

# 醫療過誤의 因果關係에 관한 立證輕減\*

朴鍾權\*\*

I. 序論	4. 表見證明을 적용한 회피가능성의 사례
II. 間接事實로부터 經驗則에 의한 推認	IV. 責任原因과 因果關係의 一體的 判斷에 의한 立證輕減
1. 概念	1. 責任原因과 因果關係의 一體적 認定과 判斷
2. 다른 原因과의 判別의 問題	2. 條件關係의 적용여부
3. 回避可能性의 問題	3. 參考判例
4. 因果關係의 綜合的 判斷	V. 結語
III. 因果關係推定으로서의 表見證明	[참고문헌]
1. 表見證明의 概念	
2. 表見證明의 規範的 價値判斷	
3. 表見證明을 적용한 다른 原因과의 判別의 사례	

## I. 序論

의료과오에 의한 손해배상청구소송이 증가하면서 의사의 책임을 인정하기 위한 요건사실 중 과실<sup>1)</sup>이나 인과관계의 입증에 중요한 문제로 등장하게 되었다. 이러한 의료과오는 입증하기가 쉽지 않으므로 과거에는 그 자체를 불법행위로 구성<sup>2)</sup>하였으나 최근에는 채무불이행책임으로 단독 구성하거나 불법행위책임과 병합하여 청구하기도 한다.<sup>3)</sup>

\*본 연구는 2002학년도 경기대학교 학술연구비(신진연구과제) 지원에 의하여 수행되었음

\*\* 경기대학교 법학부 교수

1) 상세히는 石熙泰, "醫療過失 判斷基準에 관한 學說·判例의 動向", 의료법학(창간호), 한국사법행정학회, 2000, 330면 이하.

2) 吳錫洛, "醫療過誤의 立證", 法曹, 1977, 20면.

3) 中野貞一郎, "醫療債務의 不完全履行と證明責任", 現代損害賠償法講座(4), 有斐閣, 1977, 71面.

특히 의료과오소송에서 의사의 과실에 대한 증명이 어려운 것은 의료행위의 專門性, 密行性, 載量性이라는 특질에 기한 것이라 할 수 있다. 따라서 일반적인 증명책임분배를 의료소송에 적용하는 것은 의사측 또는 환자측에게 증명곤란의 불이익을 일방적으로 부담시키는 결과가 될 수 있으므로 일반적인 증명책임의 분배를 의료과오소송의 실질에 맞게 이론적인 수정을 하는 노력이 요청된다고 할 수 있다.

어떤 행위와 손해 사이에 인과관계가 존재한다는 사실의 증명책임이 損害賠償請求를 하는 피해자측에 있다는 원칙은 입증 곤란하거나 주요한 증거가 상대방의 지배내에 있는 의료과오소송의 경우에는 그 적용을 緩和시키거나 증명책임의 轉換을 인정하여 의사측에게 因果關係不存在의 증명책임을 부담시켜야 할 것<sup>4)</sup>이라는 주장도 제기된다.

소송상 증명책임의 전환에 관하여 문제되는 것은 증명이 곤란한 경우로서, 소송상의 지위를 평등하게 하는 공평이나 사회적·법적 질서의 요청을 고려하여 요건사실의 증명이 곤란한 경우에 推定規定 기타의 特別規定을 설정하여 그 조정을 꾀하는 것이 바람직하다. 그러나 어떤 요건사실이 소극적 사실로 있기 때문에 증명이 곤란한 경우나, 특히 증거가 증명책임부담자의 상대방의 지식의 범위 내에 있는 경우나, 상대방이 입증을 고의로 불능 또는 현저히 곤란하게 한 경우에는 증명책임의 분배가 좌우될 수 있다. 이와 같이 입증하기가 곤란한 경우는 證據提出責任의 전환, 증명책임에 관한 事實上的 推定 혹은 自由心證의 활용에 의해 구제하는 것이 타당하다고 할 수 있다.

본고에서는 의료과오의 특질에서 비롯된 입증책임을 경감시키는 이론 중 특히 '間接事實로부터 經驗則에 의한 推認', '表見證明', '責任原因과 因果關係의 일체적 判斷'을 중심으로 피해자를 구제하는 방안을 살펴보고자 한다.

4) 中野貞一郎, "醫療裁判における證明責任", *ジュリスト(特輯·醫療と人權)*, 548號, 311面; *東京地判*, 1967.6.7. *判例時報*, 485號, 21面.

## II. 間接事實로부터 經驗則에 의한 推認

### 1. 概 念

의료과오소송에서는 과오의 인과관계를 입증하기가 곤란한 경우가 많다. 따라서 원고인 환자측을 구제하기 위해 높은 개연성이 과학적으로 명백히 증명되지 않는 한 간접사실로부터 경험칙에 의한 사실상의 추정<sup>5)</sup>을 근거로 추인하는 것을 기본으로 한다. 가령, 간접사실 하나하나와 주요사실 간의 관련성은 경미하더라도 복수의 간접사실이 상호 보강되거나 결합함에 의해 그 蓋然性<sup>6)</sup>이 비약적으로 높아질 수 있으므로 보다 많은 간접사실의 입증이 시도되어야 할 것이다.

여기서 여러 개의 간접사실에 대해 경험칙을 적용하는 요소로서는 ‘당해 의료행위와 악결과와의 시간적 접근성’, ‘원인이 되는 의료행위의 의술의 준칙위반’, ‘타원인의 개입가능성 배제’, ‘통계적 인과관계’<sup>7)</sup> 등이 고, 이를 바탕으로 사실상 추정이 인정되는 경우에는 상대방은 구체적, 특징적인 사정의 증명(간접반증)에 의하여 추상적, 불특정적인 과실의 추인을 방해 또는 저지할 수 있다.<sup>8)</sup>

따라서 經驗則에 의한 間接事實로부터 의료과오를 推認하기 위해서는 간접사실을 충분히 평가하여야 하며, 당해 소송에서 입증 곤란성을 완화시키기 위해 경험칙에 의한 추론이 넓게 허용될 수 있다. 인과관계 유무

5) 尹奎漢, “間接反證”, 裁判資料(第25輯), 1985, 386面은 法律上 推定은 그 추정에 의해서 立證責任의 轉換이 발생함에 대하여 事實上 推定의 분야는 間接事實에다 經驗則을 適用한 結果 法官이 主要事實의 존재에 관하여 心證을 形成하는 自由心證의 領域내일뿐 立證責任의 문제는 아니므로 그로 인하여 立證責任의 所在가 變動되지 않는다는 점에서 兩者는 분명하게 區別된다고 한다.

6) 大判, 1990.6.26, 선고 89다카7730은 “民事訴訟에 있어서의 因果關係의 立證은 經驗則에 비추어 어떠한 사실이 어떠한 結果發生을 초래하였다고 시인할 수 있는 高度의 蓋然性을 證明하는 것이며 그 판정은 通常人이라면 의심을 품지 아니할 정도로 眞實性의 확신을 가질 수 있는 것이 필요하고 또 그것으로 족하다”고 判示하고 있다.

7) 손명세·이인영, 산부인과 판례로 본 의료소송의 이해, 동림사, 2001, 302면. 그 외에 의료행위처치의 부존재, 의료행위의 양과 결과발생율, 의료행위의 내용과 결과발생율, 의료행위와 생체반응의 생물학적 관련성, 환자의 특이성, 불가항력도 들어지고 있다.

8) 全炳南, “의료소송에서의 입증책임의 완화”, 의료법학(제2권 제2호), 2001, 343면.

의 판단에서 간접사실은 작위적 의료과오와 부작위의 의료과오라는 두 가지 유형으로서 분석될 수 있다. 그리고 의료과오소송에서는 원고가 의사의 책임원인에 해당한다고 주장하는 진료행위로 인해 환자의 死傷이 발생했다는 인과관계를 피고가 다투는 형태이다. 이것은 '다른 원인과의 판별의 문제'와 '회피가능성의 문제'라는 두 가지 측면으로 나뉘는데, 각각 판단방향이 다를 뿐만 아니라 중요시되는 간접사실의 유형에 차이가 있다.

## 2. 다른 原因과의 判別의 問題

'다른 원인과의 판별의 문제'란 환자에게 발생한 死傷의 결과가 원고가 주장하는 診療行爲에 의한 것인가, 이것과는 무관한 다른 원인에 의한 것인가를 판별하는 것이다.

피고가 주장하는 다른 원인은 원고가 責任原因에 해당한다고 주장하는 일정한 진료행위나 환자의 질환에 대한 일련의 진료행위와는 무관한 환자의 다른 疾患이나 素因에 의한 반응·발증이라고 주장되는 것이 많다. 이와 같은 다른 원인과의 판별에서 인과관계가 인정되는 경우에는 원고가 책임원인에 해당된다고 주장하는 작위·부작위의 진료행위와 결과와의 조건관계라는 판단을 먼저 고려한다. 이를 전제로 하여 작위·부작위라는 진료행위가 아닌 피고가 주장하는 환자의 다른 질환이나 소인의 어느 쪽이 환자의 당해 사상의 결과의 원인으로 인정되는가를 판단하는 것이다.

