

醫療過誤訴訟에 있어서의 立證責任

范景喆*

I. 序說	性
1. 意義	2. 立證責任의 分擔
2. 立證責任의 一般原則	III. 立證責任緩和의 理論
II. 醫療過誤訴訟에 있어서 立證의 緩和	1. 立證責任 輕減論
1. 患者의 立證責任의 緩和의 必要	2. 立證責任轉換
	IV. 結語

I. 序說

1. 意義

일반 불법행위소송과는 달리 의료과오소송에서는 인과관계의 입증이 어려운 것이 사실이다. 특히 의료과오소송에서는 의료행위의 개념이 확정되어 있지 않고 발전적·유동적인 개념이고, 전문적인 학문이 뒷받침하는 분야여서 일반인이 용어 자체뿐만 아니라 의료행위에 대해서 대부분이 門外漢일 수밖에 없다.¹⁾

그러므로 의료과오소송에서는 원고인 환자측의 입증이 소송에서 승패를 좌우한다. 불법행위의 일반원칙에 따르면 원고가 입증을 부담하게 되므로 의료지식에 관하여 문외한인 환자측은 입증의 부족으로 상당부분의 소송에서 패소할 가능성이 많을 수 있다. 그래서 소송법의 일반원칙인 무

* 변호사, 법학박사

1) 범경철, "의료과오소송에 관한 연구", 「전북대학교 대학원 박사학위논문, 2001. 2」, 9-13면 참조.

기평등의 원칙의 이념에 배치되는 결과를 가져오므로, 어떻게 하면 환자에게 입증책임의 문제를 공평하게 할 수 있을 것인가가 문제로 대두되었다.²⁾ 입증책임을 전적으로 의사측에게 부담시키면 의사는 의료행위를 하

- 2) 의료행위의 문제를 다룬 논문은 많이 있으나, 입증문제에 한정하여 보면, 주요논문은 다음과 같다. 강봉수, "의료과오소송에서의 입증경감", 「법조29권6호(1980. 6), 법조협회」, 22면; 강봉수, "의료소송에 있어서의 증명책임", 「재판자료27집(1985. 8), 법원행정처」, 303면; 김민중, "의료행위에서의 법률문제와 의사의 책임 (상)", 「법조40권3호(1991. 3), 법조협회」, 72면; 김민중, "의료행위에서의 법률문제와 의사의 책임 (하)", 「법조40권4호(1991. 4), 법조협회」, 76면; 김상영, "의료과오소송에 있어서의 인과관계·과실의 입증책임", 「부산대법학연구3 7권1호(45호)(1996. 12), 부산대학교」, 191면; 김상영, "의료과오소송에서의 입증책임경감이론", 「재산법연구13권1호, 한국재산법학회, 1996」, 223면; 김상영, "의료과오의 입증에 관한 판례동향", 「부산지방변호사회지14호(1996. 12), 부산지방변호사회」, 41면; 김선석, "의료과오에 있어 인과관계에 관한 제문제 1", 「법조 37권5호(1988. 5) 법조협회」, 1면; 김선석, "의료과오에 있어 인과관계에 관한 제문제 2", 「법조37권6호(1988. 6) 법조협회」, 1면; 김선석, "의료과오에 있어 인과관계에 관한 제문제3", 「법조37권7호(1988. 7) 법조협회」, 1면; 김선석, "의료과오에 있어 인과관계에 관한 제문제4", 「법조37권8호(1988. 8) 법조협회」, 1면; 김선석, "의료과오에 있어서 인과관계와 과실", 「재판자료27집(1985. 8), 법원행정처」, 49면; 김성길, "의사의 의료상의 과오에 대한 법적책임", 「사법논집3집(1972. 12), 법원행정처」, 607면; 김승렬, "의료과실소송과 Res ipsa loquitur", 「법률신문2974호(2001. 4) 법률신문사」, 14면; 김현태, "의사의 진료과오에 있어서의 과실의 입증책임", 「연세대연세행정논총 7집(1981. 2), 연세대학교」, 207면; 김현태, "의사의 진료과오에 있어서의 과실의 입증책임을 중심으로 본 고찰", 「현대 민법학의 제문제(1981.5), 박영사」, 617면; 박상화, "의료과오소송에 있어서의 입증책임", 「법학논총22집 단국대학교, 1996」, 143면; 박영호, "의료소송과 입증방해", 「형평과정의15집(2000. 12), 대구지방변호사회」, 81면; 박일환, "의료과오의 입증에 관한 독일법과 미국법의 비교법적 고찰 1", 「법조34권 1호(1985. 1) 법조협회」, 28면; 박일환, "의료과오의 입증에 관한 독일법과 미국법의 비교법적 고찰2", 「법조 34권 2호(1985. 2), 법조협회」, 21면; 박일환, "의사의 진료과실과 의사책임소송에서의 입증책임(Die rztlicher Behandlung sfehler und die Beweislast im Arzthafiproze): 독일에서의 학설·판례를 중심으로", 「재판자료24집(1984. 12), 법원행정처」, 133면; 백용안, "의료과오의 민사법적 책임구성", 「건국대법대논총2집(1991. 12), 건국대학교 출판부」, 145면; 석희태, "의료과오에서의 인과관계에 관한 연구", 「연세대연세법학연구2집(1992. 8), 연세대학교 법과대학 법률문제연구소」, 293면; 손용근, "의료과오소송에 있어서 증명의 경감", 「비교사법3권1호(통권4호), 한국비교사법학회」, 19면; 손용근, "의료과오소송의 입증경감에 관한 판례의 최근 동향", 「민사법연구(제7집), 대한민사법학회, 1999」, 329면; 신은주, "의료과오 소송에 있어서 인과관계에 관한 입증책임의 전환", 「법조41권6호(1992. 6), 법조협회」, 101면; 안법영, "의료사고의 불법행위책임, 대법원과 독일연방방법원(BGH)판결의 비교 고찰", 「고려대법학논집33집(1997. 8), 고려대학교 출판부」, 231면; 양철웅, "의료과오소송에서의 입증방해에 관하여", 「법률구조통권28호(1999. 여름호), 대한법률구조공단」, 12면; 오대성, "의료과오소송에 있어서 표현증명에 관한 고찰", 「법학논총4집(1998. 6), 조선대학」, 153면; 유승훈, "의료과오소송에서의 인과관계와 과실의 제문제", 「한국외대외법논집 제4집(1997. 12), 한국외국어대학교 법학연구소」, 287면; 이덕환, "의사책임소송에 있어서의 입증책임", 「한양대법학논총12집(1995. 10), 한양대학교」, 111면; 이덕환, "임신전 불법행위책임, 미국판례를 중심으로", 「의료법학, 창간호(2000.

는데 있어서 의사들로 하여금 책임을 두려워한 방어적 진료 또는 위축진료로 나아가게 하여 의학과 의료기술은 더 이상 발전할 수 없게 될 것이고 그 결과 그 피해는 다시 환자들에게 되돌아가는 악순환이 되풀이 될 것이기 때문이다. 그러므로 의사의 의료행위의 위축 없이 어떻게 하면 환자의 입증책임을 덜어줄 수 있을 것인가가 주요한 문제이다.

