

# 우리나라 의료판례 변화에 대한 비판적 고찰

## - 판결양식과 손해배상액을 중심으로 -

신 현 호\*

I. 시작하며
II. 의료소송에서의 사실적 판단구조화
1. 손해배상 소송의 기본원리
2. 의료행위에 대한 평가의 변화
3. 평가시각 및 판단구조의 변경필요
III. 손해배상액의 저하
1. 과실상계(책임제한)의 확대 문제
2. 저액의 위자료
3. 손해배상의 사회적 분산부담
IV. 마치며

### I. 시작하며

손해배상 기타사건으로 분류되던 의료소송이 1989. 9.부터 손해배상 의료 사고로 독립하여 사건번호가 부여되고, 서울지방법원을 시작으로 전국법원에 의료소송전담부가 지정되어 운용되고 있다,<sup>1)</sup>

\* 논문접수: 2014. 5. 3. \* 심사개시: 2014. 5. 10. \* 수정일: 2014. 6. 2. \* 게재확정: 2014. 6. 14.  
\* 법률사무소 해울 대표변호사, 법학박사.

1) 대법원은 손해배상 기타로 분류하여 관리하던 의료소송, 특허소송, 환경소송 등을 1989. 9.경부터 독립된 사건번호를 부여하기 시작하였고, 서울지방법원 민사합의12부에서 전담하다가 이듬해부터 민사합의15부가 의료소송을 전담하였고, 이제는 전국적으로 전담부를 설치되어 있다. 대한변협도 2010년부터 변호사전문분야로 의료소송전문분야광고를 허용하게 될 정도로 소송의 한 분야로 성장발전하고 있다. 고려대학교 법무대학원 의료법학과, 연세대학교 보건대학원 의료법윤리학과 등 의료법을 전문으로 교육시키는 고등교육과정

의료소송은 1990년대 들어 꾸준히 늘고, 2012년에는 처음으로 1,000건을 넘어 제소되었다. 특히 1997년 시작된 한국소비자원의 의료분쟁조정과 더불어 2012년 한국의료분쟁조정중재원에서도 의료분쟁조정중재가 시작되었음에도 오히려 법원제소건수는 더 늘어나고 있다.

그간 수많은 판례가 형성되고, 그 판례가 임상현장에서 살아있는 규범으로서의 역할을 충실히 이행하고 있는 것이다. 그 대표적인 사례로 의사가 살인방

<표 1-1> 의료소송 1심 판결의 동향

년도	금년 접수	치 리										
		합계	각하 명령	판 결				취하	조정	화해	인낙	기타
				원승	일부승	원패	각하					
1989	69	42	-	11	20	2	1	4	-	2	-	2
1990	84	68	-	21	22	3	2	12	-	7	-	1
1991	128	88	2	18	40	14	-	12	-	1	-	1
1992	75	81	1	8	37	12	-	16	-	4	-	3
1993	179	137	-	27	59	12	-	28	-	8	-	3
1994	208	163	-	36	41	38	-	26	-	10	-	12
1995	179	115	2	13	35	32	2	19	6	3	-	3
1996	290	229	6	36	54	34	1	40	36	10	2	10
1997	399	303	3	36	75	67	3	57	31	13	-	18
1998	542	475	4	84	123	98	3	70	59	16	1	17
1999	508	396	2	29	112	70	4	50	82	11	-	35
2000	519	361	3	29	106	86	-	47	62	8	-	20
2001	666	585	16	35	143	80	5	58	182	5	-	61
2002	671	492	2	10	109	103	6	62	137	11	1	51
2003	755	735	4	39	168	184	1	66	119	52	1	1
2004	802	755	5	8	178	195	3	58	146	69	-	93
2005	867	772	4	6	182	166	1	54	183	85	-	91
2006	979	749	3	9	191	170	2	75	140	82	-	77
2007	766	932	2	5	223	240	2	72	160	132	-	96
2008	748	894	1	8	218	219	5	47	133	176	-	1
2009	911	780	6	6	199	195	6	58	128	103	-	79
2010	871	782	4	7	196	171	6	59	140	106	-	93
2011	876	881	4	8	244	213	3	54	115	135	-	106
2012	1,009	922	3	8	272	221	5	70	105	126	-	112

은 독일, 일본 등의 국가에도 없다.

조직으로 처벌받은 보라매병원사건이나 세브란스 존엄사사건 등을 들 수 있다. 이 사건들을 통하여 법원이 치료중단의 조건을 자세히 제시하였고, 현재 각 의료기관은 그 기준에 맞는 경우에 치료중단을 시행하고 있고, 그렇지 않은 경우에는 환자를 설득하여 치료계속을 하고 있다. 그렇기 때문에 향후 판례는 의료수준을 높이고 의료과오 시 적절한 책임을 부여하여 국민의 생명과 신체의 완전성을 보장하는 방향으로 발전되어야 할 것이며, 이를 위해서는 객관적인 의료수준에 대한 기준을 제시하여 현대 임상의학의 실천수준으로서 치료지침에 활용될 수 있도록 하여야 할 것이다.

우리나라 의료소송의 추이변화는 규범적 판단구조에서 사실적 판단구조로의 변화와 손해배상액의 저하<sup>2)</sup>라는 2가지 점을 들 수 있다.

먼저 1989~2012년까지의 의료소송접수현황을 살펴보면 <표 1-1><sup>3)</sup>과 같다.

## II. 의료소송에서의 사실적 판단구조화

### 1. 손해배상소송의 기본원리

근대자본주의의 3대 원칙은 사유재산권보장, 계약자유 원칙과 더불어 과실책임주의의 도입이다. ‘과실 없으면 책임 없다’는 대원칙은 거래의 자유를 활성화시키는 대신 거래관계에서 귀책사유가 있는 자에게 피해보상을 하도록 하는 손해배상공평부담의 책임원칙을 부여하여 사회정의를 구현하였다. 20세기 들어 고속운송기관, 중화학공업단지 등 허용된 위험에서 발생하는 손해에 대한 입증의 어려움이 되자 일응의 증명이론, 개연성이론 등을 통한 피해구제를 도모하고 나아가 무과실보상제도까지 확대 발전하고 있다. 대신 이러한 허용된 위험행위는 사회적 공익행위이기 때문에 그 보상재원은 사회적 부담으로

2) 대표적으로 과실상계(책임제한)의 지나친 확대와 저액의 위자료를 들 수 있다.

3) 1990~2013년 사법연감, 전체 인용률은 판결 이외에 조정, 화해 등을 포함하면 2012년 55.4%이다.

전환하여 원가에 포함시키거나 공공재원으로 형성하여 운용하고 있다. 예를 들어 택시교통사고에 대한 손해배상금은 택시비원가에 포함시켜 탑승객이 부담하고 있다.

## 2. 의료행위에 대한 평가의 변화

### 가. 법적 개입의 소극적 경향과 이에 대한 반성

의료행위는 환자를 진단하고, 수술하는 전형적인 사실행위이다.

또한 의료행위는 인간의 생명을 구하는 고귀한 행위이기 때문에 허용된 위험으로서 다른 행위와 동일선상에 두고 사회적 평가를 하기 어렵다는 명분적인 한계가 있다. 근대 민법에서 임대차나 고용행위에 대한 전형계약규정을 두고 있으면서도 가장 오래된 인류의 행위에 대한 전형계약으로 규정하지 않은 여러 이유 중 하나이다.

이 때문에 의료사고는 물론이고 의료행위에 대한 법적 개념설정이나 사후적 간섭에 국회가 소극적이었고, 법원도 개입을 꺼려했다. 그러나 개별적인 의료행위 하나하나를 사실행위일지 몰라도, 건강보험제도도입으로 의료접근성이 확대되고 의료기술의 비약적 발전으로 환자의 위험성, 나아가 인류전체의 생존여부까지 위협받는 지경에 이르렀는바, 더 이상 이를 단순 사실행위로 방치할 수 없게 되었다. 침해할 위험성이 커지면서 규범적 주의의무를 부여할 수 밖에 없다. 인간복제, 체세포치료, 유전자검사 등 인간존재자체를 위협하는 수준의 의학적 연구나 기술개발에 대하여는 법적인 규제를 강화하고, 심지어는 자유형을 가하고 있다.

예를 들어 보자. 조선시대 때 우마차로 짐을 실어 나르는 행위나 현대에 들어 자동차를 운전하는 행위는 모두 사실행위이다. 조선시대 때는 도로교통법이 없었다. 우마차를 운행할 때는 운행량이나 속도가 사회적 법익을 침해할 만큼 크지 않았다. 오히려 사회적 편익성이 더 컸다. 우마차가 자동차로 바뀐 후에는 전혀 달라졌다. 속도가 빨라졌을 뿐 아니라 자동차수가 늘어나면서 사람의 생

명을 앓아갔다. 자동차운전이 단순한 사실행위를 넘어 ‘허용된 위험’의 허용여부나 범위에 관한 규범적 판단이 필요하게 되었다. 형법과 도로교통법을 만들어 피해자의 인권을 보호하기 시작하였다.

의료행위 역시 주술사들이 신에게 기도하거나 민간치료요법사들이 초근목피를 달여 마시게 하는 사실행위를 할 때는 그냥 두어도 되었다. 그러나 의료기술이 발달하고, 보편적으로 적용되면서 의료행위가 손해를 발생시키는 일이 늘어났고, 이를 규제할 필요가 생겼고, 법원은 환자보호에 적극적으로 나서게 되었다.<sup>4)</sup> 20세기 들어 세계 각국에서 의료소송이 늘어나게 된 이유이고, 의료행위 대하여 각국은 전형계약으로 제정하고 있다.

독일은 2013. 2. 26.자로 민법 제630조 a~h항에 의료행위조항을 신설하는 등 환자권리법을 제정하였다.<sup>5)</sup>

#### 나. 독일 환자권리증진을 위한 법률<sup>6)</sup> 신설과 우리나라의 의료계약관련 민법개정(안)

우리과 같은 법제<sup>7)</sup>를 가진 독일은 30여년간 논의를 거쳐 2013. 2. 26. 환자권리법을 발효시켰다. PatRG는 민법(BGB), 사회법(SGB), 병원법(KHG) 등 환자권리에 관련된 법률은 통합적 시각에서 제·개정하여 그동안 판례상 성립된 정보제공의무, 입증책임완화 및 전환의무를 명문화함으로써 환자권리를 강화하는데 큰 기여를 하고 있다.<sup>8)</sup>

4) 최근 줄기세포치료라는 무분별한 치료로 수많은 피해를 입고 있는 것도 한 사례이다.

5) 김기영, “독일의 환자권리법에 대한 입법정책적 논의와 중요사항”, 『법제연구』, 제44호, 2013. 6. 제465면 이하.

6) Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten. PatRG.

7) 로마법 이래 근대민법에서 임대차나 고용행위에 대한 전형계약규정을 두고 있으면서도 가장 오래된 인류의 행위중 하나인 의료행위에 대하여 전형계약으로 규정하지 않은 이유 중 하나가 사실행위로 보았기 때문이다. 또한 의료행위는 인간의 생명을 구하는 이타적 목적의 고귀한 행위이기 때문에 일반 과실행위와 동일선상에 두고 사회적 비난을 하기 어렵다는 명분적인 한계도 있었다. 법원이나 국회도 의료사고에 대한 규범적 평가나 입법에 소극적이었던 이유이다.

8) 김기영, “독일 환자권리법 정부안에 관한 고찰-의료계약의 입법화와 환자안전을 중심으

특히 BGB 제630조 h항은 ‘완전지배가능한 위험’과 ‘중대한 과실’이 악결과 발생에 상당인과관계가 있다면 의료과실을 추정하고 있다.<sup>9)</sup>

독일 민법 제630조는 다음과 같다.

<p>BGB §630</p> <p>a. 진료계약상의 의무</p> <p>① 다른 제3자가 지불의무를 지지 않는 한 환자의 진료를 약정한 진료자는 약정한 진료의 이행에 대해 의무를 지고, 환자는 합의한 보수를 지불할 의무를 진다.</p> <p>② 진료는 다른 합의가 없다면 진료시점에 성립하는 일반적으로 인정된 전문적인 의료수준에 따라 이루어져야 한다.</p> <p>b. 준용규정</p> <p>c. 계약당사자의 협력; 정보제공의무</p> <p>① 진료자와 환자는 진료의 시행을 위해 협력하여야 한다.</p> <p>② 이해할 수 있는 방법으로 진료개시시점에 필요하다면 진료과정에서 치료를 위해 중요한 상황들, 특히 진단, 예상되는 건강상의 결과, 치료 및 치료과정이나 후에 취할 수 있는 의료적 조치에 대해 설명할 의무를 진다.</p> <p>d. 동의</p> <p>e. 설명의무<sup>10)</sup></p> <p>① 진료자는 환자에게 전체적으로 동의에 필요한 중요한 상황들에 대해 설명을 하여야 한다. 진단이나 치료의 측면에서 특히 의료적 조치의 종류, 범위, 시행, 기대효과와 위험 및 그 필요성, 긴급성, 적절성과 성공가능성이 여기에 속한다. 설명에 있어서 다수의 의료적으로 동일하게 적응성이 있고 통상적인 방법이 다양한 중요한 부담, 위험 혹은 치료가능성이 될 수 있는 경우에 의료적 조치에 대한 대안도 설명해야 한다.</p> <p>f. 진료의 기록</p> <p>① 진료자는 진료기록의 목적을 진료와 직접적으로 시간적 관련성을 가지고</p>
--

로”, 『한국의료법학회지』, 제20권 제2호, 2012. 제300면.

