

## 손해배상(의)

[서울중앙지법 2020. 10. 14. 2018나58457]



### 【판시사항】

甲이 운영하는 병원의 의사인 乙이 추간판 탈출증 관련 수술을 하던 중 乙의 의료상 과실로 丙에게 족하수라는 후유장애가 발생하였는데, 이에 따른 丙의 손해액 산정을 위한 노동능력상실률 평가 기준이 문제 된 사안에서, 맥브라이드 평가표가 아니라 대한의학회 장애평가기준을 통일적인 기준으로 삼아 노동능력상실률을 평가하여야 한다고 한 사례

### 【판결요지】

甲이 운영하는 병원의 의사인 乙이 추간판 탈출증 관련 수술을 하던 중 乙의 의료상 과실로 丙에게 족하수라는 후유장애가 발생하였는데, 이에 따른 丙의 손해액 산정을 위한 노동능력상실률 평가 기준이 문제 된 사안이다. 대한의학회 장애평가기준은 맥브라이드 평가표의 장애율 산정에 관한 불균형과 누락을 시정하고, 현실적인 우리나라 직업분포에 맞는 노동능력상실지수를 설정한 합리적이고 체계적인 기준이므로 맥브라이드 평가표가 아닌 대한의학회 장애평가기준을 통일적인 기준으로 삼아 노동능력상실률을 평가하여야 한다고 한 사례이다.

### 【참조조문】

민법 제393조, 제756조, 제763조

### 【전문】

【원고, 피항소인 겸 부대항소인】 원고 (소송대리인 변호사 박진석)

【피고, 항소인 겸 부대피항소인】 피고 1 외 1인 (소송대리인 변호사 이상운)

【제1심판결】 서울중앙지법 2018. 8. 21. 선고 2015가단5395319 판결

【변론종결】 2020. 7. 22.

### 【주문】

】

1. 제1심판결 중 피고들에 대하여 68,644,288원과 이에 대하여 2015. 6. 4.부터 2020. 10. 14.까지는 연 5%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 15%의 각 비율로 계산한 돈을 초과하여 지급을 명한 피고들 패소 부분을 취소하고, 그 취소 부분에 해당하는 원고의 피고들에 대한 청구를 각 기각한다.
2. 원고의 부대항소와 피고들의 나머지 항소를 각 기각한다.
3. 소송총비용 중 40%는 원고가, 60%는 피고들이 각 부담한다.

【청구취지, 항소취지 및 부대항소취지】 1. 청구취지 피고들은 공동하여 원고에게 131,696,734원과 이에 대하여 2015. 6.

- 4.부터 소장 부분 송달일까지는 연 5%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 15%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라
2. 항소취지 제1심판결 중 피고들 패소 부분을 취소하고, 그 취소 부분에 대한 원고의 피고들에 대한 청구를 각 기각한다

3. 부대항소취지제1심판결 중 아래에서 지급을 명하는 금액에 해당하는 원고 패소 부분을 취소한다. 피고들은 공동하여 원고에게 23,042,656원과 이에 대하여 2015. 6. 4.부터 이 사건 제1심판결 선고일까지는 연 5%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 15%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

【청구취지, 항소취지 및 부대항소취지】1. 청구취지피고들은 공동하여 원고에게 131,696,734원과 이에 대하여 2015. 6. 4.부터 소장 부분 송달일까지는 연 5%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 15%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라  
2. 항소취지제1심판결 중 피고들 패소 부분을 취소하고, 그 취소 부분에 대한 원고의 피고들에 대한 청구를 각 기각한다  
3. 부대항소취지제1심판결 중 아래에서 지급을 명하는 금액에 해당하는 원고 패소 부분을 취소한다. 피고들은 공동하여 원고에게 23,042,656원과 이에 대하여 2015. 6. 4.부터 이 사건 제1심판결 선고일까지는 연 5%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 15%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

【청구취지, 항소취지 및 부대항소취지】1. 청구취지피고들은 공동하여 원고에게 131,696,734원과 이에 대하여 2015. 6. 4.부터 소장 부분 송달일까지는 연 5%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 15%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라  
2. 항소취지제1심판결 중 피고들 패소 부분을 취소하고, 그 취소 부분에 대한 원고의 피고들에 대한 청구를 각 기각한다  
3. 부대항소취지제1심판결 중 아래에서 지급을 명하는 금액에 해당하는 원고 패소 부분을 취소한다. 피고들은 공동하여 원고에게 23,042,656원과 이에 대하여 2015. 6. 4.부터 이 사건 제1심판결 선고일까지는 연 5%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 15%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

【청구취지, 항소취지 및 부대항소취지】1. 청구취지피고들은 공동하여 원고에게 131,696,734원과 이에 대하여 2015. 6. 4.부터 소장 부분 송달일까지는 연 5%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 15%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라  
2. 항소취지제1심판결 중 피고들 패소 부분을 취소하고, 그 취소 부분에 대한 원고의 피고들에 대한 청구를 각 기각한다  
3. 부대항소취지제1심판결 중 아래에서 지급을 명하는 금액에 해당하는 원고 패소 부분을 취소한다. 피고들은 공동하여 원고에게 23,042,656원과 이에 대하여 2015. 6. 4.부터 이 사건 제1심판결 선고일까지는 연 5%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 15%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

【청구취지, 항소취지 및 부대항소취지】1. 청구취지피고들은 공동하여 원고에게 131,696,734원과 이에 대하여 2015. 6. 4.부터 소장 부분 송달일까지는 연 5%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 15%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라  
2. 항소취지제1심판결 중 피고들 패소 부분을 취소하고, 그 취소 부분에 대한 원고의 피고들에 대한 청구를 각 기각한다  
3. 부대항소취지제1심판결 중 아래에서 지급을 명하는 금액에 해당하는 원고 패소 부분을 취소한다. 피고들은 공동하여 원고에게 23,042,656원과 이에 대하여 2015. 6. 4.부터 이 사건 제1심판결 선고일까지는 연 5%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 15%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

