

# 의료과오소송에서의 증명책임에 대한 소고 - 전주지방법원 2017. 7. 21. 선고 2017나9346판결 -

이수경\* · 윤석찬\*\*

I. 사실관계 및 법원의 판단
1. 사실관계
2. 원고와 피고의 주장
3. 피고의 의료상 과실과 인과관계 인정에 대한 법원의 판단
4. 손해배상의 범위
II. 의료과오소송에서의 기존의 증명책임 완화이론의 유형
1. 의료과오책임의 법적성질과 증명책임
2. 증명책임이론과 판례
3. 우리 판례상 증명책임의 완화이론
4. 우리 판례상 증명책임 완화의 한계
III. 대상판결의 의의
1. 과실과 인과관계에 대한 증명책임
2. 사실상 추정론
IV. 독일의 증명책임 전환의 시사점
V. 맺음말

## I. 사실관계 및 법원의 판단

### 1. 사실관계

[치료의 경과] 피고는 전주에서 치과를 운영하는 치과의사이고, 원고는 치

---

\* 논문접수: 2021. 5. 25. \* 심사개시: 2021. 6. 3. \* 게재확정: 2021. 6. 21.

\* 부산대학교 법학전문대학원 법학박사(artstar@pusan.ac.kr).

\*\* 부산대학교 법학전문대학원 교수(scyoony@pusan.ac.kr).

과에서 임플란트 시술을 받은 사람이다. 원고는 2015년 1월 26일 경 피고 치과에 내원 한 뒤로 2016년 3월 22일경 까지 치료를 받아 왔다. 진료기록부 상의 구체적인 치료 내용의 경과로 살펴 보건데, 2015년 1월 26일 피고는 치근을 발치하였고, 2월 4일 뼈 이식을 동반한 상악 양쪽의 송곳니, 소구치, 제1대구치를 발치함과 동시에 임플란트를 식립하였다. 익일 식립 부위 소독 후에 2월 13일 실밥을 제거하고 3월 3일 뼈 이식을 동반한 하악 양쪽 송곳니와 우측 제2소구치, 제1대구치의 발치가 있었다. 같은 날 임플란트를 식립하고 소독한 뒤, 3월 16일과 23일 각 실밥을 제거하고 27일에 임시치아를 장착하였다. 2015년 6월 4일 위 하악 양쪽의 송곳니 등에 대한 2차 시술을 진행하면서, 하악 우측 제1소구치의 발치 가능성을 원고에게 고지하였다. 2015년 6월 13일 하악 양쪽 송곳니 등의 임플란트의 보철을 위해 본을 뜨고 22일 하악 우측 제2소구치, 제2대구치에 임플란트 임시 크라운을 장착하고 하악 전치에 임플란트 브릿지를 장착하였다. 원고가 위의 임플란트 브릿지를 마음에 들어 하지 않아, 추후 수정 가능성을 고지하였다. 2015년 7월 28일, 처음 임플란트를 식립하였던 상악의 양쪽 송곳니 등에 대하여 임플란트 2차 수술을 진행하였는데, 상악 좌측의 송곳니와 제1소구치의 식립체를 제거하고 8월 3일, 상악 양쪽의 제2소구치, 제1대구치 등의 임플란트 보철을 위한 본을 떴다. 8월 7일에 보철이 중간에 물리는 맞춤 단계를 진행하고, 8월 17일에 임플란트 보철을 셋팅하였다. 같은 날 앞쪽 치아에 임시치아를 다시 제작하였고 9월 2일, 뼈 이식을 동반하는 하악 우측 제1소구치에 대한 임플란트 식립 후에 같은 달 14일, 실밥을 제거하고, 22일에는 상악 좌측의 송곳니와 제1소구치에 실패한 임플란트 뼈 이식을 동반한 재식립 후, 10월 8일에 실밥을 제거하였다. 2015년 12월 4일, 하악 우측 제1소구치에 대한 2차 수술이 진행되었고, 12월 7일 하악 우측 제1,2소구치, 제1대구치 임플란트 최종 보철을 위한 본을 뜬 뒤 12월 19일에 임플란트 보철을 완성하였다. 이와 동시에 하악 전치 6개의 보철물에 대한 수정가능성을 고지하였다. 2016년 1월 27일 상악 좌측의 송곳니와 제1소구치 재식립 임플란트 2차 수술진행 후 처방하였고 2016년 2월 3일, 상악 양쪽 송곳니와 제1

소구치의 임플란트 최종 보철을 위하여 본을 뜨고 2월 17일 보철물을 전치부 포함하여 연결 장착하였다. 같은 날 원고는 하악의 좌측 제1,2 소구치 및 제1대구치에 통증과 흔들림이 있다고 하며 불편감을 호소하였는데, 피고는 하악 좌측 제1대구치의 발치 이후 임플란트 가능성을 고지하였다. 2016년 2월 23일 하악 전치 6개의 보철물을 다시 제작하기 위하여 본을 뜬 뒤, 3월 9일 제작한 치아를 장착하고 3월 22일 전반적인 치아의 교합을 체크하였다. 이렇듯, 원고는 2015년 1월부터 2016년 3월 22일까지 1년 2개월여의 시간 동안 총 수 차례 송곳니와 소구치를 발치하고, 임시치아를 장착한 뒤에 임플란트를 식립하거나 임플란트 보철을 셋팅하였다. 이후 원고는 2016년 5월 경부터 하악 좌측 구치부의 불편감과 임플란트 보철의 파절을 호소하며 전북대학교 병원에 내원하였다.

[전북대학교의 진료소견서] 전북대학교 병원의 치과의사는 2016년 5월 30일에 “임상검사결과 하악 좌측 제1대구치 부위 치주염으로 인한 골손실과 임플란트 상부 보철물 도재 파절이 존재한다. 상악 임플란트 보철의 역미소선(reverse smile curve)이 존재하며, 도재 파절로 인한 교합평면 수정 및 교합회복을 위하여 상하악 보철물의 재제작이 필요할 것으로 생각되고, 하악 좌측 제1대구치는 치주 치료 및 보존 치료 후 고정성 수복이 필요하다”는 취지의 진료소견서를 작성하였다.

## 2. 원고와 피고의 주장

원고는 피고의 시술로 인하여 원고가 받은 임플란트 시술에서 “보철물 도재 파절 및 역미소선과 하악 좌측 제1대구치 부위 치주염” 등의 손상을 입었는데, 피고는 원고에게 불법행위 또는 채무불이행으로 인한 손해배상액은 향후 치료비 2,435만원과 위자료 200만원의 합계 2,635만원 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다고 주장하고 있다. 이에 반해 피고는, 원고가 호소한 통증에 대하여 이는 원고의 기왕증 내지 체질적 소인으로 인한 것으로 주장하여

피고의 임플란트 시술과는 무관한 것으로 주장한다. 피고의 주장은 원고의 치아에 시술한 보철물의 파절이 원고가 치아관리를 소홀히 하여 발생한 것이며 따라서 피고는 임플란트 시술로 인한 손상이 아니라고 주장한다. 특히 피고는 의사가 환자에 대하여 부담하는 진료채무는 결과채무가 아닌 수단채무이기 때문에 피고의 임플란트 시술이 전체적으로 실패하였다고 하여 이는 곧 피고에게 과실이 있는 것이 아니라는 주장을 펼쳤다.

### 3. 피고의 의료상 과실과 인과관계 인정에 대한 법원의 판단

대상판결은 위 인정사실과 앞서 든 증거 및 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음의 세 가지 사정을 들어 피고가 시술한 임플란트 상부의 도재파절과 상악 임플란트 보철의 역미소선은 피고의 위와 같은 임플란트 시술의 시행상의 과실로 인하여 발생한 것이라고 판단하였다. 그 근거로서 첫째, 피고의 임플란트 시술 후에도 원고가 계속 통증이나 불편함을 호소하였던 것으로 보이고, 피고가 임플란트 식립과 제거, 재식립 등의 치료를 반복하였음에도 원고의 증상이 개선되지 않았던 점, 결국 원고는 이로 인해 2016년 5월경에 상급 종합병원인 전북대학교 병원을 내원 한 점, 둘째, 제1심 법원의 조선대학교 치과병원장에 대한 신체감정촉탁에 답변한 감정의가 임플란트 상부 보철물 도재 파절 및 상악 임플란트 보철의 역미소선은 피고의 임플란트 치료로 인한 것임을, 적절한 방지조치가 이루어지지 않았고 전반적으로 피고의 임플란트 시술에 대하여 ‘최초 임플란트 보철 설계의 잘못’이나, ‘교합 조정의 미비’, ‘적절한 관리 조치 부재’와 같은 문제점이 있다는 의견을 밝힌 점, 세 번째로는 피고의 임플란트 시술 외에는 임플란트 도재파절이나 역미소선을 야기할 정도의 다른 사정은 보이지 않는다는 점 등이다.<sup>1)</sup>

1) 원고는 좌측 제1대구치 부위 치주염으로 인한 골손실 또한 피고의 의료상 과실로 인한 것이라고 주장하고 있지만, 제1심 법원의 조선대학교 치과병원장에 대한 신체감정촉탁 결과에 의하면, 피고가 임플란트 시술을 시행하기 이전에도 원고의 좌측 제1대구치 부위에는 골흡수가 상당히 진행되어 있었던 것으로 보이는 바, 원고가 제출한 증거만으로는 위 치주염