이때 다른 원인의 부존재의 입증의 정도에 관하여 원고에게 다른 원인이 없다는 확정책임이 있는 것인가(피고의 반증은 직접반증), 아니면 피고에게 다른 원인이 존재한다는 확정책임이 있는 것인가(간접반증)가 문제될 수 있다.

다른 원인의 부존재라는 소극적 사실의 입증<sup>9)</sup> 자체는 곤란하나, 원고가

9) 最判, 1964.7.28. 民集 18卷 6號, 1241面은 마취주사시의 포도상구균감염사례에서 소거법에 의한 원인의 특징을 인정했다. 소거법에 의한 인정은 입증이 곤란한 사례에서 사실인정의 수단으로서 당해 사고의 원인으로 될 가능성이 있는 원인 A, B, C를 상정하고, 각각의 구체적 사실을 검토하여 이들 중 B, C를 부정하고 최고 가능성이 있는 A가 원인이라고 인정하는 방법이다. 이것은 다른 원인의 가능성이 많고 적음에 따라 원고가 주장하는 사고 원인의 추인에 직접 영향을 미치는 것이다.

주장하는 원인의 존재와 다른 원인의 부존재를 각각 분리하여 판정하는 것은 아니다. 통상인이 당해 사상의 결과가 다른 원인에 의한 것은 아닌가라는 의심을 갖지 않는 경우라면 원고가 주장한 원인의 개연성이 높다고 할 수 있다. 따라서 원고가 주장하는 원인과 상반하는 다른 원인에 대한 구체적 증거나 특단의 사정이 없으며 다만 일반적인 가능성에 그치는 것이다.

그러나 원고가 주장하는 원인에 대해서는 진료 경과나 환자의 증상이 환자의 死傷 원인이라고 인정된다면 원고가 주장하는 원인을 추인해야 한다고 본다. 가령, 안면경련을 근치하기 위해 腦神經減壓手術을 한 직후 발생한 腦內血腫 등으로 환자가 사망한 경우 수술이 血腫의 원인이라는 구체적 사정이 인정되는 사례에서 피고주장의 다른 원인인 고혈압성뇌내출혈에 의한 血腫발생은 가능성이 극히 낮음에도 불구하고 혈종의 원인이 본건 수술의 조작상에 잘못이 있었던 것으로 추인할 수 없다고 한 원심판결의 인정판단에는 경험칙위배가 있다<sup>10)</sup>고 하여 파기시켰다.

그리고 다른 원인과의 판별의 문제에서는 작위나 부작위의 과오 모두 다른 원인의 가능성에 대한 사실이 중요한 요소로 되고, 과오인 진료행위가 실행되어 신체에 의학적, 물리적인 침해가 된 작위의 의료과오의 경우, 간접사실의 각 유형이 넓게 판단 요소로 되었던 역사적 사실로서 추인될 수 있다. 이것은 엄밀한 과학적 증명과는 다른 법적 인과관계의 증명에서는 통상인의 입장에서 본 상식적인 판단으로서 환자에게 행해진 당해 진료행위의 시기·내용·部位와 환자의 발증의 시기·내용·部位에 따른 각각의 상관관계의 유무나 정도라는 요소가 중요성을 가지게 되고 이에 대한 의학적 설명이 가능하다면,<sup>11)</sup> 인과관계는 인정되기 쉽다.

이들의 상관관계를 증시하여 인과관계를 긍정한 판례에는 水虫治療를 위해 靛트겐線照射와 皮膚癌의 발생과의 인과관계를 긍정한 것<sup>12)</sup>과 熱傷患者에 대한 항생물질의 계속적, 광범위한 투여와 난청과의 인과관계를 긍정한 것<sup>13)</sup>이 있다.

10) 日最判, 1999.3.23, 判例時報, 1677號, 54面.

11) 橋本英史, “醫療過誤訴訟における因果關係の問題”, 新・裁判實務大系(1), 青林書院, 2000, 221面.

12) 日最判, 1969.2.6, 民集, 23卷 2號, 195面.

13) 福岡高判, 1990.6.29, 判例タイムズ, 741號, 211面.

### 3. 回避可能性의 問題

‘회피가능성의 문제’란 원고가 회피의무를 지키고, 회피조치를 실제로 취했다면, 환자의 死傷을 회피할 수 있었을까 하는 가능성이 다투어지는 경우에 환자가 罹患되어 진료행위의 대상으로 있던 질환이나 진료과정 중에 환자에게 발생한 病狀이 부득이한 진행인가의 판별이 쟁점으로 되는 경우이다.

의학적, 물리적 침해가 된 작위적 과오(예, 수술기구 조작의 잘못, 부작용 있는 약제의 투여)는 과오가 없었다면 당해 사상의 결과는 발생하지 않았을 것이라고 용이하게 판단되는 경우가 많으므로 주로 문제시되는 것은 부작위의 과오이다. 이러한 경우에는 특히 환자측의 입증곤란을 경감할 필요성이 큰 경우이다. 또한 회피가능성의 문제는 그 회피조치가 취해진 경우를 예측함에 있고, 당시의 전제사실<sup>14)</sup>이 역사적 사실의 인정에 관계되는 것도 실질적으로 다투어질 수 있는 것인가, 단순히 회피조치가 취해진 경우의 예측에 대하여 다투어지는 것인가에 의하여 규범적인 판단의 정도가 다르다고 본다. 그러나 전제사실의 문제는 특히 피고인 의사측의 의무위반 중에 전제사실의 문제에 관한 인정자료가 부족한 실정이었던 경우에 그 불이익을 모두 원고 환자측에게 부담시키는 것은 조리에 반하는 결과로 될 수 있으므로 구체적 사안에 따라 신중하게 고려하는 것이 필요하다.

환자의 소인<sup>15)</sup>과의 경합의 문제는 원고 주장의 원인과 배타적·택일적인 다른 원인과 판별의 문제이다. 의사의 책임원인과 다른 원인 등이 경합하여 당해 사상의 결과가 발생했다고 판단되는 경우로써, 이 경우에는 사실적 인과관계는 긍정되지만 다른 원인과 경합한 것을 어떻게 고려

14) 예컨대, 예방접종의 문진위반의 경우, 그리고 禁忌者 해당성의 유무, 검사의무위반의 경우에 당시 환자의 발암의 유무, 분만감시의무위반에서 당시 태아의 사망 유무를 들 수 있다.

15) 종래에는 胸腺性體質과 같이 特別한 診斷法을 사용하지 않으면 확실하게 알아낼 수 없거나 剖檢에 의해서만 確認될 수 있는 경우, ‘알레르기쇼크’와 같이 그 발생이 극히 稀貴한 경우에는 원칙적으로 醫師에게 책임이 없다고 하는 입장을 취하여 왔으나, 特異體質의 경우에도 醫師의 過失判斷에 있어서는 問診에서부터 檢査療法의 실시, 事後의 處置 등 醫療의 전과정을 통하여 평균적인 醫師로서의 注意義務를 충분히 다 하였는가 못하였는가를 판단하여야 할 것이고, 단순히 結果적으로 特異體質이라는 이유만으로 醫師로 하여금 萬能의 免責事由로 삼게 할 수 없다는 새로운 주장이 대두되고 있다(任熙東, “民事上 醫療過誤 訴訟에 관하여”, 裁判資料(第12輯), 1982, 429面).

하는가가 문제된다. 이와 관련하여 원고가 피고인 의사측의 책임원인에 해당하는 진료행위를 어느 형태로 특정하여 구성하는가는 동시에 인과관계에서 원인을 구성하는 것이므로 인과관계의 입증의 성부에 직접적으로 영향을 미치게 된다.

여기서 원고는 책임원인(회피의무위반)의 유무의 판단이 가능한 정도로 그 책임원인에 해당하는 진료행위를 개괄적으로 특정하고, 이것이 환자의 당해 사상의 원인인 것을 주요사실로서 입증한다면 보다 구체적으로 특정되는 진료행위는 그 하위의 간접사실로서의 의미를 가진다. 그리고 필요에 따라 그 존재의 가능성을 주장·입증하면 족한 것으로 된다면 인과관계의 입증의 곤란성을 상당정도 경감하는 것이 될 수 있다. 이와 관련된 판례로써 ‘피고가 투여한 복수의 약제 중 한 개 또는 복수의 상호작용인 것’<sup>16)</sup>이라는 택일적·개괄적인 인정을 허용한 경우가 있다.

실무상 다른 원인으로 많이 문제시되는 것은 ‘환자의 소인과의 경합’으로서 이것은 의료과오 소송에 특유한 문제이다. 이 경우 사례를 분리하여 고찰하는 것이 필요하다고 본다. 의사의 과오와의 경합으로서 문제되는 환자의 소인, 질환이나 병상이 처음부터 환자와 의사와의 진료계약의 목적으로 되어 이 진료행위에 책임원인이 인정되거나, 회피의무위반이 인정되는 경우 또는 그 환자의 소인 등이 단독으로는 손해를 발생시키지 않는 경우이다. 즉 책임원인과 당해 사상에 대한 전 손해액 사이의 인과관계가 긍정되는 경우에는 원칙적으로 당해 소인을 의사의 책임원인과 마찬가지로 귀책에 상당한 원인으로 하여 손해를 비율적으로 감액할 필요는 없다고 본다.<sup>17)</sup>

16) 日最判, 1997.2.25, 判例時報, 1598號, 70面.