9) 김기영, “독일의 환자권리법에 대한 입법정책적 논의와 중요내용”, 한국법제연구원 법제연구, 2013. 제478면 이하.

10) § 630e Aufklärungspflichten

환자기록을 서면형식이나 전자적 방식으로 작성할 의무가 있다. 이러한 진료기록의 교정이나 변경은 진료기록의 원래 내용이외에도 언제 변경되었는지를 알 수 있도록 해야 하는 경우에만 허용된다. 이는 전자의무기록에 대해서도 보장되어야 한다.

g. 환자기록의 열람

- ① 환자에게 열람이 중요하지 않은 치료적 근거 혹은 기타의 제3자의 권리에 배치되지 않는 한 요청에 따라 지체 없이 완전한 해당 환자기록을 보장해야 한다. 진료자가 열람거부에 대해 근거를 제시하여야 한다. 독일 민법 제810조(문서열람권)는 준용된다.
- ② 진료자는 당시나 장래의 진료에 대해 중요한 의료조치들에 대해 전문적인 시각에서 중요한 조치들이나 특히 기왕증, 진단, 검사, 검사결과, 검진, 치료 및 그 효과, 침습과 설명 등 결과들을 환자기록에 기록할 의무를 진다. 의사의 소견서도 환자기록에 담겨져 있어야 한다.
- ③ 보관기간에 대한 다른 규정이 없는 한 진료자는 환자기록을 진료종료 후 10년 동안 보관하여야 한다.

h. 진료과실과 설명의무위반에 대한 책임에서 입증책임<sup>11)</sup>

- ① 진료자의 과실은 진료자의 완전지배영역<sup>12)</sup>에 있고, 환자의 생명, 신체 혹은 건강침해로 되는 일반적인 진료위험이 실현되는 경우에 추정된다.
- ② 진료자는 BGB 제630d조에 따른 동의를 구하고 BGB 제630e조의 요건들에 따라 설명하였다는 사실을 입증해야 한다. 설명이 BGB 제630e조의 요건들을 충족하지 못하면, 진료자는 환자가 의료조치에 대한 올바른 설명의무를 이행하여도 동의하였을 것이라는 점을 주장할 수 있다.
- ③ 진료자가 BGB 제630f조 제1항 혹은 제2항과는 달리 의학적으로 필요한 중요한 조치나 결과들을 진료기록에 기록하지 않았거나 진료자가 환자기록을 BGB 제630f조 제3항과는 달리 보관하지 않는 경우에는 진료자가 이러한 조치들을 취하지 않았다고 추정된다.
- ④ 진료자가 그가 시행한 진료에 대해 능력이 없으면서도 진료하여,<sup>13)</sup> 생명, 신체 혹은 건강침해가 발생한 경우 능력의 하자가 원인이 되었다고 추정된다.
- ⑤ 중대한 진료과실(grober Behandlungsfehler)이 있거나 이러한 과실이 사실상 발생한 종류의 생명, 신체 혹은 건강침해를 야기하는데 원칙적으로 상당한 원인이 되었다면 진료과실이 원인이 되었다고 추정된다.<sup>14)</sup> 이는 검

진이 충분한 개연성을 가지고 추가적인 의료적 조치를 유발할 수 있는 결과를 가져올 수 있는 경우 진료자가 의학적으로 필요한 검진을 적시에 제기하고 보장하는 것을 하지 않는 경우나 그러한 조치의 부작용이 중대한 과실이었던 경우에도 적용된다.

- 
- ① Der Behandelnde ist verpflichtet, den Patienten über sämtliche für die Einwilligung wesentlichen Umstände aufzuklären. Dazu gehören insbesondere Art, Umfang, Durchführung, zu erwartende Folgen und Risiken der Maßnahme sowie ihre Notwendigkeit, Dringlichkeit, Eignung und Erfolgsaussichten im Hinblick auf die Diagnose oder die Therapie. Bei der Aufklärung ist auch auf Alternativen zur Maßnahme hinzuweisen, wenn mehrere medizinisch gleichermaßen indizierte und übliche Methoden zu wesentlich unterschiedlichen Belastungen, Risiken oder Heilungschancen führen können.
  - ② Die Aufklärung muss
    1. mündlich durch den Behandelnden oder durch eine Person erfolgen, die über die zur Durchführung der Maßnahme notwendige Ausbildung verfügt; ergänzend kann auch auf Unterlagen Bezug genommen werden, die der Patient in Textform erhält,
    2. so rechtzeitig erfolgen, dass der Patient seine Entscheidung über die Einwilligung wohlüberlegt treffen kann,
    3. für den Patienten verständlich sein.

Dem Patienten sind Abschriften von Unterlagen, die er im Zusammenhang mit der Aufklärung oder Einwilligung unterzeichnet hat, auszuhändigen.
  - ③ Der Aufklärung des Patienten bedarf es nicht, soweit diese ausnahmsweise aufgrund besonderer Umstände entbehrlich ist, insbesondere wenn die Maßnahme unaufschiebbar ist oder der Patient auf die Aufklärung ausdrücklich verzichtet hat.
  - ④ Ist nach § 630d Absatz 1 Satz 2 die Einwilligung eines hierzu Berechtigten einzuholen, ist dieser nach Maßgabe der Absätze 1 bis 3 aufzuklären.
  - ⑤ Im Fall des § 630d Absatz 1 Satz 2 sind die wesentlichen Umstände nach Absatz 1 auch dem Patienten entsprechend seinem Verständnis zu erläutern, soweit dieser aufgrund seines Entwicklungsstandes und seiner Verständnismöglichkeiten in der Lage ist, die Erläuterung aufzunehmen, und soweit dies seinem Wohl nicht zuwiderläuft. Absatz 3 gilt entsprechend.
- 11) § 630h Beweislast bei Haftung für Behandlungs- und Aufklärungsfehler
- ① in Fehler des Behandelnden wird vermutet, wenn sich ein allgemeines Behandlungsrisiko verwirklicht hat, das für den Behandelnden voll beherrschbar war und das zur Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit des Patienten geführt hat.
  - ② Der Behandelnde hat zu beweisen, dass er eine Einwilligung gemäß § 630d eingeholt und entsprechend den Anforderungen des § 630e aufgeklärt hat. Genügt die Aufklärung nicht den Anforderungen des § 630e, kann der Behandelnde sich darauf berufen, dass der Patient auch im Fall einer ordnungsgemäßen Aufklärung in die Maßnahme eingewilligt hätte.
  - ③ Hat der Behandelnde eine medizinisch gebotene wesentliche Maßnahme und ihr Ergebnis entgegen § 630f Absatz 1 oder Absatz 2 nicht in der Patientenakte aufgezeichnet oder hat er die Patientenakte entgegen § 630f Absatz 3 nicht aufbewahrt, wird vermutet, dass



독일의 환자권리법은 독일 법원에서 100여 년 동안 선고된 의료판례의 공통 분모를 입법화한 것<sup>15)</sup>으로서 우리나라 의료소송에서도 충분히 규범성을 가질 수 있고, 향후 우리 민법개정시 전형계약의 하나로서 의료계약을 입법<sup>16)</sup>하는 데 중요한 지향점이 될 것이다.

## 다. 의료소송의 규범적 판단

어느 나라든 의료행위의 전문성, 밀실성, 정보편중성, 폐쇄성, 재량성, 임기

---

er diese Maßnahme nicht getroffen hat.

- ④ War ein Behandelnder für die von ihm vorgenommene Behandlung nicht befähigt, wird vermutet, dass die mangelnde Befähigung für den Eintritt der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit ursächlich war.
  - ⑤ Liegt ein grober Behandlungsfehler vor und ist dieser grundsätzlich geeignet, eine Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit der tatsächlich eingetretenen Art herbeizuführen, wird vermutet, dass der Behandlungsfehler für diese Verletzung ursächlich war. Dies gilt auch dann, wenn es der Behandelnde unterlassen hat, einen medizinisch gebotenen Befund rechtzeitig zu erheben oder zu sichern, soweit der Befund mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein Ergebnis erbracht hätte, das Anlass zu weiteren Maßnahmen gegeben hätte, und wenn das Unterlassen solcher Maßnahmen grob fehlerhaft gewesen wäre.
- 12) 완전지배영역이란 마취, 수술기구 소독과 같이 환자가 개입하지 못하고, 전적으로 의료진의 책임 하에 발생하는 지배영역을 의미한다.
  - 13) 능력이란 전문성, 경험, 연수의무 등의 차이를 의미한다. 예를 들어 신경외과전문의자격이 없으면서도 뇌수술을 하거나, 레지던트가 전문의가 하여야 할 수술을 단독으로 하거나, 외과의사가 마취과의사와 협진 없이 전신마취수술을 하거나, 전문의라도 의료법상 의무적으로 이수해야 할 연수를 받지 않아 최신의학식견을 얻지 않은 채 치료하는 경우 등이 있다.
  - 14) ‘grober Behandlungsfehler’의 입증책임전환이론은 독일판례의 입장을 입법화 한 것이다. ‘grober Behandlungsfehler’이 무엇인지에 대해서는 판례가 의료교과서 등 기초적인 수준을 벗어난 의료행위를 말하는 것으로 보고 있지만 구체적인 사례에 따라 의료인의 재량을 유연하게 인정하고 있다.
  - 15) 독일은 민법 제630조에 의료계약과 의료인의 책임에 관하여 전형계약으로 입법화작업을 통해 의료인으로 하여금 과실회피문화를 촉진하고, 환자권리와 입증책임완화를 법제화하여 판례의 방향성을 제시하였다.
  - 16) 박수곤, 의료계약의 민법편입과 과제, 민사법학 제60호, 2012. 262쪽, 법무부산하 2011년 제3기 민법개정위원회 5분과위원회의 민법개정시안 제692조의 6은 ‘② 의료적 처치과정에 일반인의 관점에서 과실 있는 행위가 있는 경우에는 의료상 과실이 있는 것으로 추정한다. ③ 의료상 과실이 손해를 야기하기에 적합한 경우에는 그 손해가 의료상 과실에 의해 야기된 것으로 추정한다’는 안이 제시되어 독일 환자권리법과 유사하게, 일반인의 상식에 따라 의료과실을 추정하도록 하고 있다.

응변성 등의 한계로 의료재판은 매우 힘들고, 오래 걸린다는 인식은 강하다. 자칫 재판의 거부로 비칠 수 있고, 이것이 사법불신의 한 원인이 되자, 환자측의 입증을 경감시켜주고자 하는 입증경감이론에서 설명의무위반이론이 탄생하게 되었다.

그동안 의료과실소송에서 환자는 의사의 직접 과실을 입증하여야 하였고 이를 위하여 의료전문가인 의사의 도움이 있었어야 했다. 그러나 동서고금을 막론하고 의사의 도움을 받는 것이 매우 어려웠기 때문에 대륙법계에서는 환자의 자기결정권에 기초한 설명의무위반이론, 영미법계통에서는 informed consent이론을 발전시켜 왔다. 위 이론은 의사가 환자에게 충분한 설명을 하고 이를 완전히 이해한 환자가 사리에 맞는 동의(enlightend consent)를 하지 않으면 불법의료행위가 된다는 것이다.

이 이론이 등장하게 된 배경에는 전문가 집단인 의사들의 집단이기주의 내지는 폐쇄성으로 인하여 입을 닫아버리는 침묵의 공모현상(conspiracy of silence)을 극복하기 위한 목적이 있다. 의사의 도움을 받는다는 것은 사실상 불가능하였다는 현실이 있었다. 이로 인하여 의료과실소송은 자꾸 지연되고, 사실관계의 확인조차 되지 않자 법원으로서의 의사의 도움 없이 재판을 진행할 방법을 모색하였다.

