

의료과실소송에서 과실과 인과관계의 입증

-의료분쟁조정법상 인과관계 추정규정의 도입방안을 중심으로-

김 재 윤*

목 차

- | | |
|-------------------------|-------------------------|
| I. 들어가는 말 | III. 의료분쟁조정법상 인과관계의 입증책 |
| II. 의료과실 민·형사소송에서 과실과 인 | 임 완화 방안 |
| 과관계의 입증책임 | 1. 환경소송과 제조물책임소송에서 인 |
| 1. 의료과실 민사소송에서 과실과 인과 | 과관계의 입증책임 완화 경향 |
| 관계의 입증책임의 완화 | 2. 형사특별법상 인과관계 추정의 입법례 |
| 2. 의료과실 형사소송에서 과실과 인과 | 3. 의료분쟁조정법상 인과관계 추정규 |
| 관계의 거증책임 | 정의 구체적 도입방안 |
| | IV. 맺는 말 |

I. 들어가는 말

의료사고를 당한 환자와 가족이 겪는 고통은 말로 표현할 수 없다. 전문적 의학지식이 부족하고, 의사의 과실과 인과관계를 규명할 능력이 부족하기 때문에 구제를 받기는 하늘의 별따기처럼 어려운 것이 현실이다. 의료사고가 아니라 통상의 부작용이라는 의료인의 일방적 설명과 아울러 합의에 소극적으로 일관하는 태도에 지쳐 적은 금액으로 합의하는 일이 다반사로 일어난다. 정말 억울하다고 생각하는 환자와 가족은 마지막 수단으로 의료사고에 대한 민·형사소송을 택하지만 이를 진행하는 과정은 지난하기 짝이 없다. 민사소송이 제기되면 1심 판결을 받는

* 전남대학교 법학전문대학원 부교수

데 평균 2년 2개월이라는 시간이 소요되고, 설사 소송에 이기더라도 변호사 선임 비용(변호사비용: 5백만원 + 성공보수<10%~20%/손해배상액>)을 주고 나면 별로 남는 것이 없을 정도로 시간적·경제적 부담이 크다.¹⁾

이런 문제를 해결하기 위해 2012년 4월 8일 한국의료분쟁조정중재원(이하 ‘의료중재원’이라 한다)이 공식 출범했다. 지난 해 4월 ‘의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률’(이하 ‘의료분쟁조정법’이라 한다)이 제정되면서 환자들이 소송을 내지 않고 피해를 배상 받을 수 있는 길이 열린 것이다. 즉 의료분쟁조정제도 시행에 따라 의료분쟁 당사자가 의료중재원에 조정·중재를 신청하면 90일 이내(1회 연장시 최대 120일)에 최소한의 비용(1천만원 조정신청에 3만2천원의 수수료)만으로 의료분쟁을 해결할 수 있게 된다.

그러나 의료중재원 출범 4일만에 대한의사협회가 의사가 조정신청에 응할 경우 진료기록의 조사·열람·복사 의무가 주어지는 반면 거부하면 벌금을 물어야 하고(의료분쟁조정법 제38조, 제53조 제2항), 의료인의 무과실의료사고보상(같은 법 제46조)의 문제점 등의 이유를 들어 회원들에게 “의료분쟁조정 신청에 응하지 말라”고 의료분쟁조정 참여에 거부를 표명함으로써 긴 산고 끝에 탄생한 의료분쟁조정제도가 시작부터 난관에 봉착하고 있다.²⁾

이러한 대한의사협회의 반발은 의사의 과실이 가볍고 조정이 성립되면 의사에 대한 형사처벌을 면제하도록 한 형사처벌특례(같은 법 제51조)의 도입³⁾과 무과실의료사고보상도 불가항력적인 분만사고로 한정

1) 예컨대 성형외과에서의 의료분쟁 해결에 평균 6.3년이 소요되며, 의료사고로 연간 분쟁해결에 지출되는 비용은 900억원 이상으로 추정된다고 한다(보건복지부, “한국 의료분쟁조정중재원(의료중재원) 4. 8. 출범”, 2012. 4. 8. 자 보도자료, 1쪽).

2) 경향신문, 2012. 4. 10. 자 기사 참조.

3) 이에 대한 상세한 분석으로는 이백휴, “의료분쟁에 있어 형사처벌특례제도의 확대 필요성과 방안”, 한국의료법학회지 제19권 제1호(한국의료법학회, 2011), 111쪽 이하 참조.

하고 그 시행도 1년간 유보한 상태이므로 설득력이 약해 보인다. 오히려 의료분쟁조정법상의 형사처벌특례는 제17대 국회에서 의료사고가 고의적 사고가 아닐 뿐만 아니라 환자의 입장에서 입증책임이 의사에게 전환된다는 전제하에 의료인의 입장을 고려하여 논의된 것임에도 불구하고 의료분쟁조정법에서는 입증책임 전환규정은 어디론가 사라지고 형사처벌특례만이 도입되어 특정 직업군인 의료인에게만 과도한 특혜를 준 것이 아닌가 하는 의문이 제기된다. 나아가 무과실의료사고보상도 예컨대 환경소송, 제조물책임소송 등에 있어서 과실과 그 결과의 인과관계 입증이 곤란하여 환경정책기본법 제31조 제1항, 제조물책임법 제3조 제1항에 의해 무과실책임 규정을 둔 것과 같이 의료분쟁에서 끊임없이 문제되고 있는 인과관계의 입증 어려움을 해소하고 의료인과 환자의 불균형적인 상황을 해소하기 위한 불가피한 제도라고 볼 수 있다.

회답을 맞이하시는 손동권 교수님은 일찍이 보라매병원 사건에 대한 평석⁴⁾을 통해 의료사고에 대한 깊은 학문적 관심과 관련 연구를 진행해 오셨고, 이 글은 교수님의 학문적 관심을 이어받아 의료사고에 대한 형법적 논의를 확대시킴으로써 교수님의 커다란 學恩에 작게나마 보답하고자 작성되었다. 이에 이 글에서는 우선 의료과실 민사소송에서 과실과 인과관계의 입증책임을 완화시키고 있는 대법원 판결의 경향과 이러한 민사판례의 경향이 의료과실 형사소송에도 적용가능한 지를 살펴보고자 한다(Ⅱ). 나아가 의료분쟁 이외의 영역에서도 인과관계의 입증책임을 완화 내지 전환시킨 입법례를 민사특별법과 형사특별법의 영역에서 고찰해보고 이를 토대로 의료분쟁조정법상 인과관계 추정규정의 도입방안을 모색하고자 한다(Ⅲ). 마지막으로 이러한 논의를 바탕으로 의료분쟁조정법이 의료사고로 인해 고통 받고 있는 국민들이 신속하고 안전하게 피해구제를 받을 수 있는 합리적이고 실효적인 제도로

4) 손동권, “정법과 공법, 작위법과 부작위법의 구별”, 인권과정의 통권 제346호(대한변호사협회, 2005. 6), 101쪽 이하.

정착되기 위해서는 이미 도입된 형사처벌특례와 아울러 인과관계 추정 규정의 신설을 통해 입증책임을 완화시킬 필요성이 있음과 그 입법안을 결론으로 제시하고자 한다(IV).

Ⅱ. 의료과실 민·형사소송에서 과실과 인과관계의 입증책임

1. 의료과실 민사소송에서 과실과 인과관계의 입증책임을 완화

1.1 입증책임 완화의 필요성

의료과실이 민사분쟁의 대상이 되는 때에 원고인 환자는 의사에게 채무불이행책임을 구하든, 불법행위책임을 구하든 ① 의사 측의 과실, 즉 주의의무위반, ② 위법성 또는 불완전이행, ③ 손해의 발생, ④ 의료행위와 손해와의 인과관계라는 요건사실을 주장·입증해야 한다. 이러한 요건사실에 대한 입증책임을 부담하는 원고는 이에 대해 법관에게 ‘고도의 개연성’ 내지 ‘합리적인 의심을 침묵시키는 높은 개연성’⁵⁾에 대한 확신을 형성시킬 것이 요구되며, 단순히 우월한 개연성(überwiegende Wahrscheinlichkeit)의 확신만으로는 충분하지 않은 것으로 이해된다.⁶⁾ 그런데 의료는 의학이라고 하는 과학적 전문영역의 문제이므로 의료과실 책임의 요건사실을 주장·입증함에는 고도의 전문성이 요구된다. 하지만 환자 측은 비전문가인데다가 의료행위의 비공개적·밀실적 성격, 직업적 동료 의식 등에 의해 그 입증이 극히 어려운 경우가 많다.

5) Othmar Jauernig, *Zivilprozessrecht* 24. Aufl.(Beck Juristischer Verlag, 1993), S. 179.

6) 호문혁, 민사소송법 제8판(법문사, 2010), 488쪽.

보다 구체적으로 의료과실과 인과관계는 다음과 같은 이유에서 입증의 곤란을 겪는다. 첫째, 환자는 저마다 개인적으로 유전환경에 의한 생물학적·신체적 특수성이 달라 같은 의약품, 수술, 검사라 할지라도 환자 개인의 특수성에 따라 그 효과가 동일하게 나타나지 않기 때문에 필요적으로 의료행위는 예측곤란성을 가지고 있다. 둘째, 의료행위를 통해 환자에게 사망·후유장애와 같은 악결과가 발생하더라도 그 기초가 된 기본적인 원인행위를 특정하기가 곤란한 경우가 많으며 과실이나 불완전이행이 있는 어떤 기본적인 의료행위를 특정할 수 있다 하더라도 그 의료행위에 의하여 당해 결과가 발생한 경우인지 여부, 그 의료행위와 결과 사이의 관계를 1대1의 대응관계로 특정할 수 있는가 하는 곤란한 문제가 제기되곤 한다. 셋째, 아직도 의학 분야에서는 질병의 원인·내용, 질병이 신체·정신에 미치는 영향·효과에 대하여 해명되지 않은 분야가 극히 많아 환자에게 발생한 악결과의 원인을 해명할 수 없는 경우가 많다. 마지막으로 의료소송은 의료라고 하는 극히 전문적이고 재량적인 분야에 대한 분쟁이고, 환자 측의 정보확보가 어려운 밀실에서 의료행위가 이루어지기 때문에 의료과실과 인과관계를 입증하기 위해서는 전문적이고 과학적인 지식이 필요한데 환자 측은 비전문가인 데다가 증거방법을 수중에 가지고 있지 못하며 감정인 역시 의사인 경우가 대부분이어서 직업적 동료의식⁷⁾으로 인하여 유리한 감정결과를 기대하기 어렵거나 진실을 은폐할 가능성도 없지 않아 의료과실과 인과관계를 전문가인 의사가 아닌 일반인으로서로는 도저히 밝혀 낼 수 없는 상황에 빈번히 처한다.⁸⁾ 이러한 이유에서 의료과실과 인과관계의

7) ‘침묵의 공모’(conspiracy of silence)라는 말에서도 알 수 있듯이 감정인인 의사는 동료 의사를 보호하기 위해 당해 의사에게 불리한 감정을 하는 것을 사실상 꺼리게 된다. 나아가 해당 의사와의 친분관계로 인해 고의로 해당 의사에게 유리한 쪽으로 허위의 감정이나 증언을 하는 경우도 간혹 있을 수 있다.

