

불성실한 진료에 대한 의료민사책임의 법리 구성*

A legal study of medical civil liability about unfaithful medical practice

백 경 희*

Baek, Kyoung-Hee

목 차

- I. 문제의 소재
- II. 기회상실론의 전개
- III. 우리나라의 법리 전개
- IV. 우리나라 판례의 유형군(類型群)에 따른 법리의 분석과 문제점 검토
- V. 결론

국문초록

의료민사책임에서 의료진이 환자에 대하여 불성실한 의료행위를 하였음에도 불구하고 해당 의료과실과 환자에게 발생한 결과 사이에 인과관계를 인정하기 어려운 경우가 있다. 이와 같은 경우 미국과 프랑스에서는 기회상실론을 통하여 환자의 권리구제를 도모하고 있고, 우리나라와 일본에도 학계와 판례를 통하여 기회상실론이 도입되었다. 또한 우리나라는 대법원에서 불성실한 진료에 대하여 수인한도와 접목하여 불법행위로 규율하려는 시도를 하였고, 일본에서도 최고재판소에서 현저히 불성실한 진료에 대한 책임을 추궁하고

논문접수일 : 2014.07.14

심사완료일 : 2014.08.04

게재확정일 : 2014.08.05

* 2013년 제3회 동아시아 국제민사법 학술대회 발표문 보완 원고

** 법학박사·인하대학교 법학전문대학원 교수

있다. 특히 기회상실론은 주로 생존가능성 내지 치료기회의 상실을 전제하므로 인과관계와의 연계가 존재함에 반하여, 최근 우리나라 대법원과 일본 최고재판소의 판결에서는 이를 전제하지 않고 인과관계가 없는 경우에도 불성실한 진료에 대한 의사의 책임을 긍정하였다.

한편 의료민사책임의 법리구조는 현행 민법상 채무불이행책임과 불법행위책임의 구성이 가능함에도, 불성실한 진료에 대한 책임에 대하여는 우리나라 판례는 불법행위책임으로만 법리를 구성하였다. 그러나 의료계약의 법제화 가능성과 환자 측이 해당 사건의 특성에 비추어 자신에게 유리한 법리 구조를 선택할 수 있도록 하는 것이 바람직하므로, 우리나라 판례도 채무불이행책임 구성에 대한 법리가 가능한 것인지 손해의 범위에 관한 해석을 검토할 필요가 있다.

주제어 : 불성실한 진료, 의료과실, 기회상실론, 불법행위, 채무불이행

Ⅰ. 문제의 소재

의료민사책임에서 의료진이 환자에 대한 의료행위를 행함에 있어 현대 임상의학의 실천수준에 못 미치는 진료를 하였음에도, 해당 의료과실과 환자에게 발생한 결과 사이에 인과관계를 인정하기 어려운 경우가 있다. 예를 들어 환자의 기왕증이 자연스럽게 진행하여 발생하였거나 선천적인 체질적 소인이 갑작스럽게 영향을 미쳐 발생한 불가항력적인 결과이기 때문에, 의료진의 의료과실이 있더라도 양자 사이에 직접적인 인과관계를 인정할 수 없게 된다.

의료민사책임의 법리구조는 현행 민법상 계약위반에 따른 민법 제390조 이하의 채무불이행에 기한 손해배상책임과 민법 제750조 이하의 불법행위에 기한 손해배상책임 양자의 법률적 구성이 모두 가능하다.¹⁾ 전자의 성립요건은 ① 채무자에게 일정한 채무의 존재, ② 채무자의 채무불이행, ③ 채무자의 귀책사유, ④ 손해발생 및 인과관계이고,²⁾ 후자의 성립요건은 ① 가해자의 고의

1) 집필대표 박준서, 「추석민법 채권각칙(7) 제3판」, 한국사법행정학회, 2000, 526-527면(석회대 집필부분) 참조.

또는 과실, ② 가해행위의 위법성, ③ 책임능력, ④ 가해행위와 인과관계 있는 손해의 발생이다.³⁾ 그러므로 의료진에게 의료민사책임이 성립하기 위해서는 의료진의 주의의무 위반과 인과관계 있는 손해가 환자에게 발생하여야 한다.

그런데 의료과실은 있으나 환자에게 그와 인과관계 있는 악결과가 발생하였다고 보기 어려운 상황이라면, 의료민사책임의 구조에 비추어 볼 때 의료진에게 책임이 있다고 할 수 없다. 한편 환자의 입장에서는 의료진에게 의료과실이 있음에도 불구하고 의료진에게 책임을 추궁할 수 없다는 모순적인 상황을 납득하기가 쉽지 않다. 그러므로 이와 같은 상황에서 과연 의료인에게 어떠한 의료민사책임을 부과할 수 있는지에 관하여 그동안 국내외에서 논쟁이 되어왔다. 이는 미국에서 기회상실론 이론을 중심으로 발전하였고, 우리나라와 일본에도 영향을 미치게 되었다. 특히 우리나라 대법원은 인과관계가 없고 생존가능성이 없는 경우라고 하더라도 일반인의 수인한도를 넘는 불성실한 진료는 별개의 불법행위를 구성하며, 환자를 비롯하여 그 가족까지도 의료진에 대하여 정신적 고통에 대한 위자료의 배상을 청구할 수 있다고 하였고, 그 후 대법원의 태도는 하급심 판결을 통하여 계속 전개되고 있다.

이하에서는 외국에서의 기회상실론이 발전한 과정을 살펴보고, 우리나라의 학계와 판례에서는 어떻게 문제를 해결하고 있는지를 검토한 후, 우리나라에서의 법리 구성이 외국의 경우와 어떻게 다른지를 분석하면서 채무불이행의 법리 구성이 가능한지를 고찰하고자 한다.

II. 기회상실론의 전개

1. 개념

의료과오소송에서는 의료인의 의료과실과 환자에게 발생한 악결과 사이에

2) 집필대표 박준서, 「주석민법 채권각칙(1) 제3판」, 한국사법행정학회, 2000, 418-419면(이은영 집필부분) 참조.

3) 집필대표 박준서, 「주석민법 채권각칙(7) 제3판」, 한국사법행정학회, 2000, 105-128면(박영식 집필부분) 참조.

인과관계가 인정된 경우에만 손해배상책임이 성립되는 것이 원칙이다. 그 결과 불성실한 의료행위가 존재하더라도 환자의 사망이 불성실한 의료행위 때문이 아니라 환자가 지니고 있는 기저질환(Underlying Disease)⁴⁾으로 인한 것인 때에는 인과관계가 인정되지 않아 의사의 손해배상이 부정되었다. 그러나 이와 같이 의료진의 과실이 존재함에도 불구하고 환자 측에게 전적으로 불이익을 부담하게 하거나 환자의 법익을 가볍게 처리하는 것은 부당하다는 점을 극복하기 위하여 '기회상실론(The loss of chance doctrine)'이 등장하게 되었다.⁵⁾ 그러므로 의료과오소송에서 '기회상실론'은 의료과실이 없었더라면 당해 환자가 보다 나은 결과를 얻을 수 있는 기회는 확실하지 않다고 할지라도 의사의 과실이 환자로부터 그와 같은 기회를 박탈한 것이 확실한 경우에 적용되는 이론으로서의 위치를 지닌다.⁶⁾ 이 이론은 환자 측에서 의사의 과실이 환자의 손해의 한 원인 내지 주원인(proximate cause)⁷⁾이라는 것을 입증

4) 기저질환은 현재 악결과의 원인이 되는 질환을 의미하는 것이고, 기왕증이란 과거의 병력(Past History)을 의미하므로 양자의 의미에는 차이가 있다. 즉, 과거의 병력인 기왕증이 현재 악결과의 원인이 되지 않는다면 기저질환이 되지 않지만, 기왕증이 현재 악결과의 원인이 된다면 기저질환이 될 수도 있다. 이는 대법원 2010. 12. 9. 선고 2010두15803 판결에서 "... ⑦ 원고는 기왕증으로 당뇨를 앓고 있었으나, 증상을 알게 된 2005. 8. 2.부터 지속적으로 당뇨병을 잘 관리하고 있었던 점, ⑧ 진료기록 감정의사는 원고의 건강상태 및 체력, 당뇨병, 기존 뇌혈관 협착 등의 기저질환이 뇌경색 발생에 근본적 원인으로 기여했을 것이라는 소견을 제시하고 있는 한편, 이 사건 발병 무렵의 원고의 발병상황으로 볼 때, 과로 상태에서 장기간 업무를 하여 발생한 탈진과 탈수 상태로 인하여 혈압이 저하되어 기존 뇌혈관 협착을 가진 원고에게 뇌경색의 유발요인이 되었을 것으로 추정되고 원고의 업무상 과로와 스트레스는 기저질환을 악화시키는 요인과 뇌경색의 발병 요인으로 작용했을 가능성이 있다는 소견을 제시하고 있는 점, ..."이라고 하여 실시한 사실관계의 내용에서도 나타난다. 그러나 판결에서 양자를 명백하게 구분하지 않는 경우도 있다.

5) James Tibballs, "Loss of chance: a new development in medical negligence law", *Medicine And The Law*, vol. 184 no. 4, 2007, p. 233.

6) 이종대, 「의료과실의 이론과 실제」, 청암미디어, 2001, 14-15면., 특히 기회상실이론의 채택은 '표준'치료 이하의 치료를 받은 환자의 이해와 내재적인 불확실성을 가지고 있는 임상의학을 행하는 의사의 상충되는 이해가 상호 균형을 이루는데 도움을 준다고 한다. 이는 이하에서 살펴볼 일본에서의 논의에서 환자의 '기대권'과도 관련된 것으로, 이때에도 일반적인 의사라면 '통상' 실시할 것이 기대되는 의료수준조차 만족하지 못한 경우에 문제가 되는 것으로 파악하고 있다.: 송영민, "기대권침해론에 관한 일본의 최근 동향", 「의료법학」, 제14권 제1호, 대한의료법학회, 2013, 623면.

