

1. 의료과오소송 입증책임론의 전개와 발전

신 은 주 *

I. 서론
II. 의료과오소송의 특징
1. 의료과오소송의 특수성
2. 의료과오소송과 입증의 곤란
III. 의료과오소송에 있어서 입증책임
1. 입증책임의 일반원칙과 입증책임 완화의 필요성
2. 입증책임완화이론
3. 입증방해론
IV. 결론

I. 서론

의료과오소송은 해마다 증가해 가고 있고 환자의 승소가능성도 조금씩 높아지고 있지만 환자는 여전히 입증곤란의 문제를 안고 있다. 환자는 의료행위라는 극히 전문적인 분야에 대해서는 문외한이고 대부분의 증거는 의사측에 편재되어 있어서 무기평등원칙이 이루어지지 않은 상태에서 사실해명의 책임을 부담하게 되기 때문에 패소의 위험을 처음부터 안고 있다고 할 수 있다. 이러한 구조적인 문제를 해결하기 위해서는 입증책임의 완화가 필요하다고 하겠다. 따라서 이하에서는 입증곤란을 완화하는 방안 에 대해 고찰하고 우리나라 의료소송에 어떻게 적용할 수 있는지에 대해서 검토하기로 한다.

*논문접수: 2008. 4. 15. *심사개시: 2008. 5. 10. *게재확정: 2008. 6. 10.

*한동대학교 법학부 교수

II. 의료과오소송의 특징

1. 의료과오소송의 특수성

의료과오사건은 의료행위의 특수성으로 인하여 소송에 있어서 몇 가지 특징을 가지고 있다¹⁾. 첫째, 의료과오소송에 있어서 나타나는 특징 중의 하나는 입증의 곤란이다. 의료행위는 환자마다 생리작용과 병리적 변화 등이 천차만별이고 살아있는 생명체에서의 반응결과를 지배할 수 없으며 구체적인 경우에 의사가 취해야 할 조치가 사람마다 다르게 나타나는 성질을 가지고 있다. 이러한 의료행위가 가지는 성질로 인하여 실제로 의료행위를 실시한 의사도 진료의 모든 과정을 항상 명확히 해명할 수 있는 것이 아니기 때문에 의사는 성공하지 못한 치료행위는 자신의 과오로 인한 것이 아니라 불운이 원인이라고 하여 치료결과를 운명적인 것으로 돌리게 된다. 그런데 하물며 의학에 전문지식이 없고 마취한 상태와 같이 의식이 없는 상태에서 치료행위가 일정하게 제한된 공간, 즉 밀실에서 이루어지게 되어 의료행위의 모든 과정을 인식할 수 없는 환자는 의사의 과오를 입증하는 것이 더욱 어렵다. 또한 인간의 인식수단이 불충분하고 불확실하기 때문에 의료행위가 끝난 후에 의료과오가 문제되면 의사나 병원의 의료행위에 대한 과실 기타 이와 동시할 사유에 대해 입증하는 것은 의사에 비하여 훨씬 더 어려운 일이다. 더구나 의학상 기술수준이 불명확한 분야에 있어서는 의사가 베풀어야 할 주의의무의 정도를 확정하기도 어려우므로 의사의 치료상의 과오를 입증하는 것은 더욱 더 어렵게 되어 입증하지 못하는 것에 대한 불이익을 환자가 고스란히 부담하게 된다.

둘째, 의료과오소송의 특징으로는 대부분의 증거가 의사측에 편재되어 있다는 점을 들 수 있다. 환자에 관한 기록은 환자측도 열람할 수는 있으나(의료법 제21조) 이러한 기록의 열람만으로 의료상의 과오를 입증하기

1) 拙稿, 「의료과오소송에 있어서 입증책임」, 박사학위논문, 경희대학교, 1992, 20-24면 참조.

에 충분하지 않으며 의사의 협력 없이 사실관계를 밝힐 수 없는 경우에 의사의 협력을 얻는 것도 용이하지 않기 때문에 실제로 의사나 병원의 잘못을 입증하지 못하게 되는 것이다. 의료과오사건은 고도의 전문지식이 필요한 의료행위가 문제의 중심에 놓여 있어서 법관도 사실판단을 위하여 전문가 감정인의 도움을 필요로 하게 되는데 전문가들이 그의 동료인 의사에게 불리한 정보를 제공하지 않으려는 침묵의 공모로 인하여 사실파악이 어렵게 된다. 더구나 소송을 제기하였다 하더라도 의료분야에 정통한 지식을 가지고 있는 변호사도 많지 않은 상황에서 사실을 해명하는데는 역부족일 수밖에 없다. 이처럼 증거의 편재로 인한 무기의 불평등상태를 극복하기 위하여 환자는 의사나 병원에 대해 형사고소함으로써 수사기록이나 소송기록에 나타난 자료들을 증거로 삼고자 하는 경향으로 인하여 손해배상사건을 위해 민사사건을 형사사건화하는 부작용을 초래하기도 한다.

셋째, 의료과오소송은 손해배상액이 다액인 경우가 많아 다른 소송일반과 비교하여 볼 때 訴額이 높다는 특징을 가지고 있다. 손해배상액 산정의 기초로 삼고 있는 노동능력에 있어서 환자의 소득수준이 높을수록 손해액도 높아지게 되는데 최근에는 개인의 소득액이 다액인 자도 많아지면서 배상해야 할 손해액도 더 커지게 될 것이므로 訴價도 그만큼 높아지게 될 것이다.

넷째, 고액의 訴價와 함께 소송기간이 길다는 점도 의료과오소송이 가지는 특징 중의 하나이다. 신체 및 진료감정을 비롯하여 판단을 위한 사실조회 등 증거절차에 많은 시간이 소요되어 소송이 지연되는 경우가 많고 방대한 진료기록과 그에 대한 번역문을 읽는데 상당한 시간이 소요되며 그만큼 소송기간이 길어지게 된다. 소송자료가 방대하게 되는 데에는 형사고소도 큰 몫을 차지하고 있다. 형사고소에 따른 수사기록이나 공판기록에 대한 인증등본송부촉탁이나 서증조사가 실시되는 경우가 있고 그 기록들이 소송기록에 편철되어 소송기록이 다른 형태의 소송에 비해 현저하게

많아지게 되어 소송기간이 장기화되는 것이다.

마지막으로 의료과오에 대한 소송의 경우에는 소송의 결과가 이후의 다른 의료과오사건에 큰 영향을 미친다는 점도 이 소송이 가지는 특징 중의 하나이다. 소송의 승패에 따라 향후 동종 또는 유사한 사건에 대해 환자에게는 소송의 제기여부를 판단하는데 영향을 주게 되며 의사의 진료태도에도 영향을 주게 되고 경우에 따라서는 과잉진료의 부작용을 초래하기도 한다. 이처럼 의료소송의 결과는 소송당사자뿐만 아니라 다른 환자 및 의사에게 강한 파급효과를 미치게 된다. 또한 근래에는 법원의 판결에 있어서 의료과오에 대한 법원의 판결이 이후의 판결에 많은 영향을 주고 있는 것으로 나타나고 있다. 특히 입증경감을 위하여 법원이 환자의 과실입증에 대해 “일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실 있는 행위의 입증”으로 의사의 과실을 추정한 판결²⁾이 나온 이후에 계속하여 많은 판결들이 이와 같은 태도를 취하고 있는 것³⁾에 의해서도 이러한 경향을 잘 보여주고 있다.

2. 의료과오소송과 입증의 곤란

의료과오로 인하여 환자에게 손해가 발생한 경우에 채무불이행을 원인으로 하든, 불법행위를 원인으로 하든지 피해자는 발생한 손해를 전보하기 위하여 소송을 제기할 수 있다. 입증책임의 분배와 관련하여 법률요건 분류설에 의하면 불법행위책임에 있어서 피해자는 가해자의 과실에 대해 입증책임을 부담하지만 채무불이행책임에 있어서는 채권자가 채무불이행의 사실을 입증하면 채무자의 과실은 추정되므로 채무자가 불이행에 대하여 귀책사유가 없음을 주장·입증해야 한다. 이러한 분배원리에 따르면 불

2) 대판 1995.2.10 선고 93다52420.

3) 대판 1995.3.10 선고 94다39567; 대판 1995.3.17 선고 93다41075; 대판 2005.9.30 선고 2004다52576 이외에 약 10여 개의 판결이 있음.

법행위책임에 있어서는 환자가 과실에 대한 입증책임을 부담하게 되지만 채무불이행책임에 있어서는 의사가 무과실 내지 귀책사유가 없다는 것을 입증해야 하므로 채무불이행구성이 환자에게 유리하게 되어 채무불이행책임구성을 선호하여야 할 것이다. 그런데 그동안에 의료과오를 원인으로 하는 손해배상소송은 채무불이행을 원인으로 한 경우보다 오히려 불법행위를 원인으로 한 경우가 훨씬 더 많은 것으로 나타났다. 이것은 의료행위가 가지는 특수성과 의료과오에 대한 입증책임과 관련하여 나타나는 현상이라고 판단된다.

의료채무의 불이행은 의사가 진료채무는 이행하였으나 그의 귀책사유로 인하여 환자에게 손해가 발생한 것이므로 이행지체나 이행불능이 아닌 불완전이행이 주로 문제된다. 불완전이행의 형태로 채무불이행이 있는 경우에 입증책임의 분배는 이행지체와 이행불능의 그것과 균형을 고려하여 채무자가 이행한 사실을 입증하고 채권자는 이러한 이행이 불완전하다는 것을 입증해야 한다⁴⁾. 그러므로 의료과오사건에 있어서 채권자인 환자는 의료채무를 이행하였으나 그것이 불완전하다는 것을 입증해야 한다. 환자가 의사의 채무이행이 불완전하다는 것을 입증함에 있어서는 추상적이 아닌 구체적으로 그 불완전함을 입증해야 한다. 법관은 구체적 사실을 추상적인 법규의 구성요건에 적용시키는 것을 사명으로 하기 때문에 소송에 있어서 법원에 제시할 사실상의 주장은 당사자가 법관으로 하여금 적용해야 할 법규의 추상적인 요건이 구체적으로 실현되었다는 것을 확정하여 주장, 입증해야 한다.

따라서 환자가 의료채무의 이행이 불완전하다는 것을 추상적으로 주장하고 있을 뿐 구체적인 내용이 주장, 입증되지 않은 경우에 법원은 석명권을 행사하여 환자로 하여금 구체적인 사실에 대한 입증을 할 수 있도록 입증을 촉구할 수 있지만(민사소송법 제136조) 그럼에도 불구하고 환자가 어

4) Rosenberg, Die Beweislast, 5 Aufl., 1965, S.167; Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen, 1986, S.220.

떠한 점이 불완전한 것인지를 구체적으로 입증하지 못하면 입증책임의 불이익을 입게 된다.

그런데 진료채무는 채무자의 행위가 중요한 의의를 가지는 수단채무로서 결과가 중요한 것이 아니며 방법이나 과정에 큰 의미가 있다⁵⁾. 진료채무는 물건의 인도와 같은 결과채무에서처럼 이행해야 할 채무의 내용이 세부적인 것까지 처음부터 정해진 것이 아니라 어떠한 의료행위를 할 것인가에 대해 채무자인 의사나 병원에 맡겨져 있는 경우가 많다. 또한 의료행위는 의사가 의료행위를 시작할 때부터 그 내용이 세부적으로 확정되어 있는 것이 아니라 환자의 상태에 따라 구체적인 치료행위의 내용이 정해지게 되며 전문적인 지식에 기초하여 치료방법을 정하게 되기 때문에 의사가 환자를 치료함에 있어서는 상당한 범위에서 의사의 재량이 요구된다. 우리나라 대법원 판례도 의학적 전문지식에 의거하여 환자의 상태에 따라 당시의 의료수준에 따라 적절하다고 판단되는 진료방법을 선택할 수 있고 그것이 합리적인 범위를 벗어난 것이 아닌 한 의사에게 상당한 재량을 인정하고 있다⁶⁾. 그러므로 진료채무를 이행함에 있어서 의사는 평균적인 수준을 가진 의사로서 당시 의학지식과 기술을 사용하여 환자의 질병을 예방 또는 치료하기 위해 선량한 관리자의 주의의무를 다하여야 한다. 결국 진료채무의 이행에 있어서 불완전하다는 것은 평균적인 의료인이 기울여야 할 주의의무를 게을리 한 것을 의미하게 되며 이는 불법행위에 있어서 의사의 과실에 해당되어 불완전이행의 수단채무에 있어서는 귀책사유인 입증책임과 관련하여 채무불이행책임과 불법행위책임은 그다지 차이가 없게 된다. 이와 같이 입증책임과 관련하여 채무불이행책임이 불법행위책임에 비해 그다지 유리하지 않다는 점으로부터 의료과오사건에 대해 손해배상청구권의 발생 원인으로서 불법행위책임구성을 하고 있다.

5) 김형배, 『채권총론』, 박영사, 1999, 49면.

6) 대판 1984.6.12. 선고 82도3199; 대판 1992.5.12. 선고 91다23707; 대판 1996.6.25 선고 94다13046 등.

