

의료과실과 인과관계의 입증에 관한 대법원 판결의 태도

박 영 호

- I. 문제의 제기
- II. 대법원 판례의 2가지 경향의 구체적인 검토
 - 1. 간접사실에 의한 동시추정의 방식
 - 2. 일반인의 상식 방식

I. 문제의 제기

많은 실무가들이나 학자들이 우리나라 대법원 판례가 의료과실과 인과관계의 입증에 대하여 법원의 실무 특히 대법원 판례가 2가지의 완전히 상이한 방식을 취하고 있다는 점을 아직은 전혀 이해하지 못하고 있는 듯하다. 의료과실의 입증이라는 부분이 별도의 개념으로 이해되고 있는 것조차도 아주 최근의 경향임을 고려하여 보면 그것은 당연한 현상인지도 모른다. 이것은 하급심을 담당하고 있는 법관들의 경우에도 마찬가지이다.

단적인 예로 대법원에서 발간한 재판 실무 매뉴얼인 의료재판실무편람을 보더라도 2001년 2월에 발간된 구판에서는 의료과실의 입증이라는 부분이 따로 언급되지도 않았다. 그러던 것이 2003년 11월에 개최된 의료소송 커뮤니티의 발표회에서 필자가 첨부 파일과 같은 내용으로 93다52402 판결에 대한 논문을 발표하면서 우리 대법원 판례의 의료과실 및

* 대구지방법원 포항지원 판사

인과관계의 입증과 관련하여 2가지 상이한 태도를 취하고 있으며, 일부 대법원 판례나 대다수의 하급심 판례가 그러한 경향을 몰각한 채 과실과 인과관계를 간접 사실에 의하여 동시추정하면서도 그와는 완전히 상이한 93다52402 판결의 판지를 인용하는 것은 큰 문제점이 있다고 지적하였고, 2002. 11. 9.에 개최된 법원의 의료소송 커뮤니티 발표회에서도 당시 의료전담재판부인 서울지방법원 민사 15부 판사님이셨던 이상화 판사님께서 의료과실 및 인과관계의 입증에 대하여 93다52402판결과 같은 태도와 간접사실에 의하여 과실을 추정하는 두 가지 태도가 나누어져 있다는 발표를 하시면서 이러한 대법원 판결의 두 갈래의 완전히 다른 경향이 의료소송을 전문으로 연구하는 판사님들 사이에서 그제서야 감지되기 시작하였고, 그 전에는 그러한 인식이 거의 되지 않았었다.

그리하여 2005년에 개정된 대법원 발행의 의료재판실무편람에서는 제 53면에서 제57면에서 이러한 경향을 과실의 입증책임을 완화하는 방법의 2가지로 소개하면서 하나는 간접사실을 입증함으로써 과실을 추인하되 이 때 필연적으로 인과관계가 인정이 되도록 하는 방식이고, 다른 하나는 과실의 입증의 정도를 완화하여 엄격의 주의의무 위반의 입증이 아닌 일반인의 상식 수준에서 추상적으로 과실로 판단되는 기초사실만 입증하면 되도록 하는 방안 등이 있다고 설명하고 있다.

이러한 대법원 판례의 태도 중 간접사실에 의한 과실과 인과관계 추정에 대하여는 대법원 판결이 명시적으로 이를 인정한다는 태도를 보이지 않다가 대법원 2004. 10. 28. 선고 2002다45185 판결에서 의료행위는 고도의 전문적 지식을 필요로 하는 분야로서 전문가가 아닌 일반인으로서는 의사의 의료행위의 과정에 주의의무 위반이 있는지의 여부나 그 주의의무 위반과 손해발생 사이에 인과관계가 있는지 여부를 밝혀내기가 극히 어려운 특수성이 있으므로 수술 도중 환자에게 사망의 원인이 된 증상이 발생한 경우, 그 증상 발생에 관하여 의료상의 과실 이외의 다른 원인이 있다고 보기 어려운 간접사실들을 입증함으로써 그와 같은 증상이 의료상의 과실에 기한 것이라고 추정하는 것도 가능하다고

판시하여 대법원 판결이 2가지의 다른 갈래의 길을 택하고 있다는 것을 명시적으로 밝힌 바 있다.