7) 이는 발생한 손상과 시간적으로 가장 근접하여 손상을 발생시킨 자연적이고 개연성 있는 일련의 과정을 의미하여, 주원인이 성립되기 위해서는 통상적인 일반인이 보았을 때 피고의

하게 될 경우 환자의 손해를 보전하고자 하는 것이므로, 환자 측의 증명이론이라고도 한다.⁸⁾

2. 미국의 경우

미국에서의 기회상실론은 해사구조의 법리에서 그 기원을 찾고 있다. 해사구조 업무상 과실에 관한 Gardner v. National Bulk Carriers, Inc., 310 F.2d 284, 287-88 (4th Cir. 1962) 판결은 바다에 빠진 선원의 구조 가능성이 아무리 적더라도 구조의 가능성이 존재하는 상황에서는 구조할 의무가 있기 때문에 이 의무를 저버리고 구조를 위한 시도조차 하지 않았다면 면책될 수 없으며 구조의 기회를 감소시킨 부분에 관한 책임을 부담한다는 것이다.⁹⁾

이와 같은 해사구조의 법리는 미국연방항소법원의 Hicks v. United States, 368 F.2d 626, 632-33 (4th Cir. 1966) 판결을 통하여 의료과오소송에서 구체화되었다. 그 중심개념으로는 '실질적인 가능성(substantial possibility or substantial factor)'을 기준으로 삼아 의사의 불성실한 진료로 환자의 실질적인 구명 또는 생존기회를 박탈하였음을 이유로 하여, 의사 측에게 책임이 존재한다고 판단하였다. 즉, 의사가 환자에 대한 보다 면밀한 진단을 통하여 환자의 상태와 병명을 확정하여 긴급수술을 하였을 경우 환자의 구명가능성이 높았음에도 불구하고 환자에 대한 초진시 이를 현저히 해태한 경우 위 해사구조의 법리에 따라 '구조할 수 있는 상당한 가능성' 기준에 의하여 의사가 환자의 생존의 실질적인 가능성을 박탈한 경우 의사에게는 책임이 있다고 하였다. Hicks 판결은 의료과오소송에서 환자의 구제를 도모하기 위해 인과관계에 대한 입증의 완화를 시도한 최초의 시도로 실질적 기회이론으로 평가된다.¹⁰⁾

행위가 손상을 발생시켰다고 봄이 타당하다는 생각이 들 수 있어야 하며, 통상 원고가 피고의 과실이 51% 이상 주원인으로 작용하였다는 것을 입증하지 못하면 원고는 입증책임을 다하지 못한 것으로 간주되었다. : 이종태, 전제서, 13면.

8) 배성호, "의료과오소송과 기회상실론", 「인권과 정의」 제310호, 대한변호사협회, 2002, 35-36면.

9) 배성호, 전제논문, 44-45면.

10) 강신웅, "미국 기회상실론의 수용 여부 검토", 「비교사법」 제9권 제4호, 한국비교사법학회, 2002, 273-275면.

Hicks 판결 이후 등장한 King 이론은 환자의 구제를 Hicks 판결에서보다 폭 넓게 도모하여 실질적인 손해배상을 추구하고자 한 이론으로 Joseph H. King 에 의하여 주창되었다. King 이론은 Hicks 판결은 '기회'라는 것을 최종적인 악 결과의 회피가능성만을 가지고 판단하였고 환자 측의 증명을 완화하는 것에 의미를 두는 것에 그쳤기 때문에 완전한 배상이라는 결론에 도달할 수 없다는 한계를 지니고 있다는 점을 지적하면서, '기회' 자체를 보호해야할 독자적 이익 개념으로 상정하여, 환자 측이 기회 상실에 관한 부분을 완전한 손해로써 배상 받아야 한다는 것이다.¹¹⁾ King 이론에서는 '기회'의 상실에 대하여 정신적 고통에 대한 위자료를 넘어서서 전손해를 받을 수 있다고 본다.¹²⁾¹³⁾

3. 프랑스의 경우

프랑스에서 기회상실론의 기원은 1889. 7. 17. 파퓌원이 의뢰인이 소송절차에서의 기회를 상실한 것에 대하여 그 변호사 등 전문적인 법적 조언자가 이를 배상할 책임을 인정한 것에서 시작된다. 변호사의 잘못으로 의뢰인의 권리

11) Joseph H. King Jr., "Causation, Valuation and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences", 90 *Yale L.J.*, 1981, pp. 1377-1378, 강신웅, 전계논문, 276면-286면에서 재인용.

12) Joseph H. King, Jr., "Reduction of Likelihood Reformulation and Other Retrofitting of the Loss-of-Chance Doctrine", 28 *U.Mem. L.Rev.* 491, 1988, p. 547., 강신웅, 전계논문, 285-286면에서 재인용, 김천수, "기왕증을 포함한 피해자의 신체적 소인 및 진단과오가 불법행위책임에 미치는 영향", 「성균관법학」 제16권 제3호, 성균관대학교 비교사법연구소, 2004, 38면.

13) King 이론은 기회상실의 원칙이 적용되기 위한 요건으로 첫째, 피고가 보다 좋은 결과를 기대하고 있는 피해자에 대한 보호의 의무를 불법하게 이행을 하지 못하였을 것, 둘째, 피해자에 대한 의무는 특별한 관계를 근거로 하거나 의무를 인수하거나 피해자의 기대를 보호할 기존의 의무를 조력하는 다른 근거가 있든지 또는 피고가 불법하게 야기한 결과에 대한 손해를 산정함에 있어서 기존의 상태를 어떻게 반영할 것이냐가 문제되었을 것, 셋째, 피고가 달리 적절한 조치를 하였더라면 생겼을 가능성이 피고의 불법한 행위에 의하여 감소되었을 것, 넷째, 피고의 불법한 행위가 없었더라면 보다 좋은 결과가 생겼을 것인가에 대하여 명확히 결정하기 어려운 경우가 문제의 대상이 되었을 것을 들고 있다. 이를 원용하여 판시한 판결로는 *Executor of the Estate of Lucille Humpal v. Burton Adrian, M.D. and Iowa Physicians Clinic Medical Foundation d/b/a Integra Health*, No. 29/01-1858, In the Supreme Court of Iowa, 2003 판결 등이 있다.

를 보존하거나 만족시킬 수 있었던 기회를 상실한 것 자체가 회복할 수 있었던 손해라고 보았다.¹⁴⁾ 프랑스의 이와 같은 기회상실론은 다른 영역에서도 서서히 인정되었으며, 적용영역에서의 제한은 없는 것으로 받아들여지고 있다.

의료과실과 관련하여 환자의 회복 또는 생존가능성의 상실에 대해서도 기회상실론을 적용할 수 있는지에 대하여는 1960년대에 활발히 논의되었다. 그 시발점이 된 사안은 1961. 10. 24. 선고된 그르노블 고등법원 판결로, 동 판결에서는 환자의 향후의 상태 악화가 의료진이 방사선촬영에 의하여 이미 발견된 환자의 골절에 관하여 시기적절한 진단을 하는 것을 실패한 것에 관련된다고 보아 치료기회를 상실한 것에 대한 배상책임을 인정하였었다. 파퓌원에 서도 1965. 12. 14. 원심의 판단이 타당하다고 보아 의료과오소송에서도 기회상실론이 적용됨을 확인하였다.¹⁵⁾

의료과실에서의 기회상실론의 특징은 환자의 죽음이나 건강의 악화가 만약 의료진의 진단 실패나 의료과실이 없었다면 예방될 수 있었던 기회가 존재하였다는 점이 입증되어야 한다는 것에 있다. 그리고 프랑스에서도 기회상실론은 의료과오소송에 있어 인과관계의 증명이 어렵다는 점을 완화하기 위하여 판례에 의하여 채택된 이론이라고 이해된다.¹⁶⁾

4. 일본의 경우

일본의 경우 의료과오소송에 있어 의료진의 과실과 환자에게 발생한 악결과 간 의학적인 상당인과관계를 인정하는 것이 현대임상의학의 실천수준으로서는 어렵다고 하더라도 생존가능성을 중심으로 환자가 지니고 있는 기대권 내지 조기의 치료를 받을 기회를 보호하기 위한 논의가 전개되었다.¹⁷⁾ 즉, 일본

14) Rui Cardona Ferreira, "The loss of chance in civil law countries: A comparative and critical Analysis", 20 MJ I, 2013, p. 58.