8) 박영호, “의료과실소송에 있어서 과실과 인과관계의 입증과 그 방법”, 저스티스 통권 제77호(한국법학원, 2004), 91쪽.

입증의 정도를 완화하거나 입증책임을 전환할 필요성이 계속해서 제기되어 왔다. 이에 따라 예컨대 환자가 치료 도중에 사망한 경우 피해자 측에서 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 증명하기만 하면 의사 측이 전혀 다른 원인으로 그 결과가 발생한 것이라는 입증을 하지 않는 이상, 의료과실과 악결과 사이의 인과관계를 추정하여 손해배상책임을 지울 수 있도록 입증책임을 완화하는 방식이 고려되었고⁹⁾ 실제로 국내의 의료과실 민사판례는 경우에 따라 이러한 방식을 통해 이른바 ‘무기평등성’(Waffengleichheit)을 실현하려고 노력해왔다.¹⁰⁾

1.2 의료과실 민사판례의 입증책임 완화 경향

1.2.1 종래 판례의 태도

우리나라 대법원 판례는 앞서 언급한 바와 같이 의료행위의 전문성, 밀행성, 증거의 편재 등에 비추어 환자 측으로서는 직접증거로 의료과실과 인과관계를 입증하기 어려운 점을 감안하여 의료소송의 경우에 여러 가지 간접사실에 경험칙을 적용하여 의료과실과 인과관계의 추정을 허용함으로써 손해의 공평부담을 꺾하고 있다. 대법원 1995. 2. 10.

9) 김형배, 채권각론: 계약법(박영사, 1997), 836쪽.

10) 의료과실 민사소송에서 입증책임을 완화함에 관한 이론으로는 표현증명이론, 개연성설, 사실상 추정론, 일응의 추정론, 입증책임을 전환론, 입증방해론 등이 있다. 이에 대한 상세한 설명으로는 김재운, 의료분쟁과 법(울곡출판사, 2006), 104-109쪽; 박영호, 앞의 논문, 103쪽 이하; 손용근, “의료과소송에 있어서 입증의 경감에 관한 연구”, 박사학위논문(연세대학교 대학원, 1997), 61쪽 이하; 신현호, 의료소송총론(육법사, 1997), 303쪽 이하; 추호경, 의료과오론(육법사, 1992), 156쪽 이하 참조.

선고, 93다52402 판결은 이러한 경향을 확립한 대표적인 판례로 언급되고 있다. 이 판례는 다한증 치료를 위한 목적으로 수술을 하였지만 환자가 그 후에 뇌경색으로 사망한 사안으로 대법원은 “환자가 치료 도중에 사망한 경우에 있어서는 피해자 측에서 일련의 의료행위과정에 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 지을 수 있도록 입증책임을 완화하는 것이 손해의 공평·타당한 부담을 그 지도원리로 하는 손해배상제도의 이상에 맞는다고 하지 않을 수 없다.”고 판시함으로써 사망이 의사의 과실로 인한 것이라고 추정하였다.¹¹⁾ 이 판례는 일반적·상식적 수준에서의 과실이 입증되고 ① 의료행위와 약결과 사이의 시간적 접촉성, ② 타원인의 개재 가능성의 부존재라는 간접사실이 증명될 때 인과관계를 추정하고 있다.¹²⁾ 이 판례에 대해 인과관계의 입증책임을 환자 측에 그대로 두면서 그 증명도를 낮게 요구한 것, 즉 입증책임을 완화한 것이지 입증책임을 의사에게 전환하는 것은 아니라고 해석함이 통설적 입장이라고 한다.¹³⁾

11) 이 판결에 대한 주요한 평석으로는 박영호, “의료과실소송에 있어서 과실과 인과관계의 입증과 그 방법”, 재판과 판례 12집(대구판례연구회, 2004. 1), 1쪽 이하 참조.

12) 대법원 1995. 2. 10. 선고, 93다52402 판결 이후 의료과실과 인과관계의 추정을 인정하고 있는 대표적인 판결로는 대법원 1995. 3. 10. 선고, 94다39567 판결; 대법원 1995. 4. 14. 선고, 94다29218 판결; 대법원 1996. 6. 11. 선고, 95다41079 판결; 대법원 1996. 12. 10. 선고, 96다28158, 28165 판결; 대법원 1998. 2. 27. 선고, 97다38442 판결; 대법원 1999. 2. 12. 선고, 98다10472 판결; 대법원 2000. 7. 7. 선고, 99다66328 판결; 대법원 2003. 1. 24. 선고, 2002다3822 판결; 대법원 2006. 10. 27. 선고, 2004다2342 판결.

그러나 판례는 위와 같이 인과관계에 있어 환자 측이 부담하는 입증 책임을 완화한다고 하더라도 “의료행위를 한 자에게 손해배상책임을 지우기 위하여서는 의료행위상의 주의의무위반, 손해의 발생 및 주의의무위반과 손해의 발생과 사이에 인과관계의 존재가 전제되어야 하는 것은 당연하다”고 하고, “의료행위에 있어서의 잘못을 원인으로 한 불법행위책임이 성립하기 위하여서도 일반적인 경우와 마찬가지로 의료상의 주의의무 위반과 손해의 발생이 있고 그 사이에 인과관계가 있어야 한다.”¹⁴⁾고 보아 원칙적으로 인과관계가 부존재할 경우에는 의료인의 책임을 전면 부정하여 왔다.

1.2.2 최근 판례의 새로운 경향

그러나 대법원은 최근 환자 측의 의료과실과 인과관계의 입증책임을 완화시킨다는 취지를 고수하는 한편 환자 측에서 의사의 과실을 좀 더 구체화하여 주장·입증할 것, 즉 고도의 개연성이 담보될 경우에만 인과관계를 추정할 수 있다고 판시하여 막연히 의료행위 전후의 환자의 상태변화만 가지고 의사의 과실과 악결과간의 인과관계를 추정하는 것을 제한하는 태도를 보이고 있다. 대표적으로 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 가능하다고 하겠으나, 그 경우에도 의사의 과실로 인한 결과 발생을 추정할 수 있을 정도의 개연성이 담보되지 않는 사정들을 가지고 막연하게 중한 결과에서 의사의 과실과 인과관계를 추정함으로써

13) 민유숙, “의료과오로 인한 손해배상소송에 있어서 인과관계·과실의 추정과 설명의무”, 대법원판례해설 통권 제51호(법원도서관, 2004), 283쪽.

14) 대법원 1999. 4. 13. 선고, 98다9915 판결. 같은 취지의 판결로는 대법원 1997. 7. 22. 선고, 95다49608 판결; 대법원 1999. 4. 13. 선고, 98다9915 판결; 대법원 2002. 8. 27. 선고, 2001다19486 판결.

결과적으로 의사에게 무과실의 증명책임을 지우는 것까지 허용되는 것은 아니다.”¹⁵⁾고 판시하여 하여 환자 측에서 의사의 과실과 악결과와의 인과관계를 좀 더 명확하게 구체화할 것을 요구하고 있다.

그리고 대법원은 종래 인과관계가 부존재할 경우에 의료인의 책임을 전면 부정하던 태도와 달리 의료인의 주의의무 위반과 환자에게 발생한 악결과 사이에 인과관계가 부존재할 경우라도 의료인의 주의의무 위반의 정도가 일반인의 입장에서 수인한도를 넘어설 만큼 현저하게 불성실한 진료를 행한 것이라고 평가될 정도에 이른 경우에는 그 자체로서 별도의 불법행위를 구성하는 것이며, 이 경우 전손해의 배상을 구할 수는 없더라도 환자 측이 입은 정신적 고통은 배상하여야 한다고 하여 일정한 경우에 인과관계가 부존재할 경우에도 의료인의 책임을 인정하였다. 즉 대법원은 전신마취에 따른 충수돌기염 수술을 받은 환자가 통상의 마취회복 기간이 경과하도록 정상적인 의식상태로 돌아오지 못한 채 소뇌동정맥 기형이라는 특이체질로 인한 급성 소뇌출혈로 사망한 사안에서 수술 후 경과관찰 등 사후관리를 소홀히 한 의료인의 불법행위책임 여부가 다투어진 데 대하여 “주의의무 위반의 정도가 일반인의 처지에서 보아 수인한도를 넘어설 만큼 현저하게 불성실한 진료를 행한 것이라고 평가될 정도에 이른 경우라면 그 자체로서 불법행위를 구성하여 그로 말미암아 환자나 그 가족이 입은 정신적 고통에 대한 위자료의 배상을 명할 수 있으나, 이때 그 수인한도를 넘어서는 정도로

15) 대법원 2007. 5. 31. 선고, 2005다5867 판결. 이 판결에서 대법원은 내시경적 역행성 담췌관조영술(ERCP) 검사 후의 급성췌장염은 검사 건수의 5% 정도에서 발생할 수 있고 특별한 병적인 상태가 없는 경우에도 발생할 수 있다는 점, 망인에 대한 ERCP 검사 경과 중에 문제가 될 만한 사정이 보이지 않는다는 점, 당시 망인의 상태에 비추어 급성췌장염의 발생기전이 망인에게 전혀 없다고 볼 수만도 없는 점 등을 고려하여 ERCP 검사 후 망인에게 급성췌장염이 발생하였다는 사실만으로 피고 병원 의료인에게 그 검사과정에서 원고 주장과 같은 과실을 인정하기 어렵다고 판단하고 있다.

현저하게 불성실한 진료를 하였다는 점은 불법행위의 성립을 주장하는 피해자들이 이를 입증하여야 한다.”¹⁶⁾고 판시하였다. 이는 의료상 과실과 악결과 사이에 인과관계가 부존재하는 경우에도 일률적으로 의료인의 책임이 부정되는 것이 아니라 의료상 주의의무의 이행 태양과 그 위반 정도를 살펴 의사 측의 배상책임을 인정할 수 있는 요건과 범위를 적극적으로 제시한 최초의 판결이라고 평가되고 있다.¹⁷⁾

1.2.3 소결

의료과실 민사소송에서 대법원은 의료행위의 밀행성, 전문성, 증거의 편재 등에 따라 환자 측이 의료과실과 인과관계를 입증하기가 어렵다는 점을 감안하여 환자 측의 입증책임을 완화할 필요성을 인정하고 동시에 환자 측의 입증곤란을 해소시킴으로써 증거법상의 이상인 이른바 ‘무기평등성’을 실현시키고자 노력해 왔다. 하지만 현대의학으로도 그 메커니즘을 충분히 해명할 수 없는 병리현상이 많아 의사에게 모든 사실해명책임을 지우기가 곤란한 경우도 다수 발생한다. 그러므로 의료과실 민사소송에 있어서 입증책임의 문제는 결국 의사에게 부당한 피해를 입히지 않는 범위 내에서 어떻게 하면 환자 측의 입증부담을 완화시키느냐 하는 점에 귀착할 수밖에 없다.¹⁸⁾ 이에 대법원은 입증책임 완화의 귀착점으로 일반적·상식적 수준에서의 과실이 입증되고, 의료행위와 악결과 사이의 시간적 접촉성 및 타원인의 개재 가능성의 부존재라

16) 대법원 2006. 9. 28. 선고, 2004다61402 판결. 이 판결에 대한 평석으로는 김도형, “인과관계의 부인과 의료상 과실에 대한 손해배상책임”, 민사판례연구[X X X](민사판례연구회, 2008), 315쪽 이하; 백경희, “의료과오소송에 있어서 인과관계의 판단과 입증책임에 관한 판례의 최근 경향: 일본 판례와의 비교를 중심으로”, 의료법학 제8권 제1호(대한의료법학회, 2007. 6), 179쪽 이하 참조.

