

의료과오소송 원고의 증명부담 경감

-대법원 판례상 '일반인의 상식' 문언을 중심으로-

석희태*

- I. 서 언
- II. 판례의 내용
- III. 판례의 논리
- IV. 판례의 평석

I. 서 언

의료과오 손해배상 청구소송에서 책임요건인 과실과 인과관계의 입증책임이 원고 즉 환자측에 있고, 그것이 형평상 적절하지 못하다는 것은 이미 일찌기부터 논의되어 온 바이다.

법원은 중년에 원고의 증명부담을 경감시킬 수 있는 이론적 방도를 모색하기 시작하여, 1995년에 대법원 최종판결을 통해 「인과관계의 추정」에 관한 하나의 이론 모형을 형성하게 되었고, 그것은 이후의 대법원 판결문에 공언되어 있는 바와 같이 “대법원의 확립된 견해”(대법원 2002.8.27. 선고 2001다19486 판결) 내지 “대법원의 확립된 판례”(대법원 2006.10.27. 선고 2004다2342 판결)로 자리잡게 되었다.

필자는 이 판례들이 취하고 있는 이론 모형의 타당성에 대하여 처음부터 약간의 의문을 지니고 있었으며, 아울러 이에 대한 학계

* 경기대 법대 교수, 법학박사

와 실무계의 논의에서 판례 논리의 충분한 이해가 다소 부족한 듯한 점을 느껴 왔다.

아래에서 관련 판례의 논리를 분석하고, 그 타당성 유무를 고찰해 보고자 한다.

II. 판례의 내용

『...손해발생의 직접적인 원인이 의료상의 과실로 말미암은 것인지 여부는 전문가인 의사가 아닌 보통인으로서는 도저히 밝혀낼 수 없는 특수성이 있어서 환자 측이 의사의 의료행위상의 주의의무위반과 손해의 발생과 사이의 인과관계를 의학적으로 완벽하게 입증한다는 것은 극히 어려우므로, 이 사건에 있어서와 같이 환자가 치료도중에 사망한 경우에 있어서는 피해자 측에서 일련의 의료행위 과정에 있어서 저질러진 일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실 있는 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 입증은 하지 아니하는 이상, 의료상 과실과 결과 사이의 인과관계를 추정하여 손해배상책임을 지울 수 있도록 입증책임을 완화하는 것이 손해의 공평·타당한 부담을 그 지도 원리로 하는 손해배상제도의 이상에 맞는다고 하지 않을 수 없다...』¹⁾

1) 대법원 1995.2.10 선고, 93다52402 판결. 수족다한증 치료를 위해 교감신경 절제 수술을 받은 환자가 수술 직후부터 뇌경색으로 의식을 잃어 17일만에 사망한 사건;

Ⅲ. 판례의 논리

1. 원고의 증명

①과실부분; 일반인의 상식으로써 지적하고 표현해낼 수 있는

대법원 1995.3.10 선고, 94다39567 판결. 추간반탈출증 치료를 위해 수술을 받은 환자가 수술 직후부터 혈류부족에 의한 척수위축증으로 인한 하반신 완전마비 등 사지부전마비 증세를 나타낸 사건;

대법원 1999.2.12 선고, 98다10472 판결. 간질환으로 치료받던 피해자에게 진균증 감염 사실이 발견되어 항진균제인 니조랄을 투약한 후 흉통발작일 시적 혼수상태가 반복된 끝에 사망한 사건;

대법원 1999.4.13 선고, 98다9915 판결. 결핵성 뇌막염환자가 병명확진 전에 원인규명을 위해 두 차례 척수염 검사를 받은 뒤 하반신마비 증세가 발생하여 유지되고 있는 사건(하반신 마비는 척수염검사의 결과가 아닌 결핵적 추염 및 지주막염의 후유증으로 인정됨);

대법원 2000.1.21 선고, 98다50586 판결. 제왕절개수술을 받은 산부가 장시간 마취에서 깨어나지 않던 중 심부정맥혈전증 및 폐전색증으로 사망한 사건;

대법원 2000.9.8 선고, 99다48245 판결. 외상으로 인한 장파열 및 복강내출혈이 있는 환자가 즉시 수술처치를 받지 못하고 전원되던 중 허혈성쇼크를 일으켜 사망한 사건;

대법원 2002.8.27 선고, 2001다19486 판결. 정신병원에서 입원치료받던 고령의 정신병 환자가 병원 의사의 관리소홀로 넘어져 두부외상을 입고 그 후 치매증상을 보이게 되었으나, 그 환자에게 사고 이전에 이미 치매를 표상하는 기질적 정신장애의 증세가 있으므로 의사에게 진료상의 과실이 있다고 하더라도 현재 환자의 치매증세와 사이에서 인과관계가 추정되지 않는다고 한 사건;

