

診療機會喪失論과 因果關係 및 慰藉料賠償의 新傾向

金 敏 圭*

<목 차>

- I. 問題의 提起
- II. 診療機會喪失論의 展開
 - 1. 우리나라의 診療機會喪失論에 대한 論議
 - 2. 日本의 診療機會喪失論의 展開
 - (1) 日本判例의 發展
 - (2) 日本의 判例에 대한 學說의 傾向
 - (3) 日本 最高裁判所判決의 立場
- III. 因果關係論의 展開
 - 1. 學說 및 判例의 立場
 - 2. 判例의 展開過程
 - 3. 判例의 動向
- IV. 診療機會保障과 慰藉料賠償의 法的 機能
 - 1. 診療機會保障
 - 2. 慰藉料의 法的 機能
 - 3. 診療機會保障의 保護法益性
- V. 結 論

* 부산외국어대학교 법학부 부교수.

I. 問題의 提起

의료행위는, 환자의 질병을 전제로 하여 그 치료를 목적으로 행하여지는 의료처치행위이고, 문진·검사를 시작으로 투약·수술 등에 의한 결과의 실현을 향하여 행하여지는 단계적이고 목적적인 처치의 누적이다.¹⁾ 이와 같은 단계적이고 목적적인 행위가 행하여지는 의료행위과정에서 바람직하지 못한 결과가 발생하였을 경우 의사측의 책임여부를 추적하는 법적 분쟁해결절차가 바로 이른바 의료과오소송이다. 종래 의료과오소송은, 다음과 같은 두 가지의 축을 기본으로 의료과오책임법론을 전개하여 왔다. 첫째, 의사의 행위의무위반으로 인하여 환자의 생명 또는 신체에 어떠한 손해를 발생케 한 경우(技術過誤) 침해된 생명 및 신체 그 자체를 법적으로 보호 받아야 할 이익(保護法益)으로 해석하여 의사에게 치료비 등의 적극적인 손해 및 일실이익 그리고 위자료 등의 손해배상을 청구하고, 그 책임여부를 판단하는 방법이다. 둘째, 환자가 스스로 선택하여야 할 이른바 自己決定權(保護法益)이 침해 받았다 하여 의사의 설명의무위반에 기초한 위자료 등의 손해배상을 청구하고 그 인정여부를 판단하는 방법이다. 위와 같은 두 가지 방법에 의하여 손해배상을 청구하는 경우는 어느 경우나 재산적 손해이건 정신적 손해이건 인과관계 있는 손해여야 하지만, 민사책임법상 요구되는 귀책사유의 충족여부는 재산적 손해배상과 정신적 손해배상 사이에 서로 보완적 관계를 이루고 있는 것으로 보는 것이 오늘날 실무계의 일반적인 경향이다.

그런데 최근 특히 일본에서는 위와 같은 두 가지의 기본축과 인과관계론에서 다소 벗어나, 예컨대 보호법익이 침해되었음(손해의 발생)에도 불구하고 의사의 귀책사유를 인정하기 어려운 경우 또는 귀책사유가 인정된다 하더라도 발생된 손해와의 사이에 인과관계가 명확히 증명되지 아니한 경우에도, 의사의 의료행위에 위법요소(책임 있는 사유 등)가 존

1) 前田達明=稻垣喬=手嶋豊, 医事法, 有斐閣(2000), 239面(稻垣喬執筆).

재하는 한, 어떠한 권리침해(보호법익의 침해)가 존재하는 것으로 판단하여 위자료의 배상을 인정하는 경향이 실제 의료과오판례에 등장함으로써 일정한 경향을 형성하고 있다. 그 대표적인 유형으로서 이른바 「期待權侵害論」, 「延命利益喪失論」 내지 「診療機會喪失論」이라 불리고 있다.²⁾

여기에서 최근의 일본최고재판소의 판결 2건을 먼저 고찰하여 보는 것이 참고가 될 것이다. ①먼저, 背部痛을 호소하여 병원에 급히 호송된 환자(피상고인)에 대하여, 피고의사(상고인)는 청진소견에 따라 心臟과 背部에 壓痛이 있는 것으로 인정되었으나, 청진소견에 의하면 특히 心雜音과 不整脈 등의 이상이 확인되지 않았다. 이에 피고의사는 간호사로 하여금 진통제를 근육주사하게 하고 급성수염(急性鬚髯)에 대한 약을 첨가하여 점액을 주사하게 하였는바, 결국 사망에 이르게 되었다. 이에 최고재판소는 다음과 같이 판시하였다. 「이 사건의 경우와 같이, 질병으로 인하여 사망한 환자를 진료한 의사의 의료행위가, 그의 과실로 인하여 당시의 의료수준에 적합하지 아니하였던 경우에 위의 의료행위와 환자의 사망 사이의 인과관계의 존재가 증명되지 않는다 하여도 의료수준에 적합하지 아니한 의료를 행하였다면, 환자가 그 사망의 시점에 의연히 생존하고 있었을 상당 정도의 가능성의 존재가 증명될 때에는 의사는 환자에 대하여 불법행위에 의한 손해를 배상할 책임을 부담한다고 해석하는 것이 상당하다(강조점 및 밑줄은 필자가 붙인 것임. 이하 같음). 생각건대, 생명을 유지하는 것은 사람에게 귀중한 기본적인 이익이고, 위의 가능성은 법에 의하여 보호 받아야 할 이익이며, 의사가 과실로 인하여 의료수준에 적합한 의료를 행하지 않았으므로써 환자의 법익이 침해된 것이라 할 수 있기 때문」이라고 판시하였다 【사례1】.³⁾

②또한 急性腦症으로 인하여 중증의 腦障礙後遺症을 남긴 사안에서,

2) 石川寬俊, 「期待權の展開と證明責任のあり方」, 判例タイムズ第686號(1989), 25面 參照.

3) 最高裁判所, 2000年9月22日判決, 民集第54卷第7號, 2574面.

피상고인(담당의사)가 개업의라는 점을 고려하여 피상고인이 적절한 시기에 원고 환자(상고인)를 종합의료기관에 전송하지 아니한 의무위반(전송의무위반)과 원고 환자의 중증의 腦障(損害)와의 사이에 인과관계가 인정되지 않는다 하여도 환자를 적절한 시기에 전송하였다면 중증의 腦障(損害)를 남기지 않았을 상당정도의 가능성이 인정되고 아울러 이를 침해하였는가가 문제된 사안에서, 최고재판소는 다음과 같이 판시하였다. 즉 원심재판소는 「피고 의사(피상고인)에게 이 사건 진료종료시까지 상고인을 종합의료기관에 전송해야 할 의무가 있다 하여도 감정결과 등에 비추어 보면, 피상고인의 전송의무위반과 상고인의 후유장애와의 사이의 인과관계를 인정할 수 없다. 또한 …조기진단, 조기치료로 인하여 어느 정도 예후가 개선되어 후유증 발생률이 저하될 것이라는 통계도 없기 때문에, 조기에 전송함으로써 원고 환자(상고인)의 후유증을 방지할 수 있었을 것이라는 점에 대한 상당정도의 가능성이 있다고도 할 수 없다」하여 원고의 청구를 기각하였다. 이에 최고재판소는, 「환자를 진료함에 있어서 의사에게 환자를 적절한 시기에 적절한 의료기관으로 전송해야 할 의무의 위반이 있고, 이 사건과 같이 중대한 후유증이 환자에게 남은 경우에도, 【사례1】의 판결과 동일하게 해석하여야 한다. 즉 환자를 진료함에 있어서 의사가 과실로 인하여 환자를 적절한 시기에 적절한 의료기관에 전송해야 할 의무를 태만히 한 경우에, 그 전송의무에 위반한 행위와 환자의 위와 같은 중대한 후유증의 잔존과의 사이의 인과관계의 존재는 증명되지 아니한다 하여도, 적절한 시기에 적절한 의료기관에 전송이 이루어져 그 의료기관에서 적절한 검사, 치료 등의 의료행위를 받았더라면, 환자에게 위와 같은 중대한 후유증이 남지 않았을 상당정도의 가능성의 존재가 증명되는 때에는, 의사는 환자가 위의 가능성이 침해당함으로써 입은 손해를 배상하여야 할 불법행위책임을 부담하는 것으로 해석하는 것이 상당하다」하여 파기·환송하였다 【사례2】.4)

4) 最高裁判所, 2003年11月11日判決, <http://courtdomino.couts.go.jp/judge.nsf/...>

중래의 전통적인 책임법리에 의할 경우 의사의 과실이 인정되고 그 과실과 발생한 손해 사이에 인과관계의 존재가 증명되지 않는 경우에는 의사의 책임을 부인할 수밖에 없지만(all - or nothing), 위와 같은 【사례 1】 【사례2】의 판례에서 간과할 수 없는 것은 의사에게 과실(의료수준 위반 또한 전의의무위반 등)이 인정되지만 그 과실과 환자에게 발생한 손해 사이에 인과관계가 증명되지 않는다 하더라도 손해(환자의 사망 또는 중증의 후유증 등)가 발생한 시점에 환자가 의연히 생존하였거나 후유증의 발생을 방지하였을 가능성이 있는 경우에는 의사의 채무불이행책임 또는 불법행위책임을 인정하고, 이 경우 그 보호법익은 인간의 생명유지에 관한 이익과 의료수준에 적합한 의료를 받을 환자의 법익이라는 점을 분명히 밝히고 있는 경향이 농후해지고 있다는 점이다. 결국 전통적인 책임요건론상의 인과관계론에 파탄이 발생하고 있을 뿐만 아니라 생존가능성 또는 후유증방지가가능성이라는 가치(보호법익)에 대한 침해를 책임요건의 성립 모멘트로 인정하고 있다.

이와 같은 경향에 찬성하는 입장에서는, 환자의 진료를 받을 권리, 즉 환자의 受診에 관한 기대권, 진료를 받았더라면 손해(사망 또는 신체적 불완전성 등)가 발생한 시점에 완치 또는 생존하였을 가능성(개연성) 등의 이익을 향유할 수 있었을 것이라는 이른바 「진료를 받을 권리」를 책임법상의 독립적인 보호법익으로 자리매김하고자 시도하고 있다.⁵⁾ 이와 같은 경향은 전통적인 책임법론에 따를 경우 책임요건을 충족하지 아니한 사안에 대하여 의사측의 책임을 인정하는 결과를 초래하기 때문에, 반대론이 등장될 수 있는 소지를 다분히 지니고 있음은 더 이상 말할 필요도 없다.

따라서 이 연구에서는 의료과오책임법영역에서 우리나라와 일본을 중심으로 위와 같은 새로운 경향이 나타나게 된 과정 및 그와 같은 판례

5) 石川寛俊, 「治療機會の喪失による損害」, 自由と正義第39卷第11号(1988), 27面参照.

의 흐름을 살펴보고⁶⁾, 이와 같은 경향에 책임법론상의 요건을 조명하기 위하여 우리나라의 종래 판례가 의료과오소송에 있어서 인과관계에 대하여 어떻게 이해하여 왔는가, 그리고 종래 학설에서는 위자료의 법적 기능을 어떻게 이해하여 왔는가에 대하여 고찰하기로 한다. 더 나아가 이와 같은 경향이 터잡고 있는 이른바 「診療를 받을 機會의 保障」이라는 보호법익을 독립적인 법익으로서 보장할 수 있을 것인가에 대하여 분석·고찰하고자 한다.

II. 診療機會喪失論의 展開

1. 우리나라의 診療機會喪失論에 관한 論議

우리나라에서도 종래 학설상에서는 「機會喪失論」이라는 이름으로 간헐적으로 전개되어 왔다.⁷⁾ 먼저 「機會喪失論」에 관한 연구로서 각국의 판례 및 학설의 전개과정을 개괄적으로 소개한 후 문제점을 정리한 정태운 교수를 들 수 있다. 정태운 교수는 「이 문제는 현실적으로는 각국의 의료과오소송에서 자주 등장하고 있고 또 앞으로 의료기술이 발달하면 더욱 관련분쟁이 빈발할 것으로 예상되는 반면에, 이론적으로는 전통

6) 외국 판례의 발전과정 및 그에 대한 각국의 평가에 대해서는 鄭泰綸 교수의 선행연구가 있다(정태운, 「機會喪失의 損害에 대한 研究」, 比較사법 제5권 제1호(1998), 171쪽 이하 참조). 정태운 교수가 밝히고 있는 바와 같이, 위의 연구성과물은 선행적으로 개괄적인 연구를 행한 것으로서 시사하는 바가 많다(206쪽 참조). 따라서 이 연구에서는 이와 같은 연구목적과 그 뜻을 같이하는 의미에서, 먼저 우리나라의 연구경향을 검토한 후 특히 일본의 판례 및 학설의 전개상황을 중심으로 고찰하기로 한다.

7) 우리나라에서도 학설상에서는 「機會喪失論」이라는 이름 아래 논의되고 있다(정태운, 위의 주6(논문), 169쪽 이하; 이종태, 「의료과오소송과 기회상실이론」, 법률신문제3020호(2001. 10. 22), 14면 이하; 裴成鎬, 「医療過誤訴訟에 있어서 機會喪失」, 법이론과실무제5집(2002), 149쪽 이하 참조.

