

의료과오소송에서의 감정상 제문제

양 희 진 *

- I. 서설
- II. 제도의 일반론
 - 1. 감정 및 감정촉탁제도
 - 2. 사실조회
- III. 의료감정상의 문제점
 - 1. 회신의 장기화
 - 2. 편파적 감정의 문제
 - 3. 감정의 불명확성 및 부정확성
- IV. 진료기록감정사항의 작성과 감정결과의 해석
 - 1. 진료기록감정사항 작성
 - 2. 부적절한 질문 예
 - 3. 감정결과의 해석
- V. 결론

I. 서 설

의료과오소송은 고도의 전문적 지식을 필요로 하는 분야이다. 환자는 의료행위의 자세한 내용을 알기 어려운데, 의사에게는 치료방법의 선택에 있어서 폭넓은 재량이 인정되고 증거마저도 의사에게 편재되어 있어, 당사자들은 물론이고 법원도 의료과실이나 인과관계의 존부를 확정하는 데 어려움을 겪게 된다. 따라서 소송자료의 수집 및 사실 확정을 위하여 해당

*논문접수: 2008. 10. 15. *심사개시: 2008. 11. 20. *계재확정: 2008. 12. 14.

*서울중앙지방법원 판사

*본 논문은 2008년 9월 법원 '의료법커뮤니티' 세미나에서 발표한 원고를 수정한 것임.

분야의 전문적 학식·경험을 갖춘 의료인의 보조를 받는 것이 일반적이다. 하지만, 의료인의 보조를 받는 주된 절차인 의료감정에 대한 법원과 당사자들의 평가는 그리 후하지 않다. 오래전부터 감정회신 기간의 장기화나 회신거부로 인한 소송지연, 의사 쪽에 유리한 편파적 감정¹⁾, 감정인 선임 절차상의 문제, 감정사항의 작성상 어려움, 감정결과의 불명확성, 감정결과의 해석상 곤란, 감정보수의 현실화 등이 문제점으로 지적되어 왔다.

이러한 문제를 해결하기 위하여 감정인 선정 절차를 개선하는 한편 회신기간의 단축을 위한 소송 지휘 방식이 제시되는 등 절차적인 측면에서는 여러 가지 해결책이 제시되었고, 법원도 감정인 선임절차의 공정성을 높이기 위하여 노력하고 있으나, 당사자의 불만은 여전하고, 법원도 필요한 감정결과를 얻기 어려우며 그 내용의 불명확성이나 난해함으로 인하여 그 해석에 있어서도 많은 어려움을 겪고 있다. 감정사항의 작성과 해석에 관하여 일본의 연구결과가 소개된 예²⁾가 있어 귀중한 자료가 되고 있지만, 현재 우리의 실무와는 다소 거리가 있다. 따라서 이 글에서는 우리 감정절차 실무와 관련된 제반 문제를 정리하고, 감정사항의 작성과 그 해석 시 고려할 사항에 관하여 살펴보기로 한다.

II. 제도의 일반론

의료과소송에서 전문가의 보조를 받을 수 있는 절차적 방법은 감정 및 감정촉탁제도, 사실조회(감정의견조회), 전문심리위원의 위촉, 의사인 조정위원을 참여시킨 조정의 운용 등이 있다. 현재 실무상 주로 활용되는 절차는 감정촉탁 및 사실조회(감정의견조회)이다.

1) 신현호, “의료소송 감정상의 문제점”, 『법률신문』, 2006.1.5.자.

2) 허용석, “의료과소송에 있어서 일정상의 문제점”, 『인권과 정의』, 312호, 2002.

1. 감정 및 감정촉탁제도

가. 의의

감정은 특별한 학식과 경험을 가진 자로 하여금 그 전문적 지식 또는 그 지식을 이용한 판단을 소송상 보고케 하여 법관의 판단능력을 보충하기 위한 증거방법이다. 법원은 지정한 감정인을 소환하여 선서를 시키고 그 자리에서 감정사항을 고지하여 감정을 명하며, 감정인으로 하여금 감정결과를 서면이나 말로써 보고하게 할 수 있다(민사소송법 제339조).

법원은 필요하다고 인정하는 경우에는 공공기관·학교, 그 밖에 상당한 설비가 있는 단체 또는 외국의 공공기관에 감정을 촉탁할 수 있다. 감정촉탁은 선서에 관한 규정을 준용하지 아니하며, 감정촉탁기관의 담당의사를 법정에서 진술시키기 위하여는 감정인신문이 아니라 통상 감정증인신문에 의한다는 점에서 감정과 다르다. 신체감정이나 진료기록감정은 실무상 원칙적으로 감정촉탁에 의한 방법으로 행한다.³⁾

나. 실시방법

신체감정 및 진료기록감정 모두 감정예규에 따라 동일한 절차에 따라 시행한다.

① 당사자가 감정 또는 감정촉탁을 신청⁴⁾하면 ② 재판장이 채부를 결정

3) 감정인 등 선정과 감정료 산정기준 등에 관한 예규(재일 2008-1, 재판예규 제1211호 2008.2.28 개정)(다음부터 '감정예규'라고 한다).

4) 당사자들이 감정 또는 감정촉탁을 신청할 때에는 진료기록감정촉탁의 경우 ① 감정목적물(통상 '진료기록일체'), ② 진료과목, ③ 감정인 또는 촉탁기관에 관한 의견, ④ 감정사항을, 신체감정의 경우 ① 피감정인의 인적사항(성명, 주민번호, 주소), ② 진료과목, ③ 감정인 또는 촉탁기관에 관한 의견, ④ 감정사항을 기재한다. 진료과목을 특정하지 아니하면, 담당 법원사무관 등으로 하여금 당사자에게 연락하여 이를 촉구하여 특정케 한다. 촉탁기관에 관한 의견은 '귀원에서 지정하는 의료기관'이라고만 적는 경우가 더 흔하지만, 원하는 기관을 특정하는 경우도 있다. 특히, 환자가 식물인간상태이거나 이동시 중세 악화가 우려되는 중증 환자인 경우 신체감정을 위하여 촉탁기관을 방문하는 것이 어려워 환자 측 대리인들은 촉탁기관으로서 현재 입원 중인 병원을 희망하거나 또는 다른 병원의 의사를 지정하는 경우에는 출장감정을 명하여 달라

하고, ③ 채택한 경우 (감정을 신청하였다고 하더라도 감정예규에 따라) 감정촉탁기관에 감정촉탁서를 발송함과 동시에 ④ 피신청인에게 이를 전화 또는 모사전송 등 적절한 방법으로 통지하여 피신청인으로 하여금 감정의 사에게 관련자료를 제출하거나 감정의사 지정에 관한 의견을 재판부에 밝힐 기회를 준다⁵⁾. 법원은 제출된 의견에 합리적인 이유가 있으면 감정촉탁을 철회하고 다른 감정촉탁기관을 선정하여 재촉탁하는 절차를 밟는다⁶⁾.

감정인과 감정촉탁기관 및 감정과목별 담당의사(다음부터 ‘감정인 등’이라 한다)의 선정은 재판장이 명에 따라 담당 법원사무관 등이 법원행정처가 제작한 “감정인선정전산프로그램”을 이용하여 무작위로 선정한다(예외 있음, 각주 5 참조). 이 프로그램에 등록되는 감정인 등의 명단은 법원장이나 지원장이 관리한다. 법원장이나 지원장은 매년 3. 15.까지 신체감정과 진료기록감정을 촉탁할 복수의 국·공립병원 및 대학부속병원 또는 종합병원(관할구역 내에 2개 이상의 국·공립병원이나 대학부속병원이 없는 경우에 한한다)의 장들에게 신체감정, 진료기록감정 분야로 나누어 감정과목별로 이를 담당할 과장 또는 대학의 전임강사 이상의 전문의들을 추천해 줄 것을 요청한 후, 그 추천을 받아 3. 31.까지 “감정촉탁기관 및 감정과목별 담당의사 명단”을 작성하여 이를 위 전산프로그램에 입력한다⁷⁾. 법원장이나 지원장은 그 명단을 법원행정처에 보고하여야 한다.

고 하기도 하는데, 이런 경우 환자가 입원 중인 병원의 검사결과(MRI, CT 등)를 토대로 감정할 수 있어 감정비용을 절약할 수 있는 이점도 있다고 한다. 다만, 환자가 입원 중인 병원이나 입원했던 병원이 촉탁기관으로 지정되는 경우에는 편파감정의 가능성이 있어 상대방의 동의를 받아 신청하도록 한다.

