

병원감염 사건에서 사실상 증명책임 전환의 필요성 및 그 근거로서 안전배려의무에 관한 검토

유 현 정*

I. 들어가며

II. 증명책임 일반 및 의료소송에서 우리 판례의 증명책임 완화이론

1. 증명책임 일반론
2. 의료소송에서 우리 판례의 증명책임 완화 이론

III. 병원감염 사건에서 사실상 증명책임 전환의 필요성

1. 병원감염 사건에서 법원의 과실, 인과관계에 관한 판단 분석 결과
2. 일반인의 상식 법리 적용 판결의 분석
3. 간접사실 법리 적용 판결의 분석
4. 통상의 사실상 추정론 적용 판결의 분석
5. 병원감염 사건의 특징 및 사실상 증명책임 전환의 필요성

IV. 병원감염 사건에서 사실상 증명책임 전환근거로서

안전배려의무에 관한 검토

1. 서 설
2. 병원감염 사건에서 안전배려의무를 근거로 사실상 증명책임을 전환한 사건
3. 안전배려의무에 관하여
4. 병원감염 사건에서 안전배려의무의 체계적 지위
5. 병원감염 사건에서 안전배려의무가 증명책임 전환의 근거가 될 수 있는지 여부
6. 소결론

V. 결 론

* 논문접수: 2014. 11. 14. * 심사개사: 2014. 11. 14. * 수정일: 2014. 12. 15. * 게재확정: 2014. 12. 20.

* 유현정 법률사무소 변호사, 고려대학교 석사.

I. 들어가며

의료행위는 사람의 생명을 구하고 신체의 완전성을 확보하기 위한 유익한 행위이나, 신체에 대한 침습을 전제로 하여 본질적으로 위험한 행위가 될 수밖에 없고, 인체는 사람에 따라 다양하며 예측이 불가능한 특성이 있어 의료행위에는 의사의 재량이 폭넓게 인정된다. 또한 의료행위는 극히 전문적인 영역인데다 환자 측에서는 의료행위 과정에 대하여 잘 알 수 없는 특성이 있어 의료사고가 발생한 경우 환자 측에서 의사의 과실 및 발생한 나쁜 결과와의 인과관계를 밝혀내기가 극히 어려운 특성이 있다.

이에 의료소송¹⁾에서 증명책임²⁾을 전환하자는 논의와 함께 입법과정에 반영 여부까지 문제되었으나,³⁾ 아직까지 증명책임 전환 입법은 이루어지지 않고 있으며, 우리 법원 실무에서는 환자 측의 증명책임을 완화하는 법리를 구성하여 적용하고 있다. 우리 법원에서 활용하는 환자 측의 증명책임을 완화하는 법리로는 소위 ‘일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실 있는 행위’를 입증하고 그 결과와 사이에 일련의 의료행위 외에 다른 원인이 개재될 수 없다는 점을 증명한 경우에 의료상 과실과 결과 사이의 인과관계를 추정하는 방법(이하 ‘일반인의 상식 법리’라 한다)과 증상 발생에 관하여 의료상 과실 이외의 다른 원인이 있다고 보기 어려운 간접사실들을 증명함으로써 그 증상이 의료상 과실에 기한 것이라고 추정하는 방법(이하 ‘간접사실 법리’라 한다)이 있다.⁴⁾

- 1) 이 논문에서 ‘의료소송’은 의료사건에서 손해배상을 청구하는 민사소송을 의미한다.
- 2) 실무에서는 ‘입증책임’이라는 용어가 관례적으로 사용되어 왔으나, 민사소송법이 2002. 1. 1. 전면 개정된 이후 ‘증명’이라는 용어를 사용하고 있으므로, 현행법에 따라 ‘증명책임’이라는 용어를 사용하기로 한다.
- 3) 2005. 12. 8. 의안번호 173596호로 제안된 ‘의료사고 예방 및 피해구제에 관한 법률안’ 제4조 제1항 참조. 동 법안은 2007. 8. 28. 제268회 국회(임시회) 제3차 법안심사소위에 상정되었고, 같은 달 29. 보건복지위원회 대안으로 수정되어 전체회의에 회부된 후 국회 보건복지위원회 법안심사소위원회까지 통과되었으나, 17대 국회의 임기만료로 폐기되었다(국회 의안정보시스템, 2014. 6. 기준 <http://likms.assembly.go.kr>). 한편, 현행 의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률(2011. 4. 7. 제정, 2012. 4. 8. 시행)은 증명책임에 관한 조항을 두지 않음으로써 증명책임의 일반원칙에 따라 환자 측에서 과실과 인과관계를 증명하는 것을 전제로 하고 있다.

그러나 의료소송 사례에서 과실 및 인과관계를 증명하는 과정에서 소위 ‘일반인의 상식 법리’와 ‘간접사실 법리’가 구체적으로 어떻게 적용되는지에 관하여는 명확한 기준이 제시되었다고 보기 어려울 뿐만 아니라 환자 측의 증명책임을 완화하는 법리를 원용하지 않고 통상의 사실상 추정론에 기초하여 인과관계를 추정하는 판례의 흐름도 지속되고 있다.⁵⁾ 실제로 의료소송에서 환자 측의 증명책임을 완화하기 위한 과실 및 인과관계 판단 기준으로서 ‘일반인의 상식 법리’와 ‘간접사실 법리’의 검토 및 실제 판결에서의 적용 비율, 증명책임 완화 법리를 원용하지 않고 통상의 사실상 추정론에 기초한 판결의 비율 및 그 판단방법에 관하여 병원감염 사건을 대상으로 분석한 연구 결과⁶⁾에 따르면, 환자 측의 증명책임을 완화하는 법리를 원용한 판결들이 실제로 증명책임을 완화하기 위한 본래의 의도에 충실하게 기능하기보다는 오히려 책임을 부정하는 근거로 활용되는 등 증명책임 완화를 위한 취지에 역행하는 것으로 나타났

- 4) 서울중앙지방법원 의료전담부에서는 “현재 판례의 과실인정에 관한 태도를 정리하면, ① 일반인의 상식에 바탕을 둔 과실 있는 행위를 입증하게 함으로써 그 과실과 나쁜 결과 사이의 인과관계만을 추정하거나, ② 나쁜 결과의 발생에 관하여 의료과실 이외에 다른 원인이 있다고 보기 어려운 여러 간접사실을 입증함으로써 특정한 의료과실의 추정을 허용하는 것이다.”라 하였고(김용빈, “의료소송에 있어 입증책임 완화에 따른 의료과실의 의미와 판단기준”, 『의료법학』, 제9권 제1호, 대한의료법학회, 2008, 제75면, 같은 취지로 양희진, “의료소송에서의 감정상 제문제”, 『의료법학』, 제9권 제2호, 대한의료법학회, 2008, 제325면), 서영현, 「미용성형수술에 관한 판례의 동향과 분석」, 고려대학교 법무대학원 석사학위논문, 2010, 제31~33면에서도 판례에 나타난 과실·인과관계의 입증책임 완화 방법으로 ‘간접사실에 의한 과실과 인과관계의 추정 방법’과 ‘일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실 있는 행위를 입증하는 방법’ 두 가지를 소개하고 있다.
- 5) 안법영, “의료사고 소송상 인과관계 추정”, 『의료법학』, 제6권 제2호, 대한의료법학회, 2005, 제251면; 이와 관련하여 박영호 판사는 일반인의 상식 법리를 최초로 실시한 일명 다한중 판결(대법원 1995. 2. 10. 선고 93다52402 판결)이 선고된 후에도 다한중 판결의 체제에 따른 방법보다는 종래에 사용되던 사실상 추정론의 방법으로 판시한 사례가 훨씬 더 많다고 하고 있다(박영호, “의료과실소송에 있어서 과실과 인과관계의 입증과 그 방법”, 『저스티스』, 제77호, 한국법학원, 2004, 제121~122면).
- 6) 유현정, 의료소송에서 과실과 인과관계의 증명 - 병원감염 판결을 중심으로, 고려대학교 법무대학원 석사학위논문, 2014. 유현정의 위 논문은 병원도서관의 판결검색시스템을 이용하여 ‘병원감염’을 주제로 입력하여 검색된 판결 82건을 분석대상으로 하였고, 그 중 대법원과 의료소송을 위한 전담부를 별도로 설치하여 전국에서 가장 많은 수의 의료소송을 처리하고 있는 서울고등법원, 서울중앙지방법원에서 선고한 ‘손해배상(의)’사건들의 내용을 구체적으로 분석한 것이다.

다.7) 또한 병원감염 사건은 다른 의료사건에 비하여 과실을 추정할 수 있는 간접사실 자체를 증명하기가 훨씬 어려운 특성이 있어 환자 측의 증명책임은 의료소송의 다른 분야에 비해 대폭 완화하기 위한 법 해석이나 이론적 방법을 강구할 필요성이 있다.

이에 본 논문에서는 병원감염 사건의 경우 증명책임을 사실상 전환하기 위한 이론적 근거로서 의료기관의 환자에 대한 안전배려의무에 관하여 검토하기로 한다.

II. 증명책임 일반 및 의료소송에서 우리 판례의 증명책임 완화이론

1. 증명책임 일반론

가. 증명책임을 의의 및 분배 원칙

증명책임이라 함은, 소송상 어느 증명을 요하는 사실의 존부가 확정되지 않을 때에 당해사실이 존재하지 않는 것으로 취급되어 법률판단을 받게 되는 당사자일방의 위험 또는 불이익을 말한다.8)9)

7) 다만 유현정의 논문은 병원감염 사례에 국한하여 판결을 분석한 것이므로, 증명책임 완화 취지에 역행하는 듯한 분석결과를 모든 의료사고 사건으로 일반화시키는 데에는 한계가 있다. 그러므로 이 논의는 병원감염 사건에 한한 것임을 밝혀둔다. 향후 병원감염 외의 다른 분야의 의료소송에서 과실 및 인과관계의 증명에 관한 후속 연구들이 필요하다.

8) 이시윤, 『신민사소송법』, 2014, 제524면; 정동윤·유병현, 『민사소송법』, 2007, 제499~501면; 전병서, 『기본강의 민사소송법』, 2012, 제411면; 김홍엽, 『민사소송법』, 2013, 제663면; 호문혁, 『민사소송법』, 2013, 제526면; 강현중, 『민사소송법강의』, 2013, 제294면.

9) 증명책임에는 변론주의 절차에서 다툼이 있는 사실을 주장한 당사자가 증거를 제출하지 않으면 증거가 없는 것으로 되어 주장 사실이 진실이 아닌 것으로 인정될 위험으로 증거제출책임이라고도 하는 '주관적 증명책임'과 변론주의 절차뿐만 아니라 직권탐지주의 절차를 포함한 모든 소송절차에서 증거조사 결과 어느 사실의 존부가 확정되지 아니하여 진위 불명 상태가 되었을 때 그 사실이 존재하지 않는 것으로 취급되어 법률판단을 받게 되는 당사자일방의 위험 또는 불이익을 말하는 '객관적 증명책임'이 있으나, 통상적으로 증명책임이라 하면 '객관적 증명책임'을 가리키므로, 이 논문에서 '증명책임'은 '객관적 증명책임'을 의미한다.

증명을 요하는 사실의 진위여부가 불명한 경우에 당사자 중 누구에게 불이익을 돌릴 것인가 하는 증명책임의 분배에 대하여 통설판례는 법규의 구조에서 찾아야 한다는 법률요건분류설을 취하고 있다.¹⁰⁾ 법률요건분류설은 각 당사자가 자기에게 유리한 법규의 요건사실의 존부에 대해 증명책임을 지는 것으로 분배시키고 있으며, 구체적으로 권리의 존재를 주장하는 사람은 요증사실 중 권리근거규정의 요건사실(권리발생사실, 청구원인사실)에 대하여 증명책임을 지고, 권리의 존재를 다투는 상대방은 요증사실 중 반대규정의 요건사실(반대사실, 항변사실)에 대하여 증명책임을 지게 된다.

그러나 공해소송, 환경소송, 제조물 소송, 의료소송 등 소위 현대형 소송의 분야에서는 법률요건분류설을 그대로 관철할 경우 피해구제가 사실상 불가능해지는 등 피해자의 증명곤란이 현실적 문제로 대두되고 있는바, 이와 관련하여 증명책임을 완화하자거나 아예 증명책임을 전환시키자는 논의가 이루어지고 있다.