의료과오소송은 채무불이행책임구성과 불법행위책임구성이 모두 가능하며 다만 피해자인 환자로서는 불법행위책임보다는 채무불이행책임을 묻는 경우가 유리한 경우가 있지만, 판례는 일반적으로 불법행위책임으로 구성하는 경향이 있다. 의사책임을 불법행위책임으로 구성하는 경우에는 입증책임을 환자측에서 부담한다. 그러나 입증에 관한 정보가 의사측에 편중되어 있어 환자가 입증하는데 어려움이 있다. 그러므로 의사의 의료행위 위축 없이 환자의 입증부담을 덜어주기 위해서 환경소송에서 도입된 蓋然性說을 받아들이게 되었다. 결국 경감문제를 넘어서서 중국에는 입증책임을 전환하는 데까지 발전하게 되었다.

2. 立證責任의 一般原則

의료과오소송에 있어서 입증책임을 입증사실이 명확하지 않는 경우에 입증을 하지 않으면 불리한 법률판단을 받도록 정하여져 있는 당사자의 일방이 부담하는 책임을 말한다. 입증책임을 분배에 관한 견해는 다양하나 法律要件分類說(規範說)에 따르면,³⁾ 권리를 주장하는 자가 권리발생에 필요한 법률요건의 존재에 대한 입증책임을 부담하고, 상대방이 권리관계 발생을 방해·저지하는데 필요한 법률요건의 존재에 대한 입증책임을 부담한다.

5). 한국사법행정학회, 95면; 이태영, "의료소송에 있어서의 입증책임", 「실무연구자료3권(1999. 4), 대전지방법원」, 169면; 전병남, "의료소송에 있어서 입증책임을 완화", 「의료법학 제2권 제2호, 대한의료법학회, 2001」, 341면.

3) 우리 나라의 다수설로서 "이시윤, 「민사소송법」(서울: 박영사, 1995), 572면; 송상현, 「민사소송법」(서울: 박영사, 1996), 458면; 오석락, 「입증책임론(서울: 박영사, 1999)」, 71면; 정동윤, 「민사소송법(서울: 법문사, 1995), 427면"이 있다.

의료과오소송에서 醫師責任을 불법행위책임으로 구성한다면, 원칙적으로 입증책임의 일반원칙 즉, 원고가 입증책임을 부담하고 각각의 당사자가 자기에게 유리한 상황을 주장하며, 필요한 경우에는 입증하여야 한다.⁴⁾ 즉 불법행위의 법률효과를 주장하는 자(환자)는 가해행위가 고의 혹은 과실에 의한 것이고, 위법성이 있으며, 그로 인하여 손해가 있다는 것을 입증하여야 하고, 가해행위와 손해간에 인과관계가 있을 것 등을 입증하여야 한다. 다만 설명의 흠결 즉, 의사의 설명의무의 위반을 주장하는 경우에는 의사가 충분한 설명 및 환자의 유효한 동의의 존재에 대하여 입증책임을 부담한다.⁵⁾ 이것은 설명 자체가 곧바로 문제되기 때문에 주장하는 측에 대한 반대입증을 하여야 한다. 즉 소송원인이 확연히 드러나 곧바로 反證을 요하기 때문에 의사의 입증은 일종의 반증이라 볼 수 있을 것이다. 이 설명의무의 위반은 이러한 이유로 환자측에 대해서는 입증의 부담을 덜어주고, 의사측에 대해서도 장기간 소송에서 오는 피해와 실질적인 인체의 침습과 관계없어, 명예에 심각한 타격을 주지 않기 때문에, 의사의 과실의 문제보다는 부담을 덜 느끼는 것이 사실이다.

II. 醫療過誤訴訟에 있어서 立證의 緩和⁶⁾

1. 患者의 立證責任의 緩和의 必要性

일반소송의 경우와는 달리 특수불법행위의 경우 과실을 입증하는 데 있어서는 전문적인 지식을 요하는 경우가 대부분이다. 의료행위는 의료계

4) 입증책임분배에 관하여는 法諺이 잘 보여주고 있다. “주장하는 자는 입증을 요하고 부정하는 자는 요하지 않는다. 사물의 성질을 부정하는 자는 입증을 요하지 않는다” 이 두 법칙을 결합하여 “입증책임은 긍정하는 자에게 있고 부정하는 자에게 없다”라는 말이 생겼다.

5) 의사의 설명의무에 관해서는 많은 논문이 있는데, 설명의무는 환자가 입증책임을 부담하는 것이 아니라 의사가 입증책임을 부담한다. 그리고 이 의무는 의사에게는 의료실력과 관계없어 불만이 덜하고, 환자에게는 입증책임을 덜어 준다고 볼 수 있다.

6) 범경철, “의료과오소송에 있어서 환자의 입증책임의 완화”, 전북법학논집(2000, 창간호), 249-277면 참조.

약의 존재를 전제로 하기 때문에 의료과오가 발생하면 한편으로는 채무불이행의 문제가 발생하고, 다른 한편으로 불법행위를 구성하므로 이에 기한 손해배상을 청구할 때 양자관계는 경합의 관계에 있다고 할 수 있다.⁷⁾ 이 양자는 입증에서 표면상 차이를 보이고 있다. 즉 의료사고를 당한 환자가 의사에게 손해배상을 추궁하기 위해서는 채무불이행의 경우에는 ① 고의 또는 과실로 인한 불완전한 채무이행, ② 위법성, ③ 손해발생, ④ 의료행위와 손해사이의 인과관계 등을 입증하여야 하고, 불법행위로 인한 책임의 경우는 ① 의사측의 과실, ② 권리의 침해, ③ 손해의 발생, ④ 의료행위와 손해사이의 인과관계 등을 입증하여야 한다.⁸⁾ 그러나 채무불이행의 경우에는 불완전 채무가 존재한다는 사실과 그로 인해서 손해가 발생된 사실만 입증하면 되고 고의나 과실은 입증할 필요가 없다. 이 경우 채무자의 귀책사유가 추정되기 때문에 채무자가 고의나 과실 없음을 증명하지 못하면 책임을 면할 수 없다.⁹⁾

의료과오소송에서 醫師責任은 처음에는 의사측의 불법행위책임으로 구성하는 것이 대부분이었으나, 1960년대 후반에 이르러 채무불이행책임으로 구성하는 것을 볼 수 있었다. 왜냐하면 이것은 계약법상 과실의 입증책임이 의사에게 있고 시효기간이 10년으로 되어 있어 환자에게 유리하다고 보기 때문이다. 그러나 의사의 책임을 채무불이행책임으로 구성하여도 반증의 필요성 때문에 결국은 불법행위책임과 별반 차이가 없다.¹⁰⁾ 의료과오소송에 있어서 손해배상 청구원인을 불법행위로 구성하는 것으로 볼 때, 의료과오소송에 있어서 피해자(환자) 측이 입증책임을 부담한다. 이 경우에 정보편재에 의한 원고(환자측)의 불리함을 완화 내지 경감하여 주기 위하여 事實推定, 立證轉換, 表見證明, 立證妨害 등 여러 수단을 생각하게 되었다. 그리고 그 개념이나 용어가 완전히 일치하지 않아 정리

7) 이덕환, 「의료행위와 법(서울: 문영사, 1998)」, 68-70면.

8) 전병남, “의료소송에 있어서 입증책임의 완화”, 「의료법학 제2권 제2호, 대한의료법학회, 2001」, 341면 참조.

9) 김준호, 「민법강의(서울: 법문사, 1999)」, 685면.