5) 신체감정촉탁신청이 있음을 알리는 통지서는 다음과 같은 사항에 대하여 의견을 제시하고 입증자료를 제출할 것을 기재한다. “1. 감정기관의 선정에 관한 의견(상대방이 감정기관을 제시한 경우 이에 동의하는지 여부 및 배제되어야 할 부적절한 감정기관 등) 2. 피감정인에 대한 진료기록 또는 자문의사의 소견서 등을 갖고 있는 경우에는 그 사본 2부 및 방사선 필름 등 참고자료, 3. 피감정인의 기왕증, 직업, 치료의 종결 여부 등에 관한 의견, 4. 그 밖에 신체감정에 참작하여야 할 사항”.

6) 실제로, 피고 측 의사와 동문선후배이거나 같은 병원에 근무하였었다는 이유로 배제되는 경우가 종종 있다.

7) 위 감정예규 제6조.

2008. 9. 현재 서울중앙지방법원이 보유한 감정인 등의 명단 현황은 다음과 같다.

	병원 ⁸⁾ 수	진료과목 ⁹⁾ 수	감정의사 수
신체감정	10	26	350
진료기록감정	15	30	515

감정촉탁서를 발송할 때는, 서울중앙지방법원 의료전담부에서는 감정촉탁서에 제출기한을 명시하고(진료기록감정의 경우 통상 3개월, 신체감정의 경우 2개월로 명시함), 감정할 사항, 연락처(신청인 측 대리인) 및 감정서 작성시 간단한 주의사항¹⁰⁾을 기재하며, 필요한 자료¹¹⁾를 첨부하여 발송한다.

감정촉탁서를 발송한 후 이를 상대방에게 통지하면, 그 상대방은 감정 의사가 당사자 일방과 특별한 인적관계(피고 의사와 지인관계나 동문 선배인 경우, 원고를 진료한 의사인 경우)가 있는 등 편파적 감정 우려에 관하여 의견을 제출할 수 있고, 법원은 제출된 의견에 합리적 이유가 있으면, 발송한 촉탁서를 반송받고 새로운 촉탁기관에 재촉탁한다.

8) 서울대학병원은 감정촉탁을 거부하여 제외되어 있다.
 9) 진료과목은 예컨대 내과의 경우 일반내과, 소화기내과, 호흡기내과, 신장내과, 내분비내과, 류마티스내과 등으로 세분화되어 있는 반면, 치과의 경우에는 세부전공이 표시된 경우(구강외과, 교정, 임플란트, 보철 등)도 있으나, 없는 경우가 대부분이다.
 10) 진료기록감정의 경우 “감정서 작성시 사고발생 경위를 간략하게 정리하고 결과적으로 피고 병원과 그 의사들의 진료과정에 부적절한 점은 없었는지, 부적절하였다면 구체적으로 어떠한 점을 지적할 수 있는지, 적절하였다면 그 이유를 간략하게 기재하여 주시고, 병명 등 의학적 용어는 가급적 국어, 한자어, 외래어를 병기하고, 간단한 개념설명을 덧붙여 주시기 바랍니다.”라는 문구를 적시한다. 신체감정의 경우 신분증으로 감정대상자를 확인할 것, 감정서 작성시 판단자료로 삼은 검사결과지·판독지 등을 첨부할 것, 감정의 기초가 된 내용을 자세하고 명확하게 기재할 것, 감정일시가 정해지면 감정대상자 및 피고에게 알릴 것 등을 기재하고 있다.
 11) 진료기록감정의 경우 진료기록일체를 첨부하며, 신체감정의 경우 감정대상자를 치료한 병원의 진료기록이나 진단서, MRI, CT 등 방사선 필름 및 판독지 등을 첨부한다.

다. 감정의 실시시기

(1) 진료기록감정

진료기록감정은 어느 정도 기초적인 사실관계가 밝혀지고 핵심적인 쟁점에 관한 양 당사자의 주장이 구체적으로 개진된 후에 실시하는 것이 바람직하다¹²⁾. 기초적인 사실관계가 밝혀지지 않은 상태라면 가정한 질문을 하게 되고, 쟁점이 분명하지 아니하면 관련성이 없거나 지엽적인 사항에 대하여까지 불필요한 감정을 하거나 지나치게 포괄적인 질문을 하게 되어 적절한 답변을 기대하기 어렵다. 또한, 재판부로서는 사건의 내용을 파악하지 못한 단계라서 당사자 일방이 작성한 감정사항을 그대로 보낼 수밖에 없고, 이런 경우 감정사항에 기재된 ‘전제사실’이 잘못되었다는 이유로 감정결과의 신빙성을 문제 삼는 경우가 많다¹³⁾. 따라서 감정보완촉탁을 할 수밖에 없어 결과적으로 소송이 지연되는 원인이 되기도 한다. 따라서 먼저 1~2회의 서면공방 후 진료기록부 및 의학문헌 등을 서증으로 제출받아 조기에 변론기일 또는 변론준비기일을 열어, 기초사실과 쟁점을 정리하고 그에 기초하여 당사자로 하여금 진료기록감정을 신청하게 하는 것이 좋다. 그러나, 서면공방을 거치는 것만으로는 기초사실이나 쟁점의 정리가 어려운 경우도 있다. 진료기록부의 기재가 부실하여 진료결과를 알기 어려운 경우, 또는 재판부나 환자 측이 진료기록부의 기재 내용을 쉽게 이해할 수 없어 기초사실마저도 확정하기 어려운 경우가 상당히 많다.

12) 『의료재판실무편람』(개정판), 2005, 33면.

13) 다만, 필자의 경험상으로는 진료기록감정에서 ‘전제사실’의 오류가 문제된 예는 거의 없었다(신체감정은 별론). 감정결과의 신빙성을 다투기 위하여 당사자들이 자주 전제사실의 오류를 지적하기는 하지만, 통상 당사자 사이에 다툼이 되는 부분은 감정의사가 진료기록부의 기재를 보고 직접 판단할 수 있는 사항이기 때문에 그 ‘오류’가 감정결과에 영향을 주는 경우는 매우 드물다. 실제로 소송대리인이 의료전문번호사인 경우 전제사실을 작성하지 않는 경우도 많다. 오히려 문제는, 진료기록의 위·변조가 의심되거나 다투어지는 사안이다. 변조가 의심되에도 별다른 설명 없이 진료기록에 대하여 감정을 의뢰하게 되면, 감정결과에 의미를 두기 어렵고, 특히나 감정 의사가 ‘진료기록부상의 기재에 의하면…적절한 조치를 행하였다.’는 식의 답변을 해오는 경우 그 평가를 두고 다툼이 많아질 수밖에 없다.

이런 경우에는 오히려 기초사실을 확정하고 심리대상이 될만한 과실주장을 명료화하기 위해서라도 당사자들로 하여금 초기에 진료기록감정을 하도록 촉구할 필요가 있다. 전문가인 의사는 진료기록부의 기재가 다소 부실하더라도 어떤 내용의 의료행위가 행하여진 것이라거나 왜 행하여진 것인지에 관하여 합리적 근거 하에 추론할 수 있어 사실 확정에 도움이 된다. 따라서 그 감정결과를 토대로 기초사실을 확정하는 다음, 미진한 사항에 대하여 감정보완촉탁이나 사실조회, 의학문헌의 추가 제출을 권유하는 것이 효율적일 것이다.

한편, 실무상 피고로부터 답변서가 제출되면 원고가 준비서면을 제출하면서 진료기록감정을 신청하는 경우가 많다. 다툼이 있는 사실관계에 관하여 법원이 어느 한쪽으로 전제사실을 인정하는 것은 자칫 예단으로 비추어질 염려도 있고, 주심판사가 감정사항을 직접 작성하기에는 업무 부담이 과중하여 현재로서는 대부분의 사건에서 당사자가 신청한 감정신청서상의 감정사항을 감정촉탁서에 그대로 첨부하고 있다. 다만, 감정촉탁에 앞서 기초사실 및 쟁점정리를 마친 사건에 대하여는 당사자들로 하여금 정리된 기초사실 및 정리된 쟁점에 터 잡아 감정사항을 작성하도록 유도한다.

