

〈논문〉

산부인과 의료과오소송에 있어 판례상 책임제한 법리 - 하급심 판례의 분석을 중심으로 -

朴志鎔*

요약

이 연구는 의료과오소송에서의 책임제한 법리의 구체적 적용 국면을 산부인과 관련 하급심 판례의 분석을 통하여 살펴보고, 이를 토대로 책임제한 법리의 합리적 운용 방안을 모색하는 것을 그 목적으로 한다. 현재까지 의료과오소송에서 학계의 관심은 과실 및 인과관계와 같은 책임성립요건론에 집중되어 있었으며, 책임제한 법리와 같은 손해배상액 산정에 대한 논의는 상대적으로 소홀했던 것으로 보인다. 그러나 책임제한의 인정여부 및 인정비율은 구체적인 손해배상액을 결정하는 데 직접적인 영향력을 미친다는 점에서 소송당사자에게 매우 민감한 사항이라고 할 수 있다.

일반적으로 책임제한 법리는 피해자의 과실 또는 이익이 없는 경우에도 손해의 공평·타당한 분담이라는 손해배상법의 이념을 실천하기 위하여 법원이 불법행위로 인하여 피해자가 입은 손해의 일부를 감액하여 배상하도록 하는 판례상의 법리를 의미한다. 그리고 대법원은 그 근거로서 과실상계 유추적용을 언급하고 있다. 그러나 책임제한의 인정여부나 인정비율은 사실심의 전권사항으로서 전적으로 법원의 재량에 맡겨져 있으므로 법적 안전성이나 판결의 예측가능성을 저해할 위험성을 내포하고 있다. 다만, 책임제한 법리가 개별적 사안에서의 구체적 타당성을 지향하는 제도임에 비추어 볼 때 이러한 위험은 어느 정도 불가피하다고도 할 수 있다. 그렇다면 적절한 해석론이나 입법론을 통하여 이러한 위험을 완화시키는 것이 법적 과제로 등장할 것이다. 이 글에서는 산부인과 하급심 판례의 검토를 통하여 책임제한의 사유를 유형론적으로 구분하고, 이를 토대로 책임제한의 비율의 인정에 있어 하나의 기준을 제시하고자 한다. 우선 과실 및 인과관계 판단에 있어 추정의 법리를 활용한 경우에는 그렇지 않은 경우보다 책임제한의 여지가 더 크다고 생각된다. 그리고 환자 측에 기왕증이나 특이체질과 같은 체질적 소인이 발견되는지 여부도 중요한 판단사항이다. 마지막으로 고려할 것은 질병의 증상이나 위험도, 태양 그리고 의료행위의 특수성이다. 즉, 당해 질병 또는 의료행위의 위험성, 긴급성 그리고 의료행위에 대한 의사의 재량성이 클수록 책임제한의 폭은 넓어진다.

주제어 : 의료과오, 손해배상, 책임제한, 손해의 공평·타당한 분담, 과실상계

* 延世大學校 保健大學院 研究教授, 法務法人 新元 辯護士.

I. 서 론

현대사회에서 책임법 영역은 점차 확장되고 있으며, 또한 개별화되고 있다.¹⁾ 최근에는 소위 ‘현대형 불법행위’의 경우, 그것이 계약위반으로 인한 손해배상책임이든, 계약관계 없는 당사자 사이의 손해배상책임이든, 이들을 포괄적으로 불법행위의 관점에서 요건과 효과를 공통적으로 규율할 필요가 있다는 주장도 제기되고 있다.²⁾ 의료과오소송에 있어 대법원이 기본적으로 취하고 있는 입장도 이와 같다고 할 수 있다. 즉, 대법원은 “의료행위에 있어서 주의의무 위반으로 인한 불법행위 또는 채무불이행으로 인한 책임이 있다고 하기 위하여는 의료행위상의 주의의무의 위반과 손해의 발생과의 사이의 인과관계의 존재가 전제되어야 한다”고 판시하여,³⁾ 의료사고에 대한 민사책임에 있어 채무불이행책임과 불법행위책임을 통합적으로 이해하고 있음을 시사하고 있다.⁴⁾ 이러한 측면에서 의료사고에 대한 민사법적 책임을 묻는 의료책임법 영역이 의사의 직업인으로서의 특성을 고려한 ‘전문가 책임법’으로 발전하고 있는 것은 이와 같은 현대 불법행위법의 개별화 조류와 무관하지 않다고 할 것이다.⁵⁾ 따라서 중요한 것은 문제되는 유형 내지 행위의 특수성에 입각하여 ‘손해의 공평·타당한 부담을 그 지도원리로 하는 책임법의 이상’⁶⁾을 구현할 수 있도록 손해배상의 요건과 효과를 합리적으로 규율하는 것이라고 할 수 있다.⁷⁾

의료과오소송의 경우,⁸⁾⁹⁾ 특히 그 책임 성립요건에 있어, 일반인인 환자 측에서

-
- 1) 이러한 책임법 영역의 확대 및 개별화는 입법보다는 사법(司法), 즉 판례를 통하여 주도되고 있음은 주목할 만하다. 이는 부분적으로 우리의 채무불이행법 및 불법행위법의 책임근거 규정이 일반규범(Generalklauseln)의 형태를 취하고 있음에 기인한다고 할 수 있다.
 - 2) 이에 대하여 자세한 것은 김천수, “불법행위법의 확장과 의료과오책임의 현대적 동향”, **사법**, 제21호(사법발전재단, 2012), 130면 이하 참조.
 - 3) 대법원 2000. 9. 8. 선고 99다48245 판결.
 - 4) 다만 이러한 대법원의 입장에 대하여, 소송에서 피해자를 두텁게 보호하려는 청구권 경합설의 당초 취지와는 달리 실무에서는 의료사고에 대한 민사책임을 추궁함에 있어 계약책임보다는 불법행위책임을 선호함으로써 계약당사자로서 피해자인 환자 측에 어떠한 도움도 주지 못하고 있다고 비판하는 견해로는 송오식, “의료과실의 계약법적 구성”, **법학연구**, 제48권 제1호(부산대학교 법학연구소, 2007), 892-895면.
 - 5) 박지용, “의료사고 민사책임에 있어 계약법적 접근론에 대한 비판적 고찰”, **서울법학**, 제21권 제3호(서울시립대학교 법학연구소, 2014), 406-408면.
 - 6) 대법원 2001. 3. 23. 선고 99다48221 판결.
 - 7) 박지용, 앞의 논문(註 5), 408면.

전문가의 영역에 있는 의료행위의 의미를 파악하여 그 과실이나 인과관계를 과학적으로 엄밀하게 입증하기는 것은 사실상 불가능하기 때문에, 대법원은 피해자인 환자 측의 입증곤란을 구제하기 위하여 그 입증책임을 완화하는 이론을 전개하고 있다. 예컨대, 의료상의 과실에 있어, 대법원은 “수술 도중 환자에게 사망의 원인이 된 증상이 발생한 경우, 의료행위의 특수성에 비추어 그 증상 발생에 관하여 의료상의 과실 이외에 다른 원인이 있다고 보기 어려운 여러 간접사실들을 입증함으로써 그와 같은 증상이 의료상의 과실에 기한 것이라고 추정하는 것도 가능하다”고 판시하여 이른바 ‘간접사실에 의한 사실상의 추정이론’을 채택하고 있다.¹⁰⁾¹¹⁾ 의료과오소송에서 피해자인 환자의 입증곤란을 구제하기 위한 방편으로

-
- 8) 의료소송(medical procedure)이라 함은 경우에 따라서는 널리 의사의 업무상 과실치사 상죄를 다루는 형사소송 및 기타 행정소송을 포함하기도 하지만, 통상적으로는 손해 배상을 전제로 한 민사소송을 의미한다. 이에 대하여는 신현호·백경희, **의료분쟁 소송·조정 총론**(육법사, 2011), 38면.
- 9) 한편, ‘의료과오법’ 내지 ‘의료과오소송’이라는 용어와 관련하여, 의료과오(medical malpractice)란 의료행위가 당시의 의학지식 내지 의료기술의 원칙에 따라 의료인에게 요구되는 주의의무를 게을리함으로써 적합한 것이 되지 못한 것을 의미하고, 의료과실(medical negligence)은 의사가 환자를 진료하면서 당연히 기울어야 할 업무상 요구되는 주의의무를 게을리하여 사망, 상해, 치료지연 등 환자의 생명, 신체의 완전성을 침해한 결과를 일으키게 한 경우로서 의사의 주의의무 위반에 대한 비난가능성을 말한다고 하여 이를 구분하는 견해에 대하여는 김재윤, **의료분쟁과 법**(울곡출판사, 2006), 5-6면. 또한 과실은 손해와 관련된 정의로서 손해발생에 대한 예견 및 회피를 하지 아니한 경우에 인정되는 것이며, 한편 과오는 의무 위반과 관련된 개념으로 손해의 예견 및 회피만이 아니고 법률이나 조리로 인정되는 의무의 위반이 포함된다고 보는 견해도 있다. 특히 후자의 예로 대표적인 것은 설명의무로 본다. 이에 대하여는 김천수, 앞의 논문(註 2), 138-139면.
- 10) 대법원 2000. 7. 7. 선고 99다66328 판결; 대법원 2004. 10. 28. 선고 2002다45185 판결 등 다수 판결. 한편, 인과관계에 있어서도 대법원은 “피해자 측에서 일련의 의료행위과정에 있어 저질러진 일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상의 과실 있는 행위를 입증하고 그 결과와의 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 환자의 특이체질 등 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 지도원리로 하는 손해배상제도의 이상에 맞는다”(대법원 2001. 3. 23. 선고 99다48221 판결)고 판시하고 있다.
- 11) 최근 대법원은 “수술 도중 환자에게 사망의 원인이 된 증상이 발생한 경우 그 증상 발생에 관하여 의료상의 과실 이외의 다른 원인이 있다고 보기 어려운 간접사실들을 증명함으로써 그와 같은 증상이 의료상의 과실에 기한 것이라고 추정하는 것도 가능

서 불법행위책임 성립요건인 과실 및 인과관계의 입증책임을 경감하는 법리는 현재 확고한 판례 이론으로 정립되어 있다고 할 수 있다.¹²⁾

이처럼 과실 및 인과관계와 같은 불법행위책임 성립요건에 대한 논의는 그것이 책임의 성립 유무를 좌우한다는 점에서 의료과오법의 일차적인 관심 대상이 된다. 다만 이와 같은 책임성립요건이 일단 충족되었다고 판단된 경우에는 보다 실무적인 관점에서 구체적인 손해배상액의 산정이 중요한 논점으로 등장한다.¹³⁾ 일반적으로 손해배상액의 산정은 다음의 두 단계로 진행된다. 먼저 대법원이 손해의 개념에 대하여 기본적으로 취하고 있는 차액설(差額說)¹⁴⁾ 및 손해 3분설¹⁵⁾에 의거하

하다고 하겠으나, 그 경우에도 의사의 과실로 인한 결과 발생을 추정할 수 있을 정도의 개연성이 담보되지 않는 사정들을 가지고 막연하게 중한 결과에서 의사의 과실과 인과관계를 추정함으로써 결과적으로 의사에게 무과실의 증명책임을 지우는 것까지 허용되는 것은 아니다”(대법원 2007. 5. 31. 선고 2005다5867 판결)고 판시하여, 과실 및 인과관계 추정의 전제로서 ‘개연성이 담보되는 사정’을 요구하고 있다.

- 12) 이에 대하여 자세한 것은 박영호, “의료과실소송에 있어서 과실과 인과관계의 입증과 그 방법: 대법원 1995. 2. 10. 선고 93다52402 판결에 대한 연혁적 분석을 중심으로”, **저스티스**, 제77호(한국법학원, 2004); 박종권, “의료과오소송의 입증책임 전환론”, **비교사법**, 제14권 제1호(한국비교사법학회, 2007); 김용빈, “의료과오소송에 있어 입증책임 완화에 따른 의료과실의 의미와 판단기준”, **의료법학**, 제9권 제1호(대한의료법학회, 2008); 신은주, “의료과오소송 입증책임론의 전개와 발전”, **의료법학**, 제9권 제1호(대한의료법학회, 2008); 신은주, “의료과오에 있어서 인과관계에 관한 판례의 고찰”, **한국의료법학회지**, 제20권 제2호(한국의료법학회, 2012) 등 참조.
- 13) 현대 손해배상법의 관심이 손해배상의 책임근거를 논구하는 것에서 나아가 배상액을 어떻게 확정할 것인지의 문제로 옮겨가고 있다는 견해로서 박동진, “손해배상액의 산정”, **민사법학**, 제36호(한국민사법학회, 2007), 541면.
- 14) 대법원 1992. 6. 23. 선고 91다33070 판결. 한편 차액설은 손해배상액을 산정하는 하나의 출발점으로 기능할 뿐이며 이에 대하여 규범적 요소에 의한 보완 필요성을 피력하는 입장으로 박동진, 위의 논문(註 13), 545면. 다만 차액설은 손해의 개념이라기보다는 재산상 손해의 액수를 산정하는 방법의 하나로 설명하면서, 규범적 손해설은 손해의 개념과 손해배상의 범위 문제를 혼동한 것이라는 입장으로 김천수, “우리 不法行爲法의 素描 - 그 자화상과 미래상”, **민사법학**, 제52호(한국민사법학회, 2010), 534-535면.
- 15) 즉, 대법원은 손해를 ‘재산상 손해’와 ‘비재산상 손해(정신적 손해)’로 구분하고, 재산상 손해에는 기존의 이익이 상실되는 ‘적극적 손해’와 장차 얻을 수 있을 이익을 얻지 못하는 ‘소극적 손해’로 구분된다고 한다. 이러한 손해 3분설의 소송법상 의미는 적극적 손해, 소극적 손해 및 정신적 손해가 별개의 소송물로 취급된다는 데 있다. 대법원은 “생명 또는 신체에 대한 불법행위로 인하여 입게 된 적극적 손해와 소극적 손해 및 정신적 손해는 서로 소송물을 달리하므로 그 손해배상 의무의 존부나 범위에 관하여 항쟁함이 상당한지의 여부는 각 손해마다 따로 판단하여야 한다”(대법원 2002. 9. 10. 선고 2002다34581 판결)고 판시하고 있다. 한편, 손해 1개설의 입장에서 손해 3분설을 비판하는 견해로는 이시윤, **신민사소송법**(박영사, 2009), 234면 이하 참조.