15) Rui Cardona Ferreira, p. 60

16) 그러나 한편 의료과오소송의 원칙적인 입장에서 볼 때, 환자에게 발생한 악결과에 대한 복잡하고 다양한 원인이 존재한다는 점을 고려한다면, 기회상실론이 비논리적으로 적용되는 경향이 있다는 등의 비판이 가해지고 있다.: Rui Cardona Ferreira, p. 60

17) 기대권 침해와 기회상실은 구별되어야 한다고 보면서, 특히 기대권이 '장래 일정 사실이 발

에서는 적절한 의료행위가 시행되었다면 환자가 생존하였을 가능성이 있었을 경우에는, 의사의 과실로 인하여 환자의 기대권이 침해받은 것이므로 의사는 그에 대한 정신적 고통을 배상하여야 한다는 것이다. 이는 치료의 유효성이 낮다고 하여 태만한 의사가 면책되어야 한다면 부당할 뿐만 아니라 과학성이라는 이름하에 과도한 증명책임을 환자에게 부담시켜왔던 일련의 소송실무에 의 반성에 기저를 두고 있다.¹⁸⁾ 이와 같은 논의의 전개는 통상적으로 의사의 어떠한 의료행위를 시행하는 것으로부터 악결과가 발생하는 작위형 의료과실보다 부적절한 치료행위로 인하여 악결과가 발생한 경우의 부작위형 의료과실에서 주로 나타난다. 또한 생존가능성의 유무에 관한 인과관계는 법정책적 고려를 통하여 도출된다고 보고 있다.¹⁹⁾²⁰⁾

이와 같은 논의는 판례를 통해서도 의료과실책임에 관하여 불법행위책임으로 구성하는 경우 외에도 채무불이행책임으로도 구성되고 있다 즉, 平成 15(2003)年 11月 11日 最高裁 第三小法廷 平14(受)1257号 判決은 불법행위책임의 견지에서 소아과 개업의사가 환아(患兒)를 적시에 적절한 의료기관에 전송해야 할 의무를 소홀히 한 과실이 있지만 그것이 환아의 중대한 후유증과는 인과관계가 없는 사안에서 상기 전송이 행해져서 적절한 검사 및 치료 등의 의료행위를 받았다면 환자에게 중대한 후유증이 남지 않았을 상당 정도

생한다면 일정한 법률상의 이익을 받을 수 있을 것이라는 기대를 가질 수 있는 지위'를 의미하므로 의료과오사건에서 이를 사용하는 것은 적절하지 않다는 견해의 소개로는 류화신, "적절한 의료받을 기대와 손해배상책임 여부 - 일본 최고재판소의 최근 판결을 중심으로 -", 「의료법학」 제13권 제1호, 대한의료법학회, 2012, 411면., 그렇지만 의료과오소송에서의 기대권이라는 것은 실질적으로 치료의 기회가 존재하였는지와 연계되는 것이고, 의학적으로 그 가부가 판단되고 있으므로 궁극적으로 양자가 별개라고 보기는 어렵다.

18) 石川寛俊, "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), 25-26面, 中村哲, 医療訴訟の實務的課題 - 患者と医師のあるべき姿を求めて -, 判例タイムズ社, 2001, 301面 이하.

19) 太田幸夫, 「医療過誤訴訟法」, 青林書院, 2000, 290-291面, 助川裕, "医療過誤訴訟の現状と展望", 日本信頼性學會誌(REAL誌) Vol.24, No.2., 日本信頼性學會, 2002, 144面.

20) 반면 환자의 기대권을 인정하는 것은 인과관계의 법리를 훼손하고 무리하게 의료인에게 손해배상책임을 인정하여 소액의 손해배상액을 산정하는 경우를 가능하게 하므로 도리어 사안의 해명을 불분명하게 만들었다는 비판도 공존한다: 櫻天節夫, 判決評論 第232號, 1978, 25面., 김민규, "진료기록보장론과 인과관계 및 위자료배상의 신경향", 「비교법학」 제15집, 부산외국어대학교 비교법연구소, 2004., 179면에서 재인용.

의 가능성의 존재가 증명된 때에는 의사는 환아가 상기 가능성을 침해받았던 것에 의하여 입었던 손해를 배상해야 할 불법행위책임을 진다고 하였고, 한편 平成16(2004)年 1月 15日 最高裁 第一小法廷 平14(受)1937 判決은 채무불이행 책임의 견지에서 의사가 환자에 대하여 불충분한 위내시경 검사 후 재검을 하지 않고 만성위염으로 진단하였으나, 환자가 몇 개월 뒤 스킨스 위암으로 판명되었고 그 전이로 사망한 사안에서 "의사에게 적시에 적절한 검사를 실시해야 할 의료계약상의 의무를 게을리 한 과실이 있어 그 결과 환자가 조기에 적절한 의료 행위를 받을 수가 없었던 경우에 대해 상기 검사의 의무를 게을리 한 의사의 과실과 환자의 사망과의 사이의 인과관계의 존재는 증명되지 않더라도 적시에 적절한 검사를 실시하는 것에 의해 병변이 발견되어 해당병변에 대해서 조기에 적절한 치료 등의 의료행위를 하였다면 환자가 그 사망의 시점에 있어 더 생존할 수 있던 상당 정도의 가능성의 존재가 증명될 때는, 의사는 환자가 상기 가능성을 침해된 것에 의해 받게 된 손해를 배상해야 할 의료계약상의 채무불이행책임을 지는 것으로 해석하는 것이 상당하다."고 하여 동일한 법리를 채무불이행책임을 측면에서 판단하였다.

Ⅲ. 우리나라의 법리 전개

1. 학계의 태도

우리나라에서는 미국에서 제기되어 정립되어 온 '기회상실론'을 수용하여 환자의 '진료기회를 보장받을 권리'를 보호하는 이론을 인정하자는 논의가 전개되고 있다. 즉, 의사의 검사·진단·처치 및 수술 등의 일반적인 의료행위에 대한 과실판단의 전제가 되는 주의의무 위반 여부를 판단하기 곤란한 경우이거나 의료과실이 인정되더라도 환자에게 발생한 손해와의 사이에 인과관계를 인정하기 어려운 경우에, 환자의 손해 또는 사망에 대한 상당 정도의 가능성의 존재가 증명될 때에는 의사의 책임을 인정하자는 것이다.²¹⁾ 이와 같은 학계의 태도는 환자가 부담하는 증명책임을 완화시키는 측면과 함께 위자료의

법적 기능을 확대하는 측면을 지니고 있다고 평가된다.²²⁾

2. 판례의 태도

우리나라의 판례는 하급심판결에서 외국에서 논의된 기회상실론을 도입하여 정신적 손해에 대한 위자료의 배상을 명하였고, 대법원 2006. 9. 28. 선고 2004다61402 판결을 통하여 기존의 기회상실론과 구별되는 요건을 구체화한 판시를 하였다. 그 후 판례는 전통적인 기회상실론의 견지에서 판시한 판결과 위 대법원 2004다61402 판결의 견지에서 판시한 판결이 혼용되고 있다. 이를 살펴보면 다음과 같다.

가. 하급심판결에서의 기회상실론 도입

서울중앙지방법원 1993. 9. 22. 선고 92가합49237 판결은 “완치불능인 폐암 환자도 발병사실을 알 경우 진행상태에 따른 적절한 치료를 받고 생존기간을 연장하거나 본인 혹은 가족들이 신변을 정리할 수 있는 기회를 가질 수도 있으므로 의사가 폐암환자를 건강하다고 진단함으로써 그 같은 기회를 상실하게 하였다면 그에 대한 손해를 배상할 책임이 있다”고 함으로써 앞서의 미국의 기회상실론에서의 논의를 받아들여 의사의 의료과실로 폐암환자가 가질 수 있던 기회를 상실한 것으로 보아 위자료의 배상을 명하였다.

나. 대법원 2006. 9. 28. 선고 2004다61402 판결을 통한 소위 수인한도론의 전개

대법원은, 충수돌기 절제술 후 의식을 회복하지 못한 환아에 대하여 피고병

21) 정태윤, “기회상실의 손해에 대한 연구”, 「비교사법」 제5권 제1호, 한국비교사법학회, 1998, 171면 이하., 법률신문, 2001. 10. 22., 김민규, “진료기회보장론과 인과관계 및 위자료배상의 신경향”, 「비교법학」 제15집, 부산외국어대학교 비교법연구소, 2004, 167면 이하.

22) 김민규, 전제논문, 197-208면.

원의 의료진이 경과관찰 및 보고를 소홀히 한 과실이 존재하였지만 환아가 사망하게 된 원인이 뇌동정맥기형이라는 특이체질에 기한 급성 뇌출혈이었던 사안에서,²³⁾ 피고 병원 의료진에게 망아의 사망과 상당인과관계가 있는 과