이처럼 의료과오에 대해 의사에게 불법행위에 기한 책임을 묻든 채무불이행책임을 묻든 간에 의사나 병원의 과실의 입증은 환자의 몫이 된다. 그런데 의료행위가 가지고 있는 특수성으로 인하여 이를 입증하는데 많은 어려움을 겪게 된다. 더구나 환자의 개인차, 약결과에 대한 예측불능과 의학기술로도 해명되지 않은 부분이 많다는 점은 전문지식을 가진 의사라 해도 사건경과를 정확히 해명하는데 어려움은 존재하게 되며 더욱이 의학적 전문지식이 없는 환자가 이러한 의료행위에 대한 과실유무나 인과관계를 밝히는 것은 대단히 어려운 일이다. 따라서 의료과오사건에서 과실이 나 인과관계에 대해 입증책임을 부담하는 자는 곧 소송에 있어서 입증의 곤란에 대한 부담 내지는 패소의 위험을 부담한다는 것을 의미하게 된다.

III. 의료과오소송에 있어서 입증책임

1. 입증책임의 일반원칙과 입증책임 완화의 필요성

입증책임이라 함은 증명해야 할 사실의 존재가 불분명한 경우에 입증당사자가 부담하는 불이익을 말한다. 입증책임은 소송의 승패에 결정적인 영향을 미치게 되어 소송당사자 중에 누가 어떠한 사실에 대한 입증책임을 부담하는가는 당사자에게 매우 중요한 의미를 가지게 된다. 입증책임은 입증책임의 분배원칙에 의하여 그所在가 결정되므로 손해배상소송에 있어서 입증책임의 분배는 손해의 분배와 같은 의미를 가지게 된다.

입증책임분배에 관해 민사소송법은 이를 명문으로 규정하고 있지 않다. 따라서 어떻게 입증책임을 분배할 것인가는 실체법상 입증책임분배에 관한 여러 가지 법칙을 종합하여 결정할 수밖에 없다. 그런데 입증책임의 분배에 관하여 법률의 규정이 없는 경우에 어떠한 기준에 따라 양당사자 사이에 입증책임을 분배할 것인가가 문제되는데 우리나라는 법률요건을 구

성하는 사실을 기준으로 하여 입증책임의 분배를 결정하려는 법률요건분류설이 통설과 판례의 입장이다. 법률요건분류설은 법규의 구조 속에서 입증책임의 분배기준을 찾고 있으며 법관이 법규를 적용할 수 있는 것은 요건사실의 존재가 확정된 경우에 한한다는 것을 출발점으로 하고 있다. 따라서 요건사실의 부존재가 확정된 경우에는 물론 법규가 적용되지 않으며 그 存否가 불분명한 경우에도 그것이 적용되지 않는다. 이와 같이 法規不適用의 경우에 부적용에 의한 불이익은 그 법규가 적용되었더라면 승소할 수 있었던 당사자에게 돌아가므로 각 당사자는 자기에게 유리한 법규의 요건사실에 관한 입증책임을 부담한다고 하는 원칙이 도출되게 된다⁷⁾.

그러므로 의료과오소송에 있어서도 각 당사자는 그에게 유리한 사정들을 주장하고 필요한 경우에는 입증해야 한다는 일반원칙이 적용된다. 따라서 환자는 치료과오의 존재 및 발생된 손해와 의사의 치료과오 사이의 인과관계를 입증해야 한다. 그런데 의료과오소송에 있어서는 의료행위가 주된 입증의 대상이 되는데 의료행위는 전문적인 기술과 고도의 전문지식이 요구되고 의료처치에 대한 반응도 환자마다 다르게 나타나는 등 여러 가지 특징들을 가지고 있어서 의료지식이 없는 환자가 이를 입증하는 것이 매우 어렵기 때문에 법률요건분류설에 의해 입증책임을 분배할 것이 아니라 보다 의료사건에 특유한 성질을 감안하여 이에 걸맞은 실질적인 분배기준이 필요하다는 견해가 대두되고 있다. 위험영역설, 개연성설 및 증거거리설 등이 이에 해당한다.

위험영역설에 의하면 손해배상사건에 있어서 손해의 원인이 가해자의 위험영역에서 발생한 경우에는 가해자가 책임의 객관적인 요건 및 주관적인 요건의 부존재에 대하여 입증책임을 부담해야 한다⁸⁾. 이 견해는 가해자가 입증책임을 부담하는 것이 정당하다는 근거를 정의의 관념에서 구하

7) Rosenberg / Schwab, Zivilprozeß recht, 14 Aufl., 1986, S.717.

8) Prölss, Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozeß, 1968, S.65; Larenz, Schuldrecht, 11 Aufl., 1976, S.301ff.; BGHZ 51, 91.

고 있다. 즉 정의의 관념에 비추어 볼 때 입증곤란상태에 있는 피해자에게 입증책임의 일반원칙에 따라 입증하게 하여 사실상 그의 권리를 실현하는 것이 불가능해지도록 하는 것보다 입증이 용이한 가해자에게 밝히도록 하는 것이 합당하다는 것이다⁹⁾. 개연성설은 개개의 사건마다 법관이 구체적 특수성과 개연성을 고려하여 재량에 따라 당사자에게 입증책임을 부담시켜야 한다고 한다. 증거거리설은 입증책임의 분배기준이 법규의 입법취지로부터 명백하지 않은 경우에는 증거와의 거리, 입증의 난이, 개연성, 신의칙 및 실체법의 입법취지 등에 의하여 입증책임을 분배한다¹⁰⁾. 이들 새로운 이론들은 입증책임분배를 공평이란 이념에 맞게 해석하고자 함에 있어서는 평가할 가치가 있다고 할 수 있다. 그런데 입증책임이 소송에 있어서 법관에게는 소송지휘의 지표가 되고 당사자에게는 입증활동의 목표가 되는 것으로 소송절차에 있어서 법원이나 당사자에게 충분히 예측할 수 있는 것으로 되어야 그 기능을 다 할 수 있는데 이 견해들은 실제로 기준이 불명확하여 법원이나 당사자에게 혼란을 일으킬 여지가 많게 된다¹¹⁾. 따라서 비교적 명확한 기준을 제시해주는 법률요건분류설이 입증책임분배의 원칙으로서 타당하다고 하겠다. 그러나 이 견해에 의할 경우에 분배의 기준이 지나치게 경직되어 있어서 증거가 편재되어 있어 무기의 평등이 이루어지지 않은 의료소송의 경우에는 상대적으로 불리한 입장에 있는 환자에게 입증책임을 부담시키는 것은 공평에 어긋나기 때문에 이를 시정하기 위하여 입증책임을 완화시켜 줌으로써 실질적인 공평을 꾀하는 것이 타당하다.

법률요건분류설에 의하여 입증책임을 분배하는 경우에 의료과오소송에 있어서 불법행위책임에 기한 손해배상청구의 경우에는 의사나 병원의 과실이나 발생된 손해와 과실 사이의 인과관계의 존재에 대해 환자가 입증

9) Pröls, a.a.O., S.75ff.

10) 新堂幸司, 民事訴訟法, 351-352면.

11) 吳錫洛, 『立證責任論』, 日新社, 1989, 79면.

책임을 부담하게 되지만 채무불이행에 기하여 손해배상청구를 하는 경우에는 과실의 부존재에 대해 채무자인 의사나 병원이 입증해야 하며 환자는 채무의 불이행, 주로 불완전한 이행에 대한 입증 및 인과관계의 존재에 대한 입증책임을 부담한다. 당사자는 이러한 요건사실에 대하여 법원의 심증을 얻을 수 있을 정도로 입증을 해야 한다(민소법 제202조). 법원의 심증을 얻을 수 있기 위한 입증은 과실 및 인과관계의 존재에 대해 법관의 확신에 이를 정도로 해야 한다¹²⁾. 이는 사실에 대하여 과학적으로까지 입증할 필요는 없고 역사적인 사실로서의 입증으로 족하다.

그런데 법관의 확신에 이를 정도로 사실을 입증해야 한다는 일반원칙을 의료과오소송에 그대로 적용하게 되면 의료행위의 전문성으로 인하여 환자의 과실과 인과관계에 대한 입증자체가 매우 어렵기 때문에 환자는 패소의 위험을 면할 수가 없다. 그러므로 당사자들 사이에 손해의 공평한 부담을 이념으로 하고 있는 손해배상법의 취지에 비추어 입증책임 및 입증의 정도를 판단하는 것이 타당하다. 공해소송에 있어서 대법원은 인과관계의 입증에 관하여 사회형평의 관념과 원고의 입증곤란을 고려하여 입증도의 저하를 시도하고 있는데¹³⁾ 의료과오사건에 있어서도 같은 이유로 입증도의 저하를 꾀할 필요가 있다. 따라서 요증사실에 대해 반드시 법관의 확신에 이를 정도에 이르러야 하는 것은 아니고 개개의 구체적인 사건에 따라 입증도를 완화하는 것이 손해배상제도의 이념에도 부합할 것이다¹⁴⁾.

이와 같이 의료과오소송에 있어서는 공평의 원리에 근거하고 의료행위와 의료소송이 가지고 있는 특성에 적합한 결과를 가져오기 위하여 입증책임을 완화할 필요가 있다.

12) 吳容鎬, “民事訴訟에 있어서 立證의 程度”, 『司法論集』, 제15집, 227면; 梁三承, “假定的因果關係論”, 『外國司法研修論集』, 제1권, 1981, 215면.

13) 대판 1984.6.12. 선고 81다558.

14) 拙稿, 前揭論文, 30면.

2. 입증책임완화이론

가. 개연성설

개연성설은 주요한 사실이 진위불명인 경우에 개별사례에서 개연성과 형평성을 사실문제의 판단기준으로 삼고 있다 이 견해에 의하면 기존의 입증책임이론이 실재하는 사실관계를 재판의 기초로 하는 것이 아니라 의제적인 사실관계를 재판의 기초로 하고 있어서 불완전한 면을 가지고 있기 때문에 입증책임의 고정적 원칙에서 벗어나 법관이 재량으로 개별사례의 구체적인 특수성과 개연성을 고려하여 당사자의 주장을 판단하는 것이 타당하다고 한다. 이 견해를 취하는 입장 중에서도 개연성의 개념 간에는 차이가 있으나 공통적인 기본개념을 추출하여 추론해 보면 개연성이란 어떤 사건의 빈도에 관한 일정한 가설의 정확성을 경험칙상 추론시키는 객관적 현상을 말한다¹⁵⁾. 이처럼 개연성이란 동일한 특성을 가지는 사건경과들의 모임인 집합(kollektiv)내에서 빈도가 객관적으로 확인된 어떤 현상을 기초자료로 하여 자세히 알지 못하는 현상의 빈도를 추론해 내는 것이다¹⁶⁾.

개연성설에 의하여 개별사례의 구체적인 개연성에 기초하여 입증책임을 규율하면 개연적으로 부정확한 것보다 개연적으로 정확한 것을 정확이라 하여야 한다는 요청을 내용으로 하는 원칙을 적용하게 된다. 그런데 이러한 요청을 실현하기 위해서 입증책임의 고정적 원칙체계를 포기하는 것은 타당하지 않다는 비판¹⁷⁾과 함께 이 요청은 입증책임의 영역에서가 아니라 증거평가의 영역에서 실현되어야 한다고 주장하고 있다¹⁸⁾. 즉 법률요건분류설이 통상의 경우에 입증에 요구하는 고도의 개연성을 낮춤으로써 입증

15) Koch-Rüßmann, Juristische Begründungslehre, 1982, S.289, 292f.

16) Musielak, Beweislast, S.92.

17) Musielak·Stadler, Grundfragen des Beweisrechts, 1984, Rdnr. 223.

18) Musielak·Stadler, a.a.O., Rdnr. 223, 224.

책임규범에 기초한 일정한 假定的 정당성에 대하여 고도의 개연성이 있지만 요구되는 고도의 개연성에는 도달하지 못하여 입증하지 못한 것으로 되어 대립되는 반대사실을 인정하는 경우에 발생하는 문제점을 가장 잘 해결할 수 있다는 것이다. 따라서 법률과 판례의 의한 입증책임의 특별원칙이 개연성을 참작한 것이라는 점과 사실관계가 의심스러운 경우에 유사한 사례에서 경험칙상 가장 빈번한 것을 선택하는 것이 가장 훌륭한 해결책이라고 보는 점에서 이 견해에 찬동하지만 개연성은 일련의 다른 것들과 함께 입증책임의 특별원칙을 형성하기 위한 동기에 불과하므로 그 이상의 지위를 인정할 수 없다고 한다¹⁹⁾. 따라서 누가 소송에서 사실해명을 해야 하는가를 정하는 기준인 입증책임분배원칙으로서 개연성설을 취하는 것은 타당하지는 않지만 통설이 가지고 있는 입증책임분배원칙의 단점을 보완해 줄 수 있다는 점에서 증거평가의 영역에서 개연성을 고려할 가치가 있다고 할 것이다.

일본의 경우에 개연성설은 대기오염, 수질오염, 토양오염, 소음 등 환경오염으로 인한 소송, 이른바 공해소송에 있어서 발생된 손해와 인과관계에 관한 피해자의 입증부담을 경감해 주기 위하여 입증도를 완화하는 방법으로 활용되었다²⁰⁾. 우리나라에 있어서도 공해소송은 과학적 지식의 한계, 유독성물질에 대한 노출이 눈에 띄지 않는 점, 장기간의 잠복기간과 손해발생사이의 시간적 간격 등 인과관계의 불확정성을 가지고 있어서 피해자가 입증곤란을 겪고 있으므로 이를 극복할 수 있도록 인과관계의 입증도를 경감시키는 방법으로서 개연성설을 활용하고 있다²¹⁾.