이에 법원은 설명의무라는 환자의 자기결정권이론을 판례에 도입하기 시작하였다. 이와 같이 설명의무의 범위문제를 의학적 관점에서 법률적 관점으로 옮겨 다루게 된 결과 환자는 더 이상 전문감정인의 도움을 필요로 하지는 않게 되었으며 이러한 발전은 의사들의 침묵의 공모에 대한 투쟁의 한 걸음으로 평가되고 있는 것이다.<sup>17)</sup>

설명의원론 도입에서 보듯이 의료행위에 대한 적절성 평가는 의사입장에서 보는 것이 아니다. 즉, 의사가 의료행위가 임상진료지침대로 하였는지에 대한 사실적 평가가 아니다. 설명의무 대상의 대부분은 의사입장에서 보면 수술

17) 박일환, “의사의 설명의무와 환자의 승락”, 『재판자료』, 제27집, 법원행정처, 1985, 제158면.

의 필요성과 긴급성이 있는 경우이다. 설명하는데 들어가는 시간에 환자치료에 더 많은 시간을 사용하는 것이 의학적 지침에 맞을 수 있다.

그러나 환자입장에서 볼 때는 전혀 다르다. 의학적 필요가 있다고 하더라도 본인의 평소 신념과 다를 경우, 예를 들어 여호와의 증인신도와 같은 경우에는 거절할 수 있다.

구체적인 진료과정에서도 마찬가지 이다. 피해자인 환자는 의사가 어떤 주의를 하였으면 생명이나 신체의 완전성을 잃지 않을 수 있었는지에 대한 규범적 평가이다. 행위를 하였는지에 대한 기계적 판단이 아니다.

예를 들어보자. 환자는 점심식사시간에 돼지고기를 먹고 난 후부터 배가 심하게 아프고, 오심, 구토증상이 나타나 의사를 찾아갔다. 의사는 혈압, 맥박, 체온, 호흡수는 물론이고 혈액검사와 심전도검사 모두 정상으로 나와 대동맥박리증이나 심근경색을 배제하고, 급성위염으로 진단한 채 소화제를 처방하고 퇴원시켰다. 몇 시간 후 급사하여 부검한 결과 대동맥박리증으로 감정되었다. 의사는 대동맥박리증을 의심하고 교과서와 임상진료지침에 따라 각종 검사를 하였는데, 이상을 발견하지 못한 것뿐이라며 면책을 호소하였다. 중요한 것은 환자가 사망하였다는 점이다. 의사가 기계적으로 검사하였다고 면책되는 것이 아니다. 인체의 다양성, 예측불가능성을 염두에 두고 환자에 대하여 시간을 두고 주기적으로 반복하여 이상여부를 확인하여야 할 주의의무가 있다. 최소한 소화제를 투약하고 환자의 증상이 개선되는지를 확인한 후에 퇴원시켜야 할 의무가 있다. 의학적으로는 대동맥박리증의 검사방법에 따라 1차 시행한 검사에서 정상으로 나왔으므로 과실이 없다고 할 수 있을지 모르나, 1차 검사로 대동맥박리증을 완전히 배제할 수 있기 전에는 추적검사를 하여야 할 주의의무가 있다할 것이다.

#### 라. 사실적 판단으로의 회귀현상-의료공급자입장으로의 선회

우리 하급심법원의 판결양식이 1990년대와 2000년대가 상대적으로 차이

를 보인다.

(1) 1990년대 양식

1990년대에는 사실관계를 적시하고, 주의의무의 구체적 기준을 실시한 후 사실행위가 주의의무에 따랐는지 여부를 판단하였다.

일례로 20대 여자환자가 원치 않은 임신을 하여 1차 낙태수술을 받았는데 하혈이 지속되었다. 다시 산부인과의원내내원한 바, 1차 수술시 태반을 완전히 떼어내지 못하였다는 것을 안 의사가 그 자리에서 2차 잔류태반제거술을 하였으나 식도역류에 의한 저산소성 뇌손상을 입은 사건이 있었다.

법원<sup>18)</sup>은 위와 같은 사실관계를 확정된 다음, 현대임상의학의 의료수준을 구체적으로 다음과 같이 제시하였다.

(1) 사실관계

피고 산부인과 의사는 임신 10주의 20세 여자환자에 대한 낙태수술을 하였다. 환자는 낙태수술 후 하혈이 심해 다음날 다시 피고를 찾아갔다. 피고는 잔류태반을 확인하고 그 자리에서 마취제 라보날에 의한 소파술을 시행하는 과정에서 식도역류로 기도가 막히면서 저산소성 뇌손상의 중증장애를 입게 되었다.

(2) 주의의무

이러한 경우 의사로서는 ① 빈혈유무를 알기 위하여 혈액검사를 하고, ② 마취 전 6시간 이상의 금식기간을 준수하고, ③ 마취 전 아트로핀을 미리 주사하고, ④ 마취제 50mg을 소량 먼저 주사하면서 과민성 쇼크 여부를 확인하고, ⑤ 이상증상이 나타나지 않을 경우 적정량인 약 0.24g을 주사하여야 할 업무상 주의의무가 있다.

(3) 판단

그럼에도 불구하고 피고는 ① 빈혈검사를 하지 않았고, ② 식사 4시간 만에

18) 서울지법 93. 1. 29. 선고 90가합74420 판결.

마취를 하였고, ③ 아트로핀을 전처치하지 않았고, ④ 마취제를 소량 주사하면서 환자상태를 관찰하지 않은 과실로 환자로 하여금 식도역류에 의한 기도 폐색과 그로 인한 저산소증 뇌손상을 입게 한바, 환자가 입은 모든 손해를 배상할 책임이 있다.

(2) 2000년대 양식

2000년대에 들어서는 사실확정을 한 후 ‘관련의학지식’이라는 항을 전제하고, 판단부분에서 관련의학지식에 맞추었는지를 사실적으로 계량화<sup>19)</sup>하여 평가하기 시작하였다.

일례로 20대 남자환자가 팔이 저리고 가슴 아픈 증상으로 대학병원 응급실에 내원하여 검사를 받은 바 모두 정상이어서 퇴원조치 되었으나, 집에서 사망하였고, 부검결과 대동맥박리증으로 밝혀진 사건에 대하여 관련 의학지식을 전제로 법원<sup>20)</sup>은 다음과 같이 판결하였다.

(1) 사실관계  
환자는 호흡곤란과 좌측흉통으로 대학병원응급실에서 검사받은바, 혈압 110/70mmHg, 맥박 82회/분, 호흡 20회/분, 체온 36.8℃등 활력징후 정상, 청진상 폐음과 심장음 정상, 산소포화도 98%, 심근효소수치, CK-MB, trop-nin 모두 정상범위 내 있었고, 다만 흉통이 비전형적이고, 말초혈액 호산구 5.5%(정상0~5)로 약간 높았고, 흉부X선검사상 늑막삼출의심소견이 보였다. 내과와 협진하기로 하고 귀가시켰는데, 집에서 사망하였다.

19) 예를 들어 병원감염사건에서 ‘병원감염은 퇴원 후 30일 이내에 발생하는 증상을 말한다’고 전제하고, ‘외과수술환자가 퇴원 후 30일 이후에 감염되었다면 수술과정에서 감염된 것은 아닌 것으로 보인다.’며 계량화된 시간을 기준으로 인과관계판단을 하는 판례가 다수 있다. 감염은 항생제치료 등으로 잠복기가 있는 경우가 있으므로 며칠 이내는 의료행위와 인과관계가 있고, 그를 벗어난 경우에는 인과관계가 없다는 식의 판단은 인체의 다양성, 질병의 예측불가능성이라는 의료의 본질에 비추어 당사자를 이해시키기 어려울 수도 있다. 일부는 이러한 계량화된 기준을 사다리타기식으로 분류하면서 ○×식에 가까운 판결양식을 보인 경우도 있다.

20) 인천지법 2012. 10. 16 선고 2010가합23674 판결 참조.

부검결과 대동맥 기시부 상방의 박리 및 파열로 인한 혈심낭으로 밝혀졌다.

(2) 관련의학지식

(가) 흉부불쾌감

흉부불쾌감은 응급실에서 가장 흔한 임상증상으로서 대동맥박리, 폐색전증, 폐렴의 감별진단이 필요하다.

(나) 대동맥박리

대동맥박리는 대동맥 내막의 파열로 인한 질환으로서 통증이 매우 심하며, 통증 부위는 흔히 양견갑골 사이, 흉부 앞 또는 뒤쪽에서 나타타며, 실신, 호흡곤란, 쇄약감, 팔저림, 마비 등의 증상이 나타날 수 있다. 진단은 혈액검사와 방사선검사가 있다. 주로 50~60대 고혈압환자에게 주로 발생한다.

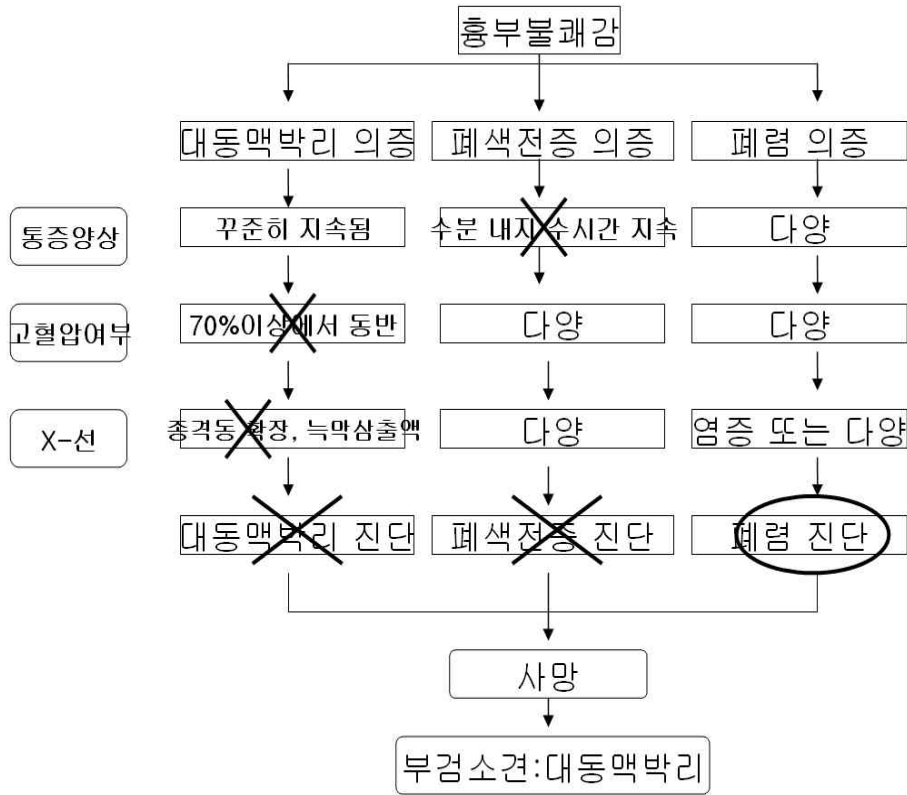
(다) 호산구성 폐질환

호산구성 폐질환의 진단기준은 ① 말초혈액의 호산구의 증가와 폐침윤이 관찰되는 경우, ② 말초혈액호산구수와 상관없이 폐조직 검사상 호산구의 침윤이 관찰되는 경우, ③ 기관지 폐포세척액내 호산구의 비율이 증가하는 경우이다.

(3) 판단

망인은 ① 20세의 젊은 나이인데다가 고혈압 등 다른 요인이 없었던 점, ② 방사선검사결과 정상이었던 점, ③ 심근효소수치, CK-MB, troponin수치가 정상범위 내 였던 점, ④ 말초혈액 호산구가 5.5%에서 6.4%로 증가하여 폐렴 또는 호산구성 폐렴초기를 의심할 수 있었던 점, ⑤ 망인의 흉통은 대동맥박리보다는 폐렴에 의한 흉통에 가까웠던 점 등을 고려하면 대동맥박리를 예측할 수 있는 요인이 없었고, 문진 및 검사결과가 대동맥박리와 연관 짓기 부족하여 과실을 인정하기 어렵다.

위 사례를 1심에서 ‘관련의학지식’을 전제로 한 도식적 판단한 것을 그리면 다음 <그림 2-1>과 같다.



<그림 2-1> 흉부불쾌감환자 진단지침

위 환자는 대동맥박리증이 발생하였지만 고혈압이나 종격동 확장소견이 없었다는 등의 이유로 호산구성 폐렴으로 오진되어 치료조차 받지 못하고 사망하였다. 관련 임상지식을 이용하여 기계적이고 도식적으로 적용할 때 자칫 사다리타기 식의 진단을 하게 되면 얼마나 위험한지를 알 수 있다.