17) 김도형, 위의 논문, 346-347쪽.

18) 이에 대해 보다 자세히는 김상영, “의료과오의 입증에 관한 판례동향”, 부산지방변호사회지 제14호(부산지방변호사협회, 1997), 56-57쪽 참조.

는 간접사실이 증명될 때 인과관계를 추정하는 사실상 추정론을 수용하고 있다. 그러나 지나친 입증책임의 완화는 다시 의사로 하여금 과도한 의료행위를 하도록 하기도 하고 의료행위를 기피하도록 유도하기도 하여 결과적으로 환자의 질병치유에도 나쁜 결과를 가져오는 부작용을 초래하게 될 수 있으므로 위와 같은 경우에도 의사의 과실로 인한 결과 발생을 추정할 수 있을 정도의 고도의 개연성이 담보되지 않는 사정들을 가지고 막연하게 중한 결과에서 의사의 과실과 인과관계를 추정함으로써 결과적으로 의사에게 무과실의 증명책임을 지우는 것까지 허용하고 있지는 않다. 나아가 최근 대법원은 의료상 과실과 악결과 사이에 인과관계가 부존재하는 경우에도 일률적으로 의료인의 책임을 부정하지 않고 의료인의 주의의무 위반의 정도가 일반인의 처지에서 보아 수인한도를 넘어설 만큼 현저하게 불성실한 진료를 행한 것임을 피해자 측에서 입증할 경우에 손해의 전보가 아닌 정신적 고통에 대한 위자료의 배상을 인정하고 있다.

2. 의료과실 형사소송에서 과실과 인과관계의 거증책임

2.1 형사소송에서 거증책임의 개념과 입증정도¹⁹⁾

2.1.1 거증책임의 개념

형사소송법 제307조 제1항은 “사실의 인정은 증거에 의하여야 한다.”고 규정하여 실체적 진실발견을 이념으로 하는 형사소송에 있어서 법관의 자의에 의한 사실인정이 허용될 수 없고, 반드시 증거에 의하여야 한다는 증거재판주의를 선언하고 있다. 민사소송에 있어서는 당사자가 자백한 사실, 즉 다툼이 없는 사실에 대하여는 증명을 요하지 않지만(민사소송법 제288조), 실체진실주의가 적용되는 형사소송에 있어서는 자백

19) 이하 김재윤, 앞의 책, 181-183쪽 참조.

한 사실일지라도 그 사실은 증거에 의하지 아니하면 인정할 수 없게 된다.²⁰⁾ 법원은 사실의 존부를 확인하기 위하여 당사자가 제출한 증거와 직권으로 조사한 증거에 의하여 재판에 필요한 심증을 형성한다. 그러나 이러한 증거에 의하여도 법원이 확신을 갖지 못할 때에는 일방의 당사자에게 불이익을 받을 위험부담을 주지 않을 수 없다. 이러한 경우에 민사소송에서와 같이 요증사실의 존부에 대한 증명의 불충분에 따른 불이익을 받을 당사자의 법적 지위를 ‘거증책임’(Beweislast)이라고 한다.

거증책임은 당사자의 일방이 불이익을 받을 법적 지위를 의미한다는 점에서 당사자가 아닌 법원이 부담하는 직권에 의한 심리의무와 구별된다. 또한 거증책임은 소송의 종결시, 즉 종국판결시까지 존재하는 위험부담을 말한다. 따라서 거증책임은 소송의 개시로부터 종결시까지 고정되어 있으며 소송의 진행에 따라 일방에서 타방으로 이전되는 것이 아니다. 이와 같이 거증책임을 지는 자는 반대사실이 증명된 경우뿐만 아니라 그 진위가 불명확한 경우에도 불이익한 판단을 받지 않을 수 없다. 형사소송에서 거증책임은 검사가 지는 것이 원칙이다.²¹⁾

2.1.2 과실과 인과관계의 입증정도

형사상의 과실과 민사상의 과실이 본질적으로 차이가 있지 않듯이 형법상의 인과관계와 민사상의 인과관계를 비교하였을 때 양자가 근본적으로 상이한 개념이라고 할 수 없다. 하지만 인과관계는 과학적인 인과관계가 아니라 법적 견지에서 본 인과관계로서 형사책임의 귀속문제인 형사상의 인과관계와 손해배상의 범위를 정하는 민사상의 인과관계가 그 목적 내지 가치관에 따라 달라질 여지가 있다. 즉 형사처벌에 관한 형사제재로서는 ‘의심스러울 때에는 피고인에게 유리하게’라는

20) 이재상, 신형사소송법 제2판(박영사, 2011), 500쪽.

21) 손동권, 형사소송법 개정신판(세창출판사, 2010), 534-536쪽; 이재상, 위의 책, 508쪽.

원칙이 전제되므로 검사가 ‘합리적인 의심이 없을 정도’(proof beyond a reasonable doubt)로 인과관계를 입증할 것이 요구된다. 반면에 공평의 원칙에 따라 손해배상의 문제로 귀결되는 민사재판의 경우에는 형사재판에 있어서의 그것보다 다소 완화되는 경향을 보이고 있다.²²⁾ 다만 형사소송에서도 간접증거의 중첩으로 인과관계의 증명이 가능하다는 것이 학계의 다수견해이다.²³⁾ 그러나 이 경우에도 검사는 합리적인 의심을 넘지 않을 정도로 증명해야 되고, 이에 대한 반증을 피고인에게 지워서는 안 된다.²⁴⁾ 실체법상 사실에 대하여는 검사가 거증책임을 지므로 피고인에게 거증책임을 부담시키기 위해서는 ① 거증책임을 상대방에게 전환하기 위한 명문의 규정이 있어야 하며, ② 거증책임의 예외를 뒷받침할만한 합리적인 근거가 있어야 한다.²⁵⁾

2.2 민사판례의 입증책임 완화 경향의 형사소송 적용 가능성 여부

의료과실과 인과관계가 여러 판단 기준에 비추어 실체법상 인정된다 하더라도 그것이 소송법적 측면에서 증명되지 않으면 법적 책임 추궁이 완료되었다고 볼 수 없다.²⁶⁾ 형사소송에서 의료과실과 인과관계에 대한 거증책임은 원칙적으로 검사에게 있으나 실제의 소송단계에서 의료과실과 인과관계를 입증하기가 쉽지 않다. 왜냐하면 검사는 의료분야의

22) 추호경, 앞의 책, 33쪽.

23) 대법원도 “보강증거는 범죄사실 전체에 관한 것이 아니라고 하더라도 피고인의 임의적인 자백사실이 가공적인 것이 아니고 진실한 것이라고 인정할 수 있는 정도이면 족하고, 이러한 증거는 직접증거뿐만 아니라 간접증거 또는 정황증거로도 족하다.” (대법원 1982. 3. 9. 선고, 81도2596 판결)고 판시한 바 있다.

24) 신현호, 앞의 책, 502쪽.

25) 이재상, 앞의 책, 512쪽.

26) 의료 형사사건에 있어 과실과 인과관계의 증명에 대해 상세한 고찰로는 전지연, “의료사건에서 과실치사상의 성립에 필요한 과실·인과관계와 그 증명”, 연세 의료·과학기술과 법 제2권 제1호(연세대학교 법학연구원, 2011), 77쪽 이하 참조.

전문가도 아닌데다가 의료행위의 비공개적·밀실적 성격으로 대부분의 증거를 확보하기가 어렵고, 나아가 감정인 등의 감정에 의존하지만 감정결과에 대한 법적 판단을 하기가 쉽지 않기 때문이다.

형사소송과는 달리 민사소송에서는 이러한 의료과실과 인과관계의 입증곤란을 완화하기 위해 사실상 추정론의 수용을 통한 의료과실과 인과관계의 추정을 허용하고 있음을 앞서 살펴보았다. 하지만 민사소송에 있어 대법원이 보이고 있는 의료과실과 인과관계에 관한 입증책임의 완화의 경향이 과연 형사소송에서도 적용될 수 있는지 의문이다.²⁷⁾

2.2.1 책임원칙

형사소송의 일차적 목적은 ‘실체형법의 실현에의 기여’²⁸⁾에 있으므로, 이러한 과제를 수행하기 위한 일차적인 과제는 실체적 진실을 발견하고 이를 철저히 입증하는 것이다.²⁹⁾ 이 과정에서 형사소송은 실체형법의 법치국가적 기본원칙을 초과해서는 안 되는데 앞서 언급한 입증책임완화론 내지 입증책임전환론에 의한 입증곤란의 해결방식은 특히 많은 비판이 제기될 수 있다. 이러한 실체형법의 법치국가적 기본원칙 중 중요한 것으로 우선 책임원칙을 언급할 수 있다.

‘책임원칙’(Schuldprinzip)이란 “형벌은 책임을 전제로 한다”는 것을 의미한다. 즉 개인의 책임비난이라는 전제조건이 충족될 때 형벌의 정당성이 확보된다. 이러한 전제조건인 충족은 행위자에게 자신의 행위에

27) 이하 김재윤, “현대형법에 있어 거증책임전환의 허용한계에 대한 고찰”, 저스티스 통권 제86호(한국법학회, 2005), 143-144쪽 참조.

28) 이재상, 앞의 책, 3-4쪽; 신동운, 형사소송법 I(법문사, 1997), 3-4쪽; 백형구, 형사소송법강의(박영사, 2001), 2쪽; 정영석/이형국, 형사소송법(법문사, 1994), 6쪽. 이와 다른 견해로는 배종대/이상돈/정승환, 신형사소송법(홍문사, 2008), 3-4쪽 참조.

29) 이재상, 앞의 책, 23쪽; 신동운, 앞의 책, 10쪽; 백형구, 앞의 책, 35쪽; 정영석/이형국, 앞의 책, 12쪽.

대한 책임을 귀속시킬 수 있는가의 가능성에 있다. 이때 행위자의 (과거)행위에 대한 실질적 사실증명이 중요하다. 실질적 사실증명을 통해서 스스로 책임 있는 행동을 할 수 있는 개인이 개인적으로 정당화할 수도 없고 윤리적으로도 잘못된 결정에 대한 비난의 충분한 근거를 제시할 수 있다. 법치국가에서 형벌은 바로 이와 같은 개별행위책임에 기초해서 부과되어야 한다. 따라서 행위자는 자기 자신의 행위에 의해 발생한 결과에 대해서만 책임을 부담하면 된다.

