

의료판례에서의 인과성과 책임귀속의 판단

-독일법원 판결례와의 비교 고찰-

안 법 영*

I. 문제의 제기
II. 독일 판결례
1. 사실관계
2. 책임성립에 관한 논거
3. 손해배상의 범위에 관한 논거
III. 우리 판결례의 검토
1. 결장용종절제술 사건 (09가단194558)
2. 대장암수술 사건 (08가단67284)
3. 자궁적출수술 사건 (10가합50910)
4. 종이염수술 사건 (97가합30)
5. 담낭절제술 사건 (95가합270, 96나4129, 97다35818)
6. 충수돌기절제수술 사건 (99가합70766, 2004나54826)
7. 자궁적출수술 사건 (2006나768, 2007다76290, 2008나3488)
IV. 비교적 검토
1. 개별 판결례의 검토
2. 인과성과 책임귀속
V. 소결-방법적 관점의 전환

I. 문제의 제기

의료사고 분쟁관련 소송, 특히 민사소송은, 재산적 거래생활에서와 마찬가지로

* 논문접수: 2013. 5. 2. * 심사개시: 2013. 5. 10. * 수정일: 2013. 6. 7. * 게재확정: 2013. 6. 10.
* 고려대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사.

지로, 이제 우리의 일상생활에서 통상 발생하는 법적 분쟁의 하나로 인식되는 상황에 이르렀고, 의료법학 분야의 연구에서도 그 동안에 학계와 법조실무에서 형성된 각종 법리들이 상당 부분 정착되어 가고 있으며, 일부 판결요지들은 확고하게 정립된 듯한 논지로 실시되기도 한다.

그렇지만 의료의 임상에서나 학문으로서 의학은 법실무나 법학과는 본질적으로 다르다. 즉, 의료가 우리 생활에 기여하는 과정에서 발생하는 각종 사고에 관련된 분쟁으로 인하여 불가피하게, 그리고 어느 측면에서는 필연적으로, 법실무와 법학과 교차하여 연계되어 있는 것에 불과하다.

이와 같은 양 분야의 본질적 상이는 의료생활상 발전과 더불어 그 실질에 보다 적합한 법적 규율이 요구된다. 의료과정의 인과성과 그에 관한 규범적 평가를 통한 책임귀속에서도 그 본질적 상이에 상응하도록 책임법적 판단의 적정성, 특히 의료상 진료과정의 적정성에 관한 법적 판단의 결과는 물론, 법전문적으로 합당하고 세밀한 규율논거로써 그 정당성이 확보되어야 할 것이다. 이러한 관점에서 본다면 우리의 의료분쟁 민사판결의 결과적 타당성은 전반적으로 신뢰할 수 있겠으나 책임귀속의 기본원리에 기초한 법리구성 및 해석적 적용에서는 아직도 미흡한 문제점들이 산재해 있다고 아니할 수 없다.

이하에서는 위와 같은 관점에서 의료사고의 민사법적 책임귀속과 관련하여 사실관계로서 인과성 판단과 규범적 평가로서의 책임귀속에 관한 문제점 중심으로 독일의 판결례를 소개하여 비교적으로 검토한다.¹⁾ 이하에서는 2012년 독일의 판결례를 소개하고(이하 II.), 유사 사안들에 관한 우리 판결례를 일별하여(이하 III.), 비교적 관점에서 판결에 표출된 법리구성을 중심으로 비교·검토한다(이하 IV.).

1) 이하에서 소개하는 독일 판결례에 비추어 다수의 논점들이 검토될 수 있을 것이다. 우리 판결례에서는 의료사항의 유사성과 책임법적 논점들을 중심으로 비교한다. 그밖에도 독일 판결례의 사항들도 참조자료로써 활용을 고려하여 함께 소개한다.

II. 독일 판결례

원고는 피고들에게 의료적 진료행위의 오류로 인하여 발생한 재산적 및 비 재산적 손해의 배상을 청구하였는바, 이 사건에 관해 독일 뮌헨고등법원이 심리·확정하고, 연방법원 판결에서 기초로 삼은 사실관계는 다음과 같다.²⁾

1. 사실관계

원고는 2004.말 시행한 부인과 건강검진 중 분변잠혈검사³⁾에서 양성 반응을 보여 2004. 2. 15. 내과 전문의 G와 H에 의해 대장내시경⁴⁾ 검사를 받게 되었다. 대장내시경 검사상 S상결장 이행(移行)부위에 수개의 궤양(潰瘍)을 동반한 5cm 크기의 용종 모양의 외장성(外長性) 종양(腫瘍, Tumor)이 발견되었고, 또한 이 종양보다 좀 더 안쪽 근위부⁵⁾에 형성된 작은 유경용종(茸腫)⁶⁾

2) BGH, Urt. v. 22. 5. 2012 - VI ZR 157/11 (OLG München), NJW 2012, 2014 ff.(= www.juris.de); OLG München, Urt. v. 21. 4. 2011 (1 U 2363/10) - nicht rechtskräftig -, VersR 2011, 1012 ff.(= https://openjur.de/u/418977.html).

3) 'Vorsorgeuntersuchung'은 예방적 검진으로서 건강검진(screening), 'Hämokulttest'(= fecal occult blood test)은 분변잠혈검사로 번역한다. 후자는 대장암 초기진단 혹은 위장관 출혈 여부 확인을 위해 시행하며, 대변 내의 부서진 미량의 혈액(잠혈) 여부를 확인하는데, 단독으로 정확도가 떨어지는 단점이 있어 무증상의 건강한 성인에서 양성시 대장내시경 검사를 병행한다고 한다.

이하 의학지식관련의 인용전거가 제시되지 않은 각주 내용은 단순 이해와 편의를 위한 비학술의 의료사항으로서 <http://de.en.wikipedia.org>; www.naver.com 등의 자료와 학회 소속 의료전문인의 의견을 참조하여 정리한 것임.

4) 'hohe Koloskopie'. 통상 대장내시경으로 통칭하며, 항문부터 대장 전체를 거쳐 소장 말단부위까지 검사한다. 결장 전체를 보는 전(全)결장내시경(total colonoscopy)과 일부만 보는 결장내시경(partielle Koloskopie)으로 구분할 수 있으며, 후자에는 직장내시경과 S상결장내시경검사가 있다. Vgl. <http://www.dr-schwarzhoff.de/>

5) 근위부는 몸통에 가까운 쪽(proximal)을 가리킨다. 본문에서는 처음 병변발견부위인 S상결장이행부에서 보다 안쪽(맹장 방향에 가까워지는 쪽)으로 들어간 부위를 지칭한다.



1. 상행결장[Aufsteigendes Kolon(Colon ascendens)] 2. 횡행결장[Querkolon(Colon transversum)] 3. 하행결장[Absteigendes Kolon(Colon descendens)] 4. S상(狀)결장[Sigma(Colon sigmoideum)] 5. 직장[End- oder Mastdarm(Rectum)]. Vgl. <http://de.wikipedia.org/wiki/Colon>

6) 'Ein kleiner gestielter Polyp'. 용종(Polyp)은 대장의 점막 위로 국한된 경계를 가진 돌출된

하나가 발견되어 절제되었다. 2004. 12. 17.자 병리학소견서상 이 용종은 “악성 중등도분화 선암 T2”⁷⁾로 기록되었다.

원고는 2005. 1. 14. 피고 1의 병원에 입원하여, 피고 2가 2005. 1. 17. 직장 절제술(Rektumresektion)을 시행하였다. 이 수술에서 2004. 12. 15. 대장내시경 시술에서 절제된 용종의 기저부는 제거되었으나, 2005. 10. 19.자 추적 내시경검사⁸⁾에서 보다 안쪽에 있는 위 종양이 피고 2에 의해 제거되지 않았다는 것이 확인되었다. 이로 인하여 원고는 2005. 10. 21. G대학 부속병원에 입원하여 2005. 10. 28. 위 종양을 제거하는 저위전방절제술⁹⁾을 시행받고 인공장루가 부착되었는데, 복벽(服壁)의 창상치유 지연 및 대장 봉합부위에 문합기능부전(吻合機能不全)¹⁰⁾이 발생하여 내시경적 진공음압창상치료¹¹⁾를

병소이다. 성인의 15~30%에서 발견될 정도로 흔한 병변은 양성종양이지만, 드물게는 암으로 진행되기도 한다. 작게는 1~2mm로부터 큰 것은 3~4cm에 이르며 크기가 클수록 암으로 변할 가능성이 높다. 모양에 따라 줄기가 달린 유경용종(有莖茸腫, gestielter Polyp, pedunculated polyp), 줄기가 없이 납작한 무경용종(無莖茸腫, Sessiler Polyp, sessile polyp)으로 분류한다.

- 7) ‘Ein invasiv mäßig differenziertes Karzinom T2’. 암세포의 악성도를 나타내는 지표는 분화도(differentiation)로서 고(高)분화(Gut differenziert, well-differentiated), 중등도(中等度) 분화(mäßig differenziert, moderately differentiated), 저(低)분화(schlecht differenziert, poorly differentiated)의 3가지로 분류한다. 저분화된 암세포일수록 악성도가 높으며, 고분화될수록 악성도가 낮고 양성일 확률이 높다. T2는 대장암의 병기를 나타내며, 암세포가 대장 근육층까지 침범했음을 의미하며, 주변 림프절 전이가 없으므로(T2N0) 이 경우 치료는 해당 병변의 국소절제에 국한된다.
- 8) Kontrollendoskopie: Follow-up endoscopy. 이전에 내시경상 병변이 있었던 경우, 병변의 크기를 추적 관찰하거나 내시경상 병변의 절제술 등을 시행한 후, 완치 여부 확인을 위해 일정 간격을 두고 시행하는 내시경 검사이다.
- 9) 저위(低位)전방절제술(tiefe anteriore Rektumresektion: low anterior resection)은 대장암 중 직장암 수술법의 하나로, 직장상부 2/3 이내에 생긴 병변을 절제하는데 시행되며, 항문은 보존한 상태로 직장상부를 절제한 후 결장과 하부 직장을 연결해 주어 수술 후에도 배변활동이 가능하게 하는 기법으로서 경우에 따라서 문합부위가 회복될 때까지 회장 혹은 기타 부위에 일시적으로 장루를 형성하여 인공항문으로 기능하게 하는 경우도 있다.
- 10) Wundheilungsstörung(= impaired wound healing): 창상치유장애, 문합부전(吻合不全, Anastomoseinsuffizienz, anastomosis failure) [= 유합부전(癒合不全)]. 문합(吻合, Anastomose, anastomosis)은 장의 절제 후 양 끝을 연결한 부위를 지칭하며, 유합이 잘 이루어지지 않아 장내용물이 유출(leak)되는 상태를 문합부전이라 한다.
- 11) ‘Endo-VAC Therapie’. VAC(= vacuum assisted closure, 진공음압창상치치). 창상 혹은 욕창 등에 진공흡입관과 연결된 특수 창상피복재(폼 드레싱)를 피부에 부착하고 진공흡입관을 진공원과 연결, 음압을 가함으로써 피복재 내 상처의 삼출물이 음압이 걸린 흡입

받아야만 했다. 그러나 그 이후로도 지속적으로 합병증이 발생하였다. 원고는 2005. 11. 23. 퇴원하였으나 그 후 계속 진료를 받았다. 이 과정에서 위 진공음압창상치료가 지속되었고, 정기적으로 간이대장내시경(S상결장 내시경)¹²⁾ 검사와 장세척이 행해졌으며, 누공(瘻孔) 치료가 이루어졌다. 2006. 3. 31. X 대학 부속병원에서 회장루(回腸瘻, Ileostoma) 복원이 이루어졌다. 2006. 6. 5. 원고는 직장부위의 농양이 형성되어 새로이 위 G병원에 내원하여 같은 날 우선 농양을 제거하였고, 2006. 6. 10. 이중(원통)회장루¹³⁾ 조설술(造設術)을 시행하였다. 원고는 2006. 7. 3. 위 병원에서 퇴원하였다.

2007. 중순 이후로 원고의 상태는 안정되었지만, 회장루가 여전히 부착되어 있어서 그 부위에 농양, 누공과 같은 합병증들이 발생할 가능성이 있으며, 안정적인 결장루(結腸瘻, Kolostoma)의 부착이 이루어지지 않은 상태였다.

조정절차가 있는 후 원고는 2009. 6. 15. 소를 제기하였는바, 위자료로서 최소 50,000유로 및 재산상 손해로서 25,193.03유로의 배상을 청구하였다.¹⁴⁾

제1심 뮌헨지방법원은 위자료 지급을 구하는 원고의 청구를 부분적으로 인정하였고, 그 밖의 청구는 기각하였는바, 주된 논거는 1차수술의 시술상 오류와 2차수술의 결과로 발생한 합병증들과의 사이에 귀속관련이 없다는 것이었다. 이에 대한 원고의 항소청구에 관해 제2심 뮌헨고등법원은 제1심 뮌헨지방법원에서 기각된 원고의 청구를 대체로 인용하였다.¹⁵⁾ 이에 대한 피고의 상

관을 통해 별도의 오물통으로 모이도록 하여 창상 부위를 위생적으로 유지하여 회복을 빠르게 하는 치료이다. Endo-VAC은 대장 수술 후 문합부위 누출로 인해 복막염의 우려가 있는 경우, 흡입관과 연결된 스폰지를 내 누출부위 혹은 농양부위로 삽입하여 복강 내로 누출되는 장내용물을 흡입하여 복강 내 염증확산을 막아 대장암 수술 후 합병증을 방지하는 치료이다.

12) 'Kurz-Koloskopie'. '간이대장내시경'으로서 S상결장내시경(sigmoidoscopy)을 의미한다. 통상의 대장내시경보다 짧고 준비과정이 간편하며, 직장 및 S상결장 부위 병변을 관찰하는데 적합하다.

13) 'Ein doppelläufiges Ileostoma(double-barrel ileostomy)'. 장절제술 후 장루형성의 한 방법으로서 절제한 장의 근위부 및 원위부 말단을 이용하여 각각의 절개 부위에 2개의 장루를 조성하는 시술이다.

14) 원고 청구의 세부 내용은 가사(관리)손해(Haushaltsführungsschaden) 21,948.73유로, 교통비(Fahrtkosten) 1,162.50유로, 기타 [특히 소송비용(Kosten der Prozessfinanzierung)] 2,081.80유로였다. Vgl. Tatbestand, in: <https://openjur.de/u/418977.html>.

고에 관해 독일연방법원은 피고들의 책임귀속에 관한 항소심의 판단을 인용하였으나 가사(관리)상 손해의 산정에 관하여는 파기·환송하였다.

이하에서는 항소심과 연방법원의 판결에 실시된 책임성립과 손해배상 범위에 관한 이유를 소개한다.

2. 책임성립에 관한 논거

피고들은 항소심에서, “단지” 추가의 (마취와 함께) 침습이 요구되었으나 달리 어느 곳에서도(alio loco) 추완할 수 없었던 제2의 수술에 의한 침습 후 발생한 합병증들에 대해 책임이 없다는 지방법원의 결론은 적절하다고 주장하였는바, 2차수술은 사실상(de facto) 재수술(Re-Operation)이 아니라, 시간적으로 지체된 종양제거가 이루어진 것이므로 원고에게 추가적 위험이 결부되어지지 않아 종양의 제거가 2005. 1. 17. 또는 2005. 10. 28. 이루어졌는지는 아무런 차이가 없고, 원고에게 종양제거의 지체가 예후의 악화를 초래하지 않았으며, 종양제거 후 합병증이 발생한 경과는 제1의 침습과 아무런 관련이 없어 제2의 침습 후 합병증이 수반된 (치유)경과에 대해 피고들에 대한 책임귀속은 배제된다는 것이었다.

가. 항소심 판결

A. 이 법원에서 전문가감정을 근거로 우선 확신하는 바는 피고들이 중대한

-
- 15) 원고는 제1심에서 피고들에 의한 시술상 오류로 인하여 2005. 1. 17. 수술에서 의기술칙(醫技術則, Regel der ärztlichen Kunst)들을 위반함으로써 종양이 제거되지 않았고, 이로 인하여 2005. 10. 28. 원고는 추가 수술을 받아야만 했으며 각종 후유증들이 발생하였는데, 이러한 (치유)경과는 피고들의 책임으로 귀속되어야만 한다고 주장하였다. 이와 같은 원고의 청구에 대해 제1심 뮌헨지방법원은 위자료 5,000유로만을 인정하였고(LG München I, Az. 9 0 11012/09), 항소심 뮌헨고등법원은 제1심 판결을 변경하여 피고들이 연대채무자(Gesamtschuldner)로서 위자료 40,000유로와 재산상 손해 14,369.52유로를 지급하도록 판결하였고, 1차수술 전 2005. 1. 14 ~ 2005. 1. 26. 사이에 피고 1 병원에서 의 진료상 발생한 재산 및 비재산상 손해의 배상의무를 확인하였다. Vgl. Tenor, in: <https://openjur.de/u/418977.html>. 원고는 부대상고(Anschlussrevision)로써 가사(관리)손해배상으로 3,231.83유로를 청구하였다.

오류로 위임받은 수술을 시행하지 않았다는 것이다. 종양을 제거하지 않은 것은 중대한 시술상 오류(grober Behandlungsfehler)라고 평가될 수 있는바, 피고 2가 수술을 하기에 앞서 장(腸)의 어느 부위가 제거되어야만 하는가를 확인하지 않았다는 것은 전혀 납득할 수 없다. 피고 2가 용종들만이 아니라 악성의 종양도 제거했더라면 제2의 침습을 요하지 않았을 것이다. 제2의 침습이 이루어진 수술은 이른바 1차손해(Primärschaden)이다.¹⁶⁾ 1차손해의 결과로 발생한 봉합부전¹⁷⁾과 그로부터 나타난 합병증들은 수술로 인한 2차손해들(Sekundärschäden)로 평가될 수 있다. I. 책임충족적 인과성(haftungsausfüllende Kausalität)은 1차 손해와 그 밖의 건강침해와의 사이에 원인관련(Ursachenzusammenhang)에 해당한다. 발생한 봉합부전, 누공 형성과 실패된 회장루복원¹⁸⁾은 제2의 침습 내지 그로 인해 발생한 합병증들에 기인하므로, 재수술(Re-Operation)과 발생한 합병증들 사이에 인과관련(Kausalzusammenhang)이 인정될 수 있다.

이 법원은, 전문가의 진술에 따라 1차 수술은 이후의 수술에서 봉합부전위험을 증가시키지 않았기 때문에, 시술상 오류, 2차 수술과 그 결과로 발생한 합병증들 사이에 귀속관련(Zurechnungszusammenhang)이 평가상 부정된다는 입장이 아니다.

1. 전문감정인은 이 법원에서 양자의 수술들이 인접부위에서 이루어졌고, 절개부위는 동일하였다고 진술하였다. 나아가 위 전문감정인은 1차 수술에서 형성한 문합이 2차 수술에서 함께 절제되었으며, 이로 인해 제2차 수술 후에도

16) 이 판결에서 독일 민헨고등법원은 항소심 판결에서 ‘이른바 1차손해(sogeannter Primärschaden)’라고 표현함으로써 인과적 손해 분류에 관해 다소 의구심을 보이는 표현을 하고 있다.

17) 봉합부전(Nahtinsuffizienz, failure of sutures)은 소화관이나 혈관 등의 수술시 봉합부위의 유합(癒合)이 잘 이루어지지 않아 내용물의 누출(leakage)이 있는 상태를 가리키며, 혈액순환장애, 감염, 봉합수법의 부적합 등이 원인이 된다.

18) ‘Stomarückverlagerung’. 여기에서 ‘실패된 회장루복원’은 2차수술 후 회장루 복원을 시도 하였으나 앞서 언급된 봉합부전, 누공형성으로 인한 장내용물 누출 및 염증, 직장 농양 등의 합병증으로 복원이 실패되어 다시 (이중원통)회장루가 부착된 사실을 가리킨다.

단지 하나의 봉합지점만이 현존했다고 설명하였다.¹⁹⁾ 위 감정인의 설시에 따르면, 직장의 문합은 항문 방향에 가까울수록 봉합부전의 위험은 높아지고, 문합이 대장 방향으로 형성될수록 이 위험은 낮아진다. 전문감정인은 이 같은 위험은 어느 하나의 봉합이 직장(Mastdarm)에서 대장(Dickdarm) 방향으로 1 cm 상부에 설치되는 경우에는 12%, 2~4cm 상부인 경우에는 10%, 그리고 10 cm 상부인 경우에는 약 3~4%에 달하는 것으로 추산하였다. 또한 전문감정인의 설시에서는 2차수술에서 직장에서 2~3cm 상부에 문합이 형성되어져서, 1차수술에서는 그 문합이 아마도 1cm 높게 상부에 형성될 수 있었을 것이라고 추정하였다. 전문감정인은 문합이 2~4cm 상부인 경우에는 위험을 10%로 추산하며, 그 위험은 비례적으로(linear)으로 증가하지 않고 단락적으로(abschnittsweise) 증가한다²⁰⁾는 사실로부터 2차수술에서 봉합부전위험이 선(先)수술(Voroperation)보다 높아지지 않았다고 추론한다. 그렇지만 위 전문감정인은 지방법원의 구술의견청취절차(Anhörung)에서, 선(先)수술의 유착²¹⁾이 좀 더 길게 유지되기 때문에 재수술은 전반적으로 보다 위험이 높은 것으로 평가하였다. 그러나 전문감정인의 평가에 따르면 수술기간이 연장되었다고 해서 봉합부전 위험이 고도화(Risikoerhöhung)되지는 않는다는 것이다.