- 23) 원고들은 망아의 부모로 아들인 망아가 1999. 10. 8. 21:00경 하복부 통증을 호소하며 구토를 하자 토요일인 익일(10. 9.) 8:30경 피고병원에 내원하여 입원시켰다. 주치의는 망아의 증상을 토대로 급성 충수돌기염으로 진단하고 수술 전 일반검사를 마친 후 전신마취 아래 충수돌기 절제술에 12:30경 들어가 13:30경 수술을 마쳤다. 피고병원의 마취과장은 수술을 마친 후 14:15경 일반 병실로 전실시켰고, 집도의도 수술이 성공한 것으로 보아 활력징후를 정기적으로 관찰할 것만 지시하고 직접 일반 병실로 가서 망아의 의식이 제대로 돌아왔는지, 상태가 어떠한지 등을 확인하지 아니한 채 14:20경 퇴근하였다. 망아는 14:20경 의식 상태에 다소 문제가 있었으나, 당시 일반 병실의 당직 간호사는 마취가 약간 덜 갠 상태라고 보고 당직 의사에게 보고하지 않았다. 그 후 15:00경 당직 간호사가 교체된 뒤 망아의 병실을 처음 순회할 당시 망아는 자극을 주면 눈을 뜨긴 하나 초점을 한 곳에 고정하지 못하는 멍한 상태로써 말도 하지 못하였다. 때마침 망아가 신음을 하며 아프다는 듯한 모양새를 보이고 가족들이 아이가 많이 아파하는 것 같으면서 걱정을 하자, 주치의는 진통제인 페나카를 주사케 하고 이러한 증상이 단순히 마취에서 늦게 깨어나는 것이라고만 판단하여 그 이후의 활력징후를 체크하라고 지시만 한 채 별다른 관심을 기울이지 아니하였다. 교체된 간호사는 20:00경에도 이에 대하여 당직 의사나 다른 의료진에게 보고하지 아니하였다. 보호자가 계속하여 망아의 옆을 지키다가 21:00경 부모도 몰라보는 등 의식에 문제가 있어 보이자 간호사에게 의사를 호출해 줄 것을 요구하였다. 간호사는 일반외과의 당직 의사였던 인턴을 호출하였으나 그가 개인적인 일로 병원 밖에 있었던 관계로, 병원 내에 있던 다른 과 인턴에게 부탁을 하여 다른 과 인턴이 망아를 보고 진찰을 하였다. 진찰결과 망아가 잠을 자는 듯하였으나 활력징후와 동공반사도 정상이며 청진 호흡음에서도 별다른 이상이 없고 기왕력이 있느냐는 질문에 가족들이 없다고 하자 비정상은 아니라고 판단하고 간호사에게 계속 관찰할 것만 지시하고 숙소로 돌아갔다. 22:00경 당직 간호사가 재교체되어 순회시 망아를 관찰한 결과 활력징후는 정상이나 의식상태는 꼬집거나 건드리는 등 외부 자극에 눈을 뜨나 말을 못하고, 초점이 분명치 않는 등 비정상적이었다. 당직 간호사는 망아를 'mental dull' 상태로 보고 그와 같이 간호기록지에 기재하였다. 10. 10. 1:00경 망아가 가래가 생기고 약한 호흡 곤란 증상을 보이자 간호사는 인턴을 호출하였다. 그러나 해당 인턴은 직접 병실에 들르지 아니한 채 거담제인 비졸본의 투여만을 지시하였다가, 다시 2차 호출을 받고 망아의 병실로 왔다. 그 후 약 20분간 망아에 대한 흉부 청진 및 시진 등을 하였는데, 특이한 청진음을 듣지 못하자 간호사에게 그냥 관찰할 것을 지시하였다. 이후 망아는 외부의 자극에도 거의 반응을 보이지 않는 상태로 되었으나 간호사는 이를 인턴에게 보고하지 아니하였다. 망아는 3:00경 혈압이 80/60으로 떨어지면서, 청색증을 보이고 호흡이 정지되었고, 이에 간호사는 앰뷸백으로 산소를 공급하면서 위 인턴을 호출하였다. 위 인턴은 3:05경 병실에 도착하여 망아의 청색증을 발견하고, 혈압, 호흡 및 맥박을 측정하려 하였으나 모두 측정되지 않고 동공 확대, 동공반사가 없어진 것을 관찰하자 응급상황으로 보고 기도내 삽관을 하기 위하여 후두경으로 기도노출을 시도하였으나 실패하였다. 이에 발관 후 앰뷸 마스크 등을 이용한 산소공급을 하면서 검사와 당직인 또 다른 인턴과 내과 당직인 레지던트에게 도움을 요청하여 레지던트가 먼저 병실에 도착하여 기관내 삽관에 성공하였다. 그러나 삽관된 튜브에 가래가 차 있어 레지던트는 발관한 후 앰뷸 마스크로 산

실이 있다고 인정할 수 없으나, 피고 병원 의료진이 망아의 기면 내지 혼미의 의식상태에 따른 환기 및 산소공급 조치를 제대로 취하지 아니하고 마취과 전문의 혹은 수술 집도의에게 적절한 보고 조치를 취하지 아니하는 등 다소 미흡한 조치를 취한 것에 관하여 이러한 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 있다고 하였다. 즉, 대법원은 동 사안에서 의료진의 불성실한 진료가 수인한도를 넘어선다면 비록 그 의료과실과 악결과 사이에 상당인과관계가 없고, 환자에게 생존가능성이 없더라도 불법행위를 구성하며, 이는 전손해의 배상은 아닌 위자료의 배상이 될 수 있다고 판단하였다.

그러나 동 사안에서 대법원은 "비록 위와 같은 수술 후 관리 소홀의 점에 관한 피고 병원 의료진의 주의의무 위반의 점이 인정된다고 하더라도, 더 나아가 그러한 주의의무 위반의 정도가 일반인의 수인한도를 넘어설 만큼 현저하게 불성실한 진료를 행한 것으로 평가될 정도에 이르렀음이 입증되지 아니하는 한 피고 병원의 위자료 배상책임을 인정할 수 없다 할 것인데, 이 사건에 있어서 원심이 인정한 사실만으로 피고 병원에게 불법행위책임을 물을 수 있을 정도로 피고 병원 의료진이 일반인의 수인한도를 넘어서 현저하게 불성실한 진료를 행한 잘못이 있었다고 단정할 만큼 충분한 입증에 이르렀다고 볼 수 있는지 의문이 든다"고 판시하였고, 동 사안을 고등법원에 사건을 다시 심리·판단하도록 환송하였다.²⁴⁾

소를 공급하면서 3:10경 망아를 중환자실로 이동시켰으나, 3:36경 망아의 전신 청색증이 나타나고 혈압, 맥박이 측지되지 아니하였고 심폐소생술 등을 시도하였지만 결국 의식을 회복되지 못하여 6:35경 사망하였다. 망아에 대한 부검 결과, 소뇌 동정맥기형에 의한 소뇌 출혈(원발성)로 인하여 사망한 것으로 판명되었고, 위 부검의는 수술 전후에 혈액검사 결과와 양일간의 활력징후 변화 등에 비추어 위 출혈은 수술 이후 회복과정에서 있었던 것으로 보았다.

- 24) 이후 이 사건은 서울고등법원 2006나98134 사건으로 계류되었고, 원고 측의 수인한도를 넘어서는 현저히 불성실한 진료의 입증여부가 관건이었다. 법원에서는 수차례 원고 측에 이를 입증할 것을 석명하였으나, 원고 측이 이를 입증하는 것에 현실적인 한계가 있어 결국 법원의 주도로 화해권고결정을 통하여 피고 병원이 원고 측에게 500만원을 지급하고 소송비용은 각자 부담하는 선에서 종결되었다.

다. 대법원 판결 이후 하급심 판결의 전개

(1) 연명의익 내지 생존가능성을 기준으로 한 기회상실론의 적용

(가) 서울고등법원 2006. 12. 14. 선고 2006나15474 판결

서울고등법원은 간이식수술의 부작용으로 사망한 사안에서, “피고들은 환자의 가족들을 상대로 이 사건 이식수술에 따른 치료의 효과와 가능성을 극도로 과장한 나머지 치료의 부정적인 면을 숨기는 반면 긍정적인 면만을 강조함으로써 그들로 하여금 극도의 기대를 가지게 한 결과, 적시에 치료를 받을 수 있는 기회를 상실하게 한 점, 실제로 망인은 그와 같이 적시에 치료받을 수 있는 시기를 놓치는 바람에 이 사건 이식수술일로부터 약 4개월 남짓 만인 2004. 5. 28. 사망하게 되었는데, 이를 통하여 망인이 적절한 치료를 받을 수 있었을 것이라는 기대권과 함께 최소한 간경화로 인하여 단축된 여명까지는 연명할 수 있는 이익이 침해된 것임을 인정할 수 있는 점 등 제반 사정을 종합하여 보면, 피고들의 이와 같은 설명의무를 다하지 아니한 것은 가족들의 자기결정권 등을 위법하게 침해한 불법행위에 해당된다고 할 것이다.”고 판단하였다.

(나) 서울고등법원 2008. 1. 24 선고 2007나33813 판결

이 사건의 사실관계는 피고병원 의료진이 원고에게 발병한 증상이 제3-4 및 제4-5 각 경추간판 탈출증이었고, 원고로부터 MRI, CT 촬영 등을 하여 자세히 검사한 다음 진단을 내려줄 것을 요구받았음에도 만연히 원고의 증상을 뇌졸중(중풍)으로 판단하여, 그 진료상의 과오는 존재하나 곧바로 수술적 치료를 시행하였다고 하더라도 현재의 후유장애를 막을 수 있다고 보기는 어려웠던 사안이었다. 서울고등법원은 “원고 김○기로 하여금 경추간판 탈출증 및 경수증에 대하여 보다 신속하게 적절한 치료를 받을 기회를 상실케 하였으며, 만일 그 진행상태에 따른 적절한 치료가 신속히 이루어졌더라면 다소나마 후유장애를 줄일 수 있는 개연성이 전혀 없다고 단정할 수 없으므로, 피고병원 측의 위와 같은 진료상의 과오로 인하여 환자 본인인 원고 김○기와 그 가족

들인 나머지 원고들이 정신적 고통을 받았을 것임은 경험칙상 명백하므로, 피고는 이를 금전으로 위자할 의무가 있다고 할 것이다.”고 판시하였다.

(2) 수인한도론의 적용

(가) 서울고등법원 2010. 5. 27. 선고 2009나46448 판결

이 사건의 경우 산모 甲의 조산으로 인하여 신생아 乙이 미숙아 합병증(다장기부전, 파중성 혈관내 응고 등)으로 사망한 사안이었는데, 서울고등법원은 “비록 망아의 사망과 전원 조치상의 과실 사이에 인과관계를 인정할 수 없다 하더라도, 피고병원의 의료진은 ○○병원의 인력, 수술실, 인큐베이터의 가용성(26주 쌍태아의 분만) 등을 확인하지 않고, 태아와 산모에 관한 정보도 제대로 제공하지 아니한 채, 즉각적인 조치도 할 수 없는 ○○병원을 전원병원으로 정하여 산모인 원고 甲을 전원하였다 할 것인바, 이러한 피고병원 의료진의 전원상 주의의무위반은 일반인의 수인한도를 넘어설 만큼 현저하게 불성실한 행위로 보이고, 그 과정에서 이미 태아 분만시 사망가능성이 매우 높다는 설명을 들은 원고 甲이나 고통을 받고 있는 원고 乙(쌍태아 중 다른 신생아), 두 태아의 상태를 지켜보던 원고 丙(쌍태아의 父)으로서는 적지 않은 정신적, 육체적 고통을 겪었을 것임은 넉넉히 추인할 수 있다.”고 하여 위자료의 배상을 명하였다.

