 없는 우연적 요소들까지 모두 의사에게 전가시키는 결과를 초래한다. 더구나 어떤 행위에 어떠한 오류가 있었는지도 확정하지 않고, 단지 건강했던 환자가 의료행위 도중 사망하였다는 것만으로 손해배상 책임을 인정하는 것이 과연 손해의 공평타당한 분담이라는 지도원리로 정당화될 수 있는지에 대해서는 좀 더 신중한 평가가 있어야 할 것이다.

물론 민사소송에서 어떤 행위에 대하여 상정가능한 원인 중 특정의 원인 때문이 아닌란 것이 밝혀졌다면 다른 원인 때문에 결과가 발생하였다고 추론하는 것이 특별할 것은 없다는 지적은 일응 타당하다.³²⁾ 예컨대 어떤 의료행위 후 악결과가 발생하였을 때 상정 가능한 a, b, c, d가 있는 경우가 이에 해당한다. 이 때 a, b의 경우는 의료과오로 볼 수 있고, c, d는 의료과오가 아니며, c나 d의 경우라면 그 조짐이라 할 만한 것이 있는데 그러한 것이 하나도 보이지 않았다는 것이다. 그렇다면 확률상 원인은 a와 b 중 하나일 것이고 어느 쪽이든 의료과오 책임을 묻도록 하겠다는 것이라면 판례의 구체적 타당성에 문제를 제기할 수는 없을 것이다.

의료행위로 악결과가 발생한 때에 상정 가능한 원인으로 알려져 있는 a, b, c, d 이외에도 의료에는 밝혀지지 않은 원인이 늘 존재한다. 이 점에서 의료과

32) 이는 2016.11.19. 대한의료법학회와 대법원의 추계공동학술대회 발표에서 토론자였던 서울대학교 법학전문대학원 이동진 교수의 지적으로, 이하 구체적 내용과 예는 그의 토론문에서 발췌하였음을 밝혀둔다.

오소송은 일반민사소송과는 다른 특징이 있다. 그러한 밝혀지지 않은 원인은 많은 경우 환자의 신체적 소인에 의한 것이거나 환자가 앓고 있는 질병 그 자체에 의한 것이다. 이 때문에 그에 대한 책임을 환자가 아닌 의료인이 져야 하는가 하는 지적이 있을 수밖에 없다.

물론 a, b, c, d를 상정하고 c, d를 소거한 후 a, b 중 하나를 택하여야 하는 상황이라면 a와 b 중 하나를 특정하지 못하였다고 하여 손해배상책임을 부정하는 것이 손해의 공평·타당한 부담에 부합하지 못하는 것이라고 할 수 있다. 그러나 판례는 넓은 범위에서 악결과의 원인이 될 수도 있었을 a, b 조차도 상정하지 않은 채, c, d가 없었으니까 a, b가 있었을 것이고, 그 중 하나가 악결과의 원인이 되었을 것이라고 하여 a와 b의 존재까지 무던히 추정하고 있는 것이다. 더구나 의료과오소송에서 환자측이 인과관계를 추정할만한 간접사실들을 다수 증명하고 있는 경우에 의사측이 일일이 대응하여 간접사실에 의한 추정을 깨뜨리는 것은 거의 불가능에 가깝다고 할 것이다. 그리하여 판례는 다음과 같이 간접사실을 통한 과실과 인과관계의 추정에 제한을 가하기에 이르렀다.

3. 간접사실을 통한 과실추정에 대한 제한

판례는 간접사실들을 입증함으로써 그와 같은 증상이 의료상의 과실에 기한 것이라고 추정하는 경우에 개연성을 통하여 일정한 제한을 한다.³³⁾

“의사의 과실로 인한 결과발생을 추정할 수 있을 정도의 개연성이 담보되지 않는 사정들을 가지고 막연하게 중한 결과에서 의사의 과실과 인과관계를 추정함으로써 결과적으로 의사에게 무과실의 입증책임을 지우는 것까지 허용되는 것은 아니다.”

