

## 손해배상(기)

[대법원 2000. 9. 8. 99다48245]



### 【판시사항】

- [1] 사고로 인하여 상해를 입은 피해자가 치료를 받던 중 의료사고로 증상이 악화되거나 새로운 증상이 생겨 손해가 확대된 경우, 확대된 손해와 최초의 사고 사이에 상당인과관계가 인정되는지 여부(한정 적극) 및 상당인과관계가 부인되기 위한 요건으로서 특별한 사정의 존재에 관한 입증책임의 소재(=최초 사고를 야기한 자)
- [2] 피해자측에서 의료상의 과실 있는 행위를 입증하고 그 결과와 사이에 의료행위 외에 다른 원인이 개재될 수 없다는 점을 증명한 경우, 의료상의 과실과 결과 사이의 인과관계 추정 여부(적극)
- [3] 진찰 결과 장파열, 복강내출혈 및 비장손상 등의 가능성이 있어 응급개복술의 시행이 필요한 부상자를 그 처의 요청으로 집 근처 병원으로 이송시키던 중 부상자가 복강내출혈 등으로 사망한 경우, 다른 사망원인이나 의사가 즉시 개복수술을 시행하였어도 사망하였을 것이라는 점에 대한 입증이 없는 이상 의사가 수술을 실시하지 아니한 채 만연히 부상자를 다른 병원으로 이송하도록 한 과실로 수술이 지연되어 부상자가 사망하였다고 추정함이 상당하다고 본 사례
- [4] 공동불법행위 책임에 대한 과실상계에 있어 피해자의 공동불법행위자 각인에 대한 과실비율이 서로 다른 경우, 피해자 과실의 평가방법

### 【판결요지】

- [1] 사고로 인하여 상해를 입은 피해자가 치료를 받던 중 치료를 하던 의사의 과실 등으로 인한 의료사고로 증상이 악화되거나 새로운 증상이 생겨 손해가 확대된 경우에는, 의사에게 중대한 과실이 있다는 등의 특별한 사정이 없는 한 확대된 손해와 최초의 사고 사이에도 상당인과관계가 있다고 할 것이고, 위와 같은 특별한 사정의 존재에 관한 입증책임은 최초의 사고를 야기한 자에게 있다.
- [2] 원래 의료행위에 있어서 주의의무 위반으로 인한 불법행위 또는 채무불이행으로 인한 책임이 있다고 하기 위하여는 의료행위상의 주의의무의 위반과 손해의 발생과의 사이의 인과관계의 존재가 전제되어야 하나, 의료행위가 고도의 전문적 지식을 필요로 하는 분야이고, 그 의료의 과정은 대개의 경우 환자 본인이 그 일부를 알 수 있는 외에 의사만이 알 수 있을 뿐이며, 치료의 결과를 달성하기 위한 의료 기법은 의사의 재량에 달려 있기 때문에 손해발생의 직접적인 원인이 의료상의 과실로 말미암은 것인지 여부는 전문가인 의사가 아닌 보통인으로서로는 도저히 밝혀낼 수 없는 특수성이 있어서 환자측이 의사의 의료행위상의 주의의무 위반과 손해의 발생과 사이의 인과관계를 의학적으로 완벽하게 입증한다는 것은 극히 어려우므로, 환자가 치료 도중에 사망한 경우에 있어서는, 피해자측에서 일련의 의료행위 과정에 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 지울 수 있도록 입증책임을 완화하는 것이 손해의 공평·타당한 부담을 그 지도원리로 하는 손해배상제도의 이상에 맞는다고 하지 않을 수 없다.

- [3] 진찰 결과 장파열, 복강내출혈 및 비장손상 등의 가능성이 있어 응급개복술의 시행이 필요한 부상자를 그 처의 요청으로 집 근처 병원으로 이송시키던 중 부상자가 복강내출혈 등으로 사망한 경우, 다른 사망원인이나 의사가 즉시 개복수술을 시행하였어도 사망하였을 것이라는 점에 대한 입증이 없는 이상 의사가 수술을 실시하지 아니한 채 만연히 부상자를 다른 병원으로 이송하도록 한 과실로 수술이 지연되어 부상자가 사망하였다고 추정함이 상당하다고 본 사례.
- [4] 공동불법행위 책임은 가해자 각 개인의 행위에 대하여 개별적으로 그로 인한 손해를 구하는 것이 아니라 그 가해자들이 공동으로 가한 불법행위에 대하여 그 책임을 추궁하는 것으로, 법원이 피해자의 과실을 들어 과실상계를 함에 있어서는 피해자의 공동불법행위자 각인에 대한 과실비율이 서로 다르더라도 피해자의 과실을 공동불법행위자 각인에 대한 과실로 개별적으로 평가할 것이 아니고 그들 전원에 대한 과실로 전체적으로 평가하여야 한다.