(나) 부산고등법원 2010. 11. 4. 선고 2009나17448 판결

이 사건의 피고 의사는 당뇨병으로 치료받은 적이 없고 당뇨병증세를 보이지 않던 망인에 대하여 부정시 혈당수치가 197mg/dl로 나온 사정만으로 망인을 당뇨병으로 진단하고 바로 경구용 혈당강하제를 수일간 투여하고 추가검사도 하지 아니하여 진단과 처치상 과실이 존재하였고, 이로 인하여 망인의 저혈당증을 야기하였으나 망인의 사망원인인 폐렴과 인과관계는 부재하였다. 부산고등법원은 이 사건에 대하여 피고의 주의의무의 정도가 일반인의 처지에서 보아 수인한도를 넘어설 만큼 현저하게 불성실한 진료라고 할 것이므로 피고 의사와 그 사용자인 피고 의료재단은 이로 인하여 망인이 입은 정신적

고통을 금전으로나마 위자할 의무가 있다고 판단하였다.

(다) 서울고등법원 2012. 10. 11. 선고 2011나78707 판결

이 사건의 사실관계는 甲학교법인이 운영하는 대학병원에 입원 중이던 환자 乙이 계속적으로 가슴아래쪽 통증을 호소하자 주치의가 레빈튜브 삽입을 결정하였는데, 그 후 간호사가 삽입술 시행 등을 요구하기 위하여 당직의와 주치의에게 수차례 연락하였으나 모두 응답하지 않아 乙이 약 5시간 동안 간호사로부터 진통제를 2회 투여받은 것 외에 아무런 처치를 받지 못한 채 고통을 겪었고, 이를 乙의 아들 丙이 지켜보았으며, 이후 乙이 폐렴으로 사망한 사안이었다. 서울고등법원은 이 사건에 대하여 “乙에게 호흡곤란이나 가래 등 추가적 조치가 필요한 증상들이 발생한 것은 당직의가 나타난 후이고 병원 의료진이 이에 관하여 적절한 대처를 한 것으로 보이는 점 등에 비추어 당직의와 주치의의 주의의무 위반과 乙의 폐렴에 따른 사망 사이에 인과관계가 있다고 할 수는 없지만, 위 병원은 시설 등이 우수하다는 이유로 종합전문요양기관으로 지정되어 다른 요양기관에 비해 높은 요양급여비용을 수령하는 의료기관인 점, 이러한 특성상 병원에 많은 중환자와 응급환자들이 입원해 있을 것이고 그들에게 자주 위급상황이 발생할 것이기 때문에 5시간 가까이 당직의나 주치의가 간호사의 호출에 응하지 않는 일은 흔히 발생할 것으로 보이지 않는 점, 당시 주치의가 레빈튜브 삽입이 통증 해소에 효과적인 조치라고 생각하였던 것으로 보여 그 실시를 지연할 만한 아무런 사유가 없는 점 등을 고려하면, 비록 당시 야간이었던 점과 우리나라의 의료현실을 감안하더라도 당직의와 주치의의 주의의무 위반 정도는 일반인의 처지에서 보아 수인한도를 넘어설 만큼 현저하게 불성실한 진료를 한 것이라고 평가될 정도이므로, 당직의와 주치의의 사용자인 甲법인은 이로 말미암아 乙과 丙이 입은 정신적 손해를 배상할 책임이 있다”고 판시하여 위자료의 배상을 명하였다.

(라) 서울고등법원 2012. 12. 6. 선고 2011나16457 판결

이 사건은 병원내 감염이라고 일컬어지는 MRSA 감염 사건이었다. 서울고등법원은 “MRSA 검출 후에도 지체 없이 반코마이신을 투여하지 않은 것은

진료상 과실에 해당한다고 봄이 상당하다. 그러나 한편 피고 병원이 반코마이신을 투여한 이후인 2005. 1. 31.경부터는 뇌척수액 배양 검사에서 MRSA가 검출되지 아니하였고, 망인은 2005. 2. 7. 농양제거술을 시행하던 중 혈압 및 맥박이 저하되어 심폐소생술을 시행하고 이후 인공호흡기를 유지하였으며 2005. 3. 2.경 급성신부전증 등이 발생하였으며, 2005. 3. 21. 사망한 사실은 앞에서 인정한 바와 같은바, 반코마이신 투여 후 6일 만에 MRSA가 검출되지 아니하였고 그로부터 상당한 기간이 경과한 이후에 망인이 복합적인 원인으로 인한 패혈성 쇼크로 사망에 이르게 된 점에 비추어, 반코마이신 투여를 4일 지연한 것과 망인의 사망 사이에 인과관계가 있다고 보기는 어렵다. 그러나 앞서 인정한 바와 같이 MRSA 검출 직후 바로 반코마이신을 투여하지 않은 것은 일반인의 처지에서 보아 수인한도를 넘어설 만큼 현저하게 불성실한 진료를 행한 것이라고 보아야 할 것이어서 피고들은 그로 인하여 망인과 원고가 입은 정신적 고통에 대하여 배상할 의무가 있다할 것이다.”고 판단하였다.

Ⅳ. 우리나라 판례의 유형군(類型群)에 따른 법리의 분석과 문제점 검토

1. 우리나라 판례의 유형군 분류

앞서 살펴본 바와 같이 우리나라 판례는 외국의 기회상실론을 토대로 발전해 온 판결의 부류와 대법원 2004다61402 판결²⁵⁾을 기점으로 기회상실론과는

25) 동판결은 2011년 선고된 일본 최고재판소판결에 대하여 영향을 미친 것으로 보인다. 平成 23(2011)年 2月 25日 最高裁 第二小法廷 平21(受)65号 判決은 하지의 골절합술 등을 받은 환자가 수술 후의 합병증으로 하지심부정맥혈전증이 발생되었고 그 후유증으로 장애를 입게 된 사안이었는데, 특기할 만한 사항은 우리나라의 2006년도 대법원 판결과 같이 비록 의사가 진단을 지연한 사정은 있지만 그와 같은 주의의무 위반이 환자의 장애에 직접적으로 기여하였다고 보기 어려울 뿐만 아니라 더구나 환자의 통증 호소가 불명확하였고, 당시 하지의 수술에 수반하는 심부정맥혈전증의 발생율의 빈도는 일본의 정형외과전문의들 기준으로 할 때 일반적으로 인식되지 않은 상황이므로 해당 의사의 악결과(손해)에 대한 예견 가능성이 있다고 보기 어려웠는바, 이를 기초로, 최고재판소는 “피고의사가 환자의 왼쪽 다

구별되는 독특한 법리를 전개한 판결의 부류로 나뉘고 있다.

대법원 2004다61402 판결의 태도를 기회상실론의 연장선이라고 보는 견해도 있으나²⁶⁾, 이는 기회상실론의 범주에 속한다고 보기에는 몇 가지 다른 특징을 보이고 있다.

첫째, 기회상실론은 실질적인 생존가능성 등으로 악결과를 회피할 가능성이 라는 기준을 제시하여 악결과와의 인과관계를 완전히 단절시켜 판단하지는 아니한다. 반면, 2006년도 대법원 판결은 망아의 경우 급격한 질환의 악화로 전원 등 적절한 조치를 취하였더라도 기왕증인 뇌동정맥기형으로 사망하였을 것이라고 판시하여 생존가능성이나 치료 기회 등을 감안하지 않은 상태에서도 불성실한 진료임이 인정된다면 위자료 배상이 가능하다고 하여 생존가능성 내지 연명가능성과의 연계성을 고려하지 않았다. 이와 같이 해석할 경우 기회상실론에서는 주로 난치병과 같이 일련의 치료가능성이 존재하여 생존가능성이 존재하는 사안이 문제되었음에 반하여, 대법원 2004다61402 판결은 생존가능성과의 연계를 차단하여 불치병과 난치병 외에도 선천적으로 치료가능성이 없었던 질환에 대해서까지 논의가 가능해지기 때문에 적용의 범주가 확장된다.

둘째, 기회상실론의 경우 환자가 생존가능성이나 기대권의 침해, 진료 받을 기회의 박탈 가능성의 존재를 증명하면 의사의 책임이 인정되는 구조임에 반해, 대법원 2004다61402 판결은 생존가능성의 문제를 배제하였기 때문에 그에 대한 증명은 불필요하지만 의료진의 불성실한 진료가 일반인의 처지에서 보

리의 부종 등의 원인이 심부정맥혈전증에 있다는 것을 인지하지 못하여 전문의에게 전의하는 등을 시행하지 않았다고 하더라도, 피고의사의 그와 같은 의료행위가 현저히 부적절하였다고 하기 어렵다"고 하면서 "환자가 적절한 의료행위를 받을 수 없던 경우, 의사는 환자에 대하여 적절한 의료행위를 받을 기대권을 침해하였음을 이유로 하는 불법행위책임이 존재하는 것은 당해 의료행위가 현저히 부적절한 사안에서만 검토할 수 있다"고 하여 피고의사의 의료행위가 현저히 부적절하다고 할 수 없다고 보아 피고들이 원고인 환자에게 불법행위책임을 부담하지 않는다는 결론에 이르렀다. 최고재판소는 인과관계나 완치가능성 등의 고려가 없더라도 의사의 현저히 부적절한 진료가 존재하는 것이 입증된다면 환자의 적절한 진료를 받을 수 있는 기대권이 침해되는 것이므로 불법행위가 성립될 수 있다는 것을 명시하였다는 점에서 종래의 판례와 다른 점이 있다. 동지(同旨)로는 송영민, 전개논문, 230면.

26) 법률신문, 2007. 5. 31.

아 그것이 수인한도를 넘어서 현저한 정도라는 것을 환자가 증명하여야 하므로 입증내용에서 차이가 존재한다.

