

기왕증을 포함한 피해자의 신체적 소인 및 진단과오가

불법행위책임에 미치는 영향

김천수*

I 서론	1. 손해배상책임의 일반론
II 국내외의 논의	2 신체적 소인의 구체적 쟁점에 대한 입장
1 국내의 논의	IV 결론
2 외국의 논의	
III 본인의 입장	

I. 서론

고의나 과실로 위법하게 타인의 법익을 침해하여 그에게 손해를 야기한 자는 그 손해를 배상하여야 한다. 문제는 그 손해의 발생이나 확대에 피해자의 상태 즉 기왕증을 포함한 신체적 소인이 기여한 경우이다.¹⁾²⁾ 피해자에게 자신의 손해가 발생하거나 확대하는 것을 저지할 의무가 있음을 전제로 하여 그 의무를 위반한 경우에 이를 배상액의 산정에서 감경하는 것은 이미 민법 제396조가 규정한 바이다. 이는 일정한 의무를 전제로 하는 것이라고 하겠다. 단순히 피해자에게 어떤 신체적 소인이 있다고 하여, 가해자의 책임 성립 및 그 범위를 판단하거나 또는 배상액을 산정함에 있어서 피해자의 이러한 사정을 고려할 것인가 그리고 고려한다면 이를 그 판단에 어떻게 반영

* 성균관대학교 법과대학 교수, 법학박사

- 1) 소인이란 용어에 대하여, 최진수, “기왕증 등 피해자의 소인에 따른 책임제한에 관하여”, 서울지방법원, 「실무논단」 (1998), 163면에서는 “가해행위와 경합하여 손해의 발생·확대에 관여하는 피해자의 속성으로서 기왕증, 지병, 성격, 기질, 체격, 체질 등 모두를 포괄하는 개념”으로 사용한다. 이 논문에서는 이 가운데 신체적 속성인 것, 즉 기왕증, 지병 등과 함께 병증이라고 할 수 없는 정신 내지 지체의 장애도 포함하여 신체적 소인이라고 하겠다 즉 그것이 없는 사람에 비하여 피해의 확대 가능성이 있는 신체적 상태를 의미한다고 하겠다.
- 2) 손해의 복합적 원인에는 타인의 행위 외에 피해자 자신의 행위나 상태 및 자연의 힘 등이 있을 수 있다.

시킬 것인가의 문제를 다루고자 한다. 나아가서 진단과오 즉 오진은 이러한 기왕증이 라는 신체적 소인의 문제를 내포하는 경우이다. 진단과오가 없었다고 하여도 손해가 발생하지 않았을 확률이 100%가 아니고 불완전한 경우, 진단과오가 그 확률을 감소 내지 박탈한 경우에 그러한 손해와 행위 사이에 인과관계를 인정할 수 있는가의 문제 등도 포함된다.

이하에서는 이들 문제에 대한 국내외의 논의를 간략히 살펴보고 본인의 입장을 정리하기로 한다.

II. 국내외의 논의

1. 국내의 논의

(1) 학설

우리는 인과관계 문제에 대하여 학설의 일부에서만 책임성립의 인과관계와 책임범위의 인과관계를 구분할 뿐이고 다수의 교과서와 판례는 여전히 상당성 이론으로 일원적으로 접근하고 있다. 따라서 신체적 소인이 책임론의 어느 단계에서 작용하는가에 대하여 명료하게 구분되어 논의될 수 없는 상황이라고 하겠다.

기왕증을 포함한 피해자의 신체적 소인이 불법행위책임에 미치는 영향에 대한 논의의 출발은 그 영향을 인정하여 가해자의 책임을 감면할 것인가의 여부이다.

이에 대하여 국내에도 논의가 다양하다. 이를 정리하면, 우선 신체적 소인을 가해자의 손해배상책임에 고려할 것인가의 여부와 관련하여 긍정설과 부정설이 있다. 긍정설은 신체적 소인을 책임의 성립 내지 범위의 인과관계라는 단계에서 고려할 것인가 아니면 배상액 산정의 단계에서 고려할 것인가로 구분하여야 한다

부정설은 기왕증이 있더라도 위법행위가 없었다면 그 기왕증을 간직한 채 평균여명을 다하였을 것이라는 점을 논거로 한다.³⁾ 판례와 다수설은 긍정설이다. 긍정설에는 인과관계 단계에서 고려한다는 입장, 즉 부분적 인과관계론에 입각한 견해⁴⁾와 손해액

3) 이보환, 자동차사고손해배상소송, 436면 이하. 하지만 이 견해도 항상 이를 배제하는 것은 아니며, 피해자측의 원인이 과실에 준한다면 이를 고려해야 한다고 한다.

4) 김훈, “손해배상소송에 있어서의 비율적 인정”, 재판자료 제26집, 351면, 하운수, “원인경합에 있어서의 책임분할에 관한 연구”, 동아대 박사학위 논문, 191면 이하. 이 논문의 주장에 대하여는 별도의 단락에서 상세하게 검토한다. 한편, 박영호, “의료소송과 사실적 인과관계”, 사법논집 35집, 290면은 일본 浜上則雄의 부분적 인과관계론에 호의를 표시하면서도 이와 달리 기왕증을

산정의 단계에서 고려하는 입장이 있는바, 이에 판례와 마찬가지로 과실상계를 유추 적용하는 견해⁵⁾와 피해자의 사고전 상태에 대한 평가에서 고려하자는 견해⁶⁾, 그리고 민법 제765조를 활용하여 고려하자는 견해⁷⁾가 있다.

부분적 인과관계론을 주장한 견해 가운데, “가해자의 가해행위와 피해자의 소인은 경합되어 있”고 “전체의 손해에 각각의 영향력을 가지고 있으며, 그 영향력으로 나타나는 손해도 부분적으로”만 나타나므로 “부분적인 책임을 부담”한다는 것이다. 그래서 “부분적인 책임을 양적으로 파악하여 비율적으로 분할할 수 있다는 것”이다.⁸⁾

(2) 대법원 판결

우리 대법원 판결들에 대하여는 이미 다른 문헌에서 상세한 소개가 이루어져 있다.⁹⁾ 여기서는 이 논문을 읽는데 도움이 될 만한 몇 판례를 간단히 검토하기로 한다.

대법원 1998. 9. 4. 선고 96다11440 판결은 불법행위로 인한 손해배상 청구사건에서 의사의 문진에 대하여 임신중이라는 사실을 고지하지 아니한 환자에게 답변상의 과실이 있다고 보고, 또한 임신 중이라는 환자의 신체적 소인(身體的 素因)이 질병의 발생에 기여하였다고 보아서 이를 과실상계의 법리를 유추·적용함으로써 피고의 손해배상 책임을 80%로 제한한 원심의 판단을 정당하다고 하였다. 여기서 인정한 과실 상계 비율 80%는 신체적 소인의 기여도와 답변상 과실 상계를 혼합한 것이다 즉 신체적 소인의 기여도를 과실상계 규정의 유추적용에 따라 배상액 산정 단계에서 반영시킨 것이다.