### (3) 소결

2000년 판결양식은 의학교과서나 임상진료지침에 정한 검사와 진단을 한 경우, 즉 임상의학분야에서 실천되고 있는 진단수준의 범위 안에서 필요한 최선의 주의의무를 다한 것으로 보고 있다. 의사입장에서 교과서와 임상지침에 따른 경우에는 면책을 시키고 있다.

그러나 의학은 인체의 다양성과 예측불가능성을 전제로 한 실천학문이다. 1차 진단에서 이상이 없더라도 확진을 위해 진찰·검사→진단→치료→경과관

찰→진찰·검사→진단→치료→경과관찰을 반복하여 시행함으로써 확진과 완치를 위해 노력하여야 한다. 임상진료지침은 하나의 가이드라인에 불과하다. 환자에 따라서는 아주 작은 양의 페니실린에도 쇼크사할 수 있다. 페니실린 주사 전에 피부반응검사를 하여 정상으로 나왔다고 하더라도 100만명 중 하나는 과민성 쇼크를 일으킬 수 있기 때문에 응급심폐소생장비를 갖추고 주사하여야 하는 이유가 여기에 있다.

위 대동맥박리사건에서 환자는 아파서 병원을 찾았다. 환자가 숨쉬기 힘들다고 하여도 단순위염일 수도 있고, 심근경색이나 뇌동맥류파열일 수 있다. 그렇다면 의사는 그 원인을 찾기 위한 진단을 하고, 그 진단(위 사례에서 폐렴)에 따른 치료를 하면서 증상개선이 있는지를 살피고, 다른 질환(위 사례에서 대동맥박리)을 배제하려는 반복적 검사를 실시하였어야 한다. 교과서상 고혈압의 50~60대 환자가 아닌 20대의 젊은 사람이라서 예견하기 어려웠다거나 활력징후와 혈액검사가 정상이어서 대동맥박리를 제외시키는 것이 합당하였다는 것은 인체의 다양성, 예측불가능성, 의료의 임기응변성, 재량성을 도외시하는 판단으로 볼 수 있다. 활력징후를 1~6시간 단위로 측정하는 이유도 변화여부를 확인하기 위해서이다. 예를 들어 뇌출혈환자의 경우 출혈 초기에는 뇌CT검사에서 정상으로 나온다. 그 이유는 뇌출혈 초기에 뇌실질의 변화가 생기지 않기 때문이다.<sup>21)</sup> 두통이 심한 환자에게 내원 초기 뇌CT검사에서 정상이었다고 하더라도 1~2시간 후에 재CT촬영을 하여 뇌실질의 변화를 보도록 하는 이유가 여기에 있다.

위 대동맥박리사건의 항소심<sup>22)</sup>은 다음과 같이 과실책임이 있다고 판결하였다.

흉부불쾌감을 호소하는 환자를 진료하는 응급의학과 의사Y로서는 대동맥박리, 폐색전증, 폐렴을 감별진단하기 활력징후, 혈액검사, 방사선촬영 등을 실

21) 춘천지법 원주지원 2012가합1364판결 참조.

22) 서울고법 2013. 4. 4.선고 2012나93680판결.



시하여야 하고, 1차 진단시 말초혈액 호산구가 높아 급성 호산구성 폐렴으로 진단하고 치료하였음에도, 2차 진단시 호산구가 오히려 증가하였고, X-선검사 결과 폐렴의 급격한 악화소견이 관찰되지 않고 흉통이 지속되었다면 다른 질환을 의심하고, 대동맥박리증 등에 대한 감별진단을 위해 심초음파 내지 혈관CT/MRI 등 추가검사를 실시하고, 심장내과와 호흡기내과와 협진 하여 확진을 위해 노력할 주의의무가 있음에도 불구하고, 만연히 호산구성 폐렴으로 오진한 채 심초음파 내지 혈관CT/MRI 등 추가검사를 실시하지 아니하고 전과나 협진을 하지 아니하여 망인으로 하여금 대동맥박리로 인한 혈심낭으로 사망에 이르게 한 과실이 있다.

대동맥박리증의 교과서적 정의, 임상증상, 진단, 치료방법 등을 전제하고, 그 기준에 따라 전형적인 임상증상이 없었고, 검사를 해보았으나 일부를 제외하고는 정상이었다면 대동맥박리증을 진단하지 못한 것이 과실이라고 할 수 없다고 판단한 1심과 반복, 추적검사의 필요성을 통한 확진의무를 부여한 항소심을 비교해 보면 의료행위의 본질과 손해배상의 기본원리를 어떻게 이해하고 해석하느냐에 따라 큰 차이가 있다는 것을 알 수 있다.

판결을 살아있는 법률이다. 국민들로 하여금 예측가능하도록 하여야 하고, 의료인들에게 사고의 재발을 막는 규범으로서의 역할을 하여야 한다. 의학교과서나 지침에 따라 의료행위를 한 경우에는 면책된다고 하면 지침에 맞추어 일률적인 검사 및 치료행위를 하면 된다. 그것이 의학발전에 도움이 되고, 환자의 질병치료에 기준이 된다면 당연히 이를 의료인들 뿐 아니라 국민들이 수용하여야 한다. 그러나 이런 주장은 의학의 존재가치를 무시하는 것이다. 자동차가 고장 났을 때 참고하는 자동차고장진단 및 수리 메뉴얼처럼 환자가 발생하였을 때 치료프로토콜을 그대로 적용하는 것이 불가능하다는 것은 상식이다. 아무리 의학교과서나 임상진료지침을 만들어도 환자마다 나이, 소인, 질병이 달라 임상진료지침 만 가지고 진단하고 치료하는 것은 불가능하기 때문이다. 의학은 질병과 부상이 있을 때 그가치가 있는 것이고, 의료인은 환자가 있어야 존재하는 직업이다. 의과대학과 수련과정을 거치는 이유는 1%도 되지 않을 수

있는 비전형적인 환자를 조기에 발견하여 치료하기 위해서이다.

기계적으로 판단할 경우 다음 미군장갑차에 치인 미선·효선사건과 같이 정반대의 판단이 될 수 있다.

#### 마. 사실적 평가의 문제점

사실행위에 대한 규범적 평가와 사실적 평가의 차이를 이른바 미군 장갑차에 의하여 사망한 미선·효선사건으로 비교해보자. 객관적 사실은 다음과 같다.

2002. 6. 13. 09:20경 편도 1차로 폭 3.4m의 경기도 양주시 광적면 56번 도로 갓길을 걸던 여학생 미선, 효선 2명이 혼란 중인 폭 3.67m의 부교수승용 미군 케도장갑차의 우측 케도에 치어 즉사한 사건이다. 미선이와 효선은 친구 생일잔치에 가기 위해 차도 밖으로 난 갓길 우측으로 걸어가고 있었다. 사고장소는 우측으로 굽은 오르막길이었으며, 당시 여름이어서 좌우에 수풀이 우거져 있고, 전방시야가 매우 나빴다. 갓길 우측은 절벽이어서 피할 수 있는 공간이 없다. 케도장갑차는 전투용차량으로서 운전병의 시야가 좁기 때문에 관제병이 장갑차 밖으로 목을 내어 좌우의 시계를 살피고, 이 정보를 무전기나 인터콤을 통하여 운전병에게 실시간 전하면서 진행할 수밖에 없다. 통신교란이 있을 경우에는 수신호를 이용하여 경고할 수 있다. 장갑차 운전병은 워커일병이고, 관제병은 니노병장이다. 운전병은 규정속도 60km보다 저속인 20km로 운행 중이었다. 장갑차 폭이 국도보다 넓어 중앙선을 침범하고 운전하거나 갓길을 침범하여 운전할 수밖에 없다. 중앙선을 침범하여 운전하던 중 맞은편에서 폭 3.6m의 미군 브래들리장갑차가 진행하여 오고 있어 워커일병은 케도차량을 우측으로 방향을 틀어 갓길을 침범한 상태에서 진행하였다. 사고장소에 이를 무렵 우측전방시야가 갑자기 나빠져 운전병은 우측상황을 볼 수 없어, 관제병의 관제를 받으면서 진행하던 중, 관제병이 우측 갓길을 걸어가는 미선·효선을 약 15m 전방에서 발견하고, 무전기를 이용하여 급히 정지명령을 내렸다. 그러나 운전병은 정지하지 않고 그대로 진행하여 케도에 의한 압착사고로 그 자리에서 사망에 이르게 하였다. 관제병은 무선으로 연락하였다고 주장하고,

운전병은 통신장애가 있어 듣지 못했다고 한다.

(1) 가해자입장에서의 사실적 평가

위 사건을 운전자 입장에서 도로교통법규와 운전지침의 준수 여부로 판단하게 되면 다음과 같다.<sup>23)</sup>

1) 장갑차 관련 운전지식

장갑차의 폭은 3.67m이고, 국도의 폭은 3.4m이다. 장갑차는 적으로부터 저격이나 포격으로부터 운전병을 보호하기 위해 구조적으로 운전병의 시야가 좁다. 평시 국도로 이동할 때는 관제병의 도움을 받아 좌우 시야를 확보하여야 하고, 국도의 제한속도는 60km이다. 관제병은 장갑차 밖으로 머리를 내어 무전교신을 이용하여 운전병의 시야확보를 도와준다. 우리나라는 산악지형이 많아 통신장애가 종종 발생하고, 이로 인해 무전교신이 불량상태가 되는 경우가 있으나 이를 미리 예견하거나 방지할 방법은 없다.

2) 운전병 및 관제병의 과실판단

운전병은 궤도차량 운전석에서 보이는 상황과 관제병의 지시에 따라 제한속도에 훨씬 못 미치는 시속 20km로 중앙선을 침범하여 포장도로 위를 서행하였다. 사고 직전 맞은편에서 폭 3.6m의 미군 브래들리 장갑차가 진행하여, 우측으로 방향을 전환하여 갓길을 침범한 상태에서 진행할 수밖에 없는 상황이었다. 사고 장소는 우측으로 굽은 오르막길이고, 당시 여름이어서 좌우에 수풀이 우거져 있어 우측갓길의 시야확보가 매우 어려웠다. 사고 시간대에는 갓길을 걸어가는 보행인이 드물었다. 장갑차의 구조상 운전병의 시야로는 피해자들을 발견할 수 없었다. 관제병은 장갑차가 우측으로 회전하는 전방 15m 지점에 갑자기 피해자 미션·효선을 발견하고 무전교신으로 정차명령을 내렸다. 그러나 사고 15초 전까지도 잘되던 교신에 통신장애현상이 발생하여 관제병의 명령을 운전병이 받지 못했다. 운전병이 자신의 시야로 피해자들을 발견하고 제동장치를 작동하였으나 미치지 못했다. 통신장애가 발생하였다는 것을 인지하고 인터컴

23) 실제로 미군사법원에서는 이러한 사유로 무죄선고를 하였다.

이나 수신호 정지명령을 내렸다고 하여도 관제병의 정지명령과 운전병의 제동 시간상 차이로 인하여 장갑차를 제동하여도 교통사고를 막을 수 있는 시간이 부족하였다. 한편 운전병 위커는 사고 전 다른 훈련으로 인해 2박3일 동안 총 5시간만을 수면할 정도로, 극도로 피로한 상태였고, 이는 전시를 대비하여 훈련 받는 한계상황이었다.

궤도장갑차의 제형, 구조는 일반차량과 다르고, 운전병 및 관제병은 운행규범에 따랐다. 한국 국도의 폭이 궤도장갑차의 폭보다 좁아 중앙선을 침범하거나, 갓길을 침범할 수밖에 없는데, 이걸 사고 직전 맞은편에서 국도보다 폭이 넓은 브래들리 장갑차와 교행 하여 갓길을 침범하여 운행할 수밖에 없었다. 통신장애는 한국의 지형지물로 인하여 발생한 불가항력적 사고로서 현대 통신기술로는 피할 수 없다.

달리 운전병과 관제병의 과실을 인정할 증거가 없다.

## (2) 피해자입장에서의 평가

### - 손해공평부담목적에 의한 규범적 평가

#### (1) 운전병 위커의 주의의무위반

좌우시야가 좁은 폭 3.67m의 광폭 궤도장갑차를 운행하는 운전병 위커로서는 우측에 수풀이 우거지고, 우측으로 굽은 오르막길에 이른 경우, 갓길 우측으로 보행하는 사람이 있을 수 있으므로 이를 예견하고 중앙선 쪽으로 장갑차를 운전하거나 만약 갓길을 침범하여 운전하여야 하는 경우에는 관제병의 관제를 정확히 받으면서 속도를 줄이고 전방주시를 하여 사고를 미연에 방지하여야 할 업무상 주의의무가 있음에도 불구하고, 만연히 갓길로 침범하여 진행하면서 속도를 줄이지 않았고, 관제병과의 교신이 되지 않는 경우에는 장갑차를 멈추고 전방상황을 확인한 후 천천히 다시 진행하지 않은 과실이 있다.