총괄적으로 확인할 수 있는 바는, 전문감정인은 재수술에서 근본적으로 높아진 수술위험을 긍정하지만, 직장을 기준으로 봉합의 높이와 봉합부전의 위

19) '봉합지점'은 1차수술의 문합을 절제하여 2차수술에서 새로이 형성된 봉합부위(문합, anastomosis)를 지칭한다. '하나의 봉합지점만이 현존했다'는 것은 2차수술에서도 절제되지 않은 종양을 포함하여 광범위하게 장을 절제하고 새로운 문합이 형성되지만, 위 2차수술에서는 1차수술 당시 형성된 문합부위와 단일한 문합이 형성되었다는 것으로 파악된다.

20) 일정한 비율에 따라 위험이 증가하는 것을 의미한다. 이 수술에서는 장문합이 형성되는, 즉 장이 절제되는 높이(위치)에 정비례하여 문합부전의 위험이 증가하는 것이 아니라, 각 높이에 따른 일정한 위험도가 단계적으로 증가한다는 의미이다. 수술 등 의학적 시술의 (특정 변수에 관한) 위험도는 경험적으로 수집되기 때문에 일률적이지 않으며 각 경우마다 다르다.

21) 유착(癒着, Verwachsung)은 서로 분리되어 있는 체내의 장기나 조직의 막(膜) 사이에 염증, 수술, 외상 등으로 인하여 흉터와 유사한 반흔조직이 형성되어 서로 들러붙는 것을 가리킨다.

험 사이에 관련을 지을 수는 있을지라도 봉합부전 위험요인에 관하여는 위험의 고도화를 부인하는 것으로서, 이 사건에서 전문감정인의 진술에 따르면 최소한 위험의 중대한 증가를 초래하지 않는다는 것이다. 따라서 이 법원은 1차 수술을 통해서 발생한 합병증들에 관하여 새로운 침습에서 위험의 고도화가 발생하지 않았다는 것으로부터 판단을 시작한다.

2. 그렇지만 이 법원은 지방법원과 달리 판단하는바, 이 같은 상황이 원고에게 부담이 되는 2차수술 결과의 귀속가능성(Zurechenbarkeit)을 부인하는 데는 이르지 않는다.

1차로 시술한 의사가 그의 시술상 오류로 인하여 추가적 침습을 요하게 되었는지 여부, 또한 그 추가적 침습의 결과에 대해 책임을 져야만 하는지 여부에 관해서는, 특히 2차로 시술한 의사가 오류를 범하였다면, 이 의문은 판례에서 인과관련의 중단(Unterbrechung des Kausalzusammenhangs)의 관점 하에서 다루어진다.²²⁾ 그렇지만 이 사건은 다른 정황이다. 그 하나는 후차로 시술한 의사들에게 아무런 오류를 비난할 수 없다는 점이고, 다른 하나는 적응증 상태(Indikationsstellung)²³⁾에 아무런 변화가 없었다는 점이다.

그리고 피고들이 연방법원의 판결을 원용하여, 시술상 오류의 평가상 중대한 것으로 기초되는 위험이 실현되지 않은 경우에는 건강상 손해와 중대한 시술상 오류의 인과적 연계에 관한 입증부담경감(Beweislasterleichterung)은 고려되지 않는다고 하지만, 그 사안은 이 사건과 비교할 수 없다. 우선 이 사건에서는 입증부담전환(Beweislastumkehr)에 관한 의문이 아니라, 시술상 오류로 인하여 동등한 적응증 상태에서 추가적 침습이 필연적이 되고, 오류로 선(先)시행된 침습을 통해 높아지지 않았으나 수술상 내재하는 위험이 제2의 침

22) 위 판결은 지방법원 판결에서 인용된 연방법원 판결(VersR 2003, 1128 = NJW 2003, 2311)을 참조로 원용한다.

23) 적응증 상태(Indikationsstellung, indication status). 적응증이란 특정 수술, 약물 등으로 치료효과가 기대되는 증상, 혹은 질병상태를 의미한다. 이 사건에서는 1, 2차수술 모두 동일한 병명(대장종양 절제)에 대해 행하여진 것, 즉 동일한 병명은 같은 적응증을 적용 받았음을 의미한다.

습에서 실현되었다면, 평가적 고찰방식(wertende Betrachtungsweise)에서 귀속가능성이 부인될 수 있는지 여부가 관건이다.

판례와 문헌에 따르면 상당성론(Adäquanzttheorie)은 개별 사안에서 부당한 결론들을 회피하기 위해서 평가적 기준들(wertende Kriterien)을 통한 보완을 요한다. 보호목적설(Schutzzwecklehre)에 따르면 그 양태와 발생방식에 따라 위반된 규범의 보호목적 하에 해당하는 그러한 손해들에 대해서만 배상의무가 있다.²⁴⁾ 즉, 위험들의 영역(Bereich der Gefahren)에서 비롯되는 불이익들이 다루어져야만 하는바, 그 방지를 위해 위반된 규범(Norm)이 선포되었거나 위반된 계약상 또는 계약(성립) 이전의 의무(vertragliche oder vorvertragliche Pflicht)가 인수되었어야 하는데, 여기에서 이 같은 책임의 한정(Haftungsbegrenzung)은 모든 양태의 손해배상청구권들에서 책임설정(Haftungsbegründung) 및 책임충족(Haftungsausfüllung)의 영역에 적용된다.²⁵⁾

이 법원의 견해에 의하면 피고들의 책임을 제한할 전제조건들은 없다. 피고들은 원고로부터 종양들을 제거할 의무를 위반하였고, 이로 인하여 추가적 침습을 야기하였으며, 원고로 하여금 재수술토록 함으로써 수술상 내재적인 위험들이 발생할 위험에 노출시켰다. 전혀 확정되지 않은 것은, 그 위험들이 1차 수술에서도 실현되었을지 여부이다. 지방법원에서 행한 전문감정인의 진술에 따르면 원고에게 아무런 특별한 위험요인들이 없었고, 따라서 이후에 발생한 합병증들이 이미 1차수술에서 앞쪽의 깊은 직장절제(Rektumresektion)에서도 나타났을 것이라는 소급적 귀납추론(Rückschluss)은 가능하지 않다. 나아가 평가되어야만 했던 것은, 위에서 실시한 바와 같이, 동일한 신체부위에서의 재수술이 동일한 절개를 행함으로써 제1의 침습보다 더 위험했지만, 봉합부전

24) 판결 원문은 "Nach der Schutzzwecklehre besteht eine Ersatzpflicht danach nur für solche Schäden, die nach Art und Entstehungsweise unter den Schutzzweck der verletzten Norm fallen: …"이다.

25) 위 판결은 Staudinger/Vieweg, BGB Neubearb. 2011 Schadensrecht Rn. 124-125 참조로 제시한다.

과 관련해서는 비견할만한 위험이었다는 것이다. 어느 수술에서 어느 위험이 실현되었는지 여부는, 원고의 주장과 같이, 수술일, 수술기술, 수술자의 경험 등 다수의 요인들에 의해 좌우된다. 이 사건 재수술에서 수술위험의 현실화는 피고들이 그들의 중대한 의무위반으로 야기되었다. 합병증들이 적정한 1차 수술에서도 발생하였을 것이라는 점에 관한 아무런 구체적 근거들이 없다면 최소한 피고들의 책임제한(Einschränkung der Haftung)을 위한 아무런 기반이 없고, 비록 재수술을 통해 발생한 합병증의 통계적 위험이 더 높아지지 않았을 지라도 그러하다.

결과 또한 부당(不當)하지 않은(nicht unbillig)바, 피고들은 위험이 현실화 되는 위험(Gefahr der Risikoverwirklichung)을 야기했고, 손해가 의무에 (의료원칙에) 적합한 행태(치료행위)를 한 경우에도 발생했을 것이라는 - 이 사건에서는 달성되지 않은 - 증명(Nachweis)이 피고들에게 남겨져 있기 때문이다. 책임한정의 귀결상 합병증 없는 제1의 침습에 관한 입증부담(Beweislast)은 환자에게 있다는 것이다. 환자가 피해자이고 시술자가 가해자라는 상황에 비추어 이 법원이 귀속의 평가적 고찰(wertende Betrachtung der Zurechnung)의 과정상 1차수술에서도 합병증들이 발생했을 것인지 여부에 관한 미결의 의문(합병증들이 발생할 수 있었는지 여부는 중요하지 않다)을 환자 내지 원고의 부담으로 평가하는 것은 타당(妥當)하지 않다(nicht für billig).

II. 원고의 건강침해들이 (의료원칙에) 적합한 행태(치료행위)를 한 경우에도 발생했을 것이라는 증거가 피고들에게 달성되지 않았다(대안적인 적합 행태, alternatives rechtmäßiges Verhalten). 위에서 실시한 바와 같이, 합병증들이 1차 수술에서도 전개되었을지 여부는 전혀 미결이다.

나. 연방법원 판결

연방법원은 피고들의 책임성립에 관한 항소심 판결을 인용하였다.²⁶⁾ 연방

26) BGH, Urt. v. 22. 5. 2012 - VI ZR 157/11, www.juris.de, S. 1-2/6.

법원 판결에서는 위에서 소개한 [사실관계]를 요약 제시하고(Tatbestand I. [3]), 원심(항소심, *Berufungsgericht*)이 증거에 의해 피고가 위임받은 수술 시행상 중대한 오류가 있다는 것을 확신한 것, 그리고 1차손해와 2차손해의 인과관계 및 책임성립의 귀속판단을 요약하여 제시하고(I. [4]), 이에 대한 피고들의 상고이유에 관해 다음과 같이 판단하였다(II. [6] 이하).²⁷⁾

[7] 1. 피고의 상고(Revision)는 사실상 이유 없다. 원심은 원고가 피고에게 오류인 의기술(*fehlerhafte ärztliche Behandlung*)로 인한 후(後)수술의 결과로 원고에게 발생한 재산적·비재산적 손해들(*materielle und immaterielle Schäden*)의 배상을 요구할 수 있다는 것을 인용하였다(§ 280 Abs. 1, §§ 278, 823 Abs. 1, §§ 831, 253 Abs. 2 BGB).

[8] a) 상고이유에서 피고 1에서 근무하는 피고 2에 의해 시행된 항문절제 수술 범주에서 원고의 대장단락(*Darmabschnitt*)상 종양 부위를 떼어내지 않은(중대한) 시술상 오류가 비난될 수 있다는 점에 대해서는 이의가 없다. 또한 상고는 원심의 인정한바, 원고가 이 같은 시술상 오류로 인하여, 올바른 의료적 시행이 있었을 경우에 유보되었을, 부가적 침습을 받아야만 하였다는 점에 대해서도 의문을 제기하지 않는다. 원심의 이 같은 판단에는 아무런 법리오해가 없다.

[9] b) 피고의 보장의무(*Einstandspflicht*)가 제2의 침습과 직접적으로 결부된 원고의 건강상 부담들에 한정되지 않고 제2의 침습과 관련하여 발생한 합병증들(문합부전, 누공형성, 실패된 회장루복원)도 포괄한다는 원심 판결에 대한 상고는 받아들이지 아니한다. 이와 관련하여 1차수술이 봉합부전의 위험을 증가시키지 않아, 즉 이 사건에서 발생한 합병증들은 이미 1차수술에서도 발생할 수 있었으므로 아무런 1차적 손해를 야기하지 않았기 때문에(책임성립에) 요구되는 인과관련과 귀속관련(*Kausal- und Zurechnungszusammenhang*)이 결여되었다는 상고는 이유 없다.

27) A. a. O., www.juris.de, S. 2/6. 연방법원 판결문 II. [7] 1. 이하는 NJW 2012, 2024 ff.와 동일하다.

[10] aa) 인과관련의 검토에서는 책임설정적 인과성과 책임충족적 인과성 (haftungsbegründende und haftungsausfüllende Kausalität)이 구별되어야 한다. 책임설정적 인과성은 시술상 오류와 법익침해, 즉 환자의 건강 상태에 부담을 지운다는 의미(1차손해, Primärschaden)에서 1차적 침해결과 사이의 관련에 해당한다. 이에 반하여 책임충족적 인과성은 환자의 법익침해와 그 밖의 건강상 손해들을 사이의 원인적 관련에 관한 것이다.²⁸⁾

[11] bb) 원심은 정당하게 책임설정적 1차손해를 제2의 침습과 직접적으로 결부된 원고의 건강상 부담들(복부절개, 장절제 및 이에 동반된 추가적 문합형성²⁹⁾)에서 찾았고, 그 이후에 발생한 합병증들(봉합부전, 누공형성, 실 패된 회장루복원)을 책임충족적 인과성으로 편서(編序)하였다. 원심이 확정한 바에 따르면 구체적으로 부각되어진 이 같은 후속손해들(Folgeschäden)은 제2의 침습이 없었더라면 발생하지 않았을 것이다. 원심의 판단은, 후속손해들이 상당히 인과적으로(adäquat kausal) 1차가해(Primärschädigung)에 소급되어질 수 있다는 것으로서 심리미진이 없다.

[12] cc) 올바른 의료적 시행(korrektes medizinisches Vorgehen), 즉 원고의 종양에 해당된 대장단락을 제거한 경우에 이미 제1의 침습의 범주에서, 어쩌면 마찬가지로 견줄 만한 결과를 갖는 봉합부전이 나타났을 것이라는 사정은 책임충족적 인과성에 대해 의문을 제기하지 않는다. 단지 일회의 침습에서 위험들이 실현되었을지 여부와 어떠한 위험들이 실현되었을지는 발생한 손해에 관한 사실상 시행된 시술의 인과성이 아니라 적법한 대안행태(rechtmäßiges Alternativverhalten)가 있었을 경우의 가정적 인과과정(hypothetischer Kausalverlauf)에 해당하는바, 이에 관해서는 피고들에게

28) 판결 원인용 : Senatsurteile vom 24. Juni 1986 - VI ZR 21/85, VersR 1986, 1121, 1122 f.; vom 21. Juli 1998 - VI ZR 15/98, VersR 1998, 1153, 1154; vom 16. November 2004 - VI ZR 328/03, VersR 2005, 228, 230; vom 12. Februar 2008 - VI ZR 221/06, VersR 2008, 644 Rn. 10, 13 참조.

29) 복부 절개, (1차수술에서 형성된 문합의 제거와 미절제 용종을 포함한) 장절제, 그리고 (제거된 기존 문합 이외의 추가적인) 문합의 형성, 즉 2차수술의 전과정을 가리킨다.

입증의무가 있다(beweispflichtig).³⁰⁾ 이 사건에서처럼, 의사가 환자에게 오류인 위법한 행위를 통해 손해를 가한 것이 확정되면, 의사는 환자가 적법하고 오류 없는 진료행위를 한 경우에도 동일한 손해를 입었을 것이라는 것을 입증하여야 한다.³¹⁾ 원심은 이와 같이 피고에게 책무로 지워진 증명(obliegender Nachweis)이 이루어지지 않은 것으로 간주하였는바, 1차수술의 범주에서 종양을 절제한 경우에도 위의 위험들이 실현되었는지 여부는 전혀 미결이기 때문에 이유불비가 있다고 할 수 없다.

[13] 상고이유에 반하여 피고 2에 의해 야기된 법익침해와 원고가 주장하는 건강상 손해들 사이의 책임법적 귀속관련은 책임설정적 규범의 보호목적(Schutzzweck der haftungsbegründenden Norm)에 근거하여도 부인될 수 없다.

[14] (1) 연방법원의 판례에서는 규범의 보호목적을 통해 손해배상의무가 한정된다는 것이 승인되었다. 어느 하나의 책임은 위험들의 영역에서 연원하는 등가적이고 상당한 손해결과들(äquivalente und adäquate Schadensfolgen)에 관해서만 존립하며, 그 결과들을 회피하기 위한 위반된 규범이 선포되었거나 위반된 계약상 의무가 인수되었어야 한다.³²⁾ 주장된 손해는 가해자에 의해 마련된 위험상황(Gefahrenlage)과 내적 관련(innerer Zusammenhang)이 있어야만 한다; “외적인(äußerlich)”, 말하자면 “우연한(zufällig)” 관련으로는 충분하지 않다. 그러는 한 평가적 고찰이 요청된다.³³⁾

[15] (2) 이 원칙들은 1차적으로 시술한 의사에 의한 시술상 오류가 있는

30) 판결 원인용 : Senatsurteile vom 15. März 2005 – VI ZR 313/03, VersR 2005, 836, 837; vom 9. Dezember 2008 – VI ZR 277/07, BGHZ 179, 115 Rn. 11 mwN 참조.

31) 판결 원인용 : Senat, Urteil vom 5. April 2005 – VI ZR 216/03, VersR 2005, 942 mwN; Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, 6. Aufl., Rn. B 230, C 151 mwN 참조.

32) 판결 원인용 : BGH, Urteile vom 11. Juni 2010 – V ZR 85/09, NJW 2010, 2873 Rn. 24; vom 11. Januar 2005 – X ZR 163/02, NJW 2005, 1420 f.; Palandt/Grüneberg, BGB, 71. Aufl., vor § 249 Rn. 29 f. mwN 참조.

33) 판결 원인용 : Senatsurteile vom 20. September 1988 – VI ZR 37/88, VersR 1988, 1273, 1274; vom 6. Mai 2003 – VI ZR 259/02, VersR 2003, 1128, 1130; BGH, Urteil vom 14. März 1985 – IX ZR 26/84, NJW 1986, 1329, 1332, jeweils mwN 참조.

이후에 시술한 의사의 시술로써 발생한 후속손해들이 판결되는 경우에도 타당하다. 이러한 사안들에서 1차적 시술의 손해위험(Schadensrisiko)이 추가 시술 시점에 이미 전부 종지(終止)되었고, 따라서 1차적 시술자의 시술상 오류는 그 이후의 질병과정(Krankheitsverlauf)에 더 이상 영향을 미치지 않은 경우에는 (위에서 제시한) 요구되는 내적 관련을 결한다.³⁴⁾ 이러한 법리는, 제1의 시술(Erstbehandlung)의 계기와 아무런 연관이 없는 질병의 시술이거나, 2차가해(Zweitschädigung)를 야기하는 의사가 성실한 의술 행태(eingewissenhaftes ärztliches Verhalten)를 기준으로 수립되는 요청을 비밀 상적으로 높은 정도로 도외시하여 모든 의술상 규칙들과 경험들을 위반함으로써 발생한 손해가 책임법적 평가상 오로지 그의 행위에 편서(編序)되어야만 하는 경우에도 타당하다.³⁵⁾

[16] (3) 이와 같은 원칙들에 따라 피고의 보장의무(Einstandspflicht)를 한정하는 것은 규범의 보호목적에 의하여 고려되지 않는다. 이 사건에서 발생한 손해들은 그 양태와 발생방식에서 위반된 규범의 보호목적 하에 놓인다. 의술적 기술의 규칙들(Regeln der ärztlichen Kunst)에 상응하도록 원고를 보살펴야 하는 피고들에게 해당하는 의무부담(Verpflchtung)은 무엇보다도 그 자체로서 요구되지 않은 제2의 침습(Zweiteingriff)과 그럼으로써 수반하는 결과들로부터 원고를 지켜야 하는 목적에 기여하는 것이었다. 원고에 의해 주장된 건강상 손해들은 피고에 의해 마련된 위험상황(Gefahrenlage)과의 내적 관련도 또한 있다. 피고를 비난할 시술상 오류는 그 밖의 질병경과를 결정적으로 만들었고, 원심이 확정판에 의하면 특히 추가로 시술하는 의사들에게 아무런 시술상 오류가 비난되어질 수 없다. 피고 2의 시술상 오류에 의해 원고의 후(後)수술(Nachoperation)이 유발되었다. 피고 2가 그에 의해 행해진 대장

34) 판결 원인용 : Senatsurteile vom 28. Januar 1986 - VI ZR 83/85, VersR 1986, 601, 602; vom 20. September 1988 - VI ZR 37/88, aaO; Frahm/Nixdorf/Walter, Arzthaftungsrecht, 4. Aufl., Rn. 73 참조.

35) 판결 원인용 : Senatsurteile vom 20. September 1988 - VI ZR 37/88, aaO; vom 6. Mai 2003 - VI ZR 259/02, aaO.

절제(Darmresektion)의 범주에서 종양에 해당된 대장단락을 (중대하게) 오류로 제거하지 않았고, 원고는 단지 그러한 사유로 제2의 대장수술을 받아야만 했다. 발생한 후속손해들은 올바른 의료적 시행이 있었다라면 원고에게 유보되었을 부가적 침습에 기인한다.

3. 손해배상의 범위에 관한 논거

원고는 항소심에서 제1심 지방법원이 인정한 위자료가 너무 적으며, 재산상 손해들의 발생을 간과하였다고 주장하였다.³⁶⁾ 이에 관해 민헨고등법원과 연방법원의 판결의 개요는 다음과 같다.

가. 항소심 판결

[72] B. 이 법원은 35,000유로 증액된 위자료(Schmerzensgeld)가 적정하다고 여긴다.

[73] 독일민법 제253조 제2항에 따라 담보되는 공정한 보상(billige Entschädigung)의 산정에서는 침해들의 중(重)함, 이 같은 침해들에 의한 고통, 그 고통의 지속, 피위반자를 통한 침해 인지의 규모와 가해자의 과책 정도(Grad des Verschuldens)가 고려될 수 있는데, 의료책임사안들에서는 가해자 과책의 정도는 통상 결정적인 비중을 가지지 않는다.