적인 책임론의 틀안에서는 해결하기 어려운 요소가 있는 데다가, 인과관계, 입증책임, 손해 등 책임법에서 난제로 꼽히는 여러 문제와 밀접히 결합되어 있기 때문에 그 해결점을 모색함에 있어 고려되어야 할 이론상의 논점이 적지 않다」고 전제하고⁸⁾, 다음과 같이 규명하여야 할 과제를 제시하고 있다. 첫째 기회 그 자체가 과연 보호할 만한 것인가 하는 문제, 둘째 기회의 상실 그 자체를 독립적인 손해로 볼 수 있을 것인가 하는 문제, 셋째 기회의 정도에 대한 입증책임의 문제(원고부담—책임발생적 인과관계), 넷째 기회상실이 문제되기 위해서는 의사의 과실이 개입되기 전에 이미 환자에게 어떤 위험(예컨대 질병상태)이 진행되고 있었어야 하며, 따라서 원고의 보호 받는 법익은 의사의 적절한 도움이 있었더라면 회복될 수 있었던 상황이어야 한다는 문제이다.⁹⁾ 이와 같은 문제점 지적은 적확하다 할 것이다. 다만 이와 같은 구체적인 문제에 대한 논의는 IV의 3. 「診療機會保障의 保護法益性」에서 간략히 살펴보기로 한다.

또한 이종태 전문의는 미국의 Hicks v. United States 케이스¹⁰⁾에 대하여 고찰하면서, 당해 판결을 요약하면 다음과 같다고 한다. ①피고의 과실에 의하여 한 인간의 생존기회가 실질적으로 박탈당하였을 경우 피고는 이러한 기회를 박탈하였을 가능성의 정도에 대한 이의를 제기하거나 추측할 입장이 못된다. ②실질적으로 상당한 생존의 가능성이 있었고 그러한 가능성을 피고가 말살시켰다면 피고는 책임을 져야 한다. ③과실을 범하지 않았다면 어떻게 되었을까 하는 문제를 절대적으로 확실하게 입증한다는 것은 거의 불가능하다. ④법은 현실적으로 환자가 입원하여 수술을 받았다면 환자가 생존하였을 것이라는 사실을 정확하게 입증하기를 요구하지 않는다. 그런데 위 판결에 대하여 논자들은 ②에 대하여 잘못 해석하여 인과관계를 완화한 이론으로 또는 전통적인 인과

8) 정태윤, 위의 주 6(논문), 206쪽 이하.

9) 정태윤, 위의 주 6(논문), 207쪽 이하 참조.

10) 368F. 2d 626(4th Cir. 1966).

관계이론에 위배되는 것으로 보기도 하였다고 평가하였다.¹¹⁾ 따라서 이와 같은 「機會喪失論」에 대하여 이해하는 유형으로서는 ‘전통적 인과관계론에 입각하여 기회상실론을 인정하지 않는 그룹’, ‘인과관계의 완화로 보는 그룹’ 그리고 ‘별개의 손상(injury)으로 보는 그룹’으로 나눌 수 있다고 하면서, 「기회상실론은 가치평가를 통하여 개연성(probabilities) 뿐만 아니라 가능성(possibilities)에 대하여서도 보상을 인정하고 있다고 보면 된다」고 하여 별개의 손해로 보는 입장을 취하고 있는 것으로 판단된다.¹²⁾

마지막으로 미국의 「機會喪失論」의 전개과정을 인과관계 및 손해의 산정방법에 초점을 맞추어 고찰한 裴成鎬 교수의 연구성과물을 들 수 있다.¹³⁾ 裴成鎬 교수는, 기회의 정도에 대한 입증책임과 관련하여, 기회상실의 경우에는 현실적인 결과와 피고의 부작위간의 인과관계의 입증은 원고가 부담한다(책임설정적 인과관계)고 전제하고, 손해를 발생결과로 보지 않고 기회상실 그 자체로 본다면 ‘책임설정적 인과관계’가 문제되는 것이 아니라 ‘책임충족적 인과관계’만이 문제될 뿐이라고 한다.¹⁴⁾

이상과 같은 논의에서 알 수 있는 바와 같이, 우리나라에서는 일반적으로 「機會喪失論」을 독립적인 책임법상의 영역 즉 별개의 손해로 보려는 경향이 뚜렷하고, 또한 인과관계의 문제로 이해하면서 손해의 평가로 연계하려는 경향이 농후함을 알 수 있다. 이와 같은 경향과 대비하여 일본의 판례 및 학설과 우리나라의 판례를 살펴본 후 필자의 견해를 밝히 고자 한다.

11) 이종태, 앞의 주 7(논문), 14면 참조.

12) 이종태, 앞의 주 7(논문), 15면 참조.

13) 裴成鎬, 앞의 주 7(논문), 149쪽 이하 참조.

14) 裴成鎬, 앞의 주 7(논문), 198쪽

2. 日本의 診療機會喪失論의 展開

(1) 日本判例의 發展

① 期待權의 侵害

“인공임신중절수술 후 산모가 사망한 사건”에서, 「진료계약상의 채무 불이행으로서의 인과관계의 입증차원의 문제로서는 어떤 하나의 부작용 또는 수개(①사전검사의무위반, ②중절수술종료 후의 환자관찰의무위반, ③위기상태를 벗어난 후의 환자관찰의무의 위반)의 부작용과 일정한 결과와의 인과관계를 적극적으로 인정할 수는 없다 하더라도(인과관계의 입증불충분 필자 주) 일정한 하나의 부작용 또는 수개의 부작용만 없었더라면, 다시 말하면 충분히 환자를 관리하여 진찰·진료행위만 하였더라면 일정한 결과가 발생하지 않았을지도 모른다는 개연성이 인정되는 이상, 충분히 환자를 관리하여 진찰·진료를 받을 수 있었을 것으로 기대하고 있는 환자의 입장에서 보면, 그 기대를 배반당함으로써 예측하지 못한 결과가 발생한 것이 아닌가 라는 정신적 타격을 받은 것도 부인할 수 없는 사실이라 하여야 할 것이고, 위에서 말한 환자의 기대(이것을 기대권이라 하여도 좋다)는, 진료계약에 있어서 정당히 보호 받아야 할 법적 권리라 하여도 과언이 아니다」라고 판시하였다【사례3】.¹⁵⁾

② 延命利益의 喪失

“左前胸部刺創治療를 받고 있던 患者가 化膿性腹膜炎으로 사망한 사건”에서, 「망 A는 피고 의사들의 開腹手術實施義務違反(부작용 필자 주)으로 인하여 적절한 치료를 받아 치유할 기회와 가능성을 잃어버리고, 적어도 그 사망시기를 앞당긴 결과를 초래하였다 하여야 할 것이고(손해와의 인과관계불명확 필자 주), 이와 같은 사항에 관한 기대는, 생명

15) 福岡地裁, 1977年3月29日判決, 判例時報第867號, 90面, 99面. 또한 神戸地裁, 1985年12月14日判決, 判例時報第1324號, 91面 : 判例タイムズ第702號, 240面; 大阪地裁, 1989年6月26日判決, 判例タイムズ第716號, 196面 등 參照.

에 관한 근원적인 욕구이며, 법적으로 보호를 받아야 할 가치 있는 이익이라 하여야 할 것이므로, 피고들은 망 A가 위의 이익을 빼앗기므로 인한 손해를 배상하여야 할 의무가 있다고 하여야 할 것」이라고 판시하였다【사례4】.¹⁶⁾

③ 治療機會의 喪失

胃潰瘍으로 진단하여 胃切除手術를 행한 의사가 切除胃의 病理組織檢査를 행하지 아니한 사안에서, 「피고 Y는 …切除胃를 조직검사할 수 있는 시설에 보내어 암조직의 유무를 확인하여야 할 주의의무가 있다 하지 않을 수 없다」 하여 과실은 인정하였으나(귀책사유 인정-필자 주), 「…병리조직검사를 생략함으로써 적절한 치료를 받아 치유할 기회와 가능성을 상실하여 버렸고(손해와의 인과관계는 불명확-필자 주), 이와 같이 적절한 치료를 받아 생존할 가능성을 박탈당한 데 대한 정신적 고통은 피고 Y의 과실로 인하여 통상 발생하는 손해로서 위자함이 마땅하다」라고 판시하였다【사례5】.¹⁷⁾

④ 현저히 不誠實한 診療

원고 X₁이 1972년 9월 7일 Y병원에서 출생하였으나, 1,630g의 미숙아로 태어나 Y병원의 안과 의사 C에게 같은 해 11월 28일 진찰을 받은 결과 안과소견에 이상이 없는 것으로 진단을 받았다. X₁은 1973년 3월 2일 진찰을 받은 결과 백내장에 걸린 것으로 진단되었으나 담당 의사 C는 2,

16) 東京地裁, 1991年7月23日判決, 判例時報第1427號, 84面. 또한 東京高裁, 1983年6月15日判決, 判例タイムズ第509號, 217面; 静岡地裁沼津支部, 1990年12月19日判決, 判例タイムズ第751號, 208面; 宇都宮地裁足利支部, 1982年2月25日判決, 判例タイムズ第468號, 124面 등 參照.

17) 東京地裁, 1983年1月24日判決, 判例時報第1082號, 79面, 83面以下. 또한 東京地裁, 1985年9月17日判決, 判例時報第1201號, 105面 : 判例タイムズ第572號, 75面; 札幌地裁, 1986年6月5日判決, 判例タイムズ第604號, 63面 등 參照. 더 나아가 最高裁, 1999年2月25日判決, 民集第53卷第2號, 235面 (澤野和博, 「医療過誤における機會の喪失と損害賠償」, JURIST 第1177號(2000), 188面以下) 등도 參照.

3세 되어 수술을 하면 치유할 수 있다고 설명하였다. 그러나 1973년 5월 25일 다른 병원에서 진찰을 받은 결과 未熟兒網膜症에 걸린 것으로 판단되었고 이미 설명한 것으로 진단받았다. 이에 원고들은 Y병원의 소아과 의사 A, B에 대해서는 산소관리, 전신관리를 게을리하여 안저검사를 하지 않은데 대한 과실과 안과 의사 C에 대해서는 未熟兒網膜症에 걸린 사실을 발견하지 못함으로써 유효한 치료법인 光凝固法에 의한 치료를 받을 기회를 잃고 말았고, 정기적인 검사를 받도록 하여야 할 설명의무를 다하지 아니한 과실을 물어 채무불이행 또는 불법행위에 의한 손해 배상을 청구한 사건에서, 항소심재판소는 소아과 의사 A, B에 대해서는 과실을 부정하였고, 안과 의사 C에 대해서는 이 사건 당시 光凝固法은 의료수준에 달하지 아니하였다 하여 이를 전제로 한 원고들의 주의의무 위반에 대한 주장은 부인하였다. 그러나 안과 의사 C는 未熟兒網膜症에 대한 지식을 가지고 있었고, 그 발생시기를 인식하고 있었으며, 원고들이 未熟兒網膜症의 발증을 우려하여 受診하고 있다는 점을 알면서 신중한 경과관찰을 요함에도 불구하고 적절한 내원시기를 지시하지도 않았으며, 재진할 때에도 적절한 진찰을 하지 아니하여 백내장으로 오진하였고, 더 나아가 진료기록을 수정하는 등 현저하게 조잡하고 치밀하지 못하며 불성실한 의료를 행하였기 때문에 원고 X₁이 光凝固法の 진료를 받을 기회를 박탈당하였다 하여 위자료의 청구를 인용하였다 【사례 6】.18)

이 사건 판결에서는 소아과 의사 A, B 및 안과 의사 C의 진료상의 과실에 대해서는 부인하면서, 다만 안과 의사 C가 “조잡하고 치밀하지 못하며 불성실한 의료”(이하, ‘현저히 不誠實한 醫療行爲’라 한다)를 행함으로써 환자가 진료(이 사건 판결에서는 光凝固法の 시술)를 받을 기회를 박탈하였다는 이유로 위자료의 배상을 인정하였다는 점에 주목할 필요가 있다.¹⁹⁾

18) 名古屋高裁, 1986년 12월 26일 判決, 判例時報第1234號, 45面以下.

19) 그 외에도 의사의 과실과 결과발생과의 사이에 인과관계가 인정되지 않는

⑤ 判例의 傾向에 대한 檢討課題

위에서 살펴본 바와 같이, 일본의 판례에서는 ‘期待權의 侵害’, ‘延命利益의 喪失’ 그리고 ‘診療를 받을 機會의 喪失’ 및 ‘현저히 不誠實한 醫療行爲’ 등 다양한 논리구성에 따라, 귀책사유 즉 책임 있는 사유가 특정되지 않는 경우 또는 귀책사유는 인정되지만 발생한 손해와의 사이에 명확한 인과관계가 확정되지 않는 경우에도 慰謝料의 賠償을 인정하여 피해자를 구제하려는 하급심 판례의 경향을 보이고 있음을 알 수 있다. 위와 같은 하급심 판례의 경향이 결국 [I. 문제의 제기]에서 언급한 【사례1】과 【사례2】의 최고재판소 판결로 귀결되게 된 것이다.

