

진료기록감정 및 그 판단에 대한 법적 고찰

— 의료민사책임을 중심으로 —

백 경 희*

- I. 서론
- II. 진료기록감정의 의의와 절차
 - 1. 의의
 - 2. 현행법상 진료기록감정의 유형에 따른 절차
- III. 감정결과의 채택과 우리나라 판례의 태도
 - 1. 감정결과의 채택 여부
 - 2. 우리나라 판례의 태도
- IV. 일본의 진료기록감정절차와 판례의 태도
 - 1. 일본의 진료기록감정절차
 - 2. 일본의 진료기록 감정에 관한 판례의 태도
- V. 결론
 - 1. 진료기록감정의 공정성의 문제
 - 2. 재판 장기화의 문제
 - 3. 전제가 되는 진료기록의 진실성의 문제

I. 서론

법원 혹은 한국의료분쟁조정중재원 등이 의사가 업무상 주의의무를 위반하여 환자에게 악결과를 야기한 것에 대한 책임을 의사에게 부담지우기 위해서는 의료과실 여부와 인과관계의 존부에 관한 판단이 이루어져야 한다. 의료사

* 논문접수: 2019. 6. 5. * 심사개시: 2019. 6. 5. * 게재확정: 2019. 6. 26.

* 인하대학교 법학전문대학원, 부교수.

고에 대한 분쟁에서 사실의 확정을 비롯하여 의료과실과 인과관계에 대한 판단의 기초가 되는 것은 의료기관에서 작성한 진료기록이다. 진료기록은 의료인에게 작성의무가 부과되어 있고 의학용어를 위주로 기술되어 있기에 의학에 대한 전문지식이 없이는 이를 읽기조차 어려우며, 설령 진료기록에 기재된 내용을 이해하였다고 하더라도 그 내용이 현대 임상의학의 실천수준에 부합하는 의료행위를 한 것으로 볼 수 있는지, 그 내용에서 의사의 주의의무 위반과 환자에게 발생한 사상 사이에 인과관계가 존재하는지를 파악하는 것은 의학전문가가 아닌 한 불가능한 것이 현실이다.¹⁾ 그렇기 때문에 의료사고에 대한 분쟁의 해결을 위해 법원 등은 통상 진료기록에 대하여 의학전문가에게 그의 의학에 관한 전문적 지식이나 그 지식을 이용한 판단을 보고하게 하는 감정(鑑定) 절차를 진행하고 있다.

의료사고에 대한 감정의 결과는 전문가에 대한 참고 의견으로 증거방법의 하나에 불과하므로 원칙적으로 그 결과에 대하여 법원 등이 기속되어야 하는 것은 아니지만, 법원이 의료사고의 구체적 경위를 비롯하여 의료과실과 인과관계가 존재하는지 여부에 관하여 의학적 판단을 온전히 배제하여 결론을 도출하기는 것은 어렵다. 따라서 의료사고에 대한 분쟁에서 진료기록감정이 차지하는 비중은 높고 법원 등의 심증 형성에 중요한 영향을 미치고 있는 점을 부인할 수 없다.

본고에서는 의료사고에서 감정의 의의와 기능을 살펴본 뒤, 현행법상 진료기록감정의 양상으로 이루어지고 있는 법원에서의 진료기록감정절차와 한국 의료분쟁조정중재원의 의료사고에 대한 감정절차를 각각 유형별로 고찰하고, 우리나라 관례에서 진료기록감정회신에 대하여 어떠한 태도를 취하고 있는지를 검토하기로 한다. 그리고 외국의 제도로 일본의 경우 의료사고 분쟁을 해결하기 위하여 도입한 진료기록에 대한 컨퍼런스 감정이 어떠한지 살펴보고 우리나라에의 시사점을 알아보아 향후 우리나라의 진료기록감정절차의 개선점을 제시하고자 한다.

1) 백경희, 진료기록의 편중성과 진료기록 기재의무 위반에 관한 고찰, 법학논총(제20권 1호), 조선대학교 법학연구소, 2013, 250-251면.

II. 진료기록감정의 의의와 절차

1. 의의

감정은 특별한 학식, 경험을 갖는 자에게 그 전문적 지식 또는 그 지식을 이용한 판단을 소송상 보고하게 하여 법원 등의 판단 능력을 보완하기 위한 절차로 소송에서는 증거조사절차의 하나이다. 따라서 감정은 당사자가 제출하는 증거방법이면서 법관의 지식을 보충하고 심증을 형성하는 것을 보충하는 측면을 지니고 있다. 만약 법원이 통상의 지식에 의거하여 판단할 수 있는 것은 스스로 판단하면 되고 감정을 반드시 진행할 필요는 없으므로, 감정을 증거조사로 채택할 것인지 여부는 법원의 직권사항이다. 또한 감정이 전문가가 감정을 기피하거나 감정에 소요되는 시간적·경제적 비용을 고려하여, 대안이 될 다른 증거신청이 존재한다면 그에 따르는 것도 가능하다.²⁾ 의료민사소송에 있어서는 진료기록 감정을 비롯하여 감정촉탁, 사실조회의 절차가, 형사소송에 있어서는 진료기록 감정 외에 부검감정서와 같은 법의학 감정 절차가 법관에게 의료에 관한 전문적 지식을 통하여 의료사고의 이해를 돕고 의료과실과 인과관계 등을 판단하기 위한 증거조사절차로 활용되고 있다.³⁾ 또한 소송 대체적 분쟁해결수단의 하나의 유형인 한국의료분쟁조정중재원에서는 의료분쟁의 신속·공정한 해결을 지원하기 위한 수단으로 진료기록의 감정절차가 조정과 중재의 전단계로 이루어지고 있다(『의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률』[법률 제15896호, 2018. 12. 11., 일부개정], 이하 『의료분쟁조정법』으로 약칭함, 제25조).

2) 이시윤, 『신민사소송법(제12판)』, 박영사, 2018, 501면

3) 신현호·백경희, 『의료분쟁 조정·소송 각론』, 육법사, 2012, 338-339면.

2. 현행법상 진료기록감정의 유형에 따른 절차

가. 소송절차상 진료기록감정

(1) 민사소송상의 감정 등

(가) 민사소송법상 감정, 감정촉탁, 사실조회촉탁

감정은 인증(人證)의 일종으로 신청 또는 직권에 의하여 감정의 신청인은 당사자, 즉 원고와 피고 중 감정이 필요하다고 판단하는 쪽에서 신청하게 된다(『민사소송법』[법률 제14966호, 2017. 10. 31., 일부개정] 제333조). 감정의 증거방법에 대한 조사는 원칙적으로 최종 변론준비기일이나 변론준비기일을 거치지 않은 경우 제1회 변론기일 이전에 실시하도록 하고 있다.⁴⁾ 일반적으로 의료과실의 증명책임이 원고에게 있으므로 원고가 진료기록감정신청을 하는 경우가 많지만, 실무에서는 원·피고사이에 입증취지의 차이로 감정사항이 다른 경우가 많으므로 원·피고가 같이 각각 진료기록감정신청을 하는 경우도 있다. 감정이 채택되면 수소법원, 수명법관 또는 수탁판사가 직권으로 자연인인 감정인을 지정한다(『민사소송법』 제335조). 재판부에 따라 감정인으로 추천한 의사에게 이의가 있는지를 물어 지정하기도 하고, 혹은 당사자 간에 합의하여 추천하는 의사를 감정인으로 지정하기도 한다. 감정인은 소송에서 의료사고에서 쟁점이 된 의료행위 영역에 대한 전문의가 지정되는 경우가 대부분이다.⁵⁾ 법원에 의하여 감정인으로 채택된 사람에게는 법률상 감정의무가 있고(『민사소송법』 제334조 제1항), 감정인은 신문기일에 직접 출석하여 감정인 선서를 하고, 법원으로부터 감정자료를 받아 서면 또는 말로 감정을 하게 된다(『민사소송법』 제334조 제2항, 제339조).