17) 朴一煥, “醫療訴訟에서의 因果關係의 證明”, 大法院判例解說(第12號), 1990, 148~149면은 確率的 責任論이라고 표현하면서, 因果關係가 認定되면 전책임을 지고 인정되지 않으면 무책임이라는 법원리를 修正하여 부분적 책임을 인정하는 것으로서 患者側은 당초부터 어느 정도의 위험을 감수할 수밖에 없었는데도 불구하고 醫師의 過失이 있다는 이유만으로 危險에 대한 負擔까지 醫師에게 전가시키는 것은 타당하지 않다는데 理論的 근거가 있으나, 당초부터 존재하였던 危險率을 정확히 한다는 것은 不可能하고, 危險率은 醫學的 견지에서만 파악될 수 있는 것이 아니며 具體的 사건마다 危險率을 결정하는 조건이 다르기 때문에 現實的인 訴訟에서는 공허한 이론으로 전락하게 되어, 因果關係가 認定되면 전책임을 지고 인정되지 않으면 무책임이라는 원칙을 지킬 수밖에 없고 다만 慰藉料의 算定에서만 危險率을 고려할 수 있을 뿐이라고 한다.

그러나 환자의 질환에 대한 의사의 진료행위에 과실이 있고 환자의 소인에 의해서 연명기간이 한정된 경우나 후유증이 남겨진 경우의 損害額算定の 방법으로서 과실과 환자의 소인과의 경합이라는 개념을 이용하여 감액할 수 있다.

판례 중에는 연명기간의 문제나 남겨진 후유증의 문제에 대하여 ‘환자의 소인과의 경합’으로서 비율적 감액을 인정한 것이 있다. 즉 환자의 골절치료 처치가 적절하게 되었다면 환자에게 현재의 강한 후유증이 나타날 가능성이 낮은 것에 대해 의사의 과실을 긍정하고, 환자의 후유증 중에 5할은 의사의 처치여하에 관계없이 골절자체에 기인하여 발생한 것이므로 가해행위와 피해자의 질환이 함께 원인으로 되어 손해가 발생한 경우에 가해자에게 손해의 전부를 배상시키는 것이 불공평한 때에는 과실상계의 규정을 유추 적용하여 피해자의 당해 질환을 참작할 수 있는 것으로서 5할을 감액했다<sup>18)</sup>.

행해져야 할 진료행위가 전혀 행하여지지 않았다는 부작위의 경우는 현실의 원인력이나 신체에의 침해는 존재하지 않기 때문에 행해져야 할 진료행위의 내용에 관한 진료상의 주의의무위반의 존재·정도나 의학상의 통계적 자료가 비중을 차지하는 것이 많고, 회피가능성의 문제에서는 이것들이 중심으로 된다. 또한 의학상의 통계적 자료가 그 수치만으로는 고도의 개연성을 충족시키지 않는 경우는 이를 직접 귀책판단에 직결시켜서는 아니 되고, 의학상의 통계적 자료를 간접사실의 한 개로서 고려하여 진료상의 주의의무위반의 존재·정도와 병행하여 인과관계의 추정이나 책임원인과의 일체적 판단을 하는 것에 대한 타당성을 고려해야 할 것이다.

#### 4. 因果關係의 綜合的 判斷

‘인과관계의 종합적 판단’이란 각각의 책임원인인 과실에 대한 판단을 일정한 작위·부작위라는 진료행위로 나누지 않고 진료행위의 개괄적인 특징이라는 관점보다 넓게 보아 일련의 진료행위의 과정 전체를 종합적으로 평가하는 것이다. 이와 같은 과정으로서 과실과 손해 사이의 인과관

18) 京都地判, 1994.2.25, 判例時報, 1524號, 83面.



계를 파악하고, 개별의 진료행위 사이의 인과관계를 문제로 하지 않음으로서 환자측의 구제에 도움을 주어야 한다는 주장이 있다.

즉, 진료가 단순하거나 과오가 초보적인 경우는 인과관계와 과실의 유무를 간단하게 고찰하는 것으로 족하나, 진료가 복잡하고 수준이 높을 경우는 진료행위 전체로서의 행위·불행위와 결과 사이의 인과관계와 과실의 유무가 종합적으로 고찰되어야 한다. 또한 일련의 행위 전체와 결과 사이의 인과관계를 고려한다면 단적으로 인과관계를 긍정한 후 이들 일련의 행위에 과실이 있는가를 판단하는 것이다.<sup>19)</sup> 그리고 진료가 단순한 경우나 초보적 과오인 경우는 인과관계와 과실의 유무를 분리하여 고찰하는 것으로 족하고, 진료가 복잡하고 그 수준이 높은 경우는 진료행위 전체로서의 행위·부작위와 결과 사이의 인과관계와 과실의 유무가 종합적으로 고찰되어야 한다. 따라서 인과관계는 일련의 행위전체와 결과 사이를 고려하여 판단한 후 인과관계가 긍정되면 이 일련의 행위에 과오가 있는가가 판단되어야 한다<sup>20)</sup>고 한다.

일정한 진료행위에 대하여 책임원인인 주의의무위반의 유무를 판단함에 당해 진료행위에만 국한시키지 않고, 일련의 진료행위 전체를 종합하여 보는 관점도 필요하다고 본다. 또한 계속적인 부작위가 책임원인을 구성하는 때에는 각 시점에서의 회피가능성을 문제로 할 수 있다. 복수의 진료행위의 부작위가 문제시될 때 개별의 진료행위의 의학적 결과의 회피가능성 정도(구명율·치유율)가 낮은 경우에도 이를 모두 종합하여 회피가능성이 증가하면 전체로서 인과관계가 추인되는 경우가 있다. 따라서 개별의 부작위의 구명율이 낮은 사안에서는 보다 많은 책임원인에 해당하는 부작위가 인정·종합될 때 인과관계를 긍정하기가 쉽고 유익하다.<sup>21)</sup> 아울러 과실을 구성하는 진료행위가 많은 만큼 인과관계의 추정이나 인과관계와의 일체적인 판단을 해야 할 규범적인 요청이 강하다고 본다.

19) 吉田邦彦, “麻酔事故と醫療水準論に關する一考察(下)”, *ジュリスト*, 1106號, 90面.

20) 草野眞人, “患者の異常體質と因果關係”, *新・裁判實務大系*(1), 青林書院, 2000, 269面.

21) 예컨대, 60%의 치유율의 치료를 태만이 하여 환자가 구명조치를 요하는 사태에 빠졌고, 더욱이 60%의 구명율의 구명조치도 태만이 한 경우 개별로 나누어 판단하여, 각각 60%의 구명가능성으로 있고, 일련의 진료행위로서 종합하여 판단하여,  $1-0.4 \times 0.4$ 로서 84%의 구명가능성이 있었던 것이 된다.

따라서 일정한 진료행위에서 책임원인(과실) 및 인과관계의 유무에 관한 분석을 사안에 따라 가능한 한 종합적으로 평가하면, 즉 인과관계의 추정이나 책임원인과 인과관계를 일체적으로 판단하면 각 경우의 사안에서보다 더 정확하게 판단을 내릴 수 있다. 그러나 단순히 의료과오소송전반의 판단의 구성으로서 일련의 진료행위를 일괄하여 평가하고 과실 및 인과관계를 판단하려 한다면 판단 대상이 사안마다 필요 이상으로 많아 지므로 반드시 환자측의 입증경감에 도움이 된다고 할 수는 없다. 또한 종합적 평가라는 방법을 지나치게 강조하여 환자에게 발생한 당해 사상의 결과에 대하여 의사측의 귀책이 상당하다고 할 만한 근거가 불명확한 데도 책임이 긍정될 염려가 있다.<sup>22)</sup>

### Ⅲ. 因果關係推定으로서의 表見證明

#### 1. 表見證明의 概念

표현증명은 개연성이 높은 경험칙에 의한 사실추정이라는 점에서 간접 증거의 일종이라고 할 수 있지만, 입증책임을 전환시키는 입증방법은 아니다.<sup>23)</sup> 즉, 입증책임을 부담하는 자가 요증사실을 완전히 증명하지는 못했더라도 그 사실의 존·부를 추측할 정도로 개연성이 높은 주위사실을 증명했을 때에는 그 요증사실이 증명되었다고 추정하는 것이다.<sup>24)</sup> 따라서 환자측이 입증하기 곤란한 것을 경감하기 위해 인과관계의 입증책임을 전환하기는 곤란하므로<sup>25)</sup> 실무적으로는 사실상의 추정으로서 원고인 환자측에 의해 일정한 간접사실이 입증된다면 피고인 의사측에 의한 특단의

22) 橋本英史, 前掲論文, 229面은 특히 責任原因 및 因果關係에 공통하는 當該 死傷의 결과의 回避可能性의 문제를 주의하지 않기 때문에 規範的 判斷이라기보다 感覺的으로 因果關係가 認定될 可能性이 있음을 지적하고 있다.

23) 金玟中, “醫療紛爭 判例의 動向과 問題點”, 의료법학(창간호), 한국사법행정학회, 2000, 39面.