이 사안은 환자가 뇌혈관조영술을 받다가 혈전이 떨어져 기저동맥을 막음

33) 대법원 2004.10.28. 선고 2002다45185 판결.

으로써 사망에 이르게 된 사안이다. 이 사건 원심판결은 혈전이나 동맥경화등 어리가 떨어지게 된 원인을 선뜻 단정할 수는 없지만, 이 사건 시술과 망인의 사망 사이에 다른 원인이 게재되었을 가능성은 전혀 찾아볼 수 없는 점과 환자가 입원 후 치료를 받아 상태가 거의 호전된 상태였다는 점을 고려하여 환자의 사망이 의사의 시술과정에서의 잘못이라는 점과 거기에 의사의 주의의무 위반이 있었음을 추정하였다. 그러나 대법원은 먼저 혈전이 떨어져 나온 원인이 의사가 조영제를 투여할 때 발생한 압력으로 인한 것인지가 밝혀지지 않았다는 점을 지적하였다. 다음으로 뇌혈관조영술 시술 자체에 주의의무 위반이 있는지를 판단하여야 함에도 그러한 판단이 이루어지지 않았다는 점을 지적하면서 시술상 과실을 추정하기에 부족하다고 판단하였다. 마지막으로 혈관질환을 앓는 환자가 혈관조영술 직후 사망할 확률은 대체로 1% 내외로 그것이 혈관조영술의 합병증인지 기존질환의 악화인지 판명하기 어려운 경우가 많다는 점도 고려하였다.

정리하면 해당 판례는 적어도 치료상 오류가 있는 행위는 특정될 것을 요구하고 있다. 그 다음 치료상 오류에 주의의무 위반이 있었는지를 판단하였다. 이때 개연성이라는 요건을 요구한다. 그 다음 비로소 간접사실들을 통해 인과관계를 추정하고 있다. 그런데 해당 판례처럼 법원이 판결요지에서 주의의무 위반과 약결과 사이에 개연성이라는 요건을 제시하면서, 그 구체적 해결에 있어서 다시 의학적 판단이 중요한 역할을 하게 되었다. 물론 판결요지에서는 여전히 일반인의 상식에 의한 증명, 간접사실을 통한 과실과 인과관계의 증명이라는 법리와 개연성 있는 사실을 통한 증명이라는 법리가 함께 사용되고 있기는 하다. 그러나 개개 사안에 대한 판단에서는 간접사실을 통해 과실과 인과관계를 추정하고자 하는 환자측의 주장을 개연성이 없다는 이유로 부정하는 경우가 많아졌다. 이른바 증명부담의 완화에서 한 발짝 후퇴하고 있는 것으로 이해된다.

4. 중대한 치료상 잘못에 대한 인과관계의 추정법리

의료과오에 대한 손해배상책임은 가해행위, 위법성, 유책성이 있어야 인정된다. 특히 의료과오소송에서 중요한 역할을 하는 것은 가해행위 중 인과관계, 유책성 중 과실이다. 이 두 가지가 인정되지 않으면 손해배상책임은 부정된다. 그런데 인과관계 추정에 관한 초기 판례는 과실에 대한 증명에 있어 일반인의 상식에 따른 증명을 요구한다. 판례³⁴⁾가 일반인의 상식 수준에서 증명한 것은 이 사건 치료과정에 있어서 의사가 수술의 일부분을 다른 의사들에게 맡기고 늦게 수술에 참여하여 수술도중 피부 및 근육을 절개해 놓고 기다린 시간이 다소 많이 경과하는 등 수술과정에 있어 소홀한 점이 있었다는 것과 수술 후 사후 대처가 소홀했다는 것이었다. 의료처치에 소홀한 점이 있으면 과실을 인정하고, 인과관계를 추정하도록 하는 판례의 논지는 독일 의료과오책임법 체계에서 중대한 치료상 잘못(grober Behandlungsfehler)과 매우 유사한 구조를 띤다. 독일민법 제630조의 h 제5항은 중대한 치료상 잘못이 있는 경우 인과관계를 추정한다. 인과관계의 추정을 위하여 치료상 잘못 이외에 다른 증명을 요구하지 않는다. 이 때문에 독일민법 제630조의 h 제5항은 규정에서 추정이라는 표현을 하고 있음에도 일반적으로 증명책임의 전환이라고 평가된다.³⁵⁾