(2) 신체감정

심리의 집중을 위하여 과실의 존재가 입증된 후에야 신체감정을 실시하는 경우도 있으나, 대개는 재판의 초기에 실시하는 것이 보통이다. 신체감정을 통하여 신체의 상태, 질병의 유무, 진단의 적정성, 치료 방법, 그 경과, 후유증 등 의사의 과실 여부에 대한 전제사실을 확정할 수 있을 뿐만 아니라 직접적인 과실을 밝힐 수 있는 경우도 많고¹⁴⁾, 진료기록감정의 기

14) 특히 성형수술, 약교정 등으로 인한 추상장애의 경우, 추상의 존부, 위치 및 범위(서울중앙지방법원 2005가합32048 사건)가, 추간판제거술 등 척추수술 후 척수신경근 손상 여부가 다투어지는 경우에는 하반신 마비 여부나 그 정도 등이 과실을 추정하

초사실을 확정하는 의미도 있을 수 있다. 다만, 소송이 조기에 제기되어 후유장애 증상이 고정되지 아니한 경우에는 서둘러 신체감정을 하더라도 후유장애, 노동능력상실률, 기대여명 등에 관하여 회신을 받기 어려우므로, 원고가 주장하는 후유장애의 내용에 따라서는 감정시기의 조절이 필요할 수 있다¹⁵⁾. 다만, 재판의 후반기에 신체감정을 실시하더라도 결국 “5년 후의 재판정” 등의 회신이 예상되는 상황이거나 피해자에 대한 배상의 필요성은 시급한 경우처럼 치료진행 중이라도 신체장애의 판정이 불가피한 경우도 있을 수 있다. 이 경우에도 현재의 상태에 따라 신체감정을 할 것이 아니라 치료종결 후의 상태를 예측하여 이에 따라 신체장애 정도를 판정하여야 할 것이다¹⁶⁾.

라. 감정의 회신 및 감정비용의 지급

감정의 회신이 지연되면, 참여관으로 하여금 독촉서를 보내게 하고 신청한 당사자의 소송대리인에게도 신속한 감정회신을 독촉하게 하거나 감정증인을 신청하게 한다.

감정촉탁결과가 도착하면, 담당 법원사무관 등이 당사자들에게 이를 전

는 중요한 사실이 될 수 있어 신체감정을 통하여 위 사항을 먼저 확정할 필요가 있다(수술 중 의사의 작위에 의한 과실행위가 개입되었다고 주장하는 소송에서는 과실행위나 위반한 주의의무의 내용을 구체적으로 특정하기 어려워, 원고로서는 여러 가지 간접사실을 입증하는 방법으로 의사의 과실이 개입됨으로 인하여 나쁜 결과가 발생하였을 개연성을 증명하게 되는데, 이런 경우에는 과실과 인과관계를 동시에 추정하게 되므로 신체감정의 중요성이 커지는 것으로 보인다). 또한, 과실보다는 인과관계가 다투어지는 사건은 신체감정이 사건 해결의 관건이 될 수 있다(예컨대, 피고가 과실에 의한 척수손상이 발생하였음은 다투지 아니하면서 원고의 후유증이 척수손상으로 인한 것이 아니라 허위성 장애 내지 망상장애로 인한 것이어서 인과관계가 단절된다고 주장하는 경우라면, 원고의 현재 증상이 척수손상으로 인한 것인지 전환장애 또는 허위성 장애인지를 신체감정을 통하여 확인할 필요가 있다. 서울중앙지방법원 2007가합46065 사건 참조).

15) 예컨대, 정신신경계통의 장애는 뇌손상 후 보통은 24개월 이후에 장해판정을 하여야 한다고 한다. 뇌세포의 손상은 손상을 입은 지 24개월 이전에는 회복의 가능성이 많다고 한다. 김광일, “신경정신과 영역의 신체감정 개요”, 『한국배상의학회논문집』, 제2집, 90면 참조.

16) 황현호, “현행 신체감정의 실태와 문제점”, 『인권과 정의』, 제316호, 2002.

화로 고지한다. 감정촉탁기관에서 각 대리인에게 사본을 직접 송부하는 경우도 있으나, 그렇지 아니하면 당사자들은 법원에 열람등사를 신청하여 그 사본을 입수한 뒤 이에 관하여 준비서면을 제출하게 된다. 재판장은 변론기일에서 그 도착을 재차 고지하고 쌍방 또는 일방 당사자로 하여금 원용하도록 하는 것이 보통이다.

감정예규에 의하면, 신체감정의 감정인 등은 감정서를 제출할 때에 입원비·진찰비·검사비 등 감정과 관련하여 당사자에게 지급받은 금액에 대한 내역서를 첨부하여야 하나(제44조 제2항), 실무상 이를 제출하는 경우는 거의 없다. 감정서를 작성함에 있어 참고한 제3자 작성의 의학논문을 첨부하여 보내오는 경우가 간혹 있는데, 증거가치가 있는 경우가 많으므로, 이를 증거로 삼음에 유리한 당사자로 하여금 서증으로 제출케 하는 것이 바람직할 것이다¹⁷⁾.

감정비용은 2008. 현재 감정예규에 의하면, 신체감정의 경우 과목당 200,000원, 진료기록감정의 경우 과목당 300,000원으로 하되, 각 감정과목이 2개 이상인 경우 각 과목당 감정료를 합산하도록 되어 있다(제39조). 위 예규에 따르면, 재판장은 감정서가 제출되고 감정결과에 대한 검토 절차가 모두 마쳐진 다음, 감정서 내용의 충실도, 감정서 제출의 지연 여부, 감정인 등의 감정절차 협조 정도, 감정인 등이 제출한 감정료산정서의 근거, 감정료에 대한 당사자의 의견, 제2항에 따라 제출된 내역서의 금액 및 그 밖의 구체적 사정을 참작하여 감정료를 결정하는데(제44조 제4항), 이에 비추어 보면, 재판장은 위 금액을 원칙으로 하면서, 구체적 사정을 고려하여 감정료를 적절히 가감할 수 있다고 봄이 상당하다¹⁸⁾.

17) 감정촉탁결과에 첨부되어 있는 문서로서 촉탁기관이 작성하지 아니한 문서가 첨부되어 있는 경우 이를 증거로 삼음에 있어 반드시 서증으로 제출받아야 하는 것인지에 관하여는 다툼이 있다. 감정촉탁결과와 일체를 이루는 것이어서 따로 증거로 제출받을 필요가 없다는 견해도 있다. 그러나, 감정 의사가 인용한 정도를 넘어서 사실 인정의 자료로 삼기 위하여는 서증으로 제출받는 것이 바람직할 것이다.

18) 실제로, 감정예규 이전에 적용되던 “감정료산정기준에관한예규”(제일 91-3)에도 유사한 규정이 있어, 이에 근거하여 서울중앙지방법원 의료전담부에서는 2000. 9.부터

감정결과 또는 감정촉탁결과에 모순되거나 의문스러운 사항이 있거나 누락된 부분이 있으면, 그에 관하여 감정인 등에게 재차 의견을 묻게 되는데, 이 경우 ‘사실조회’라는 형식으로 행하지만, 그 성격은 감정보완촉탁이다. 사실조회결과이든 감정촉탁결과이든 변론에서 당사자에게 도착을 고지하기만 하면 당사자가 이를 원용하는지에 관계없이 증거로 삼을 수 있고, 사실조회기관이나 촉탁기관이 작성하지 아니한 문서가 첨부된 경우에는 이를 별도의 서증으로 제출하여야만 증거로 쓸 수 있다는 점에서는 절차상 차이는 없다.

마. 감정결과와 채택 여부

감정결과는 변론에 현출되지 않으면 증거자료로 될 수 없다. 감정의 결과를 재판의 자료로 하기 위하여 당사자가 감정의 결과를 원용하여야 하는지에 관하여는 견해가 대립한다. 대법원 판례의 주류는 당사자가 감정결과를 증거로 원용하지 않는 경우에도 법원은 그것을 증거로 할 수 있다는 입장이다. 실무상 당사자는 감정결과를 원용한다는 진술을 하는 것이 일반적이다.

2008. 9. 현재까지 감정인 보수를 기본적으로 300,000원을 지급하되, 감정인이 사안의 복잡성과 장시간 소요된 사정을 들어 증액을 청구하는 경우 500,000원을 지급하고 있으며, 원·피고 쌍방에서 진료기록감정을 신청한 경우에는 250,000원~500,000원씩 나누어 부담케 하고 있다. 일본의 경우 통상의 감정비용이 60만엔 가량이라고 하나(박영호, “의료과실의 입증방법”, 『대한의료법학회·법원의료법분야연구회 공동학술대회 자료집』, 2005.), 환율만 그대로 적용하면 우리의 감정 액수와는 차이가 있으나, 일본의 의료과소소송에서 대략적인 배상액수가 우리의 10배인 점을 고려하면, 감정료의 수준은 우리와 비슷한 것이 아닌가 싶다. 미국의 한 의학전문가중언 영리사이트(www.medstuff.com/fees.htm)에 의하면, 사건 검토 및 예비적 평가(case review and preliminary evaluation)의 비용이 시간당 400~500달러(기본적으로 3시간 비용을 선급하는 것으로 보인다), 법정에 출석하여 구두 감정하는 경우에는 기본적으로 500달러가 추가되는 것으로 되어 있다. 우리의 경우 공적 감정이라는 특성과 물가수준 등을 고려하면 500,000원이 외국의 예에 비추어 비현실적이라고까지 평가할 것은 아닌 듯하다. 성실한 감정인을 다수 확보하기 위하여는 재판에서 감정의 중요성 등에 관하여 의사단체와 법원 사이에 지속적인 공감대를 키워나가는 것이 감정료 현실화보다 더 의미 있는 일을 수 있다.