24) 吳大性, “醫療過誤訴訟에 있어서 表見證明에 관한 考察”, 法學論叢(4집)(朝鮮大), 1998, 154面.

25) 橋本英史, 前掲論文, 229面. 이에 대해 村上博巳, 證明責任の研究, 有斐閣, 1975, 39面은 要件事實이 消極的 事實로 있기 때문에 證明이 곤란한 경우, 특히 證據가 證明責任負擔者의 相對方의 知識의 범위내에 있는 경우, 相對方이 立證을 故意로 不能 또는 現저히 곤란하게 한 경우에는 證明責任의 轉換을 인정할 필요가 있다고 한다.

사정이 입증되지 않는 한 인과관계를 추정하는 것이다. 이것이 간접반증으로서 설명되는 '일응의 추정'이나 '표현증명'이다.

이러한 表見證明의 법리는 재판실무상 不法行爲에 의한 損害賠償請求 訴訟에서 요건사실인 과실의 인정과 인과관계에 적극 활용되어 왔고, 특히 의료소송에서는 원고측의 증명경감에 크게 기여하고 있다. 이러한 측면에서 表見證明理論의 강제적 적용이 自由心證主義에 반하는 것인가가 문제된다. 그러나 자유심증주의라 하더라도 경험법칙을 근거로 하는 법관의 자유심증의 범위내의 문제라는 점에서 법률규정을 근거로 하며, 그 내용을 이루는 법률상의 추정과 다르므로<sup>26)</sup> 自由心證主義에 모순되지 않고, 만일 표현증명이론을 적용하지 아니하여 사실인정을 그르친 경우는 上告理由가 된다<sup>27)</sup>고 해석한다.

表見證明에 이용될 수 있는 경험원칙은 동일한 경과가 항상 반복하여 일정한 법칙의 기초를 이루고 있어야 하고, 경험칙이 현재에도 통용되어야 하며, 경험의 조건과 결과가 명확히 표현되어야 하고, 그 명제의 내용을 그대로 인식할 수 있고, 그 이용에 있어서 一意的이어야 한다.<sup>28)</sup> 그러나 表見證明을 넓게 인정하는 경우에는 사실관계에 대한 정확하고 객관적인 진술을 提高할 가능성이 감소된다.

한편 이와 같은 추상적인 識別基準이 실제로 表見證明에 이용될 때, 경험원칙이 얼마나 유용한 것인지에 대해서는 의문의 여지가 있다.<sup>29)</sup> 또한 증명력에 관한 법정의 定率表가 없으므로 經驗則중 확실한 것과 불확실한 것을 법적으로 구분할 수 있는 유용한 기준이 없다<sup>30)</sup>는 것도 문제가 된다.

美國에서 Res Ipsa Loquitor<sup>31)</sup>의 요건은 첫째, 누군가의 과실이 없이는 통

26) 金午燮, "民事裁判에 있어서의 事實上의 推定에 대하여", 司法論集(제5輯), 1974, 221面.

27) 春日偉知郎, "表見證明", 判例タイムズ, 686號, 35面.

28) Heinmuller, Der Anscheinbeweis und die Fahrlassigkeit im heutigen deutschen Schadensersatzprozess, 1966, S. 96; Walter, Der Anwendungsbereich des Anscheinbeweises, ZZP., 90, S. 279; 申殷周, "表見證明의 法理", 判例月報(254호), 1991, 11, 10面.

29) 申殷周, 上揭論文, 10面.

30) 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.

31) W. L. Prosser, Res Ipsa Loquitor in California, 37 Cal. L. Rev. 183(1949), p. 184에서 Res Ipsa Loquitor라는 말은 "The thing speaks for itself(사실 그 자체가 말한다)"라는 라틴어로 Cicero가 처음 사용하였다.

상 발생하지 않을 것, 둘째, 손해가 피고의 배타적 지배하에 있는 사람 또는 시설에 의하여 발생할 것, 셋째, 원고의 과실경합이 없어야 할 것을 요구한다.<sup>32)</sup> Res Ipsa Loquitor의 구체적 효과는, 첫째, 사실추정칙의 작용이 있으면 배심원이 피고의 손실을 가장 가능성이 있는 원인이라고 추정할 수 있으므로 判事는 항상 사건을 배심원에게 넘겨야 한다는 과실추정설(permissible inference theory), 둘째, 사실추정칙의 적용이 있으면 판사가 피고의 반증이 없는 한 사실인정을 하여 배심원에게 넘기지 않고 바로 판결을 할 수 있다는 과실가정설(rebuttable presumption theory), 셋째, 사실추정칙이 적용되면 입증책임이 피고에게 전환된다고 한다.<sup>33)</sup> 첫째와 둘째의 경우는 피고의 반증 정도는 최소한 다른 가능성에 대한 개연성이 50%(counterbalance)이고, 셋째의 경우는 그 개연성이 51% 이상일 것(a preponderance of the evidence)을 입증해야 한다<sup>34)</sup>고 한다.

表見證明과 Res Ipsa Loquitor 원칙은 효과면에서 차이가 있다. 즉, 表見證明을 번복시키기 위해서는 피고가 자신에게 책임이 없는 다른 事象經過가 존재함을 주장·입증하면 충분하다. 표현증명의 경우도 고도의 개연성이라는 일반적으로 타당한 증명도가 요구되지만 이를 번복시킬 수 있고, 이러한 경우에 피고는 인과관계 또는 과실의 부존재까지 증명할 필요는 없고 반대사실의 증명만으로 족하다. 이때 피고가 반증을 제시하면 법관의 심증은 동요되지만 표현증명에 의해 원고의 입증책임이 피고에게 전환되는 것은 아니다.<sup>35)</sup>

한편 Res Ipsa Loquitor 원칙 하에서는 과실의 추정을 번복하기 위해서는 피고가 원고의 손해발생이 피고자신의 주의의무위반에 기한다는 것보다 그렇지 않는 쪽이 보다 더 개연성이 있다는 것을 증명하여야 하므로 피고에게 불리한 입증책임이 전환됨을 의미한다. 이러한 차이는 증명도와 배심제도의 유무에 따른 것<sup>36)</sup>이라고 할 수 있다.

32) Prosser, The Law of Torts, 4th Ed., West publishing Co.(1984), p. 214.

33) Harper & James, The Law of Torts, Bd. 2, Boston · Toronto(1956), p. 1104.

34) Prosser, *ibid.* p. 228; E. W. Cleary, McCormick of the Law of EVIDENCE, Westpublishing Co., 1989, p. 796.

35) 春日偉知郎, 前掲論文, 55面.

36) 吳大性, 前掲論文, 165面.

表見證明의 適否는 원고가 입증한 간접사실을 바탕으로 하여 경험칙의 개연도가 기본으로 된다. 그러나 소송상의 인과관계에 대하여는 규범적 관점이 필요하며, 표현증명의 추정의 적부에서도 규범적 관점이 고려되어 법적인 가치판단이 될 수 있다. 예컨대 인과관계에 관하여 表見證明을 인용할 경우 과실의 내용인 예견가능성에 관련된 금기자 해당성을 추정하면서 책임원인(문진의무위반)과 피접종자의 부반응에 의한 후유증발생 사이의 인과관계에 관해서도 접촉에 의한 부반응의 발생 원인으로서 피접종자가 금기자에 해당되는 것을 추정하는 것이다.

만일 예진의무를 다 했다면 금기자인 것을 식별할 수 있고 접촉에 의한 부반응의 발생을 회피할 수 있었다면 그 추정의 이유로서 고도의 개연성이 들어진다. 예방접종규칙에 규정되어 있는 문진(예진)의무위반이라는 과실의 정도가 높은 부작위의 과오가 문제될 때 전제사실인 문진의무를 다하지 않았다는 피고인 의사측의 의무위반에 의해서 피접종자가 금기자에 해당하는가 아닌가를 인정할 자료가 없고 불명한 것을 모두 피접종자측의 불이익으로 귀결한 것은 상당하지 않기 때문에 피고인 의사측이 '금기자를 식별하기 위한 예진이 모두 행하여져 금기자에 해당한다고 인정되는 사유를 발견할 수 없었다는 것, 피접종자가 후유장애를 발생시킨 개인적 소인을 갖고 있었다는 등의 특단의 사정'<sup>37)</sup>을 입증해야 한다는 것은 규범적인 가치판단<sup>38)</sup>이 그 추정의 배경이라고 본다.

37) 日最判, 1991.4.19, 判例時報, 1386號, 35面.

38) 規範的 價値判斷과 관련하여 立證責任의 一部の 分配의 問題로서 判例法上 特단의 사정의 證明을 상대방에게 과하는 사실상의 추정 내지 표현증명은 본래 증명의 정도를 실질적으로 낮추는 기능을 가지고, 舉證責任分配의 세칙적인 근거로 될 수 있으므로, 여기서는 사실인정이 아닌 법적 평가가 될 수 있다. 즉, 이를 間接反證으로서 증명책임의 재분배세칙이라는 일종의 증거법칙을 판례법으로 형성할 수 있다. 사건으로는 歸責相當性으로서 相當因果關係는 규범적 개념이므로 규범적 개념인 과실의 추정의 경우와 마찬가지로 특히 부작위의 경우의 회피가능성의 문제는 이 규범적인 가치판단으로서 원고가 적어도 책임원인인 회피의무위반(과실)의 정도가 높은 부작위의 사실을 증명할 수 있다면(다만 회피의무위반을 긍정하기 위하여 적어도 환자가 당해 사상의 결과의 회피가능성을 증명할 필요가 있고, 또한 이 중에 회피가능성의 정도가 고려된다) 일정한 사실(예, 간접반증의 경우보다 피고측의 입증이 보다 더 곤란한 '당해 환자의 구체적 상황으로 보아 당해 사상을 회피할 수 있었을 것을 부정해야 할 특단의 사정이 존재하는 것')을 피고인 의사측이 항변으로서 증명하지 않는 한 당해 不作爲와 당해 사상 사이의 상당인과관계를 긍정할 수 있다.