나. 증명책임을 완화¹¹⁾

증명책임을 완화하기 위한 방법으로 법률상 추정, 사실상 추정, 일응의 추정 또는 표현증명, 개연성설 등이 논의되어 왔다. 추정(推定)이라 함은 일반적으로 어느 사실에서 다른 사실을 추인해내는 것, 즉 미루어 인정하는 것을 의미하며, 이에는 사실상 추정과 법률상 추정이 있다. 법률상 추정은 이미 법규화 된 경험법칙, 즉 추정규정(推定規定)을 적용하여 행하는 추정을 말하며, 그 반복은 추정사실이 진실이 아니라는 적극적인 반대사실의 증거가 있어야 하고, 이는 반증이 아닌 본증이여야 한다.¹²⁾ 사실상 추정은 일반 경험법칙을 적용하여

10) 이시윤, 앞의 책, 제526~527면; 정동윤·유병현, 앞의 책, 제504~507면; 강현중, 앞의 책, 제297~299면; 전병서, 앞의 책 제415~417면; 김홍엽, 앞의 책, 제664~668면.

11) 증명책임은 당사자의 어느 한쪽이 부담하는 것으로 정해진 것이지만 그 정도가 완화되는 것이 아니고 증명의 부담이 완화되는 것이어서 '증명책임을 완화'라는 표현은 부적절한 측면이 없지 않으나, 용어가 통일되지 아니하여 이 논문에서는 판례의 용례에 따라 '증명책임을 완화'라 쓴다.

행하는 추정을 말하며, 그 반복은 추정사실이 진실인가에 의심을 품게 할 반증으로 반복된다.¹³⁾ 사실상 추정은 증명된 간접사실(전제사실)로부터 증명되지 아니한 주요사실(추정사실)을 경험칙에 기하여 추리·인정하는 것으로, 법관의 자유심증의 한 단면에 불과하고, 작용하는 경험법칙에 따라 증명의 정도(증명도)는 천차만별일 수 있다.¹⁴⁾

사실상 추정의 한가지로, 고도의 개연성이 있는 경험칙을 이용하여 간접사실로부터 주요사실을 추정하는 경우를 일응의 추정(Prima facie-Beweis; 일단의 증명)이라 하며, 추정된 사실은 거의 증명된 것이나 마찬가지로 보기 때문에 표현증명(表見證明)이라 한다. 증명책임이 있는 당사자가 추정의 전제사실, 즉 간접사실을 증명하여 주요사실에 관한 추정이 성립되면, 상대방이 그 추정에 의문이 가는 특단의 사정을 증명하지 않는 한 그대로 추정사실이 인정되며, 더 이상의 상세한 증명활동은 필요 없게 되는 경우이다. 일응의 추정 또는 표현증명은 독일의 판례법에서 발달한 법리로 학설의 지지도 얻고 있는데, 이는 영미법의 *res ipsa loquitur*(The thing speaks for itself, 사실은 그 자체가 말하여 준다) rule과 그 입장을 같이 한다.¹⁵⁾ 일응의 추정의 반복은 간접사실의 존재에 관하여 법관에게 의심을 불러일으키는 반증에 의하거나, 경험법칙의 적용과정을 다루는 방법으로서 이미 증명된 간접사실을 그대로 두고, 그 추정의 간접사실과 양립되는 별개의 간접사실을 증명함으로써 사실상의 추정을 방해하는 증명활동인 간접반증에 의해 이루어진다. 간접반증은 전형적 사태 진행의 예외적 사실에 해당하는 ‘특단의 사정’을 증명하는 것으로, 주요사실에 대하여는 반증이지만, 피고가 증명할 간접사실은 법관에게 확신을 일으킬 정도로 완전하게 증명하여야 하므로, 간접사실에 대하여는 본증이 된다.¹⁶⁾

개연성설은 본래 환경오염으로 인한 피해의 구제를 목적으로 한 공해소송

12) 이시윤, 앞의 책, 제531면; 정동윤·유병현, 앞의 책, 제511~512면.

13) 이시윤, 앞의 책, 제531면.

14) 정동윤·유병현, 앞의 책, 제514면.

15) 이시윤, 앞의 책, 제533면; 정동윤·유병현, 앞의 책, 제514면.

16) 이시윤, 앞의 책, 제534~535면; 정동윤·유병현, 앞의 책, 제516~517면.

에서 입증상 난점을 극복하기 위하여 연구된 이론으로, 의료과실 소송의 경우에도 원고인 환자 측의 입증을 완화하기 위해 인과관계가 엄밀하게 입증되지 않더라도 상당한 개연성이 있다면 인과관계를 인정하여도 좋다는 견해이다.¹⁷⁾

다. 증명책임의 전환

증명책임의 전환이란 증명책임의 일반원칙에 대하여 특별한 경우에 예외적으로 수정을 가하는 것으로, 가해자에게 무과실의 증명책임을 지우고 있는 자동차손해배상보장법 제3조와 같은 특별입법 이외에 증명방해의 경우, 제조물 책임소송, 의료소송 등에서 해석에 의하여 증명책임을 전환시키려는 논의가 이루어지고 있다.¹⁸⁾

우리 판례는 제조물책임소송이나 의료소송에서 증명책임의 전환까지는 이르지 아니하고 증명책임을 완화하여왔으며, 증명방해의 경우 증명책임을 전환하는 것이 아니라 법관의 자유심증에 맡겨야 한다고 한다.¹⁹⁾

2. 의료소송에서 우리 판례의 증명책임 완화 이론

가. 일반인의 상식 법리

(1) 일반인의 상식 법리는 1995. 2. 10. 선고된 이른바 다한증 사건²⁰⁾에서 최초로 실시되었고, 그 후 1999. 4. 3. 선고된 척수검사 시술 후 하반신마비 사

17) 박영호, 앞의 논문, 제103~104면. 박영호 판사는 의료소송에서 이러한 개연성설을 적용하여야 한다는 논의는 개연성설이 처음 만들어진 환경소송에 비하여는 아직까지 미미하다고 하고 있다.

18) 이시윤, 앞의 책, 제530면; 정동운·유병현, 앞의 책, 제509~510면.

19) 정동운·유병현, 앞의 책, 제510면; 증명방해와 관련한 대법원 판례로는 대법원 1999. 4. 13. 선고 98다9915 판결, 대법원 2010. 5. 27. 선고 2007다25971 판결, 대법원 2010. 7. 8. 선고 2007다55866 판결 등 다수.

20) 대법원 1995. 2. 10. 선고 93다52402 판결. 다한증을 치료하기 위해 교감신경 절제수술을 받은 환자가 뇌경색으로 사망한 사건이다.

건²¹⁾에서 이에 대한 제한법리가 실시된 이래 현재에 이르기까지 의료소송에서 증명책임을 완화하기 위한 법리로 판례군을 형성하고 있으며,²²⁾ 대법원은 일반인의 상식 법리가 의료소송에서 증명책임을 완화하는 대법원의 확립된 판례라고 선언하였다.²³⁾

(2) 대법원은 다한증 사건에서 “원래 의료행위에서 주의의무 위반으로 인한 불법행위 또는 채무불이행으로 인한 책임이 있다고 하기 위해서는 다른 경우와 마찬가지로 의료행위상의 주의의무의 위반, 손해의 발생 및 주의의무의 위반과 손해의 발생과의 사이의 인과관계의 존재가 전제되어야 한다고 할 것이다. 그러나 의료행위가 고도의 전문적 지식을 필요로 하는 분야이고, 그 의료의 과정은 대개의 경우 환자본인이 그 일부를 알 수 있는 외에 의사만이 알 수 있을 뿐이며, 치료의 결과를 달성하기 위한 의료기법은 의사의 재량에 달려 있기 때문에 손해발생의 직접적인 원인이 의료상의 과실로 말미암은 것인지 여부는 전문가인 의사가 아닌 보통인으로서로는 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

21) 대법원 1999. 4. 13. 선고 98다9915 판결. 척수검사 시술 후 환자에게 하반신마비가 발생한 사건이다.

22) 대법원 1995. 3. 10. 선고 94다39567 판결; 대법원 1995. 3. 17. 선고 93다41075 판결; 대법원 1995. 12. 5. 선고 94다57701 판결; 대법원 1996. 6. 11. 선고 95다41079 판결; 대법원 1996. 12. 10. 선고 96다28158 판결; 대법원 1999. 2. 12. 선고 98다10472 판결; 대법원 1999. 4. 13. 선고 98다9915 판결; 대법원 1999. 6. 11. 선고 99다3709 판결; 대법원 1999. 9. 3. 선고 99다10479 판결; 대법원 2000. 1. 21. 선고 98다50586 판결; 대법원 2001. 3. 23. 선고 99다48221 판결; 대법원 2002. 8. 27. 선고 2001다19486 판결; 대법원 2003. 1. 24. 선고 2002다3822 판결; 대법원 2003. 11. 27. 선고 2001다20127 판결; 대법원 2005. 9. 30. 선고 2004다52576 판결; 대법원 2006. 10. 27. 선고 2004다2342 판결; 대법원 2007. 5. 31. 선고 2005다41863 판결; 대법원 2007. 7. 26. 선고 2005다60345 판결; 대법원 2009. 12. 10. 선고 2008다22030 판결; 대법원 2011. 7. 14. 선고 2009다101916 판결; 대법원 2012. 1. 27. 선고 2009다82275 판결 등.

23) 대법원 2006. 10. 27. 선고 2004다2342 판결, 대법원 2007. 7. 26. 선고 2005다60345 판결; 대법원 2011. 7. 14. 선고 2009다101916 판결 등.

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 입증을 하지 아니하는 이상, 의료상 과실과 결과 사이의 인과관계를 추정하여 손해배상책임을 지울 수 있도록 입증책임을 완화하는 것이 손해의 공평·타당한 부담을 그 지도원리로 하는 손해배상제도의 이상에 맞다고 하지 않을 수 없다.”라 하여 최초로 일반인의 상식 법리에 의한 판결을 선고하였다.

다한증 사건은 의료상 과실의 증명 정도를 의학법칙에 따른 엄격한 과실 증명이 아닌 ‘일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실 있는 행위’ 정도로 완화함과 동시에 피해자가 그와 같은 과실행위를 증명하고 그 결과와 사이에 일련의 의료행위 외에 다른 원인이 개재될 수 없다는 점을 증명한 경우에 있어서는, 의료행위를 한 측이 그 결과가 의료상의 과실로 말미암은 것이 아니라 전혀 다른 원인으로 말미암은 것이라는 입증을 하지 아니하는 이상, 의료상 과실 및 그 과실과 결과 사이의 인과관계를 추정함으로써 과실과 인과관계에 관한 증명책임을 완화하는 것으로 판단된다.²⁴⁾ 여기에서 일반인의 상식 법리가 통상적인 사실상 추정과 다른 점은, 통상적인 사실상 추정의 경우 법관의 심증을 흐드는 반증만으로 추정이 반복됨에 반해 일반인의 상식 법리에 따른 인과관계 추정의 경우 과실과 인과관계의 추정을 반복하기 위해서는 의료행위를 한 측이 그 결과가 의료상의 과실로 말미암은 것이 아니라 전혀 다른 원인으로 말미암은 것이라는 입증을 해야 한다는 점이라 할 수 있다.

24) 법원의 실무도 다한증 판결이 인과관계에 관한 증명책임 완화법리의 효시로 현재까지 계속 활용되고 있으나, 동시에 환자의 증명의 정도를 의학적 지식에 바탕을 둔 엄격한 주의의무위반의 증명에서 일반인의 상식수준에서 추상적으로 과실로 판단되는 기초사실의 증명으로 완화한 것으로 해석하고 있다(법원행정처, 『의료재판실무편람』, 2014년 판, 제44~55면). 김천수·박동매, “의료소송에서 증명에 관한 논의”, 『성균관법학』, 제18호 제1호, 2006, 제165~166면.

(3) 다한증 사건에서 시작된 일반인의 상식 법리는 의사의 진료행위와 환자에게 발생한 나쁜 결과 사이의 존재적 인과관계는 의학적으로 밝혀지지 않았으나 진료상 과실행위와 나쁜 결과 사이에 인과관계를 추정하여 의사에게 입증부담을 전가시키는 것으로, 이는 현행 민법의 불법행위 책임귀속의 기초인 과실책임 원칙에 반할 수 있다.²⁵⁾ 따라서 일반인의 상식 법리를 제한할 필요성이 대두되는바, 우리 대법원은 척수검사 시술 후 하반신마비 사건에 대한 판결 이후 일련의 판결에서 “일련의 의료행위 과정에 있어서 일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상 과실의 존재는 환자 측에서 입증하여야 하는 결과 의료과정에서 어떠한 주의의무 위반의 잘못을 인정할 수 없다면 그 청구는 배척될 수밖에 없다.”라고 실시하고 있다.²⁶⁾

나. 간접사실 법리

(1) 간접사실 법리는 2000. 7. 7. 선고된 이른바 대동맥박리 사건²⁷⁾에서 실시되기 시작하였는데, 대법원은 대동맥박리 사건에서 “의사의 의료행위가 그 과정에 주의의무 위반이 있어 불법행위가 된다고 하여 손해배상을 청구하는 경우에도 일반의 불법행위와 마찬가지로 의료행위상의 과실과 손해의 발생 및 그 과실과 손해발생 사이의 인과관계가 있어야 하는 것이고, 이에 대한 입증 책임은 환자 측에서 부담한다고 할 것이지만, 의료행위는 고도의 전문적 지식

25) 안법영, 『의료사고의 불법행위책임』, 제240면, 제249~250면.