【청구취지, 항소취지 및 부대항소취지】1. 청구취지피고들은 공동하여 원고에게 131,696,734원과 이에 대하여 2015. 6. 4.부터 소장 부분 송달일까지는 연 5%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 15%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라  
2. 항소취지제1심판결 중 피고들 패소 부분을 취소하고, 그 취소 부분에 대한 원고의 피고들에 대한 청구를 각 기각한다  
3. 부대항소취지제1심판결 중 아래에서 지급을 명하는 금액에 해당하는 원고 패소 부분을 취소한다. 피고들은 공동하여 원고에게 23,042,656원과 이에 대하여 2015. 6. 4.부터 이 사건 제1심판결 선고일까지는 연 5%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 15%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

【이유】

## 】 1. 인정 사실

가. 피고 1은 의사인 피고 2를 고용하여 '(병원명 생략)(서울강남 본원, 이하 '피고 병원'이라 한다)'을 운영하고 있다.

나. 원고는 2010년경 요통으로 인한 신경성형술을 받은 이래로 수년간 요통과 방사통 등으로 여러 보존적 치료를 받아 오다 2013. 11. 28. 피고 병원에 첫 내원하여 L4/5(요추4-5번)와 L5/S1(요추5번-천추1번) 추간판 탈출증으로 진단받고, 당일과 2013. 12. 18. 2회에 걸쳐 CT 유도 신경치료를 받았다.

그러나 다시 증상이 악화되어 2015. 5. 28. 좌측 엉덩이 통증과 좌측 허벅지 뒤쪽으로 종아리 뒤 발뒤꿈치, 새끼발가락의 저린감과 당김, 우측 허리 통증 등 증상으로 피고 병원에 내원하였고, 수술을 위해 2015. 6. 3. 입원하였다.

피고 2는 원고에게 표준적 수술법인 감압술 및 수핵 제거술(OLD 혹은 OLM, 전신마취 후 경막의 뒤로 들어가서 현미경으로 직접 보면서 병변을 제거하는 수술)을 권하였으나, 가족들이 반대한다는 이유로 원고가 완강히 거부하는 바람에 2015. 6. 4. 경막외 내시경하 신경감압술(SELD, 국소마취 후 경막의 앞으로 들어가서 카테터를 경막외로 투여하여 영상증폭장치를 보면서 병변을 제거하는 수술, 이하 '이 사건 1차 수술'이라 한다)을 시행하였다.

라. 그런데 이 사건 1차 수술 직후 원고가 좌측 엄지발가락과 좌측 발목에 힘을 줄 수 없는 증상을 보이자, 피고 2는 2015. 6. 5. 원고의 요추5번-천추1번 부위에 감압술 및 수핵 제거술(이하 '이 사건 2차 수술'이라 한다)을 시행하여 남아 있던 디스크를 더 제거하였다.

마. 원고는 이 사건 2차 수술 후 통증이 감소하고 물리치료를 통해 좌측 발목과 엄지발가락 부위 등의 근력이 다소 호전되었으나, 현재 족관절 신전근의 근약증으로 인한 족하수(신경 손상 등으로 근육이 약화되어 발목을 들지 못하고 발등을 몸 쪽으로 당기지 못하며 발이 아래로 떨어지는 증상)의 후유장애가 남아 있는 상태로, 좌측 발목에 힘이 들어가지 않아 발이 끌리고 잘 넘어지며, 넘어지지 않기 위해 좌측 발목에 단축보조기를 착용하고 있다.

[인정 근거] 다툼 없는 사실, 을 제1호증의 1 내지 12, 제6호증의 1 내지 4 각 기재, 제1심 ○○대학교 △△병원장의 신체감정 결과 일부, 제1심 □□의료원장의 진료기록감정 결과 일부, 변론 전체의 취지

## 2. 손해배상책임 발생

가. 이 사건 1차 수술 중 과실 유무

1) 의료행위는 고도의 전문적 지식을 필요로 하는 분야로서 전문가가 아닌 일반인으로서의 의사가 의료행위의 과정에 주의의무를 위반하였는지 여부나 그 주의의무 위반과 손해발생 사이에 인과관계가 있는지 여부를 밝혀내기가 극히 어려운 특수성이 있다.

따라서 하지마비 증상이 전혀 없던 환자에게 수술 직후 하지마비 장애가 발생하였다면, 수술 과정에서 의료상의 주의의무 위반으로 인하여 하지마비 장애가 발생하였음을 추정할 수 있는 정도의 개연성이 담보되는 간접사실들을 입증함으로써 수술 직후에 발생한 하지마비 장애가 의료상의 과실에 기한 것이라고 추정하는 것이 가능하다(대법원 2011. 7. 14. 선고 2009다54638 판결 등 참조).

2) 위 인정 사실에다 앞서 든 각 증거와 갑 제8호증의 1 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정을 종합하면, 피고 2가 이 사건 1차 수술을 시행하는 과정에서 요추5번 신경근을 과도하게 견인 또는 압박하거나 레이저를 잘못 조사하여 요추5번 신경근을 손상시킴으로써 원고에게 족하수라는 후유장애가 발생한 것으로 추정할 수 있다.

따라서 피고 2는 직접 불법행위자로서, 피고 1은 피고 2의 사용자로서 공동하여 원고에게 후유장애로 인한 손해를 배상할 책임이 있다.

① 원고가 이 사건 1차 수술 전날인 2015. 6. 3. 피고 병원에 입원할 때까지 원고에게는 좌측 엉덩이 등의 통증과 좌측 발목과 좌측 엄지발가락에 약간의 근력저하(Grade 4) 외에 요추5번-천추1번의 신경 손상이나 신경근병의 증상이 없었다.