여 당해 행위로 발생한 손해를 금전으로 평가한 다음,¹⁶⁾¹⁷⁾ 과실상계 및 손익상계 등의 조정과정을 거쳐 구체적인 배상액을 최종 확정한다. 그런데 특히 의료과오소송의 손해배상액 조정 단계에서 대법원은 이른바 ‘책임제한 법리’를 통하여 피해자인 환자 측이 입은 손해의 일부를 감액하여 배상하도록 하고 있다.¹⁸⁾ 즉, 대법원은 “가해행위와 피해자 측의 요인이 경합하여 손해가 발생하거나 확대된 경우에는 그 피해자 측의 요인이 체질적인 소인 또는 질병의 위험도와 같이 피해자 측의 귀책사유와 무관한 것이라고 할지라도 당해 질환의 태양·정도 등에 비추어 가해자에게 손해의 전부를 배상시키는 것이 공평의 이념에 반하는 경우에는, 법원은 그 손해배상액을 정함에 있어서 과실상계의 법리를 유추적용하여 그 손해의 발생 또는 확대에 기여한 피해자 측의 요인을 참작할 수 있다고 봄이 상당하다”고 판시하고 있다.¹⁹⁾ 이러한 책임제한 법리는 대법원이 실시하고 있듯 ‘공평의 이념’에 근거하고 있지만, 다른 한편 피해자의 귀책사유와는 무관하게 손해배상액을 감경함으로써 불법행위법의 보상적 기능을 저해할 위험성도 내재하고 있다.

이러한 기초지식과 의문점을 배경으로 하여 의료과오소송에서 책임제한 법리의 구체적 적용 국면을 살펴보는 것이 본고의 목적이다.²⁰⁾ 특히 최근의 산부인과 관

-
- 16) 손해의 인식과 손해배상액의 산정 문제의 관계에 대한 차액설과 규범적 손해설의 논리구조의 차이점에 대하여 자세한 것은 박동진, 앞의 논문(註 13), 541-542면 참조.
- 17) 특히 의료과오소송과 같이 인적 손해가 문제되는 경우 소극적 손해, 즉 일실이익의 산정은 실무상 복잡한 문제를 야기하는데, 여기에는 장래의 수입액이나 잔존가동연수 등의 각종 불확정적인 요소가 개입될 수밖에 없기 때문이다. 신체침해로 인한 소극적 손해로서 일실이익에 대한 배상액 산정에 대하여 자세한 것은 박동진, 위의 논문(註 13), 559면 이하 참조.
- 18) 책임제한 법리가 의료과오소송에 한정되어 적용되는 것은 물론 아니다. 대법원은 교통사고와 기왕증의 경합한 사안에서 “사고를 유일한 원인으로 하여 피해자가 사망한 것이 아니고 피해자의 지병과 사고가 경합하여 피해자가 사망한 경우에 있어서는 그 사망으로 인한 전손해를 사고에만 인한 것으로 단정함은 불법행위책임으로서의 손해의 공평한 부담이라는 견지에서 보아 부당한 것이라고 할 것이므로 이러한 경우에는 사고가 사망이라는 결과발생에 대하여 기여하였다고 인정되는 기여도에 따라 그에 상응한 배상액을 가해자에게 부담시키는 것이 옳은 것이라고 할 것이다”(대법원 1977. 9. 13. 선고 76다1877 판결)고 판시한 이래, 기왕증 등을 근거로 한 책임제한을 널리 인정하고 있다.
- 19) 대법원 1995. 4. 14. 선고 94다29218 판결; 대법원 1997. 8. 22. 선고 96다43164 판결; 대법원 1998. 7. 24. 선고 98다12270 판결 등 참조.
- 20) 현재까지 의료과오소송에서 학계의 관심은 과실 및 인과관계와 같은 책임성립요건론에 집중되어 있었다. 이에 대하여는 위 각주 12 참조. 반면, 책임제한 법리와 같은 손해배상액 산정에 대한 논의는 책임성립요건론에 비하여 상대적으로 소홀했던 것으로 보인다.

런 하급심 판례를 주요 분석대상으로 삼을 것인데,²¹⁾ 그 이유는 다음과 같다. 첫째, 책임제한의 인정여부 내지 인정비율이 사실심의 전권사항이므로,²²⁾ 책임제한의 구체적 맥락과 다양한 적용 모습을 고찰하기 위해서는 하급심 판례를 검토하는 것이 필요하다. 둘째, 책임제한 법리의 다양한 적용모습을 어느 정도 체계적으로 파악하기 위해서는 유형적 접근 방법이 유리할 것인데, 산부인과 의료사고는 그 특성상 비교적 광범위하게 책임제한이 고려되는 영역에 해당한다. 이하에서는 먼저 책임제한 법리의 의의와 산부인과 의료(사고)의 특수성을 검토하고(Ⅱ), 다음으로 최근의 산부인과 관련 하급심 판례를 통하여 의료과오소송에서 책임제한 법리의 구체적 내용과 적용모습을 살펴본다(Ⅲ). 그리고 하급심 판례에 나타난 책임제한 법리를 종합적으로 분석 및 평가하고자 한다(Ⅳ).

Ⅱ. 판례상 책임제한 법리와 산부인과 의료사고

1. 판례상 책임제한 법리의 의의

일반적으로 책임제한 법리는 피해자의 과실 또는 이익이 없는 경우에도 손해의 공평·타당한 분담이라는 손해배상법의 이념을 실천하기 위하여 법원이 불법행위로 인하여 피해자가 입은 손해의 일부를 감액하여 배상하도록 하는 ‘판례상의’ 법리를 의미한다.²³⁾ 이와 같이 손해배상의 조정기능을 수행하는 민법상의 규정이나 제도는 비단 이와 같은 판례상의 책임제한 법리에 한정되는 것은 아니다.²⁴⁾ 예컨

21) 이 글에서 소개한 산부인과 하급심 판례들은 필자가 검토한 다수의 판례들 중에서 사실관계 및 책임제한 사유들이 되도록 중복되지 않는 판례를 선별하여 소개한 것임을 밝혀둔다.

22) 대법원 1992. 9. 25. 선고 92다20477 판결; 대법원 1996. 1. 23. 선고 95다24340 판결; 대법원 1998. 9. 4. 선고 96다11440 판결 등 참조.

23) 이은영, “판례상의 책임제한의 의미와 정당화”, **법학논총**, 제36권 제2호(단국대학교 법학연구소, 2012), 572면. 한편, 이를 ‘손해배상액의 비율적 인정’으로 표현하는 문헌으로는 임준호, “의료과오소송에서 기여도에 의한 배상액의 비율적 인정 : 체질적 소인·기왕증의 참작”, **민사판례연구**, XXI(박영사, 1999).

24) 특별법상 규정으로는 예컨대, 실화책임에 관한 법률 제3조 참조. 한편, 구법에 의하면 실화자는 고의나 중대한 과실이 있는 경우에만 손해배상책임을 부담하였다. 이에 대하여 헌법재판소는 피해자의 손해배상청구권을 과잉제한하고 있다는 이유로 헌법불합치결정을 내렸다(헌법재판소 2007. 8. 30. 선고 2004헌가25 결정). 이에 따라 현행법은 실화가 중대한 과실로 인한 것이 아닌 경우 법원은 화재의 원인과 규모, 피해의 대상

대, 민법 제765조는 손해배상의 의무자는 그 손해가 고의 또는 중대한 과실에 의한 것이 아니고 그 배상으로 인하여 배상자의 생계에 중대한 영향을 미치게 될 경우에는 법원에 그 배상액의 경감을 청구할 수 있으며(제1항), 법원은 이러한 청구가 있는 때에는 채권자 및 채무자의 경제상태와 손해의 원인 등을 참작하여 배상액을 경감할 수 있음(제2항)을 규정하고 있다. 이는 당사자의 개별적 사정에 따라 배상 의무의 내용이 변경될 여지를 민법이 드물게 명문으로 인정한 형평법(衡平法)적 구제수단의 하나라고 할 수 있으며,²⁵⁾ 피해자의 과실과는 무관하게 가해자의 손해배상액이 경감된다는 점에서 책임제한 법리와 유사한 측면이 있는 것은 사실이다. 그러나 동조는 손해의 발생 그 자체와는 무관한 가해자의 생계곤란, 즉 경제력이라는 우연한 사정에 의거하여 손해배상액이 경감된다는 점에서 판례상 책임제한 법리와는 구별된다.²⁶⁾

또한 판례상 책임제한 법리는 엄밀한 의미에서 ‘과실상계’와 구별되어야 한다고 생각한다. 과실상계는 채무불이행 또는 불법행위로 인한 손해배상책임에 있어 채권자 또는 피해자에게 손해의 발생 또는 확대에 기여한 과실이 있는 경우에 이를 참작하여 손해배상책임을 면제하거나 손해배상액을 감경하는 제도이다(민법 제396조 및 제763조). 과실상계 역시 손해의 공평·타당한 부담을 위한 손해배상의 조정제도에 해당한다.²⁷⁾ 그러나 과실상계는 피해자에게 손해의 발생 내지 확대를 막

과 정도 등을 고려하여 손해배상액을 경감할 수 있도록 개정된 것이다.

- 25) 양창수, “민법 제765조 - 잊혀진 규정?”, **서울대학교 법학**, 제39권 제4호(서울대학교 법학연구소, 1999), 252면. 한편, 이 규정은 스위스채무법 제44조 제2항에서 그 연원을 찾을 수 있다고 한다. 독일민법이나 프랑스민법에는 이와 같은 규정을 두고 있지 않다. 이와 같은 스위스채무법의 규정에 대하여는 입법론적으로 가해자의 생존배려는 실체법의 문제가 아닌 집행법의 문제라는 비판이 가해지기도 한다. 이에 대하여는 양창수, 같은 논문, 255면.
- 26) 한편, 이 규정의 적용범위를 확장하여, 호의동승사례, 자연력이 기여한 사례, 피해자의 소인이 기여한 사례, 피해자 측에 해당되는 제3자의 과실이 기여한 사례 등 판례가 손해배상액 감액사유로 인정해왔지만 기존의 손해배상법 법리에 의하여 설명이 곤란한 소위 ‘한계사례’에 대한 손해배상액 감축근거로 동조를 활용할 수 있다는 견해로서 오종근, “민법 제765조상의 배상액 경감청구”, **비교사법**, 제4권 제1호(한국비교사법학회, 1997), 264면 이하. 이에 대한 비판으로는 양창수, 위의 논문(註 25), 272-275면 참조.
- 27) 과실상계의 손해배상 조정제도로서의 성격은 대법원이 고의에 의한 불법행위의 경우에도 원칙적으로 과실상계가 인정되며, 다만 예외적으로 과실상계가 허용되지 않는 경우가 있다고 판시한 것에서도 드러난다. 즉, 대법원은 “불법행위로 인한 손해의 발생 또는 확대에 관하여 피해자에게도 과실이 있는 때에는 가해자의 손해배상의 범위를 정함에 있어 당연히 이를 참작하여야 하고, 가해행위가 사기, 횡령, 배임 등의 영

아야 할 손해경감의무(duty to mitigate)가 있음을 전제로 그 의무를 위반한 경우에 손해배상액을 감경하는 제도임에 반하여,²⁸⁾²⁹⁾ 판례상 책임제한 법리는 피해자에게 이러한 의무위반이 없음에도 불구하고 법원이 피해자의 기왕증이나 특이체질 등을 고려하여 재량적으로 손해배상액을 감경하는 제도라는 점에서 양자는 근본적으로 구별된다. 즉, 판례상 책임제한 법리는 과실상계와는 구분되는 독자적인 손해배상 조정제도라고 할 것이다. 물론 대법원은 과실상계에 있어 과실의 의미에 대하여 책임성립요건으로서의 과실과는 그 의미를 다르게 파악하여 이를 ‘약한 부주의’로 해석하고 있고,³⁰⁾ 이에 따라 실무상 과실상계의 적용범위가 크게 확장되어 있는

특행위인 경우 등 과실상계를 인정하게 되면 가해자로 하여금 불법행위로 인한 이익을 최종적으로 보유하게 하여 공평의 이념이나 신의칙에 반하는 결과를 가져오는 경우에만 예외적으로 과실상계가 허용되지 아니한다”(대법원 2013. 9. 26. 선고 2012다13637 전원합의체 판결)고 하거나, “피해자의 부주의를 이용하여 고의로 불법행위를 저지른 자가 바로 그 피해자의 부주의를 이유로 자신의 책임을 감하여 달라고 주장하는 것이 허용되지 아니하는 것은, 그와 같은 고의적 불법행위가 영득행위에 해당하는 경우 과실상계와 같은 책임의 제한을 인정하게 되면 가해자로 하여금 불법행위로 인한 이익을 최종적으로 보유하게 하여 공평의 이념이나 신의칙에 반하는 결과를 가져오기 때문이므로, 고의에 의한 불법행위의 경우에도 위와 같은 결과가 초래되지 않는 경우에는 과실상계나 공평의 원칙에 기한 책임의 제한은 얼마든지 가능하다고 보아야 할 것이다”(대법원 2007. 10. 25. 선고 2006다16758 판결)고 판시하고 있다.