의료소송에서 감정절차에서 지목되는 감정인은 자연인인 의사이고 신문기일에 법정에서 선서를 하고 감정을 수행하여야 하므로 생업에 종사하는 의사로서는 법정에 출석할 시간적 여유도 없고 절차 자체에 심리적 부담을 느껴 대개 감정

4) 사법연수원, 『민사절차론』, 사법연수원 출판부, 2018, 98면.

5) 신현호·백경희, 위 전게서, 402면.

인 지정을 거절하게 되는 경우가 많다. 그러므로 의료소송의 실제에서는 감정과 동일한 효과를 얻을 수 있는 감정촉탁이나 사실조회촉탁이 더 많이 활용되고 있다.⁶⁾ 먼저 감정촉탁이란 법원이 공무소, 학교 기타 상당한 설비가 있는 단체 또는 외국공무소에 대하여 감정을 위촉하는 절차로(『민사소송법』 제341조), 개인이 아닌 기관 등에 대하여 행해지게 된다. 통상 의료소송실무에서는 감정촉탁신청이 채택될 경우 국립과학수사연구소, 식품의약품안전처, 대한의사협회, 대한치과의사협회, 대한한 의사협회, 대한약사회, 의과대학이나 의과대학 부속병원 등이 지정되며, 기관에 소속된 전문의 등이 진료기록이나 사인(死因) 등에 관한 감정을 하도록 하고 있다. 또한 공공기관·학교, 그 밖의 단체 또는 외국 공공기관이 지정한 사람으로 하여금 감정서를 설명할 필요가 있는 경우에도 그 자가 법정에서 직접 출석하여 진술하지 않고 비디오 등 중계장치 등을 이용하여 진행할 수 있다(『민사소송법』 제341조 제2항, 제3항).⁷⁾ 한편 사실조회란 공공기관·학교, 그 밖의 단체·개인 또는 기관이나 외국 공무소에 대하여 그 업무에 속하는 사항에 관하여 필요한 조사 또는 보관중인 문서의 등본·사본의 송부를 촉탁하는 특별증거조사절차를 의미한다. 『민사소송법』상으로는 조사·송부의 촉탁으로 규정되어 있지만 실무에서 사실조회라고 칭하고 있다. 법의 개정을 통하여 조사 촉탁에 그치지 않고 보관하는 문서의 등사본을 보내게 하거나 조사를 하면서 그 근거문서나 참고서류가 있으면 같이 보내게 하려는 취지로 보완되었다.⁸⁾ 사실조회절차는 『민사소송법』상 증거의 총칙 규정 제294조에 1개의 조문으로 구성되어 있으나 의료소송실무에 있어서는 감정 또는 감정촉탁에 버금갈 정도로 중요하며 실무상 가장 많이 이용되는 증거조사절차이다. 의료소송실무에서 사실조회는 대한의사협회, 각 전문의학회, 각 의과대학교, 국립과학수사연구소 등에 대하여 일정한 사실의 조사를 촉탁하여 정확하고 능률적으로 증거를 조사하는 방법으로 활용할 수 있다. 실제 의료소송실무에서 사실조회 사항은 감정사항과

6) 신현호·백경희, 위 전게서, 412-413면.

7) 이시윤, 전게서, 504면.

8) 이시윤, 전게서, 527-528면.

유사하게 이루어지고 있다.⁹⁾

(나) 전문심리위원제도의 도입

우리나라에서는 2007년 『민사소송법』의 개정을 통하여 특수한 전문적 식견이 문제되는 전문 소송사건의 심리를 충실하고 신속하게 하기 위해 전문심리위원을 관여시켜 당사자가 제출한 주장·증거 등에 대하여 의견과 설명을 듣는 제도인 전문심리위원 제도가 도입되었다.

즉, 『민사소송법』 제164조의2에서 법원이 소송관계를 분명하게 하거나 소송 절차를 원활하게 진행하기 위하여 직권 또는 당사자의 신청에 따른 결정으로 전문심리위원을 지정하여 소송절차에 참여하게 할 수 있는 제도가 개정을 통하여 신설되었다. 의료민사소송은 의료행위의 특성상 전문성이 요구되는 영역이기 때문에 전문심리위원제도는 소송실무에서도 빈번하게 활용되고 있다.

앞서 살펴본 감정, 감정촉탁이나 사실조회의 경우 소요되는 비용이 적지 않고 회신에도 상당한 시간이 소요될 뿐만 아니라,¹⁰⁾ 만약 의료사고가 협진이나 전원 등의 사유로 여러 의료기관과 다양한 전문과목이 연계된 사안이어서 각각의 의료기관 및 전문과목별로 진료기록감정신청이나 사실조회신청을 하게 된다면 당사자는 상당한 비용을 지출할 수밖에 없게 된다. 이러한 점을 개선하기 위하여 도입된 전문심리위원제도는 감정료를 절감하고, 법관의 사실인식에 있어 새롭고 심도 깊은 이해를 가능하게 할 수 있는 장점을 지니고 있는 것으로 평가된다. 그러나 전문심리위원의 의견은 감정 등의 절차와 달리 증거자료가 되는 것은 아니며 선서도 하지 않고,¹¹⁾ 판결의 방향을 결정하는 재판의 합의에는 영향을 미칠 수 없도록 하고 있어(『민사소송법』 제164조의2 제2항), 그 의견이 의료민사소송절차에 갖는 의미는 한계가 있다.

9) 신현호·백경희, 전거서, 429-430면.

10) 사법연수원, 『민사실무 I』, 사법연수원 출판부, 2018, 257면.

11) 이시윤, 전거서, 502면.

나. 한국의료분쟁조정중재원의 의료사고에 대한 감정

『의료분쟁조정법』에서는 의료분쟁의 신속하고 공정한 해결을 지원하기 위하여 의료사고감정단(이하 ‘감정단’이라 한다)을 설치하고 있으며, 그 업무로는 의료분쟁의 조정 또는 중재에 필요한 사실조사, 의료행위 등을 둘러싼 과실 유무 및 인과관계의 규명, 후유장애 발생 여부 등 확인, 다른 기관에서 의뢰한 의료사고에 대한 감정(이를 실무상 ‘수탁감정’이라 칭하고 있다)이 있다(『의료분쟁조정법』 제25조 제1항, 제3항). 감정단의 감정업무는 대개 진료기록을 기초로 이루어지고 있기 때문에 소송상 진료기록감정과 상통한다고 이해된다.¹²⁾ 그리고 감정단의 감정업무는 경우에 따라 감정사건의 공정하고 정확한 감정을 위한 청취 및 의학적 자문 등을 위하여 필요하다고 인정하는 경우 관계 전문가를 자문위원으로 위촉할 수 있다(『의료분쟁조정법』 제25조 제4항). 감정단의 업무를 효율적으로 수행하기 위하여 상임 감정위원 및 비상임 감정위원으로 구성된 분야별, 대상별 또는 지역별 감정부를 둘 수 있다(『의료분쟁조정법』 제26조 제1항). 감 정부가 행하는 감정업무의 절차는 의료사고의 조사(『의료분쟁조정법』 제28조) 후 감 정부 회의를 거쳐 감정결과에 해당하는 감정서를 작성하여 조정부에 송부하여야 한다(『의료분쟁조정법』 제29조 제1항).