대법원 1999. 6. 11. 선고 99다7091 판결은, 교통사고의 피해자의 기왕증이 그 사고와 경합하여 악화됨으로써 피해자에게 특정 상해의 발현 또는 그 치료기간의 장기화, 나아가 치료 종결 후의 후유장애의 확대라는 결과 발생에 기여한 경우에는 기왕증이 그 특정 상해를 포함한 상해 전체의 결과 발생에 대하여 기여하였다고 인정되는 정도에 따라 피해자의 전 손해 중 그에 상응한 배상액을 부담케 하는 것이 손해의 공평부담이라는 견지에서 타당하다고 하면서, 소아마비를 앓아 외상에 약한 상태인 기왕증과 교통사고가 경합하여 양측 하반신마비의 후유장애가 생긴 경우, 개호비 산정에 있어서

손해액의 산정에서 참작하면 된다고 한다

5) 최진수, 전제논문, 173면.

6) 정태윤, “기왕증·병적 소인의 기여도 문제”, 판례월보 241호(1988), 29~30면.

7) 오종근, “민법 제765조상의 배상액 경감청구”, 비교사법 4권1호(6호), 272~273면.

8) 이 단락의 인용부호내의 글은 하운수, 전제논문, 191면 이하의 내용이다.

9) 이에 관하여는 정태윤, 전제논문 및 최진수, 전제논문 등 참조.

도 그 기왕증의 기여도를 참작하여야 한다고 하였다.¹⁰⁾

대법원 2002. 4. 26. 선고 2000다16237 판결은 사고로 인한 피해자의 후유증이 사고와 피해자의 기왕증이 경합하여 나타난 것이라면, 사고가 후유증이라는 결과 발생에 대하여 기여하였다고 인정되는 정도에 따라 상응한 배상액을 부담케 하는 것이 손해의 공평한 부담이라는 견지에서 타당하다고 하면서, 피해자의 후유증이 사고와 피해자의 기왕증이 경합하여 나타난 사안에서, 피해자의 기왕증이 후유증에 기여한 정도를 심리할 수 있음에도 불법행위자의 책임제한 사유로만 참작하고, 피해자의 후유증이 개선될 가능성이 있다고 볼 여지가 있음에도 그 개선가능 여부를 심리하지 아니한 원심은 위법하다고 하여 파기환송한 사례이다.

2 외국의 논의

아래에서는 서론에서 제시한 쟁점들을 중심으로 기왕증을 포함한 피해자의 신체적 소인이 불법행위책임에 미치는 영향에 관하여 미국, 독일 그리고 일본의 논의를 살펴본다.¹¹⁾

(1) 미국

미국 불법행위법에서도 가해자의 행위와 피해자의 손해 사이의 인과관계가 가장 난해한 문제 중 하나라고 한다.¹²⁾ 13) 미국에서도 인과관계에 대한 논의는 cause in fact 와 legal cause 또는 scope of liability의 두 관점에서 접근하는 이론적인 경향을 띤다.¹⁴⁾ 불법행위에 관한 Restatement 제2판¹⁵⁾도 제16장의 과실불법행위 책임에 필요한

10) 같은 취지 판결로 대법원 2000. 5. 12 선고 99다68577 판결 참조.

11) 이들 국가의 논의를 소개함에 있어서 해당 국가의 논의를 빠짐없이 조사하여 철저하게 분석한 것이 아님을 밝힌다 그리고 이미 국내의 여러 문헌에서 외국 논의의 소개를 하고 있으므로 중복되지 않는 범위에서, 본인이 참고한 몇 문헌상 나타난 것을 간략하게 요약한다 일본의 논의에 관하여는 최진수, 전개논문, 164면 이하에 상세히 소개되어 있다.

12) 이하의 미국 논의를 정리함에 참고한 문헌은 다음과 같다. Dobbs, *Torts and Compensation*, 1993, pp. 200ff., King, *The Law of Medical Malpractice*, 1986, pp. 202ff., Kionka, *Torts*, 1999, pp. 29ff., 88ff., 120ff., 308ff., 368ff., Prosser/Keeton, *The Law of Torts*, 1984, pp. 263ff 이하에서 저자만으로 인용된 문헌은 이들이다.

13) Prosser/Keeton, pp. 263f.에 의하면, 법의 전 영역에서 “proximate cause” 내지 “legal cause”만큼 의견 불일치와 혼란이 큰 것이 없으며, 수많은 시도가 있었지만 최선의 접근방법에 대한 일관적 합의는 아직도 없다는 것이다.

14) Kionka, p. 29 이러한 인과관계를 이론론적으로 접근하는 경향은 미국과 후술하는 독일 외에도 오스트리아, 영국, 프랑스, 그리스, 이태리, 남아공, 스위스 등에서도 확인된다. Spier/Haazen,

인과관계(causal relation)을 책임의 성립에 필요한 인과관계(causal relation necessary to the existence of liability)와 책임의 범위에 영향을 주는 인과관계(causal relation affecting the extent of liability)를 구분하고 있다.¹⁶⁾

기본적으로 원인 경합에 대하여 미국 일부 법역의 접근으로, active causes와 passive conditions의 구분하여, causes는 conditions라는 바탕 위에서 작동하고 후자만 창출한 자는 면책된다고 한다.¹⁷⁾ 이에 대하여 Kionka 교수는 그 구분이 자의적이라는 점과 작위의무 하의 부작위도 비난이 가능하다는 점에서 비판을 한다.¹⁸⁾ 이러한 비판에도 불구하고 위 구분에 의한다면, 이 논문의 신체적 소인은 conditions에 불과하며, 따라서 범위의 인과관계를 논함에 있어서 후속원인인 가해행위자는 선행하는 신체적 소인을 이유로 면책이나 감책을 주장할 수 없게 된다고 하겠다. 다만 손해액의 산정에서 그 소인을 고려함은 별론이라고 하겠다.

미국 불법행위법상 손해상책임의 범위를 논함에 있어서 기본적으로 인정되는 명제가 바로 피고는 원고를 “있는 그대로(as he finds him)” 받아들여야 하며 그 상해의 신체적 결과이면 의외의(unusual or unforeseeable) 것이어도 모두 책임을 진다고 하는 것이다.¹⁹⁾ 따라서 원고가 혈우병(hemophilia)이 있거나 또는 손해에 대하여 특별히 민감한 소질(special susceptibility)을 가지고 있어서 거의 모든 사람에게는 경미한 상해일 것임에도 불구하고 그로 인하여 사망한 경우, 피고는 그의 사망에 대하여 책임을 진다.²⁰⁾ “있는 그대로(as he finds him)”의 한 파생원칙(a corollary principle)으로, 피고는 원고의 소득이 매우 높다는 점을 예견할 수 없었지만 그 소득이 손해의 한 항목일 경우 그의 실제 소득에 기초한 손해액의 책임을 지는 것이다.²¹⁾

Comparative Conclusions on Causation, in: Spier(ed), *Unification of Tort Law Causation*, 2000, p 130.