28) 이은영, 앞의 논문(註 23), 576-577면.

29) 환자는 특별한 사정이 없는 한 의사의 의료행위에 협력할 의무를 부담하며, 이와 같은 환자의 진료협력의무는 의료의 본질에서 유래하는 것이라고 할 수 있다. 예컨대, 환자가 문진에 있어 자신의 기왕증이나 특이사항 등 중요한 사항을 고지하지 않거나 허위로 고지한다면, 의사는 정확한 진단을 내리기 곤란할 것이다. 환자가 진료협력의무를 위반한 경우에는 과실상계의 사유가 되어 의사 측의 책임이 감면될 수 있다. 대법원도 이와 같은 환자의 진료협력의무를 손해배상제도에서의 일반적 의무로서의 손해경감의무로 파악하고 있다. 즉, 대법원은 “신의칙 또는 손해부담의 공평이라는 손해배상제도의 이념에 비추어 볼 때, 불법행위의 피해자에게는 그로 인한 손해의 확대를 방지하거나 감경하기 위하여 노력하여야 할 일반적인 의무가 있으며 피해자가 합리적인 이유 없이 위 손해경감조치의무를 이행하지 않을 경우에는 법원이 그 손해배상액을 정함에 있어 민법 제763조, 제396조를 유추적용하여 그 손해확대에 기여한 피해자의 의무불이행의 점을 참작할 수 있는 것이고, 그 손해경감조치의무가 수술을 받아야 할 의무일 경우, 일반적으로 피해자는 그 수술이 위험 또는 중대하거나 결과가 불확실한 경우에만 용인하여야 할 의무는 없다고 하겠으나, 그러하지 아니하고 관례적이며 상당한 결과의 호전을 기대할 수 있는 수술이라면 이를 용인할 의무가 있고 이를 거부하는 것은 합리적인 이유가 없다”(대법원 1999. 6. 25. 선고 99다10714 판결)고 판시한 바 있다.

30) 즉, 대법원은 “불법행위에 있어서 가해자의 과실은 의무위반이란 강력한 과실인데 반하여 피해자의 과실을 따지는 과실상계에 있어서의 과실이란 가해자의 과실과는 달리 사회통념상, 신의성실의 원칙상 공동생활상 요구되는 약한 부주의를 가리키는 것으로

것은 사실이다. 그럼에도 불구하고 피해자의 의무위반 또는 약한 부주의를 전제하고 있는 과실상계와 이와 무관하게 손해배상액의 감경을 시도하는 판례상 책임제한 법리는 이론적으로 구분되어야 한다.³¹⁾ 대법원이 판례상 책임제한 법리의 근거로서 과실상계 법리의 ‘적용’이 아닌 ‘유추적용’을 적시하고 있는 것은 — 비록 그 효과의 측면에서는 동일한 기능을 수행한다고 할지라도 — 오히려 이러한 양자의 근본적인 차이점을 인식하고 있음을 드러내는 징표라고 생각한다. 다른 측면에서는 이에 대한 민법상 명문의 규정이 없다는 점은 그 정당성 내지 정당화 근거에 관한 문제를 자극하는 계기가 된다.

2. 산부인과 의료(사고)의 특수성

산부인과 의료 및 산부인과 관련 의료사고 내지 의료분쟁은 다음과 같은 특수성을 지니고 있다.³²⁾ 우선 산과 분만의료는 산모와 태아 및 신생아의 생명과 안전이 함께 고려되어야 하는 점에서 다른 의료영역과는 구별되는 고유성을 지니고 있다.³³⁾ 또한 산부인과 의료는 다른 의료영역에 비하여 상대적으로 불확실성이 큰 의료영역으로서, 의사의 뚜렷한 과실이 없음에도 불구하고 건강한 산모, 태아 및 신생아에게 이상 징후가 돌연히 발생하여 위중한 응급상황으로 진행될 수 있는 가능성을 내포하고 있다.³⁴⁾ 전체 의료분쟁에서 산부인과 관련 의료분쟁이 높은 비중

보아야 한다”(대법원 1980. 2. 26. 선고 79다2271 판결)고 판시하고 있다. 이와 같은 약한 부주의설은 대법원의 확립된 견해라고 할 수 있다(대법원 1992. 11. 13. 선고 92다14687 판결; 대법원 1995. 9. 15. 선고 94다61120 판결; 대법원 1997. 12. 9. 선고 97다43086 판결; 대법원 1999. 2. 26. 선고 98다52469 판결 등 참조). 한편, 과실상계에 있어 과실의 의미에 대한 동질설과 이질설의 학설 대립에 관하여 자세한 것은 박동진, “과실상계에서 과실의 의미”, **연세법학연구**, 제7집 제1권(연세대학교 연세법학연구회, 2000), 216면 이하 참조.

- 31) 같은 취지로 이은영, 앞의 논문(註 23), 584면은 이를 과실상계 및 손익상계와 구별되는 “제3의 손해배상의 조정원리”로 표현한다. 반면 과실상계에서의 과실개념을 확장하고 피해자의 귀책사유와 무관한 사정에 의한 과실상계를 인정하여 책임제한 법리를 과실상계의 틀 안에서 규명하고자 하는 입장으로는 김민중, “의료과오책임에서 ‘확장된’ 과실상계의 법리”, **동북아법연구**, 제5권 제3호(전북대학교 동북아법연구소, 2012), 161-181면.
- 32) 이하 산부인과 의료의 특수성 및 의료분쟁조정법상 의료사고 보상사업의 취지에 대한 부분은 박지용, “의료분쟁조정법상 의료사고 보상사업의 법적책 방향에 대한 소고”, **법학논총**, 제30집(숭실대학교 법학연구소, 2013), 173-176면의 내용 일부를 요약·정리한 것이다.
- 33) 안법영, “산부인과 진료와 의사의 주의의무 — 대법원판결례의 분석을 중심으로 —”, **의료법학**, 창간호(대한의료법학회, 2000), 50면.

을 차지하고 있는 것도 이와 같은 산부인과 의료의 특수성이 부분적으로 작용한 결과라고 할 수 있다. 한 연구에 의하면, 2008년부터 2010년 동안 배상이 결정된 의료과오 관련 1심 민사사건 판결문 중 산부인과는 약 15.29%로 진료과목 중 가장 높은 비율을 차지하였다.³⁵⁾ 이는 산부인과 의료진이 의료소송이나 의료분쟁에 노출될 개연성이 상대적으로 높다는 것을 의미하고, 그만큼 의료 환경이 불안정함을 나타내는 것이라고 할 수 있다.³⁶⁾ 이와 같은 산부인과 의료의 특수성과 관련 의료분쟁의 높은 비중은 산부인과 의료사고, 그중에서도 위험성이 큰 분만에 따른 의료사고에 대한 적절한 법적·정책적 고려를 요청하는 계기가 된다.³⁷⁾

-
- 34) 연세대학교 의료법윤리학연구원, **산부인과 의료분쟁 현황조사 및 제도개선 방안연구** (대한산부인과학회, 2010), 3면.
- 35) 연세대학교 의료법윤리학연구원, **위험도 상대가치 개선을 위한 의료사고 비용조사 연구**(건강보험심사평가원, 2011), 88-94면. 이에 의하면, 의료사고 발생 후 피해보상금이 확정된 법원 판결문, 한국소비자원의 피해구제자료, 그리고 대한의사협회의 공제회 가입·배상 자료 등을 수집한 약 7천여 건의 의료사고 자료 중 2008년부터 2010년간 발생한 의학·치의학·한의학·약학 부문의 5,110건의 의료사고로 인한 총 배상 금액은 약 587억원으로 집계되었는데, 그중 가장 많은 배상금의 비율을 차지하는 부분은 의학부문의 정형외과(14.53%)였고, 그 다음 순으로는 의학부문의 내과(11.94%), 신경외과(11.13%), 산부인과(11.08%) 순으로 나타났다고 한다. 이와 같은 결과는 전체 의료분쟁 중 산부인과 관련 의료분쟁이 사건의 수, 배상액의 규모 등에서 매우 높은 비중을 차지하고 있음을 시사한다.
- 36) 2001년 산부인과 전문의 배출 수는 270명이었으나, 2012년에는 3분의 1 수준인 90명이 배출되었다. 이러한 의사의 산부인과 기피현상은 기본적으로 낮은 분만수와 출산율 감소에 기인한 것이지만, 산부인과 관련 의료분쟁의 증가도 하나의 원인으로 지적할 수 있을 것이다. 이는 특히 분만과 관련하여 사회적으로 심각한 의료공백 현상을 유발하고 있다. 2010년 전국의 230개 시군구 지역 중 분만 병원이 없는 곳은 52개에 이르고 있다. 이에 대하여 자세한 것은, 오수영·권자영·신정호·김암, “의료분쟁 조정법 중 산과 무과실보상 제도가 산부인과 전문의의 향후 진료에 미치는 영향”, **대한산부인과학회지**, 제55권 제7호(대한산부인과학회, 2012), 461-462면 참조.
- 37) 예컨대, 의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률(이하 ‘의료분쟁조정법’) 제46조의 의료사고 보상사업에 관한 규정은 위와 같은 산부인과 의료의 특수성 및 산부인과 관련 의료분쟁의 증가에 대한 정책적 고려로서 탄생한 것이라고 할 수 있다. 이는 산부인과 의료사고 중 특히 위험성이 높고 사회적으로 중요한 의미를 갖고 있는 분만에 따른 의료사고에 대하여 피해자 측에게 신속한 보상을 제공하고, 소송억제를 통하여 분쟁을 조기에 해결함으로써 산과 관련 의료인에게 안정적인 진료 환경을 조성하는 것을 입법목적으로 한다.

Ⅲ. 산부인과 관련 하급심 판례로 본 책임제한의 구체적 내용

1. 대법원의 기본적인 입장

(1) 책임제한의 근거 및 사유

대법원은 피해자인 환자의 체질적 소인 또는 질병의 위험도와 같이 피해자 측의 귀책사유와 무관하게 손해의 발생 및 확대에 기여한 ‘피해자 측의 요인’을 손해배상액을 정함에 있어 참작할 수 있다는 입장을 취하고 있다.³⁸⁾ 예컨대, 대법원은 치아발치 후 세균감염에 의한 루드비히 안기나(Ludwig’s angina, 구강저 붕와직염)의 증상을 보이는 환자가 패혈증으로 사망한 사안에서, 조기에 농배양검사를 실시하여 밝혀진 세균에 적합한 항생제를 충분히 투여함으로써 위 질환이 패혈증 등으로 발전되는 것을 미리 차단하지 못한 피고 병원의 과실을 인정한 후, 루드비히 안기나는 대개 신체저항력이 약한 사람이 걸리는 질환으로 당해 환자가 피고 병원에 내원할 당시 임신초기로서 저항력이 약화된 상태에서 위 질환에 걸리게 되었고, 위와 같은 임신사실은 사람의 저항력의 판단에 중요한 요소가 된다고 할 것인바, ‘임신 중’이라는 위 망인의 신체적 소인이 위 루드비히 안기나의 발생에 기여하였다고 할 것이므로 그와 같은 사정은 손해의 공평한 분담이라는 손해배상법의 이념에 입각하여 피해자 측의 사유로서 고려되어야 하므로 과실상계의 법리를 유추하여 그 손해배상의 범위를 감액함이 상당하다고 판시한 바 있다(과실상계 유추적용설).³⁹⁾

(2) 책임제한의 비율

과실상계에 관한 사실인정 및 참작비율에 대하여, 대법원은 “불법행위로 인한 손해배상 청구사건에서 과실상계 사유에 관한 사실인정이나 그 비율을 정하는 것

³⁸⁾ 위 각주 22의 판결들 각 참조.