[73] 지방법원에서 인정된 위자료는 너무 적은바, 그 금액으로 원고에게 2차수술뿐만 아니라 2차수술에 의해 발생한 건강상 결과들이 - 특히 실패된 회장루의 복원이 - 함께 변상되어야 하기 때문이다. 원고에게 인정되는 위자료 산정에 관한 본질적인 기준은 원고가 약 4년 이래로 인공 항문을 부착하고 살아야만 하고, 새로운 복원이 성공적으로 시행될 수 있을지 여부가 매우 의심스

36) 그밖에 원고는 소송비용조달(Prozessfinanzierung)과 소송 외적 부대비용(außergerichtliche Nebenkosten)의 배상을 청구하였다. Vgl. [41] ff. in: <https://openjur.de/u/418977.html>.

렵다는 사정이다.³⁷⁾ 원고의 남편이 증인으로서 신뢰할 수 있게 진술한 바와 같이, 조절된 회장루의 상태는 원고에게 신체의 굴신, 회전, 그리고 적극적인 노동이 단지 어렵사리 가능하다는 것이다. 나아가 발생한 합병증들로 인하여 치유경과가 지연되었다는 것이 고려되었다. 수차례 간이대장내시경(S상결장내시경) (2007년까지 총 7회)과 직장내시경(Rektoskopie) (2009년 8. 17. 까지 총 10회)이 시행되어야만 했다. 그밖에도 재수술과 더불어 최소한 2회의 입원 가료를 요했다. 더 나아가 위자료 산정에서 악성 종양의 제거가 지체되어 재발(再發, Rezidiv, recurrence)의 가료(加療)와 의료상 규준으로 받아들이는 5년 내의 전이형성(Metastasenbildung)으로부터 약 9개월이 연장된 사실이 도외시될 수 없었다. 전체적으로 종양의 지체된 제거로 인하여 전이의 형성이 유리하게 되었다는 원고의 근심이 도외시되어 질 수 없었다. 다른 한편으로는 원고에게 중(重)한 근원적 질환이 있었고, 또한 합병증 없는 치유경과일라도 침해들이 결부되었을 것이라는 점이 평가되어야만 했다. 그러므로 이 법원은 총체적으로 40,000유로의 위자료가 적정하다고 여기는바, 원고에게 35,000유로의 증액이 인정되었다.

[75] C. 원고에게는 가사(관리)손해(Haushaltsführungsschaden)로서 13,207.02유로가 인정되어야만 한다.³⁸⁾ [76] 가사(관리)손해의 산정을 위해서 슐츠-보르크/파르다이(Schulz-Borck/Pardey, [Der Haushaltsführungsschaden] 6. Aufl.)의 계산표의 원용을 인정하고, [77] 위 계산표에 의한 각종 시간비용의 판단과 [78] 노무비용, [79] 병원의 입원 가료(stationäre Aufenthalt)로 인한 감축된 가사관리 비용에 관해서는 [80] 감축된 가사(관리) [81] ..., [82] ...

그밖에 항소심은 [83] D. 원고가 서면으로 충분히 실체적으로(sub-

37) '인공항문(künstlicher Darmausgang'. 즉, (정상적 항문이 아닌) 수술적 장루(stoma)를 가리킨다. 원고의 소장부위에 조절된 장루와 변주머니(ileostoma)는 향후 (4년 이내에) 재수술을 하게 되는 경우에 향후 소장(회장루) 혹은 대장(결장루) 중 어느 부위에 조절될 것인지 알 수 없다.

38) 이하에서는 발표문과 달리, 지면 관계상 상세한 소개는 생략한다.

stantiiert) 진술한 범위에서 교통비(1,162.50유로)를 인정하였고, [84] E. 전화비용과 애완견관리비용은 기각하였으며, [85] F. 소송자금조달을 위한 비용에 관해서는 원고가 아무런 증빙서류(Belege)와 소송자금조달보험(Prozessfinanzierungsversicherung)과의 대차(貸借) 청산을 제시하지 않아 충분한 진술과 증명을 인정하지 않았다. 또한 [87] G. 소송 외적 비용(2,789.60유로)은 변호사계산서(Anwaltsrechnungen)에 의해 증빙되지 않았다고 판단하였다. [88] H. 허가된 확인의 소(zulässige Feststellungsklage)는 원고의 그 밖의 건강상 침해들과 기타 재산상 손해들이 가능하기 때문에 이유가 있다고 하였으며, 이어서 [88] I. (독일)민사소송법 제97조에 의한 비용판정(Kostenentscheidung), [89] J. (독일)민사소송법 제708조 10호, 제711조에 의한 가집행에 관한 선고(Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit)는 (§§ 708 Nr. 10, 711 ZPO)에 관하여 실시하였다.

[90] K. (독일)민사소송법 제543조 제2항에 따른 상고를 허가하였는바, (중대한) 시술상 과오를 통해 동일한 적응증 상태(Indikationsstellung)를 갖는 그 밖의 침습을 야기하여 제2의 침습에서 제1의 침습을 통해 높아지지 않은 수술내재적 위험(operationsimmanentes Risiko)이 실현된 경우에 의사의 책임이 소위 보호목적론에 따라 제한되어질 수 있는지 여부에 관한 의문은 근본적인 의의가 있기 때문이다.

나. 연방법원 판결

연방법원은 본안전 쟁점으로서 [17] 부대상고의 허용성에 관하여 판시하고, [18] ..., [19] ..., [20] 원고에게 발생한 가사(관리)손해의 사정(査定)에 대한 부대상고는 이유 있다고 판시하고, [21] 가사(관리)손해를 산정(算定)상 슐츠-보르크의 표집(表集, Schadenersatz bei Ausfall von Hausfrauen und Müttern im Haushalt, 6. Aufl.)에 따라 객관적으로 요구되는 시간비용을 1,553.76 시간으로 사정(査定)한 것을 부대상고의 수인, [22] 가사(관리)손해의 계산(計算)상 시간당 8.50유로로 하는 의제적 배상에 의한 보상에 대한

부대상고를 인정하고, [23] ... 사실심 법관이 사정(査定)의 기초적 사실들 (tatsächlichen Grundlagen)과 그것들에 관한 평가를 설시가 요구되는바, [24] 그 금액에 관한 이유불비에 대한 부대상고의 이익은 정당하다 ...

III. 우리 판결례의 검토

위 II.에서 소개한 독일의 판결례와 사실상 일치하는 우리 판결례는 찾아볼 수 없겠으나 유사 내지 동일 질병의 진료과정에서 발생한 의료사고에 관한 하급심 판결례는 다음과 같다.

1. 결장용종절제술 사건³⁹⁾

환자(1954-2008)는 2006. 8.경 OO(대학)병원에서 종합건강검진상 수면 대장내시경검사를 받음에 있어서 용종이 발견된다면 제거할 수도 있으며 그 과정에서 천공(perforation)이 발생할 수도 있으나 응급시술로 처치할 수 있다는 내용의 설명을 듣고, 수면대장내시경검사 및 용종절제술에 대하여 동의 하였다. 위 검진 당일 2006. 8. 25. 수면대장내시경검사서 S상결장(sigmoid colon) 내에 용종이 발견되었고, 위 병원 의료진은 출혈을 예방하기 위하여 헤모클립(hemoclip)으로 클립결찰법을 사용하여 결장경적용종절제술을 시행 하였다. 다음 날 위 병원에서 식도 위십이지장 내시경검사를 받은 후 몇 시간 이 지나 오후에 복통으로 위 병원 응급실에 내원하였다. 다음 날인 2006. 8. 27. 망인에 대하여 배꼽부위와 좌우 하복부에 트로카(trocar)를 넣어 검진한 결과 S상결장 천공이 발견되어, 하트만(Hartmann's procedure) 개복수술로써 하부중양선절개를 하고 전환하여 S상결장의 장간막의 경계선에 약 0.5cm 천공을 확인한 후 장절제술을 시행하고 배변을 위하여 직장 인공항문술(결장

39) 서울중앙지법 2011. 4. 26. 선고 09가단194558 판결 【손해배상(의)】 .

루술)을 시행하였다.

이후 위 환자는 위 진료과정에서 흉부 단순방사선촬영 결과에 대하여는 ‘정상’이라는 판정을 받고서 하트만수술에 따른 치료만을 받다가 2006. 9. 12. 퇴원하였으나 위 수술로 인하여 당시 환자에게는 결장루 장애가 영구적으로 발생하였고, 향후 일상생활에 불편할 수 있는 장애상태에 이르게 되었다.⁴⁰⁾

위 사실관계에서 병원의 용종절제술과 관련하여서는 설명의무위반과 의료상 과실이 쟁점이었다.⁴¹⁾ 법원은 전자의 책임은 인정하지 않았고, 후자의 책임에 관해서는 원고측이 “이 사건 용종절제술 당시 망인에게 장천공이 발생할 어떠한 원인도 없었음에도 불구하고 피고 병원 시술의사의 과실로 인하여 장

40) 위 환자는 그 후 가래 및 심한 기침 증상을 겪다가 2006. 10. 24. 위 병원의 흉부 단순방사선촬영에서 좌엽에 종양이 관찰되었고, 결핵 또는 폐종양과의 감별이 요망되어 2006. 10. 30.경 흉부 CT 촬영을 하였는데, 검사결과 좌엽 종양에 폐암이 진단되었다. 당시 망인의 상태는 좌측 전체 폐에 소세포 폐암(small cell carcinoma)이 퍼져 있었고, 주변 혈관 조직 침범과 흉수도 관찰되어, 소위 말기암에 해당되는 상태였다. 그런데 소세포 폐암은 급속히 성장하며 조기엔 전이를 잘 하는 암종이어서, 위 병원에서 종합건강검진 당시인 2006. 8. 25.경에는 소세포 폐암이 2006. 10. 30.경에 비하여 초기상태였다. 2006. 11. 8.경 기침, 각혈로 인하여 △△의료원에 기관지 내시경을 통한 조직검사 결과 소세포 폐암으로 진단되었으며, 그 후 2008. 12. 4.까지 위 의료원에서 항암치료 및 방사선 치료를 받다가 2008. 12. 5. 폐암으로 인한 호흡부전으로 사망하였다.

41) 그 외에도 환자측은 위 (대학)병원에 폐암 진단과 관련된 책임을 주장하였고, 법원은 “흉부 단순방사선촬영 결과에 대하여 ‘정상’이라고 판정하였다는 것은 진단상의 과실”이라고 판단하여 “...위와 같은 불법행위로 인하여 결국 망인이 만약 이 사건 종합건강검진에 따른 진단 당시 폐암의 발병 여부를 알았다면 그 진행 상태에 따른 적절한 치료를 받을 수 있고, 나아가 이로 인하여 생존기간을 연장할 수 있는 여지도 있었음에도 이러한 기회를 상실하였다고 할 것이며, 이에 대하여 망인이나 원고들이 정신적 고통을 받을 것임은 경험칙상 명백하다. 따라서 피고 법인은 민법 제756조에 따라 불법행위자인 위 000의 사용자로서 위 000의 과실로 인하여 망인 및 원고들에게 발생한 정신적 손해에 대하여 책임이 있다”고 하였고, “(또한 의사 000가 의사 손00의 진단결과, 망인이 호소하는 증상, 흡연정도 등을 알고 있었을 경우에는, 종합건강검진을 의뢰한 망인으로 하여금 더 정확한 흉부 CT 등 정밀한 검사를 고려한 선택을 할 수 있도록 망인에게 흉부 CT 촬영 등의 정밀검사가 필요한 상태였던 점 등에 대하여 설명할 의무가 있다고 할 것임에도 이를 하지 않은 설명의무위반의 책임도 부담한다 할 것이고, 이러한 점에 대하여도 피고 병원은 사용자 책임을 부담한다.)” 손해배상으로서 환자측은 위자료 55,000,000원의 지급을 청구하였는바, “망인의 나이, 직업, 환경, 망인과 원고들의 관계, 피고 병원에서 2006. 9. 1. 망인에 대해 흉부 CT 촬영 등의 정밀검사를 하였다고 하더라도 이미 망인에게는 소세포 폐암이 있는 상태이므로, 생존 연장가능성은 높아지나 완치 가능성이 큰 차이가 없는 점 및 기타 이 사건 변론에 나타난 여러 사정 등”을 참작사유로 하여, “망인 700만 원, 원고 김00 200만 원, 나머지 원고들 각 70만 원”을 인정하였다.

천공이 발생하였으며, 이후 시술의사가 장천공 발생 당시 금속클립을 사용한 것 이외에는 어떠한 적절한 조치도 취하지 아니한 과실이 있으므로, 피고 병원은 민법 제756조에 따라 위와 같은 시술의사의 과실에 대하여 위 시술의사의 사용자로서 망인 및 원고들에게 ... 위자료를 각 지급할 의무”를 주장하였으나, 법원은 받아들이지 않았는바, 이에 관한 판결이유는 다음과 같다.

가. 판단기준

인간의 생명과 건강을 담당하는 의사에게는 그 업무의 성질에 비추어 보아 위험방지를 위하여 필요한 최선의 주의의무가 요구되고, 따라서 의사로서는 환자의 상태에 충분히 주의하고 진료 당시의 의학적 지식에 입각하여 그 치료 방법의 효과와 부작용등 모든 사정을 고려하여 최선의 주의를 기울여 그 치료를 실시하여야 하며, 이러한 주의의무의 기준은 진료 당시의 이른바 임상의학의 실천에 의한 의료수준에 의하여 결정되어야 하고(대법원 1997. 2. 11. 선고 96다5933 판결 등 참조), 또한 의사는 진료를 행함에 있어 환자의 상황과 위와 같은 의료수준 그리고 자기의 지식경험에 따라 적절하다고 판단되는 진료방법을 선택할 상당한 범위의 재량을 가진다고 할 것이고, 그것이 합리적인 범위를 벗어난 것이 아닌 한 진료의 결과를 놓고 그 중 어느 하나만이 정당하고 이와 다른 조치를 취한 것은 과실이 있다고 말할 수는 없다(대법원 2007. 5. 31. 선고 2005다5867 판결 등 참조).

나. 의료상 과실 여부

1) 첫째, 피고 병원 시술의사의 과실로 용종절제술 당시 천공이 발생하였다는 점에 대하여 보건대..., 증거(특히, 감정인 ○○○의 진료기록감정결과)에 의하여 인정되는 다음과 같은 점, 즉, 응급실 기록지에 망인에게 복통이 발생한 시각이 2006. 8. 26. 오후 6시라는 기록이 있어 천공이 발생한 시각은 2006. 8. 26. 오후 6시이므로, 이 사건 용종절제술 당시인 2006. 8. 25.에는 아

무런 문제가 없었을 가능성이 있는 점, 대장내시경 후에는 대개의 환자들이 복통을 호소하는데, 이는 대장내시경을 하면서 공기를 주입하기 때문에 이로 인해 복통을 호소하게 되나, 천공은 중요한 합병증이므로 복통이 얼마나 심한지, 반발통(...)을 확인하는바, ... 2006. 8. 26. 오전에 위내시경까지 검사 받은 것으로 미루어 2006. 8. 25. 호소하였던 복통은 복막염 증상이 아닌 것으로 추정되는 점 등을 종합하여 보면, ... 피고 병원 의료진의 과실로 용종절제술 당시 천공이 발생하였다고 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다.

2) 둘째, 피고 병원 시술의사가 장천공 발생 당시 금속클립을 사용한 것이 외에는 어떠한 적절한 조치도 취하지 아니한 과실이 있다는 점에 대하여 보건대, 이 사건 용종절제술 당시 피고 병원 의료진은 ..., 위와 같은 헤모클립의 사용은 이 사건 용종절제술 당시인 2006. 8. 25.에 이루어지고, ... 장천공은 이 사건 용종절제술 다음 날인 2006. 8. 26. 발생하였다고 보이는 점에서 헤모클립 사용이 피고 병원의료진의 과실이라고 보기 어렵고, ... 2006. 8. 27. 12:00경 복부 CT 촬영을 하고 당일 19:00경 수술준비를 시작한 것이 부적절하다고 볼 수 없고(감정인 ○○○의 진료기록감정결과), 그 후 망인의 천공 크기를 진단하는 방법, 하트만수술의 시행 등 망인의 천공을 치료하기 위한 피고 병원 의료진의 처치가 합리적인 재량의 범위를 벗어난다고 보기도 어려우나, 그밖에 원고가 제출한 증거만으로는 원고의 주장과 같은 피고 병원 의료진의 과실을 인정하기에 부족하며 달리 이를 인정할 증거가 없다.

2. 대장암수술 사건⁴²⁾

환자는 2005. 7. 18. OO(대학)병원('1 병원')에서 대장내시경검사(에서 에스자결장(S자결장)에서 대장암이 발견되어 같은 달 20. 복부 전산화 단층촬영검사('CT 검사')를 시행하였고, 그 결과 에스자결장의 암종괴 외에 그 주변에 림프절이 비후된 소견을 보여 향후 비장 결절의 크기 변화를 추적 검사하기

42) 서울중앙지법 2010. 12. 21. 선고 08가단67284 판결【손해배상(의)】.

로 결정하였다. 1 병원 의료진은 2005. 7. 22. 대장절제술과 주위의 림프절 광청술을 시행하였고(‘제1차 수술’) 같은 해 8. 1. 퇴원하였는데, 수술시 절제된 조직 표본에 대한 병리학적 검사상 암은 대장벽 전층을 관통하고 있었고 대장 주위의 림프절까지 암세포 전이가 있어 3차에 걸쳐 망인에게 항암치료를 시행하였다. 1 병원 의료진은 2005. 11. 18. 추적 검사를 위하여 망인에게 복부 CT 검사를 시행하였는데 이전에 보였던 비장 결절의 크기가 증가한 소견(3.2cm)을 보여 같은 해 12. 14. 국립암센터에서 양전자 단층촬영 검사(‘PET 검사’) 결과상 환자의 비장, 우측 장골동맥 및 장간막에 고대사성(hypermetabolic) 영역이 있는 것으로 관찰되었다. 1 병원의 의료진은 2005. 12. 23. 비장, 장골 동맥 림프절 절제술(‘제2차 수술’)을 시행하여, 비장의 종괴 외에 간, 대망과 복막에 다수의 좁쌀만 한 작은 결절들이 관찰되어 수술 중 조직검사를 실시한 결과 악성 세포로 확인되어 비장을 제거하고 간표면과 대망 및 복막의 좁쌀만 한 결절들을 육안으로 확인되는 범위 내에서 소작하였다. 환자는 2006. 1. 2. 퇴원하였고, 위 의료진은 지속적인 항암치료를 시행하면서 암태아성 항원 검사(‘CEA 검사’)를 실시하였지만 어떤 항암제도 별다른 효과를 보이지 않았다.

이후 환자는 2007. 5. 8. △△(대학)병원(‘2 병원’)에서 같은 달 11. 복부 CT 검사 결과 직장암 재발, 간, 복막 전위로 진단되어 같은 달 14.부터 같은 해 6. 19.까지 직장 협착을 제거하기 위하여 25차례에 걸쳐 항문과 직장 주위의 종양에 방사선을 조사하는 치료를 받았으나 같은 해 7. 18. 실시한 복부 CT 검사 결과 간, 폐, 대동맥 주위, 복막 암종증 및 장유착에 의한 폐색 소견을 보였고, 그 다음날 인공장루수술을 시행받았으나 2007. 12. 18. 사망하였다.

위 사건 소송에서 환자측은 1 병원 의료진이 “① 제1차 수술 전에 이미 비장 종괴를 발견하였으면 악성 여부를 정확하게 진단하고 제1차 수술시 그에 따른 절제술을 시행하였어야 함에도 만연히 혈관종으로 오진하고 이를 절제하지 아니하여 암이 다른 부위로 전이·확산되도록 하였고, ② 제2차 수술 당시 결장이나 그 인접 부위에 재발한 암을 간과하였고, 피고 2 병원 의료진이 ③ 제3차 수술 전의 잘못된 방사선 조사로 인하여 장폐색의 결과가 발생하게 하여 이를

치료하기 위한 회장루수술을 받을 수밖에 없게 만들었는데, 이러한 과실들은 모두 망인의 사망 원인이 되었다”고 주장하여 1 병원은 사용자로서 위 의료진의 불법행위로 인하여 손해배상을 청구하였다.

법원은, ① 진단상 과실에 관해서 진료기록감정축탁 결과에 따른 의료적 사실관계와 1 병원 의료진이 제1차 수술 후 비장 결절 부분에 대한 추적 검사를 실시한 사실 등에 비추어 비장 결절이 악성으로 판명된 점만으로는 1 병원의 의료진이 제1차 수술 전 검사에서 발견된 비장 결절에 대하여 추적 검사를 하기로 하고 제1차 수술에서는 비장 결절 부분에 대한 조직 검사 등을 통한 진단을 실시하지 않은 과실을 인정하지 않았다. ②에 관해서는 암의 재발에는 국소적 재발, 원격전이, 원격전이를 동반한국소적 재발을 포함하고 있어 진단서상 ‘재발성 결장암의 진행’이라는 표현이 ‘결장의 국소적 재발암’만을 의미한다고 단정하기는 어려운 사정 등을 감안하여 제2차 수술 당시 제1차 수술 문합부 부위에 암이 재발한 상태였다고 단정하기 어렵고, 달리 이를 인정할 만한 아무런 증거가 없어 이유 없다고 판단하고, ③에 관해서는 감정축탁 결과에 의하여 인정되는 암으로 인한 직장 협착 및 출혈 때 이를 완화시키는 방법으로 방사선 치료, 장루 조성 수술, 내시경적 스텐트 삽입술 등이 있는데 방사선 치료가 일차적으로 선택할 수 있는 방법인 사실, 방사선 치료와 장폐색의 직접적인 연관성은 찾을 수 없는 사실, 회장루 수술은 암에 의한 증상을 완화시키기 위해 필수적으로 필요한 수술인 사실 등에 비추어 2 병원 의료진에게 과실이 있었다고 인정하기 어렵고, 달리 이를 인정할 만한 아무런 증거가 없다고 판단하여 환자측의 청구를 모두 기각하였다.