2. 사실조회

사실조회는 법원이 필요한 조사를 공공기관, 학교, 기타 단체에 촉탁하고, 공공기관 등이 이에 응하여 회보서 등을 제출함으로써 하는 증거수집 절차이다. 통상 대학병원급의 종합병원, 대학, 연구소, 대한의사협회¹⁹⁾ 등에 대하여 조회하게 된다.

진료기록감정이 구체적인 진료기록부를 근거로 해당 의사의 진료행위가 적절하였는지 여부에 대한 판단 자료의 수집절차인 반면, 사실조회는 구체적인 사건과는 무관하게 일반적인 의학지식이나 의료수준을 얻는 방법으로 사용되고, 당사자들이 제출한 의학서적, 논문 등만으로 입증이 부족한 경우 주로 실시된다²⁰⁾.

진료기록감정 없이 사실조회만 행하여지는 경우도 있는데, 특히 미용 목적의 1회적인 성형수술 후 후유장애가 발생한 경우에는 진료기록 자체가 부실하기 때문에 진료기록감정은 필요 없고, 그러한 수술 전 또는 수술 과정 중에 요구되는 의사의 주의의무는 무엇인지, 그 위반으로 인하여 문제의 후유장애가 발생할 수 있는지 등에 관한 사실조회를 하게 된다. 또한, 실무상 법원이 재감정을 잘 받아들이지 아니하므로, 진료기록감정 결과를 탄핵하기 위한 목적으로 다른 기관에 사실조회를 신청하는 경우도 있다.

19) 종전에는 대한의사협회에 사실조회를 촉탁하는 것이 일반적이었으나, 대한의사협회에 촉탁을 하면, 대한의사협회는 이를 직접 담당의사에게 송부하는 것이 아니라 사건의 내용에 따라 대한내분비학회, 대한마취과학회 등 소속 학회를 경유하게 되어 있어 회신이 지연되는 일이 많았다. 절차를 간소화하기 위하여 해당 학회로 직접 발송하면 대한의사협회를 경유하지 아니하였다는 이유로 반송된다. 최근에는 대한의사협회도 업무량 폭증을 이유로 반송하는 일이 많다. 따라서 서울중앙지방법원 의료전담부에서는 대한의사협회로의 촉탁을 피하고, 종합병원에 촉탁하고 있다.

20) 법원행정처, 『의료재판실무편람』, 2005, 27~29면. 따라서 의학문헌을 제출하여도 목적을 달성할 수 있는 경우라면, 비용과 시간의 절약을 위하여 사실조회신청을 철회하거나 조회사항을 수정하도록 요구하고 적절한 의학문헌의 제출을 촉구하고 있다.

III. 의료감정의 문제점

1. 회신의 장기화

회신기간의 장기화²¹⁾에 따른 소송지연이 무엇보다도 큰 문제이다. 회신기간의 장기화를 피하기 위하여 감정의를사를 민사소송법 제340조에 따라 ‘감정증인’으로 채택하는 것을 고려할 필요가 있다²²⁾. 신체감정의 경우에는 병원에 감정촉탁서가 송부된 후에 소송대리인이나 피감정인이 감정을 위하여 내원하는 등의 절차를 밟아야 하는데 이를 게을리할 수 있으므로, 재판부에서 신속히 절차를 마치도록 촉구할 필요가 있고, 병원으로서도 감정일정을 잡아 진행을 하려면 피감정인 측의 연락처를 확보하여야 하는데, 감정촉탁서에 연락처가 기재되어 있지 않으면 마구잡이로 기다리게 되므로 피감정인과 소송대리인의 연락처를 반드시 기재하여야 한다.

2. 편파적 감정의 문제

편파적 감정을 방지하기 위하여 절차적으로는 감정인 등의 선임에 있어 법원의 자의를 최대한 배제하고 상대방에게 진술권을 부여하고 있다. 다만, 이러한 경우에도 병원 측에서 회신을 받고 감정의사가 부재하다는 이유로 임의로 다른 의사를 감정의로 지정하여 회신하는 경우도 있어 법원의 위와 같은 노력이 의미를 두기 어려운 경우도 있다.

21) 빠르면 1개월 내에 회신되는 경우도 있으나, 실무상 보통 3~6개월 정도가 걸리며 길게는 1~2년 6개월까지 지연된 사례가 보고된 바 있다. 『대한의료법학회·법원의료법분야연구회 공동학술대회 자료집』, 2005. 참조.

22) 서울중앙지방법원 민사 15부에서는 일정기간이 도과하여도 회신을 하지 아니하는 경우 진료기록감정촉탁을 신청한 당사자로 하여금 감정증인을 신청하도록 권유하며, 당사자와 참여관으로 하여금 담당의사에게 전화로 감정증인의 채택 경위를 고지하여 신속하게 회신하도록 유도하고 있다. 이 방법은 어느 정도 효과적이다. 감정증인으로 채택한 의사가 실제로 법정에서 출석하여 증언한 사례도 있었다. 그는 감정사항이 부적절하여 서면으로 회신하기 어려웠기 때문에 직접 진술하기 위하여 출석하였다고 답하였다.

편파적 감정의 문제를 극복하기 위하여 감정의 방식을 바꾸자는 주장도 있다. 3인의 전문위원을 선임하여 컨퍼런스 형식으로 감정을 하는 일본 제도의 도입을 고려하자는 견해, 복수(중복)감정을 시행할 필요가 있다는 견해가 그것이다. 현재는 원칙적으로 1회적 감정에 의하고 있다. 복수감정에 대하여는 최초 감정이 합리성을 결여하고 있다면, 그 불합리를 사실조회나 감정보완촉탁을 통하여 지적하는 것이 재감정을 실행하는 것보다 더 효과적이라고 보기 때문이다. 컨퍼런스 형식의 감정은 법원과 당사자, 감정인들의 철저한 사전 준비와 감정인들 간의 합리적이고 자유로운 토론이 전제되어야 하는데, 법원의 현실적인 업무 부담이나 의사 사회의 위계적 분위기로 인하여 당장 시도하기 어려운 측면이 있다.

3. 감정의 불명확성 및 부정확성

감정결과의 정확성에 대한 문제제기가 많다. 특히, 1심과 2심의 감정결과가 서로 상반된 경우가 종종 있다 보니²³⁾, 불리한 감정결과에 대하여 그 신빙성을 다투면서 재감정을 신청하는 경우도 있다. 이렇게 상반된 결과가 나오는 이유는 진료기록에 기재되지 않은 사항에 대하여 감정의사간 추정 의견을 달리하거나 진료기록을 꼼꼼히 검토하지 않아 발생하는 것으로 보인다. 그러나 감정결과의 부정확성보다 더 큰 문제는 불명확한 답변

23) 대법원 2008.3.27. 선고 2007다16519 판결(제1심 감정결과에 의하면, 신생아에게 급성신부전이나 저산소성 뇌손상이 발생하지 아니하였고, 신생아는 대사성 산증의 원인 병변의 악화로 인하여 사망하였다는 것인데, 제2심의 감정결과는 반대로, 신생아에게 급성신부전 및 저산소성 뇌손상이 발생하였고, 신생아는 대사성 산증의 악화 내지 호흡근 허탈에 의하여 사망한 것으로 보았는데, 2심 법원은 원고 청구를 기각한 1심 판결을 취소하고, 2심 감정결과를 채용하여 대사성 산증에 대한 조치를 불이행한 것을 과실로 보고 신생아의 사망 사이에 인과관계를 추정하여 일부승소 판결을 하였다. 대법원은 2심 감정결과가 진료기록 사본의 인쇄상 부정확성 때문에 필요 현상 유무 등을 파악하지 못했다고 하면서도 마치 필요성이 있었던 것처럼 단정하는 등 진료기록을 제대로 파악한 상태에서 이루어진 것인지에 의문이 있는데도, 진료기록에 명백히 반하는 부분만을 배척하면서 합리적인 근거나 설명 없이 나머지 일부를 증거로 사용하는 것 역시 논리법칙에 어긋난다는 이유로 2심 판결을 파기하기로 하고 사건을 원심으로 돌려보냈다.).