³⁹⁾ 대법원 1998. 9. 4. 선고 96다11440 판결. 다만 이 사안에서는 피고 병원 측이 당해 환자에 대하여 2회에 걸쳐 과거 병력에 대하여 문진(問診)을 실시하였으나, 이에 대하여 환자는 국민학교 때 맹장수술을 받은 사실 외에는 특별히 병을 앓은 사실이 없다고만 답변하였고 임신 사실은 고지하지 않았다. 이것은 ‘진료참고 사항의 불고지’라는 일종의 환자의 협력의무를 위반한 것이라고 할 수 있고, 이는 과실상계에서 말하는 과실, 즉 약한 부주의에 해당하는 사례라고 할 수 있다. 결론적으로 이 사안에서의 손해배상액 감경은 과실상계(임신사실 불고지)와 책임제한 법리(임신사실 그 자체)가 결합한 것이라고 할 수 있다. 이에 대하여는 위 각주 29 참조.

은 그것이 형평의 원칙에 비추어 현저히 불합리하다고 인정되지 않는 한 사실심의 전권사항에 속한다”고 판시하고,⁴⁰⁾ 이러한 법리를 책임제한 법리에 유추적용하고 있다. 예컨대, 대법원은 위 사건에서 원심이 망인의 ‘임신 중’이라는 신체적 소인 등이 이 사건 사고에 기여한 정도를 전 손해의 20%로 판단하고 이에 따라 피고의 책임을 80%로 제한한 것은 정당하다고 판시하였다. 이러한 대법원의 입장은 확립된 견해라고 할 수 있다.⁴¹⁾

2. 산부인과 하급심 판례와 책임제한 법리

(1) 산후 출혈로 치료 중 저산소성 뇌손상 사례

산모인 원고가 태아를 분만하다가 자궁출혈로 피고 병원에 내원하여 치료를 받던 중 호흡장애가 발생하여 저산소성 뇌손상으로 지능저하, 사지부전마비 등의 후유장애가 나타난 사안에서, 법원은 원고는 피고 병원에 오기 전부터 있었던 산후 출혈에서 비롯된 패혈증에 의한 파종성 혈관내 응고장애, 급성 폐손상, 흡인성 폐렴 등 여러 후발 증상으로 인하여 이 사건 저산소성 뇌손상에 이른 것인데, 위 증상들은 일단 발병한 이상 그에 대한 최선의 적절한 처치가 취해진다고 하더라도 아무런 후유장애 없이 그 증상이 호전되기를 기대하기 어려운 것들이고, 타 병원으로의 이송 역시 조기에 이루어졌다고 하더라도 그 이송 과정에서 어느 정도의 뇌손상은 피할 수 없었을 것으로 보이는 점 등을 고려하여 피고의 책임범위를 40%로 제한하였다.⁴²⁾

이 사건에서 법원은 피고 병원 측의 수혈 지체 및 과다 수혈, 인공호흡기가 비치된 병원으로의 이송 지연, 기관내 삽관 지연 등의 과실을 인정하면서도 원고가 피고 병원에 도착하기 이전에 나타났던 산후 출혈 및 그로 인한 후발 증상이 경합하여 저산소성 뇌손상이 발생한 것이라고 판단하고 있다. 이는 인과관계의 문제와도 일응 관련되는 쟁점으로 보인다. 즉, 피고 병원 측의 과실 있는 의료행위와 피고 병원에 내원하기 이전에 이미 발생한 원고의 증상 중 어떤 요인에 의하여 저산소성 뇌손상이 발생하였는지가 문제된다는 것이다.⁴³⁾ 이에 대하여 법원은 인과관계

40) 위 각주 39 판결.

41) 대법원 2000. 1. 21. 선고 98다50586 판결; 대법원 2005. 6. 24. 선고 2005다16713 판결 등 참조.

42) 대전고등법원 2006. 1. 25. 선고 2003나9047 판결(대법원 2006. 6. 2. 선고 2006다13865 판결로 확정, 심리불속행 기각).

의 문제를 자세히 논증하지 않고, 피고의 과실은 원고의 저산소성 뇌손상으로 인한 장애의 발생이나 그 악화의 원인이 되었다고 판단한다. 즉, 법원은 일단 인과관계를 ‘추인’하여 불법행위책임의 성립을 긍정하고, 다만 피고 병원에 내원하기 이전의 원고의 증상들을 책임제한 사유로서 판단하고 있다.

(2) 자궁종양제거수술 후 뇌경색 사례

원고가 피고 병원에서 자궁종양제거수술(전자궁적출술 및 양측 난소난관절제술)을 받은 후 언어 장애 등 뇌경색의 초기 증상이 발생하였고 그 후 우측 편 마비와 구음 장애 등 중증의 후유장애가 나타난 사안에서, 법원은 피고 병원이 원고에 대한 뇌경색의 진단 및 치료를 지연시킨 과실과 인과관계를 인정하면서도, 원고의 뇌경색 발병은 유전적 요인에 의한 것일 가능성을 배제할 수 없다는 점, 일단 뇌경색이 확인되면 뇌경색이 더 진행되지 않도록 뇌경색의 원인에 대한 치료와 이미 진행된 뇌경색에 의한 2차적인 뇌의 변화에 대한 치료를 하게 되는데 조속한 치료가 이루어지더라도 완치되는 경우는 드물고 대부분 장애가 남는다는 점, 피고 병원이 신경학적 정밀검사를 통해 원고의 뇌경색 초기 증상을 발견하고 이에 대한 최선의 치료를 했을 경우 뇌경색의 발생 자체를 막을 수 있었는지, 완전히 막을 수 없었다면 어느 정도의 비율로 현재 상태보다 손해의 확대를 막을 수 있었는지에 관하여 원고들이 명확하게 입증하지 못한 점 등을 고려하여 피고의 책임범위를 30%로 제한하였다.⁴⁴⁾

이 판결에서는 뇌경색 발생에 있어 유전적 요인의 개입가능성, 뇌경색의 희박한 완치가능성 등 뇌경색이라는 질병의 위험도와 태양이 주요한 책임제한 사유로 적시되고 있다. 다만 법원이 신경학적 정밀검사와 뇌경색 발생 여부 및 확대 손해와의 관계에 대한 원고의 입증 실패 내지 부족을 책임제한 사유로 언급한 것에 대하여는 의문이 없지 않다. 이는 본질적으로 책임 성립요건인 (사실적) 인과관계의 문제로 볼 수 있고, 이 경우 원고가 이러한 입증에 실패한다면 피고의 불법행위책임 자체가 성립되지 않는다고 해석할 여지가 있다. 이러한 입장에 따른다면, 법원이 이를 책임제한 사유로 열거한 것은 동 판결문에서 “MRI, CT 촬영 등을 포함한 신

43) 피해자의 신체적 소인 등으로 인한 책임제한 법리와 과실 및 인과관계론의 기능적 상관관계에 대하여는 아래 IV. 1. 참조.

44) 청주지방법원 제천지원 2005. 10. 7. 선고 2002가합314 판결(2008. 1. 31. 화해권고결정으로 종결, 대전고등법원 2005나10836).

경학적 정밀검사를 시행하였다면 뇌경색의 조기진단 및 적절한 처지를 통해 뇌경색을 완치하거나 최소한 후유장애의 발생 정도를 완화할 수 있었다고 판단된다”고 판시한 것과는 논리적으로 배치된다고 볼 수 있다. 다만 법원이 동 판결문에서 명시적으로 언급하지 않았지만 여기에는 인과관계에 대한 추정의 법리가 적용된 것으로 선해(善解)할 여지는 있다.⁴⁵⁾

(3) 견갑난산으로 인한 신생아 저산소증 뇌손상 사례

분만과정 중 견갑난산(肩胛難産, shoulder dystocia)⁴⁶⁾으로 인하여 신생아인 원고에게 저산소증 뇌손상이 발생하여 양측전두엽 위축 등으로 인한 언어능력 및 인지 기능 저하 등의 장애가 나타난 사안에서, 법원은 일반적으로 실시되는 초음파검사

45) 같은 취지로 대법원 2000. 1. 21. 선고 98다50586 판결. 즉, 대법원은 “환자 측이 의사의 의료행위상 주의의무 위반과 손해발생과 사이의 인과관계를 의학적으로 완벽하게 입증한다는 것은 극히 어려우므로, 환자가 치료 도중에 사망한 경우 피해자측에서 일련의 의료행위 과정에서 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 때에는, 의료행위를 한 측이 그 결과가 의료상의 과실로 말미암은 것이 아니라 전혀 다른 원인으로 말미암은 것이라는 입증은 하지 아니하는 이상, 의료상 과실과 결과 사이의 인과관계를 추정하여 손해배상책임을 지울 수 있도록 입증책임을 완화하는 것이 손해의 공평·타당한 부담을 그 지도원리로 하는 손해배상제도의 이상에 맞는다고 하지 않을 수 없다”고 판시하면서 피고 측의 조속한 진단 및 응급치료 시기를 놓친 과실 있는 의료행위와 환자의 사망 사이의 인과관계를 추정한 후, 다만 “원심은 폐전색증은 제왕절개 수술을 받은 산부들에게도 드물게 나타나는 병인 점, 그 진단이나 사전 예방이 용이하지 아니하고 일단 발병하면 치사율이 높은 점, 망인이 폐전색증의 대표적인 증세인 돌발적인 호흡 곤란을 보인 (중략) 후 의사 소외 2 등의 응급처치에는 별다른 잘못이 없는 점, 소외 2 등이 망인의 폐전색증을 적기에 진단하였다 하더라도 망인이 사망하였을 가능성을 배제할 수 없는 점 등을 감안하면, 망인의 사망으로 인한 손해를 피고 측에게 전부 부담하게 하는 것은 공평의 원칙상 부당하다는 이유로 이 사건 변론에 나타난 여러 사정을 참작하여 피고의 손해배상책임을 40%로 제한하였는바, 원심의 위와 같은 사실인정 및 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 채증법칙을 위반하여 사실을 오인하거나, 공평의 원칙에 대한 해석 및 적용을 잘못하여 책임제한 비율을 과다하게 정하였거나 과소하게 정한 위법이 있다고 할 수 없다”고 판시한 바 있다.

46) 견갑난산이란 태아의 머리보다 어깨가 더 커서 머리는 산모의 골반을 통과하였음에도 어깨가 산모의 골반 내에 걸려 있는 것을 말하는데, 모성비만, 당뇨병과 같은 산전요 소뿐 아니라 분만 2기의 지연, 옥시토신 유도분만, 흡입기 견인 분만 등 분만 중 요소에 의해서도 발생할 수 있고, 적절히 처치되지 않은 경우 상완골 또는 쇄골골절, 신경마비, 비정상적 신경학적 소견을 가지게 된다.

방법 등이 비교적 낮은 정확도를 보여 분만 전까지 거대아임을 정확하게 진단하기 어렵고, 현대의학의 수준으로도 태아의 견갑난산을 정확하게 예측하는 것도 불가능한 점, 분만 전후의 저산소증이 뇌성마비를 일으키는 인자이기는 하나 그 확률은 15% 정도로 알려져 있고 뇌성마비가 원인 불명인 경우가 많아 이 사건에 있어서도 원인 불명의 다른 원인이 개재 되었을 가능성을 배제할 수 없는 점 등을 고려하여 피고의 책임범위를 40%로 제한하였다.⁴⁷⁾

이 사건에서 법원은 분만 직전까지 산모와 태아가 모두 정상상태였음에도 불구하고 분만 직후 신생아인 원고에게 뇌성마비 등이 발생하였다는 점에 주목하여, 피고 측이 원고의 이와 같은 증세가 산전진찰상의 과실 및 분만시술상의 과실로 인한 것이 아니라 전혀 다른 원인으로 말미암은 것이라는 점을 입증하기 못하는 이상 불법행위로 인한 손해배상책임이 있다고 판시하고 있다. 즉, 과실과 인과관계에 있어 추정의 법리를 활용하여 그 책임을 인정한 것이다. 다만 현대의료에 있어 산전진찰의 한계 및 원인불명의 뇌성마비 발생가능성 등 분만 의료행위의 특수성을 책임제한 사유로 고려하고 있다.

(4) 제왕절개에 의한 분만 실시 후 태아 사망 사례

유도분만을 시작하지 1시간이 경과한 시점부터 태아심박동이 정상 미만으로 반복적으로 감소하였음에도 제왕절개에 의한 분만 시도 등 적극적인 대처를 취하지 아니하다가 이상 징후 발생 후 8시간이 경과한 시점에서 비로소 제왕절개에 의한 분만을 실시하였는데 태아가 결국 급성호흡부전으로 사망한 사안에서, 법원은 제왕절개술을 시행하여야 할 적절한 시기를 놓친 피고의 과실 및 인과관계를 추정하여 그 책임을 인정하면서도, 산모 뱃속의 태아 상태를 태아감시장치로 정확히 진단해낸다는 것은 불가능하고, 태어나 산모의 기질적인 결합이 저산소증의 발병원인으로 관여할 수도 있었던 점, 제왕절개에 의한 분만 여부는 원칙적으로 담당의사가 전문지식을 바탕으로 합리적으로 판단하여야 하는 것으로 늦었지만 이상 징후 발생 후 6시간이 경과한 시점에서 제왕절개술을 원고에게 권유하였던 점, 다른 원인에 의해 뇌손상이 발생하였을 가능성을 명백히 배제할 수 없는 점 등을 고려하여 피고의 책임범위를 50%로 제한하였다.⁴⁸⁾

47) 서울고등법원 2006. 10. 26. 선고 2005나24389 판결(확정).