대법원 2003.1.24 선고, 2002다3822 판결. 산모가 산전 소변검사 결과 요당 약양성 반응을 보이는 등의 사정이 있었는데 이에 대해 별다른 조치를 취하지 않은 채 질식분만 방식으로 분만을 유도하던 중 태아가 거대아인 관계로 견갑난산을 하게 되어 태아에게 상완신경총 손상이 발생한 사건;

대법원 2005.9.30 선고, 2004다52576 판결. 산재사고로 양손의 손가락 일부가 절단되어 그 접합수술 등을 받음으로써 전신기능이 저하된 환자에게 수액을 과다투여하여 결국 환자가 심장탐포나데로 사망한 사건;

대법원 2006.10.27 선고, 2004다2342 판결. 질식분만을 시도하다 제왕절개술을 시술하였으나 신생아가 출생 후 12시간여 만에 사망한 사건;

서울고법 2007.3.15 선고, 2006나56833 판결(확정). 여러차례의 흡입분만 시도 끝에 태아가 사산된 사건.

의료과실의 정황, 행위 등을 원고가 주장하고 증명하는 것으로 충분하다.

(예컨대, 93다52402 사건에서, i)수술의 일부를 타 의사에게 맡기고 주치의가 늦게 참여하였음, ii)피부 및 근육을 절개해 놓고 기다린 시간이 다소 많이 경과하였음, iii)수술 후 대처가 소홀하였음 등의 지적·증명)

② 인과관계 부분; 과실 있는 행위와 결과 사이에 일련의 의료 행위 외에 다른 원인이 개재될 수 없다는 점을 원고가 주장하고 증명하는 것이 필요하다.

(예컨대, 위 사건에서, i)뇌경색이 수술 후에 일어났음, ii)다른 원인이 개재되었을 가능성은 찾아볼 수 없음, iii)피해자는 문제의 다한증 외에는 특별한 질병 없이 정상적인 생활을 해 왔음, iv)수술 전 사전검사에서도 특이한 이상증상이 나타나지 않았음 등의 지적·증명)