15) The American Law Institute, *Restatement of the Law, Second, Torts 2d*, 1965. 이하에서의 Restatement는 이를 의미함.

16) 책임성립의 인과관계에 대하여는 Restatement §§ 430~453, 책임범위의 인과관계에 대하여는 Restatement §§ 454~461 참조

17) Kionka, p. 91

18) Kionka, p. 91

19) Kionka, p. 97 이는 미국 모든 주의 판례이며, 이를 “thin-skulled” or “eggshell” plaintiff rule이라고도 한다.

20) Kionka, p. 97

21) Kionka, p. 97. 이처럼 피해자의 신체적 소인의 문제와 고소득의 문제를 동일한 법리에서 다루고 있음에 유의할 필요가 있다. 이러한 접근은 Restatement, Second, §461, comment b에서도 나타나는바, 이에 의하면, “§461의 법리는 과실뿐만 아니라 고의 불법행위에도 적용되는 등 비교적 넓게 적용되는 법리(broader rule)이다 이는 신체적 상해가 가해자가 알지 못한 피해자의 신체

신체적 소인과 관련된 Restatement의 조문을 살펴보면, §435 (1)은 “행위자의 행위가 타인에게 손해를 야기함에 있어서 중요한 요소(substantial factor)라면, 행위자가 손해의 범위(extent)나 손해 발생의 방식(manner)을 예견하지 않았고 예견할 수 없었어도 책임을 진다.”고 한다.²²⁾ 그리고 §458은 “어느 질병에 특별히 감염이 잘 되도록 타인의 생명력(vitality)을 저하시키는 상해에 책임이 있는 자는 그 저하된 생명력으로 인하여 감염된 질병에 대하여 책임이 있다.”고 하며, §461은 “행위자가 몰랐고 알 수 없었던 타인의 신체적 상태로 말미암아 행위자가 통상인으로서 예견할 수 있었던 자기 행위의 결과보다 큰 손해가 야기된 경우라도, 행위자는 그 책임이 있다.”고 한다. 신체적 소인에 관한 가장 직접적인 것은 마지막의 §461이며, 이에 관한 설명을 보면, 파실 있는 행위자는 상대방의 실제의 신체적 상태로 인하여 그의 책임이 증가될 것이라는 위험을 감수해야 한다고 한다.²³⁾

이처럼 신체적 소인에 대한 Restatement의 태도는 손해배상의 범위에 관한 인과관계 부분에서 나타나고 있으며, 결국 신체적 소인에 의한 확대결과와 피고의 행위 사이에는 성립의 인과관계만이 아니라 범위의 인과관계도 인정된다는 것이다.

한편 기왕증이 전제가 되는 誤診 등과 관련된 논의를 살펴본다. King 교수는 많은 법원들이 이 문제에 있어서 인과관계와 침해범의 평가를 구분하지 못한다고 비판을 가한다.²⁴⁾ 그에 의하면 기왕증은 선행상태(preceding condition)의 측면과 기여원인(contributory cause)의 측면이 있을 수 있으며,²⁵⁾ 전자의 측면에서 그것의 불가역적 결

적 특성으로 의외로 확대된 경우뿐만 아니라 피해자의 금전상 이익이 가해자가 알지 못하였고 알 수 없었던 피해물건의 가치로 확대된 경우에도 적용된다.”고 하며, 그러한 사례로, “A는 소득이 높은 의사(physician in lucrative practice)인 B가 그의 시골 땅에서 조경 작업을 하는 것을 본다. B의 복장이 초라하고 낡아서 A가 B를 정원사라고 믿는 것은 통상적인 것이다. A가 과실로 B를 치었고 그로 말미암아 1년간 의사직업을 수행할 수 없음으로 인한 손해를 끼친다. A는 B가 그의 전문직 수입에 기초한 손해액에 대하여 책임을” 지는 경우를 예시하고 있다.

22) 그 중요한 요소인가의 여부를 결정함에 있어서는 §433 참조.

- 23) Restatement, Second, §461, Comment a 참조. 이 조문에 대한 사례로 다음의 두 가지를 예시하고 있다 사례1 “운전자가 A 회사 시내전차를 잘못 운전하여 그 조종 손잡이가 승객 B의 유방을 쳤다. 그 상해는 외견상 경미하였지만, 그 상해가 암성 소인(cancerous tendency)을 발현시켜서(light up) 그 상해 부위에 집중시켜서, 그로 인해 B의 유방이 절제되게 되었다. A는 암과 그 절제로 인한 손해의 배상책임이 있다.” 사례2 “A는 학교에서 친구 B의 정강이를 가볍게 쳤다. 보통은 그 정도면 가벼운 통증만 느낄 뿐인데 잠복중인 감염증으로 인하여 증대한 결과가 야기되었다. A는 B에게 그 상해의 전부를 책임진다.”

- 24) King, p. 203. 이에 관한 상세한 내용은 King, *Causation, Valuation, and Chance in Personal Injury Torts Preexisting Conditions and Future Consequences*, 90 Yale LJ 1353(1981)을 참조(이 논문의 이하 인용은 King, 90 Yale LJ, p. _로 인용함)

과는 손해액을 산정함(assessing damages)에 고려되어야 한다는 것이다.²⁶⁾

피고는 손해에 기여한 정도만 책임을 지는 것이므로, 가령 선행상태나 선행상태의 결과를 악화시켰다든지 아니면 별개의 손해를 야기했다든지 하는 경우에 그 책임을 지게 되는데, 의사가 오진하여 질병의 악결과를 예방하거나 감축할 기회를 상실한 경우에, 대부분의 법원은 상실기회 자체가 손실임을 알지 못하고, 야기된 손해의 회피가능성 정도에 따라 전손해에 대한 피고의 책임을 인정하거나(certainty의 경우)과 부인하는(impossibility의 경우) 이분법적 접근을 하나, 이는 손해의 산정과 인과관계를 혼동하여 all or nothing의 문제로 접근한다는 것이다.²⁷⁾ All or nothing에 입각한 법원의 대부분은, 적절 진료시 생존 기타 좋은 결과의 가능성이 50% 초과하지 않으면 배상을 부인한다.²⁸⁾ 그 가능성이 약 50%라는 전문가의 증언이 있었는데, 배상을 거부한 Cooper 사건²⁹⁾에서, 법원은 그 진단으로 오진과 사망 사이에 the requisite causal connection이 있음을 입증하지 못한 것이라고 하면서 원고는 피고의 과실행위가 사망을 야기하였을 가능성(probably caused)을 입증해야 한다고 판시하였다.³⁰⁾ 이 판결은 오진이 없었을 경우의 생존가능성이 50%를 초과할 것을 요구하는 것으로 해석되어 왔다.³¹⁾

이러한 50% 초과 요구에 부정적인 일부 주의 법원들은 다양한 법리를 채택하고 있다. 가령 소수의 법원은 피고의 행위가 손해가능성을 증가시켰거나 보다 좋은 결과의 가능성이 50%이하일지라도 그 가능성을 축소 소멸시켰으며, 손해가 발생하였거나 보다 좋은 결과가 실현되지 않으면 배심에 인과관계의 문제를 넘길 수 있다는 입장이다.³²⁾ King의 주장에 의하면, all or nothing에 따르는 모든 접근은 인과관계의 문제와

25) 어느 의사가 기왕증인 암(preexisting cancer)을 진단하지 못해서 계속 악화되어 악결과를 야기한 경우에, 그 기왕증이 악결과와 한 원인이며, 의사의 과실도 역시 적절한 주의를 기울였다면 회피되었을 손해의 기여원인이고, 기왕증은 또한 기왕의 상태이기도 하다는 것이다. Kionka, pp. 204f.