원고는 이 사건 1차 수술 직후 좌측 발목과 좌측 엄지발가락의 굽히기 근력이 Grade 2로 대폭 저하되었다.

② 원고의 후유장애인 족하수는 일반적으로 신경 손상이나 신경병증 등과 관련하여 발생한다.  
발목과 발을 지배하는 신경근이 바로 이 사건 1차 수술 부위인 요추5번의 신경근이다.

③ 피고 2는 2015. 11. 20. 원고에게 후유장애가 발생한 이유에 관하여 직접 설명하면서 '마지막에 에너지가 과했던 것 같다', '마지막에 더 뚫으려다가 튕 것 같다'는 취지로 말하였다.

④ 피고들은 이 사건 1차 수술 직후 촬영한 MRI 영상이나 이 사건 2차 수술 과정에서 신경근 및 경막 손상이 관찰되지 않았으므로 이 사건 1차 수술 중 직접적인 신경 손상은 없었다고 주장한다.

그러나 신경근을 둘러싼 경막 손상이 보이지 않는다고 해서 신경근 손상이 없다고 단정할 수 없다.  
더욱이 MRI 영상만으로는 신경 손상 여부를 정확히 알 수 없고, 이 사건 2차 수술과정에서 피고 2가 원고의 신경 손상을 미처 발견하지 못하였을 가능성도 배제할 수 없다.

⑤ 피고들은 원고의 후유장애가 기왕증인 추간판 탈출증으로 인해 발생한 신경 주위 유착에 기인한 것이고, 통상적인 합병증일 뿐이라고 주장한다.

그러나 원고의 기왕증이 후유장애에 기여한 부분이 있다면 이는 책임의 범위 영역에서 고려하여야 하고, 달리 원고의 후유장애가 원고의 기왕증으로 인한 불가피한 결과임을 인정할 근거가 미약하다.

한편 피고 2가 원고의 기왕증을 정확히 파악하고 있었음에도 불구하고 원고에게 이 사건 1차 수술이 국소마취하에 진행되는 간단한 시술임을 강조하여 설명한 점도 이 사건 1차 수술이 제대로 시행되었을 경우 통상적으로는 족하수라는 후유장애가 발생하지 않았을 것임을 시사한다.

#### 나. 설명의무 위반 여부

원고는 피고 2가 이 사건 1차 수술 전 원고에게 국소마취 후 진행되는 주사요법과 비슷한 시술로서 매우 안전하다고만 강조하였을 뿐, 신경 손상 합병증이 발생할 수 있다든지, 다리에 마비가 와서 영구적인 운동신경장애가 생길 수 있다는 설명을 하지 않았다고 주장한다.

그러나 을 제1호증의 7 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 피고 2는 2015. 6. 4. 08:20경 원고에게 이 사건 1차 수술의 방법과 목적, 그리고 특별한 부작용이 없는 안전한 시술이나 드물게 신경계 손상(1% 이내) 등의 합병증이 발생할 수 있음을 설명한 사실이 인정된다.

원고가 입은 후유장애도 신경계 손상에 포함되므로 원고의 설명의무 위반 주장은 받아들이지 않는다.

### 3. 손해배상책임 범위

#### 가. 노동능력상실률 평가기준

##### 1) 의의

불법행위로 신체기능의 일부를 침해당한 피해자의 일실회손해를 계산하는 방식과 관련하여 우리나라 손해배상 실무는 평가설에 따라 사고 당시 직업에 따른 소득을 정년까지 산정한 뒤 노동능력상실률을 곱하는 방식으로 하는 것이 보통이다.

이때 노동능력상실률은 단순한 의학적 신체기능장애율이 아니라 피해자의 연령, 교육 정도, 종전 직업의 성질과 직업경력, 기능숙련 정도, 신체기능장애 정도 및 유사직종이나 타 직종의 전업가능성과 그 확률 기타 사회적, 경제적 조건을 모두 참작하여 경험칙에 따라 정한 수익상실률로서 합리적이고 객관성이 있는 것이어야 하고, 노동능력상실률을 정하기 위한 보조자료의 하나인 의학적 신체기능장애율에 대한 감정인의 감정 결과는 사실인정에 관하여 특별한 지식과 경험을 요하는 경우에 법관이 그 특별한 지식, 경험을 이용하는 데 불과한 것이며, 궁극적으로는 앞서 열거한 피해자의 제 조건과 경험칙에 비추어 규범적으로 결정할 수밖에 없다(대법원 1992. 5. 22. 선고 91다39320 판결, 대법원 2002. 9. 4. 선고 2001다80778 판결 참조).

##### 2) 장애평가방식

#### 가) 우리나라의 경우

우리나라에서 장애를 평가하는 방법은 크게 장애등급표를 이용하여 등급을 정하는 방식과 구체적인 장애율을 산출하는 방식으로 나눌 수 있다.

산업재해보상보험법 시행령의 [별표]와 국가배상법 시행령의 [별표](신체장애를 14등급으로 나누는 것은 산업재해보상보험법 시행령과 같으나, 각 등급별로 노동능력상실률을 표시하고 있는 점이 다르고, 장애의 분류와 등급이 서로 불일치하는 경우도 적지 않다)가 전형적인 장애등급표 방식이며, 군인연금법, 공무원연금법, 국민연금법, 자동차손해배상 보장법 등 일반적으로 공익적 목적을 갖는 법률들은 장애등급방식을 채택하고 있다.