따라서 대상판결은 피고에게 위와 같은 의료상 과실이 있고 원고에게 손해를 배상할 책임이 있다고 하였다. 위 인정사실과 증거 및 변론전체의 취지를 종합하여 다음의 두 가지 점을 알 수 있다고 하였다. 즉, 원고가 피고 치과에 최초로 내원할 당시에 원고는 상악이 무치악 상태였던 점, 그리고 임플란트 치료에 있어서 완치의 개념은 없고, 환자 평생에 걸친 종합관리의 개념으로 접근해야 하는 점 등을 비롯하여 비록 앞서 본 바와 같은 피고의 과실로 원고에게 약결과가 발생하였다고는 하더라도 그로 인하여 발생한 모든 손해를 피고에게만 부담시키는 것은 의료행위의 특성, 위험성 등에 비추어 형평의 원칙에 어긋난다는 것이다. 특히 대상판결은 피고의 의료상의 과실과 인과관계의 인정 여부에 대하여 관련 법리로서 “의료행위는 고도의 전문적 지식을 필요로 하는 분야로서 전문가가 아닌 일반인으로서의 의료행위 과정에 주의의무 위반이 있었는지 여부나 그 주의의무 위반과 손해발생 사이에 인과관계가 있는지 여부를 밝혀 내기가 극히 어려운 특수성이 있으므로, 수술 도중이나 수술 후 환자에게 중한 결과의 원인이 된 증상이 발생한 경우 그 증상의 발생에 관하여 의료상의 과실이외의 다른 원인이 있다고 보기 어려운 간접사실들이 증명되면 그와 같은 증상이 의료상의 과실에 기한 것이라고 추정할 수 있다”고 하며 같은 취지의 판결로서 대법원 2000. 7. 7. 선고 99다66328판결, 대법원 2012. 5. 9. 선고 2010다57787판결 등을 참조하라고 하고 있다. 그러면서 연이어 인과관계에 대하여서는 “환자 측이 의사의 의료행위상의 주의의무위반과 손해의 발생과 사이의 인과관계를 의학적으로 완벽하게 입증한다는 것은 극히 어려우므로, 피해자 측에서 일련의 의료행위 과정에 있어서 저질러진 일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실 있는 행위를 입증하고 그 결과와 사이에 일련의 의료행위 외에 다른 원인이 개재될 수 없다는 점, 이를테면, 환자에게 의료행위 이전에 그러한 결과의 원인이 될 만한 건강상의 결함이 없었다는 사정을 증명한 경우에 있어서는, 의료행위를 한 측이 그 결과가 의료상의 과실로 말미암은 것이

---

이 피고의 의료상 과실로 인하여 발생한 것이라고 인정하기에 부족하다고 하였다.

아니라 전혀 다른 원인으로 말미암은 것이라는 입증을 하지 않는 이상, 의료상 과실과 결과 사이의 인과관계를 추정하여 손해배상책임을 지울 수 있도록 입증책임을 완화하는 것이 손해의 공평·타당한 부담을 그 지도 원리로 하는 손해배상제도의 이상에 맞는다”라고 하며 인과관계에 있어서는 손해배상책임을 지울 수 있도록 입증책임을 완화한다는 것을 밝히고 있다.

#### 4. 손해배상의 범위

대상판결은 피고에게 손해배상으로 18,450,428원<sup>2)</sup>과 이에 대하여 원고가 구하는 바, “이 사건의 청구취지와 청구원인인 변경 신청서 부분이 피고에게 송달된 다음날임이 기록상 명백한 2017. 3. 16.부터 그 이행의무의 존재 여부나 범위에 관하여 항쟁하는 것이 타당하다고 인정되는 제1심 판결 선고일인 2017. 7. 21.까지는 민법이 정한 연 5%, 그 다음날부터 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특례법이 정한 연 15%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다”고 판결하였다.

피고가 배상하여야 할 손해액을 산정함에 있어서 재판부는 피고의 책임을 전체 손해액의 80%로 제한하였다. 원고가 피고의 치과에 최초 내원할 당시에 상악이 무치악 상태이며, 남아 있는 치아들의 상태가 전반적으로 좋지 않았던 점과 가벼운 당뇨 증상을 보인 점, 임플란트의 치료에 있어서 완치의 개념이 없고, 환자가 평생에 걸쳐 종합관리의 개념으로 접근해야 하는 점 등을 비롯하여 피고의 과실로 원고에게 악결과가 발생하였다고 하더라도, 그로 인하여 모든

2) 향후 치료비에 관하여 법원은 제1심 법원의 조선대학교 치과병원장에 대한 신체감정촉탁결과 및 변론 전체의 취지를 종합하여 다음의 비용을 계산하였다. 원고에게 전악에 걸친 재보철 치료, 염증에 이환된 임플란트 제거 및 재식립 등의 치료가 필요하고 이에 전악 재보철 비용인 1,625만 원(=임플란트 13개×125만 원)과 인공치 비용 560만 원(=인공치 8개×70만 원)의 합계 2,185만 원(=1,625만 원+560만 원)이 소요될 것으로 예상되며, 원고가 이 사건 변론종결 당시까지 위 향후치료비를 지출한 증거가 없기 때문에, 계산의 편의상 원고가 제1심 변론 종결일에 가까운 2017. 6. 30. 위 향후 치료비를 지출하는 것으로 보고, 그 비용을 원고가 피고 치과에서 마지막으로 치료받은 날인 2016. 3. 22.에 가까운 2016. 3. 20. 당시의 현가로 계산하면 사고시의 현가는 20,563,035원이 된다. 이를 책임 비율을 80%로 보아, 재산상 손해의 계산은 16,450,428원이 되고 위자료는 200만원이다.

손해를 피고에게만 부담시키는 것이 의료행위의 특성이나 위험성에 비추어 형평의 원칙에 어긋나는 점 등을 들어, 피고의 책임을 전체 손해액의 80%라는 결과에 도달하게 된 것이다.

원고의 청구에 대하여 대상판결은 “인정 범위 내에서 이유 있어 이를 인용하고 나머지 청구는 기각할 것인바, 제1심 판결은 이와 결론을 같이하여 정당하므로 피고의 항소는 이유 없어 이를 기각하기로 하고 항소비용은 피고가 부담하는 것”으로 하였다.<sup>3)</sup>

## II. 의료과오소송에서의 기존의 증명책임 완화이론의 유형

### 1. 의료과오책임의 법적성질과 증명책임

의료사고에 있어서 의사에게 어떠한 책임을 추궁하는 경우라면, 채무불이행책임에 근거할지, 불법행위책임에 근거할지에 따라서 증명책임의 분배에 차이가 존재하게 된다. 즉 채무불이행책임을 묻는 경우<sup>4)</sup>에는 환자는 의사가 계약내용에 좇은 이행을 하지 않았다는 사실을 증명하고, 귀책사유에 관한 증명책임의 전환으로 인하여 의사는 자신에게 고의 또는 과실이 없었다는 사실을 증명해야 하나, 불법행위 책임을 묻게 된다면 환자가 의사의 고의나 과실을 증명해야 한다. 즉, 의료과오를 이유로 의료행위를 한 측, 의사에게 민사상의 손해배상책임을 물어가려면 민법 제390조 이하에서의 채무불이행책임, 민법 제750조 이하에서의 불법행위 손해배상책임을 선택적으로 청구할 수 있기

3) 전주지방법원 2018. 5. 4. 선고 2017나9346판결 [손해배상(의)].

4) 의료과실사건에서 증명책임의 전환에 대하여 과실에 대한 증명책임은 청구원인을 채무불이행으로 구성할 때의 문제로서 우리나라에서 논의되고, 인과관계에 관한 증명책임은 독일에서 상당한 기간 인정되어 온 것이며 의료과실의 청구원인이 보통은 불법행위가 주장되거나 진료계약에 의한 경우 계약법상의 채무불이행에서도 청구의 근거를 들 수 있다는 견해, 주호노, 『의사법학론』, 법문사, 2017, 804면 참조.

에, 이들은 청구권 경합의 관계에 있다고 보는 것이 우리나라의 통설과 판례의 견해이다.

의료사고를 채무불이행책임으로 구성하더라도, 의료계약은 위임계약<sup>5)</sup>일 경우, 일의 완성이 아닌 치료행위 자체가 채무의 내용이 된다. 의료계약을 위임계약으로 본 것은, 종래의 의료계약을 환자의 질병의 치료를 목적으로 하는 진료채무를 목적으로 해 온 점에서 비전형 계약으로서의 민법전의 위임계약 규정을 유추적용 한 것이다.<sup>6)</sup> 의료행위로 인한 환자의 손해에 있어서 손해배상 책임의 근거를 채무불이행책임으로 구성하는 경우에 의사가 환자에게 부담하는 의료계약의 본질을 수단채무로 보느냐, 결과채무로 보느냐에 있어서 판례는 미용이나 성형의 치료의 경우에는 일정한 결과<sup>7)</sup>가 나올 것을 중시한다고도 볼 수 있겠지만, 환자의 치유를 반드시 달성해야 하는 결과채무라기 보다는 선량한 관리자의 주의의무를 다하여 현재의 의학수준에 비추어 필요하고도 적절한 진료행위를 해야 할 수단채무<sup>8)</sup>로서 보고 있다. 즉, 이것은 환자가 바라는 결과가 생기지 않았다고 하더라도 그로 인해 채무불이행이 성립하는 것이 아니며, 단정적으로 어느 질병을 치료하기로 하는 것으로 그 내용을 특정하기도 어렵다. 결국 의료인의 채무는 단지 선관주의의무에 따라서 병증에 대하여 의학적 해명과 이를 적절히 처치한다는 정도의 추상적·개괄적인 것이 될 수밖에 없는 것이다.<sup>9)</sup> 불완전이행의 사실에 대한 입증책임을 환자 측이 부담하고, 선

5) 의료계약의 법적성질과 관련하여, 의료계약이 위임계약이며 법원도 유사한 태도를 취하는 것으로 평가하는 견해, 박수곤, “의료계약의 민법편입과 과제”, 민사법학(제60권), 한국민사법학회, 2012, 193면; 윤석찬, “의료계약의 민법전 도입 가능성”, 재산법연구(제36권 2호), 2019, 한국재산법학회, 46면 각주3).

6) 대법원 2001. 11. 9. 선고 2001다52568참조, 물론 의료계약도 미용수술과 같은 계약의 경우에는 그 목적이 질병의 치료에 있지 않아 특정한 미용 상의 목적의 달성이 계약의 목적이 될 수도 있기 때문에 도급의 규정을 유추적용 할 수도 있다고 본다. 김형배, 『채권각론』 신정판, 박영사 2001, 862면 참조.