26) King, pp 204f.

27) King, p. 205

28) Ibid.

29) Cooper v Sisters of Charity of Cinn. Inc., Ohio St 2d 242, 272 NE2d 97, 56 Ohio Op. 2d 146(1971). 동지의 판결로 Gooding v. University Hosp. Bldg Inc., 445 So.2d 1015 (Fla 1984) 사건이 있음 Ibid, p. 206 참조

30) Ibid. pp 205f

31) Ibid 이를 Dobbs, p. 215에서는 증거 우위설(the preponderance test)이라고 소개하고 있다

32) Herskovits v Group Health Co-op of Puget Sound, 99 쥘.2d 609, 664 P.2d 474 (1983) 사건에서, 폐암진단이 6개월 지연되었다. 그 결과 환자의 생존율이 39%에서 25%로 감소되었다. 보다 좋은 결과의 가능성을 14% 줄였다고 판시하였다. 그 진단의 지연이 없었으면 생존할 가능성이

손해 평가의 문제를 혼동한 것이라고 한다.³³⁾ 즉 그에 따르면, 피고의 불법행위가 환자의 보다 좋은 결과의 가능성을 박탈하거나 또는 감소시킬 수 있음이 입증되면, 쟁점은 그 가능성이 어느 정도인지 또는 얼마나 감소시켰는지를 평가하는 문제로 넘어간다.³⁴⁾

이처럼 위의 Herskovits 사건과 같은 경우에 손해(relevant result)를 “사망”으로 볼 것인지 아니면 “환자의 생존 가능성의 감소”로 볼 것인지의 선택이 문제로 된다.³⁵⁾ 그 가능성 내지 그 감소 자체를 배상 대상인 손실로 인정한 입장을 위하여, King 교수가 제시하는 논거로는, all-or-nothing 접근이 자의적이라는 점, 그러한 접근이 불법행위법의 억제 및 손실분담 목적을 훼손한다는 점, 그러한 접근은 정의에 반하는 결과를 회피하기 위하여 인과관계 및 손해액에 관한 전통적인 법리를 조작하거나 왜곡하도록 강하게 유인될 가능성이 있다는 점, 기회의 상실 자체가 구제의 가치가 있다는 점 등이 있다.³⁶⁾ 한편 기회 상실을 배상대상의 손해로 인정하면서도 그로 인한 손해액을 계산하는 것은 매우 어려운 일인데, King 교수의 견해에 의하면, 그 평가 기준으로 보다 좋은 결과를 가져올 장래의 가능성(prospect)을 피고의 불법행위가 줄인 백분율이라고 한다.³⁷⁾

이러한 King 교수의 사고는 이 쟁점에 대한 미국 법원의 접근 가운데 가장 최근의 것이라고 하겠다. 미국 법원에서 채택되고 있는 입장들로는, 증거의 우월성을 요구하는 입장(the preponderance test), 전부배상(full recovery)을 전제로 인과관계 입증을 완회하는 입장,³⁸⁾ 부분배상(proportional recovery)을 전제로 인과관계 입증 완회하는 입장, 부분배상의 전제에서 가능성의 평가(value of the chance)로 접근하는 입장 등이 있다.³⁹⁾ 부분배상을 전제로 하는 견해 가운데 앞의 것은 증거 우월성의 입장을 폐기하고 부분적 인과관계와 부분적 배상의 입장을 취해야 한다는 것인데, 마지막 입장은

50% 초과한다는 증거가 없었고 결국 사망한 사건이다. King은 이 경우 생존율의 감소비율을 14/100이 아니라 14/75라고 한다 King, pp. 206f

33) Ibid., p. 207.

34) Ibid., p. 208 그 가능성 자체를 배상 대상인 손실로 인정한 판결이 다수 있으며 그 예로, Thompson v Sun City Community Hosp., 141 Ariz 597, 688 P.2d 605(Ariz 1984) 등 Ibid.

35) Prosser/Keeton, p. 272.

36) King, p. 208. 상세한 것은 King, 90 Yale LJ 1376~78 참조.

37) King, p. 208. 보다 상세한 것은 King, 90 Yale LJ 1381~87 참조.

38) 그 모범적 사례로 Dobbs는 Hicks v United States, 368 F. 2d 626(4th Cir 1966) 사건을 들고 있다. Dobbs, p. 215 참조. 증거의 우월성을 요구하는 입장의 50% 초과 요구에 부정적인 입장에서 Hicks 판결은 방론에서 중요한 가능성(substantial possibility)이 인정되면 배상을 허용해야 한다는 입장이다. King, p. 207 참조.

39) Dobbs, p. 215.

인과관계의 문제는 그대로 두고 피고의 주의의무를 보다 넓게 인정하여 피고의 주의의무는 원고를 상해나 생명침해로부터 보호하는 것일 뿐만 아니라 중요한 가능성의 상실(loss of substantial chances)로부터 원고를 보호하는 것이기도 하다는 점에서 앞의 것과 차이가 있다고 한다.⁴⁰⁾ 결론은 같지만, 양자 가운데 후자의 견해를 다수의 주가 선택하였으며(more acceptance), 이렇게 된 것은 King 교수 논문의 영향이라고 평가되고 있다.⁴¹⁾

(2) 독일

독일에서도 인과관계론은 잘 알려진 바와 같이 두 단계를 거친다. 즉 책임성립의 인과관계(Haftungsbegründende Kausalität)와 책임범위의 인과관계(Haftungsausfüllende Kausalität)로 구분되어 논의된다.⁴²⁾ 나아가서 제2단계에서 상당성이론과 함께 언급되는 것이 보통인 보호목적의 법리가 인과관계론의 제3단계로 분석되기도 한다.⁴³⁾

신체적 소인과 관련하여 독일의 논의는 인과관계론에서 이루어지고 있다. 즉 책임범위의 인과관계론에서 신체적 소인으로 확대된 손해에 대하여 가해자의 행위는 상당성이 있는 원인이라는 것이 독일의 확고한 판례라고 한다.⁴⁴⁾ 45) 독일의 판례와 다수설에 의하면 10만분의 1 이하의 확률이어도 상당인과관계를 인정하나, 이는 일반적 예견 가능성을 바탕으로 하는 상당성이론에 반하는 것으로 보통사람은 그러한 확률의 결과를 계산하지 못하므로 상당성이 없다는 비판을 받는다.⁴⁶⁾ 이러한 상당성을 인정하여, 특이체질로 인하여 확대된 손해를 가해자에게 귀책함에는 논리적 접근보다 “피해자에 대한 동정이 가해자에 대한 것보다 크다”⁴⁷⁾는 감성적 접근이 언급되기도 한다.