따라서 우리나라 판례의 흐름을 기회상실론에 해당하는 판례군과 대법원 2004다61402 판결에 따른 수인한도론에 해당하는 판례군을 나누어 검토하여야 하고, 이하에서는 각각의 판례군에 채무불이행책임이 적용될 수 있는지 및 손해의 범위와 관련하여 통상손해에 해당하는 것인지 특별손해에 해당하는 것인지를 분석하고자 한다.

2. 채무불이행책임으로의 구성 가부

가. 불법행위책임과 채무불이행책임 구성의 차이

계약책임 구성이나 불법행위책임 구성 중 어느 것을 취하더라도 의사가 환자에 대한 치료에 있어서 최선의 주의의무를 다하여야 함은 동일하다.²⁷⁾ 다만 각각의 법규정과 법리에 따라 해당 요건에 관한 증명책임을 부담하는 자가 누구인지, 환자 본인 외의 자에게 위자료를 인정할 수 있는지 등에 관한 차이가 있다.²⁸⁾

(1) 증명책임의 부담

증명책임을 누가 부담하느냐의 문제에서 법조문의 체계상 채무불이행책임일 경우 채권자인 환자는 채무자인 의사의 채무가 존재하고 의사가 그러한 계약의 본지에 맞는 채무를 이행하지 않았다는 사실만 입증하면 되고, 귀책사유의 존부 등은 채무자인 의사가 부담하게 된다. 반면 불법행위책임일 경우 피해자인 환자가 가해자인 의사의 고의, 과실 등 가해행위의 위법성까지 입증하여야 하므로 양자 간 환자가 입증하여야 할 범위가 다르다.²⁹⁾

27) BGH, Urteil vom 20-09-1988-VI ZR 37/88(Koblenz), BGH: Zurechnungszusammenhang zwischen ärztlichem Behandlungsfehler und Schaden, NJW 1989 Heft 12, S. 767.

28) 전게서(주석민법 채권각칙(7)), 526-529면(석회태 집필부분).

다만 의료계약의 주된 급부의무인 의사의 환자에 대한 진료의무는 질환의 치료를 목적으로 하는 일반적인 경우 수단채무³⁰⁾의 성질을 지닌다고 보는 것이 판례의 태도인바,³¹⁾ 이에 의할 경우 채권자인 환자가 증명책임을 부담하게 되어 채무불이행책임 구조와 불법행위책임 구조에서의 차이는 발생하지 않는다. 그러나 한편 도급계약의 특질을 강하게 지니는 미용성형수술 등과 같이 일정한 경우 결과채무의 성질³²⁾을 지닌다고 본다면, 이때에는 채무자인 의사가 증명책임을 부담한다고 할 수 있으므로 여전히 구별의 실익이 있다.

(2) 환자 본인 사망시 위자료청구의 문제

환자 본인이 지니는 의료진에 대한 채무불이행에 기한 위자료배상청구의 경우, 대법원은 채무불이행에 관하여도 위자료에 관한 명문의 규정이 없더라도 불법행위에 관한 규정을 유추할 것을 인정하며, 정신적 손해에 관하여 채무불이행과 불법행위 간에 차이를 두어야 할 아무런 이유가 없으므로 채무불이행으로 정신적 고통을 받은 채권자에게 위자료청구권을 부인할 근거가 없으며, 이는 특별손해의 성격을 지닌다고 보고 있으므로, 이는 인정될 가능성이 있다.³³⁾

다음으로 환자의 가족이 별도로 의료진에 대한 채무불이행에 기한 위자료

29) 전게서(주석민법 채권총칙(1)), 495-496면(이은영 집필부분).

30) 수단채무(행위채무)와 결과채무의 구별은 프랑스의 R. Demogue교수의 이분법에서 비롯된 것이라고 한다. 남효순, “프랑스민법에서의 행위채무와 결과채무 —계약상 채무의 불이행 책임의 체계—”, 『민사법학』 제13호, 한국민사법학회, 1995, 138-143면 참조.

31) 대법원 2005. 9. 30. 선고 2004다52576 판결.

32) 김상용, “의료계약”, 『아세아여성법학』 제2호, 아세아 여성법학연구소, 1999, 223면., 백경희, “미용성형수술의 특수성”, 『의료법학』 제9권 제1호, 대한의료법학회, 2008, 517면.

33) 대법원 1996. 12. 10. 선고 96다36289 판결, 대법원 2007. 1. 11. 선고 2005다67971 판결 참조. 이에 대하여 현행 민법에서 위자료청구권을 불법행위법에 한정시켰다는 점과 불법행위 피해자의 정신적 고통은 예상치 못한 불의의 고통임에 반하여 채무불이행으로 인한 채권자의 고통은 본인이 자초한 인용된 고통이므로 채무불이행에서 발생하는 부수적 현상으로 예견된 고통이므로 채무불이행에서까지 위자료청구권을 인정하다는 것은 부당하다고 비판하는 견해로는 조규창, “소유권침해와 위자료청구권 - 통설·판례에 대한 비판적 고찰”, 『주제별 판례연구 민법 채권(1)』, 법원공보사, 1993, 336면

배상청구가 인정될 수 있는지가 문제될 수 있다. 불법행위책임의 경우 위자료 청구권에 관하여 민법 제751조 및 제752조에서 명문의 규정을 두고 있으나, 채무불이행책임에 관하여는 이에 관한 규정이 없기 때문이다. 이에 대해 환자 외의 가족들도 계약의 제3자 보호효의 적용으로 위자료배상청구를 채무불이행에 기초하여 청구할 수 있다는 이론이 제시되고 있다.³⁴⁾³⁵⁾

(3) 기회상실론에서의 채무불이행책임 구성의 필요성

우리나라 판례에서 의료민사책임이 불법행위책임으로써 구성되는 빈도가 훨씬 높는데, 마찬가지로 기회상실론을 도입한 의료과오소송에 대한 판결에서도 법원은 불법행위책임으로 이를 실시하는 경향이 강하다. 이와 같이 불법행위책임 구성을 선호하는 이유에 대하여는 ① 진료채무는 수단채무성을 지니고 있기 때문에 채무불이행책임으로 구성한다고 하더라도 환자 측에서 의사가 최선의 주의의무를 다하지 않았다는 불완전이행을 입증할 수밖에 없다는 점, ② 변론주의를 채택하는 현재의 소송구조상 법률가들이 종전의 판례에 따라 불법행위책임으로 이론구성을 하는 것을 선호한다는 점, ③ 불법행위책임의 경우 비재산적 손해와 생명침해의 경우에 관한 위자료가 인정되는 반면 채무불이행책임에서는 그에 관한 위자료청구 규정이 없고 그에 따라 가족의 위자료청구를 인정할 수 없기 때문에 불법행위책임으로 구성하는 것이 우세하다는 점이 제시되어 왔다.³⁶⁾³⁷⁾

34) 백경일, "의료계약상 설명의무위반책임의 법적 성질과 입증책임의 문제", 「민사법학」 제40호, 한국민사법학회, 2008, 283-284면., 독일의 경우 계약침해에 관한 정신적 손해에 관한 위자료에 관하여는 명문의 규정이 있으며, 또한 이는 민법상 계약책임이 관련 있는 제3자에게까지 확장되므로 제3자도 일정한 경우 채무불이행에 기인한 위자료를 지급받을 수 있다.: G.Wagner, "Das Zweite Schadensersatzrechtsänderungsgesetz", *NJW* 2002 Heft 29, S. 2055. 참조

35) 한편 일반적인 의료과오소송과 달리 기회상실론은 인과관계가 단절되는 경우로 적절한 치료기회를 상실한 것 자체를 보호법익으로 보고 있고 이는 환자 본인에 국한하여 인정되는 것이므로, 가족들에게 고유의 위자료가 발생할 여지는 없다는 논의로는 박영호, "실명의무위반 및 치료기회상실을 근거로 한 가족들의 독자적 위자료 청구권", 「법조」 제58권 제2호, 법조협회, 2009, 5면 이하 참조, 그러나 앞서 살펴본 우리나라 판례는 이 경우에도 가족들에게 정신적 고통에 대한 별도의 위자료가 발생할 수 있다고 본다.

그러나 의료민사책임을 채무불이행책임으로 구성할 경우 불법행위책임보다 환자의 피해구제에 유리한 측면이 있고, 그 실익이 있는 영역 - 예를 들어 도급계약의 성격이 강하다고 보아 구명을 목적으로 하는 의료행위보다 엄격한 주의의무를 요하는 것으로 보여지는 미용성형수술의 영역이 그러하다. - 이 존재할 수 있다. 또한 변론주의에 기하여 환자가 주장한 부분에 대하여 법원이 판단을 하여야 한다는 점을 감안한다면, 환자가 자신에게 필요한 범리를 선택하여 구성할 수 있도록 채무불이행책임으로의 범리구성의 가능성을 열어 두어야 할 필요가 있다. 일본의 경우 앞서 살펴본 바와 같이 기회상실론이 문제되는 영역에 대한 책임 추궁에 있어서 원고의 청구에 따라 불법행위 범리와 채무불이행책임 범리가 모두 판결을 통하여 판단되고 있다는 점은 우리나라에 시사하는 바가 크다.

나. 수인한도론에 의한 경우에 대하여도 채무불이행책임 구성이 가능한지에 관하여

대법원 2004다61402 판결은 의료진의 주의의무 위반의 정도가 일반인의 처지에서 보아 수인한도를 넘어설 만큼 현저하게 불성실한 진료를 행한 것이라고 평가될 정도에 이른 경우에 불법행위책임을 인정한다고 판시하였다. 그러므로 이를 채무불이행책임으로 재구성하려면, 이 때 '불성실한 진료'에 해당하는 것이 무엇인지를 구체화하여야 한다.