위 II.에서 소개한 독일 판결례 사안과는 질병류가 상이하고 치료경과도 일치하지는 않으나 시술상 후속손해, 그리고 1, 2차 수술상 인과관계 및 책임귀속의 판단을 일별할 수 있는 다음과 같은 판결례를 살펴볼 수 있다

3. 자궁적출술 사건⁴³⁾

환자는 OO(대학)병원 소속 산부인과 의사 000으로부터 자궁근종 진단을

받아 복강경하 자궁적출술을 시행받은 후 대장천공 및 그로 인한 복막염이 발생하여, 소송 당시 그로 인한 복강 내 감염의 합병증으로 수차례 수술을 받음으로써, 복부에 수술 반흔이 남게 되었고 후유증으로 복강 내장관유착이 있어 복부의 불편감 및 간헐적인 통증이 있는 상태였다.

위 사건 소송에서도 환자측은 설명의무위반과 수술 및 처치상 과실을 주장하였으나, 법원은 전자를 인용하지 않았고, 후자에 관하여는 “... 이 사건 수술시 자궁을 조심스럽게 박리함으로써 박리과정에서 주변 장기가 손상되지 않도록 하여야 함에도 주변의 대장에 천공을 발생시킨 수술상의 과실이 있다고 봄이 상당하고, 여기에 피고 병원 의료진이 ... 수술 후 4일째인 2005. 11. 19.에야 진단하였는데 당시 ... 이미 복막염이 발생한 상태였고 천공부위봉합술을 받았으나 복강 내 감염이 소장으로 파급되고 복벽 탈장이 있어 이후 소장절제술 및 복벽탈장 복원술까지 이어 시행받은 점, 이로 인해 현재 복강 내 장관유착의 후유증이 남게 된 점을 더해 보면, 피고 병원 의료진이 이 사건 수술 후 발생한 부작용 내지 합병증에 대하여 적기에 사후처치를 다하였다고 단정하기도 어렵다”고 판단하여 “위와 같은 수술 및 처치과정상의 과실”에 대해 원고들에게 손해배상의무를 인정하였다.

4. 중이염수술 사건⁴⁴⁾

환자는 OO대학병원 이비인후과에서 좌측귀의 진주종성중이염의 진단을 받고, 위 질병의 치료를 위한 수술에 동의하여, 1996. 11. 9. 수술을 위하여 OO병원에 입원하였고, 위 병원 의료진은 같은 달 11. 개방성유양동삭개술을 시행하였다. 당시 원고의 좌측귀의 진주종이 유양동에 퍼지고, 염증반응에 의하여 고실부의 수직부위 직전까지 안면신경과 유착되는 등 진주종성 중이염의 중증이였다. 그런데 수술시 위 의료진은 진주종과 유착되어 있는 안면신경을 분리시키면서 안면신경에 1cm 정도의 손상을 입혀 외측 반규관의 약 3mm

43) 서울중앙지법 2011. 1. 18. 선고 10가합50910 판결 【손해배상(의)】.

44) 수원지방법원 성남지원 1999. 9. 17. 선고 97가합30 판결 【손해배상(의)】.

골 파괴를 통해 진주종 제거 수술시 외림프액이 유출되었다(제1 수술).

환자는 위 수술 후 좌측귀의 청력은 완전 상실하고, 3단계 정도의 안면신경마비(정상을 1단계, 완전마비를 4단계로 분류할 경우)가 나타났는바, OO병원 이비인후과에서는 안면신경마비 증상의 호전을 위하여 같은 달 30. 안면신경감압술⁴⁵⁾을 시행하고, 아울러 이미 청력이 완전 소실되어 있었으므로 수평반규관의 누공을 확인한 후 전정기관과 반규관의 불필요한 부분을 제거하였다(제2 수술). 그러나 제2 수술에도 불구하고 환자의 안면마비증상은 그 후 호전되지 아니하였고, 아울러 좌안의 각막혼탁이 나타나 좌안의 시력도 상실되었다.

법원은 제1 수술을 시행한 위 병원 의료진은 환자의 수술부위에 위치한 진주종이 안면신경과 유착되어 있었으므로 이를 분리할 때 자신의 경험과 기술을 최대한 발휘하고 보다 주의를 집중하여 안면신경에 손상을 입지 않도록 시술하여야 함에도 주의를 게을리한 채 또는 자신의 경험과 기술로는 시술이 용이하지 아니함에도 감히 유착된 안면신경을 진주종에서 분리하면서 안면신경에 1cm의 손상을 가져오고, 외측반규관의 골파괴와 외림프액의 누출을 일으키게 한 잘못이 있다고 할 것이고, 제2 수술에도 불구하고 원고가 좌측의 안면신경마비, 좌측 청력상실 및 각막혼탁과 좌안의 시력상실 등을 입은 것과 위 의료진의 과실과 사이에는 상당인과관계가 있다고 이유를 설시하고, OO대학병원은 위 의료진의 사용자로서 환자가 입은 손해를 배상할 책임이 있다고 판시하였다.

5. 담낭절제술 사건⁴⁶⁾

환자는 진료의뢰에 따라 1994. 6. 17. OO(대학)병원에 입원 당시 복부의 통

45) 뇌의 안면신경 기시부에서 귀를 지나 말초안면도착 부위까지 모든 부위의 주변 뼈를 제거하여 안면신경을 자유롭게 만드는 시술이다.

46) 대전고등법원 1997. 7. 11. 선고 96나4129 판결【손해배상(의)】, 대전지방법원 1996. 5. 30. 선고 95가합270 판결【손해배상(의)】. 이와 유사하게 복부 장기의 심한 유착이 있는 환자에 대한 복강경에 의한 담낭절제술 과정에서 신장정맥이 손상되어 출혈을 방지하기 위해 신장을 절제한 사안은 대법원 2012. 5. 9. 선고 2010다57787 판결, 서울고등법원 2010. 6. 17. 선고 2009나105064 판결, 서울서부지방법원 2009. 10. 8. 선고 2007가단60786 판결【손해배상(의)】 참조.

증을 호소하는 외에 별 다른 이상 증세가 없었다. 병원 내과의 ERCP 검사⁴⁷⁾ 결과 다발성 담석증과 간디스토마 증세가 있다는 것을 확인하였고, 외관에서는 복부 전산화 단층(CT)촬영을 통해 간디스토마증 및 담도염으로 인한 간의 담도 폐쇄증이라는 확진을 하여 복강경하 담낭절제술(복강경 수술, 제1차 수술)을 하여 1개의 배액관(복강 밖에서 수술을 시행한 담낭절제 부위에 넣은 관으로서 간 주위에 피나 담즙 등 액체가 고인 것을 알아내어 밖으로 배출시키기 위한 기구)을 넣고 절개 부위를 봉합하였는바, 다음날부터 가벼운 식사를 하고 3일째부터는 배변을 하는 등으로 수술 부위에 대한 통증을 호소하는 외에는 별 다른 증세를 나타내지 않았으나, 같은 달 27. 위 수술 부위가 아프다는 환자의 호소에 따라 진통제를 투여한 후 위 배액관을 제거하였다.⁴⁸⁾ 그러나 환자에게 고열과 복통이 계속되자 이러한 증세 및 간디스토마의 치료를 위하여 7. 30. 내과에서 ERCP 검사를 받은 후 상태가 악화되어 중환자실로 이실한 후 일반외과와의 협의로 혈복강으로 진단하고 개복수술(제2차 수술)을 시행하였으나 환자의 수술부위 접근이 곤란하고 혈압이 매우 낮아 거의 쇼크상태에 있어 지혈을 위한 봉합술을 계속하다가는 환자의 사망이 우려되어 봉합술을 포기하고 이전의 담낭절제 부위를 봉합하고 담낭관 등을 찾아 다시 결찰한 다음 T자관을 넣고 개복부위를 봉합하였다. 이후 수혈 등으로 출혈이 멈추고 죽을 먹는 상태로 호전되는 듯 하였으나 그 후 간부전 및 전신성 혈액응고장애로 말미암아 비위관 및 T자관으로 출혈이 시작되어 계속되다가 같은 달 31.

47) 역행성 췌담도 조영술은 렌즈가 달린 고무호스를 식도를 통하여 위장, 십이지장에 삽입하여 위장과 십이지장의 상태를 확인하고, 위 렌즈 끝에 달린 부드러운 폴리에틸렌 재질의 직경 2mm 정도의 도관을 십이지장내의 유두부에 삽입하고 위 도관을 통하여 10ml 내지 30ml 정도의 조영제를 주사하여 담낭 및 간에 투여한 다음 방사선 촬영을 하여 담낭과 간의 이상 여부, 즉 누출, 협착, 결석 등이 있는지 여부를 검사하는 방법이다.

48) 당시 위 배액관에는 어떤 출혈도 없었으며, 같은 달 29. 위 정00에게 38도 이상이 고열이 발생하고 계속하여 복통을 호소함에 따라 혈액혈구검사, 소변검사, 혈액배양검사 등을 시행하고 방사선과에 위 정00에 대한 복부 초음파 검사를 의뢰하여 간디스토마증과 원래 가지고 있던 만성 간질환(이 사건 제1차 수술 이전의 검사에서는 나타나지 않았던 증세이다) 및 배액관 주위 피부의 봉와직염 외에는 위 수술 부위에 별 다른 이상이 없다는 소견을 통보받고 위 정00에게 나타난 위와 같은 발열 및 복통의 원인이 위 제1차 수술과는 직접적인 관련이 없다고 판단하고 같은 달 30. 퇴원을 예정하였다.

사망하였다.

(가) 환자측은 소송에서 제1차 수술에 관하여 설명의무위반을 주장하였으나 항소심 법원은 이를 인정하지 않았고, 복강경 수술 시에 간 우엽 뒷부분에 열상을 입히고도 그 사실을 발견하지 못한 채 그대로 수술을 끝낸 과실이 있다고 주장하였다. 법원은 증거들에 의한 인정사실들을 열거하면서 “... 시행한 위 ERCP 검사뿐인데, 이는 담도 및 췌장관에 조영제를 넣고 촬영하여 이들의 이상 여부, 즉 누출, 협착, 결석 등이 있는지 여부를 검사하는 것으로 간 손상 내지 간문맥 손상과는 아무런 상관이 없는 사실, 위 망인은 위 제1차 수술 이전에 간디스토마증 외에는 간에 별 다른 이상이 없었을 뿐만 아니라 위 제2차 수술까지의 사이에도 위 간 파열에 영향을 줄 만한 외부로부터의 충격을 받은 바가 없었던 사실을 인정할 수 있는바, ... 간 파열의 원인은 위 제1차 수술 이후 위 제2차 수술 이전에 자연적으로 발생한 것이 아니고 외부의 충격에 의하여 나타난 것으로 보이고, 그 사이에 외부의 충격으로 위 제1차 수술 외에는 다른 원인이 개재되었을 가능성을 찾아 볼 수 없다면, ... 간 파열의 원인은 ... 제1차 수술상의 잘못, 즉 부주위로 간 우엽 후면 부분을 수술기구로 충격하여 간 파열의 원인이 된 열상이 미세하게 생겨 나 간의 피막 안에서 혈종이 고여 있다가 위 제2차 수술 직전에 갑자기 터지면서 대량 출혈을 초래한 것으로 추정할 수밖에 없다”고 판단하고, 환자측의 환자의 토혈, 혈변 등을 하여 장관손상, 출혈 증세에 대한 의료측의 면밀히 관찰과 적절한 의료조치상 과실이 있다는 주장에 대하여 진료경과상 인정 사실들을 열거하면서, “... 복강경 수술은 통상적으로 1주일 정도가 경과하면 수술 부위의 통증이 사라지고 늦어도 2주일 이내에는 통증이 사라지는 사실, 그런데 ...제1차 수술 이후 위 제2차 수술에 이르기까지 17일간 계속하여 복부 통증을 호소하였고, 특히 같은 달 8.부터는 계속하여 토혈을 하거나 혈변을 보는 등 출혈을 의심할 만한 증세를 보임에도 불구하고 ... 출혈의 원인이나 부위에 대한 진단적 검사를 위한 아무런 조치를 취하지 아니한 사실을 인정할 수 있고, ..., 수술 후 회복을 위하여 입원중인 환자

를 관찰하는 의사에게는 그 수술부위가 당초의 치료 목적대로 치유되었느냐의 여부는 물론 그 수술행위 및 이에 관련된 치료행위가 유기적 일체로서의 환자의 몸에 어떠한 영향을 미치는지 수술 후 환자의 용태를 관찰, 관리를 적절히 시행할 책무가 있을 뿐만 아니라 그 수술과 관련하여 발생 가능한 위험의 방지를 위하여 필요한 최선의 조치를 취할 업무상의 주의의무가 요구된다 할 것인데, ... 통상의 환자와는 달리 위 제1차 수술 이후 계속하여 수술 부위에 대한 통증을 호소하여 왔고, 위와 같이 위 제2차 수술 직전에 3일간에 걸쳐 토혈 내지 혈변 증세를 보이는데도, ... 위 출혈을 소장으로부터의 일회성 출혈로 가볍게 판단하고 출혈의 원인이나 부위에 대한 진단적 검사를 위한 아무런 조치를 취하지 아니한 과실이 있다”고 판단하였다.⁴⁹⁾

(나) 나아가 항소심은 ‘인과관계’에 관하여 다한증사건의 대법원 판결요지를 원용하면서,⁵⁰⁾ 환자의 “... 간부전의 원인인 간 파열이 이 사건 제1차 수술 및 제2차 수술 사이에 일어났고, 위 제1차 수술과 위 망인의 간 파열 사이에 다른 원인이 개재되었을 가능성은 찾아 볼 수 없으며, 위에서 본 바와 같이 위 유 0경이 위 제1차 수술 중의 부주위로 간 우엽 후면 부분을 수술기구로 충격하여 간 파열의 원인이 된 열상이 미세하게 생겨 나 간의 피막안에서 혈종이 고여 있

49) 그밖에 환자측은 진료상 과실로서 ① 수술상의 잘못 등을 의심하고 CT 및 MRI 촬영 등 정밀검진을 하여 간 파열 등을 신속히 발견하여 적절한 조치를 취했어야 함에도 불구하고 이를 다하지 아니한 상태에서 내과로 전원시킨 과실, ② 제2차 수술을 시행함에 있어서 간 우엽 후부의 하대정맥 가까운 부위에 열상으로 인한 출혈이 있는 것을 발견하고도 충분한 지혈조치를 다하지 아니한 과실, ③ 전원받을 당시 위 망인이 위 제1차 수술상의 잘못으로 주변 장기나 혈관 등에 상처를 입거나 세균에 감염되는 등의 상황을 충분히 예측할 수 있었다 할 것이므로, 즉시 CT 및 MRI 촬영에 의한 정밀검진을 한 후 응급개복 수술을 받도록 조치를 취했어야 함에도 이를 다하지 아니한 과실, ④ 제1차 수술상의 잘못으로 주변 장기나 혈관 등에 상처를 입거나 세균에 감염되는 등의 상황을 예상하여 위 망인에 대하여 CT 및 MRI 촬영에 의한 정밀검진을 선행하여야 함에도 불구하고 아무런 조치 없이 무리하게 ERCP 검사를 시행함으로써 위 제1차 수술로 입은 위 망인의 상처 부위를 악화시켜 간 문맥 파열이라는 결과를 초래케 한 과실을 주장하였으나 항소심은 인정하지 않았다.

50) 위 판결 원인용: 대법원 1995. 2. 10. 선고 93다52402 판결, 1996. 6. 11. 선고 95다41079 판결, 1996. 12. 10. 선고 96다28158, 28165 판결 등 참조.

다가 위 제2차 수술 직전에 갑자기 터지면서 대량 출혈을 초래한 것으로 보이는데다가, 위 망인이 위 제2차 수술 직전에 3일간에 걸쳐 토혈 내지 혈변 증세를 보이는데도 위 이0수가 이를 소장으로부터의 일회성 출혈로 가볍게 판단하고 출혈의 원인이나 부위에 대한 진단적 검사를 위한 조치를 소홀히 한 점 등을 종합하여 보면 위 망인의 간 파열의 발생 및 확대는 위 제1차 수술 중의 잘못 및 그 후 진료과정상의 잘못으로 인한 것으로 추정할 수밖에 없다”고 판단하고, 결론적으로 위 (대학)병원은 해당 의료진의 사용자로서 그들이 그 직무집행에 관한 과실로 인한 환자측에게 입힌 모든 손해를 배상할 책임을 인정하였다.

의료측은 위 항소심 판결에 대해 상고하였는바, 대법원은 항소심 판결을 인용하고 상고를 다음과 같은 판결이유로서 기각하였다.⁵¹⁾

“OO(대학)병원 외과의사인 소외 △△△ (및 그를 보조한 수술팀)이 1994. 6. 24. 소외 000에 대하여 복강경 수술의 방법으로 담낭제거술을 실시하면서 부주의로 수술 기구로 간 우엽 뒷부분을 충격함으로써 인하여 그 부분에 열상을 입히고, 그로 인하여 간의 피막 안에 생긴 혈종이 같은 해 7. 11. 실시한 개복 수술 직전에 갑자기 터지면서 대량 출혈이 초래되었다고 추정한 것이나, 같은 병원 내과의사인 소외 ◎◎◎는 000이 복강경 수술 이후 계속하여 수술 부위에 통증을 호소하고, 같은 해 7. 8.부터 7. 10.까지 그 판시와 같이 여러 차례 피나 음식물을 토하고 혈변 증세를 보였음에도, 그 이전인 같은 달 6일 및 7일에 실시한 복부 역행성 췌담도 조영술(ERCP), 복부 초음파검사에서 별다른 이상이 발견되지 아니하고 토혈과 혈변은 그 양이 많지 아니하여, 단순히 소장으로부터의 1회성 출혈로 판단하고서 같은 달 10일에는 혈액 검사도 하지 아니하고, 혈종이나 복강 내 혈액의 존재 유무를 확인할 가능성이 높은 컴퓨터 단층촬영(CT) 검사도 하지 아니하였다고 인정하고서, ◎◎◎는 000에 대하여 출혈의 원인이나 부위에 대하여 진단적 검사를 제대로 하지 아니한 과실이 있다고 판단한 것은 모두 수궁이 가고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 채증

51) 대법원 1999. 1. 26. 선고 97다35818 판결 【손해배상(의)】 .

법칙 위배로 인한 사실오인, 이유모순, 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다. 원심은 ◎◎◎가 같은 해 7. 8.부터 토혈, 혈변 등 출혈을 의심할 수 있는 증세가 나타났음에도 출혈 여부를 확인하기 위하여 혈액검사나 컴퓨터 단층촬영 또는 초음파검사 등을 제때에 하지 아니한 과실이 있다는 취지임이 명백하므로, 상고이유에서 주장하는 바와 같이 원심이 진단적 검사의 종류를 구체적으로 적시하지 않았다고 하여 이유불비의 위법이 있다고 할 수 없다.”고 판시하였다.

6. 충수돌기절제수술 사건⁵²⁾

환자는 비교적 비만한 체격(키 170cm, 몸무게 88kg)으로서 하루 전부터 하복부 통증이 있어 1999. 5. 11. OO병원에서 급성 충수돌기염이라는 진단을 하여(인근의 다른 의원에서의 진단도 동일), 같은 날 입원하여 같은 날 충수돌기 절제수술을 받았는데, 수술 의사는 환자의 우측 하복부를 약 4-5cm 가량 절개하여 충수돌기를 찾았으나 두터운 복부 체지방으로 인하여 시야 확보에 어려움을 겪던 중 마침 우측 하복부 부근에 위치해 있던 대장의 일부인 S상 결장(Sigmoid colon)을 충수돌기로 오인하여 이를 절제하였다. 그러나 위 수술 시행에서는 수술 전 처방으로 환자에게 금식을 지시하기는 하였으나 대장 내의 내용물을 배출시키는 등 대장의 절제를 전제로 한 사전 조치를 취하지는 아니하였고, 위와 같이 S상 결장을 잘못 절제한 이후에도 사람마다 충수돌기의 모양이나 크기가 다르고 염증 진행 상태에 따라 주위 조직과의 유착상태가 다르다고 숙단한 나머지 자신이 절제한 조직이 충수돌기가 맞는지 여부를 세밀하게 관찰하지 아니하였으며, 그 결과 위 의사는 자신이 절제한 조직이 충수돌기라고만 믿고 일반적으로 수술에 의해 대장에 깊은 열상이 발생하였을 경우 요청되는 인공항문루 시술 등을 하지 아니한 채 절제부위를 봉합한 다음 수술 부위에 배액관을 삽입하고 수술을 종료하였다.

52) 서울고등법원 2005. 8. 25. 선고 2004나54826 판결【손해배상(의)】; 서울중앙지방법원 2004. 6. 23. 선고 99가합70766 판결.