## 2. 表見證明의 規範的 價値判斷

소송에서 인과관계상의 쟁점이 다른 원인과 판별의 문제인가, 회피가능성의 문제인가에 따라, 또는 원고가 주장하는 책임원인에 해당하는 진료행위가 작위인가 부작위인가에 따라 그 입증 곤란성의 원인과 정도가 다르다. 따라서 규범적 관점을 부가해야 할 것인가 아닌가와 부가한다면 어느 정도로 해야 할 것인가에 차이가 있다.

일반적으로 다른 원인과 판별의 문제에서 특히 작위의 경우에는 의사의 책임원인과 무관한 결과에 대하여 의사측에게 귀책할 위험을 피해야 한다. 따라서 규범적 관점을 부가해야 할 필요는 기본적으로 강하지 않고, 간접사실로서의 경험칙을 가진 개연도 자체가 중요하게 된다. 따라서 간접사실의 유형에 해당하는 사실을 보다 다각적으로 입증할 필요성이 있다고 본다.

그러나 회피가능성의 문제에서 특히 부작위의 인과관계의 경우는 법적 인과관계의 측면이 강하고, 규범적 관점을 부가해야 할 필요성이 강하다. 또한 전제사실이 관련된 경우는 사안에 있는 개별의 가치판단이 중요하게 된다. 특히 피고 의사측의 의무위반에 대한 전제사실의 인정자료가 부족한 경우, 그 불이익을 모두 원고 환자측에게 부담시켜 조리에 반하지 않게 배려하는 것이 강하게 요구된다.

가령, 의사가 간경변 환자의 간세포암에 대한 여러 검사를 해태함으로써 조기발견의무위반을 인정한 사례가 있다. 이 경우 검사해야할 시기에 검사하더라도 반드시 이상이 검출된다고 단정할 수는 없으나, 환자측은

---

이러한 의미에서 입증책임의 일부가 분배된다고 본다. 이것은 규범적 요건의 요건사실에 대하여 평가근거 사실을 원고의 청구원인, 평가장애사실을 피고의 항변으로서 인정하는 근래의 실무상의 정설에 의한 것이고, 각 사실의 분배는 상당인과관계의 규범적 평가의 성립이 어떠한 사실이 증명된 경우에 근거가 되고, 어떠한 사실이 증명된 경우에 장애되는 것인가라는 규범적인 가치판단에 의한 것으로 생각된다. 이와 같이 보더라도 과실의 추정이나 인과관계의 추정에서 일응의 추정으로 말해지는 것은 다른 원인과 판별의 문제(예컨대, 진료상의 무엇인가로부터의 과실에 의해 당해 사상이 발생했다는 인정)에 관하여 ① 간접사실의 경험칙을 기본으로 행해지는 추정과 ② 회피가능성의 문제에서 많이 보이는 규범적 요건에서 규범적인 평가(과실에서 회피가능성이나 예견가능성이 긍정되는가라는 판단, 과실이나 상당인과관계를 긍정할 수 있는가라는 판단)인 主要事實의 입증책임을 일부분배로서 하는 추정으로 나눌 수 있다.

일정한 시기에 암을 발견할 수 있는 일반적 개연성이 있는 것을 입증하면 족하고, 그 시기에 발견이 불가능한 특별한 사정은 의사측이 입증해야 한다<sup>39)</sup>고 판시하고 있다.

여기서 부작용에 대한 회피가능성의 문제는 간접사실에 대한 의학적 통계자료가 중요한데 그것이 충분하지 못하다. 그러나 통계적 수치 자체는 의사에 대한 회피가능성의 판단에서 개연도가 충분하지 않다 해도 원고가 간접사실에 관하여 책임원인인 회피의무위반의 정도가 높은 부작용 사실을 입증한 경우, 피고가 '당해 환자의 구체적 상황으로 보아 당해 사상을 회피할 수 있었다는 합리적 의심을 갖게 하는 특단의 사정'의 입증되지 않는 한 당해 부작용과 당해 사상 간의 인과관계의 존재를 추정해도 좋다고 본다.<sup>40)</sup>

또한 회피가능성의 문제 외에 다른 원인과의 판별의 문제에서도 원고가 주장하는 책임원인에 해당하는 진료행위가 인정된다면 환자의 생명·신체의 보호를 목적으로 하는 각종의 법률규정위반과 함께 책임원인인 회피의무위반의 정도(내지 진료상의 주의의무위반의 정도)에 대한 추정이 강하게 된다.

또한 작위에 대한 회피가능성의 문제도 입증의 곤란성이 있으므로 부작용의 경우와 마찬가지로 과실에 대한 추정을 할 수 있다.<sup>41)</sup> 그리고 다른 원인과의 판별의 문제도 원고가 당시의 의료수준상의 주의의무의 위반의 정도가 높은 작위·부작용이 행해지지 않았다는 사실 및 환자에게 발생한 당해 사상의 결과를 회피 할 수 있었던 위험성·병상의 악화에 대응하지 못한 것을 입증한 경우에는 의사의 과실을 추정할 수 있을 것이다.

39) 大阪地判, 1992.1.29, 判例タイムズ, 783號, 180面.

40) 예컨대 의료수준으로서 확립된 임상상 정착된 정형적·기본적인 진료행위의 부작용이 회피의무위반을 구성하는 경우나 법률규정에 위반의 경우이다. 의약품의 첨부문서의 사용상의 주의사항에 위반한 경우가 이것에 준한다. 이점에 대하여 주의의무의 해태에 의해 생긴 환자의 신체상황(혈압치)의 추이의 불명확을 의사에게는 책임이 없고 환자에게 불이익하게 하는 것은 조리에 반한다. 과실의 정도가 높다고 할 수 없는 경우는 개별의 가치판단 보다 과실의 추정에 대한 적부가 검토되어야 할 것이다.

41) 예컨대 의약품의 첨부문서에 금기자에 대한 약제의 투여나 부작용이 있는 약제의 규정량을 초과하여 기재된 경우, 당해 사안의 특수성으로부터 추정의 방법을 취하는 것이 상당한 사례가 예상될 수 있다.

환자의 생명·신체의 보호를 목적으로 하는 각종의 법률규정 등은 일정한 행위가 있다면 일정한 회피가 될 수 있는 개연도가 높고 이와 같은 인과관계를 전제로 하는 주의의무가 상당한 정도로 객관화된 때에 설정될 수 있으므로 이들의 규정위반은 과실과 함께 인과관계를 추정시키는 것이 되고, 중대한 결과발생을 야기할 개연성이 극히 높은 행위(작위·부작위)에 대한 진료상의 중대한 부처치가 있는 경우나 위험방지를 위한 중요한 기술규칙위반의 경우에도 인과관계가 추정된다.

그러나 의료행위의 영향은 환자마다 큰 차이가 있고 그 치료 결과도 천차만별이므로 중대한 처치의 불실시<sup>42)</sup>가 있었다고 직접 인과관계의 존재를 추인하는 것은 바람직하지 못하다. 개체차이를 지적하는 점은 의료사고에서 입증의 곤란한 특수성으로서 열거되고, 인과관계유무의 판단에 영향을 미치나, 이것을 특히 부작위의 인과관계의 문제에서 강조한다면, 의사의 의무해태로 인하여 환자측에 불가능한 입증을 강요할 수 있음에 유의할 필요가 있다. 따라서 통상인의 입장에서 판단해야 할 부작위의 인과관계에서 통계자료를 참작해야 할 증거로서<sup>43)</sup> 인정된 취지를 고려할 필요가 있다.