상당인과관계를 인정하여 특이체질로 인한 확대 손해를 가해자에게 귀책하는 접근에 대한 비판론도 위 결론에 반대하는 것은 아니다. 즉 규범목적설의 입장에서, 그러한 확률의 특이체질에 의한 손해라고 하여도 행위자가 배상하여야 한다는 결론에는

40) Ibid

41) Ibid. 가능성의 평가(value of the chance)로 접근하는 입장을 지지하는 판례와 이를 거부하는 판례에 대한 소개는 Ibid., pp 215f 참조.

42) Deutsch/Ahrens, *Deliktsrecht*, 2002, Rdnr. 47, 48, Fuchs, *Deliktsrecht*, 1997, SS 54f., 69f

43) Magnus, *Causation in German Tort Law*, in Spier(ed), *Unification of Tort Law. Causation*, 2000, p 65.

44) Deutsch/Ahrens, Rdnr. 59

45) 원칙적으로 가해자는 특별히 약한 피해자를 가해할 위험을 감수해야 한다는 것이다. BGHZ 20, 137 (139).

46) Deutsch/Ahrens, Rdnr. 59

47) 이는 Kegel의 말이라고 한다. Ibid

동의한다. 우선, 행위자는 피해자에 비하여 보험제도의 이용이 용이한 것이 일반적이어서, 독일법에서도 규범의 보호범위에 피해자의 특수한 신체적 성질에 의하여 야기된 손해는 상당성이 없어도 포함된다고 하는 명제가 유효 타당하다고 한다.⁴⁸⁾ 따라서 신체침해의 피해자가 피부병에 대한 특이체질로 인하여 통상인보다 장기간 일을 못하게 된 경우에 그 체질이 드문 것이라고 하여도 행위자는 그 손해를 배상하여야 한다는 것이다.⁴⁹⁾ 이러한 점에서 규범의 보호범위는 상당성에 우선한다든가, 입법자의 시야(Voraussicht)는 보통사람의 일반적인 그것보다 멀리까지 이른다고 한다.⁵⁰⁾ 이처럼 가해자의 행위와 함께 피해자의 신체적 소인이 공동기여한 경우에 미국의 경우와 마찬가지로 독일에서도 가해자의 배상책임이 인정된다. 다만 그 경우에도 독일에서는 그 배상범위는 가해자가 기여한 범위에서 배상함을 원칙으로 하는 것 같다.⁵¹⁾

한편 오진으로 인하여 불완전한 생존의 확률이 감소 내지 박탈된 경우의 손해배상 책임에 대하여 독일의 판례는 대체로 부정적이라고 한다. 가령 적절한 진단과 치료를 받았다면 40%의 생존 가능성이 있었는데, 진단의 지연으로 생존확률이 0%가 된 경우에 적절한 치료가 그 손해를 방지하였을 것이라는 충분한 가능성에 대한 증명이 없으므로 인과관계는 부인된다는 것이다.⁵²⁾ 다만 중과실의 경우에 인과관계가 추정되는 경우가 있어서,⁵³⁾ 그러한 경우에는 귀책의 가능성이 있다고 하겠다.

(3) 일본

일본에서도 책임성립과 책임범위를 포함하는 상당인과관계론에 대한 비판이 강하다.⁵⁴⁾ 즉 사실적 인과관계로서의 책임성립 인과관계와 손해배상 범위의 인과관계를 구분하는 견해가 지배적인 실정이다.⁵⁵⁾ 신체적 소인과 가해자 행위가 경합하여 손해가 발생한 경우에도, 이 두 인과관계의 성립이 논의된다. 가령 경상을 입은 피해자가

48) Ibid.

49) Ibid.

50) Ibid.

51) 가령 어차피 병원에 왔어야 할 환자인데 그 가해행위로 인하여 며칠 먼저 병원에 왔다면 그 시간차만큼 피해자가 입은 손해만 귀책된다는 것이다 Magnus, p. 72, Palandt/Heinrichs, Bürgerliches Gesetzbuch(52. Auflage), Vorbem v §249, Rdnr. 99.

52) Magnus, S. 72.

53) BGH NJW 1988, 2948.

54) 藤岡康宏, 損害賠償法の構造, 2002, 6頁, 井上英治, 現代不法行為論, 2002, 43頁

55) 内田貴, 民法 II 債權各論, 1996, 360頁; 西宮和大, 不法行為, 1985, 403頁, 森島昭大, 不法行為法講義, 1987, 305頁, 潮見佳男, 不法行為法, 1999, 175頁, 中井美雄, 不法行為法, 141頁, 平井宜雄, 損害賠償法の理論, 1978, 457頁; 同, 債權各論 II 不法行為, 1992, 109頁 등 참조.

그 특이체질(소인)로 사망한 경우에 가해자의 행위와 사망 사이에 사실적 인과관계를 인정하고, 사망도 보호범위에 포함된다고 한 뒤에, 과실상계의 법리 등을 적용하여 배상액을 감경하는 것으로 공평을 꾀하는 것이 일본에서도 유력한 입장이라고 하겠다.⁵⁶⁾

한편 일본의 판례는 일부의 하급심 판결을 제외하고는 여전히 일원론인 상당성이론을 유지하고 있다. 신체적 소인과 가해자 행위가 경합된 경우에 대하여, 1975년 東京高裁의 한 판결은 가해행위의 사망에 대한 기여도의 한도에서만 상당인과관계를 인정하여 배상책임을 지우고 있다.⁵⁷⁾ 이 사건의 피해자는 9세때 대퇴골 골수염을 앓은 바 있다. 그가 37세가 되었을 때 교통사고를 당하여 골절 등의 외상을 입고 약 1년 요양을 한 뒤 근무에 복귀하였지만 장기간의 외병으로 체력이 쇠하여져서 과거의 골수염이 재발되었고, 그래서 부득이 다시 휴직하고 요양하게 되었다. 이에 교통사고에 의한 부상의 부위 정도, 골수염이 재발된 상황의 경과로 보아 골수염 재발에 대한 교통사고의 기여도를 50% 인정하고 골수염 치료를 위해 입원함으로써 인한 손해액 가운데 50%를 교통사고와 상당인과관계가 있는 것으로서 배상청구를 인정하였다.⁵⁸⁾ 동 판결이 배상청구를 부분적으로만 인정한 근거는 불법행위책임으로서의 손해의 공평한 분담이라고 하는 입장에서 찾는다.⁵⁹⁾ 이는 과실상계의 법리를 유추적용하여 배상액 산정단계에서 고려하는 일반적인 접근방법과 달리 인과관계론에서 신체적 소인을 고려한 판결이다.