위 2002다45185판결을 담당한 재판연구관인 민유숙 판사님 또한 위 판결의 기초가된 재판연구관 보고서를 보완하여 작성한 의료과오로 인한 손해배상소송에 있어서 인과관계·과실의 추정과 설명의무¹⁾라는 논문의 제283면에서 필자가 의료소송 커뮤니티에서 주장하였던 것과 동일한 논의를 그대로 인용하면서, 아울러 위 93다52402 판결이 요구한 ‘일반적·상식적 수준에서의 과실’은 미국에서 인정되는 ‘common knowledge’와 ‘Les Ipsa Loquitur’ 등의 원칙에서 기본정신을 유추하였을 것으로 추측된다고 필자의 논문을 인용하여 동일한 견해를 취한 사실은 최근의 법원의 추세를 잘 반영하여 주고 있다 할 것이다.

II. 대법원 판례의 2가지 경향의 구체적인 검토

1. 간접사실에 의한 동시추정의 방식

가. 간접사실에 의한 인과관계와 과실의 동시 추정-- 과실개념의 미분화

총래 93다52402 판결이 선고되기 전에는 의료과실의 개념은 거의 인과관계에서 미분화된 상태로 우리나라의 대법원 판례는 오로지 인과관계의 입증 및 그 입증책임 완화가 주된 화두였기에 대법원 판결은 다른 소송에서처럼 원고의 과실을 확정된 후 그 과실과 손해 사이의 인과관계를 따지는 논리 전개 방식을 따르지 않은 채 의료과실과 인과관계 인정 단계를 구별하지 않고 여러 가지 간접사실에 경험칙을 적용하여 “(여러 간접사실)에 비추어 보면(또는 --와 같은 사정하에서라면), 결국 (어떠한) 손해는 (어떠한) 과실로 인하여 초래된 것이라고 추정할 수밖에 없다”는 식으로 과실과 인과관계를 동시에 추정하는 설시를 하여 왔고 간접사실로는 주로 시간적 근접성과 타원인의 개입가능성의 부존재 등이 주로 거론되었다.

1) 대법원 판례해설 51號 (2004 하반기), 279면 이하

이와 같이 의료소송에 있어서 우리 대법원과 하급심은 의료소송에 있어 여러 가지 간접사실에 경험칙을 적용하여 의료과실과 인과관계를 동시에 추정한 최근의 대법원 판례로는 아래와 같은 것들이 있다.

① 1993. 7. 27. 선고 92다15031판결

의사의 척추전방유합수술 후에 나타난 환자의 하반신 마비증세가 시간적 접촉성과 타 원인의 개입가능성이 없다는 점에서 의사가 부주의로 척추신경을 수술칼로 끊거나 소파술시 수술기구로 신경을 세게 압박한 수술상의 과실로 인하여 초래된 것이라고 추정된다고 판시하였다.

② 대법원 1995. 3. 10. 선고 94다39567 판결

원심이 확정 한 사실관계에 비추어 보면 원고의 사지부전마비증세가 이 사건 수술 직후에 나타났고, 그 증상에 대한 최종적인 의학적 진단명이 혈류부족으로 인한 제6 및 제7 경추부위의 척수위축증으로 밝혀져 그 부위가 이 사건 수술부위와 일치되며, 이 사건 수술전후를 통하여 원고에게 척수위축으로 인한 하반신 마비를 초래할 만한 특별한 원인이나 증상이 관찰되지 아니하고, 나아가 척수위축으로 인한 하반신마비가 생기는 원인들 중 세균감염, 탈수초성 및 혈관성으로 인한 경우에는 각 특유한 전구증상이 나타나는데도 원고에게는 이러한 전구증상이 없었으므로 외상성 또는 원인불명의 두 가지 만이 남게 되는 데다가, 신경근 동맥이 압박을 받으면 동맥경련 또는 혈전증이 생겨 척수병변을 발생시킬 수 있고, 척수 또는 전면척수동맥이 수술 중 외과적인 원인에 의하여 손상되면 운동마비 감각장애 등의 증상을 일으킬 수 있는 것이라면, 비록 시술상의 잘못 이외의 알 수 없는 원인으로 합병증이 발생하는 확률이 1퍼센트 미만으로 알려졌다고 하더라도, 원고의 사지부전마비증세는 피고 김영수가 시술과정에서 수술기구 등으로 원고의 전면척추동맥 또는 신경근 동맥을 과다압박 또는 손상하게 하여 척수혈류장애를 초래하였거나, 또는 원고의 제6 또는 제7경추 부위의 척수를 손상시킨 잘못으로 인하여 초래된 것이라고 추정할 수밖에 없다고 할 것이다.