7) 대법원 2013. 6. 13. 선고 2012다94865판결에서 성형치료의 결과에 중점을 두어 설명할 의무를 인정하였다고 본 견해, 김화·송진성, “의사의 과실이 추정된 사안에서 치료비 부담의 문제 -의사에게 모든 치료비를 부담하게 하는 판례에 대한 비판적 고찰”, 사법(통권 53호), 사법발전재단, 2020, 237면 참조.

8) 대법원 2015. 10. 15. 선고 2015다21295판결. 김화·송진성, 앞의 논문, 246면.

9) 곽중훈, 앞의 책, 49면.

관주의의무의 구체적인 특정과 위반사실을 증명한다고 할 때, 원고는 의료행위의 연속적 경과에 대하여 그것을 구성하는 의사 측의 행위와 동작으로 분리하여 어디에 어떠한 선관주의의무위반이 있었는가를 주장하고 입증해야 할 것이다. 그렇게 되면 결국 원고가 피고의 과실에 대한 주장과 입증책임을 부담하는 불법행위 책임구조와 다를 바 없게 되어, 채무불이행구조가 환자에게 유리한 점은 그다지 남지 않게 되어 채무내용을 구체적으로 구성해야 하는 점을 갖게 되기 때문에 불법행위 구조가 접근하기에 용이하고 소송경제적일 수 있게 된다.<sup>10)</sup>

## 2. 증명책임이론과 판례

### 가. 증명책임 일반론

증명책임이란 민사소송법상 일정한 사실의 존부가 명확하지 않을 때, 당사자 일방이 받게 될 위험 내지 불이익을 말한다. 증명책임은 부담하게 되는 주체에 따라서 소송의 승패가 결정될 수 있을 정도로 소송에서도 매우 중요한 부분이다. 증명책임이 명확하다면, 사실관계의 존재여부가 확정될 수 있는 때나 증명책임의 소재에 관하여 당사자 사이에 특약<sup>11)</sup>이 있는 경우에는 증명책임의 분배문제는 발생하지 않는다. 증명책임의 분배가 문제되는 경우에 그 분배의 기준에 관하여 법률요건분류설이 통설<sup>12)</sup>과 판례의 지지를 받고 있다.<sup>13)</sup> 법문에 규정된 법률효과의 발생을 주장하는 측에서 주요사실에 대한 증명책임을 지게 되는 ‘법률요건 분류설’의 경우에 의료과실의 증명책임을 환자 측이 부담하게 되므로, 사람의 심리상태와 관련한 과실에 있어서는 환자 측에서 의료과실을 증명하는 것에 어려움이 있을 수 있어 사건의 공정한 해결과 손해의 공평,

10) 곽중훈, 앞의 책, 67면.

11) 대법원 1997. 10. 28 선고 97다33089판결; 주호노 앞의 책, 789면 재인용.

12) 김선중, 『의료과오소송법』, 박영사, 2005, 377면.

13) 주호노, 앞의 책, 789면; 유현정, “병원감염 사건에서 사실상 증명책임 전환의 필요성 및 그 근거로서 안전배려의무에 관한 검토”, 의료법학(제15권 2호), 2014, 127면.

타당한 분담이라는 견지에서 환자 쪽의 증명경감을 위한 견해가 제시되기도 하였다.<sup>14)</sup>

### 나. 증명책임완화 이론

법원 실무에서 환자 측의 증명책임을 완화하려는 법리<sup>15)</sup>로서는 ‘일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실 있는 행위’에 대한 증명과 결과 사이의 일련의 의료행위 외에는 다른 원인이 개재될 수 없음을 증명하여 의료상의 과실과 결과 사이의 인과관계를 추정하는 ‘일반인의 상식 법리’<sup>16)</sup>가 있다. 또한 증상의 발생과 관련하여 의료상의 과실 외에는 다른 원인이 있다고 보기 어려운 간접 사실들을 증명하면 그 증상이 의료상의 과실에 기한 것으로 추정하는 ‘간접사실의 법리’ 내지 ‘사실상 추정론’이 있다.<sup>17)</sup> 그러나 이에 대해서 과실 및 인과

14) 김선중, 『의료사고 손해배상소송』, 육법사, 2014, 203면.

15) 증명책임을 감경하기 위하여 개연성설, 사실상 추정론, 일응의 추정론, 표현증명의 법리 등을 들 수 있다. 전문적인 분야인 의료과오소송에서 원고인 환자가 불법행위책임으로 구성하든 채무불이행책임으로 구성하든 원고 측의 증명책임의 부담을 줄여주기 위하여 공해소송의 개연성설이 적용되어 그 증명의 정도를 ‘법관이 확신을 가질 정도로 엄밀하게 증명을 하는 것이 사실상은 불가능하기 때문에 인과관계가 엄밀하게 증명되지 않은 경우에도 상당한 개연성만 있다면 인과관계를 인정할 수 있다는 견해가 등장하게 되었다. 최재천·박영호, 앞의 책, 818-821면 참조.

16) 1995년 “환자가 치료 도중에 사망한 경우에 있어서 피해자 측에서 일련의 의료행위 과정에 있어서 저질러진 일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실 있는 행위를 증명하고 그 결과와 사이에 일련의 의료행위 외에 다른 원인이 개재될 수 없다는 점, 환자에게 의료행위 이전에 그러한 결과의 원인이 될 만한 건강상의 결함이 없었다는 사정을 증명한 경우에 있어서는, 의료행위를 한 측이 그 결과가 의료상의 과실로 말미암은 것이 아니라 전혀 다른 원인으로 말미암은 것이라는 증명을 하지 아니하는 이상, 의료상 과실과 결과 사이의 인과관계를 추정하여 손해배상책임을 지을 수 있도록 증명책임을 완화하는 것이 손해의 공평·타당한 부담을 그 지도 원리로 하는 손해배상제도의 이상에 맞다고 하지 않을 수 없다”고 판시(대법원 1995. 2. 10. 선고 93다52402 판결)함으로써 의료진의 과실로 인한 사고의 발생이라는 인과관계의 증명에 새로운 기준을 제시하면서 이 판결 이후, 동일한 문언을 반복적으로 표현하여 ‘일반인의 상식’이라는 기준이 등장하게 되었으나 일반인의 상식에 바탕을 둔 과실의 증명이 무엇을 의미하는지에 대한 정확한 기준은 없다는 견해; 신은주, “의료과오소송에 있어서 과실의 입증: 일반인의 상식에 바탕을 둔 과실행위 입증과 미국의 일반상식원칙(common knowledge doctrine)을 중심으로”, 한국의료법학회지(제24권 2호), 한국의료법학회, 2016, 25면.

17) 이와 관련하여 서울중앙지방법원의 의료전담부의 과실인정 관련 태도를 보면 “첫째, 일반인의 상식에 바탕을 둔 과실 있는 행위를 증명하게 함으로써 과실과 나쁜 결과 사이의

관계를 증명하는 과정에서 ‘일반인의 상식 법리’와 ‘간접사실 법리’가 어떻게 적용되고 있는지 그 구체적인 기준에 관하여는 명확한 기준이 제시되어 있다고 보기는 어렵다는 견해도 있다.<sup>18)</sup>

이외에도 의료과오소송에서는 피해자(원고)가 인과관계가 있다는 상당한 정도의 개연성만을 증명하면 가해자인 피고가 인과관계가 없음을 증명하지 못하는 한 인과관계가 성립된다는 개연성 이론이 논의되기도 한다.<sup>19)</sup> 이는 증명이 곤란한 경우에 형평의 이념을 살리기 위하여 증명 곤란의 불이익을 받는 당사자에 대하여 증명책임의 일반원칙을 완화시켜 주는 것이다.<sup>20)</sup> 민사소송에서 실체법적으로 인정되는 요건사실에 관하여 개개의 요건사실의 증거가 어느 정도까지 제출되어야 하느냐에 관하여 통상의 민사소송에 관하여는 법관으로 하여금 확신을 갖게 할 상태에 이르도록 하여야 할 것이다. 의료행위가 공해소송의 경우와 유사하게 법관이 확신을 가질 정도로 엄밀하게 입증하는 것이 사실상 불가능하기 때문에 원고 측의 입증부담을 경감시켜주기 위하여 공해소송의 개연성설이 도입될 필요성이 제기되어 등장한 이론이다.<sup>21)</sup> 민사소송의 경우, 형사소송과는 달리 의심의 여지없는 증명인 proof beyond reasonable doubt의 정도가 아니라 증거의 무게가 수학적으로 50퍼센트를 상회하는 개연성이 있는 정도의 증명이 존재한다면 과학적으로는 사법적 구제가 가능하다는 것이다.<sup>22)</sup> 개연성이라는 용어는 두 가지 의미로 해석될 수 있는데, 먼저 영미

---

인과관계만을 추정, 둘째, 나쁜 결과의 발생에 관하여 의료과실 외에 다른 원인이 있다고 보기 어려운 여러 간접사실을 증명함으로써 특정한 의료과실의 추정을 허용”하는 것이라 하였다. 김용빈, “의료소송에 있어 입증책임 완화에 따른 의료과실의 의미와 판단기준”, 의료법학(제9권 1호), 대한의료법학회, 2008, 75면; 양희진, “의료소송에서의 감정상 제문제”, 의료법학(제9권 2호), 대한의료법학회, 2008, 325면; 서영현, 「미용성형기술에 관한 관례의 동향과 분석」 고려대학교 법무대학원 석사학위논문, 2010, 31-33면. 서울지방법원 의료전담부의 과실인정 관련 태도에 대한 논문의 내용 정리는 유현정, “병원감염 사건에서 증명책임 완화에 관한 입법적 고찰-개정 독일민법을 중심으로-”, 의료법학(제16권 2호), 대한의료법학회, 2015, 각주2) 재인용.

18) 유현정, 앞의 논문, 161면.