위 수술 이후 위 병원은 환자에게 예방적 항생제를 투여하고, 수술 부위를 소독하는 등의 처치를 하면서 회복 과정을 관찰하였는데, 수술 다음날인 1999. 5. 12.부터 하복부의 통증을 호소하기 시작하였고, 같은 날 15:00경 체온이 38.2℃로 상승되었으며, 혈액검사 결과 백혈구 수치가 11,700개/ μ l로서 참고치인 4,000~10,000개/ μ l를 상회하였다. 1999. 5. 13. 13:00경 환자를 △△병원으로 전원하였고,⁵³⁾ 이 병원 의료진은 수술 후 염증을 의심하고 복막염으로 진단하여 같은 날 23:00부터 1999. 5. 14. 06:50까지 약 7시간 50분에 걸쳐 응급수술로 복부를 절개하여 괴사성 근막염의 징후가 관찰되었고, 충수 돌기는 절제되지 않은 채 그대로 남아 있고 복부 중앙에 위치한 S상 결장이 0.6~0.7cm 가량 천공되어 있음을 확인하고, 충수돌기를 절제하는 한편, 흡입기 등을 이용하여 복벽의 농 제거 및 세척, 괴사 조직 절제, 천공된 부위 교정 등의 조치를 하고, S상 결장 인공항문 설치 및 배농관 삽입 등을 마친 후 위 수술을 종료하였다. 이후 환자는 1999. 5. 19.부터 7. 1.까지 사이에 8회에 걸친 괴사조직 절제술, 인공 복벽 설치술 등의 수술적 치료와 약물 치료 등을 받았고, 치료 도중에 항생제 내성균(MRSA) 감염, 약물 치료의 부작용으로 인한 파킨슨씨병, 혈관염, 혈관장애, 천골부위 육창 등의 진단을 받아 그에 대한 치료도 함께 받다가 1999. 7. 31. 퇴원하였다. 퇴원 후에도 괴사된 환부 조직 절제, 인공 복벽 설치와 그로 인한 성형외과적 처치 등을 위하여 1999. 9. 24.경부터 2002. 9. 9.경까지 사이에 △△병원 등에서 9회 가량 입원하여 5회(앞선 10회의 수술까지 포함 총 15회)에 걸친 일반외과 수술 및 3회에 걸친 성형외과 수술을 받는 등 계속하여 치료를 받았다. 환자는 인공 복벽을 설치하고 대

53) 이 사건 수술을 OO병원에서 하게 된 경위는 환자의 부와 OO병원 의사들과의 친분관계 또는 신뢰관계에 있었는바, 같은 달 13. 수술시 삽입된 배액관에서 통상 배출되는 것과는 다른 양상의 분비물이 배출되자 의사는 환자의 부(父)에게 분비물에 대한 원인 규명을 위해 상급병원으로 전원을 권유하였으나, 환자의 상태가 위급하다거나 즉시 전원이 필요하다는 등의 설명은 듣지 못한 상태에서, 개인적으로 알고 있는 외과의사 2인에게 연락하여 그들로 하여금 직접 피고 병원에 와서 원고의 상태를 살펴보도록 하였는데, 패혈증을 의심할 외부적 증상은 발견되지 않고 반드시 수술이 필요한 상태로 보이지는 않지만 정확한 판단을 위하여 개복 수술을 해 볼 수도 있다는 취지로 조언하였다.

퇴부 근육을 복부에 이식하여 복부가 유지되고 있는 상태이지만, 복부 및 대퇴 근육이 저하되어 걷거나 운동하는데 제한이 있고 무거운 짐을 들거나 등산, 땅 파기 등이 불가능한 상태이며, 위와 같은 장기간의 힘든 치료 과정에서 발생한 정신과적 질환인 우울장애가 동반된 외상 후 자극장애로 인하여 정신과적 치료를 요하는 상태에 있다. OO병원에서 수술 당시 원고의 건강상태는 비교적 양호하였고, 괴사성 근막염의 발생 원인이 될 만한 특별한 질병은 없었다.

법원은 수술을 시행하게 된 의사로서 “충수돌기를 정확히 찾아내어 확인한 후 이를 절제할 주의의무가 있음에도 이를 게을리 함으로써 S상 결장을 충수돌기로 오인하여 잘못 절제한 과실이 있고, 나아가 절제한 조직에 대한 관찰을 소홀히 함으로써 S상 결장 절제 사실을 곧바로 확인하지 못하여 원고로 하여금 적절한 응급조치를 받을 기회를 상실하게 한 과실”을 인정하였다.⁵⁴⁾ 그리고 병원측은 전원된 △△병원의 수술지연, 조치 및 감염 방지소홀 등을 주장하여 인과관계를 부인하였으나,⁵⁵⁾ “설사 OO병원의 과실로 원고의 증상이 악화

54) “원고에게 괴사성 근막염 등의 발생 원인이 될 만한 특별한 질병이 없었던 점, 피고 ○○○이 이 사건 수술 전에 원고에게 음식을 지시하기는 하였으나 그 시점은 수술 직전으로서 수술 당시 원고의 대장 내에는 대변으로 배출되기 직전의 내용물이 차 있었을 것으로 보이는 점, 피고 ○○○이 이 사건 수술 후에도 자신이 절제한 조직을 충수돌기라고만 믿어 대장 일부를 절제한 경우에 상응한 충분한 봉합을 하지 아니하였던 것으로 보이는 점, 실제로 수술 2일 후인 1999. 5. 13. 09:00경 배액관을 통해 비정상적인 이물질이 배출되기 시작하였고, 같은 날 16:40경 실시된 CT검사 결과 S상 결장벽의 비후, 국소적 복막염 등이 관찰되었으며, 같은 날 23:00경 개복 결과 S상 결장이 일부 천공되어 있었고, 복강 내에 500cc가 넘는 대변과 같은 내용물과 다량의 농양이 있고, 전 복벽에 걸쳐 오염이 있었던 점, 괴사성 근막염이 위장관계의 병원균과 연관성이 있는 것으로 알려져 있고, S상 결장 절제, 대장 천공이 유발요인으로 지적된 보고가 있는 점, 괴사성 근막염이 주위 조직에 급격하고 광범위한 괴사를 유발시키며 경우에 따라서는 전신적 독성 반응을 나타내기도 하는 위험한 질환인 점 등에 비추어 보면, 피고 ○○○이 위와 같이 대장의 일부인 S상 결장을 절제하고서도 그러한 사실을 모른 채 이를 불충분하게 봉합함으로써 봉합된 부위가 천공되고, 천공된 부분을 통하여 대변 등 대장의 내용물이 복강 내로 대량 유출됨으로써 괴사성 근막염 등이 발생하고, 그에 따라 급격하고 광범위한 조직 괴사가 발생하여 원고가 △△병원에 전원된 이후 18회에 걸친 수술 등의 치료를 받기에 이르고 치료 종결 후에도 현재의 장애가 남게 되었다고 봄이 상당하다.” 그밖에 환자측은 관찰 및 조치를 소홀히 한 잘못 등을 주장하였으나 부인되었다.

55) 병원측은 “전원된 △△병원에서 인근 병원들의 파업으로 인한 환자 증가 등의 이유로 원고에 대한 응급수술을 지연하고, 나아가 위 응급수술 후 발견된 원고의 괴사성 근막염에 대하여 신속, 적절한 조치를 취하지 아니하고, 병원 내 환자 관리를 소홀히 하여 항생

되거나 새로운 증상이 생겨 손해가 확대되었다 하더라도, 위와 같이 확대된 손해는 원고가 피고 ○○○의 의료과실로 말미암아 입은 상해를 치료받는 과정에서 발생한 것으로서 ○○병원 의료진에게 중대한 과실이 있다는 등의 특별한 사정이 없는 한 피고 ○○○의 의료과실과의 사이에 상당인과관계가 있는 것으로 봄이 상당하다 할 것인바(대법원 1998. 11. 24. 선고 98다32045 판결 참조), 원고가 ○○병원 응급실에 도착한 때로부터 8시간 남짓 경과된 후에 수술을 받았거나, 음낭 및 가슴 부위의 괴사에 대한 수술이 1999. 5. 19.에 이르러서 이루어졌다거나, 치료 도중에 항생제 내성균 감염 등이 있었다는 등의 사실만으로 ○○병원 의료진에게 중대한 과실이 있다고 보기 어렵고 달리 그와 같은 특별한 사정이 있다는 점을 인정할 증거도 없으므로 이 점에서도 피고들의 위 주장은 이유 없다.”고 판시하였다.

7. 자궁적출수술 사건⁵⁶⁾

환자는 2003. 5. 3.경 ‘질 캔디다증’으로 진단받고 치료받던 중 생리통, 요통, 하복통을 호소하여 초음파검사를 시행한 결과 자궁에 종괴(덩어리)가 있다고 추정 진단받았다. 이에 ○○병원 의사 ○○○은 복강경하 질식 자궁적출술 및 양측 부속기 절제술로 자궁과 나팔관난소 등의 양측 자궁 부속기를 절제할 것을 권유하여 동의를 받은 후, 2003. 7. 3. 수술을 시행하는 과정에서 자궁이 뒤쪽의 직장에 유착되어 있고, 좌측 난소 및 나팔관이 S상 결장 및 골반저(骨盤底)에 유착되어 있는 등 골반 장기가 전반적으로 심한 유착증상을 보이면서

제 내성균 감염으로 인한 패혈증, 신경안정제인 할로페리돌 또는 항생제 등의 약물로 인한 파킨슨씨병, 혈관염, 혈관장애, 욕창 등까지 발생케 하여 현재와 같이 원고의 상태가 악화된 것이므로, 피고들에게는 과실이 없거나, 설사 과실이 있다 하더라도 그러한 과실과 원고가 배상을 구하는 손해 사이에는 인과관계가 없으므로 책임이 면제 또는 제한되어야 한다”는 주장을 하였다.

56) 환송판결 대법원 2008. 3. 27. 선고 2007다76290 판결; 환송 후 대전고등법원 2008. 9. 18. 선고 2008나3488 판결 【손해배상(의)】. 그밖에 환송 전 원고 청구를 인용한 대전고등법원 2007. 10. 10. 선고 2006나768 판결과 원고 청구를 기각한 제1심 대전지방법원 2005. 11. 29. 선고 2004가단47793 판결 참조.

그 위치가 뒤틀려 있는 골반 유착증 상태였다. 따라서 위 의사는 이러한 환자의 상태에 따른 수술을 시행한 후(1차수술), 다음 날 조직검사를 의뢰한 결과 ‘자궁근종’, ‘자궁선근증’, ‘좌측 난소 자궁내막증’ 등의 증상이 확진되었고, 그 익일에는 신요관촬영술⁵⁷⁾ 및 역행성 요로 조영술(RGP)⁵⁸⁾을 시행하였고, 그 결과 ‘좌측 요관 협착’이 확진되었다. 이에 위 병원의 비뇨기과장인 ○○○은 2003. 7. 5. △△대학병원 비뇨기과장을 초빙하여 요관 단단문합술⁵⁹⁾을 시행(2차수술)하였는데, 당시 요관 협착 이외에도 요관이 손상된 상태였으나 수술은 성공적으로 종결되었다.

그 후 환자는 퇴원하여 비뇨기과에서 통원치료를 받던 중 2003. 11. 3. 좌측 복통을 호소하며 △△대학병원 비뇨기과의 검사 결과 ‘요관 손상 후 좌측하부 요관 협착 악화에 의한 수신증’ 진단을 받고 2003. 12. 18. 내시경을 이용하여 요관을 절개한 후 그 사이에 인조요관을 삽입하는 수술(3차수술)을 받았고, 이후 치료받다가 2003. 12. 24. 퇴원하였다. 그러나, 환자는 퇴원 후에도 요관 협착 및 신장기능이 지속적으로 악화되어 2004. 6. 20. 검사 결과 ‘좌측 수신증’⁶⁰⁾이라는 진단을 받고, 2004. 7. 7. 복강경을 이용한 수술로 좌측 신장을 제거하였다.

환자 측은 위 수술 당시 환자의 자궁 유착이 심한 상태였으므로 의사로서 자궁 적출 과정에서 발생할 수 있는 방광, 요관 등의 손상을 유발하지 아니하도록 숙련된 전문의로서 고도의 주의를 기울여야 함에도 이를 게을리 한 채 무리하게 시술한 결과 자궁 종괴 등을 제거하면서 그와 아무 관련이 없는 좌측 요

57) 신장과 요관 부위를 초음파로 촬영하여 이상 여부를 검사하는 진단방식이다.
 58) 도뇨관(catheter)을 요관 내에 삽입하여 역행으로 조영제를 투여한 후 방사선 촬영을 하면서 요관 등의 협착 여부를 검사하는 진단방식이다.
 59) 요관 단단문합술(斷端吻合術)은 요관 협착의 증상이 심할 경우 협착 부위를 절개하고 그 단면을 문합(단절된 혈관 또는 신경을 연결하는 것)하여 오줌 누출이 발생하지 않도록 잘 봉합하고 요관 내부에 도뇨관을 적절히 삽입하는 방법으로 시행하는 수술이다.
 60) 수신증(水腎症, hydronephrosis)은 신우(腎盂), 신배(腎杯)가 확장하여 거기에 오줌이 정류해 있는 상태로써, 요관(尿管)·방광·요도 등의 요로(尿路)의 어느 곳에 통과 장애가 있으면 그 상부의 요로에 오줌이 정체하여 최상부의 신우가 확장되어 발병한다.

관을 절단하여 결국 환자로 하여금 좌측 신장 절제술을 받게 하였으므로, 의사는 불법행위자로서, OO병원은 그 사용자로서 손해배상을 소구하였다.⁶¹⁾

환송 후 항소심 법원은 ‘의사가 진찰·치료 등의 의료행위를 함에 있어서는 사람의 생명·신체·건강을 관리하는 업무의 성질에 비추어 환자의 구체적인 증상이나 상황에 따라 위험을 방지하기 위하여 요구되는 최선의 조치를 행하여야 할 주의의무가 있고, 의사의 이와 같은 주의의무는 의료행위를 할 당시 의료기관 등 임상의학 분야에서 실천되고 있는 의료행위의 수준을 기준으로 판단하여야 할 것이다(대법원 2000. 7. 7. 선고 99다66328 판결 참조). 따라서 의료행위에 의하여 후유장해가 발생한 경우, 그 후유장해가 당시 의료수준에서 최선의 조치를 다하는 때에도 당해 의료행위 과정의 합병증으로 나타날 수 있는 것이거나 또는 그 합병증으로 인하여 2차적으로 발생될 수 있는 것이라면 의료행위의 내용이나 시술 과정, 합병증의 발생 부위, 정도 및 당시의 의료수준과 담당 의료진의 숙련도 등을 종합하여 볼 때에 그 증상이 일반적으로 인정되는 합병증의 범위를 벗어났다고 볼 수 있는 사정이 없는 한, 그 후유장해가 발생되었다는 사실만으로 의료행위 과정에 과실이 있었다고 추정할 수 없다.’고 설시하고, 일련의 사정들을 열거하여 위 수술 과정에서 발생한 요관 협착 및 손상은 ‘당시의 의료 수준에 비추어 요구되는 진료상 주의의무를 다하지 못하여 발생한 것이라기보다는’ 환자의 ‘고도의 골반 유착 및 자궁과 요관의 해부학적 구조 변형으로 인하여 발생한 합병증으로 봄이 상당’하다고 판시하였다.

61) 그밖에 환자측은 수술 후 경과 관찰 과정에서의 과실과 설명의무위반을 주장하였다. 또한 환자의 부(夫)는 2003. 7. 29. 대전지방법검찰청 논산지청에 의사 ‘OOO가 이 사건 수술을 시행하면서 의료상 과실을 범하여 원고 김O순에게 요관 협착 및 손상이 발생하게 되었다’고 업무상 과실치상 혐의로 고소하였는바, 2003. 10. 13. ‘피의사실은 인정되나 동종전과가 없고 과실범에 불과하며 피해자가 고소를 취한 점 등을 참작한다’는 이유로 기소유예되었고, 2008. 1.경 위 검찰지청에 의사 ‘OOO가 이 사건 수술을 시행하는 과정에서 요구되는 설명의무를 제대로 이행하지 아니하였다’고 재차 업무상 과실치상 혐의로 고소하였으나 2008. 6. 27. 다시 기소유예로 처분되었다.

IV. 비교적 검토

1. 개별 판결례의 비교

위 III.에서 제시한 우리 판결례들과 위 II.에서 소개한 독일 판결례에서 인과성 및 책임귀속의 판단에 관해 대강을 비교하여 본다면 다음과 같다.

가. 결장용종절제술 사건

이 판결에서 법원은 사실관계상 쟁점인 용종절제술 시행과 S상결장의 천공 발생의 (사실적) 인과성 존부의 판단을 책임귀속의 판단과 명확히 분리하지 않고서, 대법원의 의료과실에 관한 판례요지를 전제하여, “1) ... 병원 의료진의 과실로 용종절제술 당시 천공이 발생하였다고 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다”, “2) ... 장천공은 이 사건 용종절제술 다음 날인 ... 발생하였다고 보이는 점에서 헤모클립 사용이 피고 병원의료진의 과실이라고 보기 어렵고, ...”라고 판시하고 있다.

나. 대장암수술 사건

이 판결에서 법원은 1 병원의 제1, 2차 수술에서 각각 암의 전이와 암진단의 지연되어 제1차 수술 문합부 부위에 암이 재발에 관한 (사실적) 인과성 존부의 판단을 책임귀속의 판단과 구별하여 실시하지 않고서 진료성 과실 여부의 범주에서 함께 판단하고 있으며, 또한 2 병원의 제3차 수술에서 방사선 조사와 회장루 수술의 시행의 (사실적) 인과성에 관해서도 동일한 방식으로 판단하고 있다.

다. 자궁적출술 사건

이 판결에서 법원은 환자의 자궁적출수술상 박리시술과 대장천공과 복막염 발생 사이의 (사실적) 인과성 판단을 분리하지 않고 수술상 과실로 인한 것이

며, 복막염으로 인한 추가적 수술들(소장절제술 및 복벽탈장 복원술)과 복강 내 장관유착의 후유증이 있다는 사실적 상태에서 곧바로 “사후처치를 다하였다고 단정하기도 어렵다”는, 즉 사후처치상 과실로 인한 것이라고 판시하고 있다.

라. 중이염수술 사건

이 판결에서는 의사들이 진주중성중이염 환자에게 개방성유양동삭개술을 시행(1차수술)상 오류로 안면신경을 손상시켜 환자에게 좌측귀의 청력을 완전 상실, 중증의 안면신경마비가 발생하였다. 이로 인하여 안면신경감압술을 시행(2차수술)하게 되었는데, 위 II.에서 소개한 독일의 판결례와 유사하게 1차수술이 제2의 침습을 유발한 사안으로서 책임성립상 인과성은 명확하다.

법원은 제1 수술을 시행한 위 병원 의료진은 시술상 주의를 기울리 한 과실을 인정하였고, 2차수술에도 불구하고 환자가 좌측의 안면신경마비, 좌측 청력상실 및 각막혼탁과 좌안의 시력상실 등을 입은 악결과는, 위 의사들이 소속된 병원을 사용자로서 손해배상을 청구함으로써 간명하게 “상당인과관계가 있다”는 이유설시로서 손해배상책임을 판시하였다.

마. 담낭절제술 사건

이 판결에서 법원은 제1차 수술로 인하여 제2차 수술을 하게 되었는지 여부에 관한 (사실적) 인과성의 판단에서 일련의 상세한 사실들의 논증에 이어 “수술과 관련하여 발생 가능한 위험의 방지를 위하여 필요한 최선의 조치를 취할 업무상의 주의의무”를 판단하고, 나아가 진료상 과실 추정에 관한 대법원 판결요지의 원용하면서, 제1, 2차 수술 사이의 원인성, 제2차 수술 직전의 대량 출혈, 출혈에 대한 검사상 조치 소홀의 과실을 종합하여 판단하고 있다.

위 판결사안의 내용이 다른 것을 감안할지라도, 다른 판결들보다 상당한 설득력 있게 이유를 설시하고 있다. 다만, 대법원의 판결요지상 “피해자측에서

일련의 의료행위 과정에 있어서 저질러진 일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실 있는 행위를 입증하고 그 결과와의 사이에 일련의 의료행위 외에 다른 원인이 개재될 수 없다는 점”이라는 “입증책임을 완화”하여 진료상 과실 추정하는 (전제)요건에서 “일련의 의료행위 과정에 있어서 저질러진 일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실”이었는데 관해서는 의구심을 배제할 수 없다.⁶²⁾ 그러나 대법원은 의료측의 사고에 대해 담낭제거 복강경수술상 병원 의료진의 과실 추정, 그리고 진단상 과실의 인정한 항소심 판결에 “사실오인, 이유모순, 법리오해”, 그리고 “이유불비”의 위법이 없다고 판시하였다.

바. 충수돌기절제수술 사건

이 판결 사안은 OO병원에서 충수돌기가 아닌 대장 일부를 절제한 경우는 위 II. 독일 판결례 사안과 비교하여 본다면, 수술상 ‘중대한 과실’에 해당한다고 판단할 수 있을 것이다.⁶³⁾ 나아가 병원측의 전원된 △△병원의 진료상 과실을 들어 OO병원의 과실과 환자측이 후유증으로 인한 손해 사이에는 인과관계가 없다고 하였으나, △△병원의 수술 지체, 환자 관리의 소홀을 부인하면서 환자가 “△△병원 응급실에 도착한 때로부터 8시간 남짓 경과된 후에 수술을 받았거나, 음낭 및 가슴 부위의 괴사에 대한 수술이 1999. 5. 19.에 이르러서 이루어졌다거나, 치료 도중에 항생제 내성균 감염 등이 있었다는 등의 사정만으로 △△병원 의료진에게 중대한 과실이 있다고 보기 어렵고 달리 그와 같은 특별한 사정이 있다는 점을 인정할 증거도 없으므로 이 점에서도 피고들의 위 주장은 이유 없다.”고 하여 후유증 등의 후속적 손해에 관한 인과관계의 단

62) 이와 같은 논지의 대법원 판결요지가 형성된 다한증사건(93다52402)의 비평은 안법영, “의료사고의 불법행위책임”, 『법학논집』, 제33집, 고려대학교 법학연구소, 1997, 제231, 271면 이하 참조. 그리고 ‘뇌혈관조형술검사 사건(2002다45185)’ 판결에서 인과관계 및 과실 추정에 관하여는 민유숙, “의료과오로 인한 손해배상소송에 있어서 인과관계·과실의 추정과 설명의무”, 『대법원판례해설』, 51호, 2005. 6, 제279, 283, 294면 이하 참조.