48) 서울고등법원 2005. 6. 14. 2003나65973 판결(대법원 2005. 10. 27. 선고 2005다37512 판결로 확정, 심리불속행 기각).

다만, 이 사건에서 피고가 늦었지만 제왕절개술을 원고에게 권유하였지만 원고가 조금 더 지켜볼 것을 원하여 그 시기가 다소 지체된 점이 책임제한 사유로 적시된 점에 대하여는 그 적절성에 다소의 의문이 있다. 의료인은 의학에 대한 전문적인 지식과 경험, 임상의료의 실천적 관행 등에 입각하여 구체적 의료 상황에 적합한 의료행위를 하여야 하고,⁴⁹⁾ 이에 따라 특정한 의료 조치의 실시 여부 등의 의학적 내지 의료적 판단에 대하여는 일차적으로 당해 의료인에게 재량권이 부여되지만, 이러한 재량권이 무제한적으로 인정되는 것은 결코 아니다.⁵⁰⁾ 이 사건에서 제왕절개술의 실시 여부를 원고에게 권유한 시점은 이상 징후 발생 후 6시간이 경과한 시점인데, 이때 이미 그 합리적 재량범위를 넘어선 것으로 인정될 여지도 있다. 만약 그렇다면 이 시점에서 피고의 제왕절개술 권유는 무의미한 것이다. 더욱이 법원이 판결문에서 적시하고 있듯이, 피고가 제왕절개술을 권유할 당시 원고에게 태아의 상태나 위험성에 대한 충분한 설명이 없었음을 확인할 수 있는바, 설명의무의 범리에 비추어 볼 때⁵¹⁾ 피고의 제왕절개술 권유에 대한 원고의 의사표시

49) 대법원 2003. 1. 24. 선고 2002다3822 판결.

50) 즉, 대법원은 “무릇 의사는 진료를 행함에 있어 환자의 상황과 당시의 의료 수준 그리고 자기의 전문적인 지식과 경험에 따라 생각할 수 있는 몇 가지의 조치 중에서 적절하다고 판단되는 진료방법을 선택할 수 있다 할 것이고, 그것이 합리적인 재량의 범위를 벗어난 것이 아닌 한 진료의 결과를 놓고 그 중 어느 하나만이 정당하고 이와 다른 조치를 취한 것에 과실이 있다고 말할 수는 없는 것이다”(대법원 1996. 6. 25. 선고 94다13046 판결)고 판시하고 있다.

51) 의료행위에 있어 환자의 동의 또는 승낙이 실질적으로 의미를 갖기 위해서는 비전문가인 환자가 그 의료행위의 의학적 의미 등에 대하여 충분한 정보를 가지고 있어야 한다. 충분한 정보가 결여된 경우에는 환자가 동의 또는 승낙 여부에 대하여 적절한 자기결정을 할 수 없기 때문이다. 여기서 의사의 설명의무가 요구된다. 즉, 의사에게는 일반적으로 “환자에게 수술을 시행하는 과정 및 그 후에 나쁜 결과가 발생할 개연성이 있는 의료행위를 하는 경우에 있어서는, 응급환자의 경우나 그 밖의 특별한 사정이 없는 한, 진료계약상의 의무로서 또는 수술에 대한 승낙을 얻기 위한 전제로서, 당해 환자나 법정대리인에게 질병의 증상, 치료 방법의 내용 및 필요성, 발생이 예상되는 위험 등에 관하여 당시의 의료수준에 비추어, 상당하다고 생각되는 사항을 설명하여 당해 환자가 그 필요성이나 위험성을 충분히 비교해 보고 그 의료행위를 받을 것인가의 여부를 선택할 수 있도록 하여야 할 의무가 있을 뿐만 아니라, 그 진료 목적의 달성을 위하여 환자 또는 그 보호자에 대하여 요양의 방법 기타 건강관리에 필요한 사항을 상세히 설명하여 후유증 등에 대비하도록 할 의무가 있다.”(대법원 1994. 4. 15. 선고 93다60953 판결; 대법원 1995. 1. 20. 선고 94다3421 판결; 대법원 1997. 7. 22. 선고 95다49608 판결 등 참조). 설명의무 범리는 의사와 환자간의 지식과 힘의 비대칭적 관계를 극복하고 환자의 자율성(patient autonomy)을 보장하기 위한 규범적 방편으로 이해되며, 이로써 환자는 더 이상 의료행위의 객체로만 머무르지 않고 의사와 함께 의료행위의 쌍방적 주체로서의 지위를 갖게 된다. 이에 대하여는 김나경, “의

는 원고에게 그 책임을 일부 전가하는 데 매우 불충분한 근거라는 점을 알 수 있다.

(5) 분만 전 항생제 투여로 인한 신생아 사망 사례

자연분만을 시도하던 중 태아의 심박동수가 급격히 떨어졌고, 이에 피고 측은 응급제왕절개술을 시행하여 남아를 분만하였으나, 분만 당시 신생아는 심정지, 무호흡 상태였으며, 이후 인공호흡과 기관내 삽관을 실시하였으나 결국 저산소성 허혈성 뇌증으로 신생아가 사망한 사안에서, 법원은 원고인 산모나 망아에게 특별히 감염의 징후가 없음에도 불구하고 피고가 세팔로스포린(cephalosporin)이라는 항생제를 투여한 과실⁵²⁾ 및 심폐소생술 과정에서 심박동을 회복하는 데 필수적인 에피네프린을 투여하지 않은 과실을 인정하여 피고 측의 불법행위책임을 인정하면서도, 피고 측이 원고에게 이 사건 항생제를 투여하기 전에 이에 대한 피부반응검사를 시행하고 문진을 하는 등 항생제 부작용을 피하기 위하여 노력하였던 점, 이 사건 항생제 사용으로 인하여 아나필락시스가 발생할 확률은 극히 낮고, 실제로 피고 의원에서는 무통분만을 위해 도관을 삽입하는 경우에 관행적으로 분만 전에 예방적 항생제를 투여해 왔던 것으로 보이는데 그동안 이로 인한 부작용 사례는 없었던 점, 원고에게 아나필락시스가 발생하여 망아에게 태아곤란증이 생긴 데에는 원고의 체질적인 소인이 상당한 영향을 미친 점, 망아는 원고의 뱃속에서 30분 이상 극심한 태아곤란증을 겪어 심정지, 무호흡 상태로 태어났으므로 분만 당시 이미 저산소성 뇌손상을 입었을 것으로 보여 피고 측이 곧바로 에피네프린을 투여하였더라도 망아의 상태가 크게 호전되었을 것으로 보이지는 않는 점 등을 고려하

사의 설명의무와 법적 이해”, **한국의료법학회지**, 제15권 제1호(한국의료법학회, 2007), 11면.

52) 즉, 법원은 “항생제를 투여하는 경우에는 비록 그 확률이 극히 낮기는 하지만 아나필락시스와 같은 부작용이 생길 수 있고, 그 부작용은 경우에 따라서는 회복할 수 없을 정도로 중대할 수 있으며, 특히 이 사건의 경우와 같이 임신부에게 그러한 부작용이 발생하는 경우에는 뱃속에 있는 태아에게 회복할 수 없는 중대한 악결과가 발생할 수 있다. (중략) 피고 의원 의료진이 원고에게 분만 전에 이 사건 항생제를 투여한 것은 항생제 투여에서 요구되는 최선의 주의의무를 다하지 못하였다고 보는 것이 타당하고, (중략) 이 사건 항생제 사용으로 인하여 아나필락시스가 발생할 확률이 극히 낮다고 하여 달리 볼 것은 아니다”(서울남부지방법원 2011. 2. 24. 선고 2009가합24324 판결)고 판시하고 있다. 한편 동 판결문에 의하면, 세팔로스포린은 병원균의 세포벽 합성을 억제하여 살균작용을 하는 항생제라고 하며, 아나필락시스(anaphylaxis)는 알레르겐에 의하여 생성된 IgE라는 항체가 생기는데 이후 다시 알레르겐이 몸 속에 들어오면 IgE와 결합하면서 분비되는 화학물질에 의하여 쇼크 증세와 같은 심한 전신 반응이 일어나는 것이라고 한다.

여 피고의 책임범위를 40%로 제한하였다.

원고 측인 산모 또는 태아의 체질적 소인을 책임제한 사유로 삼았다는 점에 대하여는 특별한 것이 없으나, 피고 의원 측의 잘못된 의료관행 — 적어도 이 사건 판결문에 의하면 특별한 사정이 없음에도 예방적으로 항생제를 투여한 것은 그 자체로 의료과실로 인정되기 때문에 — 을 지금까지 부작용 사례가 없었다는 이유로 책임제한의 사유로 삼은 것은 특기할 만하다. 논리적으로는 이러한 의료관행이 분만의료에 있어 일반적으로 행해지던 관행인지 아니면 피고 의원 측에서의 특유한 관행인지에 따라 책임감경의 폭이 달라질 수 있을 것이다. 다만 예방적인 항생제 사용에 따른 이 사건과 같은 부작용이 매우 드문 사례라고 한다면, 이는 원고 측의 체질적 소인 또는 특이체질을 뒷받침하는 근거로 해석하는 것은 가능하다고 생각된다. 한편 법원은 이 사건 주의의무의 수준과 관련하여, “피고 1은 피고 의원 소속 의사가 아닌데도 갑자기 피고 2의 부탁을 받고 망아에 대한 응급처치에 나서게 되었으므로, 그의 과실 유무를 판단할 때에는 이러한 긴급성을 충분히 참작하여야 한다. 왜냐하면 이와 같은 예상치 못한 긴급한 상황에서는 일반적으로 어떤 의사라도 평상시와 같은 의료수준에 적합한 모든 진단, 치료 방법을 동원하고 시설을 이용하여 진료에 요구되는 기술적 주의를 다하는 등의 행동을 하기가 곤란하고 사회 관념상 이를 기대하기도 어렵기 때문이다”라고 판시하고 있는바, 이와 같은 예상치 못한 긴급한 상황, 즉 긴급성은 주의의무 위반의 판단기준 설정에도 영향을 미치지만 — 즉 주의의무의 수준을 낮추는 효과가 있음 — 그 책임이 인정되는 경우에도 그 책임제한의 사유로도 기능할 수 있다고 본다.

(6) 정상 분만 이후 뇌경막하 혈종으로 신생아 사망 사례

피고 병원에서 질식흡인분만을 통하여 태아가 출생하였고 분만 직후 활동, 울음 정도, 호흡정도, 피부색, 태변 등에 별다른 이상은 없었으나 이마에 굵힌 자국이 있어 연고를 발라주었는데, 그 후 신생아에게 고혈당, 혈뇨 등의 증세가 발생하여 대학병원으로 전원하였으나, 결국 급성 뇌경막하 혈종으로 사망한 사안에서, 법원은 분만 전 산모와 태아의 상태가 모두 양호하였고, 분만 전후 산모나 신생아에게 두부 손상(두부 골절 및 경막하혈종) 등을 일으킬 만한 어떠한 이상 또는 소인도 발견되지 아니한 상태에서 망아의 이마에 굵힌 상처(두혈종)이 있었던 점 등에 비추어 망아의 사망은 피고 병원 의료진이 질식흡입분만 과정에서 태아를 안전하게 출산하게 할 의료상의 주의의무를 위반함으로써 망아의 두부에 손상을 가하여 소

뇌의 경막하혈종을 일으키고도 이를 알지 못한 채 망아를 그대로 둠으로써 발생하였다고 볼 수 밖에 없다고 판시하여 과실 및 인과관계에 대한 추정의 법리를 활용하여 불법행위성립을 인정하면서도, 의료행위는 의사가 전문적 지식과 숙련된 처치행위를 통하여 환자의 질병치료 및 출산 등을 하는 것으로 환자의 증상들이 시시각각으로 변하고 그에 따라 취하여야 할 처치 등도 매번 달라질뿐더러 그에 대한 판단은 풍부한 임상경험 및 고도의 의학전문지식이 바탕이 되어 내려지므로 의사에게 폭넓은 재량이 부여되어 있는 점과 특히 태아의 출산과 관련된 경우 위험성이 매우 높은 점, 태아를 완전히 출산시키기 위해서는 어느 정도의 견인은 불가피한 것으로 판단되는 점 등을 고려하여 피고의 책임범위를 70%로 제한하였다.⁵³⁾

이 사안에서 법원은 분만 전후 산모나 망아에게 두부 손상 등을 일으킬 만한 어떠한 신체적 소인도 발견되지 아니한 점에서 원고 측의 신체적 소인을 책임제한 사유로 열거하지 않았다. 만약 이를 책임제한 사유로 적시한다면 과실 및 인과관계를 추정하는 전제사실과 모순되는 결과가 발생하기 때문으로 생각된다. 결국 이 사건 책임제한 사유들을 살펴보면, 피해자 측의 사정으로 귀속시킬 수 없는 일반적인 의료행위의 재량성이나 분만의료의 위험성 등을 제시하고 있을 뿐임을 알 수 있다. 이러한 결과는 피해자 측의 과실 내지 약한 부주의 그리고 체질적 소인이나 특이체질 등을 인정할 수 없는 경우에도, 법원이 의료행위의 재량성이나 위험성과 같은 일반적 특성만으로 어느 정도의 책임감경(이 사건의 경우 30%)을 인정하고 있음을 암시하는 것이라고 할 수 있다.