각 감 정부에 두는 감정위원의 구성은 의료계 위원(의사전문의 자격 취득 후 2년이 경과하거나 치과의사 또는 한의사 면허 취득 후 6년 이상 경과한 사람 또는 보건복지부장관이 인정하는 외국의 의사전문의 자격이나 치과의사 또는 한의사 면허를 취득한 후 5년이 경과한 사람) 2명, 법조계 위원(변호사 자격 취득 후 4년 이상 경과한 사람 또는 보건복지부장관이 인정하는 외국의 변호사 자격을 취득한 사람, 검사로 재직하고 있거나 4년 이상 재직하였던 사람 1명을 포함하여야 한다) 2명,¹³⁾ 소비자권익위원(『비영리민간단체 지원법』 제2조

12) 김민중, “의료분쟁조정법의 기본이념과 현실”, 의료법학(제14권 1호), 대한의료법학회, 2013, 43면 이하.

13) 감 정부에서 법조인이 의료인과 동수가 되는 인적 구성과 관련하여 감 정부는 사실조사를 통해 의료과실과 인과관계를 판단하는 자료를 수집하고 감 정의견을 내는 것에 그쳐야 하는 것이고, 법적으로 의료과실과 인과관계를 판단하는 것은 조정부의 역할에 맡겨두어

에 따른 비영리민간단체에서 추천한 사람으로서 소비자권익과 관련된 분야에 3년 이상 종사한 사람) 1명으로 구성된다(『의료분쟁조정법』 제26조 제1항, 제2항, 제7항).¹⁴⁾ 감정부 회의는 재적위원 과반수의 출석과 출석위원 전원의 찬성으로 의결하되, 의료계 위원 1명, 법조계 위원 1명, 소비자권익위원 1명은 반드시 출석하여야 한다(『의료분쟁조정법』 제26조 제8항). 감정부의 구성에서 의료계 위원 외에 법조계 위원과 소비자권익위원이 포함되도록 하고, 이들이 1명 이상 강제적으로 출석하도록 한 것은 전문지식의 활용에 더하여 어느 하나의 이익을 대변하는 것에 치우치게 되는 것에 탈피하여 중립성과 공정성을 확보하기 위한 것에 있다고 한다.¹⁵⁾ 또한 의료사고의 발생 원인이 2개 이상의 진료과목과 관련이 있는 경우 정확한 감정을 위해 진료과목을 담당하는 감정위원 또는 자문위원의 의견을 들어야 하고(『의료분쟁조정법』 제28조의2),¹⁶⁾ 감정결과를 의결함에 있어 감정위원의 감정소견이 일치하지 아니하는 경우에는 감정서에 감정위원의 소수의견도 함께 기재하도록 의무화하고 있다(『의료분쟁조정법』 제29조 제4항). 그리고 감정부의 감정서는 원칙적으로 조

야 하므로 감정부에 법조인 2인이 참여하는 것에 이의를 제기하는 의견도 제기되고 있다.; 신은주, “의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률에 있어서 조정제도 및 향후의 전망”, 한국의료법학회지(제19권 1호), 한국의료법학회, 2011, 143-144면.

- 14) 감정부를 사건의 경중을 고려하지 아니하고 획일적으로 5명의 감정위원으로 구성하도록 한 것은 인력, 시간, 비용적 측면에서 비효율적이라는 견해로는 황승연, “의료분쟁조정제도 운영에 따른 문제점 및 개선방안”, 의료법학(제14권 1호), 대한의료법학회, 2013, 92-93면.
- 15) 국회사무처, 제285회 국회 보건복지가족위원회 회의록 제2호, 2009. 12. 29, 7-8면.; 당시 전재희 보건복지가족부장관은 “저희들이 생각할 때는 의료사고감정단이 이 법의 앞으로의 운용을 좌우하는 핵심적인 사항이라고 생각합니다. 그분들의 전문지식과 그분들의 어느 편에도 치우치지 않는 중립성이 중요하기 때문에 그 부분에 있어서는 앞으로 저희들이 구성을 할 때, 예를 들어서 그것이 신경외과에 관한 것 같으면 신경외과 선생님이 아마 주축을 이루게 될 것이고, 또 거기에는 시민단체도 참여하게 될 것이고, 또 거기에는 법률가도 참여하게 될 것입니다. 그리고 그 외에 저희들이 참고인으로 필요하신 분들이 있으면 참여하도록 하고, 또 그 위원들은 누가 감정단이라고 하는 것을 저희들이 공개함으로써 어떤 편향을 가진 분들이 위촉되지 않도록 최선을 다해 나가겠습니다.”라고 답변하여 감정부의 중립성을 강조하였다.
- 16) 한걸음 더 나아가 감정의 전문성을 확보하기 위해 진료기록을 감정할 수 있는 의사 감정위원의 수를 사안에 따라 변경하여 탄력적으로 운용할수 있도록 하자는 견해로는 최장섭, “의료분쟁조정제도 운영상의 문제점 및 개선방안”, 의료법학(제15권 2호), 대한의료법학회, 2014, 108-109면.

정절차가 개시된 날로부터 60일 이내에 작성하여야 하며, 감정부가 필요하다고 인정하는 때 1회에 한하여 30일까지 연장할 수 있도록 하였는바(『의료분쟁조정법』 제29조 제1항, 제2항), 현행 의료분쟁조정법상 감정부의 감정서는 최대 90일 이내에 작성되어야만 한다.¹⁷⁾

III. 감정결과의 채택과 우리나라 판례의 태도

1. 감정결과의 채택 여부

위에서 살펴본 바와 같은 절차로 감정이 이루어진 경우 의료민사소송의 경우 감정결과가 법정에 현출되면 이를 현실적으로 증거로 채택하여 사실을 인정할 것인지 여부는 다른 증거와 동일하게 법관의 자유심증에 의하게 된다(『민사소송법』 제202조). 따라서 감정결과는 법관의 판단을 조력하는 것에 그치므로 이를 반드시 믿어야 하는 등으로 기속되지는 아니하나, 감정방법 등이 경험법칙에 반한다거나 합리성이 없는 등의 현저한 잘못이 없다면 존중되는 경향이 있다.¹⁸⁾ 또한 감정이 복수로 진행되었으나 감정결과가 서로 상이한 경우 그 중 어느 것을 채택하더라도 채증법칙에 위배되지 않고¹⁹⁾ 채용하지 않은 것에 대하여 배척이유를 설시하지 않아도 되며,²⁰⁾ 제3의 감정을 별도로 채택하여 진행하여야 한다는 증거법칙도 존재하지 않는다.²¹⁾ 다만, 당사자는 감정결과에 불명료한 점이 있는 경우 법원에 대하여 보완감정신청 내지 감정보완촉탁

17) 한국의료분쟁조정중재원의 감정부의 구성, 감정절차 감정기간 등에 대하여는 의료분쟁조정법의 제정 시부터 논란이 지속되어 왔다.: 이상영·김어지나·이수형·신청훈, 의료분쟁조정중재제도 활성화를 위한 정책과제와 대책, 한국보건사회연구원, 2012, 59-62면.

18) 대법원 2002. 11. 26. 선고 2001다72678 판결. 그렇기 때문에 법관이 감정결과를 사려 없이 받아들여 ‘감정인이 판사이다’라는 말이 나올 정도로 법관과 조력자의 관계가 흔들리는 것을 경계해야 한다는 견해로는 이시윤, 전계서, 505면.