10) 김민중, 「의료분쟁의 법률지식(서울: 청림출판, 2000)」, 84면; 이덕환, 앞의 책, 72면 참조.

할 필요성이 있다.¹¹⁾ 사실추정과 표현증명을 어떻게 구별할 것인가가 문제로 되는데, 독일에서 발달된 표현증명과 영미에서 발달된 Res ipsa loquitur이론을 사실추정의 한부분으로 평가하기도 하고,¹²⁾ 표현증명(일응추정)은 고도의 개연성을 가진 경험칙의 존재에 의하여 예외적으로 입증책임을 완화하려는 이론이므로 통상의 개연성을 가진 경험칙에 기한 단순한 사실추정과는 엄연히 다르므로 구별되어야 한다.¹³⁾ 그래서 본 논고에서는 이를 구별해서 논하기로 한다.

2. 立證責任의 分擔

위에서 보았듯이 불법행위에 기한 소송은 입증책임이 원고인 환자에게 있음이 원칙이다. 그러나 극단적인 정보편재로 인하여, 이 원칙을 고수한다면 부당한 결과를 가져올 수도 있다. 때문에 원인과 결과사이에 인과관계 인정에 전문적인 지식이 필요로 하거나, 입증하는데 필요한 정보가 피고측에만 존재할 경우에는 일정한 요건아래 인과관계의 사실상추정이 인정된다. 이와 같이 인과관계를 추정하여 피해자의 입증책임을 경감하는 이론을 蓋然性理論이라고 한다.¹⁴⁾ 이 이론은 환경오염소송 등의 불법행위소송에서 판례에 의해 받아들여지고 있다. 그러나 이 개연성이론은 상당부분에 있어서는 입증책임을 경감이 아니라 전환이라고 표현해야 옳은 경우도 있다. 예컨대 원고에게 입증의 범위를 축소하고 피고에게 반증의 범위를 확대하는 경우에는 입증의 경감이라는 표현은 적절치 못하다. 소송행위 전체에서 본다면 원고가 입증해야할 사항을 생략하고 피고의 반증을 요구하는 것은 입증하여야 할 사실에는 변동이 없다. 즉 입증의 경감이라는 표현보다는 입증의 分擔이라고 표현해야 더 설득력이 있을 것

11) 교과서에 따라서는 일응추정과 표현증명을 혼용해서 쓰고 있기도 하고 구별해서 쓰기도 한다. 본인 견해로는 발전되어온 나라만 다를 뿐 실제에 있어서는 별반 차이가 없다고 생각한다.

12) 이덕환, 위의 책, 72면.

13) 김상영, 앞의 논문, 192면.

14) 이은영, 「채권각론(서울: 박영사, 1999)」, 781면 참조.

이다.¹⁵⁾ 보통 특수불법행위에서 입증책임의 경감이라는 표현과 전환이라는 표현을 원고측에서 보느냐 혹은 소송 전체적인 면에서 보느냐의 차이가 있을 뿐 결과에 있어서는 크게 차이가 없다.

Ⅲ. 立證責任緩和의 理論

1. 立證責任 輕減論

(1) 蓋然性說

1) 意 義

개연성설이라 함은 원고는 인과관계의 존재의 개연성을 증명하면 족하고, 피고는 반증으로서 인과관계가 존재하지 않음을 증명하는 경우에만 책임을 면한다는 이론이다.¹⁶⁾ 본래 개연성이론은 환경오염으로 인한 피해의 구제를 목적으로 한 공해소송에서 입증의 어려움을 극복하기 위하여 연구된 이론으로서 일본의 실체법학자인 徳本 鎮에 의하여 공해로 인한 손해배상을 청구하는 경우에 있어서의 광업권자의 행위와 손해의 발생간에 인과관계에 관한 피해자의 입증책임을 완화하려는 목적으로 제창된 이론이다.¹⁷⁾

2) 根 據

입증을 원고가 하여야 함에도 불구하고 원고는 개연성만 입증하면 되는가에 관하여 개연성설을 주장하는 학자들이 내세우는 근거는 대략 다음과 같다. 첫째, 피해자들이 대부분 정보가 부족하거나 기술의 부족으로 원인을 규명할 수 없다. 둘째, 피해자가 원인을 규명하기 위해서는 가해자의 영역에 들어가야 하는데 기업기술의 비밀유지의 이유를 내세워 공

15) 이은영, 위의 책, 935면에서는 증명책임의 分擔의 原理라는 제목 하에 “환자측의 입증 책임을 의료행위 전과 후의 차이가 특별한 원인 없이 발생한 것을 부담하면 되고, 의료인 측면에서는 그 원인이 의료행위와 관계없는 전혀 다른 원인이라는 것을 증명하여야 하고 증명하지 못하면 책임을 면하지 못한다”라고 한다.

16) 이은영, 앞의 책, 959면.

17) 최재천·박영호, 「의료과실과 의료소송(서울: 육법사, 2001)」, 819면.

개를 기피한다. 셋째, 현재의 기술 수준으로 정확하게 규명하기가 곤란하다. 의료과오소송에서도 공해소송에서와 마찬가지로 개연성이론의 필요성의 이유가 될 수 있을 것이다.

3) 新蓋然性論

개연성이론과 마찬가지로 신개연성이론도 환경피해소송에서 인과관계의 입증곤란을 극복하기 위하여 因果關係의 존재라는 종합적 사실을 몇 개의 주요사실로 분석하여 간접사실을 허용하는 견해이다.¹⁸⁾ 세가지 유형으로, 첫째 피해발생의 메커니즘과 원인물질, 둘째 원인물질이 피해자에 도달한 경로, 셋째 가해공장에서 원인물질 배출 등을 들고 이 가운데 두 가지 사실만 증명하면 되고 가해자는 다른 간접사실을 증명하여 인과관계가 존재하지 않는다는 사실을 증명하지 못하는 한 책임을 면하지 못한다. 의료과오소송에서도 환자가 병원에 입원하기 전의 사실과 의료인의 측에서 시술한 사실 그리고 결과적으로 환자의 상태 등에서 두 가지 정도의 사실만 입증하고, 의료인측에서 간접사실 즉, 다른 素因으로 환자의 상태에 이르게 되었다는 사실을 증명하지 못하면 책임을 면할 수 없다고 할 것이다.

4) 判 例

대법원에서 개연성의 이론을 채택한 사례는 적지 않고, 늘어나는 추세이다. 대법원이 개연성이론을 처음 인정한 것은 1974년 한국전력사건에서 “공해로 인한 불법행위에 있어서의 인과관계에 관하여 당해행위가 없었더라면 결과가 발생하지 아니하였을 정도의 개연성, 즉 침해행위와 손해와의 사이에 인과관계가 존재하는 상당정도의 가능성이 있다는 입증을 함으로써 족하다”¹⁹⁾라 판시하여 개연성이론을 인정하였다. 그리고 신개연성설을 인정한 판례는 1984년 진해화학사건이 있다.²⁰⁾ 의료과오소송에 있어서는 대법원 2001.3.23. 선고 99다48221 판결에서 “환자가 전신마취 도중에 갑작스런 기관지 경련이 일어나고 이로 인한 심정지가 발생하여 뇌손

18) 이은영, 앞의 책, 959면 참조.

19) 대법원 1974.12.10. 선고, 72다1774 판결.

20) 대법원 1984.6.12. 선고, 81다588 판결.