③ 대법원 1998. 2. 13. 선고 97다12778 판결

원심이 같은 취지에서, 위 장재○는 평소에 건강한 학생이었을 뿐만 아니라 간질상태의 병력이나 소인을 보인 적이 전혀 없고 이 사건 상해 이후의 진단이나 관찰에서도 간질의 소인이 될 만한 특별한 특성이 발견되지 아니하며 그 밖에 다른 원인이 개재될 수 없었던 점 및 피고가 장재○에게 시주 또는 투여한 약물들에게 앞서 인정한 바와 같은 부작용이나 과민반응이 있을 수 있는 점과 피고의 이 사건 시주와 투약 및 이 사건 상해의 발생 사이의 시간적인 근접성과 그 진행 경과 등에 비추어 볼 때 의료전문가인 피고가 장재○의 위 상해가 피고가 장재○에게 시주하거나 투여한 약물의 부작용이나 과민반응에 의한 것이 아니라는 점에 대한 뚜렷한 입증을 하지 못하고 있는 이 사건에서 장재○의 위와 같은 상해는 피고가 장재○에게 시주하거나 투여한 약물들의 부작용이나 과민반응으로 인하여 야기된 것으로 추정하는 것이 합리적이라고 할 것이고,

④ 대법원 2000. 7. 7. 선고 99다66328 판결

이와 같이 위 망인의 사망을 초래한 대동맥박리는 이 사건 심막중격결손 수술을 위한 캐놀라 삽관 직후에 나타난 것으로서 이 사건 수술 이외에는 다른 원인이 개재하였을 가능성이 없고, 그 발생 부위 또한 이 사건 캐놀라 삽관과 연관하여 볼 수 있는 부위로 보이고, 위 망인에게 이 사건 수술 전후를 통하여 대동맥박리를 초래할 만한 특별한 질환이나 증상이 관찰되지 아니하였으며, 한편으로는 대동맥에 캐놀라를 삽입하는 과정에서 대동맥내막에 대한 직접적인 열상이나 기계적인 압박 등 부적절한 시술로도 대동맥박리가 나타날 수 있는 데다가, 비록 심장수술 과정에서의 잘못 이외의 합병증으로 대동맥박리가 발생할 수 있는 확률도 0.16% 있지만 그와 같이 예외적으로 발생하는 경우도 주로 고혈압 등 혈관질환을 보유하고 있는 환자들에게서 나타난 것이라는 사정 하에서라면, 위 망인에게 발생한 이 사건 대동맥박리는 결국 대동맥박리가 일어날 수 있는 원인 중에서 캐놀라를 삽입하는 과정에서 대동맥내막을 손상시

키는 등 부적절한 캐놀라 삼판에 의하여 초래된 것이라고 추정할 수 밖에 없다고 할 것이다.