#### 【참조조문】

- [1] 민법 제750조, 제760조, 민사소송법 제261조
- [2] 민법 제750조, 민사소송법 제261조
- [3] 민법 제750조, 민사소송법 제261조
- [4] 민법 제396조, 제760조, 제763조

#### 【참조판례】

- [1] 대법원 1994. 11. 25. 선고 94다35671 판결(공1995상, 99), 대법원 1997. 8. 29. 선고 96다46903 판결(공1997하, 2851), 대법원 1998. 11. 24. 선고 98다32045 판결(공1999상, 14) /
- [2] 대법원 1999. 6. 11. 선고 99다3709 판결(공1999하, 1381), 대법원 1999. 9. 3. 선고 99다10479 판결(공1999하, 2032), 대법원 2000. 1. 21. 선고 98다50586 판결(공2000상, 470) /
- [4] 대법원 1997. 4. 11. 선고 97다3118 판결(공1997상, 1444), 대법원 1998. 6. 12. 선고 96다55631 판결(공1998하, 1858), 대법원 1998. 10. 20. 선고 98다31691 판결(공1998하, 2680)

#### 【전문】

【원고, 피상고인 겸 상고인】 원고 1 외 4인 (원고들 소송대리인 변호사 김형철)

【피고, 상고인 겸 피상고인】 피고 1 외 2인 (소송대리인 변호사 이익우 외 2인)

【원심판결】 서울고법 1999. 7. 6. 선고 98나50977 판결

#### 【주문】

】

상고를 모두 기각한다. 상고비용은 각자의 부담으로 한다.

#### 【이유】

】 상고이유를 본다.

## 1. 원심 인정의 기초사실

- (1) 피고 1은 경기 이천군 부발읍 아미리에서 축구장 등 각종 운동시설과 숙박시설을 설치하고 일반인들에게 이를 유료로 대여하는 관광농원의 소유자 겸 경영자이고, 피고 2는 소재 병원의 운영자, 피고 3은 위 병원에서 피고 3에게 고용된 외과의사이며, 소외 망 ○○○은 위 관광농원에서 체육시설을 사용하던 중 복부에 상해를 입고 위 병원에서 피고 3으로부터 치료를 받다가 다른 병원으로 이송 중 사망한 자이고, 원고 1은 망인의 처, 원고 2, 원고 3은 망인의 자, 원고 4, 원고 5는 망인의 부모이다.
- (2) 소외 망인은 1995. 12. 11. 자신이 과장으로 근무하던 소외 현대전자산업 주식회사의 정보기기 마케팅부에서 위 관광농원의 숙박 및 운동 시설을 1박 2일 일정으로 빌려 개최하는 단합대회에 참가하여 같은 날 15:00경 동료 직원들과 어울려 위 농장의 축구장에서 축구를 한 다음 축구장에서 약 13m 정도 떨어진 축구장으로 이동하면서 축구장에 설치된 축구골대 뒷쪽에서 축구골대를 향하여 뛰어가면서 점프를 하여 축구골대의 전면 상단 가로대 부분을 손으로 잡다가 그 충격으로 앞으로 넘어지는 축구골대와 함께 지면으로 떨어지면서 축구골대의 전면 가로대 부분이 망인의 상복부를 충격하여 복강내출혈상 등을 입었다.
- (3) 위 축구골대는 사다리꼴 형태로 철제파이프로 제작되었고 지면에 고착시키는 장치가 없는 이동식으로 된 것으로서 전면 상단 가로대의 길이는 5m, 높이는 2.5m, 직경은 11.5cm이며, 전면 하단 가로대 및 후면 상단 가로대는 없었고, 그물망은 설치되어 있지 아니하였으며, 축구골대가 지면에 서 있을 수 있도록 지탱하는 밀변인 골대 전면부와 후면 하단 가로대 사이의 길이는 1.13m로서, 위 축구골대를 지면에 고착시키는 아무런 장치가 없는 경우 성인남자가 손으로만 밀어도 골대가 흔들려 넘어질 우려가 있는 불안정한 상태였는데 위 사고 당시 위 축구골대에는 아무런 고착장치가 설치되어 있지 아니하였다.
- (4) 위 사고 직후 동료 직원인 소외 1 등은 망인을 위 병원으로 후송하여 같은 날 15:25경 위 병원 응급실에 도착하여 위 병원 외과의사인 피고 3으로부터 치료를 받게 되었는데, 위 피고는 위 소외 1 등으로부터 사고 경위를 듣고 망인의 상해부위를 촉진하는 등 진찰을 하고, 수액정맥주사를 하는 한편 흉부, 복부 엑스선 촬영을 지시하였는데 그 당시 망인의 의식은 정상적이었고, 복부통증을 호소하고 복부에 좌상이 있었으며, 혈압은 130-90으로 활력징후는 정상적이었다.
- (5) 피고 3은 위 엑스선촬영 결과 통상 장파열이 일어날 경우 장 안의 가스가 장 밖으로 나와 생기는 유리가스가 망인의 횡경막하 복강 내에 있는 소견이 나오자 소외 1에게 망인이 장파열된 것 같아 수술을 해야 하니 보호자에게 연락을 취해 달라고 요청하고 간호사에게 수술준비를 하도록 지시하는 한편, 다른 장기의 동반 손상 여부 등 보다 자세한 상태를 확인하기 위해 같은 날 16:00경 복부 컴퓨터단층촬영을 실시하였으며, 위 촬영시 망인이 장파열 상태이므로 경구조영제가 아닌 혈관조영제를 사용하여 촬영하였다.
- (6) 같은 날 16:30경에 결과가 나온 복부 컴퓨터단층촬영 소견상 망인은 복강 내 공기와 소량의 복수가 있고, 비장에 가느다란 검은 선이 보여 비장손상의 가능성이 있으며, 복수 가운데 군데군데 고밀도 음영이 보여 복강내출혈 가능성이 있고, 장간막내에 혈종으로 생각되는 7×7×3cm 크기의 연부조직음영이 관찰되어, 외상에 의한 소장파열 및 장간