19) 대법원 1994. 6. 10. 선고 94다10955 판결, 대법원 1998. 7. 24. 선고 98다12270 판결, 대법원 1999. 5. 11. 선고 99다2171 판결, 대법원 2015. 2. 12. 선고 2012다6851 판결.

20) 대법원 2006. 11. 23. 선고 2004다60447 판결.

21) 대법원 1980. 1. 29. 선고 79다2029 판결.

신청을 하여 감정결과를 보충하거나 결과나 경위에 납득할 수 없는 사유가 있는 경우 재감정신청도 가능하다.²²⁾

한편 한국의료분쟁조정중재원에서 이루지는 의료사고에 대한 감정결과인 감정서에 대하여도 위 의료민사소송에서의 감정결과와 동일한 의미를 지닌다고 보아야 할 것이다. 따라서 감정서의 결론이 조정부를 기속하지는 않는다고 할 것이다. 또한 감정절차에 있어서도 감정결과를 의결함에 있어 감정위원의 감정소견이 일치하지 않아 감정위원의 소수의견을 감정서에 함께 기재한 경우 (『의료분쟁조정법』 제29조 제4항), 조정부가 자유심증에 의하여 감정서에 기재된 소수의견에 따라 판단하는 것도 가능하다고 보아야 한다.

2. 우리나라 판례의 태도

가. 패혈증 사망 사건²³⁾

위 대법원 판결의 사안은 망인이 낙상으로 입은 골절에 대하여 피고병원에서 관혈적 정복 및 내고정술 등을 받은 뒤 입원치료 중 변비증상으로 인하여 변비약을 복용하여 대변을 보다가 설사, 항문통, 구토 증세가 발현되어 장기에 패혈증으로까지 확산되어 사망한 것이었다. 대법원은 피고 의사가 망인을 치료할 당시 표준적인 교과서 기타의 의학문헌을 통하여 임상의학의 분야에서 통상의 의사에게 일반적으로 알려져 있는 의학기술에 따라 망인에게 38℃ 이상의 발열이 있는 등 패혈증의 증후가 보일 때 곧바로 패혈증을 의심하고 그에 대한 처치를 시작하거나 그러한 처치가 가능한 종합병원으로 신속히 전원시킴으로써 패혈증 쇼크로 인한 사망이라는 결과를 회피하기 위하여 최선을 다할 주의의무가 있음에도 이를 위반한 잘못이 있다고 하여 손해배상책임을 인정하였다. 한편 동 사안 제1심법원의 감정촉탁으로 ○○대학교 ○○대학 성모병원장의 회보결과와 원심에서의 사실조회에 대한 대한의사협회장의 회보결과가 존

22) 사법연수원, 민사실무 I, 259면.

23) 대법원 1998. 7. 24 선고 98다12270 판결.

재하였는바, 원심에서는 그 중 일부결과만 인정하고 믿지 아니하는 부분은 배척한 바 있다.²⁴⁾ 피고 측은 이를 상고이유로 삼았으나, 대법원은 “법원의 감정 촉탁에 대한 의료기관의 회보결과 및 법원의 사실조회에 대한 대한의사협회장의 회보결과는 사실인정에 관하여 특별한 지식과 경험을 요하는 경우에 법관이 그 특별한 지식, 경험을 이용하는데 불과한 것이며, 의료과오가 있었는지 여부는 궁극적으로는 그 당시 제반 사정을 참작하여 경험칙에 비추어 규범적으로 판단할 수밖에 없으므로, 위 각 회보결과에 의료과오의 유무에 관한 견해가 포함되어 있다고 하더라도 법원이 의사에게 과실이 있는지 여부를 판단함에 있어서 그 견해에 기속되지 아니한다.”고 판시하여 상고이유가 없다고 보았다.

나. 신생아의 대사성 산증 사망 사건²⁵⁾

위 대법원 판결의 사안은 산모인 원고가 제왕절개술에 의해 출산한 신생아가 출생 직후 발생한 대사성 산증으로 인하여 2일 만에 사망에 이르는 과정에서, 대사성 산증의 원인이 무엇인지와 피고 병원 의료진의 대사성 산증에 대처하기 위한 조치가 적절하였는지가 쟁점이 되었던 것이었다. 특히 제1심법원의 ○○대학교병원장에 대한 진료기록감정촉탁결과는 ‘이 사건 신생아에게 급성 신부전이나 저산소성 뇌손상이 발생하지 아니하였고, 이 사건 신생아는 대사성 산증의 원인 병변의 악화로 인하여 사망하였다’고 하는 반면, 원심의 □□대학교병원장에 대한 진료기록감정촉탁결과는 ‘이 사건 신생아에게 급성 신부전 및 저산소성 뇌손상이 발생하였고, 이 사건 신생아는 대사성 산증의 악화 내지 호흡근 허탈에 의하여 사망한 것’으로 보고 있어 서로 상반되어 있었다. 더구나 원심에서의 진료기록감정촉탁결과는 구체적인 근거 자료 없이 추측에 의한 감정을 한 것으로 의심될 수 있는 점, 원심 감정의는 감정의 근거를 묻는 피고의 사실조회에 대하여 ‘진료기록이 희미하여 확인할 수 없었다’고 답변하

24) 서울고등법원 1998. 2. 12 선고 96나25144 판결.

25) 대법원 2008. 3. 27 선고 2007다16519 판결.

고, 피고 병원 의료진의 구체적인 과실점이 무엇인지 묻는 질문에 대하여도 답변을 회피하고 있는 점, 제1심 감정결과와 달리 원심 감정결과는 자신의 세부진공이 신생아학인지 여부에 대하여 밝히지 않고 있다는 점 등의 사정을 알 수 있는바, 위와 같은 사정에 비추어 보면 원심의 감정결과는 그 신빙성은 물론 진료기록을 제대로 파악한 상태에서 이루어진 것인지에 대하여도 의문이 있었다.

이에 대법원은 “동일한 감정인이 동일한 감정사항에 대하여 서로 모순되거나 매우 불명료한 감정 의견을 내놓고 있는 경우에, 법원이 위 감정서를 직접 증거로 채용하여 사실인정을 하기 위하여는, 특별히 다른 증거자료가 뒷받침되지 않는 한, 감정인에 대하여 감정서의 보완을 명하거나 감정증인으로의 신문방법 등을 통하여 정확한 감정 의견을 밝히도록 하는 등의 적극적인 조치를 강구하여야 마땅하며, 감정결과가 진료기록을 제대로 파악한 상태에서 이루어진 것인지에 대하여도 의문이 있는 경우에 진료기록에 명백히 반하는 부분만을 배척하면서도 합리적인 근거나 설명 없이 나머지 일부만을 증거로 사용하는 것 역시 논리법칙에 어긋난다 할 것이다”라고 하여, 감정에 있어 그 정확성을 담보하기 위한 법원의 적극적인 소송지휘권 행사가 필요하다고 판시하였다.

IV. 일본의 진료기록감정절차와 판례의 태도

1. 일본의 진료기록감정절차

가. 일반적인 진료기록감정절차

일본의 의료민사소송에서 환자 측 뿐만 아니라 의사 측에서도 각각 의료문헌·판례 등을 제출하여 쟁점에 대한 견해를 주장하게 되는데, 의료문헌에 기재된 평가 의견이 다양하게 나누어지는 경우가 발생하게 된다. 이에 일본에서도 이러한 경우 법원이 제3자인 의사에 대하여 의료사고에 대한 쟁점에 관한 판단의 결과를 보고하게 하여 법관의 전문적 지식을 보충하는 증거 조사로서

감정이 실시되는 것이다. 일본 또한 헤이세이 15년(2003년)의 민사소송법 개정 시에 의료과실소송에서 쟁점의 정리와 증거자료의 평가를 위하여 전문적 지식을 활용하고 재판의 보조자로서 활동하는 자로서 전문위원제도를 도입하였다.