의료행위를 담당하는 의료진은 진찰·치료 등을 시행함에 있어서 사람의 생명, 신체, 건강을 관리하는 업무의 성질에 비추어 환자의 구체적인 증상이나 상황에 따라 예상되는 위험을 방지하기 위하여 최선의 주의를 다하여 조치를

36) 송오식, "의료과실의 계약법적 구성", 「법학연구」 제48권 제1호, 부산대학교 법학연구소, 2007, 869-870면.

37) 불법행위책임 구성을 통한 의료분쟁의 한계에 대하여, 예방적 기능을 강화되는 것이 오히려 의사의 과잉·방어진료를 초래할 가능성이 있고, 피해자에 대한 보상이 충분하지 않으며, 현행법의 체계상 환자측의 입증이 어렵다는 점 등이 논의되고 있다고 한다.; 김상찬·권수진, "의료분쟁 해결과 ADR", 「법과 정책」 제17집 제1호, 제주대학교 법과정책연구소, 2011, 123-125면.

하여야 할 의무가 있고,³⁸⁾ 계약법적 관점에서 파악할 때 의료행위의 침습성에 따른 위험의 고려는 언제나 환자에게 의사에 대한 전적인 신뢰관계를 형성하므로 이에 따른 환자의 생명과 신체에 대한 성실한 배려 - 즉, 성실진료의무가 필요하다.³⁹⁾ 더구나 최근에 이르러 의료행위는 과거에 의료진이 단순히 환자의 구명을 위하여 행하는 수직적 관계에서의 시혜적 행위로 인식되던 것에 탈피하여, 환자는 의료소비자로서 적정한 의료행위를 요구할 수 있는 주체로 수평적 관계로 정립되면서 이제 의료행위는 소위 '의료서비스'의 개념으로 변모하고 있다. 이러한 시대적 흐름에 비추어 볼 때 의료진이 갖추어야 할 주의 의무로써 환자에 대한 배려는 보다 적극적일 것이 필연적으로 요구되며, 이를 토대로 성실진료의무의 성립과 내용이 채워질 수 있을 것이다. 즉, 의료진이 환자를 진료함에 있어서 당연히 요구되는 현대 임상의학의 실천수준에 의거한 의료행위를 펼쳐야 할 직접적인 진료의무와 달리 성실진료의무는 환자에 대한 의료서비스적 측면이 강하고, 그렇기 때문에 그 법적 성질에 있어서는 의료계약에 있어서 주된 급부의무인 진료의무와 불가분의 견련관계에 있는 부수적 의무라고 보아야 할 것이다. 따라서 계약당사자 일방이 상대방의 적법한 신뢰를 깨뜨리는 행위를 하는 경우 그와 같은 행위는 상대방에 대한 성실진료의무를 위반한 것으로 계약의 주된 급부의무와는 무관하더라도 상대방이 신뢰감 상실로 인하여 정신적 고통을 받는 등의 손해가 발생하였다면 이를 배상하여야 한다.⁴⁰⁾

따라서 대법원 2004다61402 판결에서 지적된 '환자 관리 소홀의 주의의무 내지 성실하게 진료해야 할 의무'가 곧 의료계약에 있어 환자의 생명·신체에 대한 의사의 신의칙상 보호의무로 파악할 수 있을 것이며,⁴¹⁾ 그 위반시 '불성실한 진료'에 해당하여 의료계약에 근거한 채무불이행책임이 성립한다고 구성

38) 대상판결의 항소심인 서울고등법원 2004. 10. 7. 선고 2003나34498 판결 이유에서 발췌함.

39) 김용빈, "의료과오소송에 있어 입증책임 완화에 따른 의료과실의 의미와 판단기준", 「의료법학」 제9권 제1호, 대한의료법학회, 2008, 123면.

40) 김용빈, 전제논문, 123면-124면., 다만, 전제논문에서는 이러한 의무를 '보호의무'라 명명하고 있다.

41) 그 구체적인 내용에 대하여는 안법영·백경희, "의료과오소송에서의 성실진료의무와 수인한도", 「한국의료법학회지」 제17권 제1호, 2009, 111-117면.

할 수 있을 것이다.

3. 손해의 범위에 관한 문제

가. 손해의 범위에 관한 규정

우리나라 민법 제393조에서는 채무불이행으로 인한 손해배상의 범위에 관하여 제1항에서는 통상손해를, 제2항에서는 특별손해를 규율하고 있고, 불법행위 책임의 손해범위에 관한 규정인 민법 제763조에서 민법 제393조를 준용하는 규정을 두고 있기에 결국 불법행위책임의 손해배상의 범위로도 적용되고 있다.⁴²⁾

민법 제393조의 해석과 관련하여 우리나라의 통설은 독일의 이론 중 상당인과관계설을 규정한 것으로 보고, 제1항은 상당인과관계의 원칙을 선언한 것이고, 제2항은 특별한 사정으로 인한 손해의 예견가능성의 유무를 판단함에 있어 일반인이 알고 있었던 사정과 채무자 본인이 알았거나 알 수 있었을 사정을 기초로 하여 인과관계의 유무를 판단하는 것으로 파악하고 있고,⁴³⁾ 판례도 같은 견해를 취한다고 보인다.⁴⁴⁾

나. 판례의 유형군에 따른 손해의 범위에 관한 해석

불성실한 진료를 통하여 발생하는 손해는 기회상실론에 의한 경우나 수인

42) 그 실례에 있어서 채무불이행에 의한 손해배상과 불법행위에 의한 손해배상에 있어 통상손해와 특별손해의 범주가 다르게 적용되고 있다는 비판으로는, 이현석, “불법행위로 인한 손해배상범위에 있어 민법 제393조의 적용에 관한 소고”, 『법학연구』 제19권 제1호, 경성대학교 법학연구소, 2011, 107면 이하 참조.

43) 김필대표 박준서, 『주석민법 채권총칙(1) 제3판』, 한국사법행정학회, 2000, 600-601면(양상승 집필부분) 참조.

44) 대법원 1960. 3. 17. 선고 4292민상 92호 판결, 대법원 1967. 5. 30. 선고 67다466 판결, 후자의 판결에 대하여 민법 제393조 제2항의 특별한 사정에 대하여도 판례가 거래사회의 전대행위를 특별사정으로 보아 특별손해로 분류한 것은 잘못이며 오히려 통상손해에 해당한다고 보아야 하고, 판례는 통상손해와 특별손해를 구별하는 것에 실패하였다는 비판으로는 조규창, “민법 제393조 2항의 「특별한 사정」의 해석 - 판례·통설의 비판적 고찰 -”, 『민사법학』 제7호, 한국민사법학회, 1988, 150-151면.

한도론에 의한 경우의 양자 모두가 의료과실과 악결과 사이에 인과관계가 존재하지 않는 상황이기 때문에 전손해의 배상은 명할 수는 없는 상황이므로, 그 손해는 불성실한 진료로 정신적 고통을 유발시켰다는 것에 한정되어 위자료의 배상만이 문제된다. 이처럼 채무불이행으로 인하여 재산적 손해가 발생하여 전손해가 배상되는 것에 더하여 추가적으로 위자료가 배상되는 일반적인 국면이 아니라는 점을 고려한다면, 단순히 위자료가 비재산적 손해에 해당하기 때문에 특별손해에 해당한다고 일원화하기는 어렵고,⁴⁵⁾ 각각의 사안에서 개별적으로 판단하여야 한다.

우리나라 의료과소소송에서 나타나는 기회상실론에 연계된 판례군과 수인한도론에 연계된 판례군에서 손해의 범위에 대하여 어떻게 판단하고 있는지를 통하여 분석해 보면, 결론적으로 전자의 경우 통상손해로 이해하는 것으로 보이며 후자의 경우 특별손해로 파악하고 있는 듯한 것으로 분석된다.

구체적으로 살펴보면, 법원은 전자에 해당하는 판결에서는 ‘기대권, 연명할 수 있을 가능성, 적절한 치료를 받을 기회를 상실, 후유장애를 줄 일 수 있는 개연성’ 등의 용어를 사용하면서 이것이 증명되면 불성실한 진료로 인해 치료 기회를 상실하여 연명가능성이 없어진 것이 되므로 통상적으로 인정할 수 있는 손해로써 위자료의 배상이 가능하다는 취지로 판시한 반면, 후자에 해당하는 판결의 경우 생존의 가능성이나 치료의 가능성 등이 차단되므로 ‘의료기관의 시설의 우수성 정도와 환자의 특수성으로 인한 주의의무의 강화, 당시 의료진의 예견가능성’ 등의 여러 가지 정황을 고려하여 의료진이 일반인의 처지에서 수인한도를 넘어설 만큼 현저하게 불성실한 진료를 한 것이 인정되어야 손해에 해당한다는 논리구조를 택하여 특별한 사정으로 인한 정신적 고통에 해당하는 경우여야 위자료의 배상이 가능하다는 것을 강조하고 있다.

45) 일반적으로 채무불이행으로 인한 위자료의 경우 재산적인 손해에 대한 배상이 이루어진 것에 추가적으로 비재산적인 손해에 대한 배상이 부가되는 것을 상정하게 된다. 판례는 이 경우 비재산적인 손해는 특별손해라고 보고 있다. 대법원 1994. 12. 13. 선고 93다59779 판결, 대법원 2004. 11. 12. 선고 2002다53865 판결, 대법원 2005. 3. 24. 선고 2005다213 판결 등 참조, 한편 일반적인 경우에도 다시 계약의 주된 목적과 비재산적 손해의 중대성에 대하여 각각의 내용을 분별하여 손해배상의 범위를 정하여야 한다는 것에 대한 논의로는 이창현, “채무불이행으로 인한 위자료에 관한 비교법적 연구”, 「저스티스」 통권 제123호, 한국법학원, 2011, 35면 이하 참조

즉, 기회상실론이 적용되는 판례군에서는 생존가능성이나 연명이익이 존재하는 것까지 밝혀진 사안일 때에는 통상적인 정신적 고통이 발생한다고 할 수 있기 때문에, 그 침해만으로 곧바로 불법행위를 구성하여 정신적 고통에 대한 위자료의 배상으로 연결되므로 통상손해에 해당한다고 할 것이고, 반면 수인한도론이 적용되는 판례군의 경우 생존가능성이나 연명이익이 불투명하여 불성실한 진료가 있었다는 것만으로는 부족하고 이에 더하여 일반인(서울고등법원 2011나78707 판결의 판시사항을 볼 때 의료진이 처한 상황과 예견가능성도 함께 고려한 것을 보면 민법 제393조 제2항의 범문에도 부합하는 것으로 보인다)의 처지에 있어서 예견가능성이 존재하는지 및 그것이 수인한도를 넘어서는 것인지 여부를 판단하여야 위자료 배상 여부가 결정되므로 특별한 해에 해당한다고 할 것이다.