63) 위 OO병원 시술의사는 “이 사건 수술상 과실과 관련하여, 수원지방법원 성남지원 99고단 2369호로 업무상과실치상죄로 기소되어 2001. 9. 7. 금고 8월, 집행유예 2년의 형을 선고 받아 그 무렵 위 판결이 확정되었다.”

절에 관해 후속 진료상 ‘중과실’ 여부를 기준으로 하고 있다는 점과 그러한 손해가 적합한 치료행위를 한 경우에도 발생했을 것이라는 것을 의료측이 입증한 점이 부각된다. 이러한 관점은 독일의 위 항소심 판결과 일치하며[위 II (1) 참조], 나아가 연방법원의 판결이유에서 살펴볼 수 있는 바, 올바른 의료적 시행, 즉 환자의 충수돌기를 제거한 경우에 이미 제1의 침습의 범주에서, 어떠한 마찬가지로 견줄만한 결과를 갖는 후유증이 나타났을 것이라는 사정은 책임 충족적 인과성(OO병원의 시술상 오류와 △△병원 진료 후 발생한 후유증 사이의 인과관계)가 부인되는 것이 아니라, 일회의 침습을 행하는 경우, 이 판결 사안의 경우에 환자의 충수돌기제거수술이 정상적으로 이루어졌다면 환자에게 발생한 후유증 위험들이 실현되었을지 여부와 어떠한 위험들이 실현되었을지는 발생한 손해에 관한 사실상 시행된 시술의 인과관계가 아니라 적법한 대안행태(rechtmäßiges Alternativverhalten)가 있었을 경우의 가정적 인과과정(hypothetischer Kausalverlauf)에 해당한다.⁶⁴⁾ 따라서 의사가 환자에게 오류인 위법한 행위를 통해 손해를 가한 것이 확정되면, 의사는 환자가 적법하고 오류 없는 진료행위를 한 경우에도 동일한 손해를 입었을 것이라는 것을 입증하여야 한다(II. 가. (2) [8-13] 참조).⁶⁵⁾

이 판결에서도, 이유 설시상 불필요하다고 할 수도 있겠으나, 상당인과관계를 부인할 수 없다는 사실적 인과성의 판단만이 이유설시의 주된 내용을 이룬다는 점은 우리의 다른 판결들과 크게 다르지 않다.

64) 여기에서 적법한 대안행태, 즉 올바른 진료가 있었을 경우에도 동일한 후유증이 발생하였을 것이라는 인과과정의 가정은 진료상 오류에 의한 침해가 아니라 고의·과실에 의한 ‘의무위반의 인과성(Kausalität der Pflichtwidrigkeit)’를 부인하는 것이다. 이와 같은 후자의 인과성은 우리 민법 제750조에서 “故意 또는 過失로 因한 違法行爲로 他人에게 損害를 加한 …”이라는 요건에서도 찾아볼 수 있다. 따라서 ‘因한’이라는 문구를 진료상 오류로 인한 약결과인 손해의 발생이라는 사실적 인과성 내지 인과관계의 상당성 판단으로 해석하는 것은 오류이다. 이 문구는 진료상 오류에 대한 고의·과실의 위법성과 (약결과인) 손해 사이의 위법성관련(Rechtswidrigkeitszusammenhang)으로서 귀속관련을 의미한다. Vgl. Esser-Schmidt, Schuldrecht I/2, 8. Aufl.(2000), § 33 III 2, S. 242 f.

65) 입증차원에서 규범목적(Normzweck)과 위법성관련의 구별 및 후자 개념표지의 필요성에 관하여는 Esser-Schmidt, a. a. O., S. 243 참조.

사. 자궁적출수술 사건

이 판결의 사안은 OO병원의 진료과정에서 환자의 질환들이 연속적으로 확진되어 일련의 수술들(1차 수술 : 복강경에 의한 자궁내 물혹제거술, 2차수술 : 요관 단단문합술)이 시행되었고, 이후 후유증이 발생하여 추가적인 3차수술(요관 절개 후 인조요관 삽입술)이 이루어진 진료경과에서는 위 II. 독일 판결례 사안과 같으나, 환송 전 항소심 판결에서는 “제1차 수술 당시 자궁 내 물혹 제거 과정에서 발생할 수 있는 요관 등의 손상을 유발하지 않도록 숙련된 전문 의로서 고도의 주의를 기울여야 함에도 이를 게을리 한 채 무리하게 시술한 결과 자궁 종괴 등을 제거하면서 그와 아무 관련이 없는 좌측 요관을 손상시킨 잘못이 있고, 그 손상된 부위가 길고 광범위한 나머지 2, 3차의 수술에도 불구하고 ...좌측 요관의 기능을 회복하지 못하여 결국 좌측신장을 제거”한 의료측 과실을 인정한 반면, 대법원은 “복강경하 질식 자궁적출술 및 자궁부속기 제거술을 시행하는 경우 일반적인 합병증으로 요관에 직접적인 손상이나 열에 의한 손상이 따를 수 있고, 골반 내 유착이 심한 때에는 그 가능성이 더욱 증가하는 것으로 보고되고 있음을 알 수 있으므로, 이 사건에서 피고 2가 골반 내 유착이 심한 원고 1에게 위 수술을 시행하는 과정에서 위 원고의 요관이 손상되는 결과가 발생하였다 하더라도 그에 관하여 피고 2에게 과실이 있다고 하기 위하여는 위 법리에 따라 원고 1에게 발생한 요관손상이 복강경하 질식 자궁적출술 과정에서 발생할 수 있는 일반적인 합병증의 범위를 벗어난 것으로 볼 만한 사정이 있다고 인정”한 것은 위법하다는 이유로 파기·환송하였고, 환송 후 판결은 “수술 과정에서 발생한 요관 협착 및 손상은 ... 당시의 의료 수준에 비추어 요구되는 진료상 주의의무를 다하지 못하여 발생한 것이라기보다는 ... 고도의 골반 유착 및 자궁과 요관의 해부학적 구조 변형으로 인하여 발생한 합병증으로 봄이 상당하다.”고 판시하였다.

그러므로 이 판결의 사안은 환자에게 발생한 악결과는 환자의 질병치료에 수반하는 일반적 합병증으로서 인과성과 인과관련은 있으나, 여기에서 비교

하는 독일 판결례의 사안에서와 달리, 1, 2차수술상 의료측의 과실이 부인되어 환자에게 남겨진 요관 협착 및 손상의 합증병으로 3차수술과 좌측 신장을 제거한 손해에 대한 책임법적 귀속관련(haftungsrechtlicher Zurechnungs-zusammenhang) 판단의 기점이 결여되어 있다(II. 가. (2) [13] 참조).

2. 인과성과 책임귀속

위에서 일별한 우리의 판결례들에서는, 비록 모든 판례가 그렇다고 할 수 없을지라도, 대체적으로 의료행위와 환자에게 발생한 악결과 사이의 사실적 인과성(tatsächliche Kausalität)과 그러한 인과성 있는 악결과를 의료행위상 과실로서 의료측에 책임을 귀속시킬 수 있는지 여부에 관한 판단이 혼재되어 있다고 할 수 있다.⁶⁶⁾

가. 인과성 판단

우리 민법은 채무불이행과 불법행위의 책임 귀속에 관하여 제390조와 제750조에서 포괄적으로 요건을 규정하는 일반조항을 갖추고 있으며, 이 규정들을 적용함에 있어서는 이른바 상당인과관계설을 따르고 있다고 한다. 이와 관련하여 위 독일 판결례의 이유설시에서 뚜렷하게 살펴볼 수 있듯이, 독일의 학계는 물론, 실무에서도 책임성립의 판단에서 원인관련(Ursachenzusammenhang)을 판단하는 책임설정적 인과성과 그 효과로서 손해배상의 범위 등을 판단하는 책임충족적 인과성을 구별하고 있다는 것이다.⁶⁷⁾ 나아가

66) 여기에서 비평의 논지상 오해를 피하기 위해 서두에서 언급한 바를 재차 강조하는바, 우리 법원의 판결들에 결과적 타당성이 없다고 하는 것은 아니라는 점이다.

67) 인과성 판단의 단계적 구별에 관하여 우리 학계의 적지 않은 문헌들에서 필요성을 부인하고 있다. 이러한 입장은 종래의 통설이라고 할 수 있는바, 현행 민법의 제정 당시로 소급되는 것으로 추측된다. 김현태, 『주석민법(하)』, 제393조, 1972, 제83면 이하, 안이준·김용규, 『주석민법(하)』, 제750조, 1972, 제558면 이하 참조. 민법 제393조의 해석적 전제로서 손해배상책임 성립과 손해배상 범위의 인과관계의 구별을 지지하는 견해는 지원림, 『민법주해 IX』, 제393조, 1995, 제530면 이하 참조. 그리고 상당인과론의 입장에서도 양자를 구분하는 견해는 송덕수, 『민법강의(하)』, 2004, 제119, 663면 참조.

전자의 인과성 판단에서는 1차손해와 2차손해로 세분함으로써 인과성 판단을 구체화하는 개념적 치밀성을 드러낸다.

이와 같은 독일 판결례에서 적용된 법리는 우리의 위 III. 바. 충수돌기절제 수술 사건의 판결이유와 상당 부분 일치한다. 그런데 우리 법조실무에서 적용한다는 상당성론에서 분명하게 드러나는바, 우리의 해석적 법리가 - 일본을 경유하여 - 독일의 해석론으로부터 상당한 영향을 받았다는 것은 비교연혁상 주지의 사실이다. 그러나 상당성론은 그 자체의 결함으로 발원지인 독일에서도 20세기 중반을 지나면서 이미 극복된 이론이다. 이미 알려져 있는 바와 같이 우리 학계에도 독일의 판결례가 적용하는 규범목적설을 따르는 견해가 적지 않다. 또한 우리 민법의 해석론으로서는 다양한 양상으로 전개되고 있으나, 우리 민법은 책임성립에 관하여 채무불이행법 및 불법행위법에서 각각 제390조와 제750조를, 그 효과로서는 손해배상의 범위에 관한 제393조를 적용 내지 준용하고 있어 책임성립과 그 효과로서 손해의 귀속에 관한 분리하여 규정(실정법적 규율의 단계성)하면서, 양자는 규범목적에 의한 귀속범위의 획정에서 과책원리(Verschuldensprinzip)를 기반으로 하고 있다(책임귀속의 실정법적 평가기준의 일원성). 따라서 책임귀속에 상응하여 양자를 구분하는 판단하는 것이 합리적인바, 불법행위책임의 성립상 인과관계는 - 입증곤란의 문제를 일단 차치하면 - 사실적 조건관계에 있는 것으로 충분하다(위 II 가. (2) [14] “äquivalente und adäquate Schadensfolgen”).⁶⁸⁾ 나아가 규범목적설의 입장을 견지하면서 1, 2차 손해의 구별에 상응한 법리구성도 또한 학계의 일부에서는 주장되고 있다.⁶⁹⁾

68) 의료사고 판결상 책임귀속 판단에서 상당성론의 비판은 안법영, 전계 논문, 제231, 235, 242~243, 304면 이하, 제318면, 그리고 일반 재산적 법익침해 사고 판결상 비판은 안법영, “영업경영의 과실침해와 책임귀속의 인과적 표지”, 『판례연구』, 제8집, 고려대학교 법학연구소, 1996, 제175, 216면 참조. 발표자와 동일한 견해는 채무불이행 손해배상책임 성립에서 지원림, 전계 도서, 제530면, 불법행위의 손해배상책임 성립에서 김상용, 『불법행위법』, 1997, 제96면 이하, 제449면 이하 참조. 일반론으로서 책임귀속상 상당인과관계의 비판과 인과관계의 판단에 관해 이와 같은 기초는 김형배, 『민법학연구』, 1986, 제321면 이하(= 『주석 채권각칙(III)』, 1986, 제248면 이하); 서광민, 『불법행위의 귀책구조 연구』, 1988, 제125면 이하; 동저, 『민법의 기본문제』, 2006, 제389, 393면 이하 등 참조.

환자에 대한 의료행위와 환자에게 발생한 악결과 사이의 인과성(Kausalität)은 규범적 책임귀속의 전제가 되는 필요요건으로서 불가결하며, 그러한 한 책임귀속의 평가적 판단상 어느 범위에서 법적으로 의미 있는 인과관련(Kausalzusammenhang)을 인정할 것인가라는 문제가 제기된다. 우리가 통설과 판례라고 여기는 상당인과관계설은 이른바 상당성 판단으로 그 범위를 확정하려고 하는바, 이는 법기능적 역할상 규범적 책임귀속을 위한 법규범적 평가와 다름없다. 이미 적지 않은 문헌들에서 지적하였듯이, 상당성 개념은 그 자체의 모호성으로 인하여 법개념적 기능성에 한계를 지니고 있으며, 독일 연방법원의 판결이유에서 살펴볼 수 있듯이 제1, 2차 손해의 구별도 이러한 인과성 판단 하에서 세분화하여(사실적 원인관계의 확정으로서) 인과관련의 판단과(규범평가적 고찰로서의) 귀속관련 판단의 시점(始點)을 구체화하는 인과적 보완개념이다(위 II. 가. (1) [52], (2) [7-14] 참조).⁶⁹⁾

독일 항소심 판결례에서도 인과관련의 판단에서 상당성 개념은 내재적 한계가 있어, “평가 기준들(wertende Kriterien)을 통한 보완을 요”한다고 명시적으로 실시하고 있다(II. 가. (1) [59] 참조). 위 III.에서 살펴본 우리의 판결례에서는, 이미 위 1.의 비교 개관에서 드러나듯이, 적지 않은 판결들이 의료행위와 환자에게 발생한 악결과 사이의 인과성 판단과 진료상 과실에 대한 책임귀속을 함께 실시하는바, 한편으로는 사실인정으로서의(인과성) 판단과의 구분이 모호하며, 다른 한편으로는 사실적 인과성 판단 자체가 쟁점으로 부각되지 않은 사안이거나(인과관련이 명백한 사안은 위 1. 라. 중이염수술 사건, 바. 충수돌기 절제수술 사건 참조), - 소송상 쟁점 또는 상고이유에 국한된 판결이유의 제시겠으나 - 과실추정의 판례요지의 법리 적용을 주된 판결이유로 하면서 상당성 판단에 의한 인과관련의 실시는 명확하게 제시하지 않는 것으로 여겨진다.⁷¹⁾

69) 상당인과관계설에 대한 일반론으로서의 비판과 1차손해와 후속손해의 구별은 김형배, 『채권총론』, 제2판, 1998, 제252면 이하, 제256면 이하 참조.

70) 손해의 직·간접 내지 적극·소극 등 표시들의 인과성에 관해서는 안법영, 상계 논문, 『판례연구』, 제8집, 1996, 제175, 185, 194면 이하 참조.

71) 이와 같은 논지의 최근 대법원 판결례는 ‘복강경 담낭절제술 사건’ 대법원 2012. 5. 9.

나. 책임귀속과 규범목적

환자에게 발생한 악결과가 어느 의료행위에 의해 발생한 것이라는 인과관련이 인정되어도 해당 의사나 의료기관에게 진료계약위반의 채무불이행(민법 제390조)이나 생명, 신체, 건강 침해의 불법행위(민법 제750조)의 손해배상책임을 귀속시키기 위해서는 그 의료행위가 위법한 것으로서 비난될 수 있는 것이어야 한다. 즉, 해당 의료행위가 해당 의료행위에 요구되는 주의의무를 고의(故意, Vorsatz)·과실(過失, Fahrlässigkeit)로 위반한 과책(過責, Verschulden)이 있어야 한다.

이에 관해 우리 판결례를 살펴보면, 위 III. 가. 결장용종절제술 사건과 사. 자궁적출수술 사건의 판결이유에서 실시되었듯이 의료측에 환자보호를 위해 요구되는 “최선의 주의의무”인바, 그 기준은 “진료 당시의 이른바 임상의학의 실천에 의한 의료수준”에 의하여 판단되어야 한다.

그런데 비교적으로 재검토되어야 할 문제점은 인과관련과 책임귀속의 판단의 혼돈은, 의료행위에 오류가 있어 환자가 치유되지 않고 오히려 합병증 등의 악결과가 발생하였다는 인과성의 판단이 곧바로 책임귀속에 관한 평가적 판단으로 비약될 수 있다는 것이다. 우리의 판결례에서 적지 않게 찾아 볼 수 있

선고 2010다57787 판결에서는 수술 후 환자의 ‘증상이 일반적으로 인정되는 합병증의 범위를 벗어났다고 볼 수 있는 사정이 없는 한, 그 후유장해가 발생하였다는 사실만으로 의료행위 과정에 과실이 있었다고 추정할 수 없다는 판례요지(대법원 2008. 3. 27. 선고 2007다76290 판결)에 따라 “복강경술 시행 과정에서 발생한 원고의 신장 정맥 출혈 및 이로 인한 위신장 절제는 이 사건 수술 범위 내에 속하지 아니한 것으로 일반적으로 인정되는 위 수술의 합병증의 범위를 벗어난 악결과에 해당된다”고 판단한 하급심 판결(서울고등법원 2010. 6. 17. 선고 2009나105064 판결, 서울서부지방법원 2009. 10. 8. 선고 2007가단60786 판결)에 대해 과실추정의 판례요지(대법원 2000. 7. 7. 선고 99다66328 판결 등)에 따라 수술상 과실과 악결과의 인과관계를 추정하여 파기·환송하였다. 이 사건은 환송 후 화해로 종결되었다. 의료소송에서 인과관계의 사실상 추정을 폭넓게 인정하는 판례의 경향에 관해서는 신현호·백경희, 『의료분쟁 조정·소송론』, 2011, 제184면 이하 참조. 법조실무에서도 의료소송에서는 책임성립요건으로서 사실적 인과관계가 중요함에도 불구하고 “손해배상책임의 성립요건으로서 인과관계와 배상범위결정의 인과관계 그리고 사실적 인과관계와 상당인과관계 상호간의 연결관계에 대하여는 명쾌하게 설명하지 못하고 대부분 약간의 언급만을 한 채 어쩔쩔 넘어가 버리는 경우”가 적지 않다는 지적은 박영호, “의료소송과 사실적 인과관계”, 『법조』, Vol. 558, 2003. 3. 제42, 55면 이하 참조.

는바, 예를 들어 환자의 악결과와 진료상 “과실과 사이에는 상당인과관계”가 있다고 하는 것이다.

이러한 이유설시에는 인과성과 책임귀속 판단이 구분되지 않고 있다는 점에 문제가 있다고 할 수 있다. 비교적 살펴보면, 위 II. 독일의 판결례에서는 이러한 논증의 맥락이 비교적 분명하게 드러난다. 위 III.에서 예시한 우리의 판결례에 관해서는 위 1.에서 지적하였는바, 법리적 문제점은 인과성 내지 인과관련과 책임귀속의 판단이 혼재되어 있는 양상에서 드러난다. 그 주된 요인의 하나는 상당성론(Adäquanztheorie)의 규범적 평가기능의 한계성이 보완 내지 극복되지 않은 상태에서, - 상당성론의 인식·예견가능성 표지에 따른 판단을 구체적으로 실시하지 않으면서 - 일부 판결 사안에 따라서는 ‘어느 정도’ ‘어지간히’ 적정하다는 일상 어의로써 포괄하여 ‘상당(相當)’하다고 마무리하면서 책임귀속상 규범적 평가에 의한 책임 한정의 논지를 적극적으로 전개하지 않는 점에 있다.⁷²⁾

여기에서 주목할 점은 우리 실무는 독일의 상당성론을 받아들여 민법 제 393조의 손해배상 범위의 해석에서는 물론, 책임성립의 판단에서도 일원적으로 적용하고 있다는 것이다. 그러나 위 II. 독일의 판결례에서도 명시적으로 적시하고 있는바, 연혁적으로 상당성론이 생성·계발된 독일의 실무에서도 이미 그 문제점을 인식·극복하고 보호목적설(Schutzzwecklehre)을 적용하고 있

72) 이러한 문제점은, - 비록 의료관계의 특수성을 감안할지라도 - 의료사고소송에서 원인판단이 소송상 확인되지 않는 경우(non liquet)에 적용되는 입증전환 법리의 범주에 국한되어야 하는데, 비교적 폭넓게 적용하여 인과관계와 의료측 과실을 동시에 추정하는 대법원 판결요지의 법리 적용에도 그 하나의 원인이 되고 있다고 생각한다. 발표자의 출견으로서 다소 비난적 평가를 한다면, 최근 의료 등 전문영역들에 관련된 적지 않은 판결들에서 ‘상당’이라는 용어는 상당인과론의 ‘상당성’ 판단으로서 법전문적 의미로 사용되지 않으며, 일상의 (국어사전적) 용어로서 ‘상당(相當)하다’의 의미로 해소되어 있다고 아니할 수 없다. 『한국어대사전』, 고려대학교 민족문화연구원, 2009, 제3255면 참조. 우리 판결례에서 “통상 매우 막연하게 또는 직감적으로 행하여진 ‘相當性’의 판단”이라는 비판은 양장수, 『민법연구』, 제3권, 1995, 제516-516면; 독일에서 상당성론이 최종적으로 옹호된 것으로서는 H. Weitnauer, Noch einmal: Unzulänglichkeit der Adäquanztheorie? JuS 1979, 697 ff.; ders., FS für K. Oftinger(1966) 참조. Vgl. Esser-Schmidt, a. a. O., § 33 II, S. 233 f.; W. B. Schünemann, JuS 1979, S. 19 ff. 참조.