이는 그전까지 독일판례가 인정해 오던 법리를 의료계약에 관한 규정으로 입법한 것이다. 이에 따르면 환자에게 발생한 침해의 모습으로부터 추론해 볼 때 치료상 과오가 있었다는 점이 경험칙상 인정될 정도로 상당한 개연성을 갖는 경우에 인과관계를 사실상 추정한다.³⁶⁾ 물론 의료행위에 오류가 없다는 것이 치료의 확실성을 보장하는 것은 아니기 때문에 의료과오소송에서 경험칙상 상당한 개연성을 갖는 정도의 치료상 과오라는 요건이 충족되는 경우는 그리 많지 않다고 한다.³⁷⁾

34) 대법원 1995.02.10. 선고 93다52402 판결.

35) Prütting/ Wegen/ Weinreich, BGB Kommentar, 10. Aufl., § 630 h, Rn. 3; Spickhoff, Rechtspolitische Anmerkungen zum geplanten Patientenrechtegesetz, ZRP 2012, 65, 69.

36) Wagner, Münchener Kommentar, Band 4, 7.Aufl., §630 h, Rn. 120.

그럼에도 독일 민법 제630조의 h 제5항은 의학적 관점에서 객관적으로 볼 때 발생해서는 안 되는 도저히 이해할 수 없는 잘못된 행위로 인하여 환자에게 손해가 발생한 경우에 증명책임을 완화하는 것이 아니라 증명책임을 전환한다.³⁸⁾ 이를 위해서는 의사가 보편적인 의학적 지식 혹은 의사가 반드시 준수하여야 하는 의학적 행위기준을 위반하였다는 점이 분명하여야 한다.³⁹⁾

이것은 의료행위에 있어서 사소한 잘못의 경우에도 동일하게 적용된다.⁴⁰⁾ 그러나 사소한 치료상 잘못에 대해서는 그 자체로 중대성을 평가한다기 보다는 개개 의료행위에 존재하는 사소한 잘못들이 전체적으로 볼 때 환자가 감내할 수 있는 정도인가 아닌가를 기준으로 잘못의 중대성을 평가하는 것으로 보인다.⁴¹⁾ 예컨대 피검사나 소변검사와 같이 아주 간단한 검사를 하지 않았다거나,⁴²⁾ 검사결과를 분석하는데 있어서 아주 기초적인 오류를 저질렀다거나,⁴³⁾ 잘못된 치료방법을 선택하였고 그 치료에 있어서 의학교과서에서 인정되는 기초지식을 무시하였다거나 하는 경우가 그러하다.

중대한 치료상 잘못이 있는 경우 인과관계에 대한 증명책임을 전환하는 법리는 우리의 경우에도 적용할 수 있는 가능성이 있다. 예컨대 제왕절개 수술 후 지속적인 복통을 호소한 경우를 생각해 볼 수 있다. 향후 수술 후 거즈를 제거하지 않은 채 수술부위를 봉합한 것이 밝혀졌다면 의학준칙을 위반하였음이 명백하다. 이때 거즈를 제거하지 않은 것과 복통 사이의 인과관계를 인정하고, 의사측이 전혀 다른 원인으로 말미암은 것임을 증명하지 못하는 한 손해배상 책임을 지도록 하는 것이 그것이다. 병원 내 감염사고와 같이 일정한 의료지침을 준수하기만 한다면 감염 내지는 감염에 따른 악결과를 예방할 수 있는 가능성이 매우 큰 경우에도 인과관계에 대한 증명책임 전환의 법리는 적용할만한

37) Wagner, a.a.O., Rn. 120.