이상의 표현증명에 입각한 피고측의 입증은 일반적으로 간접반증으로서 인과관계존재의 추정에 대하여 합리적 의심을 갖기에 족한 특단의 사

42) 이와 관련하여 의료행위의 불실시에 의한 추정으로서 의사의 책임원인(과실)의 존재 및 그 정도를 고려하여 인과관계를 추정하는 판단방법(과실에 의한 추정이라 한다)으로서 적어도 과실의 정도가 높은 경우의 추정의 허용성을 기술하고, 그 위에 부작위의 경우의 회피가능성의 문제에서는 환자에게 시행될 수 있는 진료행위의 유효성에 관하여 과실의 정도가 높지 않고 또한 환자의 당해사상의 결과에 대하여 구체적인(당해 환자의 개체차이도 고려한) 회피가능성이 긍정되지 않더라도 의사에 의하여 진료상의 주의의무가 다하여 진다면, 당시의 의료수준에서 유효성이 승인되어 있는 통상의 진료행위가 환자에게 실시된(따라서 환자의 당해 사상의 결과에 대하여 일반적인 회피가능성은 긍정된다) 것에 의사의 주의의무위반(과실)에 의해서 당해 환자에 대하여 위의 진료행위가 행해지지 않아 당해 사상의 결과가 생긴 경우에는 인과관계의 추정(사실상의 추정 내지 평가성립의 추정)이 허용되어도 좋다고 본다. 유효성에 의한 추정은 책임론으로 당해 사상의 결과 사이의 인과관계가 추정되는 것이 인정되더라도 손해론에서 연명기간의 문제나 후유증의 문제가 생기는 경우가 있고, 재량에 의한 비율적인 손해액의 조정이 시도될 수 있으므로 과실에 의한 추정으로서 적어도 과실의 정도가 높은 부작위에서 추정의 경우에는 손해론에서도 책임론에 있는 것과 마찬가지로 추정이 되고, 피고에 의한 특단의 사정의 입증이 되어지지 않는 한, 전손해액이 긍정될 수 있다.

43) 日最判, 1999.2.25, 判例時報, 1668號, 60面.



정에 대한 증명이 필요하고, 또한 이것으로 족하다고 본다.

### 3. 表見證明을 적용한 다른 원인과의 판별의 사례

다른 원인과의 판별의 문제에 인과관계의 추정을 이용한 판례를 들어 본다.

① 환자가 치료 도중에 하반신완전마비 등 四肢不全麻痺症狀이 발생한 경우, 환자측에서 일련의 의료행위과정에서 행하여진 일반인의 상식에 비추어 의료상의 과실행위를 입증하고 그 결과 사이에 일련의 의료행위 외에 다른 원인이 개재될 수 없다는 점, 가령 환자에게 의료행위 이전에 그 결과의 원인이 될 만한 건강상의 결함이 없었다는 사정을 증명한 경우, 의료행위를 한 측이 그 결과가 의료상의 과실에 의한 것이라는 입증을 하지 않는 이상 의료상 과실과 결과 사이의 인과관계를 추정<sup>44)</sup>하여 손해 배상책임을 지울 수 있도록 입증책임을 완화하는 것이 손해의 공평·타당한 부담을 그 지도원리로 하는 손해배상제도의 이상에 맞는다<sup>45)</sup>고 판시하였다.

② 담당 의사들의 본건의 수술전, 수술 중, 수술 후의 일련의 의료조치에는 당시 의학 수준에 비추어 부적절 내지 불완전한 점이 있었던 것을 부정할 수 없고, 이것의 부적절 내지 불완전한 의료조치는 담당 의사들의 과실에 의한 것이라 할 수 있고, 이 의료조치의 부적절성 내지 불완전성과 환자의 사망 사이의 인과관계가 존재하지 않는다는 반증이 없는 한

44) 대법원의 인과관계의 추정이 어떤 입증책임완화이론에 입각한 것인지는 사실상 추정이라는 견해(손명세·이인영, 전거서, 305면; 崔載千, 의료과실과 의료소송, 육법사, 2001, 853면; 金天秀, “진료과오책임의 입증 및 설명의무의 이행”, 의료법학(창간호), 2000, 305면; 申殷周, “의료과오사건에 있어서 과실의 입증 및 입증방해”, 판례월보, 1996.2, 33면; 金玟中, “의료분쟁판례의 동향과 문제점”, 의료법학(창간호), 2000, 37면; 全炳南, 전거논문, 352면)와 표현증명 또는 일응의 추정이라는 견해(李時潤, 신민사소송법, 박영사, 2002, 454~455면; 金尙永, “의료과오의 입증에 관한 판례동향”, 부산변호사회지, 14호(1996.12), 49면)가 대립하고 있다. 생각건대, 現行法の 테두리 내에서 解釋上 立證責任轉換의 認定은 理論上 무리라는 견지에서 表見證明 또는 一應의 推定理論을 援用하여 醫師와 患者의 立證負擔의 衡平을 기하기 위한 合理的인 方法으로서 大法院도 이 理論을 따라 患者側의 立證負擔의 輕減·緩和를 試圖하고 있다고 보여진다.

45) 大判, 1995.3.10, 선고 94다39567; 1995.2.10, 선고 93다52402.

이것이 사망의 원인으로 되었던 것으로 추정하지 않을 수 없다<sup>46)</sup>고 판시했다.

③ 개복수술에서 혈액형이 부적합한 피를 수혈한 의사에게 주의의무위반에 의한 불완전이행을 인정했지만, 환자의 사망 사이의 인과관계는 부정했는데 사망하기까지 환자에게 발생한 血色素尿 및 減尿증상에 대해 다른 특단의 원인을 의심할 만한 사정의 입증이 없는 본건에서는 부적합수혈이라는 중대한 과오에 의해 발생한 것으로 보는 것이 법적 인과관계의 시각으로서는 상당하다<sup>47)</sup>고 판단하여 위 증상 등에 의해서 입은 고통에 대해 위자료를 인정했다.

결핵제를 계속 투여받은 환자가 실명한 사례에서, 본건 약제의 부작용으로서 사용기간이 3개월이더라도 시력장애가 나타나는 것이 있고, 환자는 약을 6개월간 매일 투여 받았기 때문에 본건 약제 이외의 다른 원인을 의심할 특단의 사정이 없는 한 환자의 시력장애는 본건 약제의 부작용에 기인한다고 추인하는 것이 상당하다<sup>48)</sup>고 판시함으로써 이를 부정한 감정 결과는 합리적인 의심이 있다고 하여 배척하였다.

#### 4. 表見證明을 적용한 회피가능성의 사례

회피가능성의 문제에서도 인과관계의 추정을 이용한 판례가 부작위의 경우를 중심으로 집적되고 있는데 그 사례는 다음과 같다.

① 經口胆 안에 조형제의 투여에 의해 쇼크사한 사례에서 적절한 문진을 행했다면 사망의 결과를 회피할 수 있었던 것으로 추인하여 의사의 문진의무위반을 인정하고 본건에서 의사가 채무불이행책임을 면하기 위해서는 상당한 문진을 하여도 사망을 방지할 수 없었던 특단의 사정을 피고가 주장·입증해야 한다<sup>49)</sup>고 판시하였다.

또한 '특단의 사정이 인정되지 않는 한'으로 판시하지 않기 때문에 판

46) 東京地判, 1975.6.17, 判例タイムズ, 323號, 125面.

47) 岡山地判, 1988.3.22, 判例時報, 1293號, 157面.

48) 神戸地判, 1991.4.22, 判例時報, 1415號, 122面.

49) 仙臺地判, 1981.3.18, 判例タイムズ, 443號, 124面.

결 주문은 인과관계의 추정을 한 것은 아니지만, 회피가능성의 문제로 주로 부작위의 사례에서 의사의 과실(진료상의 주의의무위반)의 정도를 고려하여 인과관계를 추정하거나 혹은 인정하거나, 또는 상당인과관계를 긍정한다는 판례<sup>50)</sup>가 많다.

② 교통사고로 인한 외상으로 입원한 환자가 입원후 진행된 肺挫傷에 대하여 의사가 적절한 진찰 및 치료를 전혀 하지 않았기 때문에 사망한 사례에서, 肺挫傷은 조기에 발견하여 치료한다면 거의 증례가 구명가능하다는 의학지식을 전제로 하여 의사에게 진료과정 중 진료의 해태나 진료 거부라는 중대한 과실을 인정하여, 의사의 태만으로 인해 증상이 진행되고 조기치료의 시기를 놓쳐 환자의 상황을 현저히 악화시켰다<sup>51)</sup>고 판단하여 피고의 주장을 배척하고 의사의 과실과 사망 사이의 인과관계를 긍정했다.

② 急性虫垂炎으로 인한 腹膜炎쇼크에 의해 환자가 사망한 사례에서 의사가 급성충수염을 의심하면서도 그 확정진단을 위해 중요한 기본 검사를 실시하지 않은 주의의무위반을 인정하고, 위 검사를 다했다면 확정진단에 이를 개연성이 높고, 이에 의해 항생물질이 투여된다면 상당한 유효성이 인정되므로 사망을 회피했을 개연성도 높다<sup>52)</sup>고 판단하여 의사의 책임을 긍정했다.

③ 의사가 重傷의 急性膣炎의 진단이 가능한 특징적인 여러 증상을 간과하여 오진하고, 이에 대한 적절한 치료를 시행하지 않았던 과실을 긍정하고, 환자의 경우 전신상태가 극히 불량하고, 반면 적절한 치료가 행해졌어도 예후는 예단할 수 없고, 구명율이 약 7할인 것에 비추어 피고의 과실과 환자의 사망 사이에는 상당인과관계가 있다<sup>53)</sup>고 판시했다.

한편 의사의 과실(주의의무위반)을 긍정하면서 위와 같은 판단방법을 취하지 않고, 또는 배척하여 인과관계를 부정한 하급심 판례가 있는데 그 사례는 다음과 같다.

50) 大判, 1989.7.11, 88다카26246 참조.

51) 東京地判, 1988.9.26, 判例時報, 1294號, 45面.

52) 東京地判, 1995.3.23, 判例時報, 1556號, 99面.