26) 한편, 대법원은 위와 같은 ‘일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상 과실’에 대한 증명 요구를 통한 일반인의 상식 법리의 제한 외에, 통상의 사실상 추정론을 전제로 하여 “의사의 과실로 인한 결과발생을 추정할 수 있을 정도의 개연성이 담보되지 않는 사정들을 가지고 막연하게 증한 결과에서 의사의 과실과 인과관계를 추정함으로써 결과적으로 의사에게 무과실의 입증책임을 지우는 것까지 허용되는 것은 아니라고 할 것이다.”라는 실시를 통해 일반인의 상식 법리를 제한하는 판시를 하기도 하였다(대법원 2007. 7. 26. 선고 2005다60345 판결). 이는 아래에서 살펴보는 바와 같이 대법원이 ‘일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상 과실’을 의료소송에서 과실 및 인과관계의 추정을 위한 하나의 간접사실로 취급하고 있음을 반증한다 할 것이다.

27) 대법원 2000. 7. 7. 선고 99다66328 판결. 심방중격결손증 환자가 전신마취하에 중격결손 봉합수술을 받은 후 대동맥박리가 발생하였는데, 이를 뒤늦게 발견하여 박리된 부분을 봉합하고 혈류를 복원하였으나, 환자는 허혈성 심근손상으로 사망한 사건이다.

을 필요로 하는 분야이고, 그 의료의 과정은 대개의 경우 환자 본인이 그 일부를 알 수 있는 외에 의사만이 알 수 있을 뿐이며, 치료의 결과를 달성하기 위한 의료기법은 의사의 재량에 달려 있기 때문에 전문가가 아닌 보통인으로서의 의사의 의료행위의 과정에 주의의무 위반이 있는지의 여부나 그 주의의무 위반과 손해발생 사이에 인과관계가 있는지 여부는 이를 밝혀내기가 극히 어려운 특수성이 있으므로, 이 사건에서와 같이 환자가 수술 도중에 사망의 원인이 된 증상이 발생한 경우에는 그 증상 발생에 관하여 의료상의 주의의무 위반행위를 제외한 다른 원인이 있다고 보기 어려운 여러 간접사실들을 입증함으로써 그와 같은 증상이 의료상의 주의의무 위반행위에 기한 것이라고 추정하는 것도 가능하다.”라 하여 간접사실 법리에 의한 판결을 선고하였다.

대동맥박리 사건에서 대법원은 대동맥 박리의 원인으로 ㉠ 고혈압, 낭성중층괴사, 마르팡증후군, 이첨대동맥판, 대동맥축착증, 임신 등, ㉡ 대동맥캐놀라를 삽입하는 과정에서 대동맥내막에 대한 직접적인 열상이나 기계적인 압박, ㉢ 심장수술 합병증(0.16%)을 든 다음, 환자가 이 사건 수술 전까지 위 ㉠과 같은 질환을 가지고 있지 않았고, ㉢ 심장수술 합병증과 관련하여 집도의가 1996년 1년 동안 시술한 개심수술 660여 건 중 대동맥박리가 발생한 것은 이 사건 수술뿐이고, 심장수술 과정에서의 잘못 이외의 합병증으로 대동맥박리가 예외적으로 발생한 경우도 고혈압 등 혈관질환을 보유하고 있는 환자들에게서 주로 발견되었으므로, 고혈압을 가지고 있지 않았던 망인에게 발생한 대동맥박리는 결국 대동맥박리가 일어날 수 있는 원인 중에서 캐놀라를 삽입하는 과정에서 대동맥내막을 손상시키는 등 부적절한 캐놀라 삽관에 의하여 초래된 것이라고 추정할 수밖에 없다 하였다. 즉, 나쁜 결과 발생의 원인이 되는 여러 가지 사실을 나열한 다음, 환자에게 의료상 과실 외에 다른 원인은 존재하지 아니하였음을 간접사실을 통해 증명하면, 나쁜 결과가 의료상 과실로 인하여 발생한 것이라 하여 과실과 인과관계를 동시에 추정한 것이다.²⁸⁾ 그러나

28) 김선중, 『의료사고손해배상소송』, 육법사, 2014, 제480면에서는 당해 결과발생의 원인이 될 가능성이 있는 사실로서 a, b, c를 상정한 다음, 이들 가운데 b, c를 부정하고 가장

의료사고에서 나쁜 결과 발생의 구체적 원인이 밝혀져 있는 경우는 극히 드물며, 그 결과 소거법을 적용한 간접사실 법리를 원용하여 책임을 인정한 판결은 거의 찾아보기 어렵다.²⁹⁾

한편, 소거법을 적용한 간접사실 법리에 관한 위 대동맥박리 사건에서 소거법에 따른 사실관계 적용을 배제한 판시사항만을 살펴보면, 나쁜 결과 발생에 관하여 의료상의 과실 이외에 다른 원인이 있다고 보기 어려운 여러 간접사실들을 입증함으로써 그와 같은 증상이 의료상의 과실에 기한 것이라고 추정하는 것도 가능하다는 것으로, 통상의 사실상 추정론을 적용한 것과 같은 논리구조를 보이고 있다.

(2) 간접사실 법리의 제한 법리는 2004. 10. 28. 선고된 이른바 뇌경색 사건³⁰⁾에서 실시되기 시작한 것으로 보이는데, 대법원은 대동맥박리 사건을 원용하여 간접사실 법리를 실시한 다음, “그 경우에도 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 아니라고 할 것이다.”라 하여 의사의 과실로 인한 결과발생을 추정할 수 있을 정도의 개연성이 담보되지 않는 사정들만으로는 의사의 과실과 인과관계를 추정할 수 없다고 판시하였다.³¹⁾

그러나 간접사실 법리를 제한하는 판례의 위 문구는 통상적인 사실상 추정

가능성이 있는 a를 원인으로 특정하는 방법을 ‘소거법’이라 하고 있다. 이 논문에서는 이하 대동맥 박리 사건과 같은 취지의 판시를 ‘소거법을 적용한 간접사실 법리’라 부르기로 한다.

29) 유현정의 논문에서 검토한 판결에서도 소거법을 적용한 간접사실 법리를 실시하여 책임을 인정한 판결은 단 한 건도 없었다. 한편, 대동맥박리 사건에 관한 판결 이전에 소거법을 적용하여 판단한 판결로는 대법원 1993. 7. 27. 선고 92다15031판결, 1995. 3. 17. 선고 93다41075 판결이 있으나, 위 판결들은 간접사실 법리의 실시 없이 소거법을 적용하였다.

30) 대법원 2004. 10. 28. 선고 2002다45185 판결. 심한 어지럼증으로 입원한 환자가 뇌경색 진단을 받고 뇌혈관조영술 검사를 받던 중 의식을 상실하였고, 추적 뇌단층촬영 결과 뇌간과 소뇌의 경색이 확인되었으며, 그 후 환자는 의식을 회복하지 못하고 사망한 사건이다.

31) 이와 같은 판시는 대법원 2010. 8. 19. 선고 2007다41904 판결, 대법원 2012. 10. 11. 선고 2011다100138 판결, 대법원 2013. 6. 27. 선고 2010다96010-96027 판결 등 다수의 판결에서 반복되어 하나의 판례군을 형성하고 있다.

론에서도 그대로 적용될 수 있는 보편적인 내용으로 판단되며, 이는 위에서 살펴본 바와 같이 간접사실 법리가 통상의 사실상 추정론을 적용한 것으로 해석할 수 있다는 점과 궤를 같이 한다. 실제로 대법원 2009. 12. 10. 선고 2008다22030 판결에서는 의료소송에서 증명책임을 완화하는 법리로 다한증 사건과 대동맥박리 사건의 사건번호를 적시하여 일반인의 상식 법리와 간접사실 법리를 동시에 실시하고, 그 제한법리로 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 아니라고 하였다.³²⁾

(3) 아래에서 살펴보는 바와 같이 병원감염 사건에 대한 분석 결과, 병원감염 사건 82건 중 간접사실 법리를 원용하여 책임을 인정한 판결은 단 한 건도 없었고, 그 제한법리를 사용한 판결도 불과 3건에 불과하였는바, 이는 간접사실 법리를 소거법을 적용한 법리로 이해할 경우 적합한 사례를 찾기 어렵다는 점, 통상의 사실상 추정론을 적용한 것으로 이해할 경우 굳이 간접사실 법리를 원용하여 과실과 인과관계를 추정할 필요성이 없다는 점에서 그 원인을 찾을

32) 대법원 2008다22030 판결에서는 다한증 사건과 대동맥박리 사건, 뇌경색 사건을 원용하여 “환자 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 입증을 하지 아니하는 이상, 의료상 과실과 결과 사이의 인과관계를 추정하거나, 그 결과의 발생에 의료상의 과실 이외의 다른 원인이 있다고 보기 어려운 간접사실들을 입증함으로써 그와 같은 증상이 의료상의 과실에 기한 것이라고 추정하는 것도 가능하다고 하겠으나(대법원 1995. 2. 10. 선고 93다52402 판결, 대법원 2000. 7. 7. 선고 99다66328 판결 참조), 그 경우에도 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 아니라고 할 것이다(대법원 2004. 10. 28. 선고 2002다45185 판결 참조).”라 하였다. 한편, 일반인의 상식 법리를 실시하고, 그 제한법리로 “그 경우에도 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 아니라고 할 것이다.”라고 한 판결에는 대법원 2007. 7. 26. 선고 2005다60345 판결이 있다.

수 있을 것으로 생각된다.³³⁾

III. 병원감염 사건에서 사실상 증명책임 전환의 필요성

1. 병원감염 사건에서 법원의 과실, 인과관계에 관한 판단 분석 결과

가. 병원감염 사건에 대한 분석 결과, 총 82개의 사건 중 의료소송에서 증명책임 완화법리를 원용하여 판단한 사건은 37건으로 45.1%였고, 그 중 내용분석이 이루어진 대법원·서울고등법원·서울중앙지방법원의 23개 사건에서 증명책임 완화법리를 원용하여 판단을 한 사건은 10건으로 43.4%에 불과하여, 병원감염 관련 의료소송에서 증명책임 완화법리를 원용하지 아니한 채 간접사실을 통해 과실과 인과관계를 추정하는 통상적인 사실상 추정 법리를 적용한 판결이 더 많은 비중을 차지하였다.³⁴⁾

나. 병원감염과 관련하여 분석한 총 82개 사건에서 증명책임 완화법리를 원용한 판결 37건 중 의료기관의 과실책임을 인정한 판결은 15건으로 40.5%에 해당하였다. 내용분석이 이루어진 대법원·서울고등법원·서울중앙지방법원의 증명책임 완화법리를 원용한 판결 10건 중 의료기관의 과실책임을 인정한 판결은 불과 4건이었고, 그 중 1건은 1심에서 과실과 인과관계가 추정되었으나 항소심과 상고심에서 추정이 부정됨으로써 결과적으로 10건 중 3건이 인용되어 그 인용비율은 30%에 불과하였다. 그러나 책임이 인정된 3건 중 2건이 증명책임 완화법리를 원용한 쟁점에서는 과실과 인과관계를 부정하였는바, 증명책임 완화법리를 원용하여 의료기관의 과실책임을 최종적으로 인정한 판결은 단 1건에 불과하여 그 인용비율은 10%에 불과하다 할 수 있다.³⁵⁾

33) 유현정, 앞의 논문, 제36면.

34) 유현정, 앞의 논문, 제108면.

35) 유현정, 앞의 논문, 제108면~109면.