장애등급방식은 동종·대량 사건의 신속처리, 주관성·자의성의 배제, 장애를 입은 사람 간의 공평·균형, 예측 가능성에 의한 분쟁의 예방 등의 장점이 있으나, 기준이 강한 구속력을 발휘하여 개별 사안의 개별성이 무시되는 경직적인 운용이나 획일적인 처리에 빠지기 쉽고, 정액화가 결국 저액화를 가져올 우려가 있다는 비판이 있다.

한편 손해배상 실무에서 주로 이용되는 맥브라이드 평가표와 미국의학협회 기준 및 대한의학회 장애평가기준은 모두 장애율방식을 채택하고 있다.

장애율방식은 일반인이 구체적인 내용을 이해하기 어렵다는 단점이 있지만, 개별 사안마다 장애를 정확하게 분석할 수 있다는 장점이 있다.

현재 신체감정 실무를 보면, 법원이 감정의에게 피해자의 장애가 맥브라이드 평가표의 어느 항목에 해당하는지를 찾아 노동능력상실률을 산정해 줄 것을 요구한 후 감정서 기재 자체의 모순이나 불합리한 점이 없으면 감정 결과를 그대로 수용하는 것이 일반적이다.

간혹 맥브라이드 평가표에 없는 장애 항목의 경우 국가배상법 시행령 [별표], 미국의학협회 기준 그리고 대한의학 회 장애평가기준 등이 그때그때 이용되고 있다.

한편 이러한 기준들은 각각 그 산정기초 및 체계와 상실을 등에 차이가 있으므로 서로 참작할 수는 있어도 혼용할 수는 없지만, 상이한 부위에 발생한 장애는 서로 다른 기준에 의하여 평가한 후 중복장애율을 산정하는 것이 가능하다(대 법원 1990. 4. 13. 선고 89다카982 판결, 대법원 1997. 5. 30. 선고 97다4784 판결 참조).

나) 외국의 경우

① 영국, 독일

재산상 소극적 손해의 본질론과 관련해서 우리가 기본적으로 평가설(가동능력상실설)을 따르는 것과 달리 영국과 독일은 차액설(소득상실설)에 따라 인신사고 피해자의 소득손해(loss of earnings, Erwerbsschaden)를 평가하므로, 피해자의 사고 전후 소득변화를 증명하는 방식을 통하여 소득상실을 인정하고 있고, 우리처럼 노동능력상실률을 따 로 판단하지는 않는 것으로 보인다.

다만 양국 모두 위자료 산정 시에는 신체손상 정도를 반영하고 있다.

② 미국

미국은 평가설에 입각해서 상해를 전후하여 실제로 감소한 소득(loss earnings)이 아닌 수입능력 상실(loss earning capacity) 또는 상해로 인해 소득활동에 투입할 수 없었던 시간(loss time)을 손해배상 대상으로 보지만, 구체적인 산 정방법에 있어서는 우리와 큰 차이가 있다.

후유장애가 없었다면 장래 얻을 수 있는 수입에서 피해자가 갖는 후유장애의 정도를 가지고 취업할 경우 얻을 수 있는 수입을 뺀 것이 일실이익이 되는 것이다.

장애가 있는 사람들은 취업 직종이나 영역이 제한되고, 가동기간도 그렇지 않은 사람들에 비해 짧아지기 때문에 장 래 일실이익은 현재보다 상당히 감소하게 되고 그 차액이 바로 손해가 된다.

이와 같은 판단을 함에 있어 사실인정권자인 판사 또는 배심원이 증거에 의해 우선 의사 등 전문가가 감정한 피해 자의 신체 영구장애를 기초로 피해자의 직업의 성질, 피해자의 직업능력, 피해자가 신체장애로 인해 기존의 직업능 력을 다할 수 없게 된 정도 등을 종합적으로 고려하여 산정하게 되는데 의학전문가를 통해 얻는 신체장애 항목을 판결에 구체적으로 드러내지는 않는 것으로 보인다.

의학전문가들이 견해를 제시할 때 근거로 삼는 것은 주로 미국의학협회 기준이다.

이는 미국의학협회(American Medical Association, AMA) 산하 신체장애등급위원회가 1958년부터 1970년까지 72명의 전문의가 발표한 13개 신체부위 및 장애에 관하여 1971년 'Guides to Evaluation of Permanent Physical Impairment'라는 단행본으로 발간한 것으로, 1984년에 개정판이 나온 이후 2008년 제6판까지 발간되었다.

미국의학협회 기준은 미국 대부분의 주에서 채택되고 있고, 캐나다, 호주, 뉴질랜드, 남아프리카 등지에서도 사용되 고 있으며, 몇몇 유럽국가에서도 이 기준을 변형하여 사용하고 있다.

각 장애 분야별로 다양한 방법에 따라 각 계열의 수치를 구한 후 소정의 방법으로 합산하여 최종적인 일상생활능력 저하를 평가하는 방식을 채택하고 있어, 의도적으로 직업을 배제한 순수한 의학적 장애율을 평가하는 기준으로서 기능한다(별도의 요청이 있는 경우 의사가 직무능력이나 직무제한에 관한 검토의견을 낼 수는 있다고 한다).

그런데 그 내용이 지나치게 방대해서 일반인이 이해하기 어렵고, 경우에 따라서는 의료진도 해석 및 적용에 난점이 있어 미국의사협회는 추가로 해설서(Transition to the AMA Guides Sixth, The guides casebook)를 발간하여 보충하고 있다.

이러한 문제점을 고려하여 작전수행 중 상이를 입은 군인처럼 동종 다량의 처리가 필요한 분야에서는 별도의 기준을 정하고 있기도 하다.

### ③ 일본

일일수익 평가와 관련해서 일본의 최고재판소는 원칙적으로 차액설의 입장에 있고 평가설의 입장도 반영하는 것으로 평가되기는 하지만, 구체적인 하급심의 실무는 우리의 하급심 실무와 큰 차이가 없는 것으로 보인다.