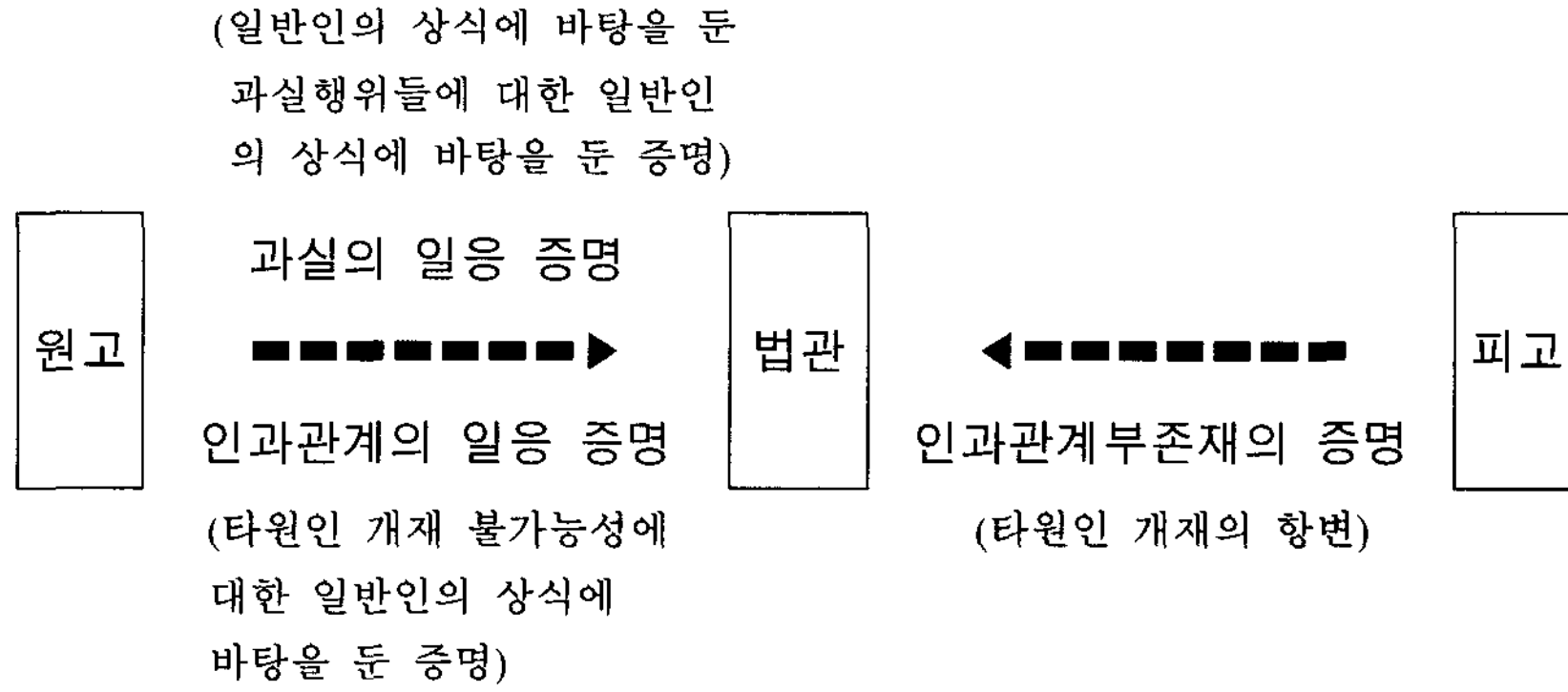
2. 피고의 증명

① 과실 부분; 언급 없음

② 인과관계 부분; 결과가 의료상의 과실로 말미암은 것이 아니라, 전혀 다른 원인으로 말미암은 것이라는 사실을 피고가 증명하여야 한다.

3. 결 론

피고가 당해 결과가 당해 의료행위가 아닌 전혀 다른 원인으로 말미암은 것이라는 인과관계 부존재의 증명에 실패하면, 과실행위와 결과 사이의 인과관계가 추정되어 결국 피고가 손해배상책임을 부담한다.



IV. 판례의 평석

1. 주의의무규범 수범자 표준의 변경 여부

먼저, 판례의 논지는 주의의무규범의 수범자 표준을 『평균적 의사』로부터 『상식정도를 갖는 일반인(이른바 추상적 일반인)』으로 변경한다는 취지가 아니다.

여전히 과실판단의 전제인 주의의무의 수준은 『평균적 의사』를 표준으로 한다.

2. 증명책임의 완화 또는 전환 여부

① 과실부분

판례의 논지는 원고의 증명부담을 경감하고자 하는 것으로서, 그것은 원고의 과실 존재 주장에 관한 법관의 『고도의 심증형성』에 영향을 미치게 된다는 뜻이다.

한편 원고의 일반인의 상식에 바탕을 둔 정도의 과실행위에 대한, 일반인의 상식에 바탕을 둔 정도의 주장증명(이하 ‘그 정도의 내지 일응의 주장증명’)이 이루어지면 법관의 심증이 형성되게 되

므로, 이에 피고의 무과실 항변(원고측 주장에 대한 부인과는 다름)의 기회는 없게 된다.

다만 원고가 ‘그 정도의 주장증명’에도 실패하면 곧 패소하게 되는 바, 이점에서 원고의 『증명책임』이 피고에게 전환된다는 것이라고 보아서는 안되는 것이다. 그리고 판례에서 명언하는 바와 같은 ‘증명책임의 완화’란 증명책임의 개념상 있을 수 없다.

(예컨대, 위 93다52402 사건에서 원고의 상술한 바와 같은 지적·증명에 대해 피고 의사 측이 그 주장을 부인하여, i)수술의 일부를 타의사에게 맡긴 적이 없으며, 주치의가 처음부터 집도하였음, ii)피부 및 근육 절개 후 기다린 시간이 많이 경과하지 않았음, iii)수술후 대처가 소홀하지 않았음 등의 사실을 증명하는 데 성공하면, 원고는 패소하게 된다.)

② 인과관계 부분

판례의 문언은 ‘그 정도의 주장증명’을 과실행위에 한정하여 요구하고 있으나, 내용상 실질적으로 볼 때 인과관계의 주장 증명도 포함하는 것으로 해석된다. 즉 판례는 ‘인과관계의 존재’를 ‘다른 원인 개재가능성 없음’의 증명을 통해 일응 인정하는 바, 그 일응 인정을 받기 위한 증명 내용과 수준이 과실행위의 경우와 같은 정도이기 때문이다.

다만 원고의 ‘그 정도의 주장증명’이 있다고 하여 인과관계 존재에 관한 법관의 심증이 곧바로 형성되는 것은 아니고, 피고가 다른 원인의 개재사실을 항변하여 증명(이점에 관한 법관의 심증 형성)하는 데 실패하는 때에 비로소 인과관계 존부 판단이 확정되는 것으로 하고 있다.

그리고 원고가 ‘그 정도의 주장증명’에도 실패하면 피고의 유효한 항변이 없더라도 패소하게 될 것이며, 이 점에서 또한 판례의 논지가 인과관계 증명책임의 전환을 뜻하는 것은 아니라고 해야

한다.

요컨대 원고의 증명부담은 『일응추정(一應推定)』에 의해 경감되는 것이며 이는 사실상 증명책임의 전환에 근접한 것이라고 평가할 수 있는 것이다.