입증도의 경감이라는 측면에서 개연성설은 의료과오소송에 있어서도 유용성을 가진다고 할 수 있다. 의료과오소송에 있어서 증거가 의사측에 편재되어 있고 환자는 의료에 대한 전문지식이 없을 뿐만 아니라 의료행위

19) Musielak·Stadler, a.a.O., Rdnr. 224.

20) 徳本鎮, “鑛害賠償における因果關係”, 『公害法の研究』, 1969, 日本評論社, 63面.

21) 대판 1974.12.10. 선고 72다1774; 대판 1984.6.12. 선고 81다558 등.

과정의 의미도 잘 알지 못하기 때문에 의사의 과실이나 손해발생원인과 결과 사이의 인과관계를 입증하는 것이 매우 곤란하다. 그런데 일반 손해 배상소송에서처럼 귀책사유나 인과관계에 관하여 법관의 확신에 이를 정도의 입증을 하도록 한다면 이러한 사실을 입증해야 하는 자는 그 부담을 고스란히 안게 되어 손해의 전보를 받지 못하는 결과가 된다. 이러한 점에서 의료과오소송은 공해소송과 유사한 면을 가지고 있으며 공평의 이념에 의거하여 입증도를 완화하는 것이 타당할 것이다. 이와 같이 공해소송이나 의료과오소송과 같이 무기의 불평등이 존재하고 있는 분야에서 과실과 인과관계의 입증에 있어서 개연성설은 그 입증도를 경감하여 입증곤란을 극복하는데 도움이 되기 때문에 유용성을 가지게 된다고 하겠다²²⁾. 우리나라에 있어서 의료상의 과실과 결과 사이의 인과관계에 대하여 “과실과 결과 사이에 50%의 개연성만 있어도 인과관계를 인정할 수 있다”는 판결²³⁾은 이러한 개연성설에 근거하고 있는 것으로 개연성의 우월에 따라 사실의 존재를 인정하고 있다.

나. 사실상 추정론

(1) 사실상 추정의 의의 및 효과

사실상의 추정이라 함은 입증책임을 부담하는 자가 주요사실의 존재를 추인시킬 수 있는 사실, 즉 간접사실을 증명한 경우에 경험칙에 의하여 간접사실로부터 주요사실을 추인하는 것을 말한다. 입증책임을 부담한 자가 요증사실을 입증함에 있어서는 주요사실의 존재를 인정하기에 충분한 증거를 제출함으로써 사실을 입증하는 방법 외에도 사실상의 추정과 같이 주요사실의 증명에 같음하여 간접사실의 존재를 증명하는 방법을 사용할

22) 同旨; 孫容根, 「醫療過誤訴訟에 있어서 立證의 輕減에 관한 研究」, 박사학위논문, 연세대학교, 1997, 73-74면.

23) 대판 1989.7.11. 선고 88다카26246.

수 있다. 사실상의 추정은 사실상 추정의 기초가 되는 간접사실의 증명에 있는 경우에 경험칙의 적용에 의해 주요사실에 대한 추정을 받게 되기 때문에 이로 인하여 증명주제가 변경되어 당사자는 주요사실 대신에 간접사실을 증명하고서도 그 간접사실로부터 추인되는 추정사실을 요건사실로 하는 법규의 적용을 구할 수 있게 된다. 따라서 주요사실이 사실상 추정에 의하여 추인되는 경우에도 예외적으로 그 주요사실이 존재하지 않을 가능성이 전적으로 배제되는 것이 아니며 그 한도에서 사실상 추정에 의한 주요사실의 증명은 아직 불안정한 상태에 있는 것이다. 그러므로 사실상의 추정은 이를 다투는 상대방이 간접사실의 존재자체를 다투는 증거를 제출하거나 간접사실의 존재를 인정하면서도 그 간접사실에 경험칙을 적용한다 하더라도 주요사실을 추정할 수 없다는 특별한 사정, 즉 별개의 간접사실을 입증하여 주요사실의 인정을 방해할 수 있다.

사실상의 추정은 추정과정에서 적용하는 경험칙이 고도의 진실개연성을 가지고 있으나 예외적인 사태가 전혀 배제되는 것이 아닌 이른바 개연적 경험칙이라고 할 수 있으며 이러한 예외적인 사태가 존재하면 경험칙은 이미 아무런 진실담보기능을 발휘할 수 없으므로 사실상의 추정도 성립할 여지가 없게 된다. 이처럼 사실상의 추정은 법관의 사실인정의 과정에서 간접사실에 대하여 얻은 심증으로 주요사실을 추인하는 것으로서 자유심증의 態樣중에 하나에 불과한 것이므로 자유심증의 범위내의 문제라는 점에서 법률의 규정에 의하여 주요사실이 추정되는 법률상의 사실추정과는 구별된다²⁴⁾. 사실상의 추정은 어디까지나 법관의 자유심증 내의 사항이므로 입증책임과는 아무런 직접적인 관계가 없다. 따라서 사실상 추정이 성립된다고 하여 주요사실에 대한 입증책임의 전환이 생기는 것은 아니다²⁵⁾. 사실상의 추정이 이루어지는 경우에도 추정사실에 대한 입증책임은

24) 吳錫洛, 『立證責任論』, 日新社, 1989, 97면.

25) 吳錫洛, 前掲書, 100면.

원래의 입증자가 부담하게 되고 상대방은 추정사실을 중국적으로 불확정한 상태에 빠지게 하기 위한 반증제출의 필요가 생기게 되므로 입증자의 측면에서는 사실상의 추정으로 인하여 입증책임이 면제되는 것이 아니지만 보통의 경우에서처럼 계속하여 입증을 필요로 하지 않는 점에서 입증책임이 경감되는 것이다.

(2) 의료과오소송에 있어서 사실상 추정론의 적용

사실상 추정론은 의료과오사건에 있어서 과실이나 인과관계의 존재를 인정함에 있어서 많이 활용되고 있다. 과실이나 인과관계의 입증에 있어서 사실상 추정론에 의해 과실 및 인과관계의 존재를 인정한 대법원 1995년 3월 10일 판결은 이후 의료사건에 대한 판결에 많은 영향을 끼쳐 왔다. 이 판결에서 대법원은 “환자 측에서 일련의 의료행위 과정에서 저질러진 일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실 있는 행위를 입증하고 그 결과와 사이에 일련의 의료행위 외에 다른 원인이 개제될 수 없다는 점, 이를 테면 환자에게 의료행위 이전에 그러한 결과의 원인이 될 만한 건강상 결함이 없었다는 사정을 증명한 경우에 있어서는 의료행위를 한 측이 그 결과가 의료상의 과실로 말미암은 것이 아니라 전혀 다른 원인으로 말미암은 것이라는 입증을 하지 아니하는 이상, 의료상 과실과 결과 사이의 인과관계를 추정할 수 있다”고 판시²⁶⁾함으로써 ‘일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실 있는 행위’의 의미를 둘러싸고 법원의 어떠한 입장의 전환을 시사하는 것이 아닌가라는 문제제기²⁷⁾로부터 의사의 주의의무의 판단기준이 평균적 의사에서 추상적 일반인으로 변경된 것인가, 그렇지 않으면 단지 과실에 대한 입증도를 경감하는 것인가²⁸⁾ 등 많은 논란이 있었으며

26) 대판 1995.3.10. 선고 94다39567.

27) 양창수, 『민법연구』(제4권), 박영사, 1997, 445면.

28) 신은주, “의료사건에 있어서 과실의 입증 및 입증방해”, 『판례월보』, 1996. 2, 34면; 석희태, “의료과실 판단기준에 관한 학설”, 『의료법학』, 창간호, 347면.

아직도 그 의미에 대해서는 견해가 다양하다. 일반인의 상식에 기초한 의료상의 과실 있는 행위를 증명해야 한다는 것은 의사의 과실에 대하여 구체적으로 입증해야 하는 것이 아니라 추상적으로 일반인의 상식수준의 주의의무위반을 입증하도록 입증도를 완화하고 있는 것으로 해석하는 것이 타당할 것이다. 즉 환자가 수술방법선택의 위험성이나 시술상의 불합리성을 상당한 정도로 확정할 수 있는 간접사실을 제출하게 하여 환자가 이를 확인한 후에 의사 측이 이에 대한 반증을 제출하지 못하는 경우에는 의사의 과실을 인정하는 것으로서 과실의 존재에 대한 입증은 사실상 추정론에 의하면서 증명도를 완화해 주고 있는 것이라고 해석된다.

한편 이 판결은 인과관계의 존재를 인정함에 있어서 환자측이 타원인의 불개입성과 같은 간접사실을 증명하면 의사측이 다른 간접사실을 입증하지 않는 이상 인과관계의 존재를 인정하고 있다. 그런데 이후의 판결에 나타난 것을 종합해 보면 법원이 사실상 인과관계의 존재를 추정함에 있어서 나타난 간접사실로는 타원인의 불개입성 이외에 시간적 근접성, 의료행위의 부위와 악결과 발생부위의 근접성, 통계적 빈발성 등이 있다²⁹⁾.

한편 과실의 존재를 추정함에 있어서는 이미 발생한 악결과로부터 역으로 과실을 추정하는 경우도 있다. 예컨대 심장수술 도중 대동맥박리현상으로 인하여 환자가 사망한 사건에서 법원은 심장수술 과정에서 대동맥박리가 나타날 수 있는 것은 수술과정상 잘못 이외의 합병증으로 발생할 확률이 극히 낮으며 이러한 것도 고혈압 등 혈관질환을 보유한 환자들에게서 나타나는 사정하에서라면 대동맥박리는 이것이 일어날 수 있는 원인 중에서 대동맥내막을 손상시키는 등 부적절한 케놀라 삽관에 의하여 초래된 것이라고 추정할 수밖에 없다고 판시하고 있다³⁰⁾.

29) 이 판결이 나온 후 이와 같은 입장을 취하고 있는 대법원 판결들이 다수 존재한다; 1995. 3.17. 선고 93다41075; 1996.6.11. 선고 95다41079; 1996.12.10. 선고 96다28158; 1999.6.11. 선고 99다3709 외 다수.

30) 대판 2000.7.7. 선고 99다66328.

이와 같이 우리나라의 의료과오에 대한 판결은 대부분 환자측이 과실이나 인과관계의 존재를 추정할 수 있는 간접사실들을 입증하면 과실이나 인과관계의 존재가 사실상 추정되고 의사측이 이 추정을 번복하지 못하면 결국 과실이나 인과관계의 존재를 인정함으로써 사실상 추정론은 환자가 부담하고 있는 입증책임의 부담을 경감하는데 가장 많이 활용되고 있다.

다. 표현증명 혹은 일응의 추정

(1) 표현증명이론 및 그 유용성

표현증명 내지 일응의 추정은 생활경험상 발생한 일정한 결과로부터 일정한 결과를 시사해 주거나 과실을 시사해 주는 사실관계가 존재하는 경우, 즉 경험칙상 정형적인 사건경과가 인정되는 경우에 과실과 인과관계의 존재를 인정하는 것으로서 사실상 추정의 하나이다³¹⁾. 표현증명의 개념은 독일의 제국법원과 연방법원에 의해 발전된 것으로 판례에서는 표현증명을 법관이 확정된 사건으로부터 생활경험칙상 일반적으로 이와 결부되는 다른 사실을 추론하는 것이라 한다. 판례는 이러한 사건경과를 특성화하여 ‘定型的인 事件經過’(typischer Geschensablauf)라고 표현하고 있으며 사건경과의 정형성은 표현증명의 본질적인 징표이다. 정형적인 사건경과는 통례성과 일반성의 특징을 가지고 있으므로 구체적으로 판단해야 할 사건이 그때그때 생활영역의 경험칙과 일치하는 요건이 달성된 경우에는 일응 입증된 것으로 인정한다³²⁾. 이 증거원칙은 어떠한 확정된 원인으로부터 특정한 결과를 결론지음으로써 일응 입증된 것으로 보거나 또는 어떤 확정된 결과로부터 특정의 원인을 결론지음으로써 당사자의 주장을 일응 입증된 것으로 보는 것이다. 그러므로 표현증명은 두 가지 요건에 의존하게 된다. 첫째 개연성 가치가 충분한 경험칙이 존재하여야 한다. 둘째

31) Wassermayer, Der prima facie Beweis und die benachbarten Erscheinungen, 1954, 14ff.

32) Gaupp, Beweisfragen im Rahmen ärztlicher Haftungsprozesse, 1966, S.47.

재판될 사실관계의 본질적 징표가 경험칙과 일치하여야 한다. 이러한 일치 판례는 ‘정형적 사건경과’로 표현하고 있는 것이다³³⁾.

정형적 사건경과는 표현증명의 허용범위를 정하는 기능을 하고 있지만 반드시 객관적인 기준을 부여한 것이라고는 할 수 없다. 사건경과가 정형적인 것인지, 아닌지는 생활경험에 따라 판정될 수 밖에 없기 때문에 정형적 사건경과라는 관념은 그 자체의 실질적인 내용을 가지고 있는 것은 아니다. 그러나 표현증명에 이용될 수 있는 경험칙은 항상 반복하여 동일한 경과가 법칙의 기초를 이루고 있어야 하고 경험원칙이 현재에도 통용되어야 하며 경험이 그 조건과 결과를 알기 쉬운 형태로 표현되어야 한다. 또한 그 명제의 내용을 그대로 인식할 수 있고 그 이용에 있어서 一義的으로 말할 수 있어야 한다³⁴⁾. 그런데 표현증명에 이용될 수 있는 경험원칙의 이같은 추상적인 식별기준이 얼마나 유용한 것인지도 의문이다. 증명력에 관한 법정의 정율표를 가지고 있지 않으므로 보다 확실한 경험칙과 보다 확실한 경험칙을 법적으로 파악할 수 있는 유용한 구별이 존재하지 않기 때문이다³⁵⁾. 이와 같이 표현증명은 경험칙에 의한 사실추정이라는 점에서 간접증거의 일종이지만 여러 개의 경험칙에 따라 추정을 하는 정황증거(indizien Beweis)와 구별된다³⁶⁾.