38) BGHZ 138, 1, 6.

39) Janda, Medizinrecht, 2010, S. 331.

40) Ratzel/ Lissel, Handbuch des Medizinschadensrechts, § 2, Rn. 81.

41) Janda, a.a.O., S. 231.

42) BGHZ 85, 212, 217f.

43) BGH NJW 1996, 1589, 1590.

가치가 있다.

물론 근본적으로 법규정을 통하지 않은 해석으로 증명책임의 전환을 쉽게 인정하는 데에는 찬성하지 않는다. 그러나 앞서 예로 든 경우와 같이 실제 의료사고의 적지 않은 부분은 일정한 의료준칙을 준수하기만 하였다면 예방할 수 있었던 경우가 적지 않다. 이러한 때에 의료준칙 위반에 따른 악결과 발생이 경험칙상 인정된다면 인과관계를 사실상 추정하도록 하여 결과적으로 증명책임을 전환하는 것과 같은 법리는 충분히 검토할 만한 가치가 있다.

IV. 결론

이상의 연구를 통하여 얻은 결론은 다음과 같다. 먼저 의료손해배상에 대한 판례가 오랫동안 유지하고 있는 판결요지에 수정이 필요하다는 점이다. 판결요지에 따르면 유책성 요소로서 의료과실은 주의의무 위반을 기준으로 한다. 주의의무 위반은 의료수준을 기준으로 한다. 의료수준은 임상의학의 실천수준에 따라 판단된다. 판결요지에서는 이를 사실적 판단대상이 아닌 규범적 판단대상이라고 한다. 그러나 개개 사안에서 판례는 판결요지와는 다르게 의료수준을 사실적으로 판단하고 있다. 주의의무는 의료수준이 아니라 의료수준에 따라 최선의 진료를 하여야 할 의무이다. 그리하여 의료수준을 규범적으로 판단하고, 이를 기준으로 주의의무를 다시 규범적으로 판단하여야 한다는 판결요지는 동어반복에 지나지 않는다.

판례는 과실로서 주의의무 위반에 이르지 않았다고 하여 의료손해배상책임을 부정한다. 그러나 실제 사안을 보면, 위법성이 없거나, 과실이 없거나, 인과관계가 없거나, 가해행위 자체가 없는 등 손해배상책임의 성립이 부정되는 이유는 다양하다. 비록 손해배상책임이 부정된다는 결론에 있어서 차이가 없더라도 그 근거를 정확히 구분해 줄 필요가 있다.

판례는 일반인의 상식에 따른 증명, 간접사실을 통한 과실의 추정, 개연성을

통한 제한으로 과실증명에 대한 법리를 전개해 왔다. 판결요지를 보면 법원은 환자의 증명곤란을 해결하고자 하면서도, 의사에게 무과실 책임을 지울 수는 없다는 취지로 법리를 전개한 것으로 이해된다. 그러나 구체적 사안의 해결에서 개연성에 대한 증명은 의학적 판단의 문제로 전환되었다. 요컨대 과실에 대한 증명부담의 완화라는 판례의 태도는 개연성을 통해 한걸음 후퇴하고 있는 모습이다.

이러한 배경하에서 의료지침을 위반한 중대한 치료상 잘못을 과실로 보고, 인과관계를 추정하는 독일민법 제630조의 h 제5항을 눈여겨 볼 필요가 있다. 이 조항은 독일에서 사실상 증명책임의 전환이라고 평가된다. 마취사고, 감염사고와 같이 일정한 의료지침을 준수하기만 한다면 경험칙상 악결과를 상당부분 예방할 수 있는 사안에서는 이와 같은 규정이 기능할 수 있는 가능성이 있다.