그러나 노동능력상실률 자체를 판단하는 방식은 다르다.

일본에서는 우리의 산업재해보상보험법에 해당하는 노동자재해보상보험법의 시행규칙 [별표] 제1장해등급표에서 규정하고 있는 제1급에서 제14급의 등급과 노동기준국장통첩 昭和32(1957년) 7. 2.자 제551호에 의한 노동능력상실률의 상실률표를 산재사고, 교통사고, 의료사고로 인한 손해배상소송은 물론이고 공보험과 사보험에서도 널리 이용하고 있다.

### ④ 중국

중국은 차액설이나 평가설이 아닌 독특한 방식으로 일일수익을 산정하는데 중국학자들은 중국의 입법이나 법원이 취하고 있는 제3의 이론을 '생활수입원상실설'이라고 칭한다.

중국의 소송실무는 후유장애에 대한 손해배상의 근거를 상해 전후의 수입 차액에 두지 않고, 피해자가 후유장애로 노동능력을 상실하면 그로 인하여 생활수입원을 상실하게 되므로, 배상하여야 할 것은 피해자가 후유장애로 인하여 상실한 생활비라고 본다.

따라서 가해자가 배상할 내용은 일일이익이 아니라 피해자의 생활보조비이고, 생활보조비의 표준은 피해자가 상실한 실제 소득이 아니고 현지 주민의 기본 생활비가 기준이 된다.

노동능력상실률이나 장애등급에 대한 통일적 표준은 없고, 보통 '공상 및 직업병으로 인한 장애정도 감정 표준' 또는 '교통사고 피해자의 장애 평정'을 참조하여 정한다.

## 3) 맥브라이드 평가표

### 가) 개념

맥브라이드 평가표란 미국 오클라호마 의과대학 정형외과의 맥브라이드 교수(Earl D. McBride, 1891~1975)가 저술한 'Disability Evaluation and Principles of Treatment of Compensable Injuries'의 표 14(Table 14), 표 15(Table 15)를 말한다.

1936년 초판 발행 이후 1963년 6번째 개정판을 끝으로 절판되었는데, 현재 우리 신체감정 실무에서 노동능력상실을 평가기준으로 널리 사용되는 맥브라이드 평가표는 이 마지막 개정판에 수록되어 있다.

맥브라이드 평가표에 의해 노동능력상실을 평가하기 위해서는 먼저 표 15에서 신체장해부위별 직업계수를 찾는 다음, 표 14에서 신체장해와 직업계수에 따른 노동능력상실을 확인하면 된다.

#### 나) 문제점

맥브라이드 평가표는 원전에 명백한 오기라고 볼 수 있는 부분이 존재하고, 마지막 개정판이 출간된 이후 의료기술이 크게 발전함에 따라 불가피하게 여러 변형이 가해진 상태로 이용되고 있다.

구체적인 이유를 보면, 오늘날 1960년대에는 존재하지 않던 CT, MRI 등과 같은 영상진단기기가 보편화되고 새로운 수술 기법과 재료가 보급되면서, 같은 유형의 사고와 손상을 입어 의학적 처치를 받은 환자의 상태가 맥브라이드 평가표가 작성되었던 시점과 비교하면 현저한 차이가 있는 경우가 많다.

또한 동태적인 의학 특성상 환자를 진단하고 평가하는 방법에도 변화가 있어 맥브라이드 평가표가 포섭하지 못한 많은 장애유형이 발생하고 있다.

그리고 맥브라이드 교수가 정형외과 의사여서 정형외과 부분은 비교적 자세하게 규정되어 있지만, 다른 분야는 매우 추상적으로 기술되어 있는 데다가, 각 항목에서 사용하는 용어의 정의나 이와 관련한 해설이 없어 감정의의 개인적인 견해나 주관에 크게 좌우될 수밖에 없는 영역이 광범위하게 존재한다.

그리하여 맥브라이드 평가표를 참조한 감정 결과가 나오더라도 유사한 상황에서 유리한 감정 결과가 있었던 다른 감정례를 제시하며 반론을 제시하는 당사자들이 많아 하급심의 혼란을 가중하는 요인으로 작용하고 있는 형편이다.

그리고 장애가 영구적인지 일시적인지 구별하지 않고 있는 점, 장애판정에 관한 준용규정이 없어 판정 자체가 곤란한 경우가 발생하는 점, 한 부위의 장애가 관점을 달리하면 두 개 이상의 장애로 될 수 있는 경우가 있어 중복 평가될 우려가 있는 점도 간과할 수 없는 오류이다.

50여 년 전 절판된 맥브라이드 평가표 원전을 구하는 것 자체가 쉽지 않은 것도 문제이다.

법원도서관, 국회도서관, 국립중앙도서관에서도 원전을 보유 장서로 두고 있지 않고, 신체감정을 오래전부터 담당해오던 개별 병원의 몇몇 의국에서만 보유하고 있는 상황이다.



우리나라를 제외하고는 맥브라이드 평가표를 사용하는 나라가 전 세계에 단 한 나라도 없어 외국에서 입수하기도 어렵다.

그래서 많은 경우 맥브라이드 평가표를 번역하고 그 과정에서 수정을 가한 변형본들을 참조하는 상황인데, 변형본들은 번역과정에서 오역된 부분이 있고, 경우에 따라서는 원전에서 정한 수치를 특별한 이유제시 없이 변경하는 경우도 있으며, 심지어 항목 적용을 위해서 원전에서 요구하지 않았던 추가적인 요건을 부가하는 경우도 있다.

실제 감정을 담당하는 의사들도 원전을 그대로 적용할 경우 실제 신체 상태에 비추어 보았을 때 과잉배상이라고 할 부분이 많아, 노동능력상실률은 유지하면서 한시장애를 적용하거나, 영구장애로 보면서 감산준용을 하는 감정 실무가 예전부터 내려오고 있다.