이다. 당사자들은 자신들의 주장을 뒷받침할 만한 유리한 답변을 유도하기 위하여 피고 측의 경우 “후유장애가 의사의 과실 때문이라고 단정할 수 있나?”하는 식의 질문을 하는데, 이런 경우 감정의사는 “단정할 수 없다”는 간략한 답변을 할 뿐이지 그 판단의 근거는 밝히지 않는 것이 보통이다. 이런 경우 피고 측으로서는 목적을 달성할 수 있으나, 재판부의 사실 확정에는 도움이 되지 않는다. 의도적인 동문서답형도 있다. 이처럼 받은 회신의 내용이 부실하고 불명확한 경우 수개월 이상이 더 소요될 감정보완촉탁이 반복되기도 한다. 아래서는 이러한 문제를 극복하기 위하여 감정사항 작성에 관하여 더 자세히 보기로 한다.

IV. 진료기록감정사항의 작성과 감정결과의 해석

감정사항은 감정에 의하여 증명하고자 하는 사실의 존부를 감정인에 대한 질문 형식으로 작성하는 것이다. 감정결과의 편파성, 불명확성 및 난해함 등은 의료과오소송의 전문성이라는 특수성에 기인하는 것이지만, 감정사항의 부적절함도 이를 부추기는 원인이 된다. 감정사항의 작성이 부적절하면 감정인으로서의 답변의 작성에 어려움을 겪을 수밖에 없어 회신이 지연되는 원인이 되며, 적시에 회신을 한다고 하여도 그 결과가 명확할 수 없고, 감정인의 자의가 개입시킬 여지를 주게 된다. 따라서 감정사항을 적절하게 작성하여야 하고, 최초의 감정사항이 부적절하였다면 감정보완촉탁을 하면서 적절한 질문을 추가하는 것이 필요하다.

1. 진료기록감정사항 작성

가. 감정의 목적과 대상

의료과오소송에서 핵심적인 다툼의 대상은 과실과 인과관계의 존부이

다. 증거방법의 하나인 감정을 행하는 주된 목적은 과실과 인과관계를 증명하는 것이다. 하지만, 과실이나 상당인과관계는 그 자체가 규범적 개념이기 때문에 직접 증명의 대상, 즉 감정의 대상이 될 수 없다²⁴⁾. 과실을 증명하기 위한 감정은 그 대상이 의료인의 주의의무의 존재 및 그 위반 사실이며, 인과관계의 경우에는 자연과학적 인과관계를 추단케 할 만한 사정—자연과학적 인과관계도 직접 증명되는 경우는 드물고, 대부분 경험칙을 적용하여 간접사실이 가지는 증명력에 의하여 인과관계를 추인시키는, 사실상의 추정 방법에 의하여 그 존재 여부가 판단되는 것이므로²⁵⁾, 대개는 자연과학적 이론에 비추어 A라는 원인이 있으면 B라는 결과가 생길 수 있는 경우 자연과학적 인과관계는 있다고 보게 된다—이 감정의 대상이 된다²⁶⁾.

그렇다면, 구체적 사건에서 어떤 사실(증명의 대상)이 어느 정도(증명의 정도)로 증명된 때 과실 또는 인과관계를 인정할 수 있을 것인가? 과실과 인과관계의 입증책임에 관한 판례이론은 다양하고 복잡한 사건의 실마리를 푸는 단초가 될 수 있다.

나. 과실의 입증을 위한 감정사항

현재 대법원은 과실의 입증과 관련하여 (1) 간접사실에 의한 과실의 추인과 (2) 일반인의 상식에 바탕을 둔 과실 있는 행위의 입증론을 취하고 있다. 이와 같은 이론은 사실심 법원에 과실 판단의 기준이 되며, 당사자에게는 입증활동의 지침이 된다. 따라서 감정사항의 작성은 물론이고 과실 판단에 있어서도 위 판례이론으로부터 사건 해결을 위한 일반적인 접근 방법을 도출할 수 있다.

24) 감정사항을 작성하면서 ‘의사에게 과실이 없는가’라는 질문을 넣는 사례가 종종 있는데, 이는 감정의 목적과 대상을 혼동한 것으로 보인다.

25) 김선중, 『의료과소송법』 박영사, 2005, 385면.

26) 의료과소송에서 과실과 인과관계의 개념에 관하여 학설이 나뉘어 있으나, 과실에 대하여는 객관적 과실설에 입각하여, 인과관계에 대하여는 사실적 인과관계론에 입각하여 서술한다.

(1) 일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실 입증론

의료행위에 따른 주의의무 위반을 이유로 한 손해배상청구소송에서는 피해자 측이 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 증명하면, 의료상 과실과 결과 사이의 인과관계를 추정하여 손해배상책임을 지울 수 있도록 입증책임을 완화하는 것이 대법원의 확립된 판례²⁷⁾이다.

이 판례에 대하여는 의학적 지식에 바탕을 둔 엄격한 주의의무 위반의 입증에서 일반인의 상식 수준에서 추상적으로 과실로 판단되는 기초사실의 입증으로 환자의 입증 정도를 완화한 것이라는 평가가 있다²⁸⁾. 대개, 의료행위의 내용이 명확한 사건에서 위 판례이론이 자주 적용된다.

“일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실 있는 행위”를 입증하려면, 의료인의 주의의무의 내용이 무엇이고 그 의료인이 그 의무를 위반하였는지를 입증해야 한다. 따라서 ① 환자가 처한 구체적인 상황(주의의무의 발생요건사실), 예를 들면, 환자의 임상증상, 과거 병력, 신체 상태, 임상증상에 비추어 진단되는 병명, 증상의 원인, ② 그러한 환자에 대하여 필요한 의사의 조치가 무엇인지(주의의무의 내용), ③ 피고가 그러한 조치를 적절히 이행하였는지 여부(주의의무 위반 여부)를 감정해야 한다. 의사가 필요한 검사를 다하지 않은 과실이 문제되는 경우²⁹⁾, 분만과정에서 의사

27) 대법원 1995.2.10. 선고 93다52402 판결, 2005.9.30. 선고 2004다52576 판결 등 참조

28) 김성수·김도형, “의료판례의 종합적 분석 및 그 전망”, 『법조』, 제46권 제1호, 제18면. 의료재판실무편람에서 재인용. 의학적으로 적절하다는 것이 밝혀지지 아니한 상황에서는 어떤 의료행위가 일반인의 시각에서 부적절한 경우, 과실을 인정할 수 있다는 취지로 보인다. 과실 유무는 최종적으로 의학 비전문가인 법관이 일반인의 시각에서 규범적으로 내리는 판단이므로, 의학적 판단과는 괴리가 있을 수밖에 없기 때문이다. 위 대법원 판례는 의료과오에 대한 사법권 행사의 정당성을 결국 입증책임의 분담과 그것의 근거가 되는 공평칙에서 찾는 판시로 보인다. 따라서 필자가 이해하기에는 위 판례는 전문가 증언 없이도 과실을 인정할 수 있다는 의미의 미국 판례상 ‘일반인의 상식이론’과는 궤를 달리하는 것이다.

가 산모나 태아에 대한 경과관찰을 게을리 한 과실이 있는지 다투어지는 경우 등이 전형적인 사례이다.

만일, 환자의 증상이 “마취 중 산소포화도 저하”인 경우처럼 그 원인이 다양한 경우 그 원인에 따라 의사가 취하여야 할 조치의 내용이 달라지므로, 이런 경우에는 위 ①에 더하여 ④ (i) 마취 중 갑작스럽게 산소포화도 저하의 원인으로 고려될 수 있는 것은 무엇인지, 그리고 (ii) 이 환자의 경우 가장 가능성이 큰 원인은 무엇이고, (iii) 그렇게 추정할 수 있는 근거 (당시 의사가 취한 조치의 내용도 환자의 상태를 추정할 수 있는 판단 근거가 될 수 있다)는 무엇인지와 같은 사항을 추가로 감정해야 해야 한다.