2.2.2 ‘의심스러울 때에는 피고인에게 유리하게’의 원칙

다른 한편으로 법치국가에서 책임원칙은 복잡한 객관적 실재를 축소하고 행위자에게 불리한 여러 범죄적 요인을 제한하는 경향이 있는데, 바로 여기서 일반적으로 ‘의심스러울 때에는 피고인에게 유리하게’의 원칙³⁰⁾이 요구된다. 실체형법의 실현을 위한 형사소송은 무분별한 국가 형벌권 남용을 제한하기 위해 법치국가적 원칙을 발전시켰다. 이때 행위 책임원칙의 철저한 준수가 요구되었는데, 무엇보다 ‘의심스러울 때에는 피고인에게 유리하게’의 원칙이 이를 정당화하는 근거로 자리 잡았다. 따라서 국가는 피고인의 행위에 대해 형벌권을 행사하기 위해 필요한 모든 전제조건을 의심의 여지없이 증명해야 했다. 결국 이것은 피고인의 권리로까지 발전했다. 반면에 거증책임을 부담하는 국가는 피고인의 혐의사실에 대한 유죄입증(즉, 실체적 진실발견)을 위해 필요한 모든

30) 이 원칙과 관련하여 판례는 “형사소송법에 있어서는 사실의 인정은 증거에 의하는 것이라 할지라도 그 인정과정에서 증거의 내용 또는 가치의 판단이나 그에 의한 사실의 확정에서 의심스러운 점이 있을 경우에는 피고인의 이익에 따른다는 것이 대원칙이라 할 것이다.”라고 판시한 바 있다(대법원 1968. 2. 20. 선고, 67도1432 판결). 즉 피고인에게 유죄판결을 내리기 위해서는 법원은 증거평가에 있어서 합리적 의심이 없을 정도로 확신을 가져야 한다는 것이고, 만약 법원이 증거평가에 있어서 이러한 확신이 없이 합리적 의심이 남아 있는 경우에는 유죄판결을 내릴 수 없고, 이 경우 ‘in dubio pro reo’의 원칙에 따라 무죄가 선고되어야 함을 의미한다.

정보를 수집하고 필요한 경우 증거조사를 통해 접근 가능한 정보원을 수사할 수 있다. 이와 같이 형사소송에 있어 책임원칙의 요청은 법정에 있어 의심의 제거, 즉 명확한 사실증명을 위한 중요한 토대가 되었다.

2.2.3 소결

생각건대 민사소송과 달리 실체적 진실발견과 엄격한 죄형법정주의가 근본이념이며, 모든 증거의 입증을 검사의 책임으로 하고 있는 형사소송에서 민사소송상의 입증책임완화론 내지 입증책임전환론은 법치국가적 기본원칙으로서 책임원칙 내지 ‘의심스러울 때에는 피고인에게 유리하게’의 원칙에 반하는 것으로 수용할 수 없다. 헌법재판소도 “검사가 의료과실사건을 수사함에 있어서는 피해자의 진술을 토대로 하여 여러 가지 방향과 각도에서 의사의 과실유무를 검토해 볼 것이며, 피해자가 사리판단을 그르치거나 착오로 잘못 주장하고 있거나 마땅히 주장하고 다투어야 할 부분을 묵과하고 있을 때에도 이에 구애됨이 없이 사건의 진상규명에 최선을 다하여야 하는 것이므로, 수사검사가 이러한 점에 관하여 충분한 수사를 펴보지도 않은 채 미진한 상태에서 만연히 피의자 등에 유리한 ‘혐의없음’의 결론을 내렸다면 고소인의 평등권을 침해한 것이 된다.”³¹⁾고 결정한 바 있다.³²⁾

Ⅲ. 의료분쟁조정법상 인과관계의 입증책임 완화 방안

행위와 결과 사이의 인과관계 입증곤란의 문제는 의료과실 소송뿐만 아니라 환경침해에 따른 환경책임 민·형사소송, 제조물 결함에 따른 제조물책임소송, 마약류 불법거래에 따른 불법수익의 환수 등 현대소송

31) 헌법재판소 1990. 11. 19. 선고, 89헌마116 결정.

32) 정현미, 의료과오의 형사법적 책임(한국형사정책연구원, 1998), 96-97쪽.

에서 빈번히 발생하고 있다. 이러한 인과관계 입증곤란의 문제를 해결하기 위해 ‘환경정책기본법’, ‘제조물책임법’, ‘환경범죄 등의 단속 및 기중 처벌에 관한 법률’(이하 ‘환경범죄가중처벌법’이라 한다), ‘마약류 불법 거래 방지에 관한 특별법’(이하 ‘마약류불법거래방지법’이라 한다) 등의 법률은 인과관계의 입증책임을 완화 내지 경감(Beweismaßreduktion)시키는 무과실책임규정 내지 인과관계 추정규정을 두고 있다. 따라서 이하에서는 이러한 법률의 내용을 간략히 살펴보고 의료과실의 인과관계 입증곤란의 문제를 해결하기 위하여 의료분쟁조정법상 인과관계 추정규정을 두고자 할 때 이러한 법률의 내용이 어떠한 면에서 시사점을 줄 수 있을지 검토하고자 한다.

1. 환경소송과 제조물책임소송에서 인과관계의 입증책임 완화 경향

1.1 환경정책기본법상의 무과실책임

환경침해시 불법행위로 인한 손해배상청구를 구하는 환경소송에서 의료과실 소송과 마찬가지로 요건사실에 대해 입증책임을 부담하는 피해자(원고)에게 가장 어려운 것 중의 하나는 가해행위와 생명·신체·물건의 손해발생 사이의 인과관계의 입증이다. 왜냐하면 대부분의 피해가 적법한 기업활동에 수반하여 부차적으로 발생하고, 가해자의 기업활동에 대한 정보에 접근하기 어려운 피해자로서는 인과관계를 입증하기가 어렵기 때문이다. 그리고 오염물질이 장기간에 걸쳐 미량으로 배출되고 또 그것이 환경매개체인 물·공기·토양을 통하여 피해자에게 도달하기 때문에 그 사이에 자연현상이나 그 밖에 중립적 원인이 가세하여 추가적인 작용을 할 가능성이 있다. 나아가 가해자가 다수인일 경우 이들 중 누구의 침해행위에 의하여 손해가 발생했는지를

판단하기가 복잡하고 어렵기 때문에 인과관계를 입증하기가 대단히 어렵다.³³⁾ 이러한 사정을 고려할 때 일반적인 입증책임 법리를 고집하는 것은 피해자에게 실질적으로 환경소송 자체를 포기하거나 가해자 측의 화해압력에 쉽게 따르게 할 우려가 발생한다. 따라서 환경소송에서는 민사소송법상의 입증책임분배 원칙을 유지하면서 피해자를 보다 두텁게 보호할 수 있는 방안으로 개연성이론, 표현증명의 법리, 역학적 인과관계론 등 인과관계의 입증완화를 위한 다양한 이론³⁴⁾과 판례가 발전하여 왔다.³⁵⁾

특히 환경정책기본법 제31조에서 사업장 등에서 발생하는 환경오염으로 인하여 피해가 발생한 때에는 당해 사업자는 과실과 관계없는 무과실의 손해배상책임³⁶⁾을 지도록 함으로써 환경소송에 있어 입증책임 경감을 시도하고 있다.³⁷⁾ 이와 같은 사업장의 무과실책임의 규정은 환경오염으로 인한 피해자가 사업장 등으로부터 발생한 경우에 가해자의 고의·과실을 입증함이 없이 가해행위와 손해발생간의 인과관계만을 입증함으로써 손해배상을 받을 수 있게 함으로써 환경오염으로 인한 피해자 구제에 충실을 기하고 있다.³⁸⁾

33) 권오승, “환경소송의 효용과 한계”, 민법학논총·第二, 厚巖郭潤直先生古稀紀念論文集(박영사, 1995), 516쪽.

34) 이에 대한 상세한 분석으로는 전경운, “환경소송에서 인과관계의 입증에 관한 소고”, 환경법연구 제32권 2호(한국환경법학회, 2010), 69쪽 이하 참조.

35) 김형석, “민사적 환경책임”, 서울대학교 법학 제52권 제1호(서울대학교 법학연구소, 2011), 217쪽; 전경운, 위의 논문, 66-68쪽.

36) 환경정책기본법 제31조 이외에도 다수의 특별법에서 무과실책임 규정을 발견할 수 있는데, 토양환경보전법 제23조, 광업법 제75조, 수산업법 제82조, 원자력손해배상법 제3조 제1항, 유류오염손해배상보장법 제4조 제1항 등이 대표적이다.

37) 환경정책기본법 제31조(환경오염의 피해에 대한 무과실책임) ① 사업장등에서 발생하는 환경오염 또는 환경훼손으로 인하여 피해가 발생한 때에는 당해 사업자는 그 피해를 배상하여야 한다.

② 사업장등이 2개 이상 있는 경우에 어느 사업장등에 의하여 제1항의 피해가 발생한 것인지를 알 수 없을 때에는 각 사업자는 연대하여 배상하여야 한다.

그리고 가해행위와 손해발생간의 인과관계에 대한 입증과 관련하여 우리나라 대법원은 1974년 한국전력사건에서 개연성이론을 처음으로 받아들임으로써 환경소송에서 입증완화의 법리를 발전시켜 오고 있다.³⁹⁾ 즉 대법원은 한국전력사건에서 “개연성이론 그 자체가 확고하게 정립되어 있다고는 할 수 없으나 결론적으로 말하면 공해로 인한 불법행위에 있어서의 인과관계에 관하여 당해 행위가 없었더라면 결과가 발생하지 아니 하였으리라는 정도의 개연성이 있으면 그로써 족하다는 다시 말하면 침해행위와 손해와의 사이에 인과관계가 존재하는 상당정도의 가능성이 있다는 입증을 함으로써 족하고 가해자는 이에 대한 반증을 한 경우에만 인과관계를 부정할 수 있다고 하는 것으로 이는 손해배상을 청구하는 원고에 입증책임이 있다는 종래의 입증책임 원칙을 유지하면서 다만 피해자의 입증의 범위를 완화 내지 경감하는 반면 가해자의 반증의 범위를 확대하자는 것을 그 골자로 하고 있는 것으로 이해된다. 이런 관점에서 볼 때 개연성이론을 수긍 못할 바 아니다.”⁴⁰⁾고 판시하였다. 나아가 대법원은 2004년 공해소송 사건에서 “공해로

38) 환경정책기본법 제31조의 내용과 효력 및 그 문제점에 대한 상세한 분석으로는 전경운, “환경정책기본법 제31조에 의한 무과실책임의 문제점과 개정방안”, 환경법연구 제31권 2호(한국환경법학회, 2009), 325쪽 이하 참조.

39) 개연성이론이란 통상 민사소송에서 인과관계의 입증이 입증되었다고 하기 위해서 요구되는 ‘고도의 개연성’ 내지 ‘합리적인 의심을 침묵시키는 높은 개연성’ 대신에 ‘우월한 개연성’의 입증으로 그 입증책임을 다한 것으로 보자는 견해를 말한다. 이와 같은 개연성이론의 정립의 이론적인 근거는 사실상 추정설과 영미 소송법상의 증거우월설에 그 바탕을 두고 있다고 한다. 이 때 사실상 추정설은 환경침해로 인한 책임에 있어서 피해자가 인과관계의 존재에 관하여 상당한 정도의 개연성을 입증하면 손해발생에 인과관계가 사실상 추정된다는 것이고, 영미법상의 증거우월설은 민사사건에서는 입증책임을 부담하는 당사자가 제출하는 증거가 우월(preponderance of evidence)한 것이라는 정도를 입증하면 족하다고 보는 것으로서 피해자가 인과관계의 존재에 관하여 상당한 개연성 정도를 입증하면 증거에서 우월한 것으로 보자는 것이다(전경운, 위의 논문, 2010, 69-72쪽).

40) 대법원 1973. 11. 27. 선고, 73다919 판결.