막내 혈종의 가능성, 비장 손상의 가능성이 있는 상태였고, 피고 3도 위 촬영결과를 보고 비장손상 등을 의심하였다.

(7) 한편, 소외 1은 위 병원에 도착한 후 군포시 □□동에 있는 망인의 집으로 전화하여 망인의 처인 원고 1에게 망인이 사고를 당하여 위 병원 응급실에 있는데 지금 엑스선 촬영중이고 촬영이 끝나면 다시 연락하겠다고 하면서 처음 통화를 한 후 피고 3으로부터 위와 같은 엑스선 촬영결과를 듣고 위 원고에게 전화하여 망인이 장파열로 수술을 해야 할 상태라고 이야기하자, 위 원고는 집과 가까운 병원에서 치료를 받을 수 있는지 여부를 알아봐 달라고 부탁하였다

소외 1이 피고 3에게 위와 같은 위 원고의 뜻을 전하자 피고 3은 보호자가 원한다면 다른 병원으로 옮겨도 좋다고 하였다.

(8) 이에 원고 1은 장파열 수술이 가능한 병원을 수소문하여 수원시 권선구 세류 3동 1079의 3에 있는 ◇◇◇외과의원에서 망인에 대한 수술을 받기로 하고 소외 1과 통화시 ◇◇◇외과의원으로 이송하였으면 한다고 이야기하였고, 소외 1은 피고 3에게 망인의 처가 수원시 소재 ◇◇◇외과의원에서의 이송을 원한다고 하자 위 피고는 위와 같이 컴퓨터단층촬영 결과 망인의 비장손상 의심이 있음에도 위 병원으로부터 자동차로 1시간 정도 걸리는 거리에 있는 ◇◇◇외과의원으로 이송하여도 이송 도중 망인의 상태가 크게 악화되지는 않을 것이라고 만연히 생각하고 전원을 하도록 하라고 하였다.

(9) 피고 3은 망인에게 하트만 링거액(수액) 외에 혈액 1파인트(pint) 수혈지시를 하는 한편, 전원소견서에 혈압 130-70, 헤모글로빈(15.7), 혈색소(45.6) 정상, 흉부 엑스선상 유리공기가 보이며, 복부단층촬영에서 비장파열이 의심된다고 하면서 응급수술 예정이었으나 연고지 관계상 전원한다는 내용을 기재하여 위 병원의 구급차로 망인을 ◇◇◇외과의원으로 이송하게 하였다.