(2) 간접사실에 의한 과실의 추인을 위한 감정사항

밀행적인 의료행위가 있는 후에 나쁜 결과가 발생한 사건, 예컨대, 수술 후유증이 발생한 경우라면, 환자 측에서 주의의무의 내용 및 그 위반 여부를 직접 입증하길 매우 어렵다. 환자는 수술의 구체적 과정을 알 수 없을 뿐만 아니라, 수술실과 같이 폐쇄된 공간에서 행하여지므로 수술 내용에 대한 이론적인 이해가 있다고 하여도 주의의무 위반행위는 물론이고 의료진에 의하여 행하진 행위 자체를 특정하기가 쉽지 않다. 이런 경우 원고는 그 증상 발생에 관하여 의료상의 과실 이외에 다른 원인이 있다고 보

29) 예컨대 환자의 안면에 ‘악성 흑색종’이 의심되는 검은 반점이 존재하는 경우(임상증상), 의사로서는 조직검사하여 양성종양인지 악성종양인지를 검사할 의무가 있으므로(주의의무의 내용), 조직검사를 시행하였는지 여부를 감정하면 된다 실무상 이런 사례는 진료기록부 기재만으로 확정가능하고 실제로 문제되는 것은 이보다 더 복잡한 양상을 띤다. 악성 종양의 치료 방법은 암의 병기에 따라 달라지기 때문에, 악성 종양인 경우 암 병기의 정확한 진단을 위하여 필요한 검사를 모두 시행하여야 하며, 환자의 임상 증상에 따라 필요한 검사의 범위가 달라질 수 있으므로, 일단 환자의 임상 증상 및 조직검사 결과를 토대로 추가적인 영상검사를 할 필요도 있는데 의사가 이를 간과하거나 림프절 전이 여부를 알기 위하여 전초림프절 절제술을 시행하여야 하는데 이를 결하여 문제된 과실이 인정된 경우가 있다. 이런 사건에 접근하기 위하여는 일단 환자의 임상증상과 과거 병력을 진료기록상 통해 확정하고, 이런 환자에 대한 정확한 진단을 위하여 필요한 검사의 내용이 무엇인지와 이를 의사가 실시하였는지를 감정사항으로 작성한다.

기 어려운 여러 간접사실들을 입증하여야 한다. 세부적으로 다시 유형을 나누어 볼 수 있다.

- 제1형 -

만일 후유장애의 존재 자체가 과실을 강하게 시사하는 경우에는 의료행위로 인하여 후유장애가 발생한 사실만 입증하더라도(유방확대술의 경우 겨드랑이 가장 깊은 부위에 겨드랑이 주름에 평행하게 절제하여 유방보형물을 주입하여야 하는데, 그 절제 위치가 너무 낮아 외부에서 보이는 곳인 경우, 또는 너무 길게 절제하여 팔을 내린 상태에서도 절제선을 외부에서 볼 수 있는 경우 등은 그 자체로 주의의무 위반이 인정될 수 있다. 물론 이 경우에도 유방확대술 시행시 절제부위 선택에 있어 요구되는 주의의무의 내용과 그 존재는 원고가 입증해야 한다) 과실을 추인할 수 있으므로, 원고에게는 진료기록감정이 꼭 필요한 것은 아니나, 피고가 그 후유장애가 일반적인 합병증의 범위 내에 있을 수 있다는 점을 입증하거나 다른 원인에 의하여 발생한 것임(수술 후 감염으로 남은 추상이라거나 체질적 소인으로(켈로이드성 피부) 추상이 남은 것이라는 따위의 주장)을 입증하여 위 추정을 번복해야 할 것이다.

- 제2형 -

일반적으로 후유장애는 통상의 합병증인 때가 많다. 합병증이라고 하면, 일정한 시술 후에 그러한 증상이 발생한 사례가 여럿 보고되어 있음을 의미할 뿐이므로, 그 자체로 과실과의 관련성을 알기는 어렵다. 합병증에 관한 의학적 문헌은 대체로 의사 과실 여부에 대하여는 언급하지 아니한 채 의학적 관점에서만 서술되기 때문이다. 따라서 그것이 의사의 과실이 개입될 때만 발생하는 합병증이 아니라면, 후유장애의 발생사실만 가지고는 과실을 부정할 수도, 추정할 수도 없으므로, 원고로서는 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 사정까지를 입증하여야만³⁰⁾, 그러한 간접사실을 토대로 일련의 의료행위 과정에서 의사의 주의의무 위반이 있었다는 판단을 끌어낼 수 있다.

따라서 이 경우에는 ① 의료행위의 내용이나 시술과정, ② 합병증의 발생 부위와 정도, ③ 그러한 합병증이 발생한 기존의 사례 연구 결과 (당시의 의료수준 판단 자료가 된다³¹⁾). 그 자체를 제출하는 것이 더 좋으나, 원고가 직접 찾기 어려우므로, 감정인을 통하여 얻을 수 있을 것이다. 감정인에 따라서는 그러한 논문을 함께 제출하기도 한다), ④ 그러한 합병증이 발생하는 과학적 원리는 무엇인지(합병증 발생에 있어 슬기 부족의 관련성 정도를 파악하는 데 도움이 된다), ⑤ 그러한 합병증의 발생 방지를 위하여 요구되는 의학적 조치의 내용(주의의무의 존재), ⑥ 담당 의료진의 경력이나 병원의 시설 (회복실 담당 간호사의 경우에는 다른 간호사에 비하여 응급상황에 대한 대처능력이 있어야 된다는 것이 미국마취과의사협회의 가이드라인이므로, 이런 경우 간호사의 경력이 일천하면 바로 사용자 책임이 인정될 여지도 있다. 수술실이나 회복실에서 필수적으로 요청되는 환자감시 조치가 있다면 이를 위하여 필요한 장비를 충분히 보유하고 있었는지도 심리대상이 되어야 하는 경우가 있다.) 등을 입증해야 하므로, 그 중 다른 증거(진료기록부나 의학문헌, 증인)로 입증이 불충분하면 진료

30) 대법원 2008.3.27. 선고 2007다76290 판결 참조(복강경에 의한 질식 자궁적출술 등을 시행하는 경우 일반적 합병증으로 요관손상이 따를 수 있으므로, 위 수술 시행 과정에서 환자의 요관이 손상되는 결과가 발생한 것에 대하여 바로 수술의사의 과실을 인정할 수 없고, 이를 추정하기 위해서는 위 손상 결과가 일반적인 합병증의 범위를 벗어난 것으로 볼 만한 사정이 인정되어야 한다고 한 사례).

31) 추간판제거술 시행시 신경근이 과도하게 견인됨으로 인하여 신경근 손상으로 하지 마비가 발생하였다고 주장하는 사안에서는, 기왕에 신경학적 증상이 있었던 환자는 18명 중 10명이, 그러한 증상이 없던 환자는 13명 중 2명에게 그와 같은 나쁜 결과가 발생한다는 연구결과가 있어, 수술 직후 수술 부위의 신경손상이 발견되면 후자의 경우는 과실의 개입가능성이 쉽게 추정될 수 있으나 전자의 경우에는 나쁜 결과의 발생만으로는 과실의 개입가능성이 있다고 보기 어려울 것이다.

기록감정이나 사실조회를 통해 보충하여야 한다.

당사자들이 신청한 감정사항을 보면, 후유장애의 정도가 중하면 과실이 곧 추정된다고 믿고, 의료행위로 인하여 후유장애가 발생한 것인지에 관한 증거(신체감정)만 제출한 다음, 더 이상의 입증은 하지 않는 경우도 있는데, 이런 경우에는 위의 사항의 증명을 촉구해야 한다. 특히, 간접사실의 입증에 의하여 추정되는 것은 ‘주의의무의 위반’이므로, 적어도 ‘주의의무의 존재’는 주장·입증되어야 한다. 예컨대, 추간판제거술을 할 때에는 신경근의 견인시 신경근이 손상되지 않도록 할 주의의무가 있다는 것을, 동맥류색전술을 시행할 때는 동맥류 자체에 천공이 생기지 않도록 주의해야 하며 조영제를 갑작스럽게 높은 압력하에 주입하지 말아야 할 의무가 있음을 주장, 입증해야 한다.

다. 인과관계

위 판례들에 따라 과실의 입증 정도를 완화하더라도, 과실은 주의의무 위반을 의미할 뿐이므로, 인과관계가 무조건 추정되는 것은 아니다. 작위가 문제되면 의료행위와 그 결과 사이에, 부작용이 문제되는 경우라면 적절한 진단 및 치료를 하였을 경우에는 나쁜 결과를 회피할 수 있다는 점에 관하여 적어도 개연성 있는 정도의 입증이 필요하다³²⁾.