53) 東京地判, 1993.6.14, 判例時報, 1498號, 89面.

① 조기위암의 단계에서 수술했다면 5년의 생존율이 9할이라는 통계자료가 있지만, 위 수치는 의문이 있고, 본건 환자의 완치가능성을 판정하기 곤란하고, 위암의 오진과 사망 사이의 인과관계를 부정하고, 다만 사망시기를 앞당긴 것은 인정하여 400 만 엔의 위자료를 긍정했다.<sup>54)</sup>

② 大腸癌便替血反應検査에서 양성인 환자가 大腸윈트겐검사를 받고 이상이 없다는 판단을 받았지만 上行結腸癌의 진행으로 인하여 사망하였다. 이 사례에서 大腸윈트겐사진 상에는 정상구조와 다른 상세불명의 음영이 존재하는데, 의사의 촬영이 불충분하여 위 사진만으로는 어떤 병변이 있는가를 판단할 수 없었다. 이 음영을 확정하기 위해 의사가 내시경 검사를 다시 하지 않은 과실을 긍정했는데, 위 윈트겐검사 시에 환자에게 암이 발생했고 위 이상음영이 암이었을 가능성을 부정할 수 없고, 위 가능성에 대하여 고도의 개연성이 입증되었다고 할 수 없고 원고가 의사의 과실에 의해 환자의 윈트겐사진이 충분히 촬영되지 않았기 때문에 그 입증의 불충분함을 원고에게 부담시키는 것은 신의칙에 반하여 허용되지 않는다고 주장한 것에 대하여 인과관계의 입증책임은 원고가 부담하는 것으로 이를 전환하는 이유를 인정할 수 없다<sup>55)</sup>고 하여 배척하였다.

#### IV. 責任原因과 因果關係의 一體的 判斷에 의한 立證輕減

##### 1. 責任原因과 因果關係의 一體적 認定과 判斷

책임원인과 인과관계 간의 관계에서 원인행위의 공통성으로부터 인과관계에 있는 다른 원인과의 판별이 쟁점화 된 사례에서 양자를 일체적으로 인정함으로써 입증을 경감할 수 있다. 그러나 여기서 취급하는 것은 이와 같은 일체적인 사실인정이 아닌, 회피가능성에 대한 판단의 공통성이나 귀책상당성에 대한 판단의 공통성을 기초로 하여 인과관계에서 회피가능성의 문제가 있다. 주로 부작위적 과오의 사례에서 환자측의 입증

54) 福岡地小倉支判, 1983.2.7, 判例時報, 1087號, 117面.

55) 大阪地判, 1998, 3.27, 判例時報, 1663號, 117面.

곤란을 경감하기 위하여 책임원인(과실)과 상당인과관계의 유무의 인정·판단에서 회피가능성 판단의 견련성이나 귀책상당성 판단의 견련성에 의하여 양자를 일체적으로 긍정하는 판단방법이다.

회피가능성의 문제로서 특히 부작용의 경우에는 규범적 관점을 부가할 필요가 강하고, 인과관계 추정의 판단방법을 활용하는 외에 사안에 따라<sup>56)</sup> 과실과 인과관계를 일체적으로 긍정한다는 판단방법을 취하는 것이다. 이 판단 과정은 부작용의 경우에는 환자의 구체적인 의료경과와 환자의 질환에 관한 일반적인 의학적 지견<sup>57)</sup>을 고려하여 의사의 진료상 주의의무위반의 존재 내지 그 정도를 판단할 수 있다.

또한 환자에게 나타난 당해 사상의 결과에서 回避可能性의 존재와 정도를 판단한 후에 의사가 의무태도로 인해 진료행위를 시행하지 않아서 환자가 사상한 경우, 의사의 귀책 상당성의 規範的 評價로서 회피의무위반으로서의 과실(채무불이행) 및 과실(해당된 진료행위)과 당해 사상 사이의 상당인과관계를 일체적으로 긍정하는 것이다. 이와 같은 귀책이 상당하기 때문에 原因·結果의 관계가 긍정되는 이상, 새로이 조건관계의 유무의 기준을 적용할 필요는 없다고 본다.<sup>58)</sup> 이러한 일체적 판단이 행하여져 책임론이 긍정된 경우에 손해론으로 연명기간의 문제나 후유증의 문제에 관하여는 인과관계의 추정의 경우와 마찬가지로 볼 수 있다.

## 2. 條件關係의 적용여부

회피가능성의 문제(주로 부작용의 경우)로 상당인과관계가 인정된 경우 새로이 조건관계의 판단을 할 필요성이 있는 것인가를 검토해 보아야 한다.

조건관계는 귀책이 상당하다고 하는 原因·結果의 관계를 사고상 명확하게 인식할 수 있는 이점이 있지만 법적인 귀책상당성의 판단기준으

56) 예컨대, 피고 의사측의 특단의 주장입증이 명백하지 않은 경우나 과실의 정도가 높고 규범적 판단이 강하게 필요한 경우이다.

57) 질환의 발증의 의학적 기서와 특징, 이것에 대한 진단 및 치료에 관한 의료수준 및 위 진료행위의 유효성의 정도에 관한 통계적 자료 기타의 의학적 지견이다.

58) 橋本英史, 前掲論文, 249~250面.

로서 적절하게 기능하지 않는 경우가 있다. 예컨대 원인 A와 원인 B가 각각 결과 C의 충분조건이 되어 중첩적으로 결합될 때 인과관계의 문제에 관하여 조건관계의 공식도 결국은 일응의 가치판단의 기준을 부여할 수 없다는 것을 고려한다면 예외가 생기는 것은 당연하다.<sup>59)</sup>

여기서 특히 부작위의 인과관계의 회피가능성 문제는 역사적 사실에 대한 택일적 판단에 적합한 조건관계를 기준으로 하는 것이 적절하지 않은 경우가 있고,<sup>60)</sup> 상당인과관계에 의한 규범적 평가로서 의사의 당해 과실이 환자의 당해 사상의 결과를 초래할 수 있다는 귀책판단이 성립할 수 있다.

그리고 因果關係에 대한 事實的 因果關係 내지 條件關係와 相當因果關係로 이중 판단을 하는 것에 대하여 상당인과관계만으로 판단할 수 있는 것인가는 상당히 어려운 문제이다. 그러나 이것은 무엇이 현실로 일어났는가 라는 문제와 이것이 어느 형태로 법적 평가를 받을 것인가라는 문제와는 論理的으로 구별 가능한 것이다.

여기서 不作爲의 因果關係에서 회피가능성의 문제에 관하여도 부작위 자체에 의해서 현실로 나타난 결과의 문제가 아닌, 의사의 부작위에 대하여 당시의 의료수준에 의해 요구되는 작위 의무를 원용하는 것에 의해 행해져야 할 작위를 상정하는 것이 되고, 그 작위가 행하여진 경우의 결과의 회피가능성의 정도를 판정하여 책임원인(과실)과 결과와의 관계(인과관계)의 유무를 판단하는 과정을 거쳐야 할 것이다.

이것은 事實認定이라기 보다는 부작위에 대한 귀책의 법적 평가라 할 수 있다. 이러한 판단과정이 책임원인과 인과관계의 일체적 판단이다. 그러나 먼저 부작위와 결과 사이의 현실적인 인과관계(사실적 인과관계)의 유무를 판단하고, 이에 대하여 법적으로 평가하는 형태로서 본래 논리적으로 구별하여 판단하기는 불가능하므로 相當因果關係만으로 판단하면 족하다<sup>61)</sup>고 본다.

59) 平井宜雄, 損害賠償法の理論, 東京大學出版會, 1982, 433面.

60) 또한 작위의 경우에도 당해 사안에 있어서 입증의 곤란성 등의 사정에 의해서 마찬가지로 되는 예도 있을 수 있다.

61) 橋本英史, 前掲論文, 251面.

### 3. 參考判例

인과관계에서 回避可能性의 문제에 대하여 의사의 진료상의 注意義務違反의 존재 내지 그 정도와 의무를 다한 경우의 회피가능성의 존재와 정도를 판단한 후에 의사가 주의의무의 해태로 인해 적절한 診療行爲를 가하지 않아(작위의 경우 그릇된 진료행위를 한 것) 환자가 사상한 것으로서 回避可能違反으로서의 과실(채무불이행)과 인과관계를 일체적으로 긍정적인 사례는 다음과 같다.

① 熱傷患者에 대한 綠膿菌 대책으로서 책에 청력 등에 부작용이 있다고 기재되어 있는 항생물질의 外用투여를 계속하여 환자에게 난청이 발생하였다. 이 사례에서 의사가 주의의무를 다하여 환자의 청력 이상의 유무에 깊은 관심을 갖고 다른 약제의 사용을 검토·준비하던 중, 환자의 청력 이상을 보다 빨리 발견하거나, 또는 본건 약제의 사용을 보다 조기에 중지하여 적당한 대체약으로 대처시킬 수 있었고 환자의 난청의 발견 내지 진행을 회피하거나 최소한도로 저지할 수 있었던 가능성을 인정하는 것이 상당하다고 판시하여 의사의 과실을 긍정함과 동시에 환자의 난청의 현 증상은 과실과 상당인과관계가 있다<sup>62)</sup>고 판시하여 후유증의 문제로서 손해액을 감액했다.