상으로 인하여 결국 사망에 이른 경우에 있어서는, 피해자 측에서 일련의 의료행위과정에 있어 저질러진 일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실 있는 행위를 입증하고 그 결과와의 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 환자의 특이체질 등 전혀 다른 원인으로 말미암은 것이라는 입증을 하지 아니하는 이상, 의료상 과실과 결과 사이의 인과관계를 추정하여 손해배상책임을 지울 수 있도록 입증책임을 완화하는 것이 손해의 공평·타당한 부담을 그 지도원리로 하는 손해배상제도의 이상에 맞는다고 할 것이다”²¹⁾라 판시하고 있다. 또한 대법원 2000.7.7. 선고, 99다66328 판결에서 수술 도중 환자에게 사망의 원인이 된 증상이 발생한 경우, 의료행위의 특수성에 비추어 그 증상 발생에 관하여 의료상의 과실이외에 다른 원인이 있다고 보기 어려운 여러 간접사실들을 입증함으로써 그와 같은 증상이 의료상의 과실에 기한 것이라고 추정하는 것도 가능하다고 한 사례로서 “심장수술 도중 발생한 대동맥박리현상으로 인하여 환자가 사망한 경우, 그 대동맥박리는 심장수술을 위한 캐놀라²²⁾ 삽관 직후에 나타나 그 수술 이외에는 다른 원인이 개재하였을 가능성이 없고, 그 발생 부위도 캐놀라 삽관과 연관하여 볼 수 있는 부위로 보이고, 환자에게 심장수술 전후를 통하여 대동맥박리를 초래할 만한 특별한 질환이나 증상이 관찰되지 아니하였으며, 또 대동맥에 캐놀라를 삽입하는 과정에서 부적절한 시술로도 대동맥박리가 나타날 수 있는 데다가, 심장수술 과정에서의 잘못 이외의 합병증으로 대동맥박리가 발생할 수 있는 확률도 극히 미미하게나마 있지만 그 경우도 주로 혈관질환을 보유하고 있는 환자들에게서 나타난 것이라는 사정 등에 비추어, 그 대동맥박리는 결국

21) 同旨: 대법원 1996.12.10. 선고, 96다28158, 28165 판결; 대법원 1996.6.11. 선고, 95다41079 판결; 대법원 1995.12.5. 선고, 94다57701 판결.

22) 캐놀라란 쇠로 만든 길고 가느다란 관으로 피부 밑에 삽입하여 음압을 이용하여 지방 조직을 빨아내는 데에 사용된다.

대동맥박리가 일어날 수 있는 원인 중에서 부적절한 캐놀라 삽관에 의하여 초래된 것이라고 추정할 수밖에 없다”라고 판시하고 있다. 최근에는 의료과오소송에서 대부분 입증에 관해서는 입증의 전환에 가까운 개연성설을 취하고 있는 것을 볼 수 있다.

(2) 事實推定

1) 意 義

사실추정은 당사자 일방이 입증책임을 지는 요건사실을 입증하지 않고 그 사실의 전제가 되는 간접사실을 증명한 경우에 법원이 그 증명된 간접사실에 경험법칙을 적용하여 주요사실을 추정하는 입증방법이다.²³⁾ 이러한 사실상의 추정은 입증책임의 귀속 자체에는 하등에 영향이 없으므로 상대방은 구체적·특정적인 특별한 사정의 증명으로 사실추정을 부정할 수 있다. 즉 간접반증에 의하여 추상적·불특정적인 과실을 방해·저지할 수 있다.²⁴⁾

이 사실상의 추정은 개연성설에서 환자의 입증을 경감하기 위해서 진일보한 이론이라고 볼 수 있을 것이다. 위에서 보았듯이 처음에는 개연설 이론을 좀더 발전해서 신개연성설을, 이제는 요건사실을 직접 입증하지 않고, 그 사실의 전제가 되는 간접사실의 입증으로써 족하는 이론으로 발전하였다. 사실추정과 뒤에 나오는 표현증명하고는 구별이 용이하지 않는 경우도 있으나, 구별하는 견해도 있다.²⁵⁾

2) 判 例

이러한 사실상의 추정은 독일판례 및 일본판례에서 상당히 나타나고 있으나, 우리 나라 판례는 상당히 소극적이다. 판례가 인정한 인과관계추정을 위한 요소로는 대체로, 첫째 당해 의료행위와 악결과와의 시간적 접

23) 추정의 이론처럼 용어의 부정확과 혼란이 심한 것은 없다고 볼 수 있을 만큼 많은 견해가 있다. 또한 영미법에서도 사실추정 혹은 일응추정, 표현증명 등의 용어가 혼용되어 쓰여지고 있는 것을 볼 수 있다. 이 부분에 대한 정리가 요구된다.

24) 春日偉知郎, “醫療訴訟の現象と展望”, 判例タイムズ, No.686(1989. 3), 37면.

25) 김민중, 앞의 논문, 721면에서 사실추정과 표현증명을 분리해서 자세히 설명하고 있다.

근성, 둘째 원인이 되는 의료행위의 준칙위반, 셋째 타원인의 개입의 가능성 배제, 넷째 통계적 인과관계다.²⁶⁾

우리 나라 판례를 구체적으로 살펴보면 다음과 같다. 환자를 치료함에 있어 방사선 사진상에 나타나 있는 선상골절상을 발견하지 못하였다. 이에 따른 뇌실질내출혈을 발견·예견하지 못하여 환자를 제때에 신경외과 전문의가 있는 병원에 轉院시켜 확정적인 진단을 하지 아니한 경우 그러한 조치를 취했을 경우의 구명율이 50%라면 특별한 사정이 없는 한 A의 과실과 B의 사망 사이에는 인과관계가 있다고 한다.²⁷⁾ 이 판례에서는 사망률이 50%이상이나 이하이냐를 강조하여 의사가 필요한 조치를 취하지 아니한 사실과 사망간의 인과관계를 인정하였는 바, 이러한 논리구성에는 문제가 있다고 생각한다. 의사가 그 상황에서 최선을 다하였느냐가 중요한 것이지, 어차피 전원하였어도 사망하였을 것이다라고 하여 사망과 행위사이에 인과관계를 논한다는 것에는 문제가 있다고 본다. 이와 유사한 판례를 하나 더 살펴보면 다음과 같다. 삼입관 지연과실이 지방심으로 심폐기능이 원활하지 못한 망인에게 작용함으로써 急性心不全症²⁸⁾을 불러 일으켜 망인을 사망하게 한 사실을 추인한 사례로서 대법원은 “[사실관계] S는 1991.2.23. 12:00경 차량을 운행하다가 차량이 빙판길에 미끄러지면서 반대차선을 넘어 좌측 아래에 있는 밭으로 추락하여 그 차량에 타고 있던 소외 L에게 약 10주간의 치료를 요하는 뇌좌상, 우측견관절 및 요추부挫傷²⁹⁾, 좌측 상완골 간부 분쇄골절 등의 상해를 입게 하였다. L은 사고 직후 기독교병원에서 엑스레이 촬영을 하고 주사를 맞고 응급조치로 석고고정을 한 후 그 날 20:29경 피고 S병원에 입원하였다. 그 후 같은 달

26) 전병남, 앞의 논문, 343면 참조.

27) 대법원 1989.7.11. 선고, 88다카26246 판결.