나. 위 판례들에 나타난 경감의 방법

위 의료소송 판례들에 나타난 사례들이 인과관계 추정의 근거로 모두 ① 의료행위와 장해결과와의 시간적 접촉성, ② 타원인의 개재 가능성의 부존재를 들고 있고, 구체적인 과실의 예를 들면서 그러한 과실로 인하여 악결과가 발생하였다고 추정하고 있는 점(일응의 추정론은 구체적 과실의 특정 없이 과실을 추정한다) 등에 비추어 보면 우리 대법원이 채용하고 있는 의료소송에서의 입증책임 감경의 방법은 일본에서 인과관계의 입증완화에 주로 사용되고 있는 사실상 추정론과 같은 구조임을 알 수 있고, 대법원 1998. 2. 27. 선고 97다38442 판결은 아예 구체적으로 “事實上推定”이라는 용어까지 사용하고 있는 바²⁾, 비록 일본에서는 주로 이러한 사실상 추정론이 주로 인과관계의 입증완화에 사용되고 있기는 하지만 의료과실의 입증완화에도 역시 적용되는 것이고, 종래 일본과 우리나라에서는 의료과실소송에서 의료행위의 과실 자체의 입증과 그 입증책임의 완화에 관한 문제는 따로이 논의되지 않고 인과관계에 관한 입증책임의 완화문제와 관련하여 함께 논의되어 왔을 뿐이니 인과관계에 관한 입증책임을 완화하는 논리는 그대로 과실의 입증과 관련하여 적용될 수 있는 이론으로 생각되고 그렇게 설명되어 지고 있는 점 등을 참작하면 우리나라의 대법원 판례는 의료과실과 인과관계 양자에 대하여 사실상 추정의 방법으로 그 입증책임을 완화하고 있다고 봄이 상당하다 할 것이다.

2. 일반인의 상식 방식 - 93다52402 판결 방식

가. 독자적인 의료과실의 입증 --- 의료과실 개념의 분화

2) 대법원 99다66328 판결에 대한 재판연구관 검토 보고서 참조

대법원 1995. 2. 10. 선고 93다52402 판결을 효시로 의료과실로 인한 손해배상 청구사건에서 인과관계를 완화한 판시가 확립되어 있는바, 이에 의하면 원고는 ① 일련의 의료행위 과정에 있어서 저질러진 일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실 있는 행위를 입증하고(의학적, 전문적인 지식에 비추어 과실 있는 행위일 필요가 없고, 일반적, 상식적 수준에서 과실 있는 행위이면 족하다.) ② 환자의 기왕의 건강상의 결함이 없었다는 점의 2가지를 입증하면, 그러한 과실 있는 행위와 결과 사이의 인과관계가 추정되도록 하도록 하고 있다.

종래의 간접 추정 방식에서는 의료과실이라는 개념은 별도의 입증 대상이 아니라 인과관계를 추정하기 위한 간접사실의 하나로서 여겨지는 정도에 불과하였는데, 위 판결에서는 인과관계를 추정받기 위하여서는 일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실 있는 행위를 먼저 입증하도록 하고 있다는 점에서 종래의 대법원이 취한 과실이 아닌 간접사실의 입증을 통하여 인과관계를 추정하던 방식과는 전혀 판이한 새로운 패러다임을 창조하였다.

나. 일반인의 상식에 바탕을 둔 과실있는 행위 입증의 의미

대법원 1995. 2. 10. 선고 93다52402 판결에서 도입한 일반인의 상식에 바탕을 둔 과실있는 행위 입증이라는 개념과 관련하여서는 위 판결이 선고된 이후 즉각 많은 실무가와 학자들이 나름대로의 견해를 제시하였는바, 이러한 견해들을 분류하여 보면 아래와 같다.

(1) 주의의무 판단 기준으로 보는 견해

(가) 주의의무 판단 기준의 변경을 시사한 것이 아닌가 하는 의문점을 제기하는 견해³⁾

이 견해는 위 93다52402 판결이 도입한 환자측이 입증하여야 대상으로서의 일반인의 상식에 바탕을 둔 과실이라는 개념이 종래 불법행위요건

3) 양창수, 의료과오에 관한 재판례, 민법연구 3, 박영사, 1997, 445면

으로서의 과실 유무는 가해자의 직업에 속하는 평균인(가령 평균적인 의사)를 기준으로 판단된다고 하는 것이 대법원 판례의 일관된 태도이고, 통설도 그러한 견해를 취하고 있는데, 위 93다 52402 판결이 도입한 일반인의 상식이라는 개념은 평균인으로서 의사가 아니라 일반인(layperson)의 상식(common knowledge)를 바탕으로 과실을 판단하도록 하여 의료과실의 판단기준을 직업적 평균인에서 일반인(layperson)으로 변경한 것이 아닌가 하는 의문점만을 제기한 견해이다.