(7) 임신성 고혈압으로 인한 산모 사망 사례

망인이 한 달 사이 3회에 걸쳐 입원하는 동안 확장기 혈압이 100mmHg 이상으로 측정되는 등 분명한 자간전증의 증상을 보였고 태아는 폐 성숙이 완료되는 임신 34주째를 이미 경과하여 조기분만에 큰 무리가 없는 상태에서, 망인이 마지막으로 내원한 시점에서 피고 병원 측은 자간증의 전조 증상 유무(지속적인 두통, 상복부통, 시력 장애 등) 등에 관한 정밀 검사를 실시하거나 증상의 악화 여부를 관찰하지 않고 만연히 망인을 귀가시켰고, 자간증이 발현한 이후 비로소 응급제왕절개수술을 실시하였으나 결국 망인이 수술 도중 자간증의 발현에 의한 심정지로 사망한 사안에서, 법원은 분만시기의 판단 및 분만에 이르기까지의 진료 과정에서의 과실 및 제왕절개수술 시행상의 과실을 인정하고 이러한 과실과 망인의 사망

⁵³⁾ 대구지방법원 2010. 8. 11. 선고 2009가단11539 판결.

사이의 인과관계를 추정하여 피고의 불법행위책임의 성립을 긍정하면서도, 임신성 고혈압은 모성사망의 3대 원인 중의 하나임에도 아직까지 그 병인이 명확하게 밝혀져 있지 않고, 임신한 모든 산모에게서 발생하는 것이 아니라 그중 체질적 소인을 가지고 있는 일부의 산모에게서만 나타나는 증상인 점, 피고 병원 측은 망인에게 자간전증의 위험성을 설명하고 자간증의 전조증상이 나타나면 연락하도록 지시하는가 하면, 간헐적이거나 계속된 입원치료를 통해 망인의 혈압과 증상을 조절하기 위해 노력하는 등 망인에 대한 진료 및 처치를 전혀 도외시하지는 않았던 점, 망인으로서도 이미 임신 초기부터 혈압이 높았고, 여러 차례 입원치료 과정에서 임신성 고혈압 내지 자간전증의 위험성에 대한 설명을 들었으면 자신의 상태에 대하여 예의주시하고, 스스로 증상의 치료에 진력하여야 함에도 이를 소홀히 한 채 3회에 걸친 입원치료 기간 동안 다소의 호전만 있으면 곧바로 퇴원을 자청하는 등 스스로도 증세의 악화에 어느 정도 기여한 점 등을 고려하여 피고의 책임범위를 50%로 제한하였다.⁵⁴⁾

이 사안에서 법원은 임신성 고혈압이 모든 산모가 아니라 일부의 산모에게만 나타나는 증상이라는 점에서 이를 체질적 소인으로 파악하고 책임제한의 주요한 사유로 삼고 있으나, 단지 일부의 산모에게만 나타난다는 이유로 이를 일률적으로 책임제한의 사유로 삼는 것은 부당하다고 생각한다. 임신성 고혈압은 비록 일부의 산모에게만 나타나는 증상이라고는 하나 임신과 관련하여 전형적으로 나타날 수 있는 증상이기 때문이다. 또한 피고 병원 측이 망인의 혈압을 조절하기 위하여 간헐적인 치료를 실시한 것이 책임제한 사유의 하나로 고려되고 있으나, 이는 오히려 피고 병원 측이 임신성 고혈압으로 인한 결과에 대하여 예견가능성과 회피가능성이 있었음을 입증하는 자료로 보는 것이 보다 합당할 것이다. 마지막으로 입원 기간 중 퇴원을 자청한 것이 곧 망인이 증상 치료에 소홀하였음을 의미하는 것은 아닐 것인바, 이를 주요한 책임제한 사유로 삼은 것은 논리적 비약이라고 생각한다.

(8) 자궁경부암 진단 과오 사례

망인이 피고 병원을 내원한 이래 4년 동안 매년 1회에 걸쳐 세포진검사를 실시하였고, 그 기간 동안 8차례 걸쳐 피고 병원에 질출혈 증상을 호소하였음에도 불구하고 세포진검사상의 과실 및 질출혈 증상 호소에 대한 미조치 과실로 인하여

⁵⁴⁾ 광주지방법원 2006. 5. 9. 선고 2004가합1556 판결(2006. 11. 28. 화해권고결정으로 종결, 광주고등법원 2006나4334).

자궁경부암을 조기에 발견하지 못하고 결국 망인이 자궁경부암의 폐전이에 의한 호흡부진으로 사망한 사안에서, 법원은 망인이 피고 병원에 처음 내원한 시점에 망인은 이미 자궁경부 상피내암 또는 자궁경부암 1기 단계에 있었다고 보이고, 자궁경부암 1기 이후에는 완치가 거의 불가능한 점, 세포진검사의 정확도가 상당히 낮은 점, 망인이 시술 받은 호르몬 대체요법의 부작용으로 자궁경부암의 가장 흔한 증상인 질출혈과 비슷한 자궁출혈 증상이 흔히 나타나는 점, 망인으로서도 피고에게 질출혈 증상을 수차 호소하였으나 그에 대한 특별한 진단을 받지 못하였다면, 정확한 검사를 위하여 피고에게 다른 추가 검사를 요구하거나, 다른 2차 또는 3차 진료기관에서 진단을 받아봄이 상당한데도 이에 이르지 아니한 점, 피고가 망인의 자궁경부암을 조기에 발견하였다고 하더라도 어차피 그로 인하여 상당한 치료비 지출이 예상되는 점 등을 고려하여 피고의 책임비율을 60%로 제한하였다.⁵⁵⁾

이 사안에서도 문제된 질병인 자궁경부암의 위험도 또는 태양이 책임제한의 주요한 근거로 활용되고 있음을 알 수 있다. 또한 세포진검사의 기술적 한계도 책임제한의 사유로 적시되고 있다. 그러나 망인이 피고에게 여러 차례 질출혈 증상을 호소하였으나 피고가 특별한 진단을 하지 않은 상황에서 피고가 다른 추가 검사를 요구하거나 상급 진료기관에서 진단을 받지 아니한 사정이 책임제한 사유로 고려되고 있는 것에 대하여는 다음과 같은 비판이 가능하다. 일반적으로 의사의 문진에 대하여 환자가 부정확한 또는 불충분한 대답을 한 것은 과실상계의 사유로서 고려될 수 있으나, 그러한 경우에도 항상 과실상계를 하거나 책임제한을 할 수 있는 것은 아니다.⁵⁶⁾ 환자는 의료 내지 의학지식에 대하여 문외한이기 때문이다. 따라서 환자가 의사의 문진에 대하여 부정확하게 고지하거나 필요한 사항을 충분히 설명하지 못한 경우에도 과실상계 여부를 일률적으로 결정하는 것이 아니라, 당해 환자의 연령·교육정도·기왕력·질병의 경험 등을 구체적으로 고려하여 환자가 어느 정도까지 고지하거나 설명하여야 하는가를 판단하여야 한다.⁵⁷⁾ 그런데 위 사건에서는 망인이 피고 병원에게 자신의 질출혈 증상을 호소한 것은 위 법리에 비추어보면 환자 자신의 상태나 증상을 정확히 보고한 것으로 해석할 수 있다. 따라서 환자 측의 정확한 정보제공이 있었던 경우와 그렇지 못한 경우를 그 법적 효과에 있어 — 비록 책임의 인정비율을 실질적으로 달리 할 수는 있겠지만 — 동

55) 부산고등법원 2005. 9. 1. 선고 2005나5577 판결(확정).

56) 이에 대하여 자세한 것은 김민중, 앞의 논문(註 31), 165-167면 참조.

57) 김민중, 위의 논문(註 31), 166면.

일하게 취급하는 것은 부당하다. 다른 한편으로는 법원의 입장은 환자 측에게 위와 같은 고지의무 또는 보고의무에서 더 나아가 일응 적절하지 못한 의사의 조치, 예컨대 위 사안에서는 망인의 수차례 질출혈 증상 호소에도 불구하고 피고 병원이 자궁경부암의 존재를 의심하여 질확대검사를 병행하거나 조직검사를 위하여 상급진료기관에 전원시키는 등의 조치를 취하지 아니하고 계속하여 세포진검사만을 실시한 것에 대하여, 오히려 환자가 다른 검사를 요구하거나 스스로 상급진료기관에 문의할 것을 적어도 책임제한의 측면에서는 규범적으로 요청하는 것이라 할 수 있는데, 이와 같이 환자에게 자신의 상태에 대한 고지를 넘어서서 추가적인 검사의 요구와 같이 적극적인 행위로 나아갈 것을 기대하고 이를 충족하지 못한 것을 책임제한의 사유로 삼는 것은 환자의 의료·의학에 대한 문의한의 위치를 고려할 때 지나친 것이라고 생각한다.

IV. 산부인과 하급심 판례상의 책임제한 법리에 대한 분석과 평가

1. 책임성립요건과의 관계

(1) 추정의 법리 및 책임제한 법리의 법정책

구체적인 손해배상액의 산정은 책임성립요건의 충족을 전제로 한다는 점, 그리고 의료과오소송에 있어 불법행위책임 성립요건인 과실 및 인과관계에 대하여는 추정의 법리가 널리 활용되어 그 입증책임이 경감되어 있음은 주지의 사실이다.⁵⁸⁾ 그런데 책임성립요건 단계에서의 과실 및 인과관계에 대한 추정의 법리와 손해배상액 산정 단계에서의 책임제한 법리는 각각 일정한 정책적 목표를 상정하고 있다고 생각되며, 판례도 이 점을 어느 정도 의식하고 있는 것으로 보인다. 이를 부연하면 다음과 같다.

의료과오소송에서 불법행위책임 성립요건인 과실 및 인과관계의 입증책임을 경감하는 판례 이론은 기본적으로 고도의 전문적 영역인 의료행위에 있어 원고인 환자 측의 입증곤란, 증거의 구조적 편재현상 등을 극복하기 위한 소송법적인 방편이라고 할 수 있다.⁵⁹⁾ 즉, 의료과오소송에 관한 대법원의 입장은 불법행위법 규정

58) 위 I. 참조.

59) 특히 증거의 구조적 편재현상은 이른바 ‘현대형 소송’인 공해소송, 산업재해소송, 의

으로부터 연역적으로 도출되는 것이 아니라 근본적으로는 환자보호와 같은 정책적 사고의 산물로 보는 것이 보다 합당한 분석일 것이다.⁶⁰⁾ 이러한 대법원의 입장은 법의 해석과 적용에 있어 정책적 고려가 이미 광범위하게 작용하고 있음을 보여주는 한 예라고 할 수 있다.⁶¹⁾ 여기에서 입법 영역뿐만 아니라 사법(司法)의 영역에서도 상충하는 정책적 목표에 대한 가치판단과 형량의 문제가 중심적 과제로 등장하고 있음을 알 수 있다.⁶²⁾ 의료과오소송의 경우 환자보호와 충돌할 가능성이 있는 정책적 목표로서 — 현행 국민건강보험제도 하에서 민간 의료기관이 일정 부분 사회화되어 있음을 고려할 때 일용 공공적 기능⁶³⁾을 수행한다고 볼 수 있는 — 의료인 또는 의료 환경의 보호를 설정할 수 있다.⁶⁴⁾ 대법원은 이와 같이 일면 상충하는 정책적 목표에 대하여, 한편으로는 책임성립요건 판단에 있어서 과실 및 인과관계에 대한 추정의 법리를 활용하여 그 손해배상책임을 비교적 용이하게 긍정함으로써 환자보호를 도모하면서, 다른 한편으로 구체적인 손해배상액 산정 단계에 있어서는 책임제한 법리의 광범위한 활용을 통하여 그 실제적인 책임범위를 제한함으로써 의료인 또는 의료 환경의 보호를 제한적으로나마 추구하는 절충적 입장을 취하고 있는 것이다. 기능적인 관점에서는 이러한 책임제한의 법리로 인하여 오히려 그 손해배상이 보다 용이하게 받아들여질 수도 있다는 설명도 설득력이 있다.⁶⁵⁾

료소송, 제조물책임소송에서 일반적으로 나타난다. 이에 대하여는 이시윤, 앞의 책(註 15), 504-505면 참조.