#### (2) 관제병 니조의 주의의무위반

관제병 니조는 운전병과의 무선교신상태를 실시간 확인하여 교신상태가 불량할 경우 장갑차 내에 있는 인터컴이나 수신호로 서행이나 정지명령을 즉시 따를

수 있도록 하여야 하고, 우측갓길 시야가 매우 짧아 시야확보가 어려운 경우 운전병에게 속도를 줄여 천천히 진행하도록 하거나 일단 멈추게 한 후 장갑차에서 내려 전방을 살핀 다음 다시 진행하여 갓길보행자가 다치지 않도록 지시하여야 할 업무상 주의의무가 있음에도 불구하고, 전방가시거리가 매우 짧고, 교신상태가 불량함에도 인터컴이나 수신호를 받을 수 있는지 확인하지 아니하고, 우측전방시야확보가 제대로 되지 않은 상태에서 서행지시나 정지명령을 내리지 않고, 피해자를 발견한 직후 정차명령이 이행되도록 하지 않은 과실이 있다.

### (3) 과실판단

따라서 운전병과 관제병은 피해자들을 장갑차궤도에 의하여 압착하여 사망에 이르게 한 과실이 있으므로 연대하여 손해배상책임이 있다.

### (3) 소결

같은 사건이라도 피해자 입장에서 평가할 것인가, 가해자입장에서 평가할 것인가. 손해의 공평부담목적으로 볼 것인가 인권보장과 재범방지에 목적을 둘 것인가, 규범적으로 평가하는가, 사실적으로 평가를 하는가에 큰 차이가 있다.

미션·효선 입장에서는 자신들을 가해한 ‘허용된 위험’이 궤도장갑차든 자동차나 오토바이든 헌법상 생명권을 보호받을 천부인권이 있다. 이를 침해받는 경우 금전배상에 의한 피해구제를 받을 권리가 있다. 허용된 위험을 지배하는 자는 피해자가 손해를 입지 않도록 결과예견의무와 결과회피의무를 다하여야 한다. 이것이 손해배상의 기본원리이다.

따라서 가해자입장에서 일반적이고 표준화된 지침에 따랐는지 여부에 의하여 과실여부 내지 손해배상여부를 판단하는 것은 접근방법에 문제가 있다.

가해자는 발생 가능한 여러 악결과를 예상하여야 하고, 이를 회피하기 위하여 지속적이고 반복적인 노력하여야 한다. 그렇다고 무과실책임, 나아가 결과 책임을 물을 정도의 주의의무를 지위서는 아니 된다. 이상적인 수준은 아니라고 하더라도 최소한 바람직한 수준, 아쉬움이 남지 않는 수준의 주의는 기울여

야 한다. 이를 규범적인 수준으로 정하고 과실판단을 하여야 한다.

사전에 피해자입장에서 그를 규범적 평가는 가해자에게 결과예견의무와 결과 회피의무를 어느 수준까지 둘 것인가에 있다. 단순히 지침에 맞게 행위를 하였다면 면책되어서는 아니 된다. 특히 의료행위는 행위마다 단절되는 것이 아니라 흐름이다. 전체흐름에 따른 규범적 평가가 되어야 하는 이유이다.

### 3. 평가시각 및 판단구조의 변경필요

우리나라 의료판결문의 양식이 초창기 규범적 판단구조에서 사실적 판단구조로 바뀌었다. 따라서 판단구조를 바꿔야 한다. 즉, 사실관계를 확정된 다음 ‘관련의학지식’이라는 항은 ‘규범적 의학지식’으로 바꿔야 한다. 관련의학지식은 임상의학실천당시의 의료수준, 즉 주의의무의 기준을 실시하는 것이 아니라, 의학관련 정의, 진단, 치료, 합병증 등 사실적 지식의 열거에 불과하기 때문에 규범적 판단을 하는데 자료에 불과하지 기준이 되어서는 아니 되기 때문이다. 이를 기준으로 의사가 주의의무를 위반하였는지 여부를 구체적으로 판단할 때는 한계가 있다. 환자입장에서는 대동맥박리증이 무엇인지 폐렴이 무엇인지가 중요하지 않다. 전문적인 부분은 의료인의 몫이다. 환자는 생명을 구하는 것이 중요하다. 대동맥박리증이 급사할 위험성이 있기 때문에 조기진단과 조기치료를 받아야 할 권리가 환자에게 있다. 의사가 “대동맥박리증의 정의, 임상증상을 설명하고, 진단과 치료가 어렵고, 치료하더라도 생명을 잃을 수 있다”고 하는 것이 중요한 것이 아니라, 어떻게 하였다면 조기진단하여 치료할 수 있었는지가 중요한 것이다.

과실의 존부는 ‘해야 할 진료행위를 하지 않은 것에 대한 법적 비난’을 의미하는 것이지 ‘행한 진료행위에 대한 적정성’을 판단하는 것이 아니므로, 위와 같이 의학 관련 정의, 진단, 치료, 합병증 등에 관한 일반적인 내용만으로 과실의 존부를 판단하는 것은 쉽지 않다.<sup>24)</sup>

24) 분만손상으로 상완마비손상을 입은 사건에 대하여 2가지 판결문양식을 들 수 있다. 「해야

따라서 위와 같은 관련의학지식을 교과서적으로 단순 나열하는 것보다 나이, 기저질환, 의료기관의 종류, 응급상황여부 등의 구체적인 사정을 고려하여 규범적으로 해야 할 의료행위에 관한 임상진료지침이 무엇인지를 객관적으로 적시하여 주는 것이 원고와 피고를 재판결과에 있어 납득할 수 있는 토대를 마련할 수 있을 것이라고 보인다. 관련의학지식의 경우는 임상진료지침을 소개함에 있어 필요한 경우에 적시하거나 각주로 병기하는 것으로 충분할 것이다.

### III. 손해배상액의 저하

#### 1. 과실상계(책임제한)<sup>25)</sup>의 확대 문제

##### 가. 과실상계의 법리

손해배상에서의 과실상계는 손해의 공평부담원리에 따라 한다. 그러나 의료소송은 다음과 같은 특수성이 있어 특별한 사유가 없는 한 과실상계는 예외적으로만 적용되어야 한다는 것이 다수설<sup>26)</sup>과 일본판례의 입장이다.

---

할 진료행위(상완신경마비는 어깨와 머리 사이의 비정상적인 견인시 발생하므로 무리한 힘을 가해서는 아니 된다)」를 「하지 아니한 과실(의사가 무리한 힘을 가하여 분만을 시도했다)」고 판시하는 경우에는 과실책임을 인정하였다(서울서부지법 2010가합8037판결).

반면 행한 진료행위가 적정했는지를 판단한 사건에서는 청구 기각하였다. 먼저 관련 의학지식 항에 ① 아두골반불균형, ② 견갑난산, ③ 상완신경총 손상의 정의를 기술한 다음, 각 행위별로 적정성 여부 「① 아두골반불균형을 진단하지 못한 과실이 없다, ② 머리가 분만된 후 5초 만에 어깨가 만출 되었으므로 견갑난산이라 할 수 없다, ③ 임상에서 일상적으로 사용하는 매크버츄수기법을 사용하여 출산하였음에도 마비가 왔고, 상완마비는 목을 과다 견인하는 것 이외의 원인으로도 발생할 수 있으므로 손상사실만으로 분만수기상 과실이 있다고 할 수 없다」를 개별적으로 판단하여 과실을 인정하지 않았다(인천지법 2005가합13642 판결).

- 25) 의료소송에서 과실상계라는 용어를 사용하다가, 책임제한이라는 용어로 변경하였다. 이는 손해배상액을 감경사유로 ‘환자의 나이, 체질적 소인, 체중, 질병의 종류 및 중증도, 진료협력의무 해태’ 등을 적시하는 과정에서 환자 측으로부터 적지 않은 비판을 받았기 때문으로 추정된다. 환자입장에서는 몸이 아파 병원에 갔는데 아팠다는 이유로 손해액이 감경된다는 것에 대하여 이해하지 못하고 상소사유로 제시하자, 책임제한사유라는 표현으로 대체하였다. 여기서는 과실상계로 표현한다.

그 이유는 다음과 같다.

(1) 환자의 치료종속성

과실상계를 하여야 하는 경우로는 환자 측의 행동이 치료효과에 결정적인 영향을 미칠 경우에 한하여 예외적으로 적용하여야 한다는 것이 다수설의 입장이다.

첫째, 환자 측의 치료종속성을 근거로 한다.

환자는 의사에게 생명과 신체의 완전성을 위임하여 그 처분에 따르는 것이 특징이다. 의료행위는 전문성·재량성 등을 갖기 때문에 환자는 의사에게 전면적으로 진단·치료를 위임하게 된다. 환자 측은 의사의 행동에 대하여 수동적 입장에 있고, 스스로 적극적으로 의견을 진술할 능력도 없고, 의무도 없다.

(2) 환자상태의 특유성

둘째, 환자상태의 특유성이다.

환자는 부상이나 질병으로 인하여 목숨을 잃을 수도 있다는 정신적인 나약성이 심하게 되는 것이 상식인바, 환자 측의 과실상계를 고려할 때, 이 점을 무시해서는 아니 된다. 대개의 환자는 정상적인 건강상태는 아니고, 정신적으로 쫓기는 일도 종종 있으므로, 그와 같은 경우에 환자의 행동에 조금이라도 문제가 있다고 하여, 바로 과실상계를 하는 것은 지나치다는 것이다. 이는 법원이 직권탐지사항에 대하여, 직권탐지를 하지 아니한 과실책임을 피하기 위해서, “당사자가 주장하지 않아 심리하지 못했다”면서 과실상계 하는 것과는 비유할 수 있을 것이다.

대개의 환자는 의사가 하라는 대로 하고 있다.

---

26) 稻垣 喬, 「醫療事故と 被害者側の 過誤(醫事訴訟と 醫師의 責任)」, 鈴木 經夫, 「過失相殺(裁判實務體系 17·醫療過誤訴訟法)」; 366頁, 寺尾 洋, 「過失比率(醫療過誤訴訟의 現象と展望) 判例クイムズ 686號 88頁 등 다수설.



### (3) 의료행위의 구명성, 전문성

셋째, 의료행위의 구명성, 전문성이다.

의료행위는 환자의 생명을 다루는 고도의 전문행위이기 때문에 의사에게는 일반인보다 훨씬 높은 주의의무가 요구된다. 대법원<sup>27)</sup>은 ‘생명과 건강을 담당하는 의사에게는 그 업무의 성질에 비추어 위험 방지를 위하여 필요한 최선의 주의의무가 요구되고, 따라서 의사로서는 환자의 상태에 충분히 주의하고 진료 당시의 의학적 지식에 입각하여 그 치료방법의 효과와 부작용 등 모든 사정을 고려하여 최선의 주의를 기울여 치료를 실시하여야 하며, 이러한 주의의무의 기준은 진료 당시의 이른바 임상의학의 실천에 의한 의료수준에 의하여 결정되어야 하나, 그 의료수준은 규범적으로 요구되는 수준으로 파악되어야 하고, 해당 의사나 의료기관의 구체적 상황을 고려할 것은 아니다.’라고 하여 고도의 책임을 인정하고 있다.

이 때문에 학설은 환자의 과실에 대하여는 가능하면 부정하는 경향이 강하다. 일본 최고재판소<sup>28)</sup>는 ‘의사에게 과도한 주의의무를 부과하는 것이라는 취지의 주장을 하지만 적어도 사람의 생명 및 건강을 관리해야 할 업무에 종사하는 자에게는 그 업무의 성질에 비추어 위험방지를 위해 실험상 필요로 하는 최선의 주의가 요구되는 것은 부득이 하다’라고 하고 있고, 일본 하급심<sup>29)</sup>은 ‘대개 의사는 사람의 생명 및 신체의 완전성을 도모해야 할 중대한 책임을 수반하는 직업에 종사하는 것이므로 치료를 목적으로 하는 처치에 있어서도 적어도 사람의 생명 및 신체의 건전성을 상할 가능성이 있는 한 일반인보다 높은 직업상의 주의의무를 부담하고 있음은 多言을 요하지 않는다.’라고 판시하였다.

헌법재판소<sup>30)</sup>는 비의료인에 의한 무면허의료행위를 전면적으로 금지한 의료법 제25조 제1항이 위헌이라는 부산지방법원의 위헌제청신청에 대하여 ‘의

27) 대법원 2000. 1. 21. 선고 98다50586 판결.

28) 일본 最高裁判所 1961. 2. 16. 판결(民集 제15권 제244면).