예를 들어, 원고가 피고의 기도확보 상의 과실→저산소성 뇌손상의 발생→현재 식물인간 상태를 주장함에 대하여, 피고가 원고가 현재 식물인간 상태에 이르렀음은 다투지 아니하면서 저산소성 뇌손상이 아니라고 다투는 경우에는, 원고가 저산소성 뇌손상이 발생한 사실을 입증해야 한다. 즉, 피

32) 그러한 과실이 없었더라면 그 결과가 발생하지 않았을 것과 관련하여 과실이 유일한 원인이어야만 책임을 인정할 수 있다는 견해에 의하면, 그 입증의 정도는 매우 강화될 것이고, 과실이 유일한 원인일 필요는 없고 실질적인(substantial) 원인이기만 하면 된다는 입장에서는 그 입증의 정도는 개연성을 요구하는 정도로 완화될 수 있으며, 다른 원인의 개입가능성이 완전히 배제되지 아니하는 문제는 책임 제한의 문제가 될 것이다.

고는 저산소성 뇌손상이 아니라는 강한 의심이 들 정도의 반증에만 성공하면, 굳이 다른 원인에 의하여 식물인간 상태에 이르렀다는 사실까지는 입증하지 아니하여도, 기도확보 상의 과실과 현재 식물인간 상태라는 나쁜 결과 사이에 인과관계의 추정은 깨어진다고 보아야 하기 때문이다³³⁾.

통상적으로 인과관계는 여러 간접사실을 종합하여 판단하게 되는데, 중요한 간접사실로는 ① 의료행위와 나쁜 결과와의 시간적 근접성, ② 부위의 근접성, ③ 타원인의 개입가능성(배제), ④ 통계적 관련성 등이 있으며, 소극적으로 과실행위 이외에 다른 원인을 배제하는 방법으로 입증하는 것도 가능하다³⁴⁾. 예를 들면, 경부 림프절 절제술 후 척수부신경 손상으로 인한 마비 증상이 발생한 경우 인과관계 여부를 밝히기 위하여는 ① 마비 증상이 나타난 시점, ② 수술 부위와 손상된 신경의 부위가 근접해 있다는 점, ③ 원고에게 다른 기왕력이 없었다는 점, ④ 그와 같은 수술 후 합병증 통계사례가 있는지(있다면, 그 문헌을 첨부해 줄 것을 요청하는 것이 좋다) 등을 진료기록감정사항으로 작성해야 한다. 당사자들이 감정을 신청하는 경우 위 ④항까지 요청하는 경우는 거의 없다. 원고는 일반적인 합병증의 범위 내인 것으로 판단될 위험 때문에, 피고는 과실 추정 자료로 사용될 위험 때문인 것으로 보이는데, 재판부의 입장에서는 그 내용이 필요한 경우가 많아, 그러한 감정사항을 추가하는 것을 고려해 볼 만하다.

다른 원인의 개입가능성과 관련해서는 진료기록상 확인할 수 있는 과거력이 있는지 여부가 진료기록 또는 그에 대한 감정을 통하여 밝혀질 수 있다. 과거력의 의심이 있는 경우 건강보험공단에 사실조회를 하기도 한다. 주의할 것은 그 다른 원인이, 과실로 인한 결과발생의 개연성에 의심을 불

33) 저산소성 뇌손상 여부를 알기 위한 방법으로 뇌 MRI나 뇌 CT, 뇌파검사 등의 수단이 있으나, 뇌 MRI의 경우 일정한 시점에서만 특이적 반응을 나타내기 때문에, 그 시기에 뇌 MRI를 촬영하지 아니한 경우에는 다른 원인에 의한 뇌손상이라고 피고 측이 다투는 경우를 종종 본다. 이러한 경우에는 여러 가지 간접사실에 비추어 나쁜 결과의 내용부터 확정할 수밖에 없다.

34) 문현호, “의료소송의 심리”, 『의료실무 법관연수 자료집』, 2007, 5면.

러일으킬 정도로 강력한 것이 아니라면, 그것이 완전히 배제되지 아니한다고 하여도 인과관계의 추정을 쉽사리 반복할 것은 아니다. 그러므로 진료기록감정이나 신체감정에서 다른 원인을 시사하는 감정결과가 있더라도 그것만으로 인과관계를 부정하는 것은 위험이다. 대개 피고가 작성한 감정사항에는 다른 가능성들을 열거하면서 그러한 가능성이 있는가 따위의 질문을 하게 되나, 그 감정결과의 옥석을 가릴 필요가 있다.

2. 부적절한 질문 예

구체적으로 감정사항의 작성에 있어서 주의해야 할 점은 다음과 같다. “과실이 있는가”라는 직접적으로 법적 판단을 묻는 것은 의미가 없다. 과실 판단은 법원의 몫이기 때문이다. “일련의 의료행위가 적절한가”라는 질문은 가능하지만, 최대한 뒤로 미뤄야 한다. 먼저, 환자의 구체적 상황에 따라 필요한 조치의 내용을 묻고, 필요한 조치가 이루어졌는지를 묻은 다음, 위와 같은 종합적인 질문을 할 필요가 있다. 무턱대고 ‘적절한가’라고 하면, 법원으로서 감정결과의 합리성이나 객관성을 판단할 근거를 상실하여 감정결과는 무의미해 지고, 결국 감정결과의 합리성, 객관성을 평가할 자료를 별도로 확보하는 수고를 겪어야 한다. 또한 의학적으로 답변 가능한 질문을 하는 것도 필요하다. 지나치게 광범위한 질문을 하면 답변 자체가 불가능하다. 진료과목에 맞는 질문을 해야 한다.

가. 광범위한 질문

“과거에는 토라렌주사제와 씨에프주사제를 투여받고 아무런 부작용이 발생하지 않았으나 감기몸살 증세로 면역력이 더욱 약화된 상태의 환자에게 위와 같은 주사제를 동시에 투여한 경우 심장마비 등의 부작용이 생길 수 있는가?”(발열, 기침, 오한 등의 증세를 보인 환자가 위와 같은 주사제를 투약받은 후 그로부터 약 3시간 뒤 사망한 사건에서, 망인에게 협심증

증세가 있었으므로, 위 약물의 투약하지 아니할 주의의무가 있음을 증명하기 위한 질문) 이에 대하여는 감기몸살이 과학적인 표현이 아니고, 감기몸살로 인하여 면역력이 약해지는지, 면역력의 약화가 심장마비를 초래할 수 있는지 등 고려할 요소가 너무 많아 판단할 수 없다는 취지의 회신을 받았다³⁵⁾.

나. 진료과목에서 벗어난 질문

분만과정 중의 산과의사의 과실을 주장하는 사건에서 신생아 만출 후의 검사결과(심전도, 전해질검사, 일반화학검사 등)의 의미를 소아과 전문의가 아닌 산과 전문의에게 질문하는 경우나, 하반신마비와 배뇨장애의 복합장애가 있는 사건에서 비뇨기과 전문의가 아닌 신경외과 전문의에게 배뇨장애에 관한 질문을 하는 경우가 종종 있다. 또한, 소화기내과, 신장내과, 호흡기내과 등과 같이 전공이 세분화되어 있는 경우 세분화된 진료과목별로 감정촉탁을 달리 행하는 것이 좋다.

다. 비의학적 질문

“진료기록부상 귀가한 후 전화로 오한을 호소하는 위 환자에게 의사가 전원을 권유한 사실, 이에 환자가 화를 내며 거부한 사실이 있는지 확인할 수 있는가?”와 같이 진료기록부를 확인하면 될 문제를 감정사항으로 작성하는 예가 있으나, 진료기록부를 서증으로 제출한 것으로 충분하다.

3. 감정결과의 해석

가. 채택 여부와 자유심증주의

감정결과를 현실적으로 증거로 채용할 수 있는가는 다른 증거와 마찬가지로

35) 서울중앙지방법원 2007가합83279 현재 계류 중.

지로 법관의 자유심증에 의한다(민사소송법 제202조). 당사자 일방의 신청에 의한 감정결과를 상대방이 만족하지 아니하여 재감정신청을 하는데도 그 채부는 법원의 직권사항이다.

진료과정에서 환자가 사망에 이른 경우에 그 사망원인 및 의료과오 여부에 대한 법원의 감정촉탁 및 사실조회에 따라 의료기관 등이 한 회보결과도 사실인정에 관하여 특별한 지식과 경험이 필요할 때에 법관이 그 특별한 지식, 경험을 이용하는 것에 불과하다. 따라서 사망원인 및 의료과오가 있었는지 여부는 궁극적으로는 그 당시 모든 사정을 참작하여 경험칙에 비추어 규범적으로 판단할 수밖에 없으므로, 동일한 사실에 관하여 상반되는 수개의 감정결과가 있을 때 자유심증주의에 따라 법원이 그 하나에 의거하여 사실을 인정하거나 수 개의 감정결과를 종합하여 사실을 인정하는 것은 경험칙 또는 논리법칙에 위배되지 않는 한 적법하다는 것이 판례이다³⁶⁾. 또한, 판례³⁷⁾에 따르면, 채용하지 아니한 다른 것에 대해 배척하는 이유를 실시하지 아니하여도 된다.