음을 알 수 있다(II. 가. (1) [59], (2) [14] 참조).

다. 책임귀속과 과실 및 과책

나아가 비교적으로 재검토되어야 할 것은 의료행위와 그로 인해 발생한 환자의 악결과 사이의 인과관련의 판단에서 주요한 점은 해당 의료행위가 “오류가 있는 진료행위”라는 인과적 원인점이 되는 의료행위에 대한 규범적 평가와 그 결과에 대한 제약 내지 제약 외적 책임귀속의 판단이다.

우리의 판결례들은 “진료 당시의 의학적 지식에 입각하여 그 치료방법의 효과와 부작용등 모든 사정을 고려하여 최선의 주의”를 “임상의학의 실천에 의한 의료수준에 의하여 결정”하고 있는바,⁷³⁾ 위 II.의 독일연방법원 판결에서 실시한 “의술적 기술의 규칙들(Regeln der ärztlichen Kunst)에 상응”하여 성실히 진료(eingewissenhaftes ärztliches Verhalten)할 의무에 해당한다(II. 가. (2) [15, 16] 참조).⁷⁴⁾

의료사고를 유발한 어느 하나의 의료행위에 오류가 있는가라는 사실의 인정 및 확정과 그러한 의료행위상 오류를 의사의 잘못으로 판단하는, 즉 진료상 의사에게 요구되는 주의의무를 위반한 고의·과실의 위법한 행위로 평가하는 논거는 구분되어야 하며,⁷⁵⁾ 또한 그에 대해 해당 의료관계상 비난할 수 있는

73) 문국진, 『사회법의학』, 1991, 제141면 이하; 김선석, “의료과오에 있어서 인과관계와 과실, 의료사고에 관한 제문제”, 『재판자료』, 제27집, 1985, 제56, 93면 이하; 석희태, “의료과실의 판단기준, 의료사고처리의 법적 검토”, 『대한의학협회』, 1989, 제21면 이하; 김민중, “의사책임 및 의사법의 발전에 관한 최근의 동향”, 『민사법학』, 제9·10호, 1993, 제325, 334면 이하; 의료소송에서의 일반론은 신현호·백경희, 전계 도서, 2011, 제190면 이하 참조.

74) Vgl. (Muster-)Berufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte - MBO-Ä 1997 - in der Fassung der Beschlüsse des 114. Deutschen Ärztetages 2011 in Kiel; Esser-Weyers, Schuldrecht II/2, 8. Aufl.(2000), § 55 II 3 d): “...über die Frage, was ein durchschnittlicher besonnener und rechtschaffener Mensch im besonderen Berufs- und Pflichtenkreis des Betroffenen getan hätte.”; A. Laufs, Arztrecht, 5. Aufl.(1993), Rn. 474: “das Prinzip der Gruppenfahrlässigkeit”; E. Deutsch, Fahrlässigkeitstheorie und Behandlungsfehler, NJW 1993, S. 1508 f.

75) 위 II. 판결례에서도 일별할 수 있듯이, 독일의 시술오류(Kunstfehler, Behandlungsfehler)의 개념이 통용되고 있다. 일반적으로 승인된 진료기준에 미달되어 부적합한

가라는 과책(Verschulden)의 판단도 - 결과적으로는 민사책임법상 소극적인 책임귀속의 배제에 그칠지라도 - 엄밀하게 구별되어야 한다.⁷⁶⁾

위와 관련하여 우리의 의료판례들에서 살펴볼 수 있는 대표적 예들은 의료 본질에 의한 진료상 재량성, 의료상황의 긴급성이 지배하는 응급의학 분야, 의료수준의 지역적 상황 등에서 비록 의료행위에 오류가 있고 그로 인하여 환자에게 발생한 악결과 사이에 (사실로서의) 인과성과 (인과적 상당성 판단에 따른) 인과관련을 인정할 수 있을지라도 의료상 과실로서 판단하고 과책의 책임 귀속을 인정할 수 없다.⁷⁷⁾ 이와 관련하여 선행된 수술로 인하여 추가 수술을

(unsachgemäß) 경우, 즉 의학수준에 합당한 조치를 결여함으로써 잘못된 진료 또는 적합한 진료를 하지 않은 때에 시술오류를 인정할 수 있다. Vgl. E. Steffen, Neue Entwicklungslinien der BGH-Rechtsprechung zum Arzthaftungsrecht, 6. Aufl.(1995), S. 49. 시술오류의 개념 및 법기능적 역할에 대해서는 의문이 제기된다. 의사의 의료행위가 승인된 의술(lex artis)과 불합치한다고 하여 곧바로 과실이라고는 할 수 없으며(vgl. BGHZ 8, 130, 140), 의사는 그 직업적 본질상 자유직으로서 전문적 판단에 따른 진료방법의 자유선택(Methodenfreiheit)이 보장되어야 하는 바, 진료시술의 방법이 미리 정해져 있다는 것은 모순이다(의료의 재량성). 대법원 1996. 6. 25. 선고 94다13046 판결; 김선석, 앞의 논문, 재판자료 제27집(1985), 56, 102면 이하 참조. 의사의 직업책임도 다른 직업책임의 유형에서와 다를 바 없이 과실책임의 원칙이 적용되는 것에 불과하며 의료시술의 오류를 달리 취급하여야 할 이유는 없다. 시술오류의 개념은 과실 판단의 구체화에 기여하는 한 그 의미가 있을 수 있으나, 책임귀속 판단에 있어서 고유한 법기능적 역할은 인정될 수 없다. Vgl. A. Laufs, a. a. O., Rn. 269; D. Giesen, Arzthaftungsrecht, 4. Aufl.(1995), Rn. 68 ff. 이러한 관점은 보다 근본적으로는 의사의 진료행위를 본질적으로 환자의 신체 및 건강의 침해행위로 볼 수 없다는 점에 있다. 안법영, 전계 논문, 『법학논집』, 제33집, 1997, 제231, 321면 이하. Vgl. Esser-Weyers, a. a. O., § 55 I 1 b); W. Weißbauer, Grenzen der Aufklärungspflicht(1997), S. 17: "die Gleichstellung des Skapells mit dem Dolch des Messerstechers".

76) 의사의 진료행위에 대한 의무위반의 과실판단에는 원칙적으로 민법 일반의 과실판단, 즉 거래상 요구되는 객관화된 전문직업적 주의규준(Berufsbezogene Sorgfaltnormen)이 적용된다. 의료관계에서 이루어지는 진료행위는 환자의 생명, 신체와 건강에 위해가 수반되므로 그 보호법익의 중요성과 그 위해에 대한 인식예견, 그리고 결과의 회피 및 기대가능성이 고려되어야 한다. 독일 민법 제276조가 정의하고 있는 과실(Fahrlässigkeit)은 "거래상 요구되는 주의(die im Verkehr erforderliche Sorgfalt)"는 첫째, 규범적으로 "요구되는" 주의로서 관습이나 일상적 구태와 무관하게 가능하고, 둘째, "거래상"의 주의로서 사회관련적, 즉 기대된 행태와 관련됨을 의미한다. 안법영, "산부인과 진료와 의사의 진료의무", 『의료법학』, 창간호, 대한의료법학회, 2000, 제49, 58면 이하; "2001년 법무부 민법개정시안에 관한 소고", 『고려법학』, 제38호, 고려대학교 법학연구소, 2002, 제161, 187면 이하 참조.

77) 안법영, 전계 논문, 『법학논집』, 제33집, 고려대학교 법학연구소, 1997, 제273면; 전계 논문, 『의료법학』, 창간호, 대한의료법학회, 2000, 제49, 69, 75면 이하 참조. 불법행위법

하게 된 우리 판결례인 자궁적출수술 사건(III. 사., IV. 1. 사.) 판결에서 “의료 행위 과정의 합병증으로 나타날 수 있는 것이거나 또는 그 합병증으로 인하여 2차적으로 발생될 수 있는 것이라면 의료행위의 내용이나 시술 과정, 합병증의 발생 부위, 정도 및 당시의 의료수준과 담당의료진의 숙련도 등을 종합하여 볼 때에 그 증상이 일반적으로 인정되는 합병증의 범위를 벗어났다고 볼 수 있는 사정이 없는 한, 그 후유장해가 발생되었다는 사실만으로 의료행위 과정에 과실이 있었다고 추정할 수 없다.”는 이유설시의 논거는 의료의 본질에 비추어 과실 및 과책 판단으로서 주목할 만하다.

라. 손해배상의 범위

우리 민법은 손해배상의 범위에 관해 제393조에서 규정하고 있다. 위 II. 독일 판결례와 비교적 관점에서 재검토되어야 하는 것은(II. 나. 참조), 우리의 통설과 판례가 이른바 상당인과론에 따라 -실질과는 무관하게 최소한 명목상으로라도 - 위 조항을 해석·적용한다는 점이다. 그러나 손해법에서도 배상되어야 할 통상손해와 특별손해의 구별과 그에 관한 귀속 여부는 책임귀속의 규범적 평가에 의하여야 하며, 나아가 규범목적에 따른 범위의 획정(劃定)이 이루어져야 한다.

우리 민법 제393조의 해석론은, 방법상 그 생성연혁과는 무관하게,⁷⁸⁾ 해석 및 적용상 유사 조항도 없는 독일의 상당성론에 의존하기보다는 책임성립을 실정규정들(민법 제390조, 제750조)을 기반으로 하는 책임성립의 판단에서 설정된 주의의무의 규범목적에 상응토록 해석함으로써 그 적용상 적정성도도모하고 법기능성을 합리화하여야 할 것이다.⁷⁹⁾

의 책임귀속 일반론으로서 비난가능형 불법행위에 관해서는 서광민, 전계 도서, 1988, 제33면 이하 참조.

78) 현행 민법 제393조는 입법연혁상 상당인과론을 해석적 기반으로 전제하면서 의용(依用)한 일본국 민법 제416조, 만주국 민법(안) 제380조와 동일하게 규정되었다는 것을 부인할 수 없다. 『주요 구법령집(상)』, 『재판자료』, 제41집, 1987, 제137면; 『민법안심의회록(상권)』, 1957, 제235면 참조.

이와 관련하여 특히 의료소송실무에서는 환자에게 후유장애가 발생한 의료 사고로 인한 후속손해는 일실이익, 향후 치료비, 간병비 등 다양한 손해항목들의 산정이 문제되는데, 이와 같은 손해항목들은 당연히 상당한 인과성 및 인과관계를 전제하고 있다. 비교대상인 독일의 판결례에서는 주부인 여성 환자로써 가사(관리)비용에 관한 배상이 쟁점으로 되어 있으나,⁸⁰⁾ 우리의 법원 실무에서는 이러한 손해항목은 추상적인 통계기준상 노임에 기초한 일실이익의 배상으로 일괄 처리하고 있으며 별도로 취급하는 사례는 사실상 없는 것으로 여겨진다.⁸¹⁾ 아마도 민사손해법의 운용 실무상 난점이 반영·고착되어 있다

79) 과책원리에 따른 손해배상책임의 규범목적은 의무내용에 의해 구체화되는데, 종래의 사실적 인과성 에 덧붙여진 책임귀속의 규범적 평가표지들인 상당성론의 인식·예견가능성, 위험성 관련 등은 주의의무의 판단의 요소들로 해소될 수 있다. 손해배상의 범위에 관한 상당성 이론의 비판과 규범목적설 관점에서의 해석적 시론은 안법영, “영업경영의 과실침해와 책임귀속의 인과적 표지”, 『판례연구』, 제8집, 고려대학교 법학연구소 1996, 제175, 199면 이하, 제244면 참조. 상당성론을 기초로 규범목적설의 보완을 하려는 견해는 김상용, 전계 도서, 1997, 제450면 참조. 책임성립과 손해배상의 범위를 구분하면서 전자는 사실적인 (조건적) 인과관계를, 후자에서는 상당인과론을 적용하는 견해는 송덕수, 전계 도서, 2007, 제717면 이하 참조.

80) 이에 관한 독일의 평석은 H. Lemcke, Anmerkung, RUS(r+s) 8/2012, S. 411 f. 참조.

81) 원고의 직업, 생활지역 등의 (통계기준) 노임을 기준으로 한다. 대법원 1987. 2. 24. 선고 86다카646 판결: “수입의 상실액은 그 수입이 장차 증가될 것이 상당한 정도로 확실시 되는 객관적인 자료가 없는 한 원칙적으로 불법행위로 인하여 손해가 발생할 당시에 피해자가 종사하고 있었던 직업으로부터 얻고 있는 금액을 기준으로 하여 산정하여야 하고 불법행위 당시 일정한 수입이 없는 피해자의 장래의 수입 상실액은 보통 일반 사람이면 누구나 종사하여 얻을 수 있는 일반노동임금을 기준으로 하여야 하며 피해자의 학력이나 경력 등을 참작하여 막연히 그 수입을 책정할 수는 없다.” 의료관련 사실심 판결들에서는 통상 환자의 예상 일실수입에서 1/3 정도의 생계비 공제를 당사자 사이에 다툼 없는 사실이나 경험칙으로써 확립적으로 판단·산정하고 있는 것으로 파악할 수 있다. 광주고등법원 1986. 8. 20. 선고 85나311 판결(86다카2095); 서울민사지방법원 1992. 5. 12. 선고 91가합36470 판결(93다21552); 광주지방법원 1993. 4. 21. 선고 92가합6398 판결(94다29218); 광주지방법원 1995. 3. 24. 선고 93가합1819 판결(96다11440); 서울지방법원 1996. 6. 5. 선고 94가합95135 판결(98다9816); 서울지방법원 동부지원 1997. 11. 20. 선고 96가합6484 판결(98다31363); 서울지방법원 1998. 7. 29. 선고 97가합89001 판결(99다43035); 서울지방법원 1999. 7. 14. 선고 98가합36592 판결; 부산지방법원 2000. 10. 10. 선고 2000가합587 판결(2001다27449); 서울고등법원 2003. 12. 18. 선고 2002나1712 판결(2004다2342); 서울고등법원 2006. 10. 27. 선고 2002나1712 판결(2004다2342); 서울중앙지방법원 2011. 2. 16. 선고 2009가합63774 판결 참조. 1/3 정도로 추정한 판결례는 서울지방법원 1995. 9. 13. 선고 93가합33833 판결 참조. 당사자 사이에 다툼이 없는 것으로 수익상실의 손해배상에서 생계비 40%를 인정한 판결례는 서울고등법원 1997. 6. 12. 선고 96나37567 판결(97다29226) 참조. 일반적인 손해배상소송실무에서도, 생계

고 할 수 있겠으나 우리의 생활양태의 다양화에 비추어 궁극적으로는 해결되어야 할 것으로 예상할 수 있겠다. 주부의 가사(관리)비용의 손해배상에 관하여 손해항목으로서 가사내용을 구체적으로 검토하여 배상범위 판정하는 실무적 방안은 향후의 우리 법조의 연구과제로 남겨져 있다고 할 수 있겠다.⁸²⁾

V. 소결 - 방법적 관점의 전환

이상에서 판결례들을 예시하여 그 사실관계와 판결이유들을 비교하여 살펴 보았다. 비교대상인 독일의 판결례는 동일한 우리의 의료분쟁 사안에 관한 판결이 아니어서, 세부적 논점들에까지 접근한 고찰에는 한계가 있다. 그렇지만 의료사고분쟁에서 민사책임의 귀속상 근간을 이루는 책임법적 원리와 해석적 법리구성에서 우리 판결례의 여러 면모를 재검토하여볼 수 있을 것이다.

비교적 고찰의 방법의 관점에서는, 외국 의료판례에 관한 비교적 시각의 확충이나 모범적 예시를 하려는 것에 머무르지 않고, 우리의 의료사고소송을 보다 적정하고 합리적으로 도모할 수 있는 실천적 의미를 부여하려는 데 있다고

비로서 구체적으로 소요되는 액수는 사실 인정의 문제로서 증거에 의하여 인정되어야 할 것이나(대법원 1986. 9. 9. 선고 86다카565 판결 등 참조), 구체적인 경우 개개인의 생계비로 얼마가 소요되는지를 증거조사에 의하여 정확히 파악, 인정하기 어렵기 때문에, 실무에서는 적정선(대체로 수입의 1/3, 소득이 현저히 낮은 경우에는 수입의 1/2)을 다툼 없는 사실로 정리하여 처리함이 보통이다. 서울지방법원 교통·산재손해배상실무연구회, 『손해배상소송실무』, 한국사법행정학회, 2005, 제190~191면 참조.

82) 가사비용에 산정에 관해서는 서울고법 1991. 9. 26. 선고 91나7547 판결(91다41880) 참조: 열차충돌사고로 부상을 당해 치료 후 우측고관절로 인하여 우측 대퇴골두 무혈성 괴사증이 발생하여 영구적 후유장애가 남게 되어 손해배상을 청구한 사안에서, 보통의 건강한 여성(1940. 8. 생, 사고 당시 40세 9개월 남짓)의 평균여명을 35.07년으로 인정하고, 원고는 이혼 후 가정부 등에 종사한 경력을 가진 가사노동자로서 경험직상 매월 25일씩 60세까지 종사할 수 있으며, (의료)사고 시점(1988)에 직종별 임금실태조사보고서상 달리 분류되지 않는 가정부 및 관련가사종사자의 전경력 수준의 월임금을 금 352,695원(월급여 300,200원 + 연간 특별급여 629,946원)을 법원에 현저한 사실로 인정하였다. 일실수익(1989. 7. 25. - 2000. 8. 9., 132개월), 가정부 등 가사노동자로서 노동능력 15% 정도를 상실을 인정(맥브라이드불구평가표 고관절 H-D-6 해당), 향후 치료비(사고 당시 현재 금 7,560,000원), 위자료 1,000,000원, 배상액 총 금 12,859,830원을 인정하였다.

할 수 있을 것이다. 의료사고의 책임소송에서도 현행 민사책임법의 기본원리, 민법전 규정들과 그 해석적 법리들은 책임귀속 판단에서 기반을 이루는바, 계수연혁상 현재의 판결례들에 대한 학리적 비판으로서는 물론, 법실무상 실천적 의미를 부여할 수 있을 것이다.

위에서 비교적으로 검토하여 지적한 문제점들은 주로 해석적 법리구성의 문제이며, 이는 판결이유의 설득력 있는 논증과 밀접한 관련이 있다. 20세기 후반기를 거치면서 우리의 의료생활은 그 범주가 확대되었고, 더불어 현재에는 질적 향상이 가속화되고 있으며, 그에 상응하여 의료생활 제분야들에서 다양하게 전개되는 의료사고분쟁의 소송에서도 보다 구체적으로 의료의 본질에 적절하게 논증되어야만 할 것이다. 이를 위해 학계는, - 수험용 문헌 집필의 수준을 넘어 - 법실무를 뒷받침할 수 있는 학리적 논거를 마련하여야 하는 과제에 직면하고 있다. 특히 만일 의료소송의 법실무에서 규범적 판단의 대상인 사실의 확정과 그 판단의 평가상 혼동을 초래한다면, 통상 피고로서 손해배상의 책임을 부담하는 의료측은 물론 승소한 원고 환자측에게도, 비록 결과적 타당성이 있을지라도 - 판결을 수인토록 하는 설득력 있는 논증을 결하는 것으로서, 궁극적으로 법치주의의 파탄으로 귀결될 수 있다.⁸³⁾ 특히 다수의 의료 판결들에서 원용하는 대법원의 판결요지에서 일견 드러나듯이, 의료상 과실을 예료(豫了)하는 논거로서 환자에게 악결과가 초래된 것으로 추정하는 것은 선행된 규범적 평가를 기점으로 사실적 인과성을 추정하는 것과 다르지 않아,⁸⁴⁾ 평가 대상인 사실관계를 평가로 대체하는 결과를 초래함으로써 논증의

83) 이와 관련하여서는 궁극적으로 민사의료관계의 입법화를 도모할 수 있을 것이다. 2013년 2월 독일에서는 민법전(BGB) 개정을 통해 진료계약을 전형계약(§§ 630a ~ 630h)으로 실정화하였다. Vgl. Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten vom 20. Februar 2013; BT-Drucksache 17/10488; Ch. Katzenmeier, MedR 2013, S. 817 ff. 위 조항들의 번역 소개는 이하 첨부 자료 [독일 민법전의 진료계약] 참조.

84) 대법원 판결요지에 따르면, 인과성 판단의 기점에서는 '일반인의 상식'에서도 해당 의료상 오류가 '과실로 평가되어야 하는' 중과실 행위이고, 그러한 의료행위의 오류가 환자의 악결과를 사실상 초래할 수 있는 개연성이 있어야 할 것이다. '일반적·상식적 의미의 과실'에 관해서는 민유숙, 전계 논문, 제279, 284면 이하; 그 연혁적 배경에 관해서는 박영호, "의료과실소송에 있어서 과실과 인과관계의 입증과 그 방법", 『저스티스』, 2002. 4.