- 60) 박지용, “보건의료법학의 체계적 이해를 위한 一考: 학문적 위상, 성격 그리고 개념적 기초”, **법학논집**, 제18권 제3호(이화여자대학교 법학연구소, 2014), 417면.
- 61) 민사법의 영역에서 법관이 법을 해석·적용할 때 특정한 법정책적인 고려, 특히 경제적 효율성 등을 반영하여야 하는지 여부에 관한 독일에서의 논쟁(Eidenmüller의 부정설과 Janson의 긍정설)을 소개하고 있는 문헌으로 윤진수, “법의 해석과 적용에서 경제적 효율의 고려는 가능한가?”, **고학수·허성욱(편), 경제적 효율성과 법의 지배**(박영사, 2009), 7-14면 참조.
- 62) 박지용, 앞의 논문(註 60), 418면.
- 63) 의료행위의 공공성과 관련된 헌법재판소 결정으로는 헌법재판소 2005. 3. 31. 선고 2001헌바87 결정 참조.
- 64) 박지용, 앞의 논문(註 60), 418면.
- 65) 예컨대, 이은영, 앞의 논문(註 23), 572-573면은 이른바 ‘원치 않은 아이 소송’과 같이 불법행위로 인하여 발생한 손해에 비하여 가해자의 책임이 경미한 경우, 법원은 처음부터 인과관계나 손해의 발생을 부정함으로써 손해배상책임을 인정하지 않을 수 있지만, 판례상의 책임제한을 통하여 의사의 귀책사유에 비하여 과도한 양육비의 불균형이 시정될 수 있다면 그 배상청구가 제한적으로라도 받아들여질 가능성이 높아질 수 있다고 한다.

(2) 양자의 논리적·기능적 상관관계

따라서 논리적으로는 과실 및 인과관계에 있어 추정의 법리를 활용하지 않고 직접 인정된 경우와 추정의 법리를 활용하여 인정된 경우는 책임제한 법리의 적용 여지가 상이하게 판단되어야 한다. 물론 위에서 하급심 판례를 통하여 살펴본 바와 같이 책임제한의 사유는 개별적인 사실관계에 따라 매우 상이하므로 위와 같은 도식적 이해가 일정한 한계가 있음은 전제된다. 다만, 필자가 살펴본 하급심 판결문의 전체적인 흐름을 보면 과실이나 인과관계의 판단에 있어 추정의 법리를 적용하여 이를 인정된 사건에서는 책임제한이 좀 더 폭넓게 이루어지는 경향성을 감지할 수 있었다.⁶⁶⁾ 다른 조건이 동일하다면 양자는 책임제한에 있어 달리 취급되는 것이 합리적이다. 왜냐하면 추정의 법리를 활용할 필요 없이 과실과 인과관계가 비교적 명백하게 인정되는 경우라면 책임제한의 사유로 널리 활용되고 있는 피해자 측의 체질적 소인 등이 손해에 기여한 정도는 그만큼 낮아지는 것으로 판단할 수 있기 때문이다. 역으로 추정의 법리를 활용하여 과실이나 인과관계를 인정한 경우라면, 소송법적으로 원고가 주요사실(主要事實) 또는 요건사실(要件事實)이 아닌 간접사실(間接事實)만을 입증한 것이기 때문에,⁶⁷⁾ 현실적으로 다른 원인에 의한 결과발생가능성을 배제할 수 없게 되고 그만큼 책임제한에 있어 피해자 측의 체질적 소인 등이 좀 더 비중 있게 다루어질 수 있는 것이다.⁶⁸⁾

2. 책임제한의 사유

판례에서 거론되고 있는 책임제한의 사유로 대표적인 것은 환자의 기왕증·특이 체질, 질병·증상의 위험도 및 태양, 의료행위의 특수성·위험성·긴급성 등을 들 수 있다. 이러한 책임제한 사유의 분류는 이론적이거나 규범적인 기준에 따른 것이라기보다는 이를 유형적으로 살펴보기 위한 도구적 서술(description)에 가깝다고 할 수 있다. 따라서 개별적 사안에서 나타나는 책임제한의 구체적 사실들은 반드시

66) 물론 필자의 이러한 추측이 실증적으로 뒷받침되기 위해서는 하급심 판례에 대한 계량적 분석이 요구될 것이다. 다만 현재 민사사건의 하급심 판결문이 전면적으로 공개되어 있지는 못한 상태이기 때문에 계량적 분석을 위한 체계적·대량적 자료 확보에 상당한 곤란이 있음은 주지의 사실이다. 대법원은 2015년 이후에는 형사 하급심 판결문뿐만 아니라 민사 하급심 판결문을 인터넷을 통하여 전면적으로 공개할 계획을 가지고 있다고 한다. 법학연구자로서 그리고 법조실무가로서 반가운 일이 아닐 수 없다.

67) 주요사실과 간접사실의 구분에 대하여 자세한 것은 이시윤, 앞의 책(註 15), 302-304면 참조.

68) 위 III. 2. (1), (2), (3)의 각 판례.

시 위의 어느 한 유형에 전속(專屬)하는 것은 아니며, 관점에 따라 중첩적으로 파악할 수도 있을 것이다. 다만 상대적으로 환자의 기왕증이나 특이체질은 당해 사건에서 피해자인 환자의 개별적인 사정을 구체적으로 살펴보아야 하는 책임제한 사유라면, 질병의 증상이나 위험도 그리고 의료행위의 특수성·위험성과 같은 책임제한 사유는 당해 환자와의 구체적 관련성 없이도 일반적으로 적용할 수 있는 책임제한 사유라고 할 수 있다.

위에서 소개한 산부인과 하급심 판례를 통하여 보다 구체적으로 살펴보면, 예컨대 피고 병원에 내원하기 이전에 환자에게 이미 산후 출혈 증상이 있었다는 점,⁶⁹⁾ 피고 병원에 처음 내원한 시점에 환자가 이미 자궁경부 상피내암 또는 자궁경부암 1기 단계에 진입했다고 판단되는 점,⁷⁰⁾ 태어나 산모의 기질적인 결함 또는 체질적 소인⁷¹⁾ 등은 환자의 기왕증 또는 특이체질 유형에 해당하는 책임제한 사유라고 할 수 있다. 다만 태어나 산모의 기질적인 결함의 경우, 이를 당해 환자를 대상으로 개별적으로 논증하지는 않고 있으며, “태어나 산모의 기질적인 결함이 저산소증의 발병원인으로 관여할 수도 있었던 점”⁷²⁾ 또는 “임신성 고혈압은 모든 산모에게서 발생하는 것이 아니라 그 중 체질적 소인을 가지고 있는 일부의 산모에게서만 나타나는 증상”⁷³⁾ 등과 같이 일반적 판단에 기초하여 책임제한의 사유로 삼고 있다. 따라서 법원의 이와 같은 기질적 결함에 대한 판단 방식은 엄밀하게 말하면 환자의 체질적 소인 유형이라기보다는 질병의 증상이나 태양 유형에 보다 근접하는 것이라고 생각한다.⁷⁴⁾ 또한 뇌경색의 희박한 완치가능성,⁷⁵⁾ 원인불명의 뇌성마비 및 임신성 고혈압의 발생가능성,⁷⁶⁾ 자궁경부암의 경우 1기 이후에는 완치가 거의 불가능한 점⁷⁷⁾ 등은 당해 질병·증상의 위험도 및 태양 유형에, 분만 방법에 대한 의사가 갖는 재량권 등 의료행위의 재량성,⁷⁸⁾ 의료행위의 긴급성,⁷⁹⁾ 출산과 관련

69) 위 III. 2. (1)의 판례.

70) 위 III. 2. (8)의 판례.

71) 위 III. 2. (4), (5), (7)의 각 판례.

72) 위 III. 2. (4)의 판례.

73) 위 III. 2. (7)의 판례.

74) 다만 위에서 언급한 바와 같이 양자는 항상 명확하게 구분되는 것은 아닐 것이다.

75) 위 III. 2. (2)의 판례.

76) 위 III. 2. (3), (7)의 각 판례.

77) 위 III. 2. (8)의 판례.

78) 위 III. 2. (4), (6)의 각 판례.

79) 위 III. 2. (5)의 판례.

된 의료행위의 높은 위험성 등 의료행위의 위험성⁸⁰⁾ 등은 의료행위의 일반적 성격 내지 특수성 유형에 각각 해당한다고 할 수 있다.

3. 책임제한의 비율

책임제한의 비율의 인정은 구체적인 손해배상액을 결정하는 데 직접적인 영향력을 미친다는 점에서 특히 소송당사자에게 매우 민감한 사항이라고 할 수 있다. 그런데 이는 사실심의 전권사항으로서 전적으로 법관의 재량에 맡겨져 있으므로 법적 안전성이나 판결의 예측가능성을 저해할 위험성을 내포하고 있다. 그러나 책임제한 법리 그 자체가 개별적 사안에서 손해의 공평한 분담을 달성하기 위한, 즉 구체적 타당성을 지향하는 제도임에 비추어 볼 때 이러한 위험은 어느 정도 불가피하다고도 할 수 있는바, 그렇다면 적절한 해석론이나 입법론을 통하여 이러한 위험을 완화시키는 것이 중요한 법적 과제로 등장할 것이다.⁸¹⁾ 위에서 책임제한의 사유를 유형론적으로 구분하려는 시도는 책임제한 비율의 인정에 있어 — 비록 제한적인 효과만을 가지고 있기는 하지만 — 하나의 기준을 모색하는데 유용한 도구가 될 수 있다고 생각한다.

위에서 검토한 산부인과 하급심 판례들은 피고 측의 책임비율을 각각 30%~70%로 인정하였고, 50% 이하의 책임만을 인정한 판례도 상당수 있다. 이와 같은 책임제한 비율의 다양성은 물론 일반론적으로 개별적 사건에서의 구체적 타당성을 고려하기 위한 것으로 설명할 수 있지만, 좀 더 구체적으로는 다음과 같이 분석하는 것도 가능할 것이다. 위에서 상론한 바와 같이, 과실 및 인과관계 판단에 있어 추정적 법리를 활용한 경우에는 그렇지 않은 경우보다 책임제한의 여지가 더 크다고 할 수 있다.⁸²⁾ 다음으로 환자 측에 기왕증이나 특이체질과 같은 체질적 소인이 발견되는지 여부이다. 이러한 책임제한 사유는 주관적 사유에 해당하기 때문에 책임제한의 폭을 넓히는 근거로 적극적인 활용이 가능하다고 생각한다. 마지막으로

80) 위 III. 2. (6)의 판례.

81) 손해의 공평·타당한 분담론은 ‘정의’라는 최고의 법이념이 손해배상법에서 구체화된 것이라 할 수 있고, 다만 공평분담론은 재량일탈의 위험을 가지고 있으므로 판례의 축적이나 입법으로 이러한 위험을 완화시키려는 계속적인 노력이 필요하다는 점을 강조하는 견해로서 김천수, 앞의 논문(註 14), 528면.

82) 위 IV. 1. 참조. 그러나 이와 같은 책임성립요건에 있어 추정의 법리를 활용한 것 그 자체가 독자적인 책임제한의 사유나 근거가 되는 것은 아니다. 다만, 여기에서는 책임성립요건론과 판례상 책임제한 법리가 부분적으로 일정한 연관관계에 있음을 시사하고자 한 것이다. 이 점을 지적해주신 익명의 심사위원님께 감사드린다.

질병의 증상이나 위험도, 태양 그리고 의료행위의 특수성이다. 즉, 당해 질병 또는 의료행위의 위험성, 긴급성 그리고 의료행위에 대한 의사의 재량성이 클수록 책임 제한의 폭은 높아진다. 산부인과 관련 의료과오소송에서 의사의 책임제한 비율이 상대적으로 타과에 비하여 높은 것도 이러한 이유에서 기인한다고 할 수 있다. 다만 이러한 유형의 책임제한 사유들은 어느 정도 일반적이고 객관적인 사정에 해당한다고 할 수 있고, 그만큼 제한적으로 활용되어야 한다고 생각한다. 환자 측의 기왕증이나 특이체질과는 달리 이러한 사유들은 피해자 측의 지배영역에 속하는 것이라고 할 수 없고, 대법원이 책임제한 법리의 근거를 ‘과실상계의 유추적용’에서 구하고 있는 이상 이러한 객관적 사유들에 의한 책임제한은 과실상계의 구조와는 동떨어져 있기 때문이다.

V. 맺음말을 갈음하여:

불법행위법의 본질과 책임제한 법리, 향후 연구과제

지금까지 의료과오소송에서의 판례상 책임제한 법리의 구체적 내용을 산부인과 관련 하급심 판례의 분석을 통하여 살펴보았다.⁸³⁾ 특히 몇몇 판례에서 구체적으로 실시한 책임제한의 사유들에 대하여는 다소 ‘비판적인 시각’에서 이를 검토하였다. 책임제한은 구체적인 손해배상액과 직결된다는 점에서 소송당사자에게 큰 의미가 있음에도 불구하고 판례의 실시는 책임제한을 형식적으로 근거 짓기 위한 하나의 방편적 기술에 그치고 있다는 인상을 지울 수 없었다. 그러나 이와 같은 책임제한 사유 등에 대한 미시적 차원에서의 지적이 판례상 책임제한 법리의 전체적 합리성을 부정할 정도에 이른 것은 아닐 것이다. 실제로 각각의 책임제한 사유는 관점에 따라 달리 평가할 수 있을 것이고, 그 결과에 있어서는 구체적 타당성의 관점에서 이를 전반적으로 수긍할 수 있기 때문이다. 다만, 중요한 것은 그 ‘적정한 한계(Rahmen)’의 설정과 합리적이고 납득할 만한 근거 내지 이유의 제시라고 할 것이다.⁸⁴⁾ 이 글에서 책임성립요건과의 상관관계와 책임제한 사유에 대한 유형적 구분

83) 본 연구는 산부인과 관련 하급심 판례를 그 주요 분석대상으로 삼고 있다. 따라서 이를 전체 의료과오소송으로 일반화할 수 있는지 여부는 보다 폭넓은 판례 분석이 기본 전제로서 요청될 것이다. 이 점에 있어 본 연구는 제한적이며, 이에 대해서는 향후 연구과제로 삼고자 한다.