위와 같은 하급심판례에서 주목하여야 할 과제로서는, 먼저 이른바 患者의 期待權, 延命利益 그리고 診療를 받을 機會 및 誠實한 醫療를 받을 權利 등과 같은 이익에 대하여 法的 保護價値 즉 法益을 인정할 것인가라는 점, 그리고 과실의 특정 또는 발생한 손해 사이에 인과관계가 인정되지 않는 경우에도 위자료배상이라는 논리의 전개로 피해자의 구제를 도모하는 경향을 어떻게 평가할 것인가라는 점이다. 위와 같은 검토과제에 대해서는 후술하기로 한다.

(2) 日本의 判例에 대한 學說의 傾向

위와 같은 하급심판례들의 경향이 일본에서는 상당수의 긍정사례가 축적되어가고 있던 중에도 일본의 學說에서는 부정적인 견해를 피력하는 경향이 농후하다고 평가하는 견해도 있다.²⁰⁾ 그러나 반드시 그렇다

경우에도 의사에게 중대한 의무위반이 있고, 그로 인하여 환자가 정신적 고통을 받은 때에는 그 고통의 배상을 구할 수 있다 하여, 의사의 부적절한 처치로 인하여 환자가 당한 고통과 의사로부터 轉醫妨害가 있었던 사실 등을 고려하여 200만엔의 위자료지급을 명한 판결도 있다(浦和地裁, 1985年12月27日判決, 判例時報第1186號, 93面 以下 參照). 또한 手嶋豊, 判例評論第411號(1993), 23面 以下, 27面 參照.

20) 1980년대에 이미 긍정사례가 14건, 부정사례가 3건 존재한다고 한다(山崎進, 「診療債務の不履行と死亡との因果關係が肯定されない場合の損害の成否」, ジュリスト第949號(1990), 125面, 129面 參照. 미국의 논의에 대해서는, J. H.

고 단정하기는 어려울 것 같은 경향마저 보였다.

예컨대, (가)먼저 부정적인 견해로서, ①櫻井 교수는 앞서본 1977년의 福岡地方裁判所の 判決【사례3】²¹⁾에 대한 평석²²⁾에서, 다음과 같은 의문점을 제기하고 있다. 즉 「첫째, 無因果關係論이라 할 수 있는 논리를 전개하면서 피고에게 손해배상책임을 인정하고 있다는 점, 둘째, 의료과오소송에서 「期待權의 侵害」라는 문언을 빌어 대단히 소액의 손해배상액으로 산정하여 사안의 해명을 애매하게 만들었다는 점」을 들고 있다.²³⁾ 덧붙여, 櫻井 교수는 「개연성이론을 빌어서까지 환자의 구제를 도모하려는 배려가 작용한다면, 의사의 과실과 환자의 사망과의 사이의 인과관계의 존재를 명확히 인정하였어야 하고, 또한 그렇다면 期待權의 侵害라는 형태로 인용한 배상액은 지나치게 낮은 금액」이라 한다.²⁴⁾ 또한 ②渡邊 판사는, 「위와 같은 기대를 배반한 것 그 자체를 期待權侵害라 하여 위자료의 배상을 긍정할 수 있을 것인가에 대해서는 문제가 있다」고 지적하면서²⁵⁾, 「期待權侵害로서 위자료의 배상을 긍정한 판례는 事實的因果關係의 이해방법에 재고할 필요가 있을 것으로 생각되지만, 종래의 事實的因果關係에 대한 이해방법을 취하는 한, 期待權侵害를 法益侵害로 인정하여 위자료의 배상을 긍정할 수는 없으므로, …인간의 존엄(이것을 인격권의 한 종류로 본다)을 침해한 것으로서 위자료의 배상을

King, "Causation, Valuation, and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences", 90 Yale L. J. 1353(1981) ; J. Rosati, "Note : Causation in Medical Malpractice : A Modified Valuation Approach", 50 Ohio S. L. J. 469(1989) ; Annotation : Propriety, in Medical Malpractice Case, of Admitting Testimony Regarding Physician's Usual Custom or Habit in order to establish Nonliability, 10 ALR 4th 1243 etc.

21) 앞의 주 15(判決 : 福岡地裁判決) 참조.

22) 櫻井節夫, 判例評論第232號(1978), 25面.

23) 櫻井節夫, 위의 주(평론), 25面.

24) 櫻井節夫, 위의 주(평론), 26面.

25) 渡邊了造, 「過失あるも因果關係がない場合の慰謝料」, 判例タイムズ第686號(1989), 69面.

긍정할 수는 없을 것인가. 延命利益의 喪失에 대한 위자료의 배상을 긍정하는데 대해서는 많은 학자들의 찬성을 얻을 수 있을 것으로 생각한다.²⁶⁾고 하여, 「期待權侵害論」보다는 「延命利益喪失論」(人格權으로서의 人間의 尊嚴性侵害論)으로 법익침해성을 인정하는 것이 더욱 타당할 것이라고 제안하고 있다.

이와 같이 「期待權侵害論」에 대하여 부정적인 입장을 취하는 견해가 대세를 형성함에 비하여, (나)긍정적인 견해를 취하는 ①石川 변호사는 「救命되었을 高度의 蓋然性の 인정에 도달하지 아니하여도 그 가능성이 적지 않은 이상, 소송상의 證明이 충분하지 못하다는 한마디로 의사를 면책시키는 것은 더욱 주저하지 않을 수 없다. 치료의 유효성이 낮지만, 그렇다고 하여 태만한 의사가 면책되어야 한다면, 환자의 의사에 대한 신뢰는 유지될 수 없고 또한 모든 가능성을 강구하여 노력을 경주하여야 할 의료의 진전도 기대할 수 없게 되기 때문」²⁷⁾이라 하고, 더 나아가 「의사와 환자의 관계에 비추어보면 간과할 수 없는 태만 내지 조잡하다고 하여야 할 직무태도가 구체적이고 역사적 사실 그 자체로서 정당히 판단되어야 함에도 불구하고 과학성이라는 이름아래 자료부족이라는 이유로부터 과도한 증명책임을 환자에게 부담시키는 소송실무에의 소박한 반성이 바탕에 깔려 있는 것으로 생각된다」고 한다.²⁸⁾ 또한 ②山崎 변호

26) 渡邊了造, 위의 주(논문), 69面.

27) 石川寬俊, 앞의 주2(논문), 26面.

28) 石川寬俊, 앞의 주2(논문), 26面. 더 나아가 石川 변호사는, 期待權侵害로부터 延命利益喪失로, 그리고 다시 治療機會喪失로 轉移하는 판례의 경향에 대하여, 「의사는 환자에게 의료수준에 맞는 치료를 다하여야 할 최선의 의무를 부담하고 있고, 그 업무에 반하여 환자의 치료를 받을 기회를 상실하게 한데 대하여 배상책임을 귀속시키고 있다. 다시 말하면, 평가의 대상을 기대에 대한 배반이라는 결과사실로부터 의사의 행위태양에, 또한 환자의 (기대라는=필자 주) 주관적 인식으로부터 치료기회의 상실이라는 객관적 사실에 그 무게중심을 이동시키고 있고 평가한다(27面 以下). 이와 같은 평가는 「治療機會의 喪失」이라는 보호법익에 대한 法的 規範化에 참고할 가치 있는 지적이라 할 것이다.

사는, 「첫째, 정신적 고통이 객관성을 지니는 것으로 인정되는 구체적 사정이 인정되는 경우에는 계약위반과 인과관계를 지니는 정신적 손해를 긍정하고, 그 외 법익의 침해가 없다 하여도 위자료배상을 인정하여야 한다. 둘째, 일반적으로 계약은 당사자 사이에서 일정한 이익을 설정하고 그 확보를 약속하고 있지만, 가령 그 이익이 불법행위에 있어서의 보호법익과 같은 이를테면 通有性을 지니지 않는다 하여도 계약을 유효한 것으로 인정하기 위해서는 법적 보호를 부여하여야 하고, 그 침해에 대해서는 정신적 손해에 기초한 위자료의 배상을 긍정할 수 있는 것이 아닌가 라는 점」을 들고 있다.²⁹⁾ 이와 같은 이해방법은 수준적 의료를 제공하여야 할 의무(수단채무)를 의사의 기본채무로 자리매김하려는 사고이다. 더 나아가 이와 같은 판례의 경향에 대하여 ③期待權, 延命利益 등의 보호법익을 『최대한 적절한 치료를 요구할 가능성』 및 『余生享受의 가능성』과 같은 생활(생명)의 質 내지 라이프·스타일에 관한 법익으로 파악하려는 견해³⁰⁾, ④「의사가 의료계약상 부담하는 채무의 수단채무성에 착안하여, 또는 급부하여야 할 의료가 평균적인 의료수준이라는 일정한 質을 갖출 것을 보증하고 있다고 해석하여 그 의료수준에 質적으로 미달하여 현실적으로 급부한 의료와 수준적 의료에 맞게 급부하였어야 할 의료와의 사이에서 환자가 향유할 療養(生活)의 質에 분명한 차이가 있다면, 그것을 손해로 파악하여 의사에게 위자료의 지급의무를 인정하여야 한다」고 주장하는 견해³¹⁾도 있다. 또한 ⑤환자의 기대권이 보호되기 위해서는 (가)당해 진료과정의 주요부분에, (나)현저한 오류(미스)가 있고, (다)그와 같은 환자의 사망·중대한 기능장애 및 연명과의 사이

29) 山崎進, 앞의 주20(논문), 127面.

30) 新美育文, 「癌患者の死亡と醫師の責任」, *ジュリスト* 第787號(1983), 81面.

31) 浦川道太郎, 「民法判例レビュー44: 民事責任」, *判例タイムズ* 第838號(1994), 58面, 55面. 더 나아가, 浦川교수는 「期待權侵害」라는 이론구성은 의료과오에 한정되는 것이 아니고 변호과오의 경우에도 인정된 사례(東京地裁, 1992年4月28日判決, *判例時報* 第1469號, 106面)가 있는 만큼 이를 고려하여, 전문가책임과 깊은 관련성을 지닌 것으로 이해하는 것이 타당하다고 한다.

에 사실적 인과관계가 인정되지 아니할 것, (ㄷ)환자의 기대를 상실하게 한 경우라는 요건을 필요로 하고, 그와 같은 요건이 충족되는 범위 내에서 기대권의 침해라는 명목으로 법적 구제를 받는다 하여, 기본적으로는 「期待權」이라는 보호법익을 인정하면서 엄격한 요건을 요구하는 견해³²⁾도 있다. 더 나아가 ⑤「환자와 의사측과의 진료계약에 기초하여 진료 당시의 의료수준상 요구되는 주의의무를 다하여 적절한 진료행위를 받음으로써 救命(治癒)될 가능성 및 이와 같은 救命될 가능성이 있는 적절한 진료행위를 받아 정신적으로 안정된 생활을 영위할 수 있는 이익은, 어느 경우나 계약의 기초에 따라 향유 받아야 할 법적으로 보호 받을 가치 있는 이익이기 때문에, 이와 같은 이익의 정도(특히 救命·治癒될 가능성의 정도)와의 상관관계에 있어서 위법성이 긍정된다면, 그와 같은 적절한 진료행위가 행하여지지 않음으로써 救命(治癒)가능성이 위법하게 침해되었다는 유감에 대하여 위자료의 손해배상을 긍정하여도 좋을 것이고, 그 위자료액은 그와 같은 상관적 고려에 따라 산정된다」고 하는 견해³³⁾도 있고, 稻垣 변호사와 같이 위와 같은 기대권 및 연명이익 등의 법익침해를 원인으로 한 위자료배상은 調整的 賠償³⁴⁾ 또는 調和的 解決³⁵⁾이라는 관점에서 이해하려는 견해도 있지만, 이와 같은 견해에 대하여 경계심을 표시하는 견해도 있다.³⁶⁾

(3) 日本最高裁判所判決의 立場

위와 같이 학설상에서는 부정론과 긍정론이 대립되어 논의되고 있는 가운데, 일본의 최고재판소는 다음과 같은 판결을 내린바 있다. 먼저, 알콜性肝硬變으로 진단받아 진료를 받아 왔지만, 2년 8개월 사이에 771회

32) 中村哲, 「医療過誤訴訟における損害についての二、三の問題」, 司法研修所論集, 1988-I, 127面 參照.

33) 橋本英史, 「医療過誤における因果關係の問題」, 新・裁判實務大系1(医療過誤訴訟法), 青林書院(2000), 217面 參照.

34) 稻垣喬, 醫師責任訴訟の構造, 有斐閣(2002), 164面.

35) 稻垣喬, 「延命利益の評価と検討」, 判例タイムズ第513号(1984), 89面.

36) 手嶋豊, 앞의 주19(判例評論), 29面 參照.