다. 병원감염과 관련하여 분석한 총 82개의 사건에서 증명책임 완화법리를 원용하지 않고 통상의 사실상 추정론을 적용한 판결 45건 중 의료기관의 책임을 인정한 판결은 22건으로 48.8%에 해당하였고, 내용분석이 이루어진 대법원·서울고등법원·서울중앙지방법원 사건에서 증명책임 완화법리를 원용하지 아니한 판결 13건 중 의료기관의 책임을 인정한 판결은 5건으로 38.4%에 불과하여, 전체 사건에서 책임인정비율이 더 높았다. 대법원·서울고등법원·서울중앙지방법원을 제외한 법원에서 통상의 사실상 추정론을 적용한 판결은 32건이었는데, 그 중 의료기관의 책임을 인정한 판결은 17건으로 53.1%에 해당하여 책임을 인정한 판결이 과반수를 넘었다.³⁶⁾

라. 이와 같이 증명책임 완화법리를 원용하였으나 과실책임이 부정된 경우가 전체 사건의 59.5% (= 100% - 40.5%), 대법원·서울고등법원·서울중앙지방법원 사건의 무려 70% (= 100% - 30%)에 달하였으며, 증명책임 완화법리를 원용한 사건의 책임 인정비율은 전체 사건 40.5%, 대법원·서울고등법원·서울중앙지방법원 사건 30%로, 통상의 사실상 추정론을 적용한 사건의 책임 인정비율인 전체 사건 48.8%, 대법원·서울고등법원·서울중앙지방법원 사건 38.4%보다 낮았다.³⁷⁾ 게다가 위에서 살펴본 바와 같이 책임 인정 판결 중에는 여러 쟁점 중 증명책임 완화법리를 원용한 쟁점에서 오히려 과실과 인과관계를 부정한 경우가 포함되어 있어 순수하게 증명책임 완화법리를 원용하여 책임이 인정된 판결의 비율은 더욱 낮아지는 문제가 있다. 이는 병원감염 사건의 경우 의료소송에서 과실과 인과관계에 관한 증명책임을 완화함으로써 증거의 편재로 인한 불합리를 해소하고 발생한 손해의 공평·타당한 분담이라는

36) 유현정, 앞의 논문, 제109면.

37) 의료소송에서 환자 측의 증명부담을 경감시키기 위하여 증명책임 완화법리가 등장하였으므로 증명책임 완화법리를 원용할 경우 의료기관의 과실책임 인정 비율이 높아질 것으로 예상되었으나, 예상과 달리 증명책임 완화법리를 원용한 판결의 과실책임 인정 비율이 더 낮았으며, 특히 대법원과 의료전담부를 운영하고 있는 서울중앙지방법원·서울고등법원의 책임인정 비율이 훨씬 낮음을 알 수 있다.

손해배상의 이념 실현을 목적으로 하는 증명책임 완화법리의 취지에 오히려 역행하는 것으로 판단된다.

〈표 3-1〉 전체 82건의 분석 결과

	책임인정 사건수	책임부정 사건수	총 계
일반인의 상식 법리	14(-1) ³⁸⁾	20(-1) ³⁹⁾	34(-2)
간접사실 법리	0	3	3
통상의 사실상 추정	22	23	45
개연성이론	2	0	2
총 계	38	46	84(-2)

〈표 3-2〉 대법원·서울고등법원·서울중앙지방법원 23건의 분석 결과

	책임인정 사건수	책임부정 사건수	총 계
일반인의 상식 법리	4(-1) ⁴⁰⁾	5	9(-1)
간접사실 법리	0	2	2
통상의 사실상 추정	5	8	13
총 계	9	15	24(-1)

〈표 3-3〉 대법원·서울고등법원·서울중앙지방법원을 제외한 59건의 분석 결과

	책임인정 사건수	책임부정 사건수	총 계
일반인의 상식 법리	10	15(-1) ⁴¹⁾	25(-1)
간접사실 법리	0	1	1
통상의 사실상 추정	17	15	32
개연성이론	2	0	2
총 계	29	30	60(-1)

38) 이 중 1건(수원지방법원 성남지원 2009. 10. 30. 선고 2007가합10487 판결)은 대법원에서 간접사실 법리에 의해 책임이 부정되었다(대법원 2012. 3. 29. 선고 2011다42294 판결).

39) 이 중 1건(서울동부지방법원 2012. 11. 29. 선고 2010가합12171 판결)은 피고 1에 대해서는 개연성이론을 원용하여 책임을 인정하였고, 피고 2에 대해서는 일반인의 상식법리를 사용하여 책임을 부정하였다.

40) 위 각주 38)과 동일.

41) 위 각주 39)와 동일.

2. 일반인의 상식 법리 적용 판결의 분석

가. 병원감염 사건에서 ‘일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상 과실 있는 행위’ 증명의 어려움

내용분석이 이루어진 대법원·서울고등법원·서울중앙지방법원 사건에서 일반인의 상식 법리를 원용한 판결은 총 9건이었으며, 그 중 일반인의 상식 법리를 원용하여 책임을 인정한 판결은 2건이었고,⁴²⁾ 그 중 1건은 항소심과 상고심에서 책임이 부정되었다. 일반인의 상식 법리를 원용하여 의료기관의 책임이 인정된 2개의 사건⁴³⁾ 모두 ‘일반인의 상식에 바탕을 둔 과실 있는 행위’로 볼 수 있는 구체적 내용은 포함되어 있지 아니하였다. 이는 피고의 책임을 인정하기 위해 원고의 증명책임을 완화하기 위한 법리를 제시하였으나, 법리를 정확하게 적용하지 아니한 채 몇 가지 간접사실을 나열한 다음 곧바로 과실과 인과관계를 추정함으로써 구체적 타당성을 피한 것으로 판단된다. 그러나 이와 같은 법리적용상 불완전성으로 인해 2건 중 1건은 항소심에서 과실 및 인과관계 추정이 이루어지지 아니하여 1심과 반대의 결과가 되었고, 나머지 1건은 원피고 쌍방이 항소하지 아니하여 그대로 확정되었으나,⁴⁴⁾ 만약 항소가 되어 법리적 판단이 다시 이루어졌다면 1심의 판단이 그대로 유지되지 않았을 가능성도 있다.

일반인의 상식 법리를 원용하여 의료기관의 책임을 부정한 판결은 8건 중 7건으로, 7건 중 4건에서 감염이 발생한 사실의 존재만으로 감염관련 과실을 추정할 수 없다 하여 ‘일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상 과실의 존재’에 대한 증명이 없다는 이유로 책임이 부정되었다.⁴⁵⁾ 환자 측에서 ‘일반인의 상식에 바

42) <표 3-2>의 책임인정 사건수는 4(-1)건으로 표시되어 있으나, 위에서 살펴본 바와 같이 4건 중 2건은 일반인의 상식 법리를 원용한 쟁점에서는 과실과 인과관계를 부정하였으므로, 일반인의 상식 법리를 원용하여 책임을 인정한 판결은 2건이다.

43) 수원지방법원 성남지원 2009. 10. 30. 선고 2007가합10487 판결, 서울중앙지방법원 2012. 12. 14. 선고 2012가합55704 판결.

44) 서울중앙지방법원 2012. 12. 14. 선고 2012가합55704 판결. 이 사건은 판결원금이 17,885,120원으로 다른 사건에 비해 다액은 아니었다.

탕을 둔 의료상 과실 있는 행위'를 주장하고 증명한 사건은 단 1건에 불과하였는데, 그나마 환자 측 주장 사실이 인정되지 아니하거나 다른 간접사실을 들어 추정이 손쉽게 부정되었다. 나머지 2건은 '일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상 과실 있는 행위'에 대한 논의조차 이루어지지 아니하였다.

이와 같은 결과를 통해 병원감염 사건에서 환자가 '일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상 과실 있는 행위'를 증명하는 것이 현실적으로 거의 불가능에 가깝다는 것을 알 수 있다. 수술 후 감염의 경우 밀폐된 수술실에서 마취하에 이루어지는 수술과정에 사용된 기구가 오염되었다는 사실을 환자가 증명하는 것은 사실상 불가능하고, 그와 관련하여 일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실 있는 행위가 어떻게 이루어지는지도 환자로서는 알 수 없는 일이기 때문이다. 수술이 아닌 경우라 할지라도 의료행위를 통해 병원감염이 이루어지는 과정을 환자가 알기란 거의 불가능한 점에 비추어 병원감염 사건에서 일반인의 상식 법리를 적용하여 책임을 인정하는 것은 사실상 어렵다고 생각된다.

나. '일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상 과실 있는 행위'가 증명되었을 때 의료기관에서 증명해야 할 사실의 증명 정도

대법원은 일반인의 상식 법리를 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 점을 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 추정하고 있는바, 통상적인 사실상 추정에 비하여 '그 결과가 의료상의 과실로 말미암은 것이 아니라 전혀 다른 원인으로 말미암은 것이라는 입증'을 요구함으로써 의료행위를 한 쪽의 입

45) 대법원 2003. 11. 27. 선고 2001다20127 판결, 서울중앙지방법원 2006. 7. 11. 선고 2005가합560 판결, 서울중앙지방법원 2010. 1. 12. 선고 2008가단211784 판결, 서울중앙지방법원 2012. 2. 14. 선고 2011가합84309 판결.

중부담을 강화하고 있다. 이와 같이 일반인의 상식 법리가 통상적인 사실상 추정과 다른 점은 통상적인 사실상 추정의 경우 법관의 심증을 흔드는 반증만으로 추정이 번복됨에 반해 일반인의 상식 법리에 따른 인과관계 추정의 경우 추정을 막기 위해서는 의료행위를 한 측이 그 결과가 의료상의 과실로 말미암은 것이 아니라 전혀 다른 원인으로 말미암은 것이라는 입증을 해야 한다는 점이라 할 수 있다.

이와 같이 일반인의 상식 법리에 따른 인과관계 추정을 막기 위해 의료기관에서 증명할 사실은 보다 강화된 증명도를 요구하고 있음에도 불구하고, 실제 판결에서는 일반인의 상식 법리를 실시한 다음 병원감염이 아닌 다른 원인이 있을 수 있다는 가능성만으로 인과관계의 추정이 부정되었는바,⁴⁶⁾ 병원감염 사례에서 환자 측의 증명 부담을 덜어주기 위한 증명책임 완화법리로서 일반인의 상식 법리는 실제 사건에서 정확하게 적용 내지 원용되지 않고 있음을 알 수 있다.

3. 간접사실 법리 적용 판결의 분석

가. 병원감염 사건을 분석한 위 논문에서 검토한 판결 중 간접사실 법리를 원용한 판결은 매우 적어서 판결 내용을 구체적으로 분석한 총 23건의 검토 판결 중 단 2건, 전체 판결 82건 중 단 3건이었고,⁴⁷⁾ 3건 모두 책임을 부정한 판결이었다. 이와 같이 간접사실 법리는 실제 판결에서 거의 활용되고 있지 않았는바, 이는 소거법을 적용한 경우 그 적용범위가 매우 제한적이고 통상적인 사실상 추정론을 적용한 경우 그 독자적 의미를 상실하게 되기 때문이라고 판단된다.

나. 분석 결과 간접사실 법리를 원용하여 책임을 인정한 판결은 없었다. 게다가 병원감염 사건을 포함한 전체 의료소송 사건에서 간접사실 법리의 제한

46) 서울중앙지방법원 2003. 7. 2. 선고 98가합91414 판결.

47) 대법원 2012. 3. 29. 선고 2011다42294 판결, 서울중앙지방법원 2010. 7. 1. 선고 2008가단 105452 판결, 서울남부지방법원 2013. 1. 22. 선고 2011가합20394 판결.

법리는 의료기관의 책임을 부정하는 가장 대표적인 논거로 사용되고 있는바, 의료소송에서 환자 측의 증명 부담을 덜어주기 위하여 제시된 간접사실 법리 본래의 취지가 몰각되는 문제가 있다.

4. 통상의 사실상 추정론 적용 판결의 분석

가. 병원감염 사건을 분석한 위 논문에서 검토한 판결 중 가장 많은 비중을 차지하였던 판결들로, 22건 중 13건이 증명책임 완화법리가 제시되지 않은 판결이었다. 그 중 책임이 인정된 판결은 5건, 책임이 부정된 판결은 8건이었다.

나. 병원감염 사건에서 책임 인정을 위한 간접사실로는, 원고와 같은 병실을 사용했던 다른 2명의 환자가 원고가 감염된 시기에 원고와 같은 균에 감염되어 패혈증 치료를 받은 사실이 있었다.⁴⁸⁾ 같은 병실을 사용한 다른 환자가 비슷한 시기에 같은 균에 감염된 사실은 피고 병원에서 망인에게 사용한 의료설비를 수거하여 검사한 결과 아무런 균이 검출되지 않았다는 사실을 증명하였음에도 과실 추정이 반복되지 아니하였을 정도로 병원감염 사건에 있어 과실을 추정하기 위한 간접사실 중 매우 강한 추정력을 갖는 사실인 것으로 판단된다.