V. 결 론

의료진의 불성실한 진료에 대하여 그것이 환자에게 발생한 악결과와의 사이에 인과관계가 없더라도 책임을 묻기 위하여 등장한 기회상실론을 우리나라의 경우에도 적용하여, 생존 내지 완치 가능성이 있었던 경우에 적절한 치료 기회를 상실한 것에 대하여 불법행위책임으로써 손해배상책임을 인정할 하급심 판결들이 존재하였었다. 그런데 대법원 2004다61402 판결은 선천적 질환으로 인하여 생존 내지 완치 가능성이 부재한 경우에도 의료진이 불성실한 진료를 행하였고 그것이 현저히 불성실하여 일반인의 처지에서 보아 수인한도를 넘어섰다고 판단하는 때에는 별도의 불법행위책임을 인정할 수 있다는 새로운 법리를 구성하였고, 이는 종래의 기회상실론과는 판시의 취지와 법리의 전개상 차이를 보이고 있다.

이후 우리나라 판례는 양자의 법리가 혼용되어 판시되는 경향이 있으나, 여전히 불법행위책임의 범주에 한하여서만 논의하고 있다. 실제 환자 측인 원고가 채무불이행책임에 대하여도 청구를 유지하고 있음에도 불구하고 채무불이행책임의 견지에서 판시한 경우는 아직까지 나타나지 않고 있다. 그러나 환자

측의 청구를 존중하여야 할 필요가 있고⁴⁶⁾ 의료행위 중 도급의 성격을 지니는 영역의 경우에는 채무불이행책임의 구조가 환자 측에게 유리한 법리가 될 수도 있다는 점을 감안한다면, 불성실한 진료에 대하여 불법행위책임의 구조 외에 채무불이행책임의 구조로도 판단할 수 있는 논리 구성이 필요하다고 보인다. 또한 우리나라 판례에서 취하는 양자의 법리는 손해배상의 범위에 있어서도 각기 통상손해와 특별손해로 구별되는 양상을 보이고 있으므로, 소송절차 내에서 환자 측인 원고는 이에 기초하여 어떠한 청구를 전개할 것인지를 구분하여야 할 것이다.

참고문헌

[국내문헌]

- 집필대표 박준서, 「주석민법 채권총칙(1) 제3판」, 한국사법행정학회, 2000.
집필대표 박준서, 「주석민법 채권각칙(6) 제3판」, 한국사법행정학회, 2000.
집필대표 박준서, 「주석민법 채권각칙(7) 제3판」, 한국사법행정학회, 2000.
이종태, 「의료과실의 이론과 실제」, 청암미디어, 2001.
강신웅, “미국 기회상실론의 수용 여부 검토”, 「비교사법」 제9권 제4호, 한국비교사법학회, 2002.
김민규, “진료기회보장론과 인과관계 및 위자료배상의 신경향”, 「비교법학」 제15집, 부산외국어대학교 비교법연구소, 2004.
김상용, “의료계약”, 「아세아여성법학」 제2호, 아세아 여성법학연구소, 1999.
김상찬·권수진, “의료분쟁 해결과 ADR”, 「법과 정책」 제17집 제1호, 제주대학교 법과정책연구소, 2011.

46) 소송의 실례에 있어 환자 측은 의료과실에 관한 책임을 추궁할 때 불법행위책임과 채무불이행책임을 동시에 청구원인으로 기재하는 경우가 많으며 - 대법원 2004다61402 판결의 사안에서도 환자 측에서는 불법행위책임과 채무불이행책임을 모두 청구원인으로 주장하였다 - 이러한 경우에도 법원은 특별한 이유를 실시하지 아니한 채 관행상 불법행위책임에 관하여만 판단하는 경향이 강하며, 기회상실론이나 수인한도론에 관하여 판단할 때도 불법행위책임 구성만을 취하고 있다.

- 김용빈, “의료과오소송에 있어 입증책임 완화에 따른 의료과실의 의미와 판단 기준”, 『의료법학』 제9권 제1호, 대한의료법학회, 2008.
- 김천수, “기왕증을 포함한 피해자의 신체적 소인 및 진단과오가 불법행위책임에 미치는 영향”, 『성균관법학』 제16권 제3호, 성균관대학교 비교사법연구소, 2004.
- 남효순, “프랑스민법에서의 행위채무와 결과채무 —계약상 채무의 불이행책임의 체계—”, 『민사법학』 제13호, 한국민사법학회, 1995.
- 류화신, “적절한 의료를 받을 기대와 손해배상책임 여부 - 일본 최고재판소의 최근 판결을 중심으로 -”, 『의료법학』 제13권 제1호, 대한의료법학회, 2012.
- 박영호, “설명 의무 위반 및 치료기회상실을 근거로 한 가족들의 독자적 위자료 청구권”, 『법조』 제58권 제2호, 법조협회, 2009.
- 배성호, “의료과오소송과 기회상실론”, 『인권과 정의』 제310호, 대한변호사협회, 2002.
- 백경일, “의료계약상 설명의무위반책임의 법적 성질과 입증책임의 문제”, 『민사법학』 제40호, 한국민사법학회, 2008.
- 백경희, “미용성형수술의 특수성”, 『의료법학』 제9권 제1호, 대한의료법학회, 2008.
- 송영민, “기대권침해론에 관한 일본의 최근 동향”, 『의료법학』 제14권 제1호, 대한의료법학회, 2013.
- 송오식, “의료과실의 계약법적 구성”, 『부산대학교 법학연구』 제48권 제1호, 2007.
- 안법영·백경희, “의료과오소송에서의 성실진료의무와 수인한도”, 『한국의료법학회지』 제17권 제1호, 2009.
- 안법영·백경희, “설명 의무와 지도의무 —설명 의무에 관한 최근 판례의 동향—”, 『안암법학』 제40호, 안암법학회, 2013.
- 안법영, “의료관례에서의 인과성과 책임귀속의 판단 —독일법원 판결례와의 비교 고찰—”, 『의료법학』 제14권 제1호, 대한의료법학회, 2013.
- 이창현, “채무불이행으로 인한 위자료에 관한 비교법적 연구”, 『저스티스』 통

- 권 제123호, 한국법학원, 2011.
- 이현석, “불법행위로 인한 손해배상범위에 있어 민법 제393조의 적용에 관한 소고”, 「법학연구」 제19권 제1호, 경상대학교 법학연구소, 2011.
- 정태윤, “기회상실의 손해에 대한 연구”, 「비교사법」 제5권 제1호, 한국비교사법학회, 1998.
- 조규창, “소유권침해와 위자료청구권 - 통설·판례에 대한 비판적 고찰”, 「주제별 판례연구 민법 채권(1)」, 법원공보사, 1993.
- 조규창, “민법 제393조 2항의 「특별한 사정」의 해석 - 판례·통설의 비판적 고찰 -”, 「민사법학」 제7호, 한국민사법학회, 1988.

[외국문헌]

- G.Wagner, “Das Zweite Schadensersatzrechtsänderungsgesetz”, *NJW* 2002 Heft 29.
- James “Tibballs, Loss of chance: a new development in medical negligence law”, *Medicine And The Law*, vol. 184 no. 4, 2007.
- Rui Cardona Ferreira, “The loss of chance in civil law countries: A comparative and critical Analysis”, *20 MJ* 1, 2013.
- 中村哲, 「医療訴訟の實務的課題 - 患者と医師のあるべき姿を求めて -」, 判例タイムズ社, 2001.
- 太田幸夫, 「医療過誤訴訟法」, 青林書院, 2000.
- 石川寛俊, “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.
- 助川裕, “医療過誤訴訟の現状と展望”, 「日本信賴性學會誌(REAL誌)」 Vol.24. No.2., 日本信賴性學會, 2002.

[Abstract]

A legal study of medical civil liability about unfaithful
medical practice

Baek, Kyoung-Hee

Professor, Law School, Inha University

In medical civil liability, in spite of physician's unfaithful medical practice, there are no causation between this medical malpractice and patients' damages. In this case, the patient's right is protected by the loss of chance doctrine in the United States and France. And it was introduced into Republic of Korea and Japan through academia and precedent. Also, Supreme Court of Korea judged unfaithful medical practice as tort by the limit of admission and Supreme Court of Japan inquired into civil liability about unfaithful medical practice. In particular, the loss of chance doctrine mainly treat causal connection about the loss of therapeutic opportunity and viability.

On the other hand, recent judgements of the Supreme Court in Korea and Japan hold physician accountable for medical malpractice, even if there is no causal relationship between this medical malpractice and patients' damages. Although legal structure of medical civil liability is constructed by default liability and torts liability law, Supreme Court of Korea judged medical malpractice by only torts liability law. However, because of the possibility of legalizing medical contract and legal structure in patient's favour, it is necessary to review legal principles for default liability.

Key Words : unfaithful medical practice, medical malpractice, the loss of chance doctrine, tort, default