19) 노갑영, 『의료법과 의료분쟁의 이해』, 마인드맵, 2018, 499면.

20) 이시윤, 『신 민사소송법』 제9판, 박영사, 2015, 540면.

21) 최재천·박영호, 앞의 책, 821면.

22) 그러나 이 개연성설의 증거우월설에 대하여는 영미법상의 증거의 우월은 증거의 상대적

법상의 증거의 상대적 우월(preponderance of evidence)과 같은 의미로서 민사소송에서 증거를 평가할 때 적용이 되는 영미법적 원칙으로서 의심에 대하여 십중팔구까지는 확실하다는 확신이 필요하다는 의미에 대비되는 개념으로 쓰일 수 있다. 또 하나의 의미로는 간접사실로부터 주요사실을 추인할 경우에 통상의 일응의 추정이나 표현증명이라는 것이 고도의 개연성이 있는 경험칙이 존재한다면 간접사실을 증명한 경우에 간접반증을 통하지 않고는 이를 뒤집을 수 없다는 점에서의 고도의 개연성을 들 수 있다.<sup>23)</sup>

가해자인 의사의 과실과 인과관계의 증명은 피해자인 환자에게 있다는 것이 통설과 판례이고, 우리 판례에서도 증명책임의 전환 보다는 일응의 추정 또는 표현증명이론으로 주요사실에 대한 추정이 성립된 경우에 그 추정에 의문이 가는 특단의 사정을 증명하지 않는 한 그대로 추정사실이 인정된다는 증명책임의 완화가 대세이다.<sup>24)</sup> 일응의 추정 또는 표현증명이론은 주로 불법행위에서 인과관계와 과실에서 인정되는 이론으로서, 되풀이 될 수 있는 통례적인 사건이 벌어진 경우인 ‘정형적 사상경과’를 요건으로 하여 적용될 수 있는 특징을 지닌다. 정형적 사상경과라 함은, 전형적 사태의 진행으로서 구체적 사실의 입증이 없더라도 그 사실 자체로서 일정한 원인행위의 과실 또는 결과와의 인과관계를 시사하는 경우이다.<sup>25)</sup>

우리나라의 일응의 추정 또는 표현증명이론과 입장을 같이하는 이론으로,

---

우세라기보다는 배심원재판제도 하에서 계쟁사실에 대하여 상대적으로 더욱 확실하다고 인정되는 사실인정에 대한 증명을 의미하는 것이고 증명의 정도는 민사소송에 있어서 증명의 정도와 실질적인 차이가 없다는 견해, 특수소송에서 증거의 우월이 상대적 우세와 동일한 개념으로 인정되는 것이 아닌 이상, 피해자의 증명책임 완화에 별다른 도움을 주지 못할 수 있다는 견해, 증명과 소명을 구별하는 우리나라의 증거법상 영미법상 증거법칙을 일반원칙으로서 도입할 수 있을 것인가에 대한 비판, 피고 측의 반증도 개연성의 증명정도로서 무방하게 되지 않는가 하는 점에서 난점이 있다는 비판이 있다. 최재천·박영호, 앞의 책, 822면 참조.

23) 김일룡, “판례에 나타난 의료과오소송에 있어서 증명책임의 구조”, 의생명과학과 법(제6권), 원광대학교 법학연구소, 2011, 25면.

24) 유현정, 「의료소송에서 과실과 인과관계의 증명: 병원감염 판결을 중심으로」, 고려대학교 법무대학원, 2014, 9면.

25) 이시윤, 『신 민사소송법』 제12판, 박영사, 2018, 552면.

Res Ipsa Loquitur이 활용될 수 있다.<sup>26)</sup> 이 이론은 정황증거의 하나로서 과실을 추정할 수 있다는 것으로 “사실이 스스로 설명한다(the things speaks for itself)”라고 판시하며, 피고의 지배하에 발생한 불법행위나 사고로 인한 손해는 피고의 과실로 추정이 된다는 원칙으로 미국의 판례에서 활용되었다.<sup>27)</sup>

### 3. 우리 판례상 증명책임의 완화이론

의료행위는 전문성 외에도, 기밀성과 재량성이라는 특성을 지니고 있고,<sup>28)</sup> 의학이 고도의 전문지식을 필요로 하는 분야이기에 의료진이 수행하는 개별적인 행위의 의미를 환자가 파악하는 것이 쉬운 일이 아니므로, 의사의 과실과 손해 사이의 인과관계를 증명책임의 일반원칙에 따라서 환자에게 전적으로 부담시킨다는 것은 의료사고로 인한 손해의 위험을 전부 환자에게 부담시키는 것과 다를 바가 없기에 우리 판례는 과실과 인과관계에 대한 증명을 완화하는 법리를 발전시켜 온 것이다.<sup>29)</sup>

우리 법원이 의료과오소송에서의 채무불이행책임이나 불법행위책임에 있

26) 미국에서의 증명책임의 분배이론은 요건사실에 대한 증명책임의 분배에 있어서 청구원인이 불법행위일 경우에 과실(negligence)과 인과관계(direct or proximate cause)에 대한 증명에 대한 이론이다(최재천·박영호, 앞의 책, 825면). 의료과오 소송에서 여러 사람의 행위가 관여되어 누구에게 과실이 있었는지 밝혀지지 않았다면 당시 의료과정에 참여한 여러 사람 모두가 연대하여 책임을 진다는 것은 *Ybarra v. Spangard* (- 154 P.2d 687 (Cal.1944) *The Ybarra court permitted use of res ipsa, even though it was clear that not all defendants had actual control over the patient. Rather, the court held that the test was a ‘right to control’ and that under that standard each defendant had the burden of explaining the cause of the patient’s injury.*) 사건을 통하여 최초로 인정된 것으로 보인다(25 Cal 2d 486, 156 P. 2d 687, 162 ALR 1258; 최재천·박영호, 앞의 책, 832면 참조). *Ybarra* 사건에서 법원은 모든 피고인이 환자를 실질적으로 통제하지는 않았음이 분명하지만, 그렇다고 할지라도 *res ipsa*의 적용을 허용하였다. 오히려 법원은 이 이론이 “통제권”이며, 이 기준에 따라서 각 피고에게 환자의 침해에 대하여 원인을 설명해야 하는 부담이 있다고 판시하였다. Marcia M. Boumil&Paul A. Hattis, *Medical Liability in a nutshell*, West Academic, 2017. p. 81-82.

27) 이수경·윤석찬, “병원감염에서의 법적쟁점”, 의료법학(제20권 1호), 대한의료법학회, 2019, 151면.

28) 박종권, “의료과오소송에서 인과관계의 입증경감”, 비교법학연구(제2집), 한국비교법학회, 2003, 135면.

29) 김화·송진성, 앞의 논문, 237면.

어서 피해자 측에서의 요건사실의 충족과 관련한 입증부담에 대하여, “의료행위에 있어서 주의의무위반으로 인한 불법행위 또는 채무불이행으로 인한 책임이 성립하기 위해서는 의료행위상 주의의무의 위반, 손해의 발생 및 주의의무의 위반과 손해발생과의 사이에 인과관계가 존재하여야 함은 물론이나, 의료행위가 고도의 전문적 지식을 필요로 하는 분야이고 그 의료의 과정은 대개의 경우 환자 본인이 그 일부를 알 수 있는 외에 의사만이 알 수 있을 뿐이며, 치료의 결과를 달성하기 위한 의료기법은 의사의 재량에 달려 있기 때문에, 손해발생의 직접적인 원인이 의료상의 과실로 말미암은 것인지 여부는 전문가인 의사가 아닌 보통인으로서로는 도저히 밝혀낼 수 없는 특수성이 있어서 환자 측이 의사의 의료행위상의 주의의무위반과 손해발생과 사이의 인과관계를 의학적으로 완벽하게 입증한다는 것은 극히 어려운 일이므로, 의료사고가 발생한 경우 피해자 측에서 일련의 의료행위 과정에 있어서 저질러진 일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실이 있는 행위를 입증하고 그 결과와 사이에 일련의 의료행위 외에 다른 원인이 개입될 수 없다는 점, 이를테면 환자에게 의료행위 이전에 그러한 결과의 원인이 될 만한 건강상의 결함이 없었다는 사정을 증명한 경우에 있어서는, 의료행위를 한 측이 그 결과가 의료상의 과실로 인한 것이 아니라 전혀 다른 원인에 의한 것이라는 입증을 하지 않는 이상, 의료상의 과실과 결과 사이의 인과관계를 추정하여 손해배상책임을 지울 수 있도록 입증책임을 완화하는 것이 손해의 공평·타당한 부담을 그 지도 원리로 하는 손해배상제도의 이상에 맞는다고 할 것이다”고 하고 있다.<sup>30)</sup> 결국 다른 원인이 개입될 가능성(소위 ‘타원인개입가능성’)이 없는 경우라면, 의료과오와 손해 간의 인과관계가 추정된다고 이해하는 것이 현재의 법원의 태도라 보기도 한다.<sup>31)</sup>

30) 대법원 2005. 9. 30. 선고 2004다52576판결; 대법원 1995. 2. 10. 선고93다52402판결; 1999.9.3. 선고 99다10479판결; 2003. 1. 24. 선고 2002다 3822판결 등, 우리 판례의 견해의 정리는 박수근, 앞의 논문, 250-251면의 정리에 의한 것이다.

31) 박수근, 앞의 논문, 251면.