병원감염 사건에서 책임 부정의 근거가 된 간접사실로는, 병원에서 병원감염의 예방을 위한 감염지침에 따르고 있는 사실이나 감염관리 프로그램을 운영하고 있는 사실, MRSA⁴⁹⁾가 접촉 이외에 공기를 통한 전파 가능성을 배제할 수는 없는 사실, 환자에게 검출된 균이 상재균⁵⁰⁾인 사실, 병원감염은 그 발생 원인이 다양하고 이를 완전히 예방하는 것도 현대 의학기술상 불가능하다

48) 서울고등법원 2004. 11. 2. 선고 2004나24085 판결.

49) methicillin resistant staphylococcus aureus(메티실린 내성 황색포도상구균), 페니실린이나 세팔로스포린 등 거의 모든 항생제에 강한 내성을 지닌 악성 세균으로 병원감염의 주범으로 알려져 있다.

50) 인체에 정상적으로 존재하는 세균으로, 평소에는 질병을 일으키지 않으나 면역력이 떨어지면 감염을 일으킬 수 있다.

는 사실, 고령이나 당뇨병 등 감염에 취약한 환자의 상태, 침습적 의료행위와 감염 증상의 발생 사이 시간적 간격 등이 있었다.

이와 같이 병원감염과 관련하여 과실 및 인과관계의 추정을 위한 간접사실에 비해 그 추정을 방해하는 간접사실의 수가 압도적으로 많음을 알 수 있다. 또한, 책임을 부정한 판결의 대부분은 과실을 추정할 만한 간접사실에 대한 증명이 없다는 이유로 책임을 부정하였는바, 이는 일반인의 상식 법리에서 ‘일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상 과실 있는 행위’를 증명하기 어려운 점과 일맥상 통한다.

다. 증명책임 완화법리가 제시되지 않은 판결 중 가장 획기적인 판결은 심근경색 수술 후 MRSA 감염 사건⁵¹⁾으로, 수술 전 감염조건이 없었던 사실, 수술 후 고열이 발생하였고 MRSA가 검출된 사실, 수술이 좌측 대퇴동맥을 천공시켜 이루어진 사실, 수술 후 감염으로 좌측 대퇴골두를 절제한 사실을 바탕으로 통상적인 사실상 추정 법리에 따라 원고에게 발생한 MRSA 감염을 병원 내 감염으로 추정한다 다음, 적어도 의료법상 고도의 감염관리 의무가 부과된 일정 규모 이상의 종합병원의 경우 병원 감염으로 환자의 신체나 건강, 생명의 침해가 초래된 때에는 그 감염에 관하여 의료법 및 신의칙상 요구되는 안전배려의무를 다하여 자신에게 과실이 없음을 입증하지 못하는 한 그 감염으로 인한 손해배상책임을 면치 못한다 함으로써 사실상 증명책임을 전환하였고, 의료진에게 과실이 없음을 피고가 증명하지 못하였다는 이유로 손해배상책임을 인정하였다.

5. 병원감염 사건의 특징 및 사실상 증명책임 전환의 필요성

가. 병원감염 관련 의료소송에서 증명책임 완화법리는 사실상 제 기능을 하지 못하였고, 병원감염과 관련하여 판결의 주류적인 태도는 병원감염이 발생하였다는 사실만으로 바로 과실이 추정될 수 없다는 것으로 분석되었다. 또한,

51) 서울중앙지방법원 2007. 11. 7. 선고 2007가합15818 판결.

병원감염에 관한 분석 대상 판결에서 과실을 추정하기 위한 간접사실로 확인된 것은 같은 병실을 사용한 다른 환자가 비슷한 시기에 같은 균에 감염된 사실 정도임에 반하여, 과실에 대한 추정을 방해하는 사유는 병원감염 예방을 위한 지침이나 감염관리 프로그램을 운영하고 있는 사실, MRSA가 접촉 이외에 공기를 통한 전파 가능성을 배제할 수는 없다는 사실, 환자에게 검출된 균이 상재균인 사실, 병원감염은 그 발생 원인이 다양하고 이를 완전히 예방하는 것도 현대 의학기술상 불가능하다는 사실, 감염에 취약한 환자의 상태, 침습적 의료행위와 감염 증상의 발생 사이 시간적 간격 등으로, 추정을 부정하는 간접사실이 압도적으로 많았다.

나. 그러나 병원감염 사건은 특별한 이벤트 없이 발생하는 경우가 대부분으로, 다른 의료사건에 비하여 특히 과실을 추정할 수 있는 간접사실 자체를 증명하기 어려운 면이 있다. 병원감염관리의 예방효과에 관한 미국의 연구 자료에 따르면 효과적인 감염관리프로그램을 통해 병원 전체 감염률을 32% 정도 감소시킬 수 있다 하고 있으며,⁵²⁾ 병원감염의 대표적인 사례인 수술부위 감염은 적극적인 감염관리 활동을 통해 약 35%까지 예방할 수 있어 감염관리의 우선 대상 중 하나인 점,⁵³⁾ 우리나라에서는 대한병원감염관리학회 병원감염률 조사위원회가 1996년을 기준으로 15개 대학병원의 병원감염률을 조사한 이래 한국소비자보호원⁵⁴⁾에서도 2002. 2. 병원감염피해구제접수현황을 별도로 분석하여 보도자료로 배포하였으며,⁵⁵⁾ 대한병원감염관리학회는 2006년부터 질병관리본부와 함께 전국병원감시체계(Korean Nosocomial Infections

52) 이동필, “병원감염에 관한 판례의 동향”, 『의료법학』, 제8권 제1호, 대한의료법학회, 2007, 제62면.

53) 이화여대 산학협력단, 전국 수술부위 감염 감시체계 운영(2013년도), 질병관리본부 학술연구 용역사업 최종결과보고서, 2013, 제4면.

54) 2007. 3. 28. 소비자기본법 시행으로 한국소비자보호원의 명칭이 한국 소비자원으로 변경되어 현재까지 유지되고 있다.

55) 신현호, “병원감염에 대한 법적 책임”, 『의료법학』, 제3권 제2호, 대한의료법학회, 2002, 제419~420면.

Surveillance System, KONIS)를 운영하면서 병원감염 관련 조사·연구를 시행하여 그 결과보고서를 공개하고 있는 점,⁵⁶⁾ 미국, 영국, 독일, 네덜란드, 일본, 프랑스, 호주를 비롯한 주요 국가들에서 병원감시체계를 운영하고 있을 뿐만 아니라 여러 나라가 참여하는 국제적 감시체계로 INICC(International nosocomial infection control consortium)가 운영되고 있는 점⁵⁷⁾ 등에 비추어 병원감염은 환자 측의 요인과 전혀 관계없이 발생할 수 있고, 의료기관의 노력 여하에 따라 그 발생률을 획기적으로 줄일 수 있음을 알 수 있다. 그와 같은 이유로 병원감염 발생에 관한 조사·연구, 예방 및 관리 프로그램의 작성 및 준수가 의료현장에서 매우 중요한 업무로 시행되고 있으며, 의료법 제4조에서는 의료인과 의료기관의 장에게 병원감염을 예방할 의무를, 제47조에서는 200명 이상인 병원과 중환자실을 운영하는 종합병원에 대하여 병원감염 예방을 위하여 감염관리위원회와 감염관리실을 설치·운영하고 감염관리 업무를 수행하는 전담 인력을 두는 등 필요한 조치를 하여야 할 의무를 부과하고 있다.

다. 이와 같은 상황에서 병원감염 사건에 관한 주류적인 판결이 ‘감염발생 사실만으로는 감염관리상 과실을 추정할 수 없다’고 실시하고,⁵⁸⁾ 이에서 더 나아가 ‘의료행위와 중한 결과 사이의 시간적 간격이나 발생부위가 근접하다거나, 의료행위가 이루어진 부위와 중한 결과가 발생한 부위가 일치하였다거나, 의료행위 이전에는 중한 결과가 발생할 만한 건강상의 결함이 없었다는 등의 사유만으로는 의사의 의료행위상의 과실을 추정하기는 어렵다’ 하여⁵⁹⁾ 환자 측에 병원감염 발생 사실 외에 병원감염 발생과 관련된 과실에 대한 추가적인 간접사실의 증명을 요구하는 것은 병원감염 발생으로 인한 손해의 부담을 사실상 환자 측에 전가하는 문제가 있다고 생각된다. 이와 관련하여, 적어도 의

56) <http://konis.cdc.go.kr> (2014. 6. 기준).

57) 이화여대 산학협력단, 앞의 결과보고서, 제6~10면.

58) 서울중앙지방법원 2006. 7. 11. 선고 2005가합560 판결, 서울중앙지방법원 2009. 1. 28. 선고 2007가합62715 판결 등.

59) 서울중앙지방법원 2005. 10. 6. 선고 2004가합73790 판결.

료법상 고도의 감염관리 의무가 부과된 일정 규모 이상의 종합병원의 경우 병원 감염으로 환자의 신체나 건강, 생명의 침해가 초래된 때에는 그 감염에 관하여 의료법 및 신의칙상 요구되는 안전배려의무를 다하여 자신에게 과실이 없음을 입증하지 못하는 한 그 감염으로 인한 손해배상책임을 면치 못한다 함으로써 사실상 증명책임을 전환한 판결⁶⁰⁾이 더욱 의미가 있다고 판단된다.

라. 이와 같이 병원감염 사건은 다른 의료사건에 비하여 과실을 추정할 수 있는 간접사실 자체를 증명하기가 훨씬 어려울 뿐만 아니라 환자 측의 증명부담을 완화하기 위한 법리가 사실상 제 기능을 하지 못하고 있으므로, 병원감염 사건의 경우 기존의 증명책임 완화법리나 사실상 추정론에 비해 환자 측의 증명책임을 의료소송의 다른 분야에 비해 대폭 완화하기 위한 법 해석이나 이론적 방법을 강구할 필요성이 있다. 이와 관련하여 과실에 대한 법률상 추정 규정을 두는 것을 고려해볼 필요가 있으며,⁶¹⁾ 법률상 추정 규정을 두기 전이라도 의료법상 고도의 감염관리 의무가 부과된 일정 규모 이상의 종합병원의 경우 병

60) 서울중앙지방법원 2007. 11. 7. 선고 2007가합15818 판결.

61) 독일에서는 2013. 2. 20. ‘환자 권리들의 개선을 위한 법률’을 통해 진료계약을 민법전(BGB)의 전형계약으로 신설하였는데, 독일 민법전 제630h조 (1)항이 “진료자의 오류는 진료자가 전적으로 지배할 수 있었고 환자의 생명, 신체 또는 건강의 침해를 초래한 일반적 진료상 위험이 실현된 때에 추정된다.”고 규정함으로써 과실에 대한 법률상 추정규정을 두었다(안법영, “의료판례에서의 인과성과 책임귀속의 판단, 부록 외국입법 자료”, 『의료법학』, 제14권 제1호, 대한의료법학회, 2013, 제203면, 제208면). 이에 관한 입법이유서(BT-Drucks. 17/10488, S. 28.)에서는 “진료자의 지배영역과 조직영역에 속하고, 진료자가 위 영역들로부터의 위험들을 객관적으로 전적으로 지배할 수 있는 한, 그 위험들로부터 환자의 생명, 신체, 또는 건강이 침해된 경우에는 진료상 오류가 있고, 그럼으로써 (진료계약상) 의무위반(Pflichtverletzung)이 추정된다는 것이다. … 이와 같이 ‘전적으로 지배할 수 있는 위험(voll beherrschbaren Risikos)’이라는 상위개념 하에서 독일 판례에 의해 형성된 사례군들이 위 (1)항에 의해 규율되어질 것으로 예상할 수 있다.”고 하며, 해당 사례군으로 전문적인 의료기기 사용, 시설안전, 병원감염 등을 들고 있다. 즉, 개정 독일민법에 따르면 병원감염이 발생한 경우 환자 측에서 그와 같은 병원감염이 진료자에 의해 전적으로 지배되는 진료위험이 현실화됨으로써 생명, 신체, 건강의 침해가 야기되었음을 증명하면 진료계약상 의무위반이 추정된다는 것이다. 물론 개정 독일민법에 따르면이라도 병원감염이 원인불명이거나 예기할 수 없는 환자의 임의성이 개입되는 등 다른 원인이 현실화된 위험으로 초래된 경우에는 진료자에게 위험영역의 전적인 지배가능성을 인정할 수 없게 되어 증명책임을 일반원칙에 따라 환자가 의무위반에 관한 모든 입증을 부담한다.

원감염으로 환자의 신체나 건강, 생명의 침해가 초래된 때에는 사실상 증명책임을 전환하는 것이 손해의 공평·타당한 부담을 그 지도원리로 하는 손해배상 제도의 이상에 부합한다고 생각된다.

이하, 병원감염 사건에서 사실상 증명책임 전환근거로서 안전배려의무에 관하여 검토한다.