III. 본인의 입장

1. 손해배상책임의 일반론

신체적 소인이 손해배상에 미치는 영향에 관한 입장의 표명을 위해서는 불법행위로

56) 井上英治, 73頁.

57) 東京高判 1975. 3. 31 判例時報 781号(1975), 76頁 이하

58) 井上英治, 73頁에서는 이 판결이 기여도의 한도에서 사실적 인과관계를 인정하였다는 소개를 하고 있지만, 이는 부정확한 평석이라고 할 것이다. 동 판결에서는 인과관계의 문제를 종래의 상당성이론에 입각하고 있을 뿐이므로 그러한 분석은 독자적인 것이라고 하겠다.

59) 나아가서 동 판결은 그러한 입장에서 부분적 배상책임을 인정하면서, “사고가 합병증의 발생에 대하여 기여하였다고 인정되는 한도에 있어서 가해자에게 배상책임을 지우는 것이 상당하고, 또한 양자의 사이에 상당인과관계가 인정되는 범위 내에서는 그 인과관계가 있는 손해를 특별 사정에 의한 손해로서 가해자에게 당해 사정에 관한 예전이 있었는지 여부를 고려할 여지는 없다”고 한다 判例時報 781号, 78頁.

인한 손해배상책임에 관한 근본적인 입장부터 밝혀야 할 것이다. 이하에서는 이에 대한 본인의 기본적인 입장을 서술한 뒤에 이 논문 주제의 쟁점들에 대한 입장을 기술하기로 한다.

손해배상책임론은 3 단계로 구분된다. 배상책임의 성립, 범위 그리고 배상액의 산정이다. 배상책임의 성립 요건은 우선 3 요소로 구성되는바, 가해행위의 존재와 그 행위의 유책성 및 위법성이다. 가해행위는 행위와 손해 그리고 양자 사이의 인과관계이다. 이 인과관계는 책임성립의 인과관계이다.⁶⁰⁾ 책임능력은 가해행위의 존재를 인정하는 요소로 가해행위의 존재라는 요건에 흡수되는 것이다. 이 책임능력이 다수설과 같이 과실 인정의 전제라든지 소수설로서 책임인정의 전제라고 하는 주장은 타당하지 않다. 계약 내지 법률행위의 성립요건에서 의사능력이 행위요소로서 의사무능력 상태에서의 행동은 행위가 아닌 것과 마찬가지로 이해하면 될 것이다. 한편 손해배상책임의 범위를 판단함에는 두 단계가 있다. 우선 과실해법익 항목의 귀책은 규범의 보호 목적으로 결정된다. 다음 단계에서는, 그 귀책된 법익침해의 구체적 손해 항목의 귀속 여부를 다루며, 이는 민법 제393조의 법리에 따른다. 그리고 나면 배상액 산정의 단계로 들어간다. 배상액 산정 역시 두 단계를 거친다. 우선 위와 같이 하여 피해자가 입은 손해들 가운데 타인에게 전가할 것으로 최종 결정된 손해 항목의 액수를 평가하는 것이 손해액의 산정이다. 그리고 두 번째 단계는 배상액 공제 단계인데, 첫 번째 단계에서 확정된 손해액에서 공제대상이 되는 액수를 빼는 것이며, 그 액수가 배상액이 되는 것이다. 공제 대상이 되는 액수에 대하여 우리 민법은 제396조의 과실상계가 있고 이는 민법 제763조에 의하여 불법행위책임에도 적용되는 것이며, 불법행위 특유의 배상액 감경에 관한 규정으로 민법 제765조가 있다.

2 신체적 소인의 구체적 쟁점에 대한 입장

피해자의 신체적 소인이 이상의 손해배상론을 전개함에 있어서 과연 고려되어야 하는가 그리고 고려된다면 어떤 단계에서 어떤 논거로 고려되어야 하는가의 문제를 살펴본다.

(1) 신체적 소인과 책임성립 인과관계

60) 본인은 이원론적 인과관계론이 타당하며 그리고 규범목적설의 우수성은 본인의 박사학위 논문의 결론을 논증함에서 경험한 바 있다. 김천수, “환자의 자기결정권과 의사의 설명의무”, 서울대 박사학위 논문(1994) 참조.

여기서 먼저 정리하고 넘어가야 할 것으로, 신체적 소인이 혹시 성립의 인과관계에 영향을 주는 것은 아닌가의 문제이다. 본인이 주장하는바 책임능력은 행위의 요소이며 그러한 능력이 결여된 것은 행위로 볼 수 없으며 가해행위 자체가 존재하지 않는 것이다. 책임능력이 없는 무의식 상태에서의 행동도 가해행위의 행위성이 부정되는데, 더구나 단순한 상태에 불과한 신체적 소인의 존재는 가해자의 행위와 경합하는 원인이 아닌 것이다. 따라서 신체적 소인과 가해자 행위가 경합한다는 표현 자체가 성립될 수 없는 것이다. 즉 가해행위만이 성립 인과관계에 해당하는 원인인 것이며, 신체적 소인은 성립의 인과관계론에서 논의 대상 자체가 되지 못하는 것이다.

(2) 신체적 소인과 책임범위 인과관계

신체적 소인과 가해행위가 결합하여 비로소 손해 야기한 경우에 책임성립의 인과관계에 관한 문제는 없지만 책임범위의 인과관계에서는 문제되지 않는지, 그래서 가해행위에 부분적 인과관계나 분할책임이 인정될 수 있는지의 여부에 대하여 의문이 있을 수 있다. 하지만 신체적 소인은 손해의 또 다른 원인이 아니라 가해행위의 선행상태로 보아야 하므로, 부분적 인과관계를 인정하여 분할책임을 인정하는 것도 역시 불가능하다.

통상 경상으로 끝날 폭행이 피해자의 특이체질로 사망을 야기한 경우에, 가해행위가 위반한 폭행금지 규범은 신체손상 및 생명침해⁶¹⁾의 예방인 것이다. 따라서 그 가해행위로 말미암아 침해된 생명법익은 일단 그 규범 목적상 보호범위에 들어간다. 그리고 그러한 생명법익 침해로 인한 손해 항목으로서 통상의 손해는 당연히 배상책임의 범위에 들어가며 특별 손해는 그 기초가 되는 특별 사정의 인식 및 그 가능성이 있을 때 그 범위에 들어가는 것이다. 문제는 여기서 신체적 소인이 그러한 특별사정에 해당하는가의 여부이다. 위의 사망 사건의 예에서 특이체질 등 신체적 소인은 사망에 기여한 것으로, 그 사망으로 인하여 침해된 것으로 인정된 생명법익 자체가 배상범위 판단의 첫 단계에서 이미 귀책범위에 들어간 것이므로, 신체적 소인을 특별사정의 범리에 의하여 그로 인한 사망 자체를 배상범위에 포함시킬 것인가의 여부를 판단하려고 함은, 논의 자체를 역류시키는 오류인 것이다. 즉 귀책 법익 판단에서 이미 다루어져 포함된 생명 법익을 다시 귀속 손해 단계에서 논의하여 배제함은 역류적 논의에 의한 모순인 것이다.

