

의료민사책임에서의 인과관계에 관한 소고

백 경 희*

- I. 서론
- II. 의료민사책임에서의 인과관계
 - 1. 인과관계의 인정
 - 2. 원고의 증명 부담 경감에 관한 논의
- III. 우리나라 최근 판례의 동향
 - 1. 일반적인 의료행위에 대한 인과관계
 - 2. 설명의무와 인과관계
 - 3. 인과관계가 부재시 위자료의 인정
- IV. 결론

I. 서론

의사를 비롯한 의료관계 종사자(이하 논의의 편의상 ‘의사’로 대표하여 지칭하기로 한다)¹⁾가 환자에 대하여 의료행위를 수행함에 있어서 주의의무 위반이 있고, 그 주의의무 위반이 환자의 생명과 신체, 건강 등의 보호법익을 침

* 논문접수: 2016. 11. 20. * 심사개시: 2016. 12. 14. * 게재확정: 2016. 12. 27.

* 인하대학교 법학전문대학원, 조교수.

* 본 논문은 2016년 대한의료법학회 추계학술대회 발표문임.

1) 통상적으로 의료민사소송을 논할 때 의사군(醫師群, 의료법상의 의료인 중 의사·치과의사·한의사를 포함하는 내용이다)의 의료과실만을 주로 이야기하였지만, 이들 외에도 환자에 대한 의료과실로 인하여 약결과를 유발하는 보건의료기관에 종사하는 자들의 의료사고의 비중이 적지 않다. 그렇기 때문에 의료과실을 유발할 수 있는 자는 의료법상의 의료인의 범주를 넘어 의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률 제2조 제3호에서 규정한 ‘보건의료인’으로 보아야 한다. 즉, 의사군을 비롯하여 간호사·조산사와 같은 의료법상의 의료인은 물론 의료법상의 간호조무사, 의료기사 등에 관한 법률상의 의료기사, 응급의료에 관한 법률에 따른 응급구조사, 약사법에 따른 약사·한약사로서 보건의료기관에 종사하는 자들을 포함하는 것이 타당할 것이다.

해하는 악결과를 야기하여 위법성과 책임성이 존재하는 경우, 형사상으로는 형법 제268조에 의하여 업무상 과실, 중과실치사상죄의 죄책을 부담하고 민사상으로도 책임귀속의 기본원리에 따라 과실책임을 부담한다.²⁾ 민사상 과실 책임은 계약책임과 계약외책임으로 나뉘는데, 계약외책임은 불법행위책임을 중심으로 논의된다.³⁾ 그러므로 의사의 의료과실이 원인이 된 의료사고가 발생한 경우, 현행 민법에 의하여 부과되는 책임은 계약위반에 따른 민법 제390조 이하의 채무불이행책임⁴⁾과 민법 제750조 이하의 불법행위에 기한 손해배상책임으로 구성할 수 있다.⁵⁾ 우리나라의 판례 역시 “의료행위에 있어서 주의 의무위반으로 인한 불법행위 또는 채무불이행으로 인한 책임이 있다고 하기 위해서는 의료행위상 주의의무의 위반, 손해의 발생 및 주의의무의 위반과 손해발생과의 사이에 인과관계가 존재하여야” 한다고 하여 의료민사책임의 법적 구성에 대하여 판시한 바 있다.⁶⁾

-
- 2) 민사책임은 과실책임과 무과실책임으로 대별할 수 있으나, 원칙적으로는 과실책임주의가 지배한다. 다만 법정책적 관점에서 의료관계에 일정한 부분 무과실책임법리를 적용하려는 견해가 존재하지만, 이러한 견해는 의료가 인간의 생명유기체를 대상으로 하기 때문에, 의료의 본질 자체와 부합하지 않는다고 파악하고 있다; 안법영, “산부인과 진료와 의사의 주의의무 - 대법원판결례의 분석을 중심으로-”, 의료법학(창간호), 대한의료법학회, 2000, 54면.
 - 3) 민법상 책임이 채무불이행책임과 불법행위책임의 이원화되어 있고, 제3자의 행위에 대한 책임, 입증책임의 부담, 소멸시효 등에 차이가 있으나, 그것이 양자 사이의 구조적·본질적 차이라고 하기 어렵다.; 김상중, “민법 제763조에 의한 채무불이행 책임규정의 불법행위 책임에의 준용의 입법적 타당성”, 민사법학 제62호, 2013, 189~190면.
 - 4) 대법원 2005. 9. 30. 선고 2004다52576 판결에서, 대법원은 “의사가 환자에게 부담하는 진료채무는 질병의 치유와 같은 결과를 반드시 달성해야 할 결과채무가 아니라 환자의 치유를 위하여 선량한 관리자의 주의의무를 가지고 현재의 의학수준에 비추어 필요하고 적절한 진료조치를 다해야 할 채무, 이른바 수단채무라고 보아야 하므로 진료의 결과를 가지고 바로 진료채무불이행사실을 추정할 수는 없으며 이러한 이치는 진료를 위한 검사행위에 있어서도 마찬가지”라고 함으로써 수단채무의 성격을 지닌다고 하여 의료사고에 관한 민사책임이 채무불이행책임으로 구성될 수 있음을 판시하였다.
 - 5) 의료과실로 인해 발생하는 형사책임과 민사책임에 있어서의 ‘과실’ 개념은 동일하고, 민사책임의 구성을 계약책임으로 하던 불법행위책임으로 하던 그 구성요건인 ‘과실’ 개념은 역시 동일하게 파악된다.; BGH, Urteil vom 20-09-1988 - VI ZR 37/88 (Koblenz), BGH: Zurechnungszusammenhang zwischen ärztlichem Behandlungsfehler und Schaden, NJW 1989 Heft 12, S.767.
 - 6) 대법원 2000. 9. 8. 선고 99다48245 판결 등.

환자 측인 원고가 의사 측을 피고로 하여 의료민사책임을 추궁하기 위하여 의료과실소송을 제기하게 될 때, 의사의 의료과실과 환자에게 발생한 손해 사이에 인과관계가 존재하는지 여부는 소송의 승패를 좌우하는 소송상 중요한 다툼의 대상이 된다.⁷⁾ 그런데 민사책임을 추궁하는 의료과실소송에서는 의료가 지니는 특수성으로 인하여 다른 민사사건과 달리 인과관계의 존부의 판단이 쉽지 않다. 즉, 의료는 고도의 전문성과 재량성, 밀실성, 정보의 편중성, 인체의 다양성, 과학적 증명상의 한계 등으로 인하여 통상의 경험칙만으로는 의료과실뿐만 아니라 그 의료과실과 악결과 사이의 사실적 인과관계가 존재하는지를 판단하는 것이 어렵기 때문이다.⁸⁾

본고에서는 의료민사책임에서 인과관계를 어떻게 인정하는지에 관한 법리를 살펴보고, 우리나라 판례의 태도⁹⁾를 인과관계가 문제되는 유형별 - 일반적 의료행위의 경우, 설명의무의 경우, 의료과실과의 인과관계가 없는 경우 - 로 나누어 고찰하기로 한다.

II. 의료민사책임에서의 인과관계

1. 인과관계의 인정

의료사고가 발생했을 경우 의사에게 민사책임을 귀속시키기 위해서는 의사의 의료행위에서 주의의무 위반과 환자의 사상(死傷) 사이에 인과관계가 필요하다. 즉, 인과관계는 권리를 침해한 가해자의 행위와 그로 인하여 발생하는 침해결과의 문제인데, 이러한 인과관계와 손해의 귀속범위를 어떻게 설정할 것

7) 석희태, “의료과오에서의 인과관계에 관한 연구”, 연세법학연구(제2집), 연세대학교 법과대학 법률문제연구소, 1992, 296면.

8) G.Müller, Arzthaftung und Sachverständigenbeweis, MedR vol. 19. no. 10, Springer, 2001, 10, S.487.

9) 의료과실소송에서 인과관계와 관련된 판례의 태도에 대하여는 상당한 선행연구가 축적되어 왔기 때문에, 본고에서는 2000년 이후의 판결로 한정하여 살펴보고자 한다.