인한 손해배상청구소송에 있어서는 가해행위와 손해발생 사이의 인과관계의 고리를 모두 자연과학적으로 증명하는 것은 곤란 내지 불가능한 경우가 대부분이고, 가해기업은 기술적·경제적으로 피해자보다 원인조사가 용이할 뿐 아니라 자신이 배출하는 물질이 유해하지 않다는 것을 입증할 사회적 의무를 부담한다고 할 것이므로, 가해기업이 배출한 어떤 물질이 피해 물건에 도달하여 손해가 발생하였다면 가해자측에서 그 무해함을 입증하지 못하는 한 책임을 면할 수 없다고 봄이 사회형평의 관념에 적합하다. 따라서 수질오염으로 인한 공해소송인 이 사건에서 ① 피고들 공장이 위치한 여천공단에서 재첩 양식에 악영향을 줄 수 있는 폐수가 배출되고, ② 그 폐수 중 일부가 물의 흐름에 따라 이 사건 재첩 양식장에 도달하였으며, ③ 그 후 재첩에 피해가 있었다는 사실이 각 모순 없이 증명되면 여천공단 공장들의 폐수배출과 재첩 양식이 폐사함으로 발생한 손해 사이의 인과관계가 일응 증명되었다고 할 것이므로, 피고들이 반증으로 ① 피고들이 배출하는 폐수 중에는 재첩의 생육에 악영향을 끼칠 수 있는 원인물질이 들어 있지 않으며, ② 원인물질이 들어 있다 하더라도 안전농도 범위 내에 속한다는 사실을 입증하거나, 간접반증으로 원고(선정당사자, 이하 ‘원고’라 한다) 주 ○○과 원고 주식회사 ○○통상 및 나머지 선정자들의 재첩 양식장의 피해는 피고 공장들이 배출한 폐수가 아닌 다른 원인이 전적으로 작용하여 발생한 것임을 입증하지 못하는 이상 피고들은 그 책임을 면할 수 없다.”⁴¹⁾고 판시하여 개연성이론에 따르고 있다. 이와 같이 대법원은 환경침해로 인한 손해배상청구의 인과관계의 입증에 있어 개연성이론에 따라 가해자는 피해자가 행한 간접사실의 증명을 뒤엎을만한 반증을 하거나 또는 다른 간접사실을 증명하여야 비로소 인과관계가 부정되어

41) 대법원 2004. 11. 26. 선고, 2003다2123 판결. 그 밖에도 대법원 1973. 11. 27. 선고, 73다919 판결; 대법원 1984. 6. 12. 선고, 81다558 판결; 대법원 1991. 7. 23. 선고, 89다카1275 판결; 대법원 1997. 6. 27. 선고, 95다2692 판결 등.

그 책임을 면할 수 있다고 함으로써 실질적으로 인과관계의 추정을 수용하고 가해자에게 고도의 주의의무를 요구하여 결과적으로 가해자의 무과실책임을 인정하는 경향을 보이고 있다.⁴²⁾

1.2 제조물책임법상의 무과실책임

환경소송과 마찬가지로 인과관계 입증곤란의 문제는 제조물책임소송에서도 발생한다. 즉 소비자가 제조물의 결함으로 인하여 손해를 입은 경우에 제조업자에게 제조물책임에 따른 손해배상을 청구하려면 제조물의 결함의 존재, 손해의 발생 및 제조물의 결함과 발생한 손해 사이의 인과관계라는 요건사실을 모두 입증하여야 한다. 그러나 이러한 제조물책임소송에 있어 소비자(원고)는 고도의 기술이 집약되어 대량으로 생산되는 제조물의 생산과정을 알 수 있는 부분이 거의 없고 전문가인 제조업자만이 알 수 있을 뿐이어서 그 제조물에 어떠한 결함이 존재하였는지, 나아가 그 결함으로 인하여 손해가 발생한 것인지 여부는 전문가인 제조업자가 아닌 보통사람으로서는 도저히 밝혀낼 수 없는 특수성이 존재한다. 따라서 제조물책임소송에서 일반 불법행위책임에서와 같은 정도의 입증, 즉 ‘고도의 개연성’에 이를 정도의 입증을 요구하게 된다면 제조물의 결함으로 인한 피해의 구제는 사실상 불가능하게 되므로 피해자인 소비자 측의 입증책임을 완화 내지 경감할 필요성이 대두된다.⁴³⁾

이에 따라 제조물책임법 제3조 제1항은 “제조업자는 제조물의 결함으로 인하여 생명·신체 또는 재산에 손해(당해 제조물에 대해서만 발생

42) 이승우, “환경오염으로 인한 위험책임의 귀책구조”, 환경법연구 제32권 2호(한국환경법학회, 2010), 22-24쪽.

43) 민중기, “제조물책임의 성립요건과 입증책임의 분배”, 법조 제49권 제6호(법조협회, 2000), 155쪽; 박경재, “제조물의 결함과 입증책임”, 부산대학교 법학연구 제48권 제2호(부산대학교 법학연구소, 2008), 171쪽.

한 손해를 제외한다)를 입은 자에게 그 손해를 배상하여야 한다.”고 규정함으로써 제조물에 의한 소비자 피해를 보다 쉽게 구제할 목적으로 제조업자에게 제조물책임을 지우는데 있어 고의·과실을 그 요건으로 하지 않고 제조물의 결함을 그 귀책의 근거로 삼고 있다.⁴⁴⁾ 이러한 책임규정은 제조물책임법이 과거 불법행위에 기초한 제조물책임을 영역에서 무과실책임을 원칙을 도입한 것으로 이해되고 있다.⁴⁵⁾ 다만 제조물의 결함으로 인하여 손해가 발생하였다고 하더라도 일정한 경우에는 제조업자가 제조물책임에서 면책될 수 있음을 규정하고 있으며(같은 법 제4조 제1항), 특히 제조업자가 당해 제조물을 공급할 당시의 과학·기술수준으로는 결함의 존재를 발견할 수 없었다는 사실을 입증하면(이른바 ‘개발위험의 항변’), 그 책임을 면제하고 있다(같은 법 제4조 제1항 2호).

그리고 우리나라 대법원은 제조물책임을 영역에 있어 인과관계 입증완화의 필요성을 인정하여 간접적인 몇몇 사실들을 증명하면 제품에 결함이 존재하는 것으로 보고 그 결함으로 인하여 사고가 발생하였다고 추정하여 손해배상책임을 지울 수 있도록 입증책임을 완화하는 경향을 보이고 있다. 즉 대법원은 자동차 급발진사고와 관련한 사안에서 “고도의 기술이 집약되어 대량으로 생산되는 제품의 결함을 이유로 그 제조업자에게 손해배상책임을 지우는 경우 그 제품의 생산과정은 전문가인 제조업자만이 알 수 있어서 그 제품에 어떠한 결함이 존재하였는지, 그 결함으로 인하여 손해가 발생한 것인지 여부는 일반인으로는 밝힐 수 없는 특수성이 있어서 소비자 측이 제품의 결함 및 그 결함과 손해의

44) 제조물책임법에 대한 전반적인 내용과 관련 판례에 대한 분석으로는 윤진수, “제조물책임의 주요 쟁점-최근의 논의를 중심으로-”, 연세대학교 법학연구 제21권 제3호(연세대학교 법학연구원, 2011), 1쪽 이하 참조.

45) 권오승 외, 제조물책임법(법문사, 2003), 186쪽; 김종현, “제조물 결함에 대한 제조업자의 무과실책임-입증책임 완화 방안을 중심으로-”, 법학연구 제44집(한국법학회, 2011), 62쪽; 박동진, “제조물책임법에서의 손해배상”, 비교사법 제9권 제3호(한국비교사법학회, 2002), 304쪽.

발생과의 사이의 인과관계를 과학적·기술적으로 입증한다는 것은 지극히 어려우므로 그 제품이 정상적으로 사용되는 상태에서 사고가 발생한 경우 소비자 측에서 그 사고가 제조업자의 배타적 지배하에 있는 영역에서 발생하였다는 점과 그 사고가 어떤 자의 과실 없이는 통상 발생하지 않는다고 하는 사정을 증명하면, 제조업자 측에서 그 사고가 제품의 결함이 아닌 다른 원인으로 말미암아 발생한 것임을 입증하지 못하는 이상 그 제품에게 결함이 존재하며 그 결함으로 말미암아 사고가 발생하였다고 추정하여 손해배상책임을 지을 수 있도록 입증책임을 완화하는 것이 손해의 공평·타당한 부담을 그 지도원리로 하는 손해배상제도의 이상에 맞다.”고 판시하였다.⁴⁶⁾ 이 판시에 의하면 제조물의 결함 및 인과관계의 존재에 대한 추정은 ① 제품이 정상적으로 사용되었다는 사실, ② 그 사고가 제조업자의 배타적 지배하에 있는 영역에서 발생한 사실, ③ 그 사고가 어떤 자의 과실 없이는 통상 발생하지 않는다는 사정이 있어야만 가능하므로 제조물의 피해자인 원고는 최소한 위 세 가지의 간접사실을 입증하여야 한다.⁴⁷⁾ 결국 우리나라 대법원은 제조물의 결함 및 인과관계의 존재의 입증에 관해서는 사실상 추정론을 수용하여 제조물 관련 피해자의 입증책임을 경감하고 있는 것으로 이해할 수 있다.⁴⁸⁾

46) 대법원 2004. 3. 12. 선고, 2003다16771 판결. 이 판결에 대한 대표적인 평석으로는 최명구, “자동차기어변속장치를 장착한 자동차급발진과 제조물책임”, 민사법학 제28호(한국민사법학회, 2005. 6), 111-152쪽 참조. 그 밖에도 대법원 2000. 2. 25. 선고, 98다15934 판결; 대법원 2006. 3. 10. 선고, 2005다31361 판결; 대법원 2008. 2. 28. 선고, 2007다52287 판결.

47) 다만 대법원은 이 사건 자동차가 정상적으로 사용되고 있는 상태에서 제조업자의 배타적 지배하에 있는 영역에서 사고가 발생하였다는 점이 입증되지 아니하므로 원심이 위 급발진사고가 자동차의 결함으로 인하여 발생하였다고 추정할 수도 없다고 판시하여 급발진 사고에 관하여 위 법리가 적용되지 않는다고 하였다.

48) 박정재, 앞의 논문, 174쪽; 최명구, 위의 논문, 137쪽 이하.

2. 형사특별법상 인과관계 추정의 입법례⁴⁹⁾

2.1 환경범죄 등의 단속 및 가중처벌에 관한 법률상 인과관계의 추정

환경보호는 의심할 여지없이 환경법뿐만 아니라 현대형법의 가장 중요한 임무에 속한다. 이는 현세대와 더불어 미래세대의 안전한 삶의 기반유지에 관한 문제이자 인류의 생존에 관한 문제이기 때문이다. 그러나 환경형법을 통한 환경보호는 앞서 살펴본 환경소송 내지 제물책임소송에서와 마찬가지로 환경범죄가 다른 범죄와는 달리 행위자에게 형사 책임을 귀속시키기 위한 인과관계의 확정이 결코 용이하지 않다는 동일한 문제를 가지고 있다. 즉 유해물질을 배출, 폐기함으로써 대기·토양을 오염시켜 인간의 생명·신체에 위험을 발생케 한 경우에 환경범죄의 특성인 유해물질의 간접적이고 완만한 유입, 그로 인한 오염원인의 불명확성 등으로 인과관계의 입증이 어렵다. 특히 유해물질을 다수기업이 배출하는 경우에는 더욱 더 인과관계의 입증이 곤란한데 형사증거법상의 원칙인 ‘의심스러울 때에는 피고인에게 유리하게’의 원칙이라든가 ‘무죄추정의 원리’⁵⁰⁾ 등을 엄격히 적용한다면 중대하고 사회적으로 용인하기 어려운 결과를 초래했음에도 불구하고 많은 기업형 환경범죄에 대해 형사책임을 지울 수 없다는 심각한 문제가 발생할 수 있다.⁵¹⁾

이와 같이 환경범죄에 있어 인과관계 입증곤란의 문제를 해결하기

49) 이하 김재운, 앞의 논문, 134-140쪽 참조.