한편 독일의 일부 판례는 정형적인 사건경과 또는 일반적인 생활경험에 일치하지 않는 개별적인 경험칙도 표현증명의 적용을 위해 적합하다고 한다³⁷⁾. 예컨대 어떤 여자가 병원에서 매독 3기의 헌혈자에게서 수혈을 받았다. 그 여자가 몇 년 후에 헌혈하기 위해 바서만(Wassermann)식 혈청 검사에서 매독양성반응이 나타났다. 그러나 그녀의 남편과 자녀는 건강하

33) Musielak · Stadler, a.a.O., Rdnr 167.

34) Heimmüller, Der Anscheinsbeweis und die Fahrlässigkeit im heutigen deutschen Schadensersatzprozeß, 1966, S.96.

35) 中野貞一郎, “過失の一應の推定について(一)”, 『法曹時報』, 第19卷 19號, 30-31面.

36) Rosenberg, a.a.O., S.184; Gaupp, a.a.O., S.47.

37) BGH NJW 1969, 1708ff.

였고 감정인의 감정에 의하면 매독 3기의 헌혈자로부터 수혈에 의한 매독 감염을 배제할 수는 없지만 그 가능성은 상당히 드물다는 것이었다. 따라서 이 사건에 있어서 그 여자에게 정형적인 매독현상이 나타나지는 않았으나 연방대법원은 표현증명을 인정하였다³⁸⁾. 법원은 그 여자의 발병은 다른 환자로부터 감염된 것이지만 그에 대한 근거점은 존재하지 않고 수혈만이 매독감염의 원인이라고 하였다. 법원은 매독 3기인 자의 피에 의하여 감염되었을 개연성의 정도는 그리 중요하지 않다고 하고 있는데 그 이유로서 일정한 질병감염이 있는 경우에 비록 먼 원인이지만 감염의 원인으로 볼 수 있는 원인의 확실한 근거점이 존재하고 다른 원인의 사실상 근거점이 전혀 존재하지 않으면 첫 번째 원인에 대한 표현증명이 인정된다는 것을 들고 있다. 이 사건에서 매독 3기인 자로부터 수혈에 의하여 매독에 감염되었을 개연성은 매우 낮다. 그런데 이 사건에서 사건경과의 정형성은 고려될 손해원인과 관련되고 그 중에서 생활경험상 개연성이 가장 높은 것이 선택되었다. 따라서 이 경우에는 재판된 사실관계가 그의 본질적 특성에 있어서 재판과 관련하여 중요한 법률요건징표의 존재를 고도의 개연성으로 추론시키는 경험칙과 일치하지 않을 수 있다. 이와 같이 표현증명을 인정하는 경우에는 표현증명과 정황증거간의 차이가 없게 된다³⁹⁾.

또한 독일의 판례에 의하면 경험칙을 이용하여 사실을 추정하는 다른 경우들과 표현증명이 차이가 있는 것은 표현증명에서는 하나의 경험칙만이 요구된다는 것을 들고 있다. 그러나 법관이 단지 한 개의 경험칙에 기초하여 법적으로 중요한 사실의 존재를 추론하는 것은 과실의 표현증명의 경우에 해당하는 것으로 인과관계의 표현증명에는 여러 경험칙이 문제되므로⁴⁰⁾ 단지 한 개의 경험칙에 기초하여 법적으로 중요한 사실의 존재를 추론하는 것을 가지고 표현증명에 증거법상 독자적 지위를 인정하는 것을

38) BGHZ 11, 227.

39) Musielak·Stadler, a.a.O., Rdnr 174.

40) BGHZ 11, 227 참조.

정당화할 수 없다고 한다⁴¹⁾. 또한 이러한 입장은 표현증명이 증거법에서 특별한 역할을 하지 못하고 있어서 불필요한 것이라고 주장하고 있다⁴²⁾. 그러나 독일의 통설과 판례의 입장은 표현증명을 인정하도록 무엇인가를 제공해 주는 경험과 그렇지 못한 경험을 구별한다. 그리고 의식적이고 개인적인 태도로 만들어진 사건경과에 표현증명을 인정할 수 없다고 하고 있다⁴³⁾. 요컨대 표현증명은 강한 개연성을 가지는 하나의 경험원칙에 의하여 사실을 추정하는 사실판단의 법칙으로서 추정이 반복되지 않는 한 본래의 입증책임을 부담하는 당사자가 간접사실의 증명으로 입증을 다할 수 있으므로 입증완화의 한 방법으로서 여전히 유용성을 가진다고 할 것이다.

(2) 의료과오소송에 있어서 표현증명의 적용

의료과오소송에 있어서 과실이나 인과관계의 존재를 인정할 수 있는 정형적 사건경과의 경험칙이 존재하는 경우에 표현증명을 이용하여 사실을 추정할 수 있다. 따라서 의료과오소송에서 표현증명이 인정되기 위해서는 우선 정형적 사건경과를 인정할 수 있는 의학적 경험칙이 존재해야 하기 때문에 표현증명의 기초로 될 수 있는 의학적 경험칙이 존재하는지를 검토해야 한다.

과실에 대한 표현증명은 발생한 손해 또는 가해과정의 형태에 근거하여 경험적 또는 과학적으로 성립할 수 있는 개연성이 의사의 과오를 나타내 주고 있다는 것을 전제로 한다. 과실의 표현증명의 사건들에 있어서는 일반적으로 인과관계도 일응 확정되게 된다. 그러므로 침해가 있으면 이로 인한 손해의 결과는 과실이 원인이 된다는 것과 이러한 잘못이 동시에 과

41) Musielak·Stadler, a.a.O, Rdnr 167.

42) Gottwald, Schadenszurechnung und Schadensschätzung, 1979, S.202, 244; Musielak·Stadler, a.a.O, Rdnr 182.

43) BVerwG, NJW 1980, 252.

실의 결과로 발생되었다는 것을 손해발생으로부터 일응 추정하게 된다.

표현증명을 이용하여 과실을 입증하는 경우에 입증 책임 있는 당사자는 발생한 사실에 대해 생활경험에 따라 의사에게 귀책사유가 있다는 것을 추정할 수 있는 사정, 즉 정형적 사건경과를 가진 의학적 경험칙을 확실히 입증해야 한다. 이에 대해 의사측이 비정형적인 사건경과의 진지한 가능성에 대한 입증을 하지 못하면 법관은 의사의 과실의 존재를 인정하게 된다.

그러나 손해발생의 사실관계가 완전하게 해명될 수 없는 경우에 이러한 불확실함이 원칙적으로 의사의 부담으로 되지 않는다⁴⁴⁾. 즉 의사의 치료와 환자에게 발생한 건강침해사이에 인과관계가 존재하는지 여부가 더 이상 해명될 수 없으며 의사의 중대한 치료과오가 확정될 수 없는 경우에는 표현증명을 적용할 수 없으며 환자는 입증하지 못하는데 대한 불이익을 부담하게 된다. 이와 같이 사실관계의 불확실성을 의사의 부담으로 하지 않는다는 고려는 의료행위의 특성으로 정당하다⁴⁵⁾. 예컨대 생체기능의 반응결과에 대하여 예측이 불가능하고 올바른 치료시에도 환자에게 손해가 발생할 가능성이 존재하는 등 의료과오소송에 있어서 입증곤란의 주된 이유에 대해서 의사는 답할 수 없으며 이러한 현상은 그의 활동의 특징으로부터 설명되기 때문이다. 이러한 특성으로 인하여 표현증명을 광범위하게 적용하는 경우에는 환자에게는 유리하게 되지만 의사에게는 불리하게 되고 이를 회피하기 위하여 새로운 의료행위는 시도하지 않을 우려가 있게 된다. 독일 연방대법원의 판례는 의사가 치료에 실패한 경우에 어떻게 잘못했는지에 대한 추론은 사람의 신체에 있어서 복잡한 생물학적·생리학 적 경과에 대해서 적당하지 않다고 함으로써 의료과오소송에 있어서 표현증명을 적용하는 것의 한계를 나타내주고 있다⁴⁶⁾.

44) BGH NJW 1952,382.

45) Gaupp, a.a.O., S.52f.; BGH NJW 1987, 1482.

46) BGH, VersR 1963, 169; 1965, 792F.

한편 의사의 과실과 발생한 손해 사이의 인과관계를 입증하는데 표현증명이 적용될 수 있다. 즉 의사가 의학적 경험에 따르면 정형적으로 발생하는 그러한 손해를 야기시키는 치료과오를 범한 경우에는 환자에게 발생한 손해와 의사의 책임 있는 의료행위사이의 인과관계에 대한 표현증명이 성립한다. 이러한 경우에 법관은 표현증명의 원칙을 기초로 하여 확정된 사실에 미루어 발생한 결과와의 관계를 추론할 뿐만 아니라 발생한 결과에 미루어 원인으로서는 일정한 사실을 추론할 수 있게 된다⁴⁷⁾. 그러나 이것이 의사의 치료 또는 침습의 결과로서 환자에게 발생한 모든 건강침해가 원칙적으로 의사의 기술과오(Kunstfehler) 또는 과실로 인한 것임을 의미하는 것은 아니다⁴⁸⁾. 의사의 치료행위와 환자에게 발생한 손해사이에 인과관계가 존재하는지, 그렇지 않은지를 더 이상 해명할 수 없으며 의사의 중대한 치료과오를 확정할 수 없는 경우에는 표현증명을 적용할 여지가 없으며 환자는 입증할 수 없는 것에 대한 불이익을 부담하게 된다⁴⁹⁾.

또한 의료행위에 있어서 치료방법에 다름이 있어서 일정한 사건경과의 인정을 위한 사실상의 요건이 충분히 인정될 수 없는 경우에는 경험칙이 충분한 개연성을 발생시키는데 적합하지 않기 때문에 표현증명은 적용되지 않는다. 그러므로 의학에서 인과관계나 치료수단의 선택 등에 대해 다름이 있거나 인과관계의 진행에 대한 전제조건이 충분하지 않은 경우에는 표현증명이 적용될 수 없게 된다. 그리고 경험칙에 따르면 두개의 사건경과의 가능성이 고려될 수 있는 경우에는 표현증명을 이용하여 하나의 가능성이 다른 하나의 가능성보다 더 개연성이 있다는 것을 추론할 수 없다⁵⁰⁾. 그러나 병의 증상이 다른 원인을 가질 수 있지만 하나의 가능한 원인에 대해서만 구체적인 근거가 존재하는 경우에는 다른 원인은 진지하게

47) BGH NJW 1956, S.1636.

48) Uhlenbruck, "Beweisfragen in ärztlichen Haftungsprozesse", NJW 1965, 1958.

49) BGH NJW 1952, 382.

50) BGH VersR 1954, 224; NJW 1957, 1230.

고려되지 않고 표현증명을 이용하여 후자의 원인에 대해서 인정될 수 있다고 한다⁵¹⁾.

그런데 의사의 과오와 발생한 손해사이에 존재하는 인과관계를 입증하는데 표현증명을 적용함에 있어서 의사의 과오로 인해 발생하는 1차적인 손해와 그로부터 발생하는 후속손해에도 표현증명이 적용될 수 있는지가 문제될 수 있다. 독일에서는 일반적으로 법관에게 책임범위의 인과관계의 판단을 위해 충분한 법적 근거를 제공하고 있기 때문에 문제되지 않는다. 우리나라의 손해배상법은 손해배상의 범위에 관하여 인과관계를 전제로 한 후에 책임원인을 고려하여 법관의 가치판단에 의하도록 함으로써 개별적이고 구체적인 사정에 따라서 배상의 범위를 제한(민법 제393조)하고 있기 때문에 손해배상의 범위가 인과관계에 의해서 결정된다고 하는 것은 무의미하다. 따라서 우리 민법에 있어서는 손해배상청구권의 전제가 되는 사실적이고 자연적인 인과관계의 개념만이 필요하고 그 이외의 요소는 개별적이고 구체적인 사정에 의하여 배상의 범위를 결정하기 위한 정책적 가치판단의 문제로 되므로 책임을 성립시키기 위한 인과관계와 책임범위를 정하기 위한 인과관계로 나누어야 할 실익이 없으므로 표현증명이 책임성립을 위한 인과관계 및 책임범위에 관한 인과관계를 포함하는지에 관해서 문제될 여지가 없게 된다. 더구나 의료과오사건에 있어서 고도의 과학분야에 속하는 의료행위의 인과과정에 대해서 통상손해와 특별한 사정에 의한 손해의 구별은 용이하지도 않으며 인과관계의 존재를 인정함에 이르는 과정이 의료과오소송에 있어서는 가장 어려운 점이므로 인과의 과정에 존재하는 여러 가지 간접사실과 함께 경험칙을 이용함으로써 인과관계의 존부를 확정할 수 있는 것이다.

그런데 최근 독일에 있어서 인과관계에 관해서는 표현증명의 적용이 줄고 있으며 주로 귀책사유에 관하여만 이 이론을 이용하는 경향이 있다⁵²⁾.

51) BGH NJW 1954, 718; BGH VersR 1960, 416.