IV. 병원감염 사건에서 사실상 증명책임 전환근거로서 안전배려의무에 관한 검토

1. 서 설

위에서 살펴본 바와 같이 병원감염 사건의 경우 기존의 증명책임 완화법리나 사실상 추정론에 비해 환자 측의 증명책임을 의료소송의 다른 분야에 비해 대폭 완화하기 위한 법 해석이나 이론적 근거를 모색할 필요성이 있다. 이와 관련하여 병원감염에 관한 하급심 판결 중 안전배려의무를 근거로 사실상 증명책임을 전환한 판결이 선고되어 확정되었는바, 해당 판결을 소개하고, 병원감염 사건에서 증명책임을 사실상 전환하는 이론적 근거로서 안전배려의무에 관하여 검토한다.

2. 병원감염 사건에서 안전배려의무를 근거로 사실상 증명책임을 전환한 사건: 심근경색 수술 후 MRSA 감염 사건⁶²⁾

2002. 8. 1. 심근경색으로 좌측 대퇴동맥 천자를 통한 수술을 받은 66세 남

62) 서울중앙지방법원 2007. 11. 7. 선고 2007가합15818 사건, 대상 판결은 MRSA 감염 관련 과실을 인정하면서 피고의 책임을 제한하지 않고 전손해배상을 인정하였다. 대상 판결에 대하여 원·피고 쌍방이 항소하여 진행된 항소심에서는 대상 판결과 동일한 취지로 판단 하되, 대상 판결에서 신체감정 결과 인정된 항후치료비에 비해 실제 지출된 항후치료비가 적어 실제 지출한 항후치료비로 감액하여 인정하였으며, 원·피고 쌍방이 상고하지 아니하여 그대로 확정되었다(서울고등법원 2008. 11. 11. 선고 2007나128476 사건).

자환자에 대하여 같은 해 10. 8. 좌측 고관절 응급 감염으로 대퇴골두 제거술, 2003. 4. 25. 내고정 금속물 제거 및 감염조직을 제거하였으나 좌측 대퇴골두를 4 cm를 제거함으로써 다리가 짧아진 결과가 발생한 사건이다.

MRSA 감염 관련 과실 여부와 관련하여 대상 판결은, 진료계약의 당사자인 의사나 병원은 병원 시설의 안전성 결여나 위생상태의 불량 등으로 인하여 환자에게 또 다른 질병이나 장애가 발생하거나 생명이 침해되는 일이 없도록 환자를 보호할 의무인 이른바 신의칙상의 안전배려의무를 부수적으로 부담한다고 볼 것이고, 이러한 안전배려의무에는 환자가 수술이나 그 밖의 치료를 받는 과정에서 병원 내 감염으로 말미암아 또 다른 질병이 발생하지 않도록 감염을 방지할 의무도 포함된다고 할 것인 점, 의료법에 따르면 300병상 이상 종합병원의장은 병원감염에 대한 대책이나 계획을 수립하여 시행할 의무가 있는 점, 종합병원의 경우 대규모로 조직화되어 있어 그 위생관리와 관련하여 환자 스스로 병원 측의 과실을 입증하기가 현저히 곤란한데다 특히 환자가 의식이 없는 상태로 수술이나 치료의 전과정이 이루어지는 경우 그러한 입증을 환자에게 강요한다면, 이는 환자를 감염으로부터 적절히 보호할 것을 요구하는 위 의료법의 취지나 당사자 사이의 공평타당한 손해의 분담을 이상으로 하는 우리 민법상의 손해배상제도의 원칙에도 반할 여지가 있으므로, 적어도 의료법상 고도의 감염관리 의무가 부과된 일정 규모 이상의 종합병원의 경우에는 병원 내에서 이루어진 진료행위 과정에서 환자에게 감염이 발생하여 또 다른 질병이나 장애를 발생시키는 등 신체나 건강, 생명의 침해가 초래된 때에는 그 감염에 관하여 의료법 및 신의칙상 요구되는 안전배려의무를 다하여 자신에게 과실이 없음을 입증하지 못하는 한 그 감염으로 인한 손해배상책임을 면치 못한다고 할 것이라 전제하고, 1차 수술 전 감염소견이 없었던 사실, 1차 수술 후 고열이 발생하였고 MRSA가 검출된 사실, 1차 수술이 좌측 대퇴동맥을 천공시켜 이루어진 사실, 1차 수술 후 감염으로 좌측 대퇴골두를 절제한 사실을 바탕으로 통상적인 사실상 추정 법리에 따라 원고에게 발생한 MRSA 감염을 병원 내 감염으로 추정한 다음, 원고의 MRSA 감염이 병원 내 감염임에도 피고가

의료법에 따른 병원 내 감염관리의무나 그 밖에 병원 내 감염예방을 위하여 통상 병원이나 의료진에게 요구되는 수준의 주의의무를 다하였다는 점에 관하여 아무런 주장이나 입증도 하지 아니한 이상, 피고는 위 감염으로 인하여 원고가 입은 손해를 배상할 책임이 있다고 인정하였다.

3. 안전배려의무에 관하여

가. 개념

안전배려의무는 상대방의 생명이나 건강, 신체, 재산을 위협으로부터 보호·배려해야 하는 의무를 말한다.⁶³⁾ 원래 이 의무는 노무자가 노무제공을 위하여 사용자가 설치한 장소, 설비·기구 등을 사용하거나 사용자의 지시에 따라 노무를 제공하는 과정에서 노무자의 생명과 신체 및 재산 등을 위협으로부터 사용자가 보호하여야 할 포괄적인 의무로서 주로 인정된 것이었다. 그러나 오늘날은 노동·고용관계에서뿐만 아니라 여행계약, 운송계약, 도급, 의료계약, 숙박계약 등 다양한 영역에서 적용되고 있다.⁶⁴⁾ 안전배려의무에 관하여 우리 민법은 명문의 규정을 두고 있지 않지만 학설과 판례에 의해서 그 의무의 존재가 인정되고 있다.

나. 법적 성질

안전배려의무의 법적 성질과 관련하여 ① 계약관계에 의하여 상호 접촉하는 특별한 관계에 들어간 당사자는 상대방의 생명·신체·건강·재산 등의 법익이 그 계약관계에 기한 위협에 의하여 침해되지 않도록 배려해야 하는 안전배려의무를 부담하게 된다는 것으로, 안전배려의무는 신의칙상 의무로서 계약상

63) 곽윤직, 『채권각론』, 박영사, 2007. 제245면; 김형배, 『채권총론』, 박영사, 1993. 제254면, 이은영, 『채권각론』, 박영사, 2009. 제192면; 박준서 대표집필, 『주석민법 채권총칙(1)』, 한국사법행정학회, 2000, 제428~431면.

64) 최창렬, “안전배려의무의 체계”, 『성균관법학』, 제16권 제3호, 2004, 제141면; 김덕중, “민법상 안전배려의무의 법리에 관한 고찰”, 『원광법학』, 제24권 제3호, 2008, 제88면.

의 부수적 주의의무, 보호의무에 근거하는 것으로 파악하는 부수의무 내지 보호의무설,⁶⁵⁾ ② 안전배려의무는 그 보호법익이 근로자의 생명, 신체, 건강의 안전이라는 점에서 보호의무와 공통점이 있지만, 보호의무가 채무자가 본래의 급부의무를 실현하는 과정에서 상대방의 생명이나 신체, 재산에의 침해를 회피해야 할 의무임에 대하여 안전배려의무는 채권자가 채무자의 생명, 신체의 안전을 적극적으로 배려해야 할 의무로, 주로 계속적 채권관계에서 문제되고 신의성실의 원칙에 근거한다는 독립적 의무설,⁶⁶⁾ ③ 안전배려의무는 계약관계에서의 채권자와 채무자간의 의무라고 하면서, 본래의 적용영역이던 고용계약이나 근로계약의 범주를 초월하여 그 적용영역이 확대되고 있는 현실에서 안전배려의무는 급부의무로서의 성격을 갖는 경우도 있고 부수의무나 보호의무로서의 성격을 갖는 경우도 있다는 안전배려의무 2분설⁶⁷⁾이 있다.

검토하건데, 안전배려의무는 본래 노동계약관계에서 발전한 것이지만, 사고발생의 위험을 제거하고 방지해야 할 의무라는 점에서 반드시 노동계약과 그와 유사한 법률관계에 한정할 필요는 없으며, 사회적 접촉관계에 들어간 상대방의 생명, 신체의 안전을 보호해야 한다는 점에서 다른 계약관계에도 안전배려의무의 법리를 일반화하여 적용할 수 있다 할 것이므로, 계약당사자간의 안전배려의무를 단지 신의칙에 근거한 부수의무나 보호의무로 한정할 필요는 없다는 점, 사회가 분화됨에 따라 나날이 이해관계가 복잡해지는 현실에서 다양한 계약의 내용 및 그 해석에 따라 거래 상대방의 생명, 신체의 안전 보호가 급부의무의 내용에 포함될 수 있다는 점⁶⁸⁾에서 안전배려의무는 그것이 특정한 계약에서 갖는 위치에 따라 급부의무도 될 수 있고, 부수의무도 될 수 있으며 경우에 따라서는 계약상 채무에서 배제될 수도 있다고 판단된다.⁶⁹⁾

65) 곽윤직, 앞의 책, 제246면.

66) 김형배, 앞의 책, 제254면.

67) 유재남, 「민법상 안전배려의무에 관한 연구」, 동아대학교 박사학위논문, 1992. 6., 제221면; 최창렬, 앞의 논문, 제155면; 김덕중, 앞의 논문, 제102면.

68) 특히 환자의 생명, 신체에 관하여 질병을 치료하고 건강을 유지·증진하는 것을 목적으로 하는 진료계약에서는 더욱 그러하다.

69) 이은영, 앞의 책 제192면.

다. 안전배려의무 위반의 효과

안전배려의무 위반시 인정되는 책임에 관하여 ① 채무불이행책임은 계약의 주된 급부의 불이행에 대한 손해배상을 위한 제도이므로, 안전배려의무 위반으로 인한 손해는 불법행위책임이라는 견해,⁷⁰⁾ ② 채권관계에서의 채무에는 주된 급부의무 외에 그 이행을 위하여 요구되는 부수의무과 보호의무를 포함하는 것으로 보아, 부수의무 내지 보호의무에 근거하는 안전배려의무위반을 이유로 채무불이행책임을 물을 수 있다는 견해⁷¹⁾가 있다.

우리 판례는 종래 안전배려의무 내지 보호의무의 위반과 관련하여 대부분 불법행위책임을 적용하였으나, 1994년 숙박업자의 안전배려의무를 채무불이행책임으로 인정한 이래 채무불이행책임으로 인정하는 경우가 주류를 이루고 있다고 한다.⁷²⁾ 그러나 최근 대법원은 파견근로자에 관한 판결에서 “사용자는 고용 또는 근로계약에 수반되는 신의칙상의 부수적 의무로서 피용자가 노무를 제공하는 과정에서 생명, 신체, 건강을 해치는 일이 없도록 물적 환경을 정비하는 등 필요한 조치를 마련하여야 할 보호의무 또는 안전배려의무를 부담하고, 이러한 의무를 위반함으로써 피용자가 손해를 입은 경우 채무불이행으로 인한 손해배상책임을 진다. 그리고 이러한 사용자의 보호의무 또는 안전배려의무 위반 행위가 불법행위의 요건에 해당하는 경우에는 채무불이행책임과 경합하여 불법행위로 인한 손해배상책임도 부담하게 된다.”하여 양 책임의 경합을 인정하고 있다.⁷³⁾

라. 의료소송에서 안전배려의무에 관한 고찰

(1) 우리 판례는 고용계약관계,⁷⁴⁾ 숙박계약관계,⁷⁵⁾ 여행계약,⁷⁶⁾ 체육시

70) 조규창, “민법 제390조와 적극적 채권침해”, *곽윤직교수 화갑기념 민법학논총*, 제353면.

71) 곽윤직, 앞의 책, 제246면; 유재남, 앞의 논문, 제352면.

72) 김덕중, 앞의 논문, 제104면

73) 대법원 2013.11.28. 선고 2011다60247 판결.

74) 대법원 2001. 7. 27. 선고 99다56734 판결; 대법원 1997. 4. 25. 선고 96다53086 판결.

75) 대법원 1994. 1. 28. 선고 93다43950 판결.

설물 이용계약관계⁷⁷⁾ 등에서 안전배려의무를 인정하였다.⁷⁸⁾ 의료소송에서는 낙상사고, 정신과 환자의 자살사고 등에서 보호의무 위반을 인정한 판결이 다수 존재함에 반하여 안전배려의무 자체가 문제된 판결은 매우 드물다. 최근 5년 내에 선고된 의료소송에서 보호의무 위반을 인정한 판결⁷⁹⁾에는 낙상사고에 대한 판결⁸⁰⁾과 정신과 자살 등 사고에 대한 판결⁸¹⁾이 대부분이다.