28) 심부전(心不全: cardiac failure)이란 심장의 기능이 쇠약해져서 혈액의 공급이 불안정한 병으로서 심기능부전(心機能不全)이라고도 한다. 정맥계를 거쳐서 심장에 되돌아오는 혈액을 심장이 충분히 구출(驅出)할 수 없는 상태를 말한다. 일반적으로 만성 순환부전(慢性循環不全)과 같은 뜻으로 해석되고 있지만, 심장쇠약이라고 말할 때도 있다.

29) 좌상(挫傷: contusion)이란 외부 상처가 없이 내부조직이나 장기가 손상을 받은 상태에서 외부에서 둔력(鈍力)이 가해져서 일어난다. 사지의 좌상은 타박상 또는 염좌(捻挫)라고 한다.

27. 14:25경 수술실에 들어와 마취준비를 시작한 때로부터 20분 정도 경과한 시간부터 동인의 맥박수가 분당 50회로, 혈압이 100/60으로 저하되고 입술이 창백해지는 등 이상증세가 나타나기 시작하여 응급조치를 취하였으나, 그 날 16:50경 동인이 사망하였다. [판결요지] 전신마취 후 바로 삽관을 실시하여야 하며 통상 삽관이 2분 내지 3분 지연되면 이를 중단하고 충분한 산소공급을 한 후 재차 삽관을 시도하여야 한다. 마취의사는 마취시작 전에 환자의 신체적 특성이 마취를 시행하는데 기술적 곤란을 야기할지 여부를 살펴야 하는데, 목이 짧고 뚱뚱한 사람은 의식이 없으면 쉽게 상기도 폐쇄가 일어날 수 있으므로 상기도 검사를 시행하여 경부척추의 가동성, 입을 벌릴 수 있는 능력, 혀의 크기, 삽관을 어렵게 할 수 있는 해부학적 또는 병인 특성, 콧구멍의 개방성 등을 관례적으로 알아보아야 한다. 수술을 위한 전신마취를 시행하기 위해서 기관내 삽관을 하는 방법은 수술하는 부위와 환자의 체형에 따라 달라 여러 가지 삽관법의 장단점과 부작용을 충분히 비교·검토하여 망인에게 가장 적절하고 안전한 삽관법을 선택하여야 하는데도 이를 소홀히 하고 전신마취 후 삽관을 시작하였다가 도중에 후두경을 통하여 후두개의 이상을 발견하고 곡날형 후두경을 통하여 삽관을 시도하다가 실패하자 마침내 삽관튜브를 교체하여 삽관을 시행하였고 그 과정에서 많은 시간이 소요됨으로써 자력으로 호흡이 불가능한 망인에게 산소공급이 일시 중단되거나 정상적인 호흡상태보다 적은 양의 산소가 공급되게 한 잘못이 있다. 이러한 과실이 지방심으로 심폐기능이 원활하지 못한 망인에게 작용함으로써 급성심부전증을 불러 일으켜 망인을 사망하게 한 사실을 추인 할 수 있다(대법원 1994.11.25. 선고, 94다35671 판결).³⁰⁾³¹⁾라 판시하고 있다. 위 사례는 여러

30) 참조판례로는 “교통사고로 인하여 좌대퇴골 분쇄골절 등의 상해를 입고 피고가 경영하는 정형외과의원에 입원하여 치료를 받던 중 의사인 피고의 물리치료상의 과실로 말미암아 유합되었던 골절부위가 다시 골절된 것으로서, 그 당시 원래 골절되었던 상해부위가 상당한 정도로 치유되었다고 하더라도, 특별한 다른 사정이 없는 한 위와 같은 재골절과 이 사건 교통사고 사이에도 상당인과관계가 있다고 보아야 한다”가 있다(대법원 1993.1.26. 선고, 92다4871 판결).

31) 이와 同旨의 판례로는 “태아의 두개 내출혈 등 두부손상이 분만당시 의사의 과오에 의한 것으로 보이고, 출산전후를 통하여 달리 뇌성마비의 원인이 될만한 모체 또는 태아의 감염이나 이상을 인정할 자료가 없다면 태아의 두부손상이 뇌성마비의 원인이 된

가지 사실이 복합하여 의사의 과실을 추정하기가 어려운 사실을 인정하면서도 일련의 사실과 사망간의 인과관계를 추정한 사례로 볼 수 있다. 그리고 대법원은 정확한 원인은 알 수 없어도 제반 사정을 고려할 때 수술 과정과 사망과의 사이에는 상당인과관계가 있다고 본 사례로서“ [사실관계] J는 손바닥과 발바닥에 땀이 많이 나는 多汗症³²⁾을 치료하기 위하여 1990년 7월 28일 S대 부속병원에 입원하여 의사K로부터 수술을 받았다. K는 수술하기 전에 환자 J에게 사전검사와 수술 후 아주 드물게 하지마비가 생길 수 있으며, 氣胸³³⁾ 같은 것이 생길 수도 있고 그 외에 얼굴에 땀이 전혀 나지 않거나 눈동자의 변화 같은 것이 올 수 있고 아직 의학에서 알 수 없는 부작용이 있을 수 있다는 설명을 하였다. 그리고 제1흉추 및 제2흉추 안쪽에서 손으로 가는 교감신경 절제수술을 받았다. 그런데 수술 후 입에 거품을 물고 몸에 경련이 시작되어 그 후 의식을 회복하지 못하였다. 그 후 의사K와 병원측은 응급조치를 다하였으나 사망하였다. [판결요지] 원심은 이로 인한 사망을 인정한 다음 J의 수술 전의 사전 검사는 충분한 것이었고 K가 자신이 직접 수술을 요하는 수술 전에 자신과 연락할 수 있는 상태에서 위 검사를 다른 전문의 및 전공의에게 시킨 것은 환자를 방치한 것이라고 할 수 없고, 사망의 원인을 제공한 것이라 할 수 없으며, 그 외에 K에게 수술중의 과실이 있음을 인정할 증거가 없으므로 이를 인정할 수 없으나, 수술 후 부작용의 발생 사실에 관하여 보호자가 연락을 취했음에도 불구하고 몇 시간 늦게 도착한 것은 인정된다. 또한 수술하기 전에 환자에게 하여야 할 설명에 있어서 이는 상당히 위험한 수술임에도 불구하고 이에 부족한 설명을 하였다는 점은 인정할 수 있다.³⁴⁾ 환자J는 수술 전 다한증 이외의 병이 없었으며 사망원인

것으로 추정된다”라 판시하였다(대법원 1992.12.8. 선고, 92다29924 판결).

32) 다한증(多汗症: excessive sweating)이란 보통 이상으로 많은 양의 땀을 흘리는 증세로서 전신성 다한증과 국소성 다한증이 있다.

33) 기흉(氣胸: pneumothorax)이란 흉막강(胸膜腔) 안에 공기나 가스가 차는 상태를 말한다.

34) 주의의무위반, 설명의무와 채무불이행으로 인한 책임과의 사이에는 미묘한 관계가 있다. 즉, 의사의 설명의무는 환자의 자기결정권을 도와주는 역할도 하지만, 채무불이행 책임을 면하는 중요한 역할도 한다.