인과관계의 표현증명에는 여러 경험칙이 문제되므로 표현증명을 인정할 수 있는 하나의 정형적 사건경과를 인정하기 어렵기 때문에 의료과오소송의 경우에 있어서는 인과관계에 대해서 표현증명을 적용하기보다는 의사의 과실이 중대한 경우에 인과관계에 대한 입증책임을 의사측에게 전환하는 방법을 선호하고 있다⁵³⁾.

우리나라에 있어서 표현증명을 이용한 최초의 사례는 조선고등법원의 판결이라고 할 수 있다. 이 판결은 산부인과전문의가 자궁적출수술을 시행하면서 환자의 복강내에 가제를 잔류시킨 사건에 대한 것으로 “산부인과전문의가 자궁암종의 환자에 대하여 자궁적출의 수술을 함에 당하여 환자의 복강내에 가제를 잔류한 관계로 腸管腹壁 천공을 생하게 되었을 때는 가제잔류의 사실은 일응 의사의 과실에 기인하는 것이라고 인정할 것이며 의사가 과실의 책임을 면하려고 하려면 당해 수술을 함에 당하여 現수 의사의 정도에 있어서 취할 상당한 수단방법에 따라 이를 행하였다는 것을 입증해야 한다”⁵⁴⁾고 하여 표현증명에 의해 과실을 인정하고 있다. 또한 腹腔鏡에 의한 卵管不妊手術을 받은 사람이 다시 임신하게 되어 손해배상청구를 한 사건에서 법원은 복강경에 의한 난관불임수술을 받은 사람이 다시 임신한 경우에 그 원인을 시술상의 잘못 이외의 다른 원인으로 볼 만한 사정을 인정할 수 없기 때문에 그 원인을 의사의 시술상의 잘못이라고 보는 것이 옳다”고 판시하고 있다⁵⁵⁾. 이 판결은 난관불임수술을 받은 자가 임신하게 되었다는 결과로부터 의사의 과실을 추정하고 있고 이 과실 있는 의료행위가 발생된 결과의 원인이라는 것을 표현증명에 의해 인정하고 있어서 표현증명에 의하여 과실과 인과관계의 존재를 함께 인정하고 있다.

지금까지 표현증명을 이용하여 의사의 과실이나 인과관계의 존재를 인

52) Franzki, Die Beweisregeln im Arzthaftungsprozeß, 1982, S.55.

53) Heinmüller, a.a.O., S.192.

54) 朝高判 1917.7.3, 朝高判例要旨類集, 305面.

55) 대판 1980.5.13. 선고 79다1390.

정한 판례는 극히 드물다. 이는 의료영역에 있어서 정형적 사건경과를 인정할 수 있는 정확하고 확립된 경험칙이 그리 많이 존재하지 않기 때문에 나타나는 현상이라고 할 수 있다. 따라서 이러한 정형적 사건경과를 나타내는 경험칙을 찾아내기 어려운 영역에서는 입증책임을 완화하기 위한 방안으로서 표현증명은 활용가능성이 그리 높지 않은 것이다.

라. 입증책임전환론

(1) 입증책임전환의 필요성

의료과오소송에 있어서 환자의 입증곤란을 극복하기 위한 방안으로 입증책임분배의 일반원칙에 따라 입증책임을 부담하되 입증책임을 경감하는 방법이 있고 다른 한편으로는 입증책임을 상대방에게 전환하는 방법이 있다. 후자의 경우에는 통상 법률의 규정에 의하여 행해지고 있다. 의료과오소송의 경우와 같이 무기의 평등이 이루어지지 않은 상태에서 의학지식이 없는 환자의 입증곤란을 해결하기 위하여 입증책임전환 이외에는 환자의 권리구제를 할 수 없는 경우에 예외적으로 인정할 필요성이 있다. 다만 이 경우에도 의사의 과실책임의 원리위에서 의사와 환자의 이해관계를 조정할 수 있는 매우 제한된 범위에서만 인정될 수 있을 것이다.

(2) 입증책임전환의 근거

(가) 이익형량설

이익형량설은 입증책임을 전환하는 근거로 공평한 손해분담과 개연성의 고려를 들고 있다⁵⁶⁾. 즉 입증책임의 문제는 실체법과 밀접하게 관련되어 있으며 이러한 한도에서 권리와 권리실현은 불가분의 관계에 있다. 따라서 입증책임분배원칙의 범위에서도 그 규범이 권리발생적인 것인지, 권리

56) BGH VersR 1958, 849; BGH NJW 1068, 2293; Gaupp, a.a.O., S.93-94; Ekelöf, "Beweiswürdigung, Beweislast und beweis des ersten Anscheins", ZZZ 75, 297f.

장애 또는 권리소멸적인 것인지는 실체법상 평가의 문제인 것이다. 이것으로부터 일정한 사건형태에 있어서 그때그때 문제가 되는 법률영역에서 입증책임을 면제할 수 있는 특수한 실체법적 기준에 따라서 입증책임을 분배할 수 있다는 것을 끌어낼 수 있다고 한다. 입증책임분배의 원칙은 포기될 수 있을 것이며 책임법에 있어서 실체법상 손해의 결과를 부담시키는 것과 유사한 방법으로 입증위험을 부담시킬 수 있다는 것이다. 따라서 공평한 손해분담이라는 손해배상법상 원칙은 입증책임분배나 그 전환에서 고려될 수 있으며 공평한 손해분담이라는 손해배상법의 원리가 일반적인 입증책임분배원칙과 다른 분배원칙을 인정하는 근거로서 존재하게 된다. 그러므로 공평한 손해분담의 측면에서 보면 의료과오소송에 있어서는 의사의 단순한 과실에 의해서 입증책임을 그에게 인정하는 것은 매우 불공평하기 때문에 중대한 과실이 있을 것이 요구된다고 한다. 또한 독일의 판례와 통설은 등기의 추정력이나 점유계속추정에 관한 독일 민법의 규정을 근거로 하여 높은 개연성을 근거로 하여 입증책임을 전환하는 근거로 삼고 있다. 즉 의사가 중대한 과오를 범하여 잘못된 치료를 하여 환자에게 손해가 발생한 경우에 의사의 잘못이 손해원인이라는 것에 대한 고도의 개연성이 존재하므로 개연성 고려에 근거하여 인과관계에 관한 입증책임의 전환을 인정할 수 있다는 것이다. 그러므로 이 견해는 입증책임전환의 근거로서 우선 환자의 피해가 의사의 중대한 과오에 의해 발생한 것이어야 하며 의사의 과오는 손해가 구체적으로 발생한 것처럼 이 같은 손해를 야기하기에 적합한 것이어야 한다고 한다⁵⁷⁾.

(나) 기대가능성설

기대가능성설은 입증책임전환의 근거를 어떠한 입증책임분배라면 입증책을 기대하는 것이 가능한 것이라는 관점에서 입증책임을 분배해야 한다고 하여 기대가능성으로부터 전환의 근거를 구하고 있다⁵⁸⁾.

57) Gaupp, a.a.O., S.94; Ekelöf, a.a.O., S.297.

58) Blomeyer, Die Umkehr der Beweisrecht, S.105.

(다) 규범목적설

규범목적설은 침해된 행위의무의 보호목적에 의해서 입증책임의 전환의 근거를 구하고 있다. 이 견해에 의하면 위배된 행위의무의 목적이 피해자의 일정한 신체적 위험으로부터 보호하는 것만이 아니고 이러한 모든 위반과 결합되어 있는 입증의 위험을 회피하려는 것에 있는 이상 이 규범목적은 입증책임의 전환을 요구하고 있는 것이라고 한다. 그러므로 보호법규위반의 경우에 그때그때 피고가 그의 위반행위는 손해의 원인이 아니라는 것을 입증해야 한다고 한다.

(라) 위험영역설

이 밖에 입증책임전환의 근거를 위험영역으로부터 구하고 있는 견해도 있다⁵⁹⁾. 즉 손해의 원인이 가해자의 위험영역으로부터 발생한 것이 확정된 경우에 가해자는 그 손해의 발생에 대해서 과실이 없다는 것, 자기의 행위와 손해발생 사이에 인과관계가 존재하지 않는다는 것에 대해서 입증책임을 부담한다는 것이다. 이 견해에 의하면 의료과오에 있어서 환자가 의사의 활동영역을 들여다보기 어렵기 때문에 입증곤란상태에 있고 의사는 환자보다 손해에 보다 더 가까이 접근하고 있어서 손해발생의 원인에 대한 해명이 좀 더 수월하며 또 의사가 자기에게 해명의무가 있다는 것을 알게 되면 손해발생의 방지에 노력할 것이므로 예방적 목적도 달성할 수 있기 때문에 이 이론을 적용하여 입증책임을 전환할 수 있다고 한다⁶⁰⁾. 이 이론에 의하면 위험영역에 의해 입증책임을 전환시키므로 치료과오의 중대한 정도는 입증책임전환을 위한 요건으로 불필요하게 된다. 따라서 원고가 손해의 원인이 피고의 위험영역에서 발생하였음을 입증한 경우에는 사실관계의 입증은 피고가 부담하게 된다.

(마) 소결

의료과오소송에 있어서 판례는 위험영역설을 적용하는데 주저하고 있

59) Prölss, a.a.o., S.83ff.

60) Franzki, a.a.O., S.90.

다. 위험영역설에 의하면 피해자가 가해자의 위험영역에서 손해가 발생하였다는 것을 입증해야 하는데 환자는 이러한 입증을 할 수 없는 경우가 빈번하다. 예컨대 환자의 허약체질, 지병 등 외부적인 사정이 손해의 본질적인 원인이 되는 경우도 있으므로 의료과오사건에 있어서는 인과관계가 불확실한 경우에 손해의 원인이 항상 의사의 위험영역에서 유래한다고 할 수 없게 된다. 환자는 위험영역으로서 피고의 행동 밖에는 고려할 수 없는 경우에 손해가 위험영역으로부터 발생하였다는 것을 입증하는 것은 바로 인과관계의 입증이 되기 때문에 환자측의 입증경감의 효과를 달성할 수 없게 된다. 그러므로 위험영역이론은 입증책임전환을 인정하는 근거로는 충분하지 않다⁶¹⁾. 규범목적설에 대해서도 입증책임전환이라는 사상이 규범목적에 의하여 정확히 파악될 수 있는지에 대한 의문이 제기된다⁶²⁾. 의사의 주의의무는 결코 입증의 불이익으로부터 환자를 보호한다고 하는 意義 및 목적을 가지고 있는 것이 아니기 때문에 입증책임의 전환을 인정하는 근거로서 설득력이 부족하다. 기대가능성을 입증책임전환의 근거로 삼는 견해는 입증책임전환의 기준이 불명확하고 통일적 기준을 마련하기 어렵기 때문에 법적 안정성을 해치게 되므로 입증책임전환의 근거로 삼기 어렵다. 따라서 독일의 판례와 다수의 견해는 입증책임전환의 근거로 적절하고 공평한 이익형량을 고려하여 입증책임전환을 인정할 수 있다고 한다.

(3) 입증책임전환의 요건

(가) 중대한 치료과오의 존재

입증책임전환을 인정하기 위해서는 우선 중대한 의료과오가 존재해야 한다. 중대한 치료과오란 기본적인 의학기술법칙을 위반하는 것이다⁶³⁾.

61) Laufs, "Zur deliktsrechtlichen Problematik ärztlicher Eigenmacht", NJW 1969, 193.

62) Prölss, ZZZP 82, 474(Urteilsanmerkung).

63) Giesen, "Arzthaftungsrecht im Umbruch(III)", JZ, 1982, S.453; Kaufmann, Die Beweislastproblematik

의사가 중대한 치료과오를 범한 경우에 중대한 치료과오의 존재에 대해서는 환자측이 입증하여야 하고 의사측은 손해의 결과가 과오에 기인하는 것이 아니라는 것을 입증해야 한다⁶⁴⁾. 예컨대 치과 의사가 이를 뽑았으나 그 뿌리의 일부가 턱뼈안에 남아 있어서 3차 신경통을 일으킨 경우에 의사의 중대한 치료과오가 인정되면 의사는 3차 신경통이 이의 뿌리를 완전히 제거하였어도 발생하였을 것이라는 것을 입증해야 한다. 이와 같이 의사가 반대사실을 입증하는 것은 실제로 거의 불가능하다. 따라서 중대한 치료과오에 대한 입증책임전환이론은 全部 아니면 全無(Alles oder Nichts)에 귀착하게 된다⁶⁵⁾. 즉 중대한 치료과오가 인정되면 인과관계에 대한 입증책임은 상대방에게 전환되어 환자는 승소하게 되는데 반해서 과오가 중대하지 않은 것으로 평가되는 경우에는 환자가 표현증명과 같은 방법에 의해 성공하지 못하는 한 패소하게 된다. 이러한 결과로 인해 의료과오소송은 처음부터 중대한 의료과오가 존재하는지 여부를 중심으로 진행하게 된다. 독일 연방대법원은 의료과오의 중대성 여부를 판단함에 있어서 그 과오가 손해의 크기에 어떠한 영향을 미쳤는지에 관련이 없고 불법한 행태의 존부 및 정도에 의거하고 있다⁶⁶⁾.

(나) 원인적합성

입증책임을 전환할 수 있는 또 하나의 요건으로서 치료과오가 손해를 야기하기에 적합하여야 한다는 것을 들 수 있다. 이 요건은 실질적으로 입증책임전환의 실질적인 범위를 확정하는 역할을 하게 된다. 따라서 치료과오와 손해 사이의 인과관계에 대해 입증책임전환이 인정되는 것은 전자가 후자의 원인적합성(geeignete Ursache)을 가지는 것으로 제한된다. 이러한 원인적합성은 일반적인 경험에 근거한 개연성판단을 기초로 하지 않

im Arzthaftungprozeß, 1984, S.15.