② 의사가 腎機能檢査를 적시에 행했다면 환자를 구명하는 것이 완전히 불가능했던 것은 인정하지 않고 구명 가능성이 있는 이상 의사로서 검사를 실시하여 그 의무를 다해야 할 것으로 이를 게을리 한 과실을 긍정하고, 또한 환자를 구명할 수 있었던 가능성이 있는 이상, 의사의 과실과 환자의 急性腎不全에 의한 사망의 결과 사이에는 상당인과관계가 있다<sup>63)</sup>고 판시했다.

③ 임신중독증의 환자의 진료과정을 구체적으로 인정하여 의사의 진료상 주의의무의 내용을 인정하여 의사는 그 해태에 의해 환자의 뇌출혈의 前驅증상을 간과했다고 인정함과 동시에 환자의 구명가능성에 대해 위의 인정사실에 행해져야 할 치료행위의 구명가능성이나 환자의 상황 등의

62) 福岡高判, 1990.6.29, 判例タイムズ, 741號, 211面.

63) 徳島地判, 1992.4.15, 判例時報, 1452號, 100面.

사실도 병합하여 고려하여 구명할 수 있었다고 인정하는 것이 상당하다고 한 후 의사가 주의의무를 해태하여 환자를 사망시켰다<sup>64)</sup>고 하여 손해 배상책임을 긍정했다.

④ 쌍생인 태아의 1인이 사망했던 것을 周産期 관리를 태만히 간과하여 위 사망에 기인한 子宮內腦血管血栓性形成閉塞에 의한 뇌장애가 생존한 태아에게 발생한 사례에서, 의사가 태아의 사망을 조기에 발견했다면 생존한 태아의 조기분만이 행해졌을 가능성이 높고, 이것이 행해졌다면 생존한 태아에게 장애는 발생하지 않았을 가능성이 있다고 하여 주의의무위반을 긍정함과 동시에 의사가 태아 사망 후 이를 조기에 발견했다면 생존한 태아에게 위 閉塞이 발생하지 않았을 가능성이 있기 때문에 피고의 채무불이행과 장애의 발생 사이에 상당인과관계가 있다<sup>65)</sup>고 판시했다.

## V. 結 語

醫療過誤訴訟에서 因果關係의 特殊性으로 그 엄밀한 立證을 환자측에게 요구하는 것은 환자의 권리보호에 충실하지 못할 수 있으므로, 소송에서 因果關係의 입증에 유의하면서 당해소송에서 입증의 곤란성 등을 고려하여 증거의 證明力이나 간접사실의 경험칙을 충분히 발휘시킬 필요가 있다. 한편 환자측의 입증곤란에 대한 대책만을 지나치게 강조하면, 의사의 책임이 부당하게 확대되어 의사의 萎縮診療 내지 방어적 진료를 초래할 우려가 있다. 의사는 부작용을 감수하고서라도 급박하게 치료에 임해야 하는 특수한 지위가 있고, 현대의학으로는 해명하기 어려운 여러 가지 병리현상이 있기 때문에 의사의 과실을 판단함에 신중을 기하여야 한다. 특히 부작용에 대한 회피가능성의 문제는 醫學的 견지만이 아닌, 의사의 책임원인이 환자의 당해 사상의 결과나 이에 의한 손해를 의사에게 귀책하는 것이 상당한가라는 법적 가치판단이 요구된다.

따라서 의사에 대한 책임론에서는 의사의 책임원인(과실)의 정도 등을 고려하여 환자측의 立證困難을 경감하는 인과관계의 추정 등의 판단 방

64) 東京地判, 1992.5.26, 判例時報, 1460號, 85面.

65) 神戸地判, 1997.8.27, 判例時報, 1654號, 75面.



법을 원용하는 것이 타당한 지를 고려해야 할 것이다. 아울러 의사의 책임원인과 인과관계가 문제되는 사상에 대한 결과를 정확히 인식하고 이를 판단해야 할 것이다.

종래부터 질환의 종류나 진료내용의 유형에 따라 과실의 판단기준을 분석하는 작업이 진행되고 있다. 그러나 인과관계의 판단은 개별적 소송의 입증 상황에 따라 인과관계의 판단과 立證輕減의 방법의 적부가 판단되기 때문에 유형적 분석이 곤란하여, 충분한 분석작업이 이루어지지 않았다. 특히 부작위의 인과관계에서 회피가능성의 문제는 그 판단의 시각에 따라 동일사례에서도 다른 결론이 나올 수 있는 위험성을 부정할 수 없다. 즉 의사의 과실인정과 단절하여 인과관계가 인정되기 위해서는 결과의 회피가능성·개연성이 아닌, 고도의 개연성을 필요로 하는가에 따라 결론이 달라진다. 여기서 인과관계의 문제는 사안에 따른 가치판단이 필요하고, 사례의 유형에 따른 사실상의 추정이나 평가 성립의 추정에 대한 일정한 판단기준이 있다면 당사자의 공격방어의 목표가 명확하게 되고 담당법원이 다르더라도 동일한 결론에 이르는 안정된 판단이 가능하게 될 것이다.

그리고 과실(책임원인)과 인과관계는 回避可能性의 판단이나 귀책 상당성의 판단의 공통성과 관련성이 인정되어 일정한 유형적 고찰이 가능하고, 장래에는 과실과 병합한 인과관계의 유형적인 분석작업이 이루어져야 할 것이다. 그리고 사례 등의 因果關係의 類型化에 의한 사실상의 추정 내지 표현증명은 입증에 대한 목표의 설정과 심리의 충실을 기하고 합리적인 판결에 기여함으로써 당사자의 실질적 평등을 도모하는 것이 될 것이다. 醫療過誤訴訟에서 입증책임의 문제는 결국 의사에게 부당한 피해를 입히지 않는 범위 내에서 환자측의 立證負擔을 경감시키는 것으로 귀착된다고 할 수 있으므로 개별사안의 해결은 과거의 유사한 사례의 판단을 조정하여 인과관계의 판단 방향이나 문제점을 검토하여 당해 사안에 대한 해결의 자료로 활용하는 것도 중요하다고 본다.

[참고문헌]

- 金玟中, “醫療紛爭 判例의 動向과 問題點”, 의료법학(창간호), 한국사법행정학회, 2000.
- 石熙泰, “醫療過失 判斷基準에 관한 學說·判例의 動向”, 의료법학(창간호), 한국사법행정학회, 2000.
- 손명세·이인영, 산부인과 판례로 본 의료소송의 이해, 동림사, 2001.
- 吳錫洛, “醫療過誤의 立證”, 法曹, 1977.
- 李時潤, 신민사소송법, 박영사, 2002.
- 崔載千, 의료과실과 의료소송, 육법사, 2001.
- 金玟中, “의료분쟁판례의 동향과 문제점”, 의료법학(창간호), 2000.
- 金尙永, “의료과오의 입증에 관한 판례동향”, 부산변호사회지, 14호(1996.12).
- 金午燮, “民事裁判에 있어서의 事實上의 推定에 대하여”, 司法論集(제5輯), 1974.
- 金天秀, “진료과오책임의 입증 및 설명의무의 이행”, 의료법학(창간호), 2000.
- 申殷周, “表見證明의 法理”, 判例月報(254호), 1991, 11.
- 申殷周, “의료과오사건에 있어서 과실의 입증 및 입증방해”, 判例月報, 1996.2.
- 吳大性, “醫療過誤訴訟에 있어서 表見證明에 관한 考察”, 法學論叢(4집)(朝鮮大), 1998.
- 尹奎漢, “間接 反證”, 裁判資料(第25輯), 1985.
- 任熙東, “民事上 醫療過誤 訴訟에 관하여”, 裁判資料(第12輯), 1982.
- 全炳南, “의료소송에서의 입증책임의 완화”, 의료법학(제2권 제2호), 2001.
- 草野眞人, “患者の異常·質と因果關係”, 新·裁判實務大系(1), 青林書院, 2000.
- 橋本英史, “醫療過誤訴訟における因果關係の問題”, 新·裁判實務大系(1), 青林書院, 2000.
- 村上博巳, 證明責任の研究, 有斐閣, 1975.
- 平井宜雄, 損害賠償法の理論, 東京大學出版會, 1982.
- 春日偉知郎, “表見證明”, 判例タイムズ, 686號.
- 吉田邦彦, “麻酔事故と醫療水準論に關する一考察(下)”, ジュリスト, 1106號.
- 中野貞一郎, “醫療裁判における證明責任”, ジュリスト(特輯·醫療と人權), 548號.
- 中野貞一郎, “醫療債務の不完全履行と證明責任”, 現代損害賠償法講座(4), 有斐閣, 1977.
- 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.

E. W. Cleary, McCormic of the Law of EVIDENCE, Westpublishing Co., 1989.

Heinmuller, Der Anscheinbeweis und die Fahrllssigkeit im heutigen deutschen Schadensersatzprozess, 1966.

Prosser, The Law of Torts, 4th Ed., Westpublishing Co.(1984).

Walter, Der Anwendungsbereich des Anscheinsbeweises, ZZP., 90.

W. L. Prosser, Res Ipsa Loquitor in California, 37 Calf. L. Rev. 183(1949).