#### 4. 우리 판례상 증명책임 완화의 한계

의료과오소송에서의 손해배상은 의료진의 과실로 인한 생명과 신체의 침해, 의료행위와 결과 사이의 인과관계의 유무 및 귀책사유인 과실의 유무 등을 평가한 손해배상액의 확정일 것이다.<sup>32)</sup> 손해배상청구에서의 주된 요증 사실로 들 수 있는 것은, 첫째, 과실 그리고 둘째, 과실과 손해 사이의 인과관계에 대한 증명이라고 할 수 있다. 불법행위로 인한 고의나 과실의 경우에는 귀책사유에 대한 증명책임이 피해자인 환자 측에 있으며,<sup>33)</sup> 통설과 판례는 의료사건의 특수성에 비추어 의료과실소송에서의 원고의 증명책임을 완화라는 방법을 통하여 상당부분 경감시켜 주고 있지만, 원고의 증명책임 자체가 면제되는 것은 아니었다. 우리나라도 ‘일반인의 상식의 법리’나 ‘간접사실’의 법리 등을 통하여 인과관계에 대한 증명책임을 완화시키는 데에 무게를 실어주고는 있으나, ‘일반인의 상식의 법리’에 의하여 과실 있는 행위를 증명한다는 것이 어떤 것인지에 대한 논의가 활발하지 않은 것이 현실이다.<sup>34)</sup>

그동안 사실상 특별입법 이외에 증거가 곤란한 경우에는 ‘해석’에 의해 증명책임을 전환시킬 수 있는지 문제되어 왔는데, 판례는 해석에 의한 증명책임의 전환은 원칙적으로 인정하지 않고 있었으며, 의료과오소송에 있어서 공평성을 실현하기 위하여 증명책임의 전환이 필요하다는 필요설과 증명책임의 전환을 입법화하는 것이 부당하다는 불필요설이 대립하고 있었던 상황이다. 입법에 의한 증명책임의 전환이 불가능하더라도 해석에 의하여 증명책임의 전환을 인정할 수 있다는 견해는 의료인의 중과실에 의하여 환자에게 손해가 발생하고 중과실과 손해 사이에 고도의 개연성이 존재하는 경우에 공평한 손해의 분

32) 신현호, 『의료분쟁 조정·소송 총론』, 육법사, 2011, 411면 이하. 민법상의 손해배상의 범위는 인과관계에 대한 우리나라의 통설인 상당인과관계설에 의하여 규율된다. 의료과오에 의한 손해배상범위도 “의료행위로부터 발생된 손해 중에서도 상당하다고 인정되는 범위”에 한정된다. 대법원 2015. 10. 29. 선고 2014다22871판결 참조; 조민석, “의료과오소송에서 손해배상에 관한 연구”, 법이론실무연구(제4권 2호), 한국법이론실무학회, 2016, 154면 참조.

33) 주호노, 앞의 책, 791면.

34) 신은주, 앞의 논문, 25면.

답을 위하여 증명책임을 전환하는 쪽으로 고려되어야 한다는 점과 손해발생의 원인이 가해자의 위험영역에서 비롯된 것이라면 가해자가 손해발생에 대하여 자신의 과실이 없고, 자신의 행위와 손해의 발생 사이에 인과관계가 존재하지 않는다는 것을 증명할 책임을 부담한다고 할 수 있다고 하였다. 그러나 불필요 설의 경우 소송의 공정성을 위한 증명책임 완화의 필요성은 인정하면서도, 증명책임의 전환까지 입법화하는 것은 환자 측의 증명책임의 경감 내지는 완화라는 목적을 넘어서는 것으로 보여 이는 오히려 의사와 환자의 형평성을 깨는 것이며 사회적 합의도 부족한 점을 들어왔다.<sup>35)</sup>

대상관결의 사안에서처럼 임플란트 시술과 같은 현대의 의학기술이 발달되어 새로이 등장한 치료방법은 마찬가지로 의료계약의 성질상 수단채무로서의 성격을 가지고, 완치의 개념을 적용하기는 어렵다고 보인다. 대상관결에서 실시되었듯이, 임플란트 치료에 있어서 완치의 개념을 없기 때문이다. 또한 설사 의사의 과실이 적용되어 환자에게 돌이킬 수 없는 중대한 신체의 침해를 초래하게 되었다고 하더라도, 그간 쌓여진 의료준칙이라던가, ‘일반인의 상식’법리 등을 적용하기가 쉽지 않게 된다. 이런 경우, ‘간접사실에 의한 사실상의 추정’ 혹은 ‘일응의 추정’, ‘표현증명’ 등의 방식으로 증명을 하는 방법 밖에는 없을 것이다. 그런데 기존의 오랜 의료의 침습적 행위로 인한 피해도 비전문가인 환자가 의사의 과실을 증명해 내지 못해 증명책임의 여러 완화이론이 적용될 진데, 새로이 등장하는 의료기술들은 환자가 치료의 어느 단계에 의사의 과실이 있었는지조차 주장이 어려울 수 있는 것이다.<sup>36)</sup> 또한 증명책임완화의 여러 이론들도 명확하게 구체화 되지 않는다는 점에서 환자에게 소송절차상 의료진에 대하여 무기가 대등하다고 볼 수도 없다.<sup>37)</sup>

35) 대한의사협회, 『의료분쟁의 이해』, 법문사, 2009, 310-315면 참조.

36) 브뤼셀의 항소법원에서는 의사의 과실로 인해 환자가 생존할 수 있는 기회의 90%를 상실한 경우에 의사에게 유죄판결을 내린 경우도 있다. 벨기에 민법에서는 ‘생존 기회 상실’에 대한 보상도 가능하다.; Court of Appeal in Brussels, 27 February 1974, De Verz cited in Callens,S., Medical Civil Liability in Belgium, Four Selected Cases, European Journal of Health Law, vol.10, no.2, 2003, 122. ; Nina Mistic Radanovic·Ivan Vukusic, 782. 재인용.

37) 의료과오소송에 있어서 피해자의 입증곤란의 사태에 직면하여 어떻게 처리할 것인가에

우리나라뿐만 아니라 미국의 ‘일반상식의 원칙(common knowledge doctrine)’에서도 법원이 ‘일반상식의 원칙’을 적용할 것인지의 여부를 개별사건마다 각각 판단하고 있으며 과연 ‘일반상식’의 개념이나 원칙이 과연 어떠한 상황 하에서 인정되는지는 일정한 기준이나 정의가 찾기 어려운 현실이다.<sup>38)</sup> 더구나 일반상식의 원칙과 독립적으로 적용이 가능한 Res Ipsa Loquitur의 원칙에 따른 사실상 추정된 경우에도 위의 원칙이 인정될 수 있는 사건임을 증명하여 외관을 형성한 뒤에 적용하고 있다. 사실을 추정한다는 입장에서는 이 이론이 굉장히 매력적으로 보일 수도 있지만, 배심원제인 미국에서 원고가 충분한 증거를 제출하거나 피고가 반증을 하여 판사가 직접 판결을 내리는 경우에는 우리나라에서도 이 이론의 적용을 고려해 볼 수도 있다. 그러나 배심원단에 의하여 사실판단이 다르게 나올 경우 바로 prima facie case로서 인정되는 것을 바로 우리의 재판제도에 적용할 수 있을지는 제도적인 차이를 좀 더 고려해 보아야 할 것이다.

의료과실소송에서의 증명책임의 문제는 재판과정에서도 핵심적인 부분임에도 의료과오소송에서 과실과 인과관계를 밝혀내는 과정에서 구체적 사안에서 ‘일반인의 상식법리’와 ‘간접사실의 법리’가 어떻게 적용되는지에 대한 기준이 명확하다고 보이지 않고, 심지어 증명책임의 완화에 대한 법리를 적용했다라고 보기보다는 통상의 사실상 추정론에 기초하여 인과관계를 추정하는 판례도 지속적으로 나오고 있다고 한다.<sup>39)</sup> 이와 같은 상황에서 피고인인 의료진

---

대하여, 독일의 판례는 증명책임을 전환시켜, 실제로 발생한 손해에 적합한 의료과오를 저지른 경우에는 의사가 그 과실이 손해의 원인이 되지 아니한 점에 대한 증명책임을 부담하도록 하였다(BGH NJW 68,1185 und 2293; BGH 72, 132; BGH NJW 1988, 2948). 환자 측이 인과관계를 밝혀내기 극히 어려운 특수성으로 인하여 승소율이 30% 이하가 되는 피해 환자의 증명관란 등을 극복시키고 무기평등의 요청을 충족시켜 공정한 절차를 구할 권리를 보장하기 위한 것으로 보고 있다.; 이시운, 앞의 책, 555면.

38) 신은주, 앞의 논문, 30면.

39) 이에 대하여, 안법영, “의료사고 소송상 인과관계 추정” 의료법학(제6권 2호), 대한의료법학회, 2005.; 박영호, “의료과실소송에 있어서 과실과 인과관계의 입증과 그 방법”, 저스티스(제77권), 한국법학원, 2004.; 유현정, 각주24)의 논문; 유현정, 각주17)의 논문 161면의 각주4)의 정리 재인용.

에게 전환시키려는 시도가 독일에서 판례로서 있었고, 이것이 ‘증명책임 전환론’이며 의료과실소송에 있어서 과실과 인과관계의 증명책임이 원고인 환자 측에 있다는 증명책임에 대한 일반원칙에 수정을 가하는 이론이다. 증명책임의 전환과 관련한 독일의 판례와 이론은 이하에서 살펴보기로 한다.

### III. 대상판결의 의의

#### 1. 과실과 인과관계에 대한 증명책임

이 판례에서 임플란트 시술 후 보철물이 깨지는 등 부작용이 발생한 경우에 치과의사가 이 같은 부작용이 다른 원인 때문임을 밝히지 못한 경우에 손해배상을 해야 한다는 증명책임의 문제가 주요 쟁점이었는데, ‘고도의 전문지식을 필요로 하는 의료행위’에서 피해자인 환자는 “의사의 의료행위 과정에 주의의무 위반이 있었는지 여부나 그 주의의무 위반과 손해발생 사이에 인과관계가 있는지 여부를 밝혀내기가 극히 어려운 특수성이 있으므로, 수술 도중이나 수술 후 환자에게 중한 결과의 원인이 된 증상이 발생한 경우 그 증상의 발생에 관하여 의료상의 과실 이외의 다른 원인이 있다고 보기 어려운 간접사실들이 증명되면 그와 같은 증상이 의료상의 과실에 기한 것이라고 추정할 수 있다”는 판시를 통하여 과실에 대한 환자의 입증책임이 원고인 의사에게 전환되는 소위 입증책임전환에 보다 근접하고자 하는 입증책임 경감이론의 적용 내지 해석론에 관한 법원의 의지가 드러난다. 입증책임과 관련하여 사실상 추정론은 의료과소소송에 있어서 과실 및 인과관계는 여러 개의 간접사실에 경험칙을 적용하여 추정할 수 있다는 이론이다.<sup>40)</sup> 입증책임의 완화 내지 경감에 관한 사실상 추정론이 원고의 어떤 결과가 피고의 의료행위에 즈음하여 생겼으며, 그것이 의료행위에 의하여 생겼다고 하는 정도의 개연성에 관한 간접사실에

40) 박영호, 『의료분쟁과 법』, 법률정보센터, 2005, 514면.