이는 적절한 보상이라는 목적에 부합하는 불가피한 조치라고 볼 수도 있으나 통일된 기준이 없어 유사한 신체 상태라도 감정의에 따라 그 결과가 달라지는 심각한 문제가 발생한다.

구체적으로 들여다보면, 표 14에는 수치로 표현된 항목도 있지만, 추상적으로 정도에 따라 장애율을 정하고 있는 부분도 적지 않다.

특히 신경계와 관련한 항목에서 이러한 빈도가 높는데, 두부·뇌·척수 항목의 VII, VII, IX항에서 "minor, moderate, major, extreme"이라는 용어를 사용하여 장애율을 정함에 따라 적용에 있어 많은 다툼이 발생하고 있다.

각 경우에 주어지는 장애율의 차이가 큰 데 반하여 위 용어가 구체적으로 무엇을 의미하는지는 표 14뿐만 아니라 이 표가 수록된 책 전체를 읽어보아도 찾을 수 없기 때문이다.

이에 관하여 자동차보험 진료수가분쟁심의회에서 펴낸 맥브라이드 장애평가방법 가이드가 항목별 요건을 제시하고 있으나, 전체적으로 낮은 항목으로의 적용을 유도하고, 맥브라이드 평가표가 작성되던 당시에는 존재하지 않던 검사방법에서 양성 결과를 요구하는 등 문제점이 있다.

한편 맥브라이드 평가표를 옹호하는 입장에서는 맥브라이드 평가표가 의학적 '장애율'을 먼저 구한 다음, 100여 종 이상의 직업에 따른 직업계수를 적용하여 '노동능력상실률'을 도출할 수 있으므로 우월한 평가방법이라고 주장한다.

그러나 맥브라이드 평가표(표 15)에 규정된 297개 직업들은 1960년대 미국의 사회환경이 그대로 반영된 것이어서 대부분 육체노동분야에 한정되고 지식정보사회인 현대 한국사회의 직업양태와는 큰 간극이 있다.

그 결과 실제 사건에서는 대부분 일반 옥내근로자(Laborer: Common: Inside) 혹은 일반 옥외근로자(Laborer: Common: Outside)로만 단순 구별하여 직업계수를 적용하고 있는 실정이다.

#### 4) 대한의학회 장애평가기준

##### 가) 제정 및 개정 경위

'대한의학회 장애평가기준(해설과 사례 연구)'에 기술된 발간사는 제정이유를 다음과 같이 밝히고 있다.

"우리나라 법원에서 이루어지고 있는 신체 관련 손해배상은 아직도 1960년대에 만들어진 낡은 기준을 어깨너머로 자율학습한 일부 의사들에 의해 장애 유무와 정도가 평가되고 있다.

주로 육체노동에 의해 돈을 벌었던 시대의 특정 장기의 장애가 개인용 컴퓨터와 인터넷을 이용한 지식정보사회의 장애와 같을 수 없다.

또한 그동안 의료기술의 발달과 각종 사회 환경의 변화로 일상생활이나 사회생활에 불편한 정도 역시 크게 달라졌으나 이러한 변화를 전혀 반영하지 않고 50년도 넘은 낡은 다른 나라의 기준을 지금까지 사용하고 있다는 사실은 정말 부끄러운 일이다.

대한의학회는 보건복지부와 함께 이런 낡은 기준을 우리나라 여건에 맞는 새 기준으로 바꾸는 일을 2007년부터 시작해서 2011. 9. 마침내 대한의학회 장애평가기준(해설과 사례 연구)을 출판하였다.

"

그런데 대한의학회 장애평가기준 초판은 '근골격계' 항목에서 심각한 오류가 발견됨에 따라 널리 이용되지 못하였고, 이를 바로잡기 위하여 2013년 대한의학회 주관으로 정형외과학회, 대한신경외과학회, 대한재활의학회 등이 공동으로 개정 작업을 진행하게 되었다.

그 과정에서 '뇌신경계' 항목도 수정이 필요하다는 요청을 반영하여, 대한신경정신의학회, 대한신경외과학회, 대한신경과학회, 대한재활의학회 등도 개정 작업에 참여하였고, 2016년 개정판인 '대한의학회 장애평가기준과 활용'이 발간되었다.

#### 나) 특징

대한의학회 장애평가기준(Korean Academy of Medical Science Guides for Impairment Evaluation, KAMS Guides)은 가장 과학적이라는 평가를 받고 있는 미국의학협회 기준을 기본모형으로 삼아 맥브라이드 평가표의 장점을 취합하고 단점을 보완하여 장애율과 노동능력상실률을 산정하는 방식을 정립하였다.

무엇보다 객관성 확보에 주안을 두고, 주관적 증상에 의한 판단을 줄이기 위해 객관적 징후와 검사소견에 따라 항목별로 점수를 매기고, 그 점수를 이용하여 장애정도를 평가하는 방법을 개발하였다.

우리나라 장애인지도와 장애인 이동시설과 같은 장애 환경, 의료 환경을 고려하는 한편 주기적인 개정을 통해 추후의 변화에 대응하여 현실성을 보완할 수 있도록 하였다.

그리고 대한의학회 홈페이지에서 누구나 무료로 내려 받을 수 있는 창구를 열어두고 있어 대중적인 접근이 용이하다.