인지가 민사책임에 있어서는 문제된다. 이에 대한 논의는 조건설 내지 등가성 이론으로부터 출발하여 상당인과관계론, 규범목적설에 이른다.¹⁰⁾

가. 조건설 내지 등가성 이론은 사실적, 자연과학적 측면에서 어떠한 행위가 없었더라면 그러한 결과가 발생하지 않았을 것이라는 점이 인정된다면, 그 행위가 결과에 대한 원인이 되며, 그 원인이 다양하게 존재할 경우 이들을 동등하게 취급하여야 한다는 것인데,¹¹⁾ 가해자의 책임이 무한으로 확대되므로 책임귀속에는 부적합하다는 평가를 받게 된다. 이에 책임을 제한하자는 논의가 나타나게 되었는데 대표적인 것이 상당인과관계설과 인과관계를 존재적 인과관계인 책임설정적 인과관계(haftungsbegründende Kausalität)와 책임귀속요건으로서의 인과관계인 책임충족적 인과관계(haftungsausfüllende Kausalität)로 나누어 규범의 보호목적론이다.¹²⁾

나. 상당인과관계론은 어떠한 행위가 침해된 결과를 통상적으로 야기하기에 적합하거나 최소한 침해결과에 대하여 개연성이 존재하여야 인과관계를 인정할 수 있다는 것으로 객관적 예견가능성(Vorhersehbarkeit) 내지 개연성(Wahrscheinlichkeit)을 기준으로 삼는다.¹³⁾ 이에 관한 판단은 사실판단이 아니라 가치판단으로 이해되는바, 독일연방대법원은 상당인과관계론을 취하면서 “어떤 사건이 사법상 어떤 결과의 원인이라고 할 수 있으려면, 그 사건이 특별히 독특하고 이례적이며 통상의 사실경과에 따르면 고려되지 않는 사정

10) 이와 같은 인과관계 논의는 완전배상주의를 취한 독일 민법 하에서 활발하게 이루어져 왔다. 즉, 독일민법에서 채무불이행책임과 불법행위책임이 발생할 경우 동법 제249조 제1항에 의하여 손해배상의무를 부담하는 자는 배상의무를 부담하는 상황이 발생하지 않았더라면 존재하였을 상태를 회복시킬 의무가 있다고 규정하여 완전배상주의(Totalreparation)를 채택하고 있기 때문에 배상범위의 무한 확대를 제한하기 위한 이론이 필요하게 된 것이라고 한다.; 위계찬, “독일민법상 인과관계 및 손해의 귀속”, 재산법연구(제31권 제2호), 2014, 85면.

11) 박희호, “책임법에 있어서 인과관계의 구체적 척도에 관한 연구 -대법원 판례에서 사용되는 척도를 중심으로-”, 동아법학(제56호), 2012, 291~292면.

12) 위계찬, 전계논문, 86~87면.

13) 지원필 집필, 집필대표 박윤직, 민법주해(IX), 2005, 496면.

하에서가 아니라, 일반적으로 실제 발생한 것과 같은 종류의 결과를 발생시킬 만한 성질을 가진 경우라야 한다.”고 실시하였다.¹⁴⁾

다. 규범목적론은 상당인과관계론이 추상적 개연성을 기준으로 판단하는 것이 책임 설정에 있어서는 모호한 결과를 낳기 때문에, 개별 책임규범의 추구하는 목적인 특정 이익의 보호범위를 설정하여 이 보호범위에 드는 법익의 침해로서의 손해에 대하여만 책임을 부담하도록 하여야 한다는 견해이다.¹⁵⁾ 즉, 이는 사실인정으로서의 원인관련을 판단하는 책임설정적 인과성과 그 효과로서 손해배상의 범위 등을 판단하는 규범적 평가인 책임충족적 인과성을 구분 하자는 것으로 독일 연방대법원에서 상당인과관계론과 함께 취하는 이론이다.¹⁶⁾ 이를 도표화하면 다음 [도표 2-1]과 같다.¹⁷⁾

[도표 2-1] 책임설정적 인과관계와 책임충족적 인과관계의 구조

	원인관계		원인관계	
가해자의 행위	▶	법익침해 1차 손해	▶	2차손해
↓		↓		↓
의료과실	▶	신체침해	▶	신체상, 재산상 손해 등
↓		↓		↓
수술 시 가제 잔존 후 봉합	▶	복막염 발생	▶	장 유착, 사망, 일실수입
책임설정적 인과관계			책임충족적 인과관계	

14) 박영규, “통상손해의 범위”, 서울법학(제19권 제3호), 2012, 76~77면.
 15) 박희호, 전게논문, 298면; 독일연방대법원(BGH, Ur. v. 22. 5. 2012 - VI ZR 157/11) 역시 규범의 보호목적을 통해 손해배상의무가 한정된다는 것을 승인하고 있는데, 어느 하나의 책임은 위험들의 영역에서 연원하는 등가적이고 상당한 손해결과들에 관해서만 존립하며, 그 결과들을 회피하기 위한 위반된 규범이 선포되었거나 위반된 계약상 의무가 인수 되었어야 한다고 한다.; 안병영, “의료판례에서의 인과성과 책임귀속의 판단 -독일법원 판결례와의 비교 고찰-”, 의료법학(제14권 제1호), 2013, 160면.
 16) 안병영, “의료판례에서의 인과성과 책임귀속의 판단 -독일법원 판결례와의 비교 고찰-”, 188~189면.
 17) Parzeller, M.·Zedler, B., “Das Patientenrechtgesetz (PatRG) - Teil 3: Beweislast in Haftungsfragen und kritisches Fazit (Mit 1 Tabelle)”, Archiv für Kriminologie, Vol. 233 No.1, 2014, SS.2-3.

2. 원고의 증명 부담 경감에 관한 논의

의료과실소송에서도 민사소송법상의 일반원칙에 따라 환자 측으로서 원고는 권리를 설정하고 존속시키기 위한 청구원인 사실로서 의사의 의료과실, 환자에게 발생한 손해, 인과관계를 증명하여야 하고, 피고는 권리를 무효화시키거나 저지하기 위한 항변을 하게 된다. 그러나 앞서 살펴본 바와 같이 의료의 특수성으로 인하여 인과관계 자체의 증명이 난해할 뿐만 아니라, 피고인 의사 측보다 의학적 전문성이나 정보 등 증거가 부족한 환자의 입장을 고려한다면, 민사소송법상의 일반원칙을 그대로 적용하는 것은 당사자 무기대등원칙에도 반하는 결과를 가져온다.¹⁸⁾ 이러한 불합리한 결과를 시정하기 위하여 의료과실소송에서는 환자 측이 부담하는 증명을 경감시키기 위한 시도로 표현증명론, 입증방해론, 입증전환론이 논의되어 왔다.¹⁹⁾

가. 표현증명론은 경험칙상 어떠한 사실이 있으면 다른 사실이 생기게 되는 정형적인 관계가 인정되는 경우 어느 사실로부터 다른 사실을 추정하는 증명 방법을 말하는 것이다.²⁰⁾ 의료과실소송에서 표현증명의 법리는 의사의 처치상 과실이 의료경험에 비추어 발생한 손해를 전형적으로 초래할 수 있는 경우²¹⁾에는 일응 인과관계를 추정하자는 것이다.²²⁾ 그러므로 상대방인 의사는

18) 백경희·이인재, “의료과실책임과 유해물질 제조물책임에서의 인과관계에 관한 최근 판결의 동향 및 증명책임 경감 논의에 대한 검토”, *경희법학*(제47권 제3호), 2012, 13-14면.

19) 이시윤, *신민사소송법* 제9판, 박영사, 2015, 542-543면.

20) 영미법에서는 유사한 법리로 *Res Ipsa Loquitur* 원칙이 존재한다. ‘*Res Ipsa Loquitur*’라는 것은 ‘사물 내지 현상은 그 자체 스스로가 말한다’는 내용의 라틴어인바, 동 법리에 따를 때 ① 손해가 누군가의 과실이 개재 되지 않았다면 통상 일어나지 않는 경우일 것, ② 손해가 피고 측의 배타적 지배 하에 있는 사람 또는 시설에 의하여 발생된 것일 것, ③ 환자의 어떠한 행위도 그 손해를 야기하지 않았을 것, ④ 사건의 설명가능성이 환자보다 의사에게 더 있다고 보일 것이라는 요건이 충족되면 정황으로부터 추론을 이끌어내는 방법으로 인과관계를 인정할 수 있게 된다.; Jeffery Mullis, *Medical Malpractice, Social Structure and Social Control*, *Sociological Forum*, Vol. 10, No.1, 1995, pp.149-144.

21) 수술부위에 거즈나 메스를 잔류시킨 경우와 같이 전형적으로 의사의 처치상 과실이라고 볼 수 있는 사례들이 그 예이다. 그런데 이렇듯 의료행위 과정에서 전형적으로 발생하는 사안에 대하여 법원이 의학적으로 타당하지 않은 판결을 할 경우 의료관행 자체를 바꾸어 버릴 정도로 영향력이 크므로 의료소송 심리시 주의를 기하여야 한다는 견해로는 노

표현증명을 통해 추정된 사실에 대해 경험칙상 전제되는 사실이 부존재한다거나 추정되어진 사건의 전개과정과 다른 경로를 통해 사건이 진행될 가능성이 있다는 점을 증명하여 법관이 얻은 확신을 뒤흔들 수 있을 정도의 증거를 제시하여야 그 추정을 번복할 수 있게 된다²³⁾.

나. 입증방해론은 입증책임을 부담하는 자의 입증이 상대방의 유책한 방해행위로 인하여 곤란하거나 불가능하게 되는 경우, 입증책임을 부담하지 않는 상대방에게 증거법상 어떤 불이익을 가함으로써 공평을 유지하려는 것이다. 의료과실소송에서 입증방해가 주로 논의되는 영역은 의료과실의 개재 여부를 판단할 수 있는 가장 중요한 증거인 진료기록의 은닉, 폐기하거나 위·변조를 가한 경우를 들 수 있다.²⁴⁾ 우리나라 민사소송법 제350조는 ‘당사자가 상대방의 사용을 방해할 목적으로 제출의무 있는 문서를 훼손하여 버리거나 이를 사용할 수 없게 한 때에는, 법원은 그 문서의 기재에 대한 상대방의 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있다’고 하여 입증방해에 관한 명문의 규정을 두고 있다. 그렇지만 동조에 의하여 입증방해행위에 대하여 어떠한 판단을 할 것인지는 법원의 자유심증에 달려 있다.²⁵⁾

태헌, “의료소송에서의 책임인정과 비용-효과 분석”, 의료법학(제5권 제2호), 대한의료법학회, 2004, 136~137면.

22) 즉, 의료행위에 있어서의 인과관계에 관한 표현증명의 기초는 의사의 치료과실, 환자의 건강손상 및 일반적인 생활 경험을 토대로 하는 인과관계의 개연성이라고 한다.; 김천수, “의사책임소송에 있어서의 입증문제에 관한 고찰 -독일의 의사책임법리론을 중심으로-”, 법경논총(제7집), 대구대학교 출판부, 1993, 123면 참조.

23) 김상영, “의료과소송에 있어서의 인과관계”, 과실의 입증책임, 부산대학교 법학연구(제37권 제1호), 부산대학교 법학연구소, 1996, 200~213면; 범경철, “의료소송에서 환자의 입증책임의 완화”, 전북법학 논집(제1집), 전북대학교 법학연구소, 2000, 260~268면; 조재건, “의료과소송에 있어서의 입증책임”, 민사법연구(제8집), 대한민사법학회, 2000, 303~306면.

24) 김상영, 전계논문, 220면; 조재건, 전계논문, 307면.

25) 우리나라 판례는 진료기록이 가필된 사안에서 “당사자 일방이 입증을 방해하는 행위를 하였다라도 법원으로서 이를 하나의 자료로 삼아 자유로운 심증에 따라 방해자 측에게 불리한 평가를 할 수 있음에 그칠 뿐 입증책임을 전환되거나 곧바로 상대방의 주장 사실이 증명된 것으로 보아야 하는 것은 아니다.”라고 판시하고 있다.; 대법원 1999. 4. 13. 선고 98다9915 판결.

다. 증명책임 전환론은 의사의 고의 또는 중대한 의료과실이 개재된 의료행위로 환자를 위험에 처하게 하고 그 위험으로 인해 손해를 발생한 경우, 의사가 그 의료행위와 손해 사이에 인과관계가 없음을 증명하도록 하여 증명책임을 전환시키는 것으로 독일의 판례를 통해서 전개된 것이다.²⁶⁾ 독일은 민법을 개정하면서 독일 판결의 입장을 수용하여 의료중과실이 존재하는 경우의 증명책임 전환에 관하여 명문의 규정을 두게 되었다(제630조 h 제5항).²⁷⁾ 즉, 환자에게 발생된 손상을 초래함에 있어서 의사의 중대한 의료과실이 있을 때, 그 과실과 건강상 손해 사이의 사실상 원인관계가 추정되어 책임설정적 인과관계에 관한 증명책임을 전환된다고 보고 있다.²⁸⁾ 이 경우 의사가 면책되기 위해서는 환자에게 발생한 손해가 적절한 치료를 받았더라도 발생할 수 밖에 없었다는 것이나 그 의료과실이 환자의 손해를 초래하기에 통상적으로 부적합한 것이어서 원인이 될 수 없다는 것 등을 증명하여야 한다고 한다.²⁹⁾

26) A.Spickhoff, Grosser Behandlungsfehler und Beweislastumkehr, NJW 2004 Heft 33, SS.2345-2347, 김천수, 전계논문, 119면.

27) 동규정에서 '객관적인 관점에서 봤을 때, 의료과실이 확립되고 검증된 의학상의 인식과 경험에 충돌하고, 의사에게 나타나서는 안 되는 것이기 때문에 더 이상 이해할 수 없는 것에 해당하는 경우'에는 중대한 의료과실로 정의한다.; Parzeller, M.·Zedler, B., a.a.O, S.7.

28) 입법자에 의하면 이와 같은 증명책임을 전환이 이루어질 때 인정되는 인과관계는 의료과실과 손해 사이의 책임설정적 인과관계만을 포함하는 것이지, 책임충족적 인과관계까지는 포함하지 않는다고 한다.; Parzeller, M.·Zedler, B., a.a.O, S.8.

29) 중대한 의료과오의 예로서 입법이유서에서는 '항상 준수되어야 하는 진단상 및 치료상의 기본규칙을 소홀히 한 경우와 같은 기본적인 과오', '근본적인 진단상 과오', '의사에게 내리려진 증상 조사하거나 증상 유지할 의무에 대한 중대한 위반' 병든 기관 대신에 건강한 기관을 잘못 떼어내는 것 및 민법 제 630조 c의 정보고지의무의 태두리 내에서의 중대한 잘못된 정보고지 등을 들고 있다.; Parzeller, M.·Zedler, B., a.a.O, S.8.

III. 우리나라 최근 판례의 동향

1. 일반적인 의료행위에 대한 인과관계

우리나라 판례는 의사의 민사책임을 추궁하는 의료과실소송에서 인과관계에 관하여 상당인과관계설에 따라 일원적으로 판단하면서, 의료의 특수성을 고려하여 환자가 부담하는 증명책임을 표현증명론에 따라 경감하고 있는 것으로 이해된다.³⁰⁾ 그리고 이 때의 인과관계란 일반법칙으로서의 인과관계 내지 과학적 인과관계 자체가 아니라 법적 견지에서 본 인과관계를 의미한다.³¹⁾ 즉, 판례는 환자 측이 의료사고에 있어서의 인과관계를 입증하기가 어렵다는 의료의 특수성을 인식하여 환자 측이 의료과실로 인한 피해를 증명할 수 없는 상황요건을 전제하면서, 환자 측에서 일련의 의료행위 과정에 있어서 저질러진 일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실 있는 행위를 증명하고 그 결과와 사이에 일련의 의료행위 외에 다른 원인이 개재될 수 없다는 점을 증명한 경우 의료상 과실과 그 결과 사이의 인과관계를 추정하고 있다.³²⁾

가. 추정을 통한 인과관계 인정으로 증명책임을 완화한 경우

대법원의 기본적인 태도는“의사의 의료행위가 그 과정에 주의의무 위반이 있어서 불법행위가 된다고 하여 손해배상을 청구하는 경우에도 일반 불법행위와 마찬가지로 의료행위상 과실과 손해발생 사이에 인과관계가 있어야 하고, 이에 대한 증명책임은 환자 측에서 부담하지만, 의료행위는 고도의 전문적 지식을 필요로 하는 분야로서 전문가가 아닌 일반인으로서의 의사의 의료행위 과정에 주의의무 위반이 있었는지, 주의의무 위반과 손해발생 사이에 인과관

30) 이시윤, 전거서, 546~547면; 안법영, “의료사고 소송상 인과관계 추정”, 의료법학(제6권 제2호), 대한의료법학회, 2005, 258~259면.

31) 대법원 2010. 9. 30. 선고 2010다12241 판결; 석희태, 전거논문, 296면

32) 대법원 2000. 7. 7. 선고 99다66328 판결, 대법원 2012. 1. 27. 선고, 2009다82275·82282 판결.

계가 있는지를 밝혀내기가 극히 어려운 특수성이 있으므로, 수술 도중이나 수술 후 환자에게 중한 결과의 원인이 된 증상이 발생한 경우 증상 발생에 관하여 의료상 과실 이외의 다른 원인이 있다고 보기 어려운 간접사실들이 증명되면 그와 같은 증상이 의료상 과실에 기한 것으로 추정할 수 있다.”는 것으로 이해된다.³³⁾

(1) 마취제 과다투여로 사망한 사건³⁴⁾

위 대법원 판결은 의사인 甲이 乙을 수술하는 과정에서 망인의 호흡이 정지되어 丙 병원으로 이송하였으나 乙이 저산소성 뇌손상으로 사망한 사안에 대한 것이다. 대법원은 甲에게 마취수술 과정에서 마취제를 과다하게 투여하고 호흡관리를 제대로 하지 못하는 등의 과실이 있고, / 마취수술 당시 乙에게 뇌손상을 일으킬만한 다른 원인이 없었으므로, / 특별한 사정이 없는 한 甲의 과실과 乙의 뇌손상, 나아가 사망 사이에 상당인과관계가 있다고 추정되고, 한편 丙병원 의료진의 수역 과다투여 등 과실도 乙의 뇌손상 및 사망의 원인이 되었고, 乙이 사망까지 이르게 된 데에는 丙병원 의료진의 과실이 기여한 바가 훨씬 더 크다고 볼 여지가 있으나, 乙의 뇌손상으로 인한 사망이 오로지 丙병원 의료진의 과실만으로 발생하였다고 볼 수는 없으므로, 甲의 행위와 丙병원 의료진의 행위는 각기 독립하여 불법행위의 요건을 갖추고 있으면서 객관적으로 관련되고 공동하여 위법하게 망인에게 손해를 가한 것으로 공동불법행위 관계에 있다는 이유로, 甲에게 망인의 사망 손해 전부에 대한 손해배상책임을 인정한 원심판단을 수긍하였다.

33) 대법원 1995. 2. 10. 선고 93다 52402 판결, 대법원 1995. 3. 10. 선고 94다39567 판결, 대법원 1995. 12. 5. 선고, 94다57701 판결, 대법원 1996. 6. 11. 선고 95다41079 판결, 2001. 3. 23. 선고 99다48221 판결, 대법원 2012. 5. 9. 선고 2010다57787 판결; 이와 같이 대법원 1995. 2. 10. 선고 93다52402 판결 이후에 계속된 우리나라 판례의 의료과실소송에 있어서 증명책임 경감에 관한 분석은 박영호, “의료과실소송에 있어서 과실과 인과관계의 입증과 그 방법(대법원 1995. 2. 10. 선고 93다52402 판결에 대한 연혁적 분석을 중심으로)”, 저스티스(통권 제77호), 한국법학원, 2004, 90면 이하 참조.

34) 대법원 2012. 1. 27. 선고 2009다82275 판결.

(2) 장폐색에 대한 즉각적 치료 부재로 사망한 사건³⁵⁾

위 대법원 판결은 장폐색 환자인 甲이 乙병원 응급실에 내원하여 진료를 받던 중 사망한 사안에 대한 것이다. 대법원은 제반 사정상 乙병원 의료진에게 고갈륨혈증 및 폐부종에 대한 경과관찰 및 치료를 소홀히 한 과실이 인정되고, / 고갈륨혈증 및 폐부종은 사망을 일으킬 수 있는 중대한 응급질환으로서 즉시 치료되어야 하며, 甲이 사망 당시 중증 패혈증 상태가 아니었다는 점³⁶⁾을 고려하면, / 乙병원 의료진의 과실이 甲의 사망 원인이 되었다고 볼 수 있으므로, 위 과실과 甲의 사망 사이에 상당인과관계가 인정된다고 하였다.³⁷⁾

(3) 복강경에 의한 담낭절제술로 신장이 절제된 사건³⁸⁾

위 대법원 판결은 환자에 대한 담낭절제시 복강경 수술을 진행하다가 환자에게 장애를 남긴 사안에 대한 것이다. 대법원은 “피고 병원 의료진은 복강경에 의한 수술 초기에 원고의 유착이 심하다는 것을 발견하였는바, ① 만약 원고의 장기 및 조직의 유착상태가 해부학적 구조를 알기 어려울 정도로 심하였다면, 상대적으로 더 섬세한 조작이 가능한 개복술로 전환하였어야 함에도 복강경에 의한 수술을 계속한 과실로 인하여 신정맥 손상 및 신장 절제 상태에 이르게 하였다고 볼 수 있고, ② 반대로 만약 유착상태가 해부학적 구조를 알기 어려울 정도가 아니어서 복강경에 의한 수술이 가능한 상태였다면, 복강경에 의한 담낭절제술 과정에서 발생하는 후복막강의 중요한 혈관 손상은 수술 자체에 수반하는 객관적 요인보다는 수술의사의 숙련도 등 주관적 요인이 작용하는 측면이 크고, 복강경에 의한 담낭절제술 과정에서 신정맥 손상으로 신장이

35) 대법원 2011. 11. 10. 선고 2009다45146 판결.

36) 다만 대법원은 피고 병원 의료진의 과실이 없었다라도 망인의 상태가 중증 패혈증 등으로 악화되어 사망할 가능성이 높다는 사정은 의사의 책임을 제한하는 사유로 삼을 수는 있을 것이라고 보았다.

37) 원심은 피고 병원 의료진에게 진료상 과실을 인정하지 않고, 망인이 폐부종으로 사망하였다고 보기 어렵다고 판단하였는바, 대법원은 이러한 원심판결에 의료과실 및 인과관계에 관한 법리를 오해함으로써 판결 결과에 영향을 미친 잘못이 있다고 보아 파기환송하였다.

38) 대법원 2012. 5. 9. 선고 2010다57787 판결.

절제된 사례에 관하여 보고된 바도 없으며, 원고가 신정맥을 손상하지 않고는 수술할 수 없는 정도였다는 자료도 없는 점 등을 고려하면, 원고의 신정맥 손상 및 신장 절제는 피고 병원 의료진이 복강경 수술기구를 과도하게 조작하는 등의 과실로 인하여 발생하였다고 추정하는 것이 타당하다.”고 판단하였다.

나. 추정을 제한하는 경우

의료과실소송에서 환자의 증명책임 경감을 위하여 인과관계를 추정하기는 하지만, 현대 임상의학의 실천수준에 비추어 과연 의학적 인과관계가 성립하는 과실이 존재하는 의료사고인지에 대하여 불명확한 경우에 대하여는 그와 같은 추정이 제한될 필요가 있다.³⁹⁾ 이에 대법원은 의료과실소송에서 의료과실 및 인과관계에 있어 환자 측의 증명책임을 완화하는 경우에도 “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.”라고 하거나,⁴⁰⁾ “의료행위에 의하여 후유장해가 발생한 경우, 그 후유장해가 당시 의료수준에서 최선의 조치를 다하는 때에도 당해 의료행위 과정의 합병증으로 나타날 수 있는 것이거나 또는 그 합병증으로 인하여 2차적으로 발생할 수 있는 것이라면, 의료행위의 내용이나 시술 과정, 합병증의 발생 부위, 정도 및 당시의 의료수준과 담당 의료진의 숙련도 등을 종합하여 볼 때 그 증상이 일반적으로 인정되는 합병증의 범위를 벗어났다고 볼 수 있는 사정이 없는 한, 그 후유장해가 발생하였다는 사실만으로 의료행위 과정에 과실이 있었다고 추정

39) 의학적 인과관계의 존재가 불투명한 상황에서 인과관계의 추정이 이루어질 경우 의사가 어디까지 반증을 하여야 하는지에 대하여는 그 기준이 제시되어 있지 않아, 의사는 전방위적으로 증명할 수 밖에 없고 의사가 증명에 실패하게 된다면 의사는 이미 추정된 인과관계와 과실에 의거하여 의료사고로 환자 측이 입게 된 전손해를 배상하는 결과에 이르게 되어 결국 무과실책임을 부담하는 결론에 이를 가능성도 배제할 수 없다.

40) 대법원 2004. 10. 28. 선고 2002다45185 판결, 대법원 2013. 6. 27. 선고 2010다96010, 96027 판결.

할 수 없다.”고 판시한 바 있다.⁴¹⁾

(1) 추정의 전제로서 의사의 과실로 인한 결과발생을 추정할 수 있을 정도의 개연성이 담보되는 사정의 요구

－ 신경초종 제거술 후 신경 손상 발생 사건⁴²⁾

위 대법원 판결의 사안은 甲이 의사 乙에게서 우측 액와부에 척골신경으로부터 기원하는 양성 종양인 신경초종을 제거하는 수술을 받은 후 우측 손가락에 근위축 증세 등이 나타난 것이다. 대법원은 甲이 수술 전에는 우측 상지의 운동 및 감각 기능이 모두 정상이었으나 수술 직후부터 우측 손가락 끝마디의 감각 이상을 호소하였고, 乙이 수술하면서 메젠바움 가위와 전기소작기 등을 사용하였다는 사정들은 甲의 신경 손상에 대한 乙의 의료과실을 추정할 수 있을 정도의 개연성을 갖춘 사정들이라고 보기 어렵고, 신경 손상이 수술과정에서 불가피하게 발생한 것으로 볼 여지가 많거나 의료상의 과실 이외에 甲에게 현재의 근위축 등의 증상을 초래할 다른 원인이 없다고 단정하기 어려운데도, 위와 같은 개연성이 담보되지 않는 사정만으로 乙의 과실 및 인과관계를 추정하여 손해배상책임을 인정한 원심판결에 법리오해 등의 잘못이 있다고 판단하였다.

(2) 일반적인 합병증의 범위를 벗어난 악결과의 필요

－ 흡입분만 후 경막하출혈로 태아가 사망한 사건⁴³⁾

위 대법원 판결은 자연질식분만 도중 흡입분만을 실시하여 분만한 신생아가 분만 후 경막하출혈, 골막하출혈 등으로 사망한 사안에 대한 것이다. 대법원은 골막하출혈의 경우 자연질식분만에서도 발생할 수 있는 합병증이므로 망아에게 골막하출혈이 있었다는 사정만으로 의사가 흡입척의 음압과 그 증가속도

41) 대법원 2008. 3. 27. 선고 2007다76290 판결.

42) 대법원 2015. 2. 26. 선고 2013다27442 판결.

43) 대법원 2011. 3. 10. 선고 2010다72410 판결.

를 제대로 살피지 아니하여 망아의 머리에 무리한 힘이 가해지도록 한 과실이 있다고 단정하기 어려움에도, 흡입분만 시술과정에 의사의 과실이 있었고 그 과실과 망아에게 생긴 경막하출혈 등 사이의 인과관계도 추정된다고 단정한 원심판단을 파기하였다.⁴⁴⁾

2. 설명의무와 인과관계

설명 의무는 환자가 의사의 의료행위에 관한 설명을 통하여 자신이 받게 될 의료행위의 위험성을 고지받고서도 의료행위를 승낙하기 위한 전제로서 의사에게 부과되는 주의의무이다.⁴⁵⁾⁴⁶⁾ 설명의무 위반으로 인하여 의사가 의료민사책임을 부담하는 경우 손해배상의 범위는 그로 인한 인과관계가 환자의 정신적 고통에 한정되는지 또는 전손해까지 미치는지에 따라 달라진다. 대법원도 이에 따라 “의사가 설명의무를 위반한 채 수술 등을 하여 환자에게 중대한 결과가 발생한 경우에 환자 측에서 선택의 기회를 잃고 자기결정권을 행사할 수 없게 된 데 대한 위자료만을 청구하는 경우에는 의사의 설명 결여 내지 부족

44) 한편 동 사안에서 진료기록 가필과 관련하여 그것이 입증방해에 해당하는지에 대하여서도 다툼이 있었는데, 대법원은 “위 진료기록부 중 망아의 몸무게와 성별, 분만시각 등을 기재한 부분과 흡입분만 기재 부분이 글씨체가 필기도구가 서로 달라 보이는 것은 사실이나, 이는 피고의 주장대로, 분만 직후 간호사 등이 망아의 몸무게 등을 먼저 기재하고 피고가 산모와 망아에 대한 산후처리를 마친 후 분만 과정에 대한 설명을 추가로 기재했기 때문인 것으로 볼 여지도 충분히 있어 보인다.”고 하여 이를 피고 측의 입증방해행위로 판단하지 않았다.

45) A.Spickhoff, Die Entwicklung des Arztrechts 2001/2002 NJW 2002 Heft 24, SS.1762-1763; 伊澤純, 医療過誤訴訟における医師の説明義務違反, 成城法学 62号, 成城大学法学会, 2000, 55-56頁.

46) 대법원도 의사에 대하여 설명의무를 부담하게 하는 것과 관련하여 “일반적으로 의사는 환자에게 수술 등 침습을 가하는 과정 및 그 후에 나쁜 결과 발생의 개연성이 있는 의료행위를 하는 경우 또는 사망 등의 중대한 결과 발생이 예측되는 의료행위를 하는 경우에 있어서 응급환자나 그밖에 특단의 사정이 없는 한 진료계약상의 의무 내지 침습 등에 대한 승낙을 얻기 위한 전제로서 당해 환자나 그 법정대리인에게 질병의 증상, 치료방법의 내용 및 필요성, 발생이 예상되는 위험 등에 관하여 당시의 의료수준에 비추어 상당하다고 생각되는 사항을 설명하여 당해 환자가 그 필요성이나 위험성을 충분히 비교해 보고 그 의료행위를 받을 것인가의 여부를 선택할 수 있도록 할 의무가 있다”고 판시한 바 있다.; 대법원 1994. 4. 15. 선고 93다60953 판결, 대법원 1999. 9. 3. 선고 99다10479 판결, 대법원 2002. 10. 25. 선고 2002다48443 판결, 대법원 2007.5.31. 선고 2005다5867판결.

으로 인하여 선택의 기회를 상실하였다는 점만 입증하면 족하고, 설명을 받았더라면 중대한 결과는 생기지 않았을 것이라는 관계까지 입증하여야 하는 것은 아니지만, 그 결과로 인한 모든 손해의 배상을 청구하는 경우에는 그 중대한 결과와 의사의 설명의무 위반 내지 승낙 취득 과정에서의 잘못과 사이에 상당 인과관계가 존재하여야 하며, 그때의 의사의 설명의무 위반은 환자의 자기결정권 내지 치료행위에 대한 선택의 기회를 보호하기 위한 점에 비추어 환자의 생명, 신체에 대한 구체적 치료과정에서 요구되는 의사의 주의의무 위반과 동일시할 정도의 것이어야 한다.”고 파악한다.⁴⁷⁾

한편 대법원은 설명의무가 진료의 전(全) 단계에서 발생하며, 의료행위에 과실이 개재됨이 없이 설명의무 위반만으로 정신적 고통을 통한 위자료를 배상하게 되는 경우에 법원이 사실상의 손해배상의 전보를 하여서는 안된다는 점을 최근 판결을 통하여 확인한 바 있다.⁴⁸⁾ 동 대법원 판결의 사안은 원고가 수술로 인하여 복합부위통증증후군이 발생하게 되었는데, 수술 전 의사가 설명의무를 제대로 이행하지 아니한 것에 대해 의료민사책임을 추궁한 것이었다. 대법원은 이에 대해 “설명의무 위반으로 인하여 지급할 의무가 있는 위자료에는, 설명의무 위반이 인정되지 않은 부분과 관련된 자기결정권 상실에 따른 정신적 고통을 위자하는 금액 또는 중대한 결과의 발생 자체에 따른 정신적 고통을 위자하는 금액 등은 포함되지 아니한다고 보아야 한다. 그리고 의료행위로 인하여 환자에게 나쁜 결과가 발생하였는데 의사의 진료상 과실은 인정되지 않고 설명의무위반만 인정되는 경우, 설명의무 위반에 대한 위자료의 명목 아래 사실상 재산적 손해의 전보를 피하여서는 아니 된다.”고 판단하여 위자료의 전보적 기능의 무리한 확장을 제한하였다.⁴⁹⁾

47) 대법원 1987. 4. 25. 선고 86다카1136 판결, 1994. 4. 15. 선고 93다60953 판결, 대법원 1996. 4. 12. 선고 95다56095 판결.

48) 대법원 2013. 4. 26. 선고 2011다29666 판결.

49) 원심은, 복합부위통증증후군 발생과 관련된 피고의 진료상 과실 및 복합부위통증증후군의 발생 위험성에 관한 설명의무 위반은 인정하지 않고, 복합부위통증증후군을 제외한부작용 및 수술방법에 대한 설명의무 위반만을 인정한 다음, 위자료 액수의 결정에 있어서 는 제1심과 달리 이 사건 수술의 부작용 및 후유증으로 복합부위통증증후군이 발생하였

3. 인과관계가 부재시 위자료의 인정

의료과실소송에서 의사의 진료상 과실이 인정되나 그 진료상 과실과 환자에게 발생한 손해 사이에 인과관계가 존재하지 않는 경우, 의사의 환자에 대한 손해배상책임이 인정되는지가 문제된다.

가. 외국의 논의⁵⁰⁾

미국에서는 의사의 과실이 없었더라도 환자가 보다 나은 결과를 얻을 수 있는 기회가 존재하는지 여부가 불확실하더라도 적어도 그 과실이 환자로부터 존재할 수 있는 기회를 박탈한 것으로 볼 수 있으므로, 의사는 그에 대한 책임을 부담한다는 ‘기회상실론(The loss of chance doctrine)’이 논의되고 있다.⁵¹⁾ 그러나 판례에서는 이와 같은 이론을 통일적으로 적용하지는 않는데, 일부 주 법원에서는 이를 인정하기도 하고, 부정하기도 하는 추세이다.⁵²⁾

고, 자살충동, 우울증 등 정신과적 문제로까지 피해가 확대된 점까지 추가로 참작하여 위자료액을 제1심이 인정한 금액의 3.5배에 이르는 7,000만 원으로 결정하였다. 이에 대하여 대법원은 “피고가 배상해야 할 위자료는 원심이 인정한 설명의무 위반으로 인하여 이 사건 음경배부신경차단술을 받을 것인지 여부를 선택할 기회를 상실하게 된 데에 따른 정신적 고통을 위자하는 금액에 한정되어야 하는 점에다가 제1심과 원심이 위자료 산정 시 참작한 사유 및 인정한 위자료 액수의 차이, 비슷한 유형의 사건에서 통상적으로 인정되는 위자료 액수 등에 비추어 보면, 비록 위자료의 액수가 사실심법원의 직권에 속하는 재량에 의하여 확정할 사항이라는 점을 감안하더라도, 원심이 설명의무 위반을 인정하지 않은 복합부위통증후군과 관련된 자기결정권 상실에 따른 정신적 고통을 위자하는 금액 또는 복합부위통증후군의 발생 자체에 따른 정신적 고통을 위자하는 금액 등을 포함하였거나 원심이 인정한 설명의무 위반으로 인한 위자료에서 참작해서는 안 되는 사정을 참작하여 위자료를 과다하게 산정하였다고 볼 수밖에 없다.”고 판단하였다.

50) 외국의 기회상실론 논의는 손해배상책임의 요건으로서의 인과관계에 관한 논의에 직결되는 것은 아니라 손해배상액의 산정에 관한 것이다. 즉, 기본적으로 의료과실과 생존기회의 상실 사이에 인과관계가 존재한다고 파악하게 되는 것이다.

51) 배성호, “의료과오소송과 기회상실론”, 인권과 정의(제310호), 대한변호사협회, 2002, 35~36면; 이종태, 의료과실의 이론과 실제, 청암미디어, 2001, 14~15면, 특히 기회상실 이론의 채택은 표준치료 이하의 치료를 받은 환자의 이해와 내재적인 불확실성을 가지고 있는 임상 의학을 행하는 의사의 상충되는 이해가 상호 균형을 이루는데 도움을 준다고 한다.

52) Executor of the Estate of Lucille Humpal v. Burton Adrian, M.D. and Iowa Physicians Clinic Medical Foundation d/b/a Integra Health, No. 29/01-1858, In the Supreme Court of Iowa, 2003.

일본도 미국과 동일한 취지에서 위와 같은 경우 ‘기대권의 침해’, ‘연명이익의 상실’, ‘치료기회의 상실’, ‘현재히 불성실한 진료’ 등의 기준을 제시하면서 의사의 과실과 발생한 손해와의 사이에 명확한 인과관계가 인정되지 않는 경우, 정신적 위자료 내지 변호사비용 정도의 배상을 의사에게 부담시키자는 논의가 전개되었고,⁵³⁾ 최근 최고재판소 판례가 ‘기대권침해론’을 명시적으로 인정하였다.⁵⁴⁾

독일에서도 피해자의 구제를 위하여 학설상 ‘가능적 인과관계’를 통하여 의사가 야기하였을 가능성이 있는 법익침해에 대해 의사에게 책임을 묻고, 의사의 과실이 없더라도 후유장해가 발생하였을 가능성이 존재하는 범위 내에서 환자가 일반적인 생활상의 위험을 면함으로써 받는 이익을 공제한다는 의미의 기회상실론이 논의되고 있기는 하지만, 판례를 통하여 인정되지는 않고 있다.⁵⁵⁾

나. 우리나라 판례의 태도

판례는 위의 문제에 대하여 대법원 2006. 9. 28. 선고 2004다61402 판결을 통하여 의사의 불성실한 진료가 환자의 사망과 인과관계는 없다고 하더라도⁵⁶⁾ 그것이 일반인의 처지에서 보아 수인한도를 넘어설 만큼 현저하게 불성

53) 김민규, “진료기록보장론과 인과관계 및 위자료배상의 신경향”, 비교법학(제15집), 부산외국어대학교 비교법연구소, 2004, 175~178면.

54) 平成15年 11月 11日 最高裁 第三小法廷 平14(受)1257号 判決; 동 최고재판소판결은 원고 측에서 소아과 개업의사의 전원의무 위반으로 인하여 환자(患兒)에게 중증 뇌장해를 초래하였음을 이유로 전손해의 배상을 주위적으로 구하고, 예비적으로 만약 전원의무 위반과 환자의 증상해 사이에 인과관계를 인정할 수 없더라도 적어도 그와 같은 전원의무 위반이 환자에게 중증 뇌장해를 남기지 않았을 상당 정도의 가능성이 침해되었음을 이유로 그와 같은 기대권의 침해에 대한 배상을 청구한 사안에 대한 것이다. 최고재판소는 의사에게 환자를 적시에 적절한 의료기관에 전송해야 할 의무를 소홀히 한 과실이 있지만 환자의 중대한 후유증과는 인과관계가 없다고 하면서도, 만약 전원이 제때에 행해져서 환자가 적절한 검사 및 치료 등을 받았더라면 중대한 후유증이 남지 않았을 상당 정도의 가능성이 존재하므로 의사는 환아가 그 가능성을 침해함으로써 인하여 입게 된 정신적 손해를 배상해야 할 불법행위책임을 진다고 판단하였다.

55) 김민정, 「기회상실의 손해」, 이화여자대학교 대학원 법학과 석사학위논문, 2004, 61~65면.

56) 피고 병원 의료진이 환자의 기면 내지 혼미의 의식상태에 대하여 환기 및 산소공급 조치

실한 진료를 행한 것이라고 평가될 정도에 이른 경우라면 그 자체로서 불법행위를 구성하며, 그로 인하여 환자나 가족이 입게 된 정신적 고통에 대한 위자료의 배상이 가능하다는 점을 판시한 바 있다.⁵⁷⁾

이와 같은 대법원의 태도는 이후의 판결에서도 확인되고 있으며, 대법원 2009. 11. 26. 선고 2008다12545판결은 그 연장선상에서 환자 측이 의사에 대하여 지니는 ‘기대권’의 침해에 대하여도 언급하고 있다. 즉, 동 판결에서 대법원은 “사람의 생명·신체·건강을 관리하는 업무인 의료행위의 속성상 환자의 구체적인 증상이나 상황에 따라 위험을 방지하기 위하여 요구되는 최선의 조치를 취하여야 할 주의의무를 부담하는 의료인 및 의료종사원 등 의료진이 그와 같은 환자의 기대에 반하여 환자의 치료에 전력을 다하지 아니한 경우에는 그 업무상 주의의무를 위반한 것으로 보아야 하나, 이러한 주의의무 위반과 환자에게 발생한 악결과 사이에 상당인과관계가 인정되지 않는 경우에는 그에 관한 손해배상을 구할 수 없다. 그렇지만 그 주의의무 위반의 정도가 일반인의 처지에서 보아 수인한도를 넘어설 만큼 현저하게 불성실한 진료를 행한 것이라고 평가될 정도에 이른 경우라면 그 자체로서 불법행위를 구성하여 그로 말미암아 환자나 그 가족이 입은 정신적 고통에 대한 위자료의 배상을 명할 수 있다”고 판시하였다. 이러한 우리나라 판례의 태도는 손해의 공평타당한 분배를

를 제대로 취하지 아니하고 마취과 전문의 혹은 수술 집도의에게 적절한 보고를 취하지 아니하는 등 다소 미흡한 조치가 있었지만, 환아의 사망은 뇌동정맥기형이라는 특이체질에 기하여 급성 뇌출혈로 인하여 발생한 것이지, 그와 같은 피고 병원 의료진의 과실에 기인한 것이라고 보기는 어렵다고 판단하였다.

- 57) 그러나 대법원은 “비록 위와 같은 수술 후 관리 소홀의 점에 관한 피고 병원 의료진의 주의의무 위반의 점이 인정된다고 하더라도, 더 나아가 그러한 주의의무 위반의 정도가 일반인의 수인한도를 넘어설 만큼 현저하게 불성실한 진료를 행한 것으로 평가될 정도에 이르렀음이 입증되지 아니하는 한 피고 병원의 위자료 배상책임을 인정할 수 없다 할 것인데, 이 사건에 있어서 원심이 인정한 사실만으로 피고 병원에게 불법행위책임을 물을 수 있을 정도로 피고 병원 의료진이 일반인의 수인한도를 넘어서 현저하게 불성실한 진료를 행한 잘못이 있었다고 단정할 만큼 충분한 입증에 이르렀다고 볼 수 있는지 의문이 든다”고 판시하며 고등법원에 환송하였다. 그 후 서울고등법원 2006나98134 사건으로 계류되었는데, 원고 측에서 수인한도를 넘어서는 현저히 불성실한 진료를 증명하는 것에 한계가 있었고, 결국 법원의 주도로 화해권고결정으로 피고 병원이 원고 측에게 500만원을 지급하고 소송비용은 각자 부담하는 선에서 종결되었다.

위한 것으로 의사의 과실과 악결과 사이에 인과관계가 인정되기 어려운 사안에서 정신적 고통에 대한 위자료의 배상을 고려하는 것으로 이해된다.⁵⁸⁾

IV. 결론

환자에게 발생한 손해에 대하여 의사에게 의료민사책임을 부담지우기 위해서 의사의 주의의무 위반과 환자의 손해 사이에는 인과관계가 필요하다. 이 인과관계에 대하여 우리나라 대법원은 ‘상당인과관계설’을 취하고 있는데, 판례의 동향을 통하여 나타나는 점을 정리하면 다음과 같다.

첫째, 우리나라 대법원은 의료민사책임의 인과관계에 대하여 ‘상당인과관계’를 취하고 있다는 점을 명시적으로 판시하고 있다.

둘째, 환자에게 발생한 중한 결과의 원인이 된 증상 발생에 관하여 의료상 과실 이외의 다른 원인이 있다고 보기 어려운 간접사실들이 증명되면 그와 같은 증상이 의료상 과실에 기한 것으로 추정하는 ‘표현증명론’을 통하여 환자의 증명책임을 경감하고 있다. 이는 의료의 특수성으로 인하여 의료민사책임에서만 나타나는 것으로 일반 민사책임에서의 인과관계와 차이가 있다.

셋째, 의료상 과실과 인과관계가 동시에 판단되는 경향이 있다. 이러한 경향에 대하여 우리나라 판례가 의료과실을 예료(豫了)하는 논거로써 환자에게 악결과가 초래된 것으로 추정하고 있는데, 이는 선행된 규범적 평가를 기점으로 사실적 인과성을 추정하게 되어 평가대상인 사실관계를 평가로 대체하는 결과를 초래하여 논증의 당위성과 방법적 오류로 이어질 여지가 적지 않음을 우려하는 비판이 있다.⁵⁹⁾ 그러나 실제 의료과실사건을 진행함에 있어서 의사의 의

58) 백경희, “의료과오소송에 있어서 인과관계의 판단과 입증책임에 관한 최근 판례의 경향 -일본 판례와의 비교를 중심으로-”, 의료법학(제8권 제1호), 대한의료법학회, 2007, 205면; 백경희, “불성실한 진료에 대한 의료민사책임법리 구성”, 법과 정책(제20집 제2호), 제주대학교 법과정책연구원, 2014, 178~181면.

59) 안법영, “의료사고 소송상 인과관계 추정”, 242~243면; 안법영, “의료판례에서의 인과성

료행위 중 환자에게 발생한 악결과에 원인이 되는 의료행위를 분별한 후에 그 의료행위에 주의의무 위반이 존재하는지 여부를 판단하여 책임의 존부를 결정하는 경우도 있지만, 반대로 악결과에 원인이 되는 의료행위를 쉽게 특정하기 어려운 때에는 의료과실이 존재할 것으로 예측되는 의료행위를 지목한 후 악결과와의 연관성을 따지기도 한다. 이는 의료가 지니는 특수성과 환자가 의료과실과 인과관계에 관한 증명책임을 부담하게 되는 점에 기인하는 것이며, 현실적으로 원고는 의료과실소송에서 투망식(投網式)으로 악결과에 연결될 수 있는 다수의 의료행위에 의료과실이 존재한다고 주장하는 경향이 강하다. 그렇기 때문에 판례는 의료민사책임에서 의료과실과 인과관계를 논리적으로 구분하여 판단하기가 쉽지 않아 양자를 동시에 판단하고 추정의 법리도 함께 적용하는 것으로 보인다.

넷째, 의료민사책임의 인과관계를 판단시 우리나라 판례는 통상적으로 책임설정적 인과관계와 책임충족적 인과관계를 분리하는 구조로 판단하지 않고 일원적·포괄적으로 상당인과관계론을 취하여 판단하고 있는 것으로 보인다. 인과관계를 책임설정적 인과관계와 책임충족적 인과관계로 분리하여 판단하여야 한다는 견해에서는 상당인과관계론의 모호성을 지적하면서 의료사고를 유발한 어느 하나의 의료행위에 오류가 있는가라는 사실의 인정·확정과 그러한 의료행위상 오류가 의사가 주의의무를 위반한 위법한 행위로 평가하는 논거는 각각 구분되어야 하며, 그에 대해 해당 의료관계상 비난할 수 있기 때문에 책임을 귀속시킬 수 있는가에 대한 판단은 역시 구별되어야 한다고 주장한다.⁶⁰⁾ 그런데, 이는 앞서 살펴본 바와 같이 독일의 이론인바, 독일법체계에서 이를 증명의 정도와 연계하여 논의하게 되면, 책임설정적 인과관계는 독일 민사소송법 제286조가 적용되어 그 증명은 의혹을 불식시키기 위하여 경험칙상 요구되는 정도의 확실성을 가진 법원의 자유로운 심증에 이르는 것으로 족하

과 책임귀속의 판단 -독일법원 판결례와의 비교 고찰-, 198~199면.

60) 안법영, “의료판례에서의 인과성과 책임귀속의 판단 -독일법원 판결례와의 비교 고찰-”, 193~194면.

는 반면, 책임충족적 인과관계는 독일 민사소송법 제287조에 따라 법원이 그 확신을 형성하기 위하여 압도적인 개연성을 가져야 한다고 본다.⁶¹⁾ 그러나 우리나라 민사소송법은 제202조에서 자유심증주의를 채택하고 있고 이는 의료민사책임에서도 적용되기 때문에, 의료민사책임에서의 인과관계의 증명은 책임설정적 인과관계의 경험칙상 요구되는 정도의 확실성을 가지는 것으로 족하다.⁶²⁾ 또한 우리나라는 독일과 달리 완전배상주의를 취하고 있지 않으므로 책임충족적 인과관계를 분별하여 책임을 제한하여야 할 필요성이 있는지 의문이다. 이러한 점과 함께 앞서 살펴본 바와 같이 최근 우리나라 판례에서도 의사의 과실로 인한 결과발생을 추정할 수 있을 정도의 개연성이 담보되는 사정을 요구하고, 환자에게 의료행위로 인하여 발생하는 일반적인 합병증의 범위를 벗어난 악결과가 존재하였는지를 판단하고 있다는 점을 고려한다면, 우리나라 판례가 의료민사책임을 일원적으로 상당인과관계설에 따라 자유심증주의에 판단하는 것이 모호하다고 비판할 수만은 없다고 생각한다.

61) Parzeller, M. · Zedler, B., aa.O, SS.2-3.

62) 정영환, “자유심증주의”, 고려법학(제49권), 고려대학교 법학연구원, 2007, 336-337면.

[참 고 문 헌]

- 김민규, “진료기회보장론과 인과관계 및 위자료배상의 신경향”, 『비교법학』 제15집, 부산외국어대학교 비교법연구소, 2004.
- 김민정, 「기회상실의 손해」, 이화여자대학교 대학원 법학과 석사학위논문, 2004.
- 김상중, “민법 제763조에 의한 채무불이행 책임규정의 불법행위 책임에의 준용의 입법적 타당성”, 『민사법학』 제62호, 2013.
- 김상영, “의료과오소송에 있어서의 인과관계”, 과실의 입증책임, 『부산대학교 법학연구』 제37권 제1호, 부산대학교 법학연구소, 1996.
- 김천수, “의사책임소송에 있어서의 입증문제에 관한 고찰 - 독일의 의사책임법리론을 중심으로 -”, 『법정논총』 제7집, 대구대학교 출판부, 1993.
- 노태현, “의료소송에서의 책임인정과 비용-효과 분석”, 『의료법학』 제5권 제2호, 대한의료법학회, 2004.
- 박영규, “통상손해의 범위”, 『서울법학』 제19권 제3호, 2012.
- 박영호, “의료과실소송에 있어서 과실과 인과관계의 입증과 그 방법(대법원 1995. 2. 10. 선고 93다52402 판결에 대한 연혁적 분석을 중심으로)”, 『저스티스』 통권 제77호, 한국법학원, 2004.
- 박희호, “책임범에 있어서 인과관계의 구체적 척도에 관한 연구 - 대법원 판례에서 사용되는 척도를 중심으로 -”, 『동아법학』 제56호, 2012.
- 범경철, “의료소송에서 환자의 입증책임의 완화”, 『전북법학 논집』 제1집, 전북대학교 법학연구소, 2000.
- _____, “의사의 설명의무와 환자의 자기결정권”, 『의료법학』 제4권 제2호, 2003.
- 배성호, “의료과오소송과 기회상실론”, 『인권과 정의』 제310호, 대한변호사협회, 2002.
- 백경희, “의료과오소송에 있어서 인과관계의 판단과 입증책임에 관한 최근 판례의 경향 -일본 판례와의 비교를 중심으로-”, 『의료법학』 제8권 제1호, 대한의료법학회, 2007.
- _____, “불성실한 진료에 대한 의료민사책임법리 구성”, 『법과 정책』 제20집 제2호, 제주대학교 법과정책연구원, 2014.
- 백경희·이인재, “의료과실책임과 유해물질 제조물책임에서의 인과관계에 관한

- 최근 판결의 동향 및 증명책임 경감 논의에 대한 검토”, 『경희법학』 제 47권 제3호, 2012.
- 석희태, “의료과오에서의 인과관계에 관한 연구”, 『연세법학연구』 제2집, 연세대학교 법과대학 법률문제연구소, 1992.
- 안법영, “산부인과 진료와 의사의 주의의무 -대법원판결례의 분석을 중심으로- 의료법학 창간호”, 대한의료법학회, 2000.
- _____, “의료사고 소송상 인과관계 추정”, 『의료법학』 제6권 제2호, 대한의료법학회, 2005.
- _____, “의료판례에서의 인과성과 책임귀속의 판단 -독일법원 판결례와의 비교 고찰-”, 『의료법학』 제14권 제1호, 2013.
- 이시윤, 『신민사소송법』 제9판, 박영사, 2015.
- 이종태, 『의료과실의 이론과 실제』, 청암미디어, 2001.
- 위계찬, “독일민법상 인과관계 및 손해의 귀속”, 『재산법연구』 제31권 제2호, 2014.
- 정영환, “자유심증주의”, 『고려법학』 제49권, 고려대학교 법학연구원, 2007.
- 조재건, “의료과오소송에 있어서의 입증책임”, 『민사법연구』 제8집, 대한민사법학회, 2000.
- 곽윤직(집필대표), 『민법주해(IX)』, 2005.
- 채 순, “의사의 치료 전 설명의무와 환자의 동의권(자기결정권)”, 『비교사법』 통권 제39호, 한국비교사법학회, 2007.
- A.Spickhoff, Die Entwicklung des Arztrechts 2001/2002 NJW 2002 Heft 24.
- A.Spickhoff, Grosser Behandlungsfehler und Beweislastumkehr, NJW 2004 Heft 33.
- G.Müller, Arzthaftung und Sachverständigenbeweis, MedR vol. 19. no. 10, Springer, 2001. 10.
- Jeffery Mullis, Medical Malpractice, Social Structure and Social Control, Sociological Forum, Vol. 10, No.1, 1995.
- Parzeller, M. · Zedler, B., “Das Patientenrechtegesetz (PatRG) - Teil 3: Beweislast in Haftungsfragen und kritisches Fazit (Mit 1 Tabelle)”, Archiv für Kriminologie, Vol. 233 No.1, 2014.
- 伊澤純, 医療過誤訴訟における医師の説明義務違反, 成城法学 62号, 成城大学法学会, 2000.

[국문초록]

의료민사책임에서의 인과관계에 관한 소고

백경희(인하대학교 법학전문대학원, 조교수)

환자가 의사를 상대로 의료사고에 대한 민사책임을 추궁하기 위하여 소송을 제기하게 될 때, 의사의 의료과실과 환자에게 발생한 손해 사이에 인과관계가 존재하는지 여부는 소송의 승패를 좌우한다.

의료과실소송에서는 의료가 지니는 특수성으로 인하여 다른 민사사건과 달리 인과관계의 존부의 판단이 쉽지 않다. 또한 의료과실소송에서는 진료기록을 비롯한 정보가 의사에게 집중되어 있고, 환자의 의료지식은 의사에 비하여 상대적으로 부족하다. 따라서 원고인 환자가 부담하는 인과관계에 관한 증명책임의 완화가 관례를 통하여 인정되고 있다.

이에 본고에서는 우리나라에서 의료민사책임에서 인과관계를 어떻게 인정하는지에 관한 법리를 살펴보고자 한다. 그리고 우리나라 관례의 태도를 인과관계가 문제되는 유형별 - 일반적 의료행위의 경우, 설명의무의 경우, 의료과실과의 인과관계가 없는 경우 - 로 나누어 고찰하기로 한다.

주제어 : 의료과실소송, 민사책임, 의료과실, 인과관계, 증명책임

A Study on Causality in Medical Civil Liability

Baek, Kyoung-Hee

Inha University Lawschool, Assistant Professor

=ABSTRACT=

It can determine the outcome of the lawsuit whether or not there is a causality between the medical malpractice of a physician and the patient's injury when the patient is filing a lawsuit against the physician in order to pursue civil liability for a medical accident.

In medical malpractice lawsuits, it is not easy to judge causality between different civil cases because of the special nature of medical care. Also, information such as medical records is concentrated on doctors and the medical knowledge of the patient is relatively insufficient compared with the doctor. Therefore, it is recognized through medical malpractice lawsuits that the burden of proof of the causality burdened by the plaintiff patient is relaxed.

In this paper, I examine the legal theory on how to recognize causality in medical civil liability and then concern the attitude of the case in Korea, which is divided into the types of the causality - such as the case of general medical practice, explanation duty, no causality with medical malpractice.

Keyword: medical malpractice lawsuits, civil liability, medical accident, causality, burden of proof