에 걸친 진료를 실시하였으면서 - 肝硬變으로부터 肝細胞癌이 발생하는 것은 당시 폭넓게 의학적으로 알려져 있는 사실임에도 불구하고 - 당해 환자가 사망하기 전 22일 전에야 비로소 처음으로 肝細胞癌檢査를 실시하였을 뿐이었다는 사안에서, 1999년 최고재판소는 의료과오소송에 있어서 인과관계에 관한 선언적 판단이라 할 수 있는, 이른바 룬바르사건에 대한 최고재판소판결³⁷⁾을 인용한 후 「의사가 주의의무를 다하여 진료행위를 행하였다면, 환자가 그 사망의 시점에 생존하고 있었을 것으로 시인할 수 있는 고도의 개연성이 증명된다면, 의사의 위와 같은 부작위와 환자의 사망과의 사이의 인과관계는 긍정된다고 해석하여야 한다」고 하고, 「환자가 위와 같은 시점 이후 어느 정도의 기간 생존할 수 있었느냐에 대해서는 취득가능하였을 이익 기타 손해액의 산정에 고려하여야 할 사유이고, 그와 같은 이익이 인과관계의 존부에 관한 판단을 직접적으로 좌우하는 것은 아니」라고 판시하였다 【사례7】. ³⁸⁾ 결국, 이 사건 최고재판소판결에서는, 제1심과 원심이 위의 검사 등 부작위에 의한 주의의무위반은 인정하면서 당해 환자의 사망과의 상당인과관계를 부정하였음에 비하여, 최고재판소는 「適切한 治療를 받을 機會」를 빼앗기고 「延命의 可能性」을 박탈당한 정신적 손해에 대한 위자료 등을 인정하는데 그친 원심의 판단에 대하여 직접 인과관계를 인정함으로써 원심판결을 파기·환송하였다. 그러나 그 후 최고재판소는, [I. 문제제기]에서 언급한 【사례1】과 【사례2】의 최고재판소 판결에 이르러, 「환자가 그 사망의 시점에 의연히 생존하고 있었을 상당 정도의 가능성의 존재가 증명될 때에는 ...손해를 배상할 책임을 부담한다」라고 판결하기에

37) 最高裁, 1975年10月24日判決, 民集第29卷第9號, 1417面 以下 參照.

38) 最高裁, 1999年2月25日判決, 民集第53卷第2號, 235面 以下. 이 사건 최고재판소 판결은 앞의 주22에서 밝힌 櫻井節夫 교수의 비판 및 주장과 접합한 입장이라 할 수 있다. 또한 이 사건 최고재판소 판결은 延命利益을 독립적인保護法益 그 자체로 이해하지 않고, 개연성에 기초한 인과관계를 인정하면서 발생한 延命利益의 侵害라는 손해를 손해배상의 범위로 이해하고 있다는 점에 유의할 필요가 있다(橋本英史, 앞의 주24(논문), 209面 以下 參照).

이르렀다.

또한 지금까지의 期待權侵害 등에 관한 판례들은 대체로 債務不履行 責任法的 構成方法을 취하는 경향이 농후하였지만, 최고재판소 판결 【사례1】은 不法行爲責任法的 構成方法을 취하였다는 점에 그 특징을 발견할 수 있다. 결국 期待權侵害 등에 관한 一連의 判決들이 어떠한 책임법적 구성을 취하고 있는가 그리고 期待權·延命利益의 保障 및 診療機會의 保障이라는 保護法益을 인정한 판례들의 이론적 근거는, 아직 그 이론구성이 명확하게 정착되었다고 할 수는 없지만, 특히 최고재판소가 위와 같은 경향을 부정하지 않고 「相當程度의 生存可能性」이라는 保護法益을 설정·확인함으로써 수용하고 있다는 점은 이후 나아갈 하나의 방향을 제시하였다³⁹⁾고 할 수 있기 때문에, 앞으로 어떠한 法的 構成을 취할 것인가, 또는 그 손해의 평가는 어떻게 행할 것인가, 더욱이 인과관계와의 관련성을 어떻게 무리 없이 전개할 것인가에 대한 과제가 남아 있다고 할 수 있다.

III. 因果關係論의 展開

1. 學說 및 判例의 立場

의료사고에 있어서 의사의 과실책임을 추급하기 위해서는 피해자인

39) 窪田充見, 「医療行爲に過失ある場合における因果關係の証明と不法行爲の成否」, *ジュリスト* 第1202號(2001), 69面 以下 參照. 窪田教授は, 「*「相當程度의 生存可能性」을 保護法益으로 파악한 이 사건 判決의 구성은, 당해 배상을 非財産的인 損害에 한정하려는 積極的인 論理를 내재하고 있는 것은 아니*」라고 하여 반드시 위자료배상에 한정하고 있는 것은 아닌 것으로 이해하고 있음과 동시에, 「*生存의 可能性에 따른 損害賠償責任을 부여한다면, 그 비율에 따른 財産的 損害 및 非財産的 損害의 賠償도 함께 고려할 수 있을 것*」이라고 한다(70面).

환자측이 의사의 과실 및 그 과실과 나쁜 결과와의 사이의 인과관계를 입증하여야 한다. 이와 같은 입증책임에 관한 문제는 불법행위책임에 의하건 채무불이행책임에 의하건 원고에게 있는 것으로 해석하는 것이 오늘날의 통설적 견해이고 또한 판례가 취하고 있는 입장이기도 하다.⁴⁰⁾ 그러나 실제로 의료행위는 전문성과 기술성을 지니고 있기 때문에, 의료에 대하여 문외한인 환자측에서 의사의 과실이나 인과관계를 증명한다는 것은 매우 어려운 일일 뿐만 아니라 거의 불가능에 가깝다고 이해하는 것이 오늘날의 일반적인 사회관념이자 법조인의 인식이다.

이와 같은 현실에 직면하여 우리나라는 물론 선진 각국에서도 학계 및 판례에서 환자의 증명책임을 완화하거나 의사에게 증명책임을 전환하기 위하여 다양한 이론구성을 시도하여 왔다. 이와 같은 증명책임이 의료사고책임소송에서 특히 중요시되어 온 것은 이른바 “입증책임 있는 곳에 책임 있다” 라는 소송법상의 일반원리에 비추어 볼 때 당연한 현상일 것이다. 우리나라에서도 최근 대법원에서 환자의 증명책임을 완화하는 판단을 내리는 경향이 나타나 그 추이가 주목된다. 이와 같은 현상은 결코 가볍게 보아 넘길 문제만은 아니다. 또한 판례경향의 타당성 여부에 대해서는 접어두고라도 그 법이론적 틀을 분명히 할 필요가 있다. 왜냐 하면, 일반 손해배상책임소송에서도 그러하듯이 의료사고소송의 경우 환자(피해자)가 보호받아야 할 보호법익의 가치도 높지만 그에 못지 않게 의사(가해자)도 의료사고라는 위기의식(위축의료)에서 벗어나 국민의료에 충실히 임할 수 있는 의료환경이 조성되어야 한다는 사회보호적 가치가 병존하기 때문에, 이른바 두 마리의 토끼를 잡아야 하는 범정책학적 고려요소가 내재되어 있다.

40) 郭潤直, 債權各論, 博英社(1995), 727쪽; 金疇洙, 債權各論, 三英社(1992), 658쪽; 李銀榮, 債權各論, 博英社(2004), 774쪽; 吳錫洛, 立證責任論, 博英社(1996), 87쪽; 대법원 1973.11.27. 선고, 73다919판결; 대법원 1974. 12. 10. 선고, 74다1774판결 등. 日本의 경우 中村哲, 「醫療事故訴訟における因果關係について—疾病を前提とする醫療行爲を中心にして—」, 判例タイムズ 第858號, 1994., 30面 등 參照.

최근 우리나라의 대법원판결⁴¹⁾을 살펴보면 다음과 같다. 즉 「일반적으로 의료행위에 있어서 그 주의의무 위반으로 인한 불법행위 또는 채무불이행으로 인한 책임이 있다고 하기 위하여는 일반적인 경우와 마찬가지로 의료행위상의 주의의무위반, 손해의 발생 및 주의의무의 위반과 손해의 발생과의 사이의 인과관계의 존재가 전제되어야 하고 이는 이를 주장하는 환자측에서 입증하여야 할 것이지만 의료행위가 고도의 전문적 지식을 필요로 하는 분야이고, 그 의료의 과정은 대개의 경우 환자본인이 그 일부를 알 수 있는 외에 의사만이 알 수 있을 뿐이며, 치료의 결과를 달성하기 위한 의료기법은 의사의 재량에 달려 있기 때문에 손해발생의 직접적인 원인이 의료상의 과실로 말미암은 것인지 여부는 전문가인 의사가 아닌 보통인으로서는 도저히 밝혀낼 수 없는 특수성이 있어서 환자측이 의사의 의료행위상의 주의의무위반과 손해의 발생과 사이의 인과관계를 의학적으로 완벽하게 입증한다는 것은 극히 어려우므로, 이 사건에 있어서와 같이 환자가 치료 도중에 하반신마비 등 사지부전마비증상이 발생한 경우에 있어서는 환자측에서 일용 일련의 의료행위 과정에서 저질러진 일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실있는 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 사실을 증명한 경우에 있어서는, 의료행위를 한 측이 그 결과가 의료상의 과실로 말미암은 것이 아니라 전혀 다른 원인으로 말미암은 것이라는 입증을 하지 아니하는 이상, 의료상의 과실과 결과 사이의 인과관계를 추정하여 손해배상책임을 지울 수 있도록 입증책임을 완화하는 것이 손해의 공평·타당한 부담을 그 지도원리로 하는 손해배상제도의 이상에 맞는다」고 하여 상고를 기각하였다 【사례8】. 위에서 살펴본 대법원의 판결논지는 위에서 살펴본 대법원판결 이전⁴²⁾에도 있었으나, 그 후에도 지속되어 우리나라

41) 대법원, 1995. 3. 10. 선고, 94다39567판결.

42) 대법원, 1995. 2. 10. 선고, 93다52402판결 참조.

대법원의 굳은 입장이라 하여도 좋을 것이다.⁴³⁾

위와 같은 대법원의 입장에 대하여 어느 실무가로부터 다음과 같은 문제제기가 있었다.⁴⁴⁾ 즉 “의료과오소송에 관한 입증책임과 관련하여서는 위와 같은 추정이론에 따른 환자측의 입증책임경감론이 확고한 대법원의 입장이라고 볼만한 정도로 굳어졌다는 것을 느낄 수 있다”고 하면서, 위와 같은 추정론이 입증책임을 顛倒한 것인가(입증책임의 전환) 아니면 추정론을 채용하면서 ‘事實上의 推定論’을 채용한 것인가 또는 ‘一應의 推定論’을 채용한 것인가 분명하지 아니하다 라고 지적한다.⁴⁵⁾ 이와 같은 지적은 대법원판결이 취하고 있는 입장을 분명히 파악하기 위하여 반드시 행하여져야 할 판례분석의 필요성을 주장한 것으로 대단히 유익한 지적이라 할 것이다.

위와 같은 문제점이 실무가들로부터 제기되는 이유는, 먼저 인과관계에 관한 명확한 이해가 정립되어 있지 않다는 점, 그리고 입증책임완화를 위하여 지금까지 많은 이론이 제시되었으나 그 논리구조가 불명확하여 미정립상태에 있었기 때문이라고 솔직히 인정하여야 할 것이다. 따라서 이와 같은 과제는 법학계에 부과된 사명이라고 감히 고백하지 않을 수 없다. 따라서 이하에서는 우리나라의 경우 의료사고소송에 있어서 인과관계에 대한 입증책임의 판단이 어떠한 과정을 거쳐 현재와 같은 대법원판례의 입장에 도달하게 되었는지 그 흐름에 대하여 간단히 살펴보기로 한다.

43) 그 이후의 판결로서 대법원, 1996. 6. 11. 선고, 95다41079 판결 ; 동, 2001. 3. 23. 선고, 99다48221 판결 등 참조.

44) 孫容根, 「醫療過誤訴訟에 있어서 立證의 輕減」, 法律新聞 제2489호(1996.3.25), 13면 참조. 위의 논문은 1996. 2. 12. 比較私法學會 제7회 학술발표회에서 보고된 것으로, 比較私法제3권제1호, 19쪽 이하에 全文이 게재되어 있다. 따라서, 이하에서는 比較私法제3권제1호에 게재된 논문을 중심으로 인용하기로 한다.

45) 孫容根, 위의 주(논문), 44쪽.