판례에서 원고가 일응증명을 하고, 피고가 항변에 실패한 때에 “의료상 과실과 결과 사이의 인과관계를 추정”한다고 한 것은 이를 의미한다고 해석한다.

3. 판례의 타당성(관견)

상술한 바와 같이 판례에 의하면, 피고 의사측이 인과관계 부존재 항변, 특히 타원인 개재사실 항변에 실패하였을 때(인과관계 부존재에 관한 법관의 고도의 심증형성 실패시)에는 원고가 ‘그 정도의 주장증명’을 하고 있는 한, 피고는 패소하게 된다.

예컨대, 위의 2001다19486 사건에서 만약 피고가 환자의 넘어짐 사고 이전에 이미 치매를 표상하는 기질적 정신장애의 증세가 있었다는 항변에 성공하지 못한 반면 원고측이 사고전에 치매증상은 없었다고 일응 주장증명하고 있는 경우라면, 결국 피고는 패소하게 된다는 것이다.

사실, 이러한 상황은 원고에 의한 적극적 증명이 이루어지지 않은 상태이므로, 일반적 증명 이론에 따르자면 전형적인 ‘사실존부 불명상태’에 해당한다고 할 것이다. 그럼에도 법원은 ‘증명책임의 전환’ 방식은 짐짓 피하고 ‘추정’의 틀에 기대어 쉽게 ‘피고 패소’라는 결론으로 나아가고 있는 것이다.

이러한 논리 전개와 결론은 공평 타당한 것일까?

종래 의료과오 책임요건에 대한 원고의 증명부담의 완화를 꾀하는 이론의 대부분, 예컨대

일응추정 이론, 표견증명 이론, 중대한 과실 이론, 증명방해 이

론, 인과관계의 개괄적 인정 이론, 역학적 인과관계 이론 등은 모두 ‘추정’ 이론을 그 본질로 삼고 있음이 사실이다.²⁾

그러나 널리 알려진 바와 같이, 추정 이론은 늘 부분적 타당성과 부분적 부당성으로 인하여 자기완결성에 의문을 제기받아 왔다.

설령 구체적 개별적 사건에서 하나의 추정 이론에 입각한 결론이 일응 공평타당하다고 하더라도, 그 논리가 규범적 권위에 유사한 설득력과 생명력을 지니기 위해서는, 근본적 일반적 타당성을 확보하고 있어야 하는 것이다.

필자는 앞의 판례들이 취하고 있는 추정 이론이 위의 타당성을 획득하기 위해서는 다음과 같은 요소가 아울러 고려되어야 한다고 본다.

첫째, 인과관계의 시발점인 주의의무 위반행위가 당해 의료행위와 관련하여 어떤 중대한 악결과를 유발할 수도 있는 중대한 수준의 것인가?

둘째, 당해 주의의무 위반행위가 당해 악결과 발생을 유발할 가능성이 일반적 통계적으로 인정되는 것인가(동종의 과실 있는 의료행위와 동종의 결과 발생 사이의 일반적 통계적 인과관계가 인정되는가)?

요컨대, 피고에게는 타원인 개재의 항변 외에 상당성 결여의 항변 기회도 부여되어야 하는 것이다.

2) 이러한 이론모형에 관하여는 석희태, “의료과오 민사책임에 관한 연구”, (1988, 연세대학교 대학원 박사학위논문) 제128면-제156면 참조.

Mitigation of Plaintiff's Duty to Prove in Medical Malpractice Litigation

- Focused on the Phrase "Layman's Common Sense" in Supreme Court Precedents -

Suk, HeeTae, Prof., Ph.D.

College of Laws, Kyonggi University

=ABSTRACT=

It is a general principle that the plaintiff takes burden of proof about negligence and causation in a civil compensation litigation. And it is the same in a medical malpractice lawsuit.

Korean courts have made diverse efforts to mitigate the plaintiff's duty to prove in medical malpractice lawsuits under the name of justice and impartiality. One of those theoretical attempt is 'presumption of causation'.

The Supreme Court, since 1995, has developed a new logic for the theory of 'presumption of causation' which is characterized by a phrase "layman's common sense".

The Court presumes the defendant's negligence and causation when the plaintiff alleges and proves the facts which can be pointed out and expressed by a layman with common sense. And if the defendant fails to prove that the result was caused by other fact than own medical activities, the defendant shall be defeated.

I realize that this theory has problem for justice and impartiality.

I would say that two factors should be considered and added to this logic.

First, are defendant's acts generally belonging to gross negligence which would cause that kind of bad result?

Second, is it recognized that there would be the causation generally and statistically between the cause and the result?

Keyword : medical malpractice, burden of proof, mitigation of duty to prove, presumption of causation, layman's common sense