64) BGH NJW 1956, 1835; BGH VersR 1965, 91.

65) Franzki, a.a.O., S.65f.

66) BGH NJW 1986, 1540.

으며 치료과오가 이미 발생한 것과 같은 종류의 손해를 야기할 수 있을 것이라는 가능성만으로 충분하다. 즉 의학수준에 비추어 치료과오가 이미 발생한 손해를 야기할 수밖에 없다고 하는 경우에는 당해 치료행위가 손해에 대한 적합한 원인으로 된다. 이 경우에 손해야기에 대한 일반적 적합성으로 충분하며 구체적 사건의 경과로부터 인과관계에 대한 의문이 있다고 해도 그 의문이 일반적 적합성을 동요시키지 않는다. 다만 이러한 의문은 의사에게 부담된 인과관계 부존재의 입증이 되었는지 여부를 고려할 때에 참작할 여지가 있게 된다⁶⁷⁾. 그러므로 입증책임의 요건으로서 원인적합성은 우월적 개연성에 의해서 확정하는 것이 아니라 치료과오의 결과 유형에 의해 발생한 손해가 그 치료과오에 의해서 야기되었다고 하는 것을 판단하는 것이다.

이와 같이 의사의 중대한 치료과오가 존재하고 그 과오가 손해를 야기하기에 적합한 경우에는 손해발생과 치료과오사이의 인과관계에 대한 입증책임을 전환하고 있다.

(4) 우리나라 의료과오소송과 입증책임전환론

의료과오소송에 있어서 입증책임전환론은 공평의 관념에 기초하여 적절한 손해분담을 위하여 독일의 판례에 의해서 발달한 것으로 법원의 법형성작용에 그 근거를 두고 있다. 이러한 입증책임전환이론은 환자를 위한 입증경감방법을 입증책임분배의 차원으로 끌어올린 것이 특징이다. 독일의 판례는 환자가 요건사실로서 과실과 인과관계를 입증하는 것으로부터 중대한 치료과오의 존재와 원인적합성을 입증하는 것으로 대체시키고 있다. 따라서 이러한 요건으로 인하여 입증책임전환이 인정될 수 있는 경우가 상당히 제한받게 된다. 독일판례의 이러한 입장은 여전히 의료과오에 대한 의사의 책임에 대해 과실책임원칙을 고수하고 있다.

67) Baumgärtel·Wittmann, Handbuch der Beweislast im Privatrecht, Bd I, 1981, S.613.

우리나라의 경우에 입증책임전환은 명문의 규정⁶⁸⁾에 의하여 행해지고 있는데 독일의 경우처럼 법원의 법형성작용으로서 입증책임전환을 인정할 수 있는지에 관하여는 견해가 나누어지고 있다. 우리나라에서는 법원의 법형성작용의 결과에 대해 삼권분립의 원칙상 法源性을 인정할 수 없다는 견해가 다수이다⁶⁹⁾. 이러한 입장을 취하면서도 판례가 사실상 하나의 범규범이라는 것을 부인할 수 없다고 한다⁷⁰⁾. 한편 판례의 法源性을 인정하면서 판례의 법적 구속력의 기초를 사회적 필요성, 법원의 권위와 관계자의 합의에서 찾고 있다⁷¹⁾.

인간의 사회생활이 다양하고 복잡하게 변천해 가고 있기 때문에 입법자가 제정한 성문법만으로 그러한 생활을 제대로 규율하지 못하는 경우가 생기게 마련이고 법률제정당시에 예상할 수 없는 현상이 일어나는 경우도 존재하게 된다. 따라서 이러한 현상은 판례에 의해 보완될 수 있을 것이다. 따라서 공평성과 적절한 손해분담을 고려한 법원의 법형성작용에 의하여 입증책임을 전환시킬 수 있을 것이다. 다만 입증책임전환을 인정할 수 있기 위해서는 법적 안정성을 위해 명확한 기준이 마련되어야 한다.

의료과오소송에 있어서 환자의 입증곤란은 이 소송이 가지고 있는 특징이어서 입증책임일반원칙을 그대로 적용하게 되면 환자에게는 법적인 긴급사태를 발생시키게 된다. 이처럼 법적 긴급상태에 있고 입증책임전환을 위한 요건을 확정할 수 있다면 이처럼 확정된 기준에 의한 입증책임전환을 고려하는 것도 공평의 원칙상 타당할 것이다. 이를 인정하는 경우에 의료과오책임은 여전히 과실책임원리에 의해 규율되는 것이 타당하므로 과실에 대한 입증책임은 환자가 부담하여야 할 것이다. 다만 인과관계에 대

68) 자동차손해배상보장법 제3조에서는 가해자에게 상대방의 과실의 존재에 대한 입증책임을 부담시키고 있어 귀책사유에 대한 입증책임을 전환시키고 있다.

69) 박윤직, 『민법총칙』, 박영사, 1999, 27-28면; 김용한, 『민법총칙론』, 박영사, 1980, 38면; 이태재, 『민법총칙』, 법문사, 1978, 28면.

70) 박윤직, 전게서, 28면; 이태재, 전게서, 28면.

71) 김옥곤, “판례의 법원성”, 『현대민법학의 제문제』, 박영사, 1981, 22면.

한 입증을 독일에서와 같이 환자측이 일반적인 원인적합성을 입증하면 피고에게 인과관계의 부존재에 대한 입증책임을 전환하는 것이 양 당사자의 공평한 이해관계조정을 위해서 타당할 것이다⁷²⁾.

3. 입증방해론

가. 입증방해의 의의 및 제재의 근거

(1) 의의

입증방해라 함은 일반적으로 입증책임을 부담하지 않는 당사자가 입증책임을 부담하는 당사자의 입증을 곤란하게 하는 것을 말한다. 입증방해론은 한편으로는 상대방의 증거수집활동을 방해하지 못하도록 하는 예방적 기능을 가지고 당사자의 증거수집활동을 적정하게 규율하는 것을 목적으로 하지만 다른 한편으로는 일단 방해행위가 있는 경우에 방해자에게 불리한 사실을 의제하는 제재적 기능을 가지고 증거에 관한 양 당사자의 실질적 평등을 보장하는 데 그 목적이 있다.

(2) 제재의 근거

입증책임자의 입증을 고의 또는 과실에 의해 불가능하게 하거나 곤란하게 한 경우에 소송상 제재가 따라야 한다는 데에는 학자들의 견해가 일치하고 있으나 그 근거에 대해서는 견해가 나누어지고 있다.

(가) 경험칙설

경험칙 적용의 한 사례로써 입증방해를 설명하고 있는 경험칙설에 의하면 상대방은 입증책임있는 당사자에 의하여 주장된 사실이 진실하지 않다면 그 입증을 방해하지 아니하고 바로 이를 지지할 것인데 그 입증을 방해함으로써 증거조사를 두려워하고 있다는 것을 경험칙상 인정할 수 있다는

72) 손용근, 전제논문, 150면에서도 인과관계에 대한 입증책임전환에 대한 필요성을 인정하고 있다.

것이다⁷³⁾. 이러한 경험칙은 입증방해가 상대방의 고의에 의한 경우에만 적용하게 된다. 따라서 고의에 의한 입증방해가 있으면 경험칙에 의해서 입증책임자가 주장한 사실이 진실한 것으로 추론된다고 한다.

(나) 신의칙설

신의칙에 기초하여 제재의 근거를 설명하고 있는 견해에 의하면 당사자는 자신의 악의로 말미암아 초래된 일정한 사실의 발생 또는 불발생으로부터 어떠한 유리한 것도 끌어내서는 안 되기 때문에 입증책임을 부담하지 않은 당사자가 고의로 입증을 불가능하게 한 때에는 신의칙위반에 따라 제재가 따라야 한다는 것이다⁷⁴⁾. 신의칙은 소송법을 포함한 전체 법률 체계에 있어서 타당하기 때문에 상대방이 입증곤란으로부터 신의칙상 요구되는 의무에 위반하여 이익을 얻으려고 입증을 곤란하게 하는 경우에는 신의칙에 위배된다고 한다.

(다) 소송상 협력의무설

소송상 협력의무위반설은 소송법률관계에서 유래하는 협력의무 또는 소송촉진의무를 인정하고 이 의무위반을 기초로 하여 입증방해에 대한 제재를 인정하고 있다⁷⁵⁾. 즉 소송법률관계로부터 법원에 대한 관계에서 당사자간의 협력의무를 인정하고 독일 민사소송법 제444조(문서취벌의 효과)는 협력의무에 대하여 고의뿐만 아니라 과실에 의한 경우도 포함하고 모든 증거방법에 관하여 타당한 일반원칙의 표현이라고 생각되어 고의 또는 과실에 의한 모든 입증방해에 대해 특별한 효과를 인정해야 한다는 것이다. 이 견해는 입증방해행위가 소송자 체내에서 행해진 경우만을 고려하는 것으로 소송전의 입증방해행위에 대한 제재를 설명하지 못하는 난점이 있는데 이를 극복하기 위하여 헌법적 요청으로부터 그 제재의 근거를 설

73) Rosenberg, a.a.O., S.191.

74) Hellwig, System des deutschen Zivilprozessrecht, Bd. I, 1912, S.458.

75) Peters, Beweisverteilung und Mitwirkungspflicht des Beweisgegners, ZZP 82, 209; Musielak, a.a.O., S.136.

명하고 있다. 즉 실체적 진실발견의 보장이 헌법의 요청이고 또 진실발견이 민사소송의 목적이기 때문에 입증책임을 부담하지 않는 당사자의 일반적인 소송상 사실해명의무를 인정하여야 한다고 하여 소송상 일반적인 사실해명의무를 소송개시전의 시점까지 확대하여 설명하고 있다⁷⁶⁾. 사실해명의무는 실체적 진실발견을 위하여 입증책임을 부담하는 당사자뿐만 아니라 널리 일반 당사자에게도 인정되는 의무로서 특히 입증책임을 부담하는 당사자가 상대방의 생활영역에 속하는 사실관계를 요증사실로 함으로써 그 구체적 내용을 알 수 없는 경우에 자기의 권리주장에 관하여 합리적인 기초가 있다는 것을 명백히 할 만한 실마리를 제시하면 상대방은 자기가 알고 있는 사실관계를 해명할 의무가 있다고 한다. 이러한 사실해명의무는 증거제출과정에서 요구되며 이 과정에서 요구되는 사실해명의무는 소송전의 의무를 수반하지 않는 경우에는 소송수행전에 고의 또는 과실에 의해 사실해명방법을 멸실하거나 처음부터 그러한 방법을 만들지 않는 경우에는 空洞化해 버리기 때문에 이러한 결점을 제거하기 위하여 소송상 해명의무를 소송이전의 시점까지 확장시켜야 할 필요가 있다고 한다.

(라) 기대가능성설·위험영역설

입증방해에 대한 제재의 근거를 기대가능성이나 위험영역에서 구하는 견해도 있다. 기대가능성에서 제재의 근거를 구하는 견해에 의하면 증거를 확보하여 두는 것이 때로 계약상의 부수의무가 되고 있음에 비추어 증거를 작성, 보관 또는 제시하지 않는 행위는 실체법상의 의무위반이 되며 이러한 실체법상의 의무위반의 효과로써 입증방해자에게 입증책임의 전환이 일어난다고 하고 있다. 이는 법률이 때로는 입증책임을 증거에 보다 가까이 있다는 점과 그 기대가능성의 관점에서 분배하고 있고 이것은 독일 민법 제282조(이행불능에 있어서 입증책임), 제285조(이행지체)로부터 명백하므로 상대방이 유책적으로 증거방법을 제거한 때에는 증거방법을 상

76) Stürner, "Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses", ZZZP 98, S.156f.

실하게 하여 그로부터 스스로 책임져야 할 손해의 배상을 부정하는 독일 민법 제254조 제1항과 일치한다고 한다⁷⁷⁾. 이 견해에 의하면 입증책임은 당사자의 어느 일방에게서 기대될 수 있다는 점에서 규율하고 있다. 위험영역설은 입증책임의 분배를 평균적 정의와 예방적 사고에 근거하여 인정하는 입장으로서 입증방해도 이러한 사고에 근거하여 설명하고 있다. 즉 손해배상소송에 있어서 입증책임의 분배에 대하여 손해의 원인이 가해자의 위험영역으로부터 유래하는 경우에는 입증책임분배의 일반원칙은 수정되어 가해자가 요건사실의 반대사실에 대하여 입증책임을 지고 불법행위에 있어서도 귀책규범의 객관적·주관적 요건사실의 부존재의 입증책임은 피고에게 넘어가게 된다. 피해자는 입증이 곤란한 상태에 놓여 있는데 반해서 가해자는 입증을 가장 잘 수행할 수 있는 상황에 있기 때문에 이와 같은 방법이 정의의 강행적 명령에 부응하는 것이라고 한다. 따라서 이 견해에 의하면 고의·과실에 의한 입증방해는 입증책임의 전환을 낳게 된다.