2. 判例의 展開過程

(1) 일반의과의사가 신경외과 전문의에게 轉醫하지 아니하여 환자가 사망한데 대하여 인과관계를 인정한 사례 【사례9】⁴⁶⁾

1983. 9. 29. 소의 망 A가 자전거에 충돌하여 넘어져 일반외과 전문의인 피고 Y로부터 우측두부에 대한 상처를 진단하면서 뒷머리 부분의 외상 등으로 뇌부종 및 뇌출혈 등을 일응 의심하여 동공반응 등 신경외과적 진찰과 머리 부분의 방사선 촬영 등을 하고서도 그 방사선 사진상에 나타나 있는 우측두부의 약 15센티미터 가량의 선상골절을 발견하지 못하여 위 소의 망인이 뇌실질내출혈상을 입었음을 예상하지 못하고 단순히 뇌부종과 뇌좌상 등의 증세가 있는 것으로 판단하여 피고가 경영하는 병원에 입원시켜 치료하던 중 위 망인이 다음날 11:30경 뇌실질내출혈로 인하여 사망한 사건에서 원심법원은 다음과 같이 판시하였다. 즉 「...거시의 증거에 의하여 두부외상으로 뇌실질내출혈이 일어날 경우 이에 대한 치료방법으로는 우선 약물치료에 의하여 지혈 등을 시도하고, 이러한 약물치료를 하더라도 출혈이 계속될 때에는 두개골을 절단하여 출혈부위를 제거하는 등의 방법으로 뇌압을 감소시키는 개두수술을 시도하는 것 뿐인데 위 망인의 경우와 같이 뇌기저부 출혈로 인한 뇌혈종이 생긴 경우에는 수술 자체에 수반하는 고도의 위험성으로 말미암아 개두수술은 거의 시행되지 않고 있는 것이 상례인 사실, 피고의 뇌부종, 뇌좌상 등을 전제로 위 망인에 대하여 시행한 원 판시 투약 등의 약물치료는 뇌실질내출혈에 대한 약물치료로서도 동일하게 처방될 수 있는 방법인 사실, 일반적으로 뇌실질내출혈이 시작된 환자에 대하여 위와 같은 치료를 하지 아니할 경우 거의 사망에 이르게 되고 제때에 약물치료나 개두수술을 시행할 경우 그 환자가 사망하지 않거나 생명이 연장될 가능성은 뇌출혈의 정도 등 환자의 상태에 따라 상이하나 위 망인의 경우 이러한 가능성이 50퍼센트 정도에 불과한 사실을 인정하여, 피고가

46) 대법원, 1989. 7. 11. 선고, 88다카26246 판결.

위 선상골절상이나 이에 따른 뇌실질내출혈 등을 발견 내지 예상하지 못하였다거나 제때에 완전한 시설을 갖춘 다른 병원으로 전원조치를 취하지 아니한 행위와 위 망인의 사망과의 사이에는 인과관계가 있다고 볼 수 없다」고 판시하였다.⁴⁷⁾

그러나 위와 같은 원심법원의 판단에 대하여 대법원은, 「뇌를 손상한 환자는 신경외과 전문의에게 의뢰하여 치료하는 것이 바람직한데(뇌의 손상이 중할 수록 위 전문의의 치료를 받는 것이 타당함) 이 건의 경우 일반외과 전문의인 피고가 방사선사진을 정확하게 판독하여 최선의 응급조치를 취한 후 신경외과 전문의가 있는 병원으로 전원(轉院)하여 적절한 치료를 받게 하였더라면 위 (소의 망) A가 사망하지 않거나 생명을 연장시킬 수 있었을 것이며 그 경우에 구명율은 50퍼센트의 가능성이 있었다는 취지이고, 여기에 위에서 본 원심이 확정한 사실, 즉 피고가 위 A를 진찰함에 있어서 방사선사진상에 나타나 있는 우측두부의 약 15센티미터 가량의 선상골절을 발견하지 못하여 뇌손상을 입은 증상의 환자를 단순히 뇌부종과 이에 따른 뇌좌상, 뇌진탕 등의 증세가 있는 것으로 오진하여 그에 관한 약물치료만을 한 점 등 사실관계를 종합하여 검토하여 보면 다른 특별한 사정이 없는 한 피고 Y가 위 방사선사진상에 나타나 있는 선상골절상이나 이에 따른 뇌실질내출혈 등을 발견 내지 예견하지 못하여 망인을 제때에 신경외과 전문의가 있는 병원에 전원하여 확정적인 진단 및 수술을 받을 수 있는 필요한 조치를 취하지 아니한 사실과 위 A의 사망과의 사이에는 인과관계를 인정함이 상당하다」 할 것이라 하여 파기·환송하였다.

(2) 분만시 심슨겸자 사용으로 인한 뇌성마비가 된 사례 【사례10】⁴⁸⁾
 원고 X₁(母)은 출산을 위하여 정기적으로 피고 병원에서 검진을 받았

47) 서울고법, 1988. 9. 12. 선고, 87나3376 판결.

48) 대법원, 1992. 12. 8. 선고, 92다29924 판결.

으나 특별한 이상은 없었고 분만예정일보다 6일 지나 본격적으로 진통이 시작되어 피고 Y병원에 입원하여 진단을 받은 결과에도 이상은 없었다. 피고 병원 소속의 2년차 전공의인 Y₁ 등은 자궁입구에 태아의 머리가 보이자 산모를 산실로 옮겨 자연분만을 시도하였으나 태아의 머리가 커서 분만이 지연되자 흡입기(Vacuum)를 사용하여 흡입분만을 시도하였지만 분만되지 않았다. 이와 같이 분만이 지연되자 부득이 심슨겸자(Simpson forceps)를 사용한 바, 심슨겸자를 사용하는 경우에는 손상이 발생하지 않도록 고도의 주의를 기울여야 함에도 불구하고 태아의 머리를 꼭 집어 무리하게 끌어 내었고, 전문의에게 보고하거나 제왕절개술을 시행하지 아니하므로 인하여 원고 X₂(子)에게 좌측측두골, 두개골골절, 전반적인 뇌부종, 우측전후두정골부근과 좌측후두정골의 두혈종 및 두개내출혈이 있었으며 끝내 뇌성마비증세를 보이게 되었다. 뇌성마비의 발생원인으로서는 출산전 모체의 감염, 방사선조사, 출혈, 중독증, 제대(臍帶)의 이상, 태반의 이상, 모체의 산소결핍상태 등에 기인한 임신중의 무산소증, 모체와 태아의 혈액형 부적합으로 인한 핵황달, 태아의 미성숙 등이 있고, 출산시의 원인으로 비정상분만, 특히 난산 등의 경우 기계적 요인(특히 본건과 같이 겸자 등 기계조작으로 생긴 분만의상으로 인한 두개내출혈 등), 기도의 폐쇄, 호흡마비양수흡인에 기인한 신생아가사(저산소증) 등이 있고, 출산후의 원인으로서는 두부의상감염, 뇌종양 등을 들 수 있다는 것이다.

이에 대하여 대법원은 다음과 같이 판시하였다. 즉 「…원고 X₂의 출산 직후 발견된 비정상적으로 큰 두개혈종과 뇌부종 및 두개내출혈 등 두부손상은 위 원고의 분만 당시 위 Y₁이 위 인정과 같은 주의의무를 게을리 하여 심슨겸자로 무리하게 태아의 머리를 집어 끌어내는 과정에서 가한 물리적 충격과 압박에 기인한 것으로 보이고, 원고 X₁과 태아가 모두 출산 직전까지 극히 정상인 것으로 진단되었을 뿐만 아니라 출산 전후를 통하여 달리 뇌성마비의 원인이 될 만한 모체 또는 태아의 감염이나 이상이 있었음을 인정할 자료가 없는 이 사건에 있어서는, 위 L의

무리한 겸자사용으로 인한 두개내출혈 등이 원고 X₂의 뇌성마비의 원인이 된 것으로 추정된다。」고 判示하였다.

(3) 척추전방유합수술로 인하여 하반신마비증세를 초래한 사례【사례 11】⁴⁹⁾

원고 X는 제7, 8 흉추 사이의 척추결핵에 대한 치료를 위하여 피고 Y 법인 소속 병원에서 주치의 Y₁의 지도하에 척추전방유합술을 시술받았으나 그 직후부터 제7 흉추 이하 하반신이 마비되는 증상이 나타나 그 후 2회에 걸친 재수술을 받았음에도 불구하고 결국 회복되지 아니하였다.

이에 대하여 대법원은 다음과 같이 판시하였다. 즉 「...하반신마비증세를 초래할 수 있는 원인으로서 척추전방유합술의 시술과정에서 척추신경손상에 의한 경우와 허혈증(척추신경에 산소나 영양이 제대로 공급되지 아니하여 그 기능을 발휘하지 못하게 됨으로써 마비가 오는 현상)에 의한 경우로 크게 나눌 수 있다. 먼저, 척추신경손상의 경우는, 첫째 집도의가 부주의로 척추신경을 수술칼로 끊거나 소파술시 수술기구가 신경을 세게 압박하는 경우, 둘째 이식된 뼈가 척수를 압박하는 경우, 셋째 수술 당시 척추강속에 흘러 들어간 피를 제거하지 아니하여 생긴 혈종이 척수를 압박하는 경우, 넷째 소파술시 끊어낸 작은 뼈조각이 척추강속에 들어가 신경을 압박하는 경우 등을 생각할 수 있고, 허혈증의 경우는, 첫째 수술시 출혈을 막기 위해 묶은 혈관을 복원시키지 아니하고 방치한 경우, 둘째 혈종이나 끊어낸 뼈조각이 혈관을 압박하여 혈류를 막는 경우, 셋째 수술시 과도한 출혈로 혈압이 낮아진 경우 등으로 세분할 수 있는 사실, 위와 같은 여러 원인들 중 척추신경손상의 첫째의 경우와 허혈증의 경우 이외에는 급작스러운 하반신 마비가 오지 아니하는데, 허혈증은 현대의학상 환자의 체질과 관련된 것으로 추측하고 있을

49) 대법원, 1993. 7. 27. 선고, 92다15031 판결.

뿐 지금까지 척추결핵에 대한 수술로 말미암아 허혈증이 발생되었다는 학계보고는 없으며, 척추결핵에 대한 척추전방유합술은 적당한 시설과 숙련된 정형외과 의사가 있는 경우 큰 위협없이 행하여 질 수 있고, 척추전방유합술에 의한 치료 후 대부분의 경우 회복세를 보이며, 위 원고처럼 하반신 불완전마비 초기증세를 보이던 환자가 수술직후 완전마비로 악화된 경우는 보고된 바 없는 사실, 한편 척추결핵의 진단에 있어서는 단순엑스선촬영이나 엑스선단층촬영 보다는 전산화단층촬영(CT촬영)이 수술전 치료계획의 수립에 많은 도움을 주고 특히 신경학적 증상이 동반된 척추결핵에서는 더욱 전산화단층촬영의 필요성이 강조되는데 위 Y₁은 단순엑스선촬영만으로 위 원고의 증세를 판단하고 이 사건 수술을 하였던 사실, 위 원고에 대하여 이 사건 수술 후 찍은 엑스선촬영 결과에 의하면 이식된 녹골이 미끄러져 빠져 나와 있었고, 두 번째의 재수술전 비로소 촬영한 전산화단층촬영 및 씨 마일로(c-myleo)검사에 의하면 척추신경 압박증상이 나타나 있으며, 회복이 불가능한 상태가 되어 있었던 사실 및 재수술은 가능한 한 빨리 시행하는 것이 도움이 되는데 위 Y₁은 이 사건 수술 후 그 결과 및 예후를 예의관찰하지 아니하고 5, 6시간 외출함으로써 위 원고에게 발생한 하반신마비증세에 효과적으로 대응하지 못한 사실을 인정하고 있는 바, 기록에 의하여 증거관계를 살펴보면 원심의 위와 같은 사실인정은 수긍이 가고, 거기에 소론과 같이 채증법칙에 위배하여 사실을 오인한 위법이 있다고 할 수 없다.

더 나아가 대법원은 인과관계와 관련하여 다음과 같이 판시하였다. 즉 「...원고 X의 하반신 완전마비증세가 위 Y₁의 이 사건 척추전방유합술 시술 직후에 나타난 것으로서 위 수술과 위 증세의 발현 사이에 다른 원인이 개재되었을 가능성은 찾아볼 수 없고 오히려 수술준비과정이나 수술결과로 보아 다소 소홀한 면이 있지 않았나 짐작케 하는 사정들을 엿볼 수 있는 데다가, 나아가 척추전방유합술의 시술과정에서 하반신마비가 생기는 원인들 중 허혈증으로 인한 경우는 전혀 보고된 사례가 없고 척추신경손상의 둘째, 셋째 및 넷째의 경우에는 위 원고처럼 급작스

러운 하반신 완전마비가 오지 아니한 것이라면, 위 원고의 하반신 마비 증세는 위 Y₁의 위 수술과정상의 잘못, 그 중에서도 척추신경손상의 첫째의 경우, 즉 집도의가 부주의로 척추신경을 수술칼로 끊거나 소파술시 수술기구로 신경을 세게 압박한 잘못으로 인하여 초래된 것이라고 추정할 수밖에 없다」고 판시하여 의사의 과실을 인정하는 한편 인정한 의료행위상의 과실과 손해발생 사이의 인과관계를 추정하여 상고를 기각하였다.