하지만, 위 93다 52402 판결이 선고된 이후에도 우리 대법원 판례⁴⁾는 여전히 의사의 주의의무위반 판단 기준으로 “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 이른바 의학상식을 뜻하므로 진료환경 및 조건, 의료행위의 특수성 등을 고려하여 규범적인 수준”을 들고 있기에 위 판결이 의료과실 여부의 일반적인 판단기준을 의사에서 일반인(layperson)으로 변경한 것은 아닌 것으로 보인다.

(나) ‘일반인’ 이란 평균적인 의사를 의미한다고 보는 견해⁵⁾

이 견해는 주의의무 판단 기준의 변경을 시사한 것이 아닌가 하는 의문점을 제기하는 견해에 대하여 반박하면서 판례와 통설이 말하는 불법행위 요건으로서의 과실 유무는 가해자의 직업에 속하는 평균이 즉 평균적 의사라는 기준을 변경한 것은 아니고, 위 93다 52402 판결에서 말하는 일반인은 여전히 평균적 의사를 말한다고 보는 것이 타당하다고 주장한다.

하지만 위 93다 52402 판결에서 말하는 ‘일반인의 상식’은 아래에서 보는 바와 같이 영미법상의 Common Knowledge로 보는 것이 타당하고 이러한 Common Knowledge는 의사가 아닌 일반인(layperson)의 그것으로 봄

4) 대법원 1998. 7.24. 선고 98다12270 판결, 대법원 2001. 3. 23. 선고 200020755판결 등 참조

5) 최재천, 의사의 의료행위에 있어서의 주의의무의 기준, 판례월보 제323호(1997. 2), 제14면

이 타당하며, 영미법에서 주의의무의 판단기준은 평균적인 의사 즉 average doctor로 보면서도 전문가 증언을 획득하지 못하는 경우의 환자 측의 입증을 경감하기 위하여 common knowledge이론을 도입하여 일반인의 상식으로 보았을 때도 과실로 볼 수 있을 정도의 과실이라면 굳이 전문가 증언이 필요 없이 배심원의 판단만으로 과실을 인정할 수 있다고 하여 환자측의 입증책임 완화하고 있다는 연혁을 살펴보았을 때 위 93다52402 판결에서 말하는 일반인의 상식은 영미법상의 common knowledge theory에서 근원한 것이기에 여기서 말하는 일반인은 배심원과 같은 소인 즉 layperson을 말하는 것이지 영미법상 의료과실 판단기준인 average doctor를 말하는 것이 아니라고 보아야 하므로 위 견해는 의료과실 판단 기준으로서의 average doctor와 입증책임 완화를 위한 common knowledge theory에서의 layperson 개념의 차이를 이해하지 못한데서 유발된 잘못된 견해이다.

(다) 환자의 악결과를 초래하기에 개연적인(개연적으로 적합한 중과실로 보는 견해⁶⁾)

이 견해는 환자 측이 일반인의 상식으로 진료행위의 오류라고 판단하는 수준에서 증명한 과실행위를 기초로 하여 원인불명의 인과관계를 추정하는 경우에는 손해배상 책임귀속에 관한 실체법적 관점에서 의문이 제기될 수 있는데, ① 환자의 피해 발생이 진료에 의한 것이라는 인과관계가 명확히 확인된 사안에서도 해당 진료상 의료전문적인 과실이 없으면 의사에게 책임을 귀속시킬 수 없는 반면, ② 인과관계가 규명되지 않은 사안에서는 오히려 일반인의 상식 수준에서 다른 정황적 간접사실들에 의한 과실행위의 증명만으로 인과관계를 추정하고, 의료측이 그에 대한 반증이 불가능하여 번복시킬 수 없는 한 종국적으로 책임을 귀속시키는 것은 타당하지 않으므로, 일반인의 상식이란 환자의 악결과를 초

6) 안법영, 의료사고의 불법행위책임, 법학논집, 고려대 법학연구소, 1997, 제271면 이하 및 대법원 개최 발표회에서의 질의서

래하기에 개연적으로 적합한 중과실로 해석하여야 한다고 주장하고 있다.