[참 고 문 헌]

<단행본>

- 김준호, 『민법강의』 제22판, 법문사, 2016.
- 김천수(김용담 편), 『주석민법(채권각칙 7)』, 한국사법행정학회, 2016.
- 양창수, “최근 중요민사판례동향- 의료과오”, 『민법연구』 제4권, 1997.
- Prütting/ Wegen/ Weinreich, BGB Kommentar, 10. Aufl., 2015.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 4, 7. Aufl., 2016.
- Janda, Medizinrecht, 2010.
- Ratzel/ Lissel, Handbuch des Medizinschadensrechts, 2013.

<논문>

- 김민규, “의료수준론”, 『법이론과 실무』, 영남민사법학회·영남민사소송법학회, 2001.
- _____, “의료과오책임소송에 있어서 「의료수준」 개념의 재구성”, 『동아법학』 제41호, 동아대학교 법학연구소, 2008.
- 김일룡, “의료수준의 개념에 대한 판례의 비판적 고찰”, 『의생명과학과 법』 제11권, 원광대학교 법학연구소, 2014.
- 김종현, “독일 불법행위책임에서 위법성과 과실의 체계적 지위”, 『법학연구』 제49집, 한국법학회, 2013.
- 남준희, “의료과오소송에서 요구되는 의사의 주의의무”, 『JEONBUK LAW JOURNAL』, 전북대학교, 2010.
- 박동진, “불법행위법에서의 주의의무”, 『비교사법』 제9권, 한국비교사법학회, 2002.
- 박영호, “의료과오소송에 있어서 과실과 인과관계의 입증과 그 방법”, 『저스티스』 통권 제77호, 한국법학원, 2004.
- 석희태, “의료과실 판단기준에 관한 학설, 판례의 동향”, 『의료법학』 창간호, 대한의료법학회, 2000.
- 김천수, “진료과오책임의 입증 및 설명의무의 이행”, 『의료법학』 창간호, 대한의료법학회, 2000.
- 안범영, “의료사고의 불법행위책임”, 『고려법학』 제33집, 고려대학교 법학연구원, 1997.
- Spickhoff, Rechtspolitische Anmerkungen zum geplanten Patientenrechtegesetz, ZRP 2012, 65, 70.

[국문초록]

의료사고에 있어서 과실

이재경(원광대학교 법학전문대학원 부교수, 법학박사)

의료사고에 대하여 의사측에게 손해배상책임을 묻기 위해서는 가해행위, 위법성, 유책성의 요건이 충족되어야 한다. 본 논문은 유책성의 요건인 과실에 대한 판례를 검토한 것이다.

의료손해배상에 대한 판례가 오랫동안 유지하고 있는 판결요지는 수정이 필요하다. 판결요지에 따르면 유책성 요소로서 의료과실은 주의의무 위반을 기준으로 한다. 주의의무 위반은 의료수준을 기준으로 한다. 의료수준은 임상의학의 실천수준에 따라 판단된다. 판결요지에서는 이를 사실적 판단대상이 아닌 규범적 판단대상이라고 한다. 그러나 개개 사안에서 판례는 판결요지와는 다르게 의료수준을 사실적으로 판단하고 있다. 주의의무는 의료수준이 아니라 의료수준에 따라 최선의 진료를 하여야 할 의무이다. 그리하여 의료수준을 규범적으로 판단하고, 이를 기준으로 주의의무를 다시 규범적으로 판단하여야 한다는 판결요지는 동어반복에 지나지 않는다.

판례는 과실로서 주의의무 위반에 이르지 않았다고 하여 의료손해배상책임을 부정한다. 그러나 실제 사안을 보면, 위법성이 부정되거나, 과실이 없거나, 인과관계가 없는 등 손해배상책임을 성립이 부정되는 이유는 다양하다.