(4) 交感神經切除手術로 인하여 환자가 사망한 사례 【사례12】 50)

소의 망 A는 1990. 7. 28. 손바닥과 발바닥에 다한증(多汗症) 증상으로 피고 Y대학교 소속 병원에 입원·수술을 받음에 앞서, 피고 Y₁담당의사로부터 사전검사를 받고 수술 후 아주 더물게 하지마비가 생길 수 있고 기흉같은 것이 생길 수도 있으며 그 외에 얼굴에 땀이 전혀 나지 않거나 눈동자의 변화 같은 것이 올 수도 있고 아직 의학에서 알 수 없는 부작용이 있을 수 있다는 설명을 듣고, 같은 달 31. 09 : 40부터 14 : 30까지 제1흉추 및 제2흉추 안에서 손으로 가는 교감신경 절제수술을 받았는데 수술 후 16 : 45경 입에서 거품을 물고 경련이 시작되었고 그 이래 의식을 회복하지 못하였음에도 불구하고 피고 Y₁은 같은 날 23:00경에야 연락이 되어 병원에 도착하였다. 급기야 소의 망 환자 A는 8. 1. 00:30경 중환자실로 옮겨져 기관내 삽관을 하고 산소호흡기를 부착하였다. 같은 달 3. 뇌전산화단층촬영결과 뇌간 및 소뇌관 부위에 뇌경색이 나타났고, 그로 인하여 같은 달 17. 01:50경 소의 A는 사망하였다.

위와 같은 사실관계에 기초하여 대법원은 인과관계와 관련하여 다음과 같이 판시하였다. 「원래 의료행위에 있어서 주의의무 위반으로 인한 불법행위 또는 채무불이행으로 인한 책임이 있다고 하기 위하여는 의료행위상의 주의의무의 위반과 손해의 발생과의 사이의 인과관계의 존재

50) 대법원, 1995. 2. 10. 선고, 93다52402 판결.

가 전제되어야 하나, 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 의료 기법은 의사의 재량에 달려 있기 때문에 손해발생의 직접적인 원인이 의료상의 과실로 말미암은 것인지 여부는 전문가인 의사가 아닌 보통인으로서 도저히 밝혀낼 수 없는 특수성이 있어서 환자측이 의사의 의료행위상의 주의의무 위반과 손해의 발생과 사이의 인과관계를 의학적으로 완벽하게 입증한다는 것은 극히 어려우므로, 환자가 치료 도중에 사망한 경우에 있어서는 피해자측에서 일련의 의료행위 과정에 있어서 저질러진 일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실 있는 행위를 입증하고 그 결과와 사이에 일련의 의료행위 외에 다른 원인이 개재될 수 없다는 점, 이를테면 환자에게 의료행위 이전에 그러한 결과의 원인이 될 만한 건강상의 결함이 없었다는 사정을 증명한 경우에 있어서는, 의료행위를 한 측이 그 결과가 의료상의 과실로 말미암은 것이 아니라 전혀 다른 원인으로 말미암은 것이라는 입증을 하지 아니하는 이상, 의료상 과실과 결과 사이의 인과관계를 추정하여 손해배상책임을 지울 수 있도록 입증책임을 완화하는 것이 손해의 공평·타당한 부담을 그 지도 원리로 하는 손해배상제도의 이상에 맞는다고 하지 않을 수 없다.라고 판시하였다. 결국 이 판결은 의사측에 인과관계 없음을 입증할 책임을 인정하여 입증책임을 전환함과 동시에 그 입증책임을 다하지 못하였을 경우에 인과관계의 존재를 추정하는 논리를 취하고 있다.

(5) 低體重兒에 대하여 應急措置 등을 취하지 아니한데 대한 책임을 인정한 사례 【사례13】⁵¹⁾

쌍태아를 정상임신하여 29주째되어 갑자기 산기가 있어 피고 병원에 입원하였는바, 여아(1.1kg)와 남아(1kg)를 특별한 산고 없이 차례로 질

51) 대법원, 1995. 4. 14. 선고, 94다29218 판결.

식 분만하였다. 분만 직후 여아는 청색증이 심하였지만 심장박동이 있고 울기도 하며 꿈틀거리고 있었고, 남아는 청색증이 보다 심하였지만 심장박동이 있는 살아 있는 상태였으나 둘 다 기형이 아니었으며, 재태 기간에 비하여 부당경량아가 아니었다. 그러나 위 신생아들이 조산아, 쌍태아, 저체중아라서 산소호흡기나 보육기(인큐베이터) 등에 의한 소생, 보육을 시도해도 생존할 가능성이 없고 곧 사망할 것이라고 판단한 나머지 (중략) 응급조치 내지 소생술 및 전과조치를 취하지 아니한 채 신생아들은 곧 죽을 것이니 집으로 데려 가라고만 말하고, 산모의 남편이 조치를 취하여 줄 것을 요청하였음에도 불구하고 조치를 취하지 아니하여, 남아는 폐성숙부전, 저체온 등으로 사망하였으나 여아는 인수병원 소아과에서 건강하게 살아 있는 사안에서, 원심은 「1970년대와 1980년대의 국내 통계에 의하더라도 출생시 체중 1,000g 정도의 쌍생아의 생존가능성이 50%에 가까운데 위 망 남아의 출생 당시인 1992년에는 그 동안의 의학의 발전과 의료시설의 개선으로 인하여 위 생존가능성이 더욱 높아졌을 것인 점, 위 남아와 쌍생아로서 체중 차이가 100g밖에 나지 않는 여아가 출생 후 10시간 남짓 방치되었다가 보육기에 의하여 보육되었는데도 건강하게 살아 있는 점, 출생 직전 위 남아의 심장박동 등이 비교적 정상이었고 기형이나 부당경량아가 아니었던 점 등을 종합하면, 위 남아는 출생 직후부터 보육기 등에 의한 적절하고 집중적인 소생, 보육을 받았더라면 생존할 가능성이 50% 정도는 되었다고 봄이 상당하므로, ...위 남아의 생존가능성이 전혀 없는 것으로 속단하고 그를 살리기 위하여 필요한 응급조치 내지 소생술과 소아과로의 전과를 시행하지 아니한 등의 과실과 위 남아의 사망과의 사이에는 인과관계를 인정함이 상당하다」라고 판시하였고, 위 남아의 열악한 신체적 소인이 그의 사망에 기여한 정도를 원고측의 과실상계사유와 함께 참작하여 위 손해액을 30%로 정한 것은 수긍이 간다고 하여, 원심판단을 지지하여 상고를 기각하였다. 이 판결에서는 저체중 남아에 대하여—50%의 생존가능성이 인정됨에도 불구하고— 응급조치 내지 소생술 및 전과조치를

취하지 아니한 과실을 인정함과 동시에 인과관계도 인정하였다.

3. 判例의 傾向

이상에서 고찰한 우리나라의 판례의 경향을 살펴보면, 【사례9】의 경우는 신경외과 전문의가 있는 병원으로 轉院하여 적절한 치료를 받았을 경우 구명율(생존가능성)이 50%라 하더라도 필요한 조치를 취하지 아니한 사실과 사망과의 사이에는 인과관계가 인정된다 하여 직접 인과관계를 인정하였다(과실인정—인과관계인정). 또한 【사례13】의 경우도 유사하다(과실인정—인과관계인정)⁵²⁾. 그에 비하여 【사례10】과 【사례11】에서는 (예상되는 원인과 결과 사이의 인과관계가 먼 것은 우선적으로 排除 捨象하고⁵³⁾) 가장 유력한 원인을 결과와 관련하여 인과관계를 추정하였으며(과실의 추정—인과관계의 추정), 【사례12】에서는 “환자에게 의료행위 이전에 그러한 결과의 원인이 될 만한 건강상의 결함이 없었다는 사정”을 증명한 경우에는 의사측에서 “그 결과가 의료상의 과실로 말미암은 것이 아니라 전혀 다른 원인으로 말미암은 것”이라는 입증을 하지 아니하는 이상 인과관계는 추정된다는 입장을 취하고 있다(과실의 인정—인과관계의 추정⇒입증책임의 전환). 결국 【사례12】에 이르러 대법원은 환자측에게는 ‘소극적인 입증책임’을 그리고 의사에게는 ‘적극적인 입증책임’을 부과함으로써 실질적으로는 입증책임을 전환함과 동시에, 의사측이 ‘적극적인 입증책임’(무인과관계의 입증책임)을 다하지 않은 경우에는 인과관계가 존재하는 것으로 추정한다는 입장을

52) 이른바 “녹농균에 의한 패혈증사건”(대법원 1998. 7. 24. 선고, 98다12270 판결)은 전원조치 등을 취하지 아니한 과실을 인정하고 패혈증으로 인한 치사율이 40%라고 판단하고 과실상계를 인정하여 40%의 손해배상을 인정한데 대하여, 이 사건의 경우도 미국의 경우라면 「기회상실론」을 적용하였을 것이라 한다(이종태, 앞의 주6(논문), 15쪽 ; 배성호, 앞의 주7(논문), 198쪽 참조).

53) 金敏圭, 「醫療事故에 있어서 因果關係에 관한 立證責任」, 外大論叢, 제18집 제II권(1998), 221쪽 참조.

취하게 되었다.⁵⁴⁾ 따라서 우리나라 대법원은 「인과관계의 추정⇒실질적인 입증책임의 전환」의 법리를 취하고 있다고 할 수 있다.

IV. 診療機會保障과 慰藉料賠償의 法的 機能

1. 診療機會保障論

위에서 살펴본 바와 같이, 우리나라의 의료사고판례에서는 【사례9】— 【사례13】의 경우도 마찬가지로— 에서 구명율(생존가능성)에 대하여 보호법익으로 인정하면서 전원조치를 취하지 않은 사실(과실)과 환자의 사망 사이의 인과관계를 직접 인정하고 있으나(【사례10】 【사례11】 【사례12】의 경우는 과실의 인정 또는 추정—인과관계의 추정, 앞의 II. 2에서 살펴본 일본의 판례에서는 ‘환자의 기대권’, ‘연명이익’ 그리고 ‘치료기회의 보호’ 및 ‘성실한 진료를 받을 권리’ 등을 독립적인 보호법익으로 이론구성을 시도하고 있음을 알 수 있다. 더 나아가 일본의 최고재판소 판결에서도 이른바 ‘연명이익’을 보호법익으로 인정함과 동시에 인과관계를 인정하고 있고, 오히려 종래 과실의 존부와 인과관계의 인정여부가 불명확하였던 사안에 대하여 ‘연명이익’을 적극적으로 인정함으로써 과실 및 인과관계를 둘러싼 법리적 난점을 극복하고 있다.

그런데 여기에서 주목하여야 할 점은 최근 인격권 등의 권리가 전면 에 대두되므로 인하여 의료과오소송에 있어서도 법적으로 보호 받아야 할 법익영역이 점점 넓어지고 있다는 점이다. 이와 같은 경향도 무시해서는 안될 환자의 보호법익이라는 점에서 관심을 가져야 함은 더 이상 말할 필요가 없으나, 문제는 그와 같은 이익을 보호법익으로 인정하여야 할 법적 근거가 무엇인가 라는 점과 그와 같은 보호법익이 인정된다 하

54) 金敏圭, 위의 주(논문), 221쪽 참조.

여도 일반적으로는 위자료의 배상에 그칠 것이기 때문에 위자료의 법적 성격에 대하여 살펴볼 필요가 있다.

2. 慰籍料의 法的 機能

우리 민법 제750조에서는, 일반불법행위에 의한 손해배상책임에 대하여 규정하고, 같은 법 제751조에서는 재산 이외의 손해에 대한 배상책임에 대하여 규정하고 있다. 따라서 민법전상에서는 일반적 손해배상책임과 재산 이외의 손해배상책임(위자료배상책임)에 대하여 법규의 형식면에서는 적어도 이원적으로 규정하고 있다고 생각할 수 있다. 그런데 학설에서는 우리 민법 제750조에서 규정하고 있는 『손해』의 개념에는 「재산적 손해」, 뿐만 아니라 「정신적 손해」도 포함하는 것으로 해석하여, 우리 민법 제751조는 「비재산적 손해」 즉 「정신적 손해」(이하 위자료라 한다)에 대하여 주의적으로 규정하고 있는 것에 지나지 않는다고 이해하는 것이 일반적인 견해이다.⁵⁵⁾ 이와 같이 이해한다면, 「재산적 손해」이건 「위자료」이건 법규상의 근거는 우리 민법 제750조에 두고 있는 것이 되어 「재산적 손해」와 「위자료」의 법적 근거를 「손해」라는 동일한 개념에서 구하고 있는 것으로 이해할 수 있다.⁵⁶⁾

그런데 「위자료」의 법적 근거가 민법상 어떠한지, 현실적으로 「위자료」의 실제적 기능에 대해서는 다양한 논의가 전개되고 있다. 즉 학설상에서는 「위자료」의 책임법상의 기능에 대하여, 손해에 대한 전보기능(填補機能)을 강조하는 견해(이른바 『損害填補說』), 위법행위에 대한 私的制裁로 기능한다는 견해(이른바 『私的制裁說』), 또한 손해에 대한 填補

55) 郭潤直, 앞의 주 40(債權各論), 726쪽; 金疇洙, 앞의 주 40(債權各論), 655쪽; 金錫宇, 債權法各論, 博英社(1978), 518쪽.

56) 이 연구에서는 「진료기회상실」의 경우 중국적으로는 「위자료의 지급」에 귀착하는 경우가 많다는 점을 고려하여, 손해의 개념 및 그 범위 등에 대해서는 별론으로 하고, 그와 같은 위자료의 법적 기능에 대해서만 간단히 살펴보기로 한다.