인 腦梗塞症³⁵⁾에 이르는 물질을 정확히 알 수 없으나, 사망에 다른 원인을 찾을 수 없다. 그러므로 제반 사정을 고려할 때 이 사건의 수술 과정과 J의 사망과의 사이에는 상당인과관계가 있다고 판단하여 피고 A대는 의사K의 사용자로서 불법행위책임이 있다³⁶⁾고 판시하고 있다. 위의 판례는 환자가 다한증 이외의 병이 없었으며, 사망원인인 뇌경색증에 이르는 물질을 정확히 알 수 없으나, 사망에 다른 원인을 찾을 수 없다고 하여 그 사실을 추정하여 의사에게 사망과 의료행위사이에 인과관계를 입증하지 못하는 한 그 과실을 인정한 사례이다.

종합하면 의사의 의료행위에 있어서 주의의무위반으로 인한 불법행위 또는 채무불이행³⁷⁾으로 인한 책임이 있다고 하기 위해서는 의료행위상의 주의의무의 위반과 손해발생과의 사이의 인과관계의 존재가 전제되어야 한다. 그러나 의료행위가 고도의 전문적 지식을 필요로 하는 분야이기 때문에 일반인은 주의의무위반과 손해 사이에 인과관계를 입증하기가 매우 어려운 것이 사실이다. 그리고 그 의료의 과정은 대개의 경우 환자 본인은 그 일부만 알 수 있고, 대부분의 경우는 의사만이 알 수 있다. 따라서 의료상 과실과 손해사이의 인과관계를 추정하여 손해배상책임을 지울 수 있도록 입증책임을 완화하는 것이 손해의 공평·타당한 부담을 그 지도 원리로 하는 손해배상제도의 이상에 맞는다고 할 수 있다.³⁸⁾

(3) 表見證明

1) 意 義

표현증명이란 경험칙을 적용하여 증명된 어떤 사실이 있으면 어떤 다른 사실이 생기게 되는 정형적인 관계가 인정되는 경우에 그 전제사실로

35) 뇌경색(腦梗塞: cerebral infarction)이란 뇌의 혈관이 막히고 그 앞의 뇌조직이 괴사(壞死)한 상태이다. 뇌혈전증(腦血栓症)과 뇌색전증(腦塞栓症)이 있다.

36) 대법원 1995.2.10. 선고, 93다52402 판결.

37) 종전에는 의료행위의 민사적 책임을 불법행위책임과 채무불이행책임 사이에서 많은 이견을 보였으나, 입증책임 면에서는 반증이 인정되기 때문에 큰 차이는 없다. 하지만 시효·배상범위에서는 차이가 난다.

38) 김민중. 앞의 논문, 722면: 대법원 1999.2.12. 선고, 98다10472 판결.

부터 증명하여야 할 다른 요증사실을 추정하는 증명방법을 가리킨다.³⁹⁾ 즉 과실의 존재를 뒷받침하는 것과 같은 사실을 어느 정도까지 원고측이 주장·입증하면 피고측에서 그러한 과오가 존재하지 않는다는 것을 입증하지 않으면 피고가 입증실패로서 패소한다는 이론이다.⁴⁰⁾ 표현증명은 예를 들어 경험칙상 A라는 사실이 있으면 B라는 결과가 생기게 되는 정형적인 사상경과가 인정되는 경우에 A라는 사실로부터 B라는 사실을 추정하는 입증방법이다.⁴¹⁾

표현증명은 강한 개연성을 갖는 경험칙에 의한 사실추정이라는 점에서 간접증거의 일종이라고 할 수 있다.⁴²⁾ 하지만 엄밀한 의미에서 입증책임을 전환시키는 입증방법은 아니다. 그리고 표현증명에 의한 입증사실의 추정을 상대방이 번복시키기 위해서는 경험칙 또는 그 전제사실의 부존재 혹은 특별한 사정의 존재를 입증하여야 한다. 그러나 추정이 번복되지 않는 한 입증책임을 부담하는 당사자인 환자는 간접사실의 증명을 통하여 입증할 수 있으므로 표현증명은 일종의 입증경감에 해당한다고 할 수 있다.⁴³⁾

2) 表見證明의 特性

표현증명의 특징 중에 하나는 요증사실의 개괄적·추상적 인정의 허용이다. 일반적으로 과실인정을 하는 경우에, 어떠한 주의의무를 어떻게 위반했다는 것을 구체적으로 입증하지 않으면 안되는데 반하여, 이 경우는 고도의 개연성을 가지는 과실이 경험칙에 비추어 다른 어떠한 사실이 개입되지 않는 한 틀림없이 원인과 결과관계에 있다고 개괄적·추상적인

39) 김민중, 앞의 책, 281면 참조.

40) 이영환, "의료과오에 있어서의 인과관계론과 입증책임에 관한 연구", 부산대 법학연구 제26권 제1호, 1983, 93면.

41) 신은주, "의료과오사건에 있어서 과실의 입증 및 입증방해", 판례월보 제305호(1996.2), 31면.

42) 표현증명은 입증책임을 전환시키는 것은 아니고, 법관의 확실한 심증을 요하는 점에서 일반의 사실추정과 다를 바 없으며 다만 경험칙의 도움을 얻어 법관이 요증사실에 대한 확신을 얻는 자유심증형성작용이다.

43) 임현정, "의료과오소송에 있어서 입증책임의 완화", 「의료과오의 민사법적 제문제」(제28기 사법연수원 수료논문, 1998), 332면.

인정을 하는 것이다. 그리고 위에서 말한 추상적이고 개괄적인 사실인정을 방해하기 위해서는 경험칙상 개연성을 배제하기에 충분한 입증책임을 상대방에게 부과한다는 점이다. 결과적으로 원고에게 입증책임의 부담을 경감시키는 것이 된다.

3) 醫療過誤訴訟에 있어서 表見證明

판례가 단적으로 표현증명의 이론에 의하여 인과관계가 인정되었다고 말하기는 어려운 일이다. 그러나 최근 우리 나라 의료과오에 관한 판례 중 상당부분의 판례가 입증을 경감하고 있는 것은 사실이다. 이런 대부분의 판례는 “형평의 원칙”을 이유로 들고 있으나, 그 내면에는 일반적인 상식으로는 인과관계가 있을 것 같으나, 의료행위특수성에 비추어 원고가 입증할 수 없는 것을 피고가 입증하도록 하는 것이 대부분이다. 우리 나라의 판례에 대해서는 보다 많은 연구가 진행되어야 할 것이다.

독일에서 의료과오소송에서 인정된 판례를 살펴보면 다음과 같다.⁴⁴⁾ ① 성홍열환자와 함께 입원한 다른 환자에게 성홍열이 발생한 사실로부터 입원초치상의 과실과 병원사이의 과실이 추정된다. ② 매독환자로부터 수혈을 받은 환자에게 후에 매독이 발견된 경우에 수혈과 매독감염사이에 인과관계가 인정된다. ③ 수술부위에 상당히 큰 물건을 잔류시킨 경우에 의사의 과실 등을 인정한 것을 볼 수 있다.

일본의 경우에도 표현증명에 관한 판결을 많이 볼 수 있는데, 다음과 같다.⁴⁵⁾ ① 키니네의 주사를 시주하여 신경마비증이 생긴 경우에 특이체 질자라고 하는 반증이 없는 한 안전부위의 케로스 삼각부 이외에 주사하였거나 주사에 관하여 주의를 태만히 하였다고 추인된다. ② O형 혈액형을 가진 환자의 혈액형을 간호사가 A형으로 잘못 기재하여 수술 후 환자가 사망한 사안에서 일응의 추정을 통하여 의사의 과실을 인정하였다.