최근 최고재판소의 보고서에 의하면 의료민사소송에서 감정을 실시하는 경우와 그렇지 않은 경우 소송에 소요되는 전체 평균 심리기간에 상당한 차이가 존재하고 있음이 실증적으로 나타나고 있다. 일본은 헤이세이 15년(2003년) 법률 제107호로 재판의 신속화에 관한 법률을 제정하였고, 최고재판소는 신속화의 검증을 위해 보고서를 작성하고 있는데 2017년 제7회 신속화검증결과의 공표에 의하면, 일본의 경우 의료과실에 관한 민사소송은 헤이세이 26년(2014년) 이후 연간 800건 전후가 신규사건으로 접수되고 있고, 평균기일회수가 11.9회로 일반민사 1심 소송이 4.7회인데 비해 2배 이상 장기화되고 있다.²⁶⁾ 한편 감정을 실시하는 비중도 일반 민사 1심 소송이 0.5%인데 반하여 의료과실에 관한 민사소송은 7.7%의 비중을 차지하고 있다.²⁷⁾ 의료과실에 관한 민사1심소송에서 감정을 실시한 경우 평균심리기간이 49.6월로 감정을 거치지 않은 일반민사1심소송의 29.8월에 비해 약 1.7배 정도의 기간이 더 소요되고 있다. 의료민사소송의 평균 심리 기간이 긴 이유에 대하여 최고재판소는 ① 전문적 지식의 부족으로 쟁점 정리의 장기화, ② 증거의 편재, ③ 감정절차의 장기화, ④ 감정결과의 대립을 지적하고 있다.²⁸⁾

그렇기 때문에 일본의 의료과실에 관한 민사소송에서 감정을 채택하는 비중은 의외로 높지 않은데, 감정의 실시가 필요불가결한 경우가 아닌 한 시간적·경제적 비용을 고려하여 감정 절차를 채택하지 않는 경향이 강하다.²⁹⁾

26) 最高裁判所, 『裁判の迅速化に係る検証に関する報告書』, 2017, 28頁.

27) 前掲 報告書, 33頁.

28) 前掲 報告書34頁.

29) 平沼 直人・藤城 雅也・佐藤 啓造, “裁判上の鑑定から当事者鑑定へ - 医療過誤訴訟における私的意見書の実態と提言 -”, 『昭和医学会雑誌』第72巻 第6号, 昭和大学・昭和医学会, 2012. 12, 629-631頁.

나. 컨퍼런스(カンファレンス, conference) 감정 방식

컨퍼런스감정이란 동경지방법재판소 의료집중부에서 2003년도부터 실시하고 있는 감정방법으로 현재는 오사카지방법재판소 의료집중부 등으로 확산되고 있는, 의료소송실무에서 활용되는 특수한 복수감정(複數鑑定) 방식이다. 이 절차는 대학병원과 협력하는 체제로 3명의 감정인이 사전에 감정사항에 대한 의견을 간결하게 요약하여 의견서로 제출하고, 감정인 전원이 재판부로부터 구두변론기일에서 감정 의견을 진술한 후, 일문일답의 형식으로 감정인 질문에 대한 답변을 행하는 순으로 이루어진다. 종래 감정절차는 의사는 단독으로 서면 감정을 수행하면서 평가하는 것인데, 감정인이 이에 대하여 부담을 느껴 기피하고 의사와 환자 사이에서 비난을 받게 되는 문제에 대응하기 위해 도입된 제도라고 한다. 이를 통해 의사는 부담을 경감할 수 있을 뿐만 아니라 복수의 전문의가 동석하여 논의를 교류함으로써 문제점과 의견의 같고 다름을 명확하게 확인할 수 있어 복수의 전문의를 통한 감정결정결과의 형성과정이 직접적으로 드러난다는 장점이 있다고 한다.³⁰⁾ 컨퍼런스 감정을 실시하고 있는 동경지방법재판소 의료집중부는 도내의 13개의 대학부속병원과 그 계열의 병원으로부터 3명의 감정인 후보자를 추천받고 감정인으로 선임하여 감정자료³¹⁾를 교부하게 된다. 3명의 감정인은 감정자료에 기초하여 감정사항에 대한 결론과 그 이유를 간결하게 기술한 감정의견서를 의료전담부에 제출하고, 각 당사자에게도 재판소로부터 그 감정의견서가 송부된다. 그 후 개최되는 감정기일에는 일반적인 감정인 질문절차와 동일하게 제출된 감정인 의견서의 내용에 대한 확인을 위하여 각 감정인에게 질문을 한 뒤, 각 감정인이 그 답변을 진술을 하는 절차를 거치게 된다. 이후 재판소는 감정인 의견서와 감정사항의 취지

30) 木村 祐子, 誤判防止のための科学者と法律家の協働, 法学研究 No.19, 龍谷大学社会科学研究所, 2017, 57頁.

31) 당사자의 준비서면들의 정보가 감정인에 대하여 전부 교부되지는 않는다. 즉, 감정사항에 관련되는 당사자의 주장을 대조한 서면인 소위 주장정리서면이 교부되며, 증거 역시 감정사항과 관계된 서증에 한하여 교부된다.; 東京地方裁判所医療訴訟対策委員會, 『医療訴訟の審理運営指針(改訂版)』, 判例 タイムズ 1389号, 2013. 8, 19頁.

를 명확히 하는 한편 의문점에 대하여 질문을 행하고, 그 절차가 종료된 뒤에 감정을 신청한 당사자 측이 보충적인 질문을 하고, 그 후 타방 당사자 측이 보충적인 질문을 한다(일본 『민사소송법』 제215조 제2항). 만약 각 감정인 사이의 의견이 서로 충돌하는 경우에는, 각 감정인의 의견에 대하여 각 감정인들 간 구두 논의를 통한 추가적인 의견이 필요한 경우도 있을 수도 있다.³²⁾

2. 일본의 진료기록감정에 관한 판례의 태도

가. 과립구 감소증 사건³³⁾

위 사안은 A에 대하여 감기 치료를 위해 여러 약제가 투여 된 후 A가 사망한 사고였고, A에 대한 약제 투여와 그 사망 사이의 인과관계를 증명하기 위하여 감정이 사용된 것이다. 원심은 감정결과에 의거하여 A의 과립구 감소증의 발생의 원인이 된 약제를 네마이오존(ネマイオゾン)을 단일한 기인제(單一の起因劑)로 특정하였다. 즉, 감정결과에서 ‘린코신은 기인제로의 개연성은 낮다’, ‘라리키신 및 소루시린에 의한 알레르기 반응, ... 오베론 및 PL 과립에 의한 알레르기 반응에 의해 본 질환이 발병할 가능성은 있지만, ...에서, 본 발병의 원인으로 개연성은 낮다’, ‘네오마이존이 ... 기인제로는 가장 의심스럽다’고 하였던 것에 비추어 원심은 네오마이존을 단일기인제로 확정한 것이다.