61) 폭행의 상대방이 가진 신체적 소인에 따라서는 사망이라는 결과도 가져올 수 있으므로 이 역시 감안한 것이다.

(3) 신체적 소인과 배상액 산정

이제는 손해액의 산정과 배상액의 산정이라는 단계만 남았다. 여기서 신체적 소인이 고려될 수 있는가이다. 이것은 논의의 역류가 아닌가의 의문이 있을 수 있다. 하지만 귀속 손해의 판단에 있어서 특별사정의 인식(가능성)을 기초로 하는 신체적 소인의 고려는, 그로 인한 사망 손해의 귀속 '자체'를 전면적으로 긍정하거나 부정하는 것이어서, 전면적 긍정을 결정해 놓고 다시 전면적 부정을 도출할 가능성이 있는 점에서, 역류성이 인정되는 것이다. 하지만 배상액 산정단계에서는 그러한 전면적 긍정·부정의 문제가 아니고 손해 자체의 평가 내지 배상액 공제의 문제인 것이다.

신체적 소인을 배상액 산정 단계에서 고려할 것인지 여부와 고려한다면 어떻게 고려할 것인지를 살펴본다. 본인은 우선, 신체적 소인을 배상액 산정 단계에서 고려함에 있어서 과실상계의 법리를 유추적용하는 일본이나 우리의 판례 및 학설에 반대한다. 과실상계에 의한 배상액의 공제는 배상액 산정에서 두 번째 단계의 것이다. 그런데 신체적 소인은 후술하듯이 첫 번째 단계인 손해액의 평가에서 그 고려 여부가 판단될 수 있다. 따라서 배상액 평가의 두 번째 단계인 배상액 공제의 단계에서 더구나 유추적용이라는 방법으로 고려하는 것은 바람직하지 않다.

몸과 마음이라는 인격적 피해를 배상함에 있어서 그 배상이 이루어지기 위해서는 그 대상이 되는 존재의 가치가 불가피하게 평가되어야 하는 것이다. 피해자의 몸 역시 그러한 점에서 평가될 수밖에 없다고 하겠다. 그렇다면 신체적 소인을 어떠한 관점에서 위 평가에 반영할 것인가가 문제이다.

미국 등 서구의 논의에서 발견되는바 관심을 끄는 것이 바로 "as he finds him" 즉 "있는 그대로"의 사고를 일일이의 귀책에도 적용한다는 점이다. 고소득직 사망의 경우에 그 통상 손해는 그 고소득이며 그러한 자의 특별손해는 그 직에 있는 사람의 보통상적 수익의 손해 기타 정신적 손해를 의미하는 것이다. 그 고소득 자체는 그의 통상 손해이며, 이러한 점에서 "as he finds him"의 원리가 이 경우에도 타당하다는 것이다.

본인은 미국 등의 그러한 시각에 대하여 의문이 있다. 위와 같은 시각과는 달리, 오히려 "as he finds him"의 원리 때문에 신체적 소인이 있는 피해자의 소위 몸의 가치는 그러한 소인이 없는 경우에 비하여 낮게 평가될 수 있는 것이다. 그것이 "있는 그대로"의 피해자인 것이다. 즉 그 원리는 반대 방향으로도 적용될 수 있다는 것이다.

아무튼 신체적 소인을 고려한다는 것은 인신손해에 대한 손해 평가를 함에 있어서 차액설적 사고를 이용한다는 점과 가해자가 알았거나 알 수 있었던 소인으로서 그 영향을 회피할 수 있었던 소인이라면 그 소인의 위험은 가해자에게 이전되어야 함을 전

제로 한다는 사실을 우선 밝히고 구체적인 논의를 전개하기로 한다.

피해자의 몸을 평가함에 있어서 신체적 소인이 항상 고려되어야 하는 것은 아니다. 그 신체적 소인이 몸의 가치에 이미 반영되었는가가 그 고려 여부의 기준이라고 하겠다. 즉 이미 손해로 발현되었는지 여부에 의하여 그 고려여부는 결정된다. 따라서 이미 발현된 신체적 소인은 그 평가에 반영되어야 할 것이다. 다음은 미발현의 소인은 언제나 배제되는 것은 아니다. 그 장래의 발현 가능성이 적어도 사후적으로 확인된다면 이 역시 몸의 가치를 평가함에 있어서 고려되어야 할 것이다. 그리고 그러한 장래의 발현 가능성이 사후적으로도 확인되거나 예견되는 경우가 아니라면 그의 몸에 있는 신체적 소인과 그의 몸의 가치는 무관한 것이며 따라서 고려되어서는 안되는 신체적 소인이라고 하겠다. 이들 소인의 존재 및 그 발현 또는 그 가능성 및 그로 인한 평가의 감소율에 대한 입증은 가해자가 부담하는 것이 타당하다.

(4) 오진의 경우

오진이란 질병이 존재하지 않는데 존재하는 것으로 잘못 진단한 경우[제1형]와 의학적으로 의미 있는 질병이 존재하는데 다른 질병으로 잘못 진단한 경우[제2형] 그리고 그러한 질병이 있는데 무병으로 진단한 경우[제3형]가 있다. 제1형의 경우에는 불필요한 치료를 받게 함으로 인한 손해가 있을 것이며 이는 진단과오책임에 포함될 것이다.

제2형과 제3형의 오진에는 질병이라는 신체적 소인이 존재하는 것이다. 제2형의 경우에는 불필요한 치료를 받게 함으로 인한 손해와 함께 치료 지연으로 인한 손해가 있을 수 있다. 앞의 손해는 제1형의 경우와 마찬가지로 진단과오책임자에게 귀속시키는 데 문제가 없다. 다만 제2형의 경우에 불필요한 치료를 받게 함으로 인하여 발생한 손해에 진단되지 못한 잠재하는 질병이 기여한 경우, 즉 그 불필요한 치료로 말미암은 손해가 숨겨진 질병의 영향으로 확대된 경우라면 전술한 논의에 따라 해결될 것이다.

제3형 오진은 이 치료지연으로 인한 손해의 발생 가능성만 인정된다. 이처럼 제2형과 제3형에는 치료 지연으로 인한 손해가 야기될 수 있다. 이러한 치료지연의 경우에도 지연에도 불구하고 그로 인한 손해가 없는 경우에는 지연으로 인한 손해배상책임은 문제될 가능성이 거의 없다.