당위성과 방법적 오류로 이어질 여지가 적지 않다. 결론적으로 사실인정으로서 인과성과 책임귀속의 규범적 평가를 구분하여 논증함으로써,⁸⁵⁾ 과책원리를 기반으로 하는 책임귀속상 규범목적에 - 특히 책임법에서 상당성론의 단점을 손해양태 분류상의 인과적 표지 등에 의존하거나 절충적 미봉책에서 벗어나, 고의·과실로 인한 위법행위, 즉 규범목적에 따라 위반된 의무 내용을 적극적으로 구체화하는 방안이 모색되어야 할 것이다.⁸⁶⁾ 이를 위해서는 무엇보다도 학술 분야에서의 실천적인 연구들이 뒷받침하는 노력이 선행되어야 하는바, 위에서 전개한 비교고찰은 비록 일천하지만 의료소송 당사자들을 납득시킬 수 있는 판례형성에 기여할 수 있기를 기대한다.

주제어: 책임귀속, 규범목적, 인과성(인과관계), 상당인과관계, 손해, 과실, 과책, 위법성관련, 책임설정, 책임충족, 독일연방법원, 민회고등법원, 위자료, 가사(관리)손해, 대장, 대장암, 결장, 용종, 자궁적출, 중이염, 담낭절제, 충수돌기

제90면 이하 참조. 후자의 논문에서는 대법원 판결요지(93다52402)는 구체적인 기준 제시의 보완이 요청된다는 점에 관해 오해하지 않고 있는바, 이에 앞서 논자도 위 판결요지는 해당 판결이 사실관계에 관한 실시논거들에 비추어 '의료에 문의한인 일반인'으로 오해되는 문제점이 있다는 비판적 줄건을 피력하였다. 안법영, 전제 논문, 『법학논집』, 제33집, 1997, 제231, 268, 272면 참조. 위 요지에 관해 통설·판례의 과실 판단상 "加害者の職業에 속하는 平均人(가령 평균적인 醫師)"라는 종래의 기준으로부터의 "전환을 시사하는 것일까?"라는 의문은 양창수, 『민법연구』, 제4권, 1997, 제425, 445면 참조.

85) 의료소송상 책임성립요건으로서 상당인과론에 대한 비판과 더불어, 환자측의 입증부담을 경감하는 대법원 판결요지의 뒷받침하는 전제로서 사실적 인과관계론의 의의에 관해서는 박영호, 전제 논문, 『법조』, 2003. 3, 제42, 60, 67면 이하 참조. 그밖에 의료소송에서 사실적 인과관계의 중요성에 관해서는 손용근, 「의료과오소송에 있어서 입증의 경감에 관한 연구」, 1998, 연세대학교 박사학위논문, 제36면 이하; 석희태, 「의료과오에서의 인과관계에 관한 연구」, 『연세법학연구』, 1992, Vol. 2, 제293, 295면; 추호경, 『의료과오론』, 1992, 제132면 이하 참조.

86) Vgl. Esser-Schmidt, a. a. O., § 33 III, S. 238 f.: "Damit erweist sich die zureichende Präzisierung des Normzwecks als der eigentliche Ort einer der Risikodifferenzierung..." "… welchen Schutzzumfang, … steht nicht ein für allemal fest. Er verändert sich mit dem Wandel der Verkehrsanschauung, die wiederum von vielfältigen Neueinschätzungen und Entdeckungen auf dem Feld der..., aber auch der Naturwissenschaften (z. B. Medizin) abhängig ist."

[참 고 문 헌]

民法案審議錄(上卷), 1957.

主要 舊法令集(上), 재판자료 제41집, 1987.

郭潤直(編輯代表), 『民法注解 [IX]』, 박영사, 1995.

金玟中, “醫師責任 및 醫師法の 發展에 관한 최근의 動向”, 『民事法學』, 第9-10號, 1993.

金相容, 『不法行爲法』, 1997.

金先錫, 『醫療過誤에 있어서 因果關係와 過失, 醫療事故에 관한 諸問題』, 裁判資料 第27輯, 1985.

金曾漢(編輯代表), 『學說·判例 註釋民法(下)』, 사법행정학회, 1972.

金亨培, 『民法學研究』, 박영사, 1986.

文國鎮, 『社會法醫學』, 청림출판, 1991.

閔裕淑, “의료과오로 인한 손해배상소송에 있어서 인과관계·과실의 추정과 설명의무”, 『대법원판례해설』 제51호, 2004 하반기, 2005. 6.

朴永浩, “醫療訴訟과 事實的 因果關係”, 『法曹』, 2003. 3(Vol. 558).

_____, “醫療過失訴訟에 있어서 過失과 因果關係의 立證과 그 方法”, 『저스티스』, 제4권(통권 제77호), 2002.

徐光民, 『不法行爲의 歸責構造 研究』, 강원대학교 출판부, 1988.

石熙泰, 『醫療過失의 判斷基準, 醫療事故處理의 法的 檢討』, 大韓醫學協會, 1989.

_____, “醫療過誤에서의 因果關係에 관한 研究”, 『연세법학연구』, 1992, Vol. 2.

孫容根, 『醫療過誤訴訟에 있어서 立證의 輕減에 관한 研究』, 1996, 연세대학교 박사학위논문.

宋德洙, 『民法講義(下)』, 박영사, 2004.

신현호·백경희, 『의료분쟁 조정·소송총론』, 육법사, 2011.

秋昊卿, 『醫療過誤論』, 육법사, 1992.

安法榮, “營業經營의 過失侵害와 責任歸屬의 因果의 標識”, 『判例研究』, 제8집, 高麗大學校 法學研究所, 1996.

_____, “醫療事故의 不法行爲責任 - 大法院과 獨逸聯邦法院(BGH)의 判決의 比較考察 -”, 『法學論集』, 第33集, 高麗大學校 法科大學 法學研究所, 1997.

- _____, “産婦人科 診療와 醫師의 注意義務 - 大法院 判決例의 分析을 중심으로 -”, 『의료법학』, 창간호, 2000.
- _____, “2001년 法務部 民法改正試案에 관한 小考”, 『高麗法學』, 제38호, 高麗大學校 法學研究所, 2002.
- 梁章洙, 『民法研究』, 第3卷, 박영사, 1995.
- _____, 『民法研究』, 第4卷, 박영사, 1997.

Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten vom 20. Februar 2013.

BT-Drucksache 17/10488.

(Muster-)Berufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte - MBO-Ä 1997 - in der Fassung der Beschlüsse des 114. Deutschen Ärztetages 2011 in Kiel.

E. Deutsch, Fahrlässigkeitstheorie und Behandlungsfehler, NJW 1993, S. 1506 ff.

J. Esser/E. Schmidt, Schuldrecht I/2, 8. Aufl., C. F. Müller, 2000.

/H.- L. Weyers, Schuldrecht II/2, 8. Aufl., C. F. Müller, 2000.

D. Giesen, Arzthaftungsrecht, 4. Aufl., J. C. B. Mohr, 1995.

Ch. Katzenmeier, Der Behandlungsvertrag - Neuer Vertragstypus im BGB, MedR 2013, S. 817 ff.

A. Laufs, Arztrecht, 5. Aufl., C. H. Beck, 1993.

H. Lemcke, Anmerkung, RUS(r+s) 8/2012, S. 411 f.

W. B. Schünemann, Unzulänglichkeit der Adäquanztheorie? JuS 1979, S. 19 ff.

E. Steffen, Neue Entwicklungslinien der BGH-Rechtsprechung zum Arzthaftungsrecht, 6. Aufl., Rws Kommunikationsforum, 1995.

W. Weißauer, Grenzen der Aufklärungspflicht, in: A. Laufs(hrsg.), Die Entwicklung der Arzthaftung, Springer, 1997, S. 17 ff.

H. Weitnauer, Noch einmal: Unzulänglichkeit der Adäquanztheorie? JuS 1979, 697 ff.

Eine vergleichende Betrachtung der Haftungszurechnung im Arztrecht

Bup-Young Ahn

Law School, Korea Universitaet, der ordentliche Universitaetsprofessor

=Zusammenfassung (Abstract)=

In der vorliegenden Arbeit geht es um die vergleichende Betrachtung von deutschen Urteilen OLG München, Urt. v. 21. 4. 2011 - Az. 1 U 2363/10; BGH, Urt. v. 22. 5. 2012 - VI ZR 157/11) und einer Reihe von koreanischen Urteilen im Bereich des Arzthaftungsrechts. Sie behandelt die Kausalität von Tatbestand und Rechtswidrigkeitszusammenhang in der normativen Haftungszurechnung.

In Korea gilt die sog. Adäquanztheorie noch entscheidend als bewertendes Zurechnungskriterium – sogar manchmal als umgangssprachliches Homonym im Sinne der Verhältnismäßigkeit angewendet –, die dogmengeschichtlich von Deutschland übernommen wurde. Doch wie aus den deutschen Urteilen ersichtlich, ist sie dort schon überwunden. Die Ergebnisse der betreffenden koreanischen Urteile sind zwar nicht unbillig, deren Urteilsbegründungen aber theoretisch bzw. praktisch nicht überzeugend. Nach allgemeiner Ansicht kommt es vielmehr auf den Schutzzweck an, der auch bei der Anwendung des § 393 KBGB gelten kann.

Schließlich würde die Übertragung des praxisgerechten Lösungsansatzes in deutschen Urteilen auf rechtsvergleichende Weise dazu beitragen, die Zivilrechtspraxis in der koreanischen Justiz nachvollziehbarer machen.

Keyword: OLG München, BGH, Arzthaftungsrecht, Kausalität, Rechtswidrigkeitszusammenhang, Haftungszurechnung, Adäquanztheorie, Zurechnungskriterien, Zurechnungszusammenhang, Verhältnismäßigkeit, Schutzzweck, Schutzbereich.

[외국입법 자료]

독일에서는 2013년 2월 20일자 ‘환자 권리들의 개선을 위한 법률’을 통해 진료계약을 민법전(BGB)의 전형계약으로 신설하였다. 이하에서는 해당 법조문들(§§ 630a~630h BGB)을 참조자료로 소개한다.¹⁾

독일 민법전의 진료계약

제2편 채권관계법 [Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse]

제280조 의무위반으로 인한 손해배상 [§ 280 Schadensersatz wegen Pflichtverletzung]

(1) 채무자가 채권관계로부터의 의무를 위반한 때에는 채권자는 그로 인하여 발생하는 손해의 배상을 요구할 수 있다. 채무자가 의무위반에 대해 책임이 없는 때에는 그러하지 아니하다.

(2) 채권자는 급부의 지체로 인한 손해배상을 제286조의 추가적 요건 하에서만 요구할 수 있다.

(3) 채권자는 급부에 갈음하는 손해배상을 제281조, 제282조 또는 제283조의 추가적 요건 하에서만 요구할 수 있다.

제8장 개별 채권관계 [Abschnitt 8. Einzelne Schuldverhältnisse]

제8절 고용계약과 유사 계약들 [Titel 8. Dienstvertrag und ähnliche Verträge]

제1관 고용계약 [Untertitel 1. Dienstvertrag]

제2관 진료계약 [Untertitel 2. Behandlungsvertrag]

1) 번역 김상중/안법영 (고려대학교 법학전문대학원 교수). 부족하나마 법조문의 특성을 고려하여 가급적 직역하였음. 관계 법령의 독일어 원문은 <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/index.html> 참조.

제630a조 진료계약상 의무 [§ 630a Vertragstypische Pflichten beim Behandlungsvertrag]

(1) 진료계약으로써 환자의 의료적 진료를 약속한 자(진료자)는 약정한 진료의 급부를 하고, 타방 당사자(환자)는, 제3자가 지불할 의무가 없는 한, 합의한 보수를 담보할 의무가 있다.

(2) 진료는, 달리 합의한 바가 없는 한, 진료 시에 일반적으로 승인된 전문적 기준에 따라 이루어져야 한다.

제630b조 적용 규정 [§ 630b Anwendbare Vorschriften]

이 관(款)에서 달리 정하지 않은 한, 진료관계에는 제622조²⁾의 의미에서 근로관계가 아닌 고용관계에 관한 조항들이 적용될 수 있다.

제630c조 계약 당사자의 협력: 정보안내의무 [§ 630c Mitwirkung der Vertragsparteien; Informationspflichten]

(1) 진료자와 환자는 진료의 시행에 협력하여야 한다.

(2) 진료자는 환자에게 진료 개시 시에 이해할 수 있는 방식으로, 그리고 요구되는 한, 그 진료과정에서 진료를 위한 제반의 본질적인 사정, 특히 진단, 예상되는 건강상 예후, 시술과 그 시술 당시와 그 후 취해질 처치(處置)들을 해명해 주어야 한다. 진료자가 진료상 오류의 상정에 원인이 되는 사정을 인식할 수 있는 때에는 진료자는 환자에게 그 사정에 관한 문의(問議)에 응하여, 또는 건강상 위험을 피하도록 그 정보를 안내하여야 한다. 진료자 또는 형사소송령 제52조 제1항³⁾에 해당하는 그의 구성원이 진료상 오류를 행한 때에는 위 2문의 정보안내는 진료자의 동의가 있어야만 진료자 또는 그의 소속원에 대한 형사 또는 벌과금 절차상 증명을 목적으로 사용할 수 있다.

2) § 622 Kündigungsfristen bei Arbeitsverhältnissen.

3) § 52 StPO (1) Zur Verweigerung des Zeugnisses sind berechtigt...

(3) 진료자가 제3자에 의한 진료비용의 전부 인수가 보장되지 않거나 전부 인수되지 않을 충분한 근거가 있음을 알았을 때에는 진료자는 진료 전에 환자에게 예상되는 진료의 비용에 관해 서면으로 그 정보를 안내하여야 한다. 다른 규정에서 요하는 방식에는 영향을 미치지 아니한다.

(4) 예외적으로 특별한 사정으로 인하여 불가결하지 않은 한, 특히 진료를 미룰 수 없거나 환자가 정보안내를 명백히 포기한 때에는 환자의 정보안내를 요하지 아니한다.

제630d조 사전동의 [§ 630d Einwilligung]

(1) 의료적 처치, 특히 신체 또는 건강의 침습의 처치를 시행하기 전에 진료자는 환자의 사전동의를 받아야 한다. 환자가 사전동의를 능력이 없는 때에는, 제1901a조 제1항 1문⁴⁾에 따른 환자의 처분이 그 처치를 허용 또는 금지하지 않는 한, 그에 관해 권한 있는 자의 사전동의를 받아야 한다. 다른 규정들에서 요하는 그 밖의 사전동의에는 영향을 미치지 아니한다. 미룰 수 없는 처치를 위한 사전동의를 적시(適時)에 받을 수 없는 때에는 그 처치가 환자의 추단적 의사에 상응하는 때에는 사전동의 없이 그 처치는 시행될 수 있다.

(2) 사전동의를 유효성은 환자, 또는 제1항 2문의 사전동의를 권한 있는 자가 그 동의를 하기 전에 제630e조 제1항 내지 제4항의 규준에 따라 설명을 들은 것을 전제한다.

(3) 사전동의를 언제든지, 그리고 그 근거의 제시 없이 자유로운 방식으로 철회될 수 있다.

4) § 1901a Patientenverfügung (1) Hat ein einwilligungsfähiger Volljähriger für den Fall seiner Einwilligungsunfähigkeit schriftlich festgelegt, ob er in bestimmte, zum Zeitpunkt der Festlegung noch nicht unmittelbar bevorstehende Untersuchungen seines Gesundheitszustands, Heilbehandlungen oder ärztliche Eingriffe einwilligt oder sie untersagt (Patientenverfügung), prüft der Betreuer, ob diese Festlegungen auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation zutreffen.

제630e조 설명의무 [§ 630e Aufklärungspflichten]

(1) 진료자는 환자에게 사전동의를 위한 제반의 본질적인 사정을 설명하여야 한다. 그 설명에는 특히 진단 또는 치료기술에 비추어 그 처치의 양태, 범위, 시행, 기대되는 결과와 위험 및 그 필연성, 긴박성, 적합성과 결과의 예상이 포함된다. 또한 설명에서는 동등하게 적응증이 있고 통상적 다수의 (처치)방법들이 본질적으로 상이한 부담, 위험 또는 치유기회를 초래할 수 있는 때에는 처치를 위한 대안이 제시되어야 한다.

(2) 설명은,

1. 진료자 또는 처치의 시행상 반드시 요하는 교육을 받은 자에 의해 구두로 이루어져야한다; 보완적으로는 환자가 서면으로 보유하여 참조하는 서류로도 할 수 있다.
2. 적시(適時)에 이루어져서 환자가 사전동의에 관한 그의 결정을 숙려할 수 있어야 한다.
3. 환자가 이해할 수 있어야 한다.

환자에게는 설명이나 사전동의와 관련하여 그가 서명한 서류의 사본이 교부되어야 한다.

(3) 설명이 예외적으로 특별한 사정으로 인하여 불가결하지 않은 한, 특히 처치를 미룰 수 없거나 환자가 설명을 명백히 포기한 때에는 환자에 대한 설명은 요하지 아니한다.

(4) 제630d조 제1항 2문에 따라 사전동의에 권한 있는 자의 사전동의를 받아야 하는 때에는 그 권한자에게 제1항 내지 제3항의 기준에 따라 설명하여야 한다.

(5) 제630d조 제1항 2문의 경우에는 환자가 그의 예후상태와 이해가능성에 의해 그 해명을 수용할 상태에 있고 그 해명이 그의 안녕(安寧)에 반하지 않는 한, 제1항에 따라 환자에게도 그의 이해력에 상응하여 본질적 사정을 해명하여야 한다. 제3항은 이에 준용한다.

제630f조 진료의 문서화 [§ 630f Dokumentation der Behandlung]

(1) 진료자는 진료와 시간적으로 직접적인 관련이 있는 때에 지면의 형식이거나 전산의 방식으로 문서화할 의무가 있다. 환자의 진료기록상 기입사항의 정정과 변경은 본래의 내용과 더불어 언제 그러하게 수정되었는지를 인식할 수 있도록 남겨지는 때에만 허용된다. 전산 방식에 의해 작성된 환자의 진료기록도 그러하다.

(2) 진료자는 환자의 진료기록에 진료 당시와 장래 진료를 위해 본질적인 처치와 그 결과, 특히 병력, 진단, 검사, 검사결과, 질병조건, 치료와 그 효과, 침습적 시술과 그 효과, 사전동의와 설명을 전부 기재할 의무가 있다. 의사소견서들은 환자의 진료기록에 수록되어야 한다.

(3) 진료자는 타 법령에 의한 다른 보관(保管)기간이 없는 한, 환자의 진료기록을 진료 종료 후 10년 동안 보관하여야 한다.

제630g조 환자의 진료기록 열람 [§ 630g Einsichtnahme in die Patientenakte]

(1) 진료기록 열람이 중대한 치료적 사유 또는 그 밖의 제3자의 중대한 권리에 상치하지 않는 한, 환자에게는 요청에 의해 지체 없이 그 환자에게 해당하는 진료기록 전부를 열람토록 보장하여야 한다. 열람의 거절은 근거가 제시되어야 한다. 제811조⁵⁾는 이에 준용한다.

(2) 환자는 또한 진료기록의 전산적 사본을 요구할 수 있다. 환자는 진료자에게 소요 비용을 보상하여야 한다.

(3) 환자가 사망한 경우에는 제1항과 제2항에 의한 권리는 그의 상속인에게 재산권적 이익을 인지하도록 주어진다. 환자의 최측근들이 비재산적 이익을 주장하는 한, 그들에게도 동등한 권리가 주어진다. 열람이 환자의 명백하거나 추단적 의사에 상치하는 한, 위 권리들은 배제된다.

5) § 811 Vorlegungsort, Gefahr und Kosten.

제630h조 진료상 오류와 설명상 오류에 대한 책임의 입증부담 [§ 630h Beweislast bei Haftung für Behandlungs- und Aufklärungsfehler]

(1) 진료자의 오류는 진료자가 전적으로 지배할 수 있었고 환자의 생명, 신체 또는 건강의 침해를 초래한 일반적 진료상 위험이 실현된 때에 추정된다.

(2) 진료자는 그가 제630d조에 적합한 사전동의를 받았고 제630e조의 요건에 상응하여 설명하였다는 것을 증명하여야 한다. 설명이 제630e조의 요건을 충족하지 못한 때에는 진료자는 환자가 규정에 적합한 설명을 한 경우에도 사전동의를 하였으리라는 것을 원용할 수 있다.

(3) 진료자가 의료상 요청되는 본질적 처치와 그 결과를 제630f조 제1항 또는 제2항에 반하여 환자의 진료기록에 기재하지 않았거나 제630f조 제3항에 반하여 환자의 진료기록을 보관(保管)하지 않은 때에는 그 진료자가 위의 처치를 하지 않은 것으로 추정된다.

(4) 진료자가 그가 행한 진료에 역량이 없었던 때에는 그 흠결된 역량이 생명, 신체 또는 건강 침해의 발생에 원인이었던 것으로 추정된다.

(5) 중대한 진료상 오류가 있고 그 오류가 사실상 발생한 양태의 생명, 신체 또는 건강 침해를 초래하기에 적합한 때에는 그 진료상 오류는 위 침해의 원인이었던 것으로 추정된다. 진료자가 의료적으로 요청된 질병소견을 적시(適時)에 제기하거나 확인하지 않은 때에는 그 소견이 결과를 초래하기에 충분한 개연성이 있었고 그 이상의 처치를 하기 위한 계기가 될 수 있었던 한, 그리고 그러한 처치를 하지 않은 것이 중대한 오류였을 때에는 위와 같이 추정한다.