이에 대해 최고재판소는 “본건 감정은 피상고인에 의하여 A에 투여 된 약제를 원인으로 하여 4월 13일 이전에 과립구 감소증이 발병했을 가능성을 일반적으로 부정하는 것은 아니지만, 이를 과학적·의학적으로 증명하기에 충분한 사실을 현출할 수는 없었다는 취지의 것”이라고 보아, “본건 감정은 A의 병상의 상태를 모두 합리적으로 설명한 것에 이른 것이 아니라, 경험과학에 속하는 의학분야에서 하나의 가설을 말한 것에 그쳐 의학 연구의 관점에서는 몰라도 소

32) 前掲 “医療訴訟の審理運営指針(改訂版)”, 20頁.

33) 最判三小 平成9年 2月 25日 判決, 民集 51卷 2号 502頁, 판결문 전문에 대하여는 http://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/564/052564_hanrei.pdf.를 참조할 것.

송에서 증명의 관점에서 보면 기인제 및 발병일을 인정하는데에 있어 결정적인 증거자료라고 할 수 없다”고 하였다. 또한 최고재판소는 소송의 증명은 자연과학적 증명이 아니기 때문에, 소송상으로는 약물 중 하나 또는 그 이상의 상호 작용이 A에 있어 발병의 원인이었다는 정도의 사실을 전제할 수 있으며, 이러한 전제에서 피상고인들의 주의의무의 유무를 판단 할 수 있다고 판시하였다.³⁴⁾

즉, 최고재판소는 감정결과에서 ‘가능성이나 개연성이 낮다’ 혹은 ‘의심스럽다’와 같은 가설적 의견이 제시되는 경우, 원심에서 그 표현에 대한 법적 평가를 행할 때 ‘가능성이나 개연성이 낮다’는 것은 인과관계를 부정하는 것으로 파악하고 ‘의심스럽다’는 것은 인과관계를 인정하는 것으로 단언적으로 판단한 것에 대하여 이의를 제기하여 감정에 기초한 사실 인정에 경험칙을 위반하였다고 파악하였다.

나. 안면 경련 사건³⁵⁾

위 사안은 B가 신경감압술 후 뇌출혈이 발생하여 안면 경련의 장애가 고착된 것이었다.

원심은 ‘수술 부위와 혈종의 위치가 극히 근접하고 있다고 하기 어렵기 때문에 수술이 혈종을 일으킨 것은 아니다’라는 결론만을 기록한 단 한 페이지로 이루어진 감정서의 감정결과에 의거하여 이 건 수술 조작 실수 이외의 원인에 의한 뇌출혈의 가능성을 부정할 수 없다고 보아 인과관계를 부정하였다.

이에 대하여 최고재판소는 원심이 그와 같이 인과관계를 부정하기 위해서는 원심이 채택한 증거, 간접 사실도 상세하게 검토한 합리적 설명이 필요하다

34) 일본의 경우에도 기본적으로 의료과실소송에서 인과관계의 증명에 대하여 최고재판소는 그것이 한 점의 의심도 허용되지 않는다는 자연과학적인 증명이 아니라 경험칙에 비추어 모든 증거를 종합적으로 검토하여 특정 사실이 특정 결과의 발생을 초래할 수 있다는 관계를 인정할 수 있는 고도의 개연성을 증명하는 것이며, 그 판정은 일반인이 의심을 하지 않을 정도로 진실성의 확신을 가질 수 있는 것이 필요하고 그것으로 충분하다고 보고 있다.: 最判二小 昭和50年 10月 24日 判決, 判例時報 792号, 3頁, 이른바 룬바룬 쇼크(룬바룬쇼크) 사건.

35) 最判三小 平成11年 3月 23日 判決, 判例タイムズ 1003号, 187頁.

고 판시하면서 원심을 파기, 환송하였다. 즉, 최고재판소는 “B가 시행받은 신경감압술은 생명을 위협하는 소뇌 내 혈종, 후두부 경막 외 혈종 등을 일으킬 수 있는 가능성이 있고 실제로도 소뇌 내 혈종을 일으키기도 하므로, 본 사안에서 그 외의 뇌 병변이 수술 조작 부위의 측면에 있는 소뇌 우반구에서 강하게 현출되고 있다는 사정, 사망의 다른 원인으로 의심되는 고혈압성 뇌출혈을 일으키는 환자의 소인이 인정받지 못하였던 점 등, B의 당시 건강상태, 본건 수술의 내용과 조작 부위, 본건 수술과 B 병변의 시간적 근접성, 신경감압술에서 발생할 수 있는 수술 후 합병증의 내용 및 B의 증상, 혈종 등의 병변 부위 등의 제반 사실을 종합해 볼 때, 보통 사람이 본건 수술 직후 발생한 B의 소뇌 출혈 등이 본건 수술 중 어떤 술기상의 오류에 기인하는 것이 아닌가하는 의심을 강하게 할 수 있다”고 판단하였다. 특히 감정에 관하여 최고재판소는 본건 감정이 진료기록에 기재된 내용 등으로부터 볼 수 있는 사실에 부합하지 않고, 다수의 감정사항에 비해 감정회신은 한 페이지에 불과하여 결론만을 기재한 것이어서 그 내용은 매우 부족한 것으로서 본건 수술기록, B의 CT 검사 결과 등의 각 기록, 본건 부검보고서 등의 객관적 자료를 평가하고 검토한 과정이 전혀 기록되어 있지 않아, 객관적 증거를 관찰하여 감정을 행하였다고 보기 어려워 본건 감정결과 및 감정인의 증언을 과대평가할 수는 없다고 판시하였다.

V. 결론

1. 진료기록 감정의 공정성의 문제

감정인에 따라 다른 감정결과가 나타나거나 동일한 감정인에 대하여 재감정을 시행한 결과가 다르게 회신되는 경우 감정결과가 공정한 것인지, 그것을 법원이 신뢰하여 채택할 것인지에 대한 문제가 발생할 수 있다. 또한 감정회신의 표현에 있어서도 그것이 모호하거나 불명확한 경우도 이를 증거로 채택하게 되면 판결의 객관성을 저해할 소지가 있다.³⁶⁾ 이는 위에서 살펴본 우리나라

라의 대법원 판결과 일본의 최고재판소 판결에서도 확인할 수 있는 점이다.

그러나 감정 등의 절차에 따라 의료기관 등이 한 회신결과는 사실인정에 관하여 특별한 지식과 경험이 필요할 때에 법원이 그 특별한 지식과 경험을 이용하는 것에 불과하고, 환자의 사상원인이나 의료과실의 개재 여부는 궁극적으로 법원이 그 당시 모든 사정을 참작하여 경험칙에 비추어 규범적으로 판단하는 것이므로,³⁷⁾ 법원 등이 그와 같은 진료기록감정 등의 절차에 따른 회신결과를 무조건적으로 신뢰하여서는 안 되며, 그에 대한 치밀하고 면밀한 검토를 통하여 자유심증에 따라 공정하게 판단하여야 할 것이다. 이는 결국 국민의 사법부 신뢰와도 직결된 문제라고 할 수 있으므로 더욱 신중하게 접근하여야 하는 부분이다.³⁸⁾

한편 진료기록감정결과의 공정성을 확보하고 감정인에 따라 달라지는 감정결과를 사전에 방지하기 위한 제도로 일본의 컨퍼런스감정절차의 도입을 고려해 볼 수도 있을 것이다. 그렇지만 우리나라의 소송실무상 현실적으로 3인의 감정인을 소집하는 것이 수월치 않을 뿐만 아니라 시간적, 경제적 비용 또한 고려하지 않을 수 없기에 이러한 제도를 받아들이는 데에 대하여는 충분한 사전 검토가 필요하다고 할 것이다.³⁹⁾

2. 재판 장기화의 문제

우리나라의 의료민사소송에서 진료기록감정신청 혹은 그 촉탁신청이나 사실조회신청이 증거조사방법으로 채택되어 진행될 경우, 사건에 따라 각각의

36) 백경희·장연화, “의료판례의 동향과 문제: 민사법적 쟁점과 전망을 중심으로”, 한국의료법학회지(제26권 1호), 한국의료법학회, 2018, 246-248면.