機能뿐만 아니라 制裁機能을 함께 내포하고 있다고 이해하는 견해(이른바 『填補機能+制裁機能』說), 그리고 위자료는 고통을 느끼지 못하는 유아 및 심신상실자에게도 인정된다는 점과 위자료가 정액화하는 경향을 보이고 있다는 점 등을 들어 금전으로 평가하기 어려운 무형의 손해에 대하여 법관의 재량에 맡겨진 배상이고, 최근 무형의 이익침해에 대하여 일반인이 보편적으로 인식하고 있는 감정에 대하여 사회로부터 부여된 가치를 사회의 대변자로서의 법관이 스스로 자유롭게 판단하여 일정한 금액으로 표상화한 것이라고 이해하는 견해(이른바 『感情價值表象說』), 그 이외에도 填補機能·制裁機能뿐만 아니라 滿足機能까지도 함께 지니고 있는 것으로 이해하는 견해(이른바 『填補機能+制裁機能+滿足機能』說)도 제시되어 있다.⁵⁷⁾ 이에 그치지 않고, 오늘날 특히 실무계에서는 재산적 손해에 대하여 손해액을 증명하기 곤란하므로 재산적 손해의 배상을 위자료라는 형태를 빌어 해결하려고 하는 경향이 농후하게 나타나는 현상을 고려하여 위자료의 보완적·조정적 기능을 강조하는 견해(이른바 『補完的·調整的機能』說)도 등장한지 오래다.⁵⁸⁾

그런데 전통적인 책임법론에 의하면, 「위자료」에 대하여도 「재산적 손해」와 함께 『손해』개념으로부터 이해하고 있다는 점을 고려한다면, 「위자료」의 법적 기능을 손해에 대한 『填補的 機能』으로 이해하는 것이 논리적으로 타당할 것이다.⁵⁹⁾ 그러나 우리나라에서도 李命甲 변호사는 영미법상의 「懲罰的 損害賠償」制度에 대하여 그 의미를 고찰한 후 「영미법상의 이른바 *exemplary damages* 제도는 행위억제의 성질을 강화하여 가고 있는 현실적 사실, 또한 그와 같은 경향을 요청하는 사회적

57) 金敏圭, 「慰藉料의 法的 性格」, 外大論叢(부산외대), 제19집(1998), 241쪽 이하 참조.

58) 四宮和夫, 不法行爲, 青林書院(1987), 594面 以下; 森島昭夫, 不法講義法講義, 有斐閣(1987), 364面 以下; 乾昭三, 「慰藉料의 性質」, ジュリスト增刊·民法の争点II(1985年), 178面 以下 參照.

59) 四宮和夫, 위의 주(不法行爲), 595面. 우리나라에서는 위자료의 「調整的機能」을 강조하는 견해도 있다(李銀榮, 앞의 주40(債權各論), 764쪽 참조).

실정을 따라가고 있는 한국의 경우에도 손해배상제도에 가해행위억제적 성질을 요청하지 않을 수 없는 사회적 기초가 형성되고 있다는 사실과 사건의 성질에 따라 그와 같은 사회적 요청에 적용하여 『制裁的 慰謝料』 制度를 수용하는 것도 판례상 또는 법문상으로도 가능하다 하여야 할 것이고, 더 나아가 그와 같은 필요성도 절실하다」고 주장한다.⁶⁰⁾ 또한 영미법의 사정은 위와 같은 관점에서 중요한 시사를 주고 있다고 하면서 위자료의 제재적 기능을 강조하고 있다. 이와 같은 견해는, 法社會學的 觀點이라 할 수 있을 것이지만, 경청할 가치가 없는 것은 아니다. 그러나 이와 같은 「위자료의 보완적 작용」에 대하여, 「실무상의 장점은 있을 것이지만, 이론적 근거가 미약하고, 실질적으로도 극복하여야 할 요소(문제점)를 내포하고 있다. 왜냐하면 재산적 손해를 증명하기 어렵다 하여 그 배상을 부정하면서 위자료를 보완적으로 인용한다는 것은 단지 명목을 바꾼 것일 뿐 실제로는 그것만으로 재산적 손해를 인정하는 결과가 된다. 재산적 손해에 대하여 고도의 증명도(證明度)를 요구하는 이론을 구성하면서, 한편 위자료를 본래적 금액보다 증액함으로써 스스로 재산적 손해의 이론적 구성을 배반하고 있다」고 비판하고, 「앞으로의 방향으로서는 그와 같은 미봉책이 아니라 단적으로 재산적 손해의 증명 그 자체를 용이화함으로써 문제를 해결하여야 할 것」이라는 지적에도 주목할 가치가 있다.⁶¹⁾⁶²⁾

위에서 살펴본 바와 같이, 위자료의 손해에 대한 「전보기능」 이외에도

60) 李命甲, 「制裁的慰謝立論(Ⅲ)」, 司法行政, 제317호(1987), 30쪽. 李銀榮, 앞의 주40(債權各論), 764쪽도 참조.

61) 楠木安雄, 「損害賠償請求訴訟の訴訟物」, 新・實務民事訴訟法講座 4, 日本評論社(1982), 50面 以下.

62) 四宮교수는, 「사실상 손해가 발생하지 않은 경우에 극히 소액의 손해배상을 선고하는 『名目的 損害賠償』이나 악성이 강한 가해자에게 제재를 과하는 것을 정면에서 그 목적으로 하는 『懲罰的 損害賠償』·二倍三倍賠償과 같은 「損害填補를 넘는 制裁」는, 일본의 불법행위법상 인정되지 않는다는 것이 통설이다. 현행법상에서는 「손해」 없는 경우에 배상책임을 인정할 수는 없을 것」이라 한다(四宮和夫, 앞의 주58(不法行爲), 267面).

「제제기능」, 「보완 내지 조정기능」 등이 강조되고 있는 오늘날의 상황에 비추어보면, 위자료의 기능적 변모현상도 그다지 간단하게 배척할 수는 없다. 더욱이 최근 우리나라에서도 재판실무의 측면에서는 위자료가 정액화하고 있는 사정을 고려하여, 또한 각 법관에 따라 위자료산정에서 발생할 수 있는 불균형 및 자의성을 배척하면서, 위자료가 지니고 있는 현대적 의의를 살려나가는 방향을 탐구하여 대책을 강구하여야 한다는 문제는, 우리나라의 사법부가 당면하고 있는 중요한 연구과제⁶³⁾라고 지적하고, 실무계에서 직면하고 있는 현실적 문제점이라고 강조한다.

그런데 손해배상청구소송 중에서 위자료와 깊은 관련성을 지니고 있는 영역이 의료과오소송이라 하여도 과인이 아닐 만큼 의료과오소송에서는 최종적으로 위자료배상으로 귀착하는 사건이 대단히 많다. 특히 설명의무위반의 경우⁶⁴⁾를 제외한다 하더라도 최근 새로운 손해유형이 등장되고 있음에 주목할 필요가 있다. 그 전형적인 예로서 말하자면 「진료기회상실론」과 「불임화수술의 실패」에 의한 손해의 존부에 관한 논의⁶⁵⁾를 들 수 있다.

- 63) 李時潤, 「損害賠償에 있어서 慰謝料算定에 관한 統計的 分析」, 裁判資料 第5輯(民事損害賠償算定·刑事量刑基準의 調査分析), 법원행정처(1980), 10쪽.
- 64) 일본의 판례 중에서 환자의 자기결정권보호를 위한 설명의무위반의 케이스에서, 위자료의 산정에 고려되는 사정에 대하여 분석한 결과에 의하면, 다음과 같다고 한다. 즉 「주로 위자료를 증액하는데 기능한다고 생각되는 사정」으로서는 환자의 피해상황(후유증 포함), 환자의 연령·성별·신분, 선택의 기회를 잃어버린 경우, 환자의 기대의 대소 등을 들 수 있고, 「주로 위자료를 감액하는데 기능한다고 생각되는 사정」으로서는 환자의 素因·病歴, 치료의 필요성, 환자의 대응의 부적절성, 처치결과의 불확실성 등을 들 수 있다. 그리고 「増額·減額 어느 쪽으로든 기능한다고 생각되는 사정」으로서 많이 나타나는 것이 제반의 사정·일체의 사정, 사고의 원인·모습 등, 피고의 의무위반의 내용·정도 등을 들 수 있다고 한다(手嶋豊, 「医療における同意の前提として説明義務に違反したために認められた慰謝料額の算定の關する考察」, ジュリスト第1199号(2001), 22面 參照.
- 65) 不妊化手術의 失敗에 대한 논의에 대해서는, 金敏圭, 「不願兒의 出産과 生活設計上의 自己決定權 -韓國과 日本의 判例分析-」, 민사법이론과실무, 제7집(2003), 105쪽 이하 참조.

이하에서는 「진료기회의 상실」에 대한 보호법익으로서의 인정가치를 중심으로 살펴보기로 한다.

3. 診療機會保障의 保護法益性

「診療機會를 保障받을 權利」가 보호법익으로서 인정 받기에 충분한가 아닌가에 대한 판단에 앞서, 위와 같은 「진료기회상실론」은 인과관계와 관련하여 어떠한 배경에 따라 인정되는 것인가 그리고 진료기회를 상실하였다 하더라도 그 손해를 어떻게 전보할 것인가와 깊은 관련을 맺고 있고, 우리나라에서 「기회상실론」을 논하는 논자들도 이 두 가지 점에 주된 초점을 맞추고 있다. 따라서 이 두 가지 측면에서 차례로 고찰하기로 한다.

(1) 먼저, 인과관계라 함은 원칙적으로 원인행위(과실 있는 의료행위)와 결과(손해) 사이에 연동성이 존재하는가 아닌가에 따라 그 존재여부만을 판단할 뿐 어느 정도의 연동성이 존재할 때 인과관계가 존재하는 것으로 인정할 것인가의 문제는 아니다. 결국 어느 정도의 연동성을 가질 때 인과관계가 존재하는 것으로 판단할 것인가의 문제는 이른바 證明度(心情度)의 문제라고 하여야 할 것이다. 따라서 전통적인 책임법론에서는 이른바 all-or-nothing의 원칙을 고수하고 있지만, 예컨대 51%이상의 가능성이 있으면 인과관계를 인정하게 되고 그 가능성이 50%이하일 경우에는 인과관계가 존재하지 않는 것으로 판단하게 된다는 설명⁶⁶⁾도 실제로는 인과관계의 인정여부에 대한 가정적인 설명방법에 지나지 않기 때문에 「診療機會喪失論」을 이른바 인과관계의 인정여부에 대한 비율(%)의 문제에 지나치게 경사하여 이해하는 것은 바람직하지 않다. 그 이유는 (이 연구에서 주된 분석의 대상으로 삼고 있는) 일본의 이른바 기대권의 상실【사례3】, 연명이익의 상실【사례4】, 치료기회의 상실【사례5】 그리고 현저히 불성실한 진료【사례6】의 어느 경우에도 치

66) 정태윤, 앞의 주6(논문), 169쪽 이하 ; 배성호, 앞의 주7(논문), 169쪽 참조.

유 또는 생존가능성에 대한 비율에 의존하여 보호법의 여부를 논하고 있지는 않기 때문이다. 또한 원래 인과관계라는 요건이 비록 사실적 인과관계를 의미한다 하더라도 그 판단과정에서는 법적 판단이 개재되지 않을 수 없기 때문이다.⁶⁷⁾ 특히 의료과오소송의 경우는 부작위에 의한 행위의무위반이 귀책사유로 평가되는 경우가 많고 그것과 손해와의 관계에서 인과관계의 존재여부가 문제되기 때문에 더욱 그러하다.⁶⁸⁾ 더욱이 일본 최고재판소 판결【사례7】에서는 「적절한 치료를 받을 기회」를 빼앗기고 「연명의 가능성」을 박탈당한데 대하여 위자료배상을 인정하는데 그친 원심판결에 대해 직접 인과관계를 인정하여 원심판결을 파기·환송하였다(우리나라의 【사례9】 대법원 판결의 경우도 마찬가지이다).

앞에서도 언급한 바와 같이 인과관계란 원인된 의사의 진료상의 과실과 발생한 손해 사이에 연동성이 존재하는가 라는 문제이다. 따라서 역으로 그와 같은 과실 있는 의료행위가 없었다면 환자는 치유 또는 생존하였을 것인가 라는 문제에 귀착하게 된다. 그러나 「診療機會喪失論」은 반드시 과실 있는 의료행위가 존재하지 않았다면 치유 또는 생존의 가능성이 100%일 경우를 전제로 하는 것은 아니다. 따라서 일본의 최고재판소판결【사례1】에서는 “환자가 그 사망시점에 의연히 생존하고 있었을 상당정도의 가능성의 존재”에 대한 증명을 요구한데 그치고 있다는 점에 유의할 필요가 있다. 그러므로 「診療機會喪失論」은 계약책임 또는

67) 平井宜雄, 債權各論(不法行爲), 弘文堂(2002), 83面 以下. 平井 교수도 「사실적 인과관계의 문제는, 입증책임의 관념을 포용할 수 있다는 점, 사실문제이고 법률문제는 아니라는 점, 이와 같은 두 가지 관점에서 법기술적 의미를 지닌다. 그러나 그것이 법률상의 개념인 이상, 사실적 인과관계라고 하더라도 사회학적·자연과학적 사실의 문제가 아니고 넓은 의미에서 책임을 부담시킬 것인가 아닌가 라고 하는 법률적인 판단이 개입하지 않을 수 없는 문제」라고 밝히고 있다.