장애율을 먼저 구한 후 여러 직업의 직업계수를 적용하여 최종적인 노동능력상실률을 도출하는 맥브라이드 평가표 방식을 따르면서도, 오래된 맥브라이드 평가표의 항목을 보완하기 위하여 미국의학협회 기준과 유사하게 장애항목을 중추신경계, 정신 및 행동, 청각, 후각 및 평형 관련, 시각, 언어, 심장, 호흡기, 소화기, 신장, 비뇨생식기, 종양혈액, 내분비, 근골격계, 외모피부(의학적으로 평가하기 어려운 치과 장애와 한의학적 장애는 제외) 분야로 나누고, 각

분야별로 평가표를 제시하기에 앞서 총론적으로 평가에 있어서 유의할 사항을 설명하고 각 항목에 있어서도 구체적인 지시와 유의사항을 포함하고 있다.

이러한 방식을 통하여 도출한 장애율에 우리나라 표준직업분류(6차 개정, 2007)를 기초로 한 직업군(1,206개의 세세분류)의 노동능력상실지수를 적용하여 최종적인 노동능력상실률을 산정할 수 있다.

#### 다) 평가절차

- ① 장애율 평가
- ② 장애 발생 전 직업군 선정
- ③ 장애 신체부위와 장애 종류에 따른 장애계열 선정
- ④ 직업에 따른 노동능력상실지수 선정
- ⑤ 장애율과 노동능력상실지수를 이용하여 노동능력상실률 평가
- ⑥ 필요한 경우 노동능력상실률 병산

#### 5) 이 법원이 대한의학회 장애평가기준을 채택하는 이유

앞서 본 맥브라이드 평가표의 많은 문제점들로 인하여 우리나라를 제외하면 맥브라이드 평가표가 발간된 미국은 물론이고 세계 그 어디에서도 맥브라이드 평가표를 적용하여 장애를 평가하고 있는 예를 찾을 수 없다.

대한의학회 장애평가기준 초판의 오류를 바로잡은 개정판이 발간된 지도 3년 이상 지났고, 이후 개정판 내용에 명백한 오류가 발견되지 않았음에도, 아직도 우리 법원은 맥브라이드 평가표를 원칙적인 평가기준으로 사용하면서 간혹 맥브라이드 평가표에 없는 장애항목의 경우에만 대한의학회 장애평가기준을 적용하는 등 소극적인 활용에 그치고 있는 실정이다.

그러나 과학적이고 현대적이며 우리나라 여건에 잘 맞는 대한의학회 장애평가기준이 마련된 지금 낡은 맥브라이드 평가표를 계속 붙들고 있어야 할 아무런 필요도 합리적인 이유도 찾을 수 없다.

국가배상기관에서 배상액을 정하기 위한 행정 편의적 기준인 국가배상법 시행령 [별표]나 순수한 의학적 장애율 평가기준에 불과한 미국의학협회 기준이 대안이 될 수 없음은 물론이다.

대한의학회 장애평가기준은 맥브라이드 평가표의 장애율 산정에 관한 불균형과 누락을 시정하고, 현실적인 우리나라 직업분포에 맞는 노동능력상실지수를 설정한 합리적이고 체계적인 기준임이 분명하다.

이제부터라도 이를 통일적인 기준으로 삼아 노동능력상실률을 평가함이 마땅하다.

#### 나. 손해배상액 산정

##### 1) 재산상 손해

가) 소극적 손해: 62,880,355원

- ① 인적사항: (생년월일 생략) 남자(여명종료일 2067. 12. 19.)

② 소득 및 가동연한: 만 65세가 되는 날(연월일 생략)까지 도시일용노동에 종사하는 보통 인부의 노임(현재 무직)

③ 노동능력상실률

㉠ 평가기준: 대한의학회 장애평가기준

㉡ 적용 결과

- 척추장애 2-1)-(3) 요추부 해당 전신장애율 12%와 무직 등 기타 직업군(999) 해당 노동능력상실지수 5를 적용하면 원고의 후유장애로 인한 노동능력상실률은 18%가 된다.

- 이에 반하여 이 법원의 ○○대학교 △△병원장(제1심 신체감정인)에 대한 2019. 6. 28.자 사실조회 결과 중 원고의 후유장애가 대한의학회 장애평가기준의 '말초신경장애'에 해당함을 전제로 후유장애로 인한 노동능력상실률이 16.7%라고 평가한 부분이 있다.

그러나 대한의학회 장애평가기준에 의하면 '말초신경장애'는 근전도 검사로 특정 말초 신경의 이상이 확인된 경우 적용하기에 더 적합한 항목이고, 오히려 '척추장애' 항목에서 척추 수술과 관련되어 족하수가 잔존한 사례를 예시로 들고 있는 점에 비추어 볼 때 원고의 후유장애는 '척추장애'로 봄이 타당하므로, 위 사실조회 결과 부분은 채택하지 않는다.

㉢ 기왕의 장애: 불인정

- ○○대학교 △△병원장에 대한 제1심 신체감정 결과와 이 법원의 각 사실조회 결과에 의하면, 원고에게 기왕의 장애는 없었던 것으로 보인다.

이에 반하여 제1심의 □□의료원장에 대한 진료기록감정 결과 중 이 사건 1차 수술 전 원고가 근력 약화로 인해 수술이 불가피한 상태였다는 점만을 근거로 원고에게 기왕의 장애가 있었고 맥브라이드 평가표에 의할 때 기왕의 장애로 인한 노동능력상실률이 30%에 이른다는 부분은 채택하지 않는다.

수술 전 검사에서 약간의 위약이 확인된 것만으로 원고에게 고정적인 장애가 있었음을 인정하기 어렵기 때문이다.

㉣ 기왕증 기여도: 인정

- 원고의 기왕증인 추간판 탈출증이 후유장애 발생에 기여한 정도를 50%로 평가할 수 있으므로, 결국 이 사건 1차 수술 상 피고 2의 과실로 인한 원고의 노동능력상실률은 9%[= 18% × (100% - 50%)]가 된다.