관한 주장을 하여야 하므로 입증책임을 환자가 여전히 부담하므로 입증책임의 전환이라고는 볼 수 없다 하더라도, 인과관계의 존재를 엄격히 증명해야만 한다는 종래 전통적인 입증책임론의 시각에서는 완화된 정도에 상응하는 입증의 부담은 이미 원고 측에 전환되었고, 무엇보다도 ‘일응의 추정론(표현증명이론)’은 정형적인 사상경과가 있는 경우에만 주요사실의 추정이 이루어지는 점에 비하여<sup>41)</sup> 대상판결이 채택한 ‘사실상 추정론’은 보다 입증책임의 전환에 근접하였다는 것이다.

## 2. 사실상 추정론

의료과오소송에서 증명책임의 전환이론이 적용된다면 의사가 과실 없음을 증명해야 하므로 인과관계에 대한 입증책임이 전환되어 일응의 추정 또는 표현증명이론보다는 환자 측의 입증이 대폭 경감되게 된다.<sup>42)</sup> 사실상 추정론은 개연성설보다 더 입증책임을 경감시킨 학설로 환자에게 발생한 법익 침해가 의료행위로 인한 결과와 어느 정도의 개연성만 인정이 된다면 양자 사이의 인과관계를 추정하고 의사 측이 반증을 하지 않는다면 인과관계를 인정하여도 좋다고 보는 견해이다.<sup>43)</sup> 사실상 추정론은 경험칙을 매개로 하여 간접사실을 증명함으로써 주요사실을 추정하는 이론이다. 반면에 일응의 추정 또는 표현증명이론은 정형적인 사상경과가 있는 경우에만 이러한 주요사실의 추정이 가능하다는 점이다. 따라서 일응의 추정이 또는 표현증명이 요건이 더 엄격하다고 볼 수 있다.<sup>44)</sup> 결국 ‘사실의 추정’과 ‘일응의 추정 또는 표현증명이론’은 그 요건에 있어서도 다르고, 대상판결에서 원고 측의 과실에 대하여는 정형적인 사상의 경과도 요구하지 않으므로, 대상판결이 ‘일응의 추정 또는 표현증명이론’을 적용하였다고 보기는 어렵고, 오히려 사실의 추정론을 따른 것으로 평가할 수 있다

41) 박영호, 앞의 책, 515면.

42) 박종권, “의료과오소송의 입증책임전환론”, 비교사법(제14권 1호), 2007, 332면.

43) 박영호, 앞의 책, 514면.

44) 박영호, 앞의 책, 515면.

#### IV. 독일의 증명책임 전환의 시사점

의료과오소송에서 일정한 경우 인과관계의 증명책임을 전환시키려는 독일 판례의 태도는 1940년대 이후부터 유지되었다고 보인다. 독일연방대법원(BGH)은 의사가 의도적으로 혹은 경솔하게 무관심하여 환자를 위험에 처하게 만든 경우의 환자의 손해와 의사의 의료행위 사이의 인과관계 부존재를 의사가 증명하도록 하는 취지의 판시를 유지하였다. 양손에 운동장애가 있던 원고가 피고인 의사로부터 수술을 받은 이후에 양손이 불구가 된 사건<sup>45)</sup>에서 피고인 의사를 상대로 한 수술 및 사후치료에서 의사로서의 의무를 위반하였다는 주장의 손해배상청구의 소에서 인과관계의 증명책임을 전환하도록 한 사례이다. 이 사건에서 독일연방대법원은 “의사가 고의 또는 중대한 경솔로 상황에 따라 당해 사건에서 발생된 바로 그 손해를 야기하는 데에 적합한 위험을 환자에게 초래한 경우에는 인과관계에 대한 증명책임이 전환”된다고 하였다. 또한 피고인 의사로부터 왼쪽 팔관절 골절의 치료를 받았던 환자가 치료 이후 패혈증에 걸리고 왼쪽 팔꿈치관절까지 절단하게 된 사건<sup>46)</sup>에서도 의사의 치료행위를 외부정황으로 보아 의식적으로 또는 경솔하게 손해를 발생할 수 있는 위험을 가져온 경우라고 보고 인과관계에 관한 증명책임을 의사가 부담하여야 한다는 판시를 하였다.

이처럼 독일연방대법원은 초기의 “고의 또는 경솔로 인한 위험”, “중대하게 경솔하고 유책한 치료상 과실” 등이라고 전제조건을 제시하다가 1960년대 이후부터는 “경솔한 행동 또는 중대한 치료상 과오를 유책하게 범한 것 (leichtfertiges Verhalten oder schuldhafte Begehung eines groben Behandlungsfehlers)”<sup>47)</sup>이라는 표현을 사용하였다. 이후 독일연방대법원은

45) BGH 1955. 12. 21. 판결 VI ZR 127/55 (LM Nr. 25 §286(C) ZPO); 최재천·박영호, 앞의 책, 860면 재인용.

46) BGH 1958. 10. 14. 판결 VI ZR 186/57 (LM Nr.15 ZPO §287=VersR 58, 849); 최재천·박영호, 앞의 책, 860면 재인용.

47) BGH VersR 62, 528.; 최재천·박영호, 앞의 책, 861면 재인용.

1967년부터는 일관되게 인과관계 진행의 불완전한 해명성에 대한 위험을 부담한다고 보았다. 의사의 중대한 침해에 대하여 적절한 의료처치가 이루어졌다면 어떤 상태로 나타났을 것인지 해명할 수 없는 경우라면 이에 대하여 환자보다는 의사가 증명위험(Beweislastrisiko)의 부담을 지게 된다고 하여 고의 또는 경솔이라는 주관적인 요건에서 처치에 대한 과오라는 객관적인 요건으로 관점을 전환하였다고 평가받는다.<sup>48)</sup>

‘중대한 치료상의 과오’의 개념을 어디까지 인정할 것인가에 대하여 “확실하고 정평 있는 의학상의 지식과 경험의 위반” 혹은 “의학상 공인된 준칙의 위반”으로 정의된다.<sup>49)</sup> 이러한 정의에 대하여 중대한 치료과오의 범위를 설정함에 있어서 개념의 범위를 넓게 본다면 환자에게 유리한 상황이 되어 증명의 부담이 줄어들 수도 있겠으나, 실험의학의 경우에는 충분한 임상시험을 거치지 않았으므로 기존의 의학준칙과 일치하지 않을 수 있고, 더구나 의사의 주관적인 신념에 따른 경우에 기존의 의학보다도 의학적 적응성이 높아 좋은 치료효과가 기대되는 경우라 하더라도 증명상황의 불리함을 감수하지 않으려 기존의 치료방법만을 고수하는 경향을 유도할 가능성도 배제할 수 없다고 평가된다. 게다가 의사의 주관적인 측면이라는 것도 전문의인가 아닌가에 따라서 동일한 과오라고 할지라도 그 평가는 달라질 수도 있게 된다. 독일연방대법원이 “치료과오의 중대성 여부가 그 과오가 손해의 크기에 어떠한 영향을 미쳤는가는 아무런 관련이 없다”는 태도를 유지하고 있다고 한다.<sup>50)</sup>

48) BGH NJW 1967. 1508면; 박일환, “의사의 진료과실과 의사책임소송에서의 입증책임(Die rztlicher Behandlungsfehler und die Beweislast im Arzthaftproze(3)–독일에서의 학설·판례를 중심으로”, 재판자료(제24집), 157면; 최재천·박영호, 앞의 책, 861면 재인용.

49) Laufs, Arztrecht, 1998. S. 192. “확실하고 정평 있는 의학상의 지식과 경험의 위반”에 대하여 애매하고 문제가 있다고 지적하였고; Deutsch, Arztrecht und Arzneimittelrecht, 1991, S. 153; Deutsch는 “중대한 치료과오를 정의하려는 시도는 실패하였다”고 한다. Deutsch, 양창수역, “독일법에서의 인과관계의 증명과 입증책임”, 저스티스(제23권 2호), 한국법학원, 1990, 119면. “의학상 공인된 준칙의 위반”은 Kaufmann, Die Beweislastproblematik im Arzthaftungsprozeß, 1984, S.16.; 김천수, “의사책임소송에 있어서의 입증문제에 관한 고찰 – 독일의 의사책임법이론을 중심으로–”, 법학논총(제7권), 대구대학교, 1992, 119면 재인용.