4) 小 結

위에서 본바와 같이 표현증명이론은 입증책임을 환자에게 완화하는데 상당한 기여를 한 것이 사실이나, 정형적인 사상경과가 있어야 가능한데,

44) 강봉수, 앞의 논문, 315-316면 참조.

45) 최재천·박영호, 앞의 책, 846-847.

의학은 발전적 개념으로서 새로운 사실에 대하여 인정하기 어려운 점이 있다. 물론 외국의 표현증명이론이 의사에게 입증을 전환하여 의사가 입증하지 못하면 책임을 면할 수 없는 입증의 전환보다는 의사와 환자사이의 입증의 적정한 분배에 기여한 점은 부인할 수 없으나, 그래도 환자보다는 의사가 그 분야에 전문가이어서 입증하는데 부담이 덜하기 때문에 현재 대법원이 인정하고 있는 입증책임의 경감의 일환인 개연성이론 혹은 사실추정이 입증의 분담에 적절할 것이다. 예컨대 대법원은“환자가 전신마취 도중에 갑작스런 기관지 경련이 일어나고 이로 인한 심정지가 발생하여 뇌손상으로 인하여 결국 사망에 이른 경우에 있어서는, 피해자 측에서 일련의 의료행위과정에 있어 저질러진 일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실 있는 행위를 입증하고 그 결과와의 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 환자의 특이체질 등 전혀 다른 원인으로 말미암은 것이라는 입증을 하지 아니하는 이상, 의료상 과실과 결과 사이의 인과관계를 추정하여 손해배상책임을 지울 수 있도록 입증책임을 완화하는 것이 손해의 공평·타당한 부담을 그 지도원리로 하는 손해배상제도의 이상에 맞는다고 할 것이다”⁴⁶⁾라고 판시하고 있다.

(4) 確率的 責任論(危險增價說)

1) 意 義

확률적 책임론이란 의료소송에서 인과관계의 존부가 다른 소송에서와는 달리 대단히 복합적으로 일어나는 경우가 보통이다. 이런 어려움을 해결하기 위해 일본에서 나온 견해로, 독일에서는 위험증가설이라고도 불리운다.⁴⁷⁾ 전통적인 소송법상 불법행위에 기한 손해배상에서 인과관계 혹은 과실의 입증을 원고가 부담하는 것이 원칙이다. 만약 원고가 입증하지 못

46) 대법원 2001. 3. 23. 선고, 99다48221 판결.

47) 최재천·박영호, 앞의 책, 856면 참조.

하면 피고인 의료인측에서는 전적으로 책임을 지지 않는 것이 원칙인데 이런 경우는 불합리한 결과임은 사실이다. 이를 합리적으로 해결하기 위하여 어느 정도 의료인측에서도 부분적인 책임을 지우자는 이론을 확률적 책임론이라고 한다.

2) 根 據

의료행위는 특성상 사람의 인체에 침습을 가할 수밖에 없어 위험을 어느 정도 감수하여야 한다. 일반 불법행위의 경우처럼 책임의 분야에서 인과관계의 입증에 따라 일방적으로 부담하게 되는데, 이것은 의료과오소송에서는 어느 정도 위험을 내재되고 있으므로 일방이 책임을 부담하는 것은 공평치 못하다. 예를 들면 의사의 過失이 입증되면 의사가 책임을 부담하고 의사의 과실이 입증되지 못하면 부담을 전혀 하지 않게 된다. 이런 결과는 의료행위는 처음부터 어느 정도 위험을 부담할 수밖에 없는 특성에 비추어 그 위험까지 일방이 부담한다는 것은 공평치 않다는 근거에서 이 이론은 출발한다.

3) 判 例

일본의 하급심 판결 가운데는 이러한 확률적 책임론에 근거하여 인과관계의 증명인정에 문제가 남아 있을 때, 이를 손해배상액의 산정에 고려한 것이 있다.⁴⁸⁾ 그러나 실제 사례에서 이 이론을 도입하는 것은 문제가 있다. 처음 인과관계의 입증할 때 입증할 수 없었다는 것은 책임이 없다는 것이 되고, 입증이 어렵거나 자료가 편중되어 있다면 다른 방법으로 해결하는 것이 타당하고, 불확실하고 알 수 없는 부분을 확률로 인정하는 것은 우리 나라가 배심제도를 택하고 있지 않는 현실에 비추어 볼 때 우리 나라에 도입하는 것은 타당하지 않다고 생각한다.

2. 立證責任轉換⁴⁹⁾

(1) 意 義

48) 釧路地裁 綱走支判 昭和 54. 1. 19., 高松地判 昭和 55. 3. 27.(최재천·박용호, 앞의 책, 856면 再引用).

49) 자세한 내용은, 손용근, 앞의 논문, 124면 이하 참조.

입증책임의 전환이란 앞에서 살펴본 여러 이론에 의하여도 환자의 권익보호에 충분하지 못하다는 전제하에 입증책임을 환자측에서 의료인측으로 전환시키는 것을 말한다. 다시 말하면 의료과오소송에서 일정한 경우에 입증경감의 일환으로 인과관계에 관한 입증책임을 의사측에게 부담시키는 이론을 전개하여 왔다.⁵⁰⁾ 표현증명은 정형적인 사상경과에 의한 경험칙이 존재하여야 하는데, 의료분야에 있어서는 발전적인 개념분야로서 의사의 객관적인 행위기준이 의료기술의 발전에 따라 변하므로 일정치가 않아 표현증명을 이용할 수 있는 가능성이 비교적 적다. 따라서 법관의 자유심증에 의하여 요건사실을 추정하는 것보다 더 적극적인 방법으로 의사에게 입증책임을 전환함으로써 환자의 입증책임을 경감할 수 있다.⁵¹⁾

독일에서는 의료과오소송에 있어서 입증책임을 의사에게 전환시키기 위해서는 중대한 치료과오가 존재할 것, 그리고 이로 인하여 건강상 문제가 있다는 것을 환자측이 입증하면 의사측이 인과관계의 입증책임을 진다. 후에는 단순히 중대한 과오만을 요건으로 하는 판례도 볼 수 있다. 그리고 위와 같은 과오자체에 관한 요건 외에 의사의 과오로 인하여 생긴 위험이 실제로 발생한 손해를 초래하기에 적합하여야 한다는 요건을 추가하고 있다. 위법요소로서의 객관적인 의무위반과 유책요소로서의 구체적 비난성을 엄격히 구별하고 있으므로 의료과오에 있어서도 유책한 중대한 과오라는 표현속에는 위 두 가지 요소가 다 포함되는 것으로 이해되고 있다. 다만 여기서 고도의 주의가 요구되는 사항이 객관적 의무위반인 기술상·치료상 과오뿐인지 아니면 구체적 비난성도 중한 것을 요건하고 있는 것인지에 관하여는 판례의 해석상 논란이 있다.

그리고 입증책임의 전환의 근거에 대하여는 판례상 그 표현이 일정하지 않다. 경우에 따라서는 “공정한 이익형량” 또는 “신의성실의 원칙”으

50) 입증책임의 전환은 보다 강력한 입증경감의 한 방법이므로 다른 모든 방법을 강구하고, 예외적인 경우에 사용되어야 할 것이다. 즉, 보충성의 원리를 적용하여야 할 것이다. 그리고 종합병원의 경우 의사가 아닌 병원에 대한 손해배상의 청구에도 이용된다.