37) 대법원 1987. 10. 13. 선고 87다카1613 판결, 대법원 1998. 7. 24 선고 98다12270 판결 등.

38) 의료민사소송의 경우 3심제를 거치는 동안 사실심에서 채택한 감정 등의 회신결과가 상이하여 하급심의 판단과 상급심의 판단이 달라지는 경우가 적지 않다(대법원 1999. 2. 12. 선고 98다10472 판결, 대법원 2013. 6. 13. 선고 2012다94865 판결 등). 이 경우 상급심에서 하급심의 판단과 달리 하는 이유와 근거에 대하여 당사자를 설득할 수 있어야만 판결이 갖는 공정성과 객관성에 의문을 품지 않을 것이다.

39) 백경희, “일본과 우리나라의 의료민사소송 심리 및 운영에 관한 고찰-동경지방법원소 의료소송대책위원회의 의료소송 심리운영지침(개정판)을 중심으로-”, 동아법학(제65권), 동아대학교 법학연구소, 2014, 322면.

사정은 다르겠지만 다른 일반민사소송보다 장기화될 가능성이 매우 높다.⁴⁰⁾ 이러한 현상은 일본에서도 마찬가지로 나타나고 있음은 앞서 살펴본 바와 같다. 일본은 재판의 신속화에 관한 법률을 2003년에 제정하여 재판의 장기화를 방지하고자 하였음에도 불구하고, 의료민사1심소송이 진료기록감정 등을 채택하지 않은 2년 6개월 상당(29.8개월)이, 진료기록감정 등을 채택한 경우에는 4년 상당(49.6개월)이 소요됨이 최고재판소의 후향적 보고에도 나타나고 있다. 그렇기 때문에 일본의 경우 의료민사소송에서 인증(人證)에 대한 조사 후에 감정신청 여부를 결정하는 것이 일반적이어서 그 증거조사결과에 따라 재판소는 감정의 필요성에 대하여 숙고한 뒤 채부를 결정하는 방식이 정착되어 가고 있다.⁴¹⁾

우리나라의 의료민사소송에 있어서 진료기록감정이 반드시 시행되어야 하는 필수불가결한 절차는 아니기 때문에 당사자가 적절한 의학지식이나 정보에 관한 문헌을 수집하여 서증으로 제출하고, 의료사고에 관련된 의사나 간호사 등에 대한 증인신문의 증거방법을 활용한다면 감정과 동일한 목적을 달성할 수도 있다. 특히 진료기록감정의 결과가 당사자가 원하는 방향으로 나오지 않을 수도 있으며 불충분할 경우 다시 재감정신청이나 사실조회신청 등의 절차를 밟아야 할 수도 있어 소송이 보다 장기화되고 경제적 타격도 크게 될 우려도 배제할 수 없다는 점을 고려할 때 다른 증거방법의 적극적 활용을 당사자와 법원 모두 진료기록감정신청 전에 검토하는 것이 바람직하며, 비교적 회신이 신속하게 이루어지고 감정료가 상대적으로 높지 않은 한국의료분쟁조정중재원에 대한 수탁감정제도⁴²⁾나 전문심리위원제도⁴³⁾를 적극적으로 활용하는 것

40) 실제 소송실무에서 진료기록감정 또는 촉탁에 대한 회신기간은 14일이 소요되는 것에서부터 804일이 소요되는 것까지 편차가 매우 크다고 한다.; 신현호, “의료소송 감정상의 문제점”, 2005년 대한의료법학회·법원의료법분야연구회 공동학술대회 자료집, 2005. 11, 3면.

41) 前田 順司, 医療訴訟の適切な取組への指針 —医療訴訟の運営 改善の提言 (平成10年度司法研究) を踏まえて一, 『甲南法務研究』 第12卷, 甲南大学法学研究所, 2016, 57-59頁.

42) 한국의료분쟁조정중재원의 설립 초기에는 수탁감정의 활용도가 적어 문제시 되기도 하였다.; 현두륜, “의료분쟁조정법 시행에 따른 성과와 과제”, 의료법학(제14권 1호), 대한

또한 도움이 될 것으로 보인다.

3. 전제가 되는 진료기록의 진실성의 문제

진료기록감정의 전제가 되는 진료기록이 위·변조되지 않아야만 의료사고에서 의료과실이 개입되었는지, 그 의료과실과 환자에게 발생한 악결과 사이에 인과관계가 존재하였는지를 판단할 수 있다.⁴⁴⁾

우리나라 현행법은 진료기록기재 및 서명의무를 환자에 대하여 의료행위를 시행한 의사 등에 대하여 부과하고 있고(『의료법』 제 22조 제1항), 진료기록의 종별에 따라 일정기간 보관하도록 하고 있으며(『의료법 시행규칙』 제15조, 『의료법』 제40조 제2항), 최근 개정을 통하여 전자의무기록의 경우 대하여도 위·변조를 방지하기 위하여 접속기록을 별도로 보관하여야 할 의무를 부과하고 있다(『의료법』 제23조 제4항). 만약 이러한 의무들을 위반할 경우에는 형사적 제재로 300만 원 이하의 벌금에 처하고 있고, 행정적 제재로 ① 『의료법』 제22조 제1항을 반하여 진료기록부 등을 기록하지 아니한 경우 자격정지 15일을, ② 『의료법』 제22조 제1항을 반하여 진료기록부 등에 서명하지 아니한 경우 경고를, ③ 『의료법』 제22조를 반하여 진료기록부 등을 거짓으로 작성하거나 고의로 사실과 다르게 추가기재·수정한 경우 또는 진료기록부 등을 보존하지 아니한 경우 자격정지 1개월을 처분하도록 하고 있다(『의료법』 제68조, 『의료관계 행정처분 규칙』 제4조). 또한 민사소송절차에 있어서도 의사 측이 진료기록을 변조한 행위는 그 변조이유에 하여 상당하고도 합리인 이유

의료법학회, 2013, 141-142면.

43) 서울중앙지방법원은 의료사건의 경우 법원에 상근하는 공식적인 재판업무 조력자로서 중립적인 입장에서 자문업무를 수행하는 상임전문심리위원이 있으므로, 이 제도를 활용할 수도 있다.; 2017. 12. 14.자 법률신문, 서울변회-서울중앙지법 '소송절차 개선협' 2차 회의.

44) 최근에는 지면에 수기로 기록하는 진료기록을 대신하여 작성방식을 전자화한 전자의무기록으로 대체되고 있는, 전자의무기록을 변경하는 등의 행위에 대한 규제의 정비가 필요하다.; 백경희·이인재, “전자의무기록에 대한 소고”, 한국의료법학회지(제24권 2호), 한국의료법학회, 2016, 63-66면.

를 제시하지 못하는 한, 당사자 간의 공평의 원칙 또는 신의칙에 어긋나는 증명 방해행위에 해당한다고 보게 되어 법원은 이를 하나의 자료로 하여 자유로운 심증에 따라 의사 측에게 불리한 평가를 할 수 있게 된다.⁴⁵⁾⁴⁶⁾

45) 대법원 1999. 4. 13. 선고 98다9915 판결.