(마) 소결

입증방해행위에 대해 왜 제재를 가하는 것인가를 설명하는 견해들은 각기 난점을 가지고 있다. 경험칙설은 입증을 두려워하지 아니하고 입증방해행위를 한 당사자에게는 이러한 경험칙을 적용할 수 없다는 비판과 함께 고의없이 부주의하게 상대방의 입증을 방해하거나 곤란하게 한 자는 자기에게 불이익한 소송상태를 피할 것을 의욕한 것이라는 경험칙이 없기 때문에 과실에 의한 입증방해행위에 있어서는 경험칙을 이용한 진실의 역추론이 이루어지지 않으므로 과실에 의한 입증방해행위에 대한 제재를 할 수 없다는 난점이 있다⁷⁸⁾. 신의칙위반설도 경험칙과 마찬가지로 고의 아닌 과실에 의한 입증방해행위에 대해 제재를 할 수 없다는 난점이 있다. 또한 신의칙이 정하고 있는 독일 민법 제242조가 새로운 법적 문제를 모두 해결할 수 있는 일반적 형평규범이 아니고 개별적 해결방법에 불과하

77) Blomeyer, a.a.O., S.103.

78) Gerhardt, Beweisverteilung im Zivilprozeßrecht, AcP 169, 298.

지만 입증방해는 일반적인 의미를 지니는 문제이기 때문에 신의칙에 의한 해결은 방법론적으로 오류라고 한다⁷⁹⁾. 기대가능성설은 모든 유형의 소송에 있어서 개별적으로 어떤 당사자에게 입증이 기대될 수 있는지에 따라 입증책임을 분배하게 되므로 법적 안정성을 침해하게 될 것이고 실체법상 증거방법 보존의무, 불법행위와 입증의 기대가능성이 어떻게 관련하고 있는지에 관한 납득할 만한 근거를 제시하지 못하고 있다⁸⁰⁾. 위험영역설은 위험영역을 공간적, 物的 領域으로 이해하면서 입증방해도 같은 영역으로 취급하려는데 문제가 있으며 위험영역의 한계설정에도 어려움이 있다는 비판이 있다⁸¹⁾. 마지막으로 협력의무위반설은 양당사자에게 소송상 일반적인 협력의무를 인정하고 있는데 양당사자에게 증거방법을 보존하고 훼손하지 않을 일반적인 의무를 인정하는 근거가 충분히 해명되고 있지 않으며 입증책임을 부담하지 않는 당사자에게 사실해명의무를 부담시키려는 견해도 법적 근거 없이 해명의무라는 포괄적 의무를 부여하는 근거가 무엇인지에 대한 의문을 제기하고 있으며 이를 전면적으로 인정하는 경우에는 입증책임자의 증거제출책임이 없게 되는 결과가 되어 타당하지 않게 된다. 그러나 입증방해행위에 대한 제재는 일정한 제출의무 또는 협력의무를 전제로 하고 있다. 이러한 의무는 입증방해에 관하여 규정하고 있는 개별적인 규정에 의하거나 개별규정이 존재하지 않는 경우에는 이 규정을 유추하여 끌어낼 수 있다. 당사자에게 소송상 협력의무를 인정할 수 있는 근거는 민사소송법 제349조, 제350조, 제360조, 제361조 내지 제369조에 유추하여 도출해 낼 수 있다. 이들 규정에서는 당사자에게 각각 문서제출의무, 수기의무, 당사자본인신문에 응할 의무 등을 전제로 하고 있으며 이들 각각의 의무는 상대방에 대한 사법상 의무가 아닌 공법상 의무라고 할 것이다. 따라서 입증방해행위에 대한 제재는 이러한 규정에 유

79) Gerhardt, a.a.O., S.302.

80) Prölss, a.a.O., S.91.

81) Rosenberg·Schwab, a.a.O., S.719.

추하여 양당사자에게 인정된 협력의무위반에 대한 제재로 보는 것이 타당할 것이다⁸²⁾.

나. 입증방해의 요건 및 효과

(1) 요건

(가) 의무의 존재

입증방해자에게 제재를 하기 위하여는 우선 입증책임을 부담하지 않는 당사자에게 증거방법의 제출의무 내지 보존의무가 존재해야 한다⁸³⁾. 아무런 근거 없이 증거방법을 보존하고 이를 훼손하지 않을 일반적인 협력의무를 인정할 수 없기 때문에 상대방의 협력의무 또는 사실해명의무가 전제로 되어 있는 경우에만 입증방해를 이유로 한 제재가 가능하게 된다. 이러한 협력의무는 실체법규와 계약에 의한 합의에 의해서 인정될 뿐만 아니라 일반적으로 요구되는 거래상 주의의의무에서도 생길 수 있으며 소송상 의무에 의해서도 상대방의 의무를 확정할 수 있을 것이다. 따라서 증거방법의 작성과 유지를 위한 의무를 위반하면 입증방해행위가 존재하게 된다.

(나) 귀책사유의 존재

입증방해행위에 대한 제재를 위한 또 하나의 요건으로서 귀책사유가 존재해야 한다. 귀책사유로는 고의뿐만 아니라 과실에 의한 입증방해행위도 포함하게 된다. 마지막으로 입증방해의 정도에 대해서 입증불능을 요건으로 한다는 견해가 있지만 입증불능은 물론 입증을 곤란하게 할 경우에도

82) 同旨; 강봉수, “의료과오소송에 있어서의 입증경감”, 『법조』, 29권 6호, 1980, 33면; 손용근, 전제논문, 180면.

83) 반대; Musielak은 증거제출의무가 요구되지 않는다고 한다(Musielak, a.a.O., S.140). 즉 증거방법의 보존의무에 관계없이 현재 또는 장래에 제기될 수 있는 소송에 있어서 자기에게 유리한 증거방법을 주의 깊게 보존하고 제시할 것이라는 경험칙이 있기 때문에 증거방법의 보존의무가 존재하지 않는 경우에도 상대방이 불리한 평가를 받을 가능성이 있으므로 제출의무가 요구되지 않는다고 한다.

입증방해가 성립한다고 하여야 할 것이다.

(2) 효과

(가) 입증책임전환설

입증책임전환설에 의하면 입증을 방해한 경우에 입증책임자의 입증책임이 상대방에게 전환되어 입증상대방은 그 증거에 관하여 주장하는 사실과 반대사실을 입증하지 않으면 안 된다고 한다⁸⁴⁾. 입증책임의 전환을 인정하면 상대방의 패소는 확실하게 되고 따라서 패소를 피하기 위해서라도 상대방은 입증방해를 하지 않으려고 주의할 것이므로 이러한 예방적 사상으로 부터 입증책임의 전환을 인정해야 한다고 한다⁸⁵⁾

(나) 자유심증설

자유심증설에 의하면 입증책임자의 입증을 방해하였을 경우에는 독일 민사소송법 제444조의 규정을 유추하여 법관은 자유로운 심증으로 그 증거에 관하여 입증책임자가 주장하는 사실을 진실한 것으로 인정할 수 있다고 한다⁸⁶⁾.

(다) 자유재량설

자유재량설은 입증방해의 효과로서 법원이 구체적인 사안을 고려하여 자유재량으로 입증책임자의 주장을 진실한 것으로 의제할 수 있다고 한다⁸⁷⁾. 이 설은 상대방에 대한 제재를 법원의 자유에 맡기고 있는 점에서

84) Prölss, a.a.O., S.94f.; Blomeyer, a.a.O., S.98; Wahrenndorf, Die Prinzipien der Beweislast im Haftungsrecht, 1976, S.124f.

85) Prölss, a.a.O., S.94f.

86) Rosenberg, a.a.O., S.197; Gerhardt, a.a.O., S.289; Musielak·Stadler, a.a.O., Rdnr 189; Jaurnig, Zivilprozeßrecht, S.185; Schlosser, Zivilprozeßrecht I, 1983, Rdnr 366; 대판 1993.11.23. 선고 41938; 대판 1995.3.10. 선고 94다39567; 대판 1999.4.13. 선고 98다9915; 이시윤, “민사소송에 있어서 입증방해행위”, 고시계, 1973.4. 27면; 김용담, “민사소송에 있어서의 입증방해”, 사법행정, 1984.6, 50면; 오용호, “민사소송에 있어서 입증방해, 사법논집, 제17집, 226면, 다만 법관의 자유심증에 따라 제재유무를 정하는 경우에 고의의 입증방해와 과실에 의한 입증방해행위를 차등화하여 효과를 부여해야 한다는 견해로는 오판석”, 민사소송에 있어서 입증방해론, 제6기 사법연수원논집, 사법연수원, 1986, 885면; 손용근, 전계논문, 200면.

자유심증설과 동일하지만 후자는 그 평가를 사실인정의 차원에서 고려하는 것이고 전자는 순수하게 제재라는 차원에서 행하는 점에 그 차이가 있다.

(라) 소결

입증책임전환설은 경과실에 의한 입증방해행위가 있는 경우에도 입증책임을 전환하기 때문에 형평의 원리에 반하게 되며 자유재량설은 입증방해행위에 대한 입증책임자의 주장을 진실한 것으로 의제하고 있어서 결과적으로 입증책임전환설과 차이가 없게 된다. 또한 입증책임전환설은 소송절차가 진행되는 도중에 입증책임의 전환이 생기게 되므로 절차상의 불안정이 생길 가능성이 있어서 타당하지 않다. 그러므로 입증방해는 사실평가의 영역에서 해결하는 것이 타당하다. 다만 입증방해행위를 법관의 자유재량에 위임할 것인가 아니면 입증을 방해한 사실의 주장은 진실한 것으로 의제해야 하는 증거규칙으로 보아야 할 것인가 문제된다. 그런데 증거법칙도 법관의 심증을 증거법칙에 의해서 구속하는 것은 자유심증주의에 비추어 의문이기 때문에 입증책임규정과 마찬가지로 입증방해에 있어서 적절한 수단이라고 할 수 없다. 또한 입증방해에 대해 일반적인 규정을 두지 않고 개별적인 규정을 두고 있는 것은 개개 사례의 특성에 따라 법관이 자유로운 판단을 하게 하는 것이 최상의 해결이라고 할 수 있기 때문이라고 해석할 수 있으므로 법관의 자유심증에 위임하고 있다고 볼 수 있다. 민사소송법의 제정자도 입증방해에 대해 일반적으로 규율하지 않고 개별 사례의 특수성을 고려하도록 하여 법관의 평가를 제한하지 않고 있다(독일 민사소송법 제427조, 제441조 제3항, 제444조). 자유심증주의는 재판을 위해 제출된 사실관계의ニュ앙스를 비롯하여 특수성을 고려하여 적절하고 탄력적인 규율을 할 수 있다⁸⁸⁾. 따라서 법관이 그의 자유심증에 의하여 사안의 성질에 따라 적절하게 재판할 수 있으므로 입증방해행위에 유연하

87) Stürner, a.a.O., S.244f.

88) Peters, a.a.O., S.218f.

게 대응할 수 있는 자유심증설이 타당하다.

(3) 의료과오소송에 있어서 입증방해론

우리나라 민사소송법은 서증에 대해 문서제출명령을 받고 이에 응하지 아니한 때, 상대방의 사용을 방해할 목적으로 제출의무있는 문서를 毀棄하거나 이를 사용할 수 없게 한 때에는 그 문서에 관한 상대방의 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있는 규정을 두고 있다(제349조, 제350조). 문서의 眞否를 가리기 위해 그 대조에 필요한 필적이나 印影이 있는 문서의 제출명령을 받았음에도 불구하고 이에 응하지 않을 때나 대조하기 위하여 문자의 手記를 명하였음에도 불구하고 이에 응하지 않은 때에는 문서의 眞否에 관한 신청자의 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있도록 규정하고 있다(법 제360조, 제361조). 또한 검증물의 목적에 대해서는 서증에 관한 규정을 준용하게 하고 있으며(제366조) 당사자본인신문절차에 있어서 정당한 사유없이 소환에 응하지 않거나 선서 또는 진술을 거부한 때에는 법원이 신문사항에 관한 상대방의 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있도록 규정하고 있다(법 제369조). 이러한 규정들을 근거로 하여 의료과오소송에 있어서 입증방해의 원리를 적용할 수 있다. 그러나 이와 같은 단편적인 규정에 근거하여 입증방해이론을 적용한다 하더라도 예상하지 못한 입증방해행위가 존재할 가능성은 얼마든지 있을 수 있다. 따라서 개별규정을 근거로 하여 구체적인 입증방해문제를 해결해야 할 것이다.

의료과오소송에 있어서 입증방해가 문제될 수 있는 것으로는 예컨대 의사의 고의 또는 과실로 진료기록의 작성 또는 보관을 소홀히 하거나 翫멸한 경우⁸⁹⁾, 진료기록부를 변조하는 경우 또는 방사선사신을 제출하지 않거나 이를 분실한 경우⁹⁰⁾, 혹은 수술부위에 가제(Tupfer)를 잔류시킨 의

89) BGH NJW 1978, 764; NJW 1988, 2948.

90) BGH NJW 1963, 389.

사가 소송제기전에 재수술로 가제를 제거한 후 이를 없애버린 경우⁹¹⁾ 등을 들 수 있다. 이와 같은 경우에 의사측이 이들 서증, 검증의 목적물이나 감정자료에 대한 제출의무나 보관의무가 있음에도 이를 위반하였으므로 의사측이 그 불이익을 부담하게 된다.