- 이에 반하여 이 법원의 ○○대학교 △△병원장에 대한 각 사실조회 결과 중 이 사건 1차 수술 전 원고의 좌측 하지 근약증과 그에 해당하는 이학적 검사 내용이 없으므로 원고의 기왕증과 후유장애 사이에는 아무런 인과관계가 없다고 판단한 부분이 있다.

그러나 원고의 2014. 6. 3.자 입원기록지에 "Motor ADF 5/4, GTDF 5/4"라고 기재되어 있는 점에 비추어 볼 때, 이 사건 1차 수술 전 이학적 검사가 실시되었고, 원고의 좌측 하지에 일부 근력 약화가 확인되었음이 분명하므로 위 각 사실조회 결과 부분은 채택하지 않는다.

④ 계산

기간 초일기간 말일노임 단가일수월소득상실률m1호프만1m2호프만2m1-2적용 호프만기간일 실수입2015-\*\*-\*\*\*\*\*-\*\*-  
 3189,566221,970,452921.98750021.9875352,4642015-\*\*-\*\*\*\*\*-\*\*-  
 3194,338222,075,436965.91421.987543.9265733,4272016-\*\*-\*\*\*\*\*-\*\*-  
 3194,338222,075,43691413.579365.91487.66531,431,7952016-\*\*-\*\*\*\*\*-\*\*-  
 31102,628222,257,81691817.32211413.579343.7428760,5492017-\*\*-\*\*\*\*\*-\*\*-  
 31102,628222,257,81692624.63691817.322187.31481,486,3922017-\*\*-\*\*\*\*\*-\*\*-  
 31109,819222,416,01893028.21242624.636943.5755777,4622018-\*\*-\*\*\*\*\*-\*\*-  
 31109,819222,416,01893835.20743028.212486.9951,521,0042018-\*\*-\*\*\*\*\*-\*\*-  
 31125,427222,759,39494238.62993835.207443.4225849,9622019-\*\*-\*\*\*\*\*-\*\*-  
 31125,427222,759,39495045.33194238.629986.7021,664,4112019-\*\*-\*\*\*\*\*-\*\*-  
 31138,290223,042,38095448.6145045.331943.2821898,6852020-\*\*-\*\*\*\*\*-\*\*-  
 05138,290223,042,3809444251.03235448.614390191.3852,404,204 일실수입 합계액(원)  
 )62,880,355

[인정 근거] 다툼 없는 사실, 이 법원에 현저한 사실, 이 법원 전문심리위원들에 대한 의견조회 결과를 포함한 변론 전체의 취지, 경험칙

나) 적극적 손해: 4,175,005원

① 기왕 치료비: 피고 병원 진료비와 약값 합계 6,018,910원

② 향후 보조구비

- 원고는 현재 보행기능의 개선을 위해 단족보조기의 사용이 필요한데, 단족보조기의 가격은 500,000원이고 그 수명은 5년이다.

- 변론종결일 다음 날인 2020. 7. 23.부터 이를 지출하는 것으로 보아 기대여명까지 단족보조기 비용을 이 사건 사고 당시 현가로 환산하면 2,331,100원이 된다.

③ 계산

- 기왕증 기여도 50%를 감안하면 최종적인 적극적 손해액은 4,175,005[= (6,018,910원 + 2,331,100원) × (100% - 50%)]이 된다.

[인정 근거] 다툼 없는 사실, 갑 제2호증의 4 내지 20, 제3호증의 1, 2 각 기재, 제1심 ○○대학교 △△병원장의 신체감정 결과 일부, 변론 전체의 취지

다) 책임 제한: 80%

피고 2의 의료상 과실 정도와 이 사건 1차 수술에 내재하는 위험성 및 피고 병원 의료진이 이 사건 1차 수술 이후 경과 관찰 과정에서 기울인 노력의 정도, 특히 피고 2가 표준적 수술법을 권유하였음에도 원고가 이를 거절하고 직접 이 사건 1차 수술법을 택한 점 등 이 사건 변론에 나타난 여러 사정들을 종합하여 보면, 피고들의 손해배상책임을 80%로 제한함이 타당하다.

2) 정신상 손해

원고의 나이, 직업, 건강상태, 이 사건 1차 수술의 경위와 결과, 후유장애 정도 등 이 사건 변론에 나타난 여러 사정을 종합적으로 고려하여, 위자료 액수를 15,000,000원으로 정한다.

다.

소결

따라서 피고들은 공동하여 원고에게 68,644,288원[= 재산상 손해 53,644,288원(= (62,880,355원 + 4,175,005원) × 80%) + 정신상 손해 15,000,000원]과 이에 대하여 이 사건 1차 수술일인 2015. 6. 4.부터 피고들이 그 이행의무의 존부 및 범위에 관하여 항쟁함이 타당한 이 판결 선고일인 2020. 10. 14.까지는 민법이 정한 연 5%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특례법 제3조, 소송촉진 등에 관한 특례법 제3조 제1항 본문의 법정이율에 관한 규정 부칙(2019. 5. 21.) 제2조 제1항에 의하여 구 소송촉진 등에 관한 특례법 제3조 제1항 본문의 법정이율에 관한 규정(2019. 5. 21. 대통령령 제29768호로 개정되기 전의 것)이 정한 연 15%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

#### 4. 결론

그렇다면 원고의 피고들에 대한 청구는 위 인정 범위 내에서 이유 있어 각 인용하고, 나머지 청구는 이유 없어 각 기각하여야 한다.

이와 결론을 일부 달리한 제1심판결 중 피고들에게 위 인정 금액을 초과하여 지급을 명한 피고들 패소 부분은 부당하므로 취소하고, 그 취소 부분에 해당하는 원고의 피고들에 대한 청구를 각 기각하며, 원고의 부대항소, 피고들의 나머지 항소는 모두 이유 없어 각 기각한다.

판사 이종광(재판장) 박상수 정은영