(10) 망인은 위 병원 응급실에 도착할 때부터 이송할 무렵까지 의사소통이 가능할 정도로 의식이 있었는데, 피고 3은 망인의 전원을 결정함에 있어서 망인이나 망인의 처인 위 원고에게 직접 그 당시 망인이 시급히 수술을 받아야 하는 응급상태에 있었음에 대하여 설명을 한 바는 없었으며, 망인은 ◇◇◇외과의원으로 전원된다는 것을 알고 위 병원 간호조무사인 소외 2에게 통증을 호소하면서 여기서 수술을 받게 하지 어디로 데려가는 것이냐고 말하는 등 불만을 표시하였다.

(11) 망인을 태운 구급차에는 망인 이외에 구급차의 운전기사과 소외 1만이 승차한 후 같은 날 17:00경 위 병원을 출발하였는데 후송 도중인 18:00경 신갈인터체인지 부근에서 망인이 불편을 호소하는 등 의식이 있었으나 같은 날 18:10경 ◇◇◇외과의원에 도착하여 확인한 때에는 이미 사망한 상태였으며, 사후 부검을 실시하지 아니하였고, 망인의 사인은 장파열 및 복강내출혈 등으로 인한 허혈성 쇼크로 추정되었다.

(12) 비장은 흉복과 복벽에 의해 보호받는 좌상복부 심부에 위치하고 있음에도 불구하고 손상을 받는 일이 많으며, 혈관이 많고 아주 취약한 기관인데, 손상되면 복강 내에 대출혈을 일으키는 수가 보통이며 이는 비교적 경한 손상인

경우에도 올 수 있고, 조기진단과 적절한 치료를 하지 않으면 생명을 잃는 수가 많으므로 극히 조심해야 되는 것으로 알려져 있다.

비장파열이 확진되거나 의심될 때에는 대개 응급 개복술을 실시하여야 하고, 수술준비를 하는 동안 혈액량감퇴증을 교정하고 적절한 검사를 시행한 후 즉시 개복하는데, 세밀한 검사 때문에 수술개시가 지연되는 일이 없도록 주의하여야 한다.

한편 위 엑스선 검사소견상 나타난 장파열의 경우에도 장파열 자체만으로는 즉시 사망하는 경우는 드물지만 심폐기능의 안정을 취하고 수액과 혈액을 공급하면서 적절한 수술준비를 하여 가능한 한 즉시 수술을 하여야 한다.

또한 위와 같은 장파열 또는 비장손상의 의심이 있어 응급환자로 분류되는 망인과 같은 경우에는 전원 도중 허혈성쇼크 및 심폐기능장애 등이 예상되므로 수액공급과 심폐기능을 유지받으면서 전원하는 것이 바람직하다.

(13) 비장 단독손상시의 수술사망률은 1% 이하이며, 타장기의 치명적 손상시에만 사망률은 10~25%로 높아지고, 위와 같은 수술은 경험 있는 집도의 1인과 보조사 1인이 전신마취하에 실시할 수 있는 수술이다.

## 2. 피고 1의 상고이유 제1점에 대하여

축구골대의 전면 가로대 부분이 망인의 상복부를 충격하여 복강내출혈상 등을 입게 되었다는 원심의 사실인정은 기록에 비추어 수긍할 수 있고(기록에 의하면 망인은 축구골대를 손으로 잡고 발로 허공을 차며 자신의 배 부분을 골대 상단부로 향하여 구르기까지 하다가 축구골대가 넘어지면서 망인의 상복부를 충격한 것으로 보인다), 거기에 사실오인이나 심리미진의 위법이 있다고 할 수 없다.

이에 관한 상고이유의 주장은 받아들일 수 없다.

## 3. 피고 1의 상고이유 제2점에 대하여

사고로 인하여 상해를 입은 피해자가 치료를 받던 중 치료를 하던 의사의 과실 등으로 인한 의료사고로 증상이 악화되거나 새로운 증상이 생겨 손해가 확대된 경우에는, 의사에게 중대한 과실이 있다는 등의 특별한 사정이 없는 한 확대된 손해와 최초의 사고 사이에도 상당인과관계가 있다고 할 것이고(대법원 1997. 8. 29. 선고 96다46903 판결, 1998. 11. 24. 선고 98다32045 판결 등 참조), 위와 같은 특별한 사정의 존재에 관한 입증책임은 최초의 사고를 야기한 자에게 있다고 할 것이다.