68) 中野貞一郎, 過失の推認, 弘文堂(1987), 131面 以下 參照. 中野 교수는 「부작위와 손해와의 인과관계는 역사적=가정적인 것이고, 그 인과관계를 현실로 발생한 역사적=사실적 경과를 추적하는 것과 같이 精確한 心情을 갖고 인정하는 것은 원래부터 가능한 것은 아니」라고 한다.

불법행위책임법에서 요구하는 인과관계론에 대한 변용은 아니라고 이해하여야 할 것이다. 왜냐 하면 일본의 하급심판결에서도 【사례3】의 경우는 행위의무위반의 특정근관—인과관계의 입증불충분, 【사례4】의 경우는 開腹手術實施義務違反(부작위)—인과관계 불명확, 【사례5】의 경우도 과실인정—인과관계 불명확 그리고 【사례6】의 경우는 적극적으로 과실 및 인과관계에 대한 판단회피라는 판단구조를 취하고 있기 때문에, 결국 「診療機會喪失論」은 인과관계의 인정여부에 한정하여 논의되는 개념도 아니고, 경우에 따라서는 【사례3】 또는 【사례6】과 같이 과실이 명확히 판단되지 아니할 경우에도 인정되는 독자적인 책임유형이라 할 것이다.

(2) 또한 우리나라 하급심판결에서는 적극적으로 이른바 「진료기회」를 상실한데 대하여 의사의 과실책임을 인정한 판결이 있다는 점에 유의할 필요가 있다.⁶⁹⁾

즉 소외 망 A(사망당시 만 25세)는 1991. 1. 3. 소파수술 후 유착이 생겨 생리가 나오지 않는 증상(아셔만증후군) 때문에 피고 산부인과를 내원하였다. 그런데 같은 해 7. 10. 임신초기로 진단되었으나 음식물을 먹으면 심하게 구토가 자주 나고 체중이 심하게 감소하여 피고 의사에게 이야기하였으나 피고는 임신에 따르는 입덧현상이니 걱정말라는 취지로만 이야기하고 별다른 조치를 취하지 아니하였다. 그럼에도 불구하고 당해 증상이 진정되지 아니하여 다른 병원에 내원한 결과 위암으로 진단되었고 초기단계를 지나 이미 진행 중인 것으로 판명되어, 급기야 1993. 5. 10. 사망하였다.

이 사건 사고에 대하여 항소심법원은 다음과 같이 판결하였다. 「의사는 진찰·치료 등의 의료행위를 함에 있어서 반드시 병을 완치시켜야 할 의무를 부담하는 것은 아니라 할지라도 사람의 생명, 신체, 건강을

69) 서울고법, 1996. 4. 16. 선고, 94나27924 판결(확정). 원심판결 : 수원지법, 1994. 7. 7. 선고, 93가합12773 판결 참조.

관리하는 업무의 성질에 비추어 환자의 구체적인 증상이나 상황에 따라 위험을 방지하기 위하여 요구되는 충분한 최선의 조치를 행하여야 할 주의의무가 있다 할 것인바,」… 「위 망인이 피고에게 계속하여 위암의 대표적인 증상에 해당하는 심한 구토와 체중감소를 호소하였고 …피고로서는 위 망인의 위암을 치료하는 등의 적극적 조치를 취할 수는 없었다 하더라도 2년이 넘는 기간 동안 위 망인을 25회에 걸쳐 치료를 해왔고 의사로서 산부인과 이외의 분야에 대해서도 기본지식을 갖추고 있는 피고에게는 …다른 의사들로부터 적절한 진료를 받을 수 있는 기회를 갖도록 하는 소극적인 조치는 취하여야 할 주의의무가 있었다 할 것임에도 …위 망인으로 하여금 위암과 관련한 적절한 치료를 받아 볼 기회를 상실하게 한 과실이 있다…」라고 판시하고, 「…위와 같은 기회를 상실함으로 인하여 위 망인과 원고들은 정신적, 육체적으로 심한 고통을 받았음이 경험칙상 명백하므로 …위 망인과 원고들이 입게 된 위 고통을 금전으로나마 위자할 의무가 있다」라고 판시하여, 피고에게 위 망인에 대해서는 위자료 1,000만원, 원고1(위 망인의 남편)에게는 위자료 400만원 그리고 원고2(위 망인의 딸)에게는 200만원으로 산정하였다.

위 판결은 의사의 환자에 대한 오진과 전의의무의 위반을 바탕으로 한 환자의 「진료기회상실」이라는 손해를 적극적으로 판단·인정하면서 위자료의 배상을 명하였다는 점에서 주목할 필요가 있다.

(3) 「診療機會喪失」이 적극적으로 평가되어 손해를 야기하였다 하더라도 일반적으로 그 손해의 배상방법은 위자료의 배상방법이 일반적으로 활용되고 있다. 일본의 사례가 거의 여기에 해당한다. 이 경우 그와 같은 위자료의 배상이 법적으로 어떠한 기능을 수행하느냐에 대해서는 사례에 따라 달리 나타나고 있다. 예컨대 일본의 【사례3】 【사례4】 【사례5】의 경우는 「填補的 機能」이 강한 것으로 판단되고, 【사례6】의 경우는 「填補的 機能」 이외에 「制裁的 機能」도 내포된 것으로 판단된다.

따라서 위와 같이 「診療機會喪失論」은 인과관계의 불명확을 전제로

논의되는 문제만은 아니라고 이해하여야 할 것이다. 예컨대 우리나라의 경우에도 【사례9】는 과실의 인정—인과관계의 인정, 【사례10】 【사례11】은 과실의 추정—인과관계의 추정, 그리고 【사례12】와 【사례13】은 과실의 인정—인과관계의 인정의 구조를 취하고 있다. 그러므로 「診療機會를 保障받을 權利」에 대한 침해 즉 「診療機會喪失論」은 과실과 인과관계 중 어느 한 쪽에 한정하지 않고 의료과오소송이 과학소송이라는 점, 그리고 의사측의 과실과 그로 인한 결과 사이의 인과관계에 대하여 입증하는 작업이 어렵다는 점⁷⁰⁾ 등을 고려하여 이들을 극복하기 위한 방법임과 동시에 이른바 現代型不法行爲責任類型인 醫療過誤責任訴訟에서 피해자를 구제하기 위한 “하나의 책임법상의 새로운 모습”이라고 이해하는 것이 더욱 타당할지도 모른다. 따라서 이와 같은 「診療機會喪失論」은 종래 損害歸屬의 不明確性(die Unsicherheit der Zurechnung des Schadens)에 대하여 절차법적 영역으로서의 입증책임론상의 난점을 실제법적 영역에서 해결하려는 試圖(診療機會를 保障받을 權利의 確立)라고 이해되므로 흥미로운 경향이라 할 것이다.⁷¹⁾

V. 結 論

우리나라에서는, 앞에서 고찰한 같이(Ⅲ. 3), 대법원은 의료과오소송에서 환자에게는 ‘소극적인 입증책임’을, 그리고 의사에게는 ‘적극적인 입

70) 정태윤 교수는 「진료기회상실론」이 입증곤란의 경우와는 구별되어야 한다고 지적한다(정태윤, 앞의 주6(논문), 210쪽). 물론 입증의 곤란을 극복하기 위하여 「진료기회상실론」이 등장한 것은 아니다. 그러나 일반적으로 치유 또는 생존의 가능성을 비율에 따라 증명할 수밖에 없는 것은 결국 과학적 입증의 한계를 의미한다 할 것이다.

71) E. Deutsch, Allgemeines Haftungsrecht, 2. Aufl. 1996, RdNr. 85(Deutsch교수는 프랑스와 스위스의 판례경향에 대하여 본문과 같이 평가하고 있다는 점을 부기하여 둔다 ; 정태윤, 앞의 주6(논문), 188쪽 참조.

증책임'을 부과함으로써 실질적으로는 입증책임을 전환함과 동시에 과실 또는 인과관계의 추정론을 취하고 있다. 더욱이 최근 위자료의 법적 기능이 「전보적 기능」에 한정되지 않고 「제재적 기능」 또는 「조정적 기능」까지 수행하고 있음을 알 수 있다.

따라서 우리나라에서도 과실 또는 인과관계에 대한 입증책임에 대한 대법원의 굳은 입장과 위자료의 법적 기능의 확장이 이른바 「診療機會喪失論」으로 하여금 책임법상에서 자리매김될 수 있도록 뒷받침하여 주고 있다고 할 수 있다. 아울러 IV. 3. (2)에서 살펴본 바와 같이 우리나라 하급심판결에서는 이른바 '다른 병원에서 진료를 받아 볼 기회를 상실'한데 대하여 의사의 과실을 인정한바 있다는 점에 유의할 필요가 있다.

따라서 이상에서 고찰한 결과를 요약하면 다음과 같다.

(1) 「기회상실론」은 인과관계에 한정된 문제만은 아니다. 즉 의료과오 소송이 과학소송이고, 그렇기 때문에 의사의 과실 및 인과관계를 판단하는데 많은 어려움을 겪고 있다. 따라서 이와 같은 과실 및 인과관계의 증명의 어려움과 그 유무의 판단에 대한 어려움을 극복하기 위한 all-or-nothing의 원칙에 대한 변용으로서 하나의 새로운 시도이다.

(2) 「진료기회를 보장받을 권리」가 보호법익으로서 확립될 수 있는가가 가장 큰 법이론상의 과제이다. 「기회상실」이라 함은 현실적인 의사의 행위의무의 모습으로 등장하는 것이 아니라 의사의 검사, 진단, 처치 및 수술 등의 일반적인 의료행위에 대한 과실판단의 전제가 되는 행위의무 위반 여부를 판단하기 곤란한 경우 또는 과실이 인정되더라도 그것과 손해와의 사이에 인과관계를 인정하기 곤란한 경우(그 이외에도 과실과 인과관계의 조합에 따른 다양한 유형이 있을 수 있다)에 환자의 손해 또는 사망에 대한 상당 정도의 가능성의 존재가 증명되는 경우 의사의 책임을 인정하는 독립적인 책임유형이다.

(3) 「진료기회상실론」은 증명책임의 완화경향과 위자료의 법적 기능의 확대에 힘입어 등장한 새로운 책임유형의 하나이다. 즉 우리나라에

서는 대법원판례에서 환자에게는 '소극적 증명책임'을 부과하고 의사에게는 '적극적 증명책임'을 부과하고 있다. 또한 최근 위자료 — 「진료기회상실」의 경우에도 위자료배상뿐만 아니라 재산적 손해의 배상도 문제될 수 있음은 물론이지만— 의 「조정적 기능」 및 「제재적 기능」이 강조되고 있다. 이와 같은 경향은 '진료기회상실론'이 정착할 수 있는 좋은 환경을 제공하여 주고 있다.

따라서 우리나라에서도 「진료기회상실론」이 뿌리를 내릴 수 있는 책임법상의 기반이 이미 성숙되어 있다고 판단되므로, 앞으로의 발전이 주목된다.

논문주제검색키워드 : 기회상실(loss of chance), 진료기회상실(loss of chance in medical practice), 기대권침해(infringement of right of expectation), 연명이익상실(loss of interest of life), 손해(injury), 위자료(consolation money), 과실(negligence), 인과관계(causation), 입증책임(burden of proof), 조정적 기능(adjusting function), 제재적 기능(punitive function), 의료행위(medical practice)

<Abstract>

“Theory of *Loss of Chance*”
in Medical Malpractice Litigation

by *Min-kyu Kim*

It has been long discussed as to whether the merit of the loss of chance should be recognized in the medical malpractice litigation. This Paper reviews the development of loss of chance and the related cases, especially in Korea and Japan.

The results are as followings;

(1) The theory of *loss of chance* is not confined to the causation. Since the medical malpractice litigation is concerned with scientific evidences, it makes it more difficult to determine the negligence of doctors and causation between the negligence and injury. Therefore, the theory of *loss of chance* is an attempt to overcome the obstacles to these negligence and causation

(2) The biggest problem in the theory of *loss of chance* is whether the right to proper medical practice can be established as cause of action. The theory of *loss of chance* does not result from the doctors' medical obligation but from the negligence of general medical practices such as their examination, diagnosis, treatment or operation which can not be easily identified, or are difficult to prove the causation between the negligence and injury.

(3) The theory of *loss of chance* is one of the attempts to loosen the burden of proof and expand the legal function of consolation money. That is, the Supreme Court in Korea has put the 'passive burden of proof' on the aggrieved patients. Also, the adjusting and punitive function of the consolation money has been recently reinforced. These trends provide the better environment to establish the theory of *loss of chance*.

Therefore, since the legal basis to settle down the theory of *loss of chance* has been matured, its future development is notable.