이 견해는 위 판례의 전체적인 내용은 제대로 이해하고 있으나 우리나라 대법원 판례의 태도가 두 가지 경향으로 명시적으로 나뉘어지고 있었음에도 일부 대법원 판례와 대다수 대법원 판례가 이를 명시적으로 구분하지 않고 간접추정의 방식의 판례에 대하여도 일반인의 상식에 관한 93다52402 판결의 판지를 인용함으로써 인하여 학자들에게 혼동을 가져 오도록 하였고, 이 견해는 그러한 혼동에 기초하여 전개된 것으로 보인다.

위 이론이 자신의 논거의 근거로 든 2002다45185판결의 재판연구원 보고서를 논문화 한 민유숙 연구원의 대법원 판례연구상의 논문을 보더라도 93다52402 판결이 말하는 일반적·상식적 의미의 과실'은 미국에서 인정되는 'common knowledge'와 'Les Ipsa Loquitur' 등의 원칙에서 기본정신을 유추하였을 것으로 추측되며, 우리 대법원 판례는 일반인의 상식과 간접추정의 방식 두 가지 방법에 의하여 과실과 인과관계를 인정하기에 두 가지 방법은 뚜렷이 구분되어야 함에도, 일부 대법원 판결이 이를 혼용하여 문제를 야기하고 있다는 점을 잘 지적하면서, 일반인의 상식 이론을 적용하는 93다52402 판결류의 경우에는 아직 여러 가지 해석의 불명확한 점이 남아 있으나 간접추정의 방식에 의하여 과실과 인과관계를 동시에 추정하는 경우에는 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 아니라는 것을 밝혔을 뿐인데 위 견해는 이러한 입장을 일반인의 상식에 기초한 93다52402류의 판결에도 적용하려고 하는 일반화의 오류를 범하고 있는 것처럼 보인다.

물론 이 견해의 주장처럼 일반인의 상식에 기초를 둔 과실이 중과실의 개념과 다소 유사성을 띄고 있는 것은 사실이나, 중과실과 일반적인 과실의 판단은 어디까지나 의료인을 의료수준을 기준으로 하는 것으로서 의료인의 관점에서 본 중과실과, 일반인의 상식에 기초를 둔 과실이 반드시 일치한다고는 볼 수 없다 할 것이므로, 위 93다52402판결에서 말하는 일

반인의 상식에 기초를 둔 과실을 중과실로 보기에에는 무리가 있어 보인다.

(라) 입증부담의 완화 내지 경감으로서 증명도의 문제로 보는 견해

이 견해는 위 93다52402 판례 중 일반인의 상식에 바탕을 둔 과실의 입증이라는 부분은 주의의무위반 여부의 판단 기준을 변경하거나 다루고자 한 것이 아니라, 주의의무위반 여부의 입증의 정도에 관한 설시로, 불법 행위 일반 이론상 과실의 입증책임은 원고 즉 피해자에게 있는 바, 의료과실소송에서 이 전통적 이론은 자주 불공평하다는 지적을 받아왔고 이에 입증책임의 전환이라는 혁신에 대하는 그것이 몰고올 저항에 대한 우려가 커서 입증책임을 경감하지 위한 정책이 채용되기에 이르렀고, 그 방법론으로 위 판례가 개발되었는데, 위 판결의 내용대로 일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상 과실행위가 원고에 의해 입증되면, 일응 과실 존부에 대한 논쟁은 끝나고, 다만 피고에게 인과관계 부존재의 주장이라는 방어 무기가 남겨져서 그 입증에 성공하면 면책되지만 그렇지 못하면 일응 인과관계도 추정되어 책임을 지게 되는 것으로 결국 위 판례의 판지는 주의의무규범 수범자 표준 및 주의의무 자체의 수준에 대하여는 아무런 영향을 미치지 않는바, 그리하여 피고측의 과실 부인에 관한 법관의 심증형성에 영향을 주는 요소로서가 아니라, 원고의 입증 수준을 경감하는 즉 원고측의 과실 주장에 관한 법관의 심증형성에 영향을 주는 요소로 작용하게 된다고 주장한다.⁷⁾