51) 신은주, “의료과오사건에 있어서 과실의 입증 및 입증방해”, 32면.

로 말해지기도 하고, 의사가 중대한 과오를 범함으로써 인과관계에 관한 사실해명을 어렵게 만들었으니, 이에 관한 입증의 부담은 의사가 지는 것이 공정하다고 말하기도 한다. 요즘 대부분의 판례는 무기평등, 즉 공평사상에 그 기초를 구하고 있는 것으로 볼 수 있다. 아직 우리 나라에서는 의료소송에서 인과관계의 입증전환을 논한 논문과 사례가 그리 많지 않지만 최근에 중요한 판례와 논문이 나오고 있다.

(2) 立證責任 轉換의 要件

의료과오소송에서의 입증책임의 전환이 인정되기 위한 요건으로는 두 가지가 있다.⁵²⁾ 첫째, 중대한 치료과오가 존재하여야 한다. 여기서 중대한 치료과오는 기본적인 의학기술법칙을 위반하는 것을 말한다.⁵³⁾ 이러한 중대한 치료과오의 확정은 의료행위시의 의료수준에 따라 결정된다. 중대한 치료과오는 개개의 경우에 객관적으로 필요한 주의의무를 다한 경우라면 의사로서는 통상 회피가능성이 있을 것이기 때문에 이로 인한 입증곤란은 대개 발생하지 않는다.

둘째, 치료과오가 손해를 야기하는데 적합한 것이어야 한다. 즉 그 치료과오가 실제로 발생한 손해를 야기하기에 적합한 성격을 가지고 있어야 한다.⁵⁴⁾ 그 적합성이라는 요건이 실질적으로 입증책임전환의 실질적인 범위를 확정하게 된다. 그러므로 치료과오와 건강침해 사이에 인과관계에 대해 입증책임의 전환이 인정되는 것은 전자가 후자의 원인 적합성을 가지고 있는 범위에 한하게 된다. 이러한 원인 적합성은 일반적인 경험에 근거한 개연성 판단을 기초로 하지 않는다.⁵⁵⁾ 즉 해당 치료과오의 원인성에 대해 고도의 개연성을 요구하고 있지 않다. 다만 치료과오의 원인 적합성은 가능성만으로 충분하다.⁵⁶⁾

52) 손용근, 앞의 논문, 150면 참조.

53) 신은주, 앞의 논문, 92면.

54) BGH NJW 1967, 1508; 1969, 553; 1978, 1683.

55) BGH NJW 1983, 333.

56) Nüßgens, Zwei Fragen zur zivilrechtlichen Haftung des Arztes Festschrift für Fritz Hauß, 1978, S. 287.

(3) 立證責任轉換의 範圍

입증책임의 전환의 부분을 어느 정도 인정할 것인가가 문제된다. 인과관계와 고의·과실을 전부 전환시키면 의사에게 너무 불리하게 되는 결과를 야기 시킬 것이다. 그리고 논리적으로도 전부를 전환시킬 수는 없다. 처음에 소송을 제기할 때, 왜 소송을 하는가에 대해서 주장을 하는 것에 입증이 포함될 수밖에 없다. 입증책임의 전환대상에 관해서는 인과관계 및 고의·과실이 논의되고 있다. 그리고 독일에서는 입증책임의 대상에 대해서 위의 전부를 전환시키자는 견해는 아직 없고, 과실의 입증전환은 채무불이행으로 인한 손해배상의 청구에서 논의되며, 인과관계의 입증책임은 불법행위의 경우와 채무불이행의 경우에서 논의되고 있다.⁵⁷⁾

(4) 小 結

우리 나라 대법원의 태도는 아직까지는 명백하게 입증책임을 전환하는 판례는 볼 수 없다. 다만 입증책임 전환과 거의 유사하게 입증책임을 완화하고 있는 판례는 최근에 자주 볼 수 있다. 그리고 개연성이론 중 신개연성설의 경우에는 입증의 전환이라고 보아야 할 정도로 입증책임의 상당부분을 원고에서 피고로 전환 시켜놓은 것을 볼 수 있다. 즉 환자측의 입장에서만 보면 입증책임의 완화이지만, 소송전체의 입장에서 보면 원고가 입증하여야 할 부분을 반증이라는 형태를 빌어 입증을 전환시켰다고도 볼 수 있다.

그리고 독일에서는 입증책임의 전환을 인정한지 오래되었지만, 우리 나라는 아직 신중한 태도를 보이고 있다. 독일의 판례는 인과관계에 관한 입증책임을 전환하기 위한 요건으로 다음 두 가지 경우를 들고 있다. 첫째, 의사가 의도적으로 또는 경솔하게 취급하여 행해진 중대한 치료과오의 경우일 것, 둘째, 의사의 행위에서 나온 위험이 손해를 야기하기에 적합한 것이어야 한다고 하고 있는데, 사견으로는 이와 같은 요건이 갖추어지면 우리 나라에서도 입증책임을 전환하는 것이 타당하다고 본다.

57) 최재천·박영호, 앞의 책, 857면 참조.

IV. 結 語

결론적으로 의료과오소송에 있어서 실제적 진실발견과 당사자의 공평한 부담을 도모하기 위하여 입증책임분배에 관한 전통적인 규범설 또는 법률요건분류설의 테두리를 유지하면서도 의료과오의 입증에 있어 의사측에 비하여 불리한 위치에 있는 환자측의 부담을 일부 경감하여 정당한 손해배상이 이루어 질 수 있도록 학설·판례의 집적이 이루어져 왔음을 알 수 있다. 의료과오소송의 실제에 있어서 단지 환자측의 입증경감이라는 점만 지나치게 강조하게 되면 이는 결국 의사들로 하여금 책임을 두려워 한 방어적 진료 또는 위축진료로 나아가게 하여 의학과 의료기술은 더 이상 발전할 수 없게 될 것이고 그 결과 그 피해는 다시 환자들에게 되돌아가는 악순환이 되풀이 될 것이기 때문이다. 따라서 법원이 의료과오소송의 심리에 있어서는 의사측이 부당하게 취급받지 않으면서도 환자측의 입증경감을 도모할 수 있도록 균형 감각을 잃지 않는 자세가 절실히 요망된다 할 것이다.

그리고 우리 판례를 어떻게 보느냐에 관해서 신개연성이론이 소송전체적인 입장에서 볼 때 입증전환하고 큰 차이가 없을뿐더러 판례도 개연성이론, 혹은 입증의 완화라는 표현을 쓰고 있지만, 실제적인 면에서는 입증의 전환으로 볼 수도 있을 것이다. 그리고 용어가 일치되어 있지 않아 혼란을 가져오는 경우가 적지 않다. 표현증명, 일응추정, Res Ipsa Loquitur, 사실추정, 개연성이론, 신개연성이론, 확률적 책임론 등 외국의 이론을 비판 없이 소개되어 혼란을 가중시키고 있다. 이런 이론들은 심층 분석해보면 전부 일련의 연결고리를 가지고 있고, 어떤 이론은 같은 내용을 이름만 달리한 경우도 볼 수 있다. 결국 입증책임에 관해서는 어떤 경우에 입증책임을 부담시킬 것인가에 관해서 계속 연구가 필요한 부분이라 할 것이다.