

## 의료분쟁 감정 사안에 대한 법률적 해석

Yeon Hed Kim  
*법무법인 의성, Korea, Republic of*

### 1. 의료감정의 취지

의료감정은 의료분쟁의 해결을 위해 최종 판단자가 의료행위 과정에서의 과실, 해당 과실과 결과 사이의 인과관계에 대해 법적인 판단을 할 수 있도록 전문적인 의학적 지식과 경험을 갖춘 전문가가 그 지식과 경험을 바탕으로 분쟁이 된 사건의 구체적 사실관계에 대해 전문적인 의견을 제공하는 것을 의미한다. 따라서 감정인은 최종 법적 판단을 하는 자가 행하는 사실관계 및 법적인 판단에 필요한 전문적 지식을 제공하는 역할을 하는 것이며 감정인이 최종적인 과실유무를 판단하는 것은 아니다. 의료소송에서 민사재판은 의료인의 과실 판단을 통한 손해배상책임 유무를 판단하는데 비해, 형사재판은 의료인의 업무상과실 판단을 통해 형사처벌 여부를 판단한다. 민사재판에서의 의료과실과 형사재판에서의 업무상과실은 표현이 다를 뿐 동일한 의미로 이해할 수 있지만 그 요구되는 입증의 정도는 다르다. 민사재판에서는 입증책임을 완화하여 과실 추정의 법리가 적용되나 형사에서는 엄격한 증거가 요구된다. 그런데, 최근 민사 손해배상 청구를 하여 과실 추정에 따라 손해배상 판결을 받은 뒤 그 판결문을 근거로 형사고소의 순서를 거치는 경우가 증가하고 있어, 의료감정을 할 때는 민사뿐 아니라 형사에서도 사용될 수 있다는 것을 고려하여 작성할 필요가 있다.

### 2. 의료 민사소송에서의 입증책임 완화의 법리

통상적인 합병증인 경우와 의사의 판단재량 영역에 대해서는 과실을 추정할 수 없으나, 환자 측이 일반인의 상식에 바탕을 둔 의료상 과실 있는 행위 그리고 나쁜 결과와 일련의 의료행위 사이에는 다른 원인이 없음을 입증했을 때 또는 의사의 과실 이외에 다른 원인이 없음을 입증하는 경우는 과실을 추정하고 있으며, 진료기록이 변조된 경우에는 그 이유에 대하여 상당하고도 합리적인 이유를 제시하지 못하는 한 입증방해 이론을 적용하여 과실을 추정한다. 따라서 법원은 감정서를 통해 의료과실 유무 판단 이외에도 통상적인 합병증인지, 의사의 판단재량 영역인지, 다른 원인으로 인할 수도 있는지 등을 검토하게 된다.

### 3. 의료감정서 작성시 고려할 점

#### 가. 의료과실 판단 기준

##### 1) 시간적 기준

의학은 계속 발전하고 변화하므로 과실판단의 기준 시점은 '의료행위를 할 당시'의 의학수준에 따라 판단해야 한다. 물론, 의사 역시 환자에게 최선의 의료를 제공하기 위해서 과거에 배운 지식에 안주하지 않고 새로운 의학지식을 계속하여 습득, 적용을 해야 한다. 이 때 새로운

의학지식의 기준은 최신의 의학 논문을 기준으로 할 수는 없고 의료행위 당시의 표준 의학교과서를 기준으로 하는 것이 타당하다.

## 2) 객관적 기준

과실 판단의 근거가 되는 의료수준은 임상의학 분야에서 실천되고 있는 의료행위 수준의 지식으로서, 진료 당시의 표준 교과서, 진료지침서, 진료편람, 기타 의학 문헌을 통하여 평균적인 의사에게 일반적으로 널리 알려져 있고 또한 시인되고 있는 의학을 기준으로 과실 유무를 판단해야 한다. 따라서 의료현실을 고려하지 않고 의학의 최첨단 기준 또는 당시로서는 아직 유효성, 안정성이 시인되어 있지 않는 치료법 등을 기준으로 삼아 의사에게 지나치게 고도의 주의의무를 요구하는 것은 타당하지 않다.