현재 우리나라에서 대부분의 실무가와 학자들은⁸⁾ 위 93다 52402 판결은 주의의무규범 수범자의 표준 및 주의의무 자체의 수준에 대하여 아무

7) 석희태, 의료과실 판단기준에 관한 학설, 판례의 동향, 의료법학, 대한의료법학회, 창간호, 제347-348면

8) 김성수/김도형, 의료판례의 종합적 분석 및 그 전망, 법조 제46권 제1호, 제18면, 김천수, 진료과오 책임의 입증 및 설명의무의 이행, 의료법학, 창간호, 제289면, 신은주, 의료과오사건에 있어서 과실의 입증 및 입증방해, 판례월보, 1996년 2월호, 제34면, 이상돈, 의료형법, 제14면, 전병남, 의료소송에 있어서의 입증책임의 완화, 의료법학 제2권 제2호, 제348면

런 영향을 미치지 않고, 다만 의료과실을 일반인의 상식을 바탕으로 입증하면 의사의 과실이 입증된 것으로 보는 것으로 환자측의 의료과실 입증 책임을 완화하고 있는 것으로 보고 있다.

(마) 사건

필자는 종래 발표한 논문에서 위 93다52402 판결에서 말하는 일반인의 상식에 바탕을 둔 과실이라는 개념이 미국의 Res Ipsa Loquitur나 Common Knowledge 판결에서 연혁되었다고 추정된다고 밝힌 바 있으나, 그것은 어디까지나 추정일 뿐이고, 그 당시의 인과관계의 입증완화 조차도 인정되지 않고 있던 상황에서 위 93다52402 판결이 최초로 인과관계의 입증책임 완화를 인정한 판결이라는 점을 참작할 때, 위 판결이 과실의 입증책임을 독립하여 생각하지도 않던 상황에서 과실의 입증책임완화와 관련한 미국의 Res Ipsa Loquitur 법리나 Common Knowledge를 그대로 인용한 것으로 보이지 않고, 그 기본적인 취지만을 도입한 것으로 보인다.

다만, 그 이후 법원의 실무가들은 최근에 의료소송에서의 인과관계와 관련한 입증완화가 이론적으로 실무적으로 상당히 정착단계에 이르게 되자 드디어 의료과실의 입증완화로 점차 눈을 돌리기 시작하였고, 급기야 위 93다52402 판결이 별 의미 없이 던진 일반인의 상식에 바탕이라는 둔 과실이라는 개념을 조명하기 시작하고 있다. 하지만 종래 일반인의 상식에 바탕을 둔 과실이라는 개념 자체가 위 93다52402 판결에서 최초로 사용된 개념이고 그 이후에도 대법원이나 법원의 판례가 위 일반인의 상식이란 것이 무엇을 의미하는 것인지에 대하여 아무런 명시적 입장을 밝힌 바가 없기 때문에 여러 가지 논란이 계속되고 있는 것만은 사실이다.

하지만 위 판결이 나온 당시의 사정을 비추어 보면 위 일반인의 상식이라는 표현이 과실의 입증책임을 완화를 도모하기 위하여 사용된 것만은 분명하다 할 것이다.

하지만 최근 일반인의 상식이라는 개념이 무엇인가에 대하여 법원의 실무가들 사이에서 관심을 가지고 연구가 이제 시작되고 있는 단계이고

보면, 위 93다52402판결에서 말하는 일반인의 상식에 바탕을 둔 과실이 Common Knowledge인지 중과실인지를 밝힌다는 것은 그 당시에 판결문에서는 의도하지도 않았던 개념을 후세에 부여하는 것에 불과하다 할 것이므로 일반인의 상식을 둘러싼 해석은 결국 앞으로 나올 대법원의 판결 등에서 정책적으로 결정된 사항으로 생각되며, 다만 93다52402판결이 선고된 당시에는 Common Knowledge 이론 등이 우리나라에 수용되지도 않던 단계임을 고려하면 현재로서는 위 일반인의 상식에 바탕을 둔 과실이라는 개념은 의료과실은 간접추정 방식이 아닌 방식에 의하더라도 즉 의학교과서나 기타 필자가 대한의료법학회에서 발표한 바 있는 감정이외의 방법에 의한 과실 입증방식에 따라 전문가인 의료인의 감정이나 증언이 없더라도 기타 방법을 통하여 일반인의 상식을 기초로 직접 입증될 수 있다는 것을 밝힌 것으로 해석하는 것이 타당할 것으로 생각된다.