50) 헌법 제27조 제4항에 근거한 무죄추정의 원칙은 공소의 제기가 있는 피고인이라고 하더라도 유죄의 확정판결이 있기까지는 원칙적으로 죄가 없는 자에 준하여 취급하여야 하고 불이익을 입혀서는 안 된다는 헌법적 원리이다(헌법재판소 1990. 11. 19. 선고, 90헌가48 결정 참조).

51) 환경범죄에 있어 인과관계에 관한 자세한 분석으로는 서원석, “환경범죄의 성립과 실태에 관한 연구”, 검찰 통권 제114호(대검찰청, 2003년), 672쪽 이하; 정진연/조규태, “환경범죄와 인과관계”, 숭실대학교 논문집 제4집(숭실대학교, 1996), 53쪽 이하; 조병선, 환경형법(청주대학교 출판부, 1998), 86쪽 이하, 143쪽 이하 참조.

위한 방안으로 제시된 것이 환경관련 형사특별법규에 인과관계의 추정 규정으로, 그 대표적인 예가 환경범죄가중처벌법 제11조이다. 이는 앞서 살펴본 환경정책기본법 제31조 제1항과 제조물책임법 제3조 제1항과 같이 무과실책임규정을 두는 방안은 책임원칙이 엄격히 적용되는 형법의 영역에서는 허용될 수 없다는 점을 고려한 것이다. 환경범죄가중처벌법 제11조는 “사람의 생명·신체, 상수원 또는 자연생태계 등에 위해(제3조 제3항 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)를 끼칠 정도로 오염물질을 불법배출한 사업자가 있는 경우 그 오염물질의 불법배출에 의하여 위해가 발생할 수 있는 지역에서 같은 종류의 오염물질로 인하여 생명·신체 등에 위해가 발생하고 그 불법배출과 발생한 위해 사이에 상당한 개연성이 있는 때에는 그 위해는 그 사업자가 불법배출한 물질로 인하여 발생한 것으로 추정한다.”고 하여 인과관계의 추정을 규정하고 있다.

환경범죄가중처벌법 제11조의 요건이 충족되면, 즉 불법배출과 발생 위험 사이의 ‘상당한 개연성’이 있으면 행위자의 불법행위로 인한 위험 발생 사이의 인과관계가 추정되는데 이는 명문상으로 인정된 법률상의 추정에 해당한다. 법률상의 추정은 추정법칙이 법규화된 것인데, 검사에 의해 불법배출과 발생위험 사이의 ‘상당한 개연성’ 등과 같은 전제사실이 입증되었을 때 피고인이 이를 반복하기에 충분할 만큼의 반증을 제시하지 않는다면 불이익한 사실인정을 감수해야할 부담을 진다. 이는 입증책임이 사실상 피고인에게로 전환되는 것을 의미한다. 즉 사실상의 추정에 비하여 법률이 보다 강력한 추정효과를 인정하는 법률상의 추정은 입법자가 불이익 사실이 일단 존재하는 것으로 취급하는 경우이므로 피고인측은 그 불이익 사실의 부존재를 ‘합리적 의심의 여지가 없는 정도’ 내지 ‘증거우위의 정도’로 증명하지 않으면 안 된다.

2.2 마약류 불법거래 방지에 관한 특례법상 불법수익의 추정

조직범죄는 국민경제에 엄청난 손실을 초래할 뿐만 아니라 일반 시민에 대한 폭력행사와 연계될 경우(예컨대 조직적인 인신매매) 또는 국민건강과 같은 보편적 법익을 위태롭게 할 경우(예컨대 마약거래와 밀수입) 안전에 대한 심각한 위협감까지 느끼게 한다.⁵²⁾ 이처럼 조직범죄는 현대사회에서 간과할 수 없는 중대한 범죄행위에 해당하기 때문에 현대형법이 시급히 해결해야 하는 중대한 도전으로 여겨지고 있다. 따라서 형사입법자는 이러한 조직범죄에 효율적으로 대처하기 위해 ‘폭력행위 등 처벌에 관한 법률’에서 단체 등의 구성·활동(동법 제4조), ‘특정범죄가중처벌 등에 관한 법률’에서 단체의 조직(동법 제5조의 8), ‘마약사범(동법 제11조) 등을 가중처벌하고 있다.

이러한 일련의 법률들은 범죄조직에 의해 획득된 불법수익을 철저히 재환수하는데 초점을 맞추는 방법으로 조직범죄 현상을 예방하고자 한다. 그러나 일반범죄와는 달리 조직범죄에 있어서는 범죄자가 최종적으로 개인적·조직적으로 얹혀있는 그물모양의 망으로 재산을 넘겨버린 경우에 재산의 출처가 은폐되기 쉬운 것은 물론이고 발생한 불법수익과 범행과의 관련성에 대한 입증도 매우 어렵다는 문제점이 발생한다. 이러한 입증의 어려움 때문에 불법수익의 몰수가 효과적으로 행해지기 어려울 것이라는 문제의식 아래 거증책임전환을 통해 가능한 한 조직범죄로 획득한 재산의 개입을 용이하게 하고자 하는 입법화 작업이 이루어졌다. 그 대표적인 예가 ‘마약류불법거래방지법’ 제7조이다. 즉 마약류불법거래방지법 제7조는 “제6조의 죄에 관계된 불법수익을 산정할 때에 같은 조에 따른 행위를 업으로 한 기간에 범인이 취득한 재산으로서 그 가액이 그 기간 동안 범인의 재산 운용 상황 또는 법령에 따른

52) 조직범죄의 위협정도에 관해서는 Eckart Werthebach/Bernadette Droste-Lehner, “Organisierte Kriminalität”, ZRP (1994), S. 57 ff. 참조.

지급금의 수령 상황 등에 비추어 현저하게 고액(高額)이라고 인정되고, 그 취득한 재산이 불법수익 금액 및 재산 취득 시기 등 모든 사정에 비추어 같은 조의 죄를 범하여 얻은 불법수익으로 형성되었다고 볼만한 상당한 개연성이 있는 경우에는 그 죄에 관계된 불법수익등으로 추정한다.”는 불법수익의 추정규정을 두고 있다. 이와 같은 거증책임 완화규정을 둔 것은 직업으로 마약류를 불법수입·수출 등을 하는 자들의 불법수익 등을 철저히 몰수하겠다는 입법의지로 이해된다. 하지만 이러한 마약류몰수특례법상의 불법수익의 추정규정에 대해서도 구체적인 범행책임의 증명 없이 범인이나 범인소유물에 대하여 형벌 또는 준형벌적 제재수단의 부과를 허용하기 때문에 전통적·고전적 형법이론과는 배치된다는 비판이 제기된다.⁵³⁾

그러나 환경범죄와 마찬가지로 마약류 범죄와 같이 은밀히 이루어지는 범죄로 인하여 얻은 불법수익이 어느 것이냐를 정확히 구분해 내는 것은 사실상 불가능에 가깝다고 볼 때 예외적으로 검사의 거증책임을 완화 또는 전환할 필요성은 충분히 인정될 여지가 있다. 다만, 필요 최소한의 범위 내에서 인정되어야 한다는 관점에서 ‘상당한 개연성이 인정되는 경우에 한하여’ 불법수익의 추정을 인정한 것은 ‘헌법’ 제37조 제2항의 ‘질서유지를 위해 필요한 경우’라는 취지에 비추어 보아도 무죄추정의 원칙의 본질적인 내용을 침해하고 있다고 여겨지지 않는다. 그리고 ‘상당한 개연성’의 입증책임은 여전히 검사에게 남아 있으므로 이 규정은 완전한 의미의 법률상 추정이나 거증책임전환이라기보다는 ‘입증책임완화’로서의 의미가 더욱 강하다고 보여진다.⁵⁴⁾

53) 장영민 외, 현행 약물규제법규에 관한 연구(한국형사정책연구원, 1993), 132쪽 이하; 이재상, “형법상 약물범죄의 불법수익몰수규정과 돈세탁행위의 처벌규정의 문제점”, 인권과정의(대한변호사협회, 1999. 1), 79쪽; 박기석, “환경범죄의 효율적 대처방안에 관한 연구”, 박사학위논문(한양대학교 대학원, 1996), 57쪽.

54) 같은 취지로는 김정환, “형사소송에서의 추정 이론”, 인권과정의(대한변호사협회, 2005. 3), 67쪽.

3. 의료분쟁조정법상 인과관계 추정규정의 구체적 도입방안

3.1 무과실책임규정의 도입방식

앞서 언급한 바와 같이 의료행위의 전문성, 밀행성, 증거의 편재 등으로 인해 환자가 의료과실과 인과관계를 입증하기 곤란하므로 그 입증책임을 완화할 수 있는 방안의 하나로 의료인의 무과실책임규정의 도입을 고려할 수 있다. 실제로 제17대 국회의 ‘의료사고 예방 및 피해구제에 관한 법률안’(이하 ‘법안’이라고 한다)⁵⁵⁾ 제4조 제1항에서는 보건의료 개설자가 당해 보건의료기관의 보건의료인이 의료기술을 행하는 과정에서 발생한 의료사고로 인하여 환자가 입은 생명·신체 및 재산상 피해를 배상할 책임을 인정하는 무과실책임규정과 함께 면책규정을 두고 있었다.⁵⁶⁾ 이는 그간 환자 측이 부담해오던 과실의 입증책임을 전문가인 의료인에게 전환하여 입증하도록 한 것으로 무과실책임을 명문화한 환경정책기본법 제31조 내지 제조물책임법 제4조 제1항과 같은 방식이다. 제17대 국회 당시 의료계는 이 규정에 대해 의사의 손쉬운 범법자 전략 우려, 소극적·방어적 진료경향의 증대, 입증책임을 전환한 입법례의 전무 등을 거론하며 법안 자체의 제정을 강력히 반대하였고, 결국 2008년 5월 29일 제17대 국회 임기만으로 폐기되었다.

55) 법안의 주요내용에 대한 상세한 검토·분석으로는 국회 보건복지위원회, “의료사고 예방 및 피해구제에 관한 법률안(이기우의원) 검토보고서”(보건복지위원회, 2006. 4), 22-46쪽 참조.

56) 의료분쟁법안 제4조(의료사고배상책임) ① 보건의료기관개설자는 당해 보건의료기관의 보건의료인이 의료기술을 행하는 과정에서 발생한 의료사고로 인하여 환자가 입은 생명·신체 및 재산상 피해를 배상할 책임을 진다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 때에는 그러하지 아니하다.