손해배상(의) 사건 중 안전배려의무가 명시적으로 실시된 판결은 위에서 인용한 서울중앙지방법원 2007. 11. 7. 선고 2007가합15818 사건 외에 청주지방법원 1997. 4. 2. 선고 96가합1174 판결, 전주지방법원 2014. 6. 19. 선고 2013가단2032 사건, 서울동부지방법원 2014. 6. 3. 선고 2012가합14447 판결이 전부라 할 수 있다.⁸²⁾

76) 대법원 2007. 5. 10. 선고 2007다337 판결; 대법원 198. 11. 24. 선고 98다25061 판결.

77) 서울중앙지방법원 2013. 6. 12. 선고 2012가단190129 판결; 서울중앙지방법원 2007. 6. 29. 선고 2006가합43014 판결.

78) 한편 판례는 통상의 임대차계약관계에서는 임대인의 임차인에 대한 안전배려의무를 인정하지 않았다(대법원 1997. 7. 9. 선고 99다10004 판결).

79) 법원도서관 판결검색 시스템에서 '손해배상 (의)'와 '보호의무'를 주제로 하여 2009년 이후 선고된 판결을 검색한 결과이다.

80) 서울고등법원 2013. 1. 14. 선고 2013나17300 판결, 대전지방법원 2013. 5. 2. 선고 2013나1387 판결, 의정부지방법원 2014. 2. 6. 선고 2013나4167 판결, 서울중앙지방법원 2012. 10. 5. 선고 2010가단31757 판결, 광주지방법원 2012. 5. 31. 선고 2011나17614 판결, 서울북부지방법원 2012. 2. 16. 선고 2010가합7311 판결 등.

81) 수원지방법원 2014. 1. 9. 선고 2012가합14589 판결, 인천지방법원 2013. 5. 3. 선고 2012가단54064 판결, 청주지방법원 2012. 11. 7. 선고 2011가합4749 판결, 수원지방법원 안양지원 2012. 9. 7. 선고 2011가합5757 판결, 서울중앙지방법원 2012. 9. 6. 선고 2012나1244 판결, 서울고등법원 2009. 11. 26. 선고 2008나99933 판결 등.

82) 법원도서관 판결검색 시스템에서 '손해배상 (의)'와 '안전배려의무'를 주제로 기간의 정함 없이 모든 판결을 검색한 결과이다. 청주지방법원 1997. 4. 2. 선고 96가합1174 판결은 전날 마신 술 때문인지 아랫배가 아프다며 내과에서 복통제압용 진정제 투여 등 치료를 받은 후 20여 분만에 사무실에서 사망한 사건에서 원고가 안전배려의무 위반을 주장하였으나 의료상 과실행위나 진료채무 위반으로 사망하였다고 볼 만한 자료가 없다 하여 청구를 기각하였다. 전주지방법원 2014. 6. 19. 선고 2013가단2032 사건은 위대장 수면 내시경을 받은 후 추락방지용 세이프가드가 올려져 있지 아니한 병원 침대에서 휴식을 취하다 낙상하여 상해를 입은 사건에서 '병원 침대에서 떨어지지 않도록 세이프가드를 올려놓는 등 사고를 미리 방지할 안전배려의 주의의무가 있음에도 이를 게을리 하여 이 사건 사고를 발생하게 하였으므로'라 하여 손해배상책임을 인정하였고, 지연손해금 기산일 관련 실시에서 '불법행위일'이라는 표현을 사용하여 그 책임의 근거를 불법행위로 본 듯하다. 서울동부지방법원 2014. 6. 3. 선고 2012가합14447 판결은 82세의 낙상환자가

(2) 우리 판례는 아직까지 ‘보호의무 또는 안전배려의무’라고 표현하거나⁸³⁾, ‘안전을 배려하여야 할 보호의무’라 하여⁸⁴⁾ 보호의무와 안전배려의무를 명확히 구분하지 않고 있으므로 우리 판례에서 안전배려의무와 보호의무를 구별할 의미나 실익은 아직 크지 않다고 판단된다. 그러므로 보호의무를 실시한 판결까지 포함하여 검토하는 것이 필요하다 할 것인바, 최근 의료소송에서 안전배려의무 내지 보호의무 위반 여부를 판단하는 판결은 증가하고 있는 추세로 판단된다. 그러나 안전배려의무의 근거에 대하여 자세하게 실시하고 증명책임의 전환까지 인정한 판결은 서울중앙지방법원 2007. 11. 7. 선고 2007가합15818 사건이 유일하였으며, 거의 모든 판결에서 간접사실을 나열한 다음 안전배려의무 내지 보호의무 위반 여부를 판단하는 통상의 사실상 추정론을 사용하고 있었다.

(3) 학설은 안전배려의무의 법적 성질 및 위반의 효과에 관한 실체법적 논의가 주를 이루고 있으며, 증명책임에 관한 논의는 찾아보기 어렵다. 한편 병원의 환자보호의무와 관련하여 비교적 자세하게 검토한 논문⁸⁵⁾에 따르면, 환자관리상 주의의무로 ‘낙상’과 ‘환자끼리의 가해(싸움)’를, 자상으로부터 보호로 ‘환자의 자살’을, 입원환자의 소유권에 대한 보장으로 ‘귀중품의 도난사고 방지’와 ‘긴급 유언장 작성의 가능성 제공’을, 종합병원 방화관리자의 ‘소화기 관리부실’을 들고 있고,⁸⁵⁾ 의료분야에서 채권관계에서 부수적 의무와 관련하여

척추미추 경막의 주사시술을 받은 후 휠체어에서 일어나 긴 의자로 이동하던 중 다리에 힘이 풀려 주저앉으면서 바닥에 낙상하여 대퇴부경부골절이 발생하여 색전증으로 인한 패혈성 쇼크로 사망한 사건에서 ‘의료계약에 의하여 형성된 의료진과 환자의 인적 신뢰관계에서 파생되는 신의칙상 의무의 일종으로서 의료진은 의료계약 당사자인 환자에 대하여 본질적인 진료채무 이외에 진료의 전 과정에서 환자의 생명, 신체, 재산을 침해하지 않도록 배려하여야 할 보호의무 즉 안전배려의무를 부담하고 있다고 보아야 한다.’고 실시한 다음 안전배려의무와 요양방법지도의무를 위반하였다고 보아 손해배상책임을 인정하였다.

83) 대법원 2013. 11. 28. 선고 2011다60247 판결.

84) 대법원 1994. 1. 28. 선고 93다43950 판결.

85) 김기영, “병원의 환자보호의무와 한계”, 『한국의료법학회지』, 제20권 제1호, 2012, 제63~74면.

‘정보안내의무 및 설명의무’, 입원환자의 안전관리, 기타 재산상 피해를 방지할 신의칙상 부수적 의무로 ‘휴대품 등 도난방지의무’, ‘정신질환자의 자살’이 소개되고 있다.⁸⁶⁾

4. 병원감염 사건에서 안전배려의무의 체계적 지위

가. 병원감염 사건에서 환자의 안전을 배려해야 할 의무는 결국 병원감염이 발생하지 않도록 해야 할 의료기관, 의료인의 주의의무, 즉 병원감염 방지의무를 그 내용으로 한다고 할 수 있다.

나. 채권관계에서 의무는 급부의무와 부수적 의무로 나눌 수 있고, 급부의무에는 채권관계의 본질적 내용으로 법적 유형을 결정짓는 ‘주된 급부의무’와 주된 급부에 이바지하는 종속적 급부로서 ‘종된 급부의무’가 있다. 부수적 의무는 채권관계에서 신의칙상 당사자에게 요구되는 의무로 급부관련적 용태의무가 중심을 이루며, 이러한 용태의무는 채권관계의 양태와 거래 목적에 비추어 신의칙을 기반으로 다양한 종류와 내용(안내, 고지, 설명, 협력, 보호 등)의 부수적 의무들로 표출된다.⁸⁷⁾

진료계약은 질병의 치료, 건강의 유지증진을 본질적 내용으로 하며 이에 관한 의무가 주된 급부의무가 된다. 병원감염 방지의무는 질병의 치료, 건강의 유지증진을 위한 주된 급부의무의 이행과정에서, 즉 침습적 검사, 수술 등 다양한 의료행위의 과정에서 항상적으로 요구되는 의무로, 이를 위반할 경우 진료계약의 본지에 반한다고 할 수 있다. 또한 의료분야에서 신의칙에 기하여 인정되는 보호의무(안전배려의무) 관련 사례로 주로 거론되는 낙상, 환자의 자상, 싸움으로 인한 상해, 휴대품 분실, 화재 등은 병원이나 의사의 진료계약에 기한

86) 김용담 대표집필, 『주석민법 채권총칙(1)』, 한국사법행정학회, 2013, 제111~113면.

87) 김용담 대표집필, 『주석민법 채권총칙(1)』, 한국사법행정학회, 2013, 제106~108면.

주의의무의 내용 자체로 보기는 어려울 뿐만 아니라,⁸⁸⁾ 병원이나 의료진의 진료 등 급부행위 외의 제3의 원인이 개입된 경우가 대부분으로, 병원감염 방지 의무가 이들과 동일한 체계적 지위를 갖는다고는 보기 어렵다.

다. 이와 같은 이유로 병원감염 방지 의무는 진료계약관계의 양태와 계약 목적에 비추어 일반 거래관계에서의 신의칙에 기한 안전배려의무가 아닌 질병의 치료, 건강의 유지·증진을 위한 주된 급부에 이바지하는 종된 급부의무, 즉 진료계약상 급부의무에 포함시키는 것이 타당하다고 생각된다.⁸⁹⁾ 따라서 병원 감염 사건에서 안전배려의무 위반, 즉 병원감염 방지 의무 위반은 진료계약상 급부의무 위반이 된다.

5. 병원감염 사건에서 안전배려의무가 증명책임 전환의 근거가 될 수 있는지 여부

가. 위 심근경색 후 MRSA 감염 사건은 ‘진료계약의 부수적 의무로 병원의 신의칙상 안전배려의무’와 ‘일정 규모 이상의 의료기관에 부과된 의료법상 감염관리 의무’에 비추어, 의료법의 취지나 당사자 사이의 공평타당한 손해의 분담을 이상으로 하는 우리 민법상 손해배상제도의 원칙상 적어도 의료법상 고도의 감염관리 의무가 부과된 일정 규모 이상의 종합병원의 경우 병원 감염으

88) 낙상, 환자의 자상, 싸움으로 인한 상해, 휴대폰 분실, 화재 등은 일반 거래관계에서 신의칙을 기반으로 인정되는 부수적 의무에 해당된다고 할 수 있다.

89) 병원감염 방지 의무를 환자의 안전을 배려한다는 의미 그대로 ‘안전배려의무’라 표현한다 할지라도 그 체계적 지위는 ‘신의칙에 기한 부수적 의무로서 안전배려의무’가 아닌 ‘진료계약의 종된 급부의무로서의 안전배려의무’에 해당한다는 의미이다. 그러나 위 심근경색 수술 후 MRSA 감염 사건은 “진료계약의 당사자인 의사나 병원은 환자의 질병을 진단하고 치료할 의무를 주된 급부의무로 부담한다고 할 것이나, 그 이외에도 병원 시설의 안전성 결여나 위생상태의 불량 등으로 인하여 환자에게 또 다른 질병이나 장애가 발생하거나 생명이 침해되는 일이 없도록 환자를 보호할 의무인 이른바 신의칙상의 안전배려의무를 부수적으로 부담한다고 볼 것이고, 이러한 안전배려의무에는 환자가 수술이나 그 밖의 치료를 받는 과정에서 병원 내 감염으로 말미암아 또 다른 질병이 발생하지 않도록 감염을 방지할 의무도 포함된다.” 하여 병원감염 방지 의무를 신의칙상 안전배려의무에 포함시키고 있다.

로 환자의 신체나 건강, 생명의 침해가 초래된 때에는 그 감염에 관하여 의료법 및 신의칙상 요구되는 안전배려의무를 다하여 자신에게 과실이 없음을 입증하지 못하는 한 그 감염으로 인한 손해배상책임을 면치 못한다고 판시함으로써 사실상 증명책임을 전환한, 매우 획기적인 판결로 해석된다. 이에 안전배려의무가 병원감염 사건에서 사실상 증명책임을 전환하는 근거가 될 수 있는지 여부에 관하여 검토한다.