29) 일본 大阪地裁 1965. 2. 25. 판결(判時 제407호, 제61면).

30) 헌법재판소 1996. 10. 31. 선고 94헌가7 결정.

료행위는 가장 존귀한 사람의 생명이나 신체를 다루는 일로서 이를 조금이라도 그르치면 그 피해는 영원히 회복할 수 없거나 회복하기 어려운 것이므로, 의과대학에서 기초의학부터 시작하여 체계적으로 의학을 공부하고 상당기간 임상실습을 한 후 국가의 검증을 거친 사람에 한하여 의료행위를 하게 하고 그러한 과정을 거치지 아니한 사람은 이를 하지 못하게 함으로써, 사람의 생명, 신체나 공중위생에 대하여 위해를 발생케 할 우려가 있는 의료행위 그 자체를 미리 막자는 것이, 이 사건 법률조항의 취지라 할 수 있다.’라고 하여 의사에게 고도의 주의의무를 지우는 대신 의사만이 의료행위를 할 수 있도록 독점권을 주고 있다. 만약 이건과 같이 일반적인 진단상의 어려움이나 치료실패율 등을 고려하여 과실상계 한다면 이는 의료의 본질을 무시하는 것에 불과하다. 의사에게 치료독점권을 준 이유는 그만큼 의료행위를 함부로 하여서는 아니 된다는 전제가 되어있는 것이기 때문이다.

만약 의사에게 생명을 다루기 어려우니 사정을 고려해 준다고 한다면, 마치 경찰관이 도주하는 범인에게 권총을 잘못 쏘아 사망하게 하였음에도 총을 쏘다보면 어쩔 수 없지 않느냐며 면책을 주장하는 것과 같다. 경찰관은 당연히 사격연습을 충분히 하고, 사격시 생명에 지장이 없는 부위를 쏘서 체포해야할 주의의무가 있다.

따라서 의사와 환자간의 공동관계와 종속관계 및 환자 특유의 상태를 고려하면서, 과실상계의 비율을 판단하는 데 대해서는, 교통사고와 같이 획일적인 판단을 하는 것은 곤란하고, 환자 특유의 상태를 고려하더라도, 환자의 행동에 문제가 있는 것이 명백한 경우에 한하여 과실상계를 문제로 해야 할 것이라는 것이 다수설이다. 일본의 의료관례는 과실상계를 인정한 예는 그다지 많지 않고, 환자의 행동에 문제가 있는 것이 명백한 경우에 한정하는 것이 일반적이다.

다만 의료사고의 특징이 노동능력에 문제가 있을 수 있는 아픈 사람들이 치료를 받고, 그 과정에서 몇 %는 부작용이나 합병증이 있을 수 있다는 문제가 있다. 이러한 합병증 또는 생존율 등의 발생비율에 대하여 기술적으로 과실상계이론을 적용할 수 있는 있다.<sup>31)</sup>

## 나. 책임제한으로의 강화현상과 책임제한사유의 불명확화

### (1) 책임제한비율확대

대법원<sup>32)</sup>은 ‘불법행위로 인한 손해의 발생 또는 확대에 관하여 피해자에게도 과실이 있을 때에는 그와 같은 사유는 가해자의 손해배상의 범위를 정함에 있어 당연히 참작되어야 하고 양자의 과실비율을 교량 함에 있어서는 손해의 공평부담이라는 제도의 취지에 비추어 사고발생에 관련된 제반 상황이 충분히 고려되어야 할 것이며 과실상계사유에 관한 사실인정이나 그 비율을 정하는 것이 사실심의 전권사항이라고 하더라도 그것이 형평의 원칙에 비추어 현저히 불합리하여서는 아니 된다.’고 한 바 있으나, 책임제한비율의 범위도 객관적 기준이 모호한 상태에서 20~80%로 상당히 넓은 분포를 보이고 있어 재판의 설득력, 예측가능성, 당사자의 수용성 등에 비판이 있다. 특히 사회적 환경이 크게 변하지 않았음에도 불구하고,<sup>33)</sup> 의료판례에서 시간이 흐를수록 환자측 책임제한비율이 확대되어 가는 경향을 보이고 있다.

1990년대 우리나라 의료판례는 과실상계를 고려하지 않은 경우가 많았다.

- ① 서울고법 1992. 3. 11. 선고 90나29694 척추결핵 수술 후 하반신마비 판결,
- ② 서울민사지법 1992. 10. 31. 선고 87가합4980 경추디스크수술 후 하반신마비판결, ③ 서울민사지법 1993. 1. 29. 선고 90가합74420호 라보날 마취사고로 식물인간이 된 사건의 판결, ④ 서울민사지법 1994. 6. 8. 선고 94가합9882호 장폐색증에 대하여 이를 간과하고, 뇌막염 등에 대한 검사실시로 사망케 한 사건에 대한 판결, ⑤ 인천지법 1995. 11. 16. 선고 93가합13274 펜타조신에 의한 아낙필락시스 쇼크사 판결, ⑥ 전주지방법원 1995. 11. 22. 선고 94

31) 일본 福島地判 昭和 60. 12. 2. 判時 제580호 제34면, 横濱地判 昭和 61. 10. 9. 判時 제1225호 제94면 등.

32) 대법원 1994. 4. 12. 선고 93다44401 판결.

33) 오히려 2006년부터 건강보험수가에 의료사고에 대한 위험료(Risk Fee)를 1.4% 전후 신설하여 인정하고 있다. 이는 의료행위를 허용된 위험, 공공성 등을 인정하고, 그로 인한 의료사고피해보상을 사회가 부담하도록 하고 있는 바, 환자측의 책임제한비율 내지 과실상계비율을 최소화시켜야 할 것이다.

가합7798호 거대아를 간과하고 질식분만을 유도하다 뇌성마비 및 상완마비 상해사건의 판결, ⑦ 서울지법 1996. 6. 5. 선고 94가합95135호 수유 후 10분 만에 정맥주사실시로 생후 50일의 신생아가 우유의 식도역류로 기도질식이 발생하여 뇌성마비상해사건에 대한 판결, ⑧ 서울지법 1996. 8. 21. 선고 94가합79188호 라이증후군을 간과한 채 방치하다가 사망케 한 사건에 대한 판결, ⑨ 서울지법 1996. 10. 16. 선고 94가합104626호 산모당뇨 등으로 거대아가 예상되는데도 이를 간과하여 상완마비상해사건에 대한 판결 등은 의사책임을 100% 인정하였다.

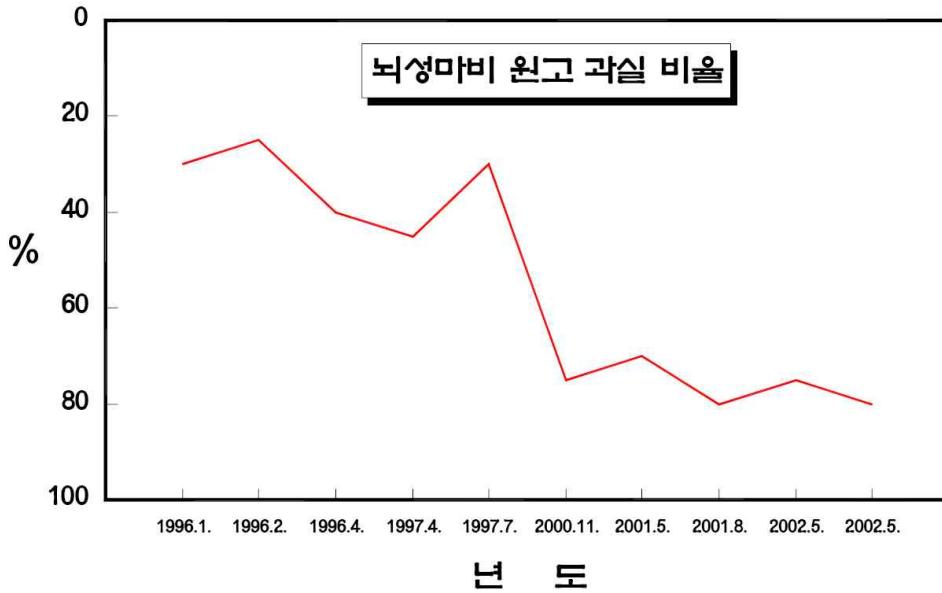
그러나 우리 법원은 2000년대에 들어 환자측 과실상계비율을 매년 높이고 있는 추세이다. 의료소송이 본격화되기 시작한 1990년대는 환자측 소인을 20~30% 정도 고려하여 과실상계를 판례가 많았으나, 2000년대 들어서는 그 비율이 대폭 늘어 평균 60% 가량 과실상계 하는 등 그 비율을 점점 높이는 경향을 보이고 있다.<sup>34)</sup> 한 연구에 따르면 환자측에 대한 손해배상 평균 인용비율이 2002~2004년 55%, 2005~2007년 43%, 2008~2010년 39.54%로 매년 줄어들고 있어 환자측 피해구제에 소극적으로 변하고 있는 것을 알 수 있다.<sup>35)</sup>

하급심에서 선고된 분만손상으로 인한 뇌성마비사건<sup>36)</sup>을 살펴보면 다음 <그림 3-1>과 같이 1990년대 후반과 2000년대 초반사이에서도 눈에 띄게 차이가 나는바, 사회적 상황이 크게 변하지 않았음에도 불구하고 과실상계비율이 갑자기 변한 것에 대한 당사자설득이 있어야 할 것이다.

34) 2009. 12. 16자 법률신문에는 ‘최근 법원의 의료과소소송에서 의사의 책임을 80% 초과해 인정하는 경우는 거의 찾아보기 힘들다.’는 보도까지 되고 있다.

35) 유동훈, 「産婦人科 醫療訴訟 判決上 責任制限 比率에 관한 研究」, 고려대학교 법무대학원 석사학위논문, 2014. 6. 제13면 참조.

36) 인천지방법원 1996. 1. 25. 선고 95가합 11685 판결, 서울지방법원 1996. 2. 21. 선고 94가합 42049, 서울지방법원 1996. 4. 17. 선고 93가합67881 판결, 서울고등법원 1997. 4. 7. 조정 97머1487, 대법원 1997. 7. 29. 선고 96나18122 판결, 서울지방법원 2000. 11. 14. 조정 2000머38219, 서울지방법원 2001. 5. 31. 조정 98가합85907, 서울지방법원 2001. 8. 29. 선고 98가합 106347 판결, 서울지방법원 2002. 5. 16. 조정 2000가합58243, 서울지방법원 2002. 5. 29. 선고 99가합 110701 판결.



<그림 3-1> 분만손상으로 인한 뇌성마비사건에서 과실상계비율의 변화

다수설도 의료과실사건에서 환자측의 행동이 치료효과에 결정적인 영향을 미칠 경우에는 책임제한 내지 과실상계를 하여야 한다는 점에 대하여는 이의가 없다. 왜냐하면 의료행위도 환자와 의사의 협력관계이어서, 환자측의 행동(요양방법지도에 잘 따를 간접의무)이 치료효과에 결정적인 영향을 미치기 때문이다.

그러나 환자는 의사에게 생명과 신체의 완전성을 위임하여 그 처분에 따르는 것이 특징이다. 또한 의료는 질병의 치료가 목적이고, 의료인은 질병 때문에 존재하는 직업인바, 피해자가 질병이나 체질적 소인을 가지고 있다는 이유로 책임제한사유로 삼는 것은 논리에 맞지 않는다고 생각한다.

따라서 환자에게 불충분한 부분이 있었더라도, 그것을 환자 측의 과실로 바로 결부시킬 수는 없다.

대법원<sup>37)</sup>은 ‘불법행위로 인한 손해배상 청구사건에서 과실상계사유에 관한 사실인정이나 그 비율을 정하는 것은 그것이 형평의 원칙에 비추어 현저히

37) 대법원 2005. 6. 24. 선고 2005다16713 판결.

불합리하다고 인정되지 않는 한 사실심의 전권에 속하는 사항이다.’라고 하고 있으므로 사실심에서 과실상계요건을 적극적으로 다룰 필요가 있다.

## (2) 책임제한사유의 불명확화

법원이 1990년대 초반 과실상계를 자제하다가 2000년대 들어 상계율을 높이는 경향을 보이자, 의료의 특수성에 비추어 환자측 소인을 과실상계대상으로 하는 것이 사회정의에 부합하느냐는 비판을 받기 시작하였다. 이에 과실상계를 책임제한으로 바꾸었고, 손해배상액산정시 정책적 고려를 더하여 환자측 제한비율을 높이고, 의료기관측 책임을 줄이고 있다. 법은 법적안정성과 그를 바탕으로 예측가능성이 확보되어야 한다. 현재 의료판례는 자동차교통사고와 같이 예측가능한 책임제한사유가 없이 적용하여, 소송당사자로 하여금 판결에 쉽게 동의하기 어렵게 하는 요인이 되고 있다. 법원이 제시하는 책임제한사유와 비율이 달라 판결결과에 대한 예측이 어렵다.<sup>38)</sup> 향후 법원은 형사사건에서 양형기준표와 같은 객관화된 과실상계표나 책임제한사유를 제시할 필요가 있다고 본다.