50) Deutsch, 주49), S. 153; Deutsch, 양창수역, 앞의 논문, 119면; BGH, NJW 1986, 1540f. 판례의 태도에 대하여 Deutsch 교수는 “중대한 치료과오에 대한 판례는 불법한 행위(versari

이러한 독일 판례의 입장에 따르면 환자로 하여금 의사가 저지른 중대한 치료과오를 증명하러면, 발생한 손해와 같은 종류의 손해를 야기한다고 했을 때 이러한 과오가 그러한 손해를 발생시킴을 증명하여야 하는 것이다. 손해발생의 개연성에 대한 요구가 아닌, 중대한 과책이 인정되는 경우의 손해에 대한 입증책임의 전환은 표현증명을 대신하는 것이 되기 때문이다.<sup>51)</sup> 독일의 Deutsch 교수는 환자 측의 증명에 대한 의사 측의 면책을 위한 선택적 인과경과(alternativer Kausalverlauf)의 가능성을 증명<sup>52)</sup>해야 하는 사례로서 다음의 사례를 예로 들고 있다. 치과 의사가 발치를 한 후에 그 뿌리의 일부가 턱뼈 안에 남아 삼차신경통을 일으킨 사례에서 의사가 증명할 것은 “이뿌리를 완전히 제거하였더라도 그것이 발생하였을 것임을 입증하여야 한다”고 하였다. 이때 환자는 이뿌리가 일부 턱뼈 안에 남아 있음을 증명하면서 그것이 동시에 수술 당시 의학준칙에 위배되는 것임을 증명해야 할 것이다.<sup>53)</sup> 독일 연방대법원(BGH)은 의료과오소송과 같은 특수한 전문분야의 소송에 대하여 환자와 의료진 사이의 형평의 법리를 중시하여, 증명책임의 전환의 논리를 발달시켜 온 것이다.

증명책임의 전환(Umkehr der Beweislast)은 입법<sup>54)</sup>에 의한 방법과 해석에 의한 방법이 거론된다. 의료과오 사건에서 인과관계에 대한 증명책임의 전환은 독일에서 지난 40여 년간 판례를 통하여 발전된 이론을 기반으로 하고 있다. 최초로 제국법원의 판례는 구체적 사건에서의 ‘공평한 이익교량’(gerechte

---

in re illicita)에 의거하고 있고 이는 보호영역이론(Schutzbereichslehre)이 증거법에서도 인정되는 것을 의미한다.”고 평가한다.; 김천수, 앞의 논문, 119면 재인용.

51) Deutsch, S. 153.; 김천수, 앞의 논문, 120면 재인용.

52) Kaufmann, S.17.; 김천수, 앞의 논문, 120면 재인용.

53) Deutsch, 양창수역, 앞의 논문, 118면; 김천수, 앞의 논문 120면 재인용.

54) 독일에서는 이미 2013년에 개정 민법 제630h조에서 진료계약을 민법의 전형계약으로 신설하였다. 이것은 독일 법원의 의료소송판례에서 형성된 증명부담의 전환법리가 입법화되어 의사의 중과실, 과실 및 인과관계에 대하여 기술하고 있다. 채무불이행 손해배상청구권의 성립에 있어서는 과실이 추정되고, 인과관계까지는 추정되지 않는다. 과실 외의 법률요건은 증명책임의 일반원리에 따라 환자가 증명책임을 진다. 이수경·윤석찬, 앞의 논문, 146면; 유현정, 각주17)의 논문, 174면.

Interessenabwägung), ‘신의성실의 원칙’ 등을 이유로 고의 또는 경솔한 무관심으로 환자를 위험에 처하게 한 경우에 인과관계의 증명책임을 전환함으로써 개개의 경우에 개별적인 해결을 시도해 왔다. 그 후 독일 연방대법원에 이르러 그 요건이 점차적으로 정형화 되어 현재는 판례상의 이론이 정립되기에 이르렀는데 그 요건으로는 첫째, 의사가 중대한 과실을 범하였을 것(schuldhaften großen Behandlungsfehler), 둘째, 그 과실이 당해 사안에서 실제로 발생된 상해를 야기하는 데에 일반적으로 적합(Schadensgeeignetheit)할 때에는 과실과 손해발생 사이의 인과관계에 관한 증명책임이 전환될 수 있다는 것이다. 즉 의사가 자신의 과실로 인하여 손해가 발생하지 않았음을 증명할 책임을 지게 된다는 것이다. 이러한 증명책임은 전환되었을 경우에 의사로서는 자기의 치료가 적절했다 할지라도 손해의 발생은 방지되지 못했을 것이라는 점을 증명해야 할 것이고 이러한 증명은 사실상 실제 성취되기 어려워 의사가 패소할 가능성이 높아지게 된다.<sup>55)</sup>

물론 독일에서도 의사가 환자에게 지는 의무가 건강을 회복하도록 만드는 의무가 아닌, 치료에 주의 깊은 노력을 다 해야 할 의무에 불과하고 의료과오사건에 있어서 의사의 책임도 치료행위가 목적을 이루지 못한다 하더라도 의사에게 의무위반이 없음을 증명하는 것은 아니었다.<sup>56)</sup> 그러나 의사의 중과실에 의한 치료과오의 경우에는 증명책임이 전환되는 것으로 인정함으로써 이는 의사의 중과실에 의한 의료과오가 손해의 원인이 되거나 그로 인하여 원인의 범위가 변형이 되어 결국 의사의 과오가 아니라고 할지라도 발생된 질병의 경위에 대한 해명이 어려워져 버리는 경우와의 균형을 맞추기 위한 노력으로 이해되기도 한다. 이는 의사에게 ‘객관적인 관점’에서 치료를 했다고 인정할 수 없는 과오를 범하게 된 경우에 중과실에 대한 치료과오가 있었던 것으로 되며, 사실심의 법관은 감정인의 의학적 설명에 근거가 불충분하다면 의사의 행위를

55) 주호노, 앞의 책, 804면.

56) BGH NJW 1977, 1102; 반홍식, “독일법의 증명책임과 증명경감론의 전개와 동향”, 민사소송(제16권 2호), 한국민사소송법학회, 2012. 155면 재인용.

두고 중과실이라고 인정을 해서는 안 된다고 할 것이다. 이와 같이 의사가 중과실로 의료과오를 범했을 때에 피해자에 대한 제1차 손해(Primärschaden)의 인과관계에 대하여 증명책임의 전환(Beweislastumkehr)를 인정한 것이다.<sup>57)</sup>

독일은 의사의 과실 있는 의무위반이 인정되어 계약책임 혹은 불법행위책임을 손해배상책임이 성립할 경우에 환자 측이 입증해야 할 손해배상 청구권 규범의 입증요소에 대한 내용을 규정하였다. 독일 민법 제630h조 제1항에 기한 “지배 가능한 위험의 실현에 대한 과실의 추정”에 대한 규정으로, 의료인이 충분히 지배할 수 있었던 지배 가능한 위험이 환자의 생명이나 신체, 건강에 대한 침해를 일으켜서 위험이 현실화 되었다면, 의료인의 과오와 의무위반이 추정된다. ‘지배가능한 일반적인 진료위험’에 대하여는 ‘의료기구의 기능적인 통제력’ 혹은 ‘위생상태의 유지’에 관한 것이다.<sup>58)</sup>

더 나아가, 독일 민법 제630h조 제5항에서는 중대한 진료과오가 존재하고 실제로 생명과 신체, 건강침해와 관련이 있다면 그것은 의료과오가 침해의 원인으로의 추정된다고 규정한다. 독일민법이 ‘중대한 진료상의 과오’에 대한 정의 규정을 두고 있지 않은데, 이 부분에 대한 해석은 독일의 판례를 살펴보면, 의료행위자가 명백하게 준수해야 할 진료수칙을 위반하였다면 진료과오라고 인정할 수 있게 된다.<sup>59)</sup> 그러나 여기서의 ‘중대한 진료상의 과오’와 ‘환자에게 발생한 생명, 신체, 건강침해’에 대한 입증책임도 환자가 부담한다.<sup>60)</sup>

---

57) 반홍식, 앞의 논문, 168면.

58) BT-Drs. 17/10488,28; 윤석찬, “의료계약의 민법전 도입 가능성”, 재산법연구(제36권 2호), 한국재산법학회, 2019, 61면 재인용.

59) BGH, Urt. v. 25.10.2011 - VI ZR 139/10, NJW 2012, 228; Steffen/Pauge, Arzthatungsrecht (11.Aufl., 2010), Rz. 640. 윤석찬, 앞의 논문, 62면 재인용.

60) 윤석찬, 앞의 논문, 62면.

## V. 맺음말

고도의 전문적인 분야인 의료행위의 특수한 성격 때문에 일단 의료분쟁이 발생할 경우에 원고인 환자 측에서 의사의 과실을 증명한다는 것은 결코 쉬운 일이 아니다. 더구나 의료분쟁의 어려움을 해결하기 위하여 2011년에 “의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률”이 제정되었으나 증명의 전환에 대한 부분은 반영되지 못하였다. 의료소송은 대부분이 의사의 과실을 증명하는 것이 관건인데도 의료행위의 특성상 환자가 증명을 하는 것은 어려운 측면이 존재하는 것이 현실이다.<sup>61)</sup>

그러나 의료기술이 더욱 발달하고 고령화 사회<sup>62)</sup>가 지속됨에 따라 치료의 범위는 점점 확대될 전망이다. 따라서 국민들의 의료서비스 이용률은 계속 증가할 것으로 예측되므로 이에 따라, 비율적으로 의료과오소송은 더욱 증가할 것으로 보인다.<sup>63)</sup> 이런 상황에서 대상판결이 임플란트처럼 다분히 대중적인 치료의 사건에 관하여도 기존의 입증책임의 경감 내지 완화에 관한 일응의 추정 내지 표현증명이론을 넘어서 증명책임의 전환에 근접하는 사실상 추정론을 적용한 것은 그 의미가 더욱 강조된다.

61) 조민석, 앞의 논문, 155-156면.

62) OECD회원국의 65세 이상 노인인구 비율과 국민 1인당 외래 진료 횟수를 매칭하여 분포를 살펴 본 결과, 우리나라는 노인인구 비율에 비해서도 진료건수가 상대적으로 많은 양상을 보인다. 김주경, “우리나라 국민의 의료서비스 이용 현황과 시사점”, 국회입법조사처, 2020.

63) 의료소송이 2002년 665건에서 2013년 1,100건으로 60% 증가했다. 조민석, 앞의 논문, 153면; 한국의료분쟁조정중재원이 발간한 통계연보에 따르면 최근 5년간 누적된 상담건수도 2015년에 39,793건에서 2019년 63,938건으로 두 배 가까이 증가했을 뿐 아니라, 연평균 증감률은 12.6%를 보이고 있다. 의료중재원, 「의료분쟁 조정·중재 통계연보」, 2019.