그런데 입증방해행위가 동시에 치료행위의 일부가 되는 경우에 입증방해를 인정할 것인가에 관해서는 논란이 있다. 예컨대 의사가 진단을 위해서 방사선촬영을 한다거나 기타 검사를 행하는 것이 불가결함에도 불구하고 이러한 조치를 소홀히 한 경우에는 치료상의 과오를 범한 것이며 의사는 그에 대한 책임을 부담해야 한다. 따라서 의사가 진단을 위해서 필요한 검사를 소홀히 한 경우에 유책적인 입증방해라고 인정하는 것은 타당하지 않다. 입증방해행위가 동시에 치료과오로 주장되는 치료행위의 일부를 이루고 있는 경우에 과실과 손해사이의 인과관계에 관한 입증방해를 인정한다면 과실의 입증만으로 항상 의사의 책임을 인정하는 결과가 되어 타당하지 않게 된다. 따라서 이러한 경우에는 증거보존의무를 위반한 것이 아니므로 입증방해의 문제가 아니라 치료과오가 존재하기 때문에 입증책임의 요건사실의 입증에 대한 문제가 된다. 입증방해이론은 의사의 지배영역에 존재하는 입증자료들을 유책적으로 방해하는 경우에 일방 당사자에게 일어나는 불이익을 조정하기 위하여 이용되므로 실제법적 책임요건에 대한 일반적인 관점을 고려하지 않고 입증방해이론을 적용할 수 없으며 이러한 이유에서 입증방해이론은 인과관계가 해명불능인 경우에도 이용할 수 없다는 것이 타당하다.

우리나라의 의료과오소송에 있어서 입증방해가 주로 문제된 것은 의사측이 진료기록부를 위조 또는 변조하는 행위와 관련하고 있다. 진료기록에 기재되어 있던 진단명의 일부가 흑색볼펜으로 가필되어 진단명을 식별할 수 없도록 의사측이 변조한 것에 대해 법원은 의사측의 입증방해를 인

91) BGH, VersR 1955, 344.

정하고 있다⁹²⁾. 법원은 진료기록 등의 기재가 사실인정이나 법적 판단에 중요한 역할을 차지하고 있다는 점에서 의사측이 진료기록을 변조한 행위는 그 변조이유에 대해 상당하고도 합리적인 이유를 제시하지 못하는 한 당사자의 공평의 원칙 또는 신의칙에 어긋나는 입증방해행위에 해당하므로 자유로운 심증에 따라 의사측에게 불리한 평가를 할 수 있다고 하고 있다⁹³⁾. 또한 입증방해행위가 있는 경우에 법원은 이를 자유심증에 따라 불리한 평가를 할 수 있음에 그칠 뿐이고 입증책임이 전환되거나 상대방의 주장사실이 증명된 것으로 보아야 하는 것은 아니라고 하여⁹⁴⁾ 입증방해에 대한 효과를 자유심증설에 기초하여 판단하여 입증방해행위를 증거규칙이 아닌 사실평가의 문제로 다루고 있다.

IV. 결 론

의료행위는 그 대상인 환자의 체질에 따라 질병의 경과가 달리 나타날 수 있고 이러한 환자의 상이한 생리학적, 생물학적 반응에 대해 의사도 그 결과를 지배할 수 없기 때문에 의료행위가 항상 바람직한 결과를 가져오는 것은 아니다. 또한 의료행위는 생명체의 예측불가능성으로 인하여 악결과라는 사태가 숙명적으로 나타날 수도 있다. 이러한 악결과에 대해 의사측에 손해배상책임을 묻기 위해서 통설에 따른 입증책임분배의 기본원칙에 의하면 환자가 의사의 과실과 발생한 손해, 의사의 행위와 발생한 손해 사이에 존재하는 입증책임을 부담하게 된다. 이는 불법행위법상의 손해배상책임 뿐만 아니라 계약책임의 경우도 마찬가지이다. 그런데 치료시무의식상태에 있었기 때문에 환자가 입증을 위한 사실을 스스로 인식할

92) 대판 1995.3.10. 선고 94다39567; 대판 1999.4.13. 선고 98다9915.

93) 대판 1995.3.10. 선고 94다39567.

94) 대판 1999.4.13. 선고 98다9915.

수 없었거나 혹은 이러한 사실을 인식했다라도 정확히 사실을 판단할 수 없기 때문에 환자는 의료과오에 대한 입증을 하는데 곤란한 상태에 있을 수 있다. 그런데 대부분의 증거자료들이 의사측에 존재하기 때문에 의료과오소송은 전형적인 무기의 평등이 이루어지지 않은 분야이다. 따라서 헌법상 보장하고 있는 소송상 무기의 평등의 원칙을 유지하여 입증곤란을 극복할 수 있도록 하기 위하여 입증완화의 필요성이 존재한다. 무기평등의 원칙을 유지하기 위하여 학설은 환자측의 입증책임을 완화하는 방향으로 나아가고 있다. 그러나 그렇다고 하여 환자를 입증곤란에서 벗어나도록 하기 위해서 의사로 하여금 자신의 치료행위는 하자없이 제대로 행해졌음을 입증하도록 요구할 수 없다. 왜냐하면 의사도 의료행위가 가지고 있는 특성으로 말미암아 환자와 마찬가지로 입증곤란을 경험하게 될 것이기 때문이다. 따라서 의료과오소송에 있어서 환자의 입증곤란을 극복하기 위한 입증완화의 방법은 환자와 의사의 정당한 이익을 올바르게 평가하여 환자와 의사간에 무기의 평등과 기회의 균등이 이루어질 수 있도록 해야 한다.

입증책임을 완화하는 방법으로 입증요구 내지는 입증도를 완화하는 방법과 과감하게 입증책임을 전환하는 방법을 고려해 볼 수 있다. 그런데 입증책임을 전환하여 입증책임의 일반원칙의 예외를 인정하는 것은 의사도 환자와 마찬가지로 입증곤란을 겪게 되므로 원칙적으로는 타당하지 않다. 입증도나 입증요구의 완화를 통하여 입증곤란을 해결할 수 있다면 입증책임전환보다 바람직한 해결방안이라고 할 수 있다.

독일의 경우에도 원칙적으로 입증도의 완화나 입증요구의 완화를 통하여 환자의 입증곤란을 해결하고 있으며 중대한 과실이 있는 경우에는 인과관계의 부존재에 대하여 의사가 입증을 하도록 하고 있다. 그러나 실제로 중대한 과실을 판단함에 있어서는 치료과오가 손해를 발생시켰을 개연성이 어느 정도인지가 과실의 중대성을 판단하는데 큰 역할을 하고 있기 때문에 중대한 과오를 입증하기가 어려워 입증책임완화를 위한 실효성에

의문이 제기되고 있다⁹⁵⁾. 또한 표현증명을 이용하는 경우에도 활용할 수 있는 고도의 의학적 경험칙이 그다지 많지 않다는 한계를 가지고 있다⁹⁶⁾. 우리나라의 경우에 대법원의 판결들을 보면 주로 사실상의 추정론에 의해 과실이나 인과관계의 존재를 인정하고 있다. 이러한 경향은 독일의 의료과오소송이 가지고 있는 어려움을 우리나라의 경우에도 동일하게 가지고 있기 때문이라고 생각된다. 그러나 의료과학의 발달과 의료사건이 좀 더 집적될수록 개연성론, 사실상 추정론, 표현증명, 입증방해론은 여전히 의료과오소송에 있어서 환자와 의사의 이익을 공평하게 조정하면서 입증곤란을 극복할 수 있는 방안으로 유용하다. 따라서 이러한 입증완화방법을 잘 활용할 수 있도록 하기 위하여 집적된 판례를 분석하여 유형화하는 한편 이론상으로도 보다 더 세밀하고 좀 더 구체적인 요건을 마련하기 위하여 계속적인 연구가 필요하다고 할 것이다.

95) Musielak·Stadler, a.a.O., S.275.

96) 손용근, “의료과오소송의 입증경감에 관한 판례의 동향”, 『민사법연구』, 제7집, 1999, 365면에서는 사실상 추정론을 발전시켜 가다가 보면 일응의 추정론 쪽으로 갈 것이라고 전망하고 있다.

[참고 문헌]

1. 국내문헌

- 강봉수, “의료과오소송에 있어서의 입증경감”, 『법조』, 29권 6호, 1980.
- 김용담, “민사소송에 있어서의 입증방해”, 『사법행정』, 1984. 6.
- 김옥곤, “판례의 법원성”, 『현대민법학의 제문제』, 박영사, 1981.
- 김형배, 『채권총론』, 박영사, 1999.
- 곽윤직, 『민법총칙』, 박영사, 1999.
- 손용근, 「의료과오소송에 있어서 입증의 경감에 관한 연구」, 박사학위논문, 연세대학교, 1997.
- 손용근, “의료과오소송의 입증경감에 관한 판례의 동향”, 『민사법연구』, 제7집, 1999.
- 신은주, 「의료과오소송에 있어서 입증책임」, 박사학위논문, 경희대학교, 1992.
- _____, “의료사건에 있어서 과실의 입증 및 입증방해”, 『판례월보』, 1996. 2.
- 석희태, “의료과실 판단기준에 관한 학설”, 『의료법학』, 창간호, 2000.
- 양삼승, “가정적 인과관계론”, 『외국사법연수논문집』(제1권)
- 양창수, 『민법연구』(제4권), 박영사, 1997.
- 오관석, “민사소송에 있어서 입증방해론”, 『제6기 사법연수원논문집』, 사법연수원, 1986.
- 오석락, 『입증책임론』, 일신사, 1989.
- 오용호, “민사소송에 있어서 입증의 정도”, 『사법논집』, 제15집
- 오용호, “민사소송에 있어서 입증방해”, 『사법논집』, 제17집
- 이시윤, “민사소송에 있어서 입증방해행위”, 『고시계』, 1973. 4.

2. 외국문헌

- 徳本鎮, “鑛害賠償における因果關係”, 『戒能通孝 編公害法の研究』, 日本評論社, 1969.
- 中野貞一郎, “過失の一應の推定について”(1), 『法曹時報』, 第19卷 10號

- Baumgärtel·Wittmann, Handbuch der Beweislast im Privatrecht, Bd I, 1981.
- Ekelöf, “Beweiswürdigung, Beweislast und beweis des ersten Anscheins”, ZZP 75.
- Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen, 1986.
- Franzki, Die Beweisregeln im Arzthaftungsprozeß, 1982.
- Gaupp, Beweisfragen im Rahmen ärztlicher Haftungsprozesse, 1966.
- Gerhardt, Beweisverteilung im Zivilprozeßrecht, AcP 169.
- Giesen, “Arzthaftungsrecht im Umbruch(III)”, JZ, 1982.
- Gottwald, Schadenszurechnung und Schadensschätzung, 1979.
- Heinmüller, Der Anscheinsbeweis und die Fahrlässigkeit im heutigen deutschen Schadensersatzprozeß, 1966.
- Hellwig, System des deutschen Zivilprozeßrecht, Bd. I, 1912.
- Kaufmann, Die Beweislastproblematik im Arzthaftungsprozeß, 1984.
- Laufs, “Zur deliktsrechtlichen Problematik ärztlicher Eigenmacht”, NJW 1969, 193.
- Larenz, Schuldrecht, 11 Aufl., 1976.
- Musielak·Stadler, Grundfragen des Beweisrechts, 1984.
- Peters, Beweisverteilung und Mitwirkungspflicht des Beweisgegners, ZZP 82.
- Prölls, “Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozeß”, 1966.
- Rosenberg, Die Beweislast, 5 Aufl., 1965.
- Rosenberg·Schwab, Zivilprozeßrecht, 14 Aufl., 1986.
- Uhlenbruck, “Beweisfragen in ärztlichen Haftungsprozeß”, NJW 1965.
- Wassermayer, Der prima facie Beweis und die benachbarten Erscheinungen, 1954.

The Development on Medical Malpractice Lawsuit and its Burden of Proof

Shin, Eun-Joo

College of Law, Handong University

=ABSTRACT=

The medical practice does not always get a satisfactory result since the disease progress of patients are depended on patients' physical constitution and the doctors cannot control the outcomes about patients' physiological and biological reaction after the treatment. Moreover, the medical practice may bring wrong result fatalistically because of the unpredictability of life. To demand for compensation of the damage to the doctors about these wrong result, the patient side holds the burden of proof that is between medical practice and damage, and there is damage from doctor's malpractice according to the accepted theory about the fundamental principle of distribution of the burden of proof. This falls not only under the liability of Tort Law, but also liability of Contract Law. However, the patient may be in difficult situation to prove the malpractice of doctors since he or she cannot recognize the facts because he or she was in unconscious while the medical practice was conducted, or they cannot judge precisely even though they recognize the facts. Nevertheless, the lawsuits against medical malpractice are the field that never achieves the equality of arms since the most of the evidence belong to the doctor's side. Hence, to maintain the principle of the equality of arms under the constitution, the theory leads to alleviate the burden of proof that patients hold. However, the doctors cannot be asked for the burden of proof that they conduct medical practice without errors. Because the doctors may experience difficulty to prove their innocence as the patients because of the unique characteristic that medical practices have. Therefore, the methods of the alleviation of the patient's burden of

proof should have the equality of arms and the equal opportunity between the patients and the doctors with the evaluation of the justifiable interest from both the patients and the doctors.

As the methods of the alleviation of the burden of proof, the alleviation of the demands and the degree of the burden of proof or resolutely the conversion of the burden may be considered. However, Recognizing the exception from general principle with converting the burden of proof is not proper in principle because the doctors may experience difficulty of the proof as the patients may have. If the difficulty of proof can be resolved by alleviating of the demands and the degree of the burden of proof, it is more desirable resolution rather than converting the burden of proof.

Keyword : medical malpractice, compensation of the damage, burden of proof, alleviation of the burden of proof
--