1. 개설자 및 보건의료인이 당해 의료사고에 관하여 주의의무를 태만히 하지 아니하고, 보건의료기관의 시설·장비 및 인력의 흠이 없음을 증명한 때
2. 당해 의료사고가 환자의 고의에 의한 행위로 인한 것인 때

이 법안과 관련하여 무엇보다 의사의 손쉬운 범법자 전략 우려라는 의료계의 주장은 형사책임으로서 업무상 과실치사상죄에 관한 거증책임은 여전히 검사가 부담하고, 손해배상이라는 민사책임 역시 보건의료 개설자인 의료법인에서 가능한 한 최고의 의료전문 변호사를 선임하여 방어활동을 펼치기 때문에 설득력이 약하다고 본다. 하지만 의료과실 민사소송에 있어 환자 측의 입증책임 완화의 필요성이 인정된다고 하더라도 의료분쟁조정법에 의료인의 무과실책임규정의 도입은 타당하지 않다고 본다. 왜냐하면 무엇보다 의료과실은 환경정책기본법 내지 제조물책임법상의 과실과는 본질적 성질을 달리하기 때문이다. 즉 환경정책기본법상의 사업장 등에서 발생하는 환경오염이나 제조물책임법상의 고도의 기술이 집약되어 대량으로 생산되는 제품의 결함은 한 개인 또는 다수인의 고의 또는 과실에 의해 발생되기도 하나 고의 또는 과실과 무관하게 환경관련 설비의 운영시스템상의 결함 내지 제조물 설계상의 구조적 결함으로 발생하기도 하므로 사업자 또는 제조업자에게 무과실책임을 물을 여지가 충분히 있다. 하지만 의료소송에 있어서는 예컨대 환자의 특이체질이나 의학 분야에서 여전히 밝혀지지 않는 질병의 원인·내용에 의해 환자에게 악결과가 발생한 경우에 단지 악결과가 발생했다고 하여 의료인의 과실유무와 무관하게 무과실책임을 인정하는 것은 의료인에게 과도한 책임을 부과하는 것이기 때문이다. 같은 이유에서 우리나라 대법원은 의료과실 민사소송에 있어 의료과실과 결과 사이의 인과관계의 추정을 허용하면서도 의료상의 과실 있는 행위의 입증을 요구하고 있으며,⁵⁷⁾ 더 나아가 최근의 대법원은 환자 측에서 의사의 과실을 좀 더 구체화하여 주장·입증할 것, 즉 고도의 개연성이 담보될 경우에만 인과관계를 추정할 수 있다고 판시하여 막연히 의료행위 전후의 환자의 상태변화만 가지고 의사의 과실과 악결과간의 인과관계를 추정하는 것을 제한하는 태도를 보이고 있다.⁵⁸⁾

57) 대법원 1995. 2. 10. 선고, 93다52402 판결.

3.2 인과관계의 추정규정의 도입방식

다음으로는 환경범죄가중처벌법 제11조 내지 마약류불법거래방지법 제7조와 같은 방식의 인과관계의 추정규정을 도입하는 방안을 고려해 볼 수 있다. 즉 의료분쟁조정법 제25조의2(추정)를 신설하여 “의료상의 과실에 의해 환자의 생명·신체 및 재산에 대하여 피해가 발생한 경우 그 과실과 발생한 피해 사이에 고도의 개연성이 있는 때에는 그 피해는 의료상의 과실로 인하여 발생한 것으로 추정한다.”는 규정을 두는 것이다. 이는 인과관계에 대한 법률상 추정규정을 의미하는 것으로 환자 측(원고)에 의해 의료과실과 환자 측의 악결과 사이의 ‘고도의 개연성’이 입증되었을 때 의료인이 이를 반복하기에 충분할 만큼의 반증을 제시하지 않는다면 불이익한 사실인정을 감수해야 함을 의미한다. 이는 인과관계에 대한 입증책임이 사실상 의료인 측으로 전환되는 것을 의미한다. 이러한 방식은 의료소송에서 대법원이 고도의 개연성이 담보될 경우에 인과관계를 추정할 수 있다는 태도와도 일치한다.⁵⁹⁾

그러나 이러한 고도의 개연성의 입증을 요구하는 인과관계 추정규정은 다음과 같은 두 가지 이유에서 문제가 있다고 본다. 하나는, 환경범죄가중처벌법 내지 마약류불법거래방지법은 인과관계 추정을 위해 상당

58) 대법원 2007. 5. 31. 선고, 2005다5867 판결.

59) 대법원 2007. 5. 31. 선고, 2005다58678 판결: “의료행위는 고도의 전문적 지식을 필요로 하는 분야로서 전문가가 아닌 일반인으로서의 의사의 의료행위의 과정에 주의의무 위반이 있는지의 여부나 그 주의의무 위반과 손해 발생 사이에 인과관계가 있는지 여부를 밝혀내기가 극히 어려운 특수성이 있으므로, 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 가능하다고 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.”

한 개연성을 요구하고 있지만 이는 범죄행위와 관련된 것으로 인과관계 추정을 허용하더라도 무죄추정의 원칙과 책임원칙이 지배하는 법치국가형법상 보다 엄격한 기준을 요구하는 것이지만 형벌부과가 아닌 의료과실에 따른 손해배상책임을 묻는 의료과실 민사소송에서까지 이러한 엄격한 기준을 요구할 필요가 있을지 의문이다. 다른 하나는, 환자 측에서 인과관계 추정이라는 혜택을 누리기 위해서는 의료과실과 악결과 사이의 ‘고도의 개연성’에 대한 입증이 필요한데 환자는 검사와 같은 국가기관도 아닐뿐더러 의학 분야에 대해 비전문가이므로 이러한 고도의 개연성을 입증하기가 여전히 곤란하므로 환자 측의 입증곤란의 문제를 해소하기 어렵다고 본다.

3.3 소결

생각건대 의료과실 민사소송에서 환자 측의 입증곤란의 문제를 해결하는 동시에 의사에게 무과실의 입증책임을 지우는 것까지 허용하지 않는 범위에서 의료분쟁조정법상 인과관계 추정규정을 두는 방식이 타당하다고 본다. 이러한 인과관계 추정의 방식으로는 대법원이 유지하고 있는 인과관계에 대한 개연성이론, 즉 사실상 추정론을 의료분쟁조정법상 입법적으로 수용하는 것이다. 즉 대법원은 의료소송의 특수성을 감안하여 인과관계 입증의 경우 “역사적 사실로서 증명되면 족하고 과학적으로까지 증명할 필요는 없다”⁶⁰⁾거나, 증명의 정도에 있어서도 “과실과 결과 사이에 50%의 심증형성(개연성)만 있어도 인과관계를 인정”⁶¹⁾함은 물론이고, “피해자측에서 의료상의 과실 있는 행위를 입증하고 그 결과와 사이에 의료행위 외에 다른 원인이 개재될 수 없다는 점을 증명한 경우, 의료상의 과실과 결과 사이의 인과관계를 추정하여

60) 대법원 1995. 12. 5. 선고, 94다57701 판결.

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

손해배상책임을 지을 수 있도록 입증책임을 완화”⁶²⁾하는 등 사실상 추정론을 적극적으로 수용하고 있다.

따라서 이를 보다 구체화하여 의료분쟁조정법 제25조의2(추정)에 “의료상의 과실에 의해 환자의 생명·신체 및 재산에 대하여 피해가 발생한 경우 그 과실과 발생한 피해가 시간적으로 근접하고 의료행위 외에 다른 원인이 개재될 수 없다는 사실을 증명하면 그 피해는 의료상의 과실로 인하여 발생한 것으로 추정한다.”는 규정을 신설하는 것이 타당하다고 본다. 이러한 방식의 인과관계 추정규정은 환자 측에서 여전히 의사의 의료과실에 대한 입증책임을 부담하므로 의사에게 무과실의 입증책임을 전환시키는 것이 아닐 뿐만 아니라 의료과실과 악결과 사이의 인과관계에 대해 고도의 개연성이 아니라 과실과 피해발생 사이의 시간적 근접성과 의료행위 외의 타원인의 불개재라는 간접사실의 증명으로 충분하기 때문에 인과관계 입증곤란의 문제도 해결할 수 있다고 본다. 결국 이러한 인과관계 추정규정은 인과관계 입증에 대한 부담한 ‘입증책임의 전환’이 아니라 환자 측의 입증책임 완화의 필요성을 수용한 환자 측과 의료인 측의 ‘입증책임의 분담’으로 평가할 수 있다고 본다.

IV. 맺는 말

현대사회에서 의료서비스의 증가는 한편으로 국민의 삶의 질을 향상시키는 긍정적 결과를 가져오고 있다. 하지만 그 이면에 의료사고의 증가라는 부작용도 낳고 있다. 이러한 의료사고의 증가는 의료과실 민·형사소송의 증가로 이어질 수밖에 없다. 의료과실 민·형사소송은 다른 소송과는 달리 의료행위의 밀행성, 전문성, 재량성, 증거의 편재라

62) 대법원 2003. 1. 23. 선고, 2002다3822 판결.

는 특징으로 인해 환자나 그 가족은 물론이고 검사조차도 의료인의 과실을 입증하기 어려워 발생한 손해의 공평·타당한 분배와 실제적 진실발견이라는 민·형사상의 소송이념을 실현하는 데 어려움을 보이고 있다. 이 때문에 의료과실 민사판례는 환자 측의 입증책임 완화를 위해 개연성이론, 즉 사실상 추정론을 오래전부터 수용해오고 있다. 그러나 형사소송에 있어 이러한 민사소송상의 입증책임 완화 내지 전환은 법치국가적 기본원칙으로서 책임원칙 내지 ‘의심스러울 때에는 피고인에게 유리하게’의 원칙에 반하는 것으로 수용할 수 없다.

한편으로 의료과실에 따른 민·형사소송의 제기는 환자 측에게 많은 시간적·경제적 부담을 야기하여 의료사고가 발생한 경우 불합리한 절차와 금액으로 분쟁을 해결하는 예가 많았다. 이에 이러한 문제를 해결하는 동시에 의료사고로 인한 피해를 신속·공정하게 구제하고 보건의료의 안정적 진료환경을 조성함을 목적으로 2011년 4월 의료분쟁조정법이 제정되었고, 이 법률에 근거하여 2012년 4월 8일 한국의료분쟁조정중재원이 개원하였다. 그러나 의료분쟁조정법은 의사에 대한 형사처벌을 면제하는 형사처벌특례(동법 제51조)을 규정하고 있음에도 그 반대급부로 제17대 국회에서 논의되었던 입증책임전환 규정은 입법화되지 못함으로써 그간 의료과실 민사소송에서 개연성이론을 수용하여 환자 측의 입증책임을 완화하였던 노력이 현실화되지 못하는 문제를 보이고 있다.