## 2. 저액의 위자료

우리 법원은 위자료를 일정한 상한으로 정해 운영하고 있으나,<sup>39)</sup> 그 기준이

38) 류동훈, 위 석사논문 제73면 이하에서 “책임제한에 대한 법원의 관할지역적 경향이 예측되거나, 시기에 따른 책임제한 경향의 변동이 있는 점, 단순히 인용률에 따라 기계적으로 책임제한율의 산정에 이르는 것으로 강하게 추정되는 점 등 ‘책임제한의 기준’이 존재하지 아니하거나 존재하더라도 그 객관성에 심히 의심이 있는 문제가 있음에 그치지 아니하고 더 나아가 ‘책임제한 자체’의 형평성·공정성의 측면에서도 다수의 허점이 존재하는 것으로 보이는바, 자유재량이라는 법원의 책임제한에 관한 전권의 행사가 반드시 대법원(대법원 1992. 11. 27. 선고 92다32821 판결)이 실시한 대로의 ‘형평의 원칙에 비추어 불합리한 경우’의 정도에 한하지 아니하더라도 다수의 불합리한 결과를 양산할 수 있음은 충분히 예견 가능하다 할 것이다”고 책임제한사유와 비율의 불분명함을 지적하고 있다.

39) 2012년 현재 우리 법원은 교통사고의 위자료를 금 8,000만 원의 범위 내에서 인정하고 있는바, 일본은 4,000만 엔 전후의 위자료를 인정하고 있는 점에 비추어 우리도 현재보다는 훨씬 상향된 위자료가 인정되어야 할 것으로 생각된다.

어떻게 산정된 것인지에 대한 객관적인 기준을 알 수 없다. 법원은 대체로 의사의 과실이 인정되는 경우 6,000만 원을, 설명의무만을 위반한 경우에는 2,000만~3,000만 원을 기준으로 정한 다음 환자의 노동능력상실률과 과실비율을 감안해 위자료 금액을 결정하고 있다.<sup>40)</sup>

그러나 이러한 배상기준은 소송보다는 시위를 주도하게 하는 큰 요인이 되고 있다. YS정권에서 있었던 3대 사건을 보자. 1994. 10. 21. 발생한 성수대교 붕괴로 32명이 사망하고, 17명이 부상당하는 사고가 발생하자, 사망자 1인당 금 1억5천만 원(서울시 7,000만 원, 동아건설 8,000만 원, 당시 위자료 상한은 금 4,000만 원임)의 위로금이 지급되었다. 1995. 4. 28. 발생한 대구지하철가 스펙발사사고로 300여명이 사망하고, 202명이 부상당하자, 정부는 사망자 1인당 금 1억7천만 원의 특별위자료를 지급하였다. 1995. 6. 29. 삼풍백화점이 무너지면서 사망 502명, 실종 6명, 부상 937명이 발생하자, 정부는 사망자 1인당 1억7천만 원의 특별위자료를 포함하여 평균 3억2천만 원의 보상금이 지급되었다.<sup>41)</sup>

불법시위를 하면 적법절차에 의하여 소송을 하는 것보다, 시간, 비용, 노력 등 모든 면에서 유리한데 굳이 소송을 할 이유가 없다. 그 원인이 대형참사나 지방선거 등 정치적 상황논리로만 돌릴 수는 없다. 다수의 인권은 시위로 보장되고, 소수의 인권은 법원으로부터 제대로 보호받지 못한다는 불평이 없지 않다.

그보다 더 큰 문제는 생명을 굳이 살리려는 동기유인이 없다는 점이다. 예를 들어 분만과정에서 사산하는 경우와 살아 출생하였지만 아프가 점수가 0점에 가까워 가사상태로 출생한 경우에 손해배상액은 엄청난 차이가 있다.<sup>42)</sup> 전자

40) 박영호, “의료소송에 있어 손해배상액 산정에 관한 최근 10년간 판례의 동향”, 2009. 11. 21. 대한의료법학회/법원의료법분야연구회 공동학술대회 자료.

41) 이에 대한 비판으로 서울변호사회 발간 1996. 8.호 시민과변호사의 “법과 사람값”이라는 기고문에 잘 나타나 있다.

42) 서울고법 2007. 3. 15. 선고 2006나 56833 판결은 분만 중 사산한 사건에 대해 ‘태아가 모체로부터 전부 노출되었다 하더라도 그 이전에 사망하였다면 비록 외관상 구조적인 이상이 없다 하더라도 이미 생존하지 않는 사체에 불과하여 사람으로 평가할 수 없으나, 다만 태아의 부모에 대한 의료과오로 인한 위자료를 산정함에 있어서 출산을 마친 직후

는 산모의 일부로서 사람으로 보지 않기 때문이다. 그렇다면 어느 의사가 최선을 다해 급속분만을 통해 살리려고 노력할 것인가?

일반적으로 위자료의 기능은 비재산적 손해의 전보를 목적으로 하는 전보 기능, 2차적으로는 사고를 낸 가해자에게 제재적 기능, 피해자나 그 가족들에 대하여 정신적 고통을 위안·완화·만족시켜 주는 만족기능, 피해자나 사회가 품는 감정에 대해 사회가 평가하는 가치를 법관이 자유재량에 의하여 일정한 금액으로 형상화(形象化)하는 감정 가치표상(感情價値表象)기능, 피해자가 입은 손실을 극복하기 위한 경제상의 자유를 부여하는 극복기능, 재산상의 손해를 입증하기 어려운 경우에 재산적 손해를 보완 내지 조정하는 보완기능<sup>43)</sup> 등을 하고 있고, 또한 이러한 기능을 하여야 한다.

세계적으로 미국과 같은 징벌적 위자료제도를 취하고 있는 경우가 아니라도 위자료는 고액화 경향을 보이고 있다. 우리나라에서는 명예훼손과 같은 비재산적 손해에 대하여는 징벌적 손해배상개념으로 고액의 위자료를 인정하고 있다.<sup>44)</sup> 특히 의료사고는 입장의 불호환성(不互換性)이란 특징을 가지고 있어 의료인에 대한 보상심리가 크다. 교통사고와 같은 누구도 가해자와 피해자가 뒤바뀔 수 있어 위자료가 적게 인정되더라도 불만이 적다. 왜냐하면 피해자 자신이 언제라도 가해자가 될 수 있는 개연성이 있기 때문에 상호 이해와 양보

사망한 신생아의 손해에 대한 법적 평가액을 아울러 참작함이 상당하다.'고 하여 위자료로 금 7,500만 원을 인정한 바 있다.

43) 서울중앙지법 2004. 11. 10. 선고 2003가단97495(본소), 2003가단184498(반소) 판결은 환자의 유족들이 의료사고를 주장하며 의료기관 앞에서 장기간 농성 및 시위를 하여 진료수입이 감소된 사건에 대하여 진료비감소부분에 대한 입증이 부족하다고 하면서 재산상 손해배상청구는 기각하였지만 '... 의료과실 존재가 확정되지도 아니한 상태에서 다수인이 인실 할 수 있는 장소에서 "살인병원"이라는 소리를 들으며 여러 차례 사죄를 강요 당함으로써 의사가 그동안 참을 수 없는 정신적 고통을 당하였음이 명백하므로, 환자의 유족들은 금전적으로나마 이를 위자하여야 할 의무가 있다. 의사에게 영업손실이 전혀 없었다고 단정하기도 어려운 점 등을 고려하여 2,500만 원으로 정한다.'고 하여 위자료의 보완적 기능에 따른 선고를 하였다.

44) 일례로 김영삼 전대통령 아들인 김현철씨가 1996년 한겨레신문사를 상대로 한 명예훼손 손해배상소송에서 금4억원의 위자료가 인정된 바 있고, MBC 앵커우먼을 지낸 백지연 아나운서가 1999년 스포츠투데이사를 상대로 제기한 사생활침해사건에 대하여 금 1억원의 위자료가 인정된 바 있다.



가 깔려 있다. 그러나 의료사고에서 환자가 의사입장으로 바뀔 개연성이 없으므로 보상심리가 매우 커지는바, 법원은 위자료의 범위를 높게 인정할 필요가 있다. 현실적으로는 2원적 배상기준을 적용하는 것도 고려할 수 있다. 즉, 수술의 긴급성이나 필요성이 있는 보험급여대상인 치료형 수술과 그렇지 않고 비보험적용대상인 미용성형용 수술을 구별하여 전자에는 적은 위자료를, 후자에는 고액의 위자료를 인정하는 것이 적극 고려되어야 한다.

그럼에도 법원은 의료소송에서 의사의 책임을 점차 낮게 인정하면서, 의사에게 묻는 위자료 액수도 점차 ‘소액화’돼가고 있어, 의료소송 전문가들은 “최근 들어 명예훼손으로 인한 위자료가 고액화되는 추세를 반영해 의료사고로 인한 위자료도 현실화시켜야 한다.”고 비판하고 있다.<sup>45)</sup>

### 3. 손해배상의 사회적 분산부담

#### - 의료행위의 공공성, 비영리성과 위험비용 수가 산입

현재 우리나라는 전 국민이 의무적으로 가입하는 공보험으로서의 국민건강보험제도를 운영하고 있다. 의료기관은 저수가라는 불만이 크고, 그럼에도 손해배상은 무한대로 확대되고 있다는 불만이 있다. 의료행위는 그 자체가 침습성을 가지는데다가 비영리성, 공익성 등 일반 불법행위와 달리 의료행위로 인한 피해를 모두 의료기관에 전가시키는 것은 불합리하다는 생각을 일부 가지고 있는 듯하다. 그러나 급여 및 비급여 의료행위<sup>46)</sup>도 일반 자동차사고나 산재사고와 마찬가지로 수가에 위험비용(risk fee)이 산입되어 있고, 그 비용은 <표 3-1>과 같이 전체 100분률 중 1.4%로서 연간 약 4,000억 원 가량되고 매년 수가인상분에 따라 같이 증액되면서 각 의료기관에 지급되고 있어 일반 불법행위와 차별을 둘 근거가 그리 많지 않다. 전체 상대가치점수 규모 26조

45) 법률신문 2009. 12. 1. 및 12. 16.자 각 기사 참조.

46) 미용성형수술과 같은 비보험진료수가에는 위험비용이 당연히 산입되어 있어 고가진료비를 받고 있다.

337억 원<sup>47)</sup> 중 위험도는 3,511억 원으로 1.4%를 차지하고 있다.

<표 3-1> 상대가치점수체계와 위험도반영률

전체	업무량		진료비용		위험도	
	총액	%	총액	%	총액	%
260,337	97,669	37.7	157,882	60.9	3,511	1.4

<표 3-2> 행위의 난이도 및 위험도 등을 반영한 수가 가산제도

구분		내용
장애 인	치과 진찰료 및 처치· 수술료	○ 뇌병변장애인, 지적장애인, 정신장애인, 자폐성 장애인 - 치과 진찰료에 630원(의원급)가산 및 치석제거 등 15개 항목 기본수가의 100% 가산 적용
	자연분만	○ 장애인으로 등록된 산모 - 자연분만 및 분만 전·후 처치 기본 수가의 50% 가산
신생아		○ 마취료 및 한방 침술 기본 수가의 60% 가산
소아		○ 만 6세 미만, 만 8세 미만 소아의 경우 ... 항목별 기준 상이 - 검사료, 영상진단 및 방사선치료, 정맥주사료, 투약 및 조제료, 조혈모세포 수집·주입료, 마취료, 치과처치 및 수술료, 한방 시술·처치료 등 항목별 기본 수가의 10~30% 가산
만 70세 이상 노인		○ 마취료 기본수가의 30% 가산
고령산모 분만가산		○ 만 35세 이상 고령산모의 자연분만 - 분만 기본수가의 50% 가산

일부 판결에서는 고령이나 면역성이 저하된 환자에 대하여는 고도의 주의 의무를 부과하지 않고, 책임제한 내지 면책사유로 판단하기도 하나, 건강보험 수가에는 <표 3-2>에서 보는 바와 같이 행위난이도가 높거나 위험한 경우에는 가산제도를 두어 더 많은 진료비를 지급하고 있다. 손해배상책임의 기본원칙은 ‘위험 있는 곳에 책임 있다’, ‘이익 있는 곳에 책임 있다’인바, 가산수가를

47) 진료비로 지급된 금액은 26조를 훨씬 넘는 금액이나, 그 급여비 중에서 상대가치점수가 적용되지 아니하는 부분(약제, 치료재료, 식대, 혈액, 요양병원)을 제외하였기 때문에 총 진료비와 차이가 있다. 위험도는 2009년도의 의료비에 2012년도 신상대가치점수로 반영된 것으로, 상대가치점수가 적용되는 진료비를 기준으로 그 비율을 산정하였다. 연도별 진료량 및 환산지수에 차이가 있고, 행위목록의 수에도 차이가 있어, 정확한 수치는 기준 연도에 따라 조금씩 달라진다.