다만, 동일한 감정인이 동일한 감정사항에 대하여 서로 모순되거나 매우 불명료한 감정의견을 내놓고 있는 경우에, 법원이 위 감정촉탁결과를 직접 증거로 채용하여 사실인정을 하기 위하여는 특별히 다른 증거자료가 뒷받침되지 않는 한, 감정인에 대하여 감정서의 보완을 명하거나 감정증인으로의 신문방법 등을 통하여 정확한 감정의견을 밝히도록 하는 등의 적극적인 조치를 강구하여야 마땅하며³⁸⁾, 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 어긋난다는 것이 판례이다³⁹⁾.

36) 대법원 1987.10.13. 선고 87다카1613 판결 : 대법원 1998.7.24. 선고 98다12270 판결 등 참조.

37) 대법원 1997.12.22. 선고 97다36507 판결.

38) 대법원 1994.6.10. 선고 94다10955 판결.

39) 대법원 1985.9.24. 선고 84다카2309 판결 : 대법원 1994.6.10. 선고 94다10955 판결

나. 의료감정 결과의 해석과 경험칙과 논리칙

어려움은 의학 분야의 ‘경험칙이나 논리칙’을 체득하고 있지 못한 법관이 어떤 방법으로 의학적 경험칙이나 논리칙을 알 수 있으며, 어느 범위에서 알아야 하는가에 있다. 1차적으로는 당사자가 기존에 제출한 다른 증거들을 토대로 판단하여야 하지만, 대개는 불충분하다. 당사자들로서는 법관이 어느 범위에서 의학적 지식을 갖추었는지 알 수 없기 때문에 구술변론이 충분히 이루어지지 않는 이상, 재판부에서 원하는 자료를 알아서 제출하지는 못한다. 따라서 변론절차에서 충분히 석명권을 행사하여 증거제출을 촉구하여야 하며, 변론종결 이후에는 저명한 의학문헌을 찾아 참고하는 노력이 필요하다⁴⁰⁾.

만일 그 의학문헌을 참고하는 정도가 진료기록감정이나 당사자가 제출한 그 외의 다른 증거의 가치를 판단하는 수준을 넘어, 인정사실의 범위를 좌우할 정도라면, 변론을 재개하여 당사자들에게 석명을 구하고 다룰 기회를 주어야 할 것이다. 유사한 사건의 감정결과를 참조하여 해당 사건 감정의 충실도나 객관성을 가늠해 보는 것도 감정의 취신 여부를 판단하는데 도움이 될 수 있다.

40) 경험법칙 가운데 일반상식에 속하는 것은 증명의 대상이 되지 않으나, 특수한 전문적·학리적 지식에 속하는 것에 대하여는 일반 법관으로서 안다는 것을 기대할 수 없고, 안다 해도 이러한 것은 우연한 것이므로 재판의 공정성에 대한 국민의 신뢰를 유지하기 위해서나 법관이 감정인이 되었을 때 제척사유로 하고 있는 민사소송법 제41조 3호와의 관계 등으로 보아 증명을 요한다고 보는 것이 우리나라의 통설이다 (이시윤, 『신민사소송법』, 박영사, 2002, 387면 참조). 그러나, 실무상으로는 당사자로 하여금 법관이 알고 싶어 하는 의학적 자료를 모두 제출하라고 명하기는 어렵다. 변론과정에서는 문제되지 않다가 변론이 종결된 후에 판결서를 작성하는 과정에서야 당사자들이 주장한 사실관계의 연관을 확인하기 위하여 필요한 자료가 상당히 많다. 이런 경우 불가피하게 저명한 의학교과서나 공인된 학술지에 게재된 논문을 찾아 참고하게 되는데, 이는 당사자의 절차권과 재판의 공정을 해하지 아니하는 범위 내에서만 가능한 것이다.

V. 결 론

감정에 있어 가장 큰 문제는 감정의 충실도라고 생각한다. 감정이 충실해지다 보면, 판단의 근거들을 제공할 수밖에 없고, 이런 경우 적어도 노골적인 편파성은 배제될 수 있을 것이며, 재판부로서도 감정의 합리성, 객관성을 평가할 수 있고 필요한 소송자료를 일시에 얻을 수 있을 것이다.

이를 위하여 감정사항을 구체적으로 명확하게 작성하는 것이 도움이 될 수 있고, 그것이 최초의 감정 촉탁 시에 불가능하다면, 감정보완 촉탁 시에 시도해 볼 수 있을 것이다. 또한, 법원과 감정인과의 커뮤니케이션을 강화하여 감정인으로 하여금 감정의 중요성 및 공익성을 깨닫게 하고 감정인이 겪는 어려움을 법원이 적극적으로 파악하여 이를 해소할 필요가 있다. 불성실한 감정인을 배제하는 것도 방법이다.

이를 위하여는 지속적인 감정인 관리가 필요하다. 이를 위하여 감정결과를 데이터베이스화하여 감정간 충실도나 객관성을 비교평가 하는 것도 한 방법이라 생각된다.

[참 고 문 헌]

- 김선중, 『의료과오소송법』, 박영사, 2005.
- 김성수·김도형, “의료판례의 종합적 분석 및 그 전망”, 『법조』, 제46권 제1호.
- 김정만, “일본 민사소송에서 계획심리의 활용실태와 방법”, 『저스티스』, 78호, 2004.
- 문현호, “의료소송의 심리”, 『2007년도 의료실무 법관연수 자료집』, 사법연수원, 2007.
- 민유숙, “의료과오로 인한 손해배상소송에 있어서 인과관계·과실의 추정과 설명의무”, 『대법원판례해설』, 통권 제51호, 2004.
- 박영호, “의료과실의 입증방법”, 『대한의료법학회·법원의료법분야연구회 공동 학술대회 자료집』, 2005.
- 법원행정처, 『의료재판실무편람』, 2005.
- 신현호, “의료소송 감정상의 문제점”, 법률신문. 2006. 1. 5.자
- _____, “의료소송감정상의 문제점”, 『대한의료법학회·법원의료법분야연구회 공동학술대회 자료집』, 2005.
- 양승국, “신체감정의 여러 문제점에 대하여”, 『수원지방법원 신체감정상의 제 문제 간담회 자료집』, 2001.
- 이승덕, “의사의 입장에서 본 감정, 신체감정”, 『대한의료법학회·법원의료법분야연구회 공동학술대회 자료집』, 2005.
- 이시윤, 『신민사소송법』, 박영사, 2002.
- 이영환, “의료재판에 있어서 감정제도의 역할과 그 모순점 및 개선방안에 관한 연구”, 『사법연구』, 제37권 제1호(통권45호), 1996.
- 정선주, “민사소송절차에서 감정인의 지위와 임무”, 『민사소송: 한국민사소송 법학회지』, 제6권, 2002.
- 조운경, 「의료과오소송에 있어서 감정제도에 관한 연구」, 석사학위논문, 연세대학교, 2001.
- 허용석, “의료과오소송에 있어서 일정상의 문제점”, 『인권과 정의』, 312호, 2002.
- 황영목, “검증과 감정에 관한 제문제”, 『재판자료』, 제25집, 법원도서관.
- 황현호, “현행 신체감정의 실태와 문제점”, 『인권과 정의』, 제316호, 2002.

How to Improve Expert Witness in Medical Malpractice Litigation

Yang, Hui Jin

Seoul Central District Court, Judge

=ABSTRACT=

This paper aims to introduce an overview of the regime of expert witness in the medical malpractice litigation, and to provide a plan of how to make it improved.

In regard with medical expert witness, several problems, such as time-consuming procedure, non-neutral and unclear opinion without reasons provided, have been pointed out for several years. Lack of skill of the court and plaintiff/defender to question the expert is one of many cause to lead to the above problems.

What is questioned to the expert? Because expert witness is used in determining probability of negligence, questions to the expert should be selected on the grounds of whether or not to obtain opinions or facts sufficient to let the judge infer negligence in view of the theory of proof burden established by the Supreme Court.

In addition, to avoid non-neutral and unclear opinion, it is necessary to question the expert clearly, specifically and scientifically.

Keywords : expert witness, medical malpractice litigation, medical act, medical institution
--