그 지연 치료 이후에 死傷이라는 결과가 나타난 경우가 문제이다. 이에는 오진이 없었다면 死傷이라는 손해의 회피가능성이 100%⁶²⁾인 경우와 그 미만인 100- α %인 경

62) 이 숫자 자체에 대하여는 추후 검토가 필요하다. 왜냐하면 완전히 100% 회피가능한 질병이란

우가 있다. 회피가능성이 100%인 경우에는 역시 진단과오책임자에게 그 死傷의 책임이 인정될 것이다.

그 회피가능성이 $100-\alpha\%$ 인 경우에는 치료의 지연이 그 가능성에 변화를 주지 않은 경우와 그 가능성을 낮춘 경우가 있다. 전자에는 손해배상책임의 문제가 발생하지 않는다. 문제는 후자의 경우이다. 즉 그 치료의 지연으로 회피가능성이 $100-\alpha-\beta\%$ 인 경우에 그 해결이 난해하다. 문제의 소재는 우선 그 死傷이 $\alpha\%$ 에 해당하는 경우인가 아니면 $\beta\%$ 에 해당하는 경우인가의 여부가 영원히 불명료하다는 점이다.

이 경우에 미국의 논의가 인상적이다. 즉 '死傷' 자체를 손해로 볼 것인가 아니면 '회피가능성의 감소'가 손해인지의 문제이다. 사상 자체를 손해로 본다면 오진으로 인한 치료 지연과 사상 사이의 책임 성립의 인과관계 자체가 입증되지 못하는 것이 이 문제의 상황이다. '회피가능성의 감소' 자체를 손해로 본다면 그와 오진 사이의 인과관계는 입증되나, 그 감소로 인한 손해가 현실적인 것이 되려면 문제의 死傷이 $\beta\%$ 에 해당하는 경우이어야 하는데 이것이 불명료한 상황이다.

먼저 치료 지연으로 인한 손해로 '사상'과 '회피가능성의 감소' 모두가 검토될 수 있다고 하겠다. '사상'과 '치료 지연' 사이의 성립의 인과관계의 존부가 불명료함에는 본래 오진에 무관하게 존재하였던 $\alpha\%$ 의 사상 가능성도 그 한 원인인 것이다. 이러한 점에서 이를 오진 책임자에게 무조건 귀속시키는 것은 곤란하다. 다만 α 자체가 극미한 경우이어서 통상적으로 오진이 없었다면 거의 치유되었을 경우라면 오진책임에 그 사상이 포함될 것이다.

하지만 '회피가능성의 감소'는 우선 '치료 지연'과의 사이에 책임 성립의 인과관계가 인정된다는 점에서 '사상'이라는 손해의 경우와 다르며, 위에서 지적한 것처럼 그 손해의 현실화여부에 대한 불명료성, 즉 현실화된 사상이 $\beta\%$ 에 해당하는지 여부의 불명료성에 대한 책임은 전적으로 $\beta\%$ 를 추가시킨 진단과오책임자에게 있음이 고려되어야 할 것이다.

그렇다면 $\beta\%$ 라는 치료가능성의 감소에 대한 입증책임을 그 진단과오책임자에게 귀속시켜서 '회피가능성의 감소'이라는 손해가 실현된 것으로 사실을 확정할 수 있다. 다만 이상은 인과관계라는 책임요건을 위한 논리의 전개이며, 구체적인 배상의 대상은 100% 회피가능성을 전제로 배상액에 $\beta/100$ 을 곱한 액수가 될 것이다.

의학적으로 있을 수 없기 때문이다. 단지 통상적으로 거의 예외 없이 치료된다는 의미의 숫자인 것이다.

IV. 결론

이상에서 피해자의 신체적 소인을 가해자의 손해배상책임에 고려할 것인가의 문제에 대하여 살펴보았다. 피해자의 신체적 소인은 피해자의 손해 전부에 대한 책임 성립 및 그 범위의 인과관계를 부정하는 요소로 작용하지 않는다. 오로지 배상액 산정단계에서 이미 발현되었거나 장래 발현될 가능성이 입증된 것이며, 또한 가해자가 그 영향을 회피할 수 없었던 신체적 소인은, 차액설적 관점에서 피해자의 피침해 인격 가치의 평가에 반영되어 이를 고려할 수 있을 뿐이라는 점을 논급하였다. 한편 오진의 경우에 치료 지연이 있었고 환자에게 사상이 발생한 경우에 오진으로 인하여 그 사상의 회피 가능성이 감소되었다면 그 손해는 결국 진단과오책임자에게 감소분만큼 귀속되어야 함을 주장하였다.

이러한 관점에서 전술한 임신부 사건⁶³⁾을 보면, 사망한 환자의 임신 사실을 가해자가 알 수 없었거나 알 수 있었다고 하여도 그 영향을 회피할 수 없었다는 사실을 전제로 하여, 이 사건에서의 임신은 환자의 저항력이라는 측면에서 이미 발현된 신체적 소인이고 이를 반영한 판례의 결과에 대하여는 위 전제사실 위에서 찬성하지만 그 논거는 과실상계가 아님은 전술한 바와 같다. 다만 임신 사실을 알 수 있었음에도 이를 과실로 알지 못하였고 그 영향의 회피가능성이 있었다면 그 임신이 가중시킨 손해는 가해자에게 귀속된다고 하겠다.



● 김천수

신체적 소인(physical conditions) 오진(wrong diagnose) 불법행위(tort)
불법행위 책임(tort liability) 인과관계(causation)

63) 대법원 1998. 9. 4. 선고 96다11440 판결

[ABSTRACT]

The Physical Conditions of Victim, the Failure of Proper Diagnosis and the Tort Liability

Kim, Cheon-Soo*

Damage can be brought about by the event consisting of the act or omission of the defendant or attributable to a cause or condition which can be imputed to the victim. One example of such a cause or condition is the physical condition of the victim.

The failure to diagnose a disease timely and accurately can be included in this case. The solution is related to the problem, dealt with by the legal writers and courts in terms of what is called "proximate cause", "adequate cause", or "legal cause". There is perhaps nothing in the entire field of law which has called forth more disagreement, or upon which the opinions are in such a welter of confusion, as Professor Prosser has said.

The Korean legal writings and the Supreme Court decisions relating to the theme was analysed. And then, the discussions in the United States, Germany and Japan were introduced in the comparative law chapter. The comparison stormed the brain of the present writer in which had been full of the vague pictures before. The brain just followed the light from the comparison field. The light led the brain to a new world, where the remembrance from the old world still remained.

The present writer confirmed the impossibility of denying the two steps in causation between the tortfeasor and the damage, even if the victim had the substantial physical conditions. Only in the restricted cases the conditions could be taken into consideration for the calculation of damages. Such cases are when the conditions have already emerged or the possibility to emerge soon from its inherent situation into the actual

* Professor, the School of Law Sungkyunkwan University

damage of the victim's body.

Many cases in the failure of proper diagnosis were discriminated. In the cases that the chance of preventing the adverse result including death owing to the disease was under 100% and the chance was diminished by the delayed treatment, the physician negligent in the diagnosis is liable for the difference of chance, to the conclusion of the present writer.