아래에서 보는 바와 같이 피고 3의 과실은 인정되지만, 그에게 중대한 과실이 있음을 인정할 증거는 없는 이 사건에 있어, 원심이 최초의 사고와 망인의 사망 사이의 인과관계를 인정한 것은 정당하고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같은 이유모순, 심리미진, 입증책임의 전도, 인과관계의 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

이에 관한 상고이유의 주장도 받아들일 수 없다.

## 4. 피고 3, 피고 2

원심판결 이유에 의하면 원심은, 망인은 장파열, 복강내출혈로 보였고 비장 손상의 가능성이 있었으며 이러한 경우 위급한 상황이므로 피고 3으로서는 그 당시 의식이 있었던 망인이나 병원에 동행한 동료인 소외 1 또는 전화통화가 가능하였던 망인의 처인 원고 1에게 망인의 상태가 조기에 수술을 하지 아니하면 생명이 위험한 상황이 될 수도 있음을 충분히 설명하여 그 동의를 얻어 즉시 응급개복술을 시행하고 수술개시가 지연되어 생명에 위험을 초래하는 일이 없도록 하여야 함에도 위와 같은 상황임을 충분히 설명하지 아니하여 이러한 사정을 알지 못한 위 원고가 집

근처에서 수술받기를 희망하였다는 이유만으로 만연히 위 사고를 당한 지 2시간이 지난 같은 날 17:00경 망인을 위 파티마병원으로부터 자동차로 1시간 정도 거리에 있는 수원시 소재 의원으로 전원하도록 한 과실이 있다고 판단하였는바, 원심의 이와 같은 사실인정과 판단은 기록에 비추어 수긍할 수 있고 거기에 사실오인이나 이유불비, 의사의 설명의무 내지 설득의무에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

이에 관한 상고이유의 주장도 받아들일 수 없다.

#### 5. 피고 3, 피고 2의 상고이유 제2점에 대하여

원래 의료행위에 있어서 주의의무 위반으로 인한 불법행위 또는 채무불이행으로 인한 책임이 있다고 하기 위하여는 의료행위상의 주의의무의 위반과 손해의 발생과의 사이의 인과관계의 존재가 전제되어야 하나, 의료행위가 고도의 전문적 지식을 필요로 하는 분야이고, 그 의료의 과정은 대개의 경우 환자 본인이 그 일부를 알 수 있는 외에 의사만이 알 수 있을 뿐이며, 치료의 결과를 달성하기 위한 의료 기법은 의사의 재량에 달려 있기 때문에 손해 발생의 직접적인 원인이 의료상의 과실로 말미암은 것인지 여부는 전문가인 의사가 아닌 보통인으로서로는 도저히 밝혀낼 수 없는 특수성이 있어서 환자측이 의사의 의료행위상의 주의의무 위반과 손해의 발생과 사이의 인과관계를 의학적으로 완벽하게 입증한다는 것은 극히 어려우므로, 환자가 치료 도중에 사망한 경우에 있어서는 피해자측에서 일련의 의료행위 과정에 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 지울 수 있도록 입증책임을 완화하는 것이 손해의 공평·타당한 부담을 그 지도원리로 하는 손해배상제도의 이상에 맞는다고 하지 않을 수 없다(대법원 2000. 1. 21. 선고 98다50586 판결 등 참조).

원심판결 이유에 의하면 원심은, 망인에 대한 수술은 경험 있는 집도의 1인과 보조사 1인이 전신마취하에 실시할 수 있는 수술로서 그 준비가 크게 필요한 수술이 아닌 점, 비장 단독손상시 수술사망률이 낮고, 망인의 엑스선검사 결과가 나온 16:00경 수술준비를 지시하였고, 망인의 사망시각은 같은 날 18:00경에서 18:10경 사이인 점 등에 비추어 장파열 및 복강내출혈로 인한 허혈성 쇼크로 사망한 것으로 추정되는 이 사건에 있어서 다른 사망원인이나 위 피고가 즉시 개복수술을 시행하였어도 사망하였을 것이라는 점에 대한 입증이 없는 이상 위 피고가 즉시 수술을 실시하지 아니한 채 만연히 위와 같이 망인을 다른 병원으로 이송하도록 한 과실로 수술이 지연되어 망인이 사망하였다고 추정함이 상당하다고 판단하였는바, 이는 위와 같은 의료소송에 있어서의 인과 관계에 관한 법리에 부합하는 것으로서 정당하고, 거기에 인과관계의 입증책임을 전도한 위법이 있다고 할 수 없다.