[ 참 고 문 헌 ]

<단행본>

- 곽중훈, 『의료소송실무』, 박영사, 2021.
- 김민중, 『의료의 법률학』, 신론사, 2011.
- 김선중, 『의료과오소송법』, 박영사, 2005.
- \_\_\_\_\_, 『의료사고 손해배상소송』, 육법사, 2014.
- 김형배, 『채권각론』 신정판, 박영사, 2001.
- 노갑영, 『의료분쟁의 이해』, 마인드 탭, 2018.
- 대한의사협회, 『의료법과 의료분쟁의 이해』, 법문사, 2009.
- 박영호, 『의료분쟁과 법』, 법률정보센터, 2005.
- 신현호, 『의료분쟁 조정·소송 총론』, 육법사, 2011.
- 이상돈·김나경, 『의료법 강의』, 법문사, 2020.
- 이시윤, 『신민사소송법』, 제12판, 박영사, 2018.
- 주호노, 『의사법학론』, 법문사, 2017.
- 최재천·박영호, 『의료과실과 의료소송』, 고법사, 2004.
- Marcia M. Boumil & Paul A. Hattis, MEDICAL LIABILITY, 4th edition, West Academic (2017).
- Victor E. Schwartz·Kathryn Kelly·David F. Partlett, Prosser, Wade, and Schwartz's TORTS CASE AND MATERIALS 13th edition, Foundation Press, (2015).

<논문>

- 김용빈, “의료과오소송에 있어 입증책임 완화에 따른 의료과실의 의미와 판단기준”, 『의료법학』 제9권 1호, 대한의료법학회, 2008.
- 김일룡, “판례에 나타난 의료과오소송에 있어서 증명책임의 구조”, 『의생명과학과 법』 제6권, 원광대학교 법학연구소, 2011.
- 김주경, “우리나라 국민의 의료서비스 이용 현황과 시사점”, 국회입법조사처, 2020.
- 김천수, “의사책임소송에 있어서의 입증문제에 관한 고찰 - 독일의 의사책임범이론을 중심으로”, 『법학논총』 제7권, 대구대학교, 1992.

- 김화·송진성, “의사의 과실이 추정된 사안에서 치료비 부담의 문제-의사에게 모 든 치료비를 부담하게 하는 판례에 대한 비판적 고찰”, 『사법』 통권 53 호, 사법발전재단, 2020.
- 박수근, “의료계약의 민법편입과 과제”, 『민사법학』 제60권, 한국민사법학회, 2021.
- 박영호, “의료과실소송에 있어서 과실과 인과관계의 입증과 그 방법”, 『저스티스』 제77권, 한국법학원, 2004.
- 박종권, “의료과오소송에서 인과관계의 입증경감”, 『비교법학연구』 제2집, 한국 비교법학회, 2003.
- \_\_\_\_\_, “의료과오소송에서 입증책임전환론”, 『비교사법』 제14권 1호, 2007.
- 반홍식, “독일법의 증명책임과 증명경감론의 전개와 동향”, 『민사소송』 제16권 2 호, 한국민사소송법학회, 2012.
- 백경희, “의료과오소송에 있어서 인과관계의 판단과 입증책임에 관한 판례의 최 근 경향 -일본 판례와의 비교를 중심으로-”, 『의료법학』 제8권 1호, 대한 의료법학회, 2007.
- 신은주, “의료과오소송에 있어서 과실의 입증”, 『한국의료법학회지』 제24권 2호, 한국의료법학회, 2016.
- 안병영, “의료사고 소송상 인과관계 추정”, 『의료법학』 제6권 2호, 대한의료법학 회, 2005.
- 유현정, “병원감염 사건에서 증명책임 완화에 관한 입법적 고찰- 개정 독일민법 을 중심으로 -”, 『의료법학』 제16권 2호, 대한의료법학회, 2015.
- \_\_\_\_\_, “의료소송에서 과실과 인과관계의 증명: 병원판결을 중심으로”, 고려대 학교 법무대학원, 2014.
- 윤석찬, “의료계약의 민법전 도입가능성”, 『재산법연구』 제36권 2호, 2019.
- 이수경·윤석찬, “병원감염에서의 법적쟁점”, 『의료법학』 제20권 1호, 2019.
- 의료중재원, 「의료분쟁 조정·중재 통계연보」, 2019.
- 조민석, “의료과오소송에서 손해배상에 관한 연구”, 『법이론실무연구』 제4권 2 호, 2016.
- 한태일, “의료소송상 환자보호를 위한 방안의 검토- 입증부담의 경감방안 및 적 극적 위자료 인정의 필요성을 중심으로 -”, 『법학논집』 제21권 4호, 이 화여자대학교, 2017.

\_\_\_\_\_, “임플란트 시술상 의료과오의 소송상 쟁점에 관하여 - 계약의 법적성격 및 입증책임 완화를 중심으로 -”, 『의료법학』 제19권 1호, 대한의료법학회, 2018.

Dale A. Nance, CHOICE OF LAW FOR BURDENS OF PROOF, 46 N.C. J. INT'L. 235-313 (2021).

Michael A. Jones, MEDICAL MALPRACTICE AND COMPENSATION IN GLOBAL PERSPECTIVE, 7 JETL 101 (2016).

Michael Moffitt, SETTLEMENT MALPRACTICE, 86 U.CHI. L. REV. 1825 (2019).

Nina Mistic Radanavoic & Ivan Vukusic, CAUSATION IN MEDICAL MALPRACTICE, EU AND COMPARATIVE LAW ISSUES AND CHALLENGES SERIES, Issue 4, 771-797 (2020).

[국문초록]

의료과오소송에서의 증명책임에 대한 소고  
- 전주지방법원 2017. 7. 21. 선고 2017나9346판결 -

이수경(법학박사), 윤석찬(부산대학교 법학전문대학원 교수)

피고의 잘못된 임플란트 시술로 인하여 원고는 임플란트 보철물 도재 파절 및 역미소  
선, 치주염 등의 심각한 손상을 입은 사건에서 피고는 원고에게 불법행위 또는 채무불이  
행으로 인한 손해배상으로 향후 치료비와 위자료를 지급하라는 판결이 나왔다. 이번 대  
상판결에서는 치과치료에 관한 사안으로서 일반적인 의료과오소송과 마찬가지로 고도  
의 전문적 지식을 필요로 하는 분야로서 비전문가인 일반인으로서의 치과의사가 의료행  
위 과정에서 주의의무 위반이 있었는지 여부나 환자에게 발생한 손해 사이의 인과관계가  
있었는지 여부를 밝혀내기 극히 어려우므로 증명책임을 경감하는 것으로 구성한 것이  
다. 대상판결의 사안에서처럼 수술 도중이나 수술 후에 환자에게 중한 결과의 원인이 된  
증상이 발생한 경우에 그 증상의 발생에 관하여 의료상의 과실 이외의 다른 원인이 있다  
고 보기 어려운 간접사실들이 증명된 경우에는 그와 같은 증상이 의료상의 과실에 기한  
것이라고 추정할 수 있다고 판시하였다. 특히 대상판결에서는 일반적인 수술적 치료의  
사안이 아닌 임플란트의 시술의 사례로서 수단채무로서 치과진료의 의료과오소송에서  
치과의사의 과실에 관한 환자의 입증책임을 소위 '사실상 추정론'에 근거하여 대폭 경감  
함으로써 의료기술의 발달과 증가하는 현대 의료과오소송에서 세계적 입법추세인 입증  
책임을 전환에 더욱 가까이 접근하였다는 점에서 큰 의미를 부여할 수 있다. 이러한 점은  
대상판결에서 치과의사의 '과실'의 판단에 있어 "그 증상이나 발생에 관하여 의료상의  
과실 이외의 다른 원인이 있다고 보기 어려운 간접사실이 증명되면 그와 같은 증상이  
의료상의 과실에 기한 것이라고 추정할 수 있다"고 판시한 점에서 명확히 확인된다.

주제어 : 의료과오소송, 의료소송, 증명책임의 부담, 주의의무, 증명책임의 전환

**A study on the Shift of Burden of Proof in Medical Malpractice  
– Ruling of Jeonju Appellate Court 2017Na9346 –**

Lee, Soo-Kyoung

*Ph.D.*

Yoon, Seok-Chan

*Professor, Pusan National University School of Law*

**=ABSTRACT=**

Due to defendant's wrongful act by implant surgery, plaintiff has been suffered serious damages to his face and teeth, and pain caused by establishing implanted teeth. Jeonju Appellate Court sentenced to pay future medical expenses and alimony to the plaintiff in compensation for breach of duty or torts. The ruling is designed to relieve the burden of proof because it is extremely difficult for non-experts to determine whether dentists violated their 'duty of care' or whether there was a causal relationship between damages to medial treatment. It was judged that if symptoms that contributed to the patient's significant outcome occurred during or after surgery, such symptoms could be presumed to have been caused by medical negligence if indirect facts were proven to be other than medical negligence. Originally, the shifting of burden of proof in Germany, has already been developed in medical malpractice case since 1940s. In order to guarantee the patients' right, §630h German Civil Code (BGB) - presumption of negligence in the realization of controllable risk- has been also legislated. BGH (Bundesgerichtshof) has been interested in ensuring that the principle of equality between patients and doctors. So, in this study, we wanted to refer to German precedent cases to analyzing Korean medical malpractice lawsuit.

In particular, the decision could be significant in that it approaches closer to allows the shifting burden of proof in drastically growing dental malpractice cases. This is clearly confirmed in the judgment of the dentist's "fault" that "if

indirect facts about the symptom or occurrence are proven to be cause other than medical negligence, such symptoms can be presumed to be due to medical negligence.”

Keyword : Medical malpractice, Malpractice law suit, Burden of proof, Duty of care, Shifting burden of proof.