판례는 일반인의 상식에 따른 증명, 간접사실을 통한 과실의 추정, 개연성을 통한 제한으로 과실증명에 대한 법리를 전개해 왔다. 구체적 사안의 해결에서 개연성에 대한 증명은 의학적 판단의 문제로 전환되었다. 요컨대 과실에 대한 증명부담의 완화라는 판례의 태도는 개연성을 통해 한걸음 후퇴하고 있는 모습이다.

이러한 배경하에서 의료지침을 위반한 중대한 치료상 잘못을 과실로 보고, 인과관계를 추정하는 독일민법 제630조의 h 제5항을 눈여겨 볼 필요가 있다. 이 조항은 독일에서 사실상 증명책임의 전환이라고 평가된다. 마취사고, 감염사고와 같이 일정한 의료지침을 준수하지만 한다면 경험적상 악결과를 상당부분 예방할 수 있는 사안에서는 이와 같은 규정이 기능할 수 있는 가능성이 있다.

주제어 : 의료사고, 과실, 의료수준, 증명완화, 중대한 치료상 과오

=ZUSAMMENFASSUNG=

Die Fahrlässigkeit im medizinischen Behandlungsfehler

Yi, Jaekyeong

Wonkwang University, Associate Professor, Ph.D

Für den Schadensersatzhaftung des Arztes, sog. die Arzthaftung, ist es vornehmlich vorauszusetzen: die Schädigungsbehandlung des Arztes, die Rechtswidrigkeit und das Verschulden. Zur Problematik der Fahrlässigkeit in der Stufe des Verschuldens handelt sich es in dieser Beitrag um die Kritisierung der Rechtsprechung.

Für die Entscheidung des Verschulden im medizinischen Fehler kommt es darauf an, ob die Sorgfaltspflicht des Arztes verletzt wird. Dafür wird der medizinische Standard rekurriert, den die Rechtsprechung nicht aus materieller, sondern aus normativer Sicht begreift. Erstaunlich unübereinstimmend mit deren Leitsatz wird der medizinische Standard als Maßstab der Sorgfaltspflicht materiell – zutreffend nur im Ergebnis – behandelt. Die Sorgfaltspflicht in der Medizin bedeutet nicht die naturwissenschaftliche Erkenntnisse, sondern eine “Best-Müssen” Pflicht. Demnach ist der Standpunkt der Rechtsprechung, wonach den med. Standard normativ bewertet und die Sorgfaltspflicht dadurch wieder normativ entscheidet, nicht anders als eine wörtliche Wiederholung.

Die Arzthaftung in der Rechtsprechung ist aufgrund mit der Verneinung von der Sorgfaltspflichtverletzung nicht angenommen, welche in der Tat jedoch aus verschiedenen Gründen, wie die Rechtswidrigkeit, die Fahrlässigkeit oder Kausalität, nicht angenommen. Der Fahrlässigkeitsbeweis in der Rechtsprechung entwickelt sich mit dem Beweis nach objektivem Maßstab, der Vermutung nach Anschein-Beweis und der Beschränkung mit der Wahrscheinlichkeit. Bei Letzterem gehört es schließlich zum medizinischen Bereich. Ein Eintritt in den fachliche Bereich im Rahmen der Beweislast stellt der Beweiserleichterung gegenüber.

Aus diesem Hintergrund ist §630 h Abs. 5 BGB bemerkenswert, wonach das

Vorliegen eines groben Behandlungsfehler regelmäßig zur Vermutung von der Kausalitätszusammenhang führt. Dieser Paragraph ist inhaltlich als Beweislastumkehr angesehen. Damit ist es von Nutzen im Fall des groben Fehler, der beim – elementaren – kunstgerechten Verhalten nicht entstanden hätte, wie Hygienemängel, Überdosierung des Narkotikum.

Keyword: der medizinische Fehler, die Fahrlässigkeit, der medizinische Standard, die Beweiserleichterung, der grobe Behandlungsfehler