이에 관한 상고이유의 주장도 받아들일 수 없다.

#### 6. 원고들의 상고이유 제1점에 대하여

피고 3이 망인의 비장 손상의 가능성을 의심하기는 하였다는 원심의 사실인정은 기록에 비추어 수긍할 수 있고 피고 3이 비장 손상의 가능성을 완전히 간과한 것으로는 보이지 아니하며 원심판결에 채증법칙 위배로 인한 사실오인 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

이에 관한 상고이유의 주장도 받아들일 수 없다.

7. 원고들의 상고이유 제3점에 대하여

망인이 ◇◇◇외과의원으로 전원된다는 것을 알고 위 병원 간호조무사인 소외 2에게 통증을 호소하면서 여기서 수술을 받게 하지 어디로 데려가는 것이냐고 말하는 등 불만을 표시하였음은 원심이 판시한 바와 같은바, 망인의 위와 같은 발언은 이미 결정된 이송방침에 따르면서 내심의 불만스러움을 표시한 것에 불과하고 이송을 거부하면서 위 병원 에서 수술할 것을 요구한 것이라고는 보기 어려우며 피고 3이 망인의 수술요구를 거부하여 의료법상의 진료거부를 하였다고 보기 어렵다.

원심은 피고 3이 소극적으로 진료거부를 하였다는 원고들의 주장을 배척한 취지로 볼 수 있고 거기에 판결의 결과에 영향을 미친 심리미진 또는 이유불비의 위법이 있다고 할 수 없다.

이에 관한 상고이유의 주장도 받아들일 수 없다.

8. 원고들의 상고이유 제5점에 대하여

공동불법행위 책임은 가해자 각 개인의 행위에 대하여 개별적으로 그로 인한 손해를 구하는 것이 아니라 그 가해자들이 공동으로 가한 불법행위에 대하여 그 책임을 추궁하는 것으로, 법원이 피해자의 과실을 들어 과실상계를 함에 있어서는 피해자의 공동불법행위자 각인에 대한 과실비율이 서로 다르더라도 피해자의 과실을 공동불법행위자 각인에 대한 과실로 개별적으로 평가할 것이 아니고 그들 전원에 대한 과실로 전체적으로 평가하여야 한다(대법원 1997. 4. 11. 선고 97다3118 판결, 1998. 6. 12. 선고 96다55631 판결, 1998. 10. 20. 선고 98다31691 판결 등 참조).

비록 망인의 사망에 대한 피고 1의 과실과 피고 3의 과실이 동일하지 않더라도 원심이 위와 같은 법리에 따라 원고측의 과실을 피고들 전원의 과실과 전체적으로 평가한 것은 정당하고 거기에 공동불법행위에 있어서의 과실상계의 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.

이에 관한 상고이유의 주장도 받아들일 수 없다.

9. 피고 1의 상고이유 제3점과 원고들의 상고이유 제2, 4, 6점에 대하여

불법행위로 인한 손해배상 청구사건에서 과실상계 사유에 관한 사실인정이나 그 비율을 정하는 것은 그것이 형평의 원칙에 비추어 현저히 불합리하다고 인정되지 않는 한 사실심의 전권에 속하는 사항이다(대법원 2000. 1. 21. 선고 98다50586 판결 등 참조).

원심은 이 사건 변론에 나타난 여러 사정을 참작하여 피고들의 손해배상책임을 40%로 제한하였는바, 기록에 비추어 살펴보면(원심이 설시한 쌍방의 잘못 이외에도, 망인은 축구골대를 손으로 잡고 발로 허공을 차며 자신의 배 부분을 골대 상단부로 향하여 구르기까지 하여 적극적으로 위험을 초래한 잘못이 있는 반면에, 피고 3은 망인에게 의식이 있는데도 망인의 의향은 물어보지도 않고 이송한 잘못과 이송중의 망인에 대한 배려를 소홀히 한 잘못이 있는 것으로 보여진다) 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 책임제한 비율을 현저히 과다하게 정하거나 현저히 과소하게 정한 위법이 있다고 할 수 없다.

이 점에 관한 쌍방의 상고이유의 주장은 모두 받아들일 수 없다.

10. 그러므로 상고를 모두 기각하고, 상고비용은 각자의 부담으로 하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 손지열(재판장) 송진훈 윤재식(주심) 이규홍