84) 책임제한의 구체적인 사유와 비율의 인정에 관한 문제는 법관의 실무 감각 내지 직관

을 통하여 책임제한 법리의 구체적 적용국면을 미흡하나마 분석해 본 것도 이러한 문제의식에서 비롯된 것이다.⁸⁵⁾

보다 근본적으로는 불법행위법의 본질 및 기능의 관점에서 판례상 책임제한 법리의 정당성 및 의료과오소송의 전체 구조를 반성적으로 성찰해 볼 필요도 있을 것이다. 불법행위법의 본질 및 기능을 회복 패러다임과 예방 패러다임의 관점에서 파악할 때,⁸⁶⁾ 동 법리는 적지 않은 문제점을 가지고 있다. 대법원은 그 근거를 과실상계의 유추적용에서 구하고 있지만 구체적인 책임제한의 사유들이 과실상계의 구조와 항상 일치하지는 않는다. 판례는 환자의 기왕증이나 특이체질에서 더 나아가 질병의 위험도나 태양, 그리고 의료행위의 일반적 성격까지도 책임제한의 사유로 삼고 있기 때문이다. 실제로 의료과오소송에서 대부분의 판례들은 책임제한 사유를 광범위하게 인정하여 피고의 책임 비율을 어느 정도는 제한하고 있으며, 이를 20% 내지 30%로 대폭 제한한 판례들도 적지 않다. 구체적 사건에서의 합리성이나 타당성을 떠나 이러한 큰 폭의 책임 제한은 불법행위법의 손해전보(Schadensausgleich)적 기능을 일정 부분 제약한다고 할 수 있다(과소보상⁸⁷⁾). 예방적 관점에서도 지나친 책임제한은 의사나 병원 측으로 하여금 의료사고 예방에 대한 노력을 소홀하게 만들 수 있다. 예방 패러다임의 이론적 기초인 법경제학의 시각에서 보면 의료과오소송에서의 배상액이 의료사고 예방비용 보다 적게 들 경우에는 의사

에 크게 좌우된다고 할 수 있다. 규범과 현실의 간극을 메운다는 점에서 이와 같은 직관의 존재 및 필요성을 긍정하면서도 그 합리적 통제의 필요성과 가능성을 모색하는 입장에 대하여 자세한 것은 권영준, “민사재판에 있어서 이론, 법리, 실무”, **서울대학교 법학**, 제49권 제3호(서울대학교 법학연구소, 2008), 339-347면 참조. 특히 권영준, 같은 논문, 347면은 직관의 합리적 통제 방안으로 ‘판결 이유의 충실한 제시’를 언급하고, 그 순기능으로서 “① 법원 스스로를 통제(내부적 정당화), ② 이를 토대로 외부적 토론을 유도(외부적 정당화), ③ 이를 통하여 가능한 범위 내에서 일정한 기준 또는 규칙을 형성(정당한 척도의 생성)” 등을 제시하고 있다. 이 중 ①, ②의 기능이 절차적이고 이념적인 것이라면 ③의 기능은 보다 실체적인 것이라고 할 수 있다. 물론 이러한 기능들이 상호 분절적인 것은 아닐 것이다. 예컨대 본 연구에서 책임제한의 각 사유들을 비판적으로 검토하고 이를 유형화하여 그 경중에 대한 나름대로의 평가를 시도한 것은 일차적으로 ③의 기능을 염두에 둔 것이지만, 이는 기본적으로 ①과 ②에 토대를 둔 것일 뿐만 아니라 또 다시 ①, ②의 과정을 환류하면서 검증되어야 할 것이기 때문이다.

85) 판례상 책임제한 법리 그 자체의 정당성 문제는 보다 심도 있는 이론적 및 비교법적 고찰이 요청될 것이다. 이에 대하여는 향후 연구과제로 삼고자 한다.

86) 이에 대하여 자세한 것은 권영준, “불법행위법의 사상적 기초와 그 시사점 — 예방과 회복의 패러다임을 중심으로”, **저스티스**, 제109호(한국법학원, 2009), 76면 이하 참조.

87) 권영준, 위의 논문(註 86), 89-91면.

나 병원은 의료사고 예방에 대한 경제적 유인을 갖지 못한다. 물론 의료과오소송 자체가 이러한 예방적 기능을 달성케 하는 적절한 수단인지에 대하여는 의문이 없지 않다.⁸⁸⁾ 예방 패러다임이 제대로 작동하기 위해서는 무엇보다 문제되는 상황에 대한 예측가능성이 담보되어야 하지만,⁸⁹⁾ 현재 의료과오소송에서는 광범위한 과실 및 인과관계의 추정 법리의 활용으로 이러한 예측가능성 내지 보편화가가능성이 결여되어 있기 때문이다. 물론 별다른 제도상의 방편이 마련되지 않은 상황에서 환자 보호와 의료인 내지 의료 환경의 보호라는 일면 충돌하는 법익을 절충적으로 도모하고자 하는 법원의 고민을 수궁할 수 없는 것은 아니다. 다만, 불법행위법의 본질 내지 기능론은 판례상의 책임제한 법리, 더 나아가 의료과오소송의 전체 구조에 대하여 근본적 재고(再考)를 요청하는 계기가 된다. 그 규범적·제도적 구체화는 보다 다각적이고 학제적인 연구를 필요로 할 것이다.

투고일 2014. 4. 23 심사완료일 2014. 5. 25 게재확정일 2014. 5. 30

88) 예컨대 미국의 의료과오소송을 실증적으로 분석한 선구적 연구로 평가받는 The Committee on Legal Issues in Health Care, “Medical Malpractice Threat: A Study of Defensive Medicine”, *Duke Law Journal*, Vol. 1971, Issue 5, 1971, pp. 964-965에 의하면, 의료과오소송은 부정적인 방어의료(defensive medicine)의 증가, 소송비용 등과 같은 행정비용의 증가 등을 유발하지만, 의료의 질 향상에는 거의 도움을 주지 못한다고 한다. 한편 의료과오법 및 의료과오소송의 의료사고 예방 및 의료의 질 개선에 대한 제한적이지만 긍정적인 영향력을 언급하면서, 이에 따른 임상에서의 진료기준 (clinical standards)의 중요성을 강조하는 최근의 연구로서 M. Frakes, A. B. Jena, “Dose Medical Malpractice Law Improve Health Care Quality?”, *NBER Working Paper*, No. 19841, 2014.

89) 권영준, 앞의 논문(註 86), 97-98면.

참고문헌

- 권영준, “불법행위법의 사상적 기초와 그 시사점 — 예방과 회복의 패러다임을 중심으로”, **저스티스**, 제109호(한국법학원, 2009).
- _____, “민사재판에 있어서 이론, 법리, 실무”, **서울대학교 법학**, 제49권 제3호(서울대학교 법학연구소, 2008).
- 김나경, “의사의 설명의무와 법적 이해”, **한국의료법학회지**, 제15권 제1호(한국의료법학회, 2007).
- 김민중, “의료과오책임에서 ‘확장된’ 과실상계의 법리”, **동북아법연구**, 제5권 제3호(전북대학교 동북아법연구소, 2012).
- 김용빈, “의료과오소송에 있어 입증책임 완화에 따른 의료과실의 의미와 판단기준”, **의료법학**, 제9권 제1호(대한의료법학회, 2008).
- 김재윤, **의료분쟁과 법**(울곡출판사, 2006).
- 김천수, “불법행위법의 확장 과 의료과오책임의 현대적 동향”, **사법**, 제21호(사법발전재단, 2012).
- _____, “우리 不法行爲法の 素描 — 그 자화상과 미래상”, **민사법학**, 제52호(한국민사법학회, 2010).
- 박동진, “손해배상액의 산정”, **민사법학**, 제36호(한국민사법학회, 2007).
- _____, “과실상계에서 과실의 의미”, **연세법학연구**, 제7집 제1권(연세대학교 연세법학연구회, 2000).
- 박영호, “의료과실소송에 있어서 과실과 인과관계의 입증과 그 방법: 대법원 1995. 2. 10. 선고 93다52402 판결에 대한 연혁적 분석을 중심으로”, **저스티스**, 제77호(한국법학원, 2004).
- 박종권, “의료과오소송의 입증책임 전환론”, **비교사법**, 제14권 제1호(한국비교사법학회, 2007).
- 박지용, “보건의료법학의 체계적 이해를 위한 一考: 학문적 위상, 성격 그리고 개념적 기초”, **법학논집**, 제18권 제3호(이화여자대학교 법학연구소, 2014).
- _____, “의료사고 민사책임에 있어 계약법적 접근론에 대한 비판적 고찰”, **서울법학**, 제21권 제3호(서울시립대학교 법학연구소, 2014).
- 송오식, “의료과실의 계약법적 구성”, **법학연구**, 제48권 제1호(부산대학교 법학연구소, 2007).

- 신은주, “의료과오에 있어서 인과관계에 관한 판례의 고찰”, **한국의료법학회지**, 제20권 제2호(한국의료법학회, 2012).
- _____, “의료과오소송 입증책임론의 전개와 발전”, **의료법학**, 제9권 제1호(대한의료법학회, 2008).
- 신현호·백경희, **의료분쟁 소송·조정 총론**(육법사, 2011).
- 안법영, “산부인과 진료와 의사의 주의의무 — 대법원판결례의 분석을 중심으로 —”, **의료법학**, 창간호(대한의료법학회, 2000).
- 양창수, “민법 제765조 — 잊혀진 규정?”, **서울대학교 법학**, 제39권 제4호(서울대학교 법학연구소, 1999).
- 연세대학교 의료법윤리학연구원, **위험도 상대가치 개선을 위한 의료사고 비용조사 연구**(건강보험심사평가원, 2011).
- 연세대학교 의료법윤리학연구원, **산부인과 의료분쟁 현황조사 및 제도개선 방안연구**(대한산부인과학회, 2010).
- 오수영·권자영·신정호·김 암, “의료분쟁조정법 중 산과 무과실보상 제도가 산부인과 전문의의 향후 진료에 미치는 영향”, **대한산부인과학회지**, 제55권 제7호(대한산부인과학회, 2012).
- 오종근, “민법 제765조상의 배상액 경감청구”, **비교사법**, 제4권 제1호(한국비교사법학회, 1997).
- 윤진수, “법의 해석과 적용에서 경제적 효율의 고려는 가능한가?”, 고희수·허성욱(편), **경제적 효율성과 법의 지배**(박영사, 2009).
- 이시윤, **신민사소송법**(박영사, 2009).
- 이은영, “판례상의 책임제한의 의미와 정당화”, **법학논총**, 제36권 제2호(단국대학교 법학연구소, 2012).
- 임준호, “의료과오소송에서 기여도에 의한 배상액의 비율적 인정 : 체질적 소인·기왕증의 참작”, **민사판례연구**, XXI(박영사, 1999).
- The Committee on Legal Issues in Health Care, “Medical Malpractice Threat: A Study of Defensive Medicine”, *Duke Law Journal*, Vol. 1971, Issue 5, 1971.
- M. Frakes, A. B. Jena, “Dose Medical Malpractice Law Improve Health Care Quality?”, *NBER Working Paper*, No. 19841, 2014.

<Abstract>

The Legal Doctrine on Limitation of Liability in Medical Malpractice Litigation

Park, Jiyong*

This article attempts to explore the legal doctrine on limitation of liability in medical malpractice litigation through an analysis of court's precedents related to the obstetrics and gynecology, and to find a reasonable application of the doctrine.

The discussions have focused on the liability requirements such as negligence and causation in medical malpractice cases, and the calculation of damage compensation has been dealt with relatively neglect. The limitation of liability, however, is a very sensitive matter from a legal practical point of view. The doctrine on limitation of liability means the amount of damages should be reduced by courts based on damage adjustment theory in the perspective on fair and just distribution of losses, and the Supreme Court specifically suggests an analogical application of comparative negligence theory.

But a risk infringing legal stability is inherent in the doctrine on limitation of liability. This would give rise to the danger of arbitrary decision making. The danger, however, might be even somewhat inevitable because the doctrine should aim at concrete validity in each cases. In other words, it is imperative that the legislative or judicial measure to mitigate the risk should be considered. This article is to provide a standard for estimating the proportion of limitation of liability by classifying the grounds on limitation of liability typologically. In the first place, in case of applying the legal doctrine on the presumption of medical negligence or causation, the scope for limitation of liability should be extended broader. Secondly, whether there are any physical conditions of the victim, such as a previous illness, a diathesis, is an

* Attorney at Law/Research Professor, Graduate School of Public Health, Yonsei University.

important factor for determining a ratio of the limitation in an individual case. Finally, the symptom or risk of diseases and the uniqueness of medical practice such as urgency are also important factors in applying this legal doctrine.

Keywords: medical malpractice, compensation, limitation of liability, fair and just distribution of losses, comparative negligence