## 3) 주관적 기준

의료과실을 판단할 때 당해 의사의 구체적인 능력을 기준으로 할 것이 아니라 통상인에게 객관적으로 요구되는 정도의 주의를 다 해야 할 의무가 있고, 이때 통상인이란 직업인인 의사로서 일반인, 평균인을 의미한다. 따라서 진료환경 및 조건이 동일하다면 의사의 개인적인 능력 차이를 고려할 수 없다. 그렇더라도 일반의사와 전문의사의 차이, 전문의라고 하더라도 해당 전문분야에 속하는지 여부에 따라 주의의무의 정도에 차이가 있고, 특정 의료수준이 환자와 의사 사이의 의료계약에 포함되어 있는 경우에는 그 특정 의료수준을 기준으로 과실여부를 판단해야 한다.

## 나. 의료과실과 인과관계의 구별

의료과실에 따른 민사상 손해배상책임이 인정되려면 ① 의료행위자의 귀책행위(고의 또는 과실), ② 피해자에게 손해 발생, ③ 귀책행위와 손해 사이의 인과관계가 모두 인정되어야 하며, 여기에서 인과관계를 판단할 때에는 '의료행위'와 결과(손해) 사이의 인과관계가 아니라 '귀책행위'와 결과(손해) 사이의 인과관계가 인정되어야 한다. 감정서에서 환자에게 발생한 후유증 등의 손해가 왜 발생했는지에 관해 언급을 하게 되는 경우, 인과관계가 없다면 의료행위 자체와 무관하다는 점을 언급해주고, 의료행위와 인과관계가 있다면 그 의료행위가 과실 있는 행위였는지 여부는 별도로 판단해야 한다.

## 다. 객관적 근거 제시의 중요성

의학적 감정 소견을 밝히면서 근거 문헌들을 함께 제시하면 당사자는 물론 법원도 그 감정서를 신뢰하게 된다. 그러나 상당수의 감정서에서는 매우 간단한 단답형 답변으로 그쳐 질문의 취지에 맞지 않거나 어떤 근거로 그러한 답변이 이루어지게 된 것인지 알 수 없는 경우도 많다.

라. 민사사건에서 감정시 변론주의를 침해하거나 예단으로 질문과 무관한 답변을 하지 않아야 함  
변론주의란 사실관계 주장과 증거의 수집, 제출 책임은 당사자에게 있고, 판결은 당사자가 수집하여 변론에서 제출한 소송자료만을 재판의 기초로 삼아야 한다는 원칙을 말한다. 감정기관은 수사기관이 아니므로 수사기관에서 감정을 의뢰한 질문내용을 초과하여 답변하는 것도 곤란하다. 따라서 감정을 신청한 당사자가 사건의 핵심 쟁점을 놓치고 있다고 하더라도 당사자 또는 의뢰한 기관이 질문한 범위를 벗어나 특정 일방에게 유리한 내용의 서술을 하는 것은

지양할 필요가 있다. 종종 당사자가 구체적 질문을 한 후 끝부분에 “이 사건과 관련하여 추가 의견이 있으면 기술해 달라”는 취지의 질문을 넣는 경우가 많은데, 이 질문에 대해 해당 사건 전체에 대해 논평을 하거나 특히나 질문을 하지 않은 내용에 대해 서술하거나 특정 일방을 옹호하여 당연히 과실이 있다 또는 없다는 취지의 서술이 포함되어 있는 경우가 있다. 그러나 이 역시 변론주의를 침해할 소지가 크다.

마. 수사기관에서 감정의뢰를 하는 경우 주의점

감정인은 법적인 판단에 필요한 전문적 지식을 제공하는 역할을 하므로, 수사기관에서 “의료과실이 있는지”, “법적으로 문제의 소지가 있는지”, “사회적으로 논란의 소지가 있는 사안인지” 등을 묻는 질문에 대한 답을 할 의무는 없다. 법적 판단은 감정의 영역이 아니고, 사회적 논란의 대상 여부 또한 감정의 영역이 아니다. 그러한 질문에 대해서는 의학적으로 “예” 또는 “아니오”라고 명확히 답할 수 없는 경우가 많음을 수사기관에 알릴 필요가 있다.

#### 4. 결어

민사상 과실추정 법리는 감정서를 기초로 하여 판단하지만, 형사사건과 입증의 정도가 다르기 때문에 동일한 감정서의 내용을 두고도 법원은 민사와 형사에서 다른 결론을 내릴 수 있다. 의료감정이 어디까지나 객관성, 공정성, 전문성을 갖춘 감정인의 “의학적 판단”이어야 하는 이유이기도 하다.