더 지급하는 고위험환자에 대하여 과실책임을 제한시키는 것은 설득력을 잃을 수 있다.

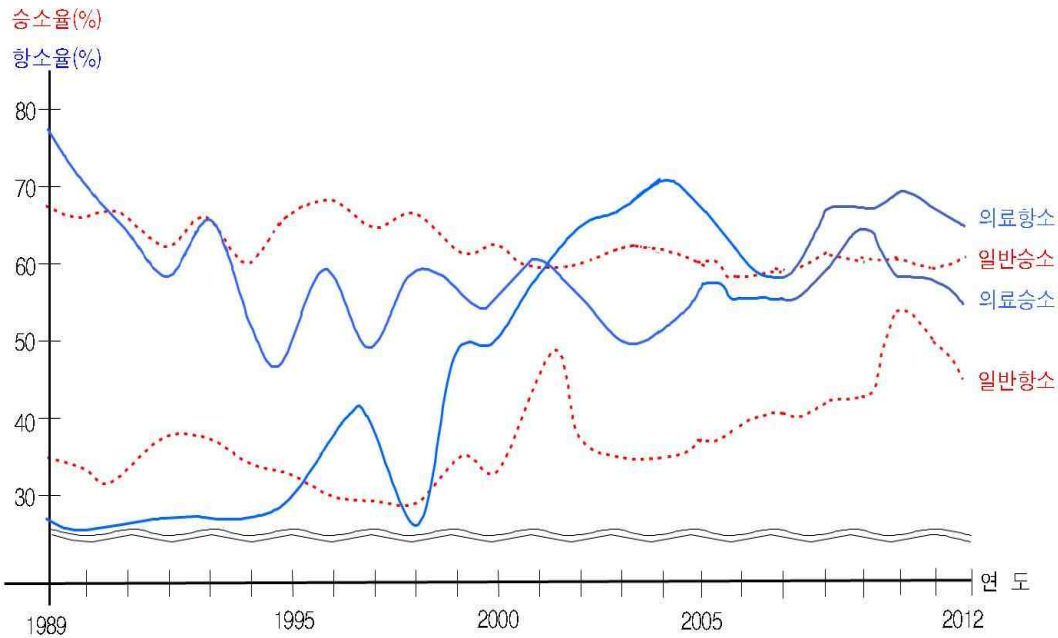
#### IV. 마치며

의료소송에서 1심 판결에 불복하여 항소하는 비율은 <표 4-1>, <그림 4-1>과 같다. 전체 사건과 비교할 때, 통상적으로 합의사건 승소율은 60%대 이고 항소율은 30% 대에서 평행선을 그리고 있는 반면 의료사건은 원고승소율이 높을 때는 항소율이 낮으나, 원소패소율이 높아질수록 항소율이 높아진다는 점이다.

<표 4-1> 민사1심 합의사건 본안판결 항소율

연도\내용	전체 소송				의료 소송			
	처리건수	판결	항소건수	비율(%)	처리건수	판결	항소건수	비율(%)
1989	32,421	23,540	8,230	35.0	42	34	8	23.5
1990	37,861	27,067	9,191	34.0	68	48	4	8.3
1991	47,503	34,320	11,030	32.1	88	72	12	16.7
1992	42,066	29,088	11,508	39.6	81	57	15	26.3
1993	31,961	23,157	8,730	37.7	137	98	9	9.2
1994	33,988	22,770	7,823	34.4	163	115	22	19.1
1995	39,228	26,011	8,677	33.4	115	82	25	30.5
1996	44,091	29,853	8,888	29.8	229	125	51	40.8
1997	48,351	31,531	9,718	30.8	303	181	73	40.3
1998	49,766	32,564	9,783	30.0	475	308	74	24.0
1999	41,109	27,091	9,691	35.8	396	216	104	48.1
2000	40,454	25,880	8,889	34.3	361	221	115	52.0
2001	35,552	22,700	11,538	50.8	585	263	150	57.0
2002	28,001	18,327	7,239	39.5	492	228	145	63.6
2003	31,939	21,211	7,553	35.6	735	393	267	67.9
2004	35,163	22,035	7,724	35.1	755	384	273	71.1
2005	40,930	25,669	9,697	37.8	772	355	239	67.3
2006	40,633	25,978	10,534	40.5	749	372	243	65.3
2007	44,359	27,580	11,196	40.6	932	470	280	59.6

내용 연도	전체 소송				의료 소송			
	처리건수	판결	항소건수	비율(%)	처리건수	판결	항소건수	비율(%)
2008	48,880	29,794	12,305	41.3	894	451	302	67.0
2009	53,387	33,024	13,725	41.6	911	406	272	67.0
2010	51,897	32,022	17,912	55.9	782	380	260	68.4
2011	53,437	33,662	16,485	49.0	881	468	314	67.1
2012	54,475	34,708	15,818	45.6	992	506	332	65.6



<그림 4-1> 민사1심 합의사건·의료소송 본안판결의 승소율·항소율

이는 의료소송이 다른 소송에 비하여 재판승복율이 떨어진다는 추정이 가능하다.<sup>48)</sup>

그 원인으로서 판결이 환자가 억울해 하는 부분에 대한 규범적 판단이 아니라, 임상진료지침에 따랐느냐 여부를 중심으로 사실적 판단에 치우친 것이 하나라고 생각한다.

판결은 최종적인 분쟁해결의 장이다. 또한 판례는 임상진료지침으로서 사고의 재발을 막는 기능을 함으로써, 환자의 생명보호는 물론 안정적 의권보호

48) Branda Hale 영국 대법원관은 2010. 5. 17.자 법률신문 인터뷰에서 '아무리 잘한 판결이라도 국민을 납득시키지 못하면 옳은 판결이라고 말하기 어렵다'라고 하였다.

역할을 하고 있다. 의료판례가 환자의 권리구제와 함께 우리나라의 의료수준을 높이는 가이드라인이 되어야 하는 반면, 지나치게 환자의 입장만을 고려한 책임을 인정하게 된다면 환자의 피해구제에는 기여할 수 있으나, 의권의 위축과 방어진료라는 부작용이 발생하게 된다.

향후 판결을 통해 의사가 시행하여야 검사, 치료, 경과관찰 등의 구체적인 기준을 인지하고, ‘해야 할 진료행위를 하지 않은 경우에는 책임을 묻고, 사회상규에 비추어 해야 할 행위를 어느 정도 한 경우에는 면책할 수 있도록 할 필요가 있다. 우리 의료판례가 손해의 공평부담원칙에 충실하는 것과 아울러 임상의학에서 ‘살아있는 법’으로서의 역할을 충실히 할 수 있다고 생각한다.

주제어: 의료소송, 의료계약법, 규범적 평가, 사실적 평가, 책임제한사유, 위자료, 의료수가, 행위위험료

[ 참 고 문 헌 ]

[국내문헌]

- 곽윤직, 『민법총칙』, 제7판, 박영사 2010.
- \_\_\_\_\_, 『채권각론』, 제6판, 박영사 2007.
- 권광중, “의료소송의 절차상의 제문제”, 『재판자료』, 제27집, 법원행정처 1985.
- 김기영, “독일 환자권리법 정부안에 관한 고찰-의료계약의 입법화와 환자안전을 중심으로”, 『한국의료법학회지』, 제20권 제2호, 2012.
- \_\_\_\_\_, “독일의 환자권리법에 대한 입법정책적 논의와 중요사항”, 『법제연구』, 제44호, 2013.
- 김만오, “의료과오에 관한 판례의 동향”, 『민사법학』, 제27호, 한국민사법학회 2005.
- 김민중, “의료분쟁 판례의 동향과 문제점”, 『의료법학』, 창간호, 대한의료법학회 2000.
- \_\_\_\_\_, 『의료분쟁의 법률지식』, 청림출판사 2002.
- 김천수, “의사의 설명과오책임에 관한 국내 판례의 분석, 민사재판의 제문제 (상)”, 『송천 이시윤박사 화갑기념 논문집』, 송천 이시윤박사 화갑기념 논문집 간행위원회 1995.
- 박수곤, “의료계약의 민법편입과 과제”, 『민사법학』, 제60호, 2012.
- 박영호, 『의료분쟁과 법』, 법률정보센타 2005.
- \_\_\_\_\_, 『의료소송에 있어 손해배상액 산정에 관한 최근 10년간 판례의 동향』, 대한의료법학회/법원의료법분야연구회 공동학술대회 자료. 2009.
- 박일환, “의사의 설명의무와 환자의 승락”, 『재판자료』, 제27집, 법원행정처 1985.
- 백경희, 「의료사고 민사책임의 성립과 범위에 관한 연구」, 고려대학교 대학원 법학박사 논문, 2008.
- 석희태, “의료과오소송 원고의 증명부담 경감-대법원 판례상 ‘일반인의 상식’ 문언을 중심으로-”, 『의료법학』, 제8권 제2호, 대한의료법학회. 2007.
- 신은주, ““의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률’에 있어서 조정 제도 및 향후 전망”, 『한국의료법학회지』, 제19권 제1호, 한국의료법학

회 2011.

- 신현호, “법과 사람값”, 『시민과 변호사』, 서울변호사회, 1996. 8월호.  
\_\_\_\_\_, “의료소송의 현황과 문제점”, 『법조』, 통권 제538호, 2001.  
\_\_\_\_\_, 『의료소송총람』, 법률정보센터, 2005.  
\_\_\_\_\_, 『의료소송총론- 의료행위와 의사의 법적 책임』, 육법사, 2000.  
\_\_\_\_\_, 『의료소송총론』, 각론, 육법사 2012.  
\_\_\_\_\_, “최근 의료민사소송의 현황과 절차적 제문제”, 『한국의료법학회지』, 제8권 제2호, 한국의료법학회, 2010.  
이승우, “의사와 의료법인의 법적 책임제한”, 『민사법연구』, 제14집 제2호, 대한민사법학회 2006.  
주호노, 『의료와 법률』, 유성문화사 1992.  
법원행정처, 『사법연감』, 법원행정처 1990~2013.  
사법연수원, 『보건환경범죄론』, 사법연수원 2005.

[외국문헌]

- 蒔 立明・中井美雄, 医療過誤法, 青林書院 1994.  
中川善之助・兼子一 監修, 實務法律大系, 青林書院新社 1979.  
唄 孝一, 現代医療においでの思考と過誤訴訟, 現代損害賠償法講座 4. 医療事故・製造物責任, 日本評論社 1974.  
麿内清三, 医療紛争の防止と対応策, 第一法規 1993.  
唄 孝一・宇都木伸・平林勝政 編, 医療過誤判例百選 [第二版], 別冊 ヅュリスト No. 140, 有斐閣 1996. 4.  
助川裕, 医療過誤訴訟の現状と展望, 日本信賴性學會誌(REAL誌), VOL.24. No.2., 日本信賴性學會 2002.  
手嶋豊, 医療事故の民事責任をめぐる近時の動き, ヅュリスト No. 1339, 2007. 8.

## Critical Overview on Changes of Judicial Precedents in the Medical Cases of Korea

- In Relation with Forms of Judgments and Damages -

SHIN HYUN HO

*attorney at law/Dr. jur*

### =ABSTRACT=

Compared with medical cases and health care law from other countries there has been a lot of progress on medical law, especially on medical precedents in Korea.

However, in recent years, medical precedents tend to reflect a realistic position of health care providers, rather than normative position of the victim.

The burden of proof to prove strict liability is given to patients in civil law suits by courts, patients generally has the burden of proof. The rate of claims to prove the negligence of medical malpractice is falling significantly. Even if the error is acknowledged, it is not enough to get right to be relief for patients by increasing limitations of liability or ratio of patient's own negligence.

Compensation fee is included in medical fees and risk of medical malpractice actions contributes ultimately to a health care consumer. In conclusion, author represents a major the new upgrade of above mentioned problem. By advising that court should assess actively for the perspective of victim for medical negligence we will be able to exercise remedies of patients' rights and to prevent recurring medical accidents and also contribute to medical advances.

Keyword: Medical litigation, medical contract law, normative assessment, realistic assessment, limitation of liability, alimony, medical fees, conduct risk charges