나. 안전배려의무는 주로 부수적 주의의무 내지 보호의무의 성격을 가지는 것으로 신의칙에 기하여 인정되는 것이어서 채권관계에서 주된 급부의무에 비하여 증명책임을 전환할 필요성이 크지 아니하다. 그러나 병원감염 사건에서 안전배려의무인 ‘병원감염 방지의무’는 통상의 신의칙에 기한 안전배려의무가 아닌 진료계약에 기한 종된 급부의무에 해당하며, 이를 ‘안전배려의무’로 표현한다면 증명책임 전환 근거로서 논의의 대상은 ‘신의칙에 기한 안전배려의무’가 아닌 ‘급부의무에 해당하여 이의 위반시 진료계약 위반이 되는 안전배려의무’이다.

그러나 급부의무는 채권관계의 본질적 내용에 해당지만, 급부의무 자체에서 증명책임 전환의 논리적 필요성이 도출된다고 볼 수는 없으므로, 병원감염 사건에서 안전배려의무, 즉 진료계약상 병원감염 방지의무 단독으로 증명책임을 전환할 근거가 되기는 어렵다고 판단된다.⁹⁰⁾

6. 소결론

병원감염 사건은 증명책임 전환의 필요성이 매우 크고, 위 심근경색 후

90) 병원감염 사건에서 사실상 증명책임 전환의 근거는 위에서 살펴본 병원감염 사건에서 증명책임 전환의 필요성, 감염관리의무를 부과하고 있는 의료법의 취지, 당사자 사이의 공평타당한 손해의 분담을 이상으로 하는 우리 민법상 손해배상제도의 이념과 같은 정책적 이유 내지 현실적 필요성이 될 것이다.

MRSA 감염 사건 판결에서 사실상 증명책임을 전환하면서 그 근거로 안전배려의무를 들고 있어 병원감염 사건에서 안전배려의무가 증명책임 전환근거가 될 수 있는지 여부에 관하여 검토하였다. 병원감염 사건에서 안전배려의무인 ‘병원감염 방지의무’는 통상의 신의칙에 기한 안전배려의무가 아닌 진료계약에 기한 종된 급부의무에 해당하며, 이의 위반시 진료계약 위반이 되나, 급부의무 자체에서 증명책임 전환의 논리적 필요성이 도출된다고 볼 수는 없으므로, 병원감염 사건에서 안전배려의무, 즉 진료계약상 병원감염 방지의무 단독으로 증명책임을 전환할 근거가 되기는 어렵다고 판단된다.

그러나 병원감염 사건에서 증명책임 전환의 필요성, 감염관리의무를 부과하고 있는 의료법의 취지, 당사자 사이의 공평타당한 손해의 분담을 이상으로 하는 우리 민법상 손해배상제도의 이념에 비추어 적어도 의료법상 고도의 감염관리의 의무가 부과된 일정 규모 이상의 종합병원의 경우 병원감염으로 환자의 신체나 건강, 생명의 침해가 초래된 때에는 그 감염에 관하여 의료법 및 진료계약상 요구되는 감염방지의무를 다하여 자신에게 과실이 없음을 입증하지 못하는 한 의료기관은 그 감염으로 인한 손해배상책임을 부담한다고 보아야 할 것이다.

V. 결 론

의료소송에서 과실 및 인과관계의 증명과 관련하여 병원감염 사례에 관한 판결들을 분석한 결과 의료소송에서 증명책임 완화법리를 원용한 판결에 비해 통상적인 사실상 추정론을 적용한 판결이 더 많은 비율을 차지하고 있었는데, 통상적인 사실상 추정론을 적용한 판결보다 증명책임 완화법리를 적용한 판결에서 책임 인정 비율이 오히려 더 낮았으며, 이는 대법원과 의료전담 재판부를 두고 있는 서울고등법원, 서울중앙지방법원의 판결들에서 더 확연히 드러났다. 특히 증명책임 완화법리를 원용한 판결에서 증명책임 완화를 제한하는 법

리를 통한 책임 부정 판결의 비율이 압도적으로 높았는바, 증명책임 완화법리는 병원감염 사건에서 사실상 그 도입취지에 따른 기능을 제대로 하지 못하고 있었다. 또한 병원감염이 발생하였다는 사실만으로 바로 과실이 추정될 수 없다는 것이 판결의 주류적인 태도로, 병원감염 관련 과실 및 인과관계 추정을 위한 간접사실에 비해 추정을 부정하는 간접사실이 압도적으로 많았다. 이와 같이 다른 의료사건에 비하여 특히 과실을 추정할 수 있는 간접사실 자체를 증명하기 어려운 병원감염 사건의 경우, 판결의 주류적 태도는 병원감염 발생으로 인한 손해의 분담을 사실상 환자 측에 전가하는 문제가 있다 할 것이므로, 손해의 공평·타당한 분담을 그 지도 원리로 하는 손해배상제도의 이념에 비추어 기존의 증명책임 완화법리나 사실상 추정론에 비해 환자 측의 증명책임을 의료소송의 다른 분야에 비해 대폭 완화하기 위한 법 해석이나 이론적 방법을 강구할 필요성이 있다.

이와 관련하여 병원감염 사건에서 안전배려의무가 증명책임 전환근거가 될 수 있는지 여부에 관하여 검토한 결과, 병원감염 사건에서 안전배려의무인 ‘병원감염 방지의무’는 통상의 신의칙에 기한 안전배려의무가 아닌 진료계약에 기한 종된 급부의무에 해당하며, 이의 위반시 진료계약 위반이 되나, 급부의무 자체에서 증명책임 전환의 논리적 필요성이 도출된다고 볼 수는 없으므로, 병원감염 사건에서 안전배려의무, 즉 진료계약상 병원감염 방지의무 단독으로 증명책임을 전환할 근거가 되기는 어렵다고 판단되었다. 그러나 병원감염 사건에서 증명책임 전환의 필요성, 감염관리의무를 부과하고 있는 의료법의 취지, 당사자 사이의 공평타당한 손해의 분담을 이상으로 하는 우리 민법상 손해배상제도의 이념에 비추어 적어도 의료법상 고도의 감염관리의무가 부과된 일정 규모 이상의 종합병원의 경우 병원감염으로 환자의 신체나 건강, 생명의 침해가 초래된 때에는 그 감염에 관하여 의료법 및 진료계약상 요구되는 감염방지의무를 다하여 자신에게 과실이 없음을 입증하지 못하는 한 의료기관은 그 감염으로 인한 손해배상책임을 부담한다고 보아야 할 것이며, 병원감염 사건에서 환자 측의 증명책임을 논란의 여지없이 전환하기 위해서는 독일과 같이

과실에 대한 법률상 추정 규정을 둬으로써 입법론적으로 해결하는 것이 필요하다 할 것이다. 증명책임의 전환은 최종적으로 병원감염 사고로 인한 손실을 누가 부담할 것인가의 문제라 할 것인데, 병원감염 사고는 개개의 의료기관의 문제를 넘어 사회적 문제라 할 수 있고, 과실 여부의 증명이 불가능한 사건의 경우 사회보험을 통하여 손실부담의 문제를 해결할 수 있는 방법을 강구할 수 있으므로,⁹¹⁾ 그에 관한 제도적인 측면에 대한 연구도 함께 이루어져야 할 것으로 생각된다.

주제어 : 병원감염, 증명책임 완화, 증명책임 전환, 안전배려의무, 감염관리의무, 급부의무, 법률상 추정

91) 의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률 제46조에서 정하고 있는 불가항력 의료사고 보상제도 참조.

[참 고 문 헌]

- 강현중, 『민사소송법강의』, 박영사, 2013.
- 곽윤직, 『채권각론』, 박영사, 2007.
- 김기영, “병원의 환자보호의무와 한계”, 『한국의료법학회지』, 제20권 제1호, 2012.
- 김덕중, “민법상 안전배려의무의 법리에 관한 고찰”, 『원광법학』, 제24권 제3호, 2008.
- 김선중, 『의료사고손해배상소송』, 육법사, 2014.
- 김용담 대표집필, 『주석민법 채권총칙(1)』, 한국사법행정학회, 2013.
- 김용빈, “의료소송에 있어 입증책임 완화에 따른 의료과실의 의미와 판단기준”, 『의료법학』, 제9권 제1호, 대한의료법학회, 2008.
- 김천수·박동매, “의료소송에서 증명에 관한 논의”, 『성균관법학』, 제18호 제1호, 2006.
- 김형배, 『채권총론』, 박영사, 1993.
- 김홍엽, 『민사소송법』, 제4판, 박영사, 2013.
- 박영호, “의료과실소송에 있어서 과실과 인과관계의 입증과 그 방법”, 『저스티스』, 제77호, 한국법학원, 2004.
- 박준서 대표집필, 『주석민법 채권총칙(1)』, 한국사법행정학회, 2000.
- 법원행정처, 『의료재판실무편람』, 2014년판.
- 서영현, 「미용성형기술에 관한 판례의 동향과 분석」, 고려대학교 법무대학원 석사학위논문, 2010.
- 신현호, “병원감염에 대한 법적 책임”, 『의료법학』, 제3권 제2호, 대한의료법학회, 2002.
- 안범영, “의료사고의 불법행위책임”, 『법학논집』, 제33집, 고려대 법학연구소, 1997.
- _____, “의료사고 소송상 인과관계 추정”, 『의료법학』, 제6권 제2호, 대한의료법학회, 2005.
- _____, “의료판례에서의 인과성과 책임귀속의 판단”, 『의료법학』, 제14권 제1호, 2013.
- 양희진, “의료소송에서의 감정상 제문제”, 『의료법학』, 제9권 제2호, 대한의료법학회, 2008.

- 유재남, 「민법상 안전배려의무에 관한 연구」, 동아대학교 박사학위논문, 1992. 6.
- 유현정, 「의료소송에서 과실과 인과관계의 증명 - 병원감염 판결을 중심으로」, 고려대학교 법무대학원 석사학위논문, 2014.
- 이동필, “병원감염에 관한 판례의 동향”, 『의료법학』, 제8권 제1호, 대한의료법학회, 2007.
- 이시윤, 『신민사소송법』, 박영사, 2014.
- 이은영, 『채권각론』, 박영사, 2009.
- 이화여대 산학협력단, “전국 수술부위 감염 감시체계 운영(2013년도)”, 질병관리본부 학술연구 용역사업 최종결과보고서, 2013.
- 전병서, 『기본강의 민사소송법』, 제5판, 홍문사 2012.
- 정동윤·유병현, 『민사소송법』, 제2판, 법문사, 2007.
- 조규창, “민법 제390조와 적극적 채권침해”, 광운대학교 교수 화갑기념 민법학논총 최창렬, “안전배려의무의 체계”, 『성균관법학』, 제16권 제3호, 2004.
- 호문혁, 『민사소송법』, 제11판, 법문사, 2013.
- BT-Drucks. 17/10488
- <http://likms.assembly.go.kr>
- <http://konis.cdc.go.kr>

Review of the Need for Conversion of Proving Responsibility in Hospital Infection and the Duty of Safety Management as the Basis of it

Yoo, Hyun Jung

H. J. Yoo Law Office

=ABSTRACT=

As results of analyzing judicial precedents about infection in hospitals in connection with mistakes and causality in medical litigations shows that the Mitigation of Law Principles To Prove responsibility in medical litigation has not been able to play its role compared to its intended purposes. And Major sentiment from those judgments is that a mistake can't be proved only by the fact that certain infection in hospital occurred in connection with hospital infection. Therefore, the number of indirect facts to deny estimation is overwhelmingly high. Like this, especially for hospital infection which is difficult to prove indirect facts themselves to estimate mistake, major sentiment from those judgments have a problem that impute sharing of losses caused by hospital infection to patient. In accordance with the Principles of equitable and proper sharing of losses, it's required to prepare legal interpretation and theoretical methods to largely mitigate patient's responsibility to prove medical mistakes compared to other medical litigations in connection with existing Mitigation of Law Principles To Prove responsibility and conventional theory of estimation.

In connection with this, the results of review that duty of safety management in hospital infection cases can be the base of conversion of proving responsibility, the duty that prevent hospital infection, corresponding the duty of safety management in hospital infection is not conventional duty of safety management based on duty of good faith but secondary obligation of medical contract. The breach of

duty preventing hospital infection is the violation of medical contract, but there is no logical necessity that convert proving responsibility from the obligation of contract itself. Therefore, the duty of preventing hospital infection from the obligation of medical contract, corresponding the duty of safety management in hospital infection cases cannot be the base of conversion of proving responsibility alone. But, it's still required to conversion of proving responsibility in hospital infection, we need further studies on cases of Germany which applies legal estimation of proving responsibilities in hospital infection.

Keyword: Hospital infection, Mitigation of proving responsibility, Conversion of proving responsibility, Duty of safety management, Duty of management of infection, Obligation of contract, Legal estimation