그런데 의료과실과 손해 사이의 입증곤란의 문제는 비단 의료과실 민·형사소송에서 발생하는 것만이 아니라 환경소송과 제조물책임소송에서도 발생한다. 이러한 입증곤란의 문제를 해결하기 위해 환경정책기본법 내지 제조물책임법은 무과실책임규정을 두고 있으며, 환경범죄가중처벌법과 마약류불법거래방지법은 인과관계 추정규정을 두고 있다. 마찬가지로 의료과실의 영역에서도 의료과실과 인과관계의 입증책임 완화의 필요성이 인정되지만 의료과실은 환경정책기본법 내지 제조

물책임법상의 과실과 본질적 성질을 달리하며 의료인에게 무과실책임을 인정하는 것은 과도한 책임을 부과하는 것으로 무과실책임규정의 도입에는 찬성할 수 없다. 나아가 환경범죄가중처벌법 내지 마약류불법거래방지법상의 인과관계 추정규정과 같이 인과관계 추정을 위해 고도의 개연성을 요구하는 방식을 고려할 수 있으나, 의료과실은 형벌부과가 아닌 금전적 손해배상책임이라는 점, 의학 분야에 대해 비전문가인 환자에게 고도의 개연성을 입증하라고 요구하는 방식은 입증곤란의 문제를 여전히 해결할 수 없다는 점에서 이 역시 동의하기 어렵다.

따라서 의료과실 영역에서 환자 측의 입증곤란의 문제를 해결하고 동시에 의료인에게 무과실책임이 아닌 과실책임을 묻기 위해서는 의료분쟁조정법상 인과관계 추정규정을 둘 필요가 있으며, 그 방식으로는 대법원이 유지하고 있는 인과관계에 대한 개연성이론, 즉 사실상 추정론을 아래와 같이 의료분쟁조정법 제25조의2(추정) 신설을 통해 입법적으로 수용하는 것이 타당하다고 본다. 이러한 의료분쟁조정법상의 인과관계 추정규정은 환자 측의 입증책임 완화의 필요성을 수용한 것으로 의료인에게 부당하게 ‘입증책임을 전환’시킨 것이 아니라 환자 측과 의료인 측이 ‘입증책임을 상호 분담’한 것으로 평가할 수 있다고 본다.

의료분쟁조정법 제25조의2(추정) 의료상의 과실에 의해 환자의 생명·신체 및 재산에 대하여 피해가 발생한 경우 그 과실과 발생한 피해가 시간적으로 근접하고 의료행위 외에 다른 원인이 개재될 수 없다는 사실을 증명하면 그 피해는 의료상의 과실로 인하여 발생한 것으로 추정한다.

(투고일 2012년 8월 30일, 심사(의뢰)일 2012년 9월 14일 게재확정일 2012년 10월 12일)

주제어 : 의료과실, 인과관계, 입증완화, 입증책임전환, 표현증명, 의료분쟁

참고문헌

1. 단행본

- 권오승 외, 제조물책임법, 법문사, 2003.
- 김도형, 인과관계의 부인과 의료상 과실에 대한 손해배상책임, 민사판례연구[XXX], 박영사, 2008.
- 김재운, 의료분쟁과 법, 을국출판사, 2006.
- 김형배, 채권각론: 계약법, 박영사, 1997.
- 배종대/이상돈/정승환, 신형사소송법, 홍문사, 2008.
- 백형구, 형사소송법강의, 박영사, 2001.
- 손동권, 형사소송법 개정신판, 세창출판사, 2010.
- 신동운, 형사소송법 I, 법문사, 1997.
- 신현호, 의료소송총론, 육법사, 1997.
- 이재상, 신형사소송법 제2판, 박영사, 2011.
- 장영민 외, 현행 약물규제법규에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1993.
- 조병선, 환경형법, 청주대학교 출판부, 1998.
- 정영석/이형국, 형사소송법, 법문사, 1994.
- 정현미, 의료과오의 형사법적 책임, 한국형사정책연구원, 1998.
- 추호경, 의료과오론, 육법사, 1992.
- 호문혁, 민사소송법 제8판, 법문사, 2010.
- Othmar Jauernig, *Zivilprozessrecht*, 24. Aufl., Beck Juristischer Verlag, 1993.

2. 논문

- 권오승, “환경소송의 효용과 한계”, 민법학논총 2, 厚巖郭潤直先生古

- 稀紀念論文集, 박영사, 1995, 508-531쪽.
- 김상영, “의료과오의 입증에 관한 판례동향”, 부산법조 제14호, 부산 지방변호사회, 1997, 41-57쪽.
- 김정한, “형사소송에서의 추정 이론”, 인권과정의, 대한변호사협회, 2005. 3, 63-72쪽.
- 김중현, “제조물 결함에 대한 제조업자의 무과실책임-입증책임 완화 방안을 중심으로-”, 법학연구 제44집, 한국법학회, 2011, 59-78쪽.
- 김재운, “현대형법에 있어 거증책임전환의 허용한계에 대한 고찰”, 저스티스 통권 제86호, 한국법학원, 2005, 130-145쪽.
- 김형석, “민사적 환경책임”, 법학연구 제52권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2011, 205-246쪽.
- 민유숙, “의료과오로 인한 손해배상소송에 있어서 인과관계 · 과실의 추정과 설명의무”, 대법원판례해설 통권 제51호, 법원도서관, 2004, 279-305쪽.
- 민중기, “제조물책임의 성립요건과 입증책임의 분배”, 법조 제49권 제6호, 법조협회, 2000, 146-187쪽.
- 박기석, “환경범죄의 효율적 대처방안에 관한 연구”, 박사학위논문, 한양대학교 대학원, 1996.
- 박경재, “제조물의 결함과 입증책임”, 법학연구 제48권 제2호, 부산대학교 법학연구소, 2008, 153-183쪽.
- 박동진, “제조물책임법에서의 손해배상”, 비교사법 제9권 제3호, 한국비교사법학회, 2002, 301-335쪽.
- 박영호, “의료과실소송에 있어서 과실과 인과관계의 입증과 그 방법”, 저스티스 통권 제77호, 한국법학원, 2004, 90-123쪽.
- _____, “의료과실소송에 있어서 과실과 인과관계의 입증과 그 방법”, 재판과 판례 12집, 대구판례연구회, 2004, 1-56쪽.

- 백경희, “의료과오소송에 있어서 인과관계의 판단과 입증책임에 관한 판례의 최근 경향 : 일본 판례와의 비교를 중심으로”, 의료법학 제8권 제1호, 대한의료법학회, 2007, 179-211쪽.
- 손동권, “정범과 공범, 작위범과 부작위범의 구별”, 인권과정의 통권 제346호, 대한변호사협회, 2005, 101-113쪽.
- 손용근, “의료과오소송에 있어서 입증의 경감에 관한 연구”, 박사학위논문, 연세대학교 대학원, 1997.
- 서원석, “환경범죄의 성립과 실태에 관한 연구”, 검찰 통권 제114호, 대검찰청, 2003, 651-718쪽.
- 이백휴, “의료분쟁에 있어 형사처벌특례제도의 확대 필요성과 방안”, 한국의료법학회지 제19권 제1호, 한국의료법학회, 2011, 111-131쪽.
- 이승우, “환경오염으로 인한 위험책임의 귀책구조”, 환경법연구 제32권 2호, 한국환경법학회, 2010, 3-31쪽.
- 이재상, “형법상 약물범죄의 불법수익몰수규정과 돈세탁행위의 처벌규정의 문제점”, 인권과정의, 대한변호사협회, 1999. 1, 73-88쪽.
- 윤진수, “제조물책임의 주요 쟁점-최근의 논의를 중심으로-”, 연세대학교 법학연구 제21권 제3호, 연세대학교 법학연구원, 2011, 1-55쪽.
- 전경운, “환경정책기본법 제31조에 의한 무과실책임의 문제점과 개정방안”, 환경법연구 제31권 2호, 한국환경법학회, 2009, 319-347쪽.
- _____, “환경소송에서 인과관계의 입증에 관한 소고”, 환경법연구 제32권 2호, 한국환경법학회, 2010, 63-96쪽.
- 전지연, “의료사건에서 과실치사상의 성립에 필요한 과실·인과관계와 그 증명”, 연세 의료·과학기술과 법 제2권 제1호, 연세대학교 법학연구원, 2011, 77-111쪽.
- 정진연/조규태, “환경범죄와 인과관계”, 숭실대학교 논문집 제4집, 숭실대학교, 1996, 53-74쪽.

최명구, “자동기어변속장치를 장착한 자동차급발진과 제조물책임”,
민사법학 제28호, 한국민사법학회, 2005, 111-152쪽.

Eckart Werthebach/Bernadette Droste-Lehner, “Organisierte Kriminalität”,
ZRP 1994, S. 57 ff.

3. 기타

보건복지부, “한국의료분쟁조정중재원(의료중재원) 4. 8. 출범”, 2012
년 4월 8일자 보도자료.

[Zusammenfassung]

Beweis des Kunstfehlers und der Kausalität in Zivil-und Strafverfahren gegen Ärzte

Jae-Yoon Kim*

In der modernen Gesellschaft führt die Erhöhung der medizinischen Leistungen zur Verbesserung der Qualität des Lebens der Menschen als ein positiver Effekt. Allerdings wird der medizinische Unfall wegen eines Kunstfehlers, der sich als eine Nebenwirkung darstellen, schnell zugenommen. Daher ist die Zahl der Zivil-und Strafprozesse, in denen es um ärztliche Behandlungsfehler geht, im Laufe der letzten Jahre gestiegen. Als charakteristisch für den zivilen und strafrechtlichen Arzthaftungsprozess werden das Geheimnis, die Fachkenntnis und ärztliches Ermessen angesehen. Dabei besteht die Schwierigkeit wegen dieses Charakters der ärztlichen Behandlung darin, dass der Patient und/oder die Staatsanwaltschaft den Behandlungsfehler und die Kausalität, die die Frage der Verknüpfung zwischen Behandlungsfehler einerseits und Schaden des Patienten, nämlich Verletzung des Körpers und der Gesundheit, andererseits betrifft, beweisen muss. Die zivile Rechtsprechung hat für den Patienten verschiedene Beweiserleichterungs- und Beweislastumkehrmöglichkeiten, z.B. Anscheinsbeweis, geschaffen, um diese verwirrende Schwierigkeit des Beweises zu lösen. Allerdings kann es eine Beweislastumkehr im Strafverfahrensrecht keinesfalls geben, da dort der Grundsatz entweder 'in dubio pro reo' oder der

* Professor, Law School, Chonnam National University

Unschuldsvermutung gilt. Es gibt viele Beispiele, die der medizinische Disput durch unangemessenes Verfahren und hohes Schmerzensgeld gelöst wird, weil die Klageerhebung im Zivil- und Strafverfahren viel Zeit und wirtschaftliche Belastung an der Seite des Patienten verursachen kann. Am 7. April 2011 ist das Gesetz zur Unterstützung des medizinischen Unfalls und Vermittlung des medizinischen Disputes in Kraft getreten. Das Ziel dieses Gesetzes ist es, nicht nur die Beweisschwierigkeit zu überwinden, sondern auch Schaden aus dem medizinischen Unfall schnell und fair zu ersetzen. Allerdings wird die Regelung zur Beweislastumkehr in diesem Gesetz nicht eingeführt. Damit wird im vorliegenden Beitrag versucht, ob die Regelung zur Kausalitätsvermutung, die nicht als die Beweislastumkehr, sondern als die wechselseitige Mittragung der Beweislast zwischen Arzt und Patient angesehen wird, im Gesetz zur Unterstützung des medizinischen Unfalls und Vermittlung des medizinischen Disputes eingeführt werden kann oder nicht.

Stichwörter : Kunstfehler, Kausalität, Beweiserleichterung,
Beweislastumkehr, Anscheinsbeweis, medizinischer Disput