46) 진료기록 위·변조에 대한 우리나라 판례의 태도 및 외국 법제의 태도에 대한 구체적 내용에 대하여는 김대석, “의료과오소송에 있어서 입증방해”, 법학논총(제14집 2호), 조선학교 법학연구소, 2007, 216면; 손홍수, “진료기록 개작, 부실기재 등과 의료과오소송 - 진료기록 개작 등에 대한 독립한 손해배상책임 인정에 관한 논의를 포함하여-”, 사법논집(제53집), 법원도서, 2011, 92-93면.

[참 고 문 헌]

- 김대석, “의료과오소송에 있어서 입증방해”, 『법학논총』 제14집 2호, 조선학교 법학연구소, 2007.
- 김민중, “의료분쟁조정법의 기본이념과 현실”, 『의료법학』 제14권 1호, 대한의료 법학회, 2013.
- 국회사무처, 제285회 국회 보건복지가족위원회 회의록 제2호, 2009. 12. 29.
- 사법연수원, 『민사실무 I』, 사법연수원 출판부, 2018.
- 사법연수원, 『민사절차론』, 사법연수원 출판부, 2018.
- 손홍수, “진료기록 개작, 부실기재 등과 의료과오소송 - 진료기록 개작 등 에 한 독립한 손해배상책임 인정에 한 논의를 포함하여 -”, 『사법논집』 제53집, 법원도서, 2011.
- 신은주, “의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률에 있어서 조정제도 및 향후의 전망”, 『한국의료법학회지』 제19권 1호, 한국의료법학회, 2011.
- 신현호, “의료소송 감정상의 문제점”, 2005년 대한의료법학회·법원의료법분야 연구회 공동학술대회 자료집, 2005. 11.
- 신현호·백경희, 『의료분쟁 조정·소송 각론』, 육법사, 2012.
- 백경희, “진료기록의 편중성과 진료기록 기재의무 위반에 관한 고찰”, 『법학논총』 제20권 1호, 조선대학교 법학연구소, 2013.
- _____, “일본과 우리나라의 의료민사소송 심리 및 운영에 관한 고찰 - 동경지방법 재판소 의료소송대책위원회의 의료소송 심리운영지침(개정판)을 중심으로 -”, 『동아법학』 제65권, 동아대학교 법학연구소, 2014.
- 백경희·이인재, “전자의무기록에 대한 소고”, 『한국의료법학회지』 제24권 2호, 한국의료법학회, 2016.
- 백경희·장연화, “의료판례의 동향과 문제: 민사법적 쟁점과 전망을 중심으로”, 『한국의료법학회지』 제26권 1호, 한국의료법학회, 2018.
- 이상영·김어지나·이수형·신청훈, 『의료분쟁조정중재제도 활성화를 위한 정책 과제와 대책』, 한국보건사회연구원, 2012.
- 이시윤, 『신민사소송법』 제12판, 박영사, 2018.

최장섭, “의료분쟁조정제도 운영상의 문제점 및 개선방안”, 『의료법학』 제15권 2호, 대한의료법학회, 2014.

황승연, “의료분쟁조정제도 운영에 따른 문제점 및 개선방안”, 『의료법학』 제14권 1호, 대한의료법학회, 2013.

현두륜, “의료분쟁조정법 시행에 따른 성과와 과제”, 『의료법학』 제14권 1호, 대한의료법학회, 2013.

木村 祐子, 誤判防止のための科学者と法律家の協働, 法学研究 No.19, 龍谷大学社会科学研究所, 2017.

最高裁判所, 『裁判の迅速化に係る検証に関する報告書』, 2017.

東京地方裁判所医療訴訟対策委員会, 『医療訴訟の審理運営指針(改訂版)』, 判例タイムズ 1389号, 2013. 8.

平沼 直人・藤城 雅也・佐藤 啓造, “裁判上の鑑定から当事者鑑定へ -,医療過誤訴訟における私的意見書の実態と提言-”, 『昭和医学会雑誌』 第72卷 第6号, 昭和大学・昭和医学会, 2012. 12.

前田 順司, 医療訴訟の適切な取組への指針 -医療訴訟の運営 改善の提言(平成10年度司法研究)を踏まえて-, 『甲南法務研究』 第12卷, 甲南大学教法学研究所, 2016.

[국문초록]

진료기록감정 및 그 판단에 대한 법적 고찰
- 의료민사책임을 중심으로 -

백경희(인하대학교 법학전문대학원, 부교수)

의료사고에 대한 분쟁의 해결을 위해, 법원은 통상 진료기록에 대하여 의학전문가에게 그의 의학에 관한 전문적 지식이나 그 지식을 이용한 판단을 보고하게 하는 감정(鑑定) 절차를 진행하고 있다. 의료사고에 대한 감정의 결과는 전문가에 대한 참고 의견으로 증거방법의 하나에 불과하다. 그러므로 원칙적으로 법원이 그 결과에 대하여 기속되어야 하는 것은 아니지만, 법원이 의료사고의 구체적 경위를 비롯하여 의료과실과 인과관계가 존재하는지 여부에 관하여 의학적 판단인 감정결과를 온전히 배제할 수는 없다. 따라서 의료사고에 대한 분쟁에서 진료기록감정이 차지하는 비중은 높고 법원 등의 심증형성에 중요한 영향을 미치고 있다.

본고에서는 의료사고에서 감정의 의의와 기능을 살펴본 뒤, 현행법상 진료기록감정의 양상으로 이루어지고 있는 법원에서의 진료기록감정절차와 한국의료분쟁조정중재원의 의료사고에 대한 감정절차를 각각 유형별로 고찰한다. 또한 우리나라 판례에서 진료기록감정회신에 대하여 어떠한 태도를 취하고 있는지, 외국의 제도로 일본의 경우를 살펴보고 우리나라에의 시사점을 알아보려고 한다. 특히 우리나라의 진료기록감정절차가 지니고 있는 진료기록감정회신의 공정성에 관한 문제, 진료기록감정절차의 지연으로 인한 소송의 지연에 관한 문제 등에 대한 개선점을 제시하고자 한다.

주제어 : 의료사고, 진료기록, 감정, 의료과실, 인과관계

**A Legal Study On Expert Opinion of
Medical Records and the Judgment
- Focus on Medical Civil Liability -**

Baek, Kyoung-hee

Inha University LawSchool, Associate Professor

=ABSTRACT=

In order to resolve a dispute over a medical accident, the court is in the process of appraising the medical records for medical professionals to report their medical expertise or judgments using that knowledge. The consequences of expert opinion about a medical accident are only one of the methods of evidence as a reference. Therefore, in principle, the court should not be bound to the results, but the court, which is not a medical expert, can not completely rule out medical expert opinion as to whether there is medical malpractice and causality. Therefore, it can not be denied that the proportion of expert opinion of medical records in the dispute about medical accidents is high and it has an important influence on the judgement of the court.

In this paper, we examine the significance and function of expert opinion of the medical accident, examine the appraising procedure of the medical records in the court and the appraising procedure of the medical accidents of the Korean medical dispute mediation arbitrator do. In addition, I would like to examine what kind of attitude is being taken in response to expert opinion of medical records in Korea to court, to examine the implications of the case of Japan as a foreign system, and to suggest improvement points in the expert opinion procedure of medical record filing in Korea. In particular, I would like to suggest improvements on issues such as the fairness of the expert opinion of medical records and the delays in litigation due to delays in the process of expert opinion.

Keyword : Medical Accident, Medical Records, Expert